

租税資料館賞受賞論文集

第 21 回（2012 年）

中卷

公益財団法人 租税資料館

租税資料館賞 第21回入賞作品

●上 巻

■論文の部

「租税法と信託法の交錯—租税法上の信託の意義」

稿 者 泉 絢也 氏

(関東信越国税局課税第一部国税訟務官室国税実査官)・・・上巻(45)

「企業税務所得概念としての純資産増加説—税務会計における所得概念の変遷と形成」

(国際会計研究学会『国際会計研究学会年報』2010年度 2011年3月31日)

(社会関連会計学会『社会関連会計研究』第23号 2011年11月1日)

稿 者 上野 隆也 氏 (税理士、桃山学院大学大学院非常勤講師)・・・上巻(143)

「租税条約の自動執行力に関する考察」

稿 者 原 武彦 (東京不服審判所国税副審判官)・・・上巻(401)

■租税資料館奨励賞の部

「所得税法への給付付き税額控除の導入に関する研究

—低所得者及び有子低所得者への配慮の視点から」

稿 者 浅井 俊輔 氏 (立命館大学大学院 院生)・・・上巻(469)

「譲渡所得に対する二重利得課税方式の採用」

稿 者 浅野 祐二 氏 (立教大学大学院 院生)・・・上巻(527)

●中 巻

「関連者間の保険取引に係る課税問題についての一考察—支払保険料の損金性を中心に」

稿 者 芦原 亮 氏 (立命館大学大学院 院生)・・・中巻(3)

「中国進出日系企業に係る課税問題に関する一考察—移転価格税制を中心に」

稿 者 安達 友信 氏 (明治大学専門職大学院 院生)・・・中巻(55)

「投資ファンドの租税条約適格性に関する一考察」

稿 者 沖村 優輝 氏 (立命館大学大学院 院生)・・・中巻(125)

「法人以外の事業形態に対する課税に関する研究

—新たな事業体における「損益の帰属」の視点から」

稿 者 酒井 寛志 氏 (拓殖大学大学院 院生) 中巻(169)

「退職所得課税の問題点と解決策—新たな平準化措置の検討を中心として」

稿 者 竹之内 和紀 氏 (新潟大学大学院 院生) 中巻(263)

「日本の連結納税制度における適正な個別所得算出の意義に関する一考察」

稿 者 寺嶋 理 氏 (金沢大学大学院 院生) 中巻(349)

「移転価格税制の執行における無形資産の取扱いについて」

稿 者 中島 美佐 氏 (明治大学大学院 院生) 中巻(435)

●下 巻

「相続税課税方式の今日的あり方」

稿 者 中野 伸也 氏 (富士大学大学院 院生) 下巻(3)

「所得控除制度の再考」

稿 者 藤村 直未 氏 (立教大学大学院 院生) 下巻(125)

「法人課税信託における租税回避への対抗策

—外国信託を利用した複層化スキームによる租税回避への対抗策」

稿 者 扶持本 泰裕 氏 (千葉商科大学大学院 院生) 下巻(207)

「移転価格税制に係る一考察—クロス・ボーダーでの事業再編を中心として」

稿 者 茂木 裕晃 氏 (国士舘大学大学院 院生) 下巻(331)

「新しい減価償却制度の提案」

稿 者 山本 純子 氏 (神戸学院大学大学院 院生) 下巻(483)

租税資料館賞 第20回入賞作品 (2011年度未掲載分)

「応益課税としての固定資産税の検証」

稿 者 宮崎 智視 氏 (東洋大学経済学部准教授) 下巻(565)

佐藤 主光 氏 (一橋大学経済学研究科公共政策大学院教授)

(内閣府経済社会総合研究所『経済分析』 第184号 2011年1月)

関連者間の保険取引に係る課税問題についての
一考察
一支払保険料の損金性を中心に一

芦原 亮

関連者間の保険取引に係る課税問題についての一考察
－支払保険料の損金性を中心に－

近年、法人が抱えるリスクは多様化、かつ、複雑化している。そのため、保険会社への付保が困難となり、自社ないし自社グループでそのリスクを管理しなければならないケースが増えている。そこで、国外に自家保険会社（キャプティブ）を設立し、それとの保険取引を活用する法人や保険会社が見られる。しかし、国境を越えた関連者間の保険取引が行われた場合は、国内法人の課税所得算定上、支払保険料であれば損金に算入され、我が国の課税ベースを侵食するという課税問題が生じる。我が国では、関連者間で支払われた保険料についての税制上の定めはないが、米国では、キャプティブ形態に応じて、保険料の損金性に対する議論が重ねられている。本稿では、関連者間で支払われた保険料について、特に米国における対応を踏まえ、我が国における望ましい課税のあり方を考察することを目的とする。

第 1 章では、キャプティブへ支払われる保険料に対する我が国の課税制度から問題点の指摘を行った。我が国では、キャプティブへの保険料の損金性は、保険の本質を構成するリスク移転・分散という経済的性質ではなく、掛捨て型ないし積立型の峻別基準により判断される。東京海上保険事件（東京高判平成 22 年 5 月 27 日判決）においては、国外キャプティブへの保険料の損金性が争われたが、掛捨て型保険であれば損金性が認められる結果となった。国内法人がキャプティブを活用する場合、保険業法等関連法令との関係上、国外に設立されるケースが多い。そのため、国内法人ないし保険会社が国外キャプティブと掛捨て型保険取引を行う限り、リスク移転・分散が存在しない、換言すれば、実質的に保険として成立しない取引である場合においても保険料の損金算入は認められ、我が国の課税ベースを侵食する可能性がある。

第 2 章では、保険の本質であるリスク移転・分散の存在を基礎として、キャプティブ形態に応じて保険料の損金性を判断する米国の議論を考察した。本稿では、キャプティブ形態をシングル・ピュア、シングル・オープン、グループの 3 つに分類した上で保険料の取扱いを分析した。保険料の損金性をめぐる IRS の見解や判例法の変遷過程は萌芽期・発展期・成熟期・応用期と 4 段階に区分される。萌芽期の IRS は、「経済同一体論」を根拠に、シングル・ピュア形態への保険料の損金性を否認し、グループ形態のうち、31 社に所有されるキャプティブへの保険料のみ損金性を認める見解を示していた。親会社以外の外部リスクを引受けるシングル・オープン形態が台頭した発展期には、「経済同一体論」は衰退し、保険取引ごとにリスク移転・分散など様々な事実や状況を詳細に分析する「再評価アプローチ」が判例法により形成される。しかし、2002 年において、シングル形態及びグループ形態への保険料について、形式的な一定基準が示され、前者についてはキャプティブが引受けたリスク（保険料）のうち 50%以上が外部リスクである場合に損金性を認め、後者については 7 社以上の所有者であれば損金性を認めた。本稿では、この 2002 年に示された形式的な一定基準が、IRS の見解等に係る変遷過程の成熟期に位置づけられるとした。

また、近年、保護型セルキャプティブへの保険料の損金性など、IRS の取扱いはより精緻化され続けている。

第 3 章では、関連者間で支払われる保険料について、我が国における望ましい課税のあり方を検討した。公正処理基準への準拠性を重視した場合に租税法律主義を阻害する点、課税逃れを防止する目的などで損金範囲から除外する機能は、「別段の定め」にのみ求められる点の 2 点より、我が国でも損金性を判断する立法的措置の導入が必要である。米国では、キャプティブ形態のさらなる発展や IRS の見解の精緻化が進んでいるが、日本企業が有する大部分のキャプティブ形態がシングルであることを踏まえ、米国においてリスク移転・分散が存在しないとされるシングル・ピュアへの保険料は、我が国でも損金算入を制限していくべきであると考ええる。さらに、よりシングル形態への保険料に係る取扱いを精緻化する場合には、シングル・オープンへの保険料について、米国と同様に外部リスク引受割合による損金算入制限基準を検討すべきであろう。

【目次】

はじめに

第1章 関連者間の保険取引に係る課税問題

- 1.1. 関連者間の保険取引に関する状況
- 1.2. 保険の定義
- 1.3. 保険料の税務上の取扱い
- 1.4. 国外関連者との再保険取引に関する課税処分事例
- 1.5. 事例から導かれる課税上の問題

第2章 米国における関連者間の保険取引の課税制度

- 2.1. 内国歳入法典における保険料の取扱い
- 2.2. 米国における保険の定義
- 2.3. キャプティブ形態の分類
- 2.4. 内国歳入庁の見解及び判例法の変遷
- 2.5. 内国歳入庁の新たな挑戦
- 2.6. 小括

第3章 我が国における望ましい課税のあり方

- 3.1. 立法的措置の必要性
- 3.2. 関連者間の支払保険料の損金性に係る峻別基準

おわりに

はじめに

2011年3月に発生した東日本大震災により、法人保険分野における損害保険の果たす役割や重要性が一層高まることは想像に難くない。一方で、近年、我が国の法人が抱えるリスクは、産業構造や経営環境の激変により極めて多様化、かつ、複雑化している。そのため、保険会社への付保が困難となり、伝統的で安価にカバーできる保険領域は徐々に狭まりつつある。従って、自社ないし自社グループでそのリスクを管理しなければならないケースが増えている。そこで、伝統的な損害保険に代わる新たなリスクファイナンス手法が積極的に議論されているが、国外に自家保険会社（以下、キャプティブという。）を設立し、それとの保険取引を活用することにより、事業遂行上発生しうる損失に備えて支払能力の確保に努める国内法人が見られる。さらに、国内の保険会社も、地震や台風など大規模な自然災害に係る保険リスクを引受けた場合、その適正量をヘッジすることを目的として、国外に設立したキャプティブとの保険取引を利用するケースがある。

しかし、国境を越えた関連者間の保険取引が行われた場合は、国内法人の課税所得算定上、支払保険料であれば損金に算入されるため、我が国の課税ベースを侵食するという課税問題が生じる。このような状況に対して、我が国では、関連者間で支払われた保険料について、特別な税制上の措置を設けていない。一方、米国においては、古くから保険に関する課税問題やそれに関わる判例が数多く蓄積されている。さらに、関連者間の保険取引に係る支払保険料の取扱いについては、キャプティブの形態に応じて、損金性に対する議論が重ねられてきた。

そこで、本稿では、関連者間で支払われた保険料について、特に米国における対応を踏まえた上で、我が国における望ましい課税のあり方を考察することを目的とする。

第1章では、キャプティブへ支払われる保険料に対する我が国の課税制度及び東京海上保険事件の判決から問題点の指摘を行う。第2章では、キャプティブの形態に応じて、支払保険料の損金性に対する議論が重ねられている米国について考察する。第3章では、関連者間で支払われる保険料について、米国における対応を踏まえた上で、我が国における望ましい課税のあり方を検討する。

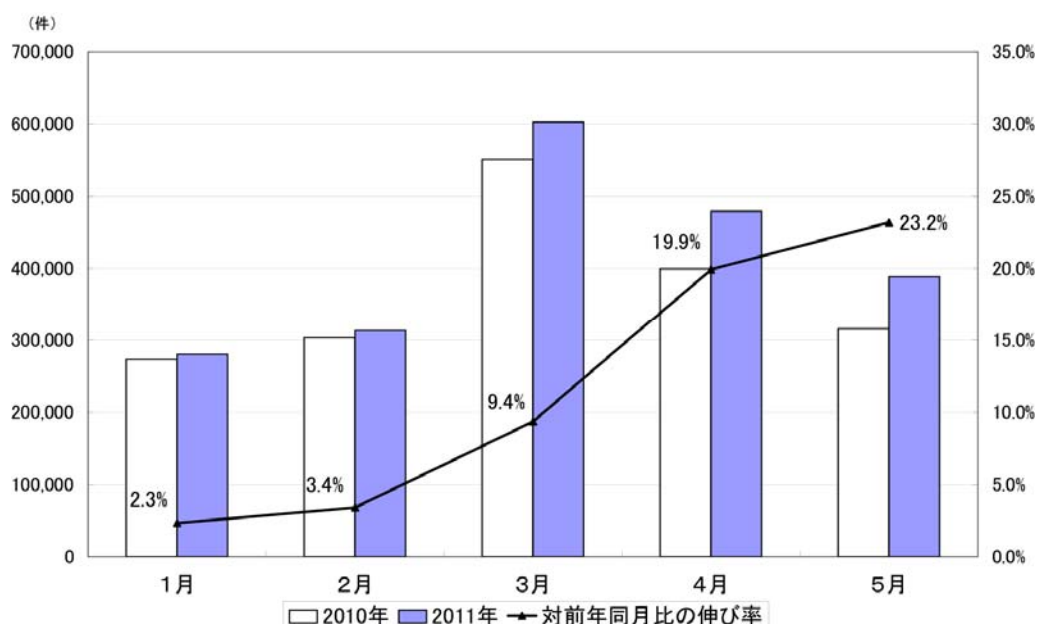
第1章 関連者間の保険取引に係る課税問題

1.1. 関連者間の保険取引に関する状況

1.1.1. 新たなリスクファイナンス手法

企業経営においては、予期し得ない事故や大規模な災害により多額の損失を被る可能性がある。そのリスクに対応するリスクファイナンス手法¹として、最も効果的な手段の一つが損害保険である²。損害保険は、偶発的な事象により損失を被るリスクから企業を財政面で防御するために経済的補償機能を果たすものであり、企業活動の持続を根底から支えている³。例えば、工場の火災により生産が停止した場合、火災による直接的な損失以外に、取引先企業をはじめ、社会全体に間接的損失が拡大する。そこで、火災保険や企業費用・利益総合保険などの損害保険を活用すれば、火災発生後の間接損失を含め、十分な備えを得ることが可能となる⁴。世界的にも、9.11のアメリカ同時多発テロ、スマトラ沖地震による大津波など大規模災害が発生しており、損害保険の必要性が高まっている。図表1を見ていただきたい。

図表1 地震保険への加入件数（新規＋継続）



（出所：金融庁 HP「東日本大震災に係る保険金・共済金支払い見込み額、支払い実績等」より
転載 <http://www.fsa.go.jp/news/23/hoken/20110719-3/01.pdf> [2011年7月19日訪問])

¹ リスクファイナンスとは、「企業が行う事業活動に必然的に付随するリスクについて、これらが顕在化した際の企業経営へのネガティブインパクトを緩和・抑止する財務的手法」を指す。リスクファイナンス研究会「リスクファイナンス研究会報告書～リスクファイナンス普及に向けて～」(経済産業省、2006年) 6頁。

² 牛越博文「損害保険の活用と企業のリスクマネジメント」税務弘報 50 巻 7 号 (2002 年) 78 頁。

³ 木村栄一他編『損害保険論』(有斐閣、2006 年) 39 頁。

⁴ 木村・前掲注 3・39 頁。

これは、2010 年及び 2011 年の 1 月から 5 月までの我が国における地震保険の加入件数の推移である。特筆すべき点は、2011 年 2 月時点で約 30 万件であった加入件数が、翌月の 3 月には約 60 万件と 2 倍に増加している点である。その原因は、2011 年 3 月に発生した東日本大震災である。東日本大震災における損害保険金支払額は約 1 兆 6000 億円に上るとされ、さらに生命保険金・損害保険金・共済金など被災者に支払われる保険金総額は約 2 兆 7000 億円と見込まれており、国内の自然災害に係る支払額としては過去最大規模とされる⁵。また福島第一原子力発電所から放出された放射能や、計画停電・節電による企業活動の間接的損失による被害などを含めて考慮すれば、我が国においても、法人保険分野における損害保険の必要性が従来よりも一層高まるは必然である。

一方で、近年、企業を取り巻く経営環境は急速に変化し、企業が抱えるリスクも環境リスクや風評リスク、そしてテロに関わるリスクなど多様化、かつ、複雑化している。そのような特殊なリスクの引受けに国内の保険会社が難色を示す場合も多くなっているため、伝統的で安価にカバーできる保険領域は徐々に狭まりつつある⁶。このような現状から、近年、企業において伝統的な損害保険に代わる新たなリスクファイナンス手法が積極的に議論されている。

では、新たなリスクファイナンス手法とは、どのような手法を指すのか。そもそも、企業のリスクファイナンス手法は、リスクを「社外に移転（以下、移転型という。）」する手法と「自社内に保有（以下、保有型という。）」する手法と大きく 2 つに分類される⁷。移転型とは、自社が抱えるリスクのほぼ全てを自社ないし自社グループの外に移転する手法である。この移転型には伝統的な損害保険も含まれるが、近年、リスクの移転先に保険市場ではない金融・資本市場を選択する手法が著しく発展している。その代表例が、カタストロフィー・ボンド (CAT Bond, Catastrophe Bond) である⁸。これはリスクの証券化であり、リスクを抱える者が、債権の発行により資本市場を通じてリスクを債権購入者へ移転させる仕組みを言う⁹。一方、保有型は、さらに、リスクを自社内に保有する手法と自社が属するグループに保有する手法の 2 つに分類される。自社内に保有する手法とは、準備金や引当金などによって積立てる自己資本を指す。そして、リスクを自社が属するグループで保有する手法とは、企業グループ内に設立したキャプティブと呼ばれる保険子会社を活用した手法である。また、リスクの移転と保有を融合させ、保険者と被保険者との間でリスクシェアリングを行うことで、効果的なリスクファイナンスを実現するファイナイト保険も自社グループでリスクの一部を保有する手法として考えられている¹⁰。

⁵ 金融庁 HP「東日本大震災に係る保険金・共済金支払い見込み額、支払い実績等」
<http://www.fsa.go.jp/news/23/hoken/20110719-3/01.pdf> (2011 年 7 月 19 日訪問)。

⁶ 長谷川洋「企業リスク転化の新たな手法」税務弘報 50 巻 7 号 (2002 年) 108 頁。

⁷ リスクファイナンス研究会・前掲注 1・10 頁。

⁸ また、保険デリバティブも代表例として指摘できる。保険デリバティブとは、保険関連リスクに連動する指標の変動等を対象としたデリバティブ取引である。リスクファイナンス研究会・前掲注 1・14 頁。なお、保険とデリバティブの接近については、中里実「企業リスク転化の新たな手法」税務弘報 50 巻 7 号 (2002 年) 925 頁以下、中里実「金融取引をめぐる最近の課税問題 36—損害保険に関する課税上の扱い—」税研 20 巻 1 号 (2004 年) 39 頁以下を参照。

⁹ 長谷川・前掲注 6・111 頁。また、CAT Bond の基本的仕組みについては、渡辺裕泰『ファイナンス課税』(有斐閣、2006 年) 202 頁—203 頁を参照。

¹⁰ リスクファイナンス研究会・前掲注 1・12 頁。また、ファイナイト保険の法的性質に関しては、竹瀝修「ファイナイト保険の法的性質」立命館法学 6 号 (2006 年) 1978 頁以下を参照。

1.1.2.キャプティブとの保険取引

このキャプティブ¹¹との保険取引は、前述したように伝統的な損害保険に代わる新たなリスクファイナンス手法、特に保有型手法の1つとして位置づけられる。近年、そのキャプティブとの保険取引が次のような日本企業によって活用されつつある（図表2）。

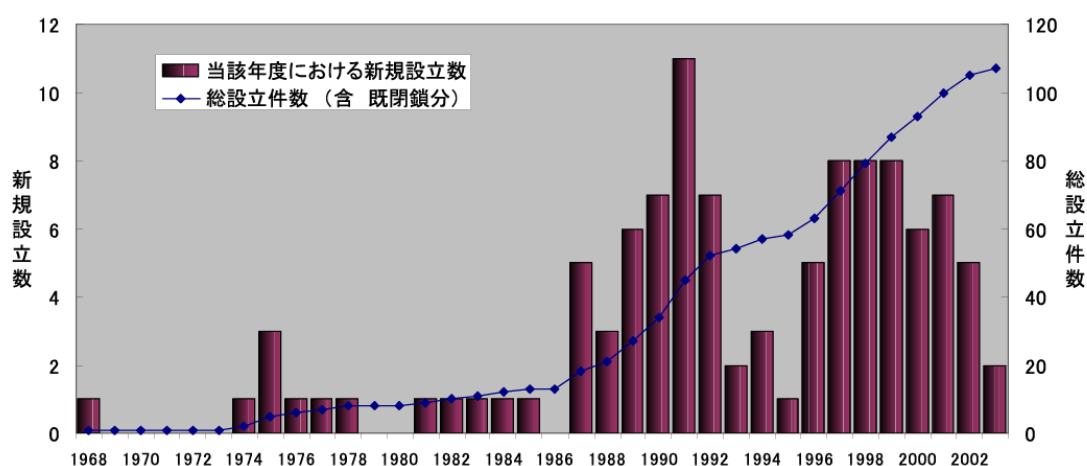
図表2 キャプティブを保有している主な日本企業

設立地	企業
アイルランド	日本たばこ産業・横河電機等
ガーンジー島	全日空・日本航空・損保ジャパン等
シンガポール	花王・丸紅・出光興産・ヤマハ発動機等
バミューダ島	日立・本田自動車・NEC・ソニー・スバル自動車等
ハワイ	JCB・日産自動車・大塚製薬・三洋電機・kenwood 等

（出所：池内光久「日本企業のキャプティブ・プログラム～何故かくも少数なのか～：Captive Programs of the Japanese Corporate Insurance Buyers～Why only few of them?」大阪女学院大学紀要5号(2008) 14頁－15頁の表#5(LIST of JAPANESE CAPTIVE INSURANCE COMPANIES)を参考に筆者作成。）

また、図表3によれば、2002年の時点で、日本企業のキャプティブの総設立件数は100社を超えている。

図表3 日本企業によって設立されたキャプティブ数の推移



（出所：リスクファイナンス研究会・前掲注1・74頁より転写）

¹¹ キャプティブ保険会社とは、広義的に「特定の親会社等（含グループ会社）のリスクを専門的に引き受けるために当該親会社等により所有され、管理されている保険会社」（リスクファイナンス研究会・前掲注1・67頁。）と定義される。一方で、狭義的には「保険会社以外の親組織（含グループ）のリスクをファイナンスするために当該親組織（含グループ）により所有され、管理されている保険会社」（森宮康『キャプティブ研究』（損害保険事業研究所、1997年）20頁。）と定義される。本稿では、一般企業及び保険会社両者について、関連者間の保険取引を考察していくため、広義説に筆者の立場を置く。

キャプティブとの保険取引を活用することにより企業が享受する利点は、大きく3つ指摘できる。第一は、幅広い保険領域の確保である。環境汚染や医療・監査等の職業賠償責任といった保険会社では引受けが困難なリスクについては、キャプティブとの保険取引を活用することで、自社グループ内で管理できる¹²。そして、第二は、キャプティブの所有者である親会社の利益を追求できる、換言すれば、プロフィット・センターとして機能する関連会社を所有できる点である¹³。伝統的な損害保険を活用する場合、保険料としての支出は損金算入が認められる一方で、一定額の資金が、自社ないし自社が属する企業グループから定期的に流出する。また、保険リスクの証券化を活用する場合においても、証券に係る利子を保険者である投資家に定期的に支払う必要がある¹⁴。そのため、自社が抱えるリスクを分析した結果として安定的なリスクである場合には、可能な限り保険料を企業グループ内に留保したいというインセンティブが生まれる¹⁵。そこで、キャプティブを自社が属する企業グループ内に設立し、自社のリスクを引受けさせる代わりに保険料を支払うことで保険料がグループ内に留保でき、さらに、保険金支払いの時期が到来するまで保険料の運用益を得ることが可能となるため、企業グループのキャッシュフローが大幅に改善される¹⁶。第三は、企業が国内保険会社と結んだ保険取引に対して、海外に設立したキャプティブとの間で再保険取引を行う場合、一旦企業から保険会社に移転されるため、企業が支払う元受保険料の損金算入が認められる点である¹⁷。整理すると、特殊なリスクを抱える企業がキャプティブとの保険取引を活用した場合、支払保険料が損金算入されるという伝統的な損害保険の課税上の利点を維持しつつ、企業グループ内に保険料を留保することで運用益を生み出すことが可能となる。

1.1.3. 関連者間の保険取引形態

では、キャプティブとの保険取引はどのような形態をとるのか。国内法人がキャプティブを有する場合、国内に設立する場合と国外に設立する場合がある。以下において、それぞれの場合を簡単に説明する。

(1) 国内に設立する場合

キャプティブを国内で設立する場合は、一般の保険会社として設立する場合と一般の事業会社等として設立する場合と2つのパターンが考えられる¹⁸。一般の保険会社として設立した場合、資本金基準やソルベンシーマージン基準など保険業法等の厳しい監督下に置かれるため、国内法人にとっては必要以上にコストがかかる。また、一般の事業会社等として設立した場合においても、そもそも保険会社ではないため、企業が支払う保険料の損金性は認められず、課税上の利点

¹² リスクファイナンス研究会・前掲注1・69頁。

¹³ 鈴木譲一「キャプティブ保険者をめぐる最近の諸問題」損害保険研究40巻4号（1979年）98頁。

¹⁴ 渡辺・前掲注9・202頁。

¹⁵ 森宮・前掲注11・7頁。

¹⁶ 前田祐治「キャプティブ保険によるリスクファイナンス手法―世界と日本―」保険学雑誌590号（2005年）79頁。

¹⁷ リスクファイナンス研究会・前掲注1・70頁。

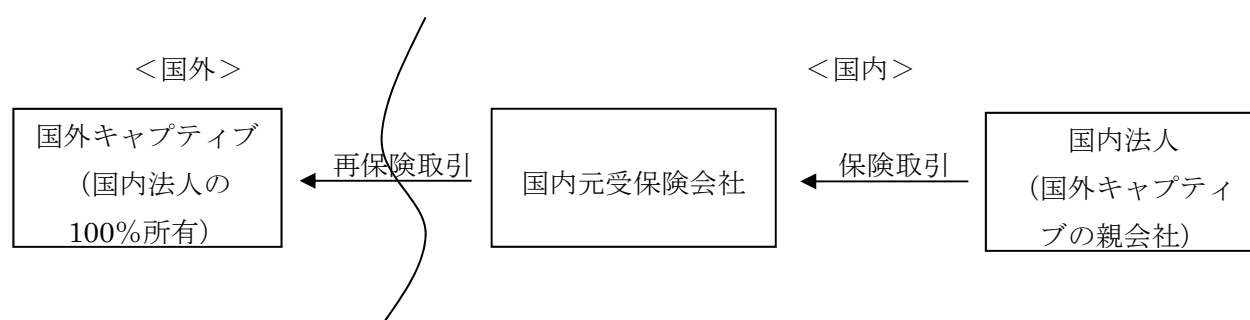
¹⁸ リスクファイナンス研究会・前掲注1・22頁。

を得ることができない。いずれにしても、国内法人に国内でキャプティブを設立するインセンティブは生まれない¹⁹。

（２）国外に設立する場合

国外にキャプティブを設立する場合は、当該国や地域の保険業法が適用されるため、それに準拠した形で行われる²⁰。しかし、保険会社以外の国内法人が国外キャプティブと直接保険取引を行うことは不可能である。これは、日本の事業免許を有しない国外保険業者と日本の居住者との間で保険契約を締結することが原則的に禁止されているためである²¹。ただし、国際性に富む商取引に係る保険契約は、海外直接付保規制の例外として位置づけられている。具体的には、外航船舶保険、外航貨物保険、航空機機体保険、航空貨物保険、海外旅行傷害保険などである。そして、再保険も海外直接付保規制の例外として適用除外となる²²。そのため、保険会社以外の国内法人と国外キャプティブの間には必然的に国内の保険会社が介在することになる²³。図示すると、図表４になる。

図表４ 国内法人（保険会社以外）が国外キャプティブを設立する場合



¹⁹ これまで日本国内でキャプティブが設立された例は存在しない。山下友信「キャプティブに関する序論的考察」前田重行編『前田庸先生喜寿記念－企業法の変遷』（2009年、有斐閣）488頁、吉澤卓哉「日本の事業会社によるキャプティブ保険会社の設立・利用を巡る法的論点」保険学雑誌 595号（2006年）44頁－46頁。

²⁰ 吉澤・前掲注 19・46頁。

²¹ 木下孝治「外国保険会社規制の目的と海外直接付保規制」阪大法学 52巻 3・4号（2002年）787－788頁参照。なお、保険業法第 186 条では次のように規定されている。

「日本に支店等を設けない外国保険業者は、日本に住居若しくは居所を有する人若しくは日本に所在する財産又は日本国籍を有する船舶若しくは航空機に係る保険契約（政令で定める保険契約を除く。）を締結してはならない。ただし、同項の許可に係る保険契約については、この限りではない。」

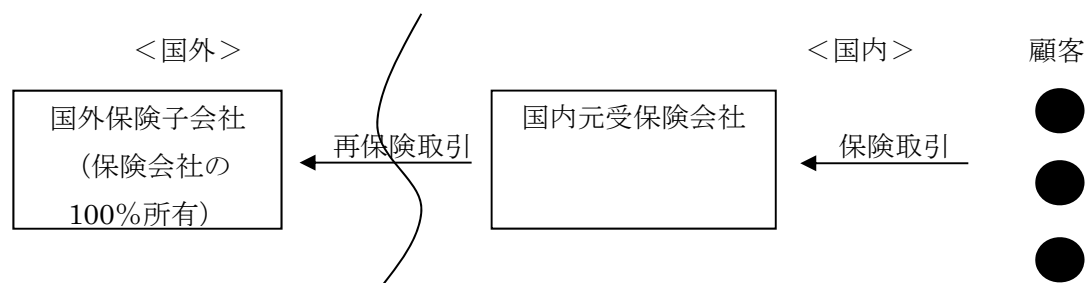
また、海外直接付保が禁止される理由は、日本の事業許可を受けない国外保険事業者が日本に所在する物件等に係る保険契約を直接締結した場合、保険業法の適用が困難になり保険契約者等の保護に欠ける危険があるためである。さらに、免許を受けた国内保険事業者との間で不公平が生じ、日本の保険市場を攪乱する危険性も存在する。木下・前掲注 21・788 頁、江頭憲治郎・小林登・山下友信著『損害保険実務講座 補巻 保険業法 平成 8 年度施行法解説』（有斐閣、1997 年）172 頁。

²² 保険業法 186 条、保険業法施行令 19 条、保険業法施行規則 116 条。再保険が海外直接付保規制の例外として位置づけられる根拠は、次の 2 点が指摘できる。まず、再保険の場合その契約者は保険事業者であることから、一般の消費者を念頭においた契約者保護規制の必要性が低い点である。2 つ目は、再保険契約が元受保険契約から独立しているため、再保険契約の公平と元受保険契約の契約者利益との間に直接的な関係があるとは言えない点である。丸山真佐雄「再保険の監督規制のあり方－保険業法の一部改正を機会に見直しを－」インシュアランス[損保版]4134号（2005年）5頁。しかし、再保険契約が海外直接付保規制の例外として取り扱われていることに危機感を示す論者も多数存在する。丸山・前掲注 22・4 頁以下、「再保険市場の疑念払拭のため健全性のチェック体制を－保険会社－」金融財政事情 55 巻 11 号（2004 年）11 頁以下。

²³ 横山登、熊倉広信「リスク回避の新しい手法「キャプティブ」の活用方法に迫る」旬刊経理情報 1075 号（2005 年）31 頁。

なお、国内元受保険会社もキャプティブとして機能する保険子会社を国外に設立することは可能であり、その場合の国外キャプティブとの保険取引は必然的に再保険となるため、海外直接付保規制の対象となることはない（図表5）。

図表5 国内元受保険会社が国外キャプティブを設立した場合



このように整理すると、キャプティブとの保険取引を考察するにあたっては、国内キャプティブとの保険取引よりも、むしろ国外キャプティブとの再保険取引に重点を置く必要があることが理解できる。

1.2.保険の定義

キャプティブとの保険取引を考察していくにあたり、まず、本節では、保険の定義について検討する。「保険」は経済システムとして数百年も前から確立しているものの、学問分野において統一的な定義が存在していない²⁴。数百年にわたる経済社会の発展・変化に伴い企業・個人が抱えるリスクも多様化してきたなかで、それぞれの時代のニーズに応える形で保険という経済システムが進化してきた。そのため、あらゆる種類・形態を生み出した保険を網羅したうえで、定義づけることは非常に困難である²⁵。しかし、保険という経済システムの本質を構成する経済的性質については、各論者においてある程度の共通認識が見られる²⁶。本節では、この保険の本質を構成する経済的性質から、保険の定義について検討する。

保険の本質を構成する経済的性質としては、大きく「リスク移転」と「リスク分散」の2つが指摘できる²⁷。そして、より詳細に言及すれば、前者は、①偶然事故のリスクの存在②経済上の不安定の除去・軽減の2点から構成され、後者は、①多数の個別経済主体の結合②合理的計算に基づく拠出③計画的な共通準備財産の形成の3点から構成される²⁸。以下、それぞれの経済的性質について、簡単に述べる。

²⁴ 大谷孝一編『保険論』（成文堂、2007年）21頁。

²⁵ 上山道生『保険入門（第2版）』（中央経済社、2004年）13頁。

²⁶ 上山・前掲注25・13頁。

²⁷ 吉澤卓哉「保険制度におけるリスク分散」保険学雑誌586号（2004年）161－162頁。

²⁸ この5つの経済的特徴については、鈴木辰紀編『新保険論－暮らしと保険－』（成文堂、2003年）10頁。なお、上山・前掲注25・16頁や大谷・前掲注24・27頁では、経済制度であることも保険の本質を構成する経済的性質であると指摘している。

1.2.1. リスク移転

①偶然事故のリスクの存在

保険は、リスクを移転した者（以下、出再者という。）が経済的不利益を被った場合に、リスクを引受けた者（以下、受再者という。）がその経済的不利益の一部または全部を補填する経済システムである。そのため、出再者から受再者に付保される以前に、出再者が偶然事故のリスクを抱えておかなければならない²⁹。

②経済上の不安定の除去・軽減

①で述べた偶然事故のリスクが実現した場合、リスクを抱えていた経済主体は多大な損失を被る恐れがある。このような損失が発生した場合の財政的な対策として損害保険を活用すれば、受再者から出再者へ保険金が支払われることによって損失の補償が行われる。この損失の補償があることによって経済的不安が除去・軽減され、出再者は収支の均衡を維持できる³⁰。

1.2.2. リスク分散

①多数の個別経済主体の結合

保険は、基本的に出再者と受再者の契約関係から成り立つ。しかし、保険が経済的システムとして確立するためには、多数の個別的な出再者が特定の偶然事故に基づく経済的不安定の除去・軽減を目的として、1つの集団³¹を構成する必要がある。多数の出再者の結合による集団を形成することにより、個別的には偶然と捉えられるリスクであっても事故発生率の算出を可能とする。換言すれば、集団を構成する出再者が増えれば増えるほど「大数の法則³²」が正確に適用され、現実に偶然事故に遭う者の数や支払うべき保険金の額を予測することを可能にする³³。

②合理的計算に基づく拠出

①の保険団体を構成する出再者は、経済的不安の除去・軽減という保険の目的を達成する対価として一定の金銭（保険料）を拠出する。保険料の合理的計算とは、異なったリスクを抱える出

²⁹ 大谷・前掲注 24・22 頁では、偶然性のレベルを、①それが発生するか否か②発生した場合の被害の重大さほどの程度か③それがいつ発生するのかの3つに区分したうえで、すべての偶然性が存在する事故を絶対的偶然事故とし、人の死亡のように③のみに偶然性が存在するものを相対的偶然事故としている。

³⁰ 上山・前掲注 25・14 頁。また、保険は経済的損失を埋め合わせることによって不安を除去・軽減することから、経済的水準を積極的に向上させるものではなく、金銭上の利得を利息として得られる貯蓄や配当が得られる投資とは異なるとの指摘がある。

³¹ 保険団体ないし危険団体という。ただし、この集団は、偶然事故に関する予測を可能な限り正確に行うことを唯一の目的として形成されるため、出再者の集団への帰属意識や相互の連帯意識等は存在しない。大谷・前掲注 24・24 頁。

³² 大数の法則とは、個別的には偶然的事象であっても、大量観察することで一定の法則が導かれるという原則をいう。近見正彦他著『新・保険学』（有斐閣、2006 年）32 頁。本書では、次のような例を挙げている。サイコロを 1 回振って 1 の目が出る確率は 1/6 と誰もが答えるが、サイコロを 6 回振って 1 の目が 1 回出るとは限らない。しかし、サイコロを振る回数を増やせば増やすほど、1 の目が出る確率は 1/6 という値に近づいてくる。

³³ 大谷・前掲注 24・24 頁。

再者それぞれのリスクの程度に応じて保険料を計算することである³⁴。例えば、火災事故であれば建物の構造、所在地、用途によって事故の発生率は異なり、死亡率も年齢、健康状態によって異なる。そのため、保険料はそれぞれのリスクに見合って客観的及び合理的³⁵に算出されなければならない³⁶。

③計画的な共通準備財産の形成

②の合理的な原則（大数の法則、収支相等の原則、給付・反対給付均等の原則）に基づいて出再者から拠出された保険料により、保険金支払いの財源となる共通財産が事前に形成されていく。つまり、出再者が事前に保険料を加入した保険団体に拠出することで、保険団体は準備金³⁷を形成し、偶然事故に遭い損失を被った出再者に保険金を支払うことになる。そのため、保険会社においては「一人は万人のため、万人は一人のため（One for all, all for One）」という相互性を強調している³⁸。

以上を整理すると、経済システムとしての保険が成立するためには、前述したリスク移転とリスク分散という2つの本質的性質が存在しなければならない。これは、第三者間の保険取引ないしキャプティブとの保険取引であっても同様である。

1.3.保険料の税務上の取扱い

1.3.1.国内法人が支払う損害保険料の取扱い³⁹

本節では、キャプティブとの保険取引において支払われた損害保険料について、現行の税務上の取扱いを明らかにする。その前提として、まず、伝統的な損害保険に係る議論として、国内法

³⁴ 大谷・前掲注 24・25 頁。

³⁵ 具体的な基準として、「収支相等の原則」と「給付・反対給付均等の原則」がある。収支相等の原則とは、「大数の法則に基づいて保険集団の事故発生率（頻度）と1回の事故の予想損害額を予測し、支払保険金の総額を算出し、それに相等しい保険料を集団の構成員から徴収することによって、保険集団における保険金総額と保険料総額は収支均衡する」という原則である。出再者1人当たりの保険料をP、出再数をN、保険金を受領する出再者の数をR、1回の支払保険金をZとすれば、収支相等の原則は次の式で表せる。

$$N \times P \text{ (総保険料)} = R \times Z \text{ (総支払保険金)} \cdots (*)$$

一方、給付・反対給付均等の原則とは、「出再者が支払う保険料は、将来的に受領の可能性がある保険金の数学的期待値に等しい」という原則である。(*)の式の両辺をNで割れば、次の式が導かれる。

$$P \text{ (個々の保険料)} = W \times Z \text{ (} W : R/N \text{ 事故発生率)}$$

前者の原則は受再者の収支に関するマクロの原則であり、後者の原則は保険料算出に関する出再者の個別的収支に関するミクロの原則と言える。この2つの原則に基づき保険料を算定することで、事故発生率の高い出再者は多くの保険料を負担し、事故発生率の低い出再者は少ない保険料で済むという経済システムが構築される。近見・前掲注 32・30 頁以下、上山・前掲注 25・18 頁以下。

³⁶ 上山・前掲注 25・16 頁。

³⁷ なお、保険団体における共通の準備金は前払いの保険料によって構成されるため、一定期間後に保険金として支出されるまでは滞留資金として運用資産となる。そのため、共通準備金の形成は保険に金融機能を付与しているという指摘。上山・前掲注 25・16 頁。

³⁸ 上山・前掲注 25・15 頁。

³⁹ 渡辺・前掲注 9・194 頁以下、北山雅一「＜法人編＞リスクヘッジのための生保・損保の活用 役員・従業員の死亡・傷病に備えた保険の活用」税理 54 巻 8 号（2011 年）66 頁以下、今井康雅「目的別法人保険の活用ー節税メリットと租税回避リスク 総論 保険料等の税務上の取扱い」税経通信 66 巻 7 号（2011 年）106 頁以下。

人が保険会社に支払う損害保険料の税務上の取扱いを考察する。

各事業年度の所得に対する法人税⁴⁰において、国内法人の各事業年度の所得金額は法人税法 22 条 1 項に「当該事業年度の益金の額から損金の額を控除した金額とする」と定められている。さらに、課税所得の計算規定としては、当該事業年度の益金の額ないし損金の額に算入すべき金額を定めた「基本規定（同条 2 項・3 項）」、特則を定めた「別段の定め」、そして「補充規定」として「一般に公正妥当と認められる会計処理の基準」（以下、公正処理基準という。）に関する規定（同条 4 項）が存在する⁴¹。また、同条 3 項について具体的に言及すれば、損金の額に算入すべき金額として、別段の定めがある場合を除き、以下の 3 つを掲げている。

- （１）当該事業年度の収益に係る売上原価、完成工事原価その他これらに準ずる原価の額
- （２）（１）に掲げるもののほか、当該事業年度の販売費、一般管理費その他の費用（償却費以外の費用で当該事業年度終了の日までに債務の確定しないものを除く。）の額
- （３）当該事業年度の損失の額で資本等取引以外の取引に係るもの

「損金」という概念は、原則として全ての費用と損失を含む広い概念として理解すべきである⁴²。しかし、我が国の法人税は、「損金」の概念を積極的に定義することは避け、会計概念として把握される個々の原価、費用、損失を基礎とし、この概念に「債務の確定」という法的テスト及び資本等取引に係る損失並びに別段の定めによる必要最低限の税法独自の規制を加えて損金の範囲を画している⁴³。

国内法人が「長期の損害保険契約⁴⁴」以外の損害保険契約を保険会社と結んだ場合、支払保険料の取扱いは、別段の定めなどに規定されていない。そのため、保険期間を 1 年とし、その支払保険料全額が掛捨て部分とする損害保険契約を国内法人が結んだ場合、その支払保険料は一般に公正処理基準に従い、未経過部分を除いて、その支払日の属する事業年度において同条 3 項 2 号の費用に該当するとされ、損金の額に算入される⁴⁵。ただし、長期の損害保険契約に係る損害保険料については、法人税基本通達（以下、法基通という。）9-3-9 から 9-3-11 により税務上の取扱いが示されている⁴⁶。

まず、法基通 9-3-9 では、国内法人が長期の損害保険契約を結んだ場合における支払保険料の原則的な取扱いが示されている。具体的内容としては、支払保険料のうち満期返戻金の原資となる積立部分は保険期間の満了又は保険契約の解除若しくは失効時まで資産計上することが要求され、その他の部分の金額は期間の経過に応じて損金算入が認められる⁴⁷（図表 6）。

⁴⁰ 我が国の実定制度における法人税は広い概念であり、各事業年度の所得に対する法人税の他に、各連結事業年度の連結所得に対する法人税、退職年金等積立金に対する法人税を含んでいる。金子宏『租税法（第 16 版）』（弘文堂、2011 年）258 頁。

⁴¹ 中村利雄『法人税の課税所得計算（改訂版）－その基本原理と税務調整』（ぎょうせい、1990 年）15 頁。

⁴² 金子・前掲注 40・276 頁。

⁴³ 中村利雄・岡田至康『法人税法要論（平成 21 年版）』（税務研究会出版局、2009 年）24 頁。

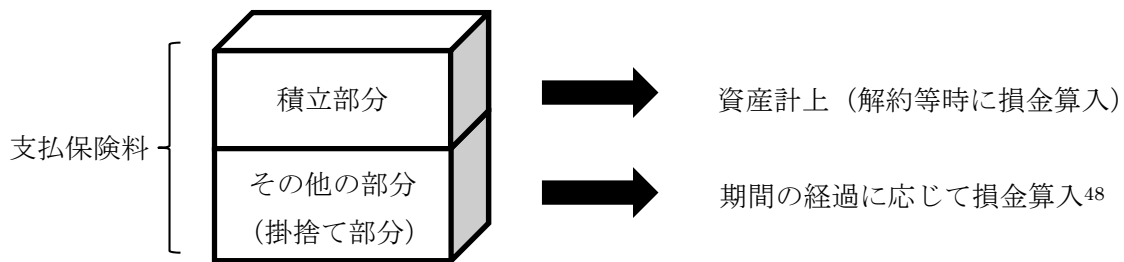
⁴⁴ 保険期間が 3 年以上で、かつ、その保険期間満了後に満期返戻金を支払う旨の定めのある損害保険契約を指す（法基通 9-3-9）。

⁴⁵ 渡辺淑夫・下山宏『コンメンタール法人税基本通達』（大村雅基監修）（税務研究会出版局、1996 年）520 頁。

⁴⁶ なお、法基通 9-3-12 では、保険事故の発生による積立保険料の処理について示されている。

⁴⁷ 支払保険料の内訳として積立部分とその他の部分の区分は、保険料払込案内書や保険証券添付書類により区分されているところによる（法基通 9-3-9（注））。

図表 6 長期の損害保険に係る保険料の取扱い



そして、法基通 9-3-10 と 9-3-11 では、国内法人が建物等を保険目的とした長期の損害保険を契約した場合における保険料の取扱いが示されている。国内法人が自ら賃借している建物等⁴⁹を保険目的として長期の損害保険契約を結んだ場合、支払保険料は図表 7 のように取扱われる。

図表 7 賃借建物等を保険に付した場合の支払保険料の取扱い（法基通 9-3-10）

保険契約者 ⁵⁰	被保険者	取扱い
法人	建物等の所有者	法基通 9-3-9 と同様
建物等の所有者	建物等の所有者	保険料全額が当該建物等の賃借料（損金算入）

また、国内法人が役員又は使用人の所有する建物等⁵¹を保険目的として長期の損害保険契約を結んだ場合、支払保険料は図表 8 のように取扱われる。

図表 8 役員又は使用人の建物等を保険に付した場合の保険料の取扱い（法基通 9-3-11）

保険契約者	被保険者	取扱い
法人	建物等の所有者	積立部分は資産計上、その他の部分は給与 ⁵² （損金算入）
建物等の所有者	建物等の所有者	保険料全額が給与（損金算入）

では、伝統的な損害保険に代わる新しいリスクファイナンス手法として台頭しているキャプティブへ支払った保険料はどう取扱われるか。キャプティブとの保険取引で支払われた損害保険料に係る税務上の取扱いについても、同様に、法人税法上別段の定めなどにより明確にされていない。そのため、当該保険料も 22 条 3 項 2 号の費用に該当するとされ、損金の額に算入される。

以上を踏まえて、国内法人が支払う損害保険料について、現行の税務上における取扱いをまとめると次のようになる。まず、国内法人が結ぶ損害保険契約を長期の損害保険とそれ以外の損害保険に区分する。前者に係る支払保険料に関しては、掛捨て部分は貯蓄性がないものとして損金

⁴⁸ 長期の損害保険契約に係る月払又は年払の保険料については、積立部分を除き、短期前払費用に係る取扱いの適用があるため、経過あるいは未経過の区別は問わず、支払日の属する事業年度に損金算入が認められる（法基通 2-2-14）。

⁴⁹ 役員又は使用人から賃借しているものでその役員又は使用人に使用させているものを除く（法基通 9-3-10）。

⁵⁰ ここでは、満期返戻金の請求人を指す。

⁵¹ 役員又は使用人から賃借しているものでその役員又は使用人に使用させているものを含む（法基通 9-3-11）。

⁵² ただし、その他の部分の金額で所得税法上経済的な利益として課税されないもの（所基通 36-31 の 7）について法人が給与として経理しない場合には、給与として取扱われない（法基通 9-3-11（1）ただし書）。

算入され、積立部分は満期返戻金の原資であるため貯蓄性があるものとして資産計上される。さらに、法基通 9-3-10 及び 9-3-11 においては、満期返戻金の請求人が国内法人であるか被保険者たる建物等の所有者であるかの区分により取扱いが異なるが、支払保険料の損金算入の可否が掛捨て部分であるか積立部分であるかの基準により左右されることに変わりない。一方、後者に係る支払保険料については、基本的に全額が掛捨て部分とされ、損金算入が認められる。

このように整理すると、国内法人が支払う損害保険料について、現行の税務上の取扱いに2つの特徴が指摘できる。第一は、国内法人が支払う損害保険料の取扱いを定める規定が極めて少ないことである。国内法人が支払う生命保険料については、養老保険、定期保険、定期付養老保険、そして長期平準定期保険や逡増定期保険など多様な保険商品に対応して、それぞれの保険料の取扱いが明示されているにも関わらず⁵³、損害保険料に関しては、法基通において保険目的の区別はあるものの長期の損害保険に係る保険料の取扱いが示されているのみである。第二は、現行の法人税法上、国内法人が支払う損害保険料の損金性は、掛捨て型ないし積立型という峻別基準により判断されている点である。

では、次に、支払った損害保険料の損金算入の可否を、掛捨て型ないし積立型の峻別基準により判断している税務上の取扱いが、リスク移転やリスク分散という保険の本質を構成する経済的性質と整合性が図れているかを検討する。

1.3.2. 保険料の税務上の取扱いと保険の経済的性質との整合性

まず、国内法人が長期の損害保険契約を結んだ場合の支払保険料のうち、積立部分について検討する。積立部分は、一旦出再者から受再者へ保険料の拠出は行われるものの、保険期間満了後には満期返戻金として出再者のもとへ返還される。従って、積立部分に関しては、出再者において偶然事故のリスクの存在が認められないため「リスクの移転」という経済的性質が欠落している⁵⁴。つまり、実質的に保険として認められないため、損金算入が否定されたうえで資産計上が要求される税務上の取扱いは、保険の経済的性質との整合性が図れている。

一方、国内法人が長期の損害保険契約を結んだ場合の支払保険料のうちの掛捨て部分及び通常の損害保険契約を結んだ場合の支払保険料（掛捨て）の取扱いはどうだろうか。この掛捨て部分に関しては、国内法人が一般の保険会社へ保険料を支払うケースのみ、保険の経済的性質と整合性が図れていると指摘できる。この場合、1.2.で指摘したリスク移転やリスク分散といった保険の経済的性質は十分存在しているため、損金算入が認められることも妥当である。しかし、関連者間において掛捨て型の保険取引が行われた場合に、その支払保険料を損金に算入させる現行の税務上の取扱いが保険の経済的性質と整合性が図れているかは大いに疑問である。例えば、国内親法人が自社のリスクを専門的に引受けるキャプティブを設立し、掛捨て型の保険取引を行うとす

⁵³ 近年、多様な保険商品に係る支払保険料の取扱いが法基通により明らかにされている生命保険であっても新たな契約形態のものが発売されており、法基通の内容そのものについて再度見直す必要性が生じているとの指摘もある。矢田公一「保険商品を巡る課税上の諸問題－支払保険料の損金性の問題を中心に－」税務大学校論叢 66号（2010年）106頁以下。

⁵⁴ 積立保険料部分についてはリスク負担がほとんど無く、保険に係る経費的性格のものとは認められないとの指摘。横山登「伝統的保険で対応できないリスクをカバー－ファイナイトの仕組みと会計・税務上の留意点」旬刊経理情報 1103号（2005年）44頁。

る。この場合、“リスクの存在”と“経済的不安定の除去・軽減”という性質から構成されるリスクの移転が実現している可能性はあるものの、保険取引の出再者が親会社のみであるため、リスク分散を構成する“多数の個別経済主体の結合”という経済的性質は満たされない。そのため、実質的には保険とは認められないにも関わらず、損金算入を認めている。

このように整理すると、関連者間で保険取引が行われた場合に、積立部分を除く掛捨て部分に係る保険料の取扱いについて、保険の経済的性質と整合性が図れていないことが理解できる。次節では、国外キャプティブとの間で行われた保険取引において、支払保険料の損金性が争われた我が国の事例を検討していく。

1.4. 国外関連者との再保険取引に関する課税処分事例

我が国では、国境を越えた再保険取引について、課税当局が課税処分を行った事例がいくつかある⁵⁵。本節では、特に同一企業グループ内で行われたクロスボーダーの再保険取引において、支払保険料の損金性が争われた「東京海上保険事件⁵⁶」を取り上げて、国税不服審判所の裁決及び裁判所での判決に分析を加える。

1.4.1. 事案概要

損害保険業等を営む原告・被控訴会社 X（以下、X 社という。）は、企業向けの地震、津波、火山性噴火の危険に係る損害保険を引受けることにしたが、企業経営の健全性が損なわれる恐れがあるため、次のような仕組みを考えた。まず、アイルランドに 100% 子会社（以下、A 社という。）を設立し、A 社との間で掛捨て型の再保険契約を結ぶ。さらに、子会社の決算収支及び X 社グループの決算収支の著しい悪化を回避するため、A 社に欧州の再保険会社との間で再々保険契約を

⁵⁵ 例えば、国内損害保険会社がガーンジー島に所有していたキャプティブ保険会社に対して、ガーンジー島で行われた課税は、外国税額控除の対象となる外国法人税に該当するか否かが争われた損保ジャパン事件などが挙げられる。（東京地判平成 18 年 9 月 5 日判決 訟務月報 54 巻 10 号 2463 頁、東京高判平成 19 年 10 月 25 日判決 訟務月報 54 巻 10 号 2419 頁、最高裁判平成 21 年 12 月 3 日判決 判例タイムズ 1317 号 92 頁、判例時報 2070 号 45 頁）。

⁵⁶ 東京地判平成 20 年 11 月 27 日判決 判例時報 2037 号 22 頁（事件番号：平成 17 年（行ウ）第 586 号）、東京高判平成 22 年 5 月 27 日判決 判例時報 2115 号 35 頁（事件番号：平成 21 年（行コ）第 64 号）。

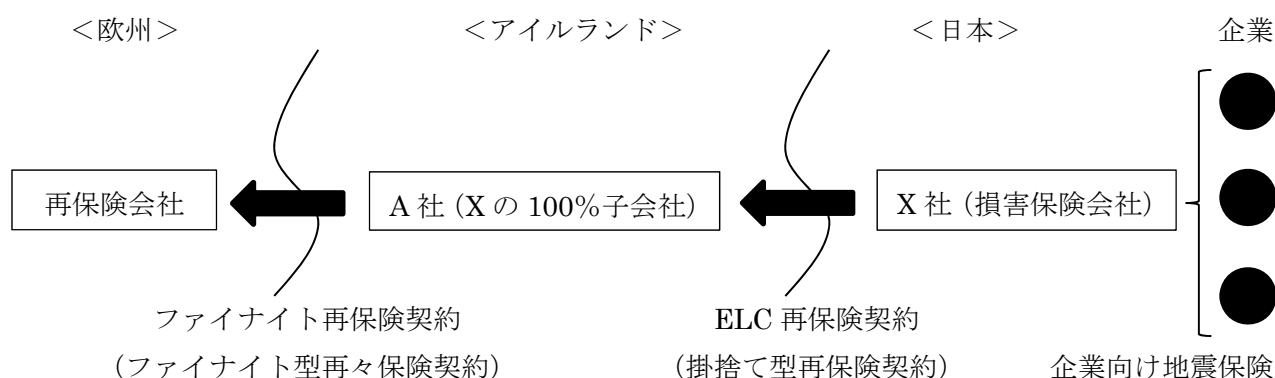
なお、当該事例の評釈として、以下のものが挙げられる。水野忠恒「ファイナイト保険課税事件に関する判例の検討」国際税務 30 巻 11 号（2010 年）37 頁（以下、水野（2010）とする。）、水野忠恒「最近の国際課税判決の動向－ファイナイト保険課税事件に関する判決の検討－」租税研究 739 号（2011 年）4 頁（以下、水野（2011）とする。）、瀧圭吾「損害保険会社が海外子会社に支払った「再保険料」の損金該当性」ジュリスト 1400 号（2010 年）173 頁、弘中聡浩「ファイナイト再保険租税訴訟の解説－国際的な再保険取引に関する課税処分を争って勝訴した事例」租税研究 737 号（2011 年）249 頁、小林登「海外再保険契約における再保険料の法人税法上の取扱い」保険毎日新聞 2010. 3. 10 号 4 頁、佐藤香織「最新判例・係争中事例の要点解説（第 10 回）損害保険会社が海外子会社との再保険契約に基づき支払った企業向け地震保険の再保険料の損金該当性について、当該契約には経済的合理性があるとして更正処分を違法とし、納税者の請求の一部を認めた事例」税経通信 66 巻 8 号（2011 年）176 頁、長谷川俊明「海外子会社との再保険契約の再保険料の損金・益金該当性が争われた事例」国際商事法務 37 巻 7 号（2009 年）912 頁、「法人税に関するもの：損金の額：損金の額の計算：東京地裁平成 20 年 11 月 27 日判決」税理別冊付録 52 巻 15 号（2009 年）27 頁、保険判例等研究会「新保険判例の動向（総合）：平成 21 年 10 月（下）」保険毎日新聞 2009.10.27 号 4 頁、大高由美子「企業向け地震保険再保険料の損金性」税研 25 巻 1 号（2009 年）125 頁等がある。

締結させた。その際、A 社に掛捨て型の再々保険契約を締結させたのでは、X 社グループから再々保険料が継続的に流出するため、リスク移転が限定的なファイナイト型の再々保険契約を締結させた。そして、X 社は、A 社との間で結んだ掛捨て型の再保険契約に基づき、支払保険料を損金に算入し法人税の確定申告を行った。

これに対して、課税当局は、次のように主張し、X 社が A 社に支払った保険料のうち事後調整対象部分は損金に算入されないとして更正処分を行った。X 社が欧州の再保険会社と直接ファイナイト型再保険契約を締結した場合、支払保険料のうち事後調整対象部分が預託金（積立金）と認定され損金算入が否認される恐れがある。そこで、X 社は A 社を設立し、A 社への支払保険料（掛捨て型）を損金に算入し、欧州の再保険会社とのファイナイト型再々保険契約を A 社に締結させ、保険料も A 社に支払わせた。そのため、A 社は、X 社が日本の課税権から逃れるための「受け皿」又は「導管」にすぎず、X 社が A 社に支払った再保険料と A 社が支払った再々保険料はいわば「紐付き」の金員である。換言すれば、2 つの契約は不可分一体の契約であり、2 つの契約に係る支払保険料の損金性は、同様に判断されるべきである。

本事例の主な争点は、X 社が掛捨て型の再保険契約に基づき A 社に支払った保険料のうち、さらに A 社がファイナイト型再々保険契約に基づき支払った保険料の事後調整対象部分が損金に算入されるか否かである。取引概要図は、次のようなものである（図表 9）。

図表 9 東京海上保険事件の取引概要図



1.4.2. 国税不服審判所⁵⁷における裁決

まず、審判所は損害保険料の損金性について、次のように論じた。掛捨て型の保険料については、「法人税法上、このような保険料は、保険者が保険期間に応じて保険リスクを負担したことの対価として、保険者においては保険期間に応じた益金に、被保険者においては保険期間に応じた損金に該当すると解するのが相当」であるとし、掛捨て型の再保険契約に係る保険料も同様であるとした。一方、積立型の保険料については、「満期返戻金に充てるために積み立てられる保険料は、被保険者の保険者に対する預託金の性質を有しており、保険者が保険期間に応じて保険リス

⁵⁷ 平成 17 年 7 月 20 日東京国税不服審判所裁決。本裁決は未登載であるが、事案概要や裁決文について、水野忠恒「ファイナイト保険にかかる課税関係のあり方ー平成 17 年 7 月 20 日裁決の検討をてがかりにー」国際税務 27 巻 9 号（2007 年）50 頁を参照した。

クを負担する対価とは認められないから、被保険者がこの保険料を支払時の損金に算入することは相当ではなく、法人税法基本通達9-3-9が定めるように、資産として計上すべき」とした。

その上で、本事例において、A社が結んだファイナイト型の再々保険契約について、「受再者により保険金が負担される部分については、通常の再保険と同様に保険リスクは受再者へ移転しているが、保険金がファンドから支払われる部分については、保険リスクは出再者に留保され、受再者はタイミングリスクのみを負担することになる。そして、再保険料のうちファンドとして積み立てられる金員については、保険事故が発生しない限り出再者に返還されるものであって、出再者にとって預託金の性格を有しており、受再者が保険期間に応じて保険リスクを負担する対価とは認められないことから、法人税法上、出再者がその支払時に損金の額に算入することは相当ではな（い）」とした。

さらに、その後の事実認定により、A社について、「本件各再保険取引に関して独立の事業者としての意思があったとは認められない」という認定や「本件 ELC 再保険契約に基づく保険リスクのすべてを負担していたとみることはでき（ない）」との認定を受け、「単なる法形式上の名義人にすぎないもの」と判断している。

結論として、X社からA社への保険リスクの移転が認められず、またA社は資金の通過媒体であり独立した事業者としての意思が存在しなかったとして、X社が支払った再保険料の損金性とA社が支払った再々保険料の損金性は同様に判断されるとした。その上で、A社がファイナイト型再々保険契約に基づいて支払った保険料は、返戻金の原資となる積立部分を含んでおり損金性が否認されるため、X社がA社に支払った保険料も同様に損金性が認められないとした。

1.4.3. 東京地裁⁵⁸及び東京高裁⁵⁹における判決

東京地裁においては、まず、再保険契約と再々保険契約の当事者になっているX社とA社がそれぞれの国（日本及びアイルランド）の法令に従って有効に設立されたものであるとし、A社の法人格を認めた。そして、租税法と私法の関係については、「租税法は、経済活動ないし経済現象を課税の対象としているところ、経済活動ないし経済現象は、第一次的には私法によって規律されているものであり、租税法律主義の目的である法的安定性を確保するためには、課税は、原則として私法上の法律関係に即して行われるべき」と言及し、仮想行為や通謀虚偽表示により税負担を回避または軽減することを目的としている場合は、その行為を無効として課税が行われるべきであるとした。そのうえで、A社が結んだファイナイト再々保険契約について、「本件ファイナイト再保険契約の再保険料のうちのEAB繰入額は、預け金としての性格を有するものとも解し得る」としつつも、「本件ELC再保険契約及び本件ファイナイト再保険契約を中心とする一連のスキームは、原告が、保険事故が生じた場合にグループ会社を含めて単年度決算収支の著しい悪化を回避しつつ、利益を最大にすることを目的として採用したものであるとして十分に経済的な合理性が認められる」として、当事者の意思に基づく法律関係を前提として課税がされるべきと判断した。その結果、X社が当事者となっている再保険契約は、A社との間で結んだ掛捨て型の再保険

⁵⁸ 判例時報 2037 号 22 頁以下。

⁵⁹ 判例時報 2115 号 35 頁以下。

契約のみであり、「アイルランド子会社に支払った掛捨ての再保険料は経費に該当し、その全額が損金の額に算入されると解すべき」とした。

一方、東京高裁においては、まず、法人税法 22 条 3 項に定める損金の意義について言及し、X 社が A 社へ支払った保険料は「費用」として損金に該当するか否かが問題であるとしたうえで、A 社が支払ったファイナイト再保険料の事後調整対象部分に係る法的な性質決定を行った。本事例におけるファイナイト再保険契約の内容と効力については、当事者間で英国法を準拠法とする指定があった。しかし、裁判所は「契約に関する準拠法は、当事者の指定により決定されるが（法の適用に関する通則 7 条）、本件のような租税回避行為の有無が争点になる事案においては、適用する法律を当事者の自由な選択によって決定させるならば、当事者間の合意によって日本の課税権を制限することが可能となり、著しく課税の公平の原則に反するという看過し難い事態が生ずることになるから、…日本の私法を適用すべきである」とし、ファイナイト再々保険契約に関する法人税の課税は日本の私法によって法的性質を決定すべきと判示した。そして、この事後調整部分については、今回のファイナイト再々保険契約に経済的な不合理性がうかがわれないこと、そもそも積立部分と掛捨て部分との区別が存在しないこと、仮に保険事故が発生した場合保険料全額が保険リスク負担の対価（掛捨て）となることなどを考慮し、積立部分に該当しないと判断した。また、法基通 9-3-9 についても、事後調整対象部分とは状況が異なるため、解釈基準として適切ではないと判断した。

そして、次に、ELC 再保険契約とファイナイト再々保険契約が不可分一体の契約であるか否かについては、2 つの契約は「法形式上も実質的にもそれぞれ別個の法人格を有する当事者間における別個の内容を有する契約であって、…不可分一体であると認めることはできない」とした。

前述した 2 つの論拠より、X 社が A 社へ支払った掛捨ての保険料は、「個別的対応関係はないものの、…法人税法 22 条 3 項柱書にいう「損金」に算入される「費用」（同項 2 号）に該当する」と結論づけた。

1.4.4. 審判所と裁判所の判断の相違点

両者の判断の相違点は、①A 社の法人格②2 つの契約の一体性③ファイナイト再々保険契約に関する準拠法④事後調整対象部分の損金性の 4 点に集約される。

A 社の法人格については、審判所の判決では「資金の通過媒体」として、法人格を否認したが、裁判所の判決では、X 社も A 社も日本及びアイルランドにおいて有効に設立された法人であるため、法人格を否認されるものではないと判断した。

2 つの契約の一体性については、A 社の法人格に係る判断によって、審判所と裁判所で判断を異にする。具体的に、審判所では、A 社は「法形式上の名義人」にすぎないと判断していることから一連の再保険取引を全体として把握しているが、裁判所では X 社も A 社も法形式上も実質的にも別個の法人格を有しており、かつ一連の再保険取引は経済的合理性が認められるものであるとして、2 つの再保険取引を全く別々の取引であると判断した。

ファイナイト再々保険契約に関する準拠法については、審判所及び東京地裁は具体的に言及しておらず、東京高裁のみが日本法が適用されるとしている。

最後に事後調整対象部分の損金性について、審判所は預託金（預り金）としての性格を有するので、我が国の法人税法上、損金の額への算入は認められないとしている。これに対し、裁判所の判決であるが、東京地裁は、「ファイナイト再保険契約の再保険料のうちのE A B繰入額は、預け金としての性格を有するものとも解し得る」としつつも、2つの契約の一体性を認めなかったため、具体的な判断を下していないと考えられる。一方、東京高裁は、積立部分と掛捨て部分との区別が存在しないこと、仮に保険事故が発生した場合保険料全額が保険リスク負担の対価（掛捨て）となることなどを考慮し、積立部分に該当しないと判断した。前述した4点に係る判断を整理すると、図表10のようになる。

図表 10 審判所と裁判所の判断の相違点

	①A社の法人格	②2つの契約の一体性	③ファイナイト再々保険契約に関する準拠法	④事後調整対象部分に係る損金性
国税不服審判所	×	○	言及なし	×
東京地裁	○	×	言及なし	△
東京高裁	○	×	日本の私法	○

注) ① ○…認める ×…否認 ② ○…全体として把握 ×…別々の取引

④ ○…認める △…具体的言及なし（否認される可能性あり） ×…預り金であり損金性否認

1.5.事例から導かれる課税上の問題

1.5.1.判例評釈の分析

水野氏は、課税当局の主張や審判所の裁決が、X社に租税回避目的を認定して取引の真実性を否認するという意図があったと言及した上で、税負担の軽減目的があったとしても、ただちに取引の真実性は否定できないと批判している⁶⁰。また、租税回避目的を認定する論拠が極めて曖昧であるとも指摘する⁶¹。水野氏は、取引の動機という高度な経営判断とリンクする租税回避目的を認定することの困難さを重要視する。そのため、取引の真実性を否定するためには、税負担軽減目的の取引であっても、取引の不存在ないし当事者間における意思の合致の不存在まで認定しなければならないと言及している⁶²。その点に関して、私法上の取引形式に真実性が認められる根拠として「経済的合理性」を採用している東京地裁の判決に評価を与えている。そして、経済的合理性が認められる場合には、取引の真実性を裏付ける有力な証拠と成り得ると解している⁶³。東京地裁の結論を評価している点では、渕氏⁶⁴や弘中氏⁶⁵も同様であると考えられる。

⁶⁰ 水野・前掲注57・56頁。

⁶¹ 水野・前掲注57・56頁。

⁶² 水野（2010）・前掲注56・45頁。

⁶³ 水野（2010）・前掲注56・46頁。

⁶⁴ 渕・前掲注56・173頁以下。

⁶⁵ 弘中・前掲注56・249頁以下。

しかし、経済的な合理性に係る判断基準について示されていないことについては、渕氏や弘中氏が批判している。具体的に、渕氏は、東京地裁では本事例のスキームに係る課税要件事実の認定に際して、税務上の効果以外の点で目的や経済的合理性を検討していると指摘する⁶⁶。その上で、「租税は取引を行うに当たってのコストのひとつであり、これを考慮して取引を行うか否かを決定することは、経済主体として当然のこと」であると言及する。

一方、高裁においては「一般に経済活動は税負担の多寡をコストの一つとして考慮して行われるのが通例である」と判示しており、税負担を経済活動のコストとして正面から認定している。この点に関して、弘中氏は、経済的な合理性を検討する際に税務上の効果を考慮することを認めた場合、境界線が極めて難解な問題として残ると言及しつつも、本事例のような副次的な税効果を狙ったスキームであっても、取引全体の経済的な合理性や当事者が法形式通りの私法上の効力を享受する意思があったことなどが否定されることはない点を示した東京高裁の判決は、重要な判示であると指摘する⁶⁷。

1.5.2.残された課税上の問題

高裁判決は、次の2点により地裁判決より評価できる。第一は、前述したように経済的合理性に係る範疇をより明確化した点である。第二は、A社のファイナイト再々保険契約に関する法人税の課税は日本の私法によって法的性質を決定された上で課税物件の有無が判断されることになると認定した点である。ファイナイト再保険契約の再保険料のうちEAB繰入額に係る損金性について、地裁では具体的な判断は下されなかったが、高裁において直接的に損金性を分析している点は評価される。

しかし、両判決は、2つの再保険契約が不可分一体のものではないと認定しつつも、X社が当事者であるELC再保険契約に係る再保険料の損金性についてはほとんど分析されておらず、掛捨て型保険取引である限り、支払保険料が損金算入されると判示している。そのため、国内の一般企業ないし保険会社が国外にキャプティブを設立し、それとの保険取引において支払った保険料は、掛捨て型保険取引であれば損金算入が認められることになる。さらに、国内法人がキャプティブを活用する場合、保険業法等関連法令との関係上、国外に設立されるケースが圧倒的に多い。

終局的には、国外キャプティブとの保険取引が掛捨て型である限り、リスク移転やリスク分散が存在しない、換言すれば、実質的に保険として成立しない取引である場合においても⁶⁸保険料の損金性は認められるため、我が国の課税ベースを侵食する⁶⁹という課税問題が残される。次章以降においては、キャプティブへの支払保険料の取扱いに関する米国の議論を考察した上で、我が国における望ましい課税のあり方を検討したい。

⁶⁶ 渕・前掲注 56・175 頁。

⁶⁷ 弘中・前掲注 56・267－268 頁。

⁶⁸ OECDにおいても、移転価格ガイドラインに関して、関連者間の保険取引または再保険取引が、真の保険として認識されるか否かが問題点であると指摘されている。OECD, Discussion Draft of the Report on the Attribution of Profits to a Permanent Establishment Part IV (Insurance), at para 68.

⁶⁹ 本事例の規模は本税部分が約 34 億円、最終的に納税者に還付された金額が総額 67 億円という大規模なものである。弘中・前掲注 56・249 頁。

第2章 米国における関連者間の保険取引の課税制度

2.1.内国歳入法典における保険料の取扱い

2.1.1.内国歳入法典における事業経費の損金性

米国法人の課税所得の算定における損金範囲は、基本的に内国歳入法典 Chapter 1 (Normal Taxes and Surtaxes) Subchapter B (Computation of Taxable Income)における Part VI (Itemized Deductions for Individuals and Corporations)、Part VIII (Special Deductions for Corporations)、Part IX (Items Not Deductible)の3つの Part により定められている。Part VIには事業を遂行するに当り通常必要とされる損金項目⁷⁰、Part VIIIには特別控除として認められる損金項目、Part IXには損金として控除が認められない項目がそれぞれ列挙されている。

米国法人が事業遂行のため課税年度中に支払った、あるいは発生した全ての通常かつ必要な費用(all the ordinary and necessary expenses)は、Internal Revenue Code(以下、I.R.C.という。)162 条(a)により損金として控除される。162 条(a)では、具体的に、損金項目として以下の3つを挙げている。

- (1) 実際に提供された人的役務に対する給与や報酬のうち合理的な金額
- (2) 通常の勤務地を離れて職務を遂行する場合の旅費(食費や宿泊費も含む。)
- (3) 資産の継続的使用を確保するため事業遂行上支払われる賃借料やその他の支払い

また、財務省規則 § 1.161-1 においては、I.R.C.のある規定の下で損金として控除が認められる項目が、他の規定の下で再び控除が認められることはないと定められている。換言すれば、米国法人の事業経費のうち 162 条(a)以外の条文により損金として認められるもの以外の事業経費が、162 条(a)により損金として控除されることとなる⁷¹。162 条(a)以外の条文により損金として認められるものとしては、支払利子(163 条)、租税(164 条)、減価償却費(167 条)、慈善寄付金(170 条)、試験研究費(174 条)などが挙げられる。

2.1.2.内国歳入法典における保険料の取扱い

米国法人が支払う生命保険料については、生命保険契約や養老保険・年金契約の直接的あるいは間接的な受益者が法人である場合、従業員の生命保険料は損金としての控除が否認される(I.R.C.264 条(a)) など、2.1.1.の冒頭で言及した Part IX (Items Not Deductible)に一部損金算入制限規定が設けられている。ただし、受益者が法人ではなく、通常かつ必要な事業経費である場合には、損金性が認められる。一方、損害保険料については、I.R.C.162 条以外に損金性を判断する規定が存在しないため、通常かつ必要な事業経費である限り基本的に同条(a)により損金として控除される。また、財務省規則 § 1.162-1(a)においても、事業活動において発生する火災、暴風、盗難、事故、その他同様の損失に対して支払われる保険料は事業経費に含まれる、と定められて

⁷⁰ 損金不算入項目も列挙されている。例えば、I.R.C.162 条(j)により、米国以外の国々のテレビ放送局やラジオ放送を通じて、主に米国市場向けに行う広告宣伝費は損金としての控除が認められない。

⁷¹ 白須信弘『新版 アメリカ法人税法詳解』(中央経済社、2002 年) 265 頁。

いる。このような損害保険料の損金算入が認められることにより、米国法人は、損害等が現実には発生した場合に備えて、積極的に保険等を活用し支払能力を維持してきたと考えられる⁷²。そして、前述した2つの保険料と異なる取扱いが適用される項目が、積立金である。自家保険または損害賠償金支払いを目的とした積立金は、保険料とは認められず損金算入も否認される。この場合において損金算入が認められるのは損害等が現実には発生した場合に限られ、また、実際に支払った損害額のみが損金に算入される⁷³。

米国法人がキャプティブ保険会社へ支払う保険料はどのように取扱われるのか。キャプティブとの保険取引は、通常の保険取引と自家保険の中間的な性質を有すると考えられている⁷⁴。そのため、米国法人がキャプティブへ支払った保険料は、I.R.C.162 条(a)に該当する保険料として損金性が認められるか、または自家保険に係る積立金として損金性が否定されるかの判断が極めて困難であると指摘できる。そのため、米国においては、キャプティブへの支払保険料の損金性について争う判例が多数蓄積され、また、内国歳入庁の見解が Revenue Ruling（以下、Rev.Rul. という。）に示されている。

では、米国において、「保険」とは一体どういった定義を有するのか。キャプティブ保険会社との保険取引に対する内国歳入庁の課税制度を概観する前に、米国における「保険」の定義について、次節で検討する。

2.2.米国における保険の定義

米国における「保険」の定義に関して、内国歳入法典に保険の定義は存在していない⁷⁵。通常、米国における保険の定義としては、Le Gierse Case⁷⁶の最高裁判決が引用されることが多い⁷⁷。その最高裁判決では、「保険は、歴史的に、そして一般的にリスク移転とリスク分散を含むものである」との判断を下している。リスク移転とは、リスクを抱えている者から経済的損失の影響を移転させることである⁷⁸。一方、リスク分散とは、経済的損失が予測可能になるほど十分な規模を有する集団を形成し⁷⁹、その集団の中で経済的損失の影響を分散することを目的として、資金（保

⁷² Joseph C. Safar (1995), When Federal Tax Law Frustrates Policy: The Confused Rules Governing the Deductibility of Captive Insurance Premiums, 34 *Dug. L. Rev.* 105, at 106.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ 森宮・前掲注 11・203 頁。なお、内国歳入法典に「保険」の定義が存在しない点や裁判所による定義も不十分である点が、キャプティブにまつわる課税問題をより深刻な問題にしているとの指摘もある。Armando Gomez (1993), A Practical Approach to Captive Insurance Problem: Sear, Roebuck & Co. v. Commissioner, 46 *Tax Law.* 619, at 620.

⁷⁶ *Helvering v. Le Gierse*, 312 U.S. 531, 85 L.Ed. 996, 61 S.Ct 646 (1941).この Le Gierse Case は、キャプティブ保険会社へ支払われた保険料の損金性が争われた事例ではない。この事例では、年金保険契約と生命保険契約が同時に結ばれた場合において、相続人が生命保険契約に基づいて受領した死亡保険金は被相続人の総資産に含まれるか否かが争われた。

⁷⁷ *Jt. Comm. on Taxn.* (2007), Present Law and Analysis Relating to Selected International Tax Issues (JCX-85-07), Sep. 24, at 2.

⁷⁸ *Clougherty Packing Co. v. Commissioner*, 84 T.C. 948 (1985), at 957.

⁷⁹ この集団の形成により、大数の法則が適用可能となる。

険料)をプールすることであるとされている⁸⁰。したがって、米国において、真の保険として成立するか否かは、リスク移転とリスク分散という経済的性質の存在が極めて重要であることが理解できる。実際、キャプティブとの保険取引が真の保険として成立するか否かについて、米国では数多くの判例や内国歳入庁の見解が蓄積されているが、いずれもリスク移転とリスク分散という経済的性質の有無に基づき結論を導こうとしている。

では、リスク移転やリスク分散といった経済的性質が、米国における判例や内国歳入庁の見解にどのような影響を及ぼしてきたのか。次節以降においては、リスク移転とリスク分散との関連性を中心に、米国におけるキャプティブとの保険取引に係る課税制度を考察していく。

2.3.キャプティブ形態の分類

キャプティブ形態は、基本的に、所有関係と引受リスクの対象範囲との2つの側面から分類できる⁸¹。

(1) 所有関係による分類

キャプティブを所有関係で分類すると、シングル・キャプティブとグループ・キャプティブに分類される。シングル・キャプティブとは、1つの親会社等（グループ会社も含む）によって所有されるキャプティブをいう。一方、グループ・キャプティブとは、同業者組合や同一業界の複数企業（関連者ではない）によって所有されるキャプティブをいう。グループ・キャプティブには、保険会社による引受けが困難なリスクであっても同種のリスクを抱える事業者により設立されるため、効果的に必要な補償（カバー）を管理できるメリットが存在する⁸²。

(2) 引受リスクの対象範囲による分類

キャプティブを引受けるリスクの対象範囲で分類すると、ピュア・キャプティブとオープン・マーケット・キャプティブに分類される。ピュア・キャプティブとは、キャプティブを所有している親会社及びグループ会社の保険リスクのみを引受けるキャプティブをいう。一方、オープン・マーケット・キャプティブとは、所有者の親会社の保険リスクのみならず、キャプティブを所有している企業とは関連がない第三者の保険リスクも引受けるキャプティブをいう。

(3) 本稿での分類

米国企業において積極的に活用されているキャプティブを考察するにあたり、キャプティブを分類する2つの側面を個別的に捉えることは現実的でない。むしろ、所有関係による分類と引受けるリスクの対象範囲による分類を複合的に考えることが、関連者間の保険取引を検討するうえで効果的である⁸³。そのため、本稿では、Donald Arthur Winslow (1990) の分類方法に依拠し、

⁸⁰ Sears, Roebuck & Co. v. Commissioner, 96 T.C. 61, at 101 (1991).

⁸¹ 荒木由起子「諸外国のキャプティブ規制比較」損害保険研究 70 巻 1 号（2008 年）111 頁－112 頁。

⁸² リスクファイナンス研究会・前掲注 1・68 頁。

⁸³ Donald Arthur Winslow (1990), Tax Avoidance and the Definition of Insurance: The Continuing

キャプティブ形態を以下の4つに分類する。

- ①親会社等によって所有され、所有者である親会社等の保険リスクのみを引受けるキャプティブ
- ②親会社等によって所有され、所有者である親会社等とは関連がない第三者の保険リスクも引受けるキャプティブ
- ③同業者等の複数の企業によって所有され、所有者である複数の企業のみの保険リスクを引受けるキャプティブ
- ④同業者等の複数の企業によって所有され、所有者である複数の企業とは関連がない第三者の保険リスクも引受けるキャプティブ

そして、それぞれのキャプティブ形態を①シングル・ピュア・キャプティブ②シングル・オープン・キャプティブ③グループ・ピュア・キャプティブ⁸⁴④グループ・オープン・キャプティブと呼ぶことにする。図表 11 で表すと次のようになる。

図表 11 本稿でのキャプティブ形態の分類

引受リスクの範囲 所有関係	ピュア・キャプティブ	オープン・マーケット・キャプティブ
シングル・キャプティブ	シングル・ピュア・キャプティブ	シングル・オープン・キャプティブ
グループ・キャプティブ	グループ・ピュア・キャプティブ	グループ・オープン・キャプティブ

次節以降においては、この4つのキャプティブ形態の分類のうち、支払保険料の損金性に係る内国歳入庁の見解が示されている、ないし判例が蓄積されているシングル・ピュア、シングル・オープン、グループ・ピュアの3つのキャプティブ形態について、米国の課税制度を考察していく。なお、キャプティブ形態の発展に合わせて、内国歳入庁の見解や判例法を時系列に沿って、整理していく。また、所有関係からの分類であるシングル・キャプティブとグループ・キャプティブとでは、損金性を判断する峻別基準に大きな相違点が存在することから、両者を区分して考察することにする。

Examination of Captive insurance Companies, 40 *Case W. Res.* 79, at 101.

⁸⁴ Donald Arthur Winslow (1990)では、①Single-Parent Captive With No Unrelated Business

②Single-Parent Captive With Unrelated Business ③Captives With Multiple Owners and Insures と分類している。Id.

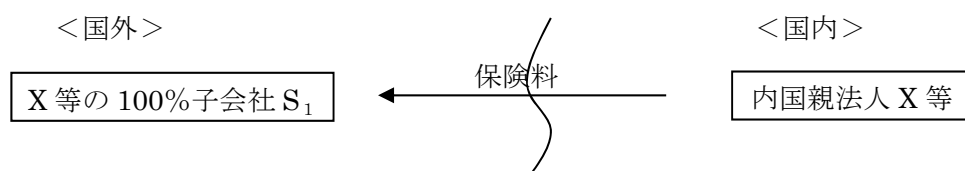
2.4.内国歳入庁の見解及び判例法の変遷

2.4.1.シングル・ピュア・キャプティブ

(1) 経済同一体論の誕生

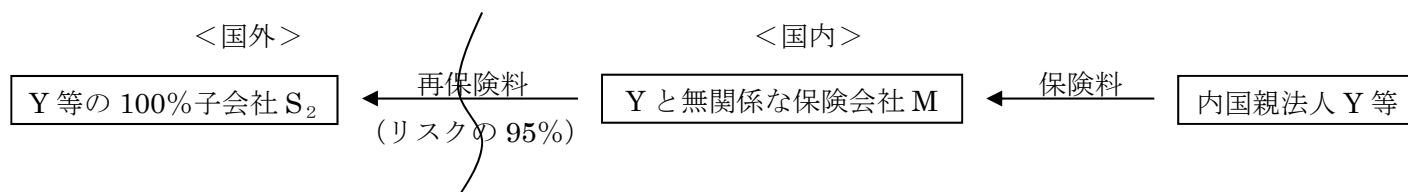
米国法人がキャプティブへ支払った保険料の損金性について、内国歳入庁の見解が初めて公表されたのは 1977 年の Rev.Rul.77-316 である⁸⁵。具体的に Rev.Rul.77-316 では、米国法人が有するキャプティブの形態がシングル・ピュア・キャプティブに該当する場合を想定している。当該 Ruling では、3つの Situation を挙げたうえで、内国親法人とその子会社から国外キャプティブへ支払われた保険料を I.R.C.162 条(a)に定める通常かつ必要な事業経費として損金算入させるか否かという点について、内国歳入庁の見解が示されている⁸⁶。

・ Situation1



Situation1 は、内国親法人 X 等が 100%所有の国外キャプティブ S₁と直接火災保険やその他の損害保険を結ぶ場合である。なお、S₁は、内国親法人等の保険リスクを引受けるために組織されており、非関連者の保険リスクは引受けない。この場合の支払保険料の取扱いについては、次のように示されている⁸⁷。X と S₁は別々の法人格を有しているが、最終的に X 自身が損失の経済的負担を負うため、「一つの経済同一体 (one economic family)」を形成している（以下、経済同一体論という。）。従って、X から S₁へのリスク移転やリスク分散が存在せず真の保険とは認められないため、X が支払った保険料全額の損金性が否認される。

・ Situation2



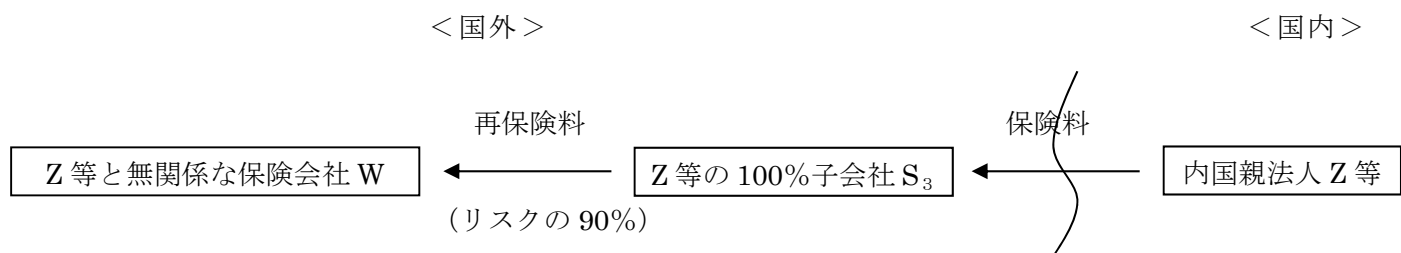
⁸⁵ Rev.Rul.77-316, 1977-2 C.B. 53. Rev.Rul.77-316 について、邦文として説明しているものとして、森宮・前掲注 11・199 頁、中里実『国際取引と課税－課税権の配分と国際的租税回避－』(有斐閣、1994 年)276 頁、P.A.Bawcutt (日吉信弘、齋藤尚之訳)『キャプティブ保険会社－その設立と運営－』(保険毎日新聞社、1996 年) 254 頁等がある。

⁸⁶ Rev.Rul.77-316 では、内国親法人やその子会社が現実に損失を被った場合、その損失の控除は国外キャプティブから受け取った保険金相当額だけ減額されるか否かという点、さらに、国外キャプティブは連邦所得税法上「保険会社」として認められるのか否かという点についても、内国歳入庁の見解が示されている。

⁸⁷ Rev.Rul.77-316, 1977-2 C.B. 53.

Situation2 は、内国親法人 Y 等が非関連者である国内保険会社 M に一旦保険料を支払い、M が引受けた保険リスクの 95%を直ちに国外キャプティブ S₂に出再する場合である。その他の状況は Situation1 と同様である。この場合の Y と S₂ の関係も経済同一体を形成していると指摘できるが、Y が出再した保険リスクのうち 5%は経済同一体以外の者（保険会社 M）への出再部分である⁸⁸。そのため、Y が M へ支払った保険料のうち 5%はリスク移転やリスク分散が存在するとして I.R.C.162 条(a)の下で損金性を認め、残り 95%部分は経済同一体の中でリスクが保有されているため損金性は認められない⁸⁹。

・ Situation3



Situation3 は、内国親法人 Z 等が 100%所有の国外キャプティブ S₃に直接保険料を支払い、さらに、S₃が非関連者である保険会社 W に保険リスクの 90%部分を再保険として出再する場合である。その他の状況は Situation1 と同様である。この場合の Z と S₃ の関係も Situation1・2 と同様に経済同一体を形成すると考えるが、Z が出再した保険リスクのうち 90%は「再保険」という形で最終的に経済同一体以外の者（保険会社 W）へ出再されている。そのため、Z が S₃へ支払った保険料のうち 10%部分は、経済同一体の中で保有されているため、損金性が認められない⁹⁰。

以上の取扱いを整理すると、シングル・ピュア・キャプティブへ支払われた保険料について、内国歳入庁は経済同一体論を根拠にリスク移転やリスク分散の存在を否定することにより損金性を否認している。この理論に依れば、関連者から保険を購入している限り、支払保険料の損金性は認められないため、極めて包括的であるが単純で機械的な判断を可能とすると評価できる⁹¹。

(2) Carnation Case⁹²

シングル・ピュア・キャプティブへ支払われた保険料の損金性が争われた重要判例として Carnation Case⁹³が存在する。ここでは、Carnation Case について概観する。

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ Stuart R. Singer (1990), When The Internal Revenue Service Abuses the System: Captive Insurance Companies and the Delusion of the Economic Family, 10 *Va. Tax Rev.* 113, at 143.

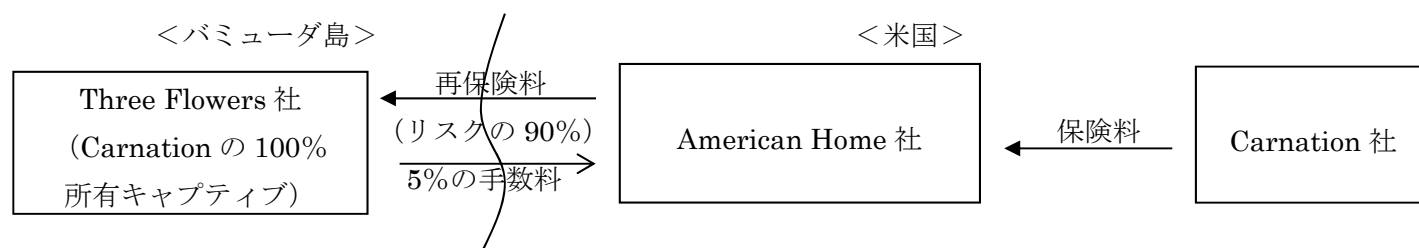
⁹² Carnation Case について、邦文として検討しているものとして、森宮・前掲注 11・201 頁、中里・前掲注 85・275 頁、日吉・齋藤・前掲注 85・255 頁、野一色直人「米国内国歳入法典における保険の定義と保険料の損金該当性」大阪学院大学法学研究 37 巻 2 号（2011 年）183 頁、恩蔵三穂「リスク・マネジメントにおける「キャプティブ」の役割ー税控除可能性を中心としてー」早稲田商学 370 号（1996 年）124 頁等がある。

⁹³ *Carnation v. Commissioner*, 71 T.C. 400 (1978), 640 F.2d 1010 (9th Cir.1981), 454 U.S. 965 (1981).

①事案概要⁹⁴

1971年8月、Carnation社は、自社及び子会社のリスクに関する保険及び再保険を引受けさせるために、100%子会社である Three Flowers 社をバミューダ島に設立した。なお、Three Flowers 社は 120,000 \$ の出資により設立され、Carnation 社及びその子会社のリスクのみを引受けていた。そして、9月に Carnation 社は American Home 社と保険契約を結ぶと同時に、American Home 社が Carnation 社から引受けたリスクの 90%を Three Flowers 社に再保険として出直し、American Home 社から再保険料が支払われた。その際、American Home 社は、5%の手数料を受取っている。しかし、ここで、American Home 社と Three Flowers 社間の再保険契約が成立する前段階で、Three Flowers 社の資本金が 3,000,000 \$ と大幅に増額されていることに留意しなければならない。これは損害が現実化した場合、資本金が 120,000 \$ である Three Flowers 社が損失額を補償できるかという点において、American Home 社が懸念を示したためであった。取引関係を図示すると、図表 12 になる。

図表 12 Carnation Case の取引概要図



そして、Carnation 社は、American Home 社に支払った保険料（1,950,000 \$）を事業経費として損金算入し申告した。また、American Home 社から Three Flowers 社へ支払われた再保険料（ $1,950,000 \$ \times 90\% = 1,755,000 \$$ ）を、被支配外国会社（controlled foreign corporation）の所得として申告した。

内国歳入庁は、Carnation 社が支払った保険料のうち Three Flowers 社へ再保険に付される 90%相当額は事業経費として損金性は認められないとした。その根拠として、当該部分は Carnation 社から Three Flowers 社への単なる資本の払込みにすぎないとした。

②租税裁判所(The Tax Court)及び控訴裁判所(Court of Appeals, Ninth Circuit)の判断⁹⁵

租税裁判所は、特に、Carnation 社と American Home 社との保険取引、American Home 社と Three Flowers 社の再保険取引、Carnation 社と Three Flowers 社との資本取引の 3つの取引における関係性について判断している。そこで、同一の保険会社との間で年金保険契約及び生命保険契約を同時に結んだ場合、2つの保険契約は別個の契約とは言えず、保険リスクの有無は2つ

⁹⁴ Carnation v. Commissioner, 640 F.2d 1010 (9th Cir.1981), at 1012.

⁹⁵ Carnation v. Commissioner, 640 F.2d 1010 (9th Cir.1981), at 1012-1013.

の保険契約を包括的に考慮することにより導かれるとした *Le Gierse Case* を大いに参考にするべきと言及している。その上で、*Carnation* 社が *Three Flowers* 社の資本金を 3,000,000\$ まで増資しない場合には、*American Home* 社と *Three Flowers* 社との再保険契約が締結されなかったことに焦点を当て、*Le Gierse Case* と同様、3つの取引の相互依存性は明らかであると指摘した。そして、*American Home* 社と *Three Flowers* 社の再保険契約を保険とは認めず、*Carnation* 社が支払った保険料のうち、*American Home* 社により保有されている 10% 部分を通常かつ必要な事業経費として損金性を認め、*Three Flowers* 社へ再保険された 90% 部分の損金性を否認した。第九巡回区控訴裁判所においても、租税裁判所と同様に、保険取引の実体に着目することが重要であるとした上で、本事案の一連の取引において *Carnation* 社・*American Home* 社・*Three Flowers* 社の 3 社が相互依存の関係にあることに言及し、原判決を支持している。

ところで、前者と後者の判断において最も異なる点は、後者において本事案の取引構図が、*Rev.Rul.77-316* の *Situation2* と全く同一の状況であることに触れている点である。そして、完全所有の子会社（キャプティブ）によって保有されているリスクについては関連者間でリスク移転やリスク分散が存在しないことを、*Rev.Rul.77-316* が結論付けていると言及した点は、特筆すべき相違点である。

（3）1980 年代後半までの判例の特徴⁹⁶

1977 年に *Rev.Rul.77-316* が公表されたのち、キャプティブ形態発展の初期段階に当たる約 10 年間に形成された判例の特徴としては、資本金が十分でなく、被保険者の損失を支払うだけの準備資金が不足しているキャプティブが多かった。そのため、リスク移転の観点から損金性が否認される判例が多数存在する。その判決理由として、資本金に関わる事実を根拠にするものもいくつか存在したが、*Carnation Case* と同様に無条件に *Rev.Rul.77-316* を受け入れる判決もあった。そのため、経済同一体論は、内国歳入庁の見解に係る変遷過程の萌芽期においては、損金性を判断する上で十分な機能を果たしていたと理解できる。

2.4.2. シングル・オープン・キャプティブ

（1）経済同一体論における射程範囲の拡張

シングル・キャプティブの次なる発展形態が、シングル・オープン・キャプティブである。つまり、所有者である親会社等からの保険リスクのみ引受けていたキャプティブが、その保険範囲を非関連者のリスク（以下、外部リスクという。）まで拡大するようになる。当該キャプティブ形態への支払保険料の損金性を判断するに当たり内国歳入庁の経済同一体論に根拠を求める場合、射程範囲の限界が導き出される。前述したように、経済同一体論の射程範囲はシングル・ピュア・キャプティブに限定されるため、経済同一体論を採用した *Rev.Rul.77-316* においてもシングル・オープン・キャプティブへの支払保険料に係る取扱いについて明らかにされていない⁹⁷。

⁹⁶ Winslow, *supra* note 83, at 102-103.

⁹⁷ R.C.C.(1982), Note & Comment: Revenue Ruling 77-316 and *Carnation v. Commissioner*: An Analysis of

そこで、内国歳入庁は Rev.Rul.88-72 において、経済同一体論に係る射程範囲の拡張を試みている⁹⁸。具体的には、所有するキャプティブ（国内外を問わない）が外部リスクを引受ける場合においても、キャプティブへの支払保険料の損金性は認められないとしている⁹⁹。その上で、Rev.Rul.88-72 では、Rev.Rul.77-316 の射程範囲を拡張することを明確化するものであると結論づけている¹⁰⁰。しかし、当該キャプティブ形態へ支払われた保険料の損金性に係る裁判所の判断について言及すれば損金性を認めている判例もいくつか存在している。では、シングル・オープン・キャプティブへ支払われた保険料の損金性は、裁判所においてどのように判断されてきたのか。

（２）損金性に係る裁判所の判断¹⁰¹

シングル・オープン・キャプティブへの支払保険料の損金性を判断する場合、多くの裁判所は経済同一体論を受け入れず、リスク移転やリスク分散の存在に関わる外部リスクの引受けなど様々な事実や状況を詳細に分析した上で、キャプティブを活用した特定の保険取引について再評価している¹⁰²。経済同一体論という理論に代わり、多く採用されてきたこの考え方が「再評価アプローチ（Recharacterization Approach）」である¹⁰³。この再評価アプローチによれば、シングル・オープン・キャプティブへ支払われた保険料が損金に算入されるか否かは、当該キャプティブが外部リスクをどの程度引受けるかで左右すると指摘される¹⁰⁴。つまり、当該キャプティブが相当程度外部リスクを引受けている場合、リスク移転とリスク分散が存在しているとして、支払保険料の損金性が認められることになる。

支払保険料の損金性が認められた代表的な判例としては、Sear Case¹⁰⁵、Amerco Case¹⁰⁶、Harper Case¹⁰⁷などが挙げられる。Sear Case では、米国のイリノイ州に設立されたシングル・オープン・キャプティブに支払われた保険料の損金性が争われた。キャプティブと所有者である Sear 社との間で保険取引を行うようになったのは 1945 年以降であり、当初は Sear 社の 10～15% のリスクをキャプティブが引受けていた¹⁰⁸。しかし、1980 年代に入ると、キャプティブが引受ける Sear 社のリスクは段階的に減少し、最終的にはキャプティブの Sear 社リスクの引受けはキャプティブ全体の 0.25%、外部リスクの引受けは 99.75% という状態になった¹⁰⁹。このような状況下において、Sears 社からキャプティブへ支払われた保険料は損金性が認められた。Amerco Case

the Attack on Captive Offshore Insurance Companies, 2 *Va. Tax Rev.* 111, at 129.

⁹⁸ Winslow, *supra* note 83, at 108.

⁹⁹ Rev.Rul.88-72, 1988-2 C.B. 31.

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ Carnation Case 以降のキャプティブに関する裁判例を邦文として詳細に分析した優れた研究として、森宮・前掲注 11、日吉信弘、齋藤尚之・前掲注 85 がある。

¹⁰² Safar, *supra* note 72, at 108.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*, at 113.

¹⁰⁵ *Sears, Roebuck & Co. v. Commissioner*, 96 T.C. 61 (1991), 96 T.C. 671 (1991), 972 F.2d. 858 (7th Cir.1992).

¹⁰⁶ *Amerco, Inc. v. Commissioner*, 96 T.C. 18 (1991), 979 F.2d. 162 (9th Cir. 1992).

¹⁰⁷ *Harper Group v. Commissioner*, 96 T.C. 45 (1991), 979 F.2d 1341 (2nd Cir.1992).

¹⁰⁸ *Sears*, 96 T.C. 61 (1991), at 63.

¹⁰⁹ *Sears*, 96 T.C. 61 (1991), at 63-64.

は、アリゾナ州に設立されたシングル・オープン・キャプティブが 1979 年から 1985 年にかけて 52%～74%の外部リスクを引受けていたケースである¹¹⁰。逆に、当該キャプティブは、Amerco 社及びその子会社のリスクを、全体の 26～48%引受けていた。Harper Case は、香港に設立されたシングル・オープン・キャプティブが 1981 年から 1983 年にかけて、29%から 32%の外部リスクを引受けていたケースである¹¹¹。いずれのケースにおいても、キャプティブの所有者である親会社及びその子会社からキャプティブへ支払われた保険料の損金性に問題はないと判断した。

一方、損金性が否認された代表的判例としては、Gulf Oil Corp Case¹¹²などが挙げられる。Gulf Case は、石油や天然ガスの開発をはじめ、石油製品の製造・販売を行う企業体である Gulf Oil 社が、バミューダに設立したシングル・オープン・キャプティブへ支払った保険料の損金性が争われた事例である¹¹³。当該キャプティブは外部リスクも引受けていたが、すべての保険料収入のうち非関連者に係るものはたった 2%であった¹¹⁴。このケースでは、リスク移転とリスク分散が実現されていないとして、保険料の損金性は認められないとした。

以上を整理すると、シングル・オープン・キャプティブが十分な外部リスクを引受けている場合は、リスク移転とリスク分散が実現しているとして支払保険料の損金性が認められ、外部リスクの引受割合が極端に少ない場合には損金性が否認されると評価できる。

（３）経済同一体論の衰退と再評価アプローチの確立

前述したように、シングル・オープン・キャプティブへの支払保険料の損金性については、内国歳入庁の見解と裁判所の判断が大きく異なっている。だが、最終的に 2001 年に公表された Rev.Rul.2001-31 において、内国歳入庁は、キャプティブを用いた保険取引が有効な保険取引であるか否かを性質決定する場合、Rev.Rul.77-316 で採用した経済同一体論を根拠に決定することを断念した。その理由として、経済同一体論を完全に受け入れた判例が存在しない点を挙げている。そして、むしろ基本的にそれぞれのケースにおける事実や状況を考慮した上で、キャプティブとの保険取引の性質を決定すべきとした。換言すれば、シングル・キャプティブへ支払われた保険料の損金性については、再評価アプローチにより判断されることが確立されたと指摘できる。これが、IRS の見解及び判例法の変遷過程における萌芽期から発展期への移行と位置付けることができる。

しかし、シングル・オープン・キャプティブへ支払われた保険料の損金性を再評価アプローチにより判断する場合においても、様々な欠点が存在していると指摘されている。その最大の欠点は、当該キャプティブがどの程度の外部リスクを引受ければ損金性が認められるかの明確な基準が示されていない点である。また、裁判所も保険取引を構成するリスク移転やリスク分散について、一定の基準や定義を設けることを避けてきたと考えられる¹¹⁵。そこで、2002 年にリスク移転やリスク分散に係る内国歳入庁の新たな見解が公表された。

¹¹⁰ Amerco, 96 T.C. 18 (1991), at 29.

¹¹¹ Harper, 96 T.C. 45 (1991), at 45.

¹¹² Gulf Oil Corp. v. Commissioner, 89 T.C. 1010 (1987), 914 F.2d. 39 (3rd Cir. 1990).

¹¹³ Gulf Oil, 89 T.C. 1010 (1987), at 1013.

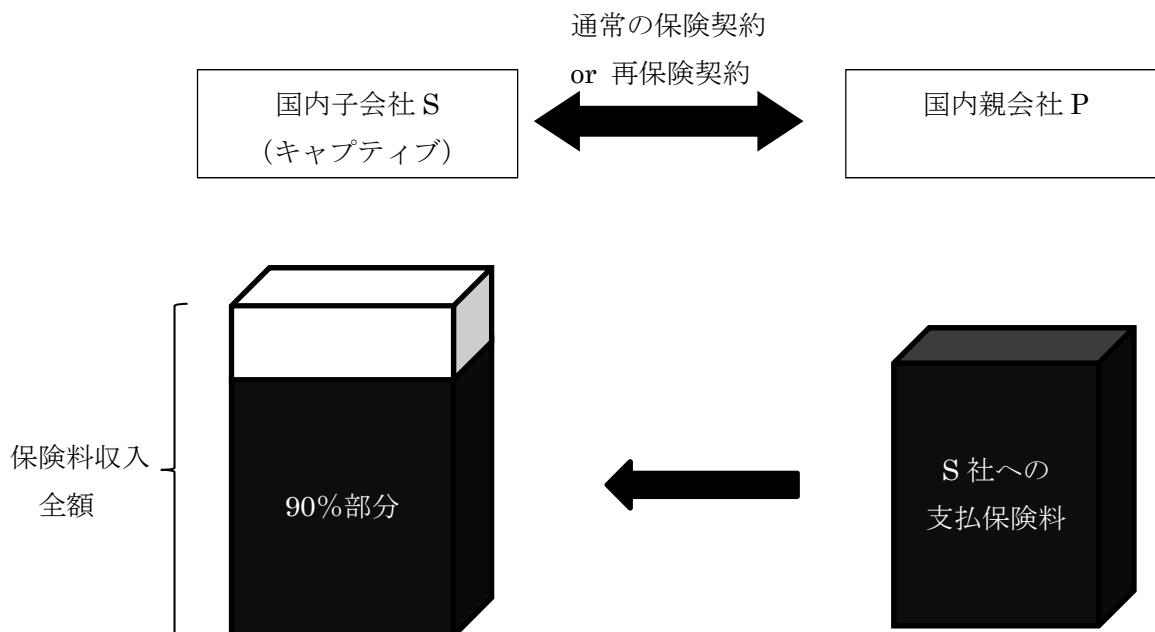
¹¹⁴ Gulf Oil, 89 T.C. 1010 (1987), at 1019.

¹¹⁵ Safar, *supra* note 72, at 108.

（４）リスク移転とリスク分散に係る新たな基準

2002年に導入された Rev.Rul.2002-89 では、シングル・オープン・キャプティブへ支払われた保険料の取扱いについて、内国歳入庁の新たな見解が明らかにされた。Rev.Rul.2002-89 では、2つの Situation を示し、それぞれの取扱いについて説明している¹¹⁶。

・ Situation1



Situation 1 は、次のような状況を設定している。国内親法人 P が、自社の専門的な責任リスクを引受ける国内子会社 S（キャプティブ）を設立し、1年の保険契約を結ぶ¹¹⁷。なお、S は設立されたそれぞれの州において、「保険会社」として認定されている。その他、P が S に支払う保険料相当額は非関連者と結ぶ保険契約と同等であること、P と S は事業上の記録において別々の法人であること、S は P から資金を借り入れないことなどが条件とされた。さらに、Situation 1 では、P から S へ支払われた保険料が、S が得る保険料収入の 90%を占める場合を想定している。

Rev.Rul.2002-89 では、Situation 1 について、まず、このような関連会社間の取引を「保険」として扱った判例は歴史上存在しないと言及した¹¹⁸。逆に言えば、Situation1 における関連会社間での保険取引は、連邦所得税法上「保険」に必要なリスク移転やリスク分散が欠如していると指摘した。そのため、P と S が結んだ取引は「保険」ではなく、かつ、P が S に支払った保険料は I.R.C.162 条に基づいて損金性が認められないと結論付けた¹¹⁹。

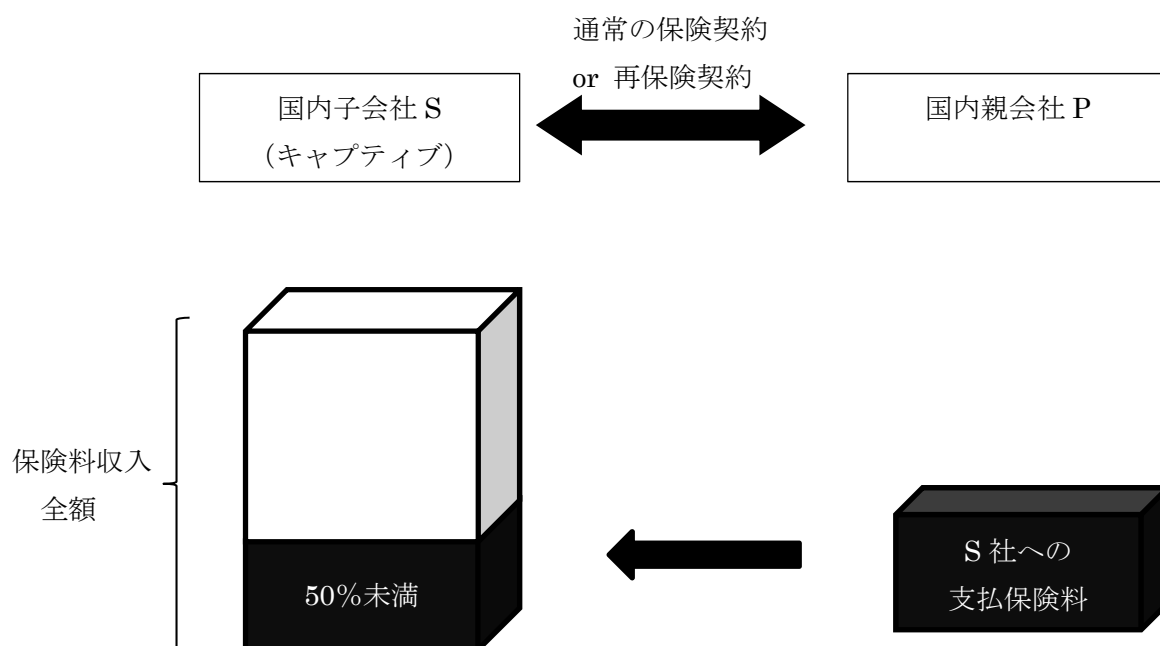
¹¹⁶ Rev.Rul.2002-89, 2002-2 C.B. 984.

¹¹⁷ 直接的な保険契約ないし再保険契約かは問わない。

¹¹⁸ Rev.Rul.2002-89, 2002-2 C.B. 984.

¹¹⁹ *Id.*

・ Situation 2



一方、Situation2 は、P から S へ支払われた保険料が、S の得る保険料収入の 50%未満であることを想定している。それ以外の状況は、Situation 1 と同様である。Rev.Rul.2002-89 では、P の支払保険料と P に関わるリスクが非関連者間でプーリングされているとし、その状況は連邦所得税法上「保険」に必要なリスク移転とリスク分散が現実化していると指摘した¹²⁰。そのため、P と S が結んだ保険取引は真の保険であり、かつ、P が S に支払った保険料は I.R.C.162 条に基づいて損金性が認められるとした。

これまで、判例や Ruling において、連邦所得税法上「保険」として認められるためには、リスク移転とリスク分散が不可欠であると言及されつつも、それぞれの要素の定義や一定の基準がなく、むしろケースバイケースで判断されてきた。しかし、この Rev.Rul.2002-89 では Situation であるが、それぞれの要素が存在しているか否かを判断する 1 つの指標として、キャプティブが得る保険料収入のうち親会社から支払われた保険料の占める割合という具体的な数字を用いて、損金性を判断している。これは、米国におけるキャプティブとの保険取引に係る議論のなかで、極めて重要な意味を持つとともに、大きな前進であると評価できる。

2.4.3. グループ・ピュア・キャプティブ

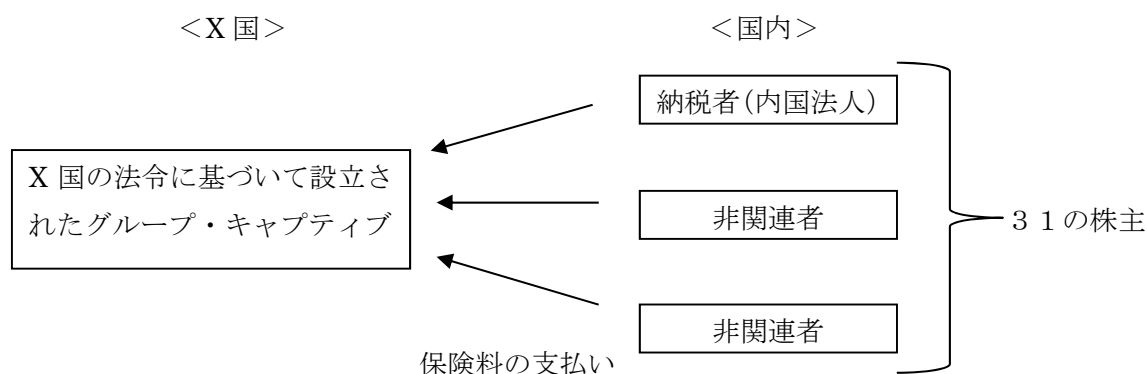
一方、グループ・キャプティブへ支払われた保険料については、前述したシングル・キャプティブとは異なる基準を用いて損金性を判断している。以下、当該キャプティブ形態へ支払われた保険料の損金性について、内国歳入庁の見解の変遷を概観する。

¹²⁰ *Id.*

(1) Rev.Rul.78-338

Rev.Rul.77-316 が公表された 1977 年の翌年に、グループ・ピュア・キャプティブへ支払われた保険料の取扱いに係る内国歳入庁の見解が Rev.Rul.78-338 により明らかにされた¹²¹。

図表 13 Rev.Rul.78-338 のキャプティブ形態



Rev.Rul.78-338 では、図表 13 のような Situation を想定している。石油事業を世界各国で展開する内国法人である納税者は、X 国において X 国の法律に基づき外国保険会社（キャプティブ）を設立した。ただし、当該キャプティブは、納税者及び 30 の非関連法人によって所有され、株主に関連する世界中のリスクを引受けている。そのため、国外キャプティブが引受ける全てのリスクのうち、5 %以上のリスクを個別的に引受けさせる株主（法人）は 1 つもない。また、保険料率も、保険市場における妥当なものに設定されている。

納税者である内国法人からグループ・ピュア・キャプティブへ支払われた保険料はどう取扱われるのか。まず、Rev.Rul.78-338 においても Le Gierse Case¹²²が引用され、連邦所得税法上における保険にはリスク移転とリスク分散が不可欠であると言及している¹²³。そのうえで、グループ・ピュア・キャプティブが非関連者のリスクを十分に集積しているためリスク移転は実現しており、また、株主間（法人間）においてもリスク分散が実現していることを認めている。終局的には、図表 13 で想定したような状況であれば、真の保険を構成するリスク移転とリスク分散が実現していると考え、内国法人がグループ・ピュア・キャプティブへ支払った保険料は損金性が認められるとした¹²⁴。

(2) Rev.Rul.2002-91

グループ・ピュア・キャプティブに関して、特に当該キャプティブ形態の所有者の数について内国歳入庁の新たな見解が Rev.Rul.2002-91 により¹²⁵明らかにされた¹²⁶。

¹²¹ Rev.Rul.78-338, 1978-2 C.B. 107.

¹²² Helvering v. Le Gierse, 312 U.S. 531, 85 L. Ed. 996, 61 S. Ct 646 (1941).

¹²³ Rev.Rul.78-338, 1978-2 C.B. 107.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ Rev.Rul.2002-91, 2002-2 C.B. 991.

¹²⁶ Karen Gantt (2004), Insurance Law Annual Article: Federal Tax Treatment Of Medical Malpractice Insurance Alternatives For Nonprofits, 52 *Drake L. Rev.* 495, at 518.

Rev.Rul.2002-91 では、賠償責任保険の手配が困難な業界の同業者によって所有されているグループ・キャプティブを想定している。ただし、グループ・キャプティブの 15%以上の株式あるいは 15%以上の議決権を持つ法人株主が 1 つもないこと、そして、グループ・キャプティブが引受ける全体のリスクのうち 15%以上のリスクを引受けさせる法人株主が 1 つもないことが条件として設けられている¹²⁷。換言すれば、最も多くリスクを有する法人株主であっても 15%を超えてグループ・キャプティブに出再できないため、最低 7 以上の株主によって所有されるグループ・キャプティブでなければ、支払保険料の損金性を認めないことになる。内国歳入庁は、この Rev.Rul.2002-91 により、グループ・キャプティブの株主（出再者）数に係る一定の基準を示したと言える。

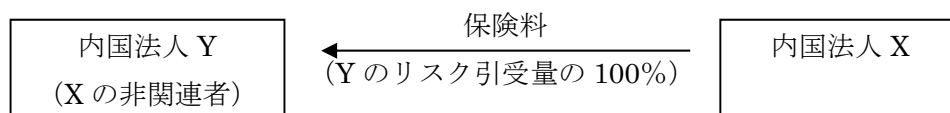
2.5.内国歳入庁の新たな挑戦

2002 年以降、米国においては、新たなキャプティブ形態の発展に伴い、支払保険料の損金性に係る内国歳入庁の見解がより精緻化されている¹²⁸。具体的に、2005 年には、非関連者間の保険取引に係る保険料の損金性について見解を示した Rev.Rul.2005-40 が¹²⁹、2008 年には、保護型セルキャプティブへの支払保険料の損金性について示された Rev.Rul.2008-8 が公表された¹³⁰。以下、それぞれについて、簡単に述べる。

2.5.1. 非関連者間の保険取引に係る保険料

Rev.Rul.2005-40 では、従来までの Ruling とは異なり、キャプティブとして機能する保険会社が被保険者の非関連者である状況を想定している。当該 Ruling では、4 つの Situation を挙げた上で、それぞれの取引に「保険」の本質的性質が存在するか否かという点、さらに保険者への支払保険料の損金性が認められるか否かという点について、内国歳入庁の見解が示されている。全ての Situation では、次のような状況が想定されている¹³¹。内国法人 X は、米国において輸送業を営んでおり、所有する多数の自動車に係る事業リスクに備えるため、非関連者の Y に適正な保険料を支払っている。Y は十分な資本金を有しており、法律に準じて適切に事業を行っている。また、損害が現実化した場合、被害額の大小に関わらず、X に保険料の追加的支払義務は発生せず、かつ、返還要求に係る権利も与えられない。

・ Situation1



¹²⁷ Rev.Rul.2002-91, 2002-2 C.B. 991.

¹²⁸ Bobby L. Dexter (2009), Rethinking “Insurance”, Especially after AIG, 87 *Denv. U.L. Rev.* 59, at 77.

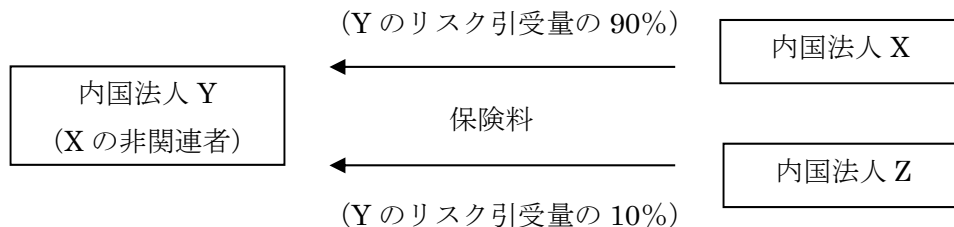
¹²⁹ Rev.Rul.2005-40, 2005-2 C.B. 4.

¹³⁰ Rev.Rul.2008-8, 2008-1 C.B. 340.

¹³¹ Rev.Rul.2005-40, 2005-2 C.B. 4.

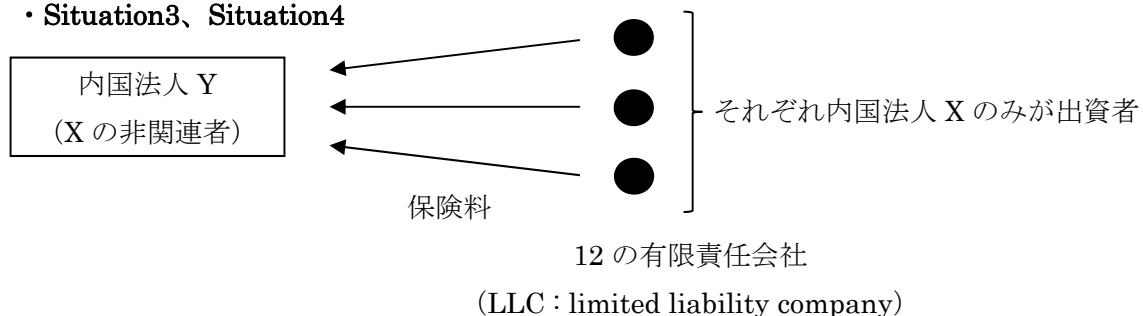
Situation1 で特筆すべき点は、Y が X 以外の保険リスクを引受けていない点である。当該状況に対して、内国歳入庁は、X から Y へのリスク移転は存在するものの、X 以外の被保険者との間でリスクが分散されていないと言及する¹³²。そのため、X と Y の取引は連邦所得税法上「保険」とは認識しないとしている。無論、支払保険料の損金性も認められない。

・ Situation2



Situation2 においては、Y が引受けた保険リスクの構成として X からの支払保険料が 90%、Z からの支払保険料が 10%という状況が想定されている。内国歳入庁は、当該状況に対して、X の保険リスクを分散させるために、X 以外の被保険者（内国法人 Z）の保険料が Y の引受量全体の 10%では不十分であると指摘する¹³³。そのため、当該状況でも、X と Y の取引は「保険」として認識されることはない。

・ Situation3、Situation4



Situation3・4 では、内国法人 X が、自らが唯一の出資者である 12 の LLC を通じて、輸送業を営む状況を想定している。そして、12 の LLC が、所有する多数の自動車に係る事業リスクに備えるため、非関係者の Y に適正な保険料を支払うこととされている。それぞれの LLC が支払う保険料は、Y が引受ける保険リスク全体の 5%以上 15%以下の範囲に制限される。Situation3 と Situation4 で異なる点は、財務省規則 § 301.7701-3 の下で、LLC がパートナーシップとして課税を受けるか、ないし、独立した法人として課税されるのかという点である。前者の状況に対しては、次のように取扱われる¹³⁴。LLC が X から独立した事業体として扱われない限り、Y は X とのみ保険取引を行ったことになるため、Situation1 と同様の状況になる。従って、当該取引は「保険」と認められず、保険料の損金性も認められない。一方、後者の状況に対しては、次のよ

¹³² *Id.*

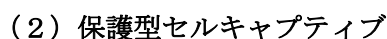
¹³³ *Id.*

¹³⁴ *Id.*

2.5.2.保護型セルキャプティブへの保険料

(1) レンタ・キャプティブ

図表 15 レンタ・キャプティブの基本的仕組み

135 *Id.*

¹³⁶ Rev.Rul.2008-8, 2008-1 C.B. 340.

137 横山、熊倉・前掲注 23・32 頁。

¹³⁸ 日吉、齋藤・前掲注 85・270 頁。多数の企業がキャプティブを形成し、自らのリスクを引受けさせる点はグループ・キャプティブと同様であるが、それぞれの株主に、独立したセルと勘定が与えられる点が大きく異なっている。Gantt, *supra* note 126, at 520.

139 横山、熊倉・前掲注 23・32 頁。

図表 16 レンタ・キャプティブと保護型セルキャプティブとの比較

レンタ・キャプティブ		保護型セルキャプティブ	
キャプティブの貸主		キャプティブの貸主	
勘定 A (ユーザーA)	勘定 B (ユーザーB)	セル A (ユーザーA)	セル B (ユーザーB)
勘定 C (ユーザーC)	勘定 D (ユーザーD)	セル C (ユーザーC)	セル D (ユーザーD)

保護型セルキャプティブでは、次のような利点を得られる¹⁴⁰。第一は、資本金の少ない中小企業でも積極的に利用が可能となる点である。セルユーザーの法的区分を確保することにより、倒産連鎖のリスクを排除したため、キャプティブへの参加と脱退が容易に可能となった。第二は、大企業における利便性が向上する点である。具体的には、自己の所有するリスクを地域別・保険種目別・事業部門等に区分して、セルを活用することにより、細分化したリスクマネジメントが期待できる。

(3) Rev.Rul.2008-8

Rev.Rul.2008-8 では、次のような状況を想定している¹⁴¹。保護型セルキャプティブ（PPC: Protected Cell Company）は A 国の法律に準じて設立され、ユーザーによって所有される多数のセルを管理し、それぞれのセルに独立した勘定を与える。しかし、各セルは、PCC から独立した法的事業体としては扱われない。また、各セルの所得・費用・資産・負債・資本は、他のセルのそれと区分して会計上処理される。

当該 Ruling では、セル X とセル Y という異なる 2 つのセルを示した上で、それぞれのセルに支払われた保険料の損金性について、歳入庁の見解を示している。セル X については、専門職業賠償責任リスクを抱える内国法人 X がセル X と 1 年の保険契約を結び、適切な保険料を支払う状況が想定されている。また、特筆すべき点として、セル X は内国法人 X 以外の保険リスクを引受けていない。一方、セル Y については、内国法人 Y の子会社 12 社が専門職業賠償責任リスクを抱えており、当該子会社がセル Y と 1 年の保険契約を結び、適切な保険料を支払う状況が想定されている。

歳入庁は、まず、セル X と内国法人 X との保険取引が、親会社とキャプティブとの保険取引に類似していると指摘した上で、外部リスクの欠如、リスク移転やリスク分散の欠如を根拠に X の支払保険料の損金性を否認している¹⁴²。そして、セル Y と内国法人 Y の子会社 12 社との保険取引については、まず、子会社からセル Y へのリスク移転は存在していたとした。さらに、セル Y に各子会社からの保険料がプールされるため、ある子会社が現実に損失を被った場合でも、当該子会社からの保険料のみならず、他の子会社からの保険料も保険金支払いの原資になる。その結

¹⁴⁰ 横山、熊倉・前掲注 23・35 頁。

¹⁴¹ Rev.Rul.2008-8, 2008-1 C.B. 340.

¹⁴² *Id.*

果、子会社間でリスク分散が実現されているとして、セル Y と Y の子会社 12 社の取引は連邦所得税法上「保険」として認識され、各子会社の保険料の損金性も認められる¹⁴³。

2.6.小括

以上より、キャプティブへ支払われた保険料の損金性について、内国歳入庁の見解及び判例法の変遷過程を整理すると、具体的に、萌芽期・発展期・成熟期・応用期と 4 つの段階に区分される。萌芽期においては、シングル・ピュア及びグループ・ピュアへの保険料の損金性について内国歳入庁の見解が初めて公表された。シングル・ピュアへの保険料については、保険者と被保険者が同一のグループに属しており、リスク移転やリスク分散が存在しないとする Rev.Rul.77-316 の「経済同一体論」を根拠に損金性を否認した。また、グループ・ピュアへの保険料については、Rev.Rul.78-338 により所有者が 31 社である場合のみ損金性を認める見解を示していた。その後、親会社以外の外部リスクを引受けるシングル・オープン・キャプティブが台頭してくると、内国歳入庁は経済同一体論の射程範囲の拡張により損金性を否認しようと試みる。しかし、裁判所の多くは、保険取引ごとにリスク移転やリスク分散など様々な事実や状況を詳細に分析する「再評価アプローチ(Recharacterization Approach)」により、保険料の損金性を判断してきた。この判例法の形成により、シングル・ピュアへの保険料の損金性を判断する上で、経済同一体論は衰退し、再評価アプローチが確立された。これが、内国歳入庁及び判例法の変遷過程における萌芽期から発展期への移行である。しかし、再評価アプローチは、多くの裁判所によって採用されていたが、損金性を判断する一定の峻別基準を明確にするものではなかった。

萌芽期・発展期における内国歳入庁の見解及び判例に関する主な研究として森宮康（1997）¹⁴⁴及び野一色直人（2011）¹⁴⁵がある。森宮氏は、Carnation Case から形成し始めるキャプティブに関する訴訟問題について、1970 年代前半から 90 年代後半までに争われた主たる判例を詳細に分析している。その上で、損金性を峻別する一定の基準は明確になっていないものの、キャプティブの所有者やリスクの引受範囲によって、保険料の損金性に係る判断の方向性が明らかになると示した点は重要な成果として注目される。また、野一色氏は、Carnation Case の特に租税裁判所での判決に大きな影響を及ぼした Le Gierse Case 及び関連判例について詳細に分析することで、保険の定義に係る米国判例の変遷を整理している。そして、取引の「保険」該当性を検討する場合、Le Gierse Case において言及されたリスク移転の有無が重要であることは論を俟たないが、その関連判例の分析により、リスク分散の有無に係る検討の重要性や必要性が益々高まっていることを指摘している。しかし、両者の研究成果には、キャプティブとの保険取引をめぐる米国の議論の大きな転換点（Rev.Rul.2002-89 等）、さらには、近年、精緻化し続ける内国歳入庁の取扱い（Rev.Rul.2005-40 や Rev.Rul.2008-8）について言及されていない。

2001 年に経済同一体論が衰退したのち、2002 年に公表された Rev.Rul.2002-89 及び Rev.Rul.2002-91 により、シングル・キャプティブ、そしてグループ・キャプティブへの保険料

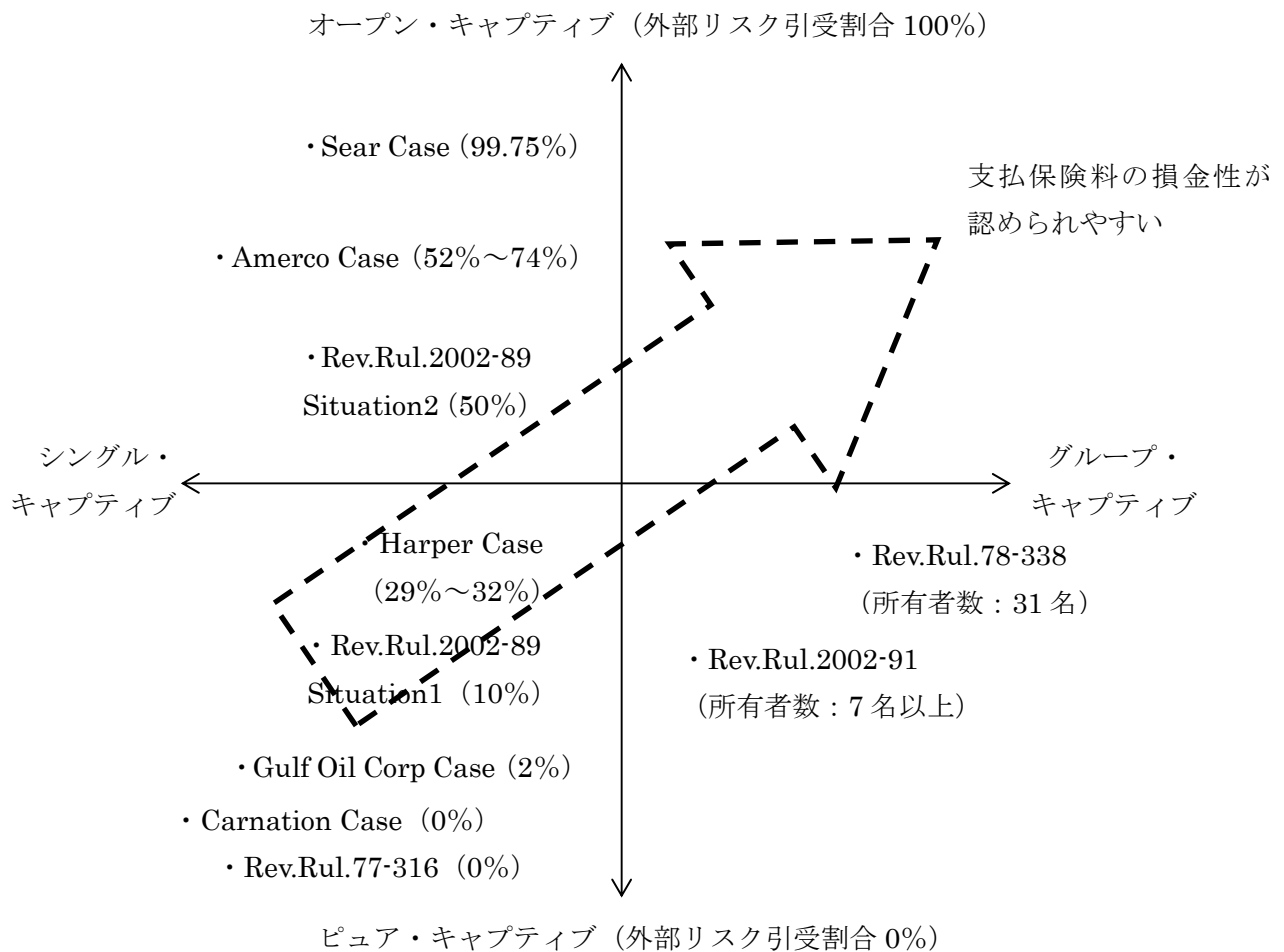
¹⁴³ *Id.*

¹⁴⁴ 森宮・前掲注 11。本研究は、1970 年代からの森宮氏の研究を集大成したものである。

¹⁴⁵ 野一色・前掲注 92・181 頁。

の損金性に係る一定の形式基準が公表された。具体的に、前者については、キャプティブが引受けたリスク（保険料収入全額）のうち 50%以上が外部リスクである場合には損金性が認められるとし、後者については、所有者が 7 社以上あれば損金性が認められるとした。本稿では、2002 年に公表されたこの一定の形式的基準が、内国歳入庁の見解及び判例法の変遷過程において成熟期に位置づけられるとした。この移行は、キャプティブとの保険取引に係る米国の議論において極めて大きな前進であると評価できる。キャプティブ形態の基本形を総合的に考慮した場合、キャプティブがどのような性質を有すれば、支払保険料の損金性が認められる可能性が高くなるのかを図表 14 に示した。

図表 14 キャプティブ形態ごとの保険料に係る損金性



図表 14 のように、横軸に所有関係による分類、縦軸に引受リスクの対象範囲による分類をとると、2.3.において言及した 4 つのキャプティブ形態が、第一象限から第四象限までに表現される。そして、内国歳入庁の見解や裁判例の判決をそれぞれのキャプティブ形態の該当象限に当てはめる。そうすると、キャプティブ形態がグループへ近づく程（横軸の観点）、さらに、オープンへ近づく程（縦軸の観点）損金性が認められやすいことになる。換言すれば、キャプティブ形態が第一象限の性質（グループ・オープン・キャプティブ）に接近する場合に、損金性が認められやす

いことが結論づけられる。逆に、キャプティブ形態が第三象限の性質（シングル・ピュア・キャプティブ）へ接近する程、支払保険料の損金性が否認される傾向にある。

また、2.5.で前述したように、2002 年以降に非関連者の保険取引に係る保険料や保護型セルキャプティブへの保険料の損金性に係る内国歳入庁の見解が示されている。キャプティブ形態の基本形、そして新たに台頭しているキャプティブ形態への保険料の損金性について、内国歳入庁の見解を示している各 Ruling 及び判例は、日本での望ましい課税のあり方を検討する上で、重要な示唆を与えると評価できる。

第 3 章 我が国における望ましい課税のあり方

前述したように、米国におけるキャプティブへの保険料の損金性については、森宮氏や野一色氏の優れた研究成果がある。しかし、両者の研究成果において、日本における損金性に係る峻別基準については、その必要性を示すに留まっており、具体的な峻別基準に触れていない。そこで、本章では、関連者間の保険取引により支払われた保険料について、第 2 章で考察した米国の課税制度を踏まえた上で、我が国における望ましい課税のあり方を検討する。具体的に、第 1 節では、我が国の法人税法における課税所得計算の基本構造を概観した上で、支払保険料の損金性に係る立法的措置が必要であることを指摘する。そして、第 2 節においては、支払保険料の損金性を判断する具体的な峻別基準を示したい。

3.1.立法的措置の必要性

3.1.1.法人税法における課税所得算定の基本構造

法人税法における課税所得計算の基本構造として、次の 3 つの特徴が指摘される¹⁴⁶。第一は、益金の算定基礎である収益、そして損金の算定基礎である原価、費用、損失は、それぞれ公正処理基準に従い算定される点である。そのため、収益や原価、費用、損失について、法人税法は定義を置いていない¹⁴⁷。第二に、資本等取引に係る収益及び損失を益金・損金の範囲から除外している点である（22 条 5 項）。資本等取引とは、「法人の資本等の額の増加又は減少を生ずる取引及び法人が行う利益又は剰余金の分配」という 2 つの観念を含むものである¹⁴⁸。前者の観念は、企業会計原則や会社法の考え方を前提としている。企業会計原則は資本取引と損益取引を厳格に区分したうえで、収益及び損失の発生を損益取引のみに限定しているため、資本取引から生じた収益及び損失を法人税法上も益金・損金の範囲から除外している。一方、後者の観念については、法人税法が出資者に利益を還元する前段階の所得を課税対象としているため、利益・剰余金の分配は損金の範囲から除外される¹⁴⁹。第三は、別段の定めが存在する場合、その別段の定めが資本

¹⁴⁶ 岡村忠生『法人税法講義（第 3 版）』（成文堂、2007 年）34－35 頁。

¹⁴⁷ 岡村・前掲注 146・34 頁。

¹⁴⁸ 金子・前掲注 40・278 頁。金子氏は、前者の観念を狭義の資本等取引としている。

¹⁴⁹ 村井氏は、利益・剰余金の分配は会計上の資本取引に該当しないが、損益取引とも無関係であるため、税法上

等取引及び公正処理基準に係る規定より優先される点である¹⁵⁰。法人税法及び租税特別措置法においては、多数の別段の定めが設けられ、公正処理基準により導かれた収益や費用等が大幅に修正を受ける。金子氏は、法人税法上多数存在する別段の定めを次の3つに分類している¹⁵¹。

(1) 公正処理基準を確認する性質を有する規定¹⁵²

(2) 公正処理基準を前提とするも、画一的処理の必要性から統一的基準を設定した規定¹⁵³

(3) 租税政策上ないし経済政策上の理由から、公正処理基準に対する例外を定める規定¹⁵⁴

以上を整理すると、法人の課税所得は、企業会計における公正処理基準から導かれた利益計算を基礎とし、別段の定めによる税法独自の修正を加えることにより算定される。このような基本構造を有する我が国の法人税法において、保険料の損金性について立法的措置の必要性が求められる根拠は、前述した第一の特徴と第三の特徴に存在すると考えられる。そこで、まず、第一の特徴から導き出される立法的措置の必要性について言及する。

3.1.2.法人税法における公正処理基準への準拠性

法人税法 22 条 4 項は、昭和 42 年に法人税法の簡素化の一環として設けられた規定であり、法人所得の計算が原則として企業会計に準拠して行われるべきであることを意味する¹⁵⁵。より具体的に言及すれば、法人税における課税所得の算定は、基底に企業会計があり、その上にそれらを基礎とした会社法の会計規則があり、そして最後に租税会計が存在するという、「会計の三重構造」を前提としている¹⁵⁶。そのため、我が国の法人税法は、課税所得の計算について画一的な基準を設けることを否定した上で、22 条を基本的計算規定として位置づけ、細目的規定として別段の定めが存在しない限り、すべて企業の会計慣行に委ねていると言える¹⁵⁷。また、22 条 4 項には「別段の定めがあるものを除く」との文言がないことから、当該規定こそが法人税法を貫く基本原理であるという 22 条 4 項の射程範囲を拡大して解釈する学説すら存在する¹⁵⁸。

しかし、法人税法における企業会計への過剰な依存は、次の 2 つの観点から、より重大な課税問題として認識されるべきである¹⁵⁹。第一は、租税法の基本原則である租税法律主義の阻害である。国家が各種公共サービスを提供するためには膨大な額の資金調達が不可欠であり、租税とは、このような資金調達を目的として直接の反対給付なしに強制的に私人から国家に移される富に他

の資本等取引に含まれるとしている。村井正『租税法と取引法』（清文社、2003 年）233 頁。一方、岡村氏は、企業会計における資本取引に利益または剰余金の分配が含まれるか否かについて対立が存在するため、法人税法では「等」を入れ、それが含まれることを明らかにしていると言及している。岡村・前掲注 146・52 頁。

¹⁵⁰ 岡村氏は、別段の定めは我が国の法人税法典中の主要な部分を占めるとし、いわば法人税法の本体であると指摘している。岡村・前掲注 146・34 頁。

¹⁵¹ 金子・前掲注 40・276 頁。

¹⁵² 資産の評価益の益金不算入規定（25 条）、法人税の損金不算入規定（38 条 1 項）等。

¹⁵³ 減価償却に係る規定（31 条）、引当金に係る規定（52 条以下）等。

¹⁵⁴ 交際費の損金不算入規定（租税特別措置法 61 条の 4）等。

¹⁵⁵ 金子・前掲注 40・281 頁。

¹⁵⁶ 金子・前掲注 40・282 頁。

¹⁵⁷ 松沢智『租税実体法—法人税法解釈の基本原則—』（中央経済社、1976 年）141 頁。

¹⁵⁸ 竹下重人「法人税法二二条四項の問題点について」税法学 202 号（1967 年）32 頁。

¹⁵⁹ 岡村・前掲注 146・39 頁。

ならない¹⁶⁰。そのため、国家の自由と財産を保護し、さらには納税者に法的安定性と予測可能性をも担保するために、公権力の行使は法律の根拠に基づかなければならないとする法治主義の原則が租税法律関係においても適用されていることは言うまでもない¹⁶¹。だが、現行の法人税法関係法令における個別的規定は課税所得の算定における必要事項を全て完結的・自足的に規定しているとは言えず、益金・損金に算入される収益や費用等は、むしろ明文規定による定めのないものが多いと指摘される¹⁶²。第二は、課税当局の処分や裁判所の判決において、「一般に公正妥当な会計処理基準」の文言に、別段の定めとして立法化されていない個別的規定の機能を与える傾向にある点である¹⁶³。例えば、不正行為に係る費用の損金性が争われたエス・ヴィ・シー事件¹⁶⁴の最高裁判決では、「…手数料は、架空の経費を計上するという会計処理に協力したことに対する対価として支出されたものであって、公正処理基準に反する処理により法人税を免れるための費用というべきであるから、このような支出を費用又は損失として損金の額に算入する会計処理もまた、公正処理基準に従ったものであるということとはできないと解するのが相当である」と判示された。この最高裁判所の判断は、「一般に公正妥当と認められる会計処理の基準」を根拠に、違法支出の損金性を否認している。今後、この公正処理基準が、日本における公序の理論の根拠として用いられるかが注目される¹⁶⁵が、岡村氏は本来の会計的な公正さが法や社会通念の観点からの公平さにすり替えられていると批判した上で、個別的規定の対象外の違法支出であり、費用性が認められる限り、損金に算入されるべきと指摘する¹⁶⁶。

以上を整理すると、我が国の法人税法における公正処理基準への準拠性から導かれる結果として、益金・損金範囲に係る大部分が広範な解釈に委ねられていると理解できる。そのため、必然的に解釈の幅が生じてしまい、その是否認が個別の裁判で判断される状況を招いていると言える¹⁶⁷。ここに、筆者は、立法的措置として益金・損金の算定基礎を構成する収益、原価・費用・損失の範囲を明確化させる個別的規定の必要性を示したい。

¹⁶⁰ 金子・前掲注 40・1 頁。

¹⁶¹ 酒井克彦「なぜ租税回避は否認されなければならないのか」税務弘報 57 巻 9 号（2009 年）51 頁。

¹⁶² 中村・前掲注 41・15 頁－16 頁。

¹⁶³ 岡村・前掲注 146・38 頁。

¹⁶⁴ 東京地判昭和 62 年 12 月 15 日（判時 1272 号 154 頁）、東京高判昭和 63 年 11 月 28 日（判時 1309 号 148 頁）、最判平成 6 年 9 月 16 日判決（刑集 48 巻 6 号 357 頁）。

¹⁶⁵ 水野忠恒『租税法（第 5 版）』（有斐閣、2011 年）396 頁。

¹⁶⁶ 岡村・前掲注 146・38 頁。清永氏も次のように述べる。ある支出等がある法律によって禁止されている場合、当該違反によりどの程度の不利益が課されるべきかについては、その法律の制定に当たり十分考慮され、かつ、その考慮が法律に具体化されているはずである。そして、さらに他の法律上の取扱いにより新たな不利益を附加することには慎重でなければならない。そして、租税法自体については、他の法律による禁止の有無に関わりなく、担税力に応じた課税という見地から損益ないし所得を判断すべきであると指摘している。清永敬次「株主相互金融の株主優待金と損金算入の許否」民商法雑誌 61 巻 1 号（1969 年）56 頁以下。なお、村井氏も、違法所得課税及び違法支出控除に関して、現実には所得なり、支出の流れが認められる限り、これを積極的に解したいと述べておられる。村井・前掲注 149・239 頁。一方で、山田氏は、税法上の実定法規が存在しなくとも、他の実定法規が禁止している支出に関しては、実定制度の上に立って統一的に解釈を下すべきであると指摘した上で、租税法律主義に違反するものではないとしている。山田二郎「交際費課税をめぐる問題」雄川一郎他編『田中二郎先生古稀記念－公法の理論（下：Ⅱ）－』（有斐閣、1977 年）1927 頁。

¹⁶⁷ 本庄資『アメリカ法人税制』（日本租税研究協会、2010 年）81 頁。さらに、本庄氏は、米国では日本のように「一般に公正妥当と認められる会計処理の基準」に従うという抽象的な表現をせずに、具体的規定を法律上明文化する努力がなされていると述べている。

3.1.3.法人税法における別段の定め必要性

公正処理基準への準拠性から導かれる個別的規定の必要性のみでは、支払保険料の損金性を判断する個別的規定の導入に係る根拠には成り得ない。損金範囲に限定した上で言及すれば、3.1.2.で議論した必要性から導かれる個別的規定は、原価・費用・損失への該当性を峻別する基準に過ぎない。仮に費用として該当する項目（本稿で扱った支払保険料等）を、税法上の諸目的により、損金範囲から除外する機能を有する個別的規定は「別段の定め」である。そのため、支払保険料の損金性を判断する個別的規定は、終局的には「別段の定め」として立法化されるべきであると筆者は考える。

実際、金子氏による「別段の定め」に係る分類にも指摘されるように、租税政策上ないし経済政策上の理由から公正処理基準に対する例外を定める規定が存在している。その代表例が、国外関連者との取引及び過少資本税制適用に係る利子の損金不算入項目である（租税特別措置法 66 の 5）。法人の課税所得の計算上、借入金の利子は費用として損金に算入されるが、配当は損金算入が否認される。そのため、国内法人が外国法人である親会社等から出資でなく借入金等により資金調達を行った場合、内国法人の法人税負担を圧縮させることが可能となる。このような国際的な課税逃れに対処するため、国内法人の資本金の 3 倍を超える借入を外国親法人等から行った場合、その 3 倍を超える部分に対応する利子は、内国法人の課税所得算定上、損金算入が否認される。さらに、平成 24 年度税制改正において過大支払利子税制が導入される。当該税制は、所得金額に比して過大な利子を関連者間で支払うことを通じた課税逃れを防止することを目的とし、一定の要件を満たす場合、関連者への支払利子の額のうち一定部分を当期の損金の額に算入しないこととしている¹⁶⁸。当該規定の創設根拠として、我が国の法人税は、関連者間における過大な支払利子を利用した所得移転を防止する措置が十分でなく、支払利子を利用した課税ベースの流出のリスクに対して極めて脆弱であると指摘されている¹⁶⁹。本稿で扱った支払保険料の損金性についても、掛捨て型ないし積立型の峻別基準しか存在しないことから、国外キャプティブを活用した課税逃れが起こる可能性は否定できない。そのため、特に、支払保険料の損金性に焦点を当てた本稿では、立法的措置の必要性を公正処理基準への準拠性の観点のみに求めるに留まらず、より本質的な必要性は税法独自の修正項目である「別段の定め」に求めるべきとする。

3.2.関連者間の支払保険料の損金性に係る峻別基準

日本企業が所有するキャプティブ形態は、その大部分が 1 つの親会社等（グループ会社も含む）によって所有されるシングル・キャプティブであるとされている¹⁷⁰。そのため、特にシングル・キャプティブへ支払われた保険料について、損金性に係る税制上の措置を考察する必要があると

¹⁶⁸ 平成 24 年度税制改正大綱（平成 23 年 12 月 10 日）。

¹⁶⁹ 第 15 回税制調査会資料。

¹⁷⁰ 池内光久「日本企業のキャプティブ・プログラム～何故かくも少数なのか～: Captive Programs of the Japanese Corporate Insurance Buyers ~Why only few of them?」大阪女学院大学紀要 5 号（2008 年）14 頁－15 頁の表 #5(LIST of JAPANESE CAPTIVE INSURANCE COMPANIES)を参考にした。

筆者は考える。

まず、我が国の法人がシングル・ピュア・キャプティブを設立し、それとの保険取引に基づいて支払った保険料は、損金算入を制限していくべきであると考え¹⁷¹。その根拠として、次の点が指摘できる。親会社等からシングル・ピュア・キャプティブへ支払われた保険料の損金性を認めた判例及び内国歳入庁の見解が米国において存在しない点である¹⁷²。前述したように、Rev.Rul.2002-89 の Situation1 においても、親会社等から支払われた保険料がキャプティブの保険料収入の 90% を占める場合に、保険料の損金性が否認される。税法上「保険」の定義が存在しないことや「保険」を構成する経済的性質への捉え方が我が国と類似している米国において、シングル・ピュア・キャプティブへの保険料の損金性は否認されるため、我が国においても損金算入を制限していくべきであると考えられる。

そして、冒頭で説明したシングル・キャプティブへの支払保険料の損金性について、より精緻化された税制上の措置を設ける場合は、シングル・オープン・キャプティブへの保険料についても、米国と同様に外部リスク引受割合による損金算入制限基準を検討すべきであろう。前述したように、米国では、当該キャプティブが外部リスクを 50% 以上引受けている場合、換言すれば、親会社から得る保険料がキャプティブの保険料収入全体の 50% 未満である場合には、支払保険料の損金性は認められる。その根拠としては、50% 以上の外部リスクを引受けている場合、キャプティブへ出再している者は極めて多数で、かつ、非関連者であることが認識されるため、リスク移転やリスク分散といった保険の本質を構成する経済的性質が存在すると考えられるためである。

¹⁷¹ 1.4. で言及した東京海上保険事件におけるキャプティブ形態も、X が 100% 出資する子会社であり、かつ、X 及び X グループの保険リスクを引受けていたため、シングル・ピュア・キャプティブに該当する。判例時報 2037 号 24 頁。また、リスクファイナンス研究会報告書において、先進企業におけるリスクファイナンスの取り組みとして紹介されている横河電機もシングル・ピュア・キャプティブを所有している。リスクファイナンス研究会・前掲注 1・117 頁以下。

¹⁷² *Carnation v. Commissioner*, 71 T.C. 400 (1978), 640 F.2d 1010 (9th Cir.1981), 454 U.S. 965 (1981), *Clougherty Packing Co. v. Commissioner*, 84 T.C. 948 (1985), at 957.

おわりに

近年、我が国の法人を取り巻く経営環境は急速に変化し、法人が抱えるリスクは多様化、かつ、複雑化している。そのような特殊なリスクの引受けに関しては、国内の保険会社が難色を示すケースも多い。そのため、伝統的な損害保険に代わる新たなリスクファイナンス手法として国外キャプティブとの保険取引を活用することにより、自社ないし自社グループのリスクを管理する国内法人や保険会社が増えている。しかし、我が国において、キャプティブへの支払保険料の損金性は、リスク移転やリスク分散という保険の本質的な経済的性質ではなく、実務上、取引相手を問わず掛捨て型ないし積立型の峻別基準により判断される。そのため、国内法人が国外キャプティブと掛捨て型保険取引を行う限り、実質的に保険として成立しない取引であっても損金性は認められ、我が国の課税ベースが侵食される課税問題が指摘できる。

本稿では、関連者で支払われた保険料について、特に米国における対応を踏まえた上で、我が国における望ましい課税のあり方を考察した。

米国における保険料の損金性に係る議論として、まず、森宮氏や野一色氏の研究成果を検討することにより、本稿において萌芽期・発展期とした内国歳入庁の見解及び判例法の変遷過程を整理した。そして、萌芽期・発展期には示されなかったリスク移転やリスク分散に係る一定の峻別基準を公表した **Rev.Rul.2002-89** や **Rev.Rul.2002-91** について分析した上で、変遷過程の中に「成熟期」というものを位置づけた。さらに、新たに登場してきた保護型セルキャプティブ等への保険料の損金性について示した **Rev.Rul.2008-8** など、保険料の損金性に係る内国歳入庁の取扱いが「応用期」に突入し、より精緻化されていることを確認した。

そして、次の２点より、我が国においてもキャプティブへの保険料の損金性を判断する立法的措置の導入が必要であると考え。第一に、我が国の法人税法においては公正処理基準への準拠性が重視される点である。準拠性がより重視される場合、益金・損金範囲に係る大部分が解釈に委ねられ、租税法律主義を阻害する可能性などが指摘できる。第二に、租税政策上ないし経済政策上の理由から公正処理基準の例外を定め、損金範囲から除外する機能は、我が国の法人税法上、「別段の定め」のみに求められる点である。

米国においてはキャプティブ形態のさらなる発展や IRS の見解の精緻化が進んでいるが、日本企業が有するキャプティブの多くがシングル・キャプティブであることを踏まえて、以下のように考える。シングル・ピュアへの保険料は、保険の本質であるリスク移転やリスク分散が存在せず、また米国において損金性が認められた判例や内国歳入庁の見解が存在しないことから、損金算入を制限していくべきである。さらに、シングル・キャプティブへの保険料の損金性について、より精緻化された税制上の措置を設ける場合は、米国のように外部リスク引受割合など一定の形式基準による制限算入基準を検討すべきであろう。

以上、本稿では、関連者間で支払われた保険料、特にシングル・キャプティブへの保険料に関して、シングル・ピュアの場合は損金算入を制限する規定、シングル・オープンの場合は外部リスク引受割合を基礎とした一定の形式基準を示した規定を別段の定めとして設けることを一つの方向性として提言した。

<邦文参考文献>

- 江頭憲治郎・小林登・山下友信著『損害保険実務講座 補巻 保険業法 平成8年度施行法解説』
(有斐閣、1997年)
- 大谷孝一編『保険論』(成文堂、2007年)
- 岡村忠生『法人税法講義(第3版)』(成文堂、2007年)
- 金子宏『租税法(第16版)』(弘文堂、2011年)
- 上山道生『保険入門(第2版)』(中央経済社、2004年)
- 木村栄一他編『損害保険論』(有斐閣、2006年)
- 白須信弘『新版 アメリカ法人税法詳解』(中央経済社、2002年) 265頁。
- 鈴木辰紀『新保険論－暮らしと保険－』(成文堂、2003年)
- 近見正彦他著『新・保険学』(有斐閣、2006年)
- 中里実『金融取引と課税－金融革命下の租税法－』(有斐閣、1998年)
- 中里実『国際取引と課税－課税権の配分と国際的租税回避－』(有斐閣、2001年)
- 中村利雄・岡田至康『法人税法要論(平成21年版)』(税務研究会出版局、2009年)
- 中村利雄『法人税の課税所得計算(改訂版)－その基本原理と税務調整－』(ぎょうせい、1990年)
- P.A.Bawcutt(日吉信弘、齋藤尚之訳)『キャプティブ保険会社－その設立と運営－』(保険毎日新聞社、1996年)
- 本庄資『アメリカの租税政策』(税務経理協会、2007年)
- 本庄資『アメリカ法人税制』(日本租税研究協会、2010年)
- 松沢智『租税実体法－法人税法解釈の基本原理－』(中央経済社、1976年)
- 水野忠恒『租税法(第5版)』(有斐閣、2011年)
- 村井正『租税法と取引法』(清文社、2003年)
- 森宮康『キャプティブ研究』(損害保険事業研究所、1997年)
- 山下友信『保険法』(有斐閣、2005年)
- 四元俊明『行間の税法解釈学－判例・裁決例から見た不条理の世界』(ぎょうせい、1988年)
- 渡辺裕泰『ファイナンス課税』(有斐閣、2006年)
- 渡辺淑夫・下山宏『コンメンタール法人税法基本通達』[大村雅基監修](税務研究会出版局、1996年)
- 碓井光明「法人税における損金算入の制限－損金性理論の基礎的考察－」金子宏編『所得課税の研究』(有斐閣、1991年)
- 中里実「法人課税における保険とデリバティブの境界」小塚莊一郎他編『商事法への提言－落合誠一先生還暦記念－』(商事法務、2004年)
- 山下友信「キャプティブに関する序論的考察」前田重行他編『前田庸先生喜寿記念－企業法の変遷』(有斐閣、2009年)
- 山田二郎「交際費課税をめぐる問題」雄川一郎他編『田中二郎先生古稀記念－公法の理論(下:Ⅱ)－』(有斐閣、1977年)
- 荒木由起子「諸外国のキャプティブ規制比較」損害保険研究 70巻1号(2008年)
- 今井康雅「目的別法人保険の活用－節税メリットと租税回避リスク 総論 保険料等の税務上の取扱い」税経通信 66巻7号(2011年)

恩蔵三穂「リスク・マネジメントにおける「キャプティブ」の役割ー税控除可能性問題を中心としてー」早稲田商学 370 号 (1996 年)

北山雅一「＜法人編＞リスクヘッジのための生保・損保の活用 役員・従業員の死亡・傷病に備えた保険の活用」税理 54 巻 8 号 (2011 年)

木下孝治「外国保険会社規制の目的と海外直接付保規制」阪大法学 52 巻 3・4 号 (2002 年)

清永敬次「株主相互金融の株主優待金と損金算入の可否」民商法雑誌 61 巻 1 号 (1969 年)

竹瀆修「ファイナイト保険の法的性質」立命館法学 6 号 (2006 年)

野一色直人「米国内国歳入法典における保険の定義と保険料の損金該当性」大阪学院大学法学研究 37 巻 2 号 (2011 年)

野一色直人「米国における再保険と租税回避ー内国歳入法典 845 条の検討を通してー」

大阪学院大学法学研究 37 巻 1 号 (2010 年)

長谷川洋「企業リスク転化の新たな手法」税務弘報 50 巻 7 号 (2002 年)

弘中聡浩「ファイナイト再保険租税訴訟の解説ー国際的な再保険取引に関する課税処分を争って勝訴した事例」租税研究 737 号 (2011 年)

渕圭吾「損害保険会社が海外子会社に支払った「再保険料」の損金該当性」ジュリスト 1400 号 (2010 年)

前田祐治「キャプティブ保険によるリスクファイナンス手法ー世界と日本ー」保険学雑誌 590 号 (2005 年)

丸山真佐雄「再保険の監督規制のあり方ー保険業法の一部改正を機会に見直しをー」インシュアランス[損保版]4134 号 (2005 年)

水野忠恒「最近の国際課税判決の動向ーファイナイト保険課税事件に関する判決の検討ー」租税研究 739 号 (2011 年)

水野忠恒「ファイナイト保険課税事件に関する判例の検討」国際税務 30 巻 11 号 (2010 年)

水野忠恒「ファイナイト保険にかかる課税関係のあり方ー平成 17 年 7 月 20 日裁決の検討をてがかりにー」国際税務 27 巻 9 号 (2007 年)

森宮康「「キャプティブ」における保険料の税控除可能性ー近年の訴訟をめぐってー」明大商学論叢 70 巻 4 号 (1988 年)

森宮康「「キャプティブ」保険会社の立地の場」明治大学社会科学研究所紀要 29 巻 2 号 (1991 年)

矢田公一「保険商品を巡る課税上の諸問題ー支払保険料の損金性の問題を中心にー」税務大学校論叢 66 号 (2010 年)

ハッ尾順一「給与等ー損金・必要経費の異同から税法規定を考えるー」税務弘報 59 巻 6 号 (2011 年)

横山登、熊倉広信「リスク回避の新しい手法「キャプティブ」の活用方法に迫る」旬刊経理情報 1075 号 (2005 年)

横山登「伝統的保険で対応できないリスクをカバー ファイナイトの仕組みと会計・税務上の留意点」旬刊経理情報 1103 号 (2005 年)

吉澤卓哉「日本の事業会社によるキャプティブ保険会社の設立・利用を巡る法的論点」保険学雑誌 595 号 (2006 年)

リスクファイナンス研究会「リスクファイナンス研究会報告書～リスクファイナンス普及に向けて～」(経済産業省、2006 年)

< 英文参考文献 >

- Armando Gomez (1993), A Practical Approach to Captive Insurance Problem: Sear, Roebuck & Co. v. Commissioner, 46 *Tax Law* 619.
- Bobby L. Dexter (2009), Rethinking “Insurance”, Especially after AIG, 87 *Denv. U.L. Rev* 59.
- Donald Arthur Winslow (1990), Tax Avoidance and the Definition of Insurance: The Continuing Examination of Captive insurance Companies, 40 *Case W. Res.* 79.
- Joseph C. Safar (1995), When Federal Tax Law Frustrates Policy: The Confused Rules Governing the Deductibility of Captive Insurance Premiums, 34 *Dug. L. Rev* 105.
- Jt.Comm.on.Taxn. (2007), Present Law and Analysis Relating to Selected International Tax Issues (JCX-85-07), Sep. 24.
- Jt.Comm.on.Taxn. (2010), Present Law and Analysis Relating to The Tax Treatment of Reinsurance Transactions Between Affiliated Entities (JCX-35-10), July. 14.
- Karen Gantt (2004), Insurance Law Annual Article: Federal Tax Treatment Of Medical Malpractice Insurance Alternatives For Nonprofits, 52 *Drake L. Rev* 495.
- OECD, Discussion Draft of the Report on the Attribution of Profits to a Permanent Establishment Part IV (Insurance).
- Stuart R. Singer (1990), When the Internal Revenue Service Abuses the System: Captive Insurance Companies and the Delusion of the Economic Family, 10 *Va. Tax Rev* 113.
- William B. Barker (1986), Federal Income Taxation and Captive Insurance, 6 *Va. Tax Rev* 267.

中国進出日系企業に係る課税問題に関する
—考察
—移転価格税制を中心に—

安達 友信

要 旨

近年中国は移転価格税制の課税強化を図っているが、多くの中堅中小企業は移転価格税制への対応が不十分であり、当該税制の課税リスクが高まっている。そこで本論文では、中国に進出する中堅中小企業が抱える課税問題、特に中国及び日本の移転価格税制に関わる問題を中心に考察し、日中双方の移転価格税制の在り方と中堅中小企業の移転価格税制への対応について提言を試みるものである。

第1章 中国への投資と中国税制の概要

この章では、中国への投資制度と中国税制及び法人課税の概要について述べている。

法人の所得に対する税である企業所得税は、内外格差是正のため企業所得税法が2008年より統一され、外資企業に対する優遇政策が大幅に縮小された。また、新税法には、税収の公平性を確保することを目的に、移転価格税制・タックスヘイブン税制・過小資本税制及び一般的租税回避防止規定が設けられた。

第2章 中国移転価格税制の概要及び特徴点

この章では、中国移転価格税制の概要と、日本の移転価格税制と比較しながら、その特徴点について述べている。また、中国進出日系企業が抱える課税問題を述べ、これらの問題が移転価格税制に影響を与えている点を述べている。

具体的には、日本親会社に対してノウハウ使用料や技術サービス報酬を送金する場合の課税問題、技術サービス等の役務提供報酬に対する課税と関連して当該役務提供に係る出張者に対する個人所得税課税の問題、中国子会社の出向者に係る給与を日本親会社が負担した場合等における日本側での課税問題、日中合弁経営の場合の課税問題について触れ、いずれも日本親会社との取引に関わる問題であり、移転価格の問題を引き起こす可能性がある。

3. 中国進出中堅中小企業に係る移転価格税制問題の考察

この章では、中国進出日系企業、とりわけ国際税務に関心が低く子会社に対する関与度合いが高い中堅中小企業に係る移転価格税制の問題について考察している。

具体的には、以下の点について問題を考察している。

- ① 機能とリスクが限定的な企業に対する移転価格課税リスクが高まっていることについて

- ② 外貨管理規制上の問題から、真実の取引とは異なる契約形態で対外送金をしている場合の問題について
- ③ 同期資料備え付け義務が課されたものの、作成ありきの対応により質に問題があることについて
- ④ 移転価格の算定方法に取引単位営業利益法が乱用されていることについて
- ⑤ 中国現地法人の収益力の帰属について対立が起きていることについて
- ⑥ 中国における納税者側に過度に負荷されている立証責任について
- ⑦ 移転価格の更正があった場合の救済措置について
- ⑧ 国内取引に係る移転価格税制の適用と行為計算否認規定の関係について
- ⑨ 日本における移転価格税制の適用と寄附金認定の適用について

第4章 日中移転価格税制の在り方及び中堅中小企業の移転価格税制への対応に関する提言

この章では、中国における移転価格税制のあり方について、中国税制度及び税務執行面の安定が必要であることを述べ、租税国家としての基本である租税法律主義を遵守するためには、税務行政執行側の税務職員の資質と、納税者側の納税意識の双方を向上させていく取り組みが不可欠であることを述べている。

日本では、中堅中小企業の税務調査において、移転価格課税と寄附金課税の取り扱いのさらなる明確化が望まれ、実際の適用にあたっては、中国現地の事情や中国子会社の現状を適切に把握し、総合的に勘案した上で課税処分の判断を行うことが望まれることを述べている。

そして最後に、中堅中小企業は、移転価格税制を含む国際課税に関して経営上重要な事項であることを十分に意識し、移転価格決定においては会社としてのポリシーを明確にし、最低限の国外関連取引に関する説明資料を準備しておくことが必要であり、日中移転価格税制への適切な対応により、税務リスクの軽減のみならず、海外事業の経営改善にも役立て、日本親会社及び中国子会社双方が、両国の経済発展に寄与することを願い本論文の結びとしている。

以上

目次

はじめに	3
第1章 中国への投資と中国税制の概要.....	5
1-1 日本企業の中国進出状況	5
1-2 中国投資制度の概要	6
1-2-1 中国への投資形態	6
1-2-2 中国での会社設立	6
1-3 中国税制の概要	8
1-3-1 中国税制の体系	8
1-3-2 中国の税務執行機関	10
1-3-3 中国の租税救済制度	13
1-4 中国における法人課税制度の概要.....	14
1-4-1 近代の法人課税制度の沿革及び概要.....	14
1-4-2 外商投資企業及び外国企業に対する課税の概要.....	15
1-4-3 租税回避防止規定の概要.....	18
1-5 中国に進出する中堅中小企業が抱える課税問題と移転価格課税リスクについて	21
1-5-1 日本親会社支援に関する対外送金と課税の問題.....	21
1-5-2 恒久的施設認定に伴う中国出張者の個人所得税課税の問題.....	22
1-5-3 中国現地法人出向者給与に係る課税問題.....	23
1-5-4 日中合弁企業における課税問題.....	24
第2章 中国の移転価格税制の概要及び特徴点.....	25
2-1 移転価格税制導入の背景と沿革	25
2-1-1 中国における移転価格税制の背景と沿革.....	25
2-1-2 日本における移転価格税制導入の背景と沿革.....	26
2-2 中国移転価格税制の特徴点	27
2-2-1 移転価格税制の定義	27
2-2-2 適用対象者と適用対象税目.....	28
2-2-3 適用対象取引	28
2-2-4 国外関連者	29
2-2-5 独立企業間価格	31
2-2-6 同期資料の管理	33
2-2-7 移転価格調査及び調整	36
2-2-8 事前確認制度	42
2-2-9 コストシェアリング	45
2-2-10 対応的調整と相互協議	46
2-2-11 法的責任等	48
第3章 中国進出中堅中小企業に係る移転価格税制問題の考察.....	50

3-1 中国子会社への過度な経営関与による移転価格税制への影響について.....	50
3-2 外貨管理規制と移転価格税制への影響.....	51
3-3 移転価格文書化対応に関わる問題について	52
3-4 移転価格算定方法と比較対象企業の選定に関わる問題.....	53
3-5 中国現地法人の貢献と利益帰属の問題.....	54
3-6 立証責任と救済制度に関わる問題.....	56
3-6-1 立証責任	56
3-6-2 救済制度	56
3-7 国内取引に対する移転価格税制の適用と行為計算否認規定及び寄附金課税の問題.....	57
3-7-1 中国での国内取引に対する移転価格税制の適用と行為計算否認規定.....	57
3-7-2 移転価格税制と寄附金課税.....	58
第4章 日中移転価格税制の在り方及び中堅中小企業の日中移転価格税制への対応に関する提言	60
4-1 中国での移転価格税制の在り方について	60
4-1-1 中国の租税制度及び税務行政の安定について.....	60
4-1-2 中堅中小企業に対する中国及び日本における移転価格税制の在り方.....	61
4-2 中堅中小企業における移転価格税制への対応について.....	62
おわりに	64

はじめに

2008 年の世界金融危機後、日本や欧米諸国の経済が低迷する中、中国はいち早く景気を回復させ、年 10% 近くの経済成長を続けている。その結果、2010 年度の中国の GDP は日本を抜き米国に次ぐ世界第 2 位となった。

一方、アジア諸国の中でいち早く近代化に成功し経済発展を遂げた日本は、成熟化に伴い成長余力のある産業は減少し、バブル崩壊以降低空飛行を続けたままの状況にある。このような状況下では、自国単独の経済発展は大きく望めないことから、成長著しい東アジア地域で、経済先進国として地域経済の発展に貢献することで自国経済の活性化を図り、地域単位での成長を目指していくことが必要となってきた。

特に、中国は日本企業が最も多く海外進出している地域である¹。経済発展が著しい中国に多くの日本企業が進出し経済活動が活発となり、日本親会社と中国現地法人間の取引が増えるにしたがい、税務上の問題も年々増えてきている。

筆者は、これまで日系の中国現地法人及びその日本親会社に対して、中国への投資支援及び中国と日本双方における会計・税務に関する支援業務に携わってきた。そのなかで、事業計画やタックスプランニングが十分に行われないまま進出したため、中国及び日本双方において税務上のリスクを抱えている中堅中小企業が多いことに驚きと不安を感じた。また、中国ではこれまで経済発展の原動力として外国資本と外国の技術導入を促してきたが、近年は国内企業の育成や内需拡大を優先する政策に転換してきている。その結果、外資優遇政策は軒並み廃止され、外資系企業や外国企業に対する課税を強化してきている。特に、日本の中堅中小企業ではあまり意識されていない移転価格税制の整備と課税強化が図られており、日本の中堅中小企業の中国現地法人も移転価格課税への対応が重要となってきた。

そこで本論文では、中国に進出する中堅中小企業が抱える課税問題とその影響について、特に、中国及び日本における移転価格税制に関わる問題を中心に考察していく。

本論文の構成は、第一章では、中国への投資制度及び中国税制の概要を述べ、続いて中国の近代における法人課税の概要及び特徴点を述べる。また、中国進出日系企業に頻出する課税問題として、外貨管理制度等の税法規以外の行政法規が課税実務に及ぼす問題、非居住者課税に関する制度上の取り扱いと実務執行上の問題、中国現地法人出向者の給与に係る課税上の問題及び日中合併経営がもたらす課税上の問題を取り上げ、これらの各問題が移転価格税制と関連するものであることを明らかにする。

第二章では、近年中国において制度整備が進み執行面も強化されている移転価格税制について、その導入の背景や制度沿革及び内容について、日本の移転価格税制と比較し特徴点を明らかにする。

¹ 経済産業省第 40 回海外事業活動基本調査（2010 年 7 月調査）。日本企業の全世界における海外現地法人数のうち中国現地法人数の割合は 2009 年度には 30% に達している。中国以外の地域ではアジア ASEAN 地域 16.2%、北米地域 15.8%、ヨーロッパ 13.9%。

第三章では、中堅中小企業の中国現地法人及び日本親会社側において実務上発生する移転価格税制に関わる問題について考察する。

第四章では、今後の中国及び日本双方の経済発展及び経済交流を活発化させていくために望ましい中国の税務行政及び移転価格税制の在り方を提言するとともに、中国に進出する中堅中小企業において求められる移転価格税制への対応について提言する。

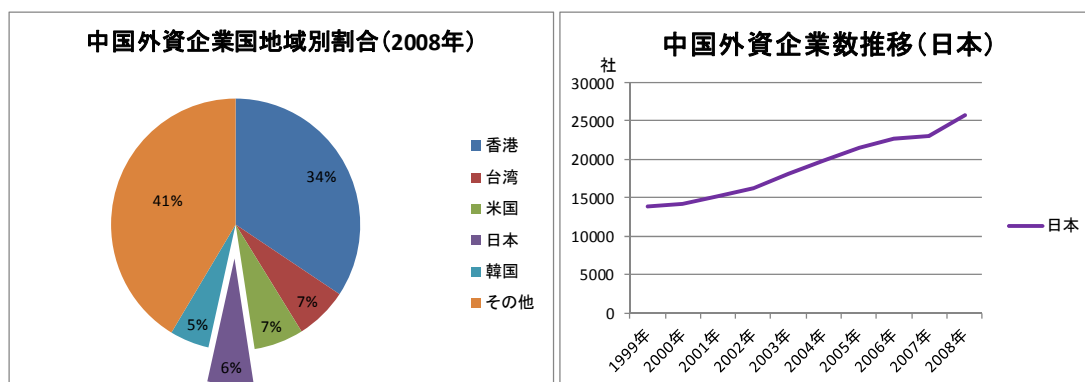
なお、本論文中に記載の各種法令及び法令条文番号は、特別に記載する場合を除き、2011年（平成23年）10月末現在の状況による。

第1章 中国への投資と中国税制の概要

1-1 日本企業の中国進出状況

戦後における日本企業の対中国投資は、1980年代の鄧小平政権下で推し進められた改革開放政策以降、日本企業の中国進出は増加の一途をたどっている。2008年現在における日本資本の外資企業数は2万5796社²であり、この10年間で約2倍に増えている。また、外資系企業の国別地域別割合では香港・台湾、米国に次いで日本は4番目(5.9%)であり、国単位別でみた場合には米国に次いで2番目に中国進出企業が多い国である³。

【図表1】中国外資系企業数 主要5カ国地域別



(出所) ジェトロ 中国データ・ファイル2010年版

また、2010年には中国のGDPが日本を抜き世界第二位となり、世界経済の安定的かつ継続的な発展において中国経済は無視できない存在となっている。このため、ますます拡大が予想される中国市場へ積極的に投資をする日本企業は、今後も増えていくものと予想される。

一方で、中国の各種制度変更が頻繁に行われることや、実務面では法令規定通りに執行されていないことがしばしばあり、中国への投資を難しくしている。また、中国の投資制度や各種行政法規は、実務上税制度とも密接に関係している。

以下、この章では中国への投資制度と中国税制の概要について、実務の状況を交えながら述べることとする。

² 「中国データ・ファイル」2010年版(ジェトロ) P176

³ 中国外資企業地域別割合で一番多い地域は香港(34%)であるが、外資導入が制限されていた時代には香港を経由して中国への投資が行われており、現在では香港現地法人をアジア統括会社とし、香港から中国を含むアジア各国に投資を行う形態が増えているためである。なお、2009年の香港における外資企業(地区総部)の親会社国別割合では、米国(23.1%)に次ぎ日本(17.9%)が2番目に多い国である。(香港経済年鑑2010年版 P525 表 19.10)。

1-2 中国投資制度の概要

1-2-1 中国への投資形態

日本企業が中国へ進出する場合、中国に事業体を設置する投資形態と、中国国内に事業体を設置せず中国の会社と契約により業務委託を行う投資形態がある。具体的に、前者は中国国内に子会社や駐在員事務所、支店を設置する場合をいい、後者は中国の協力会社に無償或いは有償で材料や設備を支給し当該会社に生産を委託する方法、いわゆる委託加工貿易⁴をいう。

2000 年以前は中国国内産業の立て直し及び中国国内企業の育成のため、中国市場への外資参入が厳しく制限されていた。このため、この時期における日本企業の中国進出形態は、中国国内に事業体を設置しない委託加工貿易方式が主要な進出形態であった。その後、2001 年 12 月に中国が WTO⁵に正式加盟したことにより、中国市場への外資参入障壁の撤廃が中国政府に義務付けられ、段階的に外資参入の制限が撤廃されてきた。現在では、国の安全保障に関わる分野、希少生物や資源に関わる分野、伝統工芸や食品等の伝統技術に関する分野、マスメディア等の一部の情報産業以外の分野を除き、ほとんどの分野で外資参入が認められている⁶。

このような背景から、現在は中国への進出形態は直接中国に子会社を設立する方法が増え、特に日本資本 100%による子会社（独資企業）設立が主な進出形態となっている。

1-2-2 中国での会社設立

事業体を設置する場合、現地法人の設立と法人形態以外の事業体を設置する場合がある。

現地法人には、中外合弁企業・中外合作企業・外資独資企業の 3 種類の形態がある（以下、外国資本により設立された法人を「外商投資企業」という⁷）。

法人形態以外の事業体としては、駐在員事務所、事業所、支店等があり、これらは外国企業として扱われる。

法人形態の投資について特徴をまとめると以下のとおりである。

【図表 2】法人形態の投資⁸

形態	独資企業	合弁企業	合作企業
出資	外国側が 100%出資	外国側と中国側の共同出資	外国側と中国側の共同事業

⁴ 委託加工貿易には、主に来料加工貿易と進料加工貿易の 2 つの形態があり、来料加工貿易は材料を無償で提供し加工賃のみを支払う方法をいい、進料加工貿易は有償支給し完成品を有償で買い取る方法をいう。

⁵ WTO（World Trade Organization）：世界貿易機構

⁶ 中国国務院が制定する「指導外商投資方向規定」及び「外商投資産業指導目録」において、外国資本の中国投資に関する基本的な考えと、投資分野に関して投資奨励業種、制限業種及び禁止業種に分けて分類している。また、当該目録では一部の分野について外資出資割合が制限されている分野もある。（自動車製造業は外資出資割合 50%まで等）

⁷ 「指導外商投資方向規定」第 2 条

⁸ 表は筆者作成。※特徴欄の○はメリット、×はデメリットを記載。

責任	有限責任公司、出資者の責任は出資額が限度	有限責任会社、出資者の責任は各々の出資額が限度	有限責任会社又はパートナーシップ
特徴 ※	○外資側の自由裁量の余地が大きい。技術情報の外部流出が極力抑えられる。投資利益は外資側で全て独占可能。 ×進出業種等に制約あり。 中国国内での調達及び販売ルートを一から構築。投資コストは全て負担。	○独資投資制限分野への投資が可能。中国側の協力で政府機関との調整が比較的容易。中国側の設備・労働力・調達や販売ルートを活用。投下資本の抑制が可能。 ×外資側の自由裁量の余地が小さい。中国側との相互協調が必要。技術情報の流出が起きやすい。	○自由裁量の余地は合作契約の内容容次第。政府機関の承認を得た上で、投資額の先行回収が可能。 ×契約期間が比較的短期間。赤字でも契約に定めた利益分配が必要。長期的企業戦略は立てにくい。
準拠法	外国投資企業法、同法実施細則 等	中外合弁経営企業法、同法实施条例 等	中外合作経営企業法、同法实施条例 等

なお、中国では外資による法人の設立は認可主義を採用している。外資による法人の設立は、外商投資プロジェクトとして関連法規⁹に基づき主管部門¹⁰で審査されることになる。主管部門では、外商投資プロジェクトが前述の外資参入が制限あるいは禁止されているプロジェクトに該当するか否か、事業計画は妥当か否か、固定的な経営場所は確保できているか否か、中国及びその地域経済に当該プロジェクトが有益かどうか等を審査し、主管部門の認可を得て会社設立が認められる。

このように、外商投資企業は一つの投資プロジェクトとして審査認可された範囲内の事業活動しか許されず、経営範囲はある程度限定されたものとなる。このため、複数の事業領域を有する会社は、事業部単位又はカンパニー単位で現地法人を設立することが多く、1社で複数の中国現地法人を有している会社が多い¹¹。

なお、筆者が中国駐在時から現在まで実務で携わってきた会社設立手続きでは、形式的な事務手続きによる煩雑さはあるものの、事業計画等について詳細に審査されることは少なく形式的な審査の場合が多かった¹²。外資誘致に熱心な地区では、行政機関の外郭団体が申請書類の作成から申請手続きまで無償で代行するところもあり、海外投資のノウハウや人材が不足している中堅中小企業にとっては、このような手厚い支援は大いに助かるところである。しかしながら、本来であれば事前に中国投資のリスクを検証し事業計画を立て、

⁹ 一般法規としての会社法、特別法として合弁企業は「合弁企業法及び同法实施条例」、合作企業は「中外合作経営企業法及び同法实施条例」、外資独資企業は「外資独資企業法及び同法实施条例」等がある。

¹⁰ 外商投資企業の主管部門は基本的には中央政府機関の一つである商務部の下部組織で設立地域を所管する商務委員会となり、建築、運送、金融等の特定の業界はその業界を主管する部門の行政機関が特定業種のライセンス付与の審査認可を行う。一定規模以上の投資プロジェクトの場合には国家発展改革委員会においても審査認可を行うこととされている。

¹¹ 例えば株式会社パナソニックでは、会社ホームページに記載されている中国子会社数は50社あり、他国及び他地域に比べ圧倒的に多い。(2011年4月8日現在)

¹² 近年は省エネ及び環境保護が政府の重要課題とされているため、有害物質が排出される等環境に悪影響を及ぼす危険性のある製造会社設立の場合には、受入を拒否する地域や、審査が以前に比べ厳格になるなど、外資誘致の姿勢から、有益なプロジェクトを誘致するという姿勢に変化してきている。

投資効果を検証したうえで中国進出を判断すべきところ、現地の手厚い行政サービスに依存し、十分な検討がなされないまま中国へ進出してしまう中堅中小企業は少なくない。このように、中国投資決定に関わる検証が不十分な企業は、中国進出後に日中双方における課税問題を引き起こしており、中国現地法人の経営に大きな影響を及ぼしている¹³。

1-3 中国税制の概要

1-3-1 中国税制の体系

(1) 中国近代税制の変遷

中国における近代税制は、中国の経済体制が計画経済から市場経済へ移行するに伴い大きな変化を遂げている。

1978 年末の中国共産党第 11 期中央委員会第三回全体会議において、経済体制改革と対外開放を進める政策を掲げた。その翌年（1979 年）6 月に開催された第 5 期全国人民代表大会¹⁴第 2 回会議において、中央指令型計画経済から市場経済への移行を目指す「改革開放」路線への転換を決定した。この経済政策の大転換に伴い、中国の財政システムも大幅な転換がなされた。具体的には、従来の計画経済下における「統一収入、統一支出（統収統支）」制度¹⁵から、市場経済への移行により国有企業が政府から分離自立化することにより、企業及び個人を納税義務者とし租税を徴収することで財政収入を得る体制への転換がなされた。このような変化について、曹瑞林教授は「「租税国家化」している」と述べている¹⁶。また、「計画経済下の税制は、市場経済の諸国における「本来の税制」とはいえず、それは、かつての計画経済が経済手段の私的所有（個人、法人）にもとづく市場は経済や政府と経済主体の法制上の分離を前提としていないからである。」と述べている¹⁷。経済の改革開放政策遂行の前提として、市場経済に調和的で適合的な税制への移行が必要とされ、1994 年の抜本的な税制改革¹⁸によってほぼ確立したといわれている¹⁹。

¹³ 筆者が 2004 年～現在に至るまでに筆者及び筆者が属する組織に寄せられた相談案件のうち日本親会社が中小企業である場合、中国進出前に情報収集を行い適切な理解のもと投資をしていれば問題は回避できたと思われる案件が多かった。

¹⁴ 中国憲法上は最高権力機関及び立法機関として位置付けられている。（中華人民共和国憲法第 57 条、第 62 条）

¹⁵ 中央指令型計画経済における財政体制をいい、2 つの特徴を有する。1 つは地方の収入はそのまま中央に上納され、必要な支出は中央から地方に分配される制度であること。もう 1 つは「国営企業の利潤上納制」であり、つまり、国営企業の稼得した利潤は政府に上納され、生産活動に必要な資金は政府から配分される制度であること。（曹瑞林（立命館アジア太平洋大学教授）著「現代中国税制の研究」（御茶ノ水書房）第 1 版 P74）

¹⁶ 前掲 15 曹著 P35

¹⁷ 前掲 15 曹著 P6

¹⁸ 現行税制の骨組みを構成する税目が、1994 年前後に公布施行された。企業所得税暫時執行条例（93 年 12 月）、個人所得税法（93 年 10 月）、増値税暫時施行条例（93 年 12 月）、営業税暫時施行条例（93 年 12 月）、個別消費税（93 年 12 月）。また 94 年 1 月より現行の税執行体制である国家税務局と地方税務局の分税財政管理体制が実施されている。

¹⁹ 前掲 15 曹著 P45

近代中国の税制度は、税収理論と実践を結び付け、中国の社会、経済、財政、管理の側面から「公平、効率、適度、法治」の4原則に基づいて制定されている²⁰。また、中華人民共和国憲法第56条において法に基づき納税する義務が明記されており、中華人民共和国税収徴収管理法第3条において租税の徴収等は法律の規定に基づき実施するとする租税法律主義が明記されている。

(2)現代中国の税体系

現在における中国の税金は、大きく分けると所得税、流通税、その他諸税に分けられる。その他諸税には資源税、財産税、行為税、特定目的税が含まれる。また、従来は企業所得税等一部の税金は、中国国内企業及び中国人と外商投資企業、外国企業及び外国人に分離して適用されていたが、ここ近年は税制改正を経て中国内資と外資に分かれた税体系の統合を進めている²¹。現在の税体系をまとめると次のとおりである。

【図表3】中国の税体系（2010年末時点）²²

分類	税目	概要	日本で類似する税目
所得税	企業所得税	法人の所得に対して課される税	法人税、法人住民税・事業税
	個人所得税	個人の所得に対して課される税	所得税、個人住民税・事業税
	土地増値税	土地使用権及び建物・建物附属設備の譲渡により取得する利益に対して課税する税。	—
流通税	増値税	付加価値税で、課税対象は物品販売	消費税、地方消費税
	営業税	取引税で、課税対象は役務提供・無形資産取引	
	消費税	特定消費物品（嗜好品）を課税対象とする税	旧物品税、酒税、たばこ税等
	車両購置税	車両の購入に対して課税	自動車取得税
	関税	輸出入貨物に対して課税	関税
その他諸税	資源税	原油や鉱産物の開発及び塩の生産を課税対象とする税	鉱区税・鉱産税
	土地使用税	特定の地域にある土地の使用に対して課税する税	—
	房産税	課税対象地域内家屋の所有及貸与に対して課税する税	固定資産税等
	車輛船舶税	車輛及び船舶の所有に対して課税	自動車税等
	遺産税	草案のみで、立法化されていない。	相続税
	印紙税	課税文書（契約、認可証、会計帳簿等）に対して課税	印紙税

²⁰ 譚 桂蓮 稿「日本の法人税法と中国の企業所得税法についての比較研究」（2007） P81 引用

公平とは、税収制度の制定及び税収制度の応用にあたり公平を確保すること。

効率とは、徴税効率と税制が及ぼす経済への効率考慮すること。

適度とは、実際の状況と納税者の負担を考慮し適度な税負担をすること。

法治とは、徴税は法の定めるところにより、課税要件と内容は法により明確に定めることと解説されている。

²¹ 1994年の税制改正では個人所得税と流通税が統合され、2007年税制改正では企業所得税が統合された。

²² プライスウォーターハウスクーパース（以下 PWC）編著「中国税務総覧」（第一法規）P105 税体系表を基に筆者加工。

	契税	土地所有権及び建物の売買、贈与、交換等に対して課税	—
	証券取引税	未執行	—
	城市維護建設税	増値税・消費税及び営業税の税額を課税標準とする税。	—
	耕地使用税	農業用地を使用して家屋を建てることに對して、使用面積を課税標準として課税する税。	—
	煙草税	煙草に対する課税	たばこ税等
	固定資産投資方向調整税	中国国内での固定資産投資が課税対象。（中国国内企業のみ適用）	—

このうち、外国企業、外商投資企業及び外国人と実務上密接に関わる主な税目は以下のとおりである。

【図表 4】 外国企業、外商投資企業及び外国人に関わる税目

	税 目
外国企業	・ロイヤリティ（使用料所得）に対して企業所得税と営業税が課される。 ・役務提供（事業所得）に対して恒久的施設ありと認定²³された場合、企業所得税が課される。 なお、恒久的施設課税認定の有無に関わらず営業税が課される。 ・中国子会社からの配当に対して企業所得税が課される。
外商投資企業	・所得に対して企業所得税が課される。 ・課税対象取引に対して増値税及び営業税が課される。 ・貨物の輸入に関して関税が課される。 ・課税文書に対して印紙税が課される。 ・土地の使用に対して土地使用税、
外国人	・所得に対して個人所得税が課される ・役務報酬がある場合には営業税が課される。

1-3-2 中国の税務執行機関

(1)分税制度

中国では、効率的な徴税及び税收確保のため、1994年の税制改正において分税制度が導入された。分税制度とは、税收、税目及び納税主体別に、徴税機関及び税收配分先を中央及び地方に分類し、財源別に中央税・地方税・中央地方共通税に分類の上、国家税務局及び地方税務局が税目別に所管する制度をいう²⁴。

²³ 恒久的施設の認定については、以下 1-5-1 参照。

²⁴ 前掲 22 PWC 著 P106

【図表 5】中国の主な税金の管理分類²⁵

税収帰属	中央	中央・地方共通		地方税
徴収機関	国家税務総局、税関	国家税務総局	地方税務局	地方税務局
所得税類	—	企業所得税（国 60%、地方 40%）	個人所得税（国 60%、地方 40%）	土地増値税
流通税類	消費税、関税	増値税（税関徴収分は国 100%、その他の部分は国 75%、地方 25%）	営業税（鉄道部、各銀行本行、各保険会社本社からの徴収部分は中央、その他部分は地方）	—
その他	資減税（石油開発）	印紙税（証券取引印紙税収入の 97%は国）	—	印紙税（証券取引印紙税収入国税収分以外）、その他の資源税（共通財源）、土地使用税、契税等

（注）上記表のカッコ書きは国と地方の税収配分

なお、日本では国税と地方税で管轄及び財源が明確に区分されている。国税は財務省の外局である国税庁の下に、全国 11 局と 1 所の国税局が設置され、さらにその下に 524 署の税務署が設置されている。所得税・法人税・消費税・相続税・酒税・たばこ税等の国税は国税局或いは税務署により徴収され、税収は国庫に入ることとなる²⁶。一方、地方税（個人住民税、法人住民税・事業税、固定資産税、不動産取得税等）は、都道府県税事務所或いは市町村の税務担当部局により徴収し、各都道府県・市町村の歳入となる²⁷。

【図表 6】日本の主な税目の管理分類

政府管轄	財務省／国税庁	総務省	
徴収機関	税務署	都道府県税事務所	市町村
財源	国	都道府県	市町村
税目	所得税、法人税 消費税（地方消費税分は都道府県に配分）、相続税、たばこ税等	法人住民税、事業税、不動産取得税等	法人住民税、個人住民税、固定資産税等

(2)税務機関

中国の税務機関は、国務院（日本の内閣に相当）に直轄される税務専門機関として「国家税務総局」（日本の国税庁に相当）が設置されおり、執行機関として国家税務局が設置されている。2009 年末現在における国家税務局は、省級税務局が 61 箇所、副省級都市税務局が 30 箇所、市（区、地区等）税務局が 1058 箇所、県（市、区、旗）税務局が 5421

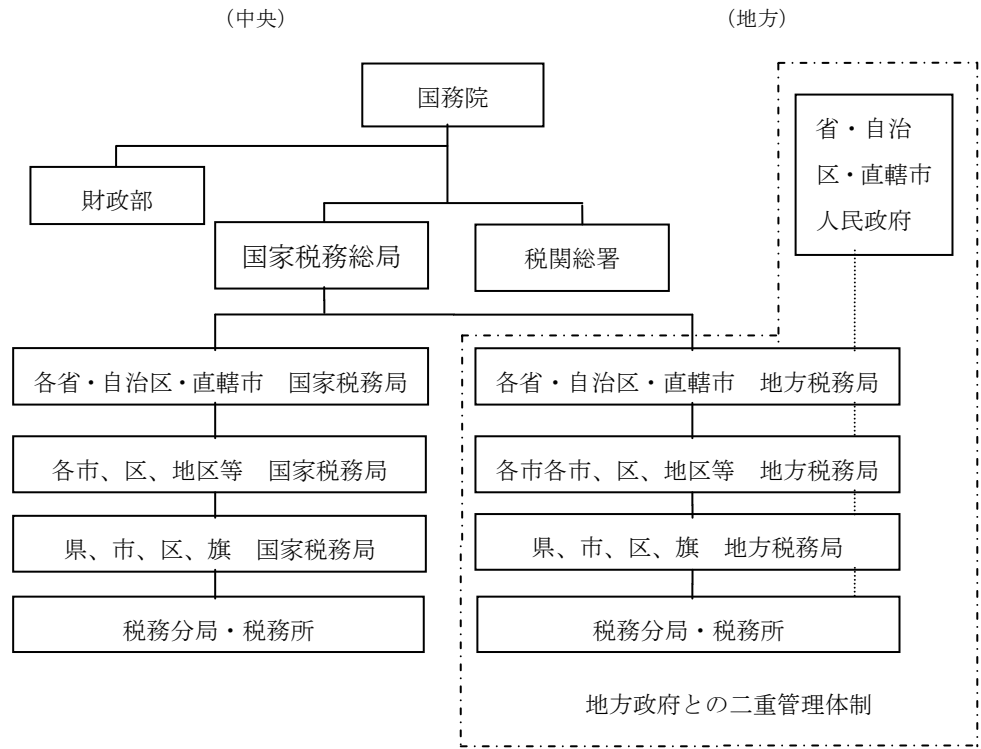
²⁵ 前掲 22 PWC 著 P106 表

²⁶ なお、地方消費税（消費税法 4%の 25%＝1%）は国税当局により徴収され、都道府県の消費額に応じて配分される。

²⁷ 個人住民税等、都道府県と市町村で、徴収業務をいずれかで統一しているものもある。

箇所、税務分局・税務所が 2 万 6699 箇所配置されている。なお、地方税務局は地方人民政府の管理監督下にもあり、国家税務総局と地方人民政府による二重管理体制となっている。また、財政・税制等を担当する国务院直属部門として財政部（日本の財務省に相当）が設置されている。

【図表 7】税務機関概要図と各機関の機能



機関	機能
国家税務総局	具体的税務取り扱い通達の作成、税務執行方針の策定及び中央・地方両税の下部機関に対する指揮監督。財政部が行う税務に関する法律、条例及び施行細則の制定にも参画している。
国家税務局	中央税の執行機関。
地方税務局	地方税の執行機関。地方政府と国家税務総局双方の管理下にある。
財政部	国家財政、税収の方針と政策の決定、税関係の法律、条例、規定及び実施細則の制定、税目税率の調整に関する通達の制定、源免税の規定の制定等。
税関総署	中央組織として国务院の直属機関として税関総署が設置されており、税関総署の下に 41 の直属税関と 313 の下部税関が設置されている。

なお、中国の税務職員数は 2009 年末時点で約 85 万 6 千人（内訳：国家税務局 46 万 3 千人、地方税務局 39 万 3 千人）とされている²⁸。

²⁸ 劉佐著「2011 年中国税制概覧」経済科学出版社 P454

劉佐：国家税務総局税收科学研究所所長（研究員）、中国財政学会・中国税務学会常務理事等

1-3-3 中国の租税救済制度

(1)税務行政再審査

納税者が税務機関の更正や決定に対して不服がある場合、納税者（源泉徴収義務者を含む）には陳述権及び抗弁権が認められており、行政再審査、行政訴訟の提起、国家賠償請求の権利を有している²⁹。

中国における租税救済制度は、行政審査制度の一形態である「税務行政再審査」³⁰制度として設けられている。具体的には、納税義務者や税務機関を相手とする者（以下、「納税義務者等」と言う。）が、税務機関及びその職員が行った租税行政処分が納税義務者等の合法的な権益を侵害した場合、納税義務者等は法に基づきその一段階上級の税務機関に対して、当該租税行政処分について税務行政再審査を申し立てることができる。再審査機関（上級税務機関）は、税務行政再審査の申立てがあった場合、当該租税行政処分の適法性と妥当性について審査を行い、裁決を下し或いは調停を行うとされている。なお、再審査機関による決定が下された場合、申立人は当該決定を履行しなければならないとされている。

日本の不服申立制度における行政不服審査では、基本的に原処分庁に対して異議申立を行い、当該異議申立てに対する決定に対して不服がある場合には、国税不服審判所に審査請求を行うという 2 審制を採用している³¹。

中国国家税務総局税収科学研究所所長の劉佐氏は著書で、税務行政再審査制度は、税務行政争議の解決や、公民、法人とその他組織の合法的権益を保護し、税務機関の法に基づく職権行使を保障し監督にその効果を発揮すると述べている³²。しかしながら、中国の再審査機関は原処分機関の上級機関とはいえ、日本の不服審判所のように税務行政執行機関とは独立した機関ではなく同じ税務行政執行機関であることから、納税者にとって公平公正な審査が行われる制度となっているかという点は疑問である。

(2)行政訴訟

上記の税務行政審査制度は、税務行政執行機関である税務当局当事者に対して再審査を請求し解決を図るものであるが、司法手段で解決を図る方法として行政訴訟制度が設けられている。具体的には、公民、法人及びその他の組織は、税務機関及びその職員が行った租税行政処分が違法又は不当であり合法的な権益を侵害され、上記の税務行政再審査制度より再審査の申し立てを行ったものの、その決定に不服がある場合には、法に基づき人民

²⁹ 中華人民共和国税収徴収管理法第 8 条 4

³⁰ 中国語原文では「税務行政復議」と記されている。

当該制度は、中華人民共和国行政復議法、中華人民共和国税収徴収管理法、及び税務行政復議規則が根拠規定とされている。

³¹ なお、青色申告者については、異議申立てを経由することなく、処分があったことを知った日の翌日から 2 月以内に国税不服審判所長に対して、直接審査請求をすることができるとされている。（国税通則法 75 条第 4 項）

³² 前掲 28 劉佐著 P416

法院（裁判所）に行政訴訟を提起することができるとされている。このように、税務に関わる行政訴訟では、日本と同様に不服申立前置主義が採用されている³³。

なお、人民法院は、訴状を収受した後、手続き要件にかかる審査を経て、7日以内にこれを立件又は受理しないとする決定をしなければならない。また、原則として立件の日から3か月以内に第一審判決を下すものとされている。

当該税務行政訴訟の当事者は、人民法院第一審判決に不服がある場合、判決正本送達日から15日以内に、一段階承久の人民法院に控訴することができるとされている。また、人民法院は、当該控訴状収受の日から2か月以内に最終判決を下すことされている³⁴。

(3)国家賠償請求

公民、法人又はその他の組織は、税務機関及びその職員が行った租税行政処分により、合法的な權益を侵害され損害を被った場合には、国家賠償請求権を有するとされている³⁵。

(4)実務における不服申立制度の現状

筆者の中国駐在中（2004年から2009年）や日本帰国後現在に至るまで引き続き中国業務に関与しているが、筆者が関与した案件ではこれまでに納税者側から当該制度による租税救済を図ったという事例はなく、筆者の知る中国人の注冊会計師及び注冊税務師³⁶からも実際に当該制度を活用して救済されたというような事例を聞くことはできなかった。

実際に当該制度を活用しようとした場合、所轄税務局及びその税務職員と正面から対立するものであり、必ずしも法令規定通りに執行されているとは言えない税務行政の現状を鑑みた場合、現地法人の円滑な運営を第一に考える傾向にある日系企業にとっては、当該制度は有名無実化していると言える。

1-4 中国における法人課税制度の概要

1-4-1 近代の法人課税制度の沿革及び概要

中国の近代税制は、中国の経済体制が共産主義における計画経済から市場経済への移行に伴い大きな変化を遂げている。特に法人課税においては、改革開放政策により外資の導入を積極的に進めるため、外資系企業及び外国企業には内資企業とは区別し「外商投資企業及び外国企業所得税法」（以下本論文では「外資企業所得税法」と略す）が適用され、優遇税率やタックス・ホリデー（2年間免税3年間半減税）等様々な優遇税制が与えられていた。

³³ 中国：行政訴訟法第37条、税収徴収管理法第88条。日本：国税通則法第115条、行政事件訴訟法第14条

³⁴ 中国の裁判制度は2審制を採っている。

³⁵ 中華人民共和國行政訴訟法第67条及び中華人民共和國国家賠償法第2条

³⁶ 注冊会計師は日本の公認会計士に、注冊税務師は日本の税理士に相当する。

改革開放政策により、経済が順調に発展するとともに、外資誘致の必要性が薄れてきたこと、2001年のWTOへの加盟により税制面においても内外格差を解消する必要があったこと、さらには内資企業からの租税公平原則の要請等から、2008年に内資企業と外資企業の企業所得税が現行の企業所得税法³⁷⁾に統一された。

また、現行の企業所得税法には、中国経済の国際化を踏まえ租税回避防止規定として、移転価格税制、タックスヘイブン対策税制、過少資本税制及び国際租税回避取引への課税の一般規定が設けられている。（企業所得税法第44条～47条、企業所得税法实施条例第109条～第120条、以下、企業所得税法の略語は「企所法」とし、企業所得税法实施条例の略語は「企所法例」とする。）

1-4-2 外商投資企業及び外国企業に対する課税の概要

(1) 現行の企業所得税法の概要と特徴点

2008年1月1日より外資及び内資企業に対して共通して適用される「企業所得税法」及び「企業所得税法实施条例」が施行されている。新たな企業所得税法の特徴として、外商投資企業に対する優遇政策を廃止し、企業間の公平性を確保し、国家重点産業に掲げられる環境・省エネ・IT関連産業へ優遇政策を設け、租税回避行為に対する課税強化を図り税収の公平性の確保を図っている点があげられる。

① 納税義務者及び課税所得の範囲

企業所得税の納税義務者は、中国国内において企業及び収入を取得するその他の組織（以下「企業」と略す。）とされており、企業を居民企業と非居民企業に分類している（企所法第1、2条）。

居民企業とは、中国国内に設立された企業、または外国の法律により設立されたが実際の管理機構が中国国内にある企業とされている（企所法第2条）。ここでいう実際の管理機構とは、企業の生産経営・人員・財務・財産等を実質的かつ全面的に管理・支配している組織とされている（企所法条例第4条）。また、外国の法律により設立されたが実際の管理機構が中国国内にある企業とは、具体的には、中国華南地域³⁸⁾で頻繁に行われているビジネスモデルの企業で、香港にペーパーカンパニーを作り来料加工方式で華南地区の工場に製品を作らせ、ペーパーカンパニーの社員の実際の仕事は当該工場において生産指導や管理を行っているような企業が該当する。

このように、中国における居民企業と非居民企業の区分基準は、会社設立地に加え、実際の管理機構が中国にあるか否かにより判断される。

居民企業と非居民企業の課税所得の範囲及び税率をまとめると以下図表のとおりである。

³⁷⁾ 中華人民共和国企業所得税法(2007年3月16日中華人民共和国主席令第63号)2008年1月1日施行。

³⁸⁾ 中国の南方地域を指し、一般的には広東省、福建省及び海南島を含めた地域とされている。

【図表 8】納税者区分と課税所得の範囲³⁹

区分	定義、機構・場所の有無	課税所得の範囲	税率、納税方法
居民企業 (内国法人)	i) 中国法により中国国内に設立した法人 ii) 外国法により設立された法人で実際の管理機構が中国国内にある法人	国内源泉所得及び国外源泉所得（いわゆる全世界課税）	税率：原則 25% 方法：申告納税方式
非居民企業 機構・固定的 場所（有り）	外国法により設立された法人で中国国内に機構・固定的場所を有する。	国内源泉所得及び国外源泉所得で中国国内の機構・固定的場所に帰属する所得	税率：原則 25% 方法：申告納税方式
非居民企業 機構・固定的 場所（無し）	外国法により設立された法人で中国国内に機構・固定的場所を有しない。	国内源泉所得のみ	税率：原則 20%（10%に優遇）方法：原則として源泉徴収方式

日本では法人税法上、「内国法人」と「内国法人以外の法人」に区分されている。「内国法人」は「国内に本店または主たる事務所を有する法人」とされており、「外国法人」は「内国法人以外の法人」に該当し（法人税法第 2 条三、四。以下、法人税法の略語は「法法」とする。）、本店所在地を基準に区分をしている（設立地主義）。そして、内国法人に対してはその源泉が国内にあるか国外にあるかを問わず、すべての所得について納税義務を負うとされている。また、外国法人は国内源泉所得についてのみ法人税の納税義務を負うこととされている。（法法 4 条三項）

以上のように、中国では居民企業と非居民企業の区分基準は「設立地主義」に加え「管理支配基準」により判断されるため、中国の居民企業の範囲は日本の内国法人よりも広い範囲となっている点が特徴的である。

② 課税所得額の計算

企業課税所得額の計算は発生主義を原則としており（企所法例 9 条）、以下の算式で計算することとされている（企所法 5 条）。

$$\text{課税所得金額} = (\text{収入金額} - \text{非課税・免税収入}) - \text{各種控除可能額} - \text{繰越欠損金}$$

【図表 9】課税所得金額計算の各項目の主な内容

項目	内容	備考
収入金額	課税対象期間において企業が貨幣及び非貨幣資産で取得した、物品販売収入・役務提供収入・財産譲渡収入・持分投資収益（配当金等）・利息収入・賃貸料収入・特許権使用料収入・従増益収入・その他収入（棚卸差益・時効が到来した債務・貸倒処理後の債権回収・違約金収入・為替差益など）	企所法 6 条 企所法例 22 条
非課税・	非課税収入：国や地方からの補助金、法令に基づき取得する政府関係基金等、国务院が	企所法 7 条

³⁹ 池田博義著 「日中新法制度下のビジネス再構築」財団法人大蔵財務協会出版（初版）平成 21 年 9 月 48 ページ掲載表を筆者一部変更

免税収入	規定するその他の非課税収入 免税収入：国債利息収入・条件に適合する内国法人間の受取配当金等の持ち分投資収益・条件に適合する非営利組織の収入。	企所法 26 条
各種控除可能額	企業で実際に発生した収入の取得に関連する原価、費用、税金、損失およびその他の支出を含む合理的な支出。 控除不可支出：①法人が支払う配当金、②企業所得税、③各種税金の延滞金、④罰則金、⑤公益性寄附金以外の寄附金、⑥賛助支出、⑦未承認の引当金、⑧収入と関係ない支出。 その他にも福利費支出、組合経費、従業員研修費、交際費、広告宣伝費は控除限度額が定められている。また、管理費、賃貸料、特許権使用料及び支払利息は控除してはならないとされている。	企所法 8 条 企所法 10 条 企所法 40 条～44 条、49 条、53 条
繰越欠損金	翌年以後 5 年間に発生した課税所得の控除に充てることができる。	企所法 18 条

③ 外資優遇税制

従来の外国企業及び外国投資企業所得税法（以下、略語は「外資企業所得税法」とする。）では、外資企業の誘致を最優先とし、地域による優遇税率（原則 30%、優遇税率 15%・24% 等）、生産型企業等に対するタックス・ホリデー（2 免 3 減半等）⁴⁰、国内再投資による税額還付⁴¹、国外投資者への配当金の免税、国産設備購入による企業所得税の税額控除等、多くの優遇税制が設けられていた。これらの優遇税制により、内資企業から税負担の不公平性について是正を求める声が年々高まってきていた。また、近年の経済発展に伴い、外需依存から内需拡大へ経済政策の方向転換が行われたことにより、外資企業と内資企業の企業所得税法を統一した現行の企業所得税法が制定された。

現行の企業所得税法では、外資・内資問わず政府が重点を置く分野を推奨するための優遇政策となっている。具体的には、農・林・牧・漁業プロジェクトに係る所得、重点公共インフラプロジェクトに係る所得、環境保護・省エネプロジェクトに係る所得、一定の技術移転による所得は免税或いは軽減されている。（企所法 27 条、企所法例 86 条～90 条）、その他に小規模薄利企業⁴²の軽減税率（20%）や重点高度最新技術の軽減税率（15%）（企所法 28 条）等がある。

なお、外資企業所得税法から企業所得税法に改正されたことにより、外資企業所得税法に定められていた主な優遇税制は、一定の経過措置を設けた上で廃止されることとなった。（図表 10 参照）

⁴⁰ 会社設立後、繰越欠損金充当後の利益を初めて獲得した年度から 2 年間は免税、3 年目から 5 年目までは税率を半減する制度。従来の外国企業所得税法では主に生産型企業を中心に適用されていた。（外資企業実施細則第 72 条、国务院 奨励外商投資規定第 8 条、9 条）

⁴¹ 外資企業が稼得した利益を国外投資者に送金することなく、当該外資企業への増資或いは新たな外資企業への出資を行った場合、再投資の対象となった利益を稼得した外資企業が過去に納税した企業所得税額の 40%を当該外資企業の投資者へ還付する制度。（外資企業所得税法第 10 条、同法実施細則第 82 条）

⁴² それぞれいずれの要件にも該当する企業（制限・禁止業種企業は除く）
製造業は年度課税所得金額 30 万元以下・従業員数 100 人以下・総資産 3000 万元以下。
非製造業は年間所得金額 30 万元以下・従業員数 80 人以下・総資産 1000 万元以下。

【図表 10】 主な旧法外資優遇税策の経過措置

優遇政策	経過措置内容
優遇税率（15％・24％等）	2008 年～2012 年間で段階的に税率引き上げ。2012 年からは現行税率。
タックス・ホリデー（2 免 3 減半等）	2008 年より前に適用を開始している場合には、満了期間まで適用可。2008 年時点で適用を開始していない企業は、2008 年度を適用第 1 年度として開始したものとみなされる。
国産設備購入による税額控除 国内再投資による税額還付	新税法施行と同時に廃止
外国投資者に対する配当金免税	2007 年以前に稼得した利益の配当は免税。2008 年以降に稼得した利益の配当は軽減税率 10％で課税。

1-4-3 租税回避防止規定の概要

(1) 企業所得税法上の租税回避規定

税収の公平性を確保することを目的に、特別納税調整項目として、移転価格税制、タックスヘイブン税制、過小資本税制及び一般的租税回避防止規定が設けられている。また、国家税務総局は特別納税調整管理の規範として「特別納税調整実施弁法」（国税発[2009]2 号）（以下、略語は「納税調整法」とする。）を公布している。

(2) 移転価格税制

中国では、1991 年 7 月施行の外資企業所得税法及び 2001 年 5 月改正施行の税収徴収管理法において移転価格税制の規定が設けられた。その後公布された個別通知により、移転価格税制の強化が図られており、2008 年 1 月施行の企業所得税法において特別納税調整項目の一つとして規定されることとなった。

なお、移転価格税制に関する詳細については、以下第 2 章で述べる。

(3) タックスヘイブン税制

タックスヘイブン税制は、軽課税国に子会社を設立し、当該海外子会社を通じて経済活動を行い、当該海外子会社に利益を内部留保することで親会社側の税負担の回避あるいは軽減を図ろうとする行為に対処するための税制である。

具体的には、居住者企業や中国居住者に一定の条件で支配されており⁴³、実際税負担が企業所得税率（25％）の 50％以下の国に設立された外国企業が、合理的な経営上の理由もなく利益配当を行わず又は利益配当の減額させた場合には、これらの利益の額のうち、当該居住者企業に帰属すべき部分を当該居住者企業の当期の課税所得に加算しなければならないとされている（企所法 45 条、企所法条例 118 条、納税調整法 76 条）。

⁴³ 居住者企業に単独で 10％以上の持分を所有され、居住者企業及び中国居住者に 50％以上の持分を所有されている外国企業

当該規定は、上記本法及び実施条例に記載されているのみであり、詳細な取り扱い通知は公布されていない。このため、軽課税国に存する子会社が利益配当を行わないことについて、合理的な経営上の理由がない場合（或いは合意的な理由がある場合）とは、具体的にどのような状況であるのか等、実務上不明な点が多い。

さらに、企業所得税法第47条では「企業がその他の合理的な商業目的がなく、課税収入或いは所得額を減少させた場合には、税務機関は合理的な方法により調整を行う権限を有する。」という一般的な租税回避防止規定が設けられている。また、特別納税調整実施弁法第92条では一般的な租税回避防止調査を行う事由に、タックスヘイブンをを用いて租税回避を図る計画が存在する場合が掲げられており、企業所得税法第45条（タックスヘイブン課税）と第47条（一般的な租税回避防止規定）の関係について、実際の運用上どのように取り扱われるかが不明確である。

日本では同様の税制として、外国子会社等合算税制が昭和53年度の税制改正において導入されている。なお、同税制は外国子会社等を通じた課税逃れ等が多発していることから、ほぼ毎年のように改正が図られている⁴⁴。

日本の現行制度は、合算対象となる外国子会社について、税負担率が20%以下の国又は地域に本店等を有する外国法人で、我が国の居住者又は内国法人によって一定の条件⁴⁵で支配されている外国子会社（以下、特定外国子会社等と言う。）の留保所得のうち、特定外国子会社等の持分を10%以上保有する居住者又は内国法人等に対して、その居住者又は内国法人等が保有する持分に対応する部分は、その居住者又は内国法人等の収益の額とみなして、その居住者又は内国法人等の課税所得に合算して課税することとされている⁴⁶。（租税特別措置法66の6①、66の9の2①、租税特別措置法施行令39の14①。以下、略語は「措法」及び「措法令」とする。）

中国と日本の制度を比較すると、軽課税国の判定基準となる税率（いわゆるトリガー税率）は、中国では「本法に定める税率の50%以下」としているのに対し、日本では「本法税率と関係なく「20%」」と定めている。日本では同制度導入時から平成4年度税制改正前までは、軽課税国の範囲は大蔵省告示でこれを定めることとされていたが、平成4年度の税制改正において税負担率が「25%」以下の国（地域）とされ、平成22年度税制改正で現行の「20%」に引き下げられている。

(4)過小資本税制

過小資本税制とは、外商投資企業の事業活動資金調達において、親会社からの出資ではなく、親会社からの借入を多くすることで、支払利子が増え所得額を小さくしようとする行為を防止するものである。

⁴⁴ 川田著「租税法入門」第5版 財団法人大蔵財務協会 P225 脚注コメント

⁴⁵ 外国子会社の発行済み株式総数又は出資総額の50%を超える株式数又は出資を直接及び間接に保有されているもの

⁴⁶ 前掲44 川田著 P385-386 一部引用

具体的には、企業がその関連者から受入れた債権性投資および持分性投資の割合が規定の基準⁴⁷を上回ることにより発生した利息支出は、課税所得額を計算するときに控除してはならないとされている（企所法46条）。また、ここでいう債権投資とは、企業直接あるいは間接に関連企業から取得し、元金の返済や利息支払いを必要とする或いは利息支払いの性質を有する方式で補償する必要がある融資をいう。さらには、関連企業から間接に取得した債権投資は、第三者を通じて行われる融資（委託貸付）⁴⁸や、親会社保証により第三者から行われる融資等を含む。

日本では、同様の税制が平成4年の税制改正で導入されている。

日本の制度は、法人が、各事業年度において、国外支配株主等に負債の利子を支払う場合において、その事業年度のその国外支配株主等に対する負債にかかる平均負債残高がその事業年度のその国外支配株主等のその法人の純資産に対する持分額（国外支配株主等の資本持分）の3倍に相当する金額を超えるときは、その法人がその事業年度においてその国外支配株主等に支払う負債の利子の額のうち、その超える部分に対応する負債の利子の額は、原則としてその法人のその事業年度の損金の額に算入されないとされている（措法66の5）。ただし、その法人のその事業年度の総負債にかかる平均負債残高がその法人のその事業年度の自己資本の額の3倍に相当する金額以下となる場合には、この制度は適用されないとされている（措法66の5①⑦）⁴⁹。

中国と日本の制度を比較すると、中国の場合、債権性投資金額が持分性投資金額の2倍を超えると当税制が適用されるが、日本の場合には倍数が3倍となっており、中国の方が厳しい条件となっている。

中国では当該制度は、前述のタックスヘイブン税制同様に実務上は必ずしも厳格に実施されているとは言えない。しかしながら、これら租税回避防止規定の執行を強化する方向にあるため、中国国内のグループ企業から委託融資により借入を行っている場合や日本親会社の保証により銀行から融資を受けているような企業は、特に注意を要する。なお、企業がその関連者から受け入れた債権性投資と持分性投資の割合が規定割合を超えている場合には、当該支払利息の支払いの合理性を説明する同期資料を保存し、税務機関からの要求があればこれを証明する義務も課されている（納税調整法第89条）ため、中国現地法人の資金調達においては、当該税制のリスクも踏まえ判断することが求められる。

⁴⁷債権性投資と持分性投資の比率が金融企業の場合5:1を超えないこと、その他の企業は2:1を超えないこと。「関連企業に支払う利息の税引前控除の標準に関する税收政策問題に関する通知」（財税[2008]121号）

⁴⁸ 外商投資企業は、一般的に他社への直接的な資金貸付が禁止されているため、金融機関を経由した間接融資制度が設けられている。

⁴⁹ 前掲44 川田著 P231

1-5 中国に進出する中堅中小企業が抱える課税問題と移転価格課税リスクについて

1-5-1 日本親会社支援に関する対外送金と課税の問題

日本親会社と中国子会社との間の取引（貿易取引を除く）のうち頻繁に発生する取引として、日本親会社の専有技術（ノウハウ）を中国子会社に使用許諾し、その対価として使用料を徴収する取引（技術援助或いはロイヤリティ取引）がある。その他に、技術移転を伴わない単なる技術サービス或いは経営指導などの役務提供取引がある。

これら役務提供に係る対価を日本親会社を送金する場合、外貨管理局による厳しい管理が行われている⁵⁰。具体的には、上記ロイヤリティ取引や役務提供取引については、外貨管理上「サービス貿易取引」と位置づけられ、これらサービス貿易取引の対外送金に当たっては、1回の送金が3万ドル以上である場合、税務機関の納税証明書又は納付書或いは免税証明書の提出が求められている⁵¹。

これら技術援助契約やロイヤリティ契約の使用料と技術サービス契約や役務契約における役務報酬は、中国国内法ではいずれも国内源泉所得として課税対象とされている。なお、日中租税条約では、役務報酬は事業所得として恒久的施設⁵²の有無により課税の有無が判断される。（下記図表 10 参照）

【図表 10】日本親会社と中国子会社間の主な取引に対する企業所得税課税

取引種類	企業所得税の課税関係	日中租税条約の所得区分
特許権・商標権使用許諾契約 専有技術・ノウハウの使用許諾契約	10%の源泉徴収課税	使用料所得 (条約第 12 条使用料)
技術サービス契約 経営指導・コンサルティング契約 その他役務提供契約	恒久的施設有りの場合に限り課税。 利益に対して 25%税率で課税 利益＝収入金額×みなし利益率（15%～50%）	事業所得 (条約第 7 条企業又は恒久的施設の利得)
配当金	10%の源泉徴収課税	配当所得（条約第 10 条配当）
受取利息	10%の源泉徴収課税	利子所得（条約第 11 条利子）

前述のとおり、これらロイヤリティ契約や役務提供契約に係る報酬を対外送金する場合、税務当局より納税証明若しくは免税証明を取得する必要がある。ところが、実務上は必ずしも適切な課税処理が行われていない場合がある。筆者が実務において実際に経験したケ

⁵⁰ 外貨が不足していた古い時代では、中国からの不正な外貨流出を規制する目的で外貨の出入りを管理監督するためといわれていた。しかし、現在ではホットマネーとして中国国内に不正な外貨流入がないように管理監督している傾向にある。

⁵¹ 「サービス貿易取引における対外支払に関わる税務証明書提示に関する通知」（外貨管理局 匯発[2008]64号）

⁵² 恒久的施設とは、事業を行う一定の場所であって、企業がその事業の全部または一部を行っている場合をいうとされている。さらに、当該恒久的施設には、事業の管理場所や支店、事務所、工場、作業場、天然資源を採取する場所なども含まれる。また、建設工事現場等の工事関連については、6カ月を超える期間存続する場合、長期コンサルティング業務については、12カ月間に合計6カ月を超える期間行われる場合、恒久的施設があるとされている。（日中租税条約第5条）

ースでは、役務提供業務報酬について、恒久的施設が無い場合日中租税条約により企業所得税は免税となるにも関わらず、税務当局側は免税証明書の発行を拒否された⁵³。一方、納税者側は送金対応を優先したため、送金エビデンスである免税証明書の取得をあきらめ、納税証明書を取得するため課税判断を受け入れてしまった。また、そもそも上記課税取扱いを理解せず、税務当局に言われるがまま納税してしまっていたというケースもあった。

上記課税の実質的な判断は、最下部（県・市・区・旗レベル又はその分局）の税務局担当者が行っているため、法令規定及び租税条約上の適切な判断がなされとは限らないのが現状である。また、外管理規制の影響を避けるため、正規の送金手続きを行わず、他の取引に当該報酬分を反映させて回収しているケースもある。このように、取引実態と課税処理が合致しない場合や、合理的な理由がなく他の取引で代替的に対価回収している場合には、移転価格税制において関連者間取引の事実認定に影響を与える可能性が懸念される。

1-5-2 恒久的施設認定に伴う中国出張者の個人所得税課税の問題

日本親会社と中国子会社との間で行われている取引について、適切な課税判断がなされていないケースがあることは前述のとおりであるが、事業所得に関して恒久的施設の判断に付随し、当該事業所得に関連して中国に出張した社員の中国における個人所得税課税が問題となる。なお、本論文では中国における法人課税を中心に論ずるため、ここでは当該問題の概要を述べるにとどめる。

中国における個人所得税の取り扱いでは、日本からの出張者は非居住者とされ、以下の要件に該当する場合には、短期滞在者として中国での個人所得税の納税義務は発生しない（租税条約第 15 条第 2 項）。

（短期滞在者の免税要件）

- ①中国国内滞在日数が暦年で 183 日以内であること⁵⁴。
- ②給与の支払い者は中国国外の雇用主であること
- ③給与が国内の恒久的施設又は固定施設によって負担されるものでないこと

日本親会社と中国子会社間の役務提供取引について恒久的施設有りと認定された場合には、当該取引に関わる社員の給与は中国国内の恒久的施設で負担されているものとみなされ、上記の免税要件を満たさないこととなる。つまり、恒久的施設有りと認定された取引に関わる社員が中国に出張している場合には、中国での個人所得税の納税義務が発生し、中国滞在日数分に応じた個人所得税を納税しなければならないことになる。

恒久的施設有りと認定されたことにより、中国出張者の個人所得税納税が発生する場合、日本親会社にとっては税務コストの増大をもたらすことになり、当該コスト分も含め、中

⁵³ 筆者が実際に経験した事例では、税務局担当者が事業所得に対して恒久的施設の有無を判定することなく、単純に使用料所得と同じ 10%の源泉徴収課税と判断し、恒久的施設が無い事実を認め、日中租税条約により免税となることを認めつつも、免税証明書の発行を拒むというようなケースであった。

⁵⁴ 中国国内法では 90 日以内であるが、日中租税条約第 15 条において 183 日以内とされている。

国子会社からの対価回収額が適切であるかが問題となり、後述する移転価格税制にも影響を与えることとなる。

1-5-3 中国現地法人出向者給与に係る課税問題

(1) 中国現地法人出向者に対する給与支払い方法の実態

日本親会社から中国現地法人への出向者に係る給与については、その費用負担に関連して日中双方において様々な課税問題を引き起こしている。

中国現地法人の出向者は、中国現地法人支払給与のほか、日本親会社からも日本で給与支給を受けているケースが一般的である⁵⁵。これは、出向者側の都合⁵⁶が主な理由であるが、中国現地法人から出向者給与を外貨支払いの手続きが煩雑であることや、合弁企業の場合には合弁企業の給与体系と日本親会社の給与体系の格差問題により、日本人出向者給与の全額を中国現地法人で負担することができないという事情がある。

(2) 日本親会社負担給与に対する寄附金課税の問題

前述のとおり、中国現地法人の出向者に係る給与負担について、日本親会社側で一部を負担しているケースは少なくない。この場合、日本親会社側での当該給与について、法人税法上海外子会社に対する寄附金認定の問題が挙げられる。

日本親会社の社員を中国子会社へ出向させる場合、海外の給与水準が日本に比べて低いため、出向者の派遣前の給与額を保証するため親会社側で負担することがある。これらは一般的に給与格差補てん金と言われるものであり、法人税法基本通達 9-2-47 において、出向元法人が出向先法人との給与条件の格差を補てんするために出向者に対して支給した給与の額は、出向元法人の損金の額へ算入することが認められている。

中国子会社が日中合弁企業である場合、高額な日本人出向者の給与を拒否する傾向があり、日本親会社側で出向者給与の相当の部分を負担せざるを得ない場合が少なくない。この給与負担がどの程度までであれば当該通達の認める範囲とされるか明確には定められておらず、出向先法人の所在する国の経済状況・物価水準・給与水準や、出向先法人の経営体制（独資経営か合弁経営か）等を勘案して判断すべきものであるが、税務調査では疑義を生じさせやすい事項である。

また、出向者給与の費用負担の帰属については、移転価格税制上も会社の財務分析や独立企業間価格算定においてどちら側のコストとすべきかという問題を引き起こしている。

⁵⁵ 筆者が中国駐在時か現在に至るまで関与してきた税務支援業務の顧客の状況に基づく。

⁵⁶ 出向者の日本帰任時の生活再設計のためや、単身赴任である場合には日本に残した家族の生活資金確保のため等であるが、業務命令に基づき海外駐在する者側からすると至極当然な要望である。

1-5-4 日中合弁企業における課税問題

中国が改革開放路線に転換後の初期に中国へ進出した企業は、中国当局の出資規制の影響や中国ビジネスの経験不足を補うため中国パートナーの援助を期待し、日中合弁企業の形態による進出が多かった。中国の開放が進むにつれ、現在では経営の自由度が高い独資企業形態による進出が一般的となってきたが、市場の動きが早い中国市場のビジネスチャンス逃さぬために、早期に現地法人を立ち上げ取引を開始することを主な目的として、あえて中国パートナーとの合弁で進出しようとする会社が増えてきている。

しかし、中堅中小企業が日中合弁の形態で進出する場合、現地法人の経営は中方パートナーが主体となり行われているケースが多い。この場合、日中合弁会社の運営において、日本投資者側の都合は考慮されず、中方投資者の都合や中国のビジネス慣習に偏った運営がなされる傾向にある。例えば、日本から派遣される出向社員のコストは一部だけの負担とし、その大部分を派遣元の日本側投資者側での負担を求める傾向にある。また、日本投資者側へ技術指導やノウハウの提供を求めるものの、その対価の支払いは拒否し、日本親会社からの輸入価格について現地法人支援を目的に低価格での供与を要求する等、日中合弁企業の利益確保を優先する傾向にある。

このような場合、当然ながら日本親会社側では海外子会社との取引について、適正な価格での取引が行われず移転価格税制の問題が発生する。さらに、対価回収が行われていない場合には、中国子会社に対する寄附金認定の問題が発生することとなる。

そのほかにも、中国人経理スタッフは可能な限り納税を少なくしようという意識が強く、結果として不適切な申告が行われていることも少なくなく、内部統制の不備により税務リスク⁵⁷が日本側投資者の目に見えないところで多く存在しているといえる。

中国に進出した企業が実務上税務問題となりやすい上記事項は、いずれも日本親会社の取引と密接に関わるものである。これらの課税問題の対応次第では、近年日中双方ともに重要性が増してきている移転価格税制の問題を引き越す要因となる。特に、中国の課税当局は近年、移転価格税制の整備と課税強化を図っている。このような中、移転価格税制に対する理解が不足し意識が低い中堅中小企業の中国現地法人にとっては、これまで以上に移転価格税制の課税リスクが高まってきている。

次章では、中国の移転価格税制の概要及びその特徴点を明らかにする。

⁵⁷ 例えば、売上計上を現金回収するまで行わず、売上計上時期に期ずれが生じていたり、税務上損金計上が認められる要件の一つとなっている発票（税務上の領収書）を先行して取得することで、未納品や未了の役務提供にかかるコストを前倒しで計上する等である。

第2章 中国の移転価格税制の概要及び特徴点

2-1 移転価格税制導入の背景と沿革

2-1-1 中国における移転価格税制の背景と沿革

中国が改革開放路線へ転換して以降、外資に対して様々な優遇税制を設け中国への投資を誘導していた。一方で、外資優遇政策の影響もあり、外資系企業からの税収が確保できていないという状態が生じ、税務当局は国外関係会社との取引を通じて所得が海外に移転しているのではないかという疑いを強めた。1991年に外資系企業を対象とした外商投資企業及び外国企業所得税法及び同法実施細則を制定し、同法第13条において国外関連取引価格に対する独立企業間原則の適用が規定され、中国税制で初めて移転価格税制が導入された。その後、1992年に税収徴収の管理、租税徴収及び納税行為の規範化、納税者の合法的権益の保護を目的とする税収徴収管理法(1992年9月4日中華人民共和国国務院令60号。以下、略語は「税徴管法」とする。)が公布され、同法第36条で関連企業間取引において課税所得の減少が生じた場合、税務機関は合理的更正の権限を有することが明記された。なお、当該税収徴収管理法の適用範囲は税務機関が法に基づき徴収する全ての租税とされているため、企業所得税のみならず、流通税である増値税や営業税に対しても移転価格税制が適用されることとなる。

このように、法令規定において移転価格税制が明記されるものの、導入当初はまだ運用段階には至らず、中国における移転価格税制が本格的な運用及び強化される転機となったのは、1998年2月20日に国家税務総局より「移転価格税制管理業務をより一層強化することに関する通達」(国税発[1998]025号)が発遣されてからである。当通達は、移転価格の租税管理業務をより一層強化し、地域間の移転価格租税管理業務におけるきわめて不均衡な状況を是正・克服するため国家税務総局の下部組織である各省、自治区及び直轄市の国家税務局と地方税務局に充てた通達である。

1998年の25号通達では、中国当局が移転価格税制を強化する目的として次のように述べている。「・・・対外開放の深化と拡大に伴い、グローバルな投資は日々増しており、外国投資者が関連企業間取引を通じて価格移転で利益を移転することによる納税回避の現象は深刻になる一方である。これにより財政収入が浸食され国家権益がそこなわれるだけではなく、中国で投資する企業が利益上げていないかのような虚像(中国投資に対するイメージダウン)をもたらし、投資環境を悪化させるという逆効果が生じている。・・・従って、移転価格税制管理業務の推進は、法に基づいた租税管理を堅持し国家権益を守ることの具体的な表現であり、税の公平負担原則を貫き外国投資者の合法的利益を保護して、社会主義市場経済の秩序ある発展を促進する。・・・」⁵⁸。その他にも、移転価格税制管理業務は総合的な経済分析と幅広い調査により科学的に実施されること。当局税務職員

⁵⁸ 国税発[1998]025号一。和訳文：PWC編著「中国税法全集2008－2009年版」P297抜粋

指導強化を行い意識の統一、周知、部門間協力を確実に実施すること合理的な管理機構を設置し、専門スタッフの配置を推進すること。移転価格税制管理法規をさらに整備すること。専門スタッフの教育を推進し、奨励制度等により人材確保を安定させること。他の行政部門との情報交換を強化し、情報ネットワークを構築すること。そして、国際税務協力を供することが明記されている。

1998 年 25 号通達の後も、移転価格税制に関する法規が立て続けに公布⁵⁹されており、2008 年 1 月 1 日より施行されている現行の企業所得税法において、特別納税調整として租税回避防止規定の一つとして移転価格税制が規定されている。また、現行の企業所得税法では、国外関連者及び国外関連取引の情報を記載した企業年度関連企業間取引報告書の提出が義務付けられている⁶⁰。当該報告表は日本における法人税法別表 17（四）に相当するものである。さらに、2009 年 1 月 8 日に本邦の移転価格税制を含む特別納税調整規定に関する事務処理指針として「特別納税調整実施弁法（試行）」が公布され、2008 年 1 月 1 日に遡及して適用されることとなった。

このように、1991 年に旧外国投資企業所得税法に初めて明文化されて以降、移転価格税制に関する多くの個別通知が発遺されているが、2008 年から施行されている新企業所得税法及び特別納税調整実施弁法により、企業所得税に関わる移転価格税制の整備が行われた。また、税務当局による移転価格税制の執行に関する事務処理が規範化されたことにより、従前に比べ移転価格税制に関する予見可能性が高まり、納税者側にも一定のメリットをもたらしている。

2-1-2 日本における移転価格税制導入の背景と沿革

一方、日本における移転価格税制導入の背景は、1968 年に米国が財務省規則を大幅に改正し移転価格税制の執行を本格化させたことに伴い、主要先進国が移転価格税制の整備を図っていたことや、OECDにおいて 1979 年 5 月に「移転価格と多国籍企業」と題する租税委員会報告書を採択するなど、海外での移転価格税制導入の動きが活発化している状況下で、日本でもタックスヘイブン対策税制に加え、新たな新税制の創設を求める声が高まっていた⁶¹。

昭和 56 年（1981 年）3 月の衆議院大蔵委員会にて「所得の海外移転に適応した税制及び執行体制の整備について検討すること」との付帯決議がなされ日本でもその導入に向けて

⁵⁹ 1998 年「関連企業間取引税務管理規定（試行）」（国税発〔1998〕059 号）、2004 年 9 月「関連企業間取引事前確認（APA）の実施細則」（国税発〔2004〕118 号）、2004 年 10 月に「関連企業間取引税務管理規定（試行）」改正（国税発〔2004〕143 号）、2005 年 7 月に「中国居住者による租税に関する相互協議手続き開始申請の暫定弁法」（国税発〔2005〕115 号）、2007 年 2 月に「単一製造機能を負う外商投資企業及び外国企業の納税状況の調査に関する通知」（国税函〔2007〕236 号）、2007 年 3 月に「移転価格調査分析の強化に関する通知」（国税函〔2007〕363 号）

⁶⁰ 2008 年 12 月「企業年度関連企業間取引報告書」（国税発〔2008〕114 号）

⁶¹ 川田剛著 「国際課税の理論と実務第 5 巻 移転価格税制」税務経理協会 P24

議論が進められた。その後、昭和 60 年（1985 年）12 月の税制調査会でこの問題が取り上げられ、翌年の昭和 61 年度の租税特別措置法の改正において移転価格税制が導入された⁶²。

昭和 56 年の大蔵委員会における付帯決議から昭和 61 年（1986 年）度税制改正による導入まで 5 年の歳月を要しているが、これは新たな制度を導入しなくても、従来の法令の規定を適用することで対応が可能ではないかという意見が強かったためと言われている⁶³。具体的には、課税所得の一般原則である法人税法第 22 条において、有償又は無償による資産の譲渡及び役務提供に係る収益の額を益金の額に算入するとされており、同族会社の行為計算の否認規定である法人税法第 132 条及び寄附金の損金不算入規定である法人税法第 37 条である。

しかしながら、昭和 60 年の税制調査会の答申においてこれらの個別規定では十分な対応が困難であり、また諸外国との共通の基盤に立って、適正な国際課税を実現するために同制度の創設が適当とされたことを受け、新たな制度として移転価格税制が制定された。

このように、企業活動の国際化の進展に伴い、国外関連者との取引を通じて所得の海外移転を防止し、課税の適正・公平を確保することを目的とする点では中国も日本も同様である。しかし、その導入の実質的な意義は日中で異なっている。日本では、先進国の移転価格税制導入の動きに伴い国内法での対応が検討され、国際的な共通基盤に立った適切な国際課税を実現するために導入されたとしている。一方、中国では、誘致を行った外資企業により中国国内の課税権が脅かされていること、中国投資のイメージダウンをもたらしていることなどを理由に、国家権益を守り、社会主義市場経済の発展を促進するため、国内事情を優先して導入されたという点で、中国の税制が国内政策の動向に大きな影響を受けている点が特徴として挙げられる。

2-2 中国移転価格税制の特徴点

2-2-1 移転価格税制の定義

中国の移転価格税制は、企業所得税法第 41 条及び同法实施条例第 109 条において「企業とその関連者との間の取引が、独立取引原則に合致せず、そのため当該企業又はその関連者の納税額または課税所得額を減少させた時は、税務機関は自ら合理的な方法により更正する権限を有し、独立取引原則とは、関連関係にない企業間で公平な取引価格と慣習に基づいて取引を行う場合に遵守すべき原則をいう。」と規定されている。

一方、日本では、租税特別措置法第六十六条の四第一項において「法人が、当該法人に係る国外関連者との間で資産の販売、資産の購入、役務の提供その他の取引を行った場合に、当該取引につき、当該法人が当該国外関連者から支払いを受ける対価の額が独立企業間価格に満たないとき、又は当該法人が当該国外関連者に支払う対価の額が独立企業間価格を超えるときは、当該法人の当該事業年度の所得に係る同法その他の法人税に関する法

⁶² 国税庁広報資料「最近 10 年間の動き（平成 11 年 7 月～平成 21 年 6 月）」第 5 章国際税務 P100

⁶³ 前掲 61 川田著 P 24

令の規定の適用については、当該国外関連取引は、独立企業間価格で行われたものとみなす。」と規定されている。

上記の通り中国及び日本ともに、企業と当該企業の関連者との間の取引について、独立企業間価格で行われていない場合には、当該取引について独立企業間価格で行われたものとして課税更正をするという移転価格税制の基本的な仕組みに相違はない。

しかしながら、上記の通り中国は「企業とその関連者」との間の取引を移転価格税制の対象としているが、日本では「法人と当該法人に係る国外関連者」との間の取引を移転価格税制の対象にしている等、日本と中国における移転価格税制はいくつかの点で異なる。

以下、中国移転価格税制について日本の移転価格税制と比較し、その特徴点を明らかにする。

2-2-2 適用対象者と適用対象税目

中国における移転価格税制の適用対象者は、前述の企業所得税法の納税義務者となる法人のほか、税収徴収管理法では、税務機関が法に基づき徴収する全ての租税とされていることから、個人所得税の納税義務者も対象範囲に含まれていることになる。また、前述の通り流通税である増値税、営業税も移転価格税制の対象とされている。

一方、日本では移転価格税制は租税特別措置法 66 の 4 において、法人税に関する法令を対象としており、対象者は法人税の納税義務者に限られている。

【図表 11】 移転価格税制の対象範囲

	中国	日本
適用対象者	法人・機構・個人	法人
適用対象税目	企業所得税、増値税、営業税、個人所得税	法人税
根拠規定	企所法第 41 条、税徴管法 36 条、	措置法 66 の 4①

中国における移転価格税制は、上述の通り適用範囲が広く規定されているが、移転価格税制の整備は企業所得税法上の取り扱いが中心であり、実務上も企業所得税の取り扱いが中心となっている。

2-2-3 適用対象取引

中国の移転価格税制では、企業とその関連者との取引を対象としている。このため、国外関連者のみならず国内関連者も移転価格税制の対象とされている。これは、従来の外資企業所得税法において、外資企業の誘致を目的とする地域毎の優遇税制（優遇税率 15%・24%等、標準税率 30%）があったため、優遇税制が適用される地区に設立された国内関連者との取引を通じて租税回避行為が容易に可能であったことも一つの要因と考えられる。なお、特別納税調整実施弁法第 30 条において「中国国内取引について、結果的に中国国内

における納税額の総額に影響がない場合には、原則として移転価格の調査及び更正はしないこととする。」とされている。

現行の企業所得税法では地域毎の優遇税制は原則排除されており、政府が推奨するプロジェクトや特定業種の企業単位で優遇税制が適用されることとなったため、従来に比べ優遇税制の適用対象となる外資系企業は減少している。このため、税率の差による所得移転が問題なる可能性は以前に比べ低いものの、多額の繰越欠損金を抱えている国内関連者との取引を通じて所得移転が行われている場合には、国内取引について移転価格が問題とされる可能性がある。

【図表 12】適用対象取引

中国	日本
関連者との以下の取引 ①建物建築物、車輛運搬具、機械設備、工具、商品、製品等の売買、譲渡及び賃貸業務を含む、有形資産の売買、譲渡及び使用 ②土地使用权、版權（著作権）、専売特許、商標、顧客名簿、販売網、ブランド、商業機密及びノウハウ等の特許権、工業品の外観設計又は実用新案権等の工業所有権の譲渡及び使用权の提供業務を含む、無形資産の譲渡及び使用 ③各種の長短期の資金の貸付、担保及び各種の利付前払及び延払等の業務を含む、資金融通 ④市場調査、販促、管理、行政事務、技術サービス、メンテナンス、設計、コンサルティング、代理、科学研究、法律、会計事務等のサービス提供を含む、役務提供	国外関連者との以下の取引 ①資産の販売、 ②資産の購入 ③役務提供 ④その他の取引 なお、上記取引において、他の非関連者を通じて行った場合であっても、当該非関連者との取引の内容等が法人と国外関連者との間で実質的に決定されている場合には、当該非関連者との間の取引は「みなし国外関連取引」とされる。
企所法 41 条、納税調整法 10 条	措置法 66 の 4①

一方、日本の移転価格税制は、法人と当該法人の国外関連者との取引を対象としている。また、他の非関連者を仲介する取引についても一定の場合には国外関連者間取引とみなすと明記されている。なお、中国ではこの他の非関連者を仲介する取引も関連者取引とすることについて明確な規定は存在しない。このため、他の非関連者を仲介することにより国外関連取引を回避するようなことが今後増加する場合には、日本と同様の規定が盛り込まれる可能性は高いと思われる。

2-2-4 国外関連者

国外関連者の範囲は、中国も日本も出資関係による判断に加え実質的な支配関係により判断することとされている。出資割合及び実質による判断基準は以下のとおりである。

【図表 13】関連者の範囲（形式基準）

	中国	日本
出資比率	持分 25%以上を直接又は間接に保有	持分 50%以上を直接又は間接に保有
間接保有 の場合	一方が、仲介者を通して他方の持ち分を所有する場合において、その仲介者の持ち分を 25%以上所有していれば、一方の他方への持ち分率は仲介者の他方への持ち分率に基づき判定。	他方の法人の株主等である法人が、一方の法人との間にこれらの者と発行済み株式等の所有を通じて連鎖関係にある一又は二以上の法人（出資関連法人）が介在している場合（持分 50%以上所有されている場合に限る）、当該株主等が所有する当該他方の法人への持分率に基づき判定。
根拠規定	納税調整法 9 条（一）	措置法 66 の 4 ①、措置法令 39 の 12②、③

【図表 14】関連者の範囲（実質基準）

	中国	日本
①人的 要素	i) 一方の半数以上の高級管理者等（董事、經理含む）や董事会を支配できる董事を他方から派遣されている場合、或いは双方の企業の半数以上の高級管理者等又は 1 名以上の董事会を支配できる高級董事メンバーを、第三者企業が派遣している場合。 ii) 一方の企業の半数以上の高級管理者等が他の高級管理者等を兼務している場合、或いは一方の企業の 1 名以上の董事会を支配できる高級董事メンバーが、他の一方の企業の董事会高級メンバーを兼務する場合。	i) 当該他方の法人の役員の 2 分の 1 以上又は代表する期限を有する役員が、当該一方の法人の役員若しくは使用人を兼務している者又は当該一方の法人の役員若しくは使用人であった者であること。 ii) 一方の法人の役員の 2 分の 1 以上又は代表する権限を有する役員が他方の役員によって実質的に決定されていると認められる事実があること。
②資金的 要素	一方と他方（独立金融機関を除く）の間の貸借資金が一方の払込資本金の 50%以上を占める場合、或いは、一方の貸借資金総額の 10%以上について他方（独立金融機関を除く）の保証を受けている場合。	当該他方の法人がその事業活動に必要とされる資金の相当部分を当該一方の法人からの借り入れにより、又は当該一方の法人も保証を受けて調達していること。
③事業活動要素	i) 他方から提供される工業所有権、技術ノウハウ等の特許がなければ、一方の生産経営活動が正常に行うことができない場合。 ii) 一方の仕入れ販売活動が他方により支配されている場合。 iii) 一方の役務の受入または提供が他方により支配されている場合。 iv) 一方が他方の生産経営、取引を実質的に支配し、或いは双方がその他の利益上の関係を有する場合。 出資比率要件には満たないが、主要な出資者と同じ	i) 当該他方の法人がその事業活動の相当部分を当該一方の法人との取引に依存して行っていること。 ii) 一方の法人が他方の法人から提供される事業の基本となる著作権（出版権及び著作隣接権その他これに準ずるものを含む。以下同じ）、工業所有権（特許権、実用新案権、意匠権及び商標権をいう。）、ノウハウ等に依存してその事業を行っていること。

	経済的利益を享受する場合及び家族、親族関係等を有する場合を含む。	
根拠 規定	納税調整法 9 条（二）から（八）	措置法 66 の 4 ①、措置法令 39 の 12③、措置法通達 66 の 4(1)-3

上記のように、出資比率での判定は、中国では 25%とされており、日本の 50%に比べ低く設定されており適用範囲が広い。また、実質基準においても日本の基準に比べ中国の基準は幅広く捉えられており、また、どの程度を以って実質的に支配されているかという基準は明確でないため、税務当局の恣意性が介入しやすいと言える。

2-2-5 独立企業間価格

(1)独立企業間価格の算定方法

中国の移転価格税制における独立企業間価格の算定方法は、OECD 移転価格ガイドライン（以下、「OECD ガイドライン」という。）と同じ 5 つの手法を採用しており、これら 5 つの独立企業間価格算定方法間の優先適用の規定はなく、合理的な算定方法によることとされている。

【図表 15】独立企業間価格の算定方法

中国	日本
1. 独立企業間価格 独立企業間価格：関連関係（直接又は間接的に所有又は支配し、又はされている関係）のない企業間で成立する公平な取引価格及び営業の慣習に基づき行われる取引 2. 独立企業間価格の算定方法 ①独立価格比準法 非関連者間で行われる関連取引と同種・類似の業務活動において採用された価格をもって、関連取引の独立企業間価格とする方法。すべての類似関連取引に適用できる。 ②再販売価格基準法 関連者が商品を購入し、それを非関連者に再販売する際の価格から比較対象取引の粗利益の額を控除した金額を、関連者の商品購入の独立企業間価格とする方法。通常再販売業者が商品に対し、外形・性能・構造に或いは商標変更等実質的な価値を付加することのない簡単加工しか行わない場合や単純な販売業務に適用する。 ③原価基準法 関連取引発生時の合理的な原価に比較対象取引の粗利益	1. 独立企業間価格 独立企業間価格とは、国外関連取引が棚卸資産の販売又は購入と、それ以外の取引の区分に応じ、以下の方法のうち、当該国外関連取引の内容及び当事者が果たす機能その他の事情を勘案して、当該国外関連取引が独立の事業者の間で通常の取引の条件に従って行われるとした場合に当該おける国外関連取引につき支払われるべき対価の額を算定するための最も適切な方法により算定した金額。 ①棚卸資産の販売又は購入 i) 独立価格比準法 ii) 再販売価格比準法 iii) 原価基準法 iv) i) ～ iii) に掲げる方法に準ずる方法 v) その他政令で定める方法 ・取引単位営業利益法 ・寄与度利益分割法 ・比較利益分割法 ・残余利益分割法

を加え、関連取引の独立企業間価格とする方法。通常、有形資産の売買、移転と使用、役務提供或いは資金貸借の関連取引に適用される。 ④取引単位営業利益法 比較対象取引の利益指標にて、関連取引の営業利益を確定する方法。利益指標には資産利益率、販売利益率、総原価マークアップ率、ベリ－比率等を含む。通常、有形資産の売買、移転と使用、無形資産の譲渡と使用並びに役務提供等の関連取引に適用される。 ⑤利益分割法 企業とその関連者が関連取引の合算利益に対する貢献度に基づき、各関連者に分配すべき利益額を計算する方法。利益分割法は寄与度利益分割法と残余利益分割法に分けられる。通常各参加者の関連取引を高度に統合し、かつ単独では評価困難な各関連者の取引結果の状況に適用される。	②①に掲げる取引以外の取引 上記① i) ～ v) に掲げる方法と同等の方法 2. 独立企業間価格算定取引単位 ①原則：個別の取引ごとに行う ②包括取引：次の場合には、複数の取引を一つの取引として独立企業間価格を算定することができる。 i) 国外関連取引について、同一製品グループに属する取引、同一事業セグメントに属する取引等を考慮して価格設定が行われており、独立企業間価格をこれらの単位で算定することが合理的である場合 ii) 国外関連取引について、生産用部品の販売取引と当該生産用部品にかかる製造ノウハウの使用許諾取引等が一体となっており、独立企業間価格を一体とし算定することが合理的である場合
根拠法：企所法例 110-111 条、納税調整法細則 52 条	根拠法：措置法第 66 条の 4 第 2 項、措置法通達 66 の 4(3)-1

一方、日本の移転価格税制における独立企業間価格の算定方法は、伝統的な価格算定方法である基本三法と基本三法に準ずる方法その他政令で定める方法に分けて規定されており、基本三法を優先適用することとされていた。しかし、平成23年度の税制改正において、移転価格税制に関する国際的な指針であるOECDガイドラインの見直しを踏まえ、独立企業間価格の算定方法に係る適用上の優先順位を見直し、個々の事案に応じて最も適切な方法を選択する仕組みに改正された。これにより、価格算定方法の適用順位はなくなり、基本的に中国の取り扱いと同様となった。

(2)独立企業間価格の幅

OECDガイドラインでも「移転価格は厳密な科学ではない」といわれている通り⁶⁴、最も適切な方法を使った場合でも、そのすべての信頼性が相対的に同等といういくつかの数値からなる幅が生み出されることがある⁶⁵。OECDガイドラインにおいても、この種の「幅（レンジ）」の存在は容認している⁶⁶。

中国では、税務機関が企業の利益水準を四分位法⁶⁷で分析評価し、企業の利益水準が比較対象企業の利益率レンジの中間値を下回る場合には、原則として中間値を下回らない水準

⁶⁴ OECD移転価格ガイドライン 1.45、4.8 等

⁶⁵ 川田剛 著 「移転価格税制のポイント」（初版）財経詳報社 P19 引用

⁶⁶ 前掲 64 1.45

⁶⁷ 四分位法とは、選択したデーターを最上位から最下位までを 4 つのグループ（上位 25%、25%～50%、50%～75%、75%以下のグループ区分等）に分類し、その最上位と最下位のグループを除外し、真ん中の 2 グループを採用するという方法である。

で調整するとしている⁶⁸。このように、幅（レンジ）の存在を認めつつも、適用にあたっては中間値以上の利益率しか認めていない。

一方日本では、この幅（レンジ）の取り扱いについて、従来の事務運営指針3-3では、複数の比較対象取引がある場合には、独立企業間価格の算定において、それらの価格・利益率等の平均値を用いるとされていたことから、実質幅の概念を認めていないものと解されていた。しかし、平成23年の税制改正において、幅（レンジ）の取り扱いが措置法通達⁶⁹で明確化された。具体的には、国外関連取引に係る比較対象取引が複数存在し、独立企業間価格が一定の幅を形成している場合に、当該国外関連取引の対価の額が当該幅の中にある場合には、当該価格を独立企業間価格と認めるというものである。

このように、中国では実質的に中間値以上の調整が要請されることから、実質的には幅の概念を認めていないとも言える。一方、日本では平成23年度の税制改正に伴い、幅（レンジ）の取り扱いが明確化され、今後は、中国に比べ柔軟な取り扱いになるものと思われる。

2-2-6 同期資料の管理

(1) 同期資料の作成義務

中国の移転価格税制では、企業所得税法第 43 条において年度確定申告書に関連者間の取引に関して「関連企業間取引年度報告表」の提出を求めている。また、税務機関が関連者間取引を調査する際には、当該企業及びその関連者、さらには関連者間取引調査に係るその他の企業は、規則に従って関係書類を提出しなければならないとしている。

さらに、上記移転価格に関する報告義務のほか、特別納税調整実施弁法第 13 条及び第 16 条において原則としてすべての企業に同期資料を翌年 5 月 31 日までに作成し備え付けることとされており、いわゆる文書化義務が課されている。ただし、特別納税調整実施弁法第 15 条において以下の一定の要件に該当する企業（図表 16 参照）は、同期資料の作成義務が免除されている。

【図表 16】 同期資料作成免除要件

① 年度内に発生した関連者間の資産の売買取引金額が 2 億人民元以下で、かつその他の関連取引金額が 4000 万人民元以下のもの。
② 関連取引が事前確認申請により確認を受けた範囲内の取引であるとき。
③ 外資の持分が 50%未満でかつ国内の関連者との間の関連取引であるとき。

なお、上記の同期資料作成免除要件に該当する企業であっても、中国国内において単一生産（来料加工又は進料加工）、販売又は受託研究開発等の限定された機能及びリスクの

⁶⁸ 納税調整法 41 条

⁶⁹ 措置法通達 66 の 4 (3) -4

みを負担する企業は、赤字の年度について同期資料及び関連資料を作成し、翌年 6 月 20 日までに所轄税務局へ提出することが義務付けられている⁷⁰。

同期資料は税務機関が要求した日から 20 日以内に提出しなければならないとされている。

一方、日本では、法人が各事業年度において国外関連者との間で取引を行った場合には、国外関連者や取引内容等を記載した明細書（別表 17 の 4）を各事業年度の確定申告書に添付することとされている。

また、日本では中国のように同期資料の作成義務は課されていないが、課税当局が推定課税（措法 66 の 4 ⑥）を行う場合における「独立企業間価格の算定に必要な書類が当局の要求後遅滞なく提示又は提出されなかったこと。」の要件における「必要な書類」について、租税特別措置法施行規則 22 条の 10 第 1 項に列挙されている。

【図表 17】 移転価格に関する同期資料の記載内容

中国	日本
①組織機構 企業が所属する企業グループと関連のある組織及びこれらとの出資関係、関連関係の年度経過、関連取引者の情報、各関連者に適用される優遇税制。 ②生産経営状況 企業の事業概況、主要な営業構成・主要な営業収入と全収入との割合・主要な営業損益と全損益との割合、企業の属する業界における地位及び関連市場における競争環境の分析、企業内部の組織機構・企業及びその関連者の関連取引における機能と負担するリスク並びに使用する資産等の関連情報、「企業機能リスク分析表」。 ③関連取引の状況 関連取引の種類・取引参加者・時期・金額・決済通貨・取引条件等、関連取引方式、年度変化経緯状況、関連取引業務の流れ、関連取引が関係する無形資産及びその価格決定に与える影響、関連取引にかかる契約状況、関連取引価格に影響お与える主な経済と法律要素の分析、関連取引と非関連取引の損益分析資料。「企業年度関連取引財務状況分析表」 ④比較可能性分析 比較可能性分析で考慮すべき要素（取引資産又は役務の特性、取引関係者の機能とリスク、契約条項、経済環境、経営戦略等）、比較可能な企業が行う機能・引き受けるリスク及び使用する資産等の関連情報、比較可能な取引の説	①国外関連取引にかかる資産の明細及び役務の内容 ②国外関連取引において法人及びその国外関連者が果たす機能並びに当該国外関連取引において当該法人及び当該国外関連者が負担するリスクにかかる事項 ③法人又は国外関連者が国外関連取引において使用した無形固定資産その他の無形資産の内容 ④国外関連取引にかかる契約書又は契約の内容 ⑤法人が、国外関連取引において当該法人にかかる国外関連者から支払いを受ける対価の額又は当該国外関連者に支払う対価の額の設定の方法及び当該設定にかかる交渉の内容 ⑥法人及び当該法人にかかる国外関連者の国外関連取引にかかる損益の明細 ⑦国外関連取引にかかる資産の販売、資産の購入、役務の提供その他の取引について行われた市場に関する分析その他当該市場に関する事項 ⑧法人及び当該法人にかかる国外関連者の事業の方針 ⑨国外関連取引と密接に関連する他の取引の有無及びその内容を記載した書類 ⑩法人が国外関連取引にかかる独立企業間価格を算定するための以下の資料 i) 選定した独立企業間価格の算定方法及びその選定理由、その他独立企業間価格を算定するに当たり作成した資料

⁷⁰ 「国外関連者間取引の監督及び調査を強化することに関する通知」 国税函[2009]363 号

明（例えば有形固定資産の物理的特性・品質及びその効用、無形資産の種類と取引形態、取引を通じて得た無形資産の使用権、無形資産を使って得た収益等。）、比較可能なデータの情報源・選択条件及び選択理由、比較可能なデータの差異調整及びその理由 ⑤移転価格算定方法の選択と使用 移転価格算定方法の選択とその理由、比較可能性情報が移転価格算定方法の選択にいかん作用したか、比較対象取引価格或いは利益を確定する過程において行った仮定と判断、合理的な移転価格算定方法と比較可能性分析結果を適用して、比較対象取引価格或いは利益を確定、移転価格算定方法選択のために活用したその他の資料。	ii) 法人が採用した国外関連取引にかかる比較対象取引の選定にかかる事項及び当該比較対象取引等の明細 iii) 法人が利益分割法を選定した場合における当該法人及び当該法人にかかる国外関連者に帰属するものとして計算した金額を算出するための情報 iv) 法人が複数の国外関連取引を一の取引として独立企業間価格の算定を行った場合のその理由及び各取引の内容 v) 比較対象取引等について再調整を行った場合のその理由及び当該再調整等の方法
納税調整法 14 条	措規 22 の 10①

上記表のように、同期資料の記載内容は基本的に中国及び日本もそれほど大きな差異はないといえる。しかし、同期資料の実質的な性質は、中国と日本とでは若干異なっていると言われている。すなわち、中国の同期資料は、制度上各期の終了後の申告納税期限までに作成し備え付けることを要求しており、現実的には当期の利益水準について事後的に適正であることを検証し証明しておくための書類である。一方、日本の同期資料は、租税特別措置法施行規則 22 条の 10 第 1 項において納税者たる企業に独立企業間と同様の環境の下で取引価格を決定することを求めるものであると言われている⁷¹。また、中国における同期資料の同期時期は税務申告時となり、日本では取引時となるため、同期資料の作成時期にズレが生じることになる。

(2)確定申告書の添付書類

確定申告書に添付する書類として、中国では「関連企業間取引報告表」が、日本では別表 17 の 4 が定められている。記載内容は、中国の方が日本に比べ詳細な記載が求められている。具体的には、表 2 の関連者間取引総括表には同期資料の備え付けの有無の記載が求められている。また、関連取引については、材料（商品）仕入・商品（材料）販売・役務提供収入・役務受入支払・無形資産譲受・無形資産譲渡・固定資産譲受・固定資産譲渡取引について、関連取引と非関連取引に区分し、かつ、それぞれ国内と国外に区分集計し記載することを要求している。そのほか貸付金利息及び借入金利息について国内関連者と国外関連者に区分集計し記載することとされている。

⁷¹ 中里実、太田洋、弘中聡浩、宮坂久編著 「移転価格税制のフロンティア」有斐閣（初版） 第 5 章中国の移転価格税制 藤森康一郎著 P 372

【図表 18】 移転価格に関する確定申告書への添付資料

中国	日本
「関連企業間取引年度報告表」 (記載内容)	「別表 17 の 4」 (記載内容)
表一 関連関係認定表	①国外関連者の名称・本店又は主たる事務所所在地
表二 関連者間取引総括表 (※ 1)	②外国法人が国外関連者に該当することの事情
表三 仕入販売表 (※ 2)	③当該事業年度終了時における国外関連者の資本の金額
表四 役務表 (※ 2)	又は出資金額及び国外関連者の営む主たる事業の内容
表五 無形資産表	④国外関連者の直近事業年度の営業収益、営業費用、営業利益及び税引き前利益の額
表六 固定資産表	⑤当該事業年度において国外関連者から支払いを受ける
表七 融資資金表 (※ 3)	対価の額の取引種類別の総額又は国外関連者に支払う対
表八 対外投資状況表 (※ 4)	価の額の取引種類別の総額 (移転価格算定方法記載箇所あり)
表九 対外支払金額状況表 (※ 5)	⑥その他参考となるべき事項
(※ 1) 同期資料備え付けの有無を記載	
(※ 2) 移転価格算定方法を記載	
(※ 3) 過小資本税制の資料を兼ねている。	
(※ 4) タックスヘイブン税制上の資料	
(※ 5) 非居住者に対する対外送金時の源泉徴収に関わる資料を兼ねている。	
企所法 43 条	措法第 66 の 4④、措規 22 の 10②

2-2-7 移転価格調査及び調整

中国における移転価格に関する税務調査は 2006 年以降年間約 160 から 170 件 (完了案件) のペースで行われており、年々追徴税額が増加している。特に、現行の企業所得税及び特別納税調整実施弁法が施行された 2008 年以降追徴税額の増加が顕著である (図表 19)。

【図表 19】 中国における移転価格調査統計データ⁷²

年度	2005	2006	2007	2008	2009	2010
移転価格調査件数	361	177	174	152	167	178
平均追徴税額 (万人民元)	127	384	575	816	1251	1460

(注) 年度は当年 1 月 1 日から 12 月 31 日までの暦年単位。

これは、特別納税調整実施弁法の施行により税務調査に関するプロセスが明確に規定されたことで執行面での統一化や国家税務総局による一元管理が図られ、2008 年以降一貫して税務当局が租税回避防止調査と徴収管理強化を進めてきたことがその要因と考えられる。

⁷² 月刊国際税務 (税務経理協会) 2011 年 9 月号 KPMG 上海事務所 「中国の租税回避防止業務の最新動向」 P68 図表 2 (データ出所: KPMG 中国)

一方、日本の移転価格に関する課税件数はここ数年 100 件前後で推移しており、課税所得金額は平成 17 事務年度をピーク（課税件数 119 件、課税所得金額 2836 億円）に、ここ数年は減少傾向にあり、特に平成 20 事務年度の課税件数は 111 件であるものの、課税所得金額は 270 億円とピーク時の 10 分の 1 以下にまで減少している（図表 20）。これは、いわゆる「シークレットコンパラブル」による課税を疑問視する昨今の内外の風潮と、さらには平成 20 年に移転価格課税処分の取り消しを認める初めての判決⁷³が下されたことなどから、執行サイドに一定の自制が働いたのではないかとされている⁷⁴。

【図表 20】日本における移転価格税制にかかる課税所得金額の状況⁷⁵

事務年度	H14	H15	H16	H17	H18	H19	H20	H21
申告漏れ件数	62	62	82	119	101	133	134	100
課税所得金額 (億円)	725	758	2168	2836	1051	1696	286	687

（注）1 事務年度は当年 7 月～翌年 6 月。H21 事務年度は平成 21 年 7 月～平成 22 年 6 月となる。

(1)税務調査権限

中国における税務調査について、税収徴収管理法及び同法実施細則において原則的な取り扱いが定められている。具体的には、税務機関は調査権限を有すること（税徴管法 54 条・同法実施細則 95 条）、税務調査において租税回避等による所得の移転事実が明らかになった場合の保全措置権限（税徴管法 55 条、同法実施細則 88 条）、調査の方法（税徴管法実施細則 86 条）、納税者の調査協力義務（税徴管法 56 条）等が定められている。その他、涉外企業連携税務調査暫定弁法（国税発[2004]038 号）において、複数の税務局管内に拠点を持つ外資企業に対する連携税務調査として一斉調査や合同調査等について規定されている。

一方、日本では税務調査に関して、国税通則法第 24 条において税務署長は課税更正を行う場合には税務調査により更正するとされており、また、法人税法第 153 条等⁷⁶において税務当局職員の質問検査権を有するとし、税務当局職員に質問検査権を認めている。質問検査権とは、「課税要件事実について関係者に質問し、関係の物件を検査する権限」といわれている⁷⁷。さらに、法人税法第 157 条では税務当局職員、質問・検査をする際には、その身分を示す証明書を携帯し、関係人から請求があった場合には、これを提示しなければな

⁷³ アドビ事件：コミッションネア（手数料契約業者）に対する基本三方以外の算定方法による課税の可否が争われた事件 東京高裁、平成 20 年 10 月 30 日判決 平成 20 年（行コ）28 号（地裁判決取り消し：納税者勝訴）。東京地裁、平成 19 年 12 月 7 日判決 平成 17 年（行ウ）213 号（請求棄却：納税者敗訴）

⁷⁴ 月刊国際税務（税務経理協会）2010 年 11 月号（Vol.30 No.11）水野寛「移転価格税制の基本事項の再確認と実務における論点」P19

⁷⁵ 国税庁発表各事務年度法人税調査実績の概要より抜粋。H20 及び H21 事務年度データは H21 事務年度法人税調査実績の概要より、その他の年度は各年度の概要より抜粋。

⁷⁶ 所得税法 234 条、相続税法 60 条、消費税法 62 条、酒税法 59 条 1 項 6 号、印紙税法 25 条 4 号、地方税法 26 条他

⁷⁷ 金子宏著「租税法」第 15 版（弘文堂）P690

らないとされている。なお、平成 23 年度税制改正案において、税務調査の事前通知、税務調査の終了の際の手続き（税務署長等が、更正決定等をすべきでない場合における更正決定等をすべきと認められない旨の書面通知、更正決定等をすべき場合における調査結果の内容説明等）を法令において明記する内容が盛り込まれている⁷⁸。

日中双方とも上記税務調査に関する一般規定のほか、移転価格税務調査についてそれぞれのガイドライン（中国：特別納税調整実施弁法、日本：移転価格事務運営要領（以下、「事務運営指針」と言う。）において詳細に規定されている。

以下、移転価格調査に関して中国と日本の制度を概観する。

(2)移転価格調査重点対象企業

中国の移転価格税制では特別納税調整実施弁法第 29 条には、移転価格の重点調査対象企業として例示されている。一方、日本の移転価格税制では、事務運営指針に調査の方針として、国外関連取引の検討にあたり配意すべき事項として 3 つの事項が示されており、これらの事項に該当する場合には調査対象に選択される可能性が高くなるといえる。

【図表 21】 移転価格調査対象企業

中国	日本
1. 調査企業の選定 調査対象として、以下の企業を重点的に選択 ①関連取引金額が大きい種類が多い ②長期欠損、利益僅少、利益変動が大きい ③同業企業の利益水準に比べ利益が少ない ④その引き受けた機能やリスクに比べて、利益水準が不釣り合いである ⑤租税回避地にある関連者と取引がある ⑥規定に基づいて関連申告或いは同期資料を備えていない ⑦その他明かに独立取引原則に違反している 2. 2009 年以降の調査重点産業 アパレル・靴製造、電子及び通信設備の製造、コンピューターの OEM、ファーストフード業、大型リテール業、飲料製造業、エレベータ業、自動車造業、高速道路などのインフラ施設の建設に対する融資業、タイヤ製造業、製菓業、ホテル・チェーン業、国外投資又は国外に子会社を有する企業。	1. 調査の方針 次の事項に配意して国外関連取引を検討 ①法人の国外関連取引にかかる売上総利益率又は営業利益率等（以下「利益率等」という）が、同様の市場で法人が非関連者で行う取引のうち、規模・取引段階その他の内容が類似する取引にかかる利益率と比べ過少となっていないか。 ②法人の国外関連取引にかかる利益率等が、当該国外関連取引にかかる事業と同種で、規模、取引段階その他の内容が類似する事業を営む非関連者である他の法人の当該事業に係る利益率等に比べ過少となっていないか。 ③法人及び国外関連者が国外関連取引において果たす機能又は負担するリスク等を勘案した結果、法人の当該国外関連取引に係る利益が、当該国外関連者の当該国外関連取引に係る利益に比べて相対的に過少となっていないか。

⁷⁸ 当該改正案については、平成 23 年 11 月 30 日付で成立し、同年 12 月 2 日公布と同時に施行され、税務調査の事前通知（国通法 74 条の 9、74 条の 10 関係）及び調査終了の際の手続き（国通法 74 条の 11 関係）については、平成 25 年 1 月 1 日以後に納税義務者等に対して行う質問検査等について適用されることとなった。

2011 年は以下の分野にまで調査を拡大するとしている 海外投資を行っている内資企業、金融、貿易等の第三次 産業及び加工貿易、関連者間での持分や無形資産の譲 渡・融資、東南沿海部及び中南部の企業等	
根拠条文：納税調整法28条、国税発[2009]85号、国税函 [2011]167号	根拠条文：事務運営指針 2-1

上記のように中国では、調査重点企業としてより具体的な事例や具体的な産業を明示している。一方、日本では具体的な業種や事例を制度上は明示していない。しかしながら、実際には年度ごとに調査重点事項が設けられているようである。近年は外資系法人よりも内資系法人に対する調査がほとんどであり、2008 年まではロイヤリティや技術指導料取引を問題とされることが多く、2009 年以降は部品取引や荷受け料金などの個別取引が問題として取り上げられていると言われている⁷⁹。

なお、中国では国内関連者間の取引も移転価格税制の対象となるが、国内関連者間の取引に対しては、実質的な税負担が同等であり、直接間接に国家の税収減に影響しない限り、移転価格調査は基本的に行わないとしている（納税調整法 30 条）。実務上も、移転価格の税務調査は国外関連者との取引が中心となっている。また、後述する行為計算否認規定による課税更正が影響しているものと思われる。

(3)調査の進め方

中国における移転価格の税務調査の流れや留意事項について実施弁法で具体的に規範化されている。一方、日本では事務運営指針において移転価格調査時の留意事項が記載されている。

【図表 22】移転価格調査に関する取り扱い

中国	(参考) 日本
1. 書類調査 企業所得税確定申告書及び関連企業間取引年度報告表等を中心に書類審査を行う。企業はこの段階で同期資料の提出が可能。	日本の税法上は、税務調査に関する法的根拠は質問検査権（法人税法第 153 条）を規定するのみであり、税務調査の手続きに関する規定は存在しない。（H23 年度税制改正で事前通知と調査終了時の通知又は説明が規定化されている。）
2. 現場調査及び調査書類 ①現場調査員は 2 名以上で実施。 ②現場調査員は調査時に「税務検査証」（調査員の写真・氏名・所属税務機関・税務調査範囲などを記載した身分証明書）を提示し、「税務検査通知書」を発行。 ③現場調査は、ヒアリング調査、帳簿資料調査、実地検査等の方式で実施。当事者への事情聴取は、専任担当者が行い、「調査筆記録」が作成される。 ④調査必要関連資料は、調査対象企業に「税務事項通知書」で通知される。	また、事務運営指針においても税務調査の手続きに関する取り扱いは定められていない。ただし、事務運営指針において移転価格調査の方針（図表 21 参照）や、調査において配慮すべき事項、調査

⁷⁹ 前掲 74 水野著 P19

その関連者及び関連取引の調査に関わるその他の企業（以下、比較対象企業という。）には「税務検査通知書」により通知される。 ⑤資料の提出期限は、それぞれ以下の期限とされている。 i) 調査対象企業：通知書記載の期限内（期限内に提出できないことにつきやむを得ない事情がある場合、税務機関の許可を得て最大 30 日まで延長可能）。 ii) 企業の関連者及び比較対象企業：税務機関が定めた期限内（通常 60 日以内）。海外の関連資料については、租税条約による情報交換手続きを取るか、或いは我が国の海外機構を通じて関連情報を集めることができる。 3. 調査記録 ①取り調べる帳簿及び関連資料は、「帳簿資料調査通知書」及び「調査帳簿資料リスト」が作成され、税務機関は適正な保管義務と法定期限内の返却義務が課される。 ②実地検査において発見された問題や状況は、調査員が「調査筆記録」に記載及び署名し、必要に応じて調査対象企業が照合確認を行う。 ③税務機関は調査対象企業に「企業比較性要因分析表」の作成を要求し、税務機関は企業から提供された資料に基づき「企業関連関係認定表」・「企業関連者取引認定表」及び「企業比較性要因分析認定表」を作成し、調査対象企業が照合確認する。 4. 移転書価格分析の留意事項 移転価格分析にあたっては、以下の点に留意することとしている。 ①非公開情報の使用を認める。 ②企業と比較対象企業の運転資本が異なるため営業利益面に差異が生じている場合でも、基本的に運転資本調整は行わない。 ③単一製造機能を持つ企業の場合、一定の利益率を維持すること。 ④関連者間で代金の受取りと支払いを相殺決済している場合、相殺前の取引に戻すこと。 ⑤四方位分析で企業の利益水準の評価を行う場合、企業の利益率水準は比較対象企業の利益率範囲の中央値以上の水準で調整すること。 5. 調査結果の通知と課税更正 ①調査の結果、企業の関連取引が独立企業間価格に合致している場合には、調査の結論を「特別納税調査結果通知書」にて通知する。 ②企業の関連取引が独立企業間価格に合致していない場合には、以下の手順で移転価格の納税調整を行う。 i) 税務機関が課税更正の第一次調整案を作成。 ii) 第一次調整案について、企業と税務機関はそれぞれ代表交渉人を指定	時の検査書類及び具体的な取引に関する調査時の留意事項が記載されている 1. 調査にあたり配慮すべき事項 国外関連取引の検討は、確定申告書（添付書類を含む。以下同じ。）及び調査等により収集した資料等に基づき行う。 独立企業間価格の算定を行うまでには、個々の取引実態に即した多面的な検討を行うこととし、以下の i) ～ iii) のような方法により、移転価格税制上の問題の有無について検討し、効果的な調査展開を図るとしている。 i) 比較対象取引の候補は少なくとも複数を採用し、及び比較対象とされる独立企業間価格は一定の幅の範囲内であるか検討する。 ii) 需要の変化等により価格が相当変動するような場合には、合理的な期間（複数年）の平均値等を基礎として検討する。 iii) 国外関連取引に係る対価の額が、取引条件等の交渉において決定された過程等について、法人と国外関連者が事業の業績を適切に評価するため、独立企業間原則を考慮して対価の額を決定している場合があること、国外関連者が共同出資で運営されており、相手側出資者が当該関連取引の交渉当事者となる場合がある等の点を、考慮の上検討する。 2. 調査時の検査書類 調査時に検査を行う書類として、以下の書類が例示されている。 i) 法人及び国外関連者ごとの資本関係及び事業内容を記載した書類

し協議・交渉する。調査員は「協議内容記録」を作成し、双方の代表交渉人が署名確認し、企業が署名を拒否する場合には、2名以上の調査担当者が署名し記録に残す。 iii) 第一次調整案に異議がある場合、企業は税務機関が定める期限内に、再度関連資料を提出し、税務機関は資料受領後再度審議する。 iv) 税務機関は、審議決定に基づき企業に対して「特別納税調整の第一次調整通知書」を送付し、当該調整通知書に異議のある企業は、通知書受領後7日以内に意見書を提出する。税務機関は意見書受領後に再度協議審議を行う。期限内に異議を申し立てない場合、第一次調整意見に同意したものとみなされる。 v) 最終調整案確定後、税務機関は「特別納税調整通知書」を企業に送付し、当該通知書を受領した企業は、当該通知書に記載する期限内に税金と利息を支払わなければならない。 6. 追跡調査期間 移転価格の納税調整を受けた企業は、調整最後年度の翌年度から5年間、税務機関より追跡管理される。追跡管理期間内は、企業は追跡年度の翌年6月20日までに、追跡年度分の同期資料の提出義務が課されている。税務機関は当該企業の経営状況や関連取引に関して重点的に分析・評価を行い、追跡期間中に移転価格の異常等が発見された場合、適時自らの調整を要求し、税務機関は調査の上課税更正することができる。 根拠条文：納税調整法 32 条～45 条	ii) 法人が独立企業間価格の算定に使用した書類等 iii) 国外関連取引の内容を記載した書類等 iv) その他の書類（経理処理基準、外国税務当局による国外関連者に対する移転価格税務調査の内容、国外関連者が外国税法の規定に基づき作成した移転価格同期資料等） 3. その他以下の取引の調査に関する留意事項 ①金銭の貸借取引役務提供、金銭の貸付を業としない法人の金銭の貸借取引 ③役務提供、企業グループ内における役務提供、本来の業務に付随した役務提供 ④無形資産、無形資産の形成・維持又は発展への貢献、無形資産の使用許諾取引 ⑤費用分担契約 ⑥国外関連者に対する寄附金 根拠条文：事務運営指針 2-1～2-19

中国では、一般の税務調査にも関わらず移転価格の問題点を指摘し修正申告を迫るような対応が過去には見られた。しかし、特別納税調整実施弁法による移転価格の税務調査のプロセスが明記されたため、税務調査が一般の税務調査なのか移転価格の税務調査であるのか明確に区別することができるようになり、税務執行面の透明性が部分的には以前よりも向上したと言える。

一方、日本では上述の通り、現行法令規定上税務調査手続きに関して定められている内容は質問検査権と身分証の携帯及び提示であり、税務調査手続きそのものの詳細については明文化されていない。このため、実務上税務調査の実施方法などをめぐる問題が生じている。例えば、税務調査に関して質問・検査の日時・場所・理由等を事前に相手方に通知しないしは開示が必要かという点について、「判例では消極的に解していると述べられており、さらに、質問・検査が公権力の行使であることに鑑みると、立法上・行政運営上その手続的整備の必要性は大きいといえよう」という意見⁸⁰もあるように、税務調査の具体的手続きに関する法的根拠が十分ではない状況にあると言える。なお、前述の通り、平成 23 年

⁸⁰ 前掲 77 金子宏著 P695

度税制改正案において税務調査の事前通知及び税務調査終了の際の手続きについて定められ、法案成立⁸¹により税務調査手続きに関して一定の整備が進められたといえる。

2-2-8 事前確認制度

事前確認制度とは、将来年度における関連者間取引に関する移転価格決定方法及び計算方法について、税務機関に申請を行い、独立企業間取引原則に基づいているものであることの承認を受ける制度をいう。

中国では 1998 年の「関連企業間業務取引税務管理規則（試行）」（国税発[1998]59 号）において規定され、試験的に事前確認制度（Advance Pricing Arrangement、以下「APA」という。）が開始された。その後、2002 年には「税收徴収管理法実施細則」（國務院令第 362 号）にも規定され、正式な制度として位置づけられるようになった。さらに、2004 年には「国連企業間取引事前確認実施規則（試行）」（国税発[2004]118 号）が公布され、事前確認制度に関する手続き、要件、追跡調査及び監督管理に係る詳細が規定された。このように、中国における APA は段階を経て徐々に制度の整備を図ってきたといえる。そのため、これらの整備過程期間中に行われた APA 案件は全国的に統一されたルールがない或いは不備があり、締結された国内 APA 案件は不完全なものであったと言われている⁸²。利用状況は年間 20 件程度の申請で、大半が中国税務当局間との一国内 APA（Unilateral APA）によるものであったと言われている⁸³。2005 年 4 月に初めて日本との間における二国間 APA（Bilateral APA）が締結されている⁸⁴。2008 年の企業所得税改正に関連して公布された特別納税調整実施弁法で整備され、2009 年には中国国家税務総局が制度の概要及び導入経緯、手続き詳細及び APA 案件の統計等を「事前確認アニュアルレポート」として公表しており、本格的な運用期に移行したと言える。

一方、日本では移転価格税制導入時より通達レベルで事前確認制度が導入されており、平成 13 年より移転価格事務運営指針に内包されるようになった。

【図表 23】事前確認制度（APA）

	中国	日本
類型	1 国間、2 国間、多国間	1 国間、2 国間、多国間
申請要件	一般的に下記要件を満たす企業は APA 申請をすることができる。 ①各年度の関連取引金額が 4,000 万人民币元以上、②法律の規定により、関連申告を履行する義務のあるも	中国のように APA 申請の要件は設けられていないが、以下のように APA を行うことが適当でないと認められる申請は、APA を行わないとしている。 ①通常行われない取引形態で、経済的合理性がなく我

⁸¹ 前掲 78

⁸² 月刊国際税務（税務経理協会）2011 年 2 月号 PWC「中国事前確認アニュアルレポート（2009）」参考和訳

⁸³ 亀井康幸著「中国進出企業の移転価格税制対策」第 1 版（中央経済社）P218

⁸⁴ 前掲 82 PWC 著 P69

	の、③規定に従い、同期資料の準備、保存と提出をするもの 次の条件に該当する企業は、APA を優先的に対応するとしている。 i) 必要十分な情報を提供し、税務当局の審査・評価に協力的で、合理的な提案を積極的に提出する企業 ii) 過去に移転価格ポリシーについて調査を受けたことがある企業	が国の税負担を軽減する取引の場合、②APA 申請に必要な情報が提供されない場合、③移転価格税制の更正等に係る取引と同様の取引で当該更正処分等への不服申立手の採決又は判決の確定を待つ必要がある場合、④当該申し出以外の国外関連取引について APA 或いは相互協議中でこれらの合意を待つ必要がある場合、⑤将来予測資料だけでは実態を把握することができないため、取引実績を待つ必要がある場合
適用年度	申請した年度の次年度から起算した 3～5 連続年度の関連取引に適用される。	確認対象事業年度は原則として 3 事業年度から 5 事業年度
手続きの流れ	事前相談（必須） 中国では、事前相談は APA 申請手続きの一過程であり必須とされている。管轄は、主管税務機関。ただし、2 国間・多国間 APA は国家税務総局が主催。匿名式も可。 意見一致：「APA 申請正式会談通知書」、意見不一致：「APA 申請拒否通知書」を送付。 事前確認の申出 「APA 申請正式会談通知書」取得後 3 か月以内に主管税務機関へ「APA 正式申請書」と一定の資料を提出。2 国間又は多国間 APA 申請の場合には、「APA 正式申請書」と「相互協議発動申請書」を国家税務総局と主管税務機関へ提出。 税務機関の審査 税務機関は、申請書及び必要資料を受領後 5 か月以内に審査評価を行う。（最大 3 か月まで延長可）また、企業に対して補充関係資料の提出を求めることができる。 1 か国 APA 国家税務総局の認定 1 か国 APA の場合、審査評価後 30 日以内に企業と APA 申請について折衝を行い、協議がまとまると、「APA 申請草案」と「審	事前相談（任意） 事前相談は、企業側からの申出で行われ、任意とされている。管轄は国税局担当課。相互協議に伴う APA に係る相談は庁担当課も参加。 事前確認の申出 APA を受けようとする事業年度のうち最初の事業年度開始の日の前日までに、「独立企業間価格の算定方法等の確認に関する申出書」を所轄国税局長へ提出する。 税務機関の審査 局担当課は、APA の申出を受けた場合には、速やかに APA 審査に着手し、的確迅速な事務処理に努める。（必要に応じ庁担当課が APA 審査に加わる。）申請時の資料以外の資料が必要な場合には、申出法人にその旨を説明し当該資料の提出を求める。 局担当課は、申出法人が申し出た独立企業間価格の算定方法が最も合理的であると認められない場合には、当該申出法人に対して、申出の修正を求めることができる。 局担当課は、必要に応じて局担当課に対して APA 審査状況等について報告を求める。 1 か国 APA 申請者への通知

	査評価報告」を国家税務総局に送付し国家税務総局の認定を得る。 ▼ APA 署名 APA 申請草案の内容について税務機関と申請者間で意見一致をみた場合、双方の法定代表者は APA 申請に正式に署名する。 ▼ 複数国 APA 外国税務当局との協議 2 国間又は多国間 APA 申請の場合、国家税務総局と租税条約を締結した相手方税務当局は APA 申請につき協議し、協議がまとまれば APA 申請の草案を作成する。 ▼ APA 署名 APA 申請草案の内容に意見一致をみた場合、双方また多者の税務主管当局が委任した代表により、APA 申請に署名する。また、主管の税務機関は「二国間（多国間）APA 申請実行協議書」に署名する。	1 国間 APA 申出の場合、APA 審査の結果、申出に係る独立価格の算定方法等が最も合理的であると認められ確認を与える場合には、「当該独立価格の算定方法等を確認通知書」により、確認を与えない場合には、「独立企業間価格の算定方法等の確認ができない旨の通知書」により APA 申請を行った法人に通知される。 ▼ 複数国 APA 外国税務当局との相互協議 相互協議を伴う事前確認の場合、局担当課は庁担当課を経て庁相互協議室から相互協議の合意結果について連絡を受けた場合、当該合意結果に従い、申出法人に対して申出の修正を求める等必要の処理を行う。 ▼ 申請者への通知 当該合意結果に基づき「当該独立価格の算定方法等を確認通知書」により通知する。相互協議の合意が成立しなかった場合には、申出法人相互協議の申出を取り下げるか又は相互協議によらない APA を求めるか意見聴収し、取り下げ又は相互協議によらない APA 審査を行う
管理 監督 制度	税務機関は、APA 取引の実行期間中は以下のような監視・監督を行う。 ①企業は納税年度の終了後 5 カ月以内に、APA 取引の実行状況年度報告を送付する。 ②定期的に（半年毎）APA 取引の実行状況について検査を行う。 ③実行期間中に、APA 申請で予期した価格又は利益幅内に入らないような状況が生じた場合には、税務機関は 1 級上の税務機関の承認を経て、APA 申請で確定した価格又は利益区分に調整する。 ④APA 取引の実行期間中、APA 取引に影響を与える実質的な変化が生じた場合、その変化発生後 30 日以内に、企業は、その変化が APA 取引の実行に与える	①所轄税務署長は、APA の確認を受けた法人（以下「確認法人」という）が APA を受けた国外関連取引に係る各事業年度（以下「確認事業年度」という）において、APA の内容に適合した申告を行っている場合には、当該取引は独立企業間価格で行われたものとして取り扱い、確認法人に対して、確定申告書の提出期限等までに、APA の内容に適合した申告を行っていること等一定の事項を記載した報告書の提出を求めることができる。 ③確認法人が確認の内容に適合した申告を行うために確定決算において行う必要な調整は、移転価格税制適正な取引として取り扱われる。 ④確認事業年度期間中に、APA を継続する上で前提

	影響の詳細等を所轄税務機関に書面で報告する。税務機関は書面による報告を受領後 60 日以内に、審査処理を行う。元の APA の実行を中止した場合には、改めて新しい APA 申請の交渉を行う。	となる重要な諸条件について事情の変更が生じた場合には、APA 法人の申出により申請、審査等の規定に準じて所要の処理を行う。 ⑤確認法人が、④の状況にあるにもかかわらず改定の申出をしなかった場合、APA の内容に適合する申告をしなかった場合、上記①の報告書を提出しなかった場合、APA の基礎とした事実関係が真実でなかった場合には、局担当課は必要に応じ庁担当課或いは相互協議室と協議し APA の取り消しを決定し、所轄税務署長に APA の取り消しについて連絡する。 ⑥更新の申出がなされた場合には、申請、審査等の規定に準じて所要の処理を行う。
確認の適用	APA 申請書を提出した年度又はそれ以前の年度における関連者間取引が APA 対象年度における取引と類似する場合、企業からの <u>申請があり、税務当局の承認を得られれば</u> 、APA で確定した独立企業間価格の算定方法などを APA 申請年度及びそれ以前の年度の関連者間取引に対する評価及び移転価格調整に適用することができる。	確認申出法人から、確認対象事業年度における独立企業間価格の算定方法等を確認対象事業年度前の各事業年度に適用する旨の <u>申し出があった場合には</u> 、局担当課は、確認された独立企業間価格の算定方法等が、確認事業年度前の各事業年度においても <u>最も合理的と認められる場合には</u> 、これを認める。
根拠条文	納税調整法 46 条～63 条、中国 APA アニュアルレポート (2009)	事務運営指針 5-1～5-25

中国では APA の申請が行える企業は、年間の関連者間取引金額が 4,000 万人民币元以上で、関連法規に基づき、関連者間取引に関する申告義務を履行していること及び「関連法規に基づき、移転価格同期資料を準備、保存及び提供していることのすべての条件を満たす企業とされている点が特徴的である。(図表 23 参照) これは、APA アニュアルレポートで APA 申請及び一連の協議の過程では、税務当局と企業の双方にとって多大な資源を投入することを述べており、限りある資源を有効活用し効率性を高めるためには、割り切りで線引きしたものである。また、APA の手続きにおいて、事前相談は中国の場合、一連の手続きの一行程とされているが、日本の場合には任意とされている。

2-2-9 コストシェアリング

中国現地法人が日本の親会社と共同で知的財産を開発・取得し、または共同で役務を提供し享受する場合、複数の関連者により費用分担契約を締結する場合があるが、このような場合にも、独立企業間原則に従って行うことが求められている(企業所得税法第 41 条)。また、独立企業間原則を満たし、契約締結者それぞれの予測便益と費用分担が相応すべき

ことを定め、税務当局に所定の関連書類を提出することで、当該費用分担契約に基づき負担した費用は企業所得税の課税所得計算上控除できるとしている（企所法例 112 条）。

【図表 24】コストシェアリング日中対比

中国	日本
1. 費用分担契約（処理）の定義 費用分担契約とは、税務機関が企業所得税法の規定に基づき、企業その関連相手方と締結した費用分担契約管理が、独立取引原則に合致しているかどうかについて、審査評価及び調査調整等を行う作業の総称をいうとしており、契約の定義ではなく、費用分担契約に係る税務当局が行う処理を定義している。 2. 具体的取り扱い概要 企業はその関連者と費用分担契約を行うときは、一定の事項が記載された契約書を締結し 30 日以内に国家税務総局に報告すること、費用分担契約が独立取引原則に合致しているか否かの審査承認は国家税務総局によること、APA 申請も可能であること、契約実行日の翌年度の 6 月 20 日以前に同期資料を主管税務機関に提出することとされている。また、下記のいずれかの状況が存在する場合には、費用分担契約に係る費用は企業所得税の課税所得計算上控除してはならないとされている。 ①合理的商業目的と経済実態を伴わないもの、②独立取引原則に合致しないもの、③原価と収益分配の原則を遵守していないもの、④同期資料を作成・保存・提出しないものの、⑤契約締結後経営期間が 20 年未満である場合 納税調整法 64 条～75 条	1. 費用分担契約の定義 費用分担契約とは、特定の無形資産を開発する等の共通の目的を有する契約当事者（以下「参加者」という。）間で、その目的の達成のために必要な活動（以下「研究開発等の活動」という。）に要する費用を、当該活動から生じる新たな成果によって各参加者において増加すると見込まれる利益又は減少すると見込まれる費用（以下、「予測便益」という。）の各参加者の予測便益の合計額に対する割合（以下「予測便益割合」という。）によって分担することを取り決め、当該研究開発等の活動から生じる新たな成果の持分を各参加者のそれぞれの分担額に応じて取得することとする契約をいう。 2. 具体的取り扱い概要 ①法人が国外関連者との間で締結した費用分担契約に基づく費用分担等は、国外関連取引に該当し、当該費用分担契約における当該法人の予測便益割合が、当該法事の適正な予測便益割合に比べ過大であると認められるときは、当該法人が負担した費用の総額のうちその課題となった割合に対応する部分の金額は、損金の額に算入されない。 事務運営指針 2・14～2・18

2-2-10 対応的調整と相互協議

中国において移転価格調査により更正を受けた場合、当該取引の相手先は実際の取引価格に基づき課税所得が計算されていることとなり、グループ全体でみた場合には、同一の所得に対して二重課税が生じていることとなる。このため、二重課税を排除するため、関連者取引の一方で移転価格更正を受けた場合には、他方で対応的調整を行うことを認めている。また、租税条約締結国の関連企業である場合、企業の申請に基づき、国家税務総局と租税条約相手国の主観税務機関との間で相互協議を通じて対応的調整が行われる。

なお、相互協議とは、租税条約の規定に基づき両締約国の権限ある当局間で行われる協議であり、国内法に規定する救済手続きに関係なく救済申し立てを行うことができる⁸⁵とされている。

【図表 25】相互協議日中対比

中国	日本
1. 相互協議の申立てができる者 原則として「中国居住者」であり、「中国居住者」は、中国において全ての所得に対して納税義務を負う企業、個人を言う。 2. 相互協議の対象税目及び対象となる事項 原則として、対応する租税条約の税目と同一。 相互協議を申し立てることができる事項として、2 国間 APA の申請、移転価格課税による対応的調整が必要な場合、不適当な源泉課税を受けた場合等 3. 相互協議申立て期間 当初の課税処分最初の通知日から 3 年以内。（移転価格調査通知書を受領してから 3 年以内に対応的調整の申請を行うものとする。） 4. 申請 租税条約相手国の関連者の移転価格の対応的調整に関わる時は、企業は国家税務総局と主管税務機関に対して「相互協議手続開始申請書」及び移転価格調査通知書等の書類を添付して提出するものとする。 対応的調整又は相互協議の結果は、国家税務総局が主管税務機関を通じて書面で企業に公布する。 5. 対応的調整 日中租税条約には対応的調整条項が記載されていない。実施弁法では、租税条約締結国の関連者に関わる対応的調整は、企業の申請により相互協議により交渉を行うとされている。なお、支払利息、使用料、ロイヤリティ等源泉徴収済みの税額については対等的調整を認めないとされている。	1. 相互協議の申立てができる場合（相互協議事務運営指針における規定） (1)内国法人とその国外関連者との間における取引に関し、我が国又は相手国において移転価格課税を受け、又は受けるに至ると認められることを理由として、当該内国法人が我が国の権限ある当局と相手国の権限ある当局との協議を求める場合 (2)内国法人とその国外関連者との間における取引に係る事前確認について、当該内国法人が、移転価格事務運営指針等に規定する事前確認の申出を行うとともに、我が国の権限ある当局と相手国の権限ある当局との協議を求める場合 2. 相互協議申立て期限 国内法では期限の定めは設けられておらず、日中租税条約において、条約に適合しない課税に係る最初の通知日から起算して 3 年以内とされている。 3. 申立て及び合意意向の確認 相互協議の申立ては、「相互協議申立書」及び一定の資料を納税地の所轄税務署長に提出することで行われ、実際の協議は国税庁相互協議室が担当する。権限ある当局間の相互協議の合意に先立ち、申立者の意向確認が行われ、申立者が合意しない場合には相互協議は終了する。 4. 対応的調整 対応的調整がなされるためには、納税者からの更正の請求が必要とされている。ただし、日本国側で移転価格課税を行い、相互協議の合意により当初の課税が減額される場合の当初更正に係る減額更正は当局の処分により行われる。
中国居住者による租税に関する相互協議手続開始申請の暫定弁法（国税発〔2005〕第 115 号）、納税調整法 98	相互協議事務運営指針第 2.3、2.4、2.6、2.17、2.18、2.19、租税条約実施特例法 7、通則法 23

⁸⁵前掲 61 川田著 P125

上記に記載する中国の相互協議手続き開始申請の暫定弁法における「中国居住者」には、外国投資家が中国に設立をした現地法人（外商投資企業）は含まれないとする解釈がなされている。このため、中国における相互協議手続きは、中国企業が中国国外において所在地国における課税当局から移転価格課税等の課税処分を受けた場合を前提としていると言われている⁸⁶。この場合、外商投資企業が中国において移転価格課税等の課税処分を受けた場合、相互協議申請ができないこととなるが、実際には、日本側の関連者が国税庁に相互協議の申し立てをすることで、中国側での申し立手続きは要せず相互協議が開始されている⁸⁷。なお、近年は日本とOECD非加盟国との相互協議事案が増えてきており、中国との相互協議も増えてきているようである⁸⁸。

2-2-11 法的責任等

移転価格調整を含む特別納税調整関連の罰則が定められており、情報開示拒否及び虚偽報告の場合には、税務機関によるみなし課税を認めている。

【図表 26】 罰則規定等日中対比

中国	日本
1. 情報開示違反罰則 「企業年度関連取引報告表」を提出しない、同期資料の設置義務違反及び関連資料の保存義務違反の場合、最高 1 万人民币元の罰金が科される。 2. 情報開示拒否及び虚偽開示に関する罰則 移転価格に係る同期資料や関連資料の提出拒否、虚偽・不完全な資料を提出し関連者取引の状況を真実に反映しない場合、最高 5 万人民币元の罰金が科される。また、このような場合、税務機関は納税者に対してみなし課税を行う権限を有している。 3. 移転価格調整による追徴税額に対する延滞利息及び懲罰的利息 追徴税額の帰属する納税年度に中国人民銀行が公表する税額追徴期間と同期間の人民元貸付基準利率に 5%を加	1. 推定課税 法人が調査に際して独立企業間価格の算定に必要と求められる帳簿書類又はその写しの提示又は提出を求められたにもかかわらず、当該法人がこれらを遅滞なく提示し、又は提出しなかったときは、税務署長は同業他社等から入手した資料をもとに算定した金額を当該取引に係る独立企業間価格と推定して、当該法人の所得の金額等を更正又は決定することができるとされている。 2. 比較対象企業に対する質免検査権 税務当局の職員は、法人が独立企業間価格の算定に必要な帳簿書類等を遅滞なく提示し、又は提出しなかった場合において、必要と認められる範囲において、当該法事の当該国外関連者取引に係る事業と同種の事業を営む者に対し質問又は帳簿書類の検査をすることができるとされて

⁸⁶月刊国際税務（税務経理協会）2009 年 6 月号 工藤敏彦氏「中国特別納税調整実施弁法と実務対策（下）」P66

⁸⁷ 前掲 86 工藤著 P67 中国当局より「日本の課税庁へ相互協議を申し立てればよい」と言う指導を受け、その指導通りの処理で行われているようである。

⁸⁸ 国際税務研究会セミナー「相互協議を伴う事前確認の状況について」国税庁長官官房相互協議室室長 狩野茂氏 配賦資料 P6 ではOECD非加盟国相互協議発生件数が平成 17 年事務年度は 1 件であったところ平成 18 年より毎年 11 件から 13 件発生しており平成 21 年は 15 件と増加傾向にある。

えて計算する。但し、同期資料等その他の関連資料を提出できる場合には5%の加算利息の支払いは不要。当該利息は、2008年1月1日以降に発生した関連者取引に対して追徴された税額に適用する。 4. 納付 移転価格調整に同意するか否かに関わらず、特別納税調整により追徴される税額と利息を、調整通知書に記載する期限内に納付をしなければならない。 5. 課税更正期間 移転価格の課税更正期間制限は原則3年であるが、特殊な状況がある場合には10年間に延長されている。	おり、当該質問への不答弁、虚偽答弁、検査拒否、妨害等をした者に対して30万以下の罰金が科される。 3. 納付 移転価格課税がなされた場合には、原則として当該課税に係る納税猶予は認められない。ただし、相互協議を申し立てた場合等一定の要件に該当し、納税の猶予に係る金額に相当する担保を提供する等一定の手続きを行うことで、当該課税処分にかかる税額について加算税も含め納税猶予が認められている。 4. 課税更正期間 移転価格の課税更正期間制限は原則6年間とされているが、偽りその他の不正の行為等がある場合には7年間とされる。
納税調整法 105 条～109 条、税徴管法 52 条③、税徴管法 細則 56 条	措置法 66 の 4⑥、66 の 4⑧、⑫、66 の 4 の 2、措置法 66 の 4⑬、通則法 70⑤

中国においても、日本と同様に移転価格に関する同期資料や関連資料が提出できない場合、課税当局における推計課税の権限を与えている。また、中国ではさらに同期資料等の移転価格関連資料の記載内容が不完全であるような場合にも推計課税の権限を与えており、さらに罰金を科すとしている点で、日本よりも厳しいペナルティが課されている。

第3章 中国進出中堅中小企業に係る移転価格税制問題の考察

3-1 中国子会社への過度な経営関与による移転価格税制への影響について

中国に進出した中堅中小企業は、中国現地法人の運営を独立して任せられる人材や仕組みを有していない場合が多く、日本親会社或いは日本親会社のオーナー社長が直接中国現地法人を管理運営しているケースが少なくない。

例えば、中国現地法人の生産量は親会社による計画のもと決定されており、販売先も親会社もしくは親会社が決めた相手先との取引であり、資金調達は親会社からの借入或いは第三者からの借入でも親会社が保証をしており、商品開発や研究も日本親会社側で行われている等、中国現地法人は日本親会社の1工場或いは1販売拠点としての位置づけで運営されている。

このような中国現地法人は、移転価格税制の観点からは関連取引において中国現地法人側が担う機能と負担するリスクは限定的であると判断される。中国課税当局は、このように機能リスクが限定的な会社に対して移転価格税制上厳しい目を向けている。

特別納税調整実施弁法第39条では、「関連者の注文に従って加工製造を行い、経営の意思決定、製品の研究開発、営業等の機能を担わない企業は、意思決定の誤りや稼働率の低下、販売不振等によるリスクや損失を負うべきではなく、一定の利益水準⁸⁹を維持しなければならない。損失企業は、税務機関が経済分析を行い、適当な比較対象取引の価格や比較対象企業を選定の上、企業の利益水準を確定する」と規定しており、中国の課税当局は、機能及びリスクが限定的な単純加工企業に対して、赤字は認めないと主張している。

実際に筆者が過去に経験した事例では、日系独資の委託加工業者（進料加工業）⁹⁰で、典型的な機能リスクが限定的な会社に対して、設立年から直近年度までの期間を対象とする移転価格調査が実施された。

また、機能リスクが限定的な企業は、年度利益が赤字となった場合、当該赤字事業年度について移転価格同期資料の提出義務が課されている。しかし、機能リスクが限定的であるか否か（同期資料の提出の要否）は、先ず企業側で行う事となる。このため、機能リスクが限定的であると判断し、同期資料を提出していない場合において、税務当局が「機能リスクが限定的」な企業と認定した場合には、同期資料の提出がなされていないことを理由にみなし課税を行うことも否定できない。

日本の中堅中小企業は、国外子会社も日本親会社の一組織として経営している場合が多く、日本親会社のコントロール下にある中国現地法人は、「機能リスクが限定的な企業」と判断される可能性が極めて高いと言える。また、赤字事業年度がある場合には、上述の

⁸⁹ 一定の利益率について公にされているものはないが、一般的にフルコストマークアップ率で最低5%以上の水準を要求されるケースが多いようである。

⁹⁰ 当該中国現地法人の過去の年間売上高は最も多い年度で20億円以下であり、直近では年10億円程度の規模の会社であった。中堅中小企業の中国現地法人でも同じ規模の会社は珍しくなく、中堅中小企業の中国現地法人でも十分移転価格調査の対象となりえる状況にある。

とおり同期資料の提出義務が課されているものの、中堅中小企業の多くは同期資料の準備対応が不十分であるため、同期資料の提出がない場合の推計課税のリスクに無防備な状況に晒されていると言える。

3-2 外貨管理規制と移転価格税制への影響

上記「1-5-1 日本親会社支援に関する対外送金と課税の問題」において、中国における外貨管理規制と税制度との関係及び対外送金時の非居住者課税に関わる問題として税務行政が適切に執行されていない問題について述べたが、これらの問題は移転価格税制にも影響を与えている。

外貨管理規制の煩雑さや税務当局側或いは納税者側の課税取扱いの理解不足により、実務上は実際の取引実態とは異なる内容の契約（図表 25 参照）を締結し、対外送金を行っているケースが見受けられる。

【図表 27】取引実態と異なる契約形態の例

取引実態	送金等の阻害要因	形式上の契約形態
技術サービス、 その他役務提供	契約手続きの手間（PE 認定回避のためプロジェクトを細分化）及び P E 認定のリスク（出張者の個人所得税課税を含む）	特許権やノウハウの使用許諾契約としてロイヤリティ契約に含める
出向者給与負担 金等の立替費用	外貨管理規制（立替金送金不可）	役務提供契約
商標権使用料	契約手続きの手間（商標権使用許諾契約は商標局への届け出等の手続きが必要）	ロイヤリティ契約書には商標権使用料は含まないと明記（ただし、ロイヤリティ料には商標権使用料分も含まれている。）

真実の取引と異なる形態での契約が締結され、これらの契約に基づき会計処理及び非居住者の課税が行われた後に、当該関連取引に関して移転価格の調査が実施された場合、取引の実態が契約書の内容と整合せず、税務当局に提出した資料について不完全或いは不真実な資料と税務当局に認定される可能性がある。

一方で、日本の課税当局からは、中国現地法人への支援に係る対価回収がない場合、寄附金課税としての認定を受ける可能性が高まることとなる。このため、日本親会社の経理部門は、日本側の課税リスクのみに着目し、中国現地法人側に支援業務に係る対外送金を要求する傾向にある。また、最近では日本親会社側の経営不振による資金繰りが悪化したため、中国現地法人の資金を日本親会社側に送金させるとして、経済合理性のない契約を締結し日本親会社側に送金するようなケースも見受けられた。特に、中堅中小企業の場合には日本親会社側の都合を優先する対応が多く見受けられ、結果として中国現地法人側の移転価格リスクを高める要因となってしまう。

3-3 移転価格文書化対応に関わる問題について

(1) 中国側の移転価格文書化対応に関わる問題

中国では前述の通り、2008 年より原則として移転価格について同期資料の備え付け義務（いわゆる文書化義務）が課されているが、中堅中小企業の中国現地法人は、同期資料備え付け義務が免除される年度関連取引が 2 億元（棚卸取引）以下或いは 4 千万元以下（役務提供取引等）の場合が多い。このため、一般的には同期資料及び移転価格に関する関連資料の準備対応が不十分な場合が多い。

機能リスクが限定的な赤字企業については、移転価格について同期資料の提出義務が課されているものの、機能リスクが限定的であるという判断は第一に企業側で行うこととなるため、果たしてどれだけの赤字企業が実際に当該規定に基づき税務当局に同期資料を提出しているか疑問である⁹¹。

なお、企業所得税の確定申告書に添付が義務付けられている「関連企業間取引年度報告表」には、同期資料の作成の有無をチェックする欄が設けられており、同期資料の備え付けが義務付けられていない会社についても税務当局に同期資料の設置状況を報告することになり、移転価格同期資料を備えていない会社のうち、赤字である会社にとっては、無防備な状態であることを自ら税務当局に示していることとなる。

また、2010 年に中国国家税務総局が同期資料準備の実施状況に関してサンプル調査を実施した⁹²ところ、非公式コメントではあるが、税務当局は、作成された同期資料について一定の評価をしているものの、記載内容が不十分な同期資料も多く特別納税調整実施弁法に規定する内容及び構成に従い作成するよう要求している⁹³。

【税務当局非公式コメント同期資料指摘事項】

- ①企業グループ情報の記載要件を満たしていない。
- ②事実関係の記述が具体的なデータに裏付けされていないものが多い。
- ③取引別損益分析において、原価・費用の配賦基準の合理性の説明が不十分。
- ④取引単位営業利益法（TNMM）の乱用に注意すべき。
- ⑤取引実行時点の移転価格算定方法の分析が不十分。
- ⑥比較対象企業に不適切な企業（継続性に疑念のある会社、連続赤字の会社）が含まれているケースあり。
- ⑦比較対象企業の独立起業価格レンジの中間位以上にするため、比較対象企業に同様の事象が発生していない特殊要因調整を行っているケースが多く見受けられた。
- ⑧検証対象法人の利益水準が、比較対象企業による独立起業価格レンジの中間位を下回る場合には、原則として、中間位以上の水準に調整する。

⁹¹ 特別納税調整実施弁法施行後移転価格文書化対応をしている企業は、日本親会社が上場企業若しくは上場企業の系列会社でグループポリシーとして移転価格税制対応が必要とされているところがほとんどであり、2010 年度末現在の状況を見る限り独立系中堅中小企業の中国現地法人側の対応は十分とは言えない状況にある。

⁹² 「同期資料検査の展開に関する通知」（国税函[2010]323 号）

⁹³ 月刊国際税務（税務経理協会）2011 年 6 月号 アーストアンドヤング上海事務所 坂出加奈「中国移転価格同期資料 中国税務当局の視点からチェック」P88～85

2008 年から同期資料の備え付けが義務付けられたことにより、多くの企業では事後的に文書を作成している。とりあえず文書化すればよいという意識のもとに会計事務所やコンサル会社に作成依頼をする会社や、また、そのような意識で作成している会計事務所やコンサル会社も少なくなかった。このため、上記税務当局の指摘は、現在の中国税実務の現場で作成されている同期資料の問題としての的を射た指摘であるといえる。

中堅中小企業の場合、日本親会社側の移転価格税制に関する意識の低さから中国現地法人側に対応を一切任せているケースが多く、中国側だけで対応した場合には、中国現地法人側に都合のよい移転価格同期資料（中国現地法人側に帰属する利益が高い内容の資料）が作成される傾向がある。これは、中国側で移転価格税務調査が行われた場合、当該同期資料をベースに中国側だけの都合で課税調整が行われる危険性がある。一方で、日本親会社側の税務当局が、当該同期資料により中国現地法人側に過度に利益移転がなされているのではという疑念を持つ可能性もあり、日本側の移転価格リスクを高めることになりかねない。

(2) 日本側の移転価格文書化対応に関わる問題

日本では、移転価格文書の作成を直接的に義務付ける規定はないが、移転価格に関する資料を税務当局の求めに応じ提出しなかった場合には、税務当局側は推定課税を行う事ができるとされている（措置法 66 条の 4 第 6 項）。また、この推定課税規定において求められる書類の範囲は平成 22 年度税制改正において明確化され（措規 22 の 10①一）、これにより、予見可能性の向上が図られたといえる。

しかしながら、人材も資金も十分でない中堅中小企業にとっては、移転価格文書を作成するには相当の負担を強いられることになる。また、国外関連取引の規模が小さい会社は、移転価格調査の対象となるような規模の会社ではないため、文書の備え付けが無くても実質的な影響はないと考える中小企業は少なくないと思われる。

このような状況において、推定課税規定発動のトリガーとなる移転価格に関する資料が明確にされたことで、移転価格税制への意識が低い中堅中小企業は、文書化への十分な対応がなされていない場合、結果としてこれまで以上に推計課税のリスクが高まったといえる。また、当該改正により、文書化を行わなかった場合には、国外関連取引が独立企業間価格に該当するものであることの立証責任を、事実上負わされているということの意味するという意見もあり⁹⁴、筆者も同様に危惧するところである。

3-4 移転価格算定方法と比較対象企業の選定に関わる問題

上述の 3-3 において中国税務当局の同期資料に関する非公式コメントに、取引単位営業利益法（TNMM）の乱用に注意すべきと指摘しているが、2005 年から 2009 年の間に締結し

⁹⁴ 前掲 71 中里実等編著 第 3 章我が国の移転価格税制と文書化 太田洋・北村導人 P254

た中国国内APAで使用された移転価格算定方法のうち60%は取引単位営業利益法が採用されており⁹⁵、税務当局も実務上当該方法を積極的に使用している。

中国の移転価格において取引単位営業利益法が多く採用される背景には、国外関連者との取引価格が独立企業間価格であることの立証責任が納税者側に負わされていることが影響している（立証責任については後述する。）。つまり、原価基準法或いは再販売価格基準法における「通常の利益率」の立証に耐えうる十分な比較可能取引を検索することは難しいため、比較可能性の厳密性においてより緩和された取引単位営業利益法が多く選択せざるを得ない事情がある⁹⁶。また、2008年から移転価格の文書化が義務付けられたことに伴い、内容の厳密性よりも文書化ありきの対応が多く、取引の類似性がより厳密に求められる原価基準法や再販売価格基準法では事務負担が強いられるため、比較的手間が省けると判断して取引単位営業利益法による文書化が横行したと思われる。

比較対象企業の選定において、中国国内だけでは分析に必要な数の比較対象企業を選定することができず、選定の対象地域範囲を中国に限らずアジア・パシフィック地域等へ拡大することがままある。この場合には、中国国内だけで選定する比較対象企業に比べ規模の差が大きくなるため資本コストの差異について考慮する必要があるが、実施弁法第38条では原則的に資本コストの差異による調整は行わないこととしている。これは分析に必要な比較対象企業が中国国内だけでは選定しきれないため、やむを得ずその範囲を広げたがため、各々の企業の運転資本の差異により利益に与える影響を排除するための調整を行うべきところ、これを原則認めないとすると比較可能性に問題を生じさせることになる。

また、中国国内の上場企業で相当数の比較対象企業が選定できたとしても、昨今の世界経済が低迷している中で中国経済は突出して好調であるため、世界市場における同業他社は総じて低い利益率しか確保できていないにもかかわらず、中国国内企業だけ高い利益率を維持している場合も珍しくない。このような場合には、中国国内上場企業の利益水準をベースに所得移転の蓋然性を指摘される可能性がある⁹⁷。

3-5 中国現地法人の貢献と利益帰属の問題

近年、中国での事業環境が「世界の工場」から「世界の市場」へ変化するとともに、中国へ進出した日系企業の多くは、中国現地法人の役割を、日本親会社のための生産拠点から、中国市場参入の最前線拠点への転換を試みており、すでに大手自動車メーカーなどを中心に生産向上のみならず研究開発部門も中国国内に設置する動きが活発化している。

このような中国の事業環境の変化により、中国税務当局は中国現地法人の収益力の源泉はどこにあるのかということに関心を寄せている。（図表28参照）

なお、一般的な中堅中小企業の中国現地法人は、上述のとおり日本親会社に管理統括されている会社が多いため、中国現地法人の自発的活動による貢献を源泉とする収益力は限

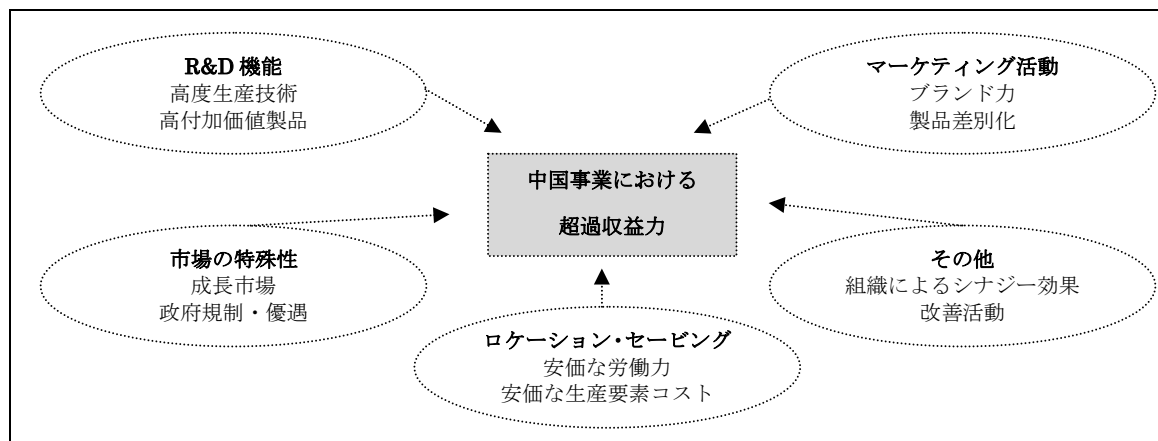
⁹⁵ 前掲82 PWC 著 P79

⁹⁶ 前掲86 工藤著 P80

⁹⁷ 月刊国際税務 2011年1月号高橋宏幸著「中国ビジネスにおける税務リスク（下）」P44

定的であると考えられる。ただし、中国の特殊性（市場の特殊性⁹⁸等）から得られる収益力や安価な労働力や安価な土地等の資産使用料から生じる「ロケーション・セービング」について、中国税務当局は中国側に帰属させるべきと考えているようである⁹⁹。

【図表 28】中国現地法人の貢献



（出所：高橋宏幸著 月刊国際税務 2010 年 12 月号「中国ビジネスにおける税務リスク（上）」P37 一部筆者修正）

例えば、日中合弁企業の場合、中方パートナーが有する営業ネットワークから得られる収益力は中国現地法人側に帰属するものという議論が成り立つと考えられる。また、日本親会社の社名や商品名のブランドでなく、中国名での会社名や商品名の認知度が高い場合には「漢字」の商品名が生み出すブランド力（イメージ力）に着目し、中国現地法人のマーケティング活動を源泉とする収益力であるとの議論も成り立つのではないか。このような視点から中国課税当局は中国側での課税を主張する可能性も考えられる。

一方、日本の税務当局の視点は、日本親会社が形成したブランドや長期的な研究開発により形成されたノウハウなどの無形資産を有し、中国現地法人への技術指導を行っている日本親会社側に、相応の所得が獲得できているか否かに関心を寄せている。

つまり、中国現地法人が単純に日本親会社の製造拠点や販売拠点であるとした場合には、両者間における仕入販売取引（いわゆる「Buy-Sell 取引」）による価格を調整することで日本親会社が負担する機能リスクに見合った所得を確保することは可能である。ところが、中国現地法人が中国現地で資材を調達し、中国で製造し、中国で販売する形態となった場合には、日本親会社は仕入れ販売取引の商流に組み込まれることはない（いわゆる「Out-Out 取引」）。この場合、日本親会社側での価格コントロールができず、日本親会社が有する無形資産の使用料や日本親会社が提供する支援に係るサービス費が適切に回収されているかという点が着目される。

このように、収益を生み出す源泉は、中国市場の特殊性の恩典によるもの或いは中国市場参入過程において形成された無形資産によるものなのか、それとも日本親会社の無形資

⁹⁸ 中国の医療保険業等、業種により市場参入に行政上の規制が設けられている。

⁹⁹ 月刊国際税務 2010 年 12 月号高橋宏幸著「中国ビジネスにおける税務リスク（上）」P39

産や技術力によるものなのか、その帰属に関して争点となる。しかしながら、中堅中小企業の多くはこの点について、対応が不十分な状況にあるといえる。

中堅中小企業の場合、自社が有するブランドや特許技術、ノウハウ、技術に関して適切に把握できていない場合や、また、中国現地法人に対して供与している特許やノウハウの範囲や技術支援の範囲について、双方の課税当局に対して適切かつ合理的に説明ができる程度まで整理している企業は多くない。このため、中国当局側からロケーション・セービングによる利益帰属を主張された場合、安易に受け入れてしまう危険性がある。

3-6 立証責任と救済制度に関わる問題

3-6-1 立証責任

中国では、関連者間の取引価格が独立企業原則に適合していることを立証する責任は、企業側に負わされている。また、2-2-11の法的責任で述べたとおり移転価格資料の不提出や虚偽資料・不完全資料を提出し、または真実の関連企業間取引の状況を反映できていないときは、税務当局は課税所得を法に従って推計する権利を有するとされている。

企業側が関連企業間取引について税務当局側に適切な事実確認と正確な判断へ導くために、または自社で立証責任を果たすべく関連取引に関し資料を用意し税務当局に提出説明をすれば、会社は立証責任を果たし、また、推計課税における移転価格資料の提出がなされたと認められるかが問題となる。しかし実際には、税務当局が求めた情報を求めた通り納税者が提出しない場合には「遺憾である」、「要請したとおりの回答ではない」等コメントするケースもあるように¹⁰⁰、課税当局が想定する内容に不必要な資料の提出があった場合には、不適切な資料と判断される可能性がある。なお、移転価格税務調査に限らず、全般的に中国税務当局への立証は非常にハードルが高いのが現状である¹⁰¹。

このように、立証責任の負担が過度に納税者側に課されていることから、税務当局が合理的と認めない限りにおいては納税者側の主張は認められず、また、提出した資料の真実性についても実際は課税当局担当者の心証によるところが大きいというのが現状であり、税務行政の安定した執行や納税者側の権利保護の面からも問題である。

3-6-2 救済制度

中国において移転価格の調整が行われた場合の救済制度は、租税条約に基づく相互協議又は税務行政不服審判制度が設けられている。

中国との相互協議では日本の納税者側（中国現地法人を含む）の対応が不十分であることにより難航するケースが少なくないようである。

¹⁰⁰前掲 71 中里実等編著 第 5 章中国移転価格税制及びその執行 藤森康一郎 P364

¹⁰¹ 筆者の実務経験例では、外国人個人所得税の過大納税の還付申請において、税務当局は過大納税となっていることの証明として、日本親会社側で支払われている給与に関して、申告内容と支払い事実を確認するため詳細な資料提出を求められ、実際に還付が認められるまでに 1 年半以上要するケースもあった。

国際税務研究会主催のセミナー¹⁰²において、国税庁の相互協議室長が、「中国における文書化対応は重要であることや、移転価格調査時に、中国子会社の機能リスクに関して中国税務当局との議論が十分なされていないように思われるため、リスク分析の結果について、中国税務当局へしっかりと説明をしてほしい」とのコメントをされている。このコメントや中国現地法人の移転価格税制に対する現状から鑑みると、不十分な同期資料や移転価格関連資料により税務調査が進められ、十分な反論もせず課税更正を受けてしまい、後は相互協議で国税庁にお任せするというようなケースが生じているのではないかと憶測することができる。

また、上記 1-3-3 で述べたとおり、中国国内における救済制度として不服申立制度が設けられているが、中国での不服申立及び人民法院の提訴は、移転価格課税に同意できない納税者にとってあまり機能しないといわれており¹⁰³、移転価格税による課税更正を受け、相互協議を行わない場合や、相互協議において合意がなされなかった場合に国内法での救済は事実上望めない状況にある。

このため実質的に相互協議による解決が唯一の解決方法と言えるが、相互協議では両国の課税当局は必ずしも合意する義務は課されていないため、中国国内の救済制度である不服申立制度及び行政訴訟制度が有効に機能していない状況は、中国の納税者の権利が保護されない不利な状況にあり問題である。

3-7 国内取引に対する移転価格税制の適用と行為計算否認規定及び寄附金課税の問題

3-7-1 中国での国内取引に対する移転価格税制の適用と行為計算否認規定

中国における移転価格税制の適用範囲は、国内取引にも適用される。ただし、結果的に中国国内における納税額の総額に影響がない場合には、原則として移転価格の調査及び更正は行われないとされている¹⁰⁴。

なお、1-4-2 でも述べたとおり、旧外資企業所得税法における優遇税率やタックス・ホリデー等の優遇規定が 2012 年まで経過措置として残されており（年々優遇幅は減少）、また、新企業所得税法におけるハイテク企業等優遇税率の適用を受けている国内関連者と取引がある場合には、適用税率の差により国内取引においても税負担の減少が可能となるため、移転価格の問題が発生する可能性は否定できない。

また、移転価格とは別に、企業所得税法第 47 条の行為計算の否認規定¹⁰⁵や企業所得税法実施条例第 49 条¹⁰⁶による関連会社間管理費及び本支店間費用の損金不算入規定の適用を主張するケースも考えられる。

¹⁰²月刊国際税務（税務経理協会）2011 年 3 月号 2011 年 12 月 15 日開催の国際税務研究会主催セミナーにおけるコメント

¹⁰³月刊国際税務 2010 年 8 月号（Vol.30 No.8）PWC 北京事務所 黒川兼著「中国における移転価格課税と不服申立」P52

¹⁰⁴納税調整法 30 条

企業所得税法第 47 条では、行為計算の否認規定を適用する要件として、①合理的な商業目的がないこと（納付額の減少・免除・納付遅延を主目的とすること¹⁰⁷）、②課税収入又は課税所得額を減少させたこととされていること、の 2 点を挙げている。

また、特別納税調整管理法においては実質課税の原則を規定しており、租税回避行為の判定要素として以下の点を考慮することとしている¹⁰⁸。

①行為の形式と実質、②行為の確立時期及び実行期間、③行為の実現方式、④行為の各段階又は構成部分との間の関係、⑤行為に係る各方の財務状況の変化、⑥行為の税収結果。

さらに、租税回避行為の可能性が高いと考えられる類型として、優遇税制の乱用、租税条約の乱用、会社組織形態の乱用、タックスヘイブン国・地域による租税回避、その他合理的な商業目的を有さない行為は、一般租税回避防止の調査権限を明示している¹⁰⁹。

この行為計算否認規定及び租税回避行為規定の適用要件の一つである「合理的な商業目的がないこと」について、明確な定めはなく抽象的な記載にとどまっていることから、事実上、税務当局側に裁量の余地を与えていることとなり、予見可能性が確保できないことから問題である。

3-7-2 移転価格税制と寄附金課税

これまで日本における移転価格の調査対象は大手企業が中心であった。これは、移転価格の税務調査は国税局の担当部署（東京国税局では調査部国際課税課）が行うため、税務当局も限られた調査要員及び時間をもって調査に対応しなければならず、必然的に調査対象は取引金額の大きい大企業が中心とならざるを得ないためと考えられる。このため、一般的な中堅中小企業は、移転価格税務調査対象になりにくいことから、多くの中堅中小企業は移転価格税制に対する意識が高いとは言えない。

一方、中国に子会社を有する中堅中小企業では、所轄の税務署或いは国税局による一般調査において、中国子会社出向者の日本親会社負担給与の負担状況、中国出張目的と出張者に係る出張費等の負担状況、中国子会社に対する資金貸付或いは中国子会社の第三者からの借入に対する保証引き受けの状況、ノウハウ提供、技術援助やその他の各種支援の有無と対価決済状況等について詳しく調査され、寄附金認定による課税が主張されるケースが見受けられる。

例えば、中国子会社に出向する社員の給与の一部を日本親会社が支払っている場合があるが、当該日本親会社の給与負担額が過大と判断された場合、中国現地法人に対する寄付金として認定され、措特法 66 条の 4 第 3 項により国外関連者に係る寄付金は損金不算入と

¹⁰⁵ 企所法 47 条：企業がその他合理的な商業目的がなく、課税収入又は課税所得額を減少させた場合には、税務機関は合理的な方法により調整を行う権限を有する。

¹⁰⁶ 企所法例 49 条：企業間において支出した管理費、企業内組織間において支出した賃貸料及び特許権使用料、及び非銀行企業内組織間において支出した利息は、控除してはならない。

¹⁰⁷ 企所法例 120 条

¹⁰⁸ 納税調整法 93 条

¹⁰⁹ 納税調整法 92 条

される。また、日本親会社が中国子会社へ製品を 80 で販売していたところ、当該製品の適正な時価は 100 であった場合、課税当局は日本親会社が低廉譲渡を行ったものとして、法人税法 37 条 8 項により当該差額部分の 20 は中国子会社に対する寄附金であると判断され、結果として前述の出向者給与の過大負担額と同様に損金不算入とされる可能性がある。

国外関連取引について移転価格税制と寄附金課税いずれが適用されるかは、その後の相互協議に大きな影響を与えることになる。つまり、寄附金課税が行われた場合には、損金不算入とされた部分について経済的二重課税が生じていることとなるが、租税条約に基づく相互協議は「租税条約に適合しない課税」が対象とされているところ、租税条約において寄附金課税を直接的に禁止する条項はないため、原則として、「租税条約に適合しない課税」は生じていないと解され、寄附金課税に係る二重課税部分は相互協議の対象とすることができないと考えられている¹¹⁰。

このため、移転価格税制によるべきか寄附金課税によるべきか、その判断基準が重要となるが、平成 20 年 10 月の事務運営指針改定で、事務運営指針 2-19 で「外関連者に対する寄附金」が定められ、一定の判断基準が明らかにされた（図表 29）。

【図表 29】 国外関連者に対する寄附金

次のような事実がある場合には、国外関連者に対する寄附金として損金不算入とされる。

- ① 法人が国外関連者に対して資産の販売、金銭貸付、役務提供その他の取引（以下「資産の販売等」という。）を行い、かつ、当該資産の販売等に係る収益の計上を行っていない場合において、当該資産の販売等が**金銭その他の資産又は経済的な利益の贈与又は無償の供与に該当するとき**
- ② 法人が国外関連者から資産の販売等に係る対価の支払いを受ける場合において、当該法人が当該国外関連者から支払いを受けるべき金額のうち当該関連者に**実質的に資産の贈与又は経済的な利益の無償の供与をしたと認められる金額があるとき**
- ③ 法人が国外関連者に資産の販売等に係る対価の支払いを行う場合において、当該法人が当該国外関連者に**金銭その他の資産又は経済的利益の贈与又は無償の供与をしたと認められる金額があるとき**。

※ 法人が国外関連者に対して財政上の支援等を行う目的で、子会社等を再建する場合として相当の理由がある場合として一定の場合には、損金不算入の規定は適用されない。

しかしながら、中堅中小企業の税務調査においては、担当課税機関が税務署である場合が多く、課税当局側も移転価格による課税更正を行うには独立企業間価格の算定等相当の負担を要するため、実務上は寄附金認定される傾向があるように思われる。

移転価格税制の適用により検討すべき事項について寄附金課税が行われることもあり¹¹¹、上述のとおり寄附金課税と処理された場合には相互協議の対象とされず対応的調整が行われない可能性もあることから、安易な寄附金課税認定は問題である。

¹¹⁰前掲 71 中里等編著 第 3 章「移転価格税制に関する手続き 2 相互協議と国内救済制度」伊藤剛志・小原英志 P287-288

¹¹¹ 筆者が実務上相談を受けた事例においても、寄附金認定よりも移転価格の問題と思われる事例があり、山本守之氏もその著書「検証国税非公開裁決 - 情報公開法が開く審判所の扉 -」ぎょうせい（初版）P247 において、「移転価格税制の適用範囲にもかかわらず寄附金課税が行われることも少なくなく、問題である。」と述べられている。

第4章 日中移転価格税制の在り方及び中堅中小企業の日中移転価格税制への対応に関する提言

4-1 中国での移転価格税制の在り方について

4-1-1 中国の租税制度及び税務行政の安定について

近年の中国は、国家権益の保護及び経済発展を優先し¹¹²、インフラ投資による経済発展を支えるため税収確保を第一に優先している。また、これまで述べてきている通り、中国の税務行政は法令規定通りに必ずしも執行されているとは言えず、中国進出企業にとっては、税務行政の不安定性や予見可能性の低さに翻弄されており、納税者側は課税当局への不信感が募るばかりである。中国政府及び課税当局は、1-3-1 で述べた中国税制度の基本原則である「公平、効率、適度、法治」を遵守した税政策の策定と執行が望まれる。

不安定な税務行政の要因として、税務行政を執行する税務職員側と納税者側双方に問題があると考えられる。つまり、税務職員も納税者も順法意識が必ずしも高いとは言えず、「上に法あれば下に対策あり」といわれるように、いかにして法の網をくぐり利益を得るかということに奔走しやすい傾向にある。また、近年中国では公務員が人気職業であり、中でも税務職員の人気が高いようである¹¹³。これは、安定した職業であることのほか、税務職員になることで何かしらのメリットを享受できることが期待されていることも影響しているものと思われる。

安定した税務行政を行うためには、納税職員の意識向上が不可欠であることから、国家税務総局は、下部機関に対して適切な課税を行うための教育や啓もう活動をこれまで以上に推進していくことが望まれる。一方、納税者側も憲法で規定する国民の納税義務を十分理解し、順法意識を向上させる必要がある。

また、中国の企業所得税や個人所得税は原則として申告納税制度を採用しており、租税行政に対する納税者の協力の確保と申告納税の水準を高める必要がある。このため、日本ではシャウプ勧告により導入された青色申告制度のように、適切な帳簿の備え付けとこれに基づく正しい所得計算を行っている者に対して、税制上の特典を与えるような制度を導入することも一つの方策として考えられる。

さらに、公平な課税制度を実現するためにより改善が必要とされるのは、実行可能な納税者救済制度を確立することにある。

¹¹² 社団法人租税研究会の国際課税委員会委員懇談会（2011年11月8日開催）において、中国国家税務総局総経理 帳志勇は講演で、中国の国際課税への取り組みとして「国家権益の保護、改革開放のサポート、公平な競争の促進、国際慣行の尊重」を4つの原則としてコメントしている。

¹¹³ 2012年の国家公務員試験の競争率トップは税務部門であったとの報道がされている。（人民日報のWEBサイト 人民網日本語版サイト <http://j.people.com.cn> 2011年10月16日）

日本のように徴税機関から独立した国税不服審判所のような機構の設置や、納税者が真に救済される税務訴訟の実現により、徴税機関への適切なけん制機能が発揮されるものと考ええる。

4-1-2 中堅中小企業に対する中国及び日本における移転価格税制の在り方

中国の課税当局は前述のとおり国家権益の保護を第一に掲げており、移転価格税制は二国間の課税権に関わるものであることから、中国側の行き過ぎた課税権の主張は日本のみならず、国際社会からも受入れられるものではない。現在の中国における移転価格税制の案件は、外資系企業とその親会社である国外関連者との取引が中心であるが、かつての日本がそうであったように、中国経済の発展に伴い今後は中国企業が国外へ進出するケースが増えていくことが予想される。中国企業が国外に設立した国外関連者との取引が増えてくることにより、中国課税当局が中国国外に移転した利益を取り戻すべく、外国の課税当局と相互協議により解決を図るケースが増えてくるものと思われる。このため、今後中国はより一層国際協調が重要となる。日本を含むOECD加盟国は、中国に対し正式加盟を促し国際的課税慣行への遵守を求め、中国もOECDへの正式加盟に向けた対応が望まれる。

中国における移転価格税制が本格的な執行運営期に入り、今後は中堅中小企業の中国現地法人も移転価格税務調査の対象となることが十分考えられる。しかしながら、前章でも述べている通り、中堅中小企業の多くは人材が不足しており、移転価格税制への対応は十分とは言えない。また、中国では举证責任が納税者側に負わされているため、無防備な状態で移転価格のリスクに晒されている企業は少なくない。このため、中国課税当局は、所得移転の蓋然性が認められるような場合に税務調査を行うことは当然であるが、移転価格に対する準備が不十分な企業¹¹⁴を狙い撃ちするかのような税務調査は厳に慎んでもらいたいところである。

中国のみならず日本においても移転価格税制への対応は納税者側にも課税当局側にも相当の負担を強いることになるが、これらの負担を軽減することが期待できるセーフハーバーは両国ともに導入されていない。セーフハーバーは、税務当局に移転価格が自動的に認められる簡易な一組のルールに納税者が従うことができる状況を提供することで、独立企業原則を適用する困難性を改善しようとするものとされている¹¹⁵。移転価格税制に係る納税者側のコンプライアンスコストの軽減と、納税者側による調査及び課税更正回避の確実性と、課税当局の税務執行の簡素化が期待される。一方で、セーフハーバーは、セーフハーバー実施国の税務計算に影響を及ぼすのみならず、他国の管轄の関連納税者の税務計算を侵害することや、セーフハーバーの定義に当たり、満足すべき基準を設定することが難

¹¹⁴ 例えば、企業所得税の確定申告書に添付する「関連企業間年度報告表」において、同期資料の備え付け有無のチェック欄において「無」にチェックした企業等。

¹¹⁵ 前掲 64 4.95

しいという問題点があるとされている¹¹⁶。さらにセーフハーバーを利用した場合、相手国において不適正と判断した場合には、対応的調整が実施されないため経済的二重課税が生じる可能性があるとしている¹¹⁷。このように、セーフハーバーはコンプライアンスコストの軽減という観点においては有効であると考えるが、前述の通りセーフハーバーの導入により相手国の課税権を侵害し国際的な摩擦を拡大しかねないことから、制度としての導入は慎重に検討しなければならない。特に、現在の中国の課税当局の姿勢が国内の課税権益の保護を強く主張している現状においては、当該制度を導入することは国際的な摩擦を生じかねないため適当ではないと考える。

しかしながら、小規模の納税義務者に対しては移転価格のコンプライアンスコストの軽減が必要である。税務執行当局は小規模納税者に対して柔軟に執行することにより、セーフハーバーによって追求されるのと同様な目的を遂行するであろうとも言われていることから¹¹⁸、日中双方の税務当局は、規模の小さい中堅中小企業に対する移転価格税制の執行にあたり柔軟な対応が望まれる。

中国又は日本において移転価格課税が行われた場合の、救済制度として租税条約に基づく相互協議が設けられているが、相互協議では合意することが義務付けられているものではないため、双方の権限ある課税当局が合意しなかった場合には、それぞれの国内法における救済制度を活用することになる。しかしながら、前述のとおり中国国内における救済制度は現実機能していないため、国内における救済制度の改善が望まれる。また、より確実な救済措置として、第三者の仲裁機関に解決を委ねることができる仲裁条項を租税条約に追記することが望まれる。

4-2 中堅中小企業における移転価格税制への対応について

中国に進出する中堅中小企業は、移転価格税制に対する意識や理解が不足していることから、事前の税務リスクに対する検証が不十分であり、逆にグループの効率的な経営を優先するとして、税務リスクを考慮しないまま経営判断がなされることにより、結果として移転価格のリスクを高めてしまっている。

このため、中国に進出する若しくは進出した企業は中国における法令規定上の取り扱いのもとより、実務上の取り扱いをもよく見極めたうえで、対応することが重要である。

また、中国の税実務では実質的な判断よりも形式的な判断がなされる傾向にあるため、移転価格税制においては、制度上要求される企業年度関連取引報告書の作成および同期資料とまではいかないまでも、関連者及び関連者間取引の内容の洗い出し、機能リスク分析を行い、会社における移転価格リスクのポイントをあらかじめ把握し、税務当局からの資料提出要求時には迅速に対応できるようにしておくことが望まれる。

¹¹⁶ 前掲 64 4.103

¹¹⁷ 前掲 64 4.110

¹¹⁸ 前掲 64 4.123

日本親会社側では、日本親会社が中国現地法人に対しどのような支援を行っているか適切に把握することが重要である。そのうえで、現在行われている取引と当該支援との関連性、移転価格への影響や寄附金認定のリスクを検証し、合理的な説明ができるよう資料を準備しておく必要がある。特に移転価格のリスクが懸念される場合には、積極的に同期資料の作成を行うべきである。

移転価格の同期資料の作成には相当の事務負担を要することから、同期資料の作成について消極的に考える傾向にあるが、これらの対応は、税務リスクの軽減を目的とするものだけではなく、同期資料の作成を通じて海外事業や会社の事業環境等の現状を把握し、会社経営の改善に役立てることが期待できる。特に、海外進出にあたり事業計画の策定や事前のリスク調査が不十分な中堅中小企業にこそ、海外事業の現状把握及び改善の一環として同期資料の作成を積極的に取り組む必要があると考える。

おわりに

日本及び日本企業が今後も安定した経済成長を目指すためには、中国とのさらなる経済交流が必要と考える。しかしながら、海外進出の経験が不足している中堅中小企業は、中国進出にあたり、事業計画及びタックスプランニングが十分行われていないため、日中双方において課税問題を引き起こしている。

日中両国における課税制度や執行面の違いを要因とする課税問題は、日本及び中国双方において透明で公正なルールの下、適切に執行されることが望まれる。

中国においては、財政収入確保のため突如積極的な税務調査が行われることや、中央の国家税務総局によるコントロールが末端の税務局まで必ずしも及んでいない等、不安定な税務行政が進出企業の経営に大きな影響を与えている。このため、発展途上国から経済先進国への過渡期であるとしても、税制度の立法及び執行にあたっては、租税国家としての基本である租税法主義を遵守することが強く望まれる。このためには、税務行政執行側の税務職員の資質と、納税者側の納税意識の双方を向上させていく取り組みが不可欠である。

日本では、中堅中小企業の税務調査において、移転価格課税と寄附金課税の取り扱いのさらなる明確化と、実際の適用にあたっては、中国現地の事情や中国子会社の現状を適切に把握し、総合的に勘案した上で課税処分の判断を行うことが望まれる。

納税者側の理解不足を要因とする課税問題は、企業側において十分な準備と正しい理解のもとで中国への進出及び中国での事業活動を行っていくべきである。特に、中堅中小企業は、移転価格税制を含む国際課税に関して経営上重要な事項であることを十分に意識し、移転価格決定においては会社としてのポリシーを明確にし、最低限の国外関連取引に関する説明資料を準備しておくことが必要である。

日中移転価格税制への適切な対応により、税務リスクの軽減のみならず、海外事業の経営改善にも役立て、日本親会社及び中国子会社双方が、両国の経済発展に寄与することを願い本論文の結びとする。

【参考文献】

1. あずさ監査法人中国事業室／KPMG編 「中国移転価格税制の実務」（中央経済社）2009年
2. 荒川浩嗣 「図説 日本の税制 平成21年版」（財経詳報社）2009年
3. 池田博義 「日中新法制度下のビジネス再構築」初版（大蔵財務協会）
4. 金子宏 「租税法」第14版（弘文堂）2009年
5. 亀井康幸 「中国進出企業の移転価格税制対策」第1版（中央経済社）2009年
6. 川田剛 「国際課税の基礎知識」七訂版（税務経理協会）2007年
7. 川田剛 「租税法入門」第5版（大蔵財務協会）2010年
8. 川田剛 「国際課税の理論と実務 第5巻 移転価格税制」（税務経理協会）2010年
9. 川田剛 「早見一覧 移転価格税制のポイント」（財経詳報社）2008年
10. 中里実、太田洋、弘中聡浩、宮坂久 編著 「国際租税訴訟の最前線」初版（有斐閣）2010年
11. 中田実、太田洋、弘中聡浩、宮坂久 編著 「移転価格税制のフロンティ」初版（有斐閣）2011年
12. 伏見俊行 「日中移転価格税制」（税務研究会出版局）
13. 増井良啓 「国際租税法」（東京大学出版会）2008年
14. 水野忠恒 「国際課税の理論と課題」（税務経理協会）2005年
15. 築瀬正人・品川克己著 PWC編集 「中国税務総覧－実務と対応－」（第一法規）
16. 山本守之 「検証国税非公開裁決・情報公開法が開く審判所の扉」初版（ぎょうせい）2005年
17. 曹瑞林 「現代中国税制の研究」（御茶の水書房）2004年
18. 劉剣文 主編 「税法学」（北京大学出版）2007年
19. 劉佐 著 「2011年中国税制概覧」（経済科学出版社）2011年
20. 宇都宮浩一 「中国における移転価格税制と移転価格検査」（2008年）
21. 宇都宮浩一 「中国増値税の移転価格に与える影響について」（2006年）
22. 遠藤 克博 「移転価格運営事務指針に見る「国外関連者に対する寄附金」の判断」（2009年国際税務掲載記事
Vol.29No.3）
23. 遠藤 克博 「移転価格と寄附金課税」（税大論叢33）
24. 角田伸広 「最近の相互協議での二重課税の解決について」（2009年国際税務記事）
25. 小杉 直史 「中国の税務行政」（税大ジャーナル2007.6）
26. 工藤俊彦 「中国特別納税調整実施弁法と実務対策」（国際税務2009年4月～6月号）
27. 高橋宏幸 「中国ビジネスにおける税務リスク－移転価格税制」（国際税務2010年12月号、2011年1月号）
28. 伏見俊行 「中国税制の動向と今後の展望」（2009年租税研究掲載記事）
29. 柳下正和 「日本と中国における租税政策の協調」（2007年）
30. 吉川保弘 「海外子会社への出向社員が引き起こす所得移転の問題」（国際税務2009年）
31. 日本機械輸出組合 「中国の移転価格税制への対応と日本企業の利益回収の課題を提言」（2002年6月）
32. 中国国家税务总局 「納税人権利義務公告」解説（中国税務出版局）
33. ジェトロ 中国データ・ファイル2010年版
34. 香港経済年鑑2010年版（経済導報社）
35. OECD移転価格ガイドライン2009年版（社団法人 日本租税研究会）

投資ファンドの租税条約適格性に関する一考察

沖村 優輝

【論文要約】

近年、経済のグローバル化に伴い、国境を越えて行われる投資が増えてきている。そして、その際に二重課税の問題や所得性質転換の問題等租税制度上多くの問題点が指摘されている。本論文では、その問題点のうち、「投資ファンドの租税条約適格性の問題」に議論の焦点を絞って考察し、その解決方法を提案している。

第1章では、ポートフォリオ投資の投資パターンを7つに分類し、その際に生じる問題を各投資パターン毎に詳細に検討し、本論文で取り扱う問題について述べている。本論文では、租税中立性の観点から問題となる「投資ファンドの条約適格性」の問題に議論の焦点を絞っている。投資ファンドを通じない直接投資の場合、所得の源泉地国と投資家の居住地国との間に租税条約があれば当該条約で定める軽減税率等の特典を享受することができる。しかし、投資ファンドを通じた投資の場合、現行のOECDモデル租税条約では当該投資ファンドが租税条約の特典を享受することができる適格者であるか否かを明確に規定していないために、直接投資の場合には享受することができる租税条約の特典を投資ファンドが享受できない可能性がある。その結果、直接投資と比較した場合に最終的に投資家が受け取る所得の金額が変わる可能性がある。これは、直接投資と投資ファンドを通じた間接投資を租税制度上中立に扱うという租税中立性の観点から非常に問題である。そこで、投資ファンドを租税条約上の適格者として扱うことを目標に次章以降で検討を行うこととする。また、本論文における投資ファンドの対象範囲は、投信法で規定される証券投資信託、公募型の投資信託及び投資法人とする。

第2章では、OECDにおける投資ファンドの租税条約適格性の議論を中心に、1章で定義した投資ファンドが条約上の適格者となるか否かについて述べている。OECDでは、投資ファンドの条約適格の問題について古くから議論しており、2010年にはそれを踏まえてOECDモデル租税条約コメンタリーの改正を行っている。その際に参考としたのが2009年に公表され、以降改訂を重ねたCIV報告書である。そのため、当該報告書を中心に投資ファンドの条約適格の問題について検討していくことには意味があると考え、当該報告書に基づいて議論を行っている。結果、本論文で対象となる投資ファンドは現行のOECDモデル租税条約の下では条約適格者には該当しないことが分かる。そこで4節において、投資ファンドに条約適格を認める新たなアプローチを提案している。

第3章では、投資ファンドを条約適格として扱う規定の下で導入すべきトリートメントショッピング防止条項について検討している。投資ファンドを条約適格者として扱う場合、本来条約適格のない第3国の者にまで条約特典を認めてしまう可能性がある(このような指摘はOECDやIFAのこれまでの報告書においても指摘されている)。また、現在日本が結ぶ租税条約の中で規定されているトリートメントショッピング条項の下では、本論文で提唱するアプローチを導入したとしても、投資ファンドの条約適格性を否認される可能性がある。そこで、上記2つの視点から、OECDの提案するトリートメントショッピング規制条項と現行の租税条約を基にして、今後日本が採るべき規制方法について検討している。その結果、新日英型の特典条項及び対象範囲を投信信託まで広げた派生的受益基準、新日豪型の主要目的テスト、導管取引防止規定を新たなTS防止規定

として導入するべきであるとしている。

以上、本論文では、投資ファンドに条約適格を認めるアプローチと、それに対応したTS防止条項の導入を提案している。しかし、本論文で対象としなかった投資ファンド、例えば任意組合型や匿名組合型の投資ファンドについては、未だ投資家による適正な条約特典の請求の問題が残る。そこで、「おわりに」では、本論文で提案するアプローチを補完する形で、OECDが提案するAI制度の考え方を採用するべきであると述べている。

目次

序章 はじめに

第1章 投資ファンドの租税条約上の問題点

- 1-1 対象となる投資ファンドの範囲について
- 1-2 投資ファンドの国内における問題
- 1-3 投資ファンドの国際的側面に係る問題
- 1-4 投資ファンドの条約適格性の問題について

第2章 投資ファンドの租税条約適格性についての検討

- 2-1 集団投資ビークルに対する国際的な議論の歴史
- 2-2 日本における租税条約上の取扱い
- 2-3 CIV 報告書における議論の概要
- 2-4 国内の投資ファンドの取り扱いとその法的根拠
- 2-5 投資ファンドの租税条約適格該当性と新たな取扱いアプローチ

第3章 投資ファンドを利用したトリートイ・ショッピングへの対処

- 3-1 CIV による潜在的な TS 問題
- 3-2 OECD モデル租税条約及びコメンタリーの掲げる規制条項
- 3-3 日本の現行租税条約上の規制方法(日米・日英・日仏・日豪・日蘭)
- 3-4 今後日本がとるべき条約上の TS 規制

終章 おわりに

序章 はじめに

経済のグローバル化が進む昨今、人や所得の国際的な移動が活発になってきている。そして、それに伴い「国境」という概念も薄れてきている。それは特に EU のような経済共同体において顕著に見られ、その他にも自由貿易協定であるとか現在議論されている TPP 等においても見受けられる。そして、そのような事情を背景にしてか国境を越えた投資活動も活発になってきており、日本から外国への投資や外国から日本への投資も増加してきている¹。

一般的に、国際的な投資を行う場合の手法として考えられるのは直接投資とビークルを通じた間接投資の2つである。前者の場合は、投資家個人が直接に企業の株式や国債を売買し、それによって収益を得る。後者の場合は、証券会社や投資銀行、投資ファンド等を通じて外国の株式や利子等に投資して収益を得る。両者にはそれぞれメリットとデメリットがあり、どちらの投資形態が有利であるか一概には言えないが、リスク分散と資産の運用の観点からは後者がよりメリットを持つ。そのため、ビークルを通じた投資の方がより一般的であり、金融庁の調査によればその運用財産額は 200 兆円を超える²。

一方で、投資ファンドと投資家、若しくは投資ファンドと運用先の間に多くの中間段階組織を介在させるといったように、ビークルを通じた投資スキームもその構造が複雑化してきている。そしてそれに付随して、このような投資スキームにおける中間段階組織や投資ファンド等は、法人格を持たないとの理由で源泉地国での租税条約上の軽減税率の適用を否定されたり、居住地国での二重課税排除規定の適用を否定されるという事態も生じてきている³。

OECD においても上記のような問題は集団投資ファンドの課税問題として 1970 年代から議論されており、1999 年には報告書が公表されている⁴。投資ファンドの形態には、信託型に限らず、任意組合理型、匿名組合理型、パートナーシップ等、様々な種類があり、日本でも、平成 10 年度の証券投資信託法改正により、会社型の証券投資ファンドが認められるようになった。また、外国ファンドの形態も、会社型・契約型等多種多様である⁵。

ここで投資ファンドについて問題となるのは、当該投資ファンドに条約適格性があるかどうかである。条約適格者に該当するためには条約上の「者」及び「居住者」であり、運用益が利子や配当等の投資所得の場合には「受益者」でなくてはならない。従って、当該投資ファンドが適格者に該当すれば当該投資ファンド自身が条約特典を享受することができる。しかし、多様な形態をとる投資ファンドがそのような要件を満たすかどうかは租税条約で明確にされていない。そのため、仮に投資ファンドが条約適格者としてみなされない場合には投資家自身が条約特典の請求手続きを行わなければならないが、投資家がそのような請求を行うことには多くの問題が伴う⁶。

¹ 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),205 頁

² 金融庁 HP ファンドモニタリング調査の集計結果について 平成 23 年 9 月

<http://www.fsa.go.jp/news/23/syouken/20110930-7/01.pdf> 平成 23 年 12 月アクセス

³ 川端康之「租税条約における beneficial owner 概念の信託法的構成—fiscal transparency」『信託研究奨励金論集』20 号(1999),21 頁以下

⁴ OECD, Taxation of Cross-border Portfolio Investment, -Mutual Funds and Possible Tax Distortions(1999)

⁵ 増井良啓「証券投資ファンド税制の比較」日税研論集第 41 号(1999),172 頁

⁶ 「個々の受益者がそれぞれ条約適用上の手続きを採るとすること自体実務的にきわめて煩雑で

その結果、投資ファンドを通じた投資において適切に条約特典を享受することができず、直接投資と比較した場合に課税の中立性の観点から問題が起こる。従って、本論文の視点として、投資ファンドに条約適格を認めることでこの問題を解決するという方向から検討していく。

そこで本論文においては、第1章で本論文における「投資ファンド」という用語が対象とする事業体の範囲を決定し、その後、投資ファンドの条約適格性の問題について詳しく分析する。第2章ではOECDによる投資ビークルの条約適格に関する議論を概観し、当該議論を参考にしつつ、日本の租税条約上で問題の解決を図るための方法について検討する。そして、第3章では投資ビークルに条約適格を認める場合に問題となるトリートイ・ショッピングを防止するための規定について検討する。

第1章 投資ファンドの租税条約上の問題点

1-1 対象となる投資ファンドの範囲について

投資ファンドには、信託型・任意組合理型・匿名組合理型・パートナーシップ型等様々な法形態があり、また、平成10年改正によって会社型の投資ファンドも認められるようになった⁷。さらに、投資ファンドに代表される集団投資ビークルは、そのビークルが組成される国や地域の法制度、投資家の投資対象等によって異なる法形式を採用している。このことから、「投資ファンド」という用語は様々な種類の事業体を包括的に意味しており、同じ「投資ファンド」という用語でも国毎に、又は論者によってその定義が異なっている可能性があることが分かる。しかし、投資ファンドとして用いられる可能性のある全ての事業体を本論文の対象とすることは難しく、また、詳しくは4節で述べるがその必要性がない場合もある。そこで、1節では本論文における「投資ファンド」という用語が示す事業体の対象範囲を明確にする。その際、外国の事業体についてはその全てを考慮することはできないので、日本にある事業体を基に対象範囲の検討を行い、外国の投資ファンドについてはそこで対象とされた投資ファンドに類似のものを本論文の対象範囲とする。

金融庁の行ったファンドモニタリング調査⁸においては、調査対象とするファンドを、集団投資スキーム⁹、投資信託及び投資法人に限っている。また、金融庁の資料¹⁰における「集団投資スキームの定義案」によれば、当該調査における集団投資スキームとは「…その他いかなる方法をもってするかを問わず、複数の者から事業のために金銭その他の財産の拠出を受け、当該財産を用いた事業を行い、当該事業から生じる収益を拠出者に分配することであって、以下のいずれ¹¹にも該当しないものをいう。」としている。更に、資料1-2¹²では、日本の集団投資スキーム(ファンド)について、投信法¹³における投資信託及び投資法人、資産流動化法¹⁴におけるSPC及びSPT、

⁷ 増井良啓・前掲注5,172頁

⁸ 金融庁HP「ファンドモニタリング調査の集計結果について(平成22年9月)」

http://www.fsa.go.jp/search.html?cx=00523111540208687296%3Aywwu7y8xlb4&cof=FORID%3A9&ie=Shift_JIS&q=%83t%83%40%83%93%83h%83%82%83j%83%5E%83%8A%83%93%83O%92%B2%8D%B8%82%CC%8FW%8Cv%8C%8B%89%CA%82%C9%82%C2%82%A2%82%C4#1334 平成23年8月アクセス

⁹ 同調査において「集団投資スキーム」とは、任意組合や匿名組合、投資事業有限責任組合(LPS)、有限責任事業組合(日本版LLP)等の権利で一定の条件に該当しないものを有する者から金銭を集め、何らかの事業・投資を行い、その収益を出資者に分配する仕組みをいうとされている。

¹⁰ 金融庁HP「集団投資スキーム(ファンド)について 資料1」

http://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/siryou/kinyu/dai1/f-20051124_d1sir/01.pdf 平成23年12月アクセス

¹¹ 以下のいずれとは、

「・集団投資として財産の拠出を行う者…の全員が事業の運営について日常的に関与している場合

・各拠出者の拠出した財産がそれぞれ独立した事業に用いられ、各拠出者がそれらの独立した事業からのみ収益の分配を受ける場合」をいう。

金融庁HP・前掲注10,2頁

¹² 金融庁HP「わが国における集団投資スキーム(ファンド)に対する規制 資料1-2」

http://www.fsa.go.jp/singi/singi_kinyu/siryou/kinyu/dai1/f-20051124_d1sir/01-02.pdf 平成23年12月アクセス

¹³ 投資信託及び投資法人に関する法律

商品投資に係る事業の規制に関する法律の商品投資契約、不動産特定共同事業法の不動産特定共同事業契約を挙げている。

次に、田辺氏¹⁵は、集団投資スキームの法律構成において、その中心となる法律として投信法及び資産流動化法を挙げ、類似のものとして商品ファンド法¹⁶、不動産特定共同事業法¹⁷、特債法¹⁸を、関係業法として、変額保険¹⁹、変額年金²⁰、実績配当型の金銭信託²¹、貸付信託²²を挙げる。

¹⁴ 資産の流動化に関する法律

¹⁵ 田辺昇『新版 投資ファンドと税制—集団投資スキーム課税の在り方—』弘文堂(2007-6-30)

¹⁶ 「商品ファンド法」により、「商品ファンドとは総投資額の 50%以上を商品(もの)へ投資するファンド」と定義されている。

¹⁷ 不動産だけに特化した法律「不動産特定共同事業法(1995 年 4 月施行)」。スキームとしては、投資家から資金を集めて事業を行う不動産会社(不動産特定共同事業者)が、匿名組合契約を出資者と結び、出資を受けて運用し、利益分配を行う。

岡林秀明著『最新 投資ファンドの基本と仕組みがよ〜くわかる本』秀和システム(2006-8-8),243-245 頁

¹⁸ 特債法とは、リース、クレジット債権を流動化するスキームについて、投資家保護の観点から最低販売単位、余裕金の運用方法などを規定した法律である。

対象資産がリース、クレジットおよび割賦債権と特定の資産に限定されているものの、日本最初の本格的な流動化・証券化法制と位置づけられている。流動化の方式は、当初定められた譲渡方式、組合方式、信託方式の 3 方式に加え、1996 年 4 月からは資産担保型方式も認められたが、2003 年 9 月に同法施行令が改正されて、資産担保型方式は規制対象から除外された。

WEB サイト「証券用語辞典」<http://secwords.com/%E7%89%B9%E5%82%B5%E6%B3%95.html>
平成 23 年 12 月アクセス

¹⁹ 変額保険とは、資産を株式や債券を中心に運用し、運用の実績によって保険金や解約返戻金が増減する保険のことである。解約時に受け取る解約返戻金には、最低保証はない。

公益財団法人 生命保険文化センター HP

http://www.jili.or.jp/knows_learns/q_a/life_insurance/life_insurance_q3.html 平成 24 年 1 月アクセス

²⁰ 変額年金保険とは、契約者が払い込んだ保険料のうち年金の支払原資となる部分を株式や債券などで運用し、その運用実績により受け取る年金額や解約返戻金が増減する個人年金保険である。

QUICK Money Life HP

<http://money.quick.co.jp/know/nenkin/01.html>

平成 24 年 1 月アクセス

²¹ 実績配当型金銭信託は、信託銀行が顧客から受け入れた多数の信託金を約款に指定された運用範囲で合同運用し、その収益を信託金額に応じて分配するという実績配当型の信託商品(金銭信託)である。一般に信託期間や最低信託金額などについては、信託銀行が募集の都度、独自に決めており、商品によっては運用タイプが選べるものもある。また、元本補填や利益の補足契約はないため、元本や収益の保証はない。

なお、中途解約は、原則として信託期間中はできないが、やむを得ない事情がある場合には、一定の日に所定の解約調整金を支払って解約することができる。

WEB サイト iFinance

<http://www.ifinance.ne.jp/product/invest/zitsn.htm> 平成 23 年 12 月アクセス

²² 貸付信託は、合同運用指定金銭信託の一種で、貸付信託法に基づいて、信託銀行が多数の委託者(顧客)から集めた信託金(資金)を長期貸付などで運用し、そこから生じた収益を元本に応じて分配する信託商品である。

貸付信託法上の定義

「貸付信託とは、一個の信託約款に基いて、受託者が多数の委託者との間に締結する信託契約により受け入れた金銭を、主として貸付又は手形割引の方法により、合同して運用する金銭信託であつて、当該信託契約に係る受益権を受益証券によって表示するものをいう。」

また、OECD の 1999 年報告書²³では、適格投資組織(Collective Investment Institutions)の定義として、「適格投資を促進するために、また、常に透明ベースで(ミューチュアルファンド、ユニットトラスト、それらに類似のもの)課税されるために、全ての先進国において存在する種類のファンドとして幅広く理解できる²⁴」としながら、次のパラグラフにおいて、「公的な市場に出され、広範に所有される投資ファンドで、主に金融資産(株式、債券、特定種類のデリバティブズ))に投資するもの」で、プライベートビークル、不動産又は商品に特別に投資するファンドは除く²⁵としている。

最後に、2009 年 12 月 9 日に出された OECD の公会討議草案「集団投資ビークルの所得に関する条約特典の付与について²⁶」における CIV s ²⁷の定義は、当該報告書のパラグラフ 4 において、「広く保有され、有価証券の分散投資ポートフォリオを有し、設立された国において投資家保護規則の対象となるファンドに限定される。CIV という用語は、それ自身分散投資ポートフォリオを保有するその他の CIV s に投資することによって分散を図る“ファンドオブファンズ”も含む。…しかし、このパラグラフに記述される CIV の定義に該当しないプライベートエクイティファンド、ヘッジファンド、信託やその他の事業体による投資に関する条約適格の問題は、この報告書の作成において検討されていない。」とされている。つまり、CIV s は、①多数の者によって保有され、②有価証券分散投資ポートフォリオを保有し、③設立国において投資家保護規定の適用対象とされる投資ビークルとされている²⁸。ただし、当該報告書における定義は限定的なものとなっており、ヘッジ・ファンドやプライベート・エクイティ・ファンド、REIT 等はその概念から外れ、集団投資ビークル全般についての課税の仕組みが中途半端になったという指摘もある²⁹。

以上、幾つかの調査や論文による投資ファンドの定義について挙げたが、各論文や調査によってその定義が異なっていることが分かる。そこで、本論文の投資ファンドの対象範囲を絞るにあたっては、①OECD の報告書における定義に該当すること、②実際に多く用いられている形態であること、③当該投資ファンドの条約適格性を検討する際に問題となる投資ファンドであること、の 3 点を重視することとする。なぜなら、①の報告書は 2010 年の OECD モデル租税条約改正時に、OECD モデル租税条約コメンタリーに投資ファンドに対処する規定を新たに追加した時に参考にした報告書であるからである。当該規定について詳しくは 2 章以降で述べるが、当該規定は OECD が条約適格性に関する長い議論を経て追加したものであるもので、そこでの定義は条約適格性を考える上で非常に重要な意味を持つと考えられる。②の視点は、投資ファンドの条約適格性

WEB サイト iFinance

<http://www.ifinance.ne.jp/product/savings/kassn.htm> 平成 23 年 12 月アクセス

²³ OECD, *supra* note 4.

²⁴ *Id.* at 17.

²⁵ *Id.* at 17.

²⁶ OECD, THE GRANTING OF TREATY BENEFITS WITH RESPECT TO THE INCOME OF COLLECTIVE INVESTMENT VEHICLES PUBLIC DISCUSSION DRAFT(2009-12-9).

²⁷ Collective Investment Vehicles

²⁸ 東眞之・椎名隆一「OECD における集団投資ビークル(CIV)の二重課税回避に関わる租税条約上の議論と公開諮問に至る経緯について」租税研究 728 号(2010-06),325 頁

²⁹ 宮武敏夫・宮木優治・宮崎裕子「SessionⅢの報告」租税研究 731 号(2010-09),262 頁

また、同報告書 276 頁において、日本で CIV に該当するものとして、投信法上の証券投資信託で公募のものを挙げている。

を議論するにあたって、日本であまり用いられていない事業体を対象として議論を行っても根本的な問題の解決とは言えないために重要である。また、実際に投資を行う際に条約適格が問題となる事業体でなくてはそもそも投資ファンドの条約適格性という問題は発生しない。

これら全てを考慮した結果、本論文における「投資ファンド」に該当する事業体は以下の 3 つとする。

①投信法に基づく、証券投資信託

②投信法に基づく、公募型の投資信託

③投信法に基づく、投資法人³⁰

※但し、運用先から受け取る収益は金融資産から生じる利子、配当、又はキャピタルゲインに限る。

上記 3 つの事業体は、OECD による 1999 年と 2009 年の報告書における定義に該当し、また、平成 23 年 9 月の金融庁によるファンドモニタリング調査³¹によれば、国内投資信託と国内投資法人の運用財産額の総計は調査対象ファンドの約 3/4 にのぼる³²。さらに、①と②はいわゆるペイスルー型及びパススルー型³³の導管法人であるので、条約上その取扱いが明確ではない。一方で、投信法に規定する投資信託でも「特定投資信託³⁴」³⁵については本論文における投資ファンドの対象範囲とはしない。その理由は、主として有価証券以外に投資する投資信託であり³⁶、公募型ではなく私募型のものである³⁷ためである。2009 年 12 月 9 日の OECD 報告書³⁸における CIV s の定義においても「多数の者によって保有され、有価証券分散投資ポートフォリオを保有する」としているので、「特定投資信託」は一定の条件を満たした場合に支払配当損金算入が認められる³⁹ペイスルー型ではあるが、本論文の対象範囲からは除く。従って、本論文における「投資ファンド」という用語が対象とするのは、投信法に基づく証券投資信託、公募型の投資信託、投資法人とし、次節以降で特に断りのない場合には「投資ファンド」という用語が意味するのは上記 3 つの事業体であるとする。

³⁰ 増井良啓「報告 5 日本の経験」『金融取引と国際課税』関西大学法学研究所(2002-3-31),114 頁

においても、投資ファンドに関する現行課税ルールとして、同じものが取り上げられている。

³¹ 金融庁 HP・前掲注 2

³² 調査では、国内投資信託が 150 兆 2416 億円、国内投資法人が 8 兆 3791 億円、外国投資信託・投資法人が 27 兆 4538 億円、集団投資スキームが 18 兆 9899 億円、合計で 205 兆 374 億円となっている。

³³ 「パススルー、ペイスルー」の用語の使い方は論者によって異なるが、本論文では、パススルー型は狭義のパススルー型を意味する。

³⁴ 法人税法 2 条の 29 の 2 二、租税特別措置法 68 条の 3 の 3 第 1 項

³⁵ 投信法 2 条 3 項の投資信託のうち、集団投資信託に該当するもの以外
国際課税事例研究会「外国特定投資信託における税務上の取扱い」国際税務 29 巻 2 号 (2009-02),116 頁

³⁶ 投信法 2 条 3 項・4 項、同法 48 条

³⁷ 法人税法 2 条の 29 ロ(2)及び同法 2 条の 29 の 2 二より、受益権の募集が公募型で主として国内において行われるものは特定投資信託には該当しない。

³⁸ OECD, *supra* note 26.

³⁹ 租税特別措置法 68 条の 3 の 3 第 9 項

1-2 投資ファンドの国内における問題

OECD は集団投資の課税問題について 1970 年代から取り組んでおり⁴⁰、1999 年には実証的研究に基づく基本的枠組みを提示した報告書⁴¹を公表している⁴²。当該報告書では、クロスボーダー PF 投資に関する投資シナリオを 8 つに分類(図 1)⁴³し、その上で、CHART I ~ III-4 において 6 つの投資パターンにおける課税関係について詳細に述べている。また、増井氏も投資ファンドを通じた投資シナリオについて、日本を中心としてその投資パターンを 8 つに分類している⁴⁴。そこで、本論文では、上記 OECD 報告書及び増井氏による投資パターンの分類を参考に、直接投資に関する投資パターンを追加して、新たにポートフォリオ投資に関する投資ケースを 7 つに分類した。以下では、それぞれの投資ケースにおける問題点について言及する。尚、本節で触れるのは国内的側面に関してのみであり、国際的側面については次節で検討することとする。

国内投資にあたるのはケース 1 とケース 2 である。ケース 1 において、仮に運用先が所得 100 を稼得し、40%の税率を掛けられ、残りの所得 60 を個人投資家に分配したとする。当該所得 60 には原則 20%の税率がかかり、結果、投資家の手元に残る所得は 48 となってしまう。この所得 12 は二重課税部分であり、配当控除の適用があっても所得 6 に関しては二重課税は解消されない。これは現行の日本の課税制度上の二重課税問題である。

次に、ケース 2 について考える。投資ファンドを日本の証券投資信託と仮定する。所得税法 181 条及び 182 条より、運用先は投資ファンドに対してリターンを支払う際に源泉徴収義務を負う。ただし、所得税法 176 条 1 項・2 項より、一定の要件を満たす場合には、当該利子等を支払うものは、その支払時に源泉徴収義務を負わないこととされている。また、源泉徴収の対象となった場合でも、所得税法 176 条 3 項・4 項より、徴収された税額は当該投資信託から収益が分配される際に徴収する源泉徴収税額から控除される。従って、ケース 2 では、ケース 1 で述べた経済的二重課税の問題は発生するが、投資ファンドの条約適格性が問われる際に問題となるような二重課税の問題は発生しない。

また、ケース 2 における他の問題として、所得性質の転換及び課税の繰り延べが起こる可能性 **がある**。現行の日本の租税法上、公社債投資信託⁴⁵の場合はその配当は一括して利子所得とされ、それ以外の証券投資信託からの収益の分配は配当所得に分類され 20%で源泉徴収される。つまり、「特定株式投資信託を除く、通常の集団的投資信託の場合においては、信託財産の内容に着目した擬制的な所得の性質決定が行われ⁴⁶」、その結果、運用先から稼得した所得の種類が源泉段階で利子、配当、又は譲渡益のいずれであるかに関わらず、投資ファンドを通じることによって投資

⁴⁰ OECD, *The Taxation of Collective Investment Institutions*(1977).

⁴¹ OECD, *supra* note 4.

⁴² 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 巻 6 号(2000),286 頁

⁴³ OECD, *supra* note 4 at 46.

⁴⁴ 増井良啓・前掲注 5,207 頁

⁴⁵ 「証券投資信託のうち、その信託財産を国際等の公社債に対する投資として運用することを目的とするもので、株式に対する投資として運用しないもの」

野一色直人「投資信託をめぐる課税問題―日米の投資信託の課税構造及び沿革の比較を通して―(一)」大阪学院大学法学研究 36 巻 1 号(2009-09),40 頁

⁴⁶ 佐藤英明『信託と課税』弘文堂(2000),126 頁

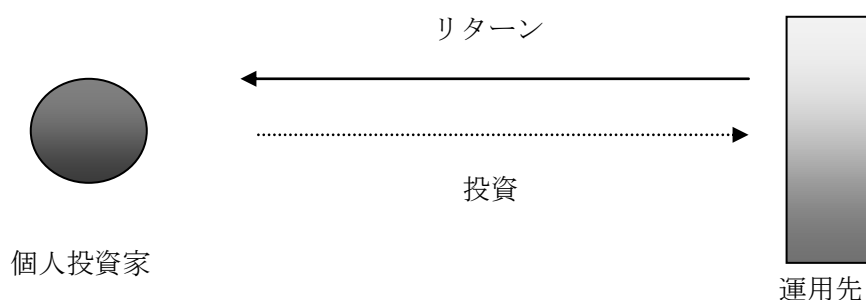
家に分配する段階においては一律に同じ所得として分類されてしまう。特に証券投資信託を通じて、利子所得から配当所得への転換が行われた場合には、源泉徴収税率の軽減や、総合課税を選択した場合の5%の配当控除の適用⁴⁷等、直接投資と比較した場合と異なる点があり、租税中立性の観点から問題である。

課税繰り延べの問題については、いわゆる但し書き信託の場合、信託財産から所得が生じた時点では課税されず投資信託から実際に当該所得が分配される時になって初めて課税される。つまり、投資家に分配するまで課税の繰延べが認められている。一方で株式や利子に直接投資する場合には、その配当や利子を投資家が受領した時点で課税されてしまう。「直接株式等への投資を行う投資家と比較して、受益者は、投資信託から収益の分配を受領しない場合、受益権の売却時まで一切課税されないことから課税上有利と言える⁴⁸」。

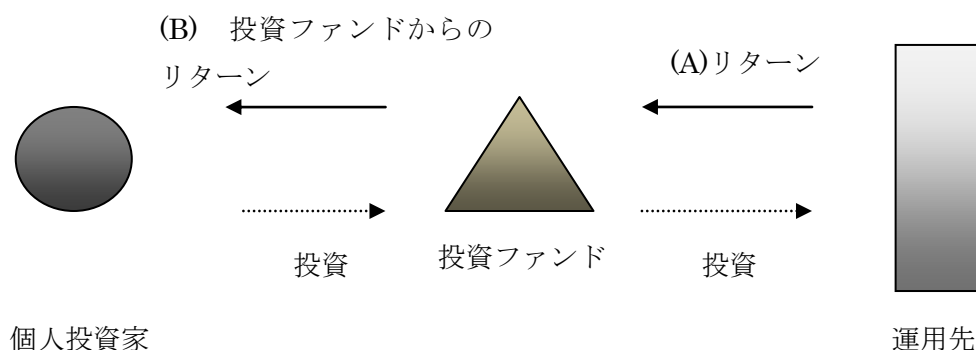
以上が国内直接投資と国内間接投資に関する問題点である。

図 149：投資に係る課税問題のケース分けの図(国内的側面)

ケース 1：直接国内投資



ケース 2：間接国内投資



1-3 投資ファンドの国際的側面に係る問題

⁴⁷ 詳しくは、野一色直人「投資信託をめぐる課税問題―日米の投資信託の課税構造及び沿革の比較を通して―(二・完)」大阪学院大学法学研究 36 巻 2 号(2010-03),159-161 頁、薦永龍一「補論 多様な事業体における課税の相違 (税制特集(2)税制研究会報告書--森信茂樹前財務総合政策研究所次長責任編集)」ファイナンシャル・レビュー69 号(2003),146-150 頁

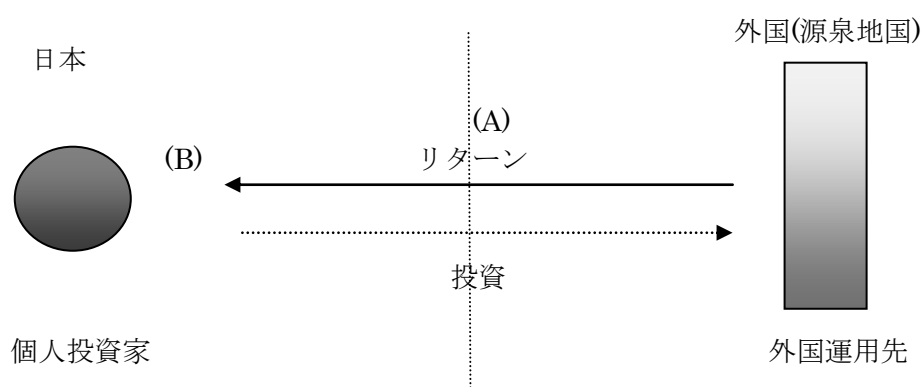
⁴⁸ 野一色直人・前掲注 47,158 頁

⁴⁹ OECD, *supra* note 4, at 28-58.

本節では、投資の国際的側面に関する問題について述べる。先ずケース 3 において、国内投資家が外国運用先から直接所得を稼得する場合、(A)段階で外国源泉徴収税がかかる。ただし、所得税法 95 条より、当該源泉徴収税は一定の控除額を限度として日本の個人投資家のその年分の所得税の額から控除できる。従って、運用先の国で徴収される源泉税の税率が日本の国内法で規定する税率よりも高い場合には国内直接投資と比較した場合に税率の相違の問題が起きるが、それ以外に特に課税上の問題はない。

図 2⁵⁰：投資に係る課税問題のケース分けの図(国際的側面)①

ケース 3：直接外国投資



次にケース 4 についてである。日本と外国との間に租税条約を締結しているが、当該投資ファンドに条約上の軽減税率等が適用されない場合には、直接投資と比較して投資ファンドを通じた投資が不利に扱われる可能性があり(A-A'間の比較において)、課税の中立性の観点から問題が生じる。

また、投資家による投資ファンド段階での外国税額控除の適用が請求できない可能性がある。各国は、直接投資とビークルを通じた投資を中立的に扱うために、しばしば当該ビークルの取り扱いについて、導管又は一定の要件を満たした場合に課税が免除されるように国内法で規定する。そのような場合、当該ビークル段階でほとんど税を課されないので、外国税額控除が適用できない可能性がある。日本の証券投資信託の場合、「証券投資信託自体は納税義務者ではないから、信託自体としてこの外国所得税を控除することはできない⁵¹」。そこで、「もし仮に外国所得税について何らの調整もなされないとすれば、運用益に対して外国所得税がかかり、さらに、収益の分配に対して投資家の段階で日本の所得税がかかる⁵²」ことになるが、所得税法 176 条 3 項・4 項を根拠規定として、運用益に係る外国所得税と個人投資家への分配時にかかる源泉徴収税との間で二重課税の調整が行われる。ただし、十分に外国税額控除が行われなかった場合における超過額の繰越しや繰り戻しは認められていない。この点、フランスや米国においては、外国税額控除の投資家段階への移転が認められている⁵³が、日本の場合は源泉徴収制度の枠内においてのみで

⁵⁰ *Id.* at 28-58.

⁵¹ 増井良啓・前掲注 5,215 頁

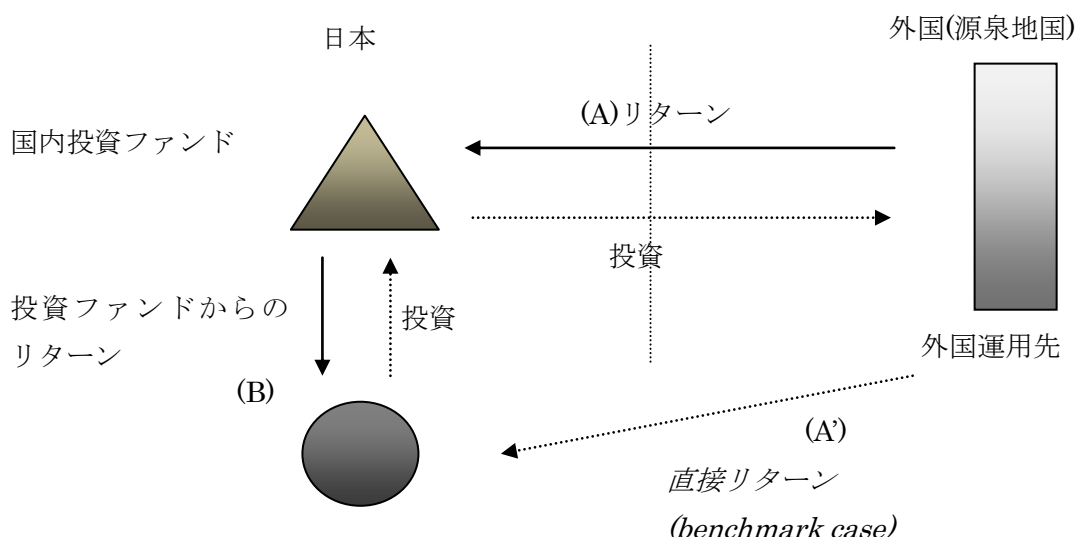
⁵² 増井良啓・前掲注 5,215 頁

⁵³ フランスでは、投資ファンドを透明な主体とみる考え方によって、税額控除を投資家段階に移転することが認められている。また、投資ファンド自体を納税義務者とする米国の RIC において

の調整となっているので、運用先である外国の国内法によって高率の源泉税を課された場合には、日本の投資家に対する収益の分配にかかる源泉徴収税から十分に控除できない⁵⁴。更に、所得性質転換の問題や課税繰り延べの問題もあるが、既にケース 3 において述べたので省略する。

図 3⁵⁵：投資に係る課税問題のケース分けの図(国際的側面)②

ケース 4：間接外国投資①－国内投資ビークルを通じて



3 番目に、ケース 5 について説明する。ケース 4 で述べた問題点以外に、1999 年の報告書⁵⁶では、新たな課税繰り延べの問題が指摘されている。それによれば、海外投資のインセンティブは通常、外国投資ファンドの稼得した所得に 0 又は低い税率で課税されることであり、投資家の居住地国がそのような国であった場合には適切に繰り延べ防止規則を実施できない⁵⁷。また、当該報告書は、そのような課税繰り延べが起こる国の例として、a)低い又は 0 で所得税を課すタックスヘイブン国、b)分配要件なしに投資ファンド段階での課税を放棄する通常は有効な率で課税する国、c)分配要件を課した上で投資ファンド段階で課税を放棄する通常は有効な率で課税する国を挙げている⁵⁸。a)又は b)のような国では、受動的外国投資ファンド(PFIF)規則を有していない、又は、情報交換の欠如や居住投資家によるタックスプランニング等の事情から課税繰り延べが起こる⁵⁹。c)の国では、通常は課税繰り延べは行われないが、分配要件に関する threshold の値が低く設定されれば、その分だけ課税繰り延べの機会を提供する⁶⁰。日本の証券投資信託は上記 b)に、投資法人は上記 c)に該当すると考えられるが、どちらも最終的には課税される。

も、一定の要件を満たすことを条件に、外国税額控除を投資家に移転することが認められている。
増井良啓・前掲注 30,128-129 頁

⁵⁴ 増井良啓・前掲注 30,129 頁

⁵⁵ OECD, *supra* note 4, at 28-58.

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ *Id.* at 59.

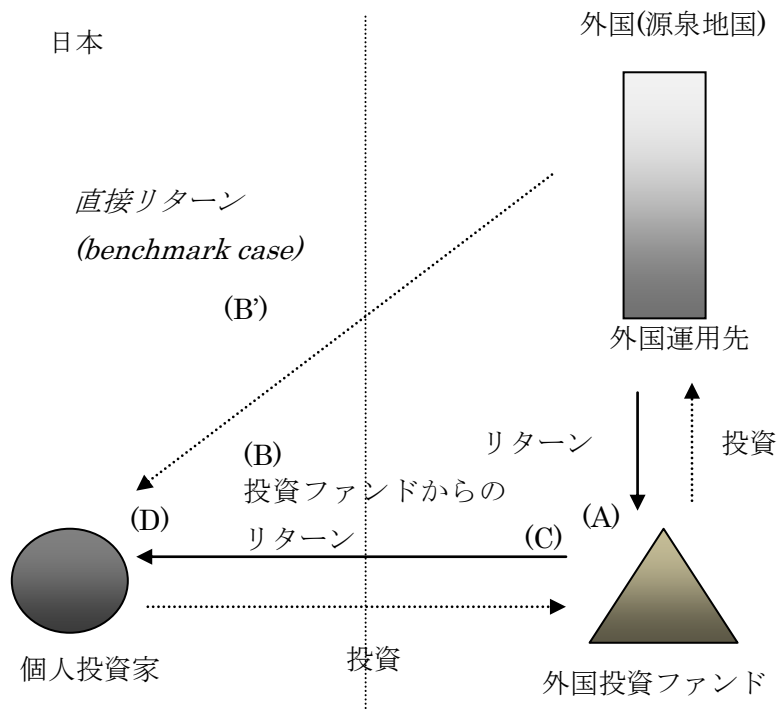
⁵⁸ *Id.* at 59.

⁵⁹ *Id.* at 60.

⁶⁰ *Id.* at 60

図 461：投資に係る課税問題のケース分けの図(国際的側面)③

ケース 5：間接外国投資②－外国ビークルを通じて



4 番目にケース 6 についてである。上記で述べたもの以外で新たに発生する問題として、(D)段階での追加的な源泉徴収税の問題がある。ケース 6 における外国投資ファンドを外国証券投資信託⁶²とした場合、当該外国投資ファンドと個人投資家の間に「国内における支払の取扱者⁶³」が介在しているか否かによって課税関係が異なる。国内における支払の取扱者が介在している場合、当該者は個人投資家に支払を行う際に 20%で源泉徴収を行う義務がある⁶⁴。また、外国投資ファンドから国内における支払の取扱者に対して配当等が支払われる場合に課された外国源泉徴収税は、個人投資家への支払いの際に控除することができる⁶⁵。一方、個人投資家が外国証券投資信託から直接収益の分配を受ける場合、当該収益に課された外国源泉徴収税については外国税額控

⁶¹ *Id.* at 28-58.

⁶² 税法上、投資信託とは投信法 2 条 3 項に規定する投資信託及び外国投資信託をいうとされており、また、外国投資信託とは外国において外国の法令に基づいて設定された信託で投資信託に類するものをいう(投信法 2 条 22 項)とされていることから、投信法に基づいて設定された委託者指図型又は委託者非指図型投資信託(投信法 2 条 3 項)に類似するものであれば、税法上の外国投資信託となる。

次に、外国投資信託が税法上の証券投資信託に該当するかについては、投資信託法において外国証券投資信託を定義する直接の規定は存在しないが、税法は外国投資信託のうち証券投資信託に類するものを証券投資信託として取扱うとしていることから、「その信託契約などから判断することになる」。

国際課税事例研究会「外国投資信託に対する税法の適用関係」国際税務 22 巻 10 号(2002-10),77 頁

⁶³ 租税特別措置法施行令 4 条第 1 項

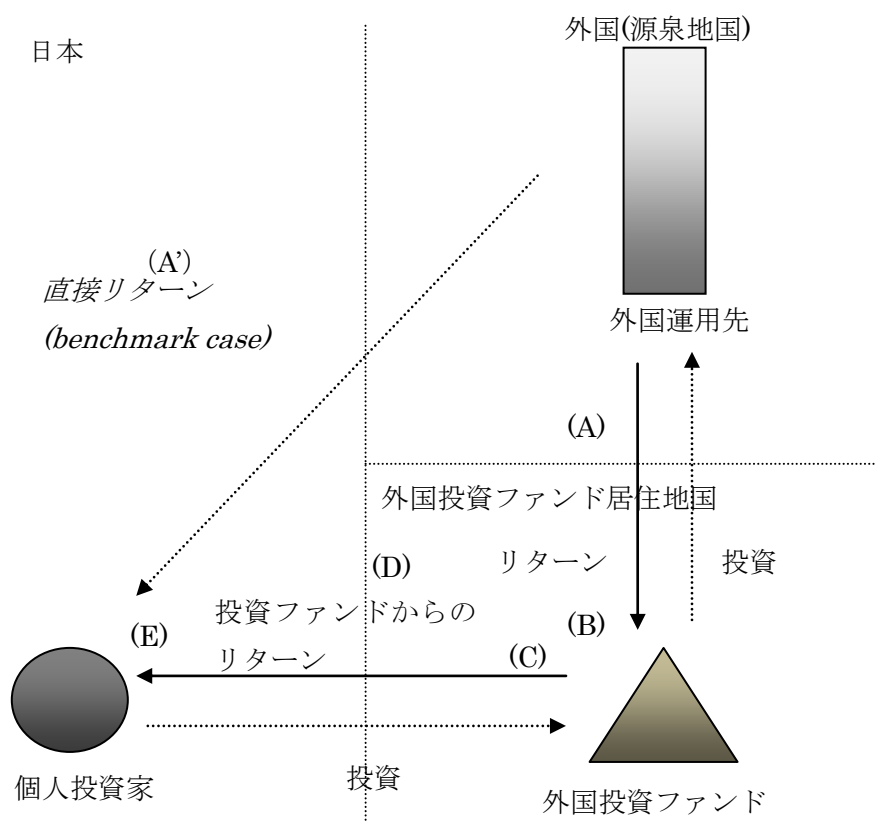
⁶⁴ 租税特別措置法 8 条の 3 第 2 項

⁶⁵ 租税特別措置法 8 条の 3 第 4 項

除⁶⁶の適用を受けることができる。しかし、外国運用先から外国投資ファンドに支払われた収益の分配に対応する外国源泉徴収税については何らの調整もなされない。それは、現行の国際課税ルールの下では、各国で異なる国内法を二国間租税条約によって修正するという仕組みをとっている⁶⁷からである。ケース 6 のように投資形態が 3 か国以上に跨っている「国際課税における三角状況(triangular situation)⁶⁸」において追加的な源泉徴収税の問題を解決することは、「「解けない連立方程式を解こうとする」企てに近い⁶⁹」と表現されるほど困難なことである。

図 5⁷⁰：投資に係る課税問題のケース分けの図(国際的側面)④

ケース 6：間接外国投資③－3 ヶ国に跨る投資



最後に、ケース 7 についてもケース 6 と同様の問題が指摘できる。国内の営業所で引き受けられた証券投資信託に関しては、一定の要件を満たす場合に、運用先から受け取る利子及び配当に係る源泉税の徴収が免除される⁷¹。しかし、外国投資信託が運用先である日本から受け取る収益の分配に関しては、日本において源泉徴収税が課される場合がある⁷²が、「外国投信の受取利

⁶⁶ 所得税法 95 条

⁶⁷ 増井良啓・前掲注 5,211 頁

⁶⁸ 増井良啓・前掲注 5,211 頁

⁶⁹ 増井良啓・前掲注 5,211 頁

⁷⁰ OECD, *supra* note 4, at 28-58.

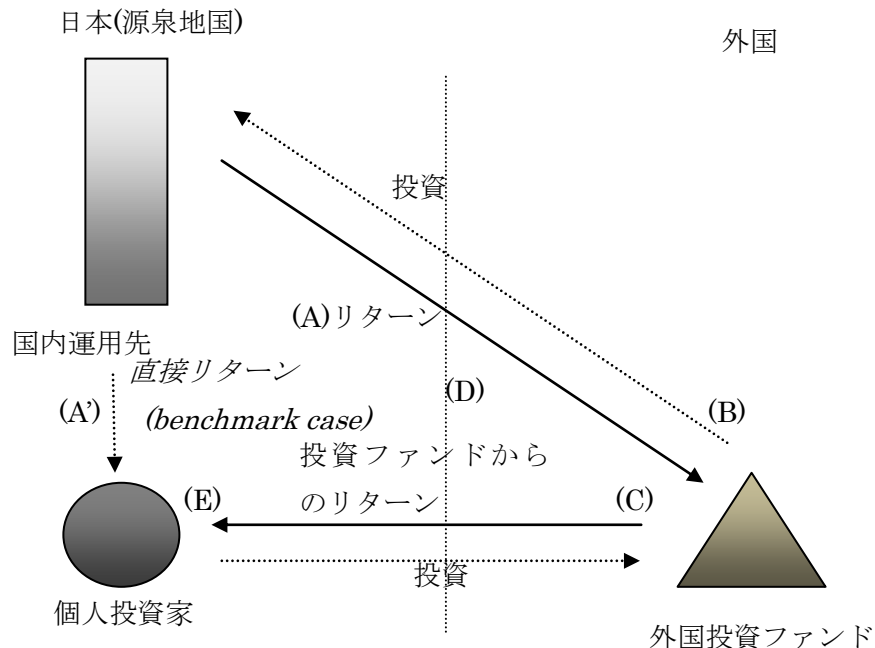
⁷¹ 所得税法 176 条 1 項・2 項、同法 180 条の 2 第 1 項・2 項

⁷² 所得税法 212 条

子・受取配当にかかる日本の源泉徴収税については、日本の国内法上、税額控除のための手当てがなされていない⁷³⁾ ためにケース 6 と同様、追加的な源泉徴収税の問題が発生する可能性がある⁷⁴⁾。

図 6⁷⁵⁾：投資に係る課税問題のケース分けの図(国際的側面)⑤

ケース 7：間接投資－投資家と源泉地が同じ国にある場合



以上、2 節と 3 節においてポートフォリオ投資に係る問題について概観してきたが、その問題を大きく 2 つに分ければ、「課税の中立性の問題」と「二重課税の問題」に分けることができる。前者は主に租税条約の適用の可否から生じる問題であり、後者は各国の国内法からの問題である。勿論、両社は不可分一体なところもあり区別して論じることが困難である場合もあるが、本論文では、ポートフォリオ投資の国際的な側面から、主に前者の「課税中立性の問題」である「投資ファンドの租税条約適格性」の問題に焦点を当てる。そこで、次節では「投資ファンドの租税条

⁷³⁾ 増井良啓・前掲注 5,226 頁

⁷⁴⁾ ケース 6 及びケース 7 で問題となる追加的な源泉徴収税の解決策として、フランス・フィンランド租税条約がその手がかりとなるであろう。当該条約では、第 10 条 3 項において、フランスの税額控除権のフランス非居住者への移転を認めている。フィンランド居住者によって 80%以上の株式を保有されているフィンランドの投資会社又は投資ファンドは、フランスの居住者である会社から配当を受け取る場合、特別税額控除権(*avoir fiscal*)をフランス財務省から与えられる。

また、税額控除権の移転を認める同条約は、税額控除権の移転という「特典」を 10 条 3 項(a)で定め、その上で当該特典を享受できる「適格者」を同項(b)で規定するという構成をとる。従って、例えば同条約のように、条約の特典を享受する権利(=条約適格)を投資ファンドに認めることで、投資ファンドが「税額控除権の移転」という特典を得ることができ、結果、追加的な源泉徴収税による税負担を軽減できると考えられる。

しかし、日本が各国と結ぶ租税条約で税額控除権の移転を規定しようとするれば、先ず税額控除に関する国内法の整備が必要になる。その他にも多くの問題が存在すると想定されるために、本論文では詳しく検討しなかったが、投資ファンドの条約適格に関する問題の一つであると言えるであろう。

⁷⁵⁾ OECD, *supra* note 4, at 28-58.

約適格性」の問題について詳しく述べることにする。

1-4 投資ファンドの条約適格性の問題について

投資ファンドの条約適格性の問題とは、投資ファンド自体に租税条約上の適格者としての地位を与えるか否かという問題である。OECD モデル租税条約の主要な目的は、「国際的二重課税を排除することによって、財や役務の交換並びに資本及び人の交流を促進すること⁷⁶」である。そのため、OECD モデル租税条約の各条項において、例えば 10 条の配当条項においては配当の源泉地国が課することができる税率を低く設定する等、課税が投資に与える影響を極力減らしている。しかし、OECD モデル租税条約はまたその適用対象者を限定しており、当該適用対象者に該当しなければ上記のような条約の特典を享受することはできない。従って、仮に租税条約の適用対象者とならなければ租税条約に規定される特典を享受することができず、投資に係る課税障壁は排除されないこととなる。

そこで問題となるのが、租税条約の適格者該当要件である。この問題に対して、OECD モデル租税条約第 1 条は「この条約は、一方又は双方の締約国の居住者である者に適用する。」と規定し、第 3 条 a では、「「者」には、個人、法人及び法人以外の団体を含む。」とし、同条 b では「「法人」とは、法人格を有する団体又は租税に関し法人格を有する団体として取り扱われる団体をいう。」と規定している。また、適格要件の一つである「居住者」要件に関して規定する第 4 条 1 項において、「一方の締約国の居住者」とは、「課税を受けるべきものとされる者(liable to tax)」と規定している。従って、条約の適格者となるためには、租税条約上の「者」であり「居住者」でなければならない。

さらに、その分配する収益の源泉の大部分が配当及び利子から構成されている投資ファンド⁷⁷においては、配当所得と利子所得に係る条約特典を利用できるか否かは大きな問題⁷⁸である。この点に関して、OECD モデル租税条約は第 10 条 2 項及び第 11 条 2 項において、軽減税率適用のためには配当若しくは利子の「受益者」であることを要求している。

以上から、投資ファンドが租税条約上の適格者として扱われるためには、当該投資ファンドが条約上の「者」「居住者」「受益者⁷⁹」要件を満たす必要があることが分かる。反対に、以上の 3 要件を満たさない場合には投資ファンドは条約の特典を享受することができない。結果、投資に係る課税障壁は排除されないこととなり、直接投資と投資ファンドを通じた間接投資間での租税制度上の中立性が損なわれてしまう。

投資ファンドに代表される集団投資ビークルは、そのビークルが組成される国や地域の法制度、投資家の投資対象等によって異なる法形式を採用し、また、その課税上の取扱いも国や地域によって異なる。そのため、同じような事業体に関する取扱いが二カ国間で異なるというケースも当

⁷⁶ 川端康之監訳『OECD モデル租税条約：所得と財産に対するモデル租税条約 簡略版』日本租税研究協会(2008),46 頁

⁷⁷ 租税事務局(濱田洋)「集団投資ビークル(CIVs)プロジェクト概括」租税研究 728 号(2010-06),327 頁

⁷⁸ 東眞之・前掲注 28,316 頁

⁷⁹ 「受益者」という概念の意義について、OECD モデル租税条約及び同コメンタリーは明らかにしておらず、代理人、又は名義人といった中間介在者は受益者ではないことを示しているにすぎない。

然に出てくる。この事例を象徴するのが旧日英租税条約第 28 条 A である。この条項ができた背景には、日本の信託の受託者である受託銀行が、日英租税条約に規定する軽減税率の適用申請を行う際、受託銀行の名で英国当局に申請したところ、日本の信託は契約型信託であり、条約上の受益者は信託の受益者であるとして、軽減税率の適用を拒否されたことがある⁸⁰。そのため、同条項で、当該基金の運用者又は受託者が投資家に代わって請求を行うことができるように定めたのである。このような問題を起こさないためにも、国内法又は租税条約において二国間で取り扱いの異なる事業体に対する処置規定を定めるべきである。

しかし、現行の OECD モデル租税条約において投資ファンドの取扱いに関する規定はほとんど存在せず、そのため、特定の投資ファンドが条約適格を有するか否か明確にされていない。例えば、2006 年 2 月に OECD の税制部会 CFA⁸¹が行った CIV の取扱いに関する円卓会議において、業界側から「クロスボーダー投資により発生する利金・配当金等に関して、租税条約上の軽減税率の恩典が効果的に享受できていない⁸²」とする意見も出されている。

上記のことから、投資ファンドの条約適格性の問題が起こる背景には、①両締約国間でその事業体に対する見方が異なる、②両締約国間の租税条約で特定の事業体の取り扱いについて定めていないことがあると考えられる。

一方で、全ての投資ファンドについて条約適格の問題が起こるわけではない。例えば、通常の株式会社、有限会社からの投資である場合には、「者」「居住者」「受益者」要件を満たし軽減税率の適用がある⁸³。従って、投資ファンドの条約適格性を議論する際には、そのような事業体まで対象に含める必要はないので、本論文では 1 節でその対象範囲を規定した投資ファンドのみを対象として、2 章以降での議論を行う。

⁸⁰ 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),12 頁

⁸¹ Committee on Fiscal Affairs

⁸² 東眞之・前掲注 28,316 頁

⁸³ 大城隼人・前掲注 1,203 頁

第2章 投資ファンドの租税条約適格性についての検討

2-1 集団投資ビークルに対する国際的な議論の歴史

1節では、クロスボーダー投資に関する議論の歴史を概観する。

1章でも述べたように、OECDは集団投資ファンドの課税問題について1970年代⁸⁴から取り組んでおり⁸⁵、1977年の報告書では、当該報告書における投資ファンドであるCII(Collective Investment Institutions)が条約上の居住者及び者であり、又、所得の受益者であるかは関係なくCII段階で条約が適用されることを提案している。さらに、条約の濫用に対する特典アプローチの制限についても述べている⁸⁶。その後、1999年には報告書「国際ポートフォリオ投資の課税－ミューチュアルファンドと可能な課税の歪み－」を公表し⁸⁷ている。

民間の研究団体であるIFA(国際租税協会)も、1961年のアテネ総会、1971年のワシントン総会、1997年のニュー・デリー総会において、投資ファンド税制の問題を取り上げてきた⁸⁸。1961年のアテネ総会においては、「投資ファンドが投資家を集合的に代行して条約を援用できるようにすべきであるとの決議がなされた⁸⁹」が、その決議内容を各国の国内法や租税条約が反映せず、その後の総会における決議や報告書が出された後においてもOECDモデル租税条約の改正や、コメンタリーの作成に至ることはなかった。このような経緯を踏まえ、1997年の総会では、①投資所得を稼得する目的、②投資家に対する公開性、③ガバナンス機構の確保を要件として、投資ファンド自体が条約上「者」であり、かつ「居住者」として条約の適格性を認めるべきだとする決議を行った⁹⁰。さらに、当該投資ファンドの法形式については条約適格を考える上で無関係である⁹¹としている⁹²。

また、OECDにおいては、広義のパススルーであるという意味において投資ファンドに類似のパートナーシップ及びREITに関する議論もなされてきた。パートナーシップに関しては、「現行のモデル租税条約とそのコメンタリーが、条約におけるパートナーシップの取扱い上発生する問題の多くに明確に対応して」いなかったために、1993年、「パートナーシップ、信託、その他の法人格を有しない組織体に対するモデル租税条約の適用を検討するためにワーキング・グループを設置した」。そして、1999年にパートナーシップに関する検討を終え、同年、パートナーシップ報告書⁹³を公表し、2000年にOECDモデル条約の23条Aに第4項が追加され、それに伴って

⁸⁴ OECD, *supra* note 40.

⁸⁵ 宮本十至子・前掲注 42,286 頁

⁸⁶ OECD, *supra* note 4, at 96.

⁸⁷ 宮本氏は、当該報告書について、実証的研究に基づく基本的枠組みを提示していると述べている。宮本十至子・前掲注 42,286 頁

⁸⁸ 増井良啓・前掲注 30,126 頁

⁸⁹ 増井良啓・前掲注 5,212 頁

⁹⁰ 増井良啓・前掲注 5,212-213 頁

⁹¹ OECD, *supra* note 4, at 98.

⁹² 投資ファンドの法形式に関する議論について宮本氏は、「フランス SICAV は、国内法上法人格を有しながら…米仏租税条約ではフランス SICAV は条約の「受益者」として扱う一方で、…日仏租税条約では…その条約申請の代行者として扱われているにすぎない。このことから、投資ファンドの条約アクセスは、必ずしも法人格の有無が鍵を握るとはいいいきれない(宮本十至子・前掲注 42,314-315 頁)」と述べ、現行の租税条約上でも投資ファンドの法形式はその条約適格性を考える上でそれほど重要とはならないとしている。

⁹³ Issues in International Taxation, No.6, The Application of the OECD Model Tax

コメンタリーにも同報告書の合意事項が追加された⁹⁴。REIT に関しては、2007 年に公開草案⁹⁵を公表し、2008 年に OECD モデル租税条約コメンタリーの改正を行った。しかし、そのような改正が行われた後も、わずかに「パートナーシップが法人として取り扱われ、又は法人と同じ方法で租税を課される場合には…当該パートナーシップに租税を課する締約国の居住者に該当することになり、…課税上トランスパレントとして取扱われる場合には、…この条約の適用上、居住者とすることはできない⁹⁶。」とコメンタリーにあるだけで、実際に投資ファンドがどのような基準に基づいて条約上扱われ、また条約特典をどの程度享受できるのかに関する詳細な規定はない。

上記のような経緯から、投資ファンドの条約上の取扱いや条約を適用する場合の手続きが不明確で、結果として二重課税または課税の空白となるケースが存在した⁹⁷。実際、2006 年 2 月に CFA が開催した円卓会議において「CIV⁹⁸についてはクロスボーダー投資により発生する利金・配当金等に関して、租税条約上の軽減税率の恩恵が効果的に享受できていない⁹⁹」との指摘もなされている¹⁰⁰。また、同円卓会議で、集団投資ビークルが租税条約の特典を請求するに当たり、「集団投資ビークルがそれ自体として租税条約の特典を適用しようとする場合には、条約の適格性に関する問題」があること、及び、「投資家が租税条約の特典を適用しようとする場合には適用手続きにおける実務上の障害」が存在することが確認された¹⁰¹。

そこで、2006 年 2 月に OECD の財政部会 CFA が、業界代表者からなる経済産業諮問委員会 BIAC¹⁰²と集団投資ビークル(CIV)の取扱いに関する円卓会議を開催し、「集団投資ビークルおよびその他のポートフォリオ投資家が租税条約の適用を受けるために問題となる法律上の問題および手続き面での障害について」の議論を行った。その円卓会議での議論を受けて 2007～2008 年の 2 年間、第一フェーズの審議として、OECD 内に「集団投資ビークル(CIV)の課税及びクロスボーダー投資家のための税負担軽減手続きに関する非公式助言グループ(ICG)」を組織して対応措置についての議論を行った。その後、第一フェーズでの審議の成果として「集団投資ビークルの課税およびクロスボーダー投資家が条約特典を受けるための手続きについての ICG 報告書¹⁰³」を発表した。当該報告書は、「集団投資ビークルの所得に関する条約特典の付与について¹⁰⁴」と、「ク

Convention to Partnerships(1999).

⁹⁴ 川田剛『2008 年改正版 OECD モデル租税条約コメンタリー逐条解説』税務研究会出版局(2009),17 頁

⁹⁵ Tax Treaty Issues Related to REITs, Public Discussion Draft(2007).

⁹⁶ 川端康之・前掲注 76,43-44 頁 パラグラフ 5

⁹⁷ 中村賢次・岡田至康「OECD 諮問委員会(BIAC)を巡る最近の状況－集団投資ビークル(CIV)に係る OECD モデル条約第 1 条のコメンタリーの改定等－」国際税務 30 巻 12 号(2010-12),91 頁

⁹⁸ Collective Investment Vehicle

⁹⁹ 東眞之・前掲注 28, 316 頁

¹⁰⁰ そこでの原因は、①幾重もの仲介構造を通しての PF 投資の場合、租税条約上の特典の請求主体に関する解釈が確立されていない②各国の手続き・書式等が不統一である③ペーパー・ベースに過度に依存した非効率な手続きであり、還付手続きに相当な時間がかかる④投資家が自ら請求行為を行うことが実務上困難であること等とされている。

¹⁰¹ 宮武敏夫・前掲注 29,262 頁

¹⁰² Business and Industry Advisory Committee

¹⁰³ Report on the Informal Consultative Group on the Taxation of Collective Investment Vehicles and Procedures for Tax Relief for Cross-Border Investors

¹⁰⁴ OECD,Report on the Informal Consultative Group on the Taxation of Collective Investment Vehicles and Procedures for Tax Relief for Cross-Border Investors on The

ロスボーダー投資家の租税恩典享受に関する手続き上の改善について¹⁰⁵」の2つの報告から構成されている¹⁰⁶。その後、ベスト・プラクティスに基づく実施要綱の策定を主眼とした審議を継続するため¹⁰⁷、第2フェーズの審議として、2009年2月に政府代表、実務家などから構成されるPG(Pilot Group)を組織し第1フェーズのコンセンサスに基づき、2009年3月以降、計4回のPG本会議(3月、7月、10月、12月)を実施した。そこでの審議の主たる対象は、CIVの取扱いの標準的な規範を定める「模範相互協定(Model Mutual Agreement)」と、集積情報に基づく恩典請求手続(AI制度¹⁰⁸)を定める「実施要項(Implementation Package)」である。

2009年1月12日公表の報告書のうち、「集団投資ビークルの所得に関する条約特典の付与について¹⁰⁹」に関しては、CFA内の第一作業部会(Working Party1)において更に検討が進められ、「集団投資ビークルの所得に関する条約特典の付与について 公開草案¹¹⁰」が2009年12月9日に発表され、民間からのコメントが募集された。その後、大きな変更が加えられることなく、2010年4月23日に「集団投資ビークルの所得に関する条約特典の付与について 公開草案¹¹¹」をCFAが採択。OECDモデル租税条約2010年改訂版に、CIVに関するコメントリーが追加された。

Granting of Treaty Benefits with respect to the Income of Collective Investment Vehicles(2009-1-12)

¹⁰⁵ OECD, Report on the Informal Consultative Group on the Taxation of Collective Investment Vehicles and Procedures for Tax Relief for Cross-Border Investors on Possible Improvements to Procedures for Tax Relief for Cross-Border Investors(2009-1-12)

¹⁰⁶ 東眞之・前掲注28,317頁

¹⁰⁷ 『クロスボーダー投資家のための税負担軽減手続きの改善に関するパイロットグループ報告書 クロスボーダー投資家のための税負担軽減手続きの実行可能な改善：実施要綱』日本租税研究協会(2010-6)、本ディスカッション・ペーパーの背景について

¹⁰⁸ AI制度とは、投資ファンドではなく公認仲介業者に対して、投資家に代わって集積ベース(pooled basis)での条約特典の請求を行うことを認める制度である。具体的な手順としては、まず、各投資家は、当局の発行する居住者証明書に代えて標準化された投資家自己申告書を口座を開設しているAIに提出し、AIはそれと他の情報をもとに投資家の本人確認を行う。次に、AIは、上位の金融機関に対して、適用される税率等を報告するために、個々の投資家情報の代わりに、他の顧客と併せたプール情報を作成し、報告する。AIは、支払法人に対して支払額に適用される税率情報を提供する。AIは年次報告の形式で、個々の投資家情報を源泉地国の課税当局に直接報告する。そして、AIからの年次報告は、自動的情報交換により、源泉地国の課税当局から居住地国の課税当局に回送される。以上のような手順となっている。

また、AI制度を採用するメリットは以下の4つである。

- ①仲介業者は、自身の顧客である投資家の個人情報を競合相手である他の仲介業者に提供することなく、投資家に代わって条約特典を請求できる。
- ②投資家は、居住者証明を提出することなく自身の条約特典の権利を示すことができる。
- ③条約手続き執行上のコストを減らす
- ④投資家への条約アクセスを改善する

日本租税研究協会・前掲注107

¹⁰⁹ そこでの議論は、CIVが稼得した所得の条約上の性格についての技術的問題についてであり、本報告書では、集団投資ビークルの条約上の適格性に関する技術的問題への具体的な勧告を行っている。

日本租税研究協会・前掲注107,7頁

¹¹⁰ OECD, *supra* note 26.

¹¹¹ OECD, THE GRANTING OF TREATY BENEFITS WITH RESPECT TO THE INCOME OF COLLECTIVE INVESTMENT VEHICLES(ADOPTED BY THE OECD COMMITTEE ON FISCAL AFFAIRS ON 23 APRIL 2010)(2010-5-31).

また、2009 年 1 月 12 日発表の報告書のうち「クロスボーダー投資家の租税恩典享受に関する手続き上の改善について¹¹²⁾」に関しては、2010 年 2 月 8 日に「クロスボーダー投資家が条約特典を受けるための手続きの改善についての報告―クロスボーダー投資家の租税恩典享受に関する手続き上の改善について：実施要綱 公開草案¹¹³⁾」として発表¹¹⁴⁾され、民間からのコメントが募集された。

以上がこれまでの OECD における議論の経緯であるが、次節以降では日本の現行の租税条約上の投資ファンドの取扱いについて検討した後、2010 年のコメントリー改正において参考にされた 2010 年 4 月 23 日 CFA 採択の報告書¹¹⁵⁾の中身と、2010 年に追加された CIV に関する OECD モデル租税条約コメントリーについて詳細に検討する。

2-2 日本における租税条約上の取扱い

1 節では集団投資ビークルに対する国際的な議論の歴史について概観したが、それを踏まえて各国の投資ファンドの租税条約上の取扱いについてまとめると以下のようになる。

①投資家に条約適格を認めるアプローチ

②投資ファンドが投資家を代行して条約を援用できるようにするアプローチ

③投資ファンド自体に条約適格を認めるアプローチ

一方で、日本の現行の租税条約における投資ファンドの取扱いに関するアプローチは条約毎に異なっているとされる。日ルクセンブルグ租税条約では、「投資会社はいったん条約適格者とみなされながら、当該投資会社自体を条約の適用から排除する¹¹⁶⁾」という構成¹¹⁷⁾をとっている¹¹⁸⁾。また、旧日英租税条約 28 条 A 及び日仏租税条約 29 条では、「一定の公認投資基金に投資する一方国の居住者が取得する利子又は配当に関する条約適用の申請を当該基金の受託者又は運用者が代

¹¹²⁾ 本報告書では、より一般的にポートフォリオ投資家が直面する条約特典の請求に関する手続き上の問題点を論じており、仲介業者が介在する形態において条約特典の請求を行い授与する手続きについてのベストプラクティスに関する多くの提言を含む。

日本租税研究協会・前掲注 107,7 頁

¹¹³⁾ OECD, Report by the Pilot Group on Improving Procedures for Tax Relief for Cross-Border Investors-Possible Improvements to Procedures for Tax Relief for Cross-Border Investors : Implementation Package-Public Discussion Report(2010-2-8)

¹¹⁴⁾ 但し、当該公開草案に含まれる「MODEL MUTUAL AGREEMENTS ON COLLECTIVE INVESTMENT VEHICLES UNDER EXISTING CONVENTIONS」は、2009 年 1 月 12 日公表の報告書「集団投資ビークルの所得に関する条約特典の付与について」における勧告の実施を企図したものである。

¹¹⁵⁾ OECD, *supra* note 111.

¹¹⁶⁾ 日本 - ルクセンブルグ租税条約では、第 25 条で「この条約の所得に対する課税に関する規定は、…特殊法人(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両締約国の政府間で合意するものを含む。))については、適用しない」とし、同議定書において「条約第 25 条に関し、「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」には、1988 年 3 月 30 日の法律の適用を受ける投資会社を含む」としている。このことから、当該投資会社については一旦条約適格を認めていると解されている。

¹¹⁷⁾ 宮本十至子・前掲注 42,312 頁

¹¹⁸⁾ 日本以外の国同士が結ぶ租税条約で、米仏租税条約 10 条においても会社型の可変資本投資会社 SICAV に条約適格を認める。

宮本十至子・前掲注 42,314 頁

行することができる¹¹⁹⁾とされている。従って、これらをまとめると日本の租税条約には、投資ファンド自体に条約適格を認めるものと投資家に条約適格を認めるものが存在し、両者が混在しているといえることができる。

上記の条約例と日本が各国と締結する現行の租税条約を鑑みた場合、会社型の投資ファンドに対しては条約適格を認めるが、契約型についてはその適用の可否が明確ではない¹²⁰⁾といえる。会社型の投資ファンドに関しては、一部の国との租税条約において条約適格を認める規定を定めている¹²¹⁾。

以上、現行の日本の租税条約について述べたが、次節以降では本節の内容を踏まえて、今後日本がとるべき投資ファンドの取扱いに関して議論を行う。

2-3 CIV 報告書における議論の概要

3 節では、OECD の報告書¹²²⁾及び 2010 年の改訂で追加された CIV に対する OECD モデル租税条約コメンタリー¹²³⁾を中心として、2006 年以降の OECD の投資ファンドの条約適格性に関する議論の整理を行い、次節以降の日本の投資ファンドの租税条約該当性の議論につなげる。尚、報告書及びコメンタリーでは投資ファンドを CIV としている。また、コメンタリーでは CIV を「広範に保有され、多様な有価証券ポートフォリオを有し、設立国における投資家保護規則の対象となるファンド」とだけ定義し、報告書よりもその定義が広がっていることに留意する必要がある。

OECD モデル租税条約のような CIV に対処するための特定条項を持たない条約の下で投資ファンドが租税条約の適格者に該当するためには、「者」、「居住者」、そして投資所得の場合には「受益者」要件を満たす必要がある¹²⁴⁾。まず、「者」要件について、報告書は CIV の法的構造に由来し、従って、CIV が会社形態をとる場合には明確に者を構成し、信託である場合にはその設立された国の租税法が納税義務者と扱うか否かにかかってくる¹²⁵⁾。

次に、「者」である CIV が「居住者」要件を満たすかに否かについては、CIV 設立国の課税上の扱いによって決まるとする。具体的には、その設立国において課税上透明又は無条件で所得課税を免除されている CIV は要件を満たさないとする。一方で、特別条項によって課税を免除される CIV や、投資家に配当した部分については課税を受けない CIV、低い税率で課税される CIV

¹¹⁹⁾ 宮本十至子・前掲注 42,314 頁

¹²⁰⁾ 松田氏は、「従来の租税条約の中にも、一定の透明な事業体に対する条約特典の適用関係について明確な規定を定めているものもある」とし、その例として日仏租税条約 29 条を挙げている。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—」租税研究 713 号(2009-03),217 頁

¹²¹⁾ 日米租税条等(例えば日米租税条約 11 条 3 項)においては、締約国の居住者によってその 50% 以上が保有される年金基金については明確に租税条約の適用を認めている。しかし、そのような規定は一定の年金基金についてのみ条約適格を認めるものであって、大部分の投資ファンドの条約適格の問題は未だ残されたままである。

¹²²⁾ OECD, *supra* note 111.

¹²³⁾ OECD, THE 2010 UPDATE TO THE MODEL TAX CONVENTION(2010-7-22), at 4-12

¹²⁴⁾ OECD, *supra* note 123, at 4.

¹²⁵⁾ OECD, *supra* note 111, para. 23-26, at 7-8.

については、その設立国において不透明として扱われる以上、居住者要件を満たすとしている¹²⁶。

最後に受益者要件である。報告書では、①CIVを通じた投資の構造が複雑である為に CIV が受領する特定の所得を特定の投資家までたどるのは不可能である、②投資家の課税状況は資産を直接に所有している場合と実質的に異なる、③CIV が保有する資産の運用の指示を直接出すのは CIV マネージャーである、という理由から、CIV マネージャーが CIV 持分の所有者に代わって資産を運用する裁量権を有しており、かつ、「者」及び「居住者」要件を満たす限り CIV は受領した所得の受益者として扱われるべきであるとする¹²⁷。

以上の報告書の議論は 2010 年改訂の OECD モデル租税条約コメンタリーにも反映されており、整理すると以下の図のようになる。

図 7：現行条約上の条約適格該当要件

「者」要件	国内法で、CIV を納税義務者として扱う。 paragraph6.10
「居住者」要件	国内法で、課税上透明として扱われていない。 paragraph6.11
「受益者」要件	CIV のマネージャーが資産運用のための裁量権を持つ。 paragraph6.14

最後に、OECD モデル租税条約コメンタリーの提案する CIV の租税条約上の取扱いアプローチについて述べる。改正コメンタリーでは、報告書のセクションⅢ以降の議論がまとめられている。そしてパラグラフ 6.21 以降でそれまでの議論を踏まえた上での CIV の取扱に関するアプローチの提案等を行っている。それをまとめたのが以下の図である。

図 8：OECD コメンタリーの提案するアプローチ

¹²⁶ *Id.* para. 27-30, at 8-9.

¹²⁷ *Id.* para. 31-35, at 9-10.

(1)proportionate approach①	同等受益者 ¹²⁸ が CIV の受益権の所有者である範囲においてのみ、CIV は受領した所得に関する特典の適格者となる。 paragraph 6.21(a)
(2)proportionate approach②	CIV 設立国の居住者が CIV の受益権の所有者である範囲においてのみ、CIV は受領した所得に関する特典の適格者となる。 paragraph 6.26(a)
(3)threshold approach	CIV の受益権の持分所有者の少なくとも[]%が、[同等受益者]／[集団投資ビークルが設立された締約国の居住者]である場合には、CIV は受領した所得に関する特典の適格者となる。 paragraph 6.27(a)
(4)a look through approach	CIV は条約適格者として扱われないが、投資家に代わって、租税条約の下で利用可能な、税額控除、免除又は他の特典を請求することができる。 paragraph 6.28(a)
(5)publicly-traded approach	主要な CIV の株式又はユニットがその国の公定の株式取引所において記録され、また定期的取引されているのであれば、CIV は受領した所得に関する特典の適格者となる。 paragraph 6.32(a)

2-4 国内の投資ファンドの取り扱いとその法的根拠

第 4 節では、3 節での議論に関係して本論文における投資ファンドである証券投資信託、公募型の投資信託、投資法人の法的構造について概観する。

実質的所得者課税の原則¹²⁹を定める所得税法 12 条及び法人税法 11 条の下では、信託財産に帰属する収入・支出は、当該財産の法的名義人である受託者のものとして扱われるべきである。しかし、信託に関してはその例外として、所得税法 13 条 1 項本文又は法人税法 12 条 1 項本文において経済的帰属説が採用されている¹³⁰。従って、これらの規定の適用が法人税法 12 条の「ただし書き」によって排除される集団投資信託等のその信託に係る収入・支出は信託財産の名義人である信託銀行等のものとなるはずである。しかしさらに、法人税法 12 条 3 項により、それらを法人税法上は受託者たる信託銀行等の収入・支出ではないとみなすことにより、結果として、当該信

¹²⁸ 同等受益者とは、CIV 設立国の居住者である者か、又は、他の国の居住者であって所得を直接受領した場合に条約又は源泉地国の国内法に基づき、CIV が請求する税率と少なくとも同程度に低い税率を適用する権利を与えられる者を意味する。但し、源泉地国が、CIV 投資家が居住者である国と有効で首尾一貫した情報交換規定を租税条約上において有する場合に限る。

Id. para.6.21(b)(ii), at 19.

¹²⁹ 実質所得者課税の原則については、法律的帰属説と経済的帰属説がある。金子宏氏は「文理的には、どちらの解釈も可能である。しかし、…法律的帰属説が妥当である。(金子宏『租税法 第 16 版』弘文堂(2011),161 頁)」とし、水野忠恒氏は「私見では、いずれの説が妥当であるかということは、所得の種類によって異なるのではないかと考えられる。(水野忠恒『租税法 第 5 版』有斐閣(2011-4),296 頁)」としている。

¹³⁰ 金子宏・前掲注 129,163 頁

託財産に帰属する収入・支出は、少なくともそれが信託財産に帰属した時点では、所得税法及び法人税法上誰のものでもない収入・支出であるということになる¹³¹。これが現行制度において、集団投資信託がパススルーとして扱われる所以である。従って、当該信託で発生した所得は受益者に分配された時に課税される。

また、法人税法第2条29項において、集団投資信託とは、投信法に規定する投資信託及び外国投資信託で、投信法第2条4項に規定する証券投資信託、及びその受益権の募集が、国内公募によって行われるものと規定する。投信法第2条3項より、上記投資信託には委託者指図型と委託者非指図型がある¹³²。委託者指図型の場合、「委託会社は受託会社に運用の指図を行い、信託財産を投資運用する¹³³」。委託者非指図型の場合は「運用にあたっては、…受託銀行が個々の投資者の資金を合同して運用する形をとっており、個々の投資者(委託者)は運用の指図を行うことはできない¹³⁴」とされている。

次に、投資法人は法人であり¹³⁵、法人税の対象となる。また、配当可能利益の90%超を配当すること等を要件として支払配当の損金算入が認められる、いわゆるペイスルー型の法人である。資産の運用以外の行為を営業として行うことはできず、登録投資法人は実際の運用は投資委託業者に、資産の管理は資産管理委託会社に委託しなければならない¹³⁶。また、「ファンドの投資運用は、ファンドの委員会が行うのではなく、外部の「運用会社」に委託して行わなければならない¹³⁷」。

更に、投資法人、証券投資信託、公募型の投資信託は、投資家保護を図るために導入された¹³⁸金融商品取引法の対象となっている。

2-5 投資ファンドの租税条約適格該当性と新たな取扱いアプローチ

先ず日本の投資ファンドが3節で述べた条約適格要件に該当するかについて検討する。本論文における投資ファンドの国内法上の扱いについては前節で述べたが、それをOECDが公表するCIV報告書¹³⁹において述べられている適格要件にあてはめたのが図9である。証券投資信託及び公募型の投資信託は、国内法上、その受託者も信託自体も課税されないので、「者」及び「居住者」要件を満たさない¹⁴⁰。一方で、投資法人はその利益全てを支払配当として損金に算入したとしても、国内法上、法人であり納税義務を負うので「者」及び「居住者」要件は満たす。受益者要件については、図9で示すように、委託者非指図型投資信託以外は投資ファンドのマネージャーが

¹³¹ 佐藤英明・前掲注46,114頁

¹³² 正確には、証券投資信託は委託者指図型のみである。(投信法第2条3項)

¹³³ 田村威『四訂 投資信託 基礎と実務』経済法令研究会(2006-11),23-24頁

¹³⁴ 田村威・前掲注133,84頁

¹³⁵ 投資信託及び投資法人に関する法律第61条

¹³⁶ 藤本幸彦・鬼頭朱実『投資ストラクチャーの税務 六訂版』税務経理協会(2010-7),30頁

¹³⁷ 田村威・前掲注133,146頁、投信法198条

¹³⁸ 小立 敬「金融商品取引法案のポイントー投資家保護のための横断的法制ー」資本市場クォーターリー 9巻4号(2006),43頁

¹³⁹ OECD, *supra* note 111.

¹⁴⁰ 一方で、OECDモデル租税条約コメンタリーパラグラフ2では、「者」という用語についてa)で定められている定義は網羅的ではなく、「者」という用語が非常に広い意味で用いられるものであること…を示すものとして読まれるべきである。(川端康之・前掲注76,65頁)」として、「者」という概念を非常に広い意味で捉えるべきであるとする。

売買等の指示を出さないために受益者要件を満たさない。従って、CIV 報告書及び CIV に関する OECD モデル租税条約コメンタリーで議論される範囲内において、本論文における投資ファンドが配当や利子等の投資所得を受け取る場合には条約適格を与えられない。そのため、現行の OECD モデル租税条約のように投資ファンドに対する特定条項をもたない条約において、本論文における投資ファンドはその稼得した投資所得に関する条約特典を請求することができない。従って、投資ファンドに投資する投資家個人が条約特典の請求を行わなければならないことになる。

図 9：CIV 報告書及び CIV に関するコメンタリーにおける日本の投資ファンドの条約適格該当性

	証券投資信託	公募の投資信託	投資法人
「者」	×	×	○
「居住者」	×	×	○
「受益者」	×	指図型 ⇒ × 非指図型 ⇒ ○	×

しかし、投資ファンドの個人投資家に条約特典の申請を行わせることには様々な問題がある。先ず、複雑な投資スキーム構造の中で果たして投資家が適切に条約特典を請求することができるのかという問題がある。次に、仮に投資家が条約特典を締約国の権限ある当局に請求することができたとしても、その申請数は膨大なものになり行政上の執行に困難をきたすであろう¹⁴¹。さらに、特定の所得を特定の投資家までたどることは非常に困難であるために、投資ファンドが稼得した所得を投資家毎に割り当てるのは難しいであろう。その結果、投資ファンドを通じた投資を行った場合には条約特典を適切に享受することができず、直接投資を行った場合と比較して課税の中立性の観点から問題が起こる。

以上のことから、直接投資と投資ファンドを通じた間接投資を税法上中立的に扱うために、「投資ファンドに条約適格を認める特定条項」を租税条約に導入するべきであると考える。

そこで最後に、条約適格を投資ファンドに与える場合、コメンタリーで提案するどのアプローチを採用すべきかについて図 8 を基に検討する。図 8 のアプローチの中で最もシンプルなのはアプローチ 2 及び 5 であろう。特に、アプローチ 5 に関しては、その判定も非常に簡単で条約適格を判定するための行政上の煩雑性も解消されるであろう。しかし、投資ファンドの条約適格性を判断するにあたって、その投資家を全く考慮しないことは、当該投資ファンドが TS に利用される可能性が非常に高くなることを意味する。対照的に、アプローチ 2 であれば TS の可能性は無くなるが、投資家の条約適格性を個別に全て判定していくことには行政上の煩雑さを伴い、結果として条約特典が適切に享受されず、直接投資と比較した場合に課税中立性の観点から問題が起こる可能性がある。また、アプローチ 1 に関しても同様の問題が指摘される。以上のことを考慮した結果、私は本論文において、アプローチ 1 と 3 を混ぜたハイブリッド型のアプローチを採用

¹⁴¹ これに対して、「租税条約…その適用は厳格でなければならない、仲介者(金融機関)の事務の煩雑さとか当局の事務の効率を優先的に考慮すべき性質のものではない(景山智全「集団投資スキームにおける課税上の問題点」税務大学校論叢 40 号(2002),313 頁)」とする意見もある。

するべきであると提案する。その規定は以下の通りである。

この条約の他の条項に関わらず、一方の締約国で設立され他方の締約国から生じる所得を受け取る適格投資ビークルは、そのような所得に対する条約の適用に関して、その設立された締約国の個人居住者として、また、受領した所得の受益者として扱われる。ただし、当該適格投資ビークルの受益権の少なくとも10%が、同等受益者によって所有されている場合に限る¹⁴²。

一方、条約に規定する適格居住者要件を満たさない者にまで条約適格を認めることで、OECDモデル租税条約の規定との整合性の問題が出てくる。

この点に関しては日仏租税条約の年金基金に関する規定が参考になる。同条約では、「条約のその他の規定にかかわらず、年金基金…は、第10条及び第11条の特典を受ける権利を有する¹⁴³」とし、また、当該年金基金には「投資信託であってその持分の全部が年金基金に所有されるものを含む¹⁴⁴」としている。つまり、OECDの定める適格者要件を満たさない事業体にまで条約特典を付与することを認めているのである。

さらに、パススルー型の事業体に対して条約適格を認める1971年当時のスイスとドイツの租税条約も参考になろう。当該条約では、一方の国の居住者である人的会社やパートナーシップ等は、その収益の3/4を一方の締約国の居住者が享受している場合に限り、条約10～12条に規定する条約特典を請求できると規定し¹⁴⁵、当時はドイツの国内法上法人格がなく構成員課税が行われる合名会社や合資会社のような人的会社¹⁴⁶に対して、投資所得に関する条約特典の請求を認めている¹⁴⁷。

以上のことから、適格者要件を定めるOECDモデル租税条約との整合性を図るために、新たな条項の導入若しくは適格者要件の見直しを検討していくべきである。

しかし、上記で提案するアプローチを租税条約に導入しても一定のthresholdを定める以上、報告書において指摘されているように、条約特典が与えられる投資ファンドを用いたTSの可能性が残る。実際、投資ファンドに条約適格を認めることを提案する1997年のOECDによる研究¹⁴⁸と1997年IFA報告書¹⁴⁹も、そのことに付随して発生するTSを防止する目的で特典アプローチの制限を提案している¹⁵⁰。また、2010年の報告書でも「CIVの取扱いに対処する特定の条項を進展させる交渉者はまた、条約に含まれている一般的TS防止条項と同等の条項の効果を考慮し

¹⁴² OECD, *supra* note 111, para.6.26~6.27, at 21. 日本租税研究協会・前掲注 107,95~96 頁

¹⁴³ 日仏租税条約議定書 6A(a)

¹⁴⁴ 日仏租税条約交換公文 3(b)

¹⁴⁵ GERMANY-SWITZERLAND INCOME AND CAPITAL TAX TREATY, PROTOCOL OF NEGOTIATIONS(18 June 1971), Ad Articles 10, 11 and 12

¹⁴⁶ 岩崎政明「2008-2009 年度ドイツ企業税法・個人投資所得一元課税制度のねらい」租税研究 710 号(2008-12),162 頁

¹⁴⁷ 当該条項では、パススルー型事業体に条約適格を認める条件として、事業体が設立された国の投資家の割合に言及しており、この割合は本論文で提案するアプローチにおけるthresholdを考える上でも参考になろう。

¹⁴⁸ OECD, *supra* note 40.

¹⁴⁹ Lynne J. Ed and Dr. Paul J. M. Bongaarts, IFA, *The Taxation of Investment Funds*, Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXXII b (1997).

¹⁵⁰ OECD, *supra* note 4, at 96.

ようとするだろう¹⁵¹」とし、CIV に対処する特定の条項を入れる際には併せて TS 防止条項も検討すべきであると述べている。そこで 3 章では、投資ファンドに条約適格を認めた場合に導入すべき TS 防止条項について検討する。

¹⁵¹ OECD, *supra* note 111, para.54, at13-14.

第3章 投資ファンドを利用したトリートイ・ショッピングへの対処

3-1 CIVによる潜在的なTS問題

第2章では、租税条約の適格者を投資家ではなく投資ファンドに認めるべきであり、そのために、同等受益者による一定以上の投資ファンド持分の保有を条件に投資ファンドに条約適格を認めるアプローチの導入を提案した。そこで、第3章ではそのような規定を租税条約に導入した場合に懸念されるTSの問題とその解決策について述べるが、1節ではまずその起こりうるTS問題について検討する。

多くの国は、直接投資と投資ファンドを通じた投資間における租税障壁を同等にするべく、例えば課税上透明として扱う等、投資ファンドのために特別にデザインされた金融制度を持つ¹⁵²。つまり、投資ファンド段階で実質的に課税されないように(もしされたとしても小額であるように)国内法上優遇しているのである。このような国内法上の優遇措置はあくまでも投資ファンド段階での課税と投資家段階での税負担を考慮してのものであり、最終的には投資家段階で課税されることを予定している。しかし、そのような実質的な課税に服さない投資ファンドと租税条約を上手く組み合わせることによって、税負担を減少させることが可能になる場合がある。これが投資ファンドを利用したTSである。

CIV報告書¹⁵³では、多くの国はOECDモデル租税条約1条コメンタリーのパラグラフ13~21.4で述べられている一般的な条項によってTSの可能性に対処しているとする。確かに、そこで述べられている条項は通常のTSには対応できるかもしれない。しかし、一定の条件の下に投資ファンドに条約適格を認める上記アプローチを採用することによって、新たに発生する可能性のあるTSに対して十分に対処できているのかについては検討の余地を残す。実際、2章で提案したアプローチのように一定のthresholdを定めることは残りの部分の投資家に対してはTSの可能性を与えることになる。この点につき、公認投資基金に投資家の代行として条約特典の請求を認める日仏租税条約29条の規定の下でも、「実際には、これらの事業体への条約特典の適用が包括的に行われると考えられることから、本来適用されるべきでない投資家にも条約特典が付与されるという問題が生じ得る¹⁵⁴」として、TSが起こる可能性があることを指摘している。

TS防止規定を考える際に留意しなければならないのは、TS規制方法にはOECD型と米国型が存在するという点である。OECD型では居住者の概念自体を取り上げそれを緻密化していくことで条約の適用対象者を限定しているのに対して、米国型では具体的な条文を設けてその中をスクリーニングさせていくことで条約便益の制限を図っている¹⁵⁵。そこで、2節ではOECDモデル租税条約における規定を概観し、3節では2003年の新日米租税条約以降の租税条約を概観することによって現在の日本の租税条約締結方針を確認する¹⁵⁶。そして4節では、2章で提案した投資ファンドに条約適格を認めるアプローチを今後採用していく場合に、どのようにTSに対応して

¹⁵² OECD, *supra* note 4, at 93.

¹⁵³ OECD, *supra* note 111, para.54, at 13-14

¹⁵⁴ 松田直樹・前掲注 120, 218 頁

¹⁵⁵ 川端康之「OECD 租税条約モデルをめぐる諸問題」租税研究 569 号(1997), 93 頁

¹⁵⁶ 「LOB 条項の導入は、米国の 1996 年版のモデル条約 22 条の則ったものであり(松田直樹「国際投資等に係る税制のあり方」税務大学校論叢 59 号(2008), 62 頁 脚注 101)」とあることから、初めて LOB 条項を採用した新日米租税条約及びそれ以降の主要な先進国との条約における TS 規制は米国型に沿ったものであると思われる。

いくべきかについて詳しく述べる。

3-2 OECD モデル租税条約及びコメンタリーの掲げる規制条項

TS の問題は 1940 年代に米国が取組み始め¹⁵⁷、OECD でも 1983 年に最初の研究会が報告書の草案を作成し(完成は 87 年)、「国際的租税回避と脱税－関連する四つの研究¹⁵⁸」が出され、1992 年に改正 OECD モデル条約が公表された。1998 年の「有害な税の競争」報告書¹⁵⁹では、勧告 9 及び 10 において条約の濫用について述べ、そこでの勧告の検討を「条約の適用制限報告書¹⁶⁰」で行い、2003 年の OECD モデル租税条約コメンタリーの改正につなげた。

OECD モデル租税条約の主要な目的は、国際的な二重課税の排除と租税回避及び遁脱を防止することであるが¹⁶¹、条約の拡大によって、国内法上の租税優遇措置と条約上の救済措置の双方の便益を確保することを目的とした人為的な法律の利用を助長することによる条約の不当な利用についても危惧している¹⁶²。また、そのような問題に対処するために、関連する租税回避の戦略に直接焦点をあてた特別の規定を追加することも有用であるとしている¹⁶³。

そこで次に、OECD モデル租税条約コメンタリーの提案する TS 防止条項について説明する。当該条項は、look-through approach、subject-to-tax approach、channel approach、qualified approach、exclusion approach の主に 5 つであり、それらを補完するために「真正条項」が規定されている。各条項についての説明は下記の通りである。

図 10 : OECD モデル租税条約コメンタリーの提案する TS 防止規定

¹⁵⁷ 黒田雅子「日仏租税条約改正におけるトリートイ・ショッピング防止規定について」税経通信 51(14)(1996-11),35-36 頁

¹⁵⁸ OECD, International Tax Avoidance and Evasion, Four Related Studies (1987)

¹⁵⁹ OECD, Harmful tax Competition: AN Emerging Global Issue(1998)

邦訳：水野忠恒監修 高木由利子訳『有害な税の競争 起こりつつある国際問題』日本租税研究協会(1998)

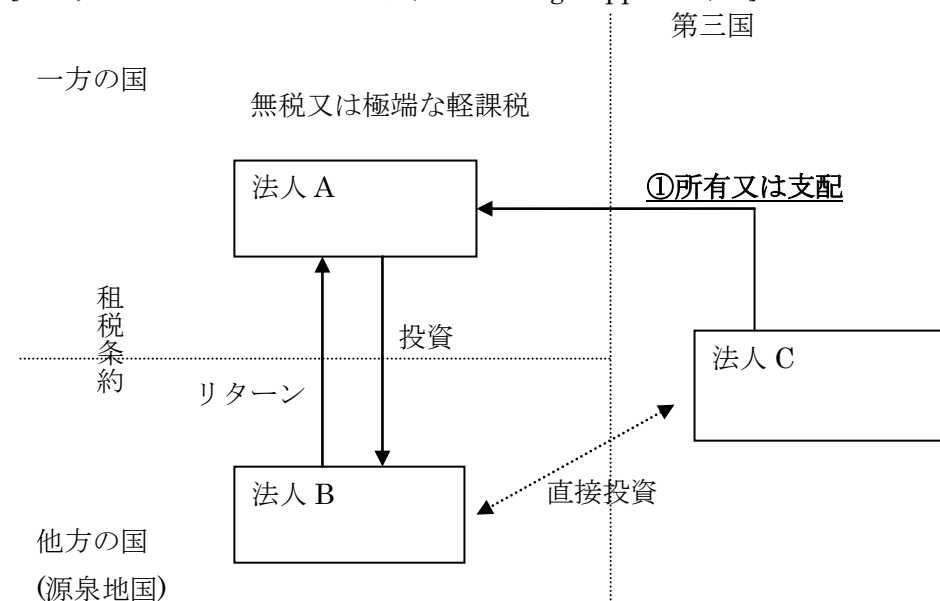
¹⁶⁰ Issues in International Taxation, No.8, 2002 Reports Related to the OECD Model Tax Convention Restricting the Entitlement to Treaty Benefits

¹⁶¹ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital COMMENTARY ON ARTICLE 1 paragraph 7

¹⁶² OECD Model Tax Convention on Income and on Capital COMMENTARY ON ARTICLE 1 paragraph 8

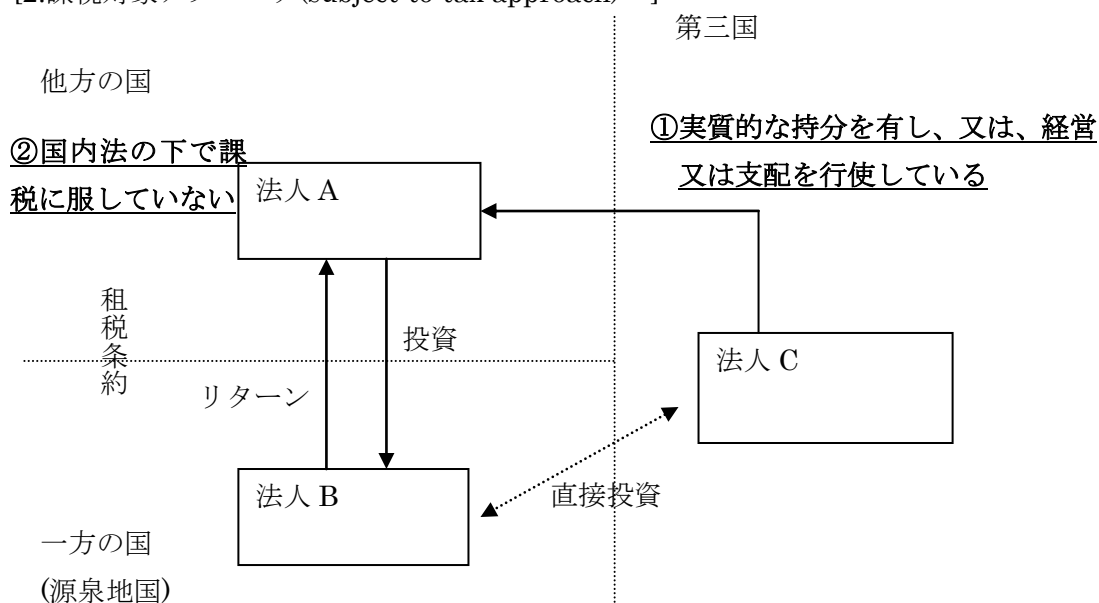
¹⁶³ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital COMMENTARY ON ARTICLE 1 paragraph 9.6

[1. ルック・スルー・アプローチ(look-through approach)¹⁶⁴]



[一方の国の法人 A が、一方の国の居住者でない者により直接に、又は、いずれのいずれの居住者であるか問わない者によって所有又は支配されている場合、条約特典を受けることができない。]

[2. 課税対象アプローチ(subject-to-tax approach)¹⁶⁵]



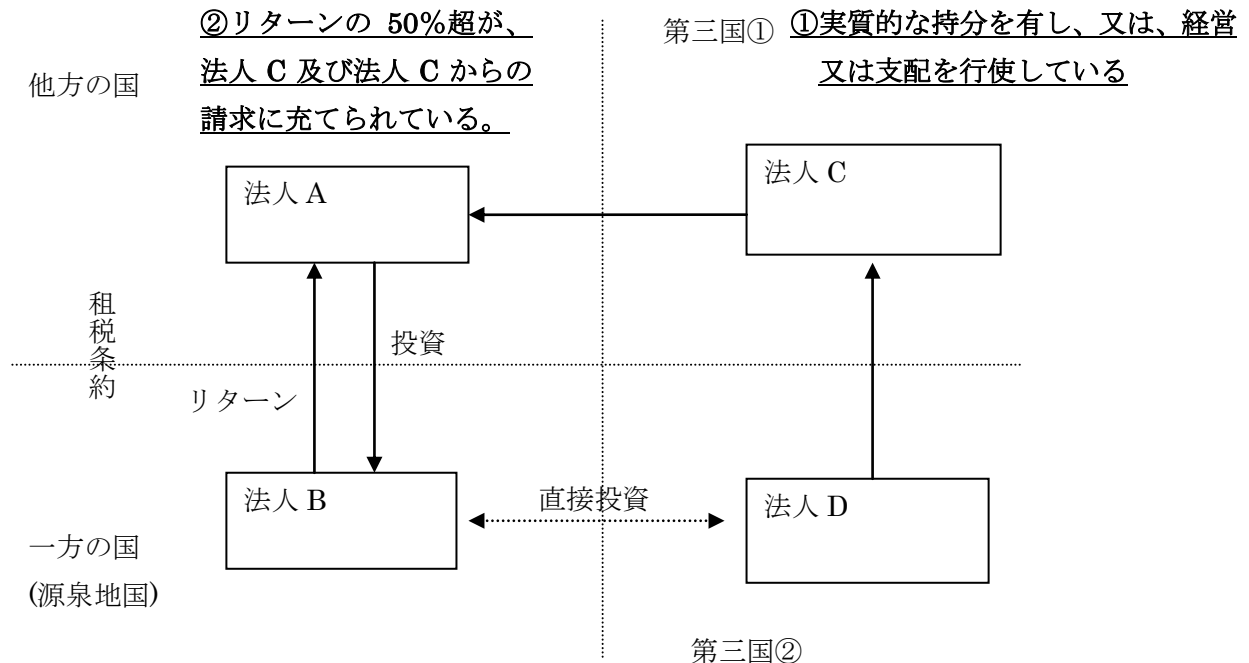
[一方の国で生じた所得が、他方の国の居住者である法人によって受領される場合、
a) 法人 A が他方の国の居住者でない者又はいずれの居住者であるかを問わない者によって実質的持分を保有されており、又は、

¹⁶⁴ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital COMMENTARY ON ARTICLE 1 paragraph 13-14

¹⁶⁵ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital COMMENTARY ON ARTICLE 1 paragraph 15~16

b)法人 A が他方の国の居住者でない者に経営又は支配されている場合には、条約の特典は、他方の国の国内法の下で課税される所得に対してのみ、付与される。]

[3.チャネル・アプローチ(channel approach)¹⁶⁶]



[一方の国で生じた所得が、他方の国の居住者である法人によって受領される場合、
a)他方の国以外の者が直接に、又は、いずれの居住者であるかを問わない法人を通じて、法人 A の実質的な持分を有しており、又は、
b)他方の国以外の者が、法人 A の経営又は支配を行使している場合には、
リターンの 50%超が、上記法人 C 及び法人 D からの請求に充てられている時は、条約特典を付与しない。]

[4.適格者アプローチ(qualified person approach)]

「適格者(qualified person)」の概念を使って、いずれの締約国の居住者でもない者が、いずれかの締約国の居住者である主体を利用して条約の特典を享受する規定¹⁶⁷]

[5. 適用除外アプローチ(exclusion approach)]

[特定のタイプの法人に対する租税条約の特典を否認するアプローチ]

[真正条項¹⁶⁸]

i)一般的な真正条項

¹⁶⁶ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital COMMENTARY ON ARTICLE 1 paragraph17~18

¹⁶⁷ 川田剛・前掲注 94,35 頁

¹⁶⁸ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital COMMENTARY ON ARTICLE 1,paragraph19

- ii)活動条項
- iii)税額条項
- iv)上場規定
- v)選択的減免規定
- vi)裁量規定

上記から、各条項が対象としている TS の形態に違いがあることが分かる。また、図 10 の 1～3 のアプローチを採用する場合には、真正な取引や経済活動には条約の特典が与えられることを保障するために、特別の規定として「真正条項」を入れる必要がある¹⁶⁹。以上のことを踏まえて、3 節では特典条項(LOB 条項)を採用した新日米租税条約以降に先進国との間で締結した租税条約について概観し、4 節の議論につなげることとする。

3-3 日本の現行租税条約上の規制方法(日米・日英・日仏・日豪・日蘭)

日本が TS 防止規定を初めて条約に取り入れたのは、1996 年 1 月改正の日仏租税条約であるとされている¹⁷⁰。それまでも、個別具体的減免措置¹⁷¹は存在していたが、日本の結ぶ租税条約には TS を行うインセンティブが比較的少ないと考えられていた¹⁷²ために、TS 防止規定は採用していなかった。

日仏租税条約の改定が行われた 1996 年以後の日本が結ぶ租税条約には TS 防止規定が採用されるようになったが、その中でも大きな転換点となったのが 2003 年の新日米租税条約である。同条約では、配当、利子、使用料に関する条約上の税率を大幅に引き下げ、それに伴って特典制限条項(LOB 条項)を導入した。背景には米国の意向があったようであるが¹⁷³、以降の改正においても同条項が採用されていることを考えれば、日本が締結する租税条約の一つの方向性と言えるであろう。

新日米租税条約の改正以降の主要国との条約改正は、2006 年の新日英租税条約、2007 年の新日仏租税条約、2008 年の新日豪租税条約、2011 年の新日蘭租税条約があり、それぞれの新条約には多くの共通した部分があり、同時に異なる部分も幾つかある。TS に関する規定に焦点をあてて各国の条約を比較したのが、図 11 である。

図 11：日米・日英・日仏・日豪租税条約の比較図

¹⁶⁹ 川田剛・前掲注 94,33 頁

¹⁷⁰ 黒田雅子・前掲注 157,32 頁

¹⁷¹ 川端康之「トリティ・ショッピング」ジュリスト 1057 号(1995),43 頁

¹⁷² 竹内洋「第 1 章 国際課税の理論と課題」水野忠恒編・国際課税の理論と課題 第 4 巻(木下和夫＝金子宏監修 21 世紀を支える税制の論理)

¹⁷³ 須藤一郎「適格居住者の判断基準の明確化」旬刊経理情報 1048(2004-4-20),9 頁

	新日米	新日英	新日仏	新日豪	新日蘭
発行年度	2004 年	2006 年	2007 年	2008 年	2011 年
特 典 条 項 (LOB 条 項) 対象所得	6～21 条、23 条、24 条	7 条、10 条 3 項、11 条 3 項、12 条、 13 条、 21 条	7 条、10 条 3 項、11 条 3 項、12 条、 13 条、 22 条	7 条、10 条 3 項、11 条 3 項、13 条	10 条 3 項、 11 条 3 項、 12 条、13 条、 20 条
主 要 目 的 テ ス ト (濫 用 目 的 防 止 規 定)	×	10 条 9 項、 11 条 10 項、 12 条 6 項、 21 条 5 項	10 条 9 項、 11 条 10 項、 12 条 6 項、 22 条 5 項	10 条 11 項、 11 条 10 項、 12 条 8 項 (日英・日仏よ りも対象範 囲が広い)	×
事業体課税 (第 3 国に設 立された場 合の規定)	○	×	△ (一定の場合 の、相互協議 規定がある)	○	○
派生的受益 基準	×	○	○	×	○
課 税 ベ ー ス 侵 食	○	×	×	×	×

先ず特典条項とは、第三国居住者による条約特典の不正享受を防止するために、租税条約締約国の居住者に対してその者が所定の要件を具備することを求める「包括的な」特典制限条項である¹⁷⁴。その内容は、日米租税条約の場合、第 1 項の「適格者基準」に該当すれば当該課税年度においてその者単位で、第 1 項を満たさず第 2 項の「能動的事業活動基準」を満たせばその所得単位で条約特典を受ける権利を有する。さらに、1 項又は 2 項のいずれも満たさなかった場合でも 4 項の「権限のある当局の認定」を受ければ、者又は所得単位で条約特典を受ける権利を有するとしている。一方で、日英、日仏、日豪及び日蘭租税条約では、日米租税条約と比較して特典制限条項の対象範囲が狭くなっている。そのため各条約とも日米租税条約とはその構成が異なっており、条約特典を享受するためには、特典条項を満たした上でさらに導管取引防止規定及び濫用目的防止規定の要件を満たして初めて条約特典が付与される仕組みとなっている¹⁷⁵。また、日英、日仏及び日蘭租税条約は特典条項の中で、一方の締約国の法人に出資する適格者の範囲を同等受益者にまで広げる「派生的受益基準」を追加的に定めている。ここで言う同等受益者とは、源泉地国との間に情報交換規定を有する租税条約を締結し、当該条約で定める源泉徴収税率が、源泉地国と法人の居住地国である一方の締約国間の租税条約で定めるそれよりも同等以下である国の

¹⁷⁴ 浅川雅嗣『コンメンタール 改訂日米租税条約』大蔵財務協会(2005),189 頁

¹⁷⁵ 日蘭租税条約には濫用目的防止規定は導入されていない。

居住者のことである¹⁷⁶。従って、「派生的受益基準」の下では一方の締約国の法人に出資する適格者の範囲を、源泉地国及び法人の居住地国の居住者に限定せず、一定の要件を満たす第3国の居住者にまで広げている。

第2に、導管取引防止規定とは、「所得の受領者である相手国居住者が当該所得を取得する取引と同種の取引を第三国居住者との間で行い、かつ、両取引の間に条件関係が認められるような¹⁷⁷」取引を防止するための規定である。言い換えれば、条約特典は形式的な所得の「受領者」ではなく、所得の経済的利益が実質的に帰属すると認められる「受益者」に与えられるということを規定する。特典条項との相違点は、特典条項の下では条約特典を受けようとする者の属性に基づいて条約特典の適用の有無が判断されるのに対して、導管取引防止規定の下では取引の態様に基づいて条約特典の適用の有無が判断されることである¹⁷⁸。つまり、特典条項は第三国居住者が日本若しくは米国にペーパーカンパニーをつくり、これを通じて米国若しくは日本に投資をすることで条約の特典を享受することの防止を目的としているのに対し、導管取引防止規定はペーパーカンパニーを作らずに導管取引を通じて投資所得に係る条約の特典を享受することを制限しているのである¹⁷⁹。

第3に、主要目的テスト(濫用目的防止規定)は「新条約の特典を受けることを主たる目的として、第三国居住者が、ペーパーカンパニーをいずれか一方の締約国に設立し、又は一方の締約国の居住者に株式、権利若しくは財産を移転することにより、当該ペーパーカンパニー又は当該一方の締約国の居住者を「受益者」として新条約の特典を受けさせるといった取引が行われる場合、これらの者に対して配当、利子、使用料及びその他の所得に対する租税の減免を認めない¹⁸⁰」ための規定である。つまり、第三国の居住者による条約の不正利用を目的とした租税条約特典の享受を制限する規定であり、上記の特典条項及び導管取引防止規定とその性質を異にする。新日豪租税条約では、「受益者である法人の設立、取得若しくは維持若しくはその業務の遂行に参与した者」にまでその規定の対象範囲を拡大し、新日英及び新日仏租税条約よりもその適用対象範囲を広げている¹⁸¹。

第4に、両締約国間で取り扱いの異なる事業体の取扱いに関する条項についてである。当該条項は、図11における5つ全ての租税条約において規定されているが、第3国に設立された事業体の取扱いに関しては各国間で異なる。日米、日豪及び日蘭租税条約は第三国に所在する事業体の取扱いに関する規定も置いているのに対して、日英と日仏租税条約では第三国の事業体に関する取扱いについて明記していない¹⁸²。

以上から、日本が(新日米租税条約を含む)2003年以降に締結した租税条約中の租税条約の不正な利用を防止するための規定は、具体的な条文を設けてその中をスクリーニングさせていくこと

¹⁷⁶ 日英租税条約第22条7項(e)

¹⁷⁷ 藤井大輔「新日英租税条約について」ファイナンス42巻6号(2006),20頁

¹⁷⁸ 松田直樹・前掲注156,62頁

¹⁷⁹ 須藤一郎・前掲注173,11頁

¹⁸⁰ 藤井大輔・前掲注177,21頁

¹⁸¹ 松田直樹・前掲注156,71頁

¹⁸² ただし、日仏租税条約では、議定書13Aにおいて、第三国に設立された事業体を通じた投資に関して、両締約国間で課税上の取扱いが異なる結果、二重課税が生じた場合には相互協議の対象となるとしている。

で条約便益の制限を図る 米国型の規制方法を採用していることが分かる。

3-4 今後日本がとるべき条約上の TS 規制

本節では、CIV に対処する特定条項を租税条約に導入する際に懸念される TS に対処するために、特定条項と併せて導入すべき TS 防止規定について検討する。

まず、租税条約における TS 防止条項を検討する際に留意すべき点がある。それは、現行の租税条約において規定されている防止条項を基礎として新たな条項を考えるべきであるということである。現在日本の採用している防止条項には、各条約締結当時に懸念された TS を防止するための規定が採用されているはずである。例えば、2 節で述べた特典条項等である。従って、全く新しく条項を創り出すのではなく、現行の日本の条約締結方針に沿う形での新条項の検討が妥当であると考え、図 11 を基に日本の採用すべき TS 防止条項について検討を行う。図 12 は、今後の日本の条約締結方針をまとめたものである。以下では図 12 について説明する。

図 12：今後の日本の条約締結方針

特典条項対象所得	新日英型
主要目的テスト	新日豪型
派生的受益基準	○
課税ベース浸食基準	×
導管取引防止規定	○

先ず、2003 年以降の日本の租税条約締結方針に鑑みれば、特典条項を TS 防止条項として採用すべきであると考えるが、その際に留意しておくべきことがある。それは、日米租税条約の場合、同条約 22 条 1 項に規定する適格者基準を投資ファンドが満たさない可能性があるということである。同項は、適格者基準を満たす法人又は個人以外の者は、その持分の 50%以上を一方の締約国の居住者によって直接又は間接に所有されていなければならないと規定する。しかし、本論文で提案するアプローチでは、投資ファンドに条約適格を認める場合の要件である適格投資家の範囲を、一方の締約国の居住者だけではなく同等受益者にまで広げている。そのため、仮に投資ファンドに条約適格を認める特定条項の基準を満たしたとしても、特典条項によって条約適格を否認される可能性がある。例えば、一方の締約国で設立された投資ファンドが他方の締約国から所得を得る場合で、その投資家の 49%が一方の締約国の居住者で、31%が第 3 国の同等受益者、残りの 20%が同等受益者でない第 3 国の居住者であるとする。本論文におけるアプローチが規定する threshold を 75%とした場合、一方の締約国の居住者と同等受益者の割合は 80%となるので当該アプローチの基準は満たすが、22 条 1 項の基準は 49%となるので満たさないことになる。

そこで重要となってくるのが、3 節で述べた「派生的受益基準」である。既に述べたように、派生的受益基準は第 3 国の同等受益者にまで適格投資家の地位を認めるものである。従って、日英租税条約のように派生的受益基準を特典条項の中に規定すれば、本論文で提案する投資ファンドに条約適格を認めるアプローチと整合性が取れると考える。但し、その際に留意しなければな

らないのは、派生的受益基準を定める現行の条約はその対象を「法人」に限定しており、本論文で投資ファンドの対象範囲としている「投資信託」については派生的受益基準の対象とはしていないということである。そのため、特典条項に派生的受益基準を取り込む際には、本論文における投資ファンドの対象範囲である「投資信託」もその対象範囲としなければならない。一方で、派生的受益基準の導入は EU の域内法に配慮したためである¹⁸³との指摘もなされており、実際に 2003 年以降に日本が結んだ欧州の国以外との租税条約では派生的受益基準は採用されていない。そのような背景を考慮すれば、欧州以外の国と租税条約を結ぶ時にまで当該基準を採用することを疑問視する向きもある。また、「いくつかの国は、第三国の投資家も含む、全ての条約適格投資家を鑑みすることは、租税条約の相互性質を変えることになる」と信じている¹⁸⁴という指摘もなされている。そこで、そのような場合には派生的受益基準に代えて OECD モデル租税条約コメンタリーでも提唱されている「真正条項」によって代替すれば良いと考える。図 10 にもあるように OECD モデル租税条約コメンタリーにおける真正条項にはいくつかあるが、例えば一般的な真正基準を採用した場合、後者の租税条約の相互性質を変えるという指摘には完全に応えることはできないかもしれないが、前者の指摘には応えることができるであろう。さらに、一般的な真正条項の場合、派生的受益基準のように画一的に条約適格を認めるのではなく当該事業体毎に判定することになるので、真正なファンドと導管として用いられるファンドを区別するという点においては派生的受益基準より優れていると考える。

次に、日英、日仏、日豪租税条約で採用されている「主要目的テスト¹⁸⁵」について検討する。新日英租税条約改訂の際には、英国側からの要望を踏まえて濫用目的に対して広く対応するために当該規定を入れたとされている¹⁸⁶。「主要な目的」の判断基準については当該条項を採用する日英、日仏、日豪租税条約において明らかにされていない。また、2011 年に発効した新日蘭租税条約では採用されていない。そのため、当該テストを今後採用していくべきかについては議論が必要であろうが、投資ファンドに条約適格を認めることで TS の可能性を残してしまう以上、真正なファンドと導管として用いられるファンドを区別するという観点からも、租税回避行為に対して一歩踏み出した¹⁸⁷当該テストを採用することが適当であると考ええる。

第 3 に、特典条項対象所得についても、日米型ではなく日英型を採用すべきであると考ええる。日英租税条約の場合、「特典条項の重点化、簡素化、明確化」の観点から条約の濫用の可能性が最も高い投資所得等の源泉地国免税を提案する条項に特典条項の適用を重点化している¹⁸⁸。本論文では投資ファンドに焦点を絞って議論しているので、所得の対象範囲を投資所得に限定し、その

¹⁸³ 川端康之・前掲注 155,90-91 頁、藤井大輔・前掲注 177,19-20 頁

¹⁸⁴ OECD, *supra* note 123, para. 6.26, at 9.

¹⁸⁵ 主要な目的テストを採用することの妥当性については、「OECD モデル条約第 1 条に関するコメンタリー 9.3 項(「…租税条約上の規定が定める特典を不当に享受することを目的とする濫用的な取引を無視することが租税条約の妥当な解釈であると考えられ…、租税条約の目的・趣旨及び誠実に租税条約を解するという義務から生じる解釈でもある(ウィーン条約法条約 31 条参照)。)」の存在が指摘されている。

松田直樹・前掲注 156,69-70 頁

¹⁸⁶ 藤井大輔・前掲注 177,21 頁

¹⁸⁷ 松田直樹・前掲注 156,69 頁

¹⁸⁸ 藤井大輔・前掲注 177,19 頁

上で各条項で、導管取引防止規定等によってスクリーニングをかけていく日英型が望ましいであろう。

第4に、日米租税条約でのみ採用する「課税ベース浸食基準」についてである。当該基準を定める日米租税条約第22条1項(f)(ii)によれば、第3国の居住者に支払われたその者の課税所得の計算上控除できる支出が、その者の総所得の50%未満であることを適格者の要件としている。そのため、本論文で提案するアプローチを採用したとしても、第3国の同等受益者に対して50%以上の支払いを行う場合にはその者は条約適格とならないことになり、結果、条約適格が否認されることとなる。特に、本論文で対象とする投資ファンドがその所得のほとんど全てを分配するパススルー型又はペイスルー型であるので、課税ベース浸食基準は採用すべきでない。

最後に、導管取引防止規定である。3節で述べたように当該規定はその取引に着目した規定であり、特典条項とも主要目的テストともその性質を異にする。従って、ペーパーカンパニーを用いたTSには特典条項を採用することによって対処できるが、取引を工夫することによって行われるTSに対処するためには導管取引防止規定が必要である。

以上のことから、図12で示すようなTS防止規定を、第2章で提案したアプローチと共に、日本が今後締結していく租税条約に採用していくべきである。

終章 おわりに

本論文では、投資ファンドを介した国際ポートフォリオ投資の問題について、投資ファンドの租税条約適格性の観点から議論を行った。租税条約の適格者となるためには、租税条約で規定する「者」、「居住者」、「受益者」要件を満たさなければならない。しかし、本論文での投資ファンドの対象とした、投信法に規定される証券投資信託、公募型の投資信託、投資法人は、OECDモデル租税条約で規定する上記適格者要件を満たさない。そこで第2章では、直接投資と投資ファンドを通じた投資間の課税中立性を図るために、投資ファンドに租税条約適格性を認める規定を日本が締結する租税条約に導入すべきであるとした。当該規定は、一方の締約国で設立された投資ファンドの受益権の一定数以上が同等受益者によって所有されている場合、当該投資ファンドに対して条約適格を認めるというものである。投資ファンドに対して一度包括的に条約適格を認めた上で、その対象となる投資ファンドの範囲を制限する規定となっている。一方、投資ファンドに租税条約適格性を認めることは同時に、条約適格のない第3国居住者に対して投資ファンドを用いたTSの可能性を与えることを意味する。本論文で提案するアプローチにおいても、条約適格を認める投資ファンドを、一定数以上の同等受益者によってその受益権が所有されているものに限ることによって部分的にはTSに対して対処しているが、TS防止規定としては不十分である。そこで、第3章では、投資ファンドに租税条約適格性を認める場合に問題となるTS防止規定に関して議論した。そこでは、投資ファンドを用いたTSを防止するという観点からだけでなく、日本が現行の租税条約で採用しているTS防止規定によって投資ファンドの条約適格が否認されないようにするという観点からも検討を行った。その結果、今後本論文で提案した投資ファンドに租税条約適格を認めるアプローチを採用する場合には、条約適格を認められた投資ファンドがTSに利用されることを防止する目的で、新日英租税条約型の特典条項と新日豪租税条約型の主要目的テスト、導管取引防止規定を併せて採用すべきであるとした。さらに、特典条項の中の派生的受益基準の対象範囲に、法人だけでなく投資信託も含めるべきであるとした。

以上、本論文では投資ファンドの条約適格の問題について考察し、最終的には一定の要件を満たす投資ファンドに条約適格を認めるアプローチと、それに伴うTS防止規定を導入するべきであるという結論を導き出した。しかし、本論文では投資ファンドの対象範囲を投信法に規定される証券投資信託、公募型の投資信託及び投資法人に絞っているために、任意組合や匿名組合等の他の事業体を用いた投資ファンドの条約適格性については言及していない。従って、そのような投資ファンドの条約適格性については未だ不明確なままであり、投資家が条約特典を適切に享受できない可能性がある。そこで、その打開策としてOECDが実施要項案で提案しているのが2章の1節で述べたAI制度である

従って、本制度を導入すれば、条約手続き執行上のコストを減らしながら投資家への条約アクセスを改善することができる。一方で、日本への導入可能性に関しては、国内法の改正や、源泉徴収不足が生じた場合の対処方法、源泉地国と投資家の居住地国との間の情報交換システムの確立等の課題が存在する。既に国内法で国際利子非課税制度が存在していることを考えれば、「源泉地国たる日本としてもそれほど違和感のある手続きではないようにも思われる¹⁸⁹⁾」とする、導入に関して前向きな意見もある。しかし、実際の導入にあたっては、源泉徴収不足の場合の厳格な

¹⁸⁹⁾ 宮武敏夫・前掲注 29,278-279 頁

責任基準や、二カ国間における国内法の整備の問題、源泉地国と投資家の居住地国間の情報交換システムの問題、さらには公認仲介業者が源泉地国に対してその義務を遵守しているかの検証問題が存在し、AI 制度導入は非常に困難であると言わざるを得ない。

しかし、AI 制度の下では条約の適格者を投資ファンドではなく投資家とみるので、本論文で対象とした事業体以外の投資家の適正な条約特典の請求に資すると考える。その意味で AI 制度は、一定の投資ファンドに条約適格を認めるアプローチを補完する規定と言えるであろう。従って、今後、投資ファンドの条約適格性のアプローチを導入していく際には、AI 制度における考え方も併せて検討していくべきである。

法人以外の事業形態に対する課税に関する研究
—新たな事業体における「損益の帰属」の
視点から—

酒井 寛志

論文要約

本論文の目的は、パス・スルー課税として取り扱われている内外の事業体における様々な問題の解決にあたって、その重要な要素である「損益の帰属 (allocation)」を視点として考察を試みることにより、今後の解決に資するための視座を提供することができないものか、ということにある。

わが国において、不況からの脱却や経済活力の回復を図るために、不良債権処理・抵当権付不動産の流動化や人的資産を集約した新しい共同事業のニーズが高まり、事業や投資の形態として、構成員へ直接に損益が帰属するビークルである任意組合、匿名組合や外国事業体が多く活用されている。しかし、近年、これらのビークルにおいて様々な税務問題が生じている。わが国の組合についていえば、例えば、組合契約に、出資持分とは異なる利益持分を定めた場合、その損益の帰属の割合が無制限に認められるかについて、具体的な判断基準は示されていない。また、外国事業体が、わが国において法人に該当するかは課税上重要であり、損益の帰属という要素をどのように考えるかということは、根本的な問題である。

本論文の構成は、上記の問題意識に基づき、まず、わが国における法人課税と組合課税 (パス・スルー課税) を整理し、法人課税の範囲やパス・スルー課税の特徴を明らかにする。次に、わが国における組合理型ビークルの税務問題を整理し、租税回避防止策としての「損益の帰属」に係る問題点とその解決策について考察していく。また、外国事業体のうち米国 LLC と米国 LPS が、わが国において法人に該当するかについて争われた裁判例等を通じ、「損益の帰属」の視点から考察を加える。最後に、考察してきたことの総括を行い、若干の提言を行う。

結論として、法人税法では、法人そのものの定義がされておらず、私法上の法人概念に依存しており、組合課税は、平成 17 年度税制改正による組合損失制限規定と国税庁からの通達が若干あるに過ぎない。上記の損失制限規定との関連からも、「損益の帰属」の経済的合理性が具体的に示されることが重要な課題であることが分かる。そこで、法整備が先行している米国を参考とし、わが国でも、一定の具体的な基準を明らかにしておくことが望ましいと考える。また、外国事業体が、法人課税とされるのか、パス・スルーとされるのかについて、米国 LLC と米国 LPS の裁判例等から導かれることとして、外国私法に依存しつつ、法人格の付与に伴う法的効果の観点から最低限の検証を行うような基準を設けることが、わが国の実情に合うと考える。以上の考察から、「損益の帰属」は、必ずしも要件としてではなく、効果としての重要性に力点が置かれているように考えられる。今後の組合課税の実体規定の立法にあたっては、損益を直接帰属させることに合理性のある事業体の特色を明らかにし、それを要件として検討すべきではないかと考える。

目 次

第1章 序論	1
1 問題の所在	1
2 本論文の構成	2
第2章 法人課税と組合課税	4
第1節 事業組織への課税.....	4
第2節 法人課税	4
1 法人税の課税根拠	4
2 法人課税の範囲	9
3 わが国の法人課税の特徴.....	12
第3節 組合課税	14
1 「パス・スルー」概念とパス・スルー課税.....	14
2 人格のない社団等と組合との峻別.....	18
第4節 小括	19
第3章 わが国の組合理型ビークル.....	21
第1節 任意組合、投資事業有限責任組合、有限責任事業組合.....	21
1 法的性質	21
2 税務上の諸問題	32
第2節 匿名組合	33
1 法的性質	33
2 税務上の諸問題	37
第3節 パス・スルー・ビークルを用いた租税回避への対応状況.....	44
1 平成17年度税制改正.....	44
2 「損益の帰属」に関する問題点.....	51
3 米国における租税回避スキーム規制策.....	52
4 解決策の検討	54
第4節 小括	58
第4章 外国法に基づくビークル.....	60
第1節 検討の意義	60
第2節 米国における法人課税の変遷.....	60
1 キントナー規則	61
2 チェック・ザ・ボックス規則.....	63
第3節 わが国における米国 LLC の取扱い.....	64
1 裁決事例及び裁判例の動向.....	64
2 国税庁質疑応答事例.....	68
3 考察	69
第4節 わが国における米国 LPS の取扱い.....	70

1 裁判例の動向	70
2 考察	75
第5節 小括	76
第5章 まとめ	80
参考文献等	83

第1章 序論

1 問題の所在

わが国において、1990年代から続く不況からの脱却や経済活力の回復を図ることを目的として、不良債権処理・抵当権付不動産の流動化、人的資産を集約した新しい共同事業形態等のニーズが高まり、様々な事業や投資のビークル¹が考案された。1999年には、「特定目的会社による特定資産の流動化に関する法律」や「証券投資信託及び証券投資法人に関する法律」が施行され²、特定目的会社や証券投資法人（投資法人）が活用されることとなった。

また、事業や投資の形態として、任意組合³や匿名組合といった組合形式のビークルも多く活用されるようになり、1998年には「中小企業等投資事業有限責任組合契約に関する法律」⁴に基づく投資事業有限責任組合、2005年には「有限責任事業組合契約に関する法律」に基づく有限責任事業組合など、新たな組合制度が創設された。2006年には、会社法の施行に伴い、会社の内部関係に組合的規律が適用される合同会社が創設された。米国においても、事業や投資のビークルとして、パートナーシップや LLC（Limited Liability Company）等が多く用いられている。

これらのビークルの多くは、パス・スルー課税⁵として取扱いを受けるものである。パス・スルー課税の最大の特徴といわれているものの1つに、構成員への直接の「損益の帰属（allocation）」⁶がある。しかし、わが国の法人課税におけるいわゆる「法人

¹ 「ビークル（vehicle）」は、「手段・媒体」として訳されるが、租税法の分野では、「経済活動の主体あるいは媒体」（金子宏『租税法〔第16版〕』弘文堂（2011）425頁参照）、「投資資金をプールするための道具」「媒体」「投資の媒体」「事業媒体」（水野忠恒『租税法〔第5版〕』有斐閣（2011）327-328頁など参照）、「集団的投資のための手段」（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69号 財務総合研究所（2003）126頁参照）などと訳して解されている。本論文では、これらの学説に準じ、近年、事業や投資の媒体として用いられている新たな事業体のことを、基本的に、「ビークル」と呼ぶこととする。ただし、外国法に基づくビークルについては、「外国事業体」（増井良啓「投資ファンド税制の国際的側面—外国パートナーシップの性質決定を中心として—」日税研論集55号（2004）77頁参照）などと訳して解されていることから、基本的に、そのように用いることとする。

² 2000年には、「特定目的会社による特定資産の流動化に関する法律」は、「資産流動化に関する法律」として改正され、特定目的信託が創設されるとともに、対象となる資産が拡大された。また、「証券投資信託及び証券投資法人に関する法律」も、「投資信託及び投資法人に関する法律」として改正され、対象となる資産が拡大された。

³ 「民法上の組合」「民法上の任意組合」とも呼ばれる。

⁴ 2004年には、「投資事業有限責任組合に関する法律」へ改正され、対象となる資産が拡大された。

⁵ 構成員課税などとも呼ばれるが、「組合は事業の主体であるが、法主体ではないから、その活動によって得られる損益は、組合を通り抜けて（パス・スルー）、組合契約で定める損益分配割合に応じて…、直接各組合員に帰属する。そのため、組合は納税義務の主体ではなく、組合活動によって生み出された所得は、組合員の所得として、組合員に課税される。」と説明されている。金子・前掲注1）425-426頁参照。また、「パス・スルー」については、後述するが、基本的に、「損益は直接、パートナーに帰属するもの」と解されている。水野・前掲注1）333頁参照。第2章において詳述する。

⁶ 「allocation」については、論者によっては「配賦」と訳し、「分配（distribution）」と区別して認識される。高橋祐介「共同事業から生ずる所得の課税に関する一考察（1）アメリカ・パートナーシップ課税を素材として」法学論叢141巻6号（1998）27頁参照。本論文では、

対個人の二分法」のなかでは、あまりみられることのなかったその性質ゆえに、近年、これを巡る様々な税務上の問題が生じてきている。

わが国の組合型ビークルに対する課税方式について言えば、例えば、組合契約に、出資持分とは異なる利益持分を定めた場合、その「損益の帰属 (allocation)」の割合は、無制限に認められるのであろうか。所得税基本通達 36・37 共-19 によれば、「経済的合理性を有するものでなければならない」とされているものの、この“経済的合理性”に係る具体的な判断基準については言及されていない。

また、経済の国際化に伴い、外国法に基づくビークル（外国事業体）を用いた事業や投資も増加してきている。これら外国事業体を、わが国の租税法において、法人とみるのか、パス・スルーとみるのかについては、その所得分類、外国税額控除、タックスヘイブン税制の適用等に多大な影響を与える論点である。例えば、米国 LLC については、これを法人として取り扱うこととする国税庁質疑応答事例や裁決事例（国税不服審判所裁決平成 13 年 2 月 26 日（裁決事例集 61 号））、裁判例（東京高判平成 19 年 10 月 10 日（訴訟月報 54 巻 10 号 2516 頁））が存在している。また、米国 LPS については、これを法人として取り扱うこととする裁判例（大阪地判平成 22 年 12 月 17 日（金判 1370 号 39 頁））がある一方、法人ではないとする裁判例（東京地判平成 23 年 7 月 19 日（TAINS Z888-1616））もあるようである。これらのいわゆる外国事業体の分類の問題について、上記裁判例の分析を通じ、米国 LLC や米国 LPS などのパス・スルー・ビークルにおける「損益の帰属 (allocation)」という要素が、わが国での課税上どのように捉えられるか、ということ进行を考察することによって、わが国のパス・スルー課税のあり方についての新たな視座を得ることはできないものであろうか。

2 本論文の構成

本論文では、上記の問題意識に基づき、パス・スルー課税を巡る様々な問題について、その根本的な性質である「損益の帰属 (allocation)」という視点からの考察を試み、今後の問題点の解決に資することを目的とする。

まず、第 2 章において、法人課税と組合課税（パス・スルー課税）それぞれの概念、意義及びその理論的根拠を整理し、法人課税の範囲やパス・スルー課税の特徴、そして、それらを論じることの意義を明らかにする。

次いで、第 3 章において、わが国において、パス・スルー課税として扱われている組合型ビークルの法的性質を概観し、税務上の問題点を整理した上で、租税回避防止策を中心とした現行税制の対応状況を検証し、「損益の帰属 (allocation)」を中心とする課題とその解決の方向性を考察する。具体的な方法として、わが国の租税回避防止策を

「allocation」について、「損益は構成員（パートナー）に帰属すること」と解されていることから、概念として、「損益の帰属」と訳し、論じることとする。水野忠恒「新たな事業体に対する課税の検討—アメリカ合衆国における法人と組合の区別を参照しつつ—」『所得税の制度と理論—「租税法と私法」論の再検討—』有斐閣（2006）399, 409 頁参照。一方、日本法では、必ずしも「allocation」と「distribution」とが明確でないことから、不明確なものについては、条文の通り、「分配」と表記するものとする。なお、「損益の帰属」のあり方について、水野忠恒教授の同論文にその多くを依拠している。

検討する上で、大いに示唆に富むと思われる米国パートナーシップの租税回避防止策を参考とし、わが国への導入の有用性を中心に検討していく。

第4章では、外国事業体のうち主なものを挙げ、特に、米国 LLC と米国 LPS が、わが国の租税法上、法人として取り扱われるべきか否かについて争われた裁判例等を取り上げ、これに対する分析を行う。ここでは、特に、外国事業体の分類に対する考え方とともに、パス・スルー課税における「損益の帰属 (allocation)」の性質とその位置付けを中心に据えて考察を加え、わが国の現行の税制下において、これら外国事業体が、法人として取り扱われることの妥当性を検証する。

第5章では、第2章～第4章において考察してきたことの総括を行い、わが国におけるパス・スルー課税のあり方について、若干の提言を行う。

第2章 法人課税と組合課税

第1節 事業組織への課税

事業や投資を行う場合、その課税は、その事業や投資に係る組織の段階で法人税の対象となるかどうかによって、大きく分けられる。法人税の納税義務者に該当すれば、法人税が課されることとなる。一方、任意組合等のように、法人税の納税義務者とならないものについては、利益・損失は構成員へ直接帰属（パス・スルー）することとなる組合課税が適用されることとなる。

本章では、まず、この法人課税と組合課税（パス・スルー課税）の基本的考え方についてみていく。法人課税で重要となるのは、法人税の納税義務者の「範囲」の問題であるので、わが国における法人税の成り立ちから、法人課税の意義と根拠を明らかにする。また、組合課税について、わが国における先行研究を基に、「パス・スルー」の概念を整理し、特に、法人税の納税義務者となる「人格のない社団等」との峻別の問題についても明らかにしていくこととしたい。

第2節 法人課税

1 法人税の課税根拠

(1) 法人税の納税義務者

内国法人は、公共法人を除き、法人税を納める義務がある（法人税法4条）。このうち、公益法人については、収益事業を行う場合、法人課税信託の引受けを行う場合又は退職年金業務等を行う場合には、法人税を納める義務がある。外国法人は、法人税法138条に規定する国内源泉所得を有する場合、法人課税信託の引受けを行う場合又は同法145条の3に規定する退職年金業務等を行う場合には、法人税を納める義務がある（法人税法4条但し書き）。また、法人でない社団又は財団で代表者の定めのあるものについては、法人税の納税義務者のうち、「人格のない社団等」に区分され（法人税法2条8号）、収益事業を行う場合、法人課税信託の引受けを行う場合又は退職年金業務等を行う場合には、法人税を納める義務を有する。個人についても、法人課税信託の引受けを行う場合には、法人税を納める義務がある（法人税法4条4項）。

内国法人は、「国内に本店又は主たる事務所を有する法人」（法人税法2条3項）と定義されており、外国法人は、「内国法人以外の法人」（法人税法2条4項）と定義されている。この定義規定は、国際課税に大きくかわってくるものとされる。すなわち、内国法人については、無制限納税義務者として、国内源泉所得のみならず国外源泉所得についてもこれを全世界所得として課税される。一方、外国法人については、制限納税義務者として、国内源泉所得のみについて課税される⁷。

「法人」については、租税法上、特段の定義はないため、私法上の法人概念を借用⁸することとなる。民法では、「法人は、この法律その他の法律の規定によらなければ、成

⁷ 水野・前掲注1) 322頁参照。

⁸ 借用概念の解釈については、独立説、統一説、目的適合説の3つの見解があるが、金子宏名誉教授は、「借用概念は他の法分野における同じ意義に解釈するのが、租税法律主義＝法定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

立しない。」（民法 33 条）とされている。法人とは、「自然人以外で権利義務のあるもの」⁹をいい、一定の目的のために結合した人の団体及び一定の目的に捧げられた財産の 2 つをもって法人となし、設立・管理・解散及び罰則について規定を設けているとされ¹⁰、「権利義務の帰属点」「法律効果の統一点」などとも解されることもある¹¹。他方、会社法では、「会社は、法人とする。」（会社法 3 条）とされており、法人格が付与されることとなる¹²。租税法における法人概念の借用については、私法が前提とする法人の観念と異なる観念を採用していると解すべき特段の規定もないことから、私法が前提とする同一の意義を採用していると考えられる¹³。つまり、民法、会社法その他の法律において法人格が与えられている「法人」については、法人税の納税義務者となるのである。このように、法人税の納税義務は、基本的に、私法上、「法人」であるかどうか、すなわち、法人格が付与されているかどうかにより、決せられていると考えられる¹⁴。

一方、法人格を有しない場合であっても、権利能力なき社団であるものについては、人格のない社団等として、組合とは区別され、法人税の納税義務者となる。これについては、実体課税（entity taxation）の適用範囲を、「法人」以外のものに若干拡大したものとされる¹⁵。この人格のない社団等については、組合との峻別という観点から、第 3 節にて詳述する。

以上から、法人税は、わが国の法制度上、団体としての実態が認められるもの、団体としてその権利義務の主体となることができるものに対して課されるものであることが窺える¹⁶。

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同じ意義に解すべきであろう。」として、統一説を支持している。金子・前掲注 1) 111 頁参照。その他、水野・前掲注 1) 23-24 頁、水野忠恒「「租税法と私法」論の再検討」『所得税の制度と理論—「租税法と私法」論の再検討』有斐閣（2006）39-40 頁において同旨。

⁹ 我妻榮（補訂者 幾代通、川井健）『民法案内 2 民法総則 [第 2 版]』勁草書房（2009）65-70 頁参照。

¹⁰ 我妻榮『民法総則』岩波書店（1965）114 頁参照。

¹¹ 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）265 頁参照。

¹² さらに、会社法 2 条 1 項では、会社を「株式会社、合名会社、合資会社又は合同会社をいう。」と定義しており、これら株式会社、合名会社、合資会社又は合同会社は、すべて法人として、法人税を納める義務がある。

¹³ 金子・前掲注 1) 111 頁。その他、佐藤英明「新しい組織体と税制」フィナンシャル・レビュー 65 巻 財務省財務総合政策研究所（2002）94 頁においても同旨。

¹⁴ 水野・前掲注 6) 392 頁、佐藤・前掲注 13) 94 頁、小野傑、渡辺健樹「租税法上の法人概念と先端的金融商品及び国際課税—日米比較分析」金子宏『国際課税の理論と実務—移転価格と金融取引』有斐閣（1997）371 頁ほか参照。

¹⁵ 増井良啓「組織形態の多様化と所得課税」租税法研究 30 巻 有斐閣（2002）19 頁参照。

¹⁶ 水野・前掲注 1) 392 頁参照。

(2) わが国における法人税の変遷

イ 明治 20 年～明治 32 年

明治 20 年に創設された所得税法では、法人の所得に対して直接課税をするのではなく、法人の利益が株主たる個人に分配されたときに所得税が課されていた。法人に対する租税としては営業税があったものの、外形基準によるものであった¹⁷ため、批判もあったようである。明治 32 年、新商法制定とともに、会社設立に免許主義に代わり準則主義が採用され、法人の所得に対する課税が開始された¹⁸。所得税法においては、所得は 3 種類に分けられ、そのうちの第 1 種所得税として、法人の所得に対し 2.5% の比例税率による課税がなされることとなった。一方、株主たる個人は、法人から配当を受けた場合には、当該配当金は非課税とされた。

ロ 大正 9 年～大正 12 年

大正 9 年、所得税の税率が引き上げられたことにより、配当等の所得者とその他の所得者との間の税負担の不均衡が目立つようになり、組織変更で法人となる事業者が増加した。そこで、法人を独立した課税主体と捉え、法人課税を行うこととなった。すなわち、法人の支払った配当を、個人の所得として課税されることとなったのである。これは、いわゆる配当二重課税のはじまりともいえる。

ハ 昭和 15 年

昭和 15 年、第二次世界大戦の戦費調達を目的とする改正が行われ、法人税は、所得税から独立し、別の法律である法人税法で規定されることとなった。法人の各事業年度の所得（税率 18%）、清算所得及び各事業年度の資本に対して課税することとされたのである。

ニ 昭和 24 年シャープ勧告

昭和 24 年のシャープ勧告により、法人税については、法人擬制説が採用されることとされた。昭和 25 年には、配当二重課税を排除するための方策として、法人株主が受ける配当を益金不算入とする制度が創設された。同時に、個人株主が受ける配当については、配当税額控除として、二重課税排除の趣旨が明らかにされ、控除率は 25% とされた。

ホ 昭和 29 年～昭和 32 年

昭和 29 年、法人の増資が借入金よりも相対的にコストが高く、法人が、増資へ消極的であったため、増資配当免税措置が講じられた。これにより、特別措置として、一定の法人が増資を行った場合には、2 年間、増資額に係る配当のうちの年 1 割相当額を損金算入することとされた。昭和 32 年、個人株主の配当控除の控除率が 20%（課税所得

¹⁷ 水野・前掲注 1) 309 頁参照。

¹⁸ 法人課税の史的考察として、金子・前掲注 1) 258-268 頁及び水野・前掲注 1) 309-311 頁参照、また、長谷部啓「パス・スルー課税のあり方—組合事業における組合員の課税関係とその諸問題—」税務大学校論叢 56 号（2007）81-85 頁、朝長英樹「法人所得の意義と法人税の納税義務者に関する基本的な考え方」税務大学校論叢 51 号（2006）324 頁以下及び品川芳宣「法人税性格論の史的考察—配当二重課税論議から事業体課税論議までの軌跡」税大ジャーナル 7 号（2008）29 頁以下参照。

金額が1,000万円超の部分については、10%)とされた。また、「人格のない社団等」を法人とみなし、収益事業から生ずる所得については法人税が課税されることとなった。本改正においても、配当所得への二重課税は完全には排除されず、配当所得に対する課税は、シャープ勧告の考え方が明確な形で存続されてきていないものとみることができよう。

へ 昭和36年

昭和36年、企業の支払配当に対する法人税負担の軽減を図るための支払配当軽減措置が実施され、個人株主の配当控除の控除率は20%から15%（課税所得金額が1,000万円を超える部分については、10%から7.5%）に引き下げられた。法人株主が受ける配当について、受取配当が支払配当を超える部分の益金不算入割合が100%から75%へと引き下げられた¹⁹。

ト 平成10年～平成12年

平成10年、「特定目的会社による特定資産の流動化に関する法律」（旧資産流動化法）及び「証券投資信託及び証券投資法人に関する法律」（旧投資信託及び投資法人法）の施行による特定目的会社及び投資法人の創設に伴い、租税特別措置法に特例規定が置かれた。すなわち、一定の要件を満たす特定目的会社が支払う利益の配当の額で90%超を投資家に分配した場合には、その事業年度の所得の金額の計算上、損金の額に算入することとされた。いわゆるペイ・スルーである。平成12年、資産流動化法及び投資信託及び投資法人法の改正によって特定目的信託及び特定投資信託が創設された。これらを合わせて「特定信託」とし、分配されなかった利益に対し、信託を実体（entity）とみて、受託法人に法人税が課されることとなった²⁰。

チ 平成14年～平成22年

平成14年、課税所得の計算の適正化のため、法人株主の受取配当等の益金不算入制度について、連結法人株式等及び関係会社株式等のいずれにも該当しない株式等の益金不算入割合が、80%から50%に引き下げられた。平成19年、平成18年の信託法改正を受け、「特定信託」に代わり、「法人課税信託」として、受託法人に法人税が課された。平成22年、グループ法人税制の導入に伴って、100%グループ内の内国法人からの受取配当等の益金不算入の計算上、負債利子が控除されず、全額が益金不算入とされた。

(3) 法人税の根拠

法人税は、法人の所得に対する租税である²¹。この根拠については、様々な説がある。例えば、法人という企業形態で事業活動を行うことと認められるという特権に対する租税であるとする説（特権説）、また、法人はその事業において政府から受ける利益に対する租税であるとする説（利益説）である²²。今日においては、株式会社の設立は準則主義であり、要件を満たせば可能となっているため、特権ではないと考えられており、

¹⁹ なお、この支払配当軽減措置は平成2年に廃止されている。

²⁰ 金子・前掲注1) 270-272頁、水野・前掲注1) 326-330頁参照。

²¹ 金子・前掲注1) 258頁参照。

²² 水野・前掲注1) 311-312頁参照。

また、いわゆる政府から受ける利益とは、法人に限らず他の個人事業などでも享受され得るものであるので、否定的に考えられている²³。

また、「法人」の団体としての特殊性の観点から、法人擬制説と法人実在説が存在する²⁴。法人擬制説においては、法人とは法人に出資者である個人投資家の集合に帰せられるものであると考えられる。この説によれば、法人税は所得税の前取りであると捉えられ、法人税は、出資者の受取配当に係る所得税との調整を図るべきであるという見解になる。一方、法人実在説においては、法人とは個人の集合ではなく独立して社会に影響力をもった実体であると考えられる。この説によれば、法人税は、法人自体に対する租税と考えられ、出資者の受取配当に対する所得税とは何らの調整を要しないという見解になる²⁵。

上述における法人課税の変遷をみた場合、大正9年から昭和24年シャープ勧告までの間の法人税は、法人を完全な独立した納税主体として捉えようとしており、いわゆる配当二重課税の調整は何ら観念されていない。昭和24年シャープ勧告により、法人擬制説が採用されたことに伴って、法人課税の概念は大きく転換されることとなった²⁶。法人は個人株主の集合体と考えるようになり、配当二重課税排除の措置がなされるようになっていく。ただ、実際には、昭和29年における増資配当免税措置や同36年における支払配当軽減制度は、配当二重課税の調整を目的としているというよりも、企業の資本充実を図りたいとの要請から政策的に設けられたとみることができる。シャープ勧告に基づき基本概念が転換されたものの、現実には、法人税は企業独自の負担と考える方向で整備されてきており、シャープ勧告の考え方自体は必ずしも明確な形で存続されてきているわけではないとみることができよう。個人株主における配当控除の控除率及び法人株主における受取配当等の益金不算入割合の段階的な引下げというのは、主として、課税の公平等を理由とするものであり、配当二重課税の排除するための機能を目指すものともいえないように思われる。つまり、実際の税制では、法人は、個人とは独立して社会に影響力を有する「実体」であることが前提とされている。法人の所得に対して法人税が課された上で、株主に税引後の利益を配当し、株主はそれを取り込み、配当二重課税を調整するための制度として、個人株主における配当控除及び法人株主における受取配当等の益金不算入制度を適用させることとなっているのである。今日では、法人税

²³ 特権であると考えたとしても、30%という法人税率を正当化する根拠としては無理があるとされる。水野・前掲注1) 311-312 頁参照。

²⁴ 金子・前掲注1) 260 頁、水野・前掲注1) 312-313 頁参照。

²⁵ 今日では、法人をどのようなものとしてみるのかといった民事法的観念論から法人税の根拠を考えられることは適当でないものとされている。特に、法人実在説に対しては、以下の2点から、批判が多い。1つ目は、法人が社会に影響力をもった実在であることと、その所得が個人の所得税とは別々に課税されることは、異なる次元の問題であるということ、2つ目は、法人を個人から独立した存在と捉えたとしても、法人の所得は個人の株式の価額に反映されるのであるから別々に切り離して論じることは適当でないではないということである。水野・前掲注1) 312-313 頁参照。

²⁶ シャープ税制のもとでの二重課税の問題を詳述したものと、金子・前掲注1) 265-268 頁、水野・前掲注1) 315-322 頁参照。

は、租税原則や、機能的な観点から議論されるようになってきている²⁷。また、法人税は、所得税と統合されなければならないとされ、配当二重課税にとどまらず、法人税と所得税の統合（integration）という議論が展開されている²⁸。

2 法人課税の範囲

（1）基本的考え方

法人とは、上述のように、「自然人以外で権利義務のあるもの」²⁹をいい、「権利義務の帰属点」「法律効果の統一点」などともいわれるが、「民法その他の法律で法人とすることが認められている場合に、それぞれの法律の定める要件を備えて設立されたもの」（民法 33 条、法人法定主義）をいうものとされている。つまり、法人は、法律的な制度であり、「法人」概念の技術性³⁰としての「ある人間に属する財産の一部を一定の目的のためにのみ機能すべきものとして、これをこの者の財産の他の者には帰属させず、当該目的財産自体にその独立の計算において帰属するものとして扱うことが合目的である」ことから生じた「権利・義務帰属の資格（権利義務能力・法人格）」³¹のことをいうものとされている。①構成員の個人財産から区別され、個人に対する債権者の責任財産ではなくなり、法人自体の債権者に対する排他的責任財産を作る法技術であり、②その名において契約を締結し、その名において権利を取得し義務を負い、③その名において訴訟当事者となるもの、ともいわれる³²。

そして、法人格があれば、その種類や態様にかかわらず、法人課税のなかに取り込まれ、法人税の対象となる。会社法における株式会社、合名会社、合資会社及び合同会社はもとより、その他、個別の法律で法人格が与えられる公共法人以外の様々な法人も含まれる。

さらに、「人格のない社団等」も法人課税の対象となる³³。この「人格のない社団等」とは、私法の判例によって形成されてきた、いわゆる権利能力のない社団・財団のことをいう³⁴。これは、かつて、民事実定法における「法人」とされる範囲が限定的であつ

²⁷ 水野・前掲注 1) 313 頁参照。さらに、法人税と所得税の統合論議の観点から論じられているものとして、金子・前掲注 1) 262-265 頁、水野・前掲注 1) 313-322 頁参照。また、岡村忠生「法人課税の意味」『新しい法人税（京都大学大学院法学研究科 COE 研究叢書）』有斐閣（2007）1-89 頁では、個人所得税の補完としてのあり方から、さらに踏み込んで、広く法人への参加者に課税を行うためのものとしてのあり方が検討されている。また、機能的観点、すなわち、「法人格」の機能化については、後述する。

²⁸ 詳細については、金子・前掲注 1) 262-268 頁ないし水野・前掲注 1) 313-322 頁参照。

²⁹ 我妻・前掲注 10) 65-70 頁参照。

³⁰ 星野・前掲注 11) 265 頁参照。

³¹ 鈴木禄弥『民法総則講義 二訂版』創文社（2003）65-66 頁参照。

³² 星野・前掲注 11) 270-271 頁参照。

³³ 人格のない社団等も、実質的に法人と同様の活動をしていることを踏まえ、法人と同様に扱うことが、実体に合致し、かつ、公平に税負担を配分することとする考慮に基づくものであるとされている。さらに、このような法人とみなす規定がなくとも、人格のない社団等は納税義務等を負うべきと解すべき場合があるとされる。金子・前掲注 1) 139-140 頁参照。

³⁴ 「人格のない社団等」は、民法学説上の「権利能力のない社団・財団」の借用概念と考えられているのであるが、租税法では、一般に、いわゆる「権利能力のない社団・財団」のことを、

たために、学説・判例が実質的な観点から、その範囲が拡大され、何らかの「組織体」を認めようとしたものであり、法人税法は、この実質的な法人格の拡大に対応したものであるとされる³⁵。

(2) 「人格のない社団等」への法人課税

この民法上の「権利能力のない社団・財団」のメルクマールを示したものについて、最判昭和 39 年 10 月 15 日（民集 18 卷 8 号 1671 頁）を取り上げたい。

事案の概要は、独自の定款を有しない引揚者更生生活協同組合連盟杉並支部が権利義務の主体となるかどうかというものであった。訴外 A と権利能力のない社団・財団である杉並支部代表者 X との間で締結された土地賃貸借契約によって、杉並支部構成員全体が杉並支部の名によって本件土地の賃借権を取得したものであるというべきかどうかについて争われた。判決では、「法人格を有しない社団すなわち権利能力のない社団については、民訴 46 条がこれについて規定するほか実定法上何ら明文がないけれども、権利能力のない社団といいうるためには、団体としての組織をそなえ、そこには多数決の原則が行われ、構成員の変更にもかかわらず団体そのものが存続し、その組織によつて代表の方法、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ものでなければならないのである。しかして、このような権利能力のない社団の資産は構成員に総有的に帰属する。そして権利能力のない社団は『権利能力のない』社団でありながら、その代表者によつてその社団の名において構成員全体のため権利を取得し、義務を負担するのであるが、社団の名において行われるのは、一々すべての構成員の氏名を列举することの煩を避けるために外ならない（従つて登記の場合、権利者自体の名を登記することを要し、権利能力のない社団においては、その実質的権利者たる構成員全部の名を登記できない結果として、その代表者名義をもつて不動産登記簿に登記するよりほかに方法がないのである。）。……」さらに、「(1) 杉並支部は、……社団法人引揚者更生生活協同連盟……の支部名義で、特に引揚者の更生に必要な各種の経済的行為をする目的のもとに、杉並区内に居住する引揚者によつて結成されたものであるが、これを組織する構成員やその行なう事業もおおむね本部のそれとは別個のものであつて、独自の存在と活動していたものである。すなわち、杉並支部の主たる事業はマーケットの設置と運営であり、右マーケットに店舗を有する者は、本部に関係なく、杉並支部の構成員であり、従つて右店舗所有者の異動すなわち構成員の異動があつたときは支部の承認が行われ、構成員の変更にも拘わらず支部は同一性を維持しつつ存続したのである。

(2) ……杉並支部は、右マーケットの維持のほか、バザーの開催、物資の配給、日用品交換斡旋等の事業を行ない、その会員、役員、内部における意思決定、外部に対する代表、その他の業務執行等に関する定めとしては、すべて社団法人たる前記本部の定款と全く同旨の規約を定めていた。……杉並支部は、……その意思決定は総会の決議に

「法人で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」と呼び、略語として「人格のない社団等」と呼んでいるものとされている。金子・前掲注 1) 139 頁参照。

³⁵ 佐藤・前掲注 13) 95 頁参照。

よることとし、代表者としては総会が過半数の議決をもつて選任する支部長1名を置き、その他の役員として副支部長、理事等の定めがあつた。

……いわゆる杉並支部は、支部という名称を有し、その規約は前期本部の定款と全く同旨のものであつたが、しかし、それ自体の組織を有し、そこには多数決の原則が行なわれ構成員の変更に拘わらず存続をつづけ、前記の本部とは異なる独立の存在を有する権利能力のない社団としての実体をそなえていたものと認められるべきである。」と認定した。

この最高裁判決によって、社団としての団体であるための判断基準として、①団体としての組織をそなえていること、②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、団体そのものが存続すること、④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こと、が挙げられたのである。

さらに、租税法上の「人格のない社団等」のメルクマールについて、特に、福岡高判平成2年7月18日（訴月37巻6号1092頁）で示されたものを取り上げたい³⁶。

「控訴人（被告）Yは、この点につき、社団性の存否の判断は課税制度の趣旨、目的等、その特殊性に照らし、その観点から独自に判断されるべき旨の主張もする。

たしかに、公平課税、実質課税を本旨とする課税制度のもとにおいて、社会的に実在し、活動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ゆえに課税対象から外れ、徴税を免れるとするのは不公正であり、社会的実在の事業主体を課税制度の本旨に則って細くするという機能的側面から第3の納税主体概念を定立することも一理がないわけではなく、所得税法4条、法人税法3条、相続税法66条等は、右の趣旨による規定と解される。

しかし、右税法にいう「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体法上の概念を借用したもので、納税主体をこのような社団概念に準拠してこれを補足する以上は、民事実体法上の社団性概念にある程度拘束されるのもやむを得ないことである。他方、ある事業主体の社団性の存否は、優れて実体法上の問題であり、社会的に事業主体、活動主体として実体法上その実在が肯認されることを基礎として、そこに取引主体等が形成され、訴訟当事者としての適格、強制執行の対

³⁶ いわゆる一連のネズミ講裁判のうち、特に、人格なき社団等の成立要件について示したものである。なお、当該一連のネズミ講裁判は、最判16年7月13日（訴月51巻8号2116頁）において、裁判所が、本件各更正が当然無効であるということとはできないとして被上告人の控訴を棄却している。人格なき社団の成立要件として外形的事実を取り上げ、「課税庁においてC研究所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、それなりの理由が認められる」として、人格なき社団の成立要件が、従来の最高裁の方向性が変更していないことを明らかにしている。この点について、「下級審のネズミ講裁判で迷走しつつあった人格なき社団の成立要件の方向を是正した」ものとして、民事法上において極めて重要な意義が認められているとされる。関子善信「ネズミ講最高裁判決（ネズミ講の事業主体を人格なき社団として行った課税処分効力）」月刊税務事例37巻4号 財経詳報社（2005）6頁参照。その他、主な本判決の評釈として、田邊正「判例研究 いわゆる熊本ねずみ講の主催者に対する所得税課税処分の適否が争われた事例—熊本ねずみ講事件〔福岡高裁平成2.7.18判決〕」長岡大学生涯学習研究年報3号（2009）、佐藤孝一「人格のない社団の納税義務—熊本鼠（ねずみ）講事件」『別冊ジュリスト 租税判例百選〔第4版〕』178号 有斐閣（2005）、芳賀真一「ねずみ講について人格なき社団として行った課税処分の効力」税研 最新租税判例60 25巻3号 日本税務研究センター（2009）など。

象となる財産の区別等がされるに至るのである（本件ではまさに破産者が誰であるにかかわる問題である。）。もっとも、税法上、人格なき社団として課税の客体となり得るか否かも実体法上の問題ではあるが、その社団性が肯認されることが前提であり、その判断においては、法的安定性の点からも社団性の概念は民事実体法と一義的に解釈されるのが相当である。

そこで、その点の判断につき、権利能力なき社団の実体法的要件について判断をした最判 39 年 10 月 15 日（民集 18 卷 8 号 1671 頁）に示された要件を前提に、本会名をもってされた鼠講事業が社団性区別の基準となる要件を充足させるものであったか否かにつき個々に検討する。」と判示している。

つまり、租税法上の「人格なき社団」については、「権利能力なき社団」として認知された民事実体法上の概念を借用したものであるため、上述の最判 39 年 10 月 15 日の民事実体法上の「権利能力なき社団」のメルクマールに加えて、法人格の意義として、①取引の主体となり得ること、②訴訟当事者となり得ること、③破産法の場合の責任財産の範囲が確定すること等を挙げている。

以上から、わが国において、「人格のない社団等」を法人税の納税義務者を加えているのは、このように、「人格のない社団等」には、民法上の上記の 3 つの効果が認められ、法人と同様の課税をすることが公平であると考えられているからである³⁷。

3 わが国の法人課税の特徴

(1) 「法人課税のパッケージ」と「法人対個人の二分法」

佐藤英明教授は、わが国の組織体課税の現状として、上述の「法人課税」が示す内容を、以下の 4 つから成る「法人課税のパッケージ」と特徴づけている³⁸。すなわち、第 1 に、「法人」が法人税の納税義務を負うということ、第 2 に、法人が行う利益の分配は、その法人の課税所得の計算上、損金に算入されず、構造上、その法人の株主や出資者等との間の二重課税を排除する仕組みを有していないこと、第 3 に、法人からの利益の分配は、株主や出資者等において、「配当」と性質決定されること、最後に、法人は、株主や出資者等に対して、利益を分配することができるが、損失を分配することはできないこと、である。この「法人課税のパッケージ」の基本的な発想は、「法人」とその株主や出資者等の「個人」とが、所得課税の上で遮断され、相互に独立していることが

³⁷ 水野・前掲注 1) 396 頁参照。また、民法の分野では、「権利能力なき社団」について、すべて一律に、一定の要件を定め、その要件を満たしさえすれば全面的にいくつかの効果を認める方法には問題があるとの主張もある。従来の、要件を抽象的に論じた後に効果を論じるやり方は適当ではなく、「要件は、効果のほうから遡って考察されるべきである。」として、「社会に存在する団体は、社団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、これがある線で切って、一方の側に対しては社団法人の規定または考え方をできるだけ類推適用し、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」点を理由に挙げている。そして、社団たる効果を認めるべき団体の基準として、構成員の人的結合関係の問題ではなく、団体財産の独立性(団体に対する債権者及び構成員に対する債権者との期待)が基準となるべきであるとしている。星野・前掲注 11) 279-281 頁参照。

³⁸ 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 6 号 国際税制研究センター（2001）108-109 頁参照。

見てとれることから、「法人」を自然人と同様に考えることから来ているものであるとされる。

さらに、佐藤教授によれば、「わが国においては、依然として「法人課税」のパッケージは固く特別なものであると認識されているように思われる。そのような立場から、今後ますます進展していくと考えられる事業体の多様化に対応するならば、そこで発想されるのは「法人課税」と個人としての課税との二分法を維持しつつ、「法人」概念を実質化して「法人課税」の範囲を拡大するという方法である。それでは、そのような方法は妥当なものといえるのであろうか。」³⁹として、この「法人課税」の範囲を拡大化する方法の困難さを指摘している。

さらに、わが国の組織体課税の現状として、法人格がなければ、事実として何らかの人の集まりがあっても、課税ルールの上、何ら考慮されない状況を、「法人対個人の二分法」として、アメリカ連邦所得法やドイツ所得税法の考え方と大きく異なるわが国の税制の特徴的な要素であるとしている。

(2) 「法人格」の機能化

今日のわが国の学説や近年の立法では、法人は、既に私法上の「実体」を認められた「何か」であり、そこに一定の社会的実在や、一定の永続性・継続性があるものとする考え方は後ろに退き、関係当事者の法律関係の整理・合理化にどのように有用であるか、という観点から法人格付与の適否が論じられている傾向があるとされている。これは、従前の学説における、いわゆる「実体」の問題と法人格そのものの問題とを混同しがちであったことからの脱却を意味しており、これは法人格の「機能化」と呼ばれている⁴⁰。

近年では、さらに踏み込んで、「法人」とは何のための法技術であるのか、法人を「権利義務の帰属点」とすることによってどのような法律効果が生じるものであるのか、ということが問われてきているようである⁴¹。権利義務関係の単一的な帰属関係に対応して、その権利義務関係が構成員等の利害関係者から区別して処理されること、さらにいえば、「財産関係の区別」を行うことが求められているのである。この「財産関係の区別」が、より具体的に意味することは、“団体に提供された財産が、団体に対する債権者の優先的な責任財産であり、その構成員に対する債権者から遮断する”ということに意義が求められるとされているのである。

³⁹ 佐藤・前掲注 38) 111 頁参照。実際に、この「法人課税」の範囲を拡大化する方法は、平成 12 年度税制改正による「特定信託」に対して、法人税の納税義務を課するという形で表れている。この「特定信託」に対する法人税課税は、平成 19 年税制改正によって「法人課税信託」に対する法人税課税という形で承継されている。

⁴⁰ 佐藤・前掲注 13) 98-99 頁参照。法人格の「機能化」を極限まで推し進めた例として、資産流動化法による特定目的会社を挙げ、財産の権原を保有することのみを目的として設立されるものとしている。

⁴¹ 星野・前掲注 11) 265 頁参照。

第3節 組合課税

1 「パス・スルー」概念とパス・スルー課税

(1) 「パス・スルー」概念

「パス・スルー (pass-through) 課税」⁴²とは、任意組合の場合、「組合は事業の主体ではあるが、法主体ではないから、その活動によって得られる損益は、組合を通り抜けて (パス・スルー)、組合契約で定める損益分配割合に応じて…、直接各組合員に帰属する。そのため、組合は納税義務の主体ではなく、組合活動によって生み出された所得は、組合員の所得として、組合員に課税される。」と説明される⁴³。また、「事業体が稼得した所得について、その所得が構成員に分配されるかどうかにかかわらず、事業体稼得時点でその構成員の所得とされること」⁴⁴とも説明されている。このときに重要なことは、組織体で所得が発生した時点では、現実の金銭の支払い (distribution) を要することなく、原始的に、損益が構成員に帰属 (allocation) することである。

このパス・スルー課税は、任意組合に限らず、信託等、適用例は複数存在し、それぞれに課税方法は分化する。ところで、「パス・スルー課税」という概念は、論者によって広狭さまざまの用い方がなされている。例えば、特定目的会社に係る課税方式 (損金算入方式⁴⁵) を広くパス・スルーと捉えることがある⁴⁶が、この方式は、いったん法人税の納税義務を負い、実際に利益の分配を行った部分を課税対象から除くものである。本論文では、広くパス・スルー扱いとしての考え方としてそのように捉える考え方もあることも認識しつつ、基本的には、特に区別して「ペイ・スルー (pay-through) 課税」

⁴² 類似する概念として、「導管課税 (conduit taxation)」が挙げられる。組織の段階では課税の対象としないものとする取扱いをいい、具体的には、事業組織の稼得した損益がその事業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ことをいう。また、「構成員課税」「組合課税」「パートナーシップ方式」などと呼び方もあるが、本論文では、組織の段階で課税の対象としない取扱いを指すものとして、同じ意味で用いることとする。具体的に適用される事業体としては、所得税法 13 条や法人税法 12 条でいういわゆる本文信託、また、任意組合、匿名組合、さらに外国事業体の例として、米国 LLC、米国連邦租税法上の S 法人、ドイツの人的会社など。

⁴³ 金子・前掲注 1) 425-426 頁参照。

⁴⁴ 高橋祐介「事業体課税論」『新しい法人税法 (京都大学大学院法学研究科 COE 研究叢書)』有斐閣 (2007) 74 頁参照。

⁴⁵ いったん組織体を法人税の対象とし、結果として、利益の分配等を含めた損金算入部分を課税の対象から外す方式である。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 69 号 財務総合研究所 (2003) 99 頁参照。本論文における「パス・スルー」概念は、同論文に依拠するところが大きい。

⁴⁶ 損金算入方式が適用されることとなる特定目的会社 (SPC) に対する課税を含めてパス・スルーとして括る考え方である。増井・前掲注 45) 99 頁参照。さらに具体的には、森信茂樹「多様な事業体と税制を考える (下)」資本市場 212 号 (2003) 参照。

と呼ぶこととする⁴⁷。また、組織体で稼得した所得の性質をそのまま構成員に伝達することを要する場合もあるが、本論文では、必ずしもそれは要しないこととする⁴⁸。

(2) パス・スルー課税

組合課税は、パス・スルー課税と同義として論じられる⁴⁹。わが国において、パス・スルー課税は、「組合財産が総組合員の共有に属すること（民法 668 条）から、解釈上自然に導かれる帰結」⁵⁰、あるいは、「組合資産と組合員との直接的帰属関係は、団体の存在にもかかわらず遮断されないため、組合資産は合有とされるという点」⁵¹によって、組合の利益・損失のパス・スルーの性格をみることができるという解釈の基に、実務がなされているのが現状である。パス・スルー課税の特色は、社団では、所得が団体に帰属するため構成員への分配はなされないのであるが、組合では、所得は構成員に直接帰属する。民法では、損益の分配（民法 674 条）等を定めており、損益の分配について、当事者同士の契約の定めに従うか、定めなかったときは各組合員の出資の価額に応じて定めるものとされている。国税庁の解釈でも、組合事業から生ずる損益は各組合員に直接帰属するものとされ、組合員の利益の額又は損失の額は、分配割合に応じて利益の分配を受けるべき金額又は損失を負担すべき金額として、現実に利益の分配を受け又は損失の負担をしていない場合であっても、当該事業年度の損益に算入するものとされている⁵²。国税庁の基本的考え方としても、構成員への「損益の帰属」を重視している

⁴⁷ パス・スルーとペイ・スルーは以下の点で区別される。パス・スルーでは、現実の分配にかかわらず所得が構成員に帰属する。この場合、所得を組織に分配（distribute）せずに留保したとしても、構成員に課税がなされる、一方、ペイ・スルーでは、いったん組織体の段階で課税対象とした上で、現金その他の資産の払出し（distribute）をもって、課税対象から除外（損金算入）される。増井・前掲注 45）99-100 頁参照。

⁴⁸ 現行所得税基本通達の扱いには、総額方式、中間方式、純額方式があり、所得の性質の伝達のされ方が異なることとなるが、これが 1 つのビークルの中に内在することから、このことをパス・スルーそのものの性質として捉えるためである。

⁴⁹ 本節のタイトルにおいては、法人課税と対比する観点から、「組合課税」としている。

⁵⁰ 増井良啓「組合損益の出資者への帰属」税務事例研究 49 巻 日本税務研究センター（1999）53 頁参照。

⁵¹ 水野・前掲注 1）335 頁参照。組合における「合有」について、最判昭和 33 年 7 月 22 日（民集 12 巻 12 号 1805 頁）によれば、「組合財産が理論上「合有」であるとしても、民法の法条そのものはこれを共有とする建前で規定されており、組合所有の不動産の如きも共有の登記をするほかない。従って解釈論としては、民法の組合財産の「合有」は、共有持分について法の定める制限を伴うものであり、持分についてかような制限のあることがすなわち民法の組合財産の「合有」の内容だとみるべきである」と判示されており、組合財産における「合有」説は、今日では、通説とされている。ただし、この問題に言及する論者の所説は、合有とは何か、ないし、組合財産の共有を合有と理解すべきゆえんについて、必ずしも統一的不是ではない。すなわち、いわゆる古典的合有理論を得ものから、ドイツ民法の現在の解釈論を導入するもの、上記判例と同じ立場を取るものなど、様々である。鈴木・前掲注 31）63-66 頁参照。

⁵² 所得税基本通達 36・37 共 19, 19 の 2、法人税基本通達 14-1-1, 14-1-1 の 2。

ことが分かる⁵³。このように、“損益が構成員へ帰属すること”は、組合における重要な課税上の取扱いであるといえよう⁵⁴。

一方、わが国の租税法上、パス・スルー課税について、明示的に定めている条文はない。つまり、わが国において、組合の損益がどのように計算され、どのように帰属するかについて、所得税法・法人税法には特段の規定は置かれていないのである。

このような現状について、増井良啓教授は、「日本法の顕著な特徴は、これらの組織形態に対する導管型の課税ルールが未発達であることである。実際、具体的なルールを置くとしても、組合の所得を組合員にパス・スルーして課税したり、信託財産から生ずる所得を受益者に対して課税したりするやり方は、ルールが複雑になりがちである。しかし、所得発生 の時点において、個人に適用すべき税率で課税するためには、導管型の課税ルールが最も適合的である。組合や信託などの形態の利用が人々の厚生に寄与するのであれば、税制もそういったストラクチャーに対応し、課税ルールを明確化していくことが望ましい。

なお、組合や信託といった法形式に応じて導管型の課税ルールを細分化するのはなぜか、ここで付言しておく。もし、個人所得税を真に発生ベースで仕組むことができたとすれば、個人組合員の持分的権利を毎年時価評価し、値上り益や値下がり損を個人の段階で課税ベースに反映させればそれで済む。その場合、組合や信託の段階での損益を観念することも、そのような損益を構成員にパス・スルーさせることも、論理的には不要になるはずである。しかしながら、現実には、発生ベースで個人に課税することは不可能である。そこで、組織の段階で計算単位を設け、計測された損益を、構成員にパス・スルーして課税する。その際、構成員の組織運営に対する支配や出資にかかるリスクの態様が法形式によって異なるため、たとえば信託収益については、特定した受益者に課税し、一定の場合に委託者に課税するとか（所得税法 13 条 1 項本文）、あるいは組合損益については、組合社員に帰属させて課税するとか（所得税基本通達 36・37 共-19）、それぞれに異なる課税ルールを設けるわけである。」と述べている⁵⁵。

パス・スルー課税において、重要な「損益の帰属（allocation）」のうち、特に論点とされるのが、そのタイミングと帰属金額の計算である⁵⁶。ビークルごとの問題点については、次章において詳述することとして、ここでは、わが国における現行のパス・スルー課税についての基本的考え方を整理する。

⁵³ 水野・前掲注 6) 398-399 頁参照。

⁵⁴ 水野・前掲注 1) 399 頁参照。さらに、「利益・損失の構成員への帰属の定めがあることが、組合を判断する基準なのか、つまり、この基準を契約等の規定に置くことにより、ただちに、組合課税が認められるものかどうかは、なお、検討の余地があると思われる。」とし、「損益の構成員への帰属の規定の存在をもって、組合課税の判断基準となりうるかどうかは、なお議論すべきであると思われる。」としている。この考え方の根拠として、米国 LLC において、米国各州の LLC 法のほとんどに損益の構成員への帰属（allocation）が規定されているにもかかわらず、内国歳入庁がそれを組合の要素と認めなかったことが挙げられている。

⁵⁵ 増井・前掲注 15) 14-15 頁参照。

⁵⁶ 増井・前掲注 50) 53-54 頁参照。

イ 「損益の帰属 (allocation)」 のタイミング

民法には、いつ利益を分配し損失を填補すべきかについての規定は置かれていない。従って、契約の定めに従うこととなる。個人組合員の場合、所得税法上、所得時期について定めた条文としては、所得税法 36 条と 37 条といった一般規定が挙げられる。

この点について、国税庁の解釈として、所得税基本通達 36・37 共-19 の 2 が発遣されており、組合自体が毎年 1 回以上一定の時期において計算し、かつ、組合員への個々の損益の帰属がその発生後 1 年以内である場合には、組合の計算期間が終了する日を基準として、個々の組合員は、その基準日の属する年分の各種所得の金額の計算上、総収入金額又は必要経費に算入するものとされている。これは、計算上の便宜を意図したものであると考えられる⁵⁷。また、パス・スルー課税特有の性質として、現実には利益の分配 (distribution) を受けなかったとしても、組合の所得計算上で利益が確定した時点で総収入金額に計上すべきこととされる⁵⁸。

ロ 帰属金額の計算

民法には、組合の損益の額をどのように計算するかについての規定は置かれていない。組合の損益の額の計算方法について、法人税法には規定がない。個人組合員に帰属すべき損益の額の計算方法についても、所得税法には何ら規定はない。従って、組合段階でどのように計算され、個人組合員段階でどのように計算されるかについては、所得税法 36 条・37 条といった一般規定の解釈に一切が委ねられている。

この点について、国税庁の解釈として、所得税基本通達 36・37 共-19 が発遣されており、組合員に帰属する組合事業に係る利益の額又は損失の額は、組合事業の利益の額又は損失の額のうち、分配割合に応じて、利益の分配を受けるべき金額又は損失を負担すべき金額とすることとされている⁵⁹。また、所得税基本通達 36・37 共-20 によれば、計算方法として、3 つの方法が示されている。すなわち、①当該組合事業に係る収入金額、支出金額、資産、負債等を、その分配割合に応じて各組合員のこれらの金額として計算する方法 (総額方式)、②当該組合事業に係る収入金額、その収入金額に係る原価の額及び費用の額並びに損失の額をその分配割合に応じて各組合員のこれらの金額として計算する方法 (中間方式)、③当該組合事業について計算される利益の額又は損失の額をその分配割合に応じて各組合員に按分する方法 (純額方式) である。原則として、

⁵⁷ 出資関係を何層にも積み重ねることにより、長期間にわたる課税繰延べが可能となる。増井・前掲注 50) 57 頁参照。この点について、「繰延期間を最小限にする措置を講じるべきであろう。」との指摘がなされている。平野嘉秋「ベンチャー・キャピタルと資産証券化のための税務会計～パス・スルー型企業の税務及び会計～」税経通信 53 巻 10 号 税務経理協会 (1998) 43 頁参照。

⁵⁸ 法人税基本通達 14-1-1 の 2 は、「たとえ現実には利益の分配を受け又は損失の負担をしていない場合であっても、当該法人の各事業年度の期間に対応する組合事業に係る個々の損益を計算して当該法人の当該事業年度の益金の額又は損金の額に算入する。」と明記している。所得税法上も、同法 36 条・37 条の解釈から、同様の結論に帰結するであろうと解される。

⁵⁹ ただし、この場合の分配割合が、各組合員の出資の状況、組合事業への寄与の状況などからみて経済的合理性を有していないと認められる場合には、この限りではないとされている。

①総額方式により計算されるものであるとされ、例外として、継続適用を条件に⁶⁰、②中間方式、③純額方式によることも認められている。

2 人格のない社団等と組合との峻別

民法上、権利能力なき社団等（人格のない社団等）は、団体としての組織を備えているが、組合は、構成員から独立しているという客観的存在を取得しないと考えられている。この性質の差異を、上述の2節で挙げたメルクマールに基づいて考えていきたい⁶¹。

①権利能力なき社団等においては、運営の意思決定については多数決の原則で行われる。組合においては、その業務執行につき、業務執行者を定めなかった場合には、組合員の多数決で行われ（民法 670 条）、業務執行者を定めた場合には、他の組合員は検査権のみ有する（民法 673 条）ために意思決定に参加する権限が少ないともいえるが、業務執行者の解任も予定されており（民法 672 条）、また、規約によって多数決を定めることは可能であるので、この点は、大差はないといえる。②権利能力なき社団等においては、構成員の変更にもかかわらず、団体そのものが存続する。組合においても、組合員の任意脱退（民法 678 条）、非任意脱退（民法 679 条）を定めており、組合員の変更は、存続に影響しないと思われる。③権利能力なき社団等においては、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ことを要し、また、民法上の法人では、収益の分配はあまり想定されていない。組合においては、全組合員に共通の事項は組合員の合意によって定められ、定められていない場合には、損益の帰属は出資に比例するとされる。この点は、社団と組合とを区別する上で重要である。④権利能力なき社団等においては、財産は構成員に「総有」的に帰属するものとされ、構成員の資産の所有権の分属を否定される。組合においては、組合財産は組合員全員の「共有」、組合債務は組合員全員の債務となり、組合員の組合資産との直接的帰属関係は遮断されない。この点から、組合資産は、単なる「共有」ではなく「合有」とされる。③とともに、社団と組合とを区別する上で重要な点である。民法学説上も、一応は、「権利能力なき社団等」と組合が区別されている。また、国税庁の解釈としても、現状、「人格のない社団等」（権利能力なき社団等）と組合とを区別している⁶²。

⁶⁰ 東京地判平成 23 年 2 月 4 日（判例集未登載）では、純額方式により申告した納税者（原告）に、中間方式や純額方式を選択するためには、計算方式の継続適用のほか、「総額方式による計算が困難であるなどの事情が存すること」や「課税上の弊害が生じない程度」といった要件が具備される必要があるとして更正処分及び過少申告加算税賦課処分を行った課税庁（被告）に対して、一般の納税義務者が、本件通達の本文から「総額方式による計算が困難であるなどの事情が存すること」や、「課税上の弊害が生じない限度においてのみ、中間方式又は純額方式の適用が認められること」を読み取ることは不可能であったといわざるを得ないと述べ、課税庁の主張が退けられている。

⁶¹ 水野・前掲注 6）396-397 頁参照。

⁶² 所得税基本通達 2-5、法人税基本通達 1-1-1。なお、上述のように、民法において、人格のない社団等と組合との区別はその内部組織のあり方に求めるべきであるとされ、団体が組合に該当する判断基準が示されていないことには留意すべきである。水野・前掲注 1）334-335 頁参照。また、民法の分野から、星野・前掲注 11）279-281 頁、鈴木・前掲注 31）66 頁及び 241-242 頁、

第4節 小括

以上、まず、法人課税について、法人税の納税義務者を整理し、わが国における法人税の変遷から、現状におけるその課税根拠と範囲とを整理してきた。さらに、わが国の法人課税の特徴について考察してきた。次いで、組合課税について、「パス・スルー」の概念を整理した上で、現状において、実務上解釈される課税方式とその基本的考え方を概観してきた。

法人税は、法人格が付与されることによって取得することとなる「権利義務及び財産の帰属の主体」という法的な性質に連動をしており、これは、私法上の所得の帰属主体に対して課税するという所得課税の根幹に関わっていることが分かる。わが国における現状の法人課税の根拠が「権利義務及び財産の帰属の主体」にある以上、十分な根拠を有するものであると考えられる。

一方、わが国においては、近年、パス・スルーの概念が明らかにされつつあるものの、これらの組織形態に対する課税方式は、未発達な状況にあることが分かった。新たな組織体の出現に対して、現在の所得課税における法人対個人の二分論的アプローチでは対応しきれない場合も増えてくることが、今後も相当に予想されるため、この“何らかの「人の集まり」”の存在を認め、パス・スルー課税を法整備するという方向での検討も必要とされるものと考ええる。すなわち、これは、所得課税において、法人対個人の二分論的アプローチから、法人対組合型事業体対個人という三分論的アプローチ⁶³となることを意味する。

ここで、租税法上、重要な問題は、“事業体の損益が構成員に直接帰属する”ということについて、法人課税としての権利能力なき社団等のメルクマールが十分でなければ、何がメルクマールとなりうるか、ということである⁶⁴。換言すれば、損益の構成員への帰属（allocation）を、組合契約等に定めてさえいれば、それがただちに、パス・スルー課税としてのメルクマールになり得るか、ということにもなるのであるが、これについては、今後、検討の余地があると考えられる⁶⁵。「実体」への課税という観点に立てば、法技術としての法人格の有無に拘らず、法的「効果」の観点から導かれるべきとも考えられ、損益を直接帰属させることに合理性がある事業体の特徴を丹念に整理する必要があるものと思われる⁶⁶。また、法人課税が必要されている根本的な理由の1つとして、法技術的に見て、様々な組織体に対し、法人課税なしに、正確な課税方式を仕組むことの困難さがあることが挙げられよう。特に、組織体に対する構成員の経済的権利が

内田貴『民法Ⅰ 第4版 総則・物権総論』東京大学出版会（2008）218-225頁においても、社団と組合との区別の限界が指摘されている。

⁶³ 森信・前掲注1）134頁参照。

⁶⁴ 水野・前掲注1）335-336頁参照。

⁶⁵ 水野・前掲注6）399頁参照。後述することとなるが、同論文では、さらに、米国税制における法人課税のメルクマールとしてのキントナー規則と、それに代わるチェック・ザ・ボックス規則への変遷についても詳細に論じられている。

⁶⁶ 水野・前掲注6）418-419頁参照。

複雑に入り組んでいるような場合、構成員に対して損益を正確にパス・スルーさせるといったこと（同時に、それを正確に捕捉すること）は難しく、租税回避の問題が生じることも考えられるのである。このような執行上の困難性を軽減するためにこそ、組織体を「実体」として、いったん課税の対象とすることが必要とされているのである。この点からも、法人課税・パス・スルー課税・所得税課税の選択は、法人格の有無に固執することなく、課税方式の執行可能性を勘案しつつ、組織と構成員の間の経済的關係、他の類似の機能を有する組織とのバランスをふまえて考えていくべきであるということになろう⁶⁷。

⁶⁷ 増井・前掲注 15) 12 頁参照。

第3章 わが国の組合型ビークル

第1節 任意組合、投資事業有限責任組合、有限責任事業組合

1 法的性質

(1) 任意組合

任意組合は、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効力を生ずる組合契約に基づくビークルである。ただし、民商法の大部分は任意規定であり、現実の組合は様々な性格を有するものとなっており、他の類似ビークルと識別するが困難な場合も少なくない。

イ 成立関係

任意組合とは、各当事者が出資をなして共同事業を営むことを約する契約によって成立する事業形態である⁶⁸（民法 667 条）。2 名以上の当事者が必要であり、自然人のほか、法人、人格のない社団、あるいは組合も組合員となることができる。その出資は、金銭その他の財産のほか、労務でもよいとされ（民法 667 条 2 項）、具体的には、物権、債権、無体財産権等の出資もみられる⁶⁹。組合員にとって、出資は義務であり、出資をしない者を構成員とする団体は任意組合ではないとされる。団体としての権利義務の認識はなく、法的にも組合員の権利義務といった構成とされており、社団ではない⁷⁰。

事業目的については、公益、営利、中間的、いずれでもよく、制限はないとされる⁷¹。従って、任意組合には、利益を目的としない団体も含まれることとなる。ただし、目的となる事業は、すべての当事者にとって共通なものとなっていなければならない。

業務執行については、対内関係として、原則として、各組合員は、各自運営に参加する権限を有しており、常務を除き、多数決の原則によりこれを行行使するものとされる（民法 670 条）。一方で、組合契約により、1 人ないし数人の業務執行者に委任することも認められている⁷²（民法 671 条）。委任した場合、委任した組合員は、業務執行に参加しなくとも、委任事務について、その執行を監督し、組合の財産状況を検査する権限を有している（民法 673 条）。対外関係として、組合は法人格を有しておらず、団体としての独立性も弱いため、組合自体は、権利義務の主体となることはできない。各組合員

⁶⁸ 組合契約の成立としてなされた意思表示への、制限行為能力、意思の欠格、意思表示の瑕疵に関する規定の適用は、組合の団体性に適合するように取り扱うべきであるとされ、組合が事業を開始して第三者と取引をなすに至る前後で結論が異なるとされる。能見善久、加藤新太郎『論点体系 判例民法 6 契約Ⅱ』第一法規（2009）127-128 頁参照。

⁶⁹ 特許等の先願者の地位は、確定的な権利とはいえなくても、それに準じて取り扱うべきとされる。鈴木禄弥『新版 注釈民法（17）債権（8）』有斐閣（1993）45 頁参照。

⁷⁰ 組合は、権利能力をもたない点において法人と区別され、団体員の個性の比較的強い点においてすべての社団（権利能力の有無にかかわらず）と区別されるとされる。我妻榮、有泉亨、川井健『民法 2 債権法 第三版』勁草書房（2009）377 頁参照。

⁷¹ 鈴木・前掲注 69）47-48 頁参照。

⁷² 第三者に業務執行を委託した場合は、原則として、委任の規定が類推されるとされる。すなわち、民法 671 条及び同 672 条の適用はないと考えられるが、同 673 条の適用があるのは当然と考えられている。近江幸治『民法講義Ⅴ 契約法[第 3 版]』成文堂（2006）279 頁参照。

自身又は代理権を与えられた者によって行為が行われ、その法律効果は各組合員に帰属することとなる⁷³。

ロ 組合財産と構成員の持分

組合財産については、その内容としては、①組合員が出資した財産、②出資請求権、③組合の業務執行により取得した財産、④組合財産から生じた財産、⑤組合の債務が含まれる。組合は、組合員が相互に直接契約して結合した団体であって、法人ではないため、組合自体が財産の帰属主体となることはできない。つまり、組合財産の帰属主体は総組合員であり、各組合員の所有ではあるものの組合員の「共有」に属しており（民法 668 条）、組合はその名において不動産を取得することはできない。さらに、組合員は、組合財産に対して持分を有するものの、持分を処分すること及び組合財産の分割を請求することはできないとされており（民法 676 条）、組合財産は、団体的拘束を受け、管理処分権能が制限されている。このような組合財産の「共有」は、「合有」とであると解されている⁷⁴。不動産登記法においては、組合財産について、「共有」や「合有」といった特別の登記は認められておらず、組合の名義での単独登記も認められていない。よって、組合員の名義による共有登記をしなければならない。この共有登記では、組合財産について各組合員の共有持分を記載することとされている。

構成員の持分について、民法 676 条でいう「持分」は、共有者の有すべき割合的な権利義務等を意味する⁷⁵とされており、上述の通り、組合では、通常の「共有」とは異なり、共有物についての分割請求権を有していないことから（民法 676 条 2 項）、このような特定財産上の持分を処分したとしても、組合等に対抗することができないとされ（民法 676 条 1 項）、組合員個人に対する債権者は、その債権と組合に対する債務とを相殺することができない（民法 677 条）。つまり、組合員各自は、組合財産に対する自由な支配権を有しているとはいえず、組合員が共同の目的のために結合していることが財産の所有関係に反映されている。このように、持分に対して制限が加えられているという点において、財産の帰属形態として、一般の「共有」とは性質を異にする「合有」と考えられているのである。

⁷³ 組合の代理（代表）について規定はないが、対内的業務において業務執行権を持っている者が対外的業務についての代理権を持つと解されている。内田貴『民法Ⅱ[第3版]債権各論』東京大学出版会（2007）292-293 頁参照。

⁷⁴ 上述のように、最判昭和 33 年 7 月 22 日（民集 12 卷 12 号 1805 頁）において、「組合財産が理論上「合有」とであるとしても、民法の法条そのものはこれを共有とする建前で規定されており、組合所有の不動産の如きも共有の登記をするほかない。従って解釈論としては、民法の組合財産の「合有」は、共有持分について法の定める制限を伴うものであり、持分についてかような制限のあることがすなわち民法の組合財産の「合有」の内容だとみるべきである」と判示され、組合財産における「合有」説は、今日では通説とされる。ただし、合有とは何か、ないし、組合財産の共有を合有と理解すべきゆえんについて、必ずしも統一的ではなく、いわゆる古典的合有理論を得ものから、ドイツ民法の現在の解釈論を導入するもの、上記判例と同じ立場を取るものなど様々である点については留意しておくべきであろう。鈴木・前掲注 31）63-66 頁参照。

⁷⁵ その他、一般的には、共有関係者の「持分」とは、①損益分配を決める割合そのもの、②分配を示す係数上の数額等を指す場合もあるとされている。

組合員の地位譲渡により、組合の構成を変えることができるかどうかについて、民法には規定されていない。解釈としては、組合契約で許容される限りにおいて、地位譲渡は可能と考えられているようである。地位譲渡による組合員の交替は、譲渡人が脱退して譲受人が加入するのと同じとなるが、譲受人が加入手続ないし他の組合員と加入契約をする必要がない点において相違している。そのため、他の組合員が認める限りにおいて、地位譲渡は可能であると解されている。

組合契約でその存続期間を定めなかったとき、又はある組合員の終身の間に組合が存続すべきと定めたときは、各組合員は、いつでも脱退することができる。ただし、やむを得ない事由がある場合を除き⁷⁶、組合に不利な時期に脱退することはできない（民法 678 条）。また、一定の事由が生じた場合、組合員は、脱退するものとされる（民法 679 条）。ここで、一定の事由のなかに死亡が挙げられているが、これは、相続人が当然に組合員としての地位を承継するものではないことを意味するものである。脱退した組合員については、脱退時における組合財産の状況に従って持分の払戻しが行われ、残存する組合員は、その払戻しにつき、出資の種類を問わず金銭によって行うことができる。

ハ 損益の分配（帰属）

組合契約又は特約によって、利益持分を定めることができるとされており、その割合を定めなかった場合、各組合員の出資の価額に応じてなされる（民法 674 条）。労務や信用による出資の場合、これを金銭的に評価して帰属割合を決めることとなる。また、利益の帰属割合と損失の帰属割合とを、別々に定めることもできるとされており、一部の組合員が損失を負担しないことを定めることも、組合契約の性質に反しないものとされている⁷⁷。一方、利益又は損失のいずれかのみに割合を定めたときは、その割合は、利益又は損失に共通なものと推定される（民法 674 条）。

出資額を超える組合の損失について、填補する義務を負わない出資者がいたとしても、組合契約の性質を失うものではないが、これは内部関係だけのことであって、組合の債権者を拘束するものではない。損失分担の時期については、組合契約に別段の定めがなければ、組合の解散・清算の際に、組合財産をもって債務を完済することができないときにはじめて損失を填補する義務を負うと解されているようである。

⁷⁶ やむを得ない事由がある場合には、各組合員は脱退することができる（民法 678 条）。この場合、組合員の 1 人が脱退したとき、脱退組合員の持分だけ組合債権が減少するのではなく、当然に、残存組合員のみに帰属する共同債権となるとされる。換言すれば、残存組合員の持分が自動的に拡張され、脱退組合員は組合に対する持分払戻請求権を取得するのみとなる。すなわち、脱退組合員と残存組合員との間に持分債権の譲渡が行われるのではなく、債権譲渡の対抗要件を備えることなく債務者その他の第三者に対抗しうるとされる。

⁷⁷ ただし、支配的な組合員が利益を独占し、他の権利者が権利行使をすることが事実上できなくなっている場合（いわゆる「獅子組合」）には、税務上、その団体の所得をその組合員の単独事業による所得と認めざるを得ないため、贈与又は利得担保契約の性質を持つ特殊のものにすぎないと解されている。その利益を独占している組合員にとって、これは、違法な利得であって、他の権利者（権利行使することができなくなっている組合員）にとって所得の実現がみられないためである。

ニ 対外責任

任意組合は、権利義務の主体となりえない。従って、第三者と組合との法律関係は、各組合員と第三者との間の法律関係として構成されるものと整理される⁷⁸。組合財産は、すなわち各組合員の所有であり、団体的拘束を受ける「合有」であるにすぎない。組合債務⁷⁹は、組合員がその損失分担の割合に応じて直接的に債権者への責任を負うこととなるため（民法 675 条）、各組合員の債務であって、組合員は、組合財産のほか個人財産によってその責任を負わなければならないこととなる。組合債権者は、組合員の合有である組合財産に執行することもでき、各組合員に請求することもできる⁸⁰。ここで、組合債権者は、原則として、組合員の損失分担割合によって（民法 674 条）、各組合員に対し、債務の履行を求めることができ、損失分担の割合を知らなかった場合には、その分担割合にかかわらず、損失を負担しない組合員を含めた各組合員の個人財産に対して均等割合で請求することもできる（民法 675 条）。つまり、各組合員は、分割であるものの、組合債権者に対して、無限責任を負うこととなるのである。

ホ 訴訟当事者能力

通説としては、社団と組合の実体の差異から、組合が契約的性質の強いことを理由に訴訟当事者能力を否定されているようである。一方、団体としての社会的な独立性を捉え、訴訟当事者能力を認める説もある⁸¹。組合の訴訟行為は、対外的業務執行の一態様にほかならないのであり、対外的業務執行として、業務執行組合員等が、組合を代表して訴え又は訴えられることができるものと考えられる。各組合員間における代理権は、別段の定めがない限り、訴訟行為の代理権を含むと解されるためである。ただし、組合の結合形態によっては、社団的色彩を帯びたものから社団的色彩が希薄なものもあるのであって、任意組合の訴訟当事者能力については、一概に論じ得ないのが実際である。

⁷⁸ 内的組合の意義として、当事者間の内部関係では共同の事業であり組合関係があるが、対外的行為は全員の名（ないし組合の名）ではなく当事者固有の名義で行われ、組合関係が対外的に現れないものであるとされる。鈴木・前掲注 31) 25 頁参照。

⁷⁹ 組合債務については、「共有説」と「合有説」がある。「共有説」によれば、組合が債務を負い、組合財産がその引当となり、合わせて各組合員が分割責任を負うこととなる。一方、「合有説」によれば、各組合員の分割債務となる。いずれにせよ、最終的には、組合員が、その持分に応じて分割責任を負うこととなる。

⁸⁰ この個人責任は、組合財産を引当てとする組合の責任との関係で補充的でなく並列的であるといわれている。すなわち、組合の債権者は、その請求の相手方として、組合でも組合員個人でも選択できることとなるとされる。この場合の執行方法として、組合員全員に対する債務名義に基づき、組合に対する組合員の分担額の執行分の付与を受けて組合員の個人財産に執行することができると解される。北川善太郎『債権各論（民法講要Ⅳ）[第 3 版]』有斐閣（2003）103 頁参照。加藤雅信『新民法大系Ⅳ 契約法』有斐閣（2007）478 頁において同旨。

⁸¹ 内部的組織の実体が社団といわれる程度に達していなければ、組合には民事訴訟法 29 条の適用はないと解することもできる。一方、組合の訴訟行為は、組合の対外的業務執行の一態様にほかならず、対外的業務執行の理論に従って考えれば足りるとされる。すなわち、組合代表権を有する組合員、業務執行組合員等は各自組合を代表して訴え又は訴えられることができると考えられるのである。我妻榮、有泉亨、川井健『民法 2 債権法 第三版』勁草書房（2009）383 頁又は遠藤浩、川井健、原島重義、広中俊雄、水元浩、山本進一『民法（6）契約各論[第 4 版増補補訂版]』有斐閣（2002）265-266 頁参照。

(2) 投資事業有限責任組合

投資事業有限責任組合は、ベンチャーファンドとしての有限責任制の組合の設立が要請されたことを背景としており、ベンチャー企業等への投資を促進するために、平成10年度に、「中小企業等投資事業有限責任組合契約に関する法律」の制定により認められたビークルである。

日本では、従前、投資事業を行う組合は、任意組合形式によって行われてきたが、任意組合では、投資家が原則として無限責任を負うこととなるため、民法における任意組合を基礎としつつも、一定の者に有限責任を認めることとされた。この有限責任によって、投資家はリスクを軽減し、単独では投資できないようなものに投資することができ、起業家はこの組合制度を利用して資金の調達を行うことができることとなる⁸²。なお、この法律は、民法の特例として制定されているため、多くの部分に民法の規定が準用されている。また、有限責任を担保するための手段として、組合契約の登記が義務付けられた。その後、その対象は、融資、金銭債権、社債、平成14年には匿名組合、平成15年には産業活力再生特別措置法の認定企業等一定の要件を満たす事業再生企業等へと拡大され、さらに、大企業や公開会社への投資も可能とするため、平成16年には、「投資事業有限責任組合契約に関する法律」（ファンド法）と改正された⁸³。

イ 成立関係

投資事業有限責任組合とは、各当事者が出資を行い、共同で法定の事業の全部又は一部又は約することによって効力を生ずる契約に基づく事業形態である（投資事業有限責任組合法3条1項、以下、投資事業有限責任組合法を「LPS法」という。）。この組合契約は、各組合員の合意によって成立する諾成契約であり、出資の履行や登記は成立要件ではない⁸⁴。全組合員の合意により締結されたこと及び諸条件を満たしたことを担保するために契約書の作成が義務付けられており、その記載事項について絶対的記載事項が定められている。組合契約には、組合員全員の署名又は記名押印が義務付けられている（LPS法3条2項）。また、一定の事項については登記義務がある⁸⁵。組合は、その名称のなかに投資事業有限責任組合という文字を用いなければならない⁸⁶（LPS法5条）。

⁸² 平野嘉秋「日本版LLC・LLPと課税上の論点（2）」国際税務24巻12号（2004）48頁参照。

⁸³ ホワイト&ケース法律事務所、ホワイト&ケース税理士法人『Q&A 投資事業有限責任組合の法務・税務』税務経理協会（2010）4-5頁参照。

⁸⁴ ただし、登記の後でなければ、善意の第三者に対抗することができない（LPS法4条）。

⁸⁵ 有限責任組合員が存在する組織であることを第三者に明示し、任意組合と明確に区別するためとされる。わが国では、登記が一般的な公示機能として定着しているため、これにより第三者への予見可能性が確保されることとなるものとされている。平野・前掲注82）51頁参照。

⁸⁶ 他の組合形態との混同を避け、取引しようとする第三者の予見可能性を確保して取引の安定を図るためとされ、同様の内容が、米国のリミテッド・パートナーシップにおいても存在している。平野・前掲注82）50頁参照。

無限責任組員と有限責任組員から構成され⁸⁷、有限責任の組員は、その氏、氏名又は名称を組合の用いることを許諾したときは、その使用以後に生じた組合の債務については、無限責任組員と同一の責任を負う（LPS 法 5 条 4 項）。

事業目的については、事業者に対する投資事業を行うこと、無限責任組員と有限責任組員との区別を約するものに関する制度を確立することによって事業者への円滑な資金供給を促進し、その健全な成長発展を図り（LPS 法 1 条）、併せてわが国の経済活力の向上に資することを目的としている。具体的には、①株式投資等の資金供給事業、②事業の経営相談業務、③他投資スキームへの投資事業、④一定の外国法人に対する投資事業、⑤付随事業等その他の業務等である。付随事業は、手形や譲渡性預金証書の取得及び保有等に限定され、余裕金の運用は、銀行等への預金、国債等の取得、比較的安全かつ換金性の高い方法に限定されている。

業務執行については、無限責任組員が執行するものとされ、無限責任組合が複数いるときは、その過半数をもって決する⁸⁸。組合の常務については、原則として、各無限責任組員が単独で行うことができる。無限責任組員及び有限責任組員が、その定めた事業以外の行為を行った場合、組員は追認できない（LPS 法 7 条）。

ロ 組合財産と構成員の持分

任意組合と同様、組合財産については、その内容として、①組員が出資した財産、②出資請求権、③組合の業務執行により取得した財産、④組合財産から生じた財産、⑤組合の債務が含まれる。組合は、組員が相互に直接契約して結合した団体であって、法人ではないため、組合自体が財産の帰属主体となることはできない。組合財産の帰属主体は総組員であり、各組員の所有ではあるものの組員の「共有」に属しており、組合はその名において不動産を取得することはできない。組合財産は、団体的拘束を受け、管理処分権能が制限されている。任意組合の際と同様、このような組合財産の「共有」は、「合有」とされ、各組員は、やむを得ない場合を除き、脱退することができないとされているが（LPS 法 11 条）、これは、任意組合と同様に、本制度における事業は、全組員による共同事業であることから（LPS 法 3 条 1 項）、脱退に制限を設けることにより、責任財産を確保するためであるとされる。なお、やむを得ない場合は、民法 678 条 2 項と同趣旨と考えられている。やむを得ない場合のほか、死亡、破産手続開始の決定、後見開始の審判、除名の事実により、脱退の効果が発生する（LPS 法 12 条）。死亡が挙げられているのは、任意組合と同様、相続人が当然に組員たる地位を承継するものではないことを意味している。

⁸⁷ 無限責任組員又は有限責任組員がいなくなってしまった場合、解散の登記前であり、かつ、2 週間以内に補充された場合を除き、その組合は解散することとなる。平野・前掲注 82) 50 頁参照。

⁸⁸ 全ての無限責任組員が、総組員の名をもってではなく、自己の名で組合のために法律行為をすることができるとされる。平野・前掲注 82) 52 頁参照。

組合員は、出資 1 口以上を有しなければならず、出資 1 口の金額は均一でなければならない⁸⁹（LPS 法 6 条 1 項、3 項）。これは、各組合員による利益相反行為の可能性を小さくするためとされている。組合員は、金銭その他の財産のみをもって出資することができる（LPS 法 6 条 2 項）。投資事業有限責任組合においては、一部の組合員が有限責任であり、第三者取引の場合の第三者保護の観点から、債務の引当てとなる責任財産の充実を図るために、労務による出資は認められていない。原則として、有限責任組合員は、その出資の価額を限度として組合債務を弁済する責任を負い（LPS 法 9 条 2 項）、有限責任性を明確にするため、第三者対抗要件を備えるための登記が要件とされている。有限責任組合員に対する組合の業務及び財産の状況に関する情報開示、また、有限責任制度の確保の手段としての情報開示のために、一定の措置が講じられている。無限責任組合員は、各事業年度経過後 3 月以内に、その事業年度の貸借対照表、損益計算書及び業務報告書並びにこれらの附属明細書を作成し、5 年間、主たる事務所に備えて置かなければならず、組合契約書及び公認会計士又は監査法人の意見書を併せて備えて置かなければならない。そして、組合員及び組合の債権者は、営業時間内は、いつでも、財務諸表等並びに組合契約書及び意見書の閲覧又は謄写を請求することができる（LPS 法 8 条）。

ハ 損益の分配（帰属）

投資事業有限責任組合の損益の帰属については、任意組合における民法 674 条が準用される。従って、組合契約又は特約により帰属割合を定めたときは、その割合で分配され、利益分配割合と損失負担割合とを別々に定めることも、一部の組合員が損失を負担しないことを定めることも、一部の組合員が損失を負担しないことを定める契約も、組合契約の性質に反しない。投資事業有限責任組合においては、組合員が無限責任組合員と有限責任組合員から成立しているため、有限責任組合員に対しては、その出資金額の範囲に組合債務に対する責任が限定され、有限責任組合員の出資金額を超える損失は、無限責任組合員がその責任を負う。また、責任財産の維持及び充実の観点から、貸借対照表上の純資産額を超えて、組合財産を分配することはできない（LPS 法 10 条 1 項）。これに反して有限責任組合員が分配を受けた場合、その分配を受けた金額の範囲内で、組合債務の弁済責任を負うこととなる⁹⁰（LPS 法 10 条 2 項）。

ニ 対外責任

任意組合と同様、権利義務の主体となりえないため、第三者と組合との法律関係は、第三者と組合員との間の法律関係として構成され则认为されている。組合財産は、各組合員の所有で、「合有」である。ただし、組合債務は、無限責任組合員と有限責任組合員が、それぞれの損失分担の割合によって、債権者に対して責任を負う。組合の債務

⁸⁹ 1 口の金額については、法律上の制限はなく、組合の資産規模、各組合員の資力や組合員数等に応じ、経済的合理性に基づいて決定されることとなる。平野・前掲注 82) 50 頁参照。

⁹⁰ つまり、債務超過の状態で分配された組合財産は、組合員各自の財産とする原因が本来ない不当な利得であると考えられるからであるとされる。平野・前掲注 82) 53 頁参照。

は無限責任組合員と有限責任組合員の債務であるが、無限責任組合員は、他に個人財産によってもその責任を負わなければならない、組合債権者に対して無限責任を負うこととなる。

ホ 訴訟当事者能力

投資事業有限責任組合は、民法の特例としての「投資事業有限責任組合契約に関する法律」に基づくものであり、上述のように、任意組合と同様、訴訟当事者能力を否定する説もあり、これを認める説もある。

(3) 有限責任事業組合

有限責任事業組合は、企業同士のジョイント・ベンチャーや専門人材の共同事業を振興するための新しい事業体制度の導入を目的として、平成 17 年度に「有限責任事業組合契約に関する法律」が制定されたことによって認められたビークルである。

導入の背景として、日本経済の低迷から脱却するために、産業活力の担い手となる人的資産集約型産業の活性化が課題とされ、経営者・起業家に、事業内容に合った利用価値の高い新たな企業形態の選択肢を提供することを目的として考案された。特に、米国における①構成員全員が有限責任、②パス・スルー課税、③内部自治原則の特徴を有する LLP や LLC といった企業制度の整備と、これらによる人的資産集約型産業の活性状況を受け、日本版 LLC・LLP 制度のあり方が検討されてきた。このうち、日本版 LLP について、平成 16 年末には、「有限責任組合制度の創設の提案」として日本版 LLP 制度の骨格の中間的な取りまとめが行われ、平成 17 年 4 月に「有限責任事業組合契約に関する法律」が成立し、平成 17 年 8 月に施行された⁹¹。

イ 成立関係

有限責任事業組合とは、個人又は法人が出資して、それぞれの出資の価額を責任の限度として共同で営利を目的とする事業を営むことを約し、各当事者がそれぞれの出資に係る払込み又は給付の全部を履行することによってその効力を生ずる組合契約に基づく事業形態である（有限責任事業組合法 3 条 1 項、以下、有限責任事業組合法を「LLP 法」という。）。有限責任事業組合契約の当事者のうち 1 人以上は国内に住所を有し、若しくは、現在まで引き続いて 1 年以上居所を有する個人又は国内に本店若しくは主たる事務所を有する法人でなければならない（LLP 法 3 条 2 項）。組合契約を締結しようとする者は、組合契約書を作成し、その全員がこれに署名し、又は記名押印しなければならない（LLP 法 4 条 1 項）。組合契約書には、組合の事業、名称、事務所の所在地、組合員の氏名又は名称及び名称等を記載又は記録しなければならない（LLP 法 4 条 3 項）。原則として、記載又は記録した事項の変更に際しては、総組合員の同意が必要とされる

⁹¹ 平成 16 年 9 月、経済産業省は『有限責任事業組合制度に関する研究会』を設置し、その成果として、平成 16 年末に『有限責任事業組合制度の創設の提案』が公表され、平成 17 年 2 月『有限責任事業組合契約に関する法律案』として国会に提出された。平野嘉秋「日本版 LLC・LLP と課税上の論点（7）」国際税務 25 巻 5 号（2005）69 頁参照。

が(LLP法5条1項)、契約の定めによって総組合員の同意を要しないこともできる(LLP法5条2項)。なお、組合契約書に記載し、又は記録した事項に変更を生じたときは、遅滞なく、組合契約書の記載又は記録を変更しなければならない(LLP法5条3項)。また、組合の組成にあたっては登記が必要とされている⁹²。登記すべき事項については、登記の後でなければ、善意の第三者に対抗することができない。なお、登記後であっても第三者が正当な事由によってその登記があることを知らなかったときは同様である。組合には、その名称中に有限責任事業組合という文字を用いなければならない⁹³。組合でないものについて、その名称中に有限責任事業組合という文字を用いてはならないものとされている。

事業目的については、共同で、かつ営利を目的とするものでなければならず、組合員が組合の業務として行う行為は、商行為とされる⁹⁴(LLP法10条)。また、有限責任事業組合法の目的は、組合員の責任の限度を出資の価額とするものに関する制度を確立することによって、個人又は法人が共同して行う事業の健全な発展を図り、経済活力の向上に資することにあるため(LLP法1条)、不当に債務を免れる目的でこれを濫用してはならないとされており(LLP法3条3項)、この濫用について、具体的には、出資者が有限責任であることを濫用し、出資者個人で責任を持つべき債務から免れようとするのが想定されている⁹⁵。組合の業務には制限が設けられており、その性質上、組合員の責任の限度を出資価額とすることが適当でない業務として一定のもの、組合の債権者に不当な損害を与えるおそれがある業務として一定のものについては、組合の業務として行うことはできない。

業務執行については、組合の業務執行を決定するためには、原則として、総組合員の同意によらなければならない。ただし、一定の事項以外の事項の決定については、組合契約書において総組合員の同意を要しない旨の定めをすることができる。また、経済産業省令で定める一定のものについては、組合契約書において総組合員の同意を要しない旨の定めをすることができる。ただし、その決定に要する組合員の同意を総組合員の3分の2未満とすることはできない(LLP法12条)。組合員は、上記に基づき、組合の業務を執行する権利を有し、義務を負う。この際、組合員は、組合の業務執行の一部のみを委任することができる。組合員の組合の業務を執行する権利に加えた制限は、善意の第三者に対抗することができない(LLP法13条)。また、組合の常務は、原則として、各組合員が単独で行うことができる。

⁹² 契約が成立しても、登記がなされなければ、善意の第三者に対抗することができない。また、故意又は過失によって不実の事項を登記した者は、その事項が不実であることをもって善意の第三者に対抗することができない。平野・前掲注91)72頁参照。

⁹³ 組合員全員が有限責任であるため、第三者の予見可能性という観点から、名称中に「有限責任事業組合」という文字を用いなければならないとされる。これにより、他の組合形態との混同を回避し、取引しようとする第三者の予見可能性を確保している。平野・前掲注91)72頁参照。

⁹⁴ すべての組合員が、いわゆる商人とは限らないため、LLP法において規定されている。平野・前掲注91)72頁参照。

⁹⁵ 平野・前掲注91)70頁参照。

ロ 組合財産と構成員の持分

組合員は、金銭その他の財産のみをもって、出資の目的とすることができる（LLP 法 11 条）。すなわち、動産、不動産、有価証券、知的財産権については出資の目的とすることができるものの、任意組合とは異なり、労務出資は認められていない。これは、組合員が有限責任であるので、第三者との取引の場合の当該第三者保護の観点から、債権者を保護するためである。組合員は、その出資の価額を限度として、組合債務を弁済する責任を負う⁹⁶（LLP 法 15 条）。なお、組合員が債権を出資の目的とした場合において、当該債権の債務者が弁済期に弁済をしなかったときは、当該組合員は、その弁済をする責任を負うこととなる。この場合、組合員は、その利息を支払うほか、損害の賠償をしなければならない（LLP 法 16 条）。また、組合員は、組合財産を、自己の固有財産及び他の組合の組合財産と分別して管理しなければならない（LLP 法 20 条）。任意組合と同様、組合財産については、その内容として、①組合員が出資した財産、②出資請求権、③組合の業務執行により取得した財産、④組合財産から生じた財産、⑤組合の債務が含まれる。組合は、組合員が相互に直接契約して結合した団体であって、法人ではないため、組合自体が財産の帰属主体となることはできない。組合財産の帰属主体は総組合員であり、各組合員の所有ではあるものの、組合員の「共有」に属しており、組合はその名において不動産を取得することはできない。組合財産は、団体的拘束を受け、管理処分権能が制限されている。任意組合と際と同様、このような組合財産の「共有」は、「合有」であるとされる。

債務名義、仮差押命令又は仮処分命令に表示された当事者が組合である場合においては、組合員その他債務名義成立後の承継人に対し、又はその者のために、強制執行等の執行をすることができる（LLP 法 21 条）。また、財産分配に一定の制限を設け、債権者に対する責任財産の最低限の維持が図られている。組合財産は、分配日における分配可能額を超えて分配することができない。分配日における組合の剰余金に相当する額として経済産業省令で定める方法により算定される額を超えて組合財産を分配するためには、総組合員の同意によらなければならない。この場合には、組合員は、分配する組合財産の帳簿価額から組合の剰余金に相当する額を控除して得た額を、経済産業省令で定めるところにより、組合契約書に記載しなければならない。分配額が、その分配日における分配可能額を超える場合、分配を受けた組合員は、組合に対し、連帯して分配額に相当する金銭を支払う義務を負う。また、分配を受けた組合員は、分配額が分配可能額を超過した額（同項の義務を履行した額を除く。）を限度として、連帯して組合の債務を弁済する責任を負う（LLP 法 34 条）。

組合員は、新たに組合員を加入させることができる。この際、新たに組合員になろうとする者が、加入に係る組合契約の変更をしたときに、その出資に係る払込み等の全部又は一部を履行していないときは、その者は、当該出資に係る払込み等を完了した時に、組合員となる（LLP 法 24 条）。各組合員は、やむを得ない場合を除き、組合を脱退す

⁹⁶ ここでいう「出資の価額」は、投資事業有限責任組合と同様、単に出資を約束した金額ではなく、実際に出資された金額をいうものとされている。平野・前掲注 91) 73 頁参照。

ることはできないが、契約において、別段の定めを置くことができる⁹⁷（LLP 法 25 条）。やむを得ない場合のほか、死亡、破産手続開始の決定、後見開始の審判、除名の場合には、脱退の効果が発生する（LLP 法 26 条）。死亡が挙げられているのは、任意組合と同様、相続人が当然に組合員たる地位を承継するものではないことを意味している。有限責任制度の確保の手段として、組合債権者に対する組合の業務及び財産の状況に関する情報開示の措置が講じられている。組合員は、経済産業省令で定めるところにより、各組合員が履行した出資の価額その他経済産業省令で定める事項を記載した組合の会計帳簿を作成しなければならない。組合の会計帳簿を作成した組合員は、経済産業省令で定めるところにより、各組合員に対し、当該会計帳簿の写しを交付しなければならない、組合員は、組合の会計帳簿の閉鎖の時から 10 年間、経済産業省令で定めるところにより、当該会計帳簿等を保存しなければならない（LLP 法 29 条）。組合の債権者は、組合の営業時間内、いつでも作成日から 5 年以内の財務諸表及び組合契約書について、書面の閲覧若しくは謄写の請求ないし電磁的記録に記録された事項を、経済産業省令で定める方法により表示したものの閲覧若しくは謄写の請求をすることができる（LLP 法 31 条）。

ハ 損益の分配（帰属）

有限責任事業組合の利益持分は、総組合員の同意により、経済産業省令で定めるところにより別段の定めをした場合を除き、会計帳簿に記載された各組合員が履行した出資の価額に応じて定めるものとされている（LLP 法 33 条）。すなわち、総組合員の同意を条件として、出資の価額にかかわらず、組合員間の利益持分を自由に定めることができるとされているのである。労務出資は認められていないものの、出資者の労務を考慮した利益持分を定めることができ、出資者の知的財産・ノウハウの提供等を反映して出資比率の異なる損益を帰属させることができる。

ニ 対外責任

任意組合と同様、権利義務の主体となりえないため、第三者と組合との法律関係は、第三者と組合員との間の法律関係として構成されると考えられている。組合財産は、各組合員の所有で、「合有」であるにすぎない。有限責任事業組合の場合、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（LLP 法 15 条）。

⁹⁷ 有限責任事業組合においては、組合員全員が事業を行うため、各組合員が自己の都合のいいときに脱退することができるとなれば、責任財産の充実を損なう懸念が生じるため、安易に脱退することができないこととなっている。しかし、やむを得ない場合に該当しなくとも、契約において任意に脱退要件を定めることができ、基本的には組合員の脱退の自由は確保されている。平野・前掲注 91）75 頁参照。

ホ 訴訟当事者能力

有限責任事業組合は、民法の特例としての「有限責任事業組合契約に関する法律」に基づくものであり、任意組合と同様、上述のように、訴訟当事者能力を否定する説もあり、これを認める説もある。

2 税務上の諸問題

(1) 組合と各組合員との取引

各組合員は、組合と契約を締結できるか、また、この場合に、その対価は所得税法上どの種類の所得に該当するか、ということである。この点につき、最判平成13年7月13日（判時1763号195頁）によれば、特定の組合員が一般の従業員と同様の作業に従事しており、受け取る対価も一般の従業員と同じであるような場合には、組合と組合員との関係は、雇用関係に類する関係として、その対価は、事業所得（組合の利益の分配）でなく、給与所得であるとされている。

(2) 現物出資

組合員が金銭以外の財産を出資した場合、「資産の譲渡」となり、譲渡所得が発生すると解すべきであろうか。これについては、会社への現物出資の場合と同様と解され、資産の譲渡にあたると考えられている。ここでは、組合契約の性格に対する考え方において、組合契約を双務契約と捉える「双務契約説」に基づくアプローチと、合同行為と捉える「合同行為説」に基づくアプローチが存在している⁹⁸。「双務契約説」に基づくアプローチによれば、当事者間の物権の変動については、当事者間の給付交換と考えられ、出資財産の一部についてのみ物権変動を認めることとなる。一方、「合同契約説」に基づくアプローチによれば、出資財産の全部について物権変動を認めることとなる。いずれにしても、資産の譲渡とされ、現物資産を出資した段階でその資産の含み益を認識する必要が生じることとなるため、この現物出資時の譲渡益の認識について非課税とする要望が多くなされているといわれており、組合外部に、現物出資された資産を売却するまで含み損益の認識を繰り延べることが实际的であるとの指摘も存する⁹⁹。

(3) 帰属時期

組合の損益は、パス・スルーされるため、それが生ずるごとに、実際の分配の有無に関わらず、利益持分に応じて各組合員に帰属すると考えられる。しかし、それが現実的とはいえないため、各組合員の組合事業に係る収益の額又は損失の額は、その年分の各種所得の計算上、総収入金額又は必要経費に算入することとされている。また、一定の

⁹⁸ 金子宏「任意組合の課税関係」税研21巻4号（2006）18頁及び平野嘉秋「多様化する資金調達手段と税務会計上の論点—納税主体論とそれから派生する課題を中心として」会計169巻4号（2006）55-57頁参照。

⁹⁹ 平野・前掲注91）57頁及び平野嘉秋「日本版LLPと課税上の問題点」租税研究670巻（2005）84頁参照。

条件のもとに、組合の計算期間を基として計算し、その計算期間の終了の日の属する年分の各種所得の金額の計算上、総収入金額又は必要経費に算入することもできるものとされている¹⁰⁰。

(4) 利益持分

利益持分は、組合契約によって定められるが、全組合員の客観的判断を基礎にして合理的に定められている場合には、この利益持分に応じてなされた損益の帰属については、一部の組合員から他の組合員への経済的利益の移転の問題は生じないと解されている¹⁰¹。ここで、「合理的」とあるが、その基準については具体的に定められておらず、問題が生ずることとなる。この点について、第3節にて、詳細に検討していきたい。

(5) 持分の譲渡

組合の持分を譲渡した場合、組合から脱退した場合や組合が解散した場合等において、組合員が取得する金銭が、出資金額を超えるときには、その差額である利益のうち一定のものは、原則として、パス・スルー課税により既に課税済みであるから、他の組合員からの利益の移転がない限り、再度課税されることはないと解されている。

第2節 匿名組合

1 法的性質

匿名組合は、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ことによって効力を生ずる匿名組合契約に基づくビークルである（商法 535 条）。

(1) 成立関係

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ことによって効力を生ずる契約に基づく事業形態である（商法 535 条）。2 当事者間の契約であり、出資をなす匿名組合員と営業をなす営業者との両当事者間において、口頭でも成立する諾成契約である¹⁰²。従って、団体性は一切

¹⁰⁰ 所得税基本通達 36・37 共-19 の 2。

¹⁰¹ 所得税基本通達 36・37 共-19。

¹⁰² 大隅健一郎『商行為法』青林書院新社（1967）79 頁参照。さらに、いかなる種類の契約に属するかについては学説が分かれている。一種の消費貸借であるという学説や、民法上の組合であるという学説もあり、法律的又は経済的な見地において、これらの契約と共通する一面を有することは疑いないものの、これをいずれかに属せしめるのは困難であるとし、結局、商法の認める一種特別の契約と解するほかないものとしている。また、共同企業の組織に関する契約と述べているものとして、平出慶道『商行為法〔第二版〕』青林書院（1989）325-326 頁参照（ただし、同 329-330 頁において、商法が生んだ一種特別の契約と解されているとしている。）。また、匿名組合と任意組合は無関係のものではなく、匿名組合は、企業取引の必要のため任意組合を修正したものともみることができ、その修正目標は共同関係を対外的に表さない点であって、匿名組合が「内的組合」と呼ばれることもこの点にあるとされる。西原寛一『商行為法〔第3版〕』有斐閣（1973）177-178 頁参照。概して、匿名組合をもって、商法の認める一種特別の契約であると解することがわが国の通説のようである。服部栄三、星川長七『基本法コンメンタール第三版/商法総則・商行為法』日本評論社（1991）120 頁参照。

認められない。1つの匿名組合における当事者は、営業者と匿名組合員の2当事者に限られており、任意組合のように3人以上の当事者の存在は認められないと解されている¹⁰³。営業者は法人でも個人でもよいが、商人でなければならない。匿名組合員は法人でも個人でも、さらに任意組合でもよく、商人でも非商人でもよい。出資者が背後に隠れ、対外的には営業者の単独事業として現れることが特徴である。なお、匿名組合員が複数いる場合には、匿名組合契約が複数併存し、匿名組合員相互間には何らの法律関係も生じない。複数の匿名組合員が共同して任意組合を組成し、さらにその任意組合が匿名組合員になることも可能である。この場合には、複数の者の任意組合員と営業者との間の契約が匿名組合契約となる。出資は匿名組合員のみが行い、営業者は出資の観念はない。さらに、その出資は金銭その他の財産のみをその出資の目的とすることができることとされており、信用及び労務による出資は認められていない（商法 536 条 2 項）。

事業目的については、営利性及び継続性を有するべきものとされる。

業務執行については、営業者のみが業務を執行するものであり、匿名組合員は営業者を代表することができない（商法 536 条 3 項）。匿名組合員は、営業者の行為について、第三者に対して権利及び義務を有しないが、業務や財産の状況を検査する監視権が認められている（商法 536 条 4 項）。一方で、特約により業務執行に参加することは、匿名組合の本質には反しないと解されているようである¹⁰⁴。

（2）組合財産と構成員の持分

匿名組合員の出資は、営業者の財産に属し、営業者の単独所有となる（商法 536 条 1 項）。匿名組合員に所有権はない。この出資は営業者の所得を構成するものではなく、営業者にとっては預り金である¹⁰⁵。任意組合とは異なり、共有財産や持分の概念は存在しない。

匿名組合員の出資は営業者の財産に帰属するため、任意組合のように共有の組合財産はなく、匿名組合員に共有持分の概念はないものの¹⁰⁶、匿名組合員には、利益分配請求

¹⁰³ 大隅・前掲注 102) 79 頁参照。

¹⁰⁴ 匿名組合員が契約により別個の関係において営業者を代理すること、たとえば、匿名組合員が営業者の支配人その他の代理人となることは差し支えないとされている。また、内部関係では、特約による匿名組合員の業務参加、たとえば、一定の重要な事項について営業者と匿名組合員との協議が必要であるとすることは、匿名組合の性質に反しないと解すべきであるとされている。服部、星川・前掲注 102) 122 頁参照。

¹⁰⁵ この種のいわゆる共算的消費貸借と匿名組合との区別は極めて困難であるとされ、その区別の標準については、契約の全構造からみて、経済上、共同事業と認めるべき関係があるか又は元本の利用の許容があるにすぎないかによって判断するほかなく、具体的には、営業者が営業遂行の義務を負うか、相手方がその営業につき監視権を有するか、が重要な判断の基準となるであろうとされている。大隅・前掲注 102) 81 頁参照。その他、消費貸借との比較についての言及として、田中誠二、堀口亘、川村正幸『商法〔十一全訂版〕』千倉書房（1997）311 頁参照。

¹⁰⁶ さらに、匿名組合における営業は、営業者単独の営業であり、財産は営業者個人の財産であることから、法律上は当事者の共同事業及び組合財産は存しないとした上で、匿名組合員は、第三者に対し、営業につき何らの法律関係に立たない。これに対し、任意組合における事業は、法律上も組合員全員の共同事業であり、組合財産は組合員の共同に属し、組合事業によって生じた権利義務は組合員全員に帰属する点において、任意組合とは異なっているとされている。一方、匿名組合にあっても、経済的には事業の共同性が存することは任意組合におけるそれと異ならな

権及び匿名組合終了時の出資金返還請求権がある。利益分配請求権とは、「出資が損失によって減少したときは、その損失を填補した後でなければ、匿名組合員は、利益の配当を請求することができない」ことから導かれる権利と考えられる（商法 538 条）。出資金返還請求権とは、「匿名組合契約が終了したときは、営業者は、匿名組合員にその出資の価額を返還しなければならない。ただし、出資が損失によって減少したときは、その残額を返還すれば足りる」ことから導かれる権利と考えられる（商法 542 条）。また、匿名組合契約においては、営業者の人的信用に拠るところが大きく、匿名組合員も監視権という形で業務に関与していく関係上、営業者の地位及び匿名組合員の地位は、それぞれの同意なしに、譲渡することができないとされる。

（3）損益の分配（帰属）

営業者は、匿名組合事業から生ずる利益を匿名組合員に分配しなければならない。匿名組合には、維持すべき一定の資本の観念はないとされている¹⁰⁷。この場合の利益とは、各営業年度の期首財産額と期末財産額の比較による増加額のこと（財産法）をいうものとされる¹⁰⁸。匿名組合員は、利益の分配を請求する権利を有する¹⁰⁹。利益の帰属の割合は契約の定めによるものの、別段の定めがなければ、任意組合に関する規定が類推適用され、出資割合に応じて定められるものと考えられているようである¹¹⁰。出資額が損失に減少している場合、匿名組合員はその損失を填補した後でなければ、利益の分配を請求することができない（商法 538 条）。利益分配の実効性を担保するためと考えられるが、匿名組合員は、営業年度の終了時において、営業者の営業時間内に、営業者の貸借対照表の閲覧又は謄写の請求をすることが認められており、営業者の業務及び財産の状況を検査することができる（商法 539 条）。また、重要な事由があるときは、いつでも、裁判所の許可を得て、営業者の業務及び財産の状況を検査することができる（商法 539 条 2 項）。利益分配の最高限度を設定することは差し支えないが、最低限度を保証することは、確定利子の支払と考えられることから、匿名組合の本質に反すると解されている¹¹¹。

いことから、任意組合に関する規定のうち当事者が経済上利害を共通にすることに基づくものは匿名組合にも類推適用されなければならないものとされる。大隅・前掲注 102) 81-82 参照。また、任意組合の規定中、匿名組合に欠けていて類推を許すものは類推して解釈すべきであるとされる。田中、堀口、川村・前掲注 105) 312 頁参照。

¹⁰⁷ 平出・前掲注 102) 335 頁参照。

¹⁰⁸ 大隅健一郎『商法概説（2）〔三訂版〕』有斐閣（1988）30 頁参照。神崎克郎『商法総則・商行為法通論〔改訂版〕』同文館（1988）196 頁において同旨。

¹⁰⁹ 特別の合意がない限り、利益の分配は現実になされることを要し、営業者が現実に支払わない場合、分配すべき利益は未払金として匿名組合員に対する債務となり、匿名組合員が損失を分担すべき場合に、その後の営業年度に損失を生じて、この未払金をもって損失の填補に充てることはできないと解されている。平出・前掲注 102) 336-337 頁参照。

¹¹⁰ 神崎・前掲注 108) 194-195 頁参照。ここでいう営業者の出資は、利益分配割合を決定するための計算上のものにすぎないため、営業者の特定の財産を分離して、特別の地位におくことを要求するものではないとされる。

¹¹¹ 一方、ドイツでは、利益の分配とともに確定の利息の支払を約束することは差し支えないとする見解が少なくないことも挙げられる。大隅・前掲注 102) 80 頁参照。

匿名組合員は、損失分担義務を負うのが通常と考えられているが、これは利益分配と異なり匿名組合の要素とはいえない。すなわち、損失分担義務を負うか否かは契約の定めによる¹¹²。分担について、別段の定めがなければ、分担の定めがあるものの推定すべきと解されており、分担割合についての別段の定めがなければ、利益分配割合と共通なものと推定されているようである¹¹³。損失分担は利益分配とは異なり、現実の分担ではなく、計算上の分担にすぎないとされる¹¹⁴。損失が出資額を超過する場合の匿名組合員の分担につき、出資額を限度とするかどうか（有限責任であるか、無限責任であるか）は、見解が分かれている¹¹⁵ものの、特約がなければ、出資額を超えて損失の分担をすることはないとすることが通説のようである¹¹⁶。

（4）対外責任

匿名組合は、対外的には営業者の単独事業であり、匿名組合事業によって生じる第三者との権利義務はすべて営業者に帰属するものである。すなわち、匿名組合と第三者との関係において言えば、営業者と第三者との法律関係となり、匿名組合員と第三者との間には、何らの法律関係も生じない。匿名組合員には、営業者の行為に関して、第三者に対する権利義務が生じることはない（商法 536 条 2 項）。ただし、自己の氏若しくは氏名を営業者の商号中に用いること又は自己の商号を営業者の商号として使用することを許諾したときは、その使用以後に生じた債務については、営業者と連帯してこれを弁済する義務を負う（商法 537 条）。

（5）訴訟当事者能力

匿名組合は、対外的には営業者の単独事業であり、匿名組合事業によって生じる第三者との権利義務はすべて営業者に帰属するものである。すなわち、匿名組合と第三者との関係において言えば、営業者と第三者との法律関係となり、匿名組合員と第三者との間には、何らの法律関係も生じない。このことから、通常、営業者が訴訟当事者となる。

¹¹² 神崎・前掲注 108) 196-197 頁参照。近藤光男『商法総則・商行為法』有斐閣（2005）188-189 頁において同旨。

¹¹³ 弥永真生『商法総則・商行為法〔第 2 版〕』有斐閣（2006）172 頁参照。

¹¹⁴ 大隅・前掲注 102) 85 頁参照。

¹¹⁵ 損失の分担が出資がマイナスに及ぶことを否定する見解は、通常の意味の解釈、あるいは、匿名組合員の責任と合資会社の有限責任社員の責任との権衡を理由とする。一方、匿名組合員の負担する出資は、出資がマイナスとなる場合にも、あくまで出資の減少という計算上の分担にとどまり、別に財産を拠出して填補する必要はないため、その数額がマイナスとなることを肯定してもよいとする説もある。服部、星川・前掲注 102) 122 頁参照。

¹¹⁶ 大隅・前掲注 102) 85 頁参照。さらに、損失が続いて、その分担額の総計出資額を超えるときは、計算上、出資額が消極となることもありうる。この場合においても、後の年度の利益をもってそれを填補するのでなければ利益配当をうけえないのみで、新たに財産を醸出することは必要でなく、この状態で契約が終了した場合にも、特約がない限り、匿名組合員は、新たに財産を醸出して消極部分を填補することを要するわけではなく、出資が零である場合と同様に、単に出資の返還を求めないだけのことでありとされる。神崎・前掲注 108) 196-197 頁において同旨。

2 税務上の諸問題

匿名組合は、上記で述べた法的性質から、組合事業で稼得した利益及び損失については、第一義的には営業者に帰属し、組合員へ利益及び損失を分配する際に、それを損金算入するという構造がとられている。このことから、“準パス・スルー課税”などとも呼ばれる¹¹⁷。

また、匿名組合は、任意組合とは異なり、出資者が有限責任と解されていること¹¹⁸等から、投資スキームとしてよく用いられる。この場合、通常、「GK-TK スキーム」として、合同会社¹¹⁹を新設し、合わせて用いることにより、匿名組合と合同会社とを一体とした1つのスキームとして用いられることが多い。そうすると、合同会社として私法上（租税法上）の法人格を得つつ、会社の内部関係に組合的規律が適用させることができるとともに、匿名組合契約のパス・スルー的性格を活かし、二重課税を回避した形で出資者へ利益を分配し、また損失をも分配することが可能となる¹²⁰。そのような意味においては、「GK-TK スキーム」は、米国 LLC と同じ効用を持っていると見ることもできると思われる。このような実情からすれば、従来、合同会社と匿名組合を分けて個々の性質を考察されがちであるが、実際には、「GK-TK スキーム」として、一体として事業形態をなすこととなるのであるから、税務上の問題も、このようなスキームの特性に伴って現れることが多いことに十分留意すべきであると思われる。

(1) 所得分類

所得税基本通達 36・37 共-21 によれば、匿名組合員が当該匿名組合契約に基づく営業者から受ける利益の分配は、原則として、「雑所得」とすることとされている。そして、但し書きとして、匿名組合員が当該匿名組合契約に基づいて営業者の営む組合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していると認められる場合には、当該匿名組合員が当該営業者から受ける利益の分配は、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種所得とすることとされている。

匿名組合に基づく営業者から受ける利益の分配が、原則として「雑所得」に分類されることについて、匿名組合の性質及び当該所得は組合員が行う出資・投資の対価である

¹¹⁷ 平野嘉秋「多様化する資金調達手段と税務会計上の論点—納税主体論とそれから派生する課題を中心として」会計 169 巻 4 号 (2006) 50-51 頁。第一義的には営業者に帰属し、組合員へ利益及び損失を分配する際に、それを損金算入するという構造から、ペイ・スルー型とも考えられるが、営業者における所得の性質が匿名組合員に引き継がれることを考えれば、純粋なペイ・スルー課税ともいえない。水野・前掲注 1) 344 頁参照。

¹¹⁸ 平野嘉秋「不動産のセキュリタイゼーションをめぐる税務上の諸問題 (5) (完)」税経通信 51 巻 10 号、51 巻 12 号 (1996) 213 頁参照。

¹¹⁹ 合同会社は法人格を有し、法人課税されるビークルであるため、紙幅の都合上、本論文では特に論じない。

¹²⁰ 江頭憲治郎、大杉謙一、新家寛、伊藤剛、黒田裕「座談会 合同会社等の実体と課題 [上]」商事法務 1944 号 (2011) 9 頁。なお、この場合、匿名組合である以上、出資者が、業務執行に関与できないという性質も生まれることとなる。

という側面から判断されると説明されている¹²¹。これに対して疑問も呈されており、商法の世界では、匿名組合は経済的には匿名組合員と営業者の共同事業であると解されており、匿名組合は内的組合であるとする見解が支配的であることから、利益の所得分類については、原理的には「事業所得」とであると解すべきであるといわれている¹²²。この点につき、損益通算による租税回避を防止する目的等の都合によって雑所得と解さなくてはならない¹²³とするならば、通達の改正ではなく、立法的対応による解決が望まれるところである。

(2) 租税条約における所得分類

租税条約における所得分類が問題となった事例がある。当該事例では、匿名組合出資者であるオランダ法人が、日本の営業者から匿名組合契約に基づき利益の分配として金員を受領した場合の租税条約における所得分類が問題とされた。東京地判平成17年9月30日（税資255号順号10151、判タ1266号185頁、判時1985号40頁）では、「外国法人は、法人税法138条に規定する国内源泉所得を有するときは法人税を納める義務がある。しかし、租税条約において国内源泉所得について同条と異なる定めがある場合には、租税条約が優先する（法人税法139条）」とした上で、「租税条約において日本での課税の要件が満たされない限り、法人税を課することはできない。そして、当該外国法人がオランダ国内に本店を有する場合には、日蘭租税条約が適用されるので、その定めを検討」するものとし、「日蘭租税条約は、所得の種類を7条から22条まで定め、居住地国と所得源泉地国とに課税権を配分し、そのいずれにも該当しない所得については居住地国のみに課税権を認めている（23条）……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条に掲げる所得のいずれにも該当しない」ため、

¹²¹ 国税庁ホームページ「平成17年度税制改正及び有限責任事業組合契約に関する法律の施行に伴う任意組合等の組合事業に係る利益等の課税の取扱いについて（情報）」（平成18年）
<http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/joho-zeikaishaku/shotoku/shinkoku/060117/01.htm>

¹²² 金子・前掲注1) 428頁参照。水野・前掲注1) 343-344頁においても、「匿名組合における匿名組合員も、監視権を通じて事業に参加しているものと考えられるので、経済上はたんなる投資家ではなく、共同事業とみることができる。そのため、①匿名組合員の受ける利益の分配は、配当のような資産性所得には限られず、匿名組合のもとでの所得の性質に応じて、分配された利益の性質が定まるとされる。aggregateアプローチが妥当する。」とされている。

¹²³ 国税庁ホームページ・前掲注121) 56頁参照。ここでは、平成17年度税制改正の解説（措法41の4の2関係）の抜粋として、「法人税については匿名組合契約も損失制限の対象とされていますが、所得税についてはこの特例の対象から除かれています。これは、匿名組合の組合員は任意組合の組合員と異なり組合の財産に対する共有概念がなく、商法上、匿名組合の営業者の単独事業とされ組合の財産や収益は営業者に帰属し、組合員は営業者から利益の配当を受ける権利を有することとされていること等により、個人の組合員が営業者から分配される利益については基本的には雑所得と扱われ、その損失については損益通算が認められていないことからあえて損失制限の対象とする必要性が乏しいことによるものです。」とされており、所得税基本通達36・37共-21の平成17年度の改正が、平成17年度税制改正と連動していることが窺える。

「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」であり、「原告が本件契約に基づき日本ガイドントから匿名組合分配金という名目で受領した金員は、日蘭租税条約二三条に規定する所得に該当するから、我が国には課税権がない。」と判示しており、控訴審東京高判平成19年6月28日（税資257号順号10741、判タ1275号127頁、判示1985号23頁）でも原告の主張が認められ、最高裁第一小法廷平成20年6月5日に上告不受理とされ、確定している¹²⁴。

租税条約に匿名組合契約に基づく利益の分配についての定めがある場合をみると、例えば、日米租税条約においては、匿名組合契約に基づく利益の分配は、その第21条において、「その他の所得」に該当することとなるものの、議定書¹²⁵13において、日本の課税権が留保されており、日本の税法により20%の源泉所得税が課されることとされている。一方、租税条約に匿名組合契約に基づく利益の分配についての定めがない場合についての考え方として、匿名組合が、経済的には、組合員と営業者との共同事業であると考えられており、内的組合であるという見解が支配的である点を考慮し¹²⁶、また、匿名組合の非居住者である匿名組合員が、地理的に実質的に事業に参加するとも考えられない¹²⁷のであるから、匿名組合員の位置付けにより、事業所得をはじめ、その受ける利益分配の所得の性質を認定することとなると思われる。

¹²⁴ 本判決の評釈として、赤松晃「日蘭租税条約の「その他所得」に該当する匿名組合契約の利益の分配—ガイドント事件」税研148号 日本税務研究センター（2009）、川田剛「日蘭匿名組合スキームで最高裁が国側の上告不受理—納税者勝訴が確定—」国際税務28巻7号 税務研究会（2008）、同「匿名組合契約と恒久的施設」国際税務28巻8号 税務研究会（2008）、橋本守次「いわゆる「日本ガイドント事件」について」税務QA95,96号 税務研究会（2010）、藤田耕司「オランダ法人に対して匿名組合から支払われた利益に日本の課税権が及ばないとされた事例—日本ガイドント事件」『租税法判例実務解説』信山社（2011）、長谷川俊明「日本法人がオランダ法人に支払った金員が租税条約の「企業の利得」に当たらないとされた事例」国際商事法務36巻2号 国際商事法務研究所（2008）、田中健治「匿名組合契約に基づくオランダ法人に対する利益分配金について、租税回避目的は認められるが、そのことから、匿名組合を組成するという方法を採用することが許されないとする法的根拠はないとして、同利益分配金に対する課税処分が違法とされた事例」平成20年度主要民事判例解説〔別冊判例タイムズ25〕判例タイムズ社（2009）、鳥飼重和「高まる対・課税庁の戦略法務の重要性 企業の利益を守る「税法務」日本ガイドント事件」ビジネス法務9巻1号 中央経済社（2009）、望月文夫「ガイドント匿名組合事件」国税速報6080号 大蔵財務協会（2009）、山本英樹「匿名組合からの分配金」税務事例41巻8号 財經詳報社（2009）、西村善朗「匿名組合契約に基づく所得の課税関係—日本ガイドント事件の検証—」税理51巻11号 ギョウセイ（2008）など。また、金子・前掲注1）429頁及び454頁、水野・前掲注1）582-583頁にも言及がある。なお、ここにいう日蘭租税条約とは、昭和45年条約21号（平成4年条約9号より改正）の日蘭租税条約（正式名称は、「所得に対する租税に関する二重課税の回避のための日本国政府とオランダ王国政府との間の条約」）を指しているが、平成16年6月に政府間交渉が開始され、平成21年12月に新条約の内容について基本合意に至っており、平成22年8月25日に東京において署名が行われている。さらに、わが国においては、第177回国会（常会）において既に承認されている。

¹²⁵ 議定書は、条約本文とは別個に規定されているものの、国際法上の効力は条約の規定と同様に取り扱われることとなり、議定書も条約に含まれると解されている。

¹²⁶ 金子・前掲注1）428-429頁参照。

¹²⁷ 水野・前掲注1）344頁参照。

(3) 利益分配と損失分担

匿名組合員は、営業者の営業の成果によって定まる利益の分配を受ける権利を有するとされており、利益分配は、匿名組合契約の「要素」である。また、損益の算定は、いわゆる「財産法」により行われるものとされる。ここでいう利益とは、法人における利益とは異なっており、各営業年度の期首財産額と期末財産額の比較による増加額をいうものとされる¹²⁸。また、この場合の利益持分は、契約の定めによるものとされるが、別段の定めがなければ、任意組合に関する民法 674 条 1 項の規定が類推適用され、各当事者の出資割合に応じて定められるものとされている。ここで、営業者には出資の観念がないため、営業者の投下した財産と労務を評価し、出資に準じて扱うこととなるとされる。利益分配を実行してもらうために、匿名組合員は、営業年度の終了時に営業者の貸借対照表の閲覧を要求し、営業者の業務及び財産を検査することができる旨規定されている（商法 539 条）。利益分配の最高限度として定めることは差し支えないものとされるが、最低限度を保証することは、確定利子の支払となるため、匿名組合の本質に反するものとされる¹²⁹。

他方、損失分担は、匿名組合の「要素」とはなっていない。すなわち、損失分担の義務を有するか否かは、契約の定めるところによる。損失分担に関する別段の定めがないとき、当事者間では共同事業としての匿名組合の性質上、通常は、分担の定めがあるものと解され、分担割合が定められていないときは、利益持分と共通であるものと解されるようである¹³⁰。しかし、第一次的には、損失の負担は営業者の責任となるのであり、任意組合のように、当然のこととして損失が匿名組合員に帰属するものではないとする説も存在する。損失分担は、租税法上、租税回避などの問題を孕むこととなる重要な要素であり、契約の定めにより損失分担を操作できるように仮装することは認められるべきでないと考えられる¹³¹。

¹²⁸ 平野嘉秋、三浦昭彦、秋坂朝則、村田英幸、山口斉昭『新しい法人制度—多様な事業体の法務・税務』大蔵財務協会（2002）265 頁参照。

¹²⁹ 最近では、利益分配の最高限度として定める方法として、配当の算定方法について金利 CAP のような規定が設けられる事案もあるようである。すなわち、一営業年度において、利益分配の最高限度を定め、この限度額に達しない金額がある場合には、計算上、翌営業年度以降に繰り越されるとするものである。

¹³⁰ 平野・前掲注 128）266 頁参照。

¹³¹ 大阪地判平成 9 年 5 月 29 日（判タ 960 号 166 頁）は、匿名組合を利用して、多額の借入金で高額な減価償却資産を購入し、それを賃貸することにより借入金の利息と減価償却費用を二重に損失として取り込んで、売却時までの課税の繰り延べ効果を狙ったいわゆるレバレッジドリースの事例であった。被告は、レバレッジドリース契約の特徴は、主として節税目的で契約し、本件では、本件借入金の金利を費用で落とすこと、本件物件の減価償却費用を取り込むことによる匿名組合契約上の損失を費用で落とすことにあるが、被告は一部節税処理をしていないことから、本件匿名組合契約内容を十分に理解できないまま契約を締結していなかったとして契約は無効であると主張したが、裁判所は、「節税の二要素のうち、不動産の減価償却費を損金算入するとの側面を理解していなかったと主張するが、仮にそうであり、かつ、それが重要な要素に該当するとしても、それは被告友定建機の節税対策にとって有効な要素であり、これを認識したからといって契約の締結を断念したとはいえないから、結局、この点の錯誤の主張も失当である。」と判示している。

(4) 損失分配後の利益分配の取扱い

ある計算期間で損失を分担することとなり匿名組合出資金が減少しており、かつ、その後の計算期間において利益が生じた場合において、契約に別段の定めがないときの取扱いについて、以下の2つの考え方があると考えられる¹³²。すなわち、当該利益を、当該匿名組合出資金の毀損額に満つるまで填補した後でなければ、出資者に利益分配することができないと考えるべきか、あるいは、その計算期間に利益として生じたものは出資者に利益分配することができるものとするべきか、という考え方である。この場合、上記の各考え方の解釈問題として重要なことは、商法 538 条によれば、出資が損失によって減少したとき、その損失を填補した後でなければ、匿名組合員は、利益の配当を請求することができないとされているものの、ここでいう「利益の配当」が、利益の帰属 (allocation) を指すのか、現金配当 (distribution) を指すのかは明確となっていないことが挙げられよう。さらに、商法 535 条において、匿名組合契約は、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ことによってその効力を生ずることとされており、これらの規定の整合性の観点から考えれば、商法 538 条でいう「利益の配当」は現金配当 (distribution) と解され、既に損失が生じた計算期間においては損失が帰属 (allocation) しているのであるから、その後の計算期間において利益が生じた場合には、その利益が帰属 (allocation) し、現金配当 (distribution) をすると解することもできよう。このような問題が生ずる根本的な問題として、わが国の組合課税の現状では、利益の帰属 (allocation) の概念と現金配当 (distribution) の概念の相違が混同されがちな状況にあると思われ、この点についての解釈を明確にすべきであろう¹³³。

(5) 出資額を超える損失の取扱い

匿名組合事業による損失が匿名組合出資金を超える場合において、当該出資金を超える部分の損失が出資者に分担させるものと解されるかどうかについては、必ずしも明確とされていない¹³⁴。この点について、一般的には、出資額を超える損失の額は、出資額を限度とされるものと解されている¹³⁵。平成 17 年度税制改正において導入された租税法 41 条の 4 の 2 によれば、特定組合員に該当する個人が、平成 18 年以後の各年において、組合事業（任意組合契約、投資事業有限責任組合契約、外国における任意組合契約

¹³² 野坂照光、藤瀬裕司『Q&A 証券化 SPV—会計・税務の課題と実務処理』清文社（2010）270-271 頁参照。

¹³³ 水野・前掲注 6）420 頁参照。

¹³⁴ 野坂、藤瀬・前掲注 132）266-267 頁参照。

¹³⁵ 『約款等報告書』における匿名組合理型についての標準約款参照。平野嘉秋「不動産のセキュリティタイゼーションをめぐる税務上の諸問題（5 完）」税経通信 51 巻 10 号、51 巻 12 号（1996）213 頁、平野嘉秋「特殊企業形態と税務上の諸問題—民法上の任意組合と商法上の匿名組合の法務と税務」租税研究 642 巻（2003）47 頁参照。商法の観点からは、田中誠二、喜多了祐、堀口亘、原茂太『コンメンタル商行為法』勁草書房（1973）、西原寛一『法律学全集 29 商行為法（第 3 版）』有斐閣（1973）、神崎克郎『商法総則・商行為法通論（改訂版）』同文館（1988）参照。

及び投資事業有限責任組合契約に類する契約に基づく事業等) から生ずる不動産所得を有する場合において、その年分の不動産所得の金額の計算上、当該組合事業による不動産所得の損失の金額として一定の方法により計算した金額があるときは、当該損失の金額に相当する金額は、その年中の不動産所得の金額とする規定、損益通算の規定その他の所得税に関する法令の規定の適用については、生じなかったものとみなすものとされたが、この規定からは、匿名組合は除外されている¹³⁶。また、租税特別措置法 67 条の 12 によれば、特定組合員に該当する法人が、匿名組合契約に基づく事業等につき、その債務を弁済する責任の限度が実質的に組合財産の価額とされている場合等には、当該法人の当該事業年度の組合等損失超過額は、当該事業年度の所得の金額の計算上、損金の額に算入しないこととされているものの、それでは、具体的に誰が負担すべきかという点についての言及はない。解釈上重要なこととして、匿名組合事業は、商法上は、匿名組合の営業者の単独事業であり、第 1 次的には、損失の分担は営業者の責任であり¹³⁷、営業者が負担すべきとされているのであるから、実務上の混乱を避けるためにも、この点を法令や通達等で明確にしておくことが望ましいであろう。

(6) 未払配当金に係る源泉徴収

匿名組合契約に基づく利益の分配に対する源泉所得税について、居住者に対し国内において匿名組合契約等に基づく利益の分配につき支払をする者は、その支払の際、その利益の分配について所得税を徴収し、その徴収の日の属する月の翌月 10 日までに、これを国に納付しなければならないとされている（所得税法 210 条）。また、非居住者又は外国法人に対し国内において事業を行う者に対する出資につき、匿名組合契約等に基づいて受ける利益の分配の支払をする者は、その支払の際、これらの国内源泉所得について所得税を徴収し、その徴収の日の属する月の翌月 10 日までに、これを国に納付しなければならない（所得税法 161 条 12 項、同 212 条）とされている。

従前は、匿名組合員が 10 名以上である場合に、源泉所得税を課することとされていたが、源泉課税を回避する事案が少なかったことから、非居住者又は外国法人については、平成 14 年度税制改正によりこの人数要件が撤廃され、居住者についても、平成 19 年度改正によりこの人数要件が撤廃された。この場合、過去の匿名組合契約に基づく利益の未払分配金がある場合の取扱いについて、解釈上の問題が生じている¹³⁸。所得税法附則（平成 19 年 3 月 30 日法律 6 号）抄によれば、「新所得税法第 210 条の規定は、平成 20 年 1 月 1 日以後に支払うべき同条に規定する利益の分配について適用し、同日前に支払うべき旧所得税法第 210 条に規定する利益の分配については、なお従前の例による。」とされているが、ここでいう「支払うべき」とは、実際に支払うことではなく、

¹³⁶ この点について、立法担当者の解説によれば、匿名組合の組合員は、任意組合の組合員とは異なり、組合財産に対する共有概念がなく、商法上は匿名組合の営業者の単独事業であって、組合財産や収益は営業者に帰属し、組合員は営業者から利益の配当を受ける権利を有することとされていること等により、個人の組合員が営業者から分配される利益については、基本的に雑所得と扱われることとなるため、損失制限の対象とする必要性が乏しいと説明されている。

¹³⁷ 水野・前掲注 1) 345 頁参照。

¹³⁸ 野坂・藤瀬・前掲注 132) 268-269 頁参照。

「支払期日」と解してよいかどうか、ということが重要性を持つと思われる。すなわち、平成 19 年 12 月 31 日以前に既に支払期日の到来している（確定している）未払配当金については、平成 20 年 1 月 1 日以後に支払ったとしても、源泉徴収義務が生じないと考えられるかどうかということである。

このほか、匿名組合契約に基づく利益の分配に対する源泉徴収については、実務上の問題が生じている¹³⁹。まず、ある計算期間で損失が分担されて匿名組合出資金が減少しており、かつ、その後の計算期間において利益が生じた場合において、契約に毀損元本への填補を優先する旨の定めがある場合には、源泉徴収義務を要しないと考えるべきか、さらにいえば、契約に別段の定めがない場合は、当該源泉徴収義務をどのように考えるべきか、ということである。また、匿名組合事業による組合財産の売却により損失が生じた状態で匿名組合事業が終了し、借入金の返済等により匿名組合出資金の返還原資や配当原資がなくなった場合において、過去の計算期間における匿名組合の未払分配金が残っており債務免除をしなくてはならないときに、当該源泉徴収義務をどのように考えるべきか、という点も、実務上の重要な問題として挙げられよう¹⁴⁰。

源泉徴収については、匿名組合でも人数要件の撤廃以降も、問題が多く生じている。解決策として、所得税法 212 条 5 項¹⁴¹のように、当該金銭等の交付をした日（当該計算

¹³⁹ 野坂・藤瀬・前掲注 132) 268-270 頁参照。

¹⁴⁰ 国税庁ホームページ「平成 17 年度税制改正及び有限責任事業組合契約に関する法律の施行に伴う任意組合等の組合事業に係る利益等の課税の取扱いについて（情報）」によれば、匿名組合契約に基づき営業者の営む事業において損失が生じた場合の課税について、「匿名組合契約においては、匿名組合員に損失が分担されるのが通常であるが、ここでいう損失とは、当該匿名組合契約の各計算期間における財産の減少額のことであり、損失の分担があるときは、その分だけ出資を減少するにとどまり、現実の支払によってこれを填補するものではない。すなわち、損失の分担は、現実の負担ではなく、計算上の分担である。したがって、当該匿名組合契約の各計算期間に損失の負担を求めず、当該匿名組合契約の終了時に損失分担義務を負うこととした場合についても、通常、損失の分担は行われ、計算上出資の価額が減少することになるが、課税上は、匿名組合員が負担する損失の価額は各計算期間においていまだ確定していないから（当該匿名組合契約の終了時に確定する。）、当該損失の分担額を当該計算期間の各種所得の計算上必要経費に算入することはできない。なお、出資の価額が損失の分担により減少した場合は、後の営業年度に利益が生じて、当該利益で出資の欠損額を填補し、なお余りがあるのでなければ、匿名組合員は、利益の分配を請求することはできない（商法 538）。したがって、翌営業年度以降に当該匿名組合事業に利益が生じた場合については、利益配当請求権を有する部分、すなわち、出資の欠損額を填補した後に分配を受ける利益が、各種所得の金額の計算上総収入金額に算入されることになる。」と説明されていること等を根拠に、匿名組合員が負担する損失の価額は各計算期間においていまだ確定しておらず、当該匿名組合契約の終了時に確定するとして、過去の計算期間における匿名組合の未払分配金について、源泉徴収義務を要しないと解している考え方もあるようである。しかし、特に、法人出資者の場合、法人税基本通達 14-1-3 において、各計算期間で現実には利益の分配を受け又は損失の負担をしていない場合であっても、匿名組合契約によりその分配を受け又は負担をすべき部分の金額をその計算期間の末日の属する事業年度の益金の額又は損金の額に算入するとされていることから考えれば、原則として、匿名組合の未払分配金の債務免除の場合にも、源泉徴収義務は生じるものと考えられる。また、未払配当金をもって損失に充てることはできないとする学説として、平出・前掲注 102) 336-337 頁参照。

<http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/joho-zeikaishaku/shotoku/shinkoku/060117/01.htm>

¹⁴¹ 所得税法 212 条 5 項において、「第 161 条第 1 号の 2 に規定する配分を受ける同号に掲げる国内源泉所得については、同号に規定する組合契約を締結している組合員（これに類する者で政

期間の末日の翌日から2月を経過する日までに当該国内源泉所得に係る金銭等の交付がされない場合には、同日)において、その支払があつたものとみなす規定を設けてもよいのではないだろうか。

第3節 パス・スルー・ビークルを用いた租税回避への対応状況

1 平成17年度税制改正

平成17年度の税制改正に関する答申において、「今日、法人形態に限らず、多様な形態による事業・投資活動が行われるようになってきているが、こうした中で、組合事業から生じる損失を利用して節税を図る動きが顕在化している。このような租税回避行為を防止するため、適切な対応措置を講じる必要がある。」との指摘がなされた。これを受け、平成17年度税制改正では、その解説である「租税特別措置法等（所得税の組合関係）の改正」154頁において、「近年、いわゆる航空機リースに関する任意組合の事業をはじめ、組合の事業から生ずる損失を利用して節税を図る動きが顕在化しており、例えば、組合員からの出資と借入金を原資として購入した高額な減価償却資産（航空機、船舶等）を他の者に貸し付ける事業を営み、減価償却費や借入金利子を計上することによって創出した組合損失を組合員に帰属させ、組合員の他の所得を圧縮して税負担の軽減を実現させているケースが見受けられます。」と説明されており、租税特別措置法に組合を用いた租税回避防止策が創設されるに至っている¹⁴²。

そこで、本節では、まず、本解説において、「いわゆる航空機リースに関する任意組合の事業をはじめ、組合の事業から生ずる損失を利用して節税を図る動き」として、具体的に挙げられた航空機リースに関する任意組合、船舶に関する任意組合、さらに、映画フィルムに関する任意組合に関する各事例がどのようなものであったかを踏まえた上で、本改正の趣旨、内容及び意義についてみていくこととしたい。

令で定めるものを含む。)である非居住者又は外国法人が当該組合契約に定める計算期間その他これに類する期間(これらの期間が1年を超える場合は、これらの期間をその開始の日以後1年ごとに区分した各期間(最後に1年未満の期間を生じたときは、その1年未満の期間)。以下この項において「計算期間」という。)において生じた当該国内源泉所得につき金銭その他の資産(以下この項において「金銭等」という。)の交付を受ける場合には、当該配分をする者を当該国内源泉所得の支払をする者とみなし、当該金銭等の交付をした日(当該計算期間の末日の翌日から2月を経過する日までに当該国内源泉所得に係る金銭等の交付がされない場合には、同日)においてその支払があつたものとみなして、この法律の規定を適用する。」と規定され、現行では、居住者は含まれていない。さらに、所得税法161条1号の2では「国内において民法(明治二十九年法律第八十九号)第六百六十七条第一項(組合契約)に規定する組合契約(これに類するものとして政令で定める契約を含む。以下この号において同じ。)に基づいて行う事業から生ずる利益で当該組合契約に基づいて配分を受けるもののうち政令で定めるもの」と規定され、現行、所得税法施行令281条の2で掲げられている組合契約には、匿名組合は含まれていない。¹⁴² 金子・前掲注1)124頁及び202-203頁並びに水野・前掲注1)28頁及び334頁にも、本事例等が契機となった旨言及されている。

(1) 裁判例

イ 航空機リース事件（名古屋高裁平成 17 年 10 月 27 日税資 255 号 10180 頁）

本件は、航空機リース事業を行う任意組合による組合員の所得及び損失が、民法上の組合契約に基づく不動産所得であり、損失を必要経費に算入して損益通算を行うことが可能であるか、あるいは、利益配当契約に基づく雑所得であって、損失を損益通算することはできないものとされるかどうかについて争われた事例である¹⁴³。

(イ) 事実の概要

個人である X ら（原告、被控訴人）は、NBB 社と任意組合形式による航空機リース事業を目的とする組合契約を締結した。本事業は、組合員の出資金と金融機関からの借入金とで航空機を購入し、これを航空会社に賃貸して賃貸収入を得るものであった。その賃貸収入から借入金の元利の返済に充ててその残余を組合員に分配する形で、リース期間終了後は、航空機の売却代金を借入金残金の返済に充て、その残余があれば組合員に分配することとされていた。X らは、本事業による所得を不動産所得として、その減価

¹⁴³ 本判決の評釈として、品川芳宣「任意組合を利用した航空機リースに係る損失の損益通算が認められた事例—航空機リース事件」『租税法判例実務解説』信山社（2011）、中江博行「組合契約によるリース事業の損失についての損益通算の可否—航空機リース事件」税研 25 巻 3 号 日本税務研究センター（2009）、大淵博義「著名判決の動向と問題点〈税法解釈適用シリーズ 3〉」租税研究 729 号 日本租税研究協会（2007）、増田晋「国際的リース取引をめぐる税務訴訟の終焉」税理 51 巻 8 号 ギョウセイ（2008）、同「事例研究 節税目的を理由とした税務否認に対する司法の判断—航空機リース事件を素材として（名古屋高裁判決平成 17.10.27）」税理 49 巻 4 号 ギョウセイ（2006）、租税回避事例研究会「〈事例検証〉航空機リース事件」国税速報 5821 号 大蔵財務協会（2006）、細川健「民法上の任意組合の税務とその問題点—航空機リース事件（平成 17.10.27 名古屋高等裁判所判決）を題材にして」税務弘報 54 巻 8 号 中央経済社（2006）、梶島文子「任意組合で用いた航空機リース事業による所得は不動産所得であり損益通算が認められるとされた事例[名古屋高裁平 17.10.27 判決]（第 98 回大会シンポジウム—法人課税をめぐる諸問題）」税法学 559 号 清文社（2008）。また、地裁判決に関するものとして、品川芳宣「FOCUS 任意組合を利用した航空機リースに係る損失の損益通算と禁止措置（名古屋地裁平成 16.10.28 判決）」税研 120 号 日本税務研究センター（2005）、川田剛「任意組合を利用した航空機リース取引による損益通算が租税回避にあたらないとされた事例」税経通信 60 巻 3 号 税務経理協会（2005）、幸田高志「航空機リースを行う任意組合を用いた節税目的の投資に係る事件」税研 20 巻 4 号 日本税務研究センター（2005）、酒井克彦「匿名組合契約に基づく分配金に係る所得区分」税大ジャーナル 2 号（2005）、同「組合課税と導管理論に関する一考察（上）いわゆる航空機リース事件（名古屋地裁平成 16 年 10 月 28 日）判決に触れて」月刊税務事例 37 巻 5 号 財經詳報社（2005）、同「組合課税と導管理論に関する一考察（下）いわゆる航空機リース事件（名古屋地裁平成 16 年 10 月 28 日）判決に触れて」月刊税務事例 37 巻 6 号 財經詳報社（2005）、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）」月刊税務事例 37 巻 7 号 財經詳報社（2005）、同「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（下）」月刊税務事例 37 巻 8 号 財經詳報社（2005）、多田雄司「航空機リース事業を目的とした本件各組合契約は、民法上の組合契約であって利益配当契約と認めることはできないとされた事例（特集／任意組合の課税を巡る諸問題）」月刊税務事例 37 巻 11 号 財經詳報社（2005）、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 53 巻 2 号 中央経済社（2005）、末崎衛「私法上の法律構成による否認」の問題点—民法上の組合による航空機リースに関する名古屋地裁判決を題材として」税法学 553 号 清文社（2005）、「最新税法判例紹介 申告所得税更正処分取消請求各事件（任意組合契約による航空機リース事業に係る所得の所得区分）（名古屋地裁平成 16.10.28 判決）」税務弘報 53 巻 14 号 中央経済社（2005）など。

償却費等を必要経費として所得税の確定申告を行った。Yら（被告、控訴人）は、これら組合契約は利益配当契約であるから、これによる所得は雑所得であって損益通算は許されないなどとした更正処分等をした。

（ロ）判決要旨

名古屋高裁では、Yらによる控訴は棄却されている。

「法律行為の解釈は、当事者の意思を探求するものではある」として、「その意思表示は専ら表示行為を介してなされるのであるから、被控訴人らが締結した契約がいかなるものであったかを判断するに当たり、まず「民法上の契約類型を選択したこと」を前提として表示行為の解釈を行うのは当然というべき」とした上で、「外形的資料のみに拘泥し、実体ないし実質による判断を放棄するものではない。」とも判示された。さらに、「現代社会における合理的経済人の通常の行動として、仮に、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。」として、「本件各事業は、課税減少効果がなければ成り立ち得ないとまではいえないし、課税額の減少それ自体を取引の手段として本件各事業の当事者の利益を図るものであるとの点は、……反論とはなり得ないというべき」であり、「本件各事業においては、民法上の組合契約の法形式が通常用いられないものであるとはいえない」と判示された。

ロ 船舶リース事件（名古屋高判平成 19 年 3 月 8 日税資 257 順号 10647）

本件も、船舶リース事業を行う任意組合による組合員の所得及び損失が、民法上の組合契約に基づく不動産所得であり、損失を必要経費に算入して損益通算を行うことが可能であるか、あるいは、利益配当契約に基づく雑所得であって、損失を損益通算することはできないものとされるかどうかについて争われた事例である¹⁴⁴。

（イ）事実の概要

個人である X ら（原告、被控訴人）は、リース会社の関連会社から船舶の共有持分を取得し、これを英国領ケイマン諸島籍の特例リミテッド・パートナーシップに出資して、船舶リース事業を目的とする契約を締結した。X らは、本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として所得税の確定申告を行った。Y ら（被告、控訴人）は、これら契約は任意組合契約ではなく、利益配当契約であるから、これによる所得は雑所得であって損益通算は許されないなどとした更正処分等をした。

¹⁴⁴ 本判決の評釈として、望月文夫「船舶リース事件〈最新裁判・判決例の要点 21・完 国際課税〉」国税速報 6083 号、加藤玲子「船舶リース事件（2）〈実務に役立つ判例研究 10〉」税務弘報 57 巻 2 号、仲谷栄一郎、佐々木慶「ケイマンリミテッド・パートナーシップは民法上の組合に相当するとされた事例」『租税法判例実務解説』信山社（2011）など。本判決の意義として、ケイマン LPS がわが国の任意組合の要件を満たし得ると判断された点も挙げられよう。当該論点については、第 4 章にて詳述する。

(ロ) 判決要旨

最高裁で上告不受理とされたことにより確定している。

原判決では、「動機、意図などの主観的事情によって、通常は用いられることのない契約類型であるか否かを判断することを相当とするものではなく、まして、税負担を伴わないあるいは税負担が軽減されることを根拠に、直ちに通常は用いられることのない契約類型と判断した上、税負担を伴うあるいは税負担が重い契約類型こそが当事者の真意であると認定することを許すものではない。」とし、「当該契約類型や契約内容自体に着目し、それが当事者が達成しようとした法的・経済的目的を達成する上で、社会通念上著しく複雑、迂遠なものであって、到底その合理性を是認できないものであるか否かの客観的な見地から判断した上で、行われるものである。」と判示された。控訴審判決では、地裁判決の内容を是認しつつ、「ケイマンにおける特例リミテッド・パートナーシップを含むパートナーシップは、法人格を有せず、構成員間の契約関係という性質を有するものと認められる。……ケイマン法に基づいて成立された特例リミテッド・パートナーシップである本件各パートナーシップは、我が国の民法における組合の要件を満たし得る」とし、「本件各組合の事業には経済的合理性がないとはいえず」、「減価償却費と損益通算による所得の減少を考慮して、事業計画を策定することは、ごく自然なこと」と判示されている。

ハ 映画フィルムリース事件〈最高判平成 18 年 1 月 24 日民集 60 巻 1 号 252 頁〉

本件は、任意組合を組成し、ノンリコースローンを主な資金源として映画を購入して、配給会社に映画に関する権利を包括的に付与した場合、映画は、組合員の法人税の計算において、減価償却資産に該当するかについて争われた事例である¹⁴⁵。

(イ) 事実の概要

¹⁴⁵ 本判決の評釈として、佐藤英明「映画フィルムリース組合を用いた租税回避スキームの否認の限界と減価償却資産の範囲」判例時報 1959 号、岡村忠生「民法上の組合がリースした映画フィルムの減価償却資産該当性（最新租税判例 60）」税研 25 巻 3 号、川端康之「最近の最高裁租税判例について映画フィルム・リース組合事件」国際税務 26 巻 9 号、今村隆「投資名目で購入した映画フィルムの減価償却資産該当性」ジュリスト 1333 号、増田晋「事例研究映画フィルムリース事件に関する最高裁判決の検討」税理 49 巻 10 号、浅妻章如「映画フィルムの所有権の帰属に関する判断を避け、減価償却資産の範囲に含まれない場合を示した事例」法学協会雑誌 125 巻 10 号、浅妻章如「フィルムリース事件：実質的に使用収益権限・処分権限がない固定資産の減価償却の可否〈検証！調査担当者のための“重要判決情報”8〉（判例紹介）」旬刊速報税理 28 巻 26 号、木村弘之亮「租税回避，節税，通謀虚偽表示についての，判例と実務の動向」租税研究 726 号、細川健、黒住茂雄「任意組合を用いた租税回避行為の否認とその問題点最高裁平成 18 年 1 月 24 日判決を中心にして（映画フィルム・リース事件の検討）」月刊税務事例 38 巻 9 号、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（その 2）（M&A の最新税務問題（第 9 回）：最高裁平成 18 年 1 月 24 日判決を中心にして（映画フィルム・リース事件の検討）」税務弘報 54 巻 12 号、租税回避事例研究会「〈事例検証〉映画フィルム・パラツィーナ事件」国税速報 5816 号 5 頁、「法人税更正処分取引等請求事件：減価償却資産該当性—いわゆるフィルムリース事件」旬刊速報税理 25 巻 35 号、「法人税更正処分取消等請求事件（減価償却資産該当性いわゆる映画フィルムリース事件）（最新税法判例紹介）」税務弘報 55 巻 1 号など。

法人である X（原告、控訴人、上告人）は、任意組合である E 社を組成し、投資家及びノンリコースローンによる借入れを行った上で、CP 社が製作した映画を、G 社である映画配給会社を通じて購入し、映画の賃貸・配給を IFD 社に対して行うものであり、その後、IFD 社はその映画を CP 社に第三者譲渡をしている。E 社は、映画の所有者として減価償却費を計上した。Y（被告、被控訴人、被上告人）は、取引の実質としては、所有権が最終的に CP 社に帰属するものであるから、E 社は実質的に所有権を持っていないから E 社の減価償却資産ではないとして、この取引形態を偽装行為として否認した。

（ロ）判決要旨

最高裁は、第1審及び控訴審と同様、E社の減価償却資産ではないとして、この取引形態を偽装行為として否認した。

「本件組合は、本件売買契約により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 G 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。このことに、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しようがわれないことをも併せて考慮すれば、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とはできないから、法人税法（平成13年法律第6号による改正前のもの）31条1項にいう減価償却資産に当たるとは認められない。」と判示された。

以上の上記一連の事例は、任意組合（匿名組合）を利用して、減価償却資産の法定耐用年数とリース期間の差異等に着眼した節税（租税回避）を試みたものである。平成17年度税制改正は、これらを封ずるために、個別否認規定を創設したものであるとされている。

（2）改正の内容

主なものとして、以下のものが挙げられる。下記ホは、個人及び法人ともに該当する組合員であれば適用されることとなる。下記イ及びロは、個人に対する規定であり、米国における Passive Activity Loss Rule（受動的活動から生じた損失の使用制限の規定。以下、「PAL ルール」という。）と類似した規定といわれている。下記ハ及びニは、法人に対する規定であり、米国における At Risk Rule（危険負担を負っていない損失の使用制限の規定。以下、「AR ルール」という。）と類似した規定といわれている¹⁴⁶。米国における租税回避防止規定については、後述する。

イ 特定組合員の不動産所得に係る損益通算等の特例

¹⁴⁶ KPMG 税理士法人「Japan Tax newsletter December 2004」（2004）5-6 頁参照。

特定組合員に該当する個人が、平成 18 年以後の各年において、組合事業（任意組合契約、投資事業有限責任組合契約、外国における任意組合契約及び投資事業有限責任組合契約に類する契約に基づく事業等）から生ずる不動産所得を有する場合において、その年分の不動産所得の金額の計算上、当該組合事業による不動産所得の損失の金額として一定の方法により計算した金額があるときは、当該損失の金額に相当する金額は、その年中の不動産所得の金額とする規定（所税 26 条 2 項）、損益通算の規定（所税 69 条 1 項）その他の所得税に関する法令の規定の適用については、生じなかったものとみなすものとされた（租特法 41 条の 4 の 2）。なお、匿名組合の組合員は、任意組合の組合員とは異なり、組合財産に対する共有概念がなく、商法上は匿名組合の営業者の単独事業であって、組合財産や収益は営業者に帰属し、組合員は営業者から利益の配当を受ける権利を有することとされていること等により、個人の組合員が営業者から分配される利益については、基本的に雑所得と扱われることとなるため、損失制限の対象とする必要性が乏しいものとされている。

特定組合員とは、組合契約を締結している組合員である個人のうち、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以外のものをいう¹⁴⁷。

なお、この規定では、損益通算できなかった損失については、生じなかったこととみなすこととされていることから、翌期への繰越等の措置はないこととなる。

ロ 有限責任事業組合の事業に係る組合員の事業所得等の所得計算の特例

有限責任事業組合契約を締結している組合員である個人が、各年において、当該組合契約に基づいて営まれる事業から生ずる不動産所得、事業所得又は山林所得を有する場合において、当該組合事業によるこれらの所得の損失の金額として一定の方法により計算した金額があるときは、当該損失の金額のうち当該組合事業に係る当該個人の出資の価額から計算した調整出資金額を超える部分の金額については、その年分の不動産所得の金額、事業所得の金額又は山林所得の金額の計算上、必要経費に算入されないこととされた（租特法 27 条の 2 第 1 項）。ここでいう調整出資金額とは、①有限責任事業組合の会計帳簿に記載された当該個人組合員の出資の価額の合計額に、②有限責任事業組合の事業から生じた当該個人組合の各種所得金額の合計額を加算し、これらの合計額から、③当該個人組合員への有限責任事業組合からの分配額の合計額を差し引いたものである。

端的に言えば、有限責任事業組合から分配される損失に係る損金算入については、事業年度末における出資残高を限度として認めることとされたともいえる¹⁴⁸。

¹⁴⁷ 航空機リース事件でみられたような、業務執行に参加することなく組合出資を行うだけで多額の損失を所得計算に取り込むことをできなくしたものであるとされる。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―日本版 LLP への対応を考慮に入れて―」税務大学校論叢 52 号（2006）624 頁参照。

¹⁴⁸ 居波・前掲注 147）623 頁参照。

ハ 民法上の組合契約等による組合事業に係る損失がある場合の課税の特例

特定組合員に該当する法人が、組合事業（任意組合契約、投資事業有限責任組合契約、外国における任意組合契約及び投資事業有限責任組合契約に類する契約並びに匿名組合契約に基づく事業等）につき、その債務を弁済する責任の限度が実質的に組合財産の価額とされている場合等には、当該法人の当該事業年度の組合等損失超過額は、当該事業年度の所得の金額の計算上、損金の額に算入しない（租特法 67 条の 12）。

なお、損金算入されなかった損失については、翌期以降においてその損失の帰属する組合からの分配利益の範囲内において、当該法人の所得の金額の計算上、損金の額に算入できるものとされる。

ニ 有限責任事業組合契約による組合事業に係る損失がある場合の課税の特例

有限責任事業組合契約を締結している組合員である法人について、当該事業年度の組合事業による損失の額として一定の金額が、当該法人の当該事業年度の組合等損失超過額は、当該事業年度の所得の金額の計算上、損金の額に算入しないこととされた（租特法 67 条の 13）。

なお、損金算入されなかった損失については、翌期以降においてその損失の帰属する組合からの分配利益の範囲内において、当該法人の所得の金額の計算上、損金の額に算入できるものとされている。

ホ 有限責任事業組合に係る組合員所得に関する計算書の提出制度

組合契約によって成立する有限責任事業組合の業務を執行する会計帳簿を作成した組合員は、当該有限責任事業組合に係る各組合員に生ずる利益の額又は損失の額につき、当該各組合員別に、一定の事項を記載した「有限責任事業組合に係る組合員所得に関する計算書」を、当該計算期間の終了の日の属する年の翌年 1 月 31 日までに、当該有限責任事業組合の主たる事務所の所在地の所轄税務署長に提出しなければならないこととされた（所税 227 条の 2）。

(3) 改正の意義

平成 17 年度税制改正によって設けられたこれらの規定は、組合事業から生ずる損失を組合員が利用しようとする場合について、それを制限するための個別的否認規定である。また、個人組合員と法人組合員との間で、損失控除を制限する要件及び効果に差異が生じている。すなわち、法人組合員については、当期に控除することができなかった損失は翌期以降に繰り越されることとなるが、個人組合員は、特定組合員である場合には、その年分に生じた損失はそもそも生じなかったものとみなされ、翌期以降に繰り越されない。さらに、一般の組合（任意組合、投資事業有限責任組合、外国におけるこれらに類する契約を指し、さらに、法人組合員については、匿名組合と外国におけるこれ

に類する契約も含む。)と有限責任事業組合との間で、損失控除を制限する要件及び効果に差異が生じている。すなわち、個人組合員が出資して有限責任事業組合契約を結ぶ場合、組合事業から生ずる損失は、調整出資金額を超える部分が必要経費に算入されないのに対して、共同事業要件を満たさない有限責任事業組合については、有限責任事業組合契約が無効となり、通常、任意組合として取り扱われることとなる。この場合、特定組合員個人について不動産所得の損失が生じなかったものとみなされることになるが、これは特定組合員以外の組合員には適用されず、不動産所得以外の所得類型については言及されていない。

特に、これらの規定の鍵となる重要な点として、「調整出資金額」を法制上の概念として定め、これを超える部分につき必要経費不算入としたことにあるとされる¹⁴⁹。すなわち、この「調整出資金額」とは、従来の学説において、「持分の基準価格」や、「税務上の出資金勘定」などと呼んできたものと類似しているのである。

パス・スルー課税に関する実体規定は未整備であるが、これら損失制限規定が新設されたことにより、実体的規定について議論するための手がかりが与えられることとなったとされる。つまり、これらの規定から、整合性のある実体規定を推測していくと、パス・スルー課税に対するわが国の姿勢が窺える状態になってきている。すなわち、これらの規定を検討することの意義は、単に、個別的否認規定に関することにとどまることなく、今後のパス・スルー課税の法形成のあり方を考える上での大きな意義を有するものであるといえよう¹⁵⁰。

2 「損益の帰属」に関する問題点

平成 17 年度税制改正により導入された上記の規定については、課題も指摘されている。まず、必要経費不算入とされた部分が、その年で打ち切られ、翌年以降に繰り越すことができないこととなるが、法人組合員との整合性から、個人組合員についても限度額を超過する損失を翌年以降に繰り越されることを検討すべきではないか、という点が挙げられる。また、調整出資金額の算定にあたって、過去に必要な経費控除を否定された部分を含めて課税所得を計算することとなっているが、その年分に控除されず、さらに、翌年以降における限度額を引き下げることとなるため、過剰ともいわれている¹⁵¹。

また、本改正に関連する形で、改めてわが国のパス・スルー課税の課題も指摘されている。まず、個人組合員が組合に対して現物出資を行った場合において、調整出資金額をどのように算定するかという点につき、時価計上すべきとされているが、個人組合員と法人組合員との整合性や組合への出資と会社への出資との整合性といった観点から、一定の現物出資については課税を繰り延べる措置を検討すべきではないかという点が

¹⁴⁹ 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(2006) 55 頁参照。さらに、比較法の観点から、米国では、損失の税務上の配賦を直接に制限する規定が働くことにより、基準価格の損失控除機能の役割が限定されているとされていたのに対し、日本法では、組合損益の組合員への配賦についての明示的規定を置かないままに、「調整出資金額」を超える部分の必要経費不算入のみを損失制限規定として導入したことになる。

¹⁵⁰ 増井・前掲注 149) 47 頁参照。

¹⁵¹ 増井・前掲注 149) 58-59 頁参照。

挙げられる¹⁵²。第2に、組合員の地位が承継された場合の調整出資金額の算定において、組合員が交代した場合には課税上どのように扱うべきかという点につき、組合員としての地位をひとつの資産と捉えて譲渡損益に課税するか、組合の保有資産及び負債それぞれについて譲渡があったと捉えるか、あるいは、組合に残留する他の組合員にも資産負債の評価替えを行うか、交代する組合員についてのみ課税するか、という点である。この点につき、組合を集合体として捉える考え方（aggregate アプローチ）もある一方、実体として捉える考え方（entity アプローチ）もある¹⁵³ことから、立法政策の選択肢は唯一ではなく、執行コストとの兼ね合いも勘案しての工夫も可能とも考えられる。最後に、出資持分とは異なる利益持分を定めた場合に、その「損益の帰属（allocation）」の割合が無制限に認められるのか、という点につき、「経済的合理性を有するものでなければならない」¹⁵⁴とされているものの、この“経済的合理性”に係る具体的な判断基準について言及されていない¹⁵⁵。

特に、上記最後の点について、平成 17 年度税制改正による損失控除規定（租特法 27 条の 2）との関係から、合理的基準に引き直した後に適用すべきか、本規定によって一般的な引き直し課税がより許されなくなったと考えられるべきか、という点において、より重要な論点となったといえるのである。以下では、この問題についての解決策を検討していくことを通して、パス・スルー課税における「損益の帰属（allocation）」について、実体的規定の法形成のあり方について考察していくこととする。

3 米国における租税回避スキーム規制策

米国では、1960 年以降、パス・スルー・ビークルとしてのジェネラル・パートナーシップやリミテッド・パートナーシップ等がタックス・シェルターとして利用され、それらへの投資が多く行われてきている¹⁵⁶。わが国でも、上記事例のように、任意組合や

¹⁵² 増井・前掲注 45) 95 頁、118 頁参照。

¹⁵³ 組合課税を考える上での aggregate アプローチと entity アプローチとの混合については、水野忠恒「パートナーシップ課税とパス・スルー方式—アメリカ法を中心にして」日税研論集 44 号（2000）8-10 頁、水野・前掲注 1) 342-343 頁、平野嘉秋「パートナーシップ税制の法的構造に関する一考察～日米比較を中心として～」税務大学校論叢 23 号（1993）60-62 頁参照。

¹⁵⁴ 所得税基本通達 36・37 共-19。

¹⁵⁵ 経済的合理性がないとされ、引き直し課税が行われたとした場合に、本改正との関係をどのように考えるかにつき、合理的基準に引き直した後に租税特別措置法 27 条の 2 を適用とする考え方もある一方、個別的否認規定が置かれたことの反対解釈として、租税特別措置法 27 条の 2 以外の方法での否認ができなくなったとして、より一般的な引き直し課税がより許されなくなったとする考え方もできる。予測可能性の観点からは、後者の方が説得的ともいわれている。増井・前掲注 149) 67-68 頁参照。

¹⁵⁶ 以下、米国パートナーシップの課税方式及び課税問題を論じたものとして、水野・前掲注 153) が挙げられよう。また、米国における租税回避スキーム規制策については、平野嘉秋「租税回避行為とその規制策に関する一考察（1）」税務大学校論叢 25 号（1995）、平野嘉秋「租税回避行為とその規制策に関する一考察（2 完）」税務大学校論叢 26 号（1996）、平野嘉秋「タックス・シェルターの仕組みと問題点（1）」税務弘報 50 巻 9 号（2002）、平野嘉秋「タックス・シェルターの仕組みと問題点（2）」税務弘報 50 巻 10 号（2002）、平野嘉秋「タックス・シェルターの仕組みと問題点（3）」税務弘報 50 巻 15 号（2002）、平野嘉秋「タックス・シェルターの仕

匿名組合をビークルとした航空機や映画配給事業等のいわば“日本版タックス・シェルター”といえるものも現れてきており、上記租税回避防止規定に引き続き、これらへの規制策の検討は今後も課題である。ここでは、タックス・シェルターへの規制が先行している米国における租税回避スキーム防止策のなかから、わが国の平成 17 年度税制改正において導入された類似規定と、利益持分による帰属が実質的経済的効果を欠いている場合に租税回避とみなされることとなる規定を紹介しておきたい。

(1) PAL ルール

上述のとおり、わが国でも平成 17 年度税制改正によって類似の規定が設けられたとされる米国における PAL ルール（内国歳入法 469 条）とは、参加していない（non participatory）事業から生じた損失を、所得から控除することを制限するために制定されたものである。租税負担を軽減するために損失を生み出すことを主目的とする経済的価値のない投資の排除を目的としており、タックス・シェルターから分担される損失をその他の所得と損益通算したり、タックス・シェルターから帰属される所得に係る税額を投資家のその他の所得に係る税額から相殺させないことを趣旨としている。

原則として、受動的活動から生じた損失は、受動的所得を限度として所得から控除されることとされ、受動的所得以外の所得とは損益通算できない。また、受動的活動に係る税額控除は、受動的所得に対する税額が限度とされる。「受動的活動」とは、1986 年の税制改革法で創設された能動的所得、ポートフォリオ所得、受動的所得の区分のうち、納税義務者が通常的かつ継続的な形で実質的に参加（material participation）していない事業活動のことであり、納税義務者が事業の遂行に関与をするが実質的には業務執行に参加していない活動のことをいう。例えば、リミテッド・パートナーシップへの出資は、原則として「受動的活動」に該当することとなるため、「受動的活動」に該当し、当該活動によって生じた損失は、能動的活動による所得やポートフォリオ所得と損益通算することができず、受動的活動から生じた所得とのみ損益通算されることとなる。受動的活動に関して生じた所得に係る税額の控除も、原則として、受動的活動による損失と同様に扱われる。

(2) AR ルール

上述のとおり、わが国でも平成 17 年度税制改正によって類似の規定が設けられたとされる米国における AR ルール（内国歳入法 465 条）とは、ノン・リコース・ローン（non recourse loan: 非遡及型借入金）を主な資金源として投資する投資家に対して制定され

組みと問題点（4）」税務弘報 51 巻 2 号（2003）、平野嘉秋「タックス・シェルターの仕組みと問題点（5 完）」税務弘報 51 巻 4 号（2003）、平野嘉秋「タックス・シェルターに対する米国における規制策—アット・リスク・ルールを中心として」商学集志 71 巻 3 号（2002）に詳しい。本論文では、上記にその多くを依拠している。その他、米国のタックス・シェルターに関する研究として、岡村忠生「タックス・シェルターの構造とその規制」法學論叢 136 巻 4-6 号（1995）本庄資、梅辻雅春、須藤一郎『タックス・シェルター事例研究』税務経理協会（2004）、川端康之「ビットカーの濫用的タックス・シェルター論」税務大学校論叢 40 周年記念論文集（2008）、一高龍司「タックス・シェルターへの米国の規制と我が国への応用可能性」フィナンシャル・レビュー 84 号（2006）、居波・前掲注 147）、遠藤克博「匿名組合をめぐる国際課税問題—日本版タックス・シェルターに係る税務調査上の論点—」税大ジャーナル 1 号（2005）など。

たものである。本来の事業と関連のない業務等で生じた損失、特に、個人に責任の及ばないノン・リコース・ローンを活用した投資活動から生じた損失を事業上の所得と通算することにより所得を減少させることを防止しようとするものであり、本来の事業活動とはまったく関係のない投資等で生じた損失を本来の事業活動で稼得した所得と通算することによって当該投資家の所得を圧縮させないようにするものである。一定の事業に関し、納税義務者がその活動において負担するリスクの総額までを損失として所得から控除することができる限度とされる。当期に控除できなかった損失の額は、翌期以降の課税年度において、当該納税義務者が負担する経済的リスクの額が生じるまで繰り越すことができる。ここでいう「リスクの総額」とは、①投資した現金の額、②投資した資産の調整基準価額（adjusted basis）、③個人的に責任を有する借入金の範囲、④当該活動から生じる収益のうち当該投資家に分配されていない額等を合計した金額である。なお、PAL ルールと AR ルールとが適用対象となる場合、AR ルールが優先して適用される。

(3) 実質的経済効果基準

パートナーの所得の算定にあたっては、パートナーシップ契約に定められた利益持分により損益を計算することとなるが、その配分が実質的な経済的效果（substantial economic effects）に合致することが必要とされ、利益持分による配分が、実質的に経済的效果を欠いている場合には、自動的に租税回避とみなされることとなる¹⁵⁷。その配分が経済的実質を有するかどうかは、米国内国歳入法 704 条（b）及びその下の財務省規則において一定の基準が定められている。米国内国歳入法 704 条（b）によれば、パートナーシップ契約による所得等の配分が「実質的な経済的效果」を欠く場合には、パートナーシップにおけるパートナーシップ持分（the partner's interest in the partnership）に従って配分額が算定されることとなる。

4 解決策の検討

これまで、わが国における平成 17 年度税制改正によって創設された租税回避防止規定についてみた後、米国における租税回避防止規定のうち主なものを概観してきた。上述の通り、わが国では、組合の所得を配分するために、出資持分とは異なる利益持分を定めた場合の「損益の帰属（allocation）」の割合につき、「経済的合理性」の具体的な判断基準について言及されていない。租税負担の軽減を意図として利益持分が出資持分と乖離して定められることも想定され、無条件に認められるべきかという問題が具体的に解決されないままである。さらに、平成 17 年度税制改正による損失控除規定（租特法 27 条の 2）の解釈との関連性からも、この点について、上述の米国の租税回避防

¹⁵⁷ 水野・前掲注 6) 22-24 頁参照。

止規定のなかの実質的経済効果テストを参照しながら、解決策を検討していくこととしたい¹⁵⁸。

(1) 米国内国歳入法 704 条 (b)

米国内国歳入法 704 条 (b) によれば、パートナーシップ契約による所得等の配分が「実質的な経済的效果」を欠く場合には、パートナーシップにおけるパートナーシップ持分 (the partner's interest in the partnership) に従って配分額が算定されることとなる。さらに、その下の財務省規則 § 1.704-1(b)(1)(i) では、3 つの基準を規定している。すなわち、①実質的経済的效果基準、②パートナーシップ持分基準、③みなし持分基準のうち、いずれかの基準を満たしている場合には、その配分は税務上有効となる。満たさない場合には、パートナーシップ持分基準に従って引き直しがなされることとなる。③については、税額控除のような課税上の項目を配分するための規定であるので、ここでは、所得配分の規定である①及び②についてみていくこととする¹⁵⁹。

イ 実質的経済効果基準

実質的経済効果基準は、経済的效果基準と実質性基準とで構成されている。

(イ) 経済的效果基準

経済的效果基準においては、①経済的效果基本基準、②代替的経済効果基準 (alternative test for economic effect) 及び③経済的效果同等基準 (economic effect equivalence) のいずれも満たさない場合には、パートナーシップ持分基準に移行され、有効性が判断されることとなる。

①経済的效果基本基準において、経済的效果は、パートナーシップが存続する全期間にわたり、パートナーシップ契約が、(i) パートナーの資本勘定 (capital account) が維持されること¹⁶⁰、(ii) パートナーシップが清算する場合には、正の資本勘定残高に従ってパートナーにパートナーシップ資産が分配されること¹⁶¹、(iii) 清算する場合に負の資本勘定残高があるときには、パートナーが無条件に補填する義務を負うこと¹⁶²、を定めている場合に、有するものとされる。ここでいう資本勘定の維持とは、(i) パートナーがパートナーシップに出資した金銭の額及び資産の時価、(ii) パートナーに配分 (allocate) された所得の額の合計額から、(iii) パートナーシップがパートナーに分配した (distribute) された金銭の額及び資産の時価、(IV) パートナーに配分 (allocate)

¹⁵⁸ 米国内国歳入法 704 条 (b) を紹介している文献として、高橋祐介「パートナーシップの稼得した所得とその帰属」『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) 24-59 頁、平野嘉秋「多様化する組織体と課税上の問題点—日本版 LLC・LLP 導入に向けて (共同研究 現代会計の理論と構造に関する総合的研究)」『会計学研究』18 号 (2004) 50-51 頁、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—わが国組合税制と米国パートナーシップ税制を中心に—」『税務大学校論叢』41 号 (2003) 120-136 頁参照。また、当該解決策の整理及び検討を行っている先行研究として、増井・前掲注 50) 65-93 頁参照。

¹⁵⁹ 以下、米国内国歳入法 704 条 (b) については、高橋・前掲注 158) にその多くを依拠している。その他、水野・前掲注 156) 22-23 頁にも端的に言及されている。

¹⁶⁰ Treas. Reg. § 1.704-1(b)(2)(ii)(b)(1)。

¹⁶¹ Treas. Reg. § 1.704-1(b)(2)(ii)(b)(2)。

¹⁶² Treas. Reg. § 1.704-1(b)(2)(ii)(b)(3)。

されたパートナーシップ課税所得の算定上、控除できず、また資本的支出でもない支出の額、(V)パートナーに配分 (allocate) された損失の額の合計額を控除した金額を維持することをいう。資本勘定を維持することによって、所得を配分されたパートナーがそれぞれに対応した経済的利益を受けることとなり、また、負の資本勘定残高となる損失がパートナーに配分された場合には、パートナーは清算時に補填しなくてはならないこととなるため、その分の経済的負担を受けることとなる。このように、経済的効果基準の(i)(ii)(iii)の要件を満たしているときは、配分を受けたパートナーは、経済的効果(経済的利益又は経済的負担)をもつこととなるとされている。

②代替的経済効果基準においては、(i) ①経済的効果基本基準の(i)(ii)を満たしていること、(ii)その配分 (allocation) が負の資本勘定残高を生じさせないものであること、(iii)パートナーシップ契約が適格所得相殺 (qualified income offset) を定めていること、とされている場合には、その経済的効果をもつものとされる。適格所得相殺とは、予測できない配分が生じた場合に、その結果としての負の資本勘定を可能な限り早く消滅させるために、その後に生じた所得を配分しなければならないこととする規定のことをいう。ただし、合理的に予測される将来の配分によって資本勘定が減額されなければならないとされており¹⁶³、これは、実質的にその配分に経済的効果がないのにもかかわらず、経済的効果を満たすことを防ぐということを目的としているとされる。

③経済的効果同等基準においては、現在以降の課税年度末にパートナーシップを清算したとした場合に、①経済的効果基本基準の(i)(ii)(iii)を満たしたときと同様の結果が生じることとなると証明されたときは、経済的効果があることとされる¹⁶⁴。

(ロ) 実質性基準

ある配分の経済的効果が実質的であると認められるために、その配分が課税結果とは別に、パートナーシップからパートナーが受ける金額に実質的に影響を与えなければならないとされている¹⁶⁵。また、これにかかわらず、(i)全体的課税効果基準、(ii)課税結果移転基準、(iii)一時的配分基準のすべてを満たさない場合には、実質性を欠くとされる。(i)全体的課税効果基準とは、現在価値の観点から、最低限1人のパートナーの税引後の経済的効果 (after tax economic consequences) が増加し、かつ、どのパートナーの税引後の経済的効果も、実質的に減少しないこととなる強い可能性 (strong likelihood) がある場合¹⁶⁶である。(ii)課税結果移転基準とは、ある配分により、その課税年度の資本勘定の純増減額が、その配分がない場合と実質的に異なっておらず、かつ、その年度のパートナー全員の合計税額が減少する強い可能性がある場合である。さらに、(iii)一時的配分基準とは、複数年度にわたって、ある配分の経済的効果が、別の配分の経済的効果によって相殺され、かつ、税額が減少する場合である。

ロ パートナーシップ持分基準

¹⁶³ Treas. Reg. § 1.704-1(b)(2)(ii)(d)のうち、(6)。

¹⁶⁴ Treas. Reg. § 1.704-1(b)(2)(ii)(i)。

¹⁶⁵ Treas. Reg. § 1.704-1(b)(2)(iii)(a)。

¹⁶⁶ Treas. Reg. § 1.704-1(b)(2)(iii)(a)。

パートナーシップ契約に定められた利益持分による配分が実質的な経済的效果を欠く場合又は契約に利益持分を定めていない場合には、パートナーシップ持分により引き直しが行われる。ここでいうパートナーシップ持分とは、配分された所得又は損失ないし税額控除に係る経済的利益又は負担が、当事者間で配分される方法のこと¹⁶⁷をさす。パートナーシップ持分は、①パートナーのパートナーシップに対する相対的出資額、②経済的損益に関するパートナーの持分、③キャッシュフローその他の資産の非清算分配における持分、④清算時の資本分配に対するパートナーの権利を要素として決定される¹⁶⁸。また、特別規定として、リミテッド・パートナーの資本勘定が負となる配分をした場合、その経済的效果を有さない負の資本勘定残高を再配分するために、みなし清算により経済的效果を決定するものとされている¹⁶⁹。

(2) 米国内国歳入法 704 条 (b) の問題点

米国内国歳入法 704 条 (b) については、問題点も指摘されている。特に、実質性基準の問題点として、「強い可能性」「実質的に異ならない」「現在価値」などの意味が、程度や意味において曖昧さが残るといわれている。また、実質性基準は、「配分がある場合の課税結果」と「配分がない場合の課税結果」との比較を要求しているが、契約における利益持分の修正が行われた場合には、その修正前の契約又は特定の小項目の配分が問題である場合には、一般的配分基準が、「配分がある場合の課税結果」を決定することとなるが、その他の場合には、「配分がない場合の課税結果」の算定方法についての規定がなされておらず、何と比べるかという問題が生ずる¹⁷⁰。

(3) わが国への導入の有用性

わが国では、組合の所得を配分するために、出資持分とは異なる利益持分を定めた場合の「損益の帰属 (allocation)」の割合について、「経済的合理性」の具体的な判断基準について言及されていない。これに対して、米国では、より具体的に「経済的合理性」の判断基準を定めており、このことは、わが国においても、具体性という意味において、大いに示唆を与えるものと思われる。

組合の所得を配分するにあたって、契約において利益持分を自由に定めることとした場合、租税回避が生じる可能性も考えられ得るが、まず、この場合の対応として、①利益持分の自由な設定を認めず、出資持分等の一定の基準によってのみ所得を配分する考え方と②利益持分の自由な設定を認めつつ、一定の規制を設けるとする考え方があるであろう。この点につき、高橋祐介教授は、「現行制度を基礎にし、可能な限り私的自治を尊重する観点からは、後者の方が好ましいし、例えば①現金その他の資産の出資額に応じて所得を帰属させると、ある組合員の出資額がプラスで、別の組合員の出資額がマイナスになった場合には所得の帰属の基準が失われること、②現金その他資産の出資額

¹⁶⁷ Treas. Reg. § 1.704-1(b)(3)。

¹⁶⁸ Treas. Reg. § 1.704-1(b)(3)(ii)。

¹⁶⁹ Treas. Reg. § 1.704-1(b)(3)(iii)。

¹⁷⁰ 高橋・前掲注 158) 48-53 頁参照。

に依じて所得が帰属すると考えると、労務その他資産以外の出資への所得の帰属がなくなることで、③自由に所得配賦を行っている組合につき出資額に所得が帰属すると考えた場合にはいわゆる対応的調整を行う必要があること、という問題点も考えると、やはり後者の方が好ましいであろう。」¹⁷¹と述べている。

自由な利益持分を定めることを認めないこととした場合においても、高橋教授の述べたように問題があるということを勘案すれば、わが国においても、米国と同様、利益持分を自由に定めることを認めつつも、実質的経済効果を有しておらず合理的理由を有しない利益持分については、当然認めるべきではないのであるから、租税回避を防止するために、一定の規制を、法令や通達等で明らかにしておくことが望ましいであろう¹⁷²。また、規制の検討にあたっては、納税者の予測可能性や法的安定性を確保する観点からも、米国同様、より具体的な規定を定めることが望ましいともいえるであろう。複雑さを指摘する声もあるものの、規定の複雑さは、複雑なパートナーシップを組成する際に問題となるのであって、比較的単純なパートナーシップの所得の配分については障害とはならないものとする。

第4節 小括

以上、わが国の組合理型パス・スルー・ビークルである任意組合、投資事業有限責任組合、有限責任事業組合、匿名組合について、その法的性質と税務上の問題点を整理し、平成17年度税制改正によって租税回避を防止するために創設された損失制限規定について、その契機となった事例を振り返った上で、その規定の具体的な内容をみてきた。

さらに、わが国におけるパス・スルー課税に関する実体規定が未整備ななか、これら損失制限規定が設けられたことから、導き出すことのできるパス・スルー課税の法形成のあり方としての意義と、そこから浮かび上がってきた新たな課題が明らかとなってきたことが分かった。すなわち、上述のように、利益持分による「損益の帰属(allocation)」がなされた場合において、経済的合理性がないとされ、出資持分等による引き直し課税が行われたとしたときに、租税特別措置法27条の2との関係をどのように考えるかということである。けだし、合理的基準に引き直した後に租税特別措置法27条の2を適用するとする考え方もある一方、個別的否認規定が置かれたことの反対解釈として、租税特別措置法27条の2以外の方法での否認ができなくなったとして、より一般的な引き直し課税がより許されなくなったとする考え方もあるからである。このような解釈問題を考えるにあたり、まずは、わが国において、利益持分による「損益の帰属

(allocation)」の“経済的合理性”についての判断基準が明確にされることこそが、法的安定性や予測可能性の観点から考えても、望ましいものと考えられる。その上で、上記の解釈問題における整合性を考えることができることとなるものとも考えられよう。

¹⁷¹ 高橋・前掲注158) 58-59頁参照。

¹⁷² 平野・前掲注153) 51頁参照。

この利益持分による「損益の帰属 (allocation)」の“経済的合理性”について、米国では、上述のように共同事業であるパートナーシップを用いたタックス・シェルターへの規制が先行しており、詳細に規定が設けられている。米国におけるこれらの規定は、わが国で、任意組合や匿名組合をビークルとした、いわば“日本版タックス・シェルター”といえるものも現れてきているなかで、十分に大きな示唆を有していると考えられ、参照に値するものと思われる。そこで、米国における主なタックス・シェルターに対する租税回避スキームへの規制策を概観した上で、利益持分による「損益の帰属

(allocation)」の“経済的合理性”についての具体的な基準である、米国内国歳入法 704 条 (b) 「実質的経済効果基準」につき、その具体的内容及び問題点をみてきた。わが国においても、米国同様、納税者の予測可能性や法的安定性を確保する観点からも、米国における、この「実質的経済効果基準」等を参考としながら、租税回避を防止するために、一定の規制を通達等で明らかにしておくことが望ましいものとする。

また、これらを「損益の帰属 (allocation)」の視点からみた場合、米国における「実質的経済効果基準」等の規制のあり方においても、わが国における同様の規制のあり方としての方向性の議論においても、パートナーシップや組合等パス・スルー課税が適用されるとされる事業体において、「損益の帰属 (allocation)」は重要な効果として捉えられており、その効果による弊害を是正するための措置として、これらの租税回避防止規定が設けられているとみることもできよう。

第4章 外国法に基づくビークル

第1節 検討の意義

外国法に基づくビークル（外国事業体）の代表的なものとしては、米国におけるジェネラル・パートナーシップ（General Partnership：GPS）、リミテッド・ライアビリティ・パートナーシップ（Limited Liability Partnership：LLP）、リミテッド・パートナーシップ（Limited Partnership：LPS）、マスター・リミテッド・パートナーシップ（Master Limited Partnership：MLP）、REIT（Real Estate Investment Trust：REIT）、REMIC（Real Estate Mortgage Investment Conduit：REMIC）、FASIT（Financial Asset Securitization Investment：FASIT）、リミテッド・ライアビリティ・カンパニー（Limited Liability Company：LLC）等が挙げられる。また、ドイツにおけるGmbH、Kommanditgesellschaft（KG）、フランスにおけるSociété à responsabilité limitée（SARL）等も挙げられるであろう。

本章では、わが国における事業や投資の形態として、外国事業体が用いられる場合について考えていくこととする。特に、米国においては、1996年に、財務省規則の最終規則として、チェック・ザ・ボックス規則（check-the-box regulation）が発遣され、法人課税を受けるかパス・スルー課税を受けるかを企業の申告における選択に委ねることとされている。このような場合、外国法に基づくビークルによって生じた所得は、日本の所得税法や法人税法との関係において、どのように考えられるべきであろうか。その出発点となる重要な問題として、そもそも外国で組成されたビークルは、わが国においていかなる主体として性質決定されるべきであるのかという点が挙げられる。この点につき、わが国において、米国LLCと米国LPSの法人該当性について争われた裁決事例及び裁判例がある。本章では、まず、この事例を取り上げ、分析していくこととする。その上で、当該事例のなかで、わが国におけるパス・スルー・ビークルにおける「損益の帰属」がどのように捉えられているかについて、考察を加えていくこととしたい。

なお、外国事業体の問題を考える場合、投資家の居住地、ビークルの設立地、所得の源泉地の組み合わせによって複数のパターンが存在し得ることになるが、本章では、取り上げる事例に合わせて、投資家の居住地及び所得の源泉地が日本、ビークルの設立地が外国である場合のみを想定するものとする。

第2節 米国における法人課税の変遷

米国LLCと米国LPSについての裁決事例及び裁判例の分析を行う前に、米国における法人課税とパス・スルー課税の区別がどのように行われているのかについて、その経緯をみていくこととしたい。

米国では、私法上の法人格の有無によって自動的に連邦法人税の対象として分類していただけてはならず、米国内国歳入法上、法人課税すべきかどうかを企業の性格により分類してきた。ここでは、米国では事業体に対してどのような形で課税してきたかをみていくため、法人課税の変遷について概観していくこととする。ここでは、大きく分けて、

1997年にチェック・ザ・ボックス規則が発遣される前の規則であるキントナー規則と、現行のチェック・ザ・ボックス規則についてみていくこととしたい。

1 キントナー規則

キントナー規則は、①企業の継続性、②運営管理の集中、③有限責任性、④持分の自由譲渡性の4要件による法人類似性基準（four-factor corporate resemble test）である。当該規則は、米国最高裁の *Morrissey v. Commissioner* 事件判決と *United States v. Kintner* 事件における米国第9巡回控訴裁判所（Ninth Circuit Court of Appeals）の意見を成文化したものとされる¹⁷³。

Morrissey 事件においては、米国内国歳入法上の「法人」該当性¹⁷⁴につき、法人類似性基準（corporate resemblance test）として、①構成員の存在、②事業目的と利益分配、③企業の継続性、④運営管理の集中、⑤有限責任性、⑥持分の自由譲渡性という6つの法人の特徴を考慮した要件により判断されることとされていた。さらに、*Kintner* 事件¹⁷⁵では、上記 *Morrissey* 事件の判示事項を修正し、その第9巡回控訴裁判所において、上記 *Morrissey* 事件の要件のうち、①構成員の存在、②事業目的と利益分配という要件は考慮する必要はないものとされ、残る4要件により判断されることとなった。IRSは、この *Kintner* 事件での敗訴を契機とし、1960年代以降の企業分類においては、当該判示事項を基礎としたキントナー規則を財務省規則として発遣した。

キントナー規則では、改めて、*Morrissey* 事件での①構成員の存在、②事業目的と利益分配については、法人とパートナーシップに共通のものとして検討する必要はないこととして、①企業の継続性、②運営管理の集中、③有限責任性、④持分の自由譲渡性を、法人類似性基準（four-factor corporate resemble test）として定め、この4つの性格のうち該当するものが半数以下である場合には、パートナーシップと判断され、半数超である場合には、法人課税の対象となる社団と分類された¹⁷⁶。しかしながら、この基準は理論的ではあるものの、形式判断と実質判断が混在していたため、実際には、法律上の形式と実質とのいずれをどの程度斟酌して判断すべきかが一義的に定まらず、分類

¹⁷³ 米国における法人課税とパス・スルー課税の区別を詳細に論じたものとして、水野・前掲注1) 336-337頁、水野・前掲注6) 403-419頁、水野・前掲注153) 12-13頁参照。また、平野嘉秋「米国内国歳入法上の企業分類における新規則—チェック・ザ・ボックス規則（上）」国際税務17巻11号（1997）10-11頁参照。本節は、その多くをこれらの文献に依拠している。

¹⁷⁴ 内国歳入法上では、法人税の対象となる「社団（association）」に分類されるべきか否かの基準とされている。

¹⁷⁵ *Kintner* 事件では、非法人形態の医療団体（unincorporated medical association）が法人として扱われるべきか否かで争われた。ここで、納税者は法人として分類されることを望んだが、米国内国歳入庁は、パートナーシップであると認定していた。平野・前掲注173) 11頁参照。

¹⁷⁶ わが国でも、法人課税の対象となる社団を分類する基準として、上述のように、人格のない社団等の判断基準（最判昭和39年10月15日（民集18巻8号1671頁））が挙げられ、両者は、団体性（entity）の認定にかかわるものである点において共通性を有するといえよう。一方、キントナー規則は、営利社団法人を前提として設けられており、その点において相違するといえる。水野・前掲注6) 404頁あるいは水野・前掲注1) 334-338頁参照。

には困難が生じ、判断に多大な時間と労力を要しなくては決定できないこととなっていた¹⁷⁷。

また、キントナー規則下における米国での外国事業体の性質決定の変遷をみると、従前、「外国企業」は、その組織の設立国の法律によって解釈されたところに従って決定すべきとして、外国で「法人」として設立された企業については、基本的には、米国内国歳入法上も「法人」として扱われていた（財務省規則（以下「Rev. Rul.」という。）73-254）。しかし、この基準は、多くの問題を生じさせていた。例えば、ラテン・アメリカ諸国の企業はその国の法律ではほとんどが法人として認識されており、米国財務省規則上の納税主体となる法人としての特徴を有していなくとも、米国内国歳入法上、自動的に法人に分類されることとなり、課税の中立性を侵害されることとなるとの指摘を受けていたようである¹⁷⁸。その後、ドイツの GmbH が、定款で修正できる多くの選択規定を有していることから、自動的に法人に分類されてよいものかが議論され、その結果として、内国企業と同様にキントナー規則を適用すべきであるとして、Rev. Rul. 77-214 によって、Rev. Rul. 73-254 は破棄された。Rev. Rul. 77-214 が発遣された当時のプライベート・レター・ルーリング（以下、「Pri. Ltr. Rul」いう。）でもキントナー規則が適用されており、米国人 1 社によって組成された西ドイツ GmbH は「支店」と認定され（Priv. Rev. Rul. 7743060（1977. 7. 28））、米国人とその海外子会社によって所有されるフランスの SARL も「支店」と認定された（Priv. Rev. Rul. 7743077（1977. 7. 29））。一方、ドイツの KG はドイツでは法人格を有していないものの、「法人」と認定されており（Priv. Rev. Rul. 7813117（1977. 12. 30））、非関連者である 2 者が所有する日本の有限会社は、日本で法人格を有しているものの、「パートナーシップ」と認定された（Priv. Rev. Rul. 7841047（1978. 7. 14））。このように、Rev. Rul. 77-214 以降は、すべての外国企業は、まず、米国内国歳入法第 7701 条の適用上、非法人組織（unincorporated organization）とされた上で、キントナー規則に基づいて法人又はパートナーシップとして分類されていた。Rev. Rul. 88-8 では、英国の無限責任会社の分類について、外国法に基づいて組成された企業は、その企業の構成員の法的関係を調べることなく、Rev. Rul. 73-254 の設立準拠法によってラベル（label）を付けるという基準で分類されるべきかが議論された結果、Rev. Rul. 77-214 の取扱いを継続する形で、キントナー規則を適用すべきとされ、英国の無限責任会社は、「有限責任性」及び「持分の自由譲渡性」を欠いていることとなることから、米国内国歳入法上、「パートナーシップ」として分類された。

¹⁷⁷ 渡邊幸則「チェック・ザ・ボックス規則について」『公法学の法と政策（上）』有斐閣（2000）585-586 頁参照。

¹⁷⁸ 平野嘉秋「米国内国歳入法上の企業分類における新規則—チェック・ザ・ボックス規則（下）」国際税務 17 卷 12 号（1997）11 頁参照。

2 チェック・ザ・ボックス規則

チェック・ザ・ボックス規則は、1995 年の Notice95-14 の発遣をきっかけとしている。Notice95-14 では、パートナーシップとしてパス・スルー課税を受ける法人か法人課税を受ける法人かを、納税者に選択させる方式を採用することにより、米国内国歳入法第 7701 条に基づく企業分類基準の簡便化を目的としたものであったが、この方式について、実務家の多くが賛同したため、1996 年 12 月にチェック・ザ・ボックス規則がキントナー規則にとって代わることとなった。この背景として、キントナー規則を利用し、通常の法人と同様の事業を行える企業でもパス・スルー課税を受ける企業が出現し、また、LLC でもパートナーシップとして扱われるような定款等を有することでパス・スルー課税を受けるものも多く出現することとなった¹⁷⁹ことで、米国内国歳入庁がその認定事務に多大な事務量を費やさなければならない状況になったことが挙げられる。

チェック・ザ・ボックス規則では、まず、米国又は州法に基づき米国で組成された企業を「内国企業」、内国企業でない企業を「外国企業」として分類する。

「内国企業」は、さらに、トラストと営利企業 (business entity) のいずれかに分類し、営利企業 (business entity) のうち、本規則における「法人そのもの (per se corporation)」として扱われることが義務づけられていないものは「適格企業 (eligible entity)」とされ、法人又はパートナーシップのいずれに扱われるかを選択できることとなる。ただし、構成員が 1 人の適格企業は、社団として扱われることを選択しない場合には、構成員から独立した企業とはみなされず、独立自営業者 (sole proprietorship)、支店又は所有主の一部として扱われる。また、本規則は、独立した主体 (separate entity) に適用されるものであり、ジョイント・ベンチャー又はその他の契約上の取決め (contractual arrangement) の場合でも、参加者が営業、事業、財務活動等を行いそこから生ずる利益を分配する場合には、独立した主体 (separate entity) と認められる。一方、単なる費用の分配又は資産の共同所有 (co-ownership) や原価配分の取決め (qualified cost sharing arrangements) も独立した主体 (separate entity) とみられない。

「外国企業」は、まず、自動的に「法人」として扱われる外国企業がリストアップしている（「特定外国企業」）。その上で、上記特定外国法人以外の企業を「適格外国企業」として、法人又はパートナーシップとしての取扱いを選択することができ、別段の取扱いを選択しなければデフォルト・ルールが適用されることとなる¹⁸⁰。このデフォルト

¹⁷⁹ 増井・前掲注 15) 20-21 頁参照。

¹⁸⁰ 本規則の施行に伴って、米国税法とその他の国の税法との間で、税務上の取扱いが異なることとなるハイブリッド事業体を設立することが可能となることとなる。すなわち、米国税法では法人とならないが、その他の国では法人となる事業体や、米国税法では法人となるが、その他の国では法人とはならない事業体 (いわゆる逆ハイブリッド) が存在し得ることとなったのである。これは、米国と外国との関係において、一方の国で法人として扱われ、他方の国ではパス・スルー課税の取扱いを受けることとされる事態が生じることとなり、大きな税務上の問題を惹起するに至ることとなったといわれている。典型的な例として、カナダの親会社が米国に LLC を設立し、当該 LLC が米国の関連会社に融資した場合、米国では、LLC はパス・スルー課税として取り扱われるため、LLC の受取利息は米国関連会社からカナダの親会社への直接の支払いであるとして、米加租税条約の規定により軽減源泉所得税率が適用される。一方、カナダでは、LLC は法人に該

ト・ルールでは、2人以上の構成員からなる外国企業で無限責任を負う構成員が少なくとも1人いる場合、その外国企業は「パートナーシップ」として分類され、すべての構成員の責任が有限責任である場合、その外国企業は納税主体となる「社団」として分類される。すなわち、2人以上の構成員からなる適格外国企業については、その構成員の負う責任のすべてが有限責任である場合には、「社団」にデフォルトすることとなり、構成員のなかに無限責任を負う者がいる場合、「パートナーシップ」にデフォルトする。また、構成員が1人で、「社団」としての取扱いを選択しない外国企業は、有限責任でない構成員がいる場合、構成員から独立した企業として扱われない。有限責任である1人の構成員からなる適格外国企業は、その構成員が「主体としてみなされない企業」を選択する場合を除き、納税主体となる社団として分類される。ここでいう「有限責任」とは、設立の基礎となった法律に準拠し、構成員であることを理由にその企業の負債又は債務について構成員が個人的責任を有していない場合、その構成員は有限責任であるとされる。すなわち、構成員であるという理由によって企業に対する請求又は負債について、個人的責任を構成員が有していない場合には、適格外国企業の構成員の責任は、有限責任であるものとされるのである¹⁸¹。

第3節 わが国における米国 LLC の取扱い

1 裁決事例及び裁判例の動向

(1) 国税不服審判所裁決平成13年2月26日（裁決事例集61号）

米国ニューヨーク州法に基づき組成された LLC は、わが国の租税法上の法人に該当するか否か、そして、わが国の構成員が受け取る分配金は配当所得に該当するか否かについて、最初に判断を下した事例は、国税不服審判所裁決平成13年2月26日（裁決事例集61号）である¹⁸²。この事例では、米国ニューヨーク州法に基づき組成された LLC の

当するものとして、利息の支払いは配当として取り扱われることとなり、カナダでは、外国法人からの受取配当も非課税とされるので、カナダ親会社の受取利息は課税されないこととなるのである。なお、上記例については、米国において、1997年の立法により封じられる措置が取られており、居住地国において所得の稼得者として扱われない者に対する租税条約の適用が禁止されることとなっている。渡邊・前掲注177) 588頁及び593頁参照。

¹⁸¹ 米国におけるこのチェック・ザ・ボックス規則に対して、外国政府もいち早く反応している。カナダは、1998年5月に米国で組成されたパートナーシップのパートナー及びS法人についてパス・スルー課税として取り扱うものとするが、LLCについては立場を保留し、検討を重ねると声明した。英国及びオランダは、LLCについて、米国パートナーシップと同様の扱いをするとの公的立場を表明している。また、フランスは、米国のパートナーシップ、リミテッド・パートナーシップ、LLC、及びフランスの人的会社（Societe de Personanes）に関する米仏租税条約上の取扱いを定めるガイドラインを発表し、米国パートナーシップは、その所得が米国人パートナーに帰属される限度で米国の居住者と認め、フランスのパートナーシップである人的会社は、国内法上は独立の課税主体であってフランスの居住者にはかならないとして、米国パートナーシップとは同率の取扱いはできないと明確に宣明している。渡邊・前掲注177) 595-601頁参照。

¹⁸² 本判決の評釈として、赤松晃「米国 LLC の「外国法人」該当性」『別冊ジュリスト 租税判例百選〔第4版〕』178号 有斐閣（2005）44-45頁がある。このなかで、赤松氏は、「事業体を通じて損失の配分を受ける構成員に関する税務上の規制が立法により講じられた現在、本裁決は、米国租税法において構成員課税を選択している米国 LLC を通じた租税回避行為に対する取扱先

構成員（居住者）の平成9年分所得税につき、当該LLCの損失が当該構成員の不動産所得として他の所得との損益通算が可能であるか否かが争われた。

イ 事実の概要

X（請求人）は、ニューヨーク州法に基づき組成されたLLC（以下「本件LLC」という。）に出資をし、平成8年分及び平成9年分の所得税の確定申告にあたって、本件LLCが行う不動産賃貸業に係る不動産運用損失のうちXの持分に見合う損失を、他の不動産所得の金額と合算し、更に給与所得の金額と損益通算して申告を行った。本件LLCは、米国内国歳入法上の課税形態はパス・スルー課税を選択している。Y（税務署長）は、本件LLCは、わが国の租税法上は外国法人であり、当該不動産運用損失は本件LLC自体に帰属するものとして更正処分を行ったため、Xはこれを不服として審査請求をした。

ロ 裁決要旨

「（イ）JLLCは、……〔1〕商行為をなすを業とする目的でニューヨーク州LLC法に従った設立手続を経て設立された事業体であり、〔2〕設立準拠法であるニューヨーク州LLC法の下で、契約、財産権の所有、裁判、登記等において当事者となることができる資格を与えられている上、〔3〕ニューヨーク州LLC法で「LLCは（構成員とは別個の）独立した法的主体である。」と規定されていることから、同法の下で権利・義務の主体となることができる資格を付与された事業体であると認められる。

（ロ）また、JLLCの事業活動の実態をみても、JLLC自身が、その所有する本件賃貸ビルを自らの名において不動産賃貸業の用に供し、その収益や資産を管理し、不動産税を納付するなど、構成員とは異なる権利・義務の主体として活動していることが認められるのであって、事業活動等の実態面においても上記（イ）の判断を覆す点は認められない。

（ハ）したがって、JLLCは、その設立準拠法であるニューヨーク州LLC法の下で法人格（権利・義務の主体となることのできる法律上の資格）を付与された事業体であり、かかる法律上の資格と実態を有するJLLCは、我が国の私法（租税法）上の外国法人に該当し、JLLCが行う事業から生じる損益は、JLLC自体に帰属すると認めるのが相当である。」としている。

以上のように、（イ）において、設立準拠法上の定めにより法人格があるものと判断し、さらに、それを補強¹⁸³すると思われる形で、（ロ）において実態面についても言及を行っている。また、（ハ）において、「私法（租税法）」と表現していることから、租税法上の法人概念が私法上の法人概念と等値であることを窺い知ることができる。

例というよりもむしろ、国際的側面における「租税法と私法」に関し、外国で設立された事業体の我が国の租税法における納税主体の性質決定に関する有権的解釈を示すもの」と評している。また、この評釈のなかでも引用されている増井・前掲注1) 86-89頁によれば、「この裁決は、外国で組成された投資媒体の性質決定について有権的解釈を示したものとして、重要な先例的価値をもつ。先例に乏しい領域であるため、国税不服審判所段階の判断であっても、裁判所のそれと匹敵する重みがあるからである。」と当該裁決事例を意義付けている。

¹⁸³ 増井・前掲注1) 88頁参照。

(2) 東京高判平成 19 年 10 月 10 日（訴訟月報 54 巻 10 号 2516 頁）

裁判例として、米国ニューヨーク州法に基づき組成された LLC が、わが国の租税法上の法人に該当するとされた事例がある。本事例は、X（原告・控訴人）が、本事例における LLC はわが国の租税法上の法人に該当するか否かが争われた¹⁸⁴。

イ 事実の概要

X 及びニューヨーク在住の訴外 B は、米国ニューヨーク州法に基づき組成された LLC（以下「本件 LLC」という。）に出資をし、X は、米国ニューヨーク州法に基づき組成された本件 LLC の行った不動産賃貸業に係る収支及び本件 LLC 名義の預金利息収入を X の不動産所得及び雑所得として、平成 10 年分ないし平成 12 年分の所得税の各確定申告をした。これに対し、Y（被告・被控訴人）は、本件 LLC が行う不動産賃貸業による生じた損益は法人としての本件 LLC に帰属するもので、X の課税所得の範囲に含まれないとしてこれを是正し、また、本件 LLC が平成 10 年ないし平成 12 年に X に対して送金した分配金（以下「本件分配金」という。）は X の配当所得に該当する等として、X に対し、上記各年分の所得税に係る更正処分等をしたものである。

ロ 判決要旨

東京高裁判決は、X の請求は理由がないとして棄却した。その理由として、付加又は訂正するほかは、原判決（さいたま地方裁判所平成 19 年 5 月 16 日判決（訴訟月報 54 巻 10 号 2537 頁））の事実及び理由を引用している。

「NYLLC 法に基づいて設立される LLC は、その名において訴訟手続等の当事者となることができ（202 条 a 項）、不動産や動産を取得し（同条 b 項）、その財産又は資産の全部又は一部を処分すること（同条 c 項）ができ、さらに、証券に係る取引、種々の契約の締結（同条 d, e 項）に加えて、同条 f 項ないし q 項に規定される行為を行う広範な権能を有していることが認められ、NYLLC 法に基づき設立された本件 LLC 法の本件オペレーション契約にも、その名において訴訟当事者になり、財産を取得、処分し、契約を締結する権能を有し、訴訟手続の当事者となることや財産を所有することを前提とした規定があり、本件 LLC は、自然人とは異なる人格を認められた上で、実際にも、その名において、財産を所有、管理し、契約を締結するなど、控訴人及び B からは独立した法実在として存在しているのであるから、我が国の私法上（租税法上）の法人に該当すると解するのが相当」とであると判示している。さらに、「米国においては平成 9 年にいわゆるチェック・ザ・ボックス規則が施行され、LLC は、法人としての課税を受けるか、パートナーシップとしての課税を受けるか否かを選択できるようになっていたの

¹⁸⁴ 本判決の評釈として、品川芳宣「アメリカからの LLC の分配金の所得分類—アメリカ LLC は我が国の「法人」か—」週刊 T&A master249 号 ロータス 21（2008）、同「我が国の租税法におけるアメリカ LLC の法的性格」税研 23 巻 5 号 日本税務研究センター（2008）、宮崎裕子「NY 州の LLC は租税法上の外国法人か」『税研 最新租税判例 60』25 巻 3 号 日本税務研究センター（2009）、横溝大「NY 州法に基づき設立された LLC と我が国租税法上の「法人」」ジュリスト 1361 号 有斐閣（2008）、酒井克彦「米国 Limited Liability Company からの分配金に対する課税（1）（2 完）—租税法上の法人概念と米国における法人該当性」比較法制研究 29 号、31 号（2006, 2008）、「東京高裁 米国 LLC を 1 審に引き続き租税法上の法人と認定」週刊税務通信 2989 号 税務研究会（2007）2 頁など。また、金子・前掲注 1）112 頁、195 頁、436 頁あるいは、水野・前掲注 1）332 頁にも言及がある。

るから、上記選択の結果自体によって、本件 LLC がその設立準拠法である NYLLC 法において、権利、義務の主体となり得る法律上の資格、すなわち法人格が与えられているか否かの判断基準になるものとはいえない」と判示している。

また、原判決では、「我が国の租税法上、法人の所得は法人課税の対象となり、その出資者等である個人の課税所得の範囲には含まれない（所得税法 7 条、法人税法 5 条、9 条等参照）。……本件 LLC が、我が国の租税法上の法人に該当する場合、本件 LLC の所得は、法人課税の対象となり、その構成員である原告個人の課税所得の範囲に含まれないこととなる。」とし、「所得税法 2 条及び法人税法 2 条は、内国法人を国内に本店又は主たる事務所を有する法人と定義し、外国法人を内国法人以外の法人と定義しているが、我が国の租税法上、法人そのものについて定義した規定はない。……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。したがって、租税法がそれらを課税要件規定の中に取り込むにあたって、私法上におけるものと同じ概念を用いている場合には、別の意義に解すべきことが租税法規の明文又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ものと同じ意義に解するのが、法定安定に資する。そうすると、租税法上の法人は、民法、会社法といった私法上の概念を借用し、これと同義に解するのが相当である。……つまり、我が国の租税法上、「法人」に該当するかどうかは、私法上、法人格を有するか否かによって基本的に決定されていると解するのが相当である。」としている。そして、「外国の法令に準拠して設立された社団や財団の法人格の有無の判定に当たっては、基本的に当該外国の法令の内容と団体の実質に従って判断するのが相当」とした上で、「本件 LLC は、NYLLC 法に基づき、その名において、（a）訴訟当事者になること、（b）財産を取得すること、（c）契約を締結する権能を有し、実際に、訴訟手続の当事者となることや財産を所有することを前提とした規定を本件オペレーティング契約に置いた上で、その名に置いて、財産を所有・管理し、契約を締結していることが認められる。……（d）（法人印）については、……契約書等において、A・LLC の名で行為をしているのであるから、……LLC 印を使用している状況が窺われないとしても、そのことは本件 LLC の法人性を否定する事情とはならないというべき」とし、さらに、「加えて、NYLLC 法 203 条 d 項は、州政府に基本定款を提出した時点で LLC は設立される旨規定し、同法に基づき設立された LLC を構成員からは独立した法的主体（separate legal entity）と位置付けている。さらに、同法 601 条後段は、LLC の個別財産について、LLC の構成員は、一切の利益ないし持分（interest）を有しないと規定している。」「以上の事実を総合すると、本件 LLC は、NYLLC 法上、法人格を有する団体として規定されており、自然人とは異なる人格を認められた上で、実際、自己の名において契約をするなど、原告及び B からは独立した法的実在として存在していることが認められる。そうすると、本件 LLC は、米国ニューヨーク州法上法人格を有する団体であり、我が国の私法上（租税法上）の法人に該当すると解するのが相当である。」と判示している。

以上において、裁判所は、わが国の所得課税における、いわゆる“法人対個人の二分法”について言及した上で、法人概念の借用については統一説を前提とし、さらに、わ

が国における法人課税は、私法上の法人格の有無によって決定されることを明らかにしている。さらに、米国内国歳入法のチェック・ザ・ボックス規則について言及し、その選択が、設立準拠法において法人格が与えられるか否かの有無に影響・関連するものではないと判示している。

2 国税庁質疑応答事例

国税庁は、上記 1 (1) の裁決事例を受ける形で、平成 13 年 6 月以降、国税庁質疑応答事例として「米国 LLC に係る税務上の取扱い」¹⁸⁵を、以下のように公表している¹⁸⁶。

「ある事業体を我が国の税務上、外国法人として取り扱うか否かは、当該事業体が我が国の私法上、外国法人に該当するか否かで判断することになります。

LLC 法に準拠して設立された米国 LLC については、以下の理由等から、原則的には我が国の私法上、外国法人に該当するものと考えられます。

① LLC は、商行為をなす目的で米国の各州の LLC 法に準拠して設立された事業体であり、外国の商事会社であると認められること。

② 事業体の設立に伴いその商号等の登録（登記）等が行われること。

③ 事業体自らが訴訟の当事者等になれるといった法的主体となることが認められていること。

④ 統一 LLC 法においては、「LLC は構成員 (member) と別個の法的主体 (a legal entity) である。」、「LLC は事業活動を行うための必要かつ十分な、個人と同等の権利能力を有する。」と規定されていること。

したがって、LLC が米国の税務上、法人課税又はパス・スルー課税のいずれの選択を行ったかにかかわらず、原則的には我が国の税務上、「外国法人 (内国法人以外の法人)」として取り扱うのが相当です。

ただし、米国の LLC 法は個別の州において独自に制定され、その規定振りは個々に異なることから、個々の LLC が外国法人に該当するか否かの判断は、個々の LLC 法（設立準拠法）の規定等に照らして、個別に判断する必要があります。」

以上の回答要旨から、まず、基本的な考え方として、外国事業体を、わが国の租税法上、「法人」として取り扱うかどうかは、わが国の“私法上”において「法人」に該当するか否かによって判断されること、次に、LLC 法に準拠して設立された米国 LLC については、わが国の私法上で「法人」に該当することを、4 つの点を根拠に掲げながら外国法人として取り扱うこと、さらに、これは、米国 LLC がチェック・ザ・ボックス規則により、法人課税又はパス・スルー課税のいずれの選択をしたかを問わないものであること、最後に、米国の LLC 法が各州によって異なっていることから、個々の

¹⁸⁵ 本質疑応答事例の内容は、国税不服審判所裁決平成 13 年 2 月 26 日（裁決事例集 61 号）における原処分庁の主張とほぼ同旨となっている。増井・前掲注 1) 88 頁参照。

¹⁸⁶ 国税庁ホームページ「米国 LLC に係る税務上の取扱い」（平成 13 年）
<http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/shitsugi/hojin/31/03.htm>

設立準拠法によって個別に判断するものであること、が明らかにされているとみることができよう。

3 考察

以上、米国 LLC が、わが国において、法人課税を受けることとされるかパス・スルーとされるか、すなわち、わが国の租税法上の法人に該当するか否かについて、最初に判断を下した裁決事例である国税不服審判所裁決平成 13 年 2 月 26 日と、裁判例である東京高判平成 19 年 10 月 10 日をみてきた。さらに、国税庁の見解として、質疑応答事例「米国 LLC に係る税務上の取扱い」を取り上げた。これらの判決の考え方は、第 2 章においてみてきたことから、わが国の法人課税制度の実態に照らし、妥当なものといえよう。

当該事例は、外国事業体の性質決定における、わが国の現状における基本的な考え方を示したものとして、また、その潜在的な射程範囲の広さ¹⁸⁷も相俟って、その意義の大きさが窺える。上記分析から分かることは、まず、外国事業体の性質決定にあたって決め手となる基準として、「その LLC がその設立準拠法である NYLLC 法において、権利、義務の主体となり得る法律上の資格、すなわち法人格が与えられているか否かの判断基準」の線が示されたことである。次に、「法人」該当性の判断の思考手順として「租税法上の法人は、民法、商法といった私法上の概念を借用し、これと同義に解するのが相当である」との判示から、“ニューヨーク州法→日本の私法→日本租税法”という手順で判断されたと読むことができることである。換言すれば、日本の租税法上、「法人」として扱うかどうかは、米国の“租税法上の取扱い”とは独立して判断するということも明確とされているのである¹⁸⁸。

一方で、実務家から疑問点も指摘されているようである。まず、渉外事案における借用概念としての統一説の具体的適用において、参照されるべきは、わが国の私法であるのか（この場合に、わが国の抵触法も含むのか）、あるいは、外国の私法であるのか、という点である。また、旧民法 36 条¹⁸⁹の解釈としての通説的見解（法人格の有無に係

¹⁸⁷ この潜在的な射程の範囲の広さについて、「その判断枠組みは、米国の他の州法上の LLC に適用できるのみならず、さらに広く、様々な法域で設立された LPS やビジネス・トラストといった各種組織が「外国法人」に該当するか否かを考える上でも、これを応用することができる。その場合、その裁決の枠組によれば、どの法域でいかなるファンドを組成するかにより、設立準拠法ごとに当該ファンドが権利義務の主体にあたるか否かを審査し、それに従って日本の租税法上「外国法人」にあたるか否かの性質決定を行う、という手順をふむことになるだろう。」としている。増井・前掲注 1) 88-89 頁参照。

¹⁸⁸ このことは、同時に、米国では損益の帰属主体として扱われないものが、日本の租税法では損益の帰属主体として扱うことがあることを示すこととなり、課税上の取扱いについて日本と米国とのミスマッチが生ずることを意味することとなる。増井・前掲注 182) 89 頁参照。

¹⁸⁹ 旧民法 36 条 1 項では「外国法人は、国、国の行政区画及び商事会社を除き、その成立を認許しない。ただし、法律又は条約の規定により認許された外国法人は、この限りでない。」また、同条 2 項では「前項の規定により認許された外国法人は、日本において成立する同種の法人と同一の私権を有する。ただし、外国人が享有することのできない権利及び法律又は条約中に特別の規定がある権利については、この限りでない。」と定めている。

る準拠法の抵触法問題を設立準拠法と解して、外国法人が日本国内において活動するための承認について定める規定であるとする見解)を批判する説として、外国事業体の法人格の有無は、外国国家行為としてそのように決定されるのであるから、抵触法問題ではなく、日本からみてその法人格を承認するかにすぎないとする見解が有効であるか否かを問う点、また上記の外国法による形式的な法人格付与に拠った(抵触法問題ではない)とした場合に、本裁判例において「団体の実質」を取り上げていることの根拠を問う点があるようである¹⁹⁰。

このような指摘に対して、わが国税法の独位性も重要なのであるから、私法等へ依存することの重要性を認識しつつ、実質課税の原則との関連も含め、私法等からの独位性をどのように考慮していくかは、今後必要と考えられるところである¹⁹¹。この点については、第5節にて改めて考察することとしたい。

第4節 わが国における米国 LPS の取扱い

1 裁判例の動向

(1) 大阪地判平成22年12月17日(裁判所 HP「行政事件裁判例集」、金判1370号39頁)

米国デラウェア州法に基づき組成された LPS が、わが国の租税法上の法人に該当するか否かが問題となって争われた事例がある。本事例は、X ら(原告・控訴人)が、受託銀行との間で締結した信託契約を介して米国 LPS に投資して得た所得につき、本件 LPS はわが国の租税法上の法人に該当するか否かが争われた¹⁹²。

イ 事実の概要

X₁ないし X₂(原告)は、本件各受託銀行との間で締結した信託契約を介して投資をし、米国デラウェア州法に基づき組成された LPS (以下「本件各 LPS」という。)から得た米国所在の本件建物の貸付に関する所得を、X らのそれぞれ不動産所得に当たることを前提に、減価償却費等を損益通算して所得税の申告等をした。これに対し、Y(被告)は、不動産所得に該当せず、損益通算は許されないとしてこれを是正し、X らに対し、上記所得税に係る更正処分等をしたものである。

ロ 判決要旨

「私法の私法である民法の解釈において、法人とは、「自然人以外のもので、権利義務の主体となることのできるもの」というと解されていることからすれば(我妻著書)、我が国税税法上の法人概念についても、これと同様の観念を採用していると解するのが相当である。」とした上で、「どのような団体にどのような手段・方法でどのような能

¹⁹⁰ 宮崎・前掲注184)89頁参照。

¹⁹¹ 平野嘉秋「国家間の租税法における企業概念の相違により生じる諸問題～企業の多国籍展開についての租税法からの一考察～」税務大学校論叢24号(1994)216頁。

¹⁹² 本判決の評釈としては、「我が国の納税者が外国の事業体を介して外国所在の不動産の貸付によって得た所得を当該納税者の不動産所得ということができない場合」金融・商事判例1370号(2011)39-41頁参照。

力や属性を認めるかは、それぞれの国家の価値判断に基づいて行われるものであり、当該国家の立法政策の問題に帰するのであるから、外国において我が国と同様の法人制度が採用されていないことも十分想定され、また、その類似する相互の法令上の概念が、必ずしも厳密に一致するとも限らない。……したがって、ある外国において我が国の「法人」に類似する概念があり、ある事業体がこれに該当するとされていたとしても、そのことから直ちに当該事業体が我が国の私法上の法人と同様の意味において「権利義務の主体となることのできるもの」であるということとはできないし、逆に、ある外国において我が国の法人以外の団体（組合等）に類似する概念があり、ある事業体がこれに該当するとされていたとしても、そのことから直ちに当該事業体が「権利義務の主体となることのできるもの」に該当しないということもできない。」としている。さらに、「外国の事業体が我が国の租税法上の「法人」に該当するか否か、すなわち、当該事業体が「権利義務の主体となることのできるもの」であるかどうかの判断に当たっては、当該事業体がその準拠法においてどのような概念として定義付けられているかのみによって結論を導くことはできず、実質的な観点から、当該事業体に認められている能力及び属性の内容を検討し、その上で、我が国の私法上「法人」とされることによって当然に認められる能力及び属性（法人格から当然に派生する能力及び属性）を全て具備していると評価できるか否かにより決するほかはないというべき」（傍点筆者）として、「外国の事業体が我が国の租税法上（私法上）の「法人」に該当するか否かを判断するにあたっては、……①その構成員の個人財産とは区別された独自の財産を有すること（具体的には、当該事業体の財産につき構成員が直接の具体的な持分を有しておらず、かつ、当該事業体の名義により登記等の公示を行うことができること）、及び②その名において契約等の法律行為を行い、その名において権利を有し義務を負うことができること、……③その名において訴訟当事者となり得ること（訴訟上の当事者能力）も、法人とされることによって当然事業体に当然に付与される能力等の一つであるということができ、外国の事業体の法人該当性の判断要素の一つとすることが相当」としている。

また、「日本の法律を準拠法とする事業体については、民法 33 条が法人法定主義を採用しているために、法律によって法人として認められているかにより形式的にその法人該当性を決することが可能」とする一方、「外国においては、我が国と同様の制度（法人法定主義）や概念が用いられているとは限らないのであるから、民法 33 条の法人法定主義を前提とする形式的な判断基準をもってしては、当該事業体が「権利義務の主体となることのできるもの」であるかどうかを的確に判断することができない」として、「当該事業体が、我が国の私法上「法人」とされた場合に当然に認められる能力等（法人格から当然に派生する能力等）と同様の能力等を具備しているかどうかという実質的な判断手法を採るほかにな」く、「ある事業体が「権利義務の主体となることのできるもの」であり、その事業活動において、その名において財産を取得し、法律行為を行い、債権を有し債務を負うのであれば、その事業活動に伴う損益も当然に当該事業体に帰属するのであって、「損益の帰属すべき主体」であることを殊更別途の要件として設定するまでもない」（傍点筆者）としている。そして、「原告らの主張する概念が我が国の「法人」概念と同一のものであり、他に我が国の「法人」に該当する概念がないことが

明らかでない限り、そのような概念に拠る形式的な判断基準をもって判断することは不可能」とした上で、「「corporation」等の概念に該当するものが我が国の「法人」に該当するとしても、本件で問題となっている「separate legal entity」について、これが原告らのいう「corporation」等と同等の概念に該当するものかどうかを判断せざるを得ないのであり、そのためには、やはり実質的な検討なくては判明しないというべきで……両者の法人制度や概念が異なるものである以上、我が国の「法人」に該当するか判断するに当たって実質的な検討を要することは当然」としている。また、「旧民法 36 条 1 項の外国法人の認許」については、「当該外国法人が我が国において法人として活動することを認めるということにすぎず、認許されない「外国法人」が存在することはその文理からも明らか」としている。

「原告らは、ある事業体が権利義務の帰属主体であるかどうかは、その事業体の事業活動により生じた損益が当該事業体に直接帰属するか、あるいは当該事業体の構成員に直接帰属するの点という点が重要なメルクマールとなる」とした上で、……本件各 LPS には損益が帰属せず直接にパートナーシップに帰属するから、本件各 LPS は独立した権利義務の帰属主体とはいえないと主張する。……しかし、事業損益とは、事業に伴う資産や負債が帰属することにより発生するものであるところ、上述のとおり、少なくとも本件各 LPS の事業に基づき発生する債務は、直接リミテッド・パートナーに帰属するということはできない。ある事業体が損益の帰属主体であるかという問題と、ある事業体に生じた損益をどのような手続により構成員に配分するかという問題は、次元の異なる問題であって、当該事業体に生じた損益を、当該事業体の機関による決議等によることなく、あらかじめ定めた一定の割合等に従って構成員に分配することとしても、それによってある事業体が損益の帰属主体でなくなるというものではない。また、本件各 LPS から原告らに割り当てられるとする損益の米国における税務上の取扱いがどうであるかは、本件各 LPS の法人該当性に直接影響するものではない」（傍点筆者）として、「本件各 LPS は、①その構成員の個人財産とは区別された独自の財産を有し（本件各 LPS の財産につきパートナーの共有とされておらず、また、本件各 LPS の名において不動産等の登録をすることができる。）、②本件各 LPS がその名において契約等の法律行為を行い、その名において権利を有し義務を負うことができ、③その名において訴訟当事者となり得ると認められる。したがって、本件各 LPS は、「自然人以外のもので、権利義務の主体となることのできるもの」であり、我が国の租税法上（私法上）の「法人」に該当すると認められる」と判示している。

以上のとおり、わが国において、米国 LPS が「法人」と認められるか否かは、「設立準拠法」として、その設立に係る法律が、法人格を付与する要件を具備していると考えられるかによって判断されるものとされている。そして、外国事業体の「法人」該当性につき、実体法面と手続法面とから「法人」該当性を検討し、米国 LPS の「法人」性を認めるに至っている。また、「損益の帰属」について、主体として判断される「要件」ではなく、配分手続による「効果」として生じるものと位置付けられていることを窺うことができる。

(2) 東京地判平成 23 年 7 月 19 日 (TAINS Z888-1616)

上記 (1) と同様、米国デラウェア州法に基づき組成された LPS が、わが国の租税法上の法人に該当するか否かが問題となって争われた事例である。本事例についても、X ら (原告・控訴人) が、受託銀行との間で締結した信託契約を介して米国 LPS に投資して得た所得につき、本件 LPS はわが国の租税法上の法人に該当するか否かが争われた¹⁹³。

イ 事実の概要

X ら (原告) は、本件各受託銀行との間で締結した信託契約を介して投資をし、米国デラウェア州法に基づき組成された LPS (以下「本件各 LPS」という。) から得た米国所在の本件建物の貸付に関する所得を、X らのそれぞれ不動産所得に当たることを前提に、減価償却費等を損益通算して所得税の申告等をした。これに対し、Y (被告) は、不動産所得に該当せず、損益通算は許されないとしてこれを是正し、X らに対し、上記所得税に係る更正処分等をしたものである。

ロ 判決要旨

「我が国の租税法は、法人が、法律により、法人格を付与されて構成員とは別個の (いわば自然人と同様の) 権利義務の主体とされ、損益の帰属すべき主体 (逆にいえば、その構成員に直接その損益が帰属することが予定されない主体) として設立が認められたもの」であるとして、「我が国の国内法に準拠して組成された事業体が法人である (法人格を有する) というためには、その準拠法である民法その他の法律によって法人とする (法人格を付与する) 旨を規定されたものであること」を要することとしている。

「……ウ 以上に加え、①租税法律主義 (憲法 84 条) の下では、課税要件の定めは明確でなければならないこと、②租税法が私法上の概念を特段の定義なく用いている場合には、租税法律主義や法的安定性の確保の観点から、原則として私法上の概念と同じ意義に解するのが相当であることを併せ考慮すれば、我が国の租税法上の法人は、法律により損益の帰属すべき主体 (その構成員に直接損益が帰属することが予定されない主体) として設立が認められたものであり、我が国の私法上の法人と同様、原則として、その準拠法によって法人とする (法人格を付与する) 旨を規定されたものをいうと解すべき」としている。そして、「外国の法令に準拠して組成された事業体が我が国の租税法上の法人に該当するか否か」も、「原則として、当該外国の法令の規定内容から、その準拠法である当該外国の法令によって法人とする (法人格を付与する) 旨を規定されていると認められるか否かによるべき」として、「諸外国の法制・法体系の多様性……、我が国の「法人」概念に相当する概念が諸外国において形成されるに至った沿革、歴史的経緯、背景事情等の多様性に鑑みると、当該外国の法令の規定内容をその文言に従っ

¹⁹³ 本判決の評釈としては、大澤麻里子「デラウェア州が我が国の租税法上の「法人」に該当しないとした例」ジュリスト 1431 号 有斐閣 (2011) 87 頁など。このなかでは、「諸外国の多様な法制度と自由な契約関係の下で様々な存在する事業体の租税法上の扱いを、我が国の租税法 (私法) 上の「法人」概念というものを唯一の物差しとして、個別具体的に判断せざるを得ない制度は、課税庁及び納税者の双方にとって著しく予測可能性・法定安定性に欠けるものとなっている。」と評釈されている。また、「租税法上の法人課税信託の制度は、現行法上は外国信託に及ばないと考えられる。しかし、一定の外国信託についてはこれを及ぼすこととすれば、本件のような事案においても法的安定性が確保され得るのではなかろうか。」としている。

て形式的にみた場合に、当該外国の法令において当該事業体を法人とする（当該事業体に法人格を付与する）旨を規定されているかどうかという点」（傍点筆者）に加えて、「当該事業体を当該外国法の法令が規定するその設立、組織、運営及び管理等の内容に着目して経済的、実質的に見れば、明らかに我が国の法人と同様に損益の帰属すべき主体（その構成員に直接その損益が帰属することが予定されない主体）として設立が認められたものといえるかどうかを検討すべき」（傍点筆者）とし、「後者の点が肯定される場合に限り、我が国の租税法上の法人に該当すると解すべきである（その結果、前者の基準を限定する場合もあり得るが、前者の基準によった場合に我が国の法人に相当するか否かの判定が微妙なときに、後者の基準が満たされることによりこれが肯定されることもあり得よう。）。」と判示している。

被告の、「外国の法令によって設立された事業体が我が国の租税法上の「法人」に該当するか否かは、具体的には、当該事業体の設立準拠法の内容のみならず、実際の活動実態、財産や権利義務の帰属状況等を考慮した上、個別具体的に、我が国の私法において法人に認められる権利能力と同等の能力を有するか否か、すなわち、当該事業体が、①その構成員の個人財産とは区別された独自の財産を有するか否か（被告基準①）、②その名において契約を締結し、その名において権利を取得し義務を負うなど独立した権利義務の帰属主体となり得るか否か（被告基準②）、③その権利義務のためにその名において訴訟当事者となり得るか否か（被告基準③）に基づいて判断すべき」とする主張に対して、「我が国の私法上の法人は我が国の租税法上損益の帰属主体となることが予定されているといえるが、権利義務の主体として取引行為を行い、財産及び債権債務の帰属主体となる存在が、必ずしも損益の帰属主体になるとは限らない」とし、「外国の法令に準拠して組成された事業体が、その外国法制に下において、前者の要件を備えているとしても、当然に損益の帰属主体になるとは限らない。」「被告基準①～③は、一般的に法人といえるための必要条件である可能性は否定することができないものの、十分条件となるものとまでいうことはできず、この基準をもって現行法上法人とされる団体（事業体）とそうでない団体（事業体）とを区別する基準とすることはできないというほかない。」（傍点筆者）としている。他方、原告の「外国の事業体が我が国の租税法上の外国法人として取り扱われるためには、外国法人……に該当する必要がある、これに該当するというためには、民法 36 条 1 項に従い、同項の外国法人であって、商事会社に該当するものとして、認許されるものでなければならない」とする主張に対して、「本件で問題とされているのは、本件各 LPS が事業から生じる損益により構成される所得の帰属主体となり得る団体（事業体）としての我が国の租税法上の「法人」に当たるか否かであって、外国法人を我が国において法人として活動し得る法人格の主体として承認するかどうかという認許の問題は直接関係するものではない。」「①我が国の租税法は、「外国法人」を内国法人（国内に本店又は主たる事務所を有する法人）以外の法人と定義しているから……、理論的には日本法に準拠して設立された法人でありながら本店又は主たる事務所を国内に有しないものも（これが実在するかはともかく）外国法人として取り扱うことを排除していない」とし、「民法 36 条にいう「外国法人」とは異なる概念と解され……、上記の「外国法人」とは異なる概念である。」として、「我

が国の租税法上の外国法人が民法 36 条 1 項により認許される外国法人に限定されると解することはできないというべきである。」としている。その上で、「本件各 LPS が我が国の租税法上の法人に該当するか否かについては、被告基準及び原告らの主張する基準のいずれも採用することができず、結局前記ウの観点からこれを検討せざるを得ない」とし、「州 LPS 法に準拠して組成された LPS は、経済的、実質的にみても、パートナー間の契約関係を本質として、その事業の損益をパートナーに直接帰属させることを目的とする」として、「州 LPS 法の規定するその設立、組織、運営及び管理等の内容に着目して経済的、実質的に見ても、明らかに我が国の法人と同様に損益の帰属すべき主体（その構成員に直接その損益が帰属することが予定されない主体）として設立が認められたものということとはできない。……したがって、本件各 LPS は、我が国の租税法上の法人に該当するとは認められないというべきである。」と判示している。

以上のとおり、本事例では、裁判所は、これまでの東京高判平成 19 年 10 月 10 日等の裁判例や学説において支持されてきた被告基準を採用することなく、また、原告らの主張する基準を採用することなく、独自の基準として、“経済的、実質的”に、“損益の帰属すべき主体として設立が認められたものといえるかどうか”という観点から、法人該当性を検討している。また、特に重要なこととして、「損益の帰属」について、配分手続による「効果」としてではなく、主体として判断される「要件」と位置付けているとも考えられるのであり、そのような意味においても、大阪地判平成 22 年 12 月 17 日とは相反する結論に至っているといえる。

2 考察

以上、米国 LPS が、わが国において、法人課税を受けることとされるかパス・スルーとされるか、すなわち、わが国の租税法上の法人に該当するか否かについて、大阪地判平成 22 年 12 月 17 日と、東京地判平成 23 年 7 月 19 日をみてきた¹⁹⁴。双方の結論は相

¹⁹⁴ なお、米国 LPS に関する裁決事例につき、公表されている国税不服審判所裁決平成 18 年 2 月 2 日（裁決事例集 71 号）においては、従前の被告基準を採用した上で、「本件 LPS は……我が国の法律でいう権利義務の帰属主体であるという意味においては、我が国の法律でいう「法人」の要素を備えているといえることができる。」としつつ、「「自然人以外のもの」から、ないし「自然人以外のもの」を介して個人が得た所得の所得区分を定めるに当たっては、その「自然人以外のもの」が我が国の法律でいう権利義務の帰属主体であるか否かという点も考慮すべき要素ではあるものの、そのみによって決せられるべきものではなく、個人が得た所得についてその法律経済実質的関係を個別に具体的にみて、それを所得税法が各所得区分を定めた趣旨に照らして判断すべきものである。」としている。その他、棄却されたものとして、例えば、国税不服審判所裁決平成 19 年 5 月 11 日（裁決事例集未登載）、国税不服審判所裁決平成 19 年 6 月 22 日（裁決事例集未登載）、国税不服審判所裁決平成 18 年 11 月 20 日（裁決事例集未登載）、国税不服審判所裁決平成 18 年 8 月 14 日（裁決事例集未登載）、国税不服審判所裁決平成 19 年 1 月 31 日（裁決事例集未登載）、国税不服審判所裁決平成 19 年 1 月 22 日（裁決事例集未登載）、国税不服審判所裁決平成 19 年 2 月 20 日（裁決事例集未登載）、国税不服審判所裁決平成 19 年 2 月 19 日（裁決事例集未登載）、国税不服審判所裁決平成 19 年 3 月 15 日（裁決事例集未登載）、国税不服審判所裁決平成 19 年 3 月 29 日（裁決事例集未登載）、国税不服審判所裁決平成 20 年 5 月 29 日（裁決事例集未登載）、国税不服審判所裁決平成 22 年 5 月 10 日（裁決事例集未登載）など。

反するものとなっており、外国事業体の法人該当性に関するアプローチも異なるものとなっている。大阪地判平成 22 年 12 月 17 日では、「当該事業体はその準拠法においてどのような概念として定義付けられているか」（設立準拠法）並びに「当該事業体に認められている能力及び属性の内容を検討」するための「実質的な観点」によって、わが国の私法上「法人」とされることによって当然に認められる能力及び属性（法人格から当然に派生する能力及び属性）を具備していると評価できるか否かというアプローチであり、これまでの東京高判平成 19 年 10 月 10 日等の裁判例や学説において広く支持されてきた方法を採用している。これに対して、東京地判平成 23 年 7 月 19 日では、州 LPS 法の規定するその設立、組織、運営及び管理等の内容に着目しつつ、それを「経済的、実質的」に「我が国の法人と同様に損益の帰属すべき主体（その構成員に直接その損益が帰属することが予定されない主体）として設立が認められたもの」かどうかという、被告基準でもなく、原告の主張する基準でもない独自のアプローチを採用している。なお、会社法の分野における研究によれば、米国 LPS は、わが国でいうところの合資会社に類似するとしている有力な説¹⁹⁵があることには注意をしておきたいところである。

本件外国 LPS の「法人」該当性については、これまでの東京高判平成 19 年 10 月 10 日等の裁判例や学説において広く支持されてきた方法を基にしている裁判例等の流れを考えた場合、東京地判平成 23 年 7 月 19 日における「経済的、実質的」に「我が国の法人と同様に損益の帰属すべき主体（その構成員に直接その損益が帰属することが予定されない主体）として設立が認められたもの」かどうかという方法論には違和感を覚えるところである。上級審において、議論がさらに深められることが期待される。

第 5 節 小括

以上、外国で組成されたビークル（外国事業体）が、わが国においていかなる主体として性質決定されるべきであるのかについて、特に、米国 LLC と米国 LPS の裁決事例及び裁判例等についてみていくことの前提として、米国のキントナー規則とその後に発遣されたチェック・ザ・ボックス規則をみてきた。そして、投資家の居住地及び所得の源泉地がわが国である米国 LLC 及び米国 LPS について、その法人該当性について争われた裁決事例及び裁判例の動向を整理し、分析した上で考察を行ってきた。

¹⁹⁵ 江頭憲治郎名誉教授は、「「外国会社」とは何か―持分会社に相当するものの場合―」早稲田法学 83 巻 4 号（2008）において、外国会社とわが国における持分会社等との比較検討を行っている。本検討によれば、米国 LPS は、わが国における合資会社と、①法人格が認められる点、②有限責任パートナーの代表訴訟提起権が保障されている点において類似しており、わが国における投資事業有限責任組合と、③税制上のパス・スルー、④有限責任パートナーに関する事項が登録事項でない等登録事項の内容の点において類似しているとした上で、外国会社法制という私法上の制度の適用の問題である以上、①②（特に①）を重視し、わが国合資会社に類似するものとして外国会社に該当すると結論付けるに至っている。さらに、実務を制約する歓迎されざる結論であろうと断った上で、米国のパートナーシップ及び LPS は、私法上、相当に法人性が強いと結論付けている。その上で、法人格のない団体に不動産の登記申請資格が認められる法制の可能性や金融商品取引法の規制の穴を挙げ、私法的側面から、この問題を立法論・解釈論双方から詰めることが、今後の重要課題であろう、と結んでいる。

国家間で租税制度は異なり、また、各国における租税法上の法人概念が異なることは少なくなく、また、法人格の付与要件も国によって同一とはいえないのであるから、租税法上どのような納税主体として分類すべきかどうかという問題は生じ得ることであり、このような問題はある意味では不可避な現象ともいえよう。このような状況のなかで、外国事業体の実質が法人と同一であるのにもかかわらず、設立準拠法で定められた法人格の有無のみを捉えてパス・スルーとして取り扱うとすることは、法人に対する課税に比して課税の権衡を失するといえるであろう¹⁹⁶。けだし、法人格の付与要件は国によって異なっているからである¹⁹⁷。

このような外国事業体の性質決定の問題について、何らかの基準を設ける必要があるものと考えられる。方法論としては、以下のものが考えられよう。

第一に、外国事業体の居住地国又は組成地の法律を準用して区分する方法であり、ここでいう法律には、私法又は租税法の2種類に分けることができる。しかし、この方法によれば、国内で組成された事業体と当該外国事業体との間で、税務上の取扱いに相違が生ずる可能性があり、同じ機能を有する事業体が同じ業務を行うにもかかわらず、稼得した所得に対する課税方法が相違することとなり、課税の中立性が損なわれることとなると思われる。

次に、国内で組成された事業体と外国事業体の租税法上の地位とを比較して企業分類を行う方法である。これは、組成された国の私法又は契約に基づく当該企業の法的性格を精査した上で認定し、自国の国内法上最も類似する事業体を選定し、その外国事業体をそれに準えて課税するという方法である¹⁹⁸。しかし、この同視は完全なものとはいえないと思われる。

最後に、租税法において、法人として課税されるための必要なメルクマールを掲げ、外国事業体を分類する方法である。米国におけるキントナー規則がこれに該当する。この方法によれば、国内で組成された事業体と外国事業体が平等に適用され、同一国内においては課税の中立性を損なうような問題は極小化されると思われる。しかし、国家間の基準が同一でなければ、租税法上の企業概念の相違によって、国際的二重課税の問題等が生ずることとなる。また、米国においてキントナー規則からチェック・ザ・ボックス規則に変更されたように、多様な事業体を統一的に捉えて区別することは極めて煩雑

¹⁹⁶ わが国において、何が法人かを定める基準は、明文上は存在しないものの、外国で「法人」として公的機関に登録、登録されていれば、ただちにその内容を検討することなくわが国の税務上も法人として取り扱うべきかであるかどうか。原則として、外国の私法上の取扱いは尊重すべきものであるが、法人としての実質を全く考慮しなくてもいいとまでは言い切れないのではないと思われる。また、外国の私法上の取扱いとして、旧民法36条にいう外国法人として「認許」されているかどうかであるが、これは、基本的には、当該企業が外国法によって設立されて法人格を得たものを、わが国において承認するということであり、そのような意味では設立準拠法主義といえ、それは外国法人となるか内国法人となるかの区別の問題であって、法人がいかなる場合に識別できるかということと直接の関係はないものとする見解もある。民法上は、外国法人として法人格を取得していれば、同法36条によって包括的に認許されている限り、わが国における活動を認められるものであるが、法人税法でいう法人に該当するかどうかは、別途のテストが必要であるとの指摘もある。渡邊・前掲注177) 608-609頁参照。

¹⁹⁷ 平野・前掲注191) 213頁参照。

¹⁹⁸ ドイツではこの方法が用いられているとされている。平野・前掲注191) 215頁参照。

かつ複雑であり、その困難さ、そして、税務当局の認定事務の増大が予想される。また、一方で、日本も米国のチェック・ザ・ボックス規則のような納税者選択方式の導入のメリットを挙げる研究¹⁹⁹もあるものの、これについては当面、慎重であるべきであると考ええる²⁰⁰。けだし、第2章でも述べたように、日本にはパス・スルー課税の課税方式が未発達であり²⁰¹、パス・スルー課税が選択されることとなったとしても、不明確な点が膨大に存すると思われる。納税者選択方式の導入を議論するためには、わが国におけるパス・スルー課税の実体規定の立法による整備が先決事項であろう²⁰²。

わが国の租税法は、私法からの借用、換言すれば、私法への依存が重要な特徴でもあるので、その重要性を認識しつつも、それからの独位性も考慮することが必要であると思われる。具体的な基準の参考例として、団体の利益追求の性格に着目し、1960年代から1997年まで機能していた「法人」該当性の基準としての米国キントナー規則は、わが国で参照に値しよう²⁰³。ただし、この場合、米国とわが国との法体系の差異²⁰⁴も十分に勘案し、わが国の租税法が私法等へ依存してきた法形成の経緯を踏まえ、私法等からの独位性を主張しすぎることによる危険性²⁰⁵についても十分に認識しておく必要がある。

従って、基本的には、わが国私法ないし外国の私法に依存しつつ（形式基準）、わが国租税法の観点からも、例えば、法人課税とすべきかどうかについて、わが国において法人格を付与されたことによる最低限の法的効果の観点からの検証を行うような基準（実質基準）を設ける²⁰⁶ことは、わが国の実情に合うものと考えられ、実際に、上記の

¹⁹⁹ 日本公認会計士協会租税調査会研究報告書第6号（中間報告）「外国事業体課税のあり方について」JICPAジャーナル14巻6号（2002）11-14頁参照。このなかでは、「納税者選択方式はすべての納税者に対して平等の機会を提供するばかりでなく、納税者、課税当局の挙証責任に係る負担を軽減させ、ひいては、内外投資が円滑化されることが予想される。」といったメリットが挙げられている。

²⁰⁰ 増井・前掲注182）91-94頁参照。

²⁰¹ さらに、選択方式の濫用によって国際的租税裁定（international tax arbitration）の機会が増えることも考えられる。

²⁰² 増井・前掲注15）23頁参照。

²⁰³ 上述のように、わが国の人格のない社団等の判断基準（最判昭和39年10月15日（民集18巻8号1671頁））が挙げられ、両者は、団体性（entity）の認定にかかわるものである点において共通性を有するといえるが、キントナー規則は、営利社団法人を前提として設けられており、その点において相違するといえる。後者の相違点を中心としてみた場合、公益法人に準ずる人格のない社団よりも、営利社団法人である会社と組合とを比較する方が有益であるといえる。けだし、上述のように、組合にも、団体の組合的性質の強弱があり、民法において特に団体が組合に該当する判断基準が示されているわけでもなく、また、法人税における社団と組合との区別の重要性は、事業の収益の帰属と損失の配分の問題であるからである。水野・前掲注1）335-338頁参照。

²⁰⁴ この点につき、米国では、私法上の法人の意義が狭く、かつ非法人組織が多いという実情があるとされる。平野・前掲注191）216頁参照。

²⁰⁵ パス・スルー課税における米国の歴史は、失敗の連続であって、納税者の選択制に任せるチェック・ザ・ボックス規則は、いわば「課税当局の仕事の放棄」であるとの指摘もある。森信・前掲注1）135頁参照。

²⁰⁶ 平野・前掲注191）215頁参照。平野教授は、さらに、「我が国租税法からの観点に比重をおき、日本における類似企業と比較考量しつつ、その外国企業に最も類似する企業を選定し、それ

裁決事例や裁判例の多くで支持されているものと考えられる。さらに加えて、予測可能性や明瞭性の観点から、わが国の制度にない事業体については、わが国税税法上における取扱いを事前に確認することのできる事前確認制度を設けることも望ましいであろう²⁰⁷。

また、「損益の帰属 (allocation)」という視点からみた場合、米国の法人課税の変遷からも見て分かるとおり、各州の LLC 法 (Limited Liability Act)²⁰⁸のほとんどにおいて、損益はパートナーに帰属 (allocation) する旨規定されているものの、内国歳入庁は、州法上に損益の構成員への帰属 (allocation) が規定されていても、キントナー規則において、その実質を判断した上で、それをパートナーシップの要素とは認めなかったのである。つまり、損益の帰属 (allocation) の規定は、パス・スルー課税を認める重要な前提ではあり、重要な効果であるものの、法人課税かパス・スルー課税かを決めるにあたって、契約に損益の帰属 (allocation) の規定があるということのみによって、パス・スルー課税を決める要件とはならないのではないかとも思われる。すなわち、米国における法人課税の経緯を見る限り、パス・スルー課税が認められるためには、損益の帰属 (allocation) とともに、その実態が組合であるとする他の判断基準が必要なのであって、損益を直接帰属させることに合理性のある事業体の特色を、要件として明らかにする必要があると思われる²⁰⁹。

に合わせた課税方法を選択し、その実態に即して内外平等の取扱いを図ることがわが国の実情に合うと考える。」としている。

²⁰⁷ 平野嘉秋「各国税法上の法人概念の相違とそれにより生ずる諸問題 (3) 国税庁の LLC ガイドラインを素材として」国際税務 21 巻 11 号 (2001) 62-63 頁及び平野・前掲注 191) 215-216 頁参照。

²⁰⁸ 米国における LLC は、1977 年、ワイオミング州法から始まっており、その後、ワイオミング州法を模範として、フロリダ州が LLC 法を採用した。当初、内国歳入庁は、有限責任の団体はパートナーシップと認めないこととしていた。現在多くの州で LLC 法を制定しているが、広く伝播したのは、Rev. Ruling 88-76 が契機といわれている。Rev. Ruling 88-76 において、内国歳入庁は、ワイオミング州 LLC 法による LLC をパートナーシップと認めたのである。理由として、有限責任であることそれ自体で、パートナーシップであることは否定されるものでないと解され、さらに、キントナー規則のうち、企業の継続性及び持分の自由譲渡性は、定款をもって制限できるためであるとされる。水野・前掲注 6) 413 頁及び渡邊・前掲注 177) 586 頁参照。

²⁰⁹ 水野・前掲注 6) 419 頁参照。

第5章 まとめ

本論文では、パス・スルー課税のあり方について、パス・スルー課税における重要な概念である「損益の帰属」の視点を中心として考察を行ってきた。そこで、本章においては、研究のまとめの意味で、若干の提言を行っておきたい。

第2章では、わが国における法人課税と組合課税の現状について整理してきた。法人税の納税義務者の範囲について考察し、わが国において、法人税は人格のない社団等や法人課税信託にまで及ぶものであり、米国等と比較して相対的に幅広いものといえる。また、わが国の法人課税の特徴として、「法人課税のパッケージ」、「法人対個人の二分法」、「法人格の機能化」などが挙げられるように、法人税法において、内国法人や外国法人が明確に定義されているのに対して、法人そのものについては何ら定義されておらず、概念の借用を通じて、私法上の法人概念に依存していることが分かる。これに対して、組合課税は、「組合財産が総組合員の共有に属すること（民法668条）から、解釈上自然に導かれる帰結」²¹⁰とされており、それを沿う形で国税庁が発遣した通達がいくつかあるのみで、法律による実体規定は見当たらない。しかし、近年、事業体課税についての先行研究が重ねられ、学説上、パス・スルー概念やパス・スルー課税が明らかになってきている。組合に対する課税の特色として、民法においても、財務省・国税庁の考え方においても、基本的に、組合契約の詳細の如何を問わず、所得課税においては、組合の損益が構成員へ直接帰属すること（パス・スルー）が重要であると考えられていることが分かる。さらに、民法の分野の研究において、人格のない社団等と組合との峻別についての限界が示されてきており、わが国において、何をもちて私法上の組合とするのか、すなわち、パス・スルー課税を適用させるのか、が不明確になりつつあるといえる。パス・スルー課税についての実体規定の制定についての早急な立法的対応が望まれるとともに、どのような事業体にパス・スルー課税を適用させるのかについても何らかの形で明確にしておく必要がある。

第3章では、わが国においてパス・スルー課税が適用されることとなる組合の法的性質及び税務上の諸問題を整理した上で、組合を用いた租税回避を否認するために平成17年度税制改正により創設された租税特別措置法の各規定の内容を概観し、これらの損失制限規定から導き出すことのできるパス・スルー課税の実体規定のあり方についての足がかりとなるその意義と、そこから浮かび上がってきた課題をみてきた。すなわち、利益持分による「損益の帰属（allocation）」がなされた場合において、経済的合理性がないとされ、出資持分等による引き直し課税が行われたとしたときに、租税特別措置法27条の2との関係において、合理的基準に引き直した後に租税特別措置法27条の2を適用すると考えるべきか、個別的否認規定が置かれたことの反対解釈として、租税特別措置法27条の2以外の方法での否認ができなくなったとして、より一般的な引き直し課税がより許されなくなったと考えるべきか、という点である。ここで、パス・スルー課税における重要な効果である「損益の帰属（allocation）」の経済的合理性が、具体的にどのようなものであるかが問題となる。そこで、パートナーシップを用いたタッ

²¹⁰ 増井・前掲注45) 53頁参照。

クス・シェルターへの規制が先行している米国における米国内国歳入法 704 条 (b) 「実質的経済効果基準」を参考として、わが国においても、納税者の予測可能性や法的安定性を確保する観点からも、租税回避を防止するために一定の規制を法令や通達等で明らかにしておくことが望ましいであろう。

第 4 章では、外国においてパス・スルー課税が適用されることとなる事業体がわが国でどのように取り扱われるべきかを考察すべく、まず、米国の、法人課税とするかパス・スルー課税とするかの判断基準としてのキントナー規則及びその後に発遣されたチェック・ザ・ボックス規則をみてきた。その上で、米国 LLC 及び米国 LPS が、わが国において法人に該当するかどうかについて争われた主な裁決事例及び裁判例を通じて、これらから窺うことのできるわが国における外国事業体の性質決定のプロセスをみてきた。このプロセスについて、法律上、特に規定されていないが、裁決事例や裁判例の多くで支持されてきている考え方から導かれることとして、基本的に、わが国私法ないし外国私法に依存（形式基準）しながらも、わが国租税法の観点から、法人課税とすべきかどうかについて、法人格を付与されたことによる最低限の法的効果の観点からの検証を行うような基準（実質基準）を設けることが、わが国の実情に合うものと考えられる。この場合における実質基準を考える上での 1 つの提案として、上記の裁決事例や裁判例の多くで支持されてきている、いわゆる被告基準（①その構成員の個人財産とは区別された独自の財産を有するか否か、②その名において契約を締結し、その名において権利を取得し義務を負うなど独立した権利義務の帰属主体となり得るか否か、③その権利義務のためにその名において訴訟当事者となり得るか否か）を基として議論を重ね、まずは法令や通達等何らかの形で一定の基準を示すことが近道であると考ええる。加えて、わが国の制度にない事業体については、わが国の租税法上における取扱いに関する事前確認制度を設けることも望ましいであろう。これについても、今後の立法的対応が望まれる。ここで、「損益の帰属 (allocation)」は、パス・スルー課税の重要な要素であるため、どのように捉えるか重要となるのであるが、裁決事例や裁判例の動向からみてとれるのは、必ずしも要件としてではなく、効果としての重要性に力点が置かれているようにも思えるのである。

わが国において、パス・スルー課税の実体規定の整備は喫緊の課題であり、なかでも重要な概念である「損益の帰属 (allocation)」をどのように捉えるかは大切であることはいままでもないのであるが、上述のように、契約に「損益の帰属 (allocation)」の規定があるということのみで、パス・スルー課税が認めてよいかについては議論を要するであろう。換言すれば、組合と認定されるためには、重要な効果としての「損益の帰属 (allocation)」とともに、その実体が組合であるとする他の判断基準が必要なのではないかと、つまり、損益を直接帰属させることに合理性のある事業体の特色を明らかにした上で、それを要件として検討すべきではないか、と思われる²¹¹。この場合の要件として、人格のない社団等に対する要件（最判昭和 39 年 10 月 15 日（民集 18 卷 8 号

²¹¹ 水野・前掲注 6) 419 頁参照。

1671 頁)) が鍵となるという意見²¹²もあるが、団体の利益追求の性格という観点からみれば、むしろ、アメリカのかつてのキントナー規則に近づけるべきと考える方が合理的である。ただし、キントナー規則からチェック・ザ・ボックス規則に至る米国法の展開から得られる示唆として、このような基準には、多様な事業体を統一的に捉えて区別することの煩雑さ、複雑さや困難さがあり、税務当局の認定事務の増大も予想されるため、公平性や柔軟性を重視しながらも、可能な限り“簡素”なものであることが望ましい。いずれにしても、利害関係者の権利義務に着目しながら、まずは一定の判断基準を明確にすべきであると考ええる。

²¹² 渡邊・前掲注 177) 609-611 頁参照。

参考文献等

- 水野忠恒『租税法〔第5版〕』有斐閣（2011）
- 水野忠恒『所得税の制度と理論―「租税法と私法」論の再検討』有斐閣（2006）
- 水野忠恒『国際課税の制度と理論―国際租税法の基礎的考察』有斐閣（2000）
- 水野忠恒、金子宏、木下和夫『国際課税の理論と課題（21世紀を支える税制の論理）』税務経理協会（1999）
- 水野忠恒『アメリカ法人税の法的構造―法人取引の課税理論』有斐閣（1988）
- 水野忠恒「論壇 あらたな事業体に対する課税の検討（上）（下）アメリカ合衆国における法人と組合の区別を参照しつつ」税研 20 巻 4 号、21 巻 1 号（2005）
- 水野忠恒「パートナーシップ課税とパス・スルー方式―アメリカ法を中心にして（パートナーシップの課税問題）」日税研論集 44 号（2000）
- 水野忠恒「新春特集 日米租税条約の改正と若干の国際課税問題」国際税務 24 巻 1 号（2004）
- 水野忠恒「租税法と私法との交錯―経済変動期のなかで（特集=経済変動期の法と税制―企業組織・金融）」法律時報 75 巻 4 号（2003）
- 水野忠恒「第 49 回 IFA 総会の報告―パートナーシップ課税の動向・欧州における Headquarter の課税問題」租税研究 556 号（1996）
- 水野忠恒「私法上と同一の概念の解釈―匿名組合契約の意義」『別冊ジュリスト 租税判例百選〔第4版〕』有斐閣（2005）
- 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（2004）
- 水野忠恒「アメリカにおける中小企業課税」日税研論集 4 号（1987）
- 水野忠恒「法人取引の課税理論―アメリカ連邦所得税制度の考察-1-～-5 完-」法学協会雑誌 99 巻 3 号, 99 巻 5 号, 99 巻 7 号, 99 巻 10 号, 101 巻 2 号（1982、1984）
- 阿部雪子「資産の交換・買換えと課税繰延べに関する研究（1）（2 完） : アメリカ連邦所得税制の法的考察」一橋法学 8 巻 2 号, 9 巻 1 号（2009、2010）
- 阿部雪子「所得税の課税ベースの研究 : 所得税の改革の方向性」一橋論叢 135 巻 1 号（2006）
- 金子宏『租税法〔第16版〕』弘文堂（2011）
- 金子宏『租税法の基本問題』有斐閣（2005）
- 金子宏『租税法の発展』有斐閣（2010）
- 金子宏「匿名組合に対する所得課税の検討―ビジネス・プランニングの観点を含めて―」『租税法の基本問題』有斐閣（2007）
- 金子宏「任意組合の課税関係」税研 21 巻 4 号（2006）
- 平野嘉秋「パートナーシップ税制の法的構造に関する一考察～日米比較を中心として～」税務大学校論叢 23 号（1993）
- 平野嘉秋「国家間の租税法における企業概念の相違により生じる諸問題～企業の多国籍展開についての租税法からの一考察～」税務大学校論叢 24 号（1994）
- 平野嘉秋「租税回避行為とその規制策に関する一考察（1）（2 完）」税務大学校論叢 25 号, 26 号（1995、1996）

平野嘉秋『不動産証券化の法務と税務』税務経理協会（2000）

平野嘉秋『不動産証券化の法務・会計・税務』税務経理協会（2001）

平野嘉秋『不動産の証券化・流動化と税務』税務経理協会（1999）

平野嘉秋『パートナーシップの法務と税務』税務研究会出版局（1994）

平野嘉秋、三浦昭彦、秋坂朝則、村田英幸、山口斉昭『新しい法人制度—多様な事業体の法務・税務』大蔵財務協会（2002）

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）

平野嘉秋、大藪卓也『証券化ハンドブック』税務経理協会（2002）

平野嘉秋「特殊事業体における多様な損益分配—構成員課税と会計問題」租税研究 725号（2010）

平野嘉秋「税務論文 多様化する事業体と税務上の課題（上）（中）（下）信託法等の改正による新たな展開」税理 50 巻 4 号, 50 巻 6 号, 50 巻 7 号（2007）

平野嘉秋「特殊企業形態と税務上の諸問題—民法上の任意組合と商法上の匿名組合の法務と税務」租税研究 642 巻（2003）

平野嘉秋「タックス・シェルターの仕組みと問題点（1）～（5）」税務弘報 50 巻 9 号, 50 巻 10 号, 50 巻 15 号, 51 巻 2 号, 51 巻 4 号（2002、2003）

平野嘉秋「多様化する信託と税制上の課題—不動産証券化・流動化における信託を中心として」企業法学 9 巻（2002）

平野嘉秋「不動産の証券化と信託税制（信託課税の総合的検討）」税務会計研究 13 巻（2002）

平野嘉秋「タックスシェルターに対する米国における規制策—アット・リスク・ルールを中心として」商学集志 71 巻 3 号（2002）

平野嘉秋「米国内国歳入法上の企業分類における新規則—チェック・ザ・ボックス規則（上）（下）」国際税務 17 巻 11 号, 17 巻 12 号（1997）

平野嘉秋「パートナーシップに対する我が国における課税の現状と課題（上）（中）（下）」税理 40 巻 8 号, 40 巻 9 号, 40 巻 10 号（1997）

平野嘉秋「不動産のセキュリタイゼーションをめぐる税務上の諸問題（5 完）」税経通信 51 巻 10 号, 51 巻 12 号（1996）

平野嘉秋「多様な事業体の課税問題—信託税制の改正に伴う課税の整合性問題を中心として」租税研究 698 号（2007）

平野嘉秋「投資手段として用いられる運用主体と税務（特集 ビッグバンで多様化する金融商品の税務）」税理 41 巻 8 号（1998）

平野嘉秋「多様化する資金調達手段と税務会計上の論点—納税主体論とそれから派生する課題を中心として」会計 169 巻 4 号（2006）

平野嘉秋「不動産証券化と税務」租税研究 630 巻（2002）

平野嘉秋、坂本雅士、八ツ尾順一「シンポジウム 事業体課税（統一論題報告 事業体課税）」税務会計研究 19 号（2008）

平野嘉秋「LLP の組織法制上の意義と税法上の取扱い及び類似する組織形態（特集 有限責任事業組合（LLP）制度）」法律のひろば 59 巻 2 号（2006）

平野嘉秋「日本版 LLP と課税上の問題点」租税研究 670 巻 (2005)

平野嘉秋「多様化する組織体と課税上の問題点—日本版 LLC・LLP 導入に向けて (共同研究 現代会計の理論と構造に関する総合的研究)」会計学研究 18 号 (2004)

平野嘉秋「国際課税 特殊企業形態と税務上の諸問題—米国における LLC、パートナーシップを中心として」租税研究 637 巻 (2002)

平野嘉秋「各国税法上の法人概念の相違とそれにより生ずる諸問題 (1) ～ (3) 国税庁の LLC ガイドラインを素材として」国際税務 21 巻 8 号, 21 巻 9 号, 21 巻 11 号 (2001)

平野嘉秋「ベンチャー・キャピタルと資産証券化のための税務会計 (1) ～ (最終回) —パス・スルー型企業の財務及び会計」税経通信 53 巻 9 号, 53 巻 10 号, 53 巻 11 号, 53 巻 12 号, 53 巻 13 号, 54 巻 1 号, 54 巻 4 号, 54 巻 8 号 (1998、1999)

平野嘉秋「LLC の法務と税務 - 1 - ～ - 21 - 」国際税務 18 巻 4 号, 18 巻 6 号, 18 巻 7 号, 18 巻 9 号, 18 巻 11 号, 19 巻 1 号, 19 巻 3 号, 20 巻 6 号, 20 巻 7 号, 20 巻 9 号, 20 巻 10 号, 21 巻 1 号, 21 巻 6 号, 21 巻 8 号, 21 巻 9 号, 21 巻 12 号, 22 巻 3 号, 22 巻 8 号, 22 巻 10 号, 22 巻 11 号, 23 巻 3 号 (1998、1999、2000、2001、2002、2003)

平野嘉秋「日本版 LLC・LLP と課税上の論点 (1) ～ (16) 」国際税務 24 巻 11 号, 24 巻 12 号, 25 巻 1 号, 25 巻 2 号, 25 巻 3 号, 25 巻 4 号, 25 巻 5 号, 25 巻 7 号, 25 巻 8 号, 25 巻 9 号, 25 巻 10 号, 25 巻 11 号, 25 巻 12 号, 26 巻 1 号, 26 巻 3 号, 26 巻 5 号 (2004、2005、2006)

平野嘉秋「構成員課税における税務会計上の問題点—組成・清算と結合・分割—」租税研究 728 号 (2010)

平野嘉秋「構成員課税における税務会計上の問題点—構成員の新規加入と脱退—」租税研究 740 号 (2011)

増井良啓「組合損益の出資者への帰属」税務事例研究 49 巻 (1999)

増井良啓「投資ファンド税制の国際的側面—外国パートナーシップの性質決定を中心として—」日税研論集 55 号 (2004)

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 69 号 (2003)

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 (2006)

増井良啓「組織形態の多様化と所得課税」租税法研究 30 巻 (2002)

増井良啓「組合形式の投資媒体と所得課税」日税研論集 44 号 (2003)

増井良啓「証券投資ファンド税制の比較」日税研論集 41 号 (1999)

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 6 号 (2001)

佐藤英明「新しい組織体と税制」フィナンシャル・レビュー 65 巻 (2002)

佐藤英明「組合による投資と課税」税務事例研究 50 号 (1999)

佐藤英明「資産流動化と課税—アメリカ法の概観」租税法研究 24 巻 (1996)

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 44 号 (2003)

渋谷雅弘「借用概念解釈の実際」『租税法の発展』有斐閣 (2010)

岩崎政明「金融仲介機関の経済的機能と所得課税のあり方—金融仲介機関に対する法人税は撤廃されるべきか—」租税法研究 30 号 有斐閣 (2002)

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)

高橋祐介「事業体課税論」『新しい法人税法』 (2007)

高橋祐介「パートナーシップ課税」税研 18 巻 1 号 (2002)

高橋祐介「パートナーシップ課税の論点整理と展望 (国際課税の新展開)」国際税制研究 8 号 (2002)

高橋祐介「民法上の組合の稼得した所得の課税に関する基礎的考察—課税時期、所得種類、帰属を中心に」税法学 543 号 (2000)

高橋祐介「共同事業から生ずる所得の課税に関する—考察 (1) (2 完) アメリカ・パートナーシップ課税を素材として」法学論叢 141 巻 6 号, 143 巻 4 号 (1998)

岡村忠生「法人課税の意味」『新しい法人税法』 (2007)

岡村忠生「タックス・シェルターの構造とその規制」法學論叢 136 巻 4-6 (1995)

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 (2004)

本庄資『アメリカの租税政策』税務経理協会 (2007)

本庄資『国際的租税回避—基礎研究—』税務経理協会 (2002)

本庄資、梅辻雅春、須藤一郎『タックス・シェルター事例研究』税務経理協会 (2004)

品川芳宣「法人税性格論の史的考察—配当二重課税論議から事業体課税論議までの軌跡」税大ジャーナル 7 号 (2008)

渕圭吾「匿名組合契約と所得課税—なぜ日本の匿名組合契約は節税目的で用いられるのか?」ジュリスト 1251 号 (2003)

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 69 号 (2003)

川田剛「多様な事業体に対する課税—今、なぜ多様な事業体に対する課税が問題視されるのか」月刊税務事例 37 巻 4 号 (2005)

川端康之「SPV をめぐる課税のあり方—所得課税を中心に」租税法研究 30 号 (2002)

朝長英樹「事業体課税の理論と課題」租税研究 673 号 (2005)

朝長英樹、菅野真美「新たな組合税制のあり方 日本租税総合研究所 法人税法等基本問題委員会の取組み (3)」週刊 T&A master 209 号 (2007)

朝長英樹「租税法律主義という観点から見た現行の事業体課税—事業体課税の法制化の必要性について—」JICPA ジャーナル 18 巻 1 号 (2006)

酒井克彦「組合課税と導管理論に関する—考察 (上) (下) —いわゆる航空機リース事件 (名古屋地裁平成 16 年 10 月 28 日) 判決に触れて—」税務事例 37 巻 5 号, 6 号 (2005)

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 2 号 (2005)

酒井克彦「租税回避否認規定の提案と問題点 (1)」税大ジャーナル 9 号 (2008)

酒井克彦「米国 Limited Liability Company からの分配金に対する課税 (1) (2 完)」比較法制研究 29, 31 号 (2006, 2008)

- 渡邊幸則「チェック・ザ・ボックス規則について」『公法学の法と政策（上）』有斐閣（2000）
- 薦永竜一「多様な事業体における課税の相違」フィナンシャル・レビュー69号（2003）
- 小野傑、渡辺健樹「租税法上の法人概念と先端的金融商品及び国際課税」『国際課税の理論と実務—移転価格と金融取引』（1997）
- 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 21 卷 7 号（2001）
- 渡辺裕康「投資ファンドの課税」『租税法の発展』有斐閣（2010）
- 一高龍司「タックス・シェルターへの米国の規制と我が国への応用可能性」フィナンシャル・レビュー84号（2006）
- 平川雄士「借用概念論に係る国際的企業租税実務上の諸問題」『租税法の発展』有斐閣（2010）
- 成道秀雄「有限責任事業組合の税務」税務事例研究 90 号（2006）
- 横溝大「法人に関する抵触法的考察—法人の従属法か外国法人格の承認か—」民商法雑誌 135 卷 6 号（2007）
- Paul R. McDaniel et al., "Federal Income Taxation of Partnerships and S Corporations"（1991）
- 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（2009）
- 須田徹『アメリカの税法〔改訂六版〕—連邦税・州税のすべて』中央経済社（1998）
- 須田徹『米国のパートナーシップ—事業形態と日米の課税問題』中央経済社（1994）
- 占部裕典「最近の裁判例にみる『租税回避行為の否認』の現状と課題—実体法的・証拠法的観点から—」租税研究 671 号（2005）
- 岡正晶「日本版 LLC と組合課税について」税務事例研究 81 号（2004）
- 西島大充「日本・オランダ租税条約の全面改正」月刊国際税務 別冊 2011.10 税務経理協会（2011）
- 日本公認会計士協会租税調査会研究報告書第 9 号（中間報告）「匿名組合に係る税制について」JICPA ジャーナル 15 卷 10 号（2003）
- 日本公認会計士協会租税調査会研究報告書第 6 号（中間報告）「外国事業体課税のあり方について」JICPA ジャーナル 14 卷 6 号（2002）
- 藤瀬裕司『総解説 証券化ヴィークルの法務と実務』日本経済新聞出版社（2009）
- 藤瀬裕司『新しい流動化・証券化ヴィークルの基礎と実務—新会社法制における日本版 LLC（合同会社）を中心に』ビーエムジェー（2006）
- 我妻榮『民法総則』岩波書店（1965）
- 我妻榮（補訂者 幾代通、川井健）『民法院内 2 民法総則』勁草書房（2009）
- 我妻榮（補訂者 水元浩）『民法院内 11 契約各論 上』勁草書房（2010）
- 我妻榮『債権各論 中巻二（民法講義 5-3）』岩波書店（1962）
- 我妻榮、有泉亨、川井健『民法 2 債権法 第三版』勁草書房（2009）
- 星野英一「民法解釈論序説」『民法論集 第 1 卷』有斐閣（1970）
- 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 卷』有斐閣（1970）

鈴木禄弥『民法総則講義 二訂版』創文社（2003）

鈴木禄弥『新版 注釈民法（17）債権（8）』有斐閣（1993）

内田貴『民法Ⅰ〔第4版〕総則・物権総論』東京大学出版会（2008）

内田貴『民法Ⅱ〔第3版〕債権各論』東京大学出版会（2007）

能見善久、加藤新太郎『論点体系 判例民法6 契約Ⅱ』第一法規（2009）

河上正二『民法総則講義』日本評論社（2007）

遠藤浩、川井健『民法基本判例集 第三版』勁草書房（2010）

佐藤孝幸『実務 契約法講義〔第3版〕』民事法研究会（2007）

近江幸治『民法講義Ⅴ 契約法〔第3版〕』成文堂（2006）

加藤雅信『新民法大系Ⅳ 契約法』有斐閣（2007）

遠藤浩、川井健、原島重義、広中俊雄、水元浩、山本進一『民法（6）契約各論〔第4版 増補補訂版〕』有斐閣（2002）

北川善太郎『債権各論（民法講要Ⅳ）〔第3版〕』有斐閣（2003）

大隅健一郎『商法概説（2）〔三訂版〕』有斐閣（1988）

大隅健一郎『商行為法』青林書院新社（1967）

田中誠二『コンメンタール商行為法』勁草書房（1973）

田中誠二、堀口亘、川村正幸『商法〔十一全訂版〕』千倉書房（1997）

西原寛一『商行為法〔第3版〕』有斐閣（1973）

神崎克郎『商法総則・商行為法通論〔改訂版〕』同文館（1988）

近藤光男『商法総則・商行為法〔第4版補訂版〕』有斐閣（2005）

弥永真生『商法総則・商行為法〔第2版〕』有斐閣（2006）

近藤光男『商法総則・商行為法』有斐閣（2005）

平出慶道『商行為法〔第二版〕』青林書院（1989）

服部栄三、星川長七『基本法コンメンタール第三版/商法総則・商行為法』日本評論社（1991）

江頭憲治郎『株式会社法 第3版』有斐閣（2009）

江頭憲治郎「「外国会社」とは何か―持分会社に相当するものの場合―」早稲田法学 83 卷4号（2008）

江頭憲治郎、大杉謙一、新家寛、伊藤剛、黒田裕「座談会 合同会社等の実体と課題〔上〕」商事法務 1944 号（2011）

景山智全「集団投資スキームにおける課税上の問題点」税務大学校論叢 40 号（2002）

長谷部啓「パス・スルー課税のあり方―組合事業における組合員の課税関係とその諸問題―」税務大学校論叢 56 号（2007）

長谷部啓「外国事業体と国際課税を巡る問題～各国租税法上の法人概念の相違に基因する諸問題を中心として～」税務大学校論叢 59 号（2008）

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―わが国組合税制と米国パートナーシップ税制を中心に―」税務大学校論叢 41 号（2003）

安岡克美「租税回避行為の否認のあり方について―任意組合等を利用した租税回避スキームを中心として―」税務大学校論叢 40 号（2002）

小柳誠「租税法と準拠法―課税要件事実の認定場面における契約準拠法の考察―」税務大学校論叢 39 号 (2002)

山崎昇「匿名組合と国際税務」税務大学校論叢 52 号 (2006)

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―日本版 LLP への対応を考慮に入れて―」税務大学校論叢 52 号 (2006)

川端康之「ビットカーの濫用的タックス・シェルター論」税務大学校論叢 40 周年記念論文集 (2008)

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 ―わが国の課税権の確保と国際的租税回避への対応を中心として―」税務大学校論叢 37 号 (2001)

遠藤克博「企業の海外投資をめぐる会計監査と税制調査の接点―外国パートナーシップに係る組合理型所得計算方式の問題点を中心に―」税務大学校論叢 30 号 (1998)

遠藤克博「匿名組合をめぐる国際課税問題―日本版タックス・シェルターに係る税務調査上の論点―」税大ジャーナル 1 号 (2005)

種五誠二「組合契約における構成員課税の在り方―組合員に係る帰属損益額の計算方法の検討を中心に―」税務大学校論叢 66 号 (2010)

朝長英樹「法人所得の意義と法人税の納税義務者に関する基本的な考え方」税務大学校論叢 51 号 (2006)

白木康晴「外国事業体をめぐる課税上の問題について―アメリカのリミテッド・パートナーシップを中心に―」税大ジャーナル 15 号 (2010)

木村直人「投資ファンドをめぐる課税上の諸問題」税大ジャーナル 8 号 (2008)

野坂照光、藤瀬裕司『Q&A 証券化 SPV―会計・税務の課題と実務処理』清文社 (2010)

さくら総合事務所、永沢徹『SPC&匿名組合の法律・会計税務と評価―投資スキームの実例と実務上の問題点 [第 4 版]』清文社 (2010)

藤本幸彦、鬼頭朱美『投資ストラクチャーの税務 [六訂版]』税務経理協会 (2010)

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)

西村あさひ法律事務所『資産・債権の流動化・証券化 [第 2 版]』金融財政事情研究会 (2010)

ホワイ特&ケース法律事務所、ホワイ特&ケース税理士法人『Q&A 投資事業有限責任組合の法務・税務』税務経理協会 (2010)

田村幸太郎、足立良夫『不動産証券化の法務』シグマベイスキャピタル (2000)

国税庁ホームページ「米国 LLC に係る税務上の取扱い」
<http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/shitsugi/hojin/31/03.htm> (2011 年 12 月 14 日現在)

国税庁ホームページ「平成 17 年度税制改正及び有限責任事業組合契約に関する法律の施行に伴う任意組合等の組合事業に係る利益等の課税の取扱いについて (情報)」
<http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/joho-zeikaishaku/shotoku/shinkoku/060117/01.htm> (2011 年 12 月 14 日現在)

退職所得課税の問題点と解決策
—新たな平準化措置の検討を中心として—

竹之内 和紀

《要約》

所得税法上、所得は10種類に区分されており、その中でも非常に優遇されていると言えるのが退職所得である。退職所得の額は、収入金額から退職所得控除を差し引き、控除後の金額に2分の1を乗じることによって算出することができる。しかし、退職所得課税に関しては様々な問題点がある。まず、そもそも退職所得の範囲が不明確であり、予測可能性の点で問題である。また、制度上、勤続年数が短期間であっても2分の1課税が適用されるなど課税の公平上、問題がある。そこで、論文ではこれらの問題点について考察を行うことを目的としている。

まず、第1章では、退職所得課税の概要を整理するとともに、その問題点を明らかにした。退職所得が優遇されている理由は、退職金が賃金の後払いであること、一般的に老後の生活資金であるというものである。退職所得に該当すれば優遇措置が受けられるが、退職所得の範囲が法令上必ずしも明確ではないため、退職所得に該当するか否かの判断が困難である。さらに、制度上の問題として、2分の1課税は平準化措置として稚拙である。また、退職所得控除は今日における退職金の水準に合致していないという問題があり、これらに関しては検討が必要であることが明らかとなった。

第2章では労働法上の退職金および退職概念を明らかにした。今日において、退職金の支給形態、退職金の金額の算定方法は様々であり、退職金の性格として生活保障説、功勞報償説、賃金後払い説の考え方が混在していると考えられる。退職所得が優遇されているのは3つの性格が混在しているからである。また、労働法上の退職に共通して言えることは意思表示が重要な点である。労働契約の終了は少なくとも一方の意思表示によって成立する。そして、上記のような事由で労働契約が終了した場合、労働法上では退職と考えられる。

第3章では、第2章の考察を踏まえ、税法上の退職について検討した。税法上の退職は労働法上の退職よりも範囲が狭い。それは、退職所得が優遇されているのは、退職金が賃金の後払いおよび退職後の生活保障の性格を有しているからであり、そのような性質を持たない金員については退職所得に該当しないからである。勤務関係が実質的に継続している場合に支給される退職金が、退職所得に該当するためには、賃金の後払いおよび退職後の生活保障の性格を有していることが必要である。そのためには、退職と同視できる事実が必要であり、その範囲は限定的にすべきである。

近年、退職所得に関する裁判が多くなっているが、事実認定は概ね妥当であり、退職所得に該当するか否かの判断は適切にされていると考える。ただし、法人税基本通達9-2-32(2)の持ち株比率要件に関しては合理的とは言えず、混乱を招くため削除すべきである。また、通達では例示形式を採用しているが、実質判断が重要であることを明らかにすべきであると考えた。

第4章では、第1章で明らかとなった問題点の解決策を検討した。まず、現行の退職所

得控除は 20 年を境に急増する仕組みとなっている。これは昭和 63 年から現在まで変化がない。今日では年金形式での支給が増えており、退職金一時金の支給額は減少している。退職所得控除が一般的な水準の退職金に課税しないというものであるならば、現在は 20 年を境に控除額が急増する仕組みを廃止し、1 年間で 40 万円としても問題ないと考えた。

また、平準化の方法としては平成 24 年度税制改正大綱案、5 分 5 乗方式、N 分 N 乗方式、修正 K 方式など様々な方法を検討した。しかし、それぞれ現行制度と比べ計算が複雑であったり、平準化が適切に行われなかったりといった問題点があった。そこで、論文では現行の 2 分の 1 課税を廃止し、新たな平準化措置として、勤続年数 10 年以上に限定したうえで 10 分 10 乗方式を採用することが適切であると考えた。10 分 10 乗方式は退職金を 10 で除して税額を計算するため、計算が複雑ではなく、簡素の点から優れている。また、現在の平均勤続年数は 10 年を超えているから、平均的な退職金には平準化措置が適用される。勤続年数が 10 年未満であっても、平均的な退職金の水準であれば退職所得控除の範囲内であり課税はされないから納税者に酷ということもない。よって、勤続 10 年以上に限り、10 分 10 乗方式を適用することがよいという結論に至った。

目次

はじめに	1
第1章 退職所得課税の概要と問題点	3
第1節 退職所得の定義	3
第2節 退職所得課税制度	4
第3節 沿革	7
1. 制度創設	7
2. 昭和15年改正	8
3. 昭和22年改正	8
4. 昭和25年改正	8
5. 昭和26～29年改正	9
6. 昭和42、48年改正	9
7. 昭和63年改正	11
第4節 退職所得該当性判断基準	11
1. 昭和58年9月9日最高裁第2小法廷判決	12
(1) 概要	12
(2) 下級審判決	13
(3) 最高裁判決	13
2. 昭和58年12月6日最高裁第3小法廷判決	14
(1) 概要	14
(2) 下級審判決	14
(3) 最高裁判決	14
第5節 退職所得の範囲	16
第6節 法人税法上の退職給与	17
第7節 退職所得と給与所得の取り扱いの差異	19
第8節 小活	20
第2章 労働法上の退職金及び退職概念	23
第1節 退職金の性格	23
第2節 退職金の支給実態	25
第3節 労働法上の退職金	27

第4節 労働法上の退職概念	28
1. 解雇	28
2. 契約期間の満了	30
3. 定年	30
4. 合意解約	32
5. 辞職	33
6. 当事者の消滅	33
第3章 税法上の退職概念	35
第1節 所得税基本通達における取り扱い	35
第2節 法人税基本通達における取り扱い	38
第3節 退職により一時に受ける給与	40
第4節 「これらの性質を有する給与」	41
第5節 退職と同視できる事実	42
1. 短期定年制	42
2. 前払い退職金	44
3. 役員の分掌変更等	44
(1) 従業員から役員への昇格	44
(2) 分掌変更	45
イ. 学校法人のケース	47
ロ. 株式会社における分掌変更	48
ハ. 持ち株比率と退職と同視できる事実の関係性	49
第6節 役員退職慰労金の取り扱い	51
第7節 税法上の退職概念	52
第8節 小括	53
第4章 退職所得課税の見直し	55
第1節 退職所得の廃止	55
第2節 年齢制限、金額制限の検討	57
第3節 分離課税の妥当性	58
第4節 退職所得控除の見直し	59
1. 退職所得控除の性質	59

2. 控除額の検討	60
3. 年齢制限の導入	61
第4節 2分の1課税の妥当性.....	62
1. 平成24年税制改正大綱における改正案	63
2. 修正K方式.....	64
3. 5分5乗・N分N乗方式	66
4. 解決策の検討	68
第5節 小活	70
おわりに	73
参考文献・資料等	75

はじめに

我が国の所得税法では、所得を 10 種類に区分している。その中でも退職所得は特に優遇されており、他の所得に比して税負担が軽くなっている。

具体的には、退職所得の優遇措置として以下の 3 点を挙げることができる。すなわち、①所得税法は基本的に総合課税であるのに対して、退職所得は分離課税である点、②勤続年数に応じて控除額が増加する退職所得控除がある点、③退職所得控除を控除した額に 2 分の 1 を乗じた額が退職所得の金額となる点である。このような優遇措置が設けられている退職所得課税であるが、いくつか問題点が存在する。

まず、退職所得の範囲に関する問題がある。退職所得は、所得税法 30 条 1 項で「退職手当、一時恩給その他の退職により一時に受ける給与及びこれらの性質を有する給与」と規定されている。さらに、所得税法 31 条で国民年金法、厚生年金保険法等の規定に基づく一時金等を退職所得とみなすと規定されており、これをみなし退職所得と言う。法令上、退職所得の範囲に関する規定は他に存在しない。日本的経営の 3 種の神器の一つと言われる終身雇用が一般的であったことから、従来は、退職金といえば、定年退職の際に受け取る金員を指すことが多かった。しかし、近年では、そのような退職金以外にも様々なケースで退職金を支給する場合がある。特に、退職金受給後も引き続き同一企業で勤務を続ける場合は、それが退職所得に該当するか否かの判断が難しく、争いになるケースが多い。退職所得の範囲が不明確である以上、法的安定性の面から問題があり、どこまで退職所得として取り扱うべきか検討が必要である。

次に、退職所得課税の計算上の問題である。現在の退職所得課税制度は、昭和 26 年の改正でその骨格が形成されたものである。退職所得課税は給与所得との差が大きいため、訴訟になりやすいと言える。その原因は、上記の 3 つの優遇措置が存在していることにあるが、特に問題であるのは、②の退職所得控除と③の 2 分の 1 課税とである。

現在の制度では退職所得控除額が 20 年を境に急増する仕組みとなっているが、退職金の支給方法、支給金額が変化している今日においても、それが合理的であるのかは検討が必要である。また、勤続年数が短期間であるか長期間であるかに関係なく退職所得控除を控除した後の 2 分の 1 相当額が退職所得の金額になる取り扱い、平準化措置として必ずしも適切とは言えない。退職所得が優遇されている主な理由は、終身雇用が一般的であっ

た時代を反映し、退職金の多くが老後の糧であると言われていたからである。しかし、今日ではそのような性質を有していない退職金も存在していると思われるため、退職所得としてどこまで優遇すべきであるのかについても検討が必要であると思われる。

本稿の構成は以下の通りである。第 1 章にて退職所得課税の概要を整理するとともに、その問題点を明らかにする。退職所得に関する問題点は、退職所得の範囲に関するものと課税方式に関するものに分けられる。そこで、第 2～3 章で退職所得の範囲について、第 4 章で課税方式について検討する。第 2 章で労働法における退職金の性格および退職概念を整理することにより、税法上の退職概念を考える上での参考とする。そして、第 3 章では税法上の退職概念を考察する。具体的には、税法上の退職所得に該当するのはどのような場合であるのか、具体例を取り上げ、それをいくつかのケースに分類して検討し、退職所得の範囲を明らかにする。第 4 章では、第 1 章で明らかにした現行の退職所得課税の問題点の解決策について、数値例を交えながら検討を行う。そこで、新たな課税方式（本稿では T 方式と呼ぶ）を提言する。

以上のように、本稿は退職所得課税の問題点を明らかにし、税法上退職所得として取り扱うべき金員の範囲および退職所得課税の問題点に対する解決策の検討を行うものである。

第1章 退職所得課税の概要と問題点

第1節 退職所得の定義

所得税法では、所得をその性質に応じて10種類に区分している。すなわち、利子所得、配当所得、不動産所得、事業所得、給与所得、退職所得、山林所得、譲渡所得、一時所得及び雑所得である。このように10種類に区分されているのは、各種所得の計算においてそれぞれの担税力を考慮しようとするものである。その中でも、特に優遇されていると言えるのが退職所得である。

退職所得は所得税法30条1項においてその定義がされている。その定義は以下のとおりである。

第30条 退職所得とは、退職手当、一時恩給その他の退職により一時に受ける給与及びこれらの性質を有する給与に係る所得をいう。

ここで、一般的に、退職手当とは、雇用関係ないしそれに類する関係の終了の際に支給される退職給与であり、一時恩給とは、普通恩給を受けることのできる年齢に達しないで退職する場合に支給される給与をいう¹。恩給とは、公務員が一定の年数以上在職して退職した場合や、公務でけがを負ったり病気で退職した場合、また、公務のために死亡した場合において、国が公務員またはその遺族に給付する国家補償の性格を有する年金や特別給付金のことであり公務員が一定の年数以上在職して退職した場合や、公務でけがを負ったり病気で退職した場合、また、公務のために死亡した場合において、国が公務員またはその遺族に給付する国家補償の性格を有する年金や特別給付金のことである。通常、普通恩給は年金形式であったが、一時恩給は一時金として支払われた。ただし、これは共済組合制度に移行しているため、現在問題となることはない。

所得税法30条1項の退職所得の定義では、「退職手当、一時恩給その他の退職により一時に受ける給与」という文言がある。法律上、「A その他のB」は包括的例示であるから、

¹ 金子宏『租税法 第15版』195頁（弘文堂、2010）。

退職により一時に受ける給与の例として退職手当、一時恩給が挙げられているにすぎない²。つまり、退職により一時受ける給与であれば、その名称の如何は問わないものと解される。ただ、基本的に企業を退社する際の退職金がこれに該当することは間違いない。それ以外にも、条文によると「これらの性質を有する給与」に該当する場合には退職所得となる。具体的な例として、従業員から役員へ昇任する際に、従業員だった期間に対して支払われる退職金（これを、打ち切り支給と言う。）などが挙げられる。ただし、退職金であっても、それを年金形式で受け取ることとなっている場合には、退職所得には該当せず、雑所得（所得税法 35 条）に該当することになる。また、退職金相当額を普段の給与に上乗せして支給する制度を選択した場合には退職を伴わないため、退職所得には該当せず、給与所得に該当することになる。すなわち、同じ退職金名義の金員であっても、その支給方法によって、所得税における所得区分は変化することになる。

また、所得税法 31 条において挙げられている一時金については、所得税法 30 条に規定されている退職手当等とみなす旨の規定が設けられており、これをみなし退職所得と言う。所得税法 31 条で退職所得とみなすものとしては、各種の社会保険、共済制度に基づく一時金及び確定給付企業年金に係る規約に基づく退職一時金その他これに類する一時金である。これが所得税法 30 条に規定する一時金と異なる点は、支給者である。所得税法 30 条で規定されている一時金は勤務先の企業から支給されるものであるのに対して、所得税法 31 条における一時金は勤務先以外の者から支給をうけるものである。これらは、過去の勤務に基づいて支給されるという点では同様の性格を有しており、これを税法上、同じ退職所得とみなしているのである³。

第 2 節 退職所得課税制度

退職所得の定義については前述のとおりであるが、退職所得が他の所得に比して非常に優遇されていると言える理由は、退職所得の算定方法にある。ここでは、退職所得の計算方法を概観していくこととする。

退職所得の計算方法としては、まず、その年に受け取った退職金の額から一定の方法により計算した退職所得控除額を差し引く。退職所得控除はその勤務期間に対応した額を控

² 伊藤儀一『税法の読み方・判例の見方 改訂新版』135 頁（TKC 出版、2008）。

³ 注解所得税法研究会『注解所得税法五訂版』605 頁（大蔵財務協会、1997）。

除することができる仕組みである。勤続 20 年までは勤続年数が 1 年を経過するごとに 40 万円の控除を受けることができる。そして、勤続年数が 21 年目からは年間 70 万円の控除が可能である。つまり、20 年目までは毎年控除額が 40 万ずつ増えていき、20 年で 800 万、21 年目からは 70 万ずつ増加となるため、21 年で 870 万、22 年だと 940 万という風に控除額が増加していくこととなる。例えば、大卒で 60 歳まで働いた勤続 38 年の者であれば、退職所得控除は 2060 万円である。つまり、2060 万円までは課税されないことになるのである。退職所得の金額は、上記の方法で計算した退職所得控除額を控除した後の金額に 2 分の 1 を乗じることによって得られる (2 分の 1 課税)。そのようにして算出された金額が退職所得の金額となり、分離課税によって、その額に応じて 5%~40% の 6 段階の税率が適用されることとなる。ちなみに、現行の所得税法では、最高税率の 40% が適用されるのは課税所得の金額が 1800 万円超の場合である。

退職金は、一般的に多額の金銭が一時に支給されることとなるため、通常の給与所得課税の計算によると、適用税率が非常に高くなってしまふことが多い。しかし、退職所得控除が存在するとともに、控除後の 2 分の 1 のみが退職所得の金額となることから、退職所得は他の所得と比べて優遇されていると言えよう。ただし、退職金の支給形態や支給額が従前に比して大きく変化してきている中で、現行の退職所得控除額水準が適切であるのか、また、勤続年数に関係なく 2 分の 1 課税が適用されることが適当であるのかという疑問が生ずる。

また、所得税は基本的に総合課税が採用されているのに対し、退職所得は分離課税となっているのも特徴の 1 つである。通常、所得税の計算上、各種所得は合算され、その合算した額に対して所得税が課される。しかし、退職所得に関しては給与所得などの所得と合算することではなく、退職所得単体で課税される。そこで、退職所得は源泉徴収の対象となっており、退職時に納税まで完結するようになっている。これには、2 つの理由が考えられる。1 つは総合課税として給与所得と合算してしまうと 1 月に退職した場合と 12 月に退職した場合で税負担の差が大きくなってしまふからである。所得税は累進税率が採用されており、所得を合算すると高い税率が適用されてしまふ。従って、分離課税をして、退職月の違いによって税負担の違いが出ないようにしているという考えである⁴。もう 1 つの理由は退職金が一般に退職後の生活資金であるからである。前述の通り、所得税は法人税のように税率が一定ではなく、累進税率であり、他の所得と合算してしまうと税率が高くな

⁴ 佐藤英明『スタンダード所得税法 補正版』179 頁(弘文堂、2010)。

ってしまう可能性がある。退職金は老後の糧である場合が多いと考えられるので、これに高い税率をかけるのは酷であるということが理由だと解されている⁵。

退職所得がなぜこのように優遇されているかという点と、退職金の性質が関係しているものと考えられる。というのも、詳しくは後述するが、退職金は一般的に過去の長期間にわたる勤務の対価の後払いという性質を持っている。そこで、本来は長期間にわたって支払われるものが退職時に支払われることになるので、累進税率の緩和、すなわち平準化措置が必要となるのである。また、労務の対価という点に関しては退職所得も給与所得と異なるところはない。しかし、退職金は退職後の生活を保障するという性格も持ち合わせており、他の所得に比して担税力は低いものと考えられている。従って、これに通常の税負担を求めるのは酷であるため、退職所得控除や分離課税といった優遇措置が設けられているのである。

現行では非常に優遇されている退職所得であるが、近年では、退職所得の優遇措置を見直すべきという声も多い。退職金を年金形式で受給する企業や、退職金の金額を普段の給与に上乗せし、退職金は受給しない、いわゆる前払い退職金形式を採用している企業も散見される。つまり、退職金の支給形態は多様化していると言える。年金形式の場合は一時に支給されるものではないため退職所得には該当せず、雑所得に分類される。同様に、前払い退職金は退職を伴わないため、給与所得に分類される。このように、近年では同じ退職金名義の金員であっても、その支給形態によって所得の分類が異なってくるのである。さらに、退職所得課税が優遇されていることを利用して、普段の給与を抑え退職金に上乗せして税負担の軽減を図ろうとしている企業もあるという指摘がある⁶。これは、そもそも退職一時金が優遇されすぎていることに基因しているのではないかと考えられる。

そこで、平成 23 年度の税制改正大綱にて退職所得課税の一部見直しが盛り込まれた。その内容は、勤続年数 5 年以下の役員等が退職金の支給を受ける場合は、退職所得控除を控除した残額に、2 分の 1 課税を適用しないとするものである。ここでいう役員等は法人税法 2 条で規定されている役員であり、その他にも国会議員、地方議員、国家公務員、地方公務員が対象となっている。なぜこのような改正が必要であるのかについては、平成 22 年の第 13 回税制調査会において次のような理由が挙げられている⁷。すなわち、法人役員

⁵ 金子宏・前掲注(1)197 頁。

⁶ 税制調査会平成 19 年 11 月「抜本的な税制改革に向けた基本的考え方」14 頁。

⁷ 税制調査会平成 22 年 11 月「平成 22 年度第 13 回議事録」3 頁。

の退職慰労金については、比較的短い在任期間でも一般従業員に比べ高額な金額となっており、法人役員が短期で退職慰労金を受け取る場合、累進緩和措置の対象とする合理性は乏しいと考えられるためである。5 年以下にした理由については、役員の平均在任期間が 7 年程度であること、退職金と同じく 2 分の 1 課税が採用されている譲渡所得については、5 年以下の短期譲渡所得については 2 分の 1 課税の適用がないことが挙げられている。この適用対象に議員や公務員も含まれていることから、天下りのような短期間で何回も退職金を受け取る、退職所得課税の趣旨に反した節税行為に対し課税の強化を行ったものと言える。ただし、この法案は今年度の国会で見送りとなったため、現在はまだ 2 分の 1 課税が適用されている。しかし、平成 24 年度税制改正大綱にも同内容が盛り込まれたことから、税制改正法案が国会で可決・成立すれば平成 25 年分以後の所得より適用されることになる。また、今回は 2 分の 1 課税の一部見直しのみであったが、近年で退職所得課税の見直しについて税制調査会で繰り返し議論されており、退職所得課税の見直しが必要な時期に来ていることは間違いないだろう。

第 3 節 沿革⁸

現行制度は第 2 節で確認したように非常に優遇されている退職所得課税であるが、当初は非課税であり、課税されるようになってからも現行制度になるまで多くの改正があった。それらの変遷を辿ることで退職所得課税への理解が深まるとともに、退職所得課税の今後を考える上で参考になると思われる。

1. 制度創設

退職所得課税制度が創設されたのは、昭和 13 年の所得税法改正によるものである。それまでの日本の税制は、所得を 3 種類に分類し、第 1 種を法人所得、第 2 種を公社債の利子、第 3 種を 300 万以上の個人所得とし、第 1 種、第 2 種の所得には低い税率で課税されていた。当時は法人税が独立して存在していなかった時代である。また、譲渡所得などは非課税であったことからわかるように、資産所得に対して重い課税はされず、優遇されていた。退職所得も営利の所得に属さない一時の所得として非課税とされていた。当時の

⁸ 武田昌輔監修『DHC コンメンタール所得税法 2 巻（加除式）』2282 頁以降参照（第一法規、1983）。

考え方として、継続・反覆的に生ずる所得が課税所得であり、一時的、偶発的な所得に関しては課税の対象から除かれていたと考えられる。すなわち、現在のような包括的所得概念ではなく、制限的所得概念の考え方にのっとっていたと言える。それが、昭和 13 年 4 月から、第 2 種所得税の丙(甲：公社債の利子、乙：銀行定期預金利子)として課税がされることになったのである。その際には、5000 円を超える額が課税対象であり、他の所得と区分して累進税率によって課税されていた。

2. 昭和 15 年改正

昭和 15 年の税制改正は大規模なものであった。法人所得は従来、第 1 種所得税として課税されていたが、法人税として独立した。それに伴って、所得税は個人の所得のみ課税対象となった。この改正によって所得税は総合所得税と分類所得税を併用する制度が採用されることになった。所得は不動産所得、配当利子所得、事業所得、勤労所得、山林所得、退職所得の 6 つに分類された。この改正では、勤労性の高い所得ほど税率は低く、基礎控除額が高くなっており、各種所得に応じた担税力に応じて課税がされるようになったと言える。これによって、退職所得という所得の分類ができ、控除額や税率に関しても改正が行われた。

3. 昭和 22 年改正

昭和 22 年といえば、戦後であり、日本国憲法が制定され、それに伴い税制にも変化が見られた。従来の分類所得税と総合所得税が廃止され、原則としてすべての所得を総合して超過累進税率により課税を行う総合課税方式に改められた。この前年の昭和 21 年には譲渡所得等も課税の対象とされ課税範囲は拡大の傾向にあった。総合累進所得税の考え方も初めて採用された。

退職所得に関しては、その年の収入金額の 2 分の 1 に相当する金額が課税標準とされた。所得税は源泉徴収をするとともに、他に所得がある場合にはこれと総合して課税されることとなった。ここで、初めて 2 分の 1 課税が採用された点に注目したい。

4. 昭和 25 年改正

昭和 22 年の税制改正より、税制の基本的転換が図られたが、昭和 25 年の改革によってそれが完成した。昭和 25 年の改正はシャープ勧告に基づくものであり、シャープ勧告の

基本方針は①公平な租税制度の確立、②租税行政の改革、③地方財政の強化である。所得税については、総合累進所得税の考え方を強力に推進する提言がなされた。そこで、キャピタルゲインへの課税、医療費控除などの社会政策的な面を考慮するよう勧告がなされた。

退職所得については、その年の収入金額からその 15%相当額を控除した金額を課税標準とし、特定の場合には 5 年間の平均課税の適用を選択することができることとされた。また、退職所得に対する源泉徴収税額は、その年中において退職所得の支払いを受ける時までに支払いを受けた給与所得の金額につき、扶養控除、不具者控除、基礎控除の各控除を行い、なお、不足額があるときは、これを退職所得の金額から控除し、これら控除後の給与所得の金額と退職所得の 5 分の 1 に相当する金額との合計額に対する税額と、その税額のその合計額に対する割合を退職所得の金額又は控除後の退職所得の金額の 5 分の 4 に相当する金額に乗じて計算した金額の合計金額から、その年中において退職所得の支払いを受けた給与の金額につき源泉徴収された税額を控除した金額によることとされた。この考え方は、詳しくは第 4 章で説明するが、K 方式に近いものである。現行の 2 分の 1 課税よりは平準化措置として優れているように思われるが、この方式は長く続かなかったことを考えると、複雑な方法は受け入れられにくいという難点があったと言える。

5. 昭和 26～29 年改正

昭和 26 年 11 月 30 日の所得税法の臨時特例の法律により、昭和 27 年 1 月 1 日から同年 3 月 31 日までに支給される退職所得については、他の所得と分離して課税し、その収入金額から 15 万円を控除した後の金額の半額を課税標準とし、これに税率を適用することとされた。ここで、退職所得の分離課税制度が採用されたことになる。

その後、昭和 27 年改正において、退職所得の課税標準は、その収入金額から 15 万円を控除した後の金額の 10 分の 5 に相当する金額とされ、現在の課税制度と同様、一定の控除額を控除した後の 2 分の 1 を課税標準とし、他の所得と分離して課税がされることになった。そして、昭和 29 年改正においては、勤続年数に応じた控除額が採用されるなど、この時期に現行制度の骨格が形成されたと言えよう。

6. 昭和 42、48 年改正

昭和 26～29 年に、現行制度の骨格が形成されたことは確認した。これ以降は、現行制度の形になるまで退職所得控除も改正が行われた。昭和 42 年改正においては、控除額が

勤続年数 10 年までは 1 年につき 5 万、10 年超～20 年までは 10 万、20 年超～30 年までは 20 万、30 年超の場合には 30 万となった。なお、昭和 48 年の改正においては、控除額が引き上げられている⁹。ここで、現在の退職所得控除と同様、勤務年数が長くなるほど控除額が増加する方式が採用された。これについては、昭和 41 年の税制調査会中間答申が参考になると思われる。答申の一部は以下の通りである。

「退職所得は永年の勤務に対する勤続報償的給与であると解され、その金額は退職時の給与水準と勤続年数によって決まるのが普通である。勤労に起因する報酬である点において給与所得の変形と考えられるものであるが、それが一時に支給される点や担税力の弱さ等を考慮し、累進性を軽減する意味から、現行制度においても給与所得とは別個に退職所得として、特別の軽減の方途を講じている。しかし、特に永年勤続して老後の生活の安定を願う多くの給与所得者にとって最後の所得という感じから、その税負担のあり方についての批判が強い。まさに退職所得は老後の生活保障的な最後の所得であることにかんがみ、その担税力は他の所得に比べてかなり低いと考えられるので、できるだけ早い機会にその控除額を定年退職者の平均的な退職所得の水準程度まで思い切って引き上げることが望ましい。」

これによると、退職所得は生涯で最後の賃金であり、老後の生活保障的な役割があることから、控除額は平均的な退職所得の水準まで引き上げる、すなわち一般のサラリーマンが受け取る平均的な退職金に関しては基本的に課税しないといった考え方であることがうかがえる。そこで、一般に退職金は勤務年数が長く、定年に近いほど多額になることから、勤務年数が長い者に対して控除額が有利なように設定していると考えられる。さらに、もうひとつ注目すべきであるのが、答申において、退職金の金額は退職時の給与水準と勤務年数によって決まるのが一般的であると述べている点である。当時の時代背景として、定年退職するまで同一企業にて働く終身雇用、賃金は年齢に比例して上昇していく年功序列型賃金が普及していた。つまり、定年時には賃金が高く、勤続年数が長いのが一般的であり、それをもとにして算出された退職金の一般的な金額には課税すべきではないという考えであった。ただし、現在では必ずしも勤続年数と退職時の給与水準だけが退職金の金額算出にあたり、考慮されるとは限らない。

⁹ 勤続年数が 10 年までは、1 年につき 10 万円であり、勤続年数が 10 年を超えるごとに年間控除額が 10 万円ずつ増加していった。

7. 昭和 63 年改正

消費税導入の税制改正と並行して、昭和 63 年 12 月所得税減税が行われた。その減税項目の一つとして、退職所得に係る退職所得控除額について勤続年数 20 年以下については、一年間の控除額が 40 万円、勤続年数 20 年を超える場合はその超える年数に対して 1 年あたり 70 万円の控除が受けられることになった。すなわち、現行の退職所得控除額は減税措置の一環として設けられたものであり、その内容は今日まで変わっていない。

ここまで見てきたように、退職所得については、初めは非課税であったものが、昭和 13 年から課税されるようになり、その後幾度も改正が行われた。昭和 26 年に現行制度の骨格が形成され、その後の改正によって、退職所得控除の額が増加していった。退職所得控除額が増加してきた背景には、物価上昇という面もちろんあるが、社会政策的な面も大きいように思われる。勤続年数に比例して増加する退職所得控除は税制調査会の答申で見たように、一般的な水準の退職金には課税しないという社会政策的な意味合いが強い。退職所得は給与であるという点は給与所得となんら異なることはないが、社会政策的に優遇されることが妥当であるため、退職所得課税は今日のような制度が構築されてきたと思われる。しかし、退職所得課税が現行制度の形になってから、退職金の支給方法や支給額が変化している。特に、昭和 63 年から状況は変わっている。退職金の支給は年金形式を採用する企業が増加しており、一時金形式での支給額は減少してきている。従って、退職所得控除額が一般的な水準の退職金に課税しないという趣旨に合致しているか否か再検討が必要であると考えられる。

第 4 節 退職所得該当性判断基準

退職所得の定義は所得税法 30 条 1 項に規定されており、退職所得に該当した場合には課税上、優遇措置が適用される。それでは、そもそも受領した金員が退職所得に該当するか否か判断する場合は、何を基準にしたらよいだろうか。というのも、退職金という名目で支給された金員が退職所得と必ずしもイコールではないからである。所得税法上、所得は 10 種類に区分されているものの、現実には所得区分が難しい金員も存在する。判断基準が必ずしも明確ではない場合は、最終的に裁判で争われることになる。近年では、退職金を受領した後でも、同一企業にて引き続き勤務するケースがあり、これについては退職

所得に該当する場合と、該当しない場合がある。退職金という名目で支払われる金員は、基本的に企業から支払われる賃金であるため、退職所得に該当しない場合は給与所得に該当することになる。退職所得は優遇されているため、退職所得に該当するのか、給与所得に該当するのかによって税負担が大きく変わる恐れがあり、どちらに該当するのかは非常に大きな問題である。

退職所得に該当するか否かを考える際に、参考となるのが、昭和 58 年 9 月 9 日最高裁第 2 小法廷判決および昭和 58 年 12 月 6 日最高裁第 3 小法廷判決である。これらは、短期定年制における退職金名義の金員が退職所得に該当するのか争われた事案であり、この判決で退職所得該当性判断基準の考え方が示されている。また、この考え方は近年の裁判においても必ず引用されていることから、退職所得該当性判断基準を考える際には最も基本となる考え方であると思われる。以下では、2 つの事案について見ていくこととする。

1. 昭和 58 年 9 月 9 日最高裁第 2 小法廷判決¹⁰

(1) 概要

株式会社 X は、昭和 40 年 12 月に従業員給与規程を改正して、従業員の勤務年数が満 5 年を経過するごとに退職金名義の金員を支給することにした。X はこれらの金員は退職所得に該当し、かつ退職所得控除額の範囲内であるため、源泉徴収すべき所得税は存在しない旨の処理を行った。しかし、所轄税務署長は、本件金員は退職所得ではなく、給与所得であるとの解釈の下、X に対し、昭和 45 年 4 月 15 日付で処分を行った。X は本件各処分の取り消しを求めて出訴したものである。

X がこのような給与規程に改定した背景には、当時、中小企業が退職金を支払えないまま倒産をするケースが相次いだことという事実がある。そこで、確実に退職金を受け取るため、労働組合が一定期間ごとに退職金を支払うように要求したのである。X も経営が順調とは言えず、一時に多額の退職金を支払う財源に乏しかった。そこで、検討の結果、給与規程の 15 条に「退職金は左の場合に支給する。(中略)四、勤務年数が会社設立後又は本人の就業 5 カ年、爾後 5 カ年を経過した時期が到来した場合」と規定し、勤続満 5 年ごとに退職金の支給をするようになったのである。

¹⁰ 税務訴訟資料 133 号 636 頁。

(2) 下級審判決

1 審、2 審判決は、本件金員は退職所得に当たらないとして、原告の要求を棄却した。その理由として、本件においては、形式上は 5 年ごとに退職という形式を採っているものの、5 年経過前と経過後を比較すると、退職したとは言えないというものである。具体的には、退職して再雇用された 1 年目から有給休暇がとれること、中小企業退職金共済制度の掛金を継続して支払っていたこと、再雇用時に特別手続きは不要であり、勤務内容も特段変更がないこと等である。以上のことを考慮すると、実質的に退職したとは言えず、本件金員は臨時的な賞与と同様であると判示している。

(3) 最高裁判決

最高裁判決も下級審判決の考え方を次のように支持している。従業員が退職に際して支給を受ける金員には、普通、退職手当又は退職金と呼ばれているもののほか、種々の名称のものがあるが、それが法にいう退職所得にあたるかどうかについては、その名称にかかわらずなく、退職所得の意義について規定した前記法 30 条 1 項の規定の文理及び右に述べた退職所得に対する優遇課税についての立法趣旨に照らし、これを決するのが相当である。かかる観点から考察すると、ある金員が、右規定にいう「退職手当、一時恩給その他の退職により一時に受ける給与」にあたるというためには、それが、(1)退職すなわち勤務関係の終了という事実によってはじめて給付されること、(2)従来継続的な勤務に対する報償ないしその間の労務の対価の一部の後払の性質を有すること、(3)一時金として支払われること、との要件を備えることが必要であり、また、右規定にいう「これらの性質を有する給与」にあたるというためには、それが、形式的には右の各要件のすべてを備えていなくても、実質的にみてこれらの要件の要求するところに適合し、課税上、右「退職により一時に受ける給与」と同一に取り扱うことを相当とするものであることを必要とすると解すべきである。

右金員は、前記(1)の要件である、勤務関係の終了という事実によってはじめて給付されること、という要件を欠くことは明らかであって、法 30 条 1 項にいう「退職手当、一時恩給その他の退職により一時に受ける給与」にはあたらないものというべきであり、また、実質的にみても、右の要件の要求するところに適合し課税上右の給与と同一に取り扱うことを相当とするものということは困難であって同条同項にいう「これらの性質を有する給与」にもあたらないと解するのが相当である。

ここで、注目すべきなのは、退職所得に該当するか否かの判断基準として3要件が示されたことである。これを踏まえたうえで、次の昭和58年12月6日最高裁第三小法廷判決を見ていくこととする。

2. 昭和58年12月6日最高裁第3小法廷判決¹¹

(1) 概要

原告の会社は中小企業であり、10年定年制を採用した。そこで、勤続満10年を経過した社員に退職金を支払い、それを退職所得としたが、課税庁はそれを認めず給与所得としたため、その退職金名義の金員が退職所得か給与所得か争われた事案である。

原告の会社は、昭和40年ころから経営に行き詰まり、同年9月に会社更生法の適用を申請した。このような状況で、従業員は勤続満10年で定年とし、その時点で退職金を支給し、その後引き続き雇用する場合は再雇用という形にするよう会社に要求をし、企業側もそれに合意した。こうして労使双方の意向が一致し、10年定年制が開始されたのである。

(2) 下級審判決

1審、2審は原告の主張を認め、本件金員は退職所得であると判示した。その理由としては、原告の定年制は租税回避の目的で設定されたものではなく、原告の倒産状態からの再建過程にあって労使双方の一致した意見により採用されたという特殊事情を総合すると、原告の10年定年制は、その後の再雇用の如何にかかわらず、社会一般通念上も退職の性格を有するものと認めるのが相当であるというものである。従って、定年に達した者に一時に支給されるものであること、再雇用後の退職金については再雇用前の10年の勤続期間は加味されないこと、退職所得の制度趣旨等に鑑みると、退職所得に該当するものであると認めるべきであると判断した。

(3) 最高裁判決

最高裁では、下級審とは反対の立場をとり、原審に差し戻すこととした。最高裁の判断では、10年定年制を設けた直接の動機は、主として従業員が早期に退職金を受け取れるようにするためであり、従業員の関心は勤続満10年で退職金を受け取ることができるかど

¹¹ 税務訴訟資料134号308頁。

うかであって、退職しなければならないということは考えておらず、従前の勤務関係がそのまま継続することを当然のこととして予定していたものとみるのが相当であるというものであった。

また、名称はともかく、その実質は、勤務の継続中に受ける金員の性質を有するものというほかはなく、退職所得に該当するための3要件のうち、(1)退職すなわち勤務関係の終了によって初めて給付されることという要件を満たしていないとしている。また、当該金員が「これらの性質を有する給与」にあたるというためには、当該金員が定年延長又は退職年金制度の採用等の合理的な理由による退職金支給制度の実質的改変により精算の必要があった支給されるものであるとか、あるいは、当該勤務関係の性質、内容、労働条件等において重大な変動があつて、形式的には継続している勤務関係が実質的には単なる従前の勤務関係の延長とはみられないなどの特別の事実関係があることを要するものと解すべきところ、原審の確定した前記事実関係のもとにおいては「退職により一時に受ける給与」の性質を有する給与に該当することを肯認させる実質的な事実関係があるということとはできないとした。

ちなみに、本件は差し戻し審判決においても、10年定年制で退職となった15名のうち、実際に退職したのは2名であるが、2人とも自己都合であること、10年定年制の直接の動機は退職金を定年前に受給できることであり、退職金を受け取った段階で退職は考えておらず、使用者側も異なる意識を持っていたとはみられないことなどからすると、形式的には継続している勤務関係が単なる従前の勤務関係の延長とは認められないなど特段の事情の存在はみとめられない。従つて、退職所得とは認められない旨判示している。

ただし、最高裁判決では横井裁判官が反対意見を述べているので、そちらも確認しておく。

「本件のように、従来10年以上勤務しても退職金額はそれ以上増加しない取りきめとなっていて、それに不満を持つ従業員から、10年経過後も勤務年数に応じ退職金額を増額すべきことが要求されている間に、会社の経営が悪化し、会社更生法の適用を見るに至ったため、10年を1区間として勤務関係を精算することとして、それまでの勤務期間に応ずる退職金を支給し、その後も引き続き勤務する者のじ後の退職金の計算についてはすでに経過した勤務期間を計算に入れないこととした場合には、このような退職金につき、税法上退職所得扱いをすることは許されない、とまでいう必要はないと思う。退職という以上その後継続雇用する場合すべての面において全くの新

規採用と同じでなければならない、という理由もない。

(中略) 終身雇用制の場合の退職金に課される所得税については、控除額も高くなり税額も比較的低くなるのに、それを採用せず、退職金につき右控除額が少なくしたがつて税額が比較的高くなるなど不利な取扱いを受けるおそれのある 10 年定年制を、敢えて採用するについては、当該企業に固有の、それなりの事情があるはずであり、このような場合には、かかる事情を考慮し、10 年目に支払われた退職金名義の一時金が従来の継続的な勤務に対する報償ないし精算金的性質を有するものである限り、その経済的実質に着目し、これを税法上の退職所得として取り扱い、右のような不利益を受けることがないように配慮することを違法とまでいう必要はないと考えられる。本件において、被上告人が勤続満 10 年定年制を採用するに至った経緯ないし事情は、原審の確定した事実関係として多数意見の冒頭に記載されているとおりであつて、まさに右のような取扱いを肯認しうるものといえることができる。

したがって、本件係争の退職金名義の金員を所得税法上の退職所得にあたるとした原審の認定判断は正当であり、論旨は採用しえないものであつて、本件上告はこれを棄却すべきであると考ええる。」

以上のように、横井裁判官は 1 審、2 審判決を支持している。最高裁の判断では退職の事実が重要視されているように思われるが、横井裁判官の意見は退職金の経済的実質に着目したものである。最高裁の判決に関しては、概ね賛成の声が多いように思われるが、横井裁判官のような反対意見もあり、意見が分かれているところである。

第 5 節 退職所得の範囲

ここまで見てきたように、退職所得は課税上優遇されており、退職所得に該当するのと給与所得に該当するのでは、大きな差がある。従って、どこまで退職所得として取り扱うべきなのかというのは慎重に判断しなくてはならない。しかし、現状では、退職所得の範囲に関しては法令上、所得税法 30 条 1 項で退職所得の定義がされているのみである。それ以外に、所得税基本通達に退職所得として取り扱うべきケースがいくつか列挙されているに過ぎない。しかし、これは法律ではないため法的拘束力を持たないため、不十分な点もある。さらに、近年は新しいケースが出てきて裁判で争われていることを考えると、今

後も現行の制度のままで適切に対応できるかどうかは疑問である。これは予測可能性、法的安定性の面からは問題であると言える。そうであるならば、現行制度において、退職所得と給与所得の区分は正しくできているのであろうか。

現在は、同一企業にて勤務を続ける場合に関しても退職金が支給されるケースが多く見られるようになってきた。このような場合、先ほどの退職所得該当性判断基準の3要件のうち、退職すなわち勤務関係の終了という事実によってはじめて給付されることという条件は満たさない。従って、これが実質的に所得税法30条1項に言う退職所得に該当するのか判断しなくてはならない。しかし、それが退職所得に該当するか否かを判断するのに、法令上の根拠は所得税法30条1項のみである。通達も例示形式を採っている。このような状況では、判断が困難なケースが生じてしまうことは避けられない。そこで、今後は勤務関係の終了という意味での退職がなくとも、退職所得に該当する場合、すなわち退職と同様に扱うべき場合とはどういう状況であるのかさらに検討が必要になってくると考える。

第6節 法人税法上の退職給与

所得税法上は退職給与に該当するか給与所得に該当するかが問題となるが、法人税法上ではどうなっているのだろうか。法人税法上では、所得税法のように所得が区分されることはないため、退職金は原則として損金の額に算入される。使用人に対する退職金に関しては原則として全額損金算入が認められている。ただし、役員に関しては常に全額損金算入されるかというところではない。法人税法36条によると、内国法人がその役員と政令で定める特殊の関係のある使用人に対して支給する給与（債務の免除による利益その他の経済的な利益を含む。）の額のうち不相当に高額な部分の金額として政令で定める金額は、その内国法人の各事業年度の所得の金額の計算上、損金の額に算入しないと規定されている。

一般的に、役員の退職金は退職時の月額報酬×勤続年数×功績倍率で算出されることが多い。報酬額や勤続年数は一目瞭然であるが、功績倍率に関しては恣意性の入り込む余地がある。特に、役員が受け取る退職金は高額なことが多いため、しばしば争いになるのである。日本の企業のうち、97%は同族会社であり¹²、同族会社は非同族会社では起こり得ないようなことが起きる可能性が十分にある。退職給与で言えば、利益処分として退職金

¹² 国税庁「平成21年 会社標本調査」155頁（2009）。

を通常より高額にするということも十分考えられる。そこで、不相当に高額な部分については、損金の額に算入しないことにしているのである。ただし、所得税法上、そのような規定はないため、法人税法上否認された部分であっても全額退職所得として課税される。つまり、不相当に高い金額であったとしても、それは法人税法上の取り扱いであって、所得税法上は優遇されてしまう。これは、退職金が老後の糧であるという、退職所得が優遇されている趣旨からすると望ましくないように思われる。つまり、不相当に高額な部分というのは利益処分の性格が強いものであり、これを所得税法上非常に優遇されている退職所得として取り扱うのは妥当ではないと考える。そこで、不相当に高額な部分は賞与の性格がより一層強いと考えられるため、何らかの制限をするというのも一つの考え方としてあり得るのではないだろうか。

所得税法上、退職所得に該当するか否か判断が困難なケースが存在する。それは、法人税法上でも同様である。それは、役員に対して支払った給与が役員退職給与に該当するか否かである。法人税法 34 条において損金算入される役員給与が規定されているが、そこでは定期同額給与、利益連動給与、事前確定届出給与の 3 つに限定されている。ただし、退職給与は除くとされている。すなわち、役員退職給与の取扱いは、原則として全額損金算入されるが、不相当に高額な部分に限り、損金に算入することができない。しかし、退職金名義の金員であったとしても、それが退職給与として認められなければ、当該金員は役員賞与となり、法人税法 34 条に規定されている 3 つの給与形態に該当しないため、損金に算入することはできない。

所得税法上、役員の再任や分掌変更が行われた場合でも、退職したと同様の事実がある場合には退職所得として取り扱われる。法人税法上でも退職と同様の事実がある場合には役員退職給与として損金算入できるが、実質的に退職したと認められないケースでは損金不算入となる。法人税法上、使用人が役員になった場合¹³、使用人時代の退職金を打ち切り支給した場合、役員の分掌変更で一定の場合は役員退職給与として認められる¹⁴。分掌変更で一定の場合に関しては後述する。これについては所得税基本通達にも同様の内容が記載されている。記載内容に若干の差はあるものの、基本的な考え方は同じであると思われる。つまり、法人税法上、退職給与として取り扱われるものは所得税法でも退職所得と

¹³ 法人税基本通達 9-2-36。

¹⁴ 法人税基本通達 9-2-32。

して取り扱われると思われるため、これらを特別分けて考える必要はないと思われる¹⁵。
そこで、本稿では退職所得の範囲について考察を行う際に、法人税基本通達なども参考にすることとする。

第7節 退職所得と給与所得の取り扱いの差異

退職所得は給与所得との区分が問題となることが多い。退職所得の定義は「退職により一時受ける給与」であるから、退職という事実に基づいて支給されない限りは給与であり、その場合は給与所得に該当する。従って、裁判で、とある金員の所得区分として退職所得か給与所得か争われるケースが多くなっている。その背景には給与所得と退職所得の課税上の差が大きいことがあげられる。納税者としては税負担が軽い退職所得に該当したほうがいいが、課税庁側としては本来給与所得のものを退職所得として申告されては課税の公平から問題であるため争いになりやすいのである。退職所得の優遇措置については確認済みなので、ここでは退職所得と給与所得の税負担の差を中心に見ていく。

給与所得とは、俸給、給料、賃金、歳費及び賞与並びにこれらの性質を有する給与に係る所得をいうと所得税法 28 条に規定されている。給与所得は雇用契約またはこれに準ずる関係に基づいて提供される個人の非独立的ないし従属的な人的役務の提供の対価としての性質をもった所得ということができる¹⁶。給与所得の特徴としては、控除が実額控除ではなく収入金額の一定割合であることである。通常、所得金額を計算する場合、収入金額から売上原価、販売費、管理費などの必要経費を差し引く。給与所得や退職所得の場合、必要経費ではなく、一定の金額を控除することとされている。退職所得は勤務年数によって退職所得控除の金額が決定される。それに対して、給与所得控除は年間の収入金額から一定割合を控除することができるようになっている。基本的に、収入金額が増えるにしたがって、収入金額に対する控除割合は減少していく。ただし、一定割合ということは控除額が青天井ということを意味する。これについては、給与所得は必要経費の個別認定が難しく、概算で経費を控除できる仕組みとしている弊害である。

そこで、平成 24 年度税制改正大綱では、給与所得控除の見直しが盛り込まれている。その内容は、給与収入が 1500 万円を超える場合の給与所得控除額については、245 万円

¹⁵ 大淵 博義「退職給付を巡る税法上の諸問題の検証(1)」66 卷 8 号頁(2011)。

¹⁶ 武田昌輔監修・前掲注 (8) 1570 頁。

の上限を設けることである。その理由として、給与所得者の必要経費が収入の増加に応じても必ずしも増加するとは考えられないこと、また、主要国においても定額又は上限があること等である¹⁷。つまり、収入金額の一定割合が給与所得控除になる仕組みは実態に合っていない面があり、特に控除額の上限がないことから高額所得者に対し有利な制度であったということだ。退職所得控除は給与所得とは異なり収入金額に関係なく、勤続年数が長くなるほど控除額も大きくなる。従って、給与所得と同様の考え方はできないが、給与所得控除のように、現行制度が実態と合致していないのであれば、退職所得控除は見直す必要がある。

給与所得と退職所得の違いとして控除方法を見てきたが、その他にも退職所得は分離課税、2分の1課税といった優遇措置が採られている。低額所得者であっても勤続年数が長くなると控除額が多くなるため、給与所得と退職所得の差は非常に大きいと言える。役員の退職金などは一般的に高額であるため、場合によっては給与所得課税と退職所得課税の税額差が数百万円になるケースもある。例えば、勤続10年で退職金を3000万円受け取り、その年の給与が1000万円と仮定する。現行制度により別個で税額を計算した場合、給与所得に係る税額と退職所得に係る税額の合計額は391万2千円である。それに対して、両者を共に給与所得として4000万円を課税すると、税額が1172万4千円となり、税負担の差は781万2千円となる。このように給与所得に該当するか退職所得に該当するかによって大きく税負担が異なるため、争いになりやすいのである。さらに、高額所得者に対する給与所得課税が強化されることから税負担の差はさらに拡大する。しかし、両者の境界線は必ずしも明確であるとは言えないところもあり、今後も争いが多発してしまう可能性がある。

第8節 小活

以上のように、退職所得は他の所得に関して優遇されていると言える。一般的に、退職金は金額が大きいため、退職所得に該当するか給与所得に該当するかによって税負担が大きく変わってしまう可能性が高い。そのため、退職所得に該当するか否かは非常に重要な問題である。退職所得該当性の判断基準として、2つの最高裁判決を見てきたが、短期定年制における退職金名義の金員については、最高裁判決では退職所得と認められず、給与

¹⁷ 平成24年度税制改正大綱5頁（2011）。

所得として取り扱われるべきとの判断であった。そこで、退職所得該当性判断基準として 3 つの要件が示された。近年において退職金名義の金員が退職所得に該当するか争われた事案においても、2 つの判例は必ず引用されている。つまり、この 2 つの裁判で示された基準が退職所得該当性判断基準を考える上で最も基本であると言える。しかし、現在は勤務期間の終了という意味での退職がなくとも退職金が支払われるケースなどもあり、その支給形態は以前に比べ多様化している。最高裁で示された判断基準も「これらの性質を有する給与」については明確な判断基準が示されておらず、そのみで全てのケースに対応できるようなものではない。そのような退職所得該当性判断基準が十分とは言えない状況では、判断が困難なケースに直面した際、納税者と国税庁で見解の相違が生じ、今後も訴訟が起こりうる可能性がある。そう考えると、現行制度は、法的安定性や予見可能性の面から問題があるのではないだろうか。

さらに、退職所得課税はその見直しが必要な時期に来ていると言える。退職所得課税に優遇措置が設けられている最大の理由は、退職金が老後の生活資金となることが多いからである。これについては社会政策的な色が強い。通常は給与所得として課税することが妥当であるが、日本では退職金制度が普及しており、さらに終身雇用制度の存在により退職金が老後保障の性格を有していることが多く、退職所得として別の類型を設けて優遇措置を講じているのである。すなわち、現在の制度は終身雇用制度のもと、退職金が老後保障の性格を持つのが一般的であるという前提で創設されたものと考えられる。しかし、現在は老後保障の性格の弱い退職金や、賞与の性格の強い退職金などもあり、その課税方法については検討しなければならない。さらに、現行制度は 2 分の 1 課税が採用されているがこれは勤続年数に関係なく適用されてしまうという問題があり、新たな平準化措置の検討が必要である。

ここで、第 1 章にて確認できた退職所得に関する問題点を整理してみよう。

- ① 退職所得の範囲が不明確なところがあり、法的安定性に欠けるのではないか
- ② 退職所得と給与所得の課税上の負担差が大きすぎるのではないか
- ③ 退職所得控除額は適正であるのか
- ④ 平準化措置として 2 分の 1 課税は不適當ではないか
- ⑤ 不相当に高額な退職金も退職所得として取り扱うことが妥当であるのか

これらの問題点は大きく二つに分けることができる。①については退職所得の範囲に関するものであり、所得税法 30 条 1 項の解釈論である。それ以外は退職所得の課税方式に

関する制度論である。本稿では、第 2～3 章で①について検討を行い、退職所得に該当するケースに関して検討を行う。その上で、第 4 章において②③④⑤の課税方式についての検討を行い、改善すべき点を踏まえ、制度の在り方について提言を行うこととしたい。

第2章 労働法上の退職金及び退職概念

第1章では、現行の退職所得課税制度とその問題点に関して整理を行った。退職所得課税の見直しを行うにつき、まずは税法上の退職に関してその範囲を明らかにして、適切な所得区分ができていないか検討しなくてはならない。しかし、税法上、退職の定義は明確ではない。そこで、税法上の退職について検討するにあたり、その参考として労働法上の退職概念および退職金の性格を参考にすることとする。

第1節 退職金の性格

労働法上の退職について見る前に、まずは退職金の性格や現状について確認していく。そもそも、退職金制度は日本固有のものであると言われている。退職金の由来は、雇い主が使用人に対し独立の業を営む権利「のれん」をおくる習慣に発したものである。当時の退職金制度は、主人側と使用人側の双方が積み立て、年季明けで退職する者に金一封をおくる慣行であった。「のれん分け」が市場の飽和や初期コストの増大で容易ではなくなる中、代わりの報償制度として発生したのかもしれない¹⁸。

日本では、従来から、日本的経営3種の神器は終身雇用、年功序列、企業別組合であると言われている。日本では、欧米諸国と比べると転職者数は少なく、一度企業に勤めたら定年に達するまで同一企業で勤務する、いわゆる終身雇用が一般的であった。さらに、年功序列型賃金、すなわち勤務年数が長くなるほど、賃金もそれに比例して高くなる賃金制度が普通であった。退職金制度についても、基本的には勤務年数が長い者ほど、支給額が多い傾向にあると考えられる。というのも、伝統的な退職金制度では、退職時における基本給をベースとして退職金の額が算定されるからである。

退職金の性格については、諸説あるが、代表的なものとして3つの見解が存在する。すなわち、①功労報償説②賃金後払い説③生活保障説である¹⁹。以下ではこの3つの考え方

¹⁸ 大湾 秀雄、須田 敏子「なぜ退職金や賞与制度はあるのか（特集 その裏にある歴史）」日本労働研究雑誌 51巻4号18頁（2009）。

¹⁹ 他にも、労働減価償却説等があるが、有力となっているのはこの3つの考え方である。

について見ていくこととする。

① 功労報償説

功労報償説は、退職するまでの勤務期間における労働者の業績および企業への貢献度を評価し、その功績、功労に対する報償として、退職に際し支給する金員であるとする説である。この考え方は、退職金を恩恵的な贈与とみる点を重視するものである。近年のポイント制退職金制度、役員の退職慰労金などは、その算定方法からしてこの功労保障の側面が強いと言える。また、役員に対する退職慰労金も同様に、功労報償の面が強い。

② 賃金後払い説

賃金後払い説は、退職金は賃金の一部を退職時に後払いするものであるという考え方である。つまり、通常の賃金である給与と、退職金として労務の提供がすべて終わった後に支給される給与が存在するということになる。この考え方は、賃金が労働力の価値よりも低く支払われてきた時代に形成された説で、退職時に未払い分の賃金を退職金として支給するものである。この考え方では、退職金はあくまで賃金であり、賃金の一部が退職時に一時に支払われるものということになる。

③ 生活保障説

生活保障説は、退職金は、労働者の退職後の生活を補償しようとするものであるという考え方である。一般に、退職金の支給金額算定上、自己都合による退職に対して、会社都合退職や定年退職のほうが、支給係数が大きくなっているのは、退職金によって老後生活を保障するという点を明確にしたものと言える。退職金には年金形式で支給するものがあるが、年金形式で支給するものについては、より一層退職後の生活保障の性格が強いと言える。

退職金の性格としては以上のような3つの考え方が代表的である。では、退職金の性格としてどの考え方が適当であるかという点、これを1つに限定するのは難しい。というより、1つの性格のみを持っていると考えるのは適切ではない。退職金の性格として、上記の3つの性格が混在していると考えるのが適切であり、実際にその考え方が通説となっている。

退職所得が優遇されているのは、退職金は退職時という一時に多額の金員が支給され、それが老後の糧であることが多いからであると解されている。退職金が賃金であれば、それは給与所得として課税してもいいように思われる。功績報償説の考え方によると、退職金は過去の勤務に対する評価であるから賞与の様な性質を持っていると言える。しかし、生活保障説のように、退職後の生活保障の一面を持っているからこそ、課税上優遇されていると言える。また、賃金後払い説の考え方のように、賃金の後払いの性格を有していることから、平準化が必要となるのである。退職所得として優遇すべきなのは、上記の性格を有している金員のみである。そう考えると、第1章第4節で見た退職所得に該当するための3つの要件は、これを満たせば、その退職金は功労報償説、賃金後払い説、生活保障説で言う性格を有することとなるため、妥当なものであると考える。

第2節 退職金の支給実態

現行の所得税法が創設されてから、退職金の支給形態が様変わりしている。退職金といえば、退職時に一時に支払われる退職一時金というのが一般的であった。現在でも、退職一時金を支給する企業の数も多く、退職金と言えば退職一時金をイメージする者が多いと思われる。しかし、今日においては、一時金の他にも、年金形式で退職金を支給する企業も多くなってきており、退職金制度はその制度が普及した当時と比べ多様化していると言える。さらに、そもそも退職時に退職金は支給しない代わりに、退職金相当額を勤務期間中に支給される給与に上乗せするといった制度も存在する。これは、1998年に松下産業株式会で導入された制度で、前払い退職金制度などと呼ばれている。この制度は、退職金の1年分に相当する金額をその都度、ボーナス等に上乗せして受け取るというものである。このように、支給方法も様々であり、同じ一時金形式の退職金であっても金額算定方法が異なるなど退職金の性格も様々であると思われる。それでは、現在の退職金制度はどのようになっているのだろうか。

まず、今でも数多くの企業が採用していると思われるのが退職一時金制度である。厚生労働省の調査によると、退職一時金を採用している企業の割合は 87.2%(そのうち、一時金と年金の併用が 31.9%)となっており、多くの企業で退職一時金制度が存在しているこ

とがうかがえる²⁰。退職一時金の支給額に関してはその算定方法がいくつか存在するが、大きく分けると基本給連動型と基本給非連動型に分けることができる。基本給連動型とは、退職一時金の算定基礎を退職時における賃金に求めるものであり、従来はこの方法を採用している企業が多かったと思われる。先ほどの厚生労働省の調査によると、退職一時金の算定基礎を退職時における賃金に求めている企業は 56.6%であり、半数以上の企業が退職時の賃金をベースに退職金を支給している。なぜ、このような制度が普及したかといえ、退職時の賃金が算定基礎であれば、年功序列型の賃金の影響で、定年まで働き続けた方が退職金の額が増加することになり、社員の囲い込みに資するからである。

それに対して、退職時の賃金を算定基礎にしない制度も増えてきている。具体的には、別テーブル式やポイント制が挙げられる。別テーブル式とは、等級別や役職別に定めた係数を設定して、それに勤続年数に応じた基準額を乗じて支給額を算出する制度である。ポイント制とは、勤続ポイントや資格ポイントなどを設定し、それに単価や退職事由係数を乗じて退職金の金額を算定する制度である。いずれの制度においても、基本給は関係してこないことから、勤続期間における功績に対して支給するという点で、基本給を基礎とする制度に対して功労報償の性格が強くなっていると言える。なお、退職金の原資の確保方法によって、退職金の積み立てを社内で行う社内積立型と、外部で行う社外積立型の二つがある。厚生労働省の調査では、退職一時金の支払い準備形態が社内準備である企業が 64.2%と一番多くなっている²¹。

次に、退職金の支給形態として年金形式が挙げられる。近年では、大企業を中心に年金形式の退職金制度を持っている企業が増加している。厚生労働省の調査では、年金形式の退職金が存在する企業は退職給付制度がある企業のうち 44.7%（退職一時金との併用を含む）である²²。代表的なものとして厚生年金基金および適格退職年金がある。ただし、適格退職年金に関しては、平成 24 年 3 月をもって廃止されることが決定しており、現在は適格退職年金からの移行が行われている。近年は確定拠出年金や確定給付企業年金への移行が進んでいる。

現在は、退職金制度の見直しを行う企業が増えてきている。退職一時金制度の見直しを行う企業が全体の 14%程度であり、退職年金制度の見直しを行った企業は全体の 10.2%で

²⁰ 厚生労働省「平成 20 年就労条件総合調査」19 頁（2009）。

²¹ 厚生労働省・前掲注（20）20 頁。

²² 厚生労働省・前掲注（20）19 頁。

あった²³。

第3節 労働法上の退職金

それでは、労働法上で退職金はどのような位置づけなのだろうか。労働法において、退職金の法的性質について、直接規定が設けられているわけではない。労働基準法では、賃金について、11条に「この法律で賃金とは、賃金、給料、手当、賞与その他名称の如何を問わず、労働の対償として使用者が労働者に支払うすべてのものをいう。」と規定されている。さらに、同24条に、「賃金は、通貨で、直接労働者に、その全額を支払わなければならない。ただし、法令若しくは労働協約に別段の定めがある場合又は厚生労働省令で定める賃金について確実な支払の方法で厚生労働省令で定めるものによる場合においては、通貨以外のもので支払い、また、法令に別段の定めがある場合又は当該事業場の労働者の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がないときは労働者の過半数を代表する者との書面による協定がある場合においては、賃金の一部を控除して支払うことができる。」と規定されている。第2項において、「賃金は、毎月一回以上、一定の期日を定めて支払わなければならない。ただし、臨時に支払われる賃金、賞与その他これに準ずるもので厚生労働省令で定める賃金（第八十九条において『臨時の賃金等』という。）については、この限りでない。」と規定されている。

労働法上において、退職金は同法11条の賃金に該当するか否かが問題となることが多い。この点に関して、行政解釈では「結婚祝金、死亡弔慰金、災害見舞金等の恩恵的給付は原則として賃金とみなさない。ただし、結婚手当等であって、労働協約、就業規則、労働契約等によってあらかじめ支給条件の明確なものは賃金である²⁴。」とされており、あらかじめ支給条件が明確なものに関しては、賃金であると考えられている。現在は就業規則で退職金の規定がある企業が多いと思われるため、基本的に退職金も賃金であると言ってよいだろう。最高裁においても、「本件退職金は、就業規則においてその支給条件が予め明瞭に規定され、Y会社が当然にその支払義務を負うものというべきであるから、労働基準法11条の『労働の報償』としての賃金に該当」と判断されている。

²³ 厚生労働省・前掲注（20）22頁。

²⁴ 昭22.9.13発基17号

第4節 労働法上の退職概念

税法において、退職という概念は明確に定義されているものではない。それでは、労働法上では退職がどのような概念として捉えられているだろうか。労働法上で雇用契約が終了する場合としては、解雇、期間満了、定年、合意解約、辞職、当事者の消滅が挙げられる。つまり、これらの事由をもって退職と考えられる。そこで、ここではそれぞれどのような場合であるのか見ていくこととする。

1. 解雇

解雇とは、使用者の一方的な意思表示によって、労働者との雇用契約を解除することである。雇用契約が解除され、労働者は会社を離れるわけであるから、当然税法上も退職になる。労働者が自らの意思で退職を申し出る辞職と違い、解雇は使用者が労働者との契約を解除しようとするものであるため、労働者のその後の人生に多大な影響を与える可能性もある。よって、解雇が無制限に行われるのは避けなければならない。民法において、契約自由の原則が存在するため、使用者が解雇を自由にしても問題ないように思われる。しかし、前述の理由から労働法上では、解雇について様々な制限を設けている。具体的には、労働契約法 16 条において、「解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効とする。」と規定されており、不合理な解雇が行われないよう制限している。

解雇はいくつかに分類することができる。まず、使用者が労働者を解雇しようとする際、解雇まで一定の期間を設ける予告解雇である。民法 627 条 1 項において、「当事者が雇用の期間を定めなかったときは、各当事者は、いつでも解約の申入れをすることができる。この場合において、雇用は、解約の申入れの日から二週間を経過することによって終了する。」と規定されている。同様に、第 3 項では「六箇月以上の期間によって報酬を定めた場合には、前項の解約の申入れは、三箇月前にしなければならない。」と規定されている。つまり、2 週間ないし 3 カ月前に解雇予告が必要であるのである。それに対して、労働基準法 20 条では、使用者は、労働者を解雇しようとする場合においては、少なくとも 30 日前にその予告をしなければならない旨の規定がなされており、労働者の解雇に関しては 30 日前の解雇予告が必要としている。労働基準法 20 条は、後半に「天災事変その他やむを

得ない事由のために事業の継続が不可能となった場合又は労働者の責に帰すべき事由に基いて解雇する場合においては、この限りでない。」と規定されているところから、一定の場合には予告期間がない解雇、すなわち即時解雇も可能である。天災事変その他やむを得ない事由とは、事務所が火災で焼失してしまった場合などであり、納税者の責に帰すべき事由とは、労働者が金員の横領をするなど、重大な罪を犯してしまった場合などである。

次に、使用者の目的の違いによる、普通解雇、懲戒解雇および整理解雇である。整理解雇および懲戒解雇以外の通常の解雇は普通解雇と呼ばれている。

普通解雇は、懲戒解雇以外の解雇であり、労働者が病気で入院しており回復の兆しがない場合や、怪我のために業務を執行することが困難になってしまった場合、労働者の技能が著しく低い場合などに行われる。整理解雇とは、普通解雇の一種であるが、企業が経営上必要とされる人員削減のために行う解雇である²⁵。つまり、事業継続が困難な場合における人員整理である。整理解雇については、法律で明確に定義されているものではなく、裁判を通して形成されてきたものである。整理解雇の有効性の判断として4要件が確立している。整理解雇の4要件とは①整理解雇の必要性、②整理解雇の回避努力義務、③基準・選定の合理性、④労使交渉等の手続きの合理性である。この4要件を満たさない場合には、解雇権の乱用とみなされる。

懲戒解雇とは、使用者が懲戒の目的で行われる解雇である。懲戒解雇事由の例として、労働者の労働の懈怠や、道徳的非行、横領・傷害など企業内外の犯罪行為などがある。懲戒解雇と普通解雇は、使用者の目的が異なるに過ぎないが、懲戒解雇に関しては解雇予告を行わない即時解雇であるとともに、退職金の不支給や大幅な減額が行われるケースが多い²⁶。普通解雇の意思表示も懲戒解雇の意思表示も労働契約を一方的に終了させるという点では相違ないが、本質的な相違があるということが判例・学説上でも指摘されている²⁷。

以上のような解雇は、使用者の解雇意思が労働者に届くことが必要になる。解雇を労働者に知らせる方法として、口頭で伝える方法、文面で知らせる方法などがあるが、その方法については規定が特にされていないため、どの方法を採用するかは使用者次第ということになる。ただし、現実では争いを避けるため口頭と文面の両方で行うケースが多いようである。そして、使用者の解雇意思により労働契約が解除されたとき、退職となるのであ

²⁵ 菅野和夫『労働法 第10版』(弘文堂、2011)。

²⁶ 小西國友『労働法』386頁(三省堂、2008)。

²⁷ 小西國友・前掲注(26) 386頁。

る。

ここまで見てきたように、解雇とは使用者が一方的に労働者との契約を解除する行為である。その理由は、職務技能の欠如、体調上の問題、経営上必要な人員削減、労働者の犯罪行為など様々であるが、使用者の意思により、労働者は退職せざるを得ない状況になるため、解雇には法律上で一定の制限がされている。労働者が解雇の不正を訴えてきた場合に、使用者は「客観的に合理的な理由」および「社会的相当性」を立証しなければ解雇は無効であるというのが一般的である²⁸。

2. 契約期間の満了

労働契約に期間の定めがある場合には、労働契約は所定の期間の経過によって自動的に終了し、それに従って労働関係も終了する。ただし、契約期間満了後も、引き続き勤務しており、使用者および労働者がなにも異議を述べなかった場合は、前の契約と同じ条件で更新されたものと推定される（民法 629 条 1 項）。契約期間の満了に伴い、退職金が支払われた場合、基本的に税法上の退職にも該当すると言える。しかし、契約の更新ごとに退職金を受給する場合については、労働法上は退職となるかもしれないが、税法上は退職になるとは限らない点は注意が必要である。

3. 定年

労働者がある一定の年齢に達したことを理由に労働契約が終了する制度を定年制（停年制）という。定年制については最高裁昭和 43 年 12 月 25 日判決²⁹(秋北バス事件)で次のように述べられている。すなわち、「定年制は、労働者が所定の年齢に達したことを理由として、自動的に、又は解雇の意思表示によって、その地位（職）を失わせる制度であるから…(中略)… 停年制は、一般に、老年労働者にあつては当該業種又は職種に要求される労働の適格性が逡減するにかかわらず、給与が却って逡増するところから、人事の刷新・経営の改善等、企業の組織および運営の適正化のために行なわれるものであつて、一般的にいて、不合理な制度ということとはでき」ないとしている。つまり、定年制は終身雇用、年功序列賃金制度を前提に、労働者は高齢になるにつれて労働力は低下していくものの、賃金は増加していくことになるため、経営上必要となってくる制度ということになる。実際

²⁸ 岩瀬誠編著『論点・争点 現代労働法』414 頁（民事法研究会、2006）。

²⁹ 民集 22 卷 13 号 3459 頁。

に、日本でもほとんどの企業が定年制を採用している³⁰。

定年制は、労働者が一定の年齢になったことを理由に労働契約を終了させる制度であるが、定年に達したという事実によって自動的に終了するものを定年退職制といい、定年に達したという事実によって使用者が解雇の意思表示をすることによって終了するものを定年解雇制という。定年解雇制は労働者が定年に達した際に、あくまで使用者が解雇の意思表示を行うものであるから、解雇の一種であると言える。定年退職制の場合、労働契約が本来ならば期間の定めのないものとして、適法に解雇や辞職の意思が表示されるまで継続すべきであるところ、定年に達したという理由により自動的に終了することになるため、労働者と使用者との間で定年が自動契約終了の原因であることの合意が必要となる³¹。

現在、定年制の年齢については、定年制を設ける場合に 60 歳を下回することは許されない(高齢者雇用安定法 8 条)。ただし、当該事業主が雇用する労働者のうち、高年齢者が従事することが困難であると認められる業務として厚生労働省令で定める業務に従事している労働者については例外としている。ただ、例外はほんの一部であるので基本的には定年制を採用する場合には 60 歳以上が義務付けられていると言える。

さらに、現在は定年が 65 歳まで引き上げられている最中である。これは、少子高齢化の進行によって、労働力人口が減少し、我が国の経済力の低下を危惧したという理由と、年金の受給開始年齢まで雇用が続くようにといった 2 つの理由があるようだ。これにより直ちに定年を 65 歳まで引き上げなければならないわけではない。雇用主は 3 つの選択肢のうち、1 つを選択すればよい。1 つは、定年制の引き上げ、2 つ目に継続雇用制度の導入、最後に定年の廃止である。定年又は継続雇用制度の対象となる年齢は段階的に引き上げればよく、平成 18 年 4 月 1 日～平成 19 年 3 月 31 日までに 62 歳へ、その後 3 年ごとに 1 歳ずつ上げ、最終的に平成 25 年 4 月 1 日からは 65 歳となる。

継続雇用制度は、大きく 2 つに分けることができる。1 つは再雇用制度であり、もう 1 つは勤務延長制度である。再雇用制度は、従来の定年に達した場合、一度契約は終了となり、新たに契約を結びなおすものである。契約が新しくなるということは、勤務条件などは定年に達する前と必ずしも同じである必要はなく、双方の合意があれば、賃金や勤務時間等を変更しても構わないということになる。法律上、定年前と契約内容が異なってい

³⁰ 厚生労働省が行った平成 23 年度就労条件総合調査によると、調査企業のうち、92.9% が定年制を採用している。同調査によると、社員数が多くなると、99% 近くの企業が定年制を採用している。

³¹ 小西國友・前掲注 (26) 421 頁。

けないという規定はなく、企業の状況に応じて様々な契約内容が考えられる。それに対して、勤務延長制度は定年に達した労働者を、退職という形式はとらずに、そのまま雇用契約を継続させる制度である。この場合、退職という形をとらないため、再雇用制度とは違って労働条件の変更が難しいという特徴がある。

以上のように、定年制度とは、労使双方の合意を前提に、定年に達した事実を理由として労働者との契約が自動的に終了するものであり、今日においては定年とする年齢が 65 歳まで段階的に引き上げられている。定年という事由によって契約が終了する場合、労働法上、税法上ともに退職に該当することとなる。また、再雇用制度を採用した企業が、一旦契約を終了させ、新たに契約した場合にそれまでの期間に係る退職金を受給した場合、税法上も退職となるケースが多いと考える。

4. 合意解約

使用者と労働者の間に締結されている労働契約を双方の合意により将来に向け終了させることや、そのような合意を合意解約という。さらに、使用者と労働者間の契約を過去にも遡及して終了させることを労働契約の合意解除という。合意解約に必要なのは、労働者と使用者間の合意である。つまり、どちらかが合意解約の申し込みを行い、もう一方が承認することで合意契約が成立すると考えられる。将来的に、両者の勤務関係が終了することになる点に関しては、辞職等と変わらないように思われるが、解雇や辞職は一方の意思表示であり、もう一方はそれを承認することになる。

解雇や辞職は一方の意思表示で効果が発生するのに対して、合意解約は両者の合意によって成立するものであるからこの点は異なるところである。合意解約が成立するためには、労働者または使用者のどちらか一方が合意解約の申し込みを行い、もう一方がそれを承認することとなる。両者の合意があれば、基本的にその効果は発生するものの、一定の場合には効力が否定されたり、効力が無効になったりすることがある。さらに、合意解約であったとしても、解雇として取り扱われる場合³²も存在する。合意解約によって、使用者と労働者間の契約が切れ、労働者が会社から去る場合は税法上も退職したと考えられるが、合意解約後に新たな契約を結ぶ場合に関しては税法上、退職になるケースとならないケースがあると考えられる。

³² このような場合は擬制解雇と呼ばれる。

5. 辞職

辞職とは、労働者が将来に向けて労働関係を終了させるための一方的な意思表示である。解雇は使用者からの一方的な意思表示であるのに対して、辞職は労働者からの一方的な意思表示であり、一方的な意思表示によって労働契約が終了されるという点は同じであるが、意思表示を行う者が異なる。

辞職に関しては、基本的に使用者の承諾はなくとも辞職は成立することになる。解雇に関しては、労働者の生活に重大な影響を与えることになるため、一定の制限があるのは前述のとおりであるが、辞職に関しては理由がなくとも適法に辞職の意思表示を行うことができる。解雇の際に見たように、民法 627 条 1 項で、雇用期間の定めがない場合には、労働者が辞職の意思表示をしてから 2 週間を経過すると労働契約が終了することとなる。これは、就業規則で退職する際は 1 月前に申し出ることとされていたとしても、合理的な理由がない限りは民法 627 条の規定が優先されることとなる。第 2 項では、期間によって報酬を定めた場合には、解約の申入れは、次期以後についてすることができるが、その解約の申入れは、当期の前半にしなければならないとされている。これは完全月給制の場合は月の前半に辞職の意思表示を行えば、その次月には退職することができるというものである。第 3 項では、6 か月以上の期間によって報酬を定めた場合には、前項の解約の申入れは、3 か月前にしなければならないとされている。例えば、年俸制のような、期間が 1 年となっている場合には、退職する 3 カ月前に意思表示を行わなければならない。

ただし、この規定は雇用期間の定めがない場合であるため、1 年契約の契約社員などには当てはまらない。雇用期間に定めがある場合には、基本的にその契約期間の満了をもって辞職する必要がある。つまり、契約更新を行わないということである。

6. 当事者の消滅

当事者の消滅によって退職となるケースも存在する。基本的には労働者が死亡してしまった場合、会社が解散となってしまった場合などがこれに該当する。当事者の消滅という事由は、税法上も労働法上も退職になる点は一致する。

労働法上の退職についてはここまで見てきたようなパターンが存在する。労働法上の退職に関して、共通することは意思表示が必要な点である。解雇は使用者から労働者へ、辞職は使用者から労働者へ一方的に意思表示がされる。定年は一定の年齢に達したことを事

由に退職することであり、あらかじめ合意がなされている。合意解約も両者の合意によって労働契約が解約されるものであり、お互いが意思表示をしなくては成立しない。つまり、労働法上、退職に必要なのは意思表示であり、意思が相手に届きその効力が発生することになる。そして、労働契約の終了をもって退職になると考えられる。ただし、労働法上は退職と考えられる場合であっても、税法上は退職とみなさないケースがあると考えられる。それは労働法と税法では目的が違うからである。そこで、次章では、税法上の退職を検討していくこととする。

第3章 税法上の退職概念

労働法上の退職については、お互いの意思表示が重要であり、労働契約の終了によって退職と考えられるということを第2章で確認した。それに対して、税法上の退職はどうなっているのだろうか。一般的には、退職というのは辞職や解雇、定年などの事由によって企業との雇用契約(委任契約)が終了すると理解されている。この点は労働法上と同じである。しかし、契約が終了し、企業から離脱する場合は退職と違って問題ないが、企業から離脱せず、契約の種類が変更になった場合など、契約は一度終了するものの、実質的に勤務関係が継続している場合は、税法上、退職と扱うのであろうか。民法や労働法上では退職と考えられるかもしれない。ただし、税法上では必ずしもそうとは限らない。本章では、税法上退職と言える場合、すなわち退職所得として扱うべき場合に関して考察を行う。

第1節 所得税基本通達における取り扱い

退職所得の定義は法30条1項において規定がされているが、法令上はそれ以外に退職について手掛かりになるところはない。所得税法では、通達において退職所得の範囲に関する考え方が示されおり、退職所得に該当する例が列挙されている。具体的には以下の通りである。

所得税基本通達 30-1

退職手当等とは、本来退職しなかったとしたならば支払われなかったもので、退職したことに基因して一時に支払われることとなった給与をいう。したがって、退職に際し又は退職後に使用者等から支払われる給与で、その支払金額の計算基準等からみて、他の引き続き勤務している者に支払われる賞与等と同性質であるものは、退職手当等に該当しないことに留意する。

所得税基本通達 30-2

引き続き勤務する役員又は使用人に対し退職手当等として一時に支払われる給与のうち、次に掲げるものでその給与が支払われた後に支払われる退職手当等の計算上その給与

の計算の基礎となった勤続期間を一切加味しない条件の下に支払われるものは、30-1にかかわらず、退職手当等とする。

(1) 新たに退職給与規程を制定し、又は中小企業退職金共済制度若しくは確定拠出年金制度への移行等相当の理由により従来の退職給与規程を改正した場合において、使用人に対し当該制定又は改正前の勤続期間に係る退職手当等として支払われる給与

1 上記の給与は、合理的な理由による退職金制度の実質的改変により精算の必要から支払われるものに限られるのであって、例えば、使用人の選択によって支払われるものは、これに当たらないことに留意する。

2 使用者が上記の給与を未払金等として計上した場合には、当該給与は現に支払われる時の退職手当等とする。この場合において、当該給与が2回以上にわたって分割して支払われるときは、令第77条((退職所得の収入の時期))の規定の適用があることに留意する。

(2) 使用人から役員になった者に対しその使用人であった勤続期間に係る退職手当等として支払われる給与（退職給与規程の制定又は改正をして、使用人から役員になった者に対しその使用人であった期間に係る退職手当等を支払うこととした場合において、その制定又は改正の時に既に役員になっている者の全員に対し当該退職手当等として支払われる給与で、その者が役員になった時までの期間の退職手当等として相当なものを含む。）

(3) 役員の分掌変更等により、例えば、常勤役員が非常勤役員（常時勤務していない者であっても代表権を有する者及び代表権は有しないが実質的にその法人の経営上主要な地位を占めていると認められるものを除く。）になったこと、分掌変更等の後における報酬が激減（おおむね50%以上減少）したことなどで、その職務の内容又はその地位が激変した者に対し、当該分掌変更等の前における役員であった勤続期間に係る退職手当等として支払われる給与

(4) いわゆる定年に達した後引き続き勤務する使用人に対し、その定年に達する前の勤続期間に係る退職手当等として支払われる給与

(5) 労働協約等を改正していわゆる定年を延長した場合において、その延長前の定年（以下この(5)において「旧定年」という。）に達した使用人に対し旧定年に達する前の勤続期間に係る退職手当等として支払われる給与で、その支払をすることにつき相当の理由があると認められるもの

(6) 法人が解散した場合において引き続き役員又は使用人として清算事務に従事する者に対し、その解散前の勤続期間に係る退職手当等として支払われる給与

所得税基本通達 30-2-2

30-2 の 2 使用人（職制上使用人としての地位のみを有する者に限る。）からいわゆる執行役員に就任した者に対しその就任前の勤続期間に係る退職手当等として一時に支払われる給与（当該給与が支払われた後に支払われる退職手当等の計算上当該給与の計算の基礎となった勤続期間を一切加味しない条件の下に支払われるものに限る。）のうち、例えば、次のいずれにも該当する執行役員制度の下で支払われるものは、退職手当等に該当する。

(1) 執行役員との契約は、委任契約又はこれに類するもの（雇用契約又はこれに類するものは含まない。）であり、かつ、執行役員退任後の使用人としての再雇用が保障されているものではないこと

(2) 執行役員に対する報酬、福利厚生、服務規律等は役員に準じたものであり、執行役員は、その任務に反する行為又は執行役員に関する規程に反する行為により使用者に生じた損害について賠償する責任を負うこと

（注）上記例示以外の執行役員制度の下で支払われるものであっても、個々の事例の内容から判断して、使用人から執行役員への就任につき、勤務関係の性質、内容、労働条件等において重大な変動があつて、形式的には継続している勤務関係が実質的には単なる従前の勤務関係の延長とはみられないなどの特別の事実関係があると認められる場合には、退職手当等に該当することに留意する。

通達によると、退職所得に該当するためには、基本的に退職の事実によって金員が支払われることが前提となっている。この点は、最高裁昭和 58 年 9 月 9 日第 2 小法廷判決によって示された 3 要件の①と対応している。さらに、実質的に勤務関係が継続している場合で退職所得に該当するためには、打ち切り支給であることが必要である。その上で、退職と同視すべき事実がある場合には退職所得として認めている。ただし、ここに記載されているのはあくまで例示であるため、これに当てはまらなかったら退職所得に該当しないというわけではない点が判断を困難にしている。逆に、役員の分掌変更などでは、形式的に通達の要件を満たしただけでは退職所得に該当するとは言えない。

近年、役員の分掌変更で訴訟が多いのはこのように通達で例示の形式を採用していることが大きいと考えられる。つまり、通達の要件を形式的に満たしていることのみで退職所得として処理をし、それが否認されるというケースが多いのではないだろうか。この点に関しては、通達は例示形式を廃止して、最高裁昭和 58 年 9 月 9 日判決が言う、特別な事実関係に該当するか否かの実質判断が重要視されるといった点を明確化すべきといった指摘³³もある。

第 2 節 法人税基本通達における取り扱い

法人税基本通達 9-2-28 から 9-2-39 で退職給与についての記述がある。これは基本的に所得税基本通達 30 と同様の内容となっている。第 1 章第 7 節で確認した通り、退職所得と退職給与が同じものである以上、当然のことである。ただし、役員の分掌変更等に関しては、所得税基本通達 30-2 (3) よりも法人税基本通達 9-2-32 の方が詳細に記述されている点に注目したい。

法人税基本通達 9-2-32

9-2-32 法人が役員の分掌変更又は改選による再任等に際しその役員に対し退職給与として支給した給与については、その支給が、例えば次に掲げるような事実があったことによるものであるなど、その分掌変更等によりその役員としての地位又は職務の内容が激変し、実質的に退職したと同様の事情にあると認められることによるものである場合には、これを退職給与として取り扱うことができる。

- (1) 常勤役員が非常勤役員（常時勤務していないものであっても代表権を有する者及び代表権は有しないが実質的にその法人の経営上主要な地位を占めていると認められる者を除く。）になったこと。
- (2) 取締役が監査役（監査役でありながら実質的にその法人の経営上主要な地位を占めていると認められる者及びその法人の株主等で令第 71 条第 1 項第 5 号《使用人兼務役員とされない役員》に掲げる要件のすべてを満たしている者を除く。）になったこと。
- (3) 分掌変更等の後におけるその役員（その分掌変更等の後においてもその法人の経営上

³³ 矢田 公一「退職給与の支給に関する課税上の問題」税務大学校論叢 70 号 65 頁(2011)。

主要な地位を占めていると認められる者を除く。)の給与が激減(おおむね 50%以上の減少)したこと。

(注) 本文の「退職給与として支給した給与」には、原則として、法人が未払金等に計上した場合の当該未払金等の額は含まれない。

法人税法における退職給与と所得税法の退職所得は異なるものではないため、基本的には所得税基本通達と法人税基本通達の退職所得(退職給与)に関する記述に異なるところはない。しかし、分掌変更等の記述に関しては法人税基本通達 9-2-32の方がさらに詳細に例が挙げられている。所得税基本通達 30-2 (3)では、常勤役員から非常勤役員が例として挙げられているが法人税基本通達 9-2-32では取締役から監査役への分掌変更も例として挙げられている。特に(2)で「その法人の株主等で令第71条第1項第5号³⁴に掲げる要件のすべてを満たしている者を除く」となっているところが所得税基本通達と大きく異なるところである。これは取締役から監査役になった場合でも、同族会社の役員で、持ち株比率が多く、法人税法施行令第71条第1項第5号の要件を満たすときは退職給与として認められないということである。

法人税法上の退職給与と所得税法の退職所得が異なるものと解せない以上、このように通達に差異があるのは望ましいことではなく、記述内容の統一化が図られてしかるべきではないだろうか³⁵。どちらにせよ、これらの要件を形式的に満たしたとしても退職と同視

³⁴ 法人税法施行令第71条第1項

五 前各号に掲げるもののほか、同族会社の役員のうち次に掲げる要件のすべてを満たしている者

イ 当該会社の株主グループにつきその所有割合が最も大きいものから順次その順位を付し、その第一順位の株主グループの所有割合を算定し、又はこれに順次第二順位及び第三順位の株主グループの所有割合を加算した場合において、当該役員が次に掲げる株主グループのいずれかに属していること。

(1) 第一順位の株主グループの所有割合が百分の五十を超える場合における当該株主グループ

(2) 第一順位及び第二順位の株主グループの所有割合を合計した場合にその所有割合がはじめて百分の五十を超えるときにおけるこれらの株主グループ

(3) 第一順位から第三順位までの株主グループの所有割合を合計した場合にその所有割合がはじめて百分の五十を超えるときにおけるこれらの株主グループ

ロ 当該役員の属する株主グループの当該会社に係る所有割合が百分の十を超えていること。

ハ 当該役員(その配偶者及びこれらの者の所有割合が百分の五十を超える場合における他の会社を含む。)の当該会社に係る所有割合が百分の五を超えていること。

³⁵ 石川欽也「退職所得を巡る諸問題に関する一考察 - 打ち切り支給のケースを題材として

できる事情がない場合には退職給与（退職所得）として認められない点は注意が必要である。

第3節 退職により一時に受ける給与

所得税基本通達を見てもわかるように、税法上の退職は労働契約の終了によってのみ判断されるものではない。労働契約が終了し、企業を離脱した場合はもちろん退職であるため、退職所得に該当する。労働契約が終了し、同一企業との新たな契約に移行した場合には退職所得に該当する場合としない場合がある。これはどのように考えればよいのだろうか。

まず、所得税法 30 条 1 項において、退職所得が定義されている。それによると、退職手当、一時恩給その他の退職により一時に受ける給与及びこれらの性質を有する給与と規定されている。この条文によると、退職所得に該当するためには、退職により一時に受ける給与もしくはこれらの性質を有する給与であることが必要である。退職所得の意義を考えるに当たって、「退職」、「一時」、「これらの性質を有する給与」の意味することを解明する必要がある³⁶。

最高裁昭和 58 年 9 月 9 日第二小法廷判決によると、退職により一時に受ける給与に該当するためには、①退職すなわち勤務関係の終了という事実によってはじめて給付されること、②従来継続的な勤務に対する報償ないしその間の労務の対価の一部の後払の性質を有すること、③一時金として支払われることの 3 要件を満たすことが必要ということであった。労働者は退職金の支給を受けた後、企業を離れるのが普通であり、そのような場合、退職金に退職後の生活保障の意味合いが出ることから、退職所得として優遇措置が受けられるのであって、①は非常に重要な要件である。②の要件は、退職金が勤務に対する報償、賃金の後払いであるというものであるが、その性質を有していることで 2 分の 1 課税が受けられるのである。逆に、退職金の名目であっても、単なる利益処分である場合には臨時的な賞与であり退職所得に該当しないということである。③の要件は、一時金形式であるということだが、一時金形式で多額の退職金であるからこそ、優遇されていると考

-」月刊税務事例 41 巻 10 号 6 頁（2009）。

³⁶ 酒井克彦「退職所得課税における『退職』と支給との因果関係」月刊税務事例 38 巻 4 号 48 頁（2006）。

えられるため、年金形式での支給のように③の要件を満たさない場合には退職所得に該当しないと考えられる。つまり、②又は③の要件を満たさない場合は、基本的に退職所得に該当しないものと考えられる。ただし、①の要件に関しては、勤務関係の終了という意味の退職がなくとも、退職所得として取り扱うべき場合が存在すると考えられる。その場合、これらの性質を有する給与に該当するのである。

第4節 「これらの性質を有する給与」

所得税法30条1項の後半に「これらの性質を有する給与」という文言がある。つまり、退職により一時に受ける給与に該当しなくとも退職所得になる場合があるということである。これらの性質を有する給与というのは、退職により一時に受ける給与の性質を有する給与であることは言うまでもない。

退職により一時に受ける給与の性質としては二つ考えられる。一つは賃金の一括後払いの性質、もう一つは退職後の生活保障の性質である。これらの性質を持っているからこそ、退職所得は優遇されているのである。従って、これらの性質を持ち合わせていない金員については、退職所得として取り扱う必要性はない。そこで、最高裁はその性質を満たす金員を判断する基準として3要件を示したのである。このような性質を持ち合わせているか否かはどうやって判断すべきだろうか。

賃金の一括後払いの性質というのは、通常の退職金であれば当然に持ち合わせている性質であると考えられる。退職後の生活保障の性質に関しても、勤務関係の終了という意味での退職があった場合には当然持ち合わせていると考えられる。ただし、役員等が引き続き同一企業にて勤務する場合に関しては、このような性質を持っていると言えるのかという疑問が生ずる。役員であれば、退職金という名目であったとしても利益処分、すなわち臨時的な賞与であるという可能性もある。特に、実質的に勤務関係が継続している場合には賃金の一括後払いの性質は有しているとしても、3要件のうち①の要件を満たさないわけであるから実質的に①の要件を満たし、退職と同視できる事実があるか否かが重要になる。②及び③の要件を満たしており、形式的には①が満たされていない場合であっても、実質的に①の要件を満たしているときにも、退職後の生活保障の性質を有していると思われるため、退職所得として取り扱って差し支えないと考える。つまり、勤務関係が形式的に継続していても、実質的に退職したと言える事実が認められれば退職所得となるのであ

る。実際、裁判で争われているものは役員絡みの事案が多く、実質的に①の要件を満たすか否かが問題となっている。

第5節 退職と同視できる事実

退職所得に該当するか否か判断する際、最高裁昭和58年9月9日第2小法廷判決において示された3要件のうち、実質的に①の要件を満たすか否かが問題となる場合が多い。それでは、実際の裁判例を通して退職と同視できる事実はどういった場合であるのか、退職所得に該当するか否か、その判断について考察を行う。

1. 短期定年制

まず、第1章第4節で取り上げた最高裁昭和58年9月9日第2小法廷判決、最高裁昭和58年12月6日第3小法廷判決のような短期定年制はどうだろうか。短期定年制は勤続年数が5年、10年といった期間で定年とし、その後必要ならば再雇用するというものである。裁判所の判断では、短期定年制は形式的に再雇用の形を採っていたとしても実質的には従前の雇用関係が継続しているとして、退職により一時に受ける給与に該当せず、これらの性質を有する給与に該当する特段の事情もないとして退職所得に該当しないとした。この判断は正しいと考える。

確かに、この退職金制度は租税回避目的ではないが、いったん退職したといっても労働者に退職の意思がない場合は例外なく再雇用され、再雇用後は新入社員と全く同じ待遇というわけではない。このような場合、退職したとまでは言えないのではないだろうか。さらに、退職金の性質として賃金の後払いの性質を持っている点は疑う必要はないが、退職後の生活保障の性質を持っているとは言い難い。そもそも、この退職金制度が設けられた理由は、労働者側としては確実に退職金を受け取るためであり、企業としては退職時に一括で支払うよりも一定期間ごとに支払ったほうが資金面でも有利という双方の考えが合致したからである。つまり、本来は退職時に受け取る退職金を確実に支給するために5年、10年ごとに支給したものであり、分割で退職金の前払いをしているのと同様である。従って、基本的に短期定年制における退職金は退職所得に該当しないと考えられる。

一旦雇用契約が終了し、直ちに再雇用した場合、退職所得に該当するのであれば、租税回避に使われてしまうなど問題点も多い。退職所得に該当するためには、再雇用が約束さ

れているものではないこと、勤務条件や勤務内容が従前と異なるなど条件を備えていることが必要であるとする。本件では、別の選択肢も考えられたことから、そのような退職金制度を選択した以上、課税上給与所得に分類されてしまうのはやむを得ない。

金子宏東京大学名誉教授は、所得税法 30 条の「退職」は、雇用関係ないしそれに準ずる関係の終了ないしそれらの関係からの離脱を意味するところの社会的観念としてとらえるべきであり、租税法上の固有概念であると述べておられる³⁷。この見解は多くの者に支持されている。それに対して、山田二郎氏は、短期定年制における退職金は、仮に退職の事実が生じていないとしても退職金の性質を有する給与と言うべきであり、退職所得に分類すべきと述べておられる³⁸。両者の見解は退職の事実を重視するか、退職金の経済的実質を重視するかという違いがある。筆者は金子氏の退職の事実を重視する見解を支持する。それは、退職所得が優遇されているのは退職後の生活保障の性格を有していることが大きい、生活保障の性格を有するのは退職の事実が存在しているからである。退職もしくはそれに準ずる事実がなければ、それは退職後の生活保障の性格を有しているとは言い難く、退職所得として優遇すべき理由はない。それは実際に裁判でも退職の事実重点が置かれていることから明らかである。

企業と労働者の契約は通常、雇用契約である。短期定年制のような同一企業との契約の変更前後で契約の種類が同じ、特に雇用契約から雇用契約である場合に関しては退職所得に該当するケースはかなり限定的になると思われる。例えば、定年制が 60 歳の企業で 60 歳に達した者が一度退職し、従前と全く異なる内容の雇用契約を結び、65 歳まで働くこととなった場合の 60 歳で受け取る退職金がこれに該当する³⁹。雇用契約が終了後、すぐに同一企業と新しく雇用契約を結ぶとき、上記のような例外を除いて原則的には退職所得に該当しないと思われる。つまり、通常の退職金と同様に扱っても差支えないケースのみが退職所得になると思われ、その範囲はかなり限定的である。

ちなみに、山田氏は短期定年制における退職金を退職金の分割支払いと表現している。現在は退職金を支給せずに通常の給与に上乗せして支給する前払い退職金制度を採用している企業もあることから、この点に関しても検討をしてみたい。

³⁷ 金子宏「判批」判時 1139 号 182 頁 (1985)。

³⁸ 山田二郎「所得税法における所得の分類」民商法雑誌 78 巻臨時増刊 4 号 307 頁 (1978)。

³⁹ 所得税基本通達 30-2(4)。

2. 前払い退職金

退職金を退職時に支給せずに在勤中の給与に上乗せして分割して支給するものが、前払い退職金である。この制度は松下電器産業が 1998 年の新入社員から導入したもので、当時注目を集めた制度である。現在、退職金の前払いについては退職所得として認められておらず、給与所得として取り扱われている。

この点に関して、前払い退職金は退職金の性質を有する給与として、認められるべきであり、所得税法の改正が必要といった見解もある⁴⁰。しかしながら、退職金の前払いを退職所得として認めることは無理があると考ええる。退職金は退職時に賃金が一括で後払いされるところに優遇される理由がある。前払いに関しては、退職という事実は全くないため、退職後の生活保障の性格は有しない。さらに、普段の給与に上乗せするということは、退職金が本来の給与に戻っただけである。退職金は賃金の後払いであるから、その前払いは元に戻り通常の賃金ということになる。短期定年制はその賃金が 5 年、10 年という期間ごとに支払われたものであり、給与の一部の一括後払いに過ぎないとも言える⁴¹。本来、給与として支払われるものが退職時に一括後払いされるからこそ退職所得として優遇されるのであって、それが本来の給与として支給される限り、退職所得として取り扱う余地はないと考える。

3. 役員の分掌変更等

退職所得に該当するか否か一番問題となりやすいのが役員関係である。役員の場合は、会社法で任期が定められているため、再任や分掌変更が行われることが多い。その際に退職慰労金が支払われる場合があるが、これが退職給与（退職所得）に該当するののか否か争われるケースが近年多くなっているように思われる。その原因は第 1 節で述べたように、通達で例示形式が採られているため、退職の事実を形式的に作りだす行為が横行しているからであると考ええる。そこで、役員が受け取る退職慰労金で退職給与になるケースについて検討してみよう。

(1) 従業員から役員への昇格

まず、役員ではない従業員が役員になるケースである。この場合は、一度労働者との雇

⁴⁰ 山田二郎「退職金前払い制度と税務上の取り扱い」東海法学 25 巻 17 頁（2001）。

⁴¹ 金子宏・前掲注（37）182 頁。

用契約を合意解約し、新たに委任契約を結ぶことになる。わが国では、この雇用契約を結んでいた期間に対する退職金を、役員昇格時に支払うのが一般的であるが、これは退職所得として認められている⁴²。この場合、企業を離脱しているわけではないため、退職により一時に受ける給与とは言い難い。そうすると、「これらの性質を有する給与」と言えるのかどうか問題である。この場合、賃金の後払いという性質を有していることは疑いようがない。そうすると、問題は退職後の生活保障の性格を有しているか否かということになる。一般に、雇用契約で労働者として働くのと、委任契約で役員として法人の経営に従事するのでは法的身分に大きな差がある。役員は会社に対し委任または準委任の關係に立ち、善管注意義務（民法 644 条）を負い、取締役は会社に対して忠実義務（民法 355 条）を負う。それに違反して会社に損害を与えることになれば、民法上の債務不履行の一般原則（民法 415 条）によって会社に対して損害賠償責任を負うことになるはずである⁴³。さらに、株主代表訴訟⁴⁴を提起される恐れもある。労働者は労働法で一定の保護を受けているのに対し、役員は責任が非常に重く就任後にすぐ解任される恐れもある。つまり、契約が雇用契約から委任契約へ変更され 1 年で解任され無職になるといったケースもあり得るのである。そうすると、このような法的身分の変更は変動が大きいものであるといえる。

近年では、使用人から執行役へ就任する際に支払われた退職金が退職所得か否か争われた大阪地裁平成 20 年 2 月 29 日判決⁴⁵においても、「執行役就任により、その性質、内容、労働条件等において重大な変動を生じたというべきであり、執行役就任後の勤務關係は、実質的にみて、執行役就任前の勤務關係の単なる延長とみることはできない。」と執行役の身分について判断されている。また、本来は退職時に受け取る予定であったものを役員への昇格という事由によって精算すること自体、不合理であるとも言えない。そうすると、通常の退職時に受け取る退職金同様、生活保障の性格も持ち合わせていないとまでは言えず、退職所得として取り扱うのが妥当である。

（2）分掌変更

次に役員の分掌変更等について検討する。雇用契約から委任契約への変更は退職所得と

⁴² 所得税基本通達 30-2 (2)。

⁴³ 神田秀樹『会社法 第 10 版』222 頁 (2008)。

⁴⁴ 株主が会社を代表して取締役などの役員の法的責任を追及するために訴訟を提起するものである（会社法 847 条）。

⁴⁵ 判例タイムズ 1267 号 196 頁。

なるが、委任契約から委任契約の場合はどうであろうか。役員の場合は、任期が決まっているため、再任や分掌変更など短期間で一度契約が切れる。しかし、実際は再任されたり、別の役職に就いたりすることが多い。役員は会社の経営に従事しているため、その辺りは従業員よりも自由が効く。そうすると、契約が切れたからといって退職所得に該当すると判断するのは早計であり、その範囲はかなり限定的にすべきである。

近年、多くの裁判で争われているのが役員の分掌変更である。そこで、第1節、第2節で確認した内容を踏まえて実際に裁判で争われた事例を見てみることにする。以下は分掌変更等の際に支払われた退職金が退職給与（退職所得）に該当するか否か争われたものを表にまとめたものである。判断は○印であれば退職給与として認められたということである。

分掌変更等に係る退職金に関する裁判

日時（裁判所）	役職変更	株式	給与額	判断
平成 17 年 2 月 4 日 （東京地裁）	前：代表取締役 後：非常勤取締役	100%保有	前:210 万 後:110 万	×
平成 17 年 12 月 6 日 （東京地裁）	前:代表取締役 後:取締役	95%保有	前:250 万 後:50 万	×
平成 18 年 2 月 10 日 （京都地裁）	前:a→代表取締役 b→取締役 後:a→取締役 b→監査役	a とその妻及び b で 100%	前:a→95 万 b→20 万 後:a→45 万 b→8 万	a:× b:×
平成 18 年 11 月 28 日 （裁決）	前:代表取締役 後:会長	不明	2 分の 1 以下	○
平成 20 年 2 月 29 日 （大阪地裁）	前:校長 後:学長		前:149 万 後:117 万	○
平成 20 年 6 月 27 日 （東京地裁）	前:代表取締役 後：監査役	親族 3 人で 100%	前:31 万 後:0 円	○
平成 21 年 3 月 10 日 （長崎地裁）	前:取締役 後:監査役	親族で 100%	前:20 万円 後:20 万円	○

平成 23 年 4 月 14 日 (京都地裁)	前:校長、学院長 後:理事長		前:160 万円 後:70 万円	○

イ. 学校法人のケース

この中で特殊なものが二つある。大阪地裁平成 20 年 2 月 29 日判決⁴⁶と京都地裁平成 23 年 4 月 14 日判決⁴⁷である。二つの裁判では、学校法人という特殊な例であるが、学校法人内での役職変更の際に支払われた退職金が退職所得に該当するか否かが争われた。契約前後で役職が異なるものの、同じ学校法人内での話であるから、これも一種の分掌変更と言えるかもしれない。

両裁判では、同一法人内での勤務は続いていることから、退職により一時に受ける給与とは言えないとしながらも少なくとも「これらの性質を有する給与」には該当すると判断されている。二つの事案に共通している点は①退職時の年齢が 70 歳以上と高齢で勤務年数も長いこと、②職務内容が大幅に軽減され、その内容も対外的事務等が中心であること、③報酬が減少していること、④打ち切り支給であることである。判決においても、この 4 点を考慮して退職所得と認定している。特に重要なのが②である。理事長や学長の仕事範囲は狭小であり、教育現場に関する権限も持ち合わせていない。つまり、理事長、学長への就任は、従前の勤務に関する功績を評価され、引退後の名誉職への着任であると言えるのである。京都地裁判決では、名誉職創設の為、新たに付属機関が設置されていることから明らかである。そう考えると、このような場合は、所得税基本通達 30-2 (4) の定年に達した後引き続き勤務する使用人に対し、その定年に達する前の勤続期間に係る退職手当等として支払われる給与と同様の性質があると思われる。従って、退職所得として取り扱うのが妥当である。

ただ、京都地裁が次のように述べている点は興味深い。すなわち、京都地裁は「B が支給された 3 億 2000 万円という金額をみると、そのうち退職所得控除額及びその額を控除した残額の 2 分の 1 が非課税となるというのは、上記の趣旨を超える優遇であるようにもみえる。しかし、所得税法及び同法基本通達において、優遇措置の対象となる退職所得の額に上限は定められておらず、退職金額が高額であることのみで、退職金としての性質が否定されるものではない。… (中略) …さらにいうなら、原告が公益法人たる学校法人で

⁴⁶ 判例タイムズ 1268 号 164 頁。

⁴⁷ 今村隆「判批」ジュリスト 1429 号 100 頁 (2011)。

あり、課税に優遇措置が講ぜられた結果形成されたともいえる原告の資産から、Bへの退職金が捻出されている点も、過剰な優遇のようにみえなくはない。しかし、これらの点をもって、所得税法その他の法令や通達に反するといえるものではなく、また、実質的にこれらの規範を潜脱するものともいえず、租税法制の選択の結果にすぎないというほかない。」と述べている。確かに、現行の退職所得税制は2分の1課税が採用されており、勤続が短期の者、高額所得者ほどその恩恵を受けることができる。現行制度ではこのような退職所得まで優遇していいのかという疑義を払拭することができないのは当然かもしれない。

ロ. 株式会社における分掌変更

次に、株式会社における分掌変更の事例について検討する。上記イ以外の事例は全て株式会社での役職変更であり、その際に支払われた退職金が退職給与に該当するか否か争われている。役員退職慰労金は賞与の性格が強いものも多く見られると思われるため、その判断は慎重にしなければならない。例えば、再任で任期ごとに退職慰労金が支払われた場合、勤務内容も報酬も変わらないのであれば、税法上退職の事実があったとは認められないのである⁴⁸。では、どのような場合に退職と同視できる事実があると言えるのだろうか。

所得税基本通達 30-2、法人税基本通達 9-2-32 によると、分掌変更の事実があること、退職により報酬が激減していること、分掌変更後に経営上の主要な地位を占めていないなどの事実が必要であると考えられる。退職所得として認められなかったケースが表では3件あるが、東京地裁平成17年12月6日判決⁴⁹に関しては、そもそも代表取締役から平取締役になっただけ、すなわち代表から退いただけであり、これを退職と同様に扱うのは無理があるとする。東京地裁平成17年2月4日判決⁵⁰や京都地裁平成18年2月10日判決⁵¹は形式的には分掌変更の事実があり、報酬も激減していることから形式的にはこれらの要件を満たしているように思われる。しかし、裁判所の判断では退職と同視できる事実がないと判断されている。その要因として大きいのは会社が同族会社であったこと、分掌変更後も経営に従事していたことである。東京地裁平成17年2月4日判決では、代表取

⁴⁸ 村木慎吾「是認事例に学ぶ分掌変更と退職と同様の事情の立証策」税理 52 巻 15 号 198 頁（2009）。

⁴⁹ 税務訴訟資料 255 号順号 10219。

⁵⁰ 税務訴訟資料 255 号順号 9925。

⁵¹ 税務訴訟資料 256 号順号 10309。

締役から非常勤取締役となり、報酬も激減しているため、形式的には通達の要件を満たしている。しかしながら、実際は代表取締役退任後も経営に従事しており、後任の者が業務を統括していたとは言えないことから、退職と同視できる事実は存在しないと言ふべきである。

それに対し、判決に疑問が生じるのは京都地裁平成 18 年 2 月 10 日判決である。判決では、a、b ともに退職と同視できる事実はないという判断であった。a に関しては実質的に分掌変更後においても経営上主要な地位を占めていることが判断の決め手となっている。さらに、a については期中に給与を 75 万から 95 万に増額し、そこから代表取締役退任後に 45 万へ減額している。つまり、意図的に報酬激減の要件を満たすように操作した疑いがあり、a に関する判断は妥当であると言える⁵²。

b に関する裁判所の判断は、b の持ち株比率が 4 割であること、分掌変更後も勤務内容が激変していないことから取締役から監査役になったとしてもそれだけで退職と同視することはできないというものである。これに関しては説得力がなく、疑義が生ずる。というのも、取締役時代から b は以前から懇意にしていた 1~2 社に顔を出す程度であり、監査役就任後はそれもなくなっていたことから、実質的に業務からは身を引いていたと考えることもできる。そうであるならば、退職給与として認める余地はあるように思われる⁵³。また、同族会社の第 1 位株主順位という要件に拘束される必要もないという指摘もある⁵⁴。以下では、持ち株比率と退職と同視できる事実の関係性について検討を行う。

ハ. 持ち株比率と退職と同視できる事実の関係性

持ち株比率と退職と同視できる事実の関係性を検討する際、重要となる裁判例が東京地裁平成 20 年 6 月 27 日判決⁵⁵および長崎地裁平成 21 年 3 月 10 日判決⁵⁶である。両判決は、どちらも取締役から監査役への分掌変更が行われたケースである。報酬に関して前者は報酬が 0 円になっており、激減していると言えるが後者は報酬額に変化はない。共に退職給与として認められていることから、所得税基本通達及び法人税基本通達の要件は例示であり、これを形式上満たしていないからといって退職給与に該当しないわけではない。逆

⁵² 品川芳宣「判批」税研 130 号 101 頁（2006）。

⁵³ 品川芳宣・前掲注（52）102 頁。

⁵⁴ 渡辺充「判批」税務事例 39 巻 4 号 6 頁（2007）。

⁵⁵ 税務訴訟資料 258 号順号 10977。

⁵⁶ LEX/DB 文献番号 25451417（判例集未掲載）。

もまた然りである。

さて、話を戻すが、両判決において退職と同視できる事実があると認定しているのは職務内容の激変が大きいと思われる。長崎地裁判決では、取締役と監査役は委任内容が異なるのであるから、基本的には勤務内容が激変したと行うことができる判断している。ただし、取締役と監査役の委任内容が異なるのは確かであるが、同一企業内であっても勤務内容の変更はあり得るのであるから、委任内容の変更が退職と同視できる事実であるのかという疑問がないわけではない。

次に、同族会社の筆頭株主であることが退職と同視できる事実の判断に影響を与えるか否かという問題である。この点について、東京地裁判決では持ち株比率と退職について「飽くまで株主の立場からその議決権等を通じて間接的に与え得るにすぎず、役員の立場に基づくものではないから、株式会社における株主と役員の責任、地位及び権限等の違いに照らすと、上記のような株式会社保有割合の状況は、原告三郎が原告会社を実質的に退職したと同様の事情にあると認めることの妨げにはならないと言うべきである。」と判断されている。長崎地裁判決においても同族会社の大株主が監査役に就任したからといって全てのケースで監査役としての機能が期待できないとは解せないと判断されている。そもそも、株主と経営上の地位は別のものであり、実際に経営に従事していなければ経営上主要な位置を占めているとは言えないと考えられる⁵⁷。そうであるとするならば、法人税基本通達 9-2-32 (2) で一定の株主が除外されている合理性はないと考える。また、同族会社の大株主が監査役に就任する際の退職給与を否認するのであれば、法人税基本通達 9-2-32 (1) や (3) でも同様の要件が付されているほうが自然である。にもかかわらず、(2) の監査役就任のみに持ち株比率の要件が付してある理由は不明と言わざるを得ず、内容も合理的とは言えないからこのような要件は削除すべきであるとする見解⁵⁸があるが、筆者も同意見である。

以上見てきたように、役員の分掌変更は形式的に役職を変更し、退職の事実を作り出すことが行われていると思われる。その要因としては通達が例示方式であることが大きい。また、近年、訴訟が増えているのは京都地裁平成 18 年 2 月 10 日判決で、形式上法人税基本通達 9-2-32 の要件を満たした退職慰労金の退職給与性が否認されたことが影響しているのかもしれない。分掌変更に係る退職慰労金の退職給与性については慎重な判断が求め

⁵⁷ 木島裕子「筆頭株主の分掌変更と退職の事実」税理 52 巻 7 号 167 頁 (2009)。

⁵⁸ 大淵博義「退職給付を巡る税法上の展開 (2)」税経通信 66 巻 9 号 38 頁 (2011)。

られるが、結局のところ事実認定の問題と言えそうである⁵⁹。従って、統一的な判断基準を設けることは困難ではないだろうか。一番の問題点は、判断基準を設けると、それを利用した租税回避行為が横行してしまう可能性が高く、判断基準に関しては相当慎重な判断が必要であると考ええる。

分掌変更でポイントとなるのは、分掌変更の事実があること、報酬が激減していること、勤務内容の激変があることがあげられる。通達で常勤役員から非常勤役員への就任、取締役から監査役への就任に関して退職給与を認めていることから、分掌変更の場合に退職給与として認められるためには、実質的に会社経営から引退した事実が必要であると言える。具体的には後任が育つまで名目上役員として残っている場合や名誉職に就任した場合などが該当する。ただし、現行の通達は例示形式を採用しているが故の問題も生じており、特に法人税基本通達においては取締役から監査役への就任に限って持ち株比率要件を付しているなど不合理な点もあることから今後は通達の例示形式を廃止すべきか否かも含め再検討が必要であると考ええる。

第6節 役員退職慰労金の取り扱い

ここまで、役員であっても役員以外の従業員と特に区別せずに考えてきたが、役員に対する退職慰労金に関しては退職所得として取り扱わないという考え方もあり得るだろう。そこで、ここでは役員に対する退職慰労金の取り扱いについて検討する。

通常、従業員は会社と雇用契約を結ぶことになるが、役員は委任契約である。会社と委任契約を締結している役員の退職慰労金の性格は、通常の一般従業員の退職金と全く同じであるとは言い難い。退職金の性格として、賃金の後払い、功績に対する報償、退職後の生活保障が混在しているというのが通説である。役員退職慰労金の場合、3つの性格のうち、勤務期間中の功績に対する報償の占める割合が大きいのが一般的であると考えられる。役員退職慰労金であっても、退職する以上、退職後の生活保障という性質があることは否定できない。ただし、短期間で多額の退職慰労金をもらうような場合、功績に対する報償という面が大きく、給与の後払いという性質はほとんど存在しないケースもあるだろう。そもそも、委任契約の場合、会社から経営を委任され、報酬を受け取るのであり、退職金も勤務期間における功績に対する報酬である。そこで、企業と委任契約を結んでいる役員

⁵⁹ 村木慎吾・前掲注（48）201頁。

の退職慰労金は退職所得として優遇すべきではなく、給与所得として課税すべきであるというのも1つの考え方としてあり得る。しかし、役員退職慰労金を無条件に給与所得として課税するのは困難であると考ええる。

確かに、役員退職慰労金の性質は功績報償が強く、雇用契約を結んでいる従業員という賞与に近いものであることは否定できない。しかし、役員退職慰労金であることのみをもって給与所得に区分するのは問題がある。それは、役員でも大企業と中小企業では事情が異なるからである。大企業の役員に対する退職慰労金と中小零細企業の役員退職慰労金では、性格が異なる場合があると考えられる。中小零細企業であれば、役員として数十年勤務し、退職金を受給する場合もあるだろう。このような場合、給与の後払いと同等の性格を持っているものと考えられる。つまり、役員退職慰労金でも給与の後払いと同等の性格を有している場合もあれば、ほとんど有していない場合も存在するということである。役員退職慰労金といっても、その性格は企業によって異なり、中には退職所得として優遇する必要がないと考えられるケースもあるだろうが、役員に対する退職金全てを給与所得として課税するのは問題であり、現実的には難しいだろう。

第7節 税法上の退職概念

ここまで、退職所得に該当するのは如何なる場合であるのか検討してきた。そこから税法上の退職概念と労働法上の退職概念の違いが明らかとなった。労働法上、退職と言えるのは雇用契約など契約の終了であると言える。それに対し、税法上の退職は労働法上の退職よりも範囲が狭いと言える。契約の終了というのは第2章で確認した通り、一方の意思表示、両者の合意によって行うことができる。契約が終了し、新たな契約を締結した場合には、労働法上は一度退職したと考えられるが、税法上は必ずしも退職とみなすとは限らない。退職所得が優遇されている理由は、退職金の性質として賃金の後払い及び退職後の生活保障を有していることであるが、これは契約を結びなおした場合には常に有している性質とは言えないためである。また、合意解約などは両社の意思によりいつでもできることから、契約の終了＝退職と考えてしまうと意図的に退職所得に該当させることも可能となるから、適切ではない。

それでは、労働契約（委任契約）の終了（終任）と同時に新たな契約を結んだ場合は全て退職とみなされず、退職所得に該当しないかという点、そうではない。第5節までで見

たように、退職と同視できる事実がある場合は退職所得として取り扱う。これは、税法上、退職と言えなくとも、退職金の性質から考えて退職所得として取り扱うのが妥当な場合があるからである。これがどのような場合であるのかについては第5節で確認した通りである。これも税法上の退職と考えれば税法上の退職の範囲は広がるが、労働法上の退職と異なることは変わらない。さらに、同一企業で勤務を続ける場合についても退職所得として取り扱う場合があるということは、社会通念上の退職とも異なることとなる。従って、税法の退職という概念は退職金の性質を考慮した独特のものであると言わざるを得ない。

第8節 小括

現在、退職所得の定義は所得税法 30 条 1 項に規定があるのみであり、その範囲は明確であるとは言い難い。特に、給与所得との境目がわかりにくいことから裁判で争われるケースも少なくない。そこで、本章では通達や具体的な事例を使い、現行制度における退職所得の範囲について考察した。近年、退職所得に該当するか否か争われた裁判を見ると、退職と同視できる事実の認定は慎重に行われており、退職給与の範囲は、経営から引退し名目上役員となっている場合、勤務内容が全く異なっている場合などかなり限定的となっている。従って、役員賞与に当たるものを退職給与として取り扱っているというようなことはないと考える。

ただし、通達に問題があるのも事実である。退職所得関係の所得税基本通達や法人税基本通達では退職所得に該当するケースが挙げられている。しかし、例示形式を採用しているが故に、実際は退職したとは言えないにも関わらず、要件を形式的に満たして退職と見せかけるケースが多い。また、所得税基本通達と法人税法基本通達で一部例示の内容が異なっているが、法人税基本通達 9-2-32 (2) の持ち株比率要件は合理性がなく、削除すべきである。今後は例示方式が果たして適当であるのか、再検討が必要であると考えます。たとえ、例示形式を継続するとしても、通達の要件を満たせば必ず退職給与（退職所得）と認められるわけではなく、実質判断が必要であることを強調すべきである。

退職所得に該当するか否かの判断は、結局のところ、事実認定の問題であり統一的な基準を設けることは困難であると考えます。もちろん、明確な基準が設けられることが望ましい。しかし、企業によって事情が異なるため、統一的な基準を設けるのは難しい。一番の問題点として、明確な基準を設けることにより、それを利用した租税回避が行われる可能

性が高いことである。今後も争いが絶えないようならば、新たな基準の検討も必要となってくるかもしれない。そうなった場合、租税回避が横行しないような基準作りをしなければならず、慎重な検討が必要である。

第4章 退職所得課税の見直し

退職所得の範囲に関しては、第3章で確認した通り、統一的な基準を設定することが難しく、裁判で争われるケースが増加しているが、裁判所の退職所得該当性の判断は概ね妥当なものとする。退職所得に該当することとなった場合、様々な優遇措置を受けることができるわけであるが、現行制度は公平であるとは言えない点がある。具体的に言うと、現在は年金形式の退職金も多く、同じ生活保障の性格を有しているにも関わらず、退職年金に比べ退職一時金課税が優遇されている点や、2分の1課税が勤務年数に関係なく適用される点があげられる。さらに、退職所得控除額が20年を境に急激に増加しているが、雇用の流動化に対して合理的であるのかといった点も検討が必要である。水野忠恒教授は、今後、雇用慣行が変わり、労働力が流動性の高いものとなるならば、終身雇用制度を前提とした退職所得の課税は見直さなければならなくなると述べておられる⁶⁰。従って、本章では、上記のような退職所得課税制度の問題点を指摘し、今後の退職所得課税の在り方について、退職所得の廃止、年齢および金額制限、退職所得課税、2分の1課税の4つの観点から検討していくこととする。

第1節 退職所得の廃止

退職所得は他の所得に比して優遇されており、退職所得に該当する場合と給与所得に該当する場合では税負担の差が非常に大きくなってしまふことが多い。例えば、勤続38年で退職金2000万円を受け取った場合と、単年で2000万円の給与を受け取った場合を比較してみよう。このとき、退職所得と給与所得の納付税額の差は400万円以上となる。そもそも、このように税制上の差が非常に大きいため、退職所得に該当させたいと考え、退職したようにみせかけ、それが裁判になるケースが多いと思われる。そこで、退職所得と給与所得の差を是正する措置を検討する必要がある⁶¹。

考えられるのが、給与所得と退職所得の区分をなくしてしまう方法である。退職所得と

⁶⁰ 水野忠恒「租税法 第3版」183頁（2007）。

⁶¹ 品川芳宣「判批」T&A MASTER 265巻26頁（2008）。

給与所得の差は質的なものではなく、支給の態様とタイミングの相違である⁶²。そこで、退職金も給与所得として課税すべきであるという見解がある⁶³。その理由として、現在は退職金の算定方法としてポイント制等の普及により賃金の後払いというよりも賞与の後払いや論功報償的なものにシフトしていること、退職年金制度が存在していることをあげている。確かに、諸外国では退職所得という分類がないのが一般的である。退職所得が優遇されていることによって、賃金の一部を退職時まで支払わないことになるため、賃金の受取時期が本来より遅くなってしまうと考えることもできる。そう考えると、賃金を早く受け取りたい者、退職時に一括で多額の退職金を支払うのが困難な経営者の中には、退職所得という区分が不要と考える者もいると思われる。

しかし、やはり現段階で退職所得という区分を廃止すべきではないと考える。確かに、現在はポイント制退職金に代表されるように、退職時の賃金を基礎として退職金の額を算定するとは限らない。厚生労働省の調査によると、退職金を社内準備している企業のうち、退職金の算定方法として退職時の賃金をベースにしている企業は 56.6%、その他の基準を算定基礎としている企業は 44.2%である⁶⁴。この調査では、半数近くの企業が退職金の算定方法として退職時の賃金をベースにしていない。退職金の性格として、ポイント制退職金等は従来の退職時の賃金をベースにしている場合に比べて功労報償の性格が強いことは確かである。しかし、それによって退職後の生活保障の性格が喪失するわけではない。算定方法が違って、退職金が退職後の生活保障の性格を有することは変わらないと思われる。先ほどの調査によると、大企業ほどポイント制など退職金の額を退職時の賃金以外の事項によって算定する企業の割合が高い。ただし、中小企業では未だに退職時の賃金をベースに退職金の金額を算定するところも多い。確かに退職金の算定方法に変化があるのは間違いないが、現段階では従来の方法を採用している企業も多く、完全に移行したとは言えない。前述の通り、退職金は退職時に受け取る以上、退職後の生活保障の性格がなくなるわけではないため、功労報償の性格が強くなったということが退職所得という区分をなくしていい理由にはならないのではないだろうか。従って、今後も引き続き優遇措置が設けられてしかるべきであり、退職所得という区分そのものをなくしてしまう必要性はないと考える。

⁶² 金子宏・前掲注(37) 181 頁(1995)。

⁶³ 宇賀田伸彦「退職一時金の実態の変化と課税制度」第 37 回 日税連公開研究討論会 所得税に関わる諸問題 ～給与所得者の課税から考える～132 頁(関東信越税理士会、2009)。

⁶⁴ 厚生労働省・前掲注(20) 20 頁。

第2節 年齢制限、金額制限の検討

退職所得は退職金が一般的に老後の糧であるため、優遇されている。そこで、退職所得を今後は老後保障の性格を持つ退職金に限定すべきであるという考え方がある。具体的には、退職所得の要件として長期間勤務の結果支払われる退職金であることや受給時の年齢などの基準を導入すべきであるという見解である⁶⁵。また、老後保障の性格を有する退職金のみを退職所得にしようというのであれば、金額にも一定の制限を行うという考え方もあり得る。この見解は現在の退職所得課税は退職金が老後保障の性質を有しているからこそ優遇されているという前提のもと、現在は老後保障の観点から本来は優遇すべきでない退職金までも退職所得に該当し優遇されているといったことを問題視し、それを解決しようとするものである。確かに、若くして退職をする場合に関しては、退職金が老後保障の性格を持ち合わせているとは考えられない。

ただし、実際に退職所得該当性の要件に年齢制限、金額制限を導入するというのは困難であると思われる。それは、退職所得に該当する年齢、金額の設定が難しいからである。一般的に定年退職は60歳であり、現在は65歳へ移行中である。この定年退職付近に設定するというのも一つの考え方ではあるが、現在は大企業において早期退職制度が導入されている場合がある。早期退職制度では、定年前に退職する代わりに退職金が割り増しになる制度であり、早期退職制度による退職年齢は45歳や55歳が多い⁶⁶。そうでなくとも、定年前に退職し、退職金を使って開業しようという者もいると思われる。そうすると、どこまでを退職所得として取り扱うべきかという判断が非常に難しい。例えば55歳以上という年齢制限を導入したとすると、54歳で退職した者と55歳で退職した者で税負担が大幅に異なってしまう可能性があり、不公平になってしまうという問題もある。それを解決するため、年齢に応じて優遇措置を設定するという方法も考えられる。定年退職に近いほど退職後の生活保障の性格が強く、そのような金員ほど優遇しようという考え方である。しかし、これは制度として複雑であり、実際に制度設計をするのは非常に困難である。

金額制限に関しても金額の設定が難しいという問題がある。また、一定の金額までを退

⁶⁵ 佐藤 晃「退職所得の意義と課題」第37回 日税連公開研究討論会 所得税に関わる諸問題 ～給与所得者の課税から考える～ 117頁(関東信越税理士会、2009)。

⁶⁶ 労務行政研究所『2009年版退職金・年金事情』248頁(労務行政、2009)。

職所得、それを超える金額を給与所得という制度にした場合には、退職金の支給額にも影響を与えかねない。

従って、仮に導入するにしても慎重な検討が必要であり、上記のような問題も生じることから現実的に退職所得に年齢制限や金額制限を導入するのは適当ではないと考える。

さらに付け加えると、そもそも退職所得は老後保障の性格を有する金員のみであるべきという方針が果たして正しいのか疑問である。というのも、退職金は生活保障説の考え方によれば、退職後の生活を保障するものであり、それが定年退職であれば老後保障であると言える。定年退職で、退職金が最後の給与である場合には、担税力は低い。ただし、定年退職でなくとも退職によってその企業を離れる場合には反復的・継続的に発生する給与に比べ、担税力は低いと考えられる。それを給与所得として課税してしまうと税負担が相当重くなってしまうことが予想されるが、それは酷である。今後、退職金の算定方法が退職時の月給と全く無関係な企業がほとんどという状況になれば若いうちに受け取る退職金は賞与の性質が強いということで給与所得として課税すべきか検討が必要になるかもしれないが、今はまだそのときではないと考える。

第3節 分離課税の妥当性

退職所得の区分を廃止したり、退職所得に一定の制限を設けたりする措置は適当ではないことは確認した。ここでは、退職所得課税の特徴である分離課税の妥当性について検討する。

分離課税が設けられているのは、退職所得は担税力が低いにも関わらず総合課税にしてしまうと他の所得と合算されてしまうため、高い税率が適用されてしまうことを避けるためであると解されている。さらに、退職時期によって、税負担が異なることを避けるためとも言われている。確かに、総合課税にしてしまうと、その年の初めに退職した者と年末に退職した者でどうしても税負担の差がでてしまう。このような理由で、退職所得は分離課税となっているが、これを廃止することでメリットはあるのだろうか。給与所得として課税した場合には総合課税となることから、退職所得の区分をなくした場合にも発生する問題である。

結論から言うと、現行の分離課税は妥当な措置であると考ええる。退職時期によって税負担が異なってしまうというのはもちろんであるが、一番大きいのは総合課税にしてしまう

と適用税率が高くなってしまい、税負担が重くなってしまう可能性が高いことである。退職金である以上、それは退職後の生活保障の性格を有しているのであるから、担税力は低く、分離課税にすることは妥当な措置であると考ええる。分離課税を止め、総合課税に移行する場合、税負担が重くなることになるが、そのメリットはないように思われる。仮に、現在の制度が優遇されすぎているとしても、分離課税については継続すべきであり、課税ベースの拡大などは別の方法によるべきであると考ええる。

第4節 退職所得控除の見直し

1. 退職所得控除の性質

次に、退職所得控除額が適切であるか否か検討する。現在の制度は1年間で退職所得控除が40万円ずつ増加し、20年を超えると1年間で70万円ずつ増加していく仕組みとなっている。20年を境にして控除額が飛躍的に増加する仕組みは昭和63年の改正によってできたものであり、現在まで維持されている。その狙いは、標準的な退職金には課税しないというものであったことは第1章第3節で確認した。現行制度では勤続40年で2200万が控除されることになるが、果たしてこれは適当な額なのだろうか。

そもそも、退職所得控除はどういった性質のものだろうか。所得税法において、課税所得を求める場合、収入金額から必要経費を差し引くことが多い。ただし、給与所得や退職所得については実額控除ではなく、概算控除である。給与所得控除については、①必要経費を概算的に控除すること、②担税力が乏しいと考えられるため、その調整、③他の所得と比べ、捕捉されやすいため、捕捉率の調整、④納付時期が早いため、金利差の調整の4つの要素が統合されたものであるといわれている⁶⁷。退職所得も給与の後払いの性質を有しているわけであるから、退職所得控除も同様の性質を有していると考えられる。しかし、退職所得の必要経費というのは考えられず、あるとしても給与所得と同様である。やはり、退職所得控除に関しては②の担税力の調整というのが主な目的であると考えられる。そこで、標準的な退職金には課税しないという現行制度の考え方が実際に機能しているのか検討してみよう。

⁶⁷ 宮谷俊胤「給与所得および退職所得の源泉徴収制度」日税研論集 15号 100頁（1991）。

現在、退職金の金額は徐々に下がってきている。高齢の退職者が多く、退職金原資の増加、積み立て不足などの事情により退職金制度の見直しを図っている企業も多い。さらに、退職金を一時金形式ではなく、一時金形式と年金形式を併用したり、全て年金形式で支給したりと退職金の支給形態が企業により異なっている。このように、退職金の状況は変化してきているが、支給額にも変化が見られる。平成 20 年度の調査によると、退職一時金制度のみの企業で、大卒かつ勤続 35 年以上の者に対する平均支給額は 1764 万円となっている⁶⁸。平成 9 年度の調査では 2330 万円であったことから 500 万円以上減少したことがわかる。別の調査では、勤続 38 年の退職金の平均額が 2053 万となっている⁶⁹。ただし、これは調査社数も少なく、年金部分も含んだ金額であることから実際の退職一時金の額はもっと低いと思われる。これらの額は平均額であるから、中小企業などではさらに低いと思われる。東京都労働相談情報センターが行っている中小企業の退職金調査では勤続 30 年で 846 万程度となっており、上記の全国平均に比べて低い値となっている⁷⁰。現行の退職所得控除ができた昭和 63 年はバブル景気でもあり、退職金の水準は現在より高かったと思われる。現在では従業員が 1000 人以上の大企業の 8 割で年金形式の退職給付制度があり⁷¹（一時金との併用を含む）、年金形式での支給が主流になってきている。

以上のことを考慮すると、現行制度の長期勤続に対する退職所得控除額はやや多額であると考え。特に、勤続 21 年以降に退職所得控除額が急激に増加するという制度は現在の退職金水準では必要ないのではないだろうか。勤続年数 20 年を境に控除額が増える仕組みは、就労形態に中立であるように見直されなければならないとの指摘もある⁷²。従って、退職所得控除は勤続年数が 1 年増えるごとに控除額も一定額ずつ増加していく仕組みのほうが適当であると考え。

2. 控除額の検討

現行の 20 年を境に退職所得控除が増大する仕組みを廃止するとしたら、退職所得控除を 1 年間あたりいくりにするべきかが問題である。現行の制度と同額の 1 年間で 40 万円

⁶⁸ 厚生労働省・前掲注(20)27 頁。

⁶⁹ 労務行政研究所・前掲注 (66) 102 頁。

⁷⁰ 東京都労働相談情報センター「中小企業の賃金・退職金事情（平成 22 年度版）」32 頁（2010）。

⁷¹ 厚生労働省・前掲注 (20) 19 頁。

⁷² 税制調査会・平成 19 年 11 月・前掲注 (6) 14 頁。

に固定するという考え方もあるだろう。ただし、そうすると、勤続年数 20 年以降で現行制度と控除額にかなり差が出てしまう。短期での転職の障害にならぬよう控除額を引き上げるという考え方もあり得るだろう。先ほどの厚生労働省の調査では、勤続 35 年以上の者に対する平均支給額が 1764 万円であるから、退職所得控除額を年間 50 万円に引き上げるというのも一つの考え方である。ただし、人事院が行った民間企業退職給付調査では勤続 38 年で定年退職した者に対する退職一時金の平均支給額が 1220 万円であり、他の調査に比べて低い値となっている⁷³。また、厚生労働省の調査で 1764 万円であったのは大卒であり、高卒、中卒はさらに低い値 となっており、全体の平均は 1764 万円よりも低くなる。これは、現在は支給額が多額であると思われる大企業が年金形式での支給が多くなっていることや支給額算定方法の変化、そして昨今のデフレなどが原因であると思われる。従って、20 年を境に退職所得控除額が増大する制度は廃止し、退職所得控除額を年間 40 万円にしても、平均的な退職金には課税しないという目的は十分達成されると考える。

3. 年齢制限の導入

退職所得控除を高齢になってから受給する退職一時金の担税力調整のためのみに適用すべきという考え方もある⁷⁴。これは、退職金が老後保障の性格を有する場合は特に担税力が低いため、優遇すべきであるという考え方であると思われる。高齢になって受給する退職金について老後保障の性格が強くなるのは間違いないだろう。ただ、注意が必要なのは若年での退職であっても、退職の事実がある以上、退職金は退職後の生活保障の性格を有してないとまでは言えず、他の所得に比して担税力は低い点である。そこで、平均的な退職金の金額程度は控除があっても特に問題ないと思われる。また、「高齢」の線引きをするのも非常に難しく、一定年齢以上のみに控除を認めると、その年齢手前では退職しづらい状況となってしまう。現在は大企業を中心に早期退職制度なども存在していることから、そういった制度にも影響を与えかねない。従って、退職所得控除は年齢制限などせず、1 年あたり 40 万で固定するのが妥当である。

⁷³ 人事院職員福祉局生涯設計課「平成 18 年民間企業退職給付調査の結果」13 頁。

⁷⁴ 佐藤英明「退職所得課税と企業年金課税についての覚書」公法学の法と政策(上)415 頁(有斐閣、2000)。

第4節 2分の1課税の妥当性

次に2分の1課税の妥当性について検討してみたい。筆者が退職所得課税において一番問題視しているのがこの2分の1課税である。退職所得は収入金額から退職所得控除を差し引いた額の2分の1相当額を退職所得の金額として課税している。2分の1課税は勤務年数に関係なく退職所得に分類された金員には自動的に適用される。そのため、現行制度は勤務年数が短く多額の退職金をもらう役員ほど有利となっている。というのも、退職所得控除は一般的な退職金の水準に設定されているため、普通のサラリーマンは2分の1課税の恩恵をそれほど受けていないと思われる。控除後の金額に2分の1を乗ずるというのは、控除後の金額のうち、50%が退職所得になるということであり、高額所得者ほど有利であると言える。

例えば、退職金の金額を固定し、勤続年数の変化に応じて2分の1課税がどのような役割を果たしているのか検証してみることにする。以下の表は、退職金の受給額を3000万円に固定したときの退職所得の金額を示したものである。

勤続年数（年）	退職所得控除（万円）	控除後の金額（万円）	退職所得の金額（万円）
5	200	2800	1400
10	400	2600	1300
20	800	2200	1100
30	1500	1500	750
40	2200	800	400

見ての通り、勤続年数が短い程、2分の1課税の恩恵を受けている。勤続年数が40年と5年を比較すると、勤続年数40年の場合は2分の1課税によって所得が400万円減少しているのに対して、5年の場合は1400万円減少している。2分の1課税が採用されているのは退職金が賃金の後払いの性格を有しているためである。本来は毎年賃金として支払われるものが退職時に一時に支払われることになるため、平準化が必要となるのである。そこで、退職所得は退職所得控除を控除した後の金額に2分の1を乗じた金額を課税所得と

しているのである。勤続年数でいえば、勤続年数が長いほど平準化が必要になってくると考える。しかし、現状では勤続年数に関係なく2分の1課税されることになっているため、勤続年数が短い場合、つまり平準化の必要性が薄い場合にまで2分の1課税が適用されている。勤続年数が長い場合には、平準化が必要であるものの退職所得控除が大きくなるため、結果的に2分の1課税の恩恵をそこまで受けていない。現行制度は勤続年数が短く多額の退職金を受け取る者に有利であると言わざるを得ない。

1. 平成24年税制改正大綱における改正案

平成24年度税制改正大綱において退職所得課税の見直しが盛り込まれている。内容は第1章第2節で確認したが、役員等が5年以内に退職する場合は2分の1課税が適用されないというものである。これは短期間の勤務で退職金を受け取る場合、2分の1課税が適用される合理性が乏しいためである。確かに、長期間の勤務に対する退職金については平準化の措置が必要であるが短期間の勤務の場合には平準化の措置は必要ないと言える。譲渡所得においても、所有期間が5年を超える土地や建物を売却した際に2分の1課税が適用されている。この考え方を退職所得にも役員、公務員、議員に限って導入しようということである。

だが、対象が役員、公務員、議員に限定されている点は疑問である。というのも、2分の1課税が採用されているのが平準化という理由であるのなら、役員ではない一般従業員であっても、短期間の勤務に対する退職金に平準化が必要な理由はない。ではなぜ役員に限定されているのだろうか。これはおそらく役員と一般従業員の退職金事情が異なるからであると思われる。平成22年第13回税制調査会の会議資料によると、役員退職慰労金課税の見直しが必要な理由として、役員は短期間で多額の退職金を受給すること、自己決定度合いが高いことを挙げている。退職金の額を自分である程度調整でき、短期間の勤務であっても多額の退職金を受け取ることができるのであれば、平準化の必要性はないという考えであり、自己決定度合いが高い役員にそこまで優遇すべきではないということだ。確かにそれは正しいように思われる。しかし、役員でなくとも、短期間の勤務で受け取る退職金に平準化が必要ないことは同じである。平準化はある程度長期間働いた場合に、賃金の一部を一括後払いするからこそ必要な措置であって、5年以下の短期間であればその者が役員であるかに関係なく平準化は必要ないものとする。

役員ではない従業員は勤務年数が短い場合は退職金がもらえない場合もあるが、もらえ

たとしても役員と比べれば少額であることは間違いない。一般の従業員であっても勤務年数が3年前後で退職金をもらえるようになることもある。人事院の調査では、退職金の受給条件として勤続年数が5年未満の企業は25.2%である⁷⁵。多くは勤続10年以上必要であり、仮にもらえたとしても少額である。そうすると、役員ではない従業員にも2分の1課税が適用されないこととなったとしても酷であるということは全くない。退職所得控除によって、退職所得が0円になるケースが多いと考えられるため、2分の1課税を適用しない範囲を広げたとしても影響はほとんどないかもしれない。そうであるならば、なおさら役員等に限定する必要はないと考える。2分の1課税が適用されない範囲を勤務年数が5年以下の役員等に絞ったのは、天下りや渡りといった短期間で転職を繰り返し、何度も退職金を受け取ることが問題になっているということが背景にあるのかもしれない。そもそも基準が5年となっているのも適切と言えるか疑問である。

勤続年数が5年以下のような短期間の場合には平準化措置が適用されるべきではないということは述べたが、これだけでは問題は解決しない。5年以下の場合に2分の1課税がなくなったとしても、勤続年数6年であっても40年であっても2分の1という同じ方法で課税所得が算出される点は変わらない。つまり、勤務年数に関係なく同じ計算方法になってしまうため課税上不公平な面があることは否めない。2分の1課税は非常に計算方法としてはシンプルであるため、簡素の面からみると優れていると言えるが、簡素であるがゆえにどうしても上記のような問題が発生してしまう。つまり、平準化の方法として2分の1課税は稚拙であると言える。平準化は退職金が賃金の一括後払いの性質を有していることから必要であるなら、計算方法に勤務年数が考慮されるべきではないだろうか。以下では2分の1課税に代わる具体的な方法を検討していくこととする。

2. 修正K方式

修正K方式とは、佐藤英明教授が提唱する方法であり、平準化措置を一定の勤続年数以上に限定した上で、「譲渡所得の平準化に関するいわゆるK方式を退職所得の平準化に適合的に修正したもの」である。例えば、退職前3年間程度の期間の給与所得の1年あたりの平均額に退職一時金を勤務年数で除した金額を加えて所得金額を求め、これに税率表を適用した結果得られる平均税率を残余の退職一時金に適用する⁷⁶。

⁷⁵ 人事院職員福祉局生涯設計課・前掲注（73）13頁。

⁷⁶ 佐藤英明・前掲注（74）415頁。

K方式という方法は金子宏東京大学名誉教授が譲渡所得の平準化に関して考案された課税方法である⁷⁷。前提として譲渡資産の価値は毎年同じ割合で増加したものと仮定し、次のような計算方法で所得税額を求める。まず、譲渡所得の金額（A）を所有年数（N）で除した金額（A1）を他の所得（B）と合算し、それに税率（R）を適用して税額（T1）を計算する。

$$(B+A1) \times R = T1$$

次に B+A1 に対する T1 の割合（平均税率 R'）を求め、それを譲渡所得の金額の残りの部分（C2）に乗じて C2 に対する税額を計算する。

$$T1 \div (B+A1) = R' \quad C2 \times R' = T2$$

そして、最後に T1 と T2 の合計額をもって所得税額 T とする。

$$T1 + T2 = T$$

この金子教授が考案した K 方式を退職所得用に修正したものが修正 K 方式というわけである。この方法は理論的には優れている面がある。というのも、実際に、退職所得を勤務年数で除した金額を給与所得と合算して平均税率を求めるわけであるから、退職金が賃金の後払いであるという性格をよく反映している。本来、退職金は賃金であるから、退職金を勤務年数で除し、その額を過去の給与所得に加算して正しい税額を算出し直すのが一番正確な計算方法である。しかし、この方法は複雑すぎて現実的には導入することができない。退職所得の場合、勤続年数が何十年間という期間であることが多く、資料の量が非常に多くなってしまう。さらに、過去の何十年間の計算を修正するのは計算方法として手間がかかりすぎであり、簡素の面から実際に採用するのは無理があると言える。そこで、退職年に近い年を使って同様のことを行うのが修正 K 方式である。

確かに、理論的には優れている面があるが、いくつか問題点もある。まず、退職前 3 年程度の給与所得の平均額を使用する点である。一般に、退職金は高齢になって受け取る場合が多く、退職時には給与所得の金額も高くなっている。ところが、入社時の賃金はそれより大幅に低いと思われる。したがって、退職年に近い給与所得の金額を使用して税率を求め、それを残りの退職所得額に適用すると、賃金として勤続年数にわたり支給した場合の納付税額とはかけ離れてしまう可能性がある。さらに、この方式は現行の 2 分の 1 課税と比べると計算方法が複雑である。退職前 3 年程度の給与所得のデータが必要であり、平均税率を計算する必要があるなどそれなりに手間を要する。従って、K 方式を退職所得に

⁷⁷ 金子宏『課税単位及び譲渡所得の研究』307 頁（有斐閣、1996）。

導入するのが最良であると言えないのではないだろうか。

3. 5分5乗・N分N乗方式

次に、累進税率緩和措置として考えられる方法が5分5乗方式である。これは、我が国において山林所得で導入されているものであり、所得を5分割して税額を計算し、その税額を5倍して納付税額を求める方法である。退職金の受給額を5分割し、税率を決定することになるため、所得税法の超過累進税率を緩和することができる。この方法は、一時に受け取った退職金を5年にわたり均等に受け取ったと仮定して税額を計算する方法といえる。これも一つの平準化措置である。それに対して、勤続年数をNとし、退職金をNで除した値から税額を算出し、その額にNを乗ずることによって税額を計算する方法をN分N乗方式という。N分N乗方式は、勤続年数にわたり一定額ずつ受け取ったと仮定して税額を算出する方法である。この、5分5乗方式もN分N乗方式も一時に受け取った退職金を一定期間にわたり受け取ったと仮定して税額を算出するものである。5分5乗方式は5年間にわたって退職金を受け取ったと仮定し、N分N乗方式は勤続年数にわたって受け取ったと仮定して計算するわけであるから、両者の違いは分割する年数の違いのみである。

5分5乗方式の長所としては既に山林所得で導入がされているため、導入しやすいという点があげられる。しかし、計算方法としてはN分N乗方式の方が、退職金が本来勤続年数を通じて支払われるべき給与であったという点を反映していると言える。また、N分N乗方式は勤続年数が長くなるほど平準化の恩恵を受けることができる。現行の2分の1課税も5分5乗方式も勤務年数によって計算方法が変わるわけではない。勤続年数が10年であっても40年であっても同じ計算方法というのはいかながなものだろうか。やはり、勤続年数が5年と40年であれば勤務期間の差は相当なものと言わざるを得ない。従って、勤務年数に応じて平準化の措置がなされるN分N乗方式が一番合理的ではないだろうか。

そこで、具体的な数値例を使って、現行制度と5分5乗およびN分N乗方式の違いを見てみることにする。以下は現行制度、5分5乗、N分N乗方式の税額の違いを表にしてまとめたものである。なお、現行制度は勤続年数が5年以下であっても平準化が行われているがその点に関しては改正される見通しであるため、表では勤続年数が5年を超える期

間のみしか取り扱わない。税額は金額ごとに3種類算出した⁷⁸。なお、退職金の金額は退職所得控除を差し引く前の収入金額である。なお、第3節で退職所得控除は1年で40万円に固定すべきであると述べたが、今回は平準化による違いのみを見るため、3方式とも現行の控除額で計算している。

平準化方式による納付税額の違い

退職金	勤続年数	6 年	10 年	20 年	30 年	40 年
	方式					
1000 万円	現行	332,500	202,500	50,000	0	0
	5・5	380,000	300,000	100,000	0	0
	N・N	379,800	300,000	100,000	0	0
2000 万円	現行	1,388,000	1,204,000	772,500	152,500	0
	5・5	1,382,500	1,112,500	712,500	250,000	0
	N・N	1,174,800	800,000	600,000	249,000	0
3000 万円	現行	3,018,000	2,754,000	1,764,000	1,089,000	372,500
	5・5	3,382,500	3,062,500	2,262,500	1,012,500	400,000
	N・N	3,315,000	1,625,000	1,100,000	750,000	400,000
5000 万円	現行	6,724,000	6,404,000	5,604,000	4,239,000	3,084,000
	5・5	8,028,000	7,500,000	6,480,000	4,870,000	3,462,500
	N・N	7,131,540	4,925,000	2,250,000	1,749,000	1,400,000
8000 万円	現行	12,724,000	12,404,000	11,604,000	10,204,000	8,804,000
	5・5	24,840,000	17,400,000	16,080,000	13,770,000	11,460,000
	N・N	16,391,340	11,120,000	5,850,000	3,573,000	2,900,000

表を見ると、三つの方式の違いは明らかである。まず、勤務年数が短い場合には、現行

⁷⁸ 5 分 5 乗方式、N 分 N 乗 N 乗方式に関しては、5 または N で除す際に割り切れないときは、千円未満切り捨てとする。

制度よりも5分5乗やN分N乗方式の方が、税負担が重くなっている。現行制度は勤務年数が短い場合であっても平準化の恩恵を受けていることから、この点に関しては改善できている。しかし、勤務年数が長くなってきた場合に各方法によって数値に大きく差が出ている。5分5乗方式だと、勤務年数が長くなったとしても、現行制度より税負担が重くなってしまっている。勤務年数が長いほど、より平準化が必要になってくると思われるため、5分5乗方式は適当な制度ではないと考える。

それに対して、N分N乗方式は勤務年数が長いほど税負担が軽くなっている。現行制度に比べると税負担が相当軽くなっており、これは優遇しすぎではないかという疑問が生ずる。何より、退職金が賃金の一括後払いであるなら、必要以上に平準化しないように気をつけなければならない。税制審議会が平成14年に行った試算によると、N分N乗方式と現行制度の税額差は、退職金5000万円、勤続年数40年の場合でも3万円となっている⁷⁹。勤務年数が短い場合は、現行制度より税額は大きいものの、勤務年数が長い場合の税額は現行制度と上記の表ほど差が生じていない。表では退職金5000万円、勤続年数40年の差は150万円以上である。これはなぜであろうか。この数値の差は所得税率の改正が原因であると思われる。この試算は、所得税率が改正された平成19年より前に行われたものである。改正により、最低税率が10%から5%へ引き下げられ、所得が195万円以下の場合、税率が5%となったのである。勤務年数が長い場合、N分N乗方式では勤務年数で除すことになるため、その除した値が小さくなることが多い。それが従来の税率では10%になるが、改定後は5%となる。例えば、勤務年数で除した値が180万円の場合、従来では税額が18万円となるが現在では半分の9万円となる。これが短期間であれば大差はでないが、勤務年数が長くなるとその差は広がっていく。勤続40年であれば360万円の差が生ずることとなる。当時の所得税率ではN分N乗方式は適切な方法であったかもしれないが、現行の所得税率では、適切な方法とは言えなさそうである。

4. 解決策の検討

ここまで、いくつかの方法を検討してきたが、どの方法も一長一短があることが確認できた。それでは、退職所得に関して、現行制度より適切な平準化とはどのような方法があ

⁷⁹ 日本税理士会連合会 税制審議会「高齢化社会における所得課税と資産課税のあり方について」12頁（2002）参照。ただし、N分N乗方式の計算では、退職所得控除の金額が現行制度と異なるので注意。

るだろうか。筆者は勤続年数が短い場合、平準化措置は適用せず、一定の勤続年数を超えた場合に 10 分 10 乗方式を導入することが適当であると考ええる。

まず、平準化を行う必要がない勤務年数は 10 年未満とする。現行制度においては、短期間であっても 2 分の 1 課税が適用されてしまうという問題点がある。さらに、給与の受取りを繰り延べて高額な退職金を受け取ることにより、税負担を回避するといった事例も存在するという指摘もある⁸⁰。平成 24 年度税制改正大綱では 5 年以下の役員等に 2 分の 1 を廃止することになっているが、これを役員に限定する必要性がないことは既に確認した。これを 5 年以下ではなく 10 年未満とすべきである。

一般に、社会人になってから定年退職するまでの期間は 40 年前後であり、定年が 65 歳に引き上げられればさらに長くなる。平準化が必要となってくるのは、そのような長い期間働いた際に受け取る退職金であり、勤務年数が短い場合にまで平準化の必要性はないと考える。その境界が 5 年というのは退職所得に関しては少し短いように思われる。5 年であれば、給与の額を抑えて退職金の額を多くすることによって税負担を軽くするといった、租税回避行為を容易に行うことができるからである。10 年という期間は、勤務期間として決して短いとは言えない期間であり、平準化が適用される勤続年数を 10 年以上にすれば、現在よりそのような行為は減ると考える。

ただ、そうすると 10 年未満の者は平準化の措置を受けることができないわけであるから、それは酷ではないかという批判もありえよう。しかし、勤務年数が短い場合、退職金は少額であるのが一般的である。勤続年数が 10 年のとき、退職金の額は平均で 300 万円程度であり⁸¹、退職所得控除で全額控除できる範囲内であるから、平均的な退職金には課税されないことになるので特に問題は生じない。従業員の平均勤続年数は 11.9 年である⁸²。また、退職金の受給資格の勤続年数は平均で 13.1 年である⁸³。つまり、一般的には 10 年以上同一企業で勤務する者が多く、仮に 10 年未満で退職金を受け取ったとしても退職所得控除の範囲内であり課税されないケースが多い。

それでは役員はどうだろうか。とある調査によると、役員の平均任期は 7 年程度であり、退職金の平均額は 1830 万円であるという⁸⁴。そうすると、平均的な勤続年数の役員は平準

⁸⁰ 税制調査会平成 19 年 11 月・前掲注 (6) 13 頁。

⁸¹ 厚生労働省「平成 21 年賃金事情等総合調査」表 18-1 (2009)。

⁸² 厚生労働省「平成 22 年賃金構造基本統計調査」第 1 表 (2010)。

⁸³ 人事院職員福祉局生涯設計課・前掲注 (73) 13 頁。

⁸⁴ 総務省が調査を外部に委託している調査「民間企業における退職給付制度の実態に関する調査」。

化措置が適用されないこととなる。ただし、役員の退職慰労金は「慰労金」の名の通り、賞与や功労報償の性格が通常の退職金よりも強いと考えられる。企業によっては功労加算を行う場合もあり、この場合は特に功労報償の性格が強くなる。また、一般の従業員に比べ自己決定度合いが高い。近年では、役員退職慰労金制度を廃止する企業もある。さらに、役員は雇用契約の従業員と比較して退職金だけではなく普段の給与も高いのでそこまで酷であるとは言えないと考える。あまり短期間で平準化を認めてしまうと、第3章で見たような、形式上退職したように見せかける行為がさらに行われてしまう可能性もある。役員だけ特別に取り扱うことはできないので、感情論としてすっきりしないかもしれないが、これは致し方ないと考える。

さて、次に勤続年数が10年以上の場合である。勤続年数が10年以上の場合には10分10乗方式を導入するのが適当であると思われる。10分10乗方式は退職金を10年にわたって受け取ったとして税額を算出する方法である。すなわち、収入金額から退職所得控除を差し引き、その金額を10で除した金額に対して税率を適用して税額を求め、それを10倍して納付税額を算出するものである。N分N乗方式では、現行の緩和された累進税率のもとでは、過度な平準化が行われてしまうという欠点があった。5分5乗方式では逆に平準化の効果が弱く、勤続年数が長い場合には現行制度よりも税負担が重くなるといった欠点があった。そこで、勤続年数等を踏まえて、そのバランスをとったものが10分10乗方式というわけである。この方法で計算すると、勤務年数が短い場合には現行制度より税負担は重くなるが、勤務年数が長くなると現行制度よりも若干軽くなるため、適切な平準化が行われると考える。K方式のように他の所得の金額を使うわけでもないため、計算方法としてそこまで複雑でもない。さらに、5分5乗方式は退職金の金額を5で、N部N乗方式は勤続年数で除すが、それに比べて10分10乗方式は収入金額を10で除すため、計算が楽であり、簡素の面からも優れている。具体的な数値例は第5節で紹介することとする。

第5節 小活

ここまで、現行の退職所得課税の見直しを行ってきた。その結果、現行の退職所得課税では勤務年数に関係なく2分の1課税が適用されてしまう、退職所得控除額の水準が現状

る調査」の平成21年度版によると、役員の平均任期は7.1年であり、会長が18.7年と一番長くなっている。

に対して高いといった問題点があることが確認できた。その解決策として、以下の２点を提言した。まず、退職所得控除に関しては 20 年を境に控除額が増大する仕組みは廃止し、勤続年数 1 年あたり 40 万円で固定すべきである。次に、2 分の 1 課税については廃止し、代わりに勤続年数を 10 年以上と限定した上で、10 年間にわたって均等に退職金を受け取ったと仮定して税額を算出する 10 分 10 乗方式を導入するのが適切であるという結論に至った。以下の表は、現行制度と新しい方式で算出した税額を比較したものである。表では、新制度を T 方式と表記することとする。

現行制度と T 方式による税額の違い

退職金	勤続年数	5 年	10 年	20 年	30 年	40 年
	方式					
1000 万円	現行	372, 500	202, 500	50, 000	0	0
	T 方式	1, 204, 000	300, 000	100, 000	0	0
2000 万円	現行	1, 434, 000	1, 204, 000	772, 500	152, 500	0
	T 方式	4, 404, 000	800, 000	600, 000	400, 000	200, 000
3000 万円	現行	3, 084, 000	2, 754, 000	1, 764, 000	1, 089, 000	372, 500
	T 方式	8, 404, 000	1, 625, 000	1, 225, 000	900, 000	700, 000
5000 万円	現行	6, 384, 000	6, 404, 000	5, 604, 000	4, 239, 000	3, 084, 000
	T 方式	16, 404, 000	4, 925, 000	4, 125, 000	3, 325, 000	2, 525, 000

現行制度と T 方式の違いとしては、まず勤続年数が短いときの税負担の増加が挙げられる。現行制度では、平準化の必要性がない勤続年数まで平準化されていたことから、その点は解消できている。ただし、表では様々な場合を想定して計算したが、実際に短期間で 1 億近い高額な退職金を受け取ることはほとんどないと思われる。現実的には、勤続年数 10 年でもらうことのできる退職金の平均は 400 万円以下であるため、一般従業員にはそこまで影響を及ぼさない。逆に、勤続年数が長い場合には平準化が適切に行われていると考える。

このように、退職所得控除は 20 年を境に急増する仕組みを廃止して 1 年で 40 万に固定し、勤続 10 年以上の場合に限って 10 分 10 乗方式を適用することで現行制度より適切な退職所得課税になると考える。

おわりに

本稿では、退職所得課税の問題点に関する考察を行った。まず、第1章において退職所得課税の概要と問題点を整理したところ、様々な問題点が明らかとなった。その問題は、退職所得の範囲に関する問題と、現行制度の課税方法に関する問題の二つに分けることができる。

そこで、まず、法律論として、退職所得の範囲が不明確であり、どこまで退職所得として扱うのが妥当であるのかという点について検討を行った。退職所得は所得税法 30 条 1 項で定義されているものの、「これらの性質を有する給与」という文言が存在していることから、その条文のみでは範囲が明確であるとは言い難く、どのような金員が退職所得に該当するのか判断が困難なケースがある。そこで、本稿では、労働法上の退職金、退職概念を整理し、それを参考にして税法上の退職概念について考察を行った。

労働法上では、辞職、合意解約、定年などの事由により労働契約が終了した場合は退職になると考えられる。しかしながら、税法では退職金の性質が賃金の後払い及び老後の糧であることに鑑み、退職所得として優遇されていることから、労働契約の終了と退職がイコールであるとは考えられない。つまり、税法の退職は労働契約の終了よりもその範囲が狭くなっている。例えば、役員は会社法で任期が定められているため、一度契約が終了してから再任するケースが多いが、その際に支払われる退職金は勤務内容が大幅に変動しなければ退職所得には該当しないのである。

このような役員の退職慰労金が退職所得に該当するのか否かは所得税基本通達や法人税基本通達に記述がある。そこでは、所得税基本通達と法人税基本通達の記載が一部異なっており、統一化が図られるべきであること、法人税基本通達 9-2-32 (2) の持ち株比率要件は不合理なものであるからこれを削除すべきであることを提言した。しかし、裁判所の事実認定は概ね妥当であり、賞与に該当するものを退職所得として認めているというような問題は発生していないと思われる。ただし、これらは結局のところ各ケースによって何を重視すべきか異なるため、事実認定の問題ということになる。さらに、統一的な基準を設けると租税回避に利用される恐れがあるため、統一的な基準を設けるのは困難であると考ええる。

退職所得に該当することになった場合には、退職所得控除、分離課税、2 分の 1 課税の

恩恵を受けることができるがこれについても問題が多く、公平な課税のために、新たな平準化措置の検討を中心に課税方法の検討を行った。

その結果、課税方法として以下の2点の提言を行った。1つめは退職所得控除が20年に境に急増する仕組みはもはや必要なく、1年間で40万円に固定すべきであるという提言である。現在は退職金の支給方法が大企業を中心に一時金形式から年金形式へシフトしており、退職金の支給額も減少していることから、現行の退職所得控除は多額であると考えた。そこで、現行の退職一時金の支給額を考えると、退職所得控除は1年で40万円ずつ増加する仕組みで十分であるという結論に至った。

次に、2分の1課税については廃止し、新たな平準化措置が設けられるべきであるという提言である。2分の1課税は勤続年数の長短にかかわらず適用されるという問題点がある。平成24年度税制改正大綱で勤続年数が5年以下の役員等については2分の1課税が適用されない旨が盛り込まれたがこれでは根本的な解決にはならない。そこで、本稿では修正K方式、5分5乗方式、N分N乗方式などいくつかの方法をそれぞれ検討した。N分N乗方式は勤続年数にわたって退職金を受け取ったと考えるものであるから、勤続年数に応じて平準化が行われるという点で優れているように思われた。しかし、実際の数値を使用し検討した結果、N分N乗方式では過度な平準化が行われてしまうという欠点があった。そこで、新たな方法として、筆者は、勤続年数が10年以上の場合に限り、10分10乗方式を適用することで適切な平準化が行われると考えた。10年以上にした理由としては、平均勤続年数が10年を超えていること、給与を低く抑え退職金に上乗せする租税回避の例が指摘されていること、勤続年数として10年はある程度の長さであることである。平準化の方法としては、5分5乗方式では平準化の効果が弱く、N分N乗方式では過度な平準化が行われてしまうため、そのバランスがいい10分10乗方式を採用すべきであるという結論に至った。10分10乗方式の計算方式は、退職金の金額を10で除すことになるため、他の数字で除すよりも簡単であるから簡素の面からも優れている。

現在では、退職金を年金形式で受け取る者が増加してきている。年金形式の金員は雑所得に該当するため、退職所得と税負担が異なってくる。さらに、退職金を一時金と年金形式で併用して受け取る場合、退職所得控除と公的年金控除を受けることが可能なため、不公平ではないかといった問題も抱えている。従って、退職金に関する課税を一つにまとめてしまうという考え方も可能である。本稿では年金形式との関係にまで検討が及ばなかったが、その点は今後の研究課題としたい。

参考文献・資料等

《図書類》

- ・ 味村治、品川芳宣『役員報酬の法律と実務、新訂第2版』(商事法務研究会、2003)。
- ・ 伊藤儀一『税法の読み方・判例の見方』(TKC 出版、2007)。
- ・ 岩出誠『論点・争点現代労働法 改訂増補版』(民事法研究会、2008)。
- ・ 神田秀樹『会社法 第13版』(弘文堂、2011)。
- ・ 菅野 和夫『労働法 第9版』(弘文堂、2011)。
- ・ 金子宏『課税単位及び譲渡所得の研究』(有斐閣、1996)。
- ・ 金子宏『租税法 第16版』(弘文堂、2011)。
- ・ 勤労者の退職金制度のあり方に関する研究会編『退職金制度の変革』(財団法人 雇用情報・センター、2003)。
- ・ 小西國友『労働法』(三省堂、2008)。
- ・ 酒井克彦『所得税法の論点研究』(財経詳報社、2011)。
- ・ 佐藤英明『スタンダード所得税法』(弘文堂、2010)。
- ・ 産労総合研究所『2008年・退職金・年金・高齢者賃金現状分析』(経営書院、2008)。
- ・ 品川芳宣『役員報酬の税務事例研究』(財経詳報社、2003)。
- ・ 武田昌輔監修『DHC コンメンタール所得税法 (加除式)』(第一法規、1983)。
- ・ 注解所得税法研究会『注解所得税法五訂版』(大蔵財務協会、2011)。
- ・ 野村正寛『日本的雇用慣行』(ミネルヴァ書房、2007)。
- ・ 水野忠恒『租税法 第3版』(有斐閣、2007)。
- ・ 三宅直和『退職金規程と積立制度』(経営書院、2010)。
- ・ 山崎清『日本の退職金制度』(日本労働協会、1988)。
- ・ 労務行政研究所『2009年版退職金・年金事情』(労務行政、2009)。

《雑誌・論文》

- ・朝倉 洋子 「判批」税理 51 巻 10 号 (2008)。
- ・飯田 聡一郎 「分掌変更における役員退職金の打切り支給 (特集 役員退職給与の最新事情と税務判断)」税理 53 巻 7 号 (2010)。
- ・石川 欽也 「退職所得を巡る諸問題に関する一考察--打切支給のケースを題材として」月刊税務事例 41 巻 10 号 (2009)。
- ・石橋 洋 「退職金の法的性格と支給条件の有効性」労働法律旬報 1141 巻 (1986)。
- ・伊東 博之 「退職所得 (148 の事例から見た 是否認事項の判断ポイント)」税経通信 66 巻 10 号 (2011)。
- ・犬飼 久美 「所得税実務 適格退職年金制度の移行に伴う税務問題」税理 52 巻 11 号 (2009)。
- ・今仲 清 「判批」月刊税務事例 42 巻 2 号 (2010)。
- ・岩崎 政明 「判批」ジュリスト 1369 巻 (2008)。
- ・岩崎 政明 「役員給与・役員退職金に係る所得課税」税務事例研究 104 巻 (2008)。
- ・上前 剛 「適格退職年金から各種制度への移行に伴う問題」税経通信 66 巻 13 号 (2011)。
- ・宇賀田伸彦 「退職一時金の実態の変化と課税制度」第 37 回 日税連公開研究討論会 所得・税に関わる諸問題 ～給与所得者の課税から考える～ (関東信越税理士会、2009)。
- ・牛嶋 勉 「早期退職優遇制度の給付金の所得分類」税務事例研究 63 巻 (2001)。
- ・牛嶋 勉 「会社分割における退職金の取り扱いと退職金課税」税務事例研究 70 巻 (2002)。
- ・牛嶋 勉 「会社分割等における退職金課税の問題」租税研究 648 巻 (2003)。
- ・牛嶋 勉 「執行役員就任時の退職金」税務事例研究 105 巻 (2008)。
- ・臼杵 政治 「確定拠出年金(日本版 401k)の現状と退職金・年金税制への示唆」財経詳報 2302 巻 (2002)。
- ・大淵 博義 「退職給付を巡る税法上の諸問題の検証 (1)」税経通信 66 巻 8 号 (2011)。
- ・大淵 博義 「退職給付を巡る税法上の諸問題の検証 (2)」税経通信 66 巻 9 号 (2011)。
- ・大淵 博義 「退職給与を巡る税法上の諸問題の検証 (3)」税経通信 66 巻 11 号 (2011)。
- ・大淵 博義 「退職給与を巡る税法上の諸問題の検証 (4)」税経通信 66 巻 13 号 (2011)。
- ・岡 正晶 「執行役員と退職金にかんする課税関係」税務事例研究 53 巻 (2000)。
- ・小沢良一 「判批」税経通信 40 巻 3 号 (1985)。

- ・荻野 豊 「判批」 月刊税務事例 40 巻 10 号 (2008)。
- ・金子 宏 「判批」 判時 1139 号(1985)。
- ・川野 治夫「役員退職金（役員給与の最新実務と税務処理）」 税経通信 62 巻 7 号 (2007)。
- ・神田 良介 「退職所得重課についての予備的一考察」 明大商学論叢 87 巻 (2005)。
- ・木内 隆司「退職金制度の法的性格について」 経済理論 283 号 (1998)。
- ・岸田 貞夫「判批」 ジュリスト(1347) (2007)。
- ・木島 裕子「判批」 税理 52 巻 7 号 (2009)。
- ・吉良実「判批」 民商 90 巻 5 号 (1984)。
- ・久乗 哲「監査役・非常勤役員・社外取締役への支給」 税理 50 巻 12 号 (2007)。
- ・光田 周史、則貞 幸太 「特殊関係使用人への支給」 税理 50 巻 12 号 (2007)。
- ・国際課税事例研究会 「海外親会社の買収に伴う退職金の打切り支給について」 国際税務 24 巻 11 号 (2004)。
- ・小林 磨寿美 「判批」 税理 51 巻 11 号 (2008)。
- ・坂部 達夫「役員退職給与の支払パターン別にみた税務の対応」 税理 57 巻 2 号 (2011)。
- ・櫻井 泰典「退職所得課税制度の沿革と課題」 地方税 56 巻 7 号 (2005)。
- ・佐藤 晃「退職所得の意義と課題」 第 37 回 日税連公開研究討論会 所得税に関わる諸問題 ～給与所得者の課税から考える～ (関東信越税理士会、2009)。
- ・佐藤 英明「企業年金と課税・適格退職年金制度の検討を中心として」 ジュリスト 1128 (1998)。
- ・佐藤英明「退職所得・企業年金と所得税」 日税研論集 57 号 (2006)。
- ・佐藤 英明「租税法研究会(第 153 回)退職金と企業年金への課税について--JIRA 再論(上)」 ジュリスト 1428 巻 (2011)。
- ・佐藤 英明「租税法研究会(第 153 回)退職金と企業年金への課税について--JIRA 再論(下)」 ジュリスト 1430 巻 (2011)。
- ・品川 芳宣「判批」 商事法務 1017 号 (1984)。
- ・品川芳宣「役員の分掌変更等において支給した給与の所得区分」 T K C 税研情報 1 5 巻 6 号 (2006)。
- ・品川 芳宣 「判批」 税研 22 巻 3 号 (2006)。
- ・品川 芳宣 「判批」 税研 24 巻 1 号 (2008)。

- ・品川 芳宣「判批」T & A master 265 巻 (2008)。
- ・四方田 彰「使用人退職金の支給 (特集 会社の解散・清算に伴う税務の対応) -- (個別の事情と税務)」税理 52 巻 15 号(2009)。
- ・白土 英成「退職金・年金を巡るグレーゾーンの事例とポイント (特集 税務調査への準備と実務ポイント 源泉所得税を巡るグレーゾーン)」税経通信 64 巻 2 号 (2009)。
- ・鈴木基史「退職金の打ち切り支給をめぐる留意点」税経通信 66 巻 13 号 (2011)。
- ・関岡 誠一「分掌変更による役員退職給与と退職の事実」明治学院大学法科大学院ローレビュー14 巻 (2011)。
- ・瀧原 章夫 「退職所得課税に関する一考察--勤続年数における公平性からのアプローチ」労働統計調査月報 57 巻 7 号 (2005)。
- ・谷口 智紀 「判批」税法学 560 巻 (2008)。
- ・玉ノ井 孝一 「分掌変更による退職金の支給」税理 48 巻 15 号 (2005)。
- ・津田 明人 「執行役員・使用人兼務役員への支給」税理 50 巻 12 号 (2007)。
- ・富永 賢一 「商法改正に伴い導入された「執行役」制度等を巡る税務上の諸問題」税務大学校論叢 43 巻 (2003)。
- ・永井 知子「早期退職・再雇用・死亡退職における退職金の労務」税経通信 66 巻 13 号 (2011)。
- ・中島 孝一「役員の分掌変更に伴う給与・退職金」税務弘報 57 巻 6 号 (2009)。
- ・中島 孝一「退職一時金・退職年金をめぐる税務上の問題」税経通信 66 巻 13 号。
- ・中西 幸一 「退職金及び退職金規程についての労務上の留意点」税経通信 66 巻 13 号 (2011)。
- ・永橋 利志「退職給与課税の改正が役員退職給与に与える影響」税理 54 巻 5 号 (2011)。
- ・中村 雅紀 「判批」月刊税務事例 40 巻 10 号 (2008)。
- ・新村 正人「判批」ジュリスト 807 号 (1984)。
- ・新村 正人「判批」法曹時報 39 巻 6 号 (1987)。
- ・西村 享 「判批」月刊税務事例 42 巻 2 号 (2010)。
- ・発地 敏彦「報酬・賞与・退職金を巡るフリンジ・ベネフィットの税務 (特集 フリンジ・ベネフィットを巡る税務の検討)」 税経通信 64 巻 1 号 (2009)。
- ・林 隆一「役員退職金の現物支給 (特集 法人・個人間におけるクロスセクションの税務)」税理 54 巻 11 号 (2011)。

- ・福島 基「役員報酬・退職金の過大認定」税理 48 巻 15 号 (2005)。
- ・福田昌子「分掌変更により支払われた役員退職金給与にかかる退職事実の認定」税務弘報 56 巻 13 号 (2009)。
- ・藤島 光代「判批」税経新報 556 巻 (2008)。
- ・藤原 伸吾「退職金の法的性格と支給要件」賃金事情 2504 号 (2006)。
- ・藤曲 武美 「役員の方掌変更と退職の事実」税理 50 巻 2 号 (2007)。
- ・藤曲 武美「役員退職給与における分掌変更と退職の事実」税研 25 巻 3 号 (2009)。
- ・古矢 文子 「合併に伴う退職慰労金としての一時金」税理 48 巻 11 号 (2005)。
- ・本間 康弘 「退職所得とされるケースの検討」税務弘報 58 巻 4 号 (2010)。
- ・宮澤 博「会社を清算する場合の役員退職金の支払」税理 53 巻 7 号 (2010)。
- ・三好 毅 「前払い退職金に対する課税上の取り扱い」労政時報 3436 巻 (2000)。
- ・村上 清「公的年金と退職金・企業年金の課題」租税研究 587 巻 (1998)。
- ・村木 慎吾「法人税実務 是否認事例に学ぶ分掌変更に伴う退職と同様の事情の立証策」税理 52 巻 15 号 (2009)。
- ・安田大「給与所得とされるケースの検討」税務弘報 58 巻 4 号(2010)。
- ・矢田公一「退職給与の支給に関する課税上の問題」税務大学校論叢 70 巻 (2011)。
- ・山添 清昭「退職給付に係る会計基準と税務基準(特集 会計基準・税務基準の異同と実務的検討)」税経通信 6 巻 13 号 (2009)。
- ・山田 二郎「所得税法における所得の分類」民商法雑誌 78 巻臨時増刊 4 号 (1978)。
- ・山田 二郎「退職金前払い制度と税務上の取扱い」東海法学 25 巻 (2001)。
- ・山本 展也 「判批」月刊税務事例 42 巻 2 号 (2010)。
- ・山本 守之 「分掌変更等に伴う退職金の支給」税理 50 巻 12 号 (2007)。
- ・横尾 美紀「法人税実務 分掌変更に伴う退職金の支給とその実務留意点[京都地裁平成 18.2.10 判決,大阪地裁平成 20.2.29 判決]」税理 51 巻 8 号 (2008)。
- ・吉田 勤「従業員・使用人の給与・退職金」税務弘報 57 巻 6 号 (2009)。
- ・渡辺 淑夫「国際税務研究 委員会設置会社への移行に伴う役員分掌変更と退職金の打切支給」国際税務 27 巻 11 号 (2007)。
- ・渡辺 充「判批」月刊税務事例 39 巻 4 号(2007)。
- ・労働法学研究会報「退職金(退職一時金・退職年金)制度の今後の動向」労働法学研究会報 49 巻 18 号 (1998)。

日本の連結納税制度における適正な 個別所得算出の意義に関する一考察

寺嶋 理

《要約》

所得税法上、所得は 10 種類に区分されており、その中でも非常に優遇されていると言えるのが退職所得である。退職所得の額は、収入金額から退職所得控除を差し引き、控除後の金額に 2 分の 1 を乗じることによって算出することができる。しかし、退職所得課税に関しては様々な問題点がある。まず、そもそも退職所得の範囲が不明確であり、予測可能性の点で問題である。また、制度上、勤続年数が短期間であっても 2 分の 1 課税が適用されるなど課税の公平上、問題がある。そこで、論文ではこれらの問題点について考察を行うことを目的としている。

まず、第 1 章では、退職所得課税の概要を整理するとともに、その問題点を明らかにした。退職所得が優遇されている理由は、退職金が賃金の後払いであること、一般的に老後の生活資金であるというものである。退職所得に該当すれば優遇措置が受けられるが、退職所得の範囲が法令上必ずしも明確ではないため、退職所得に該当するか否かの判断が困難である。さらに、制度上の問題として、2 分の 1 課税は平準化措置として稚拙である。また、退職所得控除は今日における退職金の水準に合致していないという問題があり、これらに関しては検討が必要であることが明らかとなった。

第 2 章では労働法上の退職金および退職概念を明らかにした。今日において、退職金の支給形態、退職金の金額の算定方法は様々であり、退職金の性格として生活保障説、功勞報償説、賃金後払い説の考え方が混在していると考えられる。退職所得が優遇されているのは 3 つの性格が混在しているからである。また、労働法上の退職に共通して言えることは意思表示が重要な点である。労働契約の終了は少なくとも一方の意思表示によって成立する。そして、上記のような事由で労働契約が終了した場合、労働法上では退職と考えられる。

第 3 章では、第 2 章の考察を踏まえ、税法上の退職について検討した。税法上の退職は労働法上の退職よりも範囲が狭い。それは、退職所得が優遇されているのは、退職金が賃金の後払いおよび退職後の生活保障の性格を有しているからであり、そのような性質を持たない金員については退職所得に該当しないからである。勤務関係が実質的に継続している場合に支給される退職金が、退職所得に該当するためには、賃金の後払いおよび退職後の生活保障の性格を有していることが必要である。そのためには、退職と同視できる事実が必要であり、その範囲は限定的にすべきである。

近年、退職所得に関する裁判が多くなっているが、事実認定は概ね妥当であり、退職所

得に該当するか否かの判断は適切にされていると考える。ただし、法人税基本通達 9-2-32(2)の持ち株比率要件に関しては合理的とは言えず、混乱を招くため削除すべきである。また、通達では例示形式を採用しているが、実質判断が重要であることを明らかにすべきであると考えた。

第4章では、第1章で明らかとなった問題点の解決策を検討した。まず、現行の退職所得控除は20年を境に急増する仕組みとなっている。これは昭和63年から現在まで変化がない。今日では年金形式での支給が増えており、退職金一時金の支給額は減少している。退職所得控除が一般的な水準の退職金に課税しないというものであるならば、現在は20年を境に控除額が急増する仕組みを廃止し、1年間で40万円としても問題ないと考えた。

また、平準化の方法としては平成24年度税制改正大綱案、5分5乗方式、N分N乗方式、修正K方式など様々な方法を検討した。しかし、それぞれ現行制度と比べ計算が複雑であったり、平準化が適切に行われなかったりといった問題点があった。そこで、論文では現行の2分の1課税を廃止し、新たな平準化措置として、勤続年数10年以上に限定したうえで10分10乗方式を採用することが適切であると考えた。10分10乗方式は退職金を10で除して税額を計算するため、計算が複雑ではなく、簡素の点から優れている。また、現在の平均勤続年数は10年を超えているから、平均的な退職金には平準化措置が適用される。勤続年数が10年未満であっても、平均的な退職金的水準であれば退職所得控除の範囲内であり課税はされないから納税者に酷ということもない。よって、勤続10年以上に限り、10分10乗方式を適用することがよいという結論に至った。

目次

はじめに	1
第1章 退職所得課税の概要と問題点	3
第1節 退職所得の定義	3
第2節 退職所得課税制度	4
第3節 沿革	7
1. 制度創設	7
2. 昭和15年改正	8
3. 昭和22年改正	8
4. 昭和25年改正	8
5. 昭和26～29年改正	9
6. 昭和42、48年改正	9
7. 昭和63年改正	11
第4節 退職所得該当性判断基準	11
1. 昭和58年9月9日最高裁第2小法廷判決	12
(1) 概要	12
(2) 下級審判決	13
(3) 最高裁判決	13
2. 昭和58年12月6日最高裁第3小法廷判決	14
(1) 概要	14
(2) 下級審判決	14
(3) 最高裁判決	14
第5節 退職所得の範囲	16
第6節 法人税法上の退職給与	17
第7節 退職所得と給与所得の取り扱いの差異	19
第8節 小活	20
第2章 労働法上の退職金及び退職概念	23
第1節 退職金の性格	23
第2節 退職金の支給実態	25
第3節 労働法上の退職金	27

第4節 労働法上の退職概念.....	28
1. 解雇.....	28
2. 契約期間の満了.....	30
3. 定年.....	30
4. 合意解約.....	32
5. 辞職.....	33
6. 当事者の消滅.....	33
第3章 税法上の退職概念.....	35
第1節 所得税基本通達における取り扱い.....	35
第2節 法人税基本通達における取り扱い.....	38
第3節 退職により一時に受ける給与.....	40
第4節 「これらの性質を有する給与」.....	41
第5節 退職と同視できる事実.....	42
1. 短期定年制.....	42
2. 前払い退職金.....	44
3. 役員の分掌変更等.....	44
(1) 従業員から役員への昇格.....	44
(2) 分掌変更.....	45
イ. 学校法人のケース.....	47
ロ. 株式会社における分掌変更.....	48
ハ. 持ち株比率と退職と同視できる事実の関係性.....	49
第6節 役員退職慰労金の取り扱い.....	51
第7節 税法上の退職概念.....	52
第8節 小括.....	53
第4章 退職所得課税の見直し.....	55
第1節 退職所得の廃止.....	55
第2節 年齢制限、金額制限の検討.....	57
第3節 分離課税の妥当性.....	58
第4節 退職所得控除の見直し.....	59
1. 退職所得控除の性質.....	59

2. 控除額の検討.....	60
3. 年齢制限の導入	61
第4節 2分の1課税の妥当性.....	62
1. 平成24年税制改正大綱における改正案.....	63
2. 修正K方式	64
3. 5分5乗・N分N乗方式.....	66
4. 解決策の検討.....	68
第5節 小活	70
おわりに	73
参考文献・資料等.....	75

はじめに

我が国の所得税法では、所得を 10 種類に区分している。その中でも退職所得は特に優遇されており、他の所得に比して税負担が軽くなっている。

具体的には、退職所得の優遇措置として以下の 3 点を挙げることができる。すなわち、①所得税法は基本的に総合課税であるのに対して、退職所得は分離課税である点、②勤続年数に応じて控除額が増加する退職所得控除がある点、③退職所得控除を控除した額に 2 分の 1 を乗じた額が退職所得の金額となる点である。このような優遇措置が設けられている退職所得課税であるが、いくつか問題点が存在する。

まず、退職所得の範囲に関する問題がある。退職所得は、所得税法 30 条 1 項で「退職手当、一時恩給その他の退職により一時に受ける給与及びこれらの性質を有する給与」と規定されている。さらに、所得税法 31 条で国民年金法、厚生年金保険法等の規定に基づく一時金等を退職所得とみなすと規定されており、これをみなし退職所得と言う。法令上、退職所得の範囲に関する規定は他に存在しない。日本的経営の 3 種の神器の一つと言われる終身雇用が一般的であったことから、従来は、退職金といえば、定年退職の際に受け取る金員を指すことが多かった。しかし、近年では、そのような退職金以外にも様々なケースで退職金を支給する場合がある。特に、退職金受給後も引き続き同一企業で勤務を続ける場合は、それが退職所得に該当するか否かの判断が難しく、争いになるケースが多い。退職所得の範囲が不明確である以上、法的安定性の面から問題があり、どこまで退職所得として取り扱うべきか検討が必要である。

次に、退職所得課税の計算上の問題である。現在の退職所得課税制度は、昭和 26 年の改正でその骨格が形成されたものである。退職所得課税は給与所得との差が大きいため、訴訟になりやすいと言える。その原因は、上記の 3 つの優遇措置が存在していることにあるが、特に問題であるのは、②の退職所得控除と③の 2 分の 1 課税とである。

現在の制度では退職所得控除額が 20 年を境に急増する仕組みとなっているが、退職金の支給方法、支給金額が変化している今日においても、それが合理的であるのかは検討が必要である。また、勤続年数が短期間であるか長期間であるかに関係なく退職所得控除を控除した後の 2 分の 1 相当額が退職所得の金額になる取り扱い、平準化措置として必ずしも適切とは言えない。退職所得が優遇されている主な理由は、終身雇用が一般的であっ

た時代を反映し、退職金の多くが老後の糧であると言われていたからである。しかし、今日ではそのような性質を有していない退職金も存在していると思われるため、退職所得としてどこまで優遇すべきであるのかについても検討が必要であると思われる。

本稿の構成は以下の通りである。第 1 章にて退職所得課税の概要を整理するとともに、その問題点を明らかにする。退職所得に関する問題点は、退職所得の範囲に関するものと課税方式に関するものに分けられる。そこで、第 2～3 章で退職所得の範囲について、第 4 章で課税方式について検討する。第 2 章で労働法における退職金の性格および退職概念を整理することにより、税法上の退職概念を考える上での参考とする。そして、第 3 章では税法上の退職概念を考察する。具体的には、税法上の退職所得に該当するのはどのような場合であるのか、具体例を取り上げ、それをいくつかのケースに分類して検討し、退職所得の範囲を明らかにする。第 4 章では、第 1 章で明らかにした現行の退職所得課税の問題点の解決策について、数値例を交えながら検討を行う。そこで、新たな課税方式（本稿では T 方式と呼ぶ）を提言する。

以上のように、本稿は退職所得課税の問題点を明らかにし、税法上退職所得として取り扱うべき金員の範囲および退職所得課税の問題点に対する解決策の検討を行うものである。

第1章 退職所得課税の概要と問題点

第1節 退職所得の定義

所得税法では、所得をその性質に応じて10種類に区分している。すなわち、利子所得、配当所得、不動産所得、事業所得、給与所得、退職所得、山林所得、譲渡所得、一時所得及び雑所得である。このように10種類に区分されているのは、各種所得の計算においてそれぞれの担税力を考慮しようとするものである。その中でも、特に優遇されていると言えるのが退職所得である。

退職所得は所得税法30条1項においてその定義がされている。その定義は以下のとおりである。

第30条 退職所得とは、退職手当、一時恩給その他の退職により一時に受ける給与及びこれらの性質を有する給与に係る所得をいう。

ここで、一般的に、退職手当とは、雇用関係ないしそれに類する関係の終了の際に支給される退職給与であり、一時恩給とは、普通恩給を受けることのできる年齢に達しないで退職する場合に支給される給与をいう¹。恩給とは、公務員が一定の年数以上在職して退職した場合や、公務でけがを負ったり病気で退職した場合、また、公務のために死亡した場合において、国が公務員またはその遺族に給付する国家補償の性格を有する年金や特別給付金のことであり公務員が一定の年数以上在職して退職した場合や、公務でけがを負ったり病気で退職した場合、また、公務のために死亡した場合において、国が公務員またはその遺族に給付する国家補償の性格を有する年金や特別給付金のことである。通常、普通恩給は年金形式であったが、一時恩給は一時金として支払われた。ただし、これは共済組合制度に移行しているため、現在問題となることはない。

所得税法30条1項の退職所得の定義では、「退職手当、一時恩給その他の退職により一時に受ける給与」という文言がある。法律上、「A その他のB」は包括的例示であるから、

¹ 金子宏『租税法 第15版』195頁（弘文堂、2010）。

退職により一時に受ける給与の例として退職手当、一時恩給が挙げられているにすぎない²。つまり、退職により一時受ける給与であれば、その名称の如何は問わないものと解される。ただ、基本的に企業を退社する際の退職金がこれに該当することは間違いない。それ以外にも、条文によると「これらの性質を有する給与」に該当する場合には退職所得となる。具体的な例として、従業員から役員へ昇任する際に、従業員だった期間に対して支払われる退職金（これを、打ち切り支給と言う。）などが挙げられる。ただし、退職金であっても、それを年金形式で受け取ることとなっている場合には、退職所得には該当せず、雑所得（所得税法 35 条）に該当することになる。また、退職金相当額を普段の給与に上乗せして支給する制度を選択した場合には退職を伴わないため、退職所得には該当せず、給与所得に該当することになる。すなわち、同じ退職金名義の金員であっても、その支給方法によって、所得税における所得区分は変化することになる。

また、所得税法 31 条において挙げられている一時金については、所得税法 30 条に規定されている退職手当等とみなす旨の規定が設けられており、これをみなし退職所得と言う。所得税法 31 条で退職所得とみなすものとしては、各種の社会保険、共済制度に基づく一時金及び確定給付企業年金に係る規約に基づく退職一時金その他これに類する一時金である。これが所得税法 30 条に規定する一時金と異なる点は、支給者である。所得税法 30 条で規定されている一時金は勤務先の企業から支給されるものであるのに対して、所得税法 31 条における一時金は勤務先以外の者から支給をうけるものである。これらは、過去の勤務に基づいて支給されるという点では同様の性格を有しており、これを税法上、同じ退職所得とみなしているのである³。

第 2 節 退職所得課税制度

退職所得の定義については前述のとおりであるが、退職所得が他の所得に比して非常に優遇されていると言える理由は、退職所得の算定方法にある。ここでは、退職所得の計算方法を概観していくこととする。

退職所得の計算方法としては、まず、その年に受け取った退職金の額から一定の方法により計算した退職所得控除額を差し引く。退職所得控除はその勤務期間に対応した額を控

² 伊藤儀一『税法の読み方・判例の見方 改訂新版』135 頁（TKC 出版、2008）。

³ 注解所得税法研究会『注解所得税法五訂版』605 頁（大蔵財務協会、1997）。

除することができる仕組みである。勤続 20 年までは勤続年数が 1 年を経過するごとに 40 万円の控除を受けることができる。そして、勤続年数が 21 年目からは年間 70 万円の控除が可能である。つまり、20 年目までは毎年控除額が 40 万ずつ増えていき、20 年で 800 万、21 年目からは 70 万ずつ増加となるため、21 年で 870 万、22 年だと 940 万という風に控除額が増加していくこととなる。例えば、大卒で 60 歳まで働いた勤続 38 年の者であれば、退職所得控除は 2060 万円である。つまり、2060 万円までは課税されないことになるのである。退職所得の金額は、上記の方法で計算した退職所得控除額を控除した後の金額に 2 分の 1 を乗じることによって得られる (2 分の 1 課税)。そのようにして算出された金額が退職所得の金額となり、分離課税によって、その額に応じて 5%~40% の 6 段階の税率が適用されることとなる。ちなみに、現行の所得税法では、最高税率の 40% が適用されるのは課税所得の金額が 1800 万円超の場合である。

退職金は、一般的に多額の金銭が一時に支給されることとなるため、通常の給与所得課税の計算によると、適用税率が非常に高くなってしまふことが多い。しかし、退職所得控除が存在するとともに、控除後の 2 分の 1 のみが退職所得の金額となることから、退職所得は他の所得と比べて優遇されていると言えよう。ただし、退職金の支給形態や支給額が従前に比して大きく変化してきている中で、現行の退職所得控除額水準が適切であるのか、また、勤続年数に関係なく 2 分の 1 課税が適用されることが適当であるのかという疑問が生ずる。

また、所得税は基本的に総合課税が採用されているのに対し、退職所得は分離課税となっているのも特徴の 1 つである。通常、所得税の計算上、各種所得は合算され、その合算した額に対して所得税が課される。しかし、退職所得に関しては給与所得などの所得と合算することはなく、退職所得単体で課税される。そこで、退職所得は源泉徴収の対象となっており、退職時に納税まで完結するようになっている。これには、2 つの理由が考えられる。1 つは総合課税として給与所得と合算してしまうと 1 月に退職した場合と 12 月に退職した場合で税負担の差が大きくなってしまふからである。所得税は累進税率が採用されており、所得を合算すると高い税率が適用されてしまふ。従って、分離課税をして、退職月の違いによって税負担の違いが出ないようにしているという考えである⁴。もう 1 つの理由は退職金が一般に退職後の生活資金であるからである。前述の通り、所得税は法人税のように税率が一定ではなく、累進税率であり、他の所得と合算してしまうと税率が高くな

⁴ 佐藤英明『スタンダード所得税法 補正版』179 頁(弘文堂、2010)。

ってしまう可能性がある。退職金は老後の糧である場合が多いと考えられるので、これに高い税率をかけるのは酷であるということが理由だと解されている⁵。

退職所得がなぜこのように優遇されているかという点と、退職金の性質が関係しているものと考えられる。というのも、詳しくは後述するが、退職金は一般的に過去の長期間にわたる勤務の対価の後払いという性質を持っている。そこで、本来は長期間にわたって支払われるものが退職時に支払われることになるので、累進税率の緩和、すなわち平準化措置が必要となるのである。また、労務の対価という点に関しては退職所得も給与所得と異なるところはない。しかし、退職金は退職後の生活を保障するという性格も持ち合わせており、他の所得に比して担税力は低いものと考えられている。従って、これに通常の税負担を求めるのは酷であるため、退職所得控除や分離課税といった優遇措置が設けられているのである。

現行では非常に優遇されている退職所得であるが、近年では、退職所得の優遇措置を見直すべきという声も多い。退職金を年金形式で受給する企業や、退職金の金額を普段の給与に上乗せし、退職金は受給しない、いわゆる前払い退職金形式を採用している企業も散見される。つまり、退職金の支給形態は多様化していると言える。年金形式の場合は一時に支給されるものではないため退職所得には該当せず、雑所得に分類される。同様に、前払い退職金は退職を伴わないため、給与所得に分類される。このように、近年では同じ退職金名義の金員であっても、その支給形態によって所得の分類が異なってくるのである。さらに、退職所得課税が優遇されていることを利用して、普段の給与を抑え退職金に上乗せして税負担の軽減を図ろうとしている企業もあるという指摘がある⁶。これは、そもそも退職一時金が優遇されすぎていることに基因しているのではないかと考えられる。

そこで、平成 23 年度の税制改正大綱にて退職所得課税の一部見直しが盛り込まれた。その内容は、勤続年数 5 年以下の役員等が退職金の支給を受ける場合は、退職所得控除を控除した残額に、2 分の 1 課税を適用しないとするものである。ここでいう役員等は法人税法 2 条で規定されている役員であり、その他にも国会議員、地方議員、国家公務員、地方公務員が対象となっている。なぜこのような改正が必要であるのかについては、平成 22 年の第 13 回税制調査会において次のような理由が挙げられている⁷。すなわち、法人役員

⁵ 金子宏・前掲注(1)197 頁。

⁶ 税制調査会平成 19 年 11 月「抜本的な税制改革に向けた基本的考え方」14 頁。

⁷ 税制調査会平成 22 年 11 月「平成 22 年度第 13 回議事録」3 頁。

の退職慰労金については、比較的短い在任期間でも一般従業員に比べ高額な金額となっており、法人役員が短期で退職慰労金を受け取る場合、累進緩和措置の対象とする合理性は乏しいと考えられるためである。5 年以下にした理由については、役員の平均在任期間が 7 年程度であること、退職金と同じく 2 分の 1 課税が採用されている譲渡所得については、5 年以下の短期譲渡所得については 2 分の 1 課税の適用がないことが挙げられている。この適用対象に議員や公務員も含まれていることから、天下りのような短期間で何回も退職金を受け取る、退職所得課税の趣旨に反した節税行為に対し課税の強化を行ったものと言える。ただし、この法案は今年度の国会で見送りとなったため、現在はまだ 2 分の 1 課税が適用されている。しかし、平成 24 年度税制改正大綱にも同内容が盛り込まれたことから、税制改正法案が国会で可決・成立すれば平成 25 年分以後の所得より適用されることになる。また、今回は 2 分の 1 課税の一部見直しのみであったが、近年で退職所得課税の見直しについて税制調査会で繰り返し議論されており、退職所得課税の見直しが必要な時期に来ていることは間違いないだろう。

第 3 節 沿革⁸

現行制度は第 2 節で確認したように非常に優遇されている退職所得課税であるが、当初は非課税であり、課税されるようになってからも現行制度になるまで多くの改正があった。それらの変遷を辿ることで退職所得課税への理解が深まるとともに、退職所得課税の今後を考える上で参考になると思われる。

1. 制度創設

退職所得課税制度が創設されたのは、昭和 13 年の所得税法改正によるものである。それまでの日本の税制は、所得を 3 種類に分類し、第 1 種を法人所得、第 2 種を公社債の利子、第 3 種を 300 万以上の個人所得とし、第 1 種、第 2 種の所得には低い税率で課税されていた。当時は法人税が独立して存在していなかった時代である。また、譲渡所得などは非課税であったことからわかるように、資産所得に対して重い課税はされず、優遇されていた。退職所得も営利の所得に属さない一時の所得として非課税とされていた。当時の

⁸ 武田昌輔監修『DHC コンメンタール所得税法 2 巻（加除式）』2282 頁以降参照（第一法規、1983）。

考え方として、継続・反覆的に生ずる所得が課税所得であり、一時的、偶発的な所得に関しては課税の対象から除かれていたと考えられる。すなわち、現在のような包括的所得概念ではなく、制限的所得概念の考え方にのっとっていたと言える。それが、昭和 13 年 4 月から、第 2 種所得税の丙(甲：公社債の利子、乙：銀行定期預金利子)として課税がされることになったのである。その際には、5000 円を超える額が課税対象であり、他の所得と区分して累進税率によって課税されていた。

2. 昭和 15 年改正

昭和 15 年の税制改正は大規模なものであった。法人所得は従来、第 1 種所得税として課税されていたが、法人税として独立した。それに伴って、所得税は個人の所得のみ課税対象となった。この改正によって所得税は総合所得税と分類所得税を併用する制度が採用されることになった。所得は不動産所得、配当利子所得、事業所得、勤労所得、山林所得、退職所得の 6 つに分類された。この改正では、勤労性の高い所得ほど税率は低く、基礎控除額が高くなっており、各種所得に応じた担税力に応じて課税がされるようになったと言える。これによって、退職所得という所得の分類ができ、控除額や税率に関しても改正が行われた。

3. 昭和 22 年改正

昭和 22 年といえば、戦後であり、日本国憲法が制定され、それに伴い税制にも変化が見られた。従来の分類所得税と総合所得税が廃止され、原則としてすべての所得を総合して超過累進税率により課税を行う総合課税方式に改められた。この前年の昭和 21 年には譲渡所得等も課税の対象とされ課税範囲は拡大の傾向にあった。総合累進所得税の考え方も初めて採用された。

退職所得に関しては、その年の収入金額の 2 分の 1 に相当する金額が課税標準とされた。所得税は源泉徴収をするとともに、他に所得がある場合にはこれと総合して課税されることとなった。ここで、初めて 2 分の 1 課税が採用された点に注目したい。

4. 昭和 25 年改正

昭和 22 年の税制改正より、税制の基本的転換が図られたが、昭和 25 年の改革によってそれが完成した。昭和 25 年の改正はシャウプ勧告に基づくものであり、シャウプ勧告の

基本方針は①公平な租税制度の確立、②租税行政の改革、③地方財政の強化である。所得税については、総合累進所得税の考え方を強力に推進する提言がなされた。そこで、キャピタルゲインへの課税、医療費控除などの社会政策的な面を考慮するよう勧告がなされた。

退職所得については、その年の収入金額からその 15%相当額を控除した金額を課税標準とし、特定の場合には 5 年間の平均課税の適用を選択することができることとされた。また、退職所得に対する源泉徴収税額は、その年中において退職所得の支払いを受ける時までに支払いを受けた給与所得の金額につき、扶養控除、不具者控除、基礎控除の各控除を行い、なお、不足額があるときは、これを退職所得の金額から控除し、これら控除後の給与所得の金額と退職所得の 5 分の 1 に相当する金額との合計額に対する税額と、その税額のその合計額に対する割合を退職所得の金額又は控除後の退職所得の金額の 5 分の 4 に相当する金額に乗じて計算した金額の合計金額から、その年中において退職所得の支払いを受けた給与の金額につき源泉徴収された税額を控除した金額によることとされた。この考え方は、詳しくは第 4 章で説明するが、K 方式に近いものである。現行の 2 分の 1 課税よりは平準化措置として優れているように思われるが、この方式は長く続かなかったことを考えると、複雑な方法は受け入れられにくいという難点があったと言える。

5. 昭和 26～29 年改正

昭和 26 年 11 月 30 日の所得税法の臨時特例の法律により、昭和 27 年 1 月 1 日から同年 3 月 31 日までに支給される退職所得については、他の所得と分離して課税し、その収入金額から 15 万円を控除した後の金額の半額を課税標準とし、これに税率を適用することとされた。ここで、退職所得の分離課税制度が採用されたことになる。

その後、昭和 27 年改正において、退職所得の課税標準は、その収入金額から 15 万円を控除した後の金額の 10 分の 5 に相当する金額とされ、現在の課税制度と同様、一定の控除額を控除した後の 2 分の 1 を課税標準とし、他の所得と分離して課税がされることになった。そして、昭和 29 年改正においては、勤続年数に応じた控除額が採用されるなど、この時期に現行制度の骨格が形成されたと言えよう。

6. 昭和 42、48 年改正

昭和 26～29 年に、現行制度の骨格が形成されたことは確認した。これ以降は、現行制度の形になるまで退職所得控除も改正が行われた。昭和 42 年改正においては、控除額が

勤続年数 10 年までは 1 年につき 5 万、10 年超～20 年までは 10 万、20 年超～30 年までは 20 万、30 年超の場合には 30 万となった。なお、昭和 48 年の改正においては、控除額が引き上げられている⁹。ここで、現在の退職所得控除と同様、勤務年数が長くなるほど控除額が増加する方式が採用された。これについては、昭和 41 年の税制調査会中間答申が参考になると思われる。答申の一部は以下の通りである。

「退職所得は永年の勤務に対する勤続報償的給与であると解され、その金額は退職時の給与水準と勤続年数によって決まるのが普通である。勤労に起因する報酬である点において給与所得の変形と考えられるものであるが、それが一時に支給される点や担税力の弱さ等を考慮し、累進性を軽減する意味から、現行制度においても給与所得とは別個に退職所得として、特別の軽減の方途を講じている。しかし、特に永年勤続して老後の生活の安定を願う多くの給与所得者にとって最後の所得という感じから、その税負担のあり方についての批判が強い。まさに退職所得は老後の生活保障的な最後の所得であることにかんがみ、その担税力は他の所得に比べてかなり低いと考えられるので、できるだけ早い機会にその控除額を定年退職者の平均的な退職所得の水準程度まで思い切って引き上げることが望ましい。」

これによると、退職所得は生涯で最後の賃金であり、老後の生活保障的な役割があることから、控除額は平均的な退職所得の水準まで引き上げる、すなわち一般のサラリーマンが受け取る平均的な退職金に関しては基本的に課税しないといった考え方であることがうかがえる。そこで、一般に退職金は勤務年数が長く、定年に近いほど多額になることから、勤務年数が長い者に対して控除額が有利なように設定していると考えられる。さらに、もうひとつ注目すべきであるのが、答申において、退職金の金額は退職時の給与水準と勤務年数によって決まるのが一般的であると述べている点である。当時の時代背景として、定年退職するまで同一企業にて働く終身雇用、賃金は年齢に比例して上昇していく年功序列型賃金が普及していた。つまり、定年時には賃金が高く、勤続年数が長いのが一般的であり、それをもとにして算出された退職金の一般的な金額には課税すべきではないという考えであった。ただし、現在では必ずしも勤続年数と退職時の給与水準だけが退職金の金額算出にあたり、考慮されるとは限らない。

⁹ 勤続年数が 10 年までは、1 年につき 10 万円であり、勤続年数が 10 年を超えるごとに年間控除額が 10 万円ずつ増加していった。

7. 昭和 63 年改正

消費税導入の税制改正と並行して、昭和 63 年 12 月所得税減税が行われた。その減税項目の一つとして、退職所得に係る退職所得控除額について勤続年数 20 年以下については、一年間の控除額が 40 万円、勤続年数 20 年を超える場合はその超える年数に対して 1 年あたり 70 万円の控除が受けられることになった。すなわち、現行の退職所得控除額は減税措置の一環として設けられたものであり、その内容は今日まで変わっていない。

ここまで見てきたように、退職所得については、初めは非課税であったものが、昭和 13 年から課税されるようになり、その後幾度も改正が行われた。昭和 26 年に現行制度の骨格が形成され、その後の改正によって、退職所得控除の額が増加していった。退職所得控除額が増加してきた背景には、物価上昇という面もちろんあるが、社会政策的な面も大きいように思われる。勤続年数に比例して増加する退職所得控除は税制調査会の答申で見たように、一般的な水準の退職金には課税しないという社会政策的な意味合いが強い。退職所得は給与であるという点は給与所得となんら異なることはないが、社会政策的に優遇されることが妥当であるため、退職所得課税は今日のような制度が構築されてきたと思われる。しかし、退職所得課税が現行制度の形になってから、退職金の支給方法や支給額が変化している。特に、昭和 63 年から状況は変わっている。退職金の支給は年金形式を採用する企業が増加しており、一時金形式での支給額は減少してきている。従って、退職所得控除額が一般的な水準の退職金に課税しないという趣旨に合致しているか否か再検討が必要であると考えられる。

第 4 節 退職所得該当性判断基準

退職所得の定義は所得税法 30 条 1 項に規定されており、退職所得に該当した場合には課税上、優遇措置が適用される。それでは、そもそも受領した金員が退職所得に該当するか否か判断する場合は、何を基準にしたらよいだろうか。というのも、退職金という名目で支給された金員が退職所得と必ずしもイコールではないからである。所得税法上、所得は 10 種類に区分されているものの、現実には所得区分が難しい金員も存在する。判断基準が必ずしも明確ではない場合は、最終的に裁判で争われることになる。近年では、退職金を受領した後でも、同一企業にて引き続き勤務するケースがあり、これについては退職

所得に該当する場合と、該当しない場合がある。退職金という名目で支払われる金員は、基本的に企業から支払われる賃金であるため、退職所得に該当しない場合は給与所得に該当することになる。退職所得は優遇されているため、退職所得に該当するのか、給与所得に該当するのかによって税負担が大きく変わる恐れがあり、どちらに該当するのかは非常に大きな問題である。

退職所得に該当するか否かを考える際に、参考となるのが、昭和 58 年 9 月 9 日最高裁第 2 小法廷判決および昭和 58 年 12 月 6 日最高裁第 3 小法廷判決である。これらは、短期定年制における退職金名義の金員が退職所得に該当するのか争われた事案であり、この判決で退職所得該当性判断基準の考え方が示されている。また、この考え方は近年の裁判においても必ず引用されていることから、退職所得該当性判断基準を考える際には最も基本となる考え方であると思われる。以下では、2 つの事案について見ていくこととする。

1. 昭和 58 年 9 月 9 日最高裁第 2 小法廷判決¹⁰

(1) 概要

株式会社 X は、昭和 40 年 12 月に従業員給与規程を改正して、従業員の勤務年数が満 5 年を経過するごとに退職金名義の金員を支給することにした。X はこれらの金員は退職所得に該当し、かつ退職所得控除額の範囲内であるため、源泉徴収すべき所得税は存在しない旨の処理を行った。しかし、所轄税務署長は、本件金員は退職所得ではなく、給与所得であるとの解釈の下、X に対し、昭和 45 年 4 月 15 日付で処分を行った。X は本件各処分の取り消しを求めて出訴したものである。

X がこのような給与規程に改定した背景には、当時、中小企業が退職金を支払えないまま倒産をするケースが相次いだことという事実がある。そこで、確実に退職金を受け取るため、労働組合が一定期間ごとに退職金を支払うように要求したのである。X も経営が順調とは言えず、一時に多額の退職金を支払う財源に乏しかった。そこで、検討の結果、給与規程の 15 条に「退職金は左の場合に支給する。(中略)四、勤務年数が会社設立後又は本人の就業 5 カ年、爾後 5 カ年を経過した時期が到来した場合」と規定し、勤続満 5 年ごとに退職金の支給をするようになったのである。

¹⁰ 税務訴訟資料 133 号 636 頁。

(2) 下級審判決

1 審、2 審判決は、本件金員は退職所得に当たらないとして、原告の要求を棄却した。その理由として、本件においては、形式上は 5 年ごとに退職という形式を採っているものの、5 年経過前と経過後を比較すると、退職したとは言えないというものである。具体的には、退職して再雇用された 1 年目から有給休暇がとれること、中小企業退職金共済制度の掛金を継続して支払っていたこと、再雇用時に特別手続きは不要であり、勤務内容も特段変更がないこと等である。以上のことを考慮すると、実質的に退職したとは言えず、本件金員は臨時的な賞与と同様であると判示している。

(3) 最高裁判決

最高裁判決も下級審判決の考え方を次のように支持している。従業員が退職に際して支給を受ける金員には、普通、退職手当又は退職金と呼ばれているもののほか、種々の名称のものがあるが、それが法にいう退職所得にあたるかどうかについては、その名称にかかわらずなく、退職所得の意義について規定した前記法 30 条 1 項の規定の文理及び右に述べた退職所得に対する優遇課税についての立法趣旨に照らし、これを決するのが相当である。かかる観点から考察すると、ある金員が、右規定にいう「退職手当、一時恩給その他の退職により一時に受ける給与」にあたるというためには、それが、(1)退職すなわち勤務関係の終了という事実によってはじめて給付されること、(2)従来継続的な勤務に対する報償ないしその間の労務の対価の一部の後払の性質を有すること、(3)一時金として支払われること、との要件を備えることが必要であり、また、右規定にいう「これらの性質を有する給与」にあたるというためには、それが、形式的には右の各要件のすべてを備えていなくても、実質的にみてこれらの要件の要求するところに適合し、課税上、右「退職により一時に受ける給与」と同一に取り扱うことを相当とするものであることを必要とすると解すべきである。

右金員は、前記(1)の要件である、勤務関係の終了という事実によってはじめて給付されること、という要件を欠くことは明らかであって、法 30 条 1 項にいう「退職手当、一時恩給その他の退職により一時に受ける給与」にはあたらないものというべきであり、また、実質的にみても、右の要件の要求するところに適合し課税上右の給与と同一に取り扱うことを相当とするものということは困難であって同条同項にいう「これらの性質を有する給与」にもあたらないと解するのが相当である。

ここで、注目すべきなのは、退職所得に該当するか否かの判断基準として3要件が示されたことである。これを踏まえたうえで、次の昭和58年12月6日最高裁第三小法廷判決を見ていくこととする。

2. 昭和58年12月6日最高裁第3小法廷判決¹¹

(1) 概要

原告の会社は中小企業であり、10年定年制を採用した。そこで、勤続満10年を経過した社員に退職金を支払い、それを退職所得としたが、課税庁はそれを認めず給与所得としたため、その退職金名義の金員が退職所得か給与所得か争われた事案である。

原告の会社は、昭和40年ころから経営に行き詰まり、同年9月に会社更生法の適用を申請した。このような状況で、従業員は勤続満10年で定年とし、その時点で退職金を支給し、その後引き続き雇用する場合は再雇用という形にするよう会社に要求をし、企業側もそれに合意した。こうして労使双方の意向が一致し、10年定年制が開始されたのである。

(2) 下級審判決

1審、2審は原告の主張を認め、本件金員は退職所得であると判示した。その理由としては、原告の定年制は租税回避の目的で設定されたものではなく、原告の倒産状態からの再建過程にあって労使双方の一致した意見により採用されたという特殊事情を総合すると、原告の10年定年制は、その後の再雇用の如何にかかわらず、社会一般通念上も退職の性格を有するものと認めるのが相当であるというものである。従って、定年に達した者に一時に支給されるものであること、再雇用後の退職金については再雇用前の10年の勤続期間は加味されないこと、退職所得の制度趣旨等に鑑みると、退職所得に該当するものであると認めるべきであると判断した。

(3) 最高裁判決

最高裁では、下級審とは反対の立場をとり、原審に差し戻すこととした。最高裁の判断では、10年定年制を設けた直接の動機は、主として従業員が早期に退職金を受け取れるようにするためであり、従業員に関心は勤続満10年で退職金を受け取ることができるかど

¹¹ 税務訴訟資料134号308頁。

うかであって、退職しなければならないということは考えておらず、従前の勤務関係がそのまま継続することを当然のこととして予定していたものとみるのが相当であるというものであった。

また、名称はともかく、その実質は、勤務の継続中に受ける金員の性質を有するものというほかはなく、退職所得に該当するための3要件のうち、(1)退職すなわち勤務関係の終了によって初めて給付されることという要件を満たしていないとしている。また、当該金員が「これらの性質を有する給与」にあたるというためには、当該金員が定年延長又は退職年金制度の採用等の合理的な理由による退職金支給制度の実質的改変により精算の必要があった支給されるものであるとか、あるいは、当該勤務関係の性質、内容、労働条件等において重大な変動があつて、形式的には継続している勤務関係が実質的には単なる従前の勤務関係の延長とはみられないなどの特別の事実関係があることを要するものと解すべきところ、原審の確定した前記事実関係のもとにおいては「退職により一時に受ける給与」の性質を有する給与に該当することを肯認させる実質的な事実関係があるということとはできないとした。

ちなみに、本件は差し戻し審判決においても、10年定年制で退職となった15名のうち、実際に退職したのは2名であるが、2人とも自己都合であること、10年定年制の直接の動機は退職金を定年前に受給できることであり、退職金を受け取った段階で退職は考えておらず、使用者側も異なる意識を持っていたとはみられないことなどからすると、形式的には継続している勤務関係が単なる従前の勤務関係の延長とは認められないなど特段の事情の存在はみとめられない。従つて、退職所得とは認められない旨判示している。

ただし、最高裁判決では横井裁判官が反対意見を述べているので、そちらも確認しておく。

「本件のように、従来10年以上勤務しても退職金額はそれ以上増加しない取りきめとなっていて、それに不満を持つ従業員から、10年経過後も勤務年数に応じ退職金額を増額すべきことが要求されている間に、会社の経営が悪化し、会社更生法の適用を見るに至ったため、10年を1区間として勤務関係を精算することとして、それまでの勤務期間に応ずる退職金を支給し、その後も引き続き勤務する者のじ後の退職金の計算についてはすでに経過した勤務期間を計算に入れないこととした場合には、このような退職金につき、税法上退職所得扱いをすることは許されない、とまでいう必要はないと思う。退職という以上その後継続雇用する場合すべての面において全くの新

規採用と同じでなければならない、という理由もない。

(中略) 終身雇用制の場合の退職金に課される所得税については、控除額も高くなり税額も比較的低くなるのに、それを採用せず、退職金につき右控除額が少なくしたがって税額が比較的高くなるなど不利な取扱いを受けるおそれのある 10 年定年制を、敢えて採用するについては、当該企業に固有の、それなりの事情があるはずであり、このような場合には、かかる事情を考慮し、10 年目に支払われた退職金名義の一時金が従来の継続的な勤務に対する報償ないし精算金的性質を有するものである限り、その経済的実質に着目し、これを税法上の退職所得として取り扱い、右のような不利益を受けることがないように配慮することを違法とまでいう必要はないと考えられる。本件において、被上告人が勤続満 10 年定年制を採用するに至った経緯ないし事情は、原審の確定した事実関係として多数意見の冒頭に記載されているとおりであつて、まさに右のような取扱いを肯認しうるものといえることができる。

したがって、本件係争の退職金名義の金員を所得税法上の退職所得にあたるとした原審の認定判断は正当であり、論旨は採用しえないものであつて、本件上告はこれを棄却すべきであると考ええる。」

以上のように、横井裁判官は 1 審、2 審判決を支持している。最高裁の判断では退職の事実が重要視されているように思われるが、横井裁判官の意見は退職金の経済的実質に着目したものである。最高裁の判決に関しては、概ね賛成の声が多いように思われるが、横井裁判官のような反対意見もあり、意見が分かれているところである。

第 5 節 退職所得の範囲

ここまで見てきたように、退職所得は課税上優遇されており、退職所得に該当するのと給与所得に該当するのでは、大きな差がある。従って、どこまで退職所得として取り扱うべきなのかというのは慎重に判断しなくてはならない。しかし、現状では、退職所得の範囲に関しては法令上、所得税法 30 条 1 項で退職所得の定義がされているのみである。それ以外に、所得税基本通達に退職所得として取り扱うべきケースがいくつか列挙されているに過ぎない。しかし、これは法律ではないため法的拘束力を持たないため、不十分な点もある。さらに、近年は新しいケースが出てきて裁判で争われていることを考えると、今

後も現行の制度のままで適切に対応できるかどうかは疑問である。これは予測可能性、法的安定性の面からは問題であると言える。そうであるならば、現行制度において、退職所得と給与所得の区分は正しくできているのであろうか。

現在は、同一企業にて勤務を続ける場合に関しても退職金が支給されるケースが多く見られるようになってきた。このような場合、先ほどの退職所得該当性判断基準の3要件のうち、退職すなわち勤務関係の終了という事実によってはじめて給付されることという条件は満たさない。従って、これが実質的に所得税法 30 条 1 項に言う退職所得に該当するのか判断しなくてはならない。しかし、それが退職所得に該当するか否か判断するのに、法令上の根拠は所得税法 30 条 1 項のみである。通達も例示形式を採っている。このような状況では、判断が困難なケースが生じてしまうことは避けられない。そこで、今後は勤務関係の終了という意味での退職がなくとも、退職所得に該当する場合、すなわち退職と同様に扱うべき場合とはどういう状況であるのかさらに検討が必要になってくると考える。

第 6 節 法人税法上の退職給与

所得税法上は退職給与に該当するか給与所得に該当するかが問題となるが、法人税法上ではどうなっているのだろうか。法人税法上では、所得税法のように所得が区分されることはないため、退職金は原則として損金の額に算入される。使用人に対する退職金に関しては原則として全額損金算入が認められている。ただし、役員に関しては常に全額損金算入されるかというところではない。法人税法 36 条によると、内国法人がその役員と政令で定める特殊の関係のある使用人に対して支給する給与（債務の免除による利益その他の経済的な利益を含む。）の額のうち不相当に高額な部分の金額として政令で定める金額は、その内国法人の各事業年度の所得の金額の計算上、損金の額に算入しないと規定されている。

一般的に、役員の退職金は退職時の月額報酬×勤続年数×功績倍率で算出されることが多い。報酬額や勤続年数は一目瞭然であるが、功績倍率に関しては恣意性の入り込む余地がある。特に、役員が受け取る退職金は高額なことが多いため、しばしば争いになるのである。日本の企業のうち、97%は同族会社であり¹²、同族会社は非同族会社では起こり得ないようなことが起きる可能性が十分にある。退職給与で言えば、利益処分として退職金

¹² 国税庁「平成 21 年 会社標本調査」155 頁（2009）。

を通常より高額にするということも十分考えられる。そこで、不相当に高額な部分については、損金の額に算入しないことにしているのである。ただし、所得税法上、そのような規定はないため、法人税法上否認された部分であっても全額退職所得として課税される。つまり、不相当に高い金額であったとしても、それは法人税法上の取り扱いであって、所得税法上は優遇されてしまう。これは、退職金が老後の糧であるという、退職所得が優遇されている趣旨からすると望ましくないように思われる。つまり、不相当に高額な部分というのは利益処分の性格が強いものであり、これを所得税法上非常に優遇されている退職所得として取り扱うのは妥当ではないと考える。そこで、不相当に高額な部分は賞与の性格がより一層強いと考えられるため、何らかの制限をするというのも一つの考え方としてあり得るのではないだろうか。

所得税法上、退職所得に該当するか否か判断が困難なケースが存在する。それは、法人税法上でも同様である。それは、役員に対して支払った給与が役員退職給与に該当するか否かである。法人税法 34 条において損金算入される役員給与が規定されているが、そこでは定期同額給与、利益連動給与、事前確定届出給与の 3 つに限定されている。ただし、退職給与は除くとされている。すなわち、役員退職給与の取扱いは、原則として全額損金算入されるが、不相当に高額な部分に限り、損金に算入することができない。しかし、退職金名義の金員であったとしても、それが退職給与として認められなければ、当該金員は役員賞与となり、法人税法 34 条に規定されている 3 つの給与形態に該当しないため、損金に算入することはできない。

所得税法上、役員の再任や分掌変更が行われた場合でも、退職したと同様の事実がある場合には退職所得として取り扱われる。法人税法上でも退職と同様の事実がある場合には役員退職給与として損金算入できるが、実質的に退職したと認められないケースでは損金不算入となる。法人税法上、使用人が役員になった場合¹³、使用人時代の退職金を打ち切り支給した場合、役員の分掌変更で一定の場合は役員退職給与として認められる¹⁴。分掌変更で一定の場合に関しては後述する。これについては所得税基本通達にも同様の内容が記載されている。記載内容に若干の差はあるものの、基本的な考え方は同じであると思われる。つまり、法人税法上、退職給与として取り扱われるものは所得税法でも退職所得と

¹³ 法人税基本通達 9-2-36。

¹⁴ 法人税基本通達 9-2-32。

して取り扱われると思われるため、これらを特別分けて考える必要はないと思われる¹⁵。そこで、本稿では退職所得の範囲について考察を行う際に、法人税基本通達なども参考にすることとする。

第7節 退職所得と給与所得の取り扱いの差異

退職所得は給与所得との区分が問題となることが多い。退職所得の定義は「退職により一時受ける給与」であるから、退職という事実に基づいて支給されない限りは給与であり、その場合は給与所得に該当する。従って、裁判で、とある金員の所得区分として退職所得か給与所得か争われるケースが多くなっている。その背景には給与所得と退職所得の課税上の差が大きいことがあげられる。納税者としては税負担が軽い退職所得に該当したほうがいいが、課税庁側としては本来給与所得のものを退職所得として申告されては課税の公平から問題であるため争いになりやすいのである。退職所得の優遇措置については確認済みなので、ここでは退職所得と給与所得の税負担の差を中心に見ていく。

給与所得とは、俸給、給料、賃金、歳費及び賞与並びにこれらの性質を有する給与に係る所得をいうと所得税法 28 条に規定されている。給与所得は雇用契約またはこれに準ずる関係に基づいて提供される個人の非独立的ないし従属的な人的役務の提供の対価としての性質をもった所得ということができる¹⁶。給与所得の特徴としては、控除が実額控除ではなく収入金額の一定割合であることである。通常、所得金額を計算する場合、収入金額から売上原価、販売費、管理費などの必要経費を差し引く。給与所得や退職所得の場合、必要経費ではなく、一定の金額を控除することとされている。退職所得は勤務年数によって退職所得控除の金額が決定される。それに対して、給与所得控除は年間の収入金額から一定割合を控除することができるようになっている。基本的に、収入金額が増えるにしたがって、収入金額に対する控除割合は減少していく。ただし、一定割合ということは控除額が青天井ということを意味する。これについては、給与所得は必要経費の個別認定が難しく、概算で経費を控除できる仕組みとしている弊害である。

そこで、平成 24 年度税制改正大綱では、給与所得控除の見直しが盛り込まれている。その内容は、給与収入が 1500 万円を超える場合の給与所得控除額については、245 万円

¹⁵ 大淵 博義「退職給付を巡る税法上の諸問題の検証(1)」66 卷 8 号頁(2011)。

¹⁶ 武田昌輔監修・前掲注 (8) 1570 頁。

の上限を設けることである。その理由として、給与所得者の必要経費が収入の増加に応じても必ずしも増加するとは考えられないこと、また、主要国においても定額又は上限があること等である¹⁷。つまり、収入金額の一定割合が給与所得控除になる仕組みは実態に合っていない面があり、特に控除額の上限がないことから高額所得者に対し有利な制度であったということだ。退職所得控除は給与所得とは異なり収入金額に関係なく、勤続年数が長くなるほど控除額も大きくなる。従って、給与所得と同様の考え方はできないが、給与所得控除のように、現行制度が実態と合致していないのであれば、退職所得控除は見直す必要がある。

給与所得と退職所得の違いとして控除方法を見てきたが、その他にも退職所得は分離課税、2分の1課税といった優遇措置が採られている。低額所得者であっても勤続年数が長くなると控除額が多くなるため、給与所得と退職所得の差は非常に大きいと言える。役員の退職金などは一般的に高額であるため、場合によっては給与所得課税と退職所得課税の税額差が数百万円になるケースもある。例えば、勤続10年で退職金を3000万円受け取り、その年の給与が1000万円と仮定する。現行制度により別個で税額を計算した場合、給与所得に係る税額と退職所得に係る税額の合計額は391万2千円である。それに対して、両者を共に給与所得として4000万円を課税すると、税額が1172万4千円となり、税負担の差は781万2千円となる。このように給与所得に該当するか退職所得に該当するかによって大きく税負担が異なるため、争いになりやすいのである。さらに、高額所得者に対する給与所得課税が強化されることから税負担の差はさらに拡大する。しかし、両者の境界線は必ずしも明確であるとは言えないところもあり、今後も争いが多発してしまう可能性がある。

第8節 小活

以上のように、退職所得は他の所得に関して優遇されていると言える。一般的に、退職金は金額が大きいため、退職所得に該当するか給与所得に該当するかによって税負担が大きく変わってしまう可能性が高い。そのため、退職所得に該当するか否かは非常に重要な問題である。退職所得該当性の判断基準として、2つの最高裁判決を見てきたが、短期定年制における退職金名義の金員については、最高裁判決では退職所得と認められず、給与

¹⁷ 平成24年度税制改正大綱5頁（2011）。

所得として取り扱われるべきとの判断であった。そこで、退職所得該当性判断基準として 3 つの要件が示された。近年において退職金名義の金員が退職所得に該当するか争われた事案においても、2 つの判例は必ず引用されている。つまり、この 2 つの裁判で示された基準が退職所得該当性判断基準を考える上で最も基本であると言える。しかし、現在は勤務期間の終了という意味での退職がなくとも退職金が支払われるケースなどもあり、その支給形態は以前に比べ多様化している。最高裁で示された判断基準も「これらの性質を有する給与」については明確な判断基準が示されておらず、そのみで全てのケースに対応できるようなものではない。そのような退職所得該当性判断基準が十分とは言えない状況では、判断が困難なケースに直面した際、納税者と国税庁で見解の相違が生じ、今後も訴訟が起こりうる可能性がある。そう考えると、現行制度は、法的安定性や予見可能性の面から問題があるのではないだろうか。

さらに、退職所得課税はその見直しが必要な時期に来ていると言える。退職所得課税に優遇措置が設けられている最大の理由は、退職金が老後の生活資金となることが多いからである。これについては社会政策的な色が強い。通常は給与所得として課税することが妥当であるが、日本では退職金制度が普及しており、さらに終身雇用制度の存在により退職金が老後保障の性格を有していることが多く、退職所得として別の類型を設けて優遇措置を講じているのである。すなわち、現在の制度は終身雇用制度のもと、退職金が老後保障の性格を持つのが一般的であるという前提で創設されたものと考えられる。しかし、現在は老後保障の性格の弱い退職金や、賞与の性格の強い退職金などもあり、その課税方法については検討しなければならない。さらに、現行制度は 2 分の 1 課税が採用されているがこれは勤続年数に関係なく適用されてしまうという問題があり、新たな平準化措置の検討が必要である。

ここで、第 1 章にて確認できた退職所得に関する問題点を整理してみよう。

- ① 退職所得の範囲が不明確なところがあり、法的安定性に欠けるのではないか
- ② 退職所得と給与所得の課税上の負担差が大きすぎるのではないか
- ③ 退職所得控除額は適正であるのか
- ④ 平準化措置として 2 分の 1 課税は不適當ではないか
- ⑤ 不相当に高額な退職金も退職所得として取り扱うことが妥当であるのか

これらの問題点は大きく二つに分けることができる。①については退職所得の範囲に関するものであり、所得税法 30 条 1 項の解釈論である。それ以外は退職所得の課税方式に

関する制度論である。本稿では、第 2～3 章で①について検討を行い、退職所得に該当するケースに関して検討を行う。その上で、第 4 章において②③④⑤の課税方式についての検討を行い、改善すべき点を踏まえ、制度の在り方について提言を行うこととしたい。

第2章 労働法上の退職金及び退職概念

第1章では、現行の退職所得課税制度とその問題点に関して整理を行った。退職所得課税の見直しを行うにつき、まずは税法上の退職に関してその範囲を明らかにして、適切な所得区分ができていないか検討しなくてはならない。しかし、税法上、退職の定義は明確ではない。そこで、税法上の退職について検討するにあたり、その参考として労働法上の退職概念および退職金の性格を参考にすることとする。

第1節 退職金の性格

労働法上の退職について見る前に、まずは退職金の性格や現状について確認していく。そもそも、退職金制度は日本固有のものであると言われている。退職金の由来は、雇い主が使用人に対し独立の業を営む権利「のれん」をおくる習慣に発したものである。当時の退職金制度は、主人側と使用人側の双方が積み立て、年季明けで退職する者に金一封をおくる慣行であった。「のれん分け」が市場の飽和や初期コストの増大で容易ではなくなる中、代わりの報償制度として発生したのかもしれない¹⁸。

日本では、従来から、日本的経営3種の神器は終身雇用、年功序列、企業別組合であると言われている。日本では、欧米諸国と比べると転職者数は少なく、一度企業に勤めたら定年に達するまで同一企業で勤務する、いわゆる終身雇用が一般的であった。さらに、年功序列型賃金、すなわち勤務年数が長くなるほど、賃金もそれに比例して高くなる賃金制度が普通であった。退職金制度についても、基本的には勤務年数が長い者ほど、支給額が多い傾向にあると考えられる。というのも、伝統的な退職金制度では、退職時における基本給をベースとして退職金の額が算定されるからである。

退職金の性格については、諸説あるが、代表的なものとして3つの見解が存在する。すなわち、①功労報償説②賃金後払い説③生活保障説である¹⁹。以下ではこの3つの考え方

¹⁸ 大湾 秀雄、須田 敏子「なぜ退職金や賞与制度はあるのか（特集 その裏にある歴史）」日本労働研究雑誌 51 卷 4 号 18 頁（2009）。

¹⁹ 他にも、労働減価償却説等があるが、有力となっているのはこの3つの考え方である。

について見ていくこととする。

① 功勞報償説

功勞報償説は、退職するまでの勤務期間における労働者の業績および企業への貢献度を評価し、その功績、功勞に対する報償として、退職に際し支給する金員であるとする説である。この考え方は、退職金を恩恵的な贈与とみる点を重視するものである。近年のポイント制退職金制度、役員の退職慰勞金などは、その算定方法からしてこの功勞保障の側面が強いと言える。また、役員に対する退職慰勞金も同様に、功勞報償の面が強い。

② 賃金後払い説

賃金後払い説は、退職金は賃金の一部を退職時に後払いするものであるという考え方である。つまり、通常の賃金である給与と、退職金として労務の提供がすべて終わった後に支給される給与が存在するということになる。この考え方は、賃金が労働力の価値よりも低く支払われてきた時代に形成された説で、退職時に未払い分の賃金を退職金として支給するものである。この考え方では、退職金はあくまで賃金であり、賃金の一部が退職時に一時に支払われるものということになる。

③ 生活保障説

生活保障説は、退職金は、労働者の退職後の生活を補償しようとするものであるという考え方である。一般に、退職金の支給金額算定上、自己都合による退職に対して、会社都合退職や定年退職のほうが、支給係数が大きくなっているのは、退職金によって老後生活を保障するという点を明確にしたものと言える。退職金には年金形式で支給するものがあるが、年金形式で支給するものについては、より一層退職後の生活保障の性格が強いと言える。

退職金の性格としては以上のような3つの考え方が代表的である。では、退職金の性格としてどの考え方が適当であるかという点、これを1つに限定するのは難しい。というより、1つの性格のみを持っていると考えるのは適切ではない。退職金の性格として、上記の3つの性格が混在していると考えるのが適切であり、実際にその考え方が通説となっている。

退職所得が優遇されているのは、退職金は退職時という一時に多額の金員が支給され、それが老後の糧であることが多いからであると解されている。退職金が賃金であれば、それは給与所得として課税してもいいように思われる。功績報償説の考え方によると、退職金は過去の勤務に対する評価であるから賞与の様な性質を持っていると言える。しかし、生活保障説のように、退職後の生活保障の一面を持っているからこそ、課税上優遇されていると言える。また、賃金後払い説の考え方のように、賃金の後払いの性格を有していることから、平準化が必要となるのである。退職所得として優遇すべきなのは、上記の性格を有している金員のみである。そう考えると、第1章第4節で見た退職所得に該当するための3つの要件は、これを満たせば、その退職金は功労報償説、賃金後払い説、生活保障説で言う性格を有することとなるため、妥当なものであると考える。

第2節 退職金の支給実態

現行の所得税法が創設されてから、退職金の支給形態が様変わりしている。退職金といえば、退職時に一時に支払われる退職一時金というのが一般的であった。現在でも、退職一時金を支給する企業の数も多く、退職金と言えば退職一時金をイメージする者が多いと思われる。しかし、今日においては、一時金の他にも、年金形式で退職金を支給する企業も多くなってきており、退職金制度はその制度が普及した当時と比べ多様化していると言える。さらに、そもそも退職時に退職金は支給しない代わりに、退職金相当額を勤務期間中に支給される給与に上乗せするといった制度も存在する。これは、1998年に松下産業株式会で導入された制度で、前払い退職金制度などと呼ばれている。この制度は、退職金の1年分に相当する金額をその都度、ボーナス等に上乗せして受け取るというものである。このように、支給方法も様々であり、同じ一時金形式の退職金であっても金額算定方法が異なるなど退職金の性格も様々であると思われる。それでは、現在の退職金制度はどのようになっているのだろうか。

まず、今でも数多くの企業が採用していると思われるのが退職一時金制度である。厚生労働省の調査によると、退職一時金を採用している企業の割合は 87.2%(そのうち、一時金と年金の併用が 31.9%)となっており、多くの企業で退職一時金制度が存在しているこ

とがうかがえる²⁰。退職一時金の支給額に関してはその算定方法がいくつか存在するが、大きく分けると基本給連動型と基本給非連動型に分けることができる。基本給連動型とは、退職一時金の算定基礎を退職時における賃金に求めるものであり、従来はこの方法を採用している企業が多かったと思われる。先ほどの厚生労働省の調査によると、退職一時金の算定基礎を退職時における賃金に求めている企業は 56.6%であり、半数以上の企業が退職時の賃金をベースに退職金を支給している。なぜ、このような制度が普及したかといえ、退職時の賃金が算定基礎であれば、年功序列型の賃金の影響で、定年まで働き続けた方が退職金の額が増加することになり、社員の囲い込みに資するからである。

それに対して、退職時の賃金を算定基礎にしない制度も増えてきている。具体的には、別テーブル式やポイント制が挙げられる。別テーブル式とは、等級別や役職別に定めた係数を設定して、それに勤続年数に応じた基準額を乗じて支給額を算出する制度である。ポイント制とは、勤続ポイントや資格ポイントなどを設定し、それに単価や退職事由係数を乗じて退職金の金額を算定する制度である。いずれの制度においても、基本給は関係してこないことから、勤続期間における功績に対して支給するという点で、基本給を基礎とする制度に対して功労報償の性格が強くなっていると言える。なお、退職金の原資の確保方法によって、退職金の積み立てを社内で行う社内積立型と、外部で行う社外積立型の二つがある。厚生労働省の調査では、退職一時金の支払い準備形態が社内準備である企業が 64.2%と一番多くなっている²¹。

次に、退職金の支給形態として年金形式が挙げられる。近年では、大企業を中心に年金形式の退職金制度を持っている企業が増加している。厚生労働省の調査では、年金形式の退職金が存在する企業は退職給付制度がある企業のうち 44.7%（退職一時金との併用を含む）である²²。代表的なものとして厚生年金基金および適格退職年金がある。ただし、適格退職年金に関しては、平成 24 年 3 月をもって廃止されることが決定しており、現在は適格退職年金からの移行が行われている。近年は確定拠出年金や確定給付企業年金への移行が進んでいる。

現在は、退職金制度の見直しを行う企業が増えてきている。退職一時金制度の見直しを行う企業が全体の 14%程度であり、退職年金制度の見直しを行った企業は全体の 10.2%で

²⁰ 厚生労働省「平成 20 年就労条件総合調査」19 頁（2009）。

²¹ 厚生労働省・前掲注（20）20 頁。

²² 厚生労働省・前掲注（20）19 頁。

あった²³。

第3節 労働法上の退職金

それでは、労働法上で退職金はどのような位置づけなのだろうか。労働法において、退職金の法的性質について、直接規定が設けられているわけではない。労働基準法では、賃金について、11条に「この法律で賃金とは、賃金、給料、手当、賞与その他名称の如何を問わず、労働の対償として使用者が労働者に支払うすべてのものをいう。」と規定されている。さらに、同24条に、「賃金は、通貨で、直接労働者に、その全額を支払わなければならない。ただし、法令若しくは労働協約に別段の定めがある場合又は厚生労働省令で定める賃金について確実な支払の方法で厚生労働省令で定めるものによる場合においては、通貨以外のもので支払い、また、法令に別段の定めがある場合又は当該事業場の労働者の過半数で組織する労働組合があるときはその労働組合、労働者の過半数で組織する労働組合がないときは労働者の過半数を代表する者との書面による協定がある場合においては、賃金の一部を控除して支払うことができる。」と規定されている。第2項において、「賃金は、毎月一回以上、一定の期日を定めて支払わなければならない。ただし、臨時に支払われる賃金、賞与その他これに準ずるもので厚生労働省令で定める賃金（第八十九条において『臨時の賃金等』という。）については、この限りでない。」と規定されている。

労働法上において、退職金は同法11条の賃金に該当するか否かが問題となることが多い。この点に関して、行政解釈では「結婚祝金、死亡弔慰金、災害見舞金等の恩恵的給付は原則として賃金とみなさない。ただし、結婚手当等であって、労働協約、就業規則、労働契約等によってあらかじめ支給条件の明確なものは賃金である²⁴。」とされており、あらかじめ支給条件が明確なものに関しては、賃金であると考えられている。現在は就業規則で退職金の規定がある企業が多いと思われるため、基本的に退職金も賃金であると言ってよいだろう。最高裁においても、「本件退職金は、就業規則においてその支給条件が予め明瞭に規定され、Y会社が当然にその支払義務を負うものというべきであるから、労働基準法11条の『労働の報償』としての賃金に該当」と判断されている。

²³ 厚生労働省・前掲注（20）22頁。

²⁴ 昭22.9.13発基17号

第4節 労働法上の退職概念

税法において、退職という概念は明確に定義されているものではない。それでは、労働法上では退職がどのような概念として捉えられているだろうか。労働法上で雇用契約が終了する場合としては、解雇、期間満了、定年、合意解約、辞職、当事者の消滅が挙げられる。つまり、これらの事由をもって退職と考えられる。そこで、ここではそれぞれどのような場合であるのか見ていくこととする。

1. 解雇

解雇とは、使用者の一方的な意思表示によって、労働者との雇用契約を解除することである。雇用契約が解除され、労働者は会社を離れるわけであるから、当然税法上も退職になる。労働者が自らの意思で退職を申し出る辞職と違い、解雇は使用者が労働者との契約を解除しようとするものであるため、労働者のその後の人生に多大な影響を与える可能性もある。よって、解雇が無制限に行われるのは避けなければならない。民法において、契約自由の原則が存在するため、使用者が解雇を自由にしても問題ないように思われる。しかし、前述の理由から労働法上では、解雇について様々な制限を設けている。具体的には、労働契約法 16 条において、「解雇は、客観的に合理的な理由を欠き、社会通念上相当であると認められない場合は、その権利を濫用したものとして、無効とする。」と規定されており、不合理な解雇が行われないよう制限している。

解雇はいくつかに分類することができる。まず、使用者が労働者を解雇しようとする際、解雇まで一定の期間を設ける予告解雇である。民法 627 条 1 項において、「当事者が雇用の期間を定めなかったときは、各当事者は、いつでも解約の申入れをすることができる。この場合において、雇用は、解約の申入れの日から二週間を経過することによって終了する。」と規定されている。同様に、第 3 項では「六箇月以上の期間によって報酬を定めた場合には、前項の解約の申入れは、三箇月前にしなければならない。」と規定されている。つまり、2 週間ないし 3 カ月前に解雇予告が必要であるのである。それに対して、労働基準法 20 条では、使用者は、労働者を解雇しようとする場合においては、少なくとも 30 日前にその予告をしなければならない旨の規定がなされており、労働者の解雇に関しては 30 日前の解雇予告が必要としている。労働基準法 20 条は、後半に「天災事変その他やむを

得ない事由のために事業の継続が不可能となった場合又は労働者の責に帰すべき事由に基いて解雇する場合においては、この限りでない。」と規定されているところから、一定の場合には予告期間がない解雇、すなわち即時解雇も可能である。天災事変その他やむを得ない事由とは、事務所が火災で焼失してしまった場合などであり、納税者の責に帰すべき事由とは、労働者が金員の横領をするなど、重大な罪を犯してしまった場合などである。

次に、使用者の目的の違いによる、普通解雇、懲戒解雇および整理解雇である。整理解雇および懲戒解雇以外の通常の解雇は普通解雇と呼ばれている。

普通解雇は、懲戒解雇以外の解雇であり、労働者が病気で入院しており回復の兆しがない場合や、怪我のために業務を執行することが困難になってしまった場合、労働者の技能が著しく低い場合などに行われる。整理解雇とは、普通解雇の一種であるが、企業が経営上必要とされる人員削減のために行う解雇である²⁵。つまり、事業継続が困難な場合における人員整理である。整理解雇については、法律で明確に定義されているものではなく、裁判を通して形成されてきたものである。整理解雇の有効性の判断として4要件が確立している。整理解雇の4要件とは①整理解雇の必要性、②整理解雇の回避努力義務、③基準・選定の合理性、④労使交渉等の手続きの合理性である。この4要件を満たさない場合には、解雇権の乱用とみなされる。

懲戒解雇とは、使用者が懲戒の目的で行われる解雇である。懲戒解雇事由の例として、労働者の労働の懈怠や、道徳的非行、横領・傷害など企業内外の犯罪行為などがある。懲戒解雇と普通解雇は、使用者の目的が異なるに過ぎないが、懲戒解雇に関しては解雇予告を行わない即時解雇であるとともに、退職金の不支給や大幅な減額が行われるケースが多い²⁶。普通解雇の意思表示も懲戒解雇の意思表示も労働契約を一方的に終了させるという点では相違ないが、本質的な相違があるということが判例・学説上でも指摘されている²⁷。

以上のような解雇は、使用者の解雇意思が労働者に届くことが必要になる。解雇を労働者に知らせる方法として、口頭で伝える方法、文面で知らせる方法などがあるが、その方法については規定が特にされていないため、どの方法を採用するかは使用者次第ということになる。ただし、現実では争いを避けるため口頭と文面の両方で行うケースが多いようである。そして、使用者の解雇意思により労働契約が解除されたとき、退職となるのである。

²⁵ 菅野和夫『労働法 第10版』(弘文堂、2011)。

²⁶ 小西國友『労働法』386頁(三省堂、2008)。

²⁷ 小西國友・前掲注(26) 386頁。

る。

ここまで見てきたように、解雇とは使用者が一方的に労働者との契約を解除する行為である。その理由は、職務技能の欠如、体調上の問題、経営上必要な人員削減、労働者の犯罪行為など様々であるが、使用者の意思により、労働者は退職せざるを得ない状況になるため、解雇には法律上で一定の制限がされている。労働者が解雇の不正を訴えてきた場合に、使用者は「客観的に合理的な理由」および「社会的相当性」を立証しなければ解雇は無効であるというのが一般的である²⁸。

2. 契約期間の満了

労働契約に期間の定めがある場合には、労働契約は所定の期間の経過によって自動的に終了し、それに従って労働関係も終了する。ただし、契約期間満了後も、引き続き勤務しており、使用者および労働者がなにも異議を述べなかった場合は、前の契約と同じ条件で更新されたものと推定される（民法 629 条 1 項）。契約期間の満了に伴い、退職金が支払われた場合、基本的に税法上の退職にも該当すると言える。しかし、契約の更新ごとに退職金を受給する場合については、労働法上は退職となるかもしれないが、税法上は退職になるとは限らない点は注意が必要である。

3. 定年

労働者がある一定の年齢に達したことを理由に労働契約が終了する制度を定年制（停年制）という。定年制については最高裁昭和 43 年 12 月 25 日判決²⁹(秋北バス事件)で次のように述べられている。すなわち、「定年制は、労働者が所定の年齢に達したことを理由として、自動的に、又は解雇の意思表示によって、その地位（職）を失わせる制度であるから…(中略)… 停年制は、一般に、老年労働者にあつては当該業種又は職種に要求される労働の適格性が逡減するにかかわらず、給与が却って逡増するところから、人事の刷新・経営の改善等、企業の組織および運営の適正化のために行なわれるものであつて、一般的にいて、不合理な制度ということとはでき」ないとしている。つまり、定年制は終身雇用、年功序列賃金制度を前提に、労働者は高齢になるにつれて労働力は低下していくものの、賃金は増加していくことになるため、経営上必要となってくる制度ということになる。実際

²⁸ 岩瀬誠編著『論点・争点 現代労働法』414 頁（民事法研究会、2006）。

²⁹ 民集 22 卷 13 号 3459 頁。

に、日本でもほとんどの企業が定年制を採用している³⁰。

定年制は、労働者が一定の年齢になったことを理由に労働契約を終了させる制度であるが、定年に達したという事実によって自動的に終了するものを定年退職制といい、定年に達したという事実によって使用者が解雇の意思表示をすることによって終了するものを定年解雇制という。定年解雇制は労働者が定年に達した際に、あくまで使用者が解雇の意思表示を行うものであるから、解雇の一種であると言える。定年退職制の場合、労働契約が本来ならば期間の定めのないものとして、適法に解雇や辞職の意思が表示されるまで継続すべきであるところ、定年に達したという理由により自動的に終了することになるため、労働者と使用者との間で定年が自動契約終了の原因であることの合意が必要となる³¹。

現在、定年制の年齢については、定年制を設ける場合に 60 歳を下回することは許されない(高齢者雇用安定法 8 条)。ただし、当該事業主が雇用する労働者のうち、高年齢者が従事することが困難であると認められる業務として厚生労働省令で定める業務に従事している労働者については例外としている。ただ、例外はほんの一部であるので基本的には定年制を採用する場合には 60 歳以上が義務付けられていると言える。

さらに、現在は定年が 65 歳まで引き上げられている最中である。これは、少子高齢化の進行によって、労働力人口が減少し、我が国の経済力の低下を危惧したという理由と、年金の受給開始年齢まで雇用が続くようにといった 2 つの理由があるようだ。これにより直ちに定年を 65 歳まで引き上げなければならないわけではない。雇用主は 3 つの選択肢のうち、1 つを選択すればよい。1 つは、定年制の引き上げ、2 つ目に継続雇用制度の導入、最後に定年の廃止である。定年又は継続雇用制度の対象となる年齢は段階的に引き上げればよく、平成 18 年 4 月 1 日～平成 19 年 3 月 31 日までに 62 歳へ、その後 3 年ごとに 1 歳ずつ上げ、最終的に平成 25 年 4 月 1 日からは 65 歳となる。

継続雇用制度は、大きく 2 つに分けることができる。1 つは再雇用制度であり、もう 1 つは勤務延長制度である。再雇用制度は、従来の定年に達した場合、一度契約は終了となり、新たに契約を結びなおすものである。契約が新しくなるということは、勤務条件などは定年に達する前と必ずしも同じである必要はなく、双方の合意があれば、賃金や勤務時間等を変更しても構わないということになる。法律上、定年前と契約内容が異なってい

³⁰ 厚生労働省が行った平成 23 年度就労条件総合調査によると、調査企業のうち、92.9% が定年制を採用している。同調査によると、社員数が多くなると、99% 近くの企業が定年制を採用している。

³¹ 小西國友・前掲注 (26) 421 頁。

けないという規定はなく、企業の状況に応じて様々な契約内容が考えられる。それに対して、勤務延長制度は定年に達した労働者を、退職という形式はとらずに、そのまま雇用契約を継続させる制度である。この場合、退職という形をとらないため、再雇用制度とは違って労働条件の変更が難しいという特徴がある。

以上のように、定年制度とは、労使双方の合意を前提に、定年に達した事実を理由として労働者との契約が自動的に終了するものであり、今日においては定年とする年齢が 65 歳まで段階的に引き上げられている。定年という事由によって契約が終了する場合、労働法上、税法上ともに退職に該当することとなる。また、再雇用制度を採用した企業が、一旦契約を終了させ、新たに契約した場合にそれまでの期間に係る退職金を受給した場合、税法上も退職となるケースが多いと考える。

4. 合意解約

使用者と労働者の間に締結されている労働契約を双方の合意により将来に向け終了させることや、そのような合意を合意解約という。さらに、使用者と労働者間の契約を過去にも遡及して終了させることを労働契約の合意解除という。合意解約に必要なのは、労働者と使用者間の合意である。つまり、どちらかが合意解約の申し込みを行い、もう一方が承認することで合意契約が成立すると考えられる。将来的に、両者の勤務関係が終了することになる点に関しては、辞職等と変わらないように思われるが、解雇や辞職は一方の意思表示であり、もう一方はそれを承認することになる。

解雇や辞職は一方の意思表示で効果が発生するのに対して、合意解約は両者の合意によって成立するものであるからこの点は異なるところである。合意解約が成立するためには、労働者または使用者のどちらか一方が合意解約の申し込みを行い、もう一方がそれを承認することとなる。両者の合意があれば、基本的にその効果は発生するものの、一定の場合には効力が否定されたり、効力が無効になったりすることがある。さらに、合意解約であったとしても、解雇として取り扱われる場合³²も存在する。合意解約によって、使用者と労働者間の契約が切れ、労働者が会社から去る場合は税法上も退職したと考えられるが、合意解約後に新たな契約を結ぶ場合に関しては税法上、退職になるケースとならないケースがあると考えられる。

³² このような場合は擬制解雇と呼ばれる。

5. 辞職

辞職とは、労働者が将来に向けて労働関係を終了させるための一方的な意思表示である。解雇は使用者からの一方的な意思表示であるのに対して、辞職は労働者からの一方的な意思表示であり、一方的な意思表示によって労働契約が終了されるという点は同じであるが、意思表示を行う者が異なる。

辞職に関しては、基本的に使用者の承諾はなくとも辞職は成立することになる。解雇に関しては、労働者の生活に重大な影響を与えることになるため、一定の制限があるのは前述のとおりであるが、辞職に関しては理由がなくとも適法に辞職の意思表示を行うことができる。解雇の際に見たように、民法 627 条 1 項で、雇用期間の定めがない場合には、労働者が辞職の意思表示をしてから 2 週間を経過すると労働契約が終了することとなる。これは、就業規則で退職する際は 1 月前に申し出ることとされていたとしても、合理的な理由がない限りは民法 627 条の規定が優先されることとなる。第 2 項では、期間によって報酬を定めた場合には、解約の申入れは、次期以後についてすることができるが、その解約の申入れは、当期の前半にしなければならないとされている。これは完全月給制の場合は月の前半に辞職の意思表示を行えば、その次月には退職することができるというものである。第 3 項では、6 か月以上の期間によって報酬を定めた場合には、前項の解約の申入れは、3 か月前にしなければならないとされている。例えば、年俸制のような、期間が 1 年となっている場合には、退職する 3 カ月前に意思表示を行わなければならない。

ただし、この規定は雇用期間の定めがない場合であるため、1 年契約の契約社員などには当てはまらない。雇用期間に定めがある場合には、基本的にその契約期間の満了をもって辞職する必要がある。つまり、契約更新を行わないということである。

6. 当事者の消滅

当事者の消滅によって退職となるケースも存在する。基本的には労働者が死亡してしまった場合、会社が解散となってしまった場合などがこれに該当する。当事者の消滅という事由は、税法上も労働法上も退職になる点は一致する。

労働法上の退職についてはここまで見てきたようなパターンが存在する。労働法上の退職に関して、共通することは意思表示が必要な点である。解雇は使用者から労働者へ、辞職は使用者から労働者へ一方的に意思表示がされる。定年は一定の年齢に達したことを事

由に退職することであり、あらかじめ合意がなされている。合意解約も両者の合意によって労働契約が解約されるものであり、お互いが意思表示をしなくては成立しない。つまり、労働法上、退職に必要なのは意思表示であり、意思が相手に届きその効力が発生することになる。そして、労働契約の終了をもって退職になると考えられる。ただし、労働法上は退職と考えられる場合であっても、税法上は退職とみなさないケースがあると考えられる。それは労働法と税法では目的が違うからである。そこで、次章では、税法上の退職を検討していくこととする。

第3章 税法上の退職概念

労働法上の退職については、お互いの意思表示が重要であり、労働契約の終了によって退職と考えられるということを第2章で確認した。それに対して、税法上の退職はどうなっているのだろうか。一般的には、退職というのは辞職や解雇、定年などの事由によって企業との雇用契約(委任契約)が終了すると理解されている。この点は労働法上と同じである。しかし、契約が終了し、企業から離脱する場合は退職と違って問題ないが、企業から離脱せず、契約の種類が変更になった場合など、契約は一度終了するものの、実質的に勤務関係が継続している場合は、税法上、退職と扱うのであろうか。民法や労働法上では退職と考えられるかもしれない。ただし、税法上では必ずしもそうとは限らない。本章では、税法上退職と言える場合、すなわち退職所得として扱うべき場合に関して考察を行う。

第1節 所得税基本通達における取り扱い

退職所得の定義は法30条1項において規定がされているが、法令上はそれ以外に退職について手掛かりになるところはない。所得税法では、通達において退職所得の範囲に関する考え方が示されおり、退職所得に該当する例が列挙されている。具体的には以下の通りである。

所得税基本通達 30-1

退職手当等とは、本来退職しなかったとしたならば支払われなかったもので、退職したことに基因して一時に支払われることとなった給与をいう。したがって、退職に際し又は退職後に使用者等から支払われる給与で、その支払金額の計算基準等からみて、他の引き続き勤務している者に支払われる賞与等と同性質であるものは、退職手当等に該当しないことに留意する。

所得税基本通達 30-2

引き続き勤務する役員又は使用人に対し退職手当等として一時に支払われる給与のうち、次に掲げるものでその給与が支払われた後に支払われる退職手当等の計算上その給与

の計算の基礎となった勤続期間を一切加味しない条件の下に支払われるものは、30-1にかかわらず、退職手当等とする。

(1) 新たに退職給与規程を制定し、又は中小企業退職金共済制度若しくは確定拠出年金制度への移行等相当の理由により従来の退職給与規程を改正した場合において、使用人に対し当該制定又は改正前の勤続期間に係る退職手当等として支払われる給与

1 上記の給与は、合理的な理由による退職金制度の実質的改変により精算の必要から支払われるものに限られるのであって、例えば、使用人の選択によって支払われるものは、これに当たらないことに留意する。

2 使用者が上記の給与を未払金等として計上した場合には、当該給与は現に支払われる時の退職手当等とする。この場合において、当該給与が2回以上にわたって分割して支払われるときは、令第77条((退職所得の収入の時期))の規定の適用があることに留意する。

(2) 使用人から役員になった者に対しその使用人であった勤続期間に係る退職手当等として支払われる給与（退職給与規程の制定又は改正をして、使用人から役員になった者に対しその使用人であった期間に係る退職手当等を支払うこととした場合において、その制定又は改正の時に既に役員になっている者の全員に対し当該退職手当等として支払われる給与で、その者が役員になった時までの期間の退職手当等として相当なものを含む。）

(3) 役員の分掌変更等により、例えば、常勤役員が非常勤役員（常時勤務していない者であっても代表権を有する者及び代表権は有しないが実質的にその法人の経営上主要な地位を占めていると認められるものを除く。）になったこと、分掌変更等の後における報酬が激減（おおむね50%以上減少）したことなどで、その職務の内容又はその地位が激変した者に対し、当該分掌変更等の前における役員であった勤続期間に係る退職手当等として支払われる給与

(4) いわゆる定年に達した後引き続き勤務する使用人に対し、その定年に達する前の勤続期間に係る退職手当等として支払われる給与

(5) 労働協約等を改正していわゆる定年を延長した場合において、その延長前の定年（以下この(5)において「旧定年」という。）に達した使用人に対し旧定年に達する前の勤続期間に係る退職手当等として支払われる給与で、その支払をすることにつき相当の理由があると認められるもの

(6) 法人が解散した場合において引き続き役員又は使用人として清算事務に従事する者に対し、その解散前の勤続期間に係る退職手当等として支払われる給与

所得税基本通達 30-2-2

30-2 の 2 使用人（職制上使用人としての地位のみを有する者に限る。）からいわゆる執行役員に就任した者に対しその就任前の勤続期間に係る退職手当等として一時に支払われる給与（当該給与が支払われた後に支払われる退職手当等の計算上当該給与の計算の基礎となった勤続期間を一切加味しない条件の下に支払われるものに限る。）のうち、例えば、次のいずれにも該当する執行役員制度の下で支払われるものは、退職手当等に該当する。

(1) 執行役員との契約は、委任契約又はこれに類するもの（雇用契約又はこれに類するものは含まない。）であり、かつ、執行役員退任後の使用人としての再雇用が保障されているものではないこと

(2) 執行役員に対する報酬、福利厚生、服務規律等は役員に準じたものであり、執行役員は、その任務に反する行為又は執行役員に関する規程に反する行為により使用者に生じた損害について賠償する責任を負うこと

（注）上記例示以外の執行役員制度の下で支払われるものであっても、個々の事例の内容から判断して、使用人から執行役員への就任につき、勤務関係の性質、内容、労働条件等において重大な変動があつて、形式的には継続している勤務関係が実質的には単なる従前の勤務関係の延長とはみられないなどの特別の事実関係があると認められる場合には、退職手当等に該当することに留意する。

通達によると、退職所得に該当するためには、基本的に退職の事実によって金員が支払われることが前提となっている。この点は、最高裁昭和 58 年 9 月 9 日第 2 小法廷判決によって示された 3 要件の①と対応している。さらに、実質的に勤務関係が継続している場合で退職所得に該当するためには、打ち切り支給であることが必要である。その上で、退職と同視すべき事実がある場合には退職所得として認めている。ただし、ここに記載されているのはあくまで例示であるため、これに当てはまらなかったら退職所得に該当しないというわけではない点が判断を困難にしている。逆に、役員の分掌変更などでは、形式的に通達の要件を満たしただけでは退職所得に該当するとは言えない。

近年、役員の分掌変更で訴訟が多いのはこのように通達で例示の形式を採用していることが大きいと考えられる。つまり、通達の要件を形式的に満たしていることのみで退職所得として処理をし、それが否認されるというケースが多いのではないだろうか。この点に関しては、通達は例示形式を廃止して、最高裁昭和 58 年 9 月 9 日判決が言う、特別な事実関係に該当するか否かの実質判断が重要視されるといった点を明確化すべきといった指摘³³もある。

第 2 節 法人税基本通達における取り扱い

法人税基本通達 9-2-28 から 9-2-39 で退職給与についての記述がある。これは基本的に所得税基本通達 30 と同様の内容となっている。第 1 章第 7 節で確認した通り、退職所得と退職給与が同じものである以上、当然のことである。ただし、役員の分掌変更等に関しては、所得税基本通達 30-2 (3) よりも法人税基本通達 9-2-32 の方が詳細に記述されている点に注目したい。

法人税基本通達 9-2-32

9-2-32 法人が役員の分掌変更又は改選による再任等に際しその役員に対し退職給与として支給した給与については、その支給が、例えば次に掲げるような事実があったことによるものであるなど、その分掌変更等によりその役員としての地位又は職務の内容が激変し、実質的に退職したと同様の事情にあると認められることによるものである場合には、これを退職給与として取り扱うことができる。

- (1) 常勤役員が非常勤役員（常時勤務していないものであっても代表権を有する者及び代表権は有しないが実質的にその法人の経営上主要な地位を占めていると認められる者を除く。）になったこと。
- (2) 取締役が監査役（監査役でありながら実質的にその法人の経営上主要な地位を占めていると認められる者及びその法人の株主等で令第 71 条第 1 項第 5 号《使用人兼務役員とされない役員》に掲げる要件のすべてを満たしている者を除く。）になったこと。
- (3) 分掌変更等の後におけるその役員（その分掌変更等の後においてもその法人の経営上

³³ 矢田 公一「退職給与の支給に関する課税上の問題」税務大学校論叢 70 号 65 頁(2011)。

主要な地位を占めていると認められる者を除く。)の給与が激減(おおむね 50%以上の減少)したこと。

(注) 本文の「退職給与として支給した給与」には、原則として、法人が未払金等に計上した場合の当該未払金等の額は含まれない。

法人税法における退職給与と所得税法の退職所得は異なるものではないため、基本的には所得税基本通達と法人税基本通達の退職所得(退職給与)に関する記述に異なるところはない。しかし、分掌変更等の記述に関しては法人税基本通達 9-2-32の方がさらに詳細に例が挙げられている。所得税基本通達 30-2 (3)では、常勤役員から非常勤役員が例として挙げられているが法人税基本通達 9-2-32では取締役から監査役への分掌変更も例として挙げられている。特に(2)で「その法人の株主等で令第71条第1項第5号³⁴に掲げる要件のすべてを満たしている者を除く」となっているところが所得税基本通達と大きく異なるところである。これは取締役から監査役になった場合でも、同族会社の役員で、持ち株比率が多く、法人税法施行令第71条第1項第5号の要件を満たすときは退職給与として認められないということである。

法人税法上の退職給与と所得税法の退職所得が異なるものと解せない以上、このように通達に差異があるのは望ましいことではなく、記述内容の統一化が図られてしかるべきではないだろうか³⁵。どちらにせよ、これらの要件を形式的に満たしたとしても退職と同視

³⁴ 法人税法施行令第71条第1項

五 前各号に掲げるもののほか、同族会社の役員のうち次に掲げる要件のすべてを満たしている者

イ 当該会社の株主グループにつきその所有割合が最も大きいものから順次その順位を付し、その第一順位の株主グループの所有割合を算定し、又はこれに順次第二順位及び第三順位の株主グループの所有割合を加算した場合において、当該役員が次に掲げる株主グループのいずれかに属していること。

(1) 第一順位の株主グループの所有割合が百分の五十を超える場合における当該株主グループ

(2) 第一順位及び第二順位の株主グループの所有割合を合計した場合にその所有割合がはじめて百分の五十を超えるときにおけるこれらの株主グループ

(3) 第一順位から第三順位までの株主グループの所有割合を合計した場合にその所有割合がはじめて百分の五十を超えるときにおけるこれらの株主グループ

ロ 当該役員の属する株主グループの当該会社に係る所有割合が百分の十を超えていること。

ハ 当該役員(その配偶者及びこれらの者の所有割合が百分の五十を超える場合における他の会社を含む。)の当該会社に係る所有割合が百分の五を超えていること。

³⁵ 石川欽也「退職所得を巡る諸問題に関する一考察 - 打ち切り支給のケースを題材として

できる事情がない場合には退職給与（退職所得）として認められない点は注意が必要である。

第3節 退職により一時に受ける給与

所得税基本通達を見てもわかるように、税法上の退職は労働契約の終了によってのみ判断されるものではない。労働契約が終了し、企業を離脱した場合はもちろん退職であるため、退職所得に該当する。労働契約が終了し、同一企業との新たな契約に移行した場合には退職所得に該当する場合としない場合がある。これはどのように考えればよいのだろうか。

まず、所得税法 30 条 1 項において、退職所得が定義されている。それによると、退職手当、一時恩給その他の退職により一時に受ける給与及びこれらの性質を有する給与と規定されている。この条文によると、退職所得に該当するためには、退職により一時に受ける給与もしくはこれらの性質を有する給与であることが必要である。退職所得の意義を考えるに当たって、「退職」、「一時」、「これらの性質を有する給与」の意味することを解明する必要がある³⁶。

最高裁昭和 58 年 9 月 9 日第二小法廷判決によると、退職により一時に受ける給与に該当するためには、①退職すなわち勤務関係の終了という事実によってはじめて給付されること、②従来継続的な勤務に対する報償ないしその間の労務の対価の一部の後払の性質を有すること、③一時金として支払われることの 3 要件を満たすことが必要ということであった。労働者は退職金の支給を受けた後、企業を離れるのが普通であり、そのような場合、退職金に退職後の生活保障の意味合いが出ることから、退職所得として優遇措置が受けられるのであって、①は非常に重要な要件である。②の要件は、退職金が勤務に対する報償、賃金の後払いであるというものであるが、その性質を有していることで 2 分の 1 課税が受けられるのである。逆に、退職金の名目であっても、単なる利益処分である場合には臨時的な賞与であり退職所得に該当しないということである。③の要件は、一時金形式であるということだが、一時金形式で多額の退職金であるからこそ、優遇されていると考

-」月刊税務事例 41 巻 10 号 6 頁（2009）。

³⁶ 酒井克彦「退職所得課税における『退職』と支給との因果関係」月刊税務事例 38 巻 4 号 48 頁（2006）。

えられるため、年金形式での支給のように③の要件を満たさない場合には退職所得に該当しないと考えられる。つまり、②又は③の要件を満たさない場合は、基本的に退職所得に該当しないものと考えられる。ただし、①の要件に関しては、勤務関係の終了という意味の退職がなくとも、退職所得として取り扱うべき場合が存在すると考えられる。その場合、これらの性質を有する給与に該当するのである。

第4節 「これらの性質を有する給与」

所得税法30条1項の後半に「これらの性質を有する給与」という文言がある。つまり、退職により一時に受ける給与に該当しなくとも退職所得になる場合があるということである。これらの性質を有する給与というのは、退職により一時に受ける給与の性質を有する給与であることは言うまでもない。

退職により一時に受ける給与の性質としては二つ考えられる。一つは賃金の一括後払いの性質、もう一つは退職後の生活保障の性質である。これらの性質を持っているからこそ、退職所得は優遇されているのである。従って、これらの性質を持ち合わせていない金員については、退職所得として取り扱う必要性はない。そこで、最高裁はその性質を満たす金員を判断する基準として3要件を示したのである。このような性質を持ち合わせているか否かはどうやって判断すべきだろうか。

賃金の一括後払いの性質というのは、通常の退職金であれば当然に持ち合わせている性質であると考えられる。退職後の生活保障の性質に関しても、勤務関係の終了という意味での退職があった場合には当然持ち合わせていると考えられる。ただし、役員等が引き続き同一企業にて勤務する場合に関しては、このような性質を持っていると言えるのかという疑問が生ずる。役員であれば、退職金という名目であったとしても利益処分、すなわち臨時的な賞与であるという可能性もある。特に、実質的に勤務関係が継続している場合には賃金の一括後払いの性質は有しているとしても、3要件のうち①の要件を満たさないわけであるから実質的に①の要件を満たし、退職と同視できる事実があるか否かが重要になる。②及び③の要件を満たしており、形式的には①が満たされていない場合であっても、実質的に①の要件を満たしているときにも、退職後の生活保障の性質を有していると思われるため、退職所得として取り扱って差し支えないと考える。つまり、勤務関係が形式的に継続していても、実質的に退職したと言える事実が認められれば退職所得となるのであ

る。実際、裁判で争われているものは役員絡みの事案が多く、実質的に①の要件を満たすか否かが問題となっている。

第5節 退職と同視できる事実

退職所得に該当するか否か判断する際、最高裁昭和58年9月9日第2小法廷判決において示された3要件のうち、実質的に①の要件を満たすか否かが問題となる場合が多い。それでは、実際の裁判例を通して退職と同視できる事実はどういった場合であるのか、退職所得に該当するか否か、その判断について考察を行う。

1. 短期定年制

まず、第1章第4節で取り上げた最高裁昭和58年9月9日第2小法廷判決、最高裁昭和58年12月6日第3小法廷判決のような短期定年制はどうだろうか。短期定年制は勤続年数が5年、10年といった期間で定年とし、その後必要ならば再雇用するというものである。裁判所の判断では、短期定年制は形式的に再雇用の形を採っていたとしても実質的には従前の雇用関係が継続しているとして、退職により一時に受ける給与に該当せず、これらの性質を有する給与に該当する特段の事情もないとして退職所得に該当しないとした。この判断は正しいと考える。

確かに、この退職金制度は租税回避目的ではないが、いったん退職したといっても労働者に退職の意思がない場合は例外なく再雇用され、再雇用後は新入社員と全く同じ待遇というわけではない。このような場合、退職したとまでは言えないのではないだろうか。さらに、退職金の性質として賃金の後払いの性質を持っている点は疑う必要はないが、退職後の生活保障の性質を持っているとは言い難い。そもそも、この退職金制度が設けられた理由は、労働者側としては確実に退職金を受け取るためであり、企業としては退職時に一括で支払うよりも一定期間ごとに支払ったほうが資金面でも有利という双方の考えが合致したからである。つまり、本来は退職時に受け取る退職金を確実に支給するために5年、10年ごとに支給したものであり、分割で退職金の前払いをしているのと同様である。従って、基本的に短期定年制における退職金は退職所得に該当しないと考えられる。

一旦雇用契約が終了し、直ちに再雇用した場合、退職所得に該当するのであれば、租税回避に使われてしまうなど問題点も多い。退職所得に該当するためには、再雇用が約束さ

れているものではないこと、勤務条件や勤務内容が従前と異なるなど条件を備えていることが必要であるとする。本件では、別の選択肢も考えられたことから、そのような退職金制度を選択した以上、課税上給与所得に分類されてしまうのはやむを得ない。

金子宏東京大学名誉教授は、所得税法 30 条の「退職」は、雇用関係ないしそれに準ずる関係の終了ないしそれらの関係からの離脱を意味するところの社会的観念としてとらえるべきであり、租税法上の固有概念であると述べておられる³⁷。この見解は多くの者に支持されている。それに対して、山田二郎氏は、短期定年制における退職金は、仮に退職の事実が生じていないとしても退職金の性質を有する給与と言うべきであり、退職所得に分類すべきと述べておられる³⁸。両者の見解は退職の事実を重視するか、退職金の経済的実質を重視するかという違いがある。筆者は金子氏の退職の事実を重視する見解を支持する。それは、退職所得が優遇されているのは退職後の生活保障の性格を有していることが大きい、生活保障の性格を有するのは退職の事実が存在しているからである。退職もしくはそれに準ずる事実がなければ、それは退職後の生活保障の性格を有しているとは言い難く、退職所得として優遇すべき理由はない。それは実際に裁判でも退職の事実重点が置かれていることから明らかである。

企業と労働者の契約は通常、雇用契約である。短期定年制のような同一企業との契約の変更前後で契約の種類が同じ、特に雇用契約から雇用契約である場合に関しては退職所得に該当するケースはかなり限定的になると思われる。例えば、定年制が 60 歳の企業で 60 歳に達した者が一度退職し、従前と全く異なる内容の雇用契約を結び、65 歳まで働くこととなった場合の 60 歳で受け取る退職金がこれに該当する³⁹。雇用契約が終了後、すぐに同一企業と新しく雇用契約を結ぶとき、上記のような例外を除いて原則的には退職所得に該当しないと思われる。つまり、通常の退職金と同様に扱っても差支えないケースのみが退職所得になると思われ、その範囲はかなり限定的である。

ちなみに、山田氏は短期定年制における退職金を退職金の分割支払いと表現している。現在は退職金を支給せずに通常の給与に上乗せして支給する前払い退職金制度を採用している企業もあることから、この点に関しても検討をしてみたい。

³⁷ 金子宏「判批」判時 1139 号 182 頁 (1985)。

³⁸ 山田二郎「所得税法における所得の分類」民商法雑誌 78 巻臨時増刊 4 号 307 頁 (1978)。

³⁹ 所得税基本通達 30-2(4)。

2. 前払い退職金

退職金を退職時に支給せずに在勤中の給与に上乗せして分割して支給するものが、前払い退職金である。この制度は松下電器産業が 1998 年の新入社員から導入したもので、当時注目を集めた制度である。現在、退職金の前払いについては退職所得として認められておらず、給与所得として取り扱われている。

この点に関して、前払い退職金は退職金の性質を有する給与として、認められるべきであり、所得税法の改正が必要といった見解もある⁴⁰。しかしながら、退職金の前払いを退職所得として認めることは無理があると考ええる。退職金は退職時に賃金が一括で後払いされるところに優遇される理由がある。前払いに関しては、退職という事実は全くないため、退職後の生活保障の性格は有しない。さらに、普段の給与に上乗せするということは、退職金が本来の給与に戻っただけである。退職金は賃金の後払いであるから、その前払いは元に戻り通常の賃金ということになる。短期定年制はその賃金が 5 年、10 年という期間ごとに支払われたものであり、給与の一部の一括後払いに過ぎないとも言える⁴¹。本来、給与として支払われるものが退職時に一括後払いされるからこそ退職所得として優遇されるのであって、それが本来の給与として支給される限り、退職所得として取り扱う余地はないと考える。

3. 役員の分掌変更等

退職所得に該当するか否か一番問題となりやすいのが役員関係である。役員の場合は、会社法で任期が定められているため、再任や分掌変更が行われることが多い。その際に退職慰労金が支払われる場合があるが、これが退職給与（退職所得）に該当するののか否か争われるケースが近年多くなっているように思われる。その原因は第 1 節で述べたように、通達で例示形式が採られているため、退職の事実を形式的に作りだす行為が横行しているからであると考ええる。そこで、役員が受け取る退職慰労金で退職給与になるケースについて検討してみよう。

(1) 従業員から役員への昇格

まず、役員ではない従業員が役員になるケースである。この場合は、一度労働者との雇

⁴⁰ 山田二郎「退職金前払い制度と税務上の取り扱い」東海法学 25 巻 17 頁（2001）。

⁴¹ 金子宏・前掲注（37）182 頁。

用契約を合意解約し、新たに委任契約を結ぶことになる。わが国では、この雇用契約を結んでいた期間に対する退職金を、役員昇格時に支払うのが一般的であるが、これは退職所得として認められている⁴²。この場合、企業を離脱しているわけではないため、退職により一時に受ける給与とは言い難い。そうすると、「これらの性質を有する給与」と言えるのかどうか問題である。この場合、賃金の後払いという性質を有していることは疑いようがない。そうすると、問題は退職後の生活保障の性格を有しているか否かということになる。一般に、雇用契約で労働者として働くのと、委任契約で役員として法人の経営に従事するのでは法的身分に大きな差がある。役員は会社に対し委任または準委任の關係に立ち、善管注意義務（民法 644 条）を負い、取締役は会社に対して忠実義務（民法 355 条）を負う。それに違反して会社に損害を与えることになれば、民法上の債務不履行の一般原則（民法 415 条）によって会社に対して損害賠償責任を負うことになるはずである⁴³。さらに、株主代表訴訟⁴⁴を提起される恐れもある。労働者は労働法で一定の保護を受けているのに対し、役員は責任が非常に重く就任後にすぐ解任される恐れもある。つまり、契約が雇用契約から委任契約へ変更され 1 年で解任され無職になるといったケースもあり得るのである。そうすると、このような法的身分の変更は変動が大きいものであるといえる。

近年では、使用人から執行役へ就任する際に支払われた退職金が退職所得か否か争われた大阪地裁平成 20 年 2 月 29 日判決⁴⁵においても、「執行役就任により、その性質、内容、労働条件等において重大な変動を生じたというべきであり、執行役就任後の勤務關係は、実質的にみて、執行役就任前の勤務關係の単なる延長とみることはできない。」と執行役の身分について判断されている。また、本来は退職時に受け取る予定であったものを役員への昇格という事由によって精算すること自体、不合理であるとも言えない。そうすると、通常の退職時に受け取る退職金同様、生活保障の性格も持ち合わせていないとまでは言えず、退職所得として取り扱うのが妥当である。

（2）分掌変更

次に役員の分掌変更等について検討する。雇用契約から委任契約への変更は退職所得と

⁴² 所得税基本通達 30-2 (2)。

⁴³ 神田秀樹『会社法 第 10 版』222 頁 (2008)。

⁴⁴ 株主が会社を代表して取締役などの役員の法的責任を追及するために訴訟を提起するものである（会社法 847 条）。

⁴⁵ 判例タイムズ 1267 号 196 頁。

なるが、委任契約から委任契約の場合はどうであろうか。役員の場合は、任期が決まっているため、再任や分掌変更など短期間で一度契約が切れる。しかし、実際は再任されたり、別の役職に就いたりすることが多い。役員は会社の経営に従事しているため、その辺りは従業員よりも自由が効く。そうすると、契約が切れたからといって退職所得に該当すると判断するのは早計であり、その範囲はかなり限定的にすべきである。

近年、多くの裁判で争われているのが役員の分掌変更である。そこで、第1節、第2節で確認した内容を踏まえて実際に裁判で争われた事例を見てみることにする。以下は分掌変更等の際に支払われた退職金が退職給与（退職所得）に該当するか否か争われたものを表にまとめたものである。判断は○印であれば退職給与として認められたということである。

分掌変更等に係る退職金に関する裁判

日時（裁判所）	役職変更	株式	給与額	判断
平成 17 年 2 月 4 日 （東京地裁）	前：代表取締役 後：非常勤取締役	100%保有	前:210 万 後:110 万	×
平成 17 年 12 月 6 日 （東京地裁）	前:代表取締役 後:取締役	95%保有	前:250 万 後:50 万	×
平成 18 年 2 月 10 日 （京都地裁）	前:a→代表取締役 b→取締役 後:a→取締役 b→監査役	a とその妻及び b で 100%	前:a→95 万 b→20 万 後:a→45 万 b→8 万	a:× b:×
平成 18 年 11 月 28 日 （裁決）	前:代表取締役 後:会長	不明	2 分の 1 以下	○
平成 20 年 2 月 29 日 （大阪地裁）	前:校長 後:学長		前:149 万 後:117 万	○
平成 20 年 6 月 27 日 （東京地裁）	前:代表取締役 後：監査役	親族 3 人で 100%	前:31 万 後:0 円	○
平成 21 年 3 月 10 日 （長崎地裁）	前:取締役 後:監査役	親族で 100%	前:20 万円 後:20 万円	○

平成 23 年 4 月 14 日 (京都地裁)	前:校長、学院長 後:理事長		前:160 万円 後:70 万円	○

イ. 学校法人のケース

この中で特殊なものが二つある。大阪地裁平成 20 年 2 月 29 日判決⁴⁶と京都地裁平成 23 年 4 月 14 日判決⁴⁷である。二つの裁判では、学校法人という特殊な例であるが、学校法人内での役職変更の際に支払われた退職金が退職所得に該当するか否かが争われた。契約前後で役職が異なるものの、同じ学校法人内での話であるから、これも一種の分掌変更と言えるかもしれない。

両裁判では、同一法人内での勤務は続いていることから、退職により一時に受ける給与とは言えないとしながらも少なくとも「これらの性質を有する給与」には該当すると判断されている。二つの事案に共通している点は①退職時の年齢が 70 歳以上と高齢で勤務年数も長いこと、②職務内容が大幅に軽減され、その内容も対外的事務等が中心であること、③報酬が減少していること、④打ち切り支給であることである。判決においても、この 4 点を考慮して退職所得と認定している。特に重要なのが②である。理事長や学長の仕事範囲は狭小であり、教育現場に関する権限も持ち合わせていない。つまり、理事長、学長への就任は、従前の勤務に関する功績を評価され、引退後の名誉職への着任であると言えるのである。京都地裁判決では、名誉職創設の為、新たに付属機関が設置されていることから明らかである。そう考えると、このような場合は、所得税基本通達 30-2 (4) の定年に達した後引き続き勤務する使用人に対し、その定年に達する前の勤続期間に係る退職手当等として支払われる給与と同様の性質があると思われる。従って、退職所得として取り扱うのが妥当である。

ただ、京都地裁が次のように述べている点は興味深い。すなわち、京都地裁は「B が支給された 3 億 2000 万円という金額をみると、そのうち退職所得控除額及びその額を控除した残額の 2 分の 1 が非課税となるというのは、上記の趣旨を超える優遇であるようにもみえる。しかし、所得税法及び同法基本通達において、優遇措置の対象となる退職所得の額に上限は定められておらず、退職金額が高額であることのみで、退職金としての性質が否定されるものではない。… (中略) …さらにいうなら、原告が公益法人たる学校法人で

⁴⁶ 判例タイムズ 1268 号 164 頁。

⁴⁷ 今村隆「判批」ジュリスト 1429 号 100 頁 (2011)。

あり、課税に優遇措置が講ぜられた結果形成されたともいえる原告の資産から、Bへの退職金が捻出されている点も、過剰な優遇のようにみえなくはない。しかし、これらの点をもって、所得税法その他の法令や通達に反するといえるものではなく、また、実質的にこれらの規範を潜脱するものともいえず、租税法制の選択の結果にすぎないというほかない。」と述べている。確かに、現行の退職所得税制は2分の1課税が採用されており、勤続が短期の者、高額所得者ほどその恩恵を受けることができる。現行制度ではこのような退職所得まで優遇していいのかという疑義を払拭することができないのは当然かもしれない。

ロ. 株式会社における分掌変更

次に、株式会社における分掌変更の事例について検討する。上記イ以外の事例は全て株式会社での役職変更であり、その際に支払われた退職金が退職給与に該当するか否か争われている。役員退職慰労金は賞与の性格が強いものも多く見られると思われるため、その判断は慎重にしなければならない。例えば、再任で任期ごとに退職慰労金が支払われた場合、勤務内容も報酬も変わらないのであれば、税法上退職の事実があったとは認められないのである⁴⁸。では、どのような場合に退職と同視できる事実があると言えるのだろうか。

所得税基本通達 30-2、法人税基本通達 9-2-32 によると、分掌変更の事実があること、退職により報酬が激減していること、分掌変更後に経営上の主要な地位を占めていないなどの事実が必要であると考えられる。退職所得として認められなかったケースが表では3件あるが、東京地裁平成17年12月6日判決⁴⁹に関しては、そもそも代表取締役から平取締役になっただけ、すなわち代表から退いただけであり、これを退職と同様に扱うのは無理があるとする。東京地裁平成17年2月4日判決⁵⁰や京都地裁平成18年2月10日判決⁵¹は形式的には分掌変更の事実があり、報酬も激減していることから形式的にはこれらの要件を満たしているように思われる。しかし、裁判所の判断では退職と同視できる事実がないと判断されている。その要因として大きいのは会社が同族会社であったこと、分掌変更後も経営に従事していたことである。東京地裁平成17年2月4日判決では、代表取

⁴⁸ 村木慎吾「是認事例に学ぶ分掌変更と退職と同様の事情の立証策」税理 52 巻 15 号 198 頁（2009）。

⁴⁹ 税務訴訟資料 255 号順号 10219。

⁵⁰ 税務訴訟資料 255 号順号 9925。

⁵¹ 税務訴訟資料 256 号順号 10309。

締役から非常勤取締役となり、報酬も激減しているため、形式的には通達の要件を満たしている。しかしながら、実際は代表取締役退任後も経営に従事しており、後任の者が業務を統括していたとは言えないことから、退職と同視できる事実は存在しないと言うべきである。

それに対し、判決に疑問が生じるのは京都地裁平成 18 年 2 月 10 日判決である。判決では、a、b ともに退職と同視できる事実はないという判断であった。a に関しては実質的に分掌変更後においても経営上主要な地位を占めていることが判断の決め手となっている。さらに、a については期中に給与を 75 万から 95 万に増額し、そこから代表取締役退任後に 45 万へ減額している。つまり、意図的に報酬激減の要件を満たすように操作した疑いがあり、a に関する判断は妥当であると言える⁵²。

b に関する裁判所の判断は、b の持ち株比率が 4 割であること、分掌変更後も勤務内容が激変していないことから取締役から監査役になったとしてもそれだけで退職と同視することはできないというものである。これに関しては説得力がなく、疑義が生ずる。というのも、取締役時代から b は以前から懇意にしていた 1~2 社に顔を出す程度であり、監査役就任後はそれもなくなっていたことから、実質的に業務からは身を引いていたと考えることもできる。そうであるならば、退職給与として認める余地はあるように思われる⁵³。また、同族会社の第 1 位株主順位という要件に拘束される必要もないという指摘もある⁵⁴。以下では、持ち株比率と退職と同視できる事実の関係性について検討を行う。

ハ. 持ち株比率と退職と同視できる事実の関係性

持ち株比率と退職と同視できる事実の関係性を検討する際、重要となる裁判例が東京地裁平成 20 年 6 月 27 日判決⁵⁵および長崎地裁平成 21 年 3 月 10 日判決⁵⁶である。両判決は、どちらも取締役から監査役への分掌変更が行われたケースである。報酬に関して前者は報酬が 0 円になっており、激減していると言えるが後者は報酬額に変化はない。共に退職給与として認められていることから、所得税基本通達及び法人税基本通達の要件は例示であり、これを形式上満たしていないからといって退職給与に該当しないわけではない。逆

⁵² 品川芳宣「判批」税研 130 号 101 頁（2006）。

⁵³ 品川芳宣・前掲注（52）102 頁。

⁵⁴ 渡辺充「判批」税務事例 39 巻 4 号 6 頁（2007）。

⁵⁵ 税務訴訟資料 258 号順号 10977。

⁵⁶ LEX/DB 文献番号 25451417（判例集未掲載）。

もまた然りである。

さて、話を戻すが、両判決において退職と同視できる事実があると認定しているのは職務内容の激変が大きいと思われる。長崎地裁判決では、取締役と監査役は委任内容が異なるのであるから、基本的には勤務内容が激変したと行うことができると判断している。ただし、取締役と監査役の委任内容が異なるのは確かであるが、同一企業内であっても勤務内容の変更はあり得るのであるから、委任内容の変更が退職と同視できる事実であるのかという疑問がないわけではない。

次に、同族会社の筆頭株主であることが退職と同視できる事実の判断に影響を与えるか否かという問題である。この点について、東京地裁判決では持ち株比率と退職について「飽くまで株主の立場からその議決権等を通じて間接的に与え得るにすぎず、役員の立場に基づくものではないから、株式会社における株主と役員の責任、地位及び権限等の違いに照らすと、上記のような株式会社保有割合の状況は、原告三郎が原告会社を実質的に退職したと同様の事情にあると認めることの妨げにはならないと言うべきである。」と判断されている。長崎地裁判決においても同族会社の大株主が監査役に就任したからといって全てのケースで監査役としての機能が期待できないとは解せないと判断されている。そもそも、株主と経営上の地位は別のものであり、実際に経営に従事していなければ経営上主要な位置を占めているとは言えないと考えられる⁵⁷。そうであるとするならば、法人税基本通達 9-2-32 (2) で一定の株主が除外されている合理性はないと考える。また、同族会社の大株主が監査役に就任する際の退職給与を否認するのであれば、法人税基本通達 9-2-32 (1) や (3) でも同様の要件が付されているほうが自然である。にもかかわらず、(2) の監査役就任のみに持ち株比率の要件が付してある理由は不明と言わざるを得ず、内容も合理的とは言えないからこのような要件は削除すべきであるとする見解⁵⁸があるが、筆者も同意見である。

以上見てきたように、役員の分掌変更は形式的に役職を変更し、退職の事実を作り出すことが行われていると思われる。その要因としては通達が例示方式であることが大きい。また、近年、訴訟が増えているのは京都地裁平成 18 年 2 月 10 日判決で、形式上法人税基本通達 9-2-32 の要件を満たした退職慰労金の退職給与性が否認されたことが影響しているのかもしれない。分掌変更に係る退職慰労金の退職給与性については慎重な判断が求め

⁵⁷ 木島裕子「筆頭株主の分掌変更と退職の事実」税理 52 巻 7 号 167 頁 (2009)。

⁵⁸ 大淵博義「退職給付を巡る税法上の展開 (2)」税経通信 66 巻 9 号 38 頁 (2011)。

られるが、結局のところ事実認定の問題と言えそうである⁵⁹。従って、統一的な判断基準を設けることは困難ではないだろうか。一番の問題点は、判断基準を設けると、それを利用した租税回避行為が横行してしまう可能性が高く、判断基準に関しては相当慎重な判断が必要であると考ええる。

分掌変更でポイントとなるのは、分掌変更の事実があること、報酬が激減していること、勤務内容の激変があることがあげられる。通達で常勤役員から非常勤役員への就任、取締役から監査役への就任に関して退職給与を認めていることから、分掌変更の場合に退職給与として認められるためには、実質的に会社経営から引退した事実が必要であると言える。具体的には後任が育つまで名目上役員として残っている場合や名誉職に就任した場合などが該当する。ただし、現行の通達は例示形式を採用しているが故の問題も生じており、特に法人税基本通達においては取締役から監査役への就任に限って持ち株比率要件を付しているなど不合理な点もあることから今後は通達の例示形式を廃止すべきか否かも含め再検討が必要であると考ええる。

第 6 節 役員退職慰労金の取り扱い

ここまで、役員であっても役員以外の従業員と特に区別せずに考えてきたが、役員に対する退職慰労金に関しては退職所得として取り扱わないという考え方もあり得るだろう。そこで、ここでは役員に対する退職慰労金の取り扱いについて検討する。

通常、従業員は会社と雇用契約を結ぶことになるが、役員は委任契約である。会社と委任契約を締結している役員の退職慰労金の性格は、通常の一般従業員の退職金と全く同じであるとは言い難い。退職金の性格として、賃金の後払い、功績に対する報償、退職後の生活保障が混在しているというのが通説である。役員退職慰労金の場合、3つの性格のうち、勤務期間中の功績に対する報償の占める割合が大きいのが一般的であると考えられる。役員退職慰労金であっても、退職する以上、退職後の生活保障という性質があることは否定できない。ただし、短期間で多額の退職慰労金をもらうような場合、功績に対する報償という面が大きく、給与の後払いという性質はほとんど存在しないケースもあるだろう。そもそも、委任契約の場合、会社から経営を委任され、報酬を受け取るのであり、退職金も勤務期間における功績に対する報酬である。そこで、企業と委任契約を結んでいる役員

⁵⁹ 村木慎吾・前掲注（48）201頁。

の退職慰労金は退職所得として優遇すべきではなく、給与所得として課税すべきであるというのも1つの考え方としてあり得る。しかし、役員退職慰労金を無条件に給与所得として課税するのは困難であると考ええる。

確かに、役員退職慰労金の性質は功績報償が強く、雇用契約を結んでいる従業員という賞与に近いものであることは否定できない。しかし、役員退職慰労金であることのみをもって給与所得に区分するのは問題がある。それは、役員でも大企業と中小企業では事情が異なるからである。大企業の役員に対する退職慰労金と中小零細企業の役員退職慰労金では、性格が異なる場合があると考えられる。中小零細企業であれば、役員として数十年勤務し、退職金を受給する場合もあるだろう。このような場合、給与の後払いと同等の性格を持っているものと考えられる。つまり、役員退職慰労金でも給与の後払いと同等の性格を有している場合もあれば、ほとんど有していない場合も存在するということである。役員退職慰労金といっても、その性格は企業によって異なり、中には退職所得として優遇する必要がないと考えられるケースもあるだろうが、役員に対する退職金全てを給与所得として課税するのは問題であり、現実的には難しいだろう。

第7節 税法上の退職概念

ここまで、退職所得に該当するのは如何なる場合であるのか検討してきた。そこから税法上の退職概念と労働法上の退職概念の違いが明らかとなった。労働法上、退職と言えるのは雇用契約など契約の終了であると言える。それに対し、税法上の退職は労働法上の退職よりも範囲が狭いと言える。契約の終了というのは第2章で確認した通り、一方の意思表示、両者の合意によって行うことができる。契約が終了し、新たな契約を締結した場合には、労働法上は一度退職したと考えられるが、税法上は必ずしも退職とみなすとは限らない。退職所得が優遇されている理由は、退職金の性質として賃金の後払い及び退職後の生活保障を有していることであるが、これは契約を結びなおした場合には常に有している性質とは言えないためである。また、合意解約などは両社の意思によりいつでもできることから、契約の終了＝退職と考えてしまうと意図的に退職所得に該当させることも可能となるから、適切ではない。

それでは、労働契約（委任契約）の終了（終任）と同時に新たな契約を結んだ場合は全て退職とみなされず、退職所得に該当しないかという点、そうではない。第5節までで見

たように、退職と同視できる事実がある場合は退職所得として取り扱う。これは、税法上、退職と言えなくとも、退職金の性質から考えて退職所得として取り扱うのが妥当な場合があるからである。これがどのような場合であるのかについては第5節で確認した通りである。これも税法上の退職と考えれば税法上の退職の範囲は広がるが、労働法上の退職と異なることは変わらない。さらに、同一企業で勤務を続ける場合についても退職所得として取り扱う場合があるということは、社会通念上の退職とも異なることとなる。従って、税法の退職という概念は退職金の性質を考慮した独特のものであると言わざるを得ない。

第8節 小括

現在、退職所得の定義は所得税法 30 条 1 項に規定があるのみであり、その範囲は明確であるとは言い難い。特に、給与所得との境目がわかりにくいことから裁判で争われるケースも少なくない。そこで、本章では通達や具体的な事例を使い、現行制度における退職所得の範囲について考察した。近年、退職所得に該当するか否か争われた裁判を見ると、退職と同視できる事実の認定は慎重に行われており、退職給与の範囲は、経営から引退し名目上役員となっている場合、勤務内容が全く異なっている場合などかなり限定的となっている。従って、役員賞与に当たるものを退職給与として取り扱っているというようなことはないと考える。

ただし、通達に問題があるのも事実である。退職所得関係の所得税基本通達や法人税基本通達では退職所得に該当するケースが挙げられている。しかし、例示形式を採用しているが故に、実際は退職したとは言えないにも関わらず、要件を形式的に満たして退職と見せかけるケースが多い。また、所得税基本通達と法人税法基本通達で一部例示の内容が異なっているが、法人税基本通達 9-2-32 (2) の持ち株比率要件は合理性がなく、削除すべきである。今後は例示方式が果たして適当であるのか、再検討が必要であると考えます。たとえ、例示形式を継続するとしても、通達の要件を満たせば必ず退職給与（退職所得）と認められるわけではなく、実質判断が必要であることを強調すべきである。

退職所得に該当するか否かの判断は、結局のところ、事実認定の問題であり統一的な基準を設けることは困難であると考えます。もちろん、明確な基準が設けられることが望ましい。しかし、企業によって事情が異なるため、統一的な基準を設けるのは難しい。一番の問題点として、明確な基準を設けることにより、それを利用した租税回避が行われる可能

性が高いことである。今後も争いが絶えないようならば、新たな基準の検討も必要となってくるかもしれない。そうなった場合、租税回避が横行しないような基準作りをしなければならず、慎重な検討が必要である。

第4章 退職所得課税の見直し

退職所得の範囲に関しては、第3章で確認した通り、統一的な基準を設定することが難しく、裁判で争われるケースが増加しているが、裁判所の退職所得該当性の判断は概ね妥当なものとする。退職所得に該当することとなった場合、様々な優遇措置を受けることができるわけであるが、現行制度は公平であるとは言えない点がある。具体的に言うと、現在は年金形式の退職金も多く、同じ生活保障の性格を有しているにも関わらず、退職年金に比べ退職一時金課税が優遇されている点や、2分の1課税が勤務年数に関係なく適用される点があげられる。さらに、退職所得控除額が20年を境に急激に増加しているが、雇用の流動化に対して合理的であるのかといった点も検討が必要である。水野忠恒教授は、今後、雇用慣行が変わり、労働力が流動性の高いものとなるならば、終身雇用制度を前提とした退職所得の課税は見直さなければならなくなると述べておられる⁶⁰。従って、本章では、上記のような退職所得課税制度の問題点を指摘し、今後の退職所得課税の在り方について、退職所得の廃止、年齢および金額制限、退職所得課税、2分の1課税の4つの観点から検討していくこととする。

第1節 退職所得の廃止

退職所得は他の所得に比して優遇されており、退職所得に該当する場合と給与所得に該当する場合では税負担の差が非常に大きくなってしまふことが多い。例えば、勤続38年で退職金2000万円を受け取った場合と、単年で2000万円の給与を受け取った場合を比較してみよう。このとき、退職所得と給与所得の納付税額の差は400万円以上となる。そもそも、このように税制上の差が非常に大きいため、退職所得に該当させたいと考え、退職したようにみせかけ、それが裁判になるケースが多いと思われる。そこで、退職所得と給与所得の差を是正する措置を検討する必要がある⁶¹。

考えられるのが、給与所得と退職所得の区分をなくしてしまう方法である。退職所得と

⁶⁰ 水野忠恒「租税法 第3版」183頁（2007）。

⁶¹ 品川芳宣「判批」T&A MASTER 265巻26頁（2008）。

給与所得の差は質的なものではなく、支給の態様とタイミングの相違である⁶²。そこで、退職金も給与所得として課税すべきであるという見解がある⁶³。その理由として、現在は退職金の算定方法としてポイント制等の普及により賃金の後払いというよりも賞与の後払いや論功報償的なものにシフトしていること、退職年金制度が存在していることをあげている。確かに、諸外国では退職所得という分類がないのが一般的である。退職所得が優遇されていることによって、賃金の一部を退職時まで支払わないことになるため、賃金の受取時期が本来より遅くなってしまうと考えることもできる。そう考えると、賃金を早く受け取りたい者、退職時に一括で多額の退職金を支払うのが困難な経営者の中には、退職所得という区分が不要と考える者もいると思われる。

しかし、やはり現段階で退職所得という区分を廃止すべきではないと考える。確かに、現在はポイント制退職金に代表されるように、退職時の賃金を基礎として退職金の額を算定するとは限らない。厚生労働省の調査によると、退職金を社内準備している企業のうち、退職金の算定方法として退職時の賃金をベースにしている企業は 56.6%、その他の基準を算定基礎としている企業は 44.2%である⁶⁴。この調査では、半数近くの企業が退職金の算定方法として退職時の賃金をベースにしていない。退職金の性格として、ポイント制退職金等は従来の退職時の賃金をベースにしている場合に比べて功労報償の性格が強いことは確かである。しかし、それによって退職後の生活保障の性格が喪失するわけではない。算定方法が違って、退職金が退職後の生活保障の性格を有することは変わらないと思われる。先ほどの調査によると、大企業ほどポイント制など退職金の額を退職時の賃金以外の事項によって算定する企業の割合が高い。ただし、中小企業では未だに退職時の賃金をベースに退職金の金額を算定するところも多い。確かに退職金の算定方法に変化があるのは間違いないが、現段階では従来の方法を採用している企業も多く、完全に移行したとは言えない。前述の通り、退職金は退職時に受け取る以上、退職後の生活保障の性格がなくなるわけではないため、功労報償の性格が強くなったということが退職所得という区分をなくしていい理由にはならないのではないだろうか。従って、今後も引き続き優遇措置が設けられてしかるべきであり、退職所得という区分そのものをなくしてしまう必要性はないと考える。

⁶² 金子宏・前掲注(37) 181 頁(1995)。

⁶³ 宇賀田伸彦「退職一時金の実態の変化と課税制度」第 37 回 日税連公開研究討論会 所得税に関わる諸問題 ～給与所得者の課税から考える～132 頁(関東信越税理士会、2009)。

⁶⁴ 厚生労働省・前掲注(20) 20 頁。

第2節 年齢制限、金額制限の検討

退職所得は退職金が一般的に老後の糧であるため、優遇されている。そこで、退職所得を今後は老後保障の性格を持つ退職金に限定すべきであるという考え方がある。具体的には、退職所得の要件として長期間勤務の結果支払われる退職金であることや受給時の年齢などの基準を導入すべきであるという見解である⁶⁵。また、老後保障の性格を有する退職金のみを退職所得にしようというのであれば、金額にも一定の制限を行うという考え方もあり得る。この見解は現在の退職所得課税は退職金が老後保障の性質を有しているからこそ優遇されているという前提のもと、現在は老後保障の観点から本来は優遇すべきでない退職金までも退職所得に該当し優遇されているといったことを問題視し、それを解決しようとするものである。確かに、若くして退職をする場合に関しては、退職金が老後保障の性格を持ち合わせているとは考えられない。

ただし、実際に退職所得該当性の要件に年齢制限、金額制限を導入するというのは困難であると思われる。それは、退職所得に該当する年齢、金額の設定が難しいからである。一般的に定年退職は60歳であり、現在は65歳へ移行中である。この定年退職付近に設定するというのも一つの考え方ではあるが、現在は大企業において早期退職制度が導入されている場合がある。早期退職制度では、定年前に退職する代わりに退職金が割り増しになる制度であり、早期退職制度による退職年齢は45歳や55歳が多い⁶⁶。そうでなくとも、定年前に退職し、退職金を使って開業しようという者もいると思われる。そうすると、どこまでを退職所得として取り扱うべきかという判断が非常に難しい。例えば55歳以上という年齢制限を導入したとすると、54歳で退職した者と55歳で退職した者で税負担が大幅に異なってしまう可能性があり、不公平になってしまうという問題もある。それを解決するため、年齢に応じて優遇措置を設定するという方法も考えられる。定年退職に近いほど退職後の生活保障の性格が強く、そのような金員ほど優遇しようという考え方である。しかし、これは制度として複雑であり、実際に制度設計をするのは非常に困難である。

金額制限に関しても金額の設定が難しいという問題がある。また、一定の金額までを退

⁶⁵ 佐藤 晃「退職所得の意義と課題」第37回 日税連公開研究討論会 所得税に関わる諸問題 ～給与所得者の課税から考える～ 117頁(関東信越税理士会、2009)。

⁶⁶ 労務行政研究所『2009年版退職金・年金事情』248頁(労務行政、2009)。

職所得、それを超える金額を給与所得という制度にした場合には、退職金の支給額にも影響を与えかねない。

従って、仮に導入するにしても慎重な検討が必要であり、上記のような問題も生じることから現実的に退職所得に年齢制限や金額制限を導入するのは適当ではないと考える。

さらに付け加えると、そもそも退職所得は老後保障の性格を有する金員のみであるべきという方針が果たして正しいのか疑問である。というのも、退職金は生活保障説の考え方によれば、退職後の生活を保障するものであり、それが定年退職であれば老後保障であると言える。定年退職で、退職金が最後の給与である場合には、担税力は低い。ただし、定年退職でなくとも退職によってその企業を離れる場合には反復的・継続的に発生する給与に比べ、担税力は低いと考えられる。それを給与所得として課税してしまうと税負担が相当重くなってしまうことが予想されるが、それは酷である。今後、退職金の算定方法が退職時の月給と全く無関係な企業がほとんどという状況になれば若いうちに受け取る退職金は賞与の性質が強いということで給与所得として課税すべきか検討が必要になるかもしれないが、今はまだそのときではないと考える。

第3節 分離課税の妥当性

退職所得の区分を廃止したり、退職所得に一定の制限を設けたりする措置は適当ではないことは確認した。ここでは、退職所得課税の特徴である分離課税の妥当性について検討する。

分離課税が設けられているのは、退職所得は担税力が低いにも関わらず総合課税にしてしまうと他の所得と合算されてしまうため、高い税率が適用されてしまうことを避けるためであると解されている。さらに、退職時期によって、税負担が異なることを避けるためとも言われている。確かに、総合課税にしてしまうと、その年の初めに退職した者と年末に退職した者でどうしても税負担の差がでてしまう。このような理由で、退職所得は分離課税となっているが、これを廃止することでメリットはあるのだろうか。給与所得として課税した場合には総合課税となることから、退職所得の区分をなくした場合にも発生する問題である。

結論から言うと、現行の分離課税は妥当な措置であると考ええる。退職時期によって税負担が異なってしまうというのはもちろんであるが、一番大きいのは総合課税にしてしまう

と適用税率が高くなってしまい、税負担が重くなってしまう可能性が高いことである。退職金である以上、それは退職後の生活保障の性格を有しているのであるから、担税力は低く、分離課税にすることは妥当な措置であると考ええる。分離課税を止め、総合課税に移行する場合、税負担が重くなることになるが、そのメリットはないように思われる。仮に、現在の制度が優遇されすぎているとしても、分離課税については継続すべきであり、課税ベースの拡大などは別の方法によるべきであると考ええる。

第4節 退職所得控除の見直し

1. 退職所得控除の性質

次に、退職所得控除額が適切であるか否か検討する。現在の制度は1年間で退職所得控除が40万円ずつ増加し、20年を超えると1年間で70万円ずつ増加していく仕組みとなっている。20年を境にして控除額が飛躍的に増加する仕組みは昭和63年の改正によってできたものであり、現在まで維持されている。その狙いは、標準的な退職金には課税しないというものであったことは第1章第3節で確認した。現行制度では勤続40年で2200万が控除されることになるが、果たしてこれは適当な額なのだろうか。

そもそも、退職所得控除はどういった性質のものだろうか。所得税法において、課税所得を求める場合、収入金額から必要経費を差し引くことが多い。ただし、給与所得や退職所得については実額控除ではなく、概算控除である。給与所得控除については、①必要経費を概算的に控除すること、②担税力が乏しいと考えられるため、その調整、③他の所得と比べ、捕捉されやすいため、捕捉率の調整、④納付時期が早いため、金利差の調整の4つの要素が統合されたものであるといわれている⁶⁷。退職所得も給与の後払いの性質を有しているわけであるから、退職所得控除も同様の性質を有していると考えられる。しかし、退職所得の必要経費というのは考えられず、あるとしても給与所得と同様である。やはり、退職所得控除に関しては②の担税力の調整というのが主な目的であると考えられる。そこで、標準的な退職金には課税しないという現行制度の考え方が実際に機能しているのか検討してみよう。

⁶⁷ 宮谷俊胤「給与所得および退職所得の源泉徴収制度」日税研論集 15号 100頁（1991）。

現在、退職金の金額は徐々に下がってきている。高齢の退職者が多く、退職金原資の増加、積み立て不足などの事情により退職金制度の見直しを図っている企業も多い。さらに、退職金を一時金形式ではなく、一時金形式と年金形式を併用したり、全て年金形式で支給したりと退職金の支給形態が企業により異なっている。このように、退職金の状況は変化してきているが、支給額にも変化が見られる。平成 20 年度の調査によると、退職一時金制度のみの企業で、大卒かつ勤続 35 年以上の者に対する平均支給額は 1764 万円となっている⁶⁸。平成 9 年度の調査では 2330 万円であったことから 500 万円以上減少したことがわかる。別の調査では、勤続 38 年の退職金の平均額が 2053 万となっている⁶⁹。ただし、これは調査社数も少なく、年金部分も含んだ金額であることから実際の退職一時金の額はもっと低いと思われる。これらの額は平均額であるから、中小企業などではさらに低いと思われる。東京都労働相談情報センターが行っている中小企業の退職金調査では勤続 30 年で 846 万程度となっており、上記の全国平均に比べて低い値となっている⁷⁰。現行の退職所得控除ができた昭和 63 年はバブル景気でもあり、退職金の水準は現在より高かったと思われる。現在では従業員が 1000 人以上の大企業の 8 割で年金形式の退職給付制度があり⁷¹（一時金との併用を含む）、年金形式での支給が主流になってきている。

以上のことを考慮すると、現行制度の長期勤続に対する退職所得控除額はやや多額であると考え。特に、勤続 21 年以降に退職所得控除額が急激に増加するという制度は現在の退職金水準では必要ないのではないだろうか。勤続年数 20 年を境に控除額が増える仕組みは、就労形態に中立であるように見直されなければならないとの指摘もある⁷²。従って、退職所得控除は勤続年数が 1 年増えるごとに控除額も一定額ずつ増加していく仕組みのほうが適当であると考え。

2. 控除額の検討

現行の 20 年を境に退職所得控除が増大する仕組みを廃止するとしたら、退職所得控除を 1 年間あたりいくりにするべきかが問題である。現行の制度と同額の 1 年間で 40 万円

⁶⁸ 厚生労働省・前掲注(20)27 頁。

⁶⁹ 労務行政研究所・前掲注 (66) 102 頁。

⁷⁰ 東京都労働相談情報センター「中小企業の賃金・退職金事情（平成 22 年度版）」32 頁（2010）。

⁷¹ 厚生労働省・前掲注 (20) 19 頁。

⁷² 税制調査会.平成 19 年 11 月・前掲注 (6) 14 頁。

に固定するという考え方もあるだろう。ただし、そうすると、勤続年数 20 年以降で現行制度と控除額にかなり差が出てしまう。短期での転職の障害にならぬよう控除額を引き上げるという考え方もあり得るだろう。先ほどの厚生労働省の調査では、勤続 35 年以上の者に対する平均支給額が 1764 万円であるから、退職所得控除額を年間 50 万円に引き上げるというのも一つの考え方である。ただし、人事院が行った民間企業退職給付調査では勤続 38 年で定年退職した者に対する退職一時金の平均支給額が 1220 万円であり、他の調査に比べて低い値となっている⁷³。また、厚生労働省の調査で 1764 万円であったのは大卒であり、高卒、中卒はさらに低い値 となっており、全体の平均は 1764 万円よりも低くなる。これは、現在は支給額が多額であると思われる大企業が年金形式での支給が多くなっていることや支給額算定方法の変化、そして昨今のデフレなどが原因であると思われる。従って、20 年を境に退職所得控除額が増大する制度は廃止し、退職所得控除額を年間 40 万円にしても、平均的な退職金には課税しないという目的は十分達成されると考える。

3. 年齢制限の導入

退職所得控除を高齢になってから受給する退職一時金の担税力調整のためのみに適用すべきという考え方もある⁷⁴。これは、退職金が老後保障の性格を有する場合は特に担税力が低いため、優遇すべきであるという考え方であると思われる。高齢になって受給する退職金について老後保障の性格が強くなるのは間違いないだろう。ただ、注意が必要なのは若年での退職であっても、退職の事実がある以上、退職金は退職後の生活保障の性格を有してないとまでは言えず、他の所得に比して担税力は低い点である。そこで、平均的な退職金の金額程度は控除があっても特に問題ないと思われる。また、「高齢」の線引きをするのも非常に難しく、一定年齢以上のみに控除を認めると、その年齢手前では退職しづらい状況となってしまう。現在は大企業を中心に早期退職制度なども存在していることから、そういった制度にも影響を与えかねない。従って、退職所得控除は年齢制限などせず、1 年あたり 40 万で固定するのが妥当である。

⁷³ 人事院職員福祉局生涯設計課「平成 18 年民間企業退職給付調査の結果」13 頁。

⁷⁴ 佐藤英明「退職所得課税と企業年金課税についての覚書」公法学の法と政策(上)415 頁(有斐閣、2000)。

第4節 2分の1課税の妥当性

次に2分の1課税の妥当性について検討してみたい。筆者が退職所得課税において一番問題視しているのがこの2分の1課税である。退職所得は収入金額から退職所得控除を差し引いた額の2分の1相当額を退職所得の金額として課税している。2分の1課税は勤務年数に関係なく退職所得に分類された金員には自動的に適用される。そのため、現行制度は勤務年数が短く多額の退職金をもらう役員ほど有利となっている。というのも、退職所得控除は一般的な退職金の水準に設定されているため、普通のサラリーマンは2分の1課税の恩恵をそれほど受けていないと思われる。控除後の金額に2分の1を乗ずるというのは、控除後の金額のうち、50%が退職所得になるということであり、高額所得者ほど有利であると言える。

例えば、退職金の金額を固定し、勤続年数の変化に応じて2分の1課税がどのような役割を果たしているのか検証してみることにする。以下の表は、退職金の受給額を3000万円に固定したときの退職所得の金額を示したものである。

勤続年数（年）	退職所得控除（万円）	控除後の金額（万円）	退職所得の金額（万円）
5	200	2800	1400
10	400	2600	1300
20	800	2200	1100
30	1500	1500	750
40	2200	800	400

見ての通り、勤続年数が短い程、2分の1課税の恩恵を受けている。勤続年数が40年と5年を比較すると、勤続年数40年の場合は2分の1課税によって所得が400万円減少しているのに対して、5年の場合は1400万円減少している。2分の1課税が採用されているのは退職金が賃金の後払いの性格を有しているためである。本来は毎年賃金として支払われるものが退職時に一時に支払われることになるため、平準化が必要となるのである。そこで、退職所得は退職所得控除を控除した後の金額に2分の1を乗じた金額を課税所得と

しているのである。勤続年数でいえば、勤続年数が長いほど平準化が必要になってくると考える。しかし、現状では勤続年数に関係なく2分の1課税されることになっているため、勤続年数が短い場合、つまり平準化の必要性が薄い場合にまで2分の1課税が適用されている。勤続年数が長い場合には、平準化が必要であるものの退職所得控除が大きくなるため、結果的に2分の1課税の恩恵をそこまで受けていない。現行制度は勤続年数が短く多額の退職金を受け取る者に有利であると言わざるを得ない。

1. 平成 24 年税制改正大綱における改正案

平成 24 年度税制改正大綱において退職所得課税の見直しが盛り込まれている。内容は第 1 章第 2 節で確認したが、役員等が 5 年以内に退職する場合は2分の1課税が適用されないというものである。これは短期間の勤務で退職金を受け取る場合、2分の1課税が適用される合理性が乏しいためである。確かに、長期間の勤務に対する退職金については平準化の措置が必要であるが短期間の勤務の場合には平準化の措置は必要ないと言える。譲渡所得においても、所有期間が 5 年を超える土地や建物を売却した際に2分の1課税が適用されている。この考え方を退職所得にも役員、公務員、議員に限って導入しようということである。

だが、対象が役員、公務員、議員に限定されている点は疑問である。というのも、2分の1課税が採用されているのが平準化という理由であるのなら、役員ではない一般従業員であっても、短期間の勤務に対する退職金に平準化が必要な理由はない。ではなぜ役員に限定されているのだろうか。これはおそらく役員と一般従業員の退職金事情が異なるからであると思われる。平成 22 年第 13 回税制調査会の会議資料によると、役員退職慰労金課税の見直しが必要な理由として、役員は短期間で多額の退職金を受給すること、自己決定度合いが高いことを挙げている。退職金の額を自分で程度調整でき、短期間の勤務であっても多額の退職金を受け取ることができるのであれば、平準化の必要性はないという考えであり、自己決定度合いが高い役員にそこまで優遇すべきではないということだ。確かにそれは正しいように思われる。しかし、役員でなくとも、短期間の勤務で受け取る退職金に平準化が必要ないことは同じである。平準化はある程度長期間働いた場合に、賃金の一部を一括後払いするからこそ必要な措置であって、5 年以下の短期間であればその者が役員であるかに関係なく平準化は必要ないものとする。

役員ではない従業員は勤務年数が短い場合は退職金がもらえない場合もあるが、もらえ

たとしても役員と比べれば少額であることは間違いない。一般の従業員であっても勤務年数が3年前後で退職金をもらえるようになることもある。人事院の調査では、退職金の受給条件として勤続年数が5年未満の企業は25.2%である⁷⁵。多くは勤続10年以上必要であり、仮にもらえたとしても少額である。そうすると、役員ではない従業員にも2分の1課税が適用されないこととなったとしても酷であるということは全くない。退職所得控除によって、退職所得が0円になるケースが多いと考えられるため、2分の1課税を適用しない範囲を広げたとしても影響はほとんどないかもしれない。そうであるならば、なおさら役員等に限定する必要はないと考える。2分の1課税が適用されない範囲を勤務年数が5年以下の役員等に絞ったのは、天下りや渡りといった短期間で転職を繰り返し、何度も退職金を受け取ることが問題になっているということが背景にあるのかもしれない。そもそも基準が5年となっているのも適切と言えるか疑問である。

勤続年数が5年以下のような短期間の場合には平準化措置が適用されるべきではないということは述べたが、これだけでは問題は解決しない。5年以下の場合に2分の1課税がなくなったとしても、勤続年数6年であっても40年であっても2分の1という同じ方法で課税所得が算出される点は変わらない。つまり、勤務年数に関係なく同じ計算方法になってしまうため課税上不公平な面があることは否めない。2分の1課税は非常に計算方法としてはシンプルであるため、簡素の面からみると優れていると言えるが、簡素であるがゆえにどうしても上記のような問題が発生してしまう。つまり、平準化の方法として2分の1課税は稚拙であると言える。平準化は退職金が賃金の一括後払いの性質を有していることから必要であるなら、計算方法に勤務年数が考慮されるべきではないだろうか。以下では2分の1課税に代わる具体的な方法を検討していくこととする。

2. 修正K方式

修正K方式とは、佐藤英明教授が提唱する方法であり、平準化措置を一定の勤続年数以上に限定した上で、「譲渡所得の平準化に関するいわゆるK方式を退職所得の平準化に適合的に修正したもの」である。例えば、退職前3年間程度の期間の給与所得の1年あたりの平均額に退職一時金を勤務年数で除した金額を加えて所得金額を求め、これに税率表を適用した結果得られる平均税率を残余の退職一時金に適用する⁷⁶。

⁷⁵ 人事院職員福祉局生涯設計課・前掲注（73）13頁。

⁷⁶ 佐藤英明・前掲注（74）415頁。

K方式という方法は金子宏東京大学名誉教授が譲渡所得の平準化に関して考案された課税方法である⁷⁷。前提として譲渡資産の価値は毎年同じ割合で増加したものと仮定し、次のような計算方法で所得税額を求める。まず、譲渡所得の金額（A）を所有年数（N）で除した金額（A1）を他の所得（B）と合算し、それに税率（R）を適用して税額（T1）を計算する。

$$(B+A1) \times R = T1$$

次に B+A1 に対する T1 の割合（平均税率 R'）を求め、それを譲渡所得の金額の残りの部分（C2）に乗じて C2 に対する税額を計算する。

$$T1 \div (B+A1) = R' \quad C2 \times R' = T2$$

そして、最後に T1 と T2 の合計額をもって所得税額 T とする。

$$T1 + T2 = T$$

この金子教授が考案した K 方式を退職所得用に修正したものが修正 K 方式というわけである。この方法は理論的には優れている面がある。というのも、実際に、退職所得を勤務年数で除した金額を給与所得と合算して平均税率を求めるわけであるから、退職金が賃金の後払いであるという性格をよく反映している。本来、退職金は賃金であるから、退職金を勤務年数で除し、その額を過去の給与所得に加算して正しい税額を算出し直すのが一番正確な計算方法である。しかし、この方法は複雑すぎて現実的には導入することができない。退職所得の場合、勤続年数が何十年間という期間であることが多く、資料の量が非常に多くなってしまう。さらに、過去の何十年間の計算を修正するのは計算方法として手間がかかりすぎであり、簡素の面から実際に採用するのは無理があると言える。そこで、退職年に近い年を使って同様のことを行うのが修正 K 方式である。

確かに、理論的には優れている面があるが、いくつか問題点もある。まず、退職前 3 年程度の給与所得の平均額を使用する点である。一般に、退職金は高齢になって受け取る場合が多く、退職時には給与所得の金額も高くなっている。ところが、入社時の賃金はそれより大幅に低いと思われる。したがって、退職年に近い給与所得の金額を使用して税率を求め、それを残りの退職所得額に適用すると、賃金として勤続年数にわたり支給した場合の納付税額とはかけ離れてしまう可能性がある。さらに、この方式は現行の 2 分の 1 課税と比べると計算方法が複雑である。退職前 3 年程度の給与所得のデータが必要であり、平均税率を計算する必要があるなどそれなりに手間を要する。従って、K 方式を退職所得に

⁷⁷ 金子宏『課税単位及び譲渡所得の研究』307 頁（有斐閣、1996）。

導入するのが最良であると言えないのではないだろうか。

3. 5分5乗・N分N乗方式

次に、累進税率緩和措置として考えられる方法が5分5乗方式である。これは、我が国において山林所得で導入されているものであり、所得を5分割して税額を計算し、その税額を5倍して納付税額を求める方法である。退職金の受給額を5分割し、税率を決定することになるため、所得税法の超過累進税率を緩和することができる。この方法は、一時に受け取った退職金を5年にわたり均等に受け取ったと仮定して税額を計算する方法といえる。これも一つの平準化措置である。それに対して、勤続年数をNとし、退職金をNで除した値から税額を算出し、その額にNを乗ずることによって税額を計算する方法をN分N乗方式という。N分N乗方式は、勤続年数にわたり一定額ずつ受け取ったと仮定して税額を算出する方法である。この、5分5乗方式もN分N乗方式も一時に受け取った退職金を一定期間にわたり受け取ったと仮定して税額を算出するものである。5分5乗方式は5年間にわたって退職金を受け取ったと仮定し、N分N乗方式は勤続年数にわたって受け取ったと仮定して計算するわけであるから、両者の違いは分割する年数の違いのみである。

5分5乗方式の長所としては既に山林所得で導入がされているため、導入しやすいという点があげられる。しかし、計算方法としてはN分N乗方式の方が、退職金が本来勤続年数を通じて支払われるべき給与であったという点を反映していると言える。また、N分N乗方式は勤続年数が長くなるほど平準化の恩恵を受けることができる。現行の2分の1課税も5分5乗方式も勤務年数によって計算方法が変わるわけではない。勤続年数が10年であっても40年であっても同じ計算方法というのはいかがなものだろうか。やはり、勤続年数が5年と40年であれば勤務期間の差は相当なものと言わざるを得ない。従って、勤務年数に応じて平準化の措置がなされるN分N乗方式が一番合理的ではないだろうか。

そこで、具体的な数値例を使って、現行制度と5分5乗およびN分N乗方式の違いを見てみることにする。以下は現行制度、5分5乗、N分N乗方式の税額の違いを表にしてまとめたものである。なお、現行制度は勤続年数が5年以下であっても平準化が行われているがその点に関しては改正される見通しであるため、表では勤続年数が5年を超える期

間のみしか取り扱わない。税額は金額ごとに3種類算出した⁷⁸。なお、退職金の金額は退職所得控除を差し引く前の収入金額である。なお、第3節で退職所得控除は1年で40万円に固定すべきであると述べたが、今回は平準化による違いのみを見るため、3方式とも現行の控除額で計算している。

平準化方式による納付税額の違い

退職金	勤続年数	6 年	10 年	20 年	30 年	40 年
	方式					
1000 万円	現行	332,500	202,500	50,000	0	0
	5・5	380,000	300,000	100,000	0	0
	N・N	379,800	300,000	100,000	0	0
2000 万円	現行	1,388,000	1,204,000	772,500	152,500	0
	5・5	1,382,500	1,112,500	712,500	250,000	0
	N・N	1,174,800	800,000	600,000	249,000	0
3000 万円	現行	3,018,000	2,754,000	1,764,000	1,089,000	372,500
	5・5	3,382,500	3,062,500	2,262,500	1,012,500	400,000
	N・N	3,315,000	1,625,000	1,100,000	750,000	400,000
5000 万円	現行	6,724,000	6,404,000	5,604,000	4,239,000	3,084,000
	5・5	8,028,000	7,500,000	6,480,000	4,870,000	3,462,500
	N・N	7,131,540	4,925,000	2,250,000	1,749,000	1,400,000
8000 万円	現行	12,724,000	12,404,000	11,604,000	10,204,000	8,804,000
	5・5	24,840,000	17,400,000	16,080,000	13,770,000	11,460,000
	N・N	16,391,340	11,120,000	5,850,000	3,573,000	2,900,000

表を見ると、三つの方式の違いは明らかである。まず、勤務年数が短い場合には、現行

⁷⁸ 5 分 5 乗方式、N 分 N 乗 N 乗方式に関しては、5 または N で除す際に割り切れないときは、千円未満切り捨てとする。

制度よりも5分5乗やN分N乗方式の方が、税負担が重くなっている。現行制度は勤務年数が短い場合であっても平準化の恩恵を受けていることから、この点に関しては改善できている。しかし、勤務年数が長くなってきた場合に各方法によって数値に大きく差が出ている。5分5乗方式だと、勤務年数が長くなったとしても、現行制度より税負担が重くなってしまう。勤務年数が長いほど、より平準化が必要になってくると思われるため、5分5乗方式は適当な制度ではないと考える。

それに対して、N分N乗方式は勤務年数が長いほど税負担が軽くなっている。現行制度に比べると税負担が相当軽くなっており、これは優遇しすぎではないかという疑問が生ずる。何より、退職金が賃金の一括後払いであるなら、必要以上に平準化しないように気をつけなければならない。税制審議会が平成14年に行った試算によると、N分N乗方式と現行制度の税額差は、退職金5000万円、勤続年数40年の場合でも3万円となっている⁷⁹。勤務年数が短い場合は、現行制度より税額は大きいものの、勤務年数が長い場合の税額は現行制度と上記の表ほど差が生じていない。表では退職金5000万円、勤続年数40年の差は150万円以上である。これはなぜであろうか。この数値の差は所得税率の改正が原因であると思われる。この試算は、所得税率が改正された平成19年より前に行われたものである。改正により、最低税率が10%から5%へ引き下げられ、所得が195万円以下の場合、税率が5%となったのである。勤務年数が長い場合、N分N乗方式では勤務年数で除すことになるため、その除した値が小さくなることが多い。それが従来の税率では10%になるが、改定後は5%となる。例えば、勤務年数で除した値が180万円の場合、従来では税額が18万円となるが現在では半分の9万円となる。これが短期間であれば大差はでないが、勤務年数が長くなるとその差は広がっていく。勤続40年であれば360万円の差が生ずることとなる。当時の所得税率ではN分N乗方式は適切な方法であったかもしれないが、現行の所得税率では、適切な方法とは言えなさそうである。

4. 解決策の検討

ここまで、いくつかの方法を検討してきたが、どの方法も一長一短があることが確認できた。それでは、退職所得に関して、現行制度より適切な平準化とはどのような方法があ

⁷⁹ 日本税理士会連合会 税制審議会「高齢化社会における所得課税と資産課税のあり方について」12頁（2002）参照。ただし、N分N乗方式の計算では、退職所得控除の金額が現行制度と異なるので注意。

るだろうか。筆者は勤続年数が短い場合、平準化措置は適用せず、一定の勤続年数を超えた場合に 10 分 10 乗方式を導入することが適当であると考える。

まず、平準化を行う必要がない勤務年数は 10 年未満とする。現行制度においては、短期間であっても 2 分の 1 課税が適用されてしまうという問題点がある。さらに、給与の受取りを繰り延べて高額な退職金を受け取ることにより、税負担を回避するといった事例も存在するという指摘もある⁸⁰。平成 24 年度税制改正大綱では 5 年以下の役員等に 2 分の 1 を廃止することになっているが、これを役員に限定する必要性がないことは既に確認した。これを 5 年以下ではなく 10 年未満とすべきである。

一般に、社会人になってから定年退職するまでの期間は 40 年前後であり、定年が 65 歳に引き上げられればさらに長くなる。平準化が必要となってくるのは、そのような長い期間働いた際に受け取る退職金であり、勤務年数が短い場合にまで平準化の必要性はないと考える。その境界が 5 年というのは退職所得に関しては少し短いように思われる。5 年であれば、給与の額を抑えて退職金の額を多くすることによって税負担を軽くするといった、租税回避行為を容易に行うことができるからである。10 年という期間は、勤務期間として決して短いとは言えない期間であり、平準化が適用される勤続年数を 10 年以上にすれば、現在よりそのような行為は減ると考える。

ただ、そうすると 10 年未満の者は平準化の措置を受けることができないわけであるから、それは酷ではないかという批判もありえよう。しかし、勤務年数が短い場合、退職金は少額であるのが一般的である。勤続年数が 10 年のとき、退職金の額は平均で 300 万円程度であり⁸¹、退職所得控除で全額控除できる範囲内であるから、平均的な退職金には課税されないことになるので特に問題は生じない。従業員の平均勤続年数は 11.9 年である⁸²。また、退職金の受給資格の勤続年数は平均で 13.1 年である⁸³。つまり、一般的には 10 年以上同一企業で勤務する者が多く、仮に 10 年未満で退職金を受け取ったとしても退職所得控除の範囲内であり課税されないケースが多い。

それでは役員はどうだろうか。とある調査によると、役員の平均任期は 7 年程度であり、退職金の平均額は 1830 万円であるという⁸⁴。そうすると、平均的な勤続年数の役員は平準

⁸⁰ 税制調査会平成 19 年 11 月・前掲注 (6) 13 頁。

⁸¹ 厚生労働省「平成 21 年賃金事情等総合調査」表 18-1 (2009)。

⁸² 厚生労働省「平成 22 年賃金構造基本統計調査」第 1 表 (2010)。

⁸³ 人事院職員福祉局生涯設計課・前掲注 (73) 13 頁。

⁸⁴ 総務省が調査を外部に委託している調査「民間企業における退職給付制度の実態に関する

化措置が適用されないこととなる。ただし、役員の退職慰労金は「慰労金」の名の通り、賞与や功労報償の性格が通常の退職金よりも強いと考えられる。企業によっては功労加算を行う場合もあり、この場合は特に功労報償の性格が強くなる。また、一般の従業員に比べ自己決定度合いが高い。近年では、役員退職慰労金制度を廃止する企業もある。さらに、役員は雇用契約の従業員と比較して退職金だけではなく普段の給与も高いのでそこまで酷であるとは言えないと考える。あまり短期間で平準化を認めてしまうと、第3章で見たような、形式上退職したように見せかける行為がさらに行われてしまう可能性もある。役員だけ特別に取り扱うことはできないので、感情論としてすっきりしないかもしれないが、これは致し方ないと考える。

さて、次に勤続年数が10年以上の場合である。勤続年数が10年以上の場合には10分10乗方式を導入するのが適当であると思われる。10分10乗方式は退職金を10年にわたって受け取ったとして税額を算出する方法である。すなわち、収入金額から退職所得控除を差し引き、その金額を10で除した金額に対して税率を適用して税額を求め、それを10倍して納付税額を算出するものである。N分N乗方式では、現行の緩和された累進税率のもとでは、過度な平準化が行われてしまうという欠点があった。5分5乗方式では逆に平準化の効果が弱く、勤続年数が長い場合には現行制度よりも税負担が重くなるといった欠点があった。そこで、勤続年数等を踏まえて、そのバランスをとったものが10分10乗方式というわけである。この方法で計算すると、勤務年数が短い場合には現行制度より税負担は重くなるが、勤務年数が長くなると現行制度よりも若干軽くなるため、適切な平準化が行われると考える。K方式のように他の所得の金額を使うわけでもないため、計算方法としてそこまで複雑でもない。さらに、5分5乗方式は退職金の金額を5で、N部N乗方式は勤続年数で除すが、それに比べて10分10乗方式は収入金額を10で除すため、計算が楽であり、簡素の面からも優れている。具体的な数値例は第5節で紹介することとする。

第5節 小活

ここまで、現行の退職所得課税の見直しを行ってきた。その結果、現行の退職所得課税では勤務年数に関係なく2分の1課税が適用されてしまう、退職所得控除額の水準が現状

る調査」の平成21年度版によると、役員の平均任期は7.1年であり、会長が18.7年と一番長くなっている。

に対して高いといった問題点があることが確認できた。その解決策として、以下の２点を提言した。まず、退職所得控除に関しては 20 年を境に控除額が増大する仕組みは廃止し、勤続年数 1 年あたり 40 万円で固定すべきである。次に、2 分の 1 課税については廃止し、代わりに勤続年数を 10 年以上と限定した上で、10 年間にわたって均等に退職金を受け取ったと仮定して税額を算出する 10 分 10 乗方式を導入するのが適切であるという結論に至った。以下の表は、現行制度と新しい方式で算出した税額を比較したものである。表では、新制度を T 方式と表記することとする。

現行制度と T 方式による税額の違い

退職金	勤続年数	5 年	10 年	20 年	30 年	40 年
	方式					
1000 万円	現行	372, 500	202, 500	50, 000	0	0
	T 方式	1, 204, 000	300, 000	100, 000	0	0
2000 万円	現行	1, 434, 000	1, 204, 000	772, 500	152, 500	0
	T 方式	4, 404, 000	800, 000	600, 000	400, 000	200, 000
3000 万円	現行	3, 084, 000	2, 754, 000	1, 764, 000	1, 089, 000	372, 500
	T 方式	8, 404, 000	1, 625, 000	1, 225, 000	900, 000	700, 000
5000 万円	現行	6, 384, 000	6, 404, 000	5, 604, 000	4, 239, 000	3, 084, 000
	T 方式	16, 404, 000	4, 925, 000	4, 125, 000	3, 325, 000	2, 525, 000

現行制度と T 方式の違いとしては、まず勤続年数が短いときの税負担の増加が挙げられる。現行制度では、平準化の必要性がない勤続年数まで平準化されていたことから、その点は解消できている。ただし、表では様々な場合を想定して計算したが、実際に短期間で 1 億近い高額な退職金を受け取ることはほとんどないと思われる。現実的には、勤続年数 10 年でもらうことのできる退職金の平均は 400 万円以下であるため、一般従業員にはそこまで影響を及ぼさない。逆に、勤続年数が長い場合には平準化が適切に行われていると考える。

このように、退職所得控除は 20 年を境に急増する仕組みを廃止して 1 年で 40 万に固定し、勤続 10 年以上の場合に限って 10 分 10 乗方式を適用することで現行制度より適切な退職所得課税になると考える。

おわりに

本稿では、退職所得課税の問題点に関する考察を行った。まず、第1章において退職所得課税の概要と問題点を整理したところ、様々な問題点が明らかとなった。その問題は、退職所得の範囲に関する問題と、現行制度の課税方法に関する問題の二つに分けることができる。

そこで、まず、法律論として、退職所得の範囲が不明確であり、どこまで退職所得として扱うのが妥当であるのかという点について検討を行った。退職所得は所得税法 30 条 1 項で定義されているものの、「これらの性質を有する給与」という文言が存在していることから、その条文のみでは範囲が明確であるとは言い難く、どのような金員が退職所得に該当するのか判断が困難なケースがある。そこで、本稿では、労働法上の退職金、退職概念を整理し、それを参考にして税法上の退職概念について考察を行った。

労働法上では、辞職、合意解約、定年などの事由により労働契約が終了した場合は退職になると考えられる。しかしながら、税法では退職金の性質が賃金の後払い及び老後の糧であることに鑑み、退職所得として優遇されていることから、労働契約の終了と退職がイコールであるとは考えられない。つまり、税法の退職は労働契約の終了よりもその範囲が狭くなっている。例えば、役員は会社法で任期が定められているため、一度契約が終了してから再任するケースが多いが、その際に支払われる退職金は勤務内容が大幅に変動しなければ退職所得には該当しないのである。

このような役員の退職慰労金が退職所得に該当するのか否かは所得税基本通達や法人税基本通達に記述がある。そこでは、所得税基本通達と法人税基本通達の記載が一部異なっており、統一化が図られるべきであること、法人税基本通達 9-2-32 (2) の持ち株比率要件は不合理なものであるからこれを削除すべきであることを提言した。しかし、裁判所の事実認定は概ね妥当であり、賞与に該当するものを退職所得として認めているというような問題は発生していないと思われる。ただし、これらは結局のところ各ケースによって何を重視すべきか異なるため、事実認定の問題ということになる。さらに、統一的な基準を設けると租税回避に利用される恐れがあるため、統一的な基準を設けるのは困難であると考ええる。

退職所得に該当することになった場合には、退職所得控除、分離課税、2 分の 1 課税の

恩恵を受けることができるがこれについても問題が多く、公平な課税のために、新たな平準化措置の検討を中心に課税方法の検討を行った。

その結果、課税方法として以下の2点の提言を行った。1つめは退職所得控除が20年に境に急増する仕組みはもはや必要なく、1年間で40万円に固定すべきであるという提言である。現在は退職金の支給方法が大企業を中心に一時金形式から年金形式へシフトしており、退職金の支給額も減少していることから、現行の退職所得控除は多額であると考えた。そこで、現行の退職一時金の支給額を考えると、退職所得控除は1年で40万円ずつ増加する仕組みで十分であるという結論に至った。

次に、2分の1課税については廃止し、新たな平準化措置が設けられるべきであるという提言である。2分の1課税は勤続年数の長短にかかわらず適用されるという問題点がある。平成24年度税制改正大綱で勤続年数が5年以下の役員等については2分の1課税が適用されない旨が盛り込まれたがこれでは根本的な解決にはならない。そこで、本稿では修正K方式、5分5乗方式、N分N乗方式などいくつかの方法をそれぞれ検討した。N分N乗方式は勤続年数にわたって退職金を受け取ったと考えるものであるから、勤続年数に応じて平準化が行われるという点で優れているように思われた。しかし、実際の数値を使用し検討した結果、N分N乗方式では過度な平準化が行われてしまうという欠点があった。そこで、新たな方法として、筆者は、勤続年数が10年以上の場合に限り、10分10乗方式を適用することで適切な平準化が行われると考えた。10年以上にした理由としては、平均勤続年数が10年を超えていること、給与を低く抑え退職金に上乗せする租税回避の例が指摘されていること、勤続年数として10年はある程度の長さであることである。平準化の方法としては、5分5乗方式では平準化の効果が弱く、N分N乗方式では過度な平準化が行われてしまうため、そのバランスがいい10分10乗方式を採用すべきであるという結論に至った。10分10乗方式の計算方式は、退職金の金額を10で除すことになるため、他の数字で除すよりも簡単であるから簡素の面からも優れている。

現在では、退職金を年金形式で受け取る者が増加してきている。年金形式の金員は雑所得に該当するため、退職所得と税負担が異なってくる。さらに、退職金を一時金と年金形式で併用して受け取る場合、退職所得控除と公的年金控除を受けることが可能なため、不公平ではないかといった問題も抱えている。従って、退職金に関する課税を一つにまとめてしまうという考え方も可能である。本稿では年金形式との関係にまで検討が及ばなかったが、その点は今後の研究課題としたい。

参考文献・資料等

《図書類》

- ・ 味村治、品川芳宣『役員報酬の法律と実務、新訂第2版』(商事法務研究会、2003)。
- ・ 伊藤儀一『税法の読み方・判例の見方』(TKC 出版、2007)。
- ・ 岩出誠『論点・争点現代労働法 改訂増補版』(民事法研究会、2008)。
- ・ 神田秀樹『会社法 第13版』(弘文堂、2011)。
- ・ 菅野 和夫『労働法 第9版』(弘文堂、2011)。
- ・ 金子宏『課税単位及び譲渡所得の研究』(有斐閣、1996)。
- ・ 金子宏『租税法 第16版』(弘文堂、2011)。
- ・ 勤労者の退職金制度のあり方に関する研究会編『退職金制度の変革』(財団法人 雇用情報・センター、2003)。
- ・ 小西國友『労働法』(三省堂、2008)。
- ・ 酒井克彦『所得税法の論点研究』(財経詳報社、2011)。
- ・ 佐藤英明『スタンダード所得税法』(弘文堂、2010)。
- ・ 産労総合研究所『2008年・退職金・年金・高齢者賃金現状分析』(経営書院、2008)。
- ・ 品川芳宣『役員報酬の税務事例研究』(財経詳報社、2003)。
- ・ 武田昌輔監修『DHC コンメンタール所得税法 (加除式)』(第一法規、1983)。
- ・ 注解所得税法研究会『注解所得税法五訂版』(大蔵財務協会、2011)。
- ・ 野村正寛『日本的雇用慣行』(ミネルヴァ書房、2007)。
- ・ 水野忠恒『租税法 第3版』(有斐閣、2007)。
- ・ 三宅直和『退職金規程と積立制度』(経営書院、2010)。
- ・ 山崎清『日本の退職金制度』(日本労働協会、1988)。
- ・ 労務行政研究所『2009年版退職金・年金事情』(労務行政、2009)。

《雑誌・論文》

- ・朝倉 洋子 「判批」税理 51 卷 10 号 (2008)。
- ・飯田 聡一郎 「分掌変更における役員退職金の打切り支給 (特集 役員退職給与の最新事情と税務判断)」税理 53 卷 7 号 (2010)。
- ・石川 欽也 「退職所得を巡る諸問題に関する一考察--打切支給のケースを題材として」月刊税務事例 41 卷 10 号 (2009)。
- ・石橋 洋 「退職金の法的性格と支給条件の有効性」労働法律旬報 1141 卷 (1986)。
- ・伊東 博之 「退職所得 (148 の事例から見た 是否認事項の判断ポイント)」税経通信 66 卷 10 号 (2011)。
- ・犬飼 久美 「所得税実務 適格退職年金制度の移行に伴う税務問題」税理 52 卷 11 号 (2009)。
- ・今仲 清 「判批」月刊税務事例 42 卷 2 号 (2010)。
- ・岩崎 政明 「判批」ジュリスト 1369 卷 (2008)。
- ・岩崎 政明 「役員給与・役員退職金に係る所得課税」税務事例研究 104 卷 (2008)。
- ・上前 剛 「適格退職年金から各種制度への移行に伴う問題」税経通信 66 卷 13 号 (2011)。
- ・宇賀田伸彦 「退職一時金の実態の変化と課税制度」第 37 回 日税連公開研究討論会 所得・税に関わる諸問題 ～給与所得者の課税から考える～ (関東信越税理士会、2009)。
- ・牛嶋 勉 「早期退職優遇制度の給付金の所得分類」税務事例研究 63 卷 (2001)。
- ・牛嶋 勉 「会社分割における退職金の取り扱いと退職金課税」税務事例研究 70 卷 (2002)。
- ・牛嶋 勉 「会社分割等における退職金課税の問題」租税研究 648 卷 (2003)。
- ・牛嶋 勉 「執行役員就任時の退職金」税務事例研究 105 卷 (2008)。
- ・臼杵 政治 「確定拠出年金(日本版 401k)の現状と退職金・年金税制への示唆」財経詳報 2302 卷 (2002)。
- ・大淵 博義 「退職給付を巡る税法上の諸問題の検証 (1)」税経通信 66 卷 8 号 (2011)。
- ・大淵 博義 「退職給付を巡る税法上の諸問題の検証 (2)」税経通信 66 卷 9 号 (2011)。
- ・大淵 博義 「退職給与を巡る税法上の諸問題の検証 (3)」税経通信 66 卷 11 号 (2011)。
- ・大淵 博義 「退職給与を巡る税法上の諸問題の検証 (4)」税経通信 66 卷 13 号 (2011)。
- ・岡 正晶 「執行役員と退職金にかんする課税関係」税務事例研究 53 卷 (2000)。
- ・小沢良一 「判批」税経通信 40 卷 3 号 (1985)。

- ・荻野 豊 「判批」 月刊税務事例 40 巻 10 号 (2008)。
- ・金子 宏「判批」判時 1139 号(1985)。
- ・川野 治夫「役員退職金（役員給与の最新実務と税務処理）」税経通信 62 巻 7 号 (2007)。
- ・神田 良介 「退職所得重課についての予備的一考察」明大商学論叢 87 巻 (2005)。
- ・木内 隆司「退職金制度の法的性格について」経済理論 283 号 (1998)。
- ・岸田 貞夫「判批」ジュリスト(1347) (2007)。
- ・木島 裕子「判批」税理 52 巻 7 号 (2009)。
- ・吉良実「判批」民商 90 巻 5 号 (1984)。
- ・久乗 哲「監査役・非常勤役員・社外取締役への支給」税理 50 巻 12 号 (2007)。
- ・光田 周史、則貞 幸太 「特殊関係使用人への支給」税理 50 巻 12 号 (2007)。
- ・国際課税事例研究会 「海外親会社の買収に伴う退職金の打切り支給について」国際税務 24 巻 11 号 (2004)。
- ・小林 磨寿美 「判批」税理 51 巻 11 号 (2008)。
- ・坂部 達夫「役員退職給与の支払パターン別にみた税務の対応」税理 57 巻 2 号 (2011)。
- ・櫻井 泰典「退職所得課税制度の沿革と課題」地方税 56 巻 7 号 (2005)。
- ・佐藤 晃「退職所得の意義と課題」第 37 回 日税連公開研究討論会 所得税に関わる諸問題 ～給与所得者の課税から考える～ (関東信越税理士会、2009)。
- ・佐藤 英明「企業年金と課税・適格退職年金制度の検討を中心として」ジュリスト 1128 (1998)。
- ・佐藤英明「退職所得・企業年金と所得税」日税研論集 57 号 (2006)。
- ・佐藤 英明「租税法研究会(第 153 回)退職金と企業年金への課税について--JIRA 再論(上)」ジュリスト 1428 巻 (2011)。
- ・佐藤 英明「租税法研究会(第 153 回)退職金と企業年金への課税について--JIRA 再論(下)」ジュリスト 1430 巻 (2011)。
- ・品川 芳宣「判批」商事法務 1017 号 (1984)。
- ・品川芳宣「役員の分掌変更等において支給した給与の所得区分」TKC 税研情報 15 巻 6 号 (2006)。
- ・品川 芳宣 「判批」税研 22 巻 3 号 (2006)。
- ・品川 芳宣 「判批」税研 24 巻 1 号 (2008)。

- ・品川 芳宣「判批」T & A master 265 巻 (2008)。
- ・四方田 彰「使用人退職金の支給 (特集 会社の解散・清算に伴う税務の対応) -- (個別の事情と税務)」税理 52 巻 15 号(2009)。
- ・白土 英成「退職金・年金を巡るグレーゾーンの事例とポイント (特集 税務調査への準備と実務ポイント 源泉所得税を巡るグレーゾーン)」税経通信 64 巻 2 号 (2009)。
- ・鈴木基史「退職金の打ち切り支給をめぐる留意点」税経通信 66 巻 13 号 (2011)。
- ・関岡 誠一「分掌変更による役員退職給与と退職の事実」明治学院大学法科大学院ローレビュー14 巻 (2011)。
- ・瀧原 章夫 「退職所得課税に関する一考察--勤続年数における公平性からのアプローチ」労働統計調査月報 57 巻 7 号 (2005)。
- ・谷口 智紀 「判批」税法学 560 巻 (2008)。
- ・玉ノ井 孝一 「分掌変更による退職金の支給」税理 48 巻 15 号 (2005)。
- ・津田 明人 「執行役員・使用人兼務役員への支給」税理 50 巻 12 号 (2007)。
- ・富永 賢一 「商法改正に伴い導入された「執行役」制度等を巡る税務上の諸問題」税務大学校論叢 43 巻 (2003)。
- ・永井 知子「早期退職・再雇用・死亡退職における退職金の労務」税経通信 66 巻 13 号 (2011)。
- ・中島 孝一「役員の分掌変更に伴う給与・退職金」税務弘報 57 巻 6 号 (2009)。
- ・中島 孝一「退職一時金・退職年金をめぐる税務上の問題」税経通信 66 巻 13 号。
- ・中西 幸一 「退職金及び退職金規程についての労務上の留意点」税経通信 66 巻 13 号 (2011)。
- ・永橋 利志「退職給与課税の改正が役員退職給与に与える影響」税理 54 巻 5 号 (2011)。
- ・中村 雅紀 「判批」月刊税務事例 40 巻 10 号 (2008)。
- ・新村 正人「判批」ジュリスト 807 号 (1984)。
- ・新村 正人「判批」法曹時報 39 巻 6 号 (1987)。
- ・西村 享 「判批」月刊税務事例 42 巻 2 号 (2010)。
- ・発地 敏彦「報酬・賞与・退職金を巡るフリンジ・ベネフィットの税務 (特集 フリンジ・ベネフィットを巡る税務の検討)」 税経通信 64 巻 1 号 (2009)。
- ・林 隆一「役員退職金の現物支給 (特集 法人・個人間におけるクロスセクションの税務)」税理 54 巻 11 号 (2011)。

- ・福島 基「役員報酬・退職金の過大認定」税理 48 巻 15 号 (2005)。
- ・福田昌子「分掌変更により支払われた役員退職金給与にかかる退職事実の認定」税務弘報 56 巻 13 号 (2009)。
- ・藤島 光代「判批」税経新報 556 巻 (2008)。
- ・藤原 伸吾「退職金の法的性格と支給要件」賃金事情 2504 号 (2006)。
- ・藤曲 武美 「役員の方掌変更と退職の事実」税理 50 巻 2 号 (2007)。
- ・藤曲 武美「役員退職給与における分掌変更と退職の事実」税研 25 巻 3 号 (2009)。
- ・古矢 文子 「合併に伴う退職慰労金としての一時金」税理 48 巻 11 号 (2005)。
- ・本間 康弘 「退職所得とされるケースの検討」税務弘報 58 巻 4 号 (2010)。
- ・宮澤 博「会社を清算する場合の役員退職金の支払」税理 53 巻 7 号 (2010)。
- ・三好 毅 「前払い退職金に対する課税上の取り扱い」労政時報 3436 巻 (2000)。
- ・村上 清「公的年金と退職金・企業年金の課題」租税研究 587 巻 (1998)。
- ・村木 慎吾「法人税実務 是否認事例に学ぶ分掌変更に伴う退職と同様の事情の立証策」税理 52 巻 15 号 (2009)。
- ・安田大「給与所得とされるケースの検討」税務弘報 58 巻 4 号(2010)。
- ・矢田公一「退職給与の支給に関する課税上の問題」税務大学校論叢 70 巻 (2011)。
- ・山添 清昭「退職給付に係る会計基準と税務基準(特集 会計基準・税務基準の異同と実務的検討)」税経通信 6 巻 13 号 (2009)。
- ・山田 二郎「所得税法における所得の分類」民商法雑誌 78 巻臨時増刊 4 号 (1978)。
- ・山田 二郎「退職金前払い制度と税務上の取扱い」東海法学 25 巻 (2001)。
- ・山本 展也 「判批」月刊税務事例 42 巻 2 号 (2010)。
- ・山本 守之 「分掌変更等に伴う退職金の支給」税理 50 巻 12 号 (2007)。
- ・横尾 美紀「法人税実務 分掌変更に伴う退職金の支給とその実務留意点[京都地裁平成 18.2.10 判決,大阪地裁平成 20.2.29 判決]」税理 51 巻 8 号 (2008)。
- ・吉田 勤「従業員・使用人の給与・退職金」税務弘報 57 巻 6 号 (2009)。
- ・渡辺 淑夫「国際税務研究 委員会設置会社への移行に伴う役員分掌変更と退職金の打切支給」国際税務 27 巻 11 号 (2007)。
- ・渡辺 充「判批」月刊税務事例 39 巻 4 号(2007)。
- ・労働法学研究会報「退職金(退職一時金・退職年金)制度の今後の動向」労働法学研究会報 49 巻 18 号 (1998)。

移転価格税制の執行における無形資産の 取扱いについて

中島 美佐

論文要旨

多国籍企業がグループ間の取引価格を通じて、所得を海外へ移転することに対処する税制である移転価格税制が日本において導入されてから25年が経過している。この間、企業活動におけるグローバル化はますます進展し、取引の多様化・複雑化が進んでいる。企業は、事業上の適性のみならず、税務効率性も考慮したうえで、研究開発・製造・販売を世界中の最適地に配置する仕組みを模索しており、その配置においては、収益の源泉としての無形資産が重要な意味を持つことになる。

このような潮流のもと、移転価格税制の執行においても、無形資産の重要性が高まっている。移転価格税制は、国家の課税管轄権が地理的に制限されているのに対し、国家よりも広い地理的領域で活動する企業に対し、その活動に着目した課税を行うことを目的とする税制であり、無形資産の移転等を通じた国外への所得移転に対処することが、その執行において重要な課題となってきた。

一方で、無形資産は、その特性により、その認識及び評価が非常に難しいことも指摘されている。これまでの日本における移転価格税制の執行において、無形資産に係る認識及び評価が、税務当局及び納税者の間で相違することも少なくなく、無形資産に係る基準の明確化が要望されてきた。

本稿は、移転価格税制の執行における無形資産の取扱に係る問題の所在を明らかにするとともに、課税の透明性を目的とした課税基準の明確化としてどのような方策が可能であるかについて検討し、その考察を纏めることを主たる目的としている。本稿の構成は以下のとおりである。

第1章においては、移転価格税制の内容について振り返るとともに、これまでの企業活動の変貌について、統計数値等をもとに検討する。第2章においては、無形資産の絡む移転価格問題を、無形資産の認識、把握、及び評価の観点から分析し、問題の所在について纏める。第3章においては、無形資産の絡む移転価格問題について、米国における研究をもとに、個別の企業の財務数値を用いた定量的な分析を行うとともに、無形資産の絡む移転価格問題に関する税務争訟について判例等の分析を行う。第4章においては、第1章から第3章に基づき、日本の移転価格税における無形資産の絡む移転価格問題に関する課題を検討するとともに、それについてどのような方策が可能であるかを考察する。

近年、日本においても顕在化した無形資産の絡む移転価格問題は、本質的な問題が認められないにもかかわらず、形式的な移転価格税制の規定の当てはめが行われていることや、移

転価格税制の規定を拡大解釈して無形資産取引等に適用していることに起因していると考えられる。移転価格税制の本質に基づいて考えれば、これらは許容されるものではない。

移転価格税制の執行における無形資産の取扱いは、あくまで独立企業原則に則り、法に規定された移転価格税制の明確な基準に基づいて判断されるべきであり、これを超えた取扱いは原則として認めないことが求められる。

国際的に企業活動の多様性・複雑性が増す中、日本企業が競争力を維持するためにも、適正な経済活動を阻害しない税務の執行が求められる。そのためには、無形資産が絡む移転価格問題に関して、明確化のための基準を法令等に整備することが急務である。無形資産の認識及び評価等については、OECDにおける取組み等を参考として、明確化のための基準を法令等に追加することが必要と考える。また、一方で、無形資産の移転等を通じた租税回避行為を牽制するために、事業再編に係る移転価格の側面に関する規定を追加すること、及び客観的なテストに基づく租税回避否認規定の追加等を検討することを期待する。さらに、グローバル社会の中で、収益の源泉たる無形資産を国外へ移転させないために、税制上の優遇措置として、パテント・ボックス税制の検討を提案する。

目次

はじめに.....	1
I. 問題の背景.....	3
i. 移転価格税制.....	3
a. 移転価格税制とは.....	3
b. 日本における移転価格税制の導入.....	4
c. 米国における移転価格税制.....	5
d. OECDによる移転価格税制に係る取組み.....	6
ii. 事業活動における無形資産経営の現状.....	9
a. グローバル化の進展.....	9
b. 無形資産経営への志向.....	10
c. 日本におけるグローバル化の展開と無形資産経営への志向.....	11
d. 日本におけるグローバル化の深化.....	13
iii. 移転価格税制の執行状況.....	15
a. 無形資産取引に係る移転価格問題の変遷－所得相応性基準.....	15
b. 日本における移転価格税制の執行状況の変遷.....	17
c. 無形資産取引に係る移転価格問題を取り巻く国際的な状況の現在.....	19
II. 問題の所在.....	21
i. 無形資産の定義.....	21
a. 事業活動における無形資産.....	21
b. 財務会計上の無形資産.....	22
c. 移転価格税制上の無形資産.....	23
d. 小括－無形資産の定義に係る問題の難しさ.....	25
ii. 無形資産の所有権.....	26
a. 法的所有権（Legal Ownership）.....	26
b. 経済的所有権（Economic Ownership）.....	26
c. 移転価格税制の執行における所有権の判定.....	27
iii. 無形資産取引の態様.....	28
a. 無形資産の譲渡.....	29
b. 無形資産の使用許諾（ロイヤルティ取引）.....	29
c. 無形資産の費用分担契約（コストシェアリング）.....	29

d.	その他の取引と取引の再構築.....	30
iv.	無形資産取引の評価方法	31
a.	移転価格税制における独立企業間価格の算定	31
b.	無形資産の評価方法－財の価格決定アプローチ.....	38
c.	無形資産取引に係る独立企業間価格算定方法の実務的適用.....	41
v.	無形資産の絡む移転価格問題の整理.....	46
III.	問題の研究	48
i.	無形資産取引等を通じた国外への所得移転.....	48
a.	米国における無形資産取引等を通じた所得移転に関する研究.....	48
b.	日本企業における所得移転の現状.....	56
ii.	税務争訟事案による検証	63
a.	チバガイギー事案－取引の再構成の是非.....	64
b.	イーライリリー事案－移転価格税制の観点からの組織再編.....	66
c.	グラクソスミスクライン事案－マーケティングに係る無形資産.....	70
d.	TDK 事案－日本で無形資産が絡む移転価格問題が争われた事例.....	73
e.	小括	77
IV.	問題の考察・検討	79
i.	日本の移転価格税制の特徴.....	79
a.	日本の移転価格税制の制度設計	79
b.	租税回避否認規定との関係.....	80
c.	独立企業原則の意味.....	81
d.	国外関連者との無形資産取引に係る寄附金課税.....	82
ii.	無形資産の絡む移転価格問題.....	84
a.	無形資産の認識における問題.....	85
b.	無形資産取引の把握における問題.....	86
c.	無形資産の評価における問題.....	88
iii.	無形資産取引に係る移転価格課税に関する税務争訟の回避及び解決.....	89
iv.	総括－無形資産が絡む移転価格問題と無形資産取引等を通じた所得移転.....	91
a.	無形資産が絡む移転価格問題に係る総括.....	91
b.	無形資産取引等を通じた所得移転への対処－牽制策	91
c.	無形資産取引等を通じた所得移転への対処－優遇策	93
d.	おわりに.....	94

図表

図表 1	移転価格税制に係る主な改正の経緯.....	5
図表 2	世界における国際取引の変遷.....	9
図表 3	日本企業の海外進出形態.....	11
図表 4	特許等使用料収支の推移.....	12
図表 5	認識された高付加価値拠点の海外移転.....	13
図表 6	アンケートー日本企業による機能の移転に係る検討.....	14
図表 7	特許出願（PCT 出願）件数の推移.....	15
図表 8	日本における主な移転価格更正事案.....	18
図表 9	事業活動における無形資産.....	22
図表 10	財務会計上の無形資産.....	23
図表 11	移転価格税制上の無形資産.....	25
図表 12	無形資産取引の種類.....	28
図表 13	措置法が定める独立企業間価格算定方法（2011 年税制改正前の適用順位）	33
図表 14	超過収益額を基礎とする方法の適用イメージ.....	44
図表 15	無形資産取引等を通じた所得移転の基本モデル.....	49
図表 16	JCT によるケーススタディの概要.....	50
図表 17	JCT によるケーススタディーDelta 社.....	51
図表 18	メドトロニックに係る分析.....	54
図表 19	製薬業界における日本企業の税務効率性.....	57
図表 20	個別の日本企業の財務数値等を用いた分析.....	59
図表 21	取引の概要ーチバガイギー事案.....	64
図表 22	取引の概要ーイーライリリー事案.....	67
図表 23	取引の概要ーグラクソスミスクライン事案.....	71
図表 24	取引の概要ーTDK 事案.....	74
図表 25	原処分庁及び納税者の主張の概要ーTDK 事案.....	75
図表 26	日本における寄附金課税.....	83
図表 27	各国におけるパテント・ボックス税制の概要.....	94

はじめに

日本において移転価格税制が導入されて 25 年が経過した。この間、様々な税制改正が施され、執行面においても時代を反映した変化が見受けられる。移転価格税制の導入から現在に至るまでの税制及びその執行の変遷において、移転価格問題の焦点の変貌が重要な事項のひとつとして挙げられる。

日本における経済のグローバル化は、1980 年に外国為替管理法がそれまでの原則禁止から原則自由化に改められ、金銭面での自由化が達成されたことで本格化した¹。移転価格税制が導入されたのは、まさにそのような時節であった。

21 世紀に入って、企業のグローバル化はさらに進展しているように見える。1980 年代以降の共産主義の崩壊、IT 技術の発達等により、市場についてボーダーレス化が進展し、企業もこれに対応してグローバル化を進めている。消費者の嗜好は、かなりの部分で世界的に共通化してきており、企業はグローバルレベルで研究開発・製造・販売等の機能の最適立地を志向し、実施するようになってきた。グローバル化の進展に伴い、多国籍企業の取引形態は、現地における自社の製造販売会社を通じて取引を行う「20 世紀型モデル」から、研究開発・製造・販売を世界中の最適地に集中的に配置する「21 世紀型モデル」への変貌を遂げようとしている²。

企業グループにおいて、いわゆるバリューチェーン³が国をまたがって形成される場合、各当事者間の取引価格を設定しなければならなくなる。この価格が移転価格税制の対象となる。とりわけ、（研究開発活動等から生ずる）無形資産は利益の重要な源泉と考えられることから重要性が高いため、無形資産の絡む取引に係る価格の重要性が高くなる。一方で、無形資産は、その特性から、適正な取引価格の算定が困難であると指摘されており、その認識及び評価について見解が分かれることも少なくない。

¹ この後、いわゆる日本版ビッグバンとよばれる金融システム改革により、1998 年 4 月改正外国為替管理法が施行され、海外にある預金口座を通じて海外の債券や株式などに自由に投資することも可能になり、さらに金銭面での国際化が進展した。

² 森信夫『無形資産・サービス取引のグローバルマネジメント』日本機械輸出組合（2004）

³ 企業の活動において価値（バリュー）を付加するプロセスの価値連鎖をさして言う。一般には、マイケル・ポーター（1985）によるプロセスの分類が用いられ、価値を付加する主活動のプロセスとして、研究開発、購買、製造、物流、販売及びマーケティング等があげられている。

このような潮流のもと、日本における移転価格税制の執行においても無形資産が注目されるようになってきた。これに対し、2000年代中期における大型更正事案⁴を契機として、移転価格税制の執行における無形資産に係る課税基準の明確化に対する要望が高まり、課税の透明性を求める声が上がってきた⁵。

本研究は、移転価格税制の執行における無形資産の取扱に係る問題の所在を明らかにするとともに、課税の透明性を目的とした課税基準の明確化としてどのような方策が可能であるかについて検討し、その考察を纏めることを主たる目的としている。

また、企業活動のグローバル化が一定の水準で達成され、低成長の経済が常態化した状況に鑑み、無形資産を通じた租税回避行為を防止するとともに産業振興を妨げない方策が可能であるか等の問題についても併せて検討する。

⁴ 国税庁発表の「法人税の課税実績について（調査課所管法人）」によれば、移転価格課税に係る更正金額（所得）が2005年6月期に2,000億円を超え、2006年6月期に過去最高額である2,836億円を記録している（以降減少）。

⁵ 2006年10月31日日本経済新聞「所得の不当な海外移転を防ぐための移転価格税制について、経済産業省は産業界を入れた研究会を設けて財務省・国税庁に改善を求めることを決めた。国税当局から申告漏れを指摘され、見解が食い違う企業が相次いでいるため。特に海外子会社に供与した技術やノウハウなど無形資産の取引価格の算定が不透明との声が多く、来年にも具体的な制度・運用の改善案を示す方針だ。」以降、これらの要望を念頭に、法令、通達及び事務運営指針にいくつかの改正が加えられている。

I. 問題の背景

i. 移転価格税制

a. 移転価格税制とは

移転価格税制とは、企業がその国外関連者⁶との取引に係る取引価格（移転価格）を通じて、所得を海外へ移転することに対処する税制で、日本においては租税特別措置法（以下、「措置法」という。）66条の4に規定される⁷。移転価格税制の対象となるのは「資産の販売、資産の購入、役務の提供その他の取引」とされており、企業がその国外関連者で行う取引全て（棚卸資産取引だけでなく無形資産取引・役務提供取引等も当然に含まれる）が対象となると解される。また、課税に際しては、対象取引の取引価格を「独立企業間価格」⁸に引き直して、国外移転所得を算定する仕組みになっている。

措置法 66 条の 4（国外関連者との取引に係る課税の特例）

第 1 項 法人が、国外関連者との間で資産の販売、資産の購入、役務の提供その他の取引を行った場合に、当該取引につき、当該法人が当該国外関連者から支払を受ける対価の額が独立企業間価格に満たないとき、又は当該法人が当該国外関連者に支払う対価の額が独立企業間価格を超えるときは、当該法人の当該事業年度の所得の適用については、当該国外関連取引は、独立企業間価格で行われたものとみなす。

移転価格税制は、取引価格の調整を行うという点で、企業の課税繰延の防止を目的とした時価課税の側面があるとともに、関連企業の行う事業から生じる所得配分に対する課税の側

⁶ 国外関連者とは、企業と「特殊の関係」にある外国法人をいう。「特殊の関係」は、大きく分けて 1) 形式的支配基準及び 2) 実質的支配基準の二つの基準により定義される。形式的支配基準とは、一方の法人が他方の法人の発行済株式総数（又は出資金額）の 50%もしくはそれ以上を直接もしくは間接的に保有している場合、もしくはその反対の場合における株式保有を通じた支配基準をいう。実質的支配基準とは、（1）他方の法人の代表権を有する役員が一方の法人の役員もしくは使用人を兼務する（していた）場合、（2）他方の法人の役員の 2 分の 1 以上が一方の法人の役員もしくは使用人を兼務する（していた）場合、（3）他方の法人がその事業活動の相当部分を一方の法人との取引に依存している場合、（4）一方の法人が他方の法人から提供される無形資産（著作権、特許権、商標権、ノウハウ等）に依存してその事業活動を行っている場合、（5）他方の法人がその事業活動に必要とされる資金の相当部分を一方の法人から借入等によっている場合等の関係を指す。

⁷ 但し、連結納税を行う法人に関しては、措置法 68 条の 88 に規定。本稿では、便宜上、措置法 66 条の 4 を関連規定として記載する。

⁸ 「独立企業間価格」の算定方法については、第 2 章において詳述する。

面を有するとされている⁹。前述の通り、移転価格税制の適用においては、独立企業間価格が参照される。基礎となる独立企業間価格が、独立の企業間における適正な所得を反映した対価を示すものであると考える場合、独立企業間価格の算定は、国外関連者との間の適切な所得配分を模索するものであると考えることができる。

すなわち、グローバルに事業を展開する企業において、独立企業間価格の算定は、事業活動を行う国々における適切な所得配分を模索するものである。また、課税庁の観点から考えれば、移転価格税制は、国家の課税管轄権が地理的に制限されているのに対し、国家よりも広い地理的領域で活動する企業に対し、その活動に着目した課税を行うことを目的とする税制である¹⁰ともいえる。

b. 日本における移転価格税制の導入

1986年に導入された我が国の移転価格税制は、「特殊関連企業との取引を通じた所得の海外移転に対処し、諸外国と共通の基盤に立って、適正な国際課税を実現することを本来の目的とするもの」として、我が国が締結している租税条約に含まれる特殊関連企業条項が定める独立企業原則¹¹を適用するために、国内法による補完を行ったものと説明される¹²。企業活動のグローバル化が進み、人・財・サービス等の国際的移動が活発化するなかの移転価格問題に対処するためには、関連企業間取引を通ずる国際的な所得移転に実効的に対処することを直接の目的とした規定が必要とされること¹³から設けられたものであり、相手国との関係で独立企業原則に則った課税が許容されうることを確認するものであるとされる。

⁹ 濱田明子『国際的所得移転と課税』法令出版（2010）

¹⁰ 同上

¹¹ Arm's Length Principle の訳語である。Arm's Length Principle については独立企業間原則、独立当事者間基準等の様々な訳語が付されることがある。以降、本稿においては、特に影響がない場合、独立企業原則とする。独立企業原則については、本稿「OECDによる移転価格税制への取組み」において記述する。

¹² 小島信子「移転価格税制における独立企業間価格の算定に係る「レンジ」の採用について」税大論叢 67号（2010）、昭和61年「改正税法のすべて」（1986）

¹³ 政府税制調査会の答申（1985年12月）「近年、企業活動の国際化に伴い、海外の特殊関連企業との取引の価格を操作することによる所得の海外移転、いわゆる移転価格の問題が国際課税の分野で重要になってきているが、現行法では、この点について十分な対応が困難であり、これを放置することは、適正・公平の課税の見地から問題のあるところである。また諸外国において、こうした所得の海外移転に対処するための税制が整備されていることを考えると、我が国においても、これら諸外国と共通の基盤に立って、適正な国際課税を実現するため、法人が海外の特殊関連企業との取引を行っ

「諸外国と共通の基盤に立って、適正な国際課税を実現すること」の必要性が生じたのは、先行して移転価格問題に対処していた米国等の動きが活発化したためである¹⁴。図表 1 は、日本、米国、OECD における移転価格税制の取組み（導入及び主な改正の経緯）を纏めたものであり、次項において米国及び経済協力開発機構（Organization for Economic Co-operation and Development。以下、「OECD」という。）における移転価格税制への取組みを簡単に振り返る。

図表 1 移転価格税制に係る主な改正の経緯¹⁵

米国	日本	OECD
1968 ◎移転価格税制に関する規則の整備		1979 ◎『移転価格課税』報告書 (1984、87年に続編)
1986 ◎移転価格税制の強化： 『所得相応性基準』の導入等	1986 ◎移転価格税制の導入 1991 ◎移転価格税制の見直し (更正の期限の延長、徴収権の時効の延長、比較対象企業に対する調査権限の創設、国外関連者に対する寄附金の全額不算入)	1992 ◎米国移転価格課税強化への提言 →1993年に再提言 1995 ◎『移転価格ガイドライン』(全面改訂)第1部 確定 1996 ◎『移転価格ガイドライン』改訂：第6章「無形 資産に対する特別の配慮」、第7章「グルー プ内役務提供に対する特別の配慮」
1993 ◎移転価格税制：『利益比準法』の導入		
1995 ◎移転価格税制：コストシェアリング規則 の導入		
2003 ◎移転価格税制：役務提供取引に係る暫 定規則案の発表	2001 ◎移転価格税制：事務運営指針の発表 2004 ◎移転価格税制：『取引単位利益法』の導入 2010 ◎移転価格税制：移転価格文書化規定の導入	2010 ◎『移転価格ガイドライン』改訂：独立企業間 価格算定方法の適用順位見直し等

c. 米国における移転価格税制

米国における移転価格問題の歴史は古く、米国では 1920 年頃から市場価格理論を根拠にした移転価格に関する規定が存在し、当初は米国内の州間の所得の配分が問題にされていた。州間の争いはユニタリータックスの問題として定着していた¹⁶。

た場合の課税所得計算に関する規定を整備するとともに、資料収集等、制度の円滑な運用に資するための措置を講ずることが適当である。」

¹⁴ 米国における移転価格課税のターゲットが、1980 年代には、それまでの米国系企業から日系企業へと移り、トヨタ、日産等の自動車メーカーが米国内国歳入庁による多額の移転価格課税を受けた。

¹⁵ 財務省発表「国際課税に係る主な改正の経緯」に基づき筆者作成（2010 年 10 月現在）。

http://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/international/167.htm

¹⁶ 米国における移転価格税制の根拠条文である内国歳入法 482 条は、利得・利益・所得・控除又は資本を正確に配分又は割り当てるために、関連企業の会計を連結する権限を内国歳入庁長官に付与し

1960年代に入ると、製造子会社のタックスヘイブン諸国への進出に伴い、米国親会社のロイヤルティ等の支払が問題視され、米国内国歳入庁（以下、「IRS」という）と米国企業の間で訴訟が相次いだ結果、1968年に移転価格に関する財務省規則が制定されるに至った。そして、1970年代に、無形資産取引に対して伝統的な手法が適用できない問題点が議論され、米国内国歳入庁の訴訟で敗訴が続いた結果、無形資産取引の取扱いについて、1986年に所得相応性基準（いわゆるスーパーロイヤルティ条項）¹⁷が導入されている。

これにより、米国における移転価格税制は、内国歳入法 482 条において、以下の通り規定されている。

内国歳入法第 482 条（納税者間における所得及び控除の配分）

二以上の組織、営業若しくは事業（法人格を有するか否か、合衆国において設立されたものであるか否か、及び連結申告をする要件を満たしているか否かを問わない）が、同一の利害関係者によって直接又は間接に所有され又は支配されている場合には、財務長官又はその代理人は、脱税を防止するため又は当該組織、営業若しくは事業の所得（income）を正確に算定するために必要と認めるときは、当該組織、営業若しくは事業の間において、総所得、所得控除、税額控除又はその他の控除を配分し、割り当て又は振替えることができる。

無形資産（第 936 条（h）（3）（B）に規定するものに限る）の譲渡又は実施権の供与の場合には、当該譲渡又は実施権の供与に係る所得金額は、その無形資産に帰すべき所得の金額と釣り合いのとれた（commensurate with income）ものでなければならない。

d. OECD による移転価格税制に係る取組み

前述の通り、日本における移転価格税制は租税条約に含まれる特殊関連企業条項が定める独立企業原則を補完するものとして導入されている。この独立企業原則は、OECD モデル条約 9 条に規定されるものとして認められている。

た 1921 年歳入法 240 条（d）に遡ることができるとされる。その後、1928 年歳入法 45 条は、会計の連結という手法の代わりに、総所得等の配分という手法を用いる概念を導入しており、これが後の OECD モデル租税条約 9 条となる国連事業所得条約草案作成の際に参考とされた。

¹⁷ 内国歳入法 482 条後段「無形資産の譲渡又は実施権の供与の場合には、当該譲渡又は実施権の供与に係る所得金額は、その無形資産に帰すべき所得の金額と釣り合いのとれたものでなければならない」との規定。所得相応性基準は移転価格税制の執行における無形資産の取扱いに大きな影響を与えるものであり、追って説明を加える。

OECD モデル租税条約 9 条は、国際連盟事業所得条約草案及び 1963 年 OECD モデル条約草案を経て 1977 年の OECD モデル租税条約 9 条に引き継がれ、現在に至っている。現在においては、世界の主要各国を含む殆どの国において、移転価格税制が導入されており、各国において、法整備が進められているが、各国における移転価格税制はこの独立企業原則を根拠としている。先に紹介した日本及び米国もその例外でない。

OECD モデル条約 9 条 1 項（独立企業原則）

次の a) 又は b) に該当する場合であって、そのいずれの場合においても、商業上又は資金上の関係において、双方の企業の間、独立の企業の上に設けられる条件と異なる条件が設けられ、又は課されているときは、その条件がないとしたならば一方の企業の利得となったとみられる利得であってその条件のために当該一方の企業の利得とならなかったものに対しては、これを当該一方の企業の利得に算入して租税を課することができる。

a) 一方の締約国の企業が他方の締約国の企業の経営、支配又は資本に直接又は間接に参加している場合、又は

b) 同一の者が一方の締約国の企業及び他方の締約国の企業の経営、支配又は資本に直接又は間接に参加している場合。

また、移転価格問題に対処する国際的規範として OECD 移転価格ガイドライン（“Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration” 以下「OECD 移転価格ガイドライン」もしくは「移転価格ガイドライン」という。）がある¹⁸。これは、OECD 租税委員会が 1979 年に報告書として公表した「移転価格と多国籍企業」に基づく。OECD 移転価格ガイドラインの目的はその序において以下のとおり述べられている。「独立企業間価格を確定する過程は、しばしば複雑で難しい。この難しい問題は、もし共通の実質的原則が確立されていなければ、税務当局と納税者の双方にとってさらに困難なものとなる。1963 年 OECD モデル条約は、このような共通の原則のために、共通の概念、用語を用いることによりその基礎を確立したが、今回の目的は、これを適用する実践的方法を開発することである。また、関係する各国の税務当局の利益のみならず二重課税を防止するという企業の利益のためにも可能な限り、このような原則を確立するのが本報告書のもう一つの目的である。

¹⁸日本の移転価格税制の執行に係る国税庁長官通達である「事務運営指針」（基本方針）1-2(3)は「移転価格税制に基づく課税により生じた国際的な二重課税の解決には、移転価格に関する各国税務当局による共通の認識が重要であることから、調査又は事前確認の審査に当たっては、必要に応じ OECD 移転価格ガイドラインを参考にし、適切な執行に努める」と定める。

さらに、もう一つの目的は、普遍的に有効な指針を指示することであり、本報告書の結論は、当該取引が先進国の企業間のものであるか、又は、先進国の企業と開発途上国の企業との間におけるものであるかを問わず、等しく適用できる¹⁹。」

1979年のOECD移転価格ガイドラインが公表された後、移転価格問題に関係するいくつかの報告書が公表され、1993年より改定作業が進められた。全面改定をうけ公表された1995年移転価格ガイドラインは、第1章から第5章で構成されており、独立企業原則及び独立企業間価格の算定方法について主に規定するものであった²⁰。1995年移転価格ガイドラインは、継続的・定期的に再検討され、その後に発表された移転価格問題に関係するいくつかの報告書により増補された。無形資産に係る重要な改定として、「無形資産及び役務に関する報告書」により加えられた第6章「無形資産に対する特別の配慮」及び第7章「グループ内役務提供に対する特別の配慮」²¹、「費用分担取極に関する報告書」により加えられた第8章「費用分担取極（Cost Contribution Arrangement：CCA）」²²があげられる。

そして、各国における執行状況を反映させるものとして、2010年7月に大幅な改定が行われている。2010年改定版移転価格ガイドラインの主な特徴は、1995年移転価格ガイドラインの第1章から第3章において規定された独立企業間価格算定方法等について、執行状況を反映し、その適用方法等に関する規定振りを見直すものであること²³、また、新たに第9章「事業再編に係る移転価格の側面」を加えたことにある。独立企業間価格算定方法の規定振りが移転価格税制の執行における無形資産の評価に影響を与えることは言うまでもない。また、第9章は、近年活発化する事業再編による機能の組み換え（及びそれに伴う無形資産の移転）に対処するものであり、移転価格税制の執行における無形資産の取扱いにおいても重

¹⁹ 但し、形式的には国際協定ではなく、法令として直接各国の課税関係を左右するものではない。2011年6月10日にOECDは各国における移転価格税制の執行状況に係る調査報告を行っており、手続き面での簡素化に係るプロジェクトを開始することを発表している。

http://www.oecd.org/document/45/0,3746,en_2649_33753_48131629_1_1_1_1,00.html

なお、現在、国際連合においても新興国における移転価格税制の実務的マニュアルに係るプロジェクトが進行している。http://www.un.org/esa/ffd/tax/documents/bgrrd_tp.htm

²⁰ 第1章「独立企業原則」、第2章「伝統的な取引基準法」、第3章「その他の方法」、第4章「移転価格に関する紛争の回避及び解決のための税務執行上のアプローチ」、及び第5章「文書化」。

²¹ 1996年4月OECD理事会が表明

²² 1997年7月OECD理事会が表明

²³ 第1章から第3章の構成が変更され、第1章「独立企業原則」、第2章「移転価格算定方法」、第3章「比較可能性分析」となっている。見直しの内容については、一部、次章で紹介している。

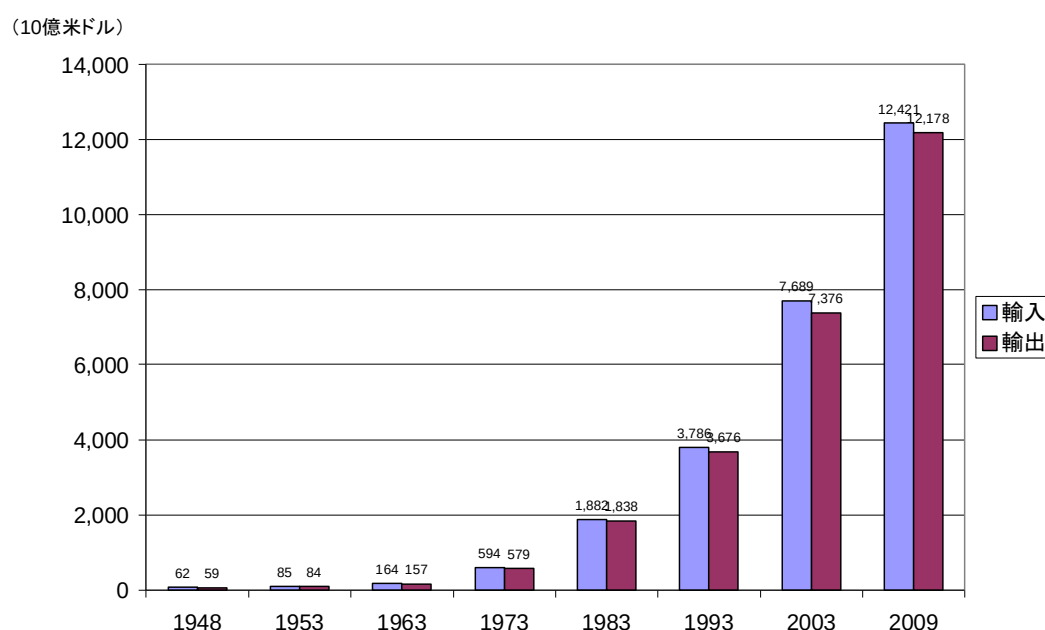
要な意味をなすものといえる。本稿においては、可能な限り、2010年改定版 OECD 移転価格ガイドラインを参照するものとする²⁴。

ii. 事業活動における無形資産経営の現状

a. グローバル化の進展

移転価格問題が顕在化するのには、企業活動が境界を越えて行われる場合である²⁵。現在では、IT 技術の発達等により、市場についてボーダーレス化が進展し、企業もこれに対応してグローバル化を進めている。図表 2 は、世界における国際取引の変遷を示しているが、過去数十年において急激に国際取引量が増大していることが明らかである。特に、1980 年代以降の増加が著しく、輸入取引量及び輸出取引量は、1983 年にはそれぞれ 18.82 兆ドル、18.38 兆ドルであったのに対し、2009 年には 124.21 兆ドル、121.78 兆ドルとなっており、比較すると 6 倍超となっている。日本においても、1980 年に外国為替管理法がそれまでの原則禁止から原則自由化に改められ、金銭面での自由化が達成されたこと等もあり、同時期からグローバル化が展開されている。

図表 2 世界における国際取引の変遷²⁶



²⁴ 以下、OECD 移転価格ガイドラインを参照・引用する場合には、社団法人日本租税研究協会が発行した邦訳を参照する。

²⁵ 日本においては国境を越えた取引が移転価格税制の対象となるが、国によっては国内の取引においても移転価格税制を適用することがある。

²⁶ WTO International Trade Statistics 2010 に基づき筆者作成。

b. 無形資産経営への志向

一方、企業活動のグローバル化が進展するなかで、企業活動が多様化・複雑化するにつれ、無形資産経営の重要性がとらえられるようになってきた。日本では、小泉政権下において、2002年知的財産戦略会議が発足した。同会議が公表した知的財産戦略大綱には次のとおり述べられている。

「戦後、我が国の高度経済成長の原動力となったのは、勤勉な国民性と重化学工業、さらには加工組立型の産業分野を中心とする『ものづくり』の強さであり、その土台は、欧米の技術を導入・改良し、強固なチームワークを活かして現場での生産技術を向上させていくという日本型生産システムであった。

しかしながら、低廉な労働コストと生産技術の向上を背景にしたアジア諸国等の追い上げ、グローバルな社会の情報化の進展等により、過去の成功を支えた経済モデルからの脱却が求められ、新たな成長モデルを模索する必要性が生じている。すなわち、経済・社会のシステムを、加工組立型・大量生産型の従来のものづくりに最適化したシステムから、付加価値の高い無形資産の創造にも適応したシステムへと変容させていくことが求められている。」

移転価格税制の観点からも、国が無形資産の重要性を認識するのは自然である。そもそも、移転価格税制は、多国籍企業の獲得する利益を、企業の経済的活動に着目して課税管轄権の間で所得配分する税制である²⁷ともいえる。実務において、独立企業原則に基づく独立企業間価格の算定は、使用する資産、果たす機能及び負担するリスクに見合うリターンを各当事者が得るべきであるというコンセプトに基づいて行われる。すなわち、どこでどのような資産を用いて、どのような活動を行い、どのような価値を創造しているかが重要となる²⁸。

従って、政府の立場では、企業活動のグローバル化が進展する一方で、価値発生に貢献する経済活動を自国内に留める必要がある。他方、企業の立場では、事業活動の適性のみならず、税務効率性も考慮したうえで、グローバルレベルで研究開発・製造・販売等の活動の最適立地を志向する²⁹。この場合、企業が事業上及び税務上適切であると判断するならば、当然に、事業活動の場を変更する等によって無形資産が移転されることになる。

²⁷ 濱田明子『国際的所得移転と課税』法令出版（2010）

²⁸ 機能の分析にあたっては、価値創造に大きく貢献すると考えられる研究開発、製造及び販売・マーケティングといった活動が重視される。

²⁹ OECD 移転価格ガイドライン 9.4「2005年～2009年における OECD のコンサルテーション・プロセスに参加した民間部門の代表者は、再編を行う事業上の理由として、グローバルな組織の登場を後押ししてきたインターネットを基盤とした技術の進歩を活用することにより、シナジーや規模の経済の最大化、事業内容の合理化、サプライチェーンの効率性の改善を図りたいとの狙いがあると説明し

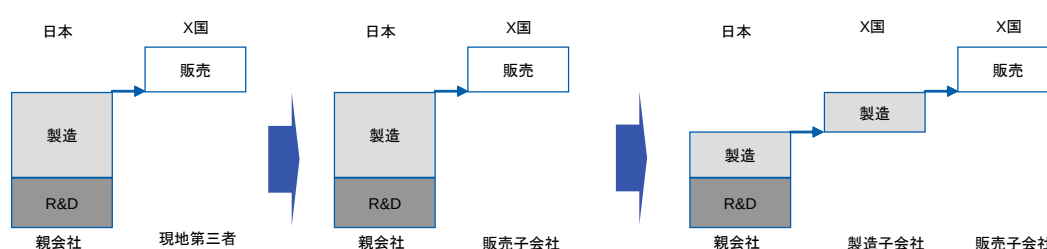
c. 日本におけるグローバル化の展開と無形資産経営への志向

日本企業としての実態としてのグローバル化は、欧米諸国の市場を開拓しながら、現地生産を行うアジア諸国を中心とする第三国による製造拠点を展開するという形で発展してきたケースが多い³⁰。規模の経済、技術面での集約、労働力のコスト、税制に対する検討などの点から製造拠点を第三国に移管・集中させるケースが目立っている。しかしながら、一方で、これまでの日本の企業においては、無形資産の源泉と考えられる研究開発機能は、日本親会社に集中させるケースが圧倒的であり、税務効率性を追求するための無形資産の国外への移転というのはあまり見受けられなかった。

図表 3 は、上に述べた初期段階における日本企業のグローバル化への展開と、税務効率性を追求するためのモデルとして想定されるものを示すものである。企業価値（所得）を、それぞれの活動に基づいて分割していく場合、20 世紀型モデルに基づけば、日本にある程度の所得が確保される³¹が、21 世紀型モデルに基づけば、それを明確に把握することができなくなる。

図表 3 日本企業の海外進出形態³²

<典型的な 20 世紀型モデル>



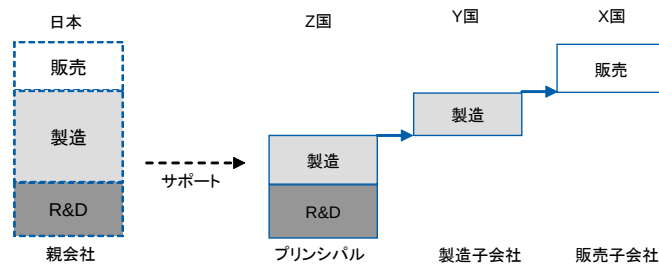
た。また、彼らは、事業再編が、景気後退の中（例えば、過剰生産能力の状況の場合）で収益性を維持したり損失を抑えることに必要かもしれないと示唆した。」

³⁰ 森信夫『無形資産・サービス取引のグローバルマネジメント』日本機械輸出組合（2004）

³¹ 典型的な 20 世紀型モデルの最終形として右のケースのような製造子会社から海外子会社への外—外取引を想定している。これに関して、国税庁調査査察部調査課国際調査管理官水野氏は、「最近では、海外の製造子会社から海外の販売子会社に直接取引を行うもの、いわゆる外—外取引ですが、こういった形に変更されるケースが多く見られるようになってきていまして、…（中略）…、棚卸取引で回収できませんので、やはり、使用料という形で受け取る必要があります。仮に、全く受け取っていない、受け取っている金額が十分ではないといったときは、移転価格上の問題が生じるおそれがあります。」としている。水谷年宏「国際課税をめぐる最近の状況について」租税研究 2011 年 9 月号（2011）

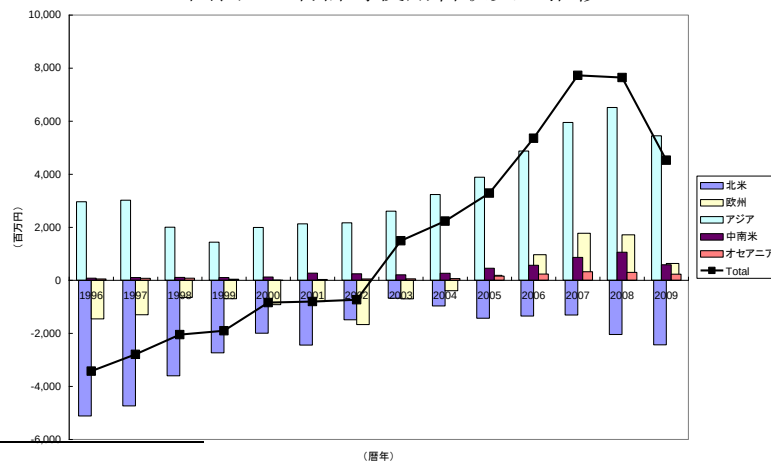
³² 森信夫（2004）をもとに筆者作成。

＜21世紀型モデル＞



また、図表4は、日本における特許等使用料収支（特許権使用料以外に、商標権・意匠権・実用新案権・著作権等の使用料、技術指導料等を含む。輸入と輸出の差額。）³³の推移を示している。特許等使用料収支は、2003年に初めて黒字に転じ、それ以降2007年まで収支尻の黒字額は拡大している。この動きは、日本経済において、無形資産取引の重要性がますます高まってきていることと深く関連している。また、輸送機械、電気機械等のいわゆる「輸出型」産業におけるロイヤルティの関連者間取引が、黒字化に大きく貢献しており、黒字化は、製造業での生産グローバル化という構造変化の副産物と考えられ、日本におけるグローバル化の進展を示すものといえる³⁴。

図表4 特許等使用料収支の推移³⁵



³³ 財務省発表「国際収支の推移」データによる。国際収支統計は居住者概念を基礎とすることから、日本の居住者（licensor）が海外の非居住者（licensee）から受取るライセンス使用料をサービスの輸出に計上している。逆に、居住者（licensee）が非居住者（licensor）に支払うライセンス使用料をサービスの輸入に計上する。因みに、特許権、著作権、商標権等の権利そのものの売買については、特許等使用料収支には含まれておらず、「その他資本収支」として別計上されている。

³⁴ 山口英果「特許等使用料収支の黒字化について」日本銀行ワーキングペーパー（2004）

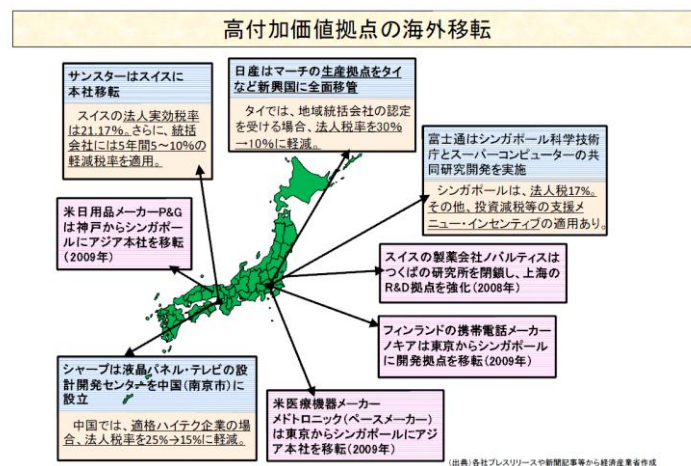
³⁵ 財務省発表「国際収支の推移」データに基づき作成。地域別に見れば、調査対象年度を通じて対アジア取引の黒字額が大きく、日本企業によるアジアへの生産移管に伴う使用料収入が特許等使用料収支の黒字化に大きく貢献していると推察される。また、2002年に締結された日米新租税条約等、租税条約における使用料に係る取極めに変化が見られるのもこのような背景に影響をうけたものと推察される。

d. 日本におけるグローバル化の深化

近年においては、日本経済・産業の行き詰まりを指摘する声が高まっている。その中で、日本のビジネスモデルにおける問題を指摘し、企業価値創造を重視したビジネスモデルへの転換を勧める動きもある³⁶。現在においては、最適な価値創造モデルを追求した結果、企業によっては、事業活動の移転をはかる流れも生まれつつある。

図表 5は、近年において認識された企業における高付加価値拠点の日本から海外への移転を示している。外資系企業に関しては、アジアにおいて先導的な機能を果たしてきた日本の拠点をアジアにおける別の地域に移転させていることが分かる。また、日本企業においても、海外に研究開発拠点を設ける動きがあることが見受けられる。

図表 5 認識された高付加価値拠点の海外移転³⁷



図表 6は、企業が国内の機能を海外に移転することを検討しているかに係るアンケートの結果を示している。製造機能の移転に係る回答が多いのは、上述の「日本におけるグローバ

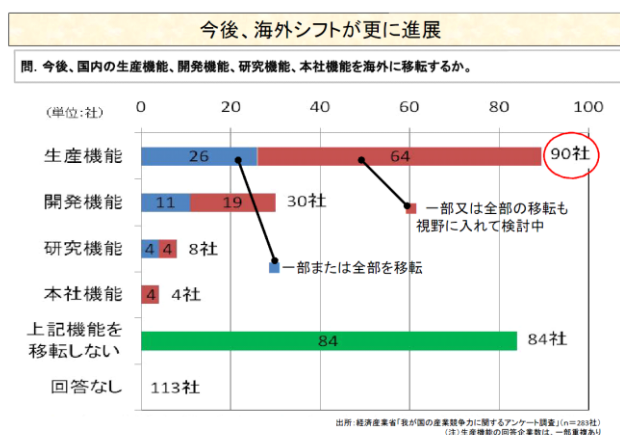
³⁶ 経済産業省『通商白書 2004～「新たな価値創造経済」へ向けて～』によると、「日米両国においては、有形資産に対する無形資産の比重が近年大きくなっており、このことは従来の有形資産をベースにした企業経営のあり方が大きく変容していることを示唆している。」また、「世界的に企業間競争が激化する中で、①企業は絶えず差異性のある財・サービスを提供することが必要となっていること、そのため、②財・サービスの差異性を生み出す源泉としての知識が重要となっていること、の2点を主な理論的背景として、企業経営の基盤が有形資産から知的資産へと変化してきていると理解することができる。」とあり、国際的な競争力の源泉として知的資産（無形資産）の企業経営における比重はかなり高い。

³⁷ 出典：経済産業省「産業構造ビジョン」（2010年）

ル化の展開と無形資産経営への志向」と符合するものであるが、ここでは、研究開発機能の移転に係る回答も少なくないことに注目したい³⁸。

これは、かつての無形資産の源泉と考えられる研究開発機能は日本親会社に集中させるモデルから、新たなビジネスモデルへの変更を企業自身が模索していることを示しており、上で説明した（日本における所得が明確には発生しない）21世紀型モデルも現実になりうる可能性があるということを示唆している³⁹。

図表6 アンケート—日本企業による機能の移転に係る検討⁴⁰



また、図表7は日本国特許庁を受理官庁とした特許協力条約に基づく国際出願（以下、「PCT⁴¹出願」）の件数を示している。特許庁は、「PCT出願は、国内の特許出願件数が減少する中、2009年においても引き続き増加傾向であり、前年比4.5%増の29,291件となっている。これは、市場のグローバル化の進展を背景に、出願人が海外への出願を重視している姿勢の現れと考えられる。」と分析しており、これもまた、日本企業におけるグローバル化の深化を示すものといえる。

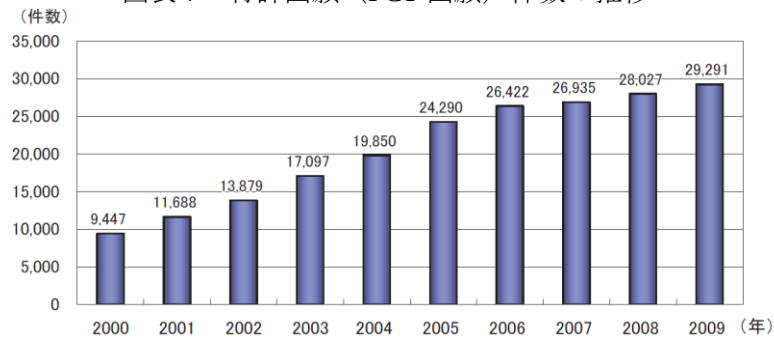
³⁸ 日経ビジネス誌（2011年9月11日）において、日本企業の海外展開に係る特集が組まれている。ここでは、開発を海外に移転させるケースも紹介されている。

³⁹ このような流れを促す可能性がある事由として、外国子会社配当益金不算入制度の導入があげられる。これは、松田直樹「外国子会社配当益金不算入制度創設の含意」税大論叢63号（2009）、同「法人資産等の国外移転への対応」税大論叢67号（2010）等に詳しい。議論の複雑化を避けるために、ここでは割愛する。

⁴⁰ 出典：経済産業省「産業構造ビジョン」（2010年）

⁴¹ 特許協力条約（Patent Cooperation Treaty）の略称

図表 7 特許出願（PCT 出願）件数の推移⁴²



iii. 移転価格税制の執行状況

a. 無形資産取引に係る移転価格問題の変遷－所得相応性基準

無形資産取引に係る移転価格問題が顕在化したのは、まず、米国においてである。1960年代後半から、米国の企業が、軽課税国に関連子会社等を設立して特許等の製造用無形資産を譲渡又は使用許諾し、これら関連子会社等に多額の所得を移転させたとして、移転価格税制の執行対象となった。代表的な事案として、イーライリリー、ボシュロム等の事案⁴³があげられる。しかしながら、これらの事案について、1980年代以降、租税裁判所の判決において IRS が敗訴する判断が下されており、伝統的な移転価格手法では無形資産による所得の国外流出に対処できないことが明らかとなった。このような事案において、比較対象取引を見出すことが困難なケースにおいては、納税者はしばしば産業全体の平均値との比較を持ち出すなど、無形資産の移転時点に知られていた事実のみに着目して独立企業間価格を主張し、無形資産の潜在的な収益性を考慮しようとしなかったと指摘されている⁴⁴。

これに対処するものとして、導入されたのが、所得相応性基準である。所得相応性基準は、無形資産の移転に係る所得金額は、その無形資産に帰属すべき所得と相応するものでなければならないとするものであるが、その特徴として、無形資産の取引後において、取引された無形資産から発生する実際の所得により無形資産を評価する方法であることがあげられる。所得相応性基準の導入にあたって報告された移転価格白書⁴⁵においては、「482 条の分析にあたっては、まず、無形資産から発生した所得を決定し、次にそれを各当事者が果たした機

⁴² 出典：特許庁 知的財産報告書「産業財産権の現状と課題」（2010 年）

⁴³ 代表的な事案は、居波邦泰「移転価格事案の訴訟に係る対処等の検討－米国の判例等を踏まえて－」税大論叢 54 号（2007）で取り上げられている。本稿においては、イーライリリー事案を第 3 章において扱う。

⁴⁴ 居波邦泰「無形資産の国外関連者への移転等に係る課税のあり方」税大論叢 59 号（2008）

⁴⁵ Notice 88-123, 1988-C.B.458。邦訳は『内国歳入法第 482 条に関する白書（移転価格の研究）の概要』（日本租税研究協会、1988）等があるが、本稿は、前述小島（2010）における記述を参照。

能、負担した経済コスト、リスクに従い配分する。このように経済分析を行って実際の所得を配分することにより、相応性の基準を満たすことができる。」とし、「経済活動、リスク負担の大幅な変化を対価に反映させるべく定期的な調整を行わねばならない」としている。所得相応性基準は、比較対象取引を見出せないような高い収益力を有する無形資産を想定しており、その基準を満たすために、適用が考慮されたのが利益法である。利益法には、利益分割法及び（所得相応性基準の導入後に規定された）利益比準法（Comparable Profit Method. 以下、「CPM」）があげられる⁴⁶。

これに対し、米国の納税者及び外国当局等から、所得相応性基準は、独立企業原則から乖離するものであるとの懸念があげられた⁴⁷。1995年移転価格ガイドラインは、所得相応性基準に対する懸念を背景に、次のとおり、述べている。「税務当局が、この方法が独立企業間の価格算定に近似化しているかどうかを評価するために、当該方法の適用を調査する時には、税務当局が、納税者は関連取引の条件設定の時点でその事業活動から生ずる実際の利益がどうなるかを知り得ないということを認識することが極めて重要である。この認識を欠く場合には、納税者が合理的に予知し得なかった状況に焦点を当てることによって、利益分割法の適用により、納税者に罰を与えてしまうことになりかねない。そのような適用は独立企業原則に反するものとなろう。」OECD移転価格ガイドラインは、所得相応性基準の定期的調整は、その後の実績値等に基づいて更正を行うもので、「後知恵（hindsight）」であると判断し、所得相応性基準について容認してはいないものと解される⁴⁸。

国際的には、OECD移転価格ガイドラインが所得相応性基準を容認していないことから、日本及び欧州諸国は、所得相応性基準には批判的であったといわれる。しかし、2008年税

⁴⁶ これらの方法については、後に議論するが、利益法が執行実務で多用されていることがみとめられる。

⁴⁷ これに対し、白書は「OECD移転価格ガイドラインは、無形資産の評価について、長期間における利益の推移を非関連者のそれと比較する方法が一つの一般的な方法として採られているとしている。この方法が実際のものかどうかという点は疑問視されているが、比較対象取引がない場合に、それが独立企業の原則に違反することから適用不可能だとは述べていない。」としている。

⁴⁸ これは、OECD移転価格ガイドライン パラグラフ 6.32「取引時にその評価が極めて不確かである場合に、無形資産にかかわる関連者間取引の価格算定を税務当局が評価する際には、比較可能な状況において独立企業が行うであろう調整が求められるべきである。このように、独立企業が特定の見積りに基づいて価格を決定している場合には、当該価格の評価の際に税務当局は同じ手法を用いるべきである。そのような場合には、例えば、税務当局は、後知恵を使わずに、合理的に予測されたすべての変化を考慮して、当該関連企業が適切な見積りを行ったかどうかを調査するであろう。」からも明らか。

制改正においてドイツにおいても所得相応性基準が導入された。これは、企業活動のグローバル化がますます進展する中で、各国において無形資産取引に係る移転価格問題が顕在化し、議論されてきたことを反映するものといえるだろう。無形資産取引に係る移転価格問題が顕在化し、所得相応性基準の導入の是非について議論がされているのは日本においても同様である⁴⁹。

b. 日本における移転価格税制の執行状況の変遷

米国をはじめとする国際課税分野の時代的背景を反映して、1986年に日本において移転価格税制が法制化されたことは先に述べたとおりである。導入以降、時代の変遷と執行実務に基づく改正が施され、法制度の充実化が図られている（図表1を参照）。重要な改正のひとつとして、独立企業間価格算定方法に取引単位営業利益法（Transactional Net Margin Method。以下、「TNMM」）が追加されたこと（2004年度改正）⁵⁰があげられる。独立企業間価格算定方法については、次章において詳述するが、TNMMは営業利益水準をその算定の基礎としており、取引への直接的な関連性が低くなる一方で、課税所得の確定には直接的な関連性が強まるといえる。TNMMは、事前確認等においても最も使用されている独立企業間価格算定方法であり⁵¹、先に述べた2010年OECD移転価格ガイドラインの改定においても、その位置づけ等について重要な改正が加えられた。これは、移転価格税制の「国家間での課税所得の配分」という性質を色濃く反映するものと考ええる。

また、日本における移転価格税制の執行実務においても、現在に至るまで様々な変化が見受けられる。大きな特徴として、（1）対象企業の変化、（2）対象取引の変化、（3）更正金額の変化があげられる。

移転価格税制導入当初、課税実務の対象となったのは、高収益業種・高収益企業の製品取引が中心であり、外資系企業に対する処分が多く見られた。しかしながら、2000年以降に

⁴⁹ 2010年11月9日税制調査会専門家委員会「国際課税に関する論点整理」

⁵⁰ 厳密に言えば、米国における利益比準法（CPM）とTNMMは異なるが、営業利益水準の評価手法であることにおいては同質である。日本においては、米国におけるCPMの導入から10年遅れての導入となった。渡辺裕泰「無形資産が絡んだ移転価格課税」ジュリスト1248号（2003）には、「無形資産が絡んだ取引について移転価格課税を行う場合、基本三法を適用するのは無理で、利益分割法か、米国が用いているCPM又はより厳密なTNMMしかない。我が国は、専ら利益分割法を用いており、CPM及びTNMMを認めていない。しかし、我が国も、従来の経緯へのこだわりを捨てて、利益分割法と並ぶ第4の手法として、TNMMを導入すべきである。」とある。

⁵¹ 国税庁「平成21事務年度の『相互協議を伴う事前確認の状況』について」を参照。

においては、日本企業に対する処分が多くみられ、対象業種も拡大し、名古屋局・大阪局における処分事案も増えている。また、2000年以降においては、役務提供取引・ロイヤルティ取引等を対象とする処分事案も増加している。さらに、2005年以降は日本企業を対象とした巨額の処分事案が増加した。

図表8は、2005年以降の新聞報道による移転価格更正事案を示している。役務提供取引・ロイヤルティ取引等を対象とする処分事案も増加していることは表からも明らかであるが、実際には、製品取引とされている事案でも無形資産が大きく関連しているものも多い。このような事案は、更正金額が多額となっているものが含まれるため、その認識・評価について納税者と国税当局との見解が異なるとして、後に税務争訟へと発展した事案もある⁵²⁵³。本稿において取り上げるTDKの裁決事案（2005年課税処分）は、そのひとつである。

図表8 日本における主な移転価格更正事案⁵⁴

年月		会社名	対象取引	所得額（百万円）	管轄国税局
2010年	9月	ダイセル化学工業	製品	3,400	大阪
	8月	パナソニック	製品（寄附金）	22,000	大阪
	7月	イビデン	製品・ロイヤルティ	4,900	名古屋
	6月	商船三井	荷役料金（寄附金）	10,500	東京
	5月	味の素	ロイヤルティ	3,700	東京
	4月	京セラ	製品・ロイヤルティ	5,000	大阪
	4月	東レ	原材料	税額で5,200	東京
	3月	コマツ	製品	17,400	東京
2009年	8月	アシックス	ロイヤルティ	4,000	大阪
2008年	7月	デンソー	製品・ロイヤルティ	15,500	名古屋
	6月	ダイキン工業	製品・ロイヤルティ	7,800	大阪
	6月	三菱商事	役務提供	11,600	東京
	6月	三井物産	役務提供	10,700	東京
	4月	ホンダ	製品・ロイヤルティ	140,000	東京
	4月	高島屋	商標	295	大阪
	2月	信越化学工業	ロイヤルティ	23,300	東京

⁵² 2010年10月現在において公表された移転価格訴訟事案は4件と必ずしも多くないが、相互協議が成立しづらい国に所在する国外関連者等との取引については、納税者に二重課税の問題が残り、提訴等の国内救済手段に依らざるを得ないことから、訴訟等の件数も増えると思料される。これまでの日本における移転価格処分事案においては、企業が税務効率性の向上を意図して移転価格を調整したものとは必ずしも言えず、その点においては前述の米国における無形資産取引を通じた国外への所得移転事案とは性質を異にするといっている。

⁵³ 武田薬品工業は、プレスリリースにおいて、相互協議の決裂に伴い異議申し立て手続きを再開することを表明している。「移転価格税制に基づく更正処分にかかる相互協議の終了と異議申し立て手続きの再開について」http://www.takeda.co.jp/press/article_47318.html

⁵⁴ 内容は新聞報道による。2010年10月20日現在。2010年における寄附金課税の事案も、実態として移転価格更正の性質を持つことからリストに含めている。

2007年	6月	F.C.C.	ロイヤルティ	7,300	名古屋
	6月	三菱商事	役務提供	8,900	東京
	6月	三井物産	役務提供	8,200	東京
	5月	アイホン	—	300	名古屋
2006年	12月	日本電産	小型モーター	6,900	大阪
	6月	ソニー・SCEI	製品・ロイヤルティ	74,400	東京
	6月	三菱商事	役務提供	4,900	東京
	6月	三井物産	役務提供	5,000	東京
	6月	武田薬品工業	製品	122,300	大阪
	5月	リンナイ	ロイヤルティ	400	名古屋
	3月	上村工業	ロイヤルティ	2,400	大阪
	3月	カプコン	ロイヤルティ	5,100	大阪
	3月	ワコー	ロイヤルティ	1,480	大阪
	1月	浜松ホトニクス	光関連製品	1,400	名古屋
2005年	6月	TDK	電子部品材料	21,300	東京
	6月	ソニー	ロイヤルティ	21,400	東京
	5月	日本金銭機械	紙幣鑑別機	3,400	大阪
	3月	京セラ	電子部品	24,300	大阪
	3月	メリルリンチ日本証券	デリバティブ	60,000	東京

c. 無形資産取引に係る移転価格問題を取り巻く国際的な状況の現在

前述したとおり、2010年における移転価格ガイドラインの改定において、第9章「事業再編に係る移転価格の側面」が加えられた。これは、多国籍企業のグループが、機能やリスクの限定的な子会社への転換などの形式を利用した事業再編を通じて、税負担を軽減するタックス・プランニングを広く行ってきたことをうけて、このような問題を移転価格税制の観点から検討するものとして加えられた規定である。また、そのようなタックス・プランニングには、無形資産に係る問題が絡む可能性が高いことは既知のとおりである⁵⁵。

なお、2010年改定において、第6章「無形資産に対する特別の配慮」は見直されていないが、OECD租税委員会第6作業部会で無形資産に関するプロジェクトが進行中であり、移転価格税制における無形資産の取扱いに係る規定を、無形資産の範囲、評価等の観点から検討することが公表されている⁵⁶。具体的には、第6作業部会による取組課題として、無形資産の絡む移転価格問題の分析フレームワーク、無形資産の定義、特定の分野における無形資

⁵⁵ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 9.1には「事業再編とは、多国籍企業による機能、資産又はリスクの国境を越えた再編と定義される。事業再編は、価値ある無形資産の国境を越えた移転を伴うかもしれないが、常にそうとは限らない。」とする。

⁵⁶ 2011年1月25日「TRANSFER PRICING AND INTANGIBLES: SCOPE OF THE OECD PROJECT」において、プロジェクトの範囲が公表された。

http://www.oecd.org/departement/0,3355,en_2649_45675105_1_1_1_1_1,00.html

産⁵⁷、無形資産の移転、（法的所有者ではない者が）無形資産から生ずる利益の分配を受ける権利、費用分担取極め、無形資産の評価等が上げられている。

⁵⁷ 該当分野として、研究開発活動、無形資産と役務提供の区分、マーケティングに係る無形資産等があげられている。

II. 問題の所在

i. 無形資産の定義

前章において無形資産の重要性について説明したが、無形資産とは何なのかについては触れていない。そもそも、無形資産を見る視点として、経営者の立場、投資家・消費者の立場、政府の立場に違いがある⁵⁸。本節においては、異なる視点に立つ場合の無形資産として、事業活動における無形資産（経営者の立場）、財務会計上の無形資産（投資家・消費者の立場）、及び移転価格税制上の無形資産（政府の立場）に関して、その定義・範囲について考察する。

a. 事業活動における無形資産

事業活動における無形資産として、狭義にあげられるのは、知的財産法の分野における無体財産権である。欧州委員会の資産分類（2003）では、企業の資源の基盤を以下の4つの資産に分類しており、ここにおける無形資産は知的財産法の分野における無体財産権を示している。

（1）有形資産（物理的資産、金融資産）

（2）無形資産（重要な供給契約、登録可能な知的資産、その他の知的資産）

（3）無形能力（コンピテンシー・マップ）

（4）在的な能力（リーダーシップ、モチベーション、組織などに加えて、文化、経営理念）

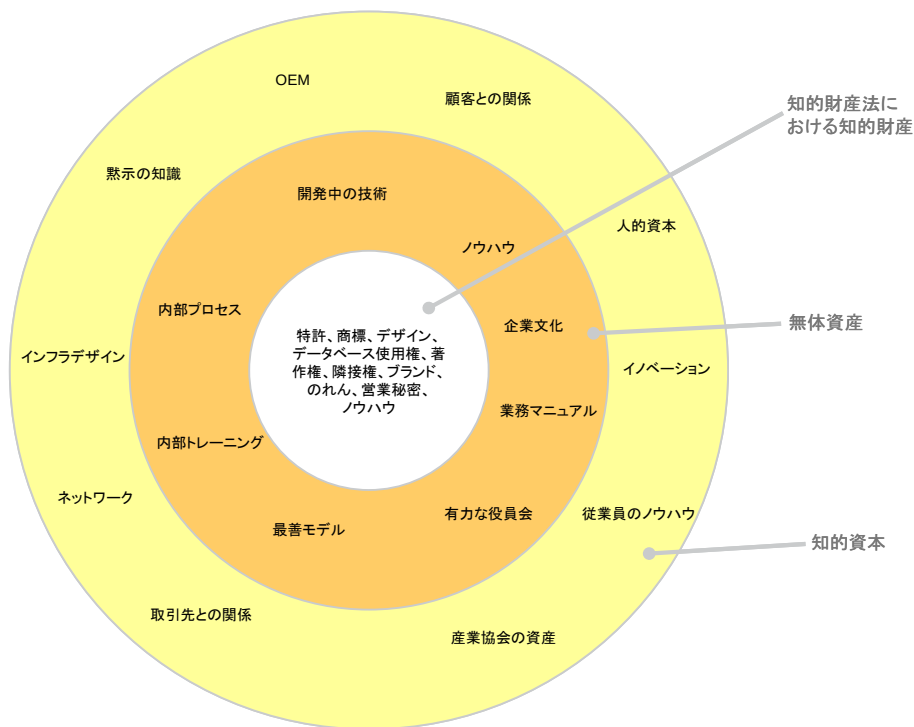
上から下の資産に向かうにつれて、ソフト度が増し、企業の固有性が高まるものと見られており、上から下に向かうにつれて、資産の識別可能性と評価の難度も大きくなる。無形資産に基づく企業の価値創造活動を重視する動きの中で、（3）や（4）のカテゴリーに属する「資産」と他のカテゴリーに属する「資産」との間のホリスティックな関係に注目が集まっており、事業活動における無形資産は、無形資産の複合性・複層性・相互依存性を重視する視点から、広義には（3）及び（4）をも含む企業の価値創造プロセス全体を指す意見もある。

事業活動において、財・サービスの差異性を生み出し、企業の価値創造に貢献するものを全て無形資産として捉える立場である。

図表9は、事業活動における無形資産を例示するものであるが、事業活動においては、円に描かれる全ての資産が無形資産であり分離できないものとする傾向が強い。このような視点は、後に記述する移転価格税制上の無形資産にも共通して見られるものである。

⁵⁸ 刈屋「企業の価値創造経営プロセスと無形資産—CERM・ROIAMアプローチ」経済産業研究所（2006）

図表 9 事業活動における無形資産⁵⁹



b. 財務会計上の無形資産

財務会計の主な目的は、企業のステークホルダーに対して会計情報を提供することであり、ステークホルダーへの情報提供機能及びステークホルダーとの利害調整機能を果たす。財務会計における無形資産の問題は、その解決が急務とされており、日本においても議論中である⁶⁰。

財務会計上、無形資産の具体的な定義は与えられていないが、「識別可能な資産のうち物理的実体のないものであって、金融資産でないもの」と考えられている。財務報告の目的から、一般に、経済的便益をもたらす蓋然性が高く、取得原価の測定可能性⁶¹が担保されることを条件として無形資産が認識されており、財務諸表に計上される無形資産はある程度限定的であるといえる。

⁵⁹ John Henshall, “OECD review of Chapter VI: Intangibles,” Transfer Pricing International Journal, August 27, 2010 をもとに筆者作成。

⁶⁰ 企業会計基準委員会により、2007 年 12 月に「無形資産に係る論点の整理」が発表。

⁶¹ いわゆる自己創設のれんの計上の問題がしばしば議論される。財務会計上は、原則として、自己創設のれんの計上を認めていない。

図表 10 は、日本の会計基準、国際財務報告基準、及び米国の会計基準における無形資産に係る規定項目等について纏めたものである。

図表 10 財務会計上の無形資産

日本 (現在議論中－ASBJ)	米国 (FASB-ASC Topic350)	国際会計基準 (IAS38)
無形資産についての一般的な定義は明示的には示されていない。 「営業権、特許権、地上権、商標権等は、無形固定資産に属するものとする。」（企業会計原則 第三 4 (一) B)	無形資産は「物理的実質を欠く資産（金融資産を除く。）」（FASB-ASC Topic350)	無形資産は「物理的実体のない識別可能な非貨幣性資産」（IAS38)
「資産」＝「過去取引または事象の結果として、報告主体が支配している経済的資源をいう。」 「経済的資源」＝「キャッシュの獲得に貢献する便益の源泉」	資産＝「過去取引又は事象の結果として、特定の企業により獲得又は支配され、かつ期待される将来の経済的便益をいう。」	資産＝「過去の事象の結果として当該企業が支配し、かつ、将来の経済的便益が当該企業に流入することが期待される資源をいう。」
資産の認識（実現主義） (1) 客観性 (2) 測定可能性	資産の認識要件 (1) 資産の定義を満たすこと（定義の充足性） (2) 十分な信頼可能性をもって測定できる属性を有すること（測定可能性） (3) それに関する情報が利用者の意思決定を変える能力を有すること（意思決定関連性） (4) 表現が忠実で、検証でき、かつ中立であること（信頼性）	無形資産の定義を充足するために備えている必要がある要素 (1) 「識別可能性」があるためには、分離可能であること、又は、契約又はその他の法的権利から生じるものであることが必要である。 (2) 「支配」は、対象となる資源から生ずる将来の経済的便益を獲得する力を有し、かつそれらの便益を他者が利用することを制限できる状態を意味する。 (3) 「将来の経済的便益」には、製品又はサービスの売上収益、費用節減、あるいは企業による資産の使用によってもたらされる将来の利益が含まれる。

c. 移転価格税制上の無形資産

移転価格税制上の無形資産については、明確な定義が与えられていないのが現状であるが、その範囲は、非常に広範であるといえる。日本の規定においても、米国及び OECD の定める規定においても、無形資産の種類を例示列挙しているに過ぎず、範囲を限定していない。

移転価格税制上の無形資産は、企業の所得に貢献する重要な価値を有する資産全てを含むと解され、この意味では、広義における事業活動上の無形資産と同質である。

日本の移転価格税制の適用に係る無形資産の範囲は、法律及び政省令においては規定されておらず、広範なものとなっている。措置法通達（法令解釈通達）66 の 4(3)-3「比較対象取引の選定に当たって検討すべき諸要素」において、「売手又は買手の果たす機能」を諸要素の一つとして掲げ、「売手又は買手の果たす機能の類似性については、売手又は買手の負担するリスク、売手又は買手の使用する無形資産（著作権、基本通達 20－1－21 に定める工

業所有権等⁶²のほか、顧客リスト、販売網等の重要な価値のあるものをいう。以下同じ。) 等も考慮して判断する」と定めている。さらに、移転価格事務運営指針 2-11「調査において検討すべき無形資産」⁶³では、「調査において無形資産が法人又は国外関連者の所得にどの程度寄与しているかを検討するに当たっては、例えば、次に掲げる重要な価値を有し所得の源泉となるものを総合的に勘案することに留意する。」として、次の3つのカテゴリーに分類される無形資産を対象とする⁶⁴。

- ・ 技術革新を要因として形成される特許権、営業秘密等
- ・ 従業員等が経営、営業、生産、研究開発、販売促進等の企業活動における経験等を通じて形成したノウハウ等
- ・ 生産工程、交渉手順及び開発、販売、資金調達等に係る取引網等

また、米国財務省規則 § 1.482-4(b)及び OECD ガイドライン第 6 章においても、無形資産の定義についてそれぞれ記述されているが、範囲を限定していないことは上述したとおりである。図表 11 において、日本、米国及び OECD の定める無形資産に係る規定を纏めている。

⁶² 非居住者・外国法人に対して支払われる使用料の所得税の源泉徴収の対象に関する法人税基本通達 20-1-21（工業所有権等の意義）は次を例示する。

- ・ 特許権、実用新案権、意匠権、商標権の工業所有権及びその実施権等
- ・ 生産その他業務に関し繰り返し使用し得るまでに形成された創作、すなわち、特別の原料、処方、機械、器具、工程によるなど独自の考案又は方法を用いた生産についての方式、これに準ずる秘けつ、秘伝その他特別に技術的価値を有する知識及び意匠等
- ・ ノーハウ、機械、設備等の設計及び図面等に化体された生産方式、デザイン

⁶³ 移転価格事務運営指針は、2001 年 6 月 1 日に制定・施行され、都度、整備・改正されている。最終改正は 2011 年 10 月 27 日。なお、2-11 は 2007 年 6 月改正。

⁶⁴ 移転価格事務運営指針別冊「移転価格税制の適用に当たっての参考事例集」事例 10 において以下のことが設けられている。「事務運営指針 2-11 の前段部分は、無形資産が関係する取引が複雑・多様化してきていることから、調査に当たり、無形資産と法人が得る利益との関係を多角的に検討するため、無形資産の形態等に着目して分類したものであり、無形資産の定義を新たに設けたものではない。」

図表 11 移転価格税制上の無形資産

日本の移転価格税制 (措置法通達、事務運営指針)	米国の移転価格税制 (米国財務省規則§1.482-4(b))	OECDガイドライン (OECDガイドライン第6章)
<措置法通達> ・著作権 ・特許権、実用新案権、意匠権、商標権の工業所有権及びその実施権等 ・生産その他業務に関し繰り返し使用し得るまでに形成された創作、すなわち、特別の原料、処方、機械、器具、工程によるなど独自の考案又は方法を用いた生産についての方式、これに準ずる秘けつ、秘伝その他特別に技術的価値を有する知識及び意匠等 ・ノウハウ、機械、設備等の設計及び図面等に化体された生産方式、デザイン ・顧客リスト ・販売網等の重要な価値のあるもの <事務運営指針> ・技術革新を要因として形成される特許権、営業秘密等 ・従業員等が経営、営業、生産、研究開発、販売促進等の企業活動における経験等を通じて形成したノウハウ等 ・生産工程、交渉手順及び開発、販売、資金調達等に係る取引網等	無形資産とは以下のものを含み、かつ、個人の役務とは関係なく重要な価値を有する資産をいう ・特許、発明、方式、工程、意匠、様式、ノウハウ・著作権、文学作品、音楽作品、芸術作品 ・商標、商号、ブランドネーム ・独占販売権、ライセンス、契約 ・方法、プログラム、システム、手続き、キャンペーン、調査、研究、予測、見積もり、顧客リスト、技術データ ・その他の類似項目（あるものの価値がその物理的属性ではなく、その知的内容又は他の無形資産から派生している場合、上記の各項目に類似しているとみなされる。）	・特許、商標、商号、意匠、形式（¶6.2） ・文学上・芸術上の財産権、ノウハウ、企業秘密（¶6.2） ・コンピューターソフトウェア（¶6.3） ・マーケティング上の無形資産（商標、商号、顧客リスト、販売網、重要な宣伝価値を有するユニークな名称・記号・写真）（¶6.4） ・ノウハウや企業秘密は商業上の活動を助け、または向上させる財産としての情報又は知識である。（¶6.5） ・ノウハウは経験から得られるものであり、製造者が単なる製品の検査や技術の進歩に関する知識から知ることができないものを意味する。（¶6.5） ・ノウハウは特許権によりカバーされない秘密工程、秘密方式及び産業上、商業上、又は学術上の経験に関するその他の秘密情報を含むかもしれない。（¶6.5）

d. 小括－無形資産の定義に係る問題の難しさ

無形資産は、そのそもそもの特性（無形であること）から、その定義付けが非常に困難である。事業活動における無形資産、財務会計上の無形資産、及び移転価格税制上の無形資産に共通していえるのは、価値の創造に関連するものとして無形資産を捉えていることである。しかし、その定義において、無形資産は（将来的な）収益の源泉であるということのほか、明確な説明がないように思われる。この定義は、解釈によって、その範囲が大きく変化することを示唆している⁶⁵。

また、事業活動における無形資産及び移転価格税制上の無形資産は、より広範に範囲を捉えており、財務会計上の無形資産はより限定的に範囲を捉えていることも先に述べた。また、前者と後者の違いとして、前者が無形資産を総合的・包括的に捉える傾向にあるのに対し、

⁶⁵ Monique van Herksen, Marc Levey, and Richard Fletcher, “Identifying, Valuing, and Migrating Intangibles: Trouble Ahead,” Tax Management Transfer Pricing Report, January 31, 2008 では、「実際、現在の理論のもとでは、どんな付加価値活動も無形資産と誤って捉えられるかもしれない。」としている。

後者は個別的に捉えている。移転価格税制に関わる実務において、独立企業間価格の算定には、企業（検証対象者及び比較対象者）の財務情報が用いられるが、その基礎となる財務会計上の無形資産と、移転価格税制上の無形資産とで、捉え方が異なることも、問題の難しさを示すものといえる。

移転価格税制における無形資産の取扱いにおいて、しばしば問題とされるは、いわゆるオフバランス（財務会計上は認識されない）の無形資産で、独立企業間価格の算定にあたっては無形資産として評価されるものであり、代表的なものとしてマーケティングに係る無形資産、ノウハウ等があげられる。

ii. 無形資産の所有権

無形資産の定義と併せて、無形資産の重要な論点とされてきたのが、無形資産の「所有権」である。独立企業原則に基づく独立企業間価格の算定は、使用する資産、果たす機能及び負担するリスクに見合うリターンを各当事者が得るべきであるというコンセプトに基づいて行われることは先に述べたが、所得相応性基準に見られるように、無形資産に帰属すべき所得は無形資産の所有者が保有するという考え方がある。ここで、独立企業間価格の算定において、無形資産の「所有権」が大きな意味を持つことは明白である。無形資産の所有権に関しては、大きく分類すると法的所有権（Legal Ownership）と経済的所有権（Economic Ownership）という二つの考え方があり、以下でその概要を説明する。

a. 法的所有権（Legal Ownership）

法的所有権とは、特許等の法的に保護された権利を持つ、またその法的な権利を取得・維持するための費用を負担している側に無形資産が帰属するという考え方である⁶⁶。これに基づけば、仮に移転価格税制の対象となる企業グループ内取引に係る無形資産がひとつ存在し、企業グループ内の取引の一方の会社が当該無形資産を法的に所有・管理している場合、当該会社に法的所有権が通常帰属することから、取引の他方の会社は無形資産を持たないという意味で、移転価格税制の対象となる取引は比較的単純な構造に帰着する。

b. 経済的所有権（Economic Ownership）

経済的所有権とは、法的所有権から離れて、価値のある無形資産を形成し、またその価値を維持・高揚させることに企業の経済活動を通じて「貢献」している側に無形資産が帰属す

⁶⁶ 森信夫『無形資産・サービス取引のグローバルマネジメント』（2004）

るという考え方である⁶⁷。経済的所有権では、関連者双方に無形資産が帰属するということになることが多く、移転価格税制の対象となる企業グループ内取引がより複雑な構造をもつことになる。日本においては、経済的所有権の考え方が相対的に強いといわれており、その根拠は前述の移転価格事務運営指針 2-11 等にも求められる。

c. 移転価格税制の執行における所有権の判定

移転価格税制の執行において、私法において明確化された法的所有権は、当然に無視できないものとして取り扱われるが、法的所有権のみならず経済的所有権も考慮されてきた⁶⁸。むしろ、実態としては、上述のとおり、経済的所有権を重視する傾向にある⁶⁹。この点、米国財務省規則 § 1.482-4(f)(3)(i)(A)においては、「当該管轄区域内で有効な知的財産法に従った無形資産の法的所有者または契約条件もしくはその他の法的規定に従って、無形資産を構成する権利の所有者は、そのような所有権の基礎となる取引の経済的実質と矛盾しない限りにおいて、482 条上の無形資産の唯一の所有者であるとみなされる。もし、知的財産法または契約条件もしくはその他の法的規定に従って無形資産の所有者が特定できない場合において、すべての事実及び状況に基づいて、当該無形資産を支配する関連者が 482 条上の唯一の所有者であるとみなされる。」としており、法的所有権が直ちに無形資産の所有権を決めるのではなく、無形資産に対する「支配」がその所有権を決めると考えられていると解することができる。

⁶⁷ 森信夫『無形資産・サービス取引のグローバルマネジメント』（2004）

⁶⁸ OECD 移転価格ガイドラインパラグラフ 6.3 には法的所有権及び経済的所有権の双方について言及がある。「開発者は、…、自己及び他のメンバーのために、自己の名前で結果として生じる無形資産の法律上、経済上の所有権を取得することを意図して研究開発を行うかもしれない。」

⁶⁹ 中里実『金融取引と課税』有斐閣（1998）では、「経済的な権利の帰属と、（私）法的な権利の帰属とが、一致させられるべきかである、分離されるべきであるかという問題は、そのような問題の設定の仕方自体が不適切なのではなかろうかと思われる。移転価格課税において経済的な権利の帰属を考えるのは（経済的な権利の帰属ということを考えること自体に意味があるためではなく）当事者間のローヤルティー等に関する価格設定が適切であるかを判断するための前提としてあるにすぎない。そして、移転価格課税自体が当事者間で私法上合意された価格を否定する制度なのであるから、そのような価格づけの適正さを判断するための前提に関する判断に際して、法的な権利の帰属に縛られる必要性は必ずしもなかろう。」としている。但し、このような考え方に、法的所有権をおろそかにしているとの批判も少なくない。

しかしながら、経済的所有権や「支配」という概念については、その判定が主として「経済的実態」に基づくため、明示的な基準がないのも実態である⁷⁰。移転価格問題に係る税務争訟において、経済的所有権に基づき無形資産に帰属する所得を算定するケースは少なくない。

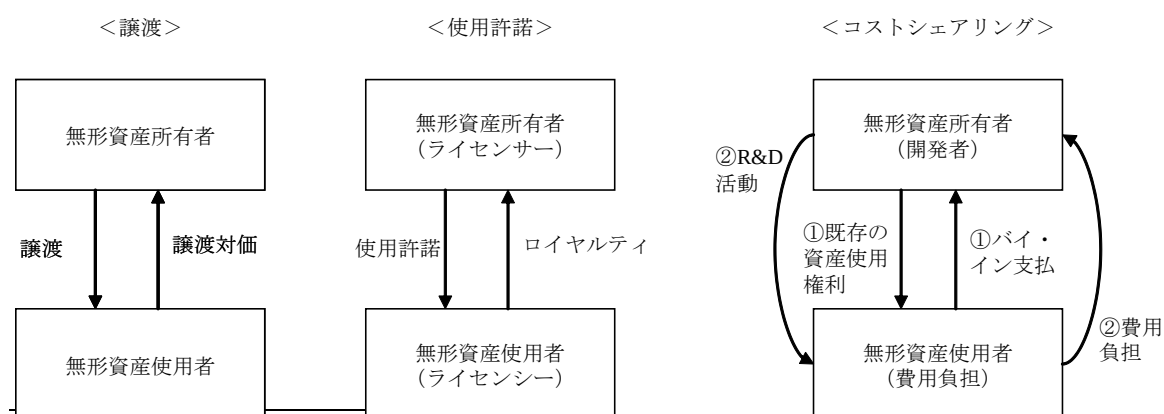
例えば、先に述べたマーケティングに係る無形資産で考えると、マーケティングに係る無形資産のうち、法的所有権が明確にされているものは限定されていると考えられる。このような場合、当該資産を無形資産として認識するならば、その所有権は「経済的な実態」に基づくものになるだろう。その判断において、一定の客観的な基準が担保されなければならないと考えるが、恣意的な判断を排除することが難しいとも考える。

特に所得相応性基準の予定する定期的調整のように、収益力が高いと判明した取引に対して、いわば事後的に独立企業間価格を算定する場合において、税務当局は、仮に法的所有権がその国の納税者になければ、経済的所有権を根拠に、当該納税者に無形資産の所有権を認めるかもしれない。マーケティングに係る無形資産（マーケティングインタンジブル）の絡む移転価格税務争訟は各国において起こっており、近年ではインド等の経済的發展が著しい新興国でも多くみられている⁷¹。

iii. 無形資産取引の態様

移転価格税制の対象となる一般的な無形資産取引として、主に図表 12 に示す 3 つの種類の取引分類があげられる。以下において、それぞれの概要を説明する。

図表 12 無形資産取引の種類⁷²



⁷⁰ 例えば、無形資産に係る経済的所有権のひとつの論点として、無形資産の形成後の価値の向上への貢献をどう捉えるか、というものがある。実態としての把握またその定量化が難しいため、意見が分かれることが多い論点となっている。

⁷¹ Tamu N. Wright, “India Survey Shows Supreme Court Strike Of Marketing Intangibles Commentary,” Tax Management Transfer Pricing Report, October 21, 2011

⁷² コストシェアリングの概念図は単純化のため、開発者と費用負担者を分けている。

a. 無形資産の譲渡

無形資産の譲渡とは、無形資産の売却や現物出資などの所有権の完全な移転が起こる取引をいう。無形資産の譲渡時に、譲受者が譲渡者に対して譲渡対価を支払う取引である。

b. 無形資産の使用許諾（ロイヤルティ取引）

無形資産取引として、もっとも一般的なものは、無形資産の使用許諾（いわゆるライセンス）取引である。ライセンサーが所有する無形資産についての使用権をライセンシーに対して供与し、ライセンシーは対価として使用料（ロイヤルティ等）を支払う。使用料の支払形態については、一括支払、（ライセンシーの売上等に応じた）ランニングロイヤルティ等がある。

c. 無形資産の費用分担契約（コストシェアリング）

無形資産の費用分担契約（コストシェアリング。Cost Contribution Arrangements、以下、「CCA」）とは、無形資産の研究開発等にあたって、取決めに参加する複数の関連法人が、当該研究開発によって将来成果物として形成される無形資産から生じるものと見込まれる予想便益の総額を算出し、それに対して各法人の予測便益の額が占める割合に基づき、各法人が研究開発費などを分担する取決めにいう。当該契約の成果として各参加者は無形資産の持分権を取得する。

参加者は、参加に際して、既存の無形資産の使用権に対する対価としてバイイン支払を行うとともに、参加後は取決めに応じた研究開発費の費用負担をするが、ロイヤルティの支払は生じない。

CCA は、国境を跨いで行われる無形資産の共同開発等については、開発能力や便益の相互利用、事務的手続の簡便化（ロイヤルティやり取り）等の観点からメリットがあるといわれている。こうした観点から、移転価格税制上、関連企業が一定の要件を満たす費用分担契約を締結することによって、移転価格上の問題が生じないような仕組が講じられている⁷³。

⁷³ 費用分担契約の取極めについては、米国においては 2009 年 1 月施行の暫定規則、OECD 移転価格ガイドラインにおいては第 8 章に規定されている。日本においては、事務運営指針 2-14~2-18 に規定される。

d. その他の取引と取引の再構築

上記のほかに、無形資産取引に係る移転価格を検討する際には、他の取引と一体化されて無形資産が使用されているケースを考える必要があるとされている⁷⁴。例えば、関連する財・サービスの取引とともにパッケージ価格となっているケース、複数の無形資産が一体化されて契約されているケース等がある⁷⁵。

また、無形資産取引に係る移転価格を検討する際、取引の前提となる取極めの確認が必要となる。無形資産取引に係る関連者間取引には、関連者間の関係による合理的な事業上の理由から、関連者は独立企業なら考えないような方法で移転を組み立てる場合がある⁷⁶。そのような取極めの場合、無形資産取引に係る独立企業間価格を算定する際に、参照できる比較可能な取引をみつけることが困難であるだろうし、取引の評価は複雑になるだろう。もしくは、そのような取極めに基づく無形資産取引は、上述の取引の態様には当てはまらず、移転価格税制の対象となる無形資産取引として認知することが困難かもしれない。

このような取引に対して、税務当局は独立企業間では見られないような取引であるから独立企業原則に則っていないと判断したり、もしくは、取引を擬制して、移転価格税制の対象となる無形資産取引に再構築（Re-characterization）をする可能性がある。これは移転価格税制の執行における無形資産の取扱いに関して最も争いのある議論のひとつといえる。

なお、このような議論に関して、OECD 移転価格ガイドラインは、それぞれ、次のとおり定める。

「独立企業原則を適用する上での実務上の困難は、関連者が独立企業ならば行わないであろう取引を行うことがあるという点である。そのような取引は、必ずしも租税回避を動機とするものではなく、多国籍企業グループの構成企業が互いに取引する場合に、独立企業とは異なる商業上の環境に直面しているために行われることがある。関連者間で行われた取引が、独立企業間ではほとんど行われない場合には、独立企業原則を適用することは困難になる。なぜならば、独立企業間であればどのような条件を設定したかについて、直接的な証拠がほとんど又は全くないためである。ある取引が独立企業間で見られないという事実だけでは、それが独立企業間のものではないということを意味しない。」⁷⁷

「税務当局による関連者間取引の調査は、通常、納税者が適用する方法が第2章で述べられている方法と整合的である限り当該方法を用い、納税者によって構築がなされたとおり実

⁷⁴ 移転価格事務運営指針 2-8(1)

⁷⁵ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.17、6.18

⁷⁶ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.13

⁷⁷ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 1.1

際に納税者によって行われた取引に基づいて行われるべきである。例外的な場合を除き、税務当局は、実際の取引を無視したり他の取引と置き換えたりするべきではない。合法的な商業上の取引を再構築することは、完全に恣意的な行為であり、当該取引がどのように構築されるべきかについて他の税務当局と見解を共有できない場合には、二重課税が発生し、不公平が増幅しかねない。」⁷⁸

この問題については、次章以降において、実際の事例も踏まえ、さらに検討を加えることとする。

iv. 無形資産取引の評価方法

a. 移転価格税制における独立企業間価格の算定

日本の移転価格税制は、その仕組みとして、納税者の移転価格が独立企業間価格と異なる場合にはこれを独立企業間価格に引き直して申告する「申告調整型」⁷⁹であり、独立企業間価格として算定された、いわば擬制価格を基準とする「価格調整型」である。

従って、移転価格課税においては、課税の基準となる独立企業間価格がポイントとして算定される。ここでは、ひとつの取引における独立企業間価格がひとつに定まるということを想定していると考えられてきた。ポイントとしての独立企業間価格を、課税及び課税による調整の基準とする場合、その価格の計算が、課税要件となり、更正金額（追徴金額）を決定することとなるため、非常に大きな重要性をもつ。

特に、評価が難しい無形資産については、ポイントとしての独立企業間価格を算定することには難しさが伴うだろう。2011年税制改正において、このような背景もあり、「幅」の概念が取り入れられている⁸⁰。具体的には、措置法通達において、以下のとおり規定され、課税要件として、複数の独立企業間価格の幅が機能することとなる。

「措置法通達 66 の 4 (3) -4 (比較対象取引が複数ある場合の取扱い) 国外関連取引に係る比較対象取引が複数存在し、独立企業間価格が一定の幅を形成している場合において、

⁷⁸ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 1.64

⁷⁹ 一方、米国は否認型である。

⁸⁰ 幅の概念は米国及び OECD では以前から採用されている。米国では、1964 年の財務省規則において「第 4 の方法」と位置づけられていた利益を指標とする CPM 及び PS 法が正式な独立企業間価格算定方法として採用され、ベストメソッドルールによって基本三法と実質的に同等な立場に置かれることとなった。これに伴って、正確でない比較対象取引の取扱いに対して幅の概念を用いた理論付けが行なわれた。OECD 移転価格ガイドラインは 1995 年版ガイドラインにおいて幅の概念を導入している。

当該幅の中に当該国外関連取引の対価の額があるときは、当該国外関連取引については措置法第 66 条の 4 第 1 項の規定の適用はないことに留意する。」

但し、擬制価格である独立企業間価格（複数である場合は幅の内の一定のポイント）を使用して、課税金額が決定されることには変わりはない。以下において、法に規定される独立企業間価格の算定方法についてそれぞれの概要を説明する。続いて、次項において、無形資産の評価に係る一般的なアプローチを紹介し、実際に、無形資産取引に係る独立企業間価格を算定する場合には、法における算定方法をどのように適用するかについて検討する。

1) 措置法上の独立企業間価格算定方法

日本の移転価格税制上の独立企業間価格算定方法は、措置法 66 条の 4 第 2 項に規定されており、図表 13 に示すとおり、取引の種類に応じて区分されている（無形資産取引については、「棚卸資産の売買取引以外の取引」に係る独立企業間価格算定方法が適用される）⁸¹。法が定める独立企業間価格算定方法は、大きく分類すると、基本三法とその他の方法（基本三法に準ずる方法及びその他政令で定める方法）に分かれる。

基本三法は、独立企業間取引に係る価格もしくは利益を参照し、その比較において独立企業間価格を算定する方法である。比較対象取引に基づき、より直接的に取引に係る価格もしくは利益を決定することから、比較対象取引には高い比較可能性が要求される⁸²。比較可能性が満たされる場合は、理論的に独立企業原則に基づく独立企業間取引を算定するため、より有効な方法であるとされている。このような考えから、2010 年改定以前の OECD 移転価格ガイドライン⁸³及び日本における 2011 年税制改正前の措置法においては、基本三法が適用できる場合には、他の方法に優先して適用することとされていた。その他の方法には、（米国において所得相応性基準のための適用が想定され、）無形資産に係る独立企業間価格

⁸¹ 立法技術上の問題から分割して規定されたものであり、算定手法に実質的な違いはない。

⁸² OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 1.33「独立企業原則の適用は、一般に、関連者間取引の条件と独立企業間取引の条件との比較の上に成り立っている。この比較を有効なものとするためには、比較対象とされる状況についての経済的に関連する特徴が十分に比較可能でなければならない。比較可能であるとは、比較対象の状況における差異が、特定の方法の下で検討されている条件（例えば、価格や利益）に重要な影響を与えない、又は当該差異の影響を取り除くために相当程度正確な調整が可能である、ということを意味する。比較可能性を確保するためにどのような調整が必要かという点を含め、比較可能性の程度を決定する際には、独立企業が潜在的取引をどのように評価するかという点について理解する必要がある。」

⁸³ OECD ガイドラインに規定される独立企業間価格算定方法は、措置法が定める算定方法と同様である。

算定方法として、実務の場においては多用されてきた TNMM 及び PS 法が含まれるが、これは、基本三法が適用できない場合に限り使用できるものと位置づけられてきた。

実際の世界では、多国籍企業グループはそれぞれ独自のビジネスを行っており、その独自性ゆえに収益をあげることが可能ともいえる。当然、そのような取引について、基本三法の適用にたえうる比較対象取引を選定することは困難であるか不可能である場合が多い。そのような場面では、その他の方法を適用することとなり、実務においては、その導入以降 TNMM の適用が増えている⁸⁴。

OECD 移転価格ガイドラインは、2010 年の改定において「取引単位利益法（TNMM 又は PS 法）の方が伝統的取引基準法（基本三法）よりも適切であると考えられる状況がある」とし、独立企業間価格の算定方法の選択は「特定の事案において最も適切な方法を見出すことを常に目指している」として、適用順位を廃止し、いわゆるベストメソッドルールを採用した⁸⁵。これを受け、日本においても税制改正がされ、措置法が規定する方法から最も適切な方法を適用するベストメソッドルールが採用されている⁸⁶。

図表 13 措置法が定める独立企業間価格算定方法（2011 年税制改正前の適用順位）⁸⁷

	棚卸資産の売買取引	棚卸資産の売買取引以外の取引	適用順位
①	基本三法 ● 独立価格基準法（CUP 法） ● 再販売価格基準法（RP 法）	基本三法と同等の方法 ● 独立価格基準法と同等の方法 ● 再販売価格基準法と同等の方法	②及び③に優先して適用

⁸⁴ 渡辺裕泰「無形資産が絡んだ移転価格課税」ジュリスト 1248 号（2003）「IRS は、移転価格税制執行の困難性を克服しようとして、より実務的かつ効率的な手法を模索した結果、企業単位又は事業セグメント単位で営業利益率を比較する CPM を考案したのだというのが私の見解である。」

⁸⁵ 改定以前は、（米国の所得相応性基準への批判を背景に）OECD 移転価格ガイドラインも日本と同様の適用順位であり、利益法はラストリゾートとして位置づけられていた。この点に関し、水谷年宏「国際課税をめぐる最近の状況について」租税研究 2011 年 9 月号（2011）では、「形重視から質重視への変更」と説明している。

⁸⁶ 「独立企業間価格とは、国外関連取引が次の各号に掲げる取引のいずれに該当するかに応じ当該各号に定める方法のうち、当該国外関連取引の内容及び当該国外関連取引の当事者が果たす機能その他の事情を勘案して、当該国外関連取引が独立の事業者の間で通常の取引の条件に従って行われるとした場合に当該国外関連取引につき支払われるべき対価の額を算定するための最も適切な方法により算定した金額をいう。」（措置法第 66 条の 4 2 項柱書）

⁸⁷ 米国財務省規則において、無形資産取引に係る独立企業間価格算定方法については有形資産取引とは別の規定が設けられている。CUT 法、CPM、利益分割法、その他の方法の 4 種類が挙げられており、適用に関して優先劣後はない。

	● 原価基準法（CP 法）	● 原価基準法と同等の方法	
②	● 基本三法に準ずる方法 ● 独立価格比準法に準ずる方法 ● 再販売価格基準法に準ずる方法 ● 原価基準法に準ずる方法	● 基本三法に準ずる方法と同等の方法 ● 独立価格比準法に準ずる方法と同等の方法 ● 再販売価格基準法に準ずる方法と同等の方法 ● 原価基準法に準ずる方法と同等の方法	②と③の適用に関して優先劣後関係はない。
③	● その他政令で定める方法 ● 取引単位営業利益法（TNMM） ● 取引単位営業利益法に準ずる方法 ● 利益分割法（PS 法）	● その他政令で定める方法 ● 取引単位営業利益法と同等の方法 ● 取引単位営業利益法に準ずる方法と同等の方法 ● 利益分割法と同等の方法	

2) 各独立企業間価格算定方法の概要⁸⁸

以下において、措置法が定める独立企業間価格算定方法について、それぞれ概要を説明する。

①独立価格比準法（CUP 法）

CUP 法とは、特殊の関係にない売手と買手が、国外関連取引に係る棚卸資産と同種の棚卸資産を当該国外関連取引と取引段階、取引数量その他が同様の状況の下で売買した取引の対価の額に相当する金額をもって当該国外関連取引の対価の額とする方法をいう。

CUP 法は、検証対象取引において移転された資産または役務の価格を、比較可能な状況の下で比較可能な独立企業間取引において移転された資産または役務の価格と比較する方法であり、独立企業間取引が、取引される資産または役務、当事者が遂行する機能、契約条件、当事者の経済状況、及び当事者が遂行している事業戦略等の観点から、検証対象取引と比較可能であれば、CUP 法が適用される。

CUP 法は、比較可能な独立企業間取引を見出すことができる場合には、最も直接的かつ信頼性のある方法で望ましいと考えられている⁸⁹が、一方でそのような比較対象取引を見出すことが困難であるという実態がある。

②再販売価格基準法（RP 法）

RP 法とは、国外関連取引に係る棚卸資産の買手が特殊の関係にない者に対して当該棚卸資産を販売した対価の額から通常の利潤の額を控除して計算した金額をもって当該国外関連取引の対価の額とする方法をいう。

⁸⁸ 法制上の観点から、棚卸資産の売買取引に係る算定手法を説明しているが、上述の通り、無形資産取引においても、算定手法に実質的な違いはない。

⁸⁹ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.2

RP法の適用上、次の二つの条件のうち、いずれかを満たす場合には、検証対象取引が比較対象取引と比較の可能とされる。すなわち、1) いかなる差異も検証対象取引及び比較対象取引の再販売利益率に重大な影響を与えない、または、2) そのような差異の重大な影響を排除するために相当程度正確な調整を行うことができることである。

RP法は通常、関連者から棚卸資産を購入し、製品に対し加工や付加価値を加えることなく独立第三者に再販売する検証対象者に対して適用される。つまりRP法は、再販売者が販売する製品に対して多くの価値を付加しない場合に最も適切な方法となる。再販売者が果たす機能により製品に多くの付加価値が加えられる場合は、再販売に係る適切な利益率を算定することが困難となる。

RP法は、販売活動に適用される場合、最も有用な方法と考えられている⁹⁰。類似の機能を果たすことに対する報酬が、異なる活動であっても同じになる傾向にあるという前提に基づいており、比較可能性の検討にあたっては、CUP法に比して製品の差異の重要性が小さくなる⁹¹。但し、利益に影響する他の要因（活動の水準、契約内容、市場等）では、厳格な比較可能性を要求されることに変わりはなく、差異がある場合は相当程度正確な調整を行うことが必要になる。従って、比較対象取引の選定、並びに選定された取引に対する差異の調整には困難が伴うことが少なくはない。また、総利益水準で比較するため、費用の計上に係る会計処理が異なる場合にも、差異の調整が必要とされる⁹²。

③原価基準法（CP法）

CP法とは、国外関連取引に係る棚卸資産の売手の購入、製造その他の行為による取引の原価の額に通常の利潤の額を加算して計算された金額をもって当該国外関連取引の対価の額とする方法をいう。

CP法の適用上、次の二つの条件のうち、いずれかを満たす場合には、検証対象取引が比較対象取引と比較の可能とされる。すなわち、1) いかなる差異も検証対象取引及び比較対象取引のコストマークアップ率に重大な影響を与えない、または、2) そのような差異の重大な影響を排除するために相当程度正確な調整を行うことができることである。

CP法は、検証対象者が果たす機能が比較的単純であり、かつ重要な無形資産を有していない場合において、最も信頼できる結果を導き出す方法である。典型的に、CP法で検証対象者となるのは、原材料を独立第三者から購入して製品を製造し、関連者に販売する企業であ

⁹⁰ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.21

⁹¹ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.24, 2.25

⁹² OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.35

る。また、CP法は、一般的に製造業者、加工業者、役務提供者等の通常の利潤の額を算定するために適用される。

CP法は、半製品が関連者間で販売される場合、関連者間取引が役務提供取引である場合に有用であると考えられている⁹³。RP法と同様に、類似の機能を果たすことに対する報酬が、異なる活動であっても同じになる傾向にあるという前提に基づいており、比較可能性の検討にあたっては、CUP法に比して製品の差異の重要性が小さくなる。但し、CP法は、その適切な適用、特に原価の決定においていくつかの難しい点があると考えられている。これは、原価がいずれの年度においても原価が利益の決定要因になるとは限らないこと（特殊の事例による期間比較に対する影響）、原価の水準と市場価格の間に関連性が認識できないような状況も生じること（特殊の事例による利益比較に対する影響）等があるからである⁹⁴。従って、利益に影響する他の要因（活動の水準、契約内容、市場等）では、厳格な比較可能性を要求されることに変わりはなく、差異がある場合は相当程度正確な調整を行うことが必要になるため、比較対象取引の選定、並びに選定された取引に対する差異の調整には困難が伴うことが少なくはない。また、総利益水準で比較するため、費用の計上に係る会計処理が異なる場合にも、差異の調整が必要とされることもRP法と同様である⁹⁵。

④利益分割法（PS法）

PS法は、一つもしくは複数の関連者間取引に起因する合算利益もしくは損失が、当該合算利益もしくは損失への各関連者の貢献の相対的価値に基づき、独立企業間価格で配分されているか否かを分析する方法である。営業利益もしくは損失への寄与度は、各関連者が果たす機能、負担するリスク、使用した資産等に基づいて測定される。各関連者が支出した費用の額、使用した固定資産の価額、及び各関連者の貢献度合いを測定しうるその他の適切な要素が、利益もしくは損失の配分基準として施行令に定められている。

PS法の主な長所は、一面的な方法が適切でないであろう高度に統合された事業活動に対する解決策となることとされる⁹⁶。また、PS法は、独立企業においては見られないような関連者の特殊でユニークな状況を考慮に入れることにより柔軟性を有するものであり、また、関連者間取引の双方の当事者が評価対象となることから（検証対象者でない）一方の当事者

⁹³ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.39

⁹⁴ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.43

⁹⁵ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.46

⁹⁶ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.109

に極端な結果が生じる可能性が低いとされている⁹⁷。但し、利益の配分が、関連企業自体の間の指標に基づいて分割されるため、独立企業間価格に対する直接的な証拠がなく、また、その適用の難しさも指摘されている⁹⁸。

なお、日本の移転価格税制上、現在規定されている PS 法は以下の 3 種類である。2011 年税制改正前は、PS 法としての規定はあったものの、その下位の具体的な算定方法について法令では明確化されていなかった。2011 年税制改正において、重要な無形資産の絡む取引で使用することを前提とする残余利益分割法を含め、以下の方法が法令化されている。

< 比較利益分割法 >

比較利益分割法は、国外関連取引と同種または類似の資産の非関連者による販売等（比較対象取引）に係る所得の配分に関する割合に応じて、国外関連取引の当事者に帰属する利益を計算する方法である。

< 貢献度利益分割法 >

貢献度利益分割法は、国外関連取引に係る所得の発生に寄与した程度を推測するに足る指標（支出した費用の額、使用した固定資産の価額等）に応じて国外関連取引の当事者に帰属する利益を計算する方法である。

< 残余利益分割法（RPS 法） >

RPS 法は、2 つの段階を経て、国外関連取引に係る所得を分割する方法である。第一段階では、当事者の国外関連取引に係るユニークではない貢献に対する独立企業間報酬が比較対象取引を参照して算定される。第二段階では、第一段階の分割後の残余利益等を当該残余利益の発生に寄与した程度を推測するに足る指標（支出した費用の額、使用した固定資産の価額等）に応じて国外関連取引の当事者に分割する。RPS 法は、一般に、国外関連取引の当事者の双方が所得の発生に貢献する重要な無形資産を有する場合に適用される。

⑤取引単位営業利益法（TNMM）

TNMM は、2004 年 4 月 1 日に、措置法施行令第 39 条の 12 第 8 項が改正されたことにより独立企業間価格の算定方法として適用することが可能となった。TNMM とは、国外関連者との取引において企業が獲得すべき営業利益率水準を取引単位ごとに検証を行う算定方法である。営業利益水準での検証を行うという意味では米国における CPM と同様である。但し、CPM が会社単位もしくはセグメント単位での利益水準を検証することを想定しているのに対して、TNMM はあくまで取引単位での利益水準の検証を前提としている。

⁹⁷ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.112, 2.113

⁹⁸ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.111, 2.114

具体的に、措置法施行令では、製造、輸出、棚卸資産の再販売取引についての独立企業間価格の算定に TNMM を利用することができることが規定されている。TNMM の適用においては、利益水準指標（PLI）を用いて、検証対象者と比較対象者の PLI を比較することにより、独立企業間価格を算定するが、PLI として売上高営業利益率及びトータルコストマークアップ率（営業利益／総費用）が認められている。

TNMM は、比較可能性の観点において CUP 法、RP 法及び CP 法よりも柔軟な性質を有している。理由として、（a）機能の差異は、しばしば販売管理費の差異に反映されるため、類似する企業においては、各々の売上総利益率には大きな幅があったとしても、営業利益のレベルではほぼ近似しているであろうこと、（b）費用計上区分（売上原価に計上又は販売管理費に計上）に係る会計方針の相違により、売上総利益は影響を受けるが、営業利益は影響を受けないこと等が挙げられる⁹⁹。また、取引の一方の当事者を検証対象者として、当該検証対象者の財務情報を検証することから、取引の他方の当事者が複雑であり、相互に関連する活動を数多く行っている場合等においては有益であると考えられている。但し、TNMM においても、比較対象取引に係る情報の入手可能性の観点から、比較対象取引を見出すことが困難な場合がある¹⁰⁰。また、移転価格とは無関係である多くの要因が営業利益に影響するかもしれないという事実が分析の信頼性に影響を与える可能性があることも指摘されている¹⁰¹。

b. 無形資産の評価方法―財の価格決定アプローチ

独立企業間価格は、比較可能な状況下での比較可能な取引において、独立企業間であれば得られたであろう条件を参考にして決定される価格である¹⁰²。従って、独立企業間価格とはすべて仮説の前提にたって算定されるもの¹⁰³であり、ここに課税庁の恣意が介入する余地がある。評価の難しい無形資産においては、特にこの問題が大きくなるといえる¹⁰⁴。

ここで、改めて、（法定の独立企業間価格の算定方法に限らない）財の評価方法について検討し、独立企業間価格との関係について考察する。以下では、一般的な財の価格決定のア

⁹⁹ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.62

¹⁰⁰ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.65

¹⁰¹ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.66

¹⁰² OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 1.6

¹⁰³ 志賀櫻「移転価格税制の基本的諸問題・評論」租税訴訟 No.2／租税訴訟学会（2008）によれば、独立企業間価格の概念そのものがそもそも虚構的性格をもつといえる。

¹⁰⁴ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 6.1

アプローチとして、ミクロ経済学に基づくもの、ファイナンス理論に基づくもの、財務会計上の公正価値評価方法¹⁰⁵に基づくものを紹介する。

1) ミクロ経済学アプローチ

ミクロ経済学の基礎的な概念を用いれば、財の価格は市場における需要と供給の均衡によって決定される。ここで、①財が大量かつ質的に同質であること、②不特定多数の当事者が市場に参加していること、③参加者の入退出は自由であること、及び④情報の伝達は直ちに行われることが、市場の前提条件として想定されている。しかしながら、このような完全市場はモデルとしての市場であり、実際に、移転価格税制の対象となる財は、不完全競争下であり差別財であることが多く、また観察される価格は事後的に決定される。このアプローチでは、納税者が申告時に「比較可能な状況下での比較可能な取引において、独立企業間であれば得られたであろう条件を参考にして決定される」独立企業間価格を算定することは不可能であるように思われる¹⁰⁶。

また、完全市場ではない場合の財の価格決定モデルとして、ゲーム理論の枠組みが使用できるかもしれない。しかしながら、ゲーム理論においても、財の価格が必ずしも一意には決まらず¹⁰⁷、取引条件の複雑性等によれば正しくゲームを組み立てることも困難であるといえる。

¹⁰⁵ 現在、世界的に適用が行われている国際財務報告基準（IFRS）においては、2011年5月に13号「公正価値会計」が発表されている。IFRSのもとでは、無形資産も一定の範囲内で公正価値で評価し、財務諸表に計上することとされている。なお、日本においては、2009年6月に、企業会計審議会より「我が国における国際会計基準の取扱いについて（中間報告）」が示され、2010年3月期以降任意適用が認められており、近く強制適用が予定されていた（一部では2015年3月期（すなわち2014年度）にもIFRSの強制適用が行われるのではないかと喧伝されていた）が、これに対し、2011年6月に金融担当大臣自見庄三郎氏が会見を行い、現在は、強制適用時期の延期が見込まれている。
<http://www.fsa.go.jp/common/conference/danwa/20110621-1.html>

¹⁰⁶ 但し、移転価格税制における独立企業間価格算定方法の土台として、「財の価格は市場において決定される」というミクロ経済学の基本原理が用いられており、後述の公正評価アプローチ（マーケットアプローチ）もこのような経済学上の考え方に基づくものといってい。これは、本質的な独立企業間価格の算定の難しさを示していると考えられる。

¹⁰⁷ 例えば、ゲームを簡易化して、2人プレーヤーによる複占市場の（継続企業の前提による）繰り返しゲームを想定する。繰り返しゲームにより導かれる均衡はかならずしもひとつではなく、一意性を保障するものではない。これは、ポイントとしての独立企業間価格を算定することの非現実性を示唆するものといえるかもしれない。

2) ファイナンスアプローチ

ファイナンス理論のひとつとしていわゆる資産価格決定理論がある。ここでは、詳細を省き単純化してしまうと、特定の資産について、当該資産から生じる将来の収益を測定し、それを現在の価値に引き直して合計したものが、当該資産の価値（価格）となるとするものである。これは、いわゆるディスカウント・キャッシュ・フロー法（Discounted Cash Flow Method。以下「DCF法」）であるが、その前提として、①将来の収益を合理的に予測できること、②何らかの割引率を用いて現在価値を算定することができることが求められている。

仮に、独立企業間価格の算定方法として DCF 法を使用する場合、価格を直接的な比較で決定しないため、将来の収益の予測及び割引率による現在価値計算が独立企業原則に基づくものとなるか、が問題になると考えられる¹⁰⁸。将来の収益の予測及び割引率による現在価値計算には、恣意的な評価が含まれる虞があり、また、計算の複雑性から（税務当局及び納税者双方の）事務負担も相当程度見込まれるといえる。

3) 公正価値評価アプローチ

一般に公正価値測定の評価手法として、3つのアプローチがあげられる¹⁰⁹。すなわち、①マーケットアプローチ、②コストアプローチ、及び③インカムアプローチである。各アプローチの概要は、以下の通りである。

- ① マーケットアプローチは、市場価格を参照して価値を評価する手法であり、市場における同一のあるいは類似性の高い資産を調査、情報収集、分析することにより、価格を算定。
- ② コストアプローチは、コストの値に基づき価値を評価する手法であり、資産を再構築・再取得するために必要なコストを算定し、価格を算定する。
- ③ インカムアプローチは、収益に基づき価値を評価する手法であり、無形資産の保有によって将来に亘って発生する収益（便益）を現在価値で価格を算定する方法と、資産から発生する超過収益額を基礎に価格を算定する方法が考えられる。なお、資産の保有によ

¹⁰⁸ OECD 移転価格ガイドライン 第三章「比較可能性分析」において「極めて不確実な当初の評価及び予測不能な事象」についての記述がされている。

¹⁰⁹ 国際財務報告基準（IFRS）13号「公正価値会計」（2011）においても当該アプローチが規定されている。

って将来に亘って発生する収益（便益）を現在価値で価格を算定する方法は、前述のファイナンス理論に基づくものである。

公正価値評価アプローチは、財務会計上の資産の評価を想定していることから、より広い価格評価の問題をカバーできると考えられている。税法上の独立企業間価格算定方法も、解釈により、この3つのアプローチの融合であると考えられるだろう。CUP法、CP法、RP法、及びTNMMは比較法として、マーケットアプローチの意味合いを持つと解されるし、CP法及びTNMMは同時にコストアプローチの考え方も含んでいるといえる。また、利益法としてのTNMM及びPS法は、ある意味で、インカムアプローチにおける資産から発生する超過収益額を基礎に価格を算定する方法として捉えることができる。以下においては、無形資産取引に係る独立企業間価格算定方法の実務的適用について、当該アプローチの観点も併せて検討する。

c. 無形資産取引に係る独立企業間価格算定方法の実務的適用

無形資産取引に係る独立企業間価格の算定には、その実態に鑑みれば、法の定める全ての方法が適用できるわけではない。OECD 移転価格ガイドラインでは、ベストメソッドルール適用に際し、「各方法の長所・短所、特に機能分析によって判断される関連者間取引の性質に照らした方法の妥当性、選択された方法又はその他の方法を適用するのに必要な（特に、非関連の比較対象に関する）信頼できる情報の利用可能性、そして、関連者間取引と非関連者間取引との比較可能性の程度（両者の重要な差異を除去するために必要となる比較可能性の調整の信頼性を含む。）を考慮に入れるべきである。」としており、また「全ての起こりうる状況に適用できるような方法は1つも存在せず、特定の方法が状況に適さないということを証明する必要もない。」としている¹¹⁰（日本においても、2011年税制改正により、同様の内容が措置法66の4(2)－1（最も適切な算定方法の選定に当たって留意すべき事項）に規定された）。

ここで無形資産取引に係る独立企業間価格の算定に使用されうる算定方法について検討する。措置法通達66の4(6)－6（無形資産の使用許諾等の取扱い）では、「無形資産の使用許諾又は譲渡の取引について、独立価格比準法と同等の方法を適用する場合には、比較対象取引に係る無形資産が国外関連取引に係る無形資産と同種であり、かつ、比較対象取引に係る使用許諾又は譲渡の時期、使用許諾の期間等の使用許諾又は譲渡の条件が国外関連取引と同様であることを要することに留意する。また、無形資産の使用許諾又は譲渡の取引について、原価基準法と同等の方法を適用する場合には、比較対象取引に係る無形資産が国外関連取引

¹¹⁰ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 2.2

に係る無形資産と同種又は類似であり、かつ、上記の無形資産の使用許諾又は譲渡の条件と同様であることを要することに留意する。」としており、CUP法及びCP法の適用可能性があることを示している。これは、前述のマーケットアプローチ及びコストアプローチに該当する。しかしながら、無形資産の固有性、及び関連者間の無形資産取引における取極めの特殊性に鑑みれば、無形資産取引に関して、比較対象取引を検索するのは非常に困難になるだろうことから、実際の適用には困難が伴うことが考えられる¹¹¹。

従って、一般的には、先に述べたとおり、PS法及びTNMMのような利益法が用いられてきた¹¹²。このアプローチは、インカムアプローチにおける資産から発生する超過収益額を基礎に価格を算定する方法として考えることができる。特にRPS法¹¹³及びTNMMは「無形資産」に帰属する収益を、無形資産によらない「通常の利益（レーティン利益）」を差し引いて計算するものとしては同質である。

措置法通達66の4(4)－5（残余利益分割法）¹¹⁴では、「利益分割法の適用に当たり、法人又は国外関連者が重要な無形資産を有する場合には、分割対象利益のうち重要な無形資産を有しない非関連者間取引において通常得られる利益に相当する金額を当該法人及び国外関連者それぞれに配分し、当該配分した金額の残額を当該法人又は国外関連者が有する当該重要な無形資産の価値に応じて、合理的に配分する方法により独立企業間価格を算定することができる。（注）当該重要な無形資産の価値による配分を当該重要な無形資産の開発のために

¹¹¹ 濱田明子『国際的所得移転と課税』法令出版（2010）は「棚卸資産取引以外の人的役務提供取引や無形資産取引に対する基本三法の適用には限界がある」と指摘している。

¹¹² 赤松晃『国際課税の理論と実務（第3版）』（2011）によれば、「無形資産に係るロイヤルティーに関する国税不服審判所の裁決例として独立価格比準法（CUP）を適用した2つの事例がある。しかしながら日本における移転価格税制の執行の歴史が比較的新しかった時期になされた課税処分であること、及び、平成16年（2004年）度税制改正により取引単位営業利益法（TNMM）が導入されていることに鑑みるならば、今日では、当該裁決例の対象となった特定の業界においても、裁決において示されている独立企業間料率として主張することは困難であると思われる。」とある。

¹¹³ 移転価格事務運営指針別冊「移転価格税制の適用に当たっての参考事例集」事例8「無形資産は、その独自性・個別性（いわゆるユニークさ）により基本的活動のみを行う法人に比較して経済競争上の優越的な立場をもたらし得るという特徴を有しているために、無形資産が関係する国外関連取引に係る比較対象取引を選定することは困難な場合が多い。このため、法人及び国外関連者の双方が無形資産を使用する等により、双方による独自の価値ある寄与が認められる場合において、残余利益分割法の選定が適切となるときがある。」

¹¹⁴ 当該指針は、RPS法の法令化に先立って、2000年に措置法通達として設けられており、法令による明文化以前よりRPS法が適用されてきた。

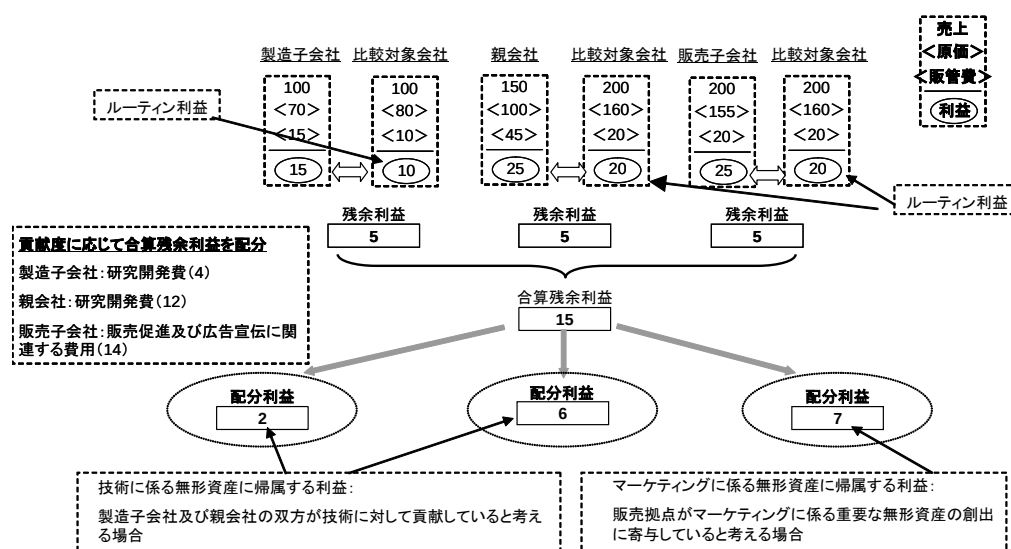
支出した費用等の額により行っている場合には、合理的な配分として、これを認める。」とあり、その適用が無形資産の絡む取引を想定していることを示している。

また、移転価格事務運営指針別冊「移転価格税制の適用に当たっての参考事例集」事例6において、無形資産の使用許諾取引に TNMM を適用する事例を紹介しており、「本事例では、P 社と S 社との間の無形資産の使用許諾取引に係る対価を直接算定することに代え、比較対象取引の営業利益率により S 社の機能に見合う通常の利益を計算し、これを超える S 社の残余の利益の特許権及び製造ノウハウの使用許諾に係る対価の額として間接的に独立企業間価格を算定するため、S 社を検証対象の当事者とする取引単位営業利益法に準ずる方法と同等の方法を最も適切な方法として選定することが妥当と認められる。」としている。

以下、図表 14 において、3 つのモデルにより超過収益額を基礎とした独立企業間価格算定方法の適用についてそのイメージを提示する。モデルのケースにおいて、図表 3 で紹介した 20 世紀型モデルを前提としており、親会社（日本法人）、製造子会社（外国法人）及び販売子会社（外国法人）の一連の取引を想定している。ここでは、製造子会社は、親会社の研究開発した技術を使用して製品を製造しており、これを親会社に販売している。そして、親会社は、当該製品を販売子会社に再販売し、販売子会社はこれを第三者に販売する（当該 3 者の間で、明示的に無形資産取引として考えられるものは、製造子会社と親会社の間の技術に係る使用許諾取引のみであろう）。

しかしながら、①のモデルにおいては、活動による貢献を認め、製造子会社、親会社及び販売子会社すべてに「重要な無形資産」があると考え、RPS 法により利益を分割している。従って、結果として、製造子会社から親会社への追加ロイヤルティ（製造子会社における当初の残余利益 5－残余利益のうち製造子会社に分割配分された利益 2＝3）が発生しており、且つ、販売子会社におけるマーケティングに係る無形資産を認めていることにより、親会社から販売子会社へ当該無形資産に係る対価（残余利益のうち販売子会社に分割配分された利益 6－販売子会社における当初の残余利益 5＝1）を支払うことになる。このケースにおいては、企業グループの取引に係る合算利益 65 から、販売子会社に 27、親会社に 26、製造子会社に 12 が分割される。結果として、外国法人である販売子会社がマーケティングに係る無形資産を理由として、一番を多く利益を享受することとなった。

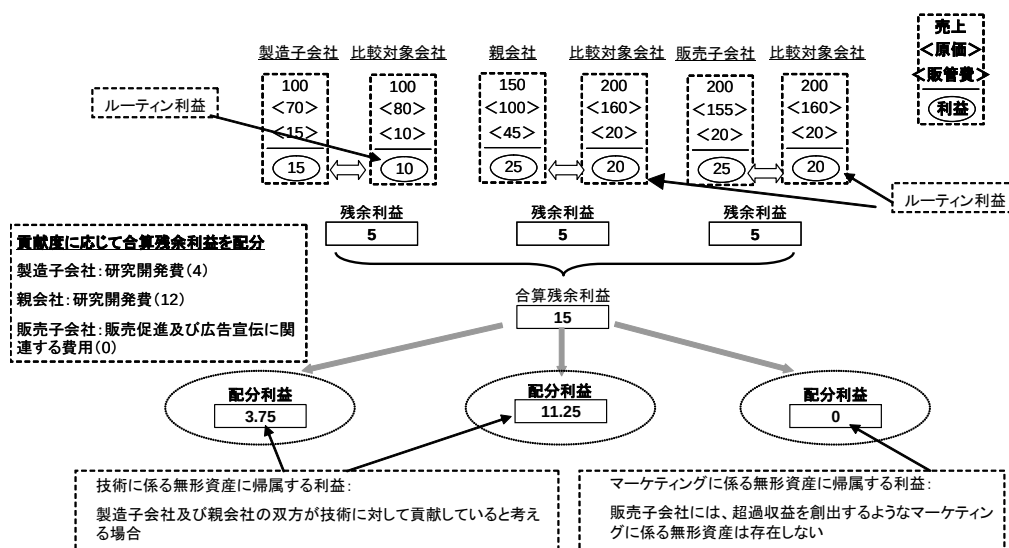
図表 14－① 超過収益額を基礎とする方法の適用イメージ（RPS 法）



次に、②として、販売子会社におけるマーケティングに係る無形資産を認識せず、販売子会社は通常の販売活動のみを行っている場合を想定する（他の条件は①と同様）。この場合、残余の利益は技術にかかる無形資産に貢献する製造子会社及び親会社で分割することとなる。その結果、製造子会社から親会社への追加ロイヤルティ（製造子会社における当初の残余利益 5－残余利益のうち製造子会社に分割配分された利益 3.75＝1.25）が発生しており、且つ、販売子会社は超過収益分（販売子会社における当初の残余利益 5－残余利益のうち販売子会社に分割配分された利益 0＝5）を親会社へ支払うことになる。販売子会社と親会社間の取引においては、一方の販売子会社に係る営業利益を比較対象会社により決定し、他方の親会社に超過利益を寄せる方法であることから、TNMMが適用されていると解する¹¹⁵ことができる（販売子会社から親会社への支払いは製品の価格の調整もしくは親会社の保有する販売活動に関連する無形資産を販売子会社で使用するものの対価と考えられる）。このケースにおいては、企業グループの取引に係る合算利益 65 から、販売子会社に 20、親会社に 31.25、製造子会社に 13.75 が分割される。外国法人である販売子会社がマーケティングに係る無形資産を認識しない結果、親会社が一番を多く利益を享受することとなった。

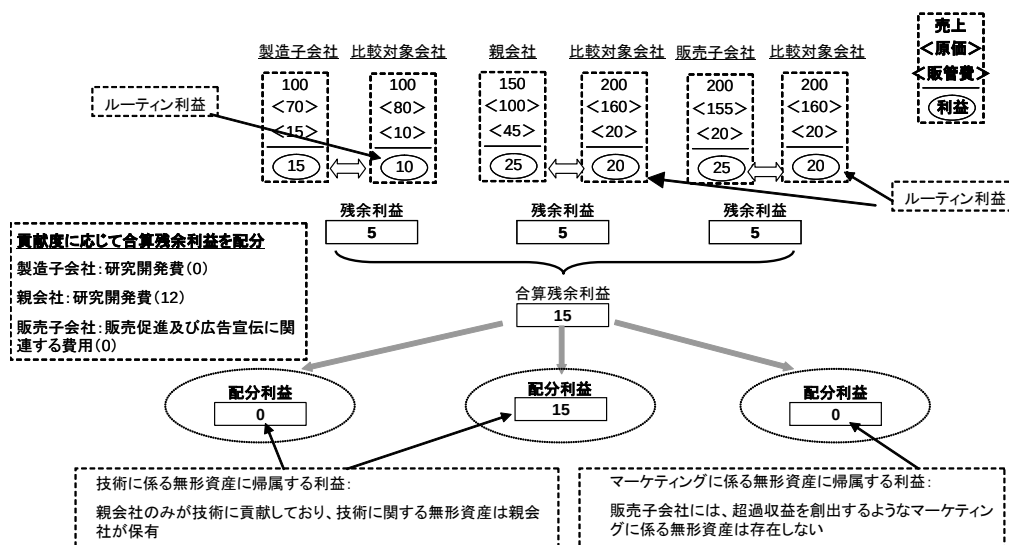
¹¹⁵ 措置法施行令 39 条の 12 8 号ハに定める RPS 法の規定においては、「（１）及び（２）に掲げる金額につき当該法人及び当該国外関連者ごとに合計した金額がこれらの者に帰属するもの（下線筆者）」とあることから、一方にしか無形資産が認められない場合は RPS 法の適用はなく、双方に重要な無形資産がある場合のみに適用されることが考えられる。

図表 14-② 超過収益額を基礎とする方法の適用イメージ (RPS 法/TNMM)



最後に、③として、製造子会社及び販売子会社はどちらも通常の活動を行っており、重要な無形資産を保有していないことを想定したモデルを考える。このモデルにおいては、一方の営業利益を比較対象取引により決定し、他方に超過利益を寄せる方法であることから、製造子会社及び親会社間の取引、並びに販売子会社及び親会社間の取引双方に TNMM が適用されていると解することもできる。このケースにおいては、企業グループの取引に係る合算利益 65 から、販売子会社に 20、親会社に 35、製造子会社に 10 が分割される。親会社に全ての超過利益が分配されることから、親会社がさらに多く利益を享受することとなった。

図表 14-③ 超過収益額を基礎とする方法の適用イメージ (TNMM)



以上のモデルより、どのような無形資産を認識し、誰に帰属させるかにより大きく移転価格が変わり、当事者の所得が変化することが分かる。モデルにおいては、単純化のため、同様の比較対象取引を用い、同様の利益分割指標を用いているが、比較対象取引の選定（並び

に幅・ポイントの決定）及び（残余利益の分割に使用される）貢献度指標としての費用の範囲が異なれば、結果がまた大きく変わることはいうまでもない。特に比較対象取引の選定に関して、税制改正により、ベストメソッドルールが採用され、独立企業間価格の幅が課税の判断の根拠として認められた背景として、比較可能性の高い比較対象取引を特定するのが難しい現実において、統計的手法を利用した複数の比較対象取引による独立企業間価格の算定を認め、比較対象取引の一定程度の比較可能性が担保されることを要求していることが考えられる。

v. 無形資産の絡む移転価格問題の整理

本章を振り返り、無形資産の絡む移転価格問題を、次のとおり、整理する。

（１）無形資産の認識における問題

無形資産の定義がそもそも曖昧であるため、どのように識別し、認識するかが困難である。広義での無形資産を認識するか、狭義での無形資産を認識するかという問題がある。また、それを一体として捉えるのか、それともそれぞれ別個のものとして捉えるのかという問題もある。

さらに、その認識において、認識された無形資産の所有権を誰に認めるかということも論点になる。法的所有権及び経済的所有権の両方の観点から考えるのが実務的アプローチであるが、どちらを重視するかによって、関連者間の利益配分に影響を与えるため、移転価格税制の執行上の大きな問題となっている。

（２）無形資産取引の把握における問題

無形資産の取引においては、無形資産の固有性並びに関連者間の無形資産取引に係る取極めの特殊性に留意して、取引を把握することが求められる。一方で、その把握において、無形資産の固有性並びに関連者間の無形資産取引に係る取極めの特殊性を根拠として、税務当局が、関連者間で合意された私法上の取引としての形態を否定し、「経済的実態」に引き直すものとして取引の再構築を行う場合があり、これが移転価格税制執行上の問題となっている。また、このような取引の再構築は、「経済的所有権」を根拠として行われることが多い。

（３）無形資産取引の評価における問題

無形資産取引の独立企業間価格においては、主に利益法が用いられているが、利益法においては、どのように無形資産を認識し、どのように取引を把握するかにより、大きく算定結果が異なる可能性がある。独立企業間価格の算定においては、使用する資産、果たす機能及

び負担するリスクに見合うリターンを各当事者が得るべきであるというコンセプトのもとで、誰が、どこで、何を使って、何をしているかということの把握が、大きな影響を及ぼす。従って、上記（２）において指摘した取引の把握の難しさと相俟って、評価者によって大きく評価が分かれることが起こりうるのである。

また、技術的な問題として、具体的な手法（比較対象取引の選定、残余利益の分割に使用する貢献度指標の決定）によっても、大きく算定結果が異なる可能性があることにも留意が必要である。

III. 問題の研究

i. 無形資産取引等を通じた国外への所得移転

国際的には、多国籍企業のグループが、機能やリスクの限定的な子会社への転換等の形式を利用した事業再編を通じて、税負担を軽減するタックス・プランニングを広く行ってきたことで、無形資産取引等を通じた国外への所得移転が問題視されるようになってきた。

移転価格税制における独立企業間価格の算定は、使用する資産、果たす機能及び負担するリスクに見合うリターンを各当事者が得るべきであるというコンセプトが用いられることから、そのようなタックス・プランニングにおいては、自国より税率の低い軽課税国へ機能、リスク、もしくは資産の移転を行うことで、移転価格を通じてこれと相関して、自国の所得が当該軽課税国へ移転されることになる。国外への事業活動もしくは資産の移転は、移転価格税制のもとでの（所得・税収に係る）問題だけではなく、自国における雇用の問題も引き起こす¹¹⁶ため、多国籍企業が所在する国では重大な問題として取り扱われている。

本節においては、このようなタックス・プランニングが実際行われているかについて財務数値等からの定量的な検証を行い、次節においては、定量的な検証に基づく現状の認識を踏まえたうえで、無形資産が移転価格問題について判例等による定性的な検証を行うこととする。

a. 米国における無形資産取引等を通じた所得移転に関する研究

既述のとおり、無形資産の絡む移転価格問題は、米国においても重要論点として位置づけられてきた。上下両院合同租税委員会（Joint Committee of Taxation。以下、「JCT」という）は、移転価格税制に関し、1987年に白書を作成するなど、無形資産の絡む移転価格問題について、長きに亘り研究を行い、問題点の指摘及び改善への提言を行っている¹¹⁷。2010年7月22日に開催された米国下院歳入委員会の公聴会において、JCTスタッフが無形資産取引等を通じた所得移転に関して、証言を行っている。

¹¹⁶ David Wessel, “U.S. Firms Keen to Add Foreign Jobs,” Wall Street Journal, November 22, 2011 によれば、米国多国籍企業が2000年代において、アジアにおいて1,500,000人、ラテンアメリカにおいて477,500人の雇用を創出した一方で、自国においては864,000人の人員削減を行っているとされている（米国商務省のデータに基づくものとされる）。

¹¹⁷ 米国においては、他に、会計検査院（Government Accounting Office）による国外への所得移転の研究も継続的に行われている。例えば、2008年8月に公表されたレポート“U.S. MULTINATIONAL CORPORATIONS: Effective Tax Rates Are Correlated with Where Income Is Reported”においては、米国の多国籍企業について、国外所得と実効税率の関係について研究をしている。

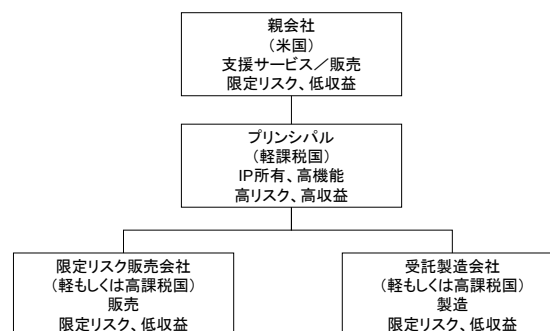
1) 無形資産取引等を通じた所得移転に関するケーススタディ

JCT スタッフの証言において、近年における米国多国籍企業の無形資産取引等を通じた所得移転に関するケーススタディの報告がされている。まず、ケーススタディの前提として、無形資産取引等を通じた所得移転が行われる基本的なモデルとして、図表 15 のモデルが紹介されている。当該モデルにおいては、軽課税国に収益性の高い機能を集中させ、軽課税国で無形資産を一括管理する一方、高課税国では機能を限定する。限定された機能の会社として、限定リスク販売会社や受託製造会社とし、移転価格の算定を単純化する¹¹⁸。取引としては、受託製造会社から軽課税国に所在する収益性の高い機能を果たすプリンシパル（基幹会社）に製品が販売され、当該製品がプリンシパルから親会社及び限定リスク販売会社に販売されることを想定している。（米国の観点で）移転価格税制の直接の対象となるのは、親会社がプリンシパルに対して行う支援サービス、プリンシパルから米国への製品の販売となる。

ここで、米国外での製品の販売に係る収益は、限定リスク販売会社、受託製造会社、及びプリンシパルで計上され、米国では計上されない。無形資産から生ずる収益もプリンシパルが享受することとなることとなるため、多国籍企業の親会社である米国において計上される収益は限定的となり、所得移転の可能性が考えられる。

以下において、このようなモデルを想定して選定された JCT のケーススタディを紹介し、検討を加える。

図表 15 無形資産取引等を通じた所得移転の基本モデル



2) ケーススタディの概要

報告されたケーススタディは、米国内外で活発な事業活動を行う 100 社から選定されている¹¹⁹。これらの多国籍企業においては、グループ連結（全世界）ベースで見た実効税率が米

¹¹⁸ 限定的な機能に対する限定的なリターンを、TNMM により算定するパターンが多い。

¹¹⁹ 対象選定は、ランダム・サンプルによるものではない。

国における法定税率よりかなり低く、軽課税国への無形資産取引等を通じた所得移転が実態として起こっていると考えられる。

下表からも明らかな通り、サンプル6社について、次のような共通した特徴が見られる。

①税引き前利益（所得）のうちかなりの部分が、米国外で得られている。

②税引き前利益（所得）のうち米国外の占める割合が、売上のうち米国外の占める割合よりも大きい。

③米国外で得られた利益のうち、かなりの部分が、現地で留保・投資されており、米国に還流していない。

図表 16 JCT によるケーススタディの概要¹²⁰

	Alpha	Bravo	Charlie	Delta	Echo	Foxtrot
業種	消費財	産業用財・サービス (高技術)	産業用財	消費財 (高技術)	消費財 (高技術)	消費財
取引の態様	使用許諾	CCA	使用許諾	使用許諾	使用許諾 及びCCA	CCA
売上	\$100 bil	\$100 bil	\$100 bil	\$100 bil	\$100 bil	\$100 bil
(内米国)	60%	50%	60%	50%	60%	50%
(内米国外)	40%	50%	40%	50%	40%	50%
税引き前利益	\$8 bil	\$30 bil	\$7.5 bil	\$20 bil	\$25 bil	\$10 bil
(内米国)	30%	33%	10%	10%	25%	2%
(内米国外)	70%	67%	90%	90%	75%	98%
実効税率 ¹²¹	15-20%	20%	10%	10-15%	20%	16%
還流されないオフショア利益 ¹²²	\$35 bil	\$60 bil	\$30 bil	\$80 bil	\$70 bil	\$50 bil

ここで、採用された6社のサンプルからDelta社を例として紹介し、軽課税国への無形資産取引等を通じた所得移転が起こる仕組みについて考察する。JCTによるDelta社に係る事業モデルの説明は以下のとおりである。

Delta社（米国法人）は相当の時間及び金銭を投じて新規製品の研究開発を行っている高技術の消費財を扱う会社である。新規製品の研究開発が十分にすすみ、販売への方向性がみえた段階で、グループのオランダ法人にロイヤルティを対価として当該製品に係る知的財産権（Intellectual Property, IP）を使用（開発）する権利を与える。開発段階での供与は、製品

¹²⁰ Joint Committee of Taxation, “Present Law and Background Related to Possible Income Shifting and Transfer Pricing,” JCX 37-10, July 20, 2010 及び Martin A Sullivan, “Medtronic Moves Jobs, Profits Out of U.S.,” Tax Notes International, August 23, 2010 をもとに作成。数値は、（シミュレーションのための）概算値を使用している。

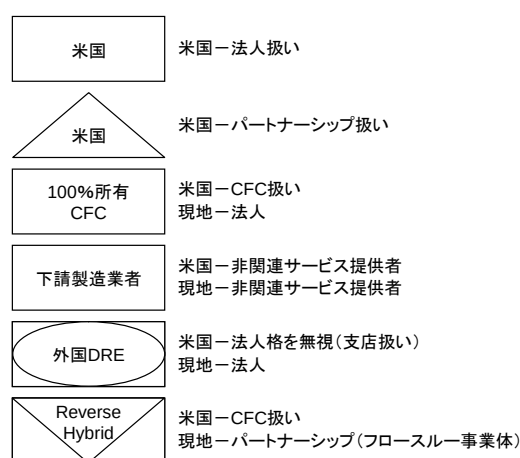
¹²¹ 米国における法定実効税率として 35% を想定。

¹²² 1999 年からの累積金額を示す。

が完全に開発された場合のロイヤルティよりも低いロイヤルティを正当化するものとする。一方、米国での研究開発費は全て損金に算入する（税額を引き下げる）。

オランダ法人等の製造業者は、製品が第三者に対して販売する準備が整った段階で、Delta 社の IP を使用して製品を製造し、米国法人もしくは販売業者に販売する。オランダ法人はそのリスクが製造リスクのみであるにもかかわらず、高い利益を享受しており、これはオランダにおいて再投資され米国に還流されていない。調査対象期間におけるオランダでの税率は約 5% であった。その結果、Delta 社における税引き前利益のうち米国分は 10% 程度に過ぎず、米国に還流されない利益は 800 億ドルに上る。

図表 17 JCT によるケーススタディーDelta 社
モデルで使用される図の説明¹²³

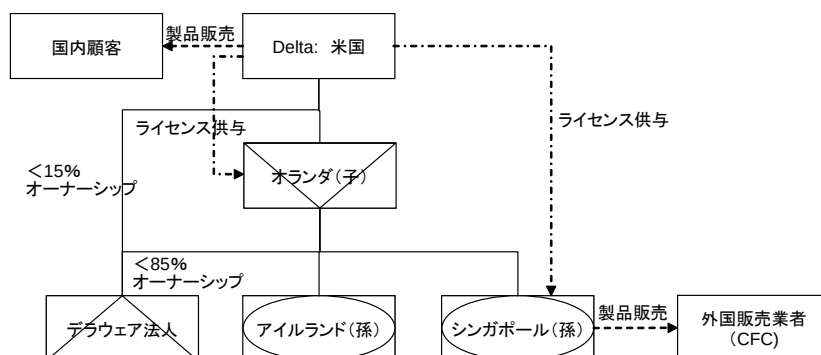


外国子会社合算税制の概要¹²⁴

- CFC がグループ内企業からロイヤルティを受領した場合、課税となる
- チェック・ザ・ボックス・ルールと CFC の ルック・スルー・ルールを利用することにより、クロスボーダーの支払いについては現行法上では課税にならず
- 一般に、CFC が CFC 外で設立された法人又は者から購入し、それを CFC 外で設立された法人又は者に販売することによって得られる所得については、そのうちのいずれかの者が関連者である場合に対象となる
- CFC が製造業者の場合、現行の米国税制では米国での合算課税なし(製造業者適用除外)

¹²³ CFC は、被支配外国子会社（Controlled Foreign Corporations）をさし、DRE は、法人格を無視される事業体（Disregarded Entity）をさす。米国における外国子会社合算税制（サブパート F）対策として組織の形態が決定されている。このケースにおいては、一定の支店ルールに従って、チェック・ザ・ボックス・ルールを利用しており、製造業者適用除外と関連者間取引ルールによる適用除外を受けることができると考えられる。

¹²⁴ 川田剛「米国多国籍企業による所得移転－2010 年 7 月 22 日 JCT ヒヤリング－」国際税務 2010 年 7 月号（2010）

Delta 社のケース¹²⁵

このケースにおいて、まず興味深いのは、外国子会社合算税制の枠組みを利用して、CFCにおける（いわゆる外—外の）取引を米国における合算対象とはしないように取引が構築されていることであろう。そして、移転価格税制の観点からは、米国と外国子会社とのライセンス供与において、その供与のタイミングを利用し、より低いロイヤルティを独立企業間価格として正当化する準備がされていることが論点となると考えられる。そもそも、開発途中でライセンスを供与した場合、開発終了に近いとはいえ、その時点の無形資産の価値がまだ開発終了後ほど高くないため、ロイヤルティは低くてよいといえるかもしれない。また、同時に、経済的所有権等を検討する際にしばしば議論になる「無形資産の形成後の価値の向上への貢献をどう捉えるか」という問題を惹起させるケースであるともいえる。もし、開発途中でライセンスを供与したオランダ法人により無形資産の価値の向上への貢献があったと認めるならば、オランダ法人はこの貢献に対して無形資産から生ずる収益を一定割合で享受すべきであり、従って、米国法人に支払うロイヤルティは（その分）低くなってもいいということが理論的には可能である。

公聴会において、Delta 社を含む 6 社のケースを紹介し、証言を行った Thomas A Barthold 氏（JCT 事務局長）は、米国及び外国の多国籍企業において、移転価格税制の明確な適用ルールがないことにより、軽課税国への所得移転が可能になっているとしている。そして、これらの多国籍企業は、全世界ベースで見ると、米国で定められる法人税率よりもはるかに低い負担しかしていないと結論付けている¹²⁶。

¹²⁵ ①オランダ法人：持株会社—製造業務を行う、②デラウェア法人（LLC）：米国税務上はパートナーシップ、外国税法上は法人 管理及び無形資産のライセンス供与を行う、③アイルランド法人：支店扱い—ライセンス供与を受け、製品の製造販売を行う、④シンガポール法人：支店扱い—ライセンス供与を受け、製品の製造販売を行う

¹²⁶ 川田剛「米国多国籍企業による所得移転—2010 年 7 月 22 日 JCT ヒヤリング—」国際税務 2010 年 7 月号（2010）

3) 米国企業の財務数値等にもみる所得移転の現状（ケーススタディ）

ここで、個別の米国企業の財務数値等を用いた分析を紹介したい。当該分析は、前述の2010年7月22日下院歳入委員会の公聴会において証言を行った Martin A Sullivan 氏が、JCT によるケーススタディの分析をうけ、後に行ったものである¹²⁷。

同氏は、事例として、Medtronic, Inc.（以下、「メドトロニック」）に係る分析を実施している。メドトロニックは世界的な医療機器メーカーであり、全世界 100 カ国超において、その製品を販売している。メドトロニックは、また、米国において移転価格に係る税務争訟が度々おきている企業としても有名である。同社の 2003 年年次報告書において、1997 年～1999 年の税額につき IRS より移転価格の調整を提示されたことが明らかである。また、2008 年に IRS が出した更正通知について、同年、税務裁判所に申立を行っており、2010 年 6 月 25 日に判断が下されている¹²⁸。当該事案において、IRS はメドトロニックのスイス子会社が既に存在していた無形資産を使用する権利の対価として 53.6 百万ドル支払うべきだったと主張しており、当該主張が受け入れられたものと考えられる¹²⁹。また、直近では、2010 年に IRS が出した更正通知について、2011 年 3 月 27 日に税務裁判所に申立¹³⁰を行っており、現在も係争中である。

Martin A Sullivan 氏は、詳細な機能分析及び財務分析なしでは移転価格を評価することは不可能であるが、JCT の 6 社のケーススタディのように、メドトロニックの数値は潜在的に移転価格を通じた所得の移転が起こっていることを示唆するものであると指摘している。以下において、同氏が分析に使用した数値を紹介する。

図表 18-①は、メドトロニックの実効税率の推移を示しており、図表 18-②は米国外の活動に起因する実効税率の削減を示している。図表 18-①においては、2000 年以降メドトロニックの実効税率が大幅に低下してきていることを示している。特に 2000 年代後半には、米国における税率と比較して、かなり低い水準となっている。また、これに符号するように図表 18-②において、2000 年代後半の数値が伸びている。2000 年当初は、ほぼゼロに近い

¹²⁷ Martin A Sullivan, “Medtronic Moves Jobs, Profits Out of U.S.,” Tax Notes International, August 23, 2010。以降のグラフは、同記事（数値は、メドトロニックの年次報告書の数字に基づく）を参照し、筆者が作成したものである。なお、Martin A Sullivan 氏は、後の誌面でマイクロソフト社に係る分析も行っているが、本稿では割愛する。

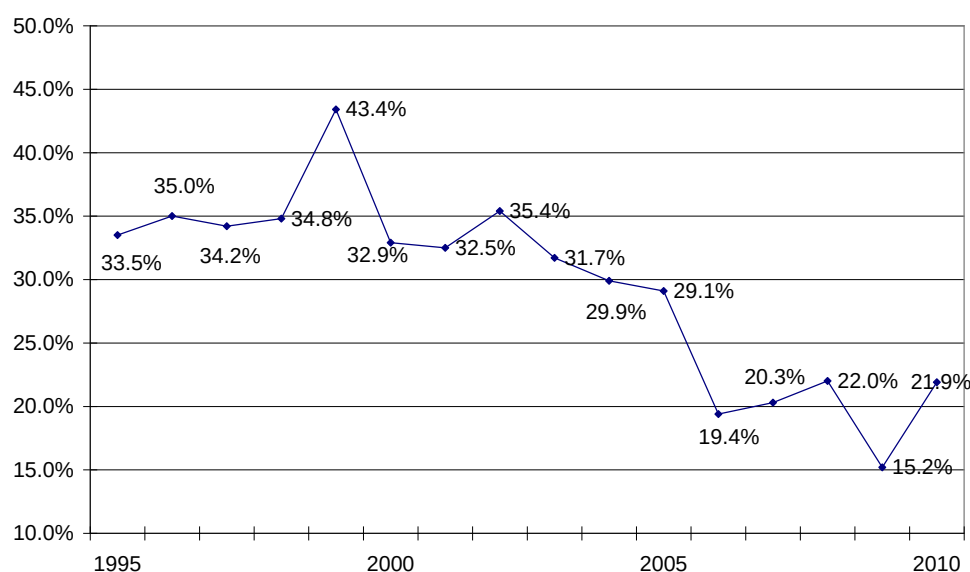
¹²⁸ Medtronic Inc. v. Comr., T.C., No. 17488-08, joint status report filed 6/25/10

¹²⁹ Tamu N. Wright, “Medtronic, IRS Reach Tax Court Settlement For Buy-in, Agreement Covers 1997-2008,” Tax Management Transfer Pricing Report, July 29, 2010

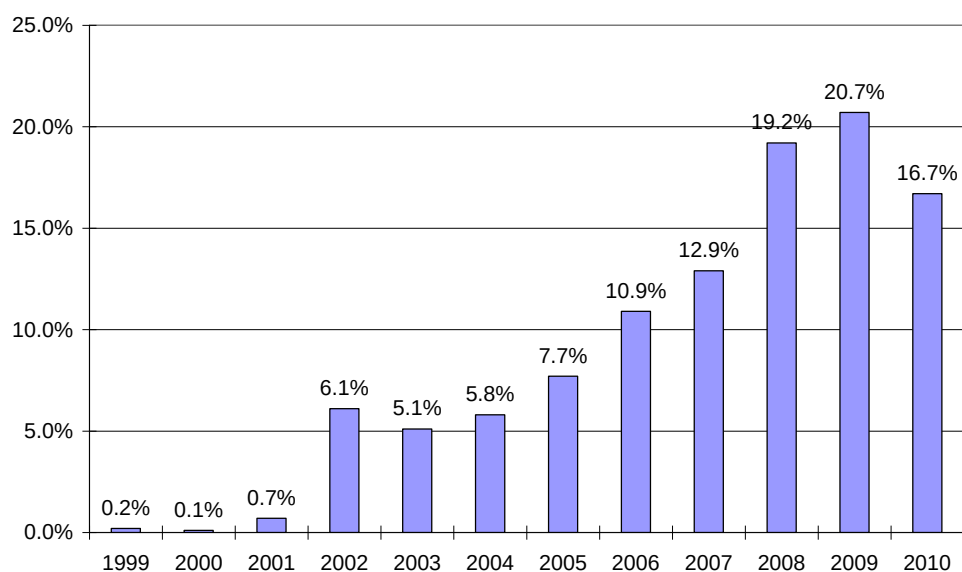
¹³⁰ Docket No. 6944-11

水準であったものが、2008 年及び 2009 年においては 20%に近い数値となっており、実効税率の低減が主に国外での活動に起因していることが明らかである。

図表 18－① メドトロニックー実効税率の推移

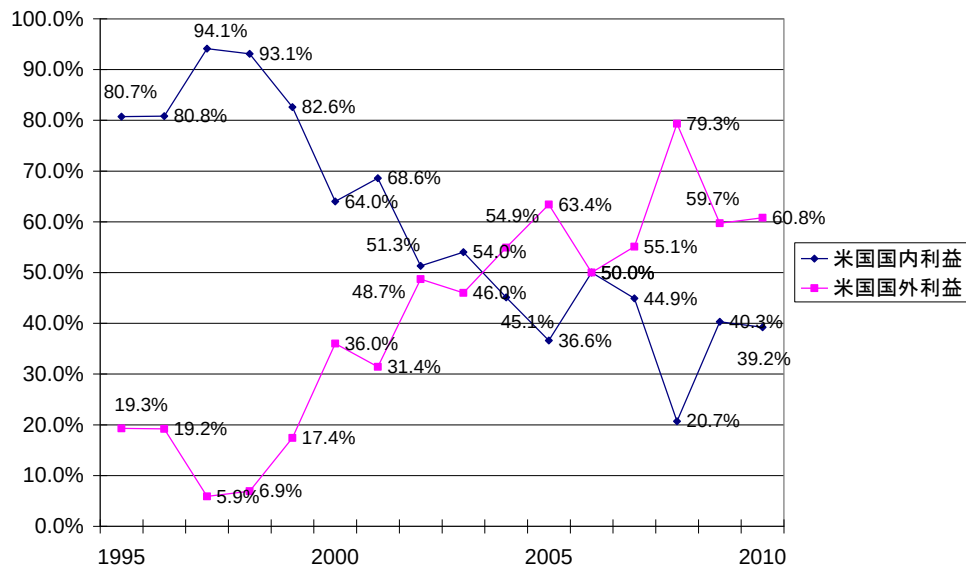


図表 18－② メドトロニックー国外での活動に起因する税率の削減

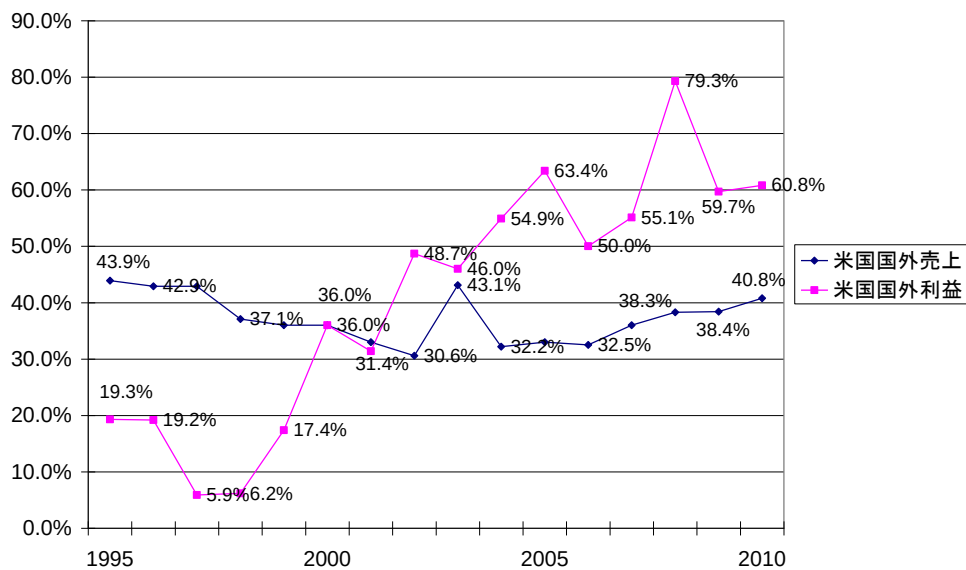


次に、図表 18－③は、メドトロニックの連結利益のうち米国国内及び米国国外の割合を示すものであり、図表 18－④は、メドトロニックの米国国外の活動割合を売上及び利益で示すものである。図表 18－③において、2004 年に米国国外利益の割合が米国国内利益の割合を超過し、以降、米国国外利益の割合の方が多くなっている。一方、図表 18－④をみると、売上ベースでは、米国国内の割合は一定水準を保っているように見受けられる。売上ベースにおける米国国外の割合が 40.8%であるのに対し、利益ベースにおける米国国外の割合が 60.8%であることは、事業の実態があまり変わらないにもかかわらず利益が国外へ移転されていることを示唆しているかもしれない。

図表 18-③ メドトロニックー利益の国内割合



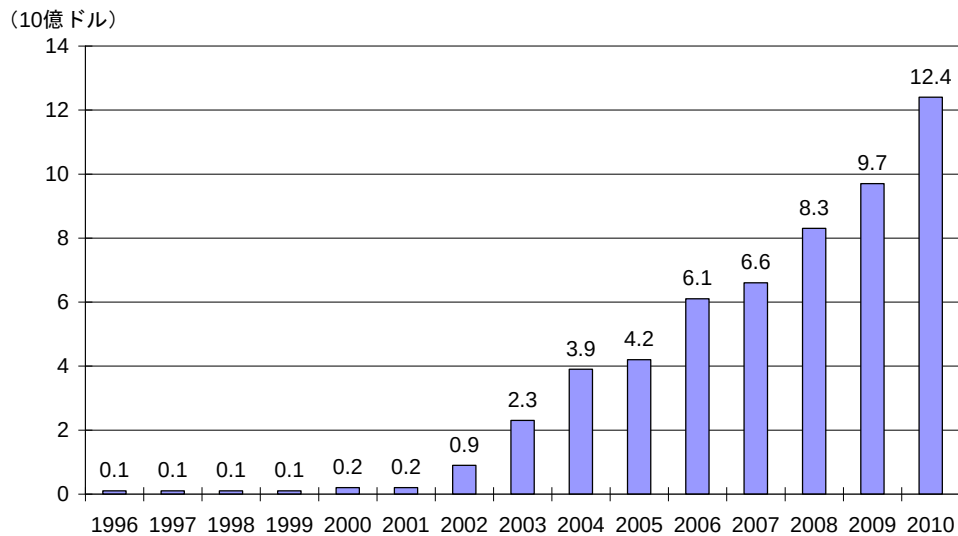
図表 18-④ メドトロニックー国外活動の割合（売上及び利益）



最後に、図表 18-⑤では、（米国国外での利益割合が増えた結果として）国外で留保された累積利益を示している。2000 年以降、国外で留保され米国に還流されない利益は増加し続けていることが分かる。なお、2006 年において増加幅が少ないのは、2006 年に同社が雇用創出法の規定を利用し、米国へ 933.7 百万ドルの利益の還流を行ったためである¹³¹。

¹³¹ 2004 年雇用創出法では、米国多国籍企業に海外子会社の収益の還流を促し、これによって米国での投資と雇用創出を増加させることを意図した特別規定が定められた。当該規定によって、米国多国籍企業は海外子会社からの受取配当の 85%を米国の課税所得から控除することが可能になった。

図表 18－⑤ メドトロニックー国外で留保された累積利益



4) 小括－米国企業における所得移転の現状

JCTによるケーススタディ及びメドトロニックの分析から、米国においては、税務効率性を追求するためのタックス・プランニングが活発に行われ、現行の税法の枠組みの中で、無形資産取引等を通じた所得の国外への移転が起こっていると観察できる。これは、「意図された」所得の国外への移転が起こっていることを示唆するものと捉えることができる。

次項においては、JCTによるケーススタディ及びメドトロニックの分析を参考に日本における所得移転の現状について検証を行う。

b. 日本企業における所得移転の現状

米国において高度に技術化されたタックス・プランニングが活発に行われてきた一方で、日本の企業においては、それほど活発にタックス・プランニングが行われていないというのが、一般的な見解である。本節においては、この見解について、財務数値等を用いた分析により検証する。

1) 日本企業の税務効率性

まず、無形資産がその経営に大きな影響を与えることが認知されている製薬業界を例にとり、税務効率性を検証している¹³²。図表 19 においては、分析の前提に基づき選定された製

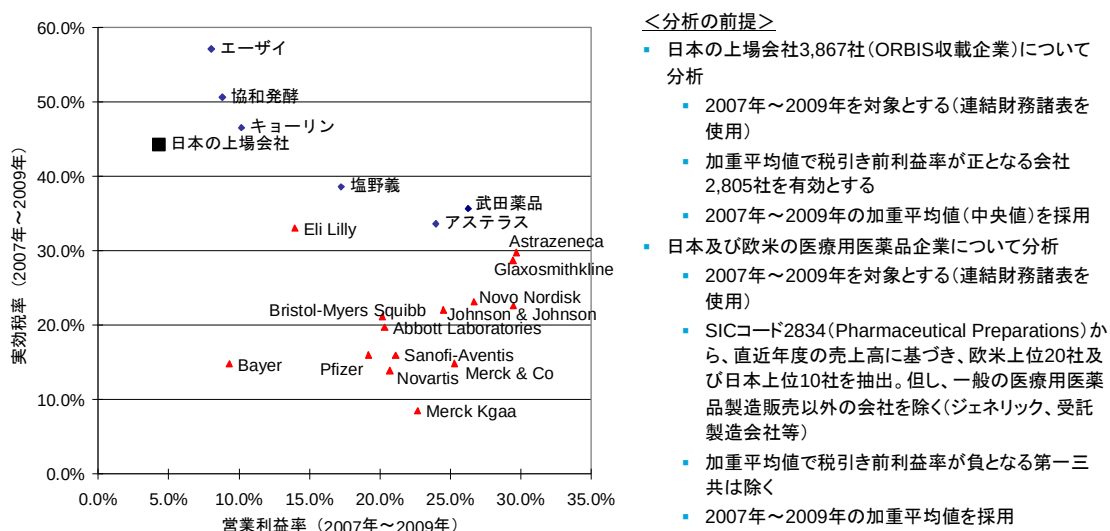
¹³² 分析には、ビューローヴァンダイク社のデータベース ORBIS を使用した。ORBIS は、5,000 万社超の企業の情報を収載する全世界ベースのデータベースである。当該データベースには、各地における情報提供者より寄せられた企業情報及び財務情報が搭載されており、日本企業は上場及び未上場企業含めて約 50 万社が収載されている。なお、本分析は 2010 年 11 月に実施している。

薬業界における代表的な企業について、営業利益率及び実効税率¹³³を示している。なお、その比較において、日本の上場会社を対象とした分析も行い、全ての産業における状況との比較も併せて示している。

図表 19 から明らかなとおり、同業界における比較に関しては、欧米の製薬会社が総じて低い実効税率を示す一方で、日本の製薬会社はその収益性に拘らず比較的高い実効税率を示している¹³⁴。これは、日本の製薬会社においては、それほど活発なタックス・プランニングが行われていないということを示唆している。

また、製薬業界における企業は全て日本の上場会社（中央値）と比して高い営業利益率を計上している。重要な無形資産を基盤に行う事業であり高付加価値産業であることを裏付けているといえる。日本の上場会社（中央値）は 44.3%を示しており、日本の法定実効税率が約 40%であることに鑑みれば、日本企業は税を支払い過ぎているともいえ、ほとんどタックス・プランニングが行われていないことを示唆するものであるといえる。

図表 19 製薬業界における日本企業の税務効率性



2) 日本企業の財務数値等にもみる所得移転の現状（ケーススタディ）

次に、Martin A Sullivan 氏によるメドトロニックの分析を参考として、特定の日本企業を対象として類似した分析を行った。分析対象企業として、HOYA 株式会社（以下、「HOYA」）、武田薬品工業株式会社（以下、「武田薬品」）及び TDK 株式会社（以下、

¹³³ 当該分析及び以降の分析において、便宜的に、実効税率は連結財務諸表における税引き前利益に対する法人税等の額の割合を示すものとする。

¹³⁴ 法定実効税率約 40%を基準とすると、これより高い実効税率の会社と低い実効税率の会社とのばらつきはある。

「TDK」) を取り上げている。本分析においては、それぞれの会社について、実効税率、売上及び利益における日本セグメントの割合¹³⁵、及び従業員数における親会社の割合¹³⁶を算出している。各企業につき、国内子会社も存在することから、従業員数における親会社の割合は必ずしも国内・国外の割合を算出するものではなく、あくまで参考として示しているに過ぎない（そのため具体的な数値を図に表示しない）ことに留意されたい。また、本分析の目的は、あくまで所得移転の兆候を計測することであり、詳細な機能分析及び財務分析なしでは移転価格を評価することは不可能であることを申し添えたい。なお、分析には、前出のデータベース ORBIS 及び各社の有価証券報告書を使用している。

まず、第一のケースとして HOYA をとりあげる。HOYA は、国内初の光学ガラス専門メーカーとして 1941 年に設立された企業であり、以来、高度なオプティクス技術をもとに多角化をすすめ、情報通信、アイケア、さらに医療、映像等の領域において事業を展開するグローバルな企業へと発展している。有価証券報告書（2011 年 3 月期）によれば、連結子会社 102 社のうち 98 社が海外に所在しており、グローバルに事業を展開する日本企業の代表例と考えられる。

図表 20-①によれば、売上における日本国内の割合が一定水準を維持しているのに対し、利益における日本国内の割合が逡減していることが分かる。これは、海外事業によって、利益が（徐々に）国外へ（多く）移転している可能性があることを示唆している。

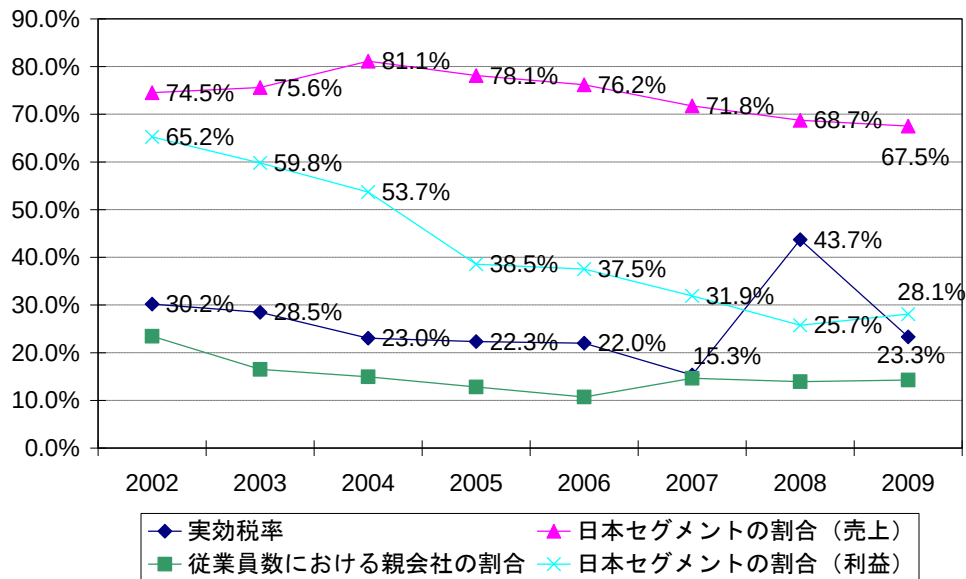
一方、実効税率の推移を見ると、2002 年度から 2007 年度までは日本の法定実効税率より低い水準にあり、且つ逡減の傾向が見受けられたものの、2008 年度にその数値が急激に上昇している。HOYA の有価証券報告書（2010 年 3 月期）によれば、2008 年度の高い実効税率は主にのれんの減損によるものであり、逆に、海外子会社の税率差異による実効税率の削減値は 32.8%に及んでいる。また、2009 年度においても、同削減値は 23.2%となっている。

従って、HOYA の売上及び利益の日本国内割合並びに実効税率の推移から、同社が海外事業を利用したタックス・プランニングをなんらかの形で行っており、所得移転の蓋然性があるといえる。

¹³⁵ 有価証券報告書における「セグメント情報」を使用している。2011 年 3 月期において、有価証券報告書のセグメント情報において開示される情報に変更があり、該当するデータが得られないため、分析は 2010 年 3 月期までを対象としている。

¹³⁶ 有価証券報告書における「従業員の状況」を使用。

図表 20－① 個別の日本企業の財務数値等を用いた分析－HOYA



会計年度	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2002-2009
会計年度末	3/31/2003	3/31/2004	3/31/2005	3/31/2006	3/31/2007	3/31/2008	3/31/2009	3/31/2010	
連結売上高	246,293	271,443	308,172	344,228	390,093	481,631	454,195	413,524	3,331,784
営業利益	52,984	62,826	84,920	99,863	107,125	94,493	28,636	64,328	669,586
営業利益率	21.5%	23.1%	27.6%	29.0%	27.5%	19.6%	6.3%	15.6%	20.1%

第2のケースとして、武田薬品を取りあげる。武田薬品は、創薬を含む研究開発を行う日本の製薬会社であり、現在、世界90カ国¹³⁷でその製品が販売されている。また、武田薬品は、米国における（第三者である）米国アボット社との50:50の合弁会社¹³⁸との取引に関して、2000年3月期から2005年3月期を対象として、移転価格税制に基づく更正処分をうけており、その更正所得金額が1,223億円に及んだことから、巨額の移転価格更正を受けた会社としても知られている（参照：図表8）。

図表20－②によれば、武田薬品は、売上の日本国内割合に比して、利益の日本国内割合のほうが高い水準にあり、日本では事業を行う他の国に比して利益を多く計上していることが分かる¹³⁹。

また、実効税率の推移をみると2006年度に高い水準であることがわかる。これは、上記の更正処分に係る地方税を含めた追徴税額は571億円を2006年7月に納付していることが影響している。なお、実効税率はほぼ日本の実効税率に近い水準で推移している（2009年

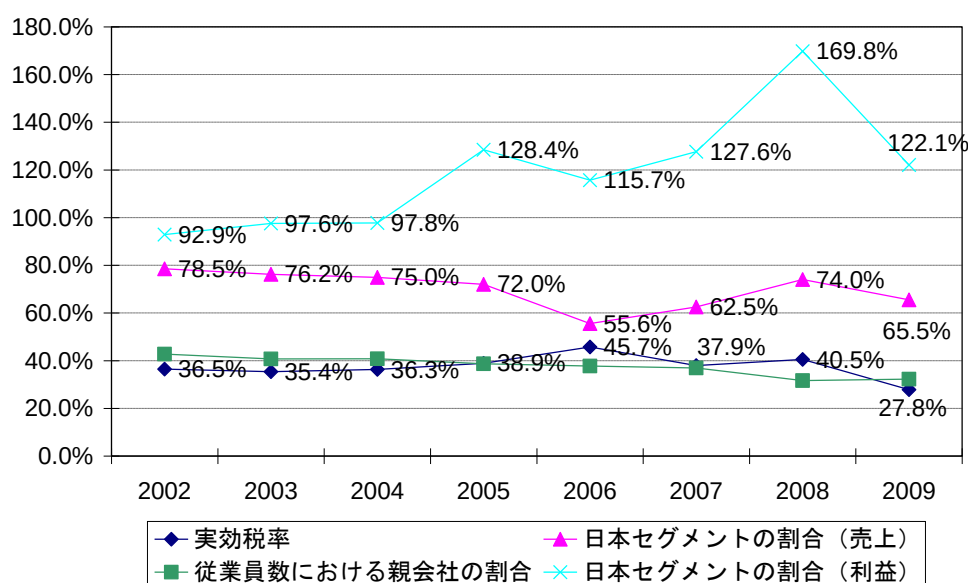
¹³⁷ 会社ホームページを参照。http://www.takeda.co.jp/about-takeda/（2011年12月時）

¹³⁸ 更正処分対象期間において合弁会社。2008年に完全子会社化。

¹³⁹ 利益の日本国内割合が100%を超過しているのは、分子として使用した日本セグメントの情報が内部利益を含むものであるのに対し、分母である連結営業利益は内部利益を消去した後の数値であるためである。

度に減少が見られるが、これは主に試験研究費等の税額控除及び連結子会社清算による影響である）。以上から、武田薬品に関して、売上及び利益の日本国内割合並びに実効税率の推移によれば、所得移転の蓋然性は低い。

図表 20-② 個別の日本企業の財務数値等を用いた分析－武田薬品



会計年度	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2002-2009
会計年度末	3/31/2003	3/31/2004	3/31/2005	3/31/2006	3/31/2007	3/31/2008	3/31/2009	3/31/2010	
連結売上高	1,046,081	1,086,431	1,122,960	1,212,207	1,538,336	1,374,802	1,305,167	1,465,965	11,571,334
営業利益	306,869	362,883	385,278	402,809	458,500	423,123	306,468	420,211	3,433,225
営業利益率	29.3%	33.4%	34.3%	33.2%	29.8%	30.8%	23.5%	28.7%	29.7%

最後に、第3のケースとして、TDKを取りあげる。TDKは、世界初の磁性材料「フェライト」の事業化を目的に1935年に創業し、このフェライトを源流として、主に電子素材及び電子部品を世界に提供している会社である。TDKも武田薬品と同様に移転価格税制による更正処分を受けた会社として有名である（参照：図表8）。なお、本稿においては、次節においてその裁決を取り扱う。

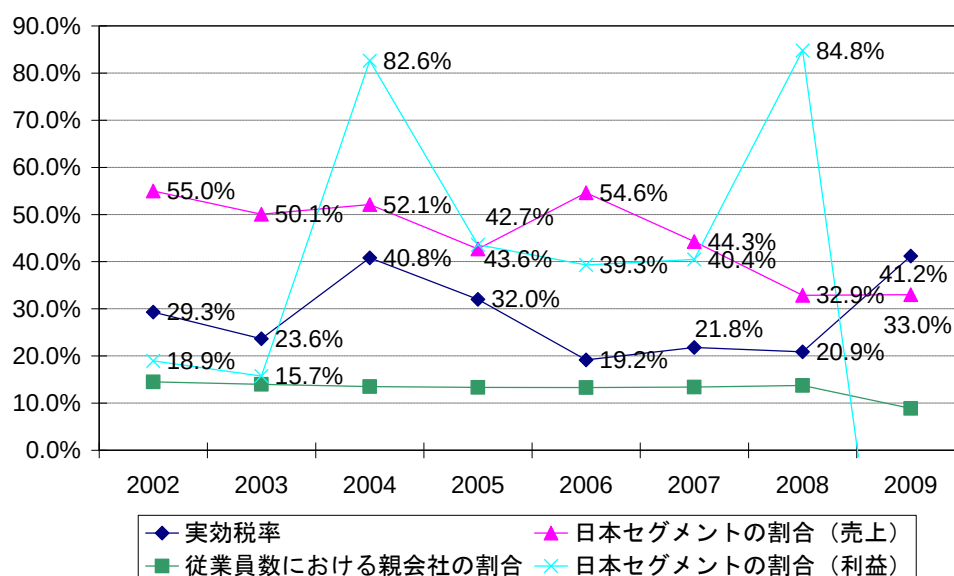
図表 20-③をみると、売上における日本国内割合は徐々に逡減の傾向があるもののほぼ一定の水準で推移している。一方、利益における日本国内割合は乱高下しており、兆候を見ることが難しい。利益の日本国内割合の値が著しく高いのは、2004年度及び2008年度であるが、2008年度においては、連結営業損失を計上しており、この損失が主に日本によるものであることを示している¹⁴⁰。

また、実効税率も期により変動しており、傾向をつかむことが難しい。従って、分析を追加し、各期の海外子会社の税率差による実効税率の削減値を図表 20-④に纏めている。全

¹⁴⁰ TDKの行う事業においては、製品のライフサイクルによる影響が強く、年度による利益の変動が激しいと推察される。

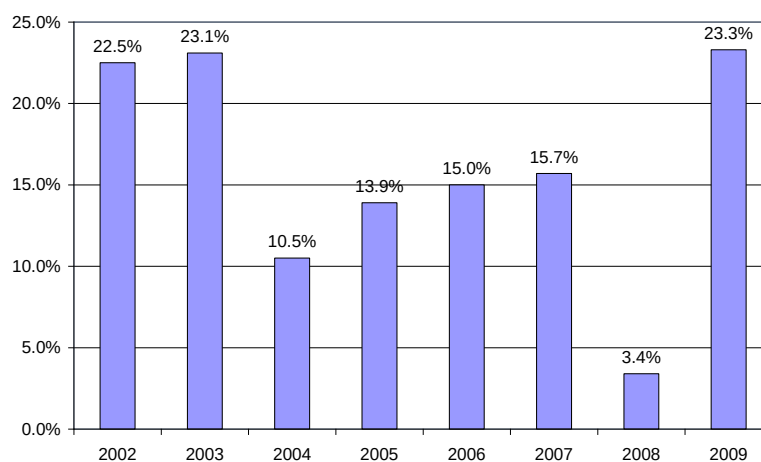
年度において、海外子会社の税率差による実効税率の削減値が出ているが、一定の傾向は認められない。以上から、TDKに関して、売上及び利益の日本国内割合並びに実効税率の推移から、所得移転の蓋然性を判断することは困難であるといえる。

図表 20－③ 個別の日本企業の財務数値等を用いた分析－TDK



会計年度	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2002-2009
会計年度末	3/31/2003	3/31/2004	3/31/2005	3/31/2006	3/31/2007	3/31/2008	3/31/2009	3/31/2010	
連結売上高	608,880	658,862	691,386	795,180	727,400	881,625	862,025	808,858	6,034,216
営業利益	27,425	54,322	59,830	60,523	79,590	87,175	-54,305	25,774	340,334
営業利益率	4.5%	8.2%	8.7%	7.6%	10.9%	9.9%	-6.3%	3.2%	5.6%

図表 20－④ 個別の日本企業の財務数値等を用いた分析－TDK



3) 小括－移転価格税制の執行と所得移転の蓋然性

日本企業においては、現状として、企業グループとしての実効税率を引き下げる効果のあるようなタックス・プランニングはそれほど活発には行われていないといえる。但し、特定

のグローバルに事業を展開する企業において、一定のタックス・プランニングが行われていることも観察でき、今後はそのような企業が増えるかもしれない。

移転価格税制に基づく更正処分を受けた企業例として、武田薬品及び TDK においては、本分析に用いた指標に基づけば、所得移転の蓋然性が低いもしくはその判断が難しいという結果となった。移転価格事務運営指針 2-1¹⁴¹は、移転価格税制上の問題の有無の判断として、まず、所得移転の蓋然性を検討することを示唆している。そして、その検討にあたっては、「形式的な検討に陥ることなく個々の取引実態に即した検討を行うことに配慮する。」とする。

所得移転の蓋然性が低いと思われる武田薬品の例をとると、武田薬品に係る移転価格更正処分は、米国における第三者との 50:50 の合弁会社との取引について行われている。日本の移転価格税制上は形式基準に該当するため当該合弁会社が国外関連者となり、移転価格税制の対象となるが、そもそも独立の第三者との合弁会社との取引である場合、当該合弁会社との取引は合弁パートナーの影響も同程度うけると推測されることから、本来的な意味における独立企業間取引である可能性も高い¹⁴²。当該問題は、本事案を受け、検討されたことから、2010 年 6 月 10 日改正において移転価格事務運営指針に合弁会社に係る規定が加えられている¹⁴³。なお、武田薬品は、当該更正処分について 2008 年 7 月に国税庁に対し米国との相互協議を申し立てたが、合意に至らず、2011 年 11 月相互協議が終了した。

¹⁴¹ 2-1 調査に当たっては、移転価格税制上の問題の有無を的確に判断するために、例えば次の事項に配慮して国外関連取引を検討することとする。この場合においては、形式的な検討に陥ることなく個々の取引実態に即した検討を行うことに配慮する。

(1) 法人の国外関連取引に係る売上総利益率又は営業利益率等（以下「利益率等」という。）が、同様の市場で法人が非関連者で行う取引のうち、規模、取引段階その他の内容が類似する取引に係る利益率等に比べて過少となっていないか。(2) 法人の国外関連取引に係る利益率等が、当該国外関連取引に係る事業と同種で、規模、取引段階その他の内容が類似する事業を営む非関連者である他の法人の当該事業に係る利益率等に比べて過少となっていないか。(3) 法人及び国外関連者が国外関連取引において果たす機能又は負担するリスク等を勘案した結果、法人の当該国外関連取引に係る利益が、当該国外関連者の当該国外関連取引に係る利益に比べて相対的に過少となっていないか。

¹⁴² 合弁会社が絡むケースにおいては、「共通の利益」を基準に移転価格税制の対象となるか否かを検討する考え方もある。赤松晃「我が国の移転価格税制における『支配』の意義について」ジュリスト 1137 号（133 頁）及び同 1139 号（194 頁）

¹⁴³ 移転価格事務運営指針 2-2 (3)

ここにおいて、武田薬品の更正処分は、客観的には所得移転の蓋然性が認められないにもかかわらず、移転価格税制における技術を形式的に当てはめることによって行われたものではなかったのかという疑義が出てくる。志賀櫻氏は、「移転価格税制においては、無形資産の評価に関連する移転価格算定方法が多用されており、課税当局においてすら正確な理論が理解されないままに課税が行われ、司法においてもこのような理論的な根拠を欠いた課税が追認されつつある状況にある」¹⁴⁴としており、本事案はその一例といえるかもしれない¹⁴⁵。

早くから無形資産の絡む移転価格問題が顕在化し、企業が活発にタックス・プランニングを行う中で、移転価格税制に基づく更正処分が行われてきた米国と、日本との比較においては、企業が「意図した」所得移転を行っていたか否かという点において異なる結果がでる可能性が高い。

なお、本稿は、必ずしもタックス・プランニングを否定するものではない。米国において租税回避行為を否認した事案として有名なグレゴリー事案における判決より、次の箇所を引用する。「納税者によって選択された取引は、たとえそれが租税回避又は脱税という願望のもとに行われたとしても、租税法上認められた範囲内にある限り、税法上の特典が失われることはない。誰でも、自己の税負担を可能な限り少なくするようなアレンジをする権利を有しているのであり、国に対し、最大の税金を払う必要もないし、愛国心からそのようなことをする義務もない。」

ii. 税務争訟事案による検証

本節においては、無形資産の絡む移転価格問題が争われた税務争訟事案から、実際にどのような問題が争われているかについて検討を加える。日本において、無形資産取引を対象とした移転価格問題に係る訴訟は行われておらず、数多くの無形資産取引を対象とした移転価格問題に係る訴訟が行われている米国の事例¹⁴⁶を、先に検討する。最後に、TDKの裁決事案について、無形資産の観点から検討を加えることとする。

¹⁴⁴ 志賀櫻「移転価格税制の基本的諸問題・評論」租税訴訟 No.2／租税訴訟学会（2008）

¹⁴⁵ 武田薬品に係る移転価格課税においては、無形資産が取引の当事者双方に存在することを前提とした RPS 法が用いられたといわれている。

¹⁴⁶ 米国の事例に関しては、主に川田剛『ケースブック海外重要租税判例』財経詳報社（2010）を参照する。

a. チバガイギー事案—取引の再構成の是非

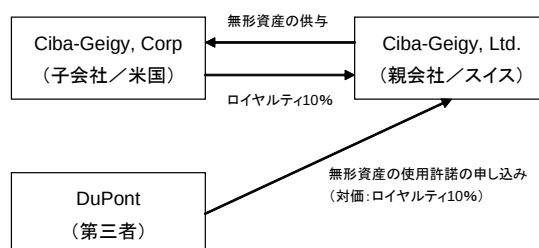
— *Ciba-Geigy Corp. v. Commissioner*, 85 T.C. 172 (1985) —

スイス親会社 Ciba-Geigy, Ltd.（以下、「CGL」）と米国子会社 Ciba-Geigy, Corp（以下、「CGC」）との間で行われた無形資産の使用許諾（ロイヤルティ）取引に、IRS が内国歳入法 482 条を適用して課税した事案である。

【事実の概要】

- CGL は 1758 年に設立。産業用化学品、医薬品及び殺虫剤の研究開発を行うスイス法人である
- CGC は CGL の 100% 子会社として 1909 年に米国に設立。農業薬品、化学品及び医薬品の製造販売を行う
- CGL は、1981 年にトリジアン系除草剤の研究開発を開始、32 カ国で特許を登録
- 1950 年代後半から 1960 年代初めに、CGL 及び CGC はトリジアン化合物等のライセンス契約を締結。米国における治験サポートは CGC が行った
- CGC はライセンス契約に基づき純売上高の 10% のロイヤルティを支払う
- 1950 年代後半に、第三者であるデュポンから無形資産の使用許諾申し込みがあった（対価は純売上高の 10% から 12.5% のロイヤルティ）
- IRS は、1965 年から 1969 年について更正通知を発出。CGC が CGL に対して支払ったロイヤルティ料率を 10% から 6% に引き下げる等の調整を行った
- その後、IRS は、CGL と CGC 間のロイヤルティは一切否認されるべきであると主張する修正意見書を提出している

図表 21 取引の概要—チバガイギー事案



【争点】

- ① CGC と CGL との間の契約は共同契約開発契約だったのか否か
- ② 仮に CGC と CGL との間の契約が無形資産の使用許諾契約だったとした場合、ロイヤルティの適性料率はいくらになるのか

【IRS の主張】

- ① CGC と CGL 間の関係は合併事業と性格づけるべきである

CGLとCGCは1951年に「共同で研究開発業務を開始した。」従って、当該2社が研究結果を地域別に分割することに合意し、CGCが権利の所有者となることも可能であった。CGCは研究開発に係る無形資産を「所有」しており、CGLにロイヤルティを支払う必要はない。

- ② 独立の当事者として交渉していたならば、CGCの支払いロイヤルティの料率は10%に満たなかったはずである

CGCが非関係者であれば、10%を下回るロイヤルティ料率の交渉をしたはずである。

【納税者の主張】

CGL及びCGC間の契約は共同研究開発ではなく無形資産の使用許諾であり、CGCからCGLに支払われている10%のロイヤルティは正当なものであった。

【租税裁判所の判断】

- ① CGLがトリジアン化合物の開発プロジェクトを着想し、プロジェクトの成功に必要な資源を拠出していたことから、CGLがトリジアン化合物の開発責任を負っていたことが明確に裏付けられるとして、IRSの主張を斥けている。
- ② 第三者であるデュポンから提示された純売上高の10%から12.5%のロイヤルティ料率を比較対象取引として採用した。また、トリジアン系除草剤の潜在的な収益性、1960年代初めにおける販売量及び収益性等もロイヤルティ料率の正当性を支持すると判断し、本件取引における10%のロイヤルティ料率が独立企業間価格に相当すると判示した。

【事案に係る考察】

本事案の大きな特徴であり、最大の争点は、IRSが内国歳入法482条をもとに取引の再構成を行ったことにある¹⁴⁷。IRSは、その根拠として、「財務長官又はその代理人は、脱税を防止するため又は当該組織、営業若しくは事業の所得を正確に算定するために必要と認めるときは、当該組織、営業若しくは事業の間において、総所得、所得控除、税額控除又はその他の控除を配分し、割り当て又は振替えることができる（下線筆者）」をあげている。

米国における移転価格税制は否認型であり、租税回避否認規定の特徴を有していると考えられる。但し、そのような規定のもとでの裁量権も、取引がどのように行われたかを想定してこれを恣意的に再構成する権限を有するものではないと示している。すなわち、取引自

¹⁴⁷ ロイヤルティの適性料率に関しては、比較可能性が高いと考えられる内部比較対象取引が存在していたことから、それほど議論の分かれる部分ではないと考える。

由・契約自由の原則のもとで当事者が行った実際の取引を出発点としなければならない、当該取引が独立企業原則に照らして、独立の当事者が行うと考えられる取引（独立企業間取引）に即さない場合においてのみ、初めて、経済的合理性を有する独立企業間取引としての性格を有する「実際の取引」について考慮することができるといえる。

これは、所得相応性基準への批判として OECD ガイドラインが示唆した「後知恵」を否定する考えと整合するものであり、また、移転価格税制の執行において、独立企業間取引としての性質が認められるか否かが意味をもつことを示しているといえる。

b. イーライリリー事案－移転価格税制の観点からの組織再編

－ *Eli Lilly & Co. v. Commissioner*, 856 F.2d 855, 861 (7th Cir. 1988)¹⁴⁸ －

投資に係る税制上の優遇措置を利用するため、米国企業 Eli Lilly and Company（以下、「Lilly US」）が重要な価値を有する無形資産を米属領プエルトリコ¹⁴⁹に所在する子会社 Eli Lilly and Company, Inc.（以下、「Lilly PR」）に譲渡した事例につき、IRS が内国歳入法 482 条を適用して課税した事案である。

【事実の概要】

- Lilly US は、1955 年にプロポキシフェン・ハイドロクロライドという化合物の特許を取得。当該化合物を主要成分とする Davon（商品名）が 1957 年に販売が開始
- その後、関連する化合物プロポキシフェン・ナプレートの特許も取得。当該化合物は Davon-N の主要成分（Davon 及び Davon-N をあわせて、以下「Davon 製品」という）
- Davon 製品は、中枢神経系の医薬品として、同社のブロックバスター品となった
- 1965 年、Lilly US は、Davon 製品を製造するためにプエルトリコに Lilly PR を設立
- 内国歳入法 35 条に基づく特定現物出資に係る課税繰延制度を利用し、Davon 製品に関する特許と製造ノウハウを Lilly PR に出資（現物出資時の課税なし）¹⁵⁰。その見返りとして Lilly PR の株式を取得した。当該取引により、プエルトリコでも課税されず¹⁵¹、かつ米国でも税制上の優遇措置を利用することができた

¹⁴⁸ 第 7 巡回控訴裁判所による判断であり、これに先立って、1985 年に租税裁判所の判断が示されている。事案の検討には、この租税裁判所の判断も考慮する。

¹⁴⁹ 米属領とは米国の州には含まれていないが、米国の支配権が及んでいる地域をさしている。他にグアム等。

¹⁵⁰ 現物出資による移転は、IRC § 351 の規定により非課税の適用対象になるかどうかの照会を Eli Lilly 社が IRS へ行い、適用対象である旨の回答を同年中に IRS から得たうえで行ったもの

¹⁵¹ 1963 年プエルトリコ産業奨励法に基づく

- Lilly PR は、特許と製造ノウハウの譲渡後、Davon 製品を製造し Lilly US に販売。Lilly US は一定の対価で Lilly PR に技術的助言を行い、また米国において Davon 製品の販売及びマーケティングを行う
- Lilly US 及び Lilly PR 間の取引価格は一種の RPS 法により設定。それぞれに販売マーケティング活動及び製造活動のルーティン利益を付与した残余の利益を 40 : 60 で分割していた（特許権終了後は 70 : 30）

図表 22 取引の概要－イーライリリー事案



【争点】

- ① 組織再編への内国歳入法 482 条の適用可否
- ② 内国歳入法 482 条が適用される場合に、取引価格の妥当性

【IRS の主張】

- ① Lilly US から Lilly PR への現物出資による特許・ノウハウの譲渡は独立企業間取引ではない

Lilly US から Lilly PR への現物出資による特許・ノウハウの譲渡は独立の企業ならば行わない取引として、本件取引に伴う課税繰延（簿価移転）を否認した¹⁵²。

- ② Lilly PR は委託製造業者であるとして、Lilly PR に原価基準法を適用することにより Lilly US 及び Lilly PR 間の独立企業間価格を算定

原処分では、Lilly PR を検証対象として、製造原価、立地条件によるコスト節減及び粗利益の推計により、「原価基準法」を用いて独立企業間価格の算定が行われている。この際、IRS は、Lilly PR が所有する特許に帰属すべき所得の計上を一切認めておらず、Lilly PR は単なる委託製造業者であり、特許は実質的には Lilly US にそのまま帰属するため、特許からの所得を所有することはできないものであると、主張した。特許が法形式上は Lilly US から Lilly PR に移転したことは認めるものの、内国歳入法 482 条の適用上は、これら特許からの所得は Lilly US に帰属すべきであるとし、1966 年に内国歳入法 351 条に関し当該特許権の現物出資について非課税の適用を認めたこととは関係がないとした。

¹⁵² この際、IRS は、グレゴリー事案以降の「取引の技術的な形式が経済的実質と一致していなければ、形式が取引の本質をコントロールすることはできない」という見解を適用している。

【納税者の主張】

- ① Lilly US から Lilly PR への現物出資による特許・ノウハウの譲渡は内国歳入法 351 条に基づく正当な組織再編であり、内国歳入法 482 条の適用対象とはならない。
- ② Lilly US に再販売価格基準法を適用することにより Lilly US 及び Lilly PR 間の独立企業間価格を算定

Lilly US は、1971 及び 72 年の Lilly PR 社の販売価格が再販売価格基準法の要件を充足させるものであるとの主張を行い、これについて Lilly US の鑑定証人は、Lilly PR の販売価格が、同社の他の 9 種類の主要な製品の利益率と比較して、非関連者間との独立企業間価格を算定した場合にはそれを明白に下回るものであると証言した。

また、同鑑定証人は、1971 及び 72 年の独立企業間価格の決定において重要なのは無形資産であるとし、Lilly PR は特許を有しており、Lilly US は Darvon 製品の商標権を有していたとして、商標権については Darvon 製品を Lilly PR から仕入れなければ販売できないのであるから、その価値は下落したものであるとした。

特許が失効した 1973 年については Lilly PR の販売価格は 58% の差し引き価格に改定されているが、これについて Lilly US は、この時期には特許が失効したことから Darvon 製品の競合製品が存在しており、これは非関連者間の取引であることから、その差異について適切に調整を行うことで比較可能になるとし、7 項目についての調整を行い「独立価格比準法」を適用することにより、その妥当性の説明を行っている。

【租税裁判所／第 7 巡回控訴裁判所の判断】

- ① 第 7 巡回控訴裁判所は、IRS の主張を斥け、Lilly US が優遇措置を利用したことは、租税回避には当たらないと判断した。また、租税裁判所が「法形式的にも経済実質的にも (in substance as well as in form) 実態が認められる」として無形資産の譲渡を尊重すべきであるとした判断については支持しているが、Lilly US の継続的な研究開発の費用に充当するため行われたとする所得配分については、譲渡の対価は独立企業基準に即していないとする租税裁判所の論旨は論理的な一貫性にかげ、無形資産の対価と Lilly PR の株式が独立企業間対価であることは自明であると判示している。
- ② 租税裁判所は、被告による原価基準法も原告による再販売価格も斥け、比較対象取引が存在しないものとして、職権により利益分割法 (RPS 法に類するもの) を適用して独立企業間価格を算定している¹⁵³。第 7 巡回控訴裁判所も、Davon 製品がこの種の製

¹⁵³ 居波邦泰「移転価格事案の訴訟に係る対処等の検討－米国の判例等を踏まえて－」によれば、「具体的には、原告主張の立地によるコスト節減効果 (location savings) を Lilly PR 社に帰属させることや Lilly PR 社に対する 100% の製造利益の付与を正当であるとし、販売製品の原価、営業費、研

品としては初めてのものであり大きな売上があったことから、租税裁判所が Lilly US から提出された他の Davon 製品ほど成功していない製品についての情報を、独立企業間価格を示す証拠として取り上げず斥けたことは妥当であったと判示している。

【事案に係る考察】

本事案は租税回避を目的として行われたと推測できる現物出資による組織再編取引がひとつの争点となっている。本件においても、チバガイギー事案と同様に、IRS による取引の再構築は斥けられている。判断の基準となっているのは、「法形式」と「経済実質」であるが、この双方を満たすものとして、現物出資による組織再編は認容されている。当該取引は、税法上の優遇措置を受けるために、「法形式」と「経済実質」が形成されており、その意味でこれを否認することは難しいといえるだろう。但し、仮に、現在において本事案を OECD 移転価格ガイドライン第9章「事業再編に係る移転価格の側面」の規定も考慮に入れて検討すれば違う結論も導かれるかもしれない。移転価格の側面からの関連者間における事業再編の検討について、パラグラフ 9.9 において「事業再編において設けられ又は課される条件であって独立企業間であれば設けられたであろう条件と異なるものが存在するか」という基盤を示しており、今後は、より厳密な意味での独立企業原則が事業再編にも求められるものと解される。

また、この判決が重要な意味を有したのは、移転価格税制上の独立企業間価格を算定する際に、無形資産を考慮した取引価格の設定を認めたことと考える。判決においては、製品に係る重要な無形資産を移転させた Lilly US に対し、商標権という形でマーケティングに係る無形資産を認識し、これを高く評価する価格を導いている。マーケティングに係る無形資産については、次のグラクソスミス事案においても争点となっている。

究開発費についての Eli Lilly 社と Lilly PR 社への配分を検討したうえで、調整後の合算利益の利益分割、つまり無形資産に係る利益分割について以下のように判断した。販売用無形資産である Darvon 製品の商標権よりも製造無形資産であるプロボキシフェン特許が高い価値を有しているとの原告の鑑定証人の証言については、これは商号の価値を十分に評価していないきらいがあるとした。また、原告の薬剤部長の証言から Eli Lilly 社の保有するセールス活動組織については高く評価をすべきであるとして、これらのことを総合勘案して、Eli Lilly 社の販売用無形資産に帰する利益として、調整後の合算利益（無形資産に係る利益）の 45% を Eli Lilly 社は受領することが妥当であるとした。」とある。

c. グラクソスミスクライン事案－マーケティングに係る無形資産

－ T.C. Nos. 5750-04¹⁵⁴, 6959-05 －

2006年9月11日、IRSは、米国法人 GlaxoSmithKline Holdings (Americas) Inc.（以下、「GSK US」）と同社の親会社 GlaxoSmithKline plc（以下、「GSK」）との移転価格課税に係る税務争訟について和解が成立したことを発表した¹⁵⁵。IRSはその和解金として約34億ドルを受領するという内容であり、税務争訟の和解に際して1回に受領する額として過去最大の金額となった。医薬品におけるいわゆるブロックバスター品であるザンタックに係る取引を対象としており、マーケティングに係る無形資産が絡む事案として認知されている。

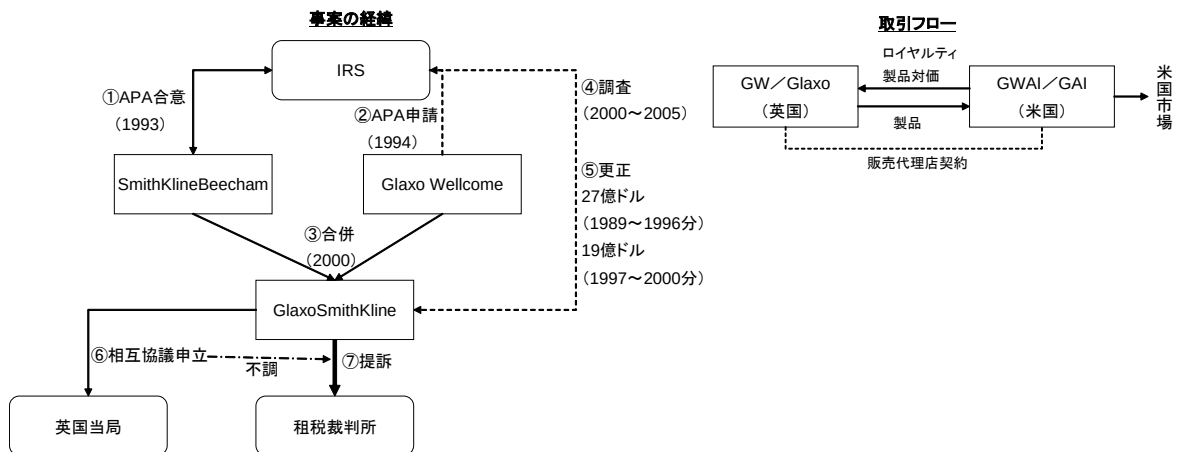
【事実の概要】

- GSKは2000年12月に SmithKlineBeecham plc（以下、「SmithKlineBeecham」又は「SKB」）及び Glaxo Wellcome plc（以下、「Glaxo Wellcome」又は「GW」）の合併により成立。また、Glaxo Wellcomeは1995年の Glaxo Holding plc（以下、「Glaxo」）の Wellcome plcの買収により成立（以下において、GSK、SKB、GW、Glaxoはその当時の企業グループをさす場合にもこの名称を使用する）
- 本事案は、英国において Glaxo により開発されたザンタック（胃酸逆流症用薬）に係る取引を対象としている。ザンタックには同種のタガメットという製品があり、これは SKBにより開発された
- SKBは、1993年に、米国におけるタガメットの販売について事前確認（Advance Pricing Agreement, APA）を得ている。一方、GWは、1994年に、米国におけるザンタックの販売についてAPAを申請したが、IRSから承認を得ることができなかった
- 2000年以降、IRSはGSK USに対する移転価格調査を行っており、2004年に1989年度～1996年度を対象として27億ドルの更正処分を行う通知を発出した。また、翌年に1997年度～2000年度を対象として19億ドルの更正処分を行う通知を発出した
- GSKは2004年に英国及び米国の権限ある当局に相互協議を申立てたが解決に至らず、2005年更正処分の取り消しを求めて租税裁判所に訴えを提起している
- なお、処分対象年度における対象取引の当事者であった米国法人はそれぞれ Glaxo Americas, Inc.（以下、「GA」。～1995年）、Glaxo Wellcome Americas Inc.（以下、「GWAI」1995年～2000年）であった

¹⁵⁴ Tax Management Transfer Pricing Report（2008年5月6日 Special Report）収載の申立書を参照

¹⁵⁵ <http://www.irs.gov/newsroom/article/0,,id=162359,00.html>

図表 23 取引の概要－グラクソスミスクライン事案



【IRS 処分の概要】

- GA/GWAI が経済的実態として製品に係る商標権等のマーケティングに係る無形資産を有すると判断。対象となる製品を GSK US の"heritage"製品¹⁵⁶であるとしている。
- Glaxo/GW における委託製造マークアップ率を約 30%とし、各製品に係る（Glaxo/GW 及び GA/GWAI 間で設定されたロイヤルティ料率を独立企業間価格を超えるものとして無視し、）ロイヤルティを上限 15%と設定することにより GA/GWAI の享受すべき利益を算定している（結果、GA/GWAI のロイヤルティ控除後の粗利率は 80%を超過するものとなっている）。なお、IRS は RPS 法を使用している
- 1987 年における Glaxo 及び GA 間の販売代理店（ライセンス）契約を、Glaxo が GA に特許権を完全に付与するものとして特徴付けている
- GA/GWAI から Glaxo/GW への独立企業間価格を超えた支払いはローンとして、当該金額に係る利子を GA/GWAI が受領することを主張
- 更正金額を GA/GWAI から Glaxo/GW へのみなし配当として、いわゆる二次調整を行った

【争点】

- ① 米国法人 GA/GWAI が Glaxo/GW が開発し所有する無形資産及び商標を使用する対価として、Glaxo/GW に様々な支払いを行っていたことの可否及び金額の妥当性
- ② 所得相応性基準の適用にかかる合理性
- ③ 同時期に SKB が APA 合意を得たのに対し、Glaxo が APA 合意を得られなかったことは差別的取扱いにあたるか否か

¹⁵⁶ 意味合いとして、資産としての価値が高く、GSK US が引継ぎ資産として保有することを示唆。

【IRS の主張】

GA/GWAI が米国において使用していた商標等のマーケティングに係る無形資産は、同社独自のものであり、Glaxo/GW への支払いは不要。また、GA/GWAI が行う販売マーケティング活動に対する対価が過少である。

【納税者の主張】

更正処分はいずれも理由がなく、取り消されるべきであり、納付された税額は還付されるべきである。また、SKB が APA 合意を得たのと同時期に、Glaxo が APA を申請していたにも拘らず合意に至っていないのは、IRS による差別的取扱いを示すものである。

【和解内容】

1989 年から 2005 年を対象とした GA/GWAI/GSK US と GA/GWAI/GSK との移転価格問題を解決するものとして、和解が成立（租税裁判所に提起された更正処分の対象期間に加え 2001 年から 2005 年も対象としている）。解決として、GSK US は IRS に 34 億ドル（利子含む）を支払うものとなっている¹⁵⁷。

和解の具体的な内容は明らかになっておらず、各争点についてどのような結論に至ったかが不明確である。なお、IRS の発表した内容は以下のとおり。「租税裁判所における税務争訟は、1989 年から 200 年までの GSK US¹⁵⁸とその国外関連者との GSK US の"heritage"医薬品に係る国外関連取引に関連するものである。具体的には、英国における親会社により開発された無形資産、英国における親会社が保有する商標権、米国外での GSK の活動及び GSK US の米国におけるマーケティングにかかる貢献を考慮するものとして支払われた関連者間支払いを差し引いて報告された GSK US の米国における所得の水準が問題となっている。和解においては、租税裁判所における長年の税務争訟の結果として、GSK US は争いとなっている金額の 60%相当額について譲歩した。GSK US の IRS に対する 34 億ドルの支払い（利子を含む）は、税務争訟を解決するために 1 回で IRS に支払われた金額の最大額であり、"heritage"医薬品の 2005 年までの移転価格も対象としている。」¹⁵⁹

¹⁵⁷ Tamu N. Wright, “Glaxo to Pay \$3.4 Billion to Settle Largest Tax Dispute In IRS History,” Tax Management Transfer Pricing Report, September 13, 2006

¹⁵⁸ GA 及び GWAI を含む意味で使用されていると解される。

¹⁵⁹ 筆者訳。

【事案に係る考察】

本事案の重要な争点のひとつは、GSK US にマーケティングに係る無形資産を認めるか、認める場合その対価はいくらになるか、という点にあった。これは、医薬品のブロックバスター品のように開発時点のリスクが高く、且つ製品販売後に高い収益をもたらす製品に関して、典型的に起こる議論として知られている。事案が和解という形で決着したため、明確な内容が分からないが、IRS による主張が 60% は通ったという事実に鑑みて、GSK US にある程度のマーケティングに係る無形資産があるものとして独立企業間価格が算定されたということが推察できるだろう。これを支持する事実として、ザンタックが特許が切れた後も収益性を保っていたことがあると指摘する者もある¹⁶⁰。

他の争点については、何ら明確な情報が開示されなかったため、指針として使用することは難しい。また、和解金に係る算定方法が開示されず、結果として 60% と述べていることから、最終的な所得移転額を算定する過程においては、独立企業原則による精緻な独立企業間価格の計算が求められたのではなく、ある程度、計算技術的な要件を妥協して、課税管轄内における所得の確保を目的とした「配分」が行われたのではないかと疑問が残る。これは、そもそもの事案の対象期間に加え、後続の事業年度も和解がカバーすることからみえる。なお、処分において IRS が RPS 法を使用しており、最終的な計算においても RPS 法が使用されたとされている。

「交渉」による価格の算定方法が、我が国における移転価格税制のもとで機能するかについては疑義があり、これを参考とすることができるか否かには大きな疑問があるが、多額に及ぶ移転価格争訟事案の解決方法のひとつとなりうるという示唆は与えられたかもしれない。

d. TDK 事案－日本で無形資産が絡む移転価格問題が争われた事例

－ 東裁（法）平 21 第 108 号－

TDK の海外子会社との電子部品材料取引に関して、2005 年 6 月 29 日付東京国税局長による移転価格税制に基づく更正処分（213 億円）がなされたことに対して、争われた事案である。国税不服審判所における裁決により、更正処分のうちの相当部分を占める額（141 億円）が取り消された。「不服審判所で争ったケースで多額の処分が取り消され、税金が還付される事例は極めて珍しい」¹⁶¹とされる事案である。

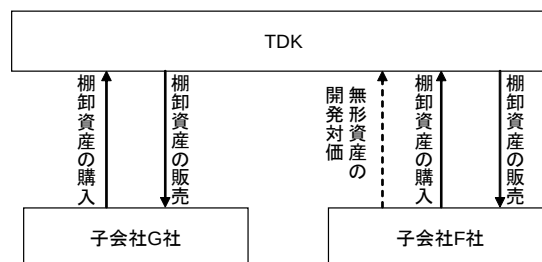
¹⁶⁰ Tamu N. Wright, “Glaxo Case Highlights Marketing Intangibles, Lack of U.S. Jurisprudence, Practitioners Say,” November 22, 2006

¹⁶¹ 日本経済新聞 2010 年 2 月 5 日朝刊 大河原健氏によるコメント

【事実の概要】

- 子会社 F 社及び子会社 G 社は TDK の（日本の移転価格税制上の）国外関連者である
- TDK と子会社 F 社の間には無形資産供与に係る契約があり、また、子会社 F 社は TDK に研究開発費の負担金を支払っている
- 子会社 F 社は、TDK に配当を支払っている
- 原処分庁（東京国税局）は、TDK と子会社との取引について、①棚卸資産の販売取引、②棚卸資産の購入取引、及び③無形資産の供与取引を一体のものと捉え、一体化された取引を取引単位とし残余利益分割法を適用して独立企業間価格を算定した
- TDK は上記の 3 つの取引をそれぞれ別個のものと考え、比較対象取引による基本三法（又はそれに準ずる方法）を適用して、各取引が独立企業間価格にあることを提示していた
- 2005 年 6 月の更正処分に対して、2007 年 6 月異議決定書により一部の処分が取り消される決定がなされたが、TDK は、なお不服として 2007 年 7 月原処分の全部取り消しを求めて審査請求書を国税不服審判所長に提出

図表 24 取引の概要－TDK 事案



【争点】

- ① 調査手続きに違法があったか否か
- ② 配当をしているにもかかわらず移転価格課税が行われたことの適否
- ③ 独立企業間価格の算定において、残余利益分割法を適用したことの適否
- ④ 残余利益分割法の適用における問題点

図表 25 原処分庁及び納税者の主張の概要－TDK 事案¹⁶²

	原処分庁の主張	納税者の主張
①	告知聴聞会の機会を奪い去ったという事実はない。	告知聴聞会の機会が奪い去られた ¹⁶³ 。
②	配当を受領している事実のみをもって課税上の弊害が全く生じない旨の主張は、移転価格税制の導入の趣旨を理解していない。	配当を通じて国外関連者から利益を回収しており、所得移転を考えるのであれば日本へ配当させるようなことはない。配当を通じて所得の適性配分を図っている。
③	納税者及び国外関連者がそれぞれ醸成・開発した技術を用いて緊密に協力し依存しあって製品を製造販売しており、個々別々に行われて完結する取引ではなく、納税者及び国外関連者がそれぞれの機能を果たし、一体となった事業が行われて各取引の相互関係がそれぞれの取引の対価に影響を与えていると認められるため、基本三法及び基本三法と同等の方法の適用に当たっては比較対象取引を把握できなかった。 基本三法及び基本三法と同等の方法の検討を行ったが、比較対象取引を把握することができず、差異の調整もできなかったことから残余利益分割法によって独立企業間価格を算定したものである。	独立企業間価格の算定方法については基本三法及び基本三法と同等の方法が優先適用される。その他の方法は、基本三法及び基本三法と同等の方法ができない場合に限り適用が認められるに過ぎない。 原処分庁は国外関連取引が一体となって事業が営まれており、ゆえに比較対象取引が存在しないと主張するのみで、本件国外関連取引が一体となっている場合にはなぜそれぞれの取引について基本三法及び基本三法と同等の方法ができないのかという理由、あるいは、それぞれが他の2つの取引価格にどのような影響を及ぼしているのかという点を明らかにしないまま残余利益分割法により独立企業間価格を算定して更正処分している。 独立企業間価格の算定は個々の取引ごとに扱うのが原則であるところ、本件国外関連取引が、例外的に包括適用が認められるという事実は一切なく、それぞれの取引が他の取引価格に影響を与えるということも一切ない。
④	残余利益分割法の適用において、右記の問題はない。	残余利益分割法の適用において以下の点につき問題がある。 1. 基本的利益の算定に使用した比較対象企業Xの情報 2. 非関連者からの調達部品に帰属する損益を分割対象利益に含めたこと 3. 国外関連者が負担した研究開発費の負担金を納税者の分割対象指標に含めたこと 4. 分割指標としての研究開発費の算定上、●●を控除したこと 5. ●●を分割指標としてのマーケティング費用に含めること 6. 納税者の●●の費用を納税者のマーケティング費用としたこと 7. 国外関連者の所在地国の貨幣購買力の違いを考慮していないこと

¹⁶² ●●とした点はマスキングにより不明

¹⁶³ このほかに、調査手続きに関してもうひとつ論点があったようだが、マスキングにより詳細は不明である。移転価格調査及び APA 申請が同時に行われていた場合におけるその関係性にかかわるものであると推測される。

【国税不服審判所の判断】

- ① 調査に際し、納税者に対し、文書による説明等を行っている。また、法人税の更正処分当たり告知聴聞の機会を与えなければならない旨の法令上の規定はなく、納税者の主張には理由がない。
- ② 我が国の移転価格税制は、独立企業間価格と異なる価格で法人と国外関連者との間の取引が行われることによって、所得が国外移転して我が国の課税権が失われる場合には、その取引が独立企業間価格で行われたものとみなしてその法人の課税所得を計算することとしているものであり、法人に国外関連者から配当があった場合にあっては、実質的に所得移転額が回収されているとみて同情の規定を適用しないとする法令の規定は存在しないから、この点に関する納税者の主張に理由はない。
- ③ 原処分庁は可能な限りの調査を尽くしているものと評価でき、にもかかわらず適切ね比較対象取引を把握することができなかった以上、本件については、基本三法及び基本三法と同等の方法を用いることはできないというべきである。従って、本件国外関連取引は、●●を最終製品とする一連の取引であり、その他政令で定める方法のひとつである残余利益分割法を関連取引全体を対象に適用したことに違法性は認められない。
- ④ 納税者が主張した残余利益分割法の適用における問題点 7 点につき、上記の問題点のうち、1,3,4,6 につき納税者の主張を認めた。

【事案に係る考察】

本事案は、TDKにより研究開発された製品の取引において、移転価格税制上の原則としては、個別の取引について検証を行うところ、無形資産の供与、棚卸資産の購入、及び棚卸資産の販売の異なる取引を一体の取引として認め、RPS法により独立企業間価格を算定することを認めた事例である。

一般に、無形資産の使用許諾取引に関して、ロイヤルティを受領する場合、売上高等を基準として一定の料率を乗ずることにより対価が設定される場合が多い。このような取引に対しては、同様の無形資産の使用許諾取引におけるロイヤルティ料率を使用することによって独立企業間価格を算定する方法が、CUP法と同等の方法として認められており、本件においても納税者はこれを用いて国外関連取引が独立水準にあったことを主張している。

一方、CUP法と同等の方法が用いられている場合において、その事業が海外において成功して（高い収益性を示して）おり、棚卸資産取引によって日本に回収される利益が限定的であれば（外-外取引等、棚卸資産取引が日本を経由しない取引が存在する場合）、CUP

法により算定されたロイヤルティ料率を超える超過収益は海外で計上されることになる。このような事態が生じている際に、超過収益は本来研究開発を行った日本に帰属すべきであるとして、利益法（TNMM 又は RPS 法）に基づき、移転価格の調整を行う動きが（TNMM 導入以降さらに）活発になっている。本事案はそのような流れの影響をうけたものと考ええる。

裁決における判断において、事業を一体化した取引単位に対して RPS 法の適用が認められており、無形資産を包括的に捉え、より大きな合算利益を対象としているという点で、米国における所得対応性基準に近い考え方が背景にあると考えられる。

しかしながら、原処分庁の独立企業間価格の算定方法を認めたにも拘らず、更正処分につき、多額の取り消し金額が発生している。これは、争点④の RPS 法の適用における問題点に係る納税者の主張が一部認められたことによると考えられる。第 2 章においても触れたが、RPS 法はその算定方法が 2 段階アプローチであり、且つ多くの指標を用いて算定することから、各指標の金額等を変えることにより技術的に独立企業間価格の額を変えることが可能となる虞がある。また、その場合、変化する金額が多額に及ぶ可能性は高い。そのため、RPS 法の適用における各指標の算定にあたっては、他の方法と同様に独立企業原則に基づいた合理的な判断が求められるところ、原処分庁による行過ぎた技術的な当てはめがあったように見受けられる。裁決における判断は、この点につき、原処分庁の方法を一部斥けており、これにより算定された独立企業間価格が大きく変化したと考えられる。

従って、本事案の裁決は、無形資産の絡む取引において、超過収益アプローチによる方法を認める一方で、行過ぎた計算を牽制するものであると考える。

なお、②の争点において、配当と移転価格税制の問題が取り上げられているが、日本の移転価格税制の成り立ち等から検討すると、配当による利益の回収は、移転価格税制に基づく取引価格の検討に影響を及ぼさないものと考ええる。①の争点については、本稿における論点ではないため、説明を省略する。

e. 小括

無形資産の絡む移転価格問題を争う税務争訟には、特徴として、税務当局による取引の構築を認めるかという問題と、マーケティングに係る無形資産等、経済的実態・経済的所有権を根拠とする無形資産をどう扱うかという問題が付きまとうように思われる。

チバガイギー事案及びイーライ・リリー事案では、取引の再構築は認められておらず、この点は、OECD 移転価格ガイドラインによる批判と整合するものと考ええる。しかしながら、和解による解決となったグラクソスミスクライン事案においては、IRS は一定の取引の再構築を行った処分をしていると考えるが、その点につき、どのような結論に至ったかは明らかではない。

また、マーケティングに係る無形資産等、経済的実態・経済的所有権を根拠とする判断の難しい無形資産については、イーライリリー事案、グラクソスミスクライン事案及びTDK事案において、税務当局の主張が一部認容され、マーケティングに係る無形資産等を納税者に帰属するものとして認めたと考えられる。

IV. 問題の考察・検討

本章では、第1章から第3章における議論をうけ、無形資産の絡む移転価格問題について検討を加える。当該検討にあたり、まず、日本の移転価格税制の特徴について、改めて考察を加える。

i. 日本の移転価格税制の特徴

a. 日本の移転価格税制の制度設計

日本の移転価格税制は、措置法 66 条の 4 に規定される。措置法は、1 条に「この法律は、当分の間、…法人税…その他の内国税を軽減し、若しくは免除し、若しくは還付し、又はこれらの税に係る納税義務、課税標準若しくは税額の計算、申告書の提出期限若しくは徴収につき、…法人税法…の特例を設けることについて規定するものとする。」とあるとおり、特別法として設定されている。法人税に関する特別措置に関しては、一般法としての法人税法に対する特別法を形成すると解される。従って、日本の移転価格税制は、法人税法に対する特別法として措置法に規定され、適用されるという仕組みになっているといえる。

措置法としての移転価格税制が適用されるのは、特別法は一般法に優先するという法理 (*lex specialis derogat legi generali*) に基づくと考えるが、特別法が特別法として機能するためには、一般法に優先するための明確な規定があり、不合理ではない形で当該規定が適用できることが要求されると考える。その意味では、より厳密に租税法律主義という概念や明確性の原則が反映されるべき制度といえるだろう。

さて、既述のとおり、日本の移転価格税制は、個別の課税単位における適正所得への課税を基本としている¹⁶⁴。評価は納税者の申告に基づいて行われ、更正を行う場合には、独立企業間価格との差額を更正金額とする「申告調整型・価格アプローチ」が用いられている¹⁶⁵。この点において、執行上の不統一・不公平性が生ずる危険は比較的に低いと考えられている。

これと対照的なのが、米国の移転価格税制である。内国歳入法 482 条に「財務長官又はその代理人は、脱税を防止するため又は当該組織、営業若しくは事業の所得 (income) を正確に算定するために必要と認めるときは、当該組織、営業若しくは事業の間において、総所得、所得控除、税額控除又はその他の控除を配分し、割り当て又は振替えることができる。」(下

¹⁶⁴ 濱田明子『国際的所得移転と課税』法令出版 (2010)

¹⁶⁵ 小島信子「移転価格税制における独立企業間価格の算定に係る「レンジ」の採用について」税大論叢 67 号 (2010) は、「このような定め方は我が国の法人税法が所得の金額を益金の額から損金の額を控除した金額として認識しているため、「所得」や「利得」を直接配分するという形式を採らなかったとも考えられる」と指摘している。

線筆者)」とあるとおり、必要性に基づいて税務当局が否認し、配分によって所得を計算する「否認型・配分アプローチ」が用いられている。

b. 租税回避否認規定との関係

日本の移転価格税制は、法人税法に対する特別法として、課税（法人税）を重くする場合に¹⁶⁶適用され、独立企業間価格を基準に追加の税額が計算される。独立企業間価格の算定は、私的自治ないし契約自由の原則のもとで実際に行われた取引を、独立企業間の取引に引き直して行われるため、私的自治ないし契約自由の原則と抵触する可能性がある¹⁶⁷。従って、移転価格税制が租税回避否認規定に該当するかという議論がある。

そもそも租税回避行為とは何かを検討する際に、次の金子氏の定義を参照する。「租税の定める課税要件は、各種の私的経済活動ないし経済現象を定型化したものであり、これらの活動ないし現象は第一次的には私法の規律するところであるものであるが、私的自治の原則ないし契約自由の原則の支配する私法の世界においては、当事者は、一定の経済的目的を達成しあるいは経済的成果を実現しようとする場合に、どのような法形式を用いるかについて選択の余地を有することが少なくない。このような私法上の選択可能性を利用し、私法経済取引プロパーの見地からは合理的理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、結果的には意図した経済的目的ないし経済的成果を実現しながら、通常用いられる法形式に対応する課税要件の充足を免れ、もって税負担を減少させあるいは排除することを、租税回避（tax avoidance, Steuerumgehung）という。」¹⁶⁸ そして、租税回避否認規定と

¹⁶⁶ 措置法 66 条の 4 では「当該法人が当該国外関連者から支払を受ける対価の額が独立企業間価格に満たないとき、又は当該法人が当該国外関連者に支払う対価の額が独立企業間価格を超えるとき」に独立企業間価格への調整を行うものとしており、日本の移転価格税制上、日本の課税を軽くすることは前提としていない（但し、相互協議を通じて、二重課税を回避するための対応的調整等でそのような調整が行われることはある）。

¹⁶⁷ 小島信子「移転価格税制における独立企業間価格の算定に係る「レンジ」の採用について」税大論叢 67 号（2010）「我が国の移転価格税制は、きわめて不確定な独立企業間価格という概念を中核に据えているために、納税者の側から見れば法的安定性と予測可能性を害される危険があること、及び移転価格税制が私的自治ないし契約自由の原則と抵触することになりやすいこと、このような税制において、課税庁の恣意的な権限の行使を抑制し、法的安定性と予測可能性を高めるためには、独立企業間価格算定方法の解釈適用基準の明確化が必要であるとの指摘がある。」

¹⁶⁸ 金子宏『租税法（第 15 版）』（p.114）。また、金子氏は租税回避と節税との違いに関して、次のとおり述べている。「節税が租税法規が予定しているところに従って税負担の減少を図る行為であ

は、そのような租税回避が行われた際に、租税回避における法形式を否認し、租税回避が行われていない場合に通常用いられる法形式を選択していたと仮定して課税を引き直すものである¹⁶⁹。

制度設計の観点から考える場合、「否認型・配分アプローチ」を採用する米国の移転価格税制は、ある意味においては、租税回避否認規定としての特徴を持つと考えられる。一方、「申告調整型・価格アプローチ」を採用する日本の移転価格税制においては、それが租税回避否認規定として位置づけられるとはいえないと考える。日本の移転価格税制の適用の前提は、あくまで、納税者が行った取引の価格が独立企業間価格と異なることであり、租税回避行為の有無は課税要件に影響しない。

このような特色が執行面における特徴に反映されているように感じられる。第3章で取り上げた事例では、米国の裁判事例において、主な争点として、税務当局が納税者の取引を否認し、取引を再構築する等して、課税を行ったことが争われている一方で、日本の裁決事例においては、主な争点として、税務当局が決定した独立企業間価格の合理性が争われている。

c. 独立企業原則の意味

それでは、日米両国の移転価格税制がその根拠とする独立企業原則がどのような意味を持つのかについて改めて振り返る。独立企業原則においては、「商業上又は資金上の関係において、双方の企業の間、独立の企業間に設けられる条件と異なる条件が設けられ、又は課されているときは、その条件がないとしたならば一方の企業の利得となったとみられる利得であってその条件のために当該一方の企業の利得とならなかったものに対しては、これを当該一方の企業の利得に算入して租税を課することができる。」とあり、租税回避行為の否認を前提としているわけでも、（税務当局が計算する）独立企業間価格と異なるか否かを前提としているわけでもない。「独立の企業間に設けられる条件と異なる条件が設けられ、又は課されているとき」に、実質として「その条件がないとしたならば一方の企業の利得となったとみられる利得であってその条件のために当該一方の企業の利得とならなかったもの」を調整するものである。

るのに対し、租税回避は租税法規が予定しない異常な法形式を用いて税負担の減少を図る行為である。」

¹⁶⁹日本の法制上、租税回避否認規定として認知されているのは同族会社の行為または計算で、これを容認した場合に法人税等の負担を不当に減少させる結果となると認められるときは、これを否認して更正または決定を行うことができる旨の規定である（法人税法 132 条等）。

すなわち、取引の形式が、独立企業の状況と異なる場合には、実質への引き直しを行い、独立の企業にあった場合に用いられる「独立企業間価格」を算定するものである¹⁷⁰。ここでは、当事者が意図した取引目的や当事者が選択した取引の形式が「独立企業の条件」に照らして判断されるのであって、当事者が意図した取引目的や当事者が選択した取引の形式が「租税回避行為」の状況にあてはまるのかを判断するのではない（独立企業の条件に異なるものとして、租税回避行為は含まれると推測される）¹⁷¹。また、「独立企業間価格」の算定は、取引の形式が独立企業の状況と異なる場合に、行われるものであって、それが基準となるわけでもない。

従って、独立企業原則に照らせば、移転価格税制は、本来的には2つのステップでその執行を検討すべきと考える。まず、第1に、関連者間の取引が「独立企業の条件」と異なるか。そして、第2に、独立企業の前提と異なる場合に、それが「独立企業間価格」と異なるかである。日本の移転価格税制においては、制度上、第1のステップが第2のステップの結果によって行われており、形式的な独立企業間価格の算定によって本質的な根拠を欠いた課税が行われうる可能性を含んでいるといえる。

d. 国外関連者との無形資産取引に係る寄附金課税

ここで、日本の移転価格税制に特徴的な問題として、寄附金課税との関係についても検討する。日本の移転価格税制は内国法人と国外関連者との国外関連取引を通じた所得の移転を対象として、「申告調整型・価格アプローチ」で設計されている。従って、移転価格税制の導入当初、国外関連取引を通じた所得の移転については、移転価格税制が適用される一方で、金銭の贈与や債務の免除については一定の限度内で損金算入が認められていたため、課税上のアンバランスが生じていたとされる¹⁷²。これを是正する目的で、措置法66条の4 3項において「法人が各事業年度において支出した寄附金の額のうち当該法人に係る国外関連者に対するものは、当該法人の各事業年度の所得の金額の計算上、損金の額に算入しない。」と

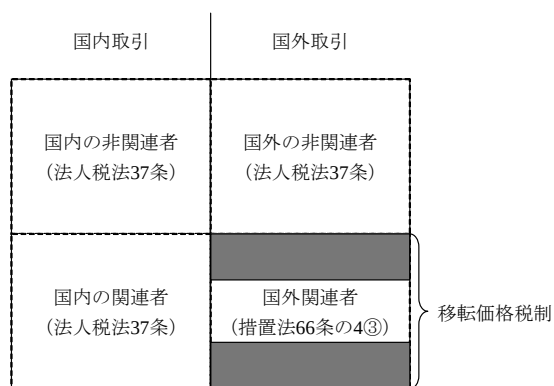
¹⁷⁰ この考え方は、金子宏『租税法（第15版）』（p.120）「税負担の免除・軽減をもたらす私法上の行為ないし取引が、私法上の真実の法律関係に合致しているように見える場合であっても、疑問のある場合には私法上の真実の法律関係に立ち入って、その行為が本当に行われたか否か、行われなかったとした場合に真実にはどのような行為が行われなかったのかを認定しなければならないことはいうまでもない。」というような考え方とも整合するものであると考える。

¹⁷¹ 懲罰的な意味合いを持つものではなく、あくまで私法上の取引に多様性が見られる中での独立企業条件に基づく判断に過ぎないと解する。

¹⁷² 遠藤克博「移転価格税制と寄附金課税」税大論叢 33号（1999）

して国外関連者に対する寄附金に係る課税を規定している。そして、ここでいう寄附金とは法人税法 37 条 7 項でいう寄附金のこととされる。法人税法に規定される寄附金の範囲は極めて広く、国内取引及び対非関連者との間の取引等における寄附も寄附金の額に含まれ、移転価格課税でいう、高値の買入、安値の販売、又は無償の役務提供等も全てその範囲に含まれる。現行の法制上の寄附金課税の関係を整理すると図表 26 のイメージ図となる。

図表 26 日本における寄附金課税¹⁷³



従って、現行の制度上では、国外関連者への所得の移転があった場合に、措置法 66 条の 4 3 項により国外関連者に対する寄附の部分だけは移転価格税制とは別途に寄附金課税を行うこととなる。実際の執行においても、移転価格税制が適用されるか寄附金課税が行われるかの具体的な線引きは明確でなく、図表 8 に示すようにパナソニックに関しては、子会社支援目的の販売価格引下げとして、（実際に国外関連取引があり、その取引価格を対象とするにも拘らず）寄附金課税が行われている（2010 年）。移転価格事務運営指針 2-19 では、措置法 66 条の 4 3 項の適用がある場合として、「金銭その他の資産又は経済的な利益の贈与又は無償の供与に該当するとき」、及び「実質的に供与したと認められる金額があるとき」としている。「金銭その他の資産又は経済的な利益の贈与又は無償の供与」に該当する事実が認められるときには、当該法人が収益として計上すべき金額は国外関連者に対する寄附金となるとされており¹⁷⁴、事実認定が非常に重要になる。また、当該事実認定において、価格調整金に関しては、事前の取極めが重要なポイントとなると解される¹⁷⁵。

日本におけるこのような独特な制度設計から、国外関連者との無形資産取引に関して寄附金課税が行われる可能性も十分に考えられる。無形資産に起因する高収益は事後的に把握されることから、事前に十分な取極めがされていない場合、もしくは取引として顕在化されていない場合が考えられる。そのような取引に関して、所得が移転されているとして課税が検

¹⁷³ 川田剛「国際課税における実務上の諸問題」租税研究 2011 年 2 月号に基づく

¹⁷⁴ 移転価格事務運営指針別冊「移転価格税制の適用に当たっての参考事例集」事例 25

¹⁷⁵ 移転価格事務運営指針別冊「移転価格税制の適用に当たっての参考事例集」事例 26

討される場合、日本においては、移転価格課税が行われる場合と寄附金課税が行われる場合の両方が考えられる。

国外関連者への寄附金として課税が行われる場合に、実務上、最も問題となるのが、相互協議¹⁷⁶との関連である。歴史的に、日本の税務当局は、寄附金課税は国内法に規定する課税であり、相互協議の対象とはならないという立場をとってきた。一方、寄附金課税は独特の制度設計によるものであり、国外関連者への（取引を通じた）所得の移転である場合、実質的には、移転価格課税の性質を有するものと考えられる。「否認型・配分アプローチ」をとる米国においては当然に移転価格税制の対象となるものである。移転価格課税が行われるか、寄附金課税が行われるかによって、相互協議の対象となるか否かが変わるというのは、課税庁の事実認定次第で、相互協議で救済されるか否かが決まってしまうということになり、結果として、課税に係る救済措置にアンバランスが生ずることになる。特に、国外関連者との無形資産取引に関して寄附金課税が行われた場合、その金額が多額に及ぶ可能性が高いことから、これは大きな問題となる。その金額が多額に及ぶ場合、相手国が相互協議に応じる用意があり、相互協議の対象だと思っているのに、寄附金課税を根拠として日本の税務当局が相互協議に応じないことにより、国際的な税務執行上の問題として認識される可能性も高い。国外関連者への所得移転に関して、移転価格課税と寄附金課税が両方検討される制度設計については、国際的な観点からも、再検討する必要があると考える。

従って、特に無形資産取引を通じた国外関連者への所得移転に関しては、あくまでも、独立企業原則により、課税関係を整理し、仮に課税を行う場合には、相互協議の対象となる移転価格課税によることが望ましいと考える。

ii. 無形資産の絡む移転価格問題

これまで本稿で論じてきたとおり、日本の移転価格税制において形式的な独立企業間価格の算定によって本質的な根拠を欠いた課税が行われうる可能性が最も高いと考えられるのが、無形資産の絡む移転価格問題についてである。

日本の移転価格税制が措置法に規定されており、より厳密に租税法律主義という概念や明確性の原則が反映されるべき制度といえるにも拘らず、通達等によって、一部、定義等の説明が加えられているものの、法令において無形資産の絡む移転価格問題が明確に規定されて

¹⁷⁶ 移転価格課税が行われた場合には、実際の取引価格と独立企業間価格との差額に相当する金額について取引に関連する二つの国において課税が行われることになり、国際的二重課税が発生する。租税条約は、このような条約に適合しない課税について、権限ある当局間の相互協議を行い、合意に達することを努力することを規定している。

いるものはほとんどないといっている。ここで、第2章で整理した問題について振り返り、その対策について考察することとする。

a. 無形資産の認識における問題

無形資産の認識における問題として、その定義及び所有権の問題を指摘した。そもそも、無形資産は形のないものであり、且つ固有性が高いものであるから、認識が非常に困難であることは想像に難くない。

一般に、移転価格税制の執行において、無形資産を認識する際には、二つのアプローチが混在して使用されているように考える。ひとつは定義によるアプローチであり、もうひとつは利益によるアプローチである。定義によるアプローチは、法的に保護されており、その所在が（法的には）明確に把握できるような無形資産に対して用いられており、対象となる無形資産として代表的なものとしては、特許等があげられる。利益によるアプローチは、超過収益の発生しているところに無形資産を認識するアプローチであり、事業が高収益を計上している場合に用いられるアプローチである。対象となる無形資産として代表的なものとしては、マーケティングに係る無形資産があげられる。また、別の角度から、例えば、個別に無形資産を認識するアプローチと総合的に無形資産を認識するアプローチがある。個別に無形資産を認識する場合においては、定義等により当てはめ、個々の無形資産を認識する一方で、総合的に無形資産を認識する場合においては、一体の事業において価値を創造する無形資産を総合的に捉えることから、定義によるアプローチと利益によるアプローチの関係と近い関係にあるといえるだろう。第3章で行った研究を通じて考えると、実際の執行の場においては、より利益によるアプローチに重きが置かれており、それゆえに税務争訟となっているように感じる。

双方のアプローチにおいて、どのような長所・短所があるかについて検討する。定義によるアプローチに関しては、予め定義を規則等で規定し、これにより判断することになるため、ある程度の明確性が保たれると考えられる。一方で、無形資産の固有性等に鑑みれば、全ての無形資産を規則等で規定することは不可能であり、（現状のように）例示列举に留まるに過ぎないと考えられる。そのような場合には、網羅性に問題があるだけでなく、例示されていない部分については、納税者及び税務当局の解釈に委ねざるを得ないことから、議論の分かれる可能性が高い。利益によるアプローチに関しては、利益が認識される場合に無形資産を検討するということから、ある程度の網羅性は確保されと考えられる。一方で、利益に基づく無形資産の認識は、（それが直接課税所得に関係することから）恣意的な判断が含まれる可能性が高い。また、会計上認識されない無形資産を、移転価格の場面においては認識することになり、本質的な矛盾も内包している。

以上のように、無形資産の認識においては、どちらのアプローチも一長一短であり、やはり、両方のアプローチを併せて使用することが合理的と考える。一般に無形資産を認識する際には次の5つの要素を考慮するとされる¹⁷⁷。

- ① 価値があるか
- ② 特定することが可能か
- ③ 法的に保護されるか
- ④ 分離して移転することが可能か
- ⑤ 超過収益を生み出すか

この5つの基準に全てあてはまるものを無形資産として認識するというのも、ひとつの手法であろう。但し、このような基準も各要素の定義が曖昧であるため、やはり解釈による相違が生まれかねないと言わざるを得ない。従って、無形資産認定のための要素を定めた上で明確な適用指針も併せて用意されることが望ましいと考える。

また、マーケティングに係る無形資産等、法的所有権が明確ではないオフバランスの資産に関しては、特に議論を要する項目として、分類して、明確な適用指針を準備することが必要と考える。

b. 無形資産取引の把握における問題

無形資産取引の把握における最大の問題は、取引の再構築である。OECD 移転価格ガイドラインは「実際に行われた取引の認識」について、次のとおり、規定している。

「税務当局による関連者間取引の調査は、通常、納税者が適用する方法が第2章で述べられている方法と整合的である限り当該方法を用い、納税者によって構築がなされたとおり実際に納税者によって行われた取引に基づいて行われるべきである。例外的な場合を除き、税務当局は、実際の取引を無視したり他の取引と置き換えたりするべきではない。合法的な商業上の取引を再構築することは、完全に恣意的な行為であり、当該取引がどのように構築されるべきかについて他の税務当局と見解を共有できない場合には、二重課税が発生し、不公平が増幅しかねない。」¹⁷⁸

既述のとおり、独立企業間価格の算定は、私的自治ないし契約自由の原則のもとで実際に行われた取引を、独立企業間の取引に引き直して行われるため、私的自治ないし契約自由の原則と抵触する可能性がある。その引き直しの際には、私的自治ないし契約自由の原則のも

¹⁷⁷ Kevin A. Bell, “OECD Working Party To Craft New Analytical Framework for All intangibles,” Tax Management Transfer Pricing Report, January 27, 2011

¹⁷⁸ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 1.64

とで実際に行われた取引を尊重し、取引を再構築すべきでないというのは至極当然のこのように考える。

なお、上記の規定において、OECD 移転価格ガイドラインが、例外的に取引を再構築することを認容しているのは、「取引の経済的実質がその取引の形式と異なる場合」及び「取引の内容と形式は同じであるが、取引に関連した取極が、総合的に判断して、商業的合理性のある形で行動する独立企業が行ったであろう取極とは異なり、かつ、実際の仕組が税務当局による適切な移転価格の決定を実務上妨げる場合」である¹⁷⁹。

移転価格に関する税務争訟において、取引の再構築を行われた事案については、「取引の経済的実質がその取引の形式と異なる場合」もしくは「取引の内容と形式は同じであるが、取引に関連した取極が、総合的に判断して、商業的合理性のある形で行動する独立企業が行ったであろう取極とは異なり、かつ、実際の仕組が税務当局による適切な移転価格の決定を実務上妨げる場合」であると判断されたと考えられるが、そのような再構築において用いられるのが「経済的所有権」の概念である。経済的所有権という概念については、明示的な基準がなく、その判断はやはり主観的なものとなる。収益の高い取引に対して「後知恵」として取引の再構築がなされるという批判は避けられないものであらうと考えられる。

そもそも経済的所有権を考える際には、2つのことを考える必要がある。まず、それが果たして独立企業の間で認められるのか否か¹⁸⁰。もうひとつは、後知恵として収益が出る場合にだけ考慮するのではなく、損失が出た場合にも考慮できるのか、ということである。

取引の再構築は、原則として、認められるべきものではない。また、仮に、「取引の経済的実質がその取引の形式と異なる場合」もしくは「取引の内容と形式は同じであるが、取引に関連した取極が、総合的に判断して、商業的合理性のある形で行動する独立企業が行ったであろう取極とは異なり、かつ、実際の仕組が税務当局による適切な移転価格の決定を実務上妨げる場合」として考慮される場合においても、その再構築において、不用意に「経済的所有権」の概念を乱用して行われるような場合には、認められるべきではない。

但し、あきらかに商業上の合理性が認められないような取引を行っており、（税務当局の主張する再構築後の所有権が）独立企業の間で認められ、損失が出た場合にも考慮できるような場合には、慎重に考慮した上で、取引を検討することができるかもしれない。このような適用は、事業の実態に照らして考慮すると極めて限定的もしくは皆無となると考える。

¹⁷⁹ OECD 移転価格ガイドライン パラグラフ 1.65

¹⁸⁰ 赤松晃『国際課税の実務と理論（第3版）』（2011）においては、アディダス・ショックについて説明した上で、「独立当事者間において無形資産の経済的所有という概念は存在し得ないことは自明の理である」としている。

c. 無形資産の評価における問題

実務的な適用において、無形資産の絡む移転価格問題に関しては、利益法（PS 法、TNMM）が適用されてきたことはこれまで述べたとおりである。当該方法は、いわば、インカムアプローチに基づく超過収益法であり、超過収益を無形資産に帰属するものとして、無形資産の所有者が当該収益を享受するよう計算するものである。

TNMM は、取引の一方の当事者を検証対象者として、当該検証対象者の財務情報を検証することから、取引の他方の当事者が複雑であり、相互に関連する活動を数多く行っている場合等においては有益であると考えられていることから、その適用のしやすさに特徴が見られる。但し、算定された独立企業間営業利益水準を検証対象者に認め、それ以外を全て他方の当事者に寄せることから、極端な結果が生ずる可能性もあり、移転価格とは無関係である多くの要因が影響するかもしれないということも指摘されている。

また、PS 法は、一面的な方法が適切でないであろう高度に統合された事業活動に対する解決策となることとされ、独立企業においては見られないような関連者の特殊でユニークな状況を考慮に入れることにより柔軟性を有するものであるとされているが、利益の配分が、関連企業自体の間の指標に基づいて分割されるため、独立企業間価格に対する直接的な証拠がなく、そもそも独立企業原則に合致するものなのかについて議論がある。また、2 章の計算例や TDK の裁決事案においても分かるように、技術的に負担が大きく、また算定結果を操作することが可能になる虞もあり、適用の難しさが指摘されている。

OECD 移転価格ガイドラインが指摘しているように、全ての起こりうる状況に適用できるような方法は 1 つも存在しない。従って、各方法の長所・短所を考慮して最適な独立企業間価格算定方法を選択すべきであるという点においては、従来の基本三法も排除すべきではないと考える。

また、利益法の適用に当たっても、十分に客観的・合理的な計算が行われることが前提となると考える。2010 年の OECD 移転価格ガイドラインの改定にあたり、比較可能性分析の章が設けられたこと、2011 年の税制改正により、日本の移転価格税制において、「幅」の概念が導入されたことから、ビジネスリアリティとして、独立企業間価格は一様に決定されるものではないと言える¹⁸¹。このような前提では、形式的な当てはめにより自己に有

¹⁸¹ また、2010 年 11 月 9 日税制調査会専門委員会「国際課税に関する論点整理」では、「無形資産の独立企業間価格の算定に本質的に幅があることについて」、「無形資産の時価評価は容易でない。独立企業者間であれば、買い手の見積もるキャッシュフローに基づく現在価値が、売り手のそれより高いからこそ無形資産が譲渡される。…この点については、無形資産の売買価格に関し、売り手と買い手で各々異なる allowance（許容範囲）があるように、無形資産の取引価格についても、独立企業

利な計算を行うのではなく、比較可能性等を一定の条件として、納税者及び税務当局が双方で理解し納得できる客観的・合理的な計算が求められることは言うまでもない。

さらに、無形資産の評価におけるこれまでの独立企業間価格の算定方法の適用の限界¹⁸²から、現在、OECDにおける無形資産に係るプロジェクトにおいては、他の評価手法も考慮されているようである。主には、ファイナンスアプローチによる資本資産価格モデル¹⁸³に基づく方法など資産の価格評価で一般に用いられている手法のようである¹⁸⁴。これらについては、今後の動向をよく観察した上で、日本の移転価格税制上、導入することが望ましいかを検討することを期待する。

iii. 無形資産取引に係る移転価格課税に関する税務争訟の回避及び解決

移転価格課税が行われた場合には、実際の取引価格と独立企業間価格との差額に相当する金額について取引に関連する二つの国において課税が行われることになり、国際的二重課税が発生する。租税条約は、このような条約に適合しない課税について、権限ある当局間の相

間価格で算定する際に、ピンポイントで一つに定めるのではなく、ある程度の幅を持って位置づけることが可能なはず。」と言及している。

¹⁸² 歴史的には、独立企業原則によらないアプローチとして、全世界的定式配分（Global Formulary Apportionment）が議論されてきた。全世界的定式配分においては、多国籍企業グループの連結ベースでの全世界利益をあらかじめ定められた機械的な定式に従って、各国の関連者に配分する。配分に当たっては、第1に課税対象単位の決定、第2に全世界利益の決定、第3に配分のための定式の確立を行う必要がある。全世界的定式配分の支持者は管理上の利便性及び確実性をもたらすとしている。しかしながら、全世界的定式配分にも、十分な国際的調整、事前の定式の確立、グループの構成に係る合意が前提として必要となると考えられ、必ずしも管理上の利便性を向上させるともいえない。また、定式に用いられない要素を考慮しないため、経済的実態と異なる利益の配分が行われる虞もあり、適用に係る柔軟性も低いため、個別性の強い無形資産取引に係る適用については疑問が残る。また、事前に確立され、明らかとなった定式を利用した潜脱も起こる可能性が考慮される。従って、無形資産に係る取引価格の算定において、全世界的定式配分は独立企業間価格の算定方法等の問題を解決するものではないと考える。

¹⁸³ 資本資産価格モデル（Capital Asset Pricing Model, CAPM）では、市場リターンに対する資産リターンの感度 β を用いて計算がされるが、この β をどのように設定するかという問題があるように考える。また、申告調整型を基本とする日本において、納税者が正しくバリュエーション理論を理解し、最適の方法としてそれを選択するという前提に立てば、納税者における説明責任に係る負荷が大きいともいえる。

¹⁸⁴ Kevin A. Bell, “OECD Working Party To Craft New Analytical Framework for All intangibles,” Tax Management Transfer Pricing Report, January 27, 2011

互協議を行い、合意に達することを努力することを規定している。また、新日蘭租税条約をはじめとして、仲裁手続に係る規定が導入されている。仲裁手続とは、相互協議が期限内に合意されない場合、第三者である仲裁人に結論を委ねるものであり、納税者が仲裁人による決定を受容しない場合を除き、当該決定に従い、相互協議の合意が行われるものである¹⁸⁵。

一方、独立企業間価格の算定方法等をめぐり、法的安定性の侵害と私的自治の原則の抵触という問題が指摘されていることに対して、その対処として、事前確認制度が導入されている¹⁸⁶。事前確認とは、納税者が税務当局に申し出た独立企業間価格の算定方法等について、税務当局がその合理性を検証し確認を行うことをいい、納税者が確認された内容に基づき申告を行っている限り、移転価格課税は行われ¹⁸⁷ない。近年においては、（潜在的なリスクが高いと考えられる）無形資産取引を対象とした事前確認制度の利用も増加している。

移転価格課税に関する税務争訟の回避や解決について、整備が進んでいるが、一方で、事前確認のための審査や、相互協議合意のための手続の過程では、独立企業間価格を算定することになり、無形資産取引に関しては、上述したような無形資産の絡む移転価格問題が関係することになり¹⁸⁸が変わりがない。

従って、対象となる取引の金額が大きく、見解が相違することが見込まれる無形資産取引に係る移転価格税務争訟について、解決が困難であり、紛争が長引くことが明らかに予想されるような場合には、税務当局及び納税者の管理上のコスト、事業への影響等も考慮し、第3章でとりあげたグラクソスミスクライン事案のように、必ずしも、厳格な独立企業間価格によらない和解等の解決¹⁸⁸の可能性も検討する必要があると思料する。また、取引の金額がそれほど大きくない事案については、管理上の利便性を考慮して、無形資産の定義と評価方法を併せた何らかのセーフハーバーを用意することも有用である¹⁸⁹と考える。

¹⁸⁵ 国税庁は、「移転価格課税等について、相互協議の申立てが行われた事案（いずれかの国の裁判所等による決定が行われたものを除く。）が仲裁手続の対象となり、事前確認に係る相互協議の申立てはその対象とはなりません。」としている。（<http://www.nta.go.jp/sonota/kokusai/kokusai-sonota/1009/01.htm>）

¹⁸⁶ 濱田明子「事前確認の法的効力と紛争回避の視点」税大論叢 45号（2004）

¹⁸⁷ 相互協議を伴う事前確認は、独立企業間価格の算定方法等について、当該取引の当事者を所轄する税務当局間で相互協議を行い、移転価格課税についての予測可能性を確保すると同時に二重課税のリスクを回避することを目的としている。

¹⁸⁸ このような場面においては、全世界的定式配分を利用することもひとつの方法といえる。

iv. 総括―無形資産が絡む移転価格問題と無形資産取引等を通じた所得移転

a. 無形資産が絡む移転価格問題に係る総括

検証の結果、無形資産が絡む移転価格問題には、（１）本質的な問題が認められないにもかかわらず、形式的な移転価格税制の規定の当てはめが行われているケース、（２）移転価格税制の規定を拡大された（もしくは歪曲化された）解釈をして、無形資産取引等に適用しているケース、があるように考える。

まず、（１）本質的な問題が認められないにもかかわらず、形式的な移転価格税制の規定の当てはめが行われているケースは、日本の移転価格税制の制度設計上、起こりうる仕組であったことは説明したとおりであるが、独立企業原則に照らして考えれば許容されるべきでないことは明らかである。

また、（２）移転価格税制の規定を拡大された（もしくは歪曲化された）解釈をして、無形資産取引等に適用しているケースも、日本の移転価格税制が措置法に規定され、特別法であることから、「拡大解釈」は決して認められるものではない。また、OECD 移転価格ガイドライン等に照らしても、取引の再構築を含む「拡大解釈」による移転価格課税は、合理性を持たない。

従って、形式的な移転価格税制の規定の当てはめを行うことも、移転価格税制の規定を拡大解釈して無形資産取引等に適用することも認められるべきでない。移転価格税制の執行において、無形資産が絡む取引も他の取引と同様に、あくまで独立企業原則に則り、規定に基づいて検討されるべきであり、現在の法が規定していないことについて「解釈」で補充して課税が行われるべきでない。

この意味では、OECD における無形資産に係るプロジェクトの動向も踏まえた上で、早急に無形資産の認識におけるアプローチを定義規定等を用いて法令又は解釈指針等で定めることが必要と考える。また、無形資産の評価に関わる利益法の適用における解釈指針も、参考事例集等を通じて一層拡充されることが望ましい。

また、無形資産取引に係る移転価格課税に関する税務争訟の回避及び解決のために、相互協議及び事前確認の運用の整備をより進めることが望まれる一方で、管理上の利便性の向上や事業活動への影響の軽減等を目的として、セーフハーバーや和解等の代替的な解決方法についても検討を加えることを期待する。

b. 無形資産取引等を通じた所得移転への対処―牽制策

一方で、欧米では、機能やリスクの限定的な子会社への転換等の形式を利用した事業再編を通じて、税負担を軽減するタックス・プランニングが広く行われてきており、これによる所得の国外への移転が起こっていることは第3章でも検証したとおりである。このような流

これは、日本における企業のグローバル化が進んでいること、日本において経済が停滞していること、及び日本の税率が他の国に比して高い状況にあることから、今後、日本で起こりうることを考えられる。そのような事態が起きた場合、政府の立場から考えれば、所得が国外へ流出することによって課税権が失われるという問題が生じるだろうし、納税者の立場からは公平性の問題が上がる可能性が高い。

しかし、このような問題に、現在の日本の移転価格税制のもとで対処をしていくことは困難であり、且つそれは適切でないように考える。

この対策として、まずは、OECD 移転価格ガイドライン第9章に基づき、事業再編に係る移転価格の側面について規定を追加することが求められる。ここでは、超過収益の源泉である無形資産を海外に移転させるような事業再編に対して課税のあり方について明確な基準が設けることが必要である。基本的には、OECD 移転価格ガイドラインと同様に、「事業再編において設けられ又は課される条件であって独立企業間であれば設けられたであろう条件と異なるものが存在するか」ということを基準にするのが望ましいと考える。また、執行面から考慮すれば、租税調査会専門員会が、2010年11月9日「国際課税に関する論点整理」で指摘しているように、事業再編などの際の契約の変更等について適切な文書化を求めるなど、無形資産に関して移転価格税制が執行できるための制度的なインフラに関する検討が必要となろう。納税者としても、仮に移転価格課税が起きた際に、対処できるように、予め、事業再編に係る移転価格問題について調査される文書等を明確にされることは望ましいと考える。

また、所得相応性基準を導入することが早くから議論されているようであるが、やはり、「後知恵」としての調整については独立企業原則に照らして疑義がある。また、「もともと米国には、含み益がある資産を国外に持ち出すと、『トールチャージ』（通行料）を課す制度があり、ドイツにも同様の制度が存在する。そうした制度がある国では、「所得相応性基準」を導入しやすいかもしれないが、それが無い我が国などでは状況が異なる。」という指摘もある¹⁸⁹。

そもそも、所得が国外に流出することを防ぎ、自国の課税管轄権を確保するという目的であるのであれば、独立企業原則に必ずしも基づかない、租税回避否認規定を移転価格税制とは別個に一般法の枠組み内で設けるのもひとつの手法ではないかと考える。移転価格税制が、明確に独立企業原則に依拠している限り、数多に考え出される新しいタックス・プランニングに対処するには、法の拡大解釈を持ち出さねばならず、措置法における規定という以上、そこには、問題が付きまとうと考えるからである。

¹⁸⁹ 2010年11月9日税制調査会専門委員会「国際課税に関する論点整理」

但し、そのような租税回避否認規定には、課税権を確保しつつ適正な経済活動も阻害しないよう、十分な配慮が必要であり、且つ、税務当局に過度の権限を与えるものであっては決してならない。従って、その判定には、明確に規定された客観的な何らかのテスト（例えば、3章で行った分析のようなもの）をいくつか設けることが必要と考える。

c. 無形資産取引等を通じた所得移転への対処－優遇策

また、無形資産取引等を通じた所得移転の対処には、上記のような牽制策だけでなく、優遇策も考慮することが必要であろう。そのひとつとして、現在、欧州で導入が進んでいるパテント・ボックス税制の導入を検討することを期待する。

パテント・ボックス税制とは、特許等の無形資産から生じる所得に対して軽減税率を適用する制度である。図表 27 は欧州においてパテント・ボックス税制を導入している国についてその概要を示すものである。共通する特徴として、対象所得が製造売上を含む広い範囲に設定されていること、また、日本への配当に係る源泉税がないことがあげられる。

外国子会社配当益金不算入制度が導入された我が国において、同様の制度がなければ、今後パテント・ボックス制度を導入した国に研究開発拠点を移転させる等の検討がされなくても限らない。また、無形資産から生ずる所得に対して軽減税率が適用されることで、所得の増加に貢献しないとの指摘もあるかもしれないが、移転価格税制との調和をうまく行うことによりこれには対処できると考える。また、無形資産を国外に移転させないということは、税制以外においても、必要とされる。ゆえに、パテント・ボックス税制を導入することが望ましいと考える。

但し、パテント・ボックス税制の導入のための問題点として、①対象とする無形資産の範囲をどう設定するか、②対象となる所得の範囲をどう設定するか、③対象となる無形資産の取得時期をどう設定するか等の問題があげられる。これらの問題については、今後パテント・ボックス税制の適用が見込まれているイギリスを参考にすることが賢明であると考ええる。なお、イギリスでは①は明確性に配慮し、特許に限定しており、③は制度導入以前のものも対象とできるように検討が進められている。

図表 27 各国におけるパテント・ボックス税制の概要¹⁹⁰

	オランダ	スイス	アイルランド	イギリス
法人税率（通常）	25%	12%～25% （地域による）	12.5% （一定の所得は 25%）	26% （将来的に23%まで 低減）
無形資産からの所得に ついての優遇税率	5%	8%～12% （事業による）	0%～12.5% （事業による）	10% （改正による）
パテント・ボックス税制 の対象所得 （製造売上を含むか）	製造売上を含む			
研究開発の優遇税制	有			
日本への配当に 対する源泉税	無し （新租税条約の適用後）		無し	

d. おわりに

今後、事業がますますグローバル化し、多様性・複雑性が増す中で、日本企業が競争力を維持するためにも、適正な経済活動を阻害しない税務の執行が求められる。

2000年代中期に日本においても顕在化した無形資産の絡む移転価格問題は、本質的な問題が認められないにもかかわらず、形式的な移転価格税制の規定の当てはめが行われていることや、移転価格税制の規定を拡大解釈して無形資産取引等に適用していることに起因しており、移転価格税制の本質に基づいて考えれば、これらは許容されるものではない。

移転価格税制の執行における無形資産の取扱いは、あくまで独立企業原則に則り、措置法に規定された移転価格税制の明確な基準に基づいて判断されるべきであり、これを超えた取扱いは原則として認めないことが求められる。

この前提として、無形資産が絡む移転価格問題に関して、無形資産の認識方法及び評価方法については、OECDにおける取組み等を参考として、明確化のための基準が法令等に追加されることが必要といえる。

また、一方で、今後、機能やリスクの限定的な子会社への転換等の形式を利用した事業再編を通じて、税負担を軽減するタックス・プランニングが広く活用される可能性が高い。行過ぎたタックス・プランニングは、現行の移転価格税制では対処できないものであり、国外へ所得が移転するとともに納税者間の不公平を招くという問題が引き起こされる虞がある。このような問題に対処するものとして、事業再編に係る移転価格の側面に関する規定の追加、牽制策としての客観的なテストに基づく租税回避否認規定の検討、及び優遇策としてのパテント・ボックス税制の検討を提案する。

¹⁹⁰ 西田宏之「日本企業における無形資産の海外での管理とパテントボックス税制について」国際税務 2011年8月号に基づく

(参考文献)

金子宏『租税法(第15版)』弘文堂

川田剛『国際課税の基礎知識(八訂版)』税務経理協会

川田剛『ケースブック海外重要租税判例』財經詳報社

濱田明子『国際的所得移転と課税』法令出版

赤松晃『国際課税の実務と理論(第3版)』税務研究会

森信夫『無形資産・サービス取引のグローバルマネジメント』日本機械輸出組合

高久隆太『知的財産をめぐる国際税務』大蔵財務協会

志賀櫻「移転価格税制の基本的諸問題・評論」租税訴訟 No.2/租税訴訟学会(2008)

川田剛「米国多国籍企業による所得の海外移転」国際税務 2010 年 10 月

和波英雄「我が国の移転価格税制と税務執行の歩み」太陽 ASG エグゼクティブニュース

(2009)

小島信子「移転価格税制における独立企業間価格の算定に係る「レンジ」の採用について」

税大論叢 67 号

松田直樹「法人資産等の国外移転への対応—欧米のコーポレート・インバージョン対策税制

及び出国税等が包含する示唆—」税大論叢 67 号

居波邦泰「無形資産の国外関連者への移転等に係る課税のあり方」税大論叢 59 号

居波邦泰「移転価格事案の訴訟に係る対処等の検討—米国の判例等を踏まえて—」税大論叢

54 号

刈屋武昭「包括的価値創造 ERM の構造：無形資産保有構造と内部統制の有効性」(2007)

刈屋武昭「企業の価値創造経営プロセスと無形資産—CERM・ROIAM アプローチ」経済産

業研究所(2006)

移転価格分析 Project Team「残余利益分割法の分割ファクターに関する注目すべき判断下

る」国際税務 2010 年 6 月

藤澤鈴雄他「裁決事例に見る移転価格調査の今日的論点」国際税務 2010 年 7 月

高久隆太「移転価格課税における無形資産の使用により生じた利益の帰属及びその配分」税

大論叢 49 号

浅川和仁「米国租税法上の無形資産の評価の実情と日本に対する示唆」税大論叢 49 号

三田村仁「費用分担契約(Cost Contribution Arrangement)に関する一考察」税大論叢 49 号

飯守一文「米国費用分担契約規則(2008 年暫定規則)の概要」国際税務 2010 年 10 月

望月文夫「米国移転価格税制における無形資産の取扱い」国際税務 2010 年 7 月

川田剛「役務提供取引&無形資産を巡る移転価格課税 無形資産取引をめぐる諸問題 一移
 転価格課税の観点からみた一条工務店事案」国際税務 2007 年 4 月
 高久隆太「知的財産と移転価格税制」租税研究 2008 年 11 月
 平成 21 年度国際税務研究会報告書『移転価格税制の最近の動向と我が国企業の国際税務戦
 略』日本機械輸出組合
 大河原健他『国際税務マネジメント』中央経済社
 山川博樹『移転価格税制』税務研究会
 NERA エコノミックコンサルティング『移転価格の経済分析』中央経済社
 ホワイ特&ケース税理士法人『知的財産税務戦略』税務経理協会
 企業会計基準委員会「無形資産に係る論点の整理」
 企業会計基準委員会討議資料「財務会計の概念フレームワーク」
 福井義高「残余利益に基づく業績評価と会計研究」
 斎藤静樹『会計基準の研究（増補版）』中央経済社
 山口英果「特許等使用料収支の黒字化について」日本銀行ワーキングペーパー（2004）

Joint Committee of Taxation, “Present Law and Background Related to Possible Income Shifting and
 Transfer Pricing,” JCX 37-10, July 20, 2010, *Doc 2010-16133, 2010 WTD 139-29*
 Martin A Sullivan, “Medtronic Moves Jobs, Profits Out of U.S.,” *Tax Notes International*, August 23,
 2010
 John Henshall, “OECD review of Chapter VI: Intangibles,” *Transfer Pricing International Journal*,
 August 27, 2010
 Molly Moses, “U.S. Officials Considering Phasing Out ‘Cliff’ In Administration’s Excess Returns
 Proposal,” *Tax Management Transfer Pricing Report*, October 21, 2010
 Alison Bennett and Molly Moses, “U.S. Budget Provision Designed to Capture Revenue From
 ‘Excess’ Intangibles Income in Low-Tax Jurisdictions,” *Tax Management Transfer Pricing*
Report, February 11, 2010
 Kevin A. Bell, “OECD on Cusp of Project to Address New Intangibles Landscape, Silberztein Says,”
Tax Management Transfer Pricing Report, July 1, 2010
 BNA Tax and Accounting Center, “Silberztein Discusses OECD’s Proposed Project To Update 1995
 Guidelines’ Treatment of Intangibles,” *Tax Management Transfer Pricing Report*, July 1, 2010

租税資料館賞論文集 第 21 回（2012 年）中巻

平成 25 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>