

クロスボーダー三角合併の課税問題

布施 恭祐

クロスボーダー三角合併の課税問題

(論文要旨)

本稿は、平成19年に解禁された三角合併によって可能となった、クロスボーダーの組織再編について、組織再編税制を検討したものである。企業活動の国際化が高度に進展していく現代において、企業が自らの企業価値を高め、国際的な競争に打ち勝つためには、国境を越えたM&Aやリストラクチャリングが必要不可欠と考えられるが、このような組織再編を阻害しない組織再編税制を検討する必要がある。なぜなら、企業の組織再編において実務上最も重要視されるのは、「この組織再編によってどれだけ課税されるのか」であり、課税繰延が認められるか否かは、組織再編を行うに当たって重要な要件であると考えられるからである。本来、企業価値を高める組織再編(すなわち、行うべき組織再編)が、税制上、適格要件を満たさず、従って、課税繰延を認められないという理由で行われないのであれば、企業にとってだけでなく、課税庁や国民経済にとっても損失であると考えられることから、このような税制は是正される必要がある。

一方で、このような国際的な組織再編は、租税回避行為の温床となりうる。すなわち、典型的には、三角合併の解禁により、タックス・ヘイブンに会社を作り、これを企業グループの頂点とする、いわゆるコーポレート・インバージョンが容易になったことにより、従来のタックス・ヘイブン対策税制では対応できない、タックス・ヘイブン親会社を利用した租税回避が可能となった。

組織再編における課税繰延要件の問題及びコーポレート・インバージョンの問題は、いずれも、かつてアメリカにおいて議論された問題であり、また、我が国の組織再編税制やインバージョン対策税制もアメリカの税制を参考にして導入されたものであると考えられることから、これらの税制を、アメリカの税制と比較することによって、我が国の税制上の問題点とその解決の糸口を探り、解決策を検討することとした。

本稿の構成は以下の通りである。

第1章は、まず、第1節において、三角合併の導入の経緯や、三角合併解禁によって可能となったクロスボーダーの組織再編について概略するとともに、これによって可能となった、コーポレート・インバージョンについて、その仕組みや目的を概括的に説明している。次に、第2節において、会社法上の三角合併について概略している。これは、我が国の組織再編税制においては、適格の組織再編を行う前提として、会社法上の組織再編行為であることを求めていると考えられることから、組織再編税制について論ずるためには、まず、会社法における三角合併の取扱いを理解しておく必要があると考えたためである。

第2章は、我が国の組織再編税制における三角合併の税務処理と、我が国のコーポレート・インバージョンへの対策税制を説明している。まず、第1節において、組織再編税制導入の趣旨を論じ、組織再編税制の基本的な考え方を概括した。第2節において、合併の適格要件について概略し、続いて第3節において、三角合併の適格要件について、内国法人間における三角合併の場

合と、合併親法人が外国法人である場合とに分けて論じた。これは、三角合併の解禁は、特に、外国企業が日本企業を買収する際に用いられることを想定した制度であると考えられることから、内国法人間における三角合併と比較して、外国企業が合併親法人である場合に、どれだけ適格要件が加重されるのかを比較することが必要であると考えたためである。第4節において、組織再編税制の原則的な課税方法である非適格合併の場合の税務処理を、第5節において、課税繰延が認められる適格合併の場合の税務処理を論じている。第6節では、インバージョン対策税制について論じ、タックス・ヘイブン親会社への所得移転・所得留保による租税回避に対して、どのように課税するのかについて概括的に説明している。

第3章は、アメリカの税制における三角合併の税務処理とコーポレート・インバージョン対策について論じている。第1節において、アメリカの組織再編税制についての全体像を把握し、第2節において、アメリカの三角合併税制を説明している。その際、わが国において認められている三角合併（アメリカにおける順三角合併）の説明に加え、わが国においては認められていない、逆三角合併に係る課税繰延要件、さらに、私法上の合併に該当しない場合であっても課税繰延が認められる場合についても論じた。その上で、クロスボーダーの組織再編の場合に加重される課税繰延要件についても概括した。第3節においては、アメリカのコーポレート・インバージョン対策について論じている。

第4章は、三角合併の適格要件及びインバージョン対策税制について、日米の税制比較をすることによって、問題点を洗い出している。第1節において、三角合併の適格要件について、日米比較をすることによって、日本の適格要件の厳格性や、逆三角合併の可否、適格要件の前提として、私法上の組織再編であることを重視するか否かという相違点を洗い出し、我が国の組織再編税制の問題点を洗い出した。第2節においては、インバージョン対策税制について日米比較をし、コーポレート・インバージョン対策の対象とされる法人の範囲や課税方法についての相違点を洗い出し、問題点を洗い出した。

第5章は、前章における問題点を検討し、あるべきクロスボーダー三角合併への課税について論じた。まず、第1節において、適格要件の1つである事業関連性要件の判定における当事者の問題や逆三角合併の適格要件など、適格要件を緩和し、内国法人間の組織再編と同等程度に、クロスボーダーの組織再編における課税繰延を認めるべきである旨を論じた。その際、アメリカ判例法における事業目的原理や段階取引原理を参考にし、段階的な組織再編行為に対して、組織再編の「できあがりの形」に着目した適格要件を導入するべきである旨を論じている。第2節においては、インバージョン対策税制について、基本的には、今後の運用状況を見て改正していくという静観の姿勢を示したが、将来的に危惧される、上場企業によるコーポレート・インバージョンについて、どのように対策すべきかについて論じた。国内源泉所得課税主義への転換や管理支配地基準の導入等によるコーポレート・インバージョンへの対応について、その問題点を挙げ、根本的な解決策としては、コーポレート・インバージョンを行うインセンティブそのものをなくす必要があることを論じ、法人税率の引き下げと、これに伴う課税ベースの拡大について論じた。第3節においては、第1節で論じたような課税繰延の拡大によって生じ

ると危惧される、国際的な租税回避行為の横行について、個別的否認規定による否認のみでは不十分であることを指摘し、包括的否認規定の必要性について論じた。

目次

はじめに	1
第1章 三角合併制度の概要.....	3
第1節 合併等対価の柔軟化と三角合併.....	3
1. 三角合併導入の経緯	3
2. クロスボーダー組織再編における三角合併.....	4
3. クロスボーダー三角組織再編の実例	5
4. 三角合併とコーポレート・インバージョン.....	6
第2節 合併等対価の柔軟化と三角合併.....	8
1. 合併等対価の柔軟化	8
2. 三角合併の手続.....	10
(1) 子会社による親会社株式の取得	
(2) 子会社による合併契約承認	
(3) 情報開示	
(4) 合併対価の割当て	
3. 子会社による親会社株式の取得方法	12
(1) 概要	
(2) 親会社からの資金調達による親会社株式の取得	
(3) 資金調達を不要とした親会社株式の取得	
イ. 備忘価格による新株発行等	
ロ. 親子会社間で相互に新株発行し、それぞれの払込請求権を合意により相殺する 方法	

- ハ. 親子会社間で相互に新株発行等を行うことにより、株式を相互に現物出資する方法

第2章 三角合併に対する組織再編税制	15
第1節 組織再編税制の趣旨	15
第2節 合併の適格要件.....	16
1. 概要	16
2. 100%グループ内合併	17
3. 50%超 100%未満グループ内合併.....	17
(1) 概要	
(2) 従業者引継要件	
(3) 事業継続要件	
4. 共同事業の合併.....	18
(1) 事業関連性要件	
(2) 事業規模要件又は役員要件	
(3) 従業者引継要件	
(4) 事業継続要件	
(5) 株式継続保有要件	
第3節 三角合併の適格要件	21
1. 概要	21
2. 内国法人間の適格要件	22
(1) 100%グループ内三角合併	
(2) 50%超 100%未満グループ内合併	
(3) 共同事業の三角合併	
3. 合併親法人が外国法人である場合の適格要件	23
(1) 50%超グループ内三角合併	

(2) 共同事業の三角合併	
第4節 非適格合併の税務処理	28
1. 概要	28
2. 被合併法人の処理	28
3. 被合併法人の株主の処理	28
(1) 合併法人株式又は合併親法人株式のみが交付される場合	
(2) 合併法人株式又は合併親法人株式以外の資産が交付される場合	
4. 合併法人の処理	29
(1) 概要	
(2) 支払対価が承継純資産を超える場合	
(3) 承継純資産額が支払対価を超える場合	
5. 合併法人による合併親法人株式の評価替	31
第5節 適格合併の税務処理	31
1. 概要	31
2. 被合併法人の処理	32
3. 被合併法人の株主の処理	32
(1) 内国法人株式が交付される場合	
(2) 外国法人株式が交付される場合	
4. 合併法人の処理	33
5. 合併親法人株式の評価替	33
6. 繰越欠損金の引継	33
第6節 インバージョン対策税制	34
1. 概要	34
2. 合算対象	35

3. 適用除外	36
4. 課税対象所得の計算	37
(1) 計算方法	
(2) 基準所得金額	
(3) 適用対象金額	
(4) 課税対象金額	
第3章 アメリカの組織再編税制とクロスボーダー三角合併	39
第1節 アメリカの組織再編税制	39
1. 概要	39
2. A型組織再編	39
3. B型組織再編	40
4. C型組織再編	40
5. 段階取引原理(step transaction doctrine).....	41
6. 事業目的原理(business purpose doctrine)	41
7. 事業目的原理(business purpose doctrine)	41
8. 事業継続性原理(continuity of business enterprise)	41
第2節 アメリカの三角合併税制	42
1. 概要	42
2. 順三角合併.....	42
(1) 概要	
(2) 実質的にすべての資産	
(3) 親会社による債務引受	
(4) 適格対価	

(5) 親会社との合併の仮定	
(6) 基準価格の問題	
イ. 親会社における子会社株式の基準価格	
ロ. 子会社における親会社株式の基準価格と子会社に対する課税	
(7) 組織再編後における子会社の消滅	
3. 逆三角合併.....	48
(1) 概要	
(2) 各要件の検討	
イ. 実質的にすべての資産要件（C型組織再編との異同）	
ロ. 支配要件	
(3) 基準価格の問題	
(4) 非適格逆三角合併とB型組織再編	
4. クロスボーダー三角合併の適格要件	54
第3節 アメリカのインバージョン対策税制	55
1. 概要	55
2. 内国歳入法 367 条	55
3. 内国歳入法 7874 条	57
第4章 我が国とアメリカの税制比較と問題点	58
第1節 三角合併の適格要件	58
1. 概要	58
(1) 我が国の三角合併の適格要件	
(2) アメリカの三角合併の適格要件	
2. 適格要件の厳格性	60
(1) 組織再編税制とA型組織再編	
(2) 私法に依拠しない組織再編	

(3) 問題点	
3. 合併当事者とみなし当事者	62
(1) 事業関連性の判定と合併当事者	
(2) 親会社株式の含み益への課税	
(3) 問題点	
4. 逆三角合併	64
第2節 インバージョン対策税制	65
1. 概要	65
(1) 我が国のインバージョン対策税制	
(2) アメリカのインバージョン対策税制	
2. 適用範囲	65
(1) 日本	
(2) アメリカ	
(3) 問題点	
3. インバージョンの種類と課税方法	67
(1) インバージョンの種類	
(2) 留保所得への課税方法	
(3) 問題点	
第5章 クロスボーダー三角合併税制の今後の対応	69
第1節 適格要件の問題と対応	69
1. 当事者の問題	69
2. 逆三角合併	70
3. 段階的な組織再編への対応	71

第2節 インバージョン対策税制と対応.....	72
1. 適用範囲の問題点.....	72
2. 課税ベースと管理支配地基準.....	73
(1) 問題の所在	
(2) 国内源泉所得主義への移行	
(3) 管理支配地基準の導入	
3. インバージョン対策の方向.....	75
第3節 租税回避行為への対応.....	76
1. クロスボーダー組織再編と租税回避.....	76
2. 租税回避の抑制方法.....	77
(1) 個別否認と包括的否認	
(2) 法人税法132条の2の適用	
(3) 個別的否認規定の限界と包括的否認規定の必要性	
(4) 包括的否認規定の問題点	
(5) 今後の対応	
 終わりに.....	 81
 参考文献.....	 83

凡例

この論文で使用する略称は、次の通りである。

会法：会社法

会規：会社法施行規則

法法：法人税法

法令：法人税法施行令

法規：法人税法施行規則

措法：租税特別措置法

例えば、法人税法施行令第4条の2第8項第6号イについては、「法令4の2⑧六イ」とする。

はじめに

平成 18 年会社法施行から 1 年延期されていた、吸収型組織再編に係る合併等対価の柔軟化が平成 19 年に施行され、三角合併が解禁されることとなった。これに伴い、平成 19 年税制改正において、組織再編税制の適格対価に合併親法人株式が加えられることになり、一定の要件を満たす三角合併が適格合併として認められることとなった。

三角合併の解禁及びこれについての課税繰延が認められる余地ができたことにより、従来では不可能であった、外国企業による自社株式を対価とした日本企業の買収が可能となり、今後、クロスボーダーの組織再編が増加することが予想される。日本企業が国際競争にさらされることは、日本企業の買収に対する危機意識を高め、企業の国際競争力を高めていくことにもつながるし、また、日本国民にとっては、たとえ外国企業に買収されることとなったとしても、それがより多くの付加価値を生み出すことになるのであれば歓迎すべきことであると考えられる。その視点からすると、クロスボーダーの組織再編を促進すべきとまではいわずとも、企業買収に関して、内外無差別に組織再編が行われるべきであり、税制の中立性の要請からして、これを阻害する税制はあるべきではない。

一方で、三角合併の解禁によって、租税回避の余地が大きくなったという側面も考えられる。すなわち、従来、タックス・ヘイブンに設立した子会社を利用した所得移転・留保などの租税回避は、主としてタックス・ヘイブン対策税制により対応してきたが、三角合併の解禁により、タックス・ヘイブンに親会社を設立する（いわゆるコーポレート・インバージョン）ことが容易になり、子会社の合算を規定しているタックス・ヘイブン対策税制が適用されない租税回避行為を行うことができるようになった。

そこで、本稿においては、外国企業が親会社となるクロスボーダー三角合併について、より利用しやすい組織再編税制のあり方を検討するとともに、租税回避行為を防止するためのインバージョン対策を検討する。金子宏東大名誉教授は、「租税法 第 13 版」において、組織再編税制について「急速にアメリカの税制に近づきつつある」としており、また、平成 19 年税制改正において導入されたインバージョン対策税制も、アメリカの税制を参考にしたものと考えられることから、アメリカの税制と比較することで、我が国のクロスボーダー三角合併に係る税制の問題と今後の方向性を検討することとした。

本稿における検討プロセスは、以下の通りである。

まず、第 1 章において、三角合併について概略し、三角合併解禁の意義や企業の組織再編

への影響等について論じるとともに、我が国の税制は私法上の概念を借用した上で組織再編税制を規定していることから、会社法上の三角合併の取扱いについて概略する。

第2章においては、我が国における三角合併に対する組織再編税制及びインバージョン対策税制を概略し、どのような場合に課税繰延が認められるのか、また、コーポレート・インバージョンによる課税ベースの流出をどのように防ぐのかを明らかにする。

第3章においては、アメリカにおける三角合併に対する課税について、組織再編税制とインバージョン対策税制を概略することで明らかにする。

第4章においては、第2章、第3章において明らかにした日米の三角合併に対する組織再編税制を比較することによって、我が国のクロスボーダー三角株式に対する税制の問題点を洗い出す。特に、我が国の組織再編税制は適格要件が厳格すぎるといわれるが、厳格な適格要件の是非や、どのような適格要件が望ましいかについて論じる。また、インバージョン対策税制については、特に、インバージョン後の所得に対する課税への対応策が日米で異なる点について比較し、問題点を洗い出す。

第5章においては、第4章までで洗い出した問題点をもとに、クロスボーダー三角合併に対する課税の今後の方向性を検討する。

第1章 三角合併制度の概要

第1節 合併等対価の柔軟化と三角合併

1. 三角合併導入の経緯

合併等対価の柔軟化とは、吸収型組織再編（吸収合併・吸収分割・株式交換）が行われる場合に、消滅会社等の株主に対して存続会社等の株式以外の財産を交付することを認めることをいう¹（会法 749①二、751①二・三、758 四、760 四・五、768①二、770①二・三）。旧商法下において、合併等における対価は、原則として、存続会社等の株式に限定されていたが、平成 18 年の会社法の施行により、存続会社等の株式以外の財産を交付することができるようになり、合併の対価として現金を交付する交付金合併（cash out merger）や、親会社株式を交付する三角合併（triangular merger）が解禁されることとなった²。

企業の買収や合併（Mergers and Acquisitions.以下「M&A」という。）やリストラクチャリングなどの組織再編は、企業が損失を回避・軽減し、また、利益を増大させることによって自らの企業価値を高める行為である。合併等対価の柔軟化は、事業の再構築の必要性の高まり、企業の国際化等に対応し、企業価値を高めるために行う組織再編について、その対価の選択肢を増やすことによって、組織再編の効率性・柔軟性を高め、組織再編を促進させることを目的として、内外から実務上強く要望されていた。国内においては、社団法人日本経済団体連合会からの、「会社法改正への提言」（2003 年 10 月 21 日付）において、「組織再編を円滑に進めるためには、その対価を柔軟化することが有効である。吸収合併、吸収分割及び株式交換の場合において、消滅会社等の株主に対して、存続会社等の株式を交付する代わりに、金銭や他の会社の株式などの財産を交付する、合併対価の柔軟化を認めるべきである」との提言がされた。また、国外からは、「日米規制改革及び競争政策イニシアティブに基づく日本国政府への米国政府要望書」（2004 年）において、「近代的合併手法：三角合併、キャッシュマージャー、株式交換、また、ショート フォーム（スクイーズアウト）・マージャーを認めるために必要な合併対価の柔軟化を含め、日本の商法に近代的合併手法を導入するための法案を次期通常国会に提出する。近代的合併手

¹ なお、新設型組織再編（新設合併・新設分割・株式移転）については、対価の柔軟化が図られていない。これは、新設型組織再編は、当事会社が単独で又は共同して新たに会社を設立するという性質を持つものであると考えられるためである。

² 「銀行持株会社の創設のための銀行等に係る合併手続の特例等に関する法律」において、銀行等の金融機関が持株会社を新設する手続も「三角合併」と呼ばれていたが、これは会社法制定時に廃止された。

法に対して適切な税制上の措置を提供し、同時に、新しい合併手段の有効性を不当に制限しかねない特異な条件を排除することを含め、日本における M&A を促進するためのその他の必要な措置を講じる」ことを求められ、「日本の規制改革に関する EU 優先提案」(2004 年)において、「EU は、日本では M&A の活動において税に対して中立的な株式交換が不在であること、投資家にとって日本での参入コストが高いこと、そして投資環境における透明性と予測可能性を積極的に改革を推し進めるべき主要 3 分野として引き続き注目している」とし、クロスボーダーの M&A 制度の充実に対する要望がなされている。特に、海外からの要望の内容は、三角合併の解禁そのものに対する要望というよりも、課税の繰延措置を実現することが主眼に置かれている。これは、わが国において、株式交換に係る税制について課税の繰延措置が講じられた一方、外国会社との株式交換を認めなかった結果、外国企業がわが国において M&A を行うに際し、国内企業に比して不当に不利な立場に立たされるという不満の声が強く寄せられるようになったものである。

三角合併は、国内の会社同士の組織再編においては、株式交換と子会社同士の合併を組み合わせることによって同様の経済効果がもたらされるものであり、手続き面を除けば、特段目新しいものではないが、日本企業を買取しようとする外国企業にとっては大きな影響を与える。日本の会社と外国会社との合併や株式交換は認められないとするのが通説であり³、旧商法下においては、外国企業が自社株を対価として日本企業を買取することができなかったが、三角合併の解禁によって、米国企業の株式によって日本企業を買取することが可能となった。これにより、外国企業が現金を調達することなく、自社の新株発行等によって日本企業を買取する、国際間の株式交換が実質的に可能になり、クロスボーダーの M&A や組織再編が促進されることが考えられる⁴。

2. クロスボーダー組織再編における三角合併

上述したように、三角合併の解禁によって外国企業と日本企業との株式交換が実質的に解禁され、外国企業の株式を対価とした日本企業を買取が可能となった。典型的には、外国企業が日本にペーパーカンパニーや特別目的会社 (Special Purpose Company. 以下「SPC」という。) を設立し、これを存続会社として買取対象となる日本企業を吸収合併し、当該日本企業の株主に対して外国企業の株式を交付することで、株式交換を行ったの

³外国会社との合併は可能であるとする説もある。江頭憲治郎「株式会社法 (第 2 版)」(有斐閣) 2008 年 768 頁。

⁴ 相澤哲「合併等対価の柔軟化の実現に至る経緯」商事法務 1801 号 7 頁。

と同様に実質的に日本企業を子会社とすることができる。

しかし、ペーパーカンパニーや SPC を用いた三角合併は、後述する組織再編税制の適格要件を満たさないため、課税の繰延べが行われないことになる。上述のとおり、国外からの要望は合併等対価の柔軟化やそれに伴う三角合併の解禁そのものではなく、これについて課税の繰延べがなされることであったことからすると、課税繰延べ措置の問題が解決されない限り、クロスボーダーの三角合併が増加するとは言い切れないとも考えられる。

3. クロスボーダー三角組織再編の実例

上述のような背景の中で、2008年1月29日、国内初の三角株式交換が成立した。この案件の概要は、以下の通りである（図表 1-1）。

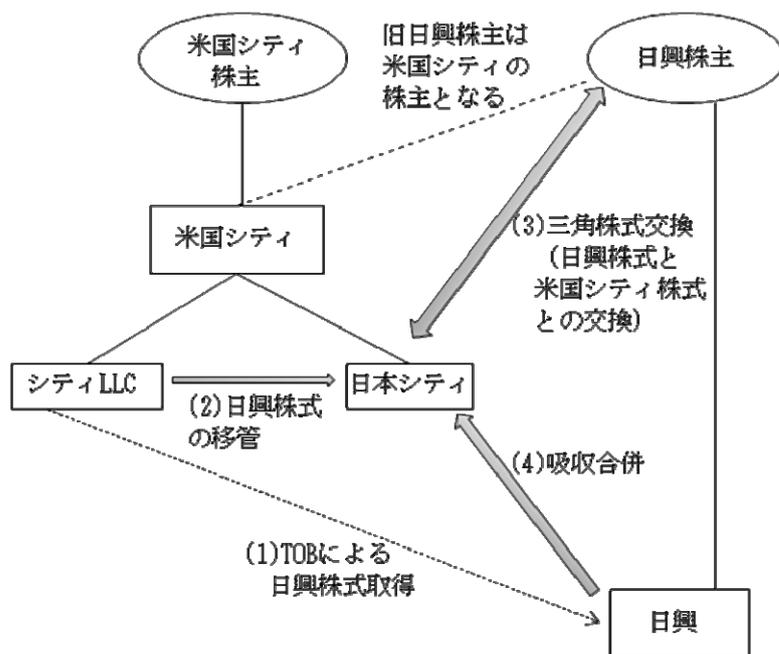
- (1) 2007年3月15日、シティグループ（以下「米国シティ」という。）の完全子会社であるシティグループ・ジャパン・インベストメンツ（以下「シティ LLC」という。）が、株式会社日興コーディアルグループ（以下「日興」という。）株式の株式公開買付(Take Over Bid.以下「TOB」という。）を開始
- (2) TOB 完了後、シティ LLC は、取得した日興の株式を、米国シティの完全子会社である日本法人シティグループ・ジャパン・ホールディングス有限会社（以下「日本シティ」という。）に移管
- (3) 日本シティと日興は、2008年1月29日、日本シティを完全親会社、日興を完全子会社とする三角株式交換を行い、日興の株主に対して米国シティの株式を交付
- (4) 日本シティと日興は、2008年5月1日、日本シティを存続会社、日興を消滅会社とする吸収合併を行い、日本シティの商号を「日興シティホールディングス株式会社」に変更

三角合併と三角株式交換は、いずれも買付者の親会社株式を買収の対価とする点では同様であるが、本件においては、三角合併ではなく三角株式交換を用いている。これは、三角合併を用いた場合、日興が消滅会社となり、日興の有する許認可やブランド等が利用できなくなることになるからであると考えられる。会社法では、日興を存続会社として日興株主に米国シティの株式を交付する逆三角合併(reverse triangular merger)が認められていないため、三角株式交換と合併を組み合わせることによって、逆三角合併と同様の経済的実質を得ようとしたものと思われる。

しかし、その後、日興を存続会社、日本シティを消滅会社とする吸収合併（逆さ合併）

ではなく、日本シティを存続会社とする合併を行ったのは、逆さ合併を行うと、三角株式交換が税制非適格となるおそれがあったためであると思われる。適格要件を満たすかどうかについて疑義がある逆さ合併ではなく、適格要件を満たす日本シティを存続会社とする合併を選んだのではないかと思われる。

図表1-1 シティと日興の三角株式交換



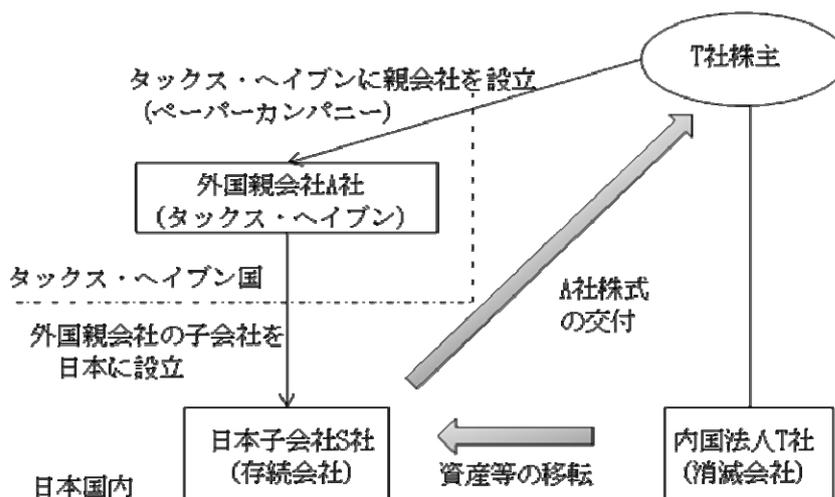
4. 三角合併とコーポレート・インバージョン

コーポレート・インバージョン(corporate inversion)とは、国内の会社及びその子会社グループが、その経済実態を変えずに外国法人の子会社となることを指す⁵。すなわち、会社としての形態や株主構成をそのままに、内国法人を頂点とする企業グループを外国法人を頂点とする企業グループに変えることをいう。三角合併の解禁により、典型的には以下のようなインバージョン取引が考えられる。すなわち、タックス・ヘイブンにペーパーカンパニーA社を設立し、A社の日本子会社としてS社を設立する。このS社を存続会社とし、従来の日本法人T社を消滅会社とした三角合併を行うことにより、旧T社株主

⁵ コーポレート・インバージョンに関する文献としては、森信茂樹「三角合併とコーポレート・インバージョン」証券税制研究会編『企業行動の新展開と税制』201頁、中里実「タックス・ヘイブン親会社」税研125号92頁、岡村忠生=岩谷博紀「国外移転に対する実現アプローチと管轄アプローチ-インバージョン(inversion)取引を中心に」岡村忠生編『新しい法人税法』(有斐閣)2007年285頁等参照。

は T 社の経済的実態を変えずに外国法人 A 社の株主となることができる。これにより、従来のタックス・ヘイブン対策税制を回避してタックス・ヘイブン親会社に所得移転や所得留保を行うという租税回避が考えられる。

図表1-2三角合併



※これにより、三角合併を利用して、企業実態を変えることなく、内国法人を外国親会社の完全子会社とし、T社株主は、外国親会社株主となる。

コーポレート・インバージョンは、まず、アメリカにおいて問題視されるようになったものである。特に、1990年代の半ば頃から、アメリカにおける企業活動を、タックス・ヘイブンに設立した親会社のアメリカ子会社を通じて行うという現象が、徐々に目立つようになってきた。特に、バミューダを用いたインバージョン取引は一種の政治問題となり、2002年5月に、アメリカ財務省にインバージョンに関する報告書を公表させることとなった⁶。

インバージョンを行った企業は、以下のような課税上のメリットを受けることが可能となる⁷。

- ① タックス・ヘイブン対策税制の適用を逃れることが可能ようになる。

従来、タックス・ヘイブン対策税制の適用により合算されていたタックス・

⁶ “Corporate Inversion Transactions : Tax Policy Implications”, May 2002, Office of Tax Policy, Department of the Treasury, U.S.A.

⁷ 中里実「タックス・ヘイブン親会社」税研 125号 93頁。

ハイブン子会社の株式を、タックス・ハイブン親会社に移転することによって、タックス・ハイブン対策税制の適用を免れることが考えられる。

- ② 従来アメリカの会社がアメリカ国外で得ていた利益（これは、全世界所得主義の元、アメリカで課税を受けていた）をタックス・ハイブン親会社の利益とすることができるために、それについてアメリカの課税から逃れられる。

全世界所得主義の下で、従来はアメリカの課税に服していた所得が、組織再編等の過程においてタックス・ハイブン親会社の所得とされてしまうために、外国法人の国外源泉所得として、結果としては、アメリカの課税権から離脱することになるのである。

- ③ 子会社の得た所得をうまくタックス・ハイブン親会社に流せば、子会社が本国で得た所得に対する本国での課税を逃れることも不可能ではなくなる。

具体的には、アメリカ子会社のタックス・ハイブン親会社に対する支払いを、アメリカ子会社段階で損金算入され、かつ、支払時に源泉徴収に服さないようなかたちで仕組めば、課税上のメリットはきわめて大きい。もちろん、そのようなことがどこまで可能であるかは、支払いの種類や、企業の業種により多少異なるが、そのような仕組みの構築が可能であるということの意味は、企業にとってインバージョンを行う大きなインセンティブになると考えられる。

これらの 3 つの問題は、すべて、日本においても同様に生ずるおそれのある問題である。

第 2 節 会社法における三角合併

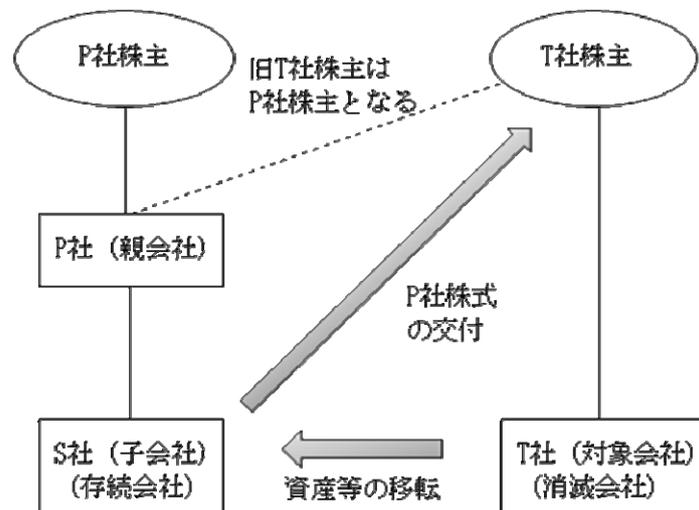
1. 合併等対価の柔軟化

第一節 1. において示したように、吸収型組織再編（吸収合併・吸収分割・株式交換）について対価の柔軟化が図られ、原則として、どのような財産であっても合併等の対価とすることが可能となった（会法 749 条①二等）。

会社法上の三角合併は、たとえば、P 社（parent）を親会社とする子会社 S 社（subsidiary）が存続会社となり、T 社（target）を消滅会社とする吸収合併がなされるときに、その対価として T 社株主に P 社株式が交付される合併をいう（図表 1-3）。S 社を消滅会社とし、T 社を存続会社として、T 社株主に対して P 社株式を交付する「逆三角合併」（reverse triangular merger）は認められていない（図表 1-4）。

会社法施行前の通説は、合併対価として存続会社株式以外の財産を交付することを認めていなかった⁸が、会社法においてこれを明文で認め、存続会社株式のほか、それ以外の財産を合併等対価とすることを可能とする合併等対価の柔軟化を図った。このような合併等対価の柔軟化の一環として、「存続会社の株式等以外の財産」を合併対価とすることが認められ（会法 749①二ホ）、この「存続会社の株式等以外の財産」として存続会社の親会社株式を利用する合併が三角合併にあたる。法律上、合併契約の当事会社はあくまでも存続会社と消滅会社であり、対価たる株式の発行主体である存続会社の親会社は、当該合併に事実上関与することがあるにとどまる⁹。すなわち、会社法上の三角合併の位置づけは、吸収合併における合併対価のバリエーションの1つに過ぎない。

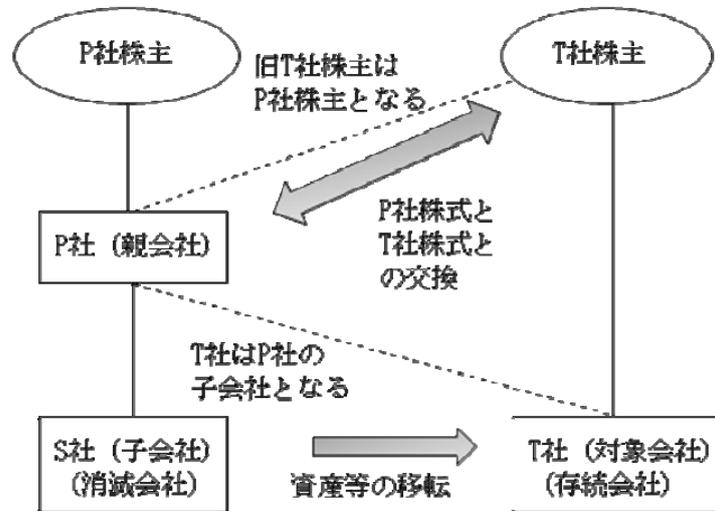
図表1-3 三角合併



⁸ 会社法制定前において、合併は、消滅会社の事業全部の現物出資による株式の発行又は会社設立であるとの見解（現物出資説）が通説であり、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は認められないと解されてきた。大隅健一郎「会社法の諸問題 新版」（有信堂）1983年390頁。

⁹ 前出（4）4頁。

図表1-4 逆三角合併



2. 三角合併の手續

(1) 子会社による親会社株式の取得

上述のように、三角合併における当事会社は存続会社と消滅会社であるから、合併対価の発行主体たる存続会社の親会社が消滅会社の株主に対して直接自社株式を交付することはできないため、まず、子会社（存続会社）が親会社株式を取得する必要がある。子会社による親会社株式の取得は、原則として禁止されている（会法 135①）が、三角合併の場合には、親会社株式の取得・保有が許容されている（会法 800、135②五、会規 23 八）。

親会社株式の取得時期については、会社法上明文規定はないが、あくまでも親会社株式の取得は原則禁止であり、合併対価として利用されない親会社株式の取得は許されないことから、原則として、合併契約締結後に取得すべきであると考えられる。また、子会社が取得できる親会社株式数については、会社法 800 条 1 項において、「吸収合併等に際して消滅会社等の株主等に対して交付する当該親会社株式の総数を超えない範囲において当該親会社株式を取得することができる」とされているが、実務上は最大限必要などころまで親会社株式を取得しておくニーズがあるとの指摘がある¹⁰。そうすると、合併対価として親会社株式を交付してもなお子会社の手許に残ってしまうことも考えられるが、このような残存親会社株式については、相当の期間（会法 135③参照）に処理

¹⁰座談会「会社法における合併等対価の柔軟化の施行」商事法務 1799 号 21 頁。

すれば法的問題は生じないと考えられる¹¹。

また、存続会社の親会社が外国企業である場合、子会社による親会社株式取得の可否は、親会社の従属法によって判断されることとなる¹²。なお、存続会社及びその親会社がともに外国企業であって、消滅会社のみが国内企業であるクロスボーダー三角合併については、一般には不可能と解されている¹³。

(2) 子会社による合併契約承認

三角合併は、通常の合併の1つのバリエーションに過ぎないことから、その手続的要件は一般の合併手続と同様に、原則として、当事会社の株主総会の特別決議をもって承認される（会法 783①、795①、309②十二）ことになり、存続会社の親会社においては株主総会決議を必要としない。三角合併の構造上、存続会社において株主総会決議が否決されることは考えられないので、実際に問題となるのは消滅会社の決議要件が満たされるか否かである。この点、国外企業による敵対的買収の懸念から、合併対価が国外企業の株式である場合には、対価が譲渡制限株式等の場合の合併等と同様に、消滅会社において特殊決議（会法 309③二）を要求すべきではないかとの提案がなされていた。しかし、会社法の考え方は、会社の組織再編一般の決議要件は特別決議であり、また、会社法においては全部取得条項付種類株式制度を利用することにより、株主総会の特別決議をもって株式を金銭その他の財産、例えば、外国会社の株式に転換することも可能になったことからすると、三角合併だけを特別視する理由は乏しいと考えられる¹⁴。

(3) 情報開示

株主総会において株主が合併契約への賛否や株式買取請求権の行使の是非を判断するためには、十分な情報が提供されなければならない。特に、三角合併においては、当事会社ではない、存続会社の親会社の株式が対価として交付されることになるため、当事会社に関する情報だけでは不十分である。

このような株主保護の観点から、吸収合併等を行う場合には、消滅会社等の株主に対して開示される情報の充実を図るため、消滅会社株主に対して合併条件の相当性に関する情報や合併対価の換価方法などが事前開示される（会法 782①、会規 182）。特に、三角合併の場合、合併対価について参考となるべき事項として、合併対価の発行主体の親

¹¹前出 (10) 21 頁。

¹²藤田友敬「企業再編対価の柔軟化・子会社の定義」ジュリスト 1267 号 112 頁。

¹³落合誠一「国際的合併の法的対応」ジュリスト 1175 号 36 頁。

¹⁴相澤哲「合併等対価の柔軟化の実現とその経緯」MARR2007 年 7 月号 29 頁。

会社の定款（会規 182 三イ）、最終事業年度の計算書類及びそれに関する監査報告・会計監査報告の内容若しくは概要（同号ロ）等の開示が重要となる。また、これらの条項は、合併契約の承認議案を提出する際に、株主総会参考書類として株主に提供される（会規 86 三）。存続会社の親会社が外国企業であっても、事前開示される事項は基本的に同一であるが、当該外国企業の親会社の従属法の内容によっては、日本の会社法で要求されている計算書類等が存在しないことがあるため、実質的にこれらに相当するものを開示することとしている。また、開示する事項は日本語で表示したものによることとしている。

(4) 合併対価の割当て

合併の条件いかんによっては、消滅会社の株主に交付する親会社株式に端数が生じることがある。このような場合、通常の吸収合併では競売等により端数部分が換価されて処理される（会法 234①五、②）ことになるが、この処理は、存続会社の株式を交付する場合に認められるものであり、形式的には、存続会社の親会社株式を交付する三角合併においてはこの要件を充足しない。

この問題については、①取得対価を存続会社の親会社株式とする存続会社の全部取得条項付種類株式を設計し、これを合併対価として消滅会社株主に交付した上で、合併後にその強制取得を行う方法、②合併対価を存続会社の親会社株式及び現金とすることにより、実質的に端数処理と同様の調整を行う方法、③合併の効力発生前に存続会社又はその親会社において株式併合等の処理を行うことで端数をなくす方法が考えられる¹⁵。もっとも①の方法に関しては、そもそも親会社株式を対価とする三角合併の形式とは異なり、また、②の方法は、後述する組織再編税制における適格要件を満たさないことになる。

3. 子会社による親会社株式の取得方法

(1) 概要

三角合併は、親会社株式を合併対価とする、子会社と買収対象会社との合併であるから、子会社は、合併にあたって親会社株式を取得する必要がある。会社法においては、親会社株式の取得数や保有期間についての規制があるのみ（会法 135、800 等参照。）で、親会社株式の取得方法については特に制限を置いていない。そのため、親会社が子会社に対して直接、新株発行や自己株式の処分を行う方法だけでなく、子会社が市場で親会

¹⁵大石篤史ほか「三角合併の実務対応に伴う法的諸問題」商事法務 1802 号 20 頁。

社株式を取得する方法が考えられる。

しかし、市場で必要な数の親会社株式を取得しようとする場合、市場価格が高騰し、必要な株式数の取得が困難になるおそれがあり、また、市場をむやみに混乱させることにもなりかねないため、これはあまり現実的な方法とはいえず、親会社から子会社に対して直接新株発行等する方法によらざるを得ないと考えられる。

(2) 親会社からの資金調達による親会社株式の取得

親会社に十分な手元資金がある場合、親会社が子会社に対して資金を貸付け、又は親会社が子会社に増資として資金を拠出し¹⁶、これを子会社が親会社に払込むかたちで新株発行を行うという方法が考えられる。

しかし、この方法は、親会社が支出した金銭が親会社自身に対する払込みに充てられることになるから、仮装払込みにあたるとされるのではないかという問題が生じる。この点については、親会社が取得した引受人に対する債権の回収可能性¹⁷など、当該債権が実質的に資産価値を有するかどうかで判断すべきと考えられる¹⁸。

また、仮に、仮装払込みの問題をクリアしたとしても、この方法は、親会社が十分な手元資金を持っているという前提に立ったものであるという点で問題が残る。三角合併のメリットは、資金調達を必要とせずに企業買収を行うことができる点にあるため、十分な手元資金がない場合に、借入れ等の資金調達を必要とする上記の方法では、そのメリットを十分に発揮していない。そのため、資金調達を不要とする方法が必要となる。

(3) 資金調達を不要とした親会社株式の取得

イ. 備忘価格による新株発行等

多額の現金を要せずに、子会社に親会社株式を取得させる方法として、親会社による新株発行・自己株式処分における払込金額を備忘価格（例えば 1 株あたり 1 円）とすることが考えられる。この場合、新株発行等が有利発行として規制¹⁹される可能性がある。

¹⁶ 増資引受による方法の場合、子会社の資本金の増加につき登録免許税がかかることになるため、貸付による方法が現実的であるように思われる。

¹⁷ 当該債権が回収可能性を有するか否かに関する具体的な考慮要素として、子会社の資力、子会社の弁済資金の入手可能性、担保の設定状況などが問題となると考えられる。

¹⁸ 平成 3 年 2 月 28 日 最高裁判所第三小法廷判決。

¹⁹ 公開会社においては、原則として、取締役会決議によって第三者に募集株式を割り当てることのできる（会法 201①）が、払込金額が募集株式を引き受ける者に特に有利な金額である場合には、募集事項の決定は株主総会の特別決議によらなければならない（201①、199②、309②五）。

この点、発行会社が完全親会社、引受人が完全子会社であるような場合には、時価を下回る払込金額をもって新株発行等が行われたとしても、吸収合併の効力発生時に子会社は対象会社の資産及び負債を継承し、親会社の保有する子会社株式の価値はその差額分だけ増加するので、新株発行等と吸収合併を併せて観察すれば、完全親会社の既存株主に経済的損失は生じないともいい得る。よって、合併比率が適正である限り、新株発行等が有利発行に該当しないと解する余地があるように思われる²⁰。

ロ．親子会社間で相互に新株発行し、それぞれの払込請求権を合意により相殺する方法

この方法は、まず、合意による払込請求権の相殺が認められるかが問題となる。会社法 208 条 3 項は、発行会社の引受人に対する払込請求権について発行会社から相殺することを可能にする趣旨と解されており、発行会社からの相殺による払込が認められるのであれば、発行会社と引受人との間の合意による相殺が禁止される利用はないように思われる²¹。

しかしながら、商業登記法上、金銭債権を検査役調査なしに現物出資する際には、当該金銭債権が記載された会計帳簿を登記申請書に添付することが求められている（商業登記法 56 三二）ため、会計上負債として認識されない払込債務による相殺は、法律上も認められない可能性がある。

ハ．親子会社間で相互に新株発行等を行うことにより、株式を相互に現物出資する方法

現物出資において、先行する財産の給付が有効に行われることにより、初めて新株発行等の効力が発生するという関係があると考えられる。この方法では、親会社と子会社が同時に財産の給付と新株発行等を行うことが前提となっていると考えられるが、財産の給付と新株発行等の間に少なくとも概念上は前後関係が存在することに鑑みると、それらが同時に行われたと解することができるか疑問が残る。

²⁰ 有利発行規制を柔軟に解することについて、前出(10)16 頁参照。

²¹ 平成 17 年 2 月 9 日法制審議会「会社法の現代化に関する要綱」において、「相殺禁止に関する規定は、金銭等で払い込むべきものと定められている場合における引受人からの相殺を禁止する旨の規定に改めるものとする。」とされていることから、この法条を否定する理由はないとの指摘がある。前出(15)18 頁参照。

第2章 三角合併に対する組織再編税制

第1節 組織再編税制の趣旨

我が国に組織再編税制が導入されたのは平成13年度の法人税法改正であるが、その経緯と基本的な考え方について、平成12年10月の税制調査会答申「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」（以下「基本答申」という。）は、以下のように述べている。

「近年、わが国企業の経営環境が急速に変化する中で、企業の競争力を確保し、企業活力が十分発揮できるよう、商法等において柔軟な企業組織再編成を可能とするための法制等の整備が進められてきている。税制としても、企業組織再編成により資産の移転を行った場合にその取引の実態に合った課税を行うなど、適切な対応を行う必要がある。

企業組織再編成に係る法人課税のあり方を検討するに当たっては、以下の点から、現行の現物出資、合併等に係る税制を改めて見直し、全体として整合的な考え方に基づいて整備する必要がある。

第一に、会社分割には、現物出資、合併等と共通する部分があり、例えば分割型の吸収分割と合併では法的な仕組みが異なるものの実質的に同一の効果を発生させることができる。同じ効果を発生させる取引に対して異なる課税を行うこととすれば、租税回避の温床を作りかねないなどの問題がある。

第二に、現行の税制においては、営業譲渡により企業買収を行う場合には、資産の時価取引として譲渡益課税が行われるが、他方、合併により企業買収を行う場合には、課税が繰り延べられるなどの問題がある。

会社分割・合併等の組織再編成に係る法人税制の検討の中心となるのは、組織再編成により移転する資産の譲渡損益の取扱いと考えられるが、法人がその有する資産を他に移転する場合には、移転資産の時価取引として譲渡損益を計上するのが原則であり、この点については、組織再編成により資産を移転する場合も例外ではない。

ただし、組織再編成により資産を移転する前後で経済実態に実質的な変更が無いと考えられる場合には、課税関係を継続させるのが適当と考えられる。したがって、組織再編成において、移転資産に対する支配が再編成後も継続していると認められるものについては、移転資産の譲渡損益の計上を繰り延べることが考えられる。

また、分割型の会社分割や合併における分割法人や被合併法人の株主の旧株（分割法人や被合併法人の株式）の譲渡損益についても、原則として、その計上を行うこととなるが、株

主の投資が継続していると認められるものについては、上記と同様の考え方に基づきその計上を繰り延べることが考えられる。

分割型の会社分割や合併における分割法人や被合併法人の株主については、その取得した新株等の交付が分割法人や被合併法人の利益を原資として行われたと認められる場合には、配当が支払われたものとみなして課税するのが原則である。ただし、移転資産の譲渡損益の計上を繰り延べる場合には、従前の課税関係を継続させるという観点から、利益積立金額は新設・吸収法人や合併法人に引き継ぐのが適当であり、したがって、配当とみなされる部分は無いものと考えられる。」

すなわち、旧商法において組織再編制度の柔軟化に対応して、これによる租税回避に対応し、課税の中立性を確保することを目的として、組織再編税制の整備が行われたのである。組織再編税制においては、原則として、組織再編行為についても、法人がその有する資産を他に移転する場合には、移転資産の時価取引として譲渡損益を計上するものと考え、組織再編時の含み益に課税することとしているが、あらゆる組織再編行為について含み益に課税すると、企業の組織再編を阻害してしまうことになる。そのため、被合併法人等については「移転資産に対する支配が再編後も継続していると認められる」場合に、また、被合併法人等の株主については「株主の投資が継続していると認められる」場合には、「適格組織再編」として課税の繰延を認めることとしたのである。

第2節 合併の適格要件

1. 概要

適格合併とは、以下の100%グループ内合併、50%超100%未満グループ内合併及び共同事業の合併のいずれかに該当する合併で、被合併法人の株主等に合併法人株式以外の資産が交付されないものをいう（法法22の8、法令4の2）。ただし、被合併法人の株主等に対して、剰余金の分配と支払われる現金、端株の調整として支払われる現金、反対株主の買取請求の対価として支払われる現金などは、合併法人株式以外の資産の交付には含まれない（法法22の8、法基通1-4-2）。

ここで、合併の定義については法人税法に規定がなく、会社法上の合併（会法22七、二十八）の概念を借用していると考えられる。すなわち、会社法上の合併に該当しなければ法人税法上も適格合併に該当しないことになり、経済的には合併に類似する取引であっても課税繰延が認められないことになる。

2. 100%グループ内合併

合併法人と合併に係る被合併法人と合併法人との間にいずれか一方の法人が他方の法人の発行済株式等の100%を直接又は間接に保有する関係（親子会社関係）がある場合、又は、被合併法人と合併法人との間に同一の者によってそれぞれの法人の発行済株式等の100%を直接又は間接に保有される関係（兄弟会社関係）があり、かつ、当該合併後に当該者によって当該合併法人の発行済株式等の全部を直接又は間接に継続して保有されることが見込まれている場合には、当該合併は、適格合併と判定される。

100%グループ関係の判定は、直接所有だけでなく、間接保有でも適用される。その場合、中間に法人がどれだけあっても結果として100%所有される関係にあれば足りることになる。当該判定は、株式の種類や議決権の有無を問わず、発行済株式を100%直接又は間接に保有しているかを判定する。これは、50%超 100%未満グループ関係の判定においても同様である。

3. 50%超 100%未満グループ内合併

(1) 概要

被合併法人と合併法人との間にいずれか一方の法人が他方の法人の発行済株式等の総数の50%超 100%未満を直接又は間接に保有する関係がある場合、又は被合併法人と合併法人との間に同一の者によってそれぞれの法人の発行済株式等の総数の50%超 100%未満を直接又は間接に保有される関係があり、かつ、当該合併後に当該者によって当該合併法人の支配株式を直接又は間接に継続して保有されることが見込まれている場合であって、以下の従業者引継及び事業継続要件を満たす場合には、当該合併は適格合併と判定される。

(2) 従業者引継要件

この要件は、当該合併に係る被合併法人の当該合併の直前の従業者のうち、その総数のおおむね80%以上に相当する数の者が当該合併後に当該合併に係る合併法人の業務に従事することが見込まれていること、である。

ここにいう従業者とは、役員、使用人その他の者で、合併直前において被合併法人の営む事業に現に従事する者をいう（法基通1-4-4）。出向社員、派遣社員等は現に従事する法人の従業者として80%判定を行うことになる。また、被合併法人から引継いだ従業員は、被合併法人から引継いだ事業に従事する必要はなく、合併法人の事業に従事してもよい（法基通1-4-9）。要求されているのは、被合併法人の従業者のおおむね80%以上

の引継であるため、合併法人の従業者が合併によって退職した場合には原則として問題がないと考えられる。

(3) 事業継続要件

この要件は、当該合併に係る被合併法人の当該合併前に営む主要な事業が当該合併後に当該合併に係る合併法人において引き続き営まれることが見込まれていること、である。

被合併法人の営む事業が複数ある場合において、そのいずれかが主要な事業であるか、それぞれの事業に属する収入金額又は損益の状況、従業者の数、固定資産の状況等を総合的に勘案して決定する(法基通1-4-5)。主要な事業が複数存在する場合も考えられる。被合併法人の主要な事業が、合併法人に対してのみサービスを行う事業であるような場合には、合併により主要な事業が消滅してしまうため、この要件を満たさないことになる。

4. 共同事業の合併

グループ内合併でない場合でも、被合併法人と合併法人とが共同で事業を営むための合併については、事業関連性要件など5つの要件すべてを満たすものは、適格合併と判定される。

(1) 事業関連性要件

この要件は、被合併法人の被合併事業と合併法人の合併事業とが相互に関連するものであること、である。

事業関連性の判定においては、被合併法人が営む主要な事業のいずれかと合併法人が営む主要な事業のいずれかとの間に関連性があるかを検討して判定する。事業関連性の判定は、一般的には、判定対象となる被合併法人の主要な事業と合併法人の主要な事業との間にシナジー効果²²があるかどうかによって検討する。

三角合併の解禁により、共同事業の合併による適格組織再編をどこまで認めるかという問題が顕在化されると考えられることから、平成19年税制改正において、「事業」及

²² シナジー効果(相乗効果)とは、2つ以上の要素が相互に作用して個別の価値以上の価値を生み出す効果のことをいう。企業の合併等によって生み出される利益が、合併前の個々の企業の利益の合計よりも大きくなるような場合にシナジー効果があると言われる。シナジー効果には、販売シナジー(共通の流通経路、物流組織、ブランド・企業イメージなどの統合)、生産シナジー(共通の生産設備や生産要員の利用、原材料の大量購入・間接費の分散で生産コストを下げるなど)、投資シナジー(従来の工場・機械の利用、研究開発成果の利用など)、経営シナジー(経営ノウハウ、問題解決法の利用など)などが挙げられる。

び「事業関連性」につき法人税法施行規則 3 条で明確化を図るとともに、国税庁は「共同事業を営むための組織再編成（三角合併等を含む）に関する Q&A～事業関連性要件の判定について～（平成 19 年 4 月）」（以下「Q&A」という。）を公表した²³。三角合併については、内外無差別に、既存の合併と同様の適格要件を満たした場合に課税繰延べが認められるが、適格要件のうち、事業関連性及びその前提となる事業性の具体的な判断基準について、法人税法施行令及び Q&A で明確化を図ることにより、納税者の予見性を高める観点から従来の運用の実態を踏まえて規定することとされたものである。

具体的には、次の①から③のすべての要件（事業性要件）及び④の要件（事業関連性要件）を満たした場合には、被合併法人の主要な事業と合併法人の主要な事業との間に事業関連性があるものとする（法規 3①、②）。

- ① 事務所、店舗、工場その他の固定施設（その本店又は主たる事務所の所在地がある国又は地域にあるこれらの施設に限る。以下「固定施設」という。）を所有し、又は賃借していること。
- ② 従業者（役員の場合は、その法人の業務に専ら従事するものに限る。）があること。
- ③ 自己の名義をもつて、かつ、自己の計算において次に掲げるいずれかの行為をしていること。
 - i 商品販売等（商品の販売、資産の貸付け又は役務の提供で、継続して対価を得て行われるものをいい、その商品の開発若しくは生産又は役務の開発を含む。）
 - ii 広告又は宣伝による商品販売等に関する契約の申込み又は締結の勧誘
 - iii 商品販売等を行うために必要となる資料を得るための市場調査
 - iv 商品販売等を行うに当たり法令上必要となる行政機関の許認可等についての同号に規定する申請又は当該許認可等に係る権利の保有
 - v 知的財産権の取得をするための出願若しくは登録の請求若しくは申請、知的財産権の移転の登録の請求若しくは申請又は知的財産権若しくは知的

²³ 当該 Q&A において、機械部品製造業、不動産賃貸業及び製菓業の 3 つの業種について、事業関連性要件が満たされる事例が例示されている。しかし、事業関連性要件が満たされる場合のみではなく、どのような場合に事業関連性が認められないのかについても例示すべきではないか。

財産権等の所有

vi 商品販売等を行うために必要となる資産（固定施設を除く。）の所有又は賃借

vii i から vi までに掲げる行為に類するもの

④ 当該被合併事業と合併事業との間に当該合併の直前において次に掲げるいずれかの関係があること。

i 当該被合併事業と合併事業とが同種のものである

ii 当該被合併事業に係る商品、資産若しくは役務又は経営資源と当該合併事業に係る商品、資産若しくは役務又は経営資源とが同一のもの又は類似するものである

iii 当該被合併事業と合併事業とが当該合併後に当該被合併事業に係る商品、資産若しくは役務又は経営資源と当該合併事業に係る商品、資産若しくは役務又は経営資源とを活用して営まれることが見込まれている

また、合併後に当該被合併事業に係る商品、資産若しくは役務又は経営資源と当該合併事業に係る商品、資産若しくは役務又は経営資源とを活用して一体として営まれている場合には、被合併法人の主要な事業と合併法人の主要な事業との間に事業関連性があると推定する規定が設けられている（法規 3②）。

(2) 事業規模要件又は役員要件

この要件は、被合併法人の被合併事業と合併法人の合併事業のそれぞれの売上金額、当該被合併事業と合併事業のそれぞれの従業者の数、当該被合併法人と合併法人のそれぞれの資本金の額若しくは出資金の額若しくはこれらに準ずるものの規模の割合がおおむね 5 倍を超えないこと、又は当該合併前の当該被合併法人の特定役員のいずれかと当該合併法人の特定役員のいずれかとなることが見込まれていること、である。これは、事業規模に一定以上の開きがある場合には、組織再編というよりは売買取引と解すべきとの考え方が反映されているものと考えられる。

事業規模要件においては、単純に全社数値としての売上金額、従業者の数、その他を比べるのではなく、関連性があるとされた主要な事業におけるいずれかの数値で判定される。また、資本金の額は、会社法上の資本金の額を用いる。

事業規模要件を満たさない場合は、役員要件を満たせば良いことになる。役員要件に

おける特定役員とは、社長、副社長、代表取締役、代表執行役、専務取締役若しくは常務取締役又はこれらに準ずる者で法人の経営に従事している者をいう。専務取締役、常務取締役とは、定款等の規定又は株主総会若しくは取締役会の決議等によって専務取締役、常務取締役としての職制上の地位が付与された役員を言う（法基通 1-4-7）。特定役員の引継については、被合併法人の特定役員と合併法人の特定役員のそれぞれ 1 人以上の引継がなされればよく、全員を引継ぐ必要はない。

(3) 従業者引継要件

この要件は、当該合併に係る被合併法人の当該合併の直前の従業者のうち、その総数のおおむね 80%以上に相当する数の者が当該合併後に当該合併に係る合併法人の業務に従事することが見込まれていること、である。

この要件は、50%超 100%未満グループ内合併における従業者引継件と同様である。

(4) 事業継続要件

この要件は、当該合併に係る被合併法人の当該合併前に営む主要な事業が当該合併後に当該合併に係る合併法人において引き続き営まれることが見込まれていること、である。

この要件は、50%超 100%未満グループ内合併における事業継続要件と同様である。

(5) 株式継続保有要件

この要件は、被合併法人の株主等で当該合併により交付を受ける合併法人の株式又は法第二条第十二号の八に規定する合併親法人株式のいずれか一方の株式の全部を継続して保有することが見込まれる者及び当該合併に係る合併法人が有する当該合併に係る被合併法人の株式の数を合計した数が当該被合併法人の発行済株式等の総数の 80%以上であること、である。

この要件は、被合併法人の株主数が 50 人以上の場合には、判定が困難ないし不可能と考えられるため、適用されない。また、当該判定において無議決権株式は含まれない。

第 3 節 三角合併の適格要件

1. 概要

適格三角合併は、100%グループ内合併、50%超 100%未満グループ内合併、及び共同事業の合併のいずれかに該当する合併で、被合併法人の株主等に合併親法人株式以外の資産が交付されないものをいう（法法 2 十二の八、法令 4 の 2）。

法人税法上の三角合併の取扱いは、会社法における三角合併の取扱いを借用し、合併において交付する対価を合併親法人の株式とする、合併対価のバリエーションの1つとして捉えている。そのため、原則として、適格合併と適格三角合併に適格要件の違いはない。ここで、合併親法人とは、合併の直前に三角合併における合併法人となる子会社の株式を直接に100%保有し、かつ、三角合併後も、直接に100%保有することが見込まれる親会社をいう（法法22の8、法令4の2①）。すなわち、三角合併における適格要件は、合併における適格要件に加えて、合併対価となる株式の発行主体である親会社と合併法人との間に直接完全支配関係があるという要件が加わることになり、100%の支配関係がない親会社の株式の交付や、100%の支配関係があったとしても孫会社が合併法人になる三角合併は適格要件を満たさないことになる。

また、通常の適格合併においては、合併当事者はいずれも内国法人であり、対価として交付する合併法人株式も内国法人株式であることが想定されていたが、三角合併においては、合併当事者がいずれも内国法人であっても、対価として交付される合併親法人株式が必ずしも内国法人株式ではない場合が想定される²⁴。

2. 内国法人間の適格要件

(1) 100%グループ内三角合併

100%グループ内三角合併の適格要件は、適格合併の適格要件と同様に、合併親法人株式以外の資産が交付されない100%グループ内三角合併であって、三角合併後も100%グループ関係が継続することが要件となる。合併親法人と合併法人との間に直接の100%支配関係が必要となるが、100%グループ関係の判定においては、通常の合併と同様に、直接・間接を問わず100%支配関係を判定する。

(2) 50%超100%未満グループ内合併

50%超100%未満グループ内三角合併の適格要件も、通常の合併と同様に、合併親法人株式以外の資産が交付されない50%超グループ内三角合併であって、①従業者引継要件及び②事業継続要件を満たすことが要件となる。

(3) 共同事業の三角合併

共同事業の三角合併の適格要件も、通常の合併と同様に、合併親法人株式以外の資産

²⁴ なお、合併親法人及び合併法人の双方が外国法人である場合の三角合併は、解釈上、不可能と考えられている（前出(13)36頁）ため、合併について会社法の借用概念を用いている税法においても、適格要件は満たさないと考えられる。

が交付されない合併であって、①事業関連性要件、②事業規模要件又は役員要件、③従業員引継要件、④事業継続要件及び⑤株式継続保有要件を満たすものをいう。⑤株式継続保有要件は、合併親法人の株主が 50 人以上の場合には満たす必要がない点も同様である。

3. 合併親法人が外国法人である場合の適格要件

(1) 50%超グループ内三角合併

合併親法人が外国法人の場合における三角合併の適格要件は、内外無差別の考え方から、基本的には内国法人間の三角合併と同様であるが、グループ内でのクロスボーダー組織再編を無制限に認めることになると租税回避につながる可能性があると考えられる。典型的には、タックス・ヘイブンにペーパーカンパニーを設立し、これを合併親法人とする三角合併を行うことによって、コーポレート・インバージョンを行うことができる。このような取引について適格再編となることを防止するため、50%超の支配関係があるグループ内三角合併において、合併親法人株式が特定軽課税外国法人の株式である場合には、適格要件を満たさないこととされた（措法 68 の 2 の 3①）。ここで、特定軽課税外国法人とは、法人所得税が存在しない国等に本店を有する外国法人か、又は、法人所得税が存在していても、合併が行われる事業年度開始の日の前 2 年以内に開始した事業年度のうち、いずれかの法人所得税率が 25%以下であった外国法人をいう（措法 68 の 2 の 3⑤一、措令 39 の 34 の 3⑤）。

ただし、上記の規定は租税回避行為の防止を目的としているものであり、合併親法人が軽課税国にある場合でも、それが租税回避目的でなく通常の事業活動を行うために存在している場合にまで、適格要件を否認してしまうのは、その本旨に反することになる。したがって、以下の①から③のすべてを満たす場合には、特定軽課税外国法人に該当しないこととされている（措令 39 の 34 の 3⑦）。

① 主要事業

株式若しくは債券の保有、工業所有権その他の技術に関する権利若しくは特別の技術による生産方式若しくはこれらに準ずるもの若しくは著作権の提供又は船舶若しくは航空機の貸付けを主たる事業とするものでないこと。

② 事業の場所、事業の管理、支配、運営

その本店又は主たる事務所の所在する国又は地域においてその主たる事業を行うに必要と認められる事務所、店舗、工場その他の固定施設を有し、かつ、その事

業の管理、支配及び運営を自ら行っていること。

③ 主要事業の状況

合併が行われる日を含むその外国法人の事業年度開始の前日 2 年以内に開始した各事業年度のうちいずれかの事業年度において、その行う主たる事業が次に掲げる事業のいずれに該当するかに応じそれぞれ次に定める場合に該当すること。

i 卸売業

前 2 年内事業年度のうちいずれかの事業年度の棚卸資産の販売に係る収入金額の合計額のうちに関連者以外の者との間の取引に係る販売取扱金額の合計額の占める割合が 100 分の 50 を超える場合又は前 2 年内事業年度のうちいずれかの事業年度において取得した棚卸資産の取得価額の合計額のうちに関連者以外の者との間の取引に係る仕入取扱金額の合計額の占める割合が 100 分の 50 を超える場合。

ii 銀行業

前 2 年内事業年度のうちいずれかの事業年度の受入利息の合計額のうちに当該受入利息で関連者以外の者から受けるものの合計額の占める割合が 100 分の 50 を超える場合又は前 2 年内事業年度のうちいずれかの事業年度の支払利息の合計額のうちに当該支払利息で関連者以外の者に対して支払うものの合計額が 100 分の 50 を超える場合。

iii 信託業

前 2 年内事業年度のうちいずれかの事業年度の信託報酬の合計額のうちに当該信託報酬で関連者以外の者から受けるものの合計額の占める割合が 100 分の 50 を超える場合。

iv 金融商品取引業

前 2 年内事業年度のうちいずれかの事業年度の受入手数料の合計額のうちに当該受入手数料で関連者以外の者から受けるものの合計額の占める割合が 100 分の 50 を超える場合。

v 保険業

前 2 年内事業年度のうちいずれかの事業年度の収入保険料の合計額のうちに当該収入保険料で関連者以外の者から収入するもの(当該収入保険料が再保険に係るものである場合には、関連者以外の者が有する資産又は関連者以外の

者が負う損害賠償責任を保険の目的とする保険に係る収入保険料に限る。)の合計額の占める割合が100分の50を超える場合。

vi 水運業又は航空運送業

前2年内事業年度のうちいずれかの事業年度の船舶の運航及び貸付け又は航空機の運航及び貸付けによる収入金額の合計額のうち当該収入金額で関連者以外の者から収入するものの合計額の占める割合が100分の50を超える場合。

vii 不動産業

主として本店所在地国にある不動産の売買又は貸付け、当該不動産の売買又は貸付けの代理又は媒介及び当該不動産の管理を行っている場合。

viii 物品賃貸業

主として本店所在地国において使用に供される物品の貸付けを行っている場合。

ix 上記以外の事業

主として本店所在地国において行っている場合。

さらに、上記の要件を満たさず、特定軽減税外国法人に該当することとなった場合でも、合併当事者間において、以下の適格性維持要件をすべて満たしている場合には、適格性が否認されないこととされている（措令39の34の3①）。

① 事業関連性

この要件は、被合併法人の合併前に営む主要な事業のうちいずれかの事業と合併法人の当該合併前に営む事業のうちいずれかの事業とが相互に関連すること、である。

事業関連性の判定に関しては、法人税法施行規則3条1項2項を準用する（措規22の20）ため、共同事業の合併の適格要件における事業関連性要件と同様である。

② 事業規模

この要件は、合併法人が合併前に継続して営む事業に係る売上金額、収入金額その他の収益の額の合計額が、被合併法人が合併前に継続して営む事業に係るこれらの額の合計額のおおむね2分の1を下回るものでないこと、である。

共同事業の合併の適格要件における事業規模要件とは、従業者の数や資本金の額

などの基準がなく、売上金額等の収益の額のみが基準となること、当該基準額がおおむね 5 倍の範囲ではなく、おおむね 2 倍の範囲であること及び合併法人事業が被合併法人事業のおおむね 2 倍を超える場合には問題とならないこと、の 3 点において異なる。

③ 事業内容

この要件は、合併法人の合併前に営む主たる事業が次のいずれにも該当しないこと、である。

- i 株式（出資を含む。以下この条において同じ。）又は債券の保有
- ii 工業所有権その他の技術に関する権利、特別の技術による生産方式若しくはこれらに準ずるもの又は著作権の提供

これは、上記の事業は、当該国で行う必然性がないと考えられるため、租税回避目的とみなす規定と考えられる。

④ 事業場所・管理・支配・運営

この要件は、合併法人が合併前に我が国においてその主たる事業を行うに必要と認められる事務所、店舗、工場その他の固定施設を有し、かつ、その事業の管理、支配及び運営を自ら行っていること、である。

これは、合併法人がペーパーカンパニーでなく、実態のある法人であることを要件としている。

⑤ 特定役員

この要件は、合併法人の合併前の特定役員（社長、副社長、代表取締役、代表執行役、専務取締役若しくは常務取締役又はこれらに準ずる者で法人の経営に従事している者をいう。）の過半数が次に掲げる者でないこと、である。

- i 被合併法人の役員若しくは使用人を兼務している者又は当該被合併法人の役員若しくは使用人であった者
- ii 合併法人に係る外国親法人の役員若しくは使用人を兼務している者又は当該外国親法人の役員若しくは使用人であった者
- iii イ又はロに掲げる者と法人税法施行令第 4 条第 1 項に規定する特殊の関係のある者

これは、同一役員が法人が租税回避目的で組織再編行為を行う可能性があるために求められる要件であると考えられる。

(2) 共同事業の三角合併

共同事業の三角合併についても、内外無差別の基本原則の下、内国法人間の三角合併と同様に、合併親法人株式以外の資産を交付しない三角合併であって、①事業関連性要件、②事業規模要件又は役員要件、③従業者引継要件、④事業継続要件及び⑤株式継続保有要件を満たす場合には、適格性が認められる。

外国企業が自社株を対価として日本企業を買収する場合、日本企業がこれを行う場合のように株式交換を利用することができないため、まず、日本に子会社を設立してから、三角合併を用いて対象会社を吸収する方法によるしかない。事業関連性等の適格要件は、あくまで合併当事者間で判定することから、日本にペーパーカンパニーを設立する方法では適格性を否認されることになる。したがって、日本に設立した子会社がどのような要件を満たした場合に、それが「事業を行っている」と認められるのが焦点となる。具体的には、以下のすべての要件を満たしたとき、合併法人が事業を行っていると認められることになる（法規 3①一）。

- ① 事務所、店舗、工場その他の固定施設を所有し、又は賃借していること。
- ② 従業者があること。
- ③ 自己の名義をもつて、かつ、自己の計算において次に掲げるいずれかの行為をしていること。
 - i 商品販売等
 - ii 広告又は宣伝による商品販売等に関する契約の申込み又は締結の勧誘
 - iii 商品販売等を行うために必要となる資料を得るための市場調査
 - iv 商品販売等を行うに当たり法令上必要となる行政機関の許認可等についての申請又は当該許認可等に係る権利の保有
 - v 知的財産権の取得をするための出願若しくは登録の請求若しくは申請、知的財産権の移転の登録の請求若しくは申請又は知的財産権若しくは知的財産権等の所有
 - vi 商品販売等を行うために必要となる資産の所有又は賃借
 - vii i から vi までに掲げる行為に類するもの

これらの要件は、自ら収益を上げることが目的となされていることが必要であり、三角合併を前提とした広告宣伝や市場調査、三角合併を目的とした準備行為などは認められない。

第4節 非適格合併の税務処理

1. 概要

合併・三角合併が適格要件を満たさず、非適格合併に該当する場合には、合併時の時価によって合併法人に資産及び負債の譲渡をしたものとして、内国法人の各事業年度の所得の金額を計算する（法法 62①）。基本答申において、組織再編成により資産を移転する場合であっても、法人がその有する資産を他に移転する場合には、移転資産の時価取引として譲渡損益を計上するのが原則であるとしているとしている。そこで、法人税法 62 条 1 項は、法人税法 22 条の原則が組織再編においても適用されることを確認的に規定したものと考えられる。

また、被合併法人の株主についても、基本答申において、取得した新株等の交付が分割法人や被合併法人の利益を原資として行われたと認められる場合には、配当が支払われたものとみなして課税するのが原則であるとされており、みなし配当課税がなされる。さらに、合併法人の株主の旧株（被合併法人の株式）の譲渡損益についても、原則として、その計上を行うこととなるが、株主の投資が継続していると認められるものについては、組織再編成により資産を移転する前後で経済実態に実質的な変更が無いと考えられる場合には、その計上を繰り延べることが考えられる。

2. 被合併法人の処理

内国法人が合併法人にその有する資産及び負債の移転をしたときは、当該合併法人に当該移転をした資産及び負債の当該合併時の時価による譲渡をしたものとして、内国法人の各事業年度の所得の金額を計算する。（法法 62①前段）。合併により合併法人に移転をした資産及び負債の当該移転による譲渡に係る譲渡利益額又は譲渡損失額は、当該合併又は分割型分割に係る最後事業年度の所得の金額の計算上、益金の額又は損金の額に算入する（法法 62②）。基本答申において、「法人がその有する資産を他に移転する場合には、移転資産の時価取引として譲渡損益を計上するのが原則であり、この点については、組織再編成により資産を移転する場合も例外ではない」とあるように、合併については、原則として、時価によって資産・負債を移転したとみなし、移転差額について課税されることとされている。なお、被合併法人の最終事業年度の納付税額として確定した金額は、負債として合併法人に引継がれる（法令 123）。

3. 被合併法人の株主の処理

(1) 合併法人株式又は合併親法人株式のみが交付される場合

非適格合併であって、金銭等の交付がない場合の被合併法人の株主は、合併法人から交付を受けた株式の価額のうち、被合併法人の資本金等の額のうちその交付の基因となった当該法人の株式に対応する部分の金額を超える金額について、当該超過額を合併新株で分配されたとしてみなし配当として課税される（所法 25①一）。被合併法人の株主が内国法人である場合は、当該みなし配当金額は受取配当の損金不算入規定が適用される（法法 24①一）。なお、合併法人は、みなし配当金額事由の生じた日等を株主に通知する義務が生ずる（法令 23④）。合併法人株式又は合併親法人株式以外の資産の交付がない場合については、当該合併法人株式等の取得価額は被合併法人株式の帳簿価額とし、株式の譲渡損益は繰延べられる（法法 61 の 2②）。

(2) 合併法人株式又は合併親法人株式以外の資産が交付される場合

非適格合併であって、金銭等の交付が含まれる場合の被合併法人の株主は、みなし配当課税がなされる（所法 25①一、法法 24①一）と同時に、さらに、株主が被合併法人株式を被合併法人の資本金等の金額に対応する額で譲渡したのものとして株式譲渡損益を認識する（法法 61 の 2①）。

4 合併法人の処理

(1) 概要

非適格合併の場合の合併法人は、被合併法人から資産・負債を時価で引継ぎ、対価として株式（及び金銭その他の財産）を交付する。合併時の増加資本金及び交付金銭等は、合併契約書に記載された額で計上されることになるため、増加した資本金等と（合併契約書上の）増加資本金の額に差額（従来の資本積立金）が生じる場合がある。また、利益積立金については、合併対価の交付の際にみなし配当として分配されたとみなされるため、合併法人には引継がれない。

株式交付に伴う増加資本金等は、交付株式等の時価で算定されることになるため、受入資産・負債の時価から算出された時価純資産と必ずしも一致しない。平成 18 年度改正前においては、承継した純資産価額と支払対価との間に差額がある場合の取扱いが明確でなかったが、両者の差額に関する取扱いについて平成 18 年度税制改正において整備されている。

(2) 支払対価が承継純資産を超える場合

内国法人が非適格合併により当該非適格合併に係る被合併法人から資産又は負債の移転を受けた場合において、当該内国法人が当該非適格合併により交付した金銭の額及び金銭以外の資産が当該移転を受けた資産及び負債の時価純資産価額を超えるとき（いわゆる「正ののれん」が生じるとき）は、その超える部分の金額のうち政令で定める部分の金額は、資産調整勘定の金額とする（法法 62 の 8①）。資産調整勘定は、合併の日の属する事業年度から 5 年間で均等償却され損金に算入される（法法 62 の 8④⑤）。なお、ここでいう時価純資産額は、合併法人に承継された個別資産・負債の時価から算出した時価純資産額に、次の①営業権、②資産等超過差額を加算し、③法人税法 62 条の 8 第 2 項で規定する負債調整勘定を減算した金額を指す。

① 営業権

資産調整勘定の算定上、控除される営業権は、営業権のうち独立した資産として取引される慣習のあるものに限定される（法令 123 の 10③）。当該営業権は、合併時の個別時価によって計上される。

② 資産等超過差額

資産等超過差額とは、非適格合併の対価として交付された内国法人の株式その他の資産の交付時の時価が、約定日の時価の 2 倍を超えている場合における当該超過額、及び、移転を受ける事業により見込まれる収益の額その他の状況からみて、実質的に被合併法人の欠損金額（当該移転を受ける事業による収益の額によって補填されると見込まれる者を除く）相当と認められる額を言う（法令 123 の 10④かっこ書き、法規 27 の 16）。資産等超過差額は、資産調整勘定とは区別して資産として計上され（法令 123 の 10⑤）、原則として償却されず損金に算入されない。

③ 負債調整勘定

i 退職給与債務引受額

退職給与債務引受額とは、合併法人が非適格合併に伴い当該被合併法人から引継ぎを受けた従業者に係る退職給付引当の額をいう。退職給与債務引受額は、一般に公正妥当と認められる会計処理の基準に従って算定され、かつ、その額につき第九項に規定する明細書に記載があるものに額に限られる（法法 62 の 8②一、法令 123 の 10⑦）。退職給与債務引受額は、合併法人の負債として計上され、引

継いだ従業員の退職時又は退職給付の支給時に減額し、税務調整により益金算入される。

ii 短期重要債務見込額

短期重要債務見込額とは、合併法人が被合併法人から移転を受けた事業に係る将来の債務のうち、当該事業の利益に重大な影響を与えるものであって、その履行が合併の日からおおむね3年以内に見込まれるものを言う(法法62の8②二)。重大な影響を与える債務とは、その損失見込額が合併により移転された資産の合計の20%を超える債務を指す(法令123の10⑧)。短期重要債務見込額は合併法人の負債として計上され、損失が生じたときに、当該損失相当額を減額すると同時に税務調整で益金算入する。また、未だ損失が生じていない場合でも、合併から3年を経過したときは、短期重要債務見込額を全額取崩すと共に益金算入する。

(3) 承継純資産額が支払対価を超える場合(いわゆる「負ののれん」が生じる場合)

合併・三角合併により承継する純資産額が支払対価を超える場合、当該超過額は負債調整勘定として計上される。当該負債調整勘定は、上述③退職給与債務引受額、④短期重要債務見込額とは区別して、合併の日の属する事業年度から5年間で均等償却され、益金算入される(法法62の8⑦⑧)。

5. 合併法人による合併親法人株式の評価替

合併法人が対価として合併親法人株式を交付する場合、合併契約日に有していた合併親法人株式を時価で譲渡し、同額で再取得したものとして譲渡損益をみなす(すなわち、時価評価することとされている(法法61の2②、法令119の11の2))。

合併法人にとって合併親法人株式は他の法人が発行した株式であるから、これを資本取引とみなすことができないと考えられ、合併前にいったん譲渡したものと、これまでに生じていた含み損益の清算が求められることになる。

第5節 適格合併の税務処理

1. 概要

基本答申において、「組織再編成により資産を移転する前後で経済実態に実質的な変更が無いと考えられる場合には、課税関係を継続させるのが適当と考えられる。」とあるように、適格要件を満たす合併については、組織再編の前後で経済実態に実質的な変更がないとみなし、被合併法人、合併法人及び被合併法人株主のいずれの段階においても課税が

繰延べられ、合併時に課税がなされないことになる（法法 62 の 2 等）。

2. 被合併法人の処理

被合併法人は、帳簿価額として政令で定める金額で資産・負債と利益積立金を合併法人に移転したのものとして取り扱われる（法法 62 の 2①、法令 123 の 3①）。したがって、被合併法人の含み損益に対する課税は特に生じることはなく、従来の法人税法で認識されていた清算所得は認識されず²⁵、繰り延べられることになる。

被合併法人の清算所得の廃止や「帳簿価額として政令で定める金額」という新たな概念の登場、移転資産・負債を時価で評価するのではなく、従って、移転損益は生じないとする考え方は、従来の税法にはなく、組織再編税制で初めて明確化された新たな概念である。

また、税法上、被合併法人は、合併法人からその合併法人株式又は合併親法人株式を適格合併により移転した資産・負債の簿価純資産金額により取得し、直ちにその株式をその内国法人の株主等に交付したものとされる（法法 62 の 2②五、法令 123 の 2②）。税務上、どのような組織再編が行われたとしても、当該処理が行われたと仮定することにより、規定の整理と明確化をはかっている。

3. 被合併法人の株主の処理

(1) 内国法人株式が交付される場合

適格合併の場合の被合併法人の株主は、被合併法人株式の簿価で合併法人株式を受け入れることになり、合併時には、みなし配当課税も譲渡損益課税もなされない（法法 61 の 2①②、法令 119①五、法法 24①一）。みなし配当課税がなされないのは、合併法人において、被合併法人の利益積立金をそのまま引継ぐことになるためである。

(2) 外国法人株式が交付される場合

三角合併の対価として外国法人株式を受け取った場合においても、原則として、内国法人株式を受け取った場合と同様に考えることになるが、被合併法人の株主が非居住者の場合には、外国法人株式の譲渡から得られる譲渡益に対して課税されないことになる。そのため、このような株主にまで課税繰延を認めてしまうと、三角合併直前までの含み益について、日本の課税権が及ばなくなってしまうことから、当該三角合併が適格合併

²⁵ 従来、被合併法人は合併時に解散に伴う残余財産の分配として、合併法人の新株をその株主に交付して解散したとみて、清算所得が認識されていたが、平成 13 年度の組織再編税制により、適格合併の場合は課税繰延、非適格合併の場合は被合併法人の最後事業年度の所得として移転資産につき時価課税するので、清算所得課税を行う余地がなくなり、清算所得申告が廃止された。監査法人トーマツ編「企業再編ーリストラの法律・会計・税務（第 6 版）」（清文社）2003 年 97 頁。

とされる場合であっても課税されることになる（法令 188①十七）。

しかし、非居住者であっても、日本に事業拠点（恒久的施設、Permanent Establishment：PE）があり、当該 PE において行う事業にかかる資産として被合併法人の株式を管理している場合には、含み益への課税権は失われないため、内国法人株式が交付された場合と同様に課税繰延が認められる。

4. 合併法人の処理

合併法人は、会計処理に関係なく、原則として、被合併法人の簿価により資産・負債及び利益積立金を引き継いだものとされる（法法 62 の 2④、法令 123 の 3④）。つまり、資産調整勘定や負債調整勘定といったものが算出されることはなく、被合併法人の有する資産・負債をそのまま引継ぐことになる。

また、合併法人の資本金等の額の増加額は、原則として、合併事業年度末における資本金等の額・利益積立金をそのまま引継ぐこととされる。剰余金の配当等として交付した金銭等がある場合には、これを利益積立金から控除し、また、抱き合わせ株式について株式割り当てを行う場合には、その抱き合わせ株式の簿価を資本金等の額から減額する。

5. 合併親法人株式の評価替

適格三角合併の場合には、この譲渡対価を譲渡直前の帳簿価額として計算することとされ（法法 61 の 2⑦）、合併法人が合併親法人株式を交付するに際しての譲渡損益が繰延べられる。

しかし、当該帳簿価額は、合併契約日の時価によって洗い替えられた帳簿価額であり、三角合併前から保有していた親会社株式に含み益が生じている場合には、当該含み益に課税されることになる（法法 61 の 2⑧）。

6. 繰越欠損金の引継

適格合併の場合には、被合併法人の未使用の繰越欠損金についての引継ぎが認められている。すなわち、適格合併等が行われた場合に、その適格合併等にかかる被合併法人とのその適格合併等の日前 7 年以内に開始した各事業年度において生じた青色欠損金があるときは、その適格合併等に係る合併法人等のその適格合併の属する事業年度以後の各事業年度における繰越欠損金の繰越規定適用については、その前 7 年内事業年度において生じた未処理欠損金額は、それぞれその未処理欠損金額の生じた 7 年内事業年度開始の日の属するその合併法人等の各事業年度において生じた欠損金額とみなす（法法 57②）。

しかし、繰越欠損金の引継ぎを無制限に認めると、繰越欠損金の規定を利用した過度の

租税回避がなされるために、一定の合併については被合併法人の有する未使用の繰越欠損金の全部又は一部の引継ぎを認めないこととしている。すなわち、被合併法人と合併法人との間に特定資本関係があり、かつ、その特定資本関係がその合併法人のその適格合併に掛る合併事業年度開始の日の 5 年前の日以後に生じている場合において、その適格合併がみなし共同事業要件を満たさない場合には、被合併法人の未処理欠損金のうち、一部又は全部が合併法人に引継ぐことができない（法法 57③）こととされている。

ここで、特定資本関係とは、組織再編当事企業たる 2 の法人のいずれか一方の法人が他方の発行済株式の総数の 50%を超える数の株式を直接又は間接に保有する関係、若しくは、2 の法人が同一のものによってそれぞれの法人の発行済株式の総数の 50%を超える数の株式を直接又は間接に保有される関係が該当する（法令 112④）。また、みなし共同事業要件とは、適格要件で述べたところの事業関連性要件、規模要件、事業継続要件をすべて満たすか、事業関連性要件と役員要件をすべて満たすことをいう（法令 112⑦）。

これは、特定資本関係が存在するようなグループ内において、繰越欠損金が存在する子会社や兄弟会社を利用して、不当に繰越欠損金を利用した租税回避を防止しようとするものである。一方で、特定資本関係が存在するとしても、みなし共同事業要件が存在するならば、事業の関連性や規模等から鑑みて、租税回避目的との蓋然性が薄れるため、引継ぎ制限規定が適用されないと考えられる²⁶。

第 6 節 インバージョン対策税制

1. 概要

会社法において、合併対価として外国親会社株式を交付するクロスボーダーの三角合併が認められたことにより、少数の株主によって支配されていた内国法人が、クロスボーダーの三角合併等の組織再編行為や株式の譲渡などの取引を通じて、その経済実態を変えずに株主と内国法人の間にタックス・ヘイブン（軽課税国・軽課税地域）に所在する法人を介在させてこれを親会社とする、いわゆる「コーポレート・インバージョン」を行うことが可能となった。従来のタックス・ヘイブン対策税制は、軽課税国に所在する子会社等に留保された所得を合算させて課税する制度であるが、軽課税国に所在する親会社に留保された所得に対して課税することができないため、インバージョン対策税制が設けられるこ

²⁶ ただし、租税回避と認められる場合には、法人税法 132 条の 2 による包括的否認が適用される場合がある。

ととなった。

インバージョン対策税制は、コーポレート・インバージョンにより、外国法人（特定外国法人）を介して特定内国法人の資産・負債のおおむね全部の移転を受けた内国法人（特殊関係内国法人）の株式を 80%以上保有（特定関係）することによって間接保有することとなった株主（特殊関係株主等）の所得に、特定外国法人に留保された所得を合算して課税する制度である（措法 66 の 9 の 2～措法 66 の 9 の 5）。

2. 合算対象

合算課税の対象となる外国法人は、「外国関係法人」のうち「特定外国法人」に該当する法人をいう（措法 66 の 9 の 2①）。外国関係法人及び特定外国法人はそれぞれ次の外国法人をいう。

(イ)外国関係法人

- ① 特殊関係株主等と特殊関係内国法人との間の間接保有株式保有割合が 80%以上である場合における、特殊関係内国法人の株式等である外国法人
- ② 特殊関係株主等と特殊関係内国法人との間の間接保有株式保有割合が 80%以上である場合における、特殊関係株主等と特殊関係内国法人との間に株式等の所有を通じて介在する外国法人
- ③ ①又は②に掲げる外国法人が、その発行済株式等の 50%超の株式等を直接又は間接に保有する外国法人

(ロ)特定外国法人

特定外国法人とは、外国関係法人のうち本店所在地国における租税負担割合が著しく低い法人をいう。具体的には以下の外国関係法人をいう（措令 39 の 20 の 2⑦）。

- ① 法人の所得に対して課税されない国に本店等を有する外国関係法人
- ② その各事業年度の所得に対して課される租税の割合がその所得の金額の 25%以下である外国関係法人

租税負担割合の計算は、以下の計算において行う（措令 39 の 20 の 2⑧）。

$$\frac{\text{本店所在地国で納付する外国法人税} + \text{本店所在地国外で納付する外国法人税} + \text{みなし納付外国法人税}}{\text{本店所在地国の法令に基づく所得の金額} + \text{本店所在地国の法令における非課税所得} + \text{損金算入} + \text{支払配当} + \text{法人税等} - \text{還付} + \text{法人税等}} \leq 25\%$$

この制度の適用を受ける法人は、特定外国法人の「特殊関係株主等」である内国法人で

あるが（措法 66 の 9 の 2①）、タックス・ヘイブン対策税制のような 5%以上の保有割合要件はない。特殊関係株主等とは、コーポレート・インバージョン前の内国法人のすべての株主（「特定株主等」）及びこれらの者と「特殊な関係」にある個人・法人をいう。

（イ） 特殊な関係にある個人

特殊な関係にある個人とは、次の者をいう（措令 39 の 20 の 2①）。

- ① 特定株主等の親族等
- ② 特定株主等に該当する法人の役員
- ③ 特殊関係内国法人の役員
- ④ ②及び③の役員の親族等

（ロ） 特殊な関係にある法人

特殊な関係にある法人とは、次の者をいう（措令 39 の 22 の 2②）

- ① 特定株主等の 1 人が他の法人を支配している場合における他の法人
- ② 特定株主等の 1 人及びこれと上記①の法人が他の内国法人を支配している場合における他の法人
- ③ 特定株主等の 1 人及びこれと上記①又は②の法人が他の法人を支配している場合における他の法人

※①～③において「他の法人を支配している場合」とは、発行済株式等の 50%の株式等を有すること等をいう（措令 39 の 20 の 2③）

3. 適用除外

コーポレート・インバージョン対策税制においても、事業基準、実態基準、管理支配基準、及び非関連者基準又は所在地国基準による適用除外規定があるが、これはタックス・ヘイブン対策税制を準用することとされている（措令 39 の 20 の 5②、③）。

ただし、非関連者基準における「関連者」は次のいずれかに該当する者をいう（措法 66 の 9 の 2④一、措令 39 の 20 の 5①）。

（イ）特定外国法人に係る特殊関係内国法人

（ロ）特定外国法人に係る特殊関係株主等

これには、特定外国法人に係る特殊関係株主等に準ずる者として次の者が含まれる。

- ① 特定外国法人に係る特殊関係株主等に該当する連結法人との間に連結完全支配関係がある他の連結法人
- ② 特定外国法人に係る特殊関係株主等に該当する法人の発行済株式等の 50%

超の株式等を有する者

- ③ 特定外国法人に係る特殊関係株主等に該当する連結法人(その連結法人が連結子法人である場合には、その連結法人に係る連結親法人)の発行済株式等の50%超の株式等を有する者
- ④ 特定外国法人に係る特殊関係株主等に係る外国関係法人
- ⑤ 特定外国法人に係る特殊関係株主等と特殊関係内国法人との間に株式等の所有を通じて介在する法人

(ハ)次に掲げる者に係る同族関係者

- ① 特定外国法人
- ② 特定外国法人に係る特殊関係内国法人
- ③ 特定外国法人に係る特殊関係株主等に該当する個人又は法人
- ④ 上記(1)及び(2)に掲げる者

外国法人の株主等である内国法人においては、タックス・ヘイブン対策税制とコーポレート・インバージョン対策税制の双方が適用要件に該当する場合がある。この場合は、タックス・ヘイブン対策税制の適用が優先されることになる。

すなわち、特殊関係株主等である内国法人が、その外国関係法人の発行済株式等の5%以上を保有し、かつ、その外国関係法人がタックス・ヘイブン対策税制上の外国関係会社(措法66の6②一)にも該当する場合には、コーポレート・インバージョン対策税制ではなくタックス・ヘイブン対策税制が適用されることになる(措法66の9の2⑦)。

4. 課税対象所得の計算

(1) 計算方法

コーポレート・インバージョン対策税制においては、特定外国法人における課税対象金額が特殊関係株主等である内国法人の課税所得に合算されることになるが、この課税対象金額は、タックス・ヘイブン対策税制と同様に特定外国法人における基準所得金額、適用対象金額、課税対象金額の順に計算することになる。

(2) 基準所得金額

未処分所得金額は、原則として我が国の法人税法(及び租税特別措置法)の規定に準じて計算を行うが、その特定外国子会社等の本店所在地国の法人所得税に関する法令の規定を基にして計算を行うことも選択できる(措令39の20の3①、39の15①、②)。そして、この計算した特定外国法人の所得の金額に他の特定外国法人から受けた配当等

(控除対象配当等)がある場合にはこれを控除する(措令 39 の 20 の 3①、措令 39 の 15③)。

(3) 適用対象金額

適用対象金額は、基準所得金額から次の金額の合計額を控除した残額とされている(措令 39 の 20 の 3①)。

① 当該各事業年度開始の日前 7 年以内に開始した事業年度において生じた欠損金額

② 当該各事業年度において納付することとなる法人所得税の額

ただし、タックス・ヘイブン対策税制におけると同様に、人件費の 10%控除の適用がある場合には、その額も控除することとなる(措令 39 の 20 の 3①、39 の 20 の 4③)。

(4) 課税対象金額

課税対象金額は、適用対象金額に特定外国法人の各事業年度終了の時における発行済株式等のうちにその特殊関係株主等である内国法人の有する特定外国法人の請求権勘案保有株式等の占める割合を乗じて計算する(措令 39 の 20 の 4②、措令 39 の 16①、②)。

ここで、請求権勘案保有株式等とは、特殊関係株主等である内国法人が直接有する特定外国法人の株式等の数(特定外国法人が請求権の内容の異なる株式等を発行している場合には、特定外国法人の発行済株式等に、その内国法人がその請求権に基づき受けることができる剰余金の配当等の額がその総額のうちに占める割合を乗じて計算した数)及び請求権勘案間接保有株式等を合計した数をいう(措令 39 の 20 の 4①、39 の 16②一)。また、請求権勘案間接保有株式等とは、特殊関係株主等である内国法人と特定外国法人の株式等の所有を通じた連鎖関係にある 1 又は 2 以上の他の外国法人が介在する場合に、それぞれすべての段階の持株割合(特定外国法人又は他の外国法人が請求権の内容が異なる株式等を発行している場合には、その株主等がその請求権に基づき受けることができる剰余金の配当等の額がその総額のうちに占める割合)を順次乗じて計算した割合を、特定外国法人の発行済株式等の総数に乗じて計算した数をいう(措令 39 の 20 の 4①、39 の 16②二)。

第 3 章 アメリカの組織再編税制とクロスボーダー三角合併

第1節 アメリカの組織再編税制

1. 概要

アメリカでは、合併、株式交換、株式と資産の交換などの企業組織再編（Corporate Reorganization）やスピノフ、スピリットオフ、スピリットアップのような法人分割において、ある一定の要件を満たした場合には、課税繰延が認められている。さらに、親会社株式を対価とした子会社による三角合併や逆三角合併（Reverse Triangular Merger）についても、一定の要件が満たされる限りにおいて、課税繰延が認められている。

具体的には、A型からG型まで7種類の形態と、子会社を企業組織再編に用いた三角合併及び逆三角合併が認められている²⁷。

A型－法人の合併（Statutory merger・Consolidation）

B型－株式と株式の交換（Stock-to-Stock Acquisition）

C型－株式と資産の交換（Stock-to-Asset Acquisition）

D型－資産と株式の交換

E型－資本の再編（Recapitalization）

F型－法人名称、形態、設立州の変更

G型－破産処理に伴う他法人への資産の譲渡

三角合併（Forward Triangular Merger）は、親会社株式を対価とした子会社による資産吸収型の合併で、買収親会社の株式と交換に被買収会社の「実質的にすべて」の資産を買収子会社が取得する取引であるとされ、法人の合併であるA型の変形である。本稿の目的は、三角合併に関する課税問題であるため、上記のうち、取得組織再編（acquisitive reorganization）であるA型からC型までについて概観する。

2. A型組織再編

A型組織再編とは、「制定法上の吸収合併（merger）又は新設合併（consolidation）」と定義される（I.R.C.368(a)(1)(A)）。従って、州法における吸収合併又は新設合併であれば、原則としてA型としての課税繰延を受けることができるようにみえる。たしかに内国歳入法典上の制限は、これだけであるが、他にも、事業目的原理²⁸や投資持分継続性原

²⁷ 三角型は、A型だけでなくB型、C型にもある。

²⁸ 事業目的原理については、渡辺徹也「法人分割と租税回避」同『企業取引と租税回避－租税回避行為への司法上及び立法上の対応』（中央経済社）2002年136頁等。

理²⁹など、組織再編全般に要求される判例法上の原理及び関連する財務省規則等が存在するので、それらを満たさない限り、A型に該当しないことになる。

具体的には、A型組織再編として課税繰延が認められるには、消滅会社の株主が受領する存続会社又はその親会社（80%以上の支配を持つもの）の株式が、交付される対価の50%超でなければ、投資持分継続性が認められないとされている（歳入庁手続 77-37）。

3. B型組織再編

B型組織再編は、一種の法人取得取引であり、対象法人の株主に対して、取得法人の議決権株式のみが対価として交付される行為をいい、我が国における株式交換・株式移転などはB型組織再編にあたる。実際の取引は、対象法人の株式と取得法人の議決権株式との交換取引であり、当該取引によって、取得法人が対象法人の支配を獲得することになる³⁰。なお、ここでいう「支配」とは、内国歳入法内国歳入法 368 条(c)に規定される支配であり、具体的には、①すべての議決権株式の80%以上の所有、②それ以外のすべての株式の80%以上の所有、という2つの要件を満たすものをさす。取得法人は、普通株式と優先株式のどちらを使用してもよいが、それは必ず議決権付きでなければならず、ストック・オプションやワラントはこれに含まれない。つまり、必ず議決権株式を対価とせねばならず、現金を含むそれ以外の対価の交付は、原則として一切許されないことになっている³¹。

4. C型組織再編

C型組織再編も、B型と同様、法人を取得する取引であり、取得法人が、議決権株式のみを対価として、対象法人の実質的にすべての資産を取得する行為をいう、「実質的にすべての資産」とは、歳入庁の基準によれば、総資産(gross asset)の70%以上及び純資産(net asset)の90%以上をさすとされる。B型が、法人(取得法人)と株主(対象法人の株主)との間で行われる「株式と株式の交換」であるのに対し、C型の主たる内容は、法人同士(取得法人と対象法人)の間で行われる「株式と資産の交換」である。なお、取得型において取得法人は、一定の要件のもとで、対象法人の債務を引き受けることができる。

²⁹ 投資持分継続性原理については、渡辺徹也「アメリカ組織再編税制における投資持分継続性原理」同『組織再編と課税』（弘文堂）2006年55頁等。

³⁰ この場合、公開買付(tender offer)の方法をとるのが普通である。それによって、取得法人は、一定の期間内に対象法人の株主に対して株式の譲渡を呼びかける。その結果、制定法上の要件を満たすだけの対象法人の株式が集まれば、買収は成功である。

³¹ このことは、歳入庁細則が端株の調整等一定例外に限って現金の交付を認めていることから明らかである。

5. 段階取引原理(step transaction doctrine)

アメリカの判例原理の中で、組織再編との関係で問題となりやすいものの 1 つに、段階取引原理がある。これは、法形式上は複数の段階を踏んでいても、実態としては単一の取引であると考えられる場合に、これを 1 つの取引として、実態に基づいた課税を行う原理である。

その適用基準としては、一般に、拘束的約定基準(binding commitment test)、相互依存基準(mutual interdependent test)、最終結果基準(end result test)等の基準があるといわれる。

拘束的約定基準とは、第一の段階において第二の段階が続くことが拘束力ある合意をもって約束されている場合にのみ、両段階を単一の取引として取り扱うという考え方である。

相互依存基準とは、複数の段階がすべて完了しない限り、その全部又は一部の段階が意味を失ってしまう場合に、それらを単一の取引として取り扱うという考え方である。

最終結果基準とは、複数の段階が、最終の結果を実現するために当初から意図された計画の一部に過ぎない場合に、それらを単一の取引として取り扱うという考え方である。

以上の他、両段階の時間的な近接性や導管の利用の有無なども重要な判断要素とされている。

6. 事業目的原理(business purpose doctrine)

事業目的原理とは、組織再編等の取引について、租税回避以外の事業目的を要求し、これがない場合には、租税回避として否認を認めるという判例法上の原理である。これは、Gregory 事件最高裁判決等において示された考え方であり、現在の財務省規則 355-2 等に取り込まれている。

7. 投資持分継続性原理(continuity of interest)

投資持分継続性原理とは、組織再編において、旧法人の株主は、当該旧法人に対して有していた一定の投資持分を、新法人においても継続しなければならないとする考え方をいう。ここでいう投資持分の具体的内容は、新法人の株主持分(equity interest)である。

8. 事業継続性原理(continuity of business enterprise)

事業継続性原理とは、適格組織再編といえるためには、取得法人が対象法人の事業内容を継続すべきであるという原理であり、取得法人が①対象法人の従前の事業を継続するか、あるいは②対象法人の従前の事業資産の重要な部分を取得法人の事業に使用するかのいずれかの要件を満たすこととされている。

第2節 アメリカの三角合併税制

1. 概要

アメリカ内国歳入法において適格組織再編と認められているものとして、まず、法律上の合併として A 型組織再編がある。我が国会社法において認められることとなった、順三角合併に該当する取引だけでなく、我が国会社法においては認められていない逆三角合併についても、一定の要件を満たすことによって、適格組織再編とされることになる。

また、逆三角合併について、その取引が、親会社と買収対象会社（存続会社）の株主との株式の交換という側面があることから、B 型組織再編成に該当する場合があるなど、組織再編の実態によっては、B 型組織再編や C 型組織再編に該当する三角合併等も存在する可能性がある。なぜなら、B 型組織再編や C 型組織再編には、取引の法形式による基準がないからである。

そのため、A 型組織再編としての順三角合併、逆三角合併の適格要件を満たさない場合であっても、B 型組織再編や C 型組織再編としての適格要件を満たし、課税繰延が認められる場合がある。

2. 順三角合併

(1) 概要

順三角合併(forward triangular merger)とは、合併法人（以下「S 社」とする。）が被合併法人（以下「T 社」とする。）を吸収合併し、T 社株主に対して合併法人の親会社（以下「P 社」とする。）の株式を対価として交付する三角合併をいう（以下、適宜この略称を用いる）。順三角合併の適格要件について、内国歳入法 368 条(a)(2)(D)で規定されているが、内国歳入法 368 条(a)(2)(D)の文言は以下の通りである。

「ある法人によって、別法人の実質的にすべての資産(substantially all of the properties)が、当該ある法人を支配している法人（以下、「支配法人(controlling corporation)」という）の株式との交換において取得された場合、次の 2 つの要件を満たすものは、A 型組織再編あるいは G 型組織再編として、非適格とはならない。すなわち、①取引において取得法人の株式が使用されないこと、及び②A 型組織再編に関しては、もし、取引が支配会社への合併として実行されていたと仮定すれば、適格な A 型組織再編となること、である。」

「支配法人」は P 社、「ある法人」及び「取得法人」は S 社、「別法人」は T 社である。ここでいう「支配」とは、これまでと同様、内国歳入法 368 条(c)に定義される 80%支

配のことである。したがって、三角合併との関係で整理すると、S社がP社株との交換において、T社に実質的にすべての資産を取得する場合で、①S社株を対価としないこと、及び②もし、P社が直接T社を吸収合併したと仮定すれば、それがA型組織再編として適格であること、という2点の要件を満たすならば、このような順三角合併をA型組織再編として非適格とはしない、という意味になる。

順三角合併が適格となった場合、その他の組織再編と同様、T社は内国歳入法361条、T社株主は内国歳入法354条に基づいて課税されない。適格取引において、T社株主が非適格資産を受領したときは、内国歳入法356条に基づき、当該受領に関する実現利益の範囲内で課税される。

(2) 実質的にすべての資産

内国歳入法368条(a)(2)(D)が示す要件の1つに、S社によるT社の「実質的にすべての資産」の取得がある。その具体的な内容は、条文では明らかにされていないが、財務省規則では、C型組織再編と同じ意味であるとされている。

C型組織再編の定義は、「ある法人による、すべての又は一部の議決権株式のみとの交換を通した（あるいは、取得法人を支配している法人の、すべて又は一部の議決権株式のみとの交換を通した）、他の法人の実質的にすべての資産の取得。ただし、議決権株式のみとの交換かどうかの判断に際して、取得法人による債務の引受は無視される。」（内国歳入法368(a)(1)(C)）というものであり、そこに、内国歳入法368条(a)(2)(D)と同様、「実質的にすべての資産」という文言が存在する。この文言について、歳入庁の基準では、買収対象法人の有する全資産の適正な市場価格のうち、少なくとも純額で90%及び総額で70%を取得しなければならない（90%-70%基準）とされている³²。

順三角合併では、S社がT社を吸収合併するのであるから、S社がT社の実質的にすべての資産を取得するのは当然のように見えるが、これは、分割的な要素を持った合併に課税繰延扱いをしないために必要な要件と考えられる。

例えば、P社が獲得したいのは、T社の有する資産の一部に過ぎない場合、余分な資産をスピノフ等の法人分割によって別法人（Q社）へ移し、その後で、S社がT社を合併するという行為が考えられる。このような行為は、S社とT社の合併という部分だ

³² 例えば、T社の資産が100ドル、債務が20ドルであったとすると、T社の資産の純額は80ドルで、その90%は72ドル、総額は100ドルで、その70%は70ドルとなるから、90%-70%基準に照らすと、は少なくともT社の資産のうち72ドル相当を取得する必要がある。

けを抽出してみれば、取得得的であるが、T社がスピノフによって余分な資産を切り離すところには分割的な要素がある。さらに、取引を全体としてみても、T社から必要な資産だけをピックアップして、それをS社へ移していると考えられるため、売買との区別が曖昧になる。したがって、このような分割的要素を持った取引を適格としないために、実質的にすべての資産の取得という縛りをかけるのである。すなわち、スピノフによって切り出された部分までを勘定に入れたなら、T社の実質的にすべての資産がS社に移転していないことになるため、この取引は組織再編としては非適格とされる。

(3) 親会社による債務引受

C型組織再編では、取得法人が買収対象法人の債務を引き受けても、取引の適格性が失われることはなく、同様に、順三角合併においても、P社及びS社は、それぞれT社の債務を引き受けることができる（財務省規則 73-257）。

T社の債務の中には、転換社債を有していたものが、順三角合併でT社が消滅することに伴い、転換権をT社株からP社株への転換へと変更した（P社がT社の転換債務を継承した）とする。このことを理由として、順三角合併が非適格となることはないし、また転換の時点で非適格となるわけでもない。さらに、転換社債保有者についても、三角合併時及び転換時において、損益が認識されることはない（財務省規則 79-155）。なお、P社によるT社の債務引受は、逆三角合併でも認められている。

(4) 適格対価

子会社株式は、条文上、明文で適格対価から除外されている。つまり、S社株式(取得法人株式)を交付すると、直ちに順三角合併としては非適格となる。

ただし、この場合でも、C型組織再編に該当する可能性がある。例えば、P社株に加えて、少量のS社株を対価として交付した場合、対価としてのS社株が非適格資産として扱われ、それがC型組織再編の許容範囲内であれば、有効なC型組織再編となる可能性がある。

反対に、大量のS社株と少量のP社株を対価とした場合には、S社とT社の合併として、A型組織再編に該当する余地が出てくる。たとえ、P社株が非適格資産として扱われても、A型組織再編の場合は、非適格資産の許容範囲が他の累計と比べて広いから、それだけ適格の可能性が広がることになる。関連して述べると、非適格資産の許容範囲が広いだけでなく、順三角合併は、適格対価の範囲（種類）も広い。その典型例としては、議決権のない優先株式をあげることができる。B型組織再編やC型組織再編の場合、

対価として議決権株式が要求されている。立法論としては、内国歳入法 368 条(a)(2)(D)についても、同じように議決権株式を要求することもできたはずである。実際、その可能性もあったが、最終的に議会は、A 型組織再編としての投資持分継続性を満たすことで十分であると判断した³³。

(5) 親会社との合併の仮定

順三角合併は、P 社が直接 T 社と合併した場合を仮定して、当該合併が適格なら A 型組織再編となることとしているが、実際には、銀行規制や独禁法に抵触する場合など、税法以外の連邦法や州法によって、P 社と T 社の合併が禁止されている場合がある。しかし、当該合併が禁止されているからといって、それだけで順三角合併が非適格となるわけではない。この要件は、税法以外の規定に照らして、P 社と T 社が合法的に合併できることを要求しているものではなく、純粹に税法上の理由から、P 社と T 社の合併を判断するためのものである。

財務省規則によると、内国歳入法 368 条(a)(1)(D)(ii)は、P 社が T 社を吸収合併した場合に、事業目的性、事業継続性、投資持分継続性などが存在することを要求しているとされる。これらの 3 つの要件は、組織再編一般に要求されるものであり、その意味では、確認的に規定したようにもみえるが、そのような一般的要件が、P 社と T 社との合併の仮定にも要求されることを明記したのが、内国歳入法 368 条(a)(1)(D)(ii)である。

P 社と T 社の合併が禁止されている場合の例として、国際的な合併がある。内国法人である T 社と外国法人である P 社との合併が禁止されている状況で、P 社の完全子会社である S 社（T 社と同じ州法によって設立された会社）が T 社を吸収合併した場合、P 社と T 社の仮定的な合併が事業目的原理等を満たすのであれば、順三角合併として適格とする歳入庁細則がある。ただし、この場合、内国歳入法 368 条(a)(2)(D)として適格となっても、さらに国際的組織再編に関する内国歳入法 367 条の要件を満たさなければ、課税繰延扱いを受けることはできない。

³³ 順三角合併は「合併」であり、適格の場合は、(C 型組織再編ではなく) A 型組織再編として扱うのであるから、A 型で要求される COI を満たせばよいと考えることもできる。しかし、その後の 1971 年に創設された内国歳入法 368 条(a)(2)(E)（逆三角合併を適格とする規定）では、議決権株式が要求されることになるから、この理由だけでは十分な説明とはいえない。また、A 型としての COI は、内国歳入法 368 条(a)(1)(D)(ii)の要件で判断できるとも考えられる。

(6) 基準価格の問題

イ. 親会社における子会社株式の基準価格

順三角合併にあたり、P社が新たにS社を設立する場合、内国歳入法 351 条に基づいて自社株を現物出資することが往々にしてあり得る³⁴。そうすることで、S社に（これから実行される三角合併の）対価としてのP社株を抛出しておくのである。この場合、P社におけるS社株の基準価格は、まずT社がP社に直接吸収合併され、その後で、P社が取得した旧T社資産をS社にドロップ・ダウンしたとして決定されることになる。すなわち、P社における旧T社資産の基準価格は、内国歳入法 362 条(b)によって、T社における資産の基準価格を引継ぎ、その後のドロップ・ダウンによってP社が取得したS社株の基準価格は、内国歳入法 358 条によって、移転資産である旧T社資産と置き換えられる。したがって、P社におけるS社株の基準価格は、旧T社株式における資産の基準価格³⁵となる。

ロ. 子会社における親会社株式の基準価格と子会社に対する課税

合併に際して自社の株式を交付する法人は、合併が適格であろうとなかろうと、そもそも内国歳入法 1032 条によって課税されない。これは法人設立時の出資や設立後の新株発行の場合でも同じである。しかし、順三角合併の場合に交付されるのは、実際に合併をするS社の株式ではなく、親会社たるP社の株式であるから、S社において課税される可能性が出てくる。

財務省規則に従うと、S社が対価として交付するP社株式に関する課税は、当該P社株が順三角合併を行うために、新たにP社から供給されたものなのか、それとも、従前からS社によって保有されていたもの（すでに冷え切った状態（old and cold））かによって異なる。

³⁴ 内国歳入法 351 条は、一定の法人の設立行為等に関して損益を認識しない規定であり、我が国の適格現物出資に該当する取引は、この条文による。従って、アメリカ法において現物出資は、内国歳入法 368 条(a)で定義される組織再編には含まれないことになるが、内国歳入法 351 条の要件を満たした現物出資は、適格組織再編の場合と同じように課税が繰延べられる。その場合の要件とは、1人又は複数のものにより、資産が法人に対して、当該法人の株式のみとの交換において移転され、交換の直後から、当該1人また複数のものが当該法人を支配（内国歳入法 368 条(c)に定義される意味と同じ。）していることをいう。なお、我が国の会社法でも、現物出資は組織再編として扱われていない。前田庸『会社法（第11版）』（有斐閣）2006年645頁。

³⁵ 正確には総資産の基準価格から総負債の基準価格を控除した金額である。もし、T社の有する負債の額の方が、資産の額よりも大きかった場合でも、内国歳入法 357 条(c)に基づく利益が認識されることはない。その場合の基準価格はゼロである（ゼロを下回ることはない）。ただし、P社とS社が連結申告をしている場合はこの限りではない。

前者の場合、もし、順三角合併が適格とされれば、S社に対する課税はない。財務省規則は、適格順三角合併について、P社がT社の資産に対してP社株を交付し、取得したT社資産をS社にドロップ・ダウンしたとみなして扱うことにしている。ここでも、適格取引の場合は、ドロップ・ダウンを基本に基準価格を考えるのである。

また、順三角合併が非適格となった場合は、S社は、組織再編の直前に、P社から出資された現金を使用して、時価でP社株を取得したとして扱われる。よって、S社の有するP社株式の基準価格は時価となり、交付に関する損益は発生しないから、S社に対する課税はない。

一方で、後者の場合は、非適格の場合はもちろん、たとえ順三角合併が適格であっても、P社株の含み益について、S社に課税される。すでに保有しているP社株は、S社に対する課税に関する限り、それ以外の現物資産の交付と同じように扱われるのである。

(7) 組織再編直後における子会社の消滅

順三角合併を行うためだけに設立された子会社は、目的が達成されると清算されることがある。しかし、子会社を清算すると、取引が非適格になる可能性がある。S社が、T社の資産を取得したとはいえなくなるからである。例えば、P社が、当初より清算させる予定で100%子会社となるS社を設立し、S社を使ってT社との間でP社議決権株式を対価とした順三角合併を行い、その直後にS社を清算して、旧T社のすべての資産を(P社が)取得したとする。これにより、P社は、T社の事業を丸ごと取得しながら、面倒なP社の株主総会を回避することができる。

しかし、これらの取引は最初から全体として計画されたものであるから、S社を通じた取引部分に課税上の意味はなくなり、順三角合併としては非適格となる。これは段階取引原理適用の結果といってもよい。

ところが、このように取引を全体として考察するのであれば、P社は自社の議決権株式を対価として、T社の実質的にすべての資産を取得したことになるから、A型組織再編としては非適格であっても、C型組織再編として適格扱いを受けることができる。

また、S社の清算ではないが、順三角合併の直後に、P社がS社を吸収合併(upstream merger)した場合でも、歳入庁の見解によると、同じようにC型組織再編となり得る。もっとも、この場合は、段階取引原理の適用によって、S社によるT社の吸収合併とP社によるS社の吸収合併とを1つにして、P社によるT社の吸収合併と構成できるから、

A型組織再編に該当するという見解がある³⁶。

3. 逆三角合併

(1) 概要

逆三角合併(reverse triangular merger)とは、合併法人たる対象会社（以下「T社」とする。）が被合併法人たる子会社（以下「S社」とする。）を吸収合併し、T社株主に対して合併法人の親会社（以下「P社」とする。）の株式を対価として交付する三角合併をいう（以下、適宜この略称を用いる）。逆三角合併を規定する内国歳入法 368 条(a)(2)(E)の文言は以下の通りである。

「サブパラグラフ(1)(A) (368 条(a)(1)(A)を指す。A型組織再編のこと。)のもとで適格とされる取引のうち、次の 2 つの要件を満たすものは、合併前に被合併法人(merged corporation)を支配していた法人（以下、「支配法人」という）の株式が取引に使用されていたことを理由として、非適格とされることはない。すなわち、①取引後において、合併により存続する法人が、自らの資産及び被合併法人の資産の実質的にすべてを保有する(holds)こと、そして②取引において、存続法人の元の株主が、存続法人の支配を構成するに足る当該法人の株式と、支配法人の議決権株式とを交換すること、である。」

上記をこれまでの用語法で述べると、「支配法人」はP社、「被合併法人」はS社、「存続する法人」及び「存続法人」とはT社のことである。したがって、A型組織再編のうち、①取引後において、T社が、取引前のT社及びS社の実質的にすべての資産を保有すること、及び②T社株主が、T社に関する支配要件を満たす分量のT社株を手放し、その見返りに、P社の議決権株式を取得すること、という2つの要件を満たすものは、非適格扱いをしないという意味になる。なお、この場合のS社は、P社からみて第1段階の子会社(first-tier subsidiary)でなければならず、孫会社を被合併法人とすることはできない。

逆三角合併が適格となった場合、T社株主は内国歳入法 354 条に基づいて課税されない。非適格資産を受領した場合は、順三角合併の場合と同様に、内国歳入法 356 条によって当該受領に関する実現利益の範囲内で課税される。非適格となった場合でも、存続

³⁶ ただし、実際にT社はP社と合併しているわけではないから、A型組織再編にはならないと述べることもできると考えられる。なお、S社の清算の場合に、A型組織再編とならない理由も、おそらくS社がP社と合併していないところにあると考えられる。

法人である T 社に対して課税されることはない。

なお、逆三角合併は、所得的組織再編のうち、C 型組織再編のような資産取得型なのか、それとも B 型組織再編のような株式取得型なのかについては、議論がある。上記①にいう、実質的にすべての資産の保有という要件は、資産取得型であることを示すが、上記②にいう、支配の獲得という要件は、株式取得型であることを窺わせる。逆三角合併は、資産取得と株式取得の両方の性格を持ち合わせた取引であるといえることができる。

(2) 各要件の検討

イ. 実質的にすべての資産要件 (C 型組織再編との異同)

内国歳入法 368 条(a)(2)(E)でいう「実質的にすべて」とは、C 型組織再編 (内国歳入法 368 条(a)(1)(C)) と同様に、90%-70%基準の適用がなされる³⁷。

順三角合併の場合は、実質的にすべての資産の「取得(acquisition)」という文言が使われているのに対して、逆三角合併の場合は、「保有(holds)」という文言が使用されている。これは、逆三角合併が保有という用語を使用したのは、順三角合併よりも厳しい要件を課すためではなく、T 社が存続法人となる逆三角合併では、T 社が T 社資産を「取得」することはできないから、「保有」という用語が使用されたに過ぎないと解すべきである。仮に、取引後に T 社が保有資産を第三者に譲渡した場合に、この保有要件を満たさないために、逆三角合併は非適格となるわけではないと考えられる。

なお、条文上は、S 社が有していた実質的にすべての資産も、T 社によって保有されなければならない。しかし、S 社のなかにあった P 社株は、T 社株主へ交付されるから、合併後に T 社が保有し続けることはできない。したがって、この P 社株を実質的にすべての資産に入れて判断すべきではない。P 社株以外にも、逆三角合併のために、P 社から S 社へ予め現金等が拠出されうるが、その目的が、非適格資産交付のため、反対株主の買取請求権に応じるため、T 社の債権者への一定の支払いのため、組織再編の費用のため、法令で決められた最低資本金額を満たすためである場合には、P 社株と同様に、実質的にすべての資産としてカウントされないことになっている。

ロ. 支配要件

内国歳入法 368 条(a)(2)(E)でいう「支配」とは、内国歳入法 368 条(c)で定義された

³⁷ なお、C 型組織再編では、内国歳入法 368 条(a)(1)(C)但書によって、取得法人が対象法人の債務を引き受けることが認められているが、逆三角合併では、支配法人である P 社による T 社の債務引受が財務省規則によって認められている。この場合の債務引受は、P 社による T 社への資本の出資(contribution to capital)とされる。

支配（80%の保有）のことである。順三角合併の場合、T社は消滅するから、旧T社株主は、たとえ合併に反対であっても、一部の非適格資産を取得して納得するか（しぶしぶP社株主になるか）、あるいは合併に反対してT社株を買い取ってもらう（P社株主にもならない）ことになる。これに対して、逆三角合併の場合はT社が存続するから、合併に反対する株主は、保有するT社株を手放さないことで、T社株主であることが可能である。

しかし、多くのT社株主がP社株との交換に応じず、そのまま居座るような状態では、取得組織再編性能値として適当でない。したがって、内国歳入法368条(a)(2)(E)は、内国歳入法368条(c)にいう支配要件を要求し、全体の80%以上のT社株を獲得しない限り、逆三角合併を非適格とすることにしたのである。しかも、適格対価はP社議決権株式でなければならず、P社無議決権株式までを認める順三角合併とは、その範囲が異なる。

これらの部分において、逆三角合併は、B型組織再編に似ている。B型においても、買収対象法人株式の8割が、取得法人の議決権株式を対価として獲得されねばならないからである。そもそも、逆三角合併では、T社がP社の子会社となるという取引終了後の形が、B型組織再編と同じである。したがって、2つの取引の適格要件が似通ってくるのは、むしろ当然なのかもしれない。

ただし、逆三角合併は、B型組織再編とは異なり、「その取引で」80%支配を獲得しなければならない。したがって、P社によるT社株の先行取得が2割を超えている状態では、逆三角合併によって、T社株主が、80%支配要件を充足する分量のT社株を手放すことができないから³⁸、逆三角合併を適格でやり遂げることは不可能となる。一方で、B型組織再編の場合は、段階的なT社株の取得が認められている。したがって、取得法人は、最後に80%支配を獲得した行為について、適格なB型組織再編として課税繰延を受けることができるのである。

もっとも、最近の歳入庁は、逆三角合併取引による支配の獲得について、やや緩やかに解する傾向にある。歳入庁細則2001-26では、P社がまずP社議決権株式を対価とした公開買付によってT社株の51%を取得し、それに続く逆三角合併によって取得したT社株のうち、約33%（公開買付までを含めた全T社株に対する比率）が、P社議

³⁸ もっとも、対象法人の株式を段階的に取得していく行為は、実務ではよく見られるものであり、課税において本質的に問題視されるべきものではないという意見もあった。

決議株式を対価としたものであるという事例が検討されている。当該細則は、この事例に段階取引原理を適用することで、2つの取引を1つとして扱った結果、P社議決権株式との交換で80%支配を超えるT社株(51%+33%)が取得されているとみて、取引を適格な逆三角合併として扱っている³⁹。

同様に、歳入庁細則2001-46では、T社株主への対価の70%がP社議決権株式、残りの30%が現金とした逆三角合併によって、P社はT社の全株式を取得したが、その直後に、P社がT社を吸収合併するという事例が扱われている。対価の30%が現金であるため(議決権を対価として獲得したT社株が80%に満たないため)、逆三角合併としては非適格であるが、歳入庁は、この取引についても、段階的取引原理を適用することで、P社によるT社の吸収合併と構成して、適格なA型組織再編として扱うことにしている(3割の現金は、A型組織再編の非適格資産としては許容範囲内である)。

逆三角合併は、非適格資産の許容範囲に関しても、B型組織再編とは異なる。B型組織再編では、一切の非適格資産の交付が禁止されている。一方で、逆三角合併では、P社の議決権株式を対価として、T社の80%支配を獲得すればよいのであるから、残りの2割について、非適格資産を交付する余地が残る。P社によるT社株の先行取得が全くない場合なら、対価の2割までを、現金やP社の無議決権優先株式あるいはP社の社債として交付することが可能である。

なお、反対株主の買取請求権に応じて支払う現金は、それがT社によるものである限り、換言すれば、P社の拠出した資金からの支払いでない限り、支配要件の充足を判断するにあたり、非適格資産としてカウントされない。例えば、T社の発行済株式が1,000株であり、このうち100株を有する株主が合併に反対したため、T社が現金でこの部分を買取り(つまりT社株の償還を行い)、逆三角合併において、残り900株のうち720株がP社議決権株式と交換され、180株についてはP社が支払う現金と交換されたとする。この場合、T社が買い取った100株については、80%支配の計算にあたり、発行済株式としてカウントされないため、全900株のうち720株がP社議決権株式と交換されている以上、取引は適格な逆三角合併となる。

³⁹ 一方で、段階的B型組織再編に段階的取引原理が適用されると、適格取引が非適格とされかねない。最初のT社株の取得対価が現金であった場合、その後で残りのT社株を取得法人株式との交換によって取得しても、段階的取引原理が適用されると、すべての取引が全体として考察されるので、最初の現金買付が組織再編における非適格資産の交付とされて、B型組織再編として非適格となる場合がある。

このように、T社が支払った現金は非適格資産としては扱われないが、実質的にすべての資産としてはカウントされる。T社の資産はそれだけ減少しているからである。したがって、T社が大量の株式の償還を行うと、実質的にすべての資産要件の方に抵触することになる。反対に、P社から（S社を通じて）支払われた部分は、T社の実質的資産としてカウントされない。

また、P社は逆三角合併の直後においてT社を支配していなければならないから、合併直後に、P社が取得したT社株を第三者に売却したり、あるいはT社が第三者に増資を引き受けさせたりして、P社による80%支配が維持できなくなった場合は、取引は非適格となる。

(3) 基準価格の問題

逆三角合併でP社が取得するT社株式の基準価格は、T社がS社に吸収合併された場合、すなわち順三角合併の場合と同じように決定するとある。したがって、P社がT社から資産を取得し、その対価としてP社議決権株式をT社株主に交付し、取得したT社資産を子会社に非課税でドロップ・ダウンしたとみなして決めることになる⁴⁰。

ただし、この財務省規則の下でも、逆三角合併が同時にB型組織再編にも該当する場合、P社としては、旧T社株主の基準価格に置き換える方法(上記1番目の方法)を選択することができる。もっとも、B型組織再編となるためには、一切の非適格資産の交付が禁止されるなど、適格要件が厳しく設定されているので、この選択制の利用度⁴²は、それほど高くないともいわれる。

なお、S社におけるP社株の基準価格の決定についても、順三角合併の場合と、ほぼ同じになると考えられている。すなわち、対価としてのP社株が、逆三角合併を実行するために、新たにP社から供給されたものかどうかによって扱いが異なり、前者であれ

⁴⁰ ただし、これはあくまでも適格となった場合における基準価格の算定方法であって、このように擬制された取引（P社によるT社の吸収合併+ドロップ・ダウン）が、非適格の場合にT社へ課税する根拠とされるようなことはない。

⁴¹ ただし、逆三角合併の場合、P社がT社の100%親会社になるとは限らない。旧T社株主のうち、（全発行済株式の2割の範囲で）T社株を手放さないものが存在する可能性がある。もし、P社株が全T社株を取得しなかった場合、当該取得できなかったT社株の割合だけ、P社におけるT社の基準価格が減額される。この計算は、すべてのT社株の公正な市場価格を考慮して行われる。

⁴² このことの意味は、逆三角合併とB型組織再編のどちらに照らしても適格となった場合には、基準価格の決定方法を選択できるということなのであって、逆三角合併として非適格になった場合に、B型組織再編としての課税繰延扱いを受ける余地が残されているという問題とは、文脈が異なる。

ば、S社への課税はなく⁴³、後者であれば、S社がもともと有するP社株の基準価格に基づいて、課税が行われる⁴⁴。

(4) 非適格逆三角合併とB型組織再編

既述のように、非適格資産の交付がない場合は、逆三角合併が非適格となっても、B型組織再編として適格となるケースが考えられる。

例えば、合併の前に、T社が資産の一部を株主に対して償還した場合、またはスピンオフ等によってT社にもともとあった資産を分割してしまった後で、合併を行った場合は、内国歳入法368条(a)(2)(E)でいう「実質的にすべての資産」を移転していないことになるため、課税繰延扱いを受けることはできない。あるいはP社がすでに20%以上のT社株を保有しているために、取引によって80%支配を獲得できない場合も、逆三角合併としては非適格となる。

しかし、これらの場合でも、非適格資産が交付されていないのであれば、B型組織再編に該当する余地はある。B型組織再編には、実質的にすべての資産を移転するという要件はないし、段階的なT社株の取得も認められるからである。

ただし、その場合、S社は逆三角合併の直後のために新たに設立されたのも出なければならぬ。S社はT社に吸収合併されることで消滅してしまうから、その一時的な存在を無視することで、取引をB型組織再編(P社とT社株主との間における株式の交換)と構成するのである。

また、逆三角合併の場合、S社はP社の子会社でなければならず、孫会社(second-tier subsidiary)を使用すると非適格となるが、その場合でも、B型組織再編として適格となる余地はある。例えば、P社の100%子会社S1、および新たに設立されたS1の100%子会社S2があり(S2にはP社株を保有させる)、T社にS2が吸収合併され、T社株主へはS2社が保有していたP社株が交付され、T社がS1社にT社株を交付する取引は、P社からみて孫会社であるS2社を介在させているため、逆三角合併とはしては非適格

⁴³ S社が逆三角合併のために設立された場合はもとより、以前から存在する場合でも、逆三角合併を実行するために、S社に対してP社株が現物出資等の方法で移転されたのであれば、段階的取引原理によって、その取引(あるいは一時的なS社の存在)を無視することで、ゼロ・ペイシス問題は回避できる。つまり、P社が自社株を交付して、T社株主からT社株を取得したと構成するのである。この場合、P社は株式の発行法人となるから、内国歳入法1032条(a)によって課税されないことになる。

⁴⁴ もっとも、逆三角合併に関するS社の扱いについて、財務省規則は内国歳入法361条を参照させるだけであり、明確に規定をしているわけではない。

である。しかし、この取引は、S1 が親会社である P 社株を対価として三角 B 型組織再編を実行したとみることが可能である。したがって、B 型の要件を満たす限り、適格取引となり得るのである。

つまり、逆三角合併に該当しない以上、B 型組織再編としても非適格にある（逆三角合併が課税繰延扱いを受けるためには、必ず内国歳入法 368 条(a)(2)(E)に該当しなければならない）という根拠条文は存在しないのであるから、当事者としては、なお B 型としての適格性を探る道が残されていることになる。

4. クロスボーダー三角合併の適格要件

クロスボーダーの三角合併が行われるときには、上述の適格要件に加え、内国歳入法 367 条における要件も満たさなければ、適格組織再編とはならない。内国歳入法 367 条は、海外への資産移転に関し、原則として国境で清算（いわゆる「トール・チャージ (Toll Charge)」を求めつつ、クロスボーダー固有の観点から、課税繰り延べが認められるための要件を規定している。外国親法人株式を対価とする三角合併も、外国法人への資産移転（外国法人によるアメリカ法人の子会社化）であるため、同様である。

具体的には、親会社（取得会社）が外国法人である場合には、次の 5 要件が必要となる。

- ① 譲渡株主が取引によって受け取った外国法人（取得会社）の合計が 50% 以下であること
- ② 譲渡会社の役員および 5% 以上の株主の取引直後における外国法人（取得会社）の株式の保有割合の合計が 50% 以下であること
- ③ 譲渡株主の取引直後における外国法人（取得会社）の株式保有割合が原則として 5% 以上でないこと
- ④ 外国法人が交換取引前 3 年間アメリカ外で事業に従事しており、交換取引後もその事業を継続する意思を有していること
- ⑤ 外国法人の公正市場価値が買収対象会社の公正市場価値以上であること

このように、クロスボーダーの組織再編には、課税繰り延べという特権を与えることについて、一国の課税権の確保という観点からの制約が課せられており、今後わが国でもこれを税制上認めていく場合には、同様の立場からの検討が行なわれるであろう。

第3節 アメリカのインバージョン対策税制

1. 概要

コーポレート・インバージョン(corporate inversion)の問題は、まずはアメリカにおいて盛んに議論されてきた。その問題意識は2002年5月に公表されたアメリカ財務省の報告書⁴⁵が明確にしているが、その問題点は、主として、アメリカ法人を頂点とするグループの国外源泉所得に課税できなくなること、所得移転を通じてアメリカの国内源泉所得に対する課税すらも脅かされるおそれがあること、及び、アメリカ法人を頂点とする企業グループが外国法人頂点のグループとなることによりアメリカ国内投資や雇用に悪影響が出るおそれがあること、などが挙げられる。ここで問題となるのは、本来アメリカ法人であるべき法人が、事業としての合理性はないのに、アメリカ税制を逃れるために、外国法人となる行為である。しかし、どのような企業が「本来アメリカ法人であるべき」なのかを決するのは容易ではなく⁴⁶、法人の事業としての合理性の有無を判断するのも難しい。

2. 内国歳入法 367 条

アメリカがまず導入したインバージョン対策は、内国歳入法 367 条における措置である。内国歳入法 367 条は、海外への資産移転に関し、原則として国境で生産（いわゆる「トール・チャージ (Toll Charge)」を求めつつ、クロスボーダー固有の観点から、課税繰り延べが認められるための要件を規定している⁴⁷⁴⁸。したがって、内国歳入法 368 条の下での適格組織再編⁴⁹であっても、その組織再編がクロスボーダーの資産移転を含む場合、内国歳入法 367 条の適格要件も併せて満たさない限り、原則として再編時に課税される

⁴⁵ “Corporate Inversion Transactions : Tax Policy Implications”, May 2002, Office of Tax Policy, Department of the Treasury, U.S.A.

⁴⁶ 法人の税法上の居住地は各国の法令（及び租税条約）において認定基準が規定されているが、その法人が「本来」どこの国の法人であるのか、については、最初に設立された場所、主たる事業が行われる場所、取引相手が主に所在する場所、株主が居住する場所など様々な考え方があり得よう。

⁴⁷ アメリカ内で蓄積された資産の含み益が、国外に移転されることにより、アメリカがこれに課税する機会を失うことを防止するものである。なお、我が国において内国歳入法 367 条に相当する規定が存在しなかったのは、従来、我が国においてクロスボーダーの組織再編が認められてこなかったからである。

⁴⁸ 内国歳入法 367 条は、その冒頭（内国歳入法 367 条(a)(1)）で、アメリカ人が外国法人に資産を移転する場合、譲渡益を認識すべきかどうかの判断に際し当該外国法人は「法人と扱わない」旨規定しているため、規定の趣旨がわかりにくい。組織再編行為が税制上適格になるためには、再編当事者が法人である必要があるため、結局、外国法人に資産が移転する組織再編は税制上の適格性を認めない、との趣旨である。

⁴⁹ アメリカには連邦レベルの会社法が存在せず、各州法の規定に基づき設立された様々な会社が存在すること等を背景に、いわゆる A 型から F 型等、様々な形態が規定されている。

こととなる。外国親法人株式を対価とする三角合併も、外国法人への資産移転（外国法人によるアメリカ法人の子会社化）であるため、同様である。

内国歳入法 367 条におけるインバージョン対策では、簡単に言えば、外国法人への資産移転が行われる場合に、①その外国法人が内国法人に支配されていない独立の法人であること、②再編後に事業継続（株式保有の継続）の意志があること、③その外国法人が内国法人よりも大きいこと、を求めている。①については、具体的には、その外国法人が組織再編のために新たに設立された法人ではなく（再編直前の 3 年間、取引・事業活動の実態がある）、かつ、内国法人の株主（若しくは、役員と 5%以上保有の大株主）が再編後の外国法人株式を（議決権若しくは価値ベースで）50%超保有することにならないことが求められる。②については、事業継続の意志があることに加えて、外国法人の大株主（議決権若しくは価値ベースで 5%以上保有）となる者に「譲渡益認識合意書（Gain Recognition Agreement）」を内国歳入庁に差し入れることを求めている。この「譲渡益認識合意書」は、再編後 5 年の間に外国法人が内国法人の株式を売却した場合、再編時に遡って譲渡益を認識して納税する旨の合意書であり、外国法人による内国法人株式の売り抜けを間接的に防止する措置である⁵⁰。③の要件は、直感的にわかりにくいだが、組織再編行為の事業としての合理性を裏側から捉え、内国法人を支配することとなる外国法人の規模が内国法人よりも小さいことは、事業として不自然であると考えている者と思われる。

内国歳入法 367 条におけるインバージョン対策には、資産の海外移転について出国時に清算を求める内国歳入法 367 条に依拠していることからくる本質的な限界がある。それは、インバージョンの問題が、組織再編の瞬間における租税回避（例えば、国内で蓄積された資産の含み益を無税で海外に移転）というよりも、むしろ、内国法人を頂点とする企業グループを暗黙のうちに前提とする税制の下で「将来的に」租税を回避することを容易にする、いわば「租税回避の仕込み行為」の問題であるからである。実際、アメリカにおいて行われたインバージョンの多くは、税制上非適格（再編時に損益認識）であったといわれている。

⁵⁰ この「譲渡益認識合意書」の執行は容易ではないと想像される。基本的には、納税申告制度（Self Assessment System）の下で納税者の申告を期待することになるのではないだろうか。もちろん、節税のために組織再編を利用することに対して一定の抑止効果は期待できよう。

3. 内国歳入法 7874 条

このように内国歳入法 367 条に部分的にインバージョン対策が措置されていたが、前述の米財務省 2002 年報告書の問題意識に応えるより本質的なインバージョン対策措置として、内国歳入法 7874 条が 2004 年に導入された。

内国歳入法 7874 条の下では、「設立国において（その全世界の事業活動に比して）実質的な事業活動を行っていない外国法人⁵¹が、内国法人の資産のほとんどすべて（Substantially All）を直接・間接に取得し、株式の（価値又は議決権ベースで）60%以上を内国法人の元の株主によって保有される場合」をインバージョンと捉えている。すなわち、従前の株主構成を実質的に変化させることなく、実体のない外国法人を通じて、内国法人を間接保有することとなる組織再編行為である。このうち、内国法人の元の株主の保有割合が 80%以上の場合（「80%インバージョン」という）とその他のもの（「60%インバージョン」という）とではその法的効果が異なる。

「80%インバージョン」では、その外国法人を内国法人とみなしてアメリカ税法が適用される。インバージョンは、内国法人（を頂点とする企業グループ）を前提に規定されている税法の体系を前提に、形式的に外国法人となることで租税回避しようとするものであるから、その外国法人を税法の適用上内国法人とみなすことはもっとも根源的な対処法である⁵²。

他方、「60%インバージョン」では、組織再編後 10 年間、内国法人の課税所得が、組織再編の一環として認識される所得、及び、外国関連者に資産を譲渡・使用許諾して得る所得を下回ることができないこととされる。すなわち、10 年間は、前述の「トール・チャージ」（海外への資産移転に対する課税）を、繰越欠損金や外国税額控除等によって相殺することができない。これは、従来の海外への資産移転に対する課税の延長線上の考え方である。

⁵¹ 自身を含む拡大関連グループ（50%超の所有連鎖で結合する全ての法人）で判定する。

⁵² このほかに考えられる根源的対処法としては、（税法上の）居住地の判定においていわゆる管理支配地主義を導入することである。しかし、管理支配地主義の導入は税法の根幹に係る問題でもあり、仮にインバージョン対策に限定して導入したとしても、幅広い影響が予想される。このため、米も、管理支配地主義を導入するアプローチには慎重になったものと思われる。

第4章 我が国とアメリカの税制比較と問題点

第1節 三角合併の適格要件

1 概要

(1) 我が国の三角合併の適格要件

我が国における適格三角合併とは、100%グループ内の合併、50%超 100%未満グループ内の合併及び共同事業の合併のいずれかに該当する合併で、被合併法人の株主等に合併親法人株式以外の資産が交付されないものをいう（法法2十二の八、法令4の2）。すなわち、三角合併を、①100%グループ内での三角合併、②50%超 100%未満グループ内での三角合併及び③共同事業形成のための三角合併という3つの類型に分類して、それぞれについて異なる適格要件を求めている(図表4-1)。ここで、合併親法人株式とは、合併法人を直接に100%支配している親会社の株式をいう。

①については、直接又は間接の100%親子会社関係ないし100%兄弟会社関係が三角合併直前にあり、かつ、三角合併後も100%グループ関係が継続すること及び合併親法人株式のみを対価として交付していることを要件としている。②については、直接又は間接の50%超グループ関係が三角合併直前にあり、かつ、三角合併後も当該関係が継続すること及び合併親法人株式のみを対価として交付していること、の2点に加え、従業者引継要件と事業継続要件が求められる。①に比べ、従業者引継要件と事業継続要件の分だけ、適格要件が厳しいものとなる。③については、50%超のグループ関係がない場合であっても、事業関連性要件、事業規模要件又は役員要件、従業者引継要件、事業継続要件及び株式継続保有要件の5つの要件が満たされれば、適格三角合併となる。②と比べ、50%超グループ関係がない代わりに、事業関連性要件、事業規模要件又は役員要件、株式継続保有要件の3点において、厳しい適格要件が加えられる。

さらに、合併親法人株式が外国法人株式である場合にも、内外無差別の下、原則として、上記の適格要件がそのまま適用されることになる。ただし、合併親法人株式が、タックス・ヘイブンを所在する法人の株式である場合には、その他の適格要件を満たしている場合であっても、適格三角合併とはされない⁵³。

⁵³ ただし、特定軽減課税外国法人に該当しない場合（措令39の34の3⑦）及び特定軽減課税外国法人に該当する場合であっても、適格性が維持される場合（措令39の34の3①）には、適格三角合併とされる。本稿第2章第3節3. 参照。

図表4-1 我が国の三角合併の適格要件

	合併親法人が内国法人	合併親法人が外国法人
100%グループ内	1. 100%親株式以外の資産が交付されない 2. 100%関係の継続	1. 100%親会社株式以外の資産が交付されない 2. 100%関係の継続 3. 合併親法人が軽課税国に所在しない
50%超グループ内	1. 100%親会社株式以外の資産が交付されない 2. 100%関係の継続50%超の関係の継続 3. 従業者引継 4. 事業の継続	1. 100%親会社株式以外の資産が交付されない 2. 100%関係の継続50%超の関係の継続 3. 従業者引継 4. 事業の継続 5. 合併親法人が軽課税国に所在しない
共同事業の合併	1. 100%親株式以外の資産が交付されない 2. 事業関連性 3. 事業規模又は役員 4. 従業者引継 5. 事業の継続 6. 株式継続保有	1. 100%親株式以外の資産が交付されない 2. 事業関連性 3. 事業規模又は役員 4. 従業者引継 5. 事業の継続 6. 株式継続保有

(2) アメリカの三角合併の適格要件⁵⁴

アメリカの税制において、三角合併は、A型組織再編の変形としての、順三角合併と逆三角合併がある。順三角合併とは、存続会社S社が消滅会社T社を吸収し、T社の株主に対して存続会社の親法人P社の株式を交付する三角合併であり、我が国における三角合併と同様のものである。順三角合併の適格要件は、存続会社S社の株式を交付しないこと及び親法人P社と消滅会社T社とが合併したと仮定したときにA型組織再編に該当すること、である（内国歳入法368(a)(2)(D)）。すなわち、①存続S社の株式を交付しないこと、親会社P社と消滅会社T社との合併を仮定したときに、②T社の株主に対して交付する合併対価の50%以上がP社株式であること（投資持分継続性原理）、③T社の主要な事業がP社（又はS社）において継続して営まれること（事業継続性原理）、④企業の事業活動上の正当な目的があること（事業目的原理）、を満たす順三角合併は、課税繰延を認められることになる（図表4-2）。

また、逆三角合併とは、存続会社T社が消滅会社S社を吸収し、T社の株主に対して消滅会社の親会社P社の株式を交付する三角合併である（図表1-4参照）。逆三角合併の

⁵⁴ アメリカ内国歳入法においては、そもそも、一定の要件を満たすものを「組織再編」として課税繰延を行い、要件を満たさないものを「通常の取引」として課税している。そのため、本来であれば、適格組織再編とか非適格組織再編というような概念はないのであるが、ここでは、日本における組織再編成との比較を容易にするため、便宜的に、課税繰延を行う組織再編を「適格」組織再編としている。

適格要件は、存続会社 T 社が、自らの資産及び消滅会社 S 社の資産の実質的にすべてを保有すること及び T 社の株主に S 社の親会社 P 社の議決権株式が交付されることである（内国歳入法 368(a)(2)(E)）。すなわち、①存続会社 T 社が消滅会社 S 社の資産を実質的にすべて（総資産の 70%以上かつ純資産の 90%以上）の資産を合併後に保有すること、②P 社の議決権株式を交付されること、を満たす逆三角合併は、課税繰延を認められることになる。

順三角合併又は逆三角合併のいずれの場合であっても、対価として交付される P 社株式が外国法人株式である場合には、さらに、①T 社株主に交付される P 社株式の保有割合が合計で 50%以下であること、②T 社株主のうち、T 社の役員又は 5%以上の株主に交付される P 社株式の保有割合が 50%以下であること、③T 社株主が、P 社の 5%以上の株主でないこと、又は、5%以上の株主の場合には、P 社株式取得後 5 年以内に譲渡した場合には、当該株主が譲渡益を認識することについて合意すること、及び④P 社が合併前 3 年間、アメリカ国内で事業に従事していること、の各要件を満たさないと、適格の順三角合併、逆三角合併として課税繰延が認められない（財務省規則 1.367(a)-(c)）。

図表4-2 アメリカの三角合併の適格要件

内国法人間の適格要件	クロスボーダー適格要件
1. 被合併法人の株主への支払い対価の50%以上が合併親法人の株式であること(投資の継続)	1. 被合併法人の株主への支払い対価の50%以上が合併親法人の株式であること(投資の継続)
2. 被合併法人の主要な事業が合併法人において継続して営まれること(事業の継続)	2. 被合併法人の主要な事業が合併法人において継続して営まれること(事業の継続)
3. 企業の事業活動上の正当な目的があること(事業目的)	3. 企業の事業活動上の正当な目的があること(事業目的)
4. 組織再編方向性する一連の取引およびその意図を文書化していること	4. 組織再編方向性する一連の取引およびその意図を文書化していること
	5. 内国法人株主が、外国法人株式の過半数を取得しない(内国法人株主による支配がない)
	6. 内国法人の役員・大口株主が外国法人株式の過半数を取得しない
	7. 外国法人による内国法人株式の継続保有
	8. 実質活動要件
	9. 5~8の要件の確認に必要な情報の報告

2 適格要件の厳格性

(1) 組織再編税制と A 型組織再編

我が国の組織再編税制における適格合併の前提には、会社法上の合併であることがま

ず必要となる。すなわち、会社法 748 条以下に規定する合併でなければ、たとえその行為の実態が組織再編行為と実質的に同じであっても、適格合併とはならないと考えられる。この点、アメリカ内国歳入法における A 型組織再編も、同様に、私法上の合併であることを適格合併の条件としており、州法上の合併等でなければ、経済的実質がそれに類似する行為であっても、A 型組織再編には該当しないことになる。ただし、A 型組織再編における私法上の合併はアメリカ国内の州法に限られず、外国の会社法等を準拠法とする合併も A 型組織再編としての要件を満たすことになる。よって、外国法を準拠法とした、外国法人と内国法人との合併についても課税繰延を認められることになる。

これは、我が国においては、会社の組織再編等は会社法その他の法律によって規定されているが、アメリカにおいては、連邦会社法といったものはなく、会社の組織再編等は各州の会社法等によって規定されることから、内国歳入法において統一的な私法に依拠することができないことに由来していると考えられる。自国の会社法にのみ準拠して適格要件を規定する我が国の組織再編税制と比べると、州法どころか外国法に準拠した合併であっても適格要件を満たすアメリカの A 型組織再編は、その点で適格要件が柔軟であるといえる。

(2) 私法に依拠しない組織再編

我が国においては、上述の通り、会社法上の合併に該当しない行為は他の適格要件を満たしていたとしても適格合併に該当しないと考えられるが、アメリカ内国歳入法においては、A 型組織再編のみが私法に依拠した定義となっており、B 型組織再編や C 型組織再編などは、私法上、どのように規定されているかを問わず、行為の手続き及びその結果に着目し、税法上、独自に組織再編を定義している。例えば、B 型組織再編は、株式と株式の交換であり、我が国における株式交換・株式移転は B 型組織再編に該当することになるが、会社法上の株式交換・株式移転に該当しない場合であっても、①対象会社 T 社の議決権株式の 80%以上かつすべての無議決権株式の 80%以上を取得し、②取得会社 S 社又はその親会社 P 社の議決権株式のみを交付するという要件を満たすときは、B 型組織再編に該当し、課税繰延を認められる。また、C 型組織再編は、①実質的にすべての資産を取得し、②対価として議決権付株式を交付するという行為であり、合併に類似した行為であるが、私法上の合併である必要はない。そのため、私法に依拠しない柔軟な取引形態であっても、この要件を満たせば適格組織再編として、課税繰延が認められる。

(3) 問題点

上述の通り、我が国においては、会社法上の合併でないと適格合併とは認められないが、アメリカにおいては、私法上の組織再編行為であるか否かにかかわらず、一定の要件を満たせば適格合併とされることがある。

これは、特にクロスボーダーの組織再編において大きな問題となり得る。我が国においては、会社法に依拠した合併でなければ適格要件を満たさないことになるため、外国法に準拠した合併や、合併に類似した取引・行為は適格な組織再編とされない。我が国会社法においては、外国会社との合併は通説上認められておらず、また、外国会社との株式交換についても認められていないため、海外企業が日本企業を買収する際には、三角合併を用いるか、又は合併や株式交換に類似した取引を行うことになるが、これによる日本企業の買収が税制によって阻害されるのは中立的とはいえない。我が国における組織再編税制の適格要件はアメリカに比較してとても厳しいと考えられる。

3 合併当事者とみなし当事者

(1) 事業関連性の判定と合併当事者

我が国の会社法における三角合併は、合併対価を親会社株式とした合併であり、あくまでも合併当事者は合併存続会社と消滅会社である。組織再編税制においても、これを踏襲し、事業関連性の判定における合併当事者は、合併法人（存続会社）と被合併法人（消滅会社）であり、合併法人と被合併法人との間で事業関連性を判定することになる。一方、アメリカ内国歳入法における順三角合併の適格要件には、「取引が支配会社への合併として実行されていたと仮定すれば、適格な A 型組織再編となること」という要件があり、合併の適格性を判定する際の当事者は、合併親法人（存続会社の親会社）と被合併法人（消滅会社）ということになる。アメリカの順三角合併の適格要件には、事業関連性要件は無いが、これに類似する概念として、事業目的原理が考えられる。組織再編の事業目的の 1 つに、買収によるシナジーが考えられるが、この判定についても、合併親法人と被合併法人とで判定されることになると考えられる。

(2) 親会社株式の含み益への課税

我が国の三角合併は、上述の通り、合併親法人株式を対価とした、合併法人と被合併法人との合併であるから、合併法人がまず合併親法人の株式を取得することになる。この株式について、合併契約日の時価に評価替えし、含み益に課税されることになる。また、合併親法人株式を親会社からの有利発行により取得した場合には、取得時の時価に

よって取得したとみなして受贈益課税がされることになる。したがって、適格要件を満たし課税繰延が認められる場合であっても、当該親会社株式について課税がなされることになる。

これに対し、アメリカの順三角合併においては、まず、合併親法人と被合併法人とが合併し、被合併法人の株主に対して合併親法人株式を交付した後、被合併法人の資産を合併法人にドロップ・ダウンしたとみなすため、合併親法人株式の含み益に対して合併法人で課税されることはない⁵⁵。

(3) 問題点

我が国の会社法では、クロスボーダーの株式交換は認められておらず、会社法における合併等対価の柔軟化前においては、外国企業の日本企業の買収は現金による方法しか無かった。合併等対価の柔軟化により三角合併が解禁したことで、実質的に株式交換と同様の、株式による日本企業の買収が行うことができるようになったが、外国企業が日本国内に三角合併を目的とした SPC 等（すなわち、単独での事業実体を持たない会社）を設立し、これを合併法人として三角合併を行った場合には、事業関連性要件が満たされないことから、課税繰延が認められないことになる。このような SPC 等を設立して行う三角合併は、その実態が株式交換と同様であるにも関わらず、株式交換における事業関連性要件は、親会社と対象会社とで判定し、三角合併においては、SPC 等と対象会社とで判定し、親会社の事業を考慮しないで判定することになる。内国法人間の組織再編であれば、いずれを選択するかについて裁量の余地があるが、外国の親会社が日本企業を買収する際には三角合併しか選択肢がなく、SPC 等の利用には実務上のニーズがあると考えられる。外国の親会社と対象会社との間にシナジーが見込まれる場合にまで、合併法人に事業の実態がないというだけで事業関連性がないというには問題があると考えられる。さらに、我が国の株式交換においても、持株会社が完全親会社となる株式交換について事業関連性要件を判定する場合には、持株会社の子会社の事業も含めて判定する必要があるにも関わらず、三角合併においては、親会社の事業も含めて判定するというような規定がない点も問題がある。

また、適格組織再編であるにも関わらず、合併法人において合併親法人株式の含み益

⁵⁵従前から子会社が保有していたもの（すでに冷え切った状態（old and cold））の場合は、それ以外の現物資産の交付と同じように扱われ、非適格の場合はもちろん、たとえ順三角合併が適格であっても、P 社株の含み益について、S 社に課税される。

に課税される点も問題があるのではないか。三角合併は、企業集団ベースでみた場合には、親会社と対象会社との合併と同様であり、親子会社間での株式の移転は、企業集団の価値を一切向上させるものではない。三角合併を行うために子会社が親会社株式を取得するという手続き上の問題から課税負担が生じさせるのは、組織再編を阻害する税制になるおそれがある。

4 逆三角合併

我が国の会社法においては、逆三角合併の方法は規定されておらず、したがって、法人税法上も適格の逆三角合併というものは存在しない。買収対象会社の業種によっては、事業を行うにあたって許認可等が必要になるものも少なくなく、また、そうでない業種であっても、対象会社のブランド等の維持をするにあたって、対象会社を存続会社とした逆三角合併のニーズは存在すると考えられる。現状の我が国の会社法では、三角株式交換に株式交換完全子会社を存続会社とする合併を組み合わせることで逆三角合併のニーズに対応することになるが、これに税法が対応していない。すなわち、株式交換後に合併が予定される場合には株式交換の適格要件が緩和されるが、株式交換後に株式交換完全親法人が存続会社となる場合についての適格要件は規定されているのみで、株式交換完全子法人が存続会社となる場合の適格要件が規定されていない⁵⁶。よって、逆三角合併型の株式交換後合併は非適格合併となると考えられる。

特に、クロスボーダーの企業買収においては、逆三角合併の問題が重要になる。すなわち、逆三角合併は、合併というよりは株式交換に類似した組織再編であると考えられるが、クロスボーダーの株式交換が認められていない我が国においては、買収対象会社の法人格

⁵⁶株式交換を使った組織再編では、交換後に完全子法人をグループ内の他の法人と合併するなどの2次再編が交換時から予定されている場合があるが、株式交換の適格要件が、2次再編を進めるに際して障害となるようなときには、組織再編が中途半端となり効果的な組織再編の障害となる。そこで、株式交換税制では、完全親法人と完全子法人との間で特定の適格組織再編が行われることが予定されている場合には、当初の株式交換の適格要件を緩和する措置が規定されている。共同事業要件による適格株式交換を実施した後、最初の適格株式交換の適格性を維持しながら株式交換関税親法人を被合併法人とする適格合併を行うためには、①株式交換後に、完全子法人株式の100%を直接又は間接に保有していること、②株式交換から適格合併の直前まで完全親法人が完全子法人の発行済株式等の全部を直接に保有する関係が継続すること、及び③適格合併後に合併法人が完全子法人の発行済株式等の全部を直接又は間接に保有する関係が継続すること、各要件を満たす必要がある(法令4の2⑩二ロ)。従って、逆三角合併と同じ実質を得るための株式交換後合併では、③の要件を満たさないため、非適格組織再編となると考えられる。日興コーディアルグループとシティとの組織再編において、三角株式交換後に(株)日興コーディアルグループを存続会社とせず日本シティを存続会社としたのは、上記規定により、三角株式交換が非適格とされるおそれがあったためであると思われる。

を維持したままの買収は、現金による株式取得か三角株式交換となる。企業買収に併せて企業のリストラクチャリングを行う場合等、買収対象会社の法人格を維持したままでの合併等が要請されるときに、これを無条件に非適格とするのは問題であると考えられる。

第2節 インバージョン対策税制

1 概要

(1) 我が国のインバージョン対策税制

我が国のインバージョン対策は、1 つに、タックス・ヘイブン親会社の株式（特定軽課税外国法人株式）を交付する三角合併を非適格合併とすることにより、被合併法人が保有する資産の含み益に対して課税すること、2 つに、タックス・ヘイブンにある実体のない外国法人（特定軽課税外国法人）を通じて、組織再編前の内国法人の 5 以下の株主又は株主グループによりその内国法人の 80%以上を支配している場合に、特定軽課税外国法人に留保された所得のうち保有割合に見合う金額を当該株主の所得に合算することによって、我が国において蓄えられてきた（課税されてこなかった）含み益に対する課税を行うとともに、タックス・ヘイブンに所得移転・留保を行い我が国での課税を回避することを阻止する。前者については、組織再編税制において非適格とすることによって、後者は、従来のタックス・ヘイブン対策税制における合算の手法をタックス・ヘイブン親会社にまで拡大することによって、三角合併の解禁に伴い生じたコーポレート・インバージョンに対応している。

(2) アメリカのインバージョン対策税制

アメリカのインバージョン対策は、1 つに、内国歳入法 367 条において、資産の外国法人に対する移転に対して課税繰延を原則として行わないこと、2 つに、内国歳入法 7874 条において、従来の内国法人の株主が、実質的な事業活動を行っていないタックス・ヘイブンの外国法人を通して、その内国法人の 60%以上を支配している場合には、一定の場合に繰越欠損金や外国税額控除等による相殺を制限し、80%以上を支配している場合には、当該タックス・ヘイブン親会社を内国法人とみなして課税することによって、コーポレート・インバージョンに対応している。

2 適用範囲

(1) 日本

我が国のインバージョン対策税制は、5 以下の株主又は株主グループによって 80%以

上支配されている場合に、タックス・ヘイブン親会社に留保された所得を当該株主等の所得に合算することとされているように、同族会社によるコーポレート・インバージョンのみを想定しており、上場企業によるインバージョンは想定されていないと考えられる。例えば、6人目以降の株主又は株主グループによって初めて80%以上の支配となる場合には合算課税されることはないことになるため、多数の個人株主が想定される上場企業においては、通常、当該合算税制が機能することはないと考えられる。

(2) アメリカ

アメリカにおけるインバージョン対策は、アメリカ国内の株主によって60%以上ないし80%以上支配されていることを要件としており、日本のような、5以下の株主又は株主グループといった、支配している株主の人数に関する規定がないことから、多数の個人株主が存在するような上場企業であっても適用されることが想定されている。

(3) 問題点

これについては、日本の証券市場に上場している日本企業にとっては、税制以外にも種々の障壁があるために、アメリカと同様のコーポレート・インバージョンが問題にならないと考えられるからである。例えば、日本企業がコーポレート・インバージョンを行い、タックス・ヘイブン親会社を中心とした企業グループとした場合、当該日本企業の株主であった者は外国会社の株主となるが、当該株主は証券会社に外国証券取引口座を開設する必要がある、開示される財務諸表が円建てでなくなるおそれがあるなどの問題があり、バミューダ諸島を利用したアメリカ企業のインバージョンのようにはいかないおそれがある⁵⁷。

むしろ、内国法人株式を外国法人株式に転換して国外財産化することによって相続税を回避するなど、同族企業によるインバージョンが行われる可能性が高いため、インバージョン対策税制の対象を同族企業に絞ったことは、現状は、問題ないと考えられる。

ただし、5人以下で80%という基準は、あまりに狭いと考えられる。5人の株主で79%支配に抑えることも可能であると考えられるし、80%の支配が79%の支配になったところで、株主総会の普通決議（過半数）どころか特別決議（3分の2以上）を通すことができるのであるから、納税者にとってはほとんど不都合が無くこれを行うことができる。

⁵⁷日米の類似性からコーポレート・インバージョンが活発化するおそれがあると論じているものとして、西本靖宏「インバージョンの変遷と対応策－アメリカ連邦租税法における議論を中心として」税務弘報 Vol.56No.13などが挙げられる。

なぜ 80%以上の支配に限定するのか、50%超や 3 分の 2 以上ではダメなのか等についても疑問が残る。

3 インバージョンの類型と課税方法

(1) インバージョンの類型

我が国のインバージョン対策税制とアメリカのインバージョン対策税制を比較すると、日本における非適格合併による含み益に対する課税と、アメリカの内国歳入法 367 条による譲渡損益課税とが、組織再編時の移転資産への課税という点で類似しており、また、タックス・ヘイブン親会社の所得の合算課税とアメリカの内国歳入法 7874 条における 80%インバージョンとが、タックス・ヘイブン親会社に移転・留保された所得に対する課税という点で類似した税制であると考えられる。我が国においては、一定期間(組織再編から 10 年間)に実現した含み益について、繰越欠損金や外国税額控除等によって相殺できないとするアメリカの内国歳入法 7874 条における 60%インバージョンに相当する税制がないと考えられる。

(2) 留保所得への課税方法

日米のインバージョン対策税制で最も異なるのは、80%インバージョンの際の課税方法にあると考えられる。我が国では、株主に対して課税するという合算課税の範囲の拡大によって対応しているが、アメリカにおいては、外国法人を内国法人とみなして課税している。日米とも、法人の居住地の判定について設立準拠地基準⁵⁸を採用しているが、アメリカでは 80%インバージョンの場合に例外的に外国を設立準拠地とする法人を内国法人としている。

(3) 問題点

そもそも、コーポレート・インバージョンの目的を考慮すると、インバージョン時の含み損益への課税を回避することよりも、むしろ将来の所得に対する課税を回避することを主眼としていると考えられる⁵⁹ことから、我が国も 60%インバージョンに相当する税制を導入しなければならないという明確な理由は見当たらない。

むしろ、問題となるのは、インバージョン後に行われる、タックス・ヘイブン親会社への所得移転・留保である。これに対応するため、我が国では、タックス・ヘイブン対

⁵⁸ 日本においては、内国法人を「国内に本店又は主たる事務所を有する法人をいう。」(法法 2 三)と定義しているように、本店所在地基準を採用しているが、これは、設立準拠地基準の一種であると考えられる。

⁵⁹ 前出(7)93 頁。

策税制における留保所得の合算と同じような形で、タックス・ヘイブン親会社の株主(特定関係株主等)の所得に合算することとしているが、アメリカでは、このようなタックス・ヘイブン親会社を内国法人とみなして課税している点で異なる。我が国のインバージョン対策税制による課税方法の場合、特定関係株主等以外の株主については課税されないことから、タックス・ヘイブン親会社の留保所得の最大 20%については課税されないことになるが、アメリカの 80%インバージョンに該当する場合、留保所得全額に課税されることになる。一方、法律上の外国法人であるタックス・ヘイブン親会社を内国法人とみなして課税する方法は、課税権の侵害等の問題が生ずると考えられる。

第5章 クロスボーダー三角合併税制の今後の対応

第1節 適格要件の問題と対応

1. 当事者の問題

我が国の組織再編税制においては、50%超グループ内組織再編でない場合には、合併当事者に事業関連性があることを適格要件の1つとしているため、ペーパーカンパニーやSPCを存続会社とする合併は非適格合併となり、消滅会社の資産の含み益に課税されることになる。また、外国企業が国内企業を買収する場合には、現金による株式買取か、若しくは、三角合併等による買収しか認められておらず、クロスボーダーの株式交換は会社法上認められていない。

外国企業が日本企業を買収する際に、株式交換と同様の経済効果をもたらす企業買収としては、SPC等を国内に設立した上で、当該SPC等を存続会社とした三角合併を用いる方法が考えられる。そのため、三角合併を目的としたSPC等を存続会社とした三角合併には、実務上の要請があると考えられる。クロスボーダーの株式交換の代替として三角合併を用いることを考えた場合、内国法人間では株式交換を用いることで一定の要件の下に課税繰延が認められ、外国企業による場合にはSPC等を用いた三角合併を用いるしか方法が無く、従って、課税繰延が認められないというのは、内外無差別の原則に反することになる。特に、「日米規制改革及び競争政策イニシアティブに基づく日本国政府への米国政府要望書」（2004年）や、「日本の規制改革に関するEU優先提案」（2004年）等において、クロスボーダーの株式交換について課税繰延を認める旨の要望が出されており、三角合併の解禁は、この要望に応えるものと期待されていると考えられるが、現状の三角合併税制が、「税に対して中立的な株式交換」（「日本の規制改革に関するEU優先提案」（2004年））の代替として機能しているとは言い難いと考えられる。

また、50%グループ内での組織再編であれば事業関連性要件を必要としないことから、まず、TOBにより50%超の株式を現金で取得し、50%グループ内に取り込んだ後に三角合併を行うという手段が考えられる。しかし、これによった場合、買収対象企業の少なくとも過半数の株式を現金で取得せねばならず、現金を用いずに株式発行で企業買収を行うことができるという三角合併のメリットが大きく減殺されることになる。

一方で、事業実態のない会社を当事者とする組織再編行為に対して無条件に課税繰延を認めてしまうと、これを用いた租税回避を容易にしてしまうおそれがある。特に、クロスボーダーの組織再編については、ペーパーカンパニーを用いたコーポレート・インバージ

ョンの可能性も含め、租税回避の余地を増やすことになりかねない。アメリカでも、判例法により事業目的原理が確立され、租税負担の軽減以外の事業目的が無い組織再編については、課税繰延を認めていないという点で、我が国の事業関連性要件と類似した考え方をもっていると思われる。企業グループ内の組織再編でないのだから、事業関連性がある場合のみに限って、移転資産に対する支配が再編成後も継続すると考えることには合理性があるといえる。

したがって、事業関連性要件の判定においては、SPC 等を用いる三角合併について、法的な合併当事者である合併法人と被合併法人との事業関連性のみを形式的に判定するのではなく、合併親法人の事業との関連性も考慮して、事業関連性を判定することとすべきではないかと考えられる。SPC 等を存続会社とする三角合併は株式交換と同様の実態を形成するものであることから、株式交換における事業関連性要件の判定と同様に、合併親法人の事業と被合併法人の事業との間に事業関連性があれば、この要件を満たすとするのが適切である。

さらに、三角合併を、合併対価として親会社株式を交付する合併として、合併法人と被合併法人とを合併当事者と捉える会社法の考え方を、組織再編税制においても踏襲していることから、合併法人において、取得した合併親法人株式の含み益に課税されることになっている。適格合併として課税繰延を認められ、無税による組織再編が認められているにも関わらず、当該含み益に課税されるのは適切でない。なぜなら、三角合併は、企業グループベースでみると、親会社と買収対象会社との合併と変わりなく、このような合併においては課税されないし、また、親会社から子会社に対して親会社株式を移転しただけでは、企業グループとして付加価値を生み出しておらず、従って、付加価値を生み出していないものに対して課税するのは適切でないと考えられるからである。アメリカにおける三角合併の税務処理は、親会社と買収対象会社との合併をまず仮定し、この後に、買収対象会社の資産を子会社にドロップ・ダウンしたものととして処理することから、子会社において合併親法人株式の含み益に対する課税がされないことになっている。このような扱いを我が国においても導入すべきである。

2. 逆三角合併

上述の通り、クロスボーダーの株式交換が認められていないため、外国企業による株式を対価とした日本企業の買収には、三角合併又は三角株式交換を用いるしかない。買収対象企業の業種によって、その法人に対して事業の許認可等が与えられている場合もあるし、

買収対象企業のブランド等が買収目的である場合や、買収対象企業が持つ譲渡困難な無形資産が目的の場合なども考えられるが、このような場合に、買収対象を消滅会社とする三角合併を用いることはできない。三角株式交換を用いれば、買収対象の法人格を消滅させることなく買収することができるが、過剰な分社化は管理コストを増大させることになり、効率的な会社経営を行うためには、合併等の組織再編を行う必要がある。

我が国の会社法においては、三角株式交換と、その後の逆さ合併を組み合わせることで、逆三角合併と同様の実態を得ることができるが、このような二次再編が予定される三角株式交換は適格要件を満たさないと解される。よって、我が国においては、逆三角合併について課税繰延が認められていないといえる。順三角合併は課税繰延が認められ、逆三角合併については課税繰延が認められない合理的な理由はないと考えられることから、このような、三角株式交換後の逆さ合併についても適格要件を満たすようにすべきである。

3. 段階的な組織再編への対応

上述 1. 及び 2. の問題は、いずれも、複数の段階にまたがる組織再編への対応が不十分なために生じる問題であると考えられる。すなわち、SPC 等を利用した三角合併は、①三角合併のために SPC 等を設立し、②当該 SPC 等を存続会社とした三角合併を行う、という 2 段階にまたがった取引によって、実質的には、株式交換と同様の経済的実質を得る組織再編であると考えられるし、また、逆三角合併については、①三角株式交換のための SPC を設立し、②当該 SPC 等を株式交換完全親会社とする三角株式交換を行い、③三角株式交換の結果、完全子会社となった買収対象会社を存続会社とする吸収合併を行う、という 3 段階にまたがった取引によって、逆三角合併を実現する組織再編であると考えられる。これらの取引を別々のものとして捉えているがために、組織再編の途中の段階として設立した SPC 等に対して事業性及び事業関連性を求めたり、株式交換完全子会社を存続会社とする合併について適格要件を規定していないという問題が生ずると考えられる。

会社法においては、国境を越えた株式交換や逆三角合併について、直接的に規定はしていないが、このような段階取引による組織再編を容認することによって、株式を使った国際的な組織再編を行うことができるようにしていると考えられる⁶⁰。これに対して、税制

⁶⁰ 三角合併の解禁については、国際的な株式交換に対する要請があり（例えば、「日米規制改革及び競争政策イニシアティブに基づく日本国政府への米国政府要望書」においては、毎年のように、これに関する事項が取り上げられていた。）、その便法として、SPC 等を用いた国際再編ができると期待されていた（前出(10)18 頁）ことから、会社法において、このような組織再編は想定

は、すでに事業を行っている子会社を国内に有している場合でないとい適格要件を満たさない⁶¹としており、組織再編の柔軟化について限定的にしか受け入れていない。このような適格要件は、すでに日本に進出している外国企業の組織再編についてのみ課税繰延を認めることになるから、対日直接投資の促進にも貢献しない。また、外国企業が日本に新たに進出する際に、企業買収を無税で行うためには、まず、自ら一定の事業を行うという無駄を挟まなければならない。

これについては、会社法が容認している段階的な組織再編について、アメリカ判例法における段階取引原理や事業目的原理の考え方を適用することによって、対応することができると考えられる。すなわち、「組織再編の目的」と「できあがりの形」に着目した適格要件を導入し、実質判断を取り入れた上での組織再編行為の類型を規定するほうが、経済的実質に対して適切に課税を行うことができるのではないかと考えられる。段階的な組織再編について、企業が組織再編計画等を提出し、その計画が租税回避行為を目的とせず、かつ、課税繰延を認める一定の要件を満たす場合に、当該組織再編計画等の通りに組織再編が完了したときには、適格組織再編として課税繰延を認めてもよいのではないかと考えられる。

しかしながら、このように、課税制度の弾力化を図ることは、三角合併を利用した租税回避を容易にすることにもなる。そこで、不当な租税回避については、それを抑制する方法を追って検討する。

第2節 インバージョン対策税制と対応

1. 適用範囲の問題点

我が国のインバージョン対策税制は、前述の通り、同族企業によるコーポレート・インバージョンを想定したものとなっており、5以下の株主又は株主グループによって、タックス・ヘイブン親会社を通して内国法人を80%以上支配している場合について、当該株主の所得にタックス・ヘイブン親会社の所得を合算するという方法を取っている。アメリカの内国歳入法7874条との相違点としては、上場企業に対して適用されることが想定さ

されていたと考えられる。

⁶¹ 共同事業の三角合併の場合、適格要件の1つとして合併法人と被合併法人との間に事業関連性が求められ、その前提として、合併法人が事業を行っていることが必要となることから、三角合併による企業買収を目的として新設した子会社を用いた三角合併は、非適格となる（法規3①、②）。本稿第2章第2節4.(1)参照。

れないこと、及びタックス・ヘイブン親会社に留保された所得を株主の所得に合算することによって課税し、タックス・ヘイブン親会社そのものに対して課税がなされるわけではないこと、の2点が挙げられる。

まず、上場企業に対して適用されないという点については、現状では問題ないと考えられる。我が国の資本市場等を想定すると、コーポレート・インバージョンによって企業グループの頂点をタックス・ヘイブン親会社とすることによって、上場企業の株主が自ら外国証券取引口座を開設する等の手間の問題や、外国通貨財務諸表による開示の可能性等が指摘され、これらのデメリットを考慮すると、三角合併について株主総会決議を通らない可能性が高く、したがって、上場企業においてコーポレート・インバージョンが行われる可能性は著しく低いと考えられるからである。

しかし、経済活動や金融市場の国際化が急速に進展している現状や、国際財務報告基準（International Financial Reporting Standard.以下「IFRS」という。）の導入が目前に迫っているという状況を考えると、このような制約条件は早晚解消されると考えられることから、上場企業によるコーポレート・インバージョンが今後、活発化するおそれがある。

このような状況を考慮すると、5以下の株主又は株主グループによる80%以上の支配という要件は、いずれ、改める必要がある。上場企業も含めたコーポレート・インバージョンへの対応としては、アメリカと同様に、「5以下の株主又は株主グループによる」という要件をなくし、居住者又は内国法人による80%以上の支配という要件に改め、タックス・ヘイブン対策税制と同様に、5%以上を保有する株主に対して所得を合算するようにするのがよいと考えられる。

もっとも、そもそも、なぜ、80%以上の支配という要件であるのか、50%超や3分の2以上の支配という形ではいけないのか、という問題もある。しかし、インバージョン対策税制は運用されて日が浅く、適用上の問題事例も出てきていない。このような要件の是非については、今後の運用状況の様子を見て、問題が生じるようであれば、これに対応する形として、現状では、「5以下の株主又は株主グループ」という株主数の要件を外す程度にとどめておいて良いのではないかと考えられる。

2. 課税ベースと管理支配地基準

(1) 問題の所在

コーポレート・インバージョンの目的は、主として、インバージョン後における課税額の減少にあると考えられる。特に、我が国は、全世界所得主義を採用しており、内国

法人に対しては、国内源泉所得だけでなく国外源泉所得についても課税され、国外源泉所得についての国際的二重課税については、原則として、外国税額控除によって調整されることになっている⁶²。外国税額控除は、無制限の控除が認められているわけではないため、国外源泉所得に対する課税を回避するインセンティブがあるという点において、アメリカと同様の問題を負っていると考えられる。従来、内国法人が保有していた外国子会社株式を、タックス・ヘイブン親会社に移転させることで、外国子会社が稼得した所得について内国法人で課税されないようにするのが、コーポレート・インバージョンの主たる目的の1つであるが、アメリカにおいて問題とされてきたのと同様に、日本においてもこれが危惧される。

(2) 国内源泉所得主義への移行

コーポレート・インバージョンを行うインセンティブが、上述のように、全世界所得主義からもたらされるものであるのならば、国内源泉所得にのみ課税し、国外源泉所得には課税しなければ、コーポレート・インバージョンによる課税ベースの侵害はなくなると考えられる。では、我が国も、事業税のように、国内源泉所得についてのみ課税するようにすればよいと考えられるか。

全世界所得課税を国内源泉所得課税に変え、タックス・ヘイブン関係会社の所得合算を排除すると、課税ベースを縮小することになり、また、高い税率がかけられる国内源泉所得をタックス・ヘイブン親会社に移転するインセンティブがより高くなることから、タックス・ヘイブン親会社への所得移転・留保をより促進する結果を招きかねない。しかし、タックス・ヘイブン対策税制を維持したままであれば、コーポレート・インバージョンを行うインセンティブは依然として残ることになる。よって、国内源泉所得課税に変更することは有効でないと考えられる。

(3) 管理支配地基準の導入

次に、管理支配地基準の導入による対応が考えられる。管理支配地基準とは、法人の管理支配の中心が国内にある場合には、その法人を内国法人とするという考え方である

⁶² 平成 21 年度税制改正により、海外子会社から受け取る配当については課税しないことで国際的二重課税を排除することとし（法法 23 の 2）、間接外国税額控除は廃止されている。これにより、海外子会社については、国外所得免除方式によって国際的二重課税を回避していると考えられるが、タックス・ヘイブン対策税制による合算制度があるため、未だタックス・ヘイブン子会社については外国税額控除方式による二重課税の排除が行われている。そのため、外国子会社配当益金不算入制度によってコーポレート・インバージョンを行うインセンティブが失われたことにはならないと考えられる。

が、管理支配地基準の下では、コーポレート・インバージョンが意味をなさないと考えられる。すなわち、多くの場合、インバージョンによって企業集団の頂点となるタックス・ヘイブン親会社はペーパーカンパニーであると考えられるが、実態のないタックス・ヘイブン親会社は、管理支配地基準によれば、管理支配の中心が国内にあれば内国法人となるため、実態を変えずにタックス・ヘイブン親会社を頂点としたところで、税法上も従前の内国法人と同様に課税することができることになる。内国法人の判定は、税制の根幹をなすものであるから、管理支配地基準を法人税制全体に導入することは困難であるが、インバージョンに限ってこれを導入することも考えられる。アメリカの80%インバージョンでは、タックス・ヘイブン親会社を内国法人とみなして課税することとしているが、管理支配地基準を導入することで、これと同様に、タックス・ヘイブン親会社を内国法人として課税することができる。

しかし、管理支配地基準を導入しても対応できない問題もあると考えられる。第一に、何をもって「管理支配している」というかについての判定基準が問題となる。海外進出している企業において、一切の管理を国内の親会社が行っているとは想定できず、なんらかの管理業務は各国の事業所で行っていると考えられるが、管理支配地基準における「管理支配」を、どの程度の管理・支配とするかが問題となるし、管理支配地はどこかという判定が困難になることが想定される。第二に、より根源的な問題として、タックス・ヘイブン親会社がペーパーカンパニーでなく、実際に管理支配している場合には、一切の課税ができないことになることである。例えば、香港やシンガポールなどに親会社を設立することで、税負担の軽減を図るとともに、優秀なホワイトカラーを雇うことも可能であると考えられることから、ペーパーカンパニーとしてではなく、実際に管理業務を行わせる親会社とすることも可能であると考えられる。イギリスにおいては、本社をアイルランドに移転する企業が出てきている。これは、アイルランドは、税率が低く、国内源泉所得課税を採用しており、かつ、優秀なホワイトカラーを調達できるという条件が揃っているからである⁶³。我が国でも、香港、シンガポールなど、地理的に近く同様の条件が揃っている地域があり、イギリスと同様の問題が生じうると考えられる。

3. インバージョン対策の方向

我が国におけるコーポレート・インバージョンの主たる目的は、高い法人税率で全世界

⁶³ 西本靖宏「インバージョンの変遷と対応策-アメリカ連邦租税法における議論を中心として」税務弘報 2008年12月号 112頁。

所得に課税されることを回避することであると考えられる。現状は、税制以外にも多くの障壁があり、同族企業によるコーポレート・インバージョンのみが想定されているが、我が国の金融市場の発達や IFRS の導入などにより、今後、これらの障壁が緩和されていくことが予想され、上場企業によるインバージョンが行われるようになっていくおそれがある。

将来にわたって、コーポレート・インバージョンを防止するためには、コーポレート・インバージョンを行うインセンティブを無くすことが重要であり、法人税率の引き下げが最も本質的な解決策であると考えられる。法人税率の引き下げによる税収減に対応するためには、課税ベースの拡大が必要となる⁶⁴。具体的には、例えば、50%超の支配関係を有している外国関係会社（子会社に限らず、親会社等を含む）との間の債権債務にかかる支払利息や、無形資産に係る使用料を損金不算入とすることが考えられる⁶⁵。この手法によると、課税ベースが拡大するだけでなく、タックス・ヘイブン親会社への所得移転を行いにくくすることができ、コーポレート・インバージョンの防止に有効であると考えられる。

第3節 租税回避行為への対応

1. クロスボーダー組織再編と租税回避

企業の国際化、多角化が高度に進展していく中で、企業が競争を勝ち抜いていくためには、M&A やリストラクチャリングによる組織再編が必須であり、それは国内での再編に留まらず、クロスボーダーの組織再編が大きな問題になると考えられる。企業価値を高め、もって国民経済に寄与する組織再編を税制が阻害しないために、また、外国資本の誘導や外国企業の日本への進出を阻害しない組織再編税制を構築するために、本章第1節においては、主として、クロスボーダー三角合併の適格要件の緩和を緩和することにより、外国企業を頂点する企業グループの組織再編における課税繰延の拡大について論じてきた。

しかしながら、クロスボーダーの取引においては、複数の国家の税制の相違を利用して、租税回避が行われることが多く、また、組織再編税制においては、一定の要件の下に課税繰延を認めることから、クロスボーダーの組織再編では、コーポレート・インバージョンをはじめとする租税回避行為が行われるおそれがある。適格要件の緩和による課税繰延の

⁶⁴ 課税ベースの拡大のほか、消費税など他の税目による歳入の確保も考えられるが、ここでは消費税等については触れない。

⁶⁵ 前出(7)95頁。

拡大は、クロスボーダーの組織再編を利用した租税回避行為を容易にすることになる。

組織再編の活発化や外国資本の誘導等、投資促進を目的とした租税負担の緩和制度は、必然的に、それを利用した租税回避を行うインセンティブを持たせることになるため、このような課税緩和と租税回避とは、コインの裏表のようなものであり、租税回避の問題が生じるのは宿命であると考えられる。しかし、これを無制限に放置することはできず、租税回避行為を抑制する必要がある。

2. 租税回避の抑制方法

(1) 個別否認と包括的否認

租税回避行為の抑制方法としては、①租税回避行為について個別に否認する方法（個別的否認規定）と②租税回避一般について包括的に否認する方法（包括的否認規定）の2つが考えられる。

我が国の組織再編税制においては、基本答申で「組織再編成の形態や方法は、複雑かつ多様であり、資産の売買取引を組織再編成による資産の移転とするなど、租税回避の手段として濫用されるおそれがあるため、組織再編成に係る包括的な租税回避防止規定を設ける必要がある」として、法人税法 132 条の 2 に組織再編成に係る行為又は計算の否認を規定しており⁶⁶、「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるものがあるとき」に否認する規定が存在する。

一方、アメリカでは、一般的な租税回避の否認規定は存在しないが、次々と開発される租税回避的取引に対抗するため、様々な個別的否認規定が制定されてきた。また、取引の実態と形式が一致しない場合は、個別的否認規定が存在しなくても、実態に従った課税を行うという実質主義(substance over doctrine)が判例上認められている。

(2) 法人税法 132 条の 2 の適用

法人税法 132 条の 2 による行為・計算の否認規定は「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるものがあるとき」という不確定概念を用いており、また、裁判例の蓄積も十分でない。アメリカのように、多くの個別的否認規定や判例法が集合体として機能している場合には、それぞれの規定が対象としている濫用的な取引がどのようなものなのかを概ね理解することができるが、我が国のような不確定概念を用いた否認規定であって、裁判例も十分でない場合には、どのような取引が濫用として想定され

⁶⁶ 同様に、所得税法 157 条 4 項、相続税法 64 条 4 項にも、組織再編税制に係る行為計算否認規定がおかれている。

ているのかわからず⁶⁷、予測可能性を損なうこととなる。

しかし、だからといって法人税法 132 条の 2 による否認は我が国になじまないということにはならない。この点、アメリカで議論されてきた判例原則が、我が国において法人税法 132 条の 2 の規定を運用していく上での示唆となると考えられる。特に、組織再編税制において問題となりやすいものとして、段階取引原理や事業目的原理、投資持分継続性原理、事業継続性原理などがある⁶⁸。本章第 1 節において、段階取引原理と事業目的原理を用いた、組織再編の「目的」と「できあがりの形」による適格要件の必要性を論じたが、これらの原理が適格要件を構成することになるとともに、これらの原理に反する取引を租税回避的行為として否認することもできると考えられる。組織再編においては、特に、分割と合併など、複数の組織再編行為を組み合わせることによって租税回避を行うことが想定されることから、これらを一体的に見て租税回避行為かどうかを判定する段階取引原理や、これら一連の取引に租税負担の軽減以外の経済合理性が存在するかどうかを判断する事業目的原理について、我が国でも検討する意義があると考えられる⁶⁹。

(3) 個別的否認規定の限界と包括的否認規定の必要性

租税回避への対応としては、ひとつには、我が国における法人税法 132 条の 2 や、アメリカにおける否認規定などのように、個別的否認規定を充実させることによる租税回避行為の否認が考えられる。個別的否認規定による否認の論拠としては、「租税法律主義のもとで、法律の根拠なしに、当事者の選択した法形式を通常用いられる法形式にひきなおし、それに対応する課税要件が充足されたものとして取り扱う権限を租税行政庁に認めることは困難である。また、否認の要件や基準の設定をめぐって、租税行政庁も裁判所もきわめて複雑なそして決め手のない負担を背負うことになろう。従って、法律の根拠がない限り租税回避行為の否認は認められないと解するのが、理論上も実務上も妥当であろう。もちろん、このことは租税回避行為が立法上も容認されるべきことを意味しない。新しい租税回避の類型が生み出されるごとに、立法府は迅速にこれに対応し、個別の否認規定を設けて問題の解決を図るべきであろう。」⁷⁰と指摘される。

⁶⁷ 渡辺徹也「企業組織再編税制—現行制度における課税繰延の理論的根拠および問題点等」租税研究 687 号 49 頁。

⁶⁸ 本稿第 3 章第 1 節 41 頁参照。

⁶⁹ 大石篤史「M&A における租税回避問題の検討〔上〕」商事法務 1710 号 44 頁。

⁷⁰ 金子宏「租税法（第 13 版）」（弘文堂）2008 年 112 頁。

しかし、経済のグローバル化、複雑化の中で、租税回避行為の開発は後を絶たず、個別的否認規定を設けるだけでは、税制が後追いになるだけで租税回避行為の防止的機能を果たさない。また、後追いで設けられた個別的否認規定が税制を複雑にし、タックスコンプライアンスコストを上昇させるとともに、さらなる租税回避の余地を生むという負の連鎖に陥ってしまう⁷¹。

また、組織再編における租税回避行為の1つとして、コーポレート・インバージョンが考えられるが、コーポレート・インバージョンのような取引は、前述の通り、組織再編時における租税負担の軽減よりも、組織再編後に、租税負担を軽減する仕組みを作ることが主たる目的であるため、法人税法132条の2の「組織再編成に係る」行為計算の否認では、インバージョン後の租税回避について否認できないおそれがある。さらに、コーポレート・インバージョンは、法人における税負担の軽減のみならず、株主段階での所得税の負担軽減や、内国法人株式を外国法人株式（国外財産）に転換することで、相続税を回避しようとする場合にも用いられるおそれがあり、法人税法による否認規定では必ずしも十分ではないと考えられる。

このような個別的否認規定の問題を克服するためには、包括的否認規定の存在が必要であると考えられる。

(4) 包括的否認規定の問題点

包括的否認規定の問題点は、ひとえに、租税法律主義における法的安定性と予測可能性についての問題である。「租税法律主義のもとで、法律の根拠なしに、当事者の選択した法形式を通常用いられる法形式にひきなおし、それに対応する課税要件が充足されたものとして取り扱う権限を租税行政庁に認めることは困難である。」⁷²とされるように、課税庁に包括的な否認権限を与えると、納税者にとっての法的安定性と予測可能性が害されると考えられる。

しかしながら、租税法律主義上の「法律の根拠」については、現行のような同族会社等の行為又は計算の否認（法法132）を他の場合にも統一して包括的な否認規定を設けるべきと考えるのであるから、かかる包括的な否認規定が「法律の根拠」となり得るはずである⁷³。

⁷¹ 森信茂樹「米国法人実効税率の低下とタックスシェルターへの対応」租税研究687号59頁。

⁷² 前出(72)112頁。

⁷³ 品川芳宣「租税回避行為に対する包括的否認規定の必要性とその実効性」税務事例Vol41 No.9. 39頁。

また、「否認の要件や基準の設定をめぐる、租税行政庁も裁判所もきわめて複雑なそして決め手のない負担を背負うことになる。」⁷⁴との危惧もあり得るが、現行の同族会社等の行為又は計算の否認規定については、すでに数多くの裁判例が集積しており、この集積と学説の進展を反映して、適用上の大きな弊害があるとは考えられない⁷⁵。仮に、弊害が大きいのであるのならば、そもそも法人税法 132 条等についても適用上の問題点があるという指摘にもつながることになる。

(5) 今後の対応

上述の通り、租税回避行為の抑制は、個別的否認規定と包括的否認規定のどちらにも利点と問題点があり、両方から租税回避行為への対応を充実していく必要がある。我が国においては、具体的な個別的否認規定を充実させていくことも重要であるが、高度に複雑化し、複数の税法の規定を総合的に利用して行われる租税回避行為への対応については、包括的否認規定が必要になると考えられ、国税通則法上に一般的な否認規定を設ける等の措置が必要となると同時に、その適用についても指針を形成していく必要がある。包括的否認規定の適用については、課税庁側の一方的な解釈・認定に委ねることなく、納税者が英知を尽くし、公正な司法上の判断に委ねることで、裁判例として蓄積されていき、実務にフィードバックされ、指針を形成していくことになる⁷⁶。これによって、包括的否認規定の運用における納税者の予測可能性、法的安定性が確保される必要がある。

⁷⁴ 前出(72)112 頁。

⁷⁵ 前出(75)39 頁。

⁷⁶ 前出(75)39 頁。

終わりに

本稿においては、クロスボーダー三角合併の課税問題について、主として、三角合併の適格要件とインバージョン対策税制を、アメリカの税制と比較して論じた。我が国の組織再編税制は、適格要件が厳格すぎる等、組織再編における課税繰延を認める余地が少ないために、M&A やリストラクチャリングを阻害しかねないだけでなく、外国資本の誘導、対日直接投資の促進という観点からも問題がある。これらの問題について、アメリカの組織再編税制と対比し、適格要件の緩和による課税繰延の拡大によって、外国企業の日本進出を促阻害しないような税制の構築について論じた。また、インバージョン対策税制について、我が国の証券市場の状況等から考え、同族企業のみを対象としたインバージョン対策でよいのか、また、今後、上場企業をも対象としたときに、どのようなインバージョン対策税制があるべきなのか、さらに、インバージョンを行うインセンティブをなくすために税制はどうあるべきなのかについて論じた。

経済活動が高度に国際化していく現代経済社会において、企業が国際競争に勝ち残っていくためには、企業の付加価値を高めることが必須であり、企業の付加価値向上のための組織再編は、国内に留まらず、グローバルに行うことが必須になっていくと考えられる。また、企業の付加価値向上は、国民経済にとっても有益なことであり、企業価値を向上させるための M&A、リストラクチャリングを阻害しない組織再編税制は、長期的に見れば、国民経済を豊かにし、結果として、税収の増加にもつながることになる。このような組織再編を促進するような税制とまではいかなくとも、それを阻害しない税制の構築が今後ますます重要になる。

一方で、企業の経済活動や金融市場が高度に国際化するほど、国境を超える取引による租税回避行為が横行する可能性が高くなる。金融市場の国際化や IFRS の導入は、上場企業によるコーポレート・インバージョンを行いやすくすることにもつながるため、これを防止するための税制の構築はますます重要となる。

クロスボーダーの組織再編の促進や外国企業の日本進出による対日直接投資の促進を求め一方で、このような組織再編行為を利用した租税回避行為を抑制することは困難であると考えられる。しかし、租税回避行為を放置しておくことは、我が国の税収を減少させるだけでなく、課税の公平性やタックス・コンプライアンス上も問題があり、租税回避をいかに抑制し、否認するかは重要な問題である。このような問題に対しては、包括的な否認規定によ

る方法を採用することによって対応していかざるを得ない。

組織再編に関する課税と国際的な租税回避スキームとを別個に検討するのではなく、これらを一体的にみて対応策を検討していくとともに、個別的な否認規定による対応のみならず、包括的否認規定の可否も含めて検討していくことが必要なのではないかと考えられる。特に、クロスボーダーの組織再編に関する税制は、三角合併の解禁によって利用できるようになったものであり、導入されてから日が浅い。理論的な検討だけでなく、課税庁、納税者ともに英知を尽くし、裁判例を蓄積していくことにより、今後、より適切な税制が構築されていくことが期待される。

参考文献

Office of Tax Policy, Department of the Treasury, U.S.A.

“Corporate Inversion Transactions : Tax Policy Implications”, May 2002,

相澤哲「合併等対価の柔軟化の実現に至る経緯」商事法務 1801 号

相澤哲「合併等対価の柔軟化の実現とその経緯」MARR2007 年 7 月号

相澤哲ほか「合併等対価の柔軟化の施行に伴う

「会社法施行規則の一部を改正する省令」商事法務 1800 号

石綿学「三角組織再編をめぐる実務上の諸問題」商事法務 1832 号

伊藤公哉「アメリカ連邦税法(第 4 版) 所得概念から法人・パートナーシップ・信託まで」

2009 年・中央経済社

江頭憲治郎「株式会社法(第 2 版)」2008 年・有斐閣

江頭憲治郎「「会社法制の現代化に関する要綱案」の解説 [I] [VII]」

商事法務 1721 号・1728 号

大石篤史「M&A における租税回避問題の検討 [上] [下]」商事法務 1710 号・1711 号

大石篤史ほか「三角合併の実務対応に伴う法的諸問題」商事法務 1802 号

大石篤史・小島義博・小山浩「税務・法律を統合した M&A 戦略」2009 年・中央経済社

大隅健一郎「会社法の諸問題 新版」1983 年・有信堂

太田達也「三角合併制度の活用と会計上の諸問題」税経通信 2007 年 8 月号

岡村忠生編「新しい法人税法」2007 年・有斐閣

落合誠一「国際的合併の法的対応」ジュリスト 1175 号

小川一夫「三角組織再編における会計・税務の概要と論点」企業会計 Vol.59No.8

荻野敦史・應本健「三角合併に関する実務上の問題点と買収防衛策としての活用」

MARR2007 年 8 月号

小田嶋清治「国際取引・国際投資」2009 年・中央経済社

落合誠一「合併等対価の柔軟化と M&A 法制の方向性」企業会計 Vol.59No.8

金子宏「租税法(第 13 版)」2008 年・弘文堂

監査法人トーマツ編「企業再編ーリストラの法律・会計・税務 (第 6 版)」2003 年・清文社

菊谷正人・依田俊伸「三角合併の課税上の問題点」税経通信 2007 年 4 月号

菊池伸・布施伸章・税理士法人トーマツ編

- 「企業再編 法律・会計・税務と評価」2008年・清文社
- 久保田政一「三角合併解禁と日本のM&A法制への経済界の要望」MARR2007年8月号
- 斉藤憲一・田中信隆「組織再編行為—対価の柔軟化、簡易組織再編行為、
略式組織左辺行為—」商事法務1724号
- 佐々木浩「合併等対価の柔軟化と組織再編税制の見直し」MARR2007年7月号
- 佐々木浩「平成19年度の法人税関係の税制概要の概要
—組織再編成、信託関係等を中心に—」商事法務1802号
- 佐藤康治「三角合併に関する組織再編税制の概要」
トーマツリサーチセンター会計情報 Vol.372
- 品川芳宣「租税回避行為の否認と仮装行為の否認
—両者の関係と私法上の契約を否認できる限界—」税理2006年12月号
- 品川芳宣「租税回避行為に対する包括的否認規定の必要性和その実効性」
税務事例 Vol.41No.9
- 証券税制研究会編「企業行動の新展開と税制」2006年・日本証券経済研究所
- 多久島逸平「合併対価の柔軟化の施行に伴う会社法施行規則改正案の概要」
MARR2007年5月号
- 谷川達也・清水誠「シティグループと日興コーディアルグループによる
三角株式交換等の概要(上)(下)」商事法務1832号・1833号
- 中里実「タックスヘイブン親会社」税研125号
- 中山龍太郎「外国会社による三角合併利用に係る実務上の課題」商事法務1802号
- 奈良輝久・山本浩二・清水建成・日下部真治「M&A法制の羅針盤」2007年・青林書院
- 西村高等法務研究所編「M&Aの新展開—三角合併解禁を契機として」2007年・商事法務
- 西本靖宏「インバージョンの変遷と対応策—アメリカ連邦租税法における議論を中心として」
税務弘報 Vol.56No.13
- 西本靖宏「三角組織再編に対する課税についての一考察」ジュリスト No.1302
- 延平昌弥「三角合併」税経通信2007年6月号
- 延平昌弥「三角合併制度の活用と税務上の諸問題」税経通信2007年8月号
- 長谷川芳孝「三角合併に関する税制改正の動向」MARR2007年2月号
- 葉玉 匡美「上場企業における三角合併を使ったM&A戦略」MARR2007年5月号
- 藤田友敬「企業再編対価の柔軟化・子会社の定義」ジュリスト No.1267

前田庸「会社法（第 11 版）」2006 年・有斐閣

増井良啓・宮崎裕子「国際租税法」2008 年・東京大学出版会

水野忠恒「政府税制調査会「平成 19 年度の税制改正に関する答申」について
—与党「税制改正大綱」との比較を中心に—」税経通信 2007 年 2 月号

緑川正博「組織再編」税研 136 号

森信茂樹「米国法人実効税率の低下とタックスシェルターへの対応」租税研究 687 号

森田果「ファイナンスからみた企業買収」商事法務 1728 号

森信茂樹「新会社法と租税回避問題—三角合併を中心に—」
フィナンシャル・レビュー2006 年 7 月号

弥永真生「会社法(第 11 版)」2007 年・有斐閣

山本守之「平成 19 年度税制改正の重要点」税経通信 2007 年 2 月号

横山淳「三角合併の実務上の課題—手続き・開示面を中心に」企業会計 Vol.59No.8

渡辺徹也「企業組織再編成と課税」2006 年・弘文堂

渡辺徹也「三角型組織再編成と課税」租税研究 709 号

渡辺徹也「三角合併に関する平成 19 年度税制改正」MARR2007 年 7 月号

渡辺徹也「組織再編税制—現行制度における課税繰延の理論的根拠および問題点等—」
租税研究 687 号

渡辺徹也「企業取引と租税回避—租税回避行為への司法上及び立法上の対応」
2002 年・中央経済社

座談会 「会社法における合併等対価の柔軟化の施行」商事法務 1799 号