租税資料館賞受賞論文集
第 19 回（2010 年）

上巻

公益財団法人 租税資料館

租税資料館賞　第19回入賞作品

●上　巻

論文の部

「所得税の重税感―『日本版総合的社会調査』個票データによる諸要因の分析―」
稿　者　大野 裕之　氏　（東洋大学経済学部教授）・・・・・・・・・・・第20回論文集に掲載予定

「法人税の課税根拠と多様化する事業形態に対する課税ルール」
稿　者　関根 美男　氏　（税理士）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・上巻（33）

「相続税法における営業権の財産価値とその評価」
稿　者　冨山 恭道　氏　（公認会計士・税理士/早稲田大学大学院 院生）・・・・・上巻（111）

租税資料館奨励賞の部

「相続税・贈与税における財産評価に関する一考察」
稿　者　越後 浩二　氏　（明治大学専門職大学院 院生）・・・・・・・・・・・・・・・・上巻（223）

「租税法規不遡及の原則」
稿　者　大野 利郎　氏　（名古屋商科大学大学院 院生）・・・・・・・・・・・・・・・・上巻（285）

「ＲＥＩＴ税制の国際的側面についての基礎的考察」
稿　者　恩田 哲保　氏　（筑波大学大学院 院生）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・上巻（367）

「相続税における時価と納税に関する一考察」
稿　者　清野 修　氏　（国士舘大学大学院 院生）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・上巻（435）

●中　巻

「銀行業を営む外国法人の支店に対する課税について」
稿　者　高尾 尚明　氏　（大阪経済大学大学院 院生）・・・・・・・・・・・・・・・・中巻（3）

「相続財産の移転に伴う課税関係」
稿　者　竹城 輝彦　氏　（立教大学大学院 院生）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・中巻（63）

「米国ＬＬＣに係る我が国税務上の取扱いに関する考察」
稿　者　田中 友紀　氏　（新潟大学大学院 院生）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・中巻（169）

「クロスボーダーレポ取引と課税」
稿　者　中嶋 美樹子　氏　（関西大学大学院 院生）.....中巻（267）

「相続税法における信託課税規定の射程の検討」
稿　者　成田 武司　氏　（専修大学大学院 院生）.....中巻（323）

「後発的事由による更正の請求についての考察」
稿　者　根本 昌幸　氏　（新潟大学大学院 院生）.....中巻（387）

●下　巻

「租税法規不遡及の原則についての一考察」
稿　者　野村 政彰　氏　（富士大学大学院 院生）.....下巻（3）

「クロスボーダー三角合併の課税問題」
稿　者　布施 恭祐　氏　（早稲田大学大学院 院生）.....下巻（177）

「土地建物等の譲渡損失の損益通算廃止をめぐる税制改正の問題点」
稿　者　堀　勝己　氏　（名古屋経済大学大学院 院生）.....下巻（277）

「債権譲渡担保をめぐる国税徴収法秩序と私法秩序の競合問題」
稿　者　矢野 幸治　氏　（大分大学大学院 院生）.....下巻（361）

「所得分類における二重利得法の再考」
稿　者　吉川 貴之　氏　（青山学院大学大学院 院生）.....下巻（453）

租税資料館賞授賞式

第１９回租税資料館授賞式が１１月１９日（金）、東京・新宿区のリーガロイヤルホテル東京で行われ、会場には受賞者の他、受賞作品の出版元である　(株)税務経理協会代表取締役社長他７名のご来賓をはじめ、当財団役員等が列席した。

河﨑照行租税資料館代表理事が、受賞者に表彰状を贈呈し、挨拶を行った。



前列左より 河﨑照行代表理事、青野勝広氏、大淵博義氏、中村雅秀氏、本庄資氏、大野裕之氏、関根美男氏、冨山恭道氏、岸田貞夫選考委員長。２列目左より 越後浩二氏、大野利郎氏、恩田哲保氏、清野 修氏、高尾尚明氏、竹城輝彦氏、田中友紀氏、中嶋美樹子氏。後列左より 成田武司氏、根本昌幸氏、野村政彰氏、布施恭祐氏、堀 勝己氏、矢野幸治氏、吉川貴之氏。

●租税資料館賞　第19回入賞作品

著書の部

青野　勝広　著
「不動産の税法と経済学」
（株式会社　清文社　2008 年 9 月刊）　※本誌未掲載

本書は、経済学や税法をベースとしつつ、譲渡所得税を中心に固定資産税、相続税、不動産取得税を分析するとともに、改革案を提示した不動産税制に関する包括的な研究である。

第１章では、先行研究による売却時中立型の土地譲渡所得税の提案を比較し、その問題点を明らかにする。具体的には、「含み益利子税付き譲渡所得税」や、「精密型」売却時中立課税、「清算型」売却時中立型、及び売却時中立課税の問題点を指摘している。第２章で、先行研究の「新譲渡所得税の死亡時課税」の問題点を指摘し、個人に対してのみ適用できる新しい譲渡所得税の死亡時課税を提案する。第３章では、法人に対する「含み益利子税付き譲渡所得税」との併用を提示している。第４章では、法人の５年超の保有について「含み益利子付き譲渡所得税」を課す提案を行っている。第５章では、二重利得法と土地譲渡との関連を分析し、二重利得法は譲渡所得税の繰延べには役にたたないとし、税率を問題にする。第６章では、相続の単純承認、限定承認の問題点、みなし譲渡所得税、凍結効果等について、第７章では、不動産取得時の税の凍結効果、第８章では、固定資産税等の評価の問題等をとりあげ、さまざまな政策提言をおこなっている。なお、これらの議論を行う枠組みとしては、我が国の不動産関連課税の凍結効果を論じるのに伝統的に用いられてきたモデルを利用している。

本書は、非常に広範な観点から不動産関連税制の凍結効果への影響を分析している。特に評価できる点は、個人に対する「新譲渡所得税の死亡時課税」や法人に対する「含み益利子付き譲渡所得税」等の新しい提案を行っている点である。また、従来の分析ではあまり取り上げられてこなかった二重利得法、相続の単純・限定承認、不動産取得税・登録免許税および固定資産税と凍結効果の関係を論じていることも興味深い。凍結効果についても、不動産所有者と不動産購入者の意思決定を踏まえたモデル分析を行っており、説得力がある。

本書の幅広い観点からの分析・提案は意欲的であり、高く評価できるものであり、受賞にふさわしいと考える。

大淵 博義　　著
「法人税法解釈の検証と実践的展開」
（株式会社　税務経理協会　2009 年 12 月刊）　　※本誌未掲載

本書は、最近の訴訟事件を題材にして、法人税法における主要な問題点に焦点をあて、その解釈のあり方を論じたものであり、その内容は著者の豊富な実務経験と幅広い知識が結集された労作である。

本書は全体で１１章から構成されている。第１章から第３章までは、いわば総論部分にあたり、著者の問題提起として、現在の課税実務及びこれを支持した判例理論が、多くの税法解釈上の矛盾及び不整合性を露呈し始めているとしている。また、著者によれば、課税庁が私法上の法形式を否認することは許される法理は、①「課税要件事実の認定における実質課税の原則」（事実認定の実質主義）、②仮装行為の否認、③租税回避行為否認の法理（同族会社の行為計算の否認）の適用のいずれかであるとして、それぞれの法理の適用要件、即ち、適用の限界を明らかにしている。つまり、この法理の適用については、②の場合はともかく、①の場合であれば、選択した法形式の下で発生している経済的意義（成果）が、その外形上の法形式と齟齬をきたしている場合で、かつ発生している経済的意義（成果）から他に真の合理的意思による法形式が認定できることが、そしてまた③の場合であれば、採用された法形式が異常、不合理な行為形式であって、しかもその法形式の経済的意義（成果）が通常採用される法形式のそれと同様であることが、租税の減免という事実に加えて必要となるとしている。その上で著者は課税庁が①の事実認定の実質主義を適用した裁判例を取り上げ、特に課税庁の主張が認められなかった事例の多くが、上記の適用の限界を踏み越えたものであることを個々の事例に即して説明する。

第４章以降は、法人税法解釈問題の各論が、検討の俎上に上げられる。ここでは、まず最近の著名な訴訟事案を例にとり、課税庁による更正処分等とそれを支持した裁判所の判断に対し様々な角度から鋭い批判が加えられている。また、税法解釈の局面においても、例えば少額減価償却資産の判定において、課税庁が事業的機能性という要素を取り入れていることについて、それが従前の課税実務において用いられていた判断基準と乖離しており、納税者の予測可能性に反したものであるとしている。なお、著者は税制改正の内容にも論及しており、平成１８年度税制改正における役員給与制度の改正内容の中で、三つの特掲する役員給与以外の給与は、全額損金不算入とした条文につき、税法固有の合理的理由（法益）を認めることができないとしている。

その他の各論の部分でも、事実認定においては私法秩序を尊重すること、法令解釈においては文理解釈に忠実であること、さらには総論部分において整理された租税回避否認のルールの限界を認識することの重要性が繰り返し主張されている。

本書において著者は憲法上の租税法律主義の遵守を基本的な立場としており、これを逸脱したと著者が考える課税庁及び裁判所の判断を厳しく戒めるという姿勢が全編を通じて貫かれている。その意味で、著者の論述は一貫性があり、大変、明快で、わかりやすい。また、著者は、問題の考察に当たっては、従前の課税実務の取り扱い、あるいは裁判例等を、いわば網羅的に検証しており、そのことが著者の論旨展開に厚みを与えていると言い得る。しかも、こうした検証結果を、批判の根拠として列挙していく手法は著者の主張を非常に説得力のあるものとしている。本書は出版後日が浅いにもかかわらず、多くの論文において多く引用されており、高い評価を受けていることが顕著であることをうかがわせるものである。

中村 雅秀　著
「多国籍企業とアメリカ租税政策」
（株式会社　岩波書店　2010 年 3 月刊）　　※本誌未掲載

本書は、著者が、アメリカの多国籍企業の行動分析をベースに国際課税に関する租税政策の実証分析を行った既発表の８つの論文を現時点で見直し、加筆・修正して体系化したものである。本書の内容は、１９６０年代から国際投資・貿易分野で世界のリーダーシップを発揮し続けた米国多国籍企業とそれに対応した米国の国際課税税制の整備のプロセスを広く検証の対象とし、税制の項目別に見ると、外国税額控除、移転価格税制、サービス貿易と税制、外国企業課税、輸出促進税制、電子商取引税制、タックスヘイブン税制といった主要テーマをすべて網羅している。なお、企業行動とそれに対する米国財政当局の税制改正の相関関係を実証研究に際しては、各租税制度の法的構造や主要判例を簡潔に紹介しつつ法的解釈論にも一定の検証を加えながらも、著者の力点は、国際経済学者としてのマクロ経済や企業別のデータ分析の手法を駆使して、多国籍企業の国境を越えたビジネス活動と課税との緊張関係を浮き彫りにして、個々の課税立法立案の背景を論証し、かつ、事後的な当該立法の政策目的実現効果を分析する点に置かれている。

著者は、グローバライゼーションの先頭を走るアメリカ多国籍企業をめぐる税制改正の経済学的な実証分析を通じて、わが国を含む他の先進国に国際税制の大展開時代のモデルを提供し続けてきた米国の国際課税制度のリーダーシップ性を浮き彫りにしようとしており、その意味では、国際課税法と国際経済学の両分野にブリッジをかけるという意欲の下に編集された体系書の性格を持っている。

米国税制の研究は、租税法学及び財政学の研究者にとって最大の関心事項であり、中でも国際課税制度については移転価格税制やタックスヘイブン税制に見られるごとく米国が世界のモデルを作ったことから、多くの税法の研究者の業績が蓄積されている。本書は、立法過程の分析や制度の分析・評価などについては、部分的にはこれらの業績と重複する部分も認められるが、多国籍企業のデータ分析を主たるツールとして、米国が自国籍多国籍企業の海外展開をサポートするとともに自国課税権の漏出を防止すべく展開してきた一連の国際租税政策の変遷過程を詳細かつダイナミックに体系化している点で、明らかな付加価値を生み出している。

米国では近年、国際課税制度の改革を巡り租税法学者とエコノミストの共同研究活動が多く見られるようになっており、本書の著者のような分析は、議会での証言でも政策論のベースとして頻繁に取り上げられるようになってきている。わが国における近年の国際課税にかかる税制改革においても、このようなデータ分析による政策効果の予測や検証は重要なものと認識されてきており、本書はそのための一つのモデルと位置づけられよう。

本庄　資　著

「アメリカの移転価格税制」「アメリカの移転価格税制の執行」

（社団法人　日本租税研究協会　2009 年 12 月刊）　　※本誌未掲載

「アメリカの移転価格税制」は、アメリカの移転価格税制及び同税制の執行について、その歴史的変遷と、そのつど議論された主要な論点などを含め、体系的かつ網羅的に検討した研究書である。

税制については、第１編において、アメリカの移転価格税制の発展においては、移転価格税制の誕生、アメリカの移転価格税制に関する理論、１９９４年財務省規則（最終規則）の制定、移転価格課税の不可欠の条件―文書化の推進へと歴史的変遷を踏まえて、税法のルール、適用要件、基準等について、第２編において、現行移転価格税制の論点である、優先順位固定から最適方法ルールへの発展、有形資産及び無形資産の移転価格税制、コスト・シェアリング・アレンジメント、サービス取引の移転価格税制などについて、第３編において、移転価格操作をめぐる問題として、移転価格とタックス・ヘイブンおよび移転価格とマネーロンダリングの問題などを、網羅的に検討している。

次に、執行に関する「アメリカの移転価格税制の執行」は、第１編において、アメリカ移転価格税制の執行、ＩＲＳ再生改革、第２編において、新しいＩＲＳの移転価格調査体制、第３編においてＩＲＳ　ＬＭＳＢ局移転価格調査ルール、第４編において、ＩＲＳ　ＬＭＳＢ局国際的移転価格調査体制、第５編において、「和解」を基本とする移転価格課税における不服審査局の重要な役割、第６編において、アメリカ移転価格訴訟、第７編事前価格決定合意について、詳細に検討している。

資料的には、「税制」については、既に他の先行研究により紹介済みの部分も含まれているが、「執行」においては、新規な紹介に係る部分が多く、アメリカ税務行政が経済性・効率性・実効性および透明性を指標とし、また、２００７年にＩＲＳの内国歳入マニュアルを改正したが、オバマ政権下で、さらに改正される可能性があること、移転価格課税に不可欠な情報の入手を高める政策など、多くの参考となると思われる。

本書は、アメリカの移転価格税制とその執行について体系的、網羅的に紹介し、特に、執行については、多くの新規の、有益な示唆を提示しており、学術的にも優れた研究書であると評価されるべきものである。

論文の部

大野 裕之　稿
「所得税の重税感
―『日本版総合的社会調査』個票データによる諸要因の分析―」
※第 20 回論文集に掲載予定

本論文は、『日本版総合的社会調査』のアンケート調査の個票データを用いて、人々の重税感に影響を与える要因を分析している。

分析によれば、

・所得税の累進構造を反映して所得の高い人ほど重税感が大きい。

・自営業者はそれ以外の人に比して重税感が低い。

・高学歴者は所得を軽めに感じている。

・政治意識では保守的な人ほど重税感が少ない。

・町村居住者には重税感が少ない

などの傾向が認められるとしている。

さらに、この分析結果をもたらす理由、根拠を推察している。また、全体的な重税感は２０００年から２００１年に増大し、２００３年から２００５年にかけて低下していることを見出している。

税制を一般の人々が語る際、重税感は重要なキーワードであるが、重税感を測定することは難しいため、これまで十分な研究がなされてこなかった。本論文は、重税感につき『日本版総合的社会調査』のアンケート調査の個票データに基づく計量経済学的な分析を行っており、貴重である。分析結果は、低所得者、自営業者、高学歴者、保守的な者、町村居住者等の重税感が小さいという一般の認識と整合的な結果であり、妥当なものと考えられる。特に本論文においても指摘されているように、自営業者の重税感が小さいというのは、サラリーマンと自営業者の間の実質的な税負担が異なるとの見方を支持するもので大変興味深い。

総じて、分析手法自体は比較的単純なものの、これまで十分分析がなされてこなかった抽象的な重税感につき、その要因を計量的に分析した研究として、今後の税制改革の議論等への貢献が大きい分析であり、受賞にふさわしい論文と考えられる。

関根 美男　稿
「法人税の課税根拠と多様化する事業形態に対する課税ルール」

本論文の目的は、多様化する事業体に対する課税がいかにあるべきかを検討するところにとされる。すなわち、会社法や信託法等の改正により、事業形態が株式会社､合資会社､合名会社､民法組合､匿名組合といった形態から、ＳＰＣ、Ｊ－ＲＥＩＴ、ＬＰＳ、ＬＬＰ、ＬＬＣ、新しい信託類型と新たな多様な事業形態を誕生したが、この多様な事業体に対する課税がどうあるべきか、従来の法人格を基準にした法人課税がこのような事業形態の多様化に対応できるか否かが本論文の問題意識として存在する。

本論文の構成は、まず、第１に法人税の課税根拠について、日本の法人税の変遷を述べ、法人税と所得税の負担調整方式を整理し、次に、人格のない社団等、匿名組合、民法組合、ＬＬＰ、ＬＬＣ、ＳＰＣ、信託といった事業体ごとにその課税ルールが何かについて整理している。そのうえで、比較法の観点から米国が３０年以上支配してきた団体性の判断基準であるキントナー規則を放棄して、１９９７年からチェック・ザ・ボックス規則を施行した経緯を分析している。この米国との比較を経て、米国のパートナーシップ課税と比較して、日本の構成員課税制度が如何にも未整備であることを指摘している。

これらの分析を通じて、事業体の法形式の選択によって、事業体自体及び事業利益の分配を受ける者の租税負担が大きく変わるのは、租税公平の観点から望ましいものではないとの通説的見解に疑問を提起し、有限責任か無限責任かで損失規制の有無を公平に扱い、法人格の有無で法人課税か構成員課税かを公平に扱うことに留意すれば、公平、簡素、中立の租税の原則に適合するとの結論を導き出している。
我が国の企業の国際的競争力を維持することを目的とした多様な事業形態を想定した法人税課税の在り方がいかにあるべきかを、法人税の課税根拠論から説き起こし検証したのが本論文の評価すべき点である。

著者は､「有限責任か無限責任かで損失規制の有無を公平に扱い、法人格の有無で法人課税か構成員課税かを公平に扱うことに留意すれば、納税者が多様な事業体を選択できるよう租税がその邪魔にならないように留意することが、結果として、公平、簡素、中立の租税の原則に適合する」との結論を導き出している。租税が企業活動や企業間の公正な競争に中立的であることはまさに租税原則の中核の一つであるから、著者の結論は租税原則の視点からも支持できるものである。

なお、事業体ごとに課税ルールの整理を試みているが、その課税ルールが必ずしも明らかではなく課税の概要を説明するにとどまっている点は今後の研究課題としてなおも残されている。

とはいえ法人課税の現代における基本問題を租税原則の視点から検討し、著者なりの解決の方途を提示している本論文は受賞に値するものとして高く評価されるものである。

冨山 恭道　稿

「相続税法における営業権の財産価値とその評価」

相続税法では自己創設営業権も課税対象に含めており、その具体的な評価の方法は財産評価基本通達１６５、１６６において定められている。本論文はこの現在における相続税法上の営業権評価の取り扱いに焦点をあて、その計算構造及び計算要素につき、評価理論上の問題点を摘示するとともに、営業権評価のあるべき姿を提案したものである。

本論文において著者は、まず、営業権とは「超過収益を獲得できる無形の財産的価値を有している事実関係」と解し、それが換金能力または売却価値をある程度有して、市場性に準ずる要件（著者の言葉によれば「準市場性」）を具備していれば、有償取得ではない自己創設営業権であっても、担税力を認めることができ、少なくとも相続税法上では課税対象となるとしている。その上で著者は課税実務の世界において、自己創設営業権の評価方法を定めた財産評価基本通達１６５、１６６を検討の俎上にあげ、同通達の定める評価方法につき、計算構造及び計算要素の両面からその問題点を明らかにしている。すなわち、営業権の源泉は、企業が長年にわたり築いてきた事業の安定的な優越的地位であるにもかかわらず、通達は超過収益力そのものを営業権とみなしており、事業の安定的な優越的地位と超過収益力との論理的な因果関係等を明らかにしていないこと、超過収益力自体の計算につき、通達は税法上の税引き前の課税所得を用いているが、それがフロー概念であり、しかも政策的要請により本来の所得概念を歪めたものであることから、営業権の評価になじむものかは疑問であるとしている。さらに、超過収益力の計算において重要な要素となる、総資産利益率、超過収益力の持続年数、あるいは経常化、標準化等のための調整計算、時価総資産額の範囲、そして現在価値割引率に使用されている基準年利率等について個別的に検討を加え、いずれについても適正な評価という観点から問題が存在しているとしている。そして、筆者は自己創設営業権の評価のあるべき姿について、例えば、①標準総資産利益率を著しく超過した場合のみ営業権があるとすべき。②営業権の評価においては、税引き前でなく税引後の所得に基づいて計算されるべき。③標準総資産利益率は全業種ではなく、業種別のそれを用いるべき。④超過収益力の持続する年数は１０年ではなく５年とすべき。⑤現在価値割引率については、現行の基準年利率にリスクを加味したレートに改めるべき等の具体的改善案を提言している。

また、平成１９年度改正における事業承継税制の一環として、営業権の評価方法も改正され、平成２０年１月より、現行の財産評価基本通達１６５、１６６が適用されることとなった。本論文は、事業承継税制の一環として平成２０年１月施行の新財産評価基本通達１６５、１６６が、企業の評価理論に照らし合理性なものなのかを、計算構造、計算要素の個別的な部分にまで立ち入って、丁寧に分析しており、具体例を用いた説明には説得力

がある。また、結論として、筆者は現行通達には、依然としていくつかの問題点があり、より合理的な評価手法として、上記の５項目等の具体的な改善策を提言している。

また、資産評価については、合理性、正確性に加え、簡便性も要請されるところであるが、筆者の提言は決して理論偏重ではなく、実務に耐えることができる簡便性にも配慮したものであることも評価すべきものと考える。

越後 浩二　稿
「相続税・贈与税における財産評価に関する一考察
　　―財産評価基本通達総則第６項の適用の在り方を中心に―」
（明治大学専門職大学院 院生）

相続税法において課税対象となる財産の評価については、財産評価基本通達に依拠しているのが実情である。しかし、当該基本通達総則第６項では、「特別の事情」がある場合には、個別的・例外的な評価方法を認めている。本論文は、この「特別の事情」を問題として取り上げ、現実の裁判例等を題材として、当該基本通達総則第６項の適用の在り方について検討したものである。

第１章では、わが国の相続税・贈与税の概要と相続税における「時価」評価の意義が概説されている。すなわち、①相続税・贈与税が財産に対して課される租税であること、②相続税法では財産の「時価」（客観的交換価値）が課税標準とされること、などが明らかにされている。続いて、第２章では、財産評価基本通達の特質を分析し、その問題点を浮き彫りしている。すなわち、財産評価基本通達が相続税法２２条の「時価」評価の解釈通達であると位置づけ、当該基本通達による評価が著しく不適当である場合に、個別評価を認める当該総則第６項について、その問題点を指摘している。第３章では、当該総則第６項が適用された裁判例とその判決を題材として、当該総則第６項の適用基準および適用方法の妥当性が分析され、「特別の事情」の問題が具体的に議論されている。最後に、「おわりに」では、本論文の結論として、財産評価基本通達総則第６項の適用が認められる「特別の事情」について、①その判断に際して、納税者の主観的な租税負担軽減目的を考慮することに批判的な見解を示し、②基本通達総則第６項を適用する場合、納税者の求めがあれば課税庁はその指示内容を公開すべきであることを主張している。

本論文は、相続税・贈与税における財産評価について、財産評価基本通達総則第６項に焦点をあて、現実の裁判例等を題材として、その適用の妥当性を検討したものであり、「特別の事情」についての判断基準に一定の批判を加えながら、その適用の在り方を論じた努力作である。本論文は、明確な問題意識のもとで、明快な論旨が展開されており、裁判例等の分析も踏まえた手堅い論文構成となっている。しかし、第１章と第２章の解説はやや教科書的であり、引用文献・参考文献もかなり限られており、文献的渉猟の乏しさにやや不満が残る。しかし、如上の評価すべき諸点から判断して、修士論文としては完成度の高い作品であると評価できる。

大野 利郎　稿

「租税法規不遡及の原則
―期間税の予測可能性と損益通算制限立法の検証―」

（名古屋商科大学大学院 院生）

本論文は、租税法規不遡及の原則をめぐる問題を、土地・建物等の譲渡損失の損益通算の禁止（平成１６年度税制改正）立法の合憲性を争点とした福岡地裁平成２０年１月２９日判決を素材に検討したものである。

著者の問題意識は、租税法の基本原則である「租税法律主義」の機能である予測可能性と法的安定性の確保は、租税法の遡及立法により侵害されるから、租税法規不遡及の原則は租税法律主義の実効性の担保に不可欠であるにもかかわらず、その不遡及原則に抵触する法改正がなされたことは大きな問題であるとする、ところにある。

さらに著者は、たとえ所得税が期間税であるとの理由づけをしようとも１６年改正は納税者の予測可能性を侵害するものであり、不動産の譲渡所得の遡及立法による不利益は到底無視することができない、と主張する。

著者の主張のエッセンスは、以下に集約されよう。

すなわち、「租税法の遡及立法の条件を整理した上で、例外的に許される遡及立法とはどのような場合を表すのか、学説と判例を交えながら考察した。そこで明らかとなったのは、①現代における租税法規不遡及の原則は、解釈論ではなく立法論であること、②遡及立法の例外の範囲は、学説によって違いがあること、③租税法独自の概念である期間税の場合には、その違いはさらに多岐に渡ること、がわかった。①については、国民の権利を尊重する観点から、異論の余地はない。②については、国会によって成立した法律という形式を重視し、原則として、遡及立法を認めるという学説があるが、これには、租税法律主義の観点から賛同しかねる。③については、期間税の期間の途中の法改正は遡及立法ではないとする学説があるが、これには、②と同様に租税法律主義の観点から賛同できない。とする。予測可能性の確保は現代における租税法の存在の根幹にかかわる機能であることからすれば、上記の福岡地裁判決を支持する著者の立場を是認する見解も少ないであろう。

本論文における著者の論旨は明快であり、関連文献も積極的に渉猟しており租税法の基本にかかわる問題を正面から論じており評価できる。同一争点の他の裁判例の判断を簡潔に整理し、その上で比較検討も行われており真摯に研究に取り組まれており高くその研究姿勢は評価されるべきであり、受賞に値する研究といえよう。

恩田 哲保　稿

「ＲＥＩＴ税制の国際的側面についての基礎的考察」

（筑波大学大学院 院生）

本論文の構成内容は次の通りである。

第１章では、各国におけるＲＥＩＴ制度が、その法的形態が米国やわが国と類似のものなのか、あるいは課税上の仕組みは共通する部分があるのかを考察し、わが国のＲＥＩＴの課税上の基本的な考え方を整理している。第２章では、わが国のＲＥＩＴが租税条約上どのように扱われているのか、また、わが国のＲＥＩＴの法的形態が複数存在しており、その事業体ごとに租税条約上の適用を変えてもよいものかについて考察している。第３章では、ＲＥＩＴから生じる所得がどのような国際課税上の問題を引き起こしているのかについて考察している。第４章では、わが国の匿名組合を活用したＲＥＩＴスキームに関して、今後どのような課税上の見直しを行っていくべきかについて考察している。匿名組合がＲＥＩＴのような金融商品の投資媒体として活用される場合には、現行の課税ルールは適用可能なのか、また、匿名組合を活用したＲＥＩＴの所得分類はどのように考えればよいのか。そして、今般、ＯＥＣＤモデル租税条約で提示された大・小投資家の区分のメルクマールは妥当なのか、さらには、そのメルクマールは、匿名組合を活用したＲＥＩＴにも適用可能であるかについて考察している。

本論文での主なる主張は、次の２点に集約される。まず第一に、不動産投資を配当所得に変換する導管であるＲＥＩＴという器は､同様な経済的効果をもたらすにもかかわらず、その事業体の法的形態の違いによって、租税条約の軽減税率の適用が異なることは問題であり､特に投資環境のグローバル化が進展する中で､源泉地国と居住地国の適切な税配分、内外投資の公平性及び中立性とＲＥＩＴの活用の観点からすると、いかなる事業体であっても、公平に租税条約の軽減税率の適用がなされるべきとしている。次に、２００８年に改訂されたモデル租税条約により、ＲＥＩＴからの配分では、全ての資本の１０％未満を保有する小投資家はポートフォリオ投資による配当を受けるに過ぎず、一方１０％以上を保有する大投資家は国内法に基づく課税をできることとしたことについては、現状では妥当であるとしても、今後の不動産市場の活性化をどのように政策的に考えるかによって、その１０％基準の変更もあり得るとしている。そして、この１０％基準は、匿名組合を活用したＲＥＩＴについても適用可能と考えられるものの、他の事業体と比較して出資者が少数である場合には、ポートフォリオ投資とはいえない可能性が高いため、適用除外とすべきとしている。このため、他の事業体と同様な出資人数の要件を課した上で、租税条約の軽減税率を適用すべきとしている。

本論文では、ＲＥＩＴにおいて、それが国内市場向けのものだけでなく、国際市場でも取引されてきていることから、その所得の配分を各国の税制でどのように課税すべきかを検討し、特に、モデル租税条約において規定されている軽減税率は、公平性や中立性に配

慮してその適用がなされるべきと提言している。

全体の論文構成が極めてよく纏まっており、問題意識もぶれておらず、論旨も明確である。文献の引用等も適切であり、我が国での取り扱いも常に意識し、それに触れており、全体として優れた論文といえよう。もっとも、いま少し我が国の現状や制度全体の姿を平明に提示されれば、さらに良かったように思われるが、その点は論文の優秀さを損なうものではない。

清野 修　稿

「相続税における時価と納税に関する一考察
―土地と上場株式を中心として―」

（国士舘大学大学院　院生）

近年の我が国の不動産市場、株式市場の変化により、相続における財産評価の時期から申告期限にかけての価格の下落により納税者の税引き後の純資産が大きく減少するケースを想定し、現実的な解決策や立法的な施策について研究を行ったものである。

第１章において、相続税法第２２条の「財産の取得の時期における「時価」についての解釈と、財産評価基本通達の意義や問題点を検証している。第２章において、財産評価基本通達による評価額と相続税法上の「時価」の乖離が拡大し、納税者、課税庁それぞれの立場から、財産評価基本通達総則６項（この通達の定めにより難い場合の評価）の適用が主張されているが、課税強化の場合には、立法プロセスを経るべきであるとの結論に至っている。また、立法にあたっては市場価格が上昇した場合と下降した場合の制度設計を行うべきであると指摘している。第３章では、上場株式の評価と納税に関する問題点と裁判例の検証を行い、評価通達が課税時期の最終価格又は課税時期の属する月以前３ケ月の毎月の最終価格のうち最も低い価額によることとしていること、特に課税時期の実勢価格と相続税評価額が乖離して不合理が起きた場合は、財産評価通達によらず、相続税法２２条の解釈によるとしている。第４章では、米国連邦遺産税における制度から「ブロッケージ・ルール」と呼ばれる大口上場株式のコスト評価制度と、相続開始以降の資産価格の下落による負担軽減ができる「評価期日選択制度」の検証などを行なっている。

土地や株式価格が下落傾向になっているわが国において、多くの示唆を与えると思われるが、これらの「ブロッケージ・ルール」や「評価期日選択制度」等の制度の導入に伴う諸課題を将来の研究に残している点に若干の不満を覚える。しかし、相続税の最大の課題である評価をめぐる問題を包括的に研究していることは、多いに評価すべきところである。

高尾 尚明　稿

「銀行業を営む外国法人の支店に対する課税について」

（大阪経済大学大学院 院生）

一般に本支店間の支払利子は企業の内部取引であり、経費としては認められないが、主たる業務が資金の貸借である銀行業については取り扱いが異なる。とくに経費控除の算定や銀行の本支店に帰属する所得の取り扱いについては、国際的な二重課税問題を惹起している。本論文は、ＯＥＣＤ、米国、わが国の法規定と裁判例、国際条約等を参考にしながら、銀行の内部利子に関する国際的二重課税問題と、わが国がそれにどのように対応していくべきかを検討する。内容には、利子を受け取る側での所得課税の問題（所得性の認識、所得源泉など）と、利子を支払う側でその利子を損金として扱えるのかという問題、それに、もし損金性が認められるとして、どの範囲で認めるべきか、という多様な問題が含まれている。

本論文は、４章で構成されている。第１章では、銀行業の内部利子に関するＯＥＣＤ内部の議論の概観し、ＯＥＣＤ内部では内部利子を銀行本来の業務の一部と考え、資本と認められる部分を除き、ＯＥＣＤがその損金性を認めてきた状況を説明する。第２章では、法人税法の規定や審判所の裁決、わが国が締結した租税条約などを通して「わが国の状況」を検討する。そこでは、わが国の裁決例では、一定の範囲で損金性を認めてきた旨を紹介すると共に、わが国では具体的な算定方法を法令上定めておらず、内部利子の取り扱いや関連規定の解釈が統一されていない状況を指摘する。第３章では米国財務省規則制定の経緯とその概要、財務省規則と租税条約との関係、財務省規則やルーリングと租税条約との適用関係をめぐる連邦請求裁判所判決の概要とその後の展開を紹介する。第４章では、わが国の法令上、内部利子の取り扱いや算定方法を定めた具体的規定を欠くことから、ＯＥＣＤの基準が必ずしも働かないことや、わが国所在のＰＥに帰属する所得に対する二重課税が生じることなどの問題点を強調し、対応策として、銀行業に関して、無償資本の配分規定を含めた内部利子の算定に関する国内法上の立法措置をとることと併せて、租税条約にも国際的二重課税に対応するような明文規定を入れるよう提言する。

本論文は、国際課税上のホットイシューをテーマとして取り上げており、その着眼点の良さが光っている。この種の問題に関する米国の状況については先行研究があまりないため、今後における国際課税の研究にあたって有益な情報を提供するものとして大いに期待される。米国の関連規定（財務省規則等）あるいは判決の変遷に関する部分は、資料の検索や判決の検討なども丁寧に行っており、問題に取り組む著者の姿勢は高く評価されよう。非常に多岐にわたる問題を丁寧にフォローしており、その研究視野の広さも十分評価に値する。ただ、本論文では、それらの問題を未整理のまま提示している傾向があり、全体の論旨がやや分かりにくくなっている面がある。その他の点では丁寧な作業を行っており、上の点も本論文の価値を何ら損なうものではない。

竹城 輝彦　稿

「相続財産の移転に伴う課税関係
―相続税と所得税の課税の交錯の問題を中心に―」

（立教大学大学院 院生）

本論文は、相続財産の移転に伴う課税関係について、相続税と所得税の課税が交錯することにより生ずる問題を中心に考察をおこない、現行制度において課税上の問題点が確認される場合には、その解決に向けた道筋を提示することを研究の目的としている。

本論文の構成内容は次の通りである。第１章では、契約者の死亡に伴い相続人が年金形式で受け取ることとなった生命保険金について、相続税と所得税の二重課税が争われた事例を取り上げ、裁判所の判示の内容及びこの事例に対する先行研究の内容を検討している。第２章では、相続税と所得税の現行の法律関係を整理している。第３章では、二重課税の定義を示したうえで、個別税法間における二重課税に対する租税法の対処について検討している。そして、相続税と所得税の関係について、相続という特異な原因による財産の移転であることなどを考慮して個別税目になっているものの、包括的所得概念のもとにおける同種の租税と考えられることを指摘している。二重課税については現行制度上、所得税の非課税規定により基本的に対処されているものの、年金形式の生命保険金などにおいて二重課税の状態が残存していることを指摘している。この現行制度が対処しきれていない部分の二重課税に対して、相続財産から生ずる純資産の増加分に対して相続税と所得税とで過不足無く課税されるかたちの課税関係を提示している。この方法によると課税上の不公平が解消するとしている。最終章の第４章では、前章までの考察を整理して、現行制度では対処できない二重課税を抽出している。すなわち、相続後に生ずる相続財産と同一と考えられる所得について生じる二重課税に対しての具体的な対応策として、具体的な立法措置案を思案として示し、さらに同様の点検を他の財産に対しても行うべきことを指摘している。

本論文では、生命保険契約の年金契約に係わる相続税と所得税の二重課税問題を取り上げて、事実としてその二重課税が残存してしまうことが確認できるとして、その二重課税を解消する私案として、所得税法施行令第１８３条第１項第２号の改正条文を示している。そして、さらに、相続が関わる場合で、支払保険料を基礎とした金額を必要経費とすることにより二重課税が残ってしまうことになるとして、相続税が関わる場合と相続税が関わらない場合とに分けて、私案を規定している。また、現行制度を修正し、当該二重課税を排除する方法として、受取年金を死亡一時金の分割回収額と捉え、相続税評価額が割引現在価値となっていることから生ずる利息に相当する部分のみを所得税の対象とする方法も一つの方策として考えられるとしている。

筆者は、包括的所得概念から、相続税を所得税の補完税として整理し、相続税と所得税の二重課税の問題も言及していることから、相続税と所得税を統合しての二重課税問題を考察することも、立法論としては、あり得よう。

筆者は本論文では丁寧に、近年訴訟となっている相続税と所得税の二重課税問題を取り上げ、近年の裁判例や先行研究を分析した上で論点整理を行っており、明確な結論を導き出している。また、包括的所得概念のもとでの相続財産の移転時での課税のあり方に触れ、諸外国では遺産税方式のアメリカ、遺産取得税方式のドイツ、譲渡所得課税のカナダとの比較から我が国の税制の位置づけを明確にして独自の二重課税の調整方法を提言しており、独創性があり、その成果は十分に評価に値するものといえる。

田中 友紀　稿

「米国ＬＬＣに係る我が国税務上の取扱いに関する考察」

（新潟大学大学院　院生）

本論文は、米国ＬＬＣ（Limited Liability Company）に係る税務上の取扱いが日米で異なることから生ずる問題にいかに対処すべきかについて論じたものである。米国ＬＬＣは、構成員が有限責任であるという法人的性格を有しながらも、課税上は法人課税かパートナーシップ課税かを選択できるという特徴をもつ。一方、我が国における税務上の取扱いについては、国税庁質疑応答事例において、米国ＬＬＣは私法上の法人格を有する事業体であるため、法人として取り扱われるという見解が示されている。

このため、米国でパートナーシップ課税を選択しているＬＬＣについては、日米で税務上の取扱いが異なることから、これを利用した租税回避が発生する可能性があり、また、国家間で税務上の取扱いが一致していることを前提としている外国税額控除やタックスヘイブン対策税制の適用にも問題が生じる。

こうした問題を解消するために、国税庁質疑応答事例において米国ＬＬＣが法人とされた根拠について、第４章において詳細に検討し、国税庁質疑応答事例が掲げる法人格を構成する要素が法人固有の性質ではなく、パス・スルー課税される事業体にも共通する性質であり、法人か否かを判断する基準としては妥当ではないとしている。

第５章では、各国の外国事業体の取扱いを整理したうえで、設立国の税務上の取扱いを準用する方法が最も適していると結論づけている。ただし、この方法による場合には租税回避が問題となるため、これを防止する対応策として、米国ＬＬＣに係る損益等と他の所得を切り離して計算を行い、米国ＬＬＣに係る部分については利益が出た場合のみ他の所得と合算するという方法を提案している。

以上のように、本論文は、米国ＬＬＣに係る我が国における現行の税務上の取扱いの問題点を明らかにし、いかに対応すべきかについて丹念に論じたものである。豊富な文献渉猟に基づき手堅くまとめられた修士論文であり、租税資料館奨励賞に相応しい作品と評価することができよう。

中嶋 美樹子　稿

「クロスボーダーレポ取引と課税」

（関西大学大学院 院生）

本論文は、金融機関の外貨獲得の重要な手段であるクロスボーダーレポ取引（国境を越えたレポ取引）の課税上の取扱について、特にこの仕組みに対する課税が国により異なることを利用した租税回避への対応に焦点を当て、検討を行ったものである。

レポ取引には、債券レポ取引、現先レポ取引、クロスボーダーレポ取引などがあり、平成２１年度税法改正では、クロスボーダーレポ取引は「貸付金」で、レポ差額は「利子」に該当するという改正を行った。この改正に関連して生じうる問題、すなわち、レポ取引の国際化による二重課税或いは二重免除の可能性があることを指摘した。次に、各国におけるレポ取引に対する取扱いが異なることから、二重免除を意図的に狙ったスキーム、例えば、売買取引や担保付貸付として統一されていないことによって、一方の国では課税売上を発生させず、他方の国では税額控除を生み出すようなスキーム、を作ることが出来るとして、これらの対応策として、ＯＥＣＤや米国、英国、ニュージーランド等において採用されている方策（租税条約における一定の制限を設ける、或いは包括的租税回避規定を適用するなど）を紹介し、検討している。

結論として、平成２１年度税法改正によるクロスボーダーレポ取引に対する課税規定は一定の評価ができるものとしたが、国際的な租税回避スキームへの対応が出来ていないことを指摘している。そこで、日本においては、国内法では、人工的な経費の控除の制限、租税条約上では、所得の分類を各国と同じものにすることなどの採用を提言している。なお、包括的租税回避規定の導入には慎重にすべきとしている。

平成２１年度税法改正による問題点を取り上げていること、外国の取引事例の問題点を掘り下げて良く検証していること、日本における対応策の在り方において具体的に提案していることなど、評価の値すべきと思われる。

成田 武司　稿

「相続税法における信託課税規定の射程の検討」

（専修大学大学院 院生）

信託法改正に伴い、平成１９年度税制改正で信託課税についても改正が行われた、租税回避防止規定も新設された。本論文は改正後の租税回避行為防止規定の新設に対する批判的解釈論を提示している。具体的には、信託法改正前の相続税法が、信託の受益者に対し裁量信託の信託設定時課税方式を中心に、租税回避防止の趣旨が強く現れ過ぎており、問題であったことを指摘している。そして、様々な論者の見解を概観した後、信託による租税回避行為の否認は個別否認規定に基づくものであるべきと主張している。さらに、本論文は、相続税法９条の２および同法９条の３に規定される「適正な対価」の概念は、適正性と対価性を有しているか否かにより判断することが可能であり、租税回避行為の意図の存否は問われるべきではないと主張する。信託の利便性向上のために、さらに広い視野に立って議論が行われるべきとしている。

本論文においては、様々な論者の見解を広くサーベイした上で、信託課税のあり方について論じている。サーベイの内容については、多くの論者の見解を網羅しつつ、議論をよく整理しており、高く評価できる。

ただし、本論文の結論については、本論文が強調する信託の利便性向上との観点とは必ずしも整合的ではないように思われる。すなわち、信託が租税回避に用いられることが多いため、租税回避行為の防止のための規定が必要なことには異論のないところであるが、租税回避行為での信託の活用例は事前にその具体的なスキームを想定できないものも少なくなく、事前に個別否認規定において明示的にそうした行為を定義することには限界がある。

しかし、全体としてみれば、その前提となる様々な見解のサーベイの内容は十分評価できるものであり、また、信託受益権と実物相続の経済的な受益状況に違いがもたらす租税負担のあるべき差別化の指摘など、事例に言及して詳細な論証を行っており、論文全体として高い評価を与えられると考える。

根本 昌幸　稿
「後発的事由による更正の請求についての考察
―後発的事由の該当性及び減額更正年度を中心として―」
（新潟大学大学院 院生）

本論文は、後発的事由（申告後に発生した事実に基づき過年度の申告内容を是正しなければならないような事由）による更正の請求につき考察を行っている。関連する裁判例や様々な論者の見解を概観しつつ、裁判例において後発的事由の拡大解釈・類推適用に関しては極めて否定的であることを批判し、さらに減額更正年度につき過年度の遡及修正が否定され、納税者に不利益が生じうることを指摘している。そうした認識から、本論文は、納税者保護のため、重大な過失がない場合、要素の錯誤が存在する場合および後発的事由に類する事由がある場合に更正請求を認めるべきと提案している。また、納税者が特別損益に計上した臨時損失のみに適用および売買契約等の年度から５年以内に適用との条件を付した上で、過年度の遡及修正も認めるべきと主張している。

本論文は、後発的事由に係る様々な論者の見解や裁判例・裁決例を広くサーベイしつつ、議論を展開しており、その点については高く評価できる。また、筆者なりの解決策を提示している点も評価できる。

なお、錯誤無効に基づく更正請求につき、筆者は契約の解除・取消しとの整合性の観点から一定の場合には認めてもよいのではないかと主張する。申告納税制度が納税者による適正な申告を前提としている以上、納税者には十分な注意を払いつつ、申告を行う義務があるとする見解も有力であることも考慮にいれるべきであろう。

全体的にみれば、更正の請求制度自体が納税者の権利救済制度であるとの趣旨から、現状の租税行政と課税の安定性を優先する判例の傾向を批判的に紹介し、この更正の請求制度が機能不全に陥っているという問題点を指摘しており、筆者なりの解決案を提示している点等は評価でき、受賞にふさわしいと考える。

野村 政彰　稿

「租税法規不遡及の原則についての一考察

―平成１６年税制改正における損益通算禁止規定の検討を通して―」

（富士大学大学院　院生）

本論文は、地価低下が続く中で、従来の土地譲渡所得に係る損益通算制度を利用した租税計画などに対抗すべく立法された、平成１６年度税制改正（損益通算禁止規定）が租税法規の許されない遡及適用に当たるかどうかが争われた判例を題材にした研究である。著者はこの問題を、①租税の類型化と納税義務の成立時期に関する国税通則法の規定の解釈、②納税者にとっての予測可能性との関係、③立法の背後にある公益性への配慮、の３点から学説及び他の遡及適用に係る判例を検証している。その結果、①については国税通則法１５条２項は租税徴収の手続上の必要性から規定されたものであり、各税目の納税義務の成立は個別税法によるべきとの解釈（所得税のような暦年終了時に成立するとされるいわゆる期間税も、課税要件事実ごとに納税義務の成否を判断すべき）とし、②については厳格な官報登載主義によるべしとし、③についても厳格な比例原則に基づき公益性を優先する解釈には限界がある旨を展開している。その結果、判断が分かれた福岡、東京の各地裁判決について、福岡を支持する立場を論証している。

著者は、まず税法の遡及適用に入る前に、法の遡及適用一般論に言及し、我が国における憲法上の刑罰不遡及の原則の沿革や、英・米・仏の比較法研究を紹介している。この部分については、刑罰法規と租税法の関連につき掘り下げた検証はやや不足しており、むしろ、厳格な租税法律主義に引き寄せた通説的議論を踏襲している感がある。しかし、第４章の具体的判例分析以降において、著者は上記①～③の観点に焦点を当てた両判決の比較分析並びに関連学説の検証を丹念に行っており、また、先行する相続税や特別土地保有税に係る遡及適用判決との比較検証も尽くされている。公益性の判断並びに立法権・司法権の役割に関しては、納税者の権利保護にウェイトを置いた一貫した自由主義的解釈論が展開されているが、当局の理屈に対するより有効な反論を目指すなら、さらに立法過程論に踏み込んだ分析やより詳細な比例原則の検証もありえたとも推測される。

しかし、論旨の明快さと著者の丹念で分析力のある判例評釈は、論文全体の質の高さを如実に表すものであり、奨励賞の水準を十分満たすものと判断される。

布施 恭祐　稿

「クロスボーダー三角合併の課税問題」

（早稲田大学大学院　院生）

本論は、平成１９年より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税制につき検討を行い、日米の税制、特にインバージョン対策の比較と今後の課題について論じたものである。

まず、第１章では、三角合併の導入の経緯と意義、組織再編の実例、コーポレート・インバージョン、会社法上の三角合併の取扱いと手続きについて概要を説明した上で、第２章においてはわが国の、第３章においては米国の、それぞれ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について説明している。

これら前半の説明を受けて、後半第４章において、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を比較することによって、その問題点を抽出し、第５章において、あるべきクロスボーダー三角合併に対する課税の方向性について検討を行っている。

新会社法の施行に伴い、わが国も平成１９年５月以降、クロスボーダーの三角合併が可能になった。しかし、同時に、インバージョンを利用した国際的租税回避に対応する必要に迫られることとなった。クロスボーダー三角合併の問題は、最近の問題の一つであり、日米の制度を比較検討することで、わが国で三角合併における税制上の問題点を論ずることには意義がある。

筆者は、国際的な租税回避に対応するためには、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、それには法人税率の引き下げが最も本質的な解決策であるといい、管理支配地基準の導入については有効ではあるが、対応できない問題もあると指摘している。

第４章の日米比較の第１節で指摘している問題点の多くは、外国会社との合併や株式交換が認められていない点や逆三角合併が規定されていない点など、課税問題というよりも会社法制の問題のように思われる部分もあるが、全体として本論では、現行制度の説明のみではなく、改革の具体的な提案もなされており、その点は評価できる。特に、事業関連性の判定において、法的な合併法人と被合併法人の間の事業関連性のみではなく、合併親法人との事業関連性も考慮すべきとの指摘等は興味深いものである。

以上､修士論文として手堅くまとめられており､奨励賞として評価することができよう。

堀　勝己　稿

「土地建物等の譲渡損失の損益通算廃止をめぐる税制改正の問題点
―遡及適用の可否を争点とした裁判例の検討を中心に―」

（名古屋経済大学大学院　院生）

従来、土地建物等の譲渡所得と他の所得について、損益通算が認められていた。しかし、平成１６年３月２６日に租税特別措置法第３１条１項後段の規定が改正（損益通算が廃止）され、同年１月１日に遡って適用されることとなった。本論文は、この損益通算廃止の規程改正が、憲法第８４条（租税法律主義における遡及立法の禁止の原則）に抵触するのではないかとの問題意識から、損益通算廃止をめぐる一連の裁判例を題材として、租税法律主義と遡及立法のあり方について検討したものである。

本論文は、全４章（「おわりに」を含む。）から構成されている。まず、第１章では、本論文の前提となる損益通算制度について、平成１６年度税制改正によって廃止されるまでの経緯を概観するとともに、わが国の所得税が原則としている総合課税方式のあり方や分離課税方式の意義、問題点について検討している。続いて、第２章では、租税法律主義と遡及立法禁止の原則との関係について、個別論点が考察されている。具体的には、租税法律主義と遡及立法禁止の原則との関係、遡及立法が許される場合の許容範囲、譲渡所得と期間税の法理、申告納税制度の本質と予測可能性などの検討を通じて、不利益遡及立法の是非は随意税か期間税かの差異に関わりがあるのではなく、また、申告納税制度を担保するうえでも、不利益遡及立法は原則許されるべきではないとしている。次に、第３章では、損益通算廃止をめぐる３つの裁判例を取り上げ、それぞれの判決内容について、租税法律主義の観点から、本規定改正の予測可能性、合理性・必要性の比較検討が行われている。その結果、不利益遡及立法が例外的に許されるとしても、それは納税者の予測可能性を著しく損なわない限りにおいてであるとし、本規定の改正は違憲であると結論づけている。このような分析を踏まえ、最後に、「おわりに」では、本論文全体を総括し、不利益遡及立法は憲法第８４条における租税法律主義の趣旨から、原則許されるべきではないと結論づけている。

本論文は、租税法律主義における遡及立法の禁止の原則について、土地建物等の譲渡損失の損益通算廃止をめぐる裁判例を題材として、租税法律主義と遡及立法のあり方について、さまざまな観点から検討を加えた努力作である。本論文の問題意識は明確であり、また、論旨の展開も一貫して明快である。裁判例の比較検討も、よく整理されており、論文構成も手堅いものがある。しかし、導出された結論は主として一般論に基づいており、常識的な結論である点に不満が残る。しかし、如上の評価すべき諸点から判断すれば、修士論文としての完成度は高いものと評価できる。

矢野 幸治　稿

「債権譲渡担保をめぐる国税徴収法秩序と私法秩序の競合問題」

（大分大学大学院　院生）

本論文の構成は次のようになっている。

第１章、第２章において論旨展開の前提となる譲渡担保と国税徴収法第２４条の内容について概観している。第３章では旧国税徴収法改正の背景および法改正の基本的考え方を明らかにしている。第４章では改正法の論議のテーマとなった国税優先の原則について、その本質を検証している。第５章では比較法的アプローチとして米国と日本での譲渡担保の取り扱いの違いのポイントを明らかにしている。第６章では債権譲渡担保が拡大している時代背景として債権流動化の流れや法的インフラの整備状況を確認している。第７章から第９章にかけては国税徴収法第２４条における債権譲渡担保の問題点を取り上げ、それに関する判例、学説を整理し、その上で取り上げた問題について考察している。

筆者の主張を纏めると次のようになる。近年において動産・債権等担保融資が注目されており、債権流動化による民法上の秩序の進展が国税徴収権との軋轢を生じさせている点である。その一つは、一括支払システムのスキームにみられる「停止条件付代物弁済条項」の有効性に関するものであり、もう一つは将来債権を含む集合債権譲渡担保に対する国税の優先性に関するものである。

まず、前者については、原則として、法定納期限後に設定された譲渡担保に対しては国税徴収権が優先するのであって、告知後に譲渡担保を私的に実行して弁済に充てることも許されていないとしている。次に後者については、「譲渡担保財産になっている」時期は、将来債権を含む集合債権譲渡担保設定通知の内容から判断すると、将来債権が発生し債権譲渡担保が実行された後とすることが妥当としている。そもそも、将来債権は未発生である限り取り立てができず、発生してからも、実行通知を行わない限り譲渡担保権者の取り立ては許されていず、完全な第三者対抗要件を具備しているとはいえないとしている。今ひとつの理由は、国税徴収法第２４条の立法趣旨及び国税優先の原則に基づく判断が欠如していることをあげている。そして、その譲渡担保設定契約時点で譲渡担保として確定し第三者対抗要件を具備した将来債権であっても、その発生がひとたび法定納期限等を経過した場合には、国税徴収法第２４条の適用を受けることが妥当としている。こうした立法の基本的考え方からすると、平成１９年の判決において示されたところの判断は、一般私法秩序の枠内では成り立つものの、国税徴収法の秩序には適合しないと判断している。米国法では、将来債権への包括担保権の租税債権に対する優先権に一定の制限が加えられていることを参考にして法定納期限等以前に設定された将来債権を含む債権譲渡担保と国税債権の優先性との調整をどのように図っていくのか、国税徴収法第２４条に残された喫緊の課題としている。

従来、国税債権と私債権との競合関係は、主として不動産を対象とした抵当権のような物件との関係が論じられてきたが、近年では、棚卸資産や売掛債権を担保とする（それらの市場が形成されてきているということであるが）ＡＢＬとの関係が重視されてきている。その意味では本論文は時期を得た論題といえる。本論文ではこの競合関係について多方面から検討を行っており、また多くの学説や判例を引用し、さらに多くの文献にも当たっている。

私法秩序と租税徴収権を如何に調整していくべきかについて、今後のさらなる研究に期待したい本論文であり、極めて高い評価するに値する論文といえよう。

吉川 貴之　稿

「所得分類における二重利得法の再考
　　―株式報酬型ストック・オプションを題材として―」

（青山学院大学大学院 院生）

本論文は、分類所得税の下での所得種類決定に際し、譲渡所得と事業所得の双方の性格を有する取引に関し、適用の是非が議論されてきた二重利得法の法理を、主として役員退職慰労金制度に代替する制度として利用されている株式報酬型ストックオプションにも適用できるかどうかを検証したものである。

本論文で著者が検証の対象としているのは、権利行使価格を１円とする役員向けに供与されるストックオプションであり、その実質は、いわば自社株そのものを報酬として供与するインセンティブ支払である。そこでは通常、権利行使期間は退職後一定期間に限定されているために、最終的な権利行使により実現する所得の中身は、①在職中の役員としての役務提供に対する経済的利益の部分と、②退職後の株式キャピタルゲインの双方よりなると分析している。著者は、このような二重の性格を持つストックオプションの行使利益についてにも二重利得法の法理念が同様に適用しうるのではないかとして、退職時の株式時価を基準として収入金額を区分する方法を提案している。即ち、そのような区分は実務上も基準が明確でかつ容易であり、加えて、所得の性格付けについても、前者を勤労性所得、後者を雑所得と理論的な整理区分が可能であり、二重利得法の適用モデルとして適切と主張している。

本論文では、まず退職後５年間程度行使可能とされる株式報酬型ストックオプションを題材として、そのストックオプション行使益の所得分類を、現行の所得税法の解釈・判例検証により検討している。著者は基本通達の考え方を起点として、①発行法人と被付与者の関係、②付与目的、③付与時から権利行使時までの状況を総合勘案しながら、二重利得性を論証している。

このプロセスでの立論過程は、基本通達から出発しながらも、従来の所得分類理論の検証、特に勤労性所得の性格付けに関する理論を学説・判例分析を踏まえて行っており、そこから切り離されるべき退職後の値上がり益の提示も適切なものであると考えられる。またそれに続く課税手法としての二重利得法の適用可能性の検証の部分では、当該手法を用いることのメリット・デメリットをバランスよく検証している。なお、収入金額の分割に際してのメルクマールの明確性を中心にして、過去の判例が認めた宅地造成型の譲渡所得・事業所得の間の区分との比較検討も行われており、説得力を強化しているが、二重利得法の射程距離一般についての検討は更に充実させる余地があるとも考えられる。しかし全体としてみれば、著者の問題点の指摘、それに伴う法的論点の整理、具体的提言のいずれも、法的分析力の水準の高さが反映されたものであり、優秀な論文と評価すべきものと考える。

租税資料館賞　論文の部

法人税の課税根拠と多様化する事業形態に対する課税ルール

関根 美男

「法人税の課税根拠と多様化する事業形態に対する課税ルール」の要約

経済のグローバル化の中で、我が国の企業の国際競争力を維持するためには、先進諸外国(特に米国)の事業形態に倣って、団体法制を柔軟構造化(柔軟化,自由化,内部自治)すべきとの要望から、会社法や信託法等の改正が行われ、株式会社,合資会社,合名会社,民法組合,匿名組合だった事業形態が、SPC,J‐REIT,LPS,LLP,LLC,新しい信託類型と新たな多様な事業形態を誕生させた。確かに、団体は人々の活動のための重要な手段であり、多様化する人々の要求に適合した組織のフォーマットを用意することは、経済の活性化を図る上でも大切であった。このような私法の状況の中、多様な事業形態に対する課税をどう考えるべきか、法人格の有無を法人課税のメルクマールとする考えは、もう時代にマッチしなくなったのであろうか。それがこの論文の出発点である。

まず、このような多様な事業形態に対する課税を、構成員課税するのか、あるいは、事業体課税するのかの議論には、法人税の課税根拠をどう考えているのかが前提として重要である。

そこで、法人税の課税根拠について、日本の法人税の変遷と法人税と所得税の負担調整方式を通して検討した。その結果、日本の法人税が、シャウプ勧告の「法人は擬人であり、・・・根本的には法人は、与えられた事業を遂行するために作られた個人の集合である。」とし、法人税は所得税の前取りであるとの考え方自体が、必ずしも明確な姿で存続されてきていないことを確認した。又、各国の法人税と所得税の色々な負担調整方式も、それぞれ、さまざまは問題点を抱えている事がわかった。

次に、多様な事業体の課税ルールを検討するのだが、法人税のおける「法人」の概念は、私法からの借用概念であるため、具体的にそれぞれの事業体ごとの課税ルールを考えるには、それぞれの私法の仕組みをまず理解しなければならない。その理解のうえに、次に、税務上の問題点を訴訟事例の検討を含めて、検討した。

人格にない社団等に始まり、匿名組合、民法組合、LLP、LLC、SPC、信託と詳細な検討をした。併せて、比較法として、米国が 30 年以上支配してきた団体性の判断基準であるキントナー規則放棄して、1997 年からチェック・ザ・ボックス規則を施行した経緯を分析した。これにより、私法上の法人格の有無で課税上の線引きをせずに実態に合った連邦税制上の独自の線引きをすることが、如何に困難だったかが理解できた。又、米国のパートナーシップ課税と比較して、日本の構成員課税制度が如何にも未整備であり、その充実が何よりも大切だと実感した。

事業体の法形式の選択によって、事業体自体及び事業利益の分配を受ける者の租税負担が大きく変わるのは、租税公平の観点から望ましいものではないから、どのような事業体を選択しても同じような税負担となるように法整備をすることが合理的であるとの主張も

理解できなくはない。しかし、経済的実質で法人課税の有無を判断する事は、大きな租税リスクと混乱を招く。むしろ、有限責任か無限責任かで損失規制の有無を公平に扱い、法人格の有無で法人課税か構成員課税かを公平に扱えば、後は、納税者に多様な組織のフォーマットから選択させることが、中立の原則を満たすことになる。そして、多様化するグローバル経済の中での租税の国際的調和には冷静な判断が必要であり、法人税の課税根拠となる「核」としての法人格の有無のメルクマールを、現時点で、軽々に放棄すべきではないとの結論に至った。

法人税の課税根拠と多様化する事業形態に対する課税ルール

＜目次＞

第１章　序論　3 頁

第２章　法人税の課税根拠

第１節　租税の根拠　4 頁

第２節　法人税の根拠

２－２－１ 日本の法人税の変遷　6 頁

２－２－２ 法人税と所得税の負担調整方式　8 頁

２－２－３ 小括　13 頁

第３章　多様な事業形態に対する課税ルール

第１節「人格のない社団等」に対する課税ルール

３－１－１ 法人課税の射程範囲の拡大　15 頁

３－１－２ 社団･組合峻別論　16 頁

３－１－３ 法人格否認の法理と法人性　18 頁

３－１－４ 人格のない社団等に対する課税　19 頁

３－１－５ 租税法における法人格否認の法理　22 頁

３－１－６ 小括　23 頁

第２節 匿名組合に対する課税ルール

３－２－１ 匿名組合の沿革　24 頁

３－２－２ 匿名組合の法務　25 頁

３－２－３ 匿名組合契約の課税をめぐる訴訟事件　27 頁

３－２－４ 小括　33 頁

第３節　民法上の任意組合に対する課税ルール

３－３－１ 民法上の任意組合の法務　35 頁

３－３－２ 民法組合の課税をめぐる訴訟事件　36 頁

３－３－３ 小括　43 頁

第４節　LLP(有限責任事業組合)、LLC(合同会社)に対する課税ルール

３－４－１ LLP(有限責任事業組合)、 LLC(合同会社)の法務　45 頁

３－４－２ LLP(有限責任事業組合) 、LLC(合同会社)の税務　47 頁

３－４－３ 米国のチェックザボックス　50 頁

３－４－４ 小括　52 頁

第５節　SPC、信託に対する課税ルール

３－５－１ 不動産証券化の背景と効果　53 頁

３－５－２ SPC、J‐REIT の法務　54 頁

３－５－３ 信託の法務　55 頁

３－５－４ SPC、J‐REIT の税務　58 頁

3－5－5 信託の税務　59 頁
3－5－6 小括　61 頁
第 4 章　結論　62 頁
参考文献・引用判例　64 頁

法人税の課税根拠と多様化する事業形態に対する課税ルール

第１章　序論

人間が、経済活動をするにあたって、個人でできることは限られている。そこで、人々は、徐々に、団体を利用して効率的に経済活動を行いたいと思うようになる。1932 年にバリーとミーンズによって著された The Modern Corporation and Private Property の中で所有と経営の分離が議論されたが、企業の創業期においては、株主が自ら経営者であることがほとんどであり、所有と経営は一致していたものが、企業が大規模となるに従い、株式は経営の知識のない多数の株主にも分散し、一方、会社の経営には高度の知識，経験が要求されるようになって来た。租税においても、所有と経営を切り離して考え、法人の事業活動に課税をするようになる。そこで、第 2 章第 2 節において、時代を巻き戻し、我が国の法人税の変遷を通して、法人税の課税根拠の変化を再確認する。併せて、経営する法人と所有する個人との間の、法人税と所得税の負担調整のあり方も検討する。

経済の進歩とともに、法は多様化する人々の要求に適合した組織のフォーマットを用意してきた[1]。それは、より効率的な経済活動を行うためのルールであると同時に、利害関係人にとっても公正(fair)なルールでなければならない。私的自治を大幅に認める柔軟な組織であっても、それは、あくまで他者の権利を害さない限りにおいてでなければならない[2]。それは、納税においても然りである。租税回避のみを目的とした行為は、他の多くの者の租税負担(極論すれば犠牲)の上に成り立っているともいえる。ループホールを利用して租税を回避することは、その時点の法に触れないとしても、社会的責任という点で如何なものだろうか。そのため、まず租税(負担)の意義をどう捉えるべきかを本稿の出発点にした。

昨今、金融商品の中に、本来の利回りで競うよりも、租税負担の軽減メリットを強調した商品が出現したり、又、企業が本業とかけ離れた租税回避スキームを行ったりしているケースがある。そして、その租税回避のために利用される事業形態への課税の是非を巡って、多数の租税訴訟が起きている。本来、私法がその事業形態に予定しているのと異なる方法で租税回避のスキームが考えられる。特筆すべき租税訴訟として、古くは、個人の所得税を回避するため、人格のない社団等を隠れ蓑にしたねずみ講事件があり、あるいは、最近では、租税条約上のループホールをねらって、内的組合のような匿名組合を使って課税を回避したガイダント事件があり、そして、無限責任を負う民法組合員だからこそ組合の損失をパススルーできるのに、契約自由(私的自治)の原則だとして、出資額以上の損失を負担しないにもかかわらず組合損失をパススルーした航空機リース事件等がある。これらは、第 3 章において、第 1 節で人格のない社団等を、第 2 節で匿名組合を、そして第 3 節で民法組合を、それぞれの事業形態の課税ルールを概説するところで取り上げて検討し、併せて、米国の制度を参考に構成員課税制度の立法的整備を提案したい。

更に、最近次々に法制化された多様な事業形態のフォーマットとしての LLP、LLC、SPC、

---

1 藤田友敬「企業形態と法」『現代の法　7 企業と法』（岩波書店 1998.3）36 頁

2 山本敬三『民法講義Ⅳ-１契約』(有斐閣 2005.11) 759 頁

信託について、第 4 節と第 5 節でそれぞれの法務と税務を概説し、併せて米国の多様な事業形態の課税ルールを中心に比較法的に検討したい。

無限責任社員のいる合名,合資会社に法人格を認めている我が国においては、ドイツのように法人格＝有限責任＝法人課税との明確なメルクマールは使えない。しかし、合名,合資会社の無限責任は、民法組合の無限責任とは異なり、あくまで「責任の補充制」であり、それは、丁度、個人保証を強いられている小規模株式会社と同様の責任である。従って、有限責任＝法人課税と無限責任＝構成員課税が依然として成立していた。しかし、民法の特例法として有限責任を認めた LLP の出現で、有限責任＝法人格が崩れたことになる。そして、信託法の改正により、従来の受動的信託から、事業信託が認められた。法人格のない信託がまるで事業活動をするようなことになる。このことにより、今まで我が国が法人課税のメルクマールにしてきた、法人格＝法人課税を放棄して、米国のように、その事業形態の経済的実質をメルクマールにした法人課税を目指すべきとの意見もある。これについては、米国のチェック･ザ･ボックスの是非と併せて 4 節後半で検討したい。

思うに、構成員課税(本稿ではパス･スルー課税と同義で用いる)は、法人税の税率より所得税の税率が低いか、初期投資の損失を他の所得と通算して納税負担を軽減したい場合にメリットがある。逆に、法人税の税率が所得税の税率より低ければ、事業体課税(本稿では事業体そのものに法人税を課税するという意味で用いる)にメリットがある。確かに、私法である民法や会社法と税法では立法目的が異なるのであるから、私法とは異なる税法独自の体系を構築することが許されないことはない。しかし、私法上の稼得した所得の帰属者を無視して、経済的実質で所得の帰属者に課税するという、正に、実質所得者課税を例外ではなく原則とするような税体系を構築することは慎重であるべきある。その点は、法人税の課税根拠と多様な事業形態の課税ルールの検討結果として、結論において述べたい。

第２章　法人税の課税根拠

第１節　租税の根拠

租税の意義について、金子宏教授は、「国家が、特別の給付に対する反対給付としてではなく、公共サービスを提供するための資金を調達する目的で、法律の定めに基づいて私人に課する金銭給付である」と定義している[3]。そして、日本国憲法は、その第 30 条において、「国民は、法律の定めるところにより、納税の義務を負ふ。」と規定している[4]。

この租税の負担配分原理には、大別して利益説(対価税)と義務説(犠牲説)の 2 つの考え方がある。利益説(benefit theory)は、応益原理ともいわれ、国民各人が国家から受ける利益(公

---

3 金子宏『租税法　第 10 版』(弘文堂 2005.4) 9 頁

4 国民の納税義務は、租税法律主義(国民自身による租税立法)を前提としている。最判 S60.3.27（大島給与所得訴訟）では“およそ民主主義国家にあっては、国家の維持及び活動に必要な経費は、主権者たる国民が共同の費用として代表者を通じて定めるところにより自ら負担すべきものであり、我が国の憲法も、かかる見地の下に、国民がその総意を反映する租税立法に基づいて納税の義務を負うことを定め（30 条）、新たに租税を課し又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要としている（84 条）”と判示している。民集 39 巻 2 号 247 頁。尚、この事件は、憲法 14 条の租税公平主義の観点から、合理性の基準が問われた事件である。金子宏「憲法と租税法」『租税判例百選第 4 版』(別冊ジュリ 178 号 2005.10) 4 頁。

共サービス)の程度に応じて(比例して)租税を負担するという考え方である[5]。この(租税は国民が国家から受ける利益の対価であるという)考え方は、比例税率と結びつき[6]、ホームズ裁判官の「租税は文明の対価(price of civilization)である」との言葉のように、アングロ・サクソン系の国々には依然として根強く残っている[7]。しかし、現実には各人が受ける利益と税負担は必ずしも比例していない。

これに対して、義務説は、税負担の配分は各人が国家から受ける利益の程度に対応する必要はなく、国民の当然の義務と考える[8]。義務説は能力説(ability-to-pay theory)ともいわれ、租税を国家公共の利益を維持するための義務とみなし、国民各人は、その能力に応じて租税を負担することによってその義務を果たすと考える(応能原理)。この見解を権威主義的国家思想に結びつくとの批判もあるが、国民主権の日本国憲法においては、84 条の租税法律主義に基づく民主的立法過程を考えると、その批判は妥当せず[9]、福祉高齢化社会においては、利益説(対価説)より、義務説(能力説)を中心に租税の負担配分を考えるべきだと思う[10]。確かに、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引きなおして、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できない[11]。しかし、租税回避を行なった者が不当な利益を受け、通常の法形式を選択した納税者との間に不公平が生じている事実は重く、租税回避スキームを考案する者たちのために、租税法律主義があるのではないことをここで述べておきたい。

第 2 節　法人税の根拠

現在の所得税については、「新たに取得する[12]包括的所得に課税する」という課税根拠[13]が

---

5 応益負担を「互酬的機能」と捉える考えもある。濱本英輔「互酬に関する一考察」金子宏古希記念論集『公法学の法と政策（上)』(有斐閣 2000.9）153 頁

6 “結局、利益説は、自由放任の経済理論を基礎とし、租税の中立性の理論と結びついて、国家は国民の経済活動に対して中立的であるべきで、課税の前と後とで富の相対的分配状態に変動が生じてはならないと考え、租税は所得なり財産なりについて比例税率で課されるべきであると考える。”金子宏「租税法における所得概念の構成（一)」法学協会雑誌第 83 巻 9,10 号 1243 頁

7 “米国 IRS の建物には、オリバー・ホームズ裁判官が判決文の中で示したこの言葉が刻まれている。”山本守之『租税法要論 3 訂版』(税務経理協会 1998.10）4 頁

8 “ドイツ租税通則法では「租税とは、特別の給付に対する反対給付ではなく、法律が給付義務をそれに結び付けている要件に該当するすべての者に対し、収入を得るために公法上の団体が課する金銭給付をいう」と規定している。”山本前掲注 7）3 頁

9 金子前掲注 3）22 頁

10 所得・消費・資産等に対する課税を適切に組み合わせることにより、隔たりのない税体系の構築が大切である。所得課税は、垂直的公平に適う税である。消費課税は、水平的公平、世代間の公平に優れた税である。そして、資産課税等は、富の再分配を通じた資産格差の是正や機会の平等の確保、所得課税の補完的観点から垂直的公平の確保に適している。平成 12 年 7 月 14 日「わが国税制の現状と課題―21 世紀に向けた国民の参加と選択―税制の基本原則」税制調査会答申。尚、租税三原則である公平,中立,簡素については首藤重幸『公平・中立・簡素・公正の法理』日税研論集 Vol54 や、増井良啓「租税法における水平的公平の意義」金子宏古希記念論集『公法学の法と政策（上)』(有斐閣 2000.9）171 頁が詳しい。

11 金子前掲注 3）130 頁

12 これを取得型所得概念という。これに対するものにニコラス・カルドア等が主張した消費型（支出型）所得概念がある。“カルドアの支出税理論は、一年間の支出の総計に対する相当に高率の累進課税をもって所得税に代えるべきであるという主張である。そのメリットとして彼は、①所得税が投資や資本蓄積に対してもつ好ましくない影響を排除できること、②富裕な者の方が多くを消費支出にあてるから、高い累進税率を適用すれば公平負担の要請に合致しうること、③所得税の場合と異なり、過去の蓄積を消費にあてることをも課税の基礎にとり入れうること、等をあげている。支出

大勢である。これに比べて、法人税の課税根拠はどうであろうか。法人税を所得税の前取りと考える(法人擬制説)のか、あるいは独自の租税と考える(法人実在説)のか。法人税を所得税の前取りと考えれば、法人税と所得税との負担調整が必要となり、独自の税と考えれば、両税の負担調整は不要になる。そこで、現在、国税収入で 4 分の 1 以上を占める[14]法人税につき、我が国の法人税の変遷と、各種の両税の負担調整方式を検証する。

2‐2‐1 日本の法人税の変遷

(1)明治 32 年(1899 年)個人所得税の前取り

明治 20 年に所得税が創設された[15]のに対し、法人の所得に対する課税が開始したのは、明治 32 年である。当時の所得税法は、所得を 3 種類に分けたうえ、その第 1 種所得を法人所得とした。税率は 2.5%の比例税率である(3 条)この第 1 種所得税は、株主の所得税の前取りと見ることができる。つまり、会社が利益をあげると、その段階で 2.5%の所得税がかかる。所得税を引いたあとの利益を株主に配当金として分配すると、それは株主段階では非課税である[16](5 条 7 号)。

(2)大正 9 年(1920 年)いわゆる配当二重課税のはじまり

大正 9 年には、第 1 種所得について、甲と乙の区別を廃止し、超過所得･留保所得･配当所得･清算所得の 4 区分を採用した。このうち、超過所得とは、所得のうち、資本金額の 1 割を超える金額である。留保所得とは、法人の所得のうち、配当に充てず社内に留保した金額である。そして、超過所得と留保所得には、累進税率を適用した。

税は、インドとセイロンで実施されたが、その執行が困難なため廃止された。” 金子前掲注 6）1257 頁

13 “国民経済が比較的単純･未熟であった時代には、制限的所得概念はそれほど大きな不都合をもたなかったが、今日のような経済が高度化･複雑化し、所得の現象形態が多様化すると、もはや制限的所得概念ではまかないきれず、公平な税負担の配分のためには包括的な所得概念が必要となる。”金子前掲）1275 頁。“所得が、各人の担税力の総合的･直接的標識であることにかんがみ、所得税は、財産税や消費税に比して、近代税制の公理ともいうべき担税力に即した税負担の配分の要請によりよく適合するが、その場合に、所得の概念を包括的に構成することによって、公平負担－水平･垂直の双方の意味における－の要請はよりよく充足され、また所得税のもつ再分配機能がよりよく発揮されるのである”金子宏「租税法における所得概念の構成（三）」法学協会雑誌第 92 巻 9 号 1139 頁。その他、包括的所得概念に関しては、栗林隆「包括的課税ベースの特徴」千葉商大論叢 37 巻 3 号 149 頁、篠原章「ゲオルク･シャンツ再考」千葉商大論叢 31 巻 1 号 69 頁、平塚康雄「包括的課税標準の意義と批判的検討」経済と経済学 44 巻 151 頁都立大経済学会　等参照。

但し、グローバル化する金融所得に対する課税問題から、最近は二元的所得概念の主張も注目されてきている。水野忠恒「金融資産収益の課税―金融課税の一体化」日税研論集 55 号 10 頁。

14 金子宏「我が国税制の回顧と展望」『第 58 回租税研究大会記録』(日本租税研究協会 2007.3) 7 頁と資料２。“法人税は誰しもが認めるようにまことに厄介な租税である。そもそもどんな性格の租税かわからぬままこの世に誕生し、それが今日、主な先進国において主要税源の一つになるまで発展したという経緯をもつ。”石弘光『税制改革をどう進めるか』（日本経済新聞社 1986.4）48 頁。尚、田中教授は、“法人実在説と法人擬制説で、法人と株主との間の二重課税の当否の問題を説明するのは、学問上の説明としては一顧の価値もない荒唐無稽の説である”と痛烈に批判している。田中勝次郎『法人税法の研究』(税務研究会 1965.2）1170 頁。又、品川教授も、“法人税の課税根拠を説明するに当たっては、法人擬制説及び法人実在説を捨象する必要がある”と述べ、法人・個人一体課税説及び独立課税説で考えるべきと主張している。品川芳宣『課税所得と企業利益』(税務研究会出版局 1982.1）71 頁。

15 “明治 20 年の所得税法の創設に際しては、結果的には、法人に対する課税は行われなかったが、法案の審議の過程では、法人に対する課税の是非の議論がかなり行われており、これらの議論は、その後の法人実在説と法人擬制説の議論の原型ともいえるものである。”朝長英樹「法人所得の意義と法人税の納税義務に関する基本的な考え方」税大論叢 51 号 319 頁

16 “所得税の創設時の法人の所得は、法人が営業によって得た利益のうち株主に配当をしないものを指していたと考えられるのに対して、法人税の創設時の立案者の考える法人の所得は、配当を控除する前の利益を指している。”これは、明治 32 年に制定された新商法の影響を受けているという。朝長前掲注 14）329 頁。　“尚、この新商法によって会社設立について従前の免許主義から準則主義に変わった。”長谷部啓「パス･スルー課税のあり方」税大論叢 56 号 81 頁。

大正 9 年法の下では、法人からの配当を、個人の所得として課税することにした（14 条 5 号)。ただし、配当金の全額ではなく、6 割[17]のみである。つまり、法人段階で 1 回、個人株主段階でさらに 1 回(正確には 0.6 回分)、課税する仕組みになった。いわゆる配当二重課税のはじまりである。

その後、昭和 15 年には、第 2 次大戦の戦費調達のため税制全体について基本的な改正が行われた。このとき、法人税法が所得税法から独立した。これ以降、法人の所得については、法人税法で規定するようになる。また、法人営業収益税や法人資本税といった租税が廃止され、法人税法の中に一本化された。もっとも、法人段階で 1 回、個人株主段階でさらに 1 回といういわゆる配当二重課税が維持された。

法人税の税率は段階的に引き上げられ、昭和 21 年には 35%になった。

(3)昭和 25 年(1950 年)個人段階で税額控除

昭和 24 年のシャウプ勧告をうけた昭和 25 年改正は、基本的な転換を行った。

シャウプ勧告の第 6 章「法人」において、「法人は擬人であり、・・・根本的には法人は、与えられた事業を遂行するために作られた個人の集合である。」[18]と述べ、法人税は所得税の前取りであると考え、源泉課税(withholding tax)と位置付け[19]、いわゆる配当二重課税の調整を勧告した。又、勧告は、法人による課税の繰延を防止するため、法人に留保される蓄積利益に対して 1%の利子付加税を課すべきであると述べている[20]。逆に法人相互間の二重課税(double taxation)排除のため、法人が他の法人から受ける配当は課税所得から除外するよう勧告している[21]。そして、株式の譲渡所得に対する課税の完全実施を前提に[22]、法人の清算所得に対する課税の廃止を勧告している。

しかし、利子付加税に関しては、経済発展のために必要な法人の内部蓄積を阻害するという理由で、翌年の昭和 26 年には、同族会社以外の法人への適用は廃止された。そして、昭和 28 年には有価証券の譲渡所得の把握が難しいことと法人に対する直接投資を促進する必要があることから、有価証券の譲渡によるキャピタル･ゲインが、所得税の課税対象から除外された。併せて、法人の清算所得課税が復活した。こうして、シャウプ勧告の基本的構造部分(法人と個人を連動しての公平な税負担の配分の仕組)が早くも崩れていった[23]。

(4)昭和 36 年(1961 年)法人･個人の両方での調整

昭和 36 年改正では、会社の段階と、個人株主の段階の両方で、調整を行うこととした。つまり、会社が配当を支払う場合、配当に充てた部分についての法人税率を、基本税率の 4 分の 3 にする。それに対応して、所得税のおける配当控除率も、従来の 4 分の 3 にする。

---

17 昭和 12 年には 8 割に引き上げられた。長谷部前掲注 16）82 頁

18 日本税理士会連合会編『シャウプ使節団日本税制報告書（復元版)』（日本税理士会連合会出版局 1979.7）74 頁

19 前掲注 18）76 頁

20 小規模同族会社でない同族会社には、不当な租税回避防止のため高率の利子付加税を課すべきとしている。（勧告では 9%）

21 前掲注 18）87 頁

22 前掲注 18）80 頁

23 金子宏『所得課税の法と政策』所得課税の基礎理論下巻（有斐閣 1996.1）413 頁

いわゆる「配当軽課」である。この改正は、シャウプ勧告の下では、いわゆる二重課税の排除をもっぱら株主の段階で行われていたものを、その 4 分の 1 は配当支払法人の段階で行い、残り 4 分の 3 は株主の段階で行うというものである。

これは、財界から、自己資本比率を高めるために、銀行利子と同様に支払い配当の損金算入を認めて株式発行による資金コストを下げるよう要求されて[24]の改正といえる。もっとも、株主側での配当控除の廃止は、証券市場の育成に逆行するとの批判もあり、その折衷的制度といえる。しかし、この改正は所期の効果をあげなかった[25]。

このように、現実の税制は、シャウプ勧告に基づく基本的な考え方に立脚しながらも、法人税を企業独自の負担と考えざるを得ない方向で整備され、シャウプ勧告の考え方自体が必ずしも明確な姿で存続されてきていないといえる。

(5)昭和 63 年(1988 年)法人税･所得税の負担調整方式の廃止、個人株主段階の配当控除復活

昭和 63 年の改正は、「法人段階での調整については、例えば企業が配当に当たって一定配当率の維持を重視する傾向があるような場合には、法人税負担の軽減が必ずしも配当の増加につながらず、税負担調整の効果が株主に及ばないという問題がある等、調整方式として不十分な面があるほか、配当を支払う法人の段階で調整が行われる結果、本来調整を行う必要がない外国人株主や非課税法人株主に対して支払う配当にまで自動的に調整の効果が及んでしまい、経済の国際交流が進展する中で税収の安定的確保にも配慮すれば難点が多い等の問題もある。・・・これらの点を踏まえると、負担調整の方式としては、この際、配当軽課を廃止し、個人段階での調整にゆだねる方向で見直しを進めるのが適当であると考える。」と述べた[26]昭和 61 年 10 月の税制調査会の答申を根拠としている。

2 - 2 - 2 法人税と所得税の負担調整方式

(1)完全統合(fu11 integration)

これは、法人の所得が内部に留保されたか配当に充てられたかを問わず、その全体について二重課税を排除する方式である。経済的中立性が確保されるといわれる。そして、法人擬制説に立った考え方である。

①組合課税方式(partnership method)

これは、法人を組合とみなして、その所得を株主の持株数ないし社員の出資金額に応じて按分し、その按分した金額を株主ないし社員の所得として課税する方式である。この方式の下では、法人税は廃止され、法人の所得はすべて株主ないし社員の所得として課税されるから、二重課税は完全に排除される。

---

24 “戦後における日本経済の急激な発展に伴い､法人は事業の拡張のために多額の資金を必要とした｡いうまでもなく､外部から資金を獲得する方法としては、株式を発行する方法と、借入による方法とがあるが。一般に配当率は、株式投資が含むリスクの故に利子率よりも高いのが普通で、かつ、法人所得の計算上、借入金の利子は損金として控除されるのに対し、配当は控除されず、税引き後の所得から支払われるため、資金コストとしては、株式を発行する方がはるかに高くつく” 金子前掲注 23）415 頁

25 “法人の配当政策にも影響を及ぼさず､自己資本率の増加ないし減少防止にも役立っていない” 金子前掲注 23）421 頁

26 金子前掲注 3）411~412 頁

しかし、所有と経営の分離した大法人の場合には、株主の数が多く、しかも、法人の持株比率が著しく高いから、すべての法人の所得を個人株主に帰属させ按分することは、実際問題として困難である。又、株主が株式を譲渡した場合のキャピタル･ゲインのうちには課税済みの所得があるため、株式の取得価額の調整を行わなければならない。さらに、法人所得のうち外国法人および非居住者である株主に帰属する部分が課税の対象から除外され、国際的中立性に反する結果を生ずる。

②カーター方式

これは、1966 年のカナダの王立税制委員会報告書(委員長の名前をとって「カーター委員会報告書[27]」とも呼ばれる)で提唱された方式で、法人税を維持する点では、組合方式と異なる[28]が、しかし結果的には組合方式に類似している。その内容は、次のとおりである。第一に、所得税額の算定に当っては、配当に対応する法人税相当額を配当に加算(グロス･アップ)した金額を所得に算入し、算出された税額からグロス・アップ額を控除する。その限りでは、この方式は、後述の 100%インピュテーション方式と同じである。第二に、法人は、その選択により、その留保所得の全部又は一部を持株数に応じて株主に按分することができ、按分が行われた場合には、株主は、その持分額にそれに対応する法人税額をグロス･アップした金額を所得に算入し、算出された税額からグロス･アップ額を控除する。配当及び按分のグロス･アップ額が所得税額から控除しきれない場合には、その差額は株主に還付される。第三に、按分額に課税し、さらに株式を譲渡した場合のキャピタル･ゲインに課税することによって生ずる二重課税を排除するため、留保所得の按分額だけ株式の取得価額は増額される。いうまでもなく、いったん按分された留保所得が後に配当された場合には、その配当に対しては所得税を課さない[29]。

この方式は、組合方式の場合と同様に、二重課税の排除が留保所得にも及ぶ点ではすぐれているが、留保所得の個人株主への按分について技術上の難点が大きい。

③未実現キャピタル・ゲイン課税方式[30]

これは、法人税を廃止した上で、配当のみでなく、株式につき生ずる未実現のキャピタル･ゲインに対して毎年通常の税率で株主に課税する方式である。すなわち、配当に充てた所得は、株主段階でのみ課税され、留保所得は、株式の価額を増加させる範囲で株主に対して通常の税率で課税される。

この方式も、統合が留保所得にも及ぶ点ですぐれており、又、未実現のキャピタル･ゲインへの課税に特徴があるが、おびただしい数に上る法人のすべてについて毎年その株価を

---

27 Report of the Royal Commission on Taxation Vol.1~6,Queen's Printer,1966.(Carter Report) “カーター報告書は、サイモンズの包括的累進所得税理論を最も忠実に再現したものといわれる。”首藤前掲注 10）12 頁

28 “カーター報告は第 1 に株式の発生キャピタル･ゲインに課税することが現実に困難なこと、第 2 にカナダ法人の株式を保有する非居住者に課税ができなくなることによりカナダの経済利益をロスすること、の二つの主要な理由をあげ、法人所得税を継続することはやむをえないとの結論に達した。租税の最終的負担者は自然人であるとしたカーター報告は、個人レベルでの課税は困難であるから、法人所得税に個人に対する源泉課税としての有用な役割をもたせた。” 栗林隆『カーター報告の研究』（五絃舎 2005.2）141 頁

29 カーター方式の詳細は、栗林前掲注 28）156~161 参照

30 岡村教授はこれを“株式時価評価方式”としている。岡村忠生編『新しい法人税法』（有斐閣 2007.8）28 頁

評価することは、大変に困難である。

(2)部分統合(partial integration)

これは、法人所得のうち配当に充てた部分についてのみ統合を行う方式であり、法人の段階で統合を行う方式と株主の段階で統合を行う方式とがある。

①支払配当損金算入方式[31](dividend deduction method)(法人段階での統合)

これは、法人所得のうち、配当に充てた部分を損金に算入し、法人税の対象から除外する方式である。その全額を損金に算入する場合には、法人の所得のうち配当に充てた部分に関する限り、二重課税は完全に排除される。つまり、資金調達に対する自己資本と借入資本との中立性が保たれる。しかし、法人の留保利益については、統合はいっさい行われず、相対的重課ないし相対的軽課が生ずる。なお、留保された利益をのちに配当に充てる場合には、いったん納付した法人税の還付をどうするかの問題が生ずる。

②二重税率方式(法人段階での統合)

これは、法人の所得のうち、配当に充てた部分に対して、通常の法人税率よりも低い税率で課税する方式であって、支払配当の一部を損金に算入する方式と結果的には一致する。支払配当軽課方式と呼ばれる。この方式は、支払配当損金算入方式の場合と同様に、留保利益については、統合はいっさい行われず、又、留保利益をのちに配当に回す場合にいったん納付した法人税の還付の問題が生ずる。

この方式は、わが国でも、1961 年(昭和 36 年)に、ドイツにならって、後述の配当税額控除方式と併用する形でこの制度を採用したが、自己資本比率の改善という所期の目的の実現に役立たなかったため、1988 年(昭和 63 年)の改正で廃止された。

③配当所得控除方式(株主段階での統合)

これは、個人の受取配当の一定割合または一定額を所得から控除する方式である。一定額を控除する方式は、その金額が小さい場合には、二重課税の排除の意味が少ない。また、その金額が大きい場合には、累進税率の下では高額所得者に多くの利益を与えることになる。次に、受取配当の一定割合を控除する方式は、定額控除方式に比べれば、はるかに合理的であるが、しかし、所得段階による二重課税排除の程度の相違がきわめて大きい。

この方式の究極は、「株主の受取配当非課税方式（dividend exclusion method）」である。この方式の下では、法人は株主への分配段階で配当課税除外勘定（EDA）を設ける必要があり、非課税株主や国外株主への対策が必要である[32]。

④配当税額控除方式(dividend tax credit method)(株主段階での統合)

これは、個人の受取配当の一定割合または一定額を税額から控除する方式である。この方式の下でも、二重課税の排除の程度は、高額所得者ほど大きく、低額所得者ほど少なくなる。しかし、その程度は配当所得控除の場合に比較すれば小さく、配当所得控除方式に比べればずっと合理的な制度である。しかし、垂直的公平の観点から問題が残ることは否

31 ペイスルー方式とも表現される。後に述べる SPC 等において認められている。

32 水野忠恒『租税法　第 2 版』（有斐閣 2005.4）305 頁

定しがたい。この方式は、シャウプ勧告の提唱した方式であり、わが国で採用されている。現在は配当税額控除の割合が引き下げられ、シャウプ勧告でいう二重課税の排除というより、投資家への優遇措置と考えられる[33]。

⑤インピュテーション方式(imputation)(株主段階での統合)

この方式は、受取配当の金額に、それに対応する法人税額の全部または一部に相当する金額を加算(グロス･アップ)し、算出された税額からこの加算額を控除する方式である。上記④の方式を改革したものといえる。株主帰属法人税額＝｛法人税率÷（100－法人税率)｝×受取配当で計算できる[34]。控除しきれない金額がある場合には、その金額は納税者に還付される。グロス･アップ方式とも呼ばれる(あるいは、「法人税株主帰属方式」と呼ぶ者もある)。受取配当に対応する法人税の全額を加算する場合(100%インピュテーション)には、二重課税は完全に排除され、その一部を加算する場合(部分的インピュテーション)には、二重課税は部分的に排除される。たとえば、受取配当に対応する税額の半額をグロス･アップする場合には、二重課税の排除の程度は、法人段階で配当の半額を損金に算入する方式及び配当に対して 2 分の 1 の税率で課税する方式の場合とまったく同じであり、配当所得控除方式及び配当税額控除方式に比較すれば、所得段階による二重課税の排除の較差はずっと少ない。その意味で、水平的公平の観点から問題がより少ないといえる。

この方式は、最初、1937 年にグロス･アップ方式の名の下にイギリスで採用されたが、イギリスは、内部留保の促進を図るため、1965 年にこれを廃止して、クラシカル･システムに戻った。他方、フランスは、証券市場の活性化と自己資本比率の増大を図るため、1966 年にクラシカル･メソッドからインピュテーション方式に移行した。その後、イギリスも、1973 年に再びインピュテーション方式に移行したが、これは、配当と留保との間の税制上の差別を緩和し、資本市場からの資金調達を容易にするためであった。また、西ドイツも、前述のように、1977 年に、二重税率方式を維持しつつインピュテーション方式に移行したが、これは、配当の促進のほか、個人企業と法人企業との間の税負担の均衡の維持、資金調達に対する税制の中立性の維持等を目的としていた。なお、EU も、1975 年の法人税制統一指令案においてインピュテーション方式を提唱していた[35]。

しかし、その後、2000 年税制改正で、ドイツは、国際投資と相性が悪かったとして、インピュテーション方式を廃棄した。欧州域内の経済統合に伴い、内外差別が問題とされるに至ったのである[36]。フランスでも 2004 年にインピュテーション方式を廃止した。

イギリスの部分的インピュテーションは、受取配当にその 1/9 を加えた額を課税所得に算

---

33 水野前掲注 32）307 頁

34 水野前掲注 32）308 頁

35 “1990 年 4 月 18 日に共通インピュテーション方式導入と法人税率の調和(harmonization)を内容とする 70 年代の二つの指令案を撤回した。” 谷口勢津夫 12 章「E C における Tax Harmonization の動向」水野忠恒編『第 4 巻国際課税の理論と課題ニ訂版』304 頁（税務経理協会 2005.2）

36 EU 域内でこの方式を採用している国とそうでない国との、投資上の不公平問題。“資本移動自由化第 4 号指令が 1988 年 6 月に欧州理事会で採決され、又、フランスの強い主張により、資本移動自由化を側面から支援するための機能として、直接税の統合の必要性が認識された。” 監査法人トーマツ編『欧州主要国の税法』（中央経済社 2002.9）11 頁

入し、算出税額から受取配当額の 1/9 を控除する。又、ドイツでは、配当所得一部控除方式で、受取配当の 50%を株主の課税所得に算入し、フランスは、同じく配当所得一部控除方式で、受取配当の 60%を株主の課税所得に算入する負担調整を採用している[37]。

EU 域内の国境を越えた企業活動や投資活動を円滑にするためには、理想的には、EU 加盟国の所得税,法人税の税率を統一し、負担調整方式も統一するのが理想だが、加盟国の課税主権やマーストリヒト条約によって認められた補完性原則(subsidiarity principle)の遵守で当面対処しようと欧州蔵相理事会は結論を下した[38]。

(3)クラシカル方式(classical method)

これは、法人･個人間で全く調整をしないというものである。

米国は､ながらくクラシカル方式を維持してきた｡2003 年のブッシュ減税の一環として、株主が受け取った配当を非課税にする方式が提案されたが、結局、配当に対する税率を引き下げる方向で決着した[39]。これは、個人投資家に対する配当軽課政策である。つまり、法人･個人間の調整とはいえない｡但し､法人間配当については､持株比率が 80%以上は 100%受取配当の益金不算入､20%以上 80%未満の持株比率で 80%の受取配当の益金不算入､20%未満の持株比率で 70%の受取配当の益金不算入としている[40]。これも､法人税を所得税の前取りと考えた場合の法人の所得に対する重複課税(二重課税)を避けるための措置ではなく､法人部門における重複課税(三重課税以上)を避けるためにとった措置である[41]。しかし、この措置は、法人の株式所有比率をますます促進させ、系列化や癒着を生みやすく、消費者の利益を害することが少なくない[42]といわれていた。

(4)CBIT 方式

これは､1992 年に米国財務省が提案した包括的事業所得税(Comprehensive Business Income Tax, CBIT)である。包括的事業所得税とは、受取配当非課税方式(dividend exclusion method)を借入金にも適用する方式であり、貸付債権者と株主とは共に、その受取利子や受取配当を非課税とされるのに対し、その支払法人に対しては、配当のみでなく借入利子の損金算入をも否定するものである。この方式のもとでは、株式と借入金との選択に対する中立性という税制の重要な目的が維持される[43]。この制度は、基本的には個人所得税の排除と位置づけられる。CBIT は、法人だけでなく、パートナーシップや個人事業等非法人の事業にも同じ事業体段階課税を行い、事業体からの配当や利益分配には個人所得課税をしないという方式である。したがって、CBIT は、法人税を事業体税に拡張すると同時に、個人所得課税

---

37 2007 年 1 月現在 財務省「主要国の配当所得に対する課税制度の概要」参照

38 トーマツ前掲注 36）12 頁。谷口前掲注 35）305 頁。

39 “5%,15%の軽減税率を導入（但し 2008 年～2010 年までは 0%,15%）これとは別に州,地方政府税が課税される。” 前掲注 37）参照

40 2007 年 1 月現在 財務省「主要国の配当に係る負担調整に関する仕組」参照

41 金子前掲注 23）456 頁

42 金子前掲注 23）425 頁

43 水野前掲注 32）309 頁。金子前掲注 23）467~468 頁。

を排除するものである[44]。

確かにこれは、資金調達方法の選択に関する歪みや、内部留保か配当かの選択に関する歪み、法人形態か非法人形態かの歪みを排除するメリットがある[45]が、資本と所得を同列に扱うということであれば、地代その他の賃料も控除を否認すべきことになり、控除否認の範囲が拡大し、法人税はやがて範囲の限定された所得型の付加価値税になるとの批判もある[46]。又、労働所得と資本所得の区別の難しい総収入 10 万ドル未満の零細企業を除くとしている[47]が、株式調達ができず負債調達の多い低収益企業の資本コストは大きく上昇し倒産が急増する危険がある制度といえる[48]。

(5)ACE 方式

この ACE(Allowance for Corporate Equity)は、1991 年に IFS で提案されたもので、CBIT と全く逆のアプローチで、新株発行にも支払金利控除に相当する株式控除(Equity Allowance)を設けて、株式調達と負債調達に対する中立性を確保しようとするものである。

しかし、概念上の金利(notional interest rate)で株式に帰属するコストの計算をするという困難な面があり、又、税収の減少を補うため税率が上昇するという問題点がある[49]。

(6)ALI 方式

これは、1999 年のアメリカ法律協会(American Law Institute: ALI)の報告で、チェック・ザ・ボックス規則の問題点の解決法として提案された。それは、閉鎖的事業体を 2 つのグループに分け、国内に居住する個人のみが所有する閉鎖的企業(Simple Private Business Firms: SPBF)には簡素な導管制度(構成員課税)を、それ以外の閉鎖的事業体には通常の導管制度(構成員課税)提案している。但し、100 超の所有者を有する閉鎖的事業体及び公開会社のグループに含まれる閉鎖的事業体は、サブチャプターC も選択できるとした。しかし、過大な執行コストをもたらさないようにするための工夫に課題がある[50]。

2 - 2 - 3 小括

以上、我が国の法人税の変遷や諸外国の法人税と所得税の負担調整について検討してきたが、法人擬制説で考えれば、法人・個人間の何らかの二重課税の調整が必要になる。これを、配当レベルの調整に留めるか、配当していない留保部分の調整までするかによって、負担調整の方法が異なる。

二重課税を避けるために、配当せず留保しようとする配当政策がはたらくのは、所有と経営が分離していない法人の場合である。これは、小規模の同族法人だけではなく、親会社にコントロールされた子会社の場合も然りである。しかし、平成 18 年 5 月 1 日に施行さ

---

44 岡村前掲注 30）22 頁

45 みずほ総合研究所編「みずほリポート「抜本的な」税制改革の議論」（2007.12.27）19 頁

46 金子前掲注 23）479 頁

47 水野忠恒「法人税改革」『現代の法 8』（岩波書店 1997.4）200 頁

48 みずほリポート前掲注 45）21 頁

49 みずほリポート前掲注 45）18 頁

50 増井良啓「組織形態の多様化と所得課税」租税法研究 30 号 21 頁。炭田美奈子「閉鎖的事業体への構成員課税制度の一提案」『29 回日税研究賞入選論文集』日本税務研究センター（2006.8）10~17 頁。

れた会社法は、完全無配当株式の発行も許容している[51]。そして、租税においても、平成19年度の税制改正で、特定同族会社の留保金課税から資本金1億円以下の中小企業が除外された。これは、外部からの資金調達が難しい状況にある中小企業の財政基盤の強化を図る観点からの改正といわれる[52]が、留保を課税の繰延と捉えずに、内部資本の充実のための行為と捉えたのである。又、21年度の与党税制改正大綱で海外子会社からの受取配当を益金に算入しないことが公表された[53]。留保に対してムチを課すより、アメを与えて我が国への資金の還流を促す狙いである。

そして、株主が流動的な上場法人では、株主の特定が困難であり、留保部分の調整まではいずれにしても不可能である。こうしたことから、不完全な二重課税排除でよしとして、配当を受け取る側での配当税額控除(法人間の場合は、受取配当の益金不算入)方式が、証券市場の活性化にも寄与し、現実的である。

又、前述したALI方式は、法人･個人間の二重課税排除というより、閉鎖的事業体の導管性に着目しての構成員課税の提案であり、規模や経済的実態によって事業体課税か構成員課税かを分けようとする、我が国から見ればドラスティックなものである。しかし、法人の種々の経済活動は、第一次的には私法によって規律されているわけであり、その私法上の法人格を否認してまでの構成員課税には、我が国においては問題が大きい。むしろ、法人格のない事業形態に対する構成員課税のルールをきちんと立法化して、法人格を与えられていない事業形態を納税者自らが選択するような環境を整備すべきである。

以上が、法人の団体性からの課税根拠の検討だが、次に見方を変えて、経済学的発想で、法人税が転嫁しているかどうかを考えてみる。もし、転嫁しているとすると株主の負担とはならないから、二重課税の問題は生じない。この点に関してR･グードは、転嫁を否定している[54]。しかし、R･グードの意見に反して、究極的に租税負担を考えると経済的負担は個人に帰着するとして、経済学者の中には法人税を批判しているものが多い[55]。この転嫁の問題に関して、平成8年11月の税制調査会は、「法人税の「負担」を誰がどの程度負うのかについては、一義的に想定することはできないが、一般に、中長期的には、法人(あるいはその株主)のみが「負担」すると考えるのは適当でない[56]。」と述べている。このように考えると、確かに消費者が負担しているのであれば、間接税としての消費税と同様になり[57]、そして、

---

51 会社法105条2項（残余財産分配請求権を残せば、剰余金の配当請求権を株主から奪える）

52 『19年度改正税法のすべて』（日本税務協会2007.7）334頁。品川教授は、以前から、“中小企業においては、所得を不当に留保する余裕はなく、むしろ一層の自己資金調達の必要性が高い”と指摘している。品川芳宣「留保金課税の今日的課題と方向性」税理2005年6月号8頁。

53 日経新聞2008.12.13の4面。青山慶二「わが国企業の海外利益の資金還流について」租税研究2008.12月号127頁。尚、この制度に批判的な意見として、品川克彦「海外子会社からの配当の非課税制度について」国際税務Vol28No10号70頁。

54 R･グード原著 塩崎潤訳『法人税』（日本租税研究会1967.9）序文3~4頁,本文75頁

55 金子宏「法人税について」租税研究2007.1月号7頁

56 平成8年税制調査会「法人課税小委員会」

57 もちろん、消費税といえども事業者に転嫁義務が課せられているわけではない。「消費税の納税義務者が消費者、徴収義務者が事業者であるとは解されない。したがつて、消費者が事業者に対して支払う消費税分はあくまで商品や役務の提供に対する対価の一部としての性格しか有しないから、事業者が、当該消費税分につき過不足なく国庫に納付する

労働者が負担しているのであれば、少子高齢化社会では勤労意欲をそぐことになり問題である。経済のグローバル化や国際的な税率引き下げ競争[58]も伴い、EU のように消費税を税収の中心にして、法人税の税率を下げるべしとの主張は理解できる。しかし、現行法人税の代替的[59]税制として、消費課税(Consumption Tax)やフラットタックス(Flat Tax)あるいはキャッシュフロー法人税(Cash Flow Tax)等の主張や、二元的所得概念の再考は[60]、「新たに取得する包括的所得に課税する所得税と、その所得税の前取りとしての法人税との課税関係」を抜本的に変革して、多様な事業形態に左右されない課税方式との趣旨であるが、それは、水平的公平に優れた消費税という間接税の中に、垂直的公平を確保してきた所得税とその前取りとしての法人税を埋没させる危険をはらんでいる。水平的公平と垂直的公平のバランスが、租税には大切である。

第３章　多様な事業形態に対する課税ルール

第１節　「人格のない社団等」に対する課税ルール

3 - 1 - 1 法人課税の射程範囲の拡大

法人税とは、通常は、法人の所得に対する租税、すなわち法人所得税(corporate income tax)を意味する[61]。この「法人」の概念は、私法からの借用概念である。金子宏教授は、租税と私法の関係を「借用概念」として次のように述べている。「借用概念は他の法分野におけると同じ意義に解釈するのが、租税法律主義＝法的安定性の要請に合致している。すなわち、私法との関連で見ると、納税義務は、各種の経済活動ないし経済現象から生じてくるのであるが、それらの活動ないし現象は、第一次的には私法によって規律されているから、租税法がそれらを課税要件規定の中にとりこむにあたって、私法上におけると同じ概念を用いている場合には、別意に解すべきことが租税法規の明文またはその趣旨から明らかな場合は別として、それを私法上におけると同じ意義に解するのが、法的安定性の見地からは好ましい。その意味で、借用概念は、原則として、本来の法分野におけると同じ意義に解釈すべきであろう[62]。」という。それでは、私法ではその法人をどう定義付けているのか。四宮,能見両教授は、「自然人以外で権利義務の主体となりうるものが法人である。・・・法の世界において権利義務の主体となるためには、法律の定める一定の要件を充たして「法人格」の付与を受けなければならない。」と述べている[63]。

しかし、伝統的に法人格の機能とされてきた内容は、現在では必ずしも法人だけにしか

義務を、消費者に対する関係で負うものではない。」東京地判 H2.3.26TAINS Z176-6480

58 青山慶二「税率引き下げ競争の中にある政府と多国籍企業」租税研究 2006.11 月号 156 頁

59 増井良啓「多様な事業組織をめぐる税制上の問題点」フィナンシャルレビュー2003.12 月号 101 頁

60 二元的所得課税論への批判的見解として、関口智「日本の所得税･最適課税論･スウェーデンの二元的所得税：勤労所得と資本所得の視点」税研 140 号 16 頁が詳しい。

61 “もちろん正確には①各事業年度の所得に対する法人税のほかに、②各連結事業年度の連結所得に対する法人税、③特定信託の所得に対する法人税、④退職年金等積立金に対する法人税、および⑤清算所得に対する法人税を含んでいる。”金子前掲注 3）254 頁，水野前掲注 32）297 頁，品川前掲注 14）3 頁，山本前掲注 7）301 頁，岡村前掲注 30）4 頁，渡辺淑夫『法人税法―その理論と実務　平成 19 年度版』（中央経済社 2007.7）29 頁。

62 金子前掲注 3）122 頁。これに対して“合理的理由が存する限り、借用先の私法と異なる意味に解しうる余地が残されている”村井正『租税法と私法』（大蔵省印刷局 1982.5）127 頁。との論者もいる。

63 四宮和夫,能見善久『民法総則第 7 版』（弘文堂 2005.5）75 頁

認められないものではない[64]。税法においても、昭和 32 年に、法人格を取得していない「人格のない社団等」に対して法人課税を行うことにした[65]。社会的に実在し活動をして事業利益を上げ担税力を有しながら、私人でもなく法人でもない故に課税対象から外れ、徴税を免れるのは不公平とのことから、収益事業を行う「人格のない社団等」に課税することとした[66]。

「人格のない社団等」を法人課税の射程内にしたことは、これが最初の経済的実態による判断だったといえる。ところで、税法にいう「人格なき社団」なる概念は、もともと権利能力なき社団として認知された民事実定法上の概念を借用したとされるが[67]、この民事法上の社団概念は、組合と社団を完全に峻別しようとするアプローチにおいて行き詰まってしまった。星野教授は、社団と組合を一般概念で完全に峻別することは無用なものとし、「社団法人と組合のそれぞれの法的効果を個別・具体的に検討して判断すれば足りる。」と論じている[68]。このように、税法が借用しているはずの民事法上では、社団と組合の峻別が困難だというのに、税法がきちんと経済的実態で峻別できるのであろうか。この点を検証するには、まず、民事実定法上の論争からおさらいをしなければならない。

3‐1‐2 社団･組合峻別論

法人の本質論に関しては､従来､①法人擬制説②法人否認説③法人実在説(これはさらに、有機体説と組織体説に分かれる)などが主張されてきた[69]。これら、法人の本質に関する各説は、歴史的にそれぞれの時代の法政策･価値判断を反映したものである[70]。法人実在説(有機体説)を唱えたフランスのレモン･サレイユ(1855-1912)は、「単なる社会的実体を直ちに法人とすることなく、社会的実体を法人格に媒介するところの価値的契機を重視するものである[71]。」と法人格の必要性を述べている。しかし、いずれにしても、法人の本質論を形而上学的に突き詰めようとすると、それは神学論争になってしまう。

それでは、団体に法人格を与えることがどのような意味を持つのか、法人格を有する団体と法人格を有しない団体の違いは何か[72]。能見教授は、「法人格を取得する途があることを理由に制限的に考える方向に転換する可能性もあるが、法人格を取得して団体活動をす

---

64 藤田前掲注 1）37 頁

65 朝長前掲注 15）335 頁

66 法人税基本通達 1-1-1 法第 2 条第 8 号（人格のない社団等の意義）に規定する「法人でない社団」とは、多数の者が一定の目的を達成するために結合した団体のうち法人格を有しないもので、単なる個人の集合体でなく、団体としての組織を有して統一された意志の下にその構成員の個性を超越して活動を行うものをいい、次に掲げるようなものは、これに含まれない。(昭 56 直法 2-16 改正)

(1)民法第 667 条（組合契約）の規定による組合

(2)商法第 535 条（匿名組合契約）の規定による匿名組合

67 福岡高判 H2.7.18 判時 1395 号 34 頁

68 星野英一「いわゆる「権利能力なき社団」について」『民法論集第 1 巻』（有斐閣 1970.8）281 頁。阿久澤利明「権利能力なき社団」星野英一編『民法講座 I 民法総則』（有斐閣 1984.11）279 頁。

69 例えば、法人擬制説を唱えたサヴィニーの時代は、ドイツの本格的産業革命前であり、この理論には絶対主義的ないし半封建的性格があった。詳細は、福地俊雄『法人法の理論』（信山社出版 1998.2）参照。

70 四宮,能見前掲注 63）79 頁

71 “サレイユはギールケの法人実在説(有機体説)を修正補充した。”四宮,能見前掲注 63）80 頁

72 能見善久「団体―総論」ジュリ No1126 号 48 頁

るか(団体としては、法人格取得のメリットを享受する反面、法律が定める責任や国家の監督がある)、国家の干渉をきらって法人格がないまま団体活動するかは、市民の自由というべきである[73]。」と述べている[74]。

通常、「権利能力なき」社団とは、社団[75]の実体を有するが法人格のないものをいうとされる。そして、社団の実体を有するから、社団法人の規定又は考え方を可能な限りで、つまり、法人格を前提とするものを除いてすべて類推適用すべきである、とされる。そして、ある団体が「社団」とされるメルクマールとして、「団体としての組織を備え、代表の方法・総会の運営・財産の管理、その他社団として主要な点が、規則によって確定している」ことを挙げていた[76]。そして、判例も「権利能力なき社団」として、認められる要件として、①団体としての組織を備えること②団体として多数決の原則が行われていること③構成員の変更にもかかわらず団体が存続すること④代表の方法、総会の運営、財産管理等団体としての主要な点が確立していることとして、これにより、団体構成員の間接・有限責任を認めるとしていた[77]。このように、法人格取得の法的手続きを経由しているか否かではなく、法人的な組織の存否を基準として、社団と組合を峻別しようとした。

しかし、星野教授は「社会の存在する諸団体を、社団か組合かと区別することには、決め手を欠く。法人であるところの合名会社の社員,合資会社の無限責任社員は、会社の債務につき連帯責任を負っており、法人ということから必然的に構成員の有限責任が帰結されるものではない。・・・社会に存在する団体は、社会的団体から組合的団体に至るまで、無限の色合いをもって連続しているから、これをある線で切って、一方の側に対しては社団法人の規定又は考え方を出来るだけ類推適用し、他方の側に対してはこれを全く適用しないというのは、硬直であり、実際に適しない。[78]。」と述べ峻別論を批判している。

これに対して、森本教授は、「合名会杜も株式会社も、ともに法人であるが、両者において法人格の果す機能が大きく異なるのである。合名会社にあっては、法人であるということより生ずる最少限の法的効果しか存在せず、法人の技術目的はさほど達成されず、民法上の組合との差異が鮮明でなく、法人としての意義も少い。しかし、合名会社の社員の無限責任は、補充性を有する(会社の支払不能を前提とする)もので、主債務者はあくまで合名会社である。・・・法人法定主義を重視すべきで、法人・非法人の連続性を強調すべきではなく、法人と非法人では、原則と例外が逆で、質的な差異がある。法人が有する属性を非

---

73 四宮,能見前掲注 63）89 頁

74 これに対し,“営利目的の団体にまで権利能力なき社団を受け皿とする必要はない。営利目的の団体には依然として、団体目的による法人形式選択自由の制限という法定主義(民法 33 条,35 条)が妥当するものであり、そのような個別団体は法人格を取得し得ない、あるいは、法人に準ずる処理を受けることができない”との主張もある。後藤元伸「団体設立の自由とその制約」ジュリ No1126 号 60 頁

75 “「社団」の語は、元来複数人が結合するという意味だが、現在は、株式会社や持分会社の 1 人会社の設立・存続を許容している。”江頭憲治郎『株式会社法』（有斐閣 2006.9）25 頁。“もっとも、1 人会社も、何時でも社員が複数になる可能性があるので、潜在的には社団であるといってよい。”神田秀樹『会社法第 8 版』（弘文堂 2006.10）6 頁。弥永真生『リーガルマインド会社法第 8 版』（有斐閣 2004.8）12 頁。

76 我妻栄『新訂民法総則「民法講義Ⅰ」』（岩波書店 1965.5）133 頁

77 最判 S39.10.15 民集 18 巻 8 号 1671 頁

78 星野前掲 68）279 頁。

法人が有するからといって、当然にそれが法人であるとはいえない。」と[79]法人法定主義にたって反論している。

元来、私法においては、法人格が付与されていないある団体が、権利能力なき社団なのかの峻別が必要になるのは、主に団体債権者と構成員の個人債権者との関係においてである。現在、一般社団法人及び一般財団法人法も整備し、「私益･非営利目的(利益不分配)」の法人格取得の途[80]も認められた以上、法人格を取得していない団体の法人性を、積極的に認める状況ではなくなった。

3 - 1 - 3 法人格否認の法理と法人性

法人格否認の法理が最高裁によって最初に認知されたのが､昭和 44 年 2 月 27 日判決[81]の事件である。これは、税金対策のため会社組織をとった個人企業的な株式会社の電気屋が、家屋賃貸借の契約期間満了後も明渡しをせず、裁判上の和解によって同契約は合意解除されたが、賃借人側は、賃貸借契約の当事者は会社であるのに、右の和解は個人の名で行なったものであるという理由から、依然として明渡しの要求に応じないため再び訴訟となった事件である。最高裁は、個人名義で行われた和解であっても、その行為は、法人の行為と解し得るとして、賃借人側に明け渡しを命じた。この判決の中で、法人格否認の法理を適用すべき場合として、①法人格が形骸化した場合、②法律の適用を回避するために法人格が濫用された場合、の 2 つを挙げている。(この事件は①の法人格の形骸化である。)

しかし、法人格を否認するには、法律的に要件を明確化し[82]、予測可能性が保障されなければならない。又、法人格否認の法理を適用しても、会社の法人としての存在自体にはなんら影響せず、当該事件の具体的な法律関係についてだけ、法人格がないのと同じ扱いをするものである[83]。もちろん、特定の法律関係にせよ、法人格という権利主体の存在を否定するのであるから、その適用範囲は、できるだけ狭く限られるべきである[84]。最高裁も昭和 49 年 9 月 26 日の判決[85]で、この法理の適用は慎重になされるべきであると警告した。江頭教授も「たとえば同族会社の社員の有限責任が、この法理に基づいて簡単に排除されるような事態になれば、有限責任から生ずる債権回収不能のリスクを考慮して設定された現在の

---

79 森本滋「いわゆる法人格否認の法理の再検討」法学論叢 89 巻 3 号 8,10, 14~15,19 頁

80 能見教授は、新法制定前“私益･非営利目的（利益不分配）の法人格取得の途を認めるべき”と主張していた。能見善久「公益的団体における公益性と非営利性」ジュリ No1105 号 54 頁。
一般社団法人及び一般財団法人に関する法律（18 年 6 月 2 日公布、20 年 12 月 1 日施行）により、中間法人法は廃止される。既存の中間法人は、一般社団法人に移行することになる。尚、有限責任中間法人は、何らの手続を要せず、当然に一般社団法人となるが、その名称に「一般社団法人」という文字を使用する旨の定款の変更登記が必要で、その際役員等の記載内容も一部変わる。又、無限責任中間法人は、施行日から起算して 1 年を経過する日までの間に、一般社団法人への移行の手続を行わなければ、その無限責任中間法人は解散したものとみなされる。

81 民集 23 巻 2 号 511 頁

82 森本教授は「財産の独立性が完全にないがしろにされており､法が資本会社制度維持のために設けた強行法的規制（財産のみならず経理や業務の峻別、株主総会等の組織法的規制さらには登記などの公示規制）も全くないがしろにされ、社員自身も名義を混同している事実がある場合、財産を技術的に独立化し権利義務の帰属点を作るという法人の技術目的を完全にないがしろにしているので、社員は、会社と社員の人格の別異性を主張しえないという理由で、会社と社員を法的に同一視しうるのではなかろうか」と要件を明示している。森本前掲注 79）6 号 119 頁

83 龍田節「法人格否認法理の最近の展開」旬刊商事法務研究 534 号 8~9 頁

84 田中誠二「法人格否認法理の問題点」旬刊商事法務研究 563 号 12 頁

85 民集 28 巻 6 号 1306 頁

金利体系、人的･物的担保及び会社の財務制限条項等、あるいは、税法上の貸倒引当金等の諸制度につき、いろいろな点で見直しも必要となり、収拾のつかない状況になりかねないからである[86]。」と述べている。

3 - 1 - 4 人格のない社団等に対する課税

人格のない社団等に関する国税の規定は、まず昭和 25 年の相続税の全文改正に際し、66 条 1 項に、人格のない社団又は財団を個人とみなして相続税を課する旨の規定が設けられた[87]。これは課税の便宜[88]あるいは法技術的な立法態度[89]といえる。続いて、昭和 32 年に法人税及び所得税が改正され、人格のない社団又は財団で代表者又は管理人の定めがあるもののうち継続的に事業場を設けて一定の収益事業を営むものを法人とみなして、その収益事業から生じた所得につき法人税を課するとともに、人格のない社団又は財団で代表者又は管理人の定めがあるもの(収益事業を営むか否かは問わない)は、所得税の源泉徴収による納税の義務及び源泉徴収義務に関する規定の適用を受けることが明文化された[90]。この立法趣旨については、「人格のない社団等が団体としての組織を有し、統一された意思のもとにその構成員の個性を超越して活動する社会的実体であることに着目して、これを明らかにして税負担の公平を図るため、昭和 32 年の税法改正において明文の規定が設けられたのである[91]。」と説明されている。

それでは、ここで、多くの被害者を出し社会問題化し、昭和 53 年に無限連鎖講の防止に関する法律により禁止されることになった、ネズミ講事件を、人格なき社団等の納税義務に関して検討してみたい。

まず、事実の概要であるが、原告である内村は、昭和 42 年以来、第一相互経済研究所という名称で、ネズミ講を主宰していたが、昭和 46 年に多額の所得税の更正を受けたことから社団化を図ることとし、昭和 47 年 5 月 20 目に天下一家の会・第一相互経済研究所(以下「第一相研」という)の設立総会を開催し、会の目的,会員資格,会員総会,役員及び理事会,資産及び会計等に関わる定款案が審議･承認され、同日以後は、第一相研が、ネズミ講及びそれに関わる事業を営むこととなった。第一相研は、昭和 47 年以降の事業年度の不動産収入に係る所得について法人税の申告を行っていたが、本部に送金される多額の入会金については申告していなかった。これに対し、熊本西税務署長は、設立総会以後の第一相研は法人税法において法人とみなされる人格なき社団に当たり、①内村個人の財産が第一相研設立に当たり無償で贈与されたとして、内村に対する所得税の更正と②第一相研に対する贈与

---

86 江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』(東京大学出版会 1980.12) 100 頁

87 佐藤孝一「人格のない社団の成立要件についての一考察」税務論叢 18 号 145 頁

88 山田二郎「納税義務と課税要件」山田二郎編『実務租税法講義』(民事法研究会 2005.3) 19 頁

89 “租税回避を防止しようとするために、(相続税法上は)法人とみなさず個人とみなしている”碓井光明「ネズミ講税金訴訟判決」ジュリ 814 号 56 頁。

90 志場喜徳郎代表編『国税通則法精解』(大蔵財務協会 1992.3) 138 頁。
法人税法 2 条 1 項 8 号,13 号、3 条、4 条 1 項。所得税法 2 条 1 項 8 号、4 条。
“執行当初は無用の摩擦を避けるため課税該当社団等に税務署から通知をするという考慮をした。”志場喜徳郎「人格のない社団等に対する法人税の課税について」税経通信 12 巻 13 号 164 頁

91 昭和 36 年 7 月 5 日税制調査会第 2 次答申「国税通則法の制定に関する答申の説明」(答申の別冊) 67 頁

税決定処分を行った。又、③ネズミ議事業は課税対象となる「収益事業」であるとして、昭和 48 年 3 月期から昭和 52 年 3 月期までの法人税につき、合計税額約 84 億円の更正処分を行った。これらの更正処分並びに決定処分の取消を求めて提訴した内村だが、ネズミ講被害者からの破産申立により昭和 55 年 2 月 20 日に破産宣告を受けたため、内村の破産管財人がこの訴訟を引き継いだ[92]。

一審の熊本地裁[93]は、「権利能力なき社団」として最高裁が提示した要件[94]と比較して、第一相研を非構成員から区別された構成員の集団である団体として捉えることは不可能であり、してみれば、本会は、人格のない社団の成立要件適用の基本的出発点を欠いており、その余の要件を判断するまでもなく人格のない社団としての評価に耐え得ないものである、として①の更正処分を取り消した。しかし、②と③は、訴訟法上の当事者能力(原告適格)を有しない[95]として訴えを却下した。まず、①の判示については、権利を取得するに足る団体性を備えているかどうかの判断で足りるのでは[96]とか、構成員の確定自体はさほど重要なことではない[97]といった判例批評がある。

そして、①の件で敗訴した熊本西税務署長が控訴した福岡高裁[98]では、「本件は、社団としての不可欠の要素である対等の複数構成員の実質的存在を発見し難いこと等に照らすとき、そこに内村個人と離れた人の集まりといえる一個独立の社団が形成され、実在したものとは到底解し難く、第一相研は内村個人の隠蓑、替え玉ないしは別称というべきものと解される。・・・ところで、第一相研が、たとえ課税対策を主目的として創設されたとしても、公益法人や営利法人など実体法上法人格あるものとして公認され、法人格を付与される社団等の形態を選択し、かかる社団として法定の手続を履践し、成立したものであれば、少々その実体が熊本西税務署も言及するような一人団体的なもので、ワンマン経営的組織運営がなされ、代表者に資産の混同があったとしても、その外形を重視して一個の法人としての社団性を肯認することは比較的容易であろう[99]。」と判示して控訴を棄却し確定している。

この事件が複雑なのは、②と③で、原告不適格として却下されたことを不満として、内村の相続財産破産管財人[100]が、第一相研に対する法人税等の課税処分を無効として、国等

---

92 金子宏編『ケースブック租税法　第 2 版』(弘文堂 2007.3) ネズミ講事件 420~425 頁。図子善信「ねずみ講の事業主体を人格なき社団として行った課税処分の効力」税務事例 Vol37No4 号 1 頁をベースに事件の概要をまとめた。

93 熊本地判 S59.2.27 訟月 30 巻 7 号 1270 頁

94 前掲注 77

95 ①は原告が内村個人で②と③は第一相研が原告である。旧民訴法 45 条,46 条関連。しかし、法律上保護された利益説を採用して、処分の名宛人以外であっても、第一相研と内村を同一人と解釈し、内村に法律上の利益の侵害があり原告に含まれると主張できなかっただろうか。

96 碓井前掲注 89) 59 頁

97 佐藤前掲注 87) 257 頁。“中里教授も、沖縄における血縁団体である門中が権利能力なき社団にあたるとの判決（最判 S55.2.8 民集 34 巻 2 号 138 頁）と比較して、団体制の要件が厳格すぎると判例批評している。そして、天下一家の会の人格なき財団性を検討する余地もあったのではと述べている。” 中里実「ねずみ講は所得税法上人格なき社団に当たるか」ジュリ 852 号 230 頁。

98 福岡高判 H2.7.18 判時 1395 号 34 頁

99 前掲注 98) 55~56 頁

100 内村は平成 7 年に死亡した。

に納付した金員につき不当利得返還請求を求めて提訴したからである。第 1 審の熊本地裁は、第一相研は、税務上の人格のない社団に該当するとして、請求を棄却した[101]。上記福岡高裁と同様、税務上の人格のない社団は民事実定法上一義的あるいは同義に解するとしながら、結果は全く逆になった。これに対し控訴審は、処分の取消を求める部分については不服申立前置の要件を欠くとして訴えを却下したが、納税額の還付を求める部分については、第一相研は人格のない社団に当たらないとして、請求の一部を認容した[102]。これを不服として国が上告した最高裁の判断は、「外形的事実に着目する限りにおいては、第一相研は、意思決定機関としての会員総会、業務執行機関ないし代表機関としての理事会ないし会長が置かれるなど団体としての組織を備え、会員総会の決議が支部において選出された会員代表の多数決によって行われるなど多数決の原則が行われ、定款の規定上は構成員である会員の変更にかかわらず団体として存続するとされ、代表の方法、総会の運営、財産の管理その他団体としての主要な点が確定しているようにみえるというべきである。したがって、課税庁において第一相研が法人でない社団の要件を具備すると認定したことには、それなりの合理的な理由が認められるのであって、仮にその認定に誤りがあるとしても、誤認であることが本件各更正の成立の当初から外形上、客観的に明白であるということはできない。」とし、「内村自らが法人でない社団としての外形を作出するなどしており、本件更正が著しく不当と認められるような例外的な事情がある場合（最判 S48.4.26 民集 27 巻 3 号 629 頁[103]）に該当せず、本件更正が当然に無効といえない。」とした[104]。

この②③は、不服申立前置の要件を欠いているので、課税処分に無効原因があるか否かの判断であり、人格なき社団の成立要件の判断は傍論といえる。従って、最高裁判決は、昭和 48 年最高裁判決に沿って、例外的事情の有無を判断し、被課税者は仮に所得税を課税されるべきところ、誤って法人税を課税されたとしても、法人税の方が税額は少ないのであるから、不当な不利益を受けておらず、例外的事情はないと判断している[105]。そして、傍論である人格なき社団の成立要件に関しては、「仮にその認定に誤りがあるとしても、誤認であることが本件各更正の成立の当初から外形上、客観的に明白であるということはできない。」との弁解的判旨になっている。確かに、本来内村個人の所得とみなして課税し続けるところ、内村本人が第一相研を隠れ蓑にして法人税の申告をしたため、熊本西税務署が一連の課税処分をしたわけで、なるほど、法人税の税額の方が少ないから不当利得返還

101 熊本地判 H8.3.27 訟務月報 42 巻 12 号 3106 頁

102 福岡高判 H11.4.27 訟務月報 46 巻 12 号 4319 頁

103 48 年最判は、全く不知の間に第三者がほしいままにした登記操作によって、突如として譲渡所得による課税処分を受けた被課税者に瑕疵ある課税処分の不可争的効果による不利益を甘受させることは、例えば、被課税者が、登記の経由過程について完全に無関係とはいえず、事後において明示又は黙示的にこれを容認していたとか、又は前記の表見的権利関係に基づいて何らかの特別の利益を享受していた等の特段の事情がない限り、被課税者に対し著しく酷であり、また、事情の判明次第、真実の譲渡所得の帰属者に対して課税する余地もあり得ることからすれば、当該処分の表見上の効力を覆滅することによって徴税行政上格別の支障、障害をもたらすともいい難いと判示して、課税処分を無効と判断した。

104 最判 H16.7.13 判時 1874 号 58 頁。“行政処分が無効の為には、通常、瑕疵の明白性が必要になる。”

105 “前掲注 103 の事件と違うとした。” 図子前掲注 92）4 頁。

請求はいかがなものかと思うが、「下級審のネズミ講事件で迷走しつつあった人格なき社団の成立要件の方向が是正され、最高裁昭和 39 年 10 月 15 日の 4 条件を外形的に満たしていれば足りることになった[106]。」とまで、傍論としての判示から断言できるのであろうか。先の判決では、「その事業活動等に要する団体固有の資産が個人と峻別されて存在していない」として、社団性が否定されているにもかかわらず、一転して、この判決では、外形的条件が満たされているとして社団性が肯定されたのである。一つの事件で全く逆の判決が出ているが、確かに、背信的ともいえる行為者を保護する必要はない[107]が、むしろ、執行面の困難さからの判決と解釈すべきではないだろうか[108]。伊藤教授のように「税法上法的主体とした人格のなき社団だから、民法上も法的主体として認めるべき」とまでは考えられない[109]。租税の解釈が、私法を拘束するとは解せないからである。いずれにしても、私法のみならず、租税においても、経済的実質で判断することの難しさを痛感させられた事件である。

3 - 1 - 5 租税法における法人格否認の法理

私法上の法人格否認の法理を適用することは一般私法の側の未発達を意味することにもなり、現行法の不備を補う最後の例外的救済手段と考えるべきだといわれている[110]。

それでは、租税法においての法人格否認の法理の適用は許されるのであろうか。金子宏教授は、「租税法律主義のものでは、現実に存在する法律関係から離れて課税を行うことは許されないから、消極的に解すべきであろう[111]。」と述べている。そして、続けて「法人が事業取引の主体であるような外観を呈していても、私法上の真実の法律関係に即して見ると、取引の主体はその構成員たる個人であり、法人が事業の主体であるかのごとく仮装しているにすぎないという場合に、そこから生ずる所得が個人の所得として課税されるべきことはいうまでもない。これは法人格否認の問題ではなく、所得の帰属の認定の問題である[112]。」として、法人格を否認しなくても実質所得者課税の問題で解決すべきだと述べている。そして、金子宏教授は、この「実質課税の原則」について、「要件事実の認定に必要な法律関係についていえば、表面的に存在するように見える法律関係に即してではなく、真実に存在する法律関係に即して要件事実の認定がなされるべきことを意味するに止まり、真

106 図子前掲注 92）6 頁。①の判決については、中里前掲注 97）232 頁、碓井前掲注 89）59 頁、石倉文雄「所謂熊本ねずみ講は人格なき社団に該当するとしてなされた課税処分には、重大な瑕疵があり無効であるとされた事例」ジュリ 1180 号 96~99 頁等で多くの論者が批判していた。

107 石倉前掲注 106）99 頁

108 執行面の困難さとして、石倉教授は“自ら人格なき社団であるとして、課税庁に法人税の課税申告書を提出した時点で、課税庁が人格なき社団に該当しないとして個人課税の所得税申告書を提出すべきであるとして、申告指導をしたり、一歩進めて、所得税課税の決定処分と提出された法人税申告について取消処分を行うようなことは不可能である。”と述べている。” 石倉文雄「税法適用関係における人格なき社団論」石島弘他編『税法の課題と超克（山田二郎古希記念論文集）』（信山社 2000.4）23 頁。

109 伊藤進「税法上の「人格のない社団」－民法理論との交錯―」法律論叢 41 巻 2 号 91~97 頁。

110 江頭前掲注 86）142 頁。これに対して、井上教授は法人格否認の法理の積極適用を説いている。井上和彦『法人格否認法』」（千倉書房 1995.8）93 頁,同『一人会社論―法人格否認の法理の積極的適用』（中央経済社 1993.6）29 頁。

111 金子前掲注 3）174 頁

112 金子前掲注 3）174 頁

実に存在する法律関係からはなれて、その経済的成果なりに即して法律要件の存否を判断することを許容するものではない[113]。」と述べ、法的帰属主義の立場に立っている[114]。

納税者側から自ら法人格を選択利用したにもかかわらず、税金を免れるために安直に法人格を否認することはできない[115]が、課税庁側にしても、納税者が選択し税務申告もしている法人格を安直に否認し個人に課税し直すことは、根拠とする理論上も、又、執行上も、慎重さと租税公平負担を著しく害するという条件が必要になると思う[116]。

仮に、法人格否認の法理を適用した場合、課税上どのような事後処理をすることになるのであろうか。会社の法人としての存在自体にはなんら影響せず、当該否認された年度のみ個人事業を行っていたように計算し直さなければならず、法人の資産･負債･資本･及び損益の一切を個人が引き継ぐという複雑な計算になるだろうし、又、翌期の法人の税務会計処理も一度切断された財務諸表をどのように修復して期首をスタートさせるか複雑で煩わしい難問が発生しそうである[117]。それは、私法において江頭教授が懸念していることでもあった[118]。

しかし､昭和 48 年から平成 5 年まで､個人事業に認められていたみなし法人課税制度は、小規模の企業の法人格を否認するどころか、個人でありながら法人成りのメリットを享受できるようにしていた経緯がある。個人と法人の不公平感を緩和するとの名目で、経営の合理化のため法人化する意欲もない個人にまで、法人成りのメリットを与えた当時の租税政策は、租税学者を嘆かしたはずである[119]。

3 - 1 - 6 小括

人格のない社団等に対する法人税の課税が、明文の規定をもって可能になったとしても、

---

113 金子前掲注 3）139~140 頁。尚、最近では、「実質帰属者課税の原則」と表現している。『租税法第 13 版』149 頁。

114 “租税法の対象となる課税要件事実の認定には、この法的帰属主義と経済的帰属主義の２つの考え方があるが、租税法律主義が担う法的安定性、予測可能性からは、法的帰属主義の立場で考えるべきである。”同様の趣旨として、山田前掲注 88）22 頁、並びに、菅納敏恭「租税法律主義と租税回避」山田二郎編『実務租税法講義』(民事法研究会 2005.3) 218 頁。

115 東光商事株式会社事件(最大判 S43.11.13 民集 22 巻 12 号 2449 頁)のこの松田二郎裁判官の発言は、その後の納税者自ら法人格を否認しようとした場合に、課税庁側の主張や裁判所の判決の中でしばしば引用される。

116 法人格を否認した近畿エキスプレス事件(神戸地裁 H8.2.21 訟月 43 巻 4 号 1257 頁)にしても、増田教授は、“租税法上の実体法規により十分解決できた。”と批判している。増田英敏「法人格否認の法理をめぐる租税裁判例を素材として」税法学 540 号 123,126,128 頁。又、“課税庁が、納税者側からの法人格否認の主張は認められないと安直に決め付けず、調査等を通じて法的実質に従って実質課税の帰属者を判断すべきだ”と戒めている判決(横浜地判 13.10.10TAINS Z251-8999)もある。同様の意見として、碓井光明「法人とその構成員をめぐる所得の帰属」自治研究 51 巻 9 号 61 頁や、岩崎政明「租税実態法をめぐる問題(2)－法人格否認」小川･松沢編『裁判実務大系第 20 巻租税争訟法』(青林書院 1988.5) 477 頁がある。

117 岩崎政明「租税法における法人格否認の可否」ジュリ No905 号 111 頁

118 江頭前掲注 86

119 制度廃止の理由の１つとして、“企業の経営形態の選択に当たり、法人形態及び個人形態それぞれのメリット、デメリットを総合的に勘案していずれかを選択しているにも拘らず、個人形態を選びながら法人形態のメリットを享受しようとするのはおかしいこと”を挙げている。横江義一「改正税法のすべて」日本税務協会（1992.6）45 頁。又、平成 4 年 3 月 4 日の衆議院大蔵委員会において参考人の金子宏教授も西野萬理教授も廃止に賛成の発言をしている。123 衆-大蔵委員会 6 号議録。昭和 48 年の税制調査会答申では、“サラリーマンとみなし法人課税方式を選択した事業主との間においての均衡には疑義があり、所得税の基本税制の中に取り入れることは適当でない”と反対していた。”「昭和 48 年度の税制改正に関する答申」3 頁（1973.12）。それにも拘らず、青色申告会等の強い要望もあり、措置法で制度化した。その他、佐藤教授もこの制度を批判している。佐藤英明「みなし法人課税制度の検討と今後の問題点」租税法研究 19 号 40~59 頁。

ねずみ講事件で検討したように、実質的なみなし法人性の判断には多くの困難を伴う。又、既に申告したものの納税主体の変更には執行面の困難さもある。

一方、閉鎖会社である中小企業の法人成りの動機は、建前上は「会計の明確化による経営合理化」であろうが、その実質は節税の考慮が働いているとの批判がある[120]。そして、ドイツの人的会社に対する所得税課税や、フランスの人的会社に対する所得税と法人税の選択制度や、米国の S 法人のチェック・ザ・ボックス制度を紹介して、日本の小規模企業の課税の再考(構成員課税)を促す意見も古くからある[121]。そして、前述した ALI 方式も法人格を否認して小規模法人を構成員課税にしようとする提案であった。しかし、私は、あくまで基本は、私法上の法人格の有無で法人税の課税を判断すべきであると思う。後で述べるが、我が国の構成員課税は、米国のパートナーシップ課税と比較すると大いに見劣りがする。米国の家族パートナーシップの導入を含めた構成員課税を整備することによって、構成員課税が魅力のあるものになれば、法人成りを思い止まる個人事業者も増えるはずである。その上で、前述した法人としてのガバナンスが十分でない小規模法人には、法人課税そのものを否定するのではなく、平成 18 年度の税制改正である特殊支配同族会社の役員給与の損金不算入(法人税法 35 条)のような別段の定めで対処すべきではないだろうか[122]。

第２節 匿名組合に対する課税ルール

3 - 2 - 1 匿名組合の沿革

匿名組合とは、商法 535 条から 542 条までにわずか 8 か条で規定されている契約類型である。これらの規定は 1899 年(明治 32 年)に設けられて以来、一度も改正されたことなく現在まで存在してきた古色蒼然たる規定ともいわれている[123]。しかし、出資者が匿名で資産運用できる利点から、資金が集めやすく、事業者にとっては、出資金は事業者自らの財産となり事業に失敗しても元本を保証する義務がない(元本返還を約束しなければ、出資法にも抵触しない[124])等の利点があり、大衆から資金調達する手段として、昔から活用されている。最近はレバレッジド・リースに利用されたり、ストラクチャード・ファイナンス(仕組

---

120 金子前掲注 92)「法人成り」426 頁

121 中里実「所得税・法人税は所得に対して課される租税かー小規模企業を中心に」一橋論叢 91 巻 6 号 802~808 頁。尚、“フランスの合名会社(SNC)及び合資会社(SCS)は、人的会社として、有限責任の構成員は法人課税だが、無限責任の構成員は、構成員課税が原則だが法人課税を選択することもできる。”小原昇「有限責任事業組合契約制度の課税上の取扱について」租税研究 2005.12 月号 17 頁。岡正晶「日本版 LLC 組合課税について」税務事例研究 81 号 32 頁。安藤英樹編「第 9 章組織形態と所得課税」『会計学論考』(中央経済社 2007.6) 162~163 頁。フランス歳入法典 CGI206-3,206-4。

122 もちろん、業務主宰役員の役員給与に業務との対価性がないわけではなく、お手盛りの不相当な役員給与部分のみを否認されるのならともかく、特殊支配同族会社の業務主宰役員給与の給与所得控除全額の損金不算入には、従来の規定振りと比較して大いに疑問がある。租税回避を目的としていて法人格を否認されるようなケースに限定すべきではなかったかと思う。法人税法 34 条の原則損金不算入の規定振りには、批判する論者と、擁護する論者がある。批判論は、山本守之,藤曲武美「役員給与問題の本質はどこにあるか」税務弘報 2008.1 月号 17 頁以降、朝永秀樹「法人税制改革に向けて一取り組むべき課題の概要―」税経通信 2007.12 月号 116 頁。擁護論は、佐々木浩,小原一博「平成 18 年度税制改正（法人税関係）について」租税研究 2006.7 月号 23 頁、近藤雅人「役員給与の損金不算入規定に関する考察」税理士界 1238 号 13 頁等がある。尚、22 年度税制改正でこの制度の廃止が決定した。

123 宮武敏夫「匿名組合契約と税務」ジュリ 1255 号 107 頁

124 「平成電電破綻で匿名組合出資の投資家保護策欠如が露呈」金融財政事情 2005.10.24 号 13 頁。最近では、ワールドオーシャンファーム投資会社が、エビ養殖事業への投資として匿名組合契約を悪用して摘発された事件がある。

み金融)として利用されたりしている。そして、しばしばタックス・シェルター[125](租税回避商品)としてのスキームが、租税訴訟事件に発展したりしている。この日本の匿名組合契約は、租税負担を軽減する便利な道具“TK”として、広く世界に知られているという[126]。中里教授は、「匿名組合などは、アメリカの弁護士に言わせれば、日本政府が課税逃れのためにわざわざ用意している特別な企業類型だということです[127]。」とまで述べている。

この匿名組合の歴史的起源は、10 世紀のイタリアにおける地中海貿易に始まるといわれている[128]。

3 - 2 - 2 匿名組合の法務

匿名組合とは、当事者の一方が相手方の営業のために出資をなし、その営業から生ずる利益の分配にあずかることを内容とする契約である(商法 535 条)。出資者を匿名組合員、営業をする者を営業者という。匿名組合は契約であるから、匿名組合員と営業者という二当事者に限られる。したがって、営業者が多数の出資者と同一内容の匿名組合契約を締結しても、営業者と各出資者との間に別個独立の複数の匿名組合契約が存在するにすぎず、出資者間には法律関係は存在せず、この点で会社とは全く異なる[129]。したがって、特約として匿名組合員同士が何らかの契約を締結した場合、それが匿名組合契約の本質を損なわないか否か、匿名組合契約として認められるかが問題となる[130]。

匿名組合員の出資義務と、利益分配請求権は対の関係にある。営業は、収支損益が区別できる相対的独立性を有する[131]ものであれば、営業者の営む営業の全部であることを要し

---

125 米国では“「タックス・シェルター」とは,投資における持分の売却の申出に関してなされた説明から当該投資の売却の申出日後に終了する 5 年のいずれの年の末日においても投資家のタックス・シェルター割合が 2 対 1 より大きくなるであろうと何人も合理的に推測できる投資であって,①連邦もしくは州の証券法に基づき登録を要し②連邦もしくは州の証券規制当局に通知することを要する登録の免除により売却され,または③相当の投資に該当するものをいう。本庄資『アメリカンタックスシェルター』(税務経理協会 2003) 3 頁

126 渕圭吾「匿名組合契約と所得課税―なぜ日本の匿名組合は節税目的で用いられるのか？」ジュリ 1251 号 177 頁。細川准教授は、“国際税務における魔法の杖”と表現している。細川健「匿名組合の税務とその問題点」税務弘報 2006.9 月号 139 頁。

127 中里実「節税商品の最近の動向」租税研究 2001.6 月号 44 頁

128 “知り合いを紹介する、推薦するという意味のコンメンダ(commenda)契約と呼ばれ、委託者である資本家コンメンダトール(commendator)が本国に留まり、貨物取扱人（企業家）トラクタトール(tractator)に商品･金銭･船舶等を委託し海上貿易を営ませる仕組みのことである。この貿易で得た利益は、帰国後トラクタトールが 1/4（損失の場合は無限責任)、コンメンダトールが 3/4（損失の場合は委託額の放棄）で分配する。圧倒的に資金等を委託するコンメンダトールが指導的地位を占めていた。11 世紀ごろには、トラクタトール（企業家）も事業を重ねるに従い資本を蓄積し自らも投資できるようになり、より組織化され、コレガンチア(collegantia)と呼ばれるようになった。その後、このコレガンチアは 2 つに分化し、1 つは、資本家も企業家と同様に名前を出し、出資額を限度として会社債権者に責任を負う合資会社の前身であるアコマンディータ(accomandita)になり、もう 1 つは、資本家は従来どおり企業家の背後に隠れ、表に姿を現さない匿名組合契約の前身であるパルティパティオ(participatio)になった”西原寛一『法律学全集 29　商行為法(第 3 版)』(有斐閣 1990.9) 175~176 頁。中村勝己『世界経済史』(講談社 1994) 181 頁。

129 弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法 2 版』(有斐閣 2006) 171 頁

130 細川前掲注 126) 141 頁。 “匿名組合員が民法上の組合として営業者と匿名組合契約を締結することはありうる”神崎克郎『商法総則・商行為法通論新訂版』(同文舘 1999) 201 頁。“匿名組合員が個人であることを要せず団体でも良いから、複数の出資者が共同して一方の当事者たる匿名組合員となることは可能で、この場合には、出資者相互の間に民法上の組合関係が存することになる。” 平出慶道『現代法律学全集 17 商行為法[第二版]』(青林書院 1989.6) 327 頁。

131 “共同企業に伴う危険を出資額の範囲に限定することを欲する者と、資本を有しなくとも経営能力を有する者とが提携して共同企業を営むのに匿名組合は適しており、合資会社と同様の経済的機能を有する。しかし、合資会社の場合には、会社財産は社員の個人的債権者に対する責任財産とはならないが、匿名組合の場合には、対外的には営業者の単独企業として現れるから、共同企業のための財産も営業者の個人的債権者に対する責任財産となる点において大きな短所を有する。” 平出前掲注 130) 324~325 頁。つまり、信託財産のような独立性を要求していない。

ない。営業の特定部門や支店における営業のように、営業者の営業の一部であってもよい。

匿名組合員が出資した財産は、営業者に帰属する(商法 536 条)。匿名組合は、実質的には、営業者の営業活動に匿名組合員の資本を結合するものとして、共同企業の一形態である。それは、経済的には、業務執行を担当する無限責任社員と出資はするが業務執行を担当しない有限責任社員からなる合資会杜と類似の機能を営む。しかし、合資会社は、無限責任社員と有限責任社員からなる独立の法人として、法律的にも共同企業であり、それ自体が第三者に対して権利を有し、義務を負うとともに財産を所有するものであるのに対して、匿名組合においては、法律的には、営業を行うのは営業者の単独企業で、営業者と匿名組合員との共同企業としてはあらわれない。匿名組合員の出資は営業者に属し、営業によって第三者に対して権利を有し、義務を負うのは営業者だけである。営業者と匿名組合員との関係は、純粋に契約関係として処理される。

匿名組合には組合という文字が使用されるが、法律的には、匿名組合員が共同事業を営む者として表面にあらわれない点で民法上の組合とも異なる。民法上の組合は、契約関係上のものであり、それ自体法人格を有するものでないが、組合員は、その全員が共同事業によって第三者に対して直接に権利を有し、義務を負う。また、組合員の出資は、組合員の共有(合有)に属する。これに対し、匿名組合においては、このような事態は生じない[132]。

営業者は、営業から生じた利益を匿名組合員に分配する義務を負う。分配すべき利益は、各営業年度の営業による財産の増加額である。利益分配の割合は、匿名組合契約において自由に定めることができるが、契約に別段の定めがないときは、各当事者の出資の割合による（民法 674 条 1 項の類推適用[133]）。営業者の出資は、営業者が匿名組合の目的である営業に用いている財産および労力を計算上適当に評価して行う。なお、利益分配の割合も、匿名組合員が受けるべき利益の額を決定するためのものであって、営業者については、現実の出資がないように、現実の利益分配ということもない[134]。匿名組合員が営業者の営業について損失の分担をすべきか否かは、契約で自由にきめることができる[135]。契約上反対の定めがある場合を除き、匿名組合員は、利益の分配にあずかるとともに、損失を分担す

---

132 神崎前掲注 130）202~203 頁。判例も“営業が組合員の共同事業として営まれ、各組合員が出資義務を負担し、かつ、その出資財産が組合員の共有に属する取決めは匿名組合でない。”と判示して内的組合（対内的には組合関係にあり、対外的法律行為では、ある者の単独所有とする形態）と匿名組合を区別している。大判 T6.5.23 民録 23 輯 917 頁。“内的組合は、民法上の典型的組合と異なり、対外的な取引に係る権利･義務の負担は当該行為者自身であるとし、他の組合員が内部的にどのような責任を負うかは内部関係の問題である。”判批 遠藤美光「匿名組合の意義」別冊ジュリ 129 号 132 頁。ところで、“金子教授は、匿名組合内的組合説を支持し、匿名組合は共同事業であり内的組合の性質を持つと述べている。” 金子宏「匿名組合に対する所得課税の検討」金子宏編『租税法の基本問題』（有斐閣 2007.11）165 頁。

133 匿名組合は民法上の組合をより使い勝手のよいものに加工したものといえる。したがって、営業者と匿名組合員との内部関係には民法の規定が類推適用される。どこを加工したかというと、“出資の秘匿性と営業の自由とを両立させたところに現れている。” 谷口勢津夫「匿名組合の課税問題―ＴＫスキームに関する租税条約の解釈適用」日税研論集 55 号 146 頁

134 神埼前掲注 130）205 頁

135 “匿名組合員の営業者への出資と営業者の匿名組合員への利益の分配は、匿名組合契約の要素であるのに対して、匿名組合員の損失分担は匿名組合契約の要素ではない。したがって、当事者間の特約によってこれを排除することが可能である。”細川前掲注 126）142 頁

るものと解される[136]。 尚、匿名組合員の損失の分担は、その出資を分担する損失の額だけ減少させるものであり、匿名組合員に対して分担する損失の額の財産を現実に拠出することを要求するものではない。匿名組合員は、出資財産のみをもって匿名組合において営業者が営む営業の危険を負担するものであり、損失の分担は、その出資の額を減少させる計算上のものにすぎない[137]。

匿名組合員は営業者の営業に資本参加するにすぎず、営業者の業務執行権や代表権を有しない(商法 536 条 3 項)。しかし、匿名組合員は営業者の営業について密接な利害関係を有しており、その保護を図る必要があるので、業務監視権が与えられている。すなわち、匿名組合員は、営業年度の終了時には、営業者の貸借対照表の閲覧等を求め、かつ営業者の業務および財産の状況を検査することができる（商法 539 条 1 項)。又、重要な事由があるときは、裁判所の許可を得て、いつでも営業者の業務および財産の状況を検査することができる(商法 539 条 2 項)[138]。又、営業者の破産によって匿名組合契約が終了した時は、匿名組合員の出資返還請求権は、一般破産債権として、他の一般破産債権者の債権と平等の取扱いを受ける(法人の株主との違い)[139]。

匿名組合は、営業から生じる不確定の利益を分配することを不可欠の要素とする。利益の配分に上限を設けることはできるが、分配利益の最低額を保証すると、確定利息の支払と同様になり、消費貸借契約になってしまう。匿名組合契約は、他人の営業のために元本の利用を許諾する双務契約である点で消費貸借と類似するが、消費貸借の貸主は、事後的には元本の利用に干渉する権限をもたず、借主は、営業成績とは無関係に確定利息を支払わなければならない点で異なる。ところが、確定利息の代わりに利益の分配を約する共算的消費貸借契約になると、匿名組合との区別は極めて困難となる。結局は契約の全趣旨から総合的に判断して、金銭の利用を主旨とするか、共同事業を主旨とするか、出資者に監視権が付与されているかをキーポイントに区別することになる[140]。

3 - 2 - 3 匿名組合契約の課税をめぐる訴訟事件

---

136 神崎前掲注 130）205~206 頁。弥永教授も“538 条,542 条は、匿名組合員が少なくとも出資の限度で損失を分担することが通常であることを前提とした規定であると読むことができる。”と述べている。弥永前掲注 129）172 頁。但し、“匿名組合員は、営業者に対して一定限度の出資義務を負うのみであって、出資額を限度として営業者の債務につきその債権者に対して直接責任を負うということはない。”平出前掲注 130）325 頁。

137 神崎前掲注 130）206 頁。近藤龍司『商法総則･商行為法概説』（中央経済社 1982.4）240 頁。西原前掲注 128）182 頁。 “かかる出資の額がマイナスのまま匿名組合契約が終了したときは、匿名組合員が積極的に返還を請求しうるべき出資は存しないことになるにとどまり、匿名組合員は、特約がない限り追加出資義務を負うものではなく、そのマイナス部分を填補するために現実に財産を拠出すべき義務を負うものではない。その結果、その部分の損失は結局営業者の負担となる。しかしながら、特約によっても、営業者は匿名組合員に無限の出資義務をあらかじめ課することはできない。”平出前掲注 130）338 頁。この平出教授の見解について、弥永教授は、“契約自由の原則が認められるとはいえ、匿名組合員は業務執行権を有しないことを考えれば、このように解するのが妥当であろう。”と述べている。 弥永前掲注 129）176 頁。

138 弥永前掲注 129）174 頁。平出前掲注 130）334 頁。西原前掲注 128）181 頁。

139 西原前掲 128）185 頁。弥永前掲注 129）175 頁。神埼前掲注 130）209 頁。平出前掲注 130）345 頁。但し、平成電電事件のように、契約により劣後的預り金のような扱いにすることも可能。前掲注 124）15 頁

140 蓮井良憲･森淳二郎『商法総則･商行為法（新商法講義１）第 4 版』（法律文化社 2006.4）218 頁。西原前掲注 128）178 頁。

①勧業経済株式会社事件[141]

初期の匿名組合が利用された時代、すなわち、昭和 24 年頃は、金融が極度に梗塞していた経済情勢を背景に、株主相互金融方式や匿名組合方式による大衆からの資金の調達(闇金融)が横行した。株主相互金融方式というのは、金銭貸付を目的とする株式会社を設立して、株式を発行し、その株式を広く一般大衆に譲渡し、その譲渡代金の払込によって資金をあつめ、出資者に高率の優待配当金を支払うものである。一方、匿名組合方式というのは、事業者が事業への投資金を広く一般大衆に求め、それに対して高率の利益配当をすることを約するものであった[142]。国税当局は、これらの配当に源泉徴収を課せられるとの認識でいた[143]が、まず、株主相互金融方式に関しては、鈴や金融株式会社事件で、「株主優待金は損益計算上の利益の有無に係わらず支払われるもので、利益の配当とみなせず、源泉徴収義務は負わない」と判示された[144]。

そして、一方の匿名組合契約方式による利益の配当に関する勧業経済株式会社事件も、配当ではなく消費貸借契約に基づく利息だとして課税庁の上告は棄却された。

しかし、この事件後の現在においても、所得税法 161 条の国内源泉所得の 12 号の匿名組合の括弧書きに「これらに準ずる契約」とあり、これを受けて所得税法施行令 288 条には、「当事者の一方が相手方の事業のために出資し、相手方がその事業から生ずる利益を分配することを約する契約とする」とし、所得税法基本通達 36･37 共-21 の注 2 には、消費貸借契約とされるようなものも匿名組合契約とするとの記述がある。この通達は所得区分についての通達ではあるが、消費貸借契約とみなされる分配金が、源泉徴収すべき匿名組合分配金に含められるとの趣旨だとすると、私法の解釈を受けての訂正がないままとのことになる。

②航空機リース(匿名組合を利用したレバレッジド･リース)

航空機リースのスキームには、民法上の任意組合方式と匿名組合方式がある。民法上の任意組合方式では、投資家たる高収益の中堅企業等が出資割合に応じて航空機を共同所有し、レッサー(貸手)として航空会社にリースするが、匿名組合方式では、レッサーとなる営業者(SPC)が物件を所有し、その営業者との間で投資家が匿名組合員として匿名組合契約を締結し、その営業者に出資する方式をとる。匿名組合を利用するメリットの第 1 は、二重課税の回避である。営業者の SPC(株式会社あるいは特例有限会社)の出資者に投資家がなると、SPC の法人レベルで課税を受けた上、税引き後利益からの配当を受けた投資家は、その配当に更に課税されることになる。これを匿名組合契約にすることにより、営業者たる SPC の利益のうち匿名組合員の利益に計上すべき部分については、SPC の必要経費に算入

---

141 最判 S36.10.27 TAINS Z035-1069

142 前掲注 142 の上告理由から抜粋。“銀行法もしくは上記貸金業取締法違反に問われるおそれがないと考えられた。”

143 昭和 24 年の大蔵事務官銀行局長愛知揆一委員の答弁(5-衆-大蔵委員会-32 号 S24.5.14)や昭和 28 年 3 月 6 日参議院大蔵委員会の当時大蔵主税局泉美之松税制第一課長の答弁(15-参-大蔵委員会-29 号)がある。

144 最判 S35.10.07 TAINS Z033-0957。“この事件と対照的に、株主優待金が法人税法上の損金に該当するかが争われた東光商事株式会社事件では、その損金性が否認された。これを矛盾する判決と理解するより、約定利率の支払いは配当とは異質のものであることは認めつつ、法律上許されない支出であることをもって、損金算入が否定されたと理解すべきかと思う。”最大判 S43.11.13 TAINS Z053-2380 前掲注 115。

される[145](ペイスルー)ことにより、二重課税が回避できる。次に、第 2 のメリットは、二重課税の排除の点では民法上の任意組合を用いた方が徹底しているが、反面、対外的責任を負うことになるのに対して、匿名組合員は民法上の任意組合と異なり対外的責任を負わない点である。そして、第 3 のメリットは、投資対象が不動産の場合、匿名組合員が投資不動産の所有者にならない点にある。民法上の任意組合方式では、投資不動産が全組合員の共有(合有)となることから、非居住者･外国法人の場合に、その共有持分を通じて、恒久的施設(PE)を日本に有することになり、税務上不都合が生じる[146]。これに対して、匿名組合の場合には、投資不動産は営業者のみに帰属し、匿名組合員の恒久的施設の保有(PE 認定)を回避できるからである[147]。

航空機リースのスキームとは、法定耐用年数に比べて経済的耐用年数の長い物件(航空機,船舶,プラント設備,鉄道車両等)の税務上の効果を利用したファイナンス･リースである[148]。レッサー(匿名組合営業者)は、リース物件購入価額の 20~30%を投資家から匿名組合出資として調達し、残りの 70~80%を銀行借入で賄う。投資家は、リース物件購入額の 20~30%を出資するだけで、対象物件全体を所有した場合とほぼ等しい税効果を得ることができる[149]。つまり、他人資本を梃子(レバレッジ leverage)にして自己資本利益率を高めることができるわけである[150]。そして、定率法による減価償却費と借入利子の計上で、リース期間の前半は、匿名組合員は損失を計上し、自己の他の事業からの利益と相殺し、後半に利益を上げることにより、課税の繰延を図ることができた[151]。

しかし、任意組合を使った航空機リース事件や船舶リース事件での課税庁側の敗訴もあり、平成 17 年の税制改正で損失規制が誕生した。この規定だが、法人に関しては措置法第 67 条の 12 で民法組合と商法匿名組合に関して出資額を超えての損失の損金算入を規制しているが[152]、個人に関しては、措置法第 41 条 4 の 2 において不動産所得にかかる損益通算

---

145 所得税基本通達 36･37 共-21 の 2

146 “組合員である非居住者の国内源泉所得とされ、源泉徴収の上、総合課税の対象になる。”国税庁 HP「第 10 非居住者又は外国法人に支払う所得の源泉徴収事務－Ⅳの 1 組合契約事業から生ずる利益の配分」

147 西村総合法律事務所編『ファイナンス法大全（下）』（商事法務 2005.5）281 頁。米田保晴「匿名組合の現代的機能」信州大学法学論集第 4 号（20040831）89 頁。

148 “ファイナンス･リースとは、対象航空機の取得コスト（取得価額及び調達資金の利子、固定資産税等の付随費用）の全額を回収することが企画されたリース取引で金融取引という意味である。これに対して、オペレーティング･リースは、リース料の算定が、対象航空機の取得コストにリンクしていないか、又はリンクしていたとしても、リース期間満了時において、取得コストの全額を回収するように設計されていないリース取引をいう。”西村前掲注 147）423 頁、米田保晴「匿名組合の現代的機能」信州大学法学論集第 6 号（20060322）161~162 頁。“ちなみに、航空機の耐用年数は、最大離陸重量が 130 トン超が 10 年、130 トン以下 5.7 トン超が 8 年、5.7 トン以下が 5 年である。”減価償却省令別表第一。

149 “追加出資義務の特約を付けることによって、出資を超えた損失の見込が可能となり、タックスメリットを享受することができる。”米田前掲注 148）164 頁。

150 米田前掲注 148）161 頁

151 宮武前掲注 123）107 頁。リース取引に関する規制は、当初は 53 年通達と呼ばれる早期償却をしようとするユーザー(レーシー)に対する規制であったが、63 年通達によって、レッサー(匿名組合営業者)の極端な課税の繰り延べに対する規制が加わった。そして、平成 10 年度の税制改正(減価償却方法や耐用年数の大幅な見直しがあった年度)により、53 年並びに 63 年のリース通達が法令化され、かつ、平成 10 年 10 月 1 日以降に締結するリース契約については、非居住者又は外国法人により国外で事業の用に供される資産(国外リース資産)の減価償却方法はリース期間定額法とされた(所得税法施行令 120 条 1 項 6 号,法人税法施行令 48 条 1 項 6 号)。

152 尚、法人の組合員は措置法 67 条 12 の第 2 項で組合利益が生じたときに損金不算入となった組合損失超過額を損金

を規制しているのは民法組合だけで匿名組合に関しては規定していない[153]。しかし、そうであると、所得税基本通達 36･37 共-21 の但書の雑所得以外の事業所得等を想定した書き振りが現存するのには疑問を感じる。商法の匿名組合における「共同事業性」とは、民法組合の共同事業性と異なり、利益の分配が事業者の営業成績に左右されるとういう意味で、それが故に出資者に監視権の行使が認められているという程度の共同事業性である。匿名組合員が重要な業務執行の決定を行っている場合等、単なる出資者としてではなく営業者と共に経営しているものと認められる場合(あるいはそのような特約)は、もはやそれは匿名組合契約とはいえないはずである。

③ガイダント事件(匿名組合契約と日蘭租税条約)[154]

事案の概要は、日本Ｂ株式会社(日本ガイダント)とオランダの法人であるＣ社(GBV)は、平成 6 年 11 月 1 日付けで「匿名組合契約書」と題する契約を締結した。被控訴人(オランダ法人Ａ社)は、Ｃ社の同契約上の地位を承継したオランダ法人である。控訴人(麻布税務署長)は、被控訴人が同契約に基づき日本Ｂ社から受領した金員は、被控訴人が日本国内に有する恒久的施設を通じて行う事業から生じた所得であり、平成 14 年法律第 15 号による改正前の法人税法 138 条 1 号に規定する国内源泉所得及び日蘭租税条約８条１項に規定する「企業の利得」に当たるとして、被控訴人に対し、平成 7 年 12 月期分から平成 10 年 12 月期分までの各法人税について、平成13年2月８日付けの決定及び無申告加算税賦課決定をした。被控訴人は、上記決定及び無申告加算税賦課決定の取消しを求めた。原審は、被控訴人の請求を認容した。そこで、控訴人がこれを不服として控訴した。

まず、争点１は、ガイタント側が主張する商法上の匿名組合契約か、課税庁側が主張する民法上の任意組合契約かの点である。確かに、この事件は、国税不服審判所が判断[155]したように、米国の親会社を中心とした全世界的事業を統一的に展開していくにあたってのグループ会社間の契約であり、秘匿性がなく、匿名組合契約を結ばざるを得ない事業目的もなく課税逃れのためのスキームと思えなくもない[156]。しかし、ある会社が匿名組合の営業者としての事業だけをする 100%子会社を作ることは、航空機リースのスキームでもよくあり、このペーパーカンパニーであることをもって法人格の否認はできない[157]。

算入できると規定している。(個人と異なり損金算入時期の繰延で済む)。

153 個人の組合員の分配金は雑所得になり、損益通算は元々不可であるので損失規制の対象にしていない『17 改正税法のすべて』(日本税務協会 2005.8) 157 頁。これに対して、金子教授は、“匿名組合員が営業者から受ける利益の分配は原理的には事業所得に当たり、また分担する損失は原理的には事業上の損失に当たると解すべきである。”と異論を唱えている。金子前掲注 132) 171 頁。

154 最判 H20.6.5 TAINS Z888-1336,東京高判 H19.6.28 TAINS Z888-1282,東京地判 H17.9.30 TAINS Z888-1041

155 裁決 H15.6.30 TAINS F0-2-283。細川健「匿名組合と国際税務」国際税務 Vol24No2 号 61 頁 Vol24No3 号 53 頁。

156 課税逃れのための便利な道具とまで海外でいわれていることから考えても、これが主目的であったのだろう。審判所は、本件組合契約締結の目的の箇所で、“税制改正（平成 14 年度改正で匿名組合員 10 人以上との条件がはずされ、全ての非居住者等に 20%の源泉徴収が課せられた。）を加味して、当該契約を解約した”と指摘している。“しかし、人数の条件がなくなっても、日蘭租税条約の非課税は有効なので、源泉徴収義務者を経由して、租税条約の非課税の適用を受けたい旨の届出を提出していれば、20%の源泉徴収は課せられないはずである。” 渡辺淑夫「匿名組合課税の改正と租税条約上の非課税条項との関係」国際税務 Vol22No6 号 74~75 頁。“もちろん、この届出を提出しなくても徴収された源泉税額の還付請求はできる。”谷口前掲注 133) 182 頁。

157 “リース事業のみの単一事業を営むペーパーカンパニーにすることが、匿名組合の節税効果に繋がるスキームだか

東京高裁は、このスキームが税金対策であったことは認めた[158]うえで、課税庁側の「業務執行型及び財産参加型の非典型的匿名組合契約[159]」だとの主張に対して、「我が国の商法、民法などのその他我が国の法律には、そのような制度に関する規定は存在しない。」と退けている。課税当局には、我が国の課税権を行使するためには匿名組合契約を民法上の任意組合契約と認定し、オランダ法人A社の恒久的施設（PE）が日本に存在するものと認定しなければならない事情があった。確かに、篠田教授が指摘するように、商法536条3項は任意法規だから、対内的に匿名組合員に業務執行権を付与することはできる[160]。しかし、対内的にはともかく対外的には、あくまで営業者が権利と義務を負うわけで、ドイツの業務執行参加型非典型的匿名組合の特徴を有していても、その他の契約内容から匿名組合契約とみなされれば、匿名組合員の分配額が事業所得とはならないであろう。一方、その契約内容に民法に規定する組合員の権利義務が定められていて、その財産が組合員の合有に属するものであれば、対外的にある特定の組合員が権利と義務を負う非典型的民法組合である内的組合として、民法組合とみなされた(つまり事業所得となる)であろう。しかし、判決に示された契約内容だけからでは、内的組合と解釈することはできないようだ。

次の争点は、匿名組合の分配金は課税庁側の主張する日蘭租税条約の8条1項の企業利得か、ガイダント側の主張する23条のその他所得かである。この点に関して高裁は、「租税条約の解釈の問題として、両社が法的な意味で親会社、子会社というような緊密な関係にある場合であったとしても、我が国にある子会社の恒久的施設が、当然に外国にある親会社の恒久的施設となるものではないと解釈されており、本件における被控訴人と日本B社との間に緊密な関係（本件において、米国B・コーポレーションが被控訴人及び日本B社を管理支配するとともに、被控訴人が日本B社を管理支配するという構造が認められ、Bグループにおける資金関係、資本関係及び人的関係を統合した米国B・コーポレーション及び被控訴人の管理支配を通じて、被控訴人と日本B社が共同事業を営んでいたことなどを、控訴人は主張する。）があったとしても、当然に両社の恒久的施設を同一視することは、できない。」とし、地裁でも「本件契約が任意組合を成立させる契約であれば、原告も日本国内において事業を行っていることになり、日本国に課税権が認められる。しかし、匿名組合契約に基づき内国法人である営業者から外国法人である匿名組合員に支払われる分配金については、匿名組合では、匿名組合員が恒久的施設を通じて事業を行っているわけではないので、同項に該当せず、そのほか、日蘭租税条約7条から22条に掲げる所得の

ら、法人格否認の法理は適用できない”との判決がある。東京地判 H7.3.28 判時 1557 号 104 頁。又、航空機リースのスキームの場合、航空機の貸付以外の業務を行うことを禁じられている。もっとも、営業者でなく匿名組合員の被控訴人(オランダ法人A社)がペーパーカンパニーとの主張なら、トリーティショッピングの問題が出てくる。

158 税金の軽減を意識することは経済人としては自然であるとの判決が多くなっている。たとえば、航空機リース事件では、“租税負担を伴わないかあるいはそれが軽減されることなどを動機ないしは目的（又は，動機等の一部）として，何らかの契約を締結する場合には，その目的等がより達成可能な私法上の契約類型を選択し，その効果意思を持つことは，ごく自然なことであり，かつ，合理的なことであるといえる。”と判示している。名古屋高判 H17.10.27 Z888-1036

159 課税庁である控訴人の鑑定書も書いた篠田教授が非典型的匿名組合に関して詳細に述べているものに、篠田四郎「非典型的匿名組合－その類型論的･法的構成」名城法学 31 巻 1 号 1~35 頁,31 巻 3 号 44~100 頁がある。

160 篠田前掲注 159）79 頁

いずれにも該当しない。したがって、上記分配金は、日蘭租税条約 23 条に規定する「一方の国の居住者の所得で前諸条に明文の規定がないもの」に該当するというべきである。」と判示して、課税庁の主張を棄却した(最高裁は平成 20 年 6 月 5 日に上告不受理とし高裁判決が確定した)。

この事件の特徴は、航空機リーススキームのような課税の繰り延べではなく、日蘭租税条約を利用した我が国の課税(法人税及び源泉所得税)回避スキームである点である。航空機リースが、主にバブル時のスキームであるのに対して、このスキームは、日本においては不良債権処理時に考案されたものといえる[161]。

租税条約には、二重課税の排除という目的以外に、条約濫用の防止がある[162]。しかし、条約漁り(treaty shopping [163])の点に関して、高裁は「匿名組合利益について源泉地国が課税できることを租税条約の明文において明らかにする等の措置により解決することが可能であり、それが相当な事柄である。」と述べて、現状の日蘭租税条約の条約濫用事例に該当しないとしている[164]。確かにこの事件もそうだが、国際課税の特殊性から、石黒教授のように「事柄の緊急性に鑑み、ともかく然るべき立法までの間、かかる解釈論的実践によって妥当な処理をはかるべきである[165]。」との考えもあるだろうが、裁判所は、国際問題という特殊性や租税条約改正の困難さを考慮しなかった[166]。我が国が締結している租税条約において匿名組合分配金について源泉地国課税を明確に規定しているのは、日独租税条約(10 条配当),日米租税条約(議定書 13[167]),日英租税条約(20 条匿名組合),日仏租税条約(議定書 13),日豪租税条約(20 条匿名組合),日パキスタン租税条約(議定書 4)だけである。

なお、オランダの税制改革の動向について、ライデン大学の J.C.ヘメルズ専任講師は、2007 年のオランダ税制改正と匿名組合分配金の資本参加免税制度の動向に対する質問に答えて、「この匿名組合は日本の組織であって、常にオランダの観点から見て、透過的な(transparent)事業体であるのか、そうではない別の事業体であるのか・・・。もともと、これが透過的な事業体と、もし見なされていたとすると、その所得はオランダの会社の支店

---

161 衆議院の経済産業委員会での議事録には、塩川共産党衆議院議員と鳥羽衛国税庁査察調査部長の詳細なやり取りがあるが、今回のガイダント事件のような二重非課税になるリスクを充分認識していたと思われる。159-衆-経済産業委員会-6 号 H16.3.31

162 浅川雅嗣 2 章「我が国の新しい租税条約ポリシー」水野忠恒編『第 4 巻国際課税の理論と課題ニ訂版』(税務経理協会 2005.2) 49 頁

163 渡辺教授もこの事件をトリーティショッピングの否認事例と述べている。 渡辺淑夫「ペーパー・カンパニーを利用した匿名組合投資と租税証約との関係」国際税務 Vol22No7 号 71 頁。尚、トリーティショッピングに関しては、青山慶二「トリーティショッピングの歴史の再検討と最近の課題について」フィナンシャルレビュー2006.7 月号 116~133 頁が詳しい。

164 浅川前掲注 162) 57 頁

165 石黒一憲『金融取引と国際訴訟』(有斐閣 1983.10) 286 頁

166 “日本政府が各国と結んでいる租税条約の改正交渉が加速している”との記事が最近掲載された。企業や投資家のために二重課税の防止ための条約改正も必要だが、この事件のような二重非課税の解消のための条約改正もそれ以上に重要である。日経新聞 2008.12.8

167 “匿名組合の分配金に対する課税措置=その他所得条項 (21 条) を導入したが、我が国匿名組合から米国組合人に分配される支払いには、我が国の源泉徴収(20%)を課す(議定書 13.ｂ)。尚、我が国の匿名組合が米国から取得する米国源泉の匿名分配金に対する米国の源泉徴収は、これまでと同じく、匿名組合を条約上、日本の居住法人とみなさず、その組合員の居住性により源泉徴収(30%)する(議定書 13.a)。矢内一好『詳解日米租税条約』(中央経済社 2004.4) 181 頁

からの所得と同じに扱われ、従って資本参加免税[168]は適用されなかったはずですが、そうではなく別の組織であるという認識で、今まで来ているわけです。新しいルールのもとでも、その判断は基本的に変わらず、同じように適用されるので、変わらないと思います[169]。」と述べている。本来、オランダの資本参加免税は、企業の稼得した所得に対する課税は 2 回以上行われるべきではないという基本概念のはずであり、このような二重非課税は是正されなければならない。かといって、日本の源泉徴収が認められていない租税条約締結国の匿名組合員(非居住者あるいは外国法人)への分配金は、匿名組合の営業者の所得計算に当たって損金算入を認めないというような立法措置は、OECD モデル租税条約 24 条 1 項の無差別条項に違反することになり無理である。地道ではあるが、憲法 98 条 2 項の精神[170]を尊重し、相手国との租税条約の見直しを協議するしかないであろう[171]。

3 - 2 - 4 小括

ガイダント事件でもわかるように、匿名組合という事業体が、我が国の国際課税上に難題を突きつけているといえる。つまり、匿名組合契約に基づいて受ける利益の分配金について明文の規定を定めていない租税条約では、どの所得分類になるか判然としない。そのため、通常は「その他所得」とされている。OECD モデル条約第 21 条その他所得では、「第 1 項：一方の締約国の居住者の所得(源泉地を問わない)で前各条に規定がないものに対しては、当該一方の国においてのみ租税を課することができる。[172]」と規定し、居住地国に排他的課税権を付与している[173]。従って、当該国は、たとえそれが居住地国で課税されない場合であっても、課税することができない。この考え方をその他条項説という[174]。もちろん、その他所得条項において源泉地国の法令により課税できる旨規定している租税条約[175]及びその他所得条項が存在しない租税条約[176]においては、我が国の国内法の適用により課税できるのである[177]。その他所得条項によって源泉地国で課税ができない(かつ、資本参加免税

---

168 KPMG 税理士法人「欧州税制改正の動向第 5 回オランダ」国際租税 Vol27No7 号 62 頁に資本参加免税の詳細な記述がある。

169 シグリット.J.C.ヘメルズ「オランダの税制改革の動向」租税研究 2007.1 月号 104 頁

170 国内法より租税条約を優先する考え。法人税法 139 条や所得税法 162 条も同趣旨。但し、日本と異なり、米国にはトリーティオーバーライト(後方優先原則)があり、国際信義に反するとの批判がある。

171 90.68%の匿名組合員への分配割合を是正する課税処分も有り得たと思う。又、移転価格税制からのアプローチもあるかと思う。吉川保弘「匿名組合契約の課税問題」国際税務 Vol28No10,104~109 頁。そして、この事件と性格は異なるが、グラクソ事件では、日本の CFC 税制は日星租税条約違反とならないとの判示がある。東京地判 H19.3.19(裁判所 HP より),東京高判 H19.11.1(TKC28140476)。

172 川端康之監訳『OECD モデル租税条約 2005 年版』(日本租税研究協会 2006) 32 頁

173 21 条コメンタリー･パラ 2

174 “宮武弁護士は、企業活動による利得は全て企業利得であるが、企業利得と考えても PE がなければ日本に課税権がないという”宮武前掲注 123) 110~111 頁

175 “対カナダ条約,対シンガポール条約,対スウエーデン条約等 16 カ国と締結している租税条約がこのような規定になっている” 山崎昇「匿名組合と国際税務」税大論叢 52 号) 307 頁を修正した。納税協会連合会編『租税条約関係法規集』(清文社 2006.9)1347~1349 頁。

176 “対ニュージーランド条約,対エジプト条約等 5 カ国と締結している租税条約には規定がない“山崎前掲注 175) 307 頁を修正した。租税条約関係法規集前傾 175) 同ページ。

177 “もちろん、既に述べた日独租税条約(10 条配当),日米租税条約(議定書 13),日英租税条約(20 条匿名組合),日仏租税条約(議定書 13) ,日豪租税条約(20 条匿名組合),日パキスタン租税条約(議定書 4)は、匿名組合分配金について源泉地国課税を明確に規定している。”

により居住地国でも免税になる)のが、日蘭租税条約や対スイス租税条約や対アイルランド租税条約である。

そこで、これに課税する根拠として、OECD モデル条約 21 条の 2 項を根拠とする企業利得条項説[178]がある。すなわち「第 2 項:1 の規定は、一方の締約国の居住者である所得(第 6 条 2 に規定する不動産から生ずる所得を除く)の受領者が、他方の締約国において当該他方の国内にある恒久的施設(PE)を通じて事業を行う場合において、当該所得の支払いの基因となった権利又は財産が当該恒久的施設と実質的な関連を有するものであるときは、当該所得については、適用しない。この場合には、第 7 条の規定を適用する。」と規定して、第 1 項の例外を定め、第 7 条の事業所得の扱いとしている点を根拠としている。しかし、匿名組合の営業者を、組合員の PE と認定するのは、このガイダント事件でも否定されている[179]。

これらに対して、3 つ目の説が利子条項説[180]である。OECD モデル条約 11 条 3 項[181]には、「利子とは、すべての種類の信用にかかる債権から生じた所得」と規定され、この利子の定義は原則として網羅的である[182]と説明されている点を根拠としている。渕准教授は、「少なくとも我が国では、実質的なリスクの度合いが大きくても、他人への出資に基づいて事業所得が発生することはない[183]」と述べ、PE の有無に関わらず「利子」であれば、我が国で課税権を確保できるとの解釈である。しかし、我が国の国内源泉所得の規定では、法人税法 138 条 4 項,6 項並びに所得税法 161 条 4 項,6 項の「利子」とは別に、法人税法 138 条 11 項並びに所得税法 161 条 12 項に匿名組合契約に基づいて受ける利益の分配を規定している。このこととの整合性が困難である。

このように検討してみると、やはり、納税者の予測可能性を確保し、そして執行面での無用なトラブルを回避し、行き過ぎた租税回避スキームを抑止のためには、租税条約の改正を急ぐべきと考える(2010.1.11 の日経新聞の記事では来年をめどに日蘭租税条約を改正し匿名組合を利用した租税回避行為を防ぐ手立てを講じると書かれていた)。

又、匿名組合契約の構成員課税は、わずかな通達の規定しか存在しない。早急な立法的手当てが必要である。所得税法基本通達 36･37 - 共 21 の 2 に「営業者が匿名組合員に分配する利益の額は、当該営業者の当該組合事業に係る所得の金額の計算上必要経費に算入する。」とあるが、これは SPC におけるペイスルーと同様に解釈できる。匿名組合員に秘匿性と受動性があることを考えると、法人の匿名組合員も個人の匿名組合員も分配を受ける

178 窪田悟嗣「資産の流動化･証券化をめぐる法人課税等の諸問題」税大論叢 37 号）265 頁。米田前掲注 148）182 頁(米田教授は民法組合との類似性を強調している)。

179 判旨以外に否定的見解として、細川前掲注 126）157 頁。宮武前掲注 123）111 頁脚注 9 がある。又、事業所得となっても PE 認定ができなければ、日本での課税はできない。

180 渕前掲注 126）184 頁。谷口前掲注 133）178 頁。“尚、山崎氏は匿名組合分配金の性格により適用条項を区分けし、典型的匿名組合と消費貸借型非典型的匿名組合と一般投資家が出資する匿名組合型投資ファンドから生じる所得を利子とし、ファンド組成者が出資する匿名組合型ファンドと企業グループ内匿名組合のような業務執行参加型の非典型的匿名組合から生じる所得を PE に帰属する企業の利得にするよう提言している。”山崎前掲注 175）340 頁。

181 川端前掲注 172）28 頁

182 11 条コメンタリー･パラ 21

183 渕前掲注 126）183~184 頁

べき金額を収入に計上し、損失については、現実に出資額の返還が受けられないことが確定した時期に計上すべきである（もちろん個人は雑所得という前提で処理する）。そして、前述したように、所得税法基本通達 36･37 - 共 21 の但書のような表現を改め、匿名組合からの分配金が事業所得等となることはないと明確にすべきである。非典型的民法組合である内的組合とは明らかに異なることを立法的に明確にすべきである。

第 3 節　民法上の任意組合に対する課税ルール

3 - 3 - 1 民法上の任意組合の法務

民法は、「組合契約は、各当事者が出資をして共同事業を営むことを約することによって、その効力を生ずる[184]」と規定している。つまり、組合は 2 人以上の当事者の合意によって成立する(諾成契約)団体である。民法の組合財産の組合員への帰属形態は、「総組合員の共有に属する[185]」と規定されているが、それは物権法でいう(狭義の)共有ではなく、合有の性質を有する[186]。そして、民法組合が有する債権債務は、分割請求できず、組合員全員に合有的に帰属する。又、民法組合は、組合名義での登記はできない[187]。

民法組合の成立要件は、「出資」と「共同事業性」の 2 点のみである。その他の内部関係は、原則として契約で自由に決められる。民法組合の出資は、匿名組合の出資[188]と異なり、労務でもよく[189]、財産的価値のあるものなら信用でも良いと解されている[190]。この出資は必須の要件で、加入するさいに出資を必要とせず、脱退するさいに持分の払戻しもしないものは組合でないとされている[191]。又、組合員の数に制限はなく、自然人のほか、法人、人格のない社団、組合も組合員となれる[192]。

前述したが、匿名組合員は、匿名組合営業者の業務執行権や代表権を有しない[193]が、利益分配請求権の保護を図るために、業務監視権が与えられている[194]。これに対して、組合は、業務執行を委任することもできるが、委任しない場合は組合員の過半数で業務執行を決定する[195]。この多数決は出資割合ではなく頭数による[196]。業務執行権を委任した場合で

---

184 民法 667 条 1 項

185 民法 668 条

186 最判 S33.7.22 民集 12 巻 12 号 1805 頁。その他、組合財産の帰属に関する判批に別冊ジュリスト No176 号 148 頁がある。尚、“共有が共同所有の原則的な形態であり、民法に規定があるが（249 条以下）、合有と総有については規定がなく、学説によって認められている。共有の場合には、各構成員が持分を有し、それを自由に処分することができ、目的物の分割を請求することができる。これに対して、合有の場合には、持分の処分は制約され、また、各構成員は目的物の分割を請求することができない。総有の場合は、各構成員は持分をもたない。” 後藤巻則『契約法講義』（弘文堂 2006.4）247 頁。

187 “組合は総組合員の共有登記をおこなうことになる”山本前掲注 2)784 頁。一方“権利能力なき社団も団体名での不動産登記はできない”最判 S47.6.2 民集 26 巻 5 号 957 頁。従って、“代表者個人名義又は構成員全員の共有名義で登記することになる”最判 H6.5.31 民集 48 巻 4 号 1065 頁。

188 商法 536 条 2 項で「金銭その他の財産のみを出資の目的とできる」と規定している。

189 民法 667 条 2 項

190 星野英一『民法概論Ⅳ(契約)第 3 刷』(良書普及会 1988.10)310 頁

191 最判 S32.10.31 民集 11 巻 10 号 1796 頁

192 平野嘉秋『Q&A による LLP／LLC の法務･税務･会計』（税務研究会出版局 2005.10）14 頁

193 商法 536 条 3 項

194 商法 539 条（営業者の貸借対照表の閲覧権や業務及び財産状況の検査権）

195 民法 670 条

業務執行権を有さない組合員は、業務及び組合財産の状況を検査する権限をもち[197]、この権限は特約によっても排除できない[198]。民法組合のこの検査権と、商法の匿名組合の業務監視権とは、非常に似通ったものである。しかし、民法組合の検査権は、業務執行を委任した組合員も、対外的には組合の債務を直接負うことに対応して与えられたものであるのに対して、匿名組合員は、対外的には匿名組合営業者の債務を負うことはなく、匿名組合員の業務監視権は、利益分配を請求するうえで与えられたものに過ぎない。従って、経済的にはともかく法的には、匿名組合には民法組合のような共同事業性はないのである。

民法組合は、対内的には、損益割合を自由に決めることができ、利益分配割合と損失分配割合を異なる割合にすることも可能である[199]。しかし、組合債権者は、その債権の発生時に損失分担割合を知らない(善意)ときは、各組合員に対して等しい割合でその権利を行使できる[200]。

又、組合を組合全員間の契約と見ると、脱退や新規加入は、組合の性格を変えることになり、本来は組合を解散することになるが、組合の団体という面に着目して、学説は脱退や新規加入を認めている。さらに、組合員たる地位の譲渡も、いわば脱退と加入とが同時に行われたものとして認めている[201]。

3 - 3 - 2 民法組合の課税をめぐる訴訟事件

民法組合は、人格のない社団等と異なり法人税の対象とならず[202]、組合組織を通り抜けて、直接組合員に帰属するものとして課税される(pass-through パス・スルー課税)。しかし、これを明示的に定める条文はなく、組合財産が総組合員の共有に属することから、解釈上自然に導かれる帰結といえる。それでは、ここで、民法組合の課税をめぐる訴訟事件について検討することにする。

①りんご生産組合事件[203]

この事件は、りんご生産事業を行う民法上の訴外 A 組合の事業活動に労務を提供した原告 X が、給与所得として申告したところ、Y 税務署長が、労務出資に対して支払われた所得の分配であり、事業所得に該当するとして更正処分を行ったことを不服として争われたものである。最高裁は、「民法上の組合の組合員が組合の事業に従事したことにつき組合から金員の支払を受けた場合、当該支払が組合の事業から生じた利益の分配に該当するのか、所得税法 28 条 1 項の給与所得に係る給与等の支払に該当するのかは、当該支払の原因となった法律関係についての組合及び組合員の意思ないし認識、当該労務の提供や支払の具体

196 星野前掲注 190）311 頁

197 民法 673 条

198 山本前掲注 2）763 頁

199 但し、“当事者が損益分配割合を定めなかったときは、その割合は、各組合員の出資の価額に応じて定める” 民法 674 条 1 項。

200 民法 675 条。“従って、組合員が 4 人いる場合は、債権額の 4 分の 1 の履行を請求できる。” 山本前掲注 2）792 頁。

201 星野前掲注 190）316~317 頁

202 法人税基本通達 1-1-1

203 最判 H13.7.13TAINS Z251-8946 仙台高判 H11.10.27TAINS Z245-8515 盛岡地判 H11.4.16TAINS Z242-8390

的態様等を考察して客観的、実質的に判断すべきものであって、組合員に対する金員の支払であるからといって当該支払が当然に利益の分配に該当することになるものではない。また、当該支払に係る組合員の収入が給与等に該当するとすることが直ちに組合と組合員との間に矛盾した法律関係の成立を認めることになるものでもない。これを本件についてみると、本件組合から上告人ら専従者に支払われた労務費は、雇用関係にあることが明らかな一般作業員に対する労務費と同じく、作業時間を基礎として日給制でその金額が決定されており、・・・本件組合の利益の有無ないしその多寡とは無関係に決定され、支払われていたとみるのが相当である。」と判示して、給与所得に該当するとした。

この判決の評釈で、水野教授は、「組合員の業務としてなされたものであるのか、組合員以外の第三者と同様に労務の提供がなされたのかどうかが決めてである[204]」と述べているが、設立当初は各組合員がその出資口数に応じて出役する責任出役義務制が採られていたのが廃止された後の事件である点が、併せて重要ではないだろうか。もし、責任出役義務制が継続されている状態で別途雇用契約を締結したとした場合には、組合員の業務としてなされたのか、給与所得に該当する労務の提供なのかその判断が困難になったであろう。又、課税庁は、労務提供額を給与所得ではなく、事業所得に更正したが、組合の損益の配賦は、組合の利益を損益分配割合(この事件は出資割合)で配分した金額が事業所得に該当するのであり、現実の利益分配額ではないはずである[205]。そして、仮に労務出資(追加出資)であるなら、合理的算定額が給与所得課税を受け[206]、その対価相当額の支払いがあれば、出資の払い戻しとすべきではないだろうか。損益分配割合の取り決めがないにもかかわらず、労務提供割合で組合事業の分配を受けたとの課税庁の解釈には無理があった。課税庁としては、最低でも支払いを受けた金員を事業所得で課税しようとする現実的処分だったのであろう。いずれにしても、この判決が、立法の未整備の中で、組合員間の取引を組合の外部取引と構成する余地を比較的広く認めたことは明らかである[207]。しかし、これを、組合員間の取引との理解から一歩進めて、組合の団体性を強調して、組合と各組合員とが組合員としての立場を離れて、種々の契約を結ぶことも可能であると理解することもできるであろう[208]か。渕准教授は、「組合員と組合との間に存在する法律関係(おそらくは雇用関

---

204 水野忠恒「組合員が組合から受けた金銭の所得区分」税研 2002.11 月号 71 頁

205 租税上は“利益の分配を受けるべき金額”と規定している。所得税法基本通達 36･37 共 - 19。高橋准教授は分配を受けるべき金額＝「配賦(allocation)」と現実の分配額＝「分配(distribution)」を厳密に使い分けている。高橋祐介『アメリカ･パートナーシップ所得課税の構造と問題』(清文社 2008.3) 17 頁。米国も現実に分配を受領したときは損益を認識しない(IRC731 条)。

206 “米国パートナーシップは、労務出資によってその見返りにパートナーシップ持分を取得した場合、その時点で課税される。”伊藤公哉『アメリカ連邦税法(第 3 版)』(中央経済社 2005.9) 406 頁。しかし、伊藤教授と異なり、高橋准教授は、明文の規定はないと断りながら、“出資される労務に基準価格はなく、アウトサイド･ベイシスに反映されない”と述べている。高橋祐介「日本版 LLC の課税上の問題点」租税研究 2004.10 月号 138~139 頁。この米国の考えと異なり、佐藤教授は、労務は当初の出資時に観念し、一身専属的な性格から、解散時にはまずその労務が当事者に返還されると考えるとして具体例を挙げて検討している。佐藤英明「組合による投資と課税」税務事例研究 50 号 38~40 頁。

207 岡村忠生「組合員がその組合事業に従事して得た収入と給与所得」民商法雑誌 126 巻 6 号 914 頁

208 金子宏「任意組合の課税関係」税研 2006.1 月号 18 頁

係)の存在を認定した[209]。」と述べている。しかし、私法上、組合の当事者能力に関して、旧通説は当事者能力を認めていないし、判例や現通説も、代表者の定めがある場合には当事者能力を認めてもよい[210]ということであり、それは典型的組合というより、限りなく権利能力なき社団に近い団体を念頭に置いての見解である。対内的はともかく、対外的には、この判決も組合の当事者能力を認めたとまではいえないのではないだろうか。ちなみに、国内源泉所得である組合の利益の分配額を金銭等で交付した場合の源泉徴収義務に関して、通達[211]は、「そのすべての組合員につき源泉徴収をする義務があることに留意する。」と規定し、(注)として「源泉徴収義務者となる組合員は、国税通則法第 9 条に定める「連帯納付義務」を負うことに留意する。」とされている。このことは、私法同様租税法上も、組合に積極的には源泉徴収義務に関して当事者能力を認めてはいないということである[212]。権利能力なき社団をできるだけ限定的に捉え、非典型的匿名組合を匿名組合から除外し、それらからはみ出した事業形態を民法組合に取り組むべきであると考えるが、民法組合には対外的当事者能力はなく、それは、あくまで内的組合において例外的に認めるのみである。

②消費税における組合課税事件[213]

この事件は、原告会社外 5 社が植栽工事等を営むために結成した企業体と構成員の組合員との間の下請取引に消費税を課税した更正処分は、組合の課税売上と下請け工事にかかる課税売上が二重に課税(簡易課税を採用していた原告会社は内部取引が課税売上として加算)されることになり違法であると訴えたものである。

二重課税かとの争点について、「発注会社と組合である企業体との間の取引と、企業体とその組合員である原告会社との間の取引とは別個に考えるべきものである。本件企業体から原告を含む各構成員が下請受注した場合、各構成員の出資割合が６分の１であるから、下請受注した金額のうち、自己の出資割合に応じた６分の１に相当する金額を除いた残りの６分の５が他の構成員５社に対する課税売上となるところ、この場合、他の構成員５社は、いずれも６分の１の割合で出資しているから、下請受注した構成員の受注した金額のそれぞれ６分の１を、控除対象仕入税額の計算上、課税仕入れとすることができ、このため、構成員全員の実質的な課税売上に係る消費税額の総額は、本件企業体の S 工業からの受注総額に係る消費税額に一致し、二重課税の問題は発生しない。しかし、原告構成員が簡易課税制度を選択している場合には、課税仕入れに係る消費税額は、課税売上に係る消費税額の 80 パーセント相当額となることから、前記のような等式が成立せず、結果的に簡

---

209 渕圭吾「組合員が組合から受ける給与」別冊ジュリスト No178 号 65 頁。もちろん、渕准教授も 1 審のように最高裁が断言しているとは述べてはいない。

210 山本前掲注 2）774~775 頁

211 所得税法基本通達 212 - 4

212 もちろん、源泉徴収義務者につき、所得税法 6 条では、「第 28 条第 1 項（給与所得）に規定する給与等の支払をする者その他第 4 編第 1 章から第 6 章まで（源泉徴収）に規定する支払をする者は、この法律により、その支払に係る金額につき源泉徴収をする義務がある。」と規定している。そして、この事件の訴外 A 組合も、組合として給与の源泉を納付している。しかし、もし源泉を納付していない場合の納税告知処分は、組合員全員にするであろう。

213 福岡地判 H11.3.25LEX/DB28071209,税資 241 号 313 頁。福岡地判 H11.1.26 TAINS Z240-8322,税資 240 号 222 頁。同じ組合の異なる組合員がそれぞれ同様の更正処分を不服として起こした裁判だが、両事件とも控訴せず確定した。

易課税制度を選択しない場合よりも多い金額の消費税納税義務が生ずるが、これは、構成員が簡易課税制度を選択した以上、やむを得ないものというべきである。」と判示して、原告の訴えを棄却した。

この二重課税についての判示を、具体的な例に置き換えてみると、当該企業体が S 工業から 600 で受注したとすると、A 構成員は 6 分の 1 の 100 を課税売上にする。そして、当該企業体から A 構成員が 6 分の 1 の受注を受けた時点で 100 の 6 分の 5 の 83 を課税売上に計上し､他の 5 社が受注した分 100 の 6 分の 1 の 5 社分つまり合計 100 の 6 分の 5 の 83 の課税仕入を計上する。従って、原則課税の場合は、当該企業体から構成員が出資割合に応じた受注を受ける場合は、課税売上と課税仕入が実質相殺されることになる。では、出資割合以上に当該企業体から受注した場合はどうか。たとえば、B 構成員が当該企業体から 200 を受注した場合は、200 の 6 分の 5 の 167 が課税売上になり、400 の 6 分の 1 の 67 が課税仕入になる。つまり、出資割合を超える 100 が実質課税売上に加算されることになる。

このことは、パススルーのはずの企業体から構成員である原告が受注した金額を課税売上と捉えるのではなく、対外的に当事者能力のない民法組合なのであるから、あくまで各組合員間の取引(課税売上)と理解すべきである。消費税の納税義務者を EU の付加価値税のように個人や法人に限定せず、パートナーシップも納税義務者に含める[214]考え方もあるが、我が国ではそう考えていない。この事件そのものは消費税の事件であるが、民法組合の構成員課税を考える上でも重要な事件である[215]。

③航空機リース事件[216]

この事件は、資産家である組合員(投資家)が、航空機リース事業(組合員の出資金と金融機関からの借入金を用いて航空機を購入し、これを航空会社にリース(オペレーティング・リース)してリース料収入を上記借入金の元本･利子の返済に充てるとともに､残余を本件各組合員に分配し、リース期間終了後、航空機を売却してその代金を上記借入金残金の返済に充て、なお余剰が生じたときは組合員に分配する)を目的とする組合契約を締結し、同事業による所得を不動産所得として、その減価償却費等を必要経費に算入した上で所得税の確定申告を行ったところ、課税庁が、上記各組合契約は利益配当契約であり、これによる所得は、雑所得であるとして損益通算を否認した更正処分の取消しを求めたものである。

N 証券系のリース会社 NBB 社が考案したこの航空機リース事業は、1997 年から 2000 年にかけて全国の資産家に出資を勧誘し、延べ 101 人の資産家が 5,000 万円から 2 億円の出資をして出資総額は 71,462 億円に上ったといわれているものである。国税当局は、これを「課税逃れ商品」と認定し、名古屋国税局が先陣を切って課税に踏み切った事件である[217]。

課税庁は、当該組合契約では「業務執行者以外の組合員は本契約に定めるもののほか、何

---

214 EUVAT 指令 9 条 1 項“納税義務者とは、当該活動の目的あるいは結果を問わず、独立して(independently)何らかの場所で、何らかの経済活動を行う者(any person)のことである。”

215 水野教授も、りんご生産組合事件に関連してこの民法組合の消費税事件を取り上げている。水野前掲注 204）71 頁

216 名古屋高判 H17.10.27TAINS Z888-1036 名古屋地判 H16.10.28TAINS Z254-9800

217 細川健「任意組合を利用した租税回避行為－航空機リース事件を題材にして」税務弘報 2005.2 月号 57~58 頁

ら業務についての権限を有しない」と規定していることなどから、一般組合員は検査権も含めた業務に関する一切の権限を有していないと解すべきである(報告請求権をもつに過ぎない)とし、又、本件各組合が金融機関との間で締結したローン契約(ノンリコースローン）には、「組合の義務の履行が終了するまで、本件各業務執行会社が業務執行者であり続ける」旨の誓約が置かれていることなどから一般組合員に解任権は排除されていると解すべきであり、民法上の組合契約とは別個の契約類型の利益配当契約であると主張した。

これに対して、裁判所は「組合契約によって、一般組合員は原則として業務についての権限を有しない旨定めたとしても、それをもって検査権の存在を否定する趣旨であると解することはできない。」とし、又、「本件各組合において特に解任権の行使が事実上考え難いということは、本件各業務執行会社と一般組合員とでは、航空機リース事業のノウハウの蓄積において隔絶しており、他の一般組合員は自らこれを展開するだけの能力を有しないという事実を反映しているに過ぎないと考えられるから、そのこと故に、本件各組合契約において解任権が排除されていると解することはできない」として、民法上の組合契約の成立要件を充足しているとして課税処分を取り消した。

この判決に対しては、「租税回避目的以外の経済合理性が必要であると考える国税当局側の立場を真っ向から否定している[218]。」との批判や、「私法上の法律構成による否認」の提唱[219]や、「我が国においても法律上の根拠がないことで新たな濫用的租税回避が否認できないことを避けるためには、一般的租税回避防止規則(General Anti-Avoidance Rule:GAAR)の導入を検討すべきだ[220]」との意見がある。しかし、一般否認規定の導入は課税庁側の恣意性が入りやすく、慎重かつ冷静な対応が必要である。一般否認規定(GAAR ドイツ通則法 42 条)のあるドイツにおいては、「租税法における経済的観察法を目的論的解釈に限定したとしても、解釈が濫用される危険性が除かれるわけではなく、恣意課税を妨げるための方法がさらに探求されなければならない[221]」とされていて、一般否認規定があるが故に運用面での濫用の危険性が常に焦点になっているのである。そして、金子宏教授は、「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[222]。」と述べている。更に又、谷口教授は、「相互売買か交換か(岩瀬)事件[223]」の判批の中で、「本判決は、租税回避の否認につき明文の法律上の根拠を要求する租税法律主義の要請を訴訟法のレベルで潜脱することに対して歯止めをかけたところに、

---

218 細川前掲注 217）65 頁

219 今村隆「租税回避についての最近の司法判断の傾向」租税研究 2006.10 月号 90 頁

220 居波邦泰「タックス・シェルターに対する税務行政のあり方」税大論叢 52 号 539 頁。品川教授も、映画フィルム事件の大阪地裁判決の評釈で、“昭和 36 年税制調査会で答申がありながら、立法が見送られた、租税回避行為の一般否認規定の立法化の必要性が高まった。”と述べている。品川芳宣「任意組合を利用した映画フィルム・リースに係る減価償却費等計上の可否」税研 1999.5 月号 72 頁。

221 岩崎政明「租税法のおける経済的観察法」筑波法政第 5 号 111~112 頁

222 金子前掲注 3）130 頁。金子教授は、最近の著書で「個別否認規定の 3 原則」を提唱され、“個別否認規定は、目的を達するために必要な範囲に止まっており、またその内容は妥当で適切なものでなければならない。”と述べている。金子前掲注 132）174 頁

223 最判 H15.6.13TAINS Z253-9367 東京高判 H11.6.21TAINS Z243-8431 東京地判 H10.5.13TAINS Z232-8161

その意義があることになろう。」と評価し、「租税法のレベルとは、つまり、税法の目的(特に租税負担の公平=租税正義の実現)等の総合的考慮に基づき租税回避の経済的不合理性(事業目的の欠如又はこれを格段に上回る租税回避目的の存在)や異常性の観点(要するに租税回避の不当性の観点)から課税要件法を訴訟法上再構成し、課税要件法の中に前述のような裁判上の推論ルールとして租税回避の一般的否認規定(要件事実論)で説かれることがある「裁判規範としての民法」に相当するいわば「裁判規範としての一般的否認規定」)を措定しようとする考え方であると解される。」と述べて[224]、租税回避の経済的不合理性から、裁判規範として租税回避の一般的否認規定を措定してはいけないと警鐘を鳴らしている。

ところで、佐藤教授は以前から、組合員の所得分類に関して、商品先物取引を事業内容とする組合契約を例に、受動的投資活動として参加する組合員の組合から配賦された所得を事業所得にするのはおかしく、雑所得とすべきであると主張されている[225]。又、酒井教授は、りんご生産組合事件を例に挙げて、組合員でも給与所得がありうるのであるから、形式的に検査権や業務執行組合員の解任権が契約上規定されていても事業に参画せず単なる投資家にすぎない者については、所得区分を雑所得とすべきであると述べている[226]。

しかし、受動的投資活動というだけでなく、対外的に直接無限責任を負うかどうかが重要なポイントである。ノンリコースローンやその他対外的にリスクを負わない契約によって保護された組合員は、単なる投資家であるかどうかはともかく、その意味(出資額までしか損失を負担しない点)において雑所得とすべきであろう。平成 17 年度の改正(措置法 67 条の 12、措置法 41 条の４の２)の損失規制の内容はまさにそれに沿ったものといえる[227]。あくまで、民法組合とは、業務執行をある組合員に委任し資金を出資することを主たる目的とする組合員であっても、そして、対内的には契約自由の原則が働いても、対外的には無限責任を負うものであれば、雑所得にはならないのである。

この航空機リース事件に類似した(米国のタックス・シェルターを日本に持ち込んだ点で類似した)事件として、映画フィルム事件[228]がある。これは、メリルリンチが企画販売した租税回避商品である。納税者は、「この更正処分は、航空機リース取引に対する優遇措置と

---

224 谷口勢津夫「私法上の法形式の選択と課税－売買か交換か」別冊ジュリスト No178 号 41 頁。しかし、大和銀行外税控除枠事件では、最高裁は、国際的租税回避スキームに危機感を感じて「制度の濫用」として納税者敗訴にした。最判 H17.12.19TAINS Z255-10240

225 佐藤前掲注 206）38~40 頁。この佐藤教授の考え方について、大淵教授は“これは各組合員の所得区分は、組合事業の内容(所得税法基本通達 36･37 共 - 19)によって決定するのでなく、その組合員の組合業務との関わりにより決定するという立法論である。”と述べている。大淵博義「任意組合による航空機リース事業の損失は利益配当契約による雑所得の損失として損益通算を否認した課税処分の可否(上)」税務事例 2005.7 月号 7 頁。

226 酒井克彦「組合課税と導管理論に関する一考察」税務事例 2005.5 号 4~8 頁。“酒井教授は、導管理論に基づく所得区分が妥当しない場合があると主張している。同一事業でも事業所得になる場合と雑所得になる場合があるとの趣旨であろう。”

227 “組合事業に係る重要な財産の処分若しくは譲受け又は組合事業に係る多額の借財に関する業務の執行の決定に関与し、かつ、当該業務のうち契約を締結するための交渉その他の重要な部分を自ら執行する組合員＝損益通算の認められる組合員”については､小山真輝「法人税 Q&A 組合事業に係る損失制限制度における取扱いについて」租税研究 2007.3 号 216~220 頁が詳しい。

228 パラツィーナ事件 最判 H18.1.24TAINS Z888-1046 大阪高判 H12.1.18TAINS Z246-8559 大阪地判 H10.10.16TAINS Z238-8259。東京での同様の事件として 東京高判 H17.2.8TAINS Z888-1073 東京地判 H15.5.22TAINS Z253-9351 もある。

も均衡を欠く」とも主張して課税処分の取消を求めたが、原審である大阪高裁は、「組合員たる上告人の出資金は，その実質において，本件組合を通じてＦ社による本件映画の興行に対する融資を行ったものであって、本件組合ないしその組合員である上告人は、本件取引により本件映画に関する所有権その他の権利を真実取得したものではなく、単に上告人ら組合員の租税負担を回避する目的の下に、本件取引に関する契約書上、本件組合が本件映画の所有権を取得するという形式や文言が用いられたにすぎない[229]。」と判示している。このように原審はもともと、映画フィルムを実質取得していないとしている。つまり、私法上の表面的･形式的な契約が、仮想又は虚偽であるとする。金子宏教授は、「租税回避行為と目される取引が仮想行為であって真実に存在しないと認定される場合には、・・・法理論上は、真実の法律関係に即した課税であり租税回避の否認ではない。・・・課税要件の充足の事実を全部又は一部秘匿する行為であり脱税である。・・・通謀虚偽表示は仮想行為の典型的例である[230]。」と述べている。これに対して、今村教授は、金子教授の見解と異なり「私法上の法律構成による否認」として、「民法上の事実認定や契約解釈の範囲で租税回避の否認ができる[231]。」と述べているが、この高裁の判決を、当事者が選択した法形式は有効であるにもかかわらず、租税回避のみを目的とした売買契約を否認し、融資契約という他の法形式に引き直したと見るかは疑問である。この点に関して、金子宏教授は、「契約が仮想行為であるか否か、真実の法律関係は何であるかの認定は、きわめて微妙な作業であることが多いから、慎重に行われなければならない[232]。」と述べている。

最高裁もこの点は高裁判決と異なり非常に慎重で、「本件映画に関する所有権その他の権利を取得したとしても，本件映画に関する権利のほとんどは，本件売買契約と同じ日付で締結された本件配給契約によりＤ社に移転しているのであって，実質的には，本件映画についての使用収益権限及び処分権限を失っているというべきである。本件組合は本件映画の購入資金の約４分の３を占める本件借入金の返済について実質的な危険を負担しない地位にあり，本件組合に出資した組合員は本件映画の配給事業自体がもたらす収益についてその出資額に相応する関心を抱いていたとはうかがわれない[233]。本件映画は，本件組合の事業において収益を生む源泉であるとみることはできず，本件組合の事業の用に供しているものということはできない。」として、「原審の判断は、結論において是認できるが、論旨は採用することができない。」と判示して、私法上の法律構成による否認の方法を慎重に

---

229 最高裁で原審判決を引用した文章をそのまま表現したため、納税者である原告を「上告人」と表現している。

230 金子前掲注 3）128,131,140,141 頁から、抜粋し引用した。

231 今村前掲注 219）90 頁

232 金子前掲注 3）141 頁。確かに、本来の目的は組合員からの出資(融資)であった気はするが。

233 細川准教授はこの点を捉えて、“納税者に租税回避目的以外の経済的合理性が存在するか否かを検討するものであり、上告審が一種の事業目的の法理(business purpose doctrine)を援用していると考えられる。”と述べている。細川健「任意組合を用いた租税回避行為の否認とその問題点」税務事例 2006.9 月号 35 頁。
安部勝一税理士も、“仮に法文中に明文の規定が存在しない場合であっても租税回避を目的としてされた行為に対しては、当事者が真に意図した私法上の法律構成による合意内容に基づいて課税が行われるべきである。”と述べている。安部勝一「任意組合を利用して外国映画フィルムの償却を用いたタックスシェルターの否認」税務弘報 2006.5 月号 167 頁。
しかし、最高裁の判旨は、民法組合の共同事業性を真に自覚した組合員であるのかという点に疑問を呈しているだけで、租税回避目的のみの行為だから否認したわけではない。

避けるための論旨を構築している[234]。

これらの租税回避スキームの横行を目にするにつけ、租税(負担)の意義を考えざるを得ない。本来の事業目的で民法組合を活用しようとするものにとって、メリットのある構成員課税の立法化を望むが、事業目的の欠如又はこれを格段に上回る租税回避目的のスキームには、17 年税制改正の損金算入規制のような個別具体的防止策で対応し、租税負担の公平(=租税正義の実現)を図ることを、同時に望むところである。

3 - 3 - 3 小括

17 年の税制改正で創設された民法組合(匿名組合も含む)の損金算入規制を受ける法人組合員の要件を逆読みすれば、業務執行は他の組合員に任せ、主に資金を提供する組合員(特定組合員となる)であっても、本来の民法組合員のように対外的に組合債務を直接負担する(無限責任を負う)場合は、本来の共同事業性が確保されているので、組合事業の損失のうち当該組合員の負担すべき損失は、損金の額に算入できるのである。何故なら、色々な役割の組合員が集まって共同事業することが、民法組合に予想される本来の姿であるのだから。

これに対して、個人組合員の場合は、法人組合員と大きく異なり、民法組合の事業が不動産の貸付[235]であって、当該個人組合員が特定組合員とみなされれば、その組合損失が出資額の範囲内であっても、不動産所得の損金と認めないのである。本来の民法組合員のように対外的に組合債務を直接負担する(無限責任を負う)場合であっても、認められないことなる[236]。但し、主に資金を提供する組合員(特定組合員となる)であっても、組合自身が不動産の貸付ではなく自ら事業を行う場合で、本来の民法組合員のように対外的に組合債務を直接負担する(無限責任を負う)場合は、本来の共同事業性が確保されているので、匿名組合の組合員のように雑所得とみなされず、組合事業の損失のうち当該組合員の負担すべき損失は、事業所得の損金の額に算入できることになる。

次に、構成員課税制度の充実を望む立場から、これから積極的に民法組合を活用して共同事業を行っていこうとするケースの後押しのため、立法的な提言をしたい。まず、収益活動を行う組合を成立させた時点で、法人の定款に当たる契約書の提出を義務付け、米国のようなパートナーシップ持分の投資基準額の調整ルール[237]を立法化すべきである。そし

---

234 細川准教授は、“有体物の映画フィルムの所有権は本件組合にあり、著作権のみを譲渡して失っていると解し、著作権に相当する部分は減価償却できず結果として損金算入ができない。有体物の映画フィルムに関しては、別途フィルムの貸し出しが行われているかどうかを検討して事業の用に供しているかどうかを判断すべきだ。”と主張している。細川前掲注 233） 33~35 頁。しかし、配給契約では、IFD(レッシー)にオリジナル･ネガティブを含めた本件映画の化体された有体物を全て現状のまま引渡し、IFD の裁量によりその有体物をカットし、編集し、追加し、削除する権限も与えている。これを、譲渡と考えるなら、全てを譲渡したと考えざるを得ない。著作権が減価償却できないのではなく、譲渡収入に計上しなければならなくなり、後は譲渡未収入金の回収ということになり、ファイナンス･リースそのものを否定することになる。又、映画フィルムのほとんどが著作権で減価償却できないとすると、映画フィルムの減価償却制度を根本から見直さなければならなくもなる。

235 所得税法 26 条は、”不動産所得とは、不動産、不動産の上に存する権利、船舶又は航空機(以下この項において「不動産等」という。)の貸付け(地上権又は永小作権の設定その他他人に不動産等を使用させることを含む。)による所得(事業所得又は譲渡所得に該当するものを除く。)をいう。”と規定している。

236 解説では、“法人の場合は過度の課税の繰延べを制限しているのに対して、個人組合員については、所得区分と超過累進税率への対応といった所得税特有の問題がある”としている。改正税法前掲注 153） 155 頁

237 米国のパートナーシップ課税は、資産(金銭以外)がパートナーシップに出資された場合、出資資産の含み益に対する課税は繰り延べられ、後にパートナーシップがその資産を処分したときに、その処分損益は、パートナーシップの得た

て、投資基準額の導入によって、現物出資の非課税等の恩典を与える条件が明確になる[238]。現物出資の立法的手当て前においては、譲渡担保の場合になぞらえて、組合契約でその財産が出資者に戻ってくることを約定して、譲渡課税を回避できるのではないだろうか[239]。

そして、情報申告(information return)[240]の提出を義務付け、同時に各組合員の総額法の計算による申告を義務付ける[241]べきである。有限責任事業組合(LLP)に義務付けた計算書が民法組合にも必要だと考える[242]。更に、出資比率と異なる損益分配割合を柔軟に認め、労務負担やリスク負担を出資額そのものに適正に加味させ、出資比率を適正比率に調整して、それに基づく損益分配割合を認めるべきである。何故なら、組合契約時に見込んだ損益分配割合が、実際の組合事業を通して差異が生じる場合があるわけで、それを追加出資として調整し、適正な損益分配割合に変更することが不正な所得移転の防止になると思うからである[243]。

更に、米国では、家族パートナーシップ(family partnership)として特別の規制(IRC704 条(e))がある。パートナーシップの所得をいずれのパートナーに帰属させるかについては、所得移転法理の下で吟味される[244]。つまりこの法理は、所得を労働(人的役務)の提供により稼得された所得と資本により稼得された所得に大別し、労働(人的役務)の提供により稼得された所得は、実際に労働した(役務提供をした)者の所得に算入され、資本により稼得された所得は、その資本を実際に所有している者の所得に算入され、役務の提供者又は財産の所有

課税所得として、各パートナーに分けられ、課税される。新規パートナー加入前の値上がりは、新規加入パートナー以外のパートナーに対して課税されるべきであるため、課税結果の移転を防止するために、パートナーシップ課税制度には、特別の条項(IRC704 条(c))を設け、出資時の含み益(ビルトイン・ゲイン built-in gain)は出資したパートナーに強制的に配賦され、出資パートナーに課税されるようにしている。高橋前掲注 205）92~101 頁。米国のパートナーシップ課税では、パートナー段階における損失の控除は、パートナーシップ持分の調整投資基準額(adjusted basis)が限度である。控除できなかった超過部分は翌年以降に繰り越される(IRC704 条(d))。更に、危険負担の原則（at-risk rules)(IRC465 条）及び消極的活動損失の規制(passive activity loss rules)(469 条)がパートナーの段階で適用されることになる。リミテッド・パートナーシップ(LPS)の持分保有は、消極的活動(passive activity loss)とみなされる。無限責任を負うゼネラル・パートナーは、パートナーシップの負債に無限責任を負うので、調整投資基準額にその負債額を加算する。伊藤前掲注 206）417,430 頁。つまり、我が国の制度は、その組合員が特定組合員かどうかで、法人組合員の損失の控除額を調整出資金額の範囲内に留めるか否かを判断するのに対して、米国は無限責任パートナーか否かで調整投資基準額の調整額が異なる仕組みになっている。

238 現在の部分譲渡説をとりやめ、組織再編税制のような現物出資の非課税規定を設けるべきである。長谷部前掲注 16）137 頁。

239 金子前掲注 208）17 頁。長谷部前掲注 16）137 頁。

240 米国のパートナーシップの Form1065 は非常に詳細で、3 頁目の scheduleK で全体の所得,利得,損失,控除等を表示し、scheduleK-1 でパートナーごとに分割した金額を表示するようになっている。この scheduleK-1 は、Form1065 とともに IRS に申告するとともに、各パートナーへも配布する。(IRC6031 条(b))

241 “組合段階での財務諸表の作成が義務づけられていることも踏まえれば、すべての組合について、組合自体が損益計算の主体であり、その決算が所得税法又は法人税法に従って計算される必要があることを法令で明確にするのが相当である。” 長谷部前掲注 16）140~142 頁。これに対して、組合を個人の集合と考えずに社団のように捉える朝長氏は “純額法を原則とすべき” と提唱しているが、構成員課税の充実を提唱する考えからは賛成しかねる。朝長英樹「新たな組合税制のあり方」T&A マスター2007.4.30 号 20,22 頁、同「事業体課税の理論と課題」租税研究 2005.11 114 頁。

242 LLP については、所得税法 227 条の 2、所得税法施行規則 96 条の 2。これに対して、民法組合は、17 年の改正で組合等が非居住者又は外国法人に分配する所得については、支払調書(所得税法施行規則別表第 5(17)関係)の提出義務と源泉徴収義務が課されることになった。所得税法 225 条 1 項 8 号,212 条 5 項。しかし、これは限定的であるし支払調書の様式は、米国の Form1065 と比較して全く不十分である。

243 高橋祐介「民法組合の稼得した所得の課税に関する基礎的考察」税法学 543 号 89~109 頁。投資基準額の導入によって可能である。尚、構成員間の不当な損益分配を「極端な水平的損益配分」として検討したものに、竹内茂樹「フレキシブルな事業体を媒介した損益の水平的配分」税大論叢 41 号がある。

244 高橋前掲注 205）326 頁

者から所得の帰属のみを切り離して第三者に移転することはできないとする所得帰属の原則(assignment of income doctrine)が働くのである[245]。ある者がパートナーシップの資本持分を有し、そのパートナーシップにおいて資本が重要な所得生産要素である場合には、当該持分が、他の者から購入したものであるかあるいは贈与によるものかにかかわらず、パートナーと認める[246]。たとえば、相当の棚卸資産や工場等の設備投資等を必要とする事業は、「資本がそのパートナーシップの所得を生む重要な要素である」と考えられ、会計事務所や法律事務所,設計事務所等のサービス業は、「資本がそのパートナーシップの所得を生む重要な要素ではない」と考えられる。但し、資本がそのパートナーシップの所得を生む重要な要素であるパートナーシップであり、税務上(譲受人が)パートナーとして認識される場合であっても、パートナーシップの所得の割当に先立ち、パートナーにより提供された役務の合理的な価額をその提供者(譲受人)に割り当てなければならないと規定している[247]。このような規定によって、夫婦間や親子間の不当な所得移転に歯止めをかけている。是非、我が国にも、このような米国の家族パートナーシップ制度を導入すべきである[248]。夫婦や親子による共同事業が認められれば、法人成り以外の選択肢が増えることにもなる[249]。

第 4 節　LLP(有限責任事業組合)、LLC(合同会社)に対する課税ルール

3 - 4 - 1 LLP(有限責任事業組合)、LLC(合同会社)の法務

LLP(有限責任事業組合)法は、民法組合の特例法として平成 17 年 4 月 27 日に成立し平成 17 年 8 月 1 日から施行となったものである。出資者が出資の価額の範囲でしか責任を負わず(有限責任性)、組織における権限や利益の分配等組織内部の取り決めは自由に決めることができ(内部自治原則)、税制面では、事業体に課税されずに、その出資者に直接課税される(構成員課税)という特徴がある。

この LLP は、民法組合の共同事業性をより徹底して、業務執行の一部の委任は認めても、各組合員は必ず何らかの執行行為には携わらなければならず、その全てを委任することは許されないこととしている(LLP 法(以下法律名省略)13 条)。この条項違反となると、LLP 法による特例が認められず、民法上の任意組合と認定され、組合員の有限責任が否定される。従って、全ての組合員が業務執行の一部を行う義務を負うことは、全ての組合員が無限の対第三者責任を負うリスクがあることに帰結する。すなわち、有限責任事業組合は、本質的なパラドックスを抱えているともいえる[250]。

---

245 伊藤前掲注 206）427 頁

246 “1951 年の法改正で、「最初の資本(original capital)」基準を廃止し贈与等を認めた。”高橋前掲注 205）330~333 頁

247 伊藤前掲注 206）427 頁

248 水野忠恒「新たな事業体に対する課税の検討(下)」税研 2005.7 号 42 頁

249 弁護士税理士夫婦事件(最判 H17.7.5TAINS Z888-1000 東京高判 H16.6.9TAINS Z888-0847 東京地判 H15.7.16TAINS Z888-0747) や、親子歯科医師事件(東京高判 H3.6.6TAINS Z183-6725 東京地判 H2.10.31TAINS Z181-6591)もなくなるであろう。

250仲江武史「LLP 活用に際しての実務上の論点」法律のひろば 2006.2 月号 36,41 頁。“この共同事業性要件は、債権者の保護に資すると同時に、損失の取り込みだけを狙った租税回避目的の濫用を防止する効果もある。”平野前掲注 192）61 頁。もちろん、有限責任であるため、組合員の第三者責任・組合の損害賠償責任(17 条,18 条)、つまり、不法行為者の

又、LLP の事業運営が長期間軌道に乗らない場合、LLP 事業を継続させようとするならば、個人的に財産を有する出資者の与信力に応じて資金力･信用力の点で負担しなければならない。累積の借入額が組合の純資産額を超過することになる借入れは、総組合員の同意が必要(12 条)であることから、運転資金を確保するために、組合員の個人保証で金融機関からの借入れを起こす場合には、組合員全員が保証人となることを要求される可能性が高く、「有限責任性」から遠く離れたリスク負担を覚悟しなければならない[251]。

一方、日本版 LLC は、会社法が平成 17 年 6 月 29 日に成立し、平成 18 年 5 月 1 日に施行された時期に、「合同会社」として創設された。そして、合名会社,合資会社,合同会社を併せた「持分会社」という概念も同時期に導入された。この LLC の特徴は、機関設計に柔軟性があり、株式会社における意思決定機関としての株主総会や業務執行としての取締役や取締役会の設置あるいは業務や会計を監査する監査役や監査役会の設置が強行規定ではなく、組合同様に内部自治に委ねられているところにある。そして、同じ持分会社に属する合名会社や合資会社と異なり、社員全員が有限責任とされている[252]。これらは、LLP と共通する点であるが、LLC は会社法により法人格を付与されている。そして、社員自らが業務執行をするが、LLP と異なり、必ずしも全社員が業務執行を担当する必要はない[253]。これをもって、LLP は「所有と経営の完全一致」であり、LLC は「所有と経営の原則的一致」と呼ばれている[254]。又、LLP は構成員一人では存続できないが、LLC は構成員一人でも存続可能である[255]。そして、LLP と異なり、LLC は持分会社間の会社種類の変更[256]はたやすく、株式会社への組織変更や、株式会社から LLC への組織変更も可能である[257]。

そして、会社法により創設された LLC だが、株式会社のような定款認証や決算公告は不要[258]である。しかし、有限責任であるが故に、債権者に対する情報開示や適切な LLC 財産の留保のため債権者保護の手当てがなされている[259]。

又、株式会社のように出資額に応じた利益の配当といった株主平等の原則は働かず、LLP のように柔軟な損益分配を定款で定めることができる[260]。

無限責任が規定されている。

251 佐藤敏郎「組合員の出資,損益･財産の分配と責任」税理 2005.11 月号 78 頁

252 会社法 576 条 4 項

253 会社法 590 条 1 項

254 相澤哲,葉玉匡美,郡谷大輔編『論点解説 新･会社法』(商事法務 2006.6) 562 頁。もちろん、公開会社でない株式会社は、取締役を株主に限定することもでき (331 条 2 項)、その場合は株式会社といえども所有と経営が分離しているとはいい難い。

255 株式会社においては前掲注 75 参照。“持分会社は社員の個性が重視されるとしても社員の加入や持分の一部譲渡により社員が複数になりうることから、株式会社と変わるところはなく、直ちに社団性に反するとはいえない。”相澤哲編『一問一答 新･会社法』(商事法務 2005.7) 182 頁

256 会社法 638 条,639 条

257 会社法 743 条,781 条,776 条,779 条,920 条

258 会社法 30 条,440 条。“払込取扱機関の保管証明も不要”相澤前掲注 255) 185 頁。

259 具体的には①合同会社に関する基本的事項の登記による公示②債権者の計算書類(5 年以内)の閲覧又は謄本の請求権③設立時の出資の履行④出資の目的を金銭その他の財産に限定⑤利益の配当に関する財源規制⑥資本減少に対する債権者の異議等である。又、LLP 同様、業務執行有限責任社員の第三者に対する不法行為は無限責任を負うことになる

260 会社法 622 条。株式会社においても種類株式の発行が認められているので、株式の内容が同一である限り同一の取扱をしなければならないと「株主平等原則」を解すべきである(会社法 109 条 1 項。更に、公開会社でない株式会社は、

3 - 4 - 2 LLP(有限責任事業組合)、LLC(合同会社)の税務

LLP 法が、民法の任意組合の特例法として創設された経緯から、LLP 課税の取扱とその問題点は民法組合の課税と概ね重複する[261]。しかし、17 年税制改正で創設された損失制限規定に関しては、民法の任意組合に対する規定と LLP に対する規定は異なっている。これは、LLP は全員参加型の強い共同事業であることが 13 条で担保されているため、特定組合員制度が不要だからといえる[262]。そして、15 条の「組合員は、その出資の価額を限度として、組合の債務を弁済する責任を負う。」との LLP の有限責任制度にあわせて、税法上も組合員の組合事業による事業所得等の損失額を調整出資金額の範囲に限るよう規定している[263]。

まず、法人組合員は、組合事業から生じた損失額のうち、調整出資金額を超える組合損失超過額を損金不算入とすると規定している[264]。そして、調整出資金額とは、出資金額に組合に内部留保された所得金額を加え構成員に分配された金額を控除して算定する。この時、現物出資がある場合の出資金額は、現物出資をした法人組合員の帳簿価額ベースの持分に、他の組合員の時価ベースの持分を合計額したものに補正しなければならない[265]。この LLP の組合損失超過額は、民法組合の組合等損失超過額と基本的に同じである。しかし、民法組合の場合は、組合事業の形態,組合債務の弁済に関する契約,損失補てん等契約その他の契約の内容その他の状況からみて、組合事業が実質的に欠損とならないと見込まれるときは、組合損失の全額が組合等損失超過額として取り扱われる[266]点に差異がある[267]。LLP には、調整出資金額超過額を損金不算入とするパターンのみである。これは、基本的に組合員の責任が有限責任であるため、明らかに欠損とならないと見込まれる組合契約が想定されないからである[268]。

これに対して、LLP の個人組合員の損失規制は、法人組合員の損金算入時期の繰り延べと異なり、永久に否認されることになり厳し過ぎるとの批判がある[269]。たとえば、LLP が赤字続きのケースの場合、出資額までの損失は、法人も個人も同様に損失あるいは必要経費に算入できる。ところが、その後、出資額まで回復しない僅かな利益が生じ場合、法人は依然課税されないが、個人はその利益全額が丸々課税対象になる[270]。LLP が債務を全て清算して残余財産ゼロで終了すると、個人組合員は、出資額を失っただけでなく残余財産

株主ごとに異なる剰余金の配当を定款で定めることもでき、合同会社との差はない(会社法 1092 条 2 項)。

261 法人税法基本通達 14-1-1,14-1-1 の 2,14-1-2:所得税法基本通達 36･37 共-19, 36･37 共-19 の 2, 36･37 共-20 に関しては、民法の任意組合と共通の取扱である。

262 石井芳明,中村慈美,阿部泰久「LLP 活用における会計と税務の課題」税務弘報 2005.9 月号 152 頁

263 17 年改正税法前掲注 153）143 頁

264 措置法 67 条の 13

265 措置法施行令 39 条の 32 の 1 項,2 項。“たとえば、簿価 2000 万円,時価 1 億円の現物出資をする組合員の持分割合が 1/5 とすると、簿価 2000 万円の 1/5 に時価 1 億円の 4/5 を合計した 8400 万円が出資金額になり、4/5 のキャピタル・ゲイン 6400 万円が譲渡益課税される。”成道秀雄「有限責任事業組合の税務」税務事例研究 90 号 22 頁。

266 措置法 67 条の 12 の 1 項括弧書き

267 17 年税制改正前掲注 153）282 頁

268 苅米裕「LLP,民法組合等の税制措置」税理 2005.6 月号 98 頁

269 苅米前掲注 268）106 頁。宮崎剛「LLP と一般法人の税負担比較」税理 2005.11 月号 96 頁。

270 増井良啓「有限責任事業組合から生ずる損失と所得税」税務事例研究 90 号 58~59 頁にも同様の指摘がある。

がゼロまで回復する期間の利益に対する納税額まで負担する結果になる。LLP の有限責任性から出資額以上の損失控除を認めないことは理解できるが、民法組合の特定組合員と異なり共同事業性を認めながらの個人組合員の損失規制のこの仕組みは、LLP 法制定の趣旨に反しているし、LLP の利用を躊躇させることに繋がる。

次に、日本版 LLC である合同会社の課税であるが、米国 LLC と異なり構成員課税の選択はできず、法人課税になっている。確かに、会社法の立法段階で附帯決議として、「合同会社に対する課税については、会社の利用状況、運用実態等を踏まえ、必要があれば、対応措置を検討すること[271]」と明記されている[272]が、LLC の組合課税を認めることは、私法上の法人格の有無で法人税の課税の可否を判断してきた我が国の法人税制を、根本から変えることになる。我が国の法人税法は、私法上の概念を借用し、私法上の概念と同義に解してきた(統一説[273])。そして、国際私法上、外国の法律によって設立された事業体について、その設立準拠法の下で与えられた法人格は、我が国でも承認されるものと解され、従って、我が国の私法上の外国法人とは、「外国の法律によって設立され、その設立準拠法の下で法人格を与えられたもの」と解される[274]。そして、租税法も私法上の法人の概念を借用しているのであるから、同様の意味内容に解することになる[275]。

この日本版 LLC が創設される前に、米国 LLC のパス・スルー課税をそのまま日本で適用した投資家が、課税庁に否認された事件がある。「本件 LLC は設立準拠法であるニューヨーク州 LLC 法の下で法人格を付与された事業体であり、係る法律上の資格と実態(該当する賃貸ビルの所有権は当該 LLC にあり、入居者との賃貸借契約の契約者も当該 LLC である)を有する本件 LLC は我が国の租税法上の外国法人に該当し、本件 LLC が行う事業から生じる損益は、本件 LLC に帰属すると認めるのが相当である。」として、課税処分を相当とした裁決である[276]。

もう 1 つ類似した事件として、さいたま地裁の事件[277]がある。本件は、原告である納税者が、米国ニューヨーク州法に基づき組成された LLC の行った不動産賃貸業に係る収支及

---

271 162－参－法務委員会－26 号 H17.6.28「会社法に対する附帯決議 14」

272 大杉教授は、“諸外国と反対に、日本ではむしろ節税のために法人成りしている中小企業が非常に多い状況で、LLC に組合課税を認めることによって、同族的株式会社にも組合課税をとの動きに発展することを懸念して政治的理由で LLC の組合課税が葬り去られた。”と解釈している。大杉謙一「新たな会社類型(日本版 LLC 制度)の基本的考え方と課題」租税研究 2004.9 月号 118 頁。一方、水野教授は、“合資会社及び合名会社が法人格を有するがゆえに法人税の対象とされてきたので、公平や中立性の観点から、合同会社に対しても法人税が課税されるものと思われる”と述べている。水野前掲注 248）47 頁。

273 “従来は、借用概念の解釈に関して、統一説（私法と統一して解する）、独立説（租税が独立して解釈する）、目的的適合説（立法趣旨に照らして解釈する）があるとされたが、今日は、金子教授が述べた統一説が支持されている。” 水野忠恒「私法上と同一概念の解釈」別冊ジュリ 120 号 24 頁

274 “法人の従属法の決定基準について、学説は、設立準拠法説と本拠地法説がある。会社法 2 条 2 号は、設立準拠法を用いて外国会社を定義している。これに対して、本拠地法説は、法人の最も密接な関係のあるのはその本拠地であることを根拠にするもので、国際私法の理念に忠実な見解といえる。法適用通則法 4 条 1 項の類推適用と考えると設立準拠法説で通常は考えるべきだろう。”神埼禎「法人の従属法」最判 S50.7.15 別冊ジュリ 185 号 42~43 頁

275 長谷部啓,秋元秀仁「米国 LLC に係る税務上の取扱い」国際税務 Vol21No7 号 9 頁

276 裁決 H13.2.26TAINS J61-2-10

277 さいたま地裁 H19.5.16TAINS Z888-1276。“控訴審(東京高判 H19.10.10)も地裁の判断を支持している。”秋元秀仁「最近の国際課税における問題」国際税務 Vol28No6,23 頁。

び LLC 名義の預金利息収入を不動産所得及び雑所得として確定申告をしたところ、「LLC が行う不動産賃貸業により生じた損益は法人としての LLC に帰属し、又、LLC が原告に対して送金した分配金は原告の配当所得に該当する」として訴えを棄却したものである。

これらの裁決や裁判例でもわかるように、米国 LLC を我が国租税法上は「法人」とみなしている。従って、配賦(allocation)の認識は不要で、現実の分配(distribution)の時、配当所得を計上することになる。出資の払い戻しは、米国 LLC からの脱退か、解散による残余財産の分配時までありえないことになる。ところで、米国 LLC がパススルー課税を選択している場合、本来納税はしないが、メンバーが外国人である場合は、そのメンバーに分配する所得に対して 35%の税金をそのメンバーの代理人として源泉徴収する規定がある[278]。この源泉徴収を納付する時期と配当所得を認識する時期がずれる場合があるが、間接外国税額控除の適用をいつ受けることができるのか、又はできないのであろうか[279]。間接外国税額控除を定めた法人税法 69 条 8 項は、「外国子会社(米国 LLC)の所得に対して課される外国法人税の額」が外国税額控除の対象税額とされており、パス・スルー課税を選択した LLC の場合には、理論上、当該 LLC の所得に対して課される外国法人税は存在しないと考えられることから、文理上、この適用はないことになる。むしろ、出資内国法人においては、自己の所得として現実に外国法人税を納付することになる(タックスレシートも出資者名のものとなる)から、法人税法 69 条 1 項の直接外国税額控除の規定を適用して税額控除を認めるのが適当であろう[280]。ところで、米国 LLC が配賦時期に代理納付した外国法人税は、納付した年度までに外国税額控除の適用対象にしなければならないが[281]、分配のタイミングによって、3 年以内に分配があれば外国税額の繰越控除が可能かもしれないが[282]、4 年以上先の分配が予想されるときはあらかじめ代理納付した外国税額を、税額控除ではなく損金又は必要経費に計上しておかなければならないことになる[283]。外国税額控除の適用を受ける場合には、当期(あるいは当年)で納付した控除対象外国法人税の全額が損金の額(あるいは必要経費)に算入されないことになるので、どちらを選択するかの判断は難しく二重課税の解消ができないケースが発生する。増井教授は、「外国事業体についての外国租税法上の性質決定と日本の租税法上との間の食い違いは、各国が異なる法体系をもち、異なる税制をそれぞれ独立のシステムとして作動させている以上、ある意味不可避な現象である。そして、我が国以外の諸外国も、外国事業体の性質決定の困難さに直面している。この問題は、各国の国内法で用いる概念を共通化するまでは消滅することがないだろう。そこで代

278 小森健次「米国 LLC の課税方法と活用方法について」租税研究 2005.5 月号 159 頁。IRC875,IRC1446. rev rul90-80。日米租税条約の恩典は与えられず源泉免除はない。

279 小森健次『米国税務の実務ガイダンス』(税務研究会出版局 2005.10) 59 頁

280 秋元前掲注 277) 24 頁。中里教授は、“当該居住者・内国法人パートナーが外国で課税を受けているのは事実であるから、少なくとも、その外国における活動から生ずる所得が当該居住者・内国法人パートナー自体の所得として日本で申告されている限度で、外国税額控除を認めるべきであろう。”と述べているが、配当所得課税とその外国税額控除を意味しているのかは不明。中里実「パートナーシップの課税問題」『パートナーシップの課税問題』日税研論集 Vol44 204 頁。

281 法人税法基本通達 16－3－5,所得税法基本通達 95－3

282 法人税法 69 条,所得税法 95 条

283 法人税法 41 条,所得税法 46 条

わって重要になるのが租税条約による解決である[284]。」と指摘している。

米国は1997年の税制改正で、租税条約の適用について定めるIRC894条に(c)項を追加し、規則 1.894 - 1(d)を定めて、ハイブリッド事業体(hybrid entities)を介した支払いについて、一定の場合に租税条約の特典を与えない旨を定めた[285]。この考えは2004年3月30日発行の日米租税条約4条6項に引き継がれ、納税主体の性質決定の判断基準は、居住地国の性質決定に従って条約の適用関係を考えることとされた[286]。増井教授は、「これは、1999年のOECD報告書[287]の路線にのったものであり、このルールに収斂していくだろう」と述べている[288]。但し、これはあくまで租税条約の適用関係、換言すれば、条約の特典を満たす状態にあるかどうかの場面を考える場合についてのものであって、それぞれの国内法における課税関係(課税上の取扱)を考える場面においてまで、居住地国の課税上の取扱を源泉地国が受け入れるという意味までにはいたっていない。従って、我が国における米国LLCに係る税務上の取扱は、日米条約の改定の前後において変更があるわけではなく、いずれの場面においても、現時点では原則として外国法人として課税関係を考えることになり[289]、先に述べた煩わしい問題は解消していない。

3 - 4 - 3 米国のチェック・ザ・ボックス

我が国の法人税法における「法人」の概念と異なり、米国では、内国歳入法典で「全ての法人(every corporation)の課税所得に課税する[290]」とし、「法人という用語には、団体(associations)、ジョイント・ストック・カンパニー(joint-stock companies)及び保険会社(insurance companies)を含む[291]」と規定している。このため、州法上法人格を有しない組織が、会社として課税される「団体」として扱われるかが、早くより争われてきた。そして、この流動的な判断に一つの転機を与えたのがMorrissey事件判決[292]である。この事件は、資金を公募してゴルフ場の開設・経営を行なっていたいわゆる事業信託を、法人課税の対象となる「団体」であるとして課税庁の主張を認めたもので、「団体」に関するリーディング・ケースとして、又、現行財務省規則のルーツとして有名である[293]。

しかし、この事件後、高額所得の専門職業人たちは、当時個人の最高税率が高く法人税率が比較的低かったため、事業等を法人化し所得を法人の内部に留保することで高い限界最高税率を回避しようとし、併せて適格退職年金制度を活用して課税繰り延べの優遇を受

---

284 増井良啓「投資ファンド税制の国際的側面」『金融資産収益と所得課税』日税研論集Vol55 90~93頁

285 増井前掲注284）93~99頁。“ハイブリット事業体とは、米国においてパススルー課税を受けるが、外国においては法人課税される事業体をいう”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2007.1月号55頁。

286 矢内前掲注167）56~58頁

287 古賀明監訳『OECDモデル租税条約のパートナーシップへの適用』（日本租税研究協会2000.7）

288 増井前掲注284）122,127頁

289 秋元前掲注277）28頁

290 IRC11条(a)

291 IRC7701条(a)(3)

292 296U.S.344(1935)

293 占部裕典「企業課税における法人概念」民商法雑誌95巻2号244頁

けようと、団体を設立し始めた。この結果、課税庁はこれまでとは逆に、これらの医師、弁護士等の専門職業人によって作られた「団体」をパートナーシップとして扱おうとするようになり、納税者との間に Morrissey 事件とは逆の立場の争いが生じることになった。こうした中で起きた最も重要な判決が、Kintner 事件判決[294]である。この事件は、医師によって設立された「団体(associations)」の事案で、Morrissey テストを適用し、州法上コーポレーションとして設立することが禁じられていても、内国歳入法典上の法人認定の障害とならず、会社組織との類似性が立証されれば、「団体」として扱われると判示した[295]。この Kintner 事件を初めとする一連の訴訟で全て課税庁の敗訴という結果になり、団体の範囲を制限するため、財務省規則が 1960 年に全面改正(いわゆるキントナー規則[296]の誕生である)されることになる。

この新規則は、団体の範囲を適切に制限するために、二つの方向からアプローチした。まず、第一は、法人類似性基準(corporate resemblance test)として、①複数の構成員の存在と②事業目的は、法人(corporation)にもパートナーシップにも共通する要素なので基準から除外し、①組織(事業)の継続性(continuity of life)、②経営の集中(centralization of management)、③有限責任性(limited liability)、④持分の自由譲渡(free transferability)の 4 要素のうち 3 つ以上を有している場合は「団体(社団)」として扱うこととした点である。そして、第二は、統一パートナーシップ法典(Uniform partnership act: UPA)ないし統一リミティッドパートナーシップ法典(Uniform limited partnership act: ULPA)に関する形式基準の導入であり、これらの統一法典を採用した州法に基づく組織は、形式的に第一の要件を満たさない(団体として扱わない)とした点である。しかし、その後も法人を誘致するため法人格を付与する州法と、キントナー規則を変更してパートナーシップとして課税しようとする内国歳入庁との争いが続くことになる。

キントナー規則は、一見単純なようであるが、実質判断と形式判断が混在したもので、実際上は困難を伴うケースが多かった。そこで、LLC 等は(③)有限責任を有しているため、組成する際、①組織(事業)の継続性、②経営の集中、④持分の自由譲渡の 3 要素のうち 2 つの要素を欠く定款等を作成することにより、法的主体でありながら課税上はパートナーシップとして扱われるよう作出することが可能で、これによりグレーゾーンが増大し、加えて、米国に存在しない外国の事業体の進出が増加し、米国歳入庁(IRS)は、その認定事務に多大な事務量を費やすようになった[297]。

そこで、1995 年 5 月 13 日に内国歳入法(IRC)7701 条に基づく企業分類基準(entity classification test)の簡便化(simplification)を目的とした新規則案が、1996 年 12 月 17 日に制

---

294 216F.2d418(1954)

295 佐藤英明「アメリカ連邦所得税における「パートナーシップ」の範囲に関する問題点」『パートナーシップの課税問題』日税研論集 Vol44 56~57 頁。占部前掲注 293）247~248 頁。

296 26CFR301.7701 - 2

297 平野嘉秋「チェック・ザ・ボックス規則」国際税務 Vol17No11,13 頁

定され､1997 年 1 月 1 日から施行された｡これがチェック･ザ･ボックス規則[298](Check-the Box Regulations)と呼ばれているものである[299]。これにより、30 年以上にわたって支配してきたキントナー規則の 4 つの基準に縛られることなく、納税者が原則として自由に法人課税かパートナーシップ課税かを選択できることになり、資本市場や納税者には大変歓迎された[300]。法人そのものとみなされる事業体以外の事業体には、課税上の線引きで争うことのないよう、法人課税かパートナーシップ課税かの選択権を事業者側に委ねたのである。私法上の法人格の有無で課税上の線引きをせず、実態にあった判断をするため連邦税制上の独自の線引きをすることは水平的公平性の点で望ましかったといえるが、最終的にチェックザボックス規則の採用に至ったことは、独自の線引きが如何に困難だったかを物語っているといえる。

3 - 4 - 4 小括

LLP 並びに LLC の創設は、人的資本を活かす組織･共同事業のための組織として、経済の活性化に貢献すると考えられたのであるが、公開会社でない中小企業への融資に、代表取締役の個人保証を取らないケースがほとんどないのと同様に、我が国の金融機関は LLP や LLC に融資するときには、十分な担保の提供と構成員の個人保証を要求するであろう。そう考えると、LLP の個人構成員の損失規制の仕組みは、法人構成員と比較して厳しすぎる。金融機関から個人保証までとられた LLP の個人構成員は、有限責任のメリットも享受できないうえに、この厳しい損失規制を受けることになる。これでは、赤字覚悟で LLP を立ち上げようという意欲を削いでしまうことになる。

又、公認会計士,弁護士,司法書士,税理士等の LLP が認められなかった[301]が、米国や英国では認めている[302]点を考えると､我が国においても LLP 法の 17 条,18 条の第三者に対する損賠賠償責任の規定で専門化責任は充分果たされるのではないかと考える。

---

298 CFR301.7701-1,7701-2,7701-3

299 「米国法人税法の調べ方　チェック･ザ･ボックス規則」国際商事法務 Vol27No3,333 頁。森信教授は、“課税当局の仕事の放棄である”と述べている。森信茂樹「日本版 LLC の法整備と組合税制の検討」国際税務 VolNo1 号 27 頁。

300 桝田淳二「アメリカの Check-the-Box Regulations」国際商事法務 Vol26No1,12 頁。“もちろん、株式会社(corporation),ジョイント･ストック･カンパニー(joint-stock companies),保険会社(insurance companies)等、規則(CFR301.7701-2(b),(e),301.7701-3(a))によって法人そのもの(per se corporation)とみなされるものは法人課税のみで、納税者に選択の余地はない。しかし、営利企業(business entity)からこれら｢法人そのもの｣とみなされる事業体を除いた事業体は、適格企業(eligible entity)として、Form8832(Entity Classification Election)の 2 項の a から f の中から希望するボックス欄にチェックして、社団(association)として分類されることを選択するか、パートナーシップとして分類されることを選択するかを選ぶことができるようになった。”「米国法人税法の調べ方　チェック･ザ･ボックス規則」国際商事法務 Vol27No4,448~449 頁。この提出書類の様式から、この新規則はチェック･ザ･ボックス規則と呼ばれている。“そして、この新規則は、外国企業に関しても､｢法人そのもの｣として扱う特定外国法人(certain foreign entity)を、80 カ国それぞれ国別にリストアップしている。この中には、日本の株式会社(KK),イギリスの Plc,ドイツの AG,フランスの SA 等が含まれ、これらは法人課税のみで、納税者に選択の余地はない。そして、これらの特定外国法人に該当しない外国の営利企業は、適格外国企業として Form8832 を提出して法人課税かパートナーシップ課税かを選択できるようにしている。”「米国法人税法の調べ方　チェック･ザ･ボックス規則」国際商事法務 Vol27No5,584~585 頁。“尚、適格内国企業にも、適格外国企業にも、先存する適格国内企業ルールや先存する適格外国法人ルールが別途あるので注意が必要である。”。“尚、日本の有限会社については、従前から米国のチェック･ザ･ボックス規則において、適格外国企業(foreign eligible entity)として取り扱われていたが、会社法施行後も、この特例有限会社は同様に取り扱われることが通達(Rev Rul 2006-3)で明らかになっている。”川上嘉彦,有吉尚哉「金融商品取引法施行後の資産流動化･証券化の実務」金融法務事情 1791 号 95 頁。

301 LLP の業務制限(7 条,有限責任事業組合契約に関する法律施行令 1 条,2 条)

302 小原前掲 121）17 頁。大杉謙一「諸外国の LLC･LLP 法の概観」法律のひろば 2006.2 月号 24~25 頁。

一方、LLC は株式会社のように法人格を与えられながら、機関設計に柔軟性があるが、定款で全株式の譲渡制限が付いた株式会社を準組合法理で考えれば、とりたてて LLC という新たな会社類型を創設する必要はないとの主張もある[303]。

現在の我が国の法人概念を変えてまで、LLC の附帯決議に拘って構成員課税を認めるべきではない。私法上の法人格の有無で判断するメルクマールを放棄して、米国のキントナー規則のように、団体(社団)としての実体を備えているかをテストして識別することは、恣意性が入りやすく予測可能性も困難になり、無用な訴訟事件を増やすことになる。米国内国歳入庁(IRS)が、独自の団体(社団)テストである法人類似性基準を規定したのは、我が国と異なり連邦制をとり、各州が法人を呼ぶ込むために課税上のトラブルを度外視して独自の州法を制定することにも原因があるのである。

では、チェック･ザ･ボックス規則の導入はどうであろうか。課税庁の多大な事務量を減らすためとはいえ、課税選択権を納税者に譲り渡していいのであろうか。個人単独で事業を行うのではなく複数の人間で事業を行う場合、自由な内部自治や有限責任という共通の性格を持ちながら、その事業体が私法の主体となるか否かを異にする LLC と LLP のどちらを選択するかは、取引上の利便性を優先するか、構成員の意思の統一を優先するかその私法上の特徴から決断すればよいはずである。私法上は、法主体にその事業体の所得が帰属するものであり、法人税や所得税の直接税は、本来その所得に課税する。私法上稼得した所得に対して、未だ直接的に権利を主張できない者や事業体に、課税主体を認めることは、法秩序に大きな混乱をもたらすことになる。

最後に、各国の多様な事業形態が、それぞれの異なる法体系や異なる税制からハイブリッド事業体として国際課税上の問題を引き起こす[304]ことは、グローバル社会において危惧すべきことである。租税条約の改正により対処すべきことと、国内法によって対処すべきことを明確にした上で、課税上の弊害を極力解消しなければならない。

第 5 節　SPC、信託に対する課税ルール

3 - 5 - 1 不動産証券化の背景と効果

1990 年代半ば以降、バブル経済の崩壊によって土地神話は崩れ去り、そして、2005 年 4 月以降、上場企業に減損会計が適用されるようになると、企業にとって、バランスシートのリストラ(オフバランス)が重要になってきた。こうして、「資産は保有するより利用する」とか「持たざる経営へのシフト」とかいわれるようになった[305]。又、企業の資金調達面からみて、コーポレートファイナンス(企業の信用力)ではなく、アセットファイナンス(物件の収益力)で資金調達が出来るということは、企業全体の業績が低迷していても、当該物件の

303　大野正道「会社法の現代化と中小企業課税」税研 2004.9 月号 17 頁。尚、大野教授の主張される、準組合法理とは、会社と社員間に社員関係を認めるとともに、民法組合のように社員(株主)相互間においても法律関係の存在を認めるという会社法理論である。詳細は、大野正道「非公開会社と準組合法理」『江頭憲治郎先生還暦記念 企業法の理論 上巻』（商事法務 2007.1）49~79 頁参照。

304　“チェック･ザ･ボックス規則がもたらす国際課税の問題の詳細は、渡邉幸則『金子宏先生古希祝賀 公法学の法と政策 上巻』「チェック･ザ･ボックス規則について」（有斐閣 2000.9）583~611 頁が、詳しい。

305　三菱 UFJ 信託銀行不動産コンサルティング部『図解 不動産証券化のすべて』（東洋経済新報社 2006.2）7~9 頁

収益力があれば、多数の投資家から資金調達が出来、オフバランスや不動産の開発,運用が可能になるという効果を生んだ[306]。

一方、投資家にとっても、実物不動産への投資は多額な資金が必要であり、一般の金融商品や株式のようには投資できなかったものが、不動産証券化の登場により、少額の手元資金で多様な不動産への投資が可能になった。

しかし、サブプライムローン問題に端を発した信用危機は、世界を震撼させる程の大きなダメージを世界経済に与えてしまった。リスクのある資産を流動化･証券化して他人に転嫁するだけの粗製乱造された金融商品かどうかを見極めるためには、充分な情報開示の義務付けと責任の所在の明確化が必要である。

3 - 5 - 2 SPC、J - REIT の法務

1998 年 9 月に施行された「特定目的会社による特定資産の流動化に関する法律」及び同年 12 月に一部改正法の施行が行われた「証券投資信託及び証券投資法人に関する法律」は、2000 年 5 月に成立した「特定目的会社による特定資産の流動化に関する法律等の一部を改正する法律」において、それぞれ「資産の流動化に関する法律」(資産流動化法[307])及び「投資信託及び投資法人に関する法律」(投信法)に改正され、2000 年 11 月 30 日から施行された。資産流動化法では、資本金 10 万円(旧法では 300 万円)で、幅広い資産(旧法では不動産,指名金銭債権,それらを信託財産とする信託受益権に限られていたが、資産流動化法では一定のものを除き原則制限が撤廃された)を対象として、事前届出のみで(旧法では登録制)、TMK(資産流動化法上の「特定目的会社」､SPC と呼ばれることもあるが同法に基づかない一般の「特別目的会社」と紛らわしく両者の区別を明確にするため､TMK と呼ばれる)を設立することが可能となった。又、資産の流動化を目的とし、かつ、信託契約の締結時点において委託者が有する信託の受益権を分割することにより、複数の者に取得させることを目的とする「特定目的信託」制度が創設された他、ケイマン等の SPC において利用されていた慈善信託(Charitable Trust)に代わる制度として「特定持分信託」制度も新たに組み入れられることになった[308]。

不動産証券化には、特定資産と証券を対応させる流動化型(資産流動化法の適用)と特定資産とは対応せずファンドへの出資形態をとるファンド型(投信法の適用)の 2 つの形態がある。流動化型の代表が SPC であり、ファンド型の代表が J-REIT である。

不動産証券化における投資家は、不動産の譲渡人(Originator)ではなく、譲渡された不動産の信用力に着目して資金を拠出するのであるから、オリジネーターが倒産した場合であっても、オリジネーターの破産管財人や債権者が証券化した対象資産を差し押さえることができないことが必要である。又、証券化対象資産がオリジネーターの倒産手続きから隔離されていたとしても、SPC 自体が倒産することにより、投資家に対するデフォルトが発生

306 三菱前掲注 305）16 頁

307 この平成 12 年の改正で、従来の会社型の特定目的会社に加えて、信託型の特定目的信託が加えられた。

308 みずほ信託銀行編『債権流動化の法務と実務』（金融財政事情研究会 2005.3）94 頁

する危険性がある。従って、①真正売買(True Sale) [309]と②SPC の独立性[310]の両面からの倒産隔離(Bankruptcy Remoteness)が必要となる[311]。

一方、J-LEIT は、投信法に基づき設立した投資法人で、市場取引で換金が予定されているスキームである[312]。この投資法人は、資産運用以外の行為を営業として行うことができず[313]、かつその業務については外部委託しなければならない[314]。このように、資産運用以外の行為を禁止しているのは、資産流動化法の TMK 同様に、倒産隔離のための倒産予防措置の 1 つと考えて、単なる器(Vehicle)にしておくためといえる。更に、投資法人には、投資家を保護するため株式会社類似のガバナンス機能を持たせている[315]。

3 - 5 - 3 信託の法務

旧信託法は、1922 年(大正 11 年)に信託業法と共に制定され、翌年(大正 12 年 1 月 1 日)施行されたものである。当時の制定の主たる目的は、信託の発展の促進を図るものというより、信託会社の乱立によって不健全な業者が横行して社会問題化した信託会社を取り締まることであり、私的自治を著しく制限した取締法規としての色彩の強い法律体系であった[316]。その後 80 年以上改正されずにきたが、社会･経済活動の多様化に伴いこのような変化に十分に対応できるように、信託法を抜本的に見直す必要が生じている[317]として、2004 年 12 月 3 日に改正信託業法が成立し同年 12 月 30 日に施行され、2006 年 12 月 8 日に改正信託法が成立し、2007 年 9 月 30 日に施行されるにいたった(信託法改正に伴う改正信託業法が同日施行された)。

まず、この新信託法は、財産の移転を信託の要件にしていない(要物契約から諾成契約への変更)[318]。又、新信託法は、受託者に受益者との地位の兼併を一般的に承認した[319]。新井

---

309 三菱前掲注 305)114~115。国土交通省総合政策局不動産業課不動産投資市場整備室『基礎からよく分かる不動産証券化ガイドブック』(ぎょうせい 2006.1) 28~29 頁。会計制度委員会報告第 15 号「特別目的会社を活用した不動産の流動化に係る譲渡人の会計処理に関する実務指針」(2000.7.31)。マイカルの破綻と真正売買については、「マイカル･グループの不動産証券化についての意見書の概要」金融法務事情 No1646 号 32 頁参照。又、後藤出「資産流動化取引における真正売買(下)」NBL740 号 76 頁も参照。尚、税務上の資産のオフバランスの取扱は、法人税基本通達 2-1-44 で規定している。

310 慈善信託(Charitable Trust)の活用の詳細は、国交省前掲注 309) 30~31 頁参照

311 国交省前掲注 309) 27 頁

312 “投信法が定めているスキームには、投資法人という法人格を持つ J-REIT 以外に、契約型の投資信託がある。又、J-REIT のように市場取引で投資家が投資額を回収するクローズドエンド型以外に、投資家の請求による払戻を換金方法とするオープンエンド型がある。不動産の特性を考えると、機動的に換金を行うには市場取引ができる J-REIT が便利である。”国交省前掲注 309) 42~43 頁。

313 投信法 63 条

314 投信法 198 条

315 投信法 93 条の 2、94 条。

316 寺本昌広『逐条解説 新しい信託法 補訂版』(商事法務 2008.7) 4 頁。新井教授は、“英米のように利用者側の社会的ニーズからいわば自生的に信託が成立した事情とまさに対照的で、この事実は後々に至るまで制度に大きな影を落としていくこととなった”と指摘している。新井誠『信託法(第 3 版)』(有斐閣 2008･3) 16~19 頁。

317 別冊 NBL 編集部編『信託法改正要綱試案と解説』商事法務 別冊 NBL104 号 1 頁

318 信託法 4 条。旧信託法は、信託財産の受託者への完全な移転と倒産隔離機能(受託者の破産の脅威からの隔離)による信託財産の保護がセットになっていた。諾成契約への移行の理由は、能見善久「新しい信託法の理論的課題」ジュリ 1335 号 9~11 参照。尚、新井教授は“合意のみによって信託の効力が発生する”ことを批判している。新井前掲注 316) 125~126 頁

319 信託法 8 条,163 条 2 号“従来は、受託者を当初から単独受益者とする信託行為や、その後に受託者が全ての受益権を取得する行為については、旧法第 9 条に違反し無効であるとの見解が有力であった。”寺本前掲注 316) 52 頁。

教授は、「このような実務上のニーズ[320]は資産流動化法等の特別法において顧慮されるべきであって、一般法である信託法が受託者と受益者の地位の兼併を一般的に承認してしまうのは、たとえその地位の兼併が期間限定のものであったとしても、許容し得ない[321]。」と批判している。

そして、新信託法の最大の特徴は、新しい信託類型(受益証券発行証券(185~215 条),限定責任信託(2 条 12 項,21 条),目的信託,自己信託)を創設した点である。

このうちの限定責任信託であるが、本来は、受託者の信託事務を遂行する上で生じる債務は、当然に受託者に帰属することから、原則として受託者は無限責任を負担する[322]ものであったが、実務界から、「信託財産の管理運用手法が高度化し、借入れあるいはデリバティブ取引等が行われるようになってからは、信託財産の価格下落等により、当該信託が債務超過になるリスクを意識せざるを得ず、受託者としては、信託債務を信託財産に限定する手法なくしては、信託の引受けを躊躇せざるを得ない場合が生じてきている。」との指摘や、「不動産管理信託の受託者が、土地汚染による無過失責任の負担を免れるための法整備の必要性」があるとの指摘[323]を受ける形で、導入された。こうして LLP と同様に、信託財産には法人格がないにもかかわらず有限責任を認めた。つまり、法人格＝有限責任との関係が、ここでも崩れたことになる。

次に、目的信託についてであるが、活用方法の 1 つとして、証券化スキームの中で用いられる合同会社、特定持分信託、ケイマン諸島の慈善信託や目的信託等の代替として、倒産隔離スキームの構築を目的とする信託を想定している[324]といわれている。

最後に、自己信託(declaration of trust:信託宣言)であるが、これは、「委託者自身が受託者となって、その後自己の財産権を他人のために管理･処分する旨を宣言することによって、信託を設定すること」(生前の単独行為による信託設定)を意味する信託である[325]。この自己信託には、債権者詐害の目的で濫用されることを防止するため、信託の効力発生時期の特則[326]、信託財産に属する財産に対する強制執行等の特則[327]、法人の事業の譲渡に関する規

---

320 これは、“資産の流動化を目的とする信託等において、委託者を当初の受益者とした上で、受託者が委託者から受益権の全部を固有財産で買い取って委託者の資金調達ニーズを満足させ、その後に、受託者が投資家に対して受益権を売却するというスキームや、受託者がすべての受益権を固有財産で保有した上で、一定期間の運用を行い、その実績(安定的な運用状況およびパフォーマンス等)を参考資料として当該受益権を販売することを可能とし、信託を利用した金融商品を組成･販売する上で有益である”との考え。寺本前掲注 316）52 頁。

321 新井前掲注 316）62 頁

322 “伝統的な信託で受託者が固有財産による個人的な責任を負っていたのは、1 つには、信託が対外的な取引をする場合において、信託財産には法人格がなく、法的には受託者こそが取引主体であるということの反映である。そのほかにも、受託者が固有財産による責任を負うことによって、信託のガバナンスの規律の柔軟であることから生じるリスクをカバーする意味があった。”能見前掲注 318）14 頁。しかし、能見教授は以前“有限責任信託は受託者が法人であっても個人であっても適用される規定となっているから、取引の法的主体である受託者の責任を有限責任とするのは簡単ではない。”と述べていた。能見善久「シンポジウム　信託法改正の論点　はじめに」信託法研究 30 号 20 頁。

323 佐久間亨「限定責任信託」金融商事判例 1261 号 185,189 頁

324 高橋賢司「目的信託」金融商事判例 1261 号 195~196 頁

325 新井前掲注 316）135 頁

326 信託法 4 条 3 項。“一般の契約は、信託の設定も含めて、当事者の口頭の合意のみで成立し、かつ効力が生じるが、自己信託については、まず成立のためには、信託の目的等の必要事項を公正証書等に記載することを要する(要式行為)。そして、公正証書の確定日付日あるいは受益者への通知日から効力を生じるとした。又、附則第 2 項において、施行日

定の適用[328]、自己信託に対応する信託登記制度[329]の整備等の各種の措置を講じた[330]。しかし、新井教授は、自己信託,目的信託のいずれのスキームも本来は資産流動化法で手当てするのが筋で、金融庁の監督の及ばない民事信託での自己信託,目的信託の濫用を強く懸念している[331]。そして、この自己信託は、委託者兼受託者兼受益者の 1 人しか存在しない事態も許容することになり、アメリカの統一信託法典すら認めていない「同一人が唯一の受託者兼受益者である信託」を導入することで、決して妥当とはいえないと批判している[332]。

このように今回の信託法改正は、委託者と受託者との信頼関係(fiduciary:信認)に基礎をおいた従来の財産管理という受動的な信託の枠から飛び出したものである。そして、条文中には事業信託という用語は用いられていないが、信託設定時から債務の引き受けが可能であると明文化された[333]ことから、事業を丸ごと信託できる事業信託を可能にしたと理解できる。信託法改正そのものが、資産流動化・証券化のためだとすると、今後は、資産流動化法に基づく特定目的信託等を敢えて利用するとは思えない[334]。そして、資産流動化の目的に縛られず、企業は負債を抱える事業部門を信託宣言して「事業信託」として本体から切り離せば、その事業が失敗しても本体への打撃を限定的にすることが可能になる。又、逆に有望な事業や、保有する収益を生みやすい知的財産を自己信託して、投資家に受益権を譲渡して資金調達ができるようになるともいう。これは、以前は会社分割等の会社法で考えるべきものであった。又、これは、米国のビジネス・トラストの我が国への導入ともいえる[335]。本来の倒産隔離機能とは、信託のいわゆる特権的な利益で、これを与えるにふさわしい内実を備えた信託に対してのみ認められるべきではなかったのではないだろうか。

から 1 年の猶予期間を設けた。” 寺本前掲注 316）39,41 頁。

327 信託法 23 条 2 項。“自己信託の場合は、詐害信託の取消訴訟の提起を要することなく、直ちに強制執行等を開始することができる。” 寺本前掲注 316）40 頁。

328 信託法 266 条 2 項。“株式会社が事業資産を自己信託した場合において、自己信託の対象が「事業の全部又は重要な一部」に該当するときは、株主総会の特別決議を要し、反対株主には株式買取請求権が認められる。” 寺本前掲注 316）41 頁。

329 不動産登記法 98 条 3 項。“ある不動産が自己信託により信託財産に属することを第三者に対抗するためには、信託の登記を要することとし、委託者の債権者を始めとする利害関係人にとっては、当該不動産について自己信託が設定されたことが客観的に明らかになり、不測の損害を被るおそれを防止することができる。” 寺本前掲注 316）39 頁。整備法による改正後の不動産登記制度の詳細は、山野目章夫「ビジネス＆ロー 新しい不動産登記制度(19)」商事法務 847 号 36~46 頁を参照。

330 寺本前掲注 316）38~41 頁

331 新井前掲注 316）64 頁。“不特定多数の受益者を予定している自己信託の場合は、信託業法の規制を受ける。従って、信託業法の規制を受けない受託者が要注意である。” 新井前掲注 316）37 頁。

332 新井前掲注 316）150 頁。“A trust is created only if the same person is not the sole trustee and sole beneficiary” 統一信託法 402 条(a)(5)

333 信託法 2 条 9 項,23 条 1 項

334 前田敏博,斎藤創「資産流動化法と信託」金融商事判例 1261 号 124~125 頁。能見教授も、“今回の信託法改正の大きな課題が、これまでの商事信託を中心に発展してきた信託法理を信託法の中に取り込むことにあった。”と述べている。能見前掲注 322）3 頁。

335 米国においては、事業信託(business trust)は、法人として課税されている(CFR301.7701-4(b))。新井教授は、“伝統的なビジネス・トラストとは区別されるスタチュトリー・トラスト(statutory trust)に著しい親和性がある”と述べている。新井前掲注 316）65 頁。尚、“スタチュトリー・トラストは、法人化されていない財団と定義されている。”有吉尚哉「証券化のビークルとしてのデラウエア州のスタチュトリー・トラストの特性－新信託法における柔軟性と比較して－」クレジット研究 2007.39 号 84~126 頁。スタチュトリー・トラストは信託の法主体性を認めた。又、工藤聡一『ビジネス・トラスト法の研究』(信山社出版 2007・2)も詳しい。

3 - 5 - 4 SPC、J - REIT の税務

特定目的会社(TMK)は資産流動化法で法人格が認められ、投資法人(J-REIT)は、投信法で法人格が認められている[336]。従って、両者とも法人税法 2 条 9 号に規定する普通法人たる内国法人に該当する。TMK は、資産流動化計画に従って営む資産の流動化にかかる業務及びその附帯業務を行うもので、他業は禁止されている[337]。又、特定資産の管理及び処分に係る業務については、信託会社等に信託することが義務付けられている[338]。一方、投資法人も、資産運用以外の行為を営業として行うことができず[339]、かつその業務については外部委託しなければならない[340]。こうした両者の資産流動化のためだけの器(Vehicle)という特徴を考慮して、一定の要件の下、配当の損金算入(pay-through)[341]を認めている。そして、それに対応して、受取配当等の益金不算入や配当控除の適用からは除かれている[342]。

支払配当の損金算入の要件は、それぞれ登録を受けた法人で、①特定社債や投資口の発行総額が 1 億円以上か②特定出資,優先出資証券や投資口が適格機関投資家のみによって引受けられたり保有されているか③優先出資証券や投資口が 50 人以上の者に引受けられたり所有されているかのいずれかに該当し、国内において募集される割合が 50%超である場合で、資産流動化法や投信法の規定をそれぞれ遵守している同族会社でない法人が、配当可能所得の 90%超の利益配当を支払った場合は、確定申告書に別表 10(7)の添付を条件に認めるというものである[343]。

この 90%要件の分母と分子の金額は、異なる基準で計算されていた。すなわち、分母の配当可能所得の金額は法人税法の規定に従って計算されるのに対して、分子の支払配当の金額は一般に公正妥当と認められる会計基準に従って計算される金額が基礎となっていた。従って、できる限り税務上の加算金額が生じないように会計処理方法を選択しなければな

---

336 資産流動化法 13 条 1 項。投信法 61 条。

337 資産流動化法 195 条

338 資産流動化法 200 条

339 投信法 63 条

340 投信法 198 条

341 構成員課税(pass-through)と同様のニュアンスで「導管」と表現する場合があるが、ペイ・スルーは、事業体が稼得した利益をそのまま投資家に分配するだけとしても、それは配当という形に変化する。一方、パス・スルーは、その事業体が稼得した利益はもちろん損失も、それぞれの構成員が自ら稼得したようにその性質を変えずに直接帰属する。川端教授は、これをリパッケージング(repackaging)とトランスパレンシー(transparency)と呼んでいる。川端康之「pass-through と pay-through」国際税制研究 2002. 8 号 266~267 頁。

342 措置法 67 条の 14 の 2 項と 67 条の 15 の 3 項。措置法 9 条 1 項 7 号と 8 号。

343 措置法 67 条の 14。67 条の 15。一方、米国の場合は、前述の通り株式会社の場合はクラシカル方式で二重課税を原則として排除しないのに対して、事業信託を除く信託の稼得した所得は二重課税が排除される。すなわち、一定の要件を満たす証券投資信託(mutual fund)である規制投資会社(regulated investment company：RIC)や不動産投資信託 REIT(real estate investment trust)の受益者(株主)に対する分配額の、支払配当控除(dividends paid deduction：DPD)が認められている。伊藤前掲注 206）531~536 頁。尚、米国の信託税制については、佐藤英明『信託と課税』（弘文堂 2000.5）が詳しい。米国の場合は、我が国と異なり、既存の企業が、たとえば REIT としての地位を希望する場合、FORM－1120REIT により IRS に申請すれば良いことになっていて、専用の器(Vehicle)としての投資法人を作らなくても済む。但し、配当要件は 95%以上と我が国より厳しい。詳細は「米国法人税法の調べ方―不動産投資信託(Real Estate Investment Trust：REIT)とは、どのようなものをいうのか」国際商事法務 Vol27No2 号 204~206 頁参照。又、各国の不動産ファンドの比較は、田邊昇『新版　投資ファンドと税制』（弘文堂 2006.11）第 7 章 141~154 頁参照。又、英国は、2007 年 1 月から導入した不動産投資信託(UK-REIT)があり、クローズエンド型の株式会社形態で 90%以上分配されることを条件に、REIT 自体が、全部非課税(tax exempted)の取扱を受けるという特色がある。岩崎政明「UK－REIT（イギリス型不動産投資信託）の導入と課税制度の特色」租税研究 2007･12 月号 133 頁。

らないという不都合があった[344]が、21 年度の税制改正で、分母の税務上の配当可能所得が、会計上の配当可能利益に改められ是正された。

尚、渕准教授は、ケイマン諸島などのタックスヘイブンの SPC を利用したダブル SPC スキームの租税回避を例にして、「法人格内部での国際的な資産移転は、それが私法上の取引ではないがゆえに租税法の規定にとって盲点になっている・・・。法人税の納税義務者について、・・・企業というより実質的な概念を用いるべきか、営業というより小さい単位(支店)を基準とすべきか・・・」と国際租税法における問題提起をしていた[345]。

3 - 5 - 5 信託の税務

今回の信託法の改正により多様な信託類型が可能になったことに伴い、信託税制も 19 年の税制改正によって見直しを行った。この税制改正は、受益者段階で発生時に課税する「受益者等課税信託」と、受益者が現実に受領した段階で課税する「集団投資信託」と、信託段階において受託者を納税義務者として法人税を課税する「法人課税信託」の 3 つに区分することができる[346]。

①受益者等課税信託

従来は形式基準により受益者が存する場合には受益者と、受益者が不特定又は不存在の場合には委託者とされていたが、新法は実質基準を導入し、受益者と同等の地位を有する者をみなし受益者として取り扱うこととした[347]。このことにより、受益者又は委託者以外の者もみなし受益者になり得ること及び受益者が存する場合にも委託者がみなし受益者になり得ることの 2 点が従前の取扱と異なっている。そして、単独自益信託において金銭以外の資産を信託した場合に譲渡損益等が計上されないことも明らかになった[348]。そして、17 年税制改正で創設された組合事業等の損失規制に、受益者等課税信託の受益者等の信託損失が追加された[349]。

②集団投資信託

受益証券発行信託のうち適正に信託事務の実施をすることができると認められるものとして一定の要件に該当する者を受託者とし、過度な課税の繰延べが生じないものとして一定の要件に該当する信託(特定受益証券発行信託[350])を集団投資信託に追加することとされ

---

344 金洋浩「TMK（特定目的会社)」税務弘報 2006.7 号 116~117 頁

345 渕圭吾「取引･法人格･管轄権(1)」法学協会雑誌 121 巻 2 号 185~197 頁。尚、このダブル SPC スキームについては平成 20 年税制改正において、国内源泉所得の範囲に、外国法人が発行する債券の利子のうち、国内において行なう事業に帰せられるものを加えることによって、立法的解決が図られた。

346 19 改正税法前掲注 52）287~329 頁

347 “従来は、受益者が不特定･不存在の場合に委託者に課税をしていたが、信託設定後に何ら信託を支配する重要な権限や給付を受ける権利がない委託者にも課税していたのではないかとの点を踏まえ、より受益者と同等の特徴を有する、いわば実質的な受益者たる委託者に限定してこれを受益者とみなして課税することにした。” 小原昇「平成 19 年度税制改正について」信託 231 号 89 頁

348 従って、昭和 61 年 7 月 9 日付直審 5－6 ほか 4 課共同「土地信託に関する所得税、法人税並びに相続税及び贈与税の取扱いについて」(法令解釈通達)及び平成 10 年 3 月 1 3 日付課審 5－1 ほか 5 課共同「信託受益権が分割される土地信託に関する所得税、法人税、消費税並びに相続税及び贈与税の取扱いについて」(法令解釈通達)を、信託法の施行の日(平成 19 年 9 月 30 日)をもって廃止することになった。H19.6.22 課審 1－16 ほか 5 課共同。

349 措置法 67 条の 12。措置法 41 条の 4 の 2。

350 特定受益証券発行信託の要件は、①受託者が税務署長の承認を受けた法人(承認受託者)②未分配利益が信託元本総額

た。一方、このような要件を満たさない受益証券発行信託については、法人課税信託とした。この受益証券発行信託の収益の分配等についての受益者の課税に関して、個人受益者の場合は、収益の分配を配当所得(配当控除不可)とし、受益証券の譲渡による所得を株式等に係る譲渡所得等とする。逆に、特定受益証券発行信託以外の受益証券発行信託は法人課税信託に該当するから、受益者おいて配当控除の規定が適用される。法人受益者の場合は、特定受益証券発行信託の収益の分配について受取配当等の益金不算入に関する規定は適用できず、特定受益証券発行信託以外の受益証券発行信託には、受取配当等の益金不算入に関する規定の適用がある[351]。

合同運用信託は、その範囲から、委託者が実質的に多数でないもの[352]、すなわち特殊関係者のみが委託者であるものを除外し、受益者等課税信託にした。

又、集団投資信託に金銭以外の資産を信託した委託者には、19 年改正前同様、その資産の譲渡損益が計上される。

一方、集団投資信託の併合又は分割が行われた場合の受益者の課税関係について、基本的に法人の合併又は分割型分割が行われた場合の株主の課税関係と整合性を保つ関係から、同様の条件の下、譲渡損益の計上を繰り延べることができることとした[353]。

③法人課税信託

まず、投信法に規定する特定投資信託と資産流動化法に規定する特定目的信託は、改正前同様、法人課税信託である。そして、②で述べた特定受益証券発行信託に該当しない受益証券発行信託は、受託者に対して、法人課税をする。

次に、受益者の定めのない信託(目的信託)は、信託財産に属する資産を有するものとみなすべき者が存しないものの、信託から所得が生ずることから、これに課税しないのは適当でないため、一義的な所得の帰属主体である受託者に対して、法人税を課税することとした。但し、特定公益信託等については、受託者に対しては課税せず、信託財産の給付時にその給付を受ける者に対して課税する改正前の取扱を維持している。

そして、法人自らが信託宣言により本来行っていた重要な事業を信託して、受益権を株主に交付して法人税を潜脱する[354]ことを防止する措置が講じられた。具体的には、会社法の事業譲渡の場合のような株主総会の特別決議を要する重要な事業の信託で、かつ、その信託に係る受益権の 50%超を当該法人の株主が取得し、資産の種類がおおむね同一で財産管理等に限定した信託でない場合は、その信託に法人税を課税するというものである。

次に、自己信託等[355]で信託期間が 20 年を超えるものは法人税を課税することにした。こ

の 2.5%以下③各計算期間が 1 年以下④受益者が存しない信託(目的信託)に該当しないこととされている。19 改正税法前掲注 52）297~298 頁

351 小原前掲注 347）90~91 頁

352 法人税法施行令 14 条の 2

353 法人税法 61 条の 2 の 15 号,16 号

354 “別会社として事業を分離する場合に比して、別会社段階で課税されることの回避の点とその分離事業と受益者の事業との損益の通算が可能である点で租税回避といえる。”19 改正税法前掲注 52）309 頁

355 「等」とは、子会社を指す。小原前掲注 347）93 頁

れも、営利法人と同様の事業を従前どおり行っているにもかかわらず、その信託された事業に帰せられる収益が直接受益者に帰属することによる法人税の回避を防ぐためである。これは、資産が耐用年数を超え、新たな資産に更新して継続企業として活動するケースを想定しているので、信託財産に属する主たる資産の耐用年数が 20 年を超える減価償却資産である等、受動的な財産管理を目的とする信託は除いている[356]。

最後に、損益分配割合の操作が可能な自己信託等は、法人税を課税することにした。それは、自己信託等で受益権を子会社等に取得させ、損益の分配を操作することにより、事業の利益を赤字の子会社等に付け替え、法人税を回避することが可能だからである。しかし、信託受益権に優先劣後構造を持たせた場合、何が恣意的な損益分配かの判断の難しいケースが予想される[357]。

3 - 5 - 6 小括

資産流動化法に基づく特定目的信託については、信託法と異なる改正がなされた[358]。新信託法そのものを資産流動化として活用するのに比べて、改正資産流動化法は大変厳しいものになっている。90%要件の難しさも考えると、今後は、信託そのものを利用して目的を達成しようとするケースが増えるであろう。しかし、信託が対外的取引をする場合、信託財産には法人格がなく、法的には受託者が取引主体になるのである。従って、法人課税信託の受託者は、個人の受託者を含めて、その信託の計算期間を事業年度として、固有資産から生じる所得と区別して、信託財産から生じる所得に係る法人税を申告納付することになる。立法担当者は、「信託財産を法人とみなして納税義務者とすることも考えられたが、滞納処分等実体法上の各制度が関係する場合に、実務面で調整を要する事項が広範に生ずることになり、その調整が容易でないので採用しなかった[359]。」と述べている。

今回の信託法の改正が、信託の発祥である英国の財産管理制度から、商事的色彩の濃い米国(企業経営それ自体を信託形式で認める)にシフトしたように、今回の信託税制が、法人と個人という課税単位のドグマをうち崩す税制[360]への一歩なのかは、論者によって見解が異なるであろう。立法担当者の述べたように、信託そのものを事業体とみなさず、あくまで、法人税の回避を防御する例外として、受託者に課税するということは、一種の匿名組合の事業者(倒産隔離機能の完備した)に対する課税と似ている。本来の信託は、財産権は完

---

356 19 改正税法前掲注 52）311 頁。小原前掲注 347）93 頁。

357 平野嘉秋「多様化する事業体と税務上の課題（下）信託法の改正による新たな展開」税理 2007.5 月号 95 頁

358 “①改正流動化法 230 条 2 項は、特定目的信託については、信託法の改正において導入される限定資任信託の特例は適用しないこととした。②特定目的信託の受益者および委託者の権利は、権利者集会の決議によってのみ行使できることとされている(現行流動化法 240 条)。この点、改正法第 4 章第 3 節の 2 人以上の受益者による意思決走の方法の特定に関する規定は、特定目的信託には適用されないとした(改正流動化法 240 条 3 項)。③特定目的信託には、改正法 149 条(1 項を除く)並びに第 6 章第 2 節及び第 3 節の規定による信託の変更､併合､分割の規定の適用はないこととされた(改正流動化法 269 条 6 項)。④特定目的信託には、改正法 164 条による委託者及び全受益者の合意による信託終了の規定の適用はないこととされた(改正流動化法 276 条 3 項)⑤特定目的信託には、改正法 103 条、104 条による信託の重要な変更に反対する受益者の受益権取得講求権の規定の適用はないこととされた(改正流動化法 271 条 5 項)”。前田,斎藤前掲注 334）125 頁

359 19 改正税法前掲注 52）313~314 頁

360 占部裕典「経済変動期における信託課税」法律時報 75 巻 4 号 58 頁

全に受託者に移転しながら、受託者は、債権的拘束力を通じて信託財産の管理処分に関する制約(つまり、当該信託財産をあくまで受益者の利益のために活用する)を受けるものであり、その器(Vehicle)が故の受益者課税であった。私法が、事業信託を認めたとしても、信託そのものが法主体になるのではなく、法主体はあくまで事業信託を受託した受託者である。これは、正しい判断であり、法人格をメルクマールとする法人税が、維持されたと言える。確かに、信託の本質ともいうべきその柔軟な性質の利用に税制が横槍を入れるようなことがあってはならないが、かといって、信託の利用が他の制度を利用する場合に比べて税制上有利に扱われるべき理由はない[361]。

第 4 章　結論

事業を法人で行なうか、信託で行なうか、組合で行なうかといった事業体の法形式の選択によって、事業体自体及び事業利益の分配を受ける者の租税負担が大きく変わるのは、租税公平の観点から望ましいものではないから、どのような事業体を選択しても同じような税負担となるように法整備をすることが合理的であるとの考えの論者が多いのは承知している[362]。しかし、中立の原則とは、どの事業形態を選択するかの決定前にはっきりと税制の予測が立てば、「実務上中立性を侵していない」と評価すべきである[363]。

従って、多様な事業形態を私法が認めたからといって、法人格の有無のメルクマールを放棄して、税法が私法を大きく律するべきであろうか[364]。「導管性」といってもそれぞれの事業形態に、程度の差はあれ導管性はある[365]。では、どこで線引きをするのであろうか。小規模閉鎖会社は民法組合と経済的同一性があるとして、経営上は個人保証をとられ、租税上は同族会社の行為計算否認規定がありながら法人成りを選択した納税者に、それでは足りないとして法人格を否認して構成員課税にすべきであろうか。否である。それよりは、法人税･所得税を横断的に整備して、魅力ある構成員課税の早急な制度作りが何よりも必要であり、それが構成員課税の事業形態を選択する誘引になるはずである。

一方、構成員課税が認められた LLP があるにもかかわらず、もし、LLC に構成員課税を認めるとすると、投資事業有限責任組合や LLP や民法組合を利用する意欲を削ぐことになるであろう。それは、多様性に逆行し、単に規制のあまい事業形態への収斂を租税が誘発することにもなる。丁度、信託法の改正が、SPC 税制の回避を誘発するようにである。

確かに、多様な事業形態の規模や経済的実質をメルクマールにする構成員課税の主張は、実務上の難しさを別にすれば理論的である。しかし、例えば、法人と構成員との二重課税

---

361 佐藤前掲注 343）4 頁

362 岩崎政明「信託課税の理論と運用」新井誠編『新信託法の基礎と運用』（日本評論社 2007.9）348 頁。佐藤英明「法人課税をめぐる問題状況－研究ノート」国際税制研究 2001.6 号 115 頁。増井前掲注）59）106 頁。安藤前掲注 121）155 頁。平成 12 年税調前掲注 10）法人課税 190 頁。景山智全「集団投資スキームにおける課税上の問題点」税大論叢 40 号 224 頁。武井一浩,緑川正博,阿部泰久,森信茂樹「会社法と税制」国際税制研究 No16 号 23 頁。その他実務界からの要望も強い。

363 宮崎裕子「税制は金融手法の多様化･国際化に対応できるか」江頭憲治郎,中里実編『企業組織と租税法』（別冊商事法務 252）24 頁

364 森信茂樹「合同会社と組合税制」租税研究 2005.6 月号 100 頁

365 高橋祐介「事業体課税論」岡村忠生編『新しい法人税法』(有斐閣 2007.8)107 頁

が排除できれば、社内ベンチャーへの初期投資損失を親会社で節税するメリットがあるというが、これは、投資損失を評価損の段階で前倒計上することとどう違うのであろうか。これを認める見返りに、構成員が明らかである小規模の法人格のある事業体に、課税の繰り延べ防止として構成員課税を強いることが、課税の公平であるとは思えない。個人事業を法人化して事業を拡張しようとする中小企業が、我が国の経済をしぶとく今も支えているのである。投資促進の環境整備なら、それは、金融資産税制で考えるべきである。

又、最近の資金調達は多様で、MSCB(転換価格修正条項付転換社債)等もあり、デットとエクイティがファジーになってきている[366]。これが、法人税を侵食しているともいえる。いつでも、タックスプランナーは、課税上ファジーな事業形態を贋造し租税回避に利用しようとする。法人課税の有無を経済的実質で判断しようとする新たな課税ルールが理論的だとしても、タックスプランナーの最も望むものであってはならない。このことによるタックス･コンプライアンス･コストの増大に大きな危惧を感じる。

有限責任か無限責任かで損失規制の有無を公平に扱い、法人格の有無で法人課税か構成員課税かを公平に扱えば、後は、納税者に多様な組織のフォーマットから選択させることが、公平･簡素･中立の租税三原則を満たすことになるのではないだろうか。

366 法人税の課税方式を、出資者課税の面から研究し、equity から debt へのシフトが法人税を侵食していると述べた論文として、吉村政穂「出資者課税－「法人税」という課税方式」法学協会雑誌 120 巻 1 号,3 号,5 号,7 号がある。

＜参考文献・引用判例＞

藤田友敬「企業形態と法」『現代の法　7 企業と法』（岩波書店 1998.3）（注） 1

山本敬三『民法講義Ⅳ-１契約』(有斐閣 2005.11)（注） 2

金子宏『租税法　第 10 版』（弘文堂 2005.4）（注）3

金子宏「憲法と租税法」『租税判例百選第 4 版』（別冊ジュリ 178 号 2005.10）（注）4

濱本英輔「互酬に関する一考察」金子宏古希記念論集『公法学の法と政策（上)』（有斐閣 2000.9）（注）5

金子宏「租税法における所得概念の構成（一)」法学協会雑誌第 83 巻 9,10 号 1243 頁（注）6

山本守之『租税法要論 3 訂版』（税務経理協会 1998.10）（注）7

首藤重幸『公平･中立･簡素･公正の法理』日税研論集 Vol54（注）10

増井良啓「租税法における水平的公平の意義」金子宏古希記念論集『公法学の法と政策（上)』（有斐閣 2000.9）（注）10

金子宏「租税法における所得概念の構成（三)」法学協会雑誌第 92 巻 9 号 1139 頁（注）13

栗林隆「包括的課税ベースの特徴」千葉商大論叢 37 巻 3 号 149 頁（注）13

篠原章「ゲオルク･シャンツ再考」千葉商大論叢 31 巻 1 号 69 頁（注）13

平塚康雄「包括的課税標準の意義と批判的検討」経済と経済学 44 巻 151 頁都立大経済学会（注）13

水野忠恒「金融資産収益の課税―金融課税の一体化」日税研論集 55 号 10 頁（注）13

金子宏「我が国税制の回顧と展望」『第 58 回租税研究大会記録』(日本租税研究協会 2007.3)（注）14

石弘光『税制改革をどう進めるか』（日本経済新聞社 1986.4）（注）14

田中勝次郎『法人税法の研究』（税務研究会 1965.2）(注)14

品川芳宣『課税所得と企業利益』（税務研究会出版局 1982.1）(注)14

朝長英樹「法人所得の意義と法人税の納税義務に関する基本的な考え方」税大論叢 51 号　（注）15

長谷部啓「パス･スルー課税のあり方」税大論叢 56 号　（注）16

日本税理士会連合会編『シャウプ使節団日本税制報告書（復元版)』（日本税理士会連合会出版局 1979.7）（注）18

金子宏『所得課税の法と政策』所得課税の基礎理論下巻（有斐閣 1996.1）（注）23

品川芳宣「法人税性格論の史的考察」税大ジャーナル 7 号 28 頁（2008.2）（注）

栗林隆『カーター報告の研究』（五絃舎 2005.2）155 頁（注）28

岡村忠生「法人課税の意味」岡村忠生編『新しい法人税法』（有斐閣 2007.8）（注）30

岡村忠生『法人税法講義　第 2 版』（成文堂 2006.10）

水野忠恒『租税法　第 2 版』（有斐閣 2005.4）（注）32

谷口勢津夫 12 章「E C における Tax Harmonization の動向」水野忠恒編『第 4 巻国際課税の理論と課題ニ訂版』（注）35

監査法人トーマツ編『欧州主要国の税法』（中央経済社 2002.9）（注）注 36

みずほ総合研究所編「みずほリポート「抜本的な」税制改革の議論」（2007.12.27）（注）45

水野忠恒「法人税改革」183 頁『現代の法 8』（岩波書店 1997.4）（注）47 注

増井良啓「組織形態の多様化と所得課税」租税法研究 30 号（注）50

炭田美奈子「閉鎖的事業体への構成員課税制度の一提案」『29 回日税研究賞入選論文集』日本税務研究センター（2006.8）

（注）50

『19 改正税法のすべて』（日本税務協会 2007.7）（注）52

品川芳宣「留保金課税の今日的課題と方向性」税理 2005 年 6 月号 8 頁　（注）52

青山慶二「わが国企業の海外利益の資金還流について」租税研究 2008.12 月号 127 頁（注）53

品川克彦「海外子会社からの配当の非課税制度について」国際税務 Vol28No10 号（注）53

R･グード原著 塩崎潤訳『法人税』（日本租税研究会 1967.9）（注）54

山本守之『体系法人税法平成 19 年度版』（税務経理協会 2007.9）「二重課税排除の手法と法人税の転嫁」,「実質課税の原則」

金子宏「法人税について」租税研究 2007.1 月号 7 頁（注）55

青山慶二「税率引き下げ競争の中にある政府と多国籍企業」租税研究 2006.11 月号 156 頁（注）58

増井良啓「多様な事業組織をめぐる税制上の問題点」フィナンシャルレビュー2003.12（注）59

関口智「日本の所得税･最適課税論･スウェーデンの二元的所得税：勤労所得と資本所得の視点」税研 140 号（注）60

渡辺淑夫『法人税法―その理論と実務　平成 19 年度版』（中央経済社 2007.7）（注）61

村井正『租税法と私法』（大蔵省印刷局 1982.5）59 頁　（注）62

四宮和夫,能見善久『民法総則第 7 版』（弘文堂 2005.5）（注）63

星野英一「いわゆる「権利能力なき社団」について」『民法論集第 1 巻』（有斐閣 1970.8）227 頁　（注）68

阿久澤利明「権利能力なき社団」（星野英一編『民法講座 I 民法総則』有斐閣 1984.11）（注）68

福地俊雄『法人法の理論』（信山社出版 1998.2）（注）69

福地俊雄「法人理論の対象について」民商 38 巻 2 号 1975 年 193 頁

能見善久「団体―総論」ジュリ No1126 号　（注）72

後藤元伸「団体設立の自由とその制約」ジュリ No1126 号 61 頁　（注）74

江頭憲治郎『株式会社法』（有斐閣 2006.9）（注）75

神田秀樹『会社法第 8 版』（弘文堂 2006.10）（注）75

弥永真生『リーガルマインド会社法第 8 版』（有斐閣 2004.8）（注）75

我妻栄『新訂民法総則「民法講義 I 」』（岩波書店 1965.5）（注）76

森本滋「いわゆる法人格否認の法理の再検討」法学論叢 89 巻 3 号～6 号　（注）79

能見善久「公益的団体における公益性と非営利性」ジュリ No1105 号 50 頁　（注）80

能見善久『中間法人の設立と運営』（公益法人協会 2003.3）

龍田節「法人格否認法理の最近の展開」旬刊商事法務研究 534 号 2 頁　（注）83

田中誠二「法人格否認法理の問題点」旬刊商事法務研究 560 号 2 頁 563 号 11 頁　（注）84

江頭憲治郎『会社法人格否認の法理』（東京大学出版会 1980.12）　（注）86

竹内･龍田編『現代企業法講座 2』江頭憲治郎「企業の法人格」（東京大学出版会 1985.1）

佐藤孝一「人格のない社団の成立要件についての一考察」税務論叢 18 号　（注）87

松本烝治「営利法人の観念」法学協会雑誌第 28 巻 3 号 1 頁

神作裕之「一般社団法人と会社―営利性と非営利性」ジュリ No1328 号 36 頁　（注）

道垣内弘人「団体構成員の責任―「権利能力なき社団」論の現代的展開を求めて」ジュリ No1126 号 67 頁

山田二郎「納税義務と課税要件」山田二郎編『実務租税法講義』(民事法研究会 2005.3) 19 頁　(注) 88
碓井光明「ネズミ講税金訴訟判決」ジュリ 814 号　(注) 89
志場喜徳郎代表編『国税通則法精解』(大蔵財務協会 1992.3) (注) 90
志場喜徳郎「人格のない社団等に対する法人税の課税について」税経通信 12 巻 13 号 (注) 90
金子宏編『ケースブック租税法　第 2 版』(弘文堂 2007.3) (注) 92
図子善信「ねずみ講の事業主体を人格なき社団として行った課税処分の効力」税務事例 Vol37No4 号 1 頁 (注) 92
中里実「ねずみ講は所得税法上人格なき社団に当たるか」ジュリ 852 号 230 頁　(注) 97
石倉文雄「所謂熊本ねずみ講は人格なき社団に該当するとしてなされた課税処分には、重大な瑕疵があり無効であるとされた事例」ジュリ 1180 号 96 頁　(注) 106
石倉文雄「税法適用関係における人格なき社団論」石島弘他編『税法の課題と超克 (山田二郎古希記念論文集)』(信山社 2000.4) 23 頁　(注) 108
伊藤進「税法上の「人格のない社団」－民法理論との交錯―」法律論叢 41 巻 2 号 53~97 頁　(注) 109
井上和彦『法人格否認法』」(千倉書房 1995.8) (注) 110
井上和彦『一人会社論―法人格否認の法理の積極的適用』(中央経済社 1993.6) (注) 110
菅納敏恭「租税法律主義と租税回避」山田二郎編『実務租税法講義』(民事法研究会 2005.3) (注) 114
増田英敏「法人格否認の法理をめぐる租税裁判例を素材として」税法学 540 号 113 頁　(注) 116
岩崎政明「租税実態法をめぐる問題(2)－法人格否認」小川・松沢編『裁判実務大系第 20 巻租税争訟法』(青林書院 1988.5) (注) 116
碓井光明「法人とその構成員をめぐる所得の帰属」自治研究 51 巻 9 号　(注) 116
岩崎政明「租税法における法人格否認の可否」ジュリ No905 号 107 頁　(注) 117
横江義一「改正税法のすべて」日本税務協会 (1992.6) (注) 119
佐藤英明「みなし法人課税制度の検討と今後の問題点」租税法研究 19 号 (注) 119
中里実「所得税・法人税は所得に対して課される租税か－小規模企業を中心に」一橋論叢 91 巻 6 号 787 頁　(注) 121
小原昇「有限責任事業組合契約制度の課税上の取扱について」租税研究 2005.12 月号 (注) 121
岡正晶「日本版 LLC 組合課税について」税務事例研究 Vol81　(注) 121
安藤英樹編「第 9 章組織形態と所得課税」『会計学論考』(中央経済社 2007.6) (注) 121
山本守之,藤曲武美「役員給与問題の本質はどこにあるか」税務弘報 2008.1 月号 (注) 122
朝永秀樹「法人税制改革に向けて一取り組むべき課題の概要―」税経通信 2007.12 月号 (注) 122
佐々木浩,小原一博「平成 18 年度税制改正 (法人税関係) について」租税研究 2006.7 月号 23 頁 (注) 122
近藤雅人「役員給与の損金不算入規定に関する考察」税理士界 1238 号 (注) 122
渋谷雅弘「租税法上の人格のない社団等」ジュリ 1023 号 128 頁　(注)
碓井光明「人格なき社団と租税」ジュリ 777 号 75 頁　(注)
中川一郎「人格なき社団の入場税問題」判例評論 105 号 103 頁
福岡高裁 H2.7.18「熊本ねずみ講裁判」判時 1395 号 34 頁
堺澤良「租税法における権利能力のない社団の地位」税経通信 11 巻 11 号 121 頁　(注)
井上健一「小規模企業組織における法人格の逆否認」『江頭憲治郎先生還暦記念 企業法の理論 上巻』(商事法務 2007.1)

落合誠一「会社の営利性について」『江頭憲治郎先生還暦記念 企業法の理論 上巻』（商事法務 2007.1）（注）
波多野弘「税法における法人格否認の法理」税法学 351 号 1 頁
松沢智『新版租税実体法』（中央経済社 1994.11）（注）
宮武敏夫「匿名組合契約と税務」ジュリ 1255 号 106～116 頁（注）123
「平成電電破綻で匿名組合出資の投資家保護策欠如が露呈」金融財政事情 2005.10.24 号 13 頁（注）124
本庄資『アメリカンタックスシェルター』（税務経理協会 2003）3 頁　（注）125
渕圭吾「匿名組合契約と所得課税―なぜ日本の匿名組合は節税目的で用いられるのか？」ジュリ 1251 号 177～184 頁（有斐閣,2003）（注）126
細川健「判批 匿名組合の税務とその問題点」税務弘報 2006.9 号 139～159 頁（中央経済社,2006）（注）126
五十嵐一徳「判批」税務弘報 2006.10 号 139～149 頁（中央経済社,2006）（注）
中里実「節税商品の最近の動向」租税研究 2001 年 6 月号 44 頁（注）127
西原寛一『法律学全集 29 商行為法 3 版』（有斐閣 1990.9）（注）128
中村勝己『世界経済史』（講談社 1994）（注）128
弥永真生『リーガルマインド商法総則・商行為法 2 版』（有斐閣 2006）171～176 頁　（注）129
神崎克郎『商法総則・商行為法通論新訂版』（同文舘 1999）201～209 頁　（注）130
平出慶道『現代法律学全集 17 商行為法[第二版]』青林書院 1989.6）（注）130
遠藤美光「判批」商法総則商行為判例百選 4 版 164～165 頁（有斐閣　別冊ジュリ 164 号,2002）（注）132
金子宏「匿名組合に対する所得課税の検討」金子宏編『租税法の基本問題』（有斐閣 2007.11）（注）132
谷口勢津夫「匿名組合の課税問題―ＴＫスキームに関する租税条約の解釈適用」日税研論集 55 号 143～189 頁　（注）133
近藤龍司『商法総則･商行為法概説』（中央経済社 1982.4）（注）137
蓮井良憲･森淳二郎『商法総則･商行為法（新商法講義１）第 4 版』（法律文化社 2006.4）（注）140
西村総合法律事務所編『ファイナンス法大全（下）』（商事法務 2005.5）（注）147
米田保晴「匿名組合の現代的機能」信州大学法学論集 20040831（注）注 147　,20060322（注）148
『17 改正税法のすべて』（日本税務協会 2005.8）（注）153
細川健「匿名組合と国際税務」国際税務 Vol24No2 号 61 頁 Vol24No3 号 53 頁 No2 号 61 頁　（注）155
渡辺淑夫「匿名組合課税の改正と租税条約上の非課税条項との関係」国際税務 Vol22No6（注）156
篠田四郎「非典型的匿名組合－その類型論的･法的構成」名城法学 31 巻 1 号 1~35 頁,31 巻 3 号 44~100 頁（注）159
浅川雅嗣 2 章「我が国の新しい租税条約ポリシー」水野忠恒編『第 4 巻国際課税の理論と課題ニ訂版』（税務経理協会 2005.2）（注）162
渡辺淑夫「ペーパー･カンパニーを利用した匿名組合投資と租税証約との関係」国際税務 Vol22No7（注）163
青山慶二「トリーティショッピングの歴史の再検討と最近の課題について」フィナンシャルレビュー2006.7 月号（注）163
石黒一憲『金融取引と国際訴訟』（有斐閣 1983.10）（注）165
矢内一好『詳解 日米租税条約』（中央経済社 2004.4）（注）167
KPMG 税理士法人「欧州税制改正の動向第 5 回オランダ」国際租税 Vol27No7 号 62 頁（注）168

シグリット.J.C.ヘメルズ「オランダの税制改革の動向」租税研究 2007.1 月号（注）169
吉川保弘「匿名組合契約の課税問題」国際税務 Vol28No10（注）171
川端康之監訳『OECD モデル租税条約 2005 年版』（日本租税研究協会 2006）（注）172
山崎昇「匿名組合と国際税務」税大論叢 52 号 281 頁　（注）175
納税協会連合会編『租税条約関係法規集』(清文社 2006.9)（注）175
窪田悟嗣「資産の流動化･証券化をめぐる法人課税等の諸問題」税大論叢 37 号 191 頁　（注）178
坂本茂,山本真「匿名組合および任意組合の税務」税務弘報 2005.6 号 31～34 頁（中央経済社,2005）
平野圭吾「匿名組合」税務弘報 2006.7 号 90 頁　（注）
遠藤克博「匿名組合をめぐる国際課税問題」税大ジャーナル 2005.4 号 66 頁
細川健「判批」税務弘報 2006.11 号 119～133 頁（中央経済社,2006）（注）
細川健「判批」税務弘報 2006.12 号 119～133 頁（中央経済社,2006）（注）
さくら総合事務所「匿名組合および任意組合の税務」税務弘報 2005.6 月号　（注）
後藤巻則『契約法講義』（弘文堂 2006.4）（注）注 186
星野英一『民法概論Ⅳ(契約)第 3 刷』(良書普及会 1988.10)　（注）190
平野嘉秋『Q&A による LLP／LLC の法務･税務･会計』（税務研究会出版局 2005.10）14 頁　（注）192
水野忠恒「組合員が組合から受けた金銭の所得区分」税研 2002.11　（注）204
高橋祐介『アメリカ･パートナーシップ所得課税の構造と問題』（清文社 2008.3）（注）205
伊藤公哉『アメリカ連邦税法(第 3 版)』（中央経済社 2005.9）（注）206
高橋祐介「日本版 LLC の課税上の問題点」租税研究 2004.10 月号（注）206
佐藤英明「組合による投資と課税」税務事例研究 50 号Ｐ33　（注）206
岡村忠生「組合員がその組合事業に従事して得た収入と給与所得」民商法雑誌 126 巻 6 号　（注）207
金子宏「任意組合の課税関係」(税研 2006.1)125 号Ｐ16　（注）208
渕圭吾「組合員が組合から受ける給与」別冊ジュリスト No178 号 65 頁　（注）209
細川健「任意組合を利用した租税回避行為－航空機リース事件を題材にして」税務弘報 2005.2 月号　（注）217
今村隆「租税回避についての最近の司法判断の傾向」租税研究 2006.10、2006.12（注）219
居波邦泰「タックス･シェルターに対する税務行政のあり方」税大論叢 52 号　（注）220
品川芳宣「任意組合を利用した映画フィルム･リースに係る減価償却費等計上の可否」税研 1999.5 月号 72 頁（注）220
岩崎政明「租税法のおける経済的観察法」筑波法政第 5 号（注）221
谷口勢津夫「私法上の法形式の選択と課税－売買か交換か」別冊ジュリスト No178 号（注）224
大淵博義「任意組合による航空機リース事業の損失は利益配当契約による雑所得の損失として損益通算を否認した課税処分の可否(上)」税務事例 2005.7 月号　（注）225
酒井克彦「組合課税と導管理論に関する一考察」税務事例 2005,5 号 1 頁　（注）226
小山真輝「法人税 Q&A 組合事業に係る損失制限制度における取扱いについて」租税研究 2007.3 号 216~220 頁（注）227
細川健「任意組合を用いた租税回避行為の否認とその問題点」税務事例 2006.9 月号 35 頁　（注）233
安部勝一「任意組合を利用して外国映画フィルムの償却を用いたタックスシェルターの否認」税務弘報 2006.5　（注）

233
朝長英樹「事業体課税の理論と課題」租税研究 2005.11　（注）241
朝長英樹「新たな組合税制のあり方」T&A マスター2007.4.30 号 18 頁　（注）241
高橋祐介「民法組合の稼得した所得の課税に関する基礎的考察」税法学 543 号　（注）243
竹内茂樹「フレキシブルな事業体を媒介した損益の水平的配分」税大論叢 41 号（注）243
水野忠恒「新たな事業体に対する課税の検討(上)(下)」税研 2005.5 号 12 頁、2005.7 号 39 頁（注）248
仲江武史「LLP 活用に際しての実務上の論点」法律のひろば 2006.2　（注）250
佐藤敏郎「組合員の出資,損益･財産の分配と責任」税理 2005.11 月号 78 頁（注）251
増井良啓「組合損益の出資者の帰属」税務事例研究 49 号Ｐ47　（注）
増井良啓「組合形式の投資媒体と所得課税」『パートナーシップの課税問題』日税研論集 Vol44（注）
谷口勢津夫「ドイツにおける人的会社(共同事業者)課税」『パートナーシップの課税問題』日税研論集 Vol44（注）
小山真輝編『法人税基本通達逐条解説四訂版』（税務研究会出版局 2006.5）（注）
相澤哲,葉玉匡美,郡谷大輔編『論点解説 新･会社法』（商事法務 2006.6）（注）254
相澤哲編『一問一答 新･会社法』（商事法務 2005.7）25 頁　（注）255
石井芳明,中村慈美,阿部泰久「LLP 活用における会計と税務の課題」税務弘報 2005.9（注）262
石井芳明,山田真哉,阿部隆「座談会：LLP はこう活用する」税理 2005.11 月号 30 頁　（注）
成道秀雄「有限責任事業組合の税務」税務事例研究 Vol90　（注）265
苅米裕「LLP,民法組合等の税制措置」税理 2005.6 月号（注）268
宮崎剛「LLP と一般法人の税負担比較」税理 2005.11 月号 96 頁（注）269
増井良啓「有限責任事業組合から生ずる損失と所得税」税務事例研究 Vol90　（注）270
大杉謙一「新たな会社類型(日本版 LLC 制度)の基本的考え方と課題」租税研究 2004.9 月号（注）272
水野忠恒「私法上と同一概念の解釈」別冊ジュリ 120 号 24 頁（注）273
神埼禎「法人の従属法」最判 S50.7.15 別冊ジュリ 185 号 42~43 頁（注）274
長谷部啓,秋元秀仁「米国 LLC に係る税務上の取扱い」国際税務 Vol21No7 号 9 頁（注）275
秋元秀仁「最近の国際課税における問題」国際税務 Vol28No6,（注）277
小森健次「米国 LLC の課税方法と活用方法について」租税研究 2005.5（注）278
小森健次『米国税務の実務ガイダンス』（税務研究会出版局 2005.10）（注）279
中里実「パートナーシップの課税問題」『パートナーシップの課税問題』日税研論集 Vol44（注）280
増井良啓「投資ファンド税制の国際的側面」『金融資産収益と所得課税』日税研論集 Vol55（注）284
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 2007.1 月号 55 頁（注）285
古賀明監訳『OECD モデル租税条約のパートナーシップへの適用』（日本租税研究協会 2000.7）（注）287
占部裕典「企業課税における法人概念」民商法雑誌 95 巻 2 号 95 巻 4 号　（注）293
佐藤英明「アメリカ連邦所得税における「パートナーシップ」の範囲に関する問題点」『パートナーシップの課税問題』
日税研論集 Vol44　（注）295
平野嘉秋「チェック･ザ･ボックス規則」国際税務 Vol17No11 と No12　（注）297
「米国法人税法の調べ方　チェック･ザ･ボックス規則」国際商事法務 Vol27No3No4No5No6　（注）299~300

森信茂樹「日本版 LLC の法整備と組合税制の検討」国際税務 VolNo1 号 27 頁（注）299

桝田淳二「アメリカの Check-the-Box Regulations」国際商事法務 Vol26No1　（注）300

川上嘉彦,有吉尚哉「金融商品取引法施行後の資産流動化･証券化の実務」金融法務事情 1791 号 95 頁（注）300

大杉謙一「諸外国の LLC･LLP 法の概観」法律のひろば 2006.2（注）302

大野正道「非公開会社と準組合法理」『江頭憲治郎先生還暦記念 企業法の理論 上巻』（注）303

渡邉幸則『金子宏先生古希祝賀 公法学の法と政策 上巻』「チェックザボックス規則について」（有斐閣 2000.9）583~611 頁　（注）304

川田剛「多様な事業体に対する課税」税務事例 2005.4,5,6

川田剛「多様場事業体への出資に係る持分の評価」経理知識 No85

高山政信「民法組合の共同事業性と PE 認定」

一高龍司「LLP と租税回避の論点」

石井芳明「LLP 制度の概要」法律のひろば 2006.2　（注）

石綿学,石井絵梨子「有限責任事業組合契約に関する実務上の留意事項」法律のひろば 2006.2　（注）

林幹,荒井優美子「LLP 制度の概要と活用のポイント」税務弘報 2005.11

佐々木浩一郎「LLP と出資者の会計処理」税務弘報 2005.11

林幹,荒井優美子「LLP の税務上の取扱いと問題点」税務弘報 2005.11

平野嘉秋「LLC の法務と税務」国際税務 Vol18No4

三菱 UFJ 信託銀行不動産コンサルティング部『図解 不動産証券化のすべて』（東洋経済新報社 2006.2）（注）305

みずほ信託銀行編『債権流動化の法務と実務』（金融財政事情研究会 2005.3）（注）308

国土交通省総合政策局不動産業課不動産投資市場整備室『基礎からよく分かる不動産証券化ガイドブック』（ぎょうせい 2006.1）（注）309

「マイカル･グループの不動産証券化についての意見書の概要」金融法務事情 No1646 号 32 頁（注）309

後藤出「資産流動化取引における真正売買(下)」NBL740 号 76 頁（注）309

平成会計社『不動産証券化の会計･税務徹底解説』（ぎょうせい 2007.2）

日本公認会計士協会「SPC を活用した不動産の流動化に係る譲渡人の会計処理に関する実務指針」

東京共同会計事務所『ビーグル「事業体」の会計･税務』（中央経済社 2007.11）

西村善朗『プライベート･エクイティ･ファンドの仕組と会計･税務』（中央経済社 2007.12）

杉本茂,石井宏和「特定目的会社及び投資法人等の税務」税務弘報 2005.6 号 39 頁

岸本政昭,亀岡隆幸「特定目的会社･投資法人等の活用と税務･会計問題」税務弘報 2004.3 号 101 頁

「投信法･資産流動化法に係る政令･内閣府令等の概要」商事法務 1819 号 4 頁

新井誠『信託法(第 3 版)』（有斐閣 2008･3）（注）316

寺本昌広『逐条解説 新しい信託法 補訂版』（商事法務 2008.7）（注）316

寺本昌広「新しい信託法概要」ジュリ 1335 号 2 頁　（注）

別冊 NBL 編集部編『信託法改正要綱試案と解説』商事法務 別冊 NBL104 号（注）317

能見善久「新しい信託法の理論的課題」ジュリ 1335 号 8 頁　（注）318

神作裕之「資産流動化と信託」ジュリ 1164 号 64 頁　（注）

能見善久「シンポジウム　信託法改正の論点　はじめに」信託法研究 30 号 20 頁　（注）322
佐久間亨「限定責任信託」金融商事判例 1261 号 185 頁　（注）323
高橋賢司「目的信託」金融商事判例 1261 号 191 頁　（注）324
山野目章夫「ビジネス＆ロー 新しい不動産登記制度(19)」商事法務 847 号 36~46 頁（注）329
前田敏博,斎藤創「資産流動化法と信託」金融商事判例 1261 号 124 頁　（注）334
有吉尚哉「証券化のビークルとしてのデラウエア州のスタチュトリー・トラストの特性－新信託法における柔軟性と比較して－」クレジット研究 2007.39 号 84~126 頁（注）335
工藤聡一『ビジネス・トラスト法の研究』(信山社出版 2007・2)（注）335
川端康之「pass-through と pay-through」国際税制研究 2002. 8 号（注）341
佐藤英明『信託と課税』(弘文堂 2000.5)（注）343
「米国法人税法の調べ方―不動産投資信託(Real Estate Investment Trust：REIT)とは、どのようなものをいうのか」国際商事法務 Vol27No2 号 204~206 頁（注）343
田邊昇『新版　投資ファンドと税制』(弘文堂 2006.11)（注）343
岩崎政明「UK－REIT（イギリス型不動産投資信託）の導入と課税制度の特色」租税研究 2007・12 月号（注）343
金洋浩「TMK（特定目的会社)」税務弘報 2006.7 号 111 頁　（注）344
渕圭吾「取引・法人格・管轄権(1)」法学協会雑誌 121 巻 2 号（注）345
小原昇「平成 19 年度税制改正について」信託 231 号　（注）347
平野嘉秋「多様化する事業体と税務上の課題（上）信託法の改正による新たな展開」税理 2007.3 月号
平野嘉秋「多様化する事業体と税務上の課題（中）信託法の改正による新たな展開」税理 2007.4 月号
平野嘉秋「多様化する事業体と税務上の課題（下）信託法の改正による新たな展開」税理 2007.5 月号（注）357
占部裕典「経済変動期における信託課税」法律時報 75 巻 4 号（注）360
岩崎政明「信託課税の理論と運用」新井誠編『新信託法の基礎と運用』(日本評論社 2007.9)（注）362
佐藤英明「法人課税をめぐる問題状況－研究ノート」国際税制研究 2001.6 号（注）362
武井一浩,緑川正博,阿部泰久,森信茂樹「会社法と税制」国際税制研究 No16 号 23 頁（注）362
景山智全「集団投資スキームにおける課税上の問題点」税大論叢 40 号 224 頁（注）362
宮崎裕子「税制は金融手法の多様化・国際化に対応できるか」江頭憲治郎,中里実編『企業組織と租税法』(別冊商事法務 252)（注）363
森信茂樹「合同会社と組合税制」租税研究 2005.6（注）364
高橋祐介「事業体課税論」岡村忠生編『新しい法人税法』(有斐閣 2007.8)107 頁（注）365
吉村政穂「出資者課税－「法人税」という課税方式」法学協会雑誌 120 巻 1 号 3 号 5 号 7 号（注）366
森信茂樹「新たな事業体と組合税制」フィナンシャルレビュー2003.12
小梁吉章「差押禁止と倒産隔離」金融商事判例 1261 号 38 頁　（注）
深山雅也「信託と倒産」金融商事判例 1261 号 118 頁　（注）
村松秀樹「新信託法の解説」信託 230 号 60 頁
吉村正男「個人信託の利用と課税問題」租税法研究 1996 年
簗瀬捨治「不動産証券化における信託の活用と投資家保護の問題」金融法務事情 1613 号 48 頁　（注）

川上嘉彦,有吉尚哉「新信託法下での信託当事者への規律とその資産流動化･証券化の実務への影響」金融法務事情 1804 号

川上嘉彦,有吉尚哉「新信託法下での新たな信託類型の資産流動化･証券化取引における利用可能性に関する一考察」金融法務事情 1798 号

杉村茂「法定 4 ヴィークル･改正前後信託と国際取引（その 1）租税研究 2007･4 月号

杉村茂「法定 4 ヴィークル･改正前後信託と国際取引（その 2）租税研究 2007･5 月号

行澤一人「資産流動化･投資信託と法規制」法律時報 75 巻 4 号

佐藤英明「新しい組織体と税制」フィナンシャルレビュー2002.10 月号

本庄資「エンティティー･アプローチ」租税研究 2008.4 月号 135 頁。

最判 S60.3.27（大島給与所得訴訟）民集 39 巻 2 号 247 頁（注）4

東京地判 H2.3.26TAINS Z176-6480（注）57（消費税の転嫁義務）

福岡高判 H2.7.18 判時 1395 号 34 頁（注）67（権利能力なき社団の借用）

最判 S39.10.15 民集 18 巻 8 号 1671 頁（注）注 77（権利能力なき社団要件）

最判 S44.2.27 民集 23 巻 2 号 511 頁（注）81（法人格否認の法理）

最判 S49.9.26 民集 28 巻 6 号 1306 頁（注）85（法人格否認の法理の適用は慎重に）

熊本地判 S59.2.27 訟月 30 巻 7 号 1270 頁（注）93（ねずみ講事件 1 審）

福岡高判 H2.7.18 判時 1395 号 34 頁（注）98（ねずみ講事件控訴審）

熊本地判 H8.3.27 訟務月報 42 巻 12 号 3106 頁（注）101（ねずみ講事件別件 1 審）

福岡高判 H11.4.27 訟務月報 46 巻 12 号 4319 頁（注）102（ねずみ講事件別件控訴審）

最判 S48.4.26 民集 27 巻 3 号 629 頁（注）103（課税処分の無効の条件）

最判 H16.7.13 判時 1874 号 58 頁（注）104（ねずみ講事件別件上告審）

最大判 S43.11.13 民集 22 巻 12 号 2449 頁（注）115（東光商事事件）

神戸地裁 H8.2.21 訟月 43 巻 4 号 1257 頁（注）116（近畿エキスプレス事件）

横浜地判 13.10.10TAINS Z251-8999（注）116（課税庁側の法人格否認を諌めた）

大判 T6.5.23 民録 23 輯 917 頁（注）132（内的組合は匿名組合ではない）

最判 S36.10.27 TAINS Z035-1069（注）141（勧業経済株式会社事件）

最判 S35.10.07 TAINS Z033-0957（注）14 4（鈴や金融事件）

最大判 S43.11.13 TAINS Z053-2380（注）144（東光商事事件）

最判 H20.6.5 TAINS Z888-1336,東京高判 H19.6.28 TAINS Z888-1282,東京地判 H17.9.30 TAINS Z888-1041（注）154（ガイダント事件）

裁決 H15.6.30 TAINS F0-2-283（注）155（ガイダント事件）

東京地判 H7.3.28 判時 1557 号 104 頁（注）157（匿名組合のペーパーカンパニー性と途中解約）

名古屋高判 H17.10.27 Z888-1036（注）158（航空リース事件）

東京地判 H19.3.19(裁判所 HP より),東京高判 H19.11.1(TKC28140476)（注）171（グラクソ事件）

最判 S33.7.22 民集 12 巻 12 号 1805 頁（注）186（民法組合の合有）

最判 S47.6.2 民集 26 巻 5 号 957 頁（注）187（権利能力なき社団の不動産登記）

最判 H6.5.31 民集 48 巻 4 号 1065 頁（注）187（不動産登記、代表者個人名義か全員の共有名義）

最判 S32.10.31 民集 11 巻 10 号 1796 頁（注）191（民法組合の出資の必須）

最判 H13.7.13TAINS Z251-8946 仙台高判 H11.10.27TAINS Z245-8515 盛岡地判 H11.4.16TAINS Z242-8390（注）203（りんご生産組合事件）

福岡地判 H11.3.25LEX/DB28071209,税資 241 号 313 頁。福岡地判 H11.1.26 TAINS Z240-8322,税資 240 号 222 頁（注）213（消費税の組合課税事件）

名古屋高判 H17.10.27TAINS Z888-1036 名古屋地判 H16.10.28TAINS Z254-9800（注）216（航空リース事件）

最判 H15.6.13TAINS Z253-9367 東京高判 H11.6.21TAINS Z243-8431 東京地判 H10.5.13TAINS Z232-8161（注）223（岩瀬事件、補足金付交換契約）

最判 H17.12.19TAINS Z255-10240（注）224（大和銀行外税控除枠事件）

最判 H18.1.24TAINS Z888-1046 大阪高判 H12.1.18TAINS Z246-8559 大阪地判 H10.10.16TAINS Z238-8259（注）228（パラツィーナ事件）

東京高判 H17.2.8TAINS Z888-1073 東京地判 H15.5.22TAINS Z253-9351（注）228（映画フィルム類似事件）

最判 H17.7.5TAINS Z888-1000 東京高判 H16.6.9TAINS Z888-0847 東京地判 H15.7.16TAINS Z888-0747（注）249（弁護士税理士夫婦事件）

東京高判 H3.6.6TAINS Z183-6725 東京地判 H2.10.31TAINS Z181-6591（注）249（親子歯科医師事件）

裁決 H13.2.26TAINS J61-2-10（注）276（米国 LLC 事件）

さいたま地裁 H19.5.16TAINS Z888-1276（注）277（米国 LLC 類似事件）

相続税法における営業権の財産価値とその評価

冨山 恭道

相続税法における営業権の財産価値とその評価

論文要旨

[本稿の目的]

私は、公認会計士として、企業のＭ&Ａや営業譲渡における企業評価を受託する仕事を手掛け、ＤＣＦ法により株主価値を算定してきた経験を持っている。そのようなときに、相続税申告において、取引相場のない株式の評価を行った際、純資産価額方式における財産として、営業権の計上と評価を経験することになった。相続税法における営業権は、自己創設営業権で、その評価における計算方法及び計算要素について、多くの疑問を持つようになった。Ｍ＆Ａ等の実務において企業評価として受け入れられているＤＣＦ法における評価方法や評価要素と、財産評価基本通達１６５～１６６で示す営業権の評価方法と評価要素には、いくつかの点で相違がある。その相違は、どこから生じ、その差異に合理性があるのかが問題となる。そこで、土地という物権や売掛金という債権と性格を異にする自己創設的な営業権を、どのように評価すべきかについて、財産評価基本通達１６５～１６６を手がかりとして、その取扱いの当否を評価理論に照らして検討するのが本稿の目的である。

[本稿の内容]

本稿の論文構成と各章における論旨は、次のとおりとする。

第１章　相続税法における財産課税

本章では、相続税の性格について述べるとともに、相続税法では、財産の意義の規定がなく、解釈に委ねられていることを示した。そして、相続税法以外の税法の営業権が有償取得営業権で、無形固定資産とされている。それに対し、相続税法の営業権のみが自己創設営業権を課税対象にしている。

無形固定資産は、換金能力または売却価値のある物財および権利と考えられている。法人税法及び所得税法においては、有償による譲受け又は合併等により取得した場合に限り営業権の貸借対照表能力を認めているが、その趣旨は、「独立第三者間の取引が成立したことにより、市場を一度、通過したという事実」（=「市場性」）が、換金能力または売却価値の有無を客観的に検証するテストとして、もっとも有効であると考えているところにあると思われる。

そのように考えると、必ずしも有償による譲受け又は合併等により取得した場合だけでなく、換金能力または売却価値をある程度有し、「市場性」に準ずる要件、すなわち「準市場性」という要件を具備した自己創設営業権は、相続財産として良いことを示した。そして、「準市場性」の要件を具体的に示した。

第２章　相続税法における営業権の財産評価

本章では、相続税法には、営業権について、時価の規定がなく、したがって、実務上は、判例又は通達によらざるを得ないことを明らかにした。そして、判決も財産評価基本通達に依拠していることを示し、営業権の評価を定めている財産評価基本通達１６５～１６６の中身を詳細に分析し、その計算構造及び計算要素を明らかにした。

第３章　他制度における営業権の認識と評価

この章では、相続税法以外の税法や会社法（旧商法含む）及び企業会計において、営業権がどのように規定されているかを示した。

第４章　相続税法における営業権評価の問題点

第４章では、営業権の概念と評価の基礎である超過収益力との関係を述べ、営業権の評価は、第１章で示した営業権の要件に沿ったものである必要があることを示した。その視点から見ると財産評価基本通達１６５～１６６は、超過収益力の源泉を無視し、すべての超過収益力を営業権としている点で問題があることを述べる。そのほかにも、営業権の評価を示している財産評価基本通達１６５～１６６の計算構造及び計算要素の問題点（例えば、現在価値割引率につき基準年利率を使用している点）を取り上げた。

第５章　相続税法における営業権評価のあり方

本章では、第４章で示した問題点について、根拠を示し、営業権評価のあり方を提案する。例えば、営業権の概念である「事業の安定的な優位的地位」から考え、 営業開始後１０年に満たない法人及び個人の事業については、営業権を認識すべきではない。また、標準総資産利益率を超過すれば、すべて超過収益力があるとしているが、著しく超過した場合にのみ、営業権があるとすべきである。

次に、財産評価基本通達に基づいて、既に、評価された資産（いわゆるオンバランスさ

れている現預金・売上債権・棚卸資産・土地等の固定資産等）から生じた超過収益力を営業権として認識し、評価することは、実質的に、資産の評価替え又は二重評価に当たるおそれがある。すなわち、相続財産としての営業権は、いわゆるオフバランスである社会的信用、名声、立地条件、営業上の秘訣、特殊の技術、特別の取引関係等から生み出された超過収益力に限定されるべきである。

また、財産評価基本通達は、原則として、超過収益力を過去３期の法人税法及び所得税法の所得（いわゆる税引前の所得）の平均金額に基づいて算出されている。しかし、所得は、flow 概念であるのに対して、営業権は、stock 概念である。超過収益力という flow が、stock に沈殿・定着する過程で避けられないのが税金である。その意味で、営業権の評価においては、税引後の所得に基づいて計算されるべきであることを提示した。

さらに、財産評価基本通達は、全業種の標準総資産利益率を使用しているが、業種別の標準総資産利益率（ただし、全業種の標準総資産利益率を超過している場合に限る）をもとに超過収益力を算出すべきとの提案をしている。これは、当該企業の実際総資産利益率が全業種の標準総資産利益率を超過していれば、超過収益力があるとしている現在の財産評価基本通達に対し、むしろ、全業種の標準総資産利益率を超えかつ同業種の標準総資産利益率を著しく超えている場合に限り営業権があるという考えに基づいている。

また、単年度超過収益力の１０年分を現在価値に割引いた金額を営業権としているが、事業を取り巻く環境が厳しい現在の企業において、超過収益力が持続する年数は、５年とし、さらに、超過収益力の減価を加味して上で、営業権を算定すべきである。

次に、財産評価基本通達１６５～１６６の計算において、割引手形が総資産額に含まれないとしている。一方、支払利子とともに調整計算の対象にしていた手形割引料を平成２０年改正財産評価基本通達１６５～１６６において除外した。企業の資金調達の相違により、超過収益力の金額が影響を受けることを回避しようとする趣旨から考えれば、総資産額に割引手形を含め、かつ、支払利子と同様に手形割引料も調整計算の対象にすべきであることを提案している。

最後に、現在価値割引率として、基準年利率を使用している問題について、基準年利率がリスクを加味していないレートである点で妥当性を欠いていることを示している。理論的にも、標準超過収益力を算出する際に、総資産金額に乗ずる係数、すなわち同業種の標準総資産利益率の２０％増しの率が使用されるべきことを提言している。

以上

目次

はじめに　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　１
第１章　相続税法における財産課税・・・・・・・・・・・・・・・・　３
　第１節　相続税の性格・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　３
　第２節　相続税の課税価格・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　５
　第３節　財産の意義と営業権・・・・・・・・・・・・・・・・・・　５
　第４節　相続税法における営業権の規定と意義・・・・・・・・・・　６
　　１、相続税法における営業権の規定（６）
　　２、南部事件の概要（７）
　　３、営業権の意義（８）

第２章　相続税法における営業権の財産価値・・・・・・・・・・・・　１０
　第１節　相続税法における営業権の評価・・・・・・・・・・・・・　１０
　第２節　財産評価基本通達１６５～１６６の計算構造・・・・・・　１０
　　１、基本算式（１０）
　　２、調整計算（１１）
　　３、計算構造の展開（１２）

第３章　他制度における営業権の認識と評価・・・・・・・・・・・・　１５
　第１節　他税法における営業権・・・・・・・・・・・・・・・・・　１５
　　１、法人税法の営業権等（１５）
　　（１）営業権（１５）
　　（２）資産調整勘定・負債調整勘定（１６）
　　２、所得税法における営業権（１８）
　　３、消費税法における営業権（１９）
　第２節　会社法における営業権・・・・・・・・・・・・・・・・・　１９
　第３節　企業会計における営業権・・・・・・・・・・・・・・・・　２１
　　１、金融商品取引法における営業権の規定（２１）
　　２、企業結合会計基準における営業権の規定（２２）

３、企業会計原則における営業権（２３）
４、会計理論における営業権（２５）

第４章　相続税法における営業権評価の問題点・・・・・・・・・・　２８
第１節　営業権概念と超過収益力・・・・・・・・・・・・・・・・　２８
１、概要（２８）
２、本来の営業権（モデル１）（２９）
３、既計上資産の実質的評価替え機能（モデル２）（３０）
第２節　超過収益力・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　３１
１、税務上の課税所得　（３１）
２、税引後利益　（３２）
３、総資産利益率　（３２）
４、超過収益力の持続年数（１０年）とその減価（３５）
第３節　調整計算・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　３５
第４節　総資産額・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　３７
第５節　現在価値割引率－基準年利率－・・・・・・・・・・・・　４０
１、現在価値割引率の意義と重要性　（４０）
２、財産評価基本通達１６５における現在価値割引率－ 基準年利率の性格 －
（４１）
３、WACC 法（加重平均資本コスト法）　（４２）
４、基準年利率の不当性（４５）
５、標準総資産利益率との整合性　（４７）
６、支払利子の調整計算との整合性（４８）

第５章　相続税法における営業権評価のあり方・・・・・・・・・・・５１
第１節　営業権概念と超過収益力・・・・・・・・・・・・・・・・５１
１、営業権の認識要件（５１）
（１）無形固定資産の属性　―「市場性」―　（５１）
（２）「準市場性」の要件　（５２）
２、資産の使用価値による評価と営業権（５４）

第２節　超過収益力・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・５８
１、税務上の課税所得　（５８）
２、税引後利益　（６１）
３、総資産利益率　（６４）
４、超過収益力の持続年数とその減価（６７）
（１）持続年数（６７）
（２）超過収益力の減価（６９）
第３節　調整計算・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・７０
１、支払利子等（７０）
（１）南部事件における手形割引料　（７０）
（２）財産評価基本通達の改正　（７２）
（３）分母と分子の整合性　（７４）
（４）支払利子等の調整の意義　（７６）
（５）有利子負債コストと資本コストとの調整　（７７）
（６）支払利子等と手形割引料の類似性　（７８）
（７）社債発行差金の償却費の額　（８０）
２、企業者報酬（８２）
（１）算式上の位置付け　（８２）
（２）標準企業者報酬額　（８２）
３、非経常的な損益の額（８５）
第４節　総資産額・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・８７
１、南部事件判決の見解　（８７）
２、南部事件判決の根拠に対する反論　（８８）
３、総資産額の概念　（８９）
４、割引手形包含説のモデル　（９０）
５、期間平均説の優位性　（９４）
６、小括　（９５）
第５節　現在価値割引率の提言・・・・・・・・・・・・・・・・・・９５

おわりに・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・９６

参考文献リスト・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・９８

以上

はじめに

２００５年、尊敬する岳父が亡くなった。岳父は、社員７０人くらいの会社を経営し、その経営に対する熱意と厳しさ、本業に徹する経営方針及び社員を大切にする姿勢は、経営者として大変尊敬出来るものであった。毎期１億円くらいの利益を上げ、業績においても一流であったが、一方、私生活においても、お金に執着しない廉潔さ、誰とでも打ち解ける心の広さ及び人の悪口を言わない優しさ等、素晴らしい人であった。

私は、公認会計士及び税理士として、その会社の顧問であり、岳父の相続税申告を行うことになったが、一番大変なのは、取引相場のない株式の評価であった。その中で、純資産価額方式における財産として、営業権の計上と評価に違和感を覚えた。営業権は、合併や有償取得という取引において認識・測定されるものであり、相続税における財産として認識することは、自己創設営業権に対して課税することになるのではないか、このような不確実なモノを、担税力ある財産として課税することが妥当なのかどうかを考えさせられた。また、営業権の評価における計算方法及び計算要素についても多くの疑問を持つようになった。

一方、私は、公認会計士として、ここ１０年くらい、企業のM&Aや営業譲渡における企業評価を受託する仕事を手掛けてきた。その仕事の半分は、上場会社であり、その評価額は、既存の株主や新しい株主の利害にとって、重大な影響を及ぼすことになる。その合併比率や買収額の評価算定者である私の氏名・資格及び利害関係の有無が開示情報として公表され、株主から損害賠償請求を受ける可能性もあるので、専門家として緊張する仕事の一つである。また、相手企業側の公認会計士も独自に合併比率や買収額を算定し、両者が協議するわけであるが、相手側からは、私の算定思想、算定方法及び各算定要素について鋭い反論がなされる。この仕事をとおして、企業の評価は、まさに人間の評価と同じで、多面性があり、その評価方法も多様である。この多面性のうちどの側面こそがその企業の本質的価値なのか、その本質的価値を計数化するには、どのような計算方法と計算要素を採用すべきなのか、その結果として、算出された企業評価額がその企業の本質的価値に照らして妥当なのか、この辺が専門家としての力量が問われるところである。

相続が発生した場合、営業権も相続財産とされ、その評価方法（計算構造と計算要素）は、財産評価基本通達１６５～１６６に示されている。その計算構造を見ると、営業の超過収益力を時価総資産利益率で測定し、１０年間の超過収益力を現在価値に割引くことに

より算出することになっている。

Ｍ＆Ａ等の実務において、企業評価として受け入れられているＤＣＦ法における評価方法や評価要素と、財産評価基本通達１６５～１６６で示す営業権の評価方法と評価要素には、いくつかの点で相違があるが、その相違は、どこから生じ、その差異に合理性があるのかが問題である。また、土地という物権や売掛金という債権と性格を異にする自己創設的な営業権を、どのように評価すべきなのかについて、財産評価基本通達１６５～１６６を手がかりとして、その取扱いの当否を評価理論に照らして検討するのが本稿の目的である。

第１章、相続税法における財産課税

第１節　相続税の性格

相続税は、自然人の死亡により発生する税金である。相続税の類型については、遺産税という考え方と遺産取得税という考え方がある。遺産税は、「人が死亡した場合にその遺産を対象として課税する制度である。この制度は、英米法の国々で採用されており、人は生存中に蓄積した富の一部を死亡にあたって社会に還元すべきである、という考え方に基づいている。この類型の相続税は、本来の意味における財産税」[1]である。それに対して、遺産取得税は、「人が相続により取得した財産を対象として課税する制度である。この制度は、ヨーロッパ大陸諸国において採用されており、偶然の理由による富の増加を抑制することを目的としている。この類型の相続税は、実質的には所得税の補完税」[2]である。

すなわち、相続税は、自然人の死亡により発生する税金であるが、被相続人の財産自体を課税対象としようとするのが遺産税の考え方である。それに対して、遺産取得税は、相続人また遺贈を受けた個人が相続又は遺贈により取得した財産に対して課税しようとするものである。遺産税によれば、被相続人の財産額が同じであれば、同じ相続税額になる。しかし、各相続事例における各相続人単位でみれば、同じ額の相続財産を相続しても、被相続人の財産額の多寡により、相続人の相続税額が異なることになる。一方、遺産取得税の考えによれば、被相続人の財産の多寡に関係なく、同じ金額の相続財産を相続した相続人の相続税額は、同額になる。

現在の相続税法は、「相続税は、この節及び第三節に定めるところにより、相続又は遺贈により財産を取得した者の被相続人からこれらの事由により財産を取得したすべての者に係る相続税額を計算し、当該相続税の総額を基礎としてそれぞれこれらの事由により財産を取得した者に係る相続税額として計算した金額により、課する。」（相法１１）とあるように、シャウプ勧告に基づいて遺産取得税を基本としているが、「遺産がどのように分割されても、税額の合計額が、相続人が法定相続分で相続したと仮定した場合の税額の合計額

[1] 金子宏著「租税法第１３版」弘文社、２００８年、４４８頁
[2] 同上

と等しくなるようにしているため、純粋な遺産取得税の体系を修正」[3]したものになっている。

ところで、相続税の課税根拠について、諸説がある。例えば、「富の再配分による富の集中の排除、被相続人の生前中の所得税の補完的精算、不労所得に対する重課、（以上昭和３２年の『相続税制改正に関する税制特別調査会答申』）、相続人の無償取得財産による担税力の増大に着目した所得税の補完、財産が受ける公共サービスからの便益に対する負担、等があげられる。」[4]である。このように、多くの根拠が羅列されるということ自体、相続税の真の根拠が不明確であることの証左であろう。例えば、被相続人の生前中の所得税の補完的精算であるという根拠について検討してみると、所得税は、所得税法で完結すべき問題であり、「課税のタイミングを逃れた、もしくは租税回避に成功した所得等が蓄積して形成された財産に対して、その者の人生の終焉の時点で清算的に課税するするところに課税の根拠を見出すことも可能である」[5]という根拠には、２つの問題がある。一つは、この根拠によるとするならば、課税のタイミングを逃れた、もしくは租税回避に成功した所得等が蓄積して形成された財産にのみ相続税を課すべきであり、それ以外の財産について課税する根拠を見出すことが出来なくなる。また、国税通則法７０条１項及び５項における除斥期間を設けた趣旨、いわゆる納税者に対する国の課税権を一定期間に制限して、納税者の法的安定性を保障しようとしていることを減ずることになるのではないかという問題である。また、非課税所得に基づいて蓄積された財産に、相続というタイミングで課税するということも、「合法的に非課税所得の規定があるために所得税が免ぜられている分についても課税すべきだという考え方があります。・・・その所得に対して、清算課税として課税すべきというわけです。それなら非課税所得に課税すればよいのです。」[6]というように根拠としては、希薄である。

また、相続人の無償取得財産に対する課税や富の再配分という根拠に対しても批判があり[7]、相続税について、「これほど課税の根拠のない税金はないということです。」[8]という

3　金子宏著「租税法第１３版」弘文社、２００８年、４４８頁
4　増田英敏著「リーガルマインド租税法」成文社、２００８年、１２９頁
5　同上１２９頁～１３０頁
6　武田昌輔著「法人税回顧六〇年」ＴＫＣ出版、２００９年9月、１９７頁～１９８頁
7　同上１９２頁～１９４頁
　増田英敏著「リーガルマインド租税法」成文社、２００８年、１３０頁
8　武田昌輔著「法人税回顧六〇年」ＴＫＣ出版、２００９年9月、１９７頁～１９８頁

考え方もある。

諸外国についても、「オーストラリアやニュージーランドでは、・・・１０年以上も前に廃止されました。他にも、スイスやカナダなどですでに廃止されています。インドネシアやタイ、リヒテンシュタイン、モナコには元々からありません・・・・。アメリカでも、相続税廃止を前提として減税されてきましたが、２０１０年までには廃止されることになる見込みとされています。」[9]というのが現状で、相続税の根拠を明確にする研究が求められるところである。

第２節　相続税の課税価格

相続税の課税客体は、相続財産である。すなわち、相続又は遺贈により財産を取得した者は、当該相続又は遺贈により取得した財産の価額の合計額をもって、相続税の課税価格とする（相法１１の２①）とされている。その財産には、民法上、相続財産とされないが相続税法上、相続財産とみなされる生命保険金や退職金が含まれる（相法３①）。しかし、墓所、霊びょう等の財産は、非課税とされている（相法１２）。そして、課税価格の計算は、当該相続財産の価額から被相続人の債務（相続開始の際現に存するもの（公租公課を含む）及び被相続人に係る葬式費用）を控除した金額による（相法１３）。ただし、被相続人の債務については、確実と認められるものに限定されている（相法１４①）。相続税の課税価格は、このようにして算出されることになる。

第３節　財産の意義と営業権

相続税法に財産の意義及び範囲についての規定はない。各用語の定義を定めている相続税法１条の２にも財産の意義については、規定されていない。しかし、規定のないまま、法文上、財産という文言は、各所に使われている。例えば、「相続または遺贈により財産を取得した・・・」（相法１の３）、「第１条の３第１号又は第２号の規定に該当する者については、その者が相続又は遺贈により取得した財産の全部・・・」（相法２）などである。他の税法にも、財産そのものの規定・定義はされていないので、専ら解釈に委ねられている

[9] 武田昌輔著「法人税回顧六〇年」ＴＫＣ出版、２００９年９月、１９５頁～１９６頁

ことになる。また、解釈の指針となる各種の税法用語辞典（事典）[10]においても、直接的な定義等は記載されていない。

なお、法律用語の辞典によれば、財産権という用語について、「財産権の主要なものは物権・債権・無体財産権であり、原則として譲渡・処分・相続ができる点で共通の性質をもつ。なお、民法は、経済取引上の法律関係に限定する意味で、しばしば財産権という観念を用いる。」[11]とされている。

相続税法関係では、相続税法基本通達１１の２－１において、「財産とは、金銭に見積ることができる経済価値のあるすべてのものをいう」と示されている。しかし、この通達の文言も抽象的で、相続税法上、財産に該当するかどうかの判断において、明確な区分を示していると考えるには、無理がある。同通達は、引き続き、「なお次に留意する。（２）財産には、法律上の根拠を有しないものであっても経済的価値が認められているもの、例えば、営業権のようなものが含まれること。」とし、課税当局が営業権を相続税法上、財産として取り扱っていることを示している。

しかし、通達は、租税法律主義における法源ではないこと、さらに、この通達が直ちに自己創設営業権を相続財産として規定したものかどうかも明確ではない。

第４節、相続税法における営業権の規定と意義

１、相続税法における営業権の規定

前述のように、相続税法、同法施行令及び同法施行規則には、営業権に関する規定はないので、営業権が相続税法上の「財産」に含まれるか否かついては、解釈に委ねられることになる（相法２①、相法２の２②参照)。そこで、財産評価基本通達１６５～１６６（平成２０年改正前は１６５～１６７）は、営業権が「財産」に含まれることを前提として、その計算方法を示している。また、権利者が自ら特許発明を実施している場合の特許権及

---

10 ・杉村章三郎監修・日本税理士連合会編集「六訂版 税務用語事典」ぎょうせい、1990 年
・岩崎政明・平野嘉秋・川端康之共著「全訂版税務用語辞典」財団法人大蔵財務協会、2001 年
・国税庁企画課長編「和英用語対照 税務・会計用語辞典六訂版」財経詳報社、1992 年

11 竹内昭夫・松尾浩也・塩野宏編集代表「新法律学辞典（第三版)」有斐閣、1990 年、５３２頁

び実施権（財評通１４５）や権利者が、自ら使用する実用新案権・意匠権及びそれらの実施権（同１４６）商標権及びその使用権（同１４７）著作権（同１５４）著作隣接権（同１５４－２）は、営業権の価額に含まれて評価される。ただし、同通達１４５～１４７、１５４及び１５４－２は、いずれも自ら使用する場合に限定されている。また、漁業権（同１６３）や指定漁業を営むことのできる権利等（同１６４）も、営業権に含まれて評価される。

２、南部事件の概要

相続税法上、営業権の意義とその評価方法等が法廷で最初に争われた事件としては、東京地裁昭和６３年１月２７日判決（税務訴訟資料１６３号２３頁）、同控訴審東京高裁平成元年５月３０日判決（税務訴訟資料１７０号５３６頁）及び同上告審最高裁平成３年１１月１４日判決（税務訴訟資料１８７号９１頁）がある（以下「南部事件東京地裁判決」、「南部事件東京高裁判決」及び「南部事件最高裁判決」という。また、本事件を「南部事件」という。）。この事件の主要な争点は、取引相場のない株式の評価における純資産価額方式の計算上、営業権を評価する場合に割引手形の金額を総資産価額の中に含めて計算すべきかにある。

南部事件は、原告が南部某の相続人（以下「原告相続人」という。）、被告が芝税務署長（以下「被告税務署長」という。）とする相続税事案である。この南部事件における相続財産には、いわゆる取引相場のない株式があり、原則的には類似業種比準価額によって評価すべきところ、原告相続人が純資産価額方式による評価方法を選択して申告したので、本件更正事件における当該株式の評価も純資産価額方式で行われることになった。

昭和５８年１２月に南部某の死亡により、その原告相続人が行った相続税申告について、被告税務署長が更正及び過少申告加算税の賦課決定を行なった。それに対し原告相続人は、東京国税局に異議申立てをしたが、棄却され、さらに、国税不服審判所に対して行った審査請求も、昭和６０年９月に棄却され、訴訟にいたった事件である。

原告相続人及び被告税務署長とも、営業権の存在自体及び営業権の評価を事件当時の財産評価基本通達１６５～１６７によることは、争っていない。争いの主要点は、当時の財産評価基本通達１６５～１６７の計算要素である総資産価額に割引手形（＝割引手形に対応する受取手形）を含むかどうかであった。

財産評価基本通達における営業権の評価は、原則、単年度超過収益力の１０年分を現在価値に割引くことにより算出される。その単年度超過収益力は、当該評価対象企業の実際の利益金額が標準的企業の利益金額を超過した金額とされるが､標準的企業の利益金額は、当該企業の総資産金額に標準的な企業の総資産利益率を乗ずることにより算定される構造になっている。そのため、当該企業の総資産金額が大きくなると、単年度超過収益力が小さくなり、その結果、営業権の評価額が下がり、一株当たりの純資産価額も下がることになる。

南部事件の当該企業の貸借対照表に計上されていた受取手形は、約１１億円であるが、その中には手形割引高が約９億円含まれていた。原告相続人は、財産評価基本通達における営業権の計算要素である総資産金額に受取手形全額の約１１億円をふくめて計算したのに対し、被告税務署長は、手形割引高約９億円を控除した約２億円として総資産金額を計算した。その結果、営業権の評価額は、原告相続人が約２億３千万円としたのに対し、被告税務署長は、３億５千万円として更正した。この結果を見ても、割引手形を総資産額に含めるかどうかの影響額の重大性が理解できる。

３、営業権の意義

南部事件東京地裁判決及び南部事件東京高裁判決は､「一般に営業権とは､企業が有する長年にわたる伝統と社会的信用、名声、立地条件、営業上の秘訣、特殊の技術、特別の取引関係の存在等を総合した、将来にわたり他の企業を上回る企業収益を稼得することができる無形の財産価値を有する事実関係と解すべきであるから、これは、将来におけるその超過収益力を資本化した価値として、原則として課税時期においてこれを評価し、総資産価額の中に含めるべきものである。」と判示している。

一般に、営業権の意義を、その企業又は事業者の優位的地位としてとらえ、かつ、それを評価の局面で優位的地位から生じた超過収益力に求めるのが典型的な論理構成である。上記各判決の考え方を詳細に分析すると､営業権の源泉は､「企業が有する長年にわたる伝統と社会的信用、名声、立地条件、営業上の秘訣、特殊の技術、特別の取引関係の存在等」であり、それらの源泉が総合され（＝有機的に結合されて)、その結果として、「将来にわたり他の企業を上回る企業収益を稼得する」ということが言えるわけである。そして､「企業が有する長年にわたる伝統と社会的信用、名声、立地条件、営業上の秘訣、特殊の技術、

特別の取引関係の存在等」（以下「事業の安定的な優位的地位」という。）は、「将来にわたり他の企業を上回る企業収益を稼得する」（以下「超過収益力」という。）ことをもたらすがゆえに「無形の財産価値を有する」ことになる。

他の判決を見ても、「事業の安定的な優位的地位」を営業権の本質と見ていることは明らかである。例えば、福島地裁昭和４６年４月２６日判決（税務訴訟資料６２号５９８頁）は、「営業権は、・・・債権・無体財産権に属せず、・・・既設の企業が、各種の有利な条件または特権の存在により他の同種企業のあげる通常の利潤よりも大きな収益を引き続き確実にあげている場合、その超過収益力の原因になるものをいい、・・・。」として、「事業の安定的な優位的地位」が超過収益力の原因であることを示している。さらに、「その超過収益力の原因としては、既設企業の名声、立地条件、経営手腕、製造秘訣、特殊の取引関係または独占性など」であると判示している。

また、東京高裁昭和５０年５月２８日判決（税務訴訟資料８１号７０３頁）も、「営業権とは、ある企業が同種の事業を営む他の企業が稼得している通常の収益（いわゆる平均収益）よりも大きな収益、つまり超過収益を稼得できる無形の財産的価値を有している事実関係であると解されている。そして、この超過収益力の要因としては、当該企業の長年にわたる伝統と社会的信用、立地条件、特殊の製造技術及び特殊の取引関係の存在並びにそれらの独占性等の多様な諸条件が考えられ・・・」と判示している。

以上の各判決の立場は、いわゆる自己創設営業権を相続財産として認めている。しかし、後述するように、会社法、企業会計をはじめ法人税法、所得税法及び消費税法は、有償による譲受け又は合併等により取得した場合に限り営業権の貸借対照表能力を認めている。いわゆる有償取得営業権だけを貸借対照表能力ある営業権とし、自己創設営業権を認めていない。

相続税法上、課税財産として、自己創設営業権が含まれるのか、また、自己創設営業権が含まれるとしても、どの範囲までを射程にしているのか（＝どのような要件を満たした場合に営業権として認識するか）は、第５章第１節で検討をする。

第２章　相続税法における営業権の財産価値

第１節　相続税法における営業権の評価

相続税法上の財産の価額は、時価による。このことを明らかにしているのが、相続税法２２条で、「この章で特別の定めのあるものを除くほか、相続、遺贈又は贈与により取得した財産の価額は、当該財産の取得の時における時価により、当該財産の価額から控除すべき債務の金額は、その時の現況による。」と定めている。この場合の「特別の定め」については、地上権及び永小作権・定期金に関する権利並びに立木について、法定されている（相法２３～相法２６）。したがって、営業権の価額は、相続税法２２条の原則どおり、時価による。この「時価」については、一般的に「不特定多数の当事者間で自由な取引が行われる場合に通常成立すると認められる価額」すなわち客観的交換価額であると解されている。しかし、このような抽象的な概念では課税実務が動かないので、課税実務では、財産評価基本通達１６５～１６６に示されているところによる場合が多い。前掲の南部事件東京地裁判決及び南部事件東京高裁判決も、財産評価基本通達の評価を前提としている。

そこで、財産評価基本通達１６５～１６６に定める営業権の価額（時価）について、次節以下、その計算構造及び計算要素について説明し、第４章でその評価の問題点を、第５章でその評価のあり方を示すことにする。

第２節　財産評価基本通達１６５～１６６の計算構造

１、基本算式

財産評価基本通達１６５～１６６の計算構造は、下記のとおりである。

算式１：平均利益金額×0.5　－標準企業者報酬額　－　総資産額×0.05＝単年度超過利益金額

算式２：単年度超過利益金額×営業権の持続年数（原則として 10 年）に応じる基準年

利率による複利年利率[12]＝営業権

算式１は、「平均利益金額×0.5　－標準企業者報酬額」で当該法人又は当該個人における事業における実際収益力を算出し、「総資産額×0.05」で標準収益力を算出している。そして、実際収益力から標準収益力を控除することにより、単年度の超過収益力を求めている。

算式２は、単年度超過収益力が原則として１０年間、同額で続くことを前提として、１年目～１０年目の単年度超過収益力を基準年利率により現在価値に割引き、その合計額を営業権の評価額とすることを示している。

営業権の計算構造は、次のようになっている。

実際収益力・・・・・・・・・ＡＲ

標準収益力・・・・・・・・・ＳＲ

単年度超過収益力・・・・・・ＯＲ

現在価値への割引率・・・・・ｒ

時価総資産金額・・・・・・・ＴＡ

とすると　ＯＲ＝ＡＲ－ＳＲとなる。これが算式１である。

１０年間の各年度の単年度超過収益力をOR_1、OR_2・・・・OR_{10}とし、それぞれを現在価値に割引くと下記になる。

OR_1 ／（１＋ｒ）＋OR_2 ／（１＋ｒ）^{2}＋・・・＋OR_{10} ／（１＋ｒ）^{10}

この合計額が、１０年分の超過収益力の現在割引価値であり、営業権の評価額になる。これが算式２に該当する。

さらに、財産評価基本通達は、各年度（１０年間）の単年度収益力ＯＲを同額としているので、営業権の評価額は、次のようになる。

ＯＲ　／（１＋ｒ）＋ＯＲ　／（１＋ｒ）^{2}＋・・＋ＯＲ　／（１＋ｒ）^{10}

＝ＯＲ×１０年に応じる基準年利率による複利年金現価率

２、調整計算

財産評価基本通達１６５～１６６では、企業者報酬の調整をはじめ、いくつかの調整計算が求められている。調整計算は､経常化･標準化調整と評価の安全性調整に大別される。

12　基準年利率、複利年利率の内容については、第４章第５節参照。

先ず、経常化・標準化の調整を列挙すると、下記３つになる。

①非経常的な損益の額

②支払利子及び社債発行差金償却費の額

③青色事業専従者給与額又は事業専従者給与額（法人にあっては、損金算入役員給与）

このうち、①は、通常発生しないような損金や益金を除外し、将来も安定的に発生する超過収益力を算定しようとするものと考えられる。したがって、比較される標準収益力（ＳＲ）における標準総資産利益率において、非経常的な損益の額が除外されていると思われる（ただし、国税庁が算定基礎データーを公開していないので検証は出来ない)。

②は、総資産を構成する有利子他人資本コストと自己資本コストの調整[13]をはかろうとするものである。平均利益金額を算出する段階で、有利子他人資本コストを加算する（その結果、支払利子及び社債発行差金償却費の額が発生しない状態の収益力になる）が、標準収益力（ＳＲ）における標準総資産利益率も、支払利子及び社債発行差金償却費の額は加算されていものと思われる。(これも、国税庁が算定基礎データーを公開していないので検証は出来ない)。なお、平成２０年度に改正された財産評価基本通達において、手形割引料が除外されたことの妥当性等については、４章３節・５章３節１及び４節において後述する。

次に、③は、専従者や役員の報酬の高低を調整しようとするものである。②と同じように、平均利益金額を算出する段階で加算される（その結果、専従者報酬額または役員給与額が発生しない状態にする）が、その後、標準企業者報酬を控除する。この調整方法の妥当性等については、４章３節・５章３節２において後述する。

次に、評価の安全性のために、実際の収益力に０．５を乗じて、調整後実際収益力ＡＲを算出する。これは、営業権が不確実な資産であることに着目したもので、過大評価になることを回避しようとするものである。

３、計算構造の展開

13 この調整は、単に有利子他人資本コストと自己資本コストの調整を目的としているのか、それとも資金調達の手段の相違によるコストの調整を目的としているのかという問題については、第４章３節、第５章３節を参照。

財産評価基本通達１６５～１６６による営業権は、１０年分の各年の超過収益力を現在価値に割引いた金額の合計とされている。そして、上記１で示した計算式を展開することにより、単年度超過収益力ＯＲの計算構造が理解できる。それを下記に示す。

調整後実際収益力・・・・・・ＡＲ

標準収益力・・・・・・・・・ＳＲ

単年度超過収益力・・・・・・ＯＲ

現在価値への割引率・・・・・ｒ

時価総資産金額・・・・・・・ＴＡ　　とすると

単年度の超過収益力ＯＲは、ＡＲ－ＳＲである。

ＯＲ＝ＡＲ－ＳＲ

ところで、単年度の標準収益力ＳＲは、当該企業の総資産額ＴＡにサンプリング対象である一般企業の標準総資産利益率を乗じたものになる。

ＳＲ＝ＴＡ×一般企業の標準時価総資産利益率

さらに、調整後実際収益力ＡＲは、当該企業の総資産額ＴＡに当該企業の実際の時価総資産利益率を乗じたものになる。

ＡＲ＝ＴＡ×当該企業の実際時価総資産利益率

そうすると、財産評価基本通達で示している

ＯＲ＝ＡＲ－ＴＡ×一般企業の標準時価総資産利益率（５％）　の算式は、

ＯＲ＝ＴＡ×当該企業の実際時価総資産利益率－ＴＡ×一般企業の標準時価総資産利益率

となるので、

ＯＲ＝ＴＡ×（当該企業の実際時価総資産利益率　－　一般企業の標準時価総資産利益率）

となる。

上記の式から、財産評価基本通達１６５～１６６の超過収益力は、時価総資産の生み出す総資産利益率の差、すなわち評価対象たる当該企業の実際時価総資産利益率と一般企業の標準時価総資産利益率との差に着目して、超過収益力を測定しようとするものであることがわかる。

以上のことから、財産評価基本通達上の営業権の性格は、下記のとおりとなる。

①営業権=超過収益力という考えに基づいている。

②超過収益力の原因・源泉を無視し、すべての超過収益力は、「事業の安定的な優位的地位」を源泉としているという仮定に立っている[14]。

③計算構造は、超過収益力を算定することを目的としている。

④１０年分の超過収益力の現在割引価値の総計をもって、営業権評価額としている。

⑤過去の超過収益力をもって、将来の超過収益力を算出している。

⑥超過収益力は、時価総資産利益率の実際と標準の差額として算出する構造になっている。

⑦現在価値割引率は、基準年利率を使っている。

⑧標準総資産利益率は、同業種企業比較ではなく、全業種企業比較を採用している。

⑨総資産は、時価である。

⑩収益力は、法人税法上（個人にあっては所得税法上の）の所得を用いて算出している。

⑪営業権の計算は、基本的計算構造と調整計算からなっている。

⑫調整計算は、「評価の安全性調整」と「経常化・標準化調整」にわかれる。

⑬「評価の安全性調整」のため実際収益力に０．５を乗じている。

⑭経常化・標準化調整は、非経常的な損益調整、支払利子調整及び企業者報酬調整からなっている。

⑮他の方法を認めない単一の基準である。

[14] 詳細は、５章１節２を参照。

第３章、他制度における営業権の認識と評価

第１節、他税法における営業権

１、法人税法における営業権等

（１）営業権

法人税法は、固定資産の範囲について、土地（土地の上に存する権利を含む)、減価償却資産、電話加入権その他の資産で政令で定めるものと規定（法法２二十二）している。そして、減価償却資産の範囲については、法人税法２条２３号で、建物、構築物、機械及び装置、船舶、車両及び運搬具、工具、器具及び備品、鉱業権その他の資産で償却をすべきものとして政令で定めるものをいうとしている。さらに、法人税法施行令１３条１項８号ルで、営業権を無形固定資産の一つとしている。以上により、営業権は、無形固定資産であり、減価償却資産である。

また、営業権の償却費の計算及びその償却方法については、下記のように法人税法施行令に委任されている（法法３１①)。営業権も無形固定資産の一つなので、その償却方法としては、無形固定資産の償却の方法である旧定額法が適用される（法令４８①四)。

営業権の取得価額は、購入したものであれば、他の減価償却資産と同じように、購入代価に事業の用に供するために直接要した費用の額を加算した金額とされる（法令５４①一)。購入以外では、適格合併、適格分割、適格現物出資または適格事後設立が考えられるが、その場合も従前の取得価額を引き継ぐことになる（法令５４①五)。さらに、非適格合併等により移転を受けた営業権は、次の（２）で述べるように、取得価額以前に、営業権・のれん・資産調整勘定という概念の範囲と関係が不明確である。また、法人税法上、自己創設営業権は、認められていないと解されるが、無償で取得した営業権は、「その取得の時における当該資産の取得のために通常要する価額」（法令５４①六)、すなわち時価により資産計上されることになる[15]。

15 企業会計上、無償により取得した営業権は、貸借対照表能力がない（企業会計原則・注解２５）

営業権の償却年数は、財務省令[16]の定めるところとされ（法令５６）、減価償却資産の耐用年数等に関する省令別表３（無形減価償却資産の耐用年数表）で５年とされている。また、営業権の残存価額は、減価償却資産の耐用年数等に関する省令別表９により零とされている。そして、営業権の償却も、他の減価償却資産の償却費と同じように、損金経理が求められている(法法３１①)。営業権の償却について、他の減価償却資産と異なる特徴は、月割り計算を行わないことである。事業年度の途中で事業の用に供した減価償却資産の減価償却限度額を定めた法人税法施行令５９条１項で、営業権を除くとあるので、月割計算は求められていない。

ところで、営業権の範囲については、法令では一切規定していない。 課税の取扱いである法基通７－１－５は、「繊維工業における織機の登録権利、許可漁業の出漁権、タクシー業のいわゆるナンバー権のような法令の規定、行政官庁の指導等による規制に基づく登録、認可、許可、割当て等の権利を取得するために支出する費用は、営業権である。」と具体的な例を示している。しかし、これをもって、法人税法の営業権の範囲が明確にされたわけではない。

（２）資産調整勘定・負債調整勘定

前述のような営業権に関する法人税法の規定に加え、平成１８年の改正により、営業権に類似する新たな規定（法人税法６２条の８）が設けられた。

法人税法６２条の８は、非適格合併等に関して設けられたが、法人税法内の営業権の概念に、混乱をきたしている。

法人税法６２条の８は、内国法人が非適格合併、非適格分割、非適格現物出資若しくは営業譲受けにより、被合併法人等から資産・負債を引受けた場合に、非適格合併等対価額（＝非適格合併等により交付を受した金銭の額及び金銭以外の資産の価額の合計額）が、被合併法人等から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は、その超える金額は、法人税法施行令１２３条の１０第４項に定める資産等超過差額部分を除き、資産調整勘定（法法６２の８①）とし、逆に非適格合併等対価額が、被合併法人等から移転を受けた資産及び負債の時価純資産価額に満たないときは、その満たない金額は、負債調整勘定（法法６２の８③）とすることを規定している。ただし、法人税法６２条の８第１

16 減価償却資産の耐用年数等に関する省令

項が示しているように、非適格合併等の場合、資産及び負債は、それぞれ時価で評価され、その差額が時価純資産額となるが、その際、移転を受けたとして、計上を許される営業権は、「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とする」（法令１２３の１０③）に限定されている。なお、負債の時価額と法人税法６２条の８第２項１号の退職給与債務引受額及び同２号の短期重要債務見込額は、負債の額に含まれる（法人税法６２条の８第１項)。そして、資産の時価額から負債の時価額を控除した金額が時価純資産価額となる。非適格合併等対価額が時価純資産価額を超過している場合、その差額が資産調整勘定とされる。

このような調整勘定の創設は、法人税法内での営業権の概念に混乱をもたらした。

前述したように、法人税法は、営業権の概念を定義していないので、厳密な意味で何が営業権かは明確ではない。法人税法における営業権は、原則として、営業譲受けや合併等実際の取引に基づく有償取得による場合に限られており、相続税法のように、自己創設営業権を認識して、資産に計上することを予定していないものと考えられている。したがって、法人税法６２条の８が立法される前は、実務上、「合併法人が支払った合併対価額」から「合併法人が被合併法人から受け入れた純資産価額」を控除した差額を営業権として処理していた。「合併法人が支払った合併対価額」が会計監査上問題になるような場合を除き、営業権は、単に差額概念として取り扱われ、税務上も法人税法施行令１３条１項８号ルで規定する営業権として償却計算をして来たようである。ところが、法人税法６２条の８が立法され、「資産調整勘定」と「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」という概念が新たに示され、それらと「法人税法施行令１３条１項８号ルで規定する営業権」との関係が必ずしも整理され、明確になっていないままになっている。

法人税法６２条の８を前提とすると、営業権には、「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」（以下「独立取引営業権」という。）と「独立した資産として取引される慣習のあるもの以外の営業権」（以下「非独立取引営業権」という。）があることになる。

そのうち、独立営業権は、法人税法６２条の８第１項の規定により、資産調整勘定には含まれず、資産調整勘定の外に独立した資産として位置付けられ、「法人税法施行令１３条１項８号ルで規定する営業権」に該当すると思われる。しかし、非独立営業権は、法人税法６２条の８第１項の規定のように、資産調整勘定の外に位置付ける規定がないので、結果として、資産調整勘定に包含され、資産調整勘定の一部を構成することにならざるを得

ない。しかし、非独立営業権は、営業権であるので、同時に「法人税法施行令１３条１項８号ルで規定する営業権」にも該当するのではないかという疑問がある。法人税法上、非独立営業権が資産調整勘定であり、同時に「法人税法施行令１３条１項８号ルで規定する営業権」であるという奇妙な位置づけとなる。実務的には、非独立営業権が資産調整勘定なのか、「法人税法施行令１３条１項８号ルで規定する営業権」なのかにより、その損金経理の方法が異なることになる。資産調整勘定は、法人税法６２条の８第４項、５項に基づき６０カ月にわたって均分ずつ損金とされるが、同法５項は、損金経理が要求されていない。それに対して、「法人税法施行令１３条１項８号ルで規定する営業権」の場合は、損金経理が要求されている（法法３１①）。ただし、資産調整勘定の償却期間は６０カ月、法人税法施行令１３条１項８号ルで規定する営業権は５年で、期間については同一であるが、両者とも月割計算は要求されていない。

２、所得税法における営業権

所得税法の営業権の取得価額及び減価償却に関する規定は、法人税法の規定とほぼ同じである。対比すると下記のようになる。

減価償却費について異なるのは、法人税法が、損金経理を求めて償却限度額以内の償却を定めているのに対して、所得税法は、損金経理要件がなく、減価償却限度額を必要経費としている点である。

その相違が生ずるのは、法人税法における確定した決算及び損金経理（法法２①二十五）という概念が所得税にはない結果であると思われる。なお、両税法の法定を比較すると、次のとおりである。

営業権が無形固定資産の一つであること		法令１３①八ル	→ 所令６①八ル
減価償却の計算	法法３１①	→	所法４９①
営業権の償却の方法	法令４８①四	→	所令１２０①四
営業権の取得価額	法令５４①一	→	所令１２６①一
営業権の償却年数	法令５６	→	所令１２９

償却年数については、減価償却資産の耐用年数等に関する省令別表３で５年とされている。

また、営業権の残存価額は、減価償却資産の耐用年数等に関する省令別表９により

零とされている。

出漁権等　　法基通７－１－５　→　所基通２－１９、

３、消費税法における営業権

消費税は、国内において事業者が行った課税資産の譲渡等が行われた場合に課せられる（消法４①）。そして、資産の譲渡の概念が消費税法２条１項８号及び同法施行令２条３項に規定されている。消費税法２条１項１６号では、「建物・構築物、機械及び装置、船舶、航空機、車両及び運搬具、工具、器具及び備品、鉱業権その他の資産でその価額が少額でないものとして政令で定めたものをいう。」と定めており、その政令で定めたものとして営業権が掲げられている（消令５⑧ヌ）。また、消費税の課税対象は、国内取引に限定されているが、営業権の譲渡の場所については、営業権という権利に係る事業を行う者の住所地であることが明らかにされている（消令６①七）。さらに、消費税法基本通達５－７－８には、営業権の範囲が規定されている。その内容は、法人税法基本通達７－１－５と同じである。

第２節、会社法における営業権

平成１４年改正前の商法２８５条ノ７は、「暖簾ハ有償ニテ譲受ケ又ハ合併ニ因リ取得シタル場合ニ限リ貸借対照表ノ資産ノ部ニ計上スルコトヲ得此ノ場合ニ於テハソノ取得価額ヲ附シ其ノ取得ノ後５年内ニ毎決算期ニ於テ均等額以上ノ償却ヲ為スコトヲ要ス」と規定していた。この場合の暖簾の計上は、①有償取得または合併の場合に限定されること、②その場合の計上も任意であること及び③５年内に毎期均等額以上の償却を要することが定められている。有償取得又は合併の場合に限定されているので、自己創設暖簾の計上は、認められない。

上記の規定は、平成１４年の商法改正（平成１５年４月１日施行）により削除され、平成１８年改正前の商法施行規則３３条に移された。平成１８年改正前の商法施行規則３３条は、「のれんは、有償で譲り受けまたは吸収分割若しくは合併により取得した場合に限り、貸借対照表の資産の部に計上することができる。この場合においては、その取得価額を付し、その取得の後５年以内に、毎決算期において均等額以上の償却をしなけ

ればならない。」というもので、平成１４年改正前商法２８５条ノ７の規定と実質的には同じである。

さらに、平成１８年に会社法が施行され、会社法に関連する法務省令として、会社法施行規則、会社計算規則及び電子公告規則が公布された。特に、計算書類の作成については、会社法４３５条２項で、「株式会社は、法務省令で定めるところにより、下記事業年度に係る計算書類（貸借対照表、損益計算書その他株式会社の財産及び損益の状況を示すために必要かつ適当なものとして法務省令で定めるものをいう。)及び事業報告並びにこれらの付属明細書を作成しなければならない。」とし、その作成指針として会社計算規則が法務省令として定められた。

すなわち、「旧商法下では商法施行規則の中に計算に関する規定が置かれていたが、会社法の下では会社法施行規則とは別に会社計算規則が定められている。」[17]と説明されており、それに伴い従前の商法施行規則３３条も廃止され、現行の会社計算規則１１条が設けられた。その中で、「会社は、この節に定めがある場合に限り、資産又は負債としてのれんを計上することができる」と規定した。同条の「この節の定め」には、吸収合併（会社計算規則１２～１５)・吸収分割（会社計算規則１６～１９)・株式交換（会社計算規則２０)・新設合併（会社計算規則２１～２３)・新設分割（会社計算規則２４～２６)・株式移転（会社計算規則２７～２８）及び事業の譲受け（会社計算規則２９）がある。

この平成１８年の改正で、従前の商法の考え方をいくつかの点で変えている。その一つは、負ののれんを認めたことである。次に、のれんの償却期間を明示していないことである。

負ののれんを認めたことは、後に示す企業会計における企業結合会計基準や平成１８年改正による法人税法（例えば法法６２の８）とも平仄を合わすものである。

また、償却期間については、実質的に企業会計に委ねようとしたものと解される。委ねられるべき企業会計の内容については、一般に公正妥当と認められる企業会計を斟酌することになる。すなわち、旧商法３２条２項で、「商業帳簿の作成に関する規定の解釈については公正なる会計慣行を斟酌すべし」とあり、公正なる会計慣行の斟酌規定が設けられていたが、その考えは、会社法にも引き継がれ、「株式会社の会計は、一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に従うものとする。」（会社法４３１条）とされていることからも明

17　群谷大輔監修「会社法関係法務省令逐条実務詳解」清文社、２００６年１０月、４９９頁

らかである。

したがって、一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行によれば、営業権[18]は、上記の会社計算規則１２条～２９条に示す場合に限り、資産又は負債として計上することが出来ることになる。これは、旧商法２８５条ノ７で示されていた合併または有償取得の場合に限りのれんを計上することが出来るというものと実質的に同じである。すなわち、財産評価基本通達１６５～１６６のように、自己創設営業権を認めていない。

第３節、企業会計における営業権

１、金融商品取引法における営業権の規定

金融商品取引法（以下「金商法」という。）は、「企業内容等の開示の制度を整備するとともに、・・・有価証券の発行及び金融商品等の取引等を公正にし、有価証券の流通を円滑にするほか、資本市場の機能の十全な発揮による金融商品等の公正な価格形成等を図り、もって国民経済の健全な発展及び投資者の保護に資することを目的とする。」（金商法第１条）ものである。

金商法１９３条は、「この法律により提出される貸借対照表、損益計算書その他の財務計算に関する書類は、内閣総理大臣が一般に公正妥当であると認められるところに従って内閣府令で定める用語、様式及び作成方法により、これを 作成しなければならない。」としている。その内閣府令として、財務諸表等の用語、様式及び作成方法に関する規則（以下「財務諸表等規則」という。）及び連結財務諸表等の用語、様式及び作成方法に関する規則（以下「連結財務諸表規則」という。）がある。したがって、財務諸表等規則及び連結財務諸表規則は、金商法適用会社に対し法的拘束力を有す。

そこで、財務諸表等規則と連結財務諸表規則における営業権に関する規定を見てみると、財務諸表等規則２８条１項は、「無形固定資産に属する資産は、次に掲げる項目の区分に従い、当該資産を示す名称を付した科目をもって掲記しなければならない。１、営業権・・・」とし、連結財務諸表規則も２８条１項で、財務諸表等規則と同様の内容を規定している。

しかし、財務諸表等規則においても、連結財務諸表規則においても、営業権の内容及び

18　会社計算規則１１条は、のれんという文言を使っている。営業権とのれんという文言の範囲及び異同点は不明である。したがって、この節では、同義に使用する。

処理については、規定していない。したがって、金商法１９３条の「・・・一般に公正妥当であると認められるところに従って・・・」という規定による。この規定に関しては、財務諸表等規則１条１項及び連結財務諸表規則１条１項が、「・・・この規定において定めのない事項については、一般に公正妥当と認められる企業会計の基準に従うものとする。」と定めている。そして、財務諸表等規則１条２項及び連結財務諸表規則１条２項は、「企業会計審議会により公表される企業会計の基準は、前項に規定する一般に公正妥当と認められる企業会計の基準に該当するものとする。」と定めている。

よって、営業権の計上については、「企業結合に係る会計基準」（平成１５年１０月３１日、企業会計審議会）に従うことになる。同基準においては、有償譲受けまたは合併等により取得した場合に限り、営業権を計上することが出来るとされ、いわゆる自己創設営業権を認めていない。

２、企業結合会計基準における営業権の規定

企業結合会計基準では、国際会計基準とのコンバージェンスに向け、持分プーリング法[19]を廃止し、パーチェス法[20]に統一した。企業会計基準委員会が平成１５年に当初定めた企業会計基準２１号「企業結合に関する会計基準」において、企業結合のうち、「取得」[21]の場合には、被取得企業の資産・負債の取得に関して時価により受け入れるパーチェス法を適用し、「持分の結合」[22]の場合には、帳簿価額で引継ぐ持分プーリング法を適用することになっていた。

しかし、平成２０年改正後は、「取得」及び「持分の結合」の場合も、「取得原価は、被取得企業から受け入れた資産及び引き受けた負債のうち企業結合日時点において識別可能

19 すべての結合当時企業の資産、負債及び資本を、それぞれの適切な帳簿価額で引き継ぐ方法

20 被結合企業から受け入れる資産及び負債の取得原価を、対価として交付する現金及び株式等の時価（公正価値）とする方法

21 「取得とは、企業が他の企業（被取得企業）又は企業を構成する事業に対する支配を獲得することとして、一つの報告単位になることである。」
企業会計審議会「企業結合に係る会計基準」二 ４、平成１５年１０月３１日

22 「持分の結合とは、いずれの企業（又は事業）の株主（又は持分保有者）も他の企業（又は事業）を支配したとは認められず、結合後企業のリスクや便益を引続き相互に共有することを達成するため、それぞれの事業のすべて又は事実上のすべてを統合して一つの報告単位となること」企業会計審議会「企業結合に係る会計基準」二 ５、平成１５年１０月３１日

なもの（識別可能資産及び負債）の企業結合日時点の時価を基礎として、当該資産及び負債に対して企業結合日以後１年以内に配分する。」[23]として、パーチェス法に統一した。その際、「受け入れた資産に法律上の権利など分離して譲渡可能な無形資産が含まれる場合には、当該無形資産は識別可能なものとして取り扱う。」[24]とされている。すなわち、資産として貸借対照表に時価で計上することになる。さらに、「取得後に発生することが予測される特定の事象に対応した費用又は損失であって、その発生の可能性が取得の対価の算定に反映されている場合には、負債として認識する。」[25]とされ、原則、固定負債として貸借対照表に計上される。

企業結合会計においては、のれん又は負ののれんは、「取得原価が、受け入れた資産及び引受けた負債に配分された純額を上回る場合には、その超過額はのれんとして次項に従い会計処理し、下回る場合には、その不足額は負ののれんとして第３３項に従い会計処理する。」[26]と規定されている。そして、正ののれんは、２０年以内のその効果の及ぶ期間にわたって、定額法その他の合理的な方法により規則的に償却する[27]。ただし、のれんの金額に重要性が乏しい場合には、当該のれんが生じた事業年度の費用として処理することができる。また、負ののれんは、当該のれんが生じた事業年度の利益として処理する。

３、企業会計原則における営業権

企業会計原則では、第三貸借対照表原則四の（１）Ｂに、「営業権、特許権、地上権、商標権等は無形固定資産[28]に属するものとする。」とあり、さらに第三貸借対照表原則五のＥ及び注解２５で、「営業権は、有償で譲受け又は合併によって取得したものに限り貸借対照表に計上し、毎期均等額以上を償却しなければならない。」としている。

営業権を無形固定資産としていること及び有償で譲受け又は合併によって取得したも

23　企業会計基準委員会・企業会計基準２１号「企業結合に関する会計基準」２８項、平成２０年１２月２６日

24　同上２９項

25　同上３０項

26　企業会計基準委員会・企業会計基準２１号「企業結合に関する会計基準」３１項、平成２０年１２月２６日

27　なお国際会計基準では、毎期償却する方法ではなく、買収等の時点ののれんの価値が減じたと認識した場合に「減損」という手続きをするよう要求している。のれんの減損もコンバージェンスの対象になっている。

28　営業権を無形固定資産にしているのは、法人税法も財務諸表規則及び連結財務諸表規則も同様である。

のに限定していることには、重要な意味がある。

先ず、営業権を繰延資産ではなく、無形固定資産にしている点である。繰延資産は、「将来の期間に影響する特定の費用は、次期以後の期間に配分して処理するため、経過的に貸借対照表の資産の部に記載することができる。」（企業会計原則・第三、一、D）とし、さらに、「『将来の期間に影響する特定の費用』とは、すでに代価の支払が完了し又は支払義務が確定し、これに対応する役務の提供を受けたにもかかわらず、その効果が将来にわたって発現するものと期待される費用をいう。これらの費用は、その効果が及ぶ数期間に合理的に配分するため、経過的に貸借対照表上繰延資産として計上することができる。」（企業会計原則・注解１５）とされている。役務の提供を既に受けているので、繰延資産を他に譲渡することは不可能である。すなわち、「なお、資産の本質を換金能力または売却価値のある物財および権利と規定する立場からすれば、開業費などのように換金性や売却価値をもたない項目は資産性を認められないことになるが、上述のように、資産を将来において発現すると期待される経済的利益と規定する立場からは、換金性や売却価値の有無にかかわりなく、将来の企業活動に貢献しうる項目は、すべて資産としての資格を与えられるのである。要するに、繰延資産は、換金能力または売却価値（換金価値）の観点からは資産性を認められないが､用役潜在性または将来の経済的利益という観点からその資産性(貸借対照表能力）を認められるのである。」[29]ということになる。

それに対して、無形固定資産は、換金能力または売却価値を有する資産である。無形固定資産には、法律上の権利である特許権、実用新案権等と法律上の権利ではない営業権がある。このうち営業権も無形固定資産である以上、換金能力または売却価値を有するという性格が求められている。仮に、営業権が将来の超過収益力を持つが、換金能力も売却価値もないのであれば、企業会計原則上、無形固定資産ではなく繰延資産[30]に区分されるはずである。

次に、企業会計原則上、合併または有償取得した場合に限り営業権を認めている点である。このことは、上記で述べた営業権が無形固定資産として、換金能力または売却価値を有するということと関係しているが、その前に、合併または有償取得の意義を明らかにしておきたい。

29　加古宜士著「財務会計概論」中央経済社、２００８年４月、８４頁

30　厳密に言うと、繰延資産は、「すでに代価の支払が完了し又は支払義務が確定し、これに対応する役務の提供を受けた」ものであるから、自己創設営業権は、繰延資産にも該当しないことになる。

４、会計理論における営業権

会計理論上、営業権の取得には、合併または有償取得した場合のほかに、無償で譲り受ける場合（以下「無償譲受営業権」という。）、有償で自己創設する場合（以下「有償自己創設営業権」という。）及び自然発生的に生じた場合（以下「自然発生自己創設営業権」という。）がある。

これらのうち、企業会計上、どこまでが貸借対照表能力を与えられるのかという問題がある。

自己創設営業権という場合、一般に、自然発生自己創設営業権を指すことが多い。企業会計は、この自然発生自己創設営業権を認めていない[31]。次に、有償自己創設営業権というものが具体的にどのような内容で、実例があるのか不明である。これに関しては、繰延勘定であるという考え[32]もある。しかし、この有償自己創設営業権も企業会計上、認められていないと解すべきであろう。

企業会計原則をはじめとする企業会計においては、営業権を無形固定資産とし、その無形固定資産の属性として、換金能力または売却価値を有することが求められる。

そして、有償による譲受け又は合併等により取得した場合に限り営業権の貸借対照表能力を認めている趣旨は、「独立第三者間の取引が成立したことにより、市場を一度、通過したという事実」（以下「市場性」という。）が、換金能力または売却価値の有無を客観的に検証するテストとしてもっとも有効であると考えているところにある。自己創設した会社自身が換金能力または売却価値の有無を証明しても、客観性を保持することが難しいと考えられるからである。外部の第三者との間で行われた有償による譲受け又は合併等により取得した営業権であれば、「市場性」により外部の第三者が換金能力または売却価値を認識したことになる。

自己創設営業権の資産計上が認められないことについて、「自己創設のれんは資産計上されないと述べたが、それはなぜであろうか。最大の原因は、『自己創設のれん』の測定の

31　企業会計原則注解２５
企業会計基準委員会企業会計基準２１号「企業結合に関する会計基準」、１０５項

32　竹内昭夫・鴻常夫・上柳克郎代表編集、蓮井良憲稿「新版注釈会社法（８）」１９０頁に「なお、木村重義「貸借対照表の営業権」会計学研究［昭３１］１５５は、営業権の有償創設の場合は、創業費・開発費などの繰延勘定となると解される。」という記述がある。

信頼性にあるといえる。すなわち『のれん』自体が『見えざるもの』であるだけに、貨幣額でもって測定できるのか、また貨幣額以外の何らかの方法で測定できるとしてもそれに合理性を見いだすことができるのかというものである」[33]とされている。

最後に、無償取得営業権である。無償で棚卸資産や固定資産を譲り受けた場合、企業会計原則によれば、「贈与その他無償で取得した資産については、公正な評価額をもって取得原価とする。」[34]とし、簿外にするのではなく、公正な評価額（時価）により資産計上することを予定している。これは、「現行財務会計においては、非貨幣性資産の購入については当該資産を取得するために実際に支払った対価によって評価し（支払対価主義）」[35]という原則の例外である。しかし、営業権については、企業会計原則注解２５で、「有償で譲受けによって取得したものに限り」と明記されているので、無償で取得した営業権を資産計上することは、許されない[36]。

ところで、話を元に戻し、営業権について有償で譲受け又は合併によって取得したものに限るとされているのは、営業権が無形固定資産であるということ、すなわち、換金能力または売却価値を持つということと関係している。すなわち、有償による譲受け又は合併等により取得した場合に限り、営業権の貸借対照表能力を認めている趣旨は、「市場性」が、換金能力または売却価値の有無を客観的に検証するテストとして、もっとも有効であるからである。

それに対して、自然発生自己創設営業権及び有償自己創設営業権は、市場を一度も通過していないので、その換金能力または売却価値を客観的に証明することが難しいという特性がある。また、無償譲受営業権は、外部との取引により生じたものであるが、その客観的対価額が示されていないという欠陥がある。棚卸資産や有形固定資産のように有形資産は、無償で譲受けた場合であっても、ある程度、客観的にその価値を測定することが可能であるが、営業権という無形資産については、客観的に公正価値を測定することが難しく、その点で、企業会計は、有償で譲受け又は合併によって取得したものに限り貸借対照表に計上することを認めていると思われる。

33　広瀬義州著「財務会計第９版」中央経済社、２００９年４月、２７３頁

34　企業会計原則第三、５、Ｆ

35 広瀬義州著「財務会計第９版」中央経済社、２００９年４月、１０７頁

36 法人税法上は、営業権の時価により資産計上することになると思われる（法法２２②、法令５４①六）。

自己創設のれんは、ＦＡＳＢ（米国財務会計基準審議会）やＩＡＳＢ（国際会計基準審議会においても資産計上することが認められていない。ＦＡＳＢやＩＡＳＢにおける資産の定義からは、必ずしも自己創設のれんを排除していないように考えられるが、結果的に、ＦＡＳＢもＩＡＳＢも自己創設のれんを資産として認めていない。そのことについて、「では、そうした資産の定義を規定する概念書と自己創設のれん計上を禁止する各基準を、ＦＡＳＢやＩＡＳＢではどのように両立させているのであろうか。まずＦＡＳＢでは、定義や測定可能性、目的適合性、信頼性などの認識基準を満たし、かつ一般的制約でであるコスト・ブネフィット及び重要性の判断をクリヤした項目のみ、財務諸表に認識される（ＳＦＡＣ、Ｎｏ.５、paras.63-77）。それゆえ、自己創設のれんがこれらの基準を満たさなければ、たとえ資産の定義を充足しても財務諸表に資産として認識されることはない。・・・このように海外の概念書においては、自己創設のれんの認識・測定の段階で除かれる構造・・・」ということになっている。すなわち海外でも、測定可能性や信頼性という点から自己創設のれんの資産計上が認められていないが、この論理は、わが国の企業会計原則や会計理論において、自己創設営業権を資産として認めていないことと符合するものである。

第４章　相続税法における営業権評価の問題点

第１節　営業権概念と超過収益力

１、概要

営業権の源泉は、「企業が有する長年にわたる伝統と社会的信用、名声、立地条件、営業上の秘訣、特殊の技術、特別の取引関係の存在等」で、それらの源泉が総合され（＝有機的に結合されて)、その結果として、「将来にわたり他の企業を上回る企業収益を稼得」することが生ずるわけである。そして「企業が有する長年にわたる伝統と社会的信用、名声、立地条件、営業上の秘訣、特殊の技術、特別の取引関係の存在等」[37] は、「将来にわたり他の企業を上回る企業収益を稼得する」[38] ことをもたらすがゆえに「無形の財産価値を有する」ことになる。これが、第１章で述べた営業権の概念である。

ところで、「事業の安定的な優位的地位」と「超過収益力」との論理的な因果関係や計数的関係性を示す規定は、相続税法になく、単に、財産評価基本通達１６５～１６６において、下記の評価方法（計算構造と計算要素）を示すのみである。

算式１：平均利益金額×0.5　－標準企業者報酬額　－　総資産額×0.05＝単年度超過利益金額

算式２：単年度超過利益金額×営業権の持続年数（原則として 10 年）に応じる基準年利率による複利年利率＝営業権

算式１のうち、「平均利益金額×0.5　－標準企業者報酬額」は、実際収益力を算出するものであり、「総資産額×0.05」は、標準収益力を示している。

この計算構造からは、「事業の安定的な優位的地位」と「超過収益力」との論理的な因果関係や計数的関係性を読み取ることは出来ず、むしろ「超過収益力」の源泉を一切無視し、「超過収益力」そのものを営業権と見なすという計算構造になっている。評価が妥当かどうかは、その評価の方法、評価における計算要素及び評価の結果が評価対象たる財産の概念に照らして、合理性があるかどうかにより判断されるべきである。財産評価基本通達

37　第１章では、「事業の安定的な優位的地位」と表現した。
38　第１章では、「超過収益力」と表現した。

の計算構造から見ると超過収益力のすべては、「事業の安定的な優位的地位」を源泉としているという前提に立っているが、その前提が妥当かという問題がある。

「事業の安定的な優位的地位」が存在するのであれば、そこから「超過収益力」が生み出されるが、現に発生した「超過収益力」のすべてが「事業の安定的な優位的地位」を源泉としていると決めつけることに問題がないかの検討が必要であろう。そこで、ここでは、簡単な数値モデルにより、営業権の概念と超過収益力の関係について考察することとする。

以下のモデルでは、評価の安全性調整（５０％）と標準化調整（支払利子等や企業者報酬）を無視し、現在価値割引率ｒも零とした簡易なモデルとしている。

２、本来の営業権（モデル１）

賃貸用マンション（土地・建物）１０００のみを資産として所有し、マンション賃貸業を経営している甲社の得ている利益は８０とする。賃貸用マンション（土地・建物）自体から生み出される標準的な利益は、５０（近隣の同じような賃貸用マンション《土地・建物》の時価総資産利益率は５％が標準）で、残り３０は、その地域で永年培った信用力と情報システムにより、賃貸用マンションの空室率を下げる甲社のノウハウという「事業の安定的な優位的地位」から生み出されたとする。その結果、営業権は、３００と計算される。

［前提条件］

時価総資産額ＴＡ	１０００	土地・建物の相続税評価額の合計額
実際利益（実際収益力）ＡＲ	８０	
現在価値への割引率ｒ	零と仮定[39]	

［計算プロセス］

単年度の超過収益力ＯＲ	３０	（＝８０－１０００×５％）
営業権	３００	（＝３０×１０年）

単年度の超過収益力が３０で、現在価値への割引を無視すると、単年度超過収益力の１０年分が営業権となる。したがって営業権は、３００となる。

営業権＝３０／（１＋ｒ）＋　３０／（１＋ｒ）^{2}＋・・・＋３０／（１＋ｒ）^{10}

[39] 現在価値割引率が零ということは、現時点の３０と１年後の３０、１０年後の３０が同じ価値を持つということである。

となるが、ｒ＝ゼロという前提なので、（１＋ｒ）、（１＋ｒ）^{2}及び（１＋ｒ）^{10}もすべて１になる。

したがって、営業権＝３０＋３０＋・・・＋３０＝３００となる。

この場合、相続税の課税財産は、土地５００及び建物５００と営業権３００の合計１３００になる。

[相続税における財産]

土地	５００
建物	５００
営業権	３００（「事業の安定的な優位的地位」を源泉とする超過収益力の１０年分）

この営業権が、「事業の安定的な優位的地位」を源泉とする超過収益力で、概念と評価に整合性があると言える。

３、既計上資産の実質的評価替え機能（モデル２）

事例は、モデル１と同じであるが、賃貸用マンション（土地・建物）の近隣における賃貸用マンション（土地・建物）の時価総資産利益率が８％である点だけが異なる乙社について考えてみる。

この場合も、財産評価基本通達１６５の計算構造により計算すると、モデル１と同じ営業権の金額になる。近隣の賃貸用マンション（土地・建物）の時価総資産利益率が８％なので、乙社でなくても、近隣の同じ賃貸用マンション（土地・建物）と同様、賃貸から得られる利益８０は､獲得可能である｡モデル１の甲社のような信用力とノウハウがあれば、稼働率を現在より上げて１０％、１１％の利益を生み出すことも可能であるが、残念ながら、乙社には信用力及びノウハウがないので、近隣と同じ利益８０しか獲得出来ない（現に、近隣の甲社だけが、その信用力及びノウハウのため１１％の利益を上げている)。したがって、賃貸用マンション（土地・建物）を所有する乙社の「事業の安定的な優位的地位」から生み出された超過収益力はゼロである。しかし、財産評価基本通達１６５～１６６の計算式に当てはめると、実際の超過収益力がないにもかかわらず、営業権は、認識されてしまう結果になる。

相続税法における営業権の本質は､「事業の安定的な優位的地位」を源泉として生み出さ

れる超過収益力である。しかし、モデル２の単年度の超過収益力３０（財産評価基本通達１６５のように標準的な時価総資産利益率を一律に５％とするならば、３０は超過収益力であるが、近隣の賃貸用マンション《土地・建物》の利益率８％を前提とするならば超過収益力は零）は、「事業の安定的な優位的地位」という特別のことがなくても稼得出来るものなので、「事業の安定的な優位的地位」から生じた超過収益力とは言えない。

この「事業の安定的な優位的地位」以外から生み出された超過収益力をどのように考えれば良いのか。また、この「事業の安定的な優位的地位」以外から生み出された超過収益力を営業権として、相続税の課税財産として認識し、評価して良いかという問題がある。

この問題については、第５章第１節で詳細に検討したい。

第２節　超過収益力

１、税法上の課税所得

ところで、財産評価基本通達１６６では、「平均利益金額は、課税時期の属する年の前年以前３年間（法人にあっては、課税時期の直前期末以前３年間とする）における所得の金額の合計額の３分の１に相当する金額（その金額が、課税時期の属する年の前年（法人にあっては、課税時期の直前期末以前１年間とする。）の所得金額を超える場合には、課税時期の属する年の前年の所得の金額とする。）」とし、「この場合における所得の金額は、所得税法第２７条《事業所得》の金額（法人にあっては、法人税法第２２条《各事業年度の所得の金額》第１項に規定する所得の金額に損金に算入される繰越欠損金の控除額を加算した金額とする。）」としている。

このように、利益金額を過去の所得税法及び法人税法に定める所得によると規定しているが、これには三つの問題がある。一つは、過去の課税所得が将来の課税所得として有用なのかという問題であり、二つ目は、法人税法及び所得税法の所得が、超過収益力算定上の利益として適切かという問題である。すなわち、法人税法及び所得税法の所得概念は、各税法における担税力を測定する目的のもので、企業価値評価や営業権の評価という極めて経済的、経営的な取引を背景とした（又は意識した）場合に、そのまま馴染むものか疑問である。しかも、両税法の課税所得は、政策的要請を受けて、本来の所得概念を相当に歪めている。

三つ目は、平成２０年度の財産評価基本通達１６５～１６６の改正で、平均利益金額の算定上、繰越欠損金の控除額を認めなくなった点である。すなわち、法人にあっては、法人税法２２条１項に規定する所得の金額に損金に算入された繰越欠損金の控除額を加算した金額とするとされている。この繰越欠損金の控除額を認めないという取扱いに妥当性があるのかも検討し、第５章で見解を示したい。

２、税引後利益

財産評価基本通達１６６は、「この場合における所得の金額は、所得税法第２７条《事業所得》の金額（法人にあっては、法人税法第２２条《各事業年度の所得の金額》第１項に規定する所得の金額に損金に算入される繰越欠損金の控除額を加算した金額とする。)」と規定し、税引前の所得としている。しかしながら、超過収益力を算定する場合の利益としては、税引後の利益が適切ではないかという問題がある。

ところで、企業価値評価理論における代表的な算定方法であるＤＣＦ法（Discounted Cash flow Method）においては、税引後のフリーキャッシュフローを使用する。ＤＣＦ法は、将来の予想フリーキャッシュフローの現在割引価値で企業評価を行おうとするものである。

フリーキャッシュフローという概念が実際に自由に使える資金を測定しようとするため、利益のうち社外流出する税金部分を控除しようとするものである。社外流出する税金部分は、株主の価値に帰属しえないという事実に着目したからである。

一方、財産評価基本通達における営業権の評価要素である評価会社の過去３年の平均利益金額においては、税引前の所得である。ＤＣＦ法におけるフリーキャッシュフロー計算において控除される税金を財産評価基本通達において､控除しなくて良いかが問題となる。

３、総資産利益率

財産評価基本通達１６５～１６６による超過収益力のとらえ方は､、時価総資産の生み出す総資産利益率の差、すなわち当該企業の実際時価総資産利益率と一般企業の標準時価総資産利益率との差に着目して､超過収益力を測定しようとするものである｡このことは、第２章第２節３で述べたが、ここでも簡単に示すと、下記のように、財産評価基本通達

１６５～１６６の計算式を展開することにより求められる。

調整後実際収益力・・・・・・ＡＲ

標準収益力・・・・・・・・・ＳＲ

単年度超過収益力・・・・・・ＯＲ

現在価値への割引率・・・・・ｒ

時価総資産金額・・・・・・・ＴＡ　　とすると

単年度の超過収益力ＯＲは、ＡＲ－ＳＲである。

ＯＲ＝ＡＲ－ＳＲ　　この式を展開すると

ＯＲ＝ＡＲ－ＴＡ×一般企業の標準時価総資産利益率（５％）　の算式を展開すると

ＯＲ＝ＴＡ×当該企業の実際時価総資産利益率　－ＴＡ×一般企業の標準時価総資産利益率

となるので、

ＯＲ＝ＴＡ×（当該企業の実際時価総資産利益率　－　一般企業の標準時価総資産利益率）

となる。

上記の式から財産評価基本通達１６５～１６６の超過収益力は、時価総資産の生み出す時価総資産利益率の差、すなわち当該企業の実際時価総資産利益率と一般企業の標準時価総資産利益率との差に着目して､超過収益力を測定しようとするものであることがわかる。

ここで問題になるのが、超過収益力を測定する尺度として、総資産利益率が唯一の判定基準なのか又は一番適切な判定基準なのかという問題である。次に、評価対象企業の総資産利益率と比較される標準企業の総資産利益率として業種別総資産利益率の方が適切ではないのかという問題である。

総資産利益率は、経営指標として極めて重要である。しかし、産業構造も変化し、２０年、３０年前のように重厚長大型の産業も主流の座を明け渡した。製鉄業・造船業を見れば良く理解出来よう。このような構造的な変化については､「現在社会における富及び成長は、物的形態も金融的形態ももたない将来の経済的便益に対する請求権であると定義された「無形資産」に大きく左右されている。特許権、バイオ薬品、ブランド、戦略的提携関係、顧客リスト、コスト削減を実現するインターネットを活用した独特のサプライ・チェーンーこれらはすべて無形資産の例である。これに対して、伝統的な資産である物的資産及び金融資産は、急速に単なるもの（commodity）になりつつある。これらの伝統的な資

産は競争相手も等しく入手可能であり、結果として、せいぜい競争市場における投資収益率程度しか収益を生み出さないからである。」[40]と解されている。このような経済・経営環境の中で、総資産利益率以外にも、企業の超過収益力を測定する有効な指標があるのではないかという問題があるが、その課題を第５章第２節３で検討することにする。

平成２０年の改正前の財産評価基本通達は、標準的収益力算定にあたり、時価総資産金額に基準年利率を乗じていたが、平成２０年の改正で、標準的総資産利益率を乗ずるように変更された。標準的な企業の総資産利益率として極めて低い基準年利率を使うことについては、実態と乖離しているのではないかという疑問があった。したがって、この改正は、一面では妥当な改正と評価したい。総資産に乗ずる標準総資産利益率は、改正により変わったが、評価対象企業の実際総資産利益率と標準的総資産利益率との比較により超過収益力を算定しようとする考えに変化はない[41]。すなわち、平成２０年改正前の基準年利率は、当時の総資産利益率という位置付けであったと思われる。

ところで、財産評価基本通達１６５に示されている標準的総資産利益率は、業種別の標準的総資産利益率ではない。これに関して、超過収益力を測定するにあたり、「他の全業種企業との比較」（全業種企業比較説）か「同業の他の企業との比較」（同業種企業比較説）のどちらに合理性があるのかが問題になる。

平成２０年の改正前当時の判決においても、考え方は分れている。同業種企業比較説に立っているものとして、横浜地裁昭和４８年６月５日判決（税務訴訟資料７０号２０８頁）や控訴審の東京高裁昭和５０年５月２８日判決（税務訴訟資料８１号７０３頁）がある。しかし、上告審の最高裁昭和５１年７月１３日判決（税務訴訟資料８９号１７３頁）は、全業種企業比較説に立っている。

また、南部事件東京地裁判決及び同控訴審の南部事件東京高裁判決は、全業種企業比較説に立っている。もっとも、これらの区分も、判決の中では、「一般に営業権とは・・・・将来にわたり他の企業を上回る企業収益を稼得・・・」[42]としているか、「営業権とは、あ

40　ジョン・ハンド＋バルーク・レブ編著・広瀬義州＋晝間文彦＋長束航＋中嶋隆一＋渡辺剛他 訳「無形資産の評価」中央経済社、２００８年、１頁

41　庄司範秋編「財産評価基本通達逐条解説　１８年改訂版」財団法人大蔵財務協会　５００頁によれば「総資産価額×基準年利率による控除は、超過収益力の計算上、投下資本の働きによる部分を控除するためのものである。」とし、平成２０年度改正前の財産評価基本通達１６５も、基準年利率をもって標準的な時価総資産利益率を算定していることを示している。

42　東京地裁昭和６３年１月２７日判決（税務訴訟資料１６３号２３頁）
東京高裁平成元年５月３０日判決（税務訴訟資料１７０号５３６頁）

る企業が同種の事業を営む他の企業が稼得している通常の収益（いわゆる平均収益）よりも大きな収益、つまり超過収益を稼得・・・」[43]としているかの違いに過ぎない。しかも、全業種企業比較説か同業種企業比較説かが、争点になっているわけではないので、意識的に、どちらの説に立って判決したのかは、断定できない。どちらの立場に立つかにより営業権の評価額は、異なることになり検討が必要である。

４、超過収益力の持続年数（１０年）とその減価

営業権の本質は、「事業の安定的な優位的地位」で、それを源泉とする「超過収益力」を評価の基礎においていると考えている。そして、財産評価基本通達１６５～１６６の計算式によれば、単年度の超過収益力の１０年分の割引現在価値の合計額を、営業権の価値としている。これは、現在の超過収益力（超過収益力のすべてを「事業の安定的な優位的地位」から生じているという前提の不当性については先に述べた）が、１０年間安定的かつ継続的に生ずるという前提に立っている。

この前提には、２つの問題がある。一つは、同額の超過収益力が１０年間続くという財産評価基本通達１６５～１６６の考えに妥当性があるのかという問題である。もう一つは、相続発生時の超過収益力がその後、減価しないのかという問題である。相続発生時の超過収益力を維持するためには、常に技術革新・市場開拓・広告宣伝という不断の努力と投資（以下「事業の安定的な優位的地位維持投資」という。）が必要であるが、相続発生以後、一切の「事業の安定的な優位的地位維持投資」を行なわなければ、１～２年後に、現在の「事業の安定的な優位的地位」は、劣化し、それを源泉とする「超過収益力」の減価が避けられないであろう。相続後における「事業の安定的な優位的地位維持投資」なしに、相続時点の超過収益力が減価せずに１０年間維持出来るという前提は、現実的ではないという問題である。

第３節　調整計算

平成２０年改正後の財産評価基本通達１６５～１６６における営業権算定上、調整計算をする項目は、経常化・標準化調整と評価の安全性調整である。このうち経常化・標準化

[43] 東京高裁昭和５０年５月２８日判決（税務訴訟資料８１号７０３頁）

調整は、非経常的な損益の額、借入金等に対する支払利子・社債発行差金の償却額及び企業者報酬額の各調整である。

非経常的な損益の額は、営業権の算定において、異常な要素を排除しようとするものである。しかし、非経常的な損益の額の範囲が必ずしも明確ではない。特に、財産評価基本通達１８３（２）において、取引相場のない株式を類似業種比準価額方式により評価する場合、一株当たりの年利益金額の計算において、調整するのは、非経常的な利益の金額であり、非経常的な損失は含まれない。その違いは、なぜ生ずるのか。また、類似業種比準価額方式により評価する場合、一株当たりの年利益金額における非経常的な利益として示されている固定資産売却益、保険差益等と財産評価基本通達１６６（１）イに示されている非経常的な損益のうちの利益部分は、同一なのかの検討が必要である。

また、経常的か非経常的かは、その企業や個人事業の業種・規模によっても異なる。さらに、事業目的との関連性をどのように考えるかも問題になる。例えば、毎期の売上が１０億円で所得は２億円であったが、ある商品がヒットして前々期だけ売上２０億円、所得は５億円とした場合、前々期所得５億円のうち毎期の所得２億円を超過する３億円は、毎期発生するかどうかという点では、非経常的である。しかし財務会計上は、事業目的との関係で売上高として経常損益に表示される。

次に、借入金等に対する支払利子・社債発行差金の償却額を、法人税法における所得の金額又は所得税法における所得の金額に加算する（なかったものとする）調整計算については、平成２０年改正前において調整計算の対象であった手形割引料が外された。しかし、手形割引料と支払利子は、資金調達に伴うコストという点では類似するものであり、これを除外することに正当性があるか疑問である。手形割引料を調整計算の対象に含めるかどうかは、支払利子・手形割引料を調整計算する意義は、何かと関係する問題である。同時に、手形割引料を調整計算の対象に含めるかどうかは、総資産額に割引手形金額を含めるかどうかという問題とも関係する。

また、平成１８年から平成１９年にかけて、会社法、企業会計基準及び法人税法において、社債発行差金は、繰延資産から除外され、したがって、社債発行差金の償却費という概念もなくなったが、平成２０年度の改正財産評価基本通達１６６において、社債発行差金の償却費の額という文言を使用している点について触れたい。

企業者報酬の調整については、財産評価基本通達の算式上、安全率として０．５を乗ずじた後に調整しているが、安全率を乗ずる前に調整し、その調整後の数値に安全率を乗ず

べきではないかという問題がある。さらに、企業者報酬額については、過大役員報酬部分はともかくとして、その他の部分まで調整計算をする意義があるかも疑問である。

最後に、評価の安全性調整である。単年度超過収益力は、評価対象個人事業又は評価対象法人企業の実際収益力と標準収益力の差とされているが､財産評価基本通達１６５では、評価の安全性に配慮して､実際収益力に０.５を乗した数値を単年度超過収益力の算定上、使っている。すなわち、単年度超過収益力は、実際収益力×０．５－標準収益力という計算構造になっている。この評価の安全性の調整は、営業権という資産が､「企業が有する長年にわたる伝統、社会的信用、名声、立地条件、営業上の秘訣、特殊の技術、特別の取引関係の存在等」から生ずる超過収益力という性格を考えると必要な調整であると思われる。すなわち､「企業が有する長年にわたる伝統､社会的信用､名声､立地条件､営業上の秘訣､特殊の技術、特別の取引関係の存在等」は、土地や売掛金のように、単独で換金能力または売却価値を持つ資産ではなく、事業全体としての価値の一部を構成するものである。また、超過収益力の計算の基礎となる事業の利益は、便宜上、過去の利益に基づいて計算されているが、過去の利益が将来も確実に確保されるという保証もない。このようなことを考え合わせると、実際収益力を５０％程度減額した数値に基づいて超過収益力を算定することは、合理的な調整である。

ところで、財産評価基本通達に示されている調整計算の意義と目的は、何であろうか。おおよそ､その目的は３つに分けられる。１つ目は､営業権の金額を不当に低くするため、営業権の計算要素を意図的に操作することを防止する目的である。二つ目は、相続時における計算要素のなかの異常値を排除しようとするものである。３つ目は、相続時における計算要素について、実際数値を使うことが納税者にとって著しく不利または有利に作用することを回避しようとするものである。実際の数値よりも標準的な数値を使用する方が課税の公平性が保てるというものである。

財産評価基本通達に示されている各調整項目がこの目的に照らし妥当性を持つのかを第５章３節で検討を加えたい。

第４節　総資産額

財産評価基本通達１６５~１６６において、標準収益力は、時価総資産金額に総資産利益率を乗じてを算定する構造になっている。そのため、時価総資産金額の大小が営業権の

評価額に大きく影響する。したがって、総資産額に含まれるかどうかについて争いが生じる。南部事件では、割引手形が総資産に含まれるかどうかが主要な争点となった。この問題については、平成２０年度の財産評価基本通達改正において、手形割引料が調整計算から外されたこととの関連でその妥当性の検討が必要になろう。また、これは、南部事件における判決の論拠とも関連する問題である。

現行の財産評価基本通達で、支払利子が調整計算の対象になっているのに対し、手形割引料は､調整計算の対象にされていない｡南部事件当時の相続税の財産評価基本通達では、手形割引料は、支払利子と同様、調整計算の対象になっていた。

そこで、最初に、南部事件における判決を検討する。

南部事件における原告の主張は、経済実質的に手形割引も短期借入金（手形担保）も同一であるので、割引手形を総資産に含めるべきであるというものである。さらに、当時の財産評価基本通達において、手形割引料を加算する調整が求められていたが、その調整と整合性を保つ意味でも、割引手形を総資産に含めるべきであるという主張である。

南部事件東京地裁判決は、商担手借と手形割引の同質性について、「確かに、商担手借の場合に担保として譲渡された手形は、手形以外の他の譲渡担保物と異なり、所持人に復帰することはないのが通常であること、一定の場合に所持人に買戻し義務が発生することがあること、その経済的実質が所持人の資金調達の一手段とされていること、利子の性格を有する金員が支払われること、などの諸点において、商担手借と手形割引とは同様な性格を有するものということができる。」と判示しているが､その法的性格の差異に着目して、「その法的な性格は、右に述べたとおり、一方は手形の売買、他方は金銭消費貸借における譲渡担保手形というように、明らかに異なるものといわざる得ないのである。したがって、このような割引手形と譲渡担保手形の法的な性格の違いに着目して、課税手続上、両者につき異なる取扱いをすることも許されるものというべきであって、これを目して租税の公正性を害するとする原告らの主張が失当であることは明らかである。また、仮に、その経済的同質性に着目して、割引手形と譲渡担保手形とを税法上も同一の取扱いをすべきであると解したとしても、前述の総資産価額が現に企業に投下されている資本を基準としてとらえられるべきであることに照らすと､・・・譲渡担保手形の類が現行の課税手続において総資産価額に含められているからといって、割引手形についてその額を総資産価額に含めることの相当性を根拠づけることにはないものというべきである。」と判示している。

さらに、割引手形を総資産から除外することと、手形割引料を営業利益に加算すること

によりなかったものとしていることについて、南部事件東京地裁判決は、「なお、評価通達は、１６６の（２）のロにおいて支払利子、手形割引料を所得金額の計算上なかったものとしているが、これは、超過利益金額算出の過程で控除される標準利益金額（総資産価格×0.08[44]）の中に、投下されている他人資本の金利に相当する分も含まれていることから、二重控除とならないようにする趣旨であると解されるところ、原告らは、支払利子の場合は二重控除の防止の趣旨が妥当するが、手形割引料の場合は、割引手形の額が総資産価額に含まれなければ二重控除の防止とならないばかりでなく、手形割引料に相当する額は非控除になると主張する。しかしながら、右主張は理由がない。すなわち、支払利子に対応するのは、これを発生させ、貸借対照表上借方に記載される借り入れられた現金又は当座預金なのであり、また、手形割引料に対応するのは、やはりこれを支払った上で取得され、貸借対照表上借方に記載される現金又は当座預金なのであって、それぞれの対応関係において前述の二重控除防止の趣旨が妥当しているのである。したがって、譲渡担保であると否とにかかわらず、受取手形が存在する場合にこれが総資産価額に含まれることと、支払利子、手形割引料を所得金額の計算上なかったものとして扱うこととの間には、何らの関係もないのである。」としている。また、南部事件東京高裁判決も、「そして、右評価通達が、前記算式中の『平均利益金額』の計算上、手形割引料をなかったものとするのは、右の具体的な額（現実の収益力）を算定するに当たり、企業の純粋な事業活動によつてあげた収益を基礎とするのが営業権の評価上適切であるため営業外の費用である手形割引料をなかったものとする趣旨であって、いわゆる二重控除を防止する趣旨でないと解するのが相当である。したがって、前記算式中の『平均利益金額』の計算上、手形割引料をなかったものとしてこれを加算されることになつたからといつて、手形割引残高を同算定中の『総資産額』に含め・・・なければならないものではないというべきである。・・・前記算式中の『総資産額』は、課税時期における総資産の価額すなわち、現に企業に投下されている資本の額を基準にとしてこれをとらえるべきものといえるのであるから、当該企業から銀行等に所有権が移転し、企業の資産を構成するものでない割引手形の残高は、『総資産額』に含まれるものではないというべきである」と判示している。南部事件東京地裁判決も南部事件東京高裁判決も、割引手形の法的側面を重視し、割引手形を総資産額に含めることを否定している。また、手形割引料をなかったものとする調整計算と割引手形を総資産額に含めることには関連性がないとしている。

44　南部事件の当時の財産評価基本通達では、標準総資産利益率は８％であった。

しかしながら、支払利子・手形割引料の調整は、資本調達の手段の相違（有利子他人資本か自己資本かの相違）により、営業権の評価額が増減することを回避しようとする要請を損益面で実現しようとするものである。同じように、資金調達の手段の相違（借入金による資金調達か手形割引による資金調達かの相違）により営業権の評価額が増減することは、回避しなくて良いのかという問題がある。

第５節　現在価値割引率－基準年利率－

１、現在価値割引率の意義と重要性

財産評価基本通達１６５によれば、１０年分の超過収益力を単純に合計するのではなく、基準年利率に基づき、現在価値に割引くことになっている。これは、価値の時間的要素を反映したもので、ファイナンス理論においても税法においても、当然のことになっている。

現時点の 1000 円と１年後の 1000 円は、同じ価値ではない。現時点で 1000 円の現金を定期預金（利率年２％）にした場合、１年後には、1020 円になっている。これが複利であれば、２年後は 1040.4 円になる。したがって、１年後の 1020 を現在価値に置き直すには、1020÷（１＋０．０２）で求められる。同様に２年後の 1040.4 円を現在価値にするには 1040.4÷（１＋０．０２）^{2} で算出することができる。すなわち、２年後 1040.4 円と１年後の 1020 円及び現時点の 1000 円は、同価値と言える。

この考えに基づき、１年後の 1000 円、２年後の 1000 円及びｎ年後の 1000 円を現在価値に割引くには、下記のようになる（現在価値割引率をｒとする）。

１年後の 1000 を現在価値にするには　　1000÷（１＋ｒ）

２年後の 1000 を現在価値にするには　　1000÷（１＋ｒ）^{2}

ｎ年後の 1000 を現在価値にするには　　1000÷（１＋ｒ）^{n}

財産評価基本通達１６５は、１０年間の各年の単年度超過収益力を現在価値に割引計算するが、現在価値への割引率が営業権の金額算定上、重要な要素になる。

仮に、毎期の超過収益力が１０００で、１０年間同額だとして、割引率が０％、１％、１．５％、２％及び５％の場合の営業権の評価額は、下記のようになる。同じ超過収益力であっても、割引率により営業権の評価額が、大きく変動することがわかるであろう。

０％　　１０，０００

１％　　９，４７１．３

１．５％　９，２２２．３　（国税庁の複利年金現価率によれば、９，２２２）

２％　　８，９８２．６

５％　　７，７２１．７　となる。

２、財産評価基本通達１６５における現在価値割引率　－基準年利率の性格－

財産評価基本通達１６５で示されている割引率は、基準年利率で平成２１年９月現在１．５％である。

基準年利率は、財産評価基本通達４－４に規定されている。それによれば、基準年利率とは、「・・・年数又は期間に応じ、日本証券業協会において売買参考統計値が公表される利付国債に係る複利利回りを基に計算した年利率によることとし、・・・」とある。ここで示されているように、基準年利率は、利付国債の利率をベースに算出されるため、極めて低くなっている。例えば、平成２１年９月新発の１０年利付国債の表面利率は、１．３％、基準年利率は、１．５％となっている。

国債は、リスクの点から見ると、リスクが全くない商品である。したがって、その利率は、国債以外の債券（地方債や社債）と比べて一番低くなっている。ファイナンス理論において、リスクフリーレートと言われる所以である。

このように極めて低くかつリスクが全く考慮されていない現在価値割引率を、営業権評価において使うことが妥当かを検討する必要があろう（現在価値割引率が低いと営業権の評価額が高くなる）。

また、平成２０年改正前の財産評価基本通達では、時価総資産金額に乗ずる標準的総資産利益率と現在価値割引率は、同一（同率）のものであった。しかし平成２０年の改正において、標準的総資産利益率を基準年利率から５％に変更したにもかかわらず、現在価値割引率は、基準年利率のままになっている。その性格上、標準的総資産利益率と現在価値割引率は、同一（同率）であるべきであるという立場から問題としたい。

なお、複利年金現価率は、一定期間の各年（又は各期）の単年度超過収益力やフリーキャッシュフローが一定の場合、現在価値割引率（財産評価基本通達の場合は基準年利率）をもとに計算される係数で、単年度超過収益力やフリーキャッシュフローに乗ずることに

により現在価値の総和が算出される。

例えば、現在価値割引率がｒとし、１０年間の単年度超過収益力ＯＲが毎年異なる場合、超過収益力の現在価値の総和は、

現在価値の総和＝OR_1 ／（１＋ｒ）＋OR_2 ／$(1+r)^2$＋・・・＋OR_{10} ／$(1+r)^{10}$

で計算される。

しかし、１０年間の単年度超過収益力ＯＲが毎年、同一である場合、現在価値の総和は、

OR_1 ／（１＋ｒ）＋OR_2 ／$(1+r)^2$＋・・・＋OR_{10} ／$(1+r)^{10}$

＝ＯＲ ／（１＋ｒ）＋ＯＲ ／$(1+r)^2$＋・・・＋ＯＲ ／$(1+r)^{10}$

＝ＯＲ×$(1+r)^n-1$／ｒ$(1+r)^n$

で簡単に計算される。

$(1+r)^n-1$／ｒ$(1+r)^n$が、現在価値割引率ｒを前提とした複利年金現価率である。

今、１０年分の単年度超過収益力が同一の場合、現在価値割引率を基準年利率１．５％として複利年金現価率を求めると

$(1+r)^n-1$／ｒ$(1+r)^n$

＝$(1+0.015)^{10}-1$／０．０１５$(1+0.015)^{10}$

＝　９．２２２．３

となり、基準年利率１．５％をリル国税庁発表の複利年金現価率９．２２２と一致する。

３、ＷＡＣＣ法（加重平均資本コスト法）

基準年利率は、リスクを全く考慮されていない現在価値割引率である。このような極めて低い基準年利率を営業権評価において使うことが妥当か疑問である。また、平成２０年改正前の財産評価基本通達では、時価総資産金額に乗ずる総資産利益率と現在価値割引率は、同一のものであった。しかし、平成２０年の改正において、総資産利益率を基準年利率から５％に変更したにもかかわらず、現在価値割引率は、基準年利率のままになっている。総資産利益率と現在価値割引率に差異を設けることが妥当かも問題である。

現在価値割引率として財産評価基本通達１６５は、基準年利率を使用しているが、その妥当性を検討するに当たり、ＤＣＦ法における現在価値割引率について考察してみたい。

現在、M&Aの際に、企業価値評価の実務において、一般的に使われる現在価値割引率の算定方法は、ＷＡＣＣ法（加重平均資本コスト法：Weighted Average Cost of Capital）と言われるものである。

企業価値評価理論におけるＷＡＣＣ法において、資本のコスト（期待利益率）と有利子資本のコスト（利率）を加重平均する根拠は、企業の総資本が自己資本と有利子負債資本から構成されていることに着目しているからである。

自己資本コストについては、「１９６０年代に、W.Sharpe、J.Lintner、J.Treynor らの経済学者によって提唱された統計モデルである資本資産評価モデル（Capital Asset Pricing Model）により算出されます。」[45] で、ＣＡＰＭ理論と言われるものである。このモデルによれば、自己資本コストは、下記のように計算される。

自己資本コスト＝非危険利子率 E（R_f）＋市場リスクプレミアム E（R_i）

それぞれの記号は、下記のとおりである。

E（R_f）・・・ 非危険利子率・・・リスクがない場合の利子率

E（R_i）・・・ 市場リスクプレミアム・・・対象株式の期待投資利回り

E（R_m）・・・市場平均の期待投資利回り・・・株式一般に対する期待投資利回り

β ・・・ 当該企業の市場平均変動に対する反応度・・・市場の株価が１００動くと傾向として当該企業の株価は、どの程度動くかを示す指数。市場の株価が１００動くと当該企業の株価が１２０動く傾向を持っているのであればβ値は１．２となる。すなわち、β値は、マーケット全体に対する企業の株価のボラティリティー（株価変動の振幅の大きさ）を示す。

なお、非上場会社の場合は、さらにスモールキャッププレミアムを加味して、

自己資本コスト＝非危険利子率 E（R_f）＋市場リスクプレミアム E（R_i）＋スモールキャッププレミアム（S_{cp}）

とするのが一般的である。

S_{cp} ・・・ スモールキャッププレミアム・・・非上場会社の企業価値評価の際、追加的に加算するリスク要素。非公開会社又は小規模会社であるがゆえに、流動性の低さ・価格の不透明性・信用リスク等があり、それを反映しようとするものである。公開企業であれば、市場で成立している株価で自由に売

[45] 鈴木義行編著・安井淳一郎・越智多佳子・岡田昌也著「M&A実務ハンドブック　第２版」中央経済社、２００５年２月、２４１頁

却し、資金化することが出来る。それに対し非上場会社の株式は、売却先を自分で探し、売却価額について個別に交渉しなくてはならない。また、当該企業の情報も十分に入手することはできない。このようなマイナスのプレミアムがあるだけに、上場会社に投資するよりも高いリスクがあり、その分高い期待投資利回りが求められる。

上記のうち非危険利子率 E（R_f）は、一般に、公定歩合又は長期国債利回りが使われる。市場リスクプレミアム E（R_i）は、{E（R_f）＋〔E（R_m）－E（R_f)〕×β}で求められる

E（R_i）＝{E（R_f）＋〔E（R_m）－E（R_f)〕×β}

{E（R_f）＋〔E（R_m）－E（R_f)〕×β}の式は、複雑で分かりにくいが、今、仮にβ値が１であるとすると（β値が１ということは、市場平均の株価が１００動くと、当該個別企業の株価も１００動くということを示す)、

{E（R_f）＋〔E（R_m）－E（R_f)〕×１}＝E（R_m）となる。

すなわち、β値が１でない場合は、難しい算式になるが、β値が１である場合、当該企業の期待投資利回り E（R_i）は、市場平均の期待投資利回り E（R_m ）と一致することを示す。

{E（R_f）＋〔E（R_m）－E（R_f)〕×１}

＝E（R_f）－E（R_f）＋E（R_m）＝E（R_m）

スモールキャッププレミアム S_{cp} を何％とするかは、難しい問題である。１００万円の現金を持っている人に、同じ配当利回りの場合に、トヨタ自動車の株式１００万円分買うか、社員１０人くらいの友人の会社（非公開会社で相続税評価額は１００万円）の株式を買うかを聞いた場合、友情という非経済的要素を除けば、多くの者は、トヨタ自動車の株式を選択するであろう。望む時に市場で簡単に売却し、資金化出来るとい機会は、高いプレミアムである。スモールキャッププレミアム S_{cp} は、２％～８％[46]との幅が考えられる。

今、総資産１０００の資本構成が有利子資本６００と自己資本４００から成り、有利子資本のコスト（利率）は３％、市場リスクプレミアムは８％とし、β値は１．２とする。さらに実効税率を４０％とし、公定歩合又は国債利回りは１．５％とし、かつスモールキャッププレミアムを２％とする。そうすると、

実質有利子資本のコスト＝３％×（１－０．４）＝１．８％

---

46 スモールキャッププレミアムとして３％を示している例がある。: 鈴木義行編著・安井淳一郎・越智多佳子・岡田昌也著「M&A実務ハンドブック　第２版」中央経済社　２４６頁

自己資本コスト=[１．５％＋（８％－１．５％）×１．２]＋２％＝１１．３％

ＷＡＣＣ＝（６００×１．８％＋４００×１１．３％）÷（６００＋４００）

＝５．６％

この企業は、毎期５．６％の成長を求められ、５．６％を達成しないと有利子資本のコスト（金利の支払い）と自己資本のコスト（投資家の期待利益率）を満足させられない。

このことから、将来のフリーキャッシュフローや利益を現在価値に置き直すときは、５．６％で割引くべきであるということが言える。すなわち、現在価値割引率は、５．６％となるわけである。このようにＷＡＣＣ法は、有利子負債と自己資本により総資本（＝総資産）が構成されていることに着目して算出されたもので、現在価値割引率としての合理性を持っている。

４、 基準年利率の不当性

ＣＡＰＭ理論[47]により求めた自己資本コストと有利子負債コストを加重平均するＷＡＣＣ法により求められた現在価値割引率は、一般にＤＣＦ法における企業評価方法において使用されるが、ＤＣＦ法とだけ結びつくものではない。企業評価における時間的要素を調整するものとして、ＷＡＣＣ法は、ファイナンス理論においてのみ合理性があるというものではない。税法一般における時間的要素を調整するにあたっても、自己資本コストを考慮している点で、優れている方法である。むしろ、企業評価における現在価値割引率として、基準年利率は、自己資本コストを顧慮外にし、通常発生するリスクを反映していないので、実務において採用される例は皆無である。したがって、企業価値評価を受託した証券会社や公認会計士が使う可能性は全くない。

現在価値割引率として、基準年利率が妥当であるという根拠として、「評価基本通達において基準年利率を適用して評価する財産には、・・・一定期間の年平均収入を推定して評価する財産（著作権、営業権等）とがある。各期の将来収入を予測し、それらを現在価値に割り戻した金額の累計額により評価する財産については、その収入の現在価値は割引債の集合体（１年物割引債＋２年物割引債＋・・・＋ｎ年物割引債）と考えられることから・・・理論的には、基準年利率として『割引債の複利ベースの最終利回り』を用いるのが相当で

47　資本資産評価評価モデル（Capital Asset Pricing Model）。本章本節１参照。

あると認められる」[48]があげられる。しかし、この根拠には、次のような問題がある。すなわち、割引国債や利付国債の利回りは、（日本国自体がデフォルトしない限り）リスクのない利回りであるが、このようなリスクフリーレートを現在価値割引率として使うのは、契約や約定等により将来の収入、利益又はフリーキャッシュフローが確定している場合に限定される。例えば、発行した時点で決められた利付国債の利率は、将来どのような経済事象になったとしても確定されている。このように契約及び約定等により確定した将来の収入等を現在価値に割引く割引率としては、例えば、利付国債の利率が１．５％であれば、現在価値割引率は、１．５％とすべきであるし、定期預金であれば、将来の利息と元本の合計額を現在価値に割引くときには、定期預金利率を使うべきである。

それに対して、営業権の評価における超過収益力は、契約や約定により第三者が確定的に保証してくれる性格のものではない。あくまで過去３期の所得水準を基礎として、将来も過去と同じ程度の所得があげられるであろうという予測であり、予測どおり超過収益力が持続するかどうかはわからない。その意味で、予測どおり超過収益力が獲得出来るかどうかは、分からないというリスクを内包しているのである。このような超過収益力を現在価値に割引く際に、リスクフリーレートである基準年利率を使うことは誤りである。

上記のことを整理すると、営業権の評価において、将来１０年間の超過収益力を現在価値に割引く割引率として、基準年利率を使うことは、次の点で合理性を欠くものである。

①企業の資本構成が有利子資本と自己資本[49]から構成されていることを無視し、自己資本コストを考慮していないこと

②有利子資本コストについても、実際の銀行借入金金利[50]より低い基準年利率を使用していること

③リスク要素を無視していること（基準年利率はリスクフリーレート）

税法における株式の評価も、企業価値評価そのものである。株式の評価における重要な要素である現在価値割引率は、現在のファイナンス理論と無関係であるはずがない。ＷＡＣＣ法は、上記①～③をすべて解消しているものであり、相続税における営業権の評価においても合理性がある。少なくとも、財産評価基本通達においては、自己資本コストを考

48　庄司範秋編「財産評価基本通達逐条解説　１８年改訂版」財団法人大蔵財務協会　２１～２２頁

49 財務省の「法人企業統計」（平成１８年）によれば、全産業平均の自己資本率は３２．８％である。

50 財務省の「法人企業統計」（平成１８年）によれば、全産業平均の借入金利子率は２．０％である。

慮に入れた現在価値割引率が示されるべきである。

また、現在価値割引率として、基準年利率を使うことは、下記に示す①及び②と矛盾するという欠陥もある。

①財産評価基本通達１６５で支払利子の調整計算していること

②財産評価基本通達１６５で標準総資産利益率（５％）を使っていること

このことを次に検討することとする。

５、標準総資産利益率との整合性

超過収益力は、実際収益力から標準収益力を控除することにより計算される。平成２０年改正前の財産評価基本通達１６５において、標準収益力は、時価総資産金額に基準年利率を乗ずることにより算出されていた。同時に、将来の超過収益力を現在価値に割引く割引率も基準年利率であった。その意味で、総資産の生み出す利益率と現在価値割引率は、同率であり、整合性が保たれていた。仮に、利益の発生以外で総資産額の増減がないと仮定すれば、現在の総資産は、１年後に、利益分だけ増加する。翌期の総資産額は、現在の総資産額＋利益で、いわゆるクリーン・サープラス関係[51]が成立する構造になっている。翌期の総資産を、現在価値に引き直す場合は、１年後の総資産÷（１＋基準年利率）となり、現在の総資産と同額になる。

しかし、「国税庁『財産評価基本通達』の一部改正（案）に対する意見募集の結果について（案件番号４１０２００００３、結果の公示日２００８年３月３１日）」（以下「２００８年３月３１日パブリックコメント」という。）は、標準収益力を算出するにあたり、総資産額に乗ずる係数として、基準年利率から標準総資産利子率（５％）に改正した。しかし、現在価値割引率は、従前どおり、基準年利率のままである。

つまり、現時点で 1000 の総資産がある企業は、財産評価基本通達１６５の標準的な総資産利益率５％が実現すれば、１年後には 1050 になる。しかし、２０年改正後の財産評価基本通達１６５に示されている基準年利率１．５％で１年後の 1050 を現在価値に引き直すと、1034 となり、現時点の総資産額 1000 と一致しない。現時点の総資産額 1000 に

51 厳密には、「純資産の変動額が損益計算上の利益を経由しており、したがって剰余金には損益計算書を経由していない項目が混入されていない状態」をいう。
広瀬義州著「財務会計 第９版」中央経済社、２００９年４月、５３ページ

するためには、１年後の 1050 は、現在価値割引率５％で割り直されなければならない。この５％は、標準総資産利益率の５％と同率である。すなわち、価値の増加率（価値の増加するスピード）と将来の価値を現時点に引き直す割引率は、同率でなければならない。

この点について、「２００８年３月３１日パブリックコメント」において、現在価値割引率について基準年利率のまま変更していない点及び総資産額に乗ずる計数として基準年利率を標準総資産利子率（５％）に改正しながら、現在価値割引率は、従前どおり、基準年利率のままにしている点について一切の説明がなされていない。「２００８年３月３１日パブリックコメント」は、総資産に乗ずる利率を標準総資産利益率に変更した点に関し、「国債の利回りを基とした基準年利率から、総資産利益率に見直し、５％とすることとします。」としているのみで、なぜ総資産に乗ずる利率を総資産利益率に変えながら、現在価値割引率を基準年利率のままにしたのか（現在価値割引率を総資産利益率に変えなかったのか）が示されていない。

現在価値割引率として、標準総資産利益率５％は、ＷＡＣＣ法と比べると劣るが、少なくても基準年利率より合理性がある。つまり、標準総資産利益率５％は、有利子負債に対するコスト（中小企業における銀行借入利率）よりは高い。適切な標準総資産利益率は何かという問題は、５章２節３で述べるが、標準総資産利益率と現在価値割引率は、同率にすべきではないかという問題がある。

６、支払利子の調整計算との整合性

財産評価基本通達１６５～１６６における所得は、単なる所得ではなく、支払利子・社債発行差金償却額を加算するという調整計算がおこなわれた所得である。実際収益力（財産評価基本通達１６５の左辺）の計算上、支払利子・社債発行差金償却額を加算するのは、相続税における営業権算定において、支払利子・社債発行差金償却額支払前の所得の方が、優れているという考えに基づいていからであろう。企業の総資本は、主に借入金という有利子他人資本と自己資本から構成されている。支払利子・社債発行差金償却額を調整する根拠は、資本調達及び資金調達の相違により、相続税における営業権の評価額が増減することは、課税上公平でないと考えるところにある。

以上のことから財産評価基本通達は、①総資本が主に有利子他人資本と自己資本により構成され、②資本構成比率及びそのコストの取扱いの差異（有利子負債のコストである支

払利息は、所得計算上、損金となるのに対して、自己資本コストは、損金とされない）により営業権の金額が上下することは､好ましくないと考えていると思われる｡このように、有利子他人資本と自己資本の両方が存在していることに着目する以上、現在価値への割引率も、有利子負債コストと自己資本コストの両者のコストを加味し、両者のコストを加重平均した現在価値割引率を使用すべきである。

それに対し、基準年利率というリスクフリーレートを現在価値割引率として使用するということは、借方概念である総資産金額のすべてがリスクフリーレートである資本（貸方概念）から構成されているという前提に立っている。すなわち、総資本の調達は、リスクフリーレートという極めて低い金利（又はコスト）で可能であるという前提に立っていることを意味している。このような非現実的な前提が妥当性を欠くのは明白である。例えば、有利子他人資本である借入金又は社債は、利付国債並みの利率である基準年利率で調達することは、不可能である。また、増資等による自己資本コストは、先に述べたＣＡＰＭ理論を待つまでもなく、基準年利率１．５％といような低いものではない。リスクフリーレートである基準年利率を現在価値割引率として使うことと支払利子・社債発行差金償却額を調整すること、すなわちリスクを内包している自己資本が存在していることと矛盾していることになる。

さらに、支払利子等の有利子負債コストを調整する意味は、有利子負債コストと資本コストの税務上の取り扱いが異なることにより生じる営業権の評価額の相違を排除しようとするところにある。有利子負債コストは、資本コストより一般的に低いうえに、税務上損金になるので（資本コストは、損金にはならない)、その実質コストは、さらに低くなる。今、有利子資本のコスト（利率）は３％、資本コスト８％とし、実効税率を４０％とすると、有利子負債コストの節税効果まで加味した実質有利子負債コストは、１．８％になるのに対して、資本コストは８％のままである。

実質有利子負債のコスト＝３％×（１－０．４）＝１．８％

自己資本コスト＝８％

このように、財産評価基本通達１６５~１６６において、支払利子等の調整をする意味は、有利子負債コストと資本コストの税務上の取扱いの差異が、営業権の評価に影響することを排除しようとするところにある。手形割引料も支払利子と同様、税務上、損金になることを考えると、借入金による資金調達と増資等による資金調達の違いは、調整する必要（資金調達の違いが営業権の評価に反映しないための調整）があるが、手形割引による

資金調達と増資等による資金調達の違いは、調整計算する必要がないという結論にはならないであろう。その点からも、基準年利率は、現在価値割引率として妥当性を欠いているのではないかという問題がある。

第５章　相続税における営業権評価のあり方

第１節　営業権概念と超過収益力

１、営業権の認識要件

（１）無形固定資産の属性　―「市場性」―

南部事件東京地裁判決及び同控訴審の南部事件東京高裁判決は、自己創設営業権を相続財産として認定した。しかし、前述したように、会社法、企業会計をはじめ法人税法、所得税法及び消費税法は、すべて営業権を無形固定資産としてとらえている。そして、無形固定資産は、換金能力または売却価値のある物財および権利と考えられている。その結果、有償による譲受け又は合併等により取得した場合に限り営業権の貸借対照表能力を認めている[52]。いわゆる有償取得営業権だけを貸借対照表能力ある営業権とし、自己創設営業権を認めていない。

ところで、営業権という概念の規定が相続税法自体にはない。そのような場合、一般に、他の法律（他税法を含む）に沿って、営業権という概念を解釈するのが原則である。会社法及び法人税法等の他税は、営業権の概念に自己創設営業権を含めていないので、相続税法における営業権も、有償取得等による営業権に限定し、自己創設営業権は、相続財産とされるべきではないという解釈も、十分、成り立ち得るであろう。

しかしながら、有償による譲受け又は合併等により取得した場合に限り営業権の貸借対照表能力を認めている趣旨は、「独立第三者間の取引[53]が成立したことにより、市場を一度、通過したという事実」（=以下「市場性」という）が、換金能力または売却価値の有無を客観的に検証するテストとして、もっとも有効であると考えているところにあると思われる。自己創設した営業権は、「市場性」がなく、法人自身が換金能力または売却価値の有無及び

---

52 第３章第３節３　参照

53 会社計算規則に示されている吸収合併・吸収分割・株式交換・新設合併・新設分割・株式移転・事業の譲受けも独立第三者間の取引と言える。

評価額を証明しても、客観性を保持することが難しいと考えられるからである。外部の第三者との間で行われた有償による譲受け又は合併等により取得した営業権であれば､「市場性」により外部の第三者が換金能力または売却価値を証明したことになる。

今、超過収益力がある事業を被相続人から継承した相続人は、相続時に存在していた超過収益力を享受することになる。そのように考えると相続税においては、必ずしも有償による譲受け又は合併等により取得した場合だけでなくても、換金能力または売却価値をある程度有し、「市場性」に準ずる要件を具備した（以下「準市場性」という。）自己創設営業権は、相続財産と考えても良いと思われる。

（２）「準市場性」の要件

会計基準では、あるものを貸借対照表または損益計算書に計上するかどうか又はいつ計上するかどうかのテストを認識と言い、認識対象にしたものを数値化することを測定と言う。例えば、「無形資産に関する論点整理」[54]の構成は、最初に無形資産の定義があり、次に無形資産の認識要件、そして、最後に測定という構成になっている。定義、認識要件及び測定は、理論的にも実務対応の面においても必要な構成である。

そのような視点で相続税法における営業権を見ると、定義と認識要件に関する規定がなく、財産評価基本通達１６５～１６６に評価（＝測定）のみが示されている。相続税法における営業権の評価の問題も、定義と認識要件に照らして、その妥当性が検討されなければならない。つまり、評価の妥当性の検討は、評価されようとする客体の定義と認識要件が明確になっていて初めて可能になる。そして、その客体を明らかにするために必要なのが営業権の定義と認識要件である。

そこで、前項で述べた「準市場性」の要件について検討したい。自己創設営業権であっても、無形固定資産としての換金能力または売却価値を有するためには、下記４つの認識要件を満たすべきであることを提案したい。

① 事業において、長年にわたる伝統と社会的信用、名声、立地条件、営業上の秘訣、特殊の技術、特別の取引関係の存在等の存在が客観的に把握できること
② ①の事業の譲渡又は①を営む法人の株式の譲渡が法律等により禁止されていないこと
③ ①を源泉とする超過収益力が顕著で、安定的かつ長期的に存在すること

54　企業会計基準委員会「無形資産に関する論点整理」平成２１年１２年１８日公表

④ ③の超過収益力が測定可能であること

これらの要件を満たす自己創設営業権が「準市場性」を有する営業権であり、このような営業権は、担税力のある相続財産として相続税を課すことが課税の公平性の観点から許されるものと思われる。

以上の認識要件をもとに検討を加えると、営業権は、営業・事業に関する超過収益力を資本化した資産であるので、営業・事業以外から生じた超過収益力については、営業権として認識されない。これは、相続税法における営業権の概念の要素として営業・事業性が求められているからである。このことが財産評価基本通達１６６に、「・・・この場合における所得の金額は、所得税法第２７条《事業所得》第２項に規定する事業所得の金額」とある。法人の場合は、所得区分がないので、その保有する不動産から生ずる超過収益力も超過収益力を構成するが、個人の場合、事業所得以外の不動産所得において超過収益力が生じていたとしても、営業権を認識し、評価することはない。

また、「事業の安定的な優位的地位」によりもたらされる超過収益力のみが営業権として認識・評価されるべきである。したがって、営業権の概念の要素として長期性と安定性が求められるべきである。単なる超過収益力ではなく、長期的かつ安定的な超過収益力のみが営業権として認識、評価されなければならない。長期性の観点から、営業開始後、営業期間が短い場合、営業権は、認識されるべきではない。この点、平成２０年の改正前の旧財産評価基本通達１６７（４）で、「開業後１０年（他人よりその企業を継続した場合は、その他人の営業期間と通算して１０年とする。）に満たない企業の営業権」は、営業権の評価の対象外にされていた。しかし、平成２０年の改正によりこの通達の条項が削除されたが、妥当性を欠く改正である。「２００８年３月３１日パブリックコメント」において、１０年に満たない企業の営業権を評価しないとする取扱いは、廃止すべきではない、という意見に対する国税庁の回答は、「なお、開業後１０年に満たない企業の営業権を評価しないこととする取扱いは、財産評価基本通達制定当時の社会経済情勢や安全性の見地から定められたものですが、最近の社会経済情勢の下では、この取扱いを維持することは適当ではないと考えます。」というものである。伝統、社会的名声、営業上の秘訣等は、長期間継続的に営業を行う中で確立するものであり、営業開始後、数年において一時的な超過収益力があるからと言って、伝統、社会的名声、営業上の秘訣等が定着したとは考えにくく、長期的な超過収益力を保証するものではない。

また、国税庁の回答は、社会経済情勢という修辞的な文言を並べるだけで、具体性に乏しい。財産評価基本通達制定当時の社会経済情勢のうちの何と最近の社会経済情勢のうちの何がどのように変化した結果、１０年未満の営業について、営業権を評価しないという取扱いを維持することが適当ではないのかを示す必要があろう。一般的に考えると、現在の社会経済情勢の変化の方が激しく、伝統、社会的名声、営業上の秘訣等を定着するのに長期間を要し、また定着した伝統、社会的名声、営業上の秘訣等が競争者の出現等により劣化する確率が高く、そのスピードも早くなっている。以上のことから、１０年未満の営業について、営業権を評価しないという取扱いは、復活されるべきであると考える。

ただし、会社分割等により設立され会社については、分割前の会社の事業開始時期から通算して年数をカウントすべきであろう。

次に、超過収益力の超過の顕著性について触れたい。財産評価基本通達１６５～１６６の計算構造は、当該企業（個人事業者を含む）の総資産利益率が標準企業の総資産利益率を超過した場合、超過収益力があるとしている。しかし、これによれば、標準を少しでも超えていれば、営業権の認識・評価が行われることになる[55]。標準企業の母集団の数が大数だと仮定するならば、標準値を超える企業は、約５０％になるはずである。定着した伝統、社会的名声、営業上の秘訣等という概念のイメージから考えると、単に標準的な収益力を超えているだけでなく、著しく超えている企業についてのみ営業権を認識・評価すべきである。具体的にどの程度超えていれば顕著かについては、標準企業の総資産利益率の２０％増しで考えたらどうであろうか。財産評価基本通達１６５の標準時価総資産利益率が５％であるので、６％{＝５％×（１＋０．２）}とすることを提案したい[56]。

２、資産の使用価値による評価と営業権

[55] 財産評価基本通達１６５には、安全率５０％が加味されるので、標準を上回るすべての企業に超過収益力があるとされるのではないという反論が予想される。しかし、将来、確実に発生する実際収益力は、安全率５０％を乗じたのちの収益力であると考えるべきなので反論は当たらない。

[56] 財産評価基本通達１６５の標準総資産利益率は、全業種の標準総資産利益率５％である。ここでは、その５％の２０％増ししている。しかし、第５章２節３で、同業種の標準総資産利益率（ただし同業種の標準総資産利益率が全業種の標準総資産利益率を超えている場合に限る）を使うべきあることを提案している。したがって、同業種の標準総資産利益率の２０％増しとなる。

ここでは、第４章第１節のモデル２で述べた問題について触れたい。モデル２では、近隣の賃貸用マンション（土地・建物）を持つ他社でも、８％程度の時価総資産利益率を獲得出来る状況で、マンション賃貸事業を営む乙社も８％の利益を得ている。一方、近隣でも甲社だけがその信用力とノウハウにより１１％の利益を獲得しているという事例であった。乙社には高い信用力もノウハウも特別ないので、「事業の安定的な優位的地位」が存在するということは言えない。また、乙社は、近隣の他社でも獲得出来る程度の利益（８％）しか獲得していないことから考え合わせると、乙社に「事業の安定的な優位的地位」を源泉とする「超過収益力」があるということも言いにくい。しかしながら、このような事例でも、財産評価基本通達１６５に示されている標準総資産利益率が５％とされているので、乙社に営業権３００[57]が評価される結果になる。

この「事業の安定的な優位的地位」もなく、近隣の利益水準と比べると「超過収益力」もないが、財産評価基本通達１６５の計算からは、発生する「超過収益力」の性格をどのように考えれば良いのであろうか。

一般に、土地に限らず資産を評価する場合、その資産のどの側面に着目して行うのかという問題がある。土地に限らず資産には、いくつかの側面がある。一つは、その資産を再調達又は再製作する場合の価値という側面である。二つ目は、販売又は売却する場合の価値という側面であり、三つ目に、その資産を利用するという使用価値の側面である。すなわち、「コスト・アプローチ、マーケット・アプローチ及びインカム・アプローチ」[58]の三側面がある[59]。

例えば、土地という資産について考えてみると、マーケット・アプローチの側面に着目した売買取引事例による時価（路線価や倍率方式価額）とインカム・アプローチの側面に着目した時価（土地の収益力による割引現在価値）がある[60]。そして、土地という一つの資産の二側面の時価は、計算ロジックも異なるので、通常、同額にはならない。

---

57 計算の前提及びプロセスについては、第４章第１節を参照

58 上野清貴著「公正価値会計と評価・測定」中央経済社、２００６年、２６９～２７１頁

59 なお、斎藤静樹編著「討議資料 財務会計の概念フレームワーク第２版」中央経済社、２００８年３月の第４章、万代信勝担当、１１０頁では、「ＦＡＳＢでは、歴史的原価（実際現金受領額）、現在原価、現在市場価値、正味実現可能（決済）価額、将来キャッシュ・フローの現在（または割引）価値の５つが挙げられており（para.67）」として５つの側面の価額を示している。

60 土地の場合、コスト・アプローチによる再調達価額による時価とマーケット・アプローチによる時価は、仲介手数料等を除けば同額になる。

ところで、相続税における財産の評価原則は、相続税法２２条で時価と定められ、さらにその時価の概念について、財産評価基本通達１で、「時価とは、課税時期において、それぞれの財産の現況に応じ、不特定多数の当事者間で自由な取引が行われる場合に通常成立すると認められる価額をいい、その価額は、この通達の定めによって評価した価額による。」としている。そして、宅地については、財産評価基本通達１１で、市街地的形態を形成する地域は、路線価方式により、それ以外は、倍率方式によることが示されている。路線価の性格は、財産評価基本通達１４で示されているように、マーケット・アプローチの側面に着目したものである。したがって、インカム・アプローチの側面から見て、仮に土地の使用価値が路線価を上回っていたとしても、路線価で評価することに問題はなく、使用価値で評価することを強制されることはない。

モデル１の例において、営業権３００は、「事業の安定的な優位的地位」を源泉とした超過収益力なので、３００は営業権として正当性を持っている。土地は、路線価５００で評価され、建物は固定資産税評価額５００で評価される。その合計額以上の１３００で評価されることはない。

それに対し、モデル２の場合、財産評価基本通達１６５から計算上、営業権とされる３００は、本来、土地・建物の相続税評価額の合計額１０００で評価されるべき土地・建物を、１３００で評価している可能性がある。または、財産評価基本通達１６５が、地域別又は業種別の総資産利益率を加味せずに、その標準総資産利益率を一律に５％としている結果生み出された架空の営業権の可能性もある。

モデル２の場合、乙社には信用力もノウハウもないので、「事業の安定的な優位的地位」は、存在しない。「事業の安定的な優位的地位」自体がないので、それを源泉とする「超過収益力」もあるはずがない。また、近隣と同じ利益水準なので「事業の安定的な優位的地位」以外から生み出される「超過収益力」もないはずである。そうすると、近隣と同じ利益水準は、土地・建物自体から生み出されたと考えざるを得ない。モデル２の場合、そのように考え来ると、財産評価基本通達１６５の計算から生み出される営業権３００は、本来、土地の路線価及び建物の固定資産税評価額の合計額１０００で評価されるべき土地・建物について、１３００に評価替えしたことになる。１０００で評価されるべき土地・建物について、その使用価値が１０００を超える場合、使用価値で評価し、形式上、差額３００を営業権と称しているだけであると考えられる。

そもそも、取引相場のない株式の評価における純資産価額方式で、各資産（個人事業の

場合は事業を営むにあたって保有する資産）の評価は、個々の評価単位ごとに行われる（財産評価基本通達１（１））。評価単位ごとに評価された資産の評価額を機械的に合計して総資産を算出する。土地については、先に述べたように個々の評価単位で、路線価により評価するもので、その使用価値が路線価を超えたとしても使用価値で評価することはない。そのように考えると、すでに独立した評価単位で評価された資産を源泉とする超過収益力まで、営業権の評価計算過程に含めることは、論理的に誤りではないか。すなわち、土地は、路線価で評価された段階で評価としては、完結しているはずである。評価が完結している土地から生み出される超過収益力を、営業権算定上の超過収益力にすり込ますことは、すでに評価した資産の再評価又は二重評価に当たる。また、すでに評価単位で評価した資産どうしの有機的結合により生み出される超過収益力も、営業権という資産の評価に反映することは、問題であろう。

もう一度、営業権の概念と認識要件を見てみよう。企業が有する長年にわたる伝統と社会的信用、名声、立地条件、営業上の秘訣、特殊の技術、特別の取引関係の存在等は、すべて財務会計上や税務上の貸借対照表に計上されていない、いわゆるオフバランスのものである。相続財産として認識すべき超過収益力は、このようなオフバランスとなっている無体財産から生み出される超過収益力のうち「準市場性」の要件を満たす超過収益力を、相続という機会をとらまえて、認識・評価しようとするものであり、財務会計上や税務上の貸借対照表に計上されている、いわゆるオンバランスの資産は、すでに独立した評価単位として財産評価基本通達等に基づき、適切に評価されることにより、評価としては完結しているはずである。

上記モデル２の営業権３００は、土地・建物という資産の実質的な評価替えであるという考えに対して、超過収益力３００は、例えば、土地については、「立地の優位性」があるからではないかという反論が予想される。しかし、土地の路線価に「立地の優位性」は、すでに反映されているはずであり、反論として妥当性を欠くものであろう。

しかしながら、実際問題として超過収益力が存在する場合、それが「事業の安定的な優位的地位」から生み出されたものなのか、すでに相続財産として評価された資産から生み出されたものなのかの区別は難しい。したがって、超過収益力の５０％が「事業の安定的な優位的地位」から生み出されたものと考え、営業権の評価の計算をすることが実務的と思われる。

第２節　超過収益力

１、税法上の課税所得

第４章で、過去の税法上の課税所得が、将来の課税所得として有用なのかという問題と法人税法及び所得税法の課税所得が、超過収益力算定上の利益として適切なのかという問題があることを提起した。

財産評価基本通達１６５～１６６は、過去３年（又は３期）の課税所得により評価対象事業または評価対象企業の将来における収益力を算定しているが、過去の所得金額が必ずしも将来の収益力を反映していないのではないかという批判がある。また、課税所得それ自体が租税政策の影響を受けているので､超過収益力の指標となるかどうかは問題である。

しかし、現時点で、営業権の評価における超過収益力の算定の基礎たる利益[61]として、理論的にも実務的にも一般に受け入れられているものは存在せず、また、将来の利益を予測することの困難性と将来予測の客観性を担保する必要から考えると、過去の所得をもって将来を予測する方法は、相応に是認出来る考え方がある。また、過去３年（３期）の業績のうち非経常的な損益の額を調整することになっているので、経常的な収益力を反映することも可能になっている。過去の数値は、特別の事由がない限り、相続時点における将来利益の予想としては、最も客観的な数値であると考えられる。また、将来の利益の不安定さにも配慮して、安全率として５０％を乗じている。

しかし、法人税法及び所得税法の課税所得が超過収益力算定上の利益としては、いくつかの点で問題があると思われる。問題点を明らかにするため、企業会計における利益と法人税法における課税所得の差異を手がかりに考察してみたい。

「課税所得と企業利益との差異には、その性質に応じ一応恒久的（絶対的）なものと期間的（相対的）なものとに区分することができる。」[62]　と同時に、租税原則から見て、非政策的諸原則の要請から生ずる差異と政策的諸原則の要請から生ずる差異[63]に区分することができる。先ず、恒久的差異のうち非政策的諸原則の要請から生ずる差異として、「７年経過の繰越欠損金の損金不算入（法法５７）、一定要件を満たさない役員給与の損金不算入

61　将来のフリーキャッシュフローにより企業評価を行おうとする考えが実務においては一般的に行われている。

62　品川芳宣著「課税所得と企業利益」、税務研究会出版局、１９８２年１月、２６７頁

63　同上　２６９頁～２７３頁

（法法３４～法法３６）、寄付金の損金不算入（法法３７）」[64]等がある。さらに、恒久的差異のうち政策的諸原則の要請から生ずる差異として、「不正行為等に係る費用及び罰科金等の損金不算入（法法５５）新鉱床探鉱費等の特別控除（措法５９①）、交際費等の損金不算入（措法６１の４）、社会保険診療報酬の所得計算の特例（措法６７）」[65]等があげられる。さらに、期間的差異のうち非政策的諸原則の要請から生ずる差異として、「・・・費用については“債務の確定”（法法２２③）・・・特に、税法上の引当金の制限、確定決算主義による損金計上の制約については、課税所得と企業会計との差異を長期的にわたらせる結果となっている。」[66]ことが認められる。

例えば、所得税法も法人税法も、退職給付引当金を認めていないので、退職給付費用（退職給付引当金繰入）は、所得計算上加味されない。所得税法における事業所得や法人税法における所得は、期間計算による所得課税なので、退職給付引当金繰入額（財務会計上は、退職給付費用となる）が経費又は損金として認められていなくても、実際に退職し、退職金が支払われた年又は事業年度の経費又は損金として認められることになる。その支払われた年又は期が、相続時点の３年内の年又は事業年度であれば、当該年又は事業年度の課税所得は、その退職金分だけ低くなり、前３年又は前３事業年度の課税所得も低くなる。その結果、営業権の評価も低くなる（もっとも、このような退職金が非経常的臨時的損益として取り扱われる可能性については別途検討）。しかしながら、相続税の場合は、相続時の時点課税なので、相続時の翌期に退職金が支払われても、前３年又は前３事業年度の課税所得に退職金に関する費用は、一切反映しない仕組みである。たまたま、前３年又は前３事業年度に退職金を支払った場合と退職金の支払いが相続後の年又は事業年度の場合とで、超過収益力が異なることに合理性があるのか疑問である。所得税法又は法人税法のように期間計算による課税において、退職給付引当金繰入額の経費又は損金性を否定することの当否は、ここでは措くが、相続税のように時点計算による課税の場合は、退職給付引当金繰入額を平均利益金額の算定上、調整計算として減算することを認めるべきであろう。

この問題について、法人税法６２条の８第２項１号で、退職給付債務引受額を認めていることは、示唆に富んでいる。すなわち、通常の期間計算において認めていない退職給付費用を、非適格合併等という特別な機会の場合に、過去分を含めて一気に反映しようとし

64　同上　２６９頁の内容を現行の法人税法に基づく修正をした。
65　品川芳宣著「課税所得と企業利益」、税務研究会出版局、１９８２年１月、２６９頁の内容を現行の法人税法に基づく修正をした。
66　品川芳宣著「課税所得と企業利益」、税務研究会出版局、１９８２年１月、２７１頁

たものである。この趣旨から考えると相続という特別な機会に、退職給付債務を債務として認めても良いのではないか。少なくとも、前３年（３期）の平均利益金額の算定上は、退職給付引当金繰入額を調整項目として認めるべきである。なお、この場合の退職給付費用は、退職給付会計に基づく計算ではなく、期末要支給額１００％基準により計算することが簡便的でありかつ客観的であろう。

ところで、企業価値評価理論及び企業価値評価の実務において、、退職給付費用を考慮しない評価をした場合､明らかに重要な要素が欠落した評価とされる｡平成１４年までは、税法も退職給与引当金を認めていた経緯もあり、法人税法上、退職給付費用を認めるかどうかの議論は措くとして、相続税における営業権の評価も一種の企業価値評価であり、企業評価評価理論において、常識化している退職給付費用を財産評価基本通達１６５～１６６では、認めないのであれば、その積極的根拠を示すべきであろう。この問題は、純資産価額方式における純資産の算定上、退職給付債務を認めるかどうかの問題と共通するものである。

次に、交際費等や寄付金の問題である。これについては、「個人の所得と法人の所得が違うという一番ポピュラーな問題は、交際費が損金不算入になって所得に入っている場合に､それをどうするかということであり､ここではそのことを問題にしていないわけです。交際費は、所得に加算するのは租税政策的にはかまわないけれども、これを超過収益力の対象になる所得に含めておくというのは極めてナンセンスです｡」[67]とあり、法人で損金限度額計算がされるのに対し、個人ではそれがないというアンバランスがあり、また、租税政策上、損金限度額を設けているが、それを超過収益力の測定に適用することの妥当性に疑問がある。法人税法における所得は、法人税法における担税力測定として合目的的であるかもしれないが、それが営業権の評価において合理性があるとは言えない。過去３期の平均利益金額算定上、接待交際費については、法人税法における所得から減算する調整を認めるべきである。

寄付金についても交際費と同じと考えるべきであろう。

もう一つ、平成２０年度の財産評価基本通達１６５～１６６の改正で、過去３期の平均利益金額の算定上、繰越欠損金の控除額を認めなくなった点である。すなわち、法人にあっては、法人税法２２条１項に規定する所得の金額に損金に算入された繰越欠損金の控除

[67] 品川芳宣・緑川正博共著「相続税財産評価の理論と実践」ぎょうせい、２００５年、１７０頁

額を加算した金額とするとされている。

法人税法２２条１項は、各事業年度の益金の額から損金の額を控除した金額を所得金額と規定し、損金の額が益金の額を超え場合に生ずる欠損金額（法法２①十九）、いわゆるマイナスの所得も法人税法２２条１項の所得とされる。したがって、財産評価基本通達１６６に規定している課税時期の直前期末以前３事業年度のうちある事業年度で欠損金額が発生した場合は、マイナスの所得として平均利益金額を算定するものと考えられる。すなわち、相続が平成１８年８月に発生したとして、評価対象たる取引相場のない株式の法人が３月決算であれば、平成１８年３月期の所得が５億円、平成１７年３月期の欠損金額が３億円、平成１６年３月期の所得が４億円であった場合、財産評価基本通達１６５～１６６における平均利益金額は、２億円になる。

仮に、平成１５年３月期に欠損金額３億円あり、その繰越欠損金額を平成１６年３月期で法人税法５７条１項の規定に基づき損金に算入し、平成１６年３月期の法人税法２２条１項の所得を１億円（＝４億円－繰越欠損金３億円）としても、財産評価基本通達１６６の平均利益金額算定上の所得は、繰越欠損金控除前の４億円とすることになる。また、平成１８年３月期において平成１７年３月期に発生した欠損金額を損金に算入し、所得金額を２億円としても財産評価基本通達１６６の平均利益金額算定上の所得は、繰越欠損金控除前の５億円とすることは当然である。すなわち、平均利益金額の算定上、繰越欠損金の控除額を認めないのは、前４年事業年度以前に発生した繰越欠損金が前３事業年度に損金として算入すること及び前３事業年度内で生じた欠損金額が二重で控除されることを防ぐ趣旨であり、前三年間の所得で将来の超過収益力を測定しようとする考えからみれば、肯定出来る改正である。

２、税引後利益

営業権は、相続税における財産であるという意味で stock であるが、その評価は、超過収益力という flow 概念で行われる。超過収益力という flow は、いわば浮遊状態であり、その flow 自体に資産価値があるわけではない。その flow のうち沈殿し、定着した超過収益力部分が、資産に転化され、その転化された価値として、営業権を構成するのである。それが相続税の担税力を具備した営業権という資産となるのである。そして、資産に沈殿・定着する過程で避けられないものが税金である。１年後に生ずる超過収益力１００が資産

に沈殿・定着する金額は、税金４０（ここでは税率４０％と仮定する）を控除した６０である。しかし、財産評価基本通達１６５は、「この場合における所得の金額は、所得税法第２７条《事業所得》の金額（法人にあっては、法人税法第２２条《各事業年度の所得の金額》第１項に規定する所得の金額に損金に算入される繰越欠損金の控除額を加算した金額とする。)」と規定し、税引前の所得としている。

そもそも、相続税は、財産課税という意味で stock に対して課税するものであり、flow に課税するものではない。営業権は、stock であるがゆえに資産価値があり、担税力があるのである。したがって、営業権の評価のための超過収益力は、超過収益力のうち営業権という資産に沈殿・定着する部分に限定すべきであると考える。すなわち、税引後超過収益力とすべきである。

これに対して、取引相場のない株式の評価における純資産価額方式においては、評価差額に対する法人税額に相当する金額を控除（財産評価基本通達１８５）させる仕組みになっているのであるから、税額負担は、その局面で控除されるのではないかという反論がある。その結果、超過収益力は、自動的に税引後の超過収益力になっているのではないか、という見解である。これをもう少し説明すると、取引相場のない株式の評価方式の一つである純資産価額方式における純資産価額の計算において、評価差額に対する法人税額に相当する金額は、控除される仕組みになっている[68]。したがって、その局面において、税金は、控除されるわけであるから、営業権の評価の要素である超過収益力を税引前で計算しても、結果としての数値は、変わらないのではないかというものである。しかし、この考えは、評価差額に係る法人税額控除の制度を誤解したものである。

そのことについては、下記のモデルのように同じ結果の金額にならないことを示したい。また、個人営業においては、財産評価基本通達１８５のような取扱いはなく、評価差額に対する法人税額等に相当する金額を控除する機会はない。

以下に簡単なモデルにより説明する。

［前提条件］

時価総資産額 ＴＡ　　１０００

---

68 財産評価基本通達１８５における純資産額においては、時価純資産額と簿価純資産額との差額、いわゆる評価差額に対する法人税額に相当する金額を、時価純資産の控除項目としている。そして法人税相当額は、財産評価基本通達１８６－２で４２％とされている。

実際利益（実際収益力）　　８０

現在価値への割引率ｒ　　零

標準総資産利益率　　５％

とし、評価の安全性調整（５０％）、及び標準化調整（支払利子や企業者報酬）を無視すると

	税引前超過収益力による営業権	税引後超過収益力による営業権
単年度の超過収益力	３０	１８
営　　業　　権	３００	１８０
評価差額に対する税額	１２６	７５．６
評価差額に対する税額控除の営業権	１７４	１０４．４

［税引前超過収益力をもとに営業権を計算：計算プロセス］

単年度の超過収益力　　３０｛=（８０－１０００×５％）｝

営業権　　３００（＝３０×１０年）

評価差額に対する税金　　１２６（＝３００×４２％[69]）

評価差額に対する税金控除後の営業権１７４（＝３００－１２６）

［税引後超過収益力をもとに営業権を計算：計算プロセス］

単年度の超過収益力　　１８　｛=（８０－１０００×５％）×（１－０．４）｝

営業権　　１８０　（＝１８×１０年）

評価差額に対する税額　　７５．６　（＝１８０×４２％）

評価差額に対する税額控除後の営業権　１０４．４（＝１８０－７５．６）

もともと、相続税において認識する営業権は、自己創設営業権なので、帳簿価額は零である。したがって財産評価基本通達により計算される営業権３００は、全額が評価益（評価差額）に該当し、その評価差額に対する法人税相当分４２％（財産評価基本通達１８６－２）は１２６になる。その結果、評価差額を控除した後の営業権価額は、１７４になる。

一方、営業権を税引後の超過収益力で算出した場合、営業権の金額は、１８０になる。

[69] ４２％　→　財産評価基本通達１８６－２

この１８０も自己創設営業権なので、帳簿価額は零で、それに対する評価差額は７５．６になり、評価差額を控除した後の営業権価額は、１０４．４になる。

以上を見れば、取引相場のない株式の評価方式の一つである純資産価額方式における純資産価額の計算において、評価差額に対する法人税額に相当する金額は、一括して控除される仕組みになっているので、税金は、その局面で控除され、営業権の評価の要素である超過収益力を税引前で計算しても、結果としての数値は、変わらないのではないかという反論は、妥当性を欠いていることが理解できる。すなわち、税引前の超過収益力で計算された営業権３００から評価差額を控除した金額１７４と税引後の超過収益力で計算した営業権１８０から評価差額を控除した金額１０４．４は、同金額にはならない。

なお、企業価値評価理論における代表的な算定方法であるＤＣＦ法において、税引後の利益をベースにしたフリーキャッシュフローを使用することは､第４章第２節で述べたが、ＤＣＦ法であれ、財産評価基本通達の営業権の計算であれ、最終的に会社の株主や事業主に帰属しない税金部分を超過収益力に含めて算定することは、誤りであろう。

３、総資産利益率

４章２節３で問題にしたのは、超過収益力を測定する尺度として、総資産利益率が唯一の判定基準なのか又は一番適切な判定基準なのかという問題と評価対象企業の総資産利益率と比較される標準企業の総資産利益率として、同業種標準総資産利益率[70]の方が適切ではないのかという問題である。

そして、４章では、無形資産の重要性が増していることを述べた。それに伴い、企業の力の差を測定する道具として、総資産利益率という経営指標も、以前ほど有力な経営指標ではなくなってきているが、無形資産自体の認識、すなわち、どの範囲までの無形資産を認識対象にすべきなのかが難しく、さらにその測定となるとさらに困難である[71]。実物としての形が見えないものなので、認識・評価の共通基盤が現時点では、出来ていない。そのような現状のなかで、経営指標として、総資産利益率より有効性を持つ指標が出現していない。そのように考えると、総資産利益率により営業権評価を行うことを否定すること

70　財産評価基本通達１６５は、全業種の標準総資産利益率を採用している。

71　平成２１年１２月１８日に企業会計基準委員会から「無形資産に関する論点の整理」が公表された。今後、無形資産に対する議論をつうじて、企業会計だけではなく税務にも影響する可能性があると推定される。

は難しい。したがって、総資産利益率により営業権を評価することを消極的ではあるが肯定したい。

次に、同業種の総資産利益率と全業種の総資産利益率のどちらが妥当かを検討する。結論から言えば、同業種の標準総資産利益率[72]（ただし、全業種の標準総資産利益率を超過している場合に限る）を使うべきであると考えている。

財産評価基本通達１６５は、実際収益力が標準収益力を超過している額を超過収益力とし、その標準収益力は、当該企業の総資産額に全業種の標準総資産利益率を乗ずることにより算出される構造になっている。それに対し、超過収益力の計算のうえで、総資産額に乗ずる標準総資産利益率は、財産評価基本通達１６５が示している全業種の標準総資産利益率ではなく、同業種の標準総資産利益率（ただし、全業種の標準総資産利益率を超過している場合に限る）を使うべきであると考えている。これは、当該企業の実際総資産利益率が全業種の標準総資産利益率を超過していれば、超過収益力があるとしている現在の財産評価基本通達に対し、むしろ、全業種の標準総資産利益率を超えかつ同業種の標準総資産利益率を著しく超えている[73]場合に限り超過収益力があるという考えに基づいている。

全業種のみで超過収益力を判断すると、好況業種に属する企業は、同業種の中では、標準以下の収益力しか稼得出来ず、同業種の中では超過収益力がないにもかかわらず、営業権が認識される。業種自体の優位性が、長期的に持続する可能性は少なく、その結果、超過収益力も安定的ではない。むしろ、同業種の中で、確立した優位的地位こそが、持続性があり、安定性がある超過収益力、すなわち営業権としての資産価値を認めるべきものであろう。

逆に、同業種の総資産利益率だけで判断すると、同業種の中では「事業の安定的な優位的地位」を確保しているが、全業種の平均の超過収益力から見ると著しく総資産利益率が低い場合もある。例えば、農業・水産業（財務省の法人企業統計では、農業・水産業の総資産経常利益率は１．２％）では、２％程度でも超過収益力ありとされることになる。

財務省の法人企業統計（平成１８年）によれば、総資本経常利益率は、全産業で４．０％、製造業５．５％（製造業の中の最高は鉄鋼の９．７％、最低は木材・木製品の１．３％、その他では、食料品３．２％、化学７．３％、農業・水産業１．２％、鉱業１８．６％、

---

72 同業種の標準総資産利益率を著しく超え、かつ全業種の標準総資産利益率を超えている場合に限り超過収益力があると認識すべきである。

73 超過の顕著性については、５章１節１、（２）参照

卸売３．２％、小売業２．８％）を見ると上記の要件（全業種の標準総資産利益率を超えかつ同業種の標準総資産利益率を著しく超えている場合という要件）の妥当性が理解できよう。

食料品製造業であるＡ社、Ｂ社及び化学製造業のＣ社、Ｄ社を例に、全業種の標準総資産利益率を超えかつ同業種の標準総資産利益率を著しく超える場合を具体的に示す。

仮に、全業種の平均総資産利益率が５％[74]、各社の同業の平均総資産利益率が食料品３．２％、化学７．３％であり、各社の実際総資産利益率は、Ａ社５．５％、Ｂ社４．５％、Ｃ社６．０％及びＤ社９．０％とした場合、営業権の評価としての超過収益力があるとされるのは、Ａ社とＤ社のみである。同業の標準総資産利益率を著しく超過している必要性と具体的数値（同業の標準総資産利益率の２０％増し）は、５章１節１、（２）で述べたが、食料品は３．２％、化学は７．３％の２０％増しとすると、食料品は、３．９％、化学は、８．８％になる。

食料品業　　３．９％　　≒３．８４％　{＝３．２％×（１＋０．２）}

化学　　８．８％　　≒８．７６％　{＝７．３％×（１＋０．２）}

そして、下記の結果、全業種の標準総資産利益率を超えかつ同業種の標準総資産利益率を著しく超えるとして、営業権の評価対象としての超過収益力があるとされるのは、Ａ社とＤ社である。その時、総資産金額に乗ずる標準総資産利益率は、全業種の総資産利益率と同業種の標準総資産利益率のどちらか高い方なので、Ａが５％、Ｄ社が８．８％とされる。Ｂ社とＣ社については、営業権は認識されない。

		全業種平均総資産利益率５％を超えているか	同業種の平均総資産利益率を著しく超えているか（食料品 3.9%、化学 8.8%）
Ａ社	５．５％	○	○
Ｂ社	４．５％	×	○
Ｃ社	６．０％	○	×
Ｄ社	９．０％	○	○

ところで、財産評価基本通達１６５における総資産は、財産評価基本通達１６６（３）

[74] 財産評価基本通達 165 に示されている総資産利益率は、５％である。

で、「この通達に定めるところにより評価した課税時期（法人にあっては、課税時期直前に終了した事業年度の末日とする。）における企業の総資産の価額とする。」とあるように、時価による。したがって、その時価総資産価額に乗ずる標準総資産利益率も標準時価総資産利益率でなければならない。しかし、国税庁が平成２０年改正の財産評価基本通達算定時に、母集団群の対象企業の資産について、時価を算定することが出来るか疑問である。したがって、実務におけるこの取扱いについては、帳簿価額によらざるを得ないと考える。

なお、第５章４節で後述するように、割引手形を総資産額に含める（割引手形を総資本額に含めることにともない、それに対応する受取手形を総資産に含める）べきであるという考えと整合性を取るため、標準総資産利益率の分母たる総資産は、割引手形を含めたものにする必要がある。

４、超過収益力の持続年数とその減価

（１）持続年数

超過収益力の持続年数と減価についての問題点は、２つである。一つは、同額の超過収益力が相続後１０年間続くという財産評価基本通達１６５～１６６の考えに妥当性があるのかという問題である。もう一つは、相続発生時の超過収益力がその後、減価しないのかという問題である。

最初の問題については、先ず法人税法及び所得税法における営業権の償却期間との均衡を指摘したい。法人税法及び所得税法も営業権の償却期間を５年[75]にしているが、その根拠は、営業権の平均的な有用期間に着目したうえで、そういう不安定な資産（担保価値もなければ、独立して売却するような市場もない資産）を早期に償却すべきこととしているところにある。

ところで、「２００８年３月３１日パブリックコメント」で、超過収益力が１０年間、持続することに対する国税庁の回答は、「自己使用の特許権、商標権、意匠権等の無体財産の価額を営業権の価額に含めて評価することとしており、これらの権利の存続期間は、特許法等により、いずれも１０年以上の期間が規定されていること等から、営業権の存続年数は、原則として１０年とした。」というものである。しかし、この回答に示された根拠は、

[75] 減価償却資産の耐用年数等に関する省令

いくつか点で妥当性を欠いている。先ず、回答に示されている特許権等は、①法的に保護された財産であること、②独立の資産であること、及び③単独で譲渡可能な財産と言える程度の市場性を有しているという特性を持っている。それに対して、相続税法における営業権は、「事業の安定的な優位的地位」という事実上の価値であり、営業における他の資産と一緒でなければ譲渡可能ではない。その意味で、いわゆる自己創設営業権は、独立の資産ではない。その結果、営業権は、譲渡可能な資産と言えるほどの市場性を有していない。以上の点で、特許法等の保護期間をもって、営業権の存続期間の根拠とすることは、誤りである。

次に、国税庁が示している「特許権等の権利の存続期間は特許法等によりいずれも１０年以上の期間が規定されている」ことは、逆に、営業権の存続期間が１０年より短いことの根拠になるのではないかと思われる。特許権等を保護する期間を特許法等が定めているのは、法的に保護せずに放置しておくと、保護期間を待たずにその特許の価値がなくなるという事実に基づくものである。保護期間を設けないと、短期間でその経済価値は失われ、発明等に対する開発意欲と努力を削ぐ、ということに着目したからに外ならない。そこで、法を定めて人為的に保護期間を設定したのである。したがって、法的に保護されていない相続税法における営業権は、いわば法的に確立していない事実上の特許と同じように、法律上の保護がないので、法律上の保護期間を待たずに、その経済価値を失うと見るべきである。特許法等で示された保護期間１０年～２０年は、かえって法的に保護されていない営業権の存続期間が、１０年より短い根拠になりうると思われる。

なお、減価償却資産の耐用年数等に関する省令別表３における耐用年数は、特許権８年、商標権１０年、意匠権７年で、すべて１０年以下である。

また、経済情勢の変化が激しい昨今では、例えば、一つの製品や事業のライフサイクルは、短くなり、一方、製品価格の競争も激化している。一つの製品、一つの事業で成功しても、消費者の性向の変化の激しさ、競争者の出現の可能性の高さにより、超過収益力の持続期間は、短くなりつつある。それにもかかわらず、１０年という期間について、財産評価基本通達創設の昭和３９年以降４５年間、改正が行われていないのは、時代の変化に対応していないと言われてもやむを得ないであろう。

それでは、超過収益力の持続年数を何年にすべきかという問題であるが、５年にすべきであると考えている。これは、法人税法及び所得税法に示されている営業権の償却期間５年とベースを合わせるのが一つの考え方と思われるからである。

（２）超過収益力の減価

次に、営業権の減価の問題である。ある時期に存在している超過収益力も、経済情勢の変化や時の経過に伴い減価する。経済情勢の変化が激しい昨今では、その減価を無視することは出来ない。ただし、超過収益力の減価は、消費者の動向、競争者の出現や生産方法の変化等により生ずる場合が多く、単純に時の経過に伴い生ずるわけではない。しかし、現在の超過収益力が、将来、どのような原因により、減価するかを現時点で合理的に見積ることは出来ない。したがって、毎期、規則的に減価すると考えるのが妥当であろう。

それに対して、相続税財産評価基本通達１６５～１６６は、超過収益力自体が減価するという事実を無視している。

仮に、その後において、超過収益力が維持出来たとしても、それは、後の「事業の安定的な優位的地位維持投資」を継続した結果である。つまり、「事業の安定的な優位的地位維持投資」により、新たに生じた自己創設営業権が、現時点の営業権の減価部分を埋めた結果である。現時点の超過収益力が、表面的に維持出来ているように見えても、当初の営業権は、確実に減価している。仮に、財産評価基本通達１６５～１６６のように、１０年間、現時点の超過収益力が「事業の安定的な優位的地位維持投資」なしに維持出来るとするならば、法人税法及び所得税法において、現在の営業権が減価するということに着目して償却計算をさせていることと矛盾する。

一方、企業結合会計基準においても、営業権（のれん）について、償却を行うかどうかという議論がある。しかし、減価を認識しなくて良いという考え方はない。減価を認識・測定する方法としては、２つの考え方がある。一つは、規則的償却により減価を反映しようとする考え方であり、もう一つは、減損という方法で減価を反映しようとする方法である。このうち減損は、規則的償却を行わず、のれんの価値が損なわれた時に、減損処理するという方法である。企業会計審議会の企業結合に係る会計基準の設定に関する意見書の三３（４）で、のれんの規則的償却を行うかどうかについて、「・・・取得したのれんは時間の経過とともに自己創設のれんに入れ替わる可能性があるので、取得したのれんの非償却による自己創設のれんの実質的な資産計上を防ぐことができる。」[76]として規則的償却

[76] この考え方は、企業会計基準委員会・企業会計基準第２１号「企業結合に関する会計基準」１０５項～１０８項にそのまま引き継がれている。

を採用している。このことは、営業権が消費者の動向、競争者の出現、生産方法の変化及び時の経過に伴い減価するという事実に基づいている。

以上のことから、相続時における単年度の超過収益力が１００とし、法人税法及び所得税法の償却期間５年を採用すると、１年後の超過収益力は８０、２年後は６０、さらに４０・・２０・・０と測定される。財産評価基本通達１６５～１６６によると、営業権は、１００×１０年分＝１０００（現在価値への割引は無視）となるが、超過収益力の持続期間は５年、しかも毎年規則的に減価するという考え方によれば、営業権の評価は２００（＝８０[77]＋６０＋４０＋２０＋０）とすべきである。

この問題をもう一度整理すると、財産評価基本通達１６５～１６６において、相続時と同額の超過収益力が１０年間[78]持続するという考えは、次の点で合理性を欠いている。

①相続時の超過収益力とその後に生じた自己創設営業権を混同している。

②相続時の超過収益力が減価するという事実を無視している。

③法人税法・所得税法における営業権の償却期間５年と矛盾する。

③特許権等の保護期間をもって営業権の持続年数１０年とすることに合理性はない。

⑤１０年が昭和３９年から４５年間改正がされていない。

以上の結果、超過収益力の持続年数を５年に短縮するとともに、超過収益力の減価を加味すべきである。

第３節　調整計算

１、支払利子等

（１）南部事件における手形割引料

77　財産評価基本通達１６５に示されている現在価値割引率から逆算すると、初年度の超過収益力は、相続時点の超過収益力ではなく、１年後の超過収益力であることが分かる。

78　南部事件の上告人の主張として「法人税法においては、営業権の償却期間をかつては１０年としていたが、昭和４３年の改正において、税法と商法との取扱に一致させた経緯があるのであるから、相続税法上の取扱も右商法の規定に一致させるべきであったにもかかわらず、漫然と放置したにすぎない。」とある。傾聴に値する主張である。

南部事件は、昭和５６年の相続税事案なので、手形割引料が調整計算の対象になっていた[79]当時の事件である。したがって、下記で南部事件における判決を検討の対象にするが、手形割引料が調整計算の対象になっていたことを前提として記述する。

営業権を評価する際、実際収益力（財産評価基本通達１６５～１６６の平均利益金額）に支払利子・手形割引料を加算するのは、相続税における営業権の評価において、支払利子・手形割引料支払前の収益力の方が、支払利子・手形割引料支払後の収益力と比べ、合理性があると国税庁が考えているからであろう。

支払利子･手形割引料を調整計算する意義について､南部事件東京地裁判決では､｢なお、評価通達は、１６６の（２）のロにおいて支払利子、手形割引料を所得金額の計算上なかったものとしているが、これは、超過利益金額算出の過程で控除される標準利益金額（総資産価格×０．０８[80]）の中に、投下されている他人資本の金利に相当する分も含まれていることから、二重控除とならないようにする趣旨であると解されるところ・・・」としている。しかし、南部事件東京地裁判決は、標準利益金額（総資産価格×０．０８）に投下されている他人資本の金利に相当する分を含めなければならないのか（＝金利を加算することによりなかったものとする）の根拠について、何ら言及していない。

財産評価基本通達について､国税庁担当者の解説においても､｢外部負債に対する支払利子及び手形割引料は、前項の算式のとおり投下されている有利子負債の金利をまとめて控除するので二重控除にならないようにこれらのものはなかったこととしている」[81]と記述している。これも、南部事件東京地裁判決と同様、総資産の金利は、後段の標準収益力の段階でまとめて控除するので、前段では、なかったものとされているという説明だけである。後段の標準利益金額及び前段の実際利益金額において、なぜ支払利子・手形割引料をわざわざ加算するという調整が必要なのかという根拠は、示されていない。

これに対し、南部事件東京高裁判決は、｢そして、右評価通達が、前記算式中の『平均利益金額』の計算上、手形割引料をなかったものとするのは、右の具体的な額（現実の収益力）を算定するに当たり、企業の純粋な事業活動によつてあげた収益を基礎とするのが営業権の評価上適切であるため営業外の費用である手形割引料をなかったものとする趣旨

---

79 南部事件の当時、調整計算の対象になっていた手形割引料は、平成２０年の財産評価基本通達の改正時に、調整計算から除かれた。

80 南部事件の当時の財産評価基本通達では、標準総資産利益率は８％であった。

81 庄司範秋編「財産評価基本通達逐条解説　１８年改訂版」財団法人大蔵財務協会、２００６年、５０３頁

であって、いわゆる二重控除を防止する趣旨でないと解するのが相当である。」として、南部事件東京地裁判決の示した根拠である二重控除を防止するという根拠を批判・否定したうえで、手形割引料をなかったものとするのは、企業の純粋な事業活動によつてあげた収益を基礎とするのが営業権の評価上、適切であるという根拠を示した。企業の純粋な事業活動と関係ない営業外の費用である手形割引料をなかったものとするとしている。

南部事件東京地裁判決が、支払利子・手形割引料を調整計算する根拠を示していないのに対し、南部事件東京高裁判決は、その根拠を明確にしたという点で評価が出来る。

しかし、この南部事件東京高裁判決の根拠も、妥当性を欠いている。南部事件東京高裁判決が示すように、純粋な事業活動によってあげた収益を基礎とすることが、営業権の評価上、適切[82]であるとして、営業外費用を除外するという趣旨であれば、なぜ他の営業外費用も除外しないのかの説明がつかない。また、営業外費用である財務費用を除外するとするならば、当然、受取利子等の財務収益（営業外収益）も除外すべきと思われる。すなわち、この南部事件東京高裁判決の説明では、営業外収益・費用のうち支払利子及び手形割引料のみを調整対象にしている説明がつけられない。

ただし、この南部事件東京高裁判決の評釈において、「なお、支払利子、割引料等の金融資産をなかったものとする（経営利益に加える）のは、企業の収益力（企業収益率）は企業に投下されている総資本の機能の成果であるから、企業の財務構成の影響を除く必要があることによるものであり、本判決の『企業の純粋な事業活動によってあげた収益を基礎とするのが営業権の評価上適切であるため営業外の費用である手形割引料をなかったものとする』との判示は、このことを説示しているものである。」[83]と好意的に解釈する者もいる。この南部事件東京高裁判決をこのように解釈することについては、無理があるが、この著者の指摘のとおり、営業権の算定は、企業の財務構成の影響を除いた収益力をもって行うべきであるという考えには、合理性がある。

（２）財産評価基本通達の改正（平成２０年度）

82　この高裁判決によれば、支払利息と同列で支払割引料を調整計算の対象にすることの説明としては便利であるが、平成２０年度の財産評価基本通達１６５～１６６において、借入金の支払利息は調整計算の対象にしているが、手形割引料を調整計算の対象から除外したことの説明が付かなくなる。

83 佐藤孝一「営業権の財産性とその評価（営業権価額の評価上、割引手形金額は『総資産価額』に算入すべきか否か」税経通信　１８８９年９月号　　２４６～２５８頁

南部事件当時の財産評価基本通達における調整計算の対象は、支払利子だけではなく、手形割引料も含まれていた。したがって、南部事件において、手形割引料を調整計算の対象にすべきかどうかは、争点[84]ではない。しかし、平成２０年の財産評価基本通達の改正により、手形割引料が調整計算から除外されたので、あらためて、その当否が問題になる。

最初に、調整計算の対象について、平成２０年度改正前と改正後を比較すると下記のようになる。

改正前・・・支払利子、手形割引料

改正後・・・借入金等に対する支払利子の額及び社債発行差金の償却費の額

調整計算から手形割引料が除外され、逆に社債発行差金の償却費が加えられた。

これに関連して、平成２０年度の財産評価基本通達の改正の「２００８年3月３１日パブリックコメント」の国税庁の回答には、「手形割引料は、平均利益金額の算定において、なかったもの（加算すること）としていましたが、総資産価額に乗ずる利率について分子を『経常利益＋支払利子』、分母を『総資産』とする総資産利益率に見直すこととの整合性を図ること等から、加算しないこととします。」とある。この説明は、分母の総資産に割引手形（手形割引に対応する受取手形）が含まれていないので、その手数料である手形割引料を分子から除外しないと、分母と分子の整合性がとれないということを示していると思われる。

この説明は、重要な意味を持っている。すなわち、分母の総資産と分子の調整計算対象である財務費用とは、整合性がとられるべきであるということを示している。

その点から見ると、先に示した南部事件当時、被告税務署長が主張し、その主張を肯定した南部事件東京地裁判決及び南部事件東京高裁判決において示された、「前記算式中の『平均利益金額』の計算上、手形割引料をなかったものとしてこれを加算されることになつたからといつて、手形割引残高を同算定中の『総資産額』に含め・・・なければならないものではないというべきである。」という考えを１８０度転換したことになる。南部事件当時、財産評価基本通達において、手形割引料が調整計算の対象になっていたが、手形割引料に対応する割引手形を総資産額に含めるべきではないと被告税務署長は、主張してい

84 争点は、手形割引料が調整計算の対象になっていることを根拠として、割引手形を総資産金額に含めるべきかどうかであった。

た。すなわち。分子（手形割引料）と分母（割引手形）の整合性は、取らなくて良いと主張していたが、今回、財産評価基本通達の改正において、全く逆の主張（分母と分子の整合性をとらなければならないという主張）を改正の根拠としているわけである。

（3）分母と分子の整合性

南部事件東京地裁判決及び南部事件東京高裁判決は、手形割引料を調整計算の対象にしていること（分子の問題）と、割引手形を総資産額に含めるかどうか（分母の問題）との整合性について、その必要性を否定している。それに対し、平成２０年の財産評価基本通達改正に関する「２００８年3月３１日パブリックコメント」においては、分母と分子の整合性は、必要であるとしている。それらをまとめてみると下記のようになる。

	ア 手形割引料の調整	イ 割引手形の取扱い	ウ 分母と分子の整合性
平成２０年改正前の財産評価基本通達	必要	総資産に含めない	不要
南部事件判決	必要	総資産に含めない	不要
平成２０年改正後の財産評価基本通達	不要	総資産に含めない	必要

この問題についての最終的な結論として、下記のように考えるのが最も合理的であると思われ、その根拠を本項及び第５章第４節において述べることにする。

	ア 手形割引料の調整	イ 割引手形の取扱い	ウ 分母と分子の整合性
本論文の提言	必要	総資産に含める	必要

先ず、分母と分子との整合性は、必要かどうかの検討をしたい。

手形割引料をなかったものとする調整計算と割引手形を総資産額に含めることには、関連性がないかどうかについて検討する。総資産というのは、貸借対照表上、借方に表示さ

れるものである。それに対して、支払利子・社債発行差金償却額は、貸借対照表上負債の部に表示される有利子負債のコストであり、手形割引料は、貸借対照表の注記に表示されている割引手形のコストである。

財産評価基本通達で示している総資産金額の本質は、総資本金額を指し示すものであり、総資本金額には、企業活動に必要な資金も含まれることを銘記すべきである。その視点から借入金を見ると、借入金は、総資本を構成し（貸借対照表の構造上、総資本を構成するということは、同時に総資産を構成することを意味する)、そのコストである支払利息は、財産評価基本通達で調整計算の対象となっている。社債とそのコストである社債利息も同様である。

この関係から、総資本を構成するものうち、有利子他人資本から発生するコストは、調整計算の対象にされるべきであると考えられる。このように考えると、ある項目が総資産に含まれることと、そのコストが調整計算の対象になることには、関連があると考えるべきであろう。すなわち、営業権の評価上、総資産に含めるべきと考える項目のコスト（自己資本コストは除く）は、財務費用として、調整計算の対象にすべきである。

同じように、営業権の評価上、平均利益金額において調整計算の対象にすべきコストがあれば、その有利子負債は、総資産に含めるべきである。したがって、南部事件東京地裁判決及び南部事件東京高裁判決のように、手形割引料をなかったものとする調整計算と割引手形を総資産額に含めることに関連性がない、という考えには、合理性がないと思われる。営業権の評価上、手形割引料を調整計算の対象にするのであれば、割引手形は、総資産金額に含められるべきである。同時に、営業権の評価上、割引手形を総資産金額に含めるべきであるならば、そのコストである手形割引料は、調整計算の対象にされるべきである[85]。

ところで、分母と分子の対応関係を、平成２０年改正後の財産評価基本通達は、期末時点の一瞬間で捉えようとしている。しかし、例えば、期末日に銀行から借入を１億円した場合、その利息は、一日分しか利益計算上、反映されないが、貸借対照表には、一億円の有利子負債が計上されている。また、逆に、期首から期末日の一日前まで１億円の借入をしていたが、期末日の一日前に返済した場合、利息は３６４日分計上されているが、期末

[85] 厳密に言うと、手形割引料を調整計算の対象にする必要性と割引手形を総資産額に含めるべきであるということは、表裏一体であり、どちらかが原因であり、どちらかが結果であるという関係ではない。

貸借対照表には、借入金がゼロとされる。これは、分母の有利子負債を期末日で算定し、それに対応する財務費用は、一事業年度で捉えるというところから生ずる問題である。分母と分子の対応関係を厳密に捉えようとするならば、分母の総資産は、期末日の一瞬間で捉えるのではなく、期中平均で捉えるべきである。分母の総資産額を、便宜上、期末日の貸借対照表に計上されているかどうかで捉えようとしている以上、分母と分子の整合性も厳格さに欠けていることになる。

後に述べるように、借入金に対する支払利息と手形割引に対する手形割引料の類似性と企業の資金調達手段により営業権の評価額に差異を設けるべきではない、という財産評価基本通達の真の趣旨からこの問題を判断すべきであろう。

借入金と割引手形は、期末時点において、貸借対照表に計上されているか又は貸借対照表の注記事項であるかという点を除けば、企業の資金調達手段としての類似性は、極めて高く、したがって、手形割引料も、借入金の支払利息と同じ財務費用である点で同じである。そのように考えると、むしろ分母の総資産に割引手形を含めると同時に、手形割引料も調整計算の対象にすべきであるという考えを提案したい。

（４）支払利子等の調整の意義

総資産の源泉たる総資本は、有利子負債と資本（自己資本）から構成されているが、有利子負債コストと資本コストに高低の差があり、また、それぞれのコストの所得計算における損金性に差がある。したがって、調整計算をしないと、超過収益力に差異が生じ、その結果、営業権の評価額に差異が出る。このような差異を生じさせないようにするというところに、支払利子・社債発行差金の償却費（以下「支払利子等」という。）及び手形割引料の調整の意義がある。

企業の資本調達又は資金調達は、借入金や社債という有利子負債や手形割引及び自己資本から構成されている。このような資本調達又は資金調達の相違により、相続税における営業権の評価額が増減することは、課税上公平ではないという考えに基づいていると思われる。すなわち、有利子資本コストと資本コストの高低及び損金性の違いによって生じた利益の差が、超過収益力の差に反映し、営業権の評価額に差異を生ずることを回避しようとするものである。資本調達又は資金調達の違いを中立化するためである。総資産金額が同じでも、有利子負債の比率の高い企業と自己資本の比率の高い会社では、それぞれの資

本コストの高低及び損金性の相違により、その利益は異なる。有利子負債のコストである支払利子が費用（損金）とされるのに対し、自己資本のコスト（配当[86]）は、費用（損金）にならないことから利益の差が生ずる。また、自己資本コストは、一般に有利子負債コストより高い。資本調達や資金調達の違いに伴う利益の差異をなくし、調整された利益をもちいて､超過収益力を測定することが課税上公平であるという考えを財産評価基本通達は、持っているのである。

（５）有利子負債コストと資本コストとの調整

この点については、有利子負債のコストと自己資本のコストが同じであると仮定したモデルで見ると、そのことがはっきりとわかる。

例えば、Ａ社とＢ社は、両社とも総資産が１０００とする。Ａ社は、有利子負債がゼロ、自己資本が１０００とし、一方、Ｂ社は、有利子負債が５００、自己資本５００とする。両社とも売上１０００､売上原価･販売費及び一般管理費が２００とすると､営業利益は、８００である。仮に、自己資本に対する資本コストは、配当金５％のみとし、有利子負債に対するコスト（金利）も５％とする。Ａ社は、支払利子０で自己資本コスト５０、Ｂ社は、支払利子２５で資本コスト２５になる。Ａ社は、支払利子がゼロなので、営業利益８００がそのまま純利益になる。これに対して、Ｂ社は、営業利益８００から支払利子２５を控除した７７５が純利益になる。有利子負債コストが損益計算書における利益計算上、費用とされるのに対して、自己資本コストである配当金は、費用とされないという差がある。しかし、経済実質上、資本又は資金調達のコストという点では、有利子負債コストも自己資本コストも同じ財務費用である。仮に、標準総資産利益率を５％とし、財産評価基本通達に示されている支払利子等の調整がないものとして営業権を計算すると、Ａ社の営業権が７５００であるのに対して、Ｂ社の営業権は、７２５０となる。すなわち、現在価値への割引を無視すると、１０年間の超過収益力は、下記になる。

Ａ社の営業権

８００－１０００×５％＝７５０　　７５０×１０年＝７５００

Ｂ社の営業権

７７５－１０００×５％＝７２５　　７２５×１０年＝７２５０

86 資本コストは、本来、株主の求める期待利益率であるが、ここでは便宜的に配当とする。

自己資本比率が高いＡ社の純利益の方が、Ｂ社に比べ多くなるので、営業権の評価額もそれに比例して高くなる。有利子負債のコストが費用（損金又は経費）と認められるのに対し、自己資本コストは、費用（損金又は経費）として認められないという財務会計上及び税務上の取扱いにより、営業権の価額に差が生ずるのは、課税上公平ではないと財産評価基本通達は考えている。すなわち、資本調達及び資金構成の差異が営業権の価額に影響を及ぼすべきではないという考えである[87] [88]。

このように、支払利子・手形割引料を調整計算する意義と目的は、南部事件東京地裁判決のように、二重控除を防止するためでもなく、南部事件東京高裁判決のように、営業権の評価上、企業の純粋な事業活動によつてあげた収益を基礎とするのが適切であるためでもない。

支払利子等を調整計算する目的は、次に述べるように資本構成や資金調達構成にともなう財務費用の高低及び損金性の違いにより、営業権の金額に差が出ることを防止しようとするところにあると考えるべきである。

（６）支払利子等と手形割引料の類似性

平成２０年改正の財産評価基本通達において、分母たる総資産に割引手形（厳密には、手形割引に対応する受取手形）を含めていないので、そのことと整合性をとるためには、分子において、手形割引料を調整計算の対象から外すという改正がなされた。分母と分子の整合性をとるという点では、論理的な改正である。しかし、この改正は、分母の総資産額に割引手形が含まれていないということを所与のものとしている。

しかし、分母と分子の整合性のとり方には、分母の総資産に割引手形を含め、分子において、手形割引料を調整計算の対象にするという方法もある。この整合性のとり方と平成２０年改正財産評価基本通達における整合性のとり方のどちらに妥当性があるかを検討す

---

87 なお、支払利息及び手形割引料をなかったものとして、利益に加算する調整は、株主価値評価算定におけるＤＣＦ法においても行うが、この調整は、有利子負債と資本との構成の差により株主価値に差が生じることはないという考えに基づくものである。
その点で、財産評価基本通達における調整計算も同様の考えに基づいていると思われる。
ただし、ＤＣＦ法の場合、支払利息・割引料から受取利息・配当金を控除した純粋の財務費用を控除するのが一般的である。

88 上記モデルは、有利子負債コストと資本コストの差異の調整である。有利子負債コストと手形割引コストとの差異のモデルは、第５章第４節「総資産額」で示されている。

る必要がある。

財産評価基本通達が分母の総資産額に割引手形を含めないとする根拠として、一番有力と推測するのは、南部事件東京地裁判決のなかで示されている、「・・・前記算式中の『総資産額』は、課税時期における総資産の価額すなわち、現に企業に投下されている資本の額を基準にしてこれをとらえるべきものといえるのであるから、当該企業から銀行等に所有権が移転し、企業の資産を構成するものでない割引手形の残高は、『総資産額』に含まれるものではないというべきである」というものであろう。割引手形は、貸借対照表の負債の部に計上されず、その対照勘定たる受取手形が資産の部に計上されない。単に、貸借対照表の注記事項とされるだけである（会社計算規則１３４条１項５号)。その意味で、南部事件東京地裁判決が示しているように、割引手形は、課税時期における総資産の価額すなわち、現に企業に投下されている資本の額ではない。また、短期借入金（商担手借）と手形割引の法的性格の相違もその根拠に示されているとおりである[89]。

割引手形を総資産額に含めるべきであるという根拠は、第５章第４章において、詳しく述べることとし、ここでは、手形割引料と支払利子等との類似性を述べ、手形割引料を調整計算の対象にした方が、資本調達又は資金調達の相違により、相続税における営業権の評価額が増減するを防止し、課税の公平を確保しようとする趣旨に合致することを示すことにしたい。

法人や事業を営む個人事業主が、短期的な資金を調達する際、短期借入金によるかまたは手形割引によるかは、短期借入余力や受取手形のランク（一流上場企業が発行した手形か信用力が低い会社が発行した手形か)・借入金利率又は手形割引利率等々を考慮し、金融機関と交渉の上、決定するものである。したがって、短期借入金によるか手形割引によるかは、極めて選択的であり、差別性はない。また、企業又は個人事業主にとって、短期借入金から生じた利息か、手形割引から生じた手形割引料かを差別的に考えることはなく、単に、どちらの資金調達コスト（＝財産費用）が低く抑えられるか、又はどちらが資金調達しやすいかで判断しているのが実態である。どちらも資金調達コストとしての性格を有し、法的性格の違いを意識して行動することはない。単に、両者を資金調達する際の財務費用と考えれば、短期借入金の支払利息と手形割引料を差別的に取扱う必要性はない。資金調達の違いにより、利益金額に差が生じ、相続税における営業権の評価額に差異が発生

89 短期借入金（商担手借）と手形割引の経済的、あるいは会計処理上の同質性、類似性を南部事件の原告は主張している。

することの方が妥当性に欠けるとおもわれる。

また、相続税法上の営業権は、きわめて超過収益力という経済実質的な側面に着目して相続財産性を認識し、評価しようとするものである。そうであれば、法的側面より経済実質的な側面を重視して考えるべきではないであろうか。

なお、平成２０年改正の財産評価基本通達において、新たに調整計算として加えられた社債発行差金償却額も、実質的には、資金調達に伴う財務費用である。しかし、社債発行差金償却額は、会計上発生した財務費用であり、実際に債権者等の金融機関に支払われた財務費用でない。その点を考慮すると、借入利息と手形割引料の類似性の方が、借入利息と社債発行差金償却額の類似性より高いと思われる。この点からも、社債発行差金償却額を新たに調整計算に加えながら、手形割引料を除外する必要があったのか疑問である。

（７）社債発行差金の償却費の額

平成２０年度における財産評価基本通達の改正において、手形割引料を調整計算から除外し、社債発行差金の償却費の額を含めることになった。平成２０年度改正前と改正後を比較すると下記のようになる。

改正前・・・支払利子、手形割引料

改正後・・・借入金等に対する支払利子の額及び社債発行差金の償却費の額

社債発行差金は、社債を割引発行した場合に生じる社債の額面金額と実際発行価額との差額であり、実質的に将来の利息部分と考えられるものである。したがって、資本調達方法又は資金調達方法の相違により営業権の価額が異なることを回避しようとする趣旨から考えれば、社債発行差金の償却費を調整計算の対象にしたことは、合理的な改正である。

しかし、会社法及び会計基準は、平成１８年に、法人税法は、平成１９年度改正において、いずれも社債発行差金を繰延資産から除外している。したがって、社債発行差金の償却費という概念は、財産評価基本通達が改正された平成２０年当時には、すでになくなっている。それにもかかわらず、平成２０年度の財産評価基本通達の改正において、社債発行差金の償却費という文言を使うことの根拠が不明で、妥当性を欠くのではないかと思われる。正しくは、法人税法施行令１３６条の２第１項に合わせ、社債に係る債務者の償還差損という文言に統一すべきである。

なお、社債発行差金を繰延資産から除外した経緯を簡単に説明すると、平成１８年５月

１日に施行された会社計算規則が、繰延資産に計上することができる範囲から社債発行差金を実質的に除外したとされている。旧商法施行規則４０条において社債発行差金は、繰延資産として認められていたが、新たに設けられた会社計算規則１０６条３項５号では、「繰延資産として計上することが適当であると認められるもの　繰延資産」とし、繰延資産の具体的範囲を明示しないように改められた。これは、「繰延資産は、その多くが政策的に、これを一時の費用とするとこれにより生じた欠損を補するまで利益配当ができないこと、その結果、会社の信用に悪影響が及ぶこと等の理由から費用の繰延べを認めていたものであるものの、一部を除き、実例も乏しく、また、貸借対照表上資産計上を認めて配当を行いやすくするという理由に乏しいものが多い。」[90]という理由の結果であるが、そこで、「計算規則においては、繰延資産に関する各別の規定を削り、・・・繰延資産の計上の適否については、企業会計の基準その他の慣行（会社法４３１条・計規３条）に委ねるものとする一方、分配可能額の算定上は、これを資産扱いしないものとすることによって対応している。」[91]となったわけである。それを受け、企業会計基準第１９号「繰延資産の会計処理に関する当面の取扱い」（以下「繰延資産会計基準」という。）が公表され、社債発行差金が繰延資産の範囲に含まれないことを明らかにした。

そして、企業会計基準第１０号「金融商品に関する会計基準」（以下「金融商品会計基準」という。）第２６項において、社債は、支払手形・買掛金及び借入金その他の債務と同様に、債務額をもって貸借対照表価額とし、ただし、社債を社債金額より低い価額又は高い価額で発行した場合など、収入に基づく金額と債務額とが異なる場合には、償却原価法に基づいて算定された価額をもって、貸借対照表価額としなければならないとした。

さらに、金融商品会計基準注５は、社債を社債金額より低い価額又は高い価額で発行した場合など、収入に基づく金額と債務額との差額を償却原価法に基づき取得価額に加減することを示すとともに、その加減する金額は、受取利息又は支払利息として処理することを明らかにしている。したがって、従前の社債発行差金の償却費に相当する金額は、支払利息という勘定科目で処理されることが明らかにされた。

この繰延資産会計基準及び金融商品会計基準に合わせるため、法人税法も平成１９年度

90　郡谷大輔・和久友子・小松岳志著「会社計算規則」税務研究会出版局、２００７年３月、２８４頁

91　同上、２８５頁

の税制改正において、社債発行差金を繰延資産から除外し（法令１４① 一 ～ 五)、金銭債務に係る債務者の償還差益又は償還差損の益金又は損金算入制度（法令１３６の２第１項）を設けた。したがって、従前の社債発行差金の償却費は、社債に係る債務者の償還差損とされるようになった。

２、企業者報酬

（１）算式上の位置付け

財産評価基本通達１６５～１６６の計算式は、下記の通りである。

算式１：〔平均利益金額×0.5　－　標準企業者報酬額〕－ 総資産額×0.05

＝単年度超過利益金額

実際の企業者報酬は、平均利益金額に加算する（なかったものとする）調整が求められているので、その調整を意識して算式１の〔　〕内だけを展開すると

〔(平均利益額＋実際の企業者報酬）×0.5－標準企業者報酬額〕となる。

０．５は、評価の安全性のためであるが、実際の企業者報酬にも０．５が乗じられることになっている。企業者報酬の調整だけを考えれば、

（実際の企業者報酬×０．５－標準企業者報酬）

となる。

調整の目的から考えると、実際の企業者報酬と標準の企業者報酬を比較し、調整すべきであると思われる。しかし、実際の企業者報酬×0.5 と標準の企業者報酬を比べることは、異質なものを比較することになり問題である。その意味では、評価の安全性の０．５を実際の企業者報酬に乗ずるのは、誤りではないかと考えられる。すなわち、

〔(平均利益額＋実際の役員給与）×0.5－標準企業者報酬額〕は

（平均利益額＋実際の役員給与－標準企業者報酬額）×0.5

とした方が、企業者報酬の調整の目的に合致すると思われる。ただし、標準企業者報酬自体が標準報酬額に５０％を乗じたものとして算定されていないことを前提とする。

（２）標準企業者報酬額

次に、標準企業者報酬の金額は、平成２０年の改正により平均利益金額が低い法人に対して、有利に作用するが、逆に、平均利益金額が高い法人にとっては、不利に作用するようになった。

先ず、平均利益金額が比較的低い企業にとっては、改正前の標準企業者報酬の金額が、異常に低く問題であったので、適正な改正と言える。

今、従業員５０人で役員報酬控除後の課税所得が１億円、役員が６人で社長が３千万円、専務が１千万円、その他の役員４人で３千万円として計算すると、役員報酬の合計は７千万円である。支払利子等や非経常損益の調整を無視し、平成２０年改正前の財産評価基本通達１６６で計算すると、標準企業者報酬は１千７百万円(=〔1億円＋7千万円〕×１０％)となる。

（1億円＋7千万円）×０．５－（1億円＋7千万円）×１０％

企業者報酬の調整部分だけ抜き出すと

7千万円×０．５－1億7千万円×１０％＝3千5百万円－1千7百万円＝1千8百万円

1千8百万円が単年度超過収益力を構成することになる。すなわち、企業が役員報酬として、実際に役員に支払っているにもかかわらず、営業権の評価額計算上は、利益として扱われるということになる。このような算式上の欠陥（0.5 の乗ずる位置）があるので、1千8百万円にとどまっているが、それがなければ5千3百万円（＝7千万円－1千7百万円）が、超過収益力として認定されてしまうことになる。

改正前の標準企業者報酬は、役員が一人であることを前提として算定されていたのではないであろうか。課税所得１億円の会社で役員の数が６名というのは、普通であり、６人合計の標準役員報酬が１千７百万円ということは、一人あたりの標準役員報酬が約３百万円になり、パート社員並みの報酬である。平成２０年に改正されたとは言え、このような非現実的数値が長年、財産評価基本通達１６５～１６７に存在していたことは、問題である。

ただし、平成２０年改正後の財産評価基本通達に基づき計算すると、

（1億円＋7千万円）×０．５－（1億円×０．３＋1千万円）

企業者報酬の調整部分だけ抜き出すと

7千万円×０．５－4千万円＝3千5百万円－4千万円＝△5百万円

となり、平均利益金額が低い企業にとっては、有利な改正であることが理解できる。

一方、平均利益金額が高い法人の例を見てみよう。仮に、平均利益金額が５０億円だと

すると、標準平均利益金額は、下記のように２０年度改正前で５億円であるのに対して、改正後は３億 2,500 万円に激減する。その結果、営業権が大幅に評価増されることになる。

改正前　５億円　　（＝５０億円×１０％）

改正後　３億 2,500 万円（＝５０億円×０．０５＋７千５百万円）

激減する問題については、「２００８年３月３１日パブリックコメント」でも反対意見が示されていた。すなわち、「改正後の標準企業者報酬額表によると、平均利益金額が一定額を超えると、従前より標準企業者報酬が少なくなり、結果として、営業権の価額が、従前より高額になる可能性がある。これは、今回の改正の趣旨にそぐわないことから、平均利益金額５億円超の区分を削除すべきである。」と批判している。それに対して、「２００８年３月３１日パブリックコメント」における国税庁の回答は、「今回の改正は、適正な時価評価の観点から行うものであり、営業権の評価額の引下げを趣旨とするものではありません。標準企業者報酬は、実態調査結果に基づき、現下の経済実態に即したものに改正したものです。」というものである。

このような納税者不利の改正は（または改正部分は）、段階的に適用されるべきであろう。また、実態調査結果に基づき、現下の経済実態に即したものに改正したとあるが、どのような方法でサンプリングし、どのような要素が、役員報酬に対して、最も、有意的な因果関係を持っているのか。その検討過程と結果が全く開示されていない。

財産評価基本通達は、標準企業者報酬の算定を平均利益金額のランクに関連付けておこなっているが、むしろ売上高や従業員数の方が、標準企業者報酬算定には、有意的因果関係を持つ要素として、合理的ではないかとも考えられる。従業員数１０人で、平均利益金額１億円を上げている法人と従業員１，０００人で平均利益金額１億円を上げている法人の標準企業者報酬が同額であることに合理性があるのか疑問である。

改正に伴う情報の開示とそれに対する批判が、長期的には納税者の信頼を勝ち得うる道と思われる。

ところで、企業者報酬について、調整計算を行う目的は、何であろうか。その目的は、相続税額を不当に減少する行為を排除するところにあると解すべきであろう。営業権の評価額を不当に減少させるために、３年前から（現時点が死の３年前かどうかを知る人間はいないので、厳密に言うと３年前かどうかは、神のみが知り得る。）異常な又は実態のない役員報酬を損金にするような行為がどの程度発生するのであろうか。３年前から死を意識して、役員報酬を操作することは、極めて稀である。もし、万が一、そのような事実が発

生したとするならば、法人税の調査において、実態のない役員報酬又は不相当高額な役員報酬として損金を否認すれば良い問題である。

課税当局があるべき企業者報酬を示し、それ以上のものは、認めないという発想自体に問題があると思われる。そもそも、標準的な役員報酬ということ自体が存在するのであろうか。法人税法においても、同業種、同規模、同所得における法人（類似法人）の役員報酬の支給状況等を考慮して、不相当高額な役員報酬は、損金算入を認められていない（法法３６）。しかし、同業種、同規模、同所得の企業の役員であっても、能力・経営意欲・従事時間・兼務状況・個人保証の有無・個人資金の会社への貸付状況に大きな差がある。その意味では、標準企業者報酬を提示すること自体に合理性があるのか疑問である。

以上、考察すると、営業権の評価においては、標準企業者報酬の調整は、廃止されるべきである。法人税法において損金算入が否認された役員報酬だけを排除すれば足り、あるべき企業者報酬に引き直す必然性は、見出しにくく、企業者報酬の調整は、廃止されるべきであろう。

３、非経常的な損益の額

平成２０年改正後の財産評価基本通達１６６では、超過収益力算定上、調整計算をする項目は、非経常的な損益の額、借入金等に対する支払利子・社債発行差金の償却額及び企業者報酬額である。

このうち、「非経常的な損益の額」の項目は、超過収益力の算定において、異常な要素を排除しようとするものである。したがって、調整項目とすることに合理性がある。しかし、非経常的な損益については、実務上、判断が分かれるところである。なお、平成２０年において、改正前の「経常的損益以外の損益の額」という文言を「非経常的な損益の額」に変えたが、実質的変更ではない。

非経常的な損益の額の範囲については、財産評価基本通達１８３（２）が参考になる。すなわち、取引相場のない株式を類似業種比準価額方式により評価する場合、一株当たりの年利益金額の計算の減額調整項目として、固定資産売却益、保険差益等の非経常的な利益の金額をあげている。財産評価基本通達１８３（２）において、固定資産売却益、保険差益等の非経常的な利益の金額を除く趣旨は、「評価会社の経常的な収益力を表すものを採

用し」[92]ようとするもので、営業権の評価において、非経常的な損益の額を除く趣旨と同じである。

しかし、経常的か非経常的かは、その企業や個人事業の業種・規模によっても異なる。特に、従業員退職金や役員退職慰労金については、非経常的かどうかの判断は、難しい。第５章第２節でも述べたが、従業員の退職金については、労働協約等で定められ、労働法上の債務として、日々発生しているが、法人税法は、退職という支払事由が現実に生じていないという理由で、退職給付引当金繰入額を損金として認めていない。その結果、現実に退職した事業年度で、過去に生じていた分も含めて一時に損金とする。比較的規模が大きく、所得水準も高い企業にとって、従業員退職金 1,000 万円が所得金額に与えるインパクトは少なく、販売費及び一般管理費で処理する例が多い。しかし、規模が小さく、所得金額も数百万円の企業にとって、たまたま従業員の退職者が３人出て、総額 1,500 万円支払うと、その期の所得は、マイナスになり、退職金を特別損失に表示する場合がある。その結果、1,500 万円は、非経常的な損益とされる。このように、臨時的に多額の退職金が生じた原因は、法人税法上、退職給付引当金繰入額を損金として認めていない結果である[93]。従業員退職金を非経常的な損失として、財産評価基本通達１６５の平均利益金額から除外すると、従業員退職金は、退職給付引当金繰入した期においても、実際に退職して支払った期においても、平均利益金額の算定において考慮されないという結果になる。

また、事業目的との関連性をどのように考えたら良いか問題になる。例えば、毎期の売上が１０億円で所得は２億円であったが、ある商品がヒットして、前々期だけ売上２０億円、所得は５億円であったとした場合、前々期所得５億円のうち毎期の所得２億円を超過する３億円は、毎期発生するかどうかという点では、非経常的である。財産評価基本通達１８３（２）で、非経常的な例として示されている固定資産売却益、保険差益は、非事業目的かつ非経常的なもので、財務会計上、特別利益に区分されるものである。しかし、将来の超過収益力を測定するという目的から考えると、事業目的である売上の異常性も排除すべきではないかと考えられる。ただし、何を持って異常性があると判断するのかという問題はある。実務的には、過去３期のうち、他の２期の売上平均の１５０％を超える期があれば、その期は算定対象から除外するという調整をするというのも一つの方法であろう。

---

[92]、庄司範秋編「財産評価基本通達逐条解説　１８年改訂版」財団法人大蔵財務協会　５９９頁

[93]　なお、退職給付引当金繰入額については、第５章第２節で、過去３事業年度の利益の計算において、調整項目として利益から控除することを認めるべきであるという提案をした。

ところで、類似業種比準方式における１株当たりの利益金額を計算する場合に、財産評価基本通達１８３（２）で調整計算するのは、非経常的な利益の金額のみで、非経常的な損失は含まれない。それに対して、財産評価基本通達１６６では、非経常的な損益とし、利益金額のみでなく損失も調整計算の対象とされている。もともと、財産評価基本通達には、判断に幅がある場合、納税者有利にとらえ、評価の安全性・確実性を確保しようとする考えがある。財産評価基本通達１８３（２）が、単に経常的な収益力を測定しようとするのであれば、財産評価基本通達１６６と同じように、非経常的な損失についても調整計算に含めたはずである。そうすると、財産評価基本通達１８３（２）は、非経常的な損益のうち評価の安全性・確実性の見地から非経常的な利益のみを除外するものとしたのであろう。この評価の安全性・確実性の要請は、独立の財産として譲渡することが極めて難しい営業権の評価にこそ求められるものであろう。このように考えると、財産評価基本通達１６６において、なかったものとして計算するのは、非経常的な利益の金額のみとしても良いと思われる。

第４節　総資産額

１、南部事件判決の見解

第４章第４節で見てきたように、南部事件東京地裁判決及び南部事件東京高裁判決は、割引手形（＝割引手形のもとになる受取手形）を総資産額に含めることを否定している。また、手形割引料をなかったものとする調整計算と割引手形を総資産額に含めないことには、関連性がないとしている。

南部事件東京地裁判決及び南部事件東京高裁判決は、割引手形を総資産額に含めるべきではないと判示した根拠として、割引手形の法的性格が、借入金と異なることを上げている。さらに、割引手形は、課税時期において、負債に計上されていないことが上げられる。

南部事件東京地裁判決は、商担手借（手形を担保とした借入金）と手形割引について、「確かに、商担手借の場合に担保として譲渡された手形は、手形以外の他の譲渡担保物と異なり、所持人に復帰することはないのが通常であること、一定の場合に所持人に買戻し義務が発生することがあること、その経済的実質が所持人の資金調達の一手段とされていること、利子の性格を有する金員が支払われること、などの諸点において、商担手借と手

形割引とは同様な性格を有するものということができる。」と判示しているが、その法的性格の差異に着目して、「その法的な性格は、右に述べたとおり、一方は手形の売買、他方は金銭消費貸借における譲渡担保手形というように、明らかに異なるものといわざる得ないのである。したがって、このような割引手形と譲渡担保手形の法的な性格の違いに着目して、課税手続上、両者につき異なる取扱いをすることも許されるものというべきであって、これを目して租税の公正性を害するとする原告らの主張が失当であることは明らかである。」としている。

さらに、割引手形が課税時期の資本を構成していない点について、「また、仮に、その経済的同質性に着目して、割引手形と譲渡担保手形とを税法上も同一の取扱いをすべきであると解したとしても、前述の総資産価額が現に企業に投下されている資本を基準としてとらえられるべきであることに照らすと、・・・譲渡担保手形の類が現行の課税手続において総資産価額に含められているからといって、割引手形についてその額を総資産価額に含めることの相当性を根拠づけることにはないものというべきである。」と判示している。

次に、手形割引料をなかったものとする調整計算と割引手形を総資産額に含めることには、整合性が保たれるべきであるかどうかについても、南部事件東京地裁判決及び南部事件東京高裁判決は、否定している。しかし、５章３節１（３）で述べたように、この整合性は、保たれるべきであり、平成２０年の財産評価基本通達の改正の根拠としても、その整合性の保持の必要性が示されている[94]。

２、南部事件判決の根拠に対する反論

割引手形は、法的には、受取手形という資産が既に売却され、単に買戻請求権を負っているのみである。このように割引手形の法的側面を重視すれば、判決の示すとおり、割引手形は、総資産額に含めるべきではない。さらに、割引手形は、貸借対照表上、注記事項とされるだけで、総資産額に含まれていない。

しかし、南部事件東京地裁判決においても、商担手借と割引手形の経済実質面における同質性を明確に認めている。それは、「また、仮に、その経済的同質性に着目して、割引手

[94] 整合性のとり方としては、財産評価基本通達１６５～１６６のように分母の総資産に割引手形を含めず、同時に分子において手形割引料を調整計算の対象にしない方法と、５章３節１、（３）で示し、本論文で提案したように、分母の総資産に割引手形を含め、かつ分子において手形割引料を調整計算の対象にするという方法がある。

形と譲渡担保手形とを税法上も同一の取扱いをすべきであると解したとしても、・・・」という判決文に表れている。したがって、割引手形を総資産額に含めない最大の根拠は、それに続く判決文の「・・・割引手形と譲渡担保手形とを税法上も同一の取扱いをすべきであると解したとしても、前述の総資産価額が現に企業に投下されている資本を基準としてとらえられるべきであることに照らすと、・・・割引手形についてその額を総資産価額に含めることの相当性を根拠づけることにはないものというべきである。」に示されている内容と判断出来る。すなわち、割引手形は、課税時期に、現に企業に投下されている資本ではないので、総資産額に含める根拠はない、というものである。

この判決の考え方について、２つの点から批判をしたい。一つは、手形割引料をなかったものとする調整計算と割引手形を総資産額に含めることとの整合性は、必要がないとしている判決の立場である。この整合性は、前述したように保たれることが、論理的に正しいと思われる。

次に、総資産額を、「課税時期に、現に企業に投下されている資本」に限定している判決の考えが、「営業権の評価は、企業の財務構成の影響を除いた収益力をもって行うべきである」という考え方に合致していない点である。

手形割引料の調整は、資本調達又は資金調達の手段の相違（有利子他人負債・手形割引か自己資本かの相違）により、営業権の評価額が増減することを回避しようとする要請を損益面で実現しようとするものである。同じように、借入金・手形割引という資金調達の手段の相違により、営業権の評価額が増減するを回避しようとするものである。

３、総資産額の概念

支払利子等の調整計算の目的は、資本調達の手段の相違（有利子他人資本か自己資本かの相違）により、営業権の評価額が増減することを回避しようとするものである。したがって、財産評価基本通達１６５において、総資産額に標準総資産利益率を乗じているが、その総資産額の本質的内容は、むしろ総資本額と考えるべきである[95]。

そして、総資本額については、南部事件東京地裁判決及び南部事件東京高裁判決のように、期末時点で捉える考え方（以下「期末時点説」という。）がある。それに対し、ある一定期間の総資本額の平均で捉えようとする考え方（以下「期間平均説」という。）が、成立

[95] 総資産額と総資本額（負債+資本）は、貸借対照表の構造上、必ず一致する。

するのではないであろうか。

また、南部事件で争点になったように、総資産額に割引手形を含めるべきではないという考え（以下「割引手形排除説」という。）と割引手形を含めるべきであるという考え（以下「割引手形包含説」という。）がある。南部事件東京地裁判決及び南部事件東京高裁判決は、期末時点説の立場を採用した結果、割引手形排除説になったわけである。

先ず、割引手形排除説と割引手形包含説のどちらが妥当性を持つか、次の項においてモデルを示すことにより検討したい。

４、割引手形包含説のモデル

具体的な数値に基づくモデルを見てみよう[96]。

今、Ａ社もＢ社も期首の貸借対照表は、下記のようであるとする。また両社の利益は、２００と仮定（２００に見合う増加資産は現金）すると

	期首　Ｂ／Ｓ		
現金	０	資本	１０００
受取手形	１０００		
計	１０００	計	１０００

[Ａ社の期中取引]

①借入金を１０００調達した（ただし受取手形１０００を担保として提供)。

②金利２０を現金で支払った。

③売上２００（すべて現金で入金済み、売上原価はゼロ)。

[Ａ社の期中仕訳]

現金	１０００	／	借入金	１０００
支払利子	２０	／	現金	２０
現金	２００	／	売　上	２００

96 問題を明確にするため、ここでは、期末時点説を前提としたモデルを作成した。

[A社のB/S・P/L]

期末　A社　B／S

現金	１１８０	借入金	１０００
受取手形	１０００	資本	１１８０
		（期首資本金 1000＋当期利益 180）	
計	２１８０	計	２１８０

注記：受取手形１０００は借入金１０００の担保として提供

A社　P／L

売　上	２００
支払利子	２０
税引前利益	１８０

[B社の期中取引]

①受取手形１０００を割引いた。

②割引料２０を現金で支払った。

③売　上２００（すべて現金で入金済み・売上原価はゼロ）。

[B社の期中仕訳]

現金	１０００	／	受取手形１０００
手形売却損	２０	／	現金　２０
現金	２００	／	売　上　２００

[B社のB/S・P/L]

B社の　B／S

現金	１１８０	資本	１１８０
		（期首資本金 1000＋当期利益 180）	
計	１１８０	計	１１８０

注記：割引手形　１０００

Ｂ社の　Ｐ／Ｌ

売　　上	２００
手形売却損	２０
税引前利益	１８０

[Ａ社、Ｂ社の総資産額]

総資産はＡ社が２，１８０、Ｂ社が１，１８０となる。

① [Ａ社の営業権]

１８０＋２０　－　２，１８０×５％＝２００－１０９＝９１

９１×１０年＝９１０

（１０年間の現在価値への割引計算は無視）

② [Ｂ社の営業権（平成２０年改正前）]＝割引手形を総資産に含めず、手形割引料を調整計算の対象にした場合

１８０＋２０　－　１，１８０×５％[97]＝２００－５９＝１４１

１４１×１０年＝１４１０

③ [Ｂ社の営業権（平成２０年改正後）]＝割引手形を総資産に含めず、手形割引料も調整計算の対象にしない場合

１８０　－　１，１８０×５％＝１８０－５９＝１２１

１２１×１０年＝１２１０

④ [Ｂ社の営業権（本論文の提案型）]＝割引手形を総資産に含め、手形割引料を調整計算の対象にした場合

１８０＋２０　－　（１，１８０＋１０００）×５％

＝２００－１０９＝９１

９１×１０年＝９１０

97　平成２０年改正前の標準総資産利益率は１．５％であったが、比較する関係で５％とした。

以上のことをまとめると、

Ｂ社の営業権の金額

	割　引　手　形			
		総資産に含める	総資産に含めない	差
手　形 割引料	調整対象にする	④　９１０	②　１４１０	５００
	調整対象にしない	７１０	③　１２１０	５００
	差	２００	２００	－

結局、手形割引料を調整計算の対象にするかどうかにより、営業権の評価額に２００の差が生ずる。また、割引手形を総資産額に含めるかどうかにより、営業権の評価額に５００の差が生ずることになる。分母と分子の整合性をとるという意味では、③か④のどちらかである。平成２０年改正後の財産評価基本通達は、分母の総資産に割引手形を含めず、かつ分子の調整計算から手形割引料を除外しているので、③のパターンを採用している。

しかし、借入金か手形割引かの資金調達の違いにより、営業権の評価額に差が出ることは、妥当ではない。その立場から④のパターンを採用すべきであるという論拠を以下で説明したい。

Ａ社の営業権９１０【①】とＢ社の営業権（平成２０年改正前）１４１０【②】の差額５００は、割引手形を総資産に含めていないことによる差である。割引手形を総資産に含めるとＢ社の営業権（平成２０年改正前）も９１０【④】になる。

Ａ社の営業権９１０【①】とＢ社の営業権が同額になるのは、Ｂ社について手形割引料を調整計算の対象にするとともに、総資産額の中に割引手形分を含めた（受取手形を割引いていない状態にした）場合【④】だけである。

この問題は、資金調達の違いにより営業権の評価額に差が出ることが妥当かどうかの問題である。割引手形と借入金の法的側面の違い及び課税時期において貸借対照表の負債の部に現に計上されているかどうかの違いを重視するあまり、経済実態的には同一であるにもかかわらず、営業権の評価額に差が出ることは、課税の公平性を損なうと思われる[98]。

[98] なお、株主価値評価算定におけるＤＣＦ法においても、資金調達を借入金によるか手形割引によるかにより株主価値に差が生じることはない。ＤＣＦ法の場合、フリーキャッシュフローの現在価値から負債を控除して株主価値を算定するが、その負債に割引手形を含めるので、株主価値は変わることはない。すなわち、借入金による資金調達と手形割引による資金調達は、株主価値に対して中立的である。

また、期末の貸借対照表上、借入金が負債に計上されいるのに対し、割引手形が負債に計上されていないことは、財務会計上、返済義務のある債務か偶発的な債務かの違いに基づくものである。しかし、資金調達手段としての側面からみれば、何ら差異がなく、その同質性に着目しても良いと思われる。

いずれにしても、平成２０年改正前の南部事件東京地裁判決及び南部事件東京高裁判決のように、手形割引料を調整計算に含めながら、割引手形を総資産額に含めないとする考え方は、資金調達の手段により営業権の評価額に差額を生じしめ、資金調達及びそのコストの違いを、営業権の評価額において、中立化するという趣旨に反するものである。

以上、考察してきたように、割引手形排除説は、妥当性を欠き、割引手形を総資産額に含めるとする割引手形包含説が優れていると思われる。

５、期間平均説の優位性

先に述べたように、総資産額の捉え方として、期末時点説と期間平均説がある。財産評価基本通達１６５～１６６や南部事件東京地裁判決及び南部事件東京高裁判決は、期末時点説に立っている。

ところで、総資産額に乗ずる総資産利益率は、その分子たる利益は、fiow の概念なので、１年（３期分なので３年）という期間で捉えられる。それに対して、分母の総資産は、stock の概念なので、相続時（法人にあっては、課税時期直前に終了した事業年度の末日）という一時点のものである。分子が期間、分母が一時点ということで、その一時点の総資産額及び資本構成が、通年と大きく異なっている場合、又は通常の月末と異なっている場合は、分母と分子の対応性が薄れ、総資産利益率自体をゆがめることになる。例えば、本章３節１（３）で述べた事例のようなことがある。つまり、期末日に銀行から１億円借入をした場合、その利息は、一日分しか計上されない。それに対して、総資産額には、１億円の有利子負債が計上されている。また、逆に、期首から期末日の一日前まで借入金が１億円あったが、、期末日の一日前に返済した場合、利息は３６４日分計上されているが、期末貸借対照表には、借入金がゼロになっている。これは、分母の有利子負債を期末日で算定し、それに対応する財務費用は、一事業年度で捉えるというところから生ずる問題である。分母と分子の対応関係を厳密に捉えようとするならば、分母の総資産は、期末日の一瞬間で

捉えるのではなく、期中平均で捉える期中平均説により算出されるべきである[99]。

仮に、財産評価基本通達１６５～１６６のように、期末時点説による場合には、期末時点の総資産額が期中平均と著しく異なるようであれば､適切な補正を認めるべきであろう。

６、小括

以上、考察してきたように、借入金と割引手形は、資金調達の手段としての差別性がなく、借入金に対する支払利息と手形割引に対する手形割引料は、財務費用という点において類似性が極めて高い。また、企業の資金調達手段により、営業権の評価額に差異を設けるべきではないという営業権の評価に関する財産評価基本通達の真の目的から考えると、手形割引料をなかったものとする調整計算と割引手形を総資産額に含めることには、関連性があると考えるべきである。

このように考えると、割引手形を総資産額に含めるべきとする「割引手形包含説」が採用され、かつ、総資産額を一定期間の平均で捉える「期中平均説」が採用されるべきである。

第５節　現在価値割引率の提言

第４章５節では、各視点から、現在価値割引率として、基準年利率を使用している現在の財産評価基本通達１６５を批判した。その結果、現在価値割引率は、標準総資産利益率と一致すべきであることを示した[100]。また、第４章では、現在価値割引率の算定方法としてＷＡＣＣ法を紹介した。現実の企業をみると、ＷＡＣＣ法により求められた現在価値割

---

[99] ＤＣＦ法においてもフリーキャッシュフローの捉え方について、期中平均的な考えを採るべきとする考え方がある。例えば、「・・・これまで解説してきた公式等は、キャッシュフローの発生に関して『期末主義』を採用しています。これに対応する考え方として、『期央主義』という概念があります。・・・各年度のキャッシュフローは現実的には、期末に一括に生じるものではなく、年間を通じて平均的に発生する・・・」鈴木義行編著・安井淳一郎・越智多佳子・岡田昌也著「M&Ａ実務ハンドブック第２版」中央経済社、２００５年２月、２４３ページ

[100] 根拠については、第４章５節５「総資産利益率との整合性」を参照。

引率と標準総資産利益率は、理論的にも異質なものであり、実際の企業において計算しても一致することはない。ＷＡＣＣ法における現在価値割引率は、個別企業に適用するものであり、かつ、将来を見据えた現在価値割引率である。それに対し、標準総資産利益率は、全業種又は業種別企業の総資産利益率を平均したものであり、過去の実績の総資産利益率である。ＷＡＣＣ法は、優れている方法であるが、課税の実務においては、大量の課税処理が求められ、課税の公平の見地から統一的な課税処理が要請されている。したがって、直ちに、ＷＡＣＣ法を相続税法の営業権評価において、強制することは、困難である。そこで、相続税における営業権の評価においては、標準総資産利益率を使用することに一定の合理性があると考えるべきである。

そして、現在価値割引率としての標準総資産利益率を使うにしても、どのような標準総資産利益率が適切なのかが問題となる。財産評価基本通達１６５～１６６では、実際の統計に基づく全業種の平均的な総資産利益率を採用している。しかし、これは、全業種の総資産利益率を、それぞれ異なる業種の企業における超過収益力の測定に適用しようとする点で、妥当性を欠いている。したがって、同業種の平均的な総資産利益率が使用されるべきであろう。ただし、第５章第２節３において述べたように、同業種の平均的な総資産利益率を著しく超え、かつ全業種の平均的な総資産利益率を超過している場合にのみ超過収益力は、認識されるべきである。すなわち、現在価値割引率としての標準総資産利益率は、顕著性[101]を加味した同業種の総資産利益率とすべきである。

おわりに

相続税法の営業権について、それも評価を中心にして色々な角度から検討した。のれんや営業権と言った場合、三越デパートやルイ・ヴィトンをイメージする。しかし、それらはすべて、永年の努力により積み上げられたものであり、また、いわゆる自己創設営業権である。では、その価値はいくらなのか。三越デパートやルイ・ヴィトンのように誰もが認める「のれん」でなくても、企業が存立している以上、貸借対照表に計上されている資産だけではなく、信用・名声というような外部の人間が認識するのれんや営業上の秘訣・特殊な技術・社員のモラールの高さという内部に蓄積されたのれんもある。そして、

101 超過の顕著性については、同業種の標準総資産利益率の２０％増しとすることを第５章第１節１、（２）で述べている。

企業の価値は、有形財産よりもこのような無形財産の蓄積によって決まる時代になりつつある。

現在、会計理論は、国際会計基準へのコンバージェンスという流れの中において、急激な変化の渦中にある。そこにおいては、膨大な基準書が公表され、抽象的な概念については、精緻な議論がされている。しかし、それを実務に対応させようとするときに生じる測定(＝評価)の具体的方法の提示については、十分とは言えない。また、測定(＝評価)の結果、具体的に算出された数値が、その概念に照らして、合理性があるかの実証研究も十分ではない。

一方、相続税法における財産評価についても、有形資産については、例えば土地の評価のように詳細に検討され、それぞれに適した評価が蓄積されている。しかし、営業権のような無形財産についての詳細な検討は、十分とは言い難い。

平成２１年１２月１８日に企業会計基準委員会から「無形資産に関する論点整理」が公表されたのを契機として、無形資産に対する関心が高まり、この分野の研究が高まるのは間違いないであろう。それに伴い、相続税法における無形財産の評価の研究も高まり、より適切な評価の基準になることが期待される。

最後に、この論文で取り上げることが出来なかったが、相続税法上、マイナス営業権を認める道が将来、開けるのかどうかに関心がある。企業結合会計及び法人税法６２条の２において、負ののれん又は負債調整勘定を認めたことに伴い、相続税法上も、マイナス営業権が存在するのではないかという問題である。超過収益力をプラスの営業権として認識するのであれば、同業他社よりも著しく低い収益力の事業については、劣化収益力の存在＝マイナス営業権を認識対象に出来ないのであろうか。この問題を含め、今後も、営業権の研究に注目し、継続的に関心を持ち続けたいと考えている。

参考文献リスト

１、税法関係

・品川芳宣著「課税所得と企業利益」、税務研究会出版局、１９８２年１月
・品川芳宣・緑川正博共著「相続税財産評価の理論と実践」ぎょうせい、２００５年１０月
・品川芳宣・緑川正博共著「相続税財産評価の論点」ぎょうせい、１９９７年８月
・田中章介著「判例と租税法律主義」中央経済社、１９９４年１０月
・金子宏著「租税法第１３版」弘文社、２００８年４月
・増田英敏著「リーガルマインド租税法」成文社、２００８年７月
・武田昌輔著「法人税回顧六〇年」ＴＫＣ出版、２００９年９月
・杉村章三郎監修・日本税理士連合会編集「六訂版 税務用語事典」ぎょうせい、１９９０年
・香取稔編「改訂新版 相続税法基本通達逐条解説」財団法人大蔵財務協会、２００６年２月
・庄司範秋編「財産評価基本通達逐条解説 １８年改訂版」財団法人大蔵財務協会、２００６年９月
・橋本守次著「ゼミナール相続税法」財団法人大蔵財務協会、２００７年３月
・稲見誠一。佐藤信祐著「企業組織再編の税務」清文社、２００８年２月
・細川健著「M&A と営業権（のれん）の税務」税務研究会出版局、２０００年１１月

２、企業価値評価関係

・鈴木義行編著・安井淳一郎・越智多佳子・岡田昌也著「M＆A実務ハンドブック第２版」中央経済社、２００５年２月
・高橋義雄著「非公開株式 鑑定評価の実務」清文社、２０００年３月
・マイケル・エアハルト著　真壁昭夫／鈴木毅彦訳「資本コストの理論と実務[新しい企業価値の探求]、東洋経済新報社、２００１年３月

・土井秀生著「ＤＣＦ 企業分析と価値評価 第２版」東洋経済新報社、２００３年１１月
・土井秀生著「企業価値分析の技術－Managing for corporet value creation」中央経済社、２００５年6月
・マッキンゼー・アンド・カンパニー　ティム・コラー＋マーク・フーカート＋デイビィト・ウェッセルズ著　本田桂子監訳 天野洋世＋井上雅史＋近藤将士＋戸塚隆将　訳「企業価値評価　ＶＡＬＵＡＴＩＯＮ　上・下」ダイヤモンド社、２００６年３月
・鈴木一功編著「企業価値評価 実践編　ＶＡＬＵＡＴＩＯＮ in　ＰＲＡＣＴＩＣＥ」ダイヤモンド社、２００６年３月
・監査法人トーマツ編「M&Aの企業価値評価－理論と実務の総合解説」中央経済社、２００５年１０月
・柳良平著「企業価値最大化の財務戦略」同友館、２００９年５月

３、企業会計関係

・加古宜士著「財務会計概論」中央経済社、２００８年４月
・加古宜士著「会計基準の国際統合－わが国の制度的対応」２００７年２月
・広瀬義州著「財務会計第９版」中央経済社、２００９年４月
・梅原秀継著「のれん会計の理論と制度」白桃書房、２０００年１０月
・ジョン・ハンド＋バルーク・レブ編著・広瀬義州＋晝間文彦＋長束航＋中嶋隆一＋渡辺剛他 訳「無形資産の評価」中央経済社、２００８年
・岡田依里著「企業評価と知的財産（改訂版)」税務経理協会、２００３年４月
・上野清貴著「公正価値会計と評価・測定」中央経済社、２００６年
・澤田眞史監修・仰星監査法人編著「企業再編のための合併・分割・株式交換等の実務」２００８年２月
・松尾寿史著「よくわかる企業結合会計基準」中央経済社、２００４年１月
・小川一夫編著「企業結合の税務・会計ガイドブック」中央経済社、２００５年２月
・斎藤静樹編著「討議資料 財務会計の概念フレームワーク 第２版」中央経済社、２００８年３月
・中田清「ＩＦＲＳの基礎知識」中央経済社・２００９年１２月

４、商法・会社法関係

・竹内昭夫・松尾浩也・塩野宏編集代表「新法律学辞典（第三版)」有斐閣、１９９０年
・上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫代表編集「新版注釈会社法（８）株式会社の計算（１)」有斐閣、１９９３年５月
・相澤哲・葉玉匡美・郡谷大輔著「論点解説 新・会社法」商事法務、２００６年６月
・弥永真生著「会計基準・財規等対照式 会社計算規則」中央経済社、２００６年９月
・郡谷大輔監修「会社法関係法務省令逐条実務詳解」清文社、２００６年１０月
・郡谷大輔・和久友子・小松岳志著「会社計算規則」税務研究会出版局、２００７年３月
・江頭憲治郎著「株式会社法第２版」有斐閣、２００８年２月
・新日本監査法人編著「対照式会社法施行規則・会社計算規則・電子公告規則[追補版]」税務経理協会、２００８年２月
・東陽監査法人編「会社法 計算書類の作成実務と記載事例」清文社、２００８年３月

以上

租税資料館賞　奨励賞の部

相続税・贈与税における財産評価に関する一考察

―財産評価基本通達総則第６項の適用の在り方を中心に―

越後　浩二

要　旨

相続税・贈与税における財産評価に関する一考察
－財産評価基本通達総則第６項の適用の在り方を中心に－

越後　浩二

１．問題意識

相続税法において課税の対象となされる財産をどの様に評価するかは、相続税又は贈与税の課税価格を左右し、最終的な納付税額にまで影響する重要な要素である。

この点について、国税庁は、納税者及び租税行政庁双方の便宜等の観点から、「財産評価基本通達」において、財産の時価を具体的に算定するための基本的な事項を定めこれを公開している。その結果実務においては、財産評価基本通達が重要な役割を果たしており、財産の評価は財産評価基本通達によって行われているというのが実情である。

ただし、評価の対象となる財産について財産評価基本通達第６項は、「この通達の定めによって評価することが著しく不適当と認められる財産の価額は、国税庁長官の指示を受けて評価する。」と規定している。したがって、評価対象となる財産に特別の事情がある場合には、財産評価基本通達の原則的な評価方法によらず、個別的・例外的な評価方法により財産評価を行うこととなる。

しかしながら、同通達第６項は安易に適用されるべき規定ではない。何故なら、濫りにこれを適用すれば、納税者による財産の評価が不安定的となり、財産評価における予測可能性又は法的安定性が確保出来なくなるからである。また、これにより国税庁が財産評価基本通達を公開する意味を大きく損なう結果となるからである。

本論文は、現実の裁判例等を題材として、同通達第６項の適用の在り方についての考察を行うものである。

２．論文の構成

第１章「我が国の相続税・贈与税の概要」においては、①相続税等が財産に対して課される租税であること、②相続税法においては財産の時価（客観的交換価値）を課税標準として相続税等を課することが規定されていること等を述べた。

第２章「財産評価基本通達とは」においては、①税務通達の基本的性質、②財産評価基本通達の性質とその特異性、③財産評価基本通達総則第６項の内容及びその問題点等について述べた。

第３章「事例研究」においては、同通達第６項が現実に適用された裁判例等を題材として、同項の適用基準及び適用方法の妥当性について考察した。

３．結論

（１）財産の評価において、財産評価基本通達総則第６項を適用すべき「この通達の定めによって評価することが著しく不適当と認められる」場合とは、同通達によらない事が正当として是認されうるような「特別の事情」がある場合を指すものと解されている。

ここでいう「特別の事情」がある場合とは、①評価対象となる財産自体の客観的な個別性がある場合と、②上記の個別性に加えて（又は上記の個別性を考慮せず）、納税者の主観的な租税負担軽減目的がある場合とされている。

しかし、「特別の事情」の有無についての判断に際し、納税者の主観的な租税負担軽減目的を考慮に入れる事は妥当ではない。

同通達の基本的性質に鑑みれば、「著しく不適当と認められる」場合とは、同通達に規定する画一的な評価方法では財産の担税力を適切に表すことが出来ない場合を指すものと考えるのが相当である。

したがって、納税者が如何なる意図をもって財産を所有しているかという主観的要素は当該財産の客観的交換価値を左右する要素ではなく、財産の時価を算定する上で考慮すべきではない。

個別評価の合理性が求められる場面においてまで、財産評価基本通達の画一的な運用によって納税者の租税負担軽減行為を抑制したり、これに制裁を加えることは妥当とはいえない。同様に、本来財産評価基本通達による評価の妥当性が認められる場合においてまで、敢えて評価額を引き上げるだけの目的で同通達第６項を適用する様なこともすべきでない。

（２）課税庁は、同通達第６項を適用する場合、そこに「国税庁長官の指示」を受けると規定され、それが納税者に対して公開されていることを軽視すべきではない。したがって、財産評価に際してこの規定を適用する場合にあっては、納税者の求めがあれば、課税庁はその指示内容を公開するようにすべきである。

納税者が自己の財産について租税を課されるにあたり、当該財産が如何なる手続きの下に、如何なる評価をされるのかという事柄を明らかにすべしとの要求は、租税を負担する納税者に認められるべき当然の権利であると考えるべきである。

はじめに……1
第１章　我が国の相続税・贈与税の概要……2
　第１節　相続税・贈与税の概要……2
　　１　相続税・贈与税課税の目的……2
　　２　相続税・贈与税の課税方式……3
　　３　我が国の相続税・贈与税の沿革……4
　第２節　相続税法における時価の意義……7
　　１　相続税法における課税対象……7
　　２　相続税法における財産の評価方法……10
　　３　相続税法第 22 条が規定する「時価」の意義……11
　　４　相続税法が規定する「時価」の評価方法……12
第２章　財産評価基本通達とは……15
　第１節　税務通達とは……15
　　１　税務通達の意義……15
　　２　税務通達と租税法律主義……16
　　３　税務職員に対する税務通達の拘束力……18
　　４　納税者に対する税務通達の拘束力……18
　第２節　財産評価基本通達とは……20
　　１　財産評価基本通達の導入の背景……20
　　２　財産評価基本通達による評価の合理性……21
　　３　財産評価基本通達の特殊性……22
　　４　財産評価基本通達における「時価」……23
　　５　財産評価基本通達における具体的評価方法……25
　　６　財産評価基本通達総則第６項の趣旨・内容……27
　　７　財産評価基本通達総則第６項の問題点……28
第３章　事例研究……31
　第１節　総則第６項にいう「著しく不適当な財産」（実体的要件）について……31
　　１　財産の客観的な個別性に着目した事例……31
　　（１）東京高裁昭和 56 年１月 28 日判決 ……31
　　（２）国税不服審判所平成 18 年３月 15 日裁決 ……33
　　（３）国税不服審判所平成 17 年 10 月４日裁決 ……36
　　（４）小括……38
　　２　納税者の租税負担軽減目的に着目した事例……38
　　（１）東京地裁平成４年 ３月 11 日判決……38
　　（２）東京地裁平成 17 年 10 月 12 日判決 ……42
　　（３）東京高裁平成 15 年 ３月 25 日判決 ……45

（４）小括……48
第２節　総則第６項にいう「国税庁長官の指示」（手続的要件）について……48
１　「国税庁長官の指示」の有無が問題となった事例……48
（１）国税不服審判所平成 9 年 7 月 4 日裁決……48
（２）東京地裁平成 11 年 3 月 25 日判決 ……50
（３）その他の判例……51
２　小括……52
おわりに……53

凡　　例

１．判決の引用についての略号は、次の例による。

最判（大）	最高裁判所大法廷判決
最判（小一）	最高裁判所第一小法廷判決
最判（小二）	最高裁判所第二小法廷判決
最判（小三）	最高裁判所第三小法廷判決
高判	高等裁判所判決
地判	地方裁判所判決

２．判例集・雑誌等の引用についての略号は、次の例によるほか、慣例にならった。

訟月	訟務月報
税資	税務訴訟資料
判時	判例時報

はじめに

相続税法において課税の対象となされる財産は、個人が相続若しくは遺贈又は贈与により取得した経済的価値のある全ての財産である。これらの財産をどの様に評価するかは、相続税又は贈与税の課税価格を左右し、最終的な納付税額にまで影響する重要な要素である。

しかしながら、相続税法は財産（相続税法により評価方法が定められている一部の財産を除く。）の評価にあたって、「時価により」評価すべきことを定めるのみである。然るに、財産の具体的数値としての時価を、すべての納税者が適正に把握するのは容易ではない。

この点について、国税庁は、納税者及び租税行政庁双方の便宜等の観点から、「財産評価基本通達」において、財産の時価を具体的に算定するための基本的な事項を定めこれを公開している。その結果実務においては、財産評価基本通達が重要な役割を果たしており、財産の評価実務は財産評価基本通達によって行われているというのが実情である。

ただし、評価の対象となる財産について財産評価基本通達第６項は、「この通達の定めによって評価することが著しく不適当と認められる財産の価額は、国税庁長官の指示を受けて評価する。」と規定している。したがって、評価対象となる財産に特別の事情がある場合には、財産評価基本通達の原則的な評価方法によらず、個別的・例外的な評価方法により財産評価を行うこととなる。

同通達第６項が、財産評価基本通達に定める原則的な評価方法以外の例外的な評価方法を認める規定であることに鑑みれば、同通達第６項が安易に適用されるべき規定ではないことは明らかである。何故なら、濫りに同通達第６項を適用すれば、納税者による財産評価が不安定的となり、財産評価における予測可能性又は法的安定性が確保出来なくなるからである。また、これにより国税庁が財産評価基本通達を公開する意味を大きく損なう結果となるからである。

本論文においては、第１章及び第２章において相続税法及び財産評価基本通達の基本的性質等を確認した上で、第３章において同通達第６項が実際に適用された裁判例等を用いてその適用基準又は適用方法を検証する。そして、その適用基準又は適用方法の妥当性を検討し、その在り方についての私見を述べて結論とする。

第１章　我が国の相続税・贈与税の概要

第１節　相続税・贈与税の概要

１　相続税・贈与税課税の目的

相続税は、相続の開始により相続人その他の者が被相続人から取得する財産を課税物件とし、その価額を課税標準として課される租税である。また、贈与税は、生前贈与による相続税の回避を封ずるために、相続税の補完税として課される租税である[1]　[2]　[3]。

相続税は、租税の一類型として、「直接の反対給付なしに強制的に私人の手から国家の手に移される富」[4]であり、国家が「公共サービスを提供するための資金を調達する目的」[5]で課されるものであることはいうまでもない。これに加えて、相続税課税の目的は次のような点にある。

（１）富の再分配目的

相続税を課税する目的は、富の再分配を図ることにあるといわれる[6]。少数の特定の者に多額の財産が集中していることは本人の経済的手腕だけでなく、社会一般から受ける利益に起因するところがある。したがって、その個人が死亡した際に相続税を課することにより、蓄積した富の一部を社会に還元すべきであるという考え方に基づくものである[7]。

また、相続により財産を取得した者にとっては、当該相続による財産の取得は「単なる偶発的なものであるので、富の再分配をすべきである」[8]と考えられている。

（２）所得税の補完目的

相続税を課税する目的は、被相続人の生前中の所得税を補完することにあるといわれる[9][10]。一般に担税力が高いといわれる資産性の所得について、所得税においては低率の分離課

---

[1]　金子宏　著「租税法（第 13 版）」（弘文堂　2008 年）447 頁において、金子教授は、贈与税が相続税の補完税であるという説明につき、「贈与税の歴史的ないし沿革的説明であって、理論的には、贈与による財産の取得は、取得者の担税力を増加させるから、それ自体として課税されるべきものである。」と述べておられる。

[2]　東京地判平成 7 年 7 月 20 日（平成 6 年（行ウ）第 321 号）税資 213 号 202 頁は、「贈与税は、相続税の補完税として、贈与により取得した財産の価額を対象として課される税である」としている。同旨の判決として東京高判平成 7 年 12 月 13 日（平成 7 年（行コ）第 99 号）税資 214 号 757 頁。

[3]　相続税の課税方式には、遺産課税方式と遺産取得課税方式がある。これらの課税方式については後述する。

[4]　金子宏　著　前掲注 1　1 頁において、金子教授は、租税の機能について、「国家は国民に各種の公共サービスを提供することをその任務としているが、国家がこの任務を果たすためには、膨大な額の資金を必要とする。租税とはかかる資金の調達を目的として、直接の反対給付なしに強制的に私人の手から国家の手に移される富の呼称にほかならない。その意味で租税の本来の機能は、公共サービスを提供するための資金を調達することにある。」と述べておられる。

[5]　金子宏　著　前掲注 1　8 頁。

[6]　水野忠恒　著「租税法（第 2 版）」（有斐閣　2005 年）579 頁。

[7]　白崎浅吉・桜井四郎　著「相続税法解説」（税務研究会出版局　1986 年）2 頁。

[8]　水野忠恒　著　前掲注 6　579 頁。

[9]　安島和夫　著「相続税法－理論と計算－（3 訂版）」（税務経理協会　2007 年）4 頁。

[10]　政府税制調査会中期答申（2000 年 7 月）においては、相続税は「基本的には、遺産の取得（無償の財産取得）に担税力を見出して課税するもので、所得の稼得に対して課される個人所得税を補完するもの」

税が行われているものが多い。その補完税として相続税を課する、という考え方である[11]。また、

以上において、相続税課税の目的として主なものを挙げたが、上記の他にも様々な見解がある。完全に一致した見解は無く、様々な議論がされているところである。

２　相続税・贈与税の課税方式

相続税の課税方式には、以下の ２ つの類型がある。第一の類型を遺産課税方式といい、第二の類型を遺産取得課税方式という[12]。

（１）遺産課税方式

遺産課税方式とは、人が死亡した場合にその遺産の総額を対象として累進税率で課税する課税方式である。遺産税方式は、主に英米系の国々で採用されている課税方式である。この課税方式は、故人の生存中の富の蓄積の一部を死亡にあたって社会に還元して富の集中を抑制するという社会政策的な考え方に基づいている。この類型の相続税は、「本来の意味における財産税」[13]である。

この課税方式の主な長所として、①遺産総額について相続税額を決定するものであり、被相続人の一生涯の財産を清算する課税であることが明確であること。②相続人の数、遺産の取得・分割方式により税負担が左右されることがないため、租税負担軽減の手段として遺産分割を仮装し、現実と異なった申告が行われるようなことがなく、負担の公平や納税思想に対する悪影響がみられないこと、③税務執行が容易であること、が挙げられる。

（２）遺産取得課税方式

遺産取得課税方式とは、人が相続によって取得した財産を対象として課税する課税方式である。遺産取得課税方式は、主にヨーロッパ大陸諸国において採用されている。この課税方式は、相続人等における「偶然の理由による富の増加を抑制することを目的」としたものである[14]。つまり、相続人等においては、相続により承継した財産は不労所得であり、また、貧富の差により承継財産の額が異なることを抑制する意味からすれば、取得財産の多寡を捉えて租税を負担させるべきである、という考え方である。この類型の相続税は、遺産の取得に対する特殊な形態の所得税であるといえる[15]。

と考えられる、とされている。また、同答申においては、「相続課税が、経済社会上の各種の要請に基づく税制上の特典や租税回避などによって結果として軽減された被相続人の個人所得課税負担を清算する役割を果たしている面がある」とされている。また、「改正税法のすべて（昭和 41 年）」においては、「相続税は、所得税の補完税として相続人の不労財産取得による所得に対し、あるいは被相続人の生前における所得税の清算として課すもの」であるとしている。

[11] 水野忠恒　著　前掲注 6　579 頁。

[12] 金子宏　著　前掲注 1　448 頁。

[13] 金子宏　著　前掲注 1　448 頁。

[14] 金子宏　注　前掲注 1　448 頁。

[15] 首藤重幸　著「日本における相続税の現状」『世界における相続税の現状　日税研論集　第 56 号』（日本税務研究センター　2004 年）10 頁において、首藤教授は、相続税を所得税の仕組みの中で処理する事が可能であるとされ、実例としてカナダの例を挙げておられる。カナダは 1972 年に相続税を廃止し、被相続人から受け取った財産につき、所得税の課税対象としている。

この課税方式の主な長所として、①遺産取得者の個人的担税力を測定して、それに応じた合理的な課税を行う事が出来ること。②富の集中抑制を図るという相続税の目的に、より合致していること。③長子単独相続の制度が廃止され、平等の原則のもとにたつ現行相続税法の趣旨に合致していること、が挙げられる。

相続税と同様に、贈与税の課税方式にも 2 つの類型がある。第一の類型は贈与を受けた者（贈与者）に対して課税する方式であり、第二の類型は贈与を受けた者（受増者）に対して課税する方式である。前者は遺産税方式の体系に対応するものであり、後者は遺産取得税方式の体系に対応するものである[16]。

3　我が国の相続税・贈与税の沿革

（1）明治 38 年創設～昭和 22 年改正

我が国の相続税法は、明治 38 年（1906 年）4 月に施行された[17]。当時の国家財政は、日清・日露戦争により、戦費が膨大なものとなっており、国債の発行はもとより、相次ぐ増税も余儀のないものであった[18]。この様な逼迫した国家財政の状況の中で、戦費調達の一環として複数の新税を創設することが検討された。それらの新税のひとつとして、相続税が創設された[19]　[20]。なお、相続税が創設される前までは、不動産等を相続して登記をする際に、登録税の形で被相続人から相続人に対する課税が行われていた[21]。

明治民法の相続法は、家督相続と遺産相続に分類されており、相続税の課税についても、当時の家族制度を尊重することを前提として構成されていた。相続税法の創設にあたって当時の政府は、明治 37 年（1905 年）第 21 回帝国議会衆議院相続税法案外一件委員会において、「相続税は、相続により財産を取得する事実に課税する財産税」であるとの考えを示しており、明治 38（1906 年）年 4 月の施行当時における我が国の相続税法は、遺産課税方式が採用されていた。また、課税の方法は、賦課課税方式[22]によっていた。

16　金子宏　著　前掲注 1　467 頁。

17　明治 38 年 4 月の相続税法施行に先立ち、相続税法案は明治 37 年 11 月 30 日に第 21 回帝国議会（明治 37 年 11 月 28 日～明治 38 年 2 月 2 日）に提出され、衆議院での審議を経た後、同年 12 月 28 日に貴族院本会議において可決されている。

18　松元崇　著「大恐慌を駆け抜けた男　高橋是清」（中央公論新社　2009 年）43 頁によると、臨時軍事費特別会計を含んだ総軍事費は、明治 36 年において 150,915 千円であったが、明治 38 年には 730,580 千円に増加している。また、国債について、日露戦争前には 5 億円程度であったものが、戦後には 20 億円を超えた、とされている。

19　大蔵省　編「明治大正財政史　第 7 巻」（財政経済學會　1936 年）205 頁によると、「明治 37 年日露戦役勃発するや、政府は之が経費支弁に要する財源の一部として・・・二三の新税を創設せんことを図りしが、右新税の一として茲に相続税を創設する」こととした、とされている。

20　山崎源太郎　著「戦争と増税」（橘書店　1937 年）278 頁において、山崎氏は、「戦時の財産税となると財産の元本の一部を徴収する場合が多」く、「戦時巨額の財源を調達する必要がある場合には、実質的財産税が重宝がられる。」と述べておられる。

21　白崎浅吉・桜井四郎　著　前掲注 7　7 頁。

22　賦課課税方式とは、「納付すべき税額がもつぱら税務署長又は税関長の処分により確定する方式」をいう（国税通則法第 16 条第 2 項）。

昭和 16 年の改正においては、相続税が財産税であることを踏まえ、相続財産の中に不動産の占める割合が多い場合で、かつ、相続税額が 1,000 円を超えるときは、その不動産による相続税の物納が認められることとなった。また、これに伴って一定の場合には年賦延納が認められることとなった[23]。

昭和 22 年においては、憲法及び民法の改正が行われ、家督相続制度が廃止された。これに伴い、相続税法もその全文が改定された。この改正により、従来からの遺産税形態を存続しつつ、旧相続税法第 23 条を拡張し、相続税の補完税として贈与税が贈与者課税方式により創設された。また、現在まで採用されている申告納税方式[24]が、相続税法において初めて採用された。申告納税制度の導入は、「民主的納税思想を背景とするものであったが、賦課課税方式では納税者の激増に対処しきれないという側面」[25]もあった。

（2）昭和 25 年改正

昭和 25 年になり、シャウプ勧告に基づく相続税法の全文改正が行われた。これにより、従来の家制度を基礎とする遺産課税方式から遺産取得課税方式に改正された[26]。我が国の遺産取得課税方式は、我が国の家制度における長子単独相続を払拭するとともに、アメリカ連邦相続税の欠陥を考慮して採用されたものであった[27] [28]。また、相続税の課税方式が遺産取得課税方式に変更されたことに伴い、贈与税の課税方式が受贈者課税方式に変更された[29]。

更に、同年の改正においては、贈与税を相続税に吸収し、相続、遺贈又は贈与による財産を取得した者に対し、その一生を通じて取得した財産の価額を累積して課税する一生累積課税方式が導入された。しかし、一生累積課税方式は、税務執行面における困難性が伴っていることから、課税の公平の観点もあり、昭和 28 年に廃止された。

（3）昭和 33 年改正～現在

昭和 33 年には課税方式の基本的仕組みが修正され、遺産課税方式と遺産取得課税方式の折衷である法定相続分課税方式が導入された。法定相続分課税方式は、遺産取得税体系を

---

[23] 北野弘久　著「税法学原論（第 5 版）」（青林書院　2003 年）304 頁において、北野教授は、相続税の物納制度が許容されている理由について「相続税はこれを財産税とみた場合には一種の実質的財産税であってその税負担は重く、加えて換金が困難な相続財産が多く存在し、しかも今後相続人が入手するであろうところの現金等も僅少であると見込まれる場合には、右の延納制度だけでは納税者の立場を救済しえないとみられるところから、物納制度も許容されている。」と述べておられる。

[24] 申告納税方式とは、「納付すべき税額が納税者のする申告により確定することを原則とし、その申告がない場合又はその申告に係る税額の計算が国税に関する法律の規定に従つていなかった場合その他当該税額が税務署長又は税関長の調査したところと異なる場合に限り、税務署長又は税関長の処分により確定する方式」をいう（国税通則法第 16 条第 1 項）。

[25] 山本守之　著「租税法の基礎理論（増補版）」（税務経理協会　2005 年）120 頁。

[26] 我が国における相続税の課税方式は、明治 38 年から昭和 24 年までが遺産課税方式を採っていた。昭和 25 年から遺産取得課税方式が採用されて現在に至っている。

[27] 水野忠恒　著　前掲注 6　577 頁。

[28] 昭和 24 年 8 月 27 日のシャウプ勧告書においては、以下の様な記述がある。「日本の現行相続および贈与税法は、米国のそれによく似ている。この法律に関する米国の経験は、必ずしも満足なものではなかった。・・・われわれは、米国においてかように不成績に終わるに至った道程を、これ以上日本が進むべきでないことを勧告する。」

[29] 贈与税の課税方式は、昭和 25 年の改正から現在まで受贈者課税方式によっている。

基調としつつ、税額計算においては遺産額を、法定相続人が民法の法定相続分に従って相続したものと仮定した場合の税額の合計額を相続税の総額とすることとしたものであり、我が国特有の課税方式である。

この改正が行われる前の遺産取得課税方式に対しては、以下のような問題点が指摘されていた。第一の問題点は、「納税者の申告に当つても、事実と異なるような申告が行われ、遺産を分割しても未分割として申告し、又は実際の遺産分割の程度をこえるような細分化を仮装し負担がより軽減されるような状態における分割を仮装して申告が行われている」という点である。第二の問題点は、「農業や中小企業の資産その他事実上遺産の分割が困難な資産については、分割することによりその経営維持の困難をきたすため、経済的には、これらの財産については単独又は少数の者によつて相続せざるを得ない現状である。これに対し現行の相続税制度は・・・分割困難なこれらの財産を単独又は少数で相続した場合には、その相続税の負担は相対的に重いものとなる。」という点である[30]。これらの問題点を改善するために法定相続分課税方式が採用された。そして、我が国の相続税は現在まで同課税方式により課税されている[31]。

昭和 50 年には、租税特別措置法において農地に対する相続税の納税猶予制度が創設された。これは、農地が宅地化含みの評価をされることにより、継続的な農業経営を望む農業者の相続において不都合が生じたことに対応するものであった。この制度が創設されたことにより、農地に対する相続税については、その農地の相続人が農業を継続する場合に限って、農地の価格のうち農業投資価格（恒久的に農業の用に供されるべき農地として取引される場合に通常成立すると認められる価格）を超える部分についての相続税の納税が猶予されることとなった。また、一定の場合には、猶予された税額を免除する制度が創設された。また、同年の改正においては、土地の評価に関して、国税局ごとに土地評価審議会が設置された。

昭和 58 年には、租税特別措置法において小規模宅地等についての相続税の課税価格の計算の特例措置が設けられた。これは、個人事業者等の居住の用又は事業の用に供する小規模宅地等の処分については相当の制約が伴うこと等に配慮する為に創設されたものである。この制度が創設されたことにより、小規模宅地等については、相続税の課税価格に算入する金額は、宅地等の通常の評価額に一定の割合を乗じて計算した価額によることとなった。

平成 15 年には、将来において相続関係に入る一定の親子間の資産の移転について、生前における贈与と相続の間で、資産の移転時期の選択に対する課税の中立性を確保することにより、生前における贈与による資産の移転の円滑化に資することを目的として、相続時精算課税方式が創設された。我が国においては、高齢化の進展に伴い、相続による次世代への資産の移転の時期が従来より大幅に遅れてきていること、高齢者の保有する資産の有効活用を通じて経済社会の活性化に資するといった社会的要請などに対応するものであっ

[30] 税制特別調査会「相続税制度改正に関する税制特別調査会答申」（1957 年）
[31] 首藤重幸　著　前掲注 15　13 頁において、首藤教授は、法定相続分課税方式の導入については、「税務行政の効率化の視点も存在していたものと思われる。」と述べておられる。

た[32]。

平成21年には、租税特別措置法において非上場株式等に係る相続税の納税猶予の制度が設けられた。この制度は、その前提となる「中小企業における経営の承継の円滑化に関する法律」(平成20年5月9日成立)[33]が制定されたことを踏まえて創設されたものである。具体的には、中小企業の経営承継について事業の将来性に対する不安や後継者不足などの問題が生じていることに対し、中小企業における雇用確保や経済活力の維持の観点から相続税の負担について配慮するものである。また、この制度の導入に併せて、非上場株式の生前贈与による事業承継を円滑化する観点から、非上場株式等に係る贈与税の納税猶予の制度が設けられた。

この制度の導入にあたっては、現行の法定相続分課税方式のままでは「課税の公平性からみた不平等の増大を招く」ので、相続税の課税方式を本来の遺産取得課税方式に変更するべきであるとの意見もあった[34]。したがって、相続税の課税方式については、将来的には、「遺産取得税への純化の方向に制度が動く可能性がある。」ものと解されている[35] [36]。

第２節　相続税法における時価の意義

１　相続税法における課税対象

我が国における「相続税」は、相続または遺贈（死因贈与を含む。以下、単に「相続」という。）[37]により財産を取得した個人[38]に対して、「相続又は遺贈により取得した財産の価

---

[32] 税制調査会「平成15年における税制改革についての答申－あるべき税制の構築に向けて」(2002年)。

[33] 「中小企業における経営の承継の円滑化に関する法律（平成20年5月16日法律第33号)」は、平成20年10月1日に施行された。この法律は、中小企業の代表者の死亡等に起因する経営の承継がその事業活動の継続に影響を及ぼすことにかんがみ、遺留分に関し民法（明治29年法律第89号）の特例を定めるとともに、中小企業者が必要とする資金の供給の円滑化等の支援措置を講ずることにより、中小企業における経営の承継の円滑化を図り、中小企業の事業活動の継続に資することを目的として制定された。

[34] 税制調査会「平成21年度の税制改正に関する答申」(2008年11月)。税制調査会は、同答申において相続税の課税方式を遺産取得税方式に変更すべきであるとしている。変更すべき理由としては、上記の他にも①同じ額の財産を取得しても税額が異なる可能性がある（財産取得者の水平的公平が損なわれる）という問題や、②一人の相続人等の申告漏れにより他の共同相続人等にも追徴税額が発生する問題を挙げている。

[35] 金子宏　著　前掲注１　448頁。

[36] 「平成20年度税制改正の要綱」の「事業承継税制」においては、事業承継税制の制度化にあわせて、相続税の課税方式をいわゆる遺産取得税方式に改めることを検討する。」とされていた。

[37] 「相続」とは、相続人が「被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継する」ことをいう（民法第896条)。「遺贈」とは、遺言によって自らの財産を無償で他人に与えることであり、「遺言者は、包括又は特定の名義で、財産の全部又は一部を処分することができる」（民法第964条)。「死因贈与」とは、「贈与者の死亡によって効力を生じる贈与」（民法第556条）である。「死因贈与」は贈与契約の一種であるが、相続税法においては、遺贈と同様に取り扱われている。「贈与」とは、「当事者の一方が自己の財産を無償で相手方に与える意思を表示し、相手方が受諾することによって」効力を生ずる契約である（民法549条)。

[38] 相続税法第1条の3。
その個人が、財産の取得の時において日本国内に住所をもっている場合には、無制限納税義務者として、相続または遺贈によって取得した財産のすべてについて相続税の納税義務を負うこととなる（相続税法第1条の3第1号・第2条第2項)。その個人が、財産の取得の時において日本国内に住所をもっていない場

額の合計額」[39]を課税価格として課される租税である[40]。また、贈与税は、贈与（死因贈与を除く。以下同じ。）により財産を取得した個人[41]に対して「その年中において贈与により取得した財産の価額の合計額」[42]を課税価格として課される租税である。

相続税の負担は、相続により取得した財産の一部をもって支払われることを予定しているものであるから、相続税は、「実質的には財産税に相当する税」である[43]。この点において、相続税は、「財産を継続的に保有することを前提とする形式的財産税（例、固定資産税）とは異なる」[44] [45]。

我が国の所得税法において、何が所得であるかということについては、「その形式（金銭かそれ以外の経済価値か）および源泉の如何、継続性・反復性の有無等を問わず、納税義務者に新たに帰属し、その担税力を増加させるすべての経済価値が原則として所得を構成する。」[46]と解するのが相当である。この考え方によれば、相続や贈与による利得などの一時的・偶発的利得も所得を構成する。これに対応するため、所得税法においては、「相続・遺贈又は個人からの贈与により取得するもの」（みなし相続・贈与財産を含む）に対しては「所得税を課さない。」と規定して、所得税と相続税または贈与税が二重に課されることを防いでいる[47] [48] [49]。

合には、制限納税義務者として、相続または遺贈によって取得した財産で日本国内にあるものについてのみ相続税の納税義務を負うこととなる（相続税法第 1 条の 3 第 3 号・第 2 条第 2 項）。但し、相続または遺贈によって国外にある財産を取得した者が、取得のときには日本国内に住所をもっていなくても、日本国籍を有し、かつその財産の取得者または被相続人が、相続の開始前 5 年以内に日本国内に住所を有したことがある場合には、取得した財産のすべてについて相続税の納税義務を負うこととなる（相続税法第 1 条の 3 第 2 号・第 2 条第 2 項）。

[39] 相続税法第 11 条の 2 第 1 項。

[40] 相続税の納税義務者は原則として個人であるが、一定の場合には、①人格のない社団又は財団、②公益法人等にも納税義務が生じる（相続税法第 66 条第 1 項・第 4 項）。

[41] 相続税法第 1 条の 4。
その個人が、財産の取得の時において日本国内に住所をもっている場合には、無制限納税義務者として、贈与によって取得した財産の全部について贈与税の納税義務を負うこととなる（相続税法第 1 条の 4 第 1 号・第 2 条の 2 第 1 号）。その個人が、財産の取得の時において日本国内に住所をもっていない場合には、制限納税義務者として、贈与によって取得した財産で日本国内にあるものについてのみ、贈与税の納税義務を負うこととなる（相続税法第 1 条の 4 第 3 号・第 2 条の 2 第 2 号）。但し、贈与によって国外にある財産を取得した者が、取得にときに、日本国内に住所をもっていなくても、日本国籍を有し、かつ贈与前 5 年以内のいずれかの時に財産を取得した者または贈与者が日本国内に住所を有したことがある場合には、その財産について贈与税の納税義務を負うこととなる（相続税法第 1 条の 4 第 2 号）。

[42] 相続税法第 21 条の 2 第 1 項。

[43] 川田剛　著「租税法入門（3 訂版）」（大蔵財務協会　2007 年）179 頁。

[44] 田中治　著「相続財産の評価を巡る法的諸問題」日本租税理論学会　編「相続税制の再検討」（法律文化社　2003 年）42 頁。

[45] 最判（三小）昭和 47 年 1 月 25 日（オ）第 766 号　民集 26 巻 1 号 1 頁は、「固定資産税は、土地、家屋および償却資産の資産価値に着目して課せられる物税である。」としている。

[46] 金子宏　著「所得概念の研究　所得課税の基礎理論　上巻」（有斐閣　1995 年）50 頁。

[47] 所得税法第 9 条第 1 項第 15 号。

[48] アメリカ合衆国においても所得税と相続税の二重課税を排する規定がある（内国歳入法 102 条（a））。また、近年カナダ及びオーストラリアにおいては、遺産・相続税が廃止され、相続財産に対しては所得税を課することとしている。

[49] 金子宏　著　前掲注 46　49 頁において、金子教授は、「相続・遺贈・個人間の贈与による恩恵的利得を所得税の対象から除外し、相続税・贈与税の対象」とすることは、「世界的な立法の趨勢に従ったものであり、所得概念の包括性を損なうもの」ではない、と述べておられる。

この様に、相続によって取得した財産について所得税の対象から外し、独自に相続税を課する理由について、金子宏教授は、「それを所得税の対象とすると、一時所得に該当するから、2分の1課税が適用され、大規模な相続財産に対する税負担が著しく軽減されて（最高税率は所得税の最高税率のちょうど2分の1となる）、巨大な富の集中を排除するという、相続税の本来の目的が達成されなくなる」からであり、「今一つは、小規模の相続財産に対しては不当に重い税負担が課され、場合によってはきわめて酷な結果となる」[50]からである、と述べておられる。また、水野忠恒教授は、「相続・遺贈による家族内の財産移転では、国内総生産に何らの変更を加えるものではなく、そのため、一般の所得税とは別」に相続税を課する取扱いをしている、と述べておられる[51]。

ところで、相続税または贈与税の課税対象とされる「財産」については、相続税法上、特別の概念規定がない。したがって、相続税または贈与税の課税対象とされる「財産」が何を指すのかということについては、民法その他の法律で特別の定めがある場合のほかは社会通念によって決められているものに従うことになるが[52]、通常、「財産」とは相続または贈与により取得した「金銭に見積ることができる経済的価値のあるすべてのものをいう」こととされている[53]。したがって、「換価性があれば、有体物であろうと、債権のような権利であろうと、顧客関係のような事実関係であろうと、すべて財産として認められる」[54]と解される。この点について、金子宏教授は、相続税または贈与税の課税対象となる財産には「動産・不動産はもとより、特許権・著作権等の無体財産権、鉱業権・漁業権等の営業上の権利、私法上・公法上の各種の債権等・経済的価値に対する支配権が含まれる」[55]と述べておられる。

生命保険金等その他一定の財産については、法律的には相続または贈与により取得した財産とはいえない。しかしながら、これらの財産は、実質的には相続または贈与により取得した財産と経済的効果が同様であると解されている。そこで、租税負担の公平等の観点から、これらの財産を相続または贈与により取得したものとみなして、相続税または贈与税の課税対象とされる財産を含むこととしている[56]。

ただし、一定の財産については、公益的ないしは社会政策的理由等から、非課税財産として、相続税または贈与税の課税対象から除外されている[57]。

---

[50] 金子宏　著「相続税の課税方式と負担水準」『税理』（ぎょうせい　1987年）30巻14号165頁。
[51] 水野忠恒　著　前掲注6　580頁。
[52] 民法第896条は、「被相続人の一身に属した」権利義務は承継されない旨を規定している。
[53] 相続税基本通達第11条の2の1において「法に規定する『財産』とは、金銭に見積ることができる経済的価値のあるすべてのものをいう。」とされている。
[54] 田口豊　著「新版相続税法」（税務経理協会　2003年）73頁。
[55] 金子宏　著　前掲注1　451頁。
[56] 相続税法第3条～第9条の6。
相続または贈与により取得したものとみなされる財産は、生命保険金等、退職手当金等、生命保険契約に関する権利、定期金に関する権利、保証期間付定期金に関する権利、契約に基づかない定期金に関する権利、特別縁故者への分与財産、信託受益権、定額譲受の利益、債務免除等による利益、その他の経済的利益、及び特別の法人から受ける利益をいう。
[57] 相続税法第12条・第21条の3・第21条の4。

２　相続税法における財産の評価方法

金子宏教授は、課税標準の意義について、「課税物件たる物・行為または事実から税額を算出するためには、その物・行為または事実を金額・価額・数量等で表すことが必要」であり、「これらの金額・数量等を課税標準という。」[58]と述べておられる。また、石島弘教授は「課税標準は、課税物件に税率を適用するために課税物件を金額化・数量化したものである」[59]と述べておられる。資産税の課税標準は、一般に資産の価格である。

相続税法においては、相続税の課税標準につき、「当該相続又は遺贈により取得した財産の価額の合計額をもつて、相続税の課税価格とする。」と規定している[60]。また、贈与税の課税標準につき、「贈与により取得した財産の価額の合計額をもつて、贈与税の課税価格とする。」と規定している[61]。

したがって、相続税法における課税標準を計算する為には、課税の対象となされる財産の評価を行って「財産の価額」を算定することが必要となる。この場合において、評価とは「財貨又は権利の価値を測定することであり、価値を測定するということは、貨幣経済社会においては貨幣額（金銭価値）で現す」ことをいう[62]。

これらの財産をどの様に評価するかという事柄は、相続税または贈与税の課税価格を左右し、納税者が納付する税額に直接的に影響を及ぼす。また、相続財産の評価額は、納税者の税負担額の算定の基礎となるだけでなく、納税猶予を受けるために税務官庁に提供する担保[63]、相続税の物納の場合の物納財産[64]の価額としても用いられる。

そこで、相続税法は、財産の評価方法について地上権、永小作権、定期金に関する権利、生命保険金に関する権利及び立木については法定評価方法を規定している[65]。また、その他の財産については、「相続、遺贈又は贈与により取得した財産の価額は、当該財産の取得の

相続税法第 12 条が定める非課税財産は、皇室経済法 7 条の規定により皇位とともに皇嗣が受けたもの、墓所、霊びょう及び祭具並びにこれらに準ずるもの、宗教、慈善、学術その他の公益を目的とする事業を行う一定の者が相続又は遺贈により取得した財産で、その公益を目的とする事業の用に供することが確実なもの、心身障害者共済制度に基づく給付金を受ける権利、相続人に取得した生命保険金等でその合計額のうち一定の金額に相当する部分である。相続税法第 21 条の 3 が定める非課税財産は、法人から贈与により取得した財産、扶養義務者間の贈与財産、公益事業者に対する贈与財産、特定公益信託から交付される金品、条例に基づき交付される共済に係る金品、公職選挙法に規定された要件を満たした金品による贈与財産である。相続税法第 21 条の 4 が定める非課税財産は、特別障害者扶養信託契約に基づく信託受益権のうち、一定の部分である。贈与税が法人からの贈与財産を非課税としているのは、贈与税が相続税の補完税であるためである。

58　金子宏　著　前掲注１　154 頁。

59　石島弘　著「課税標準の研究（租税法研究第 2 巻）」（信山社　2003 年）23 頁。

60　相続税法第 11 条の 2。

61　相続税法第 21 条の 2。

62　石島弘　著「相続税の課税標準と公的土地評価の一元化−大阪地裁平成 7 年 10 月 17 日判決を契機に−」『税法学』535 号（綜合法規研究所　1995 年）7 頁。

63　相続税法第 38 条・第 39 条。

64　相続税法第 43 条第 1 項。

65　相続税法第 23 条～第 26 条。

時における時価により、当該財産の価額から控除すべき債務の金額は、その時の現況による。」と規定し、財産の評価につき時価主義を採用している[66]　[67]。

ちなみに、我が国においては相続税と贈与税のみならず、固定資産税、所得税、法人税などにおける資産の評価基準についても時価主義が採用されている[68]。これは、時価が、「評価の基準として最も一般性、普遍性をもった尺度と考えられ、また納税義務者からみても、最も各人共通の感覚判断に訴えることができ、それだけに納得し易く、理論的にも妥当な尺度である」[69]と考えられるからである。また、「時価が資産の価値を、通常、最も適正に、かつ、客観的に表現するものであること、過大な若しくは不均衡な評価が行われた場合においても、納税者が比較的容易に判断を下すことができるので、納税者の立場を保護することになる等の観点からして適切である」[70]と考えられるからである。

3　相続税法第 22 条が規定する「時価」の意義

財産の「時価」については、第一に、「いつの時価か」という点が問題となる。この点について、相続税法においては、相続又は贈与により財産を取得した時点をいうものとされている。つまり、「相続税の場合は、被相続人または遺贈者の死亡の日であり、贈与税の場合は、贈与によって財産権を取得した日」である[71]　[72]。

---

[66]　相続税法第 22 条。相続税法 7 条は、「著しく低い価額の対価で財産の譲渡を受けた場合においては、当該財産の譲渡があつた時において、当該財産の譲渡を受けた者が、当該対価と当該譲渡があつた時における当該財産の時価（当該財産の評価について第三章に特別の定めがある場合には、その規定により評価した価額）との差額に相当する金額を当該財産を譲渡した者から贈与（当該財産の譲渡が遺言によりなされた場合には、遺贈）により取得したものとみなす。」と規定している。
北野弘久　編「コンメンタール相続税法」（勁草書房　1974 年）によると、相続税法 7 条は、「低額譲渡の方法による租税回避を防止する規定」であり、「『著しく低い価額』であるかどうかを判断する場合の『時価』とは、具体的にいえば、相続税法第三章の規定による評価額である。」としている。したがって、相続税法 22 条における「時価」と相続税法 7 条における「時価」は同じであると解されている。

[67]　最判（三小）昭和 49 年 9 月 20 日（昭和 47 年（行ツ）第 69 号）税資 76 号 762 頁は、「控除債務については、その性質上客観的な交換価値なるものがないため、交換価値を意味する『時価』に代えて、その『現況』により控除すべき金額を評価する旨定められている」としている。

[68]　国税庁資産評価企画官　編「財産評価の実務－相続税・贈与税・地価税における財産評価－」（ぎょうせい　1994 年）は、所得税、法人税等における財産評価は同じく時価主義の下で行われるとしても「所得を計算する目的にために行われるものであり、その評価方法や評価態度においても、その目的に適合するため、おのずから財産課税の目的のために行われるものとは相違点が」生じるとしている。

[69]　国税庁資産評価企画官　編　前掲注 68　14 頁。

[70]　固定資産評価制度調査会答申（昭和 36 年 3 月）。
固定資産評価制度調査会は、昭和 34 年 6 月に総理府に設置された内閣総理大臣の諮問機関であり、内閣総理大臣の諮問に応じて固定資産税その他の租税の課税の基礎となるべき固定資産の評価の制度に関する重要事項を審議することを目的とするものである。同調査会は、昭和 34 年 6 月から昭和 36 年 3 月まで固定資産の評価に関する諸問題について調査審議を重ね、昭和 36 年 3 月 30 日「固定資産税その他の租税の課税の基礎となるべき固定資産の評価の制度を改善合理化するための方策」について、内閣総理大臣に対して答申を行った。

[71]　金子宏　著　前掲注 1　475 頁。

[72]　大阪高判昭和 62 年 9 月 29 日（昭和 59 年（行コ）第 23 号）税資 159 号 851 頁においては、被相続人が相続開始時に所有していた株式の価額が、相続開始後に著しく下落したため、相続人が相続税申告における当該株式の価額の評価において相続開始後の株価の下落等を考慮すべきと主張した。しかしながら、判決は、株式の価額については相続税法 22 条の規定により相続開始時の価額によることとされており、財産評価基本通達が株式の評価について相続開始後の株価の変動を考慮しないこととしていることを妥当であ

第二に、「時価とはどのような価額か」という点が問題となる。相続税法第 22 条が規定する「時価」の具体的な意義については、主な見解として、①客観的交換価値とするもの、②収益還元価額とするもの[73]等が存する。しかし、今日においては、客観的交換価値または客観的交換価額を指すものとして、学説[74]及び多くの判例[75]においても容認されている。なお、「時価」の意義については、相続税に限らず、固定資産税、譲渡所得などの場合にも客観的交換価値を指すものと解されている[76]。

客観的交換価値とは、不特定多数の当事者間で通常成立すると認められる価額をいうものとされるので、「一方において客観的な要素が考慮されるとともに、他方において主観的な要素は排除され」なければならない[77]。また、「投げ売り価額や買進み価額と異なることはもちろん、いわゆる取得価額や処分価額とも異なり、その価額ならばいつでも正常の状態で他の財貨と交換できる価額」[78]であると解されている。

また、客観的交換価値は、土地についていえば、不動産鑑定評価基準に規定している「正常価格」に相当するものであると解されている[79]。同基準は、正常価格について、「市場性を有する不動産について、現実の社会情勢の下で合理的と考えられる条件を満たす市場で形成されるであろう市場価値を表示する適正な価格をいう。」と定義している[80]。

4　相続税法における「時価」の評価方法

相続税法は、昭和 22 年から現在まで申告納税方式を採用している[81]。国税通則法が規定する申告納税方式における納税申告は、納税者が「課税標準等や税額等の計算の基礎となる要件事実を確認し、法定の方法で税額を算定した上、これを税務署長に通知する行為を

るとして、相続人の主張を排斥した。また、上告審である最判（三小）平成 1 年 6 月 6 日（昭和 62 年（行ツ）第 145 号）税資 173 号 1 頁においても、当該高裁判決の判断が支持されている。

73　高野幸大　著「租税法の原理と政策・相続財産の評価と納税」『租税法研究』第 23 号（有斐閣　1995 年）25 頁 。

74　金子宏　著　前掲注 1　475 頁において、金子宏教授は「時価というのは、客観的な交換価値のこと」であると述べておられる。

75　大阪高判平成 10 年 4 月 14 日（平成 7 年（行コ）第 65 号）判時 1674 号 40 頁は、「時価とは、当該財産の客観的な交換価値、すなわち不特定多数者の独立した当事者間の自由な取引において通常成立すると認められる価額と解される。この時価主義の原則は、相続税が相続又は遺贈を原因として取得した財産に担税力を認めて課される税であるから、その相続時における時価、すなわち通常の取引価格の合計を課税価格とすることが最もその趣旨にかなうという理由によるものである。」として客観的交換価値説を支持している。その他同旨の判決として、東京高判平成 7 年 12 月 18 日（平成 7 年（行コ）第 70 号）税資 214 号 860 頁等。

76　石島弘　著「課税標準の研究（租税法研究第 2 巻）」（信山社　2003 年）385 頁。

77　白崎浅吉・桜井四郎　著　前掲注 7　232 頁において、「先祖代々伝わった家宝といわれるものであっても、その所有者がいくらその家宝を重宝がったとしても、それは、ひっきょうその所有者の主観的価値にすぎないものであり」、客観的交換価値を算定する上では、「評価上考慮すべきものではない」とされている。

78　国税庁資産評価企画官　編　前掲注 68　16 頁～17 頁。

79　日税不動産鑑定士会　編「土地の税務評価と鑑定評価（第 2 版）」3 頁。

80　不動産鑑定評価基準総論第 5 章第 3 節Ⅰ1.

81　相続税法第 24 条。

いう」[82]ものとされている。したがって、相続税の納税義務者は、租税法律主義の下、法令の定めに従って自ら相続財産の評価を行い、それに基づいて相続開始があったことを知った日の翌日から 10 ヶ月以内に相続税の申告書を提出しなければならない[83]。また、贈与税の納税義務者は、贈与により財産を取得した年の翌年の 2 月 1 日から 3 月 15 日までに贈与税の申告書を提出しなければならない[84]。

しかしながら、法定評価方法が規定されている一部の財産[85]を除き、財産の大部分を占める土地や有価証券等の時価の具体的な評価方法については、相続税法において法的基準が設けられていない。したがって、相続税法が規定する「当該財産の取得の時における時価」の評価の在り方については、すべて解釈・適用に委ねられている[86]　[87]。

ところが、一般の納税者にとって、相続税や贈与税の納税義務が発生することはそう度々あることではない[88]。特に、相続という事柄は、偶発的に生じることも多い。したがって、納税者が法定申告期限までの限られた時間の中で、元々は自己の所有物ではなかった多種多様な財産の時価を的確に把握するのは困難であると言わざるを得ない[89]。

この点について、国税庁は、「財産評価基本通達（昭和 39 年 4 月 25 日直資 56。以下『評価基本通達』という。）」[90]において、「各財産の評価方法に共通する原則や各種の財産の評価単位ごとの評価方法を具体的に規定し、課税の公平の観点から、その取り扱いを統一するとともに、その評価に関する取扱い通達を一般に公開し、納税者の申告・納税の便に供することとしている」[91]　[92]　[93]。

---

[82] 川田剛＝黒坂昭一　著「図解　国税通則法」（大蔵財務協会　1995 年）43 頁。

[83] 相続税法第 27 条。

[84] 相続税法第 28 条。

[85] 相続税法は「地上権及び永小作権」（相続税法第 23 条）、「定期金に関する権利」（相続税法第 24 条 25 条）、「立木」（相続税法第 26 条）についてのみ、その評価方法を規定している。

[86] 相続税法第 22 条において、「当該財産の取得の時における時価」によるとのみ定めており、具体的な時価の算定方法を定めていないのは、租税法律主義に違反し、憲法違反ではないかと争われた事例がある。しかしながら、その判決（東京高判昭和 48 年 3 月 12 日（昭和 45 年（行コ）第 64 号）税資 69 号 634 頁）は「財産の時価算定方法が・・・法定されていないことをもって憲法 84 条に違反するとはいえない」としている。また、同様の問題点につき最判（三小）昭和 59 年 9 月 18 日（昭和 58 年（行ツ）第 8 号）税資 139 号 537 頁は、「租税法律主義は、申告において時価評価をする際の標準価額を通達等によって設定することまでも禁止しているものではない。」としている。

[87] ちなみに、ドイツでは、評価法という法律に基づいて不動産取得（取引税）、不動産税、相続・贈与税、所得税、法人税などの複数の租税に統一的に適用される統一価格が計算されるようになっている。

[88] 国税庁発表の資料（相続税の申告事績(平成 19 年分)及び調査事績(平成 19 年分)）によると、平成 19 年中に相続税の課税対象となった被相続人は約 4 万 7 千人であり、被相続人全体に占める割合（課税割合）は 4.2%となり、平成 6 年以降で最低の水準となっている（平成 16 年以降 4 年連続）。

[89] 国税庁報道発表資料「平成 21 年分の路線価等について」（平成 21 年 7 月）においては、「納税者の皆様が相続税等の申告に当たり、土地等についてご自分で時価を把握することは必ずしも容易ではありません。」とされている。

[90] 評価基本通達は、制定当時は「相続税財産評価に関する基本通達」と称していたが、平成 3 年 12 月の改正に伴ってその名称を「財産評価基本通達」に改めた。

[91] 国税庁資産評価企画官　編　前掲注 68　2 頁。

[92] 評価基本通達は、相続税における相続財産の評価だけでなく、地価税における土地等の評価の用にも供される。地価税とは、その年の 1 月 1 日午前零時を課税時期として、保有する土地等について個人又は法人に対して課される税である。地価税は土地税制の改革の一環として設けられたが、平成 10 年の改正で、当分の間、その課税が停止されることとなった。

[93] これに対し、固定資産税における固定資産の評価の基準ならびに評価の実施の方法および手続きは、総務大臣が定めて、告示しなければならないこととされている（地方税法第 388 条 1 項）。

第２章　財産評価基本通達とは

第１節　税務通達とは

１　税務通達の意義

国家行政組織法が規定する通達とは、上級行政官庁が下級行政官庁に対して、法令の解釈に関する留意事項やその運用執行を命令指示するためのものである。同法は、「各省大臣、各委員会及び各庁の長官は、その機関の所掌事務について、命令又は示達するため、所管の諸機関及び職員に対し、訓令又は通達を発することができる。」[1]と規定している[2]　[3]。

国税に関する税務通達は、国税庁長官が国税庁の所掌事務について命令又は示達するために、各国局長等に対して発するものである。これは、税法における「法文の表現には限界があり、そのため、税法の具体的な適用に当たっては解釈上の疑義が生ずること」があり、法文の「解釈や取扱いが全国の税務署間ないし税務署員間で区々であれば不公平であるので、これを全国的に統一する」[4]ためのものである。木村弘之亮教授は、税務通達の機能について、①課税の公平性を確保すること、②税務行政の遂行を迅速化すること、③法的安定性と予測可能性を向上させること、④徴税コストを縮減することであると述べておられる[5]。

各省大臣、各委員会及び各庁の長官が発する通達には様々なものがある。しかしながら、通達は、「とりわけて税務行政の分野において重要な役割を果たしている」[6]といわれる。この理由について、北野弘久教授は、「租税法規は、他の法規に比してすぐれて専門技術的であり、かつ複雑広範である」[7]点等を挙げておられる。

税務通達は、その性格から解釈通達と執行通達に区分される。第一に、解釈通達とは、課税の公平の観点から、国税庁長官が税務職員に対して税法の解釈の統一を図る為のものである。更に、解釈通達は、基本通達と個別通達に区分される。基本通達とは、「各租税法の条文の順序に従い基本的事項や重要事項に関して解釈や運用方針を体系化したもの」[8]である。個別通達とは、「それ以外のもの、もしくは新たに解釈問題が生じたりした場合に基

1　国家行政組織法第 14 条 2 項。

2　通達については、国家行政組織法の他、内閣府設置法第 7 条 6 項においても「内閣総理大臣は、内閣府の所掌事務について、命令又は示達するため、所管の諸機関及び職員に対し、訓令又は通達を発することができる。」と規定されている。

3　塩野宏　著「行政法Ⅰ（第 5 版）」（有斐閣　2009 年）102 頁において、塩野教授は、「解釈基準定立権は行政組織法論上、上級行政機関の有する指揮監督権に当然ふくまれるもの」であるとし、内閣府設置法 7 条 6 項及び国家行政組織法 14 条 2 項の規定は、「確認的規定」であると述べておられる。

4　伊藤義一　著「税法の読み方　判例の見方」（ＴＫＣ出版　2007 年）28 頁。

5　木村弘之亮　著「租税法総則」（成文堂　1998 年）145 頁。

6　北野弘久　著「税法学原論（第 5 版）」（青林書院　2003 年）192 頁。

7　北野弘久　著　前掲注 6　192 頁。

8　増田英敏　著「租税憲法学」（成文堂　2002 年）154 頁。

本通達を補完等する意味から個別に解釈や運用方針を示すもの」[9]である。実務上、特に問題となるのは解釈通達である。

第二に、執行通達とは、国税庁長官が下部機関の職員に対して事務運営の仕方を示すものである。例えば、租税に関する調査の注意事項や手順、その報告の様式や期日等を定めたものであり、原則的には非公開とされている。「官庁組織の点からいって、・・・『執行通達』を発することは当然であり、納税者には直接関係のないことで、余り問題を生じることもない」とされる[10]。

ちなみに、通達の種類を図にすると、以下のようになる。

【通達の種類】

<table>
<tr><td rowspan="3">国家行政組織法

による通達</td><td rowspan="2">国税庁長官
による
税務通達</td><td rowspan="2">解釈通達</td><td>基本通達</td></tr>
<tr><td>個別通達</td></tr>
<tr><td>執行通達</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">税務通達以外
の通達</td><td></td></tr>
</table>

２　税務通達と租税法律主義

日本国憲法第 29 条は、国民に対して財産権を保障している[11]。その上で、同法第 30 条は、国民は納税の義務を負うこととしている[12]。租税は「国民の富の一部を強制的に国家の手に移す手段」であり、「国民の財産権への侵害の性質」[13]を持つ。したがって、租税の賦課・徴収にあたっては、公権力により恣意的に行われる事を避けなければならない。

そこで、同法第 84 条は、国民の財産権を保障し、その経済活動に予測可能性を与えるため、租税の内容を法律で定めることとしている[14]。これを租税法律主義といい、「法律の根拠に基づくことなしには、国家は租税を賦課・徴収することはできず、国民は租税の納付を要求されることはない。」[15]という事を意味する。

租税法律主義の内容は、遡及立法の禁止、課税要件法定主義、課税要件明確主義等である[16]。具体的にいえば、「租税の種類及び根拠のみならず、納税義務者、課税物件、課税標

---

[9] 増田英敏　著　前掲注８　154 頁。
[10] 泉美之松　著「税法条文の読み方　－条文解釈の手引き－」（東京教育情報センター　2005 年）30 頁。
[11] 日本国憲法第 29 条は、「財産権は、これを侵してはならない。」と規定している。
[12] 日本国憲法第 30 条は、「国民は、法律の定めるところにより、納税の義務を負ふ。」と規定している。
[13] 金子宏　著「租税法（第 13 版）」（弘文堂　2008 年）9 頁。
[14] 日本国憲法第 84 条は、「あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする。」と規定している。
[15] 金子宏　著　前掲注 13　66 頁。
[16] 金子宏　著「租税法律主義の意義－大島訴訟」『別冊ジュリスト 120 号　租税判例百選（第３版）』（有

準、税率等の課税要件から賦課・徴収手続にいたるまで、すべて法律により定めるべきであることを要請している」[17]ものと解されている。

租税法律主義の運用に当たっては、何が「法律」であるのかという事が特に重要である。一般に法の存在形式を法源というが、租税法の法源には、憲法、法律、命令（政令・省令）、条例、規則、条約、交換公文等の成文法が存する。また、不文法である行政先例法及び判例法も法源に含まれるものと解されている[18] [19]。

しかしながら、税務通達は、国民に対して法的な拘束力を持つ法規ではない。また、裁判所も税務通達には拘束されない[20] [21]。国税不服審判所については、国税庁の附属機関ではあるが、国税通則法第 99 条によって通達には拘束されないこととされている[22] [23]。したがって、税務通達は租税法の法源ではない[24]。

斐閣 1992 年）において、金子教授は、租税法律主義の中で最も重要なのは課税要件明確主義であると述べておられる。

[17] 増田英敏 著 前掲注 8 151 頁。

[18] 金子宏 著 前掲注 13 96 頁～99 頁。金子教授は、裁判所の判決の理由において示された「法の解釈が合理的である場合には、それは先例として尊重され、やがて確立した解釈として一般に承認される」ようになるが、「このような一般的な承認を受けるに至った裁判所の解釈を判例」といい、「租税法の法源の一種である」と述べておられる。また、行政先例法については、「税務官庁によって、納税義務を免除・軽減し、あるいは手続要件を緩和する取扱いが、一般的にしかも反復・継続的に行われ（行政先例）、それが法であるとの確信（法的確信）が納税者の間に一般的に定着した場合には、慣習法の成立を認めて税務官庁もそれによって拘束され」、「その取扱いを変更するためには法の改正を必要する」ものである、と述べておられる。

[19] 伊藤義一 著 前掲注 4 217 頁において、伊藤教授は、判例法につき以下の様に述べておられる。「わが国のような成文法主義の国では、判例の拘束力は制度的には保障されていない。しかし実際には、最高裁は軽々には（最高裁自身が出した）判例の変更はしないので、裁判官、検事、弁護士とも敗訴を恐れて最高裁の判例に従うことも多く、事実上の拘束力は強い。このように、わが国でも最高裁の判例のほか下級審でも同じ判例が繰り返されれば、それは法意識として定着しているとして判例法として差し支えないと考える」。

[20] 塩野宏 著 前掲注 3 102 頁において、塩野教授は、「ある通達に示された解釈に従って行政処分がなされ、その適法性が問題となったときには、裁判所は独自の立場で法令を解釈・適用して、処分の適法・違法を判断すべきであって、通達に示されたところを考慮する必要はなく、むしろ考慮してはならない」と述べておられる。

[21] 東京高判平成 7 年 12 月 13 日（平成 7 年（行コ）第 99 号）は、「裁判所は、通達に示された法令の解釈に拘束されず、通達に定める取扱準則等が法令の趣旨に反していれば、独自にその違法を判断できるものというべき」である、としている。

[22] 国税通則法第 99 条第 1 項は、「国税不服審判所長は、国税庁長官が発した通達に示されている法令の解釈と異なる解釈により裁決をするとき、又は他の国税に係る処分を行なう際における法令の解釈の重要な先例となると認められる裁決をするときは、あらかじめその意見を国税庁長官に申し出なければならない。」と規定している。また、同法第 99 条第 2 項は「国税庁長官は、前項の申出があつた場合において、国税不服審判所長に対し指示をするときは、国税不服審判所長の意見が審査請求人の主張を認容するものであり、かつ、国税庁長官が当該意見を相当と認める場合を除き、国税審議会の議決に基づいてこれをしなければならない。」と規定している。

[23] 例えば、国税不服審判所裁決平成 9 年 12 月 11 日裁決事例集№54 420 頁において、審判所は、「本件宅地の価額が」評価基本通達による「路線価を下回ることが証明されれば、路線価を適用しなくてもよい」、としている。

[24] 最判（三小）昭和 38 年 12 月 24 日（昭和 37 年（オ）第 1007 号）税資 37 号 1202 頁は、「国税庁長官の基本通達は、下級行政機関の権限の行使についての指揮であって、国民に対し効力を有する法令ではない」、としている。

３　税務職員に対する税務通達の拘束力

先に述べた通り、税務通達は、法律に基づいて発せられる上級行政官庁から下級行政官庁への職務命令のひとつである。したがって、税務通達は、税務職員に対しては職務命令として法的な拘束力を持つ。換言すれば、税務職員は租税に関する法令だけではなく、原則として、税務通達に従って事務処理を行わなければならない法的義務がある[25]。この事は、国家公務員法が、「職員は、その職務を遂行するについて、法令に従い、且つ、上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない。」[26]と規定していることからも明らかである。

また、同法は、「職員が」、「この法律若しくは国家公務員倫理法又はこれらの法律に基づく命令に違反した場合」や、「職務上の義務に違反し、又は職務を怠った場合」には、「懲戒処分として、免職、停職、減給又は戒告の処分をすることができる。」[27]旨を規定している。したがって、税務職員が職務命令である税務通達に違反すれば、当該規定が適用され、上記の様な処分を受けることとなる。

以上のことから、税務職員に対しては、税務通達についての法律上の厳しい遵守義務が課されているといえる[28]。

４　納税者に対する税務通達の拘束力

税務通達は、租税法の法源ではない。したがって、納税者は税務通達に従う義務はなく、法令の定めるところに従い納税申告を行えば足りる。換言すると、納税者は独自の租税法解釈権を持っている。納税者が自ら法令を解釈したところに基づき申告を行った場合において、課税庁が納税者に対して税務通達に従った課税処分を行ったときは、納税者は当該課税処分の取り消しを求めて不服申立て又は訴訟を提起することが出来る[29]。そして、納税者による法令解釈と国税庁による法令解釈（解釈通達）のいずれが妥当であるかという点については、最終的に司法機関の判断に委ねられることとなる。

しかしながら、「国税庁による法令解釈通達は、税の専門家が、税法立案の背景や立法趣旨、国会での審議をふまえ、全国的な税務の取り扱いの統一と公正を期するため策定するもの」であり、「それなりの権威を持ち、事実上行政先例法的な地位を占めているものが多いことも事実」である[30]。特に、法令上は不確定概念で規定されたものについて、「通達で

---

[25] 北野弘久　著　前掲注６　195 頁において、北野教授は、税務通達が「一見して違憲・違法であることが明らか」である場合には、税務職員はそれに従う義務はない、と述べておられる。

[26] 国家公務員法第 98 条第 1 項。

[27] 国家公務員法第 82 条第 1 項。

[28] 増井良啓　著「租税法の形成における実験　国税庁通達の機能を巡る一考察」（ＣＯＥソフトロー・ディスカッション・ペーパー・シリーズ　2006 年）において、増井教授は、税務職員が「通達に反したことを理由に現実にどの程度の懲戒処分がなされているか、統計データは必ずしも明らかでは」ないので、税務職員が上司の職務命令である税務通達に反した場合に懲戒処分の対象となるという事は、「一般論にとどまる。」と述べておられる。

[29] 国税に関する法律に基づく処分で不服申立てをすることができるものの取消しを求める訴えは、不服申立ての前置を要することとされている（国税通則法第 75 条・第 115 条第 1 項）。

[30] 川田剛　著「租税法入門（3 訂版）」（大蔵財務協会　2007 年）62 頁。

具体的数値が示されると、通達上の解釈があたかも法令の規定のように」[31]機能してしまうことがある。判例の中には、税務通達が「一般的に公開されている場合は、納税者その他外部関係者との交渉をもつ事項、とくに租税法規の具体的解釈を内容としているものなどについては、租税法規の補充として、それ自体、事実上、規範的性格を有する面があることは認めざるを得ない」[32]とするものもある。

その結果、現実の租税行政においては膨大な数の税務通達が存在し、租税法の解釈や適用の多くはその定めに従って行われている。したがって、実務上は、「通達は法源と同様の機能を果たしている」[33]と解されている。

納税者が税務通達に従った納税申告等を行うこととなる場合について、品川芳宣教授は、これを次の 4 つの場合に大別しておられる[34]。第一の場合は、税務通達の法令解釈の取扱いが納税者の法令解釈と合致する場合である。第二の場合は、税務通達の法令解釈の取扱いと納税者の法令解釈が合致しないが、納税者が当該取扱いに反する納税申告を行うことによる犠牲を回避するために、当該税務通達に従う場合である。第三の場合は、税務通達が法令上の課税要件を緩めた取扱いを定めている場合である。第四の場合は、税務通達の便宜性を重視して、その取扱いに従って納税申告等を行う場合である。

他方、税務職員に対しては、税務通達を遵守すべき厳格な法的義務が課されている事は先に述べた通りである。そして、「このような厳格な遵守義務は、納税者側に税務通達に従った納税申告を間接的に強制させる（税務通達に従わない納税申告については、更正処分等を甘受せざるを得なくなる。）とともに、税務官庁がよもや税務通達に反した（あるいはそれを無視した）課税処分を行うことはないであろうという信頼（確信）を納税者側に与えていること」になる[35]。また、税務通達は、法令解釈についての公の見解の表示であるという性質を持っているので[36]、「通達によって示達された内容が税務行政の執行一般において実現されているに拘わらず、しかも或る個別的具体的場合につき右通達が定める要件を充足しているにものに対し、通達に反して納税者に不利益な課税処分をするならば、・・・納税者に不測の損害を与えるばかりでなく、租税法の基本原則の一つである公平負担の原則にも違背する」ことになる[37]。

以上のような課税実務における実態を考慮すれば、「税務通達は納税者に対して法的拘束力を有しないということは、単なる講学上の概念」[38]であると言わざるを得ない[39]。したがっ

---

[31] 山本守之　著「租税法の基礎理論（増補版）」（税務経理協会　2005 年）445 頁。
[32] 福岡地判昭和 32 年 2 月 4 日（昭和 28 年（れ）第 515 号、第 581 号、第 634 号）税資 39 号 219 頁。
[33] 金子宏　著　前掲注 13　98 頁。
[34] 品川芳宣　著「租税法律主義と税務通達」（ぎょうせい　2004 年）163 頁。
[35] 品川芳宣　著　前掲注 34　48 頁。
[36] 金子宏　著　前掲注 13　118 頁。
[37] 大阪地判昭和 45 年 5 月 12 日（昭和 40 年（行ウ）第 48 号）税資 59 号 831 頁。
[38] 品川芳宣　著「税務通達の法的拘束力と納税者の予測可能性」『税理』vol. 43no. 14（ぎょうせい　2000 年）6 頁。
[39] 増田英敏　著　前掲注 8　149 頁において、増田教授は、「通達が理論上は法ではなく租税法の法源では

て、納税者は、納税申告等に際して税務通達の内容に関する十分な理解が必要となる。その意味において、税務通達は納税者に対する実質的な拘束力を有している。

第２節　財産評価基本通達とは

１　財産評価基本通達の導入の背景

評価基本通達は昭和 39 年に制定され、同年１月１日以後に取得された相続税及び贈与税の対象財産から適用されている[40]。昭和 39 年以前は、相続税及び贈与税における財産評価について旧富裕税[41]の取り扱い（「富裕税財産評価事務取扱通達」（昭和 26 年１月 20 日付直資 1－5））に準じて行われていた。また、これと併せて毎年分の評価水準についての通達などが多数存在し、総合的に運営されていた。

ところが、「これら多くの通達にまたがっている諸規定を整理統合し、富裕税財産評価方法の準用をやめて、新たに、相続税及び贈与税の立場から、財産評価の基本的取扱いを確立すべしとの要望が強くなった」[42]。これに対応するため、旧富裕税の廃止に伴って、相続税及び贈与税における財産評価の為の通達として評価基本通達が制定されたものである。この改正は、「基本的には、富裕税当時の通達を準用していることをともかく廃止し、相続税法の立場からの財産評価の取り扱いを確立することを目途としたもの」[43]であった。

昭和 39 年の評価基本通達の制定に先立ち、固定資産評価制度調査会は、昭和 36 年３月において総理大臣に対して財産評価に関する答申を出している。この答申は、固定資産税と相続税を対象とした答申であり、特に土地等を中心にした評価の在り方が提言された。評価基本通達の制定に際しては、それまでの年分通達等が整理統合されると共に、固定資産評価制度調査会答申の内容に沿った形で評価方法が定められている。この改正において重要なものは、土地及び株式の評価方法の改正である。特に土地の評価方法は、従来の賃貸価格倍数方式を廃止して、固定資産評価基準（昭和 39 年自治省告示 158）に定める評価方法が大幅に採り入れられた。

評価基本通達の前文においては、「相続税及び贈与税の課税価格計算の基礎となる財産の評価に関する基本的な取扱いを下記の通り定めたから、法令に別段の定めがあるものを除き、昭和 39 年１月１日以降に相続、遺贈又は贈与により取得した財産については、これに

ないとする見解は、租税実務上、何の意味も持たない」と述べておられる。

40　昭和 39 年の制定当時は「相続税財産評価に関する基本通達」という名称であったが、平成３年 12 月に地価税の導入にも対応する為、「財産評価基本通達」に名称が改められた。

41　富裕税は、資産の保有者ごとに総資産から総負債を差し引いた純資産の総額に課税する税金である。わが国では、昭和 24 年（1949 年）９月の「シャウプ勧告」によって昭和 25 年度から導入され、施行後僅か３年にして、28 年には廃止されている。

42　国税庁資産評価企画官　編「財産評価の実務－相続税・贈与税・地価税のおける財産評価法－」（ぎょうせい　1994 年）３頁。

43　国税庁資産評価企画官　編　前掲注 42　はしがき。

より扱われたい。」とあり、この評価基本通達が、相続税法第 22 条の「時価」の評価に関する解釈通達であるという位置付けが明確にされている。

2　財産評価基本通達による評価の合理性

税務通達は、租税法の法源ではない。相続税又は贈与税の課税対象となる財産の評価を行う場合においても、あくまで評価基本通達は法源ではない。評価基本通達は、財産を評価する場合における「一応の目安」[44]または「一般的な基準」[45]として設けられたものである。したがって、「個別の財産の評価は、その価額に影響を与えるあらゆる事情を考慮して行われるべきであるから、ある財産の評価が通達と異なる基準で行われたとしても、それが直ちに違法となるわけではない」[46]と解されている。

つまり、納税者は、相続税法第 22 条に規定する「時価」について独自の解釈をし、それに基づいた財産評価を行うことが出来る。また、裁判所も、財産の評価について評価基本通達に拘束される事は無い[47]。また、仮に課税庁が評価基本通達に違反し、又は評価基本通達を逸脱した財産評価を行ったとしても、それを直ちに違法と解することは出来ない[48]。

しかしながら、現実の課税実務においては、財産評価に関しては評価基本通達に即して行われる場合が大部分である。結局のところ、財産の評価について評価基本通達が持つ事実上の法的強制力と相続税法上の時価についての解釈の難解さから、納税者側も納税申告等においては評価基本通達に依存せざるを得ないのが実情である[49]　[50]。

この点について、判例は、評価の「対象財産の客観的交換価格は必ずしも一義的に確定

---

[44]　名古屋高判昭和 50 年 11 月 17 日（昭和 45 年（行コ）第 23 号）税資 83 巻 502 頁は「相続税、贈与税における土地の評価においても、本来その土地について・・・個々に時価を算定すべきものであるところ、・・・毎年大量に発生する相続、贈与税の課税に際し個々の土地について短期間に売買実例等を調査することが困難である実情に鑑み、土地評価の一応の目安としていわゆる路線価方式が採用されているにすぎず、相続税、贈与税の課税においても、土地の価額の算定につき必ず路線価によらなければならない理由はない」としている。

[45]　名古屋地判昭和 55 年 3 月 24 日（昭和 52 年（行ウ）第 31 号）税資 110 号 666 頁は、相続税財産評価に関する基本通達又は相続税財産評価基準は、「その規定する各種財産の評価に関し、全国的な課税の公平を期するため課税庁の評価方法として一般的な基準を示したものであって、そこに定められている方法が絶対的なものではなく、他の方法により、より適確な時価を把握できる場合には、その方法によるのが相当であると解すべきである」としている。

[46]　金子宏　前掲注 13　476 頁。

[47]　市川正人＝酒巻匡＝山本和彦　著「現代の裁判（第 2 版）」（有斐閣　2001 年）188 頁では、我が国の裁判所は、「行政機関の裁量判断の実体的な正しさについて踏み込んで審査することに消極的である。」と指摘している。

[48]　那覇地判昭和 59 年 6 月 19 日（昭和 55 年（行ウ）第 2 号）税資 136 号 699 頁は「通達は・・・法令ではないから納税義務者及び裁判所に対する法的拘束力を有するものではなく、また、仮に課税庁がこれに違反し、あるいはこれを逸脱して課税処分を行ったとしても、そのことだけで課税処分が直ちに違法となるものとは解することができない。」としている。同旨の判決として東京地判昭和 45 年 7 月 29 日（昭和 43 年（行ウ）第 148 号）税資 60 号 180 頁。

[49]　品川芳宣　著「財産評価基本通達改正の背景とその論点」『税理』vol. 43 no. 10（ぎょうせい 2000 年 9 月）28 頁。

[50]　金子宏　著　前掲注 13　476 頁において、金子教授は、「財産の評価は納税者の利害に影響するところが大きく、しかも多種多様な財産を対象として継続的・規則的に評価を行う必要のあること、にかんがみると、評価に関する基本事項は、むしろ政令または省令で定めるべき」である、と述べておられる。

されるものではなく、これを個別に評価するとすれば、評価方法等により異なる評価額が生じたり、課税庁の事務負担が重くなり、課税事務の迅速な処理が困難となるおそれがあるため、課税実務上は、財産評価の一般的基準が財産評価通達により定められ、これに定められた評価方法によって画一的に財産の評価が行われているところである。」[51]とし、現実の課税実務において、評価基本通達が非常に大きな役割を果たしている事を認めている。

その上で、「右のように財産評価通達によりあらかじめ定められた評価方法によって、画一的な評価を行う課税実務上の取扱いは、納税者の公平、納税者の便宜、徴税費用の節減という見地からみて合理的であり、一般的には、これを形式的にすべての納税者に適用して財産の評価を行うことは、租税負担の実質的公平をも実現することができ、租税平等主義にかなうものであるというべきである。」[52]として、相続財産を評価基本通達に従って画一的に評価することの合理性を認めている。

この点につき、石島弘教授は、「この財産評価基本通達の画一性と簡便性は、徴税及び納税の便宜の視点から、その合理性」が認められると述べておられる[53]。また、品川芳宣教授は、納税者が評価基本通達に従った納税申告等を行う理由は、納税者によって「その便宜性が重視されている」[54]からであると述べておられる。

３　財産評価基本通達の特殊性

数々の判例又は学説において、評価基本通達により画一的に財産評価を行うことの合理性が認められていることは、先に述べた通りである。

しかしながら、判例によっては、評価基本通達による評価の合理性を認めるに止まらず、以下のように述べるものがある。「租税平等主義の観点からして、評価基本通達に定められた評価方式が合理的なものである限り、これが形式的にすべての納税者に適用されることによって租税負担の実質的な公平をも実現することができるものと解されるから、特定の納税者あるいは特定の相続財産についてのみ、右通達に定められた方式以外の方法によって評価を行うことは、たとえその方法による評価額それ自体が同法 22 条の定める時価として許容できるものであったとしても、納税者間の実質的負担の公平を欠くものであり、原則として許されないというべきである」[55]。この判決においては、評価基本通達に納税者に

---

[51] 東京高判平成 7 年 12 月 13 日判決（平成 7 年（行コ）第 99 号）税資 214 号 757 頁。

[52] 大津地判平成 9 年 6 月 23 日（平成 8 年（行ウ）第 3 号）税資 223 巻 1046 頁。その他、同旨の判決として東京高判平成 7 年 12 月 13 日（平成 7 年（行コ）第 99 号）税資 214 号 757 頁、東京高判平成 13 年 3 月 15 日（平成 12 年（行コ）第 215 号）訟月 48 巻 7 号 1791 頁等。

[53] 石島弘　著「平成 5 年分路線価の実情と更正の請求をめぐる問題点」『税理』vol. 36 no. 15（ぎょうせい 1993 年）。

[54] 品川芳宣　著　前掲注 34　163 頁。

[55] 大阪高判平成 12 年 7 月 13 日（平成 9 年（行コ）第 42 号）税資 248 号 319 頁。また、本件の上告審である最判（三小）平成 17 年 11 月 8 日（平成 14 年（行ヒ）第 112 号）においても、上記の解釈が維持されている。類似の判決として東京地判平成 11 年 3 月 25 日（平成 9 年（行ウ）第 232 号）税資 241 号 345 頁。同判決は、「いったん画一的に適用すべき評価方法を定めた場合には、納税者間の公平及び納税者の信頼保護の見地から、評価通達に定める方法が合理性を有する場合には、評価通達によらないことが正当として

対する実質的な強制力を認めている。そして、相続財産の評価について個別に適正な客観的交換価値を把握出来る場合であっても、それだけを理由として当該客観的交換価値を時価として採用する事はせず、評価基本通達による統一的な評価額を時価として採用する事としている。これによって、納税者における実質的な税負担の平等性を確保する事を特に重要視した取り扱いである。

また、学説においては、「評価基本通達の基本的内容は、長期間にわたる継続的・一般的適用とそれに対する国民一般の法的確信の結果として、現在では行政先例法になっていると解される」[56]とするものもあり、評価基本通達自体に法的強制力を認める見解も有力である[57] [58] [59]。

以上に述べた通り、数ある税務通達の中でも評価基本通達は納税者に与える影響が特に大きく、事実上法令と同程度に重要視されるという特殊性を有する税務通達であるといえる。

４　財産評価基本通達における「時価」

評価基本通達は、時価の意義について、「財産の価額は、時価によるものとし、時価とは、課税時期（相続、遺贈若しくは贈与により財産を取得した日若しくは相続税法の規定により相続、遺贈若しくは贈与により取得したものとみなされた財産のその取得の日をいう。）において、それぞれの財産の現況に応じ、不特定多数の当事者間で自由な取引が行われる場合に通常成立すると認められる価額をいい、その価額は、この通達の定めによって評価した価額による。」[60]と規定している。

つまり、評価基本通達は、相続税法第 22 条の「時価」の意義について、時価とは客観的交換価額であると解釈している。先に述べたとおり、相続税法第 22 条の「時価」が客観的

是認されるような特別の事情がある場合を除き、評価通達に基づき評価することが相当である。」としている。

[56] 金子宏　著　前掲注 13　479 頁。

[57] 評価基本通達総則第 6 項を適用した課税処分の適法性を争う事案において、納税者側から評価基本通達の評価方法が行政先例法として確立している旨の主張がされることがある。しかしながら、判決においては、同通達の法源性が認められておらず、納税者側の主張が退けられている。参考判例として東京地判平成 5 年 2 月 16 日（平成 2 年（行ウ）第 92 号）税資 194 号 375 頁、東京高裁平成 7 年 12 月 13 日（平成 7 年（行コ）第 99 号）、最判（二小）昭和 61 年 12 月 5 日（昭和 56 年（行ツ）第 89 号）税資 154 号 787 頁。

[58] 長崎地判昭和 36 年 5 月 19 日（昭和 35 年（行）第 5 号）税資 35 号 499 頁は、評価基本通達には行政先例法としての成立を認めていない。しかしながら「通達が発せられると、下級行政庁等は、これに従って事務を処理することとなり、長期にわたつてこれを繰り返していく場合には、この事実上の取扱が一般の法的確信を得て慣習法たる行政先例法として認められるべき場合もあり得る」としている。この考え方は、福岡高判昭和 37 年 4 月 19 日（昭和 36 年（ネ）第 489 号）税資 36 号 473 頁においても引用されている。

[59] 塩野宏　著　前掲注 3　103 頁において、塩野教授は、「通達の実際上の通用力によりこれを前提として私人が行動し、それが広範かつ継続的であると、通達を基礎とした秩序が形成される」ことがあり、このような場合に、通達に反して私人に不利益な処分をすると予測可能性に反したり、法的安定性を欠く事態が生じる」と述べておられる。しかしながら、通達の行政先例法としての成立については、「通達という形式のままで、かかる実行上の効果を認めることは許されない。」としている。

[60] 評価基本通達総則第 1 項

交換価額を指すことについては学説及び判例において容認されているところであるが、評価基本通達においても同様の考え方が採用されている。

しかしながら、客観的交換価額という「理念的な時価概念・・・だけでは」、全国の税務職員の「解釈の統一ができない」[61]。また、評価基本通達は、「納税者のための便宜をも図らなければならない」ものであるので、「正確性をある程度抑えても、簡便性を重視」しなければならないという要請もある[62]。そこで、評価基本通達は、具体的な数値としての客観的交換価額については、「この通達の定めによって評価した価額」によって取り扱うこととしている。これにより、税務職員は、相続税法第 22 条の「時価」については、「この通達の定めに従って評価」せよ、との職務命令を受けていることになる。したがって、税務通達の法的性質に鑑みれば、国税庁側は相続税法 22 条に規定する「時価」に関して、「原則として、この通達の定め以外には主張できないはず」である[63]。

ところで、固定資産評価制度調査会は、先に述べた答申において、「評価制度改正にあたっての基本的な考え方」として課税の基礎となる固定資産の価格を、時価によることが適切であるとした上で、以下の様に述べている。「この場合における時価とは、各資産を通じ、正常な条件のもとにおける取引価格（以下「正常価格」という。）と考えるべきである。ここにいう正常価格とは、直ちに、現実の取引価格と同一視すべきものではない。現実の取引価格は、当事者間の事情等によって左右され、正常な条件と目し得ない主観的特殊的な条件のもとに成立しているものであるから、正常価格は、現実の取引価格のうち、このような正常でない条件があるときは、これを捨象して得られるその資産自体の本来の価値を適正に反映した価格である」[64]。また、「固定資産の評価は、あくまでも、正常価格を求めることを目的として、各資産について定められた評価方法を適用して得られる評価額そのものによって行うべきであって、税負担の一般的調整、税負担の激変緩和、特定の政策に基づく税負担の配慮等税負担面のしんしゃくは、評価のうえで加えるべきではない」。としている。

しかしながら、現実の課税実務において時価主義を運用するにあたっては、不特定多数の者の間で取引が行われている市場性の高い財産と、市場性の低い財産とは取り扱いが異なっている。市場性の高い財産は、その財産の取引価額そのものを時価とすることが出来

61　品川芳宣＝緑川正博　著「徹底解明/相続税財産評価の理論と実践」（ぎょうせい　2005 年）126 頁。
62　品川芳宣＝緑川正博　著　前掲注 61　244 頁。
63　品川芳宣＝緑川正博　著　前掲注 61　181 頁。
64　東京地判平成 7 年 7 月 20 日（平成 6 年（行ウ）第 321 号）税資 213 号 202 頁は、評価基本通達における上場株式の評価方法について、「上場株式については、本来、課税時期における証券取引所の最終価格が当該上場株式の客観的交換価値であるといことができる。しかしながら・・・証券取引所における上場株式の価格は、その時々の市場の需給関係によって値動きすることから、時には異常な需給関係に基づき価格が形成されることもあり得るので、・・・こうした一時点における需給関係に基づく偶発的な価格によって評価される危険性を排除し、評価の安全性を確保するため、右財産評価基本通達 169 は、課税時期における証券取引所の最終価格のみならず、ある程度の期間の最終価格の月平均額をも考慮して上場株式の評価を行うこととしたものであると解することができる。」としている。同旨の判決として東京高判平成 7 年 12 月 13 日（平成 7 年（行コ）第 99 号）税資 214 号 757 頁。

る[65]。これに対し、市場性の低い財産は、市場性が低くなるにつれてその財産の取引価額に個別的要因が強く影響する。そのため、当該取引価額を時価とすることが相当でない場合が考えられるからである。

したがって、「課税財産の評価としても、市場性が少なくなるにつれて、漸次時価としての的確性がは握しにくくなるので、このように幅のあるものについては、評価上の安全性を考慮する必要性がある。」[66]ものと解されている。これにより、実務上は評価の安全性に配慮した、適正な時価よりも低い、いわゆる「かための評価」がされている。例えば、土地については、土地の売買に伴う困難性や土地の路線価が毎年１月１日で固定される事等を勘案して、公示価格の８割程度により評価することとしている[67]　。また、取引相場のない株式の評価方法である類似業種比準方式の計算過程においても、評価の安全性が考慮されている[68]　[69]。

つまり、相続税法の課税対象となる財産の評価実務にあたっては、仮にその評価額が時価以下であるとしても、「それが同一基準を適用して評価されるのであれば、その評価額が法の求める『時価』であると扱われている」[70]という事である。

５　財産評価基本通達における具体的評価方法

評価基本通達における財産の評価方法における共通の原則として、①個別評価の原則、②共有財産の持分、③区分所有に係る財産、④元本と果実、⑤客観的な各種影響の加味、が挙げられる[71]。評価基本通達による評価額の算定方法について、実務上最も問題となる宅地[72]と取引相場のない株式[73]については、以下の通りである。

65　例えば、上場株式については、金融証券取引所における取引価格を基礎として時価を算定することとしている（財産評価基本通達第 169 項）。

66　国税庁資産評価企画官　編　前掲注 42　17 頁。

67　税制調査会「平成 4 年度の財政改正に関する答申」（平成 3 年 12 月）は、土地の「評価割合を地価公示価格水準の 80%程度に引き上げることによりその適正化を図る。」としている。

68　国税庁資産評価企画官　編　前掲注 42　258 頁においては、取引相場のない株式の評価方法である類似業種比準方式において評価の安全性を考慮する理由について、「計数化が困難であるため比準要素とすることができない株価構成要素があること及び現実に取引の市場を持たない株式の評価であること」を挙げている。

69 田中治　著「相続税制の再検討－相続財産の評価をめぐる法的諸問題」日本租税理論学会　編『相続税制の再検討』（法律文化社　2003 年）46 頁において、田中教授は、「評価の安全性を理由に評価減をすることが妥当であるならば、評価ルールの修正ないし補正として、明文の根拠規定を置くべきであろう。執行上の取扱いだとして、20%減額された価額をもって「時価」ということは、・・・本来許されるべきではない。」と述べておられる。

70　石島弘　著「課税標準の研究（租税研究第 2 巻）」（信山社　2003 年）53～55 頁。石島教授は、この点につき「資産を時価以下で評価することは資産所有者（層）に対し税負担を減免する結果をもたらすから、非資産所有者との間で、税負担の不公平をもたらすことになる。」として、その問題点を指摘しておられる。特に相続税の場合には、「富の再分配機能を通して経済的平等を実現するとともに、租税制度全体を通じて税負担の累進性を補完し公平負担の機能を図る」という相続税の機能を阻害することにもなる、と述べておられる。

71　国税庁資産評価企画官　編　前掲注 42　19 頁

72　評価基本通達は、土地の価額について、①宅地、②田、③畑、④山林、⑤原野、⑥牧場、⑦池沼、⑧削除、⑨鉱泉地、⑩雑種地の別に評価するものとしている（評価基本通達第 7 項）。

（1）宅地の評価方法

市街地的形態を形成する地域にある宅地については路線価方式によることとし、それ以外の宅地については倍率方式によることとしている[74]。

第一の方法である路線価方式とは、その宅地の面する路線に付された路線価を基とし、宅地の奥行価格補正等の修正した価額によって評価する方法である。路線価は、宅地の価額がおおむね同一と認められる一連の宅地が面している路線ごとに設定される[75]。路線価は、売買実例価額、公示価格、不動産鑑定士等による鑑定評価額、精通者意見価格等を基として国税局長によって定められる。

第二の方法である倍率方式とは、固定資産税評価額に、一定の倍率を乗じて計算した金額により計算する方法である。この方法は、路線価を基として個々に評価を行う手数を省略し、固定資産税評価額を活用する簡便な評価方法である。

（2）取引相場のない株式の評価方法

取引相場のない株式については、評価会社を大会社、中会社、小会社に区分して[76]、原則として大会社の株式の価額は類似業種比準方式により、小会社の株式の価額は純資産価額方式により評価する。そして、中会社の株式の価額は両方式の併用方式により評価する[77]。

第一の方法である類似業種比準方式とは、評価会社と業種が類似する複数の上場会社の平均株価に比準して求めた類似業種比準価額によって評価する方法である。第二の方式である純資産価額方式とは、評価会社の正味財産に着目して株式１株当たりの純資産価額（相続税評価額によって計算した金額）によって評価する方法である。

ただし、同族株主以外の株主等が取得した取引相場のない株式等については、上記の原則的な評価方式によらず、特例的評価方法である配当還元方式により評価する。配当還元方式とは、評価会社の株式に係る年配当金額を基として、一定の算式により計算した配当還元価額によって評価する方法である。これは、「本来、同一の銘柄の株式は株式取得者のいかんを問わず同一の価額によるべきではあるが、事業経営への影響の少ない同族株主の一部及び従業員株主などのような零細株主が取得した株式については、これらに株主は単に配当を期待するにとどまるという実質」を考慮したものである[78]。配当還元方式によって株式の評価を行った場合には、原則的な評価方法によった場合よりも評価額が低く算出されることが多い。また、配当還元方式によって導き出される評価額は、原則的な方法によ

---

[73] 評価基本通達は、株式及び株式に関する権利の価額は、それらの銘柄の異なるごとに、上場株式、気配相場のある株式、取引相場のない株式（上場株式及び気配相場のある株式以外の株式）等の区分に従い、その１株ごとに評価するものとしている（評価基本通達第 168 項）。

[74] 評価基本通達第 11 項。
ちなみに、家屋の評価についても倍率方式によって評価することとされている（評価基本通達第 89 項）。ただし、固定資産税評価額に乗ずる倍率は、評価基本通達別表１により、1.0 とされているので、家屋の価額は、評価対象となる家屋の固定資産税評価額そのものの価額によって評価することとなる。

[75] 評価基本通達第 14 項。

[76] 評価基本通達第 178 項。

[77] 評価基本通達第 179 項。

[78] 国税庁資産評価企画官　編　前掲注 42　291 頁。

って導き出される評価額を超えないこととされている[79]。

取引相場のない株式に関するこれらの評価方法は、その評価にあたっては現実の「取引価額は一切斟酌されないということが、評価の原則」となっている[80]。

６　財産評価基本通達総則第６項の趣旨・内容

評価基本通達は、第１章総則第１項において、「財産の価額は、時価によるものとし、時価とは、課税時期（相続、遺贈若しくは贈与により財産を取得した日若しくは相続税法の規定により相続、遺贈若しくは贈与により取得したものとみなされた財産のその取得の日をいう。）において、それぞれの財産の現況に応じ、不特定多数の当事者間で自由な取引が行われる場合に通常成立すると認められる価額をいい、その価額は、この通達の定めによって評価した価額による。」と規定して、評価基本通達の評価の原則を示している。そして、第２章以降で各財産について個別の評価方法を具体的に規定している。

評価基本通達においては、予想される主な財産の種類のほとんどを対象として、多種多様な評価方法を定めている。しかしながら、現実に存在する全ての財産の評価方法を評価基本通達において規定することは事実上不可能である。そこで、評価基本通達は、第１章総則第５項において、「この通達に評価方法の定めのない財産の価額は、この通達に定める評価方法に準じて評価する。」と規定し、これに特例的な対応をすることとしている[81]。

また、「相続税等の課税対象となる財産には千差万別のものがあり、あらゆる場合を想定して評価通達に評価方法が定められているわけで」はない[82]。それに加えて、「評価通達に定められている評価方法も申告納税制度を採用していることから簡便な方法とすることとしている」[83]。したがって、評価基本通達に定める原則的な評価方法による評価額が、評価対象となる相続財産に対して必ずしも妥当でない場合が想定される[84]。具体的にいえば、評価基本通達における「評価額については、安全性の考慮がされていること、土地等の評価基準日が１月１日とされていてその年分の相続等について一律に適用されること、対象財

79　評価基本通達第188項－2

80　品川芳宣＝緑川正博　著　前掲注61　178頁。

81　国税不服審判所裁決平成9年7月4日裁決事例集54巻451頁は、審査請求人が、相続により取得した未公開会社の株式につき配当還元方式による評価を行ったことに対し、原処分庁は当該株式に係る事情を考慮すると、当該株式は配当還元方式による評価を行うべき株式とは性質を異にすると判断し、当該株式の評価について評価基本通達第5項を適用し、同通達204項の定めに準じて評価することとした。本事例における相続財産の法的形式は株式であることは明らかであるが、審判所はこれに第5項を適用した。審判所はこのような取扱いについて「何ら租税法律主義に反するものではない」としている。

82　国税庁資産評価企画官　編　前掲注42　25頁。

83　国税庁資産評価企画官　編　前掲注42　25頁。

84　例えば、東京地判平成4年7月29日（平成2年（行ウ）第184号）税資192号180頁は、土地の評価方法につき評価基本通達が評価方法を規定しているのは、「あらかじめ評価方法を定めこれを画一的に適用しようとするものであって、全国にあるあらゆる土地の客観的交換価値を個別に評価しようとするものではない。」としている。また、石島弘教授は、「平成五年分路線価の実情と更正の請求を巡る問題点」『税理』Vol.36No.15において、評価基本通達は「適正な時価（fair market value）を求めるものではなく、平均的時価（average market value）を求めるものである」と述べておられる。

産が標準的なものに想定されていること、対象財産の価格変動があること等からみて、相続税法上の時価（客観的交換価値）から乖離しやすい宿命を有している」[85]ということである。

このような場合に対応する為に、評価基本通達は、第１章総則第６項（以下、「第６項」という。）において、「この通達の定めによって評価することが著しく不適当と認められる財産の価額は、国税庁長官の指示を受けて評価する。」と規定している。これにより、評価基本通達に評価方法の定めがある財産であっても、「著しく不適当」であると認められれば、評価基本通達によらない個別的な評価を行うことが示されている[86]。

つまり、第６項は、「財産評価基本通達に基づく評価基準制度等による各財産の評価額が著しく不適当と認められる時には、客観的交換価額に近づけるために個別評価を行う趣旨、すなわち、評価基準制度の補完措置であると解され、財産評価基本通達上の包括的限定条項である」[87]と解されている。

また、第６項の適用にあたり、「国税庁長官の指示」を受けることとされているのは、第６項の適用にあたっては、特に慎重に、かつ、合理的に判断することが求められるからである。第６項が適用されることによる相続税または贈与税の課税価格及び納付税額に与える影響に鑑みれば、この様な厳格な要件を定めることは当然の事である。

７　財産評価基本通達総則第６項の問題点

評価基本通達が先に述べた特殊性を有し、一般の税務通達とは異なる行政先例法的又は法規的な性格を有している事に鑑みれば、第６項を適用し、評価基本通達の原則的な評価方法を離れて特例的な評価をすることは安易に許されるべきではない。その適用を無制限に認めれば、納税者に対して評価基本通達を公開する意味が大きく損なわれ、納税者の財産評価における法的安定性と予測可能性を害する可能性があるからである。また、本来第６項を適用すべきでない財産について、同項が適用されることがあってはならない。

この点について、塩野宏教授は、「通達の実際上の通用力によりこれを前提として私人が

85　品川芳宣　著　前掲注 34　122 頁。

86　評価基本通達総則第 5 項及び第 6 項につき、概括的白紙委任規定で憲法 84 条に違反しているのではないかという問題に対して、東京高裁昭和 48 年 3 月 12 日（昭和 45 年（行コ）第 64 号）税資 69 号 634 頁は、「社会事情は常に変動し、時価算定の参考諸要素は時と所によつて一定でないから、特種な事情のありうる財産の評価についてまでも一般的な基準によるように固執し、右変動と個別性とを無視するときは却つて時価算定が不適正となり、課税の公平を欠くことになる」ので、「これを避けるためには、右特種財産の時価算定に当り、課税当局者が、ただ通常一般の財産評価基準のみによるのではなく、変動する諸事情と個別性とを調査、観察したうえ、さらに上級官庁による指示を求めさせて、その厳正な検討と監督とを加えて個別にその時価を算定することにするのも、その算定の具体的な妥当性と課税の公平とを期し、かつ、算定の客観性と公正とを保たせる適切な方法でもある」。「右算定に当る行政庁の措置が右予め定められた基準や方法の範囲であれば、自由であるというものでないことはいうまでもなく、それが適正を欠くときは、所定の手段でその是正を求めることもでき、さらに、本件のように出訴の途もある。これらのことを併せ考えれば、右財産の時価算定方法が一般的なものにせよ、特別なものにせよ、法定されていないことをもつて憲法第 84 条に違反するとはいえない。」としている。

87　品川芳宣　著　前掲注 34　124 頁。

行動し、それが広範かつ継続的であると、通達を基礎とした秩序が形成されること」があり、「このような場合に、通達に反して私人に不利益な処分をすると予測可能性に反したり、法的安定性を欠く事態が生ずる」と述べておられる。また、判例は、「特別の事情もないのに税務申告の指針として開示されている財産評価基本通達と異なる課税処分」が行われれば、「国民の法に対する予測と信頼に反して経済活動の自由を侵害することと」なる[88]としている。したがって、第６項を適用するにあたっては、同項の規定する内容を充分に吟味し、かつ、適用対象となる財産の性質について十分に把握した上で、厳密に行われなければならない。

ところで、第６項は、その適用をするにあたって「著しく不適当」と「国税庁長官の指示」という２つの要件があるといわれる。前者は実体的要件であり、後者は手続的要件であると解されている[89]。これらの要件が充足されたと認められる場合にのみ、第６項が適用されることとなる。そこで、第６項については、以下の様な問題点がある。

第一に、第６項に規定する「著しく不適当と認められる財産」とはどの様な財産を指すのかという点が問題となる。換言すると、どの様な場合に特例的な評価方法による評価が認められるのかという事である。

この点について判例は、「評価基本通達によらないことが正当として是認されうるような特別の事情がある場合」[90]とか、評価基本通達に定める「評価方法を画一的に適用するという形式的な平等を貫くことによって、・・・かえって実質的な租税負担の公平を著しく害することが明らかである等の特別の事情がある場合」[91]を指すものとしている。この様な「特別な事情」がある場合に限って、他の合理的な評価方法によって時価を算定することが許されるものと解されている。

しかしながら、「特別の事情」が、具体的にどのような場合を指すのか、評価基本通達の条文上は必ずしも明らかではない。現実の裁判例の傾向としては、①財産の客観的な個別性に着目するものと、②納税者の租税回避目的に着目するものがある。

第二に、第６項に規定する「国税庁長官の指示」の有無が、課税処分に与える影響が問題となる。第６項の規定上、「国税庁長官の指示を受けて評価する。」と定められている以上は、その指示を受けずに行われた評価の適法性には疑義が生じるからである。

この点について、第６項が適用された事例に係る裁判において、納税者の側から「国税庁長官の指示」の有無が問題とされる事がある。しかしながら、判例においては「国税庁長官の指示」の有無は、課税処分の適法性に影響せず、納税者の利害に直接的に関係しないものとされている。

これらの問題点については、次章において過去の裁判例等を用いてその妥当性等を検討

88　大阪高判平成 17 年 4 月 14 日（平成 16 年（行コ）第 94 号）税資 255 号順号 10000。
89　品川芳宣＝緑川正博　著　前掲注 61　253 頁。
90　東京高判昭和 56 年 1 月 28 日（昭和 53 年（行コ）第 75 号）税資 116 号 51 頁。
91　東京高裁平成 5 年 3 月 15 日判決（平成 4 年（行コ）第 93 号）行集 44 巻 3 号 213 頁。

する。

第３章　事例研究

第１節　総則第６項にいう「著しく不適当と認められる財産」（実体的要件）について

１　財産の客観的な個別性に着目した事例

（１）東京高裁昭和 56 年１月 28 日判決[1]

①事案の概要

原告 X らは、相続により取得した土地（市街化区域内の農地。以下、本事例において「本件土地」という。）の価額は、評価基本通達に基づく評価額が相当であるとして相続税の申告を行った。

これに対し、税務署長 Y が、相続財産は本件土地に係る売買代金債権であるので、その評価額はその債権の額によるべきであるとして再更正処分を行った。そこで、原告 X らがこれを不服として提訴した事例である。

②事案の経緯

（ア）訴外被相続人 A（以下、本事例において「A」という。）は、昭和 47 年 7 月 7 日に、本件土地を訴外 B らに譲渡する契約（以下、本事例において「本件売買契約」という。）を締結した。

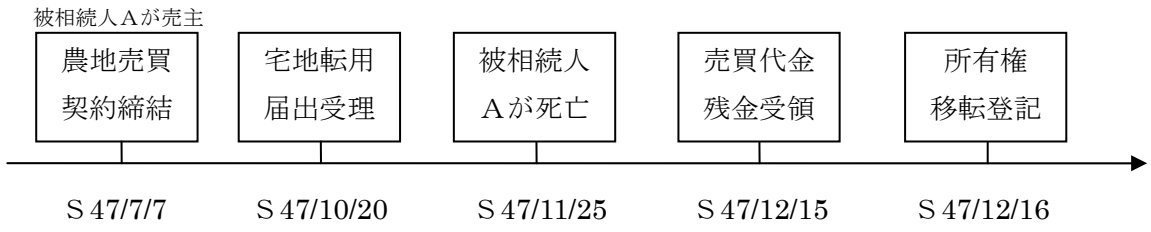
（イ）本件売買契約においては、まず本件土地に係る手付金及び中間金を支払い、その後、売買代金の残金の支払と同時に本件土地の所有権移転登記手続及び引渡が行われること等が特約として定められていた。

（ウ）昭和 47 年 10 月 20 日、本件土地につき農地法第 5 条に規定する宅地転用の届出が受理された。

（エ）その後、同年 11 月 25 日に A が死亡した。結局、売買代金の残金は、同年 12 月 15 日に支払われた。そして、本件土地の所有権移転登記は翌 16 日付でなされた。

（オ）第一審では、本件売買契約の特約の内容に鑑み、相続財産を本件土地自体であると認定し、本件土地を評価基本通達に従って路線価により評価した原告Ｘらの申告を相当であると判示した[2]。

【取引の概要】



[1] 東京高判昭和 56 年 1 月 28 日（昭和 53 年（行コ）第 75 号）税資 116 号 51 頁。
[2] 東京地判昭和 53 年 9 月 27 日（昭和 50 年（行ウ）第 169 号）税資 102 号 551 頁。

③争点

・課税対象となる相続財産は、土地そのものか、それとも土地の売買代金請求権か。

・当該財産の時価は、如何に把握するべきか。評価基本通達によるべきか。

④当事者の主張

（ア）納税者の主張

・本件売買契約に係る特約の内容に鑑みれば、相続財産は本件土地そのものである。

・本件土地の評価方法は、評価基本通達に定める路線価方式によるべきである。

・我が国において、土地は路線価方式により評価することとしており、どの様な土地であってもその取扱を区別する理由はない。

（イ）課税庁の主張

・相続財産は、本件土地自体ではなく、本件土地に関する所有権留保付売買契約上の売主としての地位ないし権利義務そのものである。これを資産性の面に即していえば、所有権留保によって担保された売買代金債権ということになる。

・本件土地の評価は、評価基本通達に定める路線価方式ではなく、本件売買契約に係る契約価額（売買代金債権額）によるべきである。

⑤裁判所の判断

・相続財産は、本件土地自体とみるのが相当である。本件においては、相続開始時に代金の支払が完了していないので、売買代金債権は確定的には相続人には帰属しない。

・本件においては、相続開始当時における土地の評価額が取引価額によって具体的に明らかになっており、しかも、被相続人もしくは相続人が相続に近接した時期に取引代金を全額取得している。このような場合において、その取引価額が客観的にも相当であると認められ、しかも、それが通達による路線価額との間に著しい格差を生じているときは、評価基本通達により評価することは合理的ではない。

・本件土地の評価は、前記取引価額をもってすることが正当として是認しうる特別の事情があるというべきである。

⑥検討

本事例の判旨においては、「特別の事情」の具体的内容として、①相続開始時において土地の評価額が取引価額によって明らかになっていること、②被相続人または相続人が相続に近接した時期に取引代金を全額取得していること、③取引価額が客観的に相当であること、④取引価額が評価基本通達による路線価額との間に著しい格差を生じていること、が検討されている。

評価基本通達に定める路線価方式は、原則として「土地がストックの状態にある場合を前提として定められていると解すべきである」[3]。例えば、評価対象となる土地につき、相続開始直前に売買契約が締結され、当該土地がいわゆるフローの状態に入っているものと客観的に認められる場合には、評価基本通達による評価額は妥当とはいえないこととなる。

[3] 金子宏　著「租税法（第 13 版）」（弘文堂　2008 年）479 頁。

したがって、本件土地については、路線価方式による原則的な評価額ではなく、他の評価額（本事例においては本件土地の売買取引価額）を用いることが相当であると解される。

ただし、本事例の上告審[4]においては、「たとえ本件土地の所有権が売主に残っているとしても、もはやその実質は売買残代金債権を確保するための機能を有するにすぎないもの」であり、「本件において相続税の課税財産となるのは売買代金債権であると解するのが相当である。」と判断している。そして、その後の判例においてもその判断が踏襲されている[5]。

しかしながら、当該上告審の判断について岩﨑政明教授は、「譲渡契約の物権的側面と債権的側面とを分離し、課税物件を区別するという手法はあまりに技術的すぎるのではあるまいか。」と指摘され、控訴審の判断を支持しておられる[6]。

（２）国税不服審判所平成 18 年 3 月 15 日裁決[7]

①事案の概要

審査請求人（以下、本事例において「請求人」という。）は、相続により取得した土地（以下、本事例において「本件土地」という。）の価額は、請求人が依頼した不動産鑑定士が行った鑑定評価に基づく鑑定評価額（以下、本事例において「請求人鑑定評価額」という。）が相当であるとして相続税の申告を行った。

これに対して、原処分庁は、本件土地については評価基本通達に基づく評価額が相当であるとして更正処分を行った。そこで、請求人が同処分の取消しを求めた事例である。

②事案の経緯

（ア） 被相続人Ｃ（以下、本事例において「Ｃ」という。）は平成 13 年 2 月に死亡した。Ｃの相続人である請求人は、相続により本件土地を取得した。

（イ） 請求人は、この相続に係る相続税の申告に際し、本件土地につき請求人鑑定評価額をもって評価額とし、相続税の申告書を提出した。

（ウ） これに対し、原処分庁は、本件土地につき評価基本通達によって評価するのが相当であるとして、平成 16 年 6 月 29 日付で請求人に対して更正処分を行った。

（エ） 請求人は同処分を不服として、平成 16 年 8 月 26 日に異議申立てをしたところ、異議審理庁は、平成 16 年 11 月 25 日付で棄却の異議決定をした。

③争点

・本件土地が、周囲の土地よりも 70 センチメートル低いことをもって、第６項を適用すべき「特別な事情」と認められるか。

・本件土地の時価は、如何に把握するべきか。評価基本通達によるべきか。

---

[4] 最判（小二）昭和 61 年 12 月 5 日（昭和 56 年（行ツ）第 89 号）訟月 33 巻 8 号 2149 頁。

[5] ただし、国税不服審判所裁決平成 15 年 1 月 24 日裁決事例 65 巻 566 頁においては、売買契約途中に相続が開始した土地の評価につき、相続開始後に売買契約が解除されたこと等を考慮し、納税者が主張した評価基本通達による評価額を土地の時価として認めている。

[6] 別冊ジュリスト 178 号　租税判例百選（第 4 版）（有斐閣　2005 年）151 頁。

[7] 国税不服審判所裁決事例集 71 巻 505 頁。

④当事者の主張

（ア）納税者の主張

・本件土地については特別の事情が存するので、本件土地の時価は、請求人鑑定評価額が妥当である。

・本件土地は、道路から 70 センチメートル低く、利用価値が著しく低下している宅地である。この評価における減額要素を考慮せずに、課税庁が採用した評価基本通達等に基づく評価額は、時価を超えており違法である。

（イ）課税庁の主張

・本件土地については、評価基本通達等に基づいて評価すべきである。

・本件土地は、評価基本通達等により適正に評価することができる土地であり、評価基本通達等により難い特別な事情は認められない。

・本件土地については、道路より若干低い位置にあるものの、利用価値が著しく低下しているとは認められない。

⑤国税不服審判所の判断

・評価通達等を適用して評価することが著しく不適当と認められる特別な事情が存する場合、すなわち、評価通達等により算定される土地の評価額が客観的交換価値を上回る場合には他の合理的な評価方法により時価を求めるべきものと解されている。

・評価通達等により算定される土地の評価額が客観的交換価値を上回っているといえるためには、これを下回る不動産鑑定評価が存在し、その鑑定評価が一応公正妥当な鑑定理論に従っているというのみでは足りず、同一の土地について他の不動産鑑定評価があればそれとの比較において、また、周辺における公示価格や都道府県地価調査による基準地の標準価格の状況、近隣における取引事例等の諸事情に照らして、評価通達等により算定された土地の評価額が客観的交換価値を上回ることが明らかであると認められることを要するものと解されている。

・本件についてみると、本件土地についての請求人鑑定の個別価格補正等による減価に合理性は認められないこと等から、請求人鑑定評価額が時価であるとは認められない。

・本件土地については、評価基本通達等により難い特別な事情は認められないから、一般的に合理性を有するものと解されている評価基本通達等に基づき評価するのが相当である。

⑥検討

本事例における審判所の判断においては、「特別の事情」が存する場合（評価基本通達による評価額が時価を超える場合）の具体的内容として、①評価基本通達による評価額を下回る不動産鑑定評価額が存在すること、②その鑑定評価額が一応更正妥当な鑑定理論に従って算出されていること、③他の不動産鑑定評価額、公示価格、標準価格、取引事例等の諸事情に照らして、評価基本通達により算定された評価額が客観的交換価値を上回ることが明らかであることが挙げられている。

「相続税等の課税対象となる財産には千差万別のものがあり、あらゆる場合を想定して評価通達に評価方法が定められているわけで」はない[8]。例えば、土地の路線価は、「①その路線のほぼ中央にあって、②その一連の宅地に共通した地勢にあり、③その路線だけに接しており、④間口距離、奥行距離が標準的なく形又は正方形の宅地につき・・・設定される」[9]ものである。また、「せいぜい 300 ㎡くらいの標準宅地を想定して」設定されるものである[10]。

そうすると、本事例における本件土地の様に、道路から 70 センチメートル低い等の特殊な財産的個別性がある場合には、必ずしも評価基本通達による評価額が妥当ではない可能性がある。また、その他にも、評価基本通達に定める路線価方式で評価することが困難な土地としては、本事例のように画地条件に問題がある土地の他、収益価格が重視されるため不動産鑑定士による鑑定評価書が活用できる土地などがある[11]。

この様な場合には、先に挙げた「特別の事情」の内容に照らして、より合理的と認められる他の評価額（本事例においては不動産鑑定士による不動産鑑定評価額）を用いるのが妥当である。一般的にいって、周囲の土地よりも低い位置にある土地については、その取引価額が低いこと等に鑑みれば、本事例における納税者の主張は合理的である。

本事例の場合には、請求人らから本件土地の評価額につき、請求人鑑定評価額を採用すべきであると主張している。このように、納税者の側から評価基本通達以外の評価方法による評価額の採用を主張することは、「税務署から見れば納税者から申し出された評価通達６項の適用」[12]と言える。

ちなみに、特殊事情が存する土地の価額が争点となった他の判例においては、裁判所が示した不動産鑑定評価額が時価として採用されている[13]。また、特殊事情がある農地の価額が争点となった他の判例においては、納税者が提示した不動産鑑定評価額が時価として採用されている[14]。

但し、本事例においては、審判所は、請求人鑑定評価額は客観性に欠けると判断した。その結果、原処分庁が主張した評価基本通達による評価額が採用されている。

---

[8] 国税庁資産評価企画官　編「財産評価の実務－相続税・贈与税・地価税における財産評価－」（ぎょうせい　1994 年）25 頁。

[9] 国税庁資産評価企画官　編　前掲注 8　53 頁。

[10] 品川芳宣＝緑川正博　著「徹底解明/相続税財産評価の理論と実践」（ぎょうせい　2005 年）144 頁。

[11] 日税不動産鑑定士会　編「土地の税務評価と鑑定評価（第 2 版）」（中央経済社　2009 年）37 頁。画地条件に問題がある土地として、①広大地、②前面道路の幅員が 2m未満の土地、③間口の狭い土地、無道路地等が挙げられている。また、収益価格が重視されるため鑑定評価書を活用できる土地として、①借家人付きの店舗、事務所、戸建住宅、マンション、②借地権、底地、③商業ビル等が挙げられている。

[12] 品川芳宣＝緑川正博　著　前掲注 10　145 頁。

[13] 名古屋地判平成 16 年 8 月 30 日（平成 15（行ウ）第 10 号）税資 254 号順号 9728 においては、評価対象である土地が鉄道高架に隣接している等の財産的個別性があった。当該土地につき、課税庁及び裁判所がそれぞれ不動産鑑定評価額を提示したが、判決においては裁判所提示の不動産鑑定評価額の方が、より合理性が高いとして採用された。

[14] 神戸地判平成 12 年 2 月 29 日（平成 9 年（行ウ）第 27 号）税資 246 号 1031 頁においては、評価対象である農地が接道しておらず、宅地として転用される見込みが薄い等の財産的個別性があった。裁判所は、当該土地につき、納税者が提示した不動産鑑定評価額を時価として採用した。

（３）国税不服審判所平成 17 年 10 月 4 日裁決[15]

①事案の概要

審査請求人ら（以下、本事例において「請求人ら」という。）は、被相続人Ｄ（以下、本事例において「Ｄ」という。）の死亡により取引相場のない株式等を相続により取得した。請求人らは、当該株式について独自の方法による時価評価を行って相続税の申告を行った。

これに対し、原処分庁は、当該株式につき評価基本通達による評価を行い、それに基づいて更正処分を行った。そこで、請求人らが同処分の取消しを求めた事例である。

②事案の経緯

（ア） Ｅ株式会社（以下、本事例において「Ｅ社」という。）は、総合工事業を主たる事業とする同族会社である。その株式（以下、本事例において「本件株式」という。）は、評価基本通達が規定する取引相場のない株式に該当し、Ｅ社は大会社に該当する。

（イ） 平成 14 年 4 月 27 日にＤが死亡したことにより、Ｄの子である請求人らが相続により、Ｄ所有の本件株式を取得した。

（ウ） 請求人らは、本件株式につき、類似業種比準方式を基礎とした独自の算定方法でその時価を算定し、平成 15 年 2 月 27 日に相続税の申告を行った。

（エ） これに対し、原処分庁は、本件株式は評価基本通達に規定する類似業種比準方式で評価すべきであるとして更正処分を行った。

③争点

・本件株式の時価は、如何に把握するべきか。評価基本通達によるべきか。

・Ｆ社の業績の変動が激しいことが、本件株式の評価について第６項を適用すべき特別の事情に該当するか。

④当事者の主張

（ア）納税者の主張

・評価基本通達は法律ではないので、この通達で納税者を拘束することは出来ない。

・仮に、評価基本通達による時価算定が認められるとしても、利益、損失の浮沈、変動の激しい法人においては、1 株当たりの配当金及び利益金額の算定にあたり、評価会社の業績を最大限 5 事業年度までさかのぼって評価することが必要である。

・相続開始前のＥ社の業績は変動が大きく、上記の取扱が妥当である。

（イ）課税庁の主張

・本件株式は、原則的な類似業種比準方式により評価するのが妥当である。

・評価基本通達による時価評価は、租税平等主義の観点等から合理的であり、違法ではない。

・類似業種比準方式は、一般的に認められる理論的な株価要因をすべて盛り込んだ妥当な評価方法である。

・類似業種比準方式によるものとした場合、Ｅ社のみに対して特別の取扱をするのは合

[15] 国税不服審判所裁決事例集 70 号 353 頁。

理的ではない。

⑤国税不服審判所の判断

・類似業種比準方式は合理的なものと認められ、原処分庁が評価基本通達に定める類似業種比準方式により本件株式を評価したのは相当である。

・評価基本通達による時価評価は、納税者間の公平等の見地から合理的である。評価基本通達の定めにより難い特別の事情が存しない限り、評価基本通達の定めによる評価が違法ということはできない。

・相続税法第 22 条の趣旨に鑑みて、評価会社の要素を考慮するに際しても、取得時点よりあまりに長期にまでさかのぼって評価するのは妥当ではない。

・本件株式の評価にあたって、評価会社の数値のみを課税時期の直前 5 年間の業績を算定するとすれば類似業種比準方式の合理性自体が失われるおそれがある。

・総合工事業を主たる業としている業種においては、大型工事の受注等による利益の変動は、経常的に生じる事情である。E 社に特有の事情ではない。

⑥検討

本事例においては、納税者側から、本件株式には「特別の事情」がある旨の主張がされている。つまり、E 社には、相続開始時までの間に業績等が激しく変動しているという特殊事情が存するので、本件株式の評価においてはその点を考慮した特例的な評価方法によるべきであると主張するものである[16]。

一般的にいって、株式の価格は、その発行会社の経営状態等によって日々変動するものである[17]。したがって、株式の時価を求める際に、その発行会社の業績を考慮するのは当然の事である。また、客観的交換価値は、「ある程度・・・継続した価額を指すものとも考えられる」[18]ので、株式の時価を求める際に考慮すべき発行会社の業績についても、相当な期間内における変動を考慮すべきである。この点については、請求人らも原処分庁も異論のないところであろう。

ここで問題となるのは、株式発行会社の業績の変動を考慮すべき相当の期間の長さである。評価基本通達が規定する類似業種比準方式の計算要素となる評価会社の 1 株当たりの配当金額は、直前期末以前 2 年間における数値を基に計算する。また、1 株当たりの利益金額は、納税者の選択により直前期末以前 2 年間の各事業年度における数値を基に計算することができる[19]。これに対し、本事例における請求人らは、これらの数値を計算するにあた

---

16 類似業種比準価額を計算する場合においては、評価会社の「1 株当たりの配当金額」は、直前期末以前 2 年間におけるその会社の利益の配当金額を基礎として計算することとされている。また、「1 株当たりの利益金額」は、直前期末以前 1 年間における法人税の課税所得金額を基礎として計算することとされている（評価基本通達 183 項）。平成 12 年における評価基本通達の改正において、類似業種比準方式の計算方法は大きく変更された。具体的には、同方式における利益、配当、純資産の比準要素を均等に比較していたものについて、利益を 3 倍して、分母を 5 倍することとした。これにより、評価対象となる株式の発行会社の利益が高くなると、その株式の評価額が従来よりも相当高くなる結果となった。

17 大阪高判昭和 62 年 9 月 29 日（昭和 59 年（行コ）第 23 号）税資 159 号 851 頁。

18 品川芳宣＝緑川正博　著　前掲注 10　175 頁。

19 財産評価基本通達第 183（2）

り相続開始前 5 事業年度の業績を基に計算すべきであると主張している。これらは、課税庁と納税者が、相続税法第 22 条の「時価」を、それぞれどのように解釈するかという問題であり、いずれの主張も合理的ではある。

この点につき、審判所は、①評価基本通達が統一的に用いられていることは妥当であること、②相続税法に規定する「時価」の性質上、あまり長期にさかのぼるのは妥当でないこと、③評価会社における業績の変動は「特別な事情」とはいえないこと、を理由として請求人らの主張を退けている。

（4）小括

上記（1）から（3）の各事例において、「特別の事情」として検討された要素は、評価対象となる財産に係る諸事情を考慮して、当該財産が有する客観的交換価値又は担税力を表す数値として、如何なる評価額が妥当であるかという観点から検討される客観的要素である。

つまり、評価対象となる財産の客観的個別性が高く、評価基本通達による原則的な評価額が妥当とはいえない場合に、特例的な評価方法によって、より適正な時価評価を行うための規定として第６項を捉えている。

したがって、第６項が適用されたことにより財産の評価額が高くなるとは限らないので、納税者の側から第６項が適用されるべきと主張される場合もある。仮に、評価基本通達による評価額が時価よりも高いと認められれば、その評価額は引き下げられねばならないし、その逆もまた然りである。

これらの場合においては、納税者にとって有利となる場合もあれば、不利となる場合もある。しかしながら、それらは、本来その財産が持つ客観的交換価値又は担税力を正しく算定した結果であり、決して不当なものではない。但し、課税庁は、第６項を適用して個別的な評価を行った財産の評価方法については、すみやかに評価基本通達に反映するなどの対応措置をとってそれを納税者に公開し、財産評価における予測可能性を確保すべきである。

２　納税者の租税負担軽減目的に着目した事例

（1）東京地裁平成 4 年 3 月 11 日判決[20]

①事案の概要

原告Ｘらは、被相続人Ｆ（以下、本事例において「Ｆ」という。）からマンション（以下、本事例において「本件マンション」という。）を相続により取得した。原告Ｘらは、本件マンションの価額につき評価基本通達に従って評価し、これに基づいて相続税の申告を行った。

---

[20] 東京地裁判決平成 4 年 3 月 11 日（平成 2 年（行ウ）第 177 号）税資 188 号 639 頁。

これに対し、被告税務署長は、本件マンションの価額はその購入価額によるべきであるとして更正処分を行った。そこで、原告Xらは、同処分を不服としてその取消を求めた事案である。

②事案の経緯

（ア）昭和 62 年 10 月 9 日、Fの代理人である原告Xらは、G社との間で本件マンションを 7 億 5,850 万円で購入する旨の売買契約を締結した。

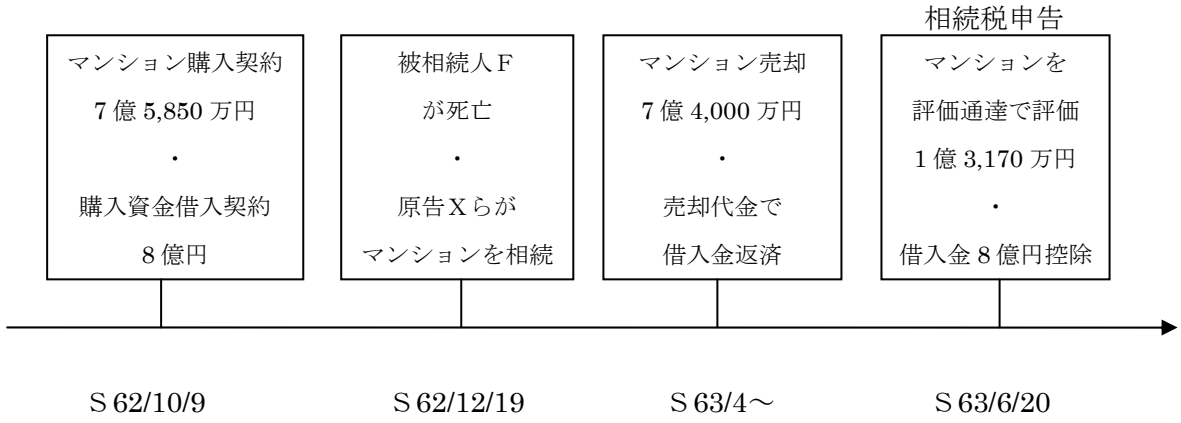
（イ）同日、原告Xらは、H社との間で、本件マンションの購入資金等として 8 億円を借り入れる旨の金銭消費貸借契約を締結した。

（ウ）Fが昭和 62 年 12 月 19 日に死亡したので、原告Xらは昭和 63 年 1 月 22 日に遺産分割協議を行い、本件マンションを原告Xらの共有とした。

（エ）その後、原告Xらは、同年 4 月上旬から 7 月下旬にかけて本件マンションを総額 7 億 4,000 万円で他に売却した。前記H社に対する借入金の大部分は、この売却金によって返済した。

（オ）原告Xらは、昭和 63 年 6 月 20 日に本件相続に係る相続税の申告書を提出した。当該申告においては、本件マンションを評価基本通達により評価した 1 億 3,170 万 7,319 円として課税価格に算入した。また、H社に対する借入金 8 億円を相続債務として課税価格から控除した。

【取引の概要】



③争点

・本件マンションの時価は、如何に把握するべきか。評価基本通達によるべきか。

・原告Xらが行った取引に、経済的合理性があるか。

・本件マンションの取引の経済的合理性の有無が、第 6 項を適用すべき「特別の事情」の有無の判断の要素となるか。

④当事者の主張

（ア）納税者の主張

・本件マンションの評価額は、評価基本通達により評価した価額によるべきである。

・本件マンションの購入は、相続税の節税効果を生じさせることをひとつの動機としながらも、転売利益を図る目的を持って行った経済取引行為であり、特段の反法規性を有するものではなく、ことさら相続税の負担を免れることを企図したものではない。

・したがって、本件マンションを評価基本通達によらず評価することが許されるような特段の事情は存しない。

（イ）課税庁の主張

・本件マンションの評価額は、評価通達の定めによらず、その客観的交換価値に相当する本件マンションの購入価額によるべきである。

・本件マンション購入の経緯等に照らすと、本件マンションの購入は評価基本通達により評価したマンションの評価価額と購入のための借入金との差額を利用して、相続税の負担の軽減を図ることを目的としたものであり、このような場合には評価基本通達によらないことが正当として是認される特別の事情があるものというべきである。

⑤裁判所の判断

・本件マンションの価額を、その購入価額によって 7 億 5,850 万円と評価した被告税務署長Ｙの判断は適法なものと考えられる。

・Ｆが昭和 62 年に本件マンションを 7 億 5,850 万円で買受け、その翌年に原告Ｘらが 7 億 7,400 万円で他に売却したことを考慮すれば、相続開始時における本件マンションの客観的交換価格は、Ｆの取得価額である 7 億 5,850 万円を下回るものではなかったと考えられる。

・当該不動産が、いわば一種の商品のような形で一時的に相続人及び被相続人の所有に属したに過ぎないとも考えられるような場合についても、画一的に評価通達に基づいてその不動産の価額を評価すべきものとすると、他方で右のような取引の経過から客観的に明らかになっているその不動産の市場における現実の交換価格によってその価額を評価した場合に比べて相続税の課税価格に著しい差を生じ、そのような場合には、前記の評価通達によらないことが相当と認められる特別の事情がある場合に該当する。

・評価通達による不動産評価額が実勢価格よりも低廉であることを利用することによって、購入資金用の本件借入金と本件マンションの評価価額との差額分について課税価格を圧縮し相続税が負担の回避を図るために、本件マンションの購入を行ったものであることが優に推認できる。

⑥検討

本事案においては、「特別の事情」の有無についての判断要素として、本件マンションの評価額が取引価額によって明らかになっていること等[21]に加えて、本件マンションの取引価

[21] 東京高判昭和 56 年 1 月 28 日（昭和 53 年（行コ）第 75 号）税資 116 号 51 頁は、土地の評価について

額と評価基本通達による評価額との開差を利用した納税者による租税負担軽減目的があったことが検討されている[22]。

本件マンションについては、相続開始の前後の期間にその購入及び売却が行われているため、購入価額又は売却価額等により本件マンションの客観的な価額を把握することが出来る。しかしながら、相続開始時においては本件マンション購入に係る売買契約は適法に終了しており、本件マンションは固定的に被相続人の所有に属している。したがって、本件マンションはいわゆるフローの状態にあったとはいえない。また、本件マンション自体に財産的な個別性は無い。以上の考え方によれば、本件マンションは、基本的には評価基本通達による評価が行われるべき財産である。

ところが、本事案においては、本件マンションに係る個別性だけでなく、納税者の主観的な租税負担軽減目的があったことをも併せて考慮することにより、「特別の事情」ありと認定し、本件マンションについてその購入価額をもって時価としている[23]。そして、本判決は、控訴審[24]及び上告審[25]においても支持されている。

特別の事情がある場合には、評価基本通達によらない評価を行うことが出来る旨判示した上で「相続開始当時における土地の評価額が取引価額によって具体的に明らかになっており、しかも、被相続人もしくは被相続人が相続に近接した時期に取引代金を全額取得しているような場合において、その取引価額が客観的にも相当であると認められ、しかも、それが通達による路線価額との間に著しい格差を生じているときには、右通達の基準により評価することは相続税法 22 条の法意に照らし合理的とはいえないというべきである。」としている。本事例の判決においても、基本的には前掲東京高裁判決の考え方を踏襲しているものと考えられる。

[22] 税制調査会「土地税制のあり方についての基本答申」（1990 年）は、土地等の売買価格と評価基本通達による評価額のとの開差を利用した租税負担軽減行為について「土地の相続税評価については、相続税納付のために仮に売り急いだとしても売買価格が相続税評価額を下回ることのないよう、地価公示価格水準の 70%（評価割合）を目途として行われているが、そうした配慮が結果的に金融資産等他の資産に比べ土地の有利性を高め、かえって相続税課税上のゆがみや節税を目的とする不要不急の土地需要を招来させている。」と指摘している。

[23] 本事例のように、不動産の実際の価格よりも相続税評価額が低いことに着目し、相続開始の直前に借入金により不動産を購入して相続税の負担を軽減するという節税策が、多用された時期があった。これに対応するため昭和 63 年 12 月の税制改正により、相続税法の財産評価の原則を定めた 22 条の規定に拘らず、相続開始前 3 年以内に取得等をした土地又は建物については、一定のものを除いて、取得価額により評価して相続税の課税価格に算入すると規定された（旧租税特別措置法 69 条の 4)。これにより、土地建物を利用した節税策は利用出来なくなり、地価の上昇期には有効な規定であった。しかしながら、その後地価が急落したことにより、当該規定の合理性が問題となった。つまり、地価が下落している場合に当該規定を適用すると、相続開始時の時価を超えた取得価額によって相続税の課税が行われることとなり、納税者の財産権を侵害する結果になりかねないとされたのである。大阪地判平成 7 年 10 月 17 日（平成 6 年（行ウ）第 79 号）税資 214 号 141 頁は、当該規定について、「法令自体を憲法違反であるとすることはできない」としながらも、「地価の下落が急激かつ著しい場合には、相続により取得した不動産の価値以上のものを相続税として負担しなければならないという極めて不合理な事態さえ起こり得る」ので、このような事案にまで当該規定を「無制限に適用することについては憲法違反の疑いが極めて強い」とした。これを受けて、当該規定は平成 8 年 1 月 1 日より廃止されている。

[24] 東京高判平成 5 年 1 月 26 日（平成 4 年（行コ）第 33 号）税資 194 号 75 頁。

[25] 最判（一小）平成 5 年 10 月 28 日（平成 5 年（行ツ）第 78 号）税資 199 号 670 頁。

（２）東京地裁平成 17 年 10 月 12 日判決[26]

①事案の概要

原告Ｘは、取引相場のない株式を有償で譲り受けた。

これに対し、被告税務署長Ｙが当該株式について評価基本通達によらない評価を行い、当該株式の譲受けが相続税法第７条の「著しく低い価額の対価で財産の譲受を受けた場合」に該当するものとして、贈与税の決定処分を行った。そこで、原告Ｘが当該処分の取消を求めた事例である。

②事案の経緯

・Ｉ社の会長である原告Ｘは、平成７年２月 16 日にＩ社の取引先である非上場会社Ｊ社（評価基本通達に規定する大会社で、同族株主のいる会社である。以下「Ｊ社」という。）の株式（以下、本事例において「本件株式」という。）63 万株をＪ社の会長職にあった者から売買（以下、本事例において「本件売買」という。）によって１株あたり 100 円で譲り受けた。

・被告税務署長Ｙは、平成 12 年１月 18 日に本件株式の譲受けは相続税法７条の「著しく低い価額の対価で財産の譲渡を受けた場合」に該当すると認定し、当該譲受けの対価（１株当たり 100 円）と被告税務署長Ｙが独自に算定した本件株式の時価（１株あたり 785 円）との差額に相当する金額を課税価格として、贈与税の決定処分をした。

・原告Ｘはこれを不服として、平成 15 年３月 19 日、本件訴訟を提起した。

③争点

・本件株式の時価は、如何に把握するべきか。評価基本通達によるべきか。

・原告Ｘが、本件株式の取得により、Ｊ社の経営に影響を与え得る立場を得たと認められるか。

・原告Ｘによる本件株式の取引には、経済的合理性があるか。また、経済的合理性の有無が、第６項を適用すべき「特別の事情」の有無の判断の要素となるか。

④当事者の主張

（ア）納税者の主張

・本件売買取引後における原告Ｘの持株比率は 6.6%に過ぎない。

・原告Ｘは、Ｊ社の取引先の会長又は株主としての地位以外にＪ社に対する経営上の地位を有していない。

・したがって、本件株式は、原則通り評価基本通達に基づいて配当還元方式により評価するのが相当であり、被告税務署長Ｙが主張する特別の事情は存しない。

・本件売買取引は、Ｉ社とＪ社の良好な取引関係を維持する事を目的としたものであり、経済的合理性のある取引である。

・本件株式の取引価額（１株当たり 100 円）は、Ｊ社が過去に関係者に対してその株式

[26] 東京地裁平成 17 年 10 月 12 日（平成 15 年（行ウ）第 214 号）税資 255 号順号 10156。

を売買した時における実績等を勘案して原告Ｘとの合意の下に決定したものであり、適正な対価である。

（イ）課税庁の主張

・本件売買取引により原告Ｘが取得した地位は、Ｊ社の事業経営に相当の影響力を与え得るものである。

・したがって、本件株式について評価基本通達が定める配当還元方式による評価は妥当ではない。

・配当還元方式によった場合には、本件株式の価額が著しく低額に算定されることとなり不当である。このことが配当還元方式によらないことが正当と是認されるような特別の事情にあたる。

・本件株式の価額については、被告税務署長Ｙが本件株式について算定した売買実例に基づく売買価額（1 株あたり 794 円）が客観的時価と認められる。

・本件売買取引における本件株式の価格は、贈与税の負担を免れるために、評価基本通達を形式的に適用した場合の価格を上回ってさえいればよいとの基準で定めたものに過ぎない。

・本件売買取引前後の諸事情に鑑みるに、本件売買取引は譲渡人側の相続・事業承継対策の一環として行われたもので、経済的合理性がなく不自然である。このような場合にまで、評価基本通達を形式的に適用することは妥当ではない。

⑤裁判所の判断

・本件株式は、評価基本通達が定める原則的評価方法である配当還元方式により評価するのが相当である。

・譲渡人の親族でもない原告Ｘが、本件売買取引によってＪ社の事業経営に実効的な影響力を与え得る地位を得たとは認められない。

・原告Ｘは、当面、本件株式に係る配当を受領すること以外に経済的利益を享受することのない少数株主である。

・本件売買取引前後の諸事情は、経済的合理性の観点から直ちに不自然、不合理なものではない。本件売買取引が譲渡人側の相続・事業承継対策の一環として行われたということをもって、贈与税の負担を免れる意図が存したとは認められない。

・被告が算定した当該株式の売買実例価額は、取引相場による取引に匹敵する程度の客観性を有しているとはいえず、採用出来ない。

・本件株式について、評価通達に定められた評価方法によらないことが是認されるような特別の事情があるとはいえない。

⑥検討

本事例の判旨においては、「特別の事情」の有無について、①原告Ｘが本件株式を取得したことにより、Ｊ社の事業運営に対して相当な影響力を有するに至ったかどうか、②被告税務署長Ｙによって算定された売買実例価額が、取引相場による取引に匹敵する程度の客

観性を備えたものであるかどうか、③本件売買取引が、贈与税の負担を免れるために行われた経済的合理性のないものであったかどうか、が検討されている。

①と②については、本件株式が有する実質を考慮して本件株式の評価額としていかなる価額が妥当であるかという客観的要素が考慮されているといえる。評価基本通達に定める配当還元方式は、「事業経営への影響の少ない・・・零細株主が取得した株式については、これらの株主は単に配当を期待するにとどまるという実質」を考慮し、「本来の評価方式に代えて、特例的な評価方法」として設けられたものである[27]。

したがって、原告Xが本件株式の取得によりJ社の経営に影響力を持つに至ったと認められる場合には、配当還元方式以外の方法により本件株式の時価を把握することが是認されるものと考えられるからである[28] [29]。但し、その場合に売買取引価額を基礎とした方法によることについては、取引相場のない株式の評価の原則に鑑みて、慎重でなければならない[30] [31]。

③については納税者の贈与税負担回避目的が考慮されている。これは、納税者が本件株式の譲渡に係る取引等をいかなる意図をもって行ったかという、主観的な要素である。

---

[27] 国税庁資産評価企画官　編　前掲注8　291頁。

[28] 東京地判平成16年3月2日（平成12年（行ウ）第90号）税資254号順号9583においては、「評価通達における例外的評価方法たる配当還元方式は、評価会社に対する影響力を持たず支配力がないことからその経済的機能が当面は配当への期待しか認められないと特に認められる範囲を規定して、その限りで適用されるべきものであって、その反対に、その当面の経済的機能が配当への期待しか認められないわけではなく、評価会社に対する影響力を持ち支配力がある株式に対しては原則的な評価手法である類似業種比準方式が採用されるべきである。」として、持株割合が50%未満に抑えられた株主において、50%以上の出資割合を有していなくても、なお「本件有限会社を実効的に支配しうる地位にある」と認めて、配当還元方式による評価を行わないこととしている。また、同判決の控訴審である東京高判平成17年1月19日（平成16年（行コ）第123号）税資255号順号9900においても同旨の判決が下されている。

[29] 大阪高判平成17年4月14日（平成16年（行コ）第94号）税資255号順号10000は、出資の評価につき配当還元方式による評価額を適用し得るようにするために経済的合理性のない取引を行い、当該出資には特別の事情があると判断された事例である。判決においては、当該出資の評価につき純資産価額方式によるべきであるとする課税庁の主張を、本件における株主は「会社を支配している株主とはいえず、また、事実として現実に残余財産の分配に与ることが可能ともいえないから、純資産価額方式が妥当性を有するとはいえない」として排斥した。しかしながら、株主において一定の条件を満たした場合には配当還元方式ではなく、純資産価額方式による事もあり得る事を示しているといえる。

[30] 国税庁資産評価企画官　編　前掲注8　237頁においては、取引相場のない株式等に係る取引価格について「仮に取引事例がみられる場合でも、それは特定の当事者間あるいは特別の事情で取引されるのが通常であるので、ただちにその取引価格を客観的な交換価値すなわち相続税評価額として、会社の所有者ともいうべき株主の取得した株式に採用するのは適当ではない。」とし、取引相場のない株式に係る評価について売買実例方式によることに慎重な立場を採っている。

[31] 品川芳宣＝緑川正博　著　前掲注10　178頁～180頁において、品川教授は、取引相場のない株式の評価にあたっては「取引価額は一切斟酌されない」のが原則であり、取引価額で課税するためには評価基本通達に「取引価額を追い求めるのだということを・・・示しておかなければいけない」と述べておられる。

（３）東京高裁平成 15 年 3 月 25 日判決[32]

①事例の概要

原告Ｘは、いわゆるＡ社Ｂ社方式[33]によって、相続した有限会社の出資[34]について純資産価額方式[35]によって評価して相続税の申告を行った。

これに対し、被告税務署長Ｙが当該出資について評価基本通達によらない評価に基づいて更正処分を行った。そこで、原告Ｘがその処分の取消を求めた事例である。

②事例の経緯

（ア） 被相続人Ｋ（以下、本事例において「Ｋ」という。）は、平成 3 年 3 月 22 日、資本金を 500 万円とする有限会社Ｌ社（以下、本事例において「Ｌ社」という。）を設立した。

（イ） Ｋは、平成 3 年 3 月 25 日、銀行から 5 億 2,000 万円を借り入れ、そのうち 5 億 1,000 万円をもってＬ社の出資持分 5,000 口のうち 4,980 口を取得した。Ｌ社は、Ｋから払い込まれた 5 億 1,000 万円のうち、4 億 9,500 万円を資本準備金とした。

（ウ） Ｋは、平成 3 年 3 月 27 日、自己が有するＬ社の持分 4,980 口とＫの妻が有する 10 口の合計 4,990 口を現物出資して、資本金 499 万円の有限会社Ｍ社（評価基本通達に規定する小会社である。以下、本事例において「Ｍ社という。」）を設立した。これによりＫは、Ｍ社の出資持分 4,980 口（以下、本事例において「本件出資」という。）を取得した。

（エ） Ｋは、平成 5 年 9 月 24 日に死亡し、Ｋの長男である原告Ｘが本件出資を相続により取得した。

（オ） 原告Ｘは、本件出資について、評価基本通達に定める純資産価額方式による評価を行い、法定申告期限内である平成 6 年 4 月 25 日に、相続税の申告書を提出した。本件出資の評価に際しては、課税時期現在の純資産価格の評価につき、評価差額に対する法人税等に相当する金額の控除を行った。

---

[32] 東京高判平成 15 年 3 月 25 日（平成 14 年（行コ）第 210 号）税資 253 号順号 9311

[33] Ａ社Ｂ社方式とは、①借入金等で会社を設立し、②その会社の株式を低額で現物出資して別会社を設立すると、その別会社の株式について、以下に説明する「評価差額に対する法人税等に相当する金額」の控除を受けることが出来ることを利用した租税回避の手法である。

[34] 有限会社の出資については、取引相場のない株式に関する定めに準じて計算した価額によって評価することとされている（評価基本通達 194 項）。

[35] 評価基本通達が定める小会社については、純資産価額方式により、1 株当たりの純資産価額によって評価することは先に述べた通りである。1 株当たりの純資産価額は、課税時期における各資産をこの通達に定めるところにより評価した価額の合計額から課税時期における各負債の金額の合計額及び評価差額に対する法人税等に相当する金額を控除した金額（課税時期における相続税評価額による純資産価額）を課税時期における発行済み株式数で除して計算した金額である（評価基本通達 185 項）。また、評価差額に対する法人税等に相当する金額とは、課税時期における相続税評価額による純資産価額から課税時期における各資産の帳簿価額の合計額から各負債の金額の合計額を控除した金額を差し引いた残額がある場合におけるその残額に 51％（清算所得に対する法人税、事業税、道府県民税及び市町村民税の税率の合計に相当する金額）を乗じて計算した金額をいう（評価基本通達 186 項-2）。昭和 47 年の評価基本通達改正時に、その控除が認められることとなった。

（カ）これに対し被告税務署長Ｙは、本件出資の評価においては、評価差額に対する法人税等に相当する金額の控除を行うべきではないとして、平成７年６月５日付で更正処分を行った。

③争点

・原告Ｘが相続した本件出資の評価につき、評価差額に対する法人税等に相当する金額の控除を行うべきか。

・原告Ｘが租税回避の意図があったことが、第６項を適用すべき「特別の事情」にあたるか。

④当事者の主張

（ア）納税者の主張

・評価基本通達は、行政先例法又は行政慣習法として確立している。

・課税当局が評価基本通達を公開していることに鑑みれば、評価基本通達の定めに従って評価を行い、評価差額に対する法人税等相当額の控除を行うべきである。

・課税時期において会社の資産が出資者に帰属した場合の価値を評価するに当たっては、評価差額に対する法人税等相当額の控除を行うのが合理的であり、同控除は、純資産価額方式による評価の本質というべきものである。

（イ）課税庁の主張

・評価差額に対する法人税等相当額の控除を行う事の趣旨は、個人が株式の所有を通じて会社の資産を間接的に所有している場合と個人事業主として直接に事業用資産を所有する場合とで両者の所有形態を経済的に同一の条件の下に置き換えた上で評価の均衡を図る必要があるというものである。

・これを利用し、ことさら評価差額を作出し、それにより相続税の軽減を図ろうとしている場合には、評価基本通達を形式的、画一的に適用し法人税等相当額を控除することは、評価基本通達の趣旨にそぐわないばかりか、課税の公平という精神にも反する。

・このような場合には、評価基本通達によらないことが相当と認められるような特別の事情があるものといわなければならない。

⑤裁判所の判断

・本件出資の時価評価については、評価基本通達第 185 項の趣旨に鑑みて、純資産価額方式に従って、本件譲受け当時におけるＬ社の各資産を評価基本通達に定めるところにより評価した価額の合計額から課税時期における各負債の金額の合計額を控除して算定するのが相当である。

・平成６年６月 27 日改正評価基本通達においては、取引相場のない株式等を純資産価額方式で評価する場合において、その資産の中に、現物出資により著しく低い価額で受け入れた株式等があるときは、原則として、法人税額等相当額は、純資産価額の計算上これを控除しない旨が定められている。

・評価基本通達の規定を利用して法人税等相当額の控除を受けて専ら相続税、贈与税等

の租税回避を目的として、現物出資による会社を設立し、個人の財産を一時的に間接的な所有形態に変更することにより、殊更に評価差額を創出して贈与財産ないし相続財産の圧縮を図り、課税時期を経過するや減資を行うなどして再び直接的な所有形態に戻して従前と同様の財産価値を回復させ、かつ、会社を解散した場合の清算所得に対する課税も行われないことを計画するような場合において、評価基本通達を適用するのは妥当ではない。

・本件株式の評価については、評価基本通達の定めによって評価することは著しく不適当と認められる特別の事情があるものとして、他の合理的な評価方式によって評価すべきことがとするのが相当である。

⑥検討

取引相場のない株式について純資産価額方式によって評価する場合に、評価差額に対する法人税等相当額を控除するのは、「資産を直接所有することとなる個人の場合と株式の所有により間接的に会社資産を所有することとなる株主の場合とでは、その所有形態が異なるために同一の条件に置き換えるとしたときのいわば斟酌に相当するもの」[36]である。これは、「会社を清算してその財産を手元に直接所有する形に置き換えた場合には、それだけ法人税等の税金がかかる」[37]ということを根拠として定められたものである。

本事例においては、「特別の事情」の内容について、評価差額に対する法人税等に相当する金額の控除を行うことによって相続財産の圧縮を図るという租税負担軽減目的があり、結果として他の納税者との間での実質的な税負担の公平が著しく害することが明らかになったことが挙げられている。そして、そのような「特別の事情」が認められる場合には、評価差額に対する法人税等に相当する金額の控除を行わないこととしている。しかしながら、品川芳宣教授は、「その時の含み益は、人工的であろうが、自然発生的であろうが、含み益としては同じである」ので、「相続税法 22 条の時価の趣旨」に鑑みると、「区別するのはおかしい」[38]と述べておられる。

また、本事例と同様に、A社B社方式による有限会社の出資の評価が問題となった判例においては、「時価を評価する際に相続開始前の」被相続人らの「行為（ないし事情）を斟酌し、その経済的合理性や評価基本通達の趣旨との適合性の有無を判断するにあたって」、「租税回避目的の有無を一つの基礎付け事実として考慮することはむしろ当然の事柄として許される」とされている[39] [40]。本判決においても同様の考え方に立っているものと考え

---

[36] 国税庁資産評価企画官　編　前掲注 8　274 頁。

[37] 品川芳宣＝緑川正博　著　前掲注 10　35 頁。

[38] 品川芳宣＝緑川正博　著　前掲注 10　254 頁。

[39] 大津地判平成 9 年 6 月 23 日（平成 8 年（行ウ）第 3 号）税資 223 号 1046 頁。同旨の判決として大阪高判平成 12 年 7 月 13 日（平成 9 年（行コ）第 42 号）税資 248 号 319 頁、最判（三小）平成 14 年 10 月 29 日（平成 12 年（行ツ）第 326 号）税資 252 号順号 9225。

[40] 東京高判平成 17 年 1 月 19 日（平成 16 年（行コ）第 123 号）税資 255 号順号 9900 は、納税者が経済的合理性を欠いた取引を行い、相続税の課税価格の圧縮を図る様な場合には評価基本通達によらない評価が許されることについて、「このことは、相続税法が、例えば同族会社の行為・計算で、これを容認した場合にはその株主等の相続税の負担を不当に軽減する結果となると認められる場合に、これを否認して課税価

られる。

（４）小括

上記２の事例において「特別の事情」として検討された要素は、上記の客観的要素に加えて（又は上記の客観的要素を考慮せず）、納税者の取引行為等の経済的合理性や納税者による主観的な租税負担軽減目的が考慮されている。

つまり、評価基本通達による評価額が低くなる財産に、他の財産を移し変えるなどの租税負担軽減を目的とした行為が認められる場合には、租税平等主義の観点から、評価の安全性を考慮した評価基本通達によることは出来ないという考え方である。そして、その様な場合に、評価基本通達によらない評価を行うための規定として第６項を捉えている。その結果として、評価基本通達に定める評価方法による評価額よりも高い評価額が時価として採用され、納税者の租税負担軽減行為を否認することとなっている。

しかしながら、例えば同じ財産を、租税負担軽減目的をもって所有している場合と、そうでない場合における、その財産の客観的交換価値（不特定多数の当事者間で通常成立すると認められる価額）が異なるとは考えられない。そして、その客観的交換価値が同じであるとすれば、同じ評価方法で評価するのが、公平性ないし中立性の原則[41]の観点から妥当である。このような考え方によれば、評価基本通達の評価方法の妥当性の判断において、納税者の主観的な租税負担軽減目的が考慮されることは不適当である。

第２節　総則第６項にいう「国税庁長官の指示」（手続的要件）について

１　「国税庁長官の指示」の有無が問題となった事例

（１）国税不服審判所平成９年７月４日裁決[42]

①事案の概要

審査請求人ら（以下、本事例において「請求人ら」という。）は、被相続人Ｎから相続により取得した取引相場のない株式につき、配当還元方式により評価して相続税の申告をした。これに対し、原処分庁は、当該株式について評価基本通達第５項を適用して評価し、更正処分を行った。

格を計算しなおす権限を、税務署長に与えるなど、相続税の不当な減少を防止するための措置を準備し（相続税法 64 条１項、65 条１項、66 条１ないし４項等）、評価通達自体も」第６項を「定めていることからみても当然のこと」であるとしている。第６項を適用して、納税者の租税回避行為を否認するという立場が明確になっているものと考えられる。

41　金子宏　著　前掲注３　76 頁によると、「公平性ないし中立性の原則」とは、「憲法 14 条１項に由来する『平等取扱原則』ないし『不平等取扱禁止原則』を内容とするもので、課税のうえで、同様の状況にあるものは同様に、異なる状況にあるものは状況に応じて異なって取り扱われるべきことを要求する」ものである。

42　国税不服審判所裁決事例集 54 巻 451 頁。

②事案の経緯

・平成 5 年 5 月 12 日頃、被相続人Nは、借入により 27 億円を調達した。後日、Nは当該借入金を原資として、O社株式 15 万 7,800 株（以下、（1）及び（2）において「本件株式」という。）の払込金額である 27 億 74 万 7,000 円をO社の口座に振り込み本件株式を取得した。

・平成 5 年 11 月 24 日、Nが死亡したことにより、共同相続人である請求人らが本件株式を相続により取得した。原告らは本件株式につき、評価基本通達の定めに従って配当還元方式により評価して相続税の申告書を提出した。

・平成 7 年 7 月 31 日、被告税務署長Yは本件株式につき評価基本通達第 5 項を適用し、その取得価額により評価すべきであるとして更正処分（以下、（1）及び（2）において「本件更正処分」という。）を行った。

・原告らはこれを不服として、平成 8 年 1 月 12 日に国税不服審判所に対して審査請求を行った。

③争点

・請求人らが取得した本件株式は、如何に評価すべきか。

・本件株式は、評価基本通達第 5 項を適用すべき財産か。又は第 6 項を適用すべき財産か。

・「国税庁長官の指示」の有無を納税者に対して明らかにすべきか。

④当事者の主張

（ア）納税者の主張

・本件株式は、評価基本通達に定める評価方法である配当還元方式により評価するのが相当である。

・原処分庁は、本件株式につき評価基本通達第 5 項を適用しているが、本件株式の法形式はあくまで株式である。したがって、法形式によらない特別の事情を主張するのであれば第 6 項を適用すべきであるから、評価基本通達の適用を誤っている。

・原処分庁が、本件更正処分は第 6 項を適用したと主張するのであれば、本件更正処分時点において国税庁長官の指示がないまま第 6 項を適用したことになり、通達違反である。

（イ）課税庁の主張

・本件株式の経済的実質は預け金と同様であり、評価基本通達が配当還元方式によって評価することを予定している株式とはかけ離れた性質を有する財産である。

・評価基本通達は、このような性質を有する財産の具体的な評価方法を定めていないことから、同通達第 5 項に基づき、本件株式と経済的性質の類似していると認められる同通達 204《貸付金債権の評価》の定めに準じて、本件株式の価額を評価することとなる。

・本件株式については、その価額を個別に評価することが適当であると判断し、課税

時期における時価（客観的な交換価値）を最も的確に反映していると認められる本件株式の取得価額を基に、その価額を評価したものである。

⑤国税不服審判所の判断

・本件株式については、評価基本通達に定める配当還元方式を形式的に適用することなく、本件相続開始日の客観的な交換価値で評価することが相当である。そして、本件株式については、純資産価額を基に評価するのが相当である。

・通達とは、上級行政庁の下級行政庁に対する命令であって法規たる性質を有せず、それ自体が納税者を拘束するものではないこと及び通達の適用に関する国税庁長官の指示は、関係下級行政庁ないしその職員のみを拘束するにすぎないものである。

・国税庁長官の当該指示を納税者に対して明確にしなかったとしても、これにより直ちに違法の問題を生じることはないと解される。

（２）東京地裁平成 11 年 3 月 25 日判決[43]

①事案の概要・経緯

上記（１）の国税不服審判所平成 9 年 7 月 4 日裁決の後に、審査請求人らが原告として、同事例につき東京地裁にその判断を求めたものである。

②当事者の主張

（ア）納税者の主張

・本件株式は、評価基本通達が定める原則的な評価方法である配当還元方式により評価するべきである。

・仮に本件株式が、評価基本通達の定めにより評価することが著しく不適当と認められる財産であるとしても、第６項が定める「国税庁長官の指示」が無い処分は通達に違反する。

・そのような処分は、通達によって確保しようとした行政作用の統一、国民間の平等、行政作用に関する国民の予測可能性などの法益を害するものである。

（イ）課税庁の主張

・第６項により、評価基本通達によらないことが正当と是認されるような特別の事情がある場合には他の合理的な方式により評価することが許される。

・租税負担軽減を目的として取得された本件株式については、評価基本通達を形式的に適用して配当還元方式で評価をするのは、租税平等主義の観点から相当ではない。

・本件株式については、第６項を適用して特例的に純資産価額を基に評価するのが相当である。

④裁判所の判断

・本件株式については、評価基本通達によらないことが正当と是認されるような特別の

---

[43] 東京地裁判決平成 11 年 3 月 25 日（平成 9 年（行ウ）第 232 号）税資 241 号 345 頁。

事情があるので、純資産価額を基に評価するのが相当である。

・第６項は、国民と行政機関の関係について平等原則の観点から行政機関の権限の行使を制限する目的で定められた規定ではない。

・第６項は、行政組織内部における機関相互の指示、監督に関して定めた規定であることは明らかであって、第６項に違反することから直ちに国民の権利、利益に影響が生じるものではないから、原告らの右主張は、自己の利害に直接関係の主張というべきである。

・また、第６項に行政作用の統一、行政作用に関する国民の予測可能性の確保という目的があることを考慮しても、右の理が変わるものではない。

⑤検討

上記（１）の国税不服審判所における審理の時点では、課税庁は、本件株式について評価基本通達第５項を根拠として貸付金の評価（評価基本通達第 204 項）[44]に準じて評価するべきであると主張していた。

ところが、課税庁は、東京地方裁判所における審理においては、同通達第５項に基づく本件更正処分の適法性を主張しなかった。その代わり、本件株式について第６項を適用して評価すべきであるとして、その主張を変更したのである。つまり、本件株式の実質が株式であると認めた上で、その評価を行うには特例的な評価方法によるべきであると主張した。

これにより、本件更正処分が行われた時点においては、第６項が規定する「国税庁の指示」が無かった事が明らかとなった。それにも拘らず、課税庁は、裁判において第６項の適用を主張することとなった。

しかしながら、判旨においては「国税庁の指示」が無い課税処分であっても、つまり税務通達に反した課税処分であっても、その課税処分自体の適法性には影響を及ぼさないものとされた。

（３）その他の判例

上記（１）及び（２）の判例の他にも、「国税庁長官の指示」の有無が納税者側から問題とされた判例が多数存する。その判旨においては、「国税庁長官の指示」の有無についての事実認定を行わないもの[45]や、国税庁から各税務署に対する事務連絡がされていることをもって「国税庁長官の指示」があったとするもの[46]などが多い。

44　貸付金、売掛金、未収入金、預貯金以外の預け金、仮払金、その他これらに類するもの（以下「貸付金債権等」という。）の価額は、次に掲げる元本の価額と利息の価額との合計額によって評価する。（１）貸付金債権等の元本の価額は、その返済されるべき金額（２）貸付金債権等に係る利息の価額は、課税時期現在の既経過利息として支払を受けるべき金額

45　東京地判平成９年９月 30 日（平成８年（行ウ）第 115 号）税資 228 号 829 頁。

46　東京地判平成 10 年９月 29 日（平成８年（行ウ）第 24 号）判タ 1025 号 142 頁。取引相場のない株式について純資産価額方式で評価する場合に、被告税務署長が第６項を適用して評価差額に対する法人税額等相当額の控除を行わなかった課税処分の適否が争われた。原告は第６項を適用するにあたって「国税庁長

しかしながら、いずれの判例も、評価基本通達自体が「国税庁内部における上位の行政組織から下位の行政組織に対する、評価に当たっての基準及び手続きの指示」であって、「対外的に法規範と同様の効力を有するものでは」ないという前提に立っている。そして、第６項を適用するに当たり「国税庁長官の個別的な指示を受けていなかったとしても、そのこと一事をもって」課税処分が「違法となるべきものではない」[47] [48]としている。

２．小括

税務署長が、相続財産の評価にあたり、国税庁長官の指示を受けずに特例的な評価を行うことは、「職員は、その職務を遂行するについて、法令に従い、且つ、上司の職務上の命令に忠実に従わなければならない。」と規定する国家公務員法第 98 条第 1 項に違反することとなる。換言すると、税務署長には、財産評価にあたって評価基本通達に定める評価方法以外の個別的な評価を独自に行う権限は与えられていない。そして、権限がない者が行った評価に基づく課税処分の適法性・有効性に疑義が生じるのは当然のことである。

しかしながら、裁判所は、税務署長に対して「国税庁長官の指示」があった場合又は「国税庁長官の指示」が無かった場合の別を問わず、一貫して「国税庁長官の指示」の有無と課税処分の適法性との関連性を否定している。その結果、評価基本通達により評価することが著しく「不適当と認められる」という実体的な要件が満たされていれば、「国税庁長官の指示」という手続的な要件が満たされていなくても、第６項が適用されることとなっている。

この点について、品川芳宣教授は、第６項の「適用には国税庁長官の指示が必要であるから余程のことがない限り同項の適用はないであろうと予測する納税者側の予測可能性を保障する必要性があること」及び「通達適用上納税者に対して手続要件の履践を強制していること」等を考慮すると、「法的にも問題がある」と述べておられる。また、上記の判例において示されたような「裁判所の考え方では、納税者側の税務官庁に対する不信感を招来するだけである」とも述べておられる[49]。

官の指示」の有無を明らかにしないのは憲法 31 条（適正手続きの保障）に違反する旨の主張をしたが、判決においては「『国税庁長官の指示』の有無が更正処分の効力要件となっているものでは」なく、「右指示がなかったからといって」、評価基本通達に従った課税処分が「憲法 31 条に違反し違法」とはならないとした。

[47] 東京地判平成 9 年 9 月 30 日（平成 8 年（行ウ）第 115 号）税資 228 号 829 頁。土地の路線価につき時点修正を行う場合の計算方法の合理性が問題となった。納税者は被告税務署長が行った路線価の時点修正に基づく課税処分は、国税庁長官の個別的な指示を受けていないので違法である旨の主張をしたが、判決においては、国税庁長官の指示の有無を明らかにすることは無く、国税庁長官の指示と課税処分の適法性は無関係であるとの判断を示したのみであった。

[48] 品川芳宣　著「租税法律主義と税務通達」（ぎょうせい　2004 年）156 頁において、「本件において被告税務署長が採用している評価方法は、当時国税庁の事務連絡に従って行ったものと認められるので、国税庁長官の指示がなかった事案とは言えない」と述べておられる。

[49] 品川芳宣　著「税務通達の法的拘束力と納税者の予測可能性」『税理』vol. 43no. 14（ぎょうせい　2000 年）8 頁。

おわりに

相続税又は贈与税における財産の評価において、財産評価基本通達総則第６項を適用すべき「この通達の定めによって評価することが著しく不適当と認められる」場合とは、同通達によらない事が正当として是認されうるような「特別の事情」がある場合を指すものと解されている。

ここでいう「特別の事情」がある場合とは、①評価対象となる財産自体の客観的な個別性がある場合と、②上記の個別性に加えて（又は上記の個別性を考慮せず)、納税者の主観的な租税負担軽減目的がある場合とされている。

しかし、第３章で述べた通り、「特別の事情」の有無についての判断に際し、納税者の主観的な租税負担軽減目的を考慮に入れる事は妥当ではない。

第２章で述べた財産評価基本通達の基本的性質に鑑みれば、「著しく不適当と認められる」場合とは、評価の合理性の観点から、同通達に規定する画一的な評価方法、評価基準では財産の担税力を適切に表すことが出来ない場合を指すものと考えるのが相当である。その様な場合に限って同通達第６項を適用し、より適切、かつ、合理的と考えられる価額をもって時価とすることが許されると解するべきである。

したがって、納税者が如何なる意図をもって財産を所有しているかという主観的要素は当該財産の客観的交換価値を左右する要素ではなく、財産の時価を算定する上で考慮すべきではない。無論、納税者による不当な租税負担軽減行為については、課税の公平の観点等から認められるべきでないのは当然である。

しかしながら、この問題と財産評価における合理性は本来無関係である。個別評価の合理性が求められる場面においてまで、明文の根拠規定なしに財産評価基本通達の画一的な運用によって納税者の租税負担軽減行為を抑制したり、これに制裁を加えることは妥当とはいえない。同様に、本来財産評価基本通達による評価の妥当性が認められる場合においてまで、敢えて評価額を引き上げるだけの目的で同通達第６項を適用する様なこともすべきでない。

課税庁は、同通達第６項を適用する場合、そこに「国税庁長官の指示」を受けると規定され、それが納税者に対して公開されていることを軽視すべきではない。したがって、財産評価に際してこの規定を適用する場合にあっては、納税者の求めがあれば、課税庁はその指示内容を公開するようにすべきである。

納税者が自己の財産について租税を課されるにあたり、当該財産が如何なる手続きの下に、如何なる評価をされるのかという事柄を明らかにすべしとの要求は、租税を負担する納税者に認められるべき当然の権利であると考えるべきである。

特に、法規的性質を強く持っていると解される財産評価基本通達の運用に際し、原則的な定めによることなく、個別的評価を行う場合には、その例外的な評価方法によることとなった理由、経緯、妥当性その他の事情が明らかにされる事が重要である。

●引用文献リスト

・安島和夫「相続税法（3 訂版）」（税務経理協会　2007 年）
・石島弘「課税標準の研究（租税法研究第 2 巻）」（信山社　2003 年）
・泉美之松「税法条文の読み方　－条文解釈の手引き－」（東京教育情報センター　2005 年）
・市川正人＝酒巻匡＝山本和彦「現代の裁判（第 2 版）」（有斐閣　2001 年）
・伊藤義一「税法の読み方　判例の見方」（ＴＫＣ出版　2007 年）
・金子宏「租税法（第 13 版）」（弘文堂　2008 年）
・金子宏「所得概念の研究　所得課税の基礎理論　上巻」（有斐閣　1995 年）
・川田剛「租税法入門（3 訂版）」（大蔵財務協会　2007 年）
・川田剛＝黒坂昭一「図解　国税通則法」（大蔵財務協会　1995 年）
・北野弘久「税法学原論（第 5 版）」（青林書院　2003 年）
・北野弘久「コンメンタール相続税法」（勁草書房　1974 年）
・木村弘之亮「租税法総則」（成文堂　1998 年）
・塩野宏「行政法Ⅰ（第 5 版）」（有斐閣　2009 年）
・品川芳宣「租税法律主義と税務通達」（ぎょうせい　2004 年）
・品川芳宣＝緑川正博「徹底解明/相続税財産評価の理論と実践」（ぎょうせい　2005 年）
・白崎浅吉・桜井四郎「相続税法解説」（税務研究会出版局　1986 年）
・田口豊「新版　相続税法」（税務経理協会　2003 年）
・山本守之「租税法の基礎理論（増補版）」（税務経理協会　2005 年）
・増田英敏「租税憲法学」（成文堂　2002 年）
・松元崇「大恐慌を駆け抜けた男　高橋是清」（中央公論新社　2009 年）
・水野忠恒「租税法（第 2 版）」（有斐閣　2005 年）
・山崎源太郎「戦争と増税」（橘書店　1937 年）
・大蔵省「明治大正財政史　第 7 巻」（財政経済學會　1936 年）
・国税庁資産評価企画官「財産評価の実務－相続税・贈与税・地価税における財産評価－」（ぎょうせい　1994 年）
・日税不動産鑑定士会「土地の税務評価と鑑定評価（第 2 版）」（中央経済社　2009 年）
・日本租税理論学会「相続税制の再検討」（法律文化社　2003 年）
・日本税務研究センター「世界における相続税法の現状　日税研論集　第 56 号」（日本税務研究センター　2004 年）
・別冊ジュリスト 120 号　租税判例百選（第 3 版）（有斐閣　1992 年）
・別冊ジュリスト 178 号　租税判例百選（第 4 版）（有斐閣　2005 年）

●参考文献リスト

・伊藤公哉「アメリカ連邦税法　所得概念から法人・パートナーシップ・信託まで」（中央経済社　2001 年）
・内田貴「民法Ⅳ　補記版　親族・相続」（東京大学出版会　2004 年）
・金子宏・佐藤英明・増井良啓・渋谷雅弘「ケースブック租税法」（弘文堂　2004 年）
・川田剛「やさしい国税通則法」（大蔵財務協会　2007 年）
・島津一郎「別冊法学セミナー　基本法コンメンタール（第三版）/相続」（日本評論社　1989 年）
・中尾巧「税務訴訟入門（新訂版）」（商事法務研究会　1993 年）
・星野次彦「図説　日本の税制（平成 19 年度版）」（財経詳報社　2007 年）
・水野正一「21 世紀を支える税制の論理　第 5 巻資産課税の理論と課題」（税務経理協会 1995 年）
・山本守之「租税法要論（改訂版）」（税務経理協会 1995 年）
・渡辺充「判例に学ぶ租税法」（税務経理協会　2003 年）
・東京国税局直税部国税訟務官室「判例からみた法人税・所得税・資産税」（日本税経研究会　1986 年）

租税法規不遡及の原則

― 期間税の予測可能性と損益通算制限立法の検証 ―

大野 利郎

論 文 要 旨

執筆者：大野　利郎

表　題：租税法規不遡及の原則

本稿は，租税法規不遡及の原則にまつわる問題，すなわち，租税法における遡及立法は許されるのか，という問題について考察するものである。

まず，租税法律主義の意義を概観した上で，租税法の遡及立法との関係について整理した。租税法律主義は，法的安定性と予測可能性の保障を目的とすることから，租税法律主義は，不遡及の原則を要請するものと考えられる。租税法の立法において，国家による恣意的な課税権の行使を防止するためには，租税法規不遡及の原則を必ず守らなければならないのである。

続いて，租税法以外の法律の憲法原理や不遡及の原則との比較を行うことで，租税法規不遡及の原則の位置づけを示した。刑罰法との比較では，憲法上の明文規定の有無，あるいは，保護されるべき国民の権利の違いから，刑罰法規不遡及の原則が絶対的に遡及立法を禁ずるのに対して，租税法規不遡及の原則は，例外的に遡及立法を許容する余地があることがわかった。租税法以外の行政法との比較では，遡及立法の必要性の違いから，租税法規不遡及の原則は，行政法規不遡及の原則と比べて，厳格に不遡及を要求することがわかった。租税法の遡及立法は，絶対的に禁じられるものではないのであるが，例外的に許容される場合でも，租税法律主義の観点から，きわめて限定的なものでなければならないと結論づけた。

次に，租税法の遡及立法の条件を整理した上で，例外的に許される遡及立法とはどのような場合を表すのか，学説と判例を交えながら考察した。そこで明らかとなったのは，①現代における租税法規不遡及の原則は，解釈論ではなく立法論であること，②遡及立法の例外の範囲は，学説によって違いがあること，③租税法独自の概念である期間税の場合には，その違いはさらに多岐に渡ること，がわかった。①については，国民の権利を尊重する観点から，異論の余地はない。②については，国会によって成立した法律という形式を重視し，原則として，遡及立法を認めるという学説があるが，これには，租税法律主義の観点から賛同しかねる。③については，国税通則法に定める，納税義務の成立という事象を重視し，期間税の期間の途中の法改正は遡及立法ではないとする学説があるが，これには，②と同様に租税法律主義の観点から賛同できない。

続いて，本稿の起点となった，土地・建物等の譲渡損失と他の所得との損益通算の禁止（平成16年度税制改正）について争われた訴訟の相違点を示しながら，どのような判断の下，それぞれの判決に至ったのかを整理し，期間税における予測可能性という課題について考察した。結論としては，「違憲」とした福岡地方裁判所（平成20年1

月29日判決）に賛同する。当該改正は，租税法律主義の要請する法的安定性と予測可能性を満たした立法過程ではないと結論づけた。一般の国民と租税との関係において，不動産の譲渡所得の遡及立法による不利益は到底無視することができない。国民生活を保護しなければならない以上，このような立法過程が許されてはならない。

本稿は，立法過程における「遡及」について，租税正義の実現という観点から研究を行っている。租税正義を実現するためには，租税法律主義と租税公平主義という大原則が租税法を支配・統制しなければならない。そのためには，租税法律主義を構成する不可欠の原則である，租税法規不遡及の原則が守られていなければならないのである。

目　次

はじめに 1
第１章　憲法と不遡及の原則 3
　第１節　租税法と憲法 3
　　I.　租税法と憲法 3
　　II.　租税法律主義 4
　第２節　租税法と刑罰法 9
　　I.　罪刑法定主義 9
　　II.　刑罰法規不遡及の原則 10
　第３節　租税法と行政法 13
　　I.　行政の原理 13
　　II.　行政法規不遡及の原則 14
第２章　租税法規不遡及の原則の諸問題 18
　第１節　租税法の時間的効力 18
　第２節　立法論と解釈論 19
　第３節　租税法規不遡及の原則の絶対性 20
　第４節　租税法規不遡及の原則の本来性 22
　　I.　利益的遡及立法と不利益的遡及立法 22
　　II.　刑罰法規不遡及の原則との比較 23
　　III.　真正の遡及立法と不真正の遡及立法 23
　第５節　経過措置 31
　第６節　過去の裁判 32
第３章　損益通算制限立法訴訟の整理 40
　第１節　事件の概要 40
　　I.　訴訟に至る経緯 40
　　II.　所得税における過去の遡及立法 44
　　III.　争点 45
　第２節　判示 45
　　I.　第１審判示 45
　　II.　控訴審判示 50
第４章　損益通算制限立法訴訟の検証 54
　第１節　租税法規不遡及の原則 54
　第２節　租税法規不遡及の原則の絶対性 54
　　I.　例外的許容 54
　　II.　立法裁量論 55
　第３節　期間税の真正・不真正 56
　　I.　納税義務の成立と確定 56
　　II.　期間原則 57

III. 譲渡所得 58
IV. 損益通算の時期 59
第４節　不真正の場合の例外 60
第５節　必要性・合理性 61
I. 損益通算の禁止 61
II. 遡及立法 63
第６節　予測可能性 63
I. 税制改正大綱 64
II. 国民への周知 67
第７節　検証結果 68
おわりに 69
参考文献 70

凡　例

1. 法令は，平成22年1月1日現在による。

2. 判決の引用についての略号は，次の例による。
   最　判　最高裁判所判決
   最大判　最高裁判所大法廷判決
   高　判　高等裁判所判決
   地　判　地方裁判所判決

3. 判例集・雑誌等の引用についての略号は，次の例による。
   民　集　最高裁判所民事判例集
   刑　集　最高裁判所刑事判例集
   高　民　高等裁判所民事判例集
   行　集　行政事件裁判例集
   訟　月　訟務月報
   税　資　税務訴訟資料
   判　時　判例時報
   判　タ　判例タイムズ
   判　自　判例地方自治

はじめに

平成20年，福岡と東京・千葉の裁判所で相反する判決が下された[1)]。平成16年度の税制改正にかかる所得税法の改正（平成16年法律第14号所得税法等の一部を改正する法律）において，その前年まで可能であった土地・建物等の譲渡損失と他の所得との損益通算が認められないことになった（以下「本件改正」という。）。改正法の施行は平成16年4月1日であったが，その適用は同年1月1日に遡ってなされたのである。施行前の期間に行われた取引にまで適用されたため，これが不利益遡及立法にあたり，いわゆる租税法律主義に反するかどうかを争う訴訟が全国各地で提起された。福岡地裁判決では，租税法律主義に反するとして違憲無効とされ国側敗訴，東京・千葉地裁判決では，租税法律主義に反しないとして合憲棄却とまったく逆の判断が下された。所得税という身近な租税の明暗は，租税に携わる者だけでなく，世間の注目をも集めた[2)]。

本件改正は，納税者に対する影響が大きい上，唐突とも思えたため[3)]，改正当時から，業界団体[4)]や学識経験者[5)]による異論が多かった。さらに，法案の審議段階においても提訴の可能性を指摘されるなど[6)]，立法過程に問題がないとは必ずしもいえないものであった[7)]。

このような租税法の立法は許されるのか。本稿は，これら３つの判決を題材として，租税法規不遡及の原則にまつわる問題，すなわち，租税法における遡及立法は許されるのかという問題について考察する。具体的には，以下の項目に沿って租税法規不遡及の原則の問題を明らかにする。

一般に，租税法規不遡及の原則は，租税法律主義から導かれるとされるため，租税法における租税法律主義の意義を概観した上で，租税法の遡及立法との関係について整理する。

---

1) 福岡地判平成20年1月29日判時2003号43頁，東京地判平成20年2月14日LEX/DB25400331，千葉地判平成20年5月16日LEX/DB25440143。

2) 福岡地裁判決の記事として，読売新聞朝刊1面，日本経済新聞夕刊23面（平成20年1月30日）。東京地裁判決の記事として，読売新聞朝刊34面，朝日新聞朝刊39面，毎日新聞朝刊28面，日本経済新聞朝刊38面（平成20年2月15日）。

3) 合憲の判断を下した東京地裁判決及び千葉地裁判決においても，必ずしも十分に予測ができたとは断定していない。

4) 日本公認会計士協会「平成16年度税制改正に対する緊急提言」（平成16年2月17日付）http://www.hp.jicpa.or.jp/specialized_field/pdf/01172-003862.pdf，日本税理士連合会「平成17年度・税制改正に関する建議書」（平成16年6月29日）http://www.nichizeiren.or.jp/guidance/pdf/kengisyo-H17.pdf，日本弁護士連合会「土地建物等の譲渡損益通算禁止についての意見書」（平成16年9月18日）http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/data/2004_52.pdf〔いずれも筆者最終確認：平成22年1月24日〕。日本税理士連合会及び日本弁護士連合会は本件改正が不利益遡及立法に該当することから，公認会計士協会は周知期間の不備があることから，本件改正の廃止・再改正を求めている。

5) 首藤重幸「租税法における遡及立法の検討」税理47巻8号2頁（2004）は，本件改正が，「突如」浮上し，「驚き」をもって迎えられたと表現する。平川忠雄＝山田淳一郎「平成16年度税制改正の概要と実務ポイント」税理47巻4号31頁〔山田発言〕（2004）は，本件改正が「抜打ち」的であると表現する。

6) 第3章第1節Ⅰを参照。

7) 三木義一「租税法における不遡及原則と期間税の法理」山田二郎先生喜寿記念『納税者保護と法の支配』273頁（信山社，2007）は，本件改正である損益通算廃止に加えて，平成18年度改正（税率の改定は平成19年度から）の税源移譲に伴う住民税改正，平成18年度の特殊支配同族会社の役員給与損金不算入の法人税改正を例示して，最近の税制改正が，本来の税法立法のあり方から見て「異常」と指摘する。

さらに，租税法以外の法律の憲法原理や不遡及の原則との比較を行う。次に，租税法の遡及立法は，絶対に許されないのか。仮に，許されるとすると，どのような場合が該当するのか。学説と判例を交えながら，租税法規不遡及の原則の及ぶ範囲を検討する。続いて，本稿起点となった３つの訴訟の相違点を示しながら，どのような判断の下，それぞれの判決に至ったのかを整理する。以上に加え，本件改正は，所得税の譲渡所得の損益通算の改正であるため，譲渡所得及び損益通算の意義を確認し，その上で，期間税における予測可能性という問題について検討を行う。

租税法は，立法・解釈・適用のあらゆる場面において租税正義を実現していなければならない[8)]。その実現ためには，租税法の基本原則を最大限に尊重することが不可欠である。租税法学研究の目的は，租税法の基本原則の本来あるべき姿を示すことによる租税正義の実現，といえる。

本稿は，租税法律主義を再確認し，租税法規不遡及の原則の役割を明らかにした上で，本件改正が租税正義の実現を果たすものであるかどうか検証しようとするものである。

なお，本稿の中心課題である，不遡及の原則における「遡及」は，厳密にいうと「遡及立法」と「遡及適用（解釈）」に区分されるが[9)]，両者の違いは本稿の趣旨に影響しないため区別することはせず，これらに加え，施行日より効力が遡る規定を定める法律の制定のすべてを「遡及立法」と表記する。また，租税法を含む国家権力の行使に関する法律は，「実体法[10)]」と「手続法[11)]」に区分されるが，本件改正は前者にかかわるものであることから，主に，「租税実体法」を念頭において考察を行う。

---

8) 増田英敏『租税憲法学』はしがき4頁（成文堂，第3版，2006）。

9) 岩崎政明「租税法規・条例の遡及立法の許容範囲」税57巻3号4頁（2002）は，「遡及立法」と「遡及適用」とは，本来意味を異にするが，「租税法の世界においては，いわゆる租税法律主義のひとつとして，合法性の原則（Legalitasprinzip）があって，行政が独自の裁量により個別のケースに限って既存の法規をその公布の日よりも前に生じた事実に遡って適用するなどということは許されないから，「遡及適用」の可否といっても，その内容は，結果的に，新法や改正法を過去に遡って適用する立法を行うことができるかどうかだけが問題になると解される」とする。

10) 権利義務の発生，変更，消滅の要件等の法律関係について規律する法（法令用語研究会編『法律用語辞典』615頁（有斐閣，第3版，2006））。

11) 権利，義務等の実現のために執るべき手続や方法を規律する法（法令用語研究会・前掲注（10）1007頁）。実体法・手続法と遡及立法の関係について言及しているものとして，加藤幸嗣「行政法規の遡及適用」〔成田頼明編〕『行政法の争点』44頁（有斐閣，新版，1990）。

第１章　憲法と不遡及の原則

本稿の中心課題である「租税法規不遡及の原則（遡及立法禁止の原則）」は，租税法律主義[12]から導かれる[13]。そこで，はじめに，租税法律主義について概観する。次に，租税法の不遡及の原則を検討する上で不可欠な，刑罰法における租税法律主義ともいえる罪刑法定主義について検討を行う。さらに，租税法は，長らく行政法の一部を構成するものとされてきたことから[14]，行政法における法律主義の原理の検討も行う。本章では，刑罰法及び行政法における法律主義との比較を行うことで，租税法律主義の意義を示し，租税法規不遡及の原則の役割を明らかにする。

第１節　租税法と憲法

I.　租税法と憲法

租税法律主義を検討する前に，まず，租税の意義について確認したい。租税とは，「国家が，特別の給付に対する反対給付としてではなく，公共サービスを提供するための資金を調達する目的で，法律の定めに基づいて私人に課する金銭給付[15]」とされる。租税を納めることによる受益者は，納める本人ではなく国民全体となる。その理由は，福祉国家の実現にある[16]。

それでは，租税についての法律（租税法）を定めることができるのは誰であろうか。わが国は，国民国家であり，すべての国民は国家を成している。そして，国民主権であり[17]，すべての国民は国家の運営に対して公平な権利を有している[18]。したがって，課税権[19]の行使について規定する法律を定めるのは，われわれ国民である[20]。ただし，わが国は，間

---

12) 租税法律主義については，新井隆一『租税法の基礎理論』61頁以下（日本評論社，1974），金子宏『租税法』66頁以下（弘文堂，第14版，2009），清永敬次『税法』29頁以下（ミネルヴァ書房，第7版，2007），田中二郎『租税法』80頁以下（有斐閣，第3版，1990），忠佐市『租税法要綱』15頁以下（森山書店,第10版，1986）を参照。

13) 金子・前掲注（12）68頁。

14) 田中・前掲注（12）56頁，中川一郎『税法学体系』9頁（ぎょうせい，全訂増補版，1977）。

15) 金子・前掲注（12）8頁。更に，田中・前掲注（12）1頁以下を参照。

16) 北野弘久『現代税法講義』5頁（法律文化社，5訂版，2009），木村弘之亮『租税法総則』14頁（成文堂，1998）。

17) 憲法前文は，「そもそも国政は，国民の厳粛な信託によるものてあつて，その権威は国民に由来し，その権力は国民の代表者がこれを行使し，その福利は国民がこれを享受する。」と定める。

18) 憲法44条は，「両議院の議員及びその選挙人の資格は，法律でこれを定める。但し，人種，信条，性別，社会的身分，門地，教育，財産又は収入によつて差別してはならない。」と定める。ただし，満20歳以上の日本国籍を有する者に限られる。

19) 租税法が定める一定の要件に該当する事実のあることを条件として，法定の手続により租税を具体的に賦課することのできる権利（吉良実『租税法概論』14頁（中央経済社，1990））。課税権を有しているのは議会であって，課税行政庁は課税権ではなく課税権限のみを有しているとする見解もある（松沢智『租税法の基本原理』13頁（中央経済社，1983））。

20) 憲法は，行政による立法を全面的に排除するものではない（憲法73条，同74条）。しかし，その範囲は限定的で，法律の委任による命令と法律の規定を執行するための命令のほかは許されないとされる（金子・前掲注（12）69頁）。

接民主制を採用しているため[21]，正確には多数決によって選ばれた国民の代表者によって行われる。すなわち，国会だけが租税法を定めることができるのである[22]。国民全体に対する給付資金を調達することが，租税の目的である以上，すべての国民は，平等に租税を負担する義務を負う[23]。租税法が，国会によって定められたものであるならば，国民は租税を免れることは許されない[24]。

一方で，すべての国民は，生命，自由及び幸福追求に対する国民の権利について，公共の福祉に反しない限り，立法の上で，最大限の尊重を受けるという原則がある[25]。例え，国会によって定められた租税であっても，国民の権利をむやみに侵してはならない。また，公共の福祉に反するからといって，一方的に権利を侵害してもよいものでもない。租税において個人を尊重するということは，どのような行為に対してどの程度課されるかが不明確であったり，国民のあいだで不公平な制度であってはならないということだと考えられる。そのため，憲法は，租税法律主義や租税公平主義といわれる基本原則を有しているものと解される。

近時では，租税法律主義は，憲法30条及び同84条から導かれるとされるが[26]，それは必ずしも条文が置かれているからというわけではない。憲法は，明文がなくとも租税法律主義の趣旨を包含している[27]。ただし，この原則を明文化することで，より強く示していると考えられる。租税法律主義は，租税法の立法・解釈・適用の場面で，必ず守られなければならない原則の１つということができる[28]。

II. 租税法律主義

1. 租税法律主義の意義

憲法30条は，「国民は，法律の定めるところにより，納税の義務を負ふ。」と定め，国民の納税義務の範囲を示す。また，憲法84条は，「あらたに租税を課し，又は現行の租税を変更するには，法律又は法律の定める条件によることを必要とする。」と定め，国家に

---

21) 憲法43条は，「両議院は，全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する。」と定める。
22) 憲法41条は，「国会は，国権の最高機関であつて，国の唯一の立法機関である。」と定める。
23) 新井隆一「租税法律主義の憲法的意義」税法学176号5頁（1965）。
24) 憲法30条は，「国民は，法律の定めるところにより，納税の義務を負ふ。」と定める。
25) 憲法13条は，「すべて国民は，個人として尊重される。生命，自由及び幸福追求に対する国民の権利については，公共の福祉に反しない限り，立法その他の国政の上で，最大の尊重を必要とする。」と定める。
26) 北野弘久『税法学原論』90頁（青林書院，第6版，2007），木村弘之亮『租税法学』81頁（税務経理協会，1999）。
27) 中川・前掲注（14）41頁。
28) 田中・前掲注（12）56頁。

対して課税権の範囲を示す。このことは，法律の定めがなければ国民は租税を納める義務がなく[29]，法律の定めがなければ国家は租税を課すことができないことを意味している[30]。

また，国と並んで地方公共団体も，憲法92条以下の規定により，条例（以下これを含めて「法律」という。）に基づく課税権を有する。そのため，地方税についても法律の定めに基づくものでなければ，国民の納税義務は生じないことになる。本稿では，地方税についても，国税における租税法律主義の要請と同種の要請が働くものとする[31]。

なぜ，租税法律主義を憲法は要請しているのか。それは，租税が国民の財産権[32]を侵害するという性質を持つためである[33]。国税であっても地方税であっても，すべての租税は，国民の財産権を侵す。国家による権利の侵害である以上，権利を尊重するためには，法律の定めに基づくものに限定しなければならない。憲法は，国家による恣意的な課税の防止を目的として，租税法律主義を要請している[34]。租税法律主義は，国民が安心して生活できる社会の構築には不可欠といえる。租税正義の実現のために，憲法は，国家による課税権の行使について，法律に基づくものでなければならないと命じているのである。

そのような社会となるためには，租税法律関係において法的安定性と予測可能性が保障された租税制度でなければならない[35]。課税権という国家権力は，多方面にわたって国民の経済活動に強く影響を与える[36]。国民の財産権を侵害する以上，国民は租税を意識して経済活動を行う。租税法の規定があいまいであったり，事後において制定されると，国民

---

29) 新井隆一『税務行政の法律知識』4頁（帝国地方行政学会，改訂第5版，1968）。同教授は，同条が規定されている形式的な理由について，納税の義務が「国民の義務のうちでも重大なものであるから，念のため」，あるいは，憲法第3章に義務だけを規定するものがなかったためとする（同2頁）。

30) 新井・前掲注（29）6頁，吉良実「税法上における不遡及効の原則」税法学100号104頁（1959）。

31) 地方公共団体の課税権について，清永敬次教授は，法律によるものではないとしながらも，地方税法の委任の下にある条例によって規定されるものであるため，租税法律主義の例外であるとしている（清永・前掲注（12）3頁）。これに対し，北野弘久教授は，本来的租税条例主義という言葉を用いて，地方税法の委任の下の例外ではなく，地方公共団体の課税権を憲法が本来認めているのであるとしている（北野・前掲注（26）105頁）。また，田中二郎教授は，条例による課税権の行使が，租税法律主義に反するという疑義の余地を示しつつも，憲法の趣旨や建前からいって違憲ではないとしている（田中・前掲注（12）78頁）。

32) 憲法29条1項は，「財産権は，これを侵してはならない。」とし，同条2項では「財産権の内容は，公共の福祉に適合するやうに，法律でこれを定める。」と定める。個人の財産権に対する国家の侵害を保護する一方で，財産権の内容を国家に委ねるという矛盾した規定となっている。この点は，「個々の国民が現にもっている具体的な財産権の保障という意味と，法制度としての財産権，つまり国民個々人の財産権の享有を可能ならしめる前提としての私有財産制度の保障（いわゆる制度保障）という意味の，二つが含まれる」とされる（中島茂樹『基本法コンメンタール・憲法』212頁〔小林孝輔ほか編〕（日本評論社，第5版，2006））。

33) 金子宏教授は，「租税は，国民の富の一部を強制的に国家の手に移す手段であるから，国民の財産権への侵害の性質をもたざるをえない。」とし，法律の定めが租税の賦課・徴収手続にはかかせないとする（金子・前掲注（12）9頁）。

34) 増田英敏『リーガルマインド租税法』155頁（成文堂，第2版，2009）。

35) 田中・前掲注（12）81頁。これに対して，法的安定性と予測可能性の保障は，一般的な法律の原則であって，租税法律主義の機能ではないとする見解もある。忠佐市教授は，「法律が予測可能性と法的安定性との機能を帯びることは一般的な法の基礎原則ともいうべきはずのものであって，租税法律主義の内容なのではない。むしろ，一般的な法の基礎原則としての予測可能性及び法的安定性の機能によって，租税法律主義の目的である納税者の財産権の保障が達成される関係にある，として理解されるべきものである」とする（忠・前掲注（12）16頁）。

36) 金子・前掲注（12）68頁。

は安心して経済活動を行うことができない。このような不健全な社会は，国家の発展に悪影響を及ぼすことにもなる。そうならないためには，国民が行うさまざまな経済活動の時点で，その行為に対してどのような租税が，どの程度課されるかを予測できなければならない[37]。したがって，国民の経済活動における健全な社会とは，租税法律関係において，十分な法的安定性と予測可能性が確保された社会なのである。憲法は，租税法律主義を明文化することで，法治国家における租税のあるべき姿を示しているといえよう。

2. 租税法律主義の内容

租税法律主義を要請に適合するためには，租税法はどのような要件を満たしていればよいのか。

一般的に，租税法律主義は，次の諸原則を導くとされる。「課税要件法定主義」，「課税要件明確主義」，「合法性の原則」，そして「不遡及の原則」である[38]。

まず，１つめの課税要件法定主義は，個別の租税法には，課税要件[39]が定められていなければならないという原則である[40]。課税要件，すなわち，それが充足されることによって納税義務が成立するための要件，が定められていれば，国民は経済活動を行う時点で，その行為に対してどのような租税が課されるのか，あるいは課されないのか，また課される場合には，どの程度課されるかを把握することができる。国家による恣意的な課税権の行使を防止するためには，課税要件を法律に定める必要がある[41]。

しかし，課税要件が法律に規定されているという事実だけでは，不十分である。その内容は誰が見てもわかるものでなければならない，というのが２つめの課税要件明確主義である[42]。課税要件が明確ではない規定，つまり，解釈が人によって異なるような規定であっては，国民は安心して経済活動を行うことができない。解釈の相違は，国民と国民のあいだの不公平な租税負担を産み，国民と国家のあいだの争訟の要因となる。不明確な規定

---

37) 浦東久男「地方税における遡及立法禁止の問題」総合税制研究1号3頁（1992）は，経済的自由の保障だけではなく，不意打ち的な課税を防止する機能も合わせて示す。

38) そのほかに，租税の賦課・徴収は公権力の行使であるから，それは適正な手続で行わなければならず，またそれに対する争訟は公正な手続で解決されなければならないとする「手続的保障原則」（金子・前掲注（12）74頁），納税者の権利の保護の観点から，税務争訟（租税不服申立・租税訴訟）制度が確立されていなければならないとする「納税者の権利保護」（同773頁），租税を課すか課さないかという問題に関する限りは，成分法に依存し不文法を否定するという「慣習法の排除」（忠・前掲注（12）17頁）なども含まれる。

39) 具体的には，納税義務者，課税物件，課税物件の帰属，課税標準，税率のこと。

40) 金子・前掲注（12）68頁。

41) さらに，申告納税制度に代表されるわが国の租税制度では，租税確定手続を経なければ大部分の租税債務が確定しないため，この手続についても法律で定めなければならない。そして，確定した租税債務をいつまでに納めなければならないのか，また，納めなかった場合どうなるのかといった手続も法律に定めなければならない。

42) 金子・前掲注（12）71頁。

は，国家による恣意的な課税権の行使を許すことにもつながりかねない[43]。このため，租税法は，課税要件が規定されてさえいればよいのではなく，その内容が明確でなければならないのである。

次に，租税法は強行法[44]であるため，行政庁は法律で定められたとおり，租税行政を執行しなければならない，というのが３つめの合法性の原則である[45]。法律で納税義務者とされていない者に租税を課すことや，法律と異なる税率を適用することは許されない。どれだけ明確な規定を定めたとしても，行政庁がそれを守らなければ，恣意的な課税が行われてしまうのである[46]。

最後に，不遡及の原則である。法律の効力の時間的範囲に関するもので，法律の効力が遡ってはならないという原則である。国民が，ある経済行為を行う際に，その行為に対する課税要件が法律上に明確に規定されており，その規定に基づいて課税権が行使されるのであれば，租税法律関係における予測可能性と法的安定性は確保されている。しかし，経済行為の後に作られた法律によって，その行為に対して租税が課されると，その行為の時点における予測可能性は確保されていないことになる[47]。効力が遡るような法律を認めることは，恣意的な課税を認めることと同じなのである。そのため，租税法の効力は，原則として法律が作られた後，つまり，将来効のみに限られるのである。このような趣旨から，不遡及の原則は，法律の効力が過去に遡る法律を作ることも，法律の効力が過去に遡って及ぶと解釈することも禁止されている[48]。

租税法律主義から導かれる諸原則は，いずれも租税法律関係における法的安定性と予測可能性を保護し，国家による恣意的な課税権の行使を防止する働きを持つ。ただし，そのような効果を十分に発揮するためには，これらの原則がどれか１つでも欠けてはならない。さらに，一部の租税法のみが満たしているだけでも，効果は薄くなってしまう。１つの経済行為には，さまざまな租税法が適用される可能性があるため，すべての租税法が租税法律主義の要請を満たしていなければならないのである。

次に，租税法律主義の内容について，上記４原則の相対的な強弱に着目して学説を見て

---

43) ただし，公平な租税制度の構築のためには，不確定概念など一定の範囲に限定された委任は認められる。
44) 当事者の意思にかかわらず適用される法律。
45) 金子・前掲注（12）73頁。
46) 課税要件法定主義や課税要件明確主義が，租税法の立法過程における租税法律主義の要請であるのに対して，合法性の原則は，租税行政の執行過程における要請である。
47) 増田英敏「譲渡損失の損益通算を不可とする税制改正の遡及適用の合憲性」TKC税研情報17巻5号18頁（2008）。
48) 立法論と解釈論については，第2章第2節を参照。

いく。金子宏教授は，課税要件法定主義，課税要件明確主義，合法性原則を柱としつつ，遡及立法の禁止が含まれるとする[49]。水野忠恒教授は，課税要件法定主義と課税要件明確主義を２つの大きな柱とし，これらに加えて，合法性の原則及び遡及立法の禁止が含まれるとする[50]。北野弘久教授は，租税法律主義を大きく２つの区分でとらえている。１つめは，租税要件等法定主義（課税要件法律主義）が租税要件等明確主義（課税要件明確主義）を内包するとして，これらを区別することをせずにまとめたものであり，２つめは，税務行政の合法律性の原則（合法性の原則）であるとする。これらに，租税法規不遡及の原則も含まれるとする見解である[51]。清永敬次教授は，立法上の原則として課税要件明確主義と租税法律不遡及の原則，税法の執行上の原則として合法性の原則が含まれるとし，諸原則の強弱は見受けられない[52]。田中二郎教授は，呼称を用いることはしないが，記述の内容から，課税要件法定主義，課税要件明確主義，不遡及の原則を挙げていると考えられる。強弱は見受けられない[53]。忠佐市教授も，呼称を用いることはしないが，記述の内容から，租税法律主義の形式的内容として課税要件法定主義，課税要件明確主義及び不遡及の原則を示していると考えられる。田中教授と同じく，強弱は見受けられない[54]。

以上の学説からも，租税法律主義は，課税要件法定主義や課税要件明確主義などに加えて，不遡及の原則を要請していると解してよい。ただし，その強弱には若干の相違が見受けられる。課税要件法定主義や課税要件明確主義が強く要請されているのに対して，不遡及の原則は，やや補足的な印象を受ける。だからといって，蔑ろにしてよいのではなく，租税法律関係における法的安定性と予測可能性を確保するためには，不遡及の原則を守らなければならないのである。

租税法における不遡及の原則は，租税法律主義から導かれることが通説となっているといえる。ただし，租税法律主義の要請ではなく，憲法保障の問題であるとする見解も一部にある[55]。しかし，いずれにしろ，不遡及の原則が憲法の要請によることには変わりない。租税法律主義による要請であろうが，一般の憲法の原則による要請であろうが，憲法は，法的安定性と予測可能性を保護するため，租税法の遡及立法を禁止しているのである。

---

49) 金子・前掲注（12）68頁。
50) 水野忠恒『租税法』8頁（有斐閣，第4版，2009）。
51) 北野・前掲注（26）94頁。
52) 清永・前掲注（12）32頁。
53) 田中・前掲注（12）81頁。
54) 忠・前掲注（12）18頁。
55) 志賀櫻「不利益課税遡及立法の違法適合性」税経通信64巻6号27頁（2009）。

第２節　租税法と刑罰法

I.　罪刑法定主義

租税法律主義は，罪刑法定主義になぞらえて語られることが多い[56]。罪刑法定主義とは，ある行為を犯罪として処罰するためには，その行為の前に，あらかじめその行為を犯罪として処罰する法律の定めがなければならないとする原則である[57]。国民は，どのような行為が犯罪とされ，その犯罪に対してどのような刑罰が科されるかが明らかにされていなければ，安心して生活を営むことができない。あるいは，今まで犯罪とされていなかった行為に対して，その行為の後にできた法律によって，その行為が犯罪とされ刑罰が科されることも同様である。罪刑法定主義は，国家に対して著しく正義を欠く行動を禁じているのである。その法源は，憲法31条「何人も，法律の定める手続によらなければ，その生命若しくは自由を奪はれ，又はその他の刑罰を科せられない。」によって導かれ[58]，その目的は，「あらかじめ法律で犯罪と刑罰を規定することによって，国家の刑罰権を限定し，国家権力による刑罰権の恣意的な行使から，個人の権利・自由を擁護[59]」することである。租税法律主義と比較すると，租税と刑罰という違いはあるにせよ，法的安定性と予測可能性を保障するため，法律の定めがなければ課（科）すことができないことを強く要求することで，国家による恣意的な権力の行使を防止することが目的であるという点で，同旨の規定であるといえる。

なぜ，恣意的な刑罰権の行使は，法的安定性と予測可能性を侵害するのか。それは，租税が国民の財産権を侵すのと同様に，刑罰は国民の自由権[60]や生存権[61]などを侵すためである[62]。わが国は法治国家である以上，国家が国民の権利を侵害する場合には，必ず法律の定めにより，法律に規定する範囲においてのみなされなければならない。そのため，憲法は，法律がなければ科すことができないとする罪刑法定主義を，国民の自由及び権利を保障するための基本原則として規定するのである[63]。罪刑法定主義はこのような目的から，「慣習刑法の排斥」，「絶対的不確定刑の否定」，「類推解釈の禁止」，そして，「刑罰

---

56) 水野・前掲注（50）8頁。
57) 大谷實『刑法講義総論』50頁（成文堂，新版第3版），川端博『刑法総論講義』41頁（成文堂，第2版，2006）。
58) これに加えて，憲法73条6号，同39条も法源とされる（大谷・前掲注（57）54頁）。
59) 福田平『刑法総論』23頁（有斐閣，第4版，2004）。
60) 国家権力の介入・干渉を排除して各人の自由を確保する権利（金子宏ほか編『法律学小辞典』564頁（有斐閣，第4版補訂版，2008））。
61) 生存又は生活のために必要な諸条件の確保を要求する権利（金子ほか・前掲注（60）715頁）。
62) 刑罰は，その略奪する法益の種類によって，生命刑，身体刑，自由刑，財産刑，名誉刑に分けられる（大谷・前掲注（57）48頁）。
63) 吉良・前掲注（30）103頁。

法規不遡及の原則」といった派生的原則を導き出す[64]。これらは，租税法律主義から導かれる諸原則と同じく，国家による権力の濫用から国民を守るためには，１つでも欠けてはならない。したがって，刑罰法規不遡及の原則もまた，国民の権利を保護するためには，不可欠な原則なのである[65]。租税法律主義と罪刑法定主義が同旨の目的の下に導かれる原則であるとすると，罪刑法定主義から不遡及の原則が導かれるように，租税法律主義からも不遡及の原則が導かれるはずである。不遡及の原則以外の罪刑法定主義の諸原則と比較しても，慣習法は，租税法においても法源とはならないし，絶対的不確定刑には，課税要件法定主義や課税要件明確主義が相当する。また，租税法においても原則として厳格な法解釈をするべきである。そして，前述したとおり，租税法の不遡及の原則は，国民生活を守るためには不可欠な原則である。

そうすると，「わが国の憲法その他の法律に税法不遡及効の原則についての規定が設けられていなくとも，罪刑法定主義の機能から，その派生的効果として刑罰法規不遡及効の原則が確立されたように，租税法律主義の機能から，その派生的効果として租税法律不遡及効の原則を確立すべきであるという結論が導き出される[66]」のである。つまり，租税法規不遡及の原則は，罪刑法定主義における刑罰法規不遡及の原則と同様に，租税法律主義においても必然的に導かれる原則なのである。

II. 刑罰法規不遡及の原則

1. 刑罰法規不遡及の原則の意義

刑罰法規不遡及の原則とは，刑罰を定める法律は，制定前の行為に遡って適用されないという原則であるが，法律の効力は遡らないという原則は，なにも租税法や刑罰法に限ったものではない。すべての法律には，法的安定性や既得権などを保護する観点から，不遡及の原則があり，原則として法律の遡及効は認められていない[67]。租税法や刑罰法は当然のこと，あらゆる法律に当てはまる原則である。

その中でも，刑罰に対しては，唯一，憲法が直接的に遡及立法を禁じる。憲法39条前段は，「何人も，実行の時に適法であつた行為又は既に無罪とされた行為については，刑事

64) 川端・前掲注（57）45頁。
65) 吉良・前掲注（30）104頁。
66) 吉良・前掲注（30）106頁。
67) 田島信威『法令入門』85頁（法学書院，2008）。

上の責任を問はれない。」と定め，明文をもって不遡及の原則を示す[68]。過去の行為に対して遡って処罰などというような正義に反することを許さないためである[69]。行為時に犯罪とされなかったことが，行為時に遡って犯罪とされるような立法を禁じなければ，人々は，その行為が適法かどうか予測できず，安心して生活を営むことができなくなる。そのようなことが起こらないように，つまり，予測可能性を保障するために，憲法は，刑罰法規不遡及の原則を要請する規定が設けられている。明文の存在だけが，遡及立法の禁止理由というわけではないが，この明文があるため，より絶対的に守らなければならない原則であると考えられる。

2. 刑罰法規不遡及の原則の範囲

刑罰法においては，どのような場合が遡及立法に該当するのか。まず，憲法39条は，「実行の時」とすることから，不遡及に該当するには「行為」が前提となる。犯行の意思をもった段階ではない。ただし，行為の実行中（例えば，継続犯[70]）に法律の変更があった場合は，新たな法律が適用され不遡及の問題とはならない[71]。行為時に違法（反社会的行為）であったが刑罰規定がなかった行為に，後から規定を設けて処罰することや，行為時の処罰規定を後から重くすることも禁じられている[72]。行為後に行為者にとって不利益となる法律の変更は，不遡及の原則の趣旨に反するためである。それでは，行為者にとって不利益とならない法律の変更はどうであろうか。このような，行為者にとって利益的に変更される遡及立法は認められる[73]。時効を延長することも一種の遡及立法と考えられるが，これについては，時効の完成の前後に関係なく許されないとされる[74]。次に，過去の裁判において示された法解釈に従えば無罪とされる行為を，新たな裁判における法解釈を変更することによって処罰することは許されるのであろうか。判例では，憲法39条の規定

---

68) 宮澤俊義＝芦部信喜『日本国憲法』325頁（日本評論社，全訂版，1978）。
69) 橋本公宣『日本国憲法』340頁（有斐閣，全訂版，1988）。
70) 刑法220条「監禁罪」など。
71) 団藤重光『刑法綱要総論』77頁（創文社，第3版，1990）。
72) 斎藤信治『刑法総論』31頁（有斐閣，第6版，2008），内藤謙『刑法講義・総論・上』30頁（有斐閣，1983），宮澤＝芦部・前掲注（68）325頁。
73) 川端・前掲注（57）49頁。刑法6条は，「犯罪後の法律によって刑の変更があったときは，その軽いものによる。」と定め，利益の遡及を認める。刑事訴訟法337条2号は，判決前に刑が廃止された場合には免訴すると定める。なお，判決後に，利益の変更があった場合は，刑事訴訟法383条2号及び同法411条5号によりそれを理由として控訴・上告，同法435条6号によって再審請求を行うことができる。
74) 内藤・前掲注（72）31頁。しかし，平成22年1月28日現在，法務省の諮問機関である法制審議会専門部会は，凶悪重大犯罪に限って，時効の延長を検討している。

に違反しないとする[75]。学説でも，従来は許されるとする見解が多かったが，最近では，許されないとする見解も増えてきているようである[76]。

3. 刑罰法規不遡及の原則と租税法規不遡及の原則

憲法は，刑罰についてのみ遡及立法を禁止する規定を置くが，この規定を刑罰法以外の法律に類推適用することはできるのか。

判例は，「刑罰法規については憲法第39条によって事後法の制定は禁止されているけれども，民事法規については憲法は法律がその効果を遡及せしめることを禁じてはいない[77]」として，刑罰法規に限定する[78]。また，学説も同様である[79]。しかし，憲法規定はないものの，あるいは類推解釈はされないものの，租税法の遡及立法は，経済活動における法的安定性と予測可能性を保護する観点から禁じられている。ただし，租税の不遡及に関する憲法規定がないために，租税法の不遡及の原則は，明文が存在する刑罰法の不遡及の原則ほど絶対的ではないと考えることもできる[80]。判例でも，租税法規不遡及の原則は絶対的ではないとされる[81]。

後述する学説・判例の多くが，罪刑法定主義から導かれる不遡及の原則が遡及立法の絶対的な禁止であるのに対して，租税法律主義から導かれる不遡及の原則が遡及立法の例外を許容するのは[82]，憲法規定の有無によることが要因と考えられる。さらに，このような違いが生ずるもう１つの理由に，保障されるべき国民の権利の性質の違いが考えられる。刑罰によって侵される権利が生命や自由であるのに対して，租税によって侵される権利は財産である[83]。財産権であるために，「軽微」や「公共の福祉」というような要素があれ

---

75) 最判平成8年11月18日刑集50巻10号745頁。この判決には，判例に対する国民の信頼を保護する観点から，個別の判断をすることもありうるとする補足意見が示されている。

76) 内藤・前掲注（72）31頁は，従来，判例は法源になりえないことから不利益変更も許されてきたが，法的安定性や予測可能性の保障の観点から，将来効に限定するべきであるとする。川端・前掲注（57）49頁，福田・前掲注（59）41頁も同様の見解を示す。

77) 最大判昭和24年5月18日民集3巻6号199頁。

78) ただし，租税法上の義務違反に対する罰則については適用できるとされる（石島弘「租税回避への立法措置と不利益不遡及の原則」税理32巻2号89頁（1989））。

79) 橋本・前掲注（69）342頁。

80) 明治憲法時，刑罰法の遡及立法禁止の規定がなかったにもかかわらず，不遡及の原則が立法論でも認められていたことから，規定の有無は関係ないとする見解もある（吉良・前掲注（30）113頁）。

81) 第2章第6節で取り上げる大阪高判昭和52年8月30日高民30巻3号217頁。本稿の起点となった判決である福岡地裁判決及び東京地裁判決は，結論こそ異なるが，規定がないため絶対的ではないという点では一致している。また，横浜地判昭和56年1月26日行集32巻1号69頁は，規定の有無には言及しないが，刑罰の不遡及と比較して租税の不遡及は絶対ではないと示す。

82) 田中・前掲注（12）85頁ほか，第2章第3節を参照。

83) 間接的には，租税によって自由権や生存権が侵されることもありうると解する。

ば遡及立法が許容されてしまうとも考えられよう[84]。

わが国の憲法は，あらゆる法律の中で刑罰法についてのみ絶対的に遡及立法を禁じている。そのため，その他の法律については相対的に遡及立法が認められる余地が存在すると解される。租税法もこれに含まれるため，本稿では，租税法の遡及立法について，「例外的に許される場合がある」こととする。例外が認められることがありうることとする。そして，租税法の遡及立法は，刑罰法と比較すると許容される余地が広いことになるため，刑罰法において禁じられるような場合でも租税法においては許されることがありうるが，刑罰法において許されている場合は租税法においても，原則として許されるものとする。

第３節　租税法と行政法

I.　行政の原理

租税法は，かつて，行政法の一部にすぎないと考えられていた。しかし，行政法の理論では，複雑化した現代の租税法を読解できなくなってきており，現代では，租税法独自の理論が構築されている[85]。ただし，租税法は，国民への行政庁による権力の行使という法律関係であることに変わりはないので，既存の行政法の理論を応用することは有用である。

行政法といっても，実際にそのような呼称の法律が存在するわけではない。また，行政に関する法律の総称であるとも一概には言えないようである[86]。

本稿は，租税法との比較を行うものであるから，行政法を「行政活動によって国民の権利を侵害することを定める法律」と定義する。租税における租税法律主義や刑罰における罪刑法定主義と同様に，「行政の原理」や「法治主義」などと呼ばれる，法律の定めなくして国家は権力を行使することができないとする原則が，行政法にもある[87]。この原則もまた，他の２つの法律の原則と同様に，恣意的な権力の行使を防止することを目的としている。

---

84) 第2章第6節で検討を行う過去の裁判例の中には、このような要素を理由の1つとするものがある。
85) 中川・前掲注（14）9頁。
86) 田中二郎『行政法総論』85頁（有斐閣，1957）。
87) 広岡隆『行政法総論』27頁（ミネルヴァ書房，第5版，2005）。

II. 行政法規不遡及の原則

1. 行政法規不遡及の原則の意義

行政法の不遡及の原則[88]は，租税法の不遡及の原則に関する学説や判例に大きな影響を与える[89]。行政法規不遡及の原則も，租税法や刑罰法の不遡及の原則と同様に，法律は制定前に終結した行為・事実について遡って適用されないという原則である[90]。国民の信頼を保護し，法的安定性や既得権を保護する観点から導かれるという点も，他の法律の原則と変わりはない[91]。

2. 行政法規不遡及の原則の範囲

行政法における遡及立法は，刑罰法の場合と異なる点がいくつかある。行政法規不遡及の原則とは，行政法が制定以前に終結した事実[92]ついて適用されないというものであるため，いわゆる継続的な事実[93]に対しては適用される[94]。ただし，刑罰法規不遡及の原則における継続犯の場合とは違い，予測可能性の範囲を超えるような遡及立法であれば，国民の既得権を尊重し，猶予期間や損失補償を要する[95]。逆に，国民の権利を侵害することのない遡及立法は，刑罰法の場合と同様に禁じられていない[96]。国民の利益となる遡及立法は，国民の生活を乱すことがないためである。この利益的遡及立法に関して，公務員給与の引上げ[97]が例に挙げられることがある[98]。しかし，最近は，民間の給与水準の低下にともなって，公務員給与も引下げられることが多くなった。引下げられる場合は，不利益な変更にあたることから，不遡及の原則に反するのではないかとして争われた事例がある[99]。裁判所は，改定に合理性があることや，毎年同時期に行われていることなどから違法ではないとする。「利益的変更であることが許される理由だから，不利益的変更は許されない」

---

88) 行政法の遡及立法の問題を扱うものとして，阿部泰隆「遡及立法・駆け込み対策1-2」自治研究68巻7号3頁以下-8号16頁以下（1992），林修三「行政法規の遡及適用はどの範囲で許容されるか」〔成田頼明編〕『行政法の争点』56頁（有斐閣，1980）。
89) 波多野弘『租税法講座・第1巻』285頁〔金子宏ほか編〕（帝国地方行政学会，1974）。
90) 田中・前掲注（86）164頁。
91) 杉村章三郎『行政法要義・上巻』21頁（有斐閣，新版，1970），首藤重幸『行政法』25頁〔新井隆一編〕（青林書院，1992），和田英夫『行政法読本・総論編』42頁（井上書房，1963）。
92) 例えば，過去の建築許可に基づいてされた建築。
93) 例えば，過去の営業許可に基づいてされた営業。
94) 杉村敏正『行政法講義・総論・上巻』32頁（有斐閣，全訂版，1969）。
95) 広岡・前掲注（87）19頁。
96) 首藤・前掲注（91）25頁，広岡・前掲注（87）19頁。
97) 公務員の給与は法律によって決められているが，この法律は毎年8月頃の人事院の勧告に基づいて改正される。
98) 首藤・前掲注（91）26頁，宮崎良夫「遡及立法」〔水野忠恒ほか編〕『租税判例百選』9頁（有斐閣，第4版，2005），和田・前掲注（91）43頁。
99) 東京高判平成17年9月29日判時1920号146頁。

といった単純な結論ではないということである。

刑罰法規不遡及の原則，あるいは，憲法39条の規定は，刑罰以外の法律に類推適用されない，ということについて前述したとおりであるが，行政法学の見地からは適用されるとの見解がある。憲法39条は，刑罰法の遡及だけでなく，予測可能性を超えて国民の権利を侵害することを禁じているとすることが，その根拠である[100]。行政法上の罰則規定（行政罰）に関しては，刑罰に性質が近いことから類推できるとする考え方も成り立ちうるが，処罰の性質を有しない行政法の遡及立法による権利の侵害についても，原則として許されないとするものである[101]。

続いて，行政法における遡及立法の可否について争われた代表的な判例を紹介する。国家によって一旦買収された農地を旧所有者が買い戻す際の価格について，当初買収時の価格とされていたものが，時価を基準とした価格への変更が行われた。対象となったのが，売払い請求権を有する者だけでなく，すでに売払い申込みを行った者の価格にも適用されたため，不利益的遡及立法にあたるのではないかとして提訴されたものである。最高裁判所は，憲法29条を挙げ，「法律でいったん定められた財産権の内容を事後の法律で変更しても，それが公共の福祉に適合するようにされたものである限り，これをもって違憲の立法ということができないことは明らかである。そして，右の変更が公共の福祉に適合するようにされたものであるかどうかは，いったん定められた法律に基づく財産権の性質，その内容を変更する程度，及びこれを変更することによって保護される公益の性質などを総合的に勘案し，その変更が当該財産権に対する合理的な制約として容認されるべきものであるかどうかによって，判断すべき」であり，当該変更は不利益なものであることは否定できないが，公共の福祉に適合するものと認められることから合憲である，と判示した[102]。この判決は，本稿起点となった東京地裁判決[103]に引用されており，租税法の遡及立法の適否を判断する際の基準として影響を及ぼしている[104]。ただし，当該判例における財産権の内容は，あくまで安く買い戻せる権利に過ぎない。所有権を有する資産や，金銭そのもの

---

100) 杉村・前掲注（94）33頁は，「憲法39条の規定は，遡及的科罰を定める法規の制定を禁止するほか，相手方の権利又は法的地位に対して，一般的に予測可能性の範囲を超え，遡及的適用の時期においては相手方にこれに対して適当な措置をとることを不可能ならしめる侵害を生じさせるような遡及的適用を定める行政法の制定を，原則として，許さない」とする。

101) 広岡・前掲注（87）19頁。

102) 最大判昭和53年7月12日民集32巻5号946頁。

103) ほかに，福岡高判平成20年10月21日判時2035号20頁も当該判決を引用する。

104) 阿部泰隆「遡及立法・駆け込み対策1」自治研究68巻7号7頁（1992）は，当該判決を行政法における遡及立法の判断基準として評価する。ただし，同教授は，すでに申込みを行った者にまで適用することに疑問を投げかける（同8頁）。

といった類の財産ではないことに注意が必要である[105]。刑罰法の場合は考慮されない，法律によって侵害される権利の性質や程度，あるいは公共の利益といった要素が，行政法の場合は重要となるのである。

3. 行政法規不遡及の原則と租税法規不遡及の原則

行政法における遡及立法は，租税法における場合と同じく，絶対的に禁止されるものではない。ただし，国民の権利の尊重という観点からは，どちらも原則的に禁止されるべきである。法律学上も，租税法と行政法は共通点が多い。しかし，行政法によって侵害される国民の権利には，さまざまな性質のものが存在するのに対して，租税法によって侵害される権利は限られる。この違いが，どのような意味を持つのかを考えなければならない。つまり，財産権とその他の権利の違い，あるいは，財産権に含まれる性質の違いを考慮する必要がある[106]。租税の徴収は，通常，金銭による。これに対し，行政の活動よるものは金銭に限らず多岐にわたる。これらを比較した場合，より守られるべきは前者であると考えることもできる[107]。逆もまた然りである。侵害される権利の性質という視点で考えた場合，租税法における遡及立法は，行政法より厳格に不遡及が要求される場合も，反対に許容される場合もありえるのである。

これに対し，遡及立法の必要性という視点で考えた場合の状況は異なる。そもそも，租税法自体，改正前も改正後も国民間の公平な負担を実現しているという前提がある[108]。仮に，経済政策的に遡及する必要がある場合でも，それは経済政策の失敗というべきであって，国民の財産権を侵してまで必要なものであるかどうかは疑問である。したがって，租税法を遡及する必要性は決して高くはない。行政法の場合は，そのような前提は存在しない。さらに，法律の及ぶ範囲が広いため，遡って適用しなければ国民の生命に危険が及ぶといった，著しく公共の利益に反するものや，緊急性を要するものもある[109]。ただし，すべての行政活動の必要性が高いとは言えないため，その程度の差は，租税法における場合と比較して広くなる。遡及する必要性という視点からみた場合，行政法は，予測可能性や法的安定性を侵害するものであったとしても，広範囲の例外が許容されることも考えられ

105) 阿部・前掲注（104）8頁。
106) 許可や規制など行政が行うさまざまな活動は，間接的に財産権を侵害するものもあると考える。
107) 酒井克彦「損益通算制度を巡る今日的問題・上」税務事例40巻9号59頁（2008）。
108) 金子・前掲注（12）75頁。
109) 宮崎・前掲注（98）9頁は，原子力発電所の安全性確保という公共の利益を例に挙げ，事業者の負担とを比較考量した上で遡及立法を認めるという考え方もあり得るとする。

るが[110]，租税法の遡及立法は，厳格に不遡及が要求されるのである。

ここまで，租税法律主義における不遡及の原則の役割を明らかにするため，刑罰法及び行政法の不遡及の原則との比較を行った。それぞれの不遡及の原則で，大きく異なる点は，遡及立法を禁止する度合いである。憲法上の規定や侵害される国民の権利の性質，遡及の必要性の相違から法律間で差が生じる。刑罰法規不遡及の原則は，憲法に規定があることや，侵害される権利が自由・生命などに関するものであることから絶対的に遡及立法を禁じる。反対に，行政法規不遡及の原則は，例外的に許容される場合が存在する。法律の及ぶ範囲が広いため，行政法の対象となる事象には，公共の利益を優先しなければならないものが多く含まれているからである。租税法規不遡及の原則は，この両者の中間に位置する。侵害される権利は財産権に限られ，遡及の必要性が必ずしも高いとは言えないのである。

以上の検討から，本章では，次のように結論づける。租税法規の遡及立法は，原則として許されない。その理由は，租税法律主義にある。しかし，刑罰法規不遡及の原則とは違い，租税法規不遡及の原則は例外を許容する。ただし，絶対的に守られなければならない権利も存在すると考える。そうでなければ，個々の事例を検討する際に，公共の利益や遡及の必要性との比較から，なにもかもが認められるという結論になりかねない。租税法律主義は，国民が安心して生活を営むことができる社会を構築するため，経済活動における法的安定性と予測可能性を保護することを要求している。そうである以上，遡及立法が許容される場合というのは，きわめて限定的でなければならないのである。

---

[110] 宮崎・前掲注（98）9頁。

第２章　租税法規不遡及の原則の諸問題

本章では，租税法規不遡及の原則[111]における遡及立法が例外的に許容される場合とはどういうものなのか，遡及立法とはどのようなものを指すのかについて考察を行う。

第１節　租税法の時間的効力

そもそも，「法律が遡及する」とは，どのようなことなのか。租税法を含むすべての法律が，成文法として効力を発揮するためには，一定の手続を必要とする[112]。手続の課程で，国民に対する拘束力が実際に発生するのは，法律の「成立[113]」や「公布[114]」の時点ではなく，「施行[115]」の時点となる。ただし，その効力が及ぶ範囲は無限ではなく，一般には，時間・地域・人に対して限界がある[116]。

法律の遡及は，この中の時間的効力にかかわる問題である。法律の効力は，通常，法律の施行以後の事象に対して及ぶ。ただし，時間的範囲は，必ずしも施行以後に限定されるわけではない。法律が施行される際に，その効力が過去に遡って及ぶ場合があり，このことを「遡及」という。具体的には，ある法律の規定を公布・施行前の行為・事実などの事象に遡って「適用[117]」することを指す[118]。そして，過去に生じた事象に対して適用する規定をもつ新たな法律を設けることを「遡及立法」と呼ぶ。遡及の起点となる日に関しては，公布前とする説と[119]，施行前とする説[120]があるが，本稿起因となった訴訟の場合は，いずれの学説をとっても変わらないため，ここでは断定しない[121]。

---

111) 租税法の遡及立法の問題を扱うものとして，石島・前掲注（78）87頁以下，碓井光明「租税法規不遡及原則の再検討」税49巻4号4頁以下（1994），吉良・前掲注（30）98頁以下，三木・前掲注（7）273頁以下を参照。地方税を中心に扱うものとして，岩﨑・前掲注（9）4頁以下，浦東・前掲注（37）1頁以下を参照。このほか，アメリカの状況を扱うものとして，高橋佑介「租税法律不遡及の原則についての一考察」総合税制研究11号76頁以下（2003），宮原均「税法における遡及立法と憲法」法学新報104巻2-3号95頁以下（1997）を参照。ドイツの状況を扱うものとして，首藤・前掲注（5）2頁以下，波多野弘「租税法律不遡及の原則1-23」税法学147号5頁以下-179号6頁以下（1963）を参照。

112) 憲法，法律，政令などをいう。成文法に対して，手続によらないのが不文法であり，慣習法，判例法などをいう（田島・前掲注（67）1頁）。

113) ある法律案が確定した内容の法律としてでき上がること（法令用語研究会・前掲注（10）819頁）。

114) 成立した法令を公表して一般に人が知りうる状態におくこと（法令用語研究会・前掲注（10）446頁）。

115) 法令の規定の効力を現実に一般的に発動させること（大島稔彦『法令起案マニュアル』367頁（ぎょうせい，2004））。

116) 田島信威『法令の読解法』53頁（ぎょうせい，2006）。

117) 法令の規定を具体的な対象に対して実地に働かせること（大島・前掲注（115）367頁）。

118) 法令用語研究・前掲注（10）874頁。

119) 金子・前掲注（12）101頁。

120) 吉良・前掲注（30）99頁，清永・前掲注（12）24頁。

121) 通常の手続の過程は，公布の後に施行となるため，公布日説の方が禁止される範囲が狭いということになる。近時の租税法は，公布から施行までの期間が短いため，どちらの学説でも影響は少ないと考える。

第２節　立法論と解釈論

租税法規不遡及の原則は，「立法論」なのか，「解釈論」なのか，という対立がある[122]。あるいは，「憲法解釈論」なのか，「立法政策論」なのか，という対立もこれに近い意味を持つ[123]。ただし，「立法論」と「憲法解釈論」は，ほぼ同じ意味であるのに対して，「解釈論」と「立法政策論」は，必ずしも同旨ではない。

前者の「立法論・解釈論」の対立は，遡及する規定のある法律を制定することが憲法上許されないのか（立法論），そのような立法自体は許されるが遡及する規定のない法律を遡って適用できるとすることが許されないのか（解釈論），という違いである。あるいは，遡及立法の禁止と，遡及適用の禁止の違いともいえる。判例では，不遡及の原則は解釈論である，とするものも存在する[124]。

後者の「憲法解釈論・立法政策論」の対立の場合は，遡及効を持つ法律の立法が憲法上許されないのか（憲法解釈論），そのような立法自体は許されるが遡及効を持つ政策が許されないのか（立法政策論），という違いである。立法政策論に立てば，成文法として成立した場合には，すべて許されるとも考えられる。従来は，立法政策論が通説であったようであるが[125]，近時は，憲法解釈論の立場が多いように思われる[126]。

租税法規不遡及の原則は，「立法論」あるいは「憲法解釈論」に立つべきであると考える。その理由は，第1章で結論づけた，租税法律主義の要請による。しかし，租税法規不遡及の原則は，例外を完全に排除するものではない。その例外に該当するかどうかを判断する基準は，保護されるべき権利の性質や，遡及の必要性である。これらは，「立法政策論」においても議論されるべき問題であるし，「解釈論」を判断する上でも基準となるものである。

そうすると，「立法論」と「解釈論」，あるいは，「憲法解釈論」と「立法政策論」の違いは，遡及立法を禁止する度合の違いとも考えうる。「立法論」や「憲法解釈論」は，立法そのものを禁止するものであるから例外は限定され，「解釈論」や「立法政策論」は立法そのものを禁止するものではないから例外の範囲が広い，とも考えられる。そして，

---

122) 碓井・前掲注（111）5頁，酒井克彦「損益通算制度を巡る今日的問題・中」税務事例40巻10号52頁（2008），波多野・前掲注（89）286頁。諸外国の事情を紹介するものとして，吉良・前掲注（30）99頁以下を参照。
123) 石村耕治「損益通算制限立法の遡及適用の憲法適合性」白鴎大学法科大学院紀要2号251頁（2008）。
124) 東京高判昭和28年6月13日民集9巻5号593頁，あるいは後述する，大阪高判昭和52年8月30日高民30巻3号217頁。しかし，首藤・前掲注（5）3頁は，これらの判決を支持する学説はないとする。
125) 金子宏『租税法講座・第1巻』226頁〔金子宏ほか編〕（帝国地方行政学会，1974）。
126) 浦東・前掲注（37）2頁，金子宏「市民と租税」〔加藤一郎編〕『岩波講座・現代法8』317頁（岩波書店，1966），北野・前掲注（26）98頁，吉良・前掲注（30）115頁。

近時では，「立法論」や「憲法解釈論」が通説といえ，このような立場からは，租税法の遡及立法の例外は限定されなければならないのである。

第３節　租税法規不遡及の原則の絶対性

すべての法律は，既得権の尊重や法的安定性確保の観点から，原則として遡及立法は禁じられている。当然，租税法もこれに含まれる。ただし，租税法は，法律全般の原則だけに止まらず，租税法律主義に基づく禁止の原則を要求されている[127]。しかし，租税法律主義は，租税法の遡及立法を絶対に禁止するものではなく例外を許容する。どの程度の遡及なら許容されるのか，まずは学説から確認する。

遡及立法を全面的に認める学説は見当たらない。いずれも遡及立法を禁ずるものである。その多くは，例外を許容していると思われるが，許容の程度には差異がある。遡及立法を禁ずる趣旨の度合は，大まかに「絶対禁止」，「原則禁止」，「例外禁止」の３つに区分できる。さらに，例外を許容するといっても，「本来的には遡及立法といえる」が許されるのか，「本来的には遡及立法といえない」ため許されるのか，といった違いもある。それぞれの学説について，禁止される度合の強弱や性質の違いに着目しながら，例外的許容の範囲が狭いと考えられる順に見ていく。

まず，純粋な「絶対禁止」の学説は見受けられない。これに近いと思われるのは，北野弘久教授の見解である。租税法律主義は，遡及的に納税者の不利益に法律を変更することを禁じるとする[128]。本来的な遡及立法の例外を許容する場合についての見解はない[129]。北野弘久教授に近い見解と考えられるのが，水野忠恒教授である。納税者の法的安定性と予測可能性を害するため，「一般に，租税法律主義のもとで，租税法の遡及立法は禁止されている」とする[130]。「一般」が，本来的な遡及立法の場合に限定されるのかについて，直接的な記述はないが，その後の期間税についての見解を踏まえると，「一般」にあたる場合とは，本来的な遡及立法と考える。金子宏教授は，租税法律主義の要求である法的安定性と予測可能性を侵害するため，遡及立法は，「原則として許されないと解すべき」とす

---

127) 具体的には，憲法84条の文言がそれを意味する（田中二郎ほか「租税法セミナー」ジュリスト111号45頁〔吉国発言〕（1956））。
128) 北野・前掲注（26）98頁。
129) 後述する期間税の場合には，許容性を認めている。
130) 水野・前掲注（50）9頁。

る[131]。「原則」にあたらない場合が本来的な遡及立法であっても認めるものであるかどうか明らかではないが，憲法解釈論の立場であることから考えると[132]，本来的な遡及立法は絶対禁止と考える。

ここから以下の学説は，本来的遡及立法であったとしても，許容する可能性を示す。

田中二郎教授は，「一般的には，租税法の遡及効は認められない」としながらも，遡及立法を「厳格」に禁止することに疑問を呈する[133]。法律の改正が都度に予定されていて，「一般」に予測可能性が存在し，「著しく」法的安定性を侵害したり，「著しく」納税者に不利益を与えないといった基準を満たす場合には，本来的な遡及立法であっても認めている。清永敬次教授は，「遡及立法について既に一般に予測可能性が存するような場合を除いて，納税義務者の法的安定を著しくそこなうものとして許されない」とする[134]。「一般」に予測可能性がある場合や，「著しく」法的安定を損なわない場合には，本来的な遡及立法であっても認めているとも受け取れる。木村弘之亮教授は，本来的な遡及立法であっても，予測可能性を「打ち破らない」場合などに関しては許容する[135]。その基準は，「損害が大きくない」，「混乱していた」といったものによる。

ここまでの学説は，正式な手続を経た租税法の遡及立法は，「絶対禁止」もしくは「原則禁止」という見解である。しかし，「絶対禁止」とされる場合でも，どのような場合が遡及立法に該当するのかは，必ずしも明らかではない。本来的な遡及立法が本来的ではない遡及立法に比べて許されないのは明白であるが，何が本来的で，何が本来的ではないのか，についての解釈は一律ではない。また，「本来的な遡及立法」であっても，「一般」，「著しく」といった要素の解釈によって遡及立法の可否が変ってくるのである。

ここからは，より許容性を大きく示す学説である。その根拠は，法律は国会によって議決されている，すなわち，国民の承諾を得ている，ことから認められるとするものである。

中川一郎教授は，遡及立法による国民の不利益は新たな立法によって解決される可能性

---

131) 金子・前掲注（12）101頁。

132) 「刑事立法の場合のように事後立法を禁ずる明白な規定が憲法の中に見出されないことを理由に，租税法規不遡及の原則は憲法上の原則ではなくて立法政策上の原則にすぎない，という考え方もあると思われるが，……租税法律主義の経済的機能にてらして考えると，日本国憲法84条は遡及立法を禁止する趣旨を含んでいると解するのが妥当である」とする（金子・前掲注（126）317頁）。

133) 田中・前掲注（12）85頁。

134) 清永・前掲注（12）24頁。

135) 「憲法84条は納税者の予測可能性を打ち破るような遡及立法を禁止する趣旨を含んでいる。……真性の遡及効が例外的に許容されるのは，当事者が遡及効を計算に入れなければならないとき，（法律の遡及効によって）生じる損害が大きくないとき，現行法が混乱していたとき，遡及効のある法律が無効な条文規定にとって替ったとき，又は公共の福祉の理由から不可避的に遡及効が必要であるときである。」とする（木村・前掲注（26）86頁）。

を示しつつ，遡及立法そのものは「租税法律主義に違反し，無効であるとは考えられない」とする[136]。民主主義の要請に基づくことを明示するものではないが，国民の不利益が立法によって解決されない場合には，国民がそれをも承諾したことになるのかどうかの解釈が必要になると考える。忠佐市教授は，租税法律主義に基づく不遡及の原則は，立法政策論の立場で判断すべきとし，国会の場で「公益上の欲求をこえる公益上の合理的な理由がある場合」かどうか議論した上で成立した法律は適法なものとする[137]。民主主義の原則から考えると，成文法としての租税法には，「公益上の要求をこえる公益上の合理的な理由」が必然的に存在すると考えられる。最後に，碓井光明教授は，現代の民主主義的租税法律主義の下では，原則として遡及立法を認め，著しく不合理な場合には違法であるとする考え方も成り立つとする[138]。特に，税率に関しては，広範囲の許容を認める見解を示す[139]。

「例外禁止」のような許容範囲の広いものであっても，一律に遡及立法を許容するわけではない。そのため，「絶対禁止」や「原則禁止」と同様に，禁止される場合に該当するのかしないのかによって，結論は変ってくる。重要なのは，何が遡及立法で，何が遡及立法ではないのかという見極めである。「絶対禁止」の立場であれば，「遡及立法に該当するのか」という判断であり，「原則禁止」の立場であれば，「例外的に許容される遡及立法に該当するのか」という判断であり，「例外禁止」の立場であれば，「例外的に禁止される遡及立法に該当するのか」という判断が重要なのである。

第4節　租税法規不遡及の原則の本来性

I.　利益的遡及立法と不利益的遡及立法

刑罰法の遡及立法が絶対的に禁じられているといっても，それは「不利益」な遡及立法に限られる。「利益」に変更することは，国民の権利を侵害することがないためである。不利益に変更することが，権利を侵害するために禁止されているのであれば，尚更である。

---

136) 中川・前掲注（14）27頁。
137) 忠・前掲注（12）20頁。
138) 碓井光明「租税法律の改正と経過措置・遡及禁止」ジュリスト946号124頁（1989）。
139) 碓井・前掲注（111）12頁。同教授は，イギリスにおける遡及立法の現状や地方税の会費的性格を根拠に，このような学説を示す。ただし，この学説には，批判的見解も多い。岩﨑・前掲注（9）14頁は，少数派の権利の侵害は，将来効であれば回避も可能であるが遡及効では不可能なことから，（当時は）二大政党制をなしえてないわが国では遡及による不利益を受ける者が固定化する恐れがあること，地方税の主要税目が反対給付を予定していない応能負担的色彩が強い点を挙げ，疑問を呈す。政権交代を成しえた現在においては，やや薄れた感もあるが，少数派を蔑ろにしてよいものかという疑念は残る。三木・前掲注（7）276頁は，民主主義の抽象論ではなく，租税立法の専門性と非専門家である一般納税者の予測可能性確保という観点から，遡及効禁止を検討すべきと指摘する。増田英敏「不利益な税制改正の遡及適用と租税法律不遡及の原則」税務弘報56巻7号87頁（2008）も，明示はないが民主主義的思考には反対と解する。

租税における場合はどうであろうか。一般的に，刑罰法と同様で，国民に有利となるものは許される[140]。利益に変更する遡及立法は，納税者の権利を侵害するものではない。国民が行う経済活動の時点で，租税を課すことを規定していた法律を，事後の改正により租税負担を下げる，あるいは租税を課さないことになっても，それはその国民にとって利益であって不利益ではない。国民の法的安定性と予測可能性を乱すことがない利益的遡及立法は，本来的なものであっても許されるのである[141]。

II. 刑罰法規不遡及の原則との比較

刑罰法規不遡及の原則の論点を，租税法に当てはめてみる。まず，刑罰法における「行為」に該当するのは，租税法においては「課税物件[142]」と考えられる。遡及立法に該当するには，原則として課税物件が必要といえる。事後的に行われる「処罰規定の制定」や「厳罰化」を，租税に置き換えた場合，許されるであろうか。前者を「租税特別措置の優遇規定の廃止」，後者を「税率の引上げ」とすると，どちらも不利益的遡及立法といえるため許されない[143]。租税法における「時効の延長」，すなわち，「除斥期間の延長」はどうであろうか。これに関しては，除斥期間が経過しているものは，納税者の利益が生じているため許されないが，未経過のものについては許されるとする見解がある[144]。「判例の遡及」についても，許されるとする見解がある[145]。ただし，法的安定性という観点から，最高裁判例に限っては，成文法と同様の効果を持つと考える余地があると考える。

III. 真正の遡及立法と不真正の遡及立法

1. 租税の時間的性質

遡及立法は，法律の効力の時間的性質に関する論点であるが，租税法においてこの問題を検討する場合，「真正の遡及効」と「不真正の遡及効」という独自の概念が生まれる。真正の方が本来的意味を持つことは容易に想像できるが，どのような違いからこのような

---

140) 金子・前掲注（12）101頁。
141) 一方で，利益的遡及立法は，利益を享受しない者が相対的不利益を被るとする見解がある（木村・前掲注（16）111頁）。高橋・前掲注（111）102頁は，利益を享受しない者の予測可能性を侵害することに対する議論の必要性を示す。
142) 課税の対象とされる物・行為または事実（金子・前掲注（12）148頁）。
143) 木村・前掲注（16）110頁。
144) 碓井・前掲注（138）121頁。除斥期間の延長ではなく，適用期間に継続義務があるものの延長（例えば，消費税法37条3項における簡易課税制度の2年間縛り。）の場合は，どうであろうか。筆者は，期間の経過前後にかかわらず，不利益なものとなるため，許されないと考える。
145) 木村・前掲注（26）88頁。

差が生まれるのか。このような概念のない刑罰法と比較して検討する。

刑罰法においては，憲法39条に「実行の時」と規定があるが，それがいつなのかを明らかにする必要がある。行為が完了しているのであれば，問題は生じないが，継続犯の場合は，行為の開始時なのか行為の完了時なのかという差が生じてくる。刑罰法の場合は，行為完了時で判断することになる。租税法においても継続中の事象は存在する。例えば，所得税の事業所得は，請負建築工事など，１つの取引に時間的な幅があるものについて，原則として引渡時や完了日といった，終了の時点で収入を計上すべきとする[146]。租税法には，行為の対価の授受という要素も考慮する必要があるものの，この場合であれば，刑罰法の継続犯と変わりない。そのため，取引の開始後・終了前に法律の変更があった場合は，本来的遡及立法とはいえず，刑罰法と同様に新たな法律が適用される。予測可能性の侵害が皆無とは言えないが，刑罰法が許容することから考えると，租税法においても許されると考える。

しかし，租税法の課税物件は，売買や役務の提供といった行為だけにとどまらない。物に対しても課税される。例えば，土地に関する租税は，①土地を取得した際に「不動産取得税」が課される。②この土地を保有し続けた場合，毎年「固定資産税」が課される。③何年か後に，この土地を売却する場合，値上り益が発生していれば「所得税」が課される。ほかにも，都市計画税，地価税，特別土地保有税[147]といったものもある。相続税や登録免許税も，土地に関する租税の一種といえるであろう。

これらは，１つの土地にかかわる租税である。それぞれの税目の対象となる課税物件が生じる時点は異なる。しかし，土地の取得という行為は同じ時点である。遡及立法を検討する場合は，いわゆる「実行の時」がいつなのかを明らかにしなければならない。①のような取得行為に対する租税については，取得時で問題ないが，②のような物あるいは保有という継続的事実に対する租税の場合には，取得時なのか一定の基準時なのかによって違ってくる。③も同様の差が生じる。③の場合は，値上り益が長期間に渡って生じているという問題もある。

また，租税には，課税物件の集合体を課税の対象とする「期間税」といわれるものがある。租税における「実行の時」という問題に関しては，課税の対象とする事象の性質に応じた検討が必要であるといえる。

---

146) 所得税法基本通達39-8。
147) 地価税，特別土地保有税は，平成22年1月1日現在停止中である。

この点について，浦東久男教授は，次のように分類する[148]。

> a：1回限りの事実を対象とする租税（相続税，登録免許税，印紙税，関税など）
>
> b：継続する事実を対象とする租税（固定資産税，自動車税など）
>
> c：ある期間に行われた行為全体を課税の対象（所得税，法人税など[149]）

まず，aの場合は，課税の対象となる事象が生じた時点が，法律の施行日より前か後かによって判断され，前であれば遡及立法に該当する。bの場合は，基準日[150]が施行日の前か後かで判断される。この場合，取得時における予測可能性を侵害しているとも考えられるが，「行為自体が継続するわけであり，それぞれの瞬間については事実があるかどうかは認識できる」ため許される。取得という行為の予測可能性は侵害するけれども，所有という行為の予測可能性は侵害していないことになる。cが期間税に該当するが，この場合は，いくつかの基準が考えられる。「施行日が課税期間の開始時より前か後かで判断すべきであるとする考え方（課税期間開始時説）」，「施行日が課税期間の終了時より前か後かで判断すべきであるとする考え方（課税期間終了時説）」，「施行日が租税債務の成立する時点より前か後かで判断すべきであるとする考え方（租税債務成立時説）[151]」などである。

租税法における遡及立法を検討する際には，租税が対象とする事象の性質をどのようにとらえるかによって，本来的な遡及立法かどうかが変わってくる。どの時点までの予測可能性が保護されていなければならないかは，租税ごとに異なり，その時点を遡って適用される場合が「真正の遡及立法」，遡らない場合が「不真正の遡及立法」となる。したがって，租税法律主義の観点からは，真正の場合には，より厳しく遡及立法が禁じられることになる[152]。

---

148) 浦東・前掲注（37）6頁。

149) 同教授は，消費税について，「1回ごとの種類の移出行為を課税の対象として捉え，期間を通じての合計額の計算は税額計算のための便宜的な規定であると説明することも不可能ではないと思われるが，期間を通して行われた行為全体を課税の対象とみる方が自然である」とするが，課税物件の発生と国税通則法との関係のみに言及するため，本稿では随時税とする。

150) 固定資産税や自動車税の場合は，賦課期日。

151) 同教授は，租税債務の成立がいつの時点なのかを明示していないが，本稿では，国税通則法16条2項に定める納付すべき税額の確定手続の時点とし，以降は，これを「納税義務の確定」の時点とする。

152) 首藤・前掲注（5）5頁。

2. 期間税の基準説

期間税の真正・不真正の判断において，複数の基準説を生じさせる要因は，国税の基本事項を定める法律にある。国税通則法15条2項は，納税義務の成立という事象について，次のとおり定める。所得税は「暦年の終了の時」，法人税は「事業年度の終了の時」，相続税は「相続又は遺贈による財産の取得の時」，消費税は「課税資産の譲渡等をした時若しくは保税地域からの引取りの時」とする。各税目は，納税義務の成立時期に応じて２種類に区分できる[153]。課税物件の発生と納税義務の成立時期が異なるものが「期間税」，課税物件の発生と納税義務の成立時期が同時のものが「随時税[154]」である。所得税と法人税は期間税，相続税と消費税は随時税に分類される。期間税は，事象の都度，納税義務が成立するのではなく，暦年の終了時や事業年度の終了時などというように，一定期間を設け，その期間の終了時に納税義務が成立する。反対に，随時税は，一定期間の範囲を設けることなく，事象の都度，納税義務が成立する。

ここで問題となるのが，期間税において，課税物件の発生と納税義務の成立に時間的な差が生じることである。期間税では，課税物件が生じた後，一定期間が経過するまで納税義務は成立しない。ある時点の事象に対して，遡及立法と考えられる規定が設けられた場合，随時税であれば納税義務が同時に成立しているため，事象と納税義務のいずれに対しても法律の効力が遡及することになる。しかし，期間税では，事象と納税義務の成立が同時ではないため，遡及といっても事象に対しては遡るが，納税義務に対しては遡らないということが起こりうる。期間税でも，納税義務の成立後であれば，随時税の場合と同じ条件で考えればよいが，納税義務の成立前であれば，成立後の場合と比較して，遡及立法が許容される余地が広いと考えることもできる。この点をどうとらえるかによって，先ほどの，「課税期間開始時説」，「課税期間終了時説」，「租税債務成立時説」に分かれるのである。予測可能性の確保に重点を置けば課税期間開始時説となるし，その逆は租税債務成立時説となる[155]。

① 課税期間開始時説

それぞれの基準説と同様の見解と考えられる学説を見ていく。

この分類を示す浦東久男教授は，租税法律主義における遡及立法禁止の趣旨から，予測

153) 金子・前掲注（12）607頁。
154) ａのケース。
155) 木村弘之亮「租税判例研究」ジュリスト757号132頁（1982）。

可能性を重視し，課税期間開始時説を支持する[156]。木村弘之亮教授は，租税法律関係の成立は，課税期間の全体に渡って行われるのであって期間の終了時ではないとして，他の学説を明確に否定する[157]。施行日の前後で租税制度が異なることになったとしても，期間の初日に遡ってはならないとする。志賀櫻弁護士も，他の学説を明確に否定する[158]。租税法規不遡及の原則は，租税法律主義からではなく，憲法の一般原理から導かれるとの見解であるが，法的安定性や予測可能性を保障する観点から，行為時に存する法律によるべきとする。三木義一教授は，税率の変更の場合と，経済的成果の変更の場合とを分けて論じており，後者については，課税期間開始時説を示す[159]。憲法は期間中の納税者の個々の行為の際の予測可能性を保障しているのであるから，これを侵害しない場合のみ遡及立法が許されるとする。特に，不動産の譲渡所得の場合は，より厳格でなければならないとの見解である。高橋祐介准教授は，アメリカの事例を挙げる。アメリカ法では，遡及とは「過去に生じた事柄に対して対象あるいは効果を拡大すること」と定義され，期間税の年度内遡及は真正の遡及立法と考えるのが，アメリカの一般論とする[160]。

② 課税期間終了時説

課税期間終了時説と同様の学説は，さらに，一定の条件を付す説と，そのような条件を付さない説に分かれる。条件を付す学説から見てみると，金子宏教授は，年度の初めに遡って適用されることが許されるかどうかは，遡及立法となる改正が一般に周知されている

---

156) 浦東・前掲注（37）7頁。

157) 木村・前掲注（26）86頁。

158) 同弁護士は，課税期間終了時説を「期間税遡及立法不成立説」と呼び，これはまったくの誤謬であるとする（志賀・前掲注（55）26頁）。

159) 三木・前掲注（7）283頁。同教授は，給与所得者に対する税率の引上げを4月1日施行とする所得税法の改正を例に挙げ，これが憲法的にある程度許容される理由は，「期間税は期間中の所得を集計するという所得計算の手法を採り入れているからにすぎないのであり，納税者の予測可能性を否定することまで許容しているものではないことに留意すべきである。つまり，所得税法の課税標準は所得であり，3月までの所得について所得税の納税義務が生じることは予測されており，その後の所得の増大，あるいは経費の増大如何によって，税負担の具体額も変わることが前提となっている。したがって，納税者としては当該行為を行った場合，仮にその当時の租税法規が改正されなかったとしても，租税債務が抽象的に発生しうることが予測できるものの，具体的租税債務額は未定であることには変わりがないからである。このような期間税の性格を考慮した場合，適用税率については暦年終了時点の租税法規に基づいて課税するのは，期間中の所得を集計して計算することの反映に過ぎず，納税者の予測可能性や取引により獲得している過去の経済的成果を否定することまでを合理化するものではないといえよう。」とする（同281頁）。ただし，「期間税という性格から来る遡及効の緩和は以上のような意味にとどまるのであって，それ以上ではない。期間税という理由だけで，期間終了時までいつでも遡及改正が許されるとしたら，ある年の11月まで非課税としていた所得を年末の改正で課税所得に変更することも許されることになる。このような改正を憲法が許容すると強弁するのはあまりにも不合理であることは明らかであろう。」とすることから，税率の改正であっても，それがいつ行われるかによって，許されるかどうかが異なるようである（同282頁）。

160) 高橋・前掲注（111）85頁。同准教授のアメリカでは不利益不遡及立法が一般的であるとの見解に対して，山田二郎「税法の不利益遡及立法と租税法律主義」税法学559号56頁（2008）は，「アメリカでは議員立法であること，パブリックコメントを経て法令が制定されているという立法経過を理解しないで，アメリカ法の遡及立法や経過措置の考え方をそのままわが国に導入し，本件の改正法で見られるような故意による抜打ちを意図した不利益遡及立法に妥当させることは非常に危険である。」と反論する。

か，十分に予測できているか，によるとする[161]。「一般」，「十分」という条件に該当するかどうかの判断が重要になってくる。水野忠恒教授は，年度途中の改正の場合，立法過程の多少の時間差を認めるとする[162]。「多少」という条件は，どこまで許すのかの判断が必要となる。阿部泰隆教授も水野教授と同様に時間的制約を付す。年度の開始直後の場合であれば許されるとする[163]。やはり，「直後」という条件の判断が必要となる。これら条件を付す説は，期間税であっても取引の安全性を尊重しようとするものと考える。

これに対して，条件を付さない学説には，次のものがある。吉良実教授は，現行法というのは所得を得た時点の法律ではなく，期間の終了時点の法律であるとして，期間途中での改正は遡及立法に該当しないとする[164]。さらに，課税期間終了時説とは厳密には異なるが，刑罰法における継続犯と同様に，課税期間全体を１つの事象としてとらえ，遡及立法ではないとする見解も示す[165]。北野弘久教授は，立法実務上の期間税の特殊性を考慮して，不遡及の原則の例外が許容されるとする[166]。さらに，期間の途中の段階は，課税物件が成長途上であることから，納税者の予測可能性を「はなはだしく」害することがないことも理由に挙げる。ただし，許容されるのは通常の期間税の場合であって，不動産の譲渡所得の場合は許されないとする。田中二郎教授は，所得は当然に課税されるものであることや，税制改正の議論が公開されていることに予測可能性を認めて，課税期間の終了時が遡及立法かどうかの判断をする分岐点とする[167]。通常の税制改正であれば許容するものと考える。碓井光明教授も田中二郎教授と同様に，通常の税制改正は予測可能性を有するとの見解である[168]。政府案や国会審議など，予測可能性の基準を明確に示している。ただし，土地の譲渡所得は例外的に課税期間開始時説を支持し，取得費に限ってはさらに厳格な取得時を基準とする見解を示す[169]。

③　租税債務成立時説

租税債務成立時説と同様の見解を明確に唱えるものはないが，これに近いと考えられる

---

161) 金子・前掲注（12）102頁。
162) 水野・前掲注（50）10頁。
163) 阿部泰隆「遡及立法・駆け込み対策2」自治研究68巻8号26頁（1992）。ただし，譲渡所得については，課税期間開始時説を示す。
164) 吉良・前掲注（30）107頁。
165) 同教授の見解について，浦東・前掲注（37）7頁は，租税制度を施行日の前後に分けて適用するのが理想とする。
166) 北野・前掲注（26）102頁。
167) 田中ほか・前掲注（127）45頁〔田中発言〕。
168) 碓井・前掲注（111）12頁。
169) 碓井・前掲注（111）14頁。

のが林修三氏の学説である。間接税と直接税を分けて論じ，間接税については，消費税[170]のように，一定期間の経過後に納期限が到来するものであっても，納期限前だからといって遡及することは原則として許容されないが，直接税については，好ましいことではないとしながらも，納期限前であれば，合理的理由を有する限り許容されるとする[171]。納税義務の成立後の変更は，間接税では租税の実質的負担者と納税義務者が異なるという性質から許されないが，直接税であれば，随時税であっても許されるとする見解である[172]。

以上のように，学説は，期間税における真正・不真正の判断基準について，必ずしも統一した見解を示していない。しかし，近時では，租税債務成立時説を示すものは見当たらず，課税期間開始時説と課税期間終了時説が対立しているといえる。課税期間終了時説の中には，一律に期間の中途での変更を認めるのではなく，予測可能性の確保を前提にする見解や，租税の性質によって異なる見解を示すものも多い。どの時点の変更が真正の遡及立法かという問題は，個別の事情に応じた判断に頼らざるをえないのかもしれない。

3. 納税義務の成立と確定

課税期間終了時説，あるいは租税債務成立時説は，納税義務の成立[173]や確定[174]といった租税法独自の概念から生まれるものである。国税通則法は，期間税の納税義務の成立時期について，暦年終了時や事業年度終了時と定めるが，その時点まで納税義務がまったく存在していなかったとは考えづらい。そもそも，課税要件とは納税義務の成立という法律効果を生ずる要件のことであり，その課税要件を構成する事実は，課税期間の経過中において常に発生しているのではないだろうか。そう考えると，納税義務もそれぞれの時点において常に発生しており，それらが積み重なってできた納税義務を現実に認識するのが期間の終了時となる。そうでなければ，期間の終了と同時に，突如，納税義務が生じるという

---

170) 酒税や物品税の意味と思われる。

171) 林・前掲注（88）56頁。ただし，期間税の許容範囲の例示は，期間の開始後３か月程度としており，この点からは課税期間終了時説とも考えられる。また，同氏は，随時税である相続税の場合であっても，一定の遡及立法を許容する。法廷納期限が６か月とされていた論文の発表当時で３か月の遡及を認めているが，これが仮に納期限の半分まで許すものであるとすると，10か月となっている現在は５か月程度の遡及を認めるものと考えられる。

172) 同氏は，随時税である相続税の場合であっても，一定の遡及立法を許容する。法廷納期限が６か月とされていた論文の発表当時で３か月の遡及を認めているが，これが仮に納期限の半分まで許すものであるとすると，10か月となっている現在は５か月程度の遡及を認めるものと考えられる。

173) 清永敬次『税法学体系』135頁〔中川一郎編〕（ぎょうせい，全訂増補版，1977）。

174) 谷口勢津夫「納税義務の確定の法理」〔芝池義一ほか編〕『租税行政と権利保護』61頁（ミネルヴァ書房，1995）は，「納税義務の確定とは，課税要件の充足によって法律上当然に成立した納税義務について納税義務者が履行を行い又は税務官庁が履行の請求を行うための前提として，納税義務の成立と履行による消滅との間に税法が介在させている，成立した納税義務の具体化のための手続をいい，自動確定方式による租税の場合を除き，納税義務者又は税務官庁による成立した納税義務の主観的確認を意味する」とする。

ことになるが，これには無理があるように思える[175]。確かに，期間の中途における変更は，国税通則法に規定する納税義務の成立前であり，国家と国民との法律関係を変更するものではないから遡及立法ではない，とも考えられる[176]。しかし，本質的な意味での納税義務の成立とは，国税通則法に規定する時期ではなく，課税要件が完全に充足される時点であることからすれば[177]，租税法律関係における権利義務は，課税期間の終了時においても，いまだ生じていないのである。課税期間終了時説の根拠が権利義務の存在であるならば，本来は租税債務成立時説であるべきといえるかもしれない[178]。

期間税の遡及立法について学説の対立が起きるのは，国税通則法の納税義務の認識の違いが影響するものと考える。しかし，国税通則法に定める納税義務の成立という規定だけを根拠に，一律に遡及立法を許容する見解には疑問を覚える。その１点だけで判断してしまうと，１つの事象に対する納税義務の成立の時期が，税目によって異なることを認めることになる。例えば，法人が消費税の課税対象となる取引を行った際，消費税の納税義務は成立するが，法人税の納税義務は成立しない。法人税と消費税を期間中に同時に変更した場合，法人税は遡及してもよいが消費税は遡及してはいけないということになってしまう。租税の性質に違いがあるにせよ，このようなことが国民の予測可能性を保護しているといえるのであろうか。

租税法の遡及立法は，絶対的に禁じられているわけではない。それが許されるかどうかは，国民の予測可能性をどこまで保護するかによって違ってくる。予測可能性を尊重するのであれば，期間税における真正・不真正の判断基準は課税期間開始時説を採用するべきである。期間の途中で法律が変更される場合には，「真正の遡及立法に該当するが，例外的に許される場合であるかどうか」，によって判断されることで，国民は最大限の保護を受けられることになるのである。

---

175) 浦東久男「租税法規の遡及適用について」税法学560号13頁（2008）。
176) 佐藤謙一「租税法規における遡及立法の問題」税大ジャーナル9号80頁（2008）。
177) 谷口・前掲注（174）64頁は，課税要件のうち選択という要件要素以外は，課税期間中に発生した事実によって充足され，選択という要件要素が充足されるのは，期間の終了時ではなく，納税義務者が選択を行った時とする。つまり，課税要件が完全に充足されるのは，納税義務の確定の時点ということになる。
178) 佐藤・前掲注（176）80頁は，租税債務成立時説の問題点として，「第一次的に確定した納税義務が課税庁の調査等によって変更された場合や申告義務があるにもかかわらずこれを履行しなかった場合にどのように考えるか，など様々な問題があるように思われる。」とする。これらについては，法定納期限で問題ないと考えるが，むしろ，申告を行った時点と法定納期限の間に変更があった場合や，複数回申告を行う間に変更があった場合をどう考えるかが必要となろう。

第５節　経過措置

新たに法律を制定する際，社会的混乱を避け，新しい法状態へ円滑に移行できるようにするため，経過措置を定めることがある[179]。遡って適用する規定や，逆に適用を遅らせるような規定は，一種の経過措置である。所得税や法人税などの期間税では，次のような文言で適用開始の日を規定している。

所得税の課税対象となる期間に，納税者間の相違はない。原則として1月1日から12月31日（暦年課税）である[180]。したがって，「平成XX年分以後の」という表記で適用される場合が多い。「平成XX年」がすでに開始していれば，その年の1月1日まで遡って適用されることになる。翌年分以降であれば，遡及することはない。これに対し，同じ期間税でも法人税の対象となる期間は，納税義務者によって異なる。そのため，個人とは違い，「平成XX年YY月ZZ日以後に開始する事業年度」や「施行日以後に終了する事業年度」といった表記になる。法人も個人と同じく12か月間を課税対象とする場合が多い。「平成XX年YY月ZZ日」や施行日が属する期間がすでに開始していれば，施行日から事業年度の初日まで遡って適用されることになる。課税期間が均一である個人の場合は，納税者間の遡及の程度に差は生じないが，課税期間が均一ではない法人の場合は，納税者間で１年近い差が生じることになる。

租税法における過去の遡及立法として，不利益的なものは後述する判例などで示していくが，利益的なものとして，例えば，平成21年度の税制改正（平成21年3月31日公布・同年4月1日施行）における「中小企業者等の欠損金の繰戻しによる還付制度の停止解除」がある。この改正は，「平成21年2月1日以後」に終了する事業年度に適用された。この欠損金の繰戻し還付については，その前年度の税制改正においても遡及立法に絡む問題が生じている。平成20年度の税制改正（平成20年4月30日公布・施行[181]）は，いわゆるねじれ国会の状況から，例年に比べて改正法の成立が遅れた。改正には，繰戻し還付の停止期間を延長する措置が含まれていたが，従来の規定が平成20年3月31日までであったため，同年4月1日から改正法施行日までの期間をどうするかという問題が生じた。改正規定が4月1日まで遡って適用されれば，不利益の遡及立法と考えられるが，そのような対応は見送られ

---

179) 大島・前掲注（115）382頁。
180) 暦年によらない場合は，年の途中で死亡した場合や（所得税法125条），海外に移住した場合など（同法127条）。
181) ただし，改正法附則第1条には，平成20年4月1日施行と規定されている。この年度の改正法の公布日と施行日の逆転について言及するものとして，浦東・前掲注（175）3頁以下を参照。

た[182]。結局，１か月近い空白期間が残ったままという歪な制度となってしまった。

期間税だからといって，必ず暦年や事業年度の初日から適用されるわけではない。例えば，平成19年度の税制改正（平成19年3月30日公布・同年4月1日施行）における減価償却資産の償却方法の変更は，所得税でも法人税でも「平成19年4月1日以後に取得した資産」から新たな規定が適用された。4月1日に事業年度が開始する法人以外は，期間の途中での改正となり，同じ期間中に改正の前後で別の規定が適用された。このようなことは，法律の効力が発生するときだけでなく，消滅するときにも起こりうる。法律には，あらかじめ効力に期限が設けられることがあるが，その場合は，「平成XX年YY月ZZ日限り」といった表記となる。このときも，法律の効力発生時と同じく，同じ期間に２つの規定を適用することになる。

第６節　過去の裁判

1.　大阪地方裁判所昭和31年9月24日判決[183]

医療法人への寄付行為に対する相続税（贈与税）について争われた事例である。寄付行為の後に改正された相続税法により，当該行為に対して遡って相続税が課されることになったことが著しく信義に反するのではないかとされた[184]。裁判所は，医療法人を解散するなど課税を免れる措置が取られていたことを挙げ，著しく信義に反するものではないとした。この事件は，厳密には，遡及立法の違憲性を争うものではなく[185]，寄付行為の効果の撤回を求めたものである。そのため，租税法律主義に基づく不遡及の原則といった主張はなされていない。救済措置の有無が重要視されたといえる[186]。

2.　東京地方裁判所昭和36年4月26日判決[187]

財団法人の収益事業に対する事業税について争われた事例である。遡及立法に関する争

---

182) 仮に，遡及立法が行われていたとすると，租税債務成立時説以外からは，真正な不利益遡及立法に該当すると考えられる。ただし，租税債務成立時説によるとしても，納税者による申告後から法定納期限までの間に行わる法律の変更という問題が残る。

183) 大阪地判昭和31年9月24日行集7巻9号2206頁。なお，当審で確定している。

184) 原告は，昭和27年1月5日に寄附行為を行った。同年4月に行われた改正規定が，同年1月1日に遡って適用された。

185) 吉良・前掲注（30）109頁は，間接的に遡及立法を是認した判例とする。

186) 石島・前掲注（78）92頁。

187) 東京地判昭和36年4月26日行集12巻4号839頁。当該事件に言及するものとして，田代隆「地方税法の遡及適用と既得権の侵害等」シュトイエル4号40頁以下（1962），波多野弘「遡及立法」〔雄川一郎＝金子宏編〕『租税判例百選』10頁以下（有斐閣，1968），綿貫芳源「地方税法の遡及適用と既得権の侵害」自治研究39巻1号151頁以下（1963）を参照。

点は，シャウプ勧告に基づく地方税法の全面改正による徴収停止期間中の年度への遡及，改正前地方税法の年度の途中の一部改正による年度の始めまでの遡及，の２点である[188]。裁判所は，前者について，新たに創設されたものではないため，旧法においても課されるべきものであるとし，後者については，問題がまったくないわけではないにしても，事業税の性質上１年を通して課されるものであり，年度途中という程度の遡及は違法とは言えず，また，納税者の既得権を侵害するものではない（益金だけでなく損金も考慮されている）とした。この事件は，周知が十分であったことや，当事者の遡る期間が短かったことなどの事情があって，合憲とされたと推測されている[189]。しかし，本来の不遡及の原則の趣旨に触れず，このような個別的事情だけで適用の可否を判断したことに対する批判がある[190]。

3. 静岡地方裁判所昭和47年10月27日判決[191]

国民健康保険制度[192]について争われた事例である。国民健康保険料は，例年，年度の中途で改定されるが[193]，この年は，前年と比較して保険料が大幅に増加したことが提訴の要因となっている。行政の原理に基づく不遡及の原則と，租税法律主義に基づく不遡及の原則の両面から争われた。裁判所は，行政法規不遡及の原則に反するとの原告の主張について，年度中途での改正はやむをえず，制度自体がそのことを予定していること，保険料は引上げが予想され，反面給付的性格を有することから，許されるべき遡及であるとした。租税法律主義に反するとの主張については，法的安定性や予測可能性の観点から，租税法律主義は必然的に課税法規遡及適用の禁止を包含するとしながらも，本件改定の適用が行政法規不遡及の原則に抵触しない以上，租税法規不遡及の原則にも抵触しないため，租税法律主義の類推適用を認めるかどうかを判断するまでもない，と判示した。前者の判示は，一般的に不利益でないものや，事前に予測できるものは許される遡及であるとする点に注目する。その上で，個別的に公益の性質と侵害される財産権の程度を比較して合憲の判断

188) 原告は，昭和25年7月31日施行の改正法が，昭和25年1月1日の属する事業年度に適用されること，これが遡及立法にあたらないとしても，昭和24年5月31日施行の改正法が4月1日に遡って適用されることは遡及立法にあたるとした。
189) 岩崎・前掲注（9）9頁。
190) 田代・前掲注（187）44頁。
191) 静岡地判昭和47年10月27日行集23巻10・11号774頁。
192) 国民健康保険制度は，保険料という賦課方式のほかに目的税である保険税とする賦課方式も可能である。
193) 国民健康保険料は，毎年4月1日を賦課期日とする。しかし，保険料率がその年の市民税額に基づいて決められるため，必然的に保険料率の確定が賦課期日の後となる。当該事例の場合は，昭和43年9月30日に改正条例が公布された。

を示す。後者の判示は，行政法規不遡及の原則が租税法規不遡及の原則より優先されるというよりは，国民健康保険制度は行政法の領域のものであり，租税法律主義はあくまで類推適用に過ぎないと判断したものと推測する。租税法律主義は不遡及の原則を包含すると明示したことは評価できる。このような制度の下では，憲法上の財産権不可侵の原則をもって対抗するべきではないとする同意的見解がある一方で[194]，計算技術の困難さは憲法上の権利制限の根拠となってはならないという批判的見解もある[195]。

4. 福岡高等裁判所那覇支部昭和48年10月31日判決[196]

紹介する判例の中で，唯一，違法とされた事例である。復帰前の沖縄において，当時の物品税法の課税品目に定められていない生鮮魚介類が，後の改正により課税品目とされたことについて争われた。誤信して納めていた物品税の還付請求が起因となっており，遡及する期間は約６年というものである[197]。裁判所は，「租税法律主義の見地からみれば，特定の物品を過去に遡って課税の対象とすることは，法律の改正がすでに予定されていて，納税者側にもそのことが予測され，法的安定性を著しく害しないような場合にかぎって許されるものと解すべきところ，本件改正規定のように，のちに至って数年以上も前に遡って課税品目となっていない物品に対する課税行為をすべて適法化するような立法は，その許容の範囲を逸脱するもの」とした。この事件で被告は，遡及立法であっても合理的であれば許されると主張したが，そのような要素よりも，租税法律主義の趣旨を重視した判決といえる。「法律の改正がすでに予定され」，「法的安定性を著しく害しない」場合という基準を示すが，６年という期間がこれに該当しないのは当然である。

5. 東京高等裁判所昭和49年4月30日判決[198]

静岡地裁昭和47年10月27日判決の控訴審である。原判決を支持しつつ補足意見を示して

---

194) 菊井康郎「保険料賦課基準の遡及適用」〔唄孝一＝成田頼明編〕『医事判例百選』177頁（有斐閣，1976）。
195) 岩﨑・前掲注（9）11頁。
196) 福岡高判那覇支部昭和48年10月31日訟月19巻13号220頁。当該事件に言及するものとして，前蔵正七「租税判例研究」税理18巻2号109頁以下（1975）を参照。なお，当審で確定している。
197) 改正布令昭和39年5月12日実施。
198) 東京高判昭和49年4月30日行集25巻4号330頁。当該事件に言及するものとして，碓井光明「保険料賦課基準の遡及適用」〔佐藤進ほか編〕『社会保障判例百選』50頁以下（有斐閣，第2版，1991），菊井・前掲注（194）176頁以下，北野弘久「条例の遡及適用」〔成田頼明＝磯部力編〕『地方自治判例百選』46頁以下（有斐閣，1981），渋谷雅弘「保険料賦課基準の遡及適用」〔佐藤進ほか編〕『社会保障判例百選』44頁以下（有斐閣，第3版，2000），中祖博司「保険料賦課基準の遡及適用」〔佐藤進＝西原道雄編〕『社会保障判例百選』76頁以下（有斐閣，1977）を参照。なお，当審で確定している。

いる。行政法規不遡及の原則について，「行政法規は単に一般的，抽象的な法規範に止まらず，具体的な行政上の必要を充す（ママ）ためという性格を持つものであるから，国民ないし住民の既得権を侵害せずしかも遡って適用すべき予測可能性のある場合には遡及することも許される」とした。本件租税法規不遡及の原則については判示していない。

6. 神戸地方裁判所昭和52年2月24日判決[199)]

地価抑制を狙いとして創設された特別土地保有税の適用対象について争われた事例である。法律の施行日前に取得した土地まで課税対象となったことが，遡及立法にあたるのではないかとされた[200)]。裁判所は，創設の合理性を示した上で，被告の「特別土地保有税は，過去の現存しない事物の状態を租税賦課の標準とするものではなく，賦課期日現在所有する土地に対して課税するものであるから，法律不遡及の原則に反するものではない」とする主張を，全面的に認めた。真正の遡及立法にあたるどうかについて，取得時ではなく，継続的な所有時という基準を示すものである。

7. 大阪高等裁判所昭和52年8月30日判決[201)]

神戸地裁昭和52年2月24日判決の控訴審である。原判決と同様に，被告勝訴の判決であるが，その論理構成は異なる。刑罰法については，遡及立法そのものが禁止されているが，民事法については，「解釈上の原則であって，憲法は遡及効を認める立法を禁ずるものではない」とした。特別土地保有税の創設は，遡及効を有するけれども，租税法規不遡及の原則は解釈論であるため，合理的理由があれば遡及立法も許されるという構成である。原判決が遡及効を有しないとしたこととは正反対の判示である。

8. 津地方裁判所昭和54年2月22日判決[202)]

地方税法の改正にともなう市民税の個人均等割について争われた事例である。年度の途中に改正が行われたことが，遡及立法にあたるのではないかとされた[203)]。裁判所は，賦課

199) 神戸地判昭和52年2月24日訟月23巻3号572頁。
200) 新法は，昭和48年7年1日に施行され，昭和44年1月1日以後取得した土地が適用対象とされた。
201) 大阪高判昭和52年8月30日高民30巻3号217頁。なお，当審で確定している。
202) 津地判昭和54年2月22日行集31巻9号1829頁。
203) 原告は，昭和51年5月10日付をもって被告より昭和51年度個人均等割市民税額1200円とする賦課処分を受けた。従前の均等割額は400円であった。なお，県民税についても市民税と同様に賦課処分を取消す訴えを起こしているが，県民税については遡及立法に関する主張は行っていない。

期日（当該年度の属する年の1月1日）は課税要件を確定する日であるため，不利益な遡及立法にあたることを認め，「憲法84条は租税法律主義を規定するが，租税法律主義は経済生活に法的安定性と予測可能性を保障することをその重要な機能とするものであるから，右憲法の規定はこれを害することとなる租税法規の遡及的適用を禁止する趣旨をも包含する」としながらも，「租税法規不遡及の原則はいかなる場合においても遡及的適用を許容しない絶対的なものでなく，租税の性質及びそれが課される状況を考慮し，予測可能性が存在し，法的安定性に対する信頼を著しく害することがないとか，軽微な事項で納税義務者に著しい不利益を与えないといった範囲内においては遡及して適用することも許される」として，不遡及の原則の例外を示し，本件は，軽微な変更に止まり納税義務者に著しい不利益を与えないものとした。租税法規不遡及の原則についての判示は，現在の学説に通ずるものが多い。租税法律主義には不遡及の原則が含まれるが，予測可能性や法的安定性を著しく侵害しない場合や，軽微な不利益は例外的に許容されるとするものである[204]。本件の場合は，均等割という小額かつ応益負担色の強いものであったことから例外とされた。

9. 名古屋高等裁判所昭和55年9月16日判決[205]

津地裁昭和54年2月22日判決の控訴審である。賦課期日に対する真正・不真正の判断が，原判決とは異なっている。裁判所は，賦課期日は，賦課徴収権の帰属団体を特定するものであり，もともと当該会計年度（地方自治法208条[206]）には属しない日である上，均等割は，年額をもって定められるので，賦課期日における課税標準が問題となる余地はないとし，均等割の標準税率を定める改正地方税法が年度開始前に成立したことを挙げ，年度の途中の均等割の改正は，租税法規不遡及の原則に反しないとした。原判決が，賦課期日は課税要件を確定する日としたのに対して，本判示は，課税団体の帰属を特定する日とする。地方税における真正・不真正の判断時期について，賦課期日を否定し，課税期間開始時説を取りながらも，地方税法の改正を根拠に条例の改正の予測可能性を認めるものである。

---

204) 宮原・前掲注（111）97頁。
205) 名古屋高判昭和55年9月16日行集31巻9号1825頁。当該事件に言及するものとして，木村・前掲注（155）129頁以下，宮崎・前掲注（98）8頁以下を参照。なお，当審で確定している。
206) 4月1日から3月31日。

10. 横浜地方裁判所昭和56年1月26日判決[207]

新築の建物に対する事業所税について争われた事例である。工事期間中に地方税法が改正され，着工済みの建物に対しても適用されたことが遡及立法にあたるのではないかとされた[208]。裁判所は，法律不遡及の原則は，刑罰法では絶対的な原則で，租税法においても納税者の不利益に変更する遡及立法は許されないとしながらも，当該事例については，事業所用家屋の新増設の完成という課税要件事実が充足された場合にのみ，事業所税を課税することを定めるものとして，原告の主張を退けた。刑罰法における継続犯と同様の論理と考えられる。建築工事という行為が１つの事象として捉えられ，法律関係の成立は工事の完了時とされた。適用の開始が半年先送りされていたことも許容される要素となりうるが，数年に及ぶ工事の場合の予測可能性をどうするかという問題もある。この場合，刑罰法が期間に言及することなく継続犯に対する遡及を認めているという現状から，許される余地が大きいと考える。

11. 名古屋地方裁判所平成9年12月25日判決[209]

静岡地裁昭和47年10月27日判決と同様に，国民健康保険制度の年度の中途での改正について争われた事例である[210]。静岡地裁判決は保険料であったが，当該事例は保険税である。裁判所は，憲法84条は不遡及の原則を包含するものの，絶対的に遡及立法を禁ずるものではなく，「租税の性質及びそれが課される状況を考慮し，予測可能性が存在し，法的安定性に対する信頼を著しく害することがないとか，納税者に著しい不利益を与えないといった範囲内においては遡及して適用することも許される」とした。その上で，保険税条例の年度途中の改正は遡及立法にあたるが，保険税は目的税であり，毎年改正が予定され，年度途中での改正に合理性が認められることから，予測可能性・法的安定性を著しく害することがなく，納税義務者に著しい不利益を与えないので許されるとした。静岡地裁判決が，租税法律主義に基づく不遡及の原則に照らして判断しなかったのに対して，当該判示は遡及立法であるとする。結論に至る論理構成は，津地裁昭和54年2月22日判決と似ている。地方税特有の賦課期日について，その時点で改正法が施行されていなければ，真正の遡及

---

207) 横浜地判昭和56年1月26日行集32巻1号69頁。なお，当審で確定している。
208) 「昭和50年10月1日以降に行なわれる事業用家屋の新築又は増築に適用する」という規定の「行なわれる」が，新たに着工する建物に対してなのか，着工済の建物も含まれるのかが争点となった。改正地方税法は昭和50年4月1日施行であるが，事業所税に関する規定は同年10月1日から適用された。建物の竣工は同月4日である。
209) 名古屋地判平成9年12月25日判自175号37頁。なお，当審で確定している。
210) 事例の日進市の場合は，賦課期日が4月1日とされているが，この年は平成8年5月16日に条例が公布・施行された。

立法であるとしながらも，租税法規不遡及の原則には例外があり，予測可能性や法的安定性を著しく侵害せず，不利益の程度が小さいことから許容されるとする構成である。

12. 東京地方裁判所平成10年12月25日判決[211)]

租税回避の防止等を目的として行われた相続税の改正[212)]について争われた事例である。適用対象に施行日以前に取得した不動産も含まれることが遡及立法にあたるのではないかとされた。原告は，行政法規不遡及の原則と租税法規不遡及の原則を併合した主張を行っている。その主張は，不遡及の原則とは，納税義務の内容を不利益に変更することを禁ずるものであるから，改正を一般納税者がもっとも早く予測できた，税制調査会の中間答申以前に取得した不動産にまで適用することは許されない，というものである[213)]。裁判所は，行政法の遡及立法は国民の予測可能性，法的安定性を侵害するため，原則的には許されず，租税法の場合も当然に妥当し，「すなわち，過去の事実や取引を課税要件とする新たな租税を創設し，あるいは過去の事実や取引から生ずる納税義務の内容を納税者の不利益に変更するいわゆる遡及立法は，現在の法規に従って課税が行われるとの一般国民の信頼を裏切り，その経済生活における予測可能性や法的安定性を損なうことになるのであって，その合理性を基礎づける特段の根拠がない限り，租税法律主義を定める憲法84条の趣旨に反し，許されない」とした。しかし，原告の主張に対しては，公布・施行前の相続に適用することは許されないが，被相続人が一定の財産を取得したという事実は，相続税法における納税義務を生じさせる過去の事実には該当しないため，行政法規・租税法規不遡及の原則に反することにはならないとした。不利益がまったくないわけではないため[214)]，納税者の予測可能性をどこまで保護すればよいのかが問われる事例である。不動産の取得日が課税要件を構成しないという点は，固定資産税の改正と共通するものがある。しかし，取得日への遡及を違法とした場合，固定資産税は際限なく遡るのに対して，当該事例は３年間と制限があるため，不利益の程度と合理性の比較という論理構成もありえたのではないだ

---

211) 東京地判平成10年12月25日税資239号681頁。なお，控訴審（東京高判平成11年11月11日税資245号261頁）は原判決を全面的に支持，上告審（最判平成12年4月11日税資247号280頁）は理由がないとして請求を棄却している。

212) 昭和63年12月30日公布・施行。改正の概要は，相続開始前3年以内に取得した不動産の評価について，相続税法22条（時価による評価の原則）の規定にかかわらず取得価額によるものとされた。適用対象となる事象は，施行日の翌日以後に開始した相続である。なお，平成8年度改正により廃止されている。

213) 平成2年3月17日相続開始，昭和62年3月31日土地取得（認定事実）・昭和63年3月15日建物取得，昭和63年4月28日中間答申。

214) 石島・前掲注（78）88頁。

ろうか[215]。

13. 福岡地方裁判所平成17年3月31日判決[216]

租税法規不遡及の原則は，通達の遡及も禁ずるのか。課税庁が通達を遡って変更したことが不遡及の原則に反するかどうか争われた[217]。裁判所は，「通達は，行政内部の機関や職員に対する関係で拘束力を持つ行政法規にすぎず，法規としての性質を有するものではないから，通達を遡及適用することが租税法規の遡及適用となるものではない」とした。通達の法源としての能力の一般論を示し，不遡及の原則には該当しないとする。しかし，現実的には法律と同様の働きを有しており[218]，その意味で法的安定性の侵害があると考えるが，裁判所はこの点について言及していない。

---

215) 首藤・前掲注（5）5頁。
216) 福岡地判平成17年3月31日税資255号順号9986。当該事例は，平成11年6月1日開始の相続の財産評価について，同年7月19日改正の財産評価基本通達が適用された。なお，控訴審（福岡高判平成18年5月31日税資256号順号10413）も同様の判断を示している。
217) 相続税の財産評価について，平成11年7月19日付けで改正された財産評価通達の適用が同年1月1月以後取得した財産とされた。
218) 金子・前掲注（12）98頁。

第３章　損益通算制限立法訴訟の整理

本稿起点となった，平成20年1月29日福岡地裁判決・同年2月14日東京地裁判決・同年5月16日千葉地裁判決及びそれぞれの控訴審[219]について検討を行う（以下，それぞれの第１審・控訴審を合わせて「福岡訴訟」，「東京訴訟」，「千葉訴訟」といい，これらを合わせて「本件訴訟」という。また，千葉訴訟の控訴審は東京高裁であるが，表記の都合上，東京訴訟の控訴審を「東京高裁」，千葉訴訟の控訴審を「千葉高裁」という。）。

第１節　事件の概要

I.　訴訟に至る経緯

それぞれの訴訟で認定された事実の中で，関係法令及び税制改正に至る経緯については共通する点が多いため，これらをまとめて扱うこととする。なお，認定事実に若干の補足を加えている。

1.　関係法令

損益通算及び純損失の繰越控除に関する所得税法の規定は，以下のとおりである。

> 所得税法69条1項（損益通算）
> 　総所得金額，退職所得金額又は山林所得金額を計算する場合において，不動産所得の金額，事業所得の金額，山林所得の金額又は譲渡所得の金額の計算上生じた損失の金額があるときは，政令で定める順序により，これを他の各種所得の金額から控除する[220]。
>
> 所得税法70条1項（純損失の繰越控除）
> 　確定申告書を提出する居住者のその年の前年以前3年内の各年において生じた純損失の金額[221]がある場合には，当該純損失の金額に相当する金額は，政令で定めるところにより，当該確定申告書に係る年分の総所得金額，退職所得金額又は山林所得金額の計算上控除する。

2.　改正の概要

平成16年法律第14号「所得税法等の一部を改正する法律」（以下「本件改正法」という。）は，次のような改正を含むものであった（以下，本件改正前の租税特別措置法を「旧措置法」と，本件改正後の租税特別措置法を「新措置法」という。）。

---

219)　福岡高判平成20年10月21日判時2035号20頁，東京高判平成20年12月4日LEX/DB25440930，東京高判平成21年3月11日TAINSZ888-1413。

220)　昭和25年の税制改正において，譲渡所得等の臨時的所得と事業所得等の経常的所得の損益通算が認められた。

221)　同法69条1項に規定する損失の金額のうち同条の規定を適用してもなお控除しきれない部分の金額（所得税法2条25号）。

a： 土地，建物等の長期譲渡所得の課税の特例について，次のように所得税の税率を引き下げた（税率軽減）。
　改正前　特別控除後の譲渡益の20パーセント（旧措置法31条1項・2項）
　改正後　譲渡益の15パーセント（新措置法31条1項・2項）

b： 土地，建物等の長期譲渡所得の金額の計算上生じた損失の金額については，土地，建物等の譲渡による所得以外の所得との通算及び純損失の繰越控除を認めないこととした（新措置法31条1項・3項2号）。

c： 長期譲渡所得の100万円特別控除（旧措置法31条4項）を廃止した。

d： 居住用財産の買換等の場合の譲渡損失について，譲渡資産に住宅借入金残高がない場合を適用対象に加えるなどの改正をしたほか，買換えをした年の12月31日に買換資産に係る住宅借入金があるなど一定の要件がある場合には，当該損失の金額の一部について，他の所得との通算を認め，また，純損失の繰越控除を認めることとした（居住用財産の買換え等の場合の譲渡損失の損益通算及び繰越控除。新措置法41条の5）。

e： 居住用財産を譲渡して買換えをせず借家等に住み替える等の場合について，譲渡資産の譲渡の前日に譲渡資産に係る住宅借入金を有するなど一定の要件があれば，特定居住用財産の譲渡損失の一部について，他の所得との通算を認め，また，純損失の繰越控除を認めることとした（特定居住用財産の譲渡損失の損益通算及び繰越控除。新措置法41条の5の2）。

f： 新措置法は，平成16年4月1日から施行するが，新措置法31条の規定等は，個人が平成16年1月1日以後に行う同条1項に規定する土地，建物等の譲渡について適用することとした（施行時期及び新措置法31条の適用範囲。新措置法附則1条柱書・27条1項）。

g： 施行日前に死亡した者，施行日前に平成16年分の所得税につき所得税法127条[222]の規定による申告書を提出した者及び施行日前に同年分の所得税につき国税通則法25条[223]の規定による決定を受けた者の同年分の所得税にかかる新措置法31条の規定を適用するに当たっては，土地，建物等の譲渡による所得以外の他の所得との損益通算及び長期譲渡所得の100万円特別控除については，従前どおり適用する旨を規定している（新措置法附則27条2項・3項）。

3. 立法趣旨

本件改正法の法案には，「現下の経済・財政状況等を踏まえつつ，持続的な経済社会の活性化を実現するためのあるべき税制の構築に向けた改革の一環として，……居住用財産の買換え等の場合の損益通算及び繰越控除制度の拡充，土地建物等の長期譲渡所得の税率の引下げ等住宅・土地税制の改正」という提出理由が附記されている。土地等の譲渡所得と他の所得との損益通算を禁止することは，「使用収益に応じた適切な価格による土地取引を促進し，特に収益性の高い土地の流動性を高め，土地市場の活性化に資する観点」から，株式に対する課税とのバランスや諸外国の制度との比較からの資産性所得の完全分離という流れを踏まえて，長期譲渡所得の税率の引下げ及び100万円特別控除の廃止と１つ

222) 年の中途で出国をする場合の確定申告。
223) 無申告の場合における税務署長による税額等の決定。

のパッケージとして行われたものであった[224]。

4. 改正に至る経緯

平成12年7月14日，政府税制調査会による報告書[225]の中で，損益通算に関し，租税回避行為への対応として，損益通算の制限について検討が必要であるとの指摘があった。平成14年2月18日，国土交通省の国土審議会土地政策分科会企画部会において，地価の上昇を前提としない土地税制や不動産に対する投資意欲の喚起のための不動産税制を考える必要があることが議論された。また，同年6月19日，国土交通省の「今後の土地税制のあり方に関する研究会」の中間取りまとめにおいて，地価下落等の土地をめぐる環境の変化を踏まえた税制の構築，株式等他の資産と均衡を失しない市場中立的な税体系の検討等が必要であるとの指摘があった。平成15年8月31日，国土交通省は，平成16年度の税制改正について，株式等他の資産と均衡を失しない市場中立的な税体系を構築することにより土地への投資意欲を喚起するため，他の資産と比べて重く課税している土地譲渡益に対する税率の引下げを要望した。同月15日，政府税制調査会から「平成16年度の税制改正に関する答申」が発表された[226]。同月17日，与党において「平成16年度税制改正大綱」（以下，「本件大綱」という。）が取りまとめられ，本件改正が平成16年度の税制改正に盛り込まれることが発表された。平成16年1月16日の政府税制調査会[227]において，委員から本件改正が本件大綱に盛り込まれたことが唐突であるとの質問[228]に対して，資産性所得に関する税制の一体化という従来からの議論の流れを受けて，損益通算を廃止するべきとの結論に至ったとの主税局長及び審議官の説明があった。同日，「平成16年度税制改正の要綱」が閣議決定された。同年2月3日，内閣は，本件改正法案（原案を含む。）を第159回国会に提出した。同月12日の衆議院予算委員会において，野党議員から本件改正が唐突であり，不利益遡及立法にあたるのではないかとの質問に対し，財務大臣は資産性所得の一元化の必要

224) 大蔵財務協会編『改正税法のすべて・平成16年版』63頁（大蔵財務協会，2004）。
225) 政府税制調査会「わが国税制の現状と課題」（平成12年7月14日付）http://www.cao.go.jp/zeicho/tosin/pdf/zeichof08.pdf〔筆者最終確認：平成22年1月24日〕。
226) しかし，この答申には，本件改正を伺わせるような記述はない。
227) 政府税制調査会第10会総会「平成16年度税制改正について自由討議」（平成16年1月16日付）http://www.cao.go.jp/zeicho/gijiroku/b10kaia.html〔筆者最終確認：平成22年1月24日〕。
228) 上月英子委員は，損益通算の廃止が政府税制調査会の議論に全く挙らなかったこと示した上で，税理士から「いきなり出てきた，唐突に出てきたという感がどうしても拭えないものですから，ちょっと法的安定性に欠ける」という抗議があることを述べている。一般納税者だけでなく，政府税制調査会の委員や租税の専門家にとっても本件改正が唐突であったことが伺える。

性と，所得税が暦年課税であることから遡及立法にはあたらないとの説明があった[229]。同月17日の衆議院本会議[230]，同月24日の衆議院予算委員会[231]，同月26日の衆議院財務金融委員会[232]においても同様の質問が野党議員からされた。同月27日の衆議院財務金融委員会において，野党議員から本件改正法が不利益遡及立法にあたるため，施行を２年間延期する修正案が提出された[233]。また，他の野党議員から，訴訟が起こる可能性を示唆する意見が出ている。財務大臣は，本件改正が平成16年1月1日に遡る理由として，平成17年からなどとすると損益通算目的で駆け込み的な売却が行われる恐れがあるとの説明を行った。同年3月1日の衆議院予算委員会第七分科会会議において，本件改正を税率引下げと一体として行うことで，土地の使用価値に応じた適正な不動産価格形成の実現が期待される旨の政府参考人による説明があった。同月12日の参議院本会議においても，本件改正を税率引下げと一体的に行い，かつ，適用時期を遅らせないとすることで，損益通算目的の売却の防止や使用収益に応じた適切な不動産価格形成を図るべきであるとの財務大臣の説明があり，同月15日の参議院予算委員会においても，損益操作や節税目的の不動産売却を防止する本件改正が土地市場活性化のために必要である旨の財務大臣による説明があった。本件改正法は，同月26日成立，同月31日公布，同年4月1日施行された[234]。

5. 税制改正大綱の報道

本件大綱についての報道の中で，一般国民が目にすることが多いであろう新聞各紙[235]の記事は，次のとおりである。各紙ともに大綱の要旨と題した記事の中に，損益通算が禁止

---

229) 海江田万里議員は，本件改正法が成立する可能性が高いとした上で，不利益遡及立法にあたるとし，さらに，本件大綱が唐突であること，本件大綱を掲載した記事が小さいことを問題視している。これに対し，谷垣禎一財務大臣は，所得税が暦年課税であるから問題ないとの見解を示している。国会議事録については，「国会議事録検索システム」http://kokkai.ndl.go.jpより引用。

230) 長妻昭議員は，遡及適用が「納税者にとってはやみ討ちに近い」と問題点を述べている。これに対して，谷垣禎一財務大臣は，損益通算の廃止等を早急に行うことの必要性を述べている。

231) 池田元久議員は，明らかに不利益遡及立法にあたるとし，一定の経過期間を設けるなどの措置が必要であると述べている。

232) 鈴木克昌議員は，土地の売却益が見込めない経済状況化での税率の引下げによる効果を疑問視されている。

233) 五十嵐克昌議員は，2年間とすることについて，例えば１年間とした場合，周知期間が短く駆け込み的な売却が行われ，経済に悪影響がでる恐れがあると述べている。

234) 以上の経緯を，福岡地裁は次のようにまとめる。遅くとも平成12年頃から，地価が下落傾向にあること，損益通算には節税目的で利用される問題点があること，不動産と株式等他の資産性所得との均衡を図るべきことなどから，不動産税制や不動産譲渡の損益通算の是非について議論があり，そのような流れを受けて，平成15年12月17日の与党税制改正大綱において，損益通算の廃止を税率引下げと一体的に，かつ，対象となる譲渡の時期を法施行日前の平成16年1月1日として行うことで，損益通算目的の駆け込み的不動産売却を防止しながら使用収益に応じた適切な不動産価格の形成を実現し，資産デフレの克服，土地市場の活性化を図るべきという結論に達し，以後，与党税制調査会，政府税制調査会，衆参両議院等において，本件改正の内容や理由等について議論，説明等が繰り返されたことが認められる。

235) 読売新聞13面，朝日新聞12面，毎日新聞13面，日本経済新聞4面（平成15年12月18日朝刊）。

されることを示す記載がある。しかし，適用の開始時期については，日本経済新聞が記載するのみである。掲載面は，いずれも新聞の中面であり，記事の量は要旨の記事全体で半面から１面ほど，その中で本件改正については，新聞の段組みで2行から13行である[236]。日本経済新聞の平成15年12月26日7面の記事も証拠として採用されている。この記事は，不動産の税制改正の要点をまとめたものとなっている。記事の最後に，損益通算の禁止についての記述はあるが，適用開始時期に関する記述はない。そのほかには，税務や不動産の専門家に向けて発行されている雑誌等[237]が証拠として採用されている。

6. 訴訟に至る経緯

福岡訴訟の原告は，平成16年3月10日にマンションを，東京訴訟の原告は，同年2月26日に土地・建物を，千葉訴訟の原告は，同年1月30日に土地を売却した。翌年，平成16年分の確定申告をし，その後，土地等の譲渡損失に基づく損益通算の更正の請求を行った。損失額は2032万8824円，1億1288万4478円[238]，2500万円余であったが，それぞれの所轄税務署長は，更正すべき理由がないとして請求を認めなかった。いずれの原告も，異議申立て，審査請求を行ったがいずれも認められず，本件処分の取消しを求め裁判所に提訴した。

II. 所得税における過去の遡及立法

損益通算に係るもの

ア　退職所得が損益通算の対象外とされた改正法（昭和27年法律第53号）は，昭和27年4月1日から施行された（同法附則1項）が，同年分以後の所得税について適用されている（同法附則22項）。

イ　趣味・娯楽の資産の譲渡による所得等の喪失について損益通算が廃止された改正法（昭和36年法律第35号）は，昭和36年4月1日から施行された（同法附則1項）が，同年分以後の所得税について適用されている（同法附則2項）。

ウ　生活に通常必要でない資産についての災害に係る雑損失と譲渡所得以外の所得との損益通算が廃止された改正法（昭和37年法律第44号）は，昭和37年4月1日から施行された（同法附則1条）が，同年分以後の所得税について適用されている（同法附則2条）。

エ　雑所得の金額の計算上生じた損失と他の所得との損益通算が廃止された改正法（昭和43年法律第21号）は，昭和43年4月20日から施行された（同法附則1条）が，同年分以後の所得税について適用されている（同法附則2条）。

---

236) 同日付でインターネット上に各紙とも同じ内容の記事が掲載されている。

237) 福岡地判では，平成15年12月22日「税のしるべ」及び「税務通信」，同月30日「住宅新報」，平成16年1月8日「国税速報」，同月15日「国税速報」，同月31日「週刊ダイヤモンド」，同年2月2日「納税通信」，同月9日「バードレポート」，同月24日「住宅新報」が採用されているが，一般納税者への周知の媒体としての効果は少ないだろう。

238) 東京訴訟の原告は4名おり，その他3名の譲渡損失額は2億0339万9249円，1億0062万5922円，1億0062万5922円である。

損益通算以外に係るもの
　所得税の課税対象への追加（昭和36年分以後の所得税に適用された，事業譲渡類似の有価証券の譲渡による所得等を譲渡益非課税から課税に変更措置）や各種控除の縮減・廃止（昭和55年分以後の所得税に適用された，給与所得控除率引下げ，平成12年分以後の所得税に適用された，年少扶養控除の廃止等，平成15年分以後の所得税に適用された，長期所有上場株式等に係る100万円特別控除）についても，同様に改正法の施行日を含む年分の所得税に適用されている。

III. 争点

損益通算を廃止した本件改正を，平成16年1月1日から同年3月31日のあいだに行われた土地・建物の譲渡に遡って適用することは，憲法に違反するか。

第２節　判示

平成22年1月1日現在までの各裁判所の結論は，次のとおりである。

	福岡訴訟	東京訴訟	千葉訴訟
地方裁判所	違憲	合憲	合憲
高等裁判所	合憲	合憲	合憲
最高裁判所	（上告せず）	係争中	係争中

福岡地裁以外は，違憲ではないとする判決である。

I.　第１審判示

1.　租税法律主義における不遡及の原則

福岡地裁	東京地裁	千葉地裁
憲法上明文の規定はないものの，憲法84条が規定している租税法律主義は，国民に不利益を及ぼす租税法規の遡及適用を禁じていると解すべきである。なぜならば，租税法律主義は，国民の経済生活に法的安定性，予測可能性を保障することをその重要な機能とするものであるところ，国民に不利益を及ぼす遡及立法が許されるとするとこの機能が害されるからである。	行政法規をその公布の前に終結した過去の事実に適用することは，一般国民の生活における予測を裏切り，法的安定性を害するものであることを否定することができず，これをむやみに行うことは許されないというべきである。このことは，国民の納税義務を定め，これにより国民の財産権への侵害を根拠付ける法規である租税法規の場合にはより一層妥当するものである。したがって，租税法規を遡及して適用することは，……現在の法規に従って課税が行われるとの一般国民の信頼を裏切り，その経済生活における予測可能性や法的安定性を損なうものとして，憲法84条，30条から導か	租税法規については，刑罰法規の場合と異なり，遡及立法の禁止を明文する憲法の規定は存在しないものの，租税法規について安易に遡及立法を認めることは，租税に関する一般国民の予測可能性を奪い，法的安定性をも害することになることから特段の合理性が認められない限り，原則として許されるべきではなく，このことを憲法84条は保障しているものと解される。

	れる租税法律主義に反し，違憲となることがあるものと解される。	

2. 租税法規不遡及の原則の絶対性

福岡地裁	東京地裁	千葉地裁
租税法規については，刑罰法規とは異なり，憲法上遡及適用を禁じる旨の明文の規定がないほか（憲法39条前段参照），適時適切な景気調整等の役割も期待されていることなどにかんがみると，租税法規不遡及の原則は絶対的なものではなく，租税の性質，遡及適用の必要性や合理性，国民に与える不利益の程度やこれに対する救済措置の内容，当該法改正についての国民への周知状況等を総合勘案し，遡及立法をしても国民の経済生活の法的安定性又は予見可能性を害しない場合には，例外的に，租税法規不遡及の原則に違反せず，個々の国民に不利益を及ぼす遡及適用を行うことも，憲法上許容されると解するのが相当である。	遡及処罰を禁止している憲法39条とは異なり，同法84条，30条は，租税法規を遡及して適用することを明示的に禁止するものではないから，納税者に不利益な租税法規の遡及適用が一律に租税法律主義に反して違憲となるものと解することはできない。（大島訴訟・最大判昭和60年3月27日民集39巻2号247頁引用）。したがって，課税要件等に限らず，租税法規を納税者に不利益に遡及適用することについても，上記の諸般の事情の下，その合理的な必要性が認められるときは，租税法律主義に反しないものとして許容される余地があるものと解される。そして，この場合，納税者に不利益な遡及適用が租税法律主義に反しないものといえるかどうかは，その遡及適用によって不利益に変更される納税者の納税義務の性質，その内容を不利益に変更する程度，及びこれを変更することによって保護される公益の性質などを総合的に勘案し，その変更が合理的なものとして容認されるべきものであるかどうかによって判断すべきである（最大判昭和53年7月12日民集32巻5号946頁参照）。	（上記参照）

3. 期間税

福岡地裁	東京地裁	千葉地裁
期間税の場合，納税者の納税義務の内容が確定するのは1暦年の終了時であるが，遡及適用に当たるかどうかは，新たに制定された法規が既に成立した納税義務の内容を変更するものかどうかではなく，新たに制定された法律が施行前の行為に適用されるものであるかどうかで決せられるべきである。なぜならば，期間税の場合であっても，納税者は，その当時存在する租税法規に従って課税が行われることを信頼して，各種の取	所得税はいわゆる期間税であり，これを納付する義務（納税義務）は，国税通則法15条2項1号の規定により暦年の終了の時に成立し，また，その年分の納付すべき税額は，原則として所得税法120条の規定により確定申告の手続によって確定するところ，譲渡所得の金額の計算上生じた損失の金額を各種所得の金額から控除する（損益通算する）ことは，所得税の納税義務が成立した後の納付すべき税額を確定する段階で初めて	所得税は期間税であり，これを納付する義務は，国税通則法15条2項1号の規定により暦年の終了の時に成立し，また，その年分の納付すべき税額は，原則として所得税法120条の規定により確定申告の手続により確定するものであり，……そうすると，本件において，平成16年分の所得税の課税期間が開始したものの，その所得税の納税義務が成立する以前に行われた本件譲渡についても改正措置法を適用する旨を定めた本件改正

引行為等を行うのであって，そのような納税者の信頼を保護し，国民生活の法的安定性や予見可能性の維持を図る要請は，期間税であるかどうかで変わりがないからである。	行うものであり，個々の譲渡の段階で行うものではない。そして，所得税に関する法規が暦年の途中に改正され，これがその年分の所得税について適用される場合，暦年の最初から当該改正法の施行までの間に行われた個々の取引ついてみれば，当該改正法が遡及して適用されるとみることができるものの，所得税の納税義務が成立するのはその暦年の終了の時であって，その時点では当該改正法が既に施行されているのであるから，納税義務の成立及びその内容という観点からみれば，当該改正法が遡及して適用されその変更をもたらすものであるということはできない。	附則は，厳密にいえば，遡及立法には該当しないといわざるを得ない。……また，改正措置法の施行日前に納税者の死亡等によって，既に所得税の納税義務が成立し，又は確定している場合には，既に成立した納税義務の内容を変更することがないよう，正措置法附則27条2項及び3項において手当がされていることからも明らかなように，そのような場合に当たらず，課税義務（ママ※控訴審にて納税義務と改められている）が未だ成立していない場合については，本件改正附則が遡及立法に該当しないことを当然の前提にしているものと解される。

4. 不真正の場合の例外的禁止

福岡地裁	東京地裁	千葉地裁
（判示なし）	所得税のような期間税にあっては，期間計算を乱すことは納税申告事務及び徴収事務を混乱させるおそれがあり，また，同じ暦年において取扱いが異なることにより不平等が発生するという問題もあるので，暦年の途中から新たな措置を実施することが望ましいものとはいえない。したがって，そのような不利益を上回る必要性が認められない限り，暦年の途中から取扱いを変更する措置を採ることを回避することに合理性が認められるというべきである。	期間税の場合であっても，納税者は，通常，その当時存在する租税法規に従って課税が行われることを信頼して各種の取引行為を行うものであるといえるから，その取引によって直ちに納税義務が発生するものではないとしても，そのような納税者の信頼を保護し，租税法律主義の趣旨である国民生活の法的安定性や予見可能性の維持を図る必要はある。もっとも，期間税について，……一律に租税法規の遡及適用であるとして，原則として許されず，特段の事情がある場合にのみ許容されると解するのは相当ではない。そうすると，……厳密には租税法規の遡及適用であるとはいえないような場合は，……立法裁量の逸脱・濫用の有無を総合的見地から判断する中で，当該立法によって被る納税者の不利益をも斟酌するのが相当であるというべきである。……租税法規において，国民の課税負担を定めるについては，財政・経済・社会政策等の国政全般からの総合的な政策判断を必要とするばかりでなく，極めて専門技術的な判断を必要とすることも明らかであるから，納税義務者に不利益に租税法規を変更する場合は，その立法目的が正当なものであり，か

		つ，当該立法において具体的に採用された措置が同目的との関連で著しく不合理であることが明らかでない限り，憲法違反となることはないと解するのが相当である。そして，当該立法措置が著しく不合理かどうかを検討するに際しては，それが厳密には納税義務者に不利益な遡及立法とはいえないとしても，不利益に変更される納税者の既得利益の性質，その内容を不利益に変更する程度，及びこれを変更することによって保護されるべき公益の性質，納税者の不利益を回避するためにあらかじめ取られた周知等の措置等を総合的に勘案すべきである。

5. 改正の必要性・合理性

福岡地裁	東京地裁	千葉地裁
本件改正は，土地市場活性化等の目的のため早期に実現する必要性が一定程度あったと考えられ，損益通算の廃止と税率の引下げを一体として行うことで上記目的を達成するとともに，損益通算目的の駆け込み的不動産売却という弊害を防止するという観点からは，適用時期を平成16年1月1日からとすることにも経済政策上一定程度の必要性・合理性があったと認められる。しかしながら，他方で，本件改正の主要な理由となった不動産価格の下落傾向等は本件改正前から数年間は続いていたこと，前記認定のとおり，損益通算の制度の問題点については本件改正の数年前から指摘されていたこと，不動産譲渡に係る損益通算の制度は旧所得税法（昭和22年法律第27号）において設けられ，部分的な改正を経ながらも以後50年以上にわたって継続して認めらえてきたものであること，本件改正前後で租税を大幅に変更しなければならないような重大な経済状況の変動があったわけではないことなどは，遡及適用の必要性・合理性を減じる事情ということができる。	土地等又は建物等の長期譲渡所得について損益通算制度を廃止することは，同所得に分離課税方式が採られていたこととの整合性を図り，かつ，損益通算がされることによる不均衡を解消して適正な租税負担の要請にこたえ得るものとして合理性があったということができる。そして，平成16年度税制改正における譲渡所得についての損益通算の廃止は，長期譲渡所得の特別控除の廃止及び税率の引き下げと相まって，使用収益に応じた適切な価格による土地取引を促進し，特に，収益性の高い土地の流動性を高め，土地市場を活性化させる目的を有しており，これにより土地価格の下落に歯止めがかかることを期待してされたものである。したがって，これらの措置を全体として早急に実施する必要性があったことも肯定することができる。	(ア)損益通算を廃止の合理性 そうすると，土地建物等の長期譲渡所得について損益通算の制度を廃止することは，同所得に分離課税方式が採られていたこととの整合性を図り，かつ，損益通算がされることによる不均衡を解消して適正な租税負担の要請に応えるものとして，合理性があるということができる。そして，平成16年度税制改正における譲渡所得についての損益通算の廃止は，長期譲渡所得の税率引下げ等の措置と相まって，使用収益に応じた適切な価格による土地取引を促進し，収益性の高い土地の流動性を高め，もって，土地市場を活性化させ，これにより土地価格の下落に歯止めがかかることが期待されたものであり，その目的に照らして，損益通算廃止措置は合理性を有するものと考えられる。 (イ)遡及の合理性 本件改正附則の立法目的は，土地取引の活性化と株式取引等との不均衡是正の見地から，従来認められていた合理的とはいえない損益通算の制度の廃止等と長期譲渡所得税率引下げをパッケージとして，できるだけ早期に実施する必要があったことに加えて，これらの実施を翌年度まで遅らせれば（少なくとも，改正措置法施行後

		9箇月間は実施できないことになる。），その間に節税をねらいにした不当な低価による土地取引が横行しかねず，これが資産デフレをもたらすとの懸念によるものであり，特に後者の点は，現にその与党である自民党の平成16年度税制改正大綱がＡ新聞に報道された直後ころから，年内の駆け込み土地売却を勧める税理士等の提案がインターネットのホームページに掲載される等の動きがみられたことからも，単なる懸念にとどまらず現実性を帯びていたものである。そうすると，本件改正附則のとおり，損益通算を廃止する等を内容とする改正措置法を成立・施行前の平成16年1月1日に遡って適用する合理性・必要性を肯定することができる。

6. 予測可能性

福岡地裁	東京地裁	千葉地裁
上記認定事実によれば，本件改正の要旨が公にされたのは与党が平成16年度税制改正大綱を発表した平成15年12月17日であるが，これが一般国民に報道されたのは，初めて新聞報道及びインターネット上に掲載された同月18日であって，これは損益通算が認められなくなる日のわずか２週間前である。また，同日以後の報道等のうち，インターネット上の記事，週間税のしるべ，週刊税務通信及び住宅新報は，発行部数，読者の範囲等は不明であるが，税や不動産の専門家等でない通常の社会生活を営む国民の間ではそれほど多く流通しているものではないことが推認され，しかも本件改正についての記事はかなり小さなものであるから，これによる国民への周知はさほど期待できない。日本経済新聞（同月18日及び同月26日掲載）は，これと異なり，一般国民の間に相当程度の流通量があるものであるが，いずれの記事も半ばの紙面に掲載された小さなものであって，これによって図られる国民への周知の程度には限界がある。	遅くとも，自由民主党の決定した平成16年度税制改正大綱が日本経済新聞に掲載された平成15年12月18日には，その周知の程度は完全ではないにしても，平成16年分所得税から土地等又は建物等の長期譲渡所得について損益通算制度が適用されなくなることを納税者において予測することができる状態になったということができる。したがって，確かにかなり切迫した時点ではあったにせよ，平成16年1月1日以降の土地等又は建物等の譲渡について損益通算ができなくなることを納税者においてあらかじめ予測できる可能性がなかったとまではいえない。	その大綱の内容は，平成15年12月18日のＡ新聞に掲載され，その周知の程度は完全なものとはいえないまでも，平成16年分所得税から長期譲渡所得について損益通算制度が適用されなくなることを納税者において予測することができる状態になったということができる。したがって，平成16年1月1日からの土地建物等の譲渡時を基準とすると，確かに切迫していたことは否定できないものの，同日以降の土地建物等の譲渡について損益通算ができなくなること納税者においてあらかじめ予測することができる可能性がなかったとまではいえない。加えて，上記のとおり，所得税は期間税であること等から，暦年の終了時に納税義務が生じるものであり，その前においては，たとえ当該年分の所得税の課税期間が開始していたとしても，従前の租税法規の内容が改正されて年度開始時に遡って適用される可能性がないとはいえず，特に本件の場合のように，税制大綱が年度前に公表され，年度開始後1箇月程度で改正措置法案が国会に提出されて可決成立しているのであり，このような場合に改正

		法が年度開始時にさかのぼって適用される可能性は否定できない。そして，現にこれまでもそのようなケースが決して稀ではなかったことをも勘案すると，所得税のような期間税の場合，年度が開始した後は年度開始時に遡って租税法規が納税者に不利益に変更される可能性が立法の必要性如何によってはあり得ることを納税者としても全く予測できないとはいえないと考えられる。

II. 控訴審判示

1. 租税法律主義における不遡及の原則

福岡高裁	東京高裁	千葉高裁
納税者は，現在妥当している租税法規に依拠しつつ，現在の法規に従って課税が行われることを信頼しながら各種の取引を行うのであるから，後になってその信頼を裏切ることは，憲法84条が定める租税法律主義が狙いとする一般国民の生活における予測可能性，法的安定性を害することになり，同条の趣旨に反する。したがって，公布の前に完了した行為や過去の事実から生じる納税義務の内容を納税者の不利益に変更することは，憲法84条の趣旨に反するものとして違憲となることがあるというべきである。	（判示なし）	憲法84条の定める租税法律主義の内容の１つとしての課税要件法定主義は，課税要件……と租税の賦課・徴収の手続は法律によって規定されなければならないとする原則であるが，遡及立法は，納税義務が成立した時点では存在しなかった法規をさかのぼって適用して，過去の事実や取引を課税要件とする新たな租税を創設し，あるいは，既に成立した納税義務の内容を納税者に不利益に変更する立法であり，法律の根拠なくして租税を課することと同視し得ることから，租税法律主義に反するものとされる。

2. 租税法規不遡及の原則の絶対性

福岡高裁	東京高裁	千葉高裁
憲法は，同法39条の遡及処罰の禁止や同法84条の租税法律主義とは異なり，租税法規の遡及適用の禁止を明文で定めていないが，このことは，憲法が明文で定める租税法律主義（同法84条，30条）による課税の民主的統制を憲法上の絶対的要請としたのに対し，租税法規不遡及の原則による課税の予測可能性・法的安定性の保護を，租税法律主義から派生する相対的な要請としたことを示しており，租税法規不遡及の原則については，課税の民主的統制に基づく一定の制限があり得ることを許容	（判示なし）	（判示なし）

するものといえるからである。（大島訴訟引用），このことは，租税法規の適用時期についても当てはまるものである。以上からすれば，納税者に不利益な租税法規の遡及適用であっても，遡及適用することに合理性があるときは，憲法84条の趣旨に反し違憲となるものではないというべきである。……納税者に不利益な遡及適用に合理性があって，憲法84条の趣旨に反しないものといえるかは，〔1〕遡及の程度（法的安定性の侵害の程度），〔2〕遡及適用の必要性，〔3〕予測可能性の有無，程度，〔4〕遡及適用による実体的不利益の程度，〔5〕代償的措置の有無，内容等を総合的に勘案して判断されるべきである（最大判昭和53年7月12日民集32巻5号946頁参照）。		

3. 期間税

福岡高裁	東京高裁	千葉高裁
期間税のように，当該取引等により直ちに納税義務が確定せず，期間の途中で行われた法改正の後に，期間が終了する時点で納税義務が成立するものであっても，納税者は当該取引等の時点における租税法規に従って当該取引等に関する納税義務が成立するであろうと信頼するのが通常であると考えられ，このような場合においても，その信頼を保護することが国民の予測可能性や法的安定性に資することは否定できない。したがって，租税法規不遡及の原則で問題とされる遡及適用は，既に成立した納税義務の内容を国民の不利益に変更するものには限られないというべきである。……所得税はいわゆる期間税であり，その納付義務は国税通則法15条2項1号の規定により暦年の終了の時に成立し，また，当該年分の納付すべき税額は，原則として確定申告の手続によって確定するところ（所得税法120条），損益通算は，所得税の納税義務が成立した後の納付すべき税額を確定する段階で初めて行うものであり，個々の譲渡の段階で行うものではない。したが	所得税はいわゆる期間税であり，これを納付する義務は，国税通則法15条2項1号の規定により暦年の終了の時に成立するものとされている。また，その年分の納付すべき税額は，原則として所得税法120条の規定により確定申告の手続によって確定するところ，譲渡所得の金額の計算上生じた損失の金額を各種所得の金額から控除する（損益通算する）ことは，所得税の納税義務が成立した後の納付すべき税額を確定する段階で初めて行うものであり，個々の譲渡の段階で行うものではなく，対象となる譲渡所得の計算も，個々の譲渡の都度されるものではなく，1暦年を単位とした期間で把握される。したがって，本件のように，所得税に関する法規が暦年の途中に改正され，これがその年分の所得税について適用される場合，暦年の最初から改正法の施行までの間に行われた個々の取引のみについてみれば，改正法が遡及して適用されることになるとしても，所得税の納税義務が成立する暦年の終了時においては改正法が既に施行されているのであるか	所得税は，いわゆる期間税であり，暦年の終了の時に納税義務が成立するものと規定されている（国税通則法15条2項1号）。したがって，暦年の途中においては，納税義務は未だ成立していないのであり，そうとすれば，その暦年の途中において納税者に不利益な内容の租税法規の改正がなされ，その改正規定が暦年の開始時（1月1日）にさかのぼって適用されることとされたとしても（以下，これを「暦年当初への遡及適用」という。），このような改正（立法）は，厳密な意味では，遡及立法ではない。

って，暦年途中の法改正によってその暦年における所得税の内容を変更することは，既に成立した納税義務について改正法により変更をもたらすものではない。そして，このような期間税について暦年途中の法改正によってその暦年における行為に改正法を遡及適用することは，既に成立した納税義務を遡及的に不利益に変更する場合と比較して，遡及の程度は限定されており，納税者の予測可能性を害する程度や法的安定性を侵害する程度は低いと考えられる。	ら，改正法が遡及して適用され納税義務の変更をもたらすものであるということはできないというべきであり，本件改正附則は，厳密な意味では遡及立法であるということはできない。	

4. 不真正の場合の例外的禁止

福岡高裁	東京高裁	千葉高裁
（判示なし）	本件のように暦年当初への遡及適用によって納税者に不利益を与える場合には，憲法84条の趣旨からして，その暦年当初への遡及適用について合理的な理由のあることが必要であると解するのが相当である。そして，暦年当初への遡及適用に合理性があるか否かについては，（大島訴訟引用）と解されるところから，立法府の判断がその合理的裁量の範囲を超えると認められる場合に初めて暦年当初への遡及適用が憲法84条の趣旨に反するということができるものというべきである。	厳密な意味では遡及立法とはいえないとしても，本件のように暦年当初への遡及適用（改正措置法31条1項の暦年当初への遡及適用）によって納税者に不利益を与える場合には，憲法84条の趣旨からして，その暦年当初への遡及適用について合理的な理由のあることが必要であると解するのが相当である。ただ，暦年当初への遡及適用に合理的な理由があるか否かについては，（大島訴訟引用）と解される。すなわち，本件においても，立法府の判断がその合理的裁量の範囲を超えると認められる場合に初めて暦年当初への遡及適用が憲法84条の趣旨に反するものということができるものというべきである。

5. 改正の必要性・合理性

福岡高裁	東京高裁	千葉高裁
本件改正附則27条1項が本件改正の適用時期を平成16年1月1日以降とする必要があったということができる。……租税回避のため同月中に土地建物等を身内等に売却するよう勧める専門家が複数存在していたことからすれば，前記弊害のおそれが不適当な予測によるものとはいえない。……一暦年を期間とする所得税において，期間途中で取り扱いが変ることは，納税申告事務及び徴収事務の負担	（原判決に加えて）年度の途中から適用した場合改正措置法を暦年途中である平成16年4月1日から適用した場合には，適用前の譲渡について生じた損失又は利益を事業所得のような経常的な所得の金額の計算上生じた損失又は利益とどのように損益通算するのか等の問題が生じ，これらの問題を立法によって解決するとしても，これにより納税申告事務及び徴収事務の負担が増大し，混乱が生じる	もし，本件改正附則を設けないものとして，改正措置法31条1項を1月1日にさかのぼって適用せず，1月1日から3月31日までの長期譲渡（複数の譲渡があればそれらの損益を通算したもの）と4月1日から12月31，までの長期譲渡（複数の譲渡があればそれらの損益を通算したもの）とに区分し，前者については改正前措置法31条1項を，後者については改正措置法31条1項を適用して，別異に取

を増大させるものであることは明らかである。	ことは明らかであり，同じ暦年において取扱いが異なることにより納税者間に不平等が発生するという問題も容易に予想される。そうすると，改正措置法を成立・施行前の平成16年1月1日にさかのぼって適用する合理性・必要性があったものということができる。	り扱うものとすると，仮に前者の譲渡について損失が生じた場合，その損失をどのように損益通算するのか（例えば，他の所得が事業所得のみである場合に，その所得の1月1日から3月31日までの利益と通算するのか），また，特別控除額100万円はその全額を1月1日から3月31日までの利益と通算するのかそれとも1月1日から12月31日までの間の利益と通算するのか）……等の事情を総合考慮すると，本件における暦年当初への遡及適用（改正措置法31条1項の暦年当初への遡及適用）には合理的な理由があり，暦年当初への遡及適用を行うものとしたことに立法府の合理的裁量の範囲を超えるところはないというべきである。

6. 予測可能性

福岡高裁	東京高裁	千葉高裁
本件改正と同内容である与党の税制改革大綱（ママ）が国民に知れた時期（平成15年12月18日）は本件改正が適用される平成16年1月1日の２週間前であるし，租税及び不動産の専門誌等はその対象読者は限られていると考えられるから，一般国民に対する周知の程度には限界があったことは否定できないものの，納税者において本件改正の予測可能性が全くなかったとはいえない。……租税法規に対する個人の予測可能性を完全に満たさなければならないとすれば，そもそも租税法規の改正はできないことになり，租税の機能（国家の財政需要充足，所得の再配分，資源の適正配分，景気の調整等）は不全に陥ることとなるし，大綱や法案であっても，法改正の内容は予測できることからすれば，租税法規の改正に当たって，個人における予測可能性を完全に満足することまでは要求されていないというべきである。	（原判決に加えて）納税者個人の予測可能性に反することのみをもって直ちに不利益遡及立法に該当するものと解し，租税効果に対する予測可能性を保障しようとすると，およそ不利益な内容を含む租税法規の改正はできないこととなる。また，納税者の予測が各個人によってまちまちで，どのような場合に予測可能性があるかを判定することが困難であることからすると，納税者個人の予測を完全に保護することが，かえって法的安定性を害する結果になることも否定できないところである。そうすると，租税法規の改正に当たっては，納税者個人の予測可能性を完全に充足することまでは要求されていないものと解される。	（原判決のとおり）

第４章　損益通算制限立法訴訟の検証

本件訴訟に対しては，先に判決の下された福岡地裁と東京地裁を中心に，多くの評釈がなされている。違憲とした福岡地裁を支持するものが多く[239]，合憲とした東京地裁を支持するものは少ない[240]。本章では，これらの見解を交えながら，それぞれの論点で注目できる判示を中心に検討を行う[241]。

第１節　租税法規不遡及の原則

租税法規不遡及の原則の一般論については，第１審及び控訴審のいずれの裁判所ともに大きな違いはない。刑罰法とは違い明文はないものの，憲法84条（及び30条）が要請する租税法律主義は，国民の法的安定性と予測可能性を保障する観点から不遡及の原則を包含するというものである。東京地裁は，他の行政法との比較し，租税法は財産権を侵害するものであるから，より厳格に守られるべき原則であることも示す。納税者保護の観点から，法的安定性と予測可能性を保障する姿勢を明確に示したことは評価できる[242]。

第２節　租税法規不遡及の原則の絶対性

I.　例外的許容

租税法規不遡及の原則は絶対的なものではない，という点でもいずれの裁判所とも一致する。刑罰法との比較が主な理由である。しかし，遡及立法を許容する範囲は，福岡地裁と東京地裁で大きく異なり，結論に対する分岐点となった[243]。

福岡地裁は，租税の性質，遡及立法の必要性・合理性，国民に与える不利益の程度[244]，

---

239) 福岡地裁に賛成と思われるものとして，相京溥士「期間税と税法の遡及適用」税経通信64巻8号以下（2009），浅妻章如「損益通算制限立法の年度内遡及適用の可否」税務事例40巻7号1頁以下（2008），石村・前掲注（123）213頁以下，奥谷健「譲渡損失の損益通算を不可とする税制改正の遡及適用の違憲性」税務QA76号42頁以下（2008），岸田貞夫「譲渡損益通算に係る租税法律の改正と遡及適用の可否」ジュリスト1383号200頁以下（2009），品川芳宣「土地建物等の譲渡損失の損益通算禁止規定の合憲性」TKC税研情報17巻3号70頁以下（2008），永山茂樹「租税法の遡及適用が違憲とされた事例」法学セミナー53巻8号130頁以下（2008），橋本守次「改正税法の遡及適用と不利益不遡及の原則・上下」税務弘報57巻2号46頁以下-3号164頁以下（2009），一杉直『平成21年度増補改訂・所得税法の解釈と実務』760頁以下（大蔵財務協会，2009），藤曲武美「納税者の予測可能性と遡及立法」税理52巻6号70頁以下（2009），増田・前掲注（47）1頁以下（2008），三木義一「租税法規の遡及適用をめぐる二つの判決とその問題点」税理51巻6号71頁以下（2008），森稔樹「租税特別措置法附則27条による同法31条の遡及適用が違憲無効と判断された事例」速報判例解説3号287頁以下（2008），山田・前掲注（160）55頁以下を参照。

240) 東京地裁に賛成と思われるものとして，佐藤・前掲注（176）67頁を参照。

241) 千葉地裁に言及するものとして，石村・前掲注（123）213頁以下，酒井・前掲注（30）55頁以下を参照。

242) 増田・前掲注（47）13頁（2008）。

243) 三木・前掲注（239）72頁。

244) ３つの地裁とも，不利益を認定する。その程度については，福岡地裁は「多額」，東京地裁は「一定」，千葉地裁は「多額」と，いずれも軽微ではないことを示す。

救済措置の内容，改正についての国民への周知状況等を総合勘案し，遡及しても国民の経済生活の法的安定性又は予測可能性を害しない場合に，例外的に遡及立法が許されるとする。東京地裁は，立法裁量から逸脱しない場合，すなわち，合理的な必要性が認められる場合は許されるとする。両判示は，一見似ているようにも思えるが，租税法規不遡及の原則の絶対性について，福岡地裁は「原則禁止・例外許容」であるのに対して，東京地裁は「原則許容・例外禁止」と考えられる[245]。例外的に許容する範囲をきわめて狭く捕らえている福岡地裁の論理には，不遡及の原則が租税法律主義から導かれるとする点との整合性があるように思えるが，立法裁量論を用いて許容性を大きく示す東京地裁の論理には，不遡及の原則が租税法律主義から導かれ，他の行政法と比較してより一層許されないとする点との矛盾を感じる。東京地裁の判示に対しては，高橋祐介准教授の見解[246]の影響を受けているのではないかとする指摘がある[247]。

II. 立法裁量論

福岡地裁以外の判決は，立法裁量の範囲内での許容性を示す。特に，東京地裁，福岡高裁は，真正の遡及立法であっても立法府の裁量を重視する。

立法裁量とは，「立法に関して憲法上立法府に委ねられた判断の自由[248]」を表す。ただし，自由だからといって，何でも許されるというわけではない[249]。租税法における立法裁量については，いわゆる大島訴訟[250]で基準となる判断が示された[251]。「租税は，今日では，国家の財政需要を充足するという本来の機能に加え，所得の再分配，資源の適正配分，景気の調整等の諸機能をも有しており，国民の租税負担を定めるについて，財政・経済・社会政策等の国政全般からの総合的な政策判断を必要とするばかりでなく，課税要件等を定めるについて，極めて専門技術的な判断を必要とすることも明らかである。したがつて，租税法の定立については，国家財政，社会経済，国民所得，国民生活等の実態についての

---

245) 奥谷・前掲注（239）44頁，山田・前掲注（160）58頁。
246) 「予測可能性がどれだけ害されるかは極めて測定しがたいことを踏まえると，予測可能性がどれだけ害されるかという従来の視点を完全に放棄した上で，完全に予測可能性が確保されている状態，つまり現在の税法の状態から，その租税立法や改正（遡及効を有するか否かを問わない）がどれだけ必要であるかを判断して決定すべきであると考える。」とする（高橋・前掲注（111）103頁）。
247) 浅妻・前掲注（239）6頁。同准教授は，上記の高橋論文に続く「可能な限り予測可能性が確保されるべきであろう。」という見解を挙げ，東京地裁の誤読であるとする。
248) 野中俊彦「立法裁量論」〔芦部信喜編〕『憲法訴訟・第2巻』93頁（有斐閣，1987）。
249) 矢口俊昭「立法裁量論」〔高橋和之＝大石眞編〕『憲法の争点』230頁（有斐閣，第3版，1999）。憲法81条は，「最高裁判所は，一切の法律，命令，規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」と定める。
250) 最大判昭和60年3月27日民集39巻2号247頁。
251) 立法裁量論を用いて遡及立法に当たらないとされた事例として，東京地判平成10年2月26日判タ1000号275頁。

正確な資料を基礎とする立法府の政策的，技術的な判断にゆだねるほかはなく，裁判所は，基本的にはその裁量的判断を尊重せざるを得ないものというべきである。」とするものである。この最高裁判示以降，裁判所は租税法の違憲審査について慎重になっているといわれている[252]。ここで問題となるのが，不遡及の原則のような租税法律主義の原則といえるものまでをも，裁判所は判断を委ねなければならないのかということである。合理的な政策判断の下，遡及効を有する法律を設けることのすべてを禁じるものではない[253]。しかし，租税政策の適否ならともかく，租税法の原則までも立法裁量論を用いることには疑問を覚える[254]。少なくとも，厳格な合理性の基準をもって判断されるべき事案と考える[255]。

第３節　期間税の真正・不真正

I.　納税義務の成立と確定

期間税についての判断は，それぞれの裁判所で異なるものとなった。福岡地裁は，国税通則法に規定する納税義務の成立という事象を重視することなく，真正の遡及立法とは，新たに制定された法律が施行前の行為に適用されるものであるかどうかによって判断すべきとする。法的安定性と予測可能性を重視した判断である。福岡高裁は，期間税の一般論として，第１審と同旨の判断を示す。納税者は取引の時点における租税法に従って取引に関する納税義務が成立すると信頼するため，真正の遡及立法とは，すでに成立した納税義務の内容を不利益のものに変更するものに限らないとする。しかし，所得税でも損益通算に関しては例外とする。損益通算を行うのは，納税義務が成立した後，納付すべき税額を確定する段階であることから，所得税の他の規定とは違い，納税者の予測可能性や法的安定性を害する程度は低いとする。一般論では，所得の発生という事象を尊重しながら，損益通算に限っては急に課税実務を採用するという矛盾を感じる。損益通算に関しては，「課税期間終了時説」というより「租税債務成立時説」とも思えるものである。千葉地裁・高裁は，国税通則法に定める納税義務の成立時を基準とする「課税期間終了時説」である。成立した納税義務の内容を変更する場合は真正の遡及立法，成立前であれば不真正の遡及立法とする。東京地裁・高裁は，これに加えて損益通算が納税義務の確定の段階で

252) 品川・前掲注（239）78頁は，このような姿勢が，立法当局に安直な租税立法を許し，公正な税制の構築を妨害する可能性を指摘する。
253) 谷口勢津夫「滑り込みセーフ!?」〔佐藤英明編〕『租税法演習ノート』299頁（弘文堂，第2版，2008）。
254) 浅妻・前掲注（239）6頁，石村・前掲注（123）239頁，増田・前掲注（139）88頁（2008）。
255) 戸松秀典『立法裁量論』32頁（有斐閣，1993）は，租税法の立法裁量について，「差別自由あるいは権利や自由の侵害の態様によっては，厳格な合理性の基準のもとで判断されるべき場合がありうる」とする。

行われるものであることも理由に挙げるが，「課税期間終了時説」に近いと考える。

期間税の判示について，過去に，国側も，納税義務の成立と個別の経済取引を切り離す主張を行っていることから，論理に一貫性がないことを指摘する見解もある[256]。

II. 期間原則

課税期間終了時説は，「期間税だから期間の中途の改正は不真正の遡及立法」とする論理だが，期間税の「期間」には，どのような意義があるか。所得税は，人々の所得の増加分に対して課される租税である。国家財政や徴税事務の都合上，12か月を１つの期間として区切っているに過ぎず[257]，12か月が公平というわけでもない[258]。個々の国民の生活態様は均一ではないため，一定の期間を設けるのであれば，本来は生涯所得をベースにした調整措置が必要である[259]。その上，毎年のように租税制度が変更される社会では，期間の定め方次第で，納税者の負担は大きく変わってしまう。期間という括りをあえて設けるならば，生涯を１つの期間とするのがもっとも公平と考える[260]。しかし，生涯所得を測ることは困難であるため，生涯所得を基準とした調整措置は行われていない。

このような期間に生ずる納税義務を一括りに扱うことに意味があるのであろうか。国税通則法は，所得税の納税義務の成立時期について暦年の終了時と定めるが，それは徴税事務の都合に過ぎないのであって，生涯所得の測定とは関係がない。法的安定性と予測可能性を確保するための原則を検討するにあたって，そのような意味のない期間に拘束される必要があるとは思えない。むしろ，課税要件を構成する事象が生じた時点で納税義務を認識するべきではないだろうか。納税義務の成立という観点からは，行為の時点で少なくとも法律がなければならないのである。

さらに，本件改正は期間税でも個人に関する問題である。国家の都合を尊重して12か月で区切るとして，制度上，法人ならば対処が可能だ。法人は，法人税法上の事業年度の末

---

256) 品川・前掲注（239）80頁は，大阪高判平成2年9月27日訟月37巻10号1769頁の判示「右詐害行為当時既に右債権成立の基礎たる事実が発生し，近い将来においてその成立が高度の蓋然性をもって見込まれる場合，その見込みのとおりに債権が成立したときは，右債権は詐害行為の被保全債権となるというべきである。」を挙げて，「このような詐害行為取消権に関する判例の考え方は，期間税における納税義務の成立の時期と詐害の時期を切断したものであって，本件のような土地建物等の譲渡所得に係る課税問題についても参考になる」とする。

257) 田中・前掲注（127）46頁〔田中発言〕，同〔忠発言〕，中里実「所得概念と時間」〔金子宏編〕『所得課税の研究』132頁（有斐閣，1991）。なお，行政法においても同様である（和田・前掲注（91）88頁）。

258) 金子宏「ボーリス・ビドカーの『包括的課税ベース』批判論の検討」〔成田頼明編〕『行政法の諸問題・下』599頁（有斐閣，1990）。

259) 中里・前掲注（257）131頁は，包括的所得概念には，人間の一生を通じた租税負担の配分という発想が存在しないことを問題点として挙げている。

260) 木村・前掲注（26）208頁。

日を任意で定めることができるし，12か月に満たない期間であれば短縮することもできる。実行可能かどうかはともかくとして，極端なことをいえば１か月ごとや１日ごとの期間に区切ることができるのである。仮に，本件のような改正が法人税で行われるとする[261]。同じ時点の事実に対して，国税通則法上の納税義務の成立の有無が違憲性の判断の分かれ目になる場合，施行日の直前日（今回の場合は3月31日）に決算日を変更し，納税義務を意図的に成立させればよいことになる。法人であればこのようなことも可能であるが，個人は不可能に近い。個人の課税期間は，１暦年に限定されており，納税義務の成立日を任意で指定することはできない。本件改正が納税義務の成立の有無を念頭においていることは，施行日までに死亡したり，海外に転出した者には損益通算を認めていることから明らかである。納税義務が成立していなければ，損益通算が適用されないのであれば，個人は海外に移住するか，たまたま死亡しなければ不可能ということである。

III. 譲渡所得

期間税といっても，所得税には，さまざまな性質の所得が含まれる。東京訴訟の原告は，控訴審で，「課税の対象となる所得の累積が暦年を通じて行われるという要素を持つ給与所得と異なり，不動産の譲渡所得は，極めて限られた機会に，いわば１回限りのものとして行われるのが通常」であるため，随時税に近いと主張したが，不動産の譲渡所得は，所得税の他の所得と比べて，どのような性質をもつのであろうか。

わが国の所得税法は，その発生源泉の違いから所得を10種類に区分する。それらは，所得の種類・性質によって担税力が異なるという前提から，それぞれに課税方法が定められている。これら10種類の所得は，似かよった性質ごとに分けることができる。例えば，所得の発生頻度に着目して，反復的に発生するもの（不動産所得・事業所得・給与所得等）と，臨時的に発生するもの（退職所得・譲渡所得・一時所得等）とする分け方がある[262]。臨時的所得は担税力が低いことから，分類課税等の措置がとられている[263]。

所得税は，包括的所得概念[264]から，さまざまな性質のものを所得として捉えているのであるが，遡及立法について考えた場合，これを同じ期間税という理由で一括りにしてもよ

---

261) ただし，法人税には所得の区分という概念がないため，損益通算の可否という問題は発生しない。不利益な改正として，例えば，前年度まで損金に算入可能だったものが，当年度から不算入になる改正の場合等が考えられる。
262) 所得税法2条1項24号に定める臨時所得とは意を別にする。
263) 注解所得税法研究会編『注解所得税法』228頁（大蔵財務協会，4訂版，2004）。
264) 所得税における所得の範囲を反復的所得のみとする所得原泉説に対して，臨時的所得も所得に含まれるとする概念（金子・前掲注（12）164頁）。

いのだろうか。譲渡所得や退職所得は，所得税が対象とする期間（暦年）と，その所得が表面化するまで変動してきた期間がほとんど重ならない。期間の終了時としてしまうと，その重なりはさらに小さくなってしまう。そのような所得の性質の違いを考慮せずに，真正・不真正の判断をするべきではないと考える[265]。同じ所得税であっても，事業所得や給与所得については「課税期間終了時説」，譲渡所得は「課税期間開始時説」といった，性質に応じた対応をしてもよい[266]。経常的所得は期間の終了時，臨時的所得は行為時に納税義務が成立するという考え方も同様に成り立つ[267]。

租税法は，国民の普段の生活の下に成り立つものである。租税法が，国民の経済活動を歪めてはならない。経済活動の規律が私法による以上，原則として租税法は私法の規律に反してはならないはずである[268]。今回の土地等の譲渡のような売買契約は，民法555条において，「当事者の一方がある財産権を相手方に移転することを約し，相手方がこれに対してその代金を支払うことを約することによって，その効力を生ずる。」と定める。つまり，国民の経済活動である売買契約という行為は完了しており，その時点で譲渡所得が発生しているのである。

譲渡所得の中でも不動産の譲渡という取引は，一般国民の生涯に何度もあるものではない[269]。本件改正の場合は，東京地裁のような不真正であるから原則として遡及立法が許容されるというのではなく，東京原告の主張のように随時税と同種と考え，福岡地裁のように真正の遡及立法であるとした上で，例外が許容されるかどうかを判断すべきである。

IV. 損益通算の時期

福岡高裁は，「損益通算は，所得税の納税義務が成立した後の納付すべき税額を確定する段階で初めて行うもの」であるため，予測可能性を害する程度が低いとする。このような論理の場合，所得区分に応じた所得というのは，損益通算を行うまでは独立しているということになる。

期間税における期間と同じく，所得の性質に応じた10種類の所得も，徴税事務上の規定

---

265) 石村・前掲注（123）237頁，山田・前掲注（160）60頁。反対に，所得の性質を考慮しない見解として，佐藤・前掲注（176）80頁。
266) 浦東・前掲注（37）8頁は，譲渡所得以外に期間の開始時までに改正が行われなければならないものとして，間接税，利子所得・配当所得，税目の新設，税率区分の変更，反対に期間の終了時まで許容されるものとして，基礎控除の変更を挙げる。
267) 増田・前掲注（47）19頁。
268) 金子・前掲注（12）107頁。
269) 北野・前掲注（26）104頁，三木・前掲注（7）282頁。

に過ぎないのではないだろうか。所得税の原則が，包括的所得概念に基づくのであれば，すべての所得を１つの所得として捉えなければならないのではないか。所得区分は，性質ごとの担税力に応じた調整をするために設けられているのであって，区分の異なる所得の増加と減少という事象を分けているのではない。期間中のあらゆる時点で，包括的所得は増加も減少もしているのである。つまり，行為の時点で存する法律が損益通算を認めているのであれば，所得区分を異にする場合でも，行為の時点でそれらは通算されていると認識すべきである[270]。それにも関わらず，多くの裁判所は，区分の違う所得が通算されるのは納税義務の確定段階であるとして，期間中の通算を認めないような判断を示す。このような論理が通ると，納税義務の確定時に行われるものにしてしまえば，どんな規定でも許されることになり，結局，国税通則法に基づく納税義務の成立という事象を重視する立場と変わらない。なぜ，期間税においても法的安定性と予測可能性の観点から保護されなければならないとしながら，損益通算だけを例外にするのか理解ができない。

本件改正は，施行日までに死亡あるいは出国した納税者に関しては，従来の損益通算が認められている。たまたま死亡や出国という事象が生じた場合には所得が包括的に認識され，そのような事象がない場合には認識されないという，公平性を欠くものである[271]。

以上の検討から，本件改正は，真正の遡及立法と結論づける[272]。期間税に関する遡及立法であっても，原則として行為時に，その行為に対してどのような租税が課されるかが，法律に明記されていなければならない。国民の経済生活における法的安定性と予測可能性を保障するためには，行為時に租税が予測できなければならないのである。暦年の終了時に納税義務が成立するというのは，国税通則法上の納税義務の成立の時点であって，課税要件法上の納税義務の成立は行為など，事象の時点である。期間税の中でも１回性の性質の強い譲渡所得は，尚更この原則が重視されなければならない。そして，所得税が包括的所得概念を有している以上，損益通算だからといって例外ではないのである。

第４節　不真正の場合の例外

東京地裁・高裁や千葉地裁・高裁は，不真正であるから遡及立法にあたらないとする。しかし，必然的に許容するというものでもない。許されない立法であるとする基準は，国

---

270) 三木・前掲注（7）282頁，山田・前掲注（160）60頁。
271) 山田・前掲注（160）60頁。
272) 一杉・前掲注（239）784頁，増田・前掲注（47）19頁，山田・前掲注（160）60頁。

民が受ける不利益や予測可能性といったものであるが，東京地裁だけは，期間の途中から適用することによる不利益を上回る必要性がある場合に許されないとする。不利益とは事務手続に与える弊害や改正の前後の不平等のことで，個々の国民が受ける不利益や予測可能性は考慮されていない。東京地裁は，不真正の遡及立法の場合に，不利益が甚大であったり，予測可能性が皆無であっても許容するとも考えられる[273]。

首藤重幸教授は，ドイツにおける学説等を挙げ，本件改正に一定の合憲性を示す[274]。しかし，ドイツでも，真正・不真正の単純な二分論には有力な批判があり，「裁判所も単純な二分論で問題を判定しているわけではなく，詳細に立法事実を審査し，遡及立法の立法目的とそれを実現するための手段の合理性を丹念に審理している。」と続ける。東京地裁のような，不真正であればいかなる遡及立法も認める，とも受け取れるような結論に対して，改正の段階から警鐘を鳴らす。

第５節　必要性・合理性

ここから以下は，本件改正における固有の問題の検証である。いずれの裁判所も，本件改正の必要性・合理性を一定程度認めている。その中で，福岡地裁は，損益通算が長い期間認められてきたという過去の経緯から消極的な姿勢を示す。必要性・合理性の検討にあたっては，千葉地裁の判示と同様に，２つの視点から検討したい。まず，損益通算を廃止する合理性・必要性，次に，遡及する必要性・合理性，という順で行う。

I.　損益通算の禁止

損益通算制度は，さまざまな改正を経て現在に至る。所得の区分による損益通算の可否も，その時代に応じて変化してきた[275]。損益通算をするかしないかというのは，立法政策論の問題であるため，遡及立法の問題と直接に結びつくものではない。しかし，政策の合理性が乏しければ，遡及してまで立法する合理性も乏しくなるであろう。

国が主張する，土地市場の活性化や外国との不均衡な制度の解消といった改正の目的に

---

273) 浅妻・前掲注（239）6頁。
274) 首藤・前掲注（5）6頁。
275) 水野忠恒『所得税の制度と理論』152頁以下（有斐閣，2006）を参照。本件訴訟を含むものとして，酒井克彦「損益通算制度を巡る今日的問題（上・中）」税務事例40巻9号55頁以下-10号52頁以下（2008）を参照。

ついては，立法裁量論の見地からは否定することができない[276]。しかし，課税制度の不均衡という公平負担の原則の見地からの指摘はできる。例えば，ある納税者が，土地を購入し，その土地を賃貸し，その後に譲渡し，譲渡損失が出たとする。法人であれば，土地の賃貸料から譲渡損失を差し引くことができる。これが個人の場合，損益通算が禁止されていると，賃貸料から譲渡損失を差し引くことができない。同じ土地から生ずる所得に対して，個人と法人で租税の取扱いが違ってくるのである。不動産から生ずる賃貸料には課税して，譲渡損失は控除できないという状態も，担税力から考えると公平とは言い難い。個人の土地がすべて事業用というわけではないし，土地税制は損益通算以外にも個人と法人の相違はある。損益通算を認めたからといって，不均衡が解消されるわけではないが，公平という観点からは合理的とはいえないのではないだろうか[277]。少なくとも，原則的には損益通算を認めるものでなければならないと考える[278]。

本件改正の合理性を挙げるとすれば，包括的所得概念からの合理性が考えられる。土地の譲渡益あるいは譲渡損という所得は，短期間で生ずるものではない。何年ものあいだ捕捉されなかった所得が，譲渡した段階で捕捉されるのである。包括的所得概念は，実際には期間外に生じたであろう譲渡所得と，その他の期間内に生じた所得とを調整することもなく合算してしまう[279]。そのため，損益通算を他の所得と分離してしまうことには合理性もあると考える。ただし，平成15年分までの長い期間，損益通算が可能とされていたのであれば，平成15年12月31日までに生じたであろう損失については，損益通算ができるといった措置を認めるべきではないだろうか。

損益通算を禁止することに合理性がまったくないとは言えないが，どうしても必要であったとも思えない。もしあるとすれば，税率の引下げという「減税」とのパッケージとして，「増税」となるものが必要であったのかもしれない[280]。

---

276) ただし，土地市場の活性化だけが目的なら，損益通算を認める方が効果的であると考える（高野幸大「不動産譲渡損益通算廃止の立法過程にみる税制の不利益不遡及の原則」税務弘報52巻7号157頁（2004））。

277) 右山昌一郎「大綱の検討事項と問題点」税理47巻4号104頁（2004）。また，平成21年分から，上場株式等とその配当所得との損益通算が可能になったが，これは，不動産の賃貸料とその譲渡損失と似た関係ではないだろうか。

278) 山田・前掲注（160）62頁。

279) 中里・前掲注（257）144頁。

280) 首藤・前掲注（5）2頁。佐藤・前掲注（176）86頁は，「国政全般からの総合的政策判断」から同時に適用されていることに注目する必要があるというが，個々の納税者にとって，必ずしも同時に適用されるさけではないので，不利益が正当化されるものではない（高野・前掲注（276）157頁）。

II. 遡及立法

仮に，損益通算を禁止する必要性・合理性があるとして，遡及する必要性はあったのか。平成17年分からの適用では，なぜ不都合なのか。

この問題を考える上では，福岡地裁の「50年以上にわたって継続して認められてきた」ものを遡及してまで改正しなければならないのか，あるいは，千葉地裁[281]の「資産デフレ」を起こさないために遡及する必要があるのか，のどちらを重視するかで変わってくる。さらに，前者には「数年前から指摘されていた」，後者には「年内の駆け込み土地売却を勧める動きがみられた」という要素も付随する。

国民に不利益を与える以上，遡及することを認めるには，強い合理性が必要である[282]。資産デフレという理由は，強い合理性を有するとは言い難い。強い合理性があるならば，数年前の時点で改正せねばならなかったのではないだろうか。国が主張するような理由は，「期間税で不真正」という前提があるからであって，これが許されるのならば「随時税で真正」であっても許されることにもなりかねない[283]。平成17年まで待てないのであれば，平成16年4月1日から適用すればよいのである。東京高裁は，実務上の問題から期間の途中から開始することは合理的ではないとする。しかし，そのような問題を解決する制度を考えればよいのであって，このような理由で，国民に不利益を強いるべきではない[284]。

また，判決では示されなかったが，国は過去の遡及立法を挙げて合理性を主張する。しかし，これらは，裁判所の判断により合憲と認められたものではない[285]。立法裁量論は，著しい不合理がなければ合憲とするものであるため，福岡地裁が合理性を認めたことに対する異論もあるが[286]，これは，不遡及の原則が立法裁量論の範囲内となる場合に限られる。

第６節　予測可能性

いずれの裁判所も，本件改正の予測可能性の捉え方に大きな差はないようにも感じるが，最終的な判断は分かれた。税制改正大綱をもって，福岡地裁は予測できないとし，東京・千葉地裁は予測できるとする。予測が可能とは，どのような場合を表すのであろうか。

---

281) ほかに，福岡地裁，東京地裁も認めている。
282) 山田・前掲注（160）67頁。
283) 三木・前掲注（7）285頁。
284) 浅妻・前掲注（239）7頁。
285) 山田・前掲注（160）61頁。
286) 田中孝男「譲渡所得の損益通算制度の廃止（平成16年税法改正）を憲法違反とした事例」速報判例解説3号55頁（2008）。

I. 税制改正大綱

1. 法律の制定過程

近年の税制改正の過程をおおまか整理すると，次のとおりである。

11月下旬から12月上旬	政府税制調査会[287]による答申
	↓
12月中旬	与党による税制改正大綱の公表
	↓
1月中旬	税制改正の要綱の閣議決定
	↓
1月下旬から2月上旬	改正法案の国会への提出
	↓
3月下旬	改正法の可決・成立
	↓
3月下旬	改正法の公布
	↓
4月1日	改正法の施行

毎年，年末にかけて政府税制調査会による答申（以下「答申」という。）に基づいて，与党による税制改正大綱（以下「大綱」という。）が取りまとめられる。これが，改正が実際に行われる年の前年の12月中旬となる。年が明けて1月中旬に，税制改正の要綱（以下「要綱」という。）が内閣で決定される。その後，この要綱に沿った改正法案（以下「法案」という。）が2月上旬に国会へ提出され，通常は衆議院から参議院の順で審議，可決される。これが，3月下旬となる。そして，その数日中に公布がされ，4月1日に施行となる。追加経済対策などの目的で，他の時期にも税制改正が行われる場合もあるが[288]，わが国の根幹となるような税制改正は，このような過程で行われることが通例となっている。改正の対象となる税目は，所得税と法人税は当然のこと，相続税・贈与税もほぼ毎年行われる。

2. 内容の予測

税制改正の各過程で公表される内容から，翌年の改正がどこまで予測できるのであろうか。まず，もっとも早く公表される政府税制調査会による「答申」は，改正についての方

---

287) 内閣府に置かれる内閣総理大臣の諮問機関。租税制度に関する基本的事項を調査審議し，内閣総理大臣に意見を述べる（法令用語研究・前掲注（10）809頁）。

288) 例えば，「租税特別措置法の一部を改正する法律（平成21年法律第61号）」（平成21年6月19日成立，同月26日公布・施行）。

向性を示すものである。そのため，個々の改正内容は，翌年の実際に行われる改正と同一ではない。答申に示された改正が行われないこともあれば，答申からは読み取れない改正が行われることもある。さらに，答申から予測可能な改正があったとしても，表現が抽象的であり，金額や割合，いつから適用されるかなど具体的な要件は示されていない。一般納税者からすると，答申に沿った改正がされたとしても，納税者自身が対象になるのか，対象となった場合にはどの程度税額が課されるのかといった具体的な影響はわからない。これらのことから，答申による改正内容の予測可能性はあまりないといえよう。次の段階である「大綱」や「要綱」は，答申とは異なり，実際の改正とほぼ同一の内容である。具体的な要件も明記されているため，大綱や要綱からは改正による影響を予測することが可能である。最後に，「法案」であるが，これは，文字どおり実際の法律の基となるものである。このため，修正されることがない限り，そのまま成立することになる。内容自体，大綱・要綱とほとんど差はないが，変更が行われる可能性を加味すると，それらよりも予測可能性はさらに高いといえる。

3. 時期の予測

平成16年度を含む，過去10年の税制改正は，次の日程で行われている。

	政府税調 答申	与党 改正大綱	改正要綱 閣議決定	国会提出	成立日	公布日	施行日
平成12年度	12月16日	12月16日	1月14日	2月 1日	3月24日	3月31日	4月 1日
平成13年度	12月13日	12月13日	1月16日	2月 6日	3月28日	3月30日	4月 1日
平成14年度	12月14日	12月14日	1月17日	2月 1日	3月29日	3月31日	4月 1日
平成15年度	11月19日	12月13日	1月17日	2月 4日	3月28日	3月31日	4月 1日
平成16年度	12月15日	12月17日	1月16日	2月 3日	3月26日	3月31日	4月 1日
平成17年度	11月25日	12月15日	1月17日	2月 4日	3月30日	3月31日	4月 1日
平成18年度	11月25日	12月15日	1月17日	2月 3日	3月27日	3月31日	4月 1日
平成19年度	12月 1日	12月14日	1月19日	2月 2日	3月23日	3月30日	4月 1日
平成20年度[289]	11月20日	12月13日	1月11日	1月23日	4月30日	4月30日	4月30日
平成21年度	11月28日	12月12日	1月23日	1月23日	3月27日	3月31日	4月 1日

政府税制調査会答申の取りまとめの日以外は，混乱が生じた平成20年度を除いて，前述した通例の過程に沿って改正が行われているがわかる。国会への法案提出がここ2年続けて1月中に行われている程度で，日程に大きな変化はない。特に，公布から施行にかけて

289) 平成20年度の改正を巡る状況は，衆議院と参議院で過半数を占める党が違ういわゆる「ねじれ国会」の影響による混乱があった。この際，与野党の争いのないものに関してはつなぎ法案として「国民生活等の混乱を回避するための租税特別措置法の一部を改正する法律案」が3月31日に成立・公布され，4月1日より施行されている。

はほとんど差がなく，1日程度の違いで毎年機械的に行われている。近年の具体的な日程からは，改正時期のおおよそ予測ができることがわかる。ただし，平成20年度のように，国会の情勢によって，成立や施行の時期が大幅にずれ込むことが，現実に起こることに注意しなければならない。

また，本件改正のような所得税の税制改正を，1月1日までに把握するためには，大綱で予測しなければならないことがわかる。しかし，大綱の公表から年度の開始までは約２週間しかなく，そのあいだに，納税者は大綱の内容を把握し，経済的意思決定を行わなければならない。

4. 成立の予測

現実的かどうかはともかくとして，改正内容及び改正時期は，大綱の段階で予測できなくもないことがわかった。しかし，大綱が公表された段階では，実際に法律として施行されるかどうかはわからない。それでは，実際に法律となることを，もっとも早く予測できるのはどの段階であろうか。それは，法案が成立した段階以外考えられない。それ以前の段階，例えば，法案は，文字どおり「案」であり，法律ではない。国会で議決される以上，成立しないことが起こりうる。与党が衆参両院で過半数を占めていたとしても，賛成しない与党議員がいれば否決される可能性もあるだろう。現に，「ねじれ国会」といった事態が起きてしまっている[290]。

さらに，東京地裁や千葉地裁などは，法案ですらない大綱で予測しろというのである。大綱が法律ではないことに，疑う余地はない。国側の主張を認めることは，憲法によって唯一の立法機関と定められている国会を蔑ろにするものである[291]。租税法律主義の法律には，大綱や法案も含まれるのであろうか。法律ではないものに予測可能性を与えることになれば，「公布後は法律という形式を重視し，公布前は法律という形式を軽視するというアンバランス[292]」な社会を認めることになる。公布後に法律を知らなかった，で済まされないのであれば，公布前は法律じゃないから知らなくて当たり前，で済まされるべきではないだろうか。裁判所は，大綱や法案が修正されることなく，そのままの内容で必ず成立

290) 品川・前掲注（239）81頁。
291) 三木義一『演習ノート租税法』9頁（法学書院，補訂版，2008）。
292) 浅妻・前掲注（239）8頁。

すると判断しているのだろうか[293]。成立すると信じていたのに，成立しなかった場合はどうなるのだろうか。大綱で改正を予測して損害を受けた者に対して，国は保障してくれるのだろうか。大綱は，あくまで法案が提出されることを予測させるものに過ぎないのであって，法律として成立することを予測させるものではない[294]。そのようなもので，租税法律主義の目的である予測可能性を確保できるとする判断には，賛成できないのである[295]。

II. 国民への周知

税制改正大綱の公表から年度の開始までが「切迫」したものであったことは，予測可能性を有するとした裁判所も認めるところである。この２週間という期間は，大綱の周知期間として十分なのであろうか。この問題には，公布の概念を用いることができる。公布は官報によって行われるのであるが[296]，成立した法律の内容を，国民が実際に認識したかどうかは問わず，公布された段階で認識したものと擬制される。つまり，官報にさえ載れば，周知されたということになる。さらに，公布があったとみなされるのは，日本のあらゆる場所で閲覧可能になったときではなく，日本のどこかで閲覧可能になったときである[297]。いずれにしろ，周知に際しての時間的な猶予はなく，官報の閲覧開始と同時に国民が認識したものとなる。公布の概念が，即時周知である以上，大綱の周知も同様の効果を持つと考えざるを得ない。しかし，国民の準備期間としての公布の機能[298]から考えると，公布即時施行といった過程は避けるべきであるし[299]，このことは，大綱の場合でも同じことがいえるのではないだろうか。

また，裁判所は，新聞記事などを根拠に予測可能性を与える。大綱の周知媒体に特定のものがあるわけではないが，本件訴訟では，新聞・インターネット・専門家向け雑誌が認定された。このうち一般国民への周知ということから考えると，前２者が該当すると考えられる。これらの媒体がどの程度普及しているのか定かではないが，新聞のわずかな記事

---

293) 志賀・前掲注（55）35頁は，政党が事実上の憲法的承認を得ていることや党議拘束がある事実から，一定の予見可能性を認めているが，それらの実態があるからといって，裁判所が国会における法律案の審議は形骸に過ぎないというに等しいと認めることは問題であるとする。

294) 高橋・前掲注（111）101頁。

295) 阿部泰隆＝三木義一「官・民対等の新たな租税制度の構築を目指して・下」税理52巻13号129頁〔阿部発言〕（2009）。

296) 最大判昭和32年12月28日刑集11巻14号3461頁。

297) 最判昭和33年10月15日刑集12巻14号3313頁。ただし，少数意見は全国で閲覧可能となった時点を挙げる。

298) 山田・前掲注（160）56頁。

299) 藤田尚則「法令の公布」〔高橋和之＝大石眞編〕『憲法の争点』294頁（有斐閣，第3版，1999）。法案の審議が公布に代わるとする考え方もある（石島・前掲注（78）91頁）。

で周知できたとする判断には無理があるのではないだろうか。現実的には，官報よりも新聞やインターネット，あるいはテレビといった媒体の方が，一般国民への周知効果は高いと考えるが，それでも載ればよいとか放送されればよいという考え方は，法的安定性と予測可能性を保障したものとはいえまい[300]。まして，猶予期間は２週間しかない。期間が長ければ，伝え聞くこともありえようが，短い期間では，そのような効果も期待できないであろう。

第７節　検証結果

以上の検討から，本件改正は，違憲であると結論づける。具体的な論理構成は異なるものの，合憲としたどの裁判所の論理を追ってみても，認められるものではない。

租税法規不遡及の原則は，憲法が要請する原則であり，立法裁量論の及ぶ範囲を逸脱している。期間税であっても，期間中の個々の行為時に法律がなければならない。それは，損益通算であっても同様で，本件改正は真正の遡及立法にあたる。さらに，今までの税制改正の慣例は，予測可能性が十分に確保されているとはいえない。土地等の譲渡所得の損益通算は，遡及してまで制限しなければならない必要性が認められるものではないし，一般国民の不利益を上回る合理性があるとも思えない。したがって，租税法律主義の観点からは，本件改正は許されないものである。

---

[300] 石村・前掲注（123）265頁。

おわりに

ここまで，租税法規不遡及の原則の検討を行ってきた。不遡及の原則は，遡及立法を絶対的に禁止するものではない。そのため，今回のような事例を検討する場合，何を重視するかによって判断がわかれることは当然に起こりうる。

その違いは，租税法律主義をどう捉えるかによる。法律という形式を重視するのであれば，遡及するものであっても許されることになろう。しかし，憲法がなぜ租税法律主義を要請しているかということを忘れてはならない。民主主義が守られていればどんな法律でも許されるのではなく，個々の国民の法的安定性と予測可能性を保障することを目的としているのである。主観的に判断してしまうと，その本質を見失うことにつながる。

すべての国民の下に絶対的とした刑罰法規不遡及の原則であっても，個々の国民に置き換えると必ずしもその限りではない。一般の国民は，刑罰法の世話になることはほとんどない。刑罰法があろうがなかろうが犯罪とされる行為は犯さないし，犯さないと信じたい。普段の生活で，刑罰法が遡及されようが関係ないのである。しかし，租税法は，そうはいかない。すべての国民が主体的に関わりをもつ[301]。通常の生活を送っていれば，避けることのできない法律である。租税は，悪いことをしているのではない。租税法規不遡及の原則は，善良な国民の法的安定性や予測可能性を乱すという意味で，むしろ，刑罰法規不遡及の原則よりも守られるべきものなのではないか，とも思える。

本稿は，租税法の立法過程において租税正義が実現されているかどうかを検証した。その結果は，必ずしも実現しているとは言えないものであった。租税正義を実現するためには，租税法律主義と租税公平主義という大原則が租税法を支配・統制しなければならない[302]。租税法規不遡及の原則は，租税法律主義を構成する不可欠の原則である。租税法規不遡及の原則が守られていなければ，租税正義の実現を果たすことはできないのである。

折しも，政権交代によって，不変的であった租税立法の慣習が変わろうとしている。遡及立法に関しても変革が求められている[303]。

真に国民が安心できる社会となることを信じ，本稿を終わりとする。

---

301) 木村・前掲注（16）3頁。
302) 増田・前掲注（8）36頁。
303) 藤井裕久ほか「民主党の税制抜本改革で日本社会はこう変わる」税理52巻14号8頁〔古川発言〕（2009）。

参考文献

1. 単行本

租税法

新井隆一『税務行政の法律知識』（帝国地方行政学会，改訂第5版，1968）
新井隆一『租税法の基礎理論』（日本評論社，1974）
碓井光明『地方税条例』（学陽書房，1979）
注解所得税法研究会編『注解所得税法』（大蔵財務協会，4訂版，2004）
金子宏『租税法』（弘文堂，第14版，2009）
金子宏編『租税法の基本問題』（有斐閣，2008）
金子宏ほか編『ケースブック租税法』（弘文堂，第2版，2007）
金子宏ほか編『租税法講座・第1巻』（帝国地方行政学会，1974）
北野弘久『税法学原論』（青林書院，第6版，2007）
北野弘久『現代税法講義』（法律文化社，5訂版，2009）
木村弘之亮『租税法学』（税務経理協会，1999）
木村弘之亮『租税法総則』（成文堂，1998）
清永敬次『税法』（ミネルヴァ書房，第7版，2007）
吉良実『租税法概論』（中央経済社，1990）
佐藤和男『土地と課税』（日本評論社，2005）
田中二郎『租税法』（有斐閣，第3版，1990）
忠佐市『租税法要綱』（森山書店，第10版，1986）
中川一郎『税法学体系』（ぎょうせい，全訂増補版，1977）
増田英敏『租税憲法学』（成文堂，第3版，2006）
増田英敏『リーガルマインド租税法』（成文堂，第2版，2009）
松沢智『租税法の基本原理』（中央経済社，1983）
水野忠恒『所得税の制度と理論』（有斐閣，2006）
水野忠恒『租税法』（有斐閣，第4版，2009）
山本守之『租税法の基礎理論』（税務経理協会，新版，2008）

行政法

新井隆一編『行政法』（青林書院，1992）
杉村章三郎『行政法要義・上巻』（有斐閣，新版，1970）
杉村敏正『行政法講義・総論・上巻』（有斐閣，全訂版，1969）
田中二郎『行政法総論』（有斐閣，1957）
広岡隆『行政法総論』（ミネルヴァ書房，第5版，2005）
和田英夫『行政法講義・上』（学陽書房，1982）
和田英夫『行政法読本・総論編』（井上書房，1963）

憲法

戸松秀典『立法裁量論』（有斐閣，1993）
橋本公宣『日本国憲法』（有斐閣，全訂版，1988）
宮澤俊義＝芦部信喜『日本国憲法』（日本評論社，全訂版，1978）

刑法

大谷實『刑法講義総論』（成文堂，新版第3版）
川端博『刑法総論講義』（成文堂，第2版，2006）
斎藤信治『刑法総論』（有斐閣，第6版，2008）
団藤重光『刑法綱要総論』（創文社，第3版，1990）
内藤謙『刑法講義・総論・上』（有斐閣，1983）
福田平『刑法総論』（有斐閣，全訂第4版，2004）

2. 論文・判例評釈

相京溥士「期間税と税法の遡及適用」税経通信64巻8号169頁（2009）
浅妻章如「損益通算制限立法の年度内遡及適用の可否」税務事例40巻7号1頁（2008）
阿部泰隆「遡及立法・駆け込み対策1」自治研究68巻7号3頁（1992）
阿部泰隆「遡及立法・駆け込み対策2」自治研究68巻8号16頁（1992）
新井隆一「租税法律主義の憲法的意義」税法学176号5頁（1965）
新正幸「唯一の立法機関」〔高橋和之＝大石眞編〕『憲法の争点』170頁（有斐閣，第3版，1999）
石島弘「租税回避への立法措置と不利益不遡及の原則」税理32巻2号87頁（1989）
石村耕治「損益通算制限立法の遡及適用の憲法適合性」白鴎大学法科大学院紀要2号213頁（2008）
岩﨑政明「租税法規・条例の遡及立法の許容範囲」税57巻3号4頁（2002）
碓井光明「租税法規不遡及原則の再検討」税49巻4号4頁（1994）
碓井光明「租税法律の改正と経過措置・遡及禁止」ジュリスト946号120頁（1989）
碓井光明「保険料賦課基準の遡及適用」〔佐藤進ほか編〕『社会保障判例百選』50頁（有斐閣，第2版，1991）
浦東久男「地方税における遡及立法禁止の問題」総合税制研究1号1頁（1992）
浦東久男「租税法規の遡及適用について」税法学560号3頁（2008）
奥谷健「譲渡損失の損益通算を不可とする税制改正の遡及適用の違憲性」税務QA76号42頁（2008）
加藤幸嗣「行政法規の遡及適用」〔成田頼明編〕『行政法の争点』44頁（有斐閣，新版，1990）
金子宏「市民と租税」〔加藤一郎編〕『岩波講座・現代法8』303頁（岩波書店，1966）
金子宏「ボーリス・ビドカーの『包括的課税ベース』批判論の検討」〔成田頼明編〕『行政法の諸問題・下』581頁（有斐閣，1990）
菊井康郎「保険料賦課基準の遡及適用」〔唄孝一＝成田頼明編〕『医事判例百選』176頁（有斐閣，1976）
岸田貞夫「譲渡損益通算に係る租税法律の改正と遡及適用の可否」ジュリスト1383号200頁（2009）
北野弘久「条例の遡及適用」〔成田頼明＝磯部力編〕『地方自治判例百選』46頁（有斐閣，1981）
木村弘之亮「租税判例研究」ジュリスト757号129頁（1982）
吉良実「税法上における不遡及効の原則」税法学100号98頁（1959）
酒井克彦「損益通算制度を巡る今日的問題・上」税務事例40巻9号55頁（2008）
酒井克彦「損益通算制度を巡る今日的問題・中」税務事例40巻10号52頁（2008）
酒井克彦「損益通算制度を巡る今日的問題・下」税務事例40巻11号61頁（2008）
佐藤功「法令公布の時期・上」時の法令260号32頁（1957）
佐藤功「法令公布の時期・下」時の法令261号20頁（1957）
佐藤謙一「租税法規における遡及立法の問題」税大ジャーナル9号67頁（2008）
佐藤達也「公布の時と施行の時」ジュリスト166号36頁（1958）
志賀櫻「不利益課税遡及立法の違法適合性」税経通信64巻6号25頁（2009）
品川芳宣「土地建物等の譲渡損失の損益通算禁止規定と遡及立法禁止の原則」税研23巻6号（2008）
品川芳宣「土地建物等の譲渡損失の損益通算禁止規定の合憲性」TKC税研情報17巻3号70頁（2008）
渋谷雅弘「保険料賦課基準の遡及適用」〔佐藤進ほか編〕『社会保障判例百選』44頁（有斐閣，第3版，2000）
首藤重幸「租税法における遡及立法の検討」税理47巻8号2頁（2004）
高野幸大「不動産譲渡損益通算廃止の立法過程にみる税制の不利益不遡及の原則」税務弘報

52巻7号154頁（2004）
高橋佑介「租税法律不遡及の原則についての一考察」総合税制研究11号76頁（2003）
田代隆「地方税法の遡及適用と既得権の侵害等」シュトイエル4号40頁（1962）
田中孝男「譲渡所得の損益通算制度の廃止（平成16年税法改正）を憲法違反とした事例」速報判例解説3号53頁（2008）
谷口勢津夫「研究ノート・税法の基礎理論」税法学555号299頁（2006）
谷口勢津夫「納税義務の確定の法理」〔芝池義一ほか編〕『租税行政と権利保護』61頁（ミネルヴァ書房，1995）
谷口勢津夫「滑り込みセーフ⁉」〔佐藤英明編〕『租税法演習ノート』293頁（弘文堂，第2版，2008）
中里実「所得概念と時間」〔金子宏編〕『所得課税の研究』129頁（有斐閣，1991）
中里実「Tax transitionと水平的公平」ジュリスト898号101頁（1987）
中祖博司「保険料賦課基準の遡及適用」〔佐藤進＝西原道雄編〕『社会保障判例百選』76頁（有斐閣，1977）
永山茂樹「租税法の遡及適用が違憲とされた事例」法学セミナー53巻8号130頁（2008）
野中俊彦「立法裁量論」〔芦部信喜編〕『憲法訴訟・第2巻』93頁（有斐閣，1987）
橋本守次「改正税法の遡及適用と不利益不遡及の原則・上」税務弘報57巻2号46頁（2009）
橋本守次「改正税法の遡及適用と不利益不遡及の原則・下」税務弘報57巻3号164頁（2009）
波多野弘「遡及立法」〔雄川一郎＝金子宏編〕『租税判例百選』10頁（有斐閣，1968）
波多野弘「租税法律不遡及の原則1」税法学147号5頁（1963）
波多野弘「租税法律不遡及の原則2」税法学148号6頁（1963）
波多野弘「租税法律不遡及の原則3」税法学150号18頁（1963）
波多野弘「租税法律不遡及の原則4」税法学151号5頁（1963）
波多野弘「租税法律不遡及の原則5」税法学152号4頁（1963）
波多野弘「租税法律不遡及の原則6」税法学155号5頁（1963）
波多野弘「租税法律不遡及の原則7」税法学156号23頁（1963）
波多野弘「租税法律不遡及の原則8」税法学157号15頁（1964）
波多野弘「租税法律不遡及の原則9」税法学158号5頁（1964）
波多野弘「租税法律不遡及の原則10」税法学159号4頁（1964）
波多野弘「租税法律不遡及の原則11」税法学160号3頁（1964）
波多野弘「租税法律不遡及の原則12」税法学162号8頁（1964）
波多野弘「租税法律不遡及の原則13」税法学163号4頁（1964）
波多野弘「租税法律不遡及の原則14」税法学165号4頁（1964）
波多野弘「租税法律不遡及の原則15」税法学166号1頁（1964）
波多野弘「租税法律不遡及の原則16」税法学168号20頁（1964）
波多野弘「租税法律不遡及の原則17」税法学169号10頁（1965）
波多野弘「租税法律不遡及の原則18」税法学170号6頁（1965）
波多野弘「租税法律不遡及の原則19」税法学171号11頁（1965）
波多野弘「租税法律不遡及の原則20」税法学173号7頁（1965）
波多野弘「租税法律不遡及の原則21」税法学174号6頁（1965）
波多野弘「租税法律不遡及の原則22」税法学175号4頁（1965）
波多野弘「租税法律不遡及の原則23」税法学179号6頁（1965）
林修三「行政法規の遡及適用はどの範囲で許容されるか」〔成田頼明編〕『行政法の争点』56頁（有斐閣，1980）
一杉直『平成21年度増補改訂・所得税法の解釈と実務』760頁（大蔵財務協会，2009）
藤田尚則「法令の公布」〔高橋和之＝大石眞編〕『憲法の争点』294頁（有斐閣，第3版，1999）
藤曲武美「納税者の予測可能性と遡及立法」税理52巻6号70頁（2009）
渕圭吾「適用を年度開始時点まで遡らせる租税法規の合憲性」法学教室342号別冊判例セレクト13頁（2009）

前蔵正七「租税判例研究」税理18巻2号109頁（1975）
増田英敏「譲渡損失の損益通算を不可とする税制改正の遡及適用の合憲性」TKC税研情報17巻5号1頁（2008）
増田英俊「納税者の予測可能性の確保と申告納税制度」税務事例39巻2号32頁（2007）
増田英敏「不利益な税制改正の遡及適用と租税法律不遡及の原則」税務弘報56巻7号79頁（2008）
三木義一『演習ノート租税法』7頁（法学書院，補訂版，2008）
三木義一「租税法規の遡及適用をめぐる二つの判決とその問題点」税理51巻6号71頁（2008）
三木義一「租税法における不遡及原則と期間税の法理」山田二郎先生喜寿記念『納税者保護と法の支配』273頁（信山社，2007）
右山昌一郎「大綱の検討事項と問題点」税理47巻4号96頁（2004）
宮崎良夫「遡及立法」〔水野忠恒ほか編〕『租税判例百選』8頁（有斐閣，第4版，2005）
宮原均「税法における遡及立法と憲法」法学新報104巻2-3号95頁（1997）
森稔樹「租税特別措置法附則27条による同法31条の遡及適用が違憲無効と判断された事例」速報判例解説3号287頁（2008）
矢口俊昭「立法裁量論」〔高橋和之＝大石眞編〕『憲法の争点』230頁（有斐閣，第3版，1999）
八ツ尾順一「遡及立法の禁止」租税研究710号21頁（2008）
山田二郎「税法の不利益遡及立法と租税法律主義」税法学559号55頁（2008）
綿貫芳源「地方税法の遡及適用と既得権の侵害」自治研究39巻1号151頁（1963）

3. コンメンタール・用語辞典・座談会・その他

武田昌輔編『DHCコンメンタール・所得税法』（第一法規，2008）
小林孝輔ほか編『基本法コンメンタール・憲法』（日本評論社，第5版，2006）
金子宏編『税法用語事典』（税務経理協会，7訂版，2006）
金子宏ほか編『法律学小辞典』（有斐閣，第4版補訂版，2008）
法令用語研究会編『法律用語辞典』（有斐閣，第3版，2006）
吉国一郎ほか編『法令用語辞典』（学陽書房，第9版，2009）
阿部泰隆＝三木義一「官・民対等の新たな租税制度の構築を目指して・下」税理52巻13号129頁（2009）
田中二郎ほか「租税法セミナー」ジュリスト111号42頁（1956）
平川忠雄＝山田淳一郎「平成16年度税制改正の概要と実務ポイント」税理47巻4号28頁（2004）
藤井裕久ほか「民主党の税制抜本改革で日本社会はこう変わる」税理52巻14号2頁（2009）
浅野一郎『法律・条例』（ぎょうせい，1984）
大島稔彦『法令起案マニュアル』（ぎょうせい，2004）
田島信威『法令入門』（法学書院，2008）
田島信威『法令の読解法』（ぎょうせい，最新三訂版，2006）
山本庸幸『実務立法技術』（商事法務，2006）
大蔵財務協会編『改正税法のすべて・平成12年版』（大蔵財務協会，2000）
大蔵財務協会編『改正税法のすべて・平成13年版』（大蔵財務協会，2001）
大蔵財務協会編『改正税法のすべて・平成14年版』（大蔵財務協会，2002）
大蔵財務協会編『改正税法のすべて・平成15年版』（大蔵財務協会，2003）
大蔵財務協会編『改正税法のすべて・平成16年版』（大蔵財務協会，2004）
大蔵財務協会編『改正税法のすべて・平成17年版』（大蔵財務協会，2005）
大蔵財務協会編『改正税法のすべて・平成18年版』（大蔵財務協会，2006）
大蔵財務協会編『改正税法のすべて・平成19年版』（大蔵財務協会，2007）
大蔵財務協会編『改正税法のすべて・平成20年版』（大蔵財務協会，2008）
大蔵財務協会編『改正税法のすべて・平成21年版』（大蔵財務協会，2009）

4. 判例

最大判昭和24年5月18日民集3巻6号199頁
東京高判昭和28年6月13日民集9巻5号593頁
大阪地判昭和31年9月24日行集7巻9号2206頁
最大判昭和32年12月28日刑集11巻14号3461頁
最判昭和33年10月15日刑集12巻14号3313頁
東京地判昭和36年4月26日行集12巻4号839頁
静岡地判昭和47年10月27日行集23巻10・11号774頁
福岡高判那覇支部昭和48年10月31日訟月19巻13号220頁
東京高判昭和49年4月30日行集25巻4号330頁
神戸地判昭和52年2月24日訟月23巻3号572頁
大阪高判昭和52年8月30日高民30巻3号217頁
最大判昭和53年7月12日民集32巻5号946頁
津地判昭和54年2月22日行集31巻9号1829頁
名古屋高判昭和55年9月16日行集31巻9号1825頁
横浜地判昭和56年1月26日行集32巻1号69頁
最大判昭和60年3月27日民集39巻2号247頁
大阪高判平成2年9月27日訟月37巻10号1769頁
最判平成8年11月18日刑集50巻10号745頁
名古屋地判平成9年12月25日判自175号37頁
東京地判平成10年2月26日判タ1000号275頁
東京地判平成10年12月25日税資239号681頁
東京高判平成11年11月11日税資245号261頁
最判平成12年4月11日税資247号280頁
福岡地判平成17年3月31日税資255号順号9986
東京高判平成17年9月29日判時1920号146頁
福岡高判平成18年5月31日税資256号順号10413
福岡地判平成20年1月29日判時2003号43頁
東京地判平成20年2月14日LEX/DB25400331
千葉地判平成20年5月16日LEX/DB25440143
福岡高判平成20年10月21日判時2035号20頁
東京高判平成20年12月4日LEX/DB25440930
東京高判平成21年3月11日TAINSZ888-1413

REIT 税制の国際的側面についての基礎的考察

恩田 哲保

〈論文要旨〉

REIT に関する国際課税の問題について、REIT に用いられる事業体ごとの租税条約の特典適用のアンバランスを失くし、さらに REIT の特徴である不動産所得から配当所得への転換による租税条約の特典を居住者と非居住者がともに享受できるようにして、REIT によるさらなる不動産市場の活性化を図る観点から検討した。

REIT の器であるビークルについて、投資法人や TMK のように法人格があるものについてペイ・スルー課税を認めたもの、特定目的信託のように法人格がないものについて法人課税とした上でペイ・スルー課税を認めたもの、そして、匿名組合のように法人格もなくパス・スルー的な課税関係が成立するものに分けられるが、法人格の有無やその課税上の仕組みにかかわらず、REIT が導管として使われることには変わりはない。したがって、事業体ごとに課税上の差異を設けることは公平性の観点からも好ましくないと考える。

不動産所得を配当所得に変換する導管体である REIT という器という意味では、同様な経済的な効果をもたらすにもかかわらず、その事業体の法的形態の違いによって、租税条約の軽減税率の適用が異なるということは、問題である。特に、投資環境のグローバル化が進展する中では、源泉地国と居住地国の適切な税配分、内外投資の公平性及び中立性、REIT の活用の観点等から考えれば、どのような事業体であっても、公平に租税条約の軽減税率の適用を可能とすべきと考える。

OECD は、REIT に係る国際課税上の問題に対し、2008 年にモデル租税条約を改定した。そこでは、REIT に関し、一定のものについては条約適格を認め、REIT からの配分について、すべての資本の 10%未満を保有する小投資家はポートフォリオ投資による配当を受け取るに過ぎないとし、一方で、すべての資本の 10%以上を保有する大投資家は国内法に基づく課税をできることとした。今回の改定は、REIT の所得分配に関する各国間におけるルールの共通化を目的としてその取扱いを明らかにし、譲渡収益についても、持分の譲渡については株式類似で扱うとして、REIT に関するコメンタリー上の取扱いをはっきりさせている。米国を中心とした現行の REIT に関する租税条約の考え方は、個人・機関投資家の REIT へのポートフォリオ投資は類似の株式投資と目的・効果に違いがないため、適切な環境下で居住者及び非居住者に対して、同様の税務上の取扱いが認められるべきとの考え方に基づいていると思われる。したがって、このような考え方を踏まえた今回の REIT に関する OECD モデル租税条約の改定は妥当であると思料される。

OECD が今回のモデル租税条約で提示した大・小投資家の区分のメルクマールである10%という基準であるが、ファンドに関する課税の特例の25%基準よりは低く、オランダにおける資本参加免税の５%基準よりも高い。REIT スキームが個人投資家などの一般投資家に大規模な不動産投資に投資をする機会を拡大するために導入されたものであることから、25%まで保有してしまうとそれは小規模投資家とは言えないと考えられ、現状では10%基準が各租税条約で使用されていることから妥当であり、５%へ引き下げることは対内投資の促進の観点からは好ましくないのではないだろうか。したがって、今般、OECDが提示した10%基準は現状では妥当であると考えられるが、今後の不動産市場の活性化をどのように政策的に考えるかによって、その10%という基準の変更もあり得ると思料される。そして、この10%基準は、匿名組合を活用したREITについても適用可能であると考えられるが、他のビークルと比較して出資者の人数が少ない場合にはポートフォリオ投資とは言えない可能性が高いため、適用除外とすべきである。このため、他のビークルと同様な出資人数等の要件を課した上で、租税条約の軽減税率を適用すべきと考える。

目　　次

はじめに
１　問題の所在・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・3
２　検討の方法・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・5
第１章　REIT のグローバル化・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・7
第１節　REIT の意義・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・7
　１　　投資信託の意義・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・7
　２　　REIT の意義・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・8
　（１）米国
　（２）日本
第２節　REIT への投資の拡大と各国の REIT 制度の法的形態・・・・・・・・・・12
　１　　投資商品としての拡大・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・12
　２　　各国の REIT 制度の法的形態・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・13
　（１）アジア・オセアニアの REIT 制度の法的形態
　（２）欧州の REIT 制度の法的形態
第３節　小括・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・17
第２章　REIT の租税条約適格性・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・20
第１節　租税条約の目的・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・20
第２節　「者」(person)・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・21
第３節　「居住者」(resident)・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・23
第４節　「受益者」(beneficial owner)・・・・・・・・・・・・・・・・・・・24
　１　　受益者の概念・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・24
　２　　租税条約での議論・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・27
　（１）旧日英租税条約
　（２）旧日ルクセンブルク租税条約
　（３）旧日仏租税条約
第５節　小括・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・30

第３章　REIT からの分配金の所得分類・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・33
第１節　所得の転換・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・33
１　REIT 所得とは・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・33
２　軽減税率の適用上の問題・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・33
（１）米国とベルギーの租税条約の改訂
（２）米国とルクセンブルクの租税条約の改訂
（３）EU での議論
３　不動産所在地国での譲渡益・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・38
（１）譲渡益課税の導入
（２）租税条約と FIRTPA の関係
（３）租税条約オーバーライドと FIRPTA
４　政府系ファンドと FIRPTA・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・42
第２節　OECD モデル租税条約の改定・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・44
１　集団投資ビークルに関する分析・・・・・・・・・・・・・・・・・・・44
２　第 10 条（配当）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・44
３　第 13 条（譲渡収益）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・46
第３節　小括・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・48
第４章　匿名組合を用いた REIT に関する検討・・・・・・・・・・・・・・・・・50
第１節　匿名組合に関する通達の解釈と所得分類・・・・・・・・・・・・・・・50
第２節　共同事業的性質と投資的性質による区分・・・・・・・・・・・・・・・52
第３節　大・小投資家のメルクマール・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・53
１　OECD の大・小投資家のメルクマール・・・・・・・・・・・・・・・・53
２　匿名組合をポートフォリオ的に使用する場合のメルクマール・・・・・56
第４節　小括・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・57

おわりに・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・59

参考文献・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・61

はじめに

１　問題の所在

1960 年に米国で始まった不動産投資信託（Real Estate Investment Trusts、以下「REIT」という[1]。）市場は、個人投資家などの一般の投資家に大規模な不動産に投資する機会を拡大させ不動産に小口流動性を付与して資金へのアクセス経路を確保することで不動産への資金流入を促し[2]、ひいては国内経済の活性化に寄与させるという市場インフラとしての機能が期待され、REIT 市場の経済的有用性が広く認知されたことによって、既に世界に普及し、2009 年 3 月現在 29 カ国で制度化され、さらに中国、フィリピン、フィンランド、サウジアラビア、リトアニア、インドネシア、スペイン、バーレーンなどが導入を検討している[3]。

REIT の役割として以前は、国内経済の活性化のための観点から有用性が挙げられていたが、現在では REIT はミドルリスク・ミドル・リターンの資産として、グローバル・国内投資家のオルタナティブ投資[4]や投資ポートフォリオの分散化としてのニーズにも合致したため、REIT 市場は大きな発展を遂げることができた[5]。

サブプライム問題が顕在化した 2007 年以降市場は激変したが、REIT の市場インフラとしての意義自体が否定されているものではなく、この観点に立てば今後も長期的視野に基づき再度 REIT が活性化する可能性は十分にあり、今後は欧米に加えてアジア諸国で近年急速に高齢化が進みつつあることから、将来、年金基金や金融機関、個人の資金運用の必要性は一層高まることに伴い、REIT への投資も回復することが見込まれる[6]。なお、本稿では考察しないが、サブプライム問題後の市場の低迷を受けて、REIT に関する市場の信頼を高め、REIT 市場の活性化を図るため、「投資家に信頼される不動産投資市場確立フ

---

1 森島義博＝小高亨『J-REIT 投資のすべて』金融財政事情研究会、2004 年、10 頁によれば、米国の不動産投資信託（Real Estate Investment Trusts）が略称されることから、日本版不動産投資信託は J-REIT（特に上場不動産投資信託を J-REIT と言うこともある。）若しくは REIT と呼ばれる。

2 ピーター・リンネマン、監訳者・川口雄一郎『不動産ファイナンス大全』日経新聞社、2008 年、260 頁。

3 不動産証券化協会『不動産証券化ハンドブック 2009－2010』2009 年、224 頁。

4 内山英貴『オルタナティブ投資入門〔第２版〕』東洋経済新報社 2006 年、30 頁では、オルタナティブ投資について「伝統的投資に対する対義語という観点でみれば、ポートフォリオの中の株式や債券等伝統的資産運用に加え、異なったリスクを持つ運用対象を組み込み、有効フロンティアを改善するのが目的である。」と説明している。

5 スティーブン・ウェクスラー「米国の REIT 市場の進化が世界的発展を可能に」ARES（The association for real estate securitization（社団法人 不動産証券化協会）以下同じ。）2007 年 1－2 月号、19 頁。

6 河村理恵「信用収縮下のグローバル REIT 市場」住友基礎研究所 J-REIT 関連レポート 2009 年 5 月 15 日、16 頁。住友基礎研究所 HP より http://www.stbri.co.jp/file/pdf/report/report_20090515.pdf

ォーラム」などにおいて、REIT の再編やガバナンスの必要性などが議論された[7]。そして、税制に関しては、平成 21 年度税制改正において、REIT の再編を円滑に行うため合併に向けての税制面の整備等が行われている[8]。

この REIT 投資への拡大及び各国の REIT 制度の拡大に伴う国境を跨いだクロスボーダーの REIT 投資に対し、これまで一定の国内法の規定はあるものの、クロスボーダーの租税条約そのものの規定は十分に確保されていなかった[9]。さらに、諸外国においては各国多様な REIT の形態があり、必ずしも米国 REIT とは同じものではなく、それらの投資ビークルから生じる、クロスボーダーの租税条約上の問題が生じている[10]。REIT そのものには課税されないことから、国際租税条約適用上の当事者適格性を欠くことになり、国際間の重複課税排除が不十分となり、例えば、REIT は事業体段階では課税されないが、それでは投資家段階で二重課税排除の手続をとればよいといえるのか、その投資家の数があまりに多く常に移動するので、事実上難しいなどの問題がある[11]。

これらの問題に対して、OECD は、2007 年に「REIT に関連する租税条約の問題[12]」（以下「OECD ディスカッションペーパー」という。）」を公表し、その後、2008 年に「モデル租税条約[13]」を改定した。これらは、今後の REIT 税制において大きな示唆を与える内容となっていることから、今後の我が国の対応が期待される[14]。

そこで、今後のクロスボーダーにも対応する、REIT に関する税制の問題について、REIT に用いられる事業体ごとの租税条約の特典適用のアンバランスを失くし、さらに REIT の特徴である不動産所得から配当所得への転換による租税条約の特典を居住者と非居住者が

---

7 投資家に信頼される不動産投資市場確立フォーラム「Ｊリートを中心とした我が国不動産投資市場の活性化に向けて～「投資家に信頼される不動産投資市場確立フォーラム」とりまとめ～」平成 21 年 7 月 3 日。ARES HP より http://www.ares.or.jp/works/seminar/pdf/forum_all.pdf

8 桑原幸江＝山本恭司「投資法人の合併に係る税務上の取扱い～平成 21 年度税制改正を中心として」ARES2009 年 9－10 月号、29～39 頁によれば、投資法人の合併に関して国税庁が「投資法人が共同で事業を営むための合併を行う場合の適格判定について（文書回答）」において適格判定における見解を示したこと、投資法人の租税特別措置法 67 条の 15 における導管要件のうち利益の 90%超を配当するという要件の基準となる利益の額が、これまで税務上の所得金額を使用すると基準を満たさない可能性があったため、会計上の数値に基づくことになったことなどの改正がなされた。

9 大城隼人「REIT に投資する投資家の租税条約適用に関する研究－OECD モデル租税条約 2008 を参考に－」名経法学 25 巻 2008 年、216(1)頁。

10 大城・前掲注(9)216(1)頁。

11 田邊昇『新版 投資ファンドと税制』公文堂 2007 年、125 頁。

12 Tax Treaty Issues Related to REITs, Public Discussion Draft(2007).

13 訳文については、川端康之『OECD モデル祖税条約 2008 年版　簡略版』日本租税研究協会 2009 年及び川田剛＝徳永匡子『OECD モデル祖税条約コメンタール逐条解説』税務研究会出版局 2009 年を参考にした。以下同じ。

14 大城・前掲注(9)215(2)頁。

ともに享受できるようにして、REIT によるさらなる不動産市場の活性化を図る観点から検討する。

２　検討の方法

第１章において、まず、投資信託及びREITの意義を踏まえたうえで、日米のREITスキームの法的形態について概観する。次に、REIT 制度が、どのようなニーズによって各国に広がったのかについて考察を加える。そして、各国に広がったREIT制度は、その法的形態が米国や我が国と類似のものなのか、あるいは課税上の仕組みは共通する部分があるのかについて考察する。その上で、我が国のREITの課税上の仕組みの基本的な考え方を整理する。

第２章においては、第１章で整理した我が国のREIT自体が租税条約上でどのように扱われるのか、つまり、租税条約の特典が享受できるのはREITか、又はREIT自体は導管に過ぎないため、租税条約の特典を享受できるのは投資家なのかについて法的形態ごとに考察する。また、我が国のREITの法的形態は複数存在しており、その事業体ごとに租税条約上の適用を変えても良いのかという観点から旧日英租税条約等を参考にしつつ考察する。

第３章においては、REIT から生じる所得がどのような国際課税上の問題を引き起こすのかについて米国の REIT に関する租税条約の改訂を参考として考察する。REIT を通じた不動産投資からの収益を、不動産の収益と考えるのか、それとも株式投資からの配当と考えるのかによって、非居住者に対する租税条約上の取扱いが異なることなどにより国際課税上の問題を生じさせる。また、REIT を通じた投資を行うことで、対内投資を促進させるのか、又は自国の課税権の確保を優先させるのかによって課税上の取扱いも異なり、自国の課税権の確保を優先させると各国間に摩擦を生じさせる。このような問題に関して、OECDモデル租税条約において、大・小投資家の区分によってREITから生じる所得の性質を変える考え方が提示されたが、そのような考え方によって条約による問題の解決を図ることの可能性について考察する。

第４章においては、最後に、我が国でもっとも多く利用される匿名組合を活用したREITスキームに関して、今回の OECD モデル租税条約の改定を受けて、今後、どのような課税上の見直しを行っていくべきかについて考察する。匿名組合が、REIT のような金融商品の投資媒体として活用される場合には、現行の課税ルールは適用可能なのか。また、匿名組合から生じた所得分類には租税条約上の議論があるが、匿名組合を活用したREITの

所得分類はどのように考えればよいのか。そして、今般、OECD モデル租税条約で提示された大・小投資家の区分のメルクマールは妥当なのか、さらに、そのメルクマールは、匿名組合を活用した REIT にも適用可能なのかについて考察する。

第１章　REIT のグローバル化

第１節　REIT の意義

１　投資信託の意義

不動産投資信託は、名前のとおり不動産の投資信託であるが、そもそも投資信託とはどのようなものであろうか。

投資信託は、英国で 18 世紀の後半から始まり、当時の英国の経済的な繁栄による膨大な富の蓄積をバックにして、発達したものである[15]。その後、投資信託は、米国に輸入され、1940 年に投資会社法が制定されてから、大きく発展した[16]。投資信託は、名前にトラストがついているからと言って､その形態はトラストだけを使用するものばかりではない。

例えば、米国では、投資会社法にいう投資会社とは、その私法上の形態が単に株式会社だけではなく、ビジネス・トラストやリミテッド・パートナーシップなどを含み、証券法上の規制対象とする事業主体、投資家という幅広い「エンティティ、Entity」の概念であり、また、集団証券投資の「取り決め、Arrangement」を意味すると解されており[17]、様々な形態がある。なお、投資会社が投資家に発行する証券は投資会社法の適用範囲内である必要があり、さらに、これらの証券は 1933 年連邦証券法の登録、及び 1934 年連邦証券取引所法の登録と定期的報告義務の下に置かれる[18]。

また、英国でも 19 世紀後半には、株式会社の乱立やその信用の低下を背景として、契約型の投資信託、インベストメント・トラストが人気を集めていたが、1879 年の訴訟事件[19]を契機として、当時のインベストメント・トラストの多くは、株式会社に転換してインベストメント・トラストカンパニーとなり、その後、英国では「トラスト」という言葉が使われていても会社型投資信託（クローズド・エンド型投資会社）を意味する[20]こととなっている。

したがって、投資信託には、様々な形態があり、その沿革的な理由とか、その利便とか

---

15 落合誠一「イギリス法制」落合誠一編『比較投資信託法制研究』有斐閣 1996 年、57 頁。

16 田邊昇「投資信託制度の本質」『フィナンシャル・レビュー』1995 年第 11 号、4 頁。

17 田邊・前掲注(16)5 頁。

18 近藤光男「アメリカ法制」落合誠一編『比較投資信託法制研究』有斐閣 1996 年、9 頁。また、近藤光男「アメリカ法制」落合誠一編『比較投資信託法制研究』有斐閣 1996 年、9～10 頁によれば、「1940 年投資会社法が、1933 年連邦証券法や 1934 年連邦証券取引所法と大きく異なる点は、投資会社法では発行会社の内部的管理・統治機構についても実体的な規定がおかれていることである。」とされる。

19 Sykes v. Beadon(1987)11 ch.D170.当該信託は、利益を得るために 20 名を超える者で構成する団体（association）であるのに、1862 年会社法のもとで登記されていず、したがって違法な団体であるとする主張が認められた。ただし、この見解は控訴院においてその後覆されている。Smith v .Anderson(1880)15Ch.D247.

20 川島いずみ「集団投資スキーム」『ジュリスト』No1155、1999 年、211 頁。

効率などの観点から、信託、株式会社、契約など私法上の様々な形態が活用されている[21]。

２　REIT の意義

（１）米国

次に、不動産投資信託であるが、これも同様にその形態はトラストばかりを用いるのではない。REIT はその名のとおり Real Estate Investment Trusts の略語であり、不動産ファンドでもある REIT は米国で発展した。REIT という信託形態は 1800 年代より存在するといわれ、不動産投資信託のための資金をプールする道具として採用され、1953 年以前は「Massachusetts Business Trusts」と呼ばれていた[22]。

一方、米国では、税法に関して、法人税と所得税の統合についてクラシカル・メソッドを採用しており[23]、法人段階と株主段階における二重課税は残されたままであるが[24]、信託として認められると二重課税は行われず、信託形態のほうが課税上有利になっていた[25]。

このため、信託という形態を使うだけで、税負担が大きく異なるというのは中立性に反するというということで、1935 年のモリセイ判決[26]では、信託であっても一定の事業目的がある限りは「団体（association）」と構成し、これに法人税課税を認めた[27]。

また、小口の投資家から集めた資金をプールする受け皿（ビークル）として信託や法人形態が利用されるようになったが、そのようなビークル段階で法人課税がなされると、直接的に投資を行った場合に比べ課税上不利になってしまう[28]。そこで、このような集団投資スキームでは、本来であればビークル段階で法人税課税されるものについても、一定の要件を満たす場合には、税法上ビークルを導管として扱うこととされ、まず、1936 年に規制的投資会社（regulated investment company 以下「RIC」という。）が内国歳入法のサブチャプターM に規定された[29]。

---

21 田邊・前掲注(16)5 頁。

22 財団法人トラスト 60『信託税制研究－海外編－』1997 年、68 頁。

23 金子宏『租税法　第十四版』弘文堂 2009 年、246 頁。

24 金子宏「法人税と所得税の統合－総合の諸類型の検討」『所得課税の法と政策』有斐閣 1996 年、429 頁。

25 佐藤英明『信託と課税』弘文堂 2000 年、22 頁。

26 Morrissey v Commissioner,296 U.S.,1935　当該判決等については佐藤英明「投資信託課税の日米比較（上）」『ジュリスト』No.1035、1993 年、160～166 頁、佐藤英明「投資信託課税の日米比較（下）」『ジュリスト』No.1036、1993 年、117～122 頁が詳しい。

27 占部裕典「企業課税における法人概念（一）」『民商法雑誌』95 巻 2 号 1986 年、246 頁。

28 財団法人トラスト 60・前掲注(22)246 頁。

29 内国歳入法のサブチャプターM には、RIC、REIT、および不動産モーゲージ投資導管措置（real estate mortgage investment conduit 以下「REMIC」という。）の３つがある。REMIC は 1986 年に制度化されている。1996 年には、金融資産証券化投資信託（financial asset mortgage securitization trust 以下「FASIT」という。）が創設され、REMIC の対象資産がモーゲージ以外の金融資産まで拡大されることになった。

REITについては、1960年にthe Real Estate Investment Trust Act of 1960によって、不動産投資のためのビジネス・トラストが導入された。

したがって、米国では、REITは投資会社法上どのように規定されているかは無関係で、REITとして認められるためには、税法上の組織要件等[30]を充足すれば良く、その要件を満たした場合には法人形態も信託形態も認められる。

その後、米国では、UPREIT（Umbrella Partnership REIT、以下「UPREIT」という。）が1992年に開発されたこと等により、その活用が拡大した[31]。

（２）日本

次に、我が国におけるREITとはどのようなものであるかについて概観する。

1998年12月に施行された「証券投資信託及び証券投資法人に関する法律[32]（昭和26年6月4日法律第198号）」（以下「旧投信法」という。）では会社型投資信託が導入されていた。しかし、投資法人自体は箱のようなものであるから、不動産投資の判断を行う専門家が必要であるが制度化されていないことや金融と不動産が個別の行政管轄になっていることもあり、両者を融合したような不動産投資信託はなかなか実現しなかった[33]。その後、旧投信法は「投資信託及び投資法人に関する法律」（以下「投信法」という。）に改正され[34]、同年11月に施行された。従来は運用対象資産の50%超が有価証券である投資信託のみ認められていたが、この改正により主として不動産に投資する投資信託（日本版不動産投資信託）が可能となり、2001年3月には東京証券取引所において不動産投資信託の上場市場が整備され、公募型の不動産ファンドである J-REIT[35]が登場することとなった[36]。J-REITは、投信法で定められた投資法人がビークルとして活用され、投資家は投資法人

---

30 REITの要件等の詳細に関しては、伊藤公哉『アメリカ連邦税法（第4版）』中央経済社2009年、554～559頁及び小平武史「米国における非居住者・外国法人の不動産投資信託（REIT）投資にかかる税務上の論点〔上〕」『国際商事法務』Vol.29No.10 2001年、1181～1187参照。

31 ピーター・リンネマン・前掲注(2)260頁以下及びウィリアム・プルーグマン＝ジェフリー・フィッシャー、監訳者・川口雄一郎『リアルエステート・ファイナンス 第12版 下』日経BP社2006年、428頁以下参照。

32 1951年に制定された「証券投資信託法」が、1998年6月の「金融システム改革のための関係法律の整備等に関する法律」の中で「証券投資信託及び証券投資法人に関する法律」に改正をされた。この改正により、投資者が出資し、投資法人を設立することによりファンドが組成され、その資金を投資法人から委託を受けた運用会社（投資信託委託業者）が有価証券に対する投資として運用する会社型投資信託が導入された。

33 田村幸太郎「日本版REITの現状と課題　日本版リートの概要」『NBL』2001年5月1日 No712、24頁。

34 天野雅夫「金融システム改革関係の税法上の措置（所得税関係）」について」『税務弘報』Vol.46No.8 、1998年、68頁。

35 特に証券取引所に上場したものがJ-REITと呼ばれ、投資法人の形態をとっており、不動産投資専門会社の設立ともいえるため、会社型不動産投資信託と呼ばれる。

36 2001年9月に日本ビルファンド投資法人とジャパンリアルエステイト投資法人の２つのJ-REITが東証に上場した。

へ出資し投資口（投資証券）を取得する。投資法人は資産を主として特定資産に対する投資として運用することを目的として投信法に基づき設立された団体をいい（投信法第 2 条第 12 項)、投資法人は法人とされる（投信法第 61 条)。

また、1998 年に、銀行の担保不動産や不良債権を証券化して、その流動化と有効利用を促進するため､｢特定目的会社による特定資産の流動化に関する法律｣(以下｢SPC（ Special Purpose Company）法」という。）が制定され、特定目的会社の設立が認められた[37]。2000 年 5 月、SPC 法は、名称が「資産の流動化に関する法律（平成 10 年 6 月 15 日法律第 105 号)」(以下「資産流動化法」という。）に改正され、流動化の対象資産が原則としてすべての資産に拡大されたほか、流動化の媒体として新たに信託形態が認められ、特定目的会社と並んで特定目的信託の制度が導入された[38]。この資産流動化法に定められた特定目的会社（以下「TMK」という。）を活用した REIT（不動産投資ファンド）が TMK スキームである。投資家は TMK の優先出資証券を購入する。TMK も資産流動化法に基づき設立された法人である。TMK は、不動産の信託受益権化をしなくても、不動産流通税（不動産取得税及び登録免許税）の軽減措置や不動産特定共同事業法[39]の適用除外となり、外国投資家には株主としてのコーポレートガバナンス機能を強化できるなどのメリットがあるため、近時、私募で行われる不動産ファンドのビークルとして活用されるケースが増えている[40]。

さらに、私募型の REIT（不動産ファンド）として、商法（明治 32 年 3 月 9 日法律第 48 号）に規定される匿名組合を活用したものがある。匿名組合は、多数の組合員が同時に１つの契約等に基づき共同で目的の行為を行うという一般的な組合概念とは異なり、１人の営業者と１人の匿名組合員という２者間の契約関係により成立するもの（なお、匿名組合員が多数となることは排除されていない）であり、一般的な投資スキームでは、匿名組

---

37 天野・前掲注(34) 68 頁。

38 佐藤教授は、｢「法人」の多様化に対する最初の最も重要な対応は、平成 10 年に設けられた特定目的会社および証券投資法人に関する特例措置である。この特例措置においては、要件を満たす特定目的会社および証券投資法人が配当可能利益の 90%以上を実際に配当する等の要件を満たした場合には、その支払配当を損金として算入しうることを定め（租特旧 67 条の 14 および 15)、前述した「法人課税のパッケージ」の一部に大きな風穴をあけることになった。｣(佐藤英明「新しい組織体と税制」『フィナンシャル・レビュー』2002 年第 10 号、100 頁）と述べている。

39 不動産特定共同法とは、「不動産会社が市場から直接的に資金を調達し、投資家が少額の資金で不動産投資を行うことを可能にするため、投資家保護の仕組みを整備した法律」(佐藤一雄『不動産証券化実践』ダイヤモンド社 2005 年、183 頁）である。

40 東京共同会計事務所『ビークル[事業体]の会計・税務（第２版)』中央経済社 2008 年、144 頁。

合の営業者として有限会社や合同会社であるSPC[41]を設立し、SPCが複数の投資家とそれぞれ匿名組合契約を締結するという利用形態（(以下「GK-TK スキーム[42]」という。また、合同会社を略して「GK」、匿名組合を略して「TK」という。）が典型的である[43]。GK-TKスキームは、①営業者（＝合同会社）が不動産を保有及び管理する、②営業者がテナントとの不動産の賃貸借契約及び金融機関からのローンの契約主体となる、③投資家は、営業者と匿名組合契約を個別に締結し、匿名組合員として匿名組合から生じる損益の分配を受ける、というものである[44]。GK-TKスキームは、TMKスキームに比べ、組成及び運営に係る費用が低く、ダブルSPCスキーム[45]を活用することにより保有する資産（不動産）や資金調達の方法を柔軟に変更できるなどのメリットがある[46]。

本稿においては、上述したJ-REIT、TMK及び匿名組合を用いたREITを総称してREITとして今後議論を進めることとする。

なお、社団法人不動産証券化協会の「第４回会員対象私募ファンド実態調査[47]」によれば、平成20年12月末時点において、不動産私募ファンドの運用資産総額は13.2兆円となっており、J-REITの運用資産総額7.6兆円を上回る。これは、低金利傾向が続く中で、機関投資家のファンドマネージャーなどは、一定の運用利回りを確保するためJ-REITのような既成製品でなく、もっと利回りが高く、運用資金の性格に合うオーダーメイドの商品として私募ファンドが利用されているためであり、さらに、運用物件の売却先としてJ-REIT 市場が大きな支え（出口）となって、私募ファンドの投資リスクを軽減している

---

41 佐藤・前掲注(39)211頁によれば、単に「SPC」と記した場合には、資金調達だけの特別目的で、通常のゴーイングコンサーンの有限会社などではなく、その器だけを借りて特別の目的（＝資金調達）に使う有限会社などをいい、資産流動化法上の特別目的会社は法律上「特定目的会社」と呼ばれることから、「TMK」と表記して区別している。

42 2006年の会社法施行前に最も利用されていたスキームは有限会社と匿名組合を用いたものであり、YK-TKスキームと呼ばれていた。また、GK-TKスキームは、複数の不動産を追加的にファンドに組み入れることができ、匿名組合契約の定めにより利益分配の時期を自由に定めることがでるなど柔軟性が高い。

43 東京共同会計事務所・前掲注(37)67頁。

44 東京共同会計事務所・前掲(37)68頁。

45 ダブルSPCスキームとは、第１SPCがノンリコースローンで調達し、物件を取得する。次に、第２SPCでそのローン債権を裏付けとした社債を発行して資金を調達する形態をいう。GK-TKスキームでは、投資家が、営業者となる合同会社（親SPC）に匿名組合出資をし、集めた資金を親SPCが匿名組合契約に基づき別に資産を保有するSPC（子SPC）へ匿名組合出資し、子SPCが営業者となり不動産信託受託受益権を取得する。例えば、ノンリコースローンを利用して数物件を時期を異なり取得する場合、物件取得の都度、親SPCを設立するが、これは、その都度ノンリコースローンのレンダーを新たに選択するのに便利であるなどのメリットがあるためである（佐藤・前掲注(39)212頁）。

46 佐藤・前掲注(39)213頁。

47 社団法人不動産証券化協会「第４回会員対象私募ファンド実態調査」
ARES HPより http://www.ares.or.jp/works/release/pdf/pr_20090312_shibo.pdf

ためである[48]。また、同調査によれば、不動産私募ファンドの使用ビークルは、GK-TK スキームが 75.6%と最も多く、TMK が 20.5%となり、両スキームで全体の 95%を占める。

第２節　REIT への投資の拡大と各国の REIT 制度の法的形態

１　投資商品としての拡大

REIT は近時投資対象の一つとして重要な選択肢となってきており、不動産というものが「住むもの」「使うもの」から投資対象の一つへと変化している[49]。これは、昨今の投資家の高齢化､団塊世代の年金に対する関心が非常に高まっていることや､株の配当利回り、債券の利回りなどと比較しても REIT の配当利回りが高い国が多いこと等不動産のパフォーマンスが相対的に高かったことが理由として挙げられる[50]。

投資の世界では教科書的なことだが、今までの伝統的な株や債券などにこの不動産を加えることにより、証券投資理論上の有効フロンティアが改善され、特に不動産の値動きは債券や株式とは異なることも多く、より高い分散効果が期待されリスク・リターンが改善されるため、投資信託の一部にこのような不動産を組み入れる形で REIT への投資が拡大している[51]。

また、有力な機関投資家の一つである年金については、我が国においては、いまだ不動産投資が広く浸透している状況とは言えないが、欧米諸国においては、年金は不動産投資を行う機関投資家として存在感を示している状況にあり、オルタナティブ投資の一環として､実物不動産に代わって､不動産証券化商品が､年金の投資対象に組み入れられている[52]。年金のオルタナティブ投資では、日本の場合、ヘッジファンドが最も普及しているが、投資商品としては、シングルファンドよりもファンド・オブ・ファンズ[53]の採用例の方が多く、ファンド・オブ・ファンズは、個々のファンドに関してファンド・オブ・ファンズのマネージャーによるデューデリジェンス[54]を活用することができ、また、少ないロットで

---

48 佐藤・前掲注(39)323 頁。

49 生越久夫「第８章　グローバル REIT 市場の投資信託」『最近の資金フローに関する研究会』平成 18 年度財務省委嘱研究会　財務省 HP より　http://www.mof.go.jp/jouhou/kokkin/tyousa/1903shikinfurou_11.pdf

50 投資家に信頼される不動産投資市場確立フォーラム「我が国不動産投資市場の巡航成長路線への回帰を目指して」2008 年 6 月、10 頁。ARES HP より http://www.ares.or.jp/works/seminar/pdf/forum2_zenbun.pdf

51 生越・前掲注(49)。

52 投資家に信頼される不動産投資市場確立フォーラム・前掲注(50)14 頁。

53 内山・前掲注(4)33 頁では、ファンド・オブ・ファンズについて「投資信託が通常、不特定多数の投資家から資金を集め、国内外の株式や債券に投資するのに対して、投資信託が集めた資金を再び、タイプの異なる複数の投信に投資する仕組み。」と説明している。

54 佐藤・前掲注(39)475 頁では、デューデリジェンスについて「投資家保護のために、証券発行時の情報提供を精査することを意味する」と説明している。

も実質的に複数のファンドに投資可能になることでパフォーマンスのばらつきを平準化できるという特性があることから、今後ファンド・オブ・ファンズという形態で REIT への投資の拡大が期待されている[55]。

そもそもファンド・オブ・ファンズについては、我が国では、1999 年 7 月に投信協会の自主ルールが変更されたことにより、その設定・販売が解禁されたものの、その投資対象は有価証券に投資する証券投資信託の受益証券に限られていたが、2003 年 7 月に至り、再度の自主ルールの変更により、不動産投資信託を投資対象に含むことが可能となった[56]。ファンド・オブ・ファンズにすることにより 1 口 20～50 万円といった投資単位からさらなる小口化が可能であること、基本となる価額により売買にすることによって時価変動に対応するシステムを持たない金融機関でも REIT が扱えるようになること、個人投資家が売買することが難しい海外の REIT 市場に参加できることで、不動産投信を投資対象とするファンド・オブ・ファンズのメリットは多く[57]、各国において拡大している。

一方、不動産市場がグローバル化し、各国の REIT 制度では海外の不動産への投資を活発化させ、例えば、海外不動産から得られるキャッシュフローへのニーズの高まりから、ファンド・オブ・ファンズを通じた我が国の投資家による海外リートへの投資、又は日本の不動産のみを投資対象とする他国の REIT が登場してきたことから、我が国においても、2008 年 5 月 12 日に東京証券取引所の規程が改正され、J-REIT による海外不動産投資も可能となっている[58]。

２　各国の REIT 制度の法的形態

（１）アジア・オセアニアの REIT 制度の法的形態

アジア・オセアニアにおいて、オーストラリアにおける REIT 制度が、もっとも歴史が古く、上場プロパティ・トラスト（Listed Property Trust、以下「LPT」という。）は、1971 年の General Property Trust 上場によってスタートした[59]。プロパティ・トラストとは、不動産に投資するユニット型投資信託（ユニット・トラストともいう。）であり、LPT と非上場不動産投資信託（Unlisted Property Trust、以下「UPT」という。）がある [60]。

---

55 投資家に信頼される不動産投資市場確立フォーラム・前掲注(50)25 頁。

56 羽田野浩伸「不動産投信のファンド・オブ・ファンズ」『リアルエステートマネジメントジャーナル』2004 年 1 月 57 巻、46 頁。

57 羽田野・前掲注(56)51 頁。

58 投資家に信頼される不動産投資市場確立フォーラム・前掲注(50)63～64 頁。

59 不動産証券化協会・前掲注(3)247 頁。

60 中央三井信託銀行「オーストラリアの不動産投資信託（プロパティ・トラスト）」調査レポート 17 巻 2001

オーストラリアの LPT の特徴として次の点が挙げられる。まず、オーストラリアは、英国や米国と同じく古くから英米法圏であり、信託法理の特徴として、受動的所得ルールが厳しく適用され、プロパティ・トラスト自体が能動的事業を行うことを禁じている[61]。また、不動産の所有者はトラストの責任者[62]（Responsible Entity、以下「RE」という。）ではなく、投資家（ユニットフォルダー）であって、責任者は投資家のために不動産を信託財産として管理する仕組みであり、1998 年管理投資法（Managed Investments Act of 1998）により、投資家に対して全ての法的責任を負う「公認の運用・販売会社」である RE と事務管理を行う「カストディアン[63]」を設けた[64]。これにより、我が国でも投資信託においても指摘されていた投資家に関する一切の業務を包括的に取り扱っているにもかかわらず、投資家との間の直接的な法律関係の基本的規定を欠くという構成を是正した[65]。そして、信託は、その純益のすべてを配当すれば信託自体は無税であり、米国の REIT[66]と同様に、課税は一段階だけで実施される[67]。これらの信託に関する法的な側面が、我が国の REIT 制度とは異なっており、オーストラリアにおいて信託型の REIT が発展した背景とも考えられる。

また、アジアの各国においても、信託型の REIT が活用されている。

例えば、シンガポールでは、アジアの中でも不動産投資信託（以下「S-REIT」という。）を積極的に推進している国の一つであり、REIT 関連の税制が整備されたのが 1999 年、S-REIT の第一号がシンガポール証券取引所に上場した[68]。S-REIT は、オーストラリアの LPT と同じくユニット・トラストであり、シンガポール法も英国法が母法となっている[69]ことから信託型の REIT が発展したと考えられる。また、香港や台湾でも 2003 年に REIT が制度化されたが、ともに信託型が採用されている[70]。

年、26 頁。

61 田邊・前掲注(11)148 頁。

62 RE とは、プロパティ・トラストの収益極大化を図るために不動産の購入、売却、管理を行う専門家。管理者（Manager）ともいう。公開企業であることを要しオーストラリア証券取引委員会から RE のライセンスを取得することが義務付けられる。

63 カストディアンとは、投資家に代わって有価証券の管理を行う機関をいう。

64 中央三井信託銀行・前掲注(57)27 頁。

65 田邊・前掲注(11)149 頁。

66 8～9 頁で詳述している。

67 住友基礎研究所『オーストラリアのプロパティ・トラスト』近代セールス社 2002 年、64 頁。

68 Dr, Chua Yang Liang「シンガポールの REIT 市場」『不動産証券化ジャーナル』2007 年 3－4 月号、37～39 頁。

69 荒川雄二郎「シンガポール版不動産投資信託の現状（前）」『ビジネス法務』2008 年 8(6)巻、110 頁。

70 大溝日出夫「香港・台湾 REIT レポート」ARES2007 年 3－4 月号、3～7 頁。

（２）欧州の REIT 制度の法的形態

歴史的にみると、米国に次いで REIT 制度を導入したのはオランダである。オランダでは、非常に国際分散投資の歴史が古く、しかも不動産に投資するという歴史が長いことから[71]、米国 REIT をモデルに Fiscale Beleggingsinstelling（以下「FBI」という。）が、1969 年に法人税法の改正により導入された。FBI は、クローズ・エンド型、会社型の不動産投資法人であり、FBI 制度自体を定める法律は存在せず、税法（法人税法 28 条）に基づき、税務要件を満たせば導管性が認められ、上場・非上場のどちらでもよい[72]。

その後、欧州各国で REIT 制度が導入されたが、会社型の REIT が活用されている。

フランスでも、2003 年予算法（第 11 条）により 2004 年 1 月 1 日から sociètiés d'investissements immobiliers cotées（以下「SIIC」という。）制度が導入され、既存の上場不動産会社 9 社が、監督機関である金融市場庁（Autoritè des Marchès Financiers）に対して、SIIC として登録したことによって開設された[73]。フランスは、国内における不動産ファンドの発展を促し、フランス税制を隣国の非課税制度に合わせることで、特にオランダ・ベルギー・ドイツの不動産ファンドに対する競争力を高めること、及び特別税収を創出し、フランスの財政赤字を削減することを目的として導入した[74]。SIIC は、新しい会社制度の創設ではなく、既存の不動産賃貸を目的とする上場会社が一定の要件を満たすことにより、当該収益の法人税（会社利益税）を免除するという租税優遇措置である[75]。

最近では、英国において、ヨーロッパの他の国でも実際に成功した新しい投資ビークルである不動産投資信託（REIT）を「国庫の負担なく」導入し、不動産投資市場を活性化させるのみならず、商業不動産部門により大きな柔軟性と換金性をもたらすことを期待するとともに、小口投資家が商業不動産市場に参入する機会を提供することを目指し導入された[76]。特に、英国が慢性的に抱えてきた住宅供給不足という問題について、経済学的な視点から分析がなされた Kate Barker 論文[77]において、諸外国にみられるような REIT 制度の導入の有用性が指摘され、その指摘を受け、UK Real Estate Investment Trusts: a

---

71 生越・前掲注(49)。

72 不動産証券化協会・前掲注(3)235 頁。

73 石田尚己「主要国 REIT の M&A 法制に関する比較研究」『不動産証券化ジャーナル』2009 年 1 - 2 月号、10～11 頁。

74 小林ネンヤ孝貢＝柴田幸夫「米国と欧州３カ国の REIT 制度比較調査」ARES 2004 年 1－2 月号、106 頁。

75 広岡裕児「SIIC（Ies sociètiés d'investissements immobiliers cotées）」について②」ARES2003 年 11－12 月号、23 頁。

76 藤原拓哉「英国 REIT 税制における論点整理」『関西大学法学論集』第 56 巻 4 号 2005 年、217 頁。

77 Kate Barker, Review of Housing Supply, Final Report-Recommendation(2004).

discussion paper が 2005 年 3 月に公表[78]され、そのモデルとなる法的枠組みも提示された後、2006 年財政法（Financial Act 2006）が、2007 年 1 月 1 日に施行された[79]。英国の REIT は、会社法に基づくクローズド・エンド型の会社法人、つまり、株式会社であって、少人数の株主によって株式を閉鎖的に所有される会社（閉鎖会社）ではないもので、運用形態は、内部、外部運用型とも認められ、類型的にはインベストメント・トラスト[80]と同一ということになる[81]。特色としては、REIT 本体として、不動産賃貸業と不動産賃貸に付随するサービスその他の不動産販売・開発関連の事業との両方を行うことができるところにある[82]。フランスの SIIC と同様に、既存の上場不動産会社が REIT へ転換できる仕組みであり、転換時にはエントリー・チャージ（投資用不動産合計額の２％）を支払うことにより、REIT 転換時に含み益に対するキャピタルゲイン課税が免除される[83]。

さらに、ドイツでも業界団体である Initiative Finanzplatz Deutschland（以下「IFD」という。）が 2003 年頃から REIT の導入を提唱していたが、2006 年 9 月 26 日に財務省により草案が公表され、同年 11 月 3 日に REIT 法案が連邦議会（Bundesrat）を通過して、2007 年 1 月 1 日に遡って適用された[84]。ドイツでは、2005 年にオープン・エンド・ファンド業界の最大手の一社が保有不動産の評価額をめぐり約 700 億円という評価損を計上し、投資家の間でオープン・エンド・ファンド市場全体における正当な価格形成に対して強い不信感が走り、投資家が一気に解約請求へと殺到し、「キャッシュ・クランチ」（手元資金が著しく不足する）の状態に落ち込むファンドが出現していた[85]。そこで、オープン・エンド不動産ファンド等のような従来の投資スキームではなく、企業統治された会社型の REIT の導入が求められ、不動産市場において投資家に対する不透明感が広がっていることから、健全な資本市場を確立し、そこで資金調達することが不動産市場の活性化のため従来より重要になっており、不動産市場のグローバル化の影響も大きくなっているという

78 HM TREASURY, UK Real Estate Investment Trusts: A discussion Paper.

79 乗越秀夫「英国 REIT について」ARES2006 年 3－6 月号、19 頁。

80 インベストメント・トラストとは、クローズエンドの会社型で、その投資会社は、株式会社の形態をとるため、金融サービス法の適用を原則として受けない。イインベストメント・トラストは、ユニット・トラストと異なり、同一の会社においてさまざまな投資対象の選択が可能となり、また投資運用も長期的な視野で行うことができる点にある（落合・前掲注(15)83 頁参照。）。

81 川島いづみ「イギリスにおける REIT 導入の動向」『早稲田社会科学総合研究』第 6 巻第 2 号 2005 年 12 月、27 頁。

82 岩崎政明「UK-REIT（イギリス型不動産投資信託）の導入と課税制度の特色」『租税研究』2007 年 12 月号、129 頁。

83 藤原・前掲注(76)224～226 頁。

84 四釜宏史「世界の REIT 市場 2006～REIT のクロスボーダー化の進展～」ARES2006 年 11－12 月号、6 頁。

85 小林ネンヤ孝貢「ドイツ・リート：起死回生への期待」『不動産投資ジャーナル』2004 年 1－2 月号、97 頁。

環境の変化に対応するため、個人投資家も容易にアクセスでき、国際的にも成功を遂げている投資形態である REIT を導入し、欧州における国際競争力を確保するとともに外国人投資家によるドイツ不動産への投資の増大等を意図して G-REIT が導入された[86]。ドイツの REIT は、上場が義務付けられたクローズド・エンド型、法人型であり、内部運用形態により運用され、根拠法としては、特別法の REIT 法が存在する[87]。

第３節　小括

REIT の役割として以前は、国内経済の活性化のための観点から有用性が挙げられていたが、現在では REIT はミドルリスク・ミドル・リターンの資産として、グローバル・国内投資家のオルタナティブ投資や投資ポートフォリオの分散化としてのニーズにも合致したため、REIT 市場は大きな発展を遂げることができた 。

また、米国で最初に導入された REIT は、その後、上述のニーズに伴い、各国に拡大しているが、その REIT の形態は各国ごとに異なる。アジア・オセアニアでは、オーストラリアを初めとして、英米法の影響から信託型によって REIT が発展した。一方で、欧州では、古くはオランダの FBI、近時では各国の REIT の法制の研究や早期に REIT を各国との競争から立ち上げたいこと等の理由により、フランス、イギリス及びドイツでも会社型の REIT が活用されている。我が国における REIT に関しては、前述のとおり、J-REIT、TMK スキーム、GK-TK スキーム及び特定目的信託を活用したスキームと各国の法的形態に比べ多い。しかしながら、それぞれその法的形態には違いがあるが、税務上、各スキームのビークルである器が導管（conduits）として使われている点では共通している。つまり、REIT という器を用いることによって法人段階での課税と投資家段階での重複課税を避けることができる。導管は、２つのタイプの課税方式に分けることができる。

まず、導管課税（又はペイ・スルー課税という。）とは、「組織の段階で課税の対象としない取り扱いを意味」し、「事業組織の稼得する損益が組織自体に帰属するのではなく、他の者に帰属するものとして課税する。」というものである[88]。次に、導管課税と似た概念として、パス・スルー（Pass through）課税は、例えば、「法人格を有しない組合形態の場合には、組合自体には法人税は課税されず、構成員（組合員）に直接所得又は法人税が課

---

86 宮本十至子「国境を越える REIT と課税－ドイツにおける最近の動向を中心に－」『関西大学法学論集』、2006 年 11 月、424～425 頁。

87 不動産証券化協会・前掲注(3)242 頁。

88 増井良啓「多様な事業組織をめぐる税制上の問題」『フィナンシャル・レビュー』2003 年第 12 号、99 頁。

される。[89]」というものである。ペイ・スルーもパス・スルーも組織の段階で課税の対象としない取り扱いを示す限りにおいては同じである。ここで、このペイ・スルーとパス・スルーの区分にしたがって、REIT に関して当てはめてみる。

投信法に基づく投資法人を活用したビークルである J-REIT は、その配当可能所得の90%超を投資家に分配する等、一定の要件を満たした場合に支払う利益の配当の額については、ペイ・スルーにより、損金の額に算入することが認められる（租税特別措置法 67 の 15)。つまり、通常の法人とは異なり、法人であっても、不動産所得の配当への転換にのみ用いられる導管に過ぎない。なお、分配後の残った収益については、J-REIT に対して法人税が課される。また、TMK の収益の配分及び特定目的信託の利益の配分についても、ペイ・スルーであり、一定の要件を満たす会社の利益又は信託の利益の 90%超を投資家に分配する場合には、その収益の分配は、損金に算入できる（租税特別措置法 68 条の３の３、同 68 条の３の４)。なお、これも J-REIT と同様に分配されず、内部に留保された利益には法人税が課される[90]。

一方で、匿名組合を活用する REIT のスキームについては、匿名組合の営業から生じる所得は営業者に帰属し、営業者の課税所得を構成することになるが、営業者における課税所得の計算に際しては、法人である営業者は、現実に利益の支払を行っていなかったとしても、匿名組合契約により匿名組合員に対し分配すべき利益の額は損金に算入することになり（法人税基本通達 14－1－3)、また、個人である営業者は、匿名組合員に対し分配する匿名組合の利益の額についても必要経費に算入することから（所得税基本通達 36・37 共－21 の２)、実際の営業者において申告すべき所得金額は匿名組合員に対して分配する利益分だけ少なくなる税務上の取扱いにより、TK においてもパス・スルー的な課税関係が成立する[91]。

このように REIT の器であるビークルについては、投資法人や TMK のように法人格があるものについてペイ・スルー課税を認めたもの、特定目的信託のように法人格がないものについて法人課税とした上でペイ・スルー課税を認めたもの、そして、匿名組合のよう

---

89 長谷部啓「パス・スルー課税のあり方」『税大論叢』56 号 2007 年、77 頁。

90 水野教授は、特定目的信託に関してもペイスルー課税とする趣旨について、「特定目的会社、もしくは、集団投資スキームとよばれる投資法人、または、特定投資信託に対しては、会社や法人内に分配後の収益が存する限り課税されるのが当然であるので、それらのスキームとの中立性を保つため、同様の性格を有する特定目的信託についても、信託自体に課税することとしたのである」と述べている（水野忠恒『租税法　第４版』有斐閣、2009 年、327 頁)。

91 東京共同会計事務所・前掲注(40)82 頁。

に法人格もなくパス・スルー的な課税関係が成立するものに分けられる。しかし、法人格の有無やその課税上の仕組みにかかわらず、REIT が導管として使われることには変わりはない。したがって、事業体ごとに課税上の差異を設けることは公平性の観点からも好ましくないと考える。

今般、REIT に関して、OECD からモデル租税条約において共通ルールが提示されたが、その租税条約における特典の適用を受けることができる者が誰であるのか、そして、事業体ごとに差異があるのかどうかについて次章で検討する。

第２章　REIT の租税条約適格性

第１節　租税条約の目的

租税条約の主たる目的は、①国際的二重課税を排除することにあるが[92]、さらに、②租税回避及び脱税を防止することもまた重要な目的である（OECD モデル条約コメンタリー第１条パラ 7)。また、租税条約は国際租税法の法源であることから、国際租税法の目的である①国際取引の租税による障害の除去、②課税原則の修正、③国際的な脱税及び租税回避の防止、④国際的な課税秩序の確立、等にも大きな貢献をするものであって、単なる課税権の調整に終わるものではない[93]。つまり、租税条約に基づく課税の減免は国際的二重課税の排除を目的として、源泉地国たる締約国については当該締約国の国内法が課税の対象としている国内源泉所得の範囲を制限することを定め、対応する居住地国たる締約国については当該締約国に対して、軽減税率の適用、税額算定上外国税額の控除、外国所得の免除等を定めるものである[94]。

例えば、我が国の REIT へ非居住者が投資する場合に、非居住者である個人投資家又は法人が条約上の軽減税率の適用を享受できず、通常の所得税又は法人税が課された場合には、非居住者の対日投資が減少する。一方で、REIT から外国投資家が受け取る配当は軽減免除されるが、REIT は国内法上ビークル段階で導管として課税されないのに加え、REIT から外国投資家に対する配当について、国内株主と同じように免除してしまうと、外国投資家に対する源泉地国の課税権の確保が非常に困難になり、外国投資家は課税されずにその所得を受け取る可能性があり、いわゆる源泉地国の課税の喪失につながり、居住地国課税が徹底されないと課税の空洞が生じる[95]という問題がある。また、REIT から投資家への分配金には、ビークルの違いによってその性質は異なるものではなく、一律に不動産所得から配当所得（匿名組合分配金の場合には雑所得）に所得源泉が転換して性質決定されるという特徴をもっている。

したがって、このような特徴を踏まえた上で、REIT 制度に関してどのように REIT に条約の特典を享受させ、適切に国際課税上の二重課税を排除するとともに、租税回避を防

---

92 所得課税において、国際的二重課税には、「法的二重課税」と「経済的二重課税」がある。法的二重課税とは、同一の者の同一の所得に対し、同種の租税の２以上の国によって課される状態をいう。（本庄資「国際的二重課税の発生」『税研』128 号、2006 年、8 頁)。これに対し、経済的二重課税とは、同一の所得に関して異なる者に対し、同種の租税が 2 以上の国によって課される状態をいう。（本庄資「国際的二重課税の発生」『税研』130 号、2006 年、12 頁)。

93 本庄資『四訂版　国際租税法』大蔵財務協会、2006 年、41 頁。

94 谷口勢津夫『租税条約論』清文社、1999 年、240 頁。

95 大城・前掲注(9)210(7)頁。

止するのかが課題となる。そこで、まず、導管体である REIT が、租税条約の特典を享受できるか否かに関して検討したい。

第２節「者」（person）

REIT が租税条約の適用を認められるためには、まず REIT が OECD モデル条約第 3 条に定める「者」に該当しなければならない[96]。

同条約の定義（第 3 条 1 項 a）によると、「者」には「個人、法人及び法人以外の団体（any other body of persons）を含む。」とされているが、この項では、「者」という用語が非常に広い意味で用いられていられており、「者」に該当するものが網羅的に示されているわけではない[97]。「法人」とは、法人格を有する団体（any body corporate）又は租税に関して法人格を有する団体として取り扱われる団体（any entity that is treated as a body corporate）をいうとされている（第 3 条 1 項 b）。つまり、法人格を有する REIT の事業体は条約上の「者」であり、法人（legal person）でない事業体でも「課税法人格を有する団体として取り扱われるエンティティ」であれば同様の「者」となるが、例えば投資ファンドが単なる「契約上の合意」である場合には条約上の地位は不明である[98]。

ここで、我が国の REIT が「者」に該当するか検討してみたい。

まず、REIT が投資法人や TMK の場合は、上述の「法人」に該当するため、「者」に該当する。

また、特定目的信託についても、法人格は有していないが、法人税の納税義務者の範囲に含まれ、OECD モデル条約 3 条 1 項(a)でいうところの「法人以外の団体」に当たり、「者」に該当する。この点、新日米租税条約議定書２でも、「「法人以外の団体」には遺産（estate）、信託（trust）及び組合（partnership）を含む」と規定している。中里教授は、「信託が『person』の定義に含まれるが、しかし明白に個人ではないということを考えるならば、4 条 3 項が適用されて、二重居住の問題が解決される。」[99]とされている。しかしながら、本庄教授は「「信託財産」のすべてが「法人以外の団体」とされるのか、いわゆるパススルー課税（信

---

96 税法では納税義務者の主体、すなわち租税債務を負担する「者」を納税義務者というが、日本の税法には「者」の定義がない。日本の所得課税では、個人、法人及び人格のない社団等（みなし法人）が納税義務者とされるが、組合、信託などの「非法人」の課税上の取扱いについては疑義を生じている。租税法上の固有概念として定義されない用語は、一般に、借用概念として取り扱われてきたが、経済社会の変化に対応して私法の改正や学説の変化により税法の基礎概念として借用してきた用語の意味も変化する時代に、「者」などの借用概念が課税ルールを不安定にしている（本庄資「「者」(person)という概念」『税研』第 133 号、2007 年、18 頁）。

97 藤本哲也「信託に関する国際課税上の論点についての基礎的考察」『中央ロー・ジャーナル』第 2 巻第 4 号 2006 年 3 月、47 頁。

98 本庄資『国際的租税回避－基礎研究－』税務経理協会、2002 年、134 頁。

99 中里実『金融取引と課税』有斐閣、1998 年、375 頁。

託の原則的課税方式）が認められる本文信託のみが含まれるとみるべきか、分配時に課税される但し書き信託もこれに含めるのか、などの疑問がある[100]。」とも述べている。さらに、同教授は、条約において「日本の課税関係を決定する場合、・・信託のどの範囲までを米国 trust として含めるか、米国の課税関係を決定する場合、・・どの範囲までを日本の信託財産として含めるか、明確にガイドすべきである。日本語正文で「信託財産」は「者」であるが、本文信託、但し書き信託、特定信託のいずれについても「信託財産」は日本の法令の下で「課税を受けるべきものとされる者」ではないとの理由で日本の居住者となることはないと解されるが、そうでなく条約の趣旨が日本の居住者とする趣旨であれば、この点を明確にするためにガイドすべきである[101]。」と述べている。私見も、本庄教授と同意見である。つまり、今般、OECD 租税モデル条約において REIT に関する取扱いが提示されたことに伴い、投資信託と不動産投資信託は区別すべきであり、その旨を明確に租税条約に記載し、ガイドすべきと考える。

次に GK-TK スキームにおける匿名組合については、金子教授の（匿名組合とは）「当事者の一方が相手方の営業のために出資をし、その営業から生ずる利益を分配することを約する契約（匿名組合契約）によって、成立する事業体である。」[102]とする定義から、「者」に含まれるという見解がある[103]。一方、そもそもその性質が「契約」であるのか「団体」であるのか定かではなく、日米租税条約議定書パラグラフ２の英語正文では、「組合」は「パートナーシップ」（partnership）となっているが、同議定書パラグラフ 13 では、「匿名組合」について、英語正文で「sleeping partnership(Tokumei kumiai)」としており、日本語正文において、パートナーシップと区別して日本の組合を契約上の「者」に含める意図があるかどうか、重要な論点ともなっている[104]。つまり、法人格を有しない匿名組合のような透明な存在については条約上の「者」として条約が適用されるべきかという問題は残る[105]。さらに、このような議定書がない租税条約の適用及び解釈に当たっては、「者」になるか否かは確認が必要となるであろう[106]。私見では、匿名組合のすべてについて「者」

100 本庄資「新日米租税条約の運用・解釈に関する問題点について」『国際税制研究』第 14 号 2005 年、95 頁。
101 本庄・前掲注(100)95 頁。
102 金子・前掲注(23)399 頁。
103 田中香織「租税条約の適用対象」本庄資編『租税条約の理論と実務』清文社 2008 年、194～195 頁。
104 本庄・前掲注(93)240 頁。
105 本庄・前掲注(98)134 頁。
106 近年、多様な事業体が国際取引で多用されるに伴い、税法の最も基礎的な概念である「者」概念について税法上の定義を定めていない日本では、特に国際課税の分野で、納税義務の帰属をめぐり多彩な問題が生じている。詳しくは、本庄・前掲注(96)18 頁参照。

に該当すると条約に規定するのには、無理があると考える。つまり、匿名組合を事業体として見るのか、匿名組合を共同して事業を行う当事者間で締結される契約と見るのかによって適用を区分すべきではないか。そして、事業体と契約との違いをファイナンスで用いるものか否かによって区別すべきと考える。つまり、REIT のようなポートフォリオ投資的な事業体について言えば、「者」に該当するとして条約に規定すべきと考えられる。

なお、そもそも、我が国の税法においては、納税義務の主体となる者を納税義務者としているだけで「者」の定義がなく、租税条約上の固有概念もなく、私法上の概念を借用しており、特に非法人についての課税上の取扱いが曖昧となっているため、借用概念[107]が課税ルールを一層不安にさせているという指摘もある[108]。

第３節 居住者（resident）

REIT が租税条約の適用を認められるためには、当該 REIT が OECD モデル条約第 4 条[109]に定める「居住者」（＝「課税を受けるべきものとされる者（liable to tax）」）に該当しなければならないが、「居住者」概念は各国内法に委ねられている。

「課税を受けるべきものとされる者」について、国内法令において非課税とされる主体に関し、OECD モデル条約 4 条コメンタリー8.5 では、「多くの国では、年金基金、慈善団体等のように、租税条約上の規定により一定の要件を満たす場合に非課税とされる者も「課税を受けるべきもの」に該当すると考える。」[110]とし、OECD モデル条約 4 条コメンタリー8.6 では、「これに対して、国内法令において非課税とされる主体は「課税を受けるべきもの」とは考えない国もある。これらの国では、条約上明文によってこれらの主体が条約の対象とされていない限り、条約上の居住者とはみなされない。このような見解を採る国は、二国間条約の交渉においてこの問題を取り上げることができる。」[111]とされており、国内租税法上非課税とされる事業体について国内租税法上の取扱いによることになる。

また、OECD モデル条約 4 条コメンタリー8.7 では、パートナーシップ等を居住者に含めるかどうかに関し、「パートナーシップの所在地国が、パートナーシップを税務上透明な

---

107 借用概念とは、他の法分野で用いられ、すでにはっきりした意味内容が与えられている概念である（金子・前掲注(23)121 頁）。

108 田中・前掲注(103)194～195 頁。

109 OECD モデル条約 4 条 1 項では、「条約の適用上「一方の締約国の居住者」とは、当該一方の国の法令の下において、住所、居所、事業の管理の場所その他これらに類する基準により当該一方の国において課税を受けるべきものとされる者（liable to tax）（当該一方の締約国及び当該一方の締約国の地方政府又は地方公共団体を含む。）をいう。」としている。

110 川田＝徳永・前掲注(13)63～64 頁。

111 川田＝徳永・前掲注(13)64 頁。

事業体として取り扱い、個々のパートナーにパートナーシップ所得の持分相当額について課税する場合、パートナーシップは「課税を受けるべきもの」に該当しないので、居住者とならない。」とされている。

ここで OECD モデル条約を踏まえ、我が国の REIT が「居住者」に該当するかどうか考えてみたい。

投資法人、TMK 及び特定目的信託は、一定の要件を満たした場合には導管課税とされ、OECD モデル条約 4 条コメンタリー8.5 から考えれば、「居住者」に該当する一方で、匿名組合などの組合に対する課税については、パススルー課税であるパートナーシップの条約適用関係から、OECD モデル条約 4 条コメンタリー8.7 により「居住者」とならない[112]。したがって、匿名組合が「居住者」とならないのであれば、組合員が「居住者」に該当するかを個別に検討する必要があろう。

しかし、私見では、「者」の場合と同じように匿名組合を事業体とみなせるのであれば、「居住者」とすることによって、他の事業体との整合性を図ることができると考える。

このように、REIT の法形式の如何によっては、租税条約上、「課税を受けるべきものとされる者」として居住者に含まれるか否かについて議論があり、国内租税法に特段の規定がないこと自体が、問題とも考える[113]。

第４節 受益者（beneficial owner）

１ 受益者の概念

配当として軽減税率の適用を受けるためには REIT が「受益者」に該当する必要がある。OECD モデル条約は、1977 年に租税条約の濫用を防止するために、投資所得（第 10 条「配当」、第 11 条「利子」及び第 12 条「使用料」をいう。以下、同じ。）について「受益者」概念を導入し、真実の受領者である受益者と支払者との間に名義人等の受領者が介在する場合には、この名義人等が相手国の居住者であっても、真実の受領者である居住者が第三国居住者であって、条約の特典を享受する資格のない者であるときは、条約の適用を否定する（第 10 条第 2 項、第 11 条第 2 項、第 12 条第 1 項）[114]。したがって、受益者概念は非常に重要となる。しかし、受益者概念は導入されたが[115]、受益者の定義はない[116]。また、

---

112 栗原克文「REIT に関する国際税務上の論点について」『不動産証券化ジャーナル』、2008 年 11－12 月号、97 ～98 頁。

113 田中・前掲注(103)196 頁。

114 本庄資『国際課税の理論と実務－第 3 巻－租税条約』税務経理協会、2000 年、245 頁。

115 配当、利子及び使用料に受益者の概念が盛り込まれた（10 条 2 項、11 条 2 項、12 条 2 項）。

「受益者」の定義は新日米租税条約でも OECD モデル条約同様規定されておらず、各国の国内法において定義されることになるが、日本の現行租税法において、「受益者」について明確な定義はない[117]。OECD モデル租税条約上で受益者概念を国内法に求めているのは、OECD モデル租税条約第 1 条コメンタリー9.2 及び 22.1 において「いかなる事実が納税義務を発生させるかを決定するために国内法が設けた基本的国内ルールは、租税条約が言及しておらず、租税条約によって修正されるべきものではない」と述べており、そこで念頭におかれているのは誰が所得の帰属主体であるかに関する濫用防止規定であるため、人的帰属、すなわち受益者概念は租税条約の対象外であり、国内法事項ということになる[118]。

一方、我が国においては、課税物件の帰属について、名義と実体、形式と実質が一致しない場合に、その実体又は実質を重視して課税すべきとする原則として、所得税法第 12 条「実質所得者課税の原則」の適用がある。所得税法第 12 条は、「資産又は事業から生ずる収益の法律上帰属するとみられる者が単なる名義人であって、その収益に享受せず、その者以外の者がその収益を享受する場合には、その収益は、これを享受する者に帰属するものとして、この法律の規定を適応する。」と規定している（同旨の規定として、法人税法第 11 条、地方税法第 24 条の 2、第 72 条の 2、第 294 条の 2）。すなわち、①収益の法律上の帰属者とみられる者（単なる名義人）と、②実際に収益を享受する者が異なる場合には、その収益は実際に享受する者に帰属するとして所得税法を適用するというのである。しかし、金子教授は、この規定にはその文言上の曖昧さから２つ（「法律的帰属説[119]」と「経済的帰属説[120]」）の解釈が考えられる[121]としている。なお、この基準をどのように適用すべきか、という点に関して、学説は、①法律的帰属説によるべきとする説[122]、②所得

---

116 OECD モデル条約の概念では、「配当の単なる受領者ではなく、実際に配当所得が帰属する者であるとし、租税条約上の特定が与えられるのは、直接の受領者ではなく受益者である（パラ 12.1、12．2）」としている。

117 田中・前掲注(103)197 頁。

118 増井良啓「第 61 回 IFA 大会の報告」『租税研究』2008 年 2 月号、84 頁。

119 金子・前掲(23)152 頁によれば、法律的帰属説とは、課税物件の法律上（私法上）の帰属につき、その形式と実質が異なる場合には、実質に即して帰属を判定すべきとする考え方である。すなわち、単なる名義人と実際の収益の享受者が異なる場合には実際の収益の享受者を法律上の帰属者とするという考え方である。

120 金子・前掲(23)152 頁によれば、経済的帰属説とは、課税物件の法律上（私法上）の帰属と経済上の帰属が相違している場合には、経済上の帰属に即して課税物件の帰属を判定すべきとする考え方をいう。すなわち、法律上の帰属者と実際の収益の帰属者、つまり、経済上の帰属者とが異なる場合には、経済上の帰属者を、収益の帰属者と認定するという考え方である。

121 金子・前掲(23)152 頁。

122 金子教授は、経済的に帰属を決定することは、実際上多くの困難を伴うという批判がありうるとして、法律的帰属が妥当としている（金子・前掲(23)152 頁）。

の種類によるべきとする説[123]、③どちらも解釈としては無理があるとする説[124]がある。

一方、OECD モデル条約上の解釈上、実質課税の原則と租税条約との関係をどのように解釈すべきであるかという点については、OECD モデル条約では、実質課税の原則の適用が租税条約で明示的に排除されていない限り、その適用によって、租税条約との抵触の問題は発生しないと解されており、租税条約を濫用する取引に実質課税の原則を適用することは、前述のとおり租税回避規定に関しては国内法に委ねられているため、積極的に推奨されていると考えられる[125]。

しかしながら、このように実質所得者に関して議論はあるところ未だに取扱いが明確ではなく、本庄教授は、「日本の税法上の「実質所得者」を判定する基準を不明確な状態にしておいては、国際課税ルールの適用もまた不明確な状態に陥れることになる。国際的にも「所得帰属」概念の明確化に努めなければならない[126]。」と述べている。

ここで REIT について「受益者」になり得るのかについて考えてみる。

OECD モデル条約第 10 条コメンタリーパラグラフ 12 では、「源泉地国と条約を締結している国の居住者が単に配当所得を直接に受領するというだけで当該源泉地国が当該所得にかかる課税権を譲渡する義務はないこと」とし、OECD モデル条約第 10 条コメンタリーパラグラフ 12.1 では、「一方の締約国の居住者が、代理人又は名義人の関係を通じてではなく、当該所得の便益を実際に享受する第三者のための単なる導管として行動する場合に源泉地国が軽減免除を認めることは、この条約の趣旨目的に矛盾する。(中略) 導管法人は、形式的所有者ではあるが、実際上、当該所得に関して、利害関係者のために行動する単なる受託者又は管理者としての極めて狭い権限を有するに過ぎない場合には、通常、受益者とはみなし得ない」としている。したがって、OECD モデル条約によれば、単なる受託者や管理者は「受益者」に該当しないことになるため、ペイスルー型の投資法人等は、所得の大部分を配当として投資家に分配して導管として機能しており、受益者は投資家で、

123 水野教授は、所得の種類によっていずれの解釈を適用するかが異なってくるのではないかと述べている (水野・前掲注(90)292 頁)。

124 植松教授は、法律的帰属説に対しては、「単なる名義人」＝「法律上の非権利者」と理解し、他面「法律上の権利者」も「収益を享受する者」とは限らないのに、両者をイコールと考える点で、分理上スッキリしないとして、どちらの説も文理解釈として無理があるとしている (植松守雄編『注解所得税法　四訂版』大蔵財務協会、2005 年、137～160 頁)。

125 松田直樹「国際投資等に係る税制のあり方－主な諸外国における最近の動向･趨勢を踏まえて－」『税大論叢』59 号 2008 年、116～117 頁。

126 本庄資「「所得帰属」(income attribution) 概念」『税研』、2008 年 1 月、137 頁。

条約の適用はREITではなく各投資家と考えられる[127]。

また、匿名組合についても、匿名組合を事業体とみなすことができても、その事業体である営業者は管理者に過ぎないため、受益者は匿名組合員となるであろう。

２　租税条約での議論

租税条約上の軽減税率等の適用を受けるのがREITか投資家か、及び経済的実質が同じ事業体にもかかわらず､軽減税率の適用が異なってもよいのかという問題を検討する上で、投資信託に関する次の租税条約における議論が参考となる。

（１）旧日英租税条約

我が国において、受益者を巡る租税条約上の議論については、旧日英租税条約におけるものがある。旧日英租税条約28条Aでは、投資ファンドの運用者又は受託者が受益者である投資家（公認投資基金（ユニット・トラスト）に参加する者）に代わって条約適用の代行申請を行うことができることとされた[128]。その背景は、我が国の投資信託に関し、日英条約の軽減税率の適用申請を受託銀行の名前で英国に申請したところ、英国は条約の特典を受けられる受益者は我が国の信託自体（あるいは信託銀行）ではなく信託の受益者（受益証券の保持者）であるとし、条約上の軽減税率の適用を拒否した[129]。これは、外国投資信託の受益者に租税条約の適用を受けられない者（条約相手国の非居住者）が混在して、条約の恩典を不当の享受する可能性があるため、信託自体は単なる導管にすぎず、信託財産の運用収益の実質的帰属者は信託の受益者すなわち受益証券の保持者であることとしたためである[130]。しかし、投資信託の受益者に対し個別に条約適用申請を行わせることは、その数が厖大で技術的に困難であるため、投資信託の受益者のうちに占める割合が小さい場合には、投資信託の受託者が個々の受益者に代わって条約適用を行うことを認め、この旧日英租税条約28条Aが新設された[131]。

一方、英国ではインピュテーション方式をとっているため、ユニット・トラストは信託であるが、あたかも会社であるかのごとく課税される[132]。しかしながら、当該規定を適用

---

127 栗原・前掲注(112)97～98頁。

128 日英租税条約第28条Aは、「一方の締約国の公認投資基金に参加する者が、当該基金の所得する配当又は利子の受益者として、第11条又は第12条の規定により他方の締約国において租税の軽減又はタックス・クレジットを受ける権利を有する場合には、租税の軽減又はタックス・クレジットの請求は、当該基金の運用者又は受託者が当該基金に参加する者に代わって行うことができる。」としていた。

129 筒井順二「日英・日伊・日独・日洪・日波・日比租税条約の解説」日本租税研究協会1981年、12頁。

130 筒井・前掲注(129)12頁。

131 筒井・前掲注(129)12頁。

132 増井良啓「証券投資ファンド税制の比較」『日税研論集』Vol.41 1999年、201頁。

するとユニット・トラストは、課税事業体であるにもかかわらず、あくまでも受益者である投資家の単なる代行者にすぎないものと取扱われ、他の信託が信託自体（その運用者である委託会社）の名において条約の適用申請を認めるものと異なる[133]。その理由は、英国側が我が国の証券投資信託に条約アクセスを認めていなかったため、英国における我が国の証券投資信託等の条約適用関係を明らかにするためであったとされ、我が国の証券投資信託の取扱いとのバランスを考慮したものと解されている[134]。さらに、本条項では条約適格のない第三国の居住者が投資家である場合には条約の適用はなく、つまり一本の投資信託の運用益であっても、投資家の属性に応じて、条約の規定が適用される部分とされない部分が共存されることになっている[135]。

他方、我が国の投資家が英国のユニット・トラストに投資し、そのトラストが日本株式等に投資する場合の取扱いについて、日英条約の規定を適用できるかどうかは疑問であるとして、28A 条が投資家を受益者と構成しているため、投資信託の地位は投資家の代行機関にとどまり、条約上の軽減税率等は適用できないとするのが自然な解釈であるとする論者もいる[136]。しかし、この投資信託自体に条約の特典が認められれば、条約上の便益を享受することができ、このような取引については同列に扱うべきとの考え方もある[137]。

私見では、事業体によって条約の適用に関して異なる取扱いを行うことは適切でないと考える。特に、投資信託や REIT についても、経済的機能が同じ事業体に対して異なる取り扱いを認めることは、新たな不公平を生じさせ妥当ではないと思料する。

（２）旧日ルクセンブルク租税条約

旧日ルクセンブルク租税条約第 25 条は、日英租税条約と異なり、ルクセンブルクの持株法人には、日・ルクセンブルク租税条約は適用されず、我が国の居住者からルクセンブルクの持株法人に支払われる配当、利子、使用料等の所得に対しては、条約上の減免は適用されないとされている[138]。1992 年の交渉（1992 年 3 月 5 日の議定書）では、1988 年 3 月 30 日の法律の適用を受ける投資会社が、この第 25 条に定める「ルクセンブルグの法律に基づいて同様の租税上の特別な待遇を享受するその他の法人」であることが合意され、

133 筒井・前掲注(129)13 頁。
134 宮本十至子「投資ファンド課税の国際的側面について」『関西大学法学論集』50 号（6）、2001 年、311 頁。
135 増井・前掲注(132)220 頁。
136 増井・前掲注(132)236～237 頁。
137 宮本・前掲注(134)312 頁。
138 品川克己「租税条約の新規締結及び改正について」『国際税務』Vol.12.1992 年 No.7、40 頁。

当該投資会社に対しても、日・ルクセンブルク条約の適用はないとされた[139]。つまり、ルクセンブルクの国内法上、会社型投資信託に対しては所得課税がなされていないため、二重課税排除の必要がないとして設けられたものであり、ルクセンブルク籍の会社型投資信託については、日本との条約を援用する資格がないことになる[140]。しかし、日・ルクセンブルク租税条約では当該投資信託は、いったん条約適格者とみなされながら、当該投資信託会社自体を条約の適用から排除するという構成をとっており、日本の投資家がルクセンブルク投資信託を介在させた投資を行う場合と、英国のユニット・トラストを介在させ投資を行う場合とでは取扱いが異なり、二重課税の救済が行われないことになるとの指摘がある[141]。さらに、投資家の立場を代行する意味では変わりがないので、ユニット・トラストもルクセンブルクの会社型投資信託も租税条約上は同様に取り扱うべきというような主張もある[142]。

（３）旧日仏租税条約

旧日仏租税条約第 29 条は、上述の旧日英租税条約第 28 条 A と同様な規定が設けられている。つまり、当該規定は、「一定の公認投資基金に参加する相手国の居住者が取得する利子又は配当については、条約の申請を、受益者である個々の相手国居住者に代わり、その受託者又は運用者が行うことができる」とされ、理由も英国同様に条約の適用を申請する際に信託を通じて所得を取得する場合の受益者数が多くなるために特例を設けたとされている[143]。一方、この点、ルクセンブルクの会社型投資信託とフランスの会社型投資信託では異なり、両法人ともに国内法上課税免除法人として扱われているにもかかわらず、条約上は、ルクセンブルクの会社型投資信託には条約の軽減税率の適用がされなかったのに対し、フランスが当該投資信託に関しては、居住者である投資家のために便益を享受させる代行者の地位を与えた[144]。

また、米仏租税条約ではフランスの会社型投資信託を条約の「受益者」として扱うが、日仏祖税条約では、あくまでも条約の受益者は投資家であるから、フランスの会社型投資信託はその条約申請の代行者として扱われるにすぎないことから、投資ファンドの条約の

139 品川・前掲注(138)40 頁。
140 増井・前掲注(132)237 頁。
141 宮本・前掲注(134)313 頁。
142 田邊昇「投資信託の税制」『フィナンシャル・レビュー』1995 年第 11 号、39 頁。
143 渡辺勲「新日仏租税条約の解説」日本租税研究協会 1996 年、32 頁。
144 宮本・前掲注(134)314 頁。

特典の適用は、必ずしも法人格の有無によるとも言い切れない[145]。

第５節　小括

各国の REIT 制度が多様化する中、それぞれの REIT に対して、配当所得に係る軽減税率の適用などの条約の特典を享受させ、適切に国際二重課税を排除するとともに、租税回避を防止するのかが課題となる。REIT の投資収益について、租税条約の特典を享受できるのは REIT かそれとも投資家かということに関して明確でない。租税条約上の軽減税率の適用を受けるためには、REIT が OECD モデル条約における①者、②居住者、③受益者に該当しなければならない。

我が国の REIT の中で、投資法人、TMK 及び特定目的信託は、法人格を有する納税主体であるため、①と②の要件を満たすが、当該事業体は単なる受託者や管理者であるため、③の受益者である要件を満たすかは明らかでない。匿名組合契約については、匿名組合を事業体と考えれば、①と②の要件を満たすのではないかと考えられるが、投資法人等と同様に当該事業体は単なる管理者であるため、③は満たさないであろう。匿名組合を事業体と考えられないのであれば、①を満たすが、②及び③について組合員自身が要件を満たすかを個別に検討する必要がある。なお、REIT では活用されていないが、証券投資信託の場合は、信託の受託者は納税主体となっておらず、受益者でもないため、軽減税率の適用を受けない。したがって、いずれの形態も REIT 自体の条約適格性（受益者該当性）は消極的に解することにならざるを得ない[146]。一方で、不動産所得を配当所得に変換する導管体である REIT という器という意味では、同様な経済的な効果をもたらすにもかかわらず、その事業体の法的形態の違いによって、租税条約の軽減税率の適用が異なるということは、問題である。特に、投資環境のグローバル化が進展する中では、源泉地国と居住地国の適切な税配分、内外投資の公平性及び中立性、REIT の活用の観点等から考えれば、どのような事業体であっても、公平に租税条約の軽減税率の適用を可能とすべきと考える。ただし、租税回避行為を招くことは防止しなければならず、対内投資の促進と租税回避行為の防止の両方を満たすように租税条約に規定することが必要であろう。藤井教授も「対内投資を促進するため多くの国が国内法により非居住者が受け取る利子、配当等への非課税措置を講じている。この軽減措置はそれが諸外国に比べ十分でない場合はその国から資金が流出することになり、一方、行過ぎた軽減措置である場合は租税回避の手段として利用さ

---

145 宮本・前掲注(134)315 頁。

146 栗原・前掲注(112)98 頁。

れ「有害な税の競争」とみなされることになる。両者に目配りし過不足のない対応が求められている。[147]」と述べられている。

そのためには、これまでの我が国と各国との条約を巡る議論をみても、投資信託等の軽減税率の適用についての明確なポリシーがなかったが、REIT を通じて積極的な投資推進策をとるとすれば、我が国において REIT に対する条約上の課税ルールを明確にしておく必要がある[148]。

その方法については、①旧日英租税条約 28 条 A、旧日仏租税条約 29 条のように投資法人、営業者等ファンドの運用者や受託者が受益者に代わって条約適用を申請する方法、②匿名組合を事業体とみなして営業者に対して条約適格を認める方法、が考えられる。

①の方法は、上述のとおり徴税の観点からは合理的と考えられが、この２国間条約の特例は一般的ではなく[149]、「・・他の投資媒体についてどのように取り扱われるのかについては沈黙の規定であり、不明瞭である。また、投資媒体それ自体の条約アクセスについても沈黙しており、不明瞭である。[150]」との指摘もある。したがって、①のような特別の条約の規定をすべての国との条約に規定することは難しいと考える。

②の方法については、匿名組合を投資法人や TMK と同様に事業体とみなして租税条約の軽減税率の適用を受けようとするのであり、投資媒体間の整合性を図ることができると考えられる。したがって、私見では②の方法により、投資法人や TMK と同様に租税条約に規定することによって、租税条約上の軽減税率の適用を受けるべきと考える。

また、国内 REIT が外国不動産に投資する場合に、その不動産から生じる運用益に対して、不動産所在地国が課税した租税の二重課税排除措置（外国税額控除）を REIT 段階で調整するか、投資家段階で調整するかも重要な課題となる。我が国では、投資信託等が外国投資から得た所得に源泉課税された場合、その外国税額は投資家に支払う収益の分配に係る源泉税から控除でき、投資法人及び匿名組合も営業者の段階で、外国税額控除が認められる[151]。一方で、特定目的会社については、「法人税をほとんど払っていないため、ファンド段階では事実上その外国税の調整ができず、重複課税が残る場合が多い。[152]」との

---

147 藤井保憲「トリーテイ・ショッピングの類型化とその防止方法」本庄資編『租税条約の理論と実務』清文社 2008 年、188 頁。

148 宮本・前掲注(134)316～315 頁。

149 田邊・前掲注(11)125 頁。

150 本庄・前掲注(98)143 頁。

151 栗原・前掲注(112)107 頁。

152 宮本・前掲注(86)410 頁及び景山智全「集団投資スキームにおける課税上の問題点」『税大論叢』40 号 2002

指摘があったが、平成 20 年度税制改正において、特定目的会社の利益の配当の額に対する所得税の額から控除することとされた。それは、「特定目的会社は、国内法・租税条約において、納税主体（taxable-entity）として認識されており、投資家レベルの二重課税の排除を考慮する必要はない」と考えられていたが、「特定目的会社の投資ビークルという性格を踏まえると、投資家レベルで行うべき二重課税の調整を特定目的会社において行うことが求められるため」とされている[153]。これによって、二重課税の排除という点では特定目的会社について、投資法人や匿名組合への整合性が図られていることから、匿名組合については租税条約の軽減税率の適用に関して、他の事業体との整合性を図る必要があるのではないだろうか。

年、290 頁。

[153] 財務省「平成 20 年度 税制改正の解説」509 頁。
財務相 HP より http://www.mof.go.jp/jouhou/syuzei/kaisetsu20/pdf/P494-P526.pdf

第３章　REIT からの分配金の所得分類

第１節　　所得の転換

１　REIT 所得とは

REIT から生ずる所得は、その多くが不動産賃料であるため、OECD モデル条約 6 条（不動産所得）が適用される可能性がある。さらに、不動産を活用する事業から生じる所得とみなされた場合には、同 7 条（事業所得）が適用される可能性もある。

一方、配当の定義は、同 10 条第 3 項において、「「配当」とは、株式、受益株式、鉱業株式、発起人株式その他利益の分配を受ける権利（信用に係る債権を除く。）から生ずる所得及びその他の持分から生ずる所得であって分配を行う法人が居住者とされる締約国の租税に関する法令上株式から生ずる所得と同様に取り扱われるものをいう。」とされており、法人の居住地国の税法に委ねられている[154]。したがって、多くの国では、REIT からの分配に係る所得は、投資活動による収益の分配と考え、配当所得とみなしている[155]。

しかしながら、そもそも REIT からの分配は、不動産所得であるため、不動産所在地国（源泉地国）に第一次課税権があり、投資家は不動産所在地国に申告納付すべきという考えもある。また、REIT から投資家が獲得する所得は、株式配当と同様に配当所得となるため、租税条約が締結されている場合、源泉地国での課税は低く設定され、不動産への直接投資よりも有利な取り扱いとなる。

２　軽減税率の適用上の問題

上述の租税条約の適用を受けることによる有利な取り扱い（＝軽減税率の適用）が最初に問題となったのは、次のとおり米国であった。

（１）米国とベルギーの租税条約の改訂

1988 年以前、米国が締結した租税条約には REIT 配当に関する特別な規定は存在せず、ベルギーの機関投資家は、REIT を米国不動産投資のバイパスにすることにより米国とベルギーの租税条約 6 条の適用を逃れ、同条約 10 条により REIT 株式を 10%以上保有する場合には、米国不動産投資からの収益に関し、REIT 段階で法人税が課されない上、REIT からの受取配当は軽減税率 5%で課税されるのみで当該所得を米国から受け取ることが可能であった[156]。

---

154 本庄・前掲注(114)151 頁。

155 水野・前掲注(90)177 頁。

156 小平武史「米国における非居住者・外国法人の不動産投資信託（REIT）投資にかかる税務上の論点〔下〕」『国際商事法務』Vol.29No.11 2001 年、1313 頁。

1988 年のベルギーとの租税条約議定書[157]の改訂にあたり、米国は、従来の配当軽減率を親子間配当の軽減税率の適用など一定の場合にさらに引き下げようとしたが、REIT のような国内法上導管として課税されない事業体にまで、さらに条約の軽減税率の適用を認めるべきかどうか問題となった[158]。

上院外交委員会は、REIT 配当に対し租税条約上の配当上限率を適用する方針は不適当であるという見解を示し、当該委員会のレポートにおいて、「常に不動産所得に対する不動産所在地国の課税権を確保するというのが従来からの米国の立場であった。したがって、米国は租税条約において常に不動産所得に対する課税権を確保してきたところである。(中略) REIT および RIC[159]による支払配当はその他の米国企業の支払配当と異なる扱いを受けるべきか、ということである。REIT は通常米国において法人税を支払っておらず、また、REIT の所得の多くは米国が条約課税権を留保している所得より構成されていることから、REIT 配当に対する現存の条約による源泉徴収税率の軽減は、租税条約による配当税率軽減の目的にそぐわない。」と述べ、REIT により米国源泉不動産所得に対する米国の課税権が侵害されている状況に問題を提起した[160]。

議案書案では多くの多国籍企業に便益を与えるために、条約による配当軽減税率の引き下げが導入されたが、その対象に法人段階で法人税を支払っていないような事業体にまでこの便益を認めるべきかどうかが問題となった[161]。非居住者が REIT に投資した場合は、条約による軽減税率の適用が可能となるが、このような事業体は特別な性質であって、条約による親子間配当の軽減税率を適用すべきではなく、特に、REIT が支払う配当は、その源泉所得の大部分が、不動産賃貸料から構成されていたとしても、投資家に配分する所得の類型は「配当」所得として性質決定されるため、所得類型がコンバートされることになり、条約による配当軽減税率の適用が可能となる[162]。これに対して、投資家が米国の不動産に直接投資した場合には、その所得の取扱いは、粗所得に対して 30%の税率で源泉徴収されるか、あるいは純所得に対して国内法で規定する累進税率が適用されるかであり、条約上の軽減税率の適用はなく、直接的な不動産投資にくらべて REIT を介在させた不動産投資の場合、所得がコンバートすることにより条約上有利に扱われ、両者間の租税中立

157 United States-Belgium Protocol,1987,Art 1.
158 宮本・前掲注(134)298 頁。
159 8 頁参照。
160 小平・前掲注(156)1313 頁。
161 宮本・前掲注(134)298～299 頁。
162 宮本・前掲注(134)299 頁。

性が損なわれることが問題となった[163]。

最終的には、REIT に対しては親子間の配当軽減税率を認めず、一般的な軽減税率の適用のみ認めるべきあるという制限規定が提案されたが、条約の議定書を早急に発効させなければならないという諸般の事情があったため、この問題については今後の検討課題とされ、議定書中にこの制限規定は導入されなかった[164]。

米国財務省は、これらの議論を踏まえ、以後行われる条約交渉においては配当軽減税率の適用を REIT 配当には行わない方針を示し、それ以後締結された条約はその方針におおむね従った規定が挿入され、例えば、1989 年に調印された米国とフィンランド条約では、第 10 条第 2 項で、同項による配当軽減税率は外国法人および REIT 株式の 10%未満を保有する個人の受け取る REIT 配当のみ 15%の配当軽減税率が適用されることとなり、法人および REIT 株式の 10%以上を保有する個人には租税条約による配当軽減税率の適用はなく、30%の税率で源泉徴収されることとなった[165]。これは、REIT というビークルを媒介としない直接的な不動産投資には 30%の国内税率が適用されたためと説明されている[166]。

また、米独租税条約の改訂時にも REIT に関する配当軽減税率の適用が問題となり、1989 年米独租税条約 10 条では、通常の親子間配当には 5%の配当軽減税率の適用が認められるのに対し、REIT が支払う配当は、親子間配当の要件を満たしても 5%ではなく、15%の配当軽減税率が適用される[167]。その理由は、親子間配当の要件を満たす REIT は、法人税をほとんど支払っていないため、親子間配当のように税率を軽減する必要がないからとされる[168]。さらに、ドイツのファンド（Kapitalanlagegesellschaft）にも、米独租税条約ではその配当について 5%ではなく、15%の軽減税率を認めたが、Kapitalanlagegesellschaft は不動産に投資を認められているにもかかわらず、REIT と同様の取扱いではなく、米独租税条約ではその適用が排除されている[169]。一方で、1992 年に改訂された米蘭租税条約では、オランダの会社型ファンドである Beleggingsinstelling にも REIT と同様な条約便益制限規定が導入されたが、フランスの会社型のオープンエン

163 宮本・前掲注(134)299 頁。
164 宮本・前掲注(134)300 頁。
165 小平・前掲注(156)1313～1314 頁。
166 宮本・前掲注(134)301 頁。
167 宮本・前掲注(134)301 頁。
168 宮本・前掲注(86)415 頁。
169 宮本・前掲注(86)415 頁。

ド・ファンドについては、米独租税条約と同様に親子間配当の制限を導入したのみであった[170]。

（２）米国とルクセンブルクの租税条約の改訂

その後、ルクセンブルクとの条約改訂過程の際、財務省はさらにREITに対して条約上の軽減税率の適用を一切認めないとする新たな方針を打ち出したため、米国不動産への対内投資を不当に阻害するものとしてREIT業界より強い反発を受け、REIT業界の団体であるNAREIT（National Association of Real Estate Investment Trust, 以下「NAREIT」という。）は、1996年夏以降その取扱いに対する反対運動を活発化し、その際に以下の５つの論拠を挙げた[171]。

a ）不動産投資に比べ、さまざまな不動産に分散投資を行っているREIT投資は不動産に対するポートフォリオ投資の性格をもち、不動産直接投資とは異なった性格をもつ投資対象である。したがって、不動産直接投資と比較して税負担を論じるのは失当である。

b ）米国の課税政策・産業政策として、外国投資家が不動産を直接保有・運営することよりも、不動産投資を行う米国企業に対する外国投資家による投資を奨励すべきである。

c）REITは95%（当時）配当要件を課されているため、配当性向が通常よりも高く、配当額が多いため必然的に源泉徴収税負担も通常の法人株式投資に比べ重くなっている。

d）高い配当税率により、REITにとってエクイティファイナンスよりもデットファイナンスの方がより効率的なファイナンスの方法となるが、必要以上に高いレバレッジ比率は過去のS&L破綻の例から分かるとおり望ましくない。

e ）外国投資家が不動産直接投資をする場合であっても、さまざまなearnings strippingの方法を用いることにより米国における課税は最少限となっている。

1996年には、ルクセンブルク等８ヶ国との租税条約の批准に関し、こうしたREIT業界の反対運動を受けた上院外交委員会は、当該条項に関し何らかの修正が行われない限り当該条約の批准を行わないとの態度を示し、条約は未批准のまま保留され、上院外交委員会、両院租税員会およびREIT業界との間で協議が行われた[172]。最終的に1997年10月に当事者間での新ルールに関する合意が成立し、新ルールによると、1997年以前の制度に基づく 10%未満保有の個人への上限源泉徴収税率の適用に加え、以下の二つのケースには

---

170 宮本・前掲注(134)302頁。

171 小平・前掲注(156)1314頁。

172 小平・前掲注(156)1314頁。

15%の租税条約上の上限源泉徴収税率が適用されることになった[173]。

（ｉ）当該非居住者（法人を含む）の REIT 株式持分が 5%未満、かつ当該 REIT が Publicly-traded REIT である場合。

（ii）当該非居住者（法人を含む）の REIT 株式持分が 10%未満、かつ当該 REIT が diversified REIT である場合。

当該合意では、将来のモデル条約および条約交渉には新ルールを盛り込むこととされ、この新ルールに言及して、1997 年 10 月 7 日の上院外交委員会において財務省国際租税課グッテンタール課長は「個人・機関投資家の REIT へのポートフォリオ投資は類似の株式投資と目的・効果に違いがないため、適切な環境下で同様の税務上の取扱いが認められるべきだというのがこの新政策のもととなる考え方である。ただし、こうした政策を実行するにあたり、重要なことが２点ある。一つ目は、われわれは外国人と米国民との課税にあたり適切な中立性を維持すべきである。米国投資家が、条約による外国人に対する REIT 優遇措置のためにショッピングモールに対する投資で競り負かされることがあってはならない。二つ目に、外国人に対する REIT 優遇措置により外国人が経済的に歪んだ投資を選択し、われわれの立場を悪化させるべきではない。例えば、大きな雇用創出効果のある新工場を米国に建設するはずの外国人が、不適当な優遇税制のせいで既存事務所建物を代わりに購入することは望ましくない。[174]」と述べている。

（３）EU での議論

フランスでは REIT 導入時に、スペインの不動産会社がフランスの REIT を買収し、その株式の大半を取得した際、スペインの大株主である不動産会社は、REIT からの分配金により多額の配当所得を受けたが、フランスとスペインとの租税条約上は、配当所得税率が０％となっていたため、スペインの不動産会社はその配当所得に対して非課税の恩恵を受けるとともに、フランス REIT を自分の傘下に収めることが可能であった[175]。その後、フランスは、SIIC4 において、2007 年１月１日以降、特定の株主が直接又は間接的に 60%以上所有した場合には通常の法人税の対象となること、特定の株主が 10%以上の株式を保有した場合、非課税となる法人への配当の支払いに対し 20%の原泉税が課されること等を租税条約の濫用を防止するために整備した[176]。

---

173 宮本・前掲注(134)307 頁。

174 小平・前掲注(156)1316 頁。

175 岩崎・前掲注(82)135 頁。

176 不動産証券化協会・前掲注(3)240 頁。

英国においてもフランスの経験を踏まえ、UK-REIT 導入に際して、REIT 分配に係る源泉徴収税率が配当条項の適用によって低率に制限されることにより、英国が REIT に与えた課税便益を将来にわたって回復できないことになることが懸念された[177]。

わが国では、非居住者に対する REIT 配当については条約により対応を行っている。例えば、日英租税条約 10 条 4 項で、我が国の REIT へ英国居住者が投資したときには、持分割合を満たしている場合であっても、０％及び 5%の軽減税率の適用を排除している。しかし、英国では REIT 制度が導入されたばかりであり、他の国との間で米国やわが国と同様な条約の締結を段階的にしか行えないため、条約の締結までの間は課税権の確保は難しい[178]。さらに、英国が EU 加盟各国と結んでいる租税条約では配当所得税率を０％としているものがほとんどであった[179]。そこで、英国では REIT の株式に対する出資割合を居住者、非居住者にかかわらず、10%未満に制限することで、外国投資家による租税条約の軽減税率の適用を制限し、英国における外国人投資家に対する課税権を一定に確保することとした[180]。

また、ドイツも REIT 制度の導入にあたって発表した 2005 年 5 月の IFD の報告書によれば、フランスの SIIC に投資する外国人投資家による国内法と租税条約の二重便益の享受、つまり、非居住者投資家が租税条約を適用し、源泉地非課税で REIT の配当を受け取ることによって、フランスの税収減となったという問題に触れ、所得類型の転換による非居住者の REIT 投資を優遇することは、国内 REIT 市場に大きな影響を与える可能性があることを指摘していた[181]。これに対してドイツでは、直接保有の場合にだけ、10%以上保有することはできないという要件を入れたが、法人形態や様々な事業体を介して 10%超を事実上保有することは可能とした[182]。

３　不動産所在地国での譲渡益

不動産の譲渡による収益については、不動産の所在地国に第一次課税権があるのが原則である（OECD モデル租税条約 13 条 1 項）。一方、OECD モデル租税条約 13 条 5 項では、不動産等以外の財産の譲渡から生ずる収益に対しては、譲渡者の居住地国においてのみ課税することとされている。これらに基づくと不動産所在地国の課税を受けるが、不動産を

177 HM TREASURY, UK Real Estate Investment Trusts: A discussion Paper.パラグラフ 4.6.
178 藤原・前掲注(76)235 頁。
179 岩崎・前掲注(82)135 頁。
180 藤原・前掲注(76)236 頁。
181 宮本・前掲注(86)428 頁。
182 岩崎・前掲注(82)135 頁。

所有する不動産会社の株式を譲渡して得る収益は株式の譲渡収益と異なり、不動産所在地国における課税を受けず、譲渡者の居住地国でのみ課税されるという問題があった。この問題が、初めて議論されたのが次のとおり米国であった。

（１）譲渡益課税の導入

米国におけるキャピタル・ゲインは、米国法人の株式の譲渡益と米国に所在する不動産の売却益に分けられるが､いずれも国内の取引または事業と実質的に関連していない場合、それが固定的な定期的所得に該当しない限り、米国では非課税とされたため、1979 年以前においては、外国人（外国法人及び非居住者外国人）が米国不動産またはそれを所有する法人の株式を処分（売却・交換等を含む。）しても、それによって得た所得（キャピタル・ゲイン）に対しては、原則として非課税の措置がとられていた[183]。このため、外国人投資家による米国不動産投資にかかる不動産譲渡益は、さまざまなタックスプランニングの手段を用いることにより米国での課税を回避することが可能であった。例えば、米国において事業を行っていないアンティール法人が米国源泉の不動産所得を得る場合、米国・アンティール租税条約 10 条の規定により当該不動産所得に対して米国におけるネット所得課税を選択することが可能であり、当該不動産を処分したときには当該譲渡収益は米国における事業との実質関連所得でないことから米国における課税を免除された[184]。

こうした外国人投資家による米国不動産投資に対し、国内投資家と同程度の米国での不動産譲渡益にかかる税負担を求めるため 1980 年に Foreign Investment in Real Property Tax Act（以下「FIRPTA」という。）が制定された[185]。内国歳入法典 897 条では、非居住者および外国法人の保有する米国不動産権益（United States real property interest （以下「USRPI」という。）の譲渡益課税に関して、当該非居住者・外国法人は米国で事業に従事しており（engaged in a US trade or business)、かつ、当該所得はその事業に実質的に関連して生ずる課税所得（effectively connected income）とみなされると定めた（内国歳入法典 897 条(a)(1)）。

（２）租税条約と FIRPTA の関係

REIT 株式が OECD モデル条約 13 条 1 項にいう不動産に該当するならば REIT 株式譲渡にかかる譲渡益は REIT の所在地である米国で課税されるのに対し、そうでない場合に

183 U.S.タックス研究会「米国税法の調べ方 86」『国際商事法務』Vol.21,No.7 1993 年、876 頁。
184 矢内一好「米国租税条約の研究－租税条約と国内法の関連－」『税大論叢』19 号、1989 年、74 頁。
185 矢内一好『詳解 日米租税条約』中央経済社、2007 年、147～151 頁。

は米国で課税されないことになるため、USRPI がどちらとして取り扱われるかが重要な問題となる。

租税条約における不動産譲渡益条項における不動産の定義に関し、OECD モデル条約 13 条 1 項に対するコメンタリーでは、条約中に特別の規定を設けないかぎり、不動産保有を目的とする法人の株式の株式譲渡にかかる 13 条 1 項の対象となることはない[186]。したがって、REIT 株式譲渡益を不動産譲渡益に含めるための特別の条項が条約中に存在しないかぎり米国は非居住者・外国法人の REIT 株式譲渡にかかる譲渡益課税ができないことになる。1980 年の FIRPTA 成立以前に締結された米国の条約には上記 OECD モデル条約と同様 USRPI に関する特別の規定はなかったため、国際法上の原則に従う場合、米国は国内法により不動産の間接保有にかかる譲渡益課税の規定を設けたとしても租税条約締結国との間では依然として不動産間接保有にかかる譲渡益を非課税とする必要があった。

しかし、1980 年の FIRPTA の制定目的自体が不動産の間接保有にかかる譲渡益に対する米国の課税権を確保する必要があったため、租税条約が同法に優先して適用されることとすれば同法の意義が著しく減殺されることになる。米国では、米国国内法に租税条約の規定を無効とする旨を表明するか、又は、立法の過程で明確にすれば、米国において立法された法律は条約と同等の地位にあり、より新しい方が優先適用され、租税条約において規定された租税の減免を受けるべき所得を後法である内国歳入法が課税することを規定しても有効としていた[187]。このため、FIRPTA は、租税条約に優先して適用されることになり、FIRPTA と租税条約の規定が矛盾した条約が規定されている国との間（例えば、ベルギー、フィンランド、日本、オランダ、カナダ、スェーデンなど）には、移行期間を設けることにより対応した[188]。

（３）租税条約オーバーライドと FIRPTA

上述の米国の FIRPTA のように自国の課税権を確保するために、国内法を優先させると租税条約オーバーライドの問題が発生する。英国でも、REIT 導入時に、REIT からの所得は英国国内法では不動産所得と解され、日英租税条約などでは配当所得と解され、英国の課税権の確保のため、租税条約上は配当所得と解釈される分配を一方の締約国が国内法によって不動産所得課税を行うことになると、それは国内法により二国間条約の取扱い

186 OECD モデル条約コメンタリー13 条パラグラフ 23
187 矢内・前掲注(184)46 ～47 頁。
188 矢内・前掲注(184)80～81 頁。

を一方的に改変することになり、租税条約オーバーライドの問題の発生が懸念された[189]。

そもそも租税条約についても、「合意は守らなければならない」、「すべての有効な条約はその当事国を拘束し、当事国によって誠実に実施されなければならない」という条約法に関するウイーン条約[190]（VCLT）26 条の基本原則が適用される。VCLT27 条（国内法と条約遵守）は、「当事国は国内法の規定を理由に条約実施の解怠を正当化することはできない」旨を規定している。

一方、FIRPTA のような米国の条約オーバーライドの正当性について、Avi-Yonah[191]は、「税法とプラクティスの変化は余りにも早いので、条約の再交渉が追いつかない。オーバーライドは条約の基本目的と一致するときのみ用いられるべきである。」と主張する。

本庄教授は、「何をもって条約オーバーライドとするかにつては学説も多様であるが、日本では条約を国内法に優先する特別法とみるため特別法は一般法に優先するとの原則（Generalibus specialia derogant）が条約と国内法との関係について適用されると考えるのに対し、米国のコモンローの諸国では自動的または国内立法により国内法に組み込まれた条約は、国内法となった後には他の国内法より優位に置かれることはないので、後法は前法を無効にすると考えられる[192]。」と述べている。

近時の判例においては、外国銀行の米国支店に対する一般的な課税原則に関し、米国での国内法の優先を認めていないものがある[193]。1996 年当時の財務省規則では、米国内の恒久的施設に帰属する所得金額の計算上、他の規定の如何にかかわりなくすべて本規則を適用するとしていたのに対し、米英租税条約（2001 年 7 月署名）及び日米租税条約（2003 年 11 月署名）の発効後において、本規則と異なる内容の条約が締結された場合には、OECD モデル租税条約及び OECD 移転価格ガイドラインの考え方に沿った運用をしていく旨を明らかにしている[194]。

したがって、租税条約オーバーライドによる自国の課税権の確保は、グローバル化した現在では難しいと考える。また、自国の課税権を確保したとしても他国の REIT 制度との

---

189 藤原・前掲注(76)234 頁 。

190 条約法に関するウイーン条約（昭和 56 年 7 月 20 日条約第 16 号、昭和 56（1981）年 8 月 1 日外務省告示第 282 号）。

191 Avi-Yonah International Tax as International Law University of Michigan Law School The John M. Olin Center for Law ＆ Economics Working Paper Series.2004.pp15 - 20.

192 本庄資「新日米租税条約の実務上問題となる重要ポイント」『税経通信』2004 年 No2、145 頁。

193 National Westminster Bank PLC v. United States,40 Fed.Cl.120,84 AFTR 2d 99-5068(1999).

194 川田剛「米英租税条約と国内法との関係について（租税条約の規定が優先する）」『税務事例』2008 年 Vol.40No.5、56 頁。

歪みが生じるなど新たな問題を引き起こす可能性を孕んでいるであろう。

しかしながら、租税条約の改定には時間がかかり、「ある国が国際所得課税に関して何らかの新しいポリシーを打ち出したとして、それが既存の二国間租税条約の内容にあまねく反映するまでには、30 年とか 40 年とかいった長期間を要することになる[195]」と言われている。したがって、今般の REIT に係る OECD 租税条約の改定のように全世界にルールが示された場合には、各国間において温度差もあると思われるが、２国間の個別交渉ではなく、一斉に租税条約を改定することの検討も必要と考える。

４　政府系ファンドと FIRPTA

政府系ファンド（Sovereign Wealth Funds[196]、以下「SWF」という。）が米国の不動産投資をすることもあり得る。その際に問題となるのは、米国不動産からの売却益（清算配当を含む。）に対する規定である FIRPTA に関する取扱いである。FIRPTA では、外国法人が米国不動産持分を処分したことによって稼得した損益は、当該外国法人の米国における事業活動に実質的に関連するもの（事業所得）として取り扱われる（内国歳入法典 897(a)(1)）。これは、政府機関等の場合の例外を設けていないため、SWF にも同様に適用されるが、不動産持分に直接投資する場合には分かり易い。

しかし、近時、SWF が REIT 経由で不動産投資をする際、REIT からの分配金を売却益に基づく部分までも SWF に対する非課税規定を適用しているケースがあったようである[197]。内国歳入法典 892 条は、1917 年（the War Revenue Act of 1917）に施行され、外国政府の保有する株式、債券等に対する投資にかかる所得は非課税とされ、REIT 株式も同様に外国政府による米国 REIT への投資所得は非課税となる[198]。一方で、内国歳入法典 897 条(h)(1)は、REIT から外国投資家に配当等の分配が行われた場合、その分配が REIT による米国不動産持分の譲渡益（キャピタル・ゲイン）に対応する範囲で、外国投資家に対して FIRPTA に基づく課税が行われる。Regulation section 1.892-3T(a)では、内国歳入法典

---

195 増井良啓「国際課税ルールの安定と変動－租税条約締結によるロック・イン－」『税大論叢 40 周年記念論文集』2008 年、350 頁。

196 中谷和弘「政府系企業、政府系ファンド（SWF）と国際法」『法学教室』№340、2009 年 1 月、154 頁によれば、政府系ファンドとは、天然資源の売上、外貨準備、年金等を資金源として、政府がマクロ経済目的のために保有・運用するファンドであり、アラブ首長国連邦、シンガポール、ノルウェー、サウジアラビ、中国、ロシアなどが有している。

197 Babak Nikravesh ,Sovereign wealth funds become visible, INTERNATIONAL TAX　REVIEW April 2008. INTERNATIONAL TAX　REVIEW HP より
http://www.hewm.com/docs/en/ITR-HellerEhrmanApr08.pdf

198 VICTOR FLEISCHER ,A THEORY OF TAXING SOVEREIGN WEALTH, NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW May 2009,pp456.

892 条の非課税の対象となるのは、REIT 配当のうち Capital gain dividend 以外の部分に限られ、USRPI 譲渡益に基づく Capital gain dividend に対しては内国歳入法典 897 条が内国歳入法典 892 条に優先して適用されるため内国歳入法典 892 条に基づく非課税の範囲外となり、通常の外国法人と同様の取扱いを受けることを規定している。この点に関して、改めて Notice 2007-55 にて、REIT からの分配金（清算配当を含む）のうち、売却益に基づく部分は SWF にとっても課税対象と取り扱う旨が公表されている[199]。この取扱いについて、Pension Investment Association of Canada は、REIT への投資が減少するとして懸念を表明している[200]。さらに、NAREIT も昨今の経済危機を背景として、REIT に関する FIRPTA の取扱いの変更を求めている[201]。

一方で、外国政府が SWF 経由で純粋に投資家としてマーケットに参加してくる局面で、特別扱いを受け続けることが他のファンドに対してフェアであるかどうかという問題も今後は議論となってくることも考えられる。外国政府の投資所得に対する非課税措置が規定された時代には SWF のような存在は全く念頭になかったのではないだろうか。

我が国においても、今後、SWF による国内への投資が増加することが期待される。その際に課題となるのが、SWF に対して租税条約上のルールが適用されるか否かである。SWF が日本の REIT に投資を行う場合、日本と SWF の居住国の間に租税条約が締結されているかどうか、さらに租税条約が締結されている場合、当該租税条約において特定の SWF を代理または代行して投資を行う法人に対し税率の軽減または免税とする規定が設けられているか[202]という課題がある。特に我が国は中東の諸国とは租税条約の締結がされていないため、二重課税の問題から中東諸国の SWF が我が国の REIT への投資を抑制する可能性もある。したがって、REIT に限らず対日投資の促進のためには、今後は中東諸国との租税条約の締結を積極的に促進し、二重課税の調整と租税回避の防止を図る必要が

---

199 Guidance to Clarify the Treatment of Certain Distributions Under Internal Revenue Code Section 897(h)(1), Internal Revenue Bulletin, July 2, 2007　IRS HP より
http://www.irs.gov/irb/2007-27_IRB/ar11.html

200 Pension Investment Association of Canada, Withholding tax on Capital Gain Dividends and Liquidating Distributions paid by REITs / Notice 2007-55 (2008)NAREIT HP より
http://www.reit.com/Portals/0/Files/Nareit/htdocs/policy/US_Treasury_&_IRS_re_Notice_2007-55_Nov-14-08.pdf

201 NAREIT ,Clarifications to Foreign Investment in Real Property Tax Act to Encourage Equity Investment in U.S. Commercial Real Estate(2008), NAREIT HP より
http://www.reit.com/Portals/0/Files/Nareit/htdocs/policy/FIRPTA%20Changes%20Needed%20to%20Address%20the%20Financial%20Crisis%20(12-11-08).pdf

202 税理士法人プライスウォーターハウスクーパース「日本における政府系投資ファンドにかかわる税制」2009 年 9 月　税理士法人プライスウォーターハウスクーパース HP より
http://www.pwc.com/ja_JP/jp/taxnews-financial-services/assets/Sovereign_Wealth_Funds_J.pdf

あると考える[203]。

第２節　OECD モデル租税条約の改定

１　集団的投資ビークルに関する分析

これまでは、ファンドや SPC などの集団投資ビークルの事業主体自体が、租税条約上の軽減税率や免税等の適用を受けることができるかどうか、つまり、その人的適格性があるかどうかというものであった[204]。OECD や民間の研究機関である IFA（International Fiscal Association）では、長い期間この問題に関して議論を行っているが、未だに結論には至っていない[205]。特に、REIT に関しては、近時の不動産に対するポートフォリオ投資の拡大を背景として、国内でも REIT の法的形態によって課税の取扱いが異なり、さらには国外でも各国ごとに課税の取扱いが異なるので租税条約上の議論がなされた。このため、OECD は、2007 年に「REIT に関連する租税条約の問題」[206]というディスカッションペーパーを公表し、2008 年にモデル租税条約を改定した。

今回の OECD モデル条約の改定は、すべての投資ビークルに租税条約上の人的適格性を認めている訳ではないが、一定のものについては人的条約適格を認め、条約適格があるものからの分配は、それは分配をする元の利益、集団投資ビークルが稼いだ利益に対して持分権者が直接支配を持っているのではなく、持分権者はある種の株主と同じように投資家として持分をもっているに過ぎないとしたものと考えられる[207]。つまり、REIT からの分配を受けるときに、株式会社からの配当と同じように扱えばいい場合と、そうでない場合とに場合分けをしなければならないと論点を整理している。今回の改定は、REIT の所得分配に関する各国間におけるルールの共通化を目的としており、その取扱いを明らかにしたものと考えられる。

２　第 10 条（配当）

OECD コメンタリーでは、「多くの国においては、不動産に対するポートフォリオ投資の大部分は、REIT を通じて行われている[208]。」とし、「REIT への投資及び REIT を通じた投資の重要性と国際化のために、租税委員会は、そのような投資から生ずる租税条約上

---

203 田中和子「国際金融と租税条約」本庄資編『租税条約の理論と実務』清文社 2008 年、333 頁。
204 川端康之「2008 年 OECD 租税条約－OECD モデル租税条約の動向－」『租税研究』2009 年 9 月、246 頁。
205 この問題の検討については、増井・前掲注(132)及び宮本・前掲注(134)を参照。
206 Tax Treaty Issues Related to REITs, Public Discussion Draft(2007).
207 川端・前掲注(204)246 頁。
208 OECD モデル租税条約 10 条パラグラフ 67.1

の問題の検討を行った[209]。」として今回の改定に関する趣旨を述べている。

また、「REIT とは、広義には、広く一般に所有され、主に不動産に対する長期投資からの所得を生じさせ、毎年その所得の大部分を分配し、そのように分配の対象とされる不動産に関連する所得に係る所得税を支払わない会社、信託又は契約上若しくは信託上の取り極めとして表現することができる。[210]」として、REIT に係る法的形態の違いによって条約のアクセスを制限していない。

そして、小投資家に関しては、「REIT に小額の投資を行う投資家の場合には、当該投資家は REIT が取得した不動産に対する支配を有さず、当該資産に関連性を持たない。それ故、REIT それ自体は分配される所得に係る租税を支払わないという事実にもかかわらず、そのような投資家は不動産に投資しているのではなく、むしろ単にある会社に投資を行い、ポートフォリオ配当を受け取っていると取り扱われるべきと考えることが適切であろう。[211]」としてポートフォリオ投資による配当にすぎないものと位置づけた。さらに、「このような取り扱いはまた、株式と債券双方の性質が組み合わさった REIT 投資の混合的な性質を反映している。」として、現行の REIT の資金調達上の特質も踏まえていると解される。

これに対し、大投資家は、「REIT へより多額の投資を行なう投資家は、REIT が取得した不動産に対してより多くの不動産持分を有している。当該投資家にとっては、REIT への投資は REIT の対象資産への投資に代わるものとして見ることができる。このような場合、当該 REIT それ自体はその所得に係る租税を支払わないため、REIT からの分配に対する源泉段階での課税を制限することが適当だとは思われない。[212]」とし、REIT の持分を大口で保有する者の当該 REIT からの配当に対しては、国内法に基づき課税することができるようにした。

そして、このような内容を反映させ、コメンタリーは、第 10 条第 2 項の代替案を現行の規定に下線部を追加し、

「２．１の配当に対しては、これを支払う法人が居住者とされる一方の締約国においても、当該一方の締約国の法令に従って租税を課することができる。その租税の額は、当該配当の受益者（配当を支払う法人が REIT であって、配当の受益者がその法人の一切の資本の

209 OECD モデル租税条約 10 条パラグラフ 67.2
210 OECD モデル租税条約 10 条パラグラフ 67.1
211 OECD モデル租税条約 10 条パラグラフ 67.3
212 OECD モデル租税条約 10 条パラグラフ 67.3

額の 10%以上の資本を直接又は間接に保有する場合を除く。）が他方の締約国の居住者である場合には、次の額を超えないものとする。

a) 当該配当の受益者が、当該配当を支払う法人（REIT である法人を除く。）の発行済株式の 25 パーセント以上を直接に所有する法人（パートナーシップを除く。）である場合には、当該配当の額の 5 パーセント

b) その他のすべての場合には、当該配当の額の 15 パーセント[213]」とした。

また、大投資家については、「この規定においては、REIT への多額の投資を行っている投資家とは、REIT のすべての資本の価額の 10 パーセント以上を直接又は間接に保有している投資家である。[214]」と定義しているが、「しかしながら、締約国は二国間で異なる基準を使用することに合意することができる。[215]」とした。なお、源泉地国の大投資家に対する REIT の配当に対する課税を制限するのは不適切なため、a)項は親子間配当の範囲から REIT が支払う配当を除外している。

さらに、一方の締約国で設立された REIT が、当該国の居住者である法人とみなされない場合[216]や、REIT が信託又は契約上若しくは信託上の取り極めとして組成され、法人とみなされない場合[217]にも、追加的な規定を設けることで、そのような REIT による利益分配にも対応できるように代替案が提示されている。

その結果、「この追加的な規定により本条約の第 10 条及びその他の条項の適用上、これに関連する分配は配当として取り扱われ、したがって、他の種類の所得（例えば、不動産所得あるいは譲渡収益）としては取り扱われない。[218]」とした。

３　第 13 条（譲渡収益）

第 10 条に関するコメンタリーでの改訂に対応し、「大口投資家の REIT 持分の譲渡の場合には、それが不動産に対する直接投資に代わるものの譲渡であると考え得るものであって、第 4 項の例外とするのは適当ではないと思われるが、一方、小口投資家の REIT 持分の譲渡については、第 4 項の例外とするのは適切であると考え得る[219]。」とした。

その理由を、「この点、実際には、広範に保有される REIT の小口の持分に係る収益に

---

213 OECD モデル租税条約 10 条パラグラフ 67.4
214 OECD モデル租税条約 10 条パラグラフ 67.4
215 OECD モデル租税条約 10 条パラグラフ 67.4
216 OECD モデル租税条約 10 条パラグラフ 67.6
217 OECD モデル租税条約 10 条パラグラフ 67.7
218 OECD モデル租税条約 10 条パラグラフ 67.7
219 OECD モデル租税条約 13 条パラグラフ 28.9

対して源泉地国課税の適用を執行することは、非常に困難である。さらに、REIT は、その資産の価値がもっぱら不動産により構成されるその他の実体とは異なり、その利得の大部分を分配することが要請されるために、その他の法人に比して、譲渡収益課税が適用されるかなりの残余利得がそこに存することはあり得ない。[220]」とした。

そして、この見解に同意することができる締約国は、二国間交渉で第 4 項を、下線部を追加し、「4．一方の締約国の居住者が株式（法人が REIT である場合には、当該法人のすべての持分のうち 10 パーセント未満を占める持分を直接又は間接に保有する者により保有される株式を除く。）の譲渡によって・・」と変更することができることとした。

ただし、「第 4 項は、その資産の価値がもっぱら不動産により構成される法人の株式の譲渡に係る収益に対して適用することを予定していたのであって、かつ、とりわけ REIT はその所得に対して租税を課されないのであるから、本項の適用について、REIT とその株式を市場で流通させている法人とを区別する理由はない、と考える国も存する。これらに国は、証券取引所に上場されている法人の株式の譲渡の例外がない限り、REIT の持分についても特別な例外はなされるべきではない、と考える。[221]」との見解も示されている。

このように、一般論として不動産化体証券を否定しているのではなく、REIT に限定して、REIT の所得分配に関する各国間におけるルールの共通化の整備を目的としており、譲渡収益についても、持分の譲渡については株式類似で扱うとして、REIT に関するコメンタリーの見解をはっきりさせている[222]。

今回の REIT に関する OECD モデル租税条約の改定では、租税条約の人的適用対象については示されていない。各国が様々な事業体を活用した REIT を通じた不動産投資を行っており、それを個別に規定することは困難だと考えられる。また、その形態は投資環境や経済環境に応じて次々と変容するものと考えられ、それを追いかけてモデル租税条約に規定し続けることも困難と考える。したがって、今回の改定では、REIT という形態に限って所得の性格を規定している。これを他の形態に応用可能かと考えると、難しいのではないだろうか。不動産の場合には、不動産所在地国に第一次課税権があり、その所得の源泉の所在がはっきりしている。一方で、投資信託などの場合には、その所得の源泉が金銭であり、特に投資形態が各国間に跨る場合には、さらに、所在の把握が困難となるため、

220 OECD モデル租税条約 13 条パラグラフ 28.10
221 OECD モデル租税条約 13 条パラグラフ 28.11
222 川端・前掲注(204)248 頁。

源泉地国と所在地国との間の適正な所得分配を行うことも困難と考える。

第３節　小括

REIT から投資家が獲得する所得は、株式配当と同様に配当所得となるため、租税条約が締結されている場合、源泉地国での課税は低く設定され、不動産への直接投資よりも有利な取り扱いとなるため、公平性の観点等から問題となる。

投資家が米国の不動産に直接投資した場合には、その所得の取扱いは、所得に対して通常の税率で源泉徴収され、条約上の軽減税率の適用はない。一方、直接的な不動産投資にくらべて REIT を介在させた不動産投資の場合、所得がコンバートすることにより条約上有利に扱われ、両者間の租税中立性が損なわれることが問題となった。このため、租税条約の改定を巡って最初に議論となったのが米国であった。

さらに、米国では、不動産譲渡益に関しては、通常、不動産所在地国の課税を受けるが、不動産を所有する不動産会社の株式を譲渡して得る収益は株式の譲渡収益と異なり、不動産所在地国における課税を受けず、譲渡者の居住地国でのみ課税されていた。1970 年頃の米国では、外国人投資家による不動産譲渡益は、タックスプランニングの活用することにより、米国での課税を回避することが可能であった。そこで、不動産の間接保有にかかる譲渡益に対する米国の課税権の確保のため、FIRPTA が 1980 年に制定された。なお、FIRPTA は租税条約オーバーライドに該当したが、REIT がグローバル化していなかったため、現在ほど問題は大きくなかったと考える。現在において租税条約オーバーライドの問題が発生した場合には、国際問題となる可能性が高い。このため、租税条約を迅速に改定しなければならないが、二国間条約の改定には時間がかかるため、今般の OECD の REIT に係る租税条約の共通ルールのようなルールが提示されたと同時に、一斉に各国が租税条約を改定することも検討の必要があろう。

また、最近の米国では、REIT からの分配のうち、売却益に基づく部分は SWF でも課税対象となることが示されたが、景気低迷下における対内投資の促進という観点からは議論となっている。そもそも外国政府の投資所得に対する非課税措置が規定された時代には政府系ファンドのような存在は全く念頭になかったと考えられる。今後、我が国でも SWF による国内への投資が考えられ、その際には、SWF が租税条約上の特典を享受できるか又は二重課税を排除できるかなどが課題となることから、国内法の整備とともに、未だ租税条約を締結していない中東諸国との協議を速めるべきと考える。

OECD は、上述のような REIT を巡る各国の租税条約の協議状況等を踏まえ、2008 年

にモデル租税条約を改定した。そこでは、REIT に関し、すべての投資ビークルに条約適格を認めてはいないが、一定のものについては条約適格を認め、REIT からの配分について、すべての資本の 10%未満を保有する小投資家はポートフォリオ投資による配当を受け取るに過ぎないとして、一方、すべての資本の 10%以上を保有する大投資家は国内法に基づく課税をできることとした。今回の改定は、REIT の所得分配に関する各国間におけるルールの共通化を目的としてその取扱いを明らかにし、譲渡収益についても、持分の譲渡については株式類似で扱うとして、REIT に関するコメンタリー上の取扱いをはっきりさせている。

国家間における適正な源泉配分の観点からは、不動産証券化商品からの所得の課税は源泉地国で行うことが望ましく、簡素化・執行可能性の観点から、源泉地国課税は譲渡益ではなく配当に対して行うことが望ましい[223]。さらに、米国を中心とした現行の REIT に関する租税条約の考え方は、個人・機関投資家の REIT へのポートフォリオ投資は類似の株式投資と目的・効果に違いがないため、適切な環境下で居住者及び非居住者に対して、同様の税務上の取扱いが認められるべきとの考え方に基づいていると思われる。したがって、このような考え方を踏まえた今回の REIT に関する OECD モデル租税条約の改定は妥当であると思料される。

[223] 小平・前掲注(156)1319 頁。

第４章　匿名組合を用いたREITに関する検討

OECDが租税モデル条約を改定したことにより、REITに係る国際課税上の所得の分配に関する取扱いが明らかにされた。しかしながら、REIT自体が受益者となるかは、OECDモデル条約でも定められておらず、国内法に委ねられている。特に、我が国で最も多く活用される非上場のREITであるGK-TKスキームのような匿名組合を活用したREITの取扱いに関しては、議論も多い。本章では、特に、匿名組合を活用したREITに関する所得の分類について検討する。

第１節　匿名組合に関する通達の解釈と所得分類

国内法においては、通達による所得の区分の如何にかかわず、匿名組合分配金は雑所得として一律に源泉徴収されている。一方で、我が国が締結した租税条約には日米租税条約など一部の租税条約を除き、明文の規定がないため、匿名組合分配金がいかなる「所得の種類」に該当し、どの条項を適用するかについて議論がある。例えば、租税条約上、事業所得[224]、利子所得[225]、その他所得[226]と考える説などがあり、匿名組合分配金の性格が異なれば租税条約の適用条項もそれに応じて異なる場合もあり得る[227]。

通達（所得税法基本通達36・37共-21）は、従前匿名組合員段階の所得分類は営業者の事業内容に応じると規定していた（営業者段階で事業所得なら匿名組合段階でも事業所得となる）ところ、匿名組合は営業者と匿名組合との共同事業のための仕組みと見得るからその課税ルールでよいとする見解と、匿名組合員は共同事業者ではなく単なる出資者であるから雑所得となるとの見解に分かれていた[228]。しかし、17年度末に通達が改正され、匿名組合員の所得はすべて雑所得となることとされた。ただし、例外が設けられ、「営業者の営む事業に係る重要な業務執行の決定を行っているなど組合事業を営業者と共に経営をしていると認められる場合には、当該営業者の営業の内容に従い、事業所得又はその他の各

---

224 宮武敏夫「匿名組合契約と税務」『ジュリスト』1255号、2003年、110～111頁。

225 渕圭吾「匿名組合契約と所得課税」『ジュリスト』1251号、2003年、177頁。

226 小沢進「匿名組合の利益の分配に関する日独租税条約の規定の適用について」『税務事例』29巻3号、1997年、67～68頁。

227 水野教授は、「匿名組合の受ける利益の分配は、事業所得をはじめ、匿名組合のもとにおける性質に応じて、所得の性質が定まると考えられる。・・国際課税の関係では、匿名組合の非居住者である匿名組合員が、地理的にみて、実質的事業に参加することは考えられないので、すべて、投資家にすぎないと認定するものとも思われるが、一般には、匿名組合員の位置付けにより、その受ける利益分配の性質を認定することができると考えられる。」としている（水野・前掲注(90)343頁）。

228 植松・前掲注(124)2005年、60頁、平野嘉秋『不動産証券化の法務・会計・税務』税務経理協会、2001年、452頁、酒井克彦「匿名組合契約に基づく分配金に係る所得区分ーいわゆる航空機リース事件の検討を契機としてー」『税大ジャーナル』2005年7月、108頁など。

種所得とする」とされ、重要業務執行者の例外要件は広い。商法上匿名組合員は業務執行者になれない（商法 536 条 3 項）のだから事業に積極的に参加していたら匿名組合でなく任意組合と認定されてしまうだろう[229]。また、当該組合員の出資行為が、当該組合員の元来営んでいる事業の一環と見得るから事業所得と判定されるという考え[230]とも異なる。多分、従来の通達の取り扱いの前提だった、匿名組合が営業者と匿名組合員の共同事業のための仕組みとして用いられているという「共同事業性」要件を満たすためと考えられるが、組合と匿名組合の区別は微妙で、納税者の不満や混乱をなくすために作られたとも考えられる[231]。

一方で、現行の課税ルールは、共同して事業を行なう当事者間で締結される契約類型であるという匿名組合契約の本来的性質を前提としてのみ正当化されうると考えられ、逆にこのような性質を有していない匿名組合形式契約はその射程外であり、ファイナンスのみを目的として一般投資家から資金を募る場合、事業自体の円滑な運営のためには、営業者は当該事業を運営的に第三者に委託することを予定すること、及び匿名組合員に対して条文（商法 542 条において準用される 153 条）上保障された監督権行使にあたっては、営業の事前の承認が要求されることなどの定めを設けることは不可欠であるとも思われるが、商法上の匿名組合契約の性質とファイナンス目的の契約としての性質を両立させることは現実的には難しいのではないだろうか[232]。つまり、匿名組合契約は出資者・営業者間の 1 対 1 の関係の契約であるが、出資者が多数に上ることを排除していないため、ポートフォリオ投資的なビークルにも活用可能であり、共同事業性が希薄となる場合には、営業者の所得の性質をそのまま引継ぐとすることは適当ではないと考えられる[233]。したがって、匿名組合を活用した REIT のようなスキームにおいて、出資者が多数に上る場合には、営業者の所得性質をそのまま引継ぎ不動産所得とするのではなく、ポートフォリオ投資と考え

---

229 西村総合法律事務所編『ファイナンス法大全 下』商事法務、2003 年、294 頁では、「過度の匿名組合員による事業への関与は、商法上の匿名組合性を害し、ひいては税務上の特典を失うことになりかねないので十分注意が必要となる」としている。

230 植松・前掲注(124)62 頁では、「もし匿名組合員が事業者でその出資が事業の一環としてされているような場合事業所得・・と考える。ここで事業の一環としてされるというのは、たとえば、当該事業と関連する事業を営む営業者との間で取り結ぶ匿名組合に出資するような場合が典型で、その他事業を拡充し、多様化するための手段として匿名組合への出資がされる場合なども含まれよう」としている。

231 植松・前掲注(124)60～61 頁では、改正前の通達が任意組合と同様の取り扱いをしていたことに対して「公平の観念に合致する」とし、「現在の解釈に変更を加えるとすると、両者の識別に問題がある場合に税務紛争の種子になるだろう」としていた。

232 高宮雄介「匿名組合と課税－契約の性質からのアプローチー」COE ソフトロー・ディスカッション・ペーパー・シリーズ COESOFTLAW-2004-6 、2004 年、23 頁。

233 青山慶二「恒久的施設の範囲」本庄資編『租税条約の理論と実務』清文社 2008 年、261 頁。

て配当所得とすべきと考える。

一方、例えば、最近改訂された日豪租税条約[234]でも日米租税条約などと同様に、同条約20条において、「・・匿名組合契約その他これに類する契約に関連して匿名組合員が取得する所得、利得又は収益に関する課税上の取扱いについて、源泉地国の法令に従って源泉地国課税をすることを妨げない」と規定されている。さらに、議定書 4 では、「・・日本国が、匿名組合契約又はこれに類する契約に基づいて取得される所得及び収益に対して、日本国の法令に従って源泉課税する」とされる。その理由を、「我が国国内法及び租税条約を用いた租税回避に用いられる例があったため」としている。また、匿名組合契約を活用したREITは、同条約10条における特定目的会社、投資法人等には該当しないため、ポートフォリオ投資からの配当に係る軽減税率の特典は適用されない。しかしながら、オーストラリア REIT で、「・・オーストラリアの法令に基づいて設立され、又は組織された管理投資信託であって、賃貸料の取得を主たる目的として不動産に直接又は間接に投資する事業を行うもの」に関しては軽減税率の適用がある。

このようなビークルの種類により異なる課税を行うべきでなく、匿名組合を活用したREIT であっても、各国共通ルールに従って、REIT という形態であれば、配当所得として分類され、租税条約上の特典も各国ともに平等に適用すべきと思われる。つまり、REITを通じた不動産投資の場合、不動産への直接投資と異なり、投資家の持分割合に応じて獲得する所得の性質も異なることも許容されるのではないだろうか[235]。したがって、多数の出資者によるポートフォリオ的に使用されるREITのような匿名組合に関しては配当所得として条約に規定することによって、軽減税率も適用されるべきと考える。

第２節　共同事業的性質と投資的性質による区分

前節でREITからの分配金をポートフォリオ投資として配当所得と考えたが、すべてを配当所得とはすべきでなく、不動産所得と配当所得との線引きは租税回避行為の防止及びREITの制度趣旨の観点からも必要である。REITに関しては、今般、OECDモデル租税条約が改定され、大口・小口投資家とで取り扱いを分ける方法が提示された。つまり、REITからの分配金は、大口投資家には不動産への実物投資として共同事業性が強く、小口投資家は特定の不動産との関連性が低く投資的性質が強い。このため、大口投資家については、

234 財務省・前掲注(153)527～585頁。
財務省HPより http://www.mof.go.jp/jouhou/syuzei/kaisetsu20/pdf/P527-P585.pdf
235 栗原・前掲注(112)102頁。

不動産への直接投資との課税の公平性の観点から不動産への実物投資と同等の課税とし、小口投資家については、株式投資と同様に扱うことが明示された。したがって、匿名組合を活用したREITのスキームからの分配金もこの考えと同様に、共同事業的性質と投資的性質のいずれを多く有するかによって、課税のあり方を区分すべきと考える[236]。

その際、ドイツにおける匿名組合に関する議論が参考となる。ある論者は「税務における「匿名組合」を、匿名組合員が匿名組合事業の重要な業務執行に関与せず、出資額以上に損失リスクを負わないような「典型的匿名組合」と、組合事業に係る重要な業務の執行の決定に関与し、営業者との共同事業性があるような「非典型的匿名組合」とを区分して考えることにより、匿名組合分配金の課税関係を合理的に整理することができる。」[237]としている。そして、その匿名組合分配金の区分のときのメルクマールとしては、「「非典型的匿名組合であるか否かは、匿名組合員が営業者の経営判断に関与できる相応の権利が何らかの形で確保されていて、営業による利益又は損失を応分に受け取り、又は被ることとなっているかどうか」[238]とされており、上述の大小投資家の区分、又は共同事業性と投資的性質の区分と同様な考え方が示されている。

第３節　大・小投資家のメルクマール

１　OECDの大・小投資家のメルクマール

大・小投資家の区分のメルクマールとして、今般、OECDは日米租税条約などにおいても採用されている10%という基準を提示している。前述[239]の英国における10%超保有ルールも、REIT株式が広範な小口投資家に保有されることを担保し、投資の分散を促進することを目的として設定されているようである[240]。では、この10%という基準は匿名組合を活用したREITでも適用可能であろうか。また、前述[241]のとおり、この10%という保有割合の基準は、OECDコメンタリーでは各国間で変更可能としており、我が国においても、このまま現行の10%基準を継続すべきなのであろうか。

この問題の検討に関して、平成21年度税制改正で導入された外国組合員に対する課税の特例[242]（以下「ファンドに関する課税の特例」という。）が参考となる。本特例は、「投

---

236 栗原・前掲注(112)103頁。
237 山崎昇「匿名組合と国際税務」『税大論叢』2006年52号、341頁。
238 山崎・前掲注(237)342頁。
239 38頁参照。
240 藤原・前掲注(76)236頁 。
241 46頁参照。
242 平成21年度税制改正において、投資事業有限責任組合契約に関する法律第2条第2項に規定する投資事

資事業有限責任組合契約に関する法律[243]（以下「LPS 法」という。）」に関するものである。投資事業有限責任組合（外国におけるこれに類する組合を含む。以下「投資組合」という。）は、法人税の納税義務者でなく（法人税法４条、法人税基本通達 1-1-1）、組合事業から生じた損益は、組合員に帰属するものとして課税（いわゆるパス・スルー課税）され、この点は商法上の匿名組合と共通する。

LPS 法に基づく、投資組合に出資を行う非居住者または外国法人たる組合員（以下「外国組合員」という。）で一定の要件を満たすものは、「投資事業有限責任組合の有限責任組合員は、組合に対して金銭出資を行うのみで、組合の業務を執行しないことから、その実態は、共同で組合の事業を行う事業者というよりも、組合の事業に対して投資を行う投資家に近い」ことから、「投資事業有限責任組合の有限責任組合員である非居住者又は外国法人のうち、組合としての共同事業性が希薄であると考えることができる一定の要件を満たす者については、国内に恒久的施設を有しない非居住者又は外国法人に該当するものとみなすこと（下線筆者）」とされ、国内に恒久的施設（permanent establishment、以下「PE」という。）を有しない外国組合員に該当する者とみなすこととされた[244]。

本特例においては、共同事業性が希薄であると考える一定の要件として、投資組合契約に係る組合財産に対する持分割合が 25%に満たないことを要件としている。その理由は、「有限責任組合員が投資組合の大部分の持分を有するような場合には、その事業に係る業務の執行に対して有限責任組合員が少なからず影響力を有していると考えられることを踏まえ、投資組合の事業に係る業務の執行を行わない外国組合員のみを対象とする本特例の趣旨から設けられている（下線筆者）」[245]と説明されている。これは、REIT の大小投資家の持分割合の基準として、ポートフォリオ投資とみるのか、不動産への直接投資とみるのか、と同様に投資家の影響力の大小によって区分していると思われる。しかし、この区分は 25%で REIT に関しては 10%となっており、取扱いが異なる。これは、今般のファンドに関する課税の特例自体が、「リスクマネーの新たな供給主体として、ファンドの果たす

業有限責任組合及び外国におけるこれに類するものを通じた、海外投資家による投資に関し「外国組合員に対する課税の特例（租税特別措置法第 41 条の 21、第 67 条の 16）」及び「恒久的施設を有しない外国組合員の課税所得の特例（租税特別措置法施行令第 26 条の 31、第 39 条の 33 の 2）」が導入された。

243 平成 16 年 4 月 30 日付で施行された「中小企業投資事業有限責任組合契約に関する法律を一部改正する法律」（平成 16 年法律第 34 号）により、中小企業投資事業有限責任組合契約に関する法律の一部が改正され、名称が「投資事業有限責任組合契約に関する法律」に改められた。

244 財務省「平成 21 年度 税制改正の解説」451～452 頁。
財務省 HP より http://www.mof.go.jp/jouhou/syuzei/kaisetsu21/pdf/P424-P474.pdf

245 財務省・前掲注(244)454 頁。

役割が期待されるものの、我が国のファンドの規模は諸外国に比して低水準にとどまっています。こうしたファンドを通じた海外資金を呼び込むといった観点も踏まえ、・・課税の特例が創設されました。」[246]とされており、政策的な位置付けが大きいためと考えられる。つまり、今後、REIT についても国内の不動産市場の活性化等のための政策的配慮を考えれば、10%の基準を 25%までの高めることも検討に値するのではないだろうか。しかしながら、REIT スキームが個人投資家などの一般投資家に大規模な不動産投資に投資をする機会を拡大するために導入されたものであることから、25%まで保有してしまうとそれは小規模投資家とは言えないとも考えられ、現状では 10%が妥当な水準と思料する。

また、後述の匿名組合に関して検討するが、投資組合に関しても出資への参加人数に関する規定がなく、小規模の組合形態のものまでも REIT という金融商品と同様に取り扱って良いとは考えられない。

次に、海外に目を向けて見るとオランダにおける資本参加免税（Participation Exemption）が参考となる。資本参加免税は、オランダの居住法人が他の法人に対して資本参加の適用要件を満たす出資をした場合、資本参加法人の利益に係る経済的な二重課税を排除するために導入されたものであり、オランダの居住法人が資本参加法人から受け取った配当、資本参加法人の株式売却、外国法人への資本参加によって生じた為替差損益については課税所得に算入されない[247]。この制度は、原則として、オランダ法人が出資先法人の５％以上の持分を保有する場合に適用される[248]。この５％以上という基準は、資本参加と利益のみを追求する株式投資とを区別する基準であり、純然たる株式投資を原則として除外するために設けられている[249]。したがって、逆に株式投資を目的とするような小投資家を５％未満と規定していると言えるのではないか。この点で、OECD が提示した REIT に係る小投資家の 10%未満という基準よりも低く設定されている。しかし、オランダにおける資本参加免税制度は、海外子会社からの国内への資金の還流等を目的としたものであり、５％という基準はどちらかと言えば大投資家を意識したものと考えられ、REIT 制度がポートフォリオ投資として小投資家を意識したものと異なっていることから、その出資基準も異なっていると考える。また、米国を初めとして 10%基準が各国の租税条約におい

246 経済産業省 HP より
http://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/sangyokinyu/fund_tokurei.htm
247 藤巻一男「海外直接投資の動向と国際課税問題に関する一考察－現地法人の再投資・配当行動を中心として－」『税大論叢』2006 年 52 号、380 頁。
248 スティーブ・モリヤマ『拡大欧州の投資・税制ガイド』中央経済社 2008 年、80 頁。
249 JETRO「優遇税制は継続の見通し（オランダ）」『ユーロトレンド』2002 年 Report5、39 頁。

て使用されていることから、10%をさらに５%に引き下げるのは対内投資の促進の観点からは好ましくないのではないか。

２　匿名組合をポートフォリオ的に使用する場合のメルクマール

匿名組合については、非居住者又は外国法人が締結する匿名組合契約に係る分配金の国内法における課税関係について、平成 14 年度税制改正以前は、営業者が締結する匿名組合契約の数（10 人未満）により課税の方法が異なっていたが、平成 14 年度税制改正により、匿名組合員の数（10 人未満）にかかわらず、また、匿名組合員が国内に PE を有するか否かにかかわらず、すべて源泉徴収の対象となり、さらに、国内に PE を有する場合には法人税又は所得税が課されることとなっている[250]。その理由は、「最近、国内に支店等を有しない非居住者又は外国法人による匿名組合契約を利用した様々な投資スキームが出現し、特にそれらの投資に係る出資者の人数が 10 人未満の少人数により行われているケースも多々見受けられ、匿名組合契約に基づく利益の分配に対する課税について、その匿名組合員の人数によってその課税方法を区別する必然性が薄れ、その見直しの必要性が生じていることが指摘されていました。」[251]と説明されている。さらに、19 年度税制改正において、居住者及び内国法人に対しても 10 人未満の取扱いが改正され、非居住者等との取扱いの違いはなくなっている[252]。このように、匿名組合に関して課税の取扱いが人数による区分をなくし、小人数による匿名組合契約の課税上の有効性もなくなっているため、10 人未満の匿名組合員による REIT にはインセンティブがなくなっていると考えられる。また、特に、不動産投資のような商品についてはリスクが他の投資商品とも異なり、ポートフォリオ投資による分散投資も図られることから、今般の大・小投資家の区分である10%という基準は、匿名組合にも適用可能と考える[253]。

ただし、REIT の他のビークルである投資法人、TMK 及び特定目的信託については、支払配当損金算入の要件として、その発行済投資口が 50 人以上の者によって所有されていることになっている[254]。一方で、匿名組合を活用した REIT に関しては、投資口に関する

---

250 谷口勢津夫「匿名組合の課税問題－TK スキームに関する租税条約の解釈適用－」『日税研論集』Vol55、2004 年、151～152 頁。

251 柴崎澄哉ほか『平成 14 年改正税法のすべて』大蔵財務協会、732 頁。

252 財務省「平成 19 年度 税制改正の解説」213～214 頁。
財務省 HP より http://www.mof.go.jp/jouhou/syuzei/kaisetsu/pdf/P213-P246.pdf

253 本来は、情報開示などの観点からも検討すべきと考えられるが、今回は課税の観点の検討としている。

254 投資法人は租税特別措置法 67 の 15①、TMK は租税特別措置法 67 の 14①、特定目的信託は租税特別措置法 68 の 3 の 2 第 1 項第 1 号ロ（藤本幸彦＝鬼頭朱実『投資ストラクチャーの税務　五訂版』税務経理協会 2009 年を参照）。

基準がなく、仮に大・小投資家の区分を導入した場合には少なくとも 10 人の出資者がいれば条約の適用を受けることができることになってしまう。そうなった場合には、金融商品として､逆に他のビークルとの公平性が損なわれることになり問題と考える｡このため、匿名組合を用いた REIT に関しても今般の大･小投資家の区分である 10%を設けるのであれば、他のビークルと同様に出資者を 50 人以上とするか、又は他のビークルの投資口数を引き下げ、投資口又は出資口をそろえたうえで適用すべきであろう。

第４節　小括

匿名組合に関する現行の課税ルールは、共同して事業を行なう当事者間で締結される契約類型であるという匿名組合契約の本来的性質を前提としてのみ正当化されうると考えられ、逆にこのような性質を有していない匿名組合形式契約はその射程外である。したがって、匿名組合を活用した REIT のようなスキームにおいては、通達にかかわらず、出資者が多数に上る場合には､営業者の所得性質をそのまま引継ぎ不動産所得とするのではなく、ポートフォリオ投資として配当所得とすべきと考える。つまり、現行の通達はポートフォリオ投資のみを目的としたものには対応していないため、その解釈を変更すべきではないか。さらに、租税条約の軽減税率の適用においても、ビークルの種類により異なる課税を行うべきでなく、多数の出資者によるポートフォリオ的に使用される REIT のような匿名組合に関しては、配当所得として条約に規定することによって、軽減税率も適用されるべきと考える。

また、REIT に関しては、今般、OECD モデル租税条約が改定され、大口・小口投資家とで取り扱いを分ける方法が提示された。REIT からの分配金は、大口投資家には不動産への実物投資として共同事業性が強く、小口投資家は特定の不動産との関連性が低く投資的性質が強い。このため、匿名組合を活用した REIT のスキームからの分配金もこの考えと同様に、共同事業的性質と投資的性質のいずれを多く有するかによって、課税のあり方を区分すべきと考える。

最後に大・小投資家の区分のメルクマールである 10%という基準であるが、ファンドに関する課税の特例の 25%基準よりは低く､オランダにおける資本参加免税の５%基準よりも高い。REIT スキームが個人投資家などの一般投資家に大規模な不動産投資に投資をする機会を拡大するために導入されたものであることから、25%まで保有してしまうとそれは小規模投資家とは言えないと考えられ､現状では 10%基準が各租税条約で使用されていることから妥当であると思料する。また、５%へ引き下げることは対内投資の促進の観点

からは好ましくないのではないだろうか。したがって、今般、OECD が提示した 10%基準は現状では妥当であると考えられるが、今後の不動産市場の活性化をどのように政策的に考えるかによって、その 10%という基準の変更もあり得ると思料される。また、この10%基準を使用して匿名組合を活用した REIT についても、租税条約における軽減税率を適用すべきと考えるが、他のビークルと比較して出資者の人数が少ない場合にはポートフォリオ投資とは言えない可能性が高いため、適用除外とすべきである。このため、匿名組合を活用した REIT に関しては、他のビークルと同様な出資人数の要件を課した上で、租税条約の軽減税率を適用すべきであろう。

おわりに

以上、今般の OECD モデル租税条約の改定による REIT 制度に係る共通ルールが明らかにされたことから、その共通ルールに基づく国内の REIT 制度に係る法整備のさらなる必要性について検討してきた。

そもそも、これまで REIT や投資ファンドに関しては、税制上の定義の曖昧さから「「内国ファンド」と「外国ファンド」の定義が明確にされていないが、これを明らかにした上で、内国ファンドが発行する受益証券に係る収益は国内源泉所得とするのか、内国ファンドが投資する対象商品か外国商品かによって区分し、内国ファンドが外国からも資金を集め外国に投資する場合があれば、ファンドの投資収益の発生は外国でありその外国で源泉徴収を課されることがあるが、日本において非居住者である投資家にこの収益を分配するとき、その分配収益は国内源泉所得とするのか、あるいは国外源泉所得が透明な存在である国内ファンドを通過すると考えるのか、明らかにすべきである」[255]との指摘があった。

今後も REIT の投資対象は、不動産関連資産のほか、海外 REIT など多様で、複数のファンドあるいはパートナーシップを経由して不動産投資を行うケースを考えると REIT を含めたファンドの条約適格性、REIT から投資家への配分に係る所得分類や外国税額控除等の適用を判断することは難しくなり、さらには、タックスヘイブン国にビークルが所在する REIT では、二重非課税のおそれがないかのチェックが必要となり、居住者性や受益者の特定の困難性も増すことも考えられる[256]。また、投資家、REIT 所在地、不動産所在地がそれぞれ国内か国外かにより、様々な組み合わせも考えられ、どのように適性に税を徴収するかということも検討の必要がある[257]。

また、現在では金融市場の危機感は薄らいでいるが、日本経済が本格的に回復するには時間がかかると考えられる。このため、不動産投資市場が育成され、信頼を得て拡大していくことは、日本経済の回復、発展プロセスにおいて重要であり、そのためには REIT 制度を有効に活用し、収益性の高い投資や地域の整備などによって、不動産が適切に生かされて収益を生む良好な資金循環の実現によって、内需拡大に貢献することが期待される[258]。さらに、不動投資市場の活性や我が国の金融・資本市場の育成、資金調達の多様化のため

---

255 本庄・前掲注(98)126～127 頁。

256 栗原・前掲注(112)111 頁。

257 杉本茂「法定 4 ビィークル・改定前後信託と国際取引（その 2)」『租税研究』2007 年 5 月号、71～72 頁。

258 パネルディスカッション「いま J-REIT が果たす役割とは」における翁百合発言より、平成 21 年 12 月 3 日（木）付日経新聞朝刊。

には、近時その運用規模の巨大さから注目を集めている政府系ファンドの活用が期待されよう[259]。イスラム金融取引についても、その法形態を用いたREITも出現していることからも、いかなる組織か、どのようなガバナンスか、どういった透明性の確保をしているのか、アカウンタビリティの状況、投資行動把握などの研究を踏まえ、今後、検討が必要となろう[260]。

このため、我が国のREIT制度の安定的な成長を促進させ、より健全なグローバル投資を念頭に置き、国内における不動産投資の活性化などの政策的な配慮を踏まえつつ、非居住者に対して適正な課税を確保することが必要である。その際、OECDモデル条約に準拠して、REITの国際税務について国際的な共通認識を醸成していくとともに、その取扱いの明確化のため各国の共通ルールに基づいて、匿名組合を活用したREITを含め、国内法を整備していくことが望まれる。

259 田中・前掲注(103)202頁。
260 大城・前掲注(9)198(19)頁。

＜参考文献＞

・青山慶二「恒久的施設の範囲」本庄資編『租税条約の理論と実務』清文社 2008 年
・荒川雄二郎「シンガポール版不動産投資信託の現状（前）」『ビジネス法務』2008 年 8(6)巻
・天野雅夫「金融システム改革関係の税法上の措置（所得税関係）」について」『税務弘報』Vol.48No.8 、1998 年
・伊藤公哉『アメリカ連邦税法（第 4 版）』中央経済社 2009 年
・岩崎政明「UK-REIT（イギリス型不動産投資信託）の導入と課税制度の特色」『租税研究』2007 年 12 月号
・生越久夫「第８章　グローバル REIT 市場の投資信託」『最近の資金フローに関する研究会』平成 18 年度財務省委嘱研究会
・石田尚己「主要国 REIT の M&A 法制に関する比較研究」『不動産証券化ジャーナル』2009 年 1 - 2 月号
・植松守雄編『注解所得税法　四訂版』大蔵財務協会、2005 年
・ウィリアム・プルーグマン＝ジェフリー・フィッシャー、監訳者・川口雄一郎『リアルエステート・ファイナンス 第 12 版 下』2006 年、日経 BP 社
・占部裕典「企業課税における法人概念（一）」『民商法雑誌』95 巻 2 号、1986 年
・内山英貴『オルタナティブ投資入門〔第２版〕』東洋経済新報社 2006 年
・小沢進「匿名組合の利益の分配に関する日独租税条約の規定の適用について」『税務事例』29 巻 3 号 1997 年
・大溝日出夫「香港・台湾 REIT レポート」ARES2007 年 3－4 月号
・大城隼人「REIT に投資する投資家の租税条約適用に関する研究－OECD モデル租税条約 2008 を参考に－」名経法学 25 巻 2008 年
・落合誠一「イギリス法制」落合誠一編『比較投資信託法制研究』有斐閣 1996 年
・景山智全「集団投資スキームにおける課税上の問題点」『税大論叢』40 号 2002 年
・金子宏『租税法　第十四版』弘文堂、2009 年
・金子宏「法人税と所得税の統合－総合の諸類型の検討」『所得課税の法と政策』有斐閣、1996 年
・川端康之『OECD モデル祖税条約 2008 年版　簡略版』日本租税研究協会 2009 年
・川端康之「2008 年 OECD 租税条約－OECD モデル租税条約の動向－」『租税研究』2009 年 9 月
・川田剛「米英租税条約と国内法との関係について(租税条約の規定が優先する)」『税務事例』2008 年 Vol.40No.5
・川田剛＝徳永匡子『OECD モデル祖税条約コメンタール逐条解説』税務研究会出版局 2009 年
・川島いずみ「集団投資スキーム」『ジュリスト』No1155、1999 年
・川島いづみ「イギリスにおける REIT 導入の動向」『早稲田社会科学総合研究』第 6 巻第 2 号 2005 年
・河村理恵「信用収縮下のグローバル REIT 市場」住友基礎研究所 J-REIT 関連レポート 2009 年 5 月 15 日
・栗原克文「REIT に関する国際税務上の論点について」『不動産証券化ジャーナル』2008 年 11－12 月号
・桑原幸江＝山本恭司「投資法人の合併に係る税務上の取扱い～平成 21 年度税制改正を中心として」ARES2009 年 9－10 月号
・近藤光男「アメリカ法制」落合誠一編『比較投資信託法制研究』有斐閣 1996 年
・小平武史「米国における非居住者・外国法人の不動産投資信託（REIT）投資にかかる税務上の論点〔上〕」『国際商事法務』Vol.29No.10 2001 年
・小平武史「米国における非居住者・外国法人の不動産投資信託（REIT）投資にかかる税務上の論点〔下〕」『国際商事法務』Vol.29No.11 2001 年
・小林ネンヤ孝貢＝柴田幸夫「米国と欧州３カ国の REIT 制度比較調査」ARES 2004 年１－2 月号
・小林ネンヤ孝貢「ドイツ・リート：起死回生への期待」『不動産投資ジャーナル』2007 年 1－2 月号
・酒井克彦「匿名組合契約に基づく分配金に係る所得区分－いわゆる航空機リース事件の検討を契機として－」『税大ジャーナル』2005 年 7 月
・佐藤一雄『不動産証券化実践』ダイヤモンド社 2005 年
・佐藤英明『信託と課税』弘文堂、2000 年

・佐藤英明「新しい組織体と税制」『フィナンシャル・レビュー』2002 年第 10 号
・佐藤英明「投資信託課税の日米比較（上)」『ジュリスト』No.1035、1993 年
・佐藤英明「投資信託課税の日米比較（下)」『ジュリスト』No.1036、1993 年
・財団法人トラスト 60『信託税制研究－海外編－』1997 年
・財務省「平成 19 年度 税制改正の解説」
・財務省「平成 20 年度 税制改正の解説」
・財務省「平成 21 年度 税制改正の解説」
・社団法人不動産証券化協会「第４回会員対象私募ファンド実態調査」
・四釜宏史「世界の REIT 市場 2006～REIT のクロスボーダー化の進展～」ARES2006 年 11 - 12 月号
・品川克己「租税条約の新規締結及び改正について」『国際税務』Vol.12.1992 年 No.7
・柴崎澄哉ほか「平成 14 年改正税法のすべて」大蔵財務協会
・住友基礎研究所『オーストラリアのプロパティ・トラスト』近代セールス社 2002 年
・杉本茂「法定 4 ビィークル・改定前後信託と国際取引（その 2)」『租税研究』2007 年 5 月号
・スティーブ・モリヤマ『拡大欧州の投資・税制ガイド』中央経済社 2008 年
・スティーブン・ウェクスラー「米国の REIT 市場の進化が世界的発展を可能に」ARES2007 年 1－2 月号
・税理士法人プライスウォーターハウスクーパース「日本における政府系投資ファンドにかかわる税制」2009 年 9 月
・高宮雄介「匿名組合と課税－契約の性質からのアプローチー」COE ソフトロー・ディスカッション・ペーパー・シリーズ COESOFTLAW-2004-6 、2004 年
・谷口勢津夫『租税条約論』清文社、1999 年
・谷口勢津夫「匿名組合の課税問題－TK スキームに関する租税条約の解釈適用－」『日税研論集』Vol55、2004 年
・長谷部啓「パス・スルー課税のあり方」『税大論叢』56 号 2007 年
・田村幸太郎「日本版 REIT の現状と課題　日本版リートの概要」『NBL』2001 年 5 月 1 日 No712
・田中香織「租税条約の適用対象」本庄資編『租税条約の理論と実務』清文社 2008 年
・田中和子「国際金融と租税条約」本庄資編『租税条約の理論と実務』清文社 2008 年
・田邊昇『新版 投資ファンドと税制』公文堂 2007 年
・田邊昇「投資信託制度の本質」『フィナンシャル・レビュー』1995 年第 11 号
・田邊昇「投資信託の税制」『フィナンシャル・レビュー』1995 年第 11 号
・中央三井信託銀行「オーストラリアの不動産投資信託（プロパティ・トラスト)」調査レポート 17 巻 2001 年
・筒井順二「日英・日伊・日独・日洪・日波・日比租税条約の解説」日本租税研究協会 1981 年
・東京共同会計事務所『ビークル[事業体]の会計・税務（第２版)』中央経済社 2008 年
・中谷和弘「政府系企業、政府系ファンド（SWF）と国際法」『法学教室』No.340、2009 年 1 月
・中里実『金融取引と課税』有斐閣、1998 年
・西村総合法律事務所編『ファイナンス法大全 下』商事法務、2003 年
・乗越秀夫「英国 REIT について」ARES2006 年 3－6 月号
・羽田野浩伸「不動産投信のファンド・オブ・ファンズ」『リアルエステートマネジメントジャーナル』2004 年 1 月 57 巻
・広岡裕児「SIIC（Ies sociètiés d'investissements immobiliers cotées)」について②」ARES2003 年 11－12 月号
・平野嘉秋『不動産証券化の法務・会計・税務』税務経理協会、2001 年
・ピーター・リンネマン、監訳者・川口雄一郎『不動産ファイナンス大全』日経新聞社、2008 年
・藤井保憲「トリーテイ・ショッピングの類型化とその防止方法」本庄資編『租税条約の理論と実務』清文社 2008 年

・藤巻一男「海外直接投資の動向と国際課税問題に関する一考察－現地法人の再投資・配当行動を中心として－」『税大論叢』2006年52号
・藤原拓哉「英国REIT税制における論点整理」『関西大学法学論集』第56巻4号2005年
・藤本幸彦＝鬼頭朱実『投資ストラクチャーの税務　五訂版』税務経理協会2009年
・藤本哲也「信託に関する国際課税上の論点についての基礎的考察」『中央ロージャーナル』第2巻第4号2006年3月
・不動産シンジケーション協議会「US－REITの基礎と実務～発展の軌跡と会計・税務～」2000年
・不動産証券化協会『不動産証券化ハンドブック2009－2010』2009年
・渕圭吾「匿名組合契約と所得課税」『ジュリスト』1251号、2003年
・本庄資「「者」(person)という概念」『税研』第133号、2007年
・本庄資「「所得帰属」(income attribution) 概念」『税研』、2008年1月
・本庄資「国際的二重課税の発生」『税研』128号、2006年
・本庄資「国際的二重課税の発生」『税研』130号、2006年
・本庄資「新日米租税条約の運用・解釈に関する問題点について」『国際税制研究』第14号、2005年
・本庄資「新日米租税条約の実務上問題となる重要ポイント」『税経通信』2004年No2
・本庄資『四訂版　国際租税法』大蔵財務協会2006年
・本庄資『国際課税の理論と実務－第3巻－租税条約』税務経理協会、2000年
・本庄資『国際的租税回避－基礎研究－』税務経理協会、2002年
・松田直樹「国際投資等に係る税制のあり方－主な諸外国における最近の動向･趨勢を踏まえて－」『税大論叢』59号2008年
・増井良啓「多様な事業組織をめぐる税制上の問題」『フィナンシャル・レビュー』2003年第12号
・増井良啓「国際課税ルールの安定と変動－租税条約締結によるロック・イン－」『税大論叢 40 周年記念論文集』2008年
・増井良啓「証券投資ファンド税制の比較」『日税研論集』Vol.41 1999年
・増井良啓「第61回IFA大会の報告」『租税研究』2008年2月号
・宮武敏夫「匿名組合契約と税務」『ジュリスト』1255号、2003年
・宮本十至子「国境を越える REIT と課税－ドイツにおける最近の動向を中心に－」『関西大学法学論集』2006年11月
・宮本十至子「投資ファンド課税の国際的側面について」『関西大学法学論集』50号 (6)、2001年
・水野忠恒『租税法　第4版』有斐閣、2009年
・森島義博＝小高亨『J-REIT投資のすべて』金融財政事情研究会、2004年
・山崎昇「匿名組合と国際税務」『税大論叢』2006年52号
・矢内一好「米国租税条約の研究－租税条約と国内法の関連－」『税大論叢』19号、1989年
・矢内一好『詳解 日米租税条約』中央経済社、2007年
・渡辺勲「新日仏租税条約の解説」日本租税研究協会1996年
・Dr, Chua Yang Liang「シンガポールのREIT市場」『不動産証券化ジャーナル』2007年3－4月号
・JETRO「優遇税制は継続の見通し（オランダ）」『ユーロトレンド』2002年Report5
・U.S.タックス研究会「米国税法の調べ方86」『国際商事法務』Vol.21,No.7 、1993年
・Avi-Yonah International Tax as International Law University of Michigan Law School The John M. Olin Center for Law & Economics Working Paper Series.2004
・Babak Nikravesh ,Sovereign wealth funds become visible, INTERNATIONAL TAX REVIEW April 2008.
・Kate Barker, Review of Housing Supply, Final Report-Recommendation(2004)
・VICTOR FLEISCHER ,A THEORY OF TAXING SOVEREIGN WEALTH, NEW YORK UNIVERSITY LAW REVIEW May 2009

相続税における時価と納税に関する一考察

―土地と上場株式を中心として―

清野　修

【要旨】

【本稿の目的】

本稿は、近年の我が国の不動産市場、株式市場の変化を踏まえ、財産評価の時期から申告期限にかけての価格の下落により納税者の税引き後の純資産が大きく減少するケースを想定し、解釈による救済策と現実的な解決策ならびに立法的な施策について研究を行ったものである。

【相続税法上の時価と財産評価基本通達による評価の問題点】

第一章では、相続税法第 22 条の「財産の取得の時における『時価』」についての解釈と、財産評価基本通達の意義や問題点を検証した。

相続又は遺贈により取得した財産の評価原則となる「時価」については相続税法第 22 条の解釈によることとなっているが、一方で財産評価基本通達が解釈規定として国税庁から示されている。

同通達において、土地や上場株式の評価は過去のある時期（時点）の価額に安全性を斟酌したものとなっているため、価格の変動が大きい場合、通達による評価額と相続税法上の「時価」の乖離が拡大し、納税者と課税庁それぞれの立場から財産評価基本通達総則 6 項（この通達の定めにより難い場合の評価）の適用が主張され裁判に発展するケースが見られた。

第二章においてそれらの訴訟の検証を行ったが、緩和規定としては適用を容認できるが、租税回避行為への適用には「租税法律主義」の観点から慎重を期すべきであり原則として課税強化の場合は立法のプロセスを経るべきであるとの結論に至った。

それに続いて、土地価格の高騰が激しかった昭和 60 年代において、租税回避行為の防止と地価の高騰対策として制定された旧租税特別措置法第 69 条の 4 に関する二つの判決を検証した。

両判決において立法そのものは合憲と判断されたが、一方の裁判では「相続発生時において相続税の額が相続財産の純資産額を上回るような状況」には同法を適用すべきでないとし、憲法第 24 条の財産権の侵害の可能性にも言及があり、相続税の限界を示すリーディングケースとなった。

【立法上の要諦としての財産評価の時期】

検証事例によると、通達による評価額と実勢価格の開差が拡大する要因は価格変動と『財産評価の時期』であり、『財産評価の時期』をどのように設定し「時価」を示すかということが立法上の要諦であり、租税特別措置法第 69 条の 4 の例を挙げて、立法にあたっては価格が上昇した場合と下落

した場合のシミュレーションにより制度設計すべきであることを指摘した。

【ブロッケージ・ルールと評価期日選択制度】

第三章では上場株式の評価と納税に関する問題点と裁判例の検証を行い、第四章では、米国連邦遺産税における制度から『ブロッケージ・ルール』と呼ばれる大口の売買単位にかかるコストの評価制度と、『評価期日選択制度』という相続開始以後の資産価格の下落により生じる負担を軽減できる制度の検証を行った。

その結果『ブロッケージ・ルール』は物納の収納価額から控除すべきであり、『評価期日選択制度』は財産価格の下落に対する有力な評価方法であるとした。

【上場株式による物納の有利性と問題点】

続いて、大株主による上場株式での物納の効果と課題を納税者側と国側双方の立場から検証した。

「物納」については収納価額が「課税価格計算の基礎となった当該財産の価額」となっているため、相続発生後に価格が下落しても納税者は負担を負わなくとも良い上、価格が上昇した場合は売却して利益を手にできるので、相続発生後の財産価格の下落に対して非常に有効な対策となっている。

加えて相続税法第41条2項の規定によると納税者が相続財産を売買して自分の判断で投資した株式についても物納が出来ることとなっており、その収納価額はその取得の時における価額とされているので、損失リスクなしで一定期間運用できると解され納税者にとっては大きなメリットであるが、租税負担の公平性の観点からは問題であるとした。

また、物納が許可されるためには要件があるため一般的な救済策とならず、徴税と処分のコストが高く、会計法上の留意点も多いことから国税の中心的な徴収手段として推進すべきではないとの結論に至った。

【評価期日選択制度の提言】

それに対し、一般的な効果が期待できる方法として、米国で認められている『評価期日選択制度』の導入を提言した。

これは相続財産の総額が課税時期の総額を下回るときのみ『財産評価の時期』を相続発生後の一定の期間（6 ヶ月位か）にまで延長することを認めるもので、これにより納税のための換金などに十分な時間をかけることができ、過大な相続税の負担も発生しにくいので予測可能性に優れた制度

であると言える。

この『評価期日選択制度』は世界大恐慌後のアメリカで納税者救済のために採用されたものであるとのことだが、土地や株式価格の下落傾向となっている我が国において示唆に富んだ制度と言えよう。

【目次】

はじめに ····· 1 頁

第一章　相続税法第 22 条における時価の解釈と通達課税に関する諸問題
　第１節 相続税法第 22 条における「時価」概念····· 9 頁
　第２節 財産評価基本通達の意義····· 16 頁
　第３節 価格変動と納税に関する問題····· 24 頁

第二章　時価と納税に関する諸問題 ―土地を中心として
　第１節 財産評価基本通達総則６項の適用について····· 37 頁
　第２節 租税特別措置法第 69 条の４の制定と廃止について····· 53 頁

第三章　時価と納税に関する諸問題 ―上場株式を中心として
　第１節 財産評価基本通達 169 の沿革と課題····· 72 頁
　第２節 上場株式の「時価」の意義····· 77 頁
　第３節 相続発生後の株価の変動に関する裁判例····· 81 頁

第四章　相続税に関する上場株式の問題点と立法的考察
　第１節 上場株式の評価と米国遺産税からの示唆 ····· 92 頁
　第２節 相続事例と納税の問題―物納制度と評価期日選択制度　101 頁

おわりにかえて ····· 113 頁

巻末資料 ····· 117 頁
裁判例一覧 ····· 135 頁
参考文献 ····· 138 頁

	(注)論文文字数（本文文字数のみ）		脚注数
	はじめに	3088 文字	3
	第一章	18113 文字	64
	第二章	24694 文字	20
凡例	第三章	13056 文字	23
税資：税務訴訟資料	第四章	15201 文字	39
訟月：訟務月報	おわりにかえて	2880 文字	0
租法：租税特別措置法	合計	77032 文字	149

はじめに

わが国の相続税は、日露戦争の戦費調達のため、旧民法に基づき明治 38 年にはじめて導入されて以来、終戦後の昭和 22 年には民法改正により家督相続が廃止され、昭和 25 年にはシャウプ勧告により遺産課税方式から個々の相続人の相続財産に課税する遺産取得課税方式への改正などいくつかの大きな改革を経てきた。

その後、昭和 33 年には、仮想分割を防止し、農家や中小の事業者が円滑に相続を行えるようにするためのために遺産取得課税方式から法定相続分課税方式に改正が行われて、現在の基本的な体系が形成されたと言われる。

その間、わが国では一貫して相続財産としては土地が最大の割合を占めており（図表 1 参照）、次いで有価証券と近年では現金・預金の割合も大きくなっている。

その意味で、相続税の課税対象となる財産の評価においては土地と有価証券の評価が最も重要なテーマであると言って良い。

図表 1-1　相続財産種類別図表

	昭和33年			昭和63年			平成19年		
	人員	財産価額（百万円）	割合（%）	人員	財産価額（百万円）	割合（%）	人員	財産価額（百万円）	割合（%）
土地	**実 25,389**	**17,594**	**41.9**	**実 48,642**	**7,411,551**	**69.3**	**実 44,153**	**5,584,710**	**47.8%**
家屋･構築物	11,283	6,190	14.7	44,557	358,709	3.4	41,901	618,427	5.3%
事業用財産	14,167	2,389	5.7	10,054	59,091	0.6	実 8,628	58,751	0.5%
有価証券	**8,868**	**7,559**	**18.0**	**33,204**	**1,220,955**	**11.4**	**実 36,274**	**1,848,635**	**15.8%**
現金･預金	17,112	2,636	6.3	48,978	911,337	8.5	46,564	2,397,141	20.5%
家庭用財産	10,172	1,087	2.6	38,258	16,522	0.2	32,540	16,884	0.1%
その他財産	10,019	4,526	10.8	40,082	721,226	6.7	実 41,004	1,170,242	10.0%
合計	実 17,686	41,981	100.0	実 50625	10,699,387	100.0	実 46,786	11,694,790	100.0%
債務	16,710	4,767		41,233	775,833		40,761	1,109,315	
葬式費用	9,370	817		49,391	113,369		45,569	122,256	
合計	実 11,104	5,584		実 50,422	889,202		実 46,253	1,231,571	
差引純資産価額	実 17,682	36,397		実 50,625	9,810,185		実 46,820	10,563,686	

*実は実人数の意　　国税庁統計年報より筆者作成

2007 年（昭和 9 年）における相続財産に占める有価証券の内訳[1]は、「特定同族会社の株式及び出資」が約 4,916 億円、「同上以外の（特定同族会社の株式及び出資以外の）株式及び出資」が約 7,544 億円、公債及び社債が約 2,320 億円、投資・貸付信託受益証券 3,706 億円、合計 1 兆 8,486 億円となっているが、「同上以外の（特定同族会社の株式及び出資以外の）株式及び出資」に含まれ

る上場株式についての評価に関する議論は、土地や非上場株式に比べてあまり行われてこなかったのではないかと思う。

相続税における財産評価については、原則を定めた相続税法第 22 条の解釈規定として、昭和 39 年に「相続税財産評価に関する基本通達」が示され、実務や裁判において広く使われてきた。

その中で、上場株式について規定する財産評価基本通達 169 は昭和 47 年に改正が加えられ、課税時期の最終価格か、課税時期の属する月以前 3 か月間の毎日の最終価格の各月ごとの平均額のうち最も低い価額によって評価することとなっている。

その後は、上場株式の評価について本格的な改正の議論は起っていないが、1990 年以降の資産デフレや低成長という経済状況の中、相続財産としての上場株式に対する評価に関して、一部では新たな問題提起がなされている。

例えば、平成 20 年 12 月に日本税理士連合会税制審議会より「資産課税における財産評価制度のあり方について－平成 20 年度諮問に対する答申－[2]」が出され、上場株式の評価については以下のような内容が盛り込まれている。

「財産評価の時期について、現行の取扱いでは、上場株式の場合には、課税時期以前３か月間の取引価格が評価に反映されているが、相続開始後の状況の変化を斟酌する取扱いはない。このため、相続開始直後の株式発行会社の倒産や貸付先が破綻した場合の株式や貸付金の評価において、これらの財産が無価値化しても、課税上は救済されない。しかしながら、相続税が財産課税であり、相続財産を処分して納税することが多いという実態からみると、現行の取扱いでは納税が困難になることもあり得る。相続開始後の一定期間における財産状況の変化を評価に反映させることが適当であり、財産評価の時期について、現行の取扱いを見直す必要がある。」（下線部は筆者記入）

つまり、昨今の経済情勢を鑑みた場合、市場の価格変動リスクや破綻リスクが大きくなっており、相続開始後の財産価値の低下を全く盛り込まない現行制度は見直しの必要があるとするものであるが、この提言内容は、筆者の問題意識とほぼ合致するものであり、本稿では、この観点で土地と上場株式の評価と納税の問題を検証していきたい。

つまり、昭和の時代に制定された、数々の社会システムないし法制度が、三木義一氏が指摘する「右肩上がりを前提とした評価システム[3]」となっていたとするならば、相続発生後の価格の下落により相続財産の純資産よりも相続税が大きくなる場合や、相続人の固有財産にまで徴税が及ぶ事態については何らかの救済が必要と考えるところである。

そのためには現在すでに制度化されている物納制度についての検証が必要であり、または現在までの通達変更の方向性を踏襲して「財産評価の時期」を変更することにより問題の解決が図れないかどうか検討をしてみたい。

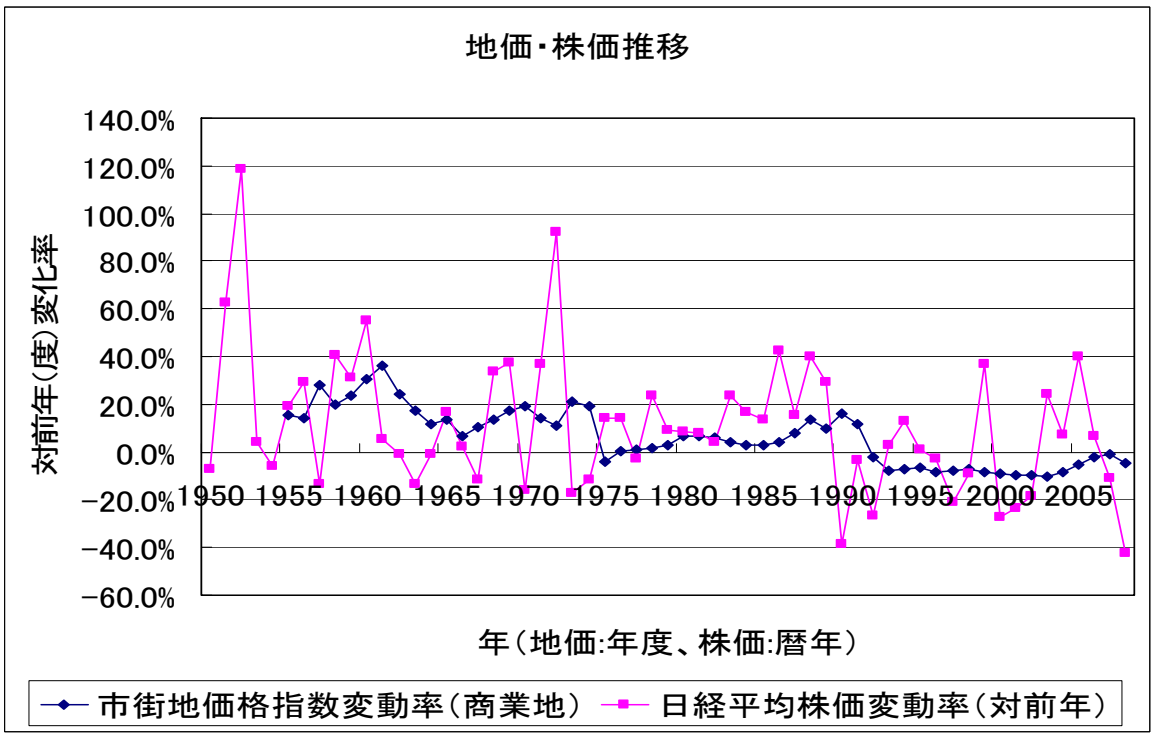
また、制度論、立法論を論じる際には必ずしも個々の納税者の利得のみならず、制度としての安定性や公共の費用などについても慎重に考慮し、一方的な立場からの論文にならないよう健全なバランス感覚をもって論じたい。

本稿においては、以上のような問題意識と方向性をもって、第一章で一般的な財産評価の論点を確認した後、第二章で土地の価額下落がもたらした問題点を検証しそこから得られる示唆を次章以降に引き継ぎながら、第三章においては上場株式の評価と納税に関する問題点を論じ、第四章において上場株式を相続財産とする場合の評価と納税の問題点と若干の提言を行う。

以下に、本稿を展開する上で最初に確認しておきたい、戦後の土地と株式の価格変動について図表にまとめた。

第一章､第３節において､詳しく解説するが本稿の問題意識の発端となる 1990 年代以降の土地と上場株式の価格推移の変化を確認した上で、本稿を読み進められたい。

図表 1-2　地価・株価推移　（1950～2008 年）



出典：国土交通省土地・水資源局「土地白書」より国土交通省 HP 国土のモニタリング

（http://www.mlit.go.jp/kokudokeikaku/monitoring/system/list07.html）2009 年 11 月 5 日取得。

財団法人　日本不動産研究所ＨＰ＞市街地価格指数・全国木造建築費指数

（http://www.reinet.or.jp/docs/outline/sigaiti-zennkoku.pdf）2009 年 11 月 8 日取得。

日経平均株価指数は NIKKEI　NET＞日経平均プロファイル

http://www3.nikkei.co.jp/nkave/data/index.cfm　2009 年 11 月 5 日取得。　　以上より筆者作成。

図表 1-3　土地と株式の特徴（1950～2008 年）

	土地	上場株式
指数	市街地価格指数変動率 （商業地） （財）日本不動産研究所提供	日経平均株価 日本経済新聞社提供
価格変動率 （ピークまで）	年平均＋12.5% （1955～91 年度）	年平均＋18.7% （1950～89 年）
価格変動幅 （戦後の統計データがある年から価格のピークまで。土地 36 年、上場株式 39 年）	30%以上～2 年 20%以上 30%未満～3 年 10%以上 20%未満～17 年 0%以上 10%未満～13 年 0%未満～1 年	+40%以上～5 年 30%以上 40%未満～5 年 20%以上 30%未満～4 年 10%以上 20%未満～7 年 0%以上 10%未満～7 年 -10%以上 0%未満～5 年 -20%以上-10%未満～6 年
価格変動率 （ピーク以降）	年平均-6.8% （1992～08 年度）	年平均－4.8% （1990～08 年）
価格変動幅 （戦後のピークから直近まで。土地 17 年、上場株式 19 年）	10%以上 20%未満～0 年 0%以上 10%未満～0 年 0%未満～0 年 -10%以上 0%未満～16 年 -20%以上-10%未満～1 年	+40%以上～1 年 30%以上 40%未満～0 年 20%以上 30%未満～1 年 10%以上 20%未満～1 年 0%以上 10%未満～4 年 -10%以上 0%未満～3 年 -20%以上-10%未満～2 年 -30%以上-20%未満～4 年 -40%以上-30%未満～1 年 -40%未満～1 年

出典：図表 1-2 と同じ

[1] 第 133 回平成 19 年度版「国税庁統計年報」（国税庁,2009 年） ５－３相続財産種類別より抜粋。平成 19 年中に相続が開始した被相続人から、相続、遺贈又は相続時精算課税に係る贈与により財産を取得した者（同一被相続人から財産を取得した者全員が差引税額のない場合を除く。）について、平成 20 年 10 月 31 日までの申告又は処理による課税事績を示したものである。

[2] 「資産課税における財産評価制度のあり方について－平成 20 年度諮問に対する答申－」日本税理士連合会税制審議会（平成 20 年 12 月 18 日）。税制審議会委員（会長）金子宏（会長代理）品川芳宣、中里実、水野忠恒、山田二郎ほか（専門委員長）小池正明ほか。

[3] 三木義一『相続・贈与と税』（一粒社、2000 年 8 月）160 頁、三木義一『相続･贈与と税の判例総合解説』（信山社、2005 年）148 頁。

第一章　相続税法第 22 条における時価の解釈と通達課税に関する諸問題

税はそれぞれ独自の発生起源や課税根拠をもっている。本稿がテーマとする相続税は、古代エジプトやローマ帝国の時代にさかのぼり、「君主が人民の相続財産に対して、その一部を承継する権利を持っていたことや、子が親の財産を相続するについて人民が君主に承認料を支払わなければならなかったことに、これを求めることができ[1]」、モーツァルトやプッチーニのオペラにも取り上げられている。

そのような発生起源を持つ租税において、国家権力が国民の財産に対して租税の賦課・徴収を行う際に、法律の根拠に基づいて行われなければならないとする「租税法律主義」は、近代法治主義の基本原理として「先導的・中核的役割を果たしてきた[2]」といえる。

そして、わが国においてもこの「租税法律主義[3]」は「租税公平主義」とともに「租税法の全体を支配する基本原則[4]」とされており、日本国憲法第 84 条には「あらたに租税を課し、又は現行の租税を変更するには、法律又は法律の定める条件によることを必要とする」と明記されている。

相続税および贈与税は、原則として相続、遺贈、贈与により取得した財産の価額を課税価格として、その財産の取得者に対して課される税であり、相続税は、相続または遺贈により財産を取得した者が、被相続人から相続または遺贈により財産を取得したすべての者に係る相続税の総額を計算し、当該相続税の総額を基礎として、それぞれ相続または遺贈により財産を取得した者に係る相続税額として計算した金額により課する（相続税法第 11 条）。贈与税は、贈与により財産を取得した者に係る贈与税額として計算した金額により課する（相続税法第 21 条）。いずれにしても取得した財産の課税価額が税額計算の基礎になるため、取得した財産の評価が重要な問題となる。[5]

この取得した財産の評価の原則について、相続税法第 22 条では「相続、遺贈または贈与により取得した財産の価額は、当該財産の取得の時における時価によるものとし、当該財産の価額から控除すべき債務の金額は、そのときの現況による」と定めている。

しかし、相続税法において、いくつかの個別評価規定を除けば、詳細な評価の規定は設けられておらず、実務上、国税庁の示す財産評価基本通達が指針となっている。（この点について憲法第 84 条に規定される「租税法律主義」との関係において通達の法源性に関する学説については本章で、「この通達の定めにより難い場合の評価」に関する財産評価基本通達総則６項の適用については第二章で検証する。）

一方、1990 年以降の我が国経済においては、不動産価格が下落傾向に転じ、株式は大幅な下落や急激な上昇を繰り返す中で、相続税評価額や納税に関して新たな問題が生じてきたように思われる。

そのような意味で、「失われた 10 年」ならず「失われた 20 年」とまで言われるようになった現在のわが国において、土地と株式の評価と納税に関する解釈論的、立法論的な法律問題に過去とは異なる視点での検討が加えられるべき時期ではないかと考える。

そのため、本稿の第一章では、「相続税法第 22 条における「時価」の解釈と通達課税に関する諸問題」について考察を行うものとする。

第１節　相続税法第 22 条における「時価」概念

通説・判例[6]において、「時価」とは「客観的交換価値」のことであると解されている。それに対し、ある特定の場合について「客観的交換価値」に基づく評価を行うことに対して反対の立場をとる学説も見られる。当節ではまず、時価の解釈において用いられる「価値」とは何かを論じたうえで、相続税法第 22 条における「時価」概念の解釈論を整理していく。

（１） 相続税法第 22 条に規定される「時価」の価値尺度

財産については様々な尺度で価値を見出すことができる。高野幸大氏[7]は価値の評価軸を①主観的な値打ち、②交換価値、③使用価値の三つに分類できるとしている。

①主観的な値打ち（主観的価値）

趣味嗜好、個人の価値観により見出したその財産に対する市場での交換価値とは異なる尺度の価値のこと。課税対象としての財産に対する時価評価においては、課税の公平性や納税者の便宜、課税実務の徴税費用の削減などの観点からは現実的に採用は難しいとの考え方が多数であるが、関俊彦氏は、個人的感情、趣味嗜好を含まない「特定の主体にとっての価値[8]」の範囲で、主観的価値を認める主張をしている。

②交換価値

その財産が市場でどれだけの財産と交換できるか、言い換えれば金銭に交換した場合いくらになるかということを考える。

③使用価値

さまざまなニーズを満たすものの有用性のこと。有用性は市場価値とは必ずしも一致しない。例えば、一般の人が家庭で作った料理には、その家庭の人の空腹を満たすという使用価値はあるが、商品化できないという点で交換

価値を見出すことは困難であり、客観的な使用価値が存在のみであるといえる。

相続税法第 22 条に規定される「時価」の解釈は、納税義務ないし租税債務の実体的内容を実定租税法規（法律または条例）の定める法効果（法規効果）として、確定しようとすることであるから、規定される「時価」を「主観的な値打ち」の意味に解釈することは法的安定性を損なう恐れがあるため、「時価」における「価値」とは原則として「主観的な値打ち」ではなく、客観的な「交換価値」または客観的「使用価値」を意味すると解釈すべきであろう[9]。

しかし、相続税法以外の法人税法、所得税法の領域における株式の「時価」について、主観的価値を認める見解[10]もあるので、留意すべきであるが、本稿のテーマとは一線を画す領域であるので、ここでは触れないこととする。

次に、この相続税法第 22 条の「時価」を意味する相続開始の時の相続財産の「価値」は、「交換価値」または「使用価値」のいずれの意味であるかを検証する。

（２）「時価」に関する学説[11]

(1) では、一般に「価値」とは何を意味するのかについて検証した。

次に、相続税法第 22 条の「時価」（相続開始のときの相続財産の「価値」）とは何を意味するのかということに関する以下の二つの学説を検証する。

① 客観的交換価値説

金子宏氏は「時価というのは、客観的な交換価値のことであり、不特定多数の独立当事者間の自由な取引において通常成立すると認められる価額を意味する[12]」としている。

また、財産評価基本通達第１章総則１項の評価の原則において時価の意義を「それぞれの財産の現況に応じ、不特定多数の当事者間で自由な取引が行われる場合に通常成立すると認められる価額」と規定しているが、この通達は「客観的交換価値」を意味するものと考えられている。

② 収益還元価額説

北野弘久氏は「一定の生存権的財産については、現行相続税法第 22 条の「時価」の法的意味はそれぞれの財産の取得時（相続財産については相続開始時受贈財産については受贈時）の利用価格を指称するものとみなければならない[13]」として、相続人等が被相続人と同様に相続財産を構成する土地で引き続き生活のために居住を続ける場合、そのような所謂「生存権的財産」については、客観的交換価値説がいうような、市民的取引価格は成立しないとして、このような「生存権的財産」については、当該財産を例えば、土地の場合であれば宅地として引き続き利用した場合の使用価値が存在するにすぎないため、自己所有でなければ支払ったであろう賃料から収益還元価額を計算するべきであるとする。

③ 私見

両説を検討する。

相続発生後も相続人が継続使用することを前提とした場合、事業の継続、居住場所の維持のために必要な財産を、つまり売却を想定していない土地や建物を、売却を前提とした「客観的交換価値」で評価をすることは、相続人にとっては納得しがたい場合もあるであろう。

つまり、北野弘久氏が主張するように、相続人が家業や居住のために相続発生後もそのまま使用する「生存権的財産」は、その相続人たちにとって必要なものであり、もし失った場合は同じ価値のものを再取得しなくては生活できないと言う意味で、使用価値相当の再調達価額をそのものの価値とすべきではないかとも考えられる。

しかし、使用価値を金銭的価値に表し、時価評価に反映させる計算方式として、収益還元価額に基づく評価が理論的に成立したとしても、相続税法第 22 条における「時価」の解釈通達[14][15]である財産評価基本通達総則 1 項は「時価」を「それぞれの財産の現況に応じ、不特定多数の当事者間で自由な取引が行われる場合に通常成立すると認められる価額」と規定し、客観的交換価値説を明確に反映しているものであるため、財産評価基本通達の解釈から財産の使用価値に基づく評価をすることは不可能と思われる。

一方、我が国の相続税は、申告納税制度を前提としているため、納税者自らが、容易に自己の相続財産の評価が行え、また基礎控除程度の知識と合わせて納税の必要性を認識できることが前提と考えられるので、現在のように国税庁のホームページ[16]で土地の「路線価図・評価倍率表」が参照できる現状は、納税者にとっても高い利便性をもった制度であると評価できる。

それに対し、相続人の資産の利用目的に応じて使用価値を評価する収益還元価額をとることも一定の説得力を持ちうるが、収益還元価額による評価は必ずしも一義的に決まるものではなく、徴税コストの増大や納税者の負担の増大について利益較量を行った場合、解釈論のみならず現実の運用においても実務上困難な立場と言えよう。

しかし、一方で生存権的財産に対しては、財産の原則的な評価方法ではなく、特例で減額処理するという方法[17]がとられているものもあり、その際は、租税負担の公平性の確保と予測可能性の確保のため、緩和通達ではなく、法令での立法が望ましいと考える。

現状は、相続税法においては、財産評価について評価の原則（相続税法第22条）と地上権および永小作権の評価（相続税法第23条）、定期金に関する権利の評価（相続税法第24条、第25条）、立木の評価（相続税法第26条）、土地評価審議会（相続税法第26条の２）について規定されているのみで、使用目的によって財産評価を考慮する規定は設けられていない。

(3) 「時価」算定にあたっての条件

①相続又は遺贈により取得した財産の範囲
（なお、それぞれの財産に応じて、評価方法が定められているが、必ずしも詳細なものではない。）

イ.相続税法に評価方法が定められているもの
（イ） 地上権、永小作権 （相続税法第23条）
（ロ） 定期金に関する権利 （相続税法第24条、第25条）
（ハ） 立木の評価 （相続税法第26条）

ロ.財産評価基本通達等に基づく財産評価

（ア） 土地及び土地の上に存する権利

（イ） 家屋及び家屋の上に存する権利

（ウ） 果樹等及び立竹木

（エ） 動産

（オ） 株式及び出資

（カ） 公社債等

（キ） 生命保険契約に関する権利

（ク） その他の財産

上記のうち、イ.相続税法に評価方法が定められているもの（これを法定評価という）に対し、それ以外の財産については、その評価はすべて解釈・適用にゆだねられているが、相続税・贈与税および地価税に共通の財産評価に関する基本通達として、財産評価基本通達が国税庁により制定されており、現実の評価事務はこの通達に従って行われている[18]。

しかしその法源性については若干の論争があり、次節において検証を行う。

また、以上の財産は民法上の相続財産であるが、「それだけを対象にしていると租税回避が容易になるので[19]」、「みなし相続財産」の規定（相続税法第３～９条）が設けられており、相続に際して取得する経済的利得に広く課税している。

一方、相続税法第 12 条には、相続税の非課税財産が列挙されている。

また、相続又は遺贈により取得した財産の範囲が争われることがあるが、以下に事例を紹介する。

【事例 1】「相続開始後に生じた過納金還付請求権が相続財産に該当するとされた事例」

（福岡高裁平成 20 年 11 月 27 日判決（月報司法書士 449 号 43 頁）
大分地裁平成 20 年 2 月 4 日判決（月報司法書士 449 号[1]47 頁）
最高裁　上告中）

【事件の概要】

被相続人甲は平成９年４月 11 日大分地裁に対して所得税更正処分取消訴訟を提起した。そして訴訟係属中の平成 12 年７月 29 日に甲が死亡したため、その相続人であるＸ（原告、被控訴人）がその地位を承継した。Ｘは甲が死亡したことにより取得した相続財産に係る相続税の申告を平成 13 年５月 28 日に行った。

大分地裁は、平成 13 年９月 25 日及び 10 月２日所得税更正処分取消訴訟につき、同処分を取り消す旨の判決を下し、同月 17 日に確定した。Ｘは同年 12 月 26 日に甲が納付した所得税額、過少申告加算税及び延滞税額のほか、還付加算金を受領し、平成 13 年所得税確定申告において過納金及び還付加算金を一時所得として確定申告を行った。

それに対し課税庁は平成 15 年４月 18 日付けで、過納金は納税者が相続により取得した財産であるとして相続税に係る申告につき相続税の更正処分を行った。

【裁判所の判断】

①第一審（平成 20 年２月４日）の判断

相続財産は金銭に見積もることのできる経済的価値のあるすべてのものをいい、既に存在する物件や債権のほか、未だ明確な権利とはいえない財産法上の法的地位なども含まれると解するのが相当。

甲の相続開始時には、別件所得税更正処分取消訴訟が係属中であり、未だ過納金の還付請求権が発生していなかったことは明らかであるので相続開始の時点で存在することが前提となる相続財産の中に、過納金の還付請求権が含まれると解する余地はないと言わざるを得ない。

②控訴審（平成 20 年 11 月 27 日）の判断

取消訴訟の確定判決によって取り消された行政処分の効果は特段の規定のない限り、訴求して否定され、当該行政処分は、当初からなかった状態が回復される。この取消訴訟の原状回復機能はすべての取消訴訟に共通す

る最も重要な機能である。また、取消の遡及効（民法 121 条）の原則とも整合する。

別件所得税更正処分の取消判決が確定したことにより、甲が別件所得税更正処分に従い納税した日に遡って過納金の還付請求権が発生していたことになるので、本件過納金の還付請求権は甲の死亡時に甲の有していた財産に該当し、相続税の対象となる。

【評釈】

所得税更正処分の取消判決が、被相続人の死亡後に確定し、それに伴って還付された過納金についてその還付請求権が相続財産を構成するのかが争われ、一審では相続財産に含まれないとされたが、控訴審で原判決が取消しとなり、相続財産を構成するとされた事例である。

（1）判旨に賛成とするもの

金子宏氏は『租税法　第 14 版』469 頁（弘文堂,　2009 年）で、本件（いわゆる「上野事件」）に関して、被相続人が死亡後に確定、還付された還付請求権は「相続によって取得した財産」にあたると主張[20]、高野幸大氏も、甲が納付した過納金の還付請求権をＸが相続することなく、甲が納付した過納金についてＸがその還付請求権を「原始取得」することはできない[21]として同旨の見解を示されている。

（2）判旨に反対とするもの

増田英敏氏は相続税法上の相続財産の範囲確定の基準を「タイミングと金銭的価値」とし、「相続開始時点における財産が相続財産に含まれるのであるが、その相続開始時点において金銭的価値により測定評価し得ない財産は、相続財産から除外される[22]」との見解を示し、本件第一審判決を支持している。また大淵博義氏は「私法上の法律関係を前提にするにしても、例えば、私法上の遡及効をいう法的効果が、税法上の解釈適用の領域において当然の前提とされるものではないということはいうまでもないことである[23]」とし、また「仮に課税庁、及び控訴審判決の解釈に立つとすれば、被相続人が争訟

開始の早期に死亡した場合や争訟が長引いた場合、取消判決が確定した時には、すでに３年の更正の除斥期間を徒過して多額な還付請求権（未納の場合債務控除の否認）の相続税課税漏れが発生することになる。[24]」として、控訴審判決が採用した遡及効の解釈を批判している。

【私見】

本件においては、控訴審判決を批判した大淵博義氏の見解のうち、もし、過納金の還付請求権を相続財産とするならば、裁判の確定までに更正の除斥期間の３年を過ぎた場合の相続税の課税漏れの問題が起るとする見解は有力と考える。

つまり、現行の相続税体系において、このように権利の確定が不安定な財産について、時間的な射程範囲の外にあると考えざるを得ず、これに課税しようとするのであれば、別途法令での規定が必要であると考える。

また、還付過納金自体がＸにとって被相続人甲の納付した過納金と切り離された所得であるとするならば、現行法においては、一時所得はその所得金額の 1/2 に相当する金額を給与所得などの他の所得の金額と合計して総所得金額を求めた後、納める税額を計算することとなっており、比較的低い税率となっているため、訴訟の継続について被相続人の意思によりコントロール可能である場合、このような解釈が確定すると、訴訟を長引かせると節税できるといういかにも不合理な結果をもたらすこととなってしまう。

翻って、本件の還付過納付金については、修正申告により相続税の課税価格に加えるべきものと考えるが、争訟に時間を費やしてしまった場合に延滞税が賦課されることは不合理と言えるから、相続税法第 31 条 1 項における相続税の任意的修正申告の特則の規定に本件のような争訟継続中の金銭的価値を持つ可能性のある財産の規定を加えた上で、相続税法第 51 条２項１の延滞税の特則の適用を可能とする立法的措置を講ずることが一つの解決となるのではないかと考える。

②　評価時点

相続財産における評価時点は「財産の取得のとき」（課税時期）であるが、評価時点に関する論点を以下にまとめる。

イ．相続発生時期と通達による時価の決定時期の時間差

上場株式等の市場における価格が常に表示されている一部の資産を除くと、「財産の取得のとき」の時価を見出すことは必ずしも容易ではない。そのため、評価には何らかのルールが必要になる。

例えば、財産評価基本通達で定めている宅地の評価で利用されている路線価は、課税時期を含む年の１月１日の時価を７月１日に公示し、その年の相続税、贈与税の申告に際して適用することとなっている。そのため１月１日から課税時期までの間に価格変動があった場合は本来なら課税時期の時価で評価すべきところ、路線価については「時点修正をする代わりに安全率（現行 80％）をみている[25]」ことにより通達課税における納税者の予測可能性を高めているということもいえよう。

ロ．　相続発生時期と通達による斟酌期間[26]

上場株式については課税時期における需給関係による偶発性を排除し、ある程度の期間における取引価格も評価の判断要素として、証券取引所における課税時期の最終価格か、課税時期の属する月以前３ヵ月の間の各月の毎日の最終価格の月平均金額のうち最も低い価額によることとしているが、結果的に課税時期と異なる時点の価額で評価されうることになる。

評価時点を「財産の取得の時」としながらも、４つの価額のうち最も低い価額による評価をすることは、評価の安全性を考慮していると考えられる。

この、斟酌期間が設けられている根拠として品川芳宣氏は、客観的な交換価額を、平均的で継続した安定的価額を指すものとすることが相続税課税の趣旨からいっても望ましいとする見解[27]を示されている。

ハ．　相続税法と民法における取得の時

現行の相続税法における評価の時点は取得の時とされている。一方、民法において、相続財産は遺産分割によって相続開始時点に遡って取得とされて

いることで、相続開始時点が評価基準日となる。したがって相続開始後の相続財産の価格変動は考慮しないこととなっていると解される。

③　市場

通説・判例によれば、相続税法における時価は客観的交換価値であるが、その算定の基礎となる交換価値は市場の機能により見出された価格と考えられる。

この市場はあくまでも仮に相続財産を売却するとしたら成立するであろう価格を観察するために必要なのであって当該財産を現実に売却することを前提としないし、また、特定の相続財産につき交換価値をみる場合、想定する市場で売買される財は一つであり、上場株式であれば、どれも同じである[28]として、市場価格をそのまま使用する見解に対し、アメリカの税法等で適用されている「評価株式を、市場に売却換金することを前提に包含した市場価値法」（ブロッケージ・ルール[29]）を主張する見解もみられるが、この点については第四章で検証を行う。

また、一口に市場価格と言っても、参加者が多く、流動性が高い場合の価格（上場株式など）と、参加者が非常に限定的で、価格発見機能が弱い市場（美術品や地方の不動産など）があり、売買当事者間の需給関係その他の要因から大きな価額の差異が生じることもありえ、課税財産の評価としても市場性が少なくなるにつれて、次第に時価としての的確性が把握しにくくなるので、市場価格に幅のあるものについては、評価の危険性を織り込み、安全度をみた比較的下値の価額で評価することになっている[30]。

第２節　財産評価基本通達の意義

相続税法第 22 条では「相続、遺贈または贈与により取得した財産の価額は、当該財産の取得の時における時価によるものとし、当該財産の価額から控除すべき債務の金額は、そのときの現況による」と定められている。

しかし、相続税法において、それ以上の詳細な評価規定は設けられておらず、実務上は国税庁の示す財産評価基本通達が指針となっている[31]。

この、通達がどのような法的効果を持つかということを検証する際に、法源性の有無が論点と場合があるので若干の考察を行う。

裁判を行う際の基準となる法源として一般に認められている規範として憲法、法律、命令、告示、条例・規則、条約、行政先例法[32]、判例法、通達などがあげられている。

そのうち、通達については、憲法第 84 条に規定される「租税法律主義」との関係で法源性、合理性がしばしば争点として取り上げられている。

以下、通達とその法源性についての学説を論ずる。

①有力説

金子宏氏は、相続税法上の法定評価によらない財産の評価は基本的に解釈・適用にゆだねられている[33]とした上で、「通達は、上級行政庁の下級行政庁への命令であり、行政組織の内部では拘束力をもつが、国民に対して拘束力をもつ法規ではなく、裁判所もそれに拘束されない（略）したがって、通達は租税法の法源ではない[34]」として、原則的には通達の法源性を否定する見解を示している。

そしてこの財産評価基本通達により、納税者間の公平の維持、納税者および租税行政庁双方の便宜、徴税費の節減等の観点から各種財産について画一的かつ詳細な評価方法を定めている「現実の評価事務」が行われている現状を認識したうえで、「評価に関する通達の内容が、不特定多数の納税者に対する反復・継続的な適用によって行政先例法となっている場合には、特段の事情がない限り、それと異なる評価を行うことは違法になると解すべきである」とする判決[35]をあげ、通達に行政先例法としての法源性を認める場合があるとしている[36]。

この行政先例法としての法源性については、清永敬次氏も財産評価による評価が一般的に行われているようなときに、ある特定の納税者についてだけ特別な事情がないにもかかわらず別の基準による評価がなされるような場合を挙げ、「別の評価基準の適用がむしろ税法令の定めるところに合致するような場合でも、この場合は税法令への適合性の要請は退き、租税法律主義により、特定の納税者に対する別の評価基準の適用は恣意的な差別として許されないというべきであろう[37]」として、肯定する見解を示されている。

②反対説

北野弘久氏は「いうまでもなく通達は行政の内規にすぎない。通達は法解釈学的にいって法源性が存在しない。相続税および贈与税の課税にあたって各財産価額をどのように評価するかという重要な取扱いを通達で適法に規定できるかはきわめて疑問であるといわねばならない。[38]」として、通達の法源性を正面から強く否定し、通達によって相続税、贈与税の構成要件という法の中核規定を定めること自体に否定的な見解を示している。

また、同氏は「現行の実務では、財産の価額評価のあり方をあげて通達によって行っていることに対しては厳しく批判されねばならない。[39]」と、現状の実務が通達によって行われている事実に対しても厳しく批判している。

③通説、判例

判例については、概ね財産評価基本通達による評価を判決理由として採用しており、その意味で、通説・判例は、財産評価基本通達に行政先例法として裁判基準たる法源性を認めている立場であると言えよう。

山田二郎氏も財産評価基本通達について[40]「この評価通達の定める基準は、時価を上回るものでない限り、行政先例法として法的拘束力をもつものと位置づけることができる。もちろん、一般に、通達は租税の法源ではないが、通達が基本通達として体系化した形で示され、その公定解釈、運用が定着し、納税者にとって有利な内容である場合には、行政先例法としての効力を認めるべきである。」とし、さらに「評価通達は行政先例法としてその成立を認めるべき」として行政先例法としての法源性を強く肯定する見解を示している。

以下に、判例をあげ財産評価基本通達の裁判における適用を確認する。

【事例２】「不特定多数の納税者に対する反覆・継続的な適用によって行政先例法となっている場合には、特段の事情がない限り、それと異なる評価をおこなうことは違法になると判示された事例」

（東京地裁平成４年３月 11 日判決[41]（税資 188 号 639 頁）
東京高裁平成５年１月 26 日判決（税資 194 号 75 頁）
最高裁平成５年 10 月 28 日判決（税資 199 号 670 頁））

【事件の概要】

昭和 62 年 12 月 19 日に被相続人甲（当時 95 歳で昭和 62 年９月９日から入院中であった）の死亡により、Ｘ他３名（原告、控訴人、上告人）は本件相続に際して昭和 63 年６月 20 日に相続税の申告を行い、さらに同年 12 月 27 日に相続税財産評価に関する基本通達に基づいて修正申告を行った。

これに対して、平成元年１月 24 日付けで、Ｙ税務署長（被告、被控訴人、被上告人）はＸの修正申告に対して過少申告加算税賦課決定を行い、さらに同年４月 26 日付けで、相続財産のうちの本件マンション（Ｘが甲の代理人として、甲が入院中の昭和 62 年 10 月９日に価格７億 5,850 万円で訴外Ａ社と訴外Ｂ社より購入したもので、訴外Ａ社と月額賃料 166 万 4,000 円で賃貸契約を行った物件。資金は８億円を訴外Ｃ社から借入れた。）の時価は取得価額によるべきであるとして、更正及び過少申告加算税の賦課決定をした。

Ｘらは同年５月 22 日に、更正及び過少申告加算税の賦課決定について、Ｙに対し異議申し立てを行うも同年８月 21 日付けで異議申立てを棄却する決定を行ったため、さらに同年９月 20 日、国税不服審判所長に対し審査請求をしたが､同所長は翌平成２年６月 18 日に請求を棄却する旨の裁決を行ったため、Ｘらは本訴を提起した。

【裁判所の判断】

(1) 東京地裁の判断

請求棄却

相続税法第 22 条における「時価」について「相続財産の価額は、特別に定める場合を除き、当該財産の取得の時における時価によるべき旨を規定しており、右の時価とは相続開始時における当該財産の客観的な交換価格[42]をいうものと解するのが相当である」と判示している。

また、財産評価基本通達の意義について「財産の客観的交換価値は必ずしも一義的に確定されるものではないことから、課税実務上は、相続財産評価の一般的基準が評価基本通達によって定められ、そこに定められた画一的な評価方式によって相続財産を評価することとされている。」（下線部は筆者記入）と判示している。

(2) 東京高裁の判断

控訴棄却

原判決は相当であり、本件控訴は理由がないからこれを棄却する。

(3) 最高裁の判断

上告棄却

原審の判断は、正当として是認することができる。

【私見】

財産評価基本通達の意義について第一審判決において「財産の客観的交換価値は必ずしも一義的に確定されるものではないことから、課税実務上は、相続財産評価の一般的基準が評価基本通達によって定められ、そこに定められた画一的な評価方式によって相続財産を評価することとされている。」とされ、同通達が「不特定多数の納税者に対する反覆・継続的な適用によって行政先例法となっている場合には、特段の事情がない限り、それと異なる評価をおこなうことは違法になると解すべきである」と判示されており、財産評価基本通達に行政先例法としての法源性を認めたと解釈できる判決であるが、租税法律主義の観点からは一般的な認容には慎重であるべきと考える。

（当事案については、財産評価基本通達総則６項適用の判例として、第二章、第２節でも取り上げる）

（２）財産評価基本通達総則６項の意義

本章のテーマである「相続税法第 22 条における「時価」の解釈と通達課税に関する諸問題」について検証する際、この財産評価基本通達の意義と適用について検証することは非常に重要である。本節ではまず財産評価基本通達総則６項の意義について検証し、次いで、第二章、第２節では財産評価基本通達の適用を検証する。

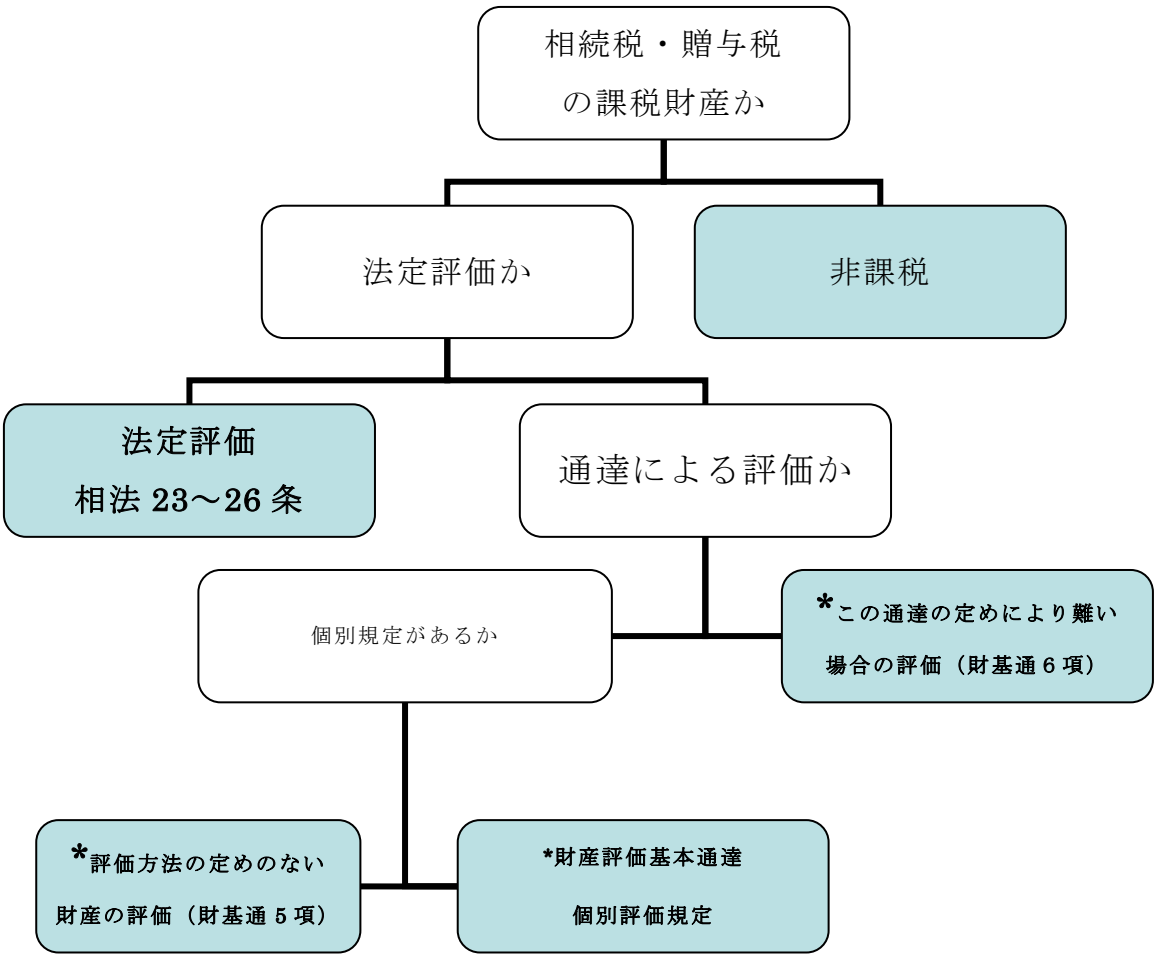
品川芳宣氏は財産評価基本通達総則６項の意義について「納税者は同通達の個別財産ごとの評価額によって申告すれば適正な評価が行えるであろうという予測可能性を確保することができる。しかし、具体的な評価額が相続税法 22 条の時価あるいは客観的交換価額から乖離することがあり得るためこの規定が設けられた。この総則 6 項の規定は、課税庁側から見れば適正な時価評価を確保するための担保規定のようなものであり、納税者側が予測可能性あるいは法的安定性を考える場合に、この総則６項の規定に留意してもらうためのものであるといえる。」とする見解を示している。

財産評価についての、相続税法と財産評価基本通達の構造は以下の図表 1-4 のように、相続税法上の法定評価（相続税法第 23～26 条)、財産評価基本通達の個別規定による評価、評価方法の定めのない財産の評価（財産評価基本通達総則５）を全て包含する形で、この通達の定めにより難い場合の評価（財産評価基本通達総則６）が、財産評価基本通達の射程範囲を決定し、相続税法上の「時価」を担保する構造となっていると考えられる。

財産評価基本通達の意義を理解する上で、この総則６項は非常に重要であるが、その要件が「この通達の定めによって評価することが著しく不適当と認められる」という実態要件と、「国税庁長官の指示を受けて評価する」という形式要件のみが定められているだけのため、その意義については適用例や裁判例によって検証する必要がある。

また、財産評価基本通達総則６項の適用において、①租税回避に対する適用、②市場の変化に対する適用、③土地の個別事情に対する適用の３つに分類する見解[43]があり、本稿でもこの分類に沿って、第２章、第２節の判例研究を行う。

図表 1-4　財産評価に関する法令、通達の構造



相法：相続税法

財基通：財産評価基本通達

筆者作成

＊が付されている項目は財産評価基本通達の射程範囲であり、相続税法第 22 条は、この章(相続税法第三章)で特別の定めのあるものを除くほか、相続、遺贈又は贈与により取得した財産の価額全てに及ぶと解される。

一方、納税者は、相続税法第 22 条の解釈と財産評価基本通達に基づき自己の事案を判断し申告納税しなければならないわけであるが、財産評価基本通達総則５項ないし６項の規定は、その適用に際して明確な課税要件がないため、申告納税制度の趣旨[44]からは問題がある。

それに対し、財産評価について極力規定を具体的に法令で制定すると言う選択肢も考えられるが、平成 20 年 12 月 18 日に策定された、「資産課税における財産評価制度のあり方について-平成 20 年度諮問に対する答申－[45]」においてなされている以下の論点整理が参考になる。

財産評価方法の法定化の問題

(1) 財産評価の方法を法令に規定した場合の利点

① 納税者にとって予測可能性が高まり、法的安定性の向上に寄与する。

② 法令遵守の思考が高まり、課税当局の執行がより慎重になる。

③ 評価通達に反する課税が行われても、直ちに違法となることはないが、評価方法を法令化することによって、法令に反する課税処分を違法として争うことができる。

(2) 財産評価の方法を法令に規定した場合の問題点

① 評価対象となる財産について、あらゆる事情を考慮した評価方法を定めることは事実上不可能であり、法定された方法で評価した価額と時価との間に乖離が生じた場合には、時価と異なる価額に法的根拠を与えることになる。

② 評価に関する細目や係数等について、その見直しを行うには常に法改正を行わなければならず、迅速な対応が困難となる。

③ 評価方法が法定された場合には、その適否にかかわらず、納税者はそれに従わなければならず、納税者が適切でないと判断した場合には、法令の内容を憲法違反として争う必要が生じる。

《小括》

以上の事情を勘案すれば、財産の評価方法を法令化するに当たっては、多くの課題があるが、前述した租税法律主義の考え方や評価基準が通達に依存していることの問題点からみて、基本的な評価方法や評価方式については、法律又は政省令に規定することが望ましいと考える。

しかし、規定を画一的に適用した場合について、租税回避行為は一般予

防ができず問題がある。

納税者が通達による評価を不合理と考え、通達によらない評価を行おうとする際は、申告前に課税庁に対し事前協議（確認）をする制度[46]を確立し、納税者の予測可能性を高める制度的な手当てが最も納税者の利益に配慮した解決法であると言えようが、課税庁側の事務負担の増大など課題も多い。

第３節　価格変動と納税に関する問題

（１） 土地と上場株式の価格変動の実態

図表 1-1[47]から、相続財産として一貫して土地が最大の割合を占めており、次いで有価証券、近年では現金・預金の割合も大きくなっているが課税価格の評価において土地と有価証券の重要度が高いといえる。

図表 1-3[48]を参照すると、年平均の対前年度価格変動率について、市街地価格指数変動率(商業地)は 1955～91 年度において＋12.5%で、日経平均株価は 1950～89 年において＋18.7%と両資産とも変動をしながらも戦後一貫して上昇していたことが見て取れる。

とりわけ土地については、市街地価格指数変動率を見ると、1975 年を除いて、1991 年まで一貫して上昇を続け、土地は下がらない資産であるといういわゆる「土地神話」が醸成されることとなった。一方、土地の路線価評価については、1992 年度（平成４年度）まで上昇していた。また、1992 年度（平成４年度）以前については前年の７月１日を評価時点としていたのに対し、平成４年分の評価から当年１月１日を評価時点とし、路線価は公示価格の８割程度を目処とする変更が行われた[49]のだが、いずれにしても「過去のある時点」を基準としてそこから安全性を考慮して評価される仕組みは、地価が上昇傾向にあるときには、実勢価額と路線価等の相続税評価額の開差が拡がって行くメカニズムとなり、益々相続税対策としての土地需要を喚起するという効果を生んでいった。

一方、上場株式であるが、取引所が再開された翌年の 1950 年（昭和 25 年）に日経平均株価指数は 85 円 25 銭の安値をつけたのち、39 年後の平成元年末には 38,915 円の高値をつけ実に 456 倍に達した。そして、この間上昇した年は 28 回、下落した年は 11 回であった。そのうち、複数年に渡る下落は 1962～64 年のいわゆる 40 年不況の時と 1973～74 年の第一次オイルショック時の二回だけであり、その意味で、上場株式も土地と同様、基本的に保有していればいずれ価格が上昇する資産という認識が多くの国民に定着していたと考えられる。

続いて、相続税評価額について考察する場合、資産の上昇傾向とともに、重要なのは価格の変動幅である。

戦後のこのような経済環境の下、土地と株式の価格上昇が長期にわたり、また大幅なものであったために、相続税においても暗黙のうちに資産の価格上昇を前提とする立法や課税実務が行われるようになったのではないだろうかということが推測される。

以上のことをまとめると、図表 1-3 のようになる。

（２）問題提起～相続発生後の価格変動と納税（金銭一括納付の原則と物納）について

①相続財産の価格変動

金銭債権である租税であっても納税義務の確定と履行との間に制度上必然的に生ずる時間的乖離のために、多少の貨幣価値の変動は予想されているが、当事者はそれによって生じる損害を予め考慮に入れていると解されているので、金銭の支払いによる租税債務の消滅においても、履行の手段である金銭の実質的価値に変動が生じても問題にならない[50]と考えてよいだろう。

しかし、土地や上場株式の価格変動は比較的短時間で価格が大きく変動することが観察されており、「相続、遺贈又は贈与により取得した財産の価額は、当該財産の取得の時における時価」によるとする相続税法上の評価の原則（相続税法第 22 条）に基づくと、「時価」の評価時点から納税時点までの時間的乖離のために生じる価格変動は、前記貨幣価値の変動と比べた場合、やはり大きなものと言える。

そのために、財産評価基本通達により、土地の評価は路線価方式[51]ないし倍率方式[52]や特別な規定[53]などで、上場株式については財産評価基本通達 169 により、課税時期の最終価格か、課税時期の属する月以前 3 か月間の毎日の最終価格の各月ごとの平均額のうち最も低い価額によって評価することとなっており、一定の評価の安全性が斟酌されている。

土地の場合について、金子宏氏は「たとえば市街化区域の宅地については、国税庁は従来、仲値の 70%程度に評価するという方針をとってきたが、平成４年から、地価税の実施を機に 80%に引上げた。それでも実際の取引価額よりもかなり低かった。[54]」として、土地に関する財産評価基本通達の規

定が、実勢価格を大きく下回るものであったことを指摘している。

また、上場株式について、課税時期の最終価格を含む４つの価額の最低価額を選択できる理由について関俊彦氏は「基本通達に規定された株式評価方法には、厳密に株式の価額を探求するという理念だけが考慮されているわけではなく、さらに加えて、過って評価を過大にし、その結果納税者が過重に税を負担する事態が生じないよう、課税の安全性も考慮に入れられている。」としてその意義を指摘している。

これら土地と上場株式の評価方法をみても分かるとおり、財産評価基本通達（と固定資産評価基準）による評価について、石島弘氏は 1983 年（昭和 58 年）の論文の中で「時価を著しく下回る価額になっていて時価を反映していると考えられていない[55]」と述べられている。

また前述のように、1991 年（平成３年）以前は現在よりも時価と財産評価基本通達による評価額の差がさらに大きく[56]、相続税の申告期限は、その相続があったことを知った日の翌日から６月以内と現在の 10 月より短かった。

図表 1-3 において戦後の土地と上場株式の価格の推移を見ると、1991 年（平成３年）が地価のピークとなっており、図らずも国税庁が路線価の基準を公示価格の８割を基準とする方針を打ち出した時期と一致している。

野口悠紀雄氏は[57]「相続税制における問題は、土地の評価が時価より低いことである。相続税の土地の評価は、公示地価の７割を目標に設定されているといわれているが、実際にはこれを下回っていることが多く、しかも、公示価格が時価より低い。したがって評価は時価の５割程度といわれてきた。最近の地価高騰地域では３―４割程度に低下したと思われる。」（1989 年 2 月の著作）と指摘している。地価は、その後長期的な下落を続けることになったが、平成４年に路線価を公示価格の７割から８割を基準としたものに変更したことで、土地の実勢価格と相続税評価額の開差を利用して節税をするという土地保有のインセンティブは低下した。

② 相続発生後の価格変動

本節で述べてきたように、価格変動のある資産を相続した場合でも、現行

法では評価の時点はその財産の取得の時における時価とされている。

この点について三木義一氏は、「民法上相続財産は分割により遡って取得とされていることもあり、相続開始時点が評価基準日になる。従って、価格変動がある資産については相続開始後の変動は考慮しないことになっている。しかし、実際に相続人が当該財産の処分権を得るのは分割後である。確かに、分割までの価格変動を配慮するとなると、租税回避のために分割時期が操作されることがでてくると思われるが、少なくとも申告時までの価格変動は取得者の有利に考慮すべきではないだろうか。[58]」として評価時点と相続人の処分可能時点の時間的な乖離に対し、納税者へ救済措置を講じることを主張されている。

これについて、財産評価基本通達が行政先例法としての法的効果を持つとする判例・通説の立場に立つと、土地と上場株式の評価について、相続発生後の価格下落を評価に織り込む解釈は困難であろう。

また、個別の財産の価格の下落（特に上場株式など）は計算が容易な場合もあろうが、全ての財産の課税時期と修正された際の評価額を計算するのは容易ではなく、実務上は大変困難さが伴う方法であり慎重に検討すべきである。

その意味で、相続税法上の時価に対する例外規定であり、特別法という位置付けで立法された租税特別措置法第 69 条の 4 において、土地の価格が大幅に下落したことによりその適用が問題とされたケースを第二章、第１節で、財産評価基本通達によらない評価について第２章、第２節でとりあげ論ずることで、土地の価格変動に関する時価と納税の問題を検討し、第三章では同様に上場株式について論じ、最後の第四章においては、当問題についての立法論的な解決策を検討していきたい。

③　納税について（金銭一括納付の原則と物納）

本来、納税においては金銭納付が原則（国税通則法第 34 条 1 項）であるが、個々の相続における相続財産においては、土地と有価証券が多くの割合を占め、現金、預金等の容易に納税可能な資金の割合が必ずしも多くない場合もあるため、相続人らは相続税を納税するために、土地や株式などを売却

して納税資金を調達したり、借入をしたり、延納（相続税法第 38 条～第 40 条）を申請したり、延納によっても金銭で納付することを困難とする理由がある場合において、税務署長は物納[59]を許可することができるとされている（相続税法第 41 条 1 項）。

物納の法的性格について、金子宏氏は「物納は一種の代物弁済である[60]」とし、「納付される財産の使用価値ではなく、金銭的価値に着目して物納が認められるものである[61]」とされ、使用価値を前提とした土地収用とは区別している。

物納の原則はしかし、物納の収納価額は課税価格の計算の基礎となったその財産の価額による（相続税法第 43 条 1 項）こととされているため、相続発生後の相続財産の価格下落に対する納税者にとっての救済策として機能しうる制度となっている。（下線部は筆者記入）

水野忠恒氏もこの点を指摘し、今日の貨幣経済のもとでは、租税とは金銭給付であるとしながらも「実際には、地価の下落期においては、相続財産の時価がその課税価格を下回り、財産を処分しても相続税額を支払うことのできない事態も生じる。そこで相続税に限り、一定の要件のもとで物納を認めている。[62]」とされている。

つまり、土地や株式などは貨幣価値に置換えて評価することができるが、預金等に比べて、個々の状況や時間の経過によって価格が変動したり、換金が困難であったりなどの事情が考えられるため、相続税のみに金銭一時納付の例外として物納が認められていると考えられる。

また、水野忠恒氏が指摘するように「かつては年貢に象徴されたように、物納は、通常の形態であったともいえる。[63]」訳であるが、収穫の何割何分を収めるとう方式の年貢制度のもとでは、価格変動により租税負担が増加したり減少したりということは無かったであろうから、本稿のテーマである土地と上場株式を中心とした相続税における時価と納税の問題は、金銭給付を原則とする現行の租税制度における問題とも言える。

---

1 西野敞雄「税漫筆―14―資産課税②相続税」時の法令 1367 号 79 頁（1989 年 12 月）。
2 金子宏『租税法〔第 14 版〕』（弘文堂、2009 年）67 頁。
3 水野忠恒『租税法〔第 4 版〕』（有斐閣、2009 年）8 頁では「租税法律主義」の内容として課税要件法定主義、課税要件明確主義、合法性原則、遡及立法の禁止の原則をあげて

いる。

[4] 金子宏『租税法 〔第 14 版〕』（弘文堂、2009 年）66 頁。一方、松沢智『租税法の基本原理』（中央経済社、1996 年）60 頁では「この『負担公平の原則』につき、その存在意義があったのは、国民主権主義の原則に拠らず、お上が税を決定し、賦課する場合に租税行政官吏に要請された職務命令規範としてのもので、それ以上には存しない。それは賦課課税制度の残滓なのである」として「租税負担公平の原則」を「租税公平主義」と並べて定立する考え方に異を唱えている。

[5] 水野忠恒『租税法〔第４版〕』(有斐閣、2009 年）694 頁参照。

[6] 相続税法第 22 条における「時価」について、東京地裁平成４年３月 11 日判決では「相続財産の価額は、特別に定める場合を除き、当該財産の取得の時における時価によるべき旨を規定しており、右の時価とは相続開始時における当該財産の客観的な交換価格をいうものと解するのが相当である」とされ、控訴審の東京高裁平成５年３月 15 日判決で、原判決の「客観的交換価格」の次に「(当該財産の客観的交換価値を示す価額)」が追加されている。

[7] 高野幸大「相続財産の評価と納税」租税法研究 23 号 27 頁（有斐閣、1995 年 9 月)。

[8] 関俊彦『株式評価論』（商事法務研究会、1983 年） 8 頁。

[9] 高野幸大「相続財産の評価と納税」租税法研究 23 号 27 頁（1995 年 9 月）参照。

[10] 関俊彦氏が、米国の株式評価の法令、判例、学説に基づいて主張されている。『株式評価論』（商事法務研究会、1983 年)、「アメリカ合衆国連邦遺産税・贈与税における株式評価」租税法研究第８号 108～132 頁（1980 年１月）参照。

[11] 高野幸大「相続財産の評価と納税」租税法研究 23 号 28 頁（1995 年 9 月）参照。

[12] 金子宏『租税法 〔第 14 版〕』（弘文堂、2009 年）493 頁。

[13] 北野弘久「第Ⅱ部　財産評価法　第 19 章「時価」評価課税と通達課税」『争点相続税法』196 頁（勁草書房、1995 年 2 月)。

[14] 品川芳宣、緑川正博『相続税財産評価の理論と実績』（ぎょうせい、2005 年）６頁において、品川芳宣氏は「評価通達は、相続税法 22 条の『時価』という二文字の解釈通達です。これは、最近の通達改正でも法令解釈通達ということが明記されていますが法律上のたかだか二文字の解釈通達なのです。」と述べている。

[15] これらの規定は、被相続人と、相続人の資産の利用状態や、資産状況に応じて課税価格に算入する際の評価の減額を認めているもので、実質的な意味での「生存権的財産」に対する斟酌規定といえよう。名古屋地裁判決昭和 55 年 3 月 24 日（訟月 26 巻 5 号 883 頁）では「相続財産評価に関する基本通達」について「右基本通達は、その規定する各種財産の評価に関し、全国的な課税の公平を期するため課税庁の評価法として一般的な基準を示したものであって、そこに定められている方法が絶対的なものではなく、他の方法によりより適格な時価を把握できる場合には、その方法によるものが相当であると解すべきである」としている。

[16] 国税庁ホームページ http://www.rosenka.nta.go.jp/（2009 年 12 月 25 日時点)。

[17] 小規模宅地等の特例（租税特別措置法 69 条の４①)、農地等についての相続税の納税猶予等（租税特別措置法 70 条の６①②)、申告期限前に災害による被害を受けた場合の相続税の課税価格の計算（災害減免法６）の規定が設けられている

[18] 金子宏『租税法 〔第 14 版〕』（弘文堂、2009 年）493 頁以下参照。

[19] 三木義一『相続・贈与と税の判例総合解説』（信山社、2005 年）22 頁。

[20] 金子宏『租税法 〔第 14 版〕』（弘文堂、2009 年）469 頁。

[21] 高野幸大「相続時の課税財産の範囲－『上野事件』大分地裁判決・福岡高裁判決を踏まえて－」税経通信 157 頁（2009 年 10 月）参照。

[22] 増田英敏「租税判例研究 相続開始後に生じた過納金還付請求権の相続財産該当性[大分地裁平成 20.2.4 判決]」税務事例 40 巻 8 号　7 頁（2008 年 8 月)。

[23] 大淵博義「税法の解釈適用と遡及効－取消判決の遡及効と相続財産」税務弘報 57 巻 2

号２頁（2009 年２月）。
[24] 大淵博義「税法の解釈適用と遡及効－取消判決の遡及効と相続財産」税務弘報 57 巻２号２頁（2009 年２月）。
[25] 小島俊朗「相続税法における時価の概念とその経済学的考察」税大ジャーナル７　67 頁（2008 年２月）。
[26] 本稿、第三章、第１節（２）参照。
[27] 品川芳宣、緑川正博『相続税財産評価の理論と実践』（ぎょうせい、2005 年）175 頁参照。
[28] 小島俊朗「相続税法における時価の概念とその経済学的考察」税大ジャーナル７　67 頁以降（2008 年２月）参照。
[29] 関俊彦『株式評価論』（商事法務研究会、1983 年５月）88 頁において「ブロッケージ・ルールとは、市場価格を形成する株式ブロック（取引分量）と、評価対象株式ブロックとの規模の差を評価に反映させるために、比較的多数の株式を評価するときに、評価値を一株の取引市場価格と株式数との積の額よりも若干低めに評価するというルールである」として説明されている。
[30] 石島弘「相続税法における課税標準－相続財産評価通達について」税法学 472 号４頁（日本法学会、1990 年４月）参照。
[31] 金子宏『租税法　〔第 14 版〕』（弘文堂、2009 年）493 頁参照。
[32] 金子宏『租税法　〔第 14 版〕』（弘文堂、2009 年）97 頁によると、行政先例法について「納税義務を免除・軽減し、あるいは手続用件を緩和する取扱が、租税行政庁によって一般的にしかも反復・継続的に行われ（行政先例）、それが法であるとの確信（法的確信）が納税者の間に一般的に定着した場合には、慣習法としての行政先例法の成立を認めるべきであり、租税行政庁もそれによって高速されると解するべきである（その取扱を変えるためには法の改正が必要である）。」と説明されている。
[33] 金子宏『租税法　〔第 14 版〕』（弘文堂、2009 年）493 頁参照。
[34] 金子宏『租税法　〔第 14 版〕』（弘文堂、2009 年）98 頁以下。
[35] 東京地裁平成４年３月 11 日判決、東京地裁平成４年７月 29 日判決、東京地裁平成５年２月 16 日判決参照。
[36] 金子宏『租税法　〔第 14 版〕』（弘文堂、2009 年）497 頁によると、財産評価基本通達の法源性について「評価通達の基本的内容は、長期間にわたる継続的・一般的適用とそれに対する国民一般の法的確信の結果として、現在では行政先例法になっていると解される」と述べられている。
[37] 清永敬次『新版税法（全訂）』（ミネルヴァ書房、1990 年）34 頁。
[38] 北野弘久「第Ⅱ部　財産評価法　第 19 章「時価」評価課税と通達課税」『争点相続税法』（勁草書房、1995 年２月）196 頁。
[39] 北野弘久「第Ⅱ部　財産評価法　第 19 章「時価」評価課税と通達課税」『争点相続税法』（勁草書房、1995 年２月）197 頁。
[40] 山田二郎「租税判例研究　買受けた農地について知事の許可前に相続が開始した場合の相続財産の評価」税務事例 13 巻３号　15～19 頁（1981 年３月）参照。
[41] 東京高裁平成５年３月 15 日判決、東京地裁平成７年７月 20 日判決、東京地裁平成９年１月 23 日判決、大津地裁平成９年６月 23 日、東京地裁平成 11 年３月 25 日判決などに同様の趣旨の内容が見られる。
[42] 東京高裁平成５年３月 15 日判決で、原判決の「客観的交換価格」の次に「（当該財産の客観的交換価値を示す価額）」が追加されている。
[43] 風岡範哉『相続税・贈与税通達によらない評価の事例研究―判例・裁決例からみる不動産・株式の時価の検討』（現代図書、2008 年５月）４～７頁参照。
[44] 金子宏氏『租税法〔第 14 版〕』（弘文堂、2009 年）652 頁以下で、「申告納税制度の定着と課税要件事実の的確な把握のためには、納税環境（tax environment）の整備と改

善が必要不可欠である。」として制度上の手当て、国民の納税意識の向上、租税職員の意識の近代化、租税に関する教育の充実などを求めている。

45 日本税理士連合会税制審議会「資産課税における財産評価制度のあり方について－平成20年度諮問に対する答申－」（日本税理士連合会、2008年12月18日）5頁。税制審議会委員（会長）金子宏（会長代理）品川芳宣、中里実、水野忠恒、山田二郎ほか（専門委員長）小池正明ほかにより策定。
http://www.nichizeiren.or.jp/guidance/pdf/toushin_H20.pdf より2010年1月8日取得。

46 品川芳宣、緑川正博『相続税財産評価の論点　財産評価の理論と実務の疑問を糾す』（ぎょうせい、1997年）358頁以下で「アグリーメント（事前協議）の法理と行政対応」として納税者、税理士にとっての事前協議の必要性を主張されている。事前協議（確認）制度の一般論としては、金子宏「財政権力－課税権力の合理的行使をめぐって」『岩波基本法学6－権力』159頁以下、村井正「アグリーメント方式の理論と実際」税理30巻7号2頁、碓井光明「アドバンス・ルーリングに学ぶ～その考え方と活用」税理27巻。

47 はじめに1頁参照。

48 はじめに5頁参照。

49 金子宏『租税法　〔第14版〕』（弘文堂、2009年）496頁参照。

50 高野幸大「相続財産の評価と納税」租税法研究23号38頁（1995年9月）参照。

51 「土地は、宅地・農地・山林・原野等の地目別にその年の1月1日を基準日として評価することとされている（財産評価基本通達7以下）。(略)路線価方式とは、ほぼ同価額と認められる一連の宅地が面している路線の中央部の標準的な宅地の一単位あたりの価額（これを「路線価」という）を基準とし、これに各宅地の特殊事情を加味してその価額を算出する方法である（財産評価基本通達13以下）。」金子宏『租税法　〔第14版〕』（弘文堂、2009年）495頁。

52 「固定資産評価額に国税庁局長が一定の地域ごとに売買実例価額・公示価格および精通者意見価格を基にしてその地域の実情に即するように定める倍率を乗じて計算した金額で評価する方法である（財産評価基本通達21）。」金子宏『租税法　〔第14版〕』（弘文堂、2009年）496頁。

53 「大規模工業用地、余剰容積率の移転のある宅地、貸宅地、借地権、区分地上権、占有権等については、特別の規定が設けられている（財産評価基本通達22以下）。」金子宏『租税法　〔第14版〕』（弘文堂、2009年）496頁。

54 金子宏『租税法　〔第14版〕』（弘文堂、2009年）496頁。

55 石島弘「資産税の時価以下評価による課税と租税法律主義」租税法研究11号46頁(1983年9月)。

56 東京地裁昭和53年9月27日判決（税資102号551頁）によると45,397,000円で売買された農地に対する評価通達により評価額は20,185,438円であり、その取引額に対する比率は44.5%であった。また浦和地裁昭和54年3月28日判決（訟月25巻7号1976頁）では、売買価額27,896,000円の農地の評価通達による評価額は2,688,197円と評価され、取引額の約9.6%に過ぎず、また名古屋地裁昭和55年3月24日判決税資980号43頁では売買価額19,164,000円で取引された農地の評価通達による評価額は、その約15.6%にあたる2,991,360円で評価され、いずれも取引額を大幅に下回る評価額であった。

57 野口悠紀雄氏『土地の経済学』（日本経済新聞社、1989年）135頁。

58 三木義一「相続税の基本原理の法的再検討」租税法研究第23号16頁（1995年9月）。

59 租税は金銭給付であることを原則（国税通則法第34条1項）とし、その履行が果たされることにより消滅するが、相続税法においては例外的に物納が認められその規定が定められている（相続税法第41条、国税通則法第34条3項）。

60 金子宏『租税法　〔第14版〕』（弘文堂、2009年）699頁参照。

61 金子宏『租税法　〔第14版〕』（弘文堂、2009年）10頁参照。

[62] 水野忠恒『租税法　〔第 4 版〕』（有斐閣、2009 年）84 頁。
[63] 水野忠恒『租税法　〔第 4 版〕』（有斐閣、2009 年）84 頁。

第二章　時価と納税に関する諸問題　―土地を中心として

昭和 60 年代のバブル期の地価急騰に伴い、相続税の課税対象者が急激に広がったことなどから、基礎控除の引上げや小規模宅地等の課税の特例の拡充や最高税率の引下げを含む税率構造の緩和の結果、平成 22 年度の税制改正大綱において「現在では再分配機能が果たせているとはいえない」[1]として、格差是正の観点から、相続税の課税ベースや税率構造の見直しを目指すとした改正の方向が打ち出された。

このように環境や社会背景が近時大きな変化を遂げる中、相続税制はその時々に応じて改正されてきたわけであるが、本章第１節では、課税時期より以前に算出された地価公示の８割水準に定められる路線価を基準として評価された宅地について、「この通達の定めにより難い場合の評価」について規定された財産評価基本通達総則６項の適用が争われた判例を検証し、これら裁判例から読み取れる時価の意義と、通達による評価の問題点を検証する。

また、第２節では第１節で取り上げた裁判例のうち路線価が実勢価格に比べて著しく低いことを利用した租税回避行為を防止するために制定された旧租税特別措置法第 69 条の４に係わる二つの判例を取り上げた。

同法は異常な地価の高騰を抑える目的もあり、昭和 63 年 12 月に制定されたが、相続発生前 3 年以内に取得した不動産の課税価格に算入すべき価額はその取得価額にすると定められたところ、バブル崩壊により実勢価格が大きく下落したため、取得価額に対して課税された相続税額が相続財産の純資産額を大きく棄損させたり、場合によっては税額の方が上回ったりするなど、法が当初想定していなかった効果を及ぼした事例である。

これらの事例を通じて、価格変動により評価額が「時価」から乖離した場合、どのようにして修正を図るべきか、また相続税法上の「時価」に近づけるための通達や法令の制定、改正をどのように行うべきなのかを検証する。

第１節　財産評価基本通達総則６項の適用について

本節では財産評価基本通達総則６項がどのように適用され、また裁判でどのような判断が示されてきたのかを検証する。

相続税法第 22 条における「時価」の意義を明らかにしようとする場合、相続税法と財産評価基本通達に規定されている個別の財産等の評価規定と、評価方法の定めの無い財産の評価（財産評価基本通達総則５項）の規定の射程範囲外に、「この通達の定めにより難い場合の評価」（財産評価基本通達総則６項）をすべき領域があるため（図表 1-4 参照）、まずは財産評価基本通達総則６項に関してどのような適用や判示がなされてきたのかを検証する必要があると考えるからである。

しかし、その財産評価基本通達総則６項の裁判例は非常に広い領域に渡っているため、この節では土地と上場株式の価格変動に関する評価と納税の問題を検証するにあたって、財産の価格変動が争訟の一因となった裁判例を中心に検証を進めることとする。

また、本稿のテーマに即して、財産の価格変動を伴う事例について財産評価基本通達の機能毎に分類し以下の３類型[2]を中心に検証していく。

《適用例１》租税回避行為に対する適用例
《適用例２》路線価の時点修正に関する判例
《適用例３》地価下落局面における不動産鑑定評価に関する判例

《適用例１》租税回避行為に対する適用例

【事例 3】「借入金による土地の取得が専ら相続税の負担軽減を図る目的であるとして、路線価方式によらず取得価額で評価すべきとされた事例」

（東京地裁平成４年３月 11 日判決[3]（税資 188 号 639 頁）
東京高裁平成５年１月 26 日判決（税資 194 号 75 頁）
最高裁平成５年 10 月 28 日判決（税資 199 号 670 頁））

【事件の概要】

昭和 62 年 12 月 19 日に被相続人甲（当時 95 歳で昭和 62 年９月９日から入院中であった）の死亡により、Ｘ他３名（原告、控訴人、上告人）は本件相続に際して昭和 63 年６月 20 日に相続税の申告を行い、さらに同年 12 月 27 日に相続税財産評価に関する基本通達に基づいて修正申告を行った。

これに対して、平成元年１月 24 日付けでＹ税務署長（被告、被控訴人、被上告人）はＸの修正申告に対して過少申告加算税賦課決定を行い、さらに同年４月 26 日付けで相続財産のうちの本件マンション（Ｘが甲の代理人として、甲が入院中の昭和 62 年 10 月９日に価格７億 5850 万円で訴外Ａ社と訴外Ｂ社より購入したもので、訴外Ａ社と月額賃料 166 万 4000 円で賃貸契約を行った物件。資金は８億円を訴外Ｃ社から借入れた。）の時価は取得価額によるべきであるとして、更正及び過少申告加算税の賦課決定をした。

Ｘらは同年５月 22 日に、更正及び過少申告加算税の賦課決定についてＹに対し異議申し立てを行うも同年８月 21 日付けで異議申立てを棄却する決定を行ったため、さらに同年９月 20 日、国税不服審判所長に対し審査請求をしたが、同所長は翌平成２年６月 18 日に請求を棄却する旨の裁決を行ったため、Ｘらは本訴を提起した。

【裁判所の判断】

(1) 東京地裁の判断

請求棄却

相続税法 22 条における「時価」について「相続財産の価額は、特別に定める場合を除き、当該財産の取得の時における時価によるべき旨を規定しており、右の時価とは相続開始時における当該財産の客観的な交換価格[4]をいうものと解するのが相当である」と判示している。

また、財産評価基本通達の意義については「財産の客観的交換価値は必ずしも一義的に確定されるものではないことから、課税実務上は、相続財産評価の一般的基準が評価基本通達によって定められ、そこに定められた画一的な評価方式によって相続財産を評価することとされている。」としたうえで、財産評価基本通達によらないことが相当である場合として「右の評価方式を画一的に適用するという形式的な平等を貫くことによって、かえって実質的な租税負担の公平を著しく害することが明らかな場合には、別の評価方式によることが許されるものと解すべきであり、このことは、右通達において『通達の定めによって評価することが著しく不適当と認められる財産の価額は、国税庁長官の指示を受けて評価する。[5]』と定められていることからも明らかなものというべきである。

すなわち、相続財産の評価に当たっては、特別の定めのある場合を除き、評価通達に定める方式によるのが原則であるが、評価通達によらないことが相当と認められるような特別の事情のある場合には、他の合理的な時価の評価方式によることが許されるものと解するのが相当である。」（下線部は筆者記入）と判示している。

(2) 東京高裁の判断

控訴棄却

原判決は相当であり、本件控訴は理由がないからこれを棄却する。

(3) 最高裁の判断

上告棄却

原審の判断は、正当として是認することができる。

【私見】

財産評価基本通達の意義について第一審判決において「財産の客観的交換価値は必ずしも一義的に確定されるものではないことから、課税実務上は、相続財産評価の一般的基準が評価基本通達によって定められ、そこに定められた画一的な評価方式によって相続財産を評価することとされている。」とされ、同通達が「不特定多数の納税者に対する反覆・継続的な適用によって行政先例法となっている場合には、特段の事情がない限り、それと異なる評価をおこなうことは違法になると解すべきである」とされた判決である。

本事案については、通達の画一的な適用が実質的な租税負担の公平を著しく害する場合にあたり、現実の交換価格によって評価すべきと判示された。

相続財産の評価に当たっては、特別の定めのある場合を除き相続税財産評価に関する基本通達の定める方式によるのが原則であるが、評価通達によらないことが相当と認められるような特別の事情がある場合には、他の合理的な時価の評価方式によることができるものと解される。

その要件は必ずしも明らかではない。本事案のように、被相続人が 95 歳という高齢でかつ、入院中という状況にありながら、相続人であるXを代理人として、相続開始の２ヵ月あまり前に７億 5000 万円にのぼる投資用のマンションを全額借入金で購入して相続発生後の 1.5 ヶ月後に早速売却をするという行為は、不動産評価額が実勢価格よりも低廉であることを利用して課税価格の圧縮を図り相続税の負担を回避しようとしたもので、通達によらないことが相当と認められ、取得価額で評価すべきものと判示されたわけである。そして、その法的根拠を租税平等主義から導くのみであれば、基準があいまいであり予測可能性、法的安定性をそぐ事態となろう。

つまり、このような極端な租税回避的行為における通達の適用を否認することは問題がないと思われるが、ではどの程度の期間保有していれば通達の適用が申告において認められるのかという問題については不明確である。

そのため、昭和 63 年 12 月には租税特別措置法第 69 条の 4 を制定し、相続開始前 3 年以内に取得した不動産については、原則として取得価額で評価を行うとしたが、このような立法的措置を講じたのも、本件のような事案に対しては財産評価基本通達総則６項[6]の適用のみでは法的効果において問題があることを当局も認めていた証左ではないかと思われる。

【事例４】「相続開始前に取得された相続財産の評価額につき、評価通達によらずその取得価額に基づいてされた処分を適法とした事例」

（東京地裁平成４年７月 29 日判決（税資 192 号 180 頁）
東京高裁平成５年３月 15 日判決（税資 194 号 743 頁））

【事件の概要】

本件はいわゆるバブル経済のもとでの地価高騰期に起こったものである。被相続人Ａは昭和 57 年 10 月に脳動脈硬化性痴呆症で入院し同 62 年７月 16 日に 86 歳で死亡したが、引続き入院中の同 62 年２月 24 日に相続人（原告）の一人Ｘを代理人にして 18 億 2,000 万円を銀行から借り入れ、同日この借入金で本件土地を 16 億 6,100 万円で買い入れたものの、その翌年６月 14 日にＸらは本件土地を 18 億円で売却しその代金を先の借入金の返済に充てた。本件では、相続財産たる本件土地につき、財産評価基本通達により評価額を１億 2,102 万 2,498 円とすべきか（Ｘらの主張）、又は同通達によらず取得価額等に基づき 16 億 6,100 万円と評価すべきか（被告の主張）が争われた。

【裁判所の判断】

（1）第１審の判断

請求棄却

（2）控訴審の判断

控訴棄却、確定

【評釈】控訴審について

以下の評釈は、本事案の判決には賛成だが幾つかの指摘がなされている。

（1）岸田貞夫氏の見解[7]

「本件においても画一的に評価基本通達に基づいてその不動産の価額を評価すべきとすると、(略)資産運用ないし投資目的のいずれの見地からも経済的合理性を有しないのに、これを無視して異常に高額の金員の借り入れを行

って本件土地を取得したことによってその他の相続財産の課税価額が大幅に圧縮されることになり、」このようなことは「他の納税者との間でその実質的な租税負担の公平という観念からして看過し難いものといわなければならない。」としており、財産評価基本通達総則６項の適用を認めている。

一方、当判決について、「財産の評価において、当事者の主観的な意図（租税回避のため経済合理性のない取引を行っていることを特別な事情として重視している）を採り入れていること、および財産評価における通達の意義、役割、および効果を過小評価しているのではないか等の問題点が今後も検討されるべきであろう。」（下線部は筆者記入）として、主観的な当事者の意図を事実認定し判決に取り入れている点については批判的である。

（2）占部裕典氏の見解

相続税法 22 条の時価の意義、評価基本通達の意義について、本判決に基づき以下のような考えを示している。

「本判決を含めて、判例は、評価基本通達により定められた評価方法による画一的な評価の取扱いについて、納税者間の公平、納税者の便宜、徴税費用の節減という見地からみて合理的であり、租税平等主義にかなうというべきであると説示をしているところである（東京高判平成 11 年 3 月 25 日税資 241 号 388 頁、東京高判平成 7 年 12 月 13 日行集 46 巻 12 号 1114 頁等参照）」。

本訴の原告である納税者は「評価基本通達をすでに慣習法たる行政先例法として確立するに至っているものというべきであり、課税庁もこの行政先例法に拘束されると主張しているが、本判決は評価基本通達を行政先例法とは解していない。」

しかし、金子宏・租税法〔第 10 版、2005〕482 頁を引用し「それが行政先例法として確立されているか否かはともかくも特段の理由がないにもかかわらず、特定の土地について評価基本通達と異なる方法を用いて高く評価することは、平等原則に反して違法であることには変わりはないといえよう[8]」[9]（下線部は筆者記入）としている。

また、評価通達によらないで評価することの許容性について、財産評価基本通達６が「この通達の定めによって評価することが著しく不適当と認めら

れる財産の価額は、国税庁長官の指示を受けて評価する」としていることからも本通達自体が、相続税法や同通達の趣旨に反するような結果を招来するような場合には他の合理的な評価方法をとることを認めている証左であるとする見解もあり、「画一的な適用を予定していないことについて異論はなかろう」としている。

（3）谷口勢津夫氏の見解[10]

市場の変動による評価基本通達の前提条件の変化という論理を介在させて、評価基本通達の射程を限定しようとしている思考方法を有力な学説（金子宏『租税法（第五版）』353－354 頁[11]）とし、「そもそも評価基本通達は、本判決もいうように、相続税法 22 条のもとでの本来の評価方法たるべく個別的評価ではなく、行政上の要請に基づく画一的評価（行政による典型化の一事例）を定めるにすぎないのであるから、同通達の射程を限定的に解釈する考え方は妥当であろう。」との立場から、控訴人（原告）の請求を棄却した本判決を支持している。

一方、「通達は法令の解釈・適用基準を示すものにすぎないので、通達（したがって法令）の規定に着目して行われる租税回為を否認するには法律上の明文の規定が必要であるにもかかわらず、本件当時、評価基本通達による評価水準の低さを利用した相続税の回避を否認する法律上の明文の規定は存在しなかったのである。」（下線部は筆者記入）として租税回避否認のための適用には否定的である。

【私見】

借り入れによる土地の買い入れにより、時価と財産評価基本通達による評価の差額を利用して、債務控除額を作り出し他の相続財産から控除するという相続税対策に対し、財産評価基本通達６と関連付けて、評価基本通達の制度趣旨である課税の公平と客観的評価の困難さという二つの観点から、同通達の射程を限定する（本判決の表現によれば「特段の合理的な理由」を認定する）解釈論を展開している判決である。

判決文中「一般的な経済事情、当該不動産に係る市場性に変動が生じ、短

期間のうちに地価が異常なまでに高騰し、税務行政上の理由等で右変動を的確にその評価額に反映させることができず、その結果、評価基本通達による評価額と市場価格との間に著しい格差が生ずるに至ったような場合にはむしろ評価基本通達による評価額をもって法 22 条にいう「時価」ということができなくなるというべきである。評価基本通達６の定めも評価基本通達による評価額が市場価格と著しく相違し「時価」ということができなくなるような事態が生ずることを想定したものということができる。」（下線部は筆者記入）とされており、相続税法第 22 条の「時価」は市場価格であるとし、通達によらない評価を認めているが、本件に関しては痴呆性の病気で入院中の 80 代高齢者が、借入れをして 16 億 6,100 万円の不動産を購入し、相続税評価額を 1 億 2,102 万としたことは、経済行為としては異常であり、租税回避行為以外の何物でもないと言えるため財産評価基本通達総則６項の適用は課税の公平性の見地からやむをえないと判断せざるを得ないが、本判決文にあるように「評価基本通達による評価額を市場価格との間に著しい格差が生ずるに至ったような場合にはむしろ評価基本通達による評価額をもって法 22 条にいう『時価』ということができなくなるというべきである」というように、あくまでも、相続税法第 22 条の「時価」の解釈から乖離したと判断される場合に認められるべき解釈であると考える。

しかし本来であれば、路線価評価等の評価額の適正化で対応するのが法令や通達に対する信頼を高め法的安定性を確保する方法であろう。

《適用例２》 路線価の時点修正に関する判例

【事例５】「公示価格の評価水準との 20％程度の差益を享受できるようにしなければ、公平の理念に反するとする請求が認められなかった事例」

（東京地裁平成 10 年 2 月 24 日判決（税資 230 号 692 頁）
東京高裁平成 10 年 7 月 29 日判決（税資 237 号 928 頁））

【事件の概要】

本件は、平成４年 12 月９日に開始した相続により東京都中央区銀座八丁目所在の土地の持分を含む相続財産を取得した原告らが相続税についてした更正の請求に対し、被告が右各更正の請求について一部のみ理由があるとしてした各更正処分の適否が争われている事案である。原告は、本来の評価の安全性のために、公示価格の評価水準の 80％を目処として路線価が定められているのであれば、１月１日に開始した相続であっても同じ年の 12 月 31 日に開始した相続であっても、国民は等しく公示価格の評価水準との20％程度の差益を享受できるようにしなければ、税制の根本である公平の理念に反すると主張した。

【原告の主張】

当初の路線価の価格時点以後地価が下落しているという状況があるならば、納税者は、（当年１月１日の路線価－（当年１月１日の路線価－翌年１月１日の路線価）×当年１月１日から相続開始までの経過日数／365 日）により当該年分の路線価につき相続開始時までの時点修正をして求めた路線価を選択できるとすることが合理的であり、納税者間の公平にかなうというべきである。

【被告の主張】

本件各路線価を基に評価した本件宅地の評価額（一画地としての更地の評価額）が、本件相続開始における本件宅地の時価（同前）を上回っているような特別の事情が認められない限り、本件宅地を本件各路線価により評価する方法は、合理的な評価方法として是認することができるのである。

【裁判所の判断】

①第１審の判断

請求棄却

原告らは、地価が下落した場合において、路線価の時点修正を行わないと、相続が開始した時期によって、路線価が公示価格の評価水準よりも低く定められていることによって得られる評価上の利益に差が生じ，公平の理念に反

する旨主張する。

しかしながら、原告らがいう評価上の利益は、課税当局が評価の安全性等を考慮して路線価を低めに定めていることによって得られる事実上の利益にすぎず、法律上保護された利益とはいえないものであり、また、相続開始時期いかんによってその受ける評価上の利益の程度に差異が生じたとしても、それは、相続財産について、その時価の範囲内で画一的評価を行うことによって生ずるやむを得ない結果というべきであって、そのことによって納税者間の公平が害され、その評価が違法なものとなるわけではないというべきである。

②控訴審の判断

控訴棄却、確定

被控訴人評価額が客観的時価を超えるものでないことは（略）原判決の認定判断のとおりである。

【私見】

財産評価基本通達の評価の安全性を、納税者が公平に守られるべき利益とした原告の主張は、財産評価基本通達による評価を法令のごとき効果を有するものとしてとらえ、評価の安全性相当部分を納税者の利得であり、法によって守られるべき利益とする主張は、通達の趣旨を拡大解釈したものであり、本判決が請求を棄却した

【事例６】「路線価方式によらない路線価の時点修正による評価が認められた事例」

（東京地裁平成 9 年 9 月 30 日判決（税資 228 号 829 頁）
東京高裁平成 11 年 8 月 30 日判決（税資 244 号 400 頁））

【事件の概要】

平成 4 年 12 月 21 日、原告の母甲が死亡し、相続が開始した。相続人は、

Ｘ1、原告Ｘ2、原告Ｘ3 並びに母甲の養女乙の代襲相続人である原告Ｘ4、（以上原告、控訴人）丙及び戊である。

平成 5 年 6 月 21 日、本件相続人らは、相続財産全部につき未分割であるとし、課税価格の合計額を 2 億 3,623 万 5,000 円、納付すべき相続税の総額を 2,157 万 6,900 円とする相続税の期限内申告書を被告に提出した。

Ｙ税務署長（被告、被控訴人）は、原告Ｘ4 に対して平成 6 年 12 月 7 日付けで、原告Ｘ4 を除くその余の本件相続人らに対して、同月 1 日付けで、それぞれ、本件期限内申告書の課税価格が過少であったとして、課税価格の合計額を 2 億 8,640 万（1 万円未満切捨て。以下同じ。）、納付すべき相続税の総額を3,383万円とする更正及び過少申告加算税の総額を122万円とする賦課決定を行った。

本件相続人らは、平成 7 年 1 月 27 日、更正及び過少申告加算税賦課決定の取消しを求め、被告に対し、異議申立てを行い、被告は、同年 4 月 27 日付けで、原処分の一部を取消し、課税価格の合計額を 2 億 7,428 万円、納付すべき相続税額の総額を 3,050 万円、過少申告加算税の総額を 89 万円とする異議決定をし、右決定書謄本は同年5月2日に本件相続人らに送付された。

本件相続人らは、平成 7 年 6 月 1 日、国税不服審判所長に対し審査請求を行ったが、同所長は、平成 8 年 3 月 21 日付けで右審査請求を棄却する旨の裁決を行い、原告らは、同年 6 月 17 日、相続税課税処分取消請求の訴えを提起した。

本訴の争いになっている土地は、Ａ、Ｂ、Ｃ、の 3 つの部分に区分され、Ａ部分（面積 114.27 ㎡）は、甲から右土地部を使用貸借で借り受けたＸ2 の居宅建物の敷地、Ｂ部分の面積は 59.18 ㎡、貸家建付地部分の面積は 236.7 ㎡）、Ｃ部分（面積 135.3 ㎡）は、甲から右土地部分を使用貸借で借り受けたＸ3 の居宅建物の敷地となっている。

それぞれの評価額は以下の通り。

相続税評価額・・・3 億 7,149 万円

納税者修正路線価・・・2 億 9,185 万円

課税庁修正路線価・・・3 億 2,563 万円

納税者側鑑定評価・・・2 億 6,454 万円

課税庁側鑑定評価・・・3 億 6,200 万円

【裁判所の判断】

①第 1 審の判断

請求棄却

評価通達を適用して、路線価方式により、本件土地の更地価格を算定してみると 3 億 7,149 万円となり、納税者側鑑定はもちろん課税庁側鑑定評価も上回る結果となり、評価通達に基づいて算定した更地価格が各鑑定の評価額を基礎として求められる本件土地の各価額を上回っていた。

以上から、評価通達の定める路線価方式により算定した本件土地の評価額をもって法が予定する時価と見ることはできないおそれが認められるものというべきであるから、評価通達の定めによって評価することが著しく不適当と認められる場合（評価通達６）に該当するというべきである。（下線部は筆者記入）

また被告による本件土地の評価方法は、評価通達に基づき付設されている路線価が毎年 1 月 1 日時点の時価の 8 割であることを前提として、本件土地が沿接する路線に係る路線価及び評価に当たって裏面道路に付設した仮路線価を 0.8 で除すことにより得られた単価を、平成 4 年 1 月 1 日時点の客観的時価を反映したものとし、右価額を基に、本件近隣公示地の平成 4 年 1 月 1 日時点の価格と平成 5 年 1 月 1 日時点の価格の変動から算出される平成 4 年 12 月 21 日時点での時点修正率を用いた時点修正を行って得られた価額を修正単価とし、それを評価通達が定める路線価方式における路線価に代入することにより平成 4 年 12 月 21 日時点での本件土地の時価を求めるというものである。一方、評価通達の定める路線価方式は、法が予定する時価への接近方法として合理性を有するものであるところ、路線価方式においては、一年間の地価変動に対応し、評価の安全性を確保する観点から、各年の 1 月 1 日時点の公示価格に比べて路線価をその概ね 8 割程度に評定するという運用が行われており、路線価方式に基づいて算定された本件土地の評価額が客観的時価を

上回っている可能性がある場合、その原因としては、平成4年1月1日時点の時価に比べて、同年12月21日時点の時価までの下落率が、前記の公示価格を基準とした約2割の減価率を超えたことによることが考えられる。そうだとすれば、同年1月1日時点の単価を求め、それを時点修正して同年12月21日時点の修正単価を算定した上で、路線価方式における路線価に右修正単価を代入するという被告の評価方式の基本的考え方自体は合理性を有するものというべきであるし、運用上の原則とされている評価通達による評価ともかい離するところが少ないものということができ、時点修正率の算定についても、その合理性を否定するような事情は窺われない。

②控訴審の判断

一部変更、確定

【私見】

本件の争点は、土地の相続税法上の評価が適正かどうか、過少申告加算税の減免事由の存否、相続税更正処分の係争中にされた修正申告と訴えの利益であるが、ここでは、土地の相続税法上の評価について取り上げる。

土地の評価につき、財産評価基本通達総則6項を適用すべき例として判決に賛成。

財産評価基本通達による評価額は、X（原告、控訴人）側鑑定評価額のみならず、Y（被告、被控訴人）側鑑定評価をも上回っており、財産評価基本通達の定める路線価方式により算定した本件土地の評価額をもって法が予定する時価を見ることはできないおそれが認められ、財産評価基本通達総則6項の規定による、評価通達の定めによって評価することが著しく不適当と認められる場合に該当するとの判示は妥当である。

つまり、実勢価格にたいしての評価の安全を織り込んでいると解される路線価評価に対し、専門の鑑定士による合理的な評価が明らかに下回っているときは、相続税法第22条の趣旨に沿って時価を反映させるべきであると解され、評価通達の定めによって評価することが著しく不適当と認められる場

合にあたるとすべきであろう。

《適用例３》地価下落局面における不動産鑑定評価に関する判例

【事例７】「土地の評価を不動産鑑定評価額とすべきとする納税者の主張が認められなかった事例」

（東京地裁平成９年１月 23 日判決（税資 222 号 94 頁）
東京高裁平成９年６月 26 日判決（税資 223 号 1178 頁）
最高裁平成 10 年２月 12 日判決（税資 230 号 434 頁））

【事件の概要】

平成４年 10 月 30 日に死亡した被相続人甲の相続人Ｘ（原告、控訴人、上告人）他２名は、相続税評価額で 48 億 4794 万 2461 円（1 ㎡当たり 1048 万 8614 円）の本件土地を、バブル崩壊による地価の下落が著しい地域であるため財産評価基本通達の個別規定に則った路線価方式による評価では時価を上回るため、不動産鑑定士に依頼しその鑑定評価額である 38 億 5159 万 5930 円（1 ㎡当たり 833 万 3000 円）によって相続税の申告を行った。

その後、平成６年４月 27 日付けで、Ｙ税務署長（被告、被控訴人、被上告人）は、本件土地の評価は路線価方式によるべきとして、相続税の更正ならびに過小申告加算税の賦課決定をした。Ｙの依頼した不動産鑑定によれば、本件土地の評価額は 56 億 5000 万円（1 ㎡あたり 1222 万 3880 円）であった。

それに対し、Ｘは国税不服審判所長に対し審査請求を行ったが、棄却の裁決となり、本訴を提起することとなった。

【裁判所の判断】

（1）東京地裁の判断

請求棄却

路線価方式の適正性を判断するに当たって、収益還元法における基準時を、Ｘ側鑑定では平成４年７月１日から平成５年６月 31 日までとしているのに

対し、Y側鑑定では相続時としているが、算定の基準となる支払賃料について、投資採算性を反映した価格である被相続人の死亡時点（平成４年 10 月 30 日）の価格を基準とするのが合理的とした。

また、Y側の鑑定に対して、不当に高額な査定であるとする、Xの主張を退けた。

逆に、X側の鑑定は比準価格の算定方法において、時点修正率の計算をする際の過去一年間の周辺都基準地価格の下落率が、公知の事実である地価公示価格の下落率（東京千代田区の商業地の場合、平成４年１月１日から平成５年１月１日で約 20%）を大きく上回る月間－2.5%、年間－30%としていることについて、その根拠を示していないとして採用されなかった。

(2) 東京高裁の判断

控訴棄却

Xの請求は理由がないものと判断する。

(3) 最高裁の判断

上告棄却

【私見】

路線価については、地価の下落が顕著になってきた 1992 年（平成４年）年度以前については前年の７月１日を評価時点としていたのに対し、平成４年分の評価から、当年１月１日を評価時点とし、公示価格の８割程度を目処とする変更が行われていたために、下落局面では、路線価と実勢価格の開差を縮小すべく対応が行われていた。

また、国税庁は、平成４年４月に「路線価等に基づく評価額が『時価』を上回った場合の対応等について」（事務連絡）を発遣し、「相続税の申告に当たっては、絶対的に路線価等に基づいて申告をしなければならないというものではなく、路線価等に基づく評価額を下回る価額で申告された場合には、個々の事案について個別的に、課税時期における相続税法上の『時価』の解釈として、その申告が適切かどうかを判断すべき」であるとし、具体的には、

①各種地価動向調査等による評価基準日以後の当該土地周辺の地価動向を把握し、②例えば、当該土地が売却され、その売買価額を根拠として申告等がなされた場合には、他の事例との比較（場所的修正、時点修正等を行う。）から当該土地の売買が適正な価格での取引といえるものかどうかを判断し、あるいは③精通者（不動産鑑定士等）への意見聴取を行うなどして、当該土地の課税時期における「時価」の把握を行うこととしていたので、手続としての不動産鑑定士による不動産鑑定評価に基づく申告は正しいものであると言える。

ただし、収益還元法における基準時として、原告側の鑑定が、課税時期の平成4年10月30日をはさんで、過去4ヶ月、将来8ヶ月として、均衡を失したのは客観的交換価値を時価とする相続税法第22条の趣旨に照らし合わせても合理的な理由がない。よって、原告、控訴人の請求、控訴、上告の棄却は妥当な判断といえる。

《小括》

以上、財産評価基本通達総則6項の適用例を見てきたが、【適用例1】の租税回避に対する適用は、他の二つと性格が異なる。

財産評価基本通達総則1項(2)が「財産の価額は、時価によるものとし、（略）その価額は、この通達の定めによって評価した価額による。」（下線部は筆者記入）と自己規定しているため、総則6項と合わせると非常に広範囲に渡り通達によらない評価の運用を課税庁に認めていることになる。

財産評価基本通達総則6項は「同通達の定めに従って算出された評価額が時価を適切に反映していない場合に適用される取扱いであるが、このような本来の趣旨を逸脱し、租税回避行為の否認規定として機能しているのではないかという疑いがある。租税回避行為に対する否認は、その旨の実定法規がある場合にのみ可能である。[12]」（下線部は筆者記入）との見解があるが、租税回避行為に対する適用については、「法令が要求している以上の義務を通達によって納税者に課すことがあってはならない[13]」との見解に沿えば、安易な適用は予測可能性や法的安定性を阻害するものであると考えられるため、非常に慎重な適用が必要であろう。

第２節　租税特別措置法第 69 条の４の制定と廃止について

（1）租税特別措置法第 69 条の４の制定の背景

租税特別措置法第 69 条の４は、1989 年（昭和 63 年）12 月に制定され、1997 年（平成８年）１月１日に廃止となった相続税法第 22 条の評価の原則に対する例外規定であり、「個人が相続により取得した財産のうちに、当該相続の開始前３年以内に被相続人が取得又は新築をした土地等（土地の上に存する権利を含み、居住用を除く。）又は建物等（建物の附属設備又は構築物を含み、居住用を除く。）がある場合には、当該土地等又は建物等の相続税の課税価格に算入すべき価額は、相続税法 22 条の規定にかかわらず、当該土地又は建物等に係る取得価額による」（下線部は筆者記入）と規定されていた。

つまり、土地等の評価の原則によると取得時（相続発生時）の時価となり、さらに財産評価基本通達によれば市街地的形態を形成する地域にある宅地の場合、路線価方式によるとされているのに対し、相続開始前３年以内に取得した土地等の課税価格は、その取得価額に固定されるというものであった。

当時、土地の実勢価格は急騰しており、前年の価格を基準にし、かつ実勢よりも低い価格で決まる路線価と実勢価格との開差を利用した相続税対策が横行したため、昭和 61 年 10 月の税制調査会の「税制の抜本的見直しについての答申」の中で「負担の公平の見地から、土地の評価については、引き続きその適正化を図る必要がある。また、相続直前に借入金で土地等を取得することによる相続税の負担回避の問題については、制度面を含め、なんらかの対応策を検討すべきである。」と提言された。

そして、租税特別措置法第 69 条の４の法案が国会に上程された昭和 63 年 10 月 18 日における「衆議院税制問題等に関する調査特別委員会[14]」では、当時の大蔵省主税局長は、以下のように提案理由を説明した。

「相続税の課税標準はあくまでその相続財産の時価でございますが、土地につきましては、相続税法の執行に当たりましてこれを路線価あるいは固定資産評価額の倍率でもって決定をいたしておるところでございまして、極力これは適正な評価となるよう努力いたしておるところでございますが、地価の急騰地

域等におきましては、その評価額は相当な差があるわけでございます。そこで、そうした時価と相続税評価額との大きな開差に注目いたしまして土地をもって相続財産といたしておりますと、実質的にそこに相当な負担の差が、格差、差異が生ずるわけでございますが、実情としてはそうしたことが発生する。そうしたことに故意に着目して相続財産を極力土地に交換してと申しますか、取得してその軽減を図る、こうした事例も最近少なからず認められるようになったわけでございます。これはほかの形態での財産を保有されている方との間で負担のアンバランスを生ずるところが大きいわけでございますので、今回ご提案をいたしております制度におきましては、相続の開始前３年以内に取得をされました土地につきましては、これはその取得価額をもって相続税の課税標準をしていただくということで、これを改めるように御提案をしているところでございます。」（いずれも下線部は筆者記入）

この発言から伺えることは、租税特別措置法第 69 条の４の立法趣旨は時価と相続税評価額の開差を利用して、相続直前に土地の取得に走ることに対する規制であったことがわかる。

それでは、なぜ時価と路線価の開差が大きくなってきたのかということであるが、時価よりも相当程度低い路線価を認めていたことに、問題の一因があったのではないだろうかと考えられる[15]。

図表 1-3 を参照すると、年平均の対前年度価格変動率について、市街地価格指数変動率(商業地)は 1955～91 年度において＋12.5%で、日経平均株価は 1950～89 年において＋18.7%と　両資産とも変動をしながらも戦後一貫して上昇していたことが見て取れる。

とりわけ土地については、市街地価格指数変動率を見ると、1975 年を除いて 1991 年まで一貫して上昇を続け、土地は下がらない資産であるといういわゆる「土地神話」が醸成されることとなった。

一方、路線価については、1992 年（平成４年）年度以前については前年の７月１日を評価時点としていたのに対し、平成４年分の評価から当年１月１日を評価時点とし、公示価格の８割程度を目処とする変更が行われたのだが、いずれにしても「過去のある時点」を基準としてそこから安全性を考慮して評価さ

れる仕組みは、地価が上昇傾向にあるときには実勢価格と路線価の開差が拡がって行くメカニズムとなり、益々相続税対策としての土地需要を喚起するという効果を生んでしまった。

そういう意味では、当時の経済情勢下において、租税回避的な行為によって土地の仮需が喚起され、地価が異常に上昇するという原因を是正すべしとする社会的要請と政策意思が存在し[16]、その限りにおいて租税特別措置法第 69 条の４制定の目的は合理的なものであったと言える。

（2）判例研究

以上のような経緯で、租税特別措置法第 69 条の４は 1988 年（昭和 63 年）12 月に制定されたが、その後 1991 年（平成３年）をピークとして、地価が大幅に下落をはじめ 1992 年～2008 年まで、市街地価格指数変動率（商業地）は 17 年連続価格が下落する（図表 1-3 参照）など、不動産市場においては大きな環境変化が生じた。

本来の租税特別措置法第 69 条の４の趣旨は、実勢価格と財産評価基本通達を適用した価額の開差を利用して、相続税の課税価格を引下げるために、相続開始直前に不要不急の不動産を買い付けるという租税回避行為を防ぐための規定であったが、相続財産全てをもってしても、取得価額で評価した際の相続税が支払えない事態は違法、もしくは違憲の疑いがあるとして原告の請求を一部容認した大阪地裁平成７年 10 月 17 日判決（税資 214 号 141 頁）と、同法の合憲性が認められた東京地裁平成９年７月９日判決（訟月 44 巻 11 号 2007 頁）を検証する。

【事例８】「相続開始前３年以内の被相続人による土地の取得費が、相続時における当該土地の実勢価格を上回った場合に、租税特別措置法第 69 条の４の特例の適否が争われた事例」

（大阪地裁平成７年 10 月 17 日判決（税資 214 号 141 頁）
大阪高裁平成 10 年４月 14 日判決（税資 231 号 545 頁）
最高裁平成 11 年６月 11 日判決（税資 243 号 270 頁））

【事件の概要】

原告Ｘ（平成３年８月７日に死亡した故Ａの相続人）は、被告Ｙに対し、平成４年２月６日、課税価格 23 億 5,109 万 5,000 円、納付すべき税額 13 億 9,036 万 6,500 円として、Ａの相続（以下「本件相続」という。）に係る相続税の申告をした。

原告Ｘは、平成５年２月５日、課税価格 11 億 2,897 万 1,000 円、納付すべき税額５億5,663万500円とする更正の請求を被告Ｙに対して行ったところ、被告Ｙは、平成５年３月 16 日、更正をすべき理由がない旨の処分をし、原告Ｘに通知した。

原告Ｘは、平成５年５月 13 日、処分を不服として被告Ｙに対し異議を申立てたが、被告Ｙは平成５年８月 11 日、異議の申立を棄却した。

被告Ｙは、平成５年８月 13 日、課税価格 24 億 1,030 万 2,000 円、納付すべき税額 14 億 3,181 万円とする更正処分を行い、同日原告Ｘに通知した。

原告Ｘは、平成５年９月 10 日、更正の請求の取消し処分及び本件更正処分（以下合わせて「本件各処分」という。）を不服として国税不服審判所長に対して審査請求の申立をしたが、同所長は、平成６年６月 23 日、審査請求を棄却する旨の裁決をした。

原告Ｘが本件相続によって取得した遺産のうち、「本件土地」については、Ａがその死亡前３年以内に取得したものであるところ、被告Ｙは、租税特別措置法 69 条の４の計算特例の規定に従い、被相続人が取得した時の価格をもって課税価格に算入すべき評価額とし、さらに、租税特別措置法施行令 40 条の２第３項に基づき、造成価格を取得価格に加算した額を課税価格とした。

【原告の主な主張】

①　法の適用の合理性について

相続税法は、相続税における不動産の価格を時価によって評価すべきものとしている（同法 22 条）ところ、右のような状況において本件特例を適用すれば、実勢価格以上の高価で土地を評価することになることは明白であり、このような事態は相続財産の公平かつ正確な評価を求めている相続税法の

予定するところではなく、本件特例の立法目的及び立法趣旨の基礎となっていたところの実効的に個人財産を正当に評価することができるという状況は消滅し、本件特例は全くその存在意義を失い、適用場面を失ったものである。（下線部は筆者記入）

② 憲法における財産権の侵害について

本件特例を適用した場合の本件土地の課税価額である取得価額は、本件相続開始時における同土地の時価をはるかに上回っていた状況にあったから、本件特例を適用すれば実勢価格以上の高価で土地を評価することにより原告Xに著しい不利益を与えることになるのであって、これは財産権の保障を定めた憲法29条に違反する。（下線部は筆者記入）

【被告の主な主張】

① 法の適用の合理性について

「本件においては、Aは、11億4,000万円を借入れて平成2年3月から同年9月にかけて本件土地を合計22億4,862万3,998円で取得しているが、右取得当時土地価額は依然として上昇していたものであり、右取得当時における路線価により本件土地を評価すると合計5億314万1,200円となるから、1億4,000万円の借入を行い、更に11億862万3,998円の積極財産（手持資金）を減少させて5億314万1,200円の財産を取得したことになり、その差額は結果として他の相続財産から控除されることになり、相続税の課税価格が浸食され、相続税の税負担を不当に回避することになる。そうすると、Aによる本件土地取得は、本件特例が対象として予定していたような租税回避に当たり、仮にかかる目的がなかったとしても、本件特例を適用しなければ、著しく公平を欠くことになる。」として租税負担の公平性の観点から法の適用を是認した。

② 憲法における財産権の侵害について

「租税が国の経済政策等と密接な関係を持つとともに、複雑かつ技術的な性格があるということによるものであるから、これが憲法29条に違反するといい得るのは、その政策目的が明らかに不合理である場合に限られる」

「そして、当該財産の取得の時における時価をもって、相続税の課税価格

とする現行相続税法 11 条の２、22 条及び当該財産の取得価格をもって相続税の課税価格とする本件特例は、いずれも合理的な立法目的を有しているものであり、相続開始の３年以内の不動産の取得とそれ以前の取得とを区別したのは、前記立法趣旨から３年以内の不動産の取得については相続税の負担回避行為がおおむね右の期間内になされるであろうことを想定したものと解され、このような区別を設けることには合理性が認められるから、本件特例は憲法 29 条、14 条に違反するものではない。」と主張した。

【裁判所の判断】

（1）第一審の判断

請求を一部認容

「当該不動産の実勢価格が取得時に比べ相続開始時において下落している場合には、本件特例を適用し、取得価額をもって課税価格とするならば、相続開始時の資産価値を基準とする限り、不動産の相続については、他の資産により同額の資産価値の財産を相続した場合に比べて税負担が過大となり、本件特例によって課税の実質的公平を図ろうとしたこととは逆の意味での課税の不公平が生ずることがあり、殊に地価の下落が急激かつ著しい場合には、相続により取得した不動産の価値以上のものを相続税として負担しなければならないという極めて不合理な事態さえ起こり得る」（下線部は筆者記入）

とし、制定の趣旨については「本件特例がその立法目的との関連で著しく合理性を欠くことが明らかであるとまではいえず、したがって、本件特例の法令自体を憲法違反であるとすることはできない」としながらも、本件特例を当事案のような場合にまで「無制限に適用することについては憲法違反（財産権の侵害）の疑いが極めて強いといわなければならないが、仮にこのような考え方が容れられないとしても、少なくとも本件特例を適用することにより、著しく不合理な結果を来すことが明らかであるというような特別の事情がある場合にまでこれを適用することは、右法律の予定していないところと言うべきであって、これを適用することはできないといわざるを得ない」として、原告の主張を認めるものとなった。（いずれも下線部は筆者記入）

(2) 控訴審の判断

原判決取消し

平成 8 年度の税制改正において、改正措置法（平成 8 年法律第 17 号租税特別措置法の一部を改正する法律)により、本件特例が廃止されるとともに、附則 19 条において、本件経過措置が講じられ、平成３年 1 月 1 日から平成 7 年 12 月 31 日までの間に開始した相続又は遺贈に係る相続税に適用されることとして、平成 8 年 4 月 1 日から施行された。

これにより被控訴人は、平成 5 年 2 月 5 日、控訴人に対し、本件土地の価額を右鑑定評価書による評価額として更正の請求を行っており、本件は訴えの利益を欠くとして原判決取消し。

【評釈】

(1) 大阪地裁の判決を支持する見解

①渋谷雅弘氏の見解

「本件特例は、個々の土地について著しい価額の下落が起らないと言える程に一般的地価水準が上昇しつつあるという前提の下で、はじめてその合理性を主張できる。逆にいえば、右の前提が失われた本件特例は著しく合理性を欠くことが明らかであるといえたのではないか。（略）本件特例の法令自体が憲法違反となっていたことが十分可能であったように思う。[17]」（下線部は筆者記入）として、租税特別措置法第 69 条の４の規定がある前提のもとで合理性を主張できるものであるとし、法令自体の憲法違反さえ問えるものだったと指摘している。

②品川芳宣氏の見解

地価高騰時の相続税負担回避対策として設けられた本件特例について、その後の地価下落という環境の変化の下での当該条文の解釈のあり方を示した重要な判決であり、結果的に本件特例を廃止させたということで高く評価するものとしている。

(2) 物納との関連において本件特例の存在意義を指摘する見解

①高野幸大氏の見解

「この規定の趣旨が地価の上昇期において取得価額で評価すべきことを明らかにしたものであり、それゆえ、地価が下落傾向を示している時期においてはその存在意義を失っていると否とに係わらず、物納の収納価額の観点からは、相続税評価額を上回る取得価額が収納価額として認められることになると、この規定の存在がむしろ、納税者に有利に働くことになり、ここでも措置法が本来の趣旨とは相反する効果を有することになる。そのようにみてくると、同じ相続税の納税義務の履行において、金銭でこれを行う場合よりも、物をもってこれを行う方が納税者に不利に働く可能性を有する場合と有利に働く可能性を有する場合とがあり、そのことは収納価額を課税価格の計算の基礎となった価額によることとしていることから、生ずるものであるということができよう。[18]」としており、本件についても物納による納税を考えた場合、必ずしも納税者に不利な規定とは言えないことを指摘した上で、それも措置法本来の趣旨とは反するとしている。

②品川芳宣氏の見解

物納との関連において本件特例の存在を正当化し得ると考えられるとし、「相続税の物納は、その収納価額を、原則として、課税価格計算の基礎となった当該財産の価額としている（相続税法第 43 条 1 項）ので、金銭納付困難等所定の要件（相続税法第 41 条、42 条）を満たせば、課税時期後納期限までに相続財産の価値が減少した場合(又は今後減少が見込める場合)には、その財産を物納に当てることができるのである。(略) したがって地価下落時において措置法 69 条の 4 の規定が適用されたとしても、当該財産について物納が認められれば、相続財産の価額を上回る相続税額の納付というような不合理なことは生じないことになる。[19]」として、物納を利用することにより、このような問題の解決が可能であるとの見解を示している。

【私見】

本判決（第一審）の意義は、課税価格（23.5 億円）のうち、措置法 69 条の４が適用された不動産の取得価額（22 億円）が相続開始時には 57%下落していたため、相続開始時の不動産価額（9.6 億円）を含む純資産額（11.3 億円）を上回る相続税額（14.4 億円）が課されることとなるような、納税者にとって非常に過酷な税負担となるような場合(図表 2-1 参照)において、納税者を救済する解釈が可能であるかどうかであった。

措置法第 69 条の４の本来の立法主旨は、「短期間における地価の急騰という異常な社会現象の出現により、評価通達に基づく不動産の評価額がその通常の取引価額すなわち本来の相続税法 22 条にいう『時価』を的確に反映していないという事態に立ち至り、ついに放置できず、税負担の実質的公平を図るために本件特例が設けられた[20]」ことにあるとするならば、それは一定の条件の下でという前提付きであったと考えられ、その一定の条件とは相続によって取得した全財産をもってしても相続税額に足りないという結果をもたらすような過重な課税強化の効果は本規定の適用外であると考えるべきであり、その意味で本判決は妥当なものといえる。

次に、立法化された法としての租税特別措置法第 69 条の４の制度上の問題点であるが、同法は図表 2-2 に示す通り土地の実勢価格が趨勢的に値上がりしている時期であれば、所期の目的を適切に果たしたと思われる。

一方、図表 2-3[21]に示す通り、相続発生前 3 年以内に取得した土地の実勢価格が値下がりをした場合には、納税者は、財産評価基本通達を適用した場合に比べて、(取得価額－実勢価格)分の高い評価額が課されることになり、納税者側からすると税負担の増加という効果をもたらす。しかし程度の問題として不当と言えるほど大きな割合でなければ制度としては維持された可能性もあったと思われる。

続いて、図表 2-4 に示す通り、相続開始前３年以内に取得した価額から実勢価格が大幅に上昇した場合についても、相続開始時の路線価よりも低い価額で評価されることとなり法の趣旨に反して、同法の適用により不当に有利になるという意味でやはり公平性を損なうものと考えられる。

以上により、租税特別措置法第６９条の４の立法趣旨においては、なんら問題ないとしても、大きな価格の変動に対して不合理な結果を生ずる可能性を内包した規定となっている。

また、高野幸大氏、品川芳宣氏の提起する物納制度の選択によって課題が解決できると言う意見は実務上の説得力を持つが、本件の対象となる土地についても権利関係の不備により物納適格要件を満たさなかったとのことからも分かる通り、現行制度においては物納が認められるには種々の要件を満たす必要があり、本法の適用により不合理が発生した場合を常に救済できるようなものではないから、別の救済策により一定の予測可能性と法的安定性を確保すべきであると考える。

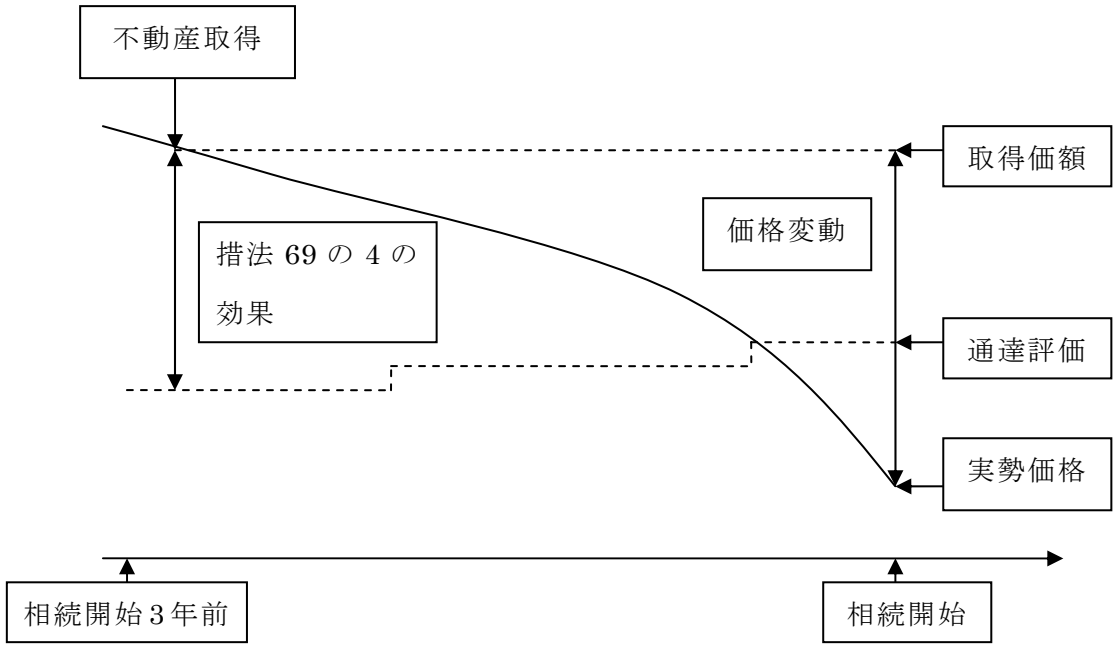
渋谷雅弘氏の指摘するように、相続税の額が相続財産の純資産額を上回る本件の状況は適用違憲となると考えられるが、『財産評価の時期』に課税時期以前の価額を反映させた現行の財産評価基本通達を適用する場合において、程度の差こそあれ価格の急激な低下により、相続が開始してまもなくそれに近い状況になることもあり得るので(特に上場株式の創業経営者の急死や先物取引、為替証拠金取引など価格の変動が大きな資産が相続財産に含まれていた場合を想定されたし)、何らかの解釈による救済や物納制度の拡充など立法措置が必要であると考える。

また、財産評価の時期を課税時期から過去に向かって最大で３年拡大するということにより昨今の資産市場の価格変動が想定できない大幅なものであることから、上記のようなシミュレーションによる網羅的な場合分けをして立法化すべきであったと考える。

例えば、実勢価格が取得価額はもちろん路線価を下回るほどの下落を来したと証明できた場合や、課税時期の路線価が取得価額を上回った場合は租税特別措置法第 69 条の４は適用しないとするなどの規定を設けておけばこのような適用違憲の見解が生ずる余地は無かったのではないかと考える。

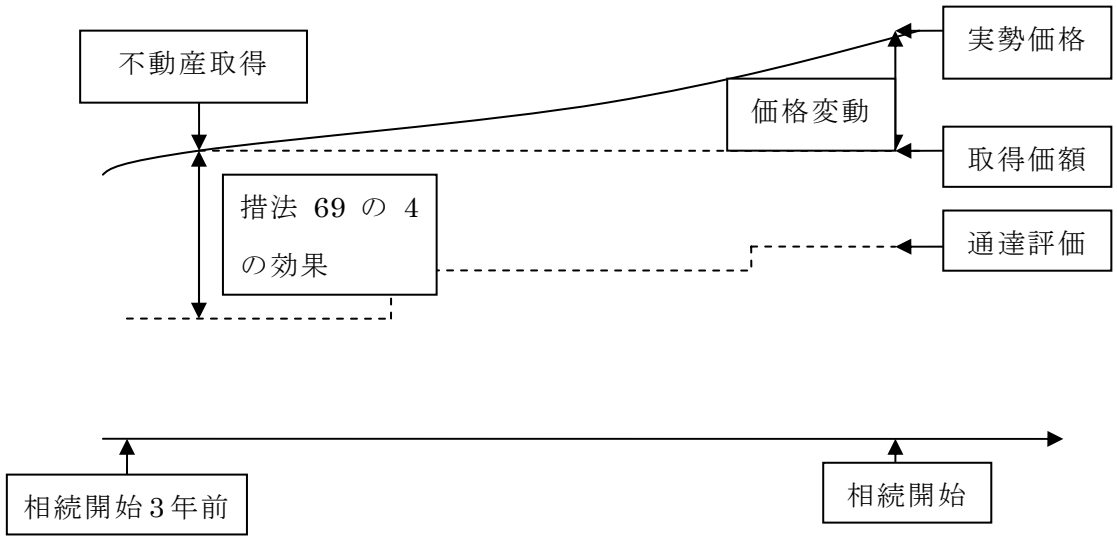
また、財産評価の時期を相続開始後にまで拡大するというのも効果的であると考えられるが、これらの提言については第四章で詳しく述べるものとする。

図表 2-1　相続発生前 3 年以内の取得価額から価格が下落した例（大阪地判平成 7 年 10 月 17 日判決事案）



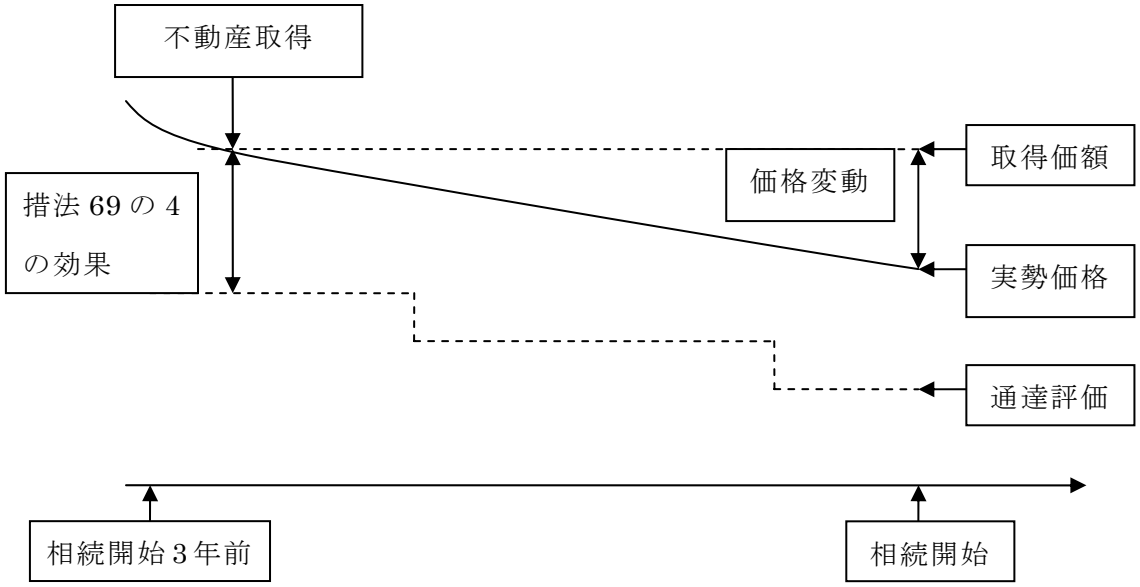
図表 2-2　相続発生前 3 年以内の取得価額から価格が上昇した例

（措置法第 69 条の 4 による評価額）

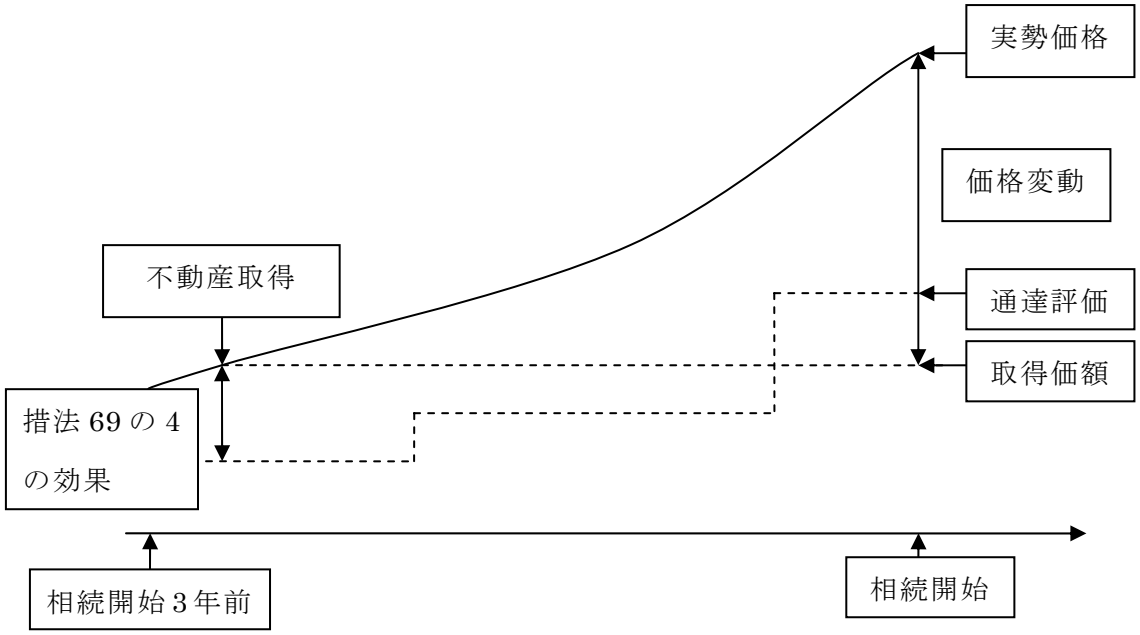


実勢価格＞取得価額＞通達評価となり、取得価額と通達による評価額との差額を利用した駆け込み的な租税回避はある程度防止できる。

図表 2-3　相続発生前 3 年以内の取得価額から価格が下落した例



図表 2-4　相続発生前 3 年以内の取得価額から大幅に価格が上昇した例



実勢価格＞通達による評価額＞取得価額となるが、租税特別措置法第 69 条の 4 が適用される納税者にとって生じるこの利得は、やはり本来の同法の趣旨に反するものと言える。

【事例９】「旧租税特別措置法第 69 条の４（いわゆる『三年しばり』の特例）の合憲性が認められた事例」

〔東京地裁平成９年７月９日判決(訟月 44 巻 11 号 2007 頁)〕

【事件の概要】

Ｘ（原告）らは平成３年３月 21 日に死亡した被相続人の孫で、同人の死亡により、各自 1500 万円あまりの生命保険金を取得したことから、平成 3 年 9 月 20 日に各自 1500 万円の生命保険金を取得したことから、平成 3 年 9 月 20 日に各自の相続税の課税価格を 1500 万円、納付税額を 509 万 3400 円とする相続税の申告をした。その後Ｘらは、再計算したところ課税価格及び納付税額とも零円となるとして更正の請求をした。これに対し。Ｙ税務署長（被告）は、更正すべき理由がない旨の通知処分をし、その後、平成 5 年 2 月 3 日付けでＸら各自の相続税の課税価格を 1500 万円、納付税額を 675 万 8500 円とする更正処分及び、過少申告加算税 16 万 6000 円の賦課決定処分をした。

【原告の主な主張】

①本件特例は法律それ自体として、財産権の保障を規定した憲法 29 条に違反する。

②仮に法律として憲法に違反しないとしても、本件のように相続等により取得した土地等の相続開始時の時価が取得価額を大幅に下回っているような場合には、相続税法 22 条の原則に戻って、相続税財産評価基本通達により相続開始時の時価によって課税価格を計算すべきであり、このような場合に本件特例を適用することは憲法 29 条に違反する。

【被告の主な主張】

Ｙは本件各更正処分において、本件相続財産の中に、平成８年法律第 17 号による改正前の租税特別措置法第 69 条の４を適用すべきものがあるとし、これらについて本件特例を適用して相続税額を算出した。

【裁判所の判断】

第一審の判断

請求棄却　確定

①裁判所は、租税法の規定が財産権を保障した憲法 29 条に違反するか否かを判断するに当たっては、基本的には立法府の裁量的判断を尊重し、その立法目的が、正当なもので、その立法による具体的な規定内容が右目的との関連で著しく不合理であることが明らかでない限り、当該立法が憲法 29 条に違反するということはできないと解するのが正当である。

②本件特例の立法目的は、不動産の相続税評価額と実勢価格との乖離を利用した税負担回避行為が横行している状況において、これに適切に対処し、税負担の公平を確保することにある（略）本件特例の立法目的は正当なものということができる。

③本件特例は合憲であるから、本件特例を適用した場合のＸら各自の相続税額は、Ｙ主張のとおり 537 万 1300 円になるところ、その税額はＸら各自が遺贈により取得したとみなされる生命保険金 1500 万円の約 36 パーセントにとどまるものであり、その税負担が課題であり、相続税課税の趣旨を逸脱して著しく合理性を欠く程度に至っているものとはいえず、本件特例を適用してＸらに相続税を課税することが憲法 29 条で保障されたＸらの財産権を侵害するものとは言えない。

【評釈】

堀口和哉氏の見解

大阪地裁平成 7 年 10 月 17 日判決（税資 214 号 141 頁）と比較して、本判決との違いは具体的相続財産の違いによるもので、考え方に大きな差はないと思われる。（下線部は筆者記入）

租税特別措置法第 69 条の４は、その立法担当者の国会答弁によれば、少なくとも大幅下落を想定しないまま制定されたものであろうとしながら、立法府に大幅な裁量権があることを理由に本件特例及び本件事例への適用が

憲法 29 条に違反するものではないとした判決に対し「著しい不合理はないとしても、必ずしも合理的とし得ない点も指摘しておきたい」としている。

例えば、本件特例は平成 8 年の法律 17 号により廃止されたが、同法附則 19 条に、本件特例適用対象とされた土地等のうち、土地等を取得した相続人等について税負担を軽減する経過措置が設けられた。X らは相続人でなかったために相続税負担が残ったが、経過規定は全体的に把握されるべき相続税に対し「当該土地のみにこだわったことに問題なしとしない」とした。

【私見】

本判決に賛成

基本的な構造は、大阪地裁平成 7 年 10 月 17 日判決（税資 214 号 141 頁）と同じであるが、その判決の趣旨が、租税特別措置法第 69 条の 4 の違憲ではなく、適用の結果に対する著しい不合理であり、例えば相続した財産の純資産額を上回るほどの相続税が課せられることを適用違憲の疑いありとした訳であるから、本件のように 36%ほどの税負担の事例にまで、適用できないとすれば、それはそもそも法自体が違憲であることに等しいと考えられるから、本判決においての判断は妥当と言える。

《小括》

大阪地裁平成 7 年 10 月 17 日判決（税資 214 号 141 頁）では、租税特別措置法第 69 条の 4 が適用できる限界を明示しなかったが、相続発生時において相続税の額が相続財産の純資産額を上回るような状況については、その法の適用は違憲の疑いがあり、少なくとも適用をすべきではないという解釈を示し納税者の救済を図ったものとして注目される。

それに対し、同じく同法の適用を違憲として提起された「更正処分の取消請求訴訟」に対する東京地裁平成 9 年 7 月 9 日判決（訟月 44 巻 11 号 2007 頁）では、税負担率が 36%に過ぎないという事実認定を理由として、原告の請求を棄却した。租税特別措置法第 69 条の 4 そのものに対しては両判決とも合憲としておりこれについては学説上も争いは無いが、大阪地裁平成 7 年 10 月 17 日判決（税資 214 号 141 頁）の意義が、相続発生時において相続

税の額が相続財産の純資産額を上回るような状況を招いた結果の不合理に対するものであったことが改めて浮き彫りにされたといっても良いだろう。

ところで、このような法を制定するにあたっては、以上のようなシミュレーションを行うことによって容易にその問題点は明らかなはずであるが、資産価格の上昇期が長く続いたために、三木義一氏が指摘する「右肩上がりを前提とした評価システム[22]」が制度化され、大幅な価格の下落を想定できなかったことが原因であり、このような法の不備とも言える法令が制定されたことはバブル経済のピークで発生した象徴的な出来事であったと言える。

その後、この租税特別措置法第 69 条の４は平成８年１月１日に廃止されたが、大阪地裁平成 7 年 10 月 17 日判決(税資 214 号 141 頁)の控訴審では、改正措置で納税者の税負担が軽減されたことを前提に、納付すべき税額の一部が本件再更正処分によって取り消されたため、本件処分は適法であるとして納税者敗訴の判断を示しているが、適用違憲の要件などについて明確な判断が示されなかったことは残念である。

また、旧租税特別措置法第 69 条の４は、価格の上昇が激しい経済情勢のもとで、財産評価基本通達による評価額と実勢価格の開差が大きく乖離した場合に『財産評価の時期』を立法によって異動することにより本来の相続税法上の「時価」に近づける趣旨であったと言えるが、前記のようなシミュレーションを基に相続開始時の実勢価格が取得価格や通達による評価額を下回った時における救済策を同時に用意した上で、立法化を行うべきであった。

この救済策の一例として、米国の「評価期日選択制度」が考えられるが第四章で詳しく述べるものとする。

1「平成 22 年度税制改正大綱～納税者主権の確立へ向けて～平成 21 年 12 月 22 日」第３章　各主要課題の改革の方向性、５．資産課税、（１）相続税・贈与税より。財務省 HP > 税制ホームページ > 税制改正の内容 > 平成 22 年度税制改正大綱 http://www.mof.go.jp/genan22/zei001a.htm#03 より、2010 年 1 月 28 日取得。

2 風岡範哉『相続税・贈与税通達によらない評価の事例研究―判例・裁決例からみる不動産・株式の時価の検討』（現代図書、2008 年）の 15 頁以降の総則６項の適用例の分類を参照。

3 東京高裁平成５年３月 15 日判決、東京地裁平成７年７月 20 日判決、東京地裁平成９年１月 23 日判決、大津地裁平成９年６月 23 日、東京地裁平成 11 年３月 25 日判決などに同様の主旨の内容が見られる。

4 東京高裁平成５年３月 15 日判決で、原判決の「客観的交換価格」の次に「(当該財産の

客観的交換価値を示す価額)」が追加されている。

[5] 財産評価基本通達総則 6 項。

[6] 水野忠恒『租税法 〔第 4 版〕』(有斐閣、2009 年) 697 頁によると、財産評価基本通達相続 6 項の意義について「通達によりすべての財産評価を定めることは不可能であり、この通達に定めのない財産の価額は、この通達に定める評価方法に準じて評価し (財産評価基本通達 5 項)、さらに、この通達の定めによって評価することが著しく不適当と認められる財産の価額は、国税庁長官の指示を受けて評価する (財産評価基本通達 6 項)。」としている。

[7] 岸田貞夫「判例回顧 相続開始前に取得された相続財産の評価額につき、評価通達によらずその取得価額に基づいてされた処分を適法とした事例」租税法研究第 23 号〈1995 年 9 月) 186 頁以降。

[8] 占部裕典氏「相続財産の評価 (1) ――土地」別冊ジュリスト租税判例百選 (第 4 版) (有斐閣、2005 年 10 月) 156 頁以降。

[9] 「評価に関する通達の内容が、不特定多数の納税者に対する反復・継続的な適用によって行政先例法となっている場合には、特段の事情がない限り、それと異なる評価を行うことは違法になると解すべきである (東京地裁平成 4 年 3 月 11 日判決判時 1416 号 73 頁。東京地裁平成 4 年 7 月 29 日判決月報 39 巻 5 号 938 頁、東京地判平成 5 年 2 月 16 日判タ 845 号 240 頁参照)」金子宏『租税法 〔第 14 版〕』(弘文堂、2009 年) 494 頁参照。

[10] 谷口勢津夫「財産評価基本通達による画一的評価の要請と個別評価の許容範囲」租税法研究第 23 号 (1995 年 9 月) 184 頁以降。

[11] 「このようにして算出された (略) 形成された取引額によって行うべきである」部分については金子宏『租税法 〔第 14 版〕』(弘文堂、2009 年) 496～497 頁までと同じ。

[12] 「資産課税における財産評価制度のあり方について－平成 20 年度諮問に対する答申－」(日本税理士連合会税制審議会、2008 年 12 月 18 日) 5 頁以下。

[13] 金子宏『租税法 〔第 14 版〕』(弘文堂、2009 年) 98 頁。

[14] 衆議院税制問題等に関する調査 昭和 63 年 10 月 18 日税制問題等に関する調査特別委員会 (No.002、113 回、10 号) 水野勝政府委員 (大蔵省主税局長) の発言。本文で紹介の部分に続き、「私ども、こうした制度の御提案に当たりましては、東京局管内でございますが、いろいろサンプル調査、実態調査もいたしたところでございます。そうした中でこうした件数を拾い上げて実態として比べてみますと、相続税の税額が九割ぐらい違うというケースがかなり見られたところでございますので、ぜひこうした是正措置を盛り込んだものを実現をさせていただければと考えているところでございます。」との発言があり、租税特別措置法 69 条の 4 の制定目的とその影響度が読み取れる。
http://kokkai.ndl.go.jp/SENTAKU/syugiin/113/0787/main.html 国会会議録検索システムより 2010 年 1 月 2 日に取得。

[15] 野口悠紀雄『土地の経済学』(日本経済新聞社、1989 年) 135 頁参照。

[16] この時期は地価高騰を社会問題として、国会でも多くの質問がなされている。昭和 63 年 5 月 16 日「参議院土地問題等に関する特別委員会 (第 112 回・4 号)」において、以下のような国土庁長官内海英男氏の答弁がなされており、当時の情勢を伺わせる。「さらに突っ込んで、高値安定でなく、(地価を) 引き下げる努力を私どもはしていかなきゃならない責任がある、こう考えておりますので、さらに土地税制の改善、こういったようなことも具体的にやってまいりたい。さらに、金融機関の融資ということにつきましても厳しく規制をして、土地投機等についての、土地で金がもうかるというような観念のもとにやる不当な土地投機というものについての融資等については、厳格な規制をするように指導してまいりたい、こういうふうに考えておるわけであります。 (略)いろいろな原因もありますけれども、その原因を一つ一つ解消する努力を重ねることによって土地の需給のアンバランスを直す。そして、高値安定でない、平均的サラリーマンが自分

の家を持ち得る程度まで努力を続けていかなきゃならない。これが私どもの当面課せられた大きな責任である。こういった立場でこの問題には全力を挙げて取り組んでまいりたい、こう考えておるわけでございます。」（カッコと下線部は筆者記入）

17 渋谷雅弘「下級審時の判例 租税特別措置法 69 条の 4 が適用されないとされた事例--大阪地裁判決平成 7.10.17」ジュリスト 1090 号（1996 年 6 月）99 頁以降。

18 高野幸大「相続財産の評価と納税」租税法研究 23 号（1995 年 9 月）42 頁以降。

19 品川芳宣「措置法 69 条の 4 に基づく課税処分の合憲性」『増補改訂版　重要租税判決の実務研究』（大蔵財務協会、2005 年）656 頁。

20 品川芳宣「措置法 69 条の 4 に基づく課税処分の合憲性」『重要租税判決の実務研究』(大蔵財務協会、650 頁)

21 取得価額に対して課税されるので、相続開始時の価格の下落については、相続が開始する 3 年より以前に取得した場合に比べて不利であるが、純資産価額を上回るような相続税ではない例。

22 三木義一『相続・贈与と税』（一粒社、2000 年 8 月）160 頁、同『相続･贈与と税の判例総合解説』（信山社、2005 年）148 頁。

第三章　時価と納税に関する諸問題　―上場株式を中心として

相続税の課税対象となる財産の種類のうち、上場株式は「証券取引所に上場されている株式であり、流通性を帯有しているものであるから、証券取引所における取引価格そのものが時価を表現しているように思える。[1]」という見解にも示されているように、「時価」評価においてはもっとも客観的交換価値に近いといえる財産である。

しかし、上場株式の相続税および贈与税の課税価格計算上の評価は、財産評価基本通達 169 により、証券取引所の公表する課税時期の最終価格と課税時期の属する月以前３ヵ月間の各月の毎日の最終価格の平均額のうち最も低い金額によって評価すると規定されており、価格そのものではなく『財産評価の時期』時点の価格を評価に用いるかという点において改正が行われてきており、その目的と効果について確認をして行きたい。

本章、第１節「財産評価基本通達 169 の沿革と課題」では、本規定の成立にいたる経緯とその意義について、その時々の株式市場環境を踏まえて検証し、第２節「上場株式の『時価』の意義」では、第１節を踏まえて相続税法第 22 条と財産評価基本通達 169 が示す上場株式の時価の検討を行い、第３節「相続発生後の株価の変動」では 1990 年以降の国内株式市場の下落傾向を受けて、相続発生後の株価の変動がもたらす評価と納税の問題を整理していく。

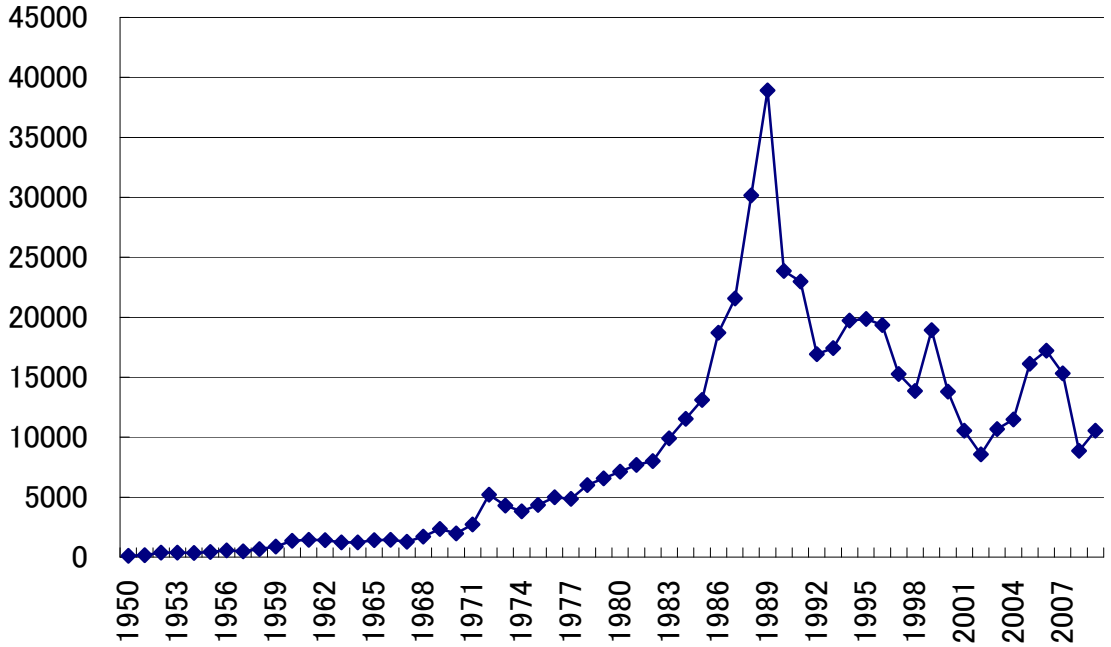
第１節　財産評価基本通達 169 の沿革と課題

相続又は遺贈により取得した財産の範囲については、第一章、第１節（３）で前述したが、相続税法と財産評価個別通達において財産毎に個別の評価規定が設けられている場合がある。つまり、相続税法第 22 条で規定する「時価」は、財産の種類によってその時価の評価方法が異なるということであり、それは、個々の財産の特徴によって決定されるものであると考えてよいだろう。

ところで、第一章、第３節(３)で記述した通り、戦後の我が国の株式市場は取引所が再開された翌年の 1950 年（昭和 25 年）に日経平均株価指数は 85 円 25 銭の安値をつけたのち、39 年後の平成元年末には 38,915 円の高値をつけ実に 456 倍にまで上昇した。そしてこの間上昇した年は 28 回、下落した年は 11 回であった。そのうち、複数年にわたる下落は 1961～64 年のいわゆる 40 年不況に至る時と第一次オイルショック時の 1973～74 年の二回だけであり、その意味で、土地と同様、上場株式も基本的には、価格が上昇することを前提に考えられていた資産であったと言っても過言ではないだろう。

しかし 1990 年以降、大きく環境は変わり、1990～2009 年までの 20 年間のうち 11 年は株価指数が値下がりしており、さらに３年連続して下落したのが３回、２年連続して下落したのが１回といずれも複数年にわたっており、結局 1989 年 12 月 29 日の最高値 38,915 円から、2009 年 12 月 30 日の終値 10,546 円まで実に 72.9％もの下落をした結果となっている。（図表 3-1 参照）

図表 3-1　日経平均株価指数　（1950～2009 年）



日経平均株価指数は NIKKEI　NET＞日経平均プロファイル

http://www3.nikkei.co.jp/nkave/data/index.cfm　2009 年 12 月 31 日取得データより筆者作成。

このような環境下のなか、上場株式に関して評価通達が変遷してきた。

① 富裕税における「財産評価通達」（昭和 26 年 1 月 10 日制定）

相続税法第 22 条の評価の原則において、上場株式の時価については課税時期、つまり贈与時や相続時のその上場株式の最終価格（終値）で評価するのが一つの原則である[2]。

しかし、実際の上場株式の評価に関していえば、昭和 25、26、27 年の三年間施行された富裕税の課税価格計算の基礎となる財産の価額の評価について定めた「財産評価通達」（昭和 26 年 1 月 10 日直資１－５、以下「富裕税財産評価通達」という。）の影響を受けてきた[3]。富裕税とは、財産の所有という事実に着目して課される租税で、毎年一定時期における資産所有に対して課され、総資産額から負債額を差し引いた純資産額を講義の課税標準とする一般財産税の

ことで、我が国では昭和 25 年のシャウプ勧告で導入が提案され、同年の税制改正で導入されたが、昭和 28 年の税制改正で廃止された[4]。

その富裕税導入の際制定された富裕税財産評価基本通達における上場株式の評価に関して「富裕税法第 14 条の規定によれば、『有価証券の価額は、証券取引所に上場されているものについては、証券取引法第 122 条第２項の規定により公表されたその年 12 月中の毎日の最終価格の平均額による。』こととされ、（略）『12 月中の毎日の最終価格の平均額』とされているのは、評価の安全性に配慮したものと考えられる。[5]」（下線部は筆者記入）とされている。

また、昭和 32 年 12 月には「相続税制度改正に関する税制特別調査会答申[6]」が出された中で、上場株式の評価に関して「財産評価の適正化に関する検討」として、「評価に関し重要と認められる財産についてはなるべく法令をもってその評価方法を明らかにすべきである。特に、上場株式の評価については相続開始の日又は贈与の日の現況により評価することは株式価格の変動性にかえりみて適当でなく、ある程度の期間の平均価格をもって評価することが適当である。」とされており、この時期にはすでに変動のある株式を一時点のみで評価することは適当でないとする答申が出されていた。

② 相続税財産評価に関する基本通達（昭和 39 年 4 月 25 日付直資 56、直審(資)17））

昭和 39 年に、「相続税財産評価に関する基本通達」が制定された際に、相続税財産評価基本通達 169（上場株式の評価）の定めにより、「課税時期の最終価格又は課税時期の属する月の毎日の最終価格の平均額のうちいずれか低い方の価額によって評価する。」として、原則を課税時期の最終価格としながら、富裕税財産評価通達の評価方法と同じ課税時期の属する月の毎日の最終価格の平均額との低い方をとることとなった。

ちなみに、1964 年（昭和 39 年）までの株式市場の動向は、1961 年 7 月に日経平均株価指数は 1829.74 の高値をつけた後、1962 年 12 月末には 1432.60、1963 年 12 月末には 1,225.10、1964 年 12 月末には 1216.55 となり 1965 年 7 月に安

値 1020.49 をつけるまで－44.2%という、それまでの戦後で最も長い期間に渡る下降相場における通達制定であった。

③ 昭和 47 年６月改正(昭和 47 年６月 20 日付直資３－16 によるもの。以下同じ)

課税時期の最終価格を原則としながらも、課税時期の属する月の毎日の平均額のうちいずれか低い方の価額によって評価するというそれまでの相続税財産評価に関する基本通達 169 に対して、「課税時期の最終価格又は課税時期の属する月以前３ヵ月間の毎日の最終価格の各月ごとの平均額のうち最も低い価額によって評価する」（下線部は筆者記入）として、月の最終価格の平均額が課税時期の属する月以前３ヵ月まで選択肢が増加し、課税時期の最終価格を含めた最終価格によって評価することとなった。

この時期の株式市場は、1971 年（昭和 46 年）のニクソンショックや為替の変動相場制への移行など、大きな経済的ショックがありながら、積極財政などにより大きく値上がりをし、同年は日経平均株価指数が＋36.6%の上昇となり、翌 1972 年は同＋91.9%という戦後２番目の大きな上昇となった中での改正であった。

④ 平成２年８月改正（平成２年８月３日付直評 12 ほかによるもの）

短期的に大きく値上がりしている上場株式を取得して相続税財産評価基本通達 196 の規定を適用し、課税時期の最終価格又は課税時期の属する月以前３ヵ月間の毎日の最終価格の各月ごとの平均額のうち最も低い価額と贈与時点の株価の開差を利用して、負担付贈与を行うことにより、受贈者が贈与税の負担を免れるとともに、贈与者も株式の譲渡損失をつくることによって他の株式の譲渡益と損益通算できるという租税回避行為が横行したため、相続税財産評価基本通達 169（2）により「負担付贈与又は個人間の対価を伴う取引により取得した上場株式の価額は、その株式が上場されている証券取引所の公表する課税時期の最終価格によって評価する。」こととされた。

上場株式の相続税評価に関する財産評価基本通達 169 の現在にいたる経緯は以上のようなものであるが、昭和 39 年と昭和 47 年はそれぞれ、数年にわたって株式市場の価格が大きく下落ないし上昇している時期であったことは興味深い事実であるが、価格変動がもたらす問題に対する対応策として、偶然の一時点の高値で評価額が決定して税負担の公平を著しく欠く事態を避けるためであったと考えられる。

（平成２年の負担付贈与の規定は本稿では特に検証しないが、重要な改定であるので特に記した。）

次に、通達の制定や「財産評価の時期」の改正が、何を目的としたものであったのかについて検証し、上場株式の「時価」の意義を絞り込んでいく。

第２節　上場株式の「時価」の意義

上場株式の相続税法における「時価」とは何を意味しているのかということは本稿の主要なテーマを検証する際の重要な前提であるが、財産評価基本通達169（上場株式の評価）の規定と相続税法第22条に規定する「時価」の関係について検証を加える。

まず、財産評価基本通達169の意義に関しては①「客観的交換価値」を示すものであるのか、②「評価の安全性」の規定なのかという、二つの論点が存在するが以下にそれぞれの主張をまとめる。

①「客観的交換価値」

財産評価基本通達総則１項（2）「時価の意義」で「財産の価額は、時価によるものとし、時価とは、（略）不特定多数の当事者間で自由な取引が行われる場合に通常成立すると認められる価額をいい、その価額は、この通達の定めによって評価した価額による。」（下線部は筆者記入）と規定されているところからも上場株式の「時価」（客観的交換価値）とは財産評価基本通達169によって評価した価額であると通達自身が自己規定している。

また、品川芳宣氏は、相続税課税の趣旨からいっても、客観的な交換価額は、平均的で継続した価額を指すものとする見解を示しており、つまり、「株価変動斟酌というのは、いたずらに相続税を下げるために認めたのではなく、本来、客観的な交換価額とは何かというところからある程度の期間に、平均的に生じるであろう取引価額を想定して、こういう斟酌率が認められている[7]」としている。

同旨のものとして、財産評価基本通達169の規定が、課税時期の最終価格又は課税時期の属する月以前3ヵ月間の各月の毎日の最終価格の月平均額のうち、最も低い価額によることとしており、課税時期と異なる時点の価額で評価されうることになるのは「通常成立する価額」を推定するためであり、評価時点を変えるものではないとする見解も見られる[8]。

これらの見解は、相続税法第22条の「時価」は、課税時期の最終価格という一時点の価格ではなく、あくまでも仮に相続財産を売却したら成立する価格で

あり[9]、上場株式の評価規定である財産評価基本通達 169 は、平均的、継続的な価額とされる客観的交換価額そのものを算出するための規定であるとするものである。

② 「評価の安全性」

石島弘氏は「上場株式の評価は、一応は市場価格によって評価することとし取引価格法を用いているが、実際には課税時期の最終価格と三つの最終価格の月平均額のうち最も低い価額で評価されている。ここに低評価志（指）向が示されているのである。最終価格の平均額でなく四つの最終価格のうち最低の価額が時価つまり客観的交換価値を表現しているとは考え難いところであるが、いわゆる『評価の安全性』が配慮されていると推測される。[10]」とし、原則的には市場価格が相続税法第 22 条に示されている時価であるとしているが、（一定期間の）最終価格の平均額ではなく、４つの価格のうち最低の価額を評価額としていることをもって、財産評価基本通達 169 の示す上場株式の評価額は「時価」つまり客観的交換価値の表現ではなく「評価の安全性」を配慮したものであると述べている。

関俊彦氏も財産評価基本通達 169 の規定について、「ここにいう四者のうちの最低価額が客観的交換価値であると考えることは非常に困難である。そこには課税の安全性・確実性の配慮がなされているのであろうが、少なくともいえることは、法律が『時価』評価を要求している場合でも、現実には客観的交換価値が測定され機能しているとはいえないということである。[11]」として、評価において４者の最低価額をとることをもって、同通達による上場株式の評価額は、相続税法第 22 条の規定する「時価」の意義と解されている客観的交換価値としての機能を果たしているとはいえないとしている。

つまり「株式を市場の流通価格で評価する前提に立ち、市価の各月の価の分散を整合しようとするならば、最終価格の月平均額の平均額で評価すれば足りる。[12]」として、一定期間の平均額をとることは市場の流通価格つまり客観的交換価値を算定する方法であることを指摘されている。

また「最終価格の月平均額のうちの最低額で評価することにした理由は、課税目的のための評価の安全性に求められる[13]」として、最低価額をとることは評

価の安全性のためであるとされている。

ところで、株式の客観的交換価値が市場の流通価格であるとするならば、取引単位も市場の価格形成における需給に影響を与えることから、まとまった株式ブロックを売却する際のディスカウント幅を考慮することはできないのかという問題意識が生まれる。

これは、米国でいうところの「ブロッケージ・ルール[14]」を評価に盛り込む余地があるか否かという問題であるが、それについては第四章で検討する。

考察するに、品川芳宣氏などが主張する、財産評価基本通達 169 の上場株式の評価は、客観的交換価値を見出すための解釈規定であるとする考え方[15]は、「月の毎日の最終価格の平均額」という部分のみにおいて有効な考え方であるとするのが最も明解な解釈ではないだろうか。なぜなら四つの選択肢のうち最も低い価額を選択することは平均という概念と対極のものであり、通常の市場で取引される価格としては保守的な価額なので、その価額をもって純粋な客観的交換価値というのは無理があるからである。

まとめると「基本通達に規定された株式評価方法には、厳密に株式の価額を探求するという理念だけが考慮されているわけではなく、さらに加えて、過って評価を過大にし、その結果納税者が過重に税を負担すると言う事態が生じないよう、課税の安全性も考慮に入れられている。[16]」（下線部は筆者記入）とし、株式の価額の探求と、課税の安全性という目的の二つが財産評価基本通達 169 に盛り込まれていると整理するのが妥当な見解といえる。

これに沿って財産評価基本通達 169 の制定と改正の経緯を見てみると、昭和 39 年の相続税財産評価に関する基本通達で規定された「課税時期の最終価格又は課税時期の属する月の毎日の最終価格の平均額のうちいずれか低い方の価額」という内容のうち、いずれか低い方の価額という部分が評価の安全性を意味し、「課税時期の属する月の毎日の最終価格の平均額」という部分が客観的交換価値を意味すると解される。

その後、昭和 47 年の改正で「（略）課税時期の最終価格又は課税時期の属する月以前３ヵ月間の毎日の最終価格の各月ごとの平均額のうち最も低い価額に

よって評価する。」（下線部は筆者記入）とされ、選択肢が２者から４者に増加したことで、一定期間内での平均的な価額から下方に乖離することとなり、納税者にとっては有利なものとなったが、客観的交換価値という意義に対し、評価の安全性の意義がより強く通達の内容に織り込まれたと考えられる。

《小括》

財産評価基本通達は、一般に財産の評価実務に広く使われ、裁判において行政先例法としての法源性を認める見解も見られる。

しかし、第二章でも取り上げた、「相続開始前３年以内の被相続人による土地の取得費が、相続時における当該土地の実勢価格を上回った場合に、租税特別措置法第 69 条の 4 の特例の適否が争われた事例」[17]によると、相続税評価額が課税時期における実勢価格を上回ったような場合については、財産評価基本通達総則６項「この通達の定めにより難い場合の評価」だけでは足りず、相続税法第 22 条の「評価の原則」に戻って評価すべきとした判決が存在する。

つまり、課税時期の実勢価格と相続税評価額が乖離したことによって不合理が起きる場合は、財産評価基本通達の射程範囲内に限らないので、当然ながら財産評価の原則は相続税法第 22 条の解釈によると定義づけられ、このような原則は､財産評価基本通達 169 の上場株式の評価においても同様であると考える。

第３節　相続発生後の株価の変動に関する裁判例

近年において数度発生している株価の大幅な下落局面において、相続財産のうちに上場株式の割合が高い相続事例の場合、相続放棄の期限を越えた３ヵ月以上後で、相続財産が未分割のうちに相続した株式が暴落し、物納しようにも、相続人の固有財産から先に納税しなくてはならないため、結果的に手元には大幅に下落した株式が大半の財産となって残るという結果を生む場合や、相続発生後の申告期限までの間に価格が暴落し、換価して納税するとほとんど手元に財産価値が残らないので上場株式を物納するケースが想定され[18]、昨今の乱高下する株式市場において重要な研究課題と思われる。

以下に、相続開始後、延納における担保として拠出した上場株式の財産価値の下落に関する事例を挙げ、問題点を検証した後、相続発生後の財産価格の下落に関する学説上の問題意識をまとめる。

【事例 10】「上場株式の時価と相続開始後の財産価値の下落についての事例」

（大阪地裁昭和 59 年４月 25 日判決（訟月 30 巻９号 1725 頁）
大阪高裁昭和 62 年９月 29 日判決（税資 159 号 851 頁）
最高裁平成１年６月６日判決（税資 173 号１頁））

【事件の概要】

納税者（原告）は、訴外Ｘの死亡によってその遺産（主に永大産業の株式）を相続したため、13 億 9,500 万円の相続税を負担することとなり、相続税の当初申告時（昭和 48 年 11 月２日）に、183 万 6,900 円を納付し、課税額のうち８億 5,000 万円について所轄の税務署長に相続税延納申請書を提出したところ、同申請は同年 12 月 18 日に許可された。延納は 10 年の年賦で、永大産業が納税保証をした。

ところが、その後いわゆるオイルショックに端を発した大不況の結果、永大産業は昭和 53 年２月 20 日に会社更正の申立てをして事実上倒産し、原告が取得していた同社並びにこれと同時に倒産もしくは閉鎖のやむなきに至った関連各社の株式は、すべてほとんど無価値となった。

このため、原告は延納許可後、10年年賦の内第1回分から第3回分までは延納期限内に納付したが、第4回分については納付することができず、滞納となった。そこで、所轄税務署長は昭和53年2月14日に延納不履行を理由として許可を取り消した。右許可取消しにより、第5回分から最終分までが滞納となった。のみならず、被告は、原告が取得した相続財産の範囲を超えて（もとより、原告は換価可能な相続財産は全て相続税及び換価に伴う譲渡所得税その他の納税に充てている。）原告が相続よりも前から有していた債権を含む固有財産（同財産を相続開始後に譲渡したことによる未収の売買代金債権を含む。）に対しても、次々に差押えを行ないそのために、原告はあらゆる事業活動を封じられているばかりでなく、日常生活にすら事欠く状態となり、以下の理由で本訴を提起した。

【原告の主張】

(1) 一般人が予期することのできない社会経済的事情の急変による大幅かつ異常な財産の減価は、社会通念上災害による被害と何ら変わりなく、またある財産の取得に対して課税が行なわれた後に、納税者の責に帰することのできない何らかの事情で、同財産が著しく減価し、これを処分しても、その取得に対する租税すら完納できないような異常な事態が発生したときに、それでもなおかつ課税をそのまま維持するのは、近代租税法の基本原理ないしは正義公平の観念に反する。

(2) 当該株式派支配株であり、上場株式であるからといって、取引価格のみを唯一の基準として、株式の相続税評価を定めることは、相続税法の合理的な解釈ではない。したがって、株式の相続税評価に当つては、少なくとも、相続開始前二年と相続開始後申告書提出期限までの二年半以上の相続の開始前後にまたがる相当長期の間の株価のなかから、最低価格をとるなどの措置を取る必要がある。

【被告の主張】

本件取得株式の評価方法は評価通達の定めるところにそったものである

ところ、右評価方法は、一般にも是認されているところのものであって、明らかに誤りであるとはいえないものであるから、原告のした申告ないしは修正申告を無効であるということはできない。

【裁判所の判断】

(1)　第一審の判断

請求棄却

「基本通達 169 において、上場株式の評価は、証券取引所の公表する課税時期（相続開始日）の最終価格または課税時期（相続開始日）の属する月以前三か月間の毎日の最終価格の各月ごとの平均額（以下『最終価格の月平均額』という）のうち最も低い価格に評価することとしていることが認められるところ、これは、あくまで株価は、日日上下することがあるため、相続開始時に一時的に騰貴した株価をもって相続財産の評価額にするは不合理であるところから、これを避ける趣旨で定められたものと解すべく、また最終価格の月平均額を相続開始の三か月前の株価のみを考慮し、相続開始後の株価を考慮しないこととしたのは、株価の恣意的操作を防ごうとする趣旨に他ならないと解すべきである。このように、右基本通達 169 条により、上場株式につき、相続税法 22 条にいわゆる相続開始時の時価の算定基準を示すことは、右時価の評価を納税者に委ねた場合の不統一による不公平を回避し、相続税の課税の公平を期するために、必要かつ合理的なことであり、右基本通達 169 条に定める株式評価の方法は、株式の実質的な価値と一時的な需給関係による価格の変動を調整し、実勢価額を加味するものであつて、合理的なものであるというべきである。」として、財産評価基本通達 169 に基づく評価と通達の趣旨を認めた上で、相続開始後の株価を考慮しないこととした理由を恣意的操作の防止とした。また、「そもそも、相続人は、相続の開始を知ったときから遅滞なく相続税の申告をしてこれを納付すべきものである。したがつて、相続開始時から右相続税の申告までの間に相続財産の価格が下落した場合には、これによる損害は、相続人においてこれを負担すべきものであると解するのが相当であって、右損害を回避するためには、相続人において遅滞なく相続税の申告をしてこれを納付すべきであり、またもし、

相続の開始後相続税の申告までの間に、相続財産の価格が下落したために、現実に相続財産を相続することにより損害を被ることが予測される場合には、相続の放棄又は限定承認（民法九一五条以下）をもつて、これに対処すべきである。もし右のように解さずに、相続財産の評価を、相続開始後相続税の申告までの間に相続財産の価格が下落したときは、その下落した価格によるものと解することは、相続財産の価格を、当該財産の取得の時（相続開始の時）における時価とした相続税法 22 条の明文の規定に反するばかりでなく、株式のような変動の激しい相続財産については、相続開始後、これを大量に売り出すなどして、一時的に相続財産の価格を下落させる操作を容認することになる上、さらに右価格の下落前に相続税の申告をしてこれを納付したものとの間に税額の不均衡が生じて不合理な結果を招くことになるのである。原告の主張は、いずれも独自の見解であって採用できない。」とし、相続財産のうち、株式の評価額を、相続開始前２年と相続開始後申告書提出までの２年半の相続開始の前後にまたがる期間のうちの最低の価格によるべきである旨の原告の主張を退けた。

（２） 控訴審の判断

控訴棄却

相続税連帯納付責任完了に基づく新たな主張も含めて棄却。

（３） 上告審の判断

上告棄却

原審の判断は妥当として是認できる。

【主な争点】

相続開始時から相続税の申告までに相続財産である上場株式の価格が下落した場合、財産評価基本通達 169 によらない評価が認められるか。

【評釈】

(1) 判旨に賛成のもの

① 佐藤清勝氏の見解[19]

判決文中の「相続の開始後相続税の申告までの間に、相続財産の価格が下落したために、現実に相続財産を相続することにより損害を被ることが予測される場合には、相続の放棄又は限定承認（民法 915 条以下）をもって、これに対処すべきである」という部分を取り上げ、相続開始時の時価の下落にとる損害の発生は相続人の責任において回避されるべきものとしている。相続開始後の下落を考慮することは、相続税法第 22 条の規定に反するとともに、相続人の株価操作による租税回避の可能性があるため採用できないとする判旨を支持している。

② 石島弘氏の見解[20]

「裁判所は、相続財産の主要部分を占める株式が納税者の責めに帰し得ない事情によって無価値化したため、相続人が自己の固有財産を処分して相続税を納付しなければならない事態に負い込まれたとしても、暴落前の株式評価額に基づく相続税の賦課徴収は適法であり、公法上の不当利得は成立しないと判示している。現行法上、このような場合は適用すべき救済措置は存しないから、この裁判所の判示は法的にはやむを得ない」として、現行法の適用において判決は「やむを得ない」としながらも妥当なものとしている。

(2) 判旨に反対のもの

① 首藤重幸氏の見解[21]

「相続を原因とする相続人の財産（経済力）の増加に担税力を見出して課税をなす現行相続税法の遺産取得税体系からすれば、相続開始直後に相続人に責任のない理由で相続財産の価格の減価があったという場合にも、相続開始時点を基準として算定した相続税額の負担を絶対的に変更しないということの合理的理由を導くことは困難である。相続税を所得税の補完税と考える観点からも、相続開始直後に相続財産の価格が著しく減価した場合に、相続税額は維持したまま、その補完を相続前から有している相続人の固有財産から持ち出して達成すべきとの結論を直ちに導くことはできない。」として、相続開始時点を基準として算定

した相続税額の負担を絶対的に変更しないという合理的理由はないとしている。なお、相続人に責任のない相続開始直後の相続財産の減価には一定の範囲で相続財産評価額の事後的減額を認めるべきであるとし、これを完全に否定した場合、財産権保障を定めた憲法第 29 条に違反するとも主張している。この見解は第四章でも取り上げていく。

② 粕谷晴枝の見解[22]

「この判決の論理では『過去に遡る斟酌期間は評価の安全性に効果があるから妥当』で、『相続開始後の斟酌期間は課税の公平を欠くに至り』認容できないということになる。（略）それはバブル期のように株価が上昇時に効果が生じる『相続開始以前』の設定であれ、バブル崩壊後の株価の下降時に効果を生じる「相続開始後」の設定であれ、必要性は同じで、その目的を達成することが重要なのである。」として、相続開始後の期間を斟酌しないことについて、論理の整合性を欠くと断じている。

【私見】

本差押処分取消請求事件の発端となった昭和 48 年 5 月に本事件の原告に対して相続が発生し、昭和 48 年 10 月に原告の相続税申告がなされたが、昭和 39 年 4 月に制定された相続税財産評価に関する基本通達はそのとき既に、相続財産の評価において「不特定多数の納税者に対する反復・継続的な適用 」がなされている。

判決において、「相続財産の評価を、相続開始後相続税の申告までの間に相続財産の価格が下落したときは、その下落した価格によるものと解することは、相続財産の価格を、当該財産の取得の時（相続開始の時）における時価とした相続税法 22 条の明文の規定に反する」としているが、一方で相続税財産評価に関する基本通達 169 においては、「課税時期の最終価格又は課税時期の属する月以前３ヵ月間の毎日の最終価格の各月ごとの平均額のうち最も低い価額によって評価する」としており、財産評価の時期を拡げること自体はそれが、客観的交換価値といえるものである限りにおいて有効であると解されるのではないか。本判決にあ

る、株価の恣意的操作を防ごうとする趣旨が相続開始後の期間を評価に織り込まない専らの理由であるならば、月の毎日の最終価格の平均額を下げるためにどれほど所有する株式を売却しなくてはならないのか。

仮に価格を下げることが出来たとして、その下落幅の数％～数十％の節税効果しかないことを考えると、当判決の判旨としては現実的とは言えない部分があるし、検証もされていない理由を判旨に掲げることに疑問を感じる。

ところで、本件は、相続が発生してから、約５年後に相続した株式（上場と非上場）が倒産により価値を失ったという事例であったが、相続発生直後にこのような事態が生じた場合は、財産評価基本通達 169 の適用は違法の可能性が高いのではないか。

なぜならば、相続発生後の価格の下落が激しい場合は「相続によって取得した全財産をもってしても相続税額に足りないという結果をもたらすような」著しく不合理な事態が起りえるためであり、大阪地裁平成７年 10 月 17 日判決（税資 214 号 141 頁）と同じ構造と言えるからである。

一方、現行法の下、納税者はどのように対処すべきであろうか。

相続が発生してから３ヵ月以内の価格の下落により税引き後の純資産がマイナスとなるような事態であれば、相続放棄をするということも考えられる。

しかし、３ヵ月も過ぎた場合や、別の対応として物納の申請を検討することになると考えられる。

物納が認められれば、課税価格計算の基礎となった当該財産の価額をもって収納価額と出来るため（相続税法第 43 条１項）、物納要件（相続税法第 41 条、42 条１項）を満たす場合は有力な方法であるが、実務上無価値になった株式を収納するということ[23]は納税者にとっても課税庁、徴税官庁にとっても非効率な手続であると言える。

次に、財産評価基本通達総則６項の「この通達の定めによって評価することが著しく不適当と認められる財産」として、通達によらない評価

で申告するという方法もあるが、適用要件が明らかでないため、予測可能性上問題がある。

いずれにしても、このような場合に原則通りの課税をすれば相続破産の可能性すらあるので、公平な課税を担保する立法的手当てが必要と考える。

その際は、現行制度の成り立ちを踏まえて「財産評価の時期」をどのように規定するかという視点が最も矛盾を来さない方法であろう。その具体的な方策として、米国の評価期日選択制度 が検討に値すると考えるが、第四章で検討する。

さらに、本事例は、価格変動の大きな資産を相続した際に納税者がどのような納税方法を選択できるのか、またそれによる効果の差がどのようなものなのかという納税の問題も提起している。

本事例は、納税者が延納を申請し受理されたことが前提となって引き起こされた事態であるが、一般には、資産の売却や物納という選択肢もあり、納税者はその中から自分の可能な方法を選択し納税するのであるが、本件のように相続財産に対し、上場株式の割合が高い納税者にとってどのような納税方法をとるかによって実質的な負担に大きな差異が生じるということについて、第四章、第２節において若干の問題提起と提言を行って行きたいと思う。

[1] 石島弘『課税標準の研究』（信山社、2003 年）303 頁。
[2] 品川芳宣、緑川正博『相続税財産評価の論点　財産評価の理論と実務の疑問を糾す』（ぎょうせい、1997 年）165 頁。
[3] 今村修「株式評価の歩み」税務大学校論叢 32 号（1998 年 7 月）309 頁参照。
[4] 水野正一『改訂版　資産課税の理論と実際』（税務経理協会、2005 年）253～260 頁参照。
[5] 今村修「株式評価の歩み」税務大学校論叢 32 号（1998 年 7 月）314 頁。
[6] 税制特別調査会「相続税制度改正に関する税制特別調査会答申（昭和 32 年 12 月）」『昭和財政史－昭和 27～48 年度第 15 巻　資料（3）租税・国債』（東洋経済新報社、1997 年）122～129 頁。
[7] 品川芳宣、緑川正博『相続税財産評価の理論と実践』（ぎょうせい、2005 年）175 頁。
[8] 小島俊朗「相続税法における時価の概念とその経済学的考察」税大ジャーナル 7　67 頁（2008 年 2 月）。
[9] 小島俊朗「相続税法における時価の概念とその経済学的考察」税大ジャーナル 7　67 頁（2008 年 2 月）。
[10] 石島弘『課税標準の研究』（信山社、2003 年）304 頁。
[11] 関俊彦『株式評価論』（商事法務研究会、1983 年）178 頁。
[12] 関俊彦『株式評価論』（商事法務研究会、1983 年）133 頁。
[13] 関俊彦『株式評価論』（商事法務研究会、1983 年）133 頁。
[14] 関俊彦『株式評価論』（商事法務研究会、1983 年）88 頁以降によると、「ブロッケージ・ルールとは、市場価格を形成する株式ブロック（取引分量）と、評価対象株式ブロックとの規模の差を評価に反映させるために、比較的多数の株式を評価するときに、評価値を、一株の取引市場価格と株式数との積の額よりも若干低めに評価するというルールである」とされ、アメリカ合衆国における株式評価法として紹介されている。また、我が国でも相続税課税処分取消請求訴訟・東京地裁昭和 47 年 11 月 20 日判決（税資 66 号 979 頁）において「ブロッケージ・ルールと同様の主張がなされた」ことがあったが、「必要性を認めなかった」としている。
[15] 品川芳宣氏自身も、「評価基準制度に基づく評価額又は一定の方式によって算定された評価額は、当該財産に係る相続税法の時価（客観的交換価額）を上回らないように安全性（謙抑性）に配慮されていることも確かである」（品川芳宣『租税法律主義と税務通達』（ぎょうせい、2003 年）122 頁）と述べ、安全性という趣旨を認識しているが、基本的な立場として財産評価基本通達 169 の意義について客観的交換価値を示すものとの意味を強調していると解される。
[16] 関俊彦『株式評価論』（商事法務研究会、1983 年）133 頁。
[17] 「相続開始前 3 年以内の被相続人による土地の取得費が、相続時における当該土地の実勢価格を上回った場合に、租税特別措置法第 69 条の 4 の特例の適否が争われた事例」大阪地裁平成 7 年 10 月 17 日判決（税資 214 号 141 頁）本稿第二章、第 1 節参照。
[18] 巻末資料 2-1～5 で、上場会社創業オーナーの相続発生により上場株式が物納され（一部推定）財務大臣が大株主になっているケースを紹介している。
[19] 佐藤清勝「相続開始後に株価が下落した場合の評価の適否」税理 28 巻 14 号 87～93 頁（1985 年 11 月）。
[20] 石島弘『課税標準の研究』（信山社、2003 年）351 頁以降。
[21] 首藤重幸「79　相続財産の評価（２）－上場株式の評価と相続開始後の財産価値の下落」別冊ジュリスト 178 号 158～159 頁（2005 年 10 月）。
[22] 粕谷晴枝「第 30 章株式及び出資の評価、現行評価の問題点と改革の方向」『争点相続税法』323～335 頁（勁草書房 1995 年 2 月）。」
[23] 相続税法基本通達 43-3 に収納価額の改定を要する場合について列挙されているが、(8) 震災、風水害、落雷、火災その他天災により法人の財産が甚大な被害を受けたことその他の事由により当該法人の株式又は出資証券の価額が評価額より著しく低下したような

場合（下線部は筆者記入）の（注）に「証券取引所に上場されている株式の価額が証券市場の推移による経済界の一般的事由に基づき低落したような場合には、この『その他の事由』に該当しないものとして取り扱うことに留意する。」とあり、相続発生後の急激な価値の下落は収納価額の改定を要する場合に当たらないと解される。

第四章　相続税に関する上場株式の問題点と立法的考察

本稿では、第一章から第三章にかけて、土地と上場株式を題材として相続税における時価と納税に関する問題点を挙げ、財産評価基本通達が行政先例法化しているとの見解もある中で、現行の相続税法の解釈による救済方法だけでは納税者が直面する問題を予測可能性と法的安定性を伴った上で解決することが困難であるため、『財産評価の時期』を改正する立法的措置によって対処すべきであるとの方向性を得た。

本第四章においては、第１節で「上場株式の評価と米国遺産税からの示唆」と題して、立法による解決策の具体案を米国の相続税制の中から求め検証する。

また、第２節では「相続事例と納税の問題―物納制度と評価期日選択制度」として、納税において重要な機能を果たしている物納制度に関する若干の問題提起と解決策の提言を行った上で、物納制度の改革をすべきか又は新たな立法的措置を求めるべきか検証を行う。

第１節　上場株式の評価と米国遺産税からの示唆

(1) ブロッケージ・ルール

①米国におけるブロッケージ・ルール

株式の客観的交換価値が市場の流通価格であるとするならば、取引単位も市場の価格形成における需給に影響を与えることから、まとまった株式ブロックを売却する際のディスカウント幅を考慮すべきではないのかという問題意識が生まれる。

渋谷雅弘氏によれば、市場性のある株式は通常は評価期日における市場価格によって評価されるとしながらも幾つかの例外があるとし「その代表例が、いわゆるブロッケージ（blockage)・ルールである[1]」としている。

ここでは、渋谷雅弘氏[2]と関俊彦氏[3]の研究を中心に、米国遺産税におけるブロッケージ・ルールの紹介と、わが国での導入の可能性についての考察を行う。

アメリカ連邦遺産贈与税における株式評価は、内国歳入法典（Internal Revenue Code) 2031 条 (a) により公正市場価格という原則が定められており、さらに、財務省規則（Treasury regulation）によって「自発的売手と自発的買手の間で、いかなる売買の強制もなく、かつ両者が関連する事実についての合理的な知識を有する場合に、その財産が譲渡される価格[4]」と定義されている。

ブロッケージ・ルールについて関俊彦氏は、「市場価格を形成する株式ブロック（取引分量）と、評価対象株式ブロックとの規模の差を評価に反映させるために、比較的多数の株式を評価するときに、評価値を、一株の取引市場価格と株式数との積の額よりも若干低めに評価するというルールである」と定義し、「株式の換金価値を算出する評価テクニック」であるとしている。

そして、大量の株式を市場において換金すると通常は価格が下落するため市場価格と評価額との差額は、「ブロッケージ･ディスカウント」と言われており、これは「遺産税贈与税のみならず、所得税においても認められ、また納税者の株式処分の必要性や意思の有無にかかわらず認められる[5]」とされている。

ブロッケージ・ルールは、財務省規則（Treasury Regulation）20.2031－2(e)において以下のように規定されている。

（略）In certain exceptional cases, the size of the block of stock to be valued in relation to the number of shares changing hands in sales may be relevant in determining whether selling prices reflect the fair market value of the block of stock to be valued. If the executor can show that the block of stock to be valued is so large in relation to the actual sales on the existing market that it could not be liquidated in a reasonable time without depressing the market, the price at which the block could be sold as such outside the usual market, as through an underwriter, may be a more accurate indication of value than market quotations. Complete data in support of any allowance claimed due to the size of the block of stock being valued shall be submitted with the return. On the other hand, if the block of stock to be valued represents a controlling interest, either actual or effective, in a going business, the price at which other lots change hands may have little relation to its true value.

（略）「一定の例外的な事案においては、売買価格が評価すべき株式の分量の公正市場価値を反映するか否かの決定において、売買によって持ち主が替わる株式の数量との関連における評価すべき株式の分量の大きさが、関連するかもしれない。もし遺言執行者が、評価すべき株式の分量が現存する市場における実際の売買との関連において大きいために、市場を下落させることなしにはそれを合理的期間内に換金できないことを証明できた場合は、その分量の株式を証券引受業者による売買のように、通常の市場の外部において売却した価格が市場の相場よりも適切な価値の指標であるかもしれない。[6]」

そして、このブロッケージ・ルールは贈与税（財務省規則 25.2512-2（e））においても同様の規定があるし、彫刻家であった故人が残した諸作品や画家であった故人が残した絵画などの株式以外の資産評価に対しても適用されている[7]。

しかし、米国においてもブロッケージ・ルールは初めから認められていたも

のではなく、判例によって遺産税及び贈与税に関する財務省規則から、ブロッケージ・ルールを否定する文言が削除され、さらにこのルールを認める判決が続いたため、前述の規定がおかれるに至った[8]。

また、ブロッケージ・ディスカウントの基準としては、「評価期日において一度に全体を処分した場合にできる価額を基準として評価されるのではなく、熟練したブローカーが合理的期間内にそれを処分した場合に実現できる価額が評価の規準となり、ディスカウントの程度は通常専門家の証言により決定される[9]」とされ、具体的な評価方法として二次分売（secondary distribution）のアプローチがあるとされている。

② わが国におけるブロッケージ・ルールの展開

米国遺産・贈与税で採用されている「ブロッケージ・ルール」が合理的な上場株式の時価算定の方法であるとした場合、わが国で適用すべきものであるのか検証してみたい。

わが国においても、「ブロック・トレード[10]」という手法により大口の上場株式を証券会社が相手方となって売買したり[11]、「売出し[12]」のための引受や、「立会い外分売[13]」として、ある程度のまとまった単位の株式を売却する手法が利用されたりするなど、その上場株式の市場の流動性(取引高)などにより一定のディスカウントが実務上行われている。

一方、上場株式の評価についてはその原則が財産評価基本通達169に規定されており、評価要素に売買単位は規定されていない。

そのような中、我が国でも、相続税課税処分取消請求訴訟において（企業支配株式であったこともあり厳密な意味でのブロッケージ・ルールに関する訴訟ではなかったが）ブロッケージ・ルールと同様の主張がなされたことがあった[14]。

その判決の中で裁判所は、「なるほど、大量の株式が一時に市場に売り出された場合には、株価が暴落するであろうことは経験則上首肯できるが、相続財産の価額は、前記のとおり客観的交換価値、すなわち、当該財産を現状において

保持し、使用・収益すること、あるいは通常の取引方法により換価することを前提にして客観的に想定される交換価値によるべきであるから、本件株式を一時に市場に放出するような異常な換価方法によって現出される価額によるべきであるとする原告らの右主張は失当である。」として、大量株式を売却することによる株価下落の影響を株式評価に反映させる必要性を認めなかった。

確かに、まとまった株式を一時に市場で売却することは価格を下げることにつながるので合理的な経済行動とは言えず、そのような売却の方法を「異常な換価方法」として、それを前提にした評価を主張する原告の訴えを失当とする判決も妥当とは言える。

しかし、時間をかけて売却をすれば、価格を全く下落させることは無いかと言えば一定の影響は否定できず、時間をかけて売却した場合の価格に対するインパクトについての研究[15]も行われている。この分野の研究は金融理論として未だ未成熟であるが、大量の株式の適正な処分価額の評価において検討に値するものであるので、さらなる研究の成果が待たれる。

また、財産評価基本通達 169 が評価の安全性という趣旨も包含しているとすると、売却を前提としない上場株式の評価においてさらにディスカウントすべき理由は無いと考える。

関俊彦氏もこの点について[16]、市場の取引単位よりも極端に多量のブロックについては、市場価格を若干割り引いて評価すべきものであるとしながらも、実際の我が国の財産評価基本通達の現状を前提とした場合は、適用に否定的とならざるを得ないともしている。

同氏は理由として「基本通達のもっている評価の安全性＝低額評価志向」を挙げている。つまり、財産評価基本通達 169 は、上場株式課税時期の最終価格だけではなく、課税時期以前の３ヵ月の月平均額を含めた４者のうちの最低の値で評価すると規定しており、「一時的に変動した株価で評価することのないように」配慮されているとした上で、「このように時価評価の中にはすでに低額評価志向が内在している限り、さらにその上にブロッケージ・ルールを適用して評価を低くする必要性は少ない。ブロッケージ・ルールは、徹底した時価評価が貫かれる場合に適用される時価評価修正原則である」と結論付けている。

しかし、この「ブロッケージ・ルール」を、わが国でも採用すべき場面があ

ると考える。

それは、「ブロッケージ・ディスカウント」の本質が株式の大口の保有単位を換価する際のコストであり、本来であれば納税者が負担すべきコストを国つまり国民が負担して換価しているという物納の収納価額の現行規定は租税負担の公平性の観点から問題であると考えられるからである。

通常、土地（市街地の場合）については、公示価格から 2 割あまり低い価額で路線価が決まり、それに基づく収納価額で物納された物件を国（財務局）が換価している。

土地の場合は、流動性に劣る物件であるということで納税者が物納申請をしたとしても、収納した国（財務局）が時間をかけて換価することにより、売り急ぎによるディスカウントを解消できる場合もあろう。

しかし、上場株式の場合は、市場価格が財産評価基本通達 169 に基づく評価額を下回っているために物納申請されることは明白であり、市場価格よりも高い評価で物納できる有利性に加え、本来、納税においては金銭納付が原則（国税通則法第 34 条 1 項）であるから、多くの納税者が換価費用を自己負担して納税をしていると考えられるのに対し、物納においては、「ブロッケージ・ディスカウント」のみならず、通常の換価費用（手数料）や、譲渡益も課税されないことになり、著しく租税負担の公平を失していると言えるのではないだろうか。

また、国は上場株式を収納した後に、換価処分を進める訳であるが、その際は「物納等有価証券に関する事務取扱要領について」と題する財務省通達（平成 18 年 6 月 29 日、財理第 2641 号）[17]に基づき、「可能な限り速やかに処分」されることとなっており、物納財産である大口の上場株式の価格が下落している時に「可能な限り速やかに処分」することは、財産価値の保全と換価による回収において矛盾を孕んだ制度となっているのではないだろうか。

ところで、仮に全ての相続財産が上場株式である納税者がいた場合、相続税の申告期限（相続開始を知ってから 10 ヵ月後）ぎりぎりまで、株価の推移を見て、評価額プラス売却コストを上回る値上がりをした際には、自分で売却し、取得した現金で相続税を納付する方が納税者の利益になり、（この場合、納税者が「ブロッケージ・ディスカウント」を負担）、もしそれ以下の価格であれば、物納申請をする（この場合国が「ブロッケージ・ディスカウント」を負担）と

いう選択をするであろう。

つまり、申告期限までの期間を投資機会と捉え、価格が上昇すれば、自分の利益、下落すれば損失を国の負担とし、なおかつ、換価コストまで国が負担するということが起こり得る。

さらに、相続税法第 43 条２項により、「相続税の課税価格計算の基礎となった相続財産によって取得した財産（相続財産）も、例外的に物納の対象財産とすることができるとされている[18]」ので、納税者は相続財産を自分の判断で運用し、価格上昇すれば自分の利益、下落すれば国の負担でなおかつ換価コストまで国が負担するということが解釈上認められている訳で、現行法の運用上問題は無いが租税負担の公平性の観点からは問題であり、物納の収納価額から「ブロッケージ・ディスカウント」の控除を行うべきではないかと考える。

（2）米国評価期日選択制度

米国評価期日選択制度（Alternative Valuation Day）については、石島弘氏の研究[19]を中心に検証し、最後にわが国への適用の可能性を探る。

石島弘氏は、租税特別措置法第 69 条の 4 の特例の適否が争われた大阪地裁平成 7 年 10 月 17 日判決（税資 214 号 141 頁）に際して[20]「相続取得した財産価値以上の金額で課税することは違憲だと解するが、さらに相続直後に財産価値が急落し、納税者がその固有財産でもって納税すべき状況は法的措置を設けて回避することを妥当と解する」とし、「アメリカの評価期日選択制度は、このような状況に対処する政策的制度である」と述べている。

また、この制度の前身は、1929 年から始まった世界大恐慌期に設けられたとされ、「評価期日の変更によって事実上評価を下げ、納税者を救済しようとするものであり、あくまでも遺産（相続財産）の時価が下落している場合に評価期日の変更（選択）を認めて納税者の相続による破産を防止しようとするものであるということもできよう。」として紹介している。

その意味では、1990 年以降のわが国の経済情勢や、土地価格、株式市場の動向が、世界大恐慌時に次ぐとも言える大幅な調整の中で、検討が求められる制

度ではないか。

米国評価期日選択制度の概要は以下のようなものである。

遺産税の課税標準は相続開始時の遺産の価格を時価（fair market value）基準に評価した金額であるが、納税者（遺産執行者）は、例外的に、その選択（election）により、相続開始後の日を評価期日として選定し、その期日の時価を基準として課税標準を算定することができる。

評価期日を選択しうる期間は相続開始後 6 ヶ月の日（申告期限の延長が無い場合 9 ヶ月以内)、もしくは、その期間内に遺産が譲渡された場合は、その譲渡日をもって評価期日とする。

評価期日の選択は法定申告期限内に提出する納税申告書によって申請することになっており、その適用は特定の財産だけではなく遺産全体を対象とする[21]。

この制度により、もし相続開始後 6 ヶ月以内に相続財産である株式が暴落したとしても、売却ないしは評価期日の選択により財産評価の時期を相続開始後に置き換え、その時点での遺産総額に応じた納税が行えるようになるので、遺産総額を超えた納税義務の負担が強いられるという事態は回避できる 。

図表 4-1　評価期日選択制度の適用例

資産	死亡日の評価	6 ヵ月後の評価
土地	700,000	800,000
株（X 社）	800,000	500,000
株（Y 社）	900,000	850,000
合計	$ 2,400,000	$ 2,150,000

長澤彰彦『アメリカの連邦遺産税・贈与税』(中央経済社、1992 年)169 頁より。

例えば、株は 6 ヶ月後を選択し、土地についてだけ死亡日の評価を選択するということはできず、制度の選択（エレクション）を行った時は、遺産額は $ 2,150,000 となる。

通常の市場環境であれば、相続税の申告期限までの間に、それほど激しい環

境変化は無いだろうから、納税者はその中で財産評価と納税の準備が行え、税引き後の財産を相続できるのであるが、変化の特に激しい市場環境においては、納税の準備を行っている段階で資産価格が大きく変化し、課税時期の評価額に対し申告時の評価額が大きく低下していることも想定され、相続税を支払うことによって納税後の相続財産の純資産額がマイナスになることもあり得、そのような相続人の固有財産にまで課税が及ぶ法の適用は憲法第29条に保障される財産権の侵害というおそれまで引き起こすことがあり得る[22]。

このような問題を解決するための一つの方策として、評価期日選択制度は有効である。相続開始後に評価時期を選択できれば、上記の相続財産の純資産額がマイナスになることは理論上無く、後述するが、相続財産の価額が下落した際に採られる納税の方法として、物納があり、地価の下落が激しかった平成4年～6年にかけては物納申請件数も1万件を超え（巻末資料8～10参照)、一般競争入札に加え平成6年には新たに価格公示売却制度が導入されるなど、急増する物納財産の処分に際し、業務コストが増加していた（巻末資料11参照)。

それに対して、評価期日選択制度は物納の申請を抑制する効果が期待できるので、徴税実務や、収納財産の管理、保全にかかるコストの削減効果も期待できる。

また、石島弘氏は、評価期日選択制度（Alternative Valuation Day）について「評価期日の延期を認めて時価主義を徹底しようとするものだとも言える[23]」として、この制度の趣旨は財産評価の時期の選択により、時価を見出すためのであるとの認識を示しているが、これも評価期日選択制度の重要な機能といえる。

このような財産評価の時期を大幅に改正する場合、様々な規定との整合性を検証し、十分に慎重な検討を行わなければならないが、本稿では問題提起までとし別の機会で研究を進めたい。

最後に、このような問題を解決するものとして、物納制度がある。

物納制度においては、物納財産の収納価額を課税価格計算の基礎となったその財産の価額である（相続税法第43条1項）としているので、相続発生後に価格が下落したとしても、物納の要件を満たし申請が許可されれば、課税時期の価格で国が収納することになっているため、相続財産の総額を超えて納税者の

固有財産で納税すべき状況を引き起こさないようにするためには、相当程度の効果があると言える。

しかし、物納制度には様々な要件があり[24]、全ての問題を解決できるものでない上、本節（２）でも指摘したように、相続財産の中に上場株式が含まれている際に、租税負担の公平性の観点から問題点があるだろうと考えられる。

本稿最後の次節においては「物納制度における上場株式の問題点」として、このテーマについてまとめ、問題点の洗い出しと若干の提言を行うものとする。

第２節　相続事例と納税の問題　―物納制度と評価期日選択制度

相続人が相続又は遺贈により取得した財産のうち、株式等の有価証券の占める割合は平成 19 年で 15.38％（図表 1-1 参照）となっており相続財産の一部を占めているに過ぎないが、上場企業の創業者やその一族などにおいては、逆に大半の相続財産が自社の上場株式であるという場合がある。

しかし、前述したとおり[25]、財産価値として日本の上場株式は、1990 年以降においては魅力の乏しい資産になっている。また、不動産と比較しても価格変動率（図表 1-2 参照）が高く、上場株式の評価についてはその特性に合わせた評価方法があってしかるべきである。

実際、宅地の路線価が、毎年１月１日を基準として年に一回の評価額の改定なのに対し、上場株式の評価に関する財産評価基本通達 169 においては、課税時期の最終価格又は課税時期の属する月以前３ヵ月間の毎日の最終価格の各月ごとの平均額のうち最も低い価額によって評価をすることとし、より課税時期に近い財産評価の時期を反映したものとなっている。

つまり、上場企業創業家など、財産に占める上場株式のウェートが高い個人大株主は、相続財産の評価において、短期的に大きな価格変動リスクを負っており、また、相続発生後の価格を評価に織り込む余地が無いため、発生の時期によって課税価格の評価が大きく異なることになり、予測可能性や法的安定性の観点からは問題がある。

また、上場株式は、課税時期翌日から価格が変動する財産であり、市場全体が大きく調整している局面や、カリスマ創業経営者の突然の死亡などにおいては、その後の価格の急落により課税時期または課税時期前の価格が、当分の間（または二度と）成立しない価格となる可能性がある。そのような場合、相続人たちは相続税評価額相当の財産価値を手にする機会を与えられないまま、申告期限を迎えることになり、高い価額の評価に対して相続税が課せられるので、価格の下落の割合によっては相続人固有の財産に対しても徴税されることとなり、第二章でも取り上げた大阪地裁平成７年 10 月 17 日判決（税資 214 号 141 頁）同様、遺産取得税方式的な制度と言われる現行法の下ではやはり問題があるのではないだろうか。

以下に、2009 年 9 月末時点で、財務大臣が大株主 10 位以内となっている上場株式７社中、取得原因が相続による物納と思われるもの[26]（政府出資企業のＮＴＴ、ＪＴや原因が不明な京福電鉄は除いた）をスクリーニングした。
それぞれの会社内容、株価の推移については、巻末資料 2-1～5 を参照。

図表 4-2　　財務大臣が大株主 10 位以内となっている上場株式
（取得原因が物納と思われるもの）

会社名	財務大臣名義株数	単位株	株主割合	株主順位
関門海	5,417	1 株	8.6%	第２位
ぷらっとホーム	472	1 株	3.4%	第９位
明和地所	442,600	1000 株	1.7%	第８位
フィンテクG	20,001	1000 株	1.6%	第５位

2009 年 11 月末時点。
『会社四季報ＣＤ-ＲＯM2010 新春』（東洋経済新報社、2009 年 12 月）より。

これらの上場株式のうち、関門海については自社株での物納により納税したことと、財務大臣による処分について「財務省通達（財理第 2641 号 平成 18 年６月 29 日）によると、物納有価証券の処分方法については、『原則として会計法（昭和 22 年法律第 35 号）第 29 条の３第１項及び第５項により証券会社と委託契約を行い、有価証券市場を通じて処分するものとする。ただし、証券取引法第２章の２第１節に基づく公開買付（以下「公開買付」という。）に応募し処分する場合には、会計法第 29 条の３第４項に基づく随意契約により処分することができる。』[27]」（下線部は筆者記入）として、財務省通達（財理第 2641 号 平成 18 年６月 29 日）に基づく物納有価証券の処分の手続として、会社経営陣が設立した会社による公開買付けに対し、財務大臣が応募し株式を処分するため会計法第29条の３第４項に基づく随意契約による処分をすることについて情報公開がなされている。

このように、物納制度は一定の要件を満たした上で、申請が認められれば、物納申請財産の価額は、その物納に係る相続税の課税価格計算の基礎となったその財産の価額によることとされている（相続税法第 43 条 1 項）ので、納税者

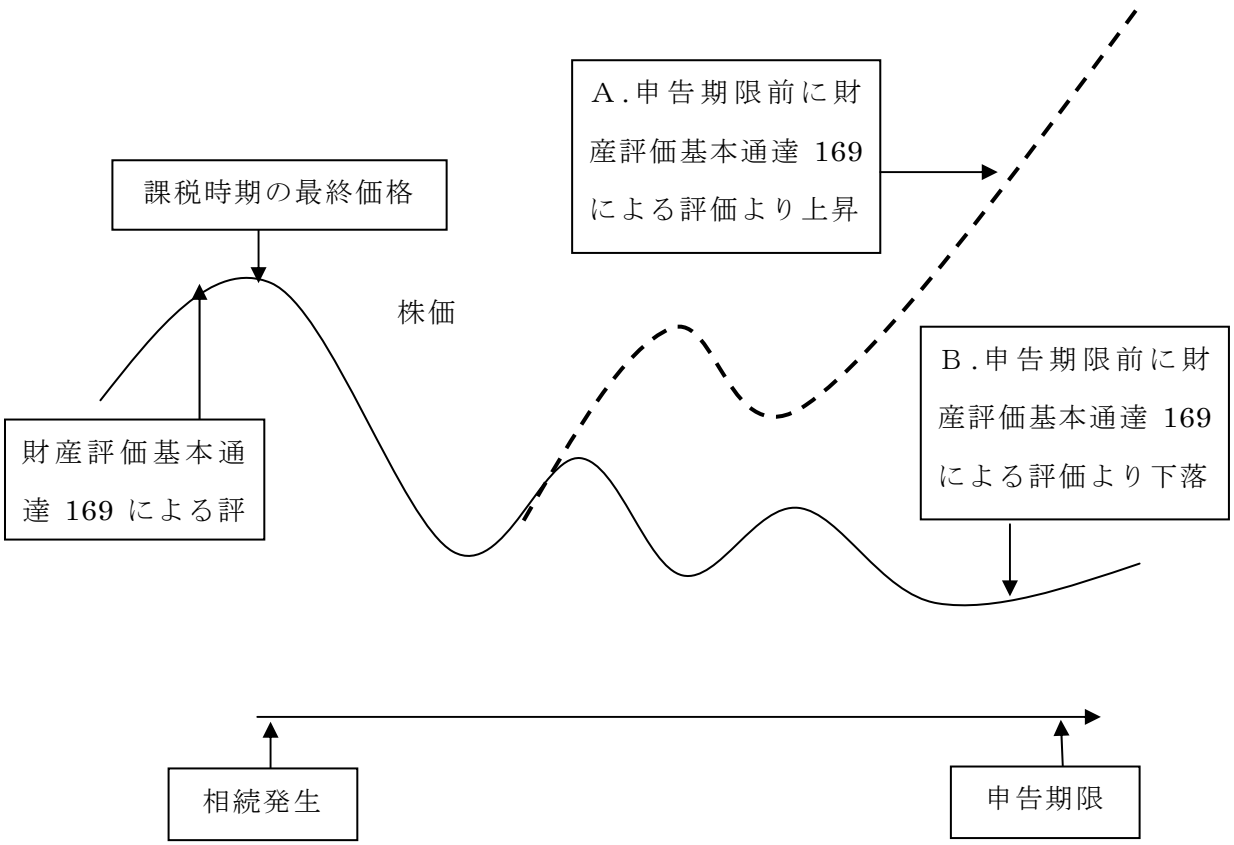
が相続開始後の価格の下落を実質的に負う事なく納税ができ、特に価格変動の大きな上場株式が大量に相続財産となる場合については非常に納税者にとって有利な制度と言える。

また、相続開始後の価格の下落を納税者が負わないという意味では、前節で取り上げた「評価期日選択制度」と同様の効果を持っているといえよう。

次に、一般に物納財産の収納価額は、相続開始後著しい状況の変化があったと認められる場合には改定した収納価額による（相続税法第 43 条 1 項）とされているが、状況に著しい変化が生じたときの例として相続税法基本通達 43－3（8）では「震災、風水害、落雷、火災その他天災により法人の財産が甚大な被害を受けたことその他の事由により、その法人の株式又は出資証券の価額が課税価格計算の基礎となった価額より著しく低下した場合」があげられている。

しかし、相続税法基本通達 43－３－(8)（注）において「証券取引所に上場されている株式の価額が証券市場の推移による経済界の一般的事由に基づき低落したような場合には、この『その他の事由』に該当しないものとして取り扱うことに留意する。」とあり、経済界の一般的事由に基づき低落したような場合は、収納価額の改定を要する場合にあたらないとされていて、上場株式には収納価額の改定リスクも非常に少ない財産と言え、非常に納税者に有利な物納財産と言える。このような制度を積極的に活用した場合、以下のように非常に納税者にとって有利な相続税の納税資金対策が考えられる。

図 4-3　上場株式を相続し申告期限までに上昇した場合と下落した場合



図表 4-4　株価推移に応じた納税方法の選択

相続開始日から相続税の納税期限日までの所有株の株価推移に応じて、相続税の納税方法を選択する。

株価の推移		納税方法
上昇（Aのケース）		売却（ブロックトレード・自社株買付け）
横ばい	取得原価＜時価	物納
	取得原価＞時価	売却（ブロックトレード・自社株買付け）
下落（Bのケース）		物納、物納後自社株買い付け

小谷野幹雄「ＰＢ・ＦＰのための上場会社オーナーの資産管理実務（三訂版)」(税務研究会出版局、2009 年）417 頁より。

（注）所有株に含み益がある場合、売却により換金すると含み益に対する譲渡所得課税が課せられる。一方、個人が相続財産を物納した場合には譲渡所得の計算上、財産の譲渡がなかったものとみなす。(租税特別措置法第 40 条の 3)。

仮に相続財産の全てが上場株式である相続人がいた場合、相続の発生後、自分の保有株の課税時期の最終価格と、実勢価格を常に比較して、換価コストを含めて自己の利益となる価格以上に株価が上昇した場合はブロッケージ・ディスカウントのコストを払った上で市場において売却し（上記図のＡのケース)、価格が下落すれば課税価格計算の基礎となったその財産の価額で収納できる（上記図のＢのケース)。

この際、課税時期から直ちに物納され換価されれば、国は価格下落分の損失を最小限にできたはずであるが、国が申告期限までの時間を納税者の選択に与えてくれているため、納税者は価格下落リスクを負わずに利益を上げる機会を得られたと言える。なおかつ、物納の場合、納税者は換価コストを負担する必要がない。

また、前節でも述べたが相続税法第 43 条２項により、「相続税の課税価格計算の基礎となった相続財産によって取得した財産（相続財産）も、例外的に物納の対象財産とすることができるとされて[28]」おり、その収納価額は新たに取得した財産の取得価額[29]であるが、物納財産が不動産の場合、通常は公示価格に対し路線価は２割程度評価が低くなっているため、不動産で物納をすることが納税者にとって有利になるケースは限られている。

しかし、上場株式の場合は申告期限までの 10 ヶ月の中で十分価格が上昇したり下落したりすることが想定できるため、上記図 4-3 のように、申告期限までの期間で納税者は非常に有利な判断ができることとなっており、現行法の運用上は問題無いが、納税者は相続財産を自分の判断で運用し価格が上昇すれば自分の利益、一方価格が下落すれば国の負担ということは租税負担の公平性の観点から問題がある。

つまり、被相続人はこの制度を理解し利用しようとすれば、あえて現金、預金や国債、不動産等の物納順位の高い財産は保有しないようにしたり、遺産分割で、特定の相続人に上場株式を集中させたりするなどの対策を施すことにより、計画的に物納制度を利用できるわけで（物納有価証券の実績は以下の図表 4-5 参照)、物納を利用できない他の一般の納税者と間で租税負担の公平性が著しく損なわれていると言えよう。

図表 4-5　物納等有価証券の異動状況及び年度末現在額（平成 19 年度）

（単位：銘柄、千株［株式］、千口［その他証券］、億円）

区　分	平成１９年度中増		平成１９年度中減		平成１９年度末現在額		
	数量	台帳価格	数量	台帳価格	銘柄数	数量	台帳価格
株　式	8,631	117	11,327	204	117	6,584	202
うち上場株式	8,589	109	9,378	148	65	3,420	15
その他証券	65,000	9	1,188,641	14	23	32,501	9
合　計	**73,631**	**126**	**1,199,969**	**218**	**140**	**39,085**	**212**

（注）１．その他証券とは、社債、受益証券、地方債等である。
　　２．本表には、所属替等の対内的異動を含む。
　　３．単位未満は切り捨てている。

財務省ＨＰ＞国有財産の概要（国有財産統計）第 27 表
https://www.mof.go.jp/jouhou/zaisan/gaiyou.htm　より 2010 年 1 月 12 日取得。

そして、物納された財産は普通財産（国有財産法第３条１項）たる性格を有するものとされて、財務大臣（財務局）が処分することになる（国有財産法第 6 条）。

物納された財産は適正な対価をもって譲渡しなければならず（財政法第 9 条）時価を基準とした一般競争入札で売却することが原則である（会計法第 29 条の 3 第 1 項）とされており、換価コストは最終的には国民負担ということになる。

換価コストの面からも、物納制度を利用したケースとしなかったケースにおいて経済効果の差異が見られ、やはり租税負担の公平性の観点から問題があると思われる[30]。

また、第二章、第 1 節で取り上げた租税特別措置法第 69 条の 4 の適用について違憲の疑いありとした大阪地裁平成 7 年 10 月 17 日判決（税資 214 号 141 頁）についての評釈で、品川芳宣氏が物納との関連において本件特例の存在を正当化し得ると考えられるとし、「相続税の物納は、その収納価額を、原則として、課税価格計算の基礎となった当該財産の価額としている(相続税法第 43 条 1 項)ので、金銭納付困難等所定の要件（相続税法第 41 条、42 条）を満たせば、課税時期後納期限までに相続財産の価値が減少した場合（又は今後減少が見込める場合）には、その財産を物納に当てることができるのである。・・・(略)したがって地価下落時において措置法 69 条の 4 の規定が適用されたとしても、当該財産について物納が認められれば、相続財産の価額を上回る相続税額の納付

というような不合理なことは生じないことになる。[31]」（下線部は筆者記入）として、物納による納付を利用することにより、相続発生後の実勢価額の下落によって納税額が相続財産を上回る問題が解決できるとの見解を示している

しかし、このような不合理な問題を解決する一般的な効果を物納に期待するためには物納適格財産が相続財産に含まれている納税者には原則として物納を認める等の大幅な物納要件の緩和が必要であり、第 34 条 1 項に規定される金銭納付の原則に反するため、立法的措置は困難と考える。

また、平成４年～６年にかけて、地価の下落により物納が大幅に増えた時期（巻末資料８～10 参照）に財務局の物納財産の新たな入札制度[32]を導入するなど処分事務が繁忙を極めた経験からも分かる通り、特定の納税者にとっては大変有利な物納であっても、徴税や財産の管理、保全、処分にかかるコストを考慮すると費用対効果が高い方法とは言えず、また会計法上の制限も十便考慮すべきであり、これらの面から物納制度の拡充は問題があると考える。

この点に関して成道秀雄氏[33]は、「相続税の納税時期において著しく低下しているような場合においては別段の配慮はない。この点については、その時点で株価が暴騰した場合との対比において、これについて配慮することの必要性はないとする。しかし、納税という面からは、何らかの配慮があってよいのではないかと考える（これを物納として認められるべきかどうかはまた別途の問題として検討されるべきである）」と述べられ、相続発生後の株価が納税時期（相続が開始したことを知ってから 10 ヶ月以内）において著しく低下しているような場合について、物納による解決と切り離して「何らかの配慮」を検討すべきとしている。

それに関する具体的な方策に関し、2008 年 12 月に日本税理士連合会税制審議会より、財産評価に関する答申[34]がなされた。

そのうち株式評価制度については「財産評価の時期について、現行の取扱いでは、上場株式の場合には、課税時期以前３か月間の取引価格が評価に反映されているが、相続開始後の状況の変化を斟酌する取扱いはない。このため、相続開始直後の株式発行会社の倒産や貸付先が破綻した場合の株式や貸付金の評価において、これらの財産が無価値化しても、課税上は救済されない。しかしながら、相続税が財産課税であり、相続財産を処分して納税することが多いと

いう実態からみると、現行の取扱いでは納税が困難になることもあり得る。相続開始後の一定期間における財産状況の変化を評価に反映させることが適当であり、財産評価の時期について、現行の取扱いを見直す必要がある。」（下線部は筆者記入）として、相続開始後の上場株式の一定期間における財産状況の変化を評価に反映させることを適当としており、具体的には「財産評価の時期」について現行の取扱いを見直すべきとしている。

また、首藤重幸氏は相続開始後の相続財産の減額を相続税の減額要素とする様々な学説上の立法的提案がなされているのに対し「相続人の責めに帰し得ない事情で、相続開始後に相続財産の価格が著しく減価（2 分の 1 以下に減価）した場合には、相続税の納付期限までの間を期間的限界として、評価額の修正の申請を認めるというような内容を考え得る。以上の基準を解釈論としても展開しえる余地がある」として、解釈による相続開始後の評価額の修正に可能性を見出す見解を持っている。

しかし、予測可能性、法的安定性の観点からは何らかの立法的措置の必要性があると考える。

また、財産評価基本通達 169 の趣旨に、評価の安全性という意義が内包されているのであれば、相続発生後の一定期間を選択肢に入れるとする考え方は、論理的に排除されるものではなく、現在の相続税法が遺産課税方式ではなく、遺産取得課税方式に近い方式（法定相続分課税方式[3536]）をとっていることからすれば、むしろ、相続人にとっての客観的交換価値は相続発生後の市場価格を反映したものであるべきだと考える。

そのような意味でも、前節で紹介した米国の「評価期日選択制度」は有力な案と言える。

例えば、相続が開始してから６ヶ月以内の任意の日を選択し、個々の財産ごとの評価期日の選択を認めずその基準日の相続財産の合計額をもって課税価格とする。また、その後の価格変動に基づく更正の請求を認めないこととし、途中で売却した財産があった場合はその売却価格で評価を行い[37]、現行の相続税法第 43 条第 2 項に規定された取得財産による取得価額での収納は、上場株式に限っては不当に有利な適用が可能と考えられるので、認めないとすべきではないかと考える。

また、上場株式よりもさらに価格変動の激しい先物・オプション取引、為替証拠金取引など被相続人が行っていた投機的な取引を相続したケースにおいても「評価期日選択制度」が導入されれば、相続開始後の価格変動を課税価格に反映することができるので、取引内容すら理解できない相続人達が相続発生時点での評価に基づく課税価格となり、場合によってはその後の純資産額を上回る相続税が課せられる事態を理論的には予防できる。

このような「評価期日選択制度」の導入は、結局のところ、『財産評価の時期』を相続開始後の一定の時期まで拡大するということを意味しており、その意味では、わが国の財産評価制度において、大変大きな改革案である。

しかし、1990 年以降にわが国経済が激変する中、相続発生後の相続財産の価格変動に対する問題意識から研究を開始した本稿が、最終的な提言としてたどり着いた米国の「評価期日選択制度」が、1929 年の世界大恐慌時に導入されたものであったことは大変示唆に富んでいる事実である。

相続税の期限は諸説あるが、西野敞雄氏は[38]「相続の利益は自分の労働から生じたものではない一種の偶然的な利得という点でのみ異なるにすぎず、偶然的な利得にも相当の担税力があるはずと主張される。（略）また『相続税は、財産の所有者が生存中に負担すべくして負担しなかった脱税の結果を補正するための税である』『相続税は極端な富の分配の不平等を矯正するために課する税である』という考え方もある。」としている。

そのような趣旨に照らし合わせても、「少なくとも、負担すべき税額が相続した財産の価値を超え、相続人の固有の財産を侵害することは、憲法 29 条の侵害となって許されない[39]」という判断基準は相続税の一般的な解釈において可能であると考えると、『財産評価の時期』を相続発生時または相続開始前に限定してきた現行制度の問題点は明らかであり、わが国の相続税制の一つの課題を解決するために変革をすべき時期に来ているのではないだろうか。

[1] 渋谷雅弘「資産移転課税（遺産税、相続税、贈与税）と資産評価（二）－アメリカ連邦遺産贈与税上の株式評価を素材として－」法學協會雑誌 110 巻 10 号 1522 頁（1993 年 10 月）。

[2] 渋谷雅弘「資産移転課税（遺産税、相続税、贈与税）と資産評価（二）－アメリカ連邦遺産贈与税上の株式評価を素材として－」法學協會雑誌 110 巻 10 号 1522 頁以降（1993 年 10 月）。

[3] 関俊彦『株式評価論』（商事法務研究会、1983 年）87 頁以降参照。

[4] 渋谷雅弘「資産移転課税（遺産税、相続税、贈与税）と資産評価(一)－アメリカ連邦遺産贈与税上の株式評価を素材として－」法學協會雑誌 110 巻 9 号 1366 頁（1993 年 9 月）。

[5] 渋谷雅弘「資産移転課税（遺産税、相続税、贈与税）と資産評価（二）－アメリカ連邦遺産贈与税上の株式評価を素材として－」法學協會雑誌 110 巻 10 号 1523 頁(1993 年 10 月)。

[6] 英文本文は Tax Almanac HP＞ http://www.taxalmanac.org/index.php/Treasury_Regulations%2C_Subchapter_B%2C_Sec._20.2031-2 より 2010 年 1 月 17 日に取得。和訳は渋谷雅弘「資産移転課税（遺産税、相続税、贈与税）と資産評価（二）－アメリカ連邦遺産贈与税上の株式評価を素材として－」法學協會雑誌 110 巻 10 号 1523 頁以降（1993 年 10 月）。

[7] 渋谷雅弘「資産移転課税（遺産税、相続税、贈与税）と資産評価（二）－アメリカ連邦遺産贈与税上の株式評価を素材として－」法學協會雑誌 110 巻 10 号 1526 頁（1993 年 10 月）。

[8] 渋谷雅弘「資産移転課税（遺産税、相続税、贈与税）と資産評価（二）－アメリカ連邦遺産贈与税上の株式評価を素材として－」法學協會雑誌 110 巻 10 号 1525 頁（1993 年 10 月）。

[9] 渋谷雅弘「資産移転課税（遺産税、相続税、贈与税）と資産評価（二）－アメリカ連邦遺産贈与税上の株式評価を素材として－」法學協會雑誌 110 巻 10 号 1528 頁（1993 年 10 月）。

[10] 森順子「ブロックトレードにおけるコンプライアンス上の留意点（上)」旬刊商事法務 1703 号 27 頁（2004 年 7 月）によると「ブロックトレードとは、一般に、きわめて短期間に投資需要の調査等を行い、証券会社を通して限られた投資家を対象として立会い外もしくは市場外（海外投資家を含む）で処分を行うものであり、東京証券取引所の ToSTNeT 取引による場合と店頭売買取引（いわゆる OTC 取引）による場合とがある。この手法は、立会外分売と同様に大株主が市場への影響を抑えて保有株を売却する手法として有効であり、かつ大口の購入需要を有する機関投資家等の参加により相当規模の売却が見込めるとともに「売出し」に比べて売却手段が簡便であり、市場のニーズにより機動的に対応できるというメリットを有する手法である。」と説明されている。また、小谷野幹雄『PB・FP のための上場会社オーナーの資産管理実務（三訂版)』（税務研究会出版局、2009 年）419 頁には、実務における説明として「ブロック・トレードにより、大量の株式を一括で譲渡します。ブロック・トレードは立会外取引などを利用することが多いようです。投資信託や年金基金等の機関投資家へのブロック・トレードは、機関投資家にブローカー（証券会社等）から個別に、前日の終値から数％のディスカウントでオファーします。譲渡価額は、時価から数％のディスカウントした価格となるのが通常です。（略）ブロック・トレードによれば、市場への影響を最小化しつつ、大量の自社株を一時に換金化することが可能です。」と紹介されている。

[11] 巻末資料 1 において、富士通によるファナック、アドバンテスト株式のブロック・トレードの事例を掲載。2005 年 2 月 23 日において、ファナックが終値 6760 円のところ約 6638 円（－1.80％）で売却、アドバンテストが 8930 円のところ約 8600 円（－3.70％）で売却されている。

[12] 金融商品取引法第 4 条第 1 項及び第 2 項。

13 東京証券取引所業務規定第 5 章第 2 節。
14 東京地裁昭和 47 年 11 月 20 日判決（税資 66 号 979 頁）。
15 久田祥史、山井康浩「流動性リスク評価方法の実用化に向けた研究」金融研究（日本銀行金融研究所、2000 年 9 月）において、マーケット・インパクトを考慮して保有ポジションをすべて流動化する上での最適な執行戦略を算出し、その最適執行戦略に基づいて流動化を完了するまでの間に価格変動により被る可能性がある最大損失額を算出するモデルの分析を行っている。
http://www.imes.boj.or.jp/japanese/kinyu/2000/kk19-b2-2.pdf#search='流動性リスク評価方法の実用化に向けた研究'より 2009 年 9 月 10 日取得。
16 関俊彦『株式評価論』（商事法務研究会、1983 年）91 頁以降参照。
17 「物納等有価証券の取扱要領について」（平成 13 年 3 月 30 日、財理第 1299 号）と題する財務省通達の第 1 基本方針では「物納申請があった有価証券（以下「物納申請有価証券」という。）の調査及び物納有価証券の引受けに当たっては、税務署等（税務署のほか税務署から国税局又は沖縄国税事務所へ事務を引き継ぐものについては、国税局又は沖縄国税事務所をいう。以下同じ。）と十分に連絡を行い、適正かつ円滑な事務処理に努めるものとする。また、物納有価証券及び国庫帰属有価証券（以下「物納等有価証券」という。）の管理に当たっては、財産価値及び利益の保全を図り、処分に当たっては、的確な処理に努め、その取得経緯に照らし、可能な限り速やかに処分するものとする。（下線部は筆者記入）第 6　物納等有価証券の処分事務、1　処分方法、⑴ 上場株式については以下の通り。「原則として会計法（昭和 22 年法律第 35 号）第 29 条の 3 第 1 項及び第 5 項により証券会社と委託契約を行い、金融商品市場を通じて処分するものとする。ただし、金融商品取引法第 2 章の 2 第 1 節に基づく公開買付（以下「公開買付」という。）に応募し処分する場合には、会計法第 2 9 条の 3 第 4 項に基づく随意契約により処分することができる。」（下線部は筆者記入）。
18 首藤重幸「物納財産の評価と管理」日税研論集 27 号 128 頁（1994 年 5 月）。
19 石島弘『課税標準の研究』（信山社、2003 年）350 頁以降参照。
20 石島弘『課税標準の研究』（信山社、2003 年）350 頁。
21 石島弘『課税標準の研究』（信山社、2003 年）352 頁以降を基にした筆者によるまとめ。
22 田中治「相続財産の評価をめぐる法的諸問題」『相続税制の再検討』44 頁（日本租税理論学界、2003 年）において、相続税の限界を「少なくとも、負担すべき税額が相続した財産の価値を超え、相続人の固有の財産を侵害することは、憲法 29 条の侵害となって許されない、というべきであろう」としている。また、本稿第二章、第 1 節で取上げた、大阪地裁平成 7 年 10 月 17 日判決（税資 214 号 141 頁）と評釈を参照。
23 石島弘『課税標準の研究』（信山社、2003 年）353 頁。
24 物納要件を判断するために、納税者は課税庁に「金銭納付を困難とする理由書」の提出が求められ、これが実務上非常に重要なものである。巻末資料 12 参照。
25 図表 1-2、図表 1-3 参照。
26 掲載の 4 社については、全て 2005 年～2008 年までの間に、創業経営者が死去していることと、相続開始後の株価が低迷していること、また財務大臣が株式を投資で買い付けることは通常あり得ないことから推測している。関門海については、会社から経緯について公表がある。（巻末資料 2-2 参照）
27 巻末資料 2-2 参照。
28 首藤重幸「物納財産の評価と管理」日税研論集 27 号 128 頁（1994 年 5 月）。
29 武田昌輔監修『ＤＨＣコンメンタール相続税法』（第一法規、1981 年）相続税法第 43 条 2 項。
30 物納財産の換価コストに関する提言として本章第 1 節、②における、以下の部分を参照。「納税者は、相続財産を自分の判断で、運用し、価格上昇すれば、自分の利益、下落すれば国の負担でなおかつ、換価コストまで国が負担するということが解釈上認められてい

る訳で、現行法の運用上問題は無いが、租税負担の公平性の観点からは問題であり、物納の収納価額から『ブロッケージ・ディスカウント』の控除を行うべきではないかと考える」。

[31] 品川芳宣「措置法 69 条の 4 に基づく課税処分の合憲性」『増補改訂版　重要租税判決の実務研究』（大蔵財務協会、2005 年）656 頁。

[32] 巻末資料 11 参照。

[33] 成道秀雄「有価証券の時価」日税研論集 21　33 頁（1992 年 11 月）。

[34] 日本税理士連合会税制審議会「資産課税における財産評価制度のあり方について－平成 20 年度諮問に対する答申－」（日本税理士連合会、2008 年 12 月）4 頁以降。税制審議会委員〔特別委員〕（会長）金子宏（会長代理）品川芳宣、中里実、水野忠恒、山田二郎ほか〔専門委員〕（専門委員長）小池正明ほか。
http://www.nichizeiren.or.jp/guidance/pdf/toushin_H20.pdf より 2010 年 1 月 1 日取得。

[35] 品川芳宣、緑川正博『相続税財産評価の理論と実践』（ぎょうせい、2005 年）175 頁。

[36] 池本征男、酒井克彦『相続税・贈与税』（大蔵財務協会、2008 年）23 頁以降において、遺産課税方式、遺産取得課税方式、ならびに法定相続分課税方式について参照。

[36] 「時価」と資産取得税体系の関係については、石島弘『課税標準の研究』（信山社、2003 年）327 頁以降参照。

[37] 税制特別調査会「相続税制度改正に関する税制特別調査会答申」（1957 年、昭和 32 年 12 月）において上場株式の評価について「株式と課税の対象となった財産が申告書の提出の時までに売却され、その売却代金が課税上の評価額を下回ることとなったような場合には、その売却価額をもって評価額とすべきである 。ただ、このような措置は、その乱用をさけるため、公正な取引によって行われた場合に限って認められるべきことはもちろんであり、差しあたっては上場株式又はこれに順ずる有価証券程度に限るべきであろう。」として、立法措置の提案がなされている。

[38] 西野敞雄・酒井克彦『税ってなんだろう　3 訂版』（朝陽会、2006 年）97 頁以降。

[39] 前出、田中治「相続財産の評価をめぐる法的諸問題」『相続税制の再検討』44 頁（日本租税理論学会、2003 年）において、相続税の限界を「少なくとも、負担すべき税額が相続した財産の価値を超え、相続人の固有の財産を侵害することは、憲法 29 条の侵害となって許されない、というべきであろう。」としている。

おわりにかえて

1990 年代以降のわが国経済はそれまでとは大きく変化し、土地や株式市場の長期低落傾向と実体経済のデフレ化に加え財政赤字の拡大の少子高齢化の進展等々と現在のみならず将来に対する不安も拡大してきた。

このような中、国内の土地や株式を保有する意欲は低下し海外への投資を行う金融商品の需要が高まってきている。

国の有り様が大きく変わってきたことを体感しながら、この２０数年を市場とともに過ごし、これからの 30 年の方向性にある程度の確信をもって臨んでいる。

過去の右肩上がりの経済情勢では無いので、相続税が課税された後の純資産の担税力の回復は以前と比べると格段に困難であり、それだけに運不運に任せない納得性のある適正な課税が必要であると言える。

その意味で最後に改めて本稿の目的とまとめを行いおわりにかえる。

【本稿の目的】

本稿は、近年の我が国の不動産市場、株式市場の変化を踏まえ、財産評価の時期から申告期限にかけての価格の下落により納税者の税引き後の純資産が大きく減少するケースを想定し、解釈による救済策と現実的な解決策ならびに立法的な施策について研究を行ったものである。

【相続税法上の時価と財産評価基本通達による評価の問題点】

第一章では、相続税法第 22 条の「財産の取得の時における『時価』」についての解釈と、財産評価基本通達の意義や問題点を検証した。

相続又は遺贈により取得した財産の評価原則となる「時価」については相続税法第 22 条の解釈によることとなっているが、一方で財産評価基本通達が解釈規定として国税庁から示されている。

同通達において、土地や上場株式の評価は過去のある時期（時点）の価額に安全性を斟酌したものとなっているため、価格の変動が大きい場合、通達による評価額と相続税法上の「時価」の乖離が拡大し、納税者と課税

庁それぞれの立場から財産評価基本通達総則 6 項（この通達の定めにより難い場合の評価）の適用が主張され裁判に発展するケースが見られた。

第二章においてそれらの訴訟の検証を行ったが、緩和規定としては適用を容認できるが、租税回避行為への適用には「租税法律主義」の観点から慎重を期すべきであり原則として課税強化の場合は立法のプロセスを経るべきであるとの結論に至った。

それに続いて、土地価格の高騰が激しかった昭和 60 年代において、租税回避行為の防止と地価の高騰対策として制定された旧租税特別措置法第 69 条の４に関する二つの判決を検証した。

両判決において立法そのものは合憲と判断されたが、一方の裁判では「相続発生時において相続税の額が相続財産の純資産額を上回るような状況」には同法を適用すべきでないとし、憲法第 24 条の財産権の侵害の可能性にも言及があり、相続税の限界を示すリーディングケースとなった。

【立法上の要諦としての財産評価の時期】

検証事例によると、通達による評価額と実勢価格の開差が拡大する要因は価格変動と『財産評価の時期』であり、『財産評価の時期』をどのように設定し「時価」を示すかということが立法上の要諦であることを確認した。

また、租税特別措置法第 69 条の４の例を挙げて、立法にあたっては価格が上昇した場合と下落した場合のシミュレーションにより制度設計すべきであることを指摘した。

【ブロッケージ・ルールと評価期日選択制度】

第三章では上場株式の評価と納税に関する問題点と裁判例の検証を行い、第四章では、米国連邦遺産税における制度から『ブロッケージ・ルール』と呼ばれる大口の売買単位にかかるコストの評価制度と、『評価期日選択制度』という相続開始以後の資産価格の下落により生じる負担を軽減できる制度の検証を行った。

その結果『ブロッケージ・ルール』は物納の収納価額から控除すべきであり、『評価期日選択制度』は財産価格の下落に対する有力な評価方法であ

るとした。

【上場株式による物納の有利性と問題点】

続いて、大株主による上場株式での物納の効果と課題を納税者側と国側双方の立場から検証した。

「物納」については収納価額が「課税価格計算の基礎となった当該財産の価額」となっているため、相続発生後に価格が下落しても納税者は負担を負わなくとも良い上、価格が上昇した場合は売却して利益を手にできるので、相続発生後の財産価格の下落に対して非常に有効な対策となっている。

加えて相続税法第 41 条 2 項の規定によると納税者が相続財産を売買して自分の判断で投資した株式についても物納が出来ることとなっており、その収納価額はその取得の時における価額とされているので、損失リスクなしで一定期間運用できると解され納税者にとっては大きなメリットであるが、租税負担の公平性の観点からは問題であるとした。

また、物納が許可されるためには要件があるため一般的な救済策とならず、徴税と処分のコストが高く、会計法上の留意点も多いことから国税の中心的な徴収手段として推進すべきではないとの結論に至った。

【評価期日選択制度の提言】

それに対し、一般的な効果が期待できる方法として、米国で認められている『評価期日選択制度』の導入を提言した。

これは相続財産の総額が課税時期の総額を下回るときのみ『財産評価の時期』を相続発生後の一定の期間（6 ヶ月位か）にまで延長することを認めるもので、これにより納税のための換金などに十分な時間をかけることができ、過大な相続税の負担も発生しにくいので予測可能性に優れた制度であると言える。

この『評価期日選択制度』は世界大恐慌後のアメリカで納税者救済のために採用されたものであるとのことだが、人口減少期を迎え土地や株式価格が下落傾向となっている我が国にとって示唆に富んだ制度と言えよう。

まとめとしては以上である。

もちろん、この制度の提言にあたっては、法体系内での整合性や徴税実務における課題など、さらに詳細に検討を加えなければいけないと考えられるが、それらについては今後の研究課題としたい。

巻末資料１　　富士通による保有株式のブロック・トレードによる売却

各位 平成 17 年 2 月 23 日

会社名 富士通株式会社
代表者名 代表取締役社長 黒川 博昭
（コード番号 6702 東証第 1 部）
問合せ先 広報 IR 室長 八木 隆
電話番号 03-6252-2175

ファナック株式及びアドバンテスト株式売却に関するお知らせ
（ブロックトレードの手法による売却）

当社は、財務基盤の一層の強化のため、ファナック株式会社及び株式会社アドバンテストの株式の一部を下記の通り、ブロックトレードの手法により売却しましたのでお知らせいたします。

記

I．株式売却の内容

ファナック株式会社

(1) 売却株数 13,000,000 株（うち、当社名義 5,000,000 株、退職給付信託名義 8,000,000 株）

(2) 売却総額 約 863 億円

(3) 売却後の当社保有株数 18,623,963 株

（議決権に対する割合 8.76%）

(4) 売却方法 ブロックトレードの手法による証券会社への売却

(5) 売却日 平成 17 年 2 月 23 日

株式会社アドバンテスト

(1) 売却株数 4,000,000 株（退職給付信託名義）

(2) 売却総額 約 344 億円

(3) 売却後の当社保有株数 10,071,396 株（退職給付信託名義 10,071,300 株を含む）
（議決権に対する割合 10.93%）

(4) 売却方法 ブロックトレードの手法による証券会社への売却（下線部は筆者記入）

(5) 売却日 平成 17 年 2 月 23 日

II. 業績への影響

昨日実施いたしました ToSTNeT-2 による売却と合わせ一連の売却による影響額は、特別利益で単独約 1,379 億円（うち今回分約 331 億円）、連結約 1,289 億円（うち今回分約 331 億円）、当期純利益で単独約 820 億円（うち今回分約 197 億円）、連結約 730 億円（うち今回分約 197 億円）の見込みであります。

平成 17 年 1 月 28 日に公表いたしました平成 17 年 3 月期の業績予想につきましては、年度末に向けて、繰延税金資産の残高見直しなどを予定しており、現時点では業績予想の変更はいたしません。

III. 当社との関係

今回の株式の売却後も、当社、ファナック株式会社および株式会社アドバンテストは、これまで以上に友好的かつ対等のパートナーとして、良好な協力関係を維持してまいります。

以上

富士通 HP＞http://pr.fujitsu.com/jp/news/2005/02/23.html より 2010 年 1 月 20 日取得。

巻末資料２－１

3372　関門海



創業者山口聖二氏 2005 年 11 月 15 日死去。



財務大臣持株数（持株比率：持株数／発行済株式数）

2007 年 11 月　17,623 株（29.4%）→2008 年 11 月　5,417（8.6%）→2009 年 11 月　5,417（8.6%）

『会社四季報ＣＤ-ＲＯＭ2010 新春』（東洋経済新聞社、 2009 年 12 月）より。

巻末資料２－２

平成 19 年 11 月 14 日

各 位

株式会社関門海
代表取締役会長ＣＥＯ 谷間 真
(コード番号：3372 東証マザーズ)
問合せ先 取締役・経営支援部長
原 真理
電 話 番 号 06-6578-0029（代表）

株式会社ヤタガラスホールディングスによる当社株式に対する公開買付けに関する賛同意見表明のお知らせ

（略）

「当社は、平成 19 年 11 月 14 日開催の取締役会において、株式会社ヤタガラスホールディングス（以下｢公開買付者｣または「ＹＨＤ」といいます。）が実施する当社株式に対する公開買付け（以下「本公開買付け」といいます。）について、賛同の意を表明することを決議いたしましたので、下記のとおりお知らせいたします。

なお、当社は株式会社東京証券取引所マザーズ市場に上場しておりますが、公開買付者は本公開買付けにおいて買付けを行う株数に上限を設定しているため、本公開買付けが成立した場合であっても、当社は引続き株式会社東京証券取引所マザーズ市場への上場は維持する方針です。

（略）

公開買付者の設立及び本公開買付けに至る経緯は以下のとおりです。

平成 17 年 11 月 15 日に当社の創業者であり当時の当社の発行済株式総数の 72.55％を保有していた山口聖二氏が交通事故により急逝いたしました。しかしながら、同氏の相続人は未成年者であり、上場企業である当社の大株主としての機能を果たすことは著しく困難であるとの判断から、相続人の親権者との協議の上、上場企業として責任ある会社運営を継続するため現経営者の資産管理

会社として公開買付者であるＹＨＤを設立し、平成 18 年９月 11 日付で相続人からＹＨＤへ株式を譲受けることで、当時の当社の発行済株式総数の 28.59％（16,750 株）を保有する筆頭株主となりました。また、相続税の納税については、相続税申告時の株価が当社の業績予想の下方修正及び新興市場環境の悪化により相続税法上の評価額の約 60％程度の水準にまで下落し、当該株式処分を伴う金銭による納税が困難となったため、相続税法（昭和 25 年法律第 73 号）第 41 条の規定による物納を行ったことにより、平成 19 年２月２日付で財務大臣が当時の当社の発行済株式総数の 29.82％（17,638 株）を保有する筆頭株主となっております。（下線部は筆者記入）

相続に係る物納等有価証券に関する事務取扱である財務省通達（財理第 2641 号平成 18 年６月 29 日）（以下「財務省通達」といいます。）によると、物納有価証券の処分方法については、「原則として会計法（昭和 22 年法律第 35 号）第 29 条の３第１項及び第５項により証券会社と委託契約を行い、有価証券市場を通じて処分するものとする。ただし、証券取引法第２章の２第１節に基づく公開買付（以下「公開買付」という。）に応募し処分する場合には、会計法第 29 条の３第４項に基づく随意契約により処分することができる。」とされており、その処分基準については、「当該株式の株価、当該株式の発行法人の属する業種の株価及び有価証券市場全般の株価の動向並びに当該株式の発行法人等の決算発表等の状況等を十分考慮し、取得後速やかに処分するものとする。なお、公開買付が行われているときには、公開買付価格と当該株価等を比較衡量して、公開買付に応じる方が有利と判断される場合には、当該株式を公開買付に応募して処分することとする。」（下線部は筆者記入）とあります。

当社といたしましては、当社の成長により企業価値の向上が実現した場合であっても、上記財務省通達の原則である物納有価証券の処分による市場売却が大量もしくは長期間にわたり継続することは、当社の経営上への影響はもちろん、株主の皆様の期待に背く結果となりかねないと考え、当社の経営者による資産管理会社であるＹＨＤが当該物納有価証券の処分機会を設けて、当該物納有価証券を取得することを目的として、本公開買付けを実施することについて賛同することにいたしました。

なお、本公開買付けにおいて買付けを行う株券等の数は、財務大臣が保有す

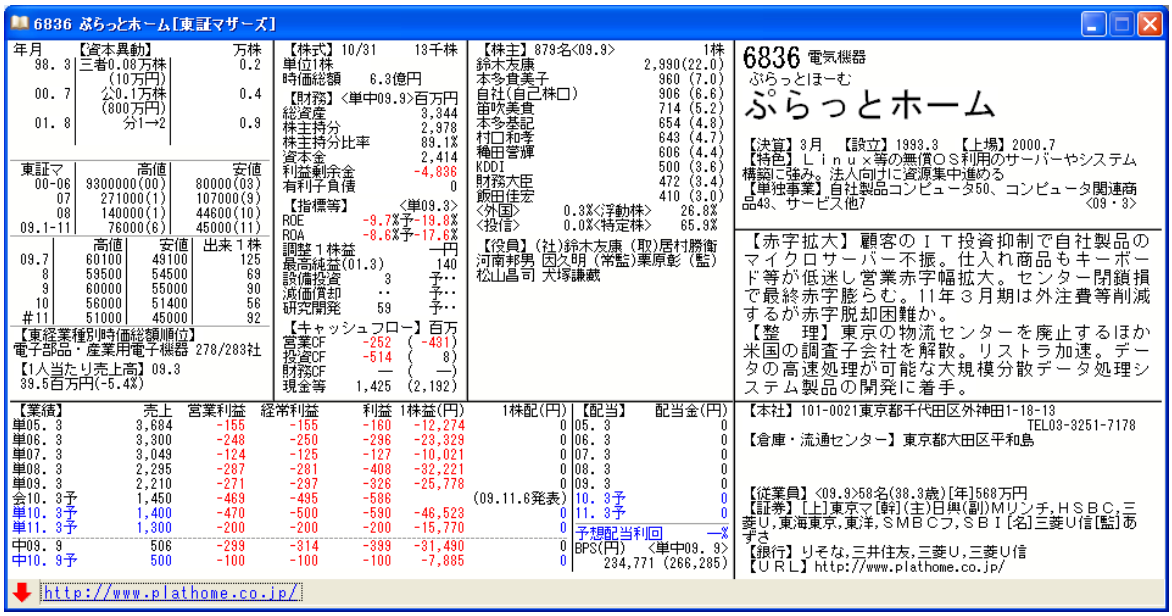
る物納有価証券 17,638 株（平成 19 年 5 月 31 日現在の当社の発行済株式総数に対する割合 29.68％）のうち、本公開買付けにより「買付け等を行った後における株券所有割合」が２／３未満となるように 12,400 株としております。ＹＨＤは、本公開買付け後において当社の株式を更に買付ける予定はありません。また、本公開買付けが成立した場合であっても、ＹＨＤによる当社への経営方針又は経営参加後の計画について大幅な変更はありません。ＹＨＤは、上記物納有価証券を取得し、安定株主として当社の経営を支援することにより、当社の企業価値向上を目指す所存ですので、株主の皆様におかれましては、本公開買付けの趣旨をご理解の上、今後も当社の株式を保有して頂き、当社の株主として当社をご支援頂きたく存じます。

なお、当社の株式は、株式会社東京証券取引所マザーズ市場に上場しておりますが、本公開買付けは当社の上場廃止を企図するものではありません。本公開買付けにおける買付予定の株券等の数には上限が付されており、本公開買付けが成立した場合でも、当社の株式は引き続き株式会社東京証券取引所マザーズ市場への上場を維持する方針です。」

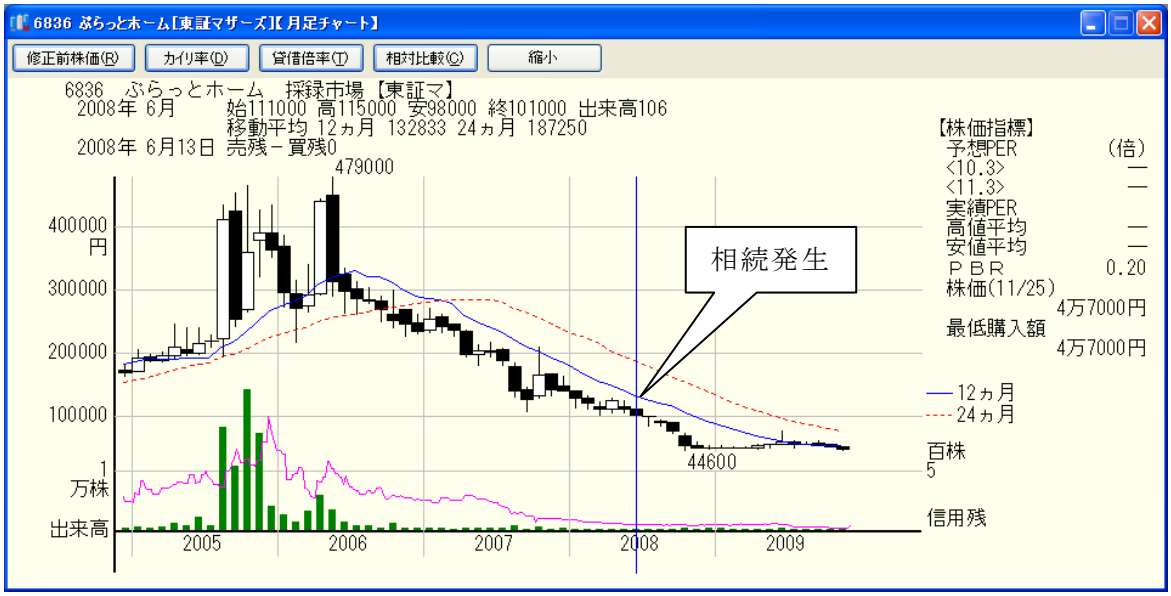
http://www.kanmonkai.co.jp/ir/img/071114ikenhyomei.pdf 株式会社関門海 HP＞IR 情報より 2009 年 12 月 26 日取得。

巻末資料３

6836　ぷらっとホーム



創業者本多弘男会長 2008 年 06 月 11 日死去。



財務大臣持株数（持株比率：持株数／発行済株式数）

2009 年 11 月　 472 株（3.6%）

『会社四季報ＣＤ-ＲＯＭ2010 新春』（東洋経済新聞社、 2009 年 12 月）より。

巻末資料４

8869 明和地所



創業者原田利勝氏 2007 年６月 11 日死去。



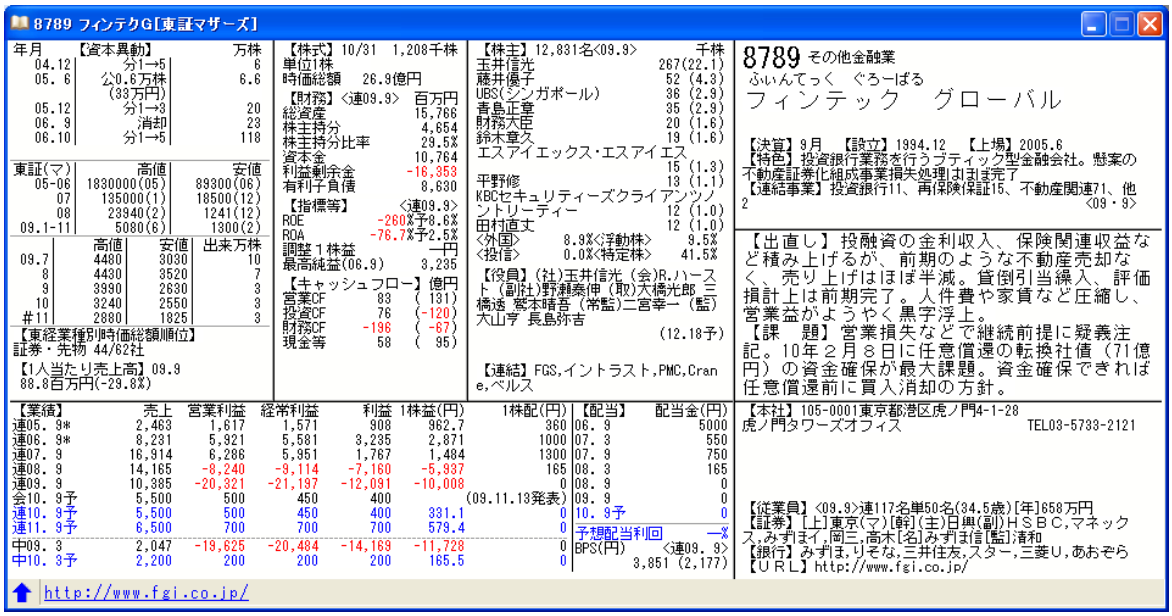
財務大臣持株数（持株比率：持株数／発行済株式数）

2009 年 11 月　44 万株（1.7%）

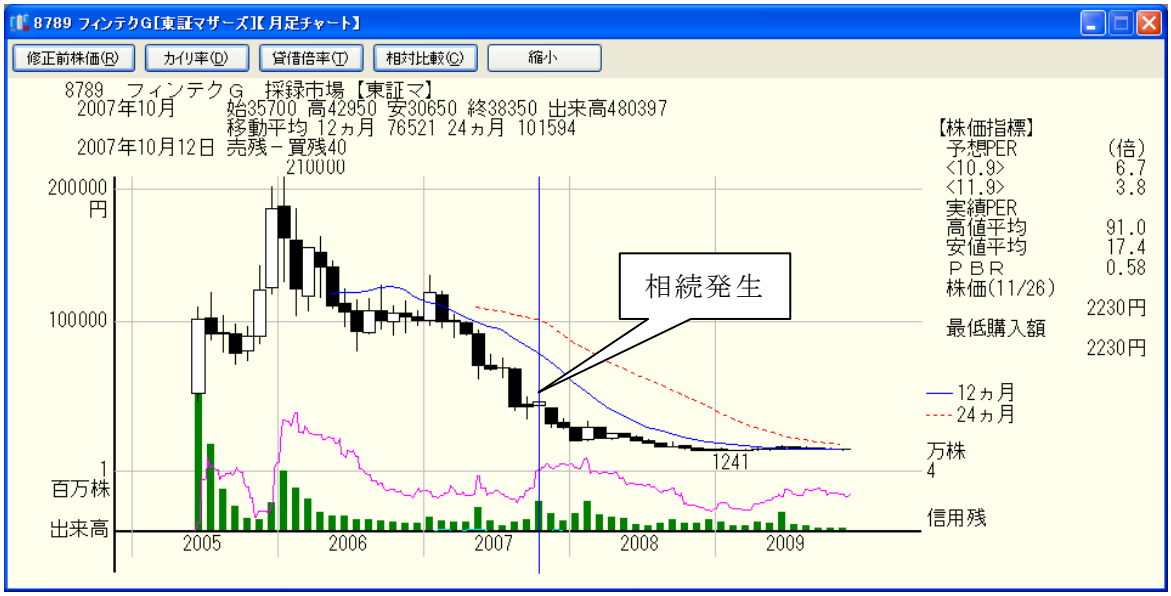
『会社四季報ＣＤ-ＲＯＭ2010 新春』（東洋経済新聞社、 2009 年 12 月）より。

巻末資料５

8789　フィンテック　グローバル



元会長藤井健氏 2007 年 10 月 14 日死去。

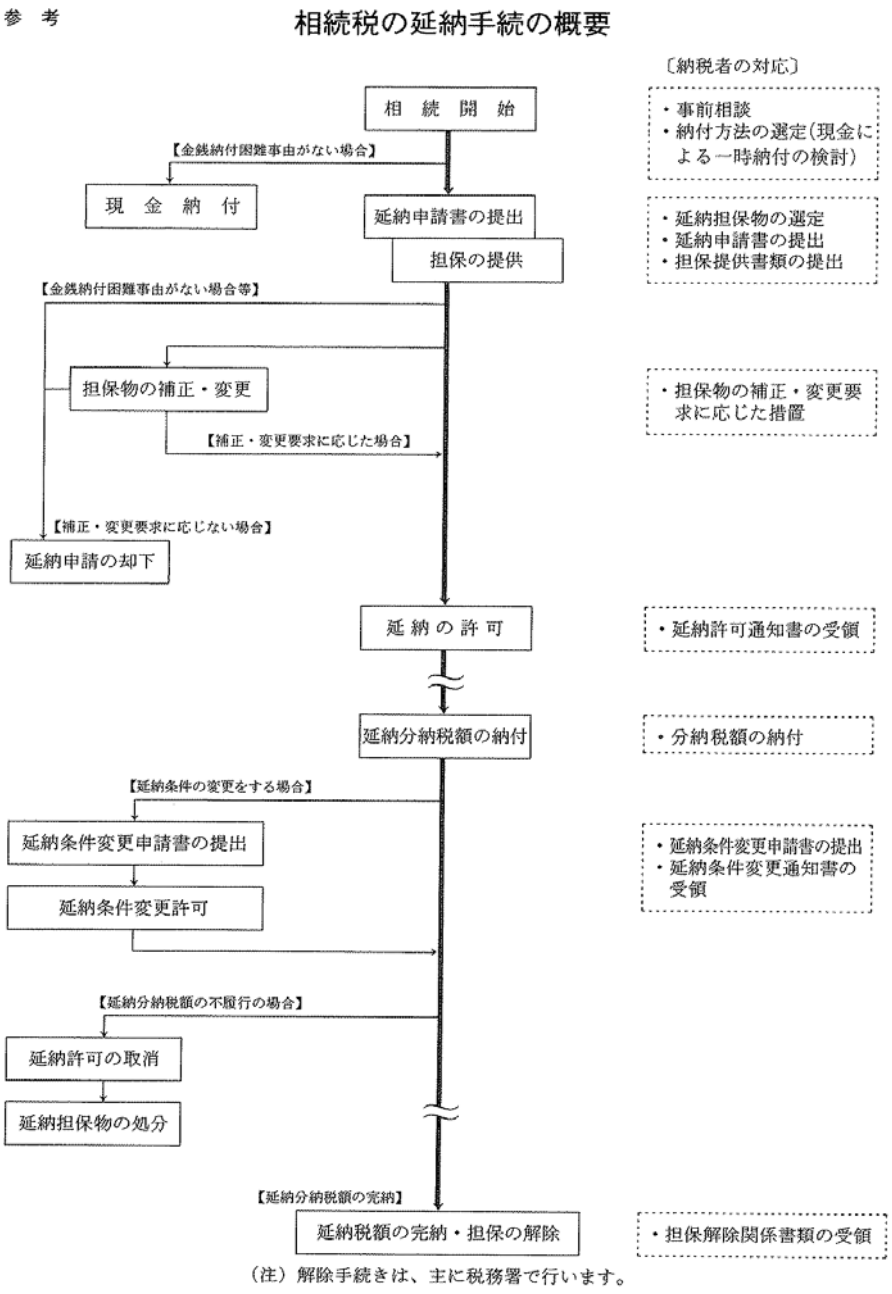


財務大臣持株数（持株比率：持株数／発行済株式数）

2009 年 11 月　 2 万株（1.7%）

『会社四季報ＣＤ-ＲＯＭ2010 新春』（東洋経済新聞社、 2009 年 12 月）より。

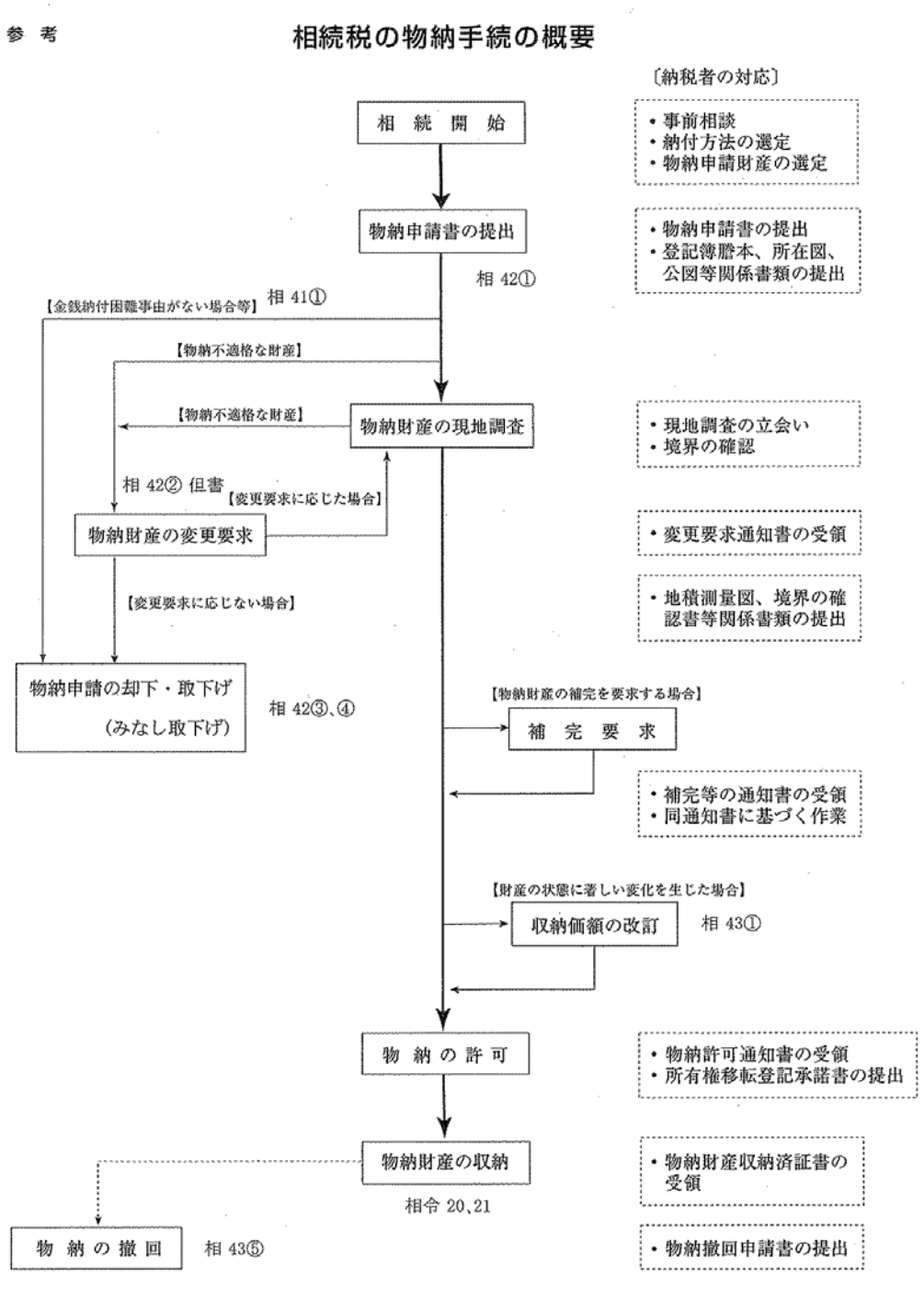
巻末資料６



相続税・贈与税の延納の手引　（平成 17 年度以降分　国税庁）

（国税庁 HP http://www.nta.go.jp/shiraberu/ippanjoho/pamph/sozoku/pdf/5020-57.pdf）より平成 22 年 1 月 4 日取得

巻末資料 7



相続税の物納の手引　（平成 17 年度以降分　国税庁）

（国税庁 HP http://www.nta.go.jp/shiraberu/ippanjoho/pamph/sozoku/pdf/5020-57.pdf）より平成 22 年 1 月 4 日取得

巻末資料８　　平成 20 年度　相続税の延納処理状況等

（単位：件、億円）

区分	年度	申請	処理				処理未済
			許可	取下げ等	却下	小計	
件数	元	24,179	25,443	6,497	222	32,162	9,037
	2	37,073	29,824	2,134	198	32,156	13,954
	3	47,360	42,206	2,564	213	44,983	16,331
	4	35,936	33,983	2,277	308	36,568	15,699
	5	33,395	34,511	2,016	191	36,718	12,376
	6	26,805	28,356	1,638	237	30,231	8,950
	7	19,694	20,622	1,409	263	22,294	6,350
	8	15,629	15,544	1,315	220	17,079	4,900
	9	13,170	12,539	1,050	198	13,787	4,283
	10	11,534	10,871	861	204	11,936	3,881
	11	11,166	10,287	841	197	11,325	3,722
	12	11,258	10,414	792	193	11,399	3,581
	13	9,734	9,533	756	130	10,419	2,896
	14	9,023	8,563	583	108	9,254	2,665
	15	8,333	8,196	477	93	8,766	2,232
	16	7,026	6,851	542	64	7,457	1,801
	17	5,763	5,626	477	63	6,166	1,398
	18	4,705	4,742	358	76	5,176	927
	19	3,222	2,926	380	84	3,390	759
	20	3,030	2,511	443	75	3,029	760
金額	元	11,097	8,959	1,422	51	10,432	5,199
	2	18,977	14,644	921	63	15,628	8,548
	3	24,214	21,136	1,221	61	22,418	10,344
	4	12,197	14,586	1,156	103	15,845	6,696
	5	12,256	12,534	667	104	13,305	5,647
	6	9,783	10,852	604	96	11,552	3,878
	7	6,587	7,221	631	65	7,916	2,549
	8	5,361	5,338	568	143	6,049	1,861
	9	4,220	4,056	376	61	4,493	1,588
	10	3,286	3,242	247	49	3,538	1,336
	11	3,206	3,062	256	57	3,374	1,168
	12	3,321	3,003	211	166	3,380	1,110
	13	2,919	2,839	205	35	3,079	950
	14	2,555	2,439	349	17	2,805	700
	15	2,404	2,309	111	17	2,437	666
	16	2,020	2,060	151	14	2,225	462
	17	1,553	1,479	115	19	1,613	403
	18	1,438	1,350	126	21	1,497	344
	19	1,193	1,091	107	26	1,224	313
	20	1,053	900	130	21	1,051	315

（注）

1. 1億円未満の端数処理（四捨五入）をしたため、「処理」欄の小計の金額と、その内訳の合計とは符合しない。

2. 平成6年度の内書きは特例物納の計数である。

国税庁ホームページ＞活動報告・発表・統計＞報道発表資料(プレスリリース)目次＞平成20年度　相続税の物納申請状況等について＞相続税の延納処理状況等
http://www.nta.go.jp/kohyo/press/press/2009/sozoku/02.htmより2010年1月5日取得。

巻末資料９　　平成 20 年度　相続税の物納処理状況

（単位：件、億円）

区分	年度	申請	処理				処理未済
			許可	取下げ等	却下	小計	
件数	元	515	97	238	3	338	684
	2	1,238	459	287	1	747	1,175
	3	3,871	532	534	7	1,073	3,973
	4	12,778	2,113	1,131	9	3,253	13,498
	5	10,446	6,684	3,642	3	10,329	13,615
	6	内 7,268 16,066	8,749	3,788	28	12,565	17,116
	7	8,488	9,185	2,905	22	12,112	13,492
	8	6,841	6,240	2,723	34	8,997	11,336
	9	6,258	4,973	2,118	29	7,120	10,474
	10	7,076	4,546	1,832	20	6,398	11,152
	11	7,075	4,713	2,044	28	6,785	11,442
	12	6,100	4,556	1,939	37	6,532	11,010
	13	5,753	4,844	1,698	27	6,569	10,194
	14	5,708	4,479	1,690	31	6,200	9,702
	15	4,775	4,545	1,687	28	6,260	8,217
	16	3,065	3,639	1,651	24	5,314	5,968
	17	1,733	2,730	1,169	21	3,920	3,781
	18	1,036	2,094	861	16	2,971	1,846
	19	383	1,114	234	22	1,370	859
	20	698	704	149	27	880	677
金額	元	977	51	300	3	354	1,075
	2	1,333	492	403	1	897	1,512
	3	5,876	356	784	1	1,142	6,246
	4	15,645	1,571	1,353	3	2,928	18,962
	5	11,081	6,228	4,490	2	10,720	19,324
	6	内 7,545 14,823	8,182	4,053	40	12,274	21,872
	7	6,610	7,921	3,004	42	10,967	17,515
	8	4,654	5,143	2,839	25	8,007	14,162
	9	4,340	4,121	2,028	32	6,181	12,321
	10	4,606	3,426	1,577	13	5,016	11,911
	11	4,300	3,265	1,617	15	4,897	11,314
	12	3,510	3,025	1,619	47	4,690	10,134
	13	3,261	2,963	1,312	37	4,311	9,084
	14	3,325	2,661	1,379	13	4,053	8,356
	15	2,321	2,804	1,302	24	4,130	6,547
	16	1,288	1,899	1,151	9	3,059	4,777
	17	817	1,464	835	32	2,331	3,262
	18	472	1,334	525	9	1,869	1,866
	19	235	927	254	10	1,191	910
	20	564	693	109	23	825	650

（注）

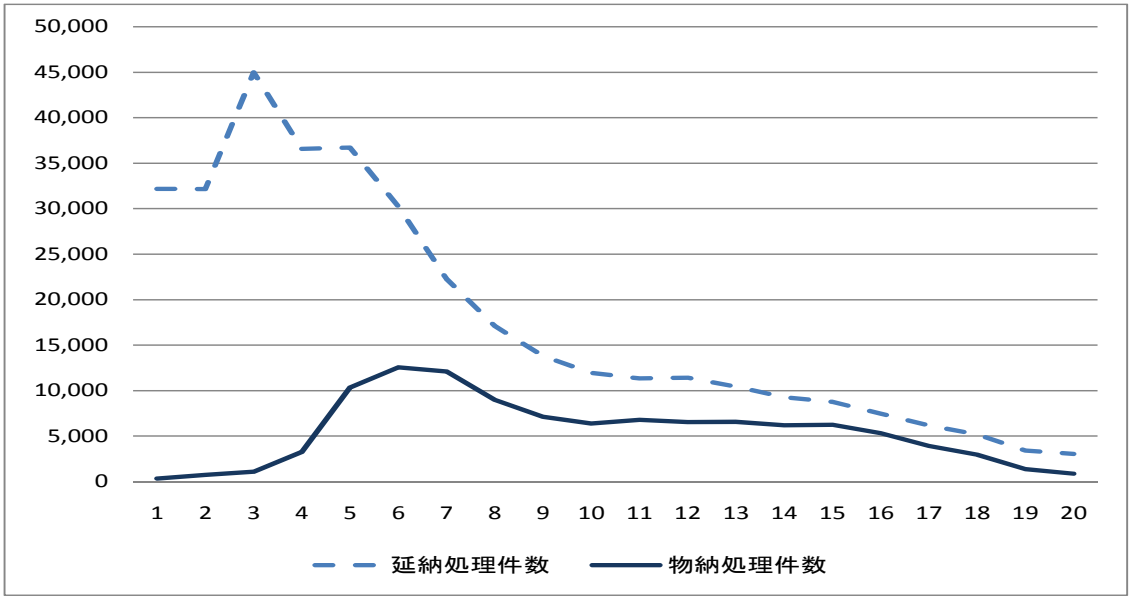
1　1億円未満の端数処理（四捨五入）をしたため、「処理」欄の小計の金額と、その内訳の合計とは符合しない。

2　平成6年度の内書きは特例物納の計数である。

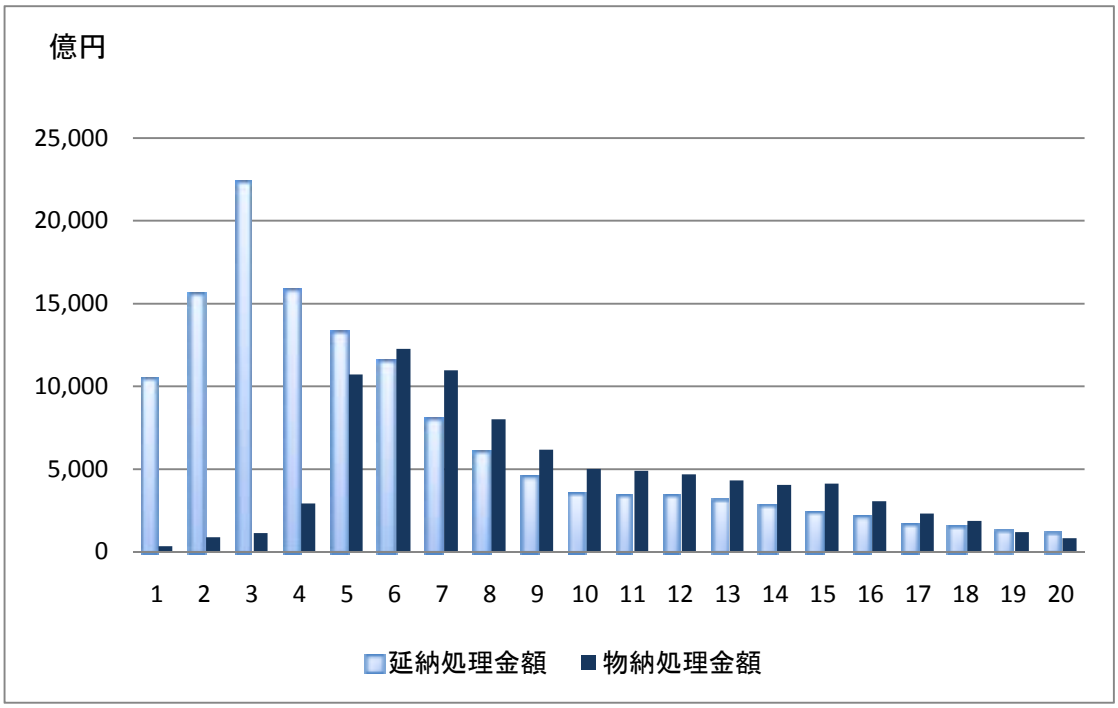
国税庁ホームページ＞活動報告・発表・統計＞報道発表資料(プレスリリース)目次＞平成20年度 相続税の物納申請状況等について＞相続税の物納処理状況等
http://www.nta.go.jp/kohyo/press/press/2009/sozoku/01.htmより2010年1月5日取得。 m

巻末資料１０

延納・物納処理件数　（平成元～20 年）



延納・物納処理金額　（平成元年～20 年）



上記２図は以下から取得したデータを下に、筆者作成。

（国税庁ＨＰ）http://www.nta.go.jp/kohyo/press/press/2009/sozoku/01.htm

http://www.nta.go.jp/kohyo/press/press/2009/sozoku/02.htm より 2010 年１月５日取得。

巻末資料１１　大蔵省財務局五十年史（大臣官房地方課、2000 年 3 月）

第三章　管財編

第 4 節普通財産事務

（２）急増する物納財産を中心とした売却促進

①一般競争入札再開（平成６年）

未利用国有地の一般競争入札については、昭和 62 年 10 月以降、「緊急土地対策要綱」（閣議決定）に基づき、地価高騰地域において、その実施を見合わせていたが、地価の沈静化に伴い、平成４年度以降、徐々に実施を再開した。また、地価監視区域内の未利用国有地の一般競争入札については、「国鉄清算事業団用地等の一般競争入札による処分について」（土地対策関係閣僚会議申合せ、平成元年２月）に基づき、関係省庁、都道府県等土地対策担当部局の間で連絡、情報交換等を行うこととされていたが、東京都を含め多くの地域で地価監視区域の指定解除が行われたため、この面からの一般競争入札実施の実質的制約は少なくなった。

②価格公示売却制度導入（平成６年）



イ 制度導入の背景

相続税法により収納した未利用物納不動産については、公用・公共用の利用が見込まれない小規模な土地や建物が多く、このようなものは、個人の住宅等としてのニーズが強いと考えられ、効率的かつ確実性の高い方法で個人等に売却することにより、国の管理事務の負担や費用の軽減に資するとともに、民間での有効な利用を図ることが適当と考えられた。

しかし、未利用等国有地を売却する方法としては、一般競争入札が原則となっているが、売却価格を示すことが出来ないため、個人は、一般に不動産価格についての知識が少なく、自主的な価格の設定が困難、あるいは、資金調達の目途を立てにくいなどの理由により購入しにくいものとなっていた。このような事情に対処するため、あらかじめ価格を公示して売却することとすれば、土地価格の知識に馴染みがないことなどにより入札参加を断念していた層への幅広い購入需要に応えることができ、民間における有効な利用を図ることができるものと考えられた。実際、住宅・都市整備公団の宅地分譲、東京都の小規模都有地売却においても、あらかじめ売却価格を公示して購入希望者を募り、抽選により売却相手方を決定する方式（「公募・抽選方式」と呼ばれている。）が採用されており、このような売却方式は個人にとって参加しやすいものである。

ロ 制度の概要

このようなことから、平成６年６月、未利用物納不動産のうち小規模なものについて、あらかじめ公示された価格で随意契約により売却することができる旨の規定の整備が行われたものである。

財務省 HP〉 財務局＞財務局の歴史＞大蔵省財務局五十年史（大臣官房地方課、2000 年 3 月）＞第二章理財編＞第２節理財事務＞２．物納財産等を中心とした管理処分(2) 急増する物納財産を中心とした売却促進
http://www.mof.go.jp/zaimu/50nenn/main/030402.htm より 2010 年 1 月 2 日取得。

巻末資料１２

金銭納付を困難とする理由書

平成　　年　　月　　日

税務署長　殿

住　所

氏　名　　㊞

平成　　年　　月　　日付相続（被相続人　　）に係る相続税の納付については、
納期限までに一時に納付することが困難であり、その納付困難な金額は次の表の計算のとおり
延納によっても金銭で納付することが困難であり、
であることを申し出ます。

1　納付すべき相続税額（相続税申告書第１表㉙の金額）		A	円
2　納期限（又は納付すべき日）までに納付することができる金額		B	円
3　延納許可限度額	【A-B】	C	円
4　延納によって納付することができる金額		D	円
5　物納許可限度額	【C-D】	E	円

2　納期限（又は納付すべき日）までに納付することができる金額の計算	(1) 相続した現金・預貯金等	（イ＋ロ－ハ）	【　　円】	
	イ　現金・預貯金（相続税申告書第15表㉑の金額）	（　　円）		
	ロ　換価の容易な財産（相続税申告書第11表・第15表該当の金額）	（　　円）		
	ハ　支払費用等	（　　円）		
	内訳　相続債務（相続税申告書第15表㊸の金額）	［　　円］		
	葬式費用（相続税申告書第15表㊹の金額）	［　　円］		
	その他（支払内容：　　）	［　　円］		
	（支払内容：　　）	［　　円］		
	(2)　納税者固有の現金・預貯金等	（イ＋ロ＋ハ）	【　　円】	
	イ　現金	（　　円）	←裏面①の金額	
	ロ　預貯金	（　　円）	←裏面②の金額	
	ハ　換価の容易な財産	（　　円）	←裏面③の金額	
	(3)　生活費及び事業経費	（イ＋ロ）	【　　円】	
	イ　当面の生活費（３月分） うち申請者が負担する額	（　　円）	←裏面⑪の金額×3/12	
	ロ　当面の事業経費	（　　円）	←裏面⑭の金額×１/12	
	Ｂへ記載する	【(1)＋(2)－(3)】	B	【　　円】

4　延納によって納付することができる金額の計算	(1)　経常収支による納税資金 （イ×延納年数（最長20年））＋ロ	【　　円】		
	イ　裏面④－（裏面⑪＋裏面⑭）	（　　円）		
	ロ　上記２(3)の金額	（　　円）		
	(2)　臨時的収入	【　　円】	←裏面⑮の金額	
	(3)　臨時的支出	【　　円】	←裏面⑯の金額	
	Ｄへ記載する	【(1)＋(2)－(3)】	D	円

添付資料
□　前年の確定申告書(写)・収支内訳書(写)
□　前年の源泉徴収票(写)
□　その他（　　）

（裏面）

1　納税者固有の現金・預貯金その他換価の容易な財産

手持ちの現金の額			①	円
預貯金の額	／　（　円）	／　（　円）	②	円
	／　（　円）	／　（　円）		
換価の容易な財産	（　円）	（　円）	③	円
	（　円）	（　円）		

2　生活費の計算

給与所得者等：前年の給与の支給額 事業所得者等：前年の収入金額	④	円
申請者　100,000 円　×　12	⑤	1,200,000 円
配偶者その他の親族　（　人）×45,000 円　×　12	⑥	円
給与所得者：源泉所得税、地方税、社会保険料（前年の支払額） 事業所得者：前年の所得税、地方税、社会保険料の金額	⑦	円
生活費の検討に当たって加味すべき金額 （加味した内容の説明・計算等）	⑧	円
生活費（１年分）の額　（⑤＋⑥＋⑦＋⑧）	⑨	円

3　配偶者その他の親族の収入

氏名	（続柄　）	前年の収入　（　円）	⑩	円
氏名	（続柄　）	前年の収入　（　円）		
申請者が負担する生活費の額　⑨×（④/（④＋⑩））			⑪	円

4　事業経費の計算

前年の事業経費（収支内訳書等より）の金額	⑫	円
経済情勢等を踏まえた変動等の調整金額 （調整した内容の説明・計算等）	⑬	円
事業経費（１年分）の額　（⑫＋⑬）	⑭	円

5　概ね１年以内に見込まれる臨時的な収入・支出の額

臨時的収入		年　月頃（　円）	⑮	円
		年　月頃（　円）		
臨時的支出		年　月頃（　円）	⑯	円
		年　月頃（　円）		

（国税庁ＨＰ）

http://www.nta.go.jp/tetsuzuki/nofu-shomei/enno-butsuno/yoshiki/02.htm#a-01＞金銭納付を困難とする理由書より 2010 年 1 月 15 日取得。

《裁判例一覧》

第一章

【事例 1】

「相続開始後に生じた過納金還付請求権が相続財産に該当するとされた事例」

大分地裁平成 20 年 2 月 4 日判決（月報司法書士 449 号 47 頁）

福岡高裁平成 20 年 11 月 27 日判決（月報司法書士 449 号 43 頁）

上告中

【事例２】

「不特定多数の納税者に対する反覆・継続的な適用によって行政先例法となっている場合には、特段の事情がない限り、それと異なる評価をおこなうことは違法になると判示された事例」

東京地裁平成４年３月 11 日判決（税資 188 号 639 頁）

東京高裁平成５年１月 26 日判決（税資 194 号 75 頁）

最高裁平成５年 10 月 28 日判決（税資 199 号 670 頁）

第二章

【事例３】

「借入金による土地の取得が専ら相続税の負担軽減を図る目的であるとして、路線価方式によらず、取得価額で評価すべきとされた事例」

東京地裁平成４年３月 11 日判決（税資 188 号 639 頁）

東京高裁平成５年１月 26 日判決（税資 194 号 75 頁）

最高裁平成５年 10 月 28 日判決（税資 199 号 670 頁）

【事例４】

「相続開始前に取得された相続財産の評価額につき、評価通達によらずその取得価額に基づいてされた処分を適法とした事例」

東京地裁平成４年７月 29 日判決（税資 192 号 180 頁）

東京高裁平成５年３月 15 日判決（税資 194 号 743 頁）

【事例５】

「公示価格の評価水準との 20%程度の差益を享受できるようにしなければ、公平の理念に反するとする請求が認められなかった事例」

東京地裁平成 10 年２月 24 日判決（税資 230 号 692 頁）

東京高裁平成 10 年７月 29 日判決（税資 237 号 928 頁）

【事例６】

「路線価方式によらない路線価の時点修正による評価が認められた事例」

東京地裁平成９年９月 30 日判決（税資 228 号 829 頁）

東京高裁平成 11 年８月 30 日判決（税資 244 号 400 頁）

【事例７】

「土地の評価を不動産鑑定評価額とすべきとする納税者の主張が認められなかった事例」

東京地裁平成９年１月 23 日判決（税資 222 号 94 頁）

東京高裁平成９年６月 26 日判決（税資 223 号 1178 頁）

最高裁平成 10 年２月 12 日判決（税資 230 号 434 頁）

【事例８】

「相続開始前３年以内の被相続人による土地の取得費が、相続時　における当該土地の実勢価格を上回った場合に、租税特別措置法第 69 条の４の特例の適否が争われた事例」

大阪地裁平成７年 10 月 17 日判決（税資 214 号 141 頁）

大阪高裁平成 10 年４月 14 日判決（税資 231 号 545 頁）

最高裁平成 11 年６月 11 日判決（税資 243 号 270 頁）

【事例９】

「旧措置法６９条の4.（いわゆる『三年しばり』の特例）の合憲性が認められた事例」

東京地裁平成９年７月９日判決（訟月 44 巻 11 号 2007 頁）

第三章

【事例 10】

「上場株式の時価と相続開始後の財産価値の下落についての事例」

大阪地裁昭和 59 年４月 25 日判決（訟月 30 巻９号 1725 頁）

大阪高裁昭和 62 年９月 29 日判決（税資 159 号 851 頁）

最高裁平成１年６月６日判決（税資 173 号１頁）

以上

参考文献・論文・資料

参考文献

池本 征男・酒井 克彦　『相続税・贈与税』（大蔵財務協会、2008 年）

石島　弘　『課税標準の研究』（信山社、2003 年）

小野塚 久枝　『21 世紀における相続税改革』（税務経理協会、2003 年）

風岡 範哉　『相続税・贈与税通達によらない評価の事例研究―判例・裁決例からみる不動産・株式の時価の検討』（現代図書、2008 年 5 月）

金子　宏　『租税法の基本問題』（有斐閣、2007 年）

金子　宏　『租税法　第 14 版』（弘文堂、2009 年）

北野 弘久　『コンメンタール相続税法』（勁草書房、1974 年）

北野 弘久　『企業・土地税法論』（勁草書房、1978 年）

北野 弘久　『税法学の実践論的展開』（勁草書房、1993 年）

北野 弘久他編　『争点相続税法』（勁草書房、1995 年）

清永 敬次　『新版税法（全訂）』（ミネルヴァ書房、1990 年）

品川 芳宣・緑川 正博　『相続税財産評価の論点　財産評価の理論と実務の疑問を糾す』（ぎょうせい、1997 年）

品川 芳宣　『租税法律主義と税務通達』（ぎょうせい、2003 年）

品川 芳宣・緑川 正博　『相続税財産評価の理論と実践』共著（ぎょうせい、2005 年）

庄司 範秋編　『財産評価基本通達逐条解説　平成 18 年改訂版』（大蔵財務協会、2006 年 9 月）

関　俊彦　『株式評価論』（商事法務研究会、1983 年 5 月）

中川 一郎編　『西ドイツ財産税法・評価法法文集（邦訳）』（税法研究所、1979 年）

長澤 彰彦　『アメリカの連邦遺産税・贈与税』（中央経済社、1992 年）

西野 敞雄・酒井 克彦　『税ってなんだろう　3 訂版』（朝陽会、2006 年）

野口 悠紀雄　『土地の経済学』（日本経済新聞社、1989 年２月）
松沢　 智　　『租税法の基本原理』（中央経済社、1996 年）
三木 義一　　『[租税] 判例分析ファイルⅢ　相続税・消費税編』（税務経理
他　　協会、2006 年 4 月）
三木 義一　　『相続・贈与と税の判例総合解説』（信山社、2005 年）
三木 義一　　『相続・贈与と税』（一粒社、2000 年）
水野 忠恒　　『租税法　第 4 版』（有斐閣、2009 年）
水野 正一　　『改訂版資産課税の理論と課題』（税務経理協会、2005 年）
編著
水野 正一　　『改訂版　資産課税の理論と実際』（税務経理協会、2005 年）
山田 二郎　　『租税法の解釈と展開（１）』山田二郎著作集Ⅰ（税法学 227
号、1969 年）
山田 二郎編　『実務　租税法講義－憲法と租税法－』（民事法研究会、2005
年）

参考論文

朝倉 洋子　「判決例等における「時価」とは何か？」税務弘報 57 巻 1 号 134
～143 頁（2009 年 1 月）
新井 隆一　「租税物納の法理」税法学 100 号 1～20 頁（1959 年 4 月）
石井 孝雄　「資産税実務物納制度の整備に伴う相続対策のチェックポイント」
税理 49 巻 11 号 154～160 頁（2006 年 8 月）
石尾　 肇　「株式の税務上場株式の相対取引をめぐる税務トラブルと妥当な価
格の立証」税理 42 巻 4 号 209～214 頁（1999 年 4 月）
石倉 文雄　「相続税法上の株式の評価と災害減免法の適用等」ジュリスト 929
号 114～117 頁（1989 年 3 月）
石島　 弘　「相続税の課税標準と公的土地評価の一元化」税法学 535 号 3～24
頁（1996 年 5 月）
石島　 弘　「資産の時価以下評価による課税について」税理 26 巻 6 号 2 から
10 頁（1985 年 11 月）

石島　弘　「相続税法の課税標準―相続財産評価通達について」税法学 472 号 1～22 頁（1990 年 4 月）

石島　弘　「資産税の時価以下評価による課税と租税法律主義」租税法研究 11 号 46～242 頁(1983 年 9 月)

石島　弘　「アメリカの財産税における財産の用途別分類課税について」税研第 14 号（1987 年 9 月）

市川　深　「第 2 章株式等の評価 5 相続開始後の株価の変動と株式評価」『相続税贈与税判例コンメンタール(改訂版)』418～421 頁（税務経理協会、1997 年 10 月）

井出　真　「第Ⅱ部財産評価法第 20 章「不動産鑑定評価と税務上の評価の基本的問題点」214～215 頁『争点相続税法』（勁草書房、1995 年 2 月）

今村　修　「株式評価の歩み」税務大学校論叢 32 号 307～374 頁（1998 年 7 月）

入江 吉正　「ルポ相続破産」文芸春秋 71 巻 9 号 302～313 頁（1993 年 9 月）

岩﨑 政明　「昭和 59 年 4 月 25 日/大阪地方裁判所民事第 2 部判決/昭和 57 年(行ウ）第 15 号最高裁判所評釈」税務事例 22 巻 4 号 9～13 頁（1990 年 4 月）

岩﨑 政明他　「シンポジウム報告パネルディスカッション『時価評価とは何か? 不動産・無形資産』」資産評価政策学 7 巻 1 号（通巻 10 号）7～26 頁（2004 年 12 月）

岩﨑 政明　「財産評価通達の意義と役割」ジュリスト 1004 号 27～31 頁（1992 年 7 月）

岩﨑 政明　「租税行政規則の外部効果――特に法解釈・事実認定に関する税務通達の拘束力について?―」横浜国際経済法学 4 巻 2 号 25､50 頁(1996 年 3 月））

碓井 光明　「相続財産の評価と租税法律主義」税経通信 45 巻 15 号 11 頁()

碓井 光明　「相続税・贈与税における資産評価」日税研論集 7 号 5～77 頁(1988 年 4 月）

占部 裕典　「相続財産の評価（1）――土地」別冊ジュリスト租税判例百選（第4版）156～157頁（2005年10月）

太田 幸夫　「相続により取得した土地の「時価」につき、相続財産評価に関する基本通達に基づく路線価方式によらず、取得価額によるべきであるとされた事例（平成5年3月15日東京高判）」平成6年度主要民事判例解説〔判例タイムズ臨時増刊882〕（1995年9月）

大塚 正民「相続および贈与に関する国際的課税の研究（その3）日本の相続税と米国の遺産税との交錯」税法学536号17～25頁（1996年11月）

大淵 博義　「財産評価基本通達・総則第6項」の適用のあり方（上）～配当還元方式を利用した節税対策の動きと課税の理論」税理39巻11号19～28頁（1996年9月）

大淵 博義　「財産評価基本通達・総則第6項」の適用のあり方（下）～配当還元方式を利用した節税対策の動きと課税の理論」税理39巻13号14～18頁（1996年9月）

大淵 博義　「相続税法上の財産評価を巡る一考察―財産評価基本通達の特質と「総則第6項」による財産評価を中心として」経理研究49号133～149頁（2006年冬）

大淵 博義　「税法の解釈適用と遡及効－取消判決の遡及効と相続財産」税務弘報57巻2号2頁（2009年2月）

筧　 康生　「69納付　物納　最高裁昭和42年5月2日第三小法廷判決」別冊ジュリスト[租税判例百選第4版]178号140～141頁（2005年10月）

風岡 範哉　「みなし贈与と総則6項／非同族株主への取引相場のない株式の譲渡東京地裁平成17年10月12日判決」第21回租税判例研究会（2008年5月）

風岡 範哉　「租税訴訟学会土地・取引相場のない株式の評価と租税訴訟」税務事例41巻2号34殻39頁（2009年2月）

風間 四郎　「固定資産税の時価について」税務弘報20巻6号35～38頁（1972年6月）

粕谷 晴枝　「第 30 章株式及び出資の評価、現行評価の問題点と改革の方向」『争点相続税法』323～335 頁（勁草書房 1995 年 2 月）

勝野 成紀　「改正税制の重要課題と実務対策上場有価証券の評価損」税研 25 巻 2 号 46～49 頁（2009 年 9 月）

勝又 和彦　「相続後の価格変動と課税」『争点相続税法』228～236 頁（1995 年 2 月）

川田　剛　「判例、裁決例からみた国際課税の動向 XIV—在外財産に係る相続税評価—」税務研究会 20 巻 12 号 41～51 頁（2000 年 12 月）

木崎 弘之　「コラム相続時精算課税制度」別冊ジュリスト 178 号 146 頁（2005 年 10 月）

岸田 貞夫　「判例回顧相続開始前に取得された相続財産の評価額につき、評価通達によらずその取得価額に基づいてされた処分を適法とした事例」租税法研究第 23 号 186～188 頁（1995 年 9 月）

岸田 貞夫　「相続直前に取得された相続財産の評価額につき、評価通達によらずその取得価額に基づいてされた処分を適法とした事例」ジュリスト 1059 号 212～214 頁（1995 年 1 月）

北野 弘久　「地価急騰に対する税対策—その税法理論」法律のひろば 40 巻 7 号 19～23 頁（1987 年 7 月）

北野 弘久　「第Ⅱ部財産評価法第 19 章「時価」評価課税と通達課税」『争点相続税法』193～199 頁（勁草書房、1995 年 2 月）

久田 祥史 他　「流動性リスク評価方法の実用化に向けた研究」金融研究（日本銀行金融研究所、2000 年 9 月）

小池 正明　「株価低迷期の相続対策の税務ポイント」税経通信 53 巻 13 号 115～121 頁（1998 年 11 月）

小島 俊朗　「相続税法における時価の概念とその経済学的考察」税大ジャーナル 7 61（2008 年 4 月）

小林　登 他　「資産税実務物納の収納後に生じるトラブルとその対応」税務弘報 49 巻 8 号 159～166 頁（2006 年 6 月）

堺澤　良　「審査裁決事例紹介--評価通達に定める路線価の実勢価格との開差と鑑定評価額の採用」税経通信 51 巻 11 号 218～229 頁（1996 年

9 月）

堺澤　良　「相続税更正の係争中にされた修正申告と訴えの利益」租税法研究第 29 号 157～160 頁（2001 年 10 月）

堺澤　良　「租税判例研究第 362 回相続税の物納申請に対する変更要求通知の処分性」ジュリスト 1227 号 179～182 頁（2002 年 7 月）

櫻井 四郎　「所得税・法人税の所得計算上の時価について」税務弘報 20 巻 6 号 20～26 頁（1972 年 6 月）

櫻井 四郎　「相続開始後のトラブルと対応」税経通信 59 巻 6 号 95～102 頁（2004 年 5 月）

笹岡 宏保　「難解事例から探る財産評価のキーポイント（第 2 回）相続財産である宅地（広大地）の一部を物納した場合の収納価額の算定事例（広大地に該当するか否かの判定単位）」税理 51 巻 3 号 126～131 頁（2008 年 3 月）

佐藤 孝一　「相続開始直前における借入金による不動産の取得とその相続税評価額」税経通信 48 巻 12 号 221～239 頁（1993 年 9 月）

佐藤 清勝　「相続開始後に株価が下落した場合の評価の適否」税理 28 巻 14 号 87～93 頁（1985 年 11 月）

佐藤 清勝他　「特別鼎談会資産デフレ下の資産税実務の重要ポイント」税経通信 54 巻 2 号 44～68 頁（1999 年 1 月）

佐藤　晋　「オーナー持ち株 5 億株が消えた」週刊東洋経済 4939 号 66～71 頁（1990 年 7 月）

澤内 弘道　「相続財産である上場株式等を納税のため処分する最善の方法の検討」税研 22 巻 3 号 121～124 頁（2006 年 11 月）

品川 芳宣　「税務通達に従った納税申告の否認と予測可能性」税理 42 巻 8 号 9～16 頁（1997 年 7 月）

品川 芳宣他　「相続税財産評価に関する基本通達の一部改正について」改正株式評価通達の解説〔商事法務別冊 122〕96～121 頁（1990 年 10 月）

品川 芳宣　「相続開始直前に取得した不動産の評価」税研 9 巻 52 号 37 頁（1993 年 11 月）

品川 芳宣 「経済環境の変化と法のあり方～大阪地裁判決を踏まえて」税理 39 巻２号２～８頁（1996 年２月）

品川 芳宣 「下級審時の判例租税特別措置法 69 条の 4 が適用されないとされた事例?大阪地裁判決平成 7 年 10 月 17 日判決」ジュリスト 1090 号 99～101 頁（1996 年６月）

品川 芳宣 「措置法 69 条４の廃止と評価通達の関係」税理 39 巻５号 18～25 頁（1996 年 5 月）

品川 芳宣 「財産評価基本通達の改正課題とあるべき方向」税理 41 巻 12 号 2～11 頁（1998 年 10 月）

品川 芳宣 「資産デフレ下の時価の考え方」税経通信 53 巻 13 号 80～86 頁（1998 年 11 月）

品川 芳宣 「租税判例研究(343)評価通達上の土地保有特定会社の株式の評価方法--東京地判平成 10.5.29」ジュリスト 1185 号 126～128 頁（2000 年 9 月）

品川 芳宣 「FOCUS 相続税法 64 条と評価通達 6 項の関係（大阪地裁平成 12 年 5 月 12 日判決」税研 16 巻 6 号 94～97 頁（2001 年５月）

品川 芳宣 「地方分権と地方税」租税法研究 29 号 153 頁（2001 年 10 月）

品川 芳宣 「資産デフレ下における土地税制のあり方」税理 45 巻 10 号８～15 頁（2002 年９月）

品川 芳宣 「株式評価と課税時期後の株価変動」『増補改定版重要租税判決の実務研究』619～625 頁（大蔵財務協会、2005 年 10 月）

品川 芳宣 「財産評価において評価通達を適用しないことができる特別な事情」『増補改定版重要租税判決の実務研究』562～568 頁（大蔵財務協会、2005 年 10 月）

品川 芳宣 「措置法 69 条の 4 に基づく課税処分の合憲性」『増補改訂版重要租税判決の実務研究』648～658 頁（大蔵財務協会、2005 年 10 月）

品川 芳宣 「財産(資産)評価をめぐる最近の動向と問題点」租税研究 679 巻頁（2006 年 5 月）

品川 芳宣 「親族間の相続税評価額による土地売買とみなし贈与課税」税研 23 巻４号 98～101 頁（1998 年３月）

品川 芳宣 「相続した土地を路線価によらない場合の評価方法」税研 13 巻 78 号 99～102 頁（1998 年３月）

品川 芳宣 「税務通達の法的拘束力と納税者の予測可能性」税理４３巻１４号２～１１頁（2000 年 11 月）

品川 芳宣 「FOCUS 取引相場のない株式の評価と評価通達６項の適用要件（東京地裁平成 16 年３月２日判決）」税研 20 巻２号 65～68 頁（2004 年９月）

渋谷 雅弘 「アメリカ連邦遺産贈与税上の株式評価における支配株式プレミアム（controlpremium）及び少数株式ディスカウント（minoritydiscount）」税研別冊‘90 第１回「税研論文賞」入選論文特集４～36 頁（1991 年 10 月）

渋谷 雅弘 「財産評価に関する判例の動向（相続税の改正と地価税の創設<特集>)」ジュリスト 1004 号 22～26 頁（1992 年 7 月）

渋谷 雅弘 「アメリカの財産税における取得時評価について」法学 61 巻 1 号（1997 年 4 月）

渋谷 雅弘 「資産移転課税（遺産税、相続税、贈与税）と資産評価（1）－（5・完）－アメリカ連邦遺産贈与税上の株式評価を素材として－」法學協會雜誌 110 巻９号 1323～1383 頁、10 号 1054～1563 頁、(1993 年）、111 巻１号 69～130 頁、４号 476～536 頁、６号 769～821 頁（1994 年 9～10 月、1995 年 1、4、6 月）

渋谷 雅弘 「下級審時の判例租税特別措置法 69 条の４が適用されないとされた事例--大阪地裁判決平成 7.10.17」ジュリスト 1090 号 99～101 頁（1996 年６月）

渋谷 雅弘 「公開過程にある株式の評価」ジュリスト 1078 号 106～110 頁（1995 年 11 月）

渋谷 雅弘 「ドイツにおける相続税・贈与税の現状」日税研論集 56 号 155～185 頁（2004 年 12 月）

渋谷 雅弘 「財産評価の課題―アメリカとドイツ―」税研 18 巻５号 20～26 頁（2003 年３月）

渋谷 雅弘　「条件付贈与・遺贈」税務事例研究 72 号 63～87 頁（2003 年 5 月）

下崎　寛　「資産税実務地価下落時の土地の相続税評価における留意点」税理 52 巻 6 号 180～187 頁（2009 年 5 月）

篠原 靖宏　「財産評価基本通達(土地等関係)の改正（相続税の改正と地価税の創設<特集>)」ジュリスト 1004 号 17～21 頁（1992 年 7 月）

白坂 博行　「当事者死亡後に完結する土地譲渡と相続税」『争点相続税法』237～245 頁（1995 年 2 月）

首藤 重幸　「物納財産の評価と管理」日税研論集 27 号 123～137 頁（1994 年 5 月）

首藤 重幸　「多様な形態の組合への出資と相続税」税務事例研究第 87 号 49～75 頁（日本税務研究センター，2005 年 9 月）

首藤 重幸　「研究にあたって」日税研論集 56 号 1 ～ 3 頁（200 4 年 12 月）

首藤 重幸　「79 相続財産の評価（２）上場株式の評価と相続開始後の財産価値の下落」別冊ジュリスト[租税判例百選第 4 版]178 号 158～159 頁（2005 年 10 月）

首藤 重幸　「日本における相続税の現状」日税研論集 56 号 5 ～19 頁（2004 年 12 月）

首藤 重幸　「補章―フランスにおける相続税・贈与税の現状」日税研論集 56 号
他　187～219 頁（2004 年 12 月）

関　俊彦　「アメリカ合衆国連邦遺産税･贈与税における株式評価――わが国の株式評価論と関係して―」租税法研究第８号 108－132 頁（1980 年）

高津 吉忠　「判例回顧三年しばりの特例は著しく不合理な場合にまで、適用することはできないとされた事例」租税法研究通号 24 号 200～202 頁（1996 年 9 月）

高津 吉忠　「租税における土地評価試論――直接税における統一的評価の可能性を探って」税務大学校論叢 17 号 1 ～91 頁（1986 年 5 月）

高野 幸大　「相続財産の評価と納税」租税法研究 23 号 25～44 頁（1995 年 9 月）

高野 幸大 「イギリスにおける相続税・贈与税の現状」日税研論集 56 号 103～154 頁（2004 年 12 月）

高野 幸大 「資産税相続税における特許権の評価」税務事例研究第 83 号 57～78 頁（2005 年 1 月）

高野 幸大 「相続開始前 3 年以内の被相続人」による土地の取得費が、相続時における当該土地の実勢価格を上回った場合に、租税特別措置法 69 条の 4 の特例の適用の可否が争われた事例」判例時報 1588 号 191～194 頁（1997 年 3 月）

高野 幸大 「相続税の課税財産の範囲－『上野事件」大分地裁判決・福岡高裁判決を踏まえてー」税経通信 153 頁（2009 年 10 月）

竹内 陽一 「相続開始後に予想されるトラブルと対応」税理 46 巻 8 号 54～62 頁（2003 年 6 月）

武田 昌輔 「資産税における時価の概念」税経通信 44 巻 12 号 2 ～ 7 頁（1989 年 11 月）

武田 昌輔 「会計・商法・税法上の時価－浦和地裁判決に関連してー」税経通信 37 巻 7 号 54～94 頁（1982 年 6 月）

田中 治 「第 36 章 相続・贈与税における申告と更正の請求」『争点相続税法』372～384 頁（勁草書房、1995 年 2 月）

田中 治 「相続財産の評価をめぐる法的諸問題」『相続税制の再検討』40～57 頁（日本租税理論学界、2003 年）

田中 二郎 「10 通達のあり方」『租税法の解釈と展開（1）』143 頁（信山社出版、2007 年 9 月）

谷口 勢津夫 「判例回顧財産評価基本通達による画一的評価の要請と個別評価の許容範囲」租税法研究第 23 号 184～186 頁（1995 年 9 月）

谷口 勢津夫 「財産評価の不平等に関するドイツ連邦憲法裁判所の 2 つの違憲決定」税法学 535 号 153～174 頁（1996 年 5 月）

玉國 文敏 「医療費控除の範囲と限界」『行政上の諸問題（下）』685 頁（有斐閣、1990 年）

玉國 文敏　「通達課税の一側面－相続財産評価基準とその変容」塩野宏先生古稀記念『行政法の発展と変革下巻』469 頁（有斐閣、2001 年 6 月）

忠　佐市　「税法上の時価の概念」税務弘報 20 巻 6 号 12～18 頁（1972 年 6 月）

塚田 充彦　「相続・贈与財産の時価について」税務弘報 20 巻 6 号 27～34 頁（1972 年 6 月）

坪田 晶子　「上場株式・自社株式」税務弘報 52 巻 15 号 30～35 頁（2004 年 12 月）

土居 伸行　「相続税法における土地の評価」立正大学大学院法学研究科研究年報 19～28 頁（2009 年）

長岡 和範　「特別解説米国の連邦個人所得税・遺産税と 2001 年減税法」税経通信 56 巻 13 号 171～182 頁（2001 年 10 月）

中島 孝一　「３年しばり事件～いわゆる時価と相続税評価額の逆転現象」税理 39 巻 16 号 78～85 頁（1996 年 12 月）

長野 信明　「地方裁判所判決紹介<土地保有特定会社の評価の合理性>土地保有特定会社の株式を純資産価額方式で評価することの合理性が争われた事件」税務事例 30 巻 7 号 21～25 頁（1998 年 7 月）

中林 正人　「コンサルティング実務講座事例研究相続税物納のコンサルティング」不動産フォーラム 21146 号 9 ～12 頁（2002 年 6 月）

成道 秀雄　「有価証券の時価」日税研論集 2132～2134 頁（1992 年 11 月）

西野 敞雄　「税漫筆―13―資産課税①財産税」時の法令 1366 号 79～82 頁（1989 年 11 月）

西野 敞雄　「税漫筆―14―資産課税②相続税」時の法令 1367 号 79～82 頁（1989 年 12 月）

西野 敞雄　「固定資産税の『適正な時価』を収益還元価格と解すべき根拠はないとされた事例」ジュリスト 1348 号 253～255 頁

長谷川 貢一　「負担付贈与契約により取得した上場株式の価額（平成 7 年 7 月 20 日東京地裁判決）」月刊税務事例 28 巻 7 号 22～27 頁（1996 年 7 月）

長谷川 敏也 「第 37 章延納・物納」『争点相続税法』385～393 頁（勁草書房、1995 年 2 月）

濱谷 直子 「73 物納制度東京地裁平成 13 年 9 月 27 日判決」別冊ジュリスト[租税判例百選第 4 版]178 号 147 頁（2005 年 10 月）

細川 健 「M&A の最新税務問題（第 27 回）財産評価基本通達における営業権の改正とその問題点――最高裁判所第一小法廷平成 3 年 11 月 14 日判決」税務弘報 57 巻 2 号 155～168 頁（2009 年 2 月）

増井 良啓 「組合損益の出資者への帰属」税務事例研究 49 号 47～94 頁（1999 年 5 月）

増井 良啓 「株式相続後の株価下落と相続税申告の錯誤無効・災害減免法四条の準用ないし類推適用の可否・行政上の不当利益の成否－相続税法 34 条 1 項の連帯納付義務の履行方法」自治研究 65 巻 5 号 127～134 頁（1989 年 5 月）

増田 英敏 「租税判例研究相続開始後に生じた過納金還付請求権の相続財産該当性[大分地裁平成 20.2.4 判決]」税務事例 40 巻 8 号 1 ～ 8 頁（2008 年 8 月）

三木 義一 他 「共同相続人の延納と連帯納付義務」『租税判例分析ファイルⅢ相続税・消費税編』231～236 頁（2006 年）

三木 義一 「相続税の基本原理の法的再検討」租税法研究第 23 号 1～24 頁（1995 年 9 月）

右山 昌一郎 「一時納付・延納又は物納か～最適な納税方法の選択」税理 39 巻 9 号 109～117 頁（1996 年 7 月）

右山 昌一郎 他 「地価下落が引き起こした税務問題」税理 40 巻 15 号 81～115 頁（1997 年 12 月）

水品 志麻 「延納スムーズに延納するための環境整備」税理 49 巻 13 号 34～39 頁（2006 年 10 月）

水野 忠恒 「負担付贈与にかかる上場株式の時価を証券取引所の公表する課税時期の最終価格と評価してした贈与税の更正処分に合理性があるとした事例（平成 7 年 7 月 20 日東京地判）」租税法研究 25 号 158～160 頁（有斐閣、1997 年 9 月）

緑川 正博 編　「Ⅱ-2 上場株式の評価の改正」税理別冊 33 巻 5 号 31～34 頁（1990 年 11 月）

緑川 正博 編　「参考資料株式及び出資に関する評価通達の沿革」税理別冊 33 巻 5 号 138～146 頁（1990 年 11 月）

緑川 正博　「財産評価における『特別の事情』とその行使――評基通総則 6 項が抱える実務家サイドからみた問題点――」税理 39 巻 9 号 18～22 頁（1996 年 7 月）

緑川 正博　「財産評価に関する事前協議」税理 39 巻 11 号 113～116 頁（1996 年 9 月）

緑川 正博　「トステム事件――株式の相続と現物出資」税理 39 巻 16 号 14～70 頁（1996 年 12 月）

宮本 修二　「税法における相続税・固定資産税の土地の時価」税理 38 巻 4 号 207～214 頁(1995 年 4 月）

本山　敦　「家族法最新判例ノート第 4 回相続財産とは何か？－福岡高判平成 20 年 11 月 27 日未公刊－」月報司法書士 449 号 36～54 頁（日本司法書士会連合会、2009 年 7 月）

守田 啓一　「財産評価基本通達総則 6 項による否認事例」税理 40 巻 12 号 40～44 頁（1997 年 10 月）

森　順子　「ブロックトレードにおけるコンプライアンス上の留意点（上）」旬刊商事法務 1703 号 27 頁（2004 年 7 月）

山田 二郎　「租税判例研究買受けた農地について知事の許可前に相続が開始した場合の相続財産の評価」税務事例 13 巻 3 号 15～19 頁（1981 年 3 月）

山田 熙　「上場株式の評価と評価基本通達 6 項」税務事例研究第 38 号 47～65 頁（1997 年 7 月）

山本 和義　「延納・物納をめぐる整備書類と説明書等」税理 43 巻 5 号 111～117 頁（2005 年 5 月）

山本 和義　「延納相続税・贈与税の延納とそのワークフロー」税理 49 巻 13 号 10～15 頁（2006 年 10 月）

山本 和義　「資産税実務 物納要件の判定と金銭納付困難理由書の作成ポイント」税理 48 巻 7 号 205～211 頁（2005 年 5 月）

山本　　晋　「相続開始直前に取得した不動産の評価(平成 5 年 2 月 26 日判決)」『変革期における税法の諸問題』276～280 頁（大学教育出版会、2004 年 3 月）

吉川 弘人　「遺産の『時価』と路線価をめぐる諸問題について」岡山商科大学法学論叢 13 号 1 ～35 頁（岡山商科大学学会、2005 年 2 月）

参考資料

武田 昌輔監修　『ＤＨＣコンメンタール相続税法』（第一法規、1981 年）

「株式および出資に関する評価通達の沿革」別冊税理 33 巻 15 号 138～144 頁（1990 年 11 月）

税制特別調査会　「相続税制度改正に関する税制特別調査会答申」(昭和 32 年 12 月)

『昭和財政史-昭和 27～48 年度第 15 巻資料（3）租税・国債』（東洋経済新報社、1997 年）

『会社四季報ＣＤ-ＲＯＭ2010 新春』(東洋経済新報社、2009 年 12 月）

以上

租税資料館賞論文集　第 19 回（2010 年）上巻

平成 23 年 2 月 1 日発行

発行所　　公益財団法人　租税資料館

発行者　　諸岡　健一

〒164-0014　東京都中野区南台 3-45-13

電話　03-5340-1131

FAX　03-5340-1130

Email: sozeishiryokan@nifty.com

http://www.sozeishiryokan.or.jp