

# 連結納税制度における繰越欠損金の法人間移転と課税理論

—組織再編税制との比較を踏まえて—

今井 俊哉

## 概 要

連結納税制度は、平成30年に設置された専門家会合において制度のコスト面を斟酌した簡素化の方向で見直しが進められ、「グループ通算制度(仮称)」へと改称される見込みである。現行連結納税制度は、その開始又は加入時において、制度の濫用による租税回避行為に対処すべく、繰越欠損金の引継ぎについて一定の制限を設けている。しかし、連結申告を選択したとしても、それぞれの法人は別個独立して存続し、法主体の同一性は維持されていることから、その欠損金の切捨てについては妥当性が検討されるべきである。また、完全支配関係にある企業グループが、連結納税制度を選択した場合と合併等の組織再編を行った場合とで、繰越欠損金の取扱いが異なる点も認められ、こうした制度間の整合性も問われよう。そこで本稿では、かかる整合性の妥当性を探求すべく、連結納税制度における繰越欠損金は、法主体の同一性を越えて何故引継がれ、あるいは制限されるのかという問題意識の下、かような経済的実態の同一性と制度間の不均衡とに着目したうえで、その法人間移転に係る課税理論について、組織再編税制における適格合併との比較の視座から考察することを目的とする。

第1章では、完全親子会社関係と合併との経済的実態の同一性を探求すべく、結合企業の概要とその一体性の捉え方について検討した。結合企業の特徴は、その結合体の経済的単一性と法的多様性にあり、結合の強弱により様々な企業結合形態が存在する。その最も完全かつ終局的な集中の形態は合併であるが、親子会社関係もまた、ある一定の事項または一定の規定の適用について、同一体として取り扱われるべきであるということにならざるをえず、この範囲において同一体説は妥当するとの結論に達した。

第2章では、連結納税制度の法構造を鳥瞰し、繰越欠損金の引継ぎと制限についてその理論を考察した。その上で、完全支配関係と同様の経済的実態を有しながらも法律的に合一する適格合併を題材として、そこにおける繰越欠損金の取扱いについて検討した。連結納税制度の開始又は加入時において、連結子法人の繰越欠損金は原則的に切り捨てられるが、本来的な繰越欠損金の制度趣旨からは、その繰越は無制限とするのが整合的であろう。さらに、組織再編税制と比較するに、適格合併において繰越欠損金は、一定の要件を充足すればその引継ぎ

が認められるが、同様の経済的実態である連結納税制度の下では原則として切り捨てられることから、制度間の齟齬が認められる。

第3章では、企業集団における経済的一体性と、別個独立した法人である法的多様性について、実質と形式に着目しつつ判例の分析を行った。先ず、東京地判平成21年11月27日(税資259号順号11337)では、法の規定による先後判定不能から、引継ぎルールの制度的な断絶の存在が窺えた。さらに、一体性の観点については、議論の余地があり、合併と、株式移転による連結申告といった経済的実態などが類似する手法間については、その課税の非対称性や妥当性が問われるであろうという見解に至った。次に、最判昭和37年6月29日(税資39号1頁)では、経済的実質と民商法等の法形式の対立について、実質所得者課税に関する事案を観察した。所得税法12条の解釈から、経済的帰属説に依ると、所得の分割や移転を認めることになりやすく、法律的帰属を離れて課税することは法的安定性を阻害する恐れがあることを、ここでは確認した。

終章では、連結納税制度における課税の中立性と、その実現の障碍となる租税回避に焦点をあて、欠損金引継ぎ要件としての事業の継続について検証した。連結納税制度における中立性の概念は、「限定的中立性概念」ととどまるものと考えられる。繰越欠損金の引継ぎを制限するみなし共同事業要件における事業の継続については、その引継ぎ理論について「基本的考え方」に触れられた部分はなく、「支配の継続」と「共同事業の継続」を同視することは、甚だ説得的ではないであろう。最後に、米国における SRLY 準則を題材に、繰越欠損金の制限について各規定が重畳的に運用されていることを確認した。さらに、初期判例からは、如何にして連結加入前の損失は、その損失を有する法人の連結所得に制限されるという理論が導かれたのかを探求した。

以上、本稿における考察から、グループの一体性に着目し、その実態に即した課税については、これを如何にして実現するのかが問われよう。具体的に、繰越欠損金については、まず、制限なく連結への持込みを認めた上で、その個別の所得金額を限度として控除が認められるべきであると考ええる。単純な全額引継ぎと全額否認とのいずれもが中立性に一致せず、そのため適切な許容範囲となる限界を探る必要がある。かような結合企業への課税問題に対処するには複数の処方箋が必要であると考えられるが、連結納税制度と組織再編税制との統合の議論にもあるように、制度間の調和と簡素化とが、そこに求められる。

## 目次

はじめに .....	1
1. 企業の結合と再編 .....	5
1. 1 結合企業の意義と法的性質 .....	5
1. 1. 1 結合企業 .....	5
1. 1. 2 親子会社の定義 .....	8
1. 2 完全親子会社関係の形成手法と合一的結合 .....	14
1. 2. 1 株式交換・株式移転 .....	14
1. 2. 2 合併 .....	19
小括 .....	23
2. 連結納税制度における租税属性の取扱い .....	24
2. 1 法主体の同一性 .....	24
2. 1. 1 沿革・立法趣旨 .....	24
2. 1. 2 法構造 .....	27
2. 2 繰越欠損金の制限根拠 .....	34
2. 2. 1 連結欠損金額の範囲 .....	34
2. 2. 2 本来的性質 .....	38
2. 3 組織再編税制(適格合併)との比較の視点 .....	45
2. 3. 1 適格要件と繰越欠損金の取扱いの概観 .....	45
2. 3. 2 引継ぎの理論 .....	48
小括 .....	51
3. 実質と形式に関する判例の基礎理論 .....	52
3. 1 繰越欠損金引継ぎの可否 東京地判平成21年11月27日(税資 259号順号11337) .....	53
3. 2 実質所得者課税の原則に関するリーディングケース 最判昭和37 年6月29日(税資39号1頁) 一共栄企業組合事件一 .....	62
小括 .....	70
4. 繰越欠損金の引継ぎの妥当性の検証 .....	71
4. 1 租税回避の障碍 .....	72
4. 1. 1 課税の中立性 .....	72
4. 1. 2 制度の濫用 .....	74
4. 2 米国の租税理論からの示唆 .....	80
4. 2. 1 SRLY 準則による制限 .....	81
4. 2. 2 SRLY 準則の判例理論 .....	86
小括 .....	91

おわりに .....	93
参考文献 .....	98

## はじめに

ホールディング経営をはじめとする企業集団の組織化、国際的な競争が加速する今日の経済社会においては、親子会社関係を有する企業集団が増加し、これを対象とする法制度や会計制度が世界的に整備されつつある。税制面においても、法人の組織形態の多様化とその変化のスピードに対応するとともに、課税の中立性や公平性を確保する制度が必要とされていた<sup>1</sup>。わが国においても平成9年の独占禁止法改正による純粋持株会社の解禁以降<sup>2</sup>、企業集団の組織化と一体的な運営が加速度的に進展した<sup>3</sup>。このような経済社会の情勢に税制上も適合すべく、平成11年度改正で株式交換及び株式移転、平成13年度改正で組織再編税制、平成14年度改正で連結納税制度、平成22年度改正でグループ法人税制がそれぞれ創設され、その後も改正を重ねながら企業グループに関する税制の整備が進められている。なお、本稿では便宜上、かかる措置や制度を「企業グループ税制等」と称する。他方、各制度それぞれ及び相互の関係が複雑化する中で、各制度又は制度間における理論的な整合性や実務上の負担等の課題も指摘されており<sup>4</sup>、連結納税制度については現状の課題や見直し<sup>5</sup>について議論の素材を整理するため、平成30年に専門家会合が設置されている<sup>6</sup>。当該専門家会合においては、少数株主

---

<sup>1</sup> 結合企業課税のあるべき方向性と基本的な枠組みの提示として、増井良啓『結合企業課税の理論』（東京大学出版会、2002）。

<sup>2</sup> 増井良啓は、「純粋持株会社の解禁をはじめとする企業法制の変革は、租税法と密接な関係をもつ。その一例が連結納税制度の導入論である。」と述べ、「分社化を選ぶか、社内部門での経営を選ぶかといった選択に対し、本来税制は中立であるべきである」とする経済団体連合会の主張について連結納税制度における「限定的中立性」の概念を検証している（増井良啓「法人税の課税単位－持株会社と連結納税制度をめぐる近年の議論を素材として－」租研25号62頁（1997）参照）。

<sup>3</sup> 経済産業省平成27年純粋持株会社実態調査－平成26年度実績－平成28年3月10日（<https://www.meti.go.jp/statistics/tyo/mochikabu/result-2/h27chousa.html>、2020年1月25日最終閲覧）。

<sup>4</sup> 北村導人「企業グループ税制等の全体像」税研204号37頁（2019）。

<sup>5</sup> 連結納税制度の見直しに関する問題提起として、山林茂生ほか「連結納税制度の見直しについて」税大論叢89号（2017）。

<sup>6</sup> 政府税制調査会・第1回連結納税制度に関する専門家会合（<https://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/renketsu/2018/index.html>、2020年1月25日最終閲覧）。

の問題等により、議論が錯綜する可能性があること<sup>7</sup>や、グループ法人税制との整合性の確保という点を踏まえ、現行の「完全支配関係にあるグループ」という基本的な枠組みは当面維持しつつ、租税回避の防止を前提としたうえで、制度の簡素化や事務負担の軽減、グループ経営の多様化に対応した中立性・公平性の確保といった観点から検討が進められている。そこにおいては、制度のコスト面を斟酌した簡素化の方向で議論が行われ、「個別申告方式」の導入を前提に、各欠損法人の欠損金額及び企業グループ内の繰越欠損金額を各所得法人の所得金額の比で配分する仕組みが示されており、連結納税制度は「グループ通算制度(仮称)」へと改称される見込みである<sup>8</sup>。このように、わが国の企業グループ税制等は諸外国に比してその歴史は比較的浅いものの、各制度はわが国独自の制度として発展・浸透し、導入から約20年を経過した今日において制度全体の再構築を検討する時期であると考えられる。

さて、企業グループ税制等における重要な問題の一つは、繰越控除を通じて納税者の税負担を直截に軽減する欠損金額の取扱いであり、連結納税制度についても、経済界における期待の核心は、損益通算と欠損金額の利用にあるといえよう<sup>9</sup>。欠損金をはじめとする租税属性<sup>10</sup>は、本来的にはそれを有する法人のみが利用することができ、その租税属性を基礎として税負担の算定を受ける納税者の法主体の同一性が認められる限り、原則として、法の定める調整を受けなが

---

<sup>7</sup> 制度の対象を完全支配関係とすることで少数株主は存在しないこととなるが、債権者は存在するため、税利益をめぐる利害が支配会社と対立する可能性が指摘される(岡村忠生「企業結合と税法」商法1841号35-36頁(2008)参照)。

<sup>8</sup> 匿名記事「連結納税制度が改称、『グループ通算制度』へ」T&Aマスター801号4頁(2019)。

<sup>9</sup> 連結納税制度の適用状況について、日本経済団体連合会による実態調査報告が行われている。当該調査は経団連会員企業109社(単体納税法人54社、連結納税法人55社)を調査対象としており、連結納税制度を適用することとした理由について、94%の企業が損益通算を行うことによる税負担の適正化であると回答している

政府税制調査会・第2回連結納税制度に関する専門家会合

(<https://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/renketsu/2018/index.html>、2020年1月25日最終閲覧)。

<sup>10</sup> 納税者自身やその資産、負債に認められる性質、属性のうち、税負担に影響を与えるものを租税属性(tax attributes)という(岡村忠生『法人税法講義〔第3版〕』434頁(成文堂、2007)参照)。

ら維持される<sup>11</sup>。これに対して、納税者の法主体の同一性が失われると、原則として租税属性は更新または破棄される<sup>12</sup>が、私法上において法人格が合一的に結合する合併等の適格組織再編成により他の法人に引継がれ、例外的に租税属性が維持される場合があり、これを租税属性の引継ぎと呼ぶ<sup>13</sup>。納税者が連結納税制度を選択した場合には、法主体の同一性は継続されているものの、所得と欠損という重要な租税属性が、法主体の同一性を越えて結合される<sup>14</sup>。こうした租税属性の法人間移転が生じる局面においては、欠損金額等の租税上の利益を移転することによる制度の濫用が懸念されることから、企業グループ税制等には欠損金額等の移転について厳格な制限が設けられているが、連結納税制度や組織再編税制は、それぞれが別個の制度であるために、完全支配関係にある企業グループが、連結と合併のいずれを選択するかによって租税属性の取扱いに齟齬が生じている。上述の専門家会合においても、「連結グループと合併等の組織再編を行った企業とで、課税の中立性が確保されるよう、組織再編税制との整合性がとれた制度を目指す。」<sup>15</sup>と言及され、両制度間における整合性は、課題の一つとなっている。

例えば、現行法人税法の適用上、100%完全支配関係が要件とされるわが国の連結納税制度において、連結申告前の租税属性については、連結開始前にグループ内にあった子法人であるか外部から買収してきた子法人であるかにかかわらず、一定の場合を除き原則として欠損金額は切り捨てられ、一定の資産負債は時価評価される(法人税法61条の11、61条の12)。他方、法人が完全に結合し一体化する組織再編税制の合併では、資本関係を全く有しない法人を合併する場合であったとしても、共同事業要件を充足すれば適格となり、取得価額を引継いで資産が移転し、その含み損益が持ち込まれる。さらには、適格合併においてみなし共同事業要件を充足すれば未処理欠損金額を引継ぐことができる(法人税法57条3項、法人税法施行令112条3項)。連結と合併という結合状態の強弱はあるにせよ、企業グループの一体性に着目すれば、その経済的実態が

---

<sup>11</sup> 岡村・前掲注10)、434頁。

<sup>12</sup> 同上〔岡村〕、435頁。

<sup>13</sup> 同上〔岡村〕、435頁。

<sup>14</sup> 同上〔岡村〕、491頁。

<sup>15</sup> 政府税制調査会・第1回連結納税制度に関する専門家会合・前掲注6)。



同一であるものを、租税法上も同一に取り扱うことが課税の中立性からも適当であると考えられ、<sup>16</sup>両制度についてはその共通性も指摘されている<sup>17</sup>。しかしながら、結合状態の弱い連結完全支配関係では親法人同等法人を除いて租税属性が原則として切り捨てられるのに対し、法人が完全に結合し一体化する合併では共同事業要件やみなし共同事業要件の下で租税属性の移転が認められることについては、岡村忠生の指摘にもあるように<sup>18</sup>、見直しの余地があるのではないかと考えられる。本稿では、かかる整合性の妥当性を探求すべく、連結納税制度における繰越欠損金は、法主体の同一性を越えて何故引継がれ、あるいは制限されるのかという問題意識の下、かような経済的実態の同一性と制度間の不均衡に着目したうえで、その法人間移転に係る課税理論について、組織再編税制における適格合併との比較の視座から考察することを目的とする。

本稿の構成は、以下の通りである。第1章では、先ず、完全親子会社関係と合併との経済的実態の同一性を探求すべく、多様な支配・従属関係にある結合企業概念の確認するとともに、企業集団の一体性がどのように捉えられるのかを検討する。次に、わが国の連結納税制度は100%の完全支配関係が要件とされることから、会社法が定める親会社・子会社の定義と、完全支配関係の形成手法及び法的性質を分析・検討する。第2章では、第1章において検討した結合企業の経済的実態を踏まえつつ、グループの一体性に着目し、先ず、連結納税制度の制度趣旨を確認したうえで、その沿革及び法構造について鳥瞰する。次に、連結欠損金額について如何なる場合に租税属性が引継がれ、あるいは制限されるのかを、繰越欠損金の本来的性質から考察する。しかるのち、連結納税制度と、組織再編税制における吸収合併(適格合併)において、そのいずれかを選択するこ

---

<sup>16</sup> 手塚貴大『法人・企業課税の理論』141頁(弘文堂、2017)。

<sup>17</sup> 中里実「組織再編税制と連結納税制度」税研198号20頁(2018)。

<sup>18</sup> 岡村忠生は、合併の場合と連結の場合とで、租税属性の扱いが異なることに関し、次のように述べている。「もちろん、合併で完全にひとつの法人になると、法人格は別にしたまま連結納税をすることは、大きく異なるのですが、法人が完全に結合し一体化する合併では共同事業要件やみなし共同事業要件の下で租税属性の移転を認めているのに対して、それよりも結合状態の弱い連結(連結完全支配関係)では、親法人同等法人を除いて租税属性が原則として切り捨てられることについては、見直しの余地があるように思います。」(岡村忠生「結合企業税制の意義と課題」『社会構造の変化に即した所得税制と国際課税への取組』日本租税研究協会第70回租税研究大会9頁(2018)参照)。

とにより、繰越欠損金の取扱いに齟齬が生じているかを検証する。第3章では、企業集団における経済的一体性と、別個独立した法人である法的多様性について、その実質と形式に着目したうえで判例の分析を行う。先ず、繰越欠損金引継ぎの可否について、原則として単体事業年度において生じた欠損金額は連結欠損金額にあたらぬとする連結納税制度の基本構造を確認した事案について検討する。そのうえで、繰越欠損金に関する取扱いの制度的な断絶と、当該判決の判断要素の一つとなった一体性の判断基準について検証する。次に、実質所得者課税の原則におけるリーディングケースである事案を確認し、経済的帰属説と法律的帰属説に関する議論から、企業グループにおける課税単位について考察する。第4章では、第3章までに確認した繰越欠損金の引継ぎについて、課税上の中立性の観点から検討するとともに、その実現の障碍となる租税回避に焦点をあて、その妥当性を検証する。さらに、わが国の連結納税制度は、基本的には米国型であるとされ、その歴史も古いことから、米国における連結申告制度を参考として、わが国の連結納税制度における繰越欠損金の制限に係る課税理論について若干の示唆を得る。

## 1. 企業の結合と再編

多様な支配・従属関係にある結合企業において、企業集団の経済的実態はどのように捉えられるのか。本章では、先ず、結合企業概念を確認するとともに、企業集団の一体性がどのように捉えられるのかを観察する。しかるのち、完全支配関係を構成する親会社と子会社という概念は、会社法に定められていることから、会社法における親子会社の定義を確認する。次に、親子会社間の完全支配関係をもたらす完全親子会社関係の形成手法及び法的性質を分析し、そのうえで、合一的結合である合併との比較を行う。

### 1. 1 結合企業の意義と法的性質

#### 1. 1. 1 結合企業

経済社会を担う会社は、何らかの方法で相互に結合して企業活動するのが常態である。江頭憲治郎は、「結合企業」を、「株式(有限会社の場合は持分)の所有を通じて支配・従属の関係にある複数の会社

のことである。」<sup>19</sup>と述べる。かような結合体の内部では、経済的には構成会社が典型的には支配従属関係に立ち外部に対し経済的単一体として現れるが(経済的単一性)、法的にはその集団を構成する個々の会社が別異の独立主体である(法的多様性)<sup>20</sup>。また、結合企業法と一口に言っても、それは論者により大いに捉え方の相違があり、いわゆる「緩い結合」から「固い結合」まで様々な企業結合形態が存在することが、法律上の制度としてメルクマールを設定することを困難なものとし、結合企業法制の整備の大きな障碍となっている<sup>21</sup>。例えば、結合企業の関係にある会社間には、一方の損害において他方が利益を得るという利益相反の関係が生じやすいため、特に従属会社に少数株主がいる場合には、従属会社少数株主等を保護する要請が生じる<sup>22</sup>。会社法は、こうした親会社とその子会社の関係や企業グループに関して様々な規制を設け対処しているが、従来からの規制は主に単一の企業を対象とするため、部分的な対応が散在していることが見てとれる<sup>23</sup>。代表的な企業結合規制の一つである独占禁止法は、競争政策の観点から、競争制限的な効果を生じる企業結合を違法とし、それを排除すべく一定の措置を講じる。これは、企業結合は経済力の集中をもたらし、競争を抑制する面を有するため、有効な競争の確保によって資源の最適配分を図ることが、市場経済の基本であると考えられるためである<sup>24</sup>。このように、結合企業については、広狭様々な意義においてこれを捉えうる。会社の合併もひろくは結合企業の一場合であるが、合併は二つ以上の会社が合体して経済上のみならず法律上も一個の会社となる点において、最も完全かつ終局的な集中の形態であると考えられる<sup>25</sup>。

今日みられる結合企業の主な形態には、次の二つがあげられる。まず、一つ目の形態はカルテルである。二つ以上の企業が法律的にも経済的にも独立を保持しながら、企業活動の特定の分野について協定を結び、その範囲内において各企業がその企業活動の自由を放棄する場合があるが、この企業協定のうち、市場への独占的影響を

---

<sup>19</sup> 江頭憲治郎『結合企業法の立法と解釈』はしがき1頁(有斐閣、1995)。

<sup>20</sup> 早川勝「企業結合法制のあり方」『会社法の争点』214頁(有斐閣、2009)。

<sup>21</sup> 宮島司『企業結合法の論理』2頁(弘文堂、1989)。

<sup>22</sup> 同上〔江頭〕、はしがき1頁。

<sup>23</sup> 龍田節＝前田雅弘『会社法大要〔第2版〕』518頁(有斐閣、2017)。

<sup>24</sup> 同上〔龍田〕、518頁。

<sup>25</sup> 今井宏＝菊地伸『会社の合併』1頁(商事法務、2005)。

目的としてなされるのが、カルテルであり<sup>26</sup>、契約による結合に分類される。なお、カルテルは、独占禁止法上のいわゆる「不当な取引制限」にほぼ該当し、同法により原則的に禁止されている。

次に、もう一つの形態はコンツェルン(企業連携)<sup>27</sup>である。二つ以上の企業が法律적으로는独立を維持しながら、資本的連携などによって経済的・実質的には一つの企業となり、資本参加型の結合に分類される。コンツェルンは、いくつもの業種をひとまとめにすることが多いのに対し、単一の産業部門に属する企業を結合した独占体をトラストと呼ぶこともある<sup>28</sup>。トラストは独占禁止法によって一般的に禁止されているが、企業経営の合理化を主たる目的とするコンツェルンは、競争の実質的制限をもたらすものでない限り排除されない<sup>29</sup>。資本的連携の方法には資本参加と長期貸付があるが、代表的なものは資本参加(ことに株式所有)である。資本参加により参加会社と被参加会社との間に支配・従属関係を生ずる場合をひろくは親会社・子会社と呼ぶ<sup>30</sup>。結合の手段としては、上記の「契約」と「資本参加」の他に「役員兼任」があるが、もっとも、役員の兼任や派遣は、契約や資本参加による結合を裏付けるものとして行われることが多い<sup>31</sup>。

こうした結合関係に入った企業は、意思決定や財務面で影響を受ける。完全親子会社関係であれば、親会社と子会社は、法律上において、別個独立の存在でも経済的には一体であり、結合の緊密さが薄らぐにつれて一体性も弱まるが、あるところまでは経済的なつながりを法律上も無視できない<sup>32</sup>。かつてドイツでは、親子会社は、同一体ないし単一体であるとする同一体説が唱えられたが<sup>33</sup>、問題の所在はその経済的同一体のゆえをもって、法律的にも同一として取扱い

---

<sup>26</sup> 今井・前掲注 25)1 頁。

<sup>27</sup> 同上〔今井〕、3 頁。企業連携は、資本参加のほか、営業の賃貸借(会社の営業を一括して他会社に賃貸借する契約)、経営の委任(企業の経営を他会社に委託する契約)、利益共同契約(他会社と一定期間内の損益を合算し、一定の割合で分配することを約する契約)などによっても行われうる(同〔今井〕3 頁参照)。

<sup>28</sup> 龍田・前掲注 23)516 頁。

<sup>29</sup> 同上〔今井〕、2 頁。

<sup>30</sup> 同上〔今井〕、2 頁。

<sup>31</sup> 同上〔龍田〕、516 - 517 頁。

<sup>32</sup> 同上〔龍田〕、518 頁。

<sup>33</sup> 大隅健一郎『企業合同法の研究』178 頁(弘文堂、1935)。

をなすべきかである<sup>34</sup>。親会社と子会社との分離存続を肯定しながら、法律的にもすべて両者が同一体であることを主張することは矛盾であり、結局は、ある一定の事項または一定の規定の適用について親会社と子会社は同一体として取り扱われるべきであるということにならざるをえず、この範囲において同一体説は正鵠を得ていると考えられる<sup>35</sup>。親子関係の問題をすべて同一体説で解決することは困難であるが、妥当する面が少なくないことも認められる<sup>36</sup>。

## 1. 1. 2 親子会社の定義

わが国における親子会社の概念は、元来個別規定の概念から導かれた狭いものであったが、次第に拡張されてきた。平成17年の会社法においては財務諸表規則等との整合性が強く意識され、親子会社概念は旧商法下のそれよりも広く設定されることとなった<sup>37</sup>。会社法における親子会社概念は、支配従属関係に関する定義では、総株主の議決権の過半数基準という形式的基準に「経営の支配」という実質基準を加味して判定する。この点、高橋英治は、「会社法上の親子会社基準は、単に狭義の意味での企業結合法制の適用基準であるだけでなく、連結決算書類作成の基準ともなっている(会社法444条第1項)。したがって、適用基準の明確性が強く要請されるため、現行法制のような実質的基準の法務省令による形式化は、基本的には支持できる。」<sup>38</sup>と肯定する。

具体的には、子会社とは、会社によって実質的に支配される会社等、親会社は株式会社を支配する会社等であると定義され、法務省令は親子会社関係の認定を明確化するために形式化している。さらに、会社法施行規則において、財務および事業の方針を決定しているかまたは支配されていることが基準とされ、その場合における具

---

<sup>34</sup> 田代有嗣『親子会社の法律』40頁(商事法務研究会、1968)。

<sup>35</sup> 同上〔田代〕、40 - 41頁。

<sup>36</sup> 同上〔田代〕、41頁。

<sup>37</sup> 高橋英治『企業結合法制の将来像』166 - 167頁(中央経済社、2008)。かかる計算規定上の親子会社概念と会社法上の親子会社概念との統一は、ヨーロッパ・コンツェルン法フォーラムの立法案においても提案されており、ヨーロッパの立法の流れにも沿うものである(同〔高橋〕、166 - 167頁参照)。

<sup>38</sup> 同上〔高橋〕、167頁。

体的内容を定めている<sup>39</sup>。ここでいう「子会社」とは、会社はその総株主の議決権の過半数を有する株式会社その他の当該会社はその経営を支配している法人として法務省令で定めるものをいう（会社法2条3号）<sup>40</sup>。「会社が経営を支配している」<sup>41</sup>とは、「財務及び事業の方針の決定を支配している場合」をいい（会社法施行規則3条1項）「財務及び事業の方針の決定を支配している場合」については、財務上又は事業上の関係からみて他の会社等の財務又は事業の方針の決定を支配していないことが明らかであると認められる場合を除き、次のように定められている（同条3項）。①支配されるものの議決権の総数に対する会社の計算において所有している議決権の数の割合が100分の50を超えている場合。②支配されるものの議決権の総数に対する会社の計算において所有している議決権の割合が100分の40以上であって、かつ、④自己所有等議決権数の割合が100分の50を超えている、⑤支配されるものの取締役会その他これに準ずる機関の構成員の過半数を会社の役員・使用人等が占めている、⑥会社が支配されるものの重要な財務・事業の方針の決定を支配する契約が存在する、⑦支配されるものの資金調達額（負債）の総額に対する会社の行う融資の割合が100分の10を超えている、⑧その他会社が支配されるものの財務・事業の方針を決定していることが推測される事実が存在する、のいずれかに該当する場合。③支配されるものの議決権の総数に対する自己所有等議決権数の割合が100分の50を超え、かつ上記の④～⑧のいずれかの要件に該当する場合。さらに、「完全子会社」については、子会社のうち、ある株式会社がその発行済株式の全部を有する株式会社であると定義される（会社法施行規則218条の3第1項）。

他方、親会社についてであるが、「親会社」とは、株式会社を子会

---

<sup>39</sup> 早川・前掲注20)214頁。

<sup>40</sup> 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール1—総則・設立(1)』26頁(商事法務、2008)。

<sup>41</sup> この要件においては、議決権数の割合が1つの指標とされているが、その算定上、議決権制限株式は、同株式が役員等の選任および定款の変更に関する議案の全部につき株主総会において議決権を行使することができないものである場合には、その数は分子・分母から除外され、それ以外のものである場合には、その数は分子・分母から除外されないと解すべきである(会社則67の類推適用)。議決権制限株式の中には、一定の要件が満たされれば議決権が復活する形のものがあり得るが、それも、議決権がない間は、当該算定に関し議決権なしとして取り扱われると解すべきである(同上〔江頭〕、27頁参照)。

社とする会社その他の当該株式会社の経営を支配している法人として法務省令で定めるものをいう(会社法2条4号)。ここにいう「経営を支配している」との要件は上記子会社の要件と同じであり、「完全親会社」とは、特定の株式会社の全部を有する株式会社その他これと同等のものとして法務省令で定める株式会社をいう(会社法847条の2第1項、会社法施行規則218条の3)<sup>42</sup>。すなわち、親会社の子会社を支配するというのは、つきつめれば子会社の「業務執行」を支配することにほかならないと考えられるが、会社の業務執行機関は取締役(会)であるから、子会社を支配ということは、子会社の取締役(会)を支配することを意味する。ところで取締役会は株主総会で選任されるから、株式保有による支配が最も確実な方法ということが出来る<sup>43</sup>。

これらの定義に共通するのは、「支配している」という文言である。親会社が支配権を行使することを問題とするのではなく、すでに経営支配力を行使している状況を所与のものとして把握する<sup>44</sup>。高橋英治は、わが国の会社法と同様に実質基準が採用されているドイツ法と比較し、次のように述べる。曰く、「わが国の会社法が、議決権の過半数取得等により『経営を支配している』ことを親子関係の基準とするのに対して(会社法2条3号、4号)。ドイツ法は、『支配的影響力を行使しうる』ことを支配従属関係の基準としている(株式法17条)。さらに、ドイツ法では法務省令により実質基準の内容が詳細に定められていない点も、両国における法の相違点となっている。……ドイツ型の実質基準は、明確とは言い難い実質基準の内容の確定を大幅に裁判所の裁量に委ねるものであり、問題が多い。この点、実質基準の内容の確定を法務省令に委ねたわが国の親子会社の概念の方が、基準の明確性<sup>45</sup>という点では優れている。」<sup>46</sup>

こうした支配力については、これを支配の形式でとらえる立場と直接支配の実質でとらえる立場とがみられるが<sup>47</sup>、例えば、親会社に

---

<sup>42</sup> 江頭・前掲注40)29頁。

<sup>43</sup> 田代・前掲注34)18頁。

<sup>44</sup> 早川・前掲注20)214頁。

<sup>45</sup> 基準の明確性の要請は、特にガバナンス規制において強く要求される。なぜなら、ガバナンス規制は支配従属会社間取引の開示規制等の、支配従属関係を監視する恒常的制度を含むからである(高橋・前掲注37)167頁参照)。

<sup>46</sup> 同上〔高橋〕、168 - 169頁。

<sup>47</sup> 江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』114 - 123頁(東京大学出版会、1980)。

対する賃金請求が争われた、仙台地判昭和45年3月26日(判時588号52頁)<sup>48</sup>は、法人格否認の法理により子会社の債権者に対する責任を親会社が負担するための実質支配要件を考察する中で、「したがって子会社に対する親会社の法人格の独立性が一定の債権者に対する関係で限界を画され又は否定されるためには第一に親会社が子会社の業務を一般的に支配し得るに足る株式(子会社の)を所有していることであり(一人会社はこの典型といえる)第二に親会社が子会社を企業活動の面において現実的統一的に管理支配していることを必要とする(親会社と子会社の相互の業務が混同していること、子会社の従業員の人事労務対策などがすべて親会社の意思によつて決定されていること、などがその例である。)」と解すべきである……」と判示している。本判決は、親会社と子会社との実質的同一性に着目し、株主の会社における事実上の支配だけで会社の形式面の異常性に拘らず形骸化の要件は充たされんとする実質的支配説によるものと解される<sup>49</sup>。子会社の受動的債権者に対する債務関係は、「支配あるところに責任あり」との法原則により、常にしかも重疊的に親会社において引受けている法律関係にあると導かれたのである<sup>50</sup>。

ところで、支配従属関係に関するわが国の形式基準については、昭和49年商法改正の際に導入され、その後、支配力に着眼した過半数の議決権数という基準が平成13年改正の際に定められた。会社法施行規則の実質基準によれば、議決権が40%以上で、過半数超の自己所有等議決権数、取締役の過半数を抑え、支配契約が存在

---

<sup>48</sup> 本件の事実の概要は、以下のとおりである。原告X等は、申立外A会社の従業員であったが、同社は、X等に対する昭和42年6月分の賃金を未払いのまま、同年7月25日、業績不振と累積赤字が多額に上ったことを理由に解散し、X等を解雇した。そこで、X等はA会社の親会社であるY会社に対し、右の解散は、A会社の単なる累積赤字によるものではなく、Y会社の別会社方式による経営政策と組合員全員解雇を目的としたもので、不当労働行為性を隠蔽するための解散権濫用であると主張し、法人格否認の法理を根拠として、前記未払賃金の支払仮処分を申請した。当裁判所は、この申請を容認した。

<sup>49</sup> 江頭・前掲注47)120頁。

<sup>50</sup> 同上〔江頭〕、121頁。この点、江頭憲治郎は、当該判決は一種の無批判的アメリカ法の継受の一例であることは、他の形骸化論と何らかわるところがないとした上で、「形式的形骸化論にたつにせよ、実質的支配論にたつにせよ、真に納得できる有限責任排除のための実質的根拠をしめすことができず、また歴大なこの点に関するアメリカの判例の結論を合理的にその基準で説明することにすら、かならずしも成功していないのである。」と述べる(同〔江頭〕、121頁参照)。



し、50%超の融資およびその他支配を推測させる事実があれば会社の経営支配が存在する。学説は、親子会社の認定に支配という実質を考慮すべきことを強く主張してきたのでこれを相当と支持する<sup>51</sup>。しかし、従来は、過半数所有する側が親会社で、所有される側が子会社であり、両者の対応関係が明確であったが、その関係が断ち切られてそれぞれ別個のものとして定義することとなり<sup>52</sup>、法務省令は、例外を設けてその調整を図るが、却って子会社の判定が分かりにくくなった上<sup>53</sup>、親会社の規制も十分ではないという正当な批判が存在する。また、酒巻俊雄は、親子会社概念について、「法人格否認の法理や利益相反取引の適用の基準としての子会社の範囲は実質的に捉える必要があり、商法上も規制目的に応じて親子会社概念を多様化し、使い分けをする方が望ましい。」<sup>54</sup>と論じている。

このように、親子会社関係における結合の強弱には無数の段階および様々な形態があるが、結合企業は、親会社を頂点とした意思決定を行い、経営の効率性や機動性を高めることで、そのホールディングスやグループの経営目的を実現している。その一方で親会社は、多くの子会社を支配・管理しているが、企業グループが一体であるとする、子会社(従属会社)の経営に関する親会社(支配会社)の責任が問題となる、現行会社法では親会社の責任についての明文の定めは存在しない<sup>55</sup>。この点、親会社の取締役における子会社に対する監督責任が争われた、東京地判平成13年1月25日(判時1760号144頁)<sup>56</sup>は、親会社の取締役には子会社に対する監督責任は原則として存在しないとするが、実質的に子会社の意思決定を

---

<sup>51</sup> 早川・前掲注20)214頁。

<sup>52</sup> 酒巻俊雄＝龍田節編『逐条解説会社法(1)』42頁(中央経済社、2008)。

<sup>53</sup> 江頭・前掲注40)付録に所収の河本一郎・森本滋対談11頁〔河本発言〕。

<sup>54</sup> 酒巻俊雄「企業再編と親子会社統治機構の課題」中村一彦先生古稀記念『現代企業法の理論と課題』17頁以下(信山社、2002)。

<sup>55</sup> 池島真策『ビジネススタンダード会社法』255頁(中央経済社、2016)。

<sup>56</sup> 本件の事実の概要は、以下のとおりである。証券会社の100%子会社が米国証券取引委員会規則に違反し、課徴金を課されたことについて、同証券会社の株主であるXらが、取締役であるYらに対し、同社の損害の賠償を求めた株主代表訴訟で、親会社の取締役は、子会社の取締役の業務執行の結果子会社及び親会社に損害を与えた場合であっても、直ちに親会社に対し任務懈怠の責任を負うものではないが、親会社の取締役が実質的に子会社の意思決定を支配したと評価しうる場合であって、かつ、親会社の取締役の指図が親会社に対する善管注意義務や法令に違反するような場合には、特段の事情があるとして、その責任が肯定されるとした上で、本件ではそのような事情は認められないとし、裁判所は、Xらの請求を棄却した。

支配すると評価し得る場合には、これを斟酌すると判示している。曰く、「親会社と子会社(孫会社も含む)は別個独立の法人であって、子会社(孫会社)について法人格否認の法理を適用すべき場合の他は、財産の帰属関係も別異に観念され、それぞれ独自の業務執行機関と監査機関も存することから、子会社の経営についての決定、業務執行は子会社の取締役(親会社の取締役が子会社の取締役を兼ねている場合は勿論その者も含めて)が行うものであり、親会社の取締役は、特段の事情のない限り、子会社の取締役の業務執行の結果子会社に損害が生じ、さらに親会社に損害を与えた場合であっても、直ちに親会社に対し任務懈怠の責任を負うものではない。もっとも、親会社と子会社の特殊な資本関係に鑑み、親会社の取締役が子会社に指図をするなど、実質的に子会社の意思決定を支配したと評価し得る場合であって、かつ、親会社の取締役の右指図が親会社に対する善管注意義務や法令に違反するような場合には、右特段の事情があるとして、親会社について生じた損害について、親会社の取締役に損害賠償責任が肯定されると解される。」

これに対して、①取締役は株式会社の財産を管理してその価値を維持・向上させる義務を負うところ、②当該株式会社が子会社の株式を有している場合、親会社の取締役は、子会社の業務を通じて子会社ひいては親会社の有する財産の価値を維持・向上させる義務を負っているはずであり、③少なくとも、子会社の取締役が子会社に損害を与えるような違法行為を行っていることを知りながら親会社の取締役がこれを放置しているような場合、親会社の取締役が子会社に対する監督責任を負うことがあり得ることを明確化すべきであるという意見があった<sup>57</sup>。そこで、平成26年会社法改正の審議過程において、親会社が子会社との取引で子会社に不利益を与えた場合、親会社が子会社に対して損害賠償責任を負う旨の明文規定を設けるとともに、子会社の少数株主が、子会社に代わって当該親会社の責任を追及できる(代表訴訟)ものとする規定が検討された。しかし、どのような取引が子会社に不利益となるかの判断は曖昧であり、合理的なグループ経営をも委縮させるという反対論も強く、立法には至らなかった<sup>58</sup>。かような親子会社間の取引に関するさらなる規律は

---

<sup>57</sup> 岡伸浩『平成25年会社法改正法案の解説—企業統治・親子会社法制等の見直しと実務対応』107頁(中央経済社、2014)。

<sup>58</sup> 田中亘『会社法』245頁(東京大学出版会、2016)。その代わり、株式会社とそ

もちろんのこと、現在の企業が他の企業と何らかの結合関係を有しながら事業活動を行っていることを鑑みれば、会社法においても企業活動の包括的な規制<sup>59</sup>が将来の立法課題とされている<sup>60</sup>。

## 1. 2 完全親子会社関係の形成手法と合一的結合

### 1. 2. 1 株式交換・株式移転

会社法は、その第五編において、組織変更、合併、会社分割、株式交換および株式移転について包括的に規定している<sup>61</sup>。まずは、株式交換および株式移転についてであるが、組織再編行為のうち、株式交換および株式移転は、ともに、既存の株式会社を完全子会社とする完全親子会社関係を創設することを目的とする、会社の行為である。株式交換は、既存の株式会社または合同会社Aに対しBの株主が有する全株式が移転してAが完全親会社となるものであり(会社法767条、769条1項)、株式移転は、完全親会社となる株式会社Aが新設され、Aに対しBの株主が有する全株式が移転するものである(会社法773条1項1号、774条1項)<sup>62</sup>。立法の経緯は、

---

の親会社等との間の直接取引および間接取引については、当該取引をするに当たり当該株式会社の利益を害さないように留意した事項およびそれについての取締役会の意見を事業報告で開示させることにした(会社法施行規則118条5号)。これは、開示を通じて親会社等との取引が公正な条件で行われるように促す趣旨である(同〔田中〕、245頁参照)。

<sup>59</sup> 例えば、支配・従属会社間の利害対立の問題解決につき包括的な立法を有するのはドイツであり、株式会社である従属会社を持つ支配企業は、①従属会社との間に『支配契約』を締結することにより同社の取締役会に対する指図権を取得するとともに、同社の少数株主の持株の買取りもしくは残存株主への配当保証をなすか(契約コンツェルン)、または、②支配契約なしに従属会社に対し影響力を行使し生じさせた損害を補償する義務を負い、その義務履行を確保するため従属会社は『従属報告書』を作成し、決算監査役(会計監査人)の監査を受ける(事実上のコンツェルン)ことになる。他方、アメリカは、取締役の忠実義務等の判例法理の延長として問題をとらえている(江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』55頁(有斐閣、2017)参照)。

<sup>60</sup> 龍田・前掲注23)518頁。

<sup>61</sup> 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)』10頁(商事法務、2010)。組織変更は、株式会社と持分会社の組織形態の変更であり、その会社が単独で行う行為であるため、「組織再編行為」を合併、会社分割、株式交換および株式移転に限定する(他方、事業譲渡等を加える)ことが正確ということもできる(同〔森本〕、10頁参照)。

<sup>62</sup> 江頭・前掲注59)934-935頁。

平成9年の独占禁止法改正<sup>63</sup>に伴う持株会社<sup>64</sup>の解禁により、持株会社の新設や、既存の会社を完全子会社とする手続の整備が一般的に求められた<sup>65</sup>ことに起因する。中東正文は、株式交換・株式移転という手法について、「持株会社への移行を促すための制度というよりは、企業結合手法を一般的に選択肢の多いものにしたと理解されるべきであるが、持株会社が株式会社であることを前提とする制度である。このような重疊的な株式会社組織に対して、商法がどのように対応していくかが問われる。」<sup>66</sup>と述べる。当時は、純粋持株会社を設立するには、いわゆる抜け殻方式<sup>67</sup>を利用して既存の事業会社を持株会社として存続させ、従前の事業を完全子会社に事業譲渡等により移転するという手法が主に用いられてきたが、許認可の再申請や、対抗要件の具備といった事業譲渡に伴う権利義務の個別的な承継という問題を回避することができなかった<sup>68</sup>。既存の事業会社あるいは企業グループが純粋持株会社を頂点とした企業組織を構築しようとするとき、それを法律上円滑に実現できるようにすることは、独占禁止法改正の趣旨を踏まえれば、旧商法においても必要とされる立法

---

<sup>63</sup> 持株会社の禁止については、経済の国際化・自由化が進むにつれて批判が高まった。持株会社は有用な経営戦略手段なのに、重要な選択肢を奪われた日本企業は国際競争に後れをとる。弊害の有無を問題とせず、持株会社だというだけで一律に禁止するのは過剰規制ではないか、など。戦後半世紀を経て財閥＝軍国主義復活のおそれは遠のき、経済界の要望する規制緩和の波に乗って、独占禁止法9条は改正され、持株会社解禁が実現した(龍田・前掲注23)532頁参照)。

<sup>64</sup> 基本的に、自社では直接事業を行わず、他の会社の株式を保有・支配することを通じて収益を上げる会社を純粋持株会社、または単に持株会社という。純粋持株会社は、財閥の復活につながるとして、戦後、長らく独占禁止法により禁じられていたが、平成9年に解禁された。持株会社は、統一した指揮の下で効率的なグループ経営を行えることにメリットがあるといわれ、金融業をはじめとした多くの産業で活用されている(田中・前掲注58)617 - 618頁参照)。

<sup>65</sup> 江頭・前掲注59)935頁。完全親子会社関係は、両社の一体的運営を可能とする点で合併に類似するが、子会社の法人格を維持することに、合併にない固有のメリットがある(同〔江頭〕、935頁参照)。

<sup>66</sup> 中東正文『企業結合法制の理論』5頁(信山社、2008)。

<sup>67</sup> 既存の事業会社の存在を前提に新たに純粋持ち株会社を設立するには、二つの方法が考えられる。第一には、その既存の事業会社自身を純粋持株会社に改組する一方で従来からの事業部門は一ないし複数の子会社に移転する方法(いわゆる抜け殻方式)である。第二には、純粋持株会社となるべき会社を新たに設立して自らはその子会社となる方法である。これは事業活動の子会社への移転を伴わない点で第一の方法よりも簡便なように見えるが、株主の(強制的)移動を行わなければならない点で、むしろそのことがこのスキームの実現にとっての障害となり得る恐れがある(尾崎安央「親子会社の設立とその問題点」ひろば51巻11号10頁(ぎょうせい、1998)参照)。

<sup>68</sup> 同上〔江頭〕、936頁。

作業の一つであると考えられ、平成11年の旧商法改正により、現行の両制度は新設されたのである<sup>69</sup>。

こうした一連の持株会社解禁の流れの中で、法制審議会商法部会は、親子会社法制に関する諸問題および資産の評価基準の見直しについて審議を進め、平成10年に、親子会社法制に関する問題点および資産の評価に関する問題点から成る「親子会社法制等に関する問題点」（以下「問題点」という。）を取りまとめた<sup>70</sup>。「問題点」の第一編「親子会社法制に関する問題点」は、親子会社関係の創設のための手続と親子会社をめぐる株主等の保護とに大別される<sup>71</sup>。前者においては、持株会社は旧商法上親会社に該当し、持株会社の設立は会社がその親会社となるべき会社を設立することを意味するところ、旧商法で認められる手続には理論上、実務上の問題があることから、いわゆる株式交換手続の新設を含めた問題が提起された<sup>72</sup>。後者においては、従前からの親子会社をめぐる株主等の保護の問題<sup>73</sup>が、持株会社の解禁により顕在化し、また量的に増加する恐れが指摘された。さらには、親会社は、自らは一切事業を行わず、子会社にすべての事業を行わせることも可能となり、親会社の利益の源泉がもっぱら子会社の事業の結果によることとなるから、親会社の株主としては、子会社の事業のあり方に重大な利害を有する、という観点の下、親子会社関係における親会社の株主ならびに子会社の少数株主および債権者の保護のあり方が問題とされた<sup>74</sup>。この「問題点」がいう株式交換は、本質的には、既存の他社株式の現物出資を伴う新株発行の一態様にすぎないことになるが、その現物出資について「強制」が含

---

<sup>69</sup> 尾崎・前掲注67)10頁。

<sup>70</sup> 原田晃治ほか『親子会社法制等に関する各界意見の分析—親子会社法制・金融資産の評価—』別冊商法211号1頁(商事法務研究会、1998)。

<sup>71</sup> 同上〔原田〕、2頁。

<sup>72</sup> 同上〔原田〕、2頁。

<sup>73</sup> 親子会社をめぐる株主等の保護の問題は、一方で、親会社がその事業の一部を実質的に子会社に行わせることにより、親会社の株主が子会社の事業について議決権その他の権利を行使することができなくなり、他方で、親会社の指示により子会社がその利益に反する行為をさせられることにより、子会社の少数株主や債権者の利益に反する事態が生ずる恐れがあるという問題点であるが、持株会社は商法上、親会社に当たるものであるところ、わが国においては、いわゆる100%親子会社が広く存在しているから、これらの問題は、基本的には、親子会社法制または企業結合法制の問題として従来から存在していたものであり、持株会社の解禁により新たに発生したものではない(同上〔原田〕、3頁参照)。

<sup>74</sup> 同上〔原田〕、2頁。

まれる点に大きな違いがある<sup>75</sup>。譲渡を強制される株主の側からすれば財産権の侵害とも解し得るが、わずかな少数株主を排除して完全子会社とした方が効率的な業務運営に資するとき、かような財産権の絶対視は合理的な企業運営を妨げる恐れがある。また、残存する少数株主にとっても、被支配会社から離脱する権利が与えられた方が望ましいともいえる<sup>76</sup>。そのため、反対株主の保護の観点から、株式交換・株式移転においても、合併の場合と同様に当事会社の反対株主は株式買取請求権を有する。

ところで、株式交換は、企業買収または既存の子会社の完全子会社化等に利用でき、株式移転は、既存の一社がその持株会社を創設する場合または既存の二社以上が一つの持株会社の下に経営を統合する場合等に利用できる。株式交換・株式移転においては、既存の会社の法人格は、完全子会社となっても維持されるので、合併における消滅会社の会社資産や権利義務の承継に類する複雑な問題は、原則として生じない<sup>77</sup>。完全親子会社関係といえども、合併とは異なり、完全親会社と完全子会社とは法律上、別個独立した存在であることがこの制度の特徴である。

完全子会社の長所について、江頭憲治郎は、「既存の会社を完全子会社化する方が合併に比して有利な点は、①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（消滅会社は、真実は債務超過かも知れない）のに対し、完全子会社化であれば、株式の承継<sup>78</sup>であること（その価値は零ではあり得ても、マイナスではない）、②法人格が別であると、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ことである。」<sup>79</sup>とする。また、株式交換・株式移転の当事会社がとるべき手続は、ほぼ合併の手続に等しいが、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て現物出資し、募集株式の発行等を受けた（株式交換）、または、会

---

<sup>75</sup> 尾崎・前掲注 67)11 頁。

<sup>76</sup> 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 5 頁(ぎょうせい、1998)。

<sup>77</sup> 江頭・前掲注 59)934 - 935 頁。

<sup>78</sup> 株式会社の株主は、会社に対し株式の引受価額を限度とする出資義務を負う以外に、会社の債務につき責任を負わない(会社法 104 条)。すなわち「有限責任」である(同上〔江頭〕、35 頁参照)。

<sup>79</sup> 同上〔江頭〕、936 頁。

社を設立した(株式移転)とまったく同じである。それにも関わらず、現物出資的構成ではなく、合併に似た組織法的な行為としての構成が採用された理由は、現物出資的構成を採用すると、裁判所の選任する検査役の調査(会社法33条・207条)が原則として必要となる点が嫌われたためである<sup>80</sup>。なお、株式交換・株式移転により当事会社の既存の債権者の利益が害される状況は限られているため、当事会社が債権者の異議手続を行わなければならないケース<sup>81</sup>は限定される。すなわち、完全子会社となる会社の債権者については、株式交換契約新株予約権者・株式移転計画新株予約権者を除き、その地位に変動はない。完全親会社となる会社についても、完全子会社となる会社の株主に対し同社の株式を交付する限り、財産状態の悪化は生じないはずであり<sup>82</sup>、この点は、合併とは大きく異なる<sup>83</sup>。

さらに債務超過である会社の取扱いについて株式交換・株式移転は、株式の承継であることから、完全子会社の貸借対照表上簿価債務超過である場合(形式債務超過)や、のれんを計上し、資産を評価換えしてもなお債務超過である場合(実質的債務超過)であっても、そのような債務超過の会社を完全子会社化とする株式交換・株式移転は原則として有効である。これは、株主有限責任の原則からして完全子会社となる会社の株式の価値は、前述の通り、少なくともマイナスになるとは考えられず、株式交換によって完全親会社となる会社の財産が減少することではなく、株式移転においてもプラスの財産が出資されることになり、株式交換比率あるいは株式移転比率を合理的に定めることも可能だからである。これらのことから、債務超過は、株式交換・株式移転を行うことの妨げにならないと解される<sup>84</sup>。

このように、株式交換・株式移転は企業組織再編手法として位置

---

<sup>80</sup> 江頭・前掲注59)939頁。

<sup>81</sup> 株式交換・株式移転において当事会社に債権者の異議手続が要求されるのは、株式交換による完全親会社の財産状態が変化する場合である。株式交換により完全親会社が承継する完全子会社の株式の価値は、零である可能性はあってもマイナスのことはないから、合併の存続会社または会社分割の承継会社と異なり、マイナス財産の承継により完全親会社の債務が増加する可能性はない。株式交換契約新株予約権・株式移転計画新株予約権につき完全親会社の新株予約権を交付しても、金銭債務は増加しない(同上〔江頭〕、948-949頁参照)。

<sup>82</sup> 同上〔江頭〕、948頁。

<sup>83</sup> 同上〔江頭〕、939頁。

<sup>84</sup> 弥永真生『リーガルマインド会社法〔第12版〕』355-356頁(有斐閣、2009)。

づけられるが、二つの役割を有しているといえる。第一は、100%子会社を傘下におく持株会社の創設である。少数株主が存在する限り、親会社と子会社の利益が相反する場合には子会社の経営者は子会社の利益を優先しなければならないが、株式交換・株式移転により100%親子会社関係になるとそのような利益相反が生じないため、親会社と子会社は常に真に一つの企業グループとして行動できる。第二は、自社の株式を対価とした買収である。すなわち、資金を必要とせず、自社の株式を発行してこれを対価として相手方に交付すれば足り、完全親子会社関係の創設・拡大による企業グループの形成を容易かつ円滑に行うことが可能となったのである<sup>85</sup>。

## 1. 2. 2 合併

次に、合併についてであるが、会社の合併は、複数の会社を合一させ組織を拡大する。事業の譲受けによっても会社の規模は拡大するが、事業譲渡は財産だけにかかわる取引法上の行為であるのに対し、合併は株主も取り込む組織法上の行為であり<sup>86</sup>、企業の結合形態の到達点として位置づけられる<sup>87</sup>。そこにおける合併の法的意義は、二つ以上の会社が契約を締結(合併契約)して行う行為であって、当事会社の一部(吸収合併)または全部(新設合併)が解散し、解散会社の権利義務の全部が清算手続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<sup>88</sup>効果を有するものであり<sup>89</sup>、当事会社のうち一社が存続し、他の当事会社が解散する吸収合併と、当事会社の全部が解散し、それと同時に新会社が設立される新設合併とがある<sup>90</sup>。新設合併においては、消滅会社の株主は、合併契約の定めに従

---

<sup>85</sup> 梶川融ほか『株式交換の使い方』8頁(商事法務研究会、1999)。

<sup>86</sup> 龍田・前掲注23)479頁。

<sup>87</sup> 丸山修平ほか『企業再編と商法改正—合併、株式交換・移転、会社分割の理論的検討』3頁(中央経済社、2000)。

<sup>88</sup> 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、たとい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、承継しない旨の条項が無効である(大判大正6年9月26日民録23輯1498頁)。

<sup>89</sup> 江頭・前掲注59)851頁。

<sup>90</sup> 同上〔江頭〕、855頁。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、新設合併は極めて稀である。これについては吸収合併の方が新設合併よりも登録免許税額が安価である点や、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証券取引所の上場



い、消滅会社の株式に代えて必ず新設会社の株式を交付される。他方、吸収合併においては、消滅会社の株主は必ずしも存続会社の株式を交付されるとは限らず、合併契約の定めに従い、存続会社の社債、新株予約権付社債、またはその他の財産(金銭、存続会社の親会社株式等)のみを交付されることがある<sup>91</sup>。すなわち、合併が株主の承継を伴うのは、合併対価が存続会社または設立会社の株式を含む場合に限られる(「交付金合併」、「三角合併」等の許容)<sup>92</sup>。交付金合併等は、存続会社が株主構成を変えずに合併を行いたい場合など、閉鎖型のタイプの会社の合併において、とくに効果が大きい<sup>93</sup>。合併による公法上の権利義務・刑事責任等の承継<sup>94</sup>については、当該公法

---

資格等がいったん消滅し、再申請が必要となるので、新設合併は、吸収合併より手間がかかる点等が指摘されている(同〔江頭〕855頁参照)。

<sup>91</sup> 同上〔江頭〕、852頁。

<sup>92</sup> 龍田・前掲注23)496頁。

<sup>93</sup> 同上〔江頭〕、852頁。

<sup>94</sup> 権利義務を承継する際の株式会社の計算については、会社法第二編第五章により定められ、その委任を受けた法務省令(会社計算規則)が詳細な規制を設けているが、具体的規定は乏しい。資産・負債の評価を中心とする若干の規定が法務省令に置かれているのみである。そして、会計の処理に関する大部分の事項は、株式会社の会計は「一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行」に従うべきことを定める包括規定(会社法431条)で処理される。(同上〔江頭〕、637頁参照)。企業結合の重要な要素である「取得」と「持分の結合」について、企業会計基準委員会が定める「企業結合に関する会計基準」は次のように考える。「企業結合とは、ある企業又はある企業を構成する事業と他の企業又は他の企業を構成する事業とは1つの報告単位に統合されることをいう。……企業結合には『取得』と『持分の結合』という異なる経済的実態を有するものが存在し、それぞれの実態に対応する適切な会計処理方法を適用する必要があるとの考え方がある。この考え方によれば、まず『取得』に対しては、ある企業が他の企業の支配を獲得することになるという経済的実態を重視し、パーチェス法により会計処理することになる。これは、結合企業の多くは、実質的にはいずれかの結合当事企業による新規の投資と同じであり、交付する現金及び株式等の投資額を取得価額として他の結合当事企業から受け入れる資産および負債を評価することが、一般的な会計処理と整合するからである。他方、企業結合の中には、いずれの結合当事企業も他の結合当事企業に対する支配を獲得したとは合理的に判断できない『持分の結合』がある。『持分の結合』とは、いずれの企業(又は事業)の株主(又は持分保有者)も他の企業(又は事業)を支配したとは認められず、結合後企業のリスクや便益を引き続き相互に共有することを達成するため、それぞれの事業のすべて又は事実上のすべてを統合して1つの報告単位になることをいい、この『持分の結合』に対する会計処理としては対応する資産および負債を帳簿価額で引き継ぐ会計処理が適用される。この考え方は、いずれの結合当事企業の持分も継続が断たれておらず、いずれの結合当事企業も支配を獲得していないと判断される限り、企業結合によって投資のリスクが変質しても、その変質によっては個々のリターンは実現していないとみるものであり、現在、ある種の非貨幣財同士の交換を会計処理する際にも適用されている実現概念に通ずる基本的な考え方でもあ

上の制度の趣旨に従い個別に判断される。この点、江頭憲治郎によると、「たとえば、消滅会社に存した法人税法上の繰越欠損金は、税制上の適格合併であって、かつ、企業グループ内において租税回避目的で行われる合併と認められない場合に限り、承継が認められる。存続会社・新設会社に対し消滅会社の刑事責任を追及することはできない。しかし、確定済みの罰金等は、存続会社等に継承される(刑事訴訟法492条)。消滅会社が当事者である民事訴訟は、合併により中断し、存続会社・新設会社がそれを受継する(民事訴訟法124条1項2号)。」<sup>95</sup>とされ、合併により存続会社・新設会社に権利が一般承継された場合、権利の移転に対抗要件を必要とするものについては、対抗要件を具備しなければ、それを第三者に対抗することができない。債務も含め、財産の一部を承継しないことは許されず、労働契約、賃貸借契約・継続的供給契約など継続的な法律関係も、反対の特約がなければ承継されるが、合併により契約の基礎(信頼関係)が変化するので、解約権を黙示的に留保していると考えられるべき場合がある<sup>96</sup>。

これら合併の諸特性がいかなる法的性質を有するかについて学説は、大別して人格合一説と現物出資説が対立し、合併本質論が展開されてきた<sup>97</sup>。人格合一説は、合併とは人格の合一ないし会社の合同という物権的効果を発生せしめる団体法上または組織法上の特殊の契約ないし特殊の行為であるとする考え方であり、従来の通説であるとされてきた<sup>98</sup>が、昭和に入り、人格合一説が経済的説明でありえても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について、法律的には何らの説明にもなりえないと痛烈に批判する現物出資説<sup>99</sup>が登場し、見解が分かれている。現物出資説は、合併により解散会社の財産が全体として存続会社又は新設会社に移転し、それと同時に解散会社の株主が存続会社又は新設会社の発行する株式をうけてこれに収容せられるのは、当該財産を出資として株式が発行され、その株式が解散会社の株主に割り当てられ

---

る。」(企業会計基準委員会 最終改正平成25年9月13日19-20頁参照)。

<sup>95</sup> 江頭・前掲注59)853頁。

<sup>96</sup> 龍田・前掲注23)497頁。

<sup>97</sup> 今井・前掲注25)15頁。

<sup>98</sup> 大隅健一郎『会社法の諸問題』387頁(有信堂、1983)。

<sup>99</sup> 同上〔大隅〕、389頁。

るものと解するほかならず、その本質においては現物出資をもってする資本増加の一つの場合であると解するものである<sup>100</sup>。

わが国では現物出資説の見解に典型的に見られるように、消滅会社の株主に対し存続会社の株式を交付しない合併<sup>101</sup>は認められないと解するのが会社法制定前の通説であったが、これに対しては、現金を合併対価として利用しても構わないとする解釈論も有力になりつつあった<sup>102</sup>。少数株主の締出しに対する歯止めが無い状況では通説に与すると前置きしながらも、中東正文は「情報開示の質を高め、中立的な評価人が合併比率を精査した上で、少数株主の多数が合併を望むのであれば、現金を用いた合併(交付金合併)も可能とすべきである。」<sup>103</sup>と述べる。こうして、事業再構築・買収等の隆盛に伴う組織再編行為の手法の多様化の要請<sup>104</sup>から、産業競争力強化促進法の前身である産業活力の再生及び産業活動の革新に関する特別措置

---

<sup>100</sup> 神田秀樹『会社法〔第20版〕』353 - 354頁(弘文堂、2018)。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考えられる見解(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。債務超過の方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、これは後者の方が説明しやすい。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。」と述べている(同〔神田〕、353 - 354頁参照)。

<sup>101</sup> 消滅会社の株主に対し存続会社から金銭のみが交付されるものが「交付金合併(cash-out merger)」、親会社(関係会社)株式が交付されるものが「三角合併」と呼ばれる。アメリカの各州会社法は、古くからこれを認めてきた(江頭・前掲注59)852頁参照)。

<sup>102</sup> 通説に対する異論の旗頭である柴田和史教授は、アメリカにおける合併対価の柔軟化の歴史的展開を詳細に研究された上で、その柔軟化が社会的経済的要請に答えるものであったとの評価に基づき、わが商法の解釈上も消滅会社の株主に対して株式を一切交付しない形での合併を遂行することが可能であると説かれている(中東正文『企業結合・企業統治・企業金融』283頁(信山社、1999)参照)。

<sup>103</sup> 中東・前掲注66)70頁。

<sup>104</sup> 買収者が、対象会社を支配するに足りるだけの株式を取得するに止まらず、対象会社の発行済株式の全部を取得することを望む場合は少なくない。たとえば、上場会社のMBOは、株式の保有を経営陣と投資会社に集中させることによる企業価値の向上を目的としているため、買収成立後に多数の少数派株主が残存することは予定していない。また、MBO以外にも少数派株主を残存させることによる利益相反を回避したり、上場維持に伴う費用を避けるために、対象会社の株式全部の取得が望まれる場合もある。その際、対象会社が上場会社である場合のように、極めて多数の株主がいる場合には、株主全員から株式の売却の同意を取り付けることは現実的には不可能である。ここに、キャッシュアウトを行うニーズが生じる(田中・前掲注58)599頁参照)。

法は、認定計画に従う株式会社の合併につき消滅会社株主に対し「特定金銭等」を交付することができる旨の規定を設け、平成17年制定の会社法は、一般法の中に交付金合併等を導入する合併等の「対価の柔軟化」を行うに至った<sup>105</sup>。これにより、吸収合併、吸収分割等の場合に、消滅会社の株主等に対して、存続会社等の株式を交付せずとも金銭その他の財産を交付することが可能となり、少数株主の締出し(スクイズ・アウト)が完全子会社化の手法として用いられることとなったのである。こうして存続会社は、株主構成(出資比率)を維持したまま再編を行うことや、経営上、好ましくない株主を排除することも可能となった。

## 小括

本章では、完全親子会社関係と合併との経済的実態の同一性を探求すべく、結合企業概念とその一体性の捉え方について検討した。そのうえで、完全支配関係を形成する親子会社関係の法的性質を確認した。結合企業は、株式の所有を通じた支配など、様々な手法により相互に結合して企業活動を行っているが、その特徴は、結合体の経済的単一性と法的多様性にある。さらに、結合企業は、その捉え方が多様であり、「緩い結合」から「固い結合」まで、結合の強弱により様々な企業結合形態が存在することが、法律上の制度としてのメルクマールの設定や結合企業法制の整備を困難なものとしていることが指摘できる。結合関係に入った企業は、意思決定や財務面において影響を受けることとなり、会社の合併もひろくは結合企業の一場合とされるが、二つ以上の会社が経済上のみならず法律上も一個の会社となる点において、合併は最も完全かつ終局的な集中の形態であると位置づけられる。

他方で、合併よりも結合状態が弱いと考えられる親子会社関係は、総株主の議決権の過半数基準という形式基準に「経営の支配」という実質基準を加味して判定されるが、こちらも同一体説にもみられるように経済的同一体であるという特色がある。勿論、親会社と子会社は、法律的に別個の主体であり、全てを同一視することはできないが、あるところまではその経済的なつながりを法律上も無視す

---

<sup>105</sup> 江頭・前掲注 59)852 頁。

ることはできない。すなわち、経済的同一体のゆえをもって法律的にも同一として取扱いをなすべきかが問題となる。親子会社関係は、ある一定の事項または一定の規定の適用について、同一体として取り扱われるべきであるということにならざるをえず、この範囲において同一体説は妥当するとの結論に達した。

完全親子会社関係の形成手法については、株式交換・株式移転が、独占禁止法改正に伴う持株会社の解禁に呼応して設けられた制度であり、容易に完全親子会社関係を形成する手段であることを確認した。その企業組織再編手法としての二つの役割は、第一に、100%子会社を傘下に置く持株会社の創設である。少数株主が存しないことから親会社と子会社の利益相反が生じず、常に一つの企業グループとして行動できる。第二に、自社の株式を対価とした買収である。親会社は、資金を調達せずとも企業グループの形成を容易かつ円滑に行うことが可能となった。思うに、解散会社の権利義務の全てが清算手続を経ず存続会社に包括的に承継される合併と、そのような会社資産や権利義務の承継という問題が生じない株式交換・株式移転との法的性質の違いは、結局のところ、結合企業が法律上、別個独立した存在であるか否かによるものである。

## 2. 連結納税制度における租税属性の取扱い

本章では、第1章において検討した結合企業の経済的実態を踏まえつつ、グループの一体性に着目し、先ず、わが国における連結納税制度の沿革・立法趣旨を確認するとともに、その法構造について簡潔に鳥瞰する。次に、わが国の連結納税制度において、繰越欠損金は如何なる場合に引継がれ、制限されるのかを観察する。しかるのち、連結納税制度における完全支配関係と同様の経済的実態を有しながらも、企業組織再編手法の一つであり、法律的に合一する適格合併を題材とし、繰越欠損金の引継ぎと制限について比較、検証する。

### 2. 1 法主体の同一性

#### 2. 1. 1 沿革・立法趣旨

連結納税制度 (consolidated return) とは、持ち株関係を通じて密接な関係のある複数の法人のグループを一体としてとらえ、各メンバ

一の所得を連結してグループ全体の所得を計算し、それを課税標準として法人税を課する制度である。法人税は、通常、別個の法人を単位として課税される（個別法人単位主義）が、連結納税制度は、法人税の課税単位を法人のグループに拡大して課税する制度であり<sup>106</sup>、わが国における連結納税制度は、大枠においてアメリカやフランスにおいて採用されている「連結納税型」の制度として分類される<sup>107</sup>。連結納税制度が適用される法人は、内国法人である親会社と、その親会社に発行済株式の全部を直接又は間接に保有される100%子会社に限定されているが、このような関係にあっても、連結納税制度を適用するか、従来通りの単体課税によるかは企業の任意で選択制<sup>108</sup>とされる<sup>109</sup>。

わが国においては、戦後の経済発展にともなう内外からの要請を受け、連結財務諸表制度が確立した昭和50年代に、連結納税制度の必要性が強調された。しかし、他方では租税収入の減少を招くことや、そもそも連結財務諸表制度と連結納税制度とは直接関連するものではないなどの理由から、本格的な議論は見送られ、政府税制調査会においても連結納税制度の問題が取り上げられることはなかった<sup>110</sup>。平成に入ると、経済のグローバル化はさらに加速し、規制緩和や企業経営の再編成が喫緊の課題となる中で、税制面からもその対応が求められたことを背景に、連結納税制度に関する研究や議論が次第に活発化してきた。政府税制調査会は、平成10年12月の「平成11年度の税制改正に関する答申」<sup>111</sup>の中で、連結納税制度が「今後の検

---

<sup>106</sup> 金子宏『租税法〔第23版〕』（弘文堂、2019）461頁。

<sup>107</sup> 北村・前掲注4）32頁。これに対して、諸外国には、英国のグループ・リリーフ制度やドイツの機関会社（オルガンシャフト）制度のように、個別法人を課税単位として、グループに属する個別法人において生じた損益を他の個別法人に振り替えて各個別法人の所得と税額を計算する、「損益振替型」の制度も存在する（同〔北村〕、32頁参照）。

<sup>108</sup> 連結納税制度が選択制となっているのは、①グループが一体であるという実体があるのか否かは外部から見ても正確に分からないこと、②連結納税制度の適用には多大な事務負担が生ずることなどから、連結納税制度の適用を法人の選択に委ねることとされたためである（朝長英樹編著『連結納税制度』5頁（法令出版、2013）参照）。

<sup>109</sup> 同上〔金子〕、462頁。法人住民税および法人事業税については、連結納税制度の選択が認められない。ただし、課税標準は法人住民税については個別帰属法人税額であり（地稅2条1項3号イ、同292条1項3号イ）、法人事業税については、個別帰属益金額から個別帰属損金額を控除した金額である（同72条の23第1項2号）（同〔金子〕、462頁参照）。

<sup>110</sup> 日本租税倫理学会編『連結納税制度の検証』4頁（日本租税倫理学会、2002）。

<sup>111</sup> 税制調査会「平成10年度の税制改正に関する答申（平成9年12月）」二平成

討課題・抜本的見直し」の項目として取り上げられたとして、「専門的・実務的な視点から、法人課税小委員会において本格的な分析・検討を行うことが適当」であるとの考えを明らかにした。これを受けて、平成13年10月に、政府税制調査会の第17回法人課税小委員会が取りまとめた「連結納税制度の基本的考え方」<sup>112</sup>が公表され、連結納税制度に係る法律案は、平成14年6月に法人税法の一部改正が可決・成立したことにより、同年7月3日に公布された<sup>113</sup>。

政府税制調査会の「連結納税制度の基本的考え方」に示された立法趣旨を確認すると、連結納税制度の意義は、「企業の事業部門が100%子会社として分社化された企業グループやいわゆる純粋持株会社に所有される企業グループのように、一体性をもって経営され実質的に一つの法人としてみることができる実態を持つ企業グループについては、個々の法人を課税単位として課税するよりも、グループ全体を一つの納税単位として課税するほうが、その実態に即した適正な課税が実現されることにある。」<sup>114</sup>とする。すなわち、連結納税制度は企業グループの一体性<sup>115</sup>に着目し、企業グループ内の個々の法人の所得と欠損とを通算して所得を計算するなど、企業グループをあたかも一つの法人であるかのように捉えて法人税を課税する仕組みであるといえ

---

10 年度税制改正の課題(7)その他の検討課題

(<http://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11117501/www.cao.go.jp/zeicho/tosin/zeicho3.html>、2020年1月25日最終閲覧)。

<sup>112</sup> 税制調査会「連結納税制度の基本的考え方」

(<http://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11117501/www.cao.go.jp/zeicho/tosin/131214a02.html>、2020年1月25日最終閲覧)。「以下、「税制調査会」。

<sup>113</sup> 連結納税制度の導入に伴う税収の減少への対処として、平成14年4月1日から平成16年3月31日までの時限措置である連結付加税(措置法旧68条の8)の導入と、受取配当益金不算入割合の引き下げ、退職給与引当金制度の廃止、旧特別修繕引当金制度の廃止による課税ベースの拡大が行われたが、課税ベースの拡大は、連結申告の対象外である法人にも及び、それらの法人については、増税だけを受けたこととなる(岡村・前掲注10)492頁参照)。

<sup>114</sup> 同上〔税制調査会〕。

<sup>115</sup> この一体として扱う企業グループとは、完全に一体と認められる企業グループ、すなわち親法人とその親法人が直接又は間接に発行済株式の全部を保有する子法人となる。これは、少数株主分に対応する子法人の所得金額や欠損金額までを企業グループの所得金額や欠損金額とすることは適当でないこと、少数株主の保護の観点から問題が生ずること、制度を簡素化する必要があること等の理由による(「改正税法のすべて 平成14年度版」242-243頁(大蔵財務協会、2002)参照)。

る。そこにおける基本的考え方は、「近年、企業グループの一体的経営の急速な進展や企業組織の柔軟な再編成を可能とするための独占禁止法や商法の改正が行われる中であって、連結納税制度の創設は、結果として、企業の組織再編成を促進し、わが国企業の国際競争力の維持、強化と経済の構造改革に資することになるものと考えられる。」と説明される。このように、連結納税制度の導入は、企業活動のグローバル化に対応するべく、独占禁止法改正（持株会社の設立・転化の全面的禁止の撤廃）に端を発する規制緩和の流れに沿った企業グループ税制等の整備の一環として行われたものであると位置づけることができる。また、課税単位に着目すると、グループ自体を納税主体とする連結納税制度は、わが国の個別法人単位主義の例外的な制度であるといえよう。

## 2. 1. 2 法構造

### (1) 連結グループと開始および加入

連結法人グループは、連結法人個々が私法上の法人格を有するものであり、内国法人およびその内国法人が完全支配関係を有する他の内国法人により構成される<sup>116</sup>。ここにいう完全支配関係とは、一の者が法人の発行済株式等の全部を直接若しくは間接に保有する関係<sup>117</sup>又は、一の者との間に当事者間の完全支配の関係がある法人相互の関係である（法人税法2条の12の7の6）。わが国の連結納税制度は、親会社と、その100%子会社のみが連結グループに参加することができ、また100%子会社は「全完全支配関係法人参加主義」<sup>118</sup>によりすべて参加が強制される<sup>119</sup>。親法人は連結グループを代表して、連結グル

---

<sup>116</sup> 金子・前掲注106)463頁。

<sup>117</sup> 株式等の保有割合については、自己株式や、従業員持株会およびストック・オプションにより取得された株式のうち一定のものは、判定から除外される。しかし、関連会社や子会社、役員等が保有する株式等は、判定の基礎に含まれる。株式の定義や、種類株式（議決権の有無等）による差異は設けられていない（岡村・前掲注10)495頁参照）。

<sup>118</sup> このような一部除外の禁止は、好ましい法人だけを連結対象とすることによる税負担の軽減を防ぐためと考えられるが、完全支配関係が連結法人の要件とされているため、たとえば少数の議決権制限株式を関連者等に発行することで、連結に加入せず、または、連結から抜け出すことが可能である。ただし、連結に復帰するには、5年間が必要である（同上〔岡村〕、495 - 496頁参照）。

<sup>119</sup> 金子・前掲注106)463頁。



ープ全体の所得(連結法人所得)について納税義務を負い(法人税法4条の2)、他のグループ法人は、それぞれが「連帯納付の責任」<sup>120</sup>を負うこととされている(法人税法81条の28)<sup>121</sup>。連結納税義務者として法人税を納めることにつき、国税庁長官の承認(法人税法4条の2)を受けた法人のそれぞれを連結法人というが、ある連結申告の開始または加入にあたって、連結子法人となる法人は、原則として連結開始直前事業年度終了または連結加入直前事業年度終了のときに有する時価評価資産<sup>122</sup>の時価評価を行い<sup>123</sup>、評価益・評価損を連結開始直前事業年度または連結加入直前事業年度の益金・損金に計上しなければならない(法人税法61条の11第1項、61条の12第1項)<sup>124</sup>。

この連結開始および加入時における時価評価の意義について朝長英樹は、「単体納税制度と連結納税制度とは、異なる制度であるため、単体納税制度の下で生じた利益や損失を連結納税制度の下で計上したり、連結納税制度の下で生じた利益や損失を単体納税制度の下で計上するといったことは、本来、適当ではありません。また、単体納税制度の下で生じた資産の含み益や含み損を任意に連結納税制度の下に持ち込んで利用することができるようになると、租税回避の問題も生じてくることとなります。」<sup>125</sup>と説明する。金子宏も同様に、「①連結グループに参加ないし加入することは、単体課税の世界から連結課税という別の世界に入ることであるから、資産の状況を明確にし、いわば身ぎ

---

<sup>120</sup> 連帯納付責任に限度額を設けた場合には、限度額の少ない連結子法人に財産を集中させることにより徴収を回避することも可能となること等が考慮され、限度額は設けられていない

政府税制調査会・第3回連結納税制度に関する専門家会合

(<https://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/renketsu/2019/index.html>、2020年1月25日最終閲覧)。

<sup>121</sup> 同上〔金子〕、463 - 464頁。

<sup>122</sup> 時価評価資産とは、固定資産、土地(土地の上に存する権利を含み、固定資産に該当するものを除く)、有価証券、金銭債権、および繰延資産で政令で定められたもの以外のものをいう(法人税法61条の11第1項、61条の12第1項、法人税法施行令122条の12)。

<sup>123</sup> 時価評価の回避について、連結外にある法人が保有する資産の含み損益を連結申告に持ち込む方法として、連結親法人を当事法人とする適格組織再編成が考えられる(連結子法人を当事法人とした場合、完全支配関係が維持できない)。すなわち、連結親法人を合併法人とする適格合併、連結親法人を分割承継法人とする適格吸収分割、および、連結親法人を被現物出資法人とする適格現物出資による資産の取得である。また、適格株式交換・適格株式移転により子会社ごと含み損益を持ち込むこともできる(岡村・前掲注10)500 - 501頁参照)。

<sup>124</sup> 同上〔金子〕、468頁。

<sup>125</sup> 朝長・前掲注108)43頁。

れいにして入っていく必要があること、②連結納税制度の導入による税収減を多少とも相殺する必要のあること、③時価評価法人が資産の含み益・含み損をかかえたまま連結子法人として連結グループに入ることと認めると、入った後に含み益・含み損を実現して連結法人相互間で損益を通算することによる租税回避が行われるおそれがあるため、それを予防する必要があること、等の理由に基づいて設けられた措置である。」<sup>126</sup>と述べているが、こうしたおそれが少ないと考えられる特定連結子法人<sup>127</sup>については、入口における時価評価は不要である<sup>128</sup>。このように、連結申告の開始及び加入においては、法主体の同一性が持続されているにもかかわらず、原則として全ての租税属性が遮断・更新され、連結外の租税属性を連結内に持ち込ませないこととされている<sup>129</sup>。

## (2) 所得算定の構造と個別帰属額

連結グループにおける所得算定については、企業グループの一体性に着目するとはいえ、連結法人個々における所得計算(個別所得計算)がなくなるわけではない<sup>130</sup>。連結法人税の課税標準は、各連結事業年

---

<sup>126</sup> 金子・前掲注 106)468 頁。

<sup>127</sup> 特定連結子法人とは、連結加入時における時価評価課税の対象外とされる法人で、連結親法人等が設立した新設子法人や適格株式交換による完全支配子法人などがこれにあたる(法人税法 61 条の 11 第 1 項各号、法人税法 61 条の 12 第 1 項各号)(酒井貴子「欠損金の移転—組織再編税制、連結納税制度」金子宏監修、中里実他編『現代租税法講座第 3 巻 企業・市場』230 頁(日本評論社、2017)参照)。

<sup>128</sup> 同上〔金子〕、468 頁。さらに、その帳簿価額が 1 千万円未満の資産は、租税回避による税負担の減少額が少ないため、制度の簡素化の観点から時価評価資産の範囲から除外されている(同〔金子〕、468 頁参照)。

<sup>129</sup> 岡村・前掲注 10)434 頁。

<sup>130</sup> 朝長英樹ほか『日本型連結納税制度の基本的な考え方と法令の概要』3 頁(日本租税研究協会、2003 年)。次のような理由から、連結納税制度の下においても個々の法人の所得金額と税額を適正な金額とする必要があるとされている。

①法人を取り巻く法制度が基本的にそれぞれ独立の法人格を有する単体の法人を前提として創られており、税制における取扱い以前の問題として、グループを構成する法人であってもそれぞれの利益及び損失の額や資産及び負債の額は適正なものとなっていなければならないこと。②連結グループ内の法人は、株式の譲渡等により連結グループから離脱し、単体納税制度に戻ることがあるが、その離脱法人と連結グループに残る法人との間で、取引価格を恣意的に設定する等により、資産、負債、所得、欠損などの付替えを任意に行うことができるということになれば、さまざまな問題が生ずることにならざるを得ないこと。③損金経理等を要件とするものや個別法人単位で計算することとなる租税特別措置が非常に多く存在していること。④地方税が連結納税制度を採用していないこと(同〔朝長〕、3 頁参照)。

度の連結所得の金額であるが、それは、当該連結事業年度の益金の額から損金の額を控除した金額である(法人税法 8 1 条の 2)<sup>131</sup>。ここにいう益金の額または損金の額は、連結グループ全体として観念されるものであるが、別段の定めがあるものを除き、各連結申告法人の「個別益金額」または「個別損金額」が全てそのまま投入される。(法人税法 8 1 条の 3)。この点、岡村忠生は、『個別益金額』または『個別損金額』とは、単体申告における規定を適用し、各連結申告法人において計算される益金または損金であるから、単体申告の規定が包括的に借用されていることが理解される。<sup>132</sup>と指摘する。ただし、受取配当金の益金不算入をはじめとする、一定の益金または損金の項目については、連結グループとしての全体計算に基づく連結調整項目として、別段の定めを設けて全体計算を行うこととされており(法人税法 8 1 条の 4 以下)、租税特別措置法においても、多数の別段の定めが規定され、連結調整が行われる(租税特別措置法 6 8 条の 9 以下)。

連結調整項目のうち、連結法人間の取引については、連結納税制度が連結グループの一体性に注目することから、その課税を繰り延べる<sup>133</sup>。すなわち、取引がグループ内部にある段階ではまだ課税の対象とはせず、外部との取引が行われた段階ではじめて課税を行うべきこととなる(法人税法 8 1 条の 1 0)<sup>134</sup>。かような考慮から、法人税法は、一定の資産を譲渡損益調整資産<sup>135</sup>と呼び、連結法人が、譲渡損益調整資産を連結完全支配関係のある他の連結法人に譲渡した場合には、当該譲渡損益調整資産にかかる譲渡利益額または譲渡損失額に相当する金額は、当該連結法人の連結所得の金額の算定上、損金の額または益金の額に算入する(法人税法 6 1 条の 1 3 第 1 項)、と定めて、譲渡損

---

<sup>131</sup> 金子・前掲注 106)470 頁。

<sup>132</sup> 岡村・前掲注 10)507 頁。

<sup>133</sup> 朝長・前掲注 108)108 頁。この取扱いは、従来、連結法人間における譲渡に限って適用が認められていたが、平成 22 年度改正により、単体納税である 100% グループ法人にもその適用範囲が広げられ、完全支配関係のある内国法人間において譲渡された譲渡損益調整資産に係る譲渡損益が繰り延べられることとされた(同〔朝長〕、108 頁参照)。

<sup>134</sup> 同上〔岡村〕、511 頁。

<sup>135</sup> 譲渡損益対象資産とは、固定資産、土地(土地の上に存する権利を含み、固定資産に該当するものを除く)、有価証券、金銭債権、および繰延資産で政令で定められたもの以外のものをいう(法人税法 61 条の 13 第 1 項、法人税法施行令 122 条の 14)。

益<sup>136</sup>を相殺し、これを連結所得の金額に反映させない<sup>137</sup>。なお、当該譲渡損益調整資産にかかる課税の繰り延べは、一定の事由に該当することにより終了する(法人税法81条の10第2～4項)<sup>138</sup>。こうした算定過程を経て、連結法人税の税額は、連結所得の金額に税率を適用し、一定の税額控除を行うことにより算出され、連結親法人により申告・納付される<sup>139</sup>。しかしながら、算出された税額は、本来的には同一連結グループに属する各連結法人によって負担されるべきものであるから、法人税法は、各連結法人が連結法人税の負担額として帰せられる金額とその減少額として帰せられる金額について連結法人税の個別帰属額を定めている(法人税法81条の18第1項)<sup>140</sup>。

個別欠損金額は、連結グループとして連結欠損金額が生じる場合には、個別所得金額の絶対値から連結欠損金額のうちその連結法人に帰せられるもの、すなわち連結欠損金個別帰属額(法人税法81条の9第6項)<sup>141</sup>を減額した金額となるが、連結欠損金個別帰属額は、連結申告

---

<sup>136</sup> 譲渡損益調整資産の譲渡については、適格組織再編成の場合のように、帳簿価額が引き継がれるのではないことに注意すべきである。譲受法人における帳簿価額は、対価の額(時価)である(岡村・前掲注10)512頁参照)。

<sup>137</sup> 金子・前掲注106)477頁。なお、棚卸資産、帳簿価額が1千万円未満の少額資産がこの規定の対象から除外されているのは、執行の便宜からであると理解され、棚卸資産については、流動資産として短期間でグループ外に移転する可能性が大きいためである(同〔金子〕、477頁参照)。

<sup>138</sup> 同上〔岡村〕、513頁。課税繰延が終了する事由は、次の3つである。①譲受法人が譲渡損益調整資産につき、譲渡、償却、評価換え、貸倒、除却等の対象とした場合。ここにいう譲渡については、同一グループの連結法人に対する再譲渡が含まれる。この場合、再譲渡をする法人(当初の譲受法人)において再度この制度が適用されるので、最初の譲渡後に発生した含み損益への課税は繰り延べられる。②譲受法人が連結納税の承認を取り消された場合。これについては連結外への譲渡と同様に考える③譲受法人が適格分割型分割により譲渡損益調整資産を分割承継法人に移転した場合(同〔岡村〕、513頁参照)。

<sup>139</sup> 同上〔岡村〕、514頁。なお、連結法人グループも、少数の株主等によって支配されている場合があるため、単体申告における同族会社の留保金課税に対応する制度が、連結申告においても設けられている(法人税法81条の13)(同〔岡村〕、514頁参照)。

<sup>140</sup> 同上〔金子〕、480頁。連結法人税の個別帰属額とは、その連結法人の単体法人税の所得金額または欠損金額に相当する、個別所得金額または個別欠損金額に対して法人税率を適用した金額に、税額調整金額を加減算した金額をいう(同〔金子〕、480頁参照)。

<sup>141</sup> 連結欠損金個別帰属額とは、連結欠損金額のうち各連結法人に帰せられる金額をいう。この連結欠損金個別帰属額は、連結欠損金額の繰越控除による損金算入額を各連結法人に配分するための計算や連結欠損金額の減額の基礎として用いられ、あるいは、連結法人が離脱等をした場合にこの連結欠損金額個別帰属額が単体納税における欠損金額として用いられ、連結欠損金額を連結法人ごとに管理するためのものと考えられる(税理士法人高野総合会計

を離れる場合に持ち出すことができる租税属性として重要である<sup>142</sup>。このように、わが国の連結納税制度は、連結法人個々における所得計算を出発点とし、一体としての計算と個別法人としての計算との間をいわば往復しながら、課税標準と連結法人税額を算出する構造であるため、個別所得計算における適正さの要請<sup>143</sup>は、単体申告の場合に比して高いともいえる<sup>144</sup>。さらに、連結納税制度については、多様な租税回避行為が想定されることから、包括的な租税回避防止措置が設けられており(法人税法132条の3)<sup>145</sup>、組織再編成にかかる行為・計算の否認の場合と同様に、公平な税負担と法的安定性の二つの価値の対立を軸として、今後も解釈理論と判例が形成されていくと考えられる<sup>146</sup>。

### (3) 終了および離脱

一定の事実による連結納税の承認の取消しや、連結子法人が連結親法人との間に連結完全支配関係を有しなくなったこと等の事実によるみなし取消し(離脱という)、又は取りやめの承認を受けることにより、連結申告は終了する。連結申告の終了や離脱においては、法主体の同一性が継続することから、資産取得価額等の租税属性は、原則として維持され、開始時や加入時のような時価評価の規定は存在しない。連結個別資本金等の額及び連結個別利益積立金額は、単体申告における資本金等の額および利益積立金額に引き継がれる<sup>147</sup>。同様に、グループ全体としての連結欠損金額のうち各連結法人に帰属する金額である連結欠損金個別帰属額は、一定の場合に単体申告における欠損金額とみなされて、連結グループの外に持ち出される(法人税法57条6項)<sup>148</sup>。

---

事務所編『繰越欠損金と含み損の引継ぎを巡る法人税実務Q&A〔二訂版〕』78-79頁(税務研究会出版局、2015)参照)。

<sup>142</sup> 岡村・前掲注10)515頁。

<sup>143</sup> このような計算構造においては、修正事由が生じたとき、当該個社だけでなく、全ての連結法人に影響が及ぶ場合があり、納税者と課税庁に大きな負担が生じることになる。他方、合併では、完全に一体化したものとして扱われるので連結税制よりも簡素になる(岡村・前掲注18)9頁参照)。

<sup>144</sup> 岡村・前掲注10)491頁。

<sup>145</sup> 朝長・前掲注108)6頁。

<sup>146</sup> 金子・前掲注106)481頁。

<sup>147</sup> 同上〔岡村〕、518頁。

<sup>148</sup> 岡村・前掲注10)518頁。

なお、投資簿価修正は、連結法人が保有する連結子法人株式について譲渡等を行う場合に、その連結子法人株式の法人税法上の帳簿価額の修正と自己の連結個別利益積立金額を調整することにより、複製された取得価額による二重課税や二重控除<sup>149</sup>を防止する規定であるが、わが国においては完全支配関係が連結要件とされているため、連結子法人株式の譲渡は必ず連結離脱をもたらす結果となる。したがって、この調整は、離脱に関する制度であると位置づけられる<sup>150</sup>。合併と連結の決定的な違いは、事業活動という企業の実態ではなく、子法人達が法人格を維持していることであり、子法人株式(持分)という資産が存在することである。すなわち、複製された取得価額、クローニングされたベイスが、資産として残ることとなるが、一体視の考え方を法主体が複数存在するグループに適用しようとする、こうした原理的にどうしても解決できない問題が生ずる<sup>151</sup>。わが国の連結納税制度においては、加入・開始時の時価評価および欠損金切り捨てにより原則として租税属性を持ち込ませないようにしているが、入口で遮断したからといって、二重控除が無くなるわけではない<sup>152</sup>。さらに、二重控除が生じる連結離脱時や取りやめ時に、連結個別帰属額の計算により欠損金額の持ち出しが可能であり、時価評価課税も行われないため、非対称性が存在する。このように見ると、わが国においても米国のような出口における規制が必要であり、そのための規定は、さらに精緻できめ細やかなものにすべきであると考えられる<sup>153</sup>。

---

<sup>149</sup> この点、朝長英樹は、「連結子法人の所得に対して連結納税ベースで課税をしながら、更に、その連結子法人株式の譲渡等により生じた連結子法人株式の譲渡益等に対して課税をしてしまうと、連結子法人が稼得した利益、すなわち連結所得金額として課税された連結子法人の所得に対して、再度課税してしまうという『所得の二重課税』の問題が生じます」と説明する(朝長・前掲注 108)189 頁参照)。

<sup>150</sup> 同上〔岡村〕、528 頁。

<sup>151</sup> 岡村・前掲注 18)10 頁。

<sup>152</sup> 同上〔岡村〕、21 頁。例えば、連結後に生じる損失や、入口における時価評価課税が、「時価評価資産」に限られること、入口での欠損金の切捨てが連結親法人など一定の場合に対象外となることが挙げられる。さらに、移転価格税制における HTVI(Hard To Value Intangibles、評価困難な無形資産)の議論にあるように、完全な時価評価は不可能であると思われる(同〔岡村〕、21 頁参照)。

<sup>153</sup> 同上〔岡村〕、21 頁。

## 2. 2 繰越欠損金の制限根拠

### 2. 2. 1 連結欠損金額の範囲

納税者自身やその資産、負債に認められる性質、属性のうち、税負担に影響を与えるものを租税属性(tax attributes)という<sup>154</sup>。法人税法上、納税者自身に関するものとしては、資本金等の額や利益積立金額、そして所得の金額またはその負値である欠損金額が重要である<sup>155</sup>。租税属性は、その租税属性を基礎として税負担の算定を受ける納税者の法的な同一性が認められる限り維持されるが、法主体の同一性が失われると、原則として租税属性は更新または破棄される<sup>156</sup>。例えば、資産が譲渡されると、取得価額は原則として時価となり、保有期間は振り出しに戻る。また、法人が解散すれば、資本金等の額や利益積立金額、欠損金額といった法人における租税属性と、その法人の株式取得価額という株主における租税属性は失われる。この原則の下で、納税者には、法人としての「殻」を利用して法主体の同一性を維持し、好ましい租税属性を維持または獲得するとともに、好ましくない租税属性を破棄しようとする誘因が働くであろう。このため、法人の所有者(株主)が変化した場合、租税属性の維持に一定の制限が課されているのである<sup>157</sup>。

ところで、連結納税制度における「実態に即した」連結申告の意味は、結局のところ連結法人個々が私法上の法人格を有することから、連結グループ全体をそのまま一つの法人として扱うといった単純なものではあり得ないこととなる<sup>158</sup>。上述した法構造についても、連結グループの単一課税単位をどこまで重視して、個別所得計算をいかなる範囲や段階まで残すかには、制度設計として多様な選択肢があり得るが、岡村忠生は、「多様なバリエーションの中にも、連結申告としての不可欠な要素は存在する。それは、連結法人相互間での所得の金額と欠損金額との相殺である。すなわち、所得と欠損という最も重要な租税属性が、法主体の同一性を越えて結合されることである。もう一つの極めて重要な要素は、内部損益に対する課税の排除(繰延)である。

---

<sup>154</sup> 岡村・前掲注10)434頁。

<sup>155</sup> 同上〔岡村〕、434頁。

<sup>156</sup> 同上〔岡村〕、434 - 435頁。

<sup>157</sup> 同上〔岡村〕、434 - 435頁。

<sup>158</sup> 同上〔岡村〕、491頁。

すなわち、連結法人同士の取引による損益は、連結グループ外との取引が生じるまで、課税が繰り延べられることである。」<sup>159</sup>と述べ、連結申告における核心が租税属性の移転と内部損益に対する課税の繰り延べにあるとする。

#### (1) 原則

繰越欠損金は、将来において税負担を直截的に減少させることから重要な租税属性であるが、連結申告書の提出を選択した連結グループにおいても、単体申告の場合と同様に、所得平準化目的のもと、繰戻還付(法人税法81条の31第1項)または繰越控除(法人税法81条の9第1項)が認められている<sup>160</sup>。ただし、連結納税制度はグループを一つの納税単位とすることから、原則として連結納税制度の下で生じた連結欠損金額のみを繰越控除する<sup>161</sup>。連結欠損金額とは、各連結事業年度の連結所得の計算上当該連結事業年度の損金の額が当該連結事業年度の益金の額を超える場合のその超える部分の金額(法人税法2条19の2)であると定義されている<sup>162</sup>ため、単体申告において生じた欠損金額やその合計金額とは全く別のものになり、両者の関係は遮断されている。さらに、単体申告における欠損金額は、連結開始または加入の手続きにより完全に切り捨てられ、単体申告に復帰しても復活することはない<sup>163</sup>(単体欠損金額の切捨て)<sup>164</sup>(法人税法57条9項3号、58条4項3号)<sup>165</sup>。つまり、連結申告に入る前に生じた単体としての欠損金額は、原則としてその連結申告において繰越控除することはできないとされているのである。こうして、連結申告の開始または加入においては、法主体の同一性が維持されているにもかかわらず、連結グループとしての課税に移行することから、原則として全ての租税属性が遮断・更新され、連結外の租税属性の連結内への持ち込みは

---

<sup>159</sup> 岡村・前掲注10)491-492頁。

<sup>160</sup> 酒井・前掲注127)228頁。

<sup>161</sup> 朝長・前掲注108)239頁。

<sup>162</sup> 同上〔朝長〕、239頁。

<sup>163</sup> 厳密には、たとえいったん連結法人となっても、最初連結事業年度が終了する前に離脱をすれば、単体申告時の欠損金額が失われることはない(同上〔岡村〕、501頁参照)。

<sup>164</sup> 欠損金の切捨てについて岡村忠生は、「連結申告への移行があっても、損益の平準化は必要であると考えられるから、欠損金額の破棄は、税収減に対応する必要からと考えざるを得ない。」と述べている(同上〔岡村〕、501頁参照)。

<sup>165</sup> 同上〔岡村〕、501頁。



制限されることとなる。資産が連結開始または加入時に時価評価されるのと同様に、単体申告時の欠損金額は切り捨てられ、連結所得を相殺することはできない<sup>166</sup>。ただし、連結親法人および連結親法人と同視できる連結子法人等については、この限りではない。

## (2) みなし連結欠損金額

単体申告の下で生じた欠損金額及び連結グループにおいて生じた連結欠損金個別帰属額のうち一定のものについては、連結欠損金額とみなし、連結申告に持ち込むことが可能である(法人税法 8 1 条の 9 第 2 項)<sup>167</sup>。この連結欠損金額は、①非特定連結欠損金額、②特定連結欠損金額、③切捨て欠損金額の三種類に分類できる<sup>168</sup>。①は持ち込みを認め、親会社の連結前繰越欠損金と同様の取扱い、②は持ち込みを認めるが、連結加入後の所得とのみ相殺可能、③は持ち込みを認めず、これを切り捨てる。まず非特定連結欠損金額についてであるが、連結親法人の単体納税時の欠損金額及び連結親法人同等法人の単体納税時の欠損金額及び連結欠損金個別帰属額は、連結納税制度の創設時から、連結申告への持ち込みが認められていた。これについて「改正税法のすべて 平成 14 年版」<sup>169</sup>は、連結親法人や連結親法人同等法人の有する欠損金額は、グループの事業活動の結果を集約して生じたものであると考え、租税回避の懸念についても低いとする。したがって、赤字法人である連結親法人等が、黒字法人である子会社と連結した場合

---

<sup>166</sup> 岡村・前掲注 10)493 頁。

<sup>167</sup> 朝長・前掲注 108)242 頁。

<sup>168</sup> 同上〔朝長〕、24 頁。

<sup>169</sup> 「改正税法のすべて 平成 14 年版」において、非特定連結欠損金額の持ち込みの趣旨は、次のように説明されている。「親法人については、親法人とその 100%子法人から成るグループはその親法人の実像を示していると考えられることもできること、子法人の欠損金額を連結納税の下で繰越控除する場合とは異なりほとんど租税回避という問題が生じないと考えられることなどから、親法人の単体納税の下で生じた欠損金額については、連結納税の下で繰越控除することができることとされています。また、親法人が株式移転により設立された法人である場合には、その株式移転に係る完全子会社までを含めて親法人とみるのが実態にあるものと考えられることから、この完全子会社の単体納税の下で生じた欠損金額についても、連結納税制度の下で繰越控除することができることとされています。さらに、連結法人が組織再編成を行った場合には、単体納税における組織再編成に係る取り扱いと同様の取扱いをすることが基本とされていますので、連結親法人が連結グループ外の法人を吸収合併する場合には、その被合併法人の未処理欠損金額を引き継いで連結納税の下で繰越控除することができることとされています。」(「改正税法のすべて 平成 14 年版」308 頁(大蔵財務協会、2002)参照)。

には、その連結親法人等の欠損金額は、連結欠損金額とみなされる。次に、特定連結欠損金額についてであるが、平成22年度改正前までは、連結子法人の単体申告時の欠損金額は、連結納税へと課税単位が変更されるため、課税関係を清算させる趣旨の下、すべて切捨てられていた。しかし、かような連結子法人の欠損金の持ち込み制限が、連結納税制度の導入を阻害していると指摘されていたことに鑑み、企業組織再編成をも視野に入れつつ、平成22年度改正<sup>170</sup>において、その制限が緩和された<sup>171</sup>。

この改正の内容は、連結納税の開始又は加入時に、時価評価不要である連結子法人(特定連結子法人。ただし、従前より単体納税時の欠損金を連結納税に持ち込むことができた連結親法人同等法人を除く。)の単体納税時の欠損金額については、連結特定欠損金額として、その特定連結子法人の個別所得金額を限度に、連結申告への持ち込みを認めるというものである。時価評価を必要としない特定連結子法人に関しては、単体納税における課税関係を清算させる必要性に乏しく、また、連結親法人による完全支配関係が5年超継続していることから、租税回避に利用されにくいと考えられた<sup>172</sup>。また、従前は、連結法人が連

---

<sup>170</sup> 「改正税法のすべて 平成22年版」において、特定連結欠損金額の持ち込み制限緩和の趣旨は、次のように説明されている。「そもそも、連結開始前の欠損金額について連結納税への持ち込みを制限しているのは、グループで事業活動を行って獲得した所得に対してグループを納税単位とした課税を行うといった連結納税の基本的な考えの下、いわゆる単体納税制度から連結納税制度へ、あるいはその逆といったように納税単位が変更される際には課税関係を清算する仕組みとすべきことや、グループ外の法人の事業活動によって生じた欠損金額とグループ内の法人の所得との相殺を目的とした租税回避的な利用を防止することなどが理由とされています。しかし、このような子法人の連結開始前の欠損金の持ち込みの制限について、企業グループが連結納税を選択することの阻害要因となっているとの指摘もありました。今般の見直しの議論の中で、連結グループ外で生じた欠損金額を利用した租税回避防止策を講じつつ、グループ内で生じた欠損金額と同等のものと見ることができ欠損金額について、連結グループ内で繰越控除することができることとされました。具体的には、親法人による完全支配関係が長期間継続している子法人等といったいわゆる時価評価除外法人、すなわち、納税単位の変更に伴う課税関係の清算として、その有する資産を時価評価すべきところ、連結親法人との関係から課税上の弊害が生じにくい点等を考慮して、例外的に連結納税の開始及び連結納税への加入に伴う時価評価の対象外とされている法人の連結開始又は加入前の欠損金について、その時価評価除外法人の個別所得金額をその損金算入の限度として、連結グループ内で繰越控除することができることとされました。」(「改正税法のすべて 平成22年版」244頁(大蔵財務協会、2010)参照)。

<sup>171</sup> 朝長・前掲注108)246頁。

<sup>172</sup> 同上〔朝長〕、245頁。

結法人以外の法人と適格合併を行った場合に、その合併法人が連結親法人である場合のみ、被合併法人の欠損金額を連結納税に持ち込むことが可能であったが、合併法人が連結子法人であるときも、被合併法人の欠損金額を特定連結欠損金額として連結申告へと持ち込むことが認められた<sup>173</sup>。さらに、当該改正において、完全支配関係のある内国法人の残余財産が確定した場合の欠損金の引継ぎ制度(法人税法57条2項)が創設されたことに伴い、連結親法人と完全支配関係のある内国法人の残余財産が確定した場合には、その残余財産の確定した内国法人の欠損金額は、その株主である連結法人の特定連結欠損金額として連結申告に持ち込めることとなった<sup>174</sup>。これら①非特定連結欠損金額、②特定連結欠損金額に該当するもの以外の連結子法人の繰越欠損金額については、③切捨て欠損金額として取り扱われ、連結申告の開始および加入にあたり持ち込むことはできない。特定連結子法人は、連結納税開始又は加入時に時価評価不要とされ、資産の含み損益の連結内持ち込みを認められている法人であるが、その連結加入前の欠損金の持ち込みについては、連結後所得の金額に制限されることとなり、欠損金額と資産の含み損益との取扱いについては整合性のないことが指摘される<sup>175</sup>。

## 2. 2. 2 本来的性質

### (1) 繰越欠損金

欠損金の意義と性質について金子宏は、「欠損金(net loss)とは、各事業年度の損金の額が益金の額をこえる場合のそのこえる部分の金額のことである(法人税法2条19号)。法人の事業年度は、もともと事業成果を期間損益の形で算定するために人為的に設けられた期間であるから、企業の成果を長期的に測定するためには、ある年度に生じた欠損金は、その前後の事業年度の利益と通算するのが妥当である。」とする<sup>176</sup>。当該欠損金は、青色確定申告を要件に<sup>177</sup>、繰越控除と繰戻還付

<sup>173</sup> 朝長・前掲注108)245頁。

<sup>174</sup> 同上〔朝長〕、246頁。

<sup>175</sup> 酒井貴子『法人課税における租税属性の研究』119頁(成文堂、2011)。

<sup>176</sup> 金子・前掲注106)427頁。

<sup>177</sup> 青色申告が要件とされていることは、所得税でも同様である(所得税法70条)。この制度は青色申告の特典であるといわれることがあるが、繰越が過去の損益に基づくものであることから、正確な記帳とその保存が必要となるためである

が認められており、平成27年度改正により繰越期間は9年から10年に延長され(法人税法57条1項)、控除限度額は中小法人等を除いて控除前所得の50%に引き下げられている(法人税法57条2項)。繰戻還付(法人税法80条)の規定については、その繰戻期間を1年とし、中小法人等と清算法人に対しては認められているものの、厳しい財政状況に鑑み、原則的にはその適用が停止されている(租税特別措置法66条の13)。現行の欠損金に関する諸規定は、組織再編税制の整備や連納税制度の導入、株式交換・株式移転に関する改正、資本に関する取引等に係る税制の見直しなどにより、全体として複雑なものとなっているが<sup>178</sup>、その制度趣旨<sup>179</sup>は所得の金額と欠損金額とを平準化することにより、所得変動に関して中立的で公平な課税の実現であるとされる<sup>180</sup>。この点、裁判所もまた、「欠損金の繰越控除とは、いわば欠損金額の生じた事業年度と所得の申告をすべき年度との間における事業年度の障壁を取り払ってその成果を通算することにほかならない。……各事業年度毎の所得によつて課税する原則を貫くときは所得額に変動ある数年度を通じて所得計算をして課税するのに比して税負担が過重となる場合が生ずるので、その緩和を図るためにある。」<sup>181</sup>と判示

---

(岡村・前掲注10)438頁参照)。

<sup>178</sup> 法人税法57条から59条は次の事項を定めている。57条は、「青色申告書を提出した事業年度の欠損金の繰越し」、57条の2は「特定株主等によって支配された欠損等法人の欠損金の繰越しの不適用」、58条は「青色申告書を提出しなかった事業年度の災害による損失金の繰越し」、59条は「会社更生等による債務免除があった場合の欠損金の損金算入」(増井良啓『租税法入門〔第2版〕』280頁(有斐閣、2018)法人税法57条~59条の概観参照)。

<sup>179</sup> わが国における繰越欠損金の制度の沿革・趣旨について、村井正は、無制限の繰越欠損を提案したシャープ勧告を引用し、同勧告が「欠損金の繰越控除および繰戻し制度が、『公平』という税制の柱を担保するものとして位置づけられるとともに、正確な記帳を促進する誘因となることを強調している。」と述べている(村井正『租税法—理論と政策—〔三訂版〕』194-197頁(青林書院、1999)参照)。

<sup>180</sup> 岡村・前掲注10)436頁。

<sup>181</sup> 本件の事実の概要は、以下のとおりである。A会社(原告・控訴人)は、昭和28年9月18日、B会社を吸収合併した。A会社及びB会社はいずれも青色申告法人であり、A会社は、B会社の合併前の昭和26年10月1日から昭和27年9月30日までの事業年度の確定欠損金一四一万四六一七円、昭和27年10月1日から昭和28年9月18日までの事業年度の確定欠損金一七〇万五二七円を、合併の日を含む事業年度である昭和28年1月1日から同年12月31日までの事業年度の所得の計算上、法人税法〔昭和40年法律第34号による改正前の法人税法〕第9条第5項に定める前5年以内に生じた繰越欠損金として損金に算入した。税務署長は、これを否認、更正を行い、再調査の請求に対してはこれを棄却、さらに審査の請求に対しても棄却の決定をしたため、これを不服としてA会社は出訴した。第一審(大阪地判昭和36年3月13日行裁例集12巻3号409頁)は原告の請求をす

している。すなわち、継続企業を前提としながらも課税上の便宜から事業年度が人為的に設けられているために、過年度に生じた損失をその後の事業年度の利益と通算することが妥当だと考えられているのである。繰越や繰戻をどれだけの年度にわたって認めるかは立法政策上の問題であるが、立法趣旨を鑑みるに、現行法上、制限的にのみ利用が認められている欠損金の繰越は<sup>182</sup>、本来的には無制限とするのが整合的であろう<sup>183</sup>。

このように、繰越欠損金は人為的な課税年度の区切りがなければ本来的に控除されるはずのものであり、その制度趣旨から繰越欠損金を発生させた主体において控除利益が帰属するべきである<sup>184</sup>。他方、繰越欠損金の利用について、納税者による連結納税制度の選択や合併等を通じた濫用が認められる場合には、何らかの制限が必要であると考えられる<sup>185</sup>。繰越欠損金は、将来において税負担を直截的に減少させる可能性が認められることから、納税者にとって好ましい租税属性であるが、これを利用できるのは、繰越欠損金が生じた事業年度前後の繰越・繰戻還付可能期間中に所得がある場合に限られる。このため、所得のない赤字の法人ではなく、所得のある黒字の法人において繰越欠損金の利用による控除利益の獲得という誘因が働くこととなる。

## (2) 繰越欠損金の移転

次に、合併時における欠損金の繰越控除についての解釈であるが、法人が欠損金を有する法人を合併した場合に、合併法人は被合併法人の欠損金を繰越控除できるか否かが問題とされてきた<sup>186</sup>。この問題へのアプローチについては、立法政策説と繰越控除権説とに大別される<sup>187</sup>。会社法制定前の旧商法103条は「合併後存続スル会社又ハ合併

---

べて棄却、控訴審(大阪高判昭和38年12月10日行裁例集14巻12号2158頁)も同趣旨の控訴について控訴人の請求を棄却し、上告審においても上告は棄却された。

<sup>182</sup> プラスの所得金額を計上すれば法人税を納付するのに、欠損金額が生じてもその欠損金額に対応する法人税額相当分をすぐさま完全に還付することがない。法人税法は、黒字と赤字の間で非対称的な扱いをしているのである(増井・前掲注178)279頁参照)。

<sup>183</sup> 酒井・前掲注127)216頁。

<sup>184</sup> 同上〔酒井〕、218頁。

<sup>185</sup> 同上〔酒井〕、218頁。

<sup>186</sup> 金子・前掲注106)436頁。

<sup>187</sup> 木村弘之亮「判批」『租税判例百選〔第3版〕』90頁(有斐閣、1992)。

ニ因リテ設立シタル会社ハ合併ニ因リテ消滅シタル会社ノ権利義務ヲ承継ス」と規定していたのであるが、立法政策説においては、被合併会社の欠損金の繰越控除は、権利承継と別問題であり、引継ぎの特別規定も租税法上存しないと説明する<sup>188</sup>。欠損金の繰越控除の制度は、青色申告制度という租税手続法を前提とするので、単に合併に関する人格承継説という実体法上の議論だけでこの問題は解決し得ないが、当該立法政策説は、合併に関する人格承継説又は現物出資説のいずれに与するかを明らかにしなくとも主張されうる<sup>189</sup>。

他方の繰越控除権説においては、法人税法57条が欠損法人の欠損金繰越控除権を認めていることから、この権利も旧商法103条の解釈上承継の対象たる権利に含まれ、法律により保護された利益(繰越控除権)であると考え<sup>190</sup>。この点、金子宏は、「しかし、第一に、繰越控除権と呼ばれるものは、欠損金が生じた段階では期待利益にすぎず、後の事業年度において通算すべき利益が生じた段階ではじめて具体的権利となること、第二に、被合併法人の欠損金は、合併にあたって被合併法人の純資産を評価し、合併条件を決定する際に織込みずみであり、もしこの場合に繰越控除を認めると合併法人に二重の利益を与えることになることからして、この点については一般に消極に解されてきた<sup>191</sup>。」と述べる。

かような問題点について、合併後存続する会社が、その所得計算上、被合併会社の繰越欠損金を承継控除できるかどうかについて争われた、前述の最判昭和43年5月2日〔行田電線株式会社事件〕(民集22巻5号1067頁)<sup>192</sup>は、「法人の各事業年度における純益金額、欠損金額のごときは、企業会計上表示される観念的な数額にすぎず、被合併会社におけるこれらの数額は、もとより商法103条に基づき合併の効果として合併会社に当然承継される権利義務に含まれるものではない。……結局、合併による欠損金額の引継ぎ、その繰越控除の特典のごときは、立法政策上の問題というべく、それを合理化するような条件を定めて制定された特別な立法があつてはじめて認めう

<sup>188</sup> 木村・前掲注187)90頁。

<sup>189</sup> 矢野邦夫「判批」判例解説・最高裁判所判例解説民事編昭和43年度(上)395頁(法曹界、1968)。

<sup>190</sup> 同上〔木村〕、91頁。

<sup>191</sup> 金子・前掲注106)436頁。

<sup>192</sup> 詳細は、前掲注181)を参照されたい。

るものと解するのが相当であり、……商法103条によっては被合併会社の欠損金額の繰越控除の關係の合併会社への承継を認めがたい。」と判示し、繰越欠損金の承継は否定された<sup>193</sup>。繰越欠損金の引継ぎについて、単純に合併の性質たる人格承継説(人格合一説)や現物出資説といった一元的な理論から、演繹的に解決しようとする論理を展開することは、現実に即する解決であるとは考えにくい<sup>194</sup>。さらに、「事業年度の間に経理方法に一貫した同一性が維持されること」が欠損金額の承継に際し必要であると解されたことで、欠損金額は、それを有する法人が継続する限り維持され、その法主体の同一性が失われれば破棄される<sup>195</sup>という考え方が判例法理として明らかにされたことを、ここでは確認することができる。

しかしながら、組織再編成においては、どの法人について法主体の同一性を維持し、または放棄するかを納税者が選択可能であることから<sup>196</sup>、こうした法主体の同一性を逆手に取ったいわゆる「逆さ合併」による欠損金額の濫用も新たに指摘されることとなった<sup>197</sup>。その後、平成13年度の改正で、適格合併の場合には、一定の要件のもとに一定の範囲で被合併法人の繰越欠損金が合併法人に承継されることとな

---

<sup>193</sup> 本件判決について、村井正は次のように述べる。「最高裁も論理的に消極論を展開しているのではなく、立法政策の問題であることを認め、特別立法の可能性を否定していない。当時においても、企業再建整備法349条の9第2項等の特別規定が存在していたし、米国内国歳入法典382条も、一定の条件付きで合併における承継を認めている。……今後の特別立法がない限り、右の最高裁判決により、合併における繰越欠損金の承継が認められないことについては確定したものと解してよかろう。」(村井・前掲注179)202頁参照)。

<sup>194</sup> 塩崎潤「判批」我妻栄編『租税判例百選』59頁(有斐閣、1968)。また、塩崎潤は「判決は、合併について必ずしも明確な規定を設けていない税法のなかで、税法の諸規定の意味および関連を的確に理解し、しかも、その規定の及ぼす影響にも適切に論及している点で、高く評価されるべきものと考え。」と述べている(同〔塩崎〕、59頁参照)。

<sup>195</sup> 酒井・前掲注175)42頁。

<sup>196</sup> 岡村・前掲注10)444頁。

<sup>197</sup> 広島地判平成2年1月25日(行集41巻1号42頁)

本件の事実の概要は、以下のとおりである。本件は、繰越欠損金を抱える会社を存続法人として、黒字会社を吸収合併することにより繰越欠損金を利用するいわゆる「逆さ合併」について争われた事案である。裁判所は、当該合併の経済的実質について、黒字会社が存続会社、赤字会社が消滅会社であり、原告Xは合併を必要とする理由が存しないのに、法人税の負担を不当に減少させようとして、当該合併の法形式を選択したものである。右の事実関係の下で合併法人の繰越欠損金について損金算入を認めることは、法人税法132条に規定する租税回避行為を放置することとなるから、被告は同条の規定を適用し、右の損金算入を否認したのであって、本件更正処分は適法であるとしてXの請求を棄却した。

り、立法的解決が図られたが(法人税法57条2項)、これに対し非適格合併の場合には依然として本判決の射程が及び、繰越欠損金は承継できない<sup>198</sup>。また、法人税法81条を根拠として被合併法人の法人税額の還付を求めうるかどうか<sup>199</sup>についても、同様の理由から消極に解すべきであると考えられる<sup>200</sup>。

### (3) 法人税法57条の2

平成18年に立法された法人税法57条の2は、法主体の同一性が継続していても、法人の所有に一定の変化が生じた場合、例外的にその法人の繰越欠損金の利用を制限する。これは、法人格が継続していたとしても、控除利益の濫用がある場合にはそれを阻止する必要性が生じるからである<sup>201</sup>。改正前には、欠損金を有する法人を買収した上で、利益の見込まれる事業や資金をその法人に移転することによって課税所得を圧縮するという租税回避行為が多く見受けられており<sup>202</sup>、欠損金額を有する法人の殻、すなわち欠損金という租税属性が売買されていることが問題視されていた。赤字法人を買収した法人は黒字の事業からの所得を無税で獲得し、配当原資とすることで、法人事業からの所得について所得税しか負担しない。こうした租税回避行為は、欠損金に限らず資産の含み損を利用して可能となることから、欠損金を有する法人のみならず、資産の含み損<sup>203</sup>を有する法人についても

---

<sup>198</sup> 増井・前掲注178)280頁。

<sup>199</sup> 大阪高判平成14年3月29日(判タ1115号174頁)

本件の事実の概要は、以下のとおりである。合併存続法人の破産管財人である原告Xが、法人税法81条4項、1項の規定に基づき、同法人の合併後の事業年度の欠損金を被合併法人の合併前の事業年度の所得に繰り戻して還付を請求したところ、税務署長(被告)が同還付請求には理由がない旨の通知処分をしたため、Xが処分の取消を求めて出訴した。第一審は欠損金の繰戻し還付は権利といえず、合併法人に承継されるとはいえないこと、合併後の欠損金の繰戻しについては、法人税法が明文の規定を欠いていることからすれば、同法81条1項にいう還付所得事業年度には、被合併法人の事業年度は含まれず、合併後の法人の事業年度の欠損金を被合併法人の事業年度に繰戻すことはできないとしてXの請求を棄却、控訴審も原判決を維持し控訴棄却となった。

<sup>200</sup> 金子・前掲注106)436頁。

<sup>201</sup> 酒井・前掲注127)218頁。

<sup>202</sup> 「改正税法のすべて 平成18年度版」352頁(大蔵財務協会、2006)。

<sup>203</sup> 控除利益の獲得という意味において、資産の含み損は繰越期間制限がなく、計上時期が納税者の選択に委ねられることから、欠損金よりもさらに警戒が必要である。しかし、未実現のままの移転時における制限では資産評価が絡むため、これに対しては対象資産や金額を限定することによる抑制的な制限が求められる(同上〔酒井〕、218頁参照)。



本措置の対象とされるのであるが(法人税法60条の3、62条の7)、本稿においては欠損金を中心に考察する。

欠損金の売買については、第一に、繰越欠損金を発生させた主体以外の他の者による控除利益の利用は、偶発的利益(たなぼた利益、windfall)であり、いわば政府が負担する補助金であること、第二に、このような法人取得取引を行う者と行わない者との間に生ずる公平性、第三に、繰越控除の平準化目的から逸脱する、という問題点を指摘することができる<sup>204</sup>。かような租税回避行為に対処すべく、法人税法57条の2は、内国法人で他の者との間に当該他の者による特定支配関係<sup>205</sup>を有することになったもののうち、その関係を有することになった日(支配日)の属する事業年度(特定支配事業年度)において、その事業年度前の各事業年度において生じた欠損金額または評価損資産<sup>206</sup>を有するもの(欠損等法人)が、その支配日後5年を経過した日の前日までに適用事由に該当する場合には、その該当することとなった日の属する事業年度以後の各事業年度においては、適用事業年度前の各事業年度において生じた欠損金額について、その繰越控除は認めないと規定する<sup>207</sup>。

ここにおける適用事由は、同条1項1号から6号に定められており、例えば、欠損等法人が当該支配日の直前において休眠中であり、その支配日以前の事業開始や、休眠中でなくとも、支配日直前に欠損当法人が営む全ての事業を支配日以降に廃止する場合に、その事業規模の約5倍を超える資金借入等を行うことなどが該当するとされる。すなわち、欠損等法人の過半数以上の株主支配と、繰越欠損金を発生させた一定期間の事業のうちいずれかの要素の継続(適用事由)との両方の

---

<sup>204</sup> 酒井・前掲注175)23 - 26頁。

<sup>205</sup> 特定支配関係とは、欠損当法人の発行済み株式の総数または総額の50%超を直接又は間接に保有する関係であり、その関係があった日が支配日となる(酒井・前掲注127)219 - 220頁参照)。

<sup>206</sup> 法人税法施行令113条の2第7項が定める一定の資産のうち、支配日において含み損失のあるものであるが、岡村忠生は、「支配日において、法人の資産全体としては含み損失がない場合にも、評価損資産が1つでもあれば、欠損当法人に該当することになる。……制度の趣旨から考えても、繰越欠損金がなく、かつ、資産全体としては含み損失がない法人を、欠損等法人として制度の対象とすることは適当ではない。この制度が法主体の同一性に対する例外であることを鑑み、対象を乱用と見られる場合に絞るべきであると考えられる。」と述べている(岡村・前掲注10)453頁参照)。

<sup>207</sup> 金子・前掲注106)433頁。

不継続をもって、制限の対象とする<sup>208</sup>。こうした株主による支配の変更という所有変化を要件のひとつとする理由は、損失が発生したときの株主が損失控除の利益を享受する者であるから、一定の所有変化があれば損失控除制限すべきであるという考え方によるものである<sup>209</sup>。この点、酒井貴子は、「国際的な租税法研究機関によると、多くの国が所有変化アプローチに基づいて損失引継制限を行っている」と報告され、欠損金額控除制限ルールの世界標準は、所有変化アプローチである。」<sup>210</sup>と述べて、当該制度の導入を評価する。また、連結納税制度や適格合併においても同様の制限が設けられていることから、法人税法57条の2は、連結や合併時における繰越欠損金に関する規定を上書きするものとして位置づけられる<sup>211</sup>。

## 2. 3 組織再編税制(適格合併)との比較の視点

### 2. 3. 1 適格要件と繰越欠損金の取扱いの概観

納税者の法主体の同一性が失われた場合にも、例外的に租税属性が維持される場合があり、これを租税属性の引継ぎというが、租税属性の引継ぎは、適格組織再編成の場合に認められる。完全支配関係のある子会社の欠損金を、その株主たる親会社が引継ぐことが認められたのである。このような租税属性の引継ぎは法主体の同一性を越えた課税繰延の手段であるといえる<sup>212</sup>。平成13年度改正において創設された法人組織再編税制は、合併、分割等に伴う資産または負債の移転について、原則的に時価による譲渡があったものとして資産等に移転した法人の各事業年度の所得を計算すると定める(法人税法62条)。その上で、合併・分割・現物出資および事後設立の四種類の組織再編成で、①企業グループ内の組織再編成、および、②共同事業を行うための組織再編成として一定の要件をみたす、いわゆる適格組織再編成<sup>213</sup>

---

<sup>208</sup> 酒井・前掲注127)220頁。

<sup>209</sup> 酒井・前掲注175)50頁。

<sup>210</sup> 同上〔酒井〕、50頁。

<sup>211</sup> 酒井・前掲注127)220頁。

<sup>212</sup> 岡村・前掲注10)435-436頁。

<sup>213</sup> 適格組織再編成になりうる取引の種類は、合併、分割、現物出資、現物分配、株式交換、株式移転であり、これら6つの個々の取引については、法人税法に定義等がなく、会社法からの借用概念であると考えられる。したがって、会社法上の概念に該当しなければ、法人税法上の適格組織再編にはなり得ない。合併を例

について、帳簿価額の引継による課税の繰延が認められた(法人税法62条の2以下)<sup>214</sup>。これにより、適格合併の場合では、法人段階において移転資産の譲渡損益が繰り延べられ、株主の段階においてもみなし配当課税がなく、株式譲渡損益についても課税繰延となる。また、かような取扱いとの整合性から、原則的に被合併法人の繰越欠損金は合併法人に引継ぐこととされる(法人税法57条2項)。組織再編成税制の立法趣旨および取扱いについて、政府税制調査会の法人課税小委員会による「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」<sup>215</sup>は、組織再編税制が実態に合った課税<sup>216</sup>を行うという観点立って作られたものであると示した上で<sup>217</sup>、「組織再編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。」とする。すなわち、移転資産に対する支配の継続と株主の投資の継続が認められる場合には、課税関係を継続させる<sup>218</sup>。この点、岡村忠生は、「実態(実体)」という語を用いる際には常に注意が必要であるとしながらも、ここにいう実態の意味は「譲渡の前後において、課税を正当化できるほどの所有者と資産との関係の変化がないということである。それゆえ、適格組織再編成とされる要件は、そのよ

---

にとれば、会社法上の合併に該当しない限り、取引の実態がいくら合併に類似していても、法人税法上の「適格」合併には最初から該当しない。その意味で、適格組織再編成のスタート地点は、会社法における概念該当性であるといえる(渡辺徹也『スタンダード法人税法』237頁(弘文堂、2018)参照)。

<sup>214</sup> 金子・前掲注106)489-490頁。

<sup>215</sup> 政府税制調査会・平成13年度の税制改正に関する答申

(<http://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11117501/www.cao.go.jp/zeicho/tosin/zeichog4.html>、2020年1月25日最終閲覧)。

<sup>216</sup> この点、岡村忠生は次のように述べる。曰く、「このような課税繰延は、再編時の税負担を発生させない点で組織再編成の円滑化に寄与するが、税負担を必ずしも軽減するわけではない。たとえば、移転資産や株式に含み損失が生じている場合は、非適格とした方が納税者に有利となりうる。それゆえ、適格組織再編成は、優遇措置ではないし、納税者が任意に選択できる制度とはされていない。あくまでも実態に合致した課税として、課税繰延が適当とされたのである。」(岡村・前掲注10)332頁参照)。

<sup>217</sup> 朝長英樹『現代税制の現状と課題(組織再編成税制編)』4頁(新日本法規出版、2017)。

<sup>218</sup> 酒井・前掲注127)221-222頁。

うな状態が認められる場合を取り出すこととなる。」と述べ<sup>219</sup>、適格要件の基礎となるのは、再編成後における移転資産に対する支配の継続であるとする<sup>220</sup>。

法人段階および株主段階における課税繰延の一般的根拠は、「経済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、かような実質主義が根拠とされるのは、課税繰延が中立性の観点から要求されていることを意味していると考えられる<sup>221</sup>。課税繰延については、本来的には個々の事案ごとに、様々な要素から事実認定を行い、支配が実質的に継続しているか否かを判定して、「非適格」か「適格」であるかを決定するというのが、最も個々の事案の実態を正確に捉えた取扱いとなることは間違いないが、そのような不安定な仕組みは、現実的には採用しえない。組織再編税制は、一定の合理的な基準を用いて適格要件を判定し、一律に疑義のない取扱いをする制度となっている<sup>222</sup>。

この支配と適格判定の関係についてであるが、適格合併は、①完全支配関係法人間の適格合併<sup>223</sup>、②支配関係法人間の適格合併<sup>224</sup>、③共同事業を行うための適格合併<sup>225</sup>に区分され、これら三つの適格合併のうち、①完全支配関係法人間の適格合併と②支配関係法人間の適格合併(企業グループ内の適格合併)に関しては、「グループ」という概念を用いて、法人による移転資産に対する支配の継続という観点から、比較的容易に適格合併となることを理論的に説明することが可能である。しかし、「グループ」という概念を用いることができない、③共同事業を行うための適格合併に関しては、この理論的な説明は容易ではなく、

---

<sup>219</sup> 岡村・前掲注 10)333 頁。

<sup>220</sup> 同上〔岡村〕、334 頁。

<sup>221</sup> 渡辺・前掲注 213)232 頁。

<sup>222</sup> 朝長・前掲注 217)11 頁。

<sup>223</sup> 法人税法 2 条 12 の 8 イ等における完全支配関係法人間の適格合併は、原則として発行済み株式の全部を保有するということが適格要件である(同上〔渡辺〕、239 頁参照)。

<sup>224</sup> 法人税法 2 条 12 の 8 ロにおける支配関係法人間の適格合併は、発行済み株式の 50% 超 100% 未満の株式保有関係で、①資産・負債引継要件、②従業者引継要件、③事業引継要件の 3 つが要求される(同上〔渡辺〕、239 頁参照)。

<sup>225</sup> 法人税法 2 条 12 の 8 ハにおける共同事業を行うための適格合併は、発行済み株式の 50% 以下の株式保有関係で、支配関係法人間の適格合併の①～③の要件に加えて、さらに次の 4 つの要件、すなわち、④事業関連性要件、⑤事業規模要件、⑥特定役員引継要件、⑦株式継続保有要件が必要とされる。ただし、⑤と⑥はどちらか一方を満たせばよい(同上〔渡辺〕、239 頁参照)。

理論よりも現実のニーズに重きを置いて適格合併としたといってもよいものである<sup>226</sup>。そこで「基本的考え方」と法人税法は、支配の存在、つまり法人間での株式保有関係に着目し、企業グループ内の組織再編成という考え方を導入するとともに、それを観念できない場合には、組織再編成の前後を通じた事業の継続性や関連性を求めることとして、適格要件を構成している<sup>227</sup>。具体的には、共同で事業を営むための組織再編成であれば、適格性を認めることとされ、そのための要件(共同事業要件)が定められている。

共同事業要件は、事業関連性要件や事業規模要件、従業者引継要件等からなるが、かような場合にも、共同で事業を営むためであれば課税繰延を認める理由は、「経済実態に実質的な変更が無い」という部分に求めざるを得ない<sup>228</sup>。「平成19年税制改正の解説」<sup>229</sup>において財務省主税局の立法関係者は、「移転資産に対する支配の継続とは、その営まれる事業に着目すれば、『事業を営んできた当事者が引き続き事業を営む』実態の継続と言い換えることもできます。」と説明しているが、これについて岡村忠生は、「しかし、『基本的考え方』における支配の概念は、株式所有を通じた支配と考えられ、これを『事業を営んできた事業者が引き続き事業を営む』実態の継続と言い換える、つまり事業の継続と解釈することには飛躍があると思われる。所有と経営とは別であるし、完全支配関係がある場合にはおよそ事業に関する要件が課されていない理由の説明も無理である。」<sup>230</sup>と懐疑的に述べている。

## 2. 3. 2 引継ぎの理論

適格組織再編成が行われた場合に一定の範囲で繰越欠損金の引継ぎを認める法人税法57条2項は、前述した最判昭和43年5月2日(民集22巻5号1067頁)において裁判所が述べるところの「条件を定めて制定された特別な立法」に該当すると考えられ、立法的な解決が

---

<sup>226</sup> 朝長・前掲注217)13-14頁。

<sup>227</sup> 岡村・前掲注10)336頁。

<sup>228</sup> 同上〔岡村〕、337頁。

<sup>229</sup> 「平成19年税制改正の解説」271頁

([https://www.mof.go.jp/tax\\_policy/tax\\_reform/outline/fy2007/explanation/index.html](https://www.mof.go.jp/tax_policy/tax_reform/outline/fy2007/explanation/index.html)、2020年1月25日最終閲覧)。

<sup>230</sup> 同上〔岡村〕、337頁。

図られているといえるが<sup>231</sup>、欠損金額の利用を主な目的とする法人取得については、その引継ぎを制限<sup>232</sup>する。その制限についても、支配と事業に係る要件が必要となるが、必ずしも両方が常に要求されるわけではない。企業グループ内の適格合併について、5年超の支配関係<sup>233</sup>を求める株式支配要件、あるいは、みなし共同事業要件のいずれかを満たせば、繰越欠損金の引継ぎが可能となる<sup>234</sup>。すなわち、57条2項が適格合併の場合の引継ぎを認め、同3項により支配関係が生じてから5年を経過しない適格合併について欠損金額の引継ぎを制限しているのであり、具体的な要件(みなし共同事業要件)は施行令112条3項に委任されている。

みなし共同事業要件は、双方の法人の事業が合併の前後において継続しており合併後に共同で事業が営まれているとみることができるかどうかを、①事業関連性要件(同1号)②事業規模要件(同2号)、③被合併事業の同等規模継続要件(同3号)、④合併等事業の同等規模継続要件(同4号)、⑤特定役員引継要件(同5号)の5つから判定する。そして①～④までを満たすか、あるいは①と⑤を満たせば<sup>235</sup>、欠損金を引継ぐことができる<sup>236</sup>。なお、「共同事業要件」は適格合併となるための要件であり、他方の「みなし共同事業要件」は、適格合併となった

---

<sup>231</sup> 渡辺・前掲注213)253頁。

<sup>232</sup> 未処理欠損金額の引継ぎと利用制限は、広義に捉えると組織再編成を利用した租税回避防止の措置であるが、このような措置が講じられているのは、未処理欠損金額が租税回避に使われやすいことによるものであり、この未処理欠損金額の引継ぎと使用の制限の措置に関しては、他の措置より以上に、その潜脱・濫用として法人税法132条の2(組織再編成に係る行為又は計算の否認)により課税を受ける可能性が高いことから、十分、注意する必要がある(朝長・前掲注217)35頁参照)。

<sup>233</sup> 5年の支配関係の要求について、酒井貴子は、「繰越欠損金の合併後への引継ぎには、少なくともその繰越欠損金の発生時に支配関係が必要であると考えられているが、繰越可能期間より短い5年の支配関係が要求されているにすぎず不徹底がみられる。」と指摘している(酒井・前掲注127)222頁参照)。

<sup>234</sup> 同上〔酒井〕、222頁。

<sup>235</sup> 同上〔酒井〕、222頁。この2要件は他と比較すると、比較的緩やかであることが指摘される。事業関連性要件が要求するのは、被合併法人の主要な事業と、合併事業のいずれかの事業が相互に関連することであって、必ずしも繰越欠損金を出したのと同じ事業の継続を要求するものではなく、このように複数の事業のいずれかが合併後においても継続することを要するのみである。また、特定役員引継要件は、事業成果に責任のある役員の継続をもって、繰越欠損金の引継ぎを判断することは、所得平準化の観点とも一致すると考えられたと推測される(同〔酒井〕、222頁参照)。

<sup>236</sup> 同上〔渡辺〕、258頁。

後に欠損金を引継ぐための要件であるため、両者は性質において別のものである<sup>237</sup>。両要件は、被合併法人の繰越欠損金に対する効果を鑑みれば、それが発生したときの事業が適格合併後も存続しているのであれば、その合併後も継続利用を認めるという趣旨によるものと解される<sup>238</sup>。こうした欠損金の引継ぎに制限が設けられている理由は、被合併法人の未処理欠損金額の合併法人への引継ぎを無制限に認めると、租税回避を容認することともなるためである<sup>239</sup>。この点、渡辺徹也は、企業グループ内合併との関係から次のように説明する。曰く、「共同事業を営むための合併と企業グループ内の合併では、適格要件が異なり前者は後者よりも厳しい。前者の場合、適格合併になれば、原則として欠損金を引継ぐことができる。したがって、合併の前に(株式の買収などを行って)完全支配関係ないし支配関係を構築してしまうことで、緩やかな適格要件の適用を受けながら(『共同事業要件』を回避しながら)、欠損金を引継ぐことが可能になる。そのような行為を防ぐために、前者の場合の要件(『共同事業要件』)と同じような要件(『みなし共同事業要件』)を課すことにしたのである。ただし、『共同事業要件』と『みなし共同事業要件』では、その内容が全く同じではない。後者には上記③と④があり、前者にはない。③と④は、支配関係ができた後に事業規模が変われば欠損金を引継がせないという内容である<sup>240</sup>。」すなわち、「みなし共同事業要件」は、欠損金引継ぎの根拠を、事業の状態が従前の形で継続する(大きく変化しない)ことに求めていると考えられる<sup>241</sup>。また、前述した繰越欠損金の一般的な取扱いにおいて、法人格が継続する中での繰越欠損金の継続利用にあっては、支配継続と事業継続が一定程度必要であると確認したが、適格合併では、みなし共同事業要件により、法人格の継続も支配継続もない場合であっても、事業継続をもって繰越欠損金の移転・利用を認めるケースが存在する

---

<sup>237</sup> 渡辺・前掲注 213)258 頁。

<sup>238</sup> 朝長英樹「判決を契機に考える組織再編税制の趣旨・目的」税弘 62 巻 7 号 8 頁、11 頁(2014)。

<sup>239</sup> 朝長・前掲注 217)36 頁。

<sup>240</sup> 同上〔渡辺〕、258 頁。

<sup>241</sup> 岡村・前掲注 10)451 頁。企業グループ内合併との関係について岡村忠生も同様に、「このようなみなし共同事業要件は、いったん特定資本関係を形成した後、適格合併を行う場合に問題となる。特定資本関係のない法人との適格合併では、本来の共同事業要件を満たさなければならないが、欠損金額引継ぎの制限は課されない。」とする(同〔岡村〕、451 頁参照)。

こととなる<sup>242</sup>。

## 小括

本章では、連結納税制度の基本的な考え方とその法構造を確認するとともに、繰越欠損金が如何なる場合に引継がれ、又は制限されるのかを考察した。その上で、連結納税制度における完全支配関係と同様の経済的実態を有しながらも法律的に合一する適格合併を題材として、そこにおける繰越欠損金の取扱いについて検討した。

連結納税制度は企業グループの一体性に着目し、その企業グループをあたかも一つの法人であるかのように捉えて法人税を課する仕組みであり、実態に即した適正な課税の実現が企図されている。単体納税制度と連結納税制度とは、異なる制度であることから、単体納税制度の下で生じた利益や損失を連結納税制度の下で計上することや、その逆についても適當ではないと考えられ、単体納税制度の下で生じた利益や損失を任意に連結納税制度の下に持ち込んで利用する租税回避も懸念される。それゆえ、連結申告の開始または加入時には、連結子法人となる法人は、原則として時価評価資産の評価益または評価損を計上し、いわば身ぎれいにすることを要求されるが、繰越欠損金もまた、法主体の同一性が維持されているにもかかわらず、原則的に切り捨てられる。特定連結子法人は、その欠損金を部分的に連結内に持ち込むことを許されるが、こうした法人は、そもそも租税回避に利用されにくいと考えられることから、時価評価が不要とされているのであり、特定連結欠損金額の制限と資産の含み損益の取扱いは不整合であるといえる。連結納税制度の重要な要素は、所得と欠損という租税属性が法主体の同一性を越えて結合されることと、内部損益に対する課税を繰延べることにあるが、こうした繰越欠損金の制限は妥当なものであろうか。

繰越欠損金の本来的性質は、所得の金額と欠損金額との平準化であり、所得変動に関して中立的で公平な課税の実現をその制度趣旨とする。さればその繰越は無制限とするのが整合的であろうと結論づけた。さらに、合併後存続する会社が、被合併会社の繰越欠損金を承継控除できるかどうかについて争われた、最判昭和43年5月2日(民集22

---

<sup>242</sup> 酒井・前掲注127)223頁。



卷5号1067頁)の判旨より、欠損金額はそれを有する法人が継続する限り維持され、その法主体の同一性が失われれば破棄されるという考え方を観察した。もっとも、法主体の同一性を単なる法人の「殻」として制度の濫用が認められる場合には、何らかの制限が必要であり、私見によれば、連結や合併の規定を上書きする法人税法57条の2は、繰越欠損金の引継ぎを、支配の継続と事業の継続というアプローチにより判定するものである。

さらに、組織再編税制との比較については、完全支配関係と同様の経済的実態を有する適格合併に着目した。組織再編税制もまた、実態に即した課税を行うべく設けられた制度であり、適格組織再編においては、法主体の同一性が失われても例外的に租税属性が維持される。その課税繰延理論は、移転資産に対する支配の継続と投資の継続であるが、グループという概念を用いることができない「共同事業を行うための適格合併」については説明的ではない部分が存在する。適格合併において繰越損金は、企業グループ内の適格合併について5年超の支配関係を求める株式支配要件、あるいは、みなし共同事業要件のいずれかを充足すればその引継ぎが認められるが、同様の経済的実態であっても連結納税制度の下では原則として切り捨てられるため、その取扱いについて制度間の齟齬が生じているということが確認できた。

### 3. 実質と形式に関する判例の基礎理論

本章においては、第2章で検討した課税上の問題を踏まえて、二つの事案を取りあげることにより、企業集団における経済的一体性と、別個独立した法人である法的多様性について、判例の考え方を観察する。先ず一つ目は、適格合併で引継いだ繰越欠損金を連結納税制度の下で引継ぎ利用した事案(東京地判平成21年11月27日(税資259号順号11337))である。この事案では、繰越欠損金引継ぎの可否について、連結納税制度の基礎理論を確認する。さらに、繰越欠損金に関する取扱いの制度的な断絶について検討するとともに、当該判決の判断要素の一つになった一体性の判断基準と、経済効果が類似する手法(株式移転による連結納税と合併)における課税上の非対称的な取扱いについて考察する。次に二つ目は、実質所得者課税に関する事案(最判昭和37年6月29日(税資39号1頁))である。この事案では所得の帰属についての経済的帰属説と法律的帰属説に関する議論から、

実質主義と形式主義との対立について考察する。

### 3. 1 繰越欠損金引継ぎの可否 東京地判平成21年11月27日 (税資259号順号11337)

#### 【事案の概要】

本件は、株式会社 a(本件訴訟の承継前の原告。以下「旧 a」という。)が、平成17年4月1日から平成18年3月31日までの連結事業年度(以下「本件連結事業年度」という)。の法人税について、平成17年4月1日を合併期日として吸収合併をした b 株式会社(以下「b」という。)の本件連結事業年度開始の日前7年以内に開始した各事業年度において生じた欠損金額を、法人税法81条の9第2項に規定する連結欠損金額とみなされる金額として連結所得の金額の計算において損金の額に算入したのに対し、被告 Y 税務署がその損金算入を否認して更正処分および過少申告加算税賦課決定処分をしたことから、旧 a が同各処分の取消しを求めた事案である。原告 X は、平成21年3月1日、旧 a を吸収合併し、本件訴訟上の旧 a の地位を承継している。第一審裁判所は、原告 X の請求を棄却した。控訴審裁判所においても第一審判決を引用するとともに、補足説明を加え控訴を棄却、確定している。

#### 【旧 a に関連する株式移転、合併等の経過】

b は、昭和21年5月10日に設立された株式会社であり、平成14年5月13日の時点において、外国法人である c は、b の発行済株式総数から b が保有する自己株式を除いた2,224万3,774株(以下「b の発行済株式総数」という。)のうち、1,112万6,640株(保有割合50.02%)を保有していた。株式会社 d(以下「d」という。)は、平成元年3月16日に設立された株式会社である。旧 a は、平成14年5月14日、b と d とが共同して株式移転により設立した株式会社(内国法人)であり、旧 a は、同日から継続的に、上記の株式移転に係る完全子会社となった b 及び d の各発行済株式の全部を保有していた。d は、平成15年11月5日、株式会社 e(以下「e」という。)を新設分割により設立した。旧 a は、同日から継続的に、e の発行済株式の全部を保有していた。旧 a は、平成17年2月9日、b、d 及び e との間で、同年4月1日を合併期日として、旧 a を合併法人、b、d 及

び e を被合併法人とする吸収合併(法人税法 2 条 1 2 号の 8 に規定する適格合併)をする旨の契約を締結し、同月 4 日までに上記合併の登記がされた。

### 【争点】

①本件青色欠損金額は、法人税法 8 1 条の 9 第 2 項 1 号の規定により旧 a のみなし連結欠損金額に該当するといえるか否か。

②法人税法施行令 1 5 5 条の 1 9 第 5 項が法人税法 8 1 条の 9 第 2 項 2 号の委任の範囲を逸脱したものであるか否か。

### 【判旨】請求棄却、控訴<sup>243</sup>。

#### 争点①について

「法人税法は、連結納税制度の適用の開始に際して、連結納税の承認の効力が発生して最初の連結事業年度が開始する前の単体としての事業年度において生じた欠損金額については、原則として連結欠損金額に当たらないものとして、連結納税の下で繰越控除をすることを認めず、一定の場合に限り連結欠損金額とみなすこととしている。その

---

<sup>243</sup> 控訴審裁判所(東京高判平成 22 年 11 月 17 日(税資 260 号順号 11557))は、争点①について、「法人税法 81 条の 9 第 2 項 1 号において連結欠損金額とみなされる『第 57 条第 1 項…に規定する欠損金額』が……最初連結親法人事業年度開始の日前において既に存する欠損金額に限定されていることからすると、これに含まれることとなる、同法 57 条 2 項の規定により『欠損金額とみなされたもの』は、最初連結親法人事業年度開始の日前の時点において、既に同法 57 条 2 項の適用により当該連結親法人の欠損金額とみなされたものに限られると解するのが自然であり、最初連結親法人事業年度開始の日以後において当該連結親法人を合併法人等とする適格合併等が行われた場合はこれに含まれないものと解される。このことは、同法 81 条の 9 第 2 項 3 号において、連結親法人が完全支配関係を有しない法人との間で当該連結親法人を合併法人等とする適格合併等を行った場合に、被合併法人等の未処理欠損金額を連結欠損金額とみなす旨の規定を特に設けていることにも示されており、同様に、同項 2 号に規定する連結子法人を被合併法人等とする適格合併等が行われた場合についても同法施行令 155 条の 19 第 3 項、4 項の規定が特に設けられている。」また、「同法 57 条 9 項 2 号は、文理上、最初連結親法人事業年度開始の日に合併が行われた場合も被合併法人が『連結子法人』であることを前提としているから、この場合も被合併法人が連結子法人であるものとして関係法令が適用されるというべきである……」と述べ、争点②については、「同法 81 条の 9 第 2 項 2 号は、政令に委任するについて特に限定する規定を設けておらず、その委任の趣旨において控訴人の上記主張の制限があると解すべき理由はなく、同法施行令 155 条の 19 第 5 項において、連結子法人を定めるについて、連結法人となることができない外国法人を除外しなかったからといって、委任の範囲を超えるものでない……」と判示した。

例外の場合の一つとして、同法 8 1 条の 9 第 2 項 1 号は、最初連結親法人事業年度開始の日『前』 7 年以内に開始した当該連結親法人の各事業年度において生じた同法 5 7 条 1 項に規定する欠損金額（同条 2 項又は 6 項の規定により欠損金額とみなされたものを含み、同条 5 項又は 9 項の規定によりないものとされたものを除く。）がある場合には、当該欠損金額について連結欠損金額とみなすこととしている。これは、連結納税制度の適用の開始に際していわゆる納税単位が単体から連結法人に変更される場所、このような場合には、単体としての事業年度における事業活動による各法人の所得については各法人ごとに個別に課税するものとし、このような課税関係の清算をした後に、連結納税制度の適用を受けることとするのが、制度の適用としては簡明であること、単体としての事業年度において発生した欠損金額を連結事業年度における連結所得の金額の計算に持ち込んで繰越控除をすることは、当然に連結法人のグループとしての事業活動による所得の実態に適合するとはいえず、いわゆる赤字会社を連結子法人とすること等による租税回避行為を防止する必要もあることなどを考慮する一方で、連結親法人とそれによる完全支配関係がある連結子法人とから構成される連結法人のグループについては、全体として当該連結親法人の実像を示していると考えられること、連結親法人の繰越欠損金については上記のような方法での租税回避の問題も生じないと考えられることなどを考慮したものと解される。以上に述べたところによれば、連結親法人となる内国法人が適格合併をした場合において、当該適格合併に係る被合併法人にあった未処理欠損金額が同法 8 1 条の 9 第 2 項 1 号の規定により当該連結親法人に係る連結事業年度における連結欠損金額とみなされるためには、最初連結親法人事業年度開始の日よりも『前』に適格合併が行われて同法 5 7 条 2 項の規定により当該連結親法人の欠損金額とみなされていたことを要するというべきである。」

「本件合併契約において合併期日とされた日は、暦上は、いずれも平成 1 7 年 4 月 1 日であるところ、法人税法 5 7 条 9 項 2 号等の規定にいう『合併の日』につき上記の合併期日をもってこれに当たると解することについては、当事者間に争いがなく、これと異なって解すべき事情等は格別見当たらない。このように連結納税の承認の申請に係る各内国法人が最初連結親法人事業年度開始の日とされる日に合併を行った場合において、法人税法上、合併の効力の発生の方が、連結納税の承認の効力の発生による最初連結親法人事業年度の開始よりも、

法の適用上は先行すると解すべき規定は見当たらない。そうすると、本件合併については、同法 81 条の 9 第 2 項 1 号の規定にいう最初連結親法人事業年度である本件連結事業年度開始の日『前』に行われたものとはいい難く、b の本件青色欠損金額については、同日『前』に同法 57 条 2 項の規定により連結親法人である旧 a の欠損金額とみなされていたということとはできないから、同法 81 条の 9 第 2 項 1 号の規定により、本件青色欠損金額を本件連結事業年度における連結欠損金額とみなすことはできないこととなる。」

#### 争点②について

「法人税法は、連結納税制度の適用の開始に際して、それよりも前の単体としての事業年度における各法人ごとの課税関係の清算をした後に連結納税制度の適用を受けることとするのが制度の適用としては適切であることなどから、原則として、単体としての事業年度において生じた欠損金額を連結納税の下で繰越控除をすることを認めないこととしているところ、その例外の場合の一つとして、同法 81 条の 9 第 2 項 2 号は、連結親法人が最初連結親法人事業年度開始の前日の一定期間内に株式移転により設立された内国法人であり、当該株式移転の日から当該株式移転に係る完全子会社との間に完全支配関係が継続している場合には、当該株式移転に係る完全子会社であった連結子法人については、最初連結親法人事業年度開始の前日において、1 に述べた合併が行われたとき等に類似する強い一体性のあることが多く、そのようなものについては同項 1 号に準じて取り扱うのが連結法人のグループとしての事業活動の所得の実態に適合することから、当該完全子会社の単体としての事業年度において生じていた欠損金額を、一定の限度で連結納税の下で繰越控除をすることを認めることとしたものと解される。他方、同項 2 号は、連結子法人となる内国法人の単体としての事業年度において生じた欠損金額を連結納税の下で繰越控除をすることを認めることはあくまで例外であることを前提として、上記の場合に係る連結子法人であっても、連結親法人との間に上記のような強い一体性があったとは評価することができないものがあることを考慮し、そのようなものを同号の適用の対象から除外することとした上で、これを連結法人に係る各般の事情を踏まえて特定することを政令に委任したものと解される。そして、同号の委任を受けた法人税法施行令 155 条の 19 第 5 項は、上記のような法人税法 81 条の 9

第2項2号の規定の趣旨に照らし、株式移転の直前に他の法人の子会社となっており、当該他の法人のグループに属していたと評価し得る法人については、その後に株式移転により設立された法人との間に連結法人となり得る関係が存するとしても、そのような法人の事業活動の一般的な状況等にかんがみ、連結親法人となる内国法人との間に既に述べたような強い一体性があるとまでは、当然には評価し難いことから、そのような連結子法人を同号の適用を除外する対象として定めたものと解される。このような法人税法施行令155条の19第5項の規定の内容は、法人税法81条の9第2項2号の委任の趣旨に照らし、その合理性を肯認することが可能であり、同号の委任の範囲を逸脱したものとまではいうことができないと解するのが相当である。」

#### 【検討】

本判決は、二つの争点について判断している。第一に、最初連結親法人事業年度「開始」の日を「合併の日」とする適格合併に係る被合併法人の連結納税開始前未処理欠損金額は、法人税法81条の9第2項1号に規定するみなし連結欠損金額に該当しないと判断した。第二に、法人税法施行令155条の19第5項は、法人税法81条の9第2項2号による委任の趣旨に反するものではないと判断した。第二の争点に係る判断は、平成22年度税制改正による制度変更により法人税法81条の9第3項1号柱書括弧書において施行令の規定を追認すべく委任の趣旨が明定された<sup>244</sup>ことにより、委任の範囲内か範囲外かという争点は立法的に解決され、議論の実益を失っている<sup>245</sup>。他方で、第一の争点における判断もまた、同改正に伴い法人税法施行令112条12項括弧書<sup>246</sup>が新設されたことにより実務上の意義を減殺されているが、同改正の前後を通じ法人税法そのものの基本的な条文構造は維持されているため、同改正後も、本判決は、実質的に同括弧書の法

---

<sup>244</sup> 法人税法81条の9第3項1号は、「他の法人に支配されているものとして政令で定めるもの」と限定を付し、委任の内容を示した(岡村忠生「判批」税事43巻11号9頁(2011)参照)。

<sup>245</sup> 田中啓之「判批」ジュリ1426号198頁(2011)。

<sup>246</sup> 法人税法施行令112条12項括弧書は、特定連結子法人以外の連結子法人を被合併法人とし、連結完全支配関係が生じた日を合併の日とする適格合併について、法人税法57条2項が適用されないことを定める(同上〔田中〕、199頁参照)。

律適合性を肯定した初めての下級審裁判例として、意義を有する。したがって、同改正後もなお、「開始の日」を「合併の日」とする適格合併に係る未処理欠損金額の取扱い<sup>247</sup>は争点となり得よう<sup>248</sup>。

先ず、争点①について本判決は、連結納税制度の基本構造とその趣旨により、単体事業年度において生じた欠損金額は連結欠損金額に該当しないという大原則を確認したうえで、例外として法人税法81条の9第2項1号の規定により連結親法人となる法人を合併法人とする適格合併に係る被合併法人の未処理欠損金額が連結欠損金額とみなされるためには、「開始の日」より「前」に適格合併が行われ、法人税法5条2項の規定により当該連結親法人の欠損金額とみなされることが必要であると判示した。すなわち、最初連結親法人事業年度「開始」を「合併」の日とする適格合併に係る被合併法人の連結納税開始前未処理欠損金額は、法人税法81条の9第2項1号に規定するみなし連結欠損金額に該当しないこととなる。はたして適格合併による欠損金額の引継ぎが最初連結親法人事業年度開始の日より前に生じていることを厳格に要求することは、制度趣旨より導き出されるのであろうか。

この論拠について田中啓之は、結論には賛成としながらも、上記基本構造の趣旨及び法人税法81条の9第2項1号の規定振りから次のように検証する。「①適用の簡明性という趣旨は、本件のようなある種の調整問題に解決を与えるものではない。また、②連結グループとしての企業活動による所得の実態との適合性、及び③租税回避の防止という制度趣旨は、未処理欠損金額が共同株式移転後に発生した本件においては否定的理由となり難い。一般論としても、④連結親法人の実像を示すのは、連結グループのみならず、連結納税開始前の完全親子会社もまた同様のはずであり、このとき、⑤租税回避の問題は、完全子会社についても生じないと考えられる。このように、本判決が上記

---

<sup>247</sup> 本件の背景にある問題は、控訴審において過少申告加算税賦課決定を争う納税者の主張に現れているように、連結納税を開始するに当たって、連結親法人の事業年度に合わせて子法人を吸収合併することが税務を含めた実務上最も簡便で合理的であるのに、そうすることをなぜ不利益に扱うのか、そこにどんな理由があるのかである。合併期日と事業年度開始の日とを合わせればみなし事業年度が生じないので、申告のための追加的コストなどを省くことができる。このことは、納税者に対して、両者を同じ日とするよう促す効果を持つ。ところが、そこに、思わぬ落とし穴が待ち受けていた。これが本件である(岡村・前掲注244)4頁参照)。

<sup>248</sup> 田中・前掲注245)198 - 199頁。

基本構造の趣旨から結論を導く論理は不分明である。他方、法81条の9第2項1号の規定振りから同号の解釈として結論を導く論証にもまた疑問が残る。そもそも、同号にいう『開始の日』『前』とは、事業年度の境界を画する概念であるに止まり、『開始の日』と適格合併の先後関係を画する概念ではないはずである。また、判旨のように、『開始の日』以後の適格合併について法81条の9第2項1号の適用を否定すると、法57条9項によりないものとされた欠損金額をみなし連結欠損金額の範囲から除外する、という法81条の9第2項1号第3括弧書の規定が空文に帰することになるばかりか、令155条の19第3項の根拠規定まで失われるおそれがある。本判決の結論はむしろ、(法81条の9第2項3号との対照による同項1号を介した)法57条9項2号の解釈として導かれるべきであったように思われる。<sup>249</sup>すなわち、連結欠損金額とみなされる欠損金の属する事業年度を特定するための法人税法81条の9第2項1号の「開始の前日」という文言に依拠して「開始の日」以後の適格合併を同号の適用対象外とした点を批判的に捉え、むしろそのような適格合併も適用対象と考えた上で、法人税法81条の9第2項3号の存在に着目した法人税法57条9項2号の解釈を通じて同様の結論を導くべきであったと指摘するのである。

これに対して岡村忠生は、法人税法81条の9第2項1号の適用上「開始の日」以後の適格合併においても法人税法57条2項が機能するとの解釈について、「そうなると、今度は、法81条の9第2項3号が適格合併による持込みを、なぜ別にわざわざ規定しているのか、その説明が困難となる。」<sup>250</sup>と述べ、合併法人の側で未処理欠損金額をなかったものとみなす法人税法57条5項も、連結欠損金額との間での調整のルールなしに機能するものと理解せざるを得ないなどの点で困難であるとする。これらの解釈について、小塚真啓は、両者の見解はいずれも論理的に成り立つものとしながら、「『開始の日』を境に取扱いが大きく変化することを考慮すると、欠損金額の引継ぎのルールを連続的に捉えつつ、引継ぎの範囲を法人税法57条9項による切捨ての有無で画そうとする前者よりも、引継ぎのルールの断絶を認める後

---

<sup>249</sup> 田中・前掲注245)198-199頁。

<sup>250</sup> 岡村・前掲注244)6頁。



者の方が説得的であるように思われる。」<sup>251</sup>と述べる。さらに、現在では、連結親法人を合併法人とし、連結グループ外の法人を被合併法人とする適格合併による連結欠損金額の引継ぎ(法人税法81条の9第2項2号)が特定連結欠損金額とされる(法人税法81条の9第3項2号)ことから、「連結納税開始の前後で取扱いに断絶が生じていることも、引継ぎのルールを連続的に理解する上での難点になるだろう。」<sup>252</sup>と指摘している。

「開始の日」を「合併の日」とする適格合併について、その先後の判定は不可能であり、これは、法のもたらす判定不能であって、事実や証明の問題ではない。本件事案のように、合併期日が3月31日かそれよりも前であれば法人税法81条の9第2項1号、4月2日かそれよりも後であれば同項2号の適用可能性があるのに、4月1日である場合にのみ、引継ぎの根拠規定が欠け、著しく不合理であるといえる。このような場合、納税者の予測可能性を勘案し、規定の文言に反しない範囲でできるだけ合理性のある解釈が追及されるべきである<sup>253</sup>。岡村忠生は、合併と連結の二つの視点を突合し、「合併に関する規定から見れば、bが一切の損益を計上するのは合併の日の前日であり、合併の日には、もはや(単体として)事業年度がないことは明らかである。しかし、連結欠損金額に関する規定から見れば、最初連結事業年度開始の日に、bは連結子法人として、(一瞬の間)存在したと言わざるを得ない。」<sup>254</sup>と述べて、その制度的な断絶を指摘している。

次に、(処分理由でもあった)争点②については、法人税法施行令155の19第5項(現行155の19第13項)が、法人税法81条の9第2項2号の委任の範囲を逸脱したものであるか否かが争われたが、第一審裁判所は、原告Xの主張する具体例だけに限定して同号を解釈する根拠はないとした上で、みなし連結欠損金額が認められるには連結子法人と連結親法人との間に、「強い一体性」があることが必要であるとして、株式移転の直前にbの発行済株式総数の50%超が他法人に所有されていたbについて、同号から除外されることを肯定した。また、控訴審において原告X(控訴人)は、単体納税の下での適格合併で

---

<sup>251</sup> 小塚真啓「判批」税研30巻4号124-125頁(2014)。

<sup>252</sup> 同上〔小塚〕、125頁。

<sup>253</sup> 岡村・前掲注244)5頁。

<sup>254</sup> 同上〔岡村〕、6頁。

は、被合併法人の未処理欠損金額は合併法人に承継されて繰越控除の対象とされるが、これと実質的に同一の実態にある最初連結親法人事業年度開始の日に行われた本件合併について、被合併法人の未処理欠損金額について欠損金控除を認めないのは、その差異に適正かつ合理的な理由がなく、わずか一日の違いにより未処理欠損金額の控除が否定されることの不合理、不平等は明確であり、租税法律の内容の適正さを要請する租税法律主義に違背すると主張したものの、控訴審裁判所は、「最初連結親法人事業年度開始の日を含むそれ以後の日に行われる適格合併と単体納税の下で行われる適格合併とで被合併法人の未処理欠損金額の取扱いを同じくするかどうか、また、最初連結親法人事業年度開始の日のみを後者と同じ取扱いにするかどうかは、立法政策に委ねられる……」と述べて原判決の判断を堅持した。ただし、この「強い一体性」については、立法資料に存在するものではなく、行政による法律の理解を述べているにすぎないため、それをもって委任の趣旨であるとするには飛躍がある。さらに、その趣旨が委任の範囲を画しているとするには、もう一段の飛躍があると考えられ、施行令が行うことのできる制限のあり方が問われる<sup>255</sup>。

この「強い一体性」と株式移転前の被支配に関しては、裁判において指摘されてはいないものの、法人税法施行令155条の19第5項による制限には矛盾があると岡村忠生は述べる。曰く、「それは、株式移転前に他の法人による支配があったために切り捨てられる欠損金額に、株式移転のあった事業年度以後のものが含まれること、とりわけ適格ではない株式移転により設立された株式移転完全子法人に2006年改正以後の法が適用された場合は、切り捨てられるのが株式移転以後のものだけになることである。(本件も結果的にはそうだった)。つまり、株式移転前の支配を理由に、それ以後の欠損金額を切り捨てているのである。もし、株式移転前の支配を問題にするのであれば、例えば、それが株式移転後においても(株式移転完全親法人の支配を通じて)継続しているかどうか、といった基準とするのが、組織再編税制の考え方からは自然である。」<sup>256</sup>さらに、第一審判決が、「合併が行われたとき等に類似する強い一体性」を要求したことについても同様に、「この『一体性』は、株式移転以後、最初連結事業年度開始までの期

---

<sup>255</sup> 岡村・前掲注244)7頁。

<sup>256</sup> 同上〔岡村〕、7頁。

間について求められている。しかし、その一体性があるかどうかは、それ以前の期間における被支配の有無によって決まる。これは、背理である。」<sup>257</sup>とする。当該施行令による制限は、その完全子会社までを含めて親会社とみるのが実態に即すという考え方から、他の法人による50%超保有という形式要件を親会社の実像を有するか否かの判断基準としているが、株式移転前の被支配を理由に株式移転後の欠損金額を切り捨てるという制限は、株式移転完全親法人と株式移転完全子法人との一体性という観点からは、説明できない<sup>258</sup>。ただし、一体性の観点の有効かどうかについては議論の余地があり、何らかの別の観点からは正当化できる可能性がある<sup>259</sup>。小塚真啓も、第一審の判旨から「株式移転の経済効果が(新設)合併のそれと類似すること、そして、そのような類似性が連結親法人と同視することの根拠と考えられることを踏まえれば、移転後の欠損金額をこの規制の対象外とすることが検討されるべきだろう。」とした上で、「経済効果が類似する手法(合併と株式移転プラス連結納税)の間で課税のあり方に差異を設けることの妥当性、合理性も問う必要があるだろう。」<sup>260</sup>と述べている。

### 3. 2 実質所得者課税の原則に関するリーディングケース 最判昭和37年6月29日(税資39号1頁) 一 共栄企業組合事件一

#### 【事案の概要】

昭和24年に中小企業等協同組合法(昭和24年6月1日法律181号)が制定され、企業組合という新しい法人の制度が認められたことから、全国各地に多数の企業組合が設立された。本件は、企業組合の実質を全く備えない企業組合の設立時代表理事、理事長及び専務理事や同組合の構成員の5名が、上記組合を利用し、組合員を給与所得者のように装わせて、組合員個人に対する所得税を免れる目的をもって、所轄延岡税務署に対し、虚偽の所得税確定申告書を提出し、また、確定申告義務がないとして確定申告書を提出せず、所得税を免れた事案である。

---

<sup>257</sup> 岡村・前掲注244)7頁。

<sup>258</sup> 同上〔岡村〕、7頁。

<sup>259</sup> 同上〔岡村〕、7頁。

<sup>260</sup> 小塚・前掲注251)125頁。

この事案においては、形式的に、各組合員がその業務用財産を組合に出資ないし譲渡し、その従業員となって組合の事業に従事し、組合からの給与の支給を受けているが、実際には各組合員が自己の計算と危険において従来の事業を営み、その事業所得に相当する金額から組合経費と給与に対する源泉徴収税額相当額を控除した金額を、組合から給与として受け取ったことにしていた。第一審裁判所(福岡地判昭和32年2月4日(税資39号219頁))は、実質所得者課税の原則を根拠として、その所得は組合員個人の事業として組合員に帰属すると判示し、被告人らに有罪判決を下したため、被告人らは控訴した。控訴審裁判所(福岡高判昭和34年3月21日(高裁判集12巻4号421頁))においても第一審判決を支持し、控訴が棄却されたため、これを不服として被告人らが上告したものが本件である。

#### 【争点】

本件における争点は、所得が企業組合に帰属するのか、それとも組合員個人に帰属するのかという、所得の帰属の判定が問題とされた<sup>261</sup>。

#### 【判旨】

上告棄却。

「原判決は、『所得税法二条所定の課税対象となつてゐる個人の所得とは、当該個人に帰属する所得を指称するものであることは勿論であるが、その所得の外見上又は法律形式上の帰属者が単なる名義人に過ぎずして、他にその終局的実質的享受者が存在する場合、そのいずれを所得の帰属者として課税すべきであるかについて問題を生ずる。思うに、国家経費の財源である租税は専ら担税能力に即応して負担させることが、税法の根本理念である負担公平の原理に合し且つは社会正義の要請に適うものであると共に、租税徴収を確保し実効あらしめる所以であつて、各種税法はこの原則に基いて組み立てられており、又これを指導理念として解釈運用すべきものと云わねばならない。さすれば、所得の帰属者と目される者が外見上の単なる名義人にしてその経済的利益を実質的、終局的に取得しない場合において、該名義人

---

<sup>261</sup> なお、本事案においては、所得税法26条第1項(申告義務の規定)の合憲性についても判示されたが、本稿においては実質所得者課税の原則についての検討部分のみを取り扱う。

に課税することは収益のない者に対して不当に租税を負担せしめる反面、実質的の所得者をして不当にその負担を免れしめる不公平な結果を招来するのみならず、租税徴収の実効を確保し得ない結果を来す虞があるからかかる場合においては所得帰属の外形的名義に拘ることなく、その経済的利益の実質的享受者を以つて所得税法所定の所得の帰属者として租税を負担せしむべきである。これがすなわちいわゆる実質所得者に対する課税（略して実質課税）の原則と称せられるものにして、該原則は吾国の税法上早くから内在する条理として是認されて来た基本的指導理念であると解するのが相当である。昭和二八年八月七日法律一七三号所得税法の一部を改正する法律により新たに追加された同法三条の二の規定は、従来所得税法に内在する条理として是認された右原則をそのまま成文化した確認的規定であり、これによつて所得税法が初めて右原則を採用した創設的規定ではないと解するのが相当である。』と判示している。当裁判所も、原判決の右判断を相当として是認する。」

#### 【検討】

本件において最高裁判所は、『昭和二八年八月七日法律一七三号所得税法の一部を改正する法律により新たに追加された同法三条の二の規定は、従来所得税法に内在する条理として是認された右原則をそのまま成文化した確認的規定であり、これによつて所得税法が初めて右原則を採用した創設的規定ではないと解するのが相当である。』と判示している。当裁判所も、原判決の右判断を相当として是認する。」と判示しており、現在の所得税法12条の前身規定である当時の所得税法3条の2の規定が、各被告人が主張する創設的規定ではなく、税法に潜在する法理の確認的規定である旨を明らかにした<sup>262</sup>。所得の人的帰属(attribution, Zurechnung)、すなわち所得が誰の所得であるかという問題は、所得の概念、所得の分類、所得の年度帰属等の問題と並んで所得税の最も基本的な問題の一つである<sup>263</sup>。そこにおける実質課税の原則とは、租税負担の公平を図るために、租税法の解釈・適用にあたっては、その経済的意義や経済的実質に即して行うべきであるとする原則であり、ドイツにおける「経済的観察法(wirtschaftliche

---

<sup>262</sup> 金子宏ほか『ケースブック租税法〔第5版〕』206頁(弘文堂、2017)。

<sup>263</sup> 金子宏『租税法理論の形成と解明 上巻』524頁(有斐閣、2010)。

Betrachtungsweise)」や米国における「実質主義(substance rule)」がこれに当たる。これに対し、租税法の解釈・適用にあたっては、その文言や行為の法形式に即して行うべきであるという原則を「形式主義(form rule)」という<sup>264</sup>。こうした実質主義を課税要件事実の認定に及ぼすと、課税要件の前提となる行為の民商法等の法形式を無視して、経済的実質に即して認定するということとなり、形式主義は、行為の民商法等の形式に即して認定するということとなる。かような実質主義と形式主義の対立は、各国の税制において古くから問題となっており、各国の事情によりその考え方は異なる<sup>265</sup>。わが国においては、かつて税制調査会が、国税通則法の制定にあたり、実質課税の原則の規定を設けるよう答申(昭和36年7月5日税制調査会答申)したが、徴税義務強化を図るものであると主張する民間団体の強い反対により、立法に至らなかった<sup>266</sup>。租税法の解釈にあたっては、その経済的意義が解釈の基準として重視されるべきことを否定するものではない<sup>267</sup>。しかしながら、前提として固有概念と借用概念とを区別したうえで、実現した経済的成果に即して判定をするのは、固有概念に限定するのが通説であるとされている<sup>268</sup>。

所得税法12条は、「資産又は事業から生ずる収益の法律上帰属するとみられる者が単なる名義人であつて、その収益を享受せず、その者以外の者がその収益を享受する場合には、その収益は、これを享受する者に帰属するものとして、この法律の規定を適用する。」と規定しており、法人税法11条、地方税法24条の2、72条の2、294条の2等も同趣旨の規定をおいているが、この規定が如何なる意味において実質所得者課税を定めたものであるのかについては、経済的帰属

---

<sup>264</sup> 山田二郎『実務租税法講義—憲法と租税法—』411頁(民事法研究会、2005)。

<sup>265</sup> 同上〔山田〕、411-412頁。たとえば、アメリカでは、連邦制が採られ、課税要件の前提となる民商法が各州により異なることもあり、連邦最高裁は古くから実質主義を是認している。ドイツは、かつては経済的観察法が採られていたが、現在は、租税法はその文言に即して解釈されなければならないとの考えが通説・判例となっている。もっとも、ドイツは、租税回避行為に対し、法の形成可能性の濫用が存する場合には、経済事象に適合した法的形成に即して課税できるとする一般的否認規定(ドイツ租税通則法42条)があり、課税要件事実の認定については、実質主義が採られている(同〔山田〕、412頁参照)。

<sup>266</sup> 同上〔山田〕、412頁。

<sup>267</sup> 金子・前掲注106)124頁。

<sup>268</sup> 同上〔金子〕、126-129頁。

説と法律的帰属説との二つの見解が存在する<sup>269</sup>。経済的帰属説は、この規定は所得の法律上(私法上)の帰属と経済上の帰属が食い違っている場合には、経済上の帰属に即して所得の帰属を判定すべき旨を定めた規定であると解する。これに対して法律的帰属説は、この規定は所得の法律上(私法上)の帰属について形式と実質が食い違っている場合には実質に即して帰属を判定すべき旨を定めた規定であると解する見解である<sup>270</sup>。文理的にはどちらの解釈も可能であるといえるが、この点、金子宏は、「①経済的帰属説をとると、所得の分割や移転を認めることになりやすいこと、②法律的帰属を離れて課税することを認めるのは法的安定性の維持の観点から好ましくないこと、③租税行政にとっても経済的帰属説を判定することは容易ではない場合が多いこと、等の理由から法律的帰属説の考え方をとってきた。」<sup>271</sup>と述べており、判例、学説においても法律的帰属説の立場が大勢を占めている<sup>272</sup>。しかしながら本件判決において最高裁判所はこの規定がこれら二つの見解のうち、いずれを採用したものであるかについては、判断を明らかにしていない<sup>273</sup>。

第一審裁判所は、「もつとも具体的にその帰属者を決定するにあたっては、私法各法に十分に依拠しなければならないと共に、租税実体法の趣旨に鑑み、慎重に決定されなければならない。この『所得』の帰属はあくまで租税法上の概念であるところから、私法上の権利関係に更に租税法上の経済的収得の享受の点を加味して判断する以上、必ずしも私法上の権利者が常に所得者になるとは限らないところに右原則が租税法上の独自のものであることが認められるのである。」と判示する。さらに、これを受けて控訴審裁判所は、「尤も、実質課税の原則は私法上の法律関係を前提とし乍ら、税法の目的と必要よりしてこれに実質的修正を加える結果をもたらし、個人の権利関係に重大なる影響を及ぼす……」と判示する。これらの部分からは、第一審裁判所と控

---

<sup>269</sup> 金子・前掲注 263) 18 頁。

<sup>270</sup> 同上〔金子〕、526 頁。

<sup>271</sup> 同上〔金子〕、526 頁。

<sup>272</sup> 同上〔金子〕、526 頁。ただし、この説をとった場合にも、担税力に適合した課税が多少ともゆがめられることになるし、また法律上の実質に即して帰属をきめるべきことは、かかる規定をまつまでもなく当然である、という批判もありえよう(同〔金子〕、19 頁参照)。

<sup>273</sup> 金子ほか・前掲注 262) 206 頁。

訴審裁判所が、ともに経済的帰属説に相当する考え方から、私法上の帰属から離れて帰属を判定することを承認しているように見える<sup>274</sup>。ただし、最高裁判所は、控訴審裁判所の判決を引用するとともに、その結論を支持しつつも、右引用部分を引用していない。また、第一審裁判所と控訴審裁判所ともに、実質課税の原則が条理として認められてきた根拠としてあげている信託課税の制度と配当所得の帰属に関する行政裁判所の判決を引用から省略している<sup>275</sup>。この除外について何を読み取るべきかが重要な問題となろう。経済的帰属説は、課税の領域においては、法律関係に基づかないで、経済関係に基づいて課税することを定めたものであると解する。そうであるとすれば、これはまさしく、税法固有の法理(租税法律主義の原則とは別個の実質課税の原則)を創設的に規定したものとみられるが<sup>276</sup>、北野弘久は次のように批判する。「しかし、現代の発達した法治国家において、なんらの法律関係もなくして経済上の収益を享受するということが、はたしてありうるであろうか。一見経済関係にすぎないとみられる場合であっても、よく調査してみると、その背景には法律関係が存在するのが通例であろう。つまり、税法固有の実質課税の原則なるものは通例は存在しえない。」

さらに、他の実質所得者課税の原則に関係する裁判例を観察しても、法律的帰属説を前提とする判例が多くみられる。例えば、法律関係の実質に即して帰属を判定した典型的な事案である登記冒用事件(最判昭和48年4月26日(民集27巻3号629頁))<sup>277</sup>は、無断で第三者がほしいままにした所有権移転登記につき、その登記名義人に対して課された譲渡所得による課税処分の無効が争われたが、裁判所は、「上告人らは、……土地および建物のいずれもを所有したことがなく、……したがって、譲渡所得はほんらい同人に帰属し、上告人らについては全く発生していないのであるから、本件課税処分は、譲渡所得の全

---

<sup>274</sup> 金子・前掲注263)531頁。

<sup>275</sup> 同上〔金子〕、531頁。

<sup>276</sup> 北野弘久『現代税法講義〔五訂版〕』29頁(法律文化社、2009)。

<sup>277</sup> 本件は、本件各不動産の譲渡により上告人らに譲渡所得を生じたとしてなされた所得税賦課処分及びこれに基づく差押処分に対し、上告人らが、本件各不動産を所有したことはない等と主張して、上記賦課処分の無効確認及び上記差押処分の取消等を求めた事案の上告審である。当裁判所は、上告人らの請求を排斥した原判決を破棄し、本件を原裁判所に差し戻した。



くないところにこれがあるものとしてなされた点において、課税要件の根幹についての重大な過誤をおかした瑕疵を帯有するものといわなければならない。」と判示した。また、妻が行った有価証券取引による所得が納税者に帰属するとされた事案(熊本地判昭和57年12月15日(訟月29巻6号1202頁))<sup>278</sup>において裁判所は、「……各証券会社との間の有価証券取引については、その個別的、具体的な取引行為自体はスミエがこれを担当したものであるが、これらはいずれも原告の包括的な委託に基づくものであって、その取引による所得はすべて原告に帰属したものと認めるべきである。」と判示した。さらに、事業所得の帰属が争われた事案(名古屋地判平成17年11月24日(判タ1204号114頁))<sup>279</sup>において裁判所は、「事業所得の帰属者は、自己の計算と危険の下で継続的に営利活動を行う事業者であると考えられるところ、ある者がこのような事業者に当たるか否かについては、当該事業の遂行に際して行われる法律行為の名義に着目するのはもとより、当該事業への出資の状況、収支の管理状況、従業員に対する指揮監督状況などを総合し、経営主体としての実体を有するかを社会通念に従って判断すべきである。」と判示した。

かような所得の帰属を巡る問題に関する裁判例は、古くからその数が多い。前述した三つの裁判例はすべて、法律上の帰属に関する実質主義、すなわち法律上の帰属につき名義と実態あるいは形式と実質が食い違っている場合において、実体ないし実質に即して規則を判定した事案である<sup>280</sup>。勿論、経済的帰属説の立場に立つ判例も存在してい

---

<sup>278</sup> 本件の事実の概要は、以下のとおりである。原告Xは被告Y税務署長に対し、昭和47年分所得税の確定申告として総所得金額を803万5,140円として申告したところ、被告Yは有価証券取引に係る雑所得を加算して、総所得金額を8,684万9,504円、税額を5,160万9,600円とする旨の更正処分及び重加算税賦課決定処分を行った。Xは、右処分に対し、昭和27年頃から有価証券取引を仮名で行っていたが、投資した有価証券は同人の妻とで半分ずつ所有する意思であったから、その取引から生ずる利益も半額ずつ帰属するものであり、Y主張の所得のうち、Xの所得になるものはその半額である旨等、主張したが、当裁判所は、請求を棄却した。

<sup>279</sup> 本件の事実の概要は、以下のとおりである。原告Xは、店舗の経営者であることを理由に、被告Y税務署長から推計の方法による所得税の決定処分及び重加算税の賦課決定処分を受けた。Xは、本件処分は、一部期間を除いて経営主体を誤っており、経営者でなかった期間についても経営権の購入代金を必要経費として認めなかった違法なものであるとして、Yに対し、その取り消しを求めたが、当裁判所は請求を棄却した。

<sup>280</sup> 金子・前掲注263)538頁。

る。例えば、直接的には法が不動産取得税の課税要件として規定する「不動産の取得」の意義について最高裁が示したリーディングケースである事案（最判昭和48年11月16日（民集27巻10号1333頁））の第一審判決（東京地判昭和39年7月18日（民集27巻10号1351頁））<sup>281</sup>において、裁判所は、「元来、税法は、経済社会において通常行われる取引行為その他の経済現象を予測し、これらのうちから課税対象として適するものを選び、それぞれの課税対象に応ずる担税力を評価、考量して課税を行おうとするものであるから、税法が課税対象として掲げる行為の概念は、原則として、すなわち特別の規定がない限り、経済社会において通常理解され、認識されている行為の概念と同一の実質をもつものを指すものと解さねばならない。」と判示した。こうした裁判例を観察すると、例外はあるものの、全体として、判例は法律的帰属説の考え方をとっていることが窺える<sup>282</sup>。

それでは、原審において経済的帰属説に相当する考え方を採用し、控訴審裁判所の判旨を引用する本件判決は、経済的帰属説を承認した最高裁判決であるといえるのであろうか。最高裁が引用部分を除外した意味の解釈については、二つの見方がありうるとして、金子宏は次のように述べる。曰く、「一つは、最高裁が原審判決の経済的帰属説に賛成しない旨あるいは反対である旨を暗黙に表明している立場である。……いま一つは、最高裁は、本件は法律的帰属説で十分に処理できる事件であると考えて、経済的帰属説の当否にあえて触れなかったと見る見方である。」<sup>283</sup>いずれにせよ、本件における最高裁の判旨からは、経済的帰属説の当否を明確に読み取ることはできず、素直に経済的帰属説を承認したと解釈することは首肯し難い。そうすると、経済的帰属説を承認した最高裁判決は、まだないと考えるべきであろう<sup>284</sup>。実質所得者課税について、経済的帰属説の立場をとるとした場合には、

---

<sup>281</sup> 本件の事実の概要は、以下のとおりである。Xは、訴外N株式会社に対する債権を担保するため、昭和35年9月10日、期間を昭和39年4月1日までとして、N所有の土地及び建物につきその所有権をXに移転することを内容とする譲渡担保の設定を受け、右所有権の移転登記を完了した。被告Y税務署長は、右所有権の移転は、地方税法73条の2所定の「不動産の取得」に当たるとして、不動産取得税を賦課した。これに対し、Xは、異議申立の手続きを経由したのち、右の賦課処分の取消を求めて出訴し、当裁判所は、請求を認容した。

<sup>282</sup> 同上〔金子〕、544頁。

<sup>283</sup> 同上〔金子〕、540 - 541頁。

<sup>284</sup> 金子・前掲注263)541頁。

通達により解釈基準を余程事前に明確にしておかないかぎり、帰属の問題は甚だしい混乱の中に落ち込むことが予想されうる。その意味では、この規定は法律上の帰属に関する実質主義を採用したものであり、法律上の帰属の判定にあたっては、「収益の享受」を重視すべきことを明らかにした規定であると解することが妥当であると考えられる<sup>285</sup>。

## 小括

本章では、企業集団における経済的一体性と、別個独立した法人である法的多様性について、実質と形式に関する判例の基礎理論を検証した。適格合併で引継いだ繰越欠損金を連結納税制度の下で引継ぎ利用した事案を観察するに、本件の主たる争点は、連結開始前のものでありながら、連結グループが制約なく引継ぐことのできる連結親法人等の欠損金額の範囲である。裁判所は、適格合併による欠損金額の引継ぎが最初連結親法人事業年度開始の日より前に生じていることを厳格に要求することにより、本件青色欠損金額を法人税法81条の9第2項1号の対象外であるとした。納税者は、単体納税の下で適格合併をしていれば、被合併法人の未処理欠損金額は合併法人に承継されて繰越控除の対象とされたのに、これと実質的に同一の実態にある本件合併について、わずか一日の違いにより控除が否定されたのであり、こうした法の規定による先後判定不能からは、引継ぎルールの制度的な断絶の存在が窺えた。

さらに、当該判決の判断要素の一つとなった「強い一体性」については、法人税法81条の9第2項2号の趣旨が、連結納税開始前に合併が行われたとき等に類似する強い一体性のある連結子法人の未処理欠損金額を連結欠損金額とみなす点にあると解された。争点となった施行令が委任の範囲内であるか否かについては立法的な解決が図られているが、法人税法施行令155条の19第5項による制限は、株式移転前の支配を理由にそれ以後の欠損金額を切捨てるものである。そこにおいては支配の継続といった基準もなく、株式移転後に生じた欠損金額と他法人による株式移転直前の支配との関連性は見出しがたい。裁判所も株式移転と新設合併の経済効果の類似性を指摘し、そうした類似性が連結親法人と同視することの根拠であるのならば、株式移転

---

<sup>285</sup> 同上〔金子〕、19頁。

後に生じた欠損金額を、この制限の対象外とすることが検討されるべきである。一体性の観点の有効かどうかには議論の余地があり、こうした合併と、株式移転による連結申告といった経済的実態や経済効果が類似する手法間については、その課税の非対称性や妥当性、合理性が問われるであろう。

次に、経済的実質と民商法等の法形式の対立について、実質所得者課税に関する事案を観察した。所得の人的帰属、すなわち所得が誰の所得であるかという問題は、所得税の最も基本的な問題の一つであり、裁判所は、実質所得者課税の原則は、税法に潜在する法理の確認的規定である旨を判示した。所得税法12条は、「資産又は事業から生ずる収益の法律上帰属するとみられる者が単なる名義人であつて、その収益を享受せず、その者以外の者がその収益を享受する場合には、その収益は、これを享受する者に帰属するものとして、この法律の規定を適用する。」と規定するが、その解釈について経済的帰属説と法律的帰属説との二つの見解が存在し、判例、学説とも法律的帰属説が大勢を占めていることを確認した。経済的帰属説に依ると、所得の分割や移転を認めることになりやすく、法律的帰属を離れて課税することは法的安定性を阻害する恐れがある。さらに、行政執行の観点からも経済的帰属説の判定は困難である。

本判決が、これら二つの見解のうち、いずれを採用したものであるかは分らない。その判旨からは第一審裁判所と控訴審裁判所とが、ともに経済的帰属説より、私法上の帰属から離れた判定を承認しているようにも見える。ただし、最高裁は控訴審裁判所の判決を引用し、その結論を支持しているにも関わらず、引用部分を一部除外しており、素直に経済的帰属説を承認したと考えることは首肯し難い。故に、経済的帰属説を承認した最高裁判決はまだ存しないと考える。実質所得者課税の原則について、経済的帰属説の立場をとるとした場合には、帰属の問題は甚だしい混乱に陥ることが予想されるが、この点、当該規定は法律上の帰属に関する実質主義を採用したものであり、法律上の帰属の判定に当たっては、「収益の享受」を重視すべきことを明らかにした規定であると解する金子宏の意見に賛同する。

#### 4. 繰越欠損金の引継ぎの妥当性の検証

最終章においては、これまでの議論を踏まえ、繰越欠損金の引継ぎ

の妥当性について検証する。まず、連結納税制度における課税上の中立性の概念を確認する。しかるのち、その実現の障害となる租税回避について、ヤフー事件(最判平成28年2月29日民集70巻2号242頁)を題材として検討する。次に、米国における損失引継制限規定である SRLY 準則とその判例理論を分析することで、わが国における連結納税制度について若干の示唆を得る。

#### 4. 1 租税回避の障碍

##### 4. 1. 1 課税の中立性

第2章において確認したように、連結納税制度は、まとまりのある一体性を有する法人のグループ単位に着目し、課税することをその特徴としており、結合企業の一体性を直視した税制の構築がなされ、これにより実態に即した課税の実現が企図されている。これは、中立性の実現である<sup>286</sup>。一つの会社内部で事業部制・カンパニー制を採る企業と、親会社が複数の子会社をもつ企業グループとの課税上の中立性が念頭に置かれている。ここでの課税の中立性は企業形態に応じて税負担が同一になることを求めるため、企業形態の中立性は実質的に同一のものを租税法上同一に扱うことを要請するから、これに従えば連結納税制度は企業または企業グループの担税力を適正に斟酌したいわば租税通常措置であり、グループ企業の実態に即した課税が実現されると考えることとなる<sup>287</sup>。連結申告における窮極的な政策論は、こうした公平性や中立性の観点から、租税属性の結合や損益認識の繰延を肯定するのかどうかに行き着く<sup>288</sup>。しかしながら、公平性の観点については、連結納税制度が強制ではなく、納税者の選択に委ねられる点に疑問が残る。もし、連結が企業グループの実体をより反映したものであるなら、なぜそれが強制されないのであろうか。単体申告の方が有利であるのなら、これを認め続ける根拠も明らかではない<sup>289</sup>。さらに、中立性の観点については、連結による欠損金額の吸収は、リスクな投資に対するバイアスを軽減することには資するものの、関連法

---

<sup>286</sup> 手塚・前掲注16)137頁。

<sup>287</sup> 同上〔手塚〕、141頁。

<sup>288</sup> 岡村・前掲注10)492頁。

<sup>289</sup> 同上〔岡村〕、492頁。

人の持つ私法上の法人格が利用されていることから、一般的に連結の利点とされる子会社と支店の選択や関連グループと単体法人の選択に対する税制の中立については、疑わしいこととなる。特に、現行の連結納税制度は、連結申告への移行の際に単体申告時の欠損金額が切り捨てられることについても問題があるといえる<sup>290</sup>。

こうした課税の中立性の概念は、課税が何に対して中立的かという観点から二つに区別できる。第一は、すべての経済主体のいかなる行動に対しても課税が全面的に無差別中立であるという「全面的中立性概念」であるが、これは厳密的な意味においては達成することができない<sup>291</sup>。第二は、「限定的中立性概念」であり、ある経済主体の特定の行動に着目し、それに対して課税が無差別中立であるかどうかを問題とする。いわば、「何に対する」中立性を定義して、限られた土俵で目標をたてる考え方である<sup>292</sup>。前述のような事業形態の選択という一つの局面にだけ着目した中立性は、まさしく「限定的中立性概念」にてらしたものであるといえるが、限定的中立性概念には、何に対する中立性であるかという限定の仕方に応じて無数のバリエーションがありうる<sup>293</sup>。この点、増井良啓は、「いかなる状況の下で・何に対する中立性が・どのような形で問題にされているかを、具体的な手法ごとに検討する必要がある。」<sup>294</sup>と述べて、中立性の概念についてその内容を具体的に定義することの必要性を指摘する。連結納税制度は、欠損金利用価値の法人間共同利用を正面から制度化するものであるが、人的適用範囲が限定される以上、他の意味における非中立性が残る。それゆえに、欠損金の利用範囲の人的拡大は、直ちに税制の経済活動に対する中立性の回復を意味するものではなく、法人税制のより構造的な

---

<sup>290</sup> 岡村・前掲注 10)492 頁。

<sup>291</sup> 増井・前掲注 2)65 - 66 頁。たとえば、連結納税制度を設けたとしても、もともと法人税自体が法人形態の事業を重課している以上、全面的な中立性は達成できない。かりに法人税を廃止して消費型付加価値税にしたとしても、消費型付加価値税が消費を重課している以上、課税が全面的に中立的になるとはいえない。さらには、人頭税ですら、子供を産むか産まないか・生きるか死ぬかという選択に影響しうる。このように、全面的中立概念は、厳密に論理展開すると、概念矛盾に陥る(同 [増井]、66 頁参照)。

<sup>292</sup> 同上 [増井]、66 頁。

<sup>293</sup> 同上 [増井]、66 頁。

<sup>294</sup> 同上 [増井]、70 頁。

バイアスの治療が求められる<sup>295</sup>。

#### 4.1.2 制度の濫用

課税の公平性や中立性の実現が求められる一方、連結納税制度をはじめとする企業グループ税制等は、納税者が事業形態やその組み合わせを恣意的に選択できることから、不合理な租税属性の移転行為による租税回避<sup>296</sup>の誘因が働きやすい。例えば、欠損を抱える法人と敢えて連結関係を構築し、連結親法人のもとで連結子法人の欠損を利用して連結グループ全体の所得を減少させることが考えられる。このような租税回避行為に対処すべく、企業グループ税制等には様々な制限が設けられており、連結納税制度の導入に際しても損失の扱いは一つの焦点であった<sup>297</sup>。欠損金繰越控除や損金算入の制度趣旨からも、繰越欠損金や含み損を発生させた主体それ自身に控除利益が帰属すべきであって、その濫用については、何らかの制限をすべきこととなる<sup>298</sup>。企業グループ税制等において、法人税法132条の2および132条の3は、「法人税の負担を不当に減少させる」ような行為または計算を防止するために、それぞれ組織再編成、連結法人(連結納税)を対象として設けられた行為・計算の一般的否認規定である。

欠損金を有する法人を被合併法人とする適格合併において、法人税法57条3項の委任を受けた旧施行令112条7項5号(現行法における同条3項5号)の要件を文言上は充足しているにもかかわらず、法人税法132条の2が適用されるか否かが争われた、ヤフー事件最高裁判決(最判平成28年2月29日民集70巻2号242頁)<sup>299</sup>におい

---

<sup>295</sup> 増井・前掲注2)74頁。

<sup>296</sup> 金子宏は、租税回避について、「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、税負担の軽減又は排除を図る行為のことである。」と定義し、その類型は、①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、②租税減免既定の趣旨・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、自己の取引をそれに充足するように仕組み、もって税負担の軽減または排除を図る行為に区分できると述べる(金子・前掲注106)133-135頁参照)。

<sup>297</sup> 手塚・前掲注16)143頁。

<sup>298</sup> 酒井・前掲注127)218頁。

<sup>299</sup> 本件の事実の概要は、以下のとおりである。X(ヤフー株式会社一原告・控訴

て裁判所は、不当性の意義を明らかにするとともに、こうした「濫用」の有無の判断にあたり、考慮事情および観点を次のように判示している<sup>300</sup>。「同条(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』とは、法人の行為又は計算が組織再編成に関する税制(以下『組織再編税制』という。)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、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、通常は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

---

人・上告人)は、平成21年2月24日にA(ソフトバンク株式会社)からB(ソフトバンク IDC ソリューションズ株式会社)の発行済株式のすべてを現金で取得した後(以下「本件買収」)、同年3月30日にBを被合併法人とする吸収合併を行った(以下「本件合併」)。Bは、本件買収前にはソフトバンク IDC 株式会社という名称でデータセンターに関する事業を行っていたが、同年2月2日に新設分割によってデータセンターの営業、販売および商品開発に係る事業に関する権利義務を承継する同じ名称のC(同年4月1日に株式会社 IDC フロンティアへと名称を変更)を設立し、従業員および役員をすべて引継がせた上で、本件買収時の名称に変更している。本件合併は、法人税法(以下「法」)2条12号の8イの要件を満たす適格合併であると同時に、Xの代表取締役であったDが本件買収に先立つ平成20年12月26日にBの取締役副社長に就任しており(以下「本件副社長就任」)、Dは本件合併後もXの代表取締役の地位に留まったため、法人税法施行令(以下「令」)112条7項(現行3項。)5号の特定役員引継ぎ要件を満たすものでもあった。そこでXは、平成20年4月1日から平成21年3月31日までの事業年度の確定申告において、法57条2項に基づき、本件合併の日の前7年以内に開始したBの各事業年度に生じた欠損金額(合計542億6,826万円2,894円)をXの欠損金額とみなした上で、同条1項に基づいてその全額を損金の額に算入した。しかし、所轄税務署長は法132条の2を適用して本件欠損金額をXの欠損金額と認めないなどとして、Xに対して更正処分および過少申告加算税の賦課決定処分(以下「本件処分」)を行った。Xは本件処分は法132条の2の要件が満たされていない違法なものであるとして、国税不服審判所への審査請求を行った上で東京地方裁判所に本件処分の一部の取消を求めてY(国一被告・被控訴人・被上告人)を提訴したが、裁判所は請求を棄却した(東京地判平成26年3月18日判時2236号25頁)。その後Xは東京高等裁判所に控訴したが、裁判所は控訴を棄却した(東京高判平成26年11月5日訟月60巻9号1967頁)。そこでXは最高裁判所に上告受理申立てをした。

<sup>300</sup> 渡辺・前掲注213)261頁。



観点から判断するのが相当である。」

下級審判決においては、この「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」（いわゆる不当性要件）が各規定の趣旨・目的への違反のみを理由に充足しうると判示されており、納税者の予見可能性を大幅に損なうおそれが懸念されていたが<sup>301</sup>、①、②を濫用の有無の判断にあたって必ず考慮する事情とするならば、不自然性や合理的事業目的の不存在は、不当性の実質的な要件として機能することとなる。その意味で、最高裁の示した濫用基準<sup>302</sup>は、下級審の見解よりも明確性に優れ、明示的拡張に縛りをかけたものとして評価することができる<sup>303</sup>。ただし、本判決は、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、考慮されるべき事項や観点を提供するにとどまると見ることもできる。これは、税務署長への裁量付与の規定と位置付けるものと考えられるため、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る<sup>304</sup>。さらには、引き直し課税についても明示はされず<sup>305</sup>、「租税回避」の意義についても

---

<sup>301</sup> 小塚真啓「判批」ジュリ 1505 号 215 頁(2017)。他には、例えば大淵博義他「座談会これからの日本の否認規定を考える 法人税法 132 条、132 条の 2 とその運用の捉え方—ヤフー事件、IBM 事件を踏まえて」税弘 64 卷 1 号 22 - 23 頁(2016)。

<sup>302</sup> この点、外国税額控除余裕枠の流用に関するりそな外税控除事件判決(最二小判平成 17 年 12 月 19 日民集 59 卷 10 号 2964 頁、最一小判平成 18 年 2 月 23 日訟月 53 卷 8 号 2461 頁)が根拠とした制度の濫用とは、基準としての意味が異なると考えるべきであろう。外国税額控除に関して、一般的否認規定はない。りそな外税控除事件判決と本判決との大きな違いは、前者が一般的否認規定のない状況で濫用を課税の根拠としたのに対し、後者は一般的否認規定の解釈において濫用該当性を判断しているという点である。それぞれの最高裁の見解において、種類の異なる濫用基準の存在を肯定するとしても、当然、前者の場合(一般的否認規定の存しない場合)の濫用のほうが、厳しく判断されるべきである(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〔下〕」商法 2113 号 24 頁(2016)参照)。

<sup>303</sup> 渡辺・前掲注 213)262 頁。

<sup>304</sup> 岡村忠生「判批」ジュリ 1495 号 11 頁(2016)。

<sup>305</sup> 本件判決は、法 132 条の 2 を適用することで、欠損金の引継ぎは否定したが、その際に、当事者が行った取引をどのように引き直したのかについて(換言すれば、「正常な行為又は計算」が何であったかについて)は明示していないという問題がある。引き直しを明示せずに、単に欠損金の引継ぎだけを否認するのであれば、法 132 条の 2 を媒介として、通常なら法 57 条 3 項の射程外となる取引をその射程内に引き戻して(法 57 条 3 項の要件を満たさないとして)課税することに等しい。それは法 57 条について目的論的解釈を行うのと、どこが違うのだろうか

述べられてはいない(租税回避の手段ではないときはどうなるかは、分からない)<sup>306</sup>。租税回避とは、課税要件が充足していない状態を指しているから、租税回避の否認は、新たな課税要件を創設することに等しく、租税法律主義の要請から明文規定が必要になる<sup>307</sup>。

法人税法132条における不当性の判断基準については、通説によれば「経済合理性基準」<sup>308</sup>で説明されるところであるが、最高裁は下級審での判決理由を変更し、濫用基準を採用した。このことから法人税法132条の枝番であり、「法人税の負担を不当に減少させる」というまったく同じ文言を用いているにもかかわらず、法人税法132条の2における「不当」の意味は、法人税法132条とは異なることとなり、同じことは法人税法132の3についても当てはまる<sup>309</sup>。この点、渡辺徹也は、「法132条、法132条の2、法132条の3は、それぞれ同族会社、組織再編成、連結法人(連結納税)という領域において『法人税の負担を不当に減少させる』ような行為または計算を防止するための規定であり、何が不当に該当するかは、それぞれの領域ごとに異なり得るのであるから、それを前提とした上で『不当』という文言の解釈を行わねばならないと考えるのである。」<sup>310</sup>とするが、これについては疑問を呈する意見も存在している<sup>311</sup>。もっとも判旨の内容には経済合理性基準に類似する要素も存在することから、渡辺徹也は、「本件判決が採用した濫用基準は、法132条に関する経済合理性基準と大きく乖離するものではないととらえることが可能である。」<sup>312</sup>

---

(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〕」商法2112号6頁(2016)参照)。

<sup>306</sup> 岡村・前掲注304)11頁。

<sup>307</sup> 清永敬次『税法〔第7版〕』42-43頁(ミネルヴァ書房、2007)。

<sup>308</sup> ここにいう税負担の不当な現象を結果すると認められる同族会社の行為・計算とは、純経済人の行為として不合理・不自然な行為・計算がこれにあたる(金子・前掲注106)532頁参照)。

<sup>309</sup> 同上〔渡辺〕、6頁。

<sup>310</sup> 同上〔渡辺〕、7-8頁。

<sup>311</sup> 岡村忠生は、「従来、法人税法132条に関して積みあげられてきた判例法理、解釈といったものは、やはり同法132条の2でも通用すると思います。共通因数は存在しており、全く別の解釈をすべきではないということです。」と述べている(岩品信明他「座談会東京地裁平成26年3月18日判決の検討」税弘62巻7号26頁(2014)参照)。

<sup>312</sup> 渡辺・前掲注305)7-8頁。

とも述べている。内容の異なる不当性は、混乱を生じさせ、法的に不安定な状況が作り出される恐れがある。本判決が意図したのは、こうした混乱を回避するような解釈のため(法132条と異なって法132条の2を解釈するため)の指針作りであるとも考えられる<sup>313</sup>。

かような一般的否認規定は、個別的否認規定の充実によりはじめて機能するが、本件において争点となった繰越欠損金の引継ぎに関するみなし共同事業要件についてはどのように判示されたのか。本件判決は、組織再編成の「基本的考え方」の内容を説明していると考えられるが、組織再編税制の導入にあたり、中心的に議論されたのは、移転する資産等に関する課税繰延要件であり、それを受けて(あるいはそれに倣って)欠損金の引継ぎルールが作られたこととなる<sup>314</sup>。特定役員引継要件について、「支配が継続している場合」という「支配の継続」概念は、文言として用いられてはいるが、これ以上の言及はなく、第一審判決が「支配の継続」に基づいて課税を正当化したこととは大きく異なっている。これは、第一審判決が、「基本的考え方」には欠損金の引継ぎについて触れた部分はないにもかかわらず、「支配の継続」概念を使用し<sup>315</sup>、控訴審判決において修正を受け、共同事業の継続に改められたため<sup>316</sup>、最高裁はその判断をそのまま受け入れたものと考えられる<sup>317</sup>。裁判所は、「法57条3項のみなし共同事業要件は、施行令112条7項において、適格合併のうち、①同項1号から4号までに掲げる要件……又は②同項1号及び5号に掲げる要件……に該当するものとされているところ、上記①の各要件は、……双方の法人の事業が合併の前後において継続しており合併後には共同で事業が営まれているとみることができるかどうかを事業規模等から判定するものである。

---

<sup>313</sup> 同上〔渡辺〕、7頁。

<sup>314</sup> 渡辺・前掲注302)24頁。

<sup>315</sup> 渡辺徹也「組織再編成と租税回避」岡村忠生編著『租税回避研究の展望と課題』141-143頁(ミネルヴァ書房、2015)。

<sup>316</sup> 控訴審判決は、第一審判決が拠り所とした「移転資産に対する支配が継続」という考え方を変更した。すなわち、特定役員引継ぎ要件とは、合併法人のみならず被合併法人の特定役員が合併後において特定役員に就任するのであれば「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評価することが可能である」という考え方ではなく、「双方の経営者が共同して合併後の事業に参画しており、経営面からみて、合併後も共同で事業が営まれているとみることができる」という考え方を基礎として設けられたものであるとした(同上〔渡辺〕、152頁参照)。

<sup>317</sup> 渡辺・前掲注302)29頁。

これに対し、上記②の各要件は、同項2号から4号までの事業規模要件等が充足されない場合であっても、合併法人と被合併法人の特定役員が合併後において共に合併法人の特定役員に就任するのであれば、双方の法人の経営の中枢を継続的かつ実質的に担ってきた者が共同して合併後の事業に参画することになり、経営面からみて、合併後も共同で事業が営まれているとみることができることから、……特定役員引継要件……で足りるとされたものと解される。……本件副社長就任は、法132条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、本件の事実に対する132条の2の適用を肯定した。

この判旨は、下級審の「組織再編成全体としてみた場合」の観察方法の下で、本件副社長就任をめぐる事実を「総合して」判断されたものであるが<sup>318</sup>、法人税法57条3項および法人税法施行令112条7項の趣旨・目的が明言されたことの意義は大きい<sup>319</sup>。それでも、規定上①を満たすことと②を満たすことが同視されている趣旨は明らかでなく、これらが同等あるいは代替的に扱われる説明として、必ずしも説得的ではない<sup>320</sup>。本件において問題となった②の要件は、現実的な要求に応えるべく緩和された、ある意味救済措置的な位置づけであるとも考えられ、その問題が立法前から指摘されるとともに、これを形式的に充足する場合についても懸念されていた<sup>321</sup>。この点について、八ッ尾順一は、「法律で形式的な基準を定めた以上、その基準を否定する包括的否認規定を安易に適用することは、例え納税者側にある程度否認されることが予測し得たとしても許されるべきではない。形式的な基準である特定役員引継要件を設けたこと自体、立法の失敗であり、この事件はその失敗責任を納税者に負わせたということもできる。」<sup>322</sup>と厳しく指摘する。さらに、酒井貴子は、欠損金引継要件としての事業継続の判断が困難であり、各国があまりこれに重点を置いた欠損金

---

<sup>318</sup> 岡村・前掲注304)11頁。就任期間など納税者に不利な事実が取り上げられ、ネット業界特有の事業環境や社外役員のあり方など有利な事実は判断に投入されていない(同上〔岡村〕、11頁参照)。

<sup>319</sup> 小塚・前掲注301)215頁。

<sup>320</sup> 渡辺・前掲注302)25頁。

<sup>321</sup> 岩品信明ほか・前掲注311)32頁。

<sup>322</sup> 八ッ尾順一『〔七訂版〕租税回避の事例研究～具体的事例から否認の限界を考える』431頁(清文社、2017)。

引継を採用していないとして、次のように述べる。曰く、「損失を出した事業の継続に関連した引継要件を設けることで、経営判断からは継続すべきでない(採算の取れない)事業の継続を強いることになりかねない。事業にフォーカスを当てた欠損金額の引継要件の困難さが改めて指摘できよう。」<sup>323</sup>

本件判決には、具体的な状況次第で「税負担の減少以外にその合理的な理由といえるような事業目的等があったとはいえない」と判断される余地は残されており、予測可能性が担保されているとはいえない部分がある。後から「本来の趣旨及び目的を逸脱する」といわれても、納税者にとっては、行為の時にそれが明らかでなければ意味がない<sup>324</sup>。個別否認規定の充足そのものが、ある税制の趣旨・目的に明らかに反するのであれば、それについては最初から個別否認規定に追加的に盛り込むことが必要であろう<sup>325</sup>。しかしながら、本件判決によって、すでに個別否認規定が定められている領域において、さらに一般的行為計算否認規定の適用が可能である旨が明示的に示されたことの理論的な意義は極めて大きいと考えられる<sup>326</sup>。納税者の予測可能性を確保しながら、いかに不当な行為を防止するか、この古くて新しい租税回避の議論に終わりはない<sup>327</sup>。

#### 4. 2 米国の租税理論からの示唆

2010年の税制改正において、連結開始または連結グループへの加入に伴う時価評価の適用対象外となる連結子会社の、その開始または加入前に生じた欠損金は、その連結後の個別所得金額を限度として連結納税制度への持ち込みが認められることとなった。この損失持込みルールは、米国租税法における SRLY 準則 (separate return limitation year rule: SRLY rule) の考え方に通じるものであるため、ここでは当該 SRLY 準則とその趣旨について検討し、わが国の連結

---

<sup>323</sup> 酒井・前掲注 127)228 頁。

<sup>324</sup> 渡辺・前掲注 302)28 頁。

<sup>325</sup> 酒井貴子「法人税法 132 条、132 条の 2 現規定に対する私論」税弘 64 巻 1 号 96 頁(2016)。

<sup>326</sup> 太田洋「関連企業間取引の税務否認を巡る近時の裁判例」金子宏監修、中里実他編『現代租税法講座第 3 巻 企業・市場』272 頁。

<sup>327</sup> 同上〔渡辺〕、29 頁。

納税制度における繰越欠損金の引継ぎと制限についてその根底にある理論を考察する。

#### 4.2.1 SRLY 準則による制限

米国連邦内国歳入法典(I.R.C.)は、納税者が、同様な株主構成を有する複数の法人を通じて事業を行い、法定の控除や累進税率による恩恵を濫用することを防止するための規定を有しているが、1986年法<sup>328</sup>による法人税の課税区分の簡素化により、これらの規定のうちの幾つかの重要性は減少した<sup>329</sup>。第一次大戦下の1917年より導入されている連結申告制度<sup>330</sup>(consolidated return)については、一つの80%親会社(common parent、共通親法人)を通じて関連している複数のグループ(affiliated group of corporations、関係法人グループ)<sup>331</sup>は、任意の選択により、グループ全体を、課税上において一つの単位として取り扱う連結申告書を提出することができる<sup>332</sup>。1918年

---

<sup>328</sup> 1986年税制改革法は、原則的に、二重課税を強化し、法人形式により事業活動を行うことによる魅力を減少させるような変更を行った(ヒーター・P・ワイツェンブルック=カルン・C・バーク 高橋真一訳『アメリカ法人税法』21頁(木鐸社、1996)参照)。

<sup>329</sup> 同上[ヒーター・P・ワイツェンブルック=カルン・C・バーク 高橋真一訳]、45頁。

<sup>330</sup> 連結に類似する概念として合算があるが、合算とは、ユニタリー事業と呼ばれる単一事業を営むグループ企業について、そのユニタリー事業から稼得された所得を合算し、ユニタリー事業全体の所得金額の計算を行うものであり、連結と合算は機能及び目的の点で区別して理解されるべきものとされる(伊藤公哉「企業グループの連結・合算範囲—アメリカ合衆国の州法人所得の検討—」法と経済学会2012年度全国大会1-2頁(2012)参照)。

<sup>331</sup> I.R.C. §1504(a)(1)

<sup>332</sup> I.R.C. §1501

本規定内容は、以下の通りである。

「この章に規定される関係法人グループは、1章において規定される単体申告に代えて(in lieu of separate returns)連結申告をすることができる。連結申告書の作成は、関係法人グループである全ての法人が、その申告の法定期限日に先立ち、§1502に基づき規定される連結申告規定に同意することを条件とする。当該連結申告書の作成は、そのよう同意として考えるものとする。年度の途中において関係法人グループのメンバーとなった法人がある場合には、その法人は、連結申告において関係法人グループのメンバーとして取り扱う “An affiliated group of corporations shall, subject to the provisions of this chapter, have the privilege of making a consolidated return with respect to the income tax imposed by chapter 1 for the taxable year in lieu of separate returns. The making of a consolidated return shall be upon the condition that all corporations which at any time during the taxable year have been members of the affiliated group consent to all the consolidated return

法における当時の立法趣旨は、連結申告が脱税の防止に役立つこと、及び、実際にひとつの事業単位をなしているものをひとつの事業単位として課税することが公平かつ便宜であることがあげられている<sup>333</sup>。こうした考え方に対しては、①連結申告書提出の特権が大法人グループに大きな利益を与えるものであること、②法人は、別個の法人格から種々の利益を得ているのであるから、法人格ごとの申告こそ論理的である、というような批判論も存在した。しかし、①については同一の正義感の共有者を説得することはできても、「単一の経済単位に対する単一の申告」という「原則」の信奉者を論破することはできず、②については論理的にはすれ違いの関係にあり、連結申告の定着とともに、これらの批判は沈静化している<sup>334</sup>。

連結グループに属する個々の法人の当期の個別課税所得の金額と個別欠損金の金額は、連結上、通算されることとなるが、ここで欠損が残った場合には、連結グループの連結欠損金（consolidated net operating loss: CNOL）として取り扱う<sup>335</sup>。この連結欠損金は、過去または将来の連結グループ全体の連結課税所得の計算上で控除すべく、連結グループとして繰り越すこととなる<sup>336</sup>。そこにおいては、連結グループに属する法人は、（個別）欠損金を、個別に繰り越すことはできない。つまり、欠損金の取扱いは、基本的に連結グループを単一の課税単位とみなした取扱いである<sup>337</sup>。

この連結グループのメンバーの捉え方には、単一主体説（single entity method）と個別主体説（separate entity method）の二つがあるが<sup>338</sup>、前者は、連結グループのメンバーを事業部と捉え、複数の法

---

regulations prescribed under section 1502 prior to the last day prescribed by law for the filing of such return. The making of a consolidated return shall be considered as such consent. In the case of a corporation which is a member of the affiliated group for a fractional part of the year, the consolidated return shall include the income of such corporation for such part of the year as it is a member of the affiliated group.”」 See also, Treas.Reg. § 1.1502-75

<sup>333</sup> 増井・前掲注 1)194 頁。

<sup>334</sup> 同上〔増井〕、203 - 204 頁。

<sup>335</sup> Treas.Reg. § 1.1502-21 (e)

<sup>336</sup> Treas.Reg. § 1.1502-21 (a)

<sup>337</sup> 伊藤公哉『アメリカ連邦税法〔第7版〕』594頁（中央経済社、2019）。

<sup>338</sup> ここで概念上区別しなければならないことは、連結申告における単一主体概念・個別主体概念の問題は、連結財務諸表における親会社概念・主体概念の問題とは異質の領域のものであるということである。連結財務諸表における親会社概

人を一つの法人として取り扱うのに対し、後者は、連結グループのメンバーを、個別申告書を提出する法人と捉え、個別に独立した法人として取り扱う<sup>339</sup>。そもそも連結申告制度は、「実際に事業上のひとまとまりであるものを、課税上のひとまとまりとして取り扱う原則」であるから、単一主体説が強制されるが、欠損法人の買収による租税回避等を規制する観点から、一定の場合には個別主体説を強制する<sup>340</sup>。すなわち、連結グループのメンバーの中でも、新メンバーだけは個別に個別申告の法人とみなし、新メンバーの欠損金（net operating loss: NOL）との相殺控除をその新メンバーが連結後に獲得した所得の範囲に制限する<sup>341</sup>。これによって、連結課税所得を減少させることを目的と

---

念・主体概念の論点は、基本的には少数株主持分の処理を巡るものである。これに対して、連結申告における単一主体概念・個別主体概念の論点は、連結税額が最終的には連結メンバーである個別法人に配分され、その配分税額について個別法人が納税義務を負うという税法関係および株主の持分請求権が個別法人との関係で律せられるという会社法関係を前提として、連結グループへの加入・脱退（子会社株式の譲渡）を鍵とする連結申告と個別申告との断層または重複をいかなる視点から解決するかを問題とするものである（井上久彌『企業集団税制の研究』217頁（中央経済社、1996）参照）。

<sup>339</sup> 酒井・前掲注175)31頁。

<sup>340</sup> 同上〔酒井〕、31-32頁。

<sup>341</sup> Treas. Reg. § 1.1502-21 (c) (1) (i)

本規定内容は、以下の通りである。

「(c)個別申告年度における純損失の繰越し又は繰戻しの制限—(1)SRLY制限 (SRLY limitation)—(i)一般規定（セクション382との重複に関する）このセクションの paragraph (g) の定めを除き、このセクションの paragraph (a) に基づき、グループのすべての連結申告年度については、CNOL控除 (CNOL deductions) に含まれる SRLY で発生した (又は発生したと扱われる) メンバーの純損失の繰越し又は繰戻しの合計は、メンバーの所得 (income)、利益 (gain)、控除 (deduction)、および損失 (loss) の項目のみを参照して算定したグループ全体の連結申告年度の連結課税所得の合計を超えることはできない。このため、(A)連結課税所得は、CNOL控除に関わらず算定する。(B)連結課税所得は、連結申告年度にグループが実際に吸収したメンバーの損失及び控除を考慮して算定する。(C)連結課税所得の算定に当たっては、グループの連結申告年度には、損失が持ち込まれる年度を含み、グループの連結申告に継続的に含まれている年度のみが含まれる。但し、以下の場合を除く。(1)繰越控除の場合、損失が発生した年度の後に終了する年度とする。(2)繰戻し還付の場合、損失が発生した年度の後に終了する年度とする。そして(D)ビルトイン損失を認識した年度の § 1.1502-15 に基づく処理は、その年の損失に関する当該 paragraph (c) に基づく制限を決定するものである。したがって、その他の損失について連結課税所得を決定するために、発生した年度にこのセクションで認められるビルトイン損失 (built-in loss) が考慮される

“(c) “Limitations on net operating loss carryovers and carrybacks from separate return limitation years—(1) SRLY limitation—(i) General rule. Except as provided in paragraph (g) of this section (relating to an



して赤字会社をグループに加入させるといった行為に、自動的な歯止めがかかる<sup>342</sup>。かような控除制限規定は、単一主体説と個別主体説の間のバランスを取るルールとして必要であるとされており、いわゆる SRLY 準則と呼ばれる連結固有の NOL 引継ぎ制限である<sup>343</sup>。この個別申告制限年度 (SRLY) とは、具体的に、連結グループに属する法人の個別申告年度のうち、①共通親会社の個別申告年度、②当該課税年度の全期間を通じて関係法人グループに属していた法人の個別申告年度等のいずれにも該当しないものをいう<sup>344</sup>。いったん CNOL に算入された SRLY の NOL は、翌年度以降も CNOL として累積され、グループの課税所得と相殺することができ、資産の含み損失であるビルトイン損失 (Built-in loss) も SRLY 準則の適用を受ける<sup>345</sup>。ただし、連結グル

---

overlap with section 382), the aggregate of the net operating loss carryovers and carrybacks of a member arising (or treated as arising) in SRLYs that are included in the CNOL deductions for all consolidated return years of the group under paragraph (a) of this section may not exceed the aggregate consolidated taxable income for all consolidated return years of the group determined by reference to only the member's items of income, gain, deduction, and loss. For this purpose—(A) Consolidated taxable income is computed without regard to CNOL deductions;(B) Consolidated taxable income takes into account the member's losses and deductions (including capital losses) actually absorbed by the group in consolidated return years (whether or not absorbed by the member);(C) In computing consolidated taxable income, the consolidated return years of the group include only those years, including the year to which the loss is carried, that the member has been continuously included in the group's consolidated return, but exclude—(1) For carryovers, any years ending after the year to which the loss is carried; and(2) For carrybacks, any years ending after the year in which the loss arose; and(D) The treatment under § 1.1502-15 of a built-in loss as a hypothetical net operating loss carryover in the year recognized is solely for purposes of determining the limitation under this paragraph (c) with respect to the loss in that year and not for any other purpose. Thus, for purposes of determining consolidated taxable income for any other losses, a built-in loss allowed under this section in the year it arises is taken into account.”」

<sup>342</sup> 増井・前掲注 1)213 頁。

<sup>343</sup> 酒井・前掲注 175)32 頁。

<sup>344</sup> Treas.Reg. § 1.1502-1 (f) (2)

<sup>345</sup> 同上〔酒井〕、33 頁。SRLY ルールの適用除外の濫用可能性があることから、SRLY ルールの変形として、取得形式逆転(reverse acquisition)ルールがある。取得形式逆転ルールは、NOL 引継ぎ制限を直接的に行うのではなく、採用された取引形式に関わらず、取引の実質的な効果に基づき取引形式を再構成した上で、存続法人を決定し、欠損法人の NOL 引継ぎ制限を行う(同〔酒井〕、34 頁参照)。

ープによる欠損法人の取得取引等、一定の株主持分変動を伴う場合には、株主持分による利用制限を定める I. R. C. § 382<sup>346</sup>の適用を受けることとなり、SRLY 準則と同 § 382 に重複する場合には、当該 § 382 が適用される<sup>347</sup>。

こうしたルールの重複により、連結加入時における損失控除制限については、SRLY 準則ではなく、§ 382 が実質的に機能していることから、SRLY 準則は廃止が議論されるなど、その存在意義が問い直されてきた。例えば、SRLY メンバーへの所得算出資産の詰込み(stuffing)や、所得獲得機会(income opportunities)の提供による回避、§ 382 との重複による NOL 引継ぎルールの複雑化といった問題が指摘されている<sup>348</sup>。しかしながら、酒井貴子は、SRLY 準則の適用は、なお維持されるべきであるとして、その理由を次のように述べる。曰く、「第一に、382 条と SRLY ルールの両者はその目的とするところが異なるという点である。382 条の目的は、法人取得を通じた NOL の移転の阻止にあるが、SRLY ルールの目的は、連結申告制度における単一主体説と個別主体説のバランスをとることにある。第二に、382 条が NOL

---

<sup>346</sup> I. R. C. § 382

本規定内容は、以下の通りである。

「(a)一般規定 § 382 の制限年度において、新たな損失法人の課税所得金額は、変更後の年度によって相殺される損失が変更前の損失を超えてはならない。(b) § 382 制限—(1)一般的に、このセクションで別段の定めがある場合を除き、変更後の年度における § 382 の制限は、(A)欠損法人の価値に、(B)長期非課税債利率を乗じて算定する “(a)GENERAL RULE The amount of the taxable income of any new loss corporation for any post-change year which may be offset by pre-change losses shall not exceed the section 382 limitation for such year. (b)SECTION 382 LIMITATION For purposes of this section—(1)IN GENERAL Except as otherwise provided in this section, the section 382 limitation for any post-change year is an amount equal to—(A)the value of the old loss corporation, multiplied by(B)the long-term tax-exempt rate.” 。」

<sup>347</sup> 伊藤・前掲注 330)595 頁。被買収法人が抱える欠損金(NOL)は、基本的に(租税回避目的である場合を除き)買収法人へ引継がれる(法 381 条)。欠損金は将来の所得を圧縮し税負担を軽減させることが可能であるため、経済的な価値を有する一種の財産としての価値が期待されることもある。ただし、欠損法人の 5%以上の持分を有する 1 人または複数の株主(5%株主)の持分が 3 年以内に 50%ポイント超変動した場合には、内国歳入法典 382 条の規定による欠損金の利用制限に服することとなる。具体的には、各年の繰越欠損金の利用可能額は、欠損法人の価値に長期非課税債利率(long-term tax-exempt rate)を乗じて計算された金額が上限となる(法 382 条(b)(1))。これは、欠損期の利用を、仮に組織変更がなされなかった場合の欠損法人単独の所得に限定する趣旨の規定である(同〔伊藤〕、578 頁参照)。

<sup>348</sup> 酒井・前掲注 175)35 - 36 頁。

繰戻に適用されないから、SRLY ルールをなくすると繰戻制限を新たに設ける必要がある点である。第三に、連結グループに新メンバーが参加する際、382条所有変化(原文ママ引用者補注)を引き起こさない場合があるという点である。それらの場合には、SRLY ルールがなお有効である。」<sup>349</sup>このように、SRLY 準則は、§ 382 が規定する所有変化があった場合のみ § 382 を優先適用することにより、連結申告と個別申告における差をなくしている。重疊的規定が多面的に働く米国法の対策はきわめて多彩であり、学ぶべきものがあるといえよう<sup>350</sup>。

かような SRLY 準則による制限は、①連結グループによる赤字法人の取得を通じた税負担軽減を阻止し、②損失を被った法人こそが控除を受ける法主体であり、連結による損失の繰越控除が他の法人の所得からなされるべきではないと考えられていることから、損失繰延規定の本来的目的である所得平準化の機能を有する<sup>351</sup>。これらの効果から、SRLY 準則の制度趣旨は、連結納税制度において、連結グループが単一主体として取り扱われることと、連結グループの各法人が個別主体として取り扱われることの両方の取扱いについて、恣意的な組合せを阻止すべきことにあると考えられる<sup>352</sup>。

#### 4.2.2 SRLY 準則の判例理論

それでは SRLY 準則的な考え方、すなわち連結加入前の損失は、その損失を有する法人の連結後所得に制限されるという考え方はどのように導きだされたのか。制定時の財務省規則には、SRLY 準則の趣旨などについて触れられた箇所が見当たらないとされるため<sup>353</sup>、現行における SRLY 準則が財務省規則に制定される前に判示された裁判例から、その考え方を観察する。先ず一つ目の事案であるが、1931年の Ben Ginsburg Co. 事件第2巡回区控訴審判決においては、連結グループの

---

<sup>349</sup> 酒井・前掲注 175)36 頁。

<sup>350</sup> 増井・前掲注 1)221 頁。

<sup>351</sup> 同上〔酒井〕、98 頁。

<sup>352</sup> 同上〔酒井〕、98 頁。

<sup>353</sup> 酒井貴子によれば、「当時の財務省規則の序文には、SRLY ルールの趣旨などについて触れられた箇所がみあたらないことから、SRLY ルールの趣旨・考え方について、SRLY ルールが規則に制定される前に出された裁判例と、その財務省規則そのものから検討する必要がある」(原文ママ)(同〔酒井〕、98 頁参照)。

メンバーの連結前に発生していた損失が、連結後において他のメンバーの所得から控除されるか否かが争われた。次に、二つ目の事案である1932年の Woolford Realty Co. 事件連邦最高裁判決においては、子会社の連結前に発生していた損失を連結後の親会社の所得から控除できるか否かが争われた。同年代のこれらの事案では、連結申告を認めた制定法そのものから、損失控除制限の考え方を裁判所がはじめて判示している。

(1) Commissioner v. Ben Ginsburg Co., Inc., 事件<sup>354</sup>

### 【事案の概要】

被控訴人(X)と Mendelson & Sussman 社はニューヨーク州の法人であり、両社ともニューヨークにオフィスを構えている。1927年1月2日、Xの株主が Mendelson & Sussman 社の株式を全て取得したことから、1927年の課税年度において各法人は連結法人グループとなった (The respondent and Mendelson & Sussman Company, Inc., are New York corporations, both having offices in the city of New York. On January 2, 1927, the respondent's stockholders acquired all the capital stock of Mendelson & Sussman Company, Inc., in the proportions in which they owned share of stock of the respondent, and thereby the corporations became affiliated for the taxable year 1927.)。Mendelson & Sussman 社が被った正味損失は、1926年が48,340.18ドル、1927年が57,407.79ドルであり、Xの1927年における正味所得は101,934.11ドルであった (In 1926, Mendelson & Sussman Company, Inc., sustained a net loss of \$48,340.18, and for the year 1927 a net loss of \$57,407.79. The net income of the respondent for 1927 was \$101,934.11.)。連結法人グループである両社は、1927年分の連結申告書を提出し、連結グループで生じた1927年の正味所得から、Mendelson & Sussman 社が被った1926年及び1927年の正味損失を控除した (The two affiliated corporations filed

---

<sup>354</sup> Commissioner v. Ben Ginsburg Co., Inc., 54 F.2d 238(1931) , *aff'd* 19 B.T.A. 81 (1930) . 合衆国租税訴願庁裁決において、Xが勝訴したため、歳入局長が控訴したものが本件である。

consolidated income tax returns for the year 1927. They determined the net income of the two affiliated corporations for 1927 by deducting the 1926 and 1927 losses of the Mendelson & Sussman Company, Inc.). 歳入局長は、1926年は連結前であり、その損失はXのものではないとして、Mendelson & Sussman社が被った1926年の正味損失を、連結所得の金額から控除することを認めなかった (The Commissioner disallowed the deduction of the Mendelson & Sussman Company, Inc., 1926 loss, giving as his reason that the companies were not affiliated in 1926, and therefore that the loss was not that of the respondent.)。当該歳入局長の訴えにより、当該関連会社の連結純所得は、44,526.32ドルとされた。これは、その欠損金に基づくものである (This action by the Commissioner left the consolidated net income to the affiliated companies of \$44,526.32. This forms the basis for the deficiency.)。

【判旨】 (MANTON 裁判官の意見)

「.....たとえ各法人が1927年に連結法人グループとなったとしても、各法人はそれぞれ別個の納税者のままであり、連結法人グループは、単なる租税算定単位にすぎない (“Even though both corporations were affiliated in 1927, they each remained taxpayers, and their affiliation merely made them a tax computing unit.”)。.....連結法人グループ内の各法人は、一の納税者であるから、各々の正味(純)損失は、個々に計算されるべきものであり、一の正味(純)損失は、その納税者が翌年において正味所得を有しなければ、繰り越して、当該納税者の純損失に加えることはできない (“Since each corporation of the affiliated group is a taxpayer, the net loss of each must be computed separately, and a net loss may not be carried forward and added to a net loss of the taxpayer unless the taxpayer has a net income for a succeeding year.”)。従って、前年1926年の正味損失は、1927年にMendelson & Sussman社が正味所得を有しないことから、連結申告において利用することはできない (“Therefore a net loss for a previous year, 1926, could not be availed of by the affiliated return, since Mendelson & Sussman, Inc., had no net income in

1927.”)。……………206条に基づいて算出された正味損失の控除の権利は、納税者の正味所得の算定に制限される。しかし、連結法人グループ内の一の法人は、一の納税者であり、当該控除は、それぞれの法人エンティティの正味所得の算定の範囲にとどめられる (“The right of deduction of a net loss computed under section 206 is restricted to the computation of the net income of the taxpayer. But a corporation of the affiliated group remains a taxpayer, and the deduction must be confined to the computation of the net income of the corporate entity.”)。……………被控訴人(X)が、連結前に Mendelson & Sussman 社が被った損失を控除することが許されるのであれば、当該法人に共通する株主が負う最終的な税負担は、平等ないし公平ではないであろう。以上により命令を取り消す (“If the respondent were permitted to obtain credit for the losses sustained by Mendelson & Sussman Company at a time when the two companies were not affiliated, the common stockholders of the corporation would not bear the ultimate burden of tax equally or equitably. Order reversed.”)。」

(2) Woolford Realty Co., Inc. v. Rose, 事件<sup>355</sup>

#### 【事案の概要】

上告人(X)と Piedmont 社は、それぞれジョージア州において設立された法人であったが、1927年にXがPiedmont社の株式の96%を取得したことにより、連結グループとなった(Petitioner and Piedmont Savings Company are separate corporations organized in Georgia. They became affiliated in 1927 when the petitioner became the owner of 96% of the Piedmont stock.)。1928年3月、両社は、歳入法240条に基づき、1927年分の連結申告書を提出した(In March, 1928, the two corporations filed a consolidated income tax return for 1927 under § 240 of the

---

<sup>355</sup> Woolford Realty Co., Inc. v. Rose, 286 U.S. 319(1932), *aff'd* 53 F.2d 821 (5<sup>th</sup> Cir., 1931), *aff'd* 44 F.2d 856(Dis., 1930). ジョージア州アトランタ管区ジョージア地裁判決は妨訴抗弁を維持、第5巡回区控訴審判決が控訴を棄却したため、Xが出訴したのが本件である。

Revenue Act of 1926.)。1927年において、Xの課税所得は36,587.62ドルであり、Piedmont社は、同年において453.80ドルの正味損失を被っていた(Revenue Act of 1926, c.27, 44 Stat. 9, 46. During 1927, the petitioner had a net taxable income of \$36,587.62, and Piedmont had suffered during the same year a net loss of \$453.80.)。Piedmont社は、Xとの連結前である1925年に43,478.25ドル、1926年に410.82ドル、合計43,889.07ドルという巨額の正味損失を被っていた(Before its affiliation with the petitioner, it had suffered other and greater losses. Its net loss in 1925 was \$43,478.25 and in 1926 \$410.82, a total for the two years of \$43,889.07.)。1927年の申告納税において、歳入局長は、同年において連結グループ法人であるPiedmont社が被った453.80ドルを、Xの正味所得から控除した(In the assessment of the tax for 1927, the commissioner deducted from the petitioner's net income for that year the loss of \$453.80 suffered by its affiliated corporation in the course of the same year.)。その結果、連結申告における正味課税所得は、36,133.82ドルとなり、その税額である5,026.22ドルが納税された(The consolidated net taxable income as thus adjusted was \$36,133.82, on which a tax of \$5,026.22 was assessed and paid.)。他方、歳入局長は、Piedmont社が連結前に被った1925年と1926年の損失については控除を認めなかった(On the other hand, the commissioner refused to deduct the Piedmont losses suffered in 1925 and 1926 before the year of affiliation.)。この控除が認められれば、租税債務を消し去ることとなる。還付申請が拒否されたため、Xは、徴税官を訴えた(The deductions, if allowed, would have wipe out the tax. A refund having been refused, the petitioner brought this suit against the Collector to recover the moneys paid.)。地方裁判所は、妨訴抗弁を維持し、控訴裁判所が控訴を棄却したため、上告された(The District Court sustained a demurrer to the petition, and the Court of Appeals affirmed. The case is here on certiorari.)。

【判旨】(CARDOZO 裁判官の意見)

「……………(連結申告は)黒字の法人が、巨額な損失を被っている

法人を買収し、それによって自身の租税債務を消し去ることができるというルールではないであろう(“A different ruling would mean that a prosperous corporation could buy the shares of one that had suffered heavy losses and wipe out thereby its own liability for taxes.”)。連邦議会が連結申告を認めるにあたって、安易にまたあからさまに、税負担をやりくりする機会を助長することを企図したとは考えられない(“The mind rebels against the notion that Congress in permitting a consolidated return was willing to foster an opportunity for juggling so facile and so obvious.”)。法律がその解釈の余地もなく控除を認めるのであれば、(損失控除による)悪影響に服することになろう(“Submission to such mischiefs would be necessary if the statute were so plain in permitting the deduction as to leave no room for choice between that construction and another.”)。議論のバランスがうまく保たれるのであれば、便宜主義が局面を一変させるかもしれない。もちろん、複雑かつ膨大な税制には、法律の立案担当者が思いもよらない抜け穴や、負担を軽減できる方策が存在することもまた事実である(“Expediency may tip the scales when arguments are nicely balanced. True, of course, it is that in a system of taxation so intricate and vast as ours there are many other loopholes unsuspected by the framers of the statute, many other devices whereby burdens can be lowered.”)。・・・・・・この損失控除制限の規定は、今後、支払額を超えて控除利益を得るために行われる株式取得を無益なものにするであろう(“The provision in this regulation limiting the deductions to the cost or value of the stock will make it profitless hereafter to purchase stock for the purpose of gaining the benefit of deductions in excess of what is paid.”)。他の連邦裁判所の判断に従い、Piedmont社の1925年と1926年の損失を連結申告から除外することを支持する(“In holding that the Piedmont losses of 1925 and 1926 were properly excluded from the consolidated return, we are in accord with the preponderance of authority in the other federal courts.”)。」

## 小括



本章では、これまでの議論を踏まえ、連結納税制度における課税の中立性と、その実現の障碍となる租税回避に焦点をあて、欠損金引継ぎ要件としての事業の継続について検証した。連結納税制度は、企業グループの一体性に着目し、その企業グループをあたかも一つの法人であるかのように捉えて法人税を課税する仕組みであり、企業グループの実態に即した課税の実現が企図されている。これは中立性の実現である。ただし、この中立性の概念は、全面的に無差別中立な「全面的中立性概念」ではなく、「限定的中立性概念」にとどまる。すなわち、「いかなる状況の下で・何に対する中立性が・どのような形で問題にされているか」を具体的な手法ごとに検討する必要がある。このため中立性には無数のバリエーションが存在することとなるが、ある特定の経済主体の特定の行動に着目し、それに対して課税が無差別中立であるかを問題とすべきであることを確認した。

こうした課税の中立性や公平性の実現が期待される一方、連結納税制度をはじめとする企業グループ税制等には、不合理な租税属性の移転行為による租税回避の誘因が働きやすい点も指摘できる。ヤフー事件最高裁判決は、不当性の意義を明らかにするとともに、そこにおける「濫用」の有無の判断について考慮要素を判示した。法人税法132条における不当性の判断基準は、「経済合理性基準」によることが通説とされてきたが、最高裁は下級審における判決理由を変更し、「濫用基準」を採用した。このことから同法132条と同法132条の2における「不当」の文言の解釈が異なる可能性が懸念されるが、どちらにも共通因数は存在し、全く別の解釈をすべきではないであろう。本件において争点となった繰越欠損金の引継ぎを制限するみなし共同事業要件については、法人税法57条3項および法人税法施行令112条7項の趣旨・目的が明らかにされたことに意義がある。ただし、控訴審判決の修正にみられるように、「基本的考え方」に欠損金の引継ぎについて触れた部分はない。欠損金引継ぎ要件を、事業継続の観点からアプローチすることも可能ではあるが、「支配の継続」と「共同事業の継続」を同視することはできず、施行令112条7号の二つの要件が同等あるいは代替的に扱われる説明としても説得的ではない。一般的否認規定は、個別否認規定の充実によりはじめて機能するが、本件判決には具体的状況次第で法人税法132条の2が適用される余地が残り、今後も納税者の予測可能性を担保しながら租税回避の障碍を回避する議論を重ねることが肝要であろう。

最後に、米国内国歳入法典(I. R. C.)上の SRLY 準則を題材として、連結申告制度における繰越欠損金の制限について検討した。連結グループのメンバーの捉え方は、単一主体説と個別主体説の二つが観念できるとされる。連結申告制度は、グループを一体として取り扱うことから、原則として単一主体説が強制されるが、欠損法人の買収による租税回避等を回避する観点から、一定の場合には個別主体説を強制する。SRLY 準則は、かような単一主体説と個別主体説の間のバランスをとるルールであるとされ、新メンバーの欠損金との相殺控除をその新メンバーが連結後に獲得した所得の範囲に制限する。当該 SRLY 準則は、I. R. C. § 382 との重複ルールであると指摘されるが、その実態は、重疊的規定が多面的に働くことで連結申告と個別申告における差をなくするものであり、ここに米国の多彩な対策が見てとれる。さらに、初期判例を観察することで、連結加入前の損失は、その損失を有する法人の連結所得に制限されるという理論が、どのように導かれたかを探求した。連結申告は、黒字の法人が損失を有する法人を買収することにより、自らの租税債務を消し去るような控除利益を許すものではなく、また、連結グループ内の各法人は、あくまでそれぞれが一の納税者である。そのため当該控除は、それぞれの法人エンティティの正味所得の算定の範囲内にとどめられるものであると分析した。

## おわりに

本稿では、連結納税制度における繰越欠損金は、法主体の同一性を越えて何故引継がれ、あるいは制限されるのかという問題意識の下、経済的実態の同一性と制度間の不均衡に着目したうえで、その法人間移転に係る課税理論について、組織再編税制における適格合併との比較の視座から考察を進めてきた。

第1章では、完全親子会社関係と合併との経済的実態の同一性を探求すべく、結合企業の概要とその一体性の捉え方について検討した。そのうえで、完全支配関係を形成する親子会社関係の法的性質を明らかにした。結合企業の特徴は、その結合体の経済的単一性と法的多様性にあるといえるが、結合の強弱により様々な企業結合形態が存在することから、その定義は多様である。結合関係に入った企業は、意思決定や財務面において影響を受けるが、合併は、結合企業の一場合であり、二つ以上の会社が経済上のみならず法律上も一個の会社となる

点において、最も完全かつ終局的な集中の形態であると位置づけられる。他方、合併よりも結合状態が弱いと考えられる親子会社関係は、形式基準に「経営の支配」という実質基準を加味して判定されるが、こちらも経済的同一体であるという特色がある。親会社と子会社は、法律的に別個の主体であるが、あるところまではその経済的つながりを法律上も無視することはできず、経済的同一体のゆえをもって法律的にも同一として取扱いをなすべきかが問題となる。このため、親子会社関係は、ある一定の事項または一定の規定の適用について、同一体として取り扱われるべきであるということにならざるをえず、この範囲において同一体説は妥当するとの結論に達した。こうした完全親子会社関係の形成手法である株式交換・株式移転については、独占禁止法改正に伴う持株会社の解禁に呼応して設けられた制度であり、その役割は、100%子会社を傘下に置く持株会社の創設と、自社の株式を対価とした買収にあるとされ、その効果は、親会社が資金を調達せずとも企業グループの形成を容易かつ円滑に実行できることにあると確認した。思うに、解散会社の権利義務の全てが清算手続を経ず存続会社に包括的に承継される合併と、そのような問題が生じない株式交換・株式移転との法的性質の違いは、結局のところ、結合企業が法律上、別個独立した存在であるか否かによるものである。

第2章では、連結納税制度の基本的な考え方とその法構造を確認するとともに、繰越欠損金が如何なる理論により引継がれ、又は制限されるのかを考察した。その上で、連結納税制度における完全支配関係と同様の経済的実態を有しながらも法律的に合一する適格合併を題材として、そこにおける繰越欠損金の取扱いについて検討確認した。連結納税制度は企業グループの一体性に着目し、それをあたかも一つの法人であるかのように捉えて法人税を課する仕組みであり、実態に即した適正な課税の実現が企図されている。連結申告の開始または加入時には、連結子法人は、原則として一定資産の時価評価が要求されるが、繰越欠損金もまた、法主体の同一性が維持されているにもかかわらず、原則的に切り捨てられる。本来的な繰越欠損金の制度趣旨は、所得の金額と欠損金額との平準化であり、所得変動に関して中立的で公平な課税を実現させることにある。さればその繰越は無制限とするのが整合的であろう。さらに最判昭和43年5月2日〔行田電線株式会社事件〕(民集22巻5号1067頁)の判旨を観察し、欠損金額はそれを有する法人が継続する限り維持され、その法主体の同一性が失

われれば破棄されるという考え方を確認した。もっとも、法主体の同一性を単なる法人の「殻」として制度の濫用が認められる場合には、その引継ぎを制限する。この点、私見によれば、法人税法57条の2は、繰越欠損金の引継ぎを、支配の継続と事業の継続というアプローチにより判定し、連結や合併の規定を上書きするものである。さらに、適格組織再編においては、法主体の同一性が失われても例外的に租税属性が維持され、その課税繰延根拠は、移転資産に対する支配の継続と投資の継続にあることを確認した。しかしながら、グループという概念を用いることができない「共同事業を行うための適格合併」についてその説明は容易ではない。適格合併において繰越欠損金は、企業グループ内の適格合併について5年超の支配関係を求める株式支配要件、あるいは、みなし共同事業要件のいずれかを充足すればその引継ぎが認められるが、同様の経済的実態であっても連結納税制度の下では原則として切り捨てられ、その取扱いについて制度間の齟齬が生じているということが確認できた。

第3章では、企業集団における経済的一体性と、別個独立した法人である法的多様性について、その実質と形式とに着目したうえで判例の分析を行った。まず、連結開始前の連結親法人等の欠損金額の範囲が争点とされた一つ目の東京地判平成21年11月27日(税資259号順号11337)についてであるが、そこでは、納税者は、単体納税の下で適格合併をしていれば認められた繰越控除が、これと実質的に同一の実態にある本件合併においてわずか一日の違いにより否定されたのであり、問題となった法の規定による先後判定不能からは、引継ぎルールの制度的な断絶の存在が窺えた。さらに、当該判旨にいう「強い一体性」については、法人税法81条の9第2項2号の趣旨が、連結納税開始前に合併が行われたとき等に類似する強い一体性のある連結子法人の未処理欠損金額を連結欠損金額とみなす点にあると解された。この点、法人税法施行令155条の19第5項による制限は、株式移転前の支配を理由にそれ以後の欠損金額を切捨てるものである。そこにおいては支配の継続といった基準もなく、株式移転後に生じた欠損金額と他法人による株式移転直前の支配との関連性は見出しがたい。裁判所も株式移転と新設合併の経済効果の類似性を指摘し、そうした類似性が連結親法人と同視することの根拠であるのならば、株式移転後に生じた欠損金額を、この制限の対象外とすることが検討されるべきである。一体性の観点の有効かどうかには議論の余地があり、

こうした合併と、株式移転による連結申告といった経済的実態や経済効果が類似する手法間については、その課税の非対称性や妥当性、合理性が問われるであろう。次に、二つ目の最判昭和37年6月29日〔共栄企業組合事件〕(税資39号1頁)では、経済的実質と民商法等の法形式の対立について、実質所得者課税に関する事案を観察した。所得税法12条は、「資産又は事業から生ずる収益の法律上帰属するとみられる者が単なる名義人であつて、その収益を享受せず、その者以外の者がその収益を享受する場合には、その収益は、これを享受する者に帰属するものとして、この法律の規定を適用する。」と規定し、その解釈について経済的帰属説と法律的帰属説との二つの見解が存在するが、判例、学説とも法律的帰属説が大勢を占めている。ここにおいては、経済的帰属説に依ると、所得の分割や移転を認めることになりやすく、法律的帰属を離れて課税することは法的安定性を阻害する恐れがあることを確認した。本判決が、これら二つの見解のうち、いずれを採用したものであるかは分らないが、判旨の除外等から素直に経済的帰属説を承認したと考えることは首肯し難い。故に、経済的帰属説を承認した最高裁判決はまだ存しないと考える。実質所得者課税の原則は、法律上の帰属に関する実質主義を採用したものであると考えられ、法律上の帰属の判定に当たっては、「収益の享受」を重視すべきことを明らかにした規定であるとの結論に至った。

終章では、これまでの議論を踏まえ、連結納税制度における課税の中立性と、その実現の障碍となる租税回避に焦点をあて、欠損金引継ぎ要件としての事業の継続について検証した。連結納税制度が企図する企業グループの実態に即した課税の実現は、中立性の実現でもある。ただし、この中立性の概念は、全面的に無差別中立な「全面的中立性概念」ではなく、「限定的中立性概念」にとどまり、ある特定の経済主体の特定の行動に着目し、それに対して課税が無差別中立であるかを問題とすべきであることを確認した。他方、連結納税制度等には、不合理な租税属性の移転行為による租税回避の誘因が働きやすい点も指摘できることから、ヤフー事件最高裁判決における法人税法132条にある不当性の判断基準と、繰越欠損金の引継ぎを制限するみなし共同事業要件における事業の継続について検討した。欠損金の引継ぎについては、その引継ぎ理論について「基本的考え方」に触れられた部分はない。このヤフー事件最判判旨のように、欠損金引継ぎ要件を、事業継続の観点からアプローチすることも可能ではあるが、「支配の継

続」と「共同事業の継続」を同視することはできず、施行令 112 条 7 号の二つの要件が同等あるいは代替的に扱われる説明としても説得的ではないという見解に至った。最後に、米国内国歳入法典 (I. R. C.) 上の SRLY 準則を題材として、連結申告制度における繰越欠損金の制限について検討した。グループを一体として取り扱う連結申告制度では、原則として単一主体説が強制されるが、租税回避等を回避する観点から一定の場合は個別主体説を強制する。SRLY 準則は、かような単一主体説と個別主体説の間のバランスをとるルールであるとされ、新メンバーの欠損金との相殺控除をその新メンバーが連結後に獲得した所得の範囲に制限するものであり、株主持分による利用制限を規定する I. R. C. § 382 と重疊的に適用されていることを確認した。さらに、初期判例を観察することで、如何にして連結加入前の損失は、その損失を有する法人の連結所得に制限されるという理論が導かれたのかを探究した。連結申告は、黒字の法人が損失を有する法人を買収することにより、自らの租税債務を消し去るような控除利益を許すものではなく、また、連結グループ内の各法人は、あくまでそれぞれが一の納税者である。そのため当該控除は、それぞれの法人エンティティの正味所得の算定の範囲内にとどめられるものであると分析した。

以上、本稿における考察から次のことが言える。第一に、結合企業の特徴は、その結合体の経済的単一性と法的多様性にあるが、完全親子会社関係にあっても、親会社と子会社の分離存続を肯定しながら、法律的にもすべて両者が同一体であることを主張することには矛盾がある。このため、親子会社関係は、ある一定の事項または一定の規定の適用について、限定的に同一体として取り扱われることが妥当である。第二に、連結申告開始又は加入時において連結子法人の繰越欠損金が切捨てられることについては、見直しの余地がある。連結子法人はその法主体の同一性が失われておらず、繰越欠損金の本来的性質からも連結申告への持込は妥当であろう。また、同様の経済実態を有する組織再編成の適格合併における取扱いとの比較においても、その齟齬が認められる。第三に、「一体性」の観点が有効であるかについては議論の余地があり、実質と形式との問題について、法律的帰属を離れて課税することは法的安定性を阻害する恐れがある。第四に、連結納税制度が企図する課税の中立性の意味は、限定的中立性概念とならざるを得ず、その実現の障碍となる租税回避行為を制限するものでなければならない。

これらのことから、グループの一体性に着目し、その実態に即した課税を如何にして実現するのが問われよう。連結納税制度が前提とする完全親子会社関係における一体性は、1章において検討した、結合関係に入った企業における同一体説と基本的に符合するものであり、肯定できるであろう。そして、同一体説が妥当する範囲においては合併と等しく取り扱うことが整合的である。ただし、同一体として取り扱う射程は常に問題となるため、4章における限定的中立性概念の議論と同様に、その局面を具体的に定義する必要がある。本稿で検討した繰越欠損金については、その本来的性質を強調すれば、まず、原則として連結への持込みを認めた上で、その個別の所得金額を限度として控除が認められるべきであると考ええる。他方、専門家会合にもあるように、連結申告でありながらも方向性として個別申告を強調し、親法人の繰越欠損金を利用した恣意的な制度の濫用を抑制するのであれば、親会社に対する SRLY 準則的な制限の適用にも妥当性がある。いずれにせよ、そこにおける制限の判断基準は、組織再編税制と整合することが望ましい。単純な全額引継ぎと全額制限とのいずれもが中立性に一致せず、そのため適切な許容範囲となる限界を探る必要がある。結局どこまで繰越控除を認めるか、原則をどこまで貫くかが問題となり、かような結合企業への課税問題に対処するには複数の処方箋が必要である。この点、連結納税制度を簡略化し、組織再編税制における欠損金の利用に関する定めの一部として規定するといった、連結納税制度と組織再編税制との統合の議論にもあるように、制度間における調和と簡素化との両立が、そこに求められる。最後に、結合企業に対する税制が根本的に抱える取得価額の複製に関して、ここでは検討することができなかった。二重課税や二重控除を防止する投資簿価修正の考察については、今後の研究課題としたい。

## 参考文献

- 秋元秀仁『連結納税基本通達 逐条解説』（税務研究会出版、2013）  
足立好幸『連結納税の組織再編税制ケーススタディ』（中央経済社、2018）  
池島真策『ビジネススタンダード会社法』（中央経済社、2016）  
伊藤公哉「企業グループの連結・合算範囲—アメリカ合衆国の州法人所得の検討—」法と経済学会 2012 年度全国大会（2012）

伊藤公哉『アメリカ連邦税法〔第7版〕』（中央経済社、2019）  
伊藤剛志「グループ法人単体課税制度の現状と課題」税研（2019）  
井上久彌『企業集団税制の研究』（中央経済社、1996）  
今井宏＝菊地伸『会社の合併』（商事法務、2005）  
岩品信明他「座談会東京地裁平成26年3月18日判決の検討」税弘  
62巻7号（2014）  
江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』（東京大学出版会、1980）  
江頭憲治郎『結合企業法の立法と解釈』（有斐閣、1995）  
江頭憲治郎編『会社法コンメンタール1—総則・設立(1)』（商事法  
務、2008）  
江頭憲治郎『会社法の基本問題』（有斐閣、2011）  
江頭憲治郎『株式会社法〔第7版〕』（有斐閣、2017）  
大石篤史「組織再編税制と租税回避」金子宏編『租税法の発展』（有  
斐閣、2010）  
大石篤史「組織再編・M&A手法の発展と税制上の課題」金子宏監  
修、中里実他編『現代租税法講座第3巻 企業・市場』（日本評論  
社、2017）  
大隅健一郎『企業合同法の研究』（弘文堂、1935）  
大隅健一郎『会社法の諸問題』（有信堂、1983）  
太田洋『〔第4版〕M&A・企業組織再編のスキームと税務～M&Aを巡  
る戦略的プランニングの最先端～』（大蔵財務協会、2019）  
太田洋「関連企業間取引の税務否認を巡る近時の裁判例」金子宏監  
修、中里実他編『現代租税法講座第3巻 企業・市場』（日本評論  
社、2017）  
太田洋「企業グループ税制等の実務上の課題」税研204号（2019）  
大淵博義他「座談会これからの日本の否認規定を考える 法人税法  
132条、132条の2とその運用の捉え方—ヤフー事件、IBM事件を  
踏まえて」税弘64巻1号（2016）  
岡伸浩『平成25年 会社法改正法案の解説—企業統治・親子会社法  
制等の見直しと実務対応』（中央経済社、2014）  
岡村忠生『新しい法人税法』（有斐閣、2007）  
岡村忠生『法人税法講義〔第3版〕』（成文堂、2007）  
岡村忠生「企業結合と税法」商事1841号（2008）  
岡村忠生「判批」税事43巻11号（2011）  
岡村忠生「判批」ジュリ1495号（2016）



- 岡村忠生「結合企業税制の意義と課題」『社会構造の変化に即した所得税制と国際課税への取組』日本租税研究協会第70回租税研究大会記録（2018）
- 尾崎安央「親子会社の設立とその問題点」ひろば51巻11号（ぎょうせい、1998）
- 梶川融＝神部健一＝新村実＝原田義之『株式交換の使い方』（商事法務研究会、1999）
- 金子宏『租税法理論の形成と解明 上巻』（有斐閣、2010）
- 金子宏＝佐藤英明＝増井良啓＝渋谷雅弘『ケースブック租税法〔第5版〕』（弘文堂、2017）
- 金子宏『租税法〔第23版〕』（弘文堂、2019）
- KAREN C. BURKE Federal Income Taxation of Corporations and Stockholders in a nutshell 8<sup>th</sup> EDITION (WEST ACADEMIC PUBLISHING、2019)
- 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（ぎょうせい、1998）
- 神田秀樹『会社法〔第20版〕』（弘文堂、2018）
- 北野弘久編『現代税法講義〔五訂版〕』（法律文化社、2009）
- 北村導人「企業グループ税制等の全体像」税研204号（2019）
- 木村弘之亮「判批」『租税判例百選〔第3版〕』（有斐閣、1992）
- 黒沼悦郎＝藤田友敬編『企業法の進路 江頭憲治郎先生古稀記念』（有斐閣、2017）
- 小塚真啓「判批」税研30巻4号（2014）
- 小塚真啓「判批」ジュリ1505号（2017）
- 小塚真啓「組織再編税制の濫用規制のゆくえー濫用防止ルールの是非を中心にー」税法学578（2017）
- 小塚真啓「連結納税における投資簿価修正の意義と展望ー連結納税の見直しを契機として」租税研究834号（2019）
- 酒井貴子『法人課税における租税属性の研究』（成文堂、2011）
- 酒井貴子「連結納税制度の日米比較ー最近の米国連結納税制度の話題をふまえて」租税研究764号（2013）
- 酒井貴子「法人税法132条、132条の2現規定に対する私論」税弘64巻1号（2016）
- 酒井貴子「欠損金の移転ー組織再編税制、連結納税制度」金子宏監修、中里実他編『現代租税法講座第3巻 企業・市場』（日本評論

- 社、2017)
- 酒卷俊雄「企業再編と親子会社統治機構の課題」中村一彦先生古稀記念『現代企業法の理論と課題』(信山社、2002)
- 酒卷俊雄＝龍田節編『逐条解説会社法(1)』(中央経済社、2008)
- 塩崎潤「判批」我妻栄編『租税判例百選』(有斐閣、1968)
- 清永敬次『税法〔第7版〕』(ミネルヴァ書房、2007)
- 税理士法人高野総合会計事務所編『繰越欠損金と含み損の引継ぎを巡る法人税実務 Q&A〔二訂版〕』(税務研究会出版局、2015)
- 関根稔＝白井一馬『立法趣旨で読み解く 組織再編税制・グループ法人税制』(中央経済社、2017)
- 高橋英治『企業結合法制の将来像』(中央経済社、2008)
- 田代有嗣『親子会社の法律』(商事法務研究会、1968)
- 立川正三郎『詳解 連結納税』(大蔵財務協会、2004)
- 龍田節＝前田雅弘『会社法大要〔第2版〕』(有斐閣、2017)
- 田中啓之「判批」ジュリ 1426号(2011)
- 田中亘『会社法』(東京大学出版会、2016)
- 手塚貴大「連結納税制度の導入」金子宏編『租税法の発展』(有斐閣、2010)
- 手塚貴大『法人・企業課税の理論』(弘文堂、2017)
- 土岐敦司＝辺見紀男『企業再編の理論と実務—企業再編のすべて』(商事法務、2014)
- 匿名記事「連結納税制度が改称、『グループ通算制度』へ」T&A マスター801号(2019)
- 朝長英樹＝佐々木浩＝灘野正規『日本型連結納税制度の基本的な考え方と法令等の概要』(日本租税研究協会、2003)
- 朝長英樹 編著『連結納税制度』(法令出版、2013)
- 朝長英樹「判決を契機に考える組織再編税制の趣旨・目的」税弘 62巻7号(2014)
- 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)
- 中里実「法人課税の時空間(クロノトポス)—法人間取引における課税の中立性—」杉原泰雄教授退官記念論文集『主権と自由の現代的課題』(勁草書房、1994)
- 中里実「持株会社と連結納税制度」租税研究 562号(1996)
- 中里実「組織再編税制と連結納税制度」税研 198号(2018)

- 中田信正『法人税法における連結納税制度の課題』（桃山学院大学総合研究所、2002）
- 中東正文『企業結合・企業統治・企業金融』（信山社、1999）
- 中東正文『企業結合法制の理論』（信山社、2008）
- 日本租税理論学会編集『連結納税制度の検証』（法律文化社、2002）
- 原田晃治ほか『親子会社法制等に関する各界意見の分析—親子会社法制・金融資産の評価—』別冊商事 211号（商事法務研究会、1998）
- 早川勝「企業結合法制のあり方」『会社法の争点』（有斐閣、2009）
- ピーター・P・ワイデンプルック＝カレン・Cバーク 高橋真一訳  
『アメリカ法人税法』（木鐸社、1996）
- 増井良啓「租税属性の法人間移転」法協 113 卷 3 号（1996）
- 増井良啓「法人税の課税単位—持株会社と連結納税制度をめぐる近年の議論を素材として」租税 25 号 6（1997）
- 増井良啓「連結納税制度をめぐる若干の論点（3）—法人税制の変容を中心として」税研 93 号（2000）
- 増井良啓『結合企業課税の理論』（東京大学出版会、2002）
- 増井良啓『租税法入門〔第2版〕』（有斐閣、2018）
- 松宮信也『イギリスのグループ税制 解説と実務 Q&A』（清文社、2002）
- 丸山修平＝梶浦桂司＝小宮靖毅『企業再編と商法改正—合併、株式交換・移転、会社分割の理論的検討』（中央経済社、2000）
- 水野忠恒「連結納税制度の導入について」税研 104 号（2002）
- 水野忠恒「企業のグループ化と法人組織税制」租税 31 号（2003）
- 宮島司『企業結合法の論理』（弘文堂、1989）
- 村井正『租税法—理論と政策—〔三訂版〕』（青林書院、1999）
- 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)』（商事法務、2010）
- ハッ尾順一『〔七訂版〕租税回避の事例研究～具体的事例から否認の限界を考える』（清文社、2017）
- 弥永真生『リーガルマインド会社法〔第12版〕』（有斐閣、2009）
- 矢野邦夫「判批」判例解説・最高裁判所判例解説民事編昭和 43 年度（上）395 頁（法曹界、1968）
- 山田二郎『実務租税法講義—憲法と租税法—』（民事法研究会、2005）
- 山林茂生ほか「連結納税制度の見直しについて」税大論叢 89 号 1 頁（2017）

山本守之「平成 14 年度税制改正の実務ポイント 連結納税制度」税理  
(2002)

吉村政穂「連結納税制度の現状と課題」税研 204 号 (2019)

渡辺徹也『企業組織再編成と課税』(弘文堂、2006)

渡辺徹也「組織再編成と租税回避」岡村忠生編著『租税回避研究の展  
望と課題』(ミネルヴァ書房、2015)

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〕」商法 2112 号(2016)

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〔下〕」商法 2113 号(2016)

渡辺徹也「法人間における資産等の移転」金子宏監修、中里実他編  
『現代租税法講座第 3 巻 企業・市場』(日本評論社、2017)

渡辺徹也『スタンダード法人税法』(弘文堂、2018)

渡辺徹也「組織再編税制の現状と課題」税研 204 号 (2019)

企業会計審議会 企業会計基準第 21 号 企業結合に関する会計基準  
(2015)

「改正税法のすべて平成 14 年版」(大蔵財務協会、2002)

「改正税法のすべて平成 18 年版」(大蔵財務協会、2006)

「改正税法のすべて平成 22 年版」(大蔵財務協会、2010)

「改正税法のすべて平成 29 年版」(大蔵財務協会、2017)

経済産業省「平成 27 年純粋持株会社実態調査—平成 26 年度実績—  
(平成 28 年 3 月 10 日)」

[https://www.meti.go.jp/statistics/tyo/mochikabu/result-  
2/h27chousa.html](https://www.meti.go.jp/statistics/tyo/mochikabu/result-2/h27chousa.html)

政府税制調査会「平成 10 年度の税制改正に関する答申(平成 9 年 12  
月)」二平成 10 年度税制改正の課題(7)その他の検討課題

[http://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11117501/www.cao.go.  
jp/zeicho/tosin/zeicho3.html](http://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11117501/www.cao.go.jp/zeicho/tosin/zeicho3.html)

政府税制調査会「連結納税制度の基本的考え方」

[http://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11117501/www.cao.go.  
jp/zeicho/tosin/131214a02.html](http://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11117501/www.cao.go.jp/zeicho/tosin/131214a02.html)

政府税制調査会「平成 13 年度の税制改正に関する答申」

[http://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11117501/www.cao.go.](http://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/11117501/www.cao.go.jp/zeicho/tosin/131214a02.html)

[jp/zeicho/tosin/zeichog4.html](http://www.cao.go.jp/zeicho/tosin/zeichog4.html)

「平成 19 年税制改正の解説」

[https://www.mof.go.jp/tax\\_policy/tax\\_reform/outline/fy2007/explanation/index.html](https://www.mof.go.jp/tax_policy/tax_reform/outline/fy2007/explanation/index.html)

政府税制調査会 「第 1-2 回連結納税制度に関する専門家会合」

[https://www.cao.go.jp/zei-  
cho/gijiroku/renketsu/2018/index.html](https://www.cao.go.jp/zeicho/gijiroku/renketsu/2018/index.html)

政府税制調査会 「第 3-5 回連結納税制度に関する専門家会合」

[https://www.cao.go.jp/zei-  
cho/gijiroku/renketsu/2019/index.html](https://www.cao.go.jp/zeicho/gijiroku/renketsu/2019/index.html)