

複数の組織再編等の組み合わせによる
租税回避とその否認

—取引の一体的把握の是非をめぐって—

川端一真

【論文の要約】

複数の組織再編等の組み合わせによる租税回避とその否認

－ 取引の一体的把握の是非をめぐって －

川 端 一 真

本稿の目的は、納税者が複数の組織再編等を組み合わせて行った場合に、課税庁が、それらを一体のものと把握して否認できるのか、という点について、不当な租税回避の防止と、課税関係に関する納税者の予測可能性の確保との調和という観点から、あるべき姿を示すことにある。

この目的を達成するため、まず第1章で、複数の組織再編等の組み合わせを一体的に把握して否認するとはどういうことなのか、その問題の所在を提示した。

次に第2章で、わが国の現状として、①納税者が複数の組織再編等を組み合わせて行った場合に、課税庁が、組織再編成に係る行為・計算否認規定（いわゆる包括的否認規定）である法人税法132条の2を適用し、それらを一体的に把握して否認する可能性があること、②しかし、同条の適用要件規定は抽象的で簡略なものにとどまっており、課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性が犠牲になっていること、を指摘した。

続いて第3章で、米国においては、複数の組織再編等の一体的把握による否認の是非について、①連邦議会（および、その委任を受けた租税行政庁）による個別的否認規定の整備と、裁判所による「段階取引の法理」（に代表される否認のための判例法理）の蓄積・適用、によって課税ルールを形成してきたこと、②米国のこうした課税ルール形成の仕組みが、わが国の法人税法132条の2に比べて、複数の組織再編等の課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性を高めるうえで優れていること、を指摘した。

さらに第4章で、わが国のM&Aに携わる税務専門家へのヒアリング調査にもとづき、①法人税法132条の2が、組織再編成に係るタックス・プランニングの実務に牽制効果を発揮していること、②組織再編成を濫用した不当な租税回避への対抗策のあり方について、実務家の間では、現行の法132条の2の否認力を重視する意見が根強い一方で、個別的否認規定の整備や、法132条の2に関する判例の蓄積に期待する意見もあること、を明らかにした。

最後に第5章で、複数の組織再編等の組み合わせを濫用した不当な租税回避を防ぎつつ（課税の公平の要請）、その課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性を保つため（租税法律主義の要請）、今後わが国でも、①複数の組織再編等の一体的把握に係る個別的否認規定を逐次整備していくべきこと、②米国における「段階取引の法理」がもっている、取引の一体的把握の是非に関する判断基準（拘束的約定基準ないし相互依存基準）を、法人税法132条の2の適用要件である「税負担を不当に減少させる」の判断基準として取り込ん

でいくべきこと、を提言した。

本稿は、複数の組織再編等をめぐる課税関係について、①わが国の法 132 条の 2 で否認されやすいスキーム類型と、②米国の個別的否認規定や「段階取引の法理」から得られるわが国への示唆とを、いずれも具体的事例を示しながら探るとともに、③組織再編成を濫用した租税回避への対抗策に関するわが国の実務専門家の意見を、筆者自ら行ったヒアリング調査で明らかにするなど、実証的なアプローチを重視している。④そしてそれらをふまえて、わが国の今後のあるべき姿について提言している。これら①～④を総合的に論じた先行研究は、管見ではまだ少ない。ここに本稿の独自性がある。

とはいえ、今後への提言のうち、整備すべき個別的否認規定については一例を挙げたにすぎず、また、「段階取引の法理」の法 132 条の 2 への取り込み方（解釈論か明文規定か）については両論併記にとどまっている。これらの点のさらなる深化は他日を期したい。

目次

はじめに	1
第1章 問題の所在と論文の構成	3
1.1 節 問題の所在	3
(1) 組織再編成に係る複数の経路がある場合の課税上の問題	3
(2) 問題の位置づけ	6
1.2 節 本稿の目的と構成	7
1.3 節 本稿の特色	8
第2章 複数の組織再編等に対する法人税法 132 条の 2 の適用可能性	9
2.1 節 法人税法 132 条の 2 の解釈	9
2.1.1 制度の趣旨	10
2.1.2 適用要件	12
(1) 対象となる法人	13
(2) 対象となる行為又は計算	13
(3) 税負担を減少させる事由	13
(4) 「法人税の負担を不当に減少させる」の「不当に」の内容	14
2.1.3 否認の対象として例示された租税回避行為	19
2.1.4 否認の効果(取引の引きなおし方)の種類	21
2.2 節 複数の組織再編等の一体的把握による否認	26
2.2.1 学説の状況	26
(1) 肯定説	26
(2) 否定説	26
2.2.2 否認される可能性があるスキーム事例	29
(1) 対象とした事例(出典文献)	29
(2) 分類方法	30
(3) 否認リスク	30
(4) スキーム事例の一覧	30
2.2.3 類型 I : 適格を非適格として否認する(譲渡益を認識させる)事例	32
(1) 【事例I01】株式の金銭買取り後に適格合併	32
(2) 【事例I02】端数株式交換方式によるスクィーズ・アウト	35
(3) 【事例I03】「見込み要件」の見込みの非実現	38
(4) 【事例I04】全部取得条項付種類株式方式によるスクィーズ・アウト	42

2.2.4 類型Ⅱ：非適格を適格として否認する(譲渡損を認識させない)事例	45
(1) 【事例Ⅱ01】含み損資産の非適格現物出資後に適格合併	46
(2) 【事例Ⅱ02】100%支配関係を崩した後に非適格合併	49
(3) 【事例Ⅱ03】事前に出資を受けた金銭を対価として非適格分社型分割	51
2.2.5 類型Ⅲ：適格等を非適格等として否認する(欠損金等を引継がせない)事例	54
(1) 【事例Ⅲ01】特定役員の事前送り込み後に適格合併	56
2.3 節 小 括	61
(1) 複数の組織再編等に対する法人税法 132 条の 2 の適用可能性	61
(2) 次章への課題	64
第3章 複数の組織再編等に関する米国の課税ルール	65
3.1 節 米国における租税回避対抗策の概要	65
3.1.1 概 観	65
3.1.2 個別的否認規定の整備	67
3.1.3 否認のための判例法理の形成・蓄積	70
(1) 否認のための主な判例法理	70
(2) 否認のための判例法理の特色	72
3.1.4 経済的実質の法理の制定法化と関連罰則の創設	78
(1) 制定法化をめぐる賛否論	78
(2) 内国歳入法典 7701 条(o)および関連する罰則規定	80
3.2 節 複数の組織再編等の組み合わせに関する個別規定	88
3.2.1 具体的な規定事例の紹介	89
(1) 【規定例 01】「合併等 → 株式の売却」(切り離して適格判定) (財務省規則 1.368-1(e)(1))	89
(2) 【規定例 02】「法人分割 → 株式の売却」(一体として適格判定) (財務省規則 1.355-2(c)(1) 及び 財務省規則 1.355-2(d)(2)(iii))	92
(3) 【規定例 03】「法人分割 → 法人取得」(一体として適格判定) (内国歳入法典 355 条(e))	96
3.2.2 考 察	99
3.3 節 複数の組織再編等の組み合わせに関する段階取引の法理	103
3.3.1 段階取引の法理の概要	104
(1) 法理の概要	104
(2) 判定基準	105
3.3.2 具体的な裁判例の紹介	106

(1) 【判例 01】拘束的約定基準の適用例	
— Gordon 事件 連邦最高裁判所判決(1968 年)……………	106
(2) 【判例 02】相互依存基準の適用例(その1)	
— American Bantam Car 事件 連邦最高裁判所判決(1950 年)……………	108
(3) 【判例 03】相互依存基準の適用例(その2)	
— Manhattan Building 事件 租税裁判所判決(1957 年)……………	110
(4) 【判例 04】最終結果基準の適用例	
— Elkhorn 事件 第4巡回区控訴裁判所判決(1938 年)……………	112
3.3.3 考 察……………	115
3.4 節 小 括……………	122
(1) 米国における租税回避対抗策の概要……………	123
(2) 複数の組織再編等の組み合わせに関する個別規定……………	124
(3) 複数の組織再編等の組み合わせに関する段階取引の法理……………	125
第4章 法人税法 132 条の 2 に関する実務専門家の意識……………	126
4.1 節 ヒアリングの実施概要……………	126
(1) 調査項目……………	126
(2) 調査対象と調査方法……………	127
4.2 節 ヒアリングの回答結果……………	127
(1) 回答者属性(これまで手がけてきた M&A 案件)……………	128
(2) M&A の課税関係に関する予測可能性……………	130
(3) 法人税法 132 条の 2 の牽制効果……………	132
(4) 不当な租税回避への対抗策の望ましいあり方……………	134
4.3 節 小 括……………	139
(1) 法人税法 132 条の 2 の牽制効果……………	139
(2) 不当な租税回避への対抗策の望ましいあり方……………	140
第5章 わが国のあるべき姿……………	141
5.1 節 課税要件の解釈・適用の原則……………	141
5.2 節 個別的否認規定の整備……………	142
5.3 節 「段階取引の法理」的考え方の採用……………	144
おわりに……………	154
参考文献一覧……………	156

はじめに

いま、納税者である法人が、課税上有利となることを意図して、1つ1つの組織再編行為がそれぞれ適格要件を満たすように（または満たさないように）設計しながら、これら複数の組織再編等¹を組み合わせることで段階的に実施し（スキーム1とする）、最終的にある一定の状態を実現したとしよう。一方で、最終的な再編後の状態だけをみれば実質的にこれと同じ経済効果をもたらすが、税制上は適格要件を満たさない（または満たす）、別の、単一の組織再編行為（スキーム2とする）が存在したとする。このとき、課税庁が、組織再編成を濫用した不当な租税回避を防止する見地から、納税者が行った複数の組織再編等の組み合わせ（スキーム1）を、課税上は実質的に一体のもの（スキーム2）としてとらえ、納税者が意図した課税上の取扱いを否認してくるとしたら、そのような課税庁の処分は許されるのだろうか。

不当な租税回避が否認されるべきことは、一般論としては首肯できる。しかし、段階的に行われた複数の組織再編等が、個々の単体としては実定法上の適格要件を形式的に満たしている（または満たしていない）にもかかわらず、課税庁が、そうした個々の適格要件以外の基準（複数の組織再編等の組み合わせを、実質的に一体のものに引きなおして、課税要件をあてはめる態度）を持ち出して、その適格性（または非適格性）を否認することができるのであれば、課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性は大きく損なわれ、租税法律主義に反することになるのではないだろうか。

こうした問題意識にもとづき、本稿は、納税者が複数の組織再編等を組み合わせで行った場合に、課税庁が、それらを一体のものと把握して否認できるのか、という点について、不当な租税回避の防止と、課税関係に関する納税者の予測可能性の確保との調和という観点から、あるべき姿を示すことを目的とする。

この目的を達成するため、まず第1章で、問題の所在を提示する。次に第2章で、わが国において、複数の組織再編等の一体的把握による否認が、組織再編成に係る行為・計算否認規定（いわゆる包括的否認規定）である法人税法132条の2によって行われることがありうるのかどうかを検討する。続いて第3章で、複数の組織再編等を濫用した不当な租税回避に対する、包括的否認規定によらない別の対抗方法を探るため、米国税制における否認ルール形成のあり方を検討する。また第4章では、わが国の組織再編実務の第一線で活躍する税務専門家に対して実施したヒアリング調査にもとづいて、組織再編成のタックス・プランニン

¹ 本稿において「複数の組織再編等の組み合わせ」という場合の「組織再編等」の範囲については、後述の注7を参照。

グに対する法人税法 132 条の 2 の牽制効果や、組織再編成を濫用した不当な租税回避への對抗策に関する実務専門家の考え方を探る。最後に第 5 章で、これらの検討をふまえて、複数の組織再編等の組み合わせの一体的把握に関する、わが国の課税ルール（否認ルール）のあり方について、今後のあるべき姿を提言する。

第1章 問題の所在と論文の構成

1.1 節 問題の所在

(1) 組織再編成に係る複数の経路がある場合の課税上の問題

平成13年度税制改正で創設された、わが国の組織再編税制は、その後、いくつかの重要な改正を経ながら、企業のM&Aを支える制度基盤として定着しつつあるようにみえる。組織再編税制の中心的な内容は、合併や会社分割などの企業組織再編成が一定の要件を満たす場合（適格組織再編成に該当する場合）に、法人が保有する資産の移転、および、株主が保有する株式の移転について、本来実現しているはずの譲渡損益を税務上認識せず、課税を繰延べるという点にある。

制度立案に中心的な役割を果たした当時の政府税制調査会は、こうした課税の繰延べが認められる根拠として、「組織再編成により資産を移転する前後で経済実態に実質的な変更が無いと考えられる場合には、課税関係を継続させるのが適当と考えられる」と述べ²、課税繰延べが認められるためには、資産の移転元である法人段階における「移転資産に対する支配の継続性」と、その移転元法人の株主段階における「投資の継続性」とが存在すべきことを要求していた³。そして、これら2つの継続性は、実定法（施行令などを含めた法人税法）上に、いわゆる適格要件として詳細に具体化され⁴、対象となる組織再編等が、こうした適格要件を満たした場合にのみ、課税が繰延べられることになったのである。

ところで、一般に、組織再編成とは「法人組織の再構成（corporate rearrangement）」、すなわち、法人資産が新法人もしくは別法人へと移ること、あるいは、資産は法人内に留まっているが、新しい株主等によって支配されるようになること、を指すと説明されている⁵。

こうした組織再編成の大きな特色の1つは、ある一定の「法人組織の再構成」を達成しようとする場合に、それに至る経路が、個々の取引の組み合わせ方によって複数存在しうると

² 政府税制調査会（法人課税小委員会）「会社分割・合併等の企業組織再編成に係る税制の基本的考え方（平成12年10月3日）」（2000）。

³ 政府税制調査会（法人課税小委員会）・前掲注2。

⁴ 現行の実定法上の適格要件規定は、前掲の政府税調「基本的考え方」が示した2つの継続性を必ずしも正確に反映していないという指摘もある。渡辺徹也『企業組織再編成と課税』弘文堂（2006）、130～138頁などを参照。しかし、その点はここでは問わない。

⁵ 岡村忠生=渡辺徹也=高橋祐介『ベーシック税法（第6版）』有斐閣（2011）、260頁（渡辺執筆部分）。ここで渡辺教授は、上記引用に続けて「組織再編成の具体的な取引内容は、主として、株式と資産との交換、あるいは株式と株式との交換である」と説明している。

いう点にある。

たとえば、互いに資本関係がないA社とT社の間で、A社が、T社の株主に自らの株式（A社株式）と金銭とを交付して、T社を吸収合併しようとする場合には、以下の2つのスキーム（取引の組み合わせ方）がありうる。

すなわち、第1のスキーム（スキーム1）としては、

Step. 1) 一旦、T社株主から一定数の株式を金銭で買い取っておき、

Step. 2) その後改めて、A社株式のみを合併対価とする合併契約を締結して、T社を吸収合併する。

という2つの取引から構成されるスキームである。

また、第2のスキーム（スキーム2）としては、

Step. 1) A社株式と金銭を合併対価とする合併契約を締結して、T社を吸収合併する。
という1つの取引から構成されるスキームである。

A社からT社株主に渡される金銭およびA社株式の金額がスキーム1とスキーム2とで同じであり、かつ、スキーム1のStep. 1とStep. 2の時間的間隔が短い場合には、スキーム1とスキーム2は、ほとんど同じ経済効果をもたらすといっていよう。

ここで問題となるのが、この2つのスキームに対する課税上の取り扱いである。現行の組織再編税制が定める実定法上の適格要件によれば、スキーム2は、合併対価に金銭（合併法人株式以外の資産）が含まれるため、それ以外の適格要件を問うまでもなく、直ちに非適格合併に該当し、課税の繰延べは認められない。

では、スキーム1はどうだろうか。スキーム1のStep. 2だけをみれば、合併対価として交付されているのが合併法人A社株式だけであるから、それ以外の適格要件を満たしていれば、スキーム1は適格合併に該当し、課税の繰延べが認められる可能性が高い。実際、T社が上場企業である場合には、まずStep. 1でTOB（金銭対価による株式公開買い付け）を行って、A社によるT社の持株比率を50%超まで引き上げておき、続いてStep. 2で企業グループ内（50%超支配）適格合併を行う、という組織再編スキームが、M&Aの実務上広く採用されている。

しかし一方で、スキーム1のStep. 1とStep. 2とを一体としてとらえて1つの組織再編行為としてみると、< T社株主に対して金銭が渡っているから適格要件を満たしていない > という見方も成り立ちうる。実際、上記のスキーム1について、課税庁は、大半の場合には、Step. 1とStep. 2を切り離してとらえ、Step. 2の適格性を是認している模様であるが、ある報告によれば、状況によっては、Step. 1とStep. 2とを一体的にとらえて「これは金銭対価

の非適格合併ではないのか」と指摘してくることもあるという⁶。

上記の例は単純なものであるが、より複雑なケースであればなおのこと、組織再編成においては、実質的に同じ経済効果をもつ「法人組織の再構成」に至る経路が複数存在する場合に、実定法に定められた適格要件を、一方の経路は形式上満たしているが、他方の経路は形式上満たさないということが生じるのである。

これを納税者からみると、一方では、こうした性質を利用（濫用）して、複数の組織再編等⁷を複雑に組み合わせることで不当な租税回避を行う誘引になるという面がある。しかし他方では、納税者が、いくつかの組織再編等の組み合わせを、正当な事業目的をもった経済合理的な行為として、個々の組織再編等が適格要件を形式上満たす（または満たさない）ように設計して実施したにもかかわらず、課税庁が、租税回避の防止という観点から、これら複数の組織再編等の組み合わせを実質的に一体のものとしてとらえて、その適格性（または非適格性）を否認してくるリスクを抱えるという面もあることになる。

複数の組織再編等の組み合わせを濫用した不当な租税回避が、課税の公平の観点から否認されるべきことは、一般論としては首肯できる（課税の公平からの要請）。しかし、段階的に行われた複数の組織再編等が、個々の単体としては実定法上の適格要件を形式的に満たしている（または満たしていない）にもかかわらず、課税庁が、そうした個々の適格要件以外の基準（複数の組織再編等の組み合わせを、実質的に一体のものに引きなおして、課税要件

⁶ たとえば、M&A 事案を数多く手がけ、組織再編税制に関する著作も多い中村慈美税理士は、次のように指摘している。

「一番困ったのは、TOB をして現金を渡して、そのあとに合併をするときに、それは金銭交付合併じゃないかみたいなことを言われるのです。… TOB をやるというのは、行為者がいるじゃないかということです。でも、『それって金銭交付合併です』と言われてしまう。」仲谷修ほか「座談会 企業組織再編税制及びグループ法人税制の現状と今後の展望」大蔵財務協会編『企業組織再編税制及びグループ法人税制の現状と今後の展望』大蔵財務協会（2012）、55 頁の中村発言。

TOB の対象となるような上場会社でさえ、課税庁からこのような指摘を受けるのだとすれば、恣意性が働きやすいとされる同族会社が当事者法人となる場合には、否認される可能性がより高まるとも考えられる。なお、このスキームに関する詳細な検討は、後述 2.2.3 項の【事例 I 01】（32頁）を参照。

⁷ 本稿において「複数の組織再編等の組み合わせ」という場合、①わが国の法人税法上、税制適格が定められている「組織再編成」（合併、分割、現物出資、現物分配、株式交換、株式移転）同士を複数段階組み合わせる場合だけでなく、②1つの「組織再編成」の前後に、「組織再編成」ではない一般の取引（単なる株式の買取りなど）を組み合わせ、全体として複数段階の行為を実施する場合も含めて考察している。納税者が実際に組織再編成を実施する場合には、むしろ②のケースが多く、組織再編成に係る税務否認の可能性を検討するという本稿の目的にとって、②も視野に入れる必要があると考えられるためである。

をあてはめる態度)を持ち出して、その適格性(または非適格性)を否認することができる
とすれば、課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性は大きく損なわれ、租税法律
主義に反することになるのではないだろうか(租税法律主義からの要請)⁸。

(2) 問題の位置づけ

一般に、当事者が用いた私法上の法形式を、租税法上は無視し、通常用いられる法形式に
対応する課税要件が充足されたものとして取り扱う(=正常な行為や計算に引きなおして更
正または決定を行う)という課税庁の行為は、「租税回避の否認」と呼ばれる⁹。その意味
で、上記の問題は、組織再編税制における租税回避の否認のあり方の問題として位置づけら
れるだろう。

だとすれば、この問題は、まず第一に、組織再編税制の創設にあわせて新設された包括的
な租税回避否認規定である法人税法132条の2(組織再編成に係る行為又は計算の否認)の
適用の是非として問われることになるだろう。すなわち、複数の組織再編等の組み合わせを
一体のものとしてとらえ、それを租税回避行為として否認することが、法人税法132条の2
の解釈適用上可能かどうか、という問題である。

しかし、このような包括的な租税回避否認規定の適用には否定的な有力学説¹⁰がある。そ
うした主張の背景には、組織再編税制の先行国である米国などでは、複数の組織再編等の組
み合わせを濫用した不当な租税回避が、わが国よりもはるかに横行していたにもかかわらず、

⁸ 租税法律主義の重要性について、金子宏教授は次のように述べる。

「租税の問題は、多くの経済取引において、考慮すべき最も重要なファクターであり、合理的
経済人であるならば、その意思決定の中に租税の問題を組み込むはずである。その意味では、
いかなる行為や事実からいかなる納税義務が生ずるかが、あらかじめ法律の中で明確にされ
ていることが好ましい。… 租税法律主義は、… 今日の複雑な経済社会において、各
種の経済上の取引や事実の租税効果(タックス・エフェクト)について十分な法的安定性と
予測可能性を保障しうるような意味内容を与えられなければならない。」金子宏『租税法(第
16版)』弘文堂(2011), 71頁。

⁹ 金子宏・前掲注8, 118頁、420頁。

¹⁰ 渡辺徹也教授は次のように述べる。

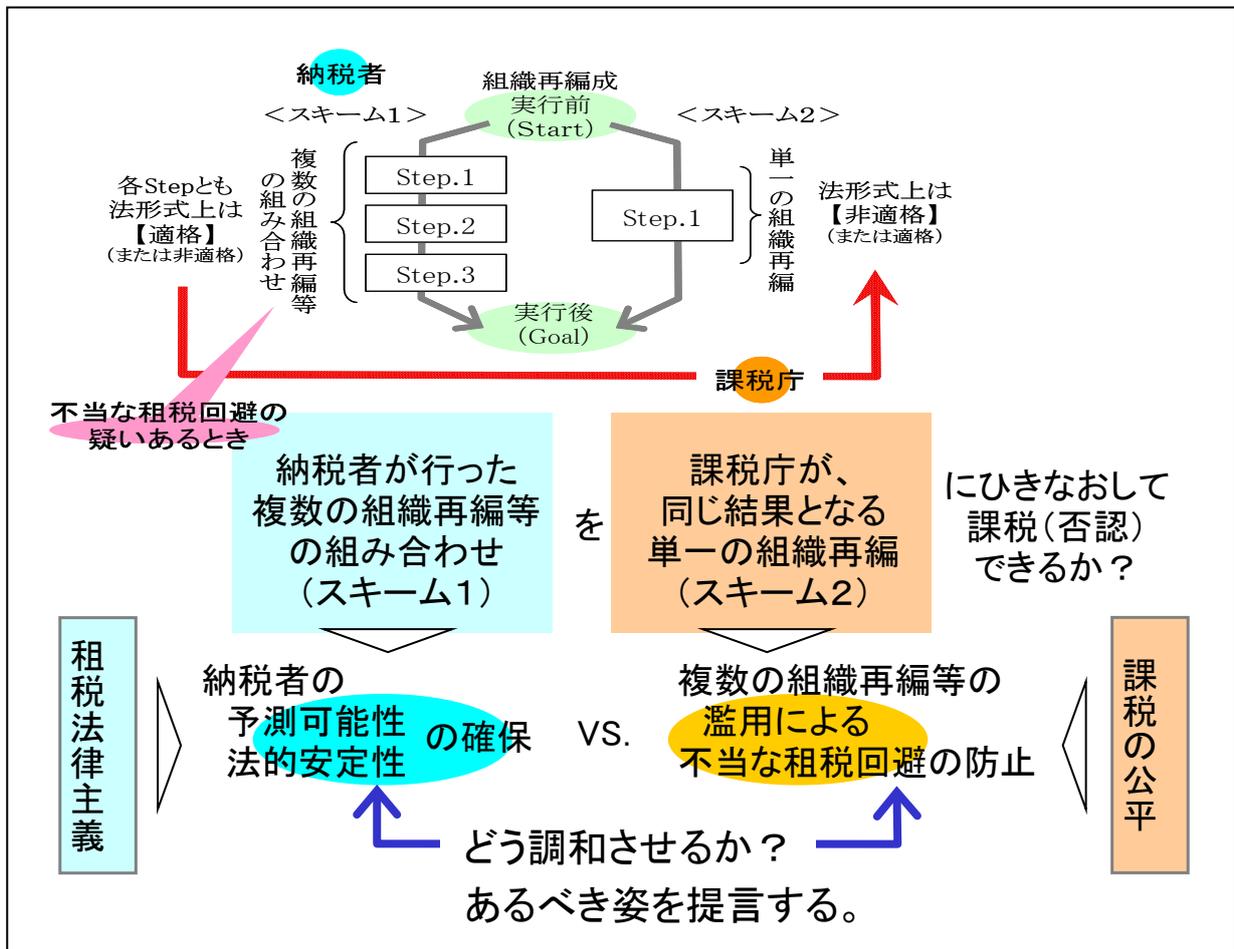
「『租税回避の手段として濫用されるおそれがあるため、組織再編成に係る包括的な租税回避
防止規定を設ける』という考え方には賛成できない。アメリカ法では、歳入法典355条や368
条のような各要件規定、およびそれに関する財務省規則と歳入庁細則が、個別的租税回避
否認規定の集合体として機能している。したがって、それぞれの規定が対象としている濫用
的な取引がどのようなものなのかも、おおむね理解することができる。しかし、包括的否認
規定では、どのような取引が濫用として想定されているのかわからない。そのような状況で、
課税庁に強大な否認権限を与えたのでは、課税関係における予測可能性が確保できなくな
る。」渡辺徹也「企業組織再編税制—現行制度における課税繰延の理論的根拠および問題点
等—」租税研究687号(2007), 49頁。

これまで長い間、法人税法 132 条の 2 のような包括的否認規定を持たず、それとは別のやり方（個別法の制定や判例法の積み重ねなど）によって対応してきたという事実がある。よって第二に、わが国においても、法人税法 132 条の 2 の適用に限定されない、別の解決方法を探る必要もあるように思われる。

1.2 節 本稿の目的と構成

こうした問題意識にもとづき、本稿は、納税者が複数の組織再編等を組み合わせて行った場合に、課税庁が、それらを一体のものと把握して否認できるのか、という点について、不当な租税回避の防止と、課税関係に関する納税者の予測可能性の確保との調和という観点から、あるべき姿を示すことを目的とする。

図表:1 本稿の目的



(作図:筆者)

この目的を達成するため、次の第2章では、わが国において、複数の組織再編等の一体的把握による否認が、組織再編成に係る行為・計算否認規定（いわゆる包括的否認規定）である法人税法 132 条の 2 によって行われることがありうるのかどうかを検討する。続いて第3章で、複数の組織再編等を濫用した不当な租税回避に対する、包括的否認規定によらない別

の対抗方法を探るため、米国税制における否認ルール形成のあり方を検討する。また第4章では、わが国の組織再編実務の第一線で活躍する税務専門家に対して実施したヒアリング調査にもとづいて、組織再編成のタックス・プランニングに対する法人税法132条の2の牽制効果や、組織再編成を濫用した不当な租税回避への対抗策に関する実務専門家の考え方を探る。最後に第5章で、これらの検討をふまえて、複数の組織再編等の組み合わせの一体的把握に関する、わが国の課税ルール（否認ルール）のあり方について、今後のあるべき姿を提言する。

1.3 節 本稿の特色

わが国の組織再編税制に係る租税回避の否認については、課税庁の抑制的な態度もあって、制度導入からしばらくは否認事例がなかったが、近年は、否認事例が徐々に出てきつつあることが新聞雑誌等により報じられ、実務上の関心も高まってきている。本稿は、こうした時期に、この分野でも否認リスクが大きいと思われる、複数の組織再編等の組み合わせによる租税回避の問題に焦点をあてて論じている。

本稿は、①わが国において、複数の組織再編等のどのような組み合わせ（スキーム）が法人税法132条の2によって否認されうるのかを検討することを通じ、否認されやすいスキーム類型を探っている。②また、米国において、複数の組織再編等の組み合わせに対する課税ルールが、個別的否認規定や、判例法理の1つである「段階取引の法理」によって、どのように形成されてきたのかを検討することを通じ、わが国への示唆を導いている。③さらに、筆者自らヒアリング調査を実施して、組織再編成を濫用した租税回避への対抗策についてのわが国の実務専門家の考え方を探っている。いずれも、スキーム事例（①）、規定事例や裁判事例（②）、ヒアリング結果（③）をそれぞれ具体的に挙げて論じることで実証性を高めている。④そしてそれらをふまえて、今後わが国でも、複数の組織再編等の一体的把握に関して、a) 個別的否認規定を整備していくべきこと、および、b) 「段階取引の法理」に含まれる取引の一体的把握の判断基準を法人税法132条の2の適用要件として取り込んでいくべきこと、を提言している。これら①～④を総合的に論じた先行研究は、管見ではまだ少ない。ここに本稿の特色がある。

第 2 章 複数の組織再編等に対する法人税法 132 条の 2 の適用可能性

本章では、納税者が複数の組織再編行為を組み合わせて実行した場合に、課税庁が、法人税法 132 条の 2 を適用して¹¹、それらを一体のものとしてとらえ、租税回避行為として否認することがありうるのか、ありうるとすれば、その要件と効果はいかなるものか、について考察する。

まず、法人税法 132 条の 2 に関する解釈論を、複数の組織再編等の組み合わせの問題に限定せずに概括的に整理する (2.1 節)。続いて、納税者がどのようなスキーム (複数の組織再編等の組み合わせ方) を実行した場合に法人税法 132 条の 2 によって否認される恐れが高まるのかについて、具体的な事例を挙げながら検討する (2.2 節)。そして、それらをふまえて、複数の組織再編等の組み合わせに対する法人税法 132 条の 2 の適用可能性とその問題点について小括する (2.3 節)。

2.1 節 法人税法 132 条の 2 の解釈

本節では、組織再編成に係る行為・計算否認規定である法 132 条の 2¹²について、複数の組織再編等の取り扱いという点に限定せずに、既存の解釈論の概括的な整理を行う。

同じく行為・計算否認規定である法人税法 132 条 (同族会社等に係る行為又は計算の否認) が古い歴史をもち、学説・判例の蓄積も多いのとは対照的に、平成 13 年度の組織再編税制創設時に制定された法 132 条の 2 は、制定からしばらくの間は適用事例自体がほとんどなかった¹³こともあって、裁判の判決がまだ 1 件も出ておらず¹⁴、同条をめぐる学説上の議論も、

¹¹ 組織再編成に係る行為・計算の否認規定としては、法人税法 132 条の 2 の他に、同条と同時に創設された、所得税法 157 条 4 項、相続税法 64 条 4 項、地価税法 32 条 1 項、地方税法 72 条の 43 第 4 項などがあるが、いずれもまだ適用事例がなく、相対的な重要度が低いと思われるため、本稿では法人税法 132 条の 2 に限定して議論する。

¹² 以下、単に「法〇〇条」「令〇〇条」と表記するときは、それぞれ「法人税法〇〇条」「法人税法施行令〇〇条」を指すこととする。

¹³ 法人税法 132 条の 2 は、課税庁の抑制的な態度もあって、制度導入からしばらくは否認事例がなかったと指摘されている。朝長英樹=藤田耕司=仲谷栄一郎「座談会 組織再編成税制を巡る否認が相次ぐ中、今明かされる『行為計算否認規定 (法人税法 132 条の 2) の創設の経緯・目的と解釈 (2)』」T&A master 450 号 (2012), 20 頁。

しかし、最近では、否認の適用事例が出てきつつあることが新聞等により報道されている。代表的なものとして以下。

1) ヤフー株式会社 (ヤフー社) が、同じソフトバンクグループ内のソフトバンク IDC ソリューションズ株式会社 (IDC 社) を吸収合併した際に、IDC 社から引継いだ繰越欠損金をめぐって、総額約 265 億円の更正処分を受けた事例 (読売新聞 2010. 7. 1 朝刊、日本経済新聞電子版 2010. 7. 26 など)。後述 2.2.5 項の【事例Ⅲ01】を参照。

法 132 条に比べると論者が少ないのが現状である。そこで、以下では、法 132 条の 2 の立案担当者による同条の解説に主として依拠しつつ、法 132 条との対比も交えながら¹⁵、同条の骨格を明らかにする。

まず、法 132 条の 2 の制度趣旨を確認する (2.1.1 項)。次に、同条の適用要件について、既存の解釈論を整理する (2.1.2 項)。続いて、同条の立案担当者が想定していた、同条が適用されうる租税回避行為の例について検討する (2.1.3 項)。そして、同条による否認の効果について、「取引の引きなおし方」による分類を試みる (2.1.4 項)。

2.1.1 制度の趣旨

同族会社等に係る行為・計算否認規定である法人税法 132 条の制度趣旨は、たとえば、「同族会社等において容易になし得る租税回避行為を是正し、負担の適正化を図る」ためであると説明されている¹⁶。同族会社という閉鎖的な組織属性が不合理・不自然な行為・計算による租税回避を誘発しやすいという認識に立ち、そうした租税回避の防止を意図しているのが、法 132 条といえるだろう。

一方、組織再編成に係る行為・計算否認規定である法人税法 132 条の 2 の制度趣旨については、財務省の立案担当官による『平成 13 年版 改正税法のすべて』が、次のように解説していた。

- ・ 近年の企業組織法制の大幅な緩和に伴って組織再編成の形態や方法は相当に多様となっており、組織再編成を利用する複雑、かつ、巧妙な租税回避行為が増加するおそれがあります。
 … … これに適正な課税を行うことができるように包括的な組織再編成に係る租税回避防止規定が設けられました(法法 132 条の 2)。(藤本哲也ほか)¹⁷

財務省主税局の立案担当官 (当時) の 1 人として上記『改正税法のすべて』の執筆にもあ

2) IDC 社がその営業部門を分離して子会社を設立した際に計上した税務上の「のれん」をめぐって約 6 億円の更正処分を受けた事例 (読売新聞 2012. 4. 2 朝刊など)。

3) 日本 IBM グループ (IBM 社) に対する追徴課税事件 (朝日新聞 2010. 3. 18 朝刊など)。

¹⁴ 前掲のヤフー社および IBM 社の案件については、それぞれ訴訟が提起されたもようである。「行為計算否認による巨額追徴課税案件が相次いで訴訟に」T&Amaster416 号 (2012), 4~6 頁。

¹⁵ 同族会社等に係る行為・計算否認規定にも、法人税法 132 条以外に、所得税法、相続税法、地価税法、地方税法に同趣旨の規定があるが、ここでは法人税法 132 条に限定して議論する。

¹⁶ 武田昌輔『DHC コメントール法人税法』第一法規 (1979 加除式), 5531 の 3 頁。

¹⁷ 藤本哲也=朝長英樹「法人税法の改正」『平成 13 年版 改正税法のすべて』大蔵財務協会 (2001), 243~244 頁。

たった朝長英樹税理士は、法 132 条の 2 の制定趣旨について、近年になって次のように解説している。

- ・ 財務省主税局の「法人税制企画室」は、… 平成 12 年の金融取引に関する法人税制の抜本改正、平成 13 年の組織再編税制を創設する改正、及び平成 14 年の連結納税制度を創設する改正を行うこととなった。法人税法の制定から 30 数年を経て始まったこの本格的な改革は、各制度を精緻に企画・立案し、法令の規定を詳細に定めるという方針の下に行われることになった。

… …

このため、平成 12 年度改正を境にして、従来からの制度と新制度とでは、制度の精緻さと規定の詳細さという点で、非常に大きな変化が生じており、新制度は、… 租税法律主義という観点から歓迎されることもなった。… 当時は、… 一部、いわゆる「通達行政」と言われる傾向があることが否定できない状況にあったが、… そのような状況の転換点となった …。

しかし、他方では、税制度を精緻に作り、規定を詳細に定めるということは、租税回避を誘発するリスクを抱えることをも意味していた。

組織再編成に関して詳細な規定を設けている諸外国においては、取引の内容の実質的な変更は行わずに、その取引に係る行為や計算の形式や順番等を操作することによって、要件に該当するものとしたり要件から外れるものとして、その取引の課税関係のみを有利に変更する、といった例も生じていた。このような要件を充足させたり要件を外したりする行為や計算などに関しては、税務当局と納税者との間で、「イタチごっこ」と称される事態に陥ることが少なからずあると言われていたが、我が国において、組織再編成に関して精緻な税制を創って法令の規定を詳細に定めるという場合に、このような事態に陥ることは、是非とも避ける必要があった。

換言すれば、法令に組織再編成の詳細な取扱いを定める組織再編成税制は、その取扱いの要件を濫用したり潜脱する行為等を包括的に防止することができる措置を含む制度として設けることが必須であったわけである。(朝長英樹)¹⁸

ここから、法 132 条の 2 の創設の背景に、立案担当者の次のような考えがあったことを読み取ることができる。

- ① 組織再編税制は、従来の法人税制に比べて「税制度を精緻に作り、規定を詳細に定める」ものであるからこそ、却ってそれが「租税回避を誘発するリスクを抱える」ことになる。
- ② ゆえに、「税務当局と納税者との間で、『イタチごっこ』と称される事態に陥ること」を「是非とも避ける」ために、「その取扱いの要件を濫用したり潜脱する行為等を包括的に防止することができる」規定が必須となる。

包括的否認規定としての法 132 条の 2 は、<新たに創設する組織再編税制が、従来の法人

¹⁸ 朝長英樹「組織再編成に係る行為又は計算の否認(1)」T&A master 443 号 (2012)、21～22 頁。

税法に比べて詳細な規定を有するものであるからこそ、その規定の間隙を突いた濫用や潜脱が不可避免的に生ずる> という認識に支えられて、それへの対抗手段として構想されていたのである。

2.1.2 適用要件

組織再編成に係る行為・計算否認規定である法人税法 132 条の 2 は、次の条文となっている¹⁹。

・(組織再編成に係る行為又は計算の否認)

税務署長は、合併、分割、現物出資若しくは現物分配又は株式交換若しくは株式移転(以下「合併等」という)に係る次に掲げる法人の法人税につき更正又は決定をする場合において、その法人の行為又は計算で、これを容認した場合には、合併等により移転する資産及び負債の譲渡に係る利益の額の減少又は損失の額の増加、法人税の額から控除する金額の増加、第一号又は第二号に掲げる法人の株式の譲渡に係る利益の額の減少又は損失の額の増加、みなし配当金額の減少その他の事由により法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるものがあるときは、その行為又は計算にかかわらず、税務署長の認めるところにより、その法人に係る法人税の課税標準若しくは欠損金額又は法人税の額を計算することができる。

- 一 合併等をした法人又は合併等により資産及び負債の移転を受けた法人
- 二 合併等により交付された株式を発行した法人(前号に掲げる法人を除く。)
- 三 前二号に掲げる法人の株主等である法人(前二号に掲げる法人を除く。)

一方、同族会社等に係る行為・計算否認規定である法人税法 132 条 1 項は、次の条文となっている。

・(同族会社等の行為又は計算の否認)

税務署長は、次に掲げる法人に係る法人税につき更正又は決定をする場合において、その法人の行為又は計算で、これを容認した場合には法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるものがあるときは、その行為又は計算にかかわらず、税務署長の認めるところにより、その法人に係る法人税の課税標準若しくは欠損金額又は法人税の額を計算することができる。

- 一 内国法人である同族会社
- 二 その他一定の内国法人

2つの条文は、一見すると同じような規定ぶりであるが、個々に見ると異なる点も少なくない。そこで以下では、その適用要件に関する既存の解釈論について、①対象となる法人、②対象となる行為又は計算、③税負担を減少させる事由、④「法人税の負担を不当に減少させる」の「不当に」の内容、の順に、両規定を比較しながら整理していく。

¹⁹ 筆者にて一部編集してある。法 132 条 1 項についても同様。

(1) 対象となる法人

否認の対象となる法人の範囲について、法 132 条 1 項は「内国法人である同族会社等」を対象としている。

一方、法 132 条の 2 は「合併等に係る次に掲げる法人」、すなわち「一 合併等をした法人又は合併等により資産及び負債の移転を受けた法人」「二 合併等により交付された株式を発行した法人」「三 前二号に掲げる法人の株主等である法人」を対象としている。ここで「合併等」とは「合併、分割、現物出資若しくは現物分配又は株式交換若しくは株式移転」という組織再編成を指す。よって、法 132 条の 2 は、その文理上、組織再編成に係る法人を対象としている、と説明されている²⁰。

(2) 対象となる行為又は計算

否認の対象となる行為又は計算の範囲について、法 132 条 1 項は特段の限定をつけていない。

一方、法 132 条の 2 は、「合併等に係る … 法人の行為又は計算」と規定していることから、合併等において行われる行為又は計算（合併等自体も含む）²¹、すなわち、税制適格が規定されている組織再編行為に係る行為又は計算²²を対象としている、と説明されている。

これによれば、たとえば、M&A 手法としてよく用いられる、対象会社の発行済株式のすべてを金銭で買取る行為（いわゆる企業買収）は、たとえそれがいかに不当な租税回避の要素を含むものであったとしても、「合併等」（＝組織再編行為）に該当しないため、法 132 条の 2 の否認対象にはならないことになる。

(3) 税負担を減少させる事由

否認の対象となる、法人税の負担を不当に減少させる事由について、法 132 条 1 項は特段の限定をつけていない。

一方、法 132 条の 2 は、「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められる」行

²⁰ 朝長英樹「組織再編成に係る行為又は計算の否認(3)」T&A master 447 号 (2012), 16 頁。

²¹ 朝長英樹「組織再編成に係る行為又は計算の否認(2)」T&A master 446 号 (2012), 20 頁。

²² 太田洋「M&A・企業グループ再編と包括否認規定～法人税法 132 条の 2 の射程を中心に」太田洋=矢野正紘『M&A・企業組織再編のスキームと税務～M&A を巡る戦略的税務プランニングの最先端』大蔵財務協会 (2012), 447 頁。

為又は計算のうち、次の 5 つの事由によるものだけを対象としている。

- ① 合併等により移転する資産及び負債の譲渡に係る利益の額の減少
又は損失の額の増加
- ② 法人税の額から控除する金額の増加
- ③ 上記①②に掲げる法人の株式の譲渡に係る利益の額の減少
又は損失の額の増加
- ④ みなし配当金額の減少
- ⑤ その他の事由

このうち①～④は、その内容が文理上明らかであるが、⑤の「その他の事由」とは何を指示しているのか。太田洋弁護士は次のように述べている。

- ・ 解釈論上は、同条の適用範囲の外延を画す上でも、最後の⑤「その他の事由」の意義が特に問題となる。… 論理的には、(a) ①から④までに類似する事由に限定されるものと解する方向(限定説)と、(b) 法人税負担を減少させる結果となる事由を広く含むと解する方向(非限定説)とがあり得る。… 法人税法 132 条の 2 が、組織再編行為の態様や方法が相当に多岐に亘ることを踏まえ、包括的否認規定として設けられたことを重視すれば、「その他の事由」を広く捉えて(b)非限定説を採り、… 同条の射程圏内に含ましめるべきということになる。(太田洋)²³

法 132 条の 2 の立案担当者が、課税の公平を追求する熱意から、太田説にいう非限定説を採っていたであろうことは容易に想像できる。が、だからといって、それが解釈論として妥当かどうかは別問題であろう。

法 132 条の 2 の制度趣旨が、先に見たように個別規定の間隙を突いた濫用や潜脱への対応であるとすれば、その否認の対象は、あくまで上記の①～④という個別規定との関連において画されると解するのが、本来の制度趣旨に忠実なのではないか。その意味で、限定説が妥当であるように思われる。

(4) 「法人税の負担を不当に減少させる」の「不当に」の内容

両規定のいずれにも「これを容認した場合には、法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」という表現がある。ここにいう「不当に」の解釈をめぐっては、従来、同族会社等に係る法 132 条 1 項に即して活発な議論が行われてきた。その代表的な解釈として、次の説がある。

- ・ 税負担の不当な減少を結果すると認められる同族会社の行為・計算とは、… 純経済人の行為

²³ 太田洋・前掲注22, 455 頁。

として不合理・不自然な行為・計算がこれにあたる … と解すべきであろう。そして、行為・計算が経済的合理性を欠いている場合とは、それが異常ないし変則的で租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められる場合のみでなく、独立・対等で相互に特殊関係のない当事者間で通常行われる取引(アメリカの租税法で arm's length transaction (独立当事者間取引)と呼ばれるもの)とは異なっている場合も含む、と解するのが妥当であろう。(金子宏)²⁴

つまり、その行為又は計算が、①異常ないし変則的で租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められる場合(正当な事業目的の不存在)、または、②独立・対等で相互に特殊関係のない当事者間で通常行われる取引とは異なっている場合(独立当事者間取引からの乖離)、のいずれかに該当する場合には、それによってもたらされた税負担の減少は「不当」なものとして、否認を認めるというのである。

これに対して、太田洋弁護士は、法 132 条 1 項に関する上記の金子説を参照しつつも、それに法 132 条の 2 独自の要素を加味して、「不当に」の解釈を試みている。

- ・ 法人税法 132 条の 2 の場合には、その適用対象は同族会社に限られていないのであるから、同族会社の場合のような、同族であるが故の取引価格・条件の manipulation の問題は存しない(それがあつた場合には、法人税法 132 条を適用すればよい)。

従つて、同族会社の行為計算否認規定における「不当に」の意義について、前記の甲説[←前掲の金子説のこと …川端注]に従つたとしても、… 法人税法 132 条の 2 所定の「不当に」の解釈に際しては、「独立企業間取引からの乖離」を基準にする必要はなく、端的に、「正当な事業目的」が存在すれば「不当に」の要件を充足しない、と取り扱うべきように思われる。言い換えれば、「不当に」の要件は、行為・計算が「異常ないし変則的で租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められる場合」に充足されると解するのである …。(太田洋)²⁵

法 132 条の 2 の解釈としては、法 132 条 1 項に係る金子説のうち、「②独立当事者間取引からの乖離」の基準を除外して、「①正当な事業目的の不存在」のみを「不当に」の成立要件とする考え方である。たしかに、法 132 条の 2 が対象とする法人の範囲が同族会社に限られない(独立当事者間の組織再編も当然存在する)以上、「②独立当事者間取引からの乖離」を問う意味はないだろう。

それでは、「①正当な事業目的の不存在」についてはどうだろうか。対象となる組織再編行為に事業目的があるどうかと、法 132 条の 2 との関係について、朝長英樹税理士は次のように述べる。

²⁴ 金子宏・前掲注8, 420~421 頁。

²⁵ 太田洋・前掲注22, 453 頁。

- ・ 事業目的が無いのに組織再編成を行って税金を減らしたということであれば、否認を受けるのは当然です。しかし、「事業目的さえあれば何でもあり」ということではありません。… 組織再編成自体に事業目的があるのか否かということにとどまらず、組織再編成税制の中の各規定に関係する個々の行為や計算について、それらが不自然ではないか、不合理ではないか、というような観点から検討が行われることになります。(朝長英樹)²⁶

前掲の太田説は、(a)『「正当な事業目的」が存在すれば『不当に』の要件を充足しない』と述べる一方で、(b)『「不当に」の要件は、行為・計算が『異常ないし変則的で租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められる場合』に充足される』とも述べているが、上記の朝長説を考慮すると、(a)と(b)は、必ずしも同じ内容ではないことになる。なぜなら、太田説(b)と朝長説は矛盾しないが、「正当な事業目的が存在すれば否認を受けない」とする太田説(a)と、「正当な事業目的があるからといって直ちに否認を免れるとは限らない」とする朝長説とは、対立する場合があります。とはいえ、太田弁護士は次のようにも述べているから、太田説と朝長説の距離は、実質的にはそれほど大きくないのかもしれない。

- ・ もっとも、いかなる場合に「正当な事業目的」が存在するものと解すべきかについては、… i) 組織再編を行うこと自体についての正当な事業目的(経済合理性)が存在することだけでなく、ii) 他のスキームではなく当該組織再編スキームを選択することが、特に異例であるとはいえず、また、課税関係以外の点において不合理であるともいえないことまで必要と解するのが適切であるかも知れない。(太田洋)²⁷

ところで、朝長税理士は、さらに次のように解説している。

- ・ 法人税法 132 条の 2 の「不当」という用語について、その意味をもう少し具体的に述べると、「組織再編成に係る法人に対して適用される法令の規定に違反しているとはいえないけれども、その規定によって設けられている制度の目的からみて適当でない」ということになる。

… …

各個別制度の目的を確認して、法人の行為や計算が適当であるのか否かということを判断することは、… … 法人の行為や計算の異なるごとに、また、各個別制度の異なるごとに、区々となり、多様なものとならざるを得ないが、基本的には、各個別制度の濫用や潜脱を防止する作業となり、具体的には、各個別制度において予定されておらず、不自然、不合理と言わざるを得ない行為や計算を否認することになるはずである。

この場合の「不自然」、「不合理」という判断は、通常は行われることのない行為や計算によって法人税の負担を減少させようとする場合に行う行為や計算を「自然」で「合理的」な行為

²⁶ 朝長英樹=藤田耕司ほか座談会・前掲注13, 20~21 頁。

²⁷ 太田洋・前掲注22, 454 頁。

や計算と捉えて行うものであって、通常は行われることのない行為や計算によって法人税の負担を減少させようとする場合に行う行為や計算を「自然」で「合理的」な行為や計算と捉えた上で行うものではない。(朝長英樹)²⁸

つまり、「法令の規定に違反しているとはいえないけれども、その規定によって設けられている制度の目的からみて適当でない」組織再編行為によってもたらされた税負担の減少は、「不当」なものとして、法 132 条の 2 によって否認されるとする考え方である。

しかし、この朝長説では、「その規定によって設けられている制度の目的からみて適当でない」、「各個別制度において予定されておらず、不自然、不合理と言わざるを得ない行為や計算」を否認する場合に、何をもって「不自然、不合理」とするのか、その具体的な判断基準が示されていない。また、「『不自然』、『不合理』という判断は、通常は行われることのない行為や計算によって法人税の負担を減少させようとする場合に行う行為や計算を『自然』で『合理的』な行為や計算と捉えて行う」とあるが、その行為や計算が「通常行われる」ものであるかどうかをどうやって判断するのか、が曖昧ではっきりしない。

先にみたように、朝長税理士は、法 132 条の 2 の立案担当官としての経験をふまえて、「法令に組織再編成の詳細な取扱いを定める組織再編成税制」であるからこそ、「その取扱いの要件を濫用したり潜脱する行為等を包括的に防止できる措置」が必須であったと述べている²⁹。上記の「不当に」の解釈をめぐる朝長説に具体性が欠けているのは、こうした考え方が背景にあるからなのかもしれない。

すなわち、朝長説は、課税要件を具体的かつ詳細に定めれば定めるほど、その間隙を突いた濫用や潜脱が不可避免的に生じるという認識を前提として、そうした濫用や潜脱を有効に防ぐための「包括的」な否認規定を構想するのであるから、その規定の法文や解釈内容は、あえて意識的に、抽象的で簡略なものにしておく必要があるのではないか。なぜなら、朝長説によれば、「個別的」な否認規定を具体的かつ詳細に制定しても、「税務当局と納税者との間で『イタチごっこ』と称される事態に陥る」危険が大きく、そうした事態は「是非とも避けなければならない」³⁰からである。否認の要件を法文上具体的に規定せず、その解釈も、あえて抽象的で簡略なものにしておくことで、納税者に対するある種の牽制効果を狙っているのだともいえるだろう。

しかしながら、法 132 条の 2 の適用要件を、このように抽象的で簡略なものとして解釈す

²⁸ 朝長英樹・前掲注20, 18~19頁。

²⁹ 朝長英樹・前掲注18の引用部分を参照。

³⁰ 朝長英樹・前掲注18の引用部分を参照。

ることは、当然ながら、課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性を大きく損なうものである。朝長説の立場からは、＜予測可能性をあえて犠牲にするからこそ、租税回避行為への牽制効果が働くのだ＞ ということになるのかもしれないが、課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性とは、それほどたやすく犠牲にされてよいものなのか。

そういう意味で、筆者としては、この朝長説に全面的に賛成するのは躊躇を覚える。しかし現状では、法 132 条の 2 の適用要件の解釈論としては、これと異なる他説が乏しく、また、制度立案者の見解でもあるため、さしあたり、朝長説を、法 132 条の 2 の適用要件解釈の最有力説としておく。

ここまでの検討の要点を表にまとめると、図表：2 のようになる。

図表：2 法人税法 132 条の 2 の目的および適用要件³¹

同族会社等の行為・計算の否認 (法人税法 132 条 1 項)	組織再編成に係る行為・計算の否認 (法人税法 132 条の 2)
□規定の目的	
<ul style="list-style-type: none"> 同族会社等において容易になしうる租税回避行為の防止。(武田昌輔) 	<ul style="list-style-type: none"> 組織再編成を利用した租税回避の防止。(朝長英樹)
□対象となる法人	
<ul style="list-style-type: none"> 内国法人である同族会社等。 	<ul style="list-style-type: none"> 合併等に係る次に掲げる法人。 <ol style="list-style-type: none"> 合併等をした法人又は合併等により資産及び負債の移転を受けた法人 合併等により交付された株式を発行した法人 前2号に掲げる法人の株主等である法人 組織再編成に係る法人。(朝長英樹)
□対象となる行為又は計算	
<ul style="list-style-type: none"> すべての行為又は計算(限定規定なし)。 	<ul style="list-style-type: none"> 合併等において行われる行為又は計算(合併等自体も含む)。(朝長英樹) 税制適格が規定されている組織再編行為に係る行為又は計算。(太田洋)

³¹ 各文末の論者名に対応する出典は本文の注記を参照。論者名がないものは法文に明記された内容。

□税負担を減少させる事由

<ul style="list-style-type: none"> 税負担を減少させる事由は問わない(限定規定なし)。 	<ul style="list-style-type: none"> 次の事由による税負担の減少に限定。 <ol style="list-style-type: none"> 合併等により移転する資産及び負債の譲渡に係る利益の額の減少又は損失の額の増加 法人税の額から控除する金額の増加 前2号の法人の株式等の譲渡に係る利益の額の減少又は損失の額の増加 みなし配当金額の減少 その他の事由
---	---

□「法人税の負担を不当に減少させる」の「不当に」の内容

<p>(内容)</p> <ul style="list-style-type: none"> 純経済人の行為として不合理・不自然である(=経済合理性を欠いている)こと。 すなわち、次のいずれかに該当すること。 <ol style="list-style-type: none"> 正当な事業目的の不存在 … その行為・計算が異常ないし変則的で租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められる場合。 独立当事者間取引からの乖離 … 独立・対等で相互に特殊関係のない当事者間で通常行われる取引(独立当事者間取引=arm's length transaction)とは異なっている場合。 (金子宏) 	<p>(内容)</p> <ul style="list-style-type: none"> 組織再編成に係る法人に対して適用される法令の規定に違反しているとはいえないけれども、その規定によって設けられている制度の目的からみて適当でないこと。 すなわち、各個別制度において予定されておらず、不自然、不合理と言わざるを得ない行為や計算になっていること。(朝長英樹) <p>(事業目的の存在の要否)</p> <ul style="list-style-type: none"> その組織再編成自体に事業目的がない場合に同条が適用されるのは当然だが、事業目的あるからといって同条が適用されないということにはならない。(朝長英樹)
--	---

(作表:筆者)

2.1.3 否認の対象として例示された租税回避行為

納税者がどのような組織再編等を行った場合に、法人税法 132 条の 2 によって否認されるのだろうか。個別の具体的な再編スキームに即した検討は後述の 2.2 節で行うが、ここでは、同条の創設時に立案担当者が、否認の対象となりうる租税回避行為として例示していた行為について検討する。

『平成 13 年版 改正税法のすべて』は、法 132 条の 2 が適用されうる租税回避行為の例として、次のものを挙げていた。

- ・ 組織再編成を利用した租税回避行為の例として、次のようなものが考えられます。
 - ① 繰越欠損金や含み損のある会社を買収し、その繰越欠損金や含み損を利用するために組織再編成を行う。
 - ② 複数の組織再編成を段階的に組み合わせることなどにより、課税を受けることなく、実質的な法人の資産譲渡や株主の株式譲渡を行う。
 - ③ 相手先法人の税額控除枠や各種実績率を利用する目的で、組織再編成を行う。
 - ④ 株式の譲渡損を計上したり、株式の評価を下げるために、分割等を行う。

(藤本哲也ほか)³²

これについて、太田洋弁護士は、次のように述べている。

- ・ これらの①②の類型は組織再編の直接的な効果として税負担の減少が生じる事例ですので問題ないのですが、… … [③や④の類型は …川端注] 組織再編の直接の効果として税負担の減少が生じる訳ではなく、組織再編を行った結果として、その行った結果生じる状態から税負担の減少という効果が間接的に生み出されるという類型です。… 解釈論として本当にこのようなもので取り込んでよいのかは、別途問題となり得ます。(太田洋)³³
- ・ 特に、[④の …川端注] 株式の譲渡損の計上や株式の評価を引き下げることなどは組織再編行為を用いなくても行い得るものであり、通常取引行為等を用いた場合と異なり、組織再編行為を『手段』として用いた場合のみ、行為計算否認の対象となるというのは、衡平を失するのではないと思われる。… 法人税法 132 条の 2 の適用範囲は、組織再編行為を用いることによつてのみ初めて … 税負担の減少 … が生じる場合に限定すべきではなかろうか。(太田洋)³⁴

太田弁護士は、上記例の①と②について、「①②の類型は組織再編の直接的な効果として税負担の減少が生じる事例ですので問題ない」として、法 132 条の 2 の適用を肯定する。一方で、③と④については、組織再編の直接の効果として税負担の減少が生じるのではなく、組織再編を行った結果としての一定の状態から間接的に税負担の減少が生み出されるにすぎないものだと、法 132 条の 2 の適用に否定的である。

上記例の③と④について法 132 条の 2 を適用すべきでない (少なくとも慎重であるべき) とする点は、筆者も太田説に賛成である。上記例の③や④が「組織再編行為を用いなくても行い得るものであり、通常取引行為等を用いた場合と異なり、組織再編行為を『手段』として用いた場合のみ、行為計算否認の対象となるというのは、衡平を失する」という太田の主張には説得力がある。

それでは、上記例の①と②、特に②についてはどうか。

³² 藤本哲也=朝長英樹・前掲注17, 244 頁。ただし、①～④の項番は筆者にて付した。

³³ 太田洋「組織再編行為と否認」 租税研究 741 号 (2011), 80 頁。

³⁴ 太田洋・前掲注22, 456～457 頁。

本稿の主題は、複数の組織再編等の一体的把握による租税回避の否認の是非を問うことであるが、上記例の②は、「複数の組織再編成を段階的に組み合わせることなどにより、課税を受けることなく、実質的な法人の資産譲渡や株主の株式譲渡を行う」と述べて、複数の組織再編等を組み合わせることによる租税回避行為が法 132 条の 2 の適用対象となることを、はっきりと想定している。そして太田説は、「直接的な効果として税負担の減少が生じる事例でするので問題ない」として、法 132 条の 2 による否認を容認するのである。

上記例の①や②が、納税者が行なった組織再編等の直接的な効果として税負担の減少が生じるものであることは確かである。しかし、否認のための課税要件の明確さという点からみるならば、上記の 4 つの例は、③④だけでなく、①②も含め、いずれも簡単な箇条書きで列挙されているだけであり、現実の経済社会のなかで実際に行われる多様な組織再編等が具体的にどのような個別の要件を満たした場合に、これら①～④の例示に該当することになるのかの判定基準は、なにも示されていない。

また、「法人税の負担を不当に減少させる」の解釈として先に整理した法 132 条の 2 の適用要件、すなわち「組織再編成に係る法人に対して適用される法令の規定に違反しているとはいえないけれども、その規定によって設けられている制度の目的からみて適当でない」、「各個別制度において予定されておらず、不自然、不合理と言わざるを得ない行為や計算」という適用要件に照らしてみても、これらの要件と上記の①～④の例示とを結びつける個別具体的な判断基準は、どこにも示されていないのである。よって、何の留保もなく法 132 条の 2 の適用可能性を肯定することには賛同できない。

したがって、上記 4 つの事例は、③④はもとより、①②についても³⁵、「我が国において、組織再編成に関して精緻な税制を創って法令の規定を詳細に定めるという場合に」、「税務当局と納税者との間で、『イタチごっこ』と称される事態に陥る」ことを「是非とも避けたい」³⁶という、創設当時の立案担当者の熱意を示すものではあっても、法 132 条の 2 の課税要件を具体的に（納税者の予測可能性を担保する形で）示したものとは言いがたいと考える。

2.1.4 否認の効果（取引の引きなおし方）の類型

このように、現状では、法人税法 132 条の 2 の適用要件には抽象的で不確定な部分が少なくない。とはいえ、それが一旦適用された場合には、その効果として、その組織再編等は租

³⁵ ただし、①の繰越欠損金や含み損の利用については、法人税法 57 条や 62 条の 7 などにより個別の否認規定が用意されている。

³⁶ 朝長英樹・前掲注18の引用部分を参照。

税回避であるとして否認されることになる。すなわち、納税者が選択した私法上の法形式(組織再編等)が、租税法上は無視され、通常用いられる法形式に対応する課税要件が充足されたものとして(通常用いられる法形式に引きなおして)課税されるのである³⁷。

こうした否認の効果、すなわち、納税者が選択した法形式(組織再編等)を通常用いられる法形式へ「引きなおす」際の「引きなおし方」には、いくつかの類型があると思われる。以下では、そうした否認の効果(課税上の引きなおし方)に着目して筆者が作成した分類区分(否認類型)を示す³⁸。後述の 2.2 節において、法 132 条の 2 によって否認される可能性がある具体的な組織再編スキームの事例を個々に検討するが、その際、こうした類型に即して各事例を分類することで、否認を受けやすいスキームの傾向を探りたい。

組織再編成を利用した租税回避においては、その組織再編成が税制適格であるのかどうか重要な要素となる。この場合、その組織再編成が適格となるときだけが納税者にとって有利になるわけではない。移転する資産や株式に含み益がある場合には、税制適格となってこれらの譲渡益を認識しない(課税を繰延べる)ことが有利であるが、移転する資産や株式に含み損がある場合には、組織再編成をあえて税制非適格として行うことで、その含み損を認識する(それを損金算入して課税所得を減らす)ことのほうが有利になることもある³⁹。

また、同じく損金算入によって課税所得の圧縮を図る場合であっても、資産の移転先の法人が移転元の法人の繰越欠損金や資産の含み損を引継いで損金算入しようとする場合には、適格組織再編成である必要があるから、適格のほうが有利となる。さらに、そうした繰越欠損金の引継ぎや資産の含み損の損金算入をグループ内の組織再編成で行うには、その組織再編成が単に適格であるだけでは不十分で、それ以外の一定の要件(いわゆる「みなし共同事業要件」⁴⁰)を満たしておかなければならない⁴¹。よって、例えば、グループ内の合併にお

³⁷ 「租税回避行為の否認」の効果についての金子宏教授の説明(金子宏・前掲注8, 118 頁)をもとに筆者にて表現した。

³⁸ この分類は、太田洋弁護士による否認事例の類型化(太田洋・前掲注22、太田洋・前掲注33)を土台として、筆者にて加筆修正したものである。

³⁹ 制度立案者は、これを十分に意識して、制度導入時に次のように述べていた。

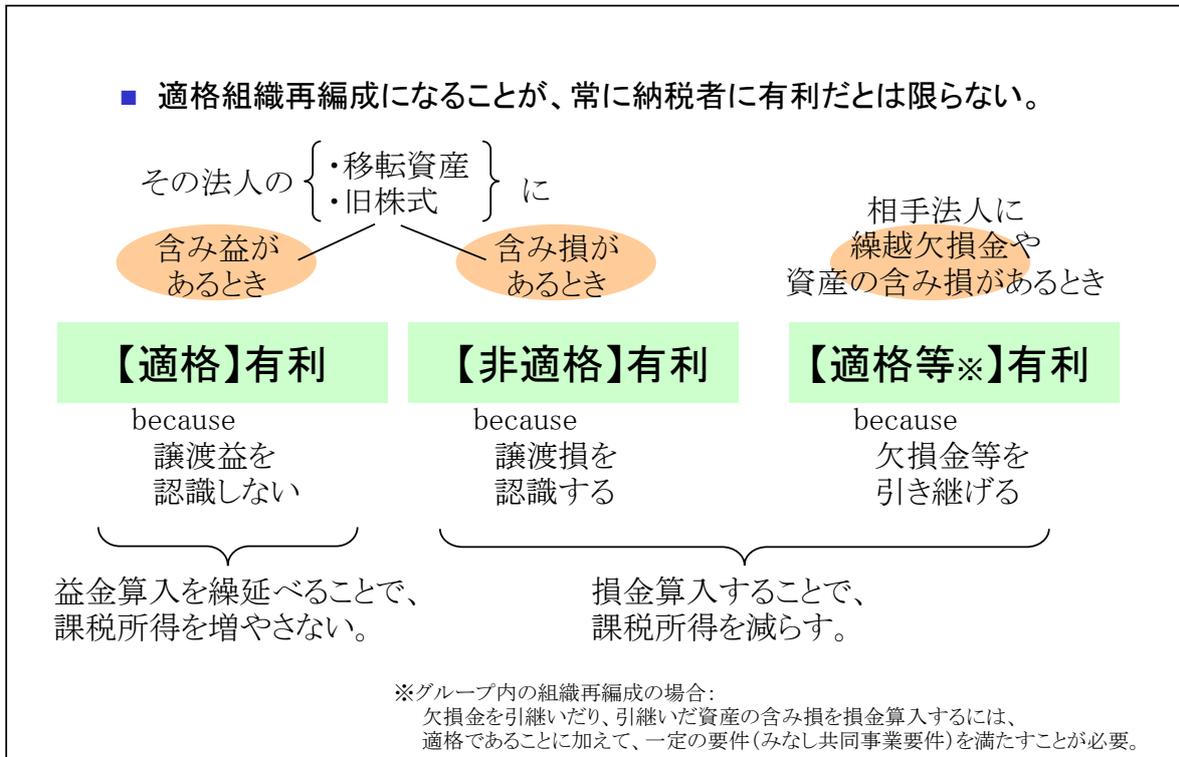
「本来は非適格組織再編成に該当するものを適格組織再編成として移転資産等の譲渡益の繰延べを行うようなものだけではなく、本来は適格組織再編成に該当するものを非適格組織再編成として移転資産等の譲渡損を計上するようなもの — 「適格はずし」と呼ぶのが良いのかもしれませんが — についても、租税回避行為として行為計算が否認されることがあり得ます。」朝長英樹「組織再編成に係る税制について(第3回)」租税研究 621 号(2001), 32 頁。

⁴⁰ みなし共同事業要件については、後掲注89を参照。

⁴¹ 繰越欠損金の引継ぎは適格合併のみにおいて、引継いだ資産の含み損の損金算入は、適格合併のほか、適格分割、適格現物出資、適格現物分配、完全支配関係のある法人間の非適格合併などにおいて、その可否が問題になる。

いて繰越欠損金を引継いで課税所得の圧縮を図るのであれば、その合併が適格であって、かつ、みなし共同事業要件を満たしていることが、納税者にとって有利になる。

図表:3 税制上の適格・非適格の有利・不利



(作図:筆者)

このような点をふまえ、納税者が行った組織再編成が形式上税制適格に該当するかどうか、および、グループ内適格組織再編において繰越欠損金の引継ぎや資産の含み損の損金算入のための「みなし共同事業要件」を満たしているかどうか、に着目して、否認の類型を分類すると、次のようになると思われる。

図表:4 否認の効果(課税庁による取引の引きなおし方)の類型

a	b	否認の効果
納税者が選択した 法形式 =形式上の法形式 ≡異常な(?)法形式	課税庁が引きなおす (?)法形式 =実質的な(?)法形式 ≡通常の(?)法形式	

類型Ⅰ 適格を非適格として否認(譲渡益⁴²を認識させる)

<p>〈適格組織再編成〉</p> <ul style="list-style-type: none"> ・被合併法人等: →資産の譲渡益を認識しない。 ・被合併法人等の株主: →株式の譲渡益を認識しない。 →みなし配当を認識しない。 <p>⇒課税繰延べ</p>	<p>〈非適格組織再編成〉</p> <ul style="list-style-type: none"> ・被合併法人等: →資産の譲渡益を認識する。 ・被合併法人等の株主: →株式の譲渡益を認識する。 →みなし配当を認識する。 <p>⇒課税</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・本来、非適格組織再編成(b)として、資産や株式の譲渡益を認識するはずのものを、納税者が、あえて適格組織再編成(a)として、譲渡益を認識せず、課税を繰延べようとした場合(「適格づくり」⁴³をした場合)に、課税上は、非適格組織再編成(b)に引きなおして、譲渡益を認識し、課税する。
--	---	--

類型Ⅱ 非適格を適格として否認(譲渡損⁴⁴を認識させない)

<p>〈非適格組織再編成〉</p> <ul style="list-style-type: none"> ・被合併法人等: →資産の譲渡損を認識する。 ・被合併法人等の株主: →株式の譲渡損を認識する。 <p>⇒課税所得の減少</p>	<p>〈適格組織再編成〉</p> <ul style="list-style-type: none"> ・被合併法人等: →資産の譲渡損を認識しない。 ・被合併法人等: →株式の譲渡損を認識しない。 <p>⇒課税所得の減少なし</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・本来、適格組織再編成(b)として、資産や株式の譲渡損を認識しないはずのものを、納税者が、あえて非適格組織再編成(a)として、譲渡損を認識し、課税所得を減少させようとした場合(「適格はずし」をした場合)に、課税上は、適格組織再編成(b)に引きなおして、譲渡損を認識せず、課税所得を減少させずに課税する。
---	---	---

⁴² 税制非適格とする場合、正確には、移転資産の譲渡益および譲渡損(株式交換と株式移転については保有資産の評価益および評価損)の双方を認識させる(合併と分割型分割については、みなし配当も認識する)ことになるが、課税上問題になる点を強調するため、端的に「譲渡益」と表現している。表中同じ。

⁴³ 「適格づくり」「適格はずし」という表現は、朝長英樹・前掲21, 20頁で用いられている。

⁴⁴ 税制適格とする場合、正確には、譲渡益も認識させないことになるが、前掲の注42と同様に、課税上問題になる点を強調するため、端的に「譲渡損」と表現している。表中同じ。

(承 前)

a	b	否認の効果
---	---	-------

類型Ⅲ 適格等を非適格等として否認(欠損金等を引継がせない)⁴⁵

(イ) 適格を非適格として否認

<p>〈適格組織再編〉</p> <ul style="list-style-type: none"> ・合併法人: →欠損金を引継ぐ。 ・合併法人等: →資産の含み損を引継ぐ。 <p>⇒課税所得の減少</p>	<p>〈非適格組織再編〉</p> <ul style="list-style-type: none"> ・合併法人: →欠損金を引継がず。 ・合併法人等: →資産の含み損を引継がない。 <p>⇒課税所得の減少なし</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・ 本来、非適格組織再編成(b)として、相手法人の繰越欠損金や資産の含み損を引継げないはずのものを、納税者が、あえて適格組織再編成(a)として、繰越欠損金や資産の含み損を引継いで、課税所得を減少させようとした場合(「適格づくり」をした場合)に、課税上は、非適格組織再編成(b)に引きなおして、繰越欠損金や資産の含み損を引継がせず、課税所得を減少させずに課税する。
--	--	---

(ロ) みなし共同事業要件の成立を非成立として否認

<p>〈適格組織再編成、かつ、みなし共同事業要件を満たす〉</p> <ul style="list-style-type: none"> ・合併法人: →欠損金を引継ぐ。 ・合併法人等: →資産の含み損を損金算入できる。 <p>⇒課税所得の減少</p>	<p>〈適格組織再編成、しかし、みなし共同事業要件を満たさない〉</p> <ul style="list-style-type: none"> ・合併法人: →欠損金を引継がず。 ・合併法人等: →資産の含み損を損金算入できない。 <p>⇒課税所得の減少なし</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・ 適格組織再編成ではあるものの、本来、みなし共同事業要件を満たさない(b)ため、相手法人の繰越欠損金や資産の含み損を引継げない*はずのものを、納税者が、あえてみなし共同事業要件を満たすもの(a)として、繰越欠損金や資産の含み損を引継いで、課税所得を減少させようとした場合(「みなし共同事業要件づくり」をした場合)に、課税上は、みなし共同事業要件を満たさない(b)と引きなおして、繰越欠損金や資産の含み損を引継がせず、課税所得を減少させずに課税する。 <p>* 資産の含み損については、正確には、引継ぎはできるが、譲渡損の損金算入の可否が問題となる。</p>
--	---	---

太田洋弁護士の分類を参考に、筆者にて加筆修正して作表した(前掲注38を参照)。

表中の用語:

「被合併法人等」… 被合併法人、分割法人、現物出資法人、現物分配法人、株式交換完全子法人、株式移転完全子法人。

⁴⁵ 例えば、グループ内の適格合併で繰越欠損金を引継ごうとする納税者を課税庁が否認する場合には、(イ) 適格合併を非適格合併に引きなおす場合(納税者が「適格づくり」をした場合)、だけでなく、(ロ) 適格合併であることはそのまま、みなし共同事業要件の成立を非成立に引きなおす場合(納税者が「共同事業要件づくり」をした場合)、とがありうる。よって「適格等を非適格等として」と表現した。詳細は後述の 2.2.5 項(54頁)を参照。

「合併法人等」… 合併法人、分割承継法人、被現物出資法人、被現物分配法人。

2.2 節 複数の組織再編等の一体的把握による否認

本節では、納税者が行った複数の組織再編等の組み合わせの問題に焦点をあて、課税庁が、法人税法 132 条の 2 を適用して、それらを一体のものとしてとらえ、租税回避行為として否認することが可能かどうか、についての検討を行う。

まず、この点に関する学説の状況を概観する (2.2.1 項)。続いて、法 132 条の 2 によって否認される可能性があるスキーム事例を具体的に挙げながら、その適用の可否を検討する (2.2.2 項～2.2.5 項)。

2.2.1 学説の状況

納税者が行った複数の組織再編等の組み合わせについて、課税庁が、法 132 条の 2 を適用して、それらを一体のものとしてとらえ、租税回避行為として否認できるかどうか、をめぐっては、つぎのような肯定説と否定説とがある。

(1) 肯定説

2.1.3 項で述べたように、『平成 13 年版 改正税法のすべて』は、同条の適用が想定される租税回避行為の具体例の 1 つとして、「複数の組織再編成を段階的に組み合わせることなどにより、課税を受けることなく、実質的な法人の資産譲渡や株主の株式譲渡を行う」場合を挙げていた⁴⁶。法 132 条の 2 の立案担当者は、複数の組織再編等を組み合わせることによる租税回避行為が法 132 条の 2 の適用対象となることを、はっきりと想定していたのである。

(2) 否定説

一方、上記のような解釈に否定的な見解として、次のようなものがある。

- ・ 複数の組織再編成が随時行われて、ある形におさまったときにですね、その間の適格・非適格をどのように判断していくのか。仕上がりで見ればいいのか。実はこれはかなりもめた話ですが、平成 21 年 1 月 29 日の国税庁の文書回答でいわゆる三角合併の適格合併の判定で、順番ごとにみて、1 件ごとに適非を判断していくということがはっきり示されているわけです。今の当局の見解で

⁴⁶ 前掲注 32 の本文を参照。

も、順番に従って〇×を付けていけばいい話であって、スタートラインと出来上がりを見比べて、それで〇だ×だという話はないはず。その意味では、組織再編成を複数回行うことによって、何か租税回避的なことをやるということは、ひとつひとつの組織再編成で見なければならぬ。合法な行為が3つ重なったら非合法になるというのは結果として非常におかしいと思います。国税当局の見解で示されている通り、ひとつひとつの組織再編成を順番毎に見ていって、それで適非を判断するしかないと思っています。(阿部泰久)⁴⁷

先に述べたように、前掲の『改正税法のすべて』は、「複数の組織再編成を段階的に組み合わせることなどにより、課税を受けることなく、実質的な法人の資産譲渡や株主の株式譲渡を行う」ことが、法 132 条の 2 による否認の対象となりうるとしているが、これは、同じく法 132 条の 2 による否認対象となりうるものとして例示された他の 3 つの事例と同様に、簡単な箇条書きで示されているだけであり、現実の経済社会のなかで実際に行われる多様な組織再編等が具体的にどのような個別の要件を満たした場合に、これらの適用例に該当することになるのかの判定基準は、なにも示されていない。また、「法人税の負担を不当に減少させる」の解釈として整理した、法 132 条の 2 の適用要件、すなわち、「組織再編成に係る法人に対して適用される法令の規定に違反しているとはいえないけれども、その規定によって設けられている制度の目的からみて適当でない」、「各個別制度において予定されておらず、不自然、不合理と言わざるを得ない行為や計算」という適用要件に照らしてみても、これらの要件と上記具体例とを結びつける個別具体的な判断基準は、どこにも示されていない。

そうした現状に鑑みると、「何か租税回避的なことをやるということは、ひとつひとつの組織再編成で見なければならぬ」「合法な行為が 3 つ重なったら非合法になるというのは結果として非常におかしい」という上記の阿部説は、納税者の予測可能性や法的安定性の確保という点から、説得力があるように思われる。

ところで、これに関連して、組織再編等を複数段階に組み合わせて行った場合の課税関係は、あくまでそれを構成する個々の段階ごとに独立して判定していくべきだとする見解として、次のようなものがある。

- ・ 日本の組織再編税制は、構造的にステップトランザクションの考え方をとっていないで、その時点、その時点で決着を付けるという考え方で整理されています。ある組織再編成についてその前後の行為をどこまで関連付けて見るのかと言うのは、個別の制度ではあまりなく、結構狭いですね。もちろん、行為計算否認規定あたりの適用まで考えるのであればそれもありますけれども、一般的

⁴⁷ 朝長英樹=阿部泰久=緑川正博「座談会 行為計算否認と最近の法人税税務事例」T&A master 465 号 (2012), 27 頁。阿部氏は平成 13 年度の組織再編税制創設時に、経団連の担当者として制度案策定に関与した 1 人である。

にはそうではない。(佐々木浩)⁴⁸

- ・ 包括否認できるような理屈がない限りは、個々で見るというのでいいと思うのです。TOB と合併、株式交換は、やっていることが違うわけで、現金株式交換でやるのと、TOB の株式交換でやるのとでは経済効果が違います。誰に株式を渡しているのか、誰に現金を渡して、誰に株式を渡しているかで違うので、包括否認には簡単には乗らないと思うのです。… … 経済効果と法律効果が違うと、包括否認は難しいです。出来上がる姿は同じでも、細かく見ると結構違うところがありますから、M&A の各選択肢の経済効果の違いを踏まえた議論を包括否認でもすべきです。(武井一浩)⁴⁹

佐々木説がいう「ステップトランザクションの考え方」とは、いわゆる「段階取引の法理 (step transaction doctrine)」のことを指すと思われる。段階取引の法理とは「法形式上は複数の段階を踏んでいても、実体としては単一の取引であるというべき事情がある場合に、実体に基づいた課税を行う」という考え方であり、米国における判例法理の 1 つとして生成・発展してきたものである⁵⁰。

佐々木説および武井説によれば、わが国の組織再編税制においては、段階取引原理的な考え方は原則として採用されておらず、あくまで個々の段階を単体としてとらえて課税関係を構成していくべきである、ということになるだろう。

もともと、両説からは、法 132 条の 2 の適用については別途考慮すべきとのニュアンスも窺われるから⁵¹、法 132 条の 2 を段階取引の法理的な思考で適用できるかどうかについての両氏の真意は定かではない。しかし、少なくとも通常の (租税回避の疑いのない) 複数の組織再編等の組み合わせについては個々の段階ごとに独立して課税関係を判定していくべきであるとするならば、法 132 条の 2 の適用場面においても、複数の組織再編等の一体的把握については極力抑制的であるべきとするベクトルが作用してくるようになると思われる⁵²。

⁴⁸ 仲谷修ほか「座談会 企業組織再編税制及びグループ法人税制の現状と今後の展望」大蔵財務協会編『企業組織再編税制及びグループ法人税制の現状と今後の展望』大蔵財務協会 (2012)、69～70 頁。

⁴⁹ 仲谷修ほか座談会・前掲注48、72～73 頁。

⁵⁰ 段階取引の法理については、第 3 章で詳しく採り上げる。

⁵¹ 「行為計算否認規定あたりの適用まで考えるのであればそれもありますけれども」(佐々木)、「包括否認できるような理屈がない限りは」(武井)などの言葉に、そうしたニュアンスが感じられる。

⁵² 第 3 章で述べるように、米国における段階取引の法理は、その適用の可否に関する一定の判断基準を持っている。仮に、課税の公平を確保する観点から、法 132 条の 2 による複数の組織再編等の一体的把握を認めざるをえない場合があるとすれば、法 132 条の 2 の現行の簡略・抽象的な適用要件をそのままあてはめるのではなく、段階取引の法理が持つこうした判断基準を法 132 条の 2 に取り入れることで、その適用要件を明確化する、という方法があり得るだろう。この点については第 5 章で改めて述べる。

2.2.2 否認される可能性があるスキーム事例

納税者が組織再編等をどのように組み合わせる場合、法人税法 132 条の 2 によって否認される可能性が出てくるのであろうか。法 132 条の 2 は、現段階では、実際の適用案件自体が少なく、裁判の判決もまだ 1 つも出ていないため、実在した事件に即しての検討には制約がある。

そこで、ここでは代替的な方法として、M&A の実務家や租税法研究者が、既発表の論文等のなかで、法 132 条の 2 により税務否認される可能性について言及しているスキーム事例を採り上げて、①否認の効果(課税上の引きなおし方)の類型別にそれらを分類するとともに、②実際に否認される可能性(否認リスク)の大小について考察する。

(1) 対象とした事例(出典文献)

M&A の実務家や租税法研究者が、法人税法 132 条の 2 によって税務否認される可能性があるかどうかを検討しているスキーム事例を、下記の文献から採取した⁵³。

図表:5 スキーム事例の出典文献(著者名 五十音順)

1	大石篤史「組織再編税制と租税回避」金子宏編『租税法の発展』有斐閣(2010)
2	太田洋=矢野正紘『M&A・企業組織再編のスキームと税務～M&A を巡る戦略的税務プランニングの最先端』大蔵財務協会(2012)
3	太田洋「組織再編行為と否認」租税研究 741 号(2011)
4	佐藤信祐『組織再編における包括的租税回避防止規定の実務』中央経済社(2009)
5	武田昌輔=後藤喜一=原一郎『企業再編の税務』第一法規(2002～加除式)
6	朝長英樹=阿部泰久=緑川正博「座談会 行為計算否認と最近の法人税税務事例」T&A master 465 号(2012)
7	仲谷修=栗原正明=中村慈美=佐々木浩=武井一浩「座談会 企業組織再編税制及びグループ法人税制の現状と今後の展望」大蔵財務協会編『企業組織再編税制及びグループ法人税制の現状と今後の展望』大蔵財務協会(2012)
8	成道秀雄「組織再編成における租税回避行為」日本税務研究センター編『同族会社の行為計算の否認規定の再検討－租税回避行為との関係を含めて－』財経詳報社(2007)

⁵³ 今回採取したスキーム事例は、太田洋弁護士が上記の出典文献から渉猟したものが土台になっている。本稿は、これらのスキーム事例を筆者が作成した否認類型に割り付けるとともに、個々の事例別に否認の可能性を検討した点に特色がある。

9	渡辺裕泰「組織再編税制の適格要件に関する一考察－配当見合い金銭、端数株式の代り金はどこまで可能か－」金子宏編『租税法の基本問題』有斐閣(2007)
---	---

(作表:筆者)

(2) 分類方法

2.1.4 項で設定した否認類型⁵⁴によって分類した。各事例がどの類型に該当するかは、筆者にて判定した。

図表:6 スキーム事例の否認類型

類型Ⅰ 適格を非適格として否認 (譲渡益を認識させる)
類型Ⅱ 非適格を適格として否認 (譲渡損を認識させない)
類型Ⅲ 適格等を非適格等として否認 (欠損金等を引継がせない)

(作図:筆者)

(3) 否認リスク

各事例の出典文献の著者が、その事例が否認される可能性をどう見ているかを参考に、筆者にて下記3つにランク付けした。

- 否認される可能性が高いとして紹介されているもの。
- ▲ 否認される可能性につき見方が分かれているもの。
- 否認される可能性は低いとして紹介されているもの。

(4) スキーム事例の一覧

収集したスキーム事例は下表の通りである。全部で8事例を採り上げた。

⁵⁴ 前掲図表:4(24頁)を参照。

図表:7 法 132 条の 2 の適用可能性があるスキーム事例 ⁵⁵

事例 No	否認リスク	納税者が行う組織再編等
-------	-------	-------------

類型Ⅰ：適格を非適格として否認(譲渡益を認識させる)

I 01	▲	株式の金銭買取り後に適格合併。 1) 被合併法人(予定)の株式の一部買取り。 2) 適格合併。
I 02	● *	端数株式交換方式によるスクィーズ・アウト。 1) 完全子法人(予定)の株式の一部買取り。 2) 適格株式交換(少数株主には端数株式を交付)。 3) 端数株式に金銭交付。 * 法 132 条の 2 ではなく、個別規定による否認の余地もあり。
I 03	▲	「見込み要件」の見込みの非実現。 1) 適格合併(従業員の引継ぎが見込まれる)。 2) 合併後、従業員が引継がれなかった。 ※ 従業員の引継ぎ以外にも、以下の「見込み要件」につき同じ問題がある。 ・50%超グループ内適格要件： 主要事業の継続見込み。 ・共同事業適格要件： 主要事業の継続見込み、 特定役員の引継ぎ見込み、株式継続保有見込み。
I 04	○	全部取得条項付種類株式方式によるスクィーズ・アウト。 1) 完全子法人(予定)の株式の一部買取り。 2) 完全子法人(予定)の普通株式全てを全部取得条項付種類株式に変換。 3) 全部取得条項付種類株式の全部取得(少数株主には端数株式を交付)。 4) 端数株式に金銭交付。

類型Ⅱ：非適格を適格として否認(譲渡損を認識させない)

Ⅱ 01	●	含み損資産の非適格現物出資後に適格合併。 1) 被合併法人(予定)の含み損資産だけを合併法人(予定)に非適格現物出資。 2) 適格合併。
Ⅱ 02	●	100%支配関係を崩した後に非適格合併。 1) 被合併法人(予定・100%子法人)株式の一部譲渡。 2) 非適格合併。
Ⅱ 03	●	事前に出資を受けた金銭を対価として非適格分社型分割。 1) 分割法人(予定)が分割承継法人(予定)に金銭出資。 2) 非適格分社型分割(上記で出資を受けた金銭を対価)。

⁵⁵ 検討の結果、法 132 条の 2 による否認の可能性が低いと判断したものも含む。

類型Ⅲ：適格等を非適格等として否認(欠損金等を引継がせない)

Ⅲ01	●	特定役員の事前送り込み後に適格合併。 1) 被合併法人(予定)への特定役員の送り込み。 2) 被合併法人(予定)の株式の全部買取り。 3) 適格合併(欠損金の引継ぎ)。
-----	---	---

(作表:筆者)

2.2.3 類型Ⅰ：適格を非適格として否認する(譲渡益を認識させる)事例

2.2.3 項から 2.2.5 項では、図表：7で挙げたスキーム事例について、各事例ごとに、納税者が行った行為の実行の順序(実行 Step)とその概要を説明するとともに、そうした納税者の行為が否認される可能性について検討していく。

本項では、否認類型の類型Ⅰ、すなわち、<本来は非適格組織再編成として資産や株式の譲渡益⁵⁶を認識するはずのものを、納税者が、あえて適格組織再編成として譲渡益を認識せず、課税を繰延べようとした場合(いわゆる「適格づくり」をした場合)に、課税上は、非適格組織再編成に引きなおして、譲渡益を認識し、課税する> という類型に該当する可能性がある事例⁵⁷を4つ採り上げる(【事例Ⅰ01】【事例Ⅰ02】【事例Ⅰ03】【事例Ⅰ04】)。

(1) 【事例Ⅰ01】株式の金銭買取り後に適格合併⁵⁸

a. 否認リスクと否認類型

この事例の否認リスクと否認類型は次の通りである。

- ・否認リスク：▲…否認につき見方分かれる。
- ・否認類型：類型Ⅰ…適格を非適格として否認(譲渡益を認識させる)。

b. 実行 Step

この事例は次の Step から構成される。

Step. 1) 被合併法人(予定)の株式の一部買取り。

Step. 2) 適格合併。

Step ごとの内容は以下の通りである。

Step. 1) 合併法人となる予定の A 社が、金銭を対価として、被合併法人となる予定の

⁵⁶ 課税上問題となる点を強調するため、ここでは端的に「譲渡益」と表現している。前掲注42を参照。

⁵⁷ 検討の結果、否認される可能性が低いと判定したものも含む。

⁵⁸ この事例は次の文献から採取した。仲谷修ほか座談会・前掲注53, 55 頁, 72~73 頁。

T社の株主から、T社株式の一部を取得して、T社を3分の2以上支配する。

Step. 2) A社が、A社株式を対価として、T社を適格吸収合併（50%超グループ内）する。

c. 模式図

Stepの流れを、納税者が選択した法形式と、課税庁によって引きなおされる可能性がある法形式とで比較すると、図表：8のようになる。

d. 検討

Step. 1 と Step. 2 という納税者の複数の行為（Step. 1 は一般取引⁵⁹、Step. 2 は適格合併）を、課税庁が、単一の組織再編（金銭対価の非適格合併）とみなして、Step. 2 の適格性を否認する（譲渡益に課税する）のではないか、という問題である。

現行の税務運用では、ほとんどの場合（特に Step. 1 が上場会社に対する TOB として行われる場合）は、Step. 1 と Step. 2 を独立した別個の取引としてとらえ、Step. 2 だけを対象として適格判定されている模様である⁶⁰。

ただし、課税庁が Step. 1 と Step. 2 を一体としてとらえて「現金対価の非適格合併ではないのか」と指摘してきたという報告もあるため⁶¹、否認リスクがゼロとはいえないと思われる。特に、T社が上場企業ではなく同族会社等の閉鎖的企業である場合には、そうした指摘を受ける可能性が高まるのかもしれない。

しかし、法 132 条の 2 の「法人税の負担を不当に減少させる」の解釈として 2. 1. 2 項で整理した同条の適用要件、すなわち「組織再編成に係る法人に対して適用される法令の規定に違反しているとはいえないけれども、その規定によって設けられている制度の目的からみて適当でない」、「各個別制度において予定されておらず、不自然、不合理と言わざるを得ない行為や計算」という適用要件に照らしてみた場合、この事例の Step. 1 や Step. 2 のどの部分をとらえて、「制度の目的からみて適当でない」あるいは「各個別制度において予定されておらず、不自然、不合理と言わざるを得ない」と認定するのか、その基準が定かではない。

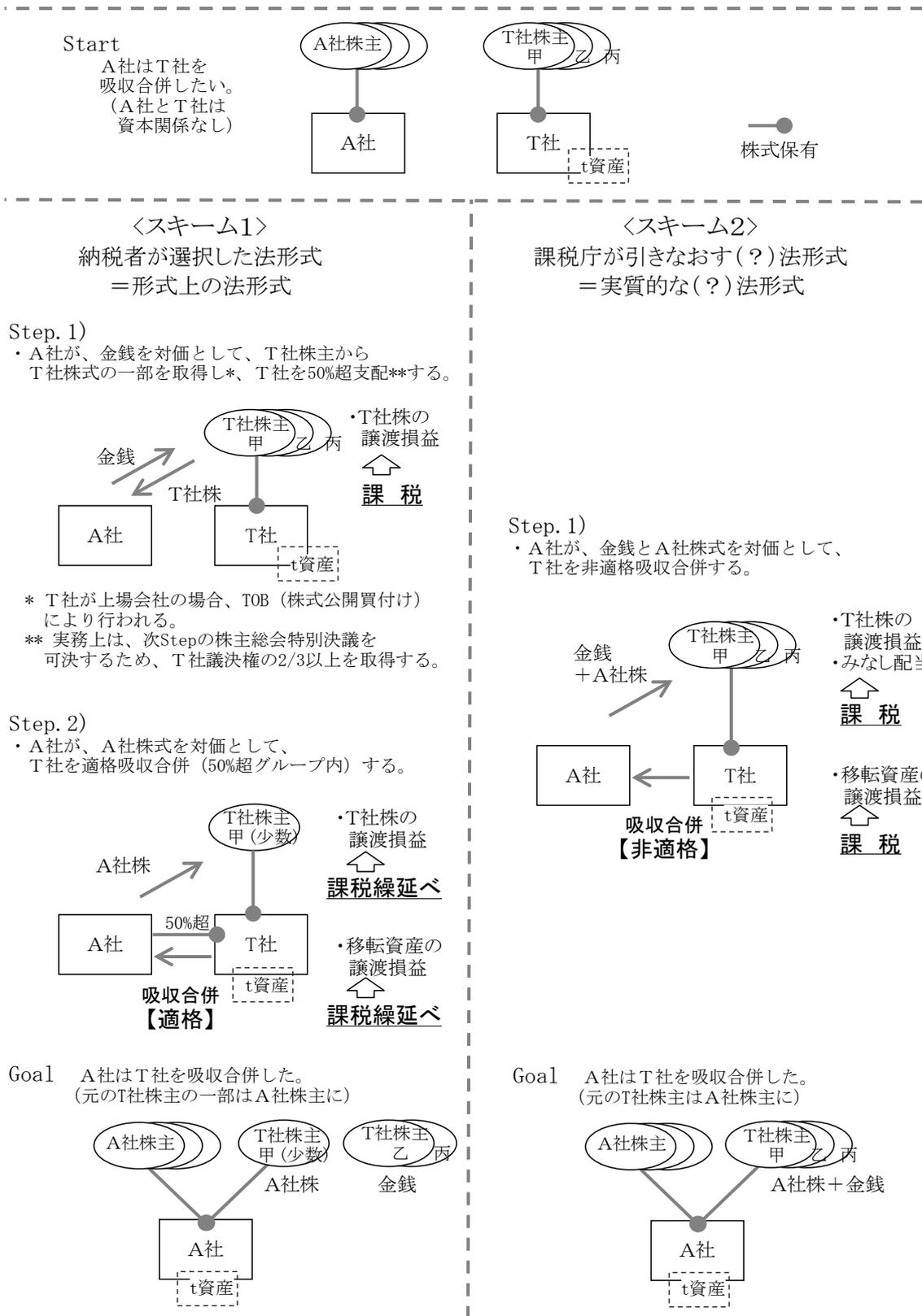
むしろ、買収対象会社の株式を金銭で買い取ること、買収の仕上げとして対象会社を吸収合併することは、それぞれの「各個別制度において予定されて」いることだといえるだろう。だとすれば、本事例については、納税者の行為を認めるという現行の大半の税務運用が、今後も継続されるべきであると考えられる。

⁵⁹ ここで「一般取引」とは、わが国の法人税法上、税制適格が定められている「組織再編成」（合併、分割、現物出資、現物分配、株式交換、株式移転）以外の、一般の取引（単なる株式の買取りなど）を指す語として用いている。以下、2. 2. 3 項～2. 2. 5 項において同じ。

⁶⁰ 仲谷修ほか座談会・前掲注49の引用部分を参照。

⁶¹ 仲谷修ほか座談会・前掲注6を参照。

図表:8 【事例I01】株式の金銭買取り後に適格合併



(作図:筆者)

(2) 【事例 I 02】端数株式交換方式によるスクィーズ・アウト⁶²

a. 否認リスクと否認類型

この事例の否認リスクと否認類型は次の通りである。

- ・否認リスク：●…否認の可能性高い*。

* ただし、法 132 条の 2 ではなく、個別規定による否認の余地あり。

- ・否認類型：類型 I …適格を非適格として否認（譲渡益を認識させる）。

b. 実行 Step

この事例は次の Step から構成される。

Step. 1) 完全子法人（予定）の株式の一部買取り。

Step. 2) 適格株式交換（少数株主には端数株式を交付）。

Step. 3) 端数株式に金銭交付。

Step ごとの内容は以下の通りである。

Step. 1) 完全親法人となる予定の A 社が、金銭を対価として、完全子法人となる予定の T 社の株主から、T 社株式の一部を取得して、T 社を 3 分の 2 以上支配する。

Step. 2) A 社が、A 社株式を対価として、残った T 社少数株主との間で、適格株式交換（50%超グループ内）を行い、T 社を完全子法人にする。この際、T 社少数株主には 1 株未満の A 社株式（端数株式）しか交付されないように交換比率と発行株式数を定めておく。

Step. 3) A 社が、元の T 社少数株主（この時点では A 社株主）に、端数株式の代金相当額を交付する（実質的に端数株式を金銭で買取る）。これにより、元の T 社株主はすべて締め出される（スクィーズ・アウト⁶³）。Step. 2 と Step. 3 は、通常、同時に行われる。

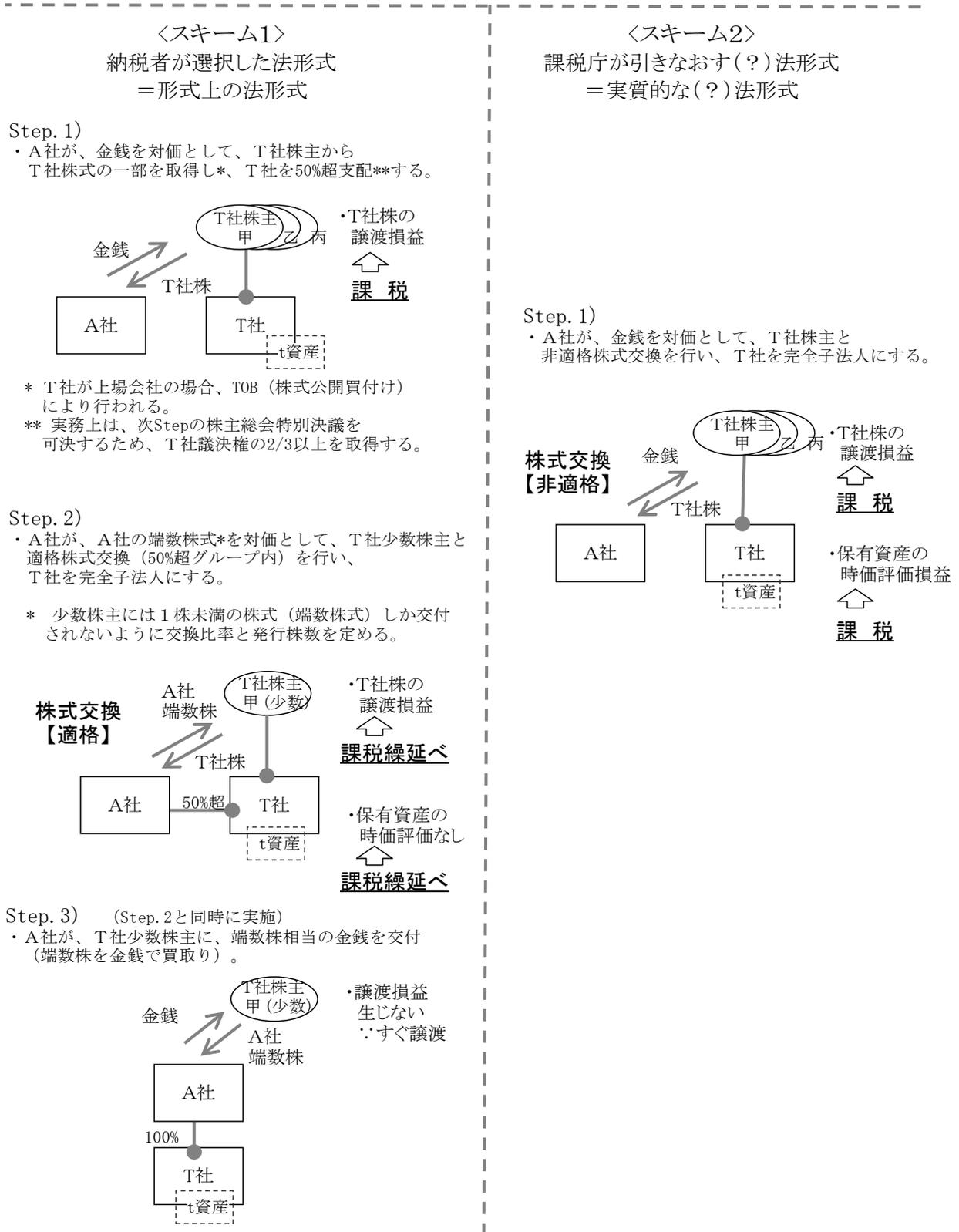
c. 模式図

Step の流れを、納税者が選択した法形式と、課税庁によって引きなおされる可能性がある法形式とで比較すると、図表：9 のようになる。

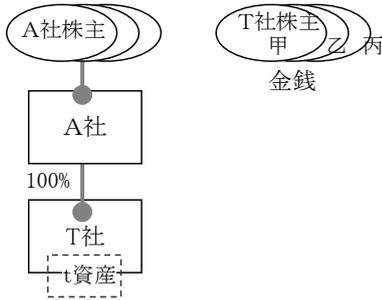
⁶² この事例は次の文献から採取した。渡辺裕泰・前掲注53, 540 頁、太田洋（2012）・同, 247 頁、太田洋（2011）・同, 87 項。

⁶³ スクィーズ・アウト（Squeeze out）＝少数株主の締め出し：会社の支配株主が少数株主を排除して、会社を完全子会社化すること。内海英博＝TMI 総合法律事務所『M&A 頻出用語辞典』大蔵財務協会（2010. 4）、84 頁。

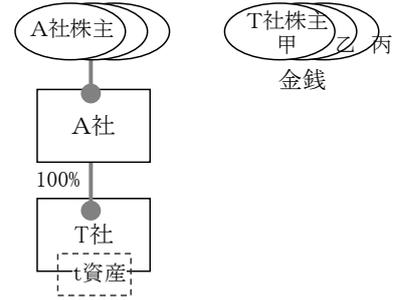
図表:9 【事例I02】端数株式交換方式によるスキーズ・アウト



Goal A社はT社を完全子法人にした。
(元のT社株主は全て排除)



Goal A社はT社を完全子法人にした。
(元のT社株主は全て排除)



(作図:筆者)

d. 検討

Step. 2 と Step. 3 という納税者の複数の行為 (Step. 2 は適格株式交換、Step. 3 は一般取引) を、課税庁が、単一の組織再編 (金銭対価の非適格株式交換) とみなして、Step. 2 の適格性を否認する (T社資産の評価益に課税する) のではないか、という問題である。

本来であれば金銭対価の非適格株式交換を採用すればよいはずのところ、非適格株式交換になってしまうと、対象会社T社の保有資産につき時価評価課税されてしまう⁶⁴。そこで、あえて一旦、端数株式を対価として交付することで形式上適格株式交換とし、直後にそれを買い取ってT社少数株主に金銭を交付するという法形式を採っているという点で、Step. 2 の適格株式交換につき、「租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しない」として、法 132 条の 2 によって否認される可能性がある」と指摘されている。

- ・ [このスキームは …川端注] 「異常ないし変則的で租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しない」 … として、否認される可能性があるのではないか。

… …

少数株主の排除だけであれば、… 現金対価の株式交換という会社法ないし産活法が予定している方法をとればよいはずである。しかしながら、これらの … 方法をとると、税法上は非適格株式交換となり、(株主に対する譲渡益課税のほか)に完全子会社の資産の時価評価が必要となり、含み益に課税される。したがって、端数株式を意図的に作り出し端数株式交付型株式交換という不自然な方法を使うのは、適格株式交換とすることにより完全子会社の時価評価を避けるためしか目的のない(いわゆるビジネス・パーパスがない)行為と判断される可能性があるのではないだろうか。法人税基本通達 1-4-2 の平成 19 年 3 月 13 日追加部分(但書き)は、本スキームのような意図的に端数株式を作り出すケースを想定して改定されたもののように思われる。(渡辺裕泰)⁶⁵

法人税基本通達 1-4-2 の但書き部分が近年追加された⁶⁶ことを考えると、たしかに、この

⁶⁴ 法人税法 62 条の 9。

⁶⁵ 渡辺裕泰・前掲注53, 543 頁。

⁶⁶ 法人税基本通達 1-4-2 は、従来、その柱書きで「法人が行った合併が … 適格合併に該当するかどうかを判定する場合において、被合併法人の株主等に交付された金銭が、その合併

スキームは否認される可能性が高まっていると考えられる。

ただし、この基本通達 1-4-2 の改正は、実定法上の個別規定としての適格要件の解釈を補強したものと解されるから、仮に、これにより納税者の行為が否認されるとしても、それは個別の適格要件規定の非適用の結果として非適格になるだけであって、法人税法 132 条の 2 による否認ではないとも解される。そうだとすると、この事例は、納税者が行った組織再編等について税法上の取扱いに不明確な点がある場合に、法 132 条の 2 という包括的否認規定ではなく、個別規定（立法ではなく通達によるものではあるが）の追加によって対応しようとしている事案の一例だともいえるだろう。とはいえ、渡辺説は、次のようにも述べている。

- ・ もっとも、好意的に考えれば、このスキームは、子会社の時価評価課税を避けること以外に、少数株主の排除という租税回避以外の目的（ビジネス・パーパス）が存在するという主張を完全に否定しきれないかという問題が残るように思われる。（渡辺裕泰）⁶⁷

この指摘に従うとすれば、基本通達但書きの「その交付の状況その他の事由を総合的に勘案」する際に、少数株主の排除という「租税回避以外の目的」の存在をどのように考慮するかという問題（「総合的に勘案」という規定の不確定性の問題）が残ることになる。

(3) 【事例 I 03】「見込み要件」の見込みの非実現⁶⁸

a. 否認リスクと否認類型

この事例の否認リスクと否認類型は次の通りである。

- ・ 否認リスク：▲…否認につき見方分かれる。
- ・ 否認類型：類型 I …適格を非適格として否認（譲渡益を認識させる）。

b. 実行 Step

この事例は次の Step から構成される。

Step. 1) 適格合併（従業者の引継ぎが見込まれる）。

に際して交付すべき合併法人の株式 … に 1 株未満の端数が生じたためにその 1 株未満の株式の合計数に相当する数の株式を他に譲渡し、又は買い取った代金として交付されたものであるときは、当該株主等に対してその 1 株未満の株式に相当する株式を交付したこととなることに留意する」と述べ、1) 端数株式を対価として交付した後、2) それを金銭で買い取ったときには、最初の 1) に着目して適格性を認めていた。しかし、平成 19 年 3 月 13 日付の改正で下記の但書きが追加されたことで、一定の場合には非適格と判定される可能性が高まることとなった。「ただし、その交付された金銭が、その交付の状況その他の事由を総合的に勘案して実質的に当該株主等に対して支払う合併の対価であると認められるときは、当該合併の対価として金銭が交付されたものとして取り扱う。」

⁶⁷ 渡辺裕泰・前掲注53, 543～544 頁。

⁶⁸ この事例は次の文献から採取した。仲谷修ほか座談会・前掲注53, 44 頁、成道秀雄・前掲注53, 162～165 頁。

Step. 2) 合併後、従業者が引継がれなかった。

…いわゆる「見込み要件」が、再編後に、見込みと異なる結果になった⁶⁹。

Step ごとの内容は以下の通りである。

Step. 1) A社が、T社を適格吸収合併した。適格要件は、共同事業または50%超グループ内の適格要件によったため、その適格要件の1つである「被合併法人T社の合併直前の従業者の概ね80%以上が合併後に合併法人A社の業務に従事することが見込まれていること」という点につき、合併時点では満たされていた。

Step. 2) ところが実際には、T社従業者の大半が合併直後にA社を辞めてしまい、「T社従業者の80%以上がA社の業務に従事する」という当初の「見込み」が、結果として実現しなかった。

c. 模式図

Stepの流れを、納税者が選択した法形式と、課税庁によって引きなおされる可能性がある法形式とで比較すると、図表：10のようになる。

d. 検討

Step. 1 と Step. 2 という納税者の複数の行為（Step. 1 は組織再編、Step. 2 は一般取引）につき、課税庁が、Step. 1 時点での「見込み」の内容と、Step. 2 時点での「結果」の内容を一体的にとらえて、Step. 1 の適格性（「見込み」の存在）を否認する（譲渡益に課税する）のではないか、という問題である。

50%超グループ内の適格要件や共同事業の適格要件には、再編後に一定の状態となることが「見込まれていること」という内容のものがある。この「見込まれている」かどうかの判定は、組織再編が行われる時点の状態に即して行うというのが通説的な見方である。つまり、その再編行為を実行する段階で「見込まれて」いれば適格要件が満たされていると解し、再編した後の実際の状態が、結果として当初の見込みと異なることになったとしても、それは問わないとするのである。こうした考え方は、たとえば次のように説明されている。

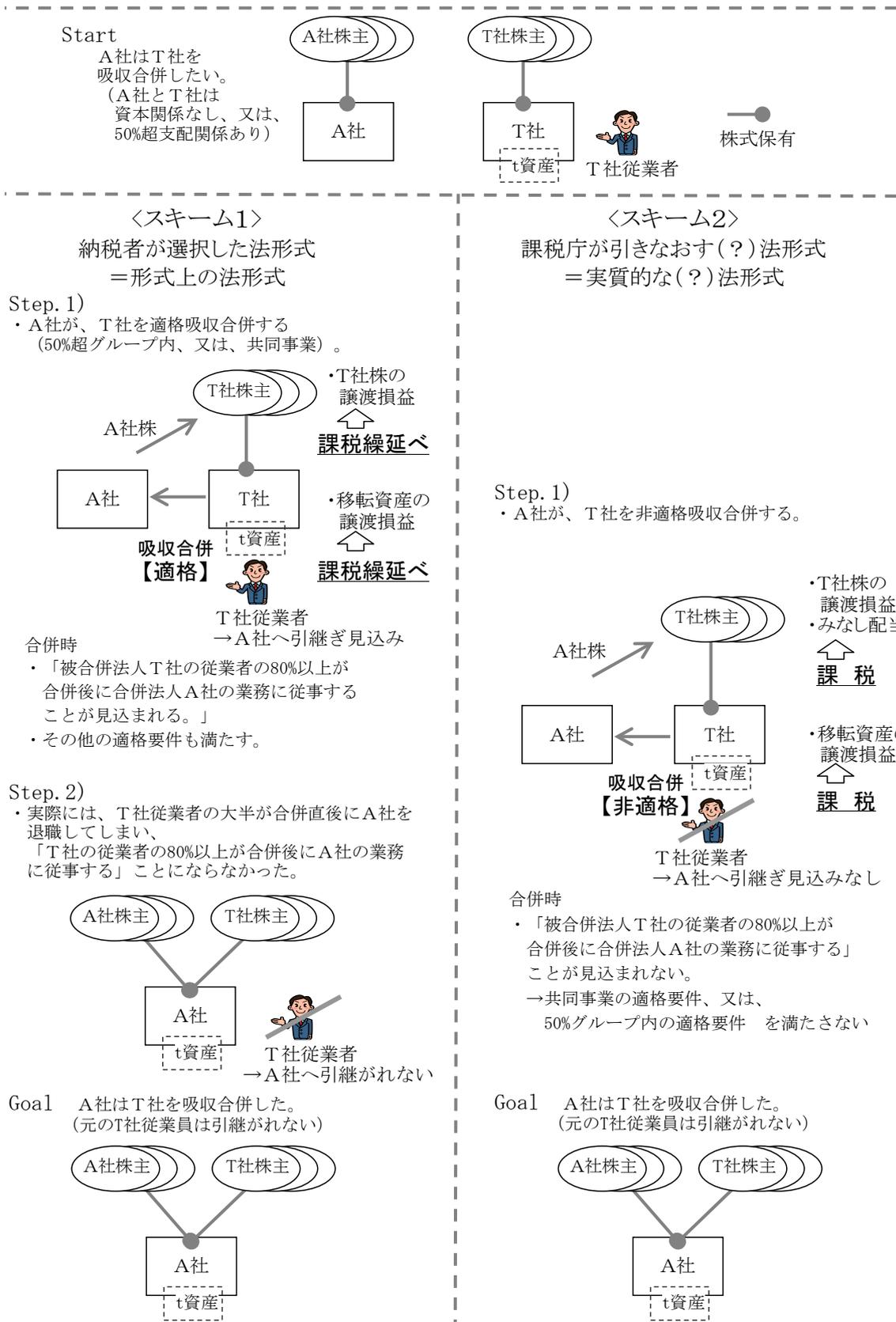
- ・ 要件の充足について、その時点その時点で決着をつけることを基本とするとなると、この状態が継続するか否かについては、いわゆる見込み要件で判断するということになります。… 見込み要件は、例えば、株式の継続保有見込み要件でいうと、その時点で継続して保有することが見込まれているのであれば、物凄く極端な言い方をすれば、明日、事情が大きく変わって譲渡することになったとしても構わない、要件違反とならない、といった感じです …。… そのような説明が従来からされています。(佐々木浩)⁷⁰

⁶⁹ 従業者の引継ぎ以外にも、以下の「見込み要件」につき同じ問題がある。後掲注183も参照。

- ・ 50%超グループ内適格要件：主要事業の継続見込み。
- ・ 共同事業適格要件：主要事業の継続見込み、特定役員の引継ぎ見込み、株式継続保有見込み。

⁷⁰ 仲谷修ほか座談会・前掲注53, 69～70 頁。

図表:10 【事例I03】「見込み要件」の見込みの非実現



(作図:筆者)

この考え方に従えば、この【事例 I 03】は、合併の段階で「従業員の引継ぎが見込まれている」のであるから、適格要件を満たしており、その適格性を否認されることはないといえるだろう。仮に、「その時点時点で決着をつけ」ないで、再編当初の「見込み」と再編後の「結果」とを一体のものとして判定しなければならないとなると、どの範囲までの「結果」を含めて判定すべきかという難問がでてくるから、筆者も、上記のような通説的立場に賛成である。

他方で、「見込みの非実現」が実は当初から意図されたものである場合には、その適格要件は最初から満たされなかったものとして否認できるとする見解もある。ただし、この場合の否認は、包括的否認規定である法 132 条の 2 によるのではなく、「従業員引継ぎ見込み」などの個別の適格要件規定に照らしての否認とされる。

- ・ もし、被合併法人等の従業員について、合併等直前にその数を過小なものとするか、あるいはいったんは合併法人等に引き継ぐが、直後に解雇して、概ね 80%となるように作為することがあれば、適格要件を満たさなくなることになる。

… …

個々の適格要件については、それぞれの要件を満たしていないのに満たしているかのように仮装したり、あるいは適格要件を満たしているのに、満たしていないかのように仮装するのは、それは仮装行為であるので、真実の姿に戻して、その事実を認定することになる。それゆえ、適格要件を満たしているか満たしていないかは法人税法第 132 条の 2 の租税回避行為の問題とはされない。(成道秀雄)⁷¹

つまり、見込み要件の充足を意図的に仮装した場合、すなわち、私法上の真実の法律関係は当初から見込み要件を満たしていなかった場合には、その私法上の真実の法律関係に即して、その適格性を否認するのである。「見込み要件」について、「結果としての、見込みの非実現」を問うのではなく、「当初からの、見込み自体の非存在」を根拠に否認する態度であるともいえるだろう。

納税者が行ったと自ら主張する私法上の取引の真実性自体を疑い、納税者が真に意図していた「私法上の真実の法律関係」を、課税庁または裁判所が別途認定して、それに課税要件にあてはめて課税するという否認方法は、一般に「私法上の法律構成による否認」といわれている。この否認方法においては、納税者が行った行為が納税者が真に意図したものであるかどうかの判定は、課税処分上または裁判上の「事実認定」の次元の問題とされ、否認のための租税法の明文規定は必要でないといわれている⁷²。しかし、そのような「事実認定」

⁷¹ 成道秀雄・前掲注53, 163 項、158 頁。

⁷² 中里実「課税逃れ商品に対応する租税法の対応 (上)」ジュリスト 1169 号 (1999), 117~118 頁。こうした「私法上の法律構成による否認」については、課税の公平を重視してこれを積極適用すべきとする立場と、課税庁による恣意的運用に対する警戒からこれに消極的な立場

の次元で、ある状態の継続が組織再編時点で「見込まれていた」かどうかの判定を行おうとする場合、事実上は、組織再編後の現実の事実関係も視野に入れて行われる傾向が強まるのではないか。そうだとすると、複数の組織再編等を一体的にとらえる発想が入ってくる可能性があると思われる⁷³。

金子宏教授は、一定の場合には「私法上の法律構成による否認」がありうることを示唆しつつも、「何が私法上の真実の法律関係であるかの認定は、取引当事者の効果意思に即して、きわめて慎重に行われるべきであって、『私法上の法律構成』の名のもとに、仮にも真実の法律関係から離れて、法律関係を構成しなおすようなことは許されないと考える」と述べている⁷⁴。筆者もこれに同感である。よって、仮に、再編時における「見込み自体の、当初からの不存在」が疑われる場合であっても、その不存在の認定による否認には、きわめて慎重であるべきである。特に、「見込み自体が不存在」だったかどうかを、「結果としての、見込みの非実現」という再編後の事実関係を一体的に視野に入れて判断することについては、少なくとも現行規定を前提とするかぎり、意識して抑制すべきである。

(4) 【事例 I 04】全部取得条項付種類株式方式によるスクィーズ・アウト⁷⁵

a. 否認リスクと否認類型

この事例の否認リスクと否認類型は次の通りである。

- ・否認リスク：○…否認の可能性低い。
- ・否認類型：類型 I …適格を非適格として否認（譲渡益を認識させる）。

b. 実行 Step

この事例は次の Step から構成される。

- Step. 1) 完全子法人（予定）の株式の一部買取り。
- Step. 2) 完全子法人（予定）の普通株式全てを全部取得条項付種類株式に変換。
- Step. 3) 全部取得条項付種類株式の全部取得（少数株主には端数株式を交付）。

がある。積極説として、上記の中里論文、消極説として、岡村忠生「租税回避行為の否認—りそな外税控除否認事件」水野忠恒ほか編『租税判例百選（第5版）』有斐閣（2011.12）などがある。

⁷³ 筆者が今回実施した組織再編の実務専門家へのヒアリング調査でも、「＜共同事業による適格合併の要件である”株式継続保有見込み”を満たしていたかどうかの判定は、再編時点での純粋な”見込み”の有無だけでなく、その後の株式売却に経営上の必然性ないし合理性があったかどうかまで視野に入れて判定されると考えたほうがよい＞という国税庁OBの私的意見を聞いたことがある」という旨の回答があった。詳細は第4章（131頁）を参照。

⁷⁴ 金子宏・前掲注8, 123頁。

⁷⁵ この事例は次の文献から採取した。渡辺裕泰・前掲注53, 541頁、太田洋（2012）・同, 447頁、太田洋（2011）・同, 77頁

Step. 4) 端数株式に金銭交付。

Step ごとの内容は以下の通りである。

Step. 1) 完全親法人となる予定の A 社が、金銭を対価として、完全子法人となる予定の T 社の株主から、T 社株式の一部を取得して、T 社を 3 分の 2 以上支配する。

Step. 2) T 社株主総会にて、T 社の発行済普通株式の全てに全部取得条項を付与する特別決議を行い、T 社の発行済株式の全てを全部取得条項付種類株式に変換する。

Step. 3) T 社株主総会にて、全部取得条項付種類株式を全部取得し、取得の対価として別種の T 社種類株式を T 社株主に交付する旨を特別決議する。

その別種の T 社種類株式は、T 社少数株主には 1 株未満（端数株式）しか交付されないように交換比率と発行株式数を定めておく。

Step. 4) T 社が、T 社少数株主に、端数株式の代金相当額を交付する（実質的に端数株式を金銭で買取る）。これにより、元の T 社株主はすべて締め出される（スクィーズ・アウト）。Step. 2～Step. 4 は、通常、同時に行われる。

c. 模式図

Step の流れを、納税者が選択した法形式と、課税庁によって引きなおされる可能性がある法形式とで比較すると、図表：11 のようになる。

d. 検討

Step. 2～Step. 4 という納税者の複数の行為（いずれも一般取引）を、課税庁が、単一の組織再編（金銭対価の非適格株式交換）とみなして、対象会社 T 社の資産に時価評価を適用するのではないかと、という問題である。

取引の出来上がりの形や、対象会社 T 社の元の株主の全てに最終的には金銭を交付して締め出すという点で、先にみた【事例 I 02】（端数株式交換方式によるスクィーズ・アウト）とほぼ同じ経済効果をもたらすことから、【事例 I 02】と同様に課税されるのではないかと、という点が問われることになる。

しかし、現状では、【事例 I 02】とは対照的に、このスキームの否認リスクは低いとされている。2.1.2 項でみたように、法人税法 132 条の 2 の適用対象は税制適格が規定されている組織再編行為に限定される、と解するのがほぼ通説的な理解である。一方、全部取得条項付種類株式への変換（Step. 2）や、変換したそれらの株式の全部取得（Step. 3）は、いずれも単なる一般の取引行為であるから、このスキームには組織再編行為が登場しない。よって、このスキームには法人税法 132 条の 2 は適用されない、とする説が有力であり、実際にも、このスキームが否認されたという事例は現状では見当たらないと指摘されている。

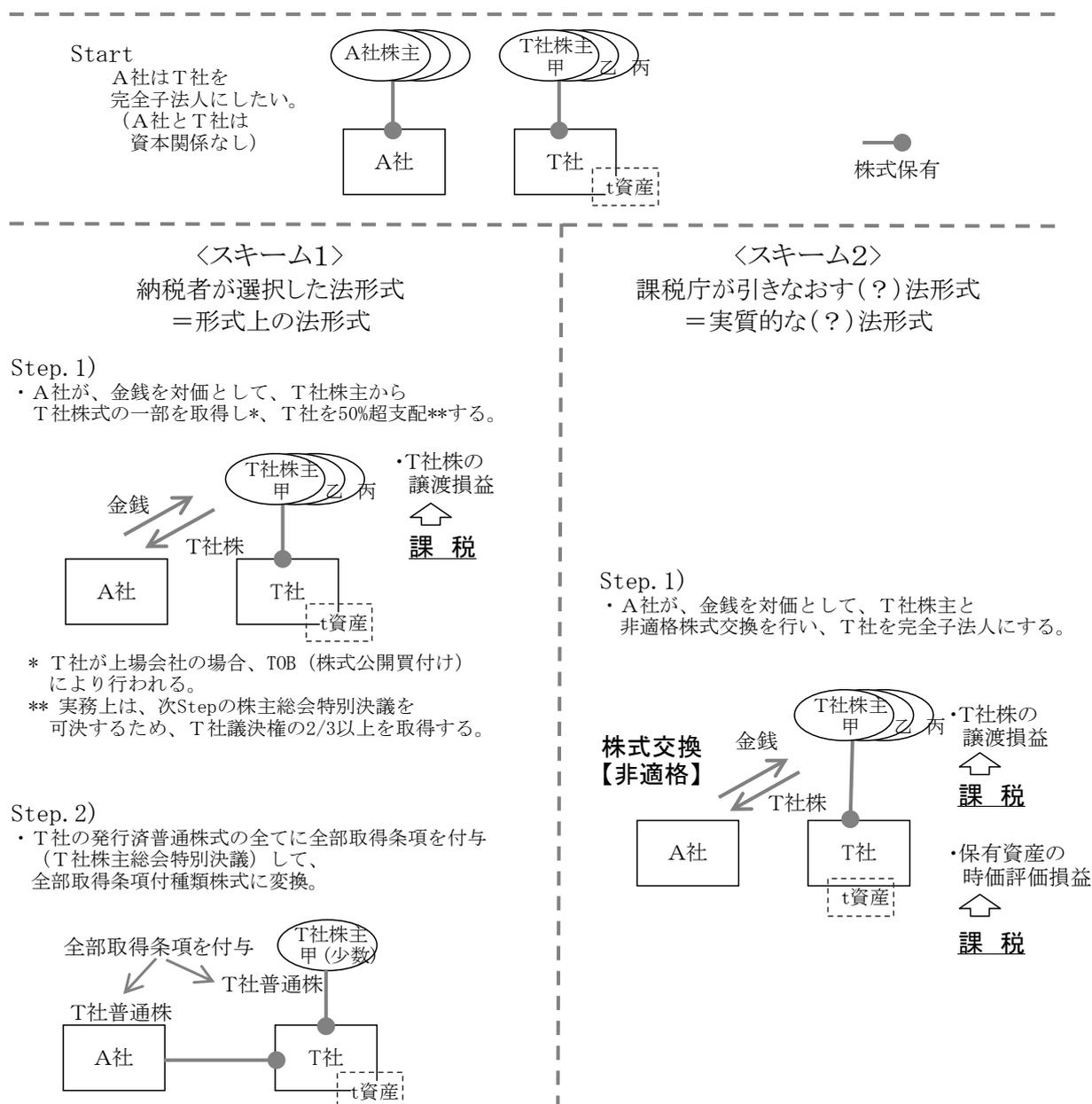
- ・ このスキームは、組織再編を使わず全部取得条項を使ったものであるが、このような組織再編を

使わないケースまで 132 条の 2 の射程内であるとは考えにくい。(渡辺裕泰)⁷⁶

- ・ 全部取得条項付種類株式を利用したスクィーズ・アウトのように、組織再編行為でないものについては、132 条の 2 の適用対象にはなっていないことは、少なくともその条文の文理上明らかです。(太田洋)⁷⁷

筆者も、法人税法 132 条の 2 の適用対象は、文理解釈からみて組織再編行為に限定されると考えるため、渡辺説や太田説に賛成である。

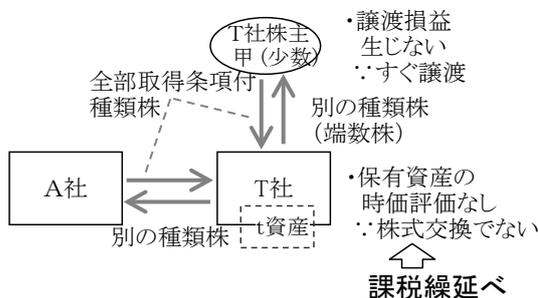
図表:11 【事例I04】全部取得条項付種類株式方式によるスクィーズ・アウト



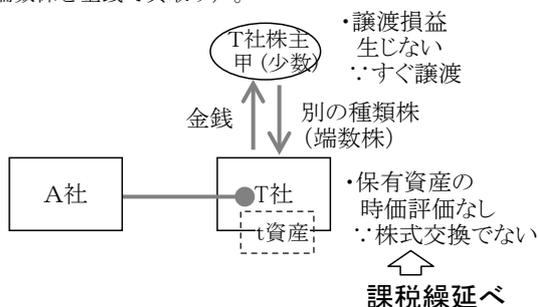
⁷⁶ 渡辺裕泰・前掲注53, 544 頁。

⁷⁷ 太田洋 (2011)・前掲注53, 77 頁。

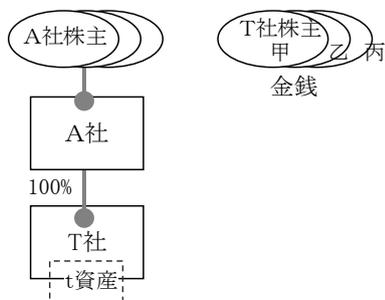
- Step. 3) (Step. 2と同時に実施)
- ・ T社が、全部取得条項付種類株式を全部取得（総会特別決議）し、対価として別のT社種類株式を交付。その際、T社少数株主には1株未満の端数株式しか交付されないように交換比率を定める。



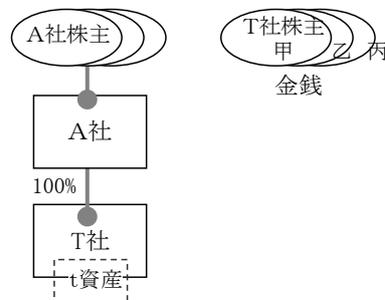
- Step. 4) (Step. 2と同時に実施)
- ・ T社が、T社少数株主に、端数株相当の金銭を交付（端数株を金銭で買取り）。



Goal A社はT社を完全子法人にした。
(元のT社株主は全て排除)



Goal A社はT社を完全子法人にした。
(元のT社株主は全て排除)



(作図:筆者)

2.2.4 類型Ⅱ：非適格を適格として否認する（譲渡損を認識させない）事例

本項では、否認類型の類型Ⅱ、すなわち、＜本来は適格組織再編成として資産や株式の譲渡損⁷⁸を認識しないはずのものを、納税者が、あえて非適格組織再編成として譲渡損を認識し、課税所得を減少させようとした場合（いわゆる「適格はずし」をした場合）に、課税上

⁷⁸ 課税上問題となる点を強調するため、ここでは端的に「譲渡損」と表現している。前掲注44を参照。

は、適格組織再編成に引きなおして、譲渡損を認識せず、課税所得を減少させずに課税する
 > という類型に該当する可能性がある事例を 3 つ採り上げる(【事例Ⅱ01】【事例Ⅱ02】【事例Ⅱ03】)。

(1) 【事例Ⅱ01】 含み損資産の非適格現物出資後に適格合併⁷⁹

a. 否認リスクと否認類型

この事例の否認リスクと否認類型は次の通りである。

- ・否認リスク：●…否認の可能性高い。
- ・否認類型：類型Ⅱ…非適格を適格として否認（譲渡損を認識させない）。

b. 実行 Step

この事例は次の Step から構成される。

Step. 1) 被合併法人（予定）の含み損資産だけを合併法人（予定）に非適格現物出資。

Step. 2) 適格合併。

Step ごとの内容は以下の通りである。

Step. 1) 被合併法人となる予定の T 社が、合併法人となる予定の A 社に、含み損のある資産だけを非適格現物出資して、A 社株式を受け取る。非適格であるため、当該資産の譲渡損が T 社で認識され、T 社の課税所得が減少する。

Step. 2) A 社が T 社を適格吸収合併する。

c. 模式図

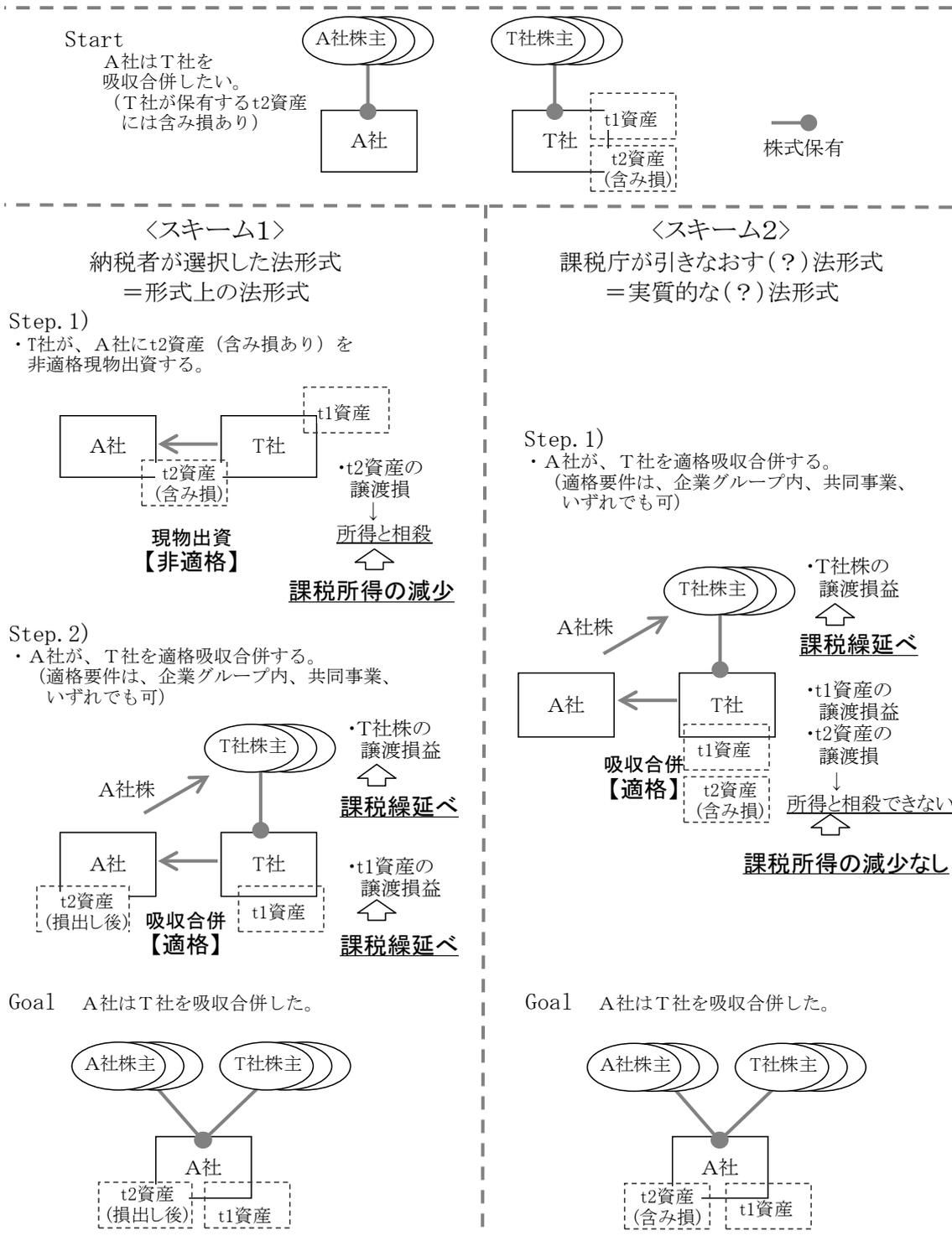
Step の流れを、納税者が選択した法形式と、課税庁によって引きなおされる可能性がある法形式とで比較すると、図表：12 のようになる。

d. 検討

Step. 1 と Step. 2 という納税者の複数の行為（Step. 1 は非適格現物出資、Step. 2 は適格合併）を、課税庁が、単一の組織再編（適格合併）とみなして、Step. 1 の非適格性を否認する（譲渡損を損金算入させずに課税する）のではないか、という問題である。

⁷⁹ この事例は次の文献から採取した。佐藤信祐・前掲注53, 105～106 頁、太田洋（2012）・同, 459 頁、太田洋（2011）・同, 91 頁。ただし、出典文献では、Step. 1 が組織再編以外の一般取引（含み損資産の売却）とされている。しかし、Step. 1 が組織再編行為の場合でも同様の問題となりうると考えられるため、筆者の判断で、Step. 1 を含み損資産の非適格現物出資に変更した。

図表:12 【事例Ⅱ01】含み損資産の非適格現物出資後に適格合併



(作図:筆者)

A社がT社を吸収合併しようとする場合に、T社の大半の資産については適格合併として簿価で引継ぎたいが、含み損のある一部資産については、合併を機に含み損を実現させてT社の最後事業年度の課税所得を圧縮したいと考えたとする。単一の合併として行う限り、譲渡損益の認識の有無は、T社の全ての資産について一律に決まってしまう。そこで、本来は

一段階の適格合併を行えば済むにもかかわらず(経済実態としてはそれが自然であるにもかかわらず)、損出ししたい資産だけを事前にT社からA社への非適格現物出資として移転させて譲渡損を計上し、その後に残ったT社資産を適格吸収合併するという二段階の組織再編を行った場合、それが「法人税の負担を不当に減少させる」行為として法人税法 132 条の 2 によって否認されうるのであろうか。

「複数の組織再編成を段階的に組み合わせることなどにより、課税を受けることなく、実質的な法人の資産譲渡や株主の株式譲渡を行う」という行為や、「本来は適格組織再編成に該当するものを非適格組織再編成として移転資産等の譲渡損を計上する」行為(いわゆる「適格はずし」)が、法 132 条の 2 の創設時から否認の対象として想定されていたことは先に述べた⁸⁰。この事例は、こうした行為の典型だと指摘する見解もある⁸¹。

しかし、この事例に法 132 条の 2 の適用可能性を安易に認めてしまうのには違和感がある。先に筆者は、「本来は一段階の適格合併を行えば済むにもかかわらず(経済実態としてはそれが自然であるにもかかわらず)」と、あえて表現した。けれども、①その行為が「本来は一段階の適格合併を行えば済む(経済実態としてそれが自然である)」ものであるかどうかを、どのような基準で判定するのであろうか。また、②仮にその合併が「本来は一段階の適格合併を行えば済む(経済実態としてそれが自然である)」ものであると判定されたとしても、そのことから直ちに、納税者が選択した法形式(二段階での組織再編)が課税上否認されるということにはならないのではないか。

「法人税の負担を不当に減少させる」(法 132 条の 2) の解釈内容、すなわち「その規定によって設けられている制度の目的からみて適当でない」、「各個別制度において予定されておらず、不自然、不合理といわざるを得ない行為や計算」という内容に照らしてみても、この事例の Step. 1 および Step. 2 のどの部分をとらえて、「制度の目的からみて適当でない」あるいは「各個別制度において予定されておらず、不自然、不合理といわざるを得ない」と認定するのか、その基準が定かではない。

法人が自己が保有する資産を別の法人に現物出資するという行為は、それ自体としては自由な経済活動の一環である。また、ある法人の資産を最終的には全て別の法人に移転させる予定であったとしても、特定の資産だけを独自の事業目的にもとづいて先行して移転させるということは、「各個別制度において予定された」ひとつの合理的な選択肢であって、「不自然、不合理」であるとは言えないと思われる⁸²。

⁸⁰ 前掲注32を参照。

⁸¹ 太田洋(2011)・前掲注53, 91頁。

⁸² 法人内部にある特定の資産を選択的に切り出して他の法人に移転させる組織再編行為(会社分割や現物出資など)については、一般の売買と類似するものであるから課税繰延べを認める

ただし、本事例のようなスキームが実際に実行された場合（十分に起こりうる事例だと思うが）、これまでの課税実務上は、まだ否認事例がないと推察される。そうだとすると、今度は逆に、否認される可能性が実務家から指摘されているにも関わらず、実際にはそれが否認されていないのは、いかなる理由によってなのか、が問われることになるだろう。是認に至る論理が分からなければ、課税関係に関する納税者の予測可能性は依然として低いままだからである。課税庁の判断の考え方が何らかの形で公開されることが望まれる。

(2) 【事例Ⅱ02】100%支配関係を崩した後に非適格合併⁸³

a. 否認リスクと否認類型

この事例の否認リスクと否認類型は次の通りである。

- ・否認リスク：●…否認の可能性高い。
- ・否認類型：類型Ⅱ…非適格を適格として否認（譲渡損を認識させない）。

b. 実行 Step

この事例は次の Step から構成される。

Step. 1) 被合併法人（予定・100%子法人）株式の一部譲渡。

Step. 2) 非適格合併。

Step ごとの内容は以下の通りである。

Step. 1) 合併法人となる予定の A 社が、被合併法人となる予定の T 社（A 社は T 社を 100% 支配。T 社は含み損のある資産を保有）の株式のうち、少数（数%程度）を第三者に譲渡して、A 社と T 社の間の完全支配関係を崩しておく。

Step. 2) A 社が T 社を非適格吸収合併する。（例えば、当初から T 社従業員の引継ぎの見込みがないことなどによる。完全支配関係があれば、従業員引継ぎが見込まなくても、対価要件さえ満たせば適格合併となってしまうが、事前に完全支配関係を崩しているため、非適格となる。）非適格であるため、含み損資産の譲渡損が T 社で認識され、T 社の課税所得が減少する。

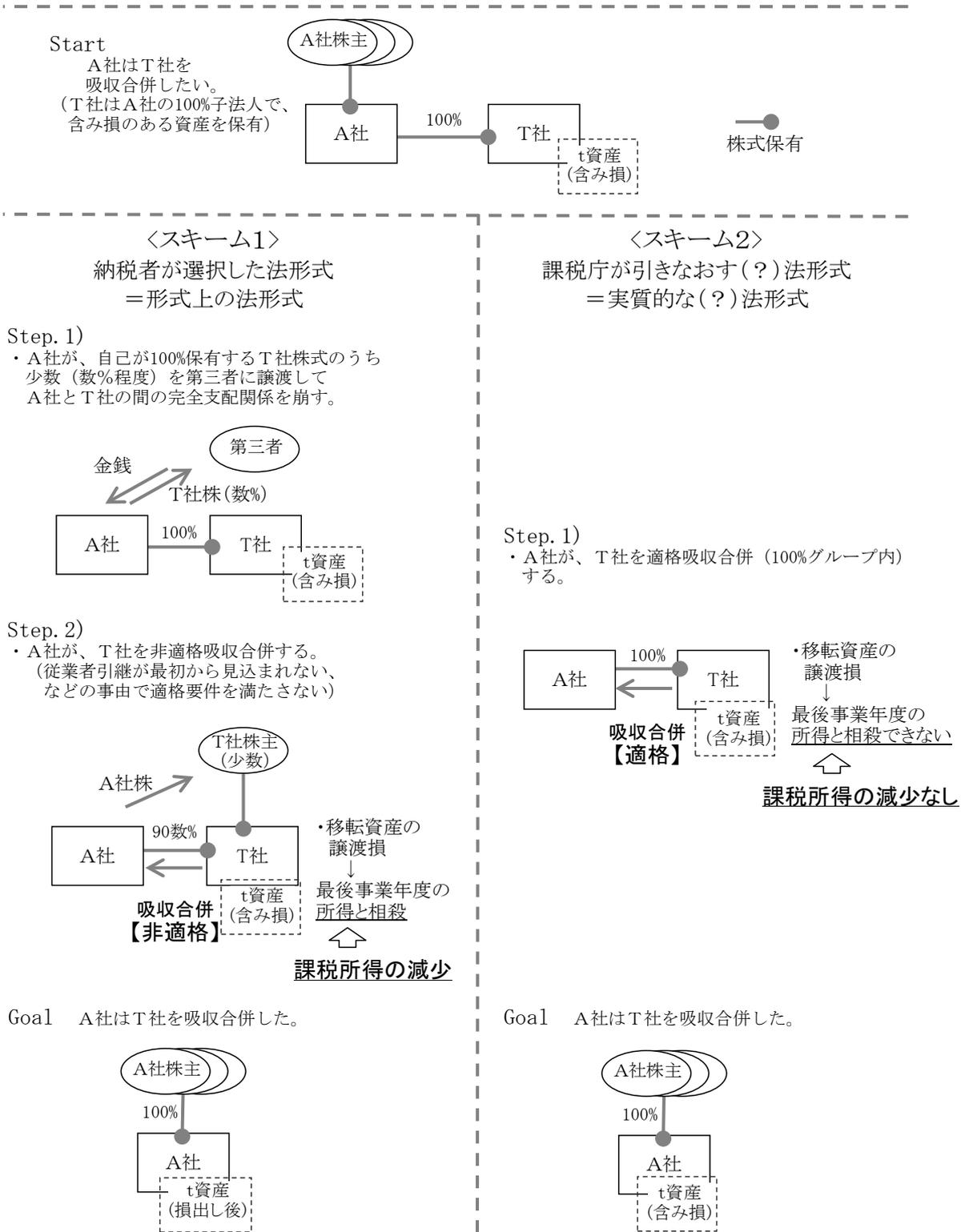
c. 模式図

Step の流れを、納税者が選択した法形式と、課税庁によって引きなおされる可能性がある法形式とで比較すると、図表：13 のようになる。

べきではない（または繰延べ要件を厳しく設定すべき）という議論が米国等において存在し、そうした議論はわが国の組織再編税制にも妥当すると思われるが（渡辺徹也・前掲注4, 191 頁）、本事例の Step. 1 の現物出資は、そもそも非適格として通常の売買と同じ課税関係に服しているから、この議論からみても問題ないはずである。

⁸³ この事例は次の文献から採取した。太田洋（2012）・前掲注53, 449 頁、武田昌輔ほか・同, 6658 頁。

図表:13 【事例Ⅱ02】100%支配関係を崩した後に非適格合併



d. 検討

Step. 1 と Step. 2 という納税者の複数の行為 (Step. 1 は一般取引、Step. 2 は非適格合併) を、課税庁が、単一の組織再編 (適格合併) とみなして、Step. 2 の非適格性を否認する (譲渡損を損金算入させずに課税する) のではないか、という問題である。

この事例に法 132 条の 2 が適用されうると指摘するものとして下記がある。

- ・ 譲渡損の計上のために非適格となるための工作が行われるようなことも生ずるものと思われる。これが租税回避との関連について問題となろう。非適格となるための工作としては、例えば、… 100%持分の場合には、株式の一部を譲渡することによって、持株 100%に該当しないこととすること… が考えられる。

… …

要するに、適格合併となるべきものを故意に非適格合併等として損失を計上することは租税回避となる。したがって、基本的には、いかなる理由で合併するか… 租税回避以外の合理的な理由が必要であることに留意すべきである。(武田昌輔ほか)⁸⁴

本事例の Step. 1 において、A社は、元々100%であったT社株式の保有割合をわずか数%だけ減少させているが、それを実施した後もA社はT社を実質的に支配しつづけている。よって、前述の【事例Ⅱ01】とは異なり、この Step. 1 には、一見したところ、租税回避以外の事業目的があるようには見受けられない。そうだとすると、「法人税の負担を不当に減少させる」(法 132 条の 2) の解釈としての「制度の目的からみて適当でない」あるいは「各個別制度において予定されておらず、不自然、不合理といわざるを得ない」という要件に、該当する可能性もないわけではないだろう。その場合には、法 132 条の 2 によって否認されてもやむなし、ということなのかもしれない。

しかし、納税者の立場で直感的にそうした感覚を抱くということと、課税庁が強制力のある課税処分として税務否認するというのでは、その判断基準の客観性や具体性において差があるべきであろう。課税庁による否認の要件は、あくまで納税者にとって予測可能な内容で具体的に明示されているべきであり、その点で、法 132 条の 2 の現行の否認要件は、やはり抽象的すぎるのではないだろうか。

また、たとえ数%であれ、その第三者への株式交付に一定の事業目的が存在する(その第三者との経営的一体感の醸成に貢献するなど) こともありうるはずである。そうした行為まで「各個別制度において予定されておらず、不自然、不合理」と言い切れるかどうか、その基準の曖昧さは残ると思われる。

(3) 【事例Ⅱ03】 事前に出資を受けた金銭を対価として非適格分社型分割⁸⁵

a. 否認リスクと否認類型

この事例の否認リスクと否認類型は次の通りである。

⁸⁴ 武田昌輔ほか・前掲注53, 6658 頁。

⁸⁵ この事例は次の文献から採取した。武田昌輔ほか・前掲注53, 6657 頁、太田洋 (2012)・同, 449 頁、太田洋 (2011)・同, 87 頁

- ・否認リスク：●…否認の可能性高い。
- ・否認類型：類型Ⅱ…非適格を適格として否認（譲渡損を認識させない）。

b. 実行 Step

この事例は次の Step から構成される。

Step. 1) 分割法人（予定）が分割承継法人（予定）に金銭出資。

Step. 2) 非適格分社型分割（上記で出資を受けた金銭を対価）。

Step ごとの内容は以下の通りである。

Step. 1) 分割承継法人となる予定の A 社が、分割法人となる予定の T 社に対して第三者割当増資を行い、T 社が金銭（Step. 2 の分割の対価相当額）を A 社に金銭出資して、A 社株式を受け取る。

Step. 2) T 社が、自己の事業の一部（含み損資産あり）を、非適格分社型分割により A 社に移転させ、Step. 1 で出資した金銭を、分割対価として受け取る（Step. 1 で T 社が A 社に出資した金銭が T 社に還流する）。非適格であるため、分割事業のなかの含み損資産の譲渡損が T 社で認識され、T 社の課税所得が減少する。

c. 模式図

Step の流れを、納税者が選択した法形式と、課税庁によって引きなおされる可能性がある法形式とで比較すると、図表：14 のようになる。

d. 検討

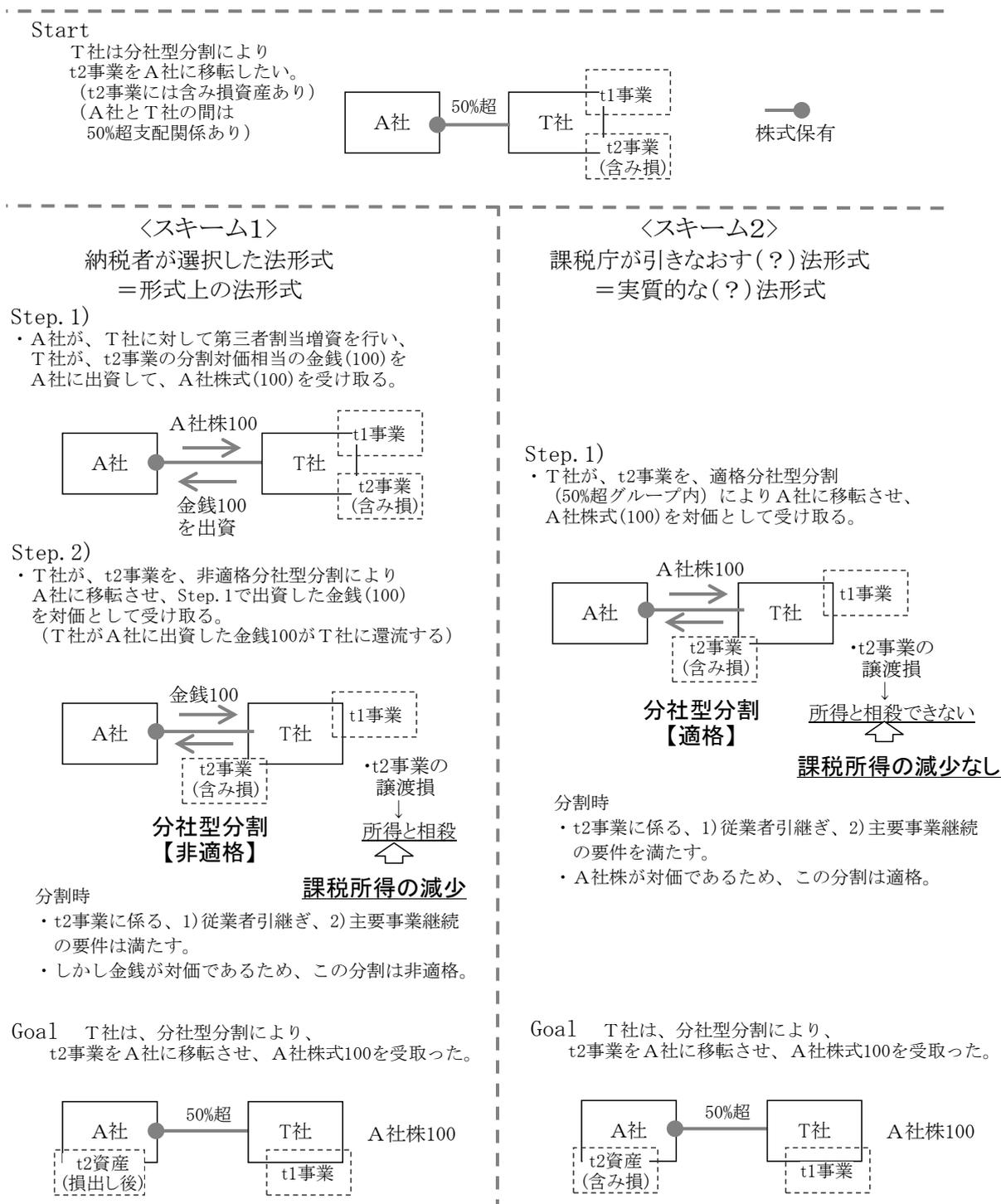
Step. 1 と Step. 2 という納税者の複数の行為（Step. 1 は一般取引、Step. 2 は非適格分割）を、課税庁が、単一の組織再編（適格分割）とみなして、Step. 1 の非適格性を否認する（譲渡損を損金算入させずに課税する）のではないか、という問題である。

この事例に法 132 条の 2 が適用されうると指摘するものとして下記がある。

- ・ 例えば、… 分社型分割を実施する前に、分割承継法人が第三者割当増資を行って分割法人に会社分割の対価に相当する金銭を出資させ、分社型分割を行う際に、当該分割承継法人が当該分割法人に対して当該出資を受けた金銭を会社分割の対価として交付するような行為、要するに、第三者割当増資をして、現金をぐるっと戻してくるような行為なども、… 単に会社分割をすればよいだけのところを、敢えて現金を分割法人と分割承継法人との間で循環させることによって、会社分割を税制非適格にし、それによって資産の含み損を実現させるという行為ですので、132 条の 2 が適用されるべき典型的な事例の一つであると考えられます。（太田洋）⁸⁶

⁸⁶ 太田洋（2011）・前掲注53, 87 頁。

図表: 14 【事例Ⅱ 03】事前に出資を受けた金銭を対価として非適格分社型分割



この事例では、Step. 1 でT社からA社に出資された金銭が、Step. 2 では分社型分割の対価としてA社からT社に還流している。こうした資金循環は、いわゆるタックス・シェルターでよく用いられるスキームであり、一連の金銭の流れには経済的な実質がなく（分割承継法人A社では実質的なキャッシュアウトが発生していない）、もっぱら、Step. 2 の分社型分割を形式上金銭対価とすることで当該分割を非適格にし、移転事業における資産の含み損を実現させることだけが目的であったようにみえる。そうだとすれば、本事例は、法 132 条の

2 の適用要件としての「制度の目的からみて適当でない」あるいは「各個別制度において予定されておらず、不自然、不合理と言わざるを得ない」に該当するといえるのかもしれない。

しかし、【事例Ⅱ02】でも述べたように、納税者の立場で直感的にそうした感覚を抱くということと、課税庁が強制力のある課税処分として税務否認するというのでは、その判断基準の客観性や具体性において差があるべきであろう。課税庁による否認の要件は、あくまで納税者にとって予測可能な内容で具体的に明示されているべきであり、その点で、法 132 条の 2 の現行の否認要件は、やはり抽象的すぎると思われる。

2.2.5 類型Ⅲ：適格等を非適格等として否認する（欠損金等を引継がせない）事例

本項では、否認類型の類型Ⅲ、すなわち、＜適格組織再編成ではあるものの、本来、みなし共同事業要件を満たさないため、相手法人の繰越欠損金や資産の含み損を引継げないはず⁸⁷のものを、納税者が、あえてみなし共同事業要件を満たすものとして、繰越欠損金や資産の含み損を引継いで、課税所得を減少させようとした場合（「みなし共同事業要件づくり」をした場合）に、課税上は、みなし共同事業要件を満たさないと引きなおして、繰越欠損金や資産の含み損を引継がせず、課税所得を減少させずに課税する⁸⁸ という類型に該当する可能性がある事例を 1 つ採り上げる（【事例Ⅲ01】）。

合併による繰越欠損金の引継ぎを例にとると、それがグループ内合併である場合には、適格合併であることに加えて、下記①②のいずれかを満たす必要がある。

⁸⁷ 資産の含み損については、正確には、引継ぎはできるが、譲渡損の損金算入の可否が問題となる。

⁸⁸ 類型Ⅲには、上記の「みなし共同事業要件づくり」の場合のほか、「適格づくり」の場合も含まれるが、ここでは割愛した。類型Ⅲの定義は、前掲図表：4（24頁）を参照。

①いわゆる「みなし共同事業要件」⁸⁹を満たしていること。

②被合併法人と合併法人との間に、一定期間以上（支配関係が生じた日から5年以上など）、継続して支配関係があること。

よって、グループ内の適格合併で繰越欠損金を引継ごうとする納税者の租税回避行為には次の2つがあり得る。

(イ) 本来非適格合併であるものを適格合併にしようとする場合。

(納税者が「適格づくり」をした場合)

(ロ) 適格合併において、本来「みなし共同事業要件」が満たされていないのに、それを満たしたものとしてしようとする場合。

(納税者が「みなし共同事業要件づくり」をした場合)⁹⁰

そして、これに対応する課税庁の否認も、次の2つがあり得ることになる。

(イ) 適格合併を非適格合併に引きなおす場合。

(ロ) 適格合併であることはそのまま、「みなし共同事業要件」の成立を非成立に引きなおす場合。

⁸⁹ みなし共同事業要件の内容は以下のとおり（合併の場合）。

みなし共同事業要件			
1	・事業関連性（令112③一） 被合併事業と合併事業とが相互に関連するものであること。	*1	必須
2	・事業規模 ・事業規模の同等性（同二） 被合併事業と合併事業のそれぞれの売上金額、従業者数、資本金の額等の規模の割合が概ね5倍を超えないこと。	*1	
3	・被合併事業の同等規模継続性（同三） 被合併事業が最後に支配関係があることとなった時から適格合併の直前時まで継続して営まれており、かつ、その支配関係発生時と合併直前時におけるその被合併事業の規模の割合が概ね2倍を超えないこと。	*2	いずれか一方で可
4	・合併事業の同等規模継続性（同四） 合併事業が最後に支配関係があることとなった時から適格合併の直前時まで継続して営まれており、かつ、その支配関係発生時と合併直前時におけるその合併事業の規模の割合が概ね2倍を超えないこと。	*2	
5	・特定役員の引継ぎ（同五） 合併前の被合併法人の特定役員のいずれか(*)と合併法人の特定役員のいずれか(*)が、再編後に合併法人の特定役員となることが見込まれていること。 * 最後に支配関係があることとなった日前においてその法人の役員又はそれに準ずる者であった者に限る。←この部分は適格要件には無い。	*3	

*1 適格要件にも同じ内容がある項目。

*2 適格要件には無い項目。

*3 適格要件にも同じ項目があるが内容が異なる項目。

(作表：筆者)

⁹⁰ 「適格づくり」という表現は朝長英樹税理士による（前掲注43を参照）。「みなし共同事業要件づくり」という表現は、これを模して筆者にて命名した。

本稿で採り上げる【事例Ⅲ01】は、上記の＜（ロ）納税者が「みなし共同事業要件づくり」をした場合＞に該当するケースである。

(1) 【事例Ⅲ01】 特定役員の事前送り込み後に適格合併⁹¹

a. 否認リスクと否認類型

この事例の否認リスクと否認類型は次の通りである。

- ・否認リスク：●…否認の可能性高い。
- ・否認類型：類型Ⅲ…適格等を非適格等として否認
(欠損金等を引継がせない)。

b. 実行 Step

この事例は次の Step から構成される。

Step. 1) 被合併法人（予定）への特定役員の送り込み。

Step. 2) 被合併法人（予定）の株式の全部買取り。

Step. 3) 適格合併（欠損金の引継ぎ）。

Step ごとの内容は以下の通りである。

Step. 1) 合併法人となる予定の A 社が、A 社の社長の甲氏（税制上の特定役員に該当）に、被合併法人となる予定の T 社（多額の繰越欠損金あり）の副社長（税制上の特定役員に該当）を兼任させる。

Step. 2) A 社が、金銭を対価として、T 社の 100%親法人である S 社から T 社株式の全てを買取って、T 社を完全子会社にする。

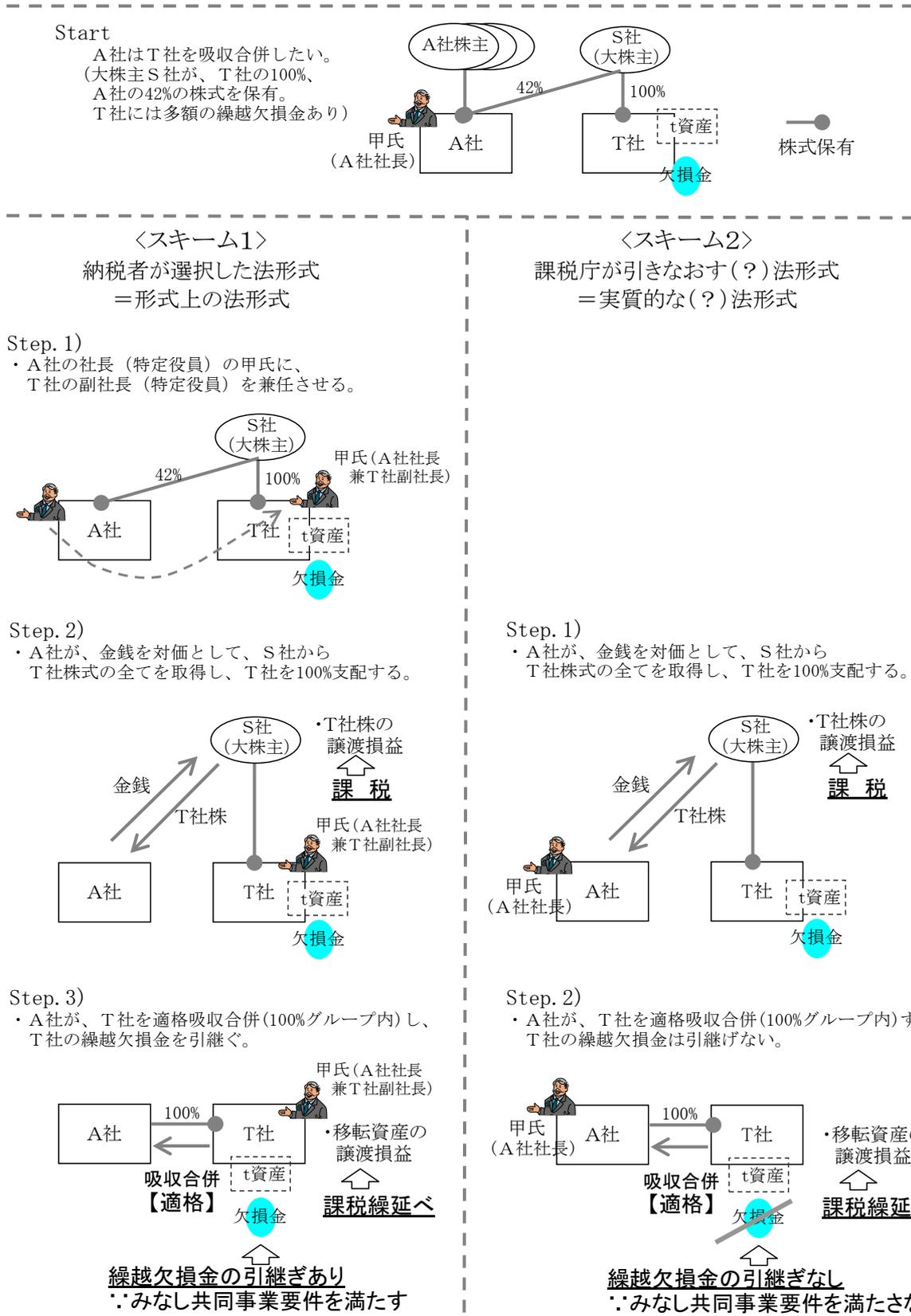
Step. 3) A 社が、T 社を適格吸収合併（100%グループ内）する。特定役員の引継ぎが行われ（T 社の特定役員であった甲氏が合併後に A 社の特定役員となった）、みなし共同事業要件を満たすため、A 社は T 社の繰越欠損金を引継ぐ。

c. 模式図

Step の流れを、納税者が選択した法形式と、課税庁によって引きなおされる可能性がある法形式とで比較すると、図表：15のようになる。

⁹¹ この事例は次の文献から採取した。仲谷修ほか座談会・前掲注53, 55 頁, 72~73 頁。朝長英樹=阿部泰久ほか座談会・同, 23~33 頁、太田洋 (2012)・同, 462~463 頁

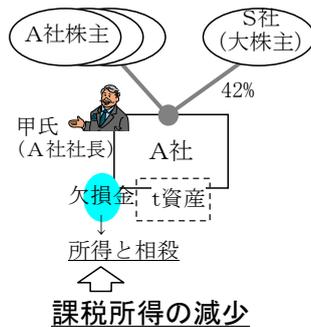
図表:15 【事例Ⅲ01】特定役員の事前送り込み後に適格合併



◇被合併法人 T 社の繰越欠損金

- ・ A 社と T 社の間に支配関係が発生して 5 年以内であるため、本来は引継げない。
- ・ しかし「みなし共同事業要件」を満たす*ため、A 社が引継ぐことができる。
- * T 社の特定役員(副社長)である甲氏が、合併後に A 社の特定役員(社長)となる。

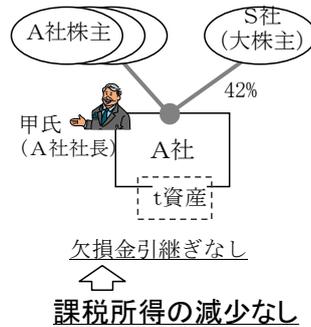
Goal A 社は T 社を吸収合併。
(引継いだ繰越欠損金を損金算入)



◇被合併法人 T 社の繰越欠損金

- ・ A 社と T 社の間に支配関係が発生して 5 年以内であり、「みなし共同事業要件」も満たさない*ため引継ぐことができない。
- * T 社の特定役員で合併後に A 社の特定役員となる者がおらず、かつ、A 社と T 社の事業規模が 5 倍超。

Goal A 社は T 社を吸収合併。
(繰越欠損金の引継ぎなし)



(作図:筆者)

d. 検討

Step. 1～Step. 3 という納税者の複数の行為 (Step. 1 と Step. 2 は一般取引、Step. 3 は適格合併・みなし共同事業要件あり) を、課税庁が、単一の組織再編 (適格合併・みなし共同事業要件なし) とみなして、Step. 3 のみなし共同事業要件を否認する (繰越欠損金を引継がせずに課税する) のではないか、という問題である。

わが国の組織再編税制に係る訴訟案件は、現状では非常に少ないが、この事例は、その少ない訴訟案件の 1 つであるヤフー社の事件をもとにしたものである。本稿脱稿日現在、東京地裁で係争中であって判決がまだ出ていないため、その詳細は不明であるが、新聞雑誌や論文等の記事をもとに概要をまとめると、以下の構図であると推察される⁹²。

ヤフー社 (上記の A 社) が、同社も属するソフトバンク・グループ内の IDC 社 (同 T 社) の全ての株式を、IDC 社の 100% 株主であるソフトバンク社 (同 S 社。ソフトバンク社はヤフー社の 42% 株主でもある。ソフトバンク社とヤフー社は、いずれも上場会社) から約 450 億円で買収し、まもなく IDC 社を吸収合併した。これについて課税庁が、「ヤフー社が、当該買収及び合併により IDC 社の繰越欠損金 (約 540 億円) を引き継いで自らの損金に算入したことは、節税目的による”異常で変則的な”取引である」として、ヤフー社に対して、総額約 265 億円 (付帯税含む) の法人税の更正処分を行った。雑誌等によれば、この更正処分の根拠として法人税法 132 条の 2 が適用された模様である⁹³。

⁹² この事件の全体の構図はもっと複雑であるが、ここでは繰越欠損金の引継ぎに焦点をあてて構図を単純化した。全体の構図については、朝長英樹=阿部泰久ほか座談会・前掲注53を参照。

⁹³ 朝長英樹税理士は次のように述べている。「132 条の 2 を実際に適用したものの第 1 号は、先ほどのケース [ヤフー社のケース …川端注] だと思います …」。朝長英樹=阿部泰久ほか座談会・前掲注53, 33 頁。

この事例への法 132 条の 2 の適用を妥当なものとする見解として下記がある。

- ・ [法人税法 132 条の 2 に「法人税の負担を不当に減少させる」という表現を入れたことについて …川端注] 現在の法人税法の中に租税回避防止規定を創るといふことになると、言葉はそれしかないはずだ。この「不当」といふ言葉は不確定概念だ。どうも人によって理解が違ってこざるを得ない、というところがある。法律も生身の人間が創りますから、森羅万象を網羅することはできないわけだ。ただ、流石に、直前に合併法人の社長が被合併法人の副社長になって、「特定役員引継要件を満たしています」などという人が出てくるとは、思ってもみませんでした。しかし、税に関してはそういうことがあるわけだ。そのために、包括否認規定を設けたわけだ。132 条の 2 の「不当」といふ文言も、… 要するに、「形式的には適法であるけれども制度の目的からして適当でない」、これが「不当」の正しい意味ですから、それを正しく解釈していただければ、それでいいわけだ。(朝長英樹)⁹⁴

一方、法 132 条の 2 の適用に批判的な見解として下記がある。

- ・ この事案では、課税当局は、ヤフーが、繰越欠損金の引継ぎを行うために充足しなければならない「みなし共同事業要件」(法 57 条 3 項)を満たしていないとする理由として、同社の代表取締役社長が IDC の取締役副社長に就任して「特定役員引継要件」(「みなし共同事業要件」を満たすための要件の一つである)を充足した行為が、形式的なものに過ぎず、法人税法 132 条の 2 によって否認されるべき行為である、と主張しているようである。… …

しかしながら、特定役員引継要件は、納税者の予測可能性を担保するために、「形式的基準」として、特定役員が引継ぎがあれば(他の要件である事業関連性要件が充足されることと相俟って)「みなし共同事業要件」が充足されることを定めたものであり、ヤフーの役員が IDC の取締役副社長に就任した事実自体が存しないのであればともかく、IDC の取締役副社長として実際に職務を執行していたのであれば勿論、仮にそのような職務執行が時間的には大きな比重を占めていないような場合であっても、IDC の取締役として商業登記簿に登記され、同社の職務分掌としても取締役副社長としての権限と責任を現に有していたのであれば、基本的には法人税法 132 条の 2 を適用すべきではないように思われる。(太田洋)⁹⁵

- ・ 私としてはいまだに 132 条の 2 の規定の意味が理解できません。組織再編成税制につきましては、繰越欠損金の引継ぎをはじめかなり精密な制度設計がされていたわけでありまして、そこで、なんでこういう規定が必要だったか、いまだに疑問に思っています。

… …

[ヤフー社の事件における …川端注] 欠損金引継ぎの否認 …これがなぜだめなのかわからない。複数の組織再編行為の組み合わせがあつて、その結果否認されるというのではわからないです。資金需要などの経済合理性を主張すれば、ここまで否認されることはなかったのではないかという気がします。(阿部泰久)⁹⁶

⁹⁴ 朝長英樹=阿部泰久ほか座談会・前掲注53, 31 頁。

⁹⁵ 太田洋 (2012)・前掲注53, 463 頁。

⁹⁶ 朝長英樹=阿部泰久ほか座談会・前掲注53, 29~30 頁。

法 132 条の 2 の適用肯定論として上記で引用した朝長英樹税理士は、組織再編税制の創設に関わった当時の財務省の担当官の 1 人であり、法 132 条の 2 の解釈についても、当時の立案担当者としての経験にもとづいて積極的に発言している。その朝長説は、本件においてヤフー社が、合併直前に自社（合併法人）の社長を IDC 社（被合併法人）の副社長としておいて「特定役員引継要件を満たしたから欠損金を引継ぐことができる」と主張している点をとらえて、「形式的には適法であるけれども制度の目的からして適当でない」と評価している（ようにみえる）。

一方、太田説や阿部説は、本件において特定役員引継要件が形式上満たされていることを重視して、法 132 条の 2 の適用を否定している。

筆者も、太田説や阿部説と同じく、本件について法 132 条の 2 は適用できないと考える。

太田説が述べているように、特定役員引継要件は、納税者の予測可能性を担保するための形式的基準として理解されるべきであり、本件のヤフー社はその要件を形式的に満たしているのであるから、みなし共同事業要件を形式上満たしている点は疑いようがない。朝長説も、この点については認めている（ようにみえる）。

問題は、朝長説が法 132 条の 2 の適用要件として挙げている「形式的には適法であるけれども制度の目的からして適当でない」という内容に、本件が該当するかどうかである。「形式的には適法であるけれども制度の目的からして適当でない」とは、2. 1. 2 項で整理した「法人税の負担を不当に減少させる」（法 132 条の 2）の解釈内容、すなわち「その規定によって設けられている制度の目的からみて適当でない」、「各個別制度において予定されておらず、不自然、不合理と言わざるを得ない行為や計算」と同趣旨であると考えられる⁹⁷。では、この事例の Step. 1～Step. 3 のどの部分をとらえて、「制度の目的からみて適当でない」あるいは「各個別制度において予定されておらず、不自然、不合理と言わざるを得ない」と認定できるのだろうか。

ヤフー社と IDC 社は、もともとソフトバンク社傘下のグループ企業同士であり、お互いの業務連携を狙ってヤフー社の社長が IDC 社の副社長に就任することは、繰越欠損金の引継ぎということとは独立に、ごく「自然で合理的」な経済活動として起こりうることだろう。そして IT 業界特有の急速な市場変動に対応するために、機動的に組織再編が計画・実行されることも、ごく「自然で合理的」なことだろう。むしろ、そうした組織再編に資することこそ、本来、組織再編税制の「各個別制度において予定されて」いたことだとも言えるだろう。そのような事業戦略上の組織再編の過程で、ある法人で生じていた繰越欠損金が別の法人に

⁹⁷ そもそも 2. 1. 2 項で整理した法 132 条の 2 の文理解釈自体、大半が、制度立案者としての朝長の解説に依拠したものであった。

移転することになったとしても、それが直ちに「制度の目的からみて適当でない」とはいえないのではないかと。よって、本件への法 132 条の 2 の適用は、ヤフー社のいかなる行為が、その適用要件に該当するのかの判断基準が不明確であり、納税者の予測可能性を侵害しているという点で、妥当でないと考える。

2.3 節 小 括

納税者が複数の組織再編等を組み合わせて実行した場合に、課税庁が、法人税法 132 条の 2 を適用して、それらを一体のものとしてとらえ、租税回避行為として否認することがありうるのか、ありうるとすれば、その要件と効果はいかなるものか、を明らかにすることが本章の目的であった。

(1) 複数の組織再編等に対する法人税法 132 条の 2 の適用可能性

法 132 条の 2 の立案担当者は、その創設時において既に、「複数の組織再編成を段階的に組み合わせることなどにより、課税を受けることなく、実質的な法人の資産譲渡や株主の株式譲渡を行う」行為を、「組織再編成を利用した租税回避行為の例」として挙げて、複数の組織再編等を組み合わせることによる租税回避行為が法 132 条の 2 の適用対象となることを、はっきりと予定していた。法 132 条の 2 の適用要件に関する解釈論が、その立案担当者の意図する範囲内にとどまっている現状に鑑みれば、上記の例示は単なる例示にとどまらず、実際に否認される可能性が大きいといえるだろう。

そのことは、その後の組織再編税制の運用のなかで、M&A の実務家や租税法研究者が、実務上行われうるいくつかの組織再編スキームに着目して、それが法 132 条の 2 によって否認される可能性があることを指摘していることから推察される。

今回収集した組織再編スキームは全部で 8 事例であった。これを、納税者が行う組織再編等の適格性の有無と否認との関係についてみると、つぎのようになる⁹⁸。

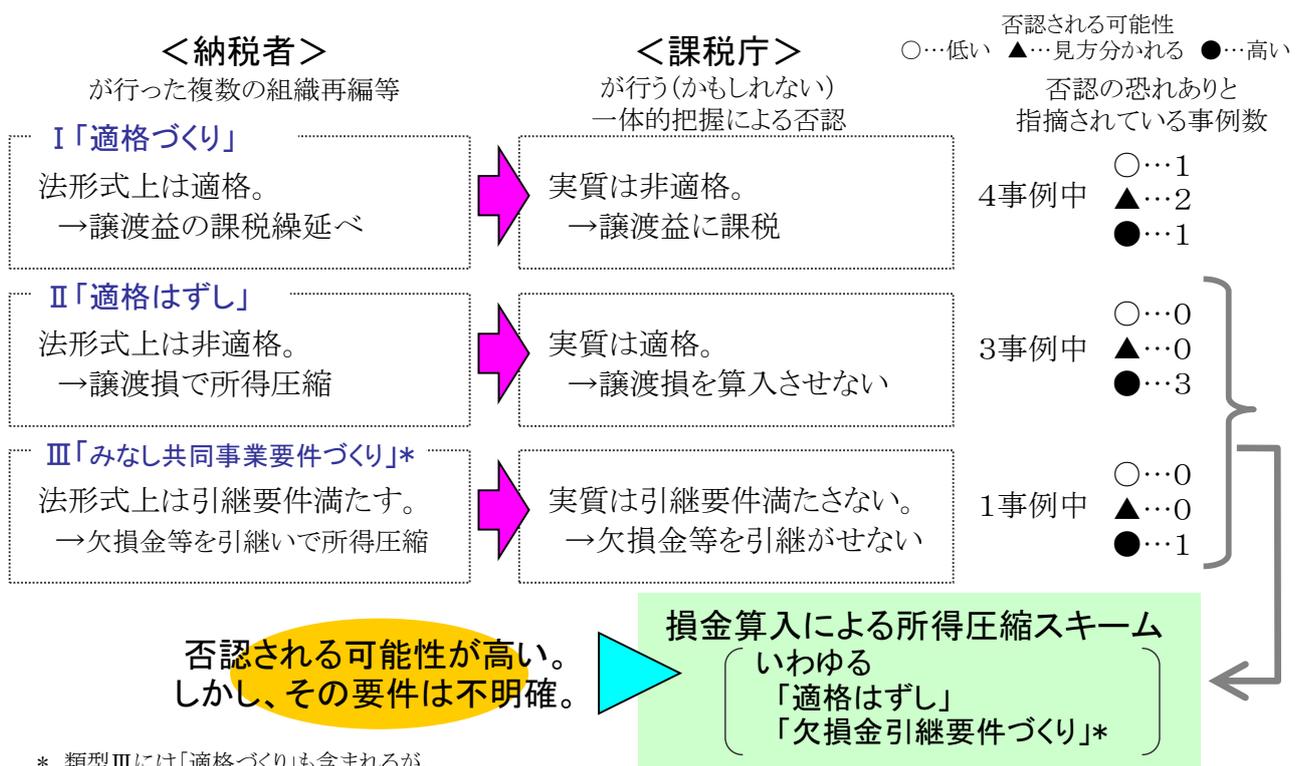
- ・ 類型Ⅰ：適格を非適格として否認（譲渡益を認識させる）
… 4 事例（●が 1 事例、▲が 2 事例、○が 1 事例）
- ・ 類型Ⅱ：非適格を適格として否認（譲渡損を認識させない）
… 3 事例（●が 3 事例）
- ・ 類型Ⅲ：適格等を非適格等として否認（欠損金等を引継がせない）

⁹⁸ 否認される可能性が、●…高いとされるもの、▲…見方分かれるもの、○…低いとされるもの（いずれも、出典文献の著者による見解）。前述 2.2.2 項（30頁）を参照。

… 1 事例 (●が 1 事例)

類型Ⅰの否認パターンだけではなく、類型Ⅱや類型Ⅲの否認パターンについても、否認される可能性のある再編スキームが存在する。類型Ⅱや類型Ⅲについては、今回収集できた事例の数は類型Ⅰに比べて少ないものの、いずれの事例も、否認される可能性が高いと出典文献において指摘されていた。類型Ⅱと類型Ⅲは、納税者が譲渡損や欠損金などを損金算入することで課税所得を圧縮しようとするスキームである。収集事例の絶対数が少ないため即断はできないが、法人税法 132 条の 2 による否認の対象としては、資産の譲渡益課税を繰延べようとする「適格づくり」の事例よりも、資産の譲渡損で課税所得を圧縮しようとする「適格はずし」の事例や、対象法人の繰越欠損金や含み損資産を取り込んで自らの課税所得を圧縮しようとする「適格づくり」「みなし共同事業要件づくり」⁹⁹の事例のほうが、否認リスクが大きくなる傾向があるのかもしれない。

図表: 16 スキーム類型別の否認の可能性



* 類型Ⅲには「適格づくり」も含まれるが、否認類型の性格を端的に示すため、この表現に集約した。

(作図:筆者)

しかし、これらのスキーム事例の個別の検討において見てきたように、M&A の実際の場面において、納税者が複数の組織再編等を多段階に組み合わせることは、決して珍しいことで

⁹⁹ 「みなし共同事業要件づくり」の内容については、前掲注90とその本文を参照。

はなく、また、その組み合わせ方も多様である。複数の組織再編等の、そうした多様な組み合わせのうち、どのようなものについて、それらを一体としてとらえて租税回避行為として否認できるのか。その判断基準は、先にみた法 132 条の 2 の適用要件の解釈論によっても、あるいは、当時の立案担当者による租税回避行為の例示によっても、明確には示されていない。

たしかに、検討したスキーム事例のなかには、経済的に意味のない資金循環を作り出して組織再編を形式上非適格とし、移転資産の含み損の「損出し」を図るなど、不当な租税回避の疑いが強いスキームもあった（【事例Ⅱ03】）。そうしたものについては、課税の公平の観点から課税が認められるのかもしれない。

しかし、納税者の立場で直感的にそうした感覚を抱くということと、課税庁が強制力のある課税処分として税務否認するというのでは、その判断基準の客観性や具体性において差があるべきであろう。課税庁による否認の要件は、あくまで納税者にとって予測可能な内容で具体的に明示されているべきであり、その点で、現行の法 132 条の 2 が規定する否認要件は抽象的すぎると思われる。

さらに、ヤフー社をめぐる実在の否認事例（【事例Ⅲ01】）では、課税庁が法 132 条の 2 を実際に適用して否認したことに対する批判的な見解も多くある。筆者も、本件におけるヤフー社の行為のどの部分が、「組織再編成に係る法人に対して適用される法令の規定に違反しているとはいえないけれども、その規定によって設けられている制度の目的からみて適当でない」、「各個別制度において予定されておらず、不自然、不合理と言わざるを得ない行為や計算」という適用要件に該当することになるのか、その基準が明らかでないと考える。

このような検討をふまえて本章を小括すれば、

①納税者が複数の組織再編等を組み合わせて実行した場合に、課税庁が、法人税法 132 条の 2 を適用して、それらを一体のものとしてとらえ、租税回避行為として否認することがありうるのか、という問いについては、その可能性は決して小さくないと考えられる。

②また、その場合の適用要件については、現状の解釈論では抽象的で不確定性の大きい基準しか提示されておらず、それだけ、課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性が損なわれる危険が大きくなっていると言わざるを得ない。

③さらに、否認の効果については、納税者が資産の譲渡益課税を繰延べようとする「適格づくり」の事例だけでなく、資産の譲渡損で課税所得を圧縮しようとする「適格はずし」の事例や、対象法人の繰越欠損金や含み損資産を取り込んで自らの課税所得を圧縮しようとする「適格づくり」「みなし共同事業要件づくり」の事例にも、否認の効果が及びうると考えられるのである。

(2) 次章への課題

法人税法 132 条の 2 の適用要件に関する、同条の立案担当側からの解釈が、課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性を犠牲にするような抽象的で簡略なものにとどまっているのは、2.1.2 項で述べたように、あえて意識的にそうすることで、納税者に対する牽制効果を狙っている面があるからだとも思われる¹⁰⁰。その背景には、①組織再編税制における課税要件を具体的で詳細に定めるほど、その間隙を突いた濫用も不可避免的に生じるといふ諸外国での経験則と、②だからこそ、それに対抗するには、具体的で詳細な個別的否認規定ではなく、抽象的で簡略な包括的否認規定によらなければならないという認識、とがあったことが推察される。

課税要件を具体的で詳細に定めるほど、その間隙を突いた濫用が生じるといふ点(①)は、組織再編税制で先行する米国などの現実をみれば、なるほど、そういう面もあるだろう。そして、そのような濫用が明らかに不当な租税回避と認められる場合には、課税の公平の観点から課税処分が行われるべき点についても、一般論としては首肯できる。しかし、個別規定の間隙を突く不当な租税回避(①)への対抗策は、わが国の法人税法 132 条の 2 のような抽象的で簡略な包括的否認規定による否認(②)しかないのだろうか。課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性の確保という点から、より好ましい別の方法(③)はないのだろうか。

組織再編税制で先行する米国では、組織再編等を濫用した不当な租税回避に対しては、これまで長い間、法 132 条の 2 のような包括的否認規定を設けるのではなく、連邦議会等による個別的否認規定の精力的な制定と、裁判所による否認のための判例法理の創造とによって対抗してきたといわれている。

こうした対抗方法のあり方は、わが国の組織再編税制に、どのような示唆を与えてくれるのだろうか。その点の考察が、次章での課題となる。

¹⁰⁰ 前述 2.1.2 項(17頁)を参照。

第3章 複数の組織再編等に関する米国の課税ルール

本章では、納税者が複数の組織再編等を組み合わせて実行した場合に、課税庁が、それらを一体のものとしてとらえ、租税回避行為として否認することがありうるのか、という点について、米国税制が、個別の否認規定としてどのようなものを持ち、また否認のための判例法理としてどのようなものをもっているのか、という面から考察する。

まず、複数の組織再編等の組み合わせの問題に限定せず、租税回避行為全般に対して、米国税制がどのような対抗策（否認方法）を形成してきたのかについて概観する（3.1節）。次に、複数の組織再編等の組み合わせに焦点を絞って、それに関する米国における否認の仕組みを、個別規定（3.2節）と判例法理（3.3節）の面から明らかにする。そして、それらをふまえて、複数の組織再編等の組み合わせに関する米国の課税ルールの特色について小括する（3.4節）。

3.1節 米国における租税回避対抗策の概要

本節では、複数の組織再編等の組み合わせの問題に限定せず、いわゆるタックス・シェルター（課税逃れ商品）¹⁰¹を含む租税回避行為全般に対して、米国税制が、どのような対抗策（否認方法）を形成してきたのかについて、その概要を整理する。

まず、米国の租税回避対抗策の柱が、個別的否認規定の整備と、否認のための判例法理の形成・蓄積という2点にあることを指摘（3.1.1項）した後、個別的否認規定（3.1.2項）と、否認のための判例法理（3.1.3項）のそれぞれについて、その特色を整理する。続いて、米国初の包括的租税回避否認規定と評される「経済的実質の法理の法典化とそれに伴う罰則規定」（内国歳入法典7701条(o)ほか、2010年3月成立）¹⁰²について検討する（3.1.4項）。

3.1.1 概観

米国においては、これまで長い間、納税者、課税庁（行政）、連邦議会（立法）、裁判所（司法）という四者が、それぞれの役割を担い、相互に作用し合うなかで、不当な租税回避を防ぐための否認ルールが、包括的否認規定によるのではなく、個別の明文規定や、裁判上の判

¹⁰¹ タックス・シェルターの意義については、後掲注106を参照。

¹⁰² この法律は米国で初めての「包括的濫用防止（租税回避否認）規定」（General Anti-Abuse Rule, General Anti-Avoidance Rule, GAAR）だとする指摘として、岡村忠生「米国の新しい包括的濫用防止規定について」日本租税研究協会『税制改革の課題と国際課税の潮流』日本租税研究協会（2010）、138頁などがある。

例法理という形で蓄積・形成されてきた。米国のこうした特色について、大石篤史弁護士や渡辺徹也教授は、次のように指摘している。

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

… …

一方、わが国においては、いくつかの行為・計算の否認規定が置かれているが、個別的否認規定は多くない。また、行為・計算の否認規定は、税の負担を「不当に減少させる」という不確定概念を用いて租税回避を防止しようとしている上、判例の蓄積も決して十分とはいえないため、適用の予測可能性は非常に低い状況にある。… … その点、租税回避の問題を検討するために米国で議論されているさまざまな判断要素は、わが国の行為・計算の否認規定にアプローチしていく上で示唆に富む。(大石篤史)¹⁰³

- ・ アメリカ法などをみていると、… 実務家が一生懸命いろいろなことを考えてプランニングをするわけです。課税庁も一生懸命それについて、まずいと思ったものは否認していきます。立法府は立法府で、自分の役割を果たすべく個別的否認規定を作ります。一般的否認規定はアメリカもイギリスも持ちません。そして裁判所は、かなり踏み込んで法創造機能を果たしていくわけです。そういう相互の活動が、もう少し日本もあっていいのかなという気はしています。(渡辺徹也)¹⁰⁴

議会（およびその委任を受けた課税庁）による、個別的否認規定の精力的な整備と、裁判所による、否認のための判例法理の形成・蓄積とが、米国における租税回避対抗策の大きな特色となっているのである。

なお、上記の大石論文や渡辺論文の後の2010年に、米国連邦議会は「経済的実質の法理の法典化とそれに伴う罰則規定」（内国歳入法典7701条(o)ほか）法案を成立させた。この新設規定は、否認のための判例法理の主要な1つである「経済的実質の法理」の内容（の中心的な一部）を制定法として明文化したものであるが、これを米国初の包括的租税回避否認規定だとする評価がある¹⁰⁵。そうした評価が妥当であるとすれば、大石弁護士や渡辺教授の上記の指摘のうち、「米国では、一般的な租税回避の否認規定は存在しない」という部分は、米国の最新の状況とは一致しないことになる。とはいえ、3.1.4項で述べるように、今回の新法によって、米国における租税回避対抗策の枠組みが直ちに大幅に変貌するとは考えにくい。よって、個別的否認規定の整備と、否認のための判例法理の形成・蓄積という点は、

¹⁰³ 大石篤史「M&Aにおける租税回避問題の検討—米国の議論からの示唆—（上）」商事法務1710号（2004）、42頁。

¹⁰⁴ 渡辺徹也「三角形組織再編成と課税」租税研究709号（2008）、106頁。

¹⁰⁵ 前掲注102を参照。

依然として米国税制の特色となっているといえるだろう。

3.1.2 個別的否認規定の整備

米国においては、1970年代頃から、いわゆるタックス・シェルター（課税逃れ商品）¹⁰⁶を利用した租税回避行為が活発化した。それに対して課税当局が採用した主要な対抗策は、包括的否認規定によるのではなく、個々の取引の類型に即した個別的否認規定を機動的に整備していくことであった¹⁰⁷。この場合の個別的否認規定には、連邦議会が制定する内国歳入法典だけでなく、その歳入法典の委任を受けて財務省長官が発する財務省規則なども含まれる。こうした事情について、本庄資教授は、次のように述べている。

- ・ 米国は、一般的否認規定によらず、基本的に租税回避の新規スキームを発見した都度、税法のループホールを埋める個別的否認規定の立法で対抗するとともに、未発見スキームに迅速に対応するため、税法の個別条文ごとに「法律の委任」規定で財務長官に「規則制定権」を付与し、財務省規則はIRSに具体的な否認要件や否認基準を定める権限を付与している。… これによって、米国は、実際には税務当局に大きな裁量権や解釈権を与えながら、「法律の委任」に基づく

¹⁰⁶ 「タックス・シェルター (tax shelter)」は一般に「課税逃れ商品」と訳されることが多いが、その明確な定義は必ずしも明らかではない。比較的わかりやすいと定義と思われるものとして、今村隆教授は次のように述べている。

「タックス・シェルターとは、アメリカでは、一般には『投資による利益 (return) のうち、投資における経費や損金の控除等によって、投資に係る所得以外の他の所得に対する租税負担を避ける (sheltered) ことが重要な部分を占める投資』と考えられている」今村隆「租税回避とは何か」『税務大学校論叢 40 周年記念論文集』税務大学校 (2008), 18 頁。

また、岡村忠生教授は、タックス・シェルターの重要な特性として次の点を挙げている。

[注意すべきは、…川端注]「アメリカのタックス・シェルターと、日本の教科書で説明されてきた租税回避との違い、実態的なパラダイムの差異である。… アメリカのタックス・シェルターでは、納税者には経済的には何も起こらず、ただ損失等の租税利益の享受だけをしようとするのである。これに対して、従来の日本の租税回避の例は、何らかの経済的成果を得ながら、通常であればそれが発生させるはずの税負担を排除または軽減するものである。」岡村忠生「租税回避行為の規制について」税法学 553 号 (2005), 216 頁。

¹⁰⁷ 一般に、課税逃れと考えられる納税者の行為を否認するための法律上の根拠規定には、包括的否認規定（一般的否認規定）と個別的否認規定とがあるといわれる。両者の区別について、谷口勢津夫教授は、主として日本の租税法を念頭におきながら、次のように述べている。

「租税回避の否認規定については、講学上、①特定の『異常な』法形式の選択または特定の事実行為による租税回避を否認する個別的否認規定と、②『異常な』法形式・事実行為を特定せず、そのときどきに問題になるであろう、何らかの『異常な』法形式の選択または何らかの事実行為による租税回避を否認する一般的否認規定あるいは包括的否認規定とが、区別される。両者の区別は実定税法上は相対的なものであるが、それでも両者を区別する実益は、一般的否認規定には不確定法概念（例えば『不当に』、『濫用』等）が用いられるので、それを課税要件明確主義や予測可能性・法的安定性の観点から統制する必要性を明確にするところにある。そのような観点からすれば、個別的否認規定が望ましいことはいうまでもない。」谷口勢津夫『租税法基本講義(第2版)』弘文堂 (2011), 61 頁。

財務長官の規則制定権や財務省規則に基づく IRS の取扱いルールやスタンダードの制定権により、その解釈の内容や取扱いルールを明文化することによって、行政の自由裁量の余地を少なくする努力を示している。(本庄資)¹⁰⁸

- ・ その現代的意義は、… 課税について法的安定性と予測可能性を保障することにあると解される。(本庄資)¹⁰⁹

また、一高龍司教授は、次のように指摘している。

- ・ 財務省規則への委任に関しても、… 学説には、むしろ制定法であまりに詳細な規定を置くことで、却って、連邦憲法上認められている租税政策過程における執行府の動態的役割 … を連邦議会が奪いかねないという … 問題点を指摘するものすらある。恐らく、かかる主張の基礎には、行政国家としての米国の現実を見据えた上で、立法府は、制定法上専ら立法の目的と、その実施のための戦略を規定するのみとし、細目としての準則は、執行府による定立に委ねるべき旨の考え方がある。(一高龍司)¹¹⁰

租税法の階層構造を日米で比較したものを、図表：17に示す。

図表:17 租税法体系の日米比較¹¹¹

	米 国	日 本
1	内国歳入法典 (Internal Revenue Code; I.R.C.)	国税に関する法律 (法人税法など)
2	財務省法令規則 *1 (Treasury Legislative Regulations)	政省令 (法人税法施行令、同施行規則など)
3	財務省解釈規則 *2 (Treasury Interpretative Regulations)	基本通達 (法人税基本通達など)
4	歳入庁細則 *3 (Revenue Ruling)	個別通達 および 同業者団体等からの照会に対する 文書回答

¹⁰⁸ 本庄資『タックス・シェルター事例研究』税務経理協会 (2004), 345～346 頁。

¹⁰⁹ 本庄資・前掲注108, 343～344 頁。

¹¹⁰ 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), 65 頁。

¹¹¹ 次の文献をもとに筆者にて作表した。

上斗米明「文書回答手続の見直しについて—グローバルスタンダードな納税者ガイダンスの整備に向けて—」税研 19(6) (2004), 24 頁、菊谷正人=内野正昭「税務相談制度・事前照会制度の現状と課題」税経通信 62(11) (2007), 206 頁、神山弘行「事前照会制度に関する制度的課題 (研究ノート)」RIETI Discussion Paper Series 10-J-036 (2010), 3～4 頁、金子宏「アドヴァンス・ルーリングについて」金子宏『租税法理論の形成と解明 (上)』有斐閣 (2010) (初出 1994), 160～164 頁。

5	レタールーリング (Letter Ruling)	事前照会に対する文書回答
6	インフォメーションレター (Information letter)	各種課税情報
7	口頭ガイダンス (Oral Guidance)	税務相談(口頭)

表末注)

(作表:筆者)

- *1…内国歳入庁が起草し、財務省長官の承認により発せられる。連邦議会の委任にもとづいて特定の条文について細則を定めている。納税者に新たな義務を課すものであり、法律としての効果(the force and effect of law)があり、裁判所は、その内容が合理的であり委任の範囲(および議会の立法裁量の範囲)を逸脱していなければ、これを尊重しなければならないとされる。
- *2…内国歳入庁が起草し、財務省長官の承認により発せられる。条文の意味について説明もしくは解釈を提示している。特定の条文による委任は不要で、歳入法典 7805 条(a)にもとづき発せられる。裁判所は、財務省法令規則ほどには尊重しなくても良いとされる。
- *3…租税法規や租税条約に関する内国歳入庁の公的解釈。財務長官の承認は不要。税務当局はその内容に拘束される。納税者は先例として参照できる。裁判所は拘束されない。

税法体系の各階層間の関係は日米両国で異なる点があるから、上表の対応関係は、あくまで目安にすぎないが、これによれば、米国の財務省規則はわが国の政省令(法人税法施行令や同施行規則など)、または、税法基本通達(法人税基本通達など)におおむね対応する。米国において、内国歳入法典だけでなく、財務省規則などが、個別的否認規定に相当する課税ルールを定めているというのは、わが国でいえば、法人税法などの法律だけでなく、法人税法施行令や法人税基本通達のレベルでも、個別的否認規定を定めているということになる。

財務省や内国歳入庁といった、税務行政すなわち課税処分の執行者自身が、その否認ルールを自ら制定するという点が、三権分立の建前を侵害することにならないのか、という疑問が生ずるが、上記の一高説によれば、むしろ一定以下の細則は行政府に任せることこそが、本来の三権分立にかなうと理解されているようである。そして、本庄説が指摘するように、たとえ税務行政の執行者自身によるものであっても、否認ルールが明文化されることで、納税者の予測可能性や法的安定性を向上させることが重視されているのである。

このようにして制定された個別的否認規定には、たとえば次のようなものがある¹¹²(複数の組織再編等に係るものについては3.2節で改めて述べる)。

- ・ 租税優遇措置を最大限に利用するタックス・シェルターに対抗する「代替的ミニマム・タックス」

¹¹² 本庄資・前掲注108, 353~363頁に紹介されている約35項目の個別的否認規定から抜粋して列挙した。

(歳入法典 55 条～59 条)

- ・ ノン・リコース・ファイナンスなど個人責任を負わない債務の創出を利用した租税回避を否認するための「投資利子控除の制限」(同 163(b))
- ・ 過小資本による利子控除の防止に関する「過小資本税制」(同 385 条)
- ・ 価格操作に係る所得移転による租税回避に対する「移転価格税制」(同 482 条)
- ・ 配当課税の回避の防止に関する「留保収益税」(同 531 条～537 条)
- ・ 投資所得の蓄積防止に関する「同族持株会社税」(同 541 条～547 条)
- ・ パートナーシップの損失控除制限(同 704 条)
- ・ パートナーシップを通じた資産の偽装売棄の否認(同 707 条、財務省規則 1.707-3(c))

ほか多数。

3.1.3 否認のための判例法理の形成・蓄積

(1) 否認のための主な判例法理

前項で述べたように、米国では、租税回避行為への対抗策として個別的否認規定の整備が重視されてきた。とはいえ、タックス・シェルターに代表される巧妙な租税回避手法は、そうした個別規定の間隙を突いて開発されるから、個別規定による対処だけでは、どうしても課税庁の対応が後手にまわってしまい、「イタチごっこ」的な状況に陥ってしまう。個別的否認規定のそうした間隙を埋める機能を果たしてきたのが、いわゆるコモン・ローの伝統にもとづいて裁判所が形成・蓄積してきた、否認のための判例法理¹¹³である。個別的否認規定と否認のための判例法理との関係について、松田直樹教授は次のように述べる。

- ・ 米国には包括的否認規定は存在しておらず、個別否認規定の間隙を埋める機能を果たしたのは、司法上確立されている諸法理であった。これらの諸法理は、「仮装取引の法理」(sham transaction doctrine)、「実質優先の原則」(substance-over-form principle)、「ステップ取引原理」(step transaction doctrine)、「事業目的テスト」(business purpose test)、「経済的実質主義」(economic substance principle)等に代表されるものである。(松田直樹)¹¹⁴

租税回避に対する個別的否認規定の限界を補うものとして、裁判所が、個々の事案に即して判例を積み重ねるなかで、結果として形成されてきた否認ルールが、否認のための判例法理だといえるだろう。このようにして形成されてきた否認のための判例法理には、おおむね次のようなものがある。

¹¹³ 「否認のための判例法理」という用語があるわけではない。コモン・ローとして形成される判例法理は、税法に限らず、裁判所による司法判断全般にわたって形成されるものであるから、本稿では、そのなかで租税回避否認に関する判例法理を指すという意味で、この表現を用いている。

¹¹⁴ 松田直樹『租税回避行為の解明 ―グローバルな視点からの分析と提言―』ぎょうせい(2009), 44 頁。同様の指摘として、一高龍司・前掲注110, 65 頁。

図表:18 米国における租税回避否認のための判例法理^{115 116}

<p>経済的実質の法理 (economic substance doctrine)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 納税者の選択した取引の経済実体が、その取引の法形式の効果として生じるタックス・ベネフィットに比較して全く取るに足りない場合には、そのタックス・ベネフィットを認めないという考え方。(本庄資) ・ 税務上の利益の享受という目的とは別に経済的実質が存在していない場合には、税務上の利益は否認の対象となるという考え方。(松田直樹)
<p>段階取引の法理 (step transaction doctrine)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 形式的に別個のステップごとの取引について、これらのステップを結合することにより取引の「実体」を正確に反映すると認められる場合、課税上単一の取引として取り扱われるべきであるとする考え方。(本庄資) ・ 統合された取引の中の相互に関連し合っている各段階(ステップ)について、課税上これらを別々に取り扱うのではなく、全体として分析することを要求する原則。(渡辺徹也) ・ 法形式上は複数の段階を踏んでいても、実体としては単一の取引であるというべき事情がある場合に、実体に基づいた課税を行うもの。(大石篤史)
<p>事業目的の法理 (business purpose doctrine)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 納税者は租税回避以外に取引を行う事業目的を有することが必要であるという考え方。(本庄資) ・ 商業上または産業上の取引を記述する租税制定法上の文言を解釈するに当たり、課税逃れ以外に動機がなく開始された取引は含まないと理解すべきとする考え方。(一高龍司)
<p>実質優先の法理 (substance-over-form doctrine)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ ある取引につき納税者が選択した「法形式」ではなく、その取引の「実体」として事実認定した「他の法形式」に従って税務上の効果を決めるべきであるという考え方。(本庄資) ・ 納税者の選択した取引の形式と実質とが食い違い、それにより課税上の帰結が相違する場合には、実質すなわち「取引の客観的な経済的実体」に従って、租税法上、取引の性質決定をやり直して課税されるとする考え方。(一高龍司)

¹¹⁵ 次の文献をもとに筆者にて作表した。文末の論者名は各文献に対応している。本庄資・前掲注101, 378～381頁、松田直樹・前掲106, 49頁、一高龍司・前掲注103, 70～73頁、渡辺徹也・前掲注110, 447頁, 451頁。

¹¹⁶ 諸法理の呼称に関して、“doctrine”は「主義」「原理」と訳される場合もある(経済的実質主義や事業目的原理など)。また、“doctrine”ではなく“principle”や“test”が末尾に付されることもある(economic substance principleやbusiness purpose testなど)。上表では、判例法の蓄積のなかで形成されてきたルールというニュアンスを込めて「法理(doctrine)」で統一した。

仮装取引の法理 (sham transaction doctrine)
<ul style="list-style-type: none"> 取引が仮装であることを理由として、租税回避行為を否認する原則。 (渡辺徹也)

(作表:筆者)

一見して、それぞれの法理の間で内容上の重複がみられる。これは、否認のための判例法理が、個々の税務訴訟のなかで裁判所がその事例に即して判決文で示した税法解釈を起源としており、その後の別の判決や学説が、それらを事後的に抽出整理するなかで、次第に一定の否認ルールとして認識されるようになったものであることに起因する。つまり、判例法理は、法律のように相互の役割分担をあらかじめ設計して計画的に定められたものではないから、相互の間で未分化な部分が出てくるのはやむをえないことだろう。

特に、「実質優先の法理 (substance-over-form doctrine)」については、米国内でも、<「実質優先」の意味するところを正確に捉えてその限界を確定することは難しい> とする声が少ないという¹¹⁷。また、「仮装取引の法理 (sham transaction doctrine)」についても、<他の租税回避原則のうちのどれかを適用した結果として取引が税務上否認される場合に、「決まり文句」として使用されているだけであって、独立した租税回避否認原則として機能しているとはいえない> とする指摘がある¹¹⁸。

そうした点を考慮すると、否認のための判例法理のうち、比較的明確で独立した意味内容をもっているのは「経済的実質の法理 (economic substance doctrine)」「段階取引の法理 (step transaction doctrine)」「事業目的の法理 (business purpose doctrine)」の3つということになると思われる。

(2) 否認のための判例法理の特色

このような否認のための判例法理は、いわゆるコモン・ロー (common law) として形成・蓄積されたものである。コモン・ローとは次のように説明されている。

- 英米でコモン・ローというときは、立法府によって新しく定立された制定法体系に対して、判例法の形で蓄積されてきた慣習法体系を指すのが普通である。(法律学小辞典)¹¹⁹

¹¹⁷ 渡辺徹也「アメリカにおける租税回避に関する規制と現状」近畿税理士会編 (田中治監修) 『税理士と実務家のための租税回避行為をめぐる事例研究』清文社 (1998), 450 頁。

¹¹⁸ 渡辺徹也・前掲注117, 451 頁。

¹¹⁹ 金子宏=新堂幸司=平井宣雄『法律学小辞典(第4版補訂版)』有斐閣 (2008)

- ・ コモン・ローというのは、判例によってケース・バイ・ケースに積み重ねられてきた不文法を一般には言うと思います。米国は、… 国の統治では、司法裁判が日本よりずっと前面に出てきています。制定法の持つ地位が、ドイツや日本よりは低いということもできます。たとえば、一部の州では、いわゆる罪刑法定主義が貫徹されておらず、コモン・ローによる処罰、つまり、明文の法規定がなくても刑罰を課すことが認められています。(岡村忠生)¹²⁰

連邦議会（立法）が制定した明文法ではなく、裁判所（司法）によって個々の事例に即して「ケース・バイ・ケースに積み重ねられた不文法」を指して、コモン・ローと呼ぶのである。

コモン・ローとしての否認のための判例法理の第一の特色は、それが、制定法の文言を超えた、裁判所による一種の法創造であるという点である。この点につき、一高龍司教授は次のように指摘する。

- ・ 米国租税法解釈の立場の違いは、1) 立法経緯や立法意図(より広義には文脈)を重視する立場(意図主義ないし目的主義)と、2) 文言解釈を重視する立場(文言主義)に大別できる。… … 一般に、租税法の文脈に限らず、個別事案ごとのコモンローのアプローチをとる裁判官は、文言それ自体よりも立法意図を条文から発見することが裁判所の使命であると考え、他方、文言主義者は、そのような解釈方法は、裁判所に過大な法創造権限を与えるものであり、法の支配が、裁量の支配に転換されかねないと懸念する。(一高龍司)¹²¹
- ・ [一高論文が分析した 2000 年代前半の米国では …川端注] 事案ごとの妥当な解決を目指すコモンロー裁判の伝統から、立法経過ないし立法意図を含む文脈に重きを置いた非文言解釈が支持される傾向が強く、かかる解釈が、裁判所による法創造の源泉を提供している。(一高龍司)¹²²

裁判所といえども、眼前の税務紛争の解決にあたって、まったくゼロから課税ルールを創り出すことはできない。三権分立の建前上、議会の権限を侵すことになるからである。あくまで議会が制定した内国歳入法典（および、その委任を受けた財務省規則など）を「解釈」する形で判断を下すのであるが、その解釈を、条文に示された文言の枠内で行うのか（文言解釈）、それとも、より上流の、条文の文言の背景にある（はずの）立法意図まで遡って行う（立法意図を条文から「発見」する）のか（非文言解釈）。当然、後者によるほうが、裁判所の独自の判断、つまり裁判所による法創造の比重が大きくなることになる。米国では、伝統的に裁判所によるそうした法創造機能が支持されており、それが米国のコモン・ローと

¹²⁰ 岡村忠生・前掲注102, 149～150 頁。

¹²¹ 一高龍司・前掲注110, 66 頁。

¹²² 一高龍司・前掲注110, 63 頁。

いうことになるのであろう。

否認のための判例法理の第二の特色は、否認のための判例法理は制定法化になじまないと解されているということである。この点について、岡村忠生教授は次のように指摘する。

- ・ 米国では、Gregory¹²³のような場合をはじめとする多くの租税回避が個別規定により対処されてきた。にもかかわらず、なぜ現在も否認法理が存在しており、それらが制定法化されずに残っているのかを、十分に考慮する必要がある。否認法理は、制定法の下で課税を行うために必要であるが、しかし、その意味内容は制定法化ができない(法律の規定としては記述できない)と考えられる。それゆえにこそ、否認法理が存在し、発展してきたといえよう。このような法理が、米国においては、いくつか存在しているのである。(岡村忠生)¹²⁴

裁判所が判例で示した考え方の全てが制定法になじまない、というわけではない。むしろ米国では、税務訴訟において裁判所が示した結論や判断ルールを、議会や財務省などが、その個別事例に即して、歳入法典や財務省規則などとして制定法化する努力を精力的に行っている。

たとえば、現行の歳入法典や財務省規則には、取引の主たる目的が租税回避でないことを、その規定による租税便益 (tax benefit) を享受するための要件として定めているものがある¹²⁵。これは、前出の否認のための判例法理のうち、「事業目的の法理」の一部を制定法が取り込んだものといえるだろう。また、前出の否認法理とは別に、米国には、組織再編成が課税繰延べ扱いとなるための判例法上の要件として、「投資持分継続性 (continuity of interest; COI) の法理」と呼ばれる考え方があるが、これも、最初は訴訟のなかで裁判所が

¹²³ いわゆる Gregory 事件のこと。この事件は、大まかにいえば、非課税の法人分割 (spin-off) が会社株主 (個人オーナー) の課税逃れのために濫用されたのではないかと、という点を巡って争われたものである。連邦最高裁判決 (1935 年) は、納税者の一連の取引は「事業の目的ないし法人の目的を持たない操作、すなわち、その真の性格を隠すための偽装として法人組織再編成の形態をとる単なる仕掛 (device)」にすぎない、として課税庁勝訴とした。法人分割の非課税 (= 課税繰延べ) を定めた規定 (納税者はこれに依拠して課税繰延べを主張した) について、連邦議会は、この事件の裁判中の 1934 年に、濫用を防ぐ観点から、その非課税規定を一旦廃止した。議会は、その後の 1951 年に非課税規定を復活させるが、その際には濫用防止の要件を強化している。渡辺徹也『企業取引と租税回避』中央経済社 (2002), 141~143 頁。岡村教授が上記で「個別規定により対処されてきた」と述べているのは、議会によるこうした立法対応のことを指していると思われる。

¹²⁴ 岡村忠生「グレゴリー判決再考—事業目的と段階取引—」『税務大学校論叢 40 周年記念論文集』税務大学校 (2008), 131 頁。

¹²⁵ 一高龍司教授によれば、例えば、歳入法典の 269 条、269 条 A、302 条、306 条、355 条、357 条、367 条、453 条、467 条などがある。一高龍司・前掲注 110, 73 頁。ただし、例えば 355 条の場合、正確には歳入法典本体ではなく、関連する財務省規則 1.355-2(b) で規定されているので、一高教授によるこの条文列挙は、関連する財務省規則を含めての指摘だと思われる。

示した考え方が、その後、一定の形で制定法に取り込まれていった経緯がある¹²⁶。さらに、岡村教授自身が「Gregoryのような場合をはじめとする多くの租税回避が個別規定により対処されてきた」と上記で述べているように、裁判上の個別の争点が議会の立法を促すことも少なくない¹²⁷。

にもかかわらず、「経済的実質の法理」や「段階取引の法理」など¹²⁸、否認のための判例法理は、その考え方が特定の取引に具体化されて部分的に個別規定に反映されることはあっても、その主要部分（といっても明文規定があるわけではないので、主要部分と一般に解されている部分）がそのまま制定法として規定されるということは、たしかに、これまでなかったのである。なぜであろうか。

実は、3.1.4項で述べるように、「経済的実質の法理」については、2000年代初頭から、その内容を明文として制定法化しようとする動きが繰り返し起こり、ついに2010年に、歳入法典7701条(o)等の規定として、その法理の一部が条文化された。その意味では、否認のための判例法理の「意味内容は制定法化ができない（法律の規定としては記述できない）」とする岡村教授の指摘は、米国の現実から表面的にはやや乖離してきている。しかし、制定法化案がたびたび提出されながら、10年余にわたって成立しなかったのは、根強い反対論があったからであり、その反対論の中に、否認のための判例法理に関する米国社会のとらえ方が現れている。すなわち、その主な反対理由の1つは、経済的実質の法理を明文規定として制定法化すると、その適用の柔軟性を奪い、否認法理としての機能を弱めてしまう、というものであった¹²⁹。こうした反対論の背景について、岡村教授は次のように解説している。

- ・ アメリカでは、この種の包括的否認規定の立法が何度も俎上に載せられながら立ち消えになってきた歴史があります。その理由のひとつは、こうした規定は法文として記述できないのではないかと、

¹²⁶ 投資持分継続性 (continuity of interest; COI) の法理の意義につき、後掲の注165を参照。COIの制定法への取り込みの具体例としては、適格組織再編成の定義規定である歳入法典368条(a)(1)が、B型組織再編成(株式交換による法人取得)およびC型組織再編成(いわゆる事実上の合併)が適格扱いとなるための要件として規定している。また、組織再編成に係る株主等の扱いを規定した354条(a)(2)にも、適格要件のひとつとしてCOIが規定されている。渡辺徹也『企業組織再編成と課税』弘文堂(2006)、63～66頁。

¹²⁷ 前掲注123を参照。

¹²⁸ 「事業目的の法理」にしても、その全てが制定法に取り込まれたわけではない。

¹²⁹ それは、たとえば次のように主張された。

「経済的実質主義を立法化することは、経済的実質主義の適用の柔軟性を奪うこととなる。」(財務省租税政策担当次官補 Pamela Olson・2002年) 松田直樹・前掲注114、65頁。

「広範で柔軟な裁判所による評価を、明示的で包括的な制定法によって置き換えることは、経済的実質主義を著しく弱めることである。」(アメリカ法律家協会租税部・2002年) 岡村忠生・前掲注106、212頁

または、すべきではないのではないか、という慎重論にありました。しかも、その慎重論は、課税庁側から聞こえてくることもあったのです。税負担を回避しようとする納税者の立場に立てば、課税庁はこんな場合に否認ができます、という否認規定が設けられると、じゃあ、そうでない場合には否認できないのですね、ということになり、否認規定をさらに回避するようなスキームが編み出されることになる、言い換えれば、包括的否認規定は、否認に関する一種の安全地帯ルール、セーフ・ハーバーとして作用する(のではないか)という懸念もありました。(岡村忠生)¹³⁰

制定法として明文化すると、かえって、その明文規定の間隙を突く租税回避が編み出されるから、あえて制定法化しないほうが租税回避に対する否認機能を維持できる、というのが、否認のための判例法理がこれまで制定法化されずに判例法理(コモン・ロー)のまま存在してきた大きな理由の1つだったのである¹³¹。

2010年法の成立により「経済的実質の法理」(の一部)が条文化されたことで、その否認機能がどのように変化するのか(しないのか)という点については、制定からまだ日が浅いため、現時点では即断できない。しかし、否認のための判例法理の否認機能を維持するためには、なるべく制定法化しないでコモン・ロー(不文法)のままにしておくほうがよい、という上記の考え方は、否認のための判例法理に対する米国社会の基本的な理解を示すものとして、さしあたり今後も変わらないと思われる¹³²。

否認のための判例法理の第三の特色は、それが、個々の紛争解決事例の集積であるという点である。

否認のための判例法理はなるべく制定法化しない、という上記で挙げた特色は、課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性を犠牲にする面があると思われる。起こりうる課税関係をあらかじめ整理し、その要件と効果を汎用性の高いルールとして記述した制定法に比べて、事案ごとの個別性が高く、裁判所によって適用態度が異なることもある判例法理は、その内容の分かりやすさ(ルールの明確性や汎用性)や、情報アクセスの容易さ(どこに何が書いてあるのかの探しやすさ)という点で、劣る面があるのは否めないだろう。

ところで、第2章において筆者は、わが国における組織再編成に係る行為・計算否認規定である法人税法132条の2が、課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性を害する危険が大きいことを指摘した¹³³。法人税法132条の2の文言(「法人税の負担を不当に減少させる」といった不確定概念)や、それに関する既存の有力解釈(「法令の規定に違反し

¹³⁰ 岡村忠生・前掲注102, 143~144頁。

¹³¹ この点に並ぶもう1つの大きな反対理由として、明文化により否認法理の適用範囲が必要以上に広がってしまうという懸念もあった。後述3.1.4項(79頁)を参照。

¹³² 後掲注142も参照。

¹³³ 前述2.3節(63頁など)を参照。

ているとはいえないけれども、制度の目的からみて適当でない」「不自然、不合理と言わざるを得ない行為や計算」は否認される)をみるかぎり、その否認の要件は抽象的で具体性に欠け、どのような場合に否認されるのかを、納税者があらかじめ予測することが非常にむずかしいのが現状なのである。

では、米国における否認のための判例法理と、わが国における法人税法 132 条の 2 とは、納税者の予測可能性や法的安定性を害する危険があるという点で同じなのであろうか。それは、そうではない。

否認のための判例法理を明文として制定法化しない、ということは、否認法理の内容が薄い(否認の判断にあたって拠るべき基準がない)ということの意味しない。むしろ、裁判の結論に至る判断過程を、その事案の個別事情に即して詳細に記述したものの集積が判例法理であるから、その情報量は膨大である。情報量が膨大であるゆえの分かりにくさはあるものの、その情報を読み解いていけば、個別法の枠組みでは解決できなかった特定の事案に対する判断基準を、過去の裁判例から具体的に抽出することができる。

一方、わが国の法人税法 132 条の 2 は、条文の記述や解釈論の内容が簡略かつ抽象的なものにとどまっているだけでなく、その適用をめぐる裁判例もこれまで非常に少なかったため、そもそも情報量(条文内容、解釈学説、判例など)自体が非常に乏しい。情報を読み解こうにも、読むべき材料がほとんど存在しないのである。

つまり、①明文の個別的否認規定、②否認のための判例法理(米国)、③法人税法 132 条の 2(日本)を、納税者の予測可能性や法的安定性を確保しやすい順に並べると、おおむね、①>②>③の順となる。そして、予測可能性等を害してしまう要因を②と③で比較すると、②否認のための判例法理(米国)が、個別事例の集積であることに起因する情報量の多さにあるのに対し、③法人税法 132 条の 2(日本)は、条文の簡易さや学説・判例の蓄積の乏しさに起因する情報量の少なさにある。前者が、一見分かりにくいとはいえ、膨大な先例の集積を注意深く探索すれば、そこから有用な否認ルールを抽出できるのに対し、後者にはそれを望めないから、わが国の法人税法 132 条の 2 が抱える問題のほうが、より深刻であるといわなければならない。

また、否認のための判例法理について、課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性の確保という観点からみるならば、汎用性や明確性のある否認ルールを、その膨大な先例の集積からいかにして効果的に抽出し活用していくのか、が課題だといえるだろう。

3.1.4 経済的実質の法理の制定法化と関連罰則の創設

(1) 制定法化をめぐる賛否論

前項でみたように「経済的実質の法理 (economic substance doctrine)」は、米国における否認のための判例法理の中心的なもののひとつである。この法理をめぐるのは、2000年代初頭から、それを歳入法典として明文化しようという動きが活発化した。いくつもの法案が提案されたにもかかわらず、根強い反対論によって長い間未成立となっていたが、2010年、ついに歳入法典 7701 条(o)等として条文化された。制定法化は、どのような理由によって提案され、また、それに対してどのような反対論があったのであろうか。

a. 経済的実質の法理の概要

前項で示したように、判例法理 (コモン・ロー) としての経済的実質の法理とは、おおむね次のようなものとして理解されている¹³⁴。

- ・ 納税者の選択した取引の経済実体が、その取引の法形式の効果として生じるタックス・ベネフィットに比較して全く取るに足りない場合には、そのタックス・ベネフィットを認めないという考え方。(本庄資)
- ・ 税務上の利益の享受という目的とは別に経済的実質が存在していない場合には、税務上の利益は否認の対象となるという考え方。(松田直樹)

こうした理解を前提にすると、「取引の経済実体が … 全く取るに足りない場合」ないし「経済的実質が存在していない場合」をどうやって判定するのかが問題となる。この点につき、多くの判例の積み重ねの中で、「二分枝テスト (two prong test)」と呼ばれる基準が形成されてきた。二分枝テストは、「主観テスト」と「客観テスト」の2つのテストから構成される。主観テストとは、納税者が租税回避以外の事業目的を有しているか否かを問うものであり、客観テストとは、問題の取引が経済的な実質を備えているか否かを問うものである。つまり、経済的実質の法理とは、二分枝テストという判定基準に照らして、その取引に経済的実質がないと認められる場合には、その取引から得られる租税利益 (tax benefit) を認めない (否認する) というコモン・ロー上の否認ルールなのである¹³⁵。

b. 制定法化提案の理由

このような経済的実質の法理について、それを判例法理 (コモン・ロー) に留めておくの

¹³⁴ 前掲図表：18 (71頁) を参照。

¹³⁵ 松田直樹・前掲注114, 58～59頁、岡村忠生・前掲注106, 206～207頁。

ではなく歳入法典として制定法化しようとする動きが2000年代初頭以降に高まってきたのは、①タックス・シェルターに代表される多様な租税回避行為が増加するなかで、この法理の否認機能に対する期待が高まったこと、②にもかかわらず、裁判所によるこの法理の適用態度にバラツキが存在したこと、によるものであった。

裁判所による適用態度のバラツキとして最も問題とされたのは、二分枝テストを「非結合関係テスト (disjunctive test)」として用いるのか、それとも「結合関係テスト (conjunctive test)」として用いるのか、をめぐって巡回区控訴裁判所の態度が分かれていたという点である。

非結合関係テストとは、その取引に経済的実質がある（経済的実質の法理による否認の対象としない）と判定するためには、納税者が、主観テストか客観テストかのいずれか一方を満たしていればよいとする考え方である。他方、結合関係テストとは、納税者が両方を満たしていなければならないとする考え方である。当然、非結合関係テストのほうが納税者に有利となる。

非結合関係テストに沿って二分枝テストを行い、納税者勝訴となった判決が、2000年代前半に相次いだことをうけて、経済的実質の法理を、（課税庁に有利な）結合関係テストによる二分枝テストとして明文規定化しようという声が高まり、2000年代に数次にわたり上院議員あるいは下院議員から提案されたのであった。

c. 制定法化案に対する反対論とそれへの反論

何度も提案された制定法化案が、結局、2010年に至るまで成立しなかったのはなぜなのか。反対論は多岐にわたるが、その主なものは次の2つであった¹³⁶。

すなわち、コモン・ローとしての経済的実質の法理を制定法として明文化すると、

- ① その適用の柔軟性が失われ、否認機能が弱まってしまう。
- ② その適用対象となる取引が、必要以上もしくは想定以上に広がってしまい、誠実な商取引が阻害される。

というものである。

他方、これらに対しては、立法化に賛成する立場から次のような反論がなされた。

- ① その適用の柔軟性こそが問題であり、立法化によって明確な適用基準を確立すべきである。
- ② 立法化によって否認される取引が明確化されるため、濫用的な租税回避行為と無縁な取引を害する危険は、より少なくなる。

¹³⁶ 松田直樹・前掲注114, 59~60頁, 64頁、岡村忠生・前掲注106, 209頁。

このような賛否論の応酬のなかで、立法化法案の内容が、両者にとって抵抗の少ないものに次第に収斂していったと推察される。

(2) 内国歳入法典 7701 条 (o) および関連する罰則規定

a. 2010 年法の内容

このような議論を経て、2010 年 3 月 30 日、「経済的実質の法理の法典化とそれに伴う罰則規定 (Codification of Economic Substance Doctrine and Penalties)」法案が成立した (以下「2010 年法」とよぶ)。その骨子は下表のようなものである。

図表:19 経済的実質の法理の法典化とそれに伴う罰則規定 ¹³⁷

<p>■経済的実質の法理の明確化 (歳入法典 7701 条 (o)) ¹³⁸</p> <p>(Clarification of Economic Substance Doctrine)</p> <p>(1) 経済的実質 (economic substance) の有無の判定 (§ 7701(o)(1)) *1</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ [コモン・ローとしての …川端注] 経済的実質の法理 (economic substance doctrine) の適用判定にあたり、その取引に経済的実質がある (having economic substance) と扱うのは、次の両方を満たしている場合のみである。 (A) その取引が (連邦所得税の軽減以外に) 納税者の経済的ポジション (economic position) を有意味に変化させること。 (B) 納税者が (連邦所得税の軽減以外に) その取引を行う相当の目的 (a substantial purpose) を有していること。 <p>(2) 用語の定義 (§ 7701(o)(5)(A), (D)) *2 *3</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 経済的実質主義: この規定において「経済的実質主義 (economic substance doctrine)」とは、「その取引が、経済的実質を有しないか、または事業目的を欠く場合には、連邦の所得課税 (歳入法典サブタイトル A に属する諸規定) 上の租税利益 (tax benefit) を否認する」というコモン・ロー上の法理である。 ・ 取引: この規定において「取引 (transaction)」とは、一連の取引 (a series of transactions) を含む。

¹³⁷ 2010 年法から要点のみ抜粋し、筆者にて抄訳した。

¹³⁸ 「Economic Substance Doctrine」の訳語としては、「経済的実質主義」(岡村忠生・前掲注 94, 139 頁)、「経済実質原則」(今村隆「主要国の一般的租税回避防止規定」本庄資編『国際課税の理論と実務～73 の重要課題』大蔵財務協会 (2011), 670 頁)、「経済的実態の法理」(進藤直義「租税法律主義とタックス・コモン・ロー 『経済的実態の法理の成文化』」獨協ロー・ジャーナル 7 号 (2012), 147 頁) などがあるが、本稿では「経済的実質の法理」とした。前掲注 116 を参照。

■経済的実質がない取引に係る罰則規定（歳入法典 6662 条等）

(1) 経済的実質がない取引に係る加算税（§ 6662(b)(6)）

- ・ その取引が、歳入法典 7701 条(o)に規定する経済的実質がない(lacking economic substance)こと、または、これに類する規定の要件を満たしていないこと、を理由として租税利益(tax benefits)が否認された場合には、増差税額(underpayment)の 20%の加算税を課する。

(2) 非開示の経済的実質がない取引に係る加算税（§ 6662(i)）

- ・ 上記(1)の規定は、その経済的実質がない取引(noneconomic substance transactions)が非開示(nondisclosed)であった場合には、増差税額の(20%ではなく)40%の加算税を課する。

表末注)

*1…原文は次の通り。

■I.R.C. § 7701 - Definitions

(o) Clarification of economic substance doctrine

(1) Application of doctrine

In the case of any transaction to which the economic substance doctrine is relevant, such transaction shall be treated as having economic substance only if—

- (A)the transaction changes in a meaningful way (apart from Federal income tax effects) the taxpayer’s economic position, and
- (B)the taxpayer has a substantial purpose (apart from Federal income tax effects) for entering into such transaction.

*2…原文は次の通り。

(5) Definitions and special rules. For purposes of this subsection—

(A) Economic substance doctrine

The term “economic substance doctrine” means the common law doctrine under which tax benefits under subtitle A with respect to a transaction are not allowable if the transaction does not have economic substance or lacks a business purpose.

[中略]

(D) Transaction

The term “transaction” includes a series of transactions.

[以下略]

*3…歳入法典サブタイトルAとは：米国の内国歳入法典(UNITED STATES CODE TITLE26 - INTERNAL REVENUE CODE)は全部で9800 条余に及ぶ膨大な租税法典であるが、そのうちの Subtitle A Income Tax (§ 1- § 1564)は、所得課税(大まかにいえば、日本の所得税法と法人税法に対応)に関する規定である。

b. 2010 年法による効果

2010 年法の要点は、おおむね次の点である¹³⁹。

① 経済的実質の法理の法典化（歳入法典 7701 条(o)）

①-1 用語を定義する条文である歳入法典 7701 条¹⁴⁰に、「経済的実質の法理」を定義する項目（7701 条(o)）を追加。二分枝テスト（結合関係テスト）などによって、「経済的実質がない取引」を定義した¹⁴¹。

①-2 上記①-1 で定義した「経済的実質がない取引」に該当する取引は、コモン・ローとしての「経済的実質の法理」の適用対象になり得るとした¹⁴²。（法理が適用されれば、その取引からもたらされる租税利益が否認される。）

①-3 「経済的実質がない取引」の「取引 (transaction)」には、「一連の取引 (a series of transactions)」を含むとした。

② 関連罰則の創設（歳入法典 6662 条等）

②-1 上記①-1 で定義した「経済的実質がない取引」が、コモン・ローである「経済的実質の法理」によって否認された場合には、その増差税額に対して 20%の加算税を課することとした。また、その「経済的実質がない取引」が納税者により開示されていなかった場合は、20%ではなく 40%の加算税を課することとした。

こうした 2010 年法の成立により、次のような効果があったと指摘されている¹⁴³。

① 経済的実質の有無の判定基準の明確化

コモン・ローである経済的実質の法理の内容のうち、経済的実質の有無の判定基準が

¹³⁹ 他にも、外国税額や個人事業所得の取扱いなどが規定されているが、割愛した。

¹⁴⁰ わが国の法人税法や所得税法の第 2 条に相当するもの。

¹⁴¹ 正確には、「経済的実質がある取引」を二分枝テスト等で定義して、それに該当しない取引を「経済的実質がない取引」と解する条文構造になっている。なお、「経済的実質がある取引」の定義については、二分枝テストのほかに「潜在的な利益獲得可能性テスト」なども規定されているが、ここでは割愛した。

¹⁴² 7701 条(o)は、「経済的実質がない取引」を否認する旨を直接定めているのではない。歳入法典としては、コモン・ローとしての「経済的実質の法理」の適用対象となりうる「経済的実質がない取引」の判定基準を定めるだけに留めている（7701 条(o) (1) など）。そこから先は、「この規定にいう経済的実質の法理とは、コモン・ローとしての経済的実質の法理である」という定義規定（7701 条(o) (5) (A)）を経由させて、コモン・ローとしての「経済的実質の法理」に否認の判断を委ねる、という条文構造になっている。

岡村忠生教授は、この点を指して、「7701 条(o) (5) (A) がこうしてコモン・ローといているのは、経済的実質主義は制定法化できない、あるいは、すべきではない、という判断を示しているのだと思います」と評している。岡村忠生・前掲注102, 150 頁。

¹⁴³ 岡村忠生・前掲注102, 143~154 頁。

明文化され、明確になった¹⁴⁴。

② 罰則規定の創設

「経済的実質がない取引」が否認された場合の罰則規定（加算税）として、次のものが創設された。

このうち、①の経済的実質の有無の判定基準の明確化について、その影響を小さくみる見方として、次のものがある。

- ・ 内国歳入法典 7701 条(o)は、一言で言えば、これまで判例法の中で集積してきた「実質主義 (Economic Substance Doctrine)」といわれる考え方を確認したものです。それだけに過ぎません。…これまでの判例法もしくは判例法理についてのひとつの理解、その中で最も一般的だと思われる理解を確認したということにすぎない、ということになります。(岡村忠生)¹⁴⁵

新設された歳入法典 7701 条(o)は、コモン・ローとしての経済的実質の法理に関する従来からの共通理解を明文化しただけで、それを超える新たな内容が付加されたわけではない、という点を重視する見方である。一方、そのこと自体は認めつつも、そこに一定の意味を見出そうとする見方もある。

- ・ 岡村は、アメリカにおける経済的実質主義の法典化は、判例を確認したにすぎず、それほど意味はないと消極的な評価をしている。しかし、経済実質原則(economic substance doctrine)は、あくまで連邦の巡回裁判所段階での判例であり、これを明確に認めた連邦最高裁判例はまだないことから、判例として定着させるという意味はあると考える。(今村隆)¹⁴⁶

2010 年法に至る一連の制定法化の動きが、そもそも、経済的実質の法理の適用をめぐる巡回区控訴裁判所間のバラツキを是正しようとするものであったことを考えると、この指摘にも説得力がある。これらの見方は相互に矛盾するものではなく、いずれも、今回の制定法

¹⁴⁴ 具体的には、次のような点が明確になった。

- ・ その取引に経済的実質があるかどうかの二分枝テストは、非結合テスト (disjunctive test) ではなく、結合テスト (conjunctive test) により行う。
- ・ 過去の法案にみられた「三分枝テスト」* は採用しない。
* 三分枝テストとは、従来の二分枝テスト（主観テストと客観テスト）に、<その取引が、その目的を実現するための合理的な手段であること>という「合理的手段テスト」を加えたもの。
- ・ 経済的実質の有無の判定は、単体の取引ごとだけでなく、一連の取引 (a series of transactions) を対象とすることもあり得る。

¹⁴⁵ 岡村忠生・前掲注102, 139 頁。同趣旨として、村岡欣潤「経済実体要件の法令化」Pricewaterhouse Coopers「米国会計・税務ニュース」Vol. 8 (2010 年 6 月号) (2010), 6 頁。

¹⁴⁶ 今村隆・前掲注138, 686 頁。

化の一面をとらえたものだといえるだろう。

今回の歳入法典 7701 条(o)は、その取引に経済的実質があるかどうかの判定基準は明文化した(上記①)ものの、その基準により「経済的実質がない取引」と判定された取引について、直ちにそれを否認すべきことまでをみずから明文規定しているわけではなく、是否認の判定自体は、コモン・ローとしての経済的実質の法理に委ねるといった条文構造になっている¹⁴⁷。課税上の取扱いに関する最終的な判断は、制定法の世界ではなく、コモン・ローとしての判例法理の世界に戻していると解されるのである。そうだとすると、コモン・ローとしての経済的実質の法理の、今後の裁判上の適用のされ方は、従来どおり裁判所の判断(ある種の法創造も含む)に委ねられるということになるのかもしれない。

とはいえ、今回明文化された点については、裁判所はその拘束を受けることになる。その点では、経済的実質の法理の適用に関する納税者の予測可能性が向上したとみることもできるだろう。しかし、制定法として明文化すると、かえって、その明文規定の間隙を突く租税回避が編み出されるから、あえて制定法化しないほうが租税回避に対する否認機能を維持できる、というのが、否認のための判例法理がこれまで制定法化されずに判例法理(コモン・ロー)のまま存在してきた理由の1つであった。今回の明文化によって、経済実質の法理の否認力がどのように変化するのか(しないのか)、今後の課税庁の課税態度や裁判所の判断動向が注目される。

また、「取引」のなかに「一連の取引」が含まれると定義されたことで、経済的実質の有無の判定が、単体の取引ごとだけでなく、一連の取引(それには複数の組織再編等の組み合わせも含むと思われる)を一体的に把握して行われる可能性が示されたことになる。この点について、岡村教授は次のように指摘する。

- ・ 7701 条(o)(5)の定義の特則の最後(D)に、「取引とは一連の取引を含む。The term "transaction" includes a series of transactions.」と書いてあることにも注意してください。これは、いわゆる段階取引の法理(step transaction doctrine)のことを言っているのです。

… …

Conjunctive か Disjunctive かという問題よりも、むしろ、取引をどう把握するか、その把握の単位とどうか、経済的効果なり事業目的なりを判断するひとつの取引のまとまりとは何か、取引をどう観察するのか、という問題のほうが、重要ではないかと思われます。納税者も課税庁も、一連の取引の中から適当に都合のよいところを切り出せば、あるいは、都合のよいように取引をまとめれば、それぞれ言いたいことが言えることになってくるわけです。ですから、その取引とは何かという問題、これは非常に難しいですが、大切だと思います。(岡村忠生)¹⁴⁸

¹⁴⁷ 前掲注142を参照。

¹⁴⁸ 岡村忠生・前掲注102, 146頁。

岡村教授の指摘に従えば、今回の2010年法のなかに、経済的実質の法理だけでなく、別の否認法理である段階取引の法理¹⁴⁹の内容も部分的に取り込まれたということになるが、だとすれば、2010年法のその部分と、従来からの段階取引の法理との関係（棲み分け）がどうなるのか、という点についても明らかにされる必要があるだろう。しかし、この点も、現時点では不透明なままであり、今後の課税庁の課税態度や裁判所の判断動向が注目される。

一方、上記②の関連罰則の創設については、今回の立法化により明確に変化した部分であり、実務への影響も大きい規定である。この規定は、非開示取引が否認されたときの加算税の率を重くする（通常の20%ではなく40%で課する）ことで、納税者が「経済的実質がない取引」（と判定される可能性がある取引）を行った場合に、それを納税者自らが自主的に開示報告するように誘導することを狙ったものと解される。

一般に、納税者の租税回避行為に対する税務当局の対抗策としては、従来、どの国においても、1)各種の否認規定（個別的否認規定、および、国によっては包括的否認規定）という租税実体法を整備するとともに、2)申告後の税務調査を通じて租税回避行為を否認し、3)最終的には司法判断を仰ぐ形で課税の可否を決める、という手法が採られてきた。主として納税者の申告の後に、租税実体法の規定にもとづいて否認するという意味で、こうした伝統的な対応を「事後的な対抗策」ないし「実体法的な対抗策」と呼ぶとすると、近年は、このような事後的ないし実体法的な対抗策だけでは租税回避を有効に防ぐことができなくなりつつあると指摘されている¹⁵⁰。国際的タックス・シェルターに代表される巧妙で強力な租税回避行為が増加しているにもかかわらず、それに対処する税務当局の人的資源には限界があるためである。

こうした事態を打開するため、現在、各国の税務当局は、事後的ないし実体法的な対抗策に加えて、「先制的な対抗策」ないし「手続法的な対抗策」に力を入れているといわれる。そして、先制的ないし手続法的な対抗策の代表的なものとして、納税者（や、納税者に節税（租税回避）商品を販売するプロモーター）に対して、租税回避につながる可能性のある取引情報を事前に（申告前または申告時に）自主的に税務当局に開示するよう求める「開示報告」制度が位置づけられているという^{151 152}。

¹⁴⁹ 段階取引の法理の内容については、図表：18（71頁）、および後述の3.3節を参照。

¹⁵⁰ たとえば、石井道遠「タックス・コンプライアンスを巡る国際的連携の動きと我が国の政策対応の在り方（試論）」RIETI Discussion Paper Series 10-J-033（2010）、12頁。（石井氏は元国税庁長官）

¹⁵¹ 石井道遠・前掲注150、29頁。松田直樹教授も、「事後的な対抗策」と「先制的な対抗策」とを対比させて、同趣旨のことを述べている。松田直樹・前掲注114、30頁。

¹⁵² 情報開示制度以外の主なものとしては、移転価格税制に係る「事前確認」制度や、税法解釈

米国における開示報告制度には、大別して、①特定の取引について納税者およびプロモーターに開示報告を義務付ける方法（歳入法典 6011 条、6111 条など）と、②開示報告を義務付けるものではないが、非開示だった場合の罰則を重くすることによって、納税者の自主的な開示報告を誘導する方法（同 6662 条など）とがある。

2010 年法で新設された罰則規定（同 6662 条など）は、納税者に開示報告を義務付けるもの（①）ではないが、非開示取引が否認されたときの加算税の率を重くしている（通常の 20%ではなく 40%）から、罰則に濃淡をつけることで、「経済的実質がない取引」（と判定される可能性がある取引）について、納税者が自主的に開示報告するように誘導する方法（②）を採っていることになる。

こうしてみると、2010 年法によって創設された「経済的実質がない取引に係る罰則規定」は、「手続法的な対応により取引情報の自主的な申告・開示を求める」という「世界的に大きな潮流」¹⁵³のなかに位置づくものだといえるだろう。

c. 2010 年法は包括的否認規定か

米国は、これまで、個別的否認規定を数多く整備する一方で、いわゆる包括的租税回避否認規定は持っていないといわれてきた¹⁵⁴。

これに関して、岡村忠生教授は、今回の 2010 年法が、米国連邦所得税において初めて導入された「包括的濫用防止（租税回避否認）規定（General Anti-Abuse Rule, General Anti-Avoidance Rule, GAAR）であると指摘している¹⁵⁵。他方、今村隆教授は、「この規定は、7701 条という定義規定の中に規定されており、果たして一般的租税回避防止規定といえるか問題となる」が、「まだ立法されたばかりで、現時点では、この規定の性格を確定することが困難であるので、分類については留保する」として、2010 年法の性格付けについて判断を留保している¹⁵⁶。

いわゆる個別的否認規定と包括的（一般的）否認規定との区別は相対的なものであるから¹⁵⁷、名目上の区分にこだわるのは必ずしも生産的でないだろう。とはいえ、米国において、否認のための判例法理が、個別的否認規定の間隙を埋める（個別的否認規定では否認できな

に係る不明確な部分について税務当局が納税者から事前に問い合わせを受け、それに対して文書で回答する「事前照会」制度などがある。

¹⁵³ 石井道遠・前掲注150, 29 頁。

¹⁵⁴ 前掲注103および前掲注104を参照。

¹⁵⁵ 岡村忠生・前掲注102, 138 頁。ただし、後掲注160も参照。

¹⁵⁶ 今村隆・前掲注138, 670 頁。

¹⁵⁷ 前掲注107を参照。

い租税回避を否認する) 機能を果たしてきたこと、2010年法が、そうした否認のための判例法理の代表的なひとつである経済的実質の法理(の一部)を制定法化したものであること、否認の対象となる取引(経済的実質がない取引)を個別具体的な特定の取引に限定していないこと、などを考えると、2010年法が「包括的」ないし「一般的」な性格を持っているのは確かである。

ただし、だからといって、2010年法が、わが国において「やや一般的な否認規定」¹⁵⁸ないし「かなり一般的な否認規定」¹⁵⁹と評される、いわゆる行為・計算否認規定(同族会社等に係る法人税法132条などや、組織再編成に係る法人税法132条の2など)と同じなのかという点、それは、そうではない。

2010年法は、否認の対象となりうる「経済的実体がない取引」を判定するにあたり、「二分肢テスト」や「潜在的な利益獲得可能性テスト」などの判断基準を持っている。たしかにそれは、一見して否認対象を特定できるほどの具体性をもつものではない(それは個別の否認規定の領分である)が、法人税法132条や132条の2における「法人税の負担を不当に減少させる」という不確定概念に比べれば、その判断過程を客観的に検証しやすく、その分、納税者の予測可能性が高くなっている。加えて、先に述べたように、歳入法典7701条(o)は、最終的な是否認の判断を、コモン・ローとしての経済的実質の法理に委ねているから、その背後には、過去の裁判事例の膨大な集積があり、そこから一定の判断ルールを抽出することができる。一方、特に法人税法132条の2には、そうした裁判例の蓄積が現時点では非常に乏しく、そこから何らの判断ルールを得ることは難しい。

このように、米国の2010年法と、わが国における行為・計算否認規定(特に組織再編成等に係る法人税法132条の2)とは、納税者の予測可能性や法的安定性の確保という点で大きく異なっており、前者のほうが予測可能性等が高いのである¹⁶⁰。

¹⁵⁸ 金子宏『租税法(第16版)』弘文堂(2011), 119頁。

¹⁵⁹ 谷口勢津夫・前掲注107, 62頁。

¹⁶⁰ 岡村教授も、納税者の予測可能性とは別の観点から次のように述べて、2010年法は、日本における(講学上の、ないし、狭義の、)租税回避否認規定とは言い切れない旨を指摘している。

「日本では … 租税回避の『否認』とは、課税要件を充足しなくても充足したことにしちゃいましょう、という課税になります。充足したと『擬制』をして課税をするのです。要件の充足はありません。ここが大切です。 … … そうすると、この7701条(o)という規定は、果たして、日本で議論されてきた『租税回避の否認』をする規定 … といえるのかどうか疑問になります。むしろ、そうではなく、もともと米国では、課税要件の解釈や事実の認定、要件へのあてはめについて、『実質主義 (Economic Substance Doctrine)』という考え方が支配しており、この規定はこれを確認しただけではないのか、と見られるわけです。」(岡村忠生・前掲注102, 140頁。)

3.2 節 複数の組織再編等の組み合わせに関する個別規定

3.1 節でみたように、米国においては、租税回避行為全般に対する対抗策として、個別的否認規定の整備と、否認のための判例法理の形成・蓄積、という2つの方法を柱としてきた。このような対抗方法は、本稿の主題である、複数の組織再編成等の組み合わせによる租税回避についても、おおむね妥当する。

そこで、3.2 節と3.3 節では、複数の組織再編等の組み合わせを一体のものとしてとらえて、それを租税回避行為として否認することがありうるのか、という点について、米国税制が、どのような個別規定¹⁶¹をもち(3.2 節)、また、どのような判例法理をもっているのか(3.3 節)を明らかにする。

本節では、ある特定の組織再編等の組み合わせが行われたとき、それらを一体のものとして取り扱うこと(または取り扱わないこと)を明確に定めている米国の個別規定について検討する。

米国では、企業組織の再編成(reorganization)について、それを非課税(課税繰延べ)扱いとする税制が早くから生成・発展してきたが、そうした組織再編税制の生成・発展過程のなかで、納税者が複数の組織再編等を組み合わせて行った場合にどのような課税上の取扱いをすべきか、という点もたびたび問題となってきた。複数の組織再編等を組み合わせることで、課税繰延べ規定を濫用した不当な租税回避をする(と課税庁が考えた)事例が数多く発生したためである。これらの多くは裁判で争われたが、そうした個別紛争を積み重ねるなかで、問題となりやすい組織再編等の組み合わせパターンごとに、課税上の取扱いが内国歳入法典や財務省規則の明文規定としてルール化されてきている。

そこで以下では、まず、このような個別規定の具体的事例について、複数の組織再編等を切り離して別々のものとして扱う旨を明文規定しているもの(【規定例01】)と、複数の組織再編等を一体のものとして扱う旨を明文規定しているもの(【規定例02】【規定例03】)のそれぞれについて、代表的なものを紹介する(3.2.1 項)。そして、これらをもとに、米国における個別規定の特色について考察する(3.2.2 項)。

¹⁶¹ 米国では、複数の組織再編等に関する課税上の取扱いについて、それらを一体としてとらえて否認すべき旨を定めたものばかりでなく、それらの適格判定は個々の段階ごとに切り離して行うべき旨を明文化したものもあるため、「個別的否認規定」ではなく、「個別規定」と表記することにする。

3.2.1 具体的な規定事例の紹介

(1) 【規定例 01】「合併等¹⁶² → 株式の売却」（切り離して適格判定）¹⁶³ （財務省規則 1.368-1(e)(1)）

a. 納税者の取引

納税者が、次の Step. 1 と Step. 2 を組み合わせて行ったとする。

Step. 1) 合併

取得法人A社が、対象法人T社（全資産 = t 資産）の株主に、A社株式を対価として交付して、T社を吸収合併する。

Step. 2) 株式の売却

旧T社株主が、受領したA社株式を、第三者に売却する。

b. 税務上のルール（個別規定として明文化された内容）

財務省規則 1.368-1(e)(1)は、合併（Step. 1）の適格性¹⁶⁴は、その後のA社株式の売却（Step. 2）から切り離して Step. 1 だけで判定する、という旨を規定している。すなわち、合併（Step. 1）の適格要件の1つである、＜投資持分の継続性が保たれていること（本件に即していえば、移転した t 資産に対する T 社株主の株式持分が継続していること）¹⁶⁵>の判定に

¹⁶² 財務省規則 1.368-1(e)(1)が上記の Step. 1 として想定する取引には、内国歳入法典 368 条 (a)(1)（組織再編成の定義）に定義されている、A型組織再編成（制定法上の合併）、B型組織再編成（株式交換による法人取得）、C型組織再編成（事実上の合併）など、いわゆる取得組織再編成が広く含まれるが、ここでは簡単化のため、A型組織再編成（制定法上の合併）を想定して記述した。

¹⁶³ この事例は、渡辺徹也・前掲注126, 145 頁, 74 頁、大石篤史「M&Aにおける租税回避問題の検討—米国の議論からの示唆—（下）」商事法務 1711 号（2004）, 40 頁を参考に、筆者の解釈も加味してまとめた。

¹⁶⁴ 米国の場合、単に「組織再編成（reorganization）」といえ、通常は、非課税（課税繰延べ）の組織再編成（tax-free reorganization）のことを指し、組織再編成に該当することが、そのまま非課税扱い（課税繰延べ扱い）となることを意味している。一方、わが国では、組織再編成のうち、一定の要件を満たしたものについてだけ「適格」組織再編成として課税繰延べを認めており、「組織再編成」の用語法が日米で異なっている。（渡辺徹也「企業組織再編税制—現行制度における課税繰延の理論的根拠および問題点等—」租税研究 687 号（2007）, 38 頁）よって、米国の場合の「組織再編成」について「適格」を冠して表現するのは、厳密に言えば同義反復的な不自然さを伴うことになるが、本稿では、簡単化のため、わが国の税制上の用語法に準じて、米国の課税繰延べ扱いとなる取引についても「適格」の語を付して表現している。

¹⁶⁵ 渡辺徹也教授によれば、投資持分継続性（continuity of interest; COI）の原理とは、次のようなものである。

「COI 原理についてごく簡単に述べるならば、適格組織再編成の要件として、旧法人の株主が、再編成前に当該旧法人に対して有していた一定の投資持分（interest）を、再編後の新法人においても継続することを要求する判例法上のルールである。ここにいう投資持分の具体的内容は、新法人の株式持分（equity interest）である。」渡辺徹也・前掲注126, 142 頁。

あたり、対象法人T社の株主が、取得法人A社から合併の対価として受領したA社株式を、Step. 1の後に第三者に売却 (Step. 2) しても、その売却はその判定に影響を与えない¹⁶⁶。

c. 本事例の取扱い

財務省規則 1.368-1(e) (1)の規定により、合併 (Step. 1) 後のA社株式の売却 (Step. 2) は、合併 (Step. 1) における投資持分の継続性の判定に影響を与えない。本件の合併 (Step. 1) は、T社株主が合併対価としてA社株式のみの交付を受けているため、移転したt資産に対するT社株主の株式持分の継続性が保たれている。よって、(他の適格要件を満たしていれば) Step. 1は適格合併に該当する。

d. 模式図

上記 a～c の内容を模式図で表すと、図表：20のようになる。

e. 規定制定の理由

上記の内容をもつ財務省規則 1.368-1(e) (1)は1998年に制定された。その制定の理由は、T社株主のうちの誰がいつA社株式を売却したのかを知ることには税務執行上の多大な困難があるためであった。

旧T社株主が、合併による移転資産の対価として取得したA社株式を、合併の直後に売却して現金化した場合には、その一連の取引は、実質的に売買に近いものと考えられる。適格組織再編成を単なる売買と区別するという、投資持分継続性 (COI) 原理の目的¹⁶⁷に純粹に忠実であろうとすれば、<その継続性の判定は、合併の後の売却の有無までも含めて判定すべき> という考え方も十分成り立ちうるだろう。実際、米国判例のなかには、段階取引の法理¹⁶⁸を適用し、合併とそれに続く株式の売却を1つの取引とした上で、COIが無いと判定した判決がある (McDonald's 事件控訴裁判所判決 (1982)¹⁶⁹)。

にもかかわらず、McDonald's 事件判決とは明らかに異なる、組織再編成後におけるCOIを要求しないという当規則を財務省が制定したのは、上記のように、税務執行上の困難を重視したためであった¹⁷⁰。

¹⁶⁶ 財務省規則 1.368-1(e) (1) (i)の原文 (該当部分のみ) と筆者による抄訳は以下のとおり。

「 … a mere disposition of stock of the issuing corporation received in a potential reorganization to persons not related to the issuing corporation is disregarded.」

組織再編成において受領した取得法人株式の第三者に対する単なる売却は、投資持分の継続性の判定上、無視される。

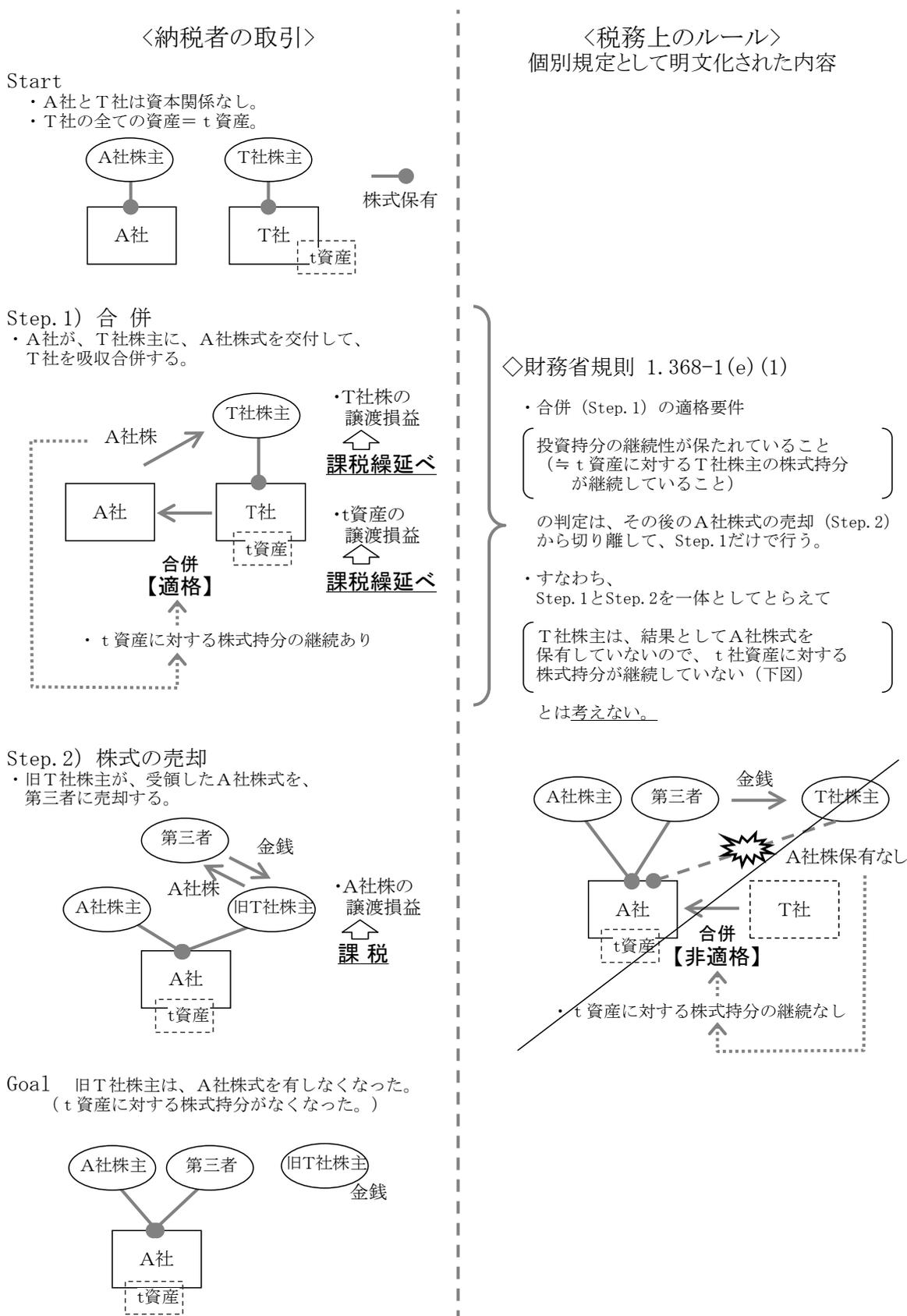
¹⁶⁷ 前掲注165を参照。

¹⁶⁸ 段階取引の法理を適用した裁判例の詳細は第3章を参照。

¹⁶⁹ 後述 3.3 節の【判例 05】(117頁)を参照。

¹⁷⁰ 渡辺徹也・前掲注126, 145頁。

図表:20 【規定例 01】「合併等→株式の売却」の取扱い



(作図:筆者)

この規則の制定により、合併の後の株式売却が、たとえ合併の前から拘束的約定に基づいて決定されていたとしても、その売却は合併の適格性判定に影響しないことになった¹⁷¹。

ただし、この財務省規則は、合併などの取得組織再編成を対象としたものであり、法人分割などの分割的取引については適用されない。よって、後述するように、法人分割の後に株式売却が行われた場合には、法人分割に課税が発生する可能性がある（後述の【規定例02】を参照）。

(2) 【規定例02】「法人分割¹⁷² → 株式の売却」（一体として適格判定）¹⁷³
 （財務省規則 1.355-2(c)(1) 及び 財務省規則 1.355-2(d)(2)(iii)）

a. 納税者の取引

納税者が、次の Step. 1 と Step. 2 を組み合わせて行ったとする。

Step. 1) 法人分割

d1 事業と d2 事業を営む分配法人（親会社）D社が、d2 事業に属する全ての資産（d2 資産）を出資して被支配法人（子会社）C社を設立。C社から受領したC社株式の全てをD社株主に分配する。

Step. 2) 株式の売却

D社株主が、受領したC社株式を、第三者に売却する。

b. 税務上のルール（個別規定として明文化された内容）

財務省規則 1.355-2(c)(1)、および財務省規則 1.355-2(d)(2)(iii)は、法人分割（Step. 1）の適格性は、その後のC社株式の売却（Step. 2）を切り離さず、Step. 1 と Step. 2 を一体と

¹⁷¹ Reg. § 368-1(e)(6)。ただし、取得の対価が取得法人の株式であることは、引き続き適格合併の要件とされるから、組織再編成後における株式の買い戻し、すなわちT社株主がA社株式をA社自身に買い取ってもらうこと（自社株の償還 redemption）は、この規定の対象外として問題視される。A社がT社株主へ合併対価として現金を交付しているのと、実質的に同じになってしまうからである。渡辺徹也・前掲注126, 74頁, 145頁。

¹⁷² 渡辺徹也教授によれば、米国法における「法人分割」(corporate division)とは次のようなものである。

「一般に法人分割 … は、… 親会社が（既存または新設の）子会社株式を親会社株主に分配する (distribute) 取引である。したがって、アメリカ法における法人分割は、わが国でいう『分割型』分割である。内国歳入法典 355 条では、子会社株式を分配する親会社を『分配法人 (distributing corporation)』、その株式が分配される子会社を『被支配法人 (controlled corporation)』という。」渡辺徹也・前掲注126, 192頁。

「法人分割が歳入法典 355 条に規定する各要件を満たすなら、C社株の分配を行ったD社、および分配を受けたD社株主の双方において、分配に関する損益が認識されない。」同, 193～194頁。

¹⁷³ この事例は、渡辺徹也・前掲注123, 151～152頁, 155頁, 167頁、渡辺徹也・前掲注126, 146頁を参考に、筆者の解釈も加味してまとめた。

して判定する、という旨をそれぞれ規定している。すなわち、法人分割 (Step. 1) の後に、分配法人D社の株主が、D社から分配を受けたD社株式を第三者に売却 (Step. 2) した場合には、上記の2つの規定により、次のように取り扱われる。

まず、財務省規則 1.355-2(c)(1)により、法人分割 (Step. 1) の適格要件の1つである、
<投資持分の継続性が保たれていること (本件に即していえば、移転した d2 資産に対する D社株主の株式持分が継続していること)>について、その適格要件を満たさないと判定される¹⁷⁴。

また同時に、財務省規則 1.355-2(d)(2)(iii)により、法人分割 (Step. 1) の適格要件の別の1つである、
<その法人分割が、法人の配当可能利益を分配するための「仕掛 (しかけ device)」に該当しないこと>について、その適格要件を満たさない (「仕掛」に該当する) と判定される¹⁷⁵。

c. 本事例の取扱い

法人分割 (Step. 1) の後に、D社株主がC社株式を第三者に売却している (Step. 2)。よって、この法人分割 (Step. 1) は、財務省規則 1.355-2(c)(1)の規定により、d2 資産に対するD社株主の株式持分の継続性という適格要件を満たしていないとされる。また同時に、財務省規則 1.355-2(d)(2)(iii)の規定により、法人利益の分配のための「仕掛」に該当する (適格要件を満たしていない) とされる。

d. 模式図

上記 a ~ c の内容を模式図で表すと、図表 : 21のようになる。

¹⁷⁴ 財務省規則 1.355-2(c)(1)の原文 (該当部分のみ) と筆者による抄訳は以下のとおり。

「 … section 355 requires that one or more persons who, directly or indirectly, were the owners of the enterprise prior to the distribution or exchange own, in the aggregate, an amount of stock establishing a continuity of interest in each of the modified corporate forms in which the enterprise is conducted after the separation.」

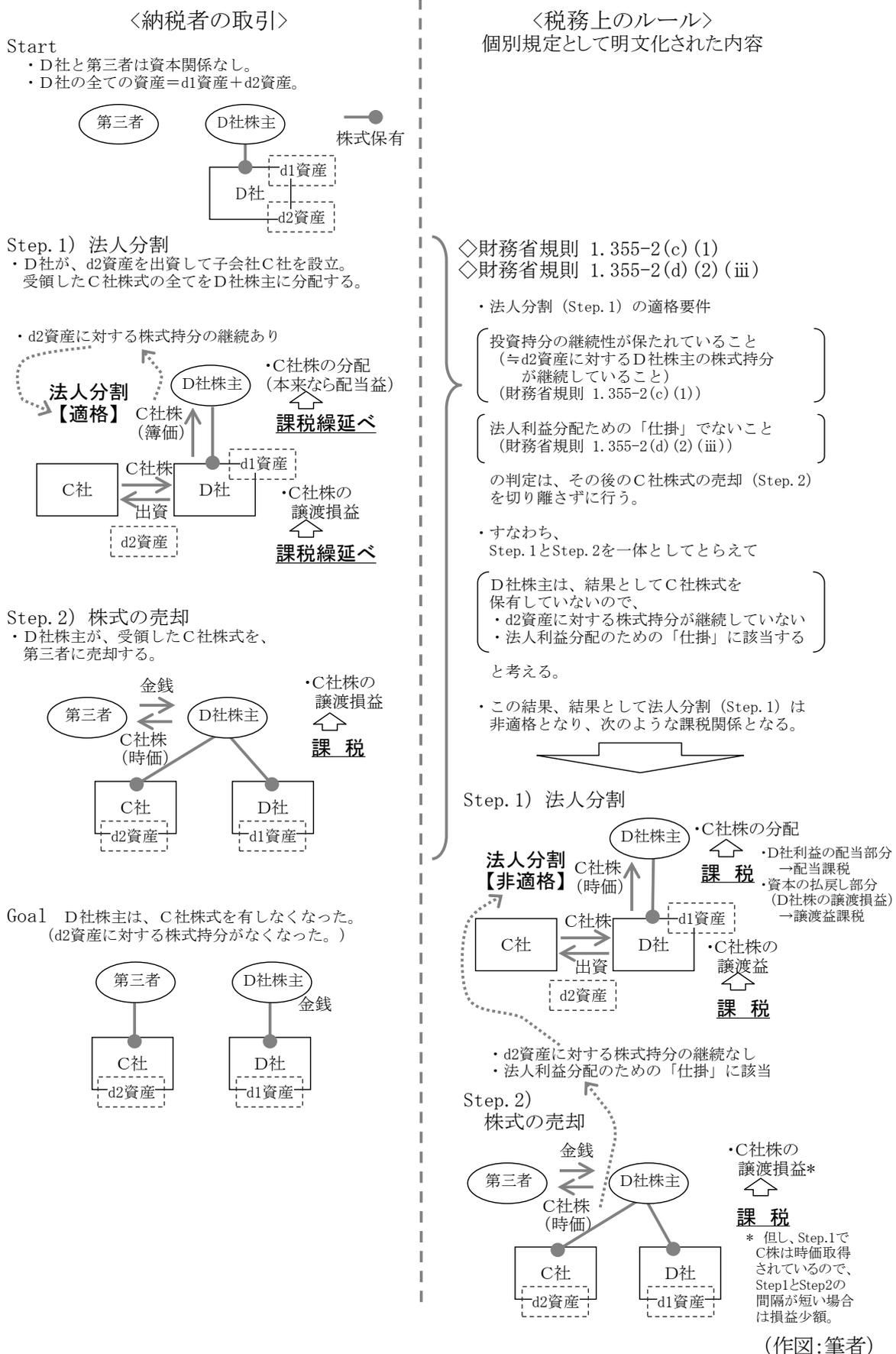
歳入法典 355 条 [に規定する法人分割の適格要件 …川端注] は、分配または交換の前に法人の所有者であった者が、全体として、その投資持分の継続性を維持するに足る株式の総量を、分配後に編成された各法人の各々において所有していることを要求する。

¹⁷⁵ 財務省規則 1.355-2(d)(2)(iii)の原文 (該当部分のみ) と筆者による抄訳は以下のとおり。

「 A sale or exchange of stock of the distributing or the controlled corporation after the distribution (a “subsequent sale or exchange”) is evidence of device. Generally, the greater the percentage of the stock sold or exchanged after the distribution, the stronger the evidence of device. In addition, the shorter the period of time between the distribution and the sale or exchange, the stronger the evidence of device.」

分配 [法人分割のこと …川端注] の後に行われる分配法人株式または被支配法人株式の売却または交換は、仕掛 (device) の証拠となる。分配の後に売却または交換される株式の割合が多いほど、また、分配と売却または交換との間隔が短いほど、仕掛のより強力な証拠となる。

図表: 21 【規定例 02】「法人分割→株式の売却」の取扱い



e. 規定制定の理由

財務省規則 1.355-2(c)(1)、および財務省規則 1.355-2(d)(2)(iii)が、上記の内容になった理由は、合併等に比べると、法人分割は租税回避のために濫用されやすく、それを防ぐためであった。

先に【規定例 01】でみたように、合併 (Step. 1) の後に、旧 T 社株主が、受領した A 社株式を売却 (Step. 2) した場合には、株式の売却 (Step. 2) を切り離して、合併 (Step. 1) 単体で適格判定する (財務省規則 1.368-1(e)(1))。その理由は、旧 T 社株主の誰が、いつ、A 社株式を売却したのかを逐一追跡把握することが執行上困難であるためであった。

一方、この事例のように、法人分割 (Step. 1) の後に株式の売却 (Step. 2) が行われた場合には、株式の売却 (Step. 2) も含めて判定し、先行する法人分割 (Step. 1) が非適格とされる。事後の株式売却の事実を追跡把握するという執行上の困難は同じであるはずにもかかわらず、法人分割の場合には、その後の株式売却までを含めて適格判定するのはなぜか。それは、合併等のいわゆる取得組織再編成に比べて、法人分割は租税回避のために濫用されやすく¹⁷⁶、それを防ぐために適格要件を厳しくしているからだと考えられる。

その点を色濃く示しているのが、財務省規則 1.355-2(d)(2)(iii)の「仕掛要件」の規定である。内国歳入法典 355 条(a)(1)(B)は、法人分割が、分配法人 D 社または被支配法人 C 社の税法上の配当可能利益 (earnings and profits; E&P) を分配するための「仕掛 (しかけ device)」として行われた場合には、その法人分割は非適格となる旨を規定している。同条

¹⁷⁶ 法人分割の濫用の可能性について、渡辺徹也教授は次のように指摘している。

「法人分割を非課税扱いすることには、濫用の危険性を伴う。例えば、D 社が、配当に使用する予定であった現金を出資して C 社を設立し、その C 社株を D 社株主に分配する … として、それが常に非課税の法人分割として扱われるならば、どういうことが起こりうるであろうか。C 社株の時価は、C 社のなかにある現金 (出資金額) を反映するから、分配を受けた株主が C 社株の時価相当額で売却すれば、当該株主は、現金配当と等しい経済的利益をキャピタル・ゲインの形で手に入れることができ、その一方で、これまで通り、D 社の事業とその資産 … を保有し続けることが可能である。つまり … 通常であれば … 配当として課税されるはずの法人利益が、C 社株という形で課税されないままに株主へ移転し … 、売却益はキャピタル・ゲイン扱いとなる。キャピタル・ゲインは、適用される税率が配当所得 … と比べて低いだけでなく、利益の算出過程で基準価格が控除できる点でも … 配当所得よりも有利である。このように、本来、配当として課税されるべき法人利益が、キャピタル・ゲイン税率で引き出される行為のことを、ベイル・アウト (bail-out) と呼ぶ。ベイル・アウトは株主段階における課税を回避する行為である。」渡辺徹也・前掲注126, 194～195 頁。なお、上記引用中の「基準価格」とは税務上の取得価額のこと。

「D 社が含み益のある資産を現物配当あるいは売却すれば、その段階で含み益が実現し、D 社において課税される。しかし、非課税法人分割を利用することで、D 社は含み益への課税を受けることなく、資産を法人から分離させることができる。そして、… 直後に C 社株が売却されることで、もはやその資産は、D 社とも旧 D 社株主とも完全に無関係な存在となる … 。このように、非課税法人分割は、(株主段階だけでなく) 法人段階課税に関する濫用の危険性も有しているのである。」同, 196 頁。

は、法人分割が租税回避のために濫用されやすいことに対抗するための規定であり、そうした租税回避のために法人分割が利用されている状態を「仕掛」と表現して、(非)適格判定のための要件としている。そして、これを受けて、財務省規則 1.355-2(d)(2)(iii)が、法人分割の後に分配法人または被支配法人の株式が売却された場合には、その売却は、その法人分割が「仕掛」であること（つまり、その法人分割が非適格となること）の証拠となる旨を定めているのである。

こうして、法人分割 (Step. 1) に続いて株式の売却 (Step. 2) が行われた場合には、法人分割の濫用を防ぐという観点から、財務省規則 1.355-2(c)(1) (投資持分継続性の要請) と、財務省規則 1.355-2(d)(2)(iii) (仕掛でないことの要請) という2つの規定によって、法人分割 (Step. 1) が非適格とされるのである。

(3) **【規定例 03】「法人分割 → 法人取得¹⁷⁷」(一体として適格判定)¹⁷⁸**
(内国歳入法典 355 条(e))

a. **納税者の取引**

納税者が、次の Step. 1 と Step. 2 を組み合わせて行ったとする。

Step. 1) 法人分割

d1 事業と d2 事業を営む分配法人 (親会社) D社が、d2 事業に属する全ての資産 (d2 資産) を出資して被支配法人 (子会社) C社を設立。C社から受領したC社株式の全てをD社株主に分配する。

Step. 2) 法人取得

取得法人A社が、D社株主に、A社株式を対価として交付して、D社 (この時点での全資産=d1 資産) を吸収合併する。

b. **税務上のルール (個別規定として明文化された内容)**

内国歳入法典 355 条(e)は、法人分割 (Step. 1) における分配法人D社の課税繰延べの可否は、その後の法人取得 (Step. 2) を切り離さず、Step. 1 と Step. 2 を一体として判定する、という旨を規定している。すなわち、法人分割 (Step. 1) が、その後の法人取得 (Step. 2) の計画の一部として行われた場合には、法人分割 (Step. 1) における分配法人D社の課税繰

¹⁷⁷ ここにいう「法人取得」(acquisition)とは、内国歳入法典 355 条(e)の適用対象である「分配法人または被支配法人の持分の50%以上を、1人またはそれ以上の者が直接または間接に取得することになるような計画 (または一連の関連取引)」を指す (後掲注179を参照)。いわゆる取得組織再編成は概ねこの要件に該当すると考えられるが、ここでは、簡単化のため、A型組織再編成 (制定法上の合併) を想定して記述した。

¹⁷⁸ この事例は、渡辺徹也・前掲注126, 215~240 頁を参考に、筆者の解釈も加味してまとめた。

延べを認めない¹⁷⁹。

c. 本事例の取扱い

法人分割 (Step. 1) が、合併すなわち法人取得 (Step. 2) の計画の一部として行われているため、歳入法典 355(e)の規定により、法人分割 (Step. 1) における分割法人D社のC社株式の分配について、課税の繰延べが認められない。

また、Step. 2 については、(他の適格要件を満たしていれば) 適格合併に該当し、D社およびD社株主の双方において、課税が繰延べられる。

d. 模式図

上記 a ~ c の内容を模式図で表すと、図表 : 22 のようになる。

¹⁷⁹ 内国歳入法典 355 条(e)の原文 (該当部分のみ) と筆者による抄訳は以下のとおり。

「 § 355 … …

(e) Recognition of gain on certain distributions of stock or securities in connection with acquisitions .

… …

If there is a distribution to which this subsection applies, any stock or securities in the controlled corporation shall not be treated as qualified property ….

… …

This subsection shall apply to any distribution— … which is part of a plan (or series of related transactions) pursuant to which 1 or more persons acquire directly or indirectly stock representing a 50-percent or greater interest in the distributing corporation or any controlled corporation.」

歳入法典 355 条(e) 法人取得に連なる株式または証券の分配に係る利益の認識

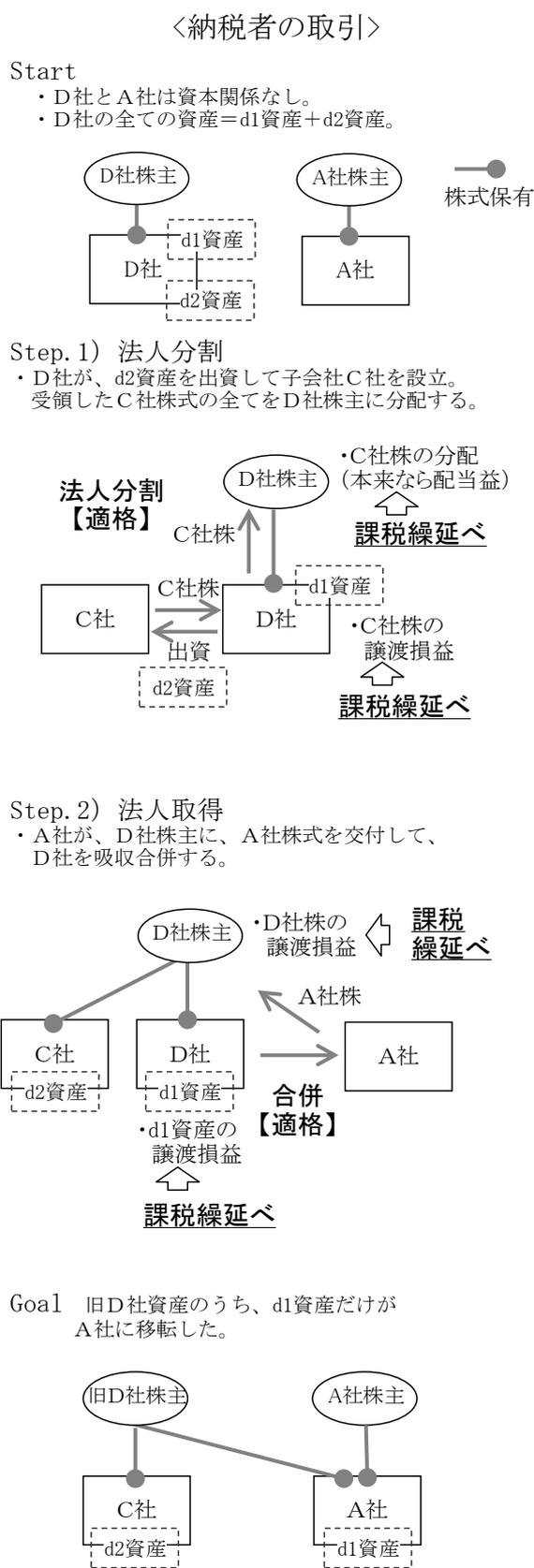
… …

本条が適用される分配が行われた場合には、被支配法人の株式または証券は適格資産として扱われない。

… …

本条は、分配法人または被支配法人の持分の 50%以上を、1 人またはそれ以上の者が直接または間接に取得することになるような計画 (または一連の関連取引) の一部であるような分配 (法人分割) に適用される。

図表:22 【規定例 03】「法人分割→法人取得」の取扱い



〈税務上のルール〉
個別規定として明文化された内容

◇内国歳入法典 355 (e)

- 法人分割 (Step. 1) が、その後の法人取得 (Step. 2) の計画の一部として行われた場合は、法人分割 (Step. 1) における分割法人D社の課税繰延べを認めない。

- すなわち、Step. 1とStep. 2を一体としてとらえて

法人分割 (Step. 1) によってD社のd2資産があらかじめ切り出されたことで、その後の法人取得 (Step. 2) が、元のD社から恣意的にd1資産だけを移転したのと実質的に同じになってしまう (「実質的に全ての資産の移転」という法人取得の適格要件が実質的に回避されてしまう)

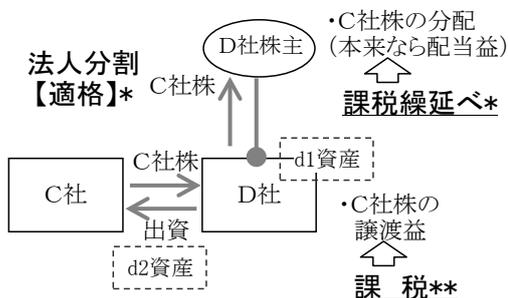
と考える。

- これへの対抗策として、次のような課税関係となる。(D社のC社株の譲渡益に課税。)



Step. 1) 法人分割

- * 法人分割自体は適格扱いとなる。
∴ D社株主への課税は繰延べられる。



** D社のC社株式の譲渡益に課税する。

Step. 2) 法人取得

左図と同じ。
すなわち、合併自体は適格合併として、D社およびD社株主への課税が繰延べられる。

(作図:筆者)

e. 規定制定の理由

上記の内容をもつ内国歳入法典 355 条(e)は 1997 年に制定された。その制定の理由は、法人取得に先立って法人分割が行われた場合には、その一連の行為は、法人の一部の資産を選択的に譲渡する行為として、売買と同様の課税が行われるべきであると考えられたためであった。

法人分割 (Step. 1) によってD社の一部の資産 (d2 資産) があらかじめ別に切り出された後で、A社によるD社の法人取得 (Step. 2) が行われると、全体としてみれば、最初のD社から一部の資産 (d1 資産) だけを恣意的に選択してA社に移転した (d1 資産を売買した) のと実質的に同じになり、「実質的に全ての資産が移転すること」という法人取得の適格要件が事実上回避されてしまう。つまり、実質的には「全ての資産の移転」ではないにもかかわらず、Step. 2 だけでみると、形式上「全ての資産の移転」となることで、課税繰延べ扱いを享受できることになってしまう。実際、この 355 条(e)が制定される以前には、このような法人分割 (Step. 1) と法人取得 (Step. 2) を連続して行っても、両 Step のいずれも課税繰延べ扱いになっていたため、こうした取引が横行していた。

このような状況に対して、連邦議会は、歳入法典 355 条は、あくまで既存の株主間において既存の法人事業を分割する際に課税の繰延べを認める規定であって、新しい株主が法人分割を利用して既存の法人事業の一部を取得する行為は、その対象外であると考えた。そして、後者の行為については、売買類似行為であり、通常の売買と同じく、資産の譲渡に係る課税があつてしかるべきであるとして当該規定を制定したのである¹⁸⁰。

3.2.2 考 察

納税者が複数の組織再編等を組み合わせて行った場合に、それらを一体のものとして課税関係を構成すべきかどうかについて、米国の組織再編税制がどのような個別規定をもっているのかを、代表的な規定を採り上げて紹介してきた。本項では、このような個別規定の特色を、わが国と対比しながら考察する。

米国において、組織再編成に関する課税要件は、内国歳入法典や財務省規則等によって、原則として単独の組織再編行為ごとに規定されている。よって、納税者が複数の組織再編等

¹⁸⁰ 渡辺徹也教授は次のように指摘している。

「取得組織再編成を行う場合、資産をすべて移転しなければ適格取引とはならない。しかし、取得組織再編成の前段階として、法人分割を行うことにより、必要な資産だけをすべての資産から『切り離す』ことが可能となる。つまり、売買と同様に恣意的に対象資産を選択 (cherry picking) しながら、その一方で、取引を適格組織再編成として更正する限り、非課税の取扱いを享受できることが問題視されるのである。」渡辺徹也・前掲注126, 227 頁。同 224～225 頁も参照。

を組み合わせで行った場合についての課税要件の解釈・適用は、以下に述べるような特段の定めがない限り、その個々の段階ごとに切り離して独立に行うのが、米国の原則である。

それを大前提としつつも、米国においては、複数の組織再編等の組み合わせのうち、租税回避の温床となりうる特定の組み合わせパターンについては、そのパターンを具体的に指定して、その一体的把握の是非を、歳入法典や財務省規則で個別に明文規定している。

その第一の特色は、特定の組織再編等の組み合わせを一体のものとしてとらえて否認すべき旨を定めた規定（類型①とする。【規定例 02】【規定例 03】が該当）だけでなく、特定の組織再編等の組み合わせについては、それぞれを切り離して別個の取引として適格判定すべき旨をあえて定めた規定（類型②とする。【規定例 01】が該当）もあるという点である。

また、第二の特色は、これらの規定内容が、米国組織再編税制における課税の繰延べの根拠（投資持分継続性の存在など）の実質的な実現度合い（単なる売買との相違）、租税回避のために濫用される危険性、実際の税務執行上の制約、などの諸要素に即して、その特定の組み合わせパターンごとに個々に吟味した結果として定められているという点である。

この結果、【規定例 01】と【規定例 02】のように、一見同じような組織再編等の組み合わせであっても、株式売却（Step. 2）に先行する組織再編行為（Step. 1）が、合併等である場合（【規定例 01】）と、法人分割である場合（【規定例 02】）とでは、その一体的把握の取扱いが分かれることもある。しかし、各パターンが財務省規則として明文化されているため、納税者はその明文規定に依拠して、これから行おうとする組織再編等の課税関係をあらかじめ予測することができるし、また仮に課税庁との争いになった場合には、自らの主張の根拠にすることができる。

他方、わが国の組織再編税制では、これらの類型①または類型②のいずれも、明文規定としてはほとんど見当たらない。明文規定は無いが文脈からそのように解釈されうる、というものまで含めると、一体として否認すると定めたと解釈されうるもの（類型①'）として、いわゆる端数株式交換に係る法人税法基本通達 1-4-2（平成 19 年 3 月 13 日改正の但書部分）があり¹⁸¹、また、個々の段階ごとに切り離して判定すると定めたと解釈されうるもの（類型②'）として、三角合併の適格判定に係る事前照会に対する国税庁からの文書回答（平成 21 年 1 月 29 日）がある¹⁸²が、それ以外にはほとんど見当たらない。

複数の組織再編等の組み合わせを、一体的に把握する（類型①）にせよ、別々に把握する（類型②）にせよ、いずれについても特定の組み合わせパターンに即して具体的に明文規定している米国のほうが、そもそもそうした個別規定が少ないわが国の現状よりも、課税関係

¹⁸¹ 前掲注66およびその本文を参照。

¹⁸² 前掲注47の引用部分およびその本文を参照。

に関する納税者の予測可能性や法的安定性が高いといえるだろう。

ところで、わが国の場合、組織再編税制の適格要件として、いわゆる「見込み要件」が多用されている¹⁸³。この見込み要件について、たとえば、財務省の元担当官で平成22年度の組織再編税制の改正にも携わった佐々木浩税理士は、次のように説明している。

- ・ 日本の組織再編税制は、構造的にステップトランザクションの考え方をとっていないで、その時点、その時点で決着を付けるという考え方で整理されています。ある組織再編成についてその前後の行為をどこまで関連付けて見るのかと言うのは、個別の制度ではあまりなく、結構狭いですね。もちろん、行為計算否認規定あたりの適用まで考えるのであればそれもありますけれども、一般的にはそうではない。… 要件の充足について、その時点その時点で決着をつけることを基本とするとなると、この状態が継続するか否かについては、いわゆる見込み要件で判断するということになります。
- … 見込み要件は、例えば、株式の継続保有見込み要件でいうと、その時点で継続して保有することが見込まれているのであれば、物凄く極端な言い方をすれば、明日、事情が大きく変わって譲渡することになったとしても構わない、要件違反とならない、といった感じです …。 … そのような説明が従来からされています。(佐々木浩)¹⁸⁴

佐々木説によれば、わが国の組織再編税制においては、複数の組織再編等を組み合わせて行った場合でも、その適格判定は段階ごとに切り離して独立に行うのが原則であり、課税繰延べのために一定の状態（法人間の支配関係など）の継続が要求されていても、それは、その組織再編が実行された時点で、その継続が「見込まれて」いさえすればよい（その状態が、

¹⁸³ たとえば合併の適格要件として、次のような「見込み要件」がある（一部抜粋）。

- 1) グループ内組織再編における（完全）支配関係の継続見込み
合併前に当該合併に係る被合併法人と合併法人との間に同一の者による（完全）支配関係があり、かつ、当該合併後に当該同一の者と当該合併法人との間に当該同一の者による（完全）支配関係が継続することが見込まれていること。（法人税法施行令4条の3第2項二、第3項二）
- 2) 共同事業組織再編における従業者の引継ぎ見込み
被合併法人の従業者のうち、その総数のおおむね80%以上の者が当該合併後に合併法人の業務に従事することが見込まれていること。（同4条の3第4項三）
- 3) 共同事業組織再編における被合併事業の継続見込み
被合併事業が当該合併後に合併法人において引き続き営まれることが見込まれていること。（同4条の3第4項四）
- 4) 共同事業組織再編における株式継続保有見込み
被合併法人の株主等で当該合併により交付を受ける合併法人の株式等の全部を継続して保有することが見込まれる者等が有する被合併法人の株式等の合計数が、当該被合併法人の発行済株式等の総数の80%以上であること。（同4条の3第4項五）

¹⁸⁴ 仲谷修=栗原正明=中村慈美=佐々木浩=武井一浩「座談会 企業組織再編税制及びグループ法人税制の現状と今後の展望」大蔵財務協会編『企業組織再編税制及びグループ法人税制の現状と今後の展望』大蔵財務協会（2012）、69頁～70頁。

実際にその後まで継続したかどうかの事実関係は問わない)ということになる。このような考え方を常に額面どおりに適用可能なのであれば、わが国の組織再編税制は、いわば、そのすべてが上記の類型②の規定(それぞれを切り離して別個の取引として適格判定すべき旨を定めた規定)の集まりであり、予測可能性等は高いということになるのかもしれない。

しかしながら、見込み要件の充足判定については、次のような指摘がある。

- ・もし、被合併法人等の従業者について、合併等直前にその数を過小なものとするか、あるいはいったんは合併法人等に引き継ぐが、直後に解雇して、概ね 80%となるように作為することがあれば、適格要件を満たさなくなることになる。

… …

個々の適格要件については、それぞれの要件を満たしていないのに満たしているかのように仮装したり、あるいは適格要件を満たしているのに、満たしていないかのように仮装するのは、それは仮装行為であるので、真実の姿に戻して、その事実を認定することになる。それゆえ、適格要件を満たしているか満たしていないかは法人税法第 132 条の 2 の租税回避行為の問題とはされない。(成道秀雄)¹⁸⁵

成道教授のこうした指摘は、行為・計算否認規定である法人税法 132 条の 2 の解釈ではなく、通常の適格要件としての「見込み要件」規定の解釈として述べられているものである。成道説によれば、ある状態の継続が組織再編時点で「見込まれていた」かどうかの判定は、実質的には組織再編後の現実の事実関係も視野に入れて行われるから¹⁸⁶、複数の組織再編等を一体的にとらえる発想が入ってくる可能性がある。

また、わが国の組織再編税制の創設に携わった朝長英樹税理士は、見込み要件と法人税法 132 条の 2 との関係について、次のように述べている。

- ・ [適格要件のうち …川端注] 「見込まれている」としているものについては、見込みを要件としているものであり、結果を要件としているものではないため、「見込まれている」という要件を外すために「見込まれていない」という状態にしたという場合には、「見込まれている」という状態を「見込まれていない」という状態に変える行為や計算が法人税法 132 条の 2 の「行為又は計算」ということにな … る。(朝長英樹)¹⁸⁷

¹⁸⁵ 成道秀雄「組織再編成における租税回避行為」日本税務研究センター編『同族会社の行為計算の否認規定の再検討—租税回避行為との関係を含めて—』財経詳報社(2007), 163 項、158 頁。

¹⁸⁶ 実務家向け税務雑誌等でも、この「見込み要件」の成否が税務調査で指摘されやすい点だとする記事が多い。そうした記事は、<「見込み要件」の認定が、実質的に組織再編後の現実の事実関係も視野に入れて行われる> とまでは明言しないものの、納税者と課税庁の見解の相違が生じやすい論点であり、「見込み」があったことを示す根拠資料を念入りに整備保存しておくべきことを説いている。たとえば、岩品信明「両側から見た税務調査—M&A・組織再編、移転価格税制、期間損益、否認」税務弘報 59(5)(2011), 116 頁、西村美智子=中島礼子「M&A の税務調査対策」税務弘報 60(9)(2012), 146 頁など。

¹⁸⁷ 朝長英樹「組織再編成に係る行為又は計算の否認(2)」T&A master 446 号(2012), 21 頁。

見込まれていた内容が実際に実現したかどうかは問わないけれども、その「見込み」自体の有無を恣意的に操作するような行為は、法人税法 132 条の 2 の適用対象になりうるものである。

さらに、佐々木説自身が注意深く言及しているように、上記の佐々木説の考え方は、あくまで通常の一般的な組織再編等を対象としたものであり、法人税法 132 条の 2 が発動されるような場面では、別の判断基準（組織再編等の一体的把握など）が入ってくる可能性が残っている。

つまり、わが国の適格組織再編に係る「見込み要件」は、実質的にはその後の現実の事実関係まで視野に入れて（複数の組織再編等を一体的にとらえて）判定される可能性があり、また「見込み」の有無それ自体が法人税法 132 条の 2 により否認されることもあり得るという意味で、要件が成立しているかどうかの判定上、曖昧で不明確な部分が大きいいわざるをえない。米国の個別規定は、類型①および類型②のいずれであっても、実際の組織再編行為の有無という客観的な事実関係にもとづいて要件定義されている。これに対して、わが国の個別の適格要件は、主観要素が混じる「見込み」という要素を多用することで、米国の類型①にも類型②にもあてはまらない中途半端なものになっており、この点でも、納税者の予測可能性や法的安定性を損ねる危険性をはらんでいるのである。

3.3 節 複数の組織再編等の組み合わせに関する段階取引の法理

米国には、否認のための判例法理の主要な 1 つとして、「段階取引の法理（step transaction doctrine）」と呼ばれるものがある。これは、「法形式上は複数の段階を踏んでいても、実体としては単一の取引であるというべき事情がある場合に、実体に基づいた課税を行う」という考え方である。本稿の主題は、複数の組織再編等を一体のものとして扱えるかどうか、という点にあるから、「法形式上は複数の組織再編等を踏んでいても、実体としては単一の組織再編であるというべき事情がある場合に …」と読み替えれば、段階取引の法理は、本稿の主題に一定の示唆を与えてくれるように思われる。

そこで本節では、まず、段階取引の法理の概要を整理する（3.3.1 項）。続いて、複数の組織再編等の組み合わせについて段階取引の法理を適用した代表的裁判例を、そこで用いられた判定基準別に、拘束的約定基準（【判例 01】）、相互依存基準（【判例 02】【判例 03】）、最終結果基準（【判例 04】）の順に紹介する（3.3.2 項）。そして、これらをもとに、米国における段階取引の法理の特色について考察する（3.3.3 項）。

3.3.1 段階取引の法理の概要

(1) 法理の概要

3.1.3項で示したように、段階取引の法理とは、おおむね次のようなものとして理解されている¹⁸⁸。

- ・ 形式的に別個のステップごとの取引について、これらのステップを結合することにより取引の「実体」を正確に反映すると認められる場合、課税上単一の取引として取り扱われるべきであるとする考え方。(本庄資)
- ・ 統合された取引の中の相互に関連し合っている各段階(ステップ)について、課税上これらを別々に取り扱うのではなく、全体として分析することを要求する原則。(渡辺徹也)
- ・ 法形式上は複数の段階を踏んでいても、実体としては単一の取引であるというべき事情がある場合に、実体に基づいた課税を行うもの。(大石篤史)

段階取引の法理は、元々は、法人の設立や組織変更といった法人株主間取引の領域から生成したものであるが、近年は、それ以外の一般的な取引領域(たとえば婚姻など)に対しても広く適用されている¹⁸⁹。

また、この法理を適用して一連の取引を一体のものとして把握することが、常に課税庁に有利になるとは限らない。納税者にとってそれが有利と考えられる場合には、納税者側が、自己が行った複数の取引について、段階取引の法理によって一体的に把握されるべきことを主張することもある¹⁹⁰。

¹⁸⁸ 前掲図表：18(71頁)を参照。

¹⁸⁹ 岡村忠生教授は次のように述べる。

「実質主義および事業目的、段階取引の法理は、法人の設立や組織変更、清算といった法人株主間取引の領域から芽を出したものであ…る。現実に生じる様々な法形式を用いた法人再組織取引に対して、連邦議会は、投資が実質的に継続している限り含み損益は課税しない…政策を貫こうとしたため、規定の定め方として適用要件を十分絞込み込むことが技術的にできず、裁判所が個別具体的にこれら規定の適用を制限せざるを得なかったと考えられる。」岡村忠生「税負担回避の意図と二分肢テスト」税法学543号(2000), 14頁。

「たとえば、結婚しているかどうかを年末の日において判断することとされている場合に、年末に離婚をし、年初に再婚をする行為を繰り返した場合について、段階取引の法理の適用により、離婚と再婚を無視した判例がある。……段階取引の法理は、今日、たとえば婚姻のようなおおよそ事業目的や法人の目的には関係のない領域にまで妥当する普遍性を獲得している。」岡村忠生・前掲注124, 129頁。

¹⁹⁰ 後述3.3.3項(119頁)を参照。

(2) 判定基準

段階取引の法理を適用して取引を一体的に把握するかどうかの判定基準として、米国の裁判所は「拘束的約定基準 (binding commitment test)」「相互依存基準 (Mutual interdependence test)」「最終結果基準(end result test)」という3種類の基準を発展させてきた。それぞれの基準の内容は下表の通りである。

図表:23 段階取引の法理による一体的把握の判定基準¹⁹¹

拘束的約定基準 (binding commitment test)	<ul style="list-style-type: none"> 第一の段階において第二の段階が続くことが拘束力ある合意をもって約束されている場合にのみ、両段階を単一の取引として取り扱うという考え方。
相互依存基準 (mutual interdependence test)	<ul style="list-style-type: none"> 複数の段階が全て完了しない限り、その全部または一部の段階が意味を失ってしまう場合に、それらを単一の取引として取り扱うという考え方。
最終結果基準 (end result test)	<ul style="list-style-type: none"> 複数の段階が、最終の結果を実現するために当初から意図された計画の一部に過ぎない場合に、それらを単一の取引として取り扱うという考え方。

(作表:筆者)

大まかな傾向として、一体的把握をするために各段階の結びつきが一番強く要求される(適用要件が厳しい)のが「拘束的約定基準」、逆に、各段階の結びつきがそれほど強くななくても一体的把握を認める(適用要件が緩い)のが「最終結果基準」であるといわれている¹⁹²。また、これら3つの基準に加えて、各段階の時間的近接性や導管の利用の有無なども、一体的把握の判断要素とされることがある¹⁹³。

以下、3.3.2項で、段階取引の法理によって組織再編等の一体的把握の是非を判定した代表的な裁判例を紹介する。

¹⁹¹ 大石篤史「組織再編税制と租税回避」金子宏編『租税法の発展』有斐閣(2010)、502頁をもとに作表した。

¹⁹² 渡辺徹也・前掲注117、449頁、岡村忠生・前掲注124、130頁。

¹⁹³ 大石篤史・前掲注191、502頁。

3.3.2 具体的な裁判例の紹介

(1) 【判例 01】拘束的約定基準の適用例¹⁹⁴

— Gordon 事件 連邦最高裁判所判決 (1968 年)¹⁹⁵

a. 納税者の取引

納税者が、次の Step. 1 と Step. 2 を組み合わせて行った。

Step. 1) 子会社の設立+子会社株式の一部分配

分配法人(親会社) D社が、自己の一部の資産 (d2 資産) を出資して子会社 C社を設立。その直後に、D社は、受領した C社株式のうち 57%を D社株主に分配するとともに、残り 43%の C社株式はおよそ 3年以内に分配する予定である旨を D社株主に通知した。

Step. 2) 残りの子会社株式の分配

Step. 1 から 2年後に、D社は、残り 43%の C社株式を D社株主に分配した。

b. 納税者の主張

Step. 1 は連続する 2つの分配 (Step. 1 と Step. 2) の一部であり、Step. 1 と Step. 2 が全体として、「分配の直前において D社が C社を 80%超支配していなければならない」という法人分割の適格要件を満たす。よって、Step. 2 は次の課税関係となるべきである。

Step. 2)

- ・ D社：C社株式の譲渡損益につき課税繰延べ。
- ・ D社株主：C社株式の受領(本来なら配当益)につき課税繰延べ。

c. 裁判所の判断

◇結論

連邦最高裁判所は、段階取引の法理のうち拘束的約定基準を採用し、Step. 1 と Step. 2 とは、別々の独立した取引であると判定した。そして、Step. 2 の適格性を否認して、課税した。(納税者敗訴)

◇判旨

最初の分配 (Step. 1) が「支配」を移転する単なる第 1 段階にすぎないというためには、Step. 1 が行われた時点において後続の段階 (Step. 2) が行われる拘束的約定 (binding commitment) が存在していなければならないが、本件においてはそのような拘束的約定は存在しない。よって、Step. 1 と Step. 2 とは別々の独立した取引である。

¹⁹⁴ この事例は、渡辺徹也・前掲注123, 153 頁、渡辺徹也・前掲注117, 448 頁を参考に、筆者の解釈も加味してまとめた。

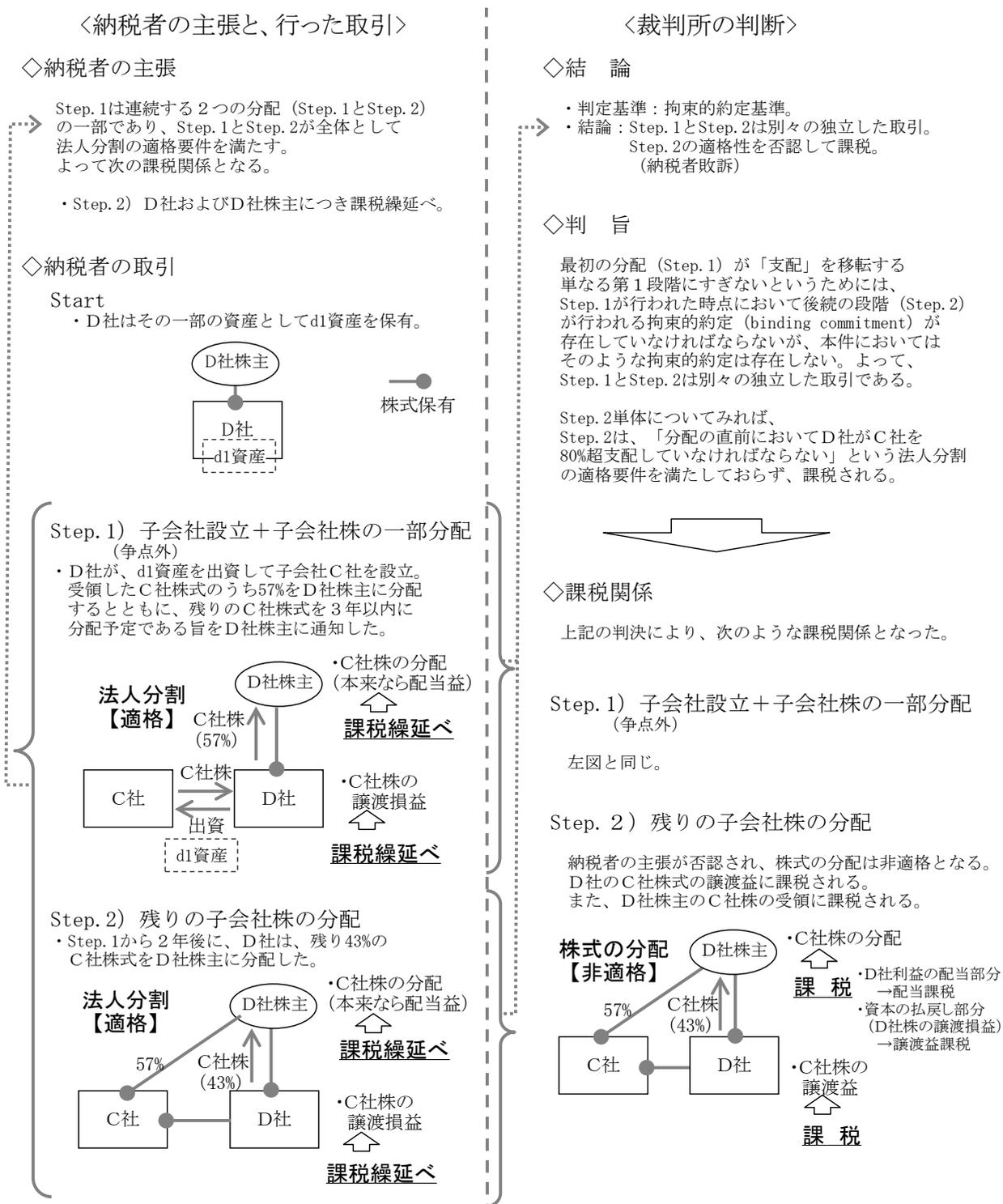
¹⁹⁵ Gordon v. Commissioner, 391 U.S. 83 (1968)。

Step. 2 単体についてみれば、Step. 2 は、「分配の直前においてD社がC社を 80%超支配していなければならない」という法人分割の適格要件を満たしておらず、課税される。

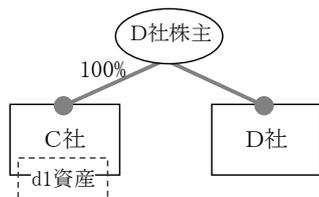
d. 模式図

上記 a ~ c の内容を模式図で表すと、図表：24のようになる。

図表：24 【判例 01】拘束的約定基準の適用例 ~ Gordon 事件 最高裁判所判決



Goal C社はD社株主の100%子会社になった。



(作図:筆者)

(2) 【判例 02】相互依存基準の適用例 (その1) ¹⁹⁶

— American Bantam Car 事件 連邦最高裁判所判決 (1950 年) ¹⁹⁷

a. 納税者の取引

納税者が、次の Step. 1 と Step. 2 を組み合わせて行った。

Step. 1) 現物出資

親会社X社が、自己の一部の資産 (x1 資産) を出資して子会社Y社を設立し、Y社からY社株式を受領した。この時点では、X社と第三者との接触はなかった。

Step. 2) 株式の売却

X社が、受領したY社株式を第三者に売却した。この売却交渉は、Step. 1 の後に開始され、売却はX社の自由意志にもとづいて行われた。

b. 納税者の主張

Step. 1 と Step. 2 は互いに独立した取引であり、Step. 1 は「現物出資直後においてX社がY社を支配していること」という現物出資の適格要件を満たす。よって、Step. 1 は次の課税関係となるべきである。

Step. 1)

- ・ X社 : x1 資産の譲渡損益につき課税繰延べ。

c. 裁判所の判断

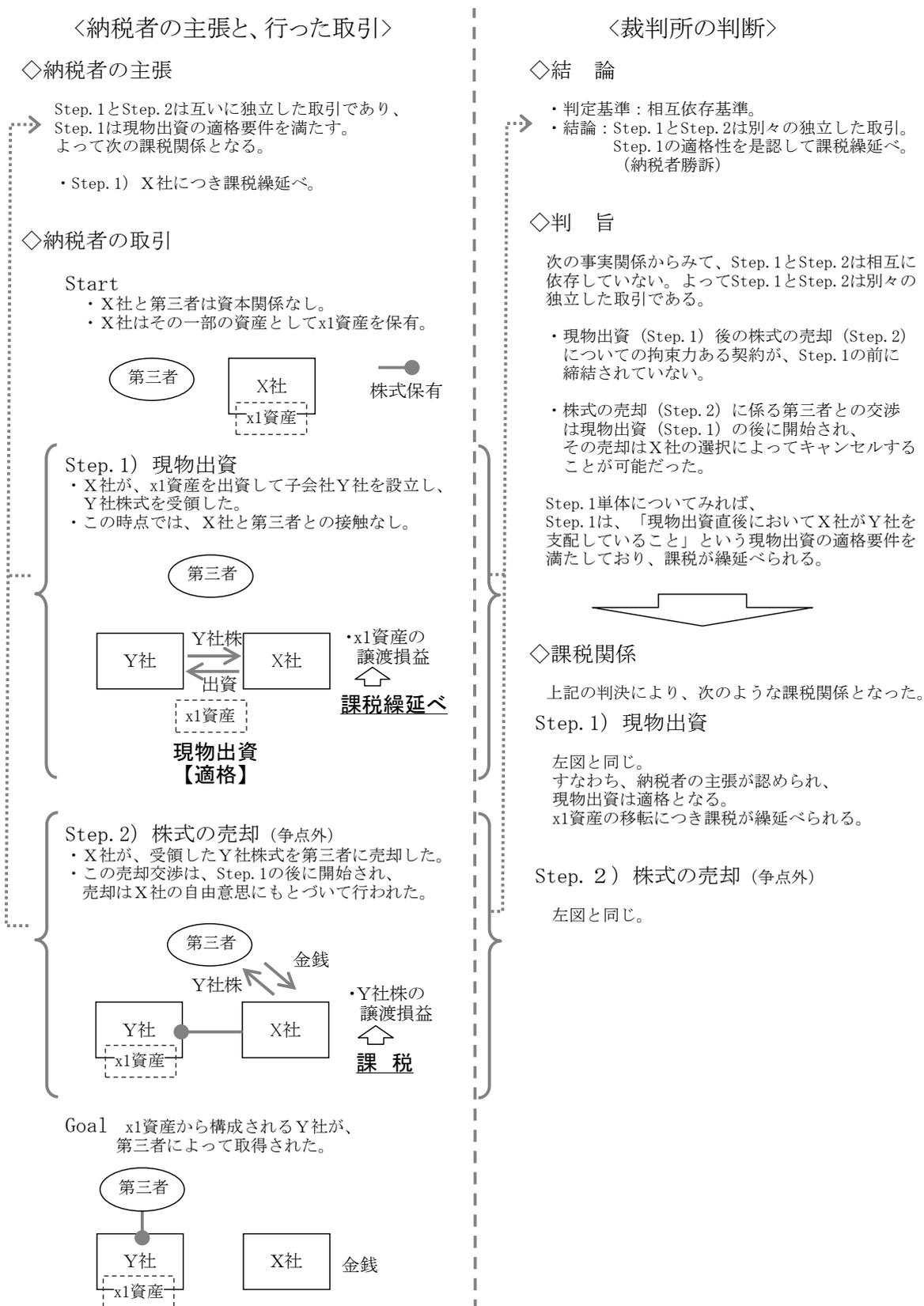
◇結 論

連邦最高裁判所は、段階取引の法理のうち相互依存基準を採用し、Step. 1 と Step. 2 とは、別々の独立した取引であると判定した。そして、Step. 1 の適格性を認めて、課税繰延べとした。(納税者勝訴)

¹⁹⁶ この事例は、大石篤史・前掲注103, 43 頁を参考に、筆者の解釈も加味してまとめた。

¹⁹⁷ American Bantam Car Co., 11 T. C. 397 (1948), aff'd per curiam, 177 F. 2d 513 (3rd Cir. 1949), cert. denied, 339 U. S. 920 (1950)。

図表:25 【判例 02】相互依存基準の適用例(その1) ～American Bantam Car 事件 最高裁判所判決



(作図:筆者)

◇判 旨

次の事実関係からみて、Step. 1 と Step. 2 は相互に依存していない。よって、実質的に単一の取引であるとはいえない。

- ・ 現物出資 (Step. 1) 後の株式の売却 (Step. 2) についての拘束力ある契約が、Step. 1 の前に締結されていない。
- ・ 株式の売却 (Step. 2) に係る第三者との交渉は現物出資 (Step. 1) の後に開始され、その売却はX社の選択によってキャンセルすることが可能だった。

Step. 1 単体についてみれば、Step. 1 は、「現物出資直後においてX社がY社を支配していること」という現物出資の適格要件を満たしており、課税が繰延べられる。

d. 模式図

上記 a ～ c の内容を模式図で表すと、図表：25のようになる。

(3) 【判例 03】相互依存基準の適用例 (その 2) ¹⁹⁸

— Manhattan Building 事件 租税裁判所判決 (1957 年) ¹⁹⁹

a. 納税者の取引

納税者が、次の Step. 1 と Step. 2 を組み合わせて行った。

Step. 1) 現物出資

親会社X社が、外部から掛購入した資産 (x1 資産) を出資して子会社Y社を設立し、Y社からY社株式を受領した。Y社設立に先立ち、X社と第三者との間で、X社から第三者にY社株式を売却する旨の契約を締結していた。

Step. 2) 株式の売却

X社が、受領したY社株式を、Step. 1 に先立つ契約にもとづいて第三者に売却した。X社は、Y社株式の売却で得た金銭で、x1 資産の購入先に、x1 資産の購入代金を支払った。

b. 納税者の主張

Step. 1 と Step. 2 は互いに独立した取引であり、Step. 1 は「現物出資直後においてX社がY社を支配していること」という現物出資の適格要件を満たす。よって、Step. 1 は次の課税関係となるべきである。

Step. 1)

- ・ X社：x1 資産の譲渡損益につき課税繰延べ。

¹⁹⁸ この事例は、大石篤史・前掲注103, 43 頁を参考に、筆者の解釈も加味してまとめた。

¹⁹⁹ Manhattan Building Co., 27 T.C. 1032 (1957)。

図表:26 【判例 03】相互依存基準の適用例(その2) ~Manhattan Building 事件 租税裁判所判決

<納税者の主張と、行った取引>

◇納税者の主張

Step. 1とStep. 2は互いに独立した取引であり、Step. 1は現物出資の適格要件を満たす。よって次の課税関係となる。

- ・ Step. 1) X社につき課税繰延べ。

◇納税者の取引

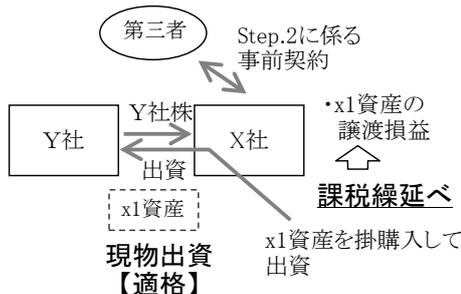
Start

- ・ X社と第三者は資本関係なし。
- ・ X社は、現物出資するx1資産をまだ調達していない。



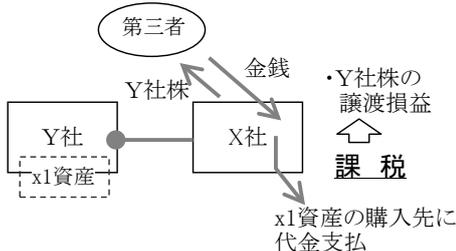
Step. 1) 現物出資

- ・ X社が、外部から掛購入したx1資産を出資して子会社Y社を設立し、Y社株式を受領した。
- ・ Y社設立に先立ち、X社と第三者との間で、X社から第三者にY社株式を売却する旨の契約を締結していた。

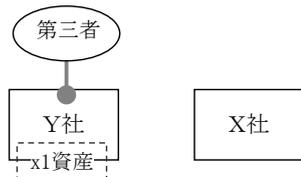


Step. 2) 株式の売却 (争点外)

- ・ X社が、受領したY社株式を、Step. 1に先立つ契約にもとづいて第三者に売却した。
- ・ X社は、Y社株式の売却で得た金銭で、x1資産の購入先に、x1資産の購入代金を支払った。



Goal x1資産から構成されるY社が、第三者によって取得された。



<裁判所の判断>

◇結論

- ・ 判定基準：相互依存基準。
- ・ 結論：Step. 1とStep. 2は実質的に単一の取引。Step. 1の適格性を否認して課税。(納税者敗訴)

◇判旨

次の事実関係からみて、Step. 1とStep. 2は相互に依存している。よってStep. 1とStep. 2は実質的に単一の取引である。

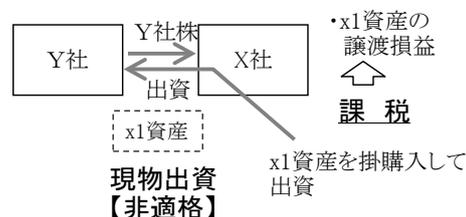
- ・ 現物出資 (Step. 1) 後の株式の売却 (Step. 2) が、Step. 1の前に締結された拘束力ある契約にもとづくものであった。
- ・ 株式の売却 (Step. 2) による資金調達が行われなければ、現物出資の対象となるx1資産を購入することさえ、できなかった。

Step. 1とStep. 2を一体としてみれば、Step. 1は、「現物出資直後においてX社がY社を支配していること」という現物出資の適格要件を満たしておらず、課税される。

◇課税関係

上記の判決により、次のような課税関係となった。
Step. 1) 現物出資

納税者の主張が否認され、現物出資は非適格となる。X社のx1資産の譲渡損益に課税される。



Step. 2) 株式の売却 (争点外)

左図と同じ。

(作図:筆者)

c. 裁判所の判断

◇結論

租税裁判所は、段階取引の法理のうち相互依存基準を採用し、Step. 1 と Step. 2 とは、実質的に単一の取引であると判定した。そして、Step. 1 の適格性を否認して、課税した。(納税者敗訴)

◇判旨

次の事実関係からみて、Step. 1 と Step. 2 は相互に依存している。よって、実質的に単一の取引である。

- ・ 現物出資 (Step. 1) 後の株式の売却 (Step. 2) が、Step. 1 の前に締結された拘束力ある契約にもとづくものであった。
- ・ 株式の売却 (Step. 2) による資金調達が行われなければ、現物出資の対象となる x1 資産を購入することさえ、できなかった。

Step. 1 と Step. 2 を一体としてみれば、Step. 1 は、「現物出資直後において X 社が Y 社を支配していること」という現物出資の適格要件を満たしておらず、課税される。

d. 模式図

上記 a ～ c の内容を模式図で表すと、図表：26 のようになる。

(4) 【判例 04】最終結果基準の適用例²⁰⁰

— Elkhorn 事件 第 4 巡回区控訴裁判所判決 (1938 年)²⁰¹

a. 納税者の取引

納税者が、次の Step. 1 と Step. 2 を組み合わせて行った。

Step. 1) 法人分割

分配法人 (親会社) D 社が、自己の一部の資産 (d2 資産) を出資して子会社 C 社を設立。C 社から受領した C 社株式の全てを D 社株主に分配した。

Step. 2) 事実上の合併 (C 型組織再編成)

取得法人 A 社が、D 社に、A 社株式を対価として交付して、D 社に残った全資産 (d1 資産) を取得。その後、D 社は清算し、受領した A 社株式を D 社株主に分配して消滅した。

²⁰⁰ この事例は、渡辺徹也・前掲注126, 162～166 頁、岡村忠生・前掲注124, 116～121 頁を参考に、筆者の解釈も加味してまとめた。ただし、渡辺教授や岡村教授は、この判決が最終結果基準の適用事例だと明言してはいない。判旨の内容をもとに、筆者にて、最終結果基準の適用事例に分類した。

²⁰¹ Elkhorn Coal Co. v. Helvering, 95 F.2d 732(4th Cir.1937), cert denied, 305 U.S. 605, reh'g denied, 305 U.S. 670 (1938)。

b. 納税者の主張

Step. 1 と Step. 2 は互いに独立した取引であり、Step. 2 は「実質的に全ての資産の取得」という事実上の合併（C型組織再編成）の適格要件を満たす。よって次の課税関係となるべきである。

Step. 2)

- ・ D社：d1 資産の譲渡損益およびA社株式の譲渡損益につき、
それぞれ課税繰延べ。
- ・ D社株主：D社株式の譲渡損益につき課税繰延べ。

c. 裁判所の判断

◇結 論

第4巡回区控訴裁判所は、段階取引の法理のうち最終結果基準を採用し、Step. 1 と Step. 2 とは、実質的に単一の取引であると判定した。そして、Step. 2 の適格性を否認して、課税した。（納税者敗訴）

◇判 旨

かつて Minnesota Tea 事件において、最高裁判決（1938年）は、「まっすぐな道が行き着く結論を、曲がりくねった道を辿ることによって変更することはできない。先行する株主への分配 [本件とほぼ同様の法人分割のこと …川端注] は、… 無意味で不必要な出来事である」と述べた。

本件でも、新法人の設立とそれへの資産移転（Step. 1）が達成した唯一の目的は、旧法人の全ての資産をA社に移転したように見せかけることだけであり、Step. 1 は「無意味で不必要な出来事」であって、法人の目的は認められない。たしかに、A社への資産移転（Step. 2）には法人の目的があったが、それは全資産の移転でない限り、課税の対象となる。本件で行われたのは、旧法人資産の一部をA社株式を対価として移転し、旧法人の事業を新法人の定款の下で旧法人株主の手に留めたということである。このことを「曲がりくねった道を辿ることによって変更することはできない」。

C社の設立とそこへの資産移転（Step. 1）は、A社に資産を移転させるという単独計画（Step. 2）の構成部分にすぎないのであって、1つの取引の一部とみなされるべきである。

Step. 1 と Step. 2 を一体としてみれば、Step. 2 は、「実質的に全ての資産の取得」という事実上の合併（C型組織再編成）の適格要件を満たしておらず、課税される。

d. 模式図

上記 a～c の内容を模式図で表すと、図表：27 のようになる。

図表:27 【判例 04】最終結果基準の適用例 ~Elkhorn 事件 第4巡回区控訴裁判所判決

〈納税者の主張と、行った取引〉

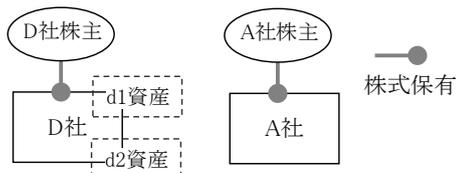
◇納税者の主張

- Step. 1とStep. 2は互いに独立した取引であり、Step. 2は事実上の合併（C型組織再編成）の適格要件を満たす。よって次の課税関係となる。
- Step. 2) D社およびD社株主につき課税繰延べ。

◇納税者の取引

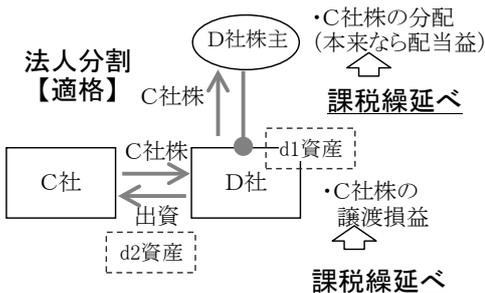
Start

- D社とA社は資本関係なし。
- D社の全ての資産=d1資産+d2資産。



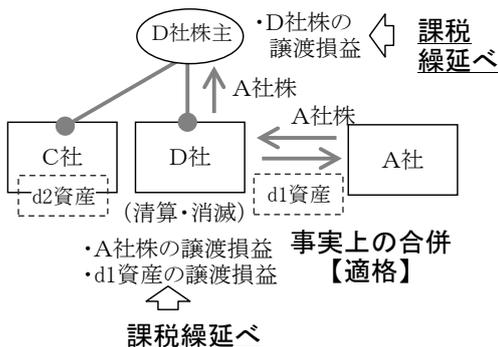
Step. 1) 法人分割 (争点外)

- D社が、d2資産を出資して子会社C社を設立。受領したC社株式の全てをD社株主に分配した。

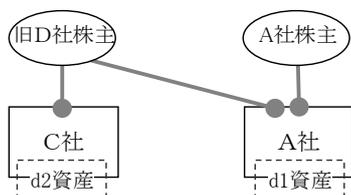


Step. 2) 事実上の合併 (C型組織再編成)

- A社が、D社に、A社株式を交付して、D社の全ての資産 (d1資産) を取得。その後、D社は清算し、受領したA社株式を、D社株主に分配して消滅した。



Goal 旧D社資産のうち、d1資産だけがA社に移転した。



〈裁判所の判断〉

◇結論

- 判定基準：最終結果基準。
- 結論：Step. 1とStep. 2は実質的に単一の取引。Step. 2の適格性を否認して課税。(納税者敗訴)

◇判旨

C社の設立とそこへの資産移転 (Step. 1) は、A社に資産を移転させるという単独計画 (Step. 2) の構成部分にすぎないのであって、1つの取引の一部とみなされるべき。よってStep. 1とStep. 2は実質的に単一の取引である。

Step. 1とStep. 2を一体としてみれば、A社がStep. 2で取得したのはD社が元々有していた資産の一部にすぎないから、Step. 2は、「実質的に全ての資産の取得」という事実上の合併 (C型組織再編成) の適格要件を満たしておらず、課税される。

◇課税関係

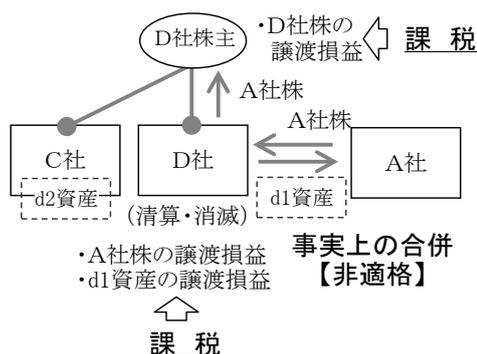
上記の判決により、次のような課税関係となった。

Step. 1) 法人分割 (争点外)

左図と同じ。

Step. 2) 事実上の合併 (C型組織再編成)

納税者の主張が否認され、事実上の合併 (C型組織再編成) は非適格となる。D社のd1資産の譲渡損益およびA社株式の譲渡損益に課税される。また、D社株主のD社株式の譲渡損益に課税される。



(作図:筆者)

3.3.3 考 察

納税者が複数の組織再編等の組み合わせて行った場合に、それらを一体のものとして課税できるかどうかをめぐり、米国の「段階取引の法理」がどのように適用されているのかを、代表的な裁判例を採り上げて紹介してきた。本項では、このような段階取引の法理の特色について考察する。

今回採り上げた判例の要旨を改めてまとめると、図表：28のようになる。なお、やや重要度が落ちるため前項まででは採り上げなかった判例を2つ追加している(【判例05】【判例06】)。

図表：28 段階取引の法理を適用した主な裁判例

判 例	納税者が行った取引と、その主張	裁判所の判断
【判例01】 Gordon 事件 連邦最高裁判 所判決(1968)	◇納税者の取引 Step.1) 子会社設立 +子会社株の一部分配 Step.2) 残りの子会社株の分配 ◇納税者の主張 Step.1は連続する2つの分配(Step.1とStep.2)の一部であり、Step.1とStep.2が全体として法人分割の適格要件を満たす(課税繰延べとなる)。	◇結 論 判定基準:拘束的約定基準。 結論:Step.1とStep.2は別々の独立した取引。 Step.2の適格性を否認して課税。 (納税者敗訴) ◇判 旨 ・ Step.1が「支配」を移転する単なる第1段階にすぎないというためには、Step.1が行われた時点においてStep.2が行われる拘束的約定が存在していなければならないが、本件にはそのような拘束的約定は存在しない。よって、Step.1とStep.2は別々の独立した取引である。
【判例02】 American Ban tam Car 事件 連邦最高裁判 所判決(1950)	◇納税者の取引 Step.1) 現物出資 Step.2) 株式の売却 ◇納税者の主張 Step.1とStep.2は互いに独立した取引であり、Step.1は現物出資の適格要件を満たす(課税繰延べとなる)。	◇結 論 判定基準:相互依存基準。 結論:Step.1とStep.2は別々の独立した取引。 Step.1の適格性を是認して課税繰延べ。 (納税者勝訴) ◇判 旨 ・ 次の事実関係からみて、Step.1とStep.2は相互に依存していない。よって、Step.1とStep.2は別々の独立した取引である。 イ) Step.2についての拘束力ある契約がStep.1の前に締結されていない。 ロ) Step.2に係る第三者との交渉はStep.1の後に開始され、その売却はX社の選択によってキャンセル可能だった。

(承 前)

<p>【判例 03】 Manhattan Building 事件 租税裁判所判決(1957)</p>	<p>◇納税者の取引 Step.1) 現物出資 Step.2) 株式の売却</p> <p>◇納税者の主張 Step.1 と Step.2 は互いに独立した取引であり、Step.1 は現物出資の適格要件を満たす(課税繰延べとなる)。</p>	<p>◇結 論 判定基準:相互依存基準。 結論:Step.1 と Step.2 は実質的に単一の取引。 Step.1 の適格性を否認して課税。 (納税者敗訴)</p> <p>◇判 旨 ・ 次の事実関係からみて、Step.1 と Step.2 は相互に依存している。よって、Step.1 と Step.2 は実質的に単一の取引である。 イ) Step.2 が、Step.1 の前に締結された拘束力ある契約にもとづくものであった。 ロ) Step.2 による資金調達が行われなければ、現物出資の対象となる x1 資産を購入することさえ、できなかった。</p>
<p>【判例 04】 Elkhorn 事件 第4巡回区控訴裁判所判決(1938)</p>	<p>◇納税者の取引 Step.1) 法人分割 Step.2) 事実上の合併 (C型組織再編成)</p> <p>◇納税者の主張 Step.1 と Step.2 は互いに独立した取引であり、Step.2 は事実上の合併(C型組織再編成)の適格要件を満たす(課税繰延べとなる)。</p>	<p>◇結 論 判定基準:最終結果基準。 結論:Step.1 と Step.2 は実質的に単一の取引。 Step.2 の適格性を否認して課税。 (納税者敗訴)</p> <p>◇判 旨 ・ C社の設立とそこへの資産移転(Step.1)は、A社に資産を移転させるという単独計画(Step.2)の構成部分にすぎないのであって、1つの取引の一部とみなされるべきである。よって、Step.1 と Step.2 は実質的に単一の取引である。</p>
<p>【判例 05】 McDonald's Restaurants 事件 第7巡回区控訴裁判所判決(1982) (概要は、表末注1参照)</p>	<p>◇納税者の取引 Step.1) 合併 Step.2) 株式売却</p> <p>◇納税者の主張 Step.1 と Step.2 は一体のものであるから、Step.1 は合併の適格要件を満たさない(A社は取得したT社資産の取得価額を時価で計上し、より多くの減価償却費を損金算入できる)</p>	<p>◇結 論 判定基準:相互依存基準 (および拘束的約定基準、最終結果基準)。 結論:Step.1 と Step.2 は実質的に単一の取引。 Step.1 の非適格性を是認して、T社資産の時価取得に基づく減価償却を認める。 (納税者勝訴)</p> <p>◇判 旨 ・ Step.2 が保証されていなければ、それに先立つ Step.1 は行われなかったであろうから、相互依存基準により、Step.1 と Step.2 とは相互に依存している。よって、Step.1 と Step.2 は実質的に単一の取引である。</p>

(承 前)

<p>【判例06】 Minnesota Tea 事件 連邦最高裁判所判決(1938) (概要は、表末注2参照)</p>	<p>◇納税者の取引 Step.1) 法人分割 Step.2) 非課税分配</p> <p>◇納税者の主張 Step.1とStep.2は互いに独立した取引であり、Step.2は非課税分配の適格要件を満たす(課税繰延べとなる)。</p>	<p>◇結 論 判定基準:最終結果基準。 結論:Step.1とStep.2は実質的に単一の取引。 Step.2の適格性を否認して課税。 (納税者敗訴)</p> <p>◇判 旨 ・ Step.1は、D社の債権者でもあるD社株主に対する債務の返済(Step.2)における無意味で不必要な出来事である。よって、Step.1とStep.2は実質的に単一の取引である。</p>
--	--	---

(作表:筆者)

表末注)

・注1…【判例05】

McDonald's Restaurant of Illinois v. Commissioner, 688 F.2d 520(7th Cir.1982)。この判決の概要につき、渡辺徹也・前掲注126, 72~73頁、渡辺徹也・前掲注117, 449頁、大石篤史・前掲注163, 38頁を参考に、筆者の解釈も加味してまとめると、次のようになる。

a. 納税者の取引

Step.1)合併 … A社が、T社の個人株主3名(この3名でT社を実質支配)に、A社株式を対価として交付して、T社を吸収合併。その際、A社は、これらT社株主が、受領したA社株式を合併後に市場で売却することを認めた上で、合併を実施した。

Step.2)株式売却 … 旧T社株主が、A社株式を売却した。

b. 納税者の主張

Step.1とStep.2は一体のものであるから、Step.1は「A社に移転したT社資産に対するT社株主の投資持分の継続性が保たれること」という合併の適格要件を満たさない。よって、Step.1は非適格の合併となり、A社は取得したT社資産の取得価額を時価で計上でき、それにもとづいて、より多くの減価償却費を損金算入できる。

c. 裁判所の判断

合併後のA社株式の売却(Step.2)が保証されていないならば、それに先立つ合併(Step.1)は行われていなかったであろうから、相互依存基準により、Step.1とStep.2とは相互に依存しており、一体のものと認められる。また、拘束的約定基準や最終結果基準によっても、Step.1とStep.2は一体のものと認められる。Step.1は、「A社に移転したT社資産に対するT社株主の投資持分の継続性が保たれること」という合併の適格要件を満たさず、A社はT社からの移転資産の税務上の取得価額を時価で計上し、それにもとづいた、より多くの減価償却費を損金算入できる。(納税者勝訴)

・注2…【判例06】

Minnesota Tea Co. v. Helvering, 302 U.S. 609(1938)。この判決の概要につき、岡村忠生・前掲注124, 89頁, 95~96頁, 119頁、松田直樹・前掲注114, 48頁、一高龍司・前掲注110, 72頁を参考に、筆者の解釈も加味してまとめると、次のようになる。

a. 納税者の取引

Step.1) 法人分割 … D社が、自己の一部の資産(d2資産)を出資して子会社C社を設立。C社

から受領したC社株式の全てをD社株主に分配した。

Step.2) 非課税分配 … D社は、残った全資産をA社に移転。その対価としてA社からA社議決権付信託証書および現金を受領し、そのうち現金のみをD社株主に分配した。

b. 納税者の主張

Step.1とStep.2は互いに独立した取引であり、Step.2は「資産の移転の対価として金銭等を受領した法人が、組織再編成の計画の一部として、これを株主に分配すること」という非課税分配の適格要件を満たす(課税繰延べとなる)。

c. 裁判所の判断

まっすぐな道が行き着く結論を、曲がりくねった道を辿ることによって変更することはできない。D社によるC社の法人分割(Step.1)は、D社の債権者でもあるD社株主に対する債務の返済(Step.2)における無意味で不必要な出来事である。Step.2は、D社が元々有していた資産のうちの一部をA社と交換したにすぎず、組織再編成に該当しないから、「資産の移転の対価として金銭等を受領した法人が、組織再編成の計画の一部として、これを株主に分配すること」という非課税分配の適格要件を満たしておらず、課税される。(納税者敗訴)

上表から読み取れるように、段階取引の法理の第一の特色は、それが、裁判上、課税庁および納税者のどちら側の勝因にもなり得るという意味で、組織再編等の一体的把握のための中立的な判断基準を提示しているという点である。

複数の組織再編等を一体のものとして課税関係を構成することが、常に課税庁に有利となるとは限らない。一体的な把握が納税者に有利になることもある。これに対応して、納税者が行った組織再編等について、課税庁が、その一体的把握を主張する事例だけでなく、納税者自らが、その一体的把握を主張する事例もある。今回採り上げた判例でいえば、前者に該当するのが【判例 02】【判例 03】【判例 04】【判例 06】、後者に該当するのが【判例 01】【判例 05】である。

これらについて、組織再編等の一体的把握を主張した側の区別(納税者か課税庁か)を縦軸に、その主張をした側の勝敗を横軸にとり、これらの判例の分布をみると、図表：29のようになる。裁判所が、段階取引の法理に照らして単一の取引と判定したのが図の左上と右下のセル、段階取引の法理に照らして別々の取引と判定したのが右上と左下のセルである。

取引の一体的把握を主張した側が課税庁または納税者のいずれの場合でも、裁判所が段階取引の法理に照らして判定した結果、その主張した側が勝訴した場合と敗訴したことがある。判例数が少ないので一般化はできないが、今回の判例でみるかぎり、段階取引の法理は、複数の組織再編等を一体的に把握できるかどうかの判定基準を、課税庁と納税者のいずれにも偏することなく、中立的に提供する法理であるといえるだろう。

図表:29 段階取引の法理による判決結果(主張者別の勝敗)

		裁判で勝訴した側	
		納税者	課税庁
一体的把握を主張した側	納税者	<単一の取引と判定> 【判例05】 相互	<別々の取引と判定> 【判例01】 拘束
	課税庁	<別々の取引と判定> 【判例02】 相互	<単一の取引と判定> 【判例03】 相互 【判例04】 最終 【判例06】 最終

< >…裁判所が段階取引の法理に照らして判定した結果。
 「拘束」…拘束的約定基準 「相互」…相互依存基準
 「最終」…最終結果基準
 (作図：筆者)

段階取引の法理の第二の特色は、3.3.1項でも述べたように、一体的把握の是非の判断基準として、この法理が、拘束的約定基準、相互依存基準、最終結果基準という3つの基準もっているという点である²⁰²。

今回採り上げた判例についてみると、拘束的約定基準を採用した【判例01】は、一連の取引を別々の取引と判定している。相互依存基準を採用した判例では、【判例02】が別々の取引と判定する一方、【判例03】と【判例05】が単一の取引と判定している。また、最終結果基準を採用した【判例04】と【判例06】は、いずれも単一の取引と判定している。一般に、拘束的約定基準<相互依存基準<最終結果基準の順で、一連の取引を一体的に把握する傾向が強くなると指摘されているが²⁰³、今回採り上げた判例についても、そうした傾向をうかがうことができる。

これら3つの判定基準を、納税者の予測可能性や法的安定性の確保という点からみると、次のような事情から、段階取引の法理は、最終結果基準を除いて、拘束的約定基準と相互依存基準の2つを中心に理解すべきであるように思われる。

拘束的約定基準は、「拘束力ある合意」の事前の存在を要件とする。たとえば、拘束的約定基準を採用した【判例01】では、3年以内に残りの株式を分配する旨の拘束力ある合意

²⁰² 各基準の内容につき、前掲図表：23（105頁）を参照。

²⁰³ 前掲注192とその本文を参照。

が存在しなかった事実にもとづいて、一体的把握を認めなかった。

また、相互依存基準は、ある1つの取引段階が、全ての取引段階の完了によって初めて意味を持つことを要件とする。たとえば、相互依存基準を採用した【判例03】では、購入資産の現物出資(Step.1)が、それに続く株式売却(Step.2)の完了による株式売却代金の取得(それをういた資産購入代金の支払)を前提にして初めて成立するという事実にもとづいて、一体的把握を認めた。

拘束的約定基準や相互依存基準は、一体的把握のための要件が満たされているかどうかを、個々の段階ごとに客観的な事実に基づいて検証しやすく、その分だけ、課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性を確保しやすいといえるだろう。

これに対して、最終結果基準は、ある段階が「最終の結果を実現するために当初から意図された計画の一部に過ぎない」場合に、一体的把握を認める。たとえば、最終結果基準を採用した【判例04】は、自己の一部の資産を切り出して子会社を設立する行為(Step.1)が、自己の別の資産を他者に移転させるという単独計画(Step.2)の構成部分に過ぎないと認定して、一体的把握を認めた。しかし、Step.1がStep.2の一部かどうかの判定は、もっぱら取引の最終結果に着目して行われ、そこに至る個々の取引段階の内容は問われていないようにみえる²⁰⁴。こうした判定態度によれば、なるほど租税回避に対する否認力は強くなるだろうが、その分、納税者の予測可能性等が犠牲になるのではないだろうか。

よって、納税者の予測可能性や法的安定性の確保という点からみると、段階取引の法理の内容は、拘束的約定基準と相互依存基準を中心に理解すべきであるように思われるのである。

段階取引の法理の第三の特色は、法理の運用が、個々の裁判所の判断に委ねられている部分が多いという点である。

上記3つの判定基準のうち、どの基準を、どのような場合に適用すべきかの統一的なルールは、現状では存在しない。このため、課税庁と納税者が、別の判定基準にそれぞれ依拠して自説を主張することがある。たとえば【判例05】では、納税者が、最終結果基準に依拠して、取引は一体のものであると主張したのに対し、課税庁は、相互依存基準に依拠して、取引は別々のものであると主張した。これについて控訴裁判所は、最終結果基準だけでなく、相互依存基準によっても、当該取引は一体的に把握されるべきであるとした(納税者勝訴)。

また、3つの判定基準同士の優位順や排他性(ある基準を採用したときは、他の基準は採用できない関係)が決まっているわけでもない。裁判所自身が、複数の判断基準を併用して

²⁰⁴ 米国では、<最終結果基準は、3つの基準のなかでも適用される範囲が最も広く、その内容も漠然としているので、「実質優先の法理(substance-over-form doctrine)」と実際には区別できない>とする評価もあるという。渡辺徹也・前掲注117, 449頁。

判断を下すことも多い。たとえば【判例 05】は、相互依存基準だけでなく、拘束的約定基準や最終結果基準も援用しながら、取引の一体的把握を認めた。

今回採り上げた判例では、結果的には、それぞれの判定基準による判定結果が矛盾することなく用いられているが、常にそのように整合的な判定になるとは限らないだろう。たとえば【判例 05】において、仮に、裁判所からみても、最終結果基準によれば一体の取引と解され、相互依存基準によれば別々の取引と解されたとしたら、裁判所は、最終結果基準と相互依存基準のどちらを採用するかについて判断を迫られることになるが、そのための統一的なルールは存在しないから、結局、その事案の固有の事情に即して、裁判所自身がその都度判断することになるだろう。

さらに、特に拘束的約定基準や相互依存基準についてみると²⁰⁵、その基準が、一体的把握のための必要条件を示すものなのか、十分条件を示すものなのかが、必ずしも明らかでないように見える。たとえば、拘束的約定基準でいえば、〈拘束力ある事前の合意がある場合には、(他の要件の成否に関係なく) 必ず、一連の取引を一体として把握できる〉と解すれば、この基準は一体的把握のための十分条件を示していることになる。一方、〈拘束力ある事前の合意がない場合には、(他の要件の成否に関係なく) 必ず、一連の取引を一体として把握できない²⁰⁶〉と解すれば、この基準は一体的把握のための必要条件を示していることになる。当然、十分条件として理解するほうが、一体的に把握できる事例が多くなる。

今回採り上げた判例でみると、拘束的約定基準については、【判例 01】が、事前の合意が存在しないことを根拠に一体的把握を否認しているから、拘束的約定基準を一体的把握のための必要条件として位置づけているように見えるが、採り上げた判例がこの1事例だけであるため、これを一般化できるかどうかは分からない。また、相互依存基準については、【判例 03】と【判例 05】が、Step. 1 と Step. 2 との相互依存の事実を根拠に一体的把握を認めているが、それが必要条件なのか十分条件なのか、筆者の手元の資料からは判読できない。

よって、これは筆者の推察になってしまうが、拘束的約定基準ないし相互依存基準を、一体的把握にとっての必要条件として用いるか、十分条件として用いるかという点についても、その事案の固有の事情に即して裁判所自身がその都度判断していると推察される。

段階取引の法理の適用上、個々の裁判所の判断に委ねられている部分がこのように大きいという点は、それが制定法に定められた明文規定ではなく、コモン・ローとしての判例法理

²⁰⁵ 最終結果基準については、そもそも一体的把握の判定基準自体が曖昧なので、必要条件か十分条件かの区別はあまり意味をもたないであろう。

²⁰⁶ 換言すれば、〈一連の取引を一体として把握するためには、拘束力ある事前の合意が必ず存在しなければならないが、たとえ合意があっても、他の要件を欠く場合には、一体的把握は許されない〉ということになるから、他の要件の成否に依存する分、一体的把握の可能性は低くなる。

であることに起因する必然的な性格だといえるだろう。先に3.1.3項でみたように、米国では、否認のための判例法理は制定法化になじまないとする意見が根強い²⁰⁷。あえて不文法のままにしておくことで、適用の柔軟性、すなわち租税回避行為に対する裁判所の否認力を維持しようとするのである。

とはいえ、段階取引の法理は、本稿で採り上げたもの以外にも多くの判例で適用され、事案ごとの判断過程の集積が、その後の裁判の参照基準として機能している。これも3.1.3項で述べたように、その集積の膨大さからくる分かりにくさ（どこに何が書いてあるのかの探しにくさ）はあるものの、その集積を注意深く読み解いていけば、制定法の文言からは解決できなかった特定の事案に関する判断過程と結論を、過去の裁判例から具体的に抽出することができる²⁰⁸。わが国の法人税法132条の2が、条文の記述や解釈論が簡潔かつ抽象的なものにとどまっているだけでなく、その適用をめぐる裁判例もこれまで非常に乏しかったため、納税者が、そこから何らかの具体的な課税ルールを事前に抽出することが非常に困難であるのと対照的である。

米国の段階取引の法理と、わが国の法人税法132条の2とは、複数の組織再編等の組み合わせの課税関係を個別の制定法の解釈では解決できない場面で適用されるという点では共通している。しかし、両者には上記のような違いがあり、課税関係に関する納税者の予測可能性と法的安定性の確保という点では、段階取引の法理のほうが優れているといえるだろう。

ただし、段階取引の法理の固有の課題（問題点）として、現状で個々の裁判所の判断に委ねられている部分を、今後の判例の積み重ねのなかで、いかにして、より汎用性や明確性のある形にしていくのか（あるいはしないのか）という点は残っていると思われる。そしてこの点は、仮に、段階取引の法理を構成する3つの判断基準のいずれかを、今後、何らかの形でわが国の組織再編税制に取り入れようとするのであれば、その場合にも問われることになるだろう。

3.4節 小 括

納税者が複数の組織再編等を組み合わせて実行した場合に、課税庁が、それらを一体のものとしてとらえ、租税回避行為として否認することがありうるのか、という点について、米国税制が、個別の否認規定としてどのようなものを持ち、また否認のための判例法理としてどのようなものをもっているのか、を明らかにすることが本章の目的であった。

²⁰⁷ 前述3.1.3項（74頁）を参照。

²⁰⁸ 前述3.1.3項（76頁）を参照。

(1) 米国における租税回避対抗策の概要

米国においては、租税回避行為全般に対して、これまで長い間、包括的否認規定を設けるのではなく、①個別的否認規定の整備と、②否認のための判例法理の蓄積・形成、という2つの方法によって対抗してきた。

個別的否認規定は、連邦議会が制定する内国歳入法典だけでなく、その歳入法典の委任を受けて財務省長官が発する財務省規則などによっても数多く定められている。これにより、財務省や内国歳入庁といった租税行政庁は、課税ルールの制定や解釈について大きな裁量権を有することになるが、そうした裁量権に対しては「法律の委任」という制約をかけるとともに、その委任の枠内では、租税行政庁の判断内容をむしろ積極的に財務省規則などとして明文化させることによって、課税関係に関する納税者の予測可能性と法的安定性を確保しようとしている。

一方、否認のための判例法理は、「経済的実質の法理」「段階取引の法理」「事業目的の法理」などが、個別的否認規定の間隙を突く租税回避行為に対する有力な否認ルールとして機能している。こうした判例法理は、米国独特のコモン・ローの伝統のもと、裁判所による一種の法創造として、個々の事例に即してケース・バイ・ケースに積み重ねられてきた不文法であり、あえて制定法として明文化しないことで、その適用の柔軟性（租税回避行為に対する否認力）を保持してきた。

留意すべきは、制定法として明文化されていないからといって、否認のための判例法理が、是否認の判断にあたって拠るべき基準に乏しいということではないという点である。コモン・ローとしての判例法理は、裁判の結論に至る判断過程を事案の個別事情に即して詳細に記述したものの集積であるから、情報量が膨大であるがゆえの分かりにくさはあるものの、その情報を注意深く読み解いていけば、個別法の枠組みでは解決できなかった特定の事案に対する判断基準を、過去の裁判例から具体的に抽出することができる。この点、わが国の組織再編成に係る行為・計算否認規定である法人税法132条の2が、条文の記述や解釈論において簡略かつ抽象的であるだけでなく、同条をめぐる裁判例もこれまで乏しかったため、同条の適用要件について依拠すべき情報量がそもそも少なく、具体的判断基準が非常に曖昧であるのと対照的である。

米国における否認のための否認法理と、わが国における法人税法132条の2とは、いずれも、個別的否認規定の間隙を突く租税回避行為への対抗策として位置付くものと考えられるが、上記のような両者の性格から判断すると、課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性の確保という点では前者のほうが優れているといえるだろう。ただし、否認のための判例法理に固有の課題（問題点）として、汎用性や明確性のある否認ルールを、その膨大な

先例の集積からいかにして効果的に抽出し活用していくのかという点は残っていると思われる。

これまで長い間、包括的否認規定を持たなかった米国であるが、2010年に成立した「経済的実質の法理の法典化とそれに伴う罰則規定」（内国歳入法典 7701 条 (o) ほか）について、米国初の包括的租税回避否認規定であるとする指摘がある。この 2010 年法は、否認のための判例法理の 1 つである「経済的実質の法理」の中核をなす「経済的実質の有無の判定基準」を明文化するとともに、「経済的実質がない取引」が否認された場合の罰則（加算税）を創設したものである。

否認のための判例法理は明文化になじまないとして反対論も多かったこの法案が成立したことで、「経済的実質の法理」の運用が今後変化するのだろうか、また、「一連の取引」の取り扱いが今後どうなるのか、更には、今回の 2010 年法が包括的否認規定に相当する機能を今後発揮していくのだろうか、といった点は、現状では見極め難く、今後の動向を待つしかない。とはいえ、この法理の適用基準を歳入法典により明文化したことで、その点に関する納税者の予測可能性が向上したという面はあると思われる。

(2) 複数の組織再編等の組み合わせに関する個別規定

租税回避全般に対する、米国のこのような対抗方法は、複数の組織再編等の組み合わせによる租税回避に対しても、おおむね妥当する。

米国では、これまでの組織再編税制の生成・発展過程のなかで、複数の組織再編等を組み合わせることで、その課税繰延べ規定を濫用した不当な租税回避をする（と課税庁が考えた）事例が数多く発生してきた。こうした個々の事例の積み重ねのなかで、米国では、複数の組織再編等の組み合わせのうち、租税回避の温床となりうる特定の組み合わせ方を具体的に指定して、その一体的把握の是非を、内国歳入法典や財務省規則等で個別に明文規定してきた。

こうした個別規定には、特定の組織再編等の組み合わせを一体のものとして否認すべき旨を定めた規定、つまり、複数の組織再編等の一体的把握を認める個別的否認規定（類型①とする）だけでなく、特定の組織再編等の組み合わせについては、それぞれを切り離して別々の取引として適格判定すべき旨をあえて定めた規定（類型②とする）もある。これらの規定内容は、米国組織再編税制における課税繰延べの根拠（投資持分継続性の存在など）の実現度合い（単なる売買との相違）、租税回避のために濫用される危険性、実際の税務執行上の制約、などの諸要素に即して、その特定の組み合わせパターンごとに、個々に吟味した結果として定められている。

納税者は、こうした明文規定に依拠して、これから行おうとする組織再編等の課税関係を

あらかじめ予測することができるし、また仮に課税庁との争いになった場合には、自らの主張の根拠にすることができるのである。

(3) 複数の組織再編等の組み合わせに関する段階取引の法理

このように、米国は、複数の組織再編等の組み合わせを濫用した租税回避に対する対抗策として、個別的否認規定の整備を重視してきた。しかし、巧妙な租税回避手法は、そうした個別規定の間隙を突いて開発されるから、個別規定による対処だけでは、どうしても課税庁の対応が後手に回ってしまい、「イタチごっこ」的な状況に陥ってしまう。米国において、そうした間隙を埋める機能を果たしてきたのが、先に挙げた、否認のための判例法理である。

なかでも、「段階取引の法理 (step transaction doctrine)」は、「法形式上は複数の段階を踏んでいても、実体としては単一の取引であるというべき事情がある場合に、実体に基づいた課税を行う」という考え方であり、複数の組織再編等の組み合わせの一体的把握をめぐる裁判でも、数多く採用されてきた法理である。

複数の組織再編等を一体的に把握して課税関係を構成することが、常に課税庁に有利になるとは限らない。一体的な把握が納税者に有利になることもある。そして、これらはいずれも、段階取引の法理によって単一の取引と判定される場合もあれば、別々の取引と判定される場合もある。つまり、段階取引の法理は、課税庁と納税者のどちら側の論拠にもなり得るという意味で、組織再編等の一体的把握のための中立的な判断基準を提示しているといえるだろう。

そのような判断基準として、段階取引の法理は、「拘束的約定基準」「相互依存基準」「最終結果基準」という3つの基準をもっている²⁰⁹。このうち、次の段階が実施されることについての拘束力ある事前の合意の存在を、一体的把握のための要件とする拘束的約定基準と、ある1つの段階が全ての段階の完了によって初めて意味を持つことを、一体的把握のための要件とする相互依存基準は、その要件が充足されているかどうかを、個々の段階ごとの客観的な事実関係に即して検証しやすい。よって、これら2つの基準²¹⁰は、個別的否認規定の間隙を突いた、複数の組織再編等の組み合わせによる租税回避に対する否認機能を果たすと同時に、そうした組織再編等の組み合わせに関する納税者の予測可能性等を確保するうえでも、一定の効果をもっていると考えられる。

²⁰⁹ それぞれの基準の内容については、前掲図表：23（105頁）を参照。

²¹⁰ 「最終結果基準」については、3.3.3項（120頁）で述べたように、上記2つの基準に比べてその内容が漠然としているため、ここでは除外した。

第4章 法人税法 132 条の 2 に関する実務専門家の意識

本章では、考察の対象をわが国に戻し、組織再編実務の第一線で活躍する税務専門家に対して筆者が実施したヒアリング調査にもとづいて、組織再編成のタックス・プランニングに対する法人税法 132 条の 2 の牽制効果や、組織再編成を濫用した不当な租税回避への対抗策に関する実務専門家の考え方を探る。

まず、今回のヒアリング調査の実施概要を示す（4.1 節）。次に、得られた回答結果について検討する（4.2 節）。最後に、そこから得られる示唆について小括する（4.3 節）。

4.1 節 ヒアリングの実施概要

本稿の検討素材とするため、筆者にて、次のようなヒアリング調査を実施した。

(1) 調査項目

次の項目について質問した²¹¹。

図表:30 調査項目一覧

分類	調査No	質問内容	質問形式
		1. これまで手掛けてきたM&A業務（回答者属性）	
	1	M&A業務の経験年数	概数
	2	手掛けたM&Aのスキーム別の件数	概数
	3	手掛けたM&Aの対象法人間の資本関係別の割合	概数
		2. M&Aの課税関係に関する予測可能性の現状	
	4	税法規定を読んでもM&Aの課税関係が分からない（予測できない）ことの有無	択一
	5	分からない点（予測できない点）の具体的内容	自由回答
		3. 法人税法132条の2の牽制効果	
	6	法人税法132条の2の認知度と重視度	択一

²¹¹ 実際のヒアリング調査では、これ以外の項目についても質問しているが、ここでは、本稿の主題に直接関係する調査項目だけを取り上げる。

4. 不当な租税回避への対抗策の望ましいあり方		
7	法人税法132条の2の「法人税の負担を不当に減少させる」という要件規定への賛否	択一
8	「不当な租税回避に対しては個別的否認規定の整備で対抗すべき」という意見への賛否	択一

(作表:筆者)

具体的な発問内容（質問票の質問文）は、後述の 4.2 節で質問毎の回答結果に合わせて示している。

なお、本稿の主題からいえば、本来であれば、複数の組織再編等の組み合わせの問題に焦点を絞った調査にするのが望ましかったが、限られた面談時間のなかで当方の調査意図が伝わりにくいことも予想されたため、回答者にとっての回答しやすさを考慮し、質問の内容を拡げて、いわゆる M&A 全般（株式買取りなど、組織再編税制の対象外の取引も含む）、または、そのなかで組織再編税制の対象となる「組織再編成」全般に係る課税関係についての質問で構成した。

(2) 調査対象と調査方法

a. 調査対象

M&A の税務面の支援に携わっている実務専門家（税理士、会計士、それに準ずる方）。

b. 調査方法

取材者（筆者）が対象者と面談し（40 分～50 分程度）、あらかじめ送付してあった質問票（上記の調査項目を具体的な質問文としてまとめたもの）に沿って、回答を口頭で聞き取る形式によった。調査は 2013 年 10 月～11 月に行った。

4.2 節 ヒアリングの回答結果 ²¹²

本節では、ヒアリング調査で得られた回答内容について、その要旨をまとめる。なお、図表中の略号の意味は下記のとおりである。

<凡 例> N … 回答者数。 SA … 選択肢から 1 つだけ回答の質問。

²¹² 今回のヒアリング取材を依頼するにあたっては、業務上の守秘義務に抵触しないよう、ヒアリングの回答者および回答内容に関する固有名詞情報（回答者の氏名や所属事務所名、回答内容に出てくる顧客先名など）は一切公表しないことを条件とした。このため、以下の記述では、このような固有名詞情報を特定できないような表現としている。

(1) 回答者属性（これまで手がけてきた M&A 案件）

今回のヒアリング調査で回答協力を得た実務専門家は全部で 6 名²¹³であった²¹⁴。その内訳について、回答者がこれまで手がけてきた M&A 案件別にみると、次のとおりである。

問 1 M&A 業務の経験年数

これまでに M&A 案件に携わってきた経験年数は、どれくらいですか？

図表:31（問1） M&A 業務の経験年数および保有資格

M&A業務の経験年数（単位:人）		保有資格（単位:人）	
回答者合計	6	回答者合計	6
3年未満	1	会計士	2
3年以上5年未満	1	税理士	3
5年以上10年未満	4	その他	1

(いずれも
作表:筆者)

会計士・税理士双方の登録者(1名)
は会計士でカウントした。

M&A 業務の経験年数では「5 年以上 10 年未満」、保有資格では税理士登録者が、それぞれ最も多かった。

問 2 手掛けた M&A のスキーム別の件数

これまでに手掛けてきた M&A 案件の、スキーム（組織再編手法）別の件数は、どれくらいですか？（のべ件数を回答）

図表:32（問2）手掛けた M&A のスキーム別の件数

		(単位:件)	
		a.のべ件数 (回答者合計)	b.平均件数 (a/回答者数)
	合計	180	30.0
一 組 組対織 織象再 再と編 編な税 成る制 一 の	1.合併	23	3.8
	2.会社分割	20	3.3
	3.現物出資	0	0.0
	4.現物分配	4	0.7
	5.株式交換	7	1.2
	6.株式移転	5	0.8
以そ 外れ	7.株式の買取り	93	15.5
	8.事業譲渡	28	4.7
	9.その他	0	0.0

N=6
(作表:筆者)

²¹³ 今回の回答者 6 名のうち、2 名は同じ事務所に所属、ほかの 4 名はそれぞれ別の事務所に所属。所属事務所の所在地は、いずれも北部九州地区であった。

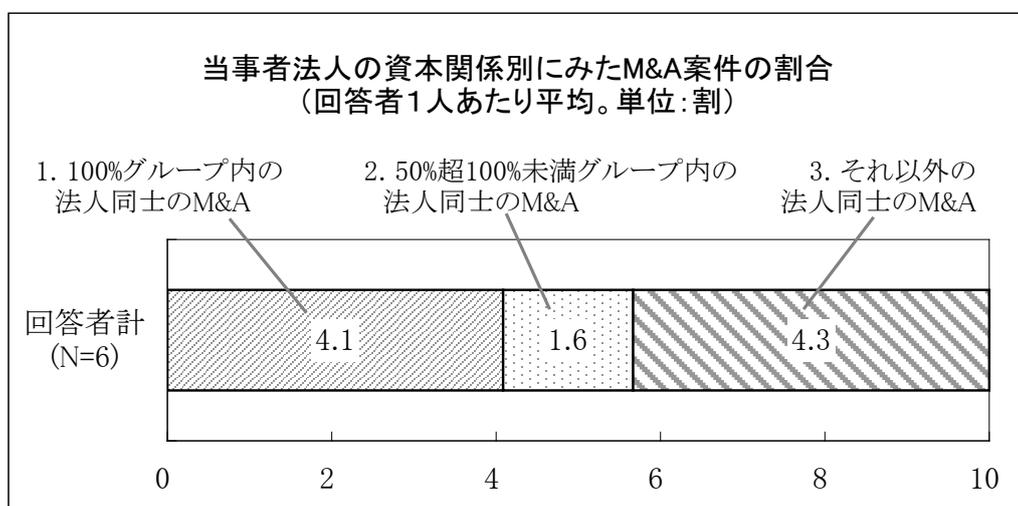
²¹⁴ 今回ご協力いただいた実務専門家の方々に、この場を借りて御礼申し上げます。

手掛けた M&A のスキーム別にみると、組織再編税制の対象とならない「株式の買取り」や「事業譲渡」の経験数が多い（回答者平均で、株式の買取り 15.5 件、事業譲渡 4.7 件）が、組織再編税制の対象となる「合併」や「会社分割」についても一定の経験数（同、合併 3.8 件、会社分割 3.3 件）があった。

問3 手掛けた M&A の対象法人間の資本関係別の割合

これまでに手掛けてきた M&A 案件の、対象法人の資本関係別の割合は、どれくらいですか？（全体を 1 としたときの割合を回答）

図表:33（問3）手掛けた M&A の対象法人間の資本関係別の割合



手掛けた M&A の対象法人間の資本関係別にみると、「100%グループ内の法人同士」、「それ以外の法人同士」（＝資本関係が 50%未満の第三者法人同士）の M&A が、それぞれ 4 割強ずつであった。

自由回答によれば、合併や会社分割といった組織再編成のほとんどが 100%グループ内で行われるのに対し、組織再編成以外の、株式の買取りや事業譲渡は、グループ内だけでなく第三者間で行われることも多い。上図で第三者法人同士の案件の割合が 4 割強となっているのは、今回の回答者が株式の買取りなども数多く手掛けているためであり、合併や会社分割などの組織再編成については、ほとんどが 100%グループ内もしくは 50%超グループ内でのものであった。当事者法人の資本関係が強いほど、適格要件が緩やかになるから、こうした組織再編成のほとんどが税制適格で行われている。また、第三者間での株式買取りのなかには、将来的には合併を視野に入れつつ、その第一歩として第三者間で買収する（子会社にする）事例なども含まれている。

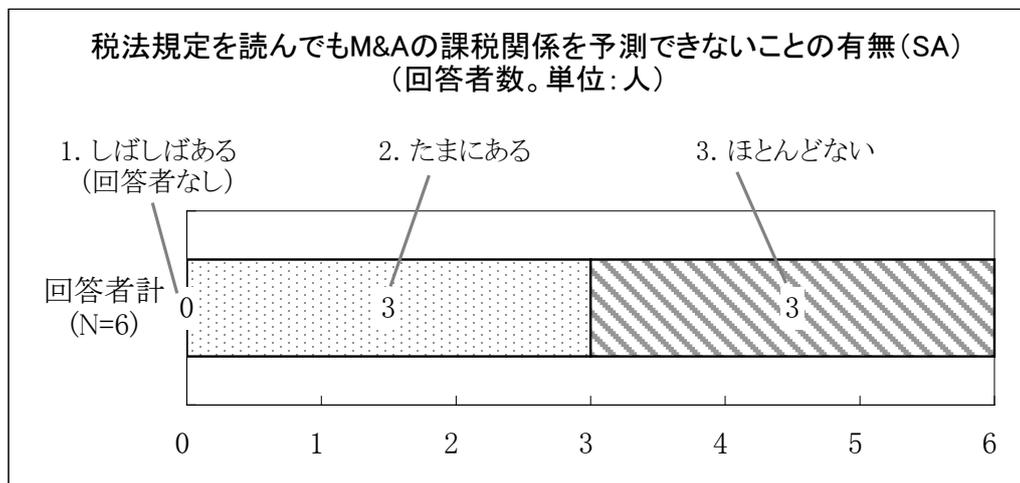
(2) M&A の課税関係に関する予測可能性

本稿の関心の 1 つに、M&A ないし組織再編成の課税関係に関する納税者の予測可能性を確保するにはどうすればよいのか、という点²¹⁵がある。そこで、それに関連して、次の点について尋ねた。

問 4 税法規定を読んでも M&A の課税関係が分からない（予測できない）ことの有無

これから行おうとする M&A にどのように課税されるのかについて、税法の規定（法人税法などの条文や国税庁通達など）を読んでも、よく分からない（予測できない）ことがありますか？（1 つに○）

図表:34（問4）税法規定を読んでも M&A の課税関係が分からない(予測できない)ことの有無



(作図:筆者)

行おうとする M&A にどのように課税されるのかについて、税法規定（法人税法などの条文や国税庁通達など）を読んでもよく分からない（予測できない）ことが、「たまにある」と回答したのが 6 名中 3 名、「ほとんどない」のが同 3 名であった。

「ほとんどない」が半数を占めたのは、今回のヒアリング対象者の全員が、組織再編成を含む M&A について複数例の経験があり、組織再編税制やそれ以外の M&A に関する税法の規定について詳しい知識を持っていたからであろう。また、「ほとんどない」ことについての自由回答として、実際に手掛けた組織再編成の大半が 100%グループ内での適格再編成であるため、課税関係をめぐる複雑な解釈問題に直面する必要が少なかったという指摘もあった。

²¹⁵ 先の 4.1 節でも述べたように、本来であれば、複数の組織再編等の組み合わせに関する予測可能性に焦点を絞って問われるべきであるが、今回のヒアリングでは、回答のし易さを考慮して質問の内容を広げ、M&A 全般、または、そのなかで組織再編税制の対象となる「組織再編成」全般の課税関係に関する予測可能性（規定を読んだときの分かりやすさ）について質問している。

問 5 分からない点（予測できない点）の具体的内容

その分からない点（予測できない点）とは、たとえば、どのような点ですか？（自由回答）

問 4 で、分からない（予測できない）ことが「たまにある」と答えた人に、具体的にどのような点が分からなかったのかを尋ねたところ、次のような回答があった。

- ・ 組織再編の適格要件には、「完全支配関係が継続することが見込まれること」など、「見込み」が要件になっているものが多い。では、その合併時点で「見込まれて」いさえすれば、その合併の翌日に事情が急に変わって、その株式を売り払ったとしても、適格のままειられるのか。

課税庁は、おそらく、「それは最初から『見込み』が無かったのだろう」と指摘してくると思う。それでは、その株式の売却が1ヶ月後だったらどうなのか、1年後ならどうか、など、その線引きが分からない。

日本の組織再編税制の適格要件が「見込み」要件を多用しているのは、課税繰延べの要件定義として曖昧すぎると思う。「見込み」の有無の判定基準をもっと具体化すべきだ。

- ・ 共同事業の適格要件のなかの株式継続保有見込み要件について。再編後にどうしても事業上の必要があって株式売却せざるをえなくなりそうな案件で、「継続保有見込み」の有無をどう判定すべきか、という点について、国税局 OB に意見を尋ねたことがある。その OB は、あくまで私的意見と断ったうえで、次のように話した。

「再編後どれくらいの期間をあけてから株式売却すれば、”継続保有見込みを満たした”といえるかどうか、という点については、そういう経過期間に係る規定がない以上、経過期間の長短が問題なのではない。株式売却がいつ行われたのか、ではなく、その株式売却に不合理さがなかったか、という視点から判定されると考えるべき。その意味では、継続保有見込み要件を満たしていたかどうかの判定は、再編時点での”純粋な”見込み”の有無だけでなく、その後の株式売却に経営上の必然性ないし合理性があったかどうかまで視野に入れて判定される、と考えたほうがよい。」

- ・ 適格要件のうちの「おおむね」の許容範囲がわからない。
- ・ 条文や通達に書いてないことがある。たとえば、株式交換の適格要件の1つである株式継続保有要件は、株主が 50 人以上のときは適用されないが、その完全子法人の株の一部を持ち株会が持っている場合の株主数の数え方をどうするのか（持ち株会のメンバーをそれぞれ1株主と数えるのか、持ち株会でまとめて1株主と数えるのか）が、どこにも書いてなくて困ったことがある。

結局、「持ち株会は民法上の組合であり、権利関係は個々の構成員に帰属する」という考え方にもとづいて、メンバー1人ずつを1株主と数えて、株主数 50 人以上とした。その処理で、その後も問題なかった。

わが国の適格要件のなかの「見込み要件」の曖昧さ・分かりにくさについては、これまで

にも指摘してきたが²¹⁶、今回の回答から、組織再編成の実務専門家の間でも改善要望が強いことがわかる。再編時点での「見込み」の有無が、事実上、その後その「見込み」と異なる結果となった「事実」の内容までも含めて判定されうること示唆する指摘もあった。また、「見込み要件」以外の点では、適格要件のなかの「おおむね」の範囲の分かりにくさや、株式交換の適格要件の個別の解釈について明文規定が不足していることなども挙げられている。

これらの点について、実務上は、組織再編成の事例を数多く経験していくなかで、一定の判断ノウハウが、その実務専門家個人やその所属事務所に次第に蓄積されていっているようである。そうした判断ノウハウが形成されていくこと自体は、税務実務の発展として好ましいことであろう。しかし、租税法律主義の本来の趣旨からいえば、そうした特定の実務専門家だけではなく、より広い納税者からみて、その解釈内容についての予測可能性が保証されなければならないのではないか。

そういう意味で、上記で指摘されているような点、特に、適格要件のなかの「見込み要件」については、より具体的な判断基準を個別規定として整備していく必要があるように思われる。

(3) 法人税法 132 条の 2 の牽制効果

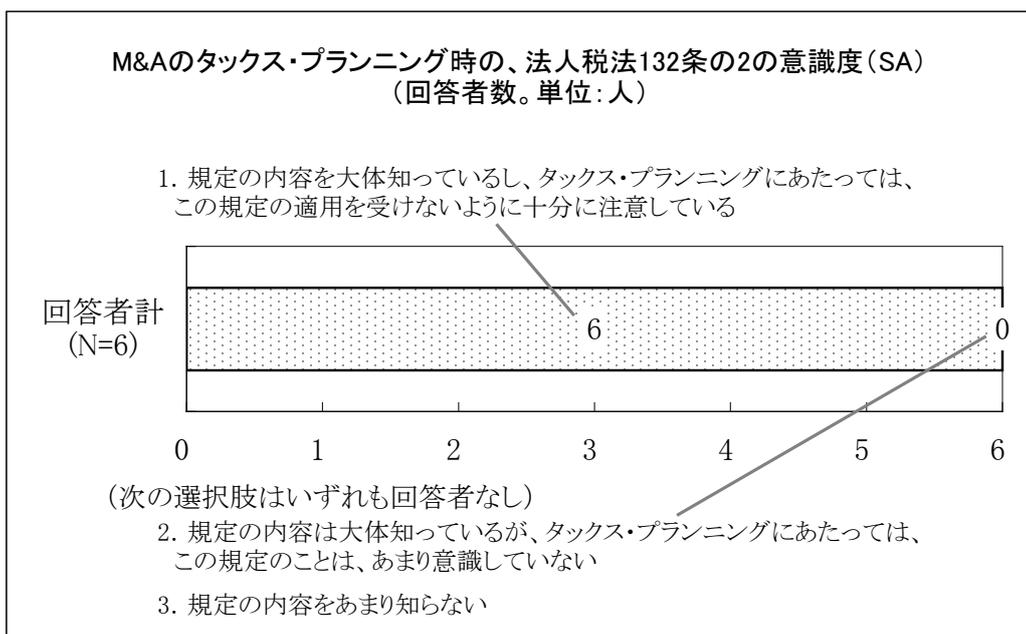
組織再編成のタックス・プランニングに対する法人税法 132 条の 2 の牽制効果を探るため、同条に関する実務専門家の認知度と重視度を尋ねた。

問 6 法人税法 132 条の 2 の認知度と重視度

組織再編税制には、いわゆる包括的租税回避否認規定（行為・計算否認規定）として、法人税法 132 条の 2 が設けられています。M&A のタックス・プランニングをする際、この法人税法 132 条の 2 を、どの程度意識していますか？（1 つに○）

²¹⁶ 前述 2.2.3 頁の【事例 I 04】（38頁）や、前述 3.2.2 頁（101頁）などを参照。

図表:35 (問6) 法人税法 132 条の 2 の認知度と重視度



(作図:筆者)

すべての回答者が、法人税法 132 条の 2 について、「規定の内容を大体知っているし、タックス・プランニングにあたっては、この規定の適用を受けないように十分に注意している」との選択肢を選んでおり、同条に関する実務専門家の認知度と重視度は、いずれもかなり高い。自由回答として次のような声があった。

- ・ 法 132 条の 2 に引っかかるのは、シンプルにやれば一発で終わるのを、ああやって、こうやって、と複雑にやって、税務署から「なんでそんなことしたのか」と問われたときに、「税負担の軽減以外の目的はありませんでした」としかいいようのない取引、しかも、放っておくとそれが広く行われて税負担の公平が著しく損なわれることになるような取引のことだと理解している。つまり、税負担軽減目的を優先するあまり、通常とり得ないスキームをとっており、しかも、それが容易に真似されて広がる恐れがある場合には、法 132 条の 2(および法 132 条)による否認の対象になるのだろう。

自分としては、組織再編はなるべくシンプルに組むようにしており、通常とり得ないようなスキームを組むことは、まずない。

- ・ 法 132 条の 2(および法 132 条も)は、個々の適格要件は形式上満たしているにもかかわらず、そこに経済的合理性がないと認められるときに発動されるものだ理解している。なので、欠損金の使用制限とか特定資産譲渡等損失とか、個別の条文規定をクリアしておくのは当たり前で、それに加えて、そこに経済的合理性がきちんとある取引なのだといえるかどうか、に気を使う。
- ・ 何が揃っていれば経済的合理性があるといえるか、という点については、一概にこうだ、とは言えない。感覚論になってしまうが、「普通やらないよね」という取引、違和感、いびつさを感じる取引には、経済合理性があるとはいえず、否認リスクが高まると思う。
- ・ タックスメリットを追求すること自体は、経営上はもちろん、税法上も認められるべき。ただし、それ

(タックスメリット)だけじゃダメということ。それと、やりすぎはダメということ。

法人税法 132 条の 2 によって否認される可能性が高い組織再編成として、「税負担の軽減以外の目的がないもの」、「個々の適格要件は形式上満たしていても、そこに経済的合理性がないもの」、「通常とり得ないスキームを組んでいるもの」などが挙げられている。これは、第 2 章でみた、法 132 条の 2 の適用要件に関する現行の有力解釈²¹⁷とほぼ同じ内容であり、同条の制度立案者がその創設時から示してきた同条の適用要件解釈が、現在の実務現場に広く浸透していることがうかがえる。

そして、「組織再編はなるべくシンプルに組むようにしており、通常とり得ないようなスキームを組むことは、まずない」という回答に表れているように、M&A のスキーム設計にあたっては、法 132 条の 2 による否認リスクを極力減らすことが、実務専門家にとっての重要な判断要素となっているのである。この点は、つぎのような回答にも示されている。

- ・ 再編のスキーム検討をするなかで、「この点は法 132 条の 2 (ないしは法 132 条) に抵触するかもしれない」と感じることは、たまにある。そういうときは、その再編をすることについての税金面以外の目的を依頼主に改めて確認する。当方 (税理士側) からそうした問いをすることで、依頼主のなかで、その再編についての経営戦略上の位置づけが再確認され、それを実効的なものにするための新たな対策 (営業面や人事面など) を促すことにもなる。

つまり、行為・計算否認規定に抵触する危険を当方が意識して、それを、その再編の経営戦略上の位置づけの明確化という形で依頼主に問い返すことで、その再編が本当にその会社の将来にとって役立つものに近づいていく、という面があると思う。逆に、そういう問い返しをやっても、さしたる経営戦略上の目的がみつからないようなら、その再編自体、原則としてお勧めしない。

(同趣旨の回答が他にも 2 件あり。)

計画途上の組織再編スキームについて、法 132 条の 2 による否認リスクの最小化という税務上の観点から見直しをかけていくことが、結果として、その組織再編スキームを、本来の経営戦略にとっても、より実効的なものに近づけていく、という側面が重視されている。

こうしてみると、純粹に税務否認リスクを減らすという意味でも、あるいは、そうした否認リスクをテコにして経営戦略上の実効性を高めていくという意味でも、法人税法 132 条の 2 は、組織再編スキームの設計およびタックス・プランニングに携わる実務専門家に対して、かなり大きな牽制効果を発揮しているといえるだろう。

(4) 不当な租税回避への対抗策の望ましいあり方

組織再編成を濫用した不当な租税回避への対抗策の望ましいあり方を探るため、法人税法

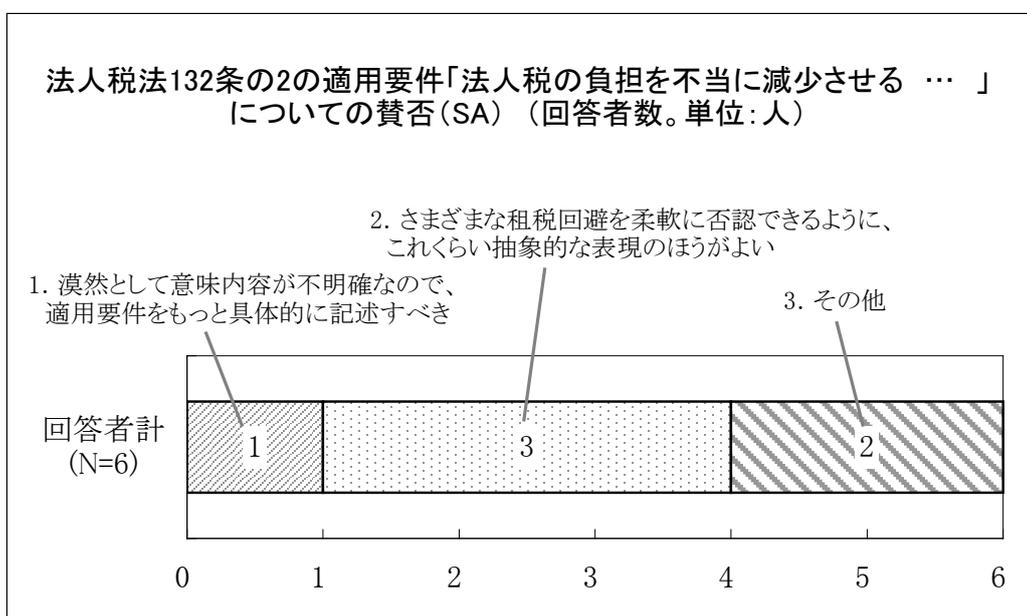
²¹⁷ 前掲図表：2 (18頁) などを参照。

132 条の 2 の適用要件規定への賛否、および、個別的否認規定の積み上げへの賛否について尋ねた。

問7 法人税法 132 条の 2 の「法人税の負担を不当に減少させる」という要件規定への賛否

法人税法 132 条の 2 の適用要件（税務署長が否認できる要件）は、「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるものがあるとき」という表現になっています。これについて、どのようにお考えになりますか？（1つに○）

図表:36（問7）法人税法 132 条の 2 の「法人税の負担を不当に減少させる」という要件規定への賛否



(作図:筆者)

法人税法 132 条の 2 の適用要件規定が簡略で抽象的であることについて、その賛否を尋ねたところ、「漠然として意味内容が不明確なので、適用要件をもっと具体的に記述すべき」が 1 名、「さまざまな租税回避を柔軟に否認できるように、これくらい抽象的な表現のほうがよい」が 3 名、「その他」（どちらともいえない）が 2 名であった。それぞれの選択肢を選んだ理由（自由回答）は次のとおりである。

「適用要件をもっと具体的に記述すべき」を選んだ理由

- ・ どのように具体化するかはすぐには思いつかないが、法 132 条の 2(および 132 条)の適用要件は漠然とし過ぎているので、もう少し具体的に規定したほうがよいと思う。

「これくらい抽象的な表現のほうがよい」を選んだ理由

- ・ 132 条の 2 の適用要件をもっと具体的に書き込むといっても、個別の内容を盛り込み始めると際限

がなくなり、個別規定との境界が見えなくなる。「伝家の宝刀」としての否認規定なのだから、ある程度の抽象性は必要ではないか。

- ・要件を今以上に条文で確定的に書かれると、その分、解釈・運用の融通が利かなくなるというデメリットがあると思う。それに、行為・計算否認規定は、個別規定でカバーできない案件を対象にするのだから、具体的に書くのは矛盾ではないのか。
- ・法 132 条の 2 の適用要件が現状で曖昧すぎるというのなら、その点は判例で埋めていけばよいのではないか。同条の適用をめぐる訴訟がこれからもっと増えていって、判例法が積み重ねられていけば、同条の適用基準が次第に分かりやすくなっていくと思う。

「その他」を選んだ理由

- ・「もっと具体的に記述すべき」と「抽象的な表現のほうがよい」の両方だ。132 条の 2 に行く前に、個別規定をきっちり明確にしておいて、その部分で処理できるようにすべきというのももっともだし、かといって、個別規定に書いてなければなんでもあり、ということにはならないから、最後の砦として 132 条の 2 みたいな条文も必要だと思う。
- ・ヤフー社事件のような法 132 条の 2 の適用の是非を争う裁判が、今後、もっと出てくればよい。同族会社の法 132 条がそうであったように、この手の包括的否認規定については、過去の裁判でどういう事例が否認されたかが、実務でも参考になる。

筆者は、第 2 章で、現行の法人税法 132 条の 2 の適用要件規定が簡略で抽象的なものにとどまっており、組織再編等に係る課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性が損なわれる危険が大きい、という旨を指摘した。そこから類推して、筆者は、＜納税者の予測可能性を高めるため、組織再編成に携わる実務専門家は、「法 132 条の 2 の適用要件をもっと具体的に記述すべき」と要望しているのではないか＞と期待していた。しかし、今回のヒアリング結果をみるかぎり、こうした期待は裏切られたようだ。

法 132 条の 2 の適用要件規定についての実務専門家の考え方は、その大半が「通常の個別規定でカバーできない部分を対象としているのだから、規定としては抽象的にならざるをえない」というものであり、「もう少し具体的に規定したほうがよい」という意見は少数であった。また、回答者自ら「伝家の宝刀」や「最後の砦」という句を用いていたように、個別規定の間隙を突いて行われる不当な租税回避への対抗策として、包括的否認規定である法 132 条の 2 の否認力を重視する声が多かった。こうした考え方は、第 2 章でみた法 132 条の 2 の制定趣旨、すなわち、＜個別規定を具体的かつ詳細に制定するほど、税務当局と納税者との間で「イタチごっこ」と称される事態に陥る危険が大きいから、そうした事態を避けるために、包括的否認規定としての法 132 条の 2 を導入するのだ＞という考え方²¹⁸とほぼ共

²¹⁸ 前述 2. 1. 1 項の朝長英樹・前掲注18の引用部分を参照。

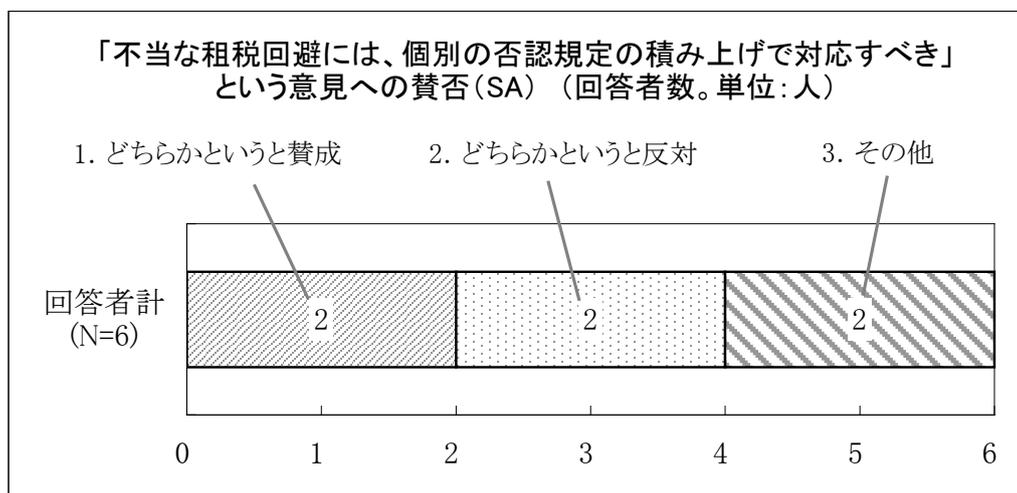
通するものだといえるだろう。先の間 6 と同じく、この点でも、同条の制度立案者がその創設時に意図していた導入趣旨が、現在の実務現場に広く浸透しているのである。

とはいえ、他方では、法 132 条の 2 の規定の曖昧さを補うものとして、同条をめぐる裁判例の蓄積に期待する声もある。ある回答者は、包括的否認規定としての否認力を維持するため、同条の要件規定は「これくらい抽象的な表現のほうがよい」としつつも、同時に、同条の適用（または不適用）の判断ルールが判例法の形で形成・蓄積されていくことにも期待を寄せている。こうした立場は、組織再編等を濫用した不当な租税回避への対抗策としての法人税法 132 条の 2 の否認力を重視しつつも（課税の公平の要請）、組織再編等の課税関係に関する納税者の予測可能性を、法 132 条の 2 の解釈をめぐる判例法の形成・蓄積によって向上させるようとするものだ（租税法律主義の要請）、と解することができるように思われる。

問 8 「不当な租税回避に対しては個別的否認規定の整備で対抗すべきという意見への賛否

「不当な租税回避を防ぐことは重要だが、それは、法人税法 132 条の 2 のような包括的な否認規定によるのではなく、具体的な取引条件ごとに個別の否認規定を積み上げていくことで対応すべき」という意見があります。これについて、どのようにお考えになりますか？ （1 つに○）

図表:37 (問8) 「不当な租税回避に対しては個別的否認規定の整備で対抗すべき」という意見への賛否



(作図:筆者)

「不当な租税回避に対しては、法 132 条の 2 のような包括的否認規定ではなく、個別の否認規定の積み上げによって対抗すべき」という意見についての賛否を尋ねたところ、「どちらかという賛成」、「どちらかという反対」、「その他」（どちらともいえない）が、それぞれ 2 名ずつであった。それぞれの選択肢を選んだ理由（自由回答）は次のとおりである。

「どちらかという賛成」を選んだ理由

- ・ 法 132 条の 2 が悪いとか不要だとかとは思わない。個別規定でカバーできない租税回避、たとえ形式的に適法であっても誰が見てもおかしいという取引は、必ず起こる。課税の公平上、そういうときの最後の防波堤としての包括的否認規定である法 132 条や法 132 条の 2 は必要だ。
 とはいえ、日本の場合は、個別規定で曖昧な部分がある。その代表例は、適格要件のなかの「見込み要件」の曖昧さだ。現状では、個別の適格要件に不備(曖昧さ)があるため、その個別の適格要件を満たさないとして否認されるのではないかと、という不安がある。あるいは、個別の適格要件が曖昧な部分について包括否認規定が発動されて否認されるのではないかと、という疑心暗鬼もある。これをなくすためには、「見込み要件」に代表される、個別の要件規定の曖昧な部分を、もっと具体的に規定して欲しい。
- ・ たとえば、繰越欠損金の引継ぎ制限などは、既にかなり詳細な個別規定がある。平成 25 年度の税制改正でも新たな規定が加わった。だから、個別規定の積み上げというのは、これまでも行われており、これからも行われるであろうという意味で、賛成だ。先鋭的な租税回避に対して、法律が後手にまわりがちになるのは、しょうがない。それでも地道に規定を積み上げていくべきだろう。
- ・ 細かい点は、通達とか判例とかで、その取り扱い方を逐次明らかにしてもらえばよい。そういうことが積み重なってくれば、実務上の指針として役立つようになると思う。

「どちらかという反対」を選んだ理由

- ・ 個別の否認規定の積み上げには限界がある。どうしても法律が後手にまわってしまうだろう。
- ・ 「日本の組織再編税制の現行の法規定は、あいまいな点が多くて使いづらい」とは思わない。細かいことを言いだせば切りがないが、大枠では、現状に大きな不満はない。今以上に個別規定を積み上げるとしても、下手に積み上げられると、かえって実務の自由度が少なくなって不便になると思う。
- ・ 個別的否認規定と包括的否認規定の役割分担のバランスとしては、現状程度でよい。個別規定があまりに増えると、その分、チェック項目が増えて実務は大変になる。そうすると、組織再編という経済行為自体が躊躇されることにもなりかねない。

「その他」を選んだ理由

- ・ 個別規定の積み上げと、包括的否認規定の活用とは矛盾しない。既存の個別規定で想定できなかった悪質な租税回避については、まずは法 132 条の 2 のような包括的否認規定で否認しておいて、その後、必要に応じて個別規定を作っていく、という役割分担になるのだと思う。
- ・ 個別の適格要件や法 132 条の 2 の規定については、法律や施行令のレベルでは現状程度でかまわない。とはいえ、実務をやっていると規定の解釈上迷う点は必ずでてくるので、そういう部分は、基本通達などで埋めていって欲しい。

問 7 でみたように、今回の回答者は、ほぼ全員が、法人税法 132 条の 2 に対して、個別規

定の間隙を突く不当な租税回避を否認する「最後の砦」としての役割を期待していた。それを共通の前提としつつも、個別規定の積み上げを支持する回答者は、その「最後の砦」にはなるべく行き着かないように、個別的な否認規定を充実させていくことも必要だと考えており、そうした個別規定の効果が期待できる分野として、「見込み要件」に関する規定や、繰越欠損金に関する規定などを挙げている。他方で、個別規定の積み上げに否定的な回答者は、個別規定をどれだけ積み上げても、所詮は後手にまわって否認力は上がらず、しかも実務上の自由度が小さくなって制度の使い勝手が悪くなると考えているのである。

たしかに、個別の否認規定を積み上げることだけでは、その間隙を突く巧妙な租税回避の発生を完全に防ぐことはできないだろう。とはいえ、「見込み要件」をめぐる否認の是非のように、その課税関係の予測が難しく、かつ、判断基準の明確化を望む声がある分野²¹⁹については、逐次、個別規定として整備していくことも必要ではないだろうか。その場合の個別規定としては、上述の回答のなかにもあるように、法令に限らず、基本通達によるものがあったらよいだろう。

4.3 節 小 括

組織再編成に携わる税務実務専門家へのヒアリング調査をもとに、組織再編成のタックス・プランニングに対する法人税法 132 条の 2 の牽制効果や、組織再編成を濫用した不当な租税回避への対抗策に関する実務専門家の考え方を探ることが本章の目的であった。

(1) 法人税法 132 条の 2 の牽制効果

今回の回答者の全員が、法人税法 132 条の 2 について、「規定の内容を大体知っているし、タックス・プランニングにあたっては、この規定の適用を受けないように十分に注意している」と回答し、同条に関する実務専門家の認知度と重視度は、いずれもかなり高い。

純粹に税務否認リスクを減らすという意味でも、あるいは、そうした否認リスクをテコにして経営戦略上の実効性を高めていくという意味でも、法人税法 132 条の 2 は、組織再編スキームの設計およびタックス・プランニングに携わる実務専門家に対して、かなり大きな牽制効果を発揮している。

²¹⁹ 問 5 で「税法規定を読んでも課税関係が分からなかった点」として挙げられた項目などが、さしあたりの改善候補となると思われる。

(2) 不当な租税回避への対抗策の望ましいあり方

a. 法人税法 132 条の 2 の適用要件規定への賛否

「法人税の負担を不当に減少させる」という法 132 条の 2 の適用要件規定について、今回の回答者の大半は、「法人税法 132 条の 2 は通常の個別規定でカバーできない部分を対象としているのだから、規定としては抽象的にならざるをえない」と考えており、「もう少し具体的に規定したほうがよい」という意見は少数であった。また、回答者自ら「伝家の宝刀」や「最後の砦」という句を用いるなど、多くの実務専門家が、個別規定の間隙を突いて行われる不当な租税回避への対抗策として、包括的否認規定である法 132 条の 2 の否認力を重視している。

とはいえ、他方では、包括的否認規定としての否認力を維持する見地から、法人税法 132 条の 2 の要件規定は「これくらい抽象的な表現のほうがよい」としつつも、同時に、同条の適用（または不適用）の判断ルールが判例法の形で形成・蓄積されていくことに期待を寄せる回答者もあった。こうした立場は、組織再編等を濫用した不当な租税回避への対抗策としての法人税法 132 条の 2 の否認力を重視しつつも（課税の公平の要請）、組織再編等の課税関係に関する納税者の予測可能性を、法 132 条の 2 の解釈をめぐる判例法の形成・蓄積によって向上させるようとするものだ（租税法律主義の要請）、と解することができるように思われる。

b. 個別的否認規定の積み上げへの賛否

「不当な租税回避に対しては、法 132 条の 2 のような包括的否認規定ではなく、個別的否認規定の積み上げによって対抗すべき」という意見については、賛否が分かれた。

たしかに、個別の否認規定を積み上げることだけでは、その間隙を突く巧妙な租税回避の発生を完全に防ぐことはできないだろう。また、個別規定が増えることで、実務上の自由度が小さくなって制度の使い勝手が悪くなるという面もあるかもしれない。しかし、たとえば「見込み要件」をめぐる否認の是非をめぐることは、実務専門家からも「税法規定を読んでも課税関係が分からない（予測できない）」「判断基準を明確にして欲しい」との指摘がある。このように、課税関係の予測が難しく、かつ、判断基準の明確化を望む声がある分野については、逐次、個別規定として整備していくことも必要ではないだろうか。その場合の個別規定としては、法令に限らず、基本通達によるものがあったとしてもよいだろう。

第5章 わが国のあるべき姿

本稿の目的は、納税者が複数の組織再編等を組み合わせて行った場合に、課税庁が、それらを一体のものと把握して否認できるのか、という点について、不当な租税回避の防止と、課税関係に関する納税者の予測可能性の確保との調和という観点から、あるべき姿を示すことであった。本章では、前章までの検討をふまえて、複数の組織再編等の組み合わせの一体的把握に関する、わが国の課税ルール（否認ルール）のあり方について、不当な租税回避の防止と、課税関係に関する納税者の予測可能性の確保との調和という点に配慮しながら、今後のあるべき姿を提言する。

5.1 節 課税要件の解釈・適用の原則

米国において、組織再編成に関する課税要件は、内国歳入法典や財務省規則等によって、原則としては単独の組織再編行為ごとに規定されている。よって、納税者が複数の組織再編等を組み合わせて行った場合についての課税要件の解釈・適用は、後の5.2節で述べるような特段の定めがない限り、その個々の段階ごとに切り離して独立に行うのが、米国の原則である。

わが国においても、組織再編成に関する課税要件は、法人税法やその施行令等によって、原則として単独の組織再編行為ごとに規定されている。よって、納税者が複数の組織再編等を組み合わせて行った場合についての課税要件の解釈・適用は、その個々の段階ごとに切り離して独立に行うのが、わが国の原則だというべきである。

もっとも、この点は、米国を参照するまでもなく、わが国が租税法律主義を採用している（憲法84条）ことから直接に導かれる原則だと解される。「国民の経済生活に法的安定性と予測可能性とを与える」という租税法律主義の機能²²⁰が十全に発揮されるためには、納税者が租税法の明文規定²²¹から直接判読できる課税要件によってのみ課税関係が構成されるべきであり、そうした明文規定上の課税要件が単独の組織再編行為を想定して定められている以上、その解釈・適用も、原則として個々の段階ごとに切り離して行われなければならないと解されるのである。

こうした理解は、わが国の組織再編税制の法案策定に携わった財務省の元担当官が、「日本の組織再編税制は、構造的にステップランザクションの考え方をとっていないくて、その

²²⁰ 金子宏『租税法(第16版)』弘文堂(2011)、71頁。

²²¹ 租税「法律」主義の建前からは、国会が定めた法令が基本であるべきだが、課税ルールの事前の明示という点では、課税庁による税法基本通達なども含めて良いだろう。

時点、その時点で決着をつけるという考え方で整理されています」(佐々木浩)²²²、『見込まれている』としているものについては、見込みを要件としているものであり、結果を要件としているものではない」(朝長英樹)²²³と述べていることから裏付けられるだろう。

5.2 節 個別的否認規定の整備

とはいえ、米国では、これまでの組織再編税制の生成・発展過程のなかで、複数の組織再編等を組み合わせることで、その非課税(課税繰延べ)規定を濫用した不当な租税回避をする(と課税庁が考えた)事例が数多く発生してきた。こうした事例の裁判では、多くの場合、納税者が行った複数の組織再編等の組み合わせが、個々の段階としては実定法上の課税繰延べ要件を形式的に満たしている(または満たしていない)にもかかわらず、課税庁が、それら複数の段階を一体のものと把握して、課税繰延べ要件を実質的に満たしていない(または満たしている)として納税者の申告を否認するという形で争われてきた²²⁴。

そうした個別紛争の積み重ねのなかで、米国においては、複数の組織再編等の組み合わせのうち、租税回避の温床となりうる特定の組み合わせ方を具体的に指定して、その一体的把握の是非を、内国歳入法典や財務省規則等で個別に明文規定してきた。

こうした個別規定には、特定の組織再編等の組み合わせを一体のものとして否認すべき旨を定めた規定、つまり、複数の組織再編等の一体的把握を認める個別的否認規定(類型①とする)だけでなく、特定の組織再編等の組み合わせについては、それぞれを切り離して別々の取引として適格判定すべき旨をあえて定めた規定(類型②とする)もある。これらの規定内容は、米国組織再編税制における課税繰延べの根拠(投資持分継続性の存在など)の実現度合い(単なる売買との相違)、租税回避のために濫用される危険性、実際の税務執行上の制約、などの諸要素に即して、その特定の組み合わせパターンごとに、個々に吟味した結果として定められている。

納税者は、こうした明文規定に依拠して、これから行おうとする組織再編等の課税関係をあらかじめ予測することができるし、また仮に課税庁との争いになった場合には、自らの主張の根拠にすることができるのである。

他方、わが国の組織再編税制では、これらの類型①または類型②のいずれも、明文規定と

²²² 前掲注184とその本文を参照。

²²³ 前掲注187とその本文を参照。

²²⁴ それ以外にも、納税者側が、自らが行った複数段階の組織再編等を一体のものであると主張する事例もあった。前掲図表：28(115頁)の【判例01】【判例05】を参照。

してはほとんど見当たらない²²⁵。複数の組織再編等の組み合わせを、一体的に把握する（類型①）にせよ、別々に把握する（類型②）にせよ、特定の組み合わせパターンに即して具体的に明文規定している米国に比べて、そもそもそうした個別規定が少ないわが国の現状は、課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性が低いといわざるをえない。

米国の歴史に照らせば、わが国においても、複数の組織再編等の組み合わせを濫用した不当な租税回避が行われる可能性は決して小さくないだろう。そして、そうした租税回避に対しては、課税の公平を守る見地から、課税庁が、それら複数の組織再編等の組み合わせを一体のものと把握して課税（否認）することが必要な場合もあると考えられる。

わが国の問題は、そうした一体的把握による否認が、米国のような個別的否認規定によるのではなく、現状ではもっぱら、組織再編成に係る行為・計算否認規定である法人税法132条の2の適用場面としてのみ想定されているという点である²²⁶。これまでも指摘してきたように、法人税法132条の2の適用要件は、条文の記述や解釈論において抽象的で不確定性の大きい基準しか示されておらず、納税者は、これから行おうとする組織再編等の組み合わせがこの規定によって否認されるかどうかについて、あらかじめ明確な予測をすることが非常に困難になっている。特定の組織再編等の組み合わせごとに一体的把握の是非が個別に明文規定され、納税者がそれに依拠して課税関係をあらかじめ予測できる米国と、対照的である。

わが国においても、米国のこうした点に学び、租税回避が問題となりうる特定の組織再編等の組み合わせについては、その組み合わせ方を具体的に指定して、一体的把握による適格判定の是非を、個別の明文規定として逐次整備していくべきである。一体的把握によって否認すべき事例について個別規定が必要なのももちろんだが、一体的把握を行わない事例についても、課税上の取扱いに曖昧さが残るようなケースについては、米国と同じように、それらを別々に取り扱う旨を明示する規定があったほうが、納税者の予測可能性等を高めることになるだろう。

また、こうした規定は、国会が定めた法律や、その委任下で制定される施行令・規則のほか、国税庁による税法基本通達などによることもありうるだろう。課税の執行機関である税務当局の裁量権が肥大化してしまうことへの懸念もあるが、複数の組織再編等に関する課税

²²⁵ 明文規定は無いが文脈からそのように解釈されうる、というものまで含めても、非常に少ないのが現状である。前掲注181、注182と、これらの本文を参照。

²²⁶ 「複数の組織再編成を段階的に組み合わせることなどにより、課税を受けることなく、実質的な法人の資産譲渡や株主の株式譲渡を行う」行為は、法人税法132条の2の適用対象となりうることが想定されている。藤本哲也=朝長英樹「法人税法の改正」『平成13年版 改正税法のすべて』大蔵財務協会（2001）, 244頁。本稿の前述2.1.3項（20頁）も参照。

ルールがあまりに乏しいわが国の現状に鑑みれば、少なくともこの分野に関しては、税務当局の判断内容を明文化して公表することで納税者の予測可能性等を向上させるメリットのほうが大きいように思われる。

いうまでもないことだが、こうした個別的否認規定は、米国の既存の規定をそのまま移植すればいいというものではない。米国とわが国の組織再編税制は異なる点が数多くあるからである²²⁷。米国がそうであったように、わが国においても、わが国の組織再編税制における課税繰延べの根拠(移転資産に対する支配の継続性や、投資の継続性など)の実現度合い、租税回避のために濫用される危険性、実際の税務執行上の制約などの諸要素に即して、その特定の組み合わせパターンごとに、個々に吟味した結果として定めていく必要がある。

具体的にどのような個別的否認規定を制定すべきかという点についての本格的な検討は、今後の課題となる。とはいえ、さしあたり、今回実施したヒアリング調査の結果から実務現場のニーズが高いと思われるものとして、わが国の適格要件における、いわゆる「見込み要件」の成否の判定基準を、より具体的に定義していくということが考えられる²²⁸。すなわち、組織再編行為の時点で、ある適格要件の成立が「見込まれて」いた(Step. 1)にもかかわらず、組織再編後に、その「見込み」とは異なる結果となった(Step. 2)場合に、課税庁が、当初の「見込み」の内容(Step. 1)と、事後的な「結果」の内容(Step. 2)とを一体的にとらえて、当初の「見込み」(Step. 1)の存在を否認できるのかどうか、できるとすれば、どのような判断基準にもとづくのか、という点について、「見込み要件」ごとに個別の基準を設定していくのである。

5.3 節 「段階取引の法理」的考え方の採用

上記のように、米国は、複数の組織再編等の組み合わせを濫用した租税回避に対する対抗策として、個別的否認規定の整備を重視してきた。しかし、巧妙な租税回避手法は、そうした個別規定の間隙を突いて開発されるから、個別規定による対処だけでは、どうしても課税庁の対応が後手に回ってしまい、「イタチごっこ」的な状況に陥ってしまう。米国において、個別的否認規定のそうした間隙(いわゆる法の欠缺)を埋める機能を果たしてきたのが、「経済的実質の法理」「段階取引の法理」「事業目的の法理」といった、否認のための判例法理で

²²⁷ たとえば3.2.1項で採り上げた、米国の【規定例02】(92頁)や【規定例03】(96頁)は、いずれも「法人分割」の濫用による租税回避に対抗するための規定であるが、それをそのまま、わが国の組織再編税制における「会社分割」用に移植できるかという点、それはむずかしい。わが国では、法人の分割が租税回避に濫用された事例が少なかったこともあって、組織再編税制上、そうした濫用への警戒が組み込まれていないためである。

²²⁸ 「見込み要件」の具体例は、前掲注183を参照。

ある。

なかでも、「段階取引の法理 (step transaction doctrine)」は、「法形式上は複数の段階を踏んでいても、実体としては単一の取引であるというべき事情がある場合に、実体に基づいた課税を行う」という考え方であり、複数の組織再編等の組み合わせを一体的に把握して否認できるか、をめぐる裁判でも、数多く採用されてきた法理である。

複数の組織再編等を一体的に把握して課税関係を構成することが、常に課税庁に有利になるとは限らない。一体的な把握が納税者に有利になることもある。そして、これらはいずれも、段階取引の法理によって単一の取引と判定される場合もあれば、別々の取引と判定される場合もある。つまり、段階取引の法理は、課税庁と納税者のどちら側の論拠にもなり得るという意味で、組織再編等の一体的把握のための中立的な判断基準を提示しているといえるだろう。

そのような判断基準として、段階取引の法理は、「拘束的約定基準」「相互依存基準」「最終結果基準」という3つの基準をもっている²²⁹。このうち、次の段階が実施されることについての拘束力ある事前の合意の存在を、一体的把握のための要件とする拘束的約定基準と、ある1つの段階が全ての段階の完了によって初めて意味を持つことを、一体的把握のための要件とする相互依存基準は、その要件が充足されているかどうかを、個々の段階ごとの客観的な事実関係に即して検証しやすい。よって、これら2つの基準²³⁰は、個別的否認規定の間隙を突いた、複数の組織再編等の組み合わせによる租税回避に対する否認機能を果たすと同時に、そうした組織再編等の組み合わせに関する納税者の予測可能性等を確保するうえでも、一定の効果をもっていると考えられる。

他方、わが国においては、組織再編税制をめぐる裁判例自体がこれまで非常に少ない中で、複数の組織再編等の一体的把握の是非を正面から争った訴訟は、まだ発生していないとみられる²³¹。よって、当然ながら、米国の段階取引の法理のような裁判上の判断ルールは存在していないのが現状である。

こうした現状について、次のような指摘がある。

- ・ 米国では、… 組織再編税制に関しては、他の税制と同様、日本とは比較にならない精緻な制

²²⁹ それぞれの基準の内容については、前掲図表：23（105頁）を参照。

²³⁰ 「最終結果基準」については、3.3.3項（120頁）で述べたように、上記2つの基準に比べてその内容が漠然としているため、ここでは除外した。

²³¹ 筆者が第2章で採り上げたヤフー社の訴訟（2.2.5項の【事例Ⅲ01】（56頁））は、法人税法132条の2の適用を争う初の本格的裁判とみられる。筆者は、この事件を、複数の組織再編等の組み合わせの一体的把握という構図で解釈した。しかしそれは、まだ一審判決が出ていない本稿脱稿時点では、そういう構図で解釈するという筆者の仮説にとどまっている。

定法と規則、ルーリング等を整備している。しかし、それでも否認法理が用いられ、数え切れないほどの適用事例が存在している。これに対して、日本では、… 組織再編税制に関しては、骨格的部分のみを法令で整備し、必要に応じて通達を発遣するとともに、あとは行為計算否認規定（法人税法 132 条の 2 など）に委ねるという状況にあるものと思われる。

… …

[わが国の …川端注] 組織再編税制において、現状で米国のような精緻な立法ができず、否認規定に一定の役割を期待せざるを得ないのであれば、まず裁判所を説得できる否認の考え方を用意し、裁判例を積み重ねて米国の否認法理に相当するものを作ってゆくしかないと思われる。… 段階取引の法理は、私法に依拠した課税要件へのあてはめを考える場合にも、比較的理

この指摘は、複数の組織再編等の組み合わせの問題に限らず、組織再編税制全般を視野に入れたものであるが、岡村教授は、組織再編成に係る租税回避行為に対するわが国の対抗策が、個別的否認規定の整備という点でも、否認のための判例法理の蓄積という点でも、米国との比較において非常に乏しいという現状をふまえて、①今後わが国においても否認のための判例法理が形成・蓄積されていくべきこと、②米国の段階取引の法理の考え方は、わが国にも比較的取り入れやすいこと、③これら①②は、わが国での裁判上の準拠法令としては、行為・計算否認規定である法人税法 132 条の 2 の解釈論として展開される余地があること、を指摘している（③については、そう指摘しているようにみえる）。

段階取引の法理を法人税法 132 条の 2 の解釈論として取り込むという点については、太田洋弁護士も言及している。

- ・ この「ステップ・トランザクションの法理」は、わが国でも、租税回避行為についての否認の可否を考える際に参考になると指摘する見解があるが、租税法律主義が採用されているわが国においては、この法理の活用は法人税法 132 条の 2 に関する解釈論として議論すべきであろう。そうであるとすれば、「ステップ・トランザクションの法理」をわが国でも活用すべきであるか否かの問題は、その効果との関係で、法人税法 132 条の 2 の下で、… 「複数の組織再編行為を課税上一体の組織再編行為又は取引（売買等）と看做すこと」が、どのような要件の下に認められるべきかという問題に還元されることになる。具体的には、「複数の組織再編行為」が相互にどのような関係にある場合に、法人税法 132 条の 2 を適用すべきかという問題である。

… …

この点、法人税法 132 条の 2 の … 「不当に」の要件の解釈として、「ステップ・トランザクションの法理」の適用要件として米国で議論されている考え方を取り込めるか否かを考えるべきことになろう。（太田洋）²³³

²³² 岡村忠生「グレゴリー判決再考—事業目的と段階取引—」『税務大学校論叢 40 周年記念論文集』税務大学校（2008）、132～133 頁。

²³³ 太田洋「M&A・企業グループ再編と包括否認規定～法人税法 132 条の 2 の射程を中心に」太田洋=矢野正紘『M&A・企業組織再編のスキームと税務～M&A を巡る戦略的税務プランニングの最先端』大蔵財務協会（2012）、460 頁～461 頁。

太田弁護士は、段階取引の法理を、法人税法 132 条の 2 の「不当に」の解釈論として取り込みうることを示唆しているのである。

取引の一体的把握に係る段階取引の法理の判断基準を、わが国の法人税法 132 条の 2 の中心的な適用要件である「税負担を不当に減少させる」の判断基準として取り込むという案には、筆者も賛成である。

米国における段階取引の法理は、それ以外の否認のための判例法理と同様に、米国独特のコモン・ローの伝統の下、制定法の文言を超えた、裁判所によるある種の法創造として形成されてきたものである。一方、わが国では、租税回避をめぐる裁判において、裁判所は、租税法主義の下、米国的な（制定法の文言を超えて法創造を行うような）判例法理を形成することには、これまで抑制的であった。

租税回避に係る司法判断のこうした姿勢の違いを考慮すると、米国の段階取引の法理の考え方をわが国に取り入れる場合にも、それが租税法主義の枠内で機能できるように、いわばその受け皿となる実定法が必要となるだろう。その受け皿として、法人税法 132 条の 2 は有力な候補となるように思われる。なぜなら、段階取引の法理と法人税法 132 条の 2 とは、いずれも、個別的否認規定の間隙を突く租税回避行為への対抗策として位置づけられるという点で共通しているからである。また、取引の一体的把握のための判断基準を段階取引の法理から取り入れることで、法人税法 132 条の 2 の適用に係る判断基準が、その分、明確になると期待されるからである。

法人税法 132 条の 2 における「税負担を不当に減少させる」という適用要件の曖昧さについてはこれまでも指摘してきたが、「不当に減少させる」ものであるかどうかの判断要素の 1 つとして、段階取引の法理における拘束的約定基準ないし相互依存基準を加えることができるとすれば、その分だけ、その適用要件が明確となり、複数の組織再編等の組み合わせに対する同条の適用に関する、納税者の予測可能性や法的安定性が向上することになるだろう。

ただし、段階取引の法理を法人税法 132 条の 2 の「税負担を不当に減少させる」の判断基準として取り込むという場合の、その取り込み方には、なお検討すべき点が残っていると思われる。

上記の太田説（や、筆者の読解が正しいとすれば岡村説も）は、段階取引の法理の考え方を、法人税法 132 条の 2 の「解釈論」として取り入れるという構想を示している（方法①とする）。これはつまり、法人税法 132 条の 2 の文言は現状のまま変わらないが、同条の適用要件に係る裁判所の解釈として、段階取引の法理と同様の判断基準が判決文の中で採用されるという状況を想定していると推察される。たしかに、法人税法 132 条の 2 の適用が争点と

なる税務訴訟において、課税庁または納税者が、段階取引の法理から拘束的約定基準ないし相互依存基準を援用して取引の一体的把握の是非を争い、その結果として、そうした基準を採用した判例が順次蓄積されていくのであれば、(法 132 条の 2 が発動されるような課税処分が多発すること自体の問題はさておき、) その分、法人税法 132 条の 2 の適用要件が明確になるという意味で好ましい。実務専門家ヒアリングのなかで、法 132 条の 2 をめぐる判例の積み重ねに期待する声があったことからみても、裁判上の解釈(判例)を通じて段階取引の法理の取り込みができるのであれば、それが最も妥当な方法だといえるだろう。

しかし、現行の法人税法 132 条の 2 の条文をみるかぎり、拘束的約定基準ないし相互依存基準の内容が、その条文の文理解釈として論理必然的に導かれるとは言いがたい。また、同条に係る施行令や基本通達として、これらの基準に相当する内容を含むものが存在しているわけでもない。よって、課税庁ないし納税者が、これらの基準を法 132 条の 2 の解釈としていかに主張したとしても、裁判所がそれを採用するとは限らないであろう。わが国の裁判所が、米国のような(文言解釈を超えた)判例法理の形成にこれまで消極的だった傾向も、非採用の可能性を高めると思われる。

そうだとすると、さらに一步進めて、段階取引の法理における拘束的約定基準ないし相互依存基準を、法人税法 132 条の 2 の適用要件として、同条自身か同条の施行令の条文に直接書き加える方法、それが無理なら、基本通達として発行する方法もありうるのではないか(方法②とする)。法令への加筆なら確実に、基本通達であってもかなりの確度で、これらの基準を法人税法 132 条の 2 の適用要件として加味することができる。

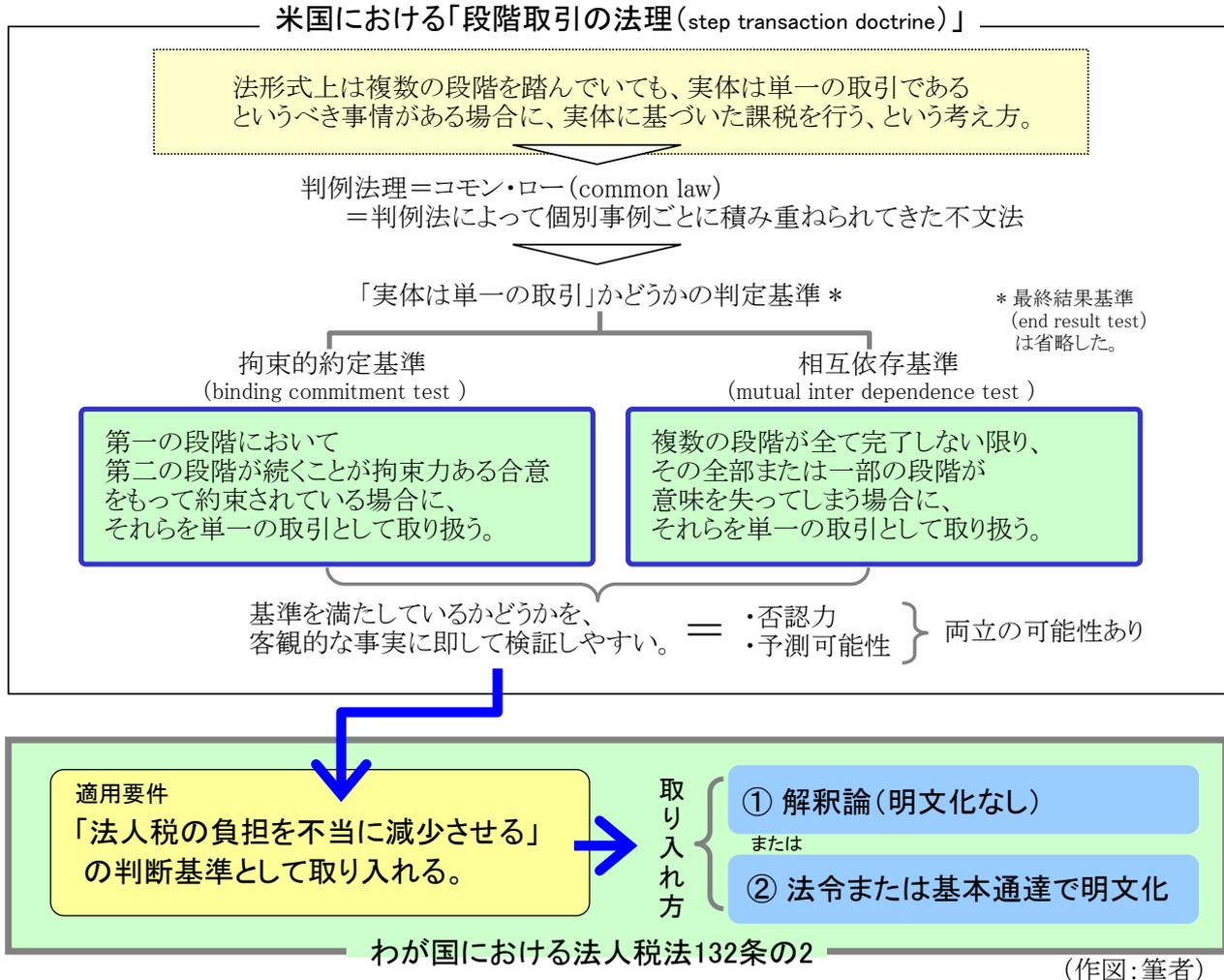
もっとも、米国の段階取引の法理は、それ以外の否認のための判例法理と同様に、あえて制定法として明文化せず、判例の集積として不文法のままにしておくことで、租税回避に対する否認力を維持してきた面がある。そうした観点からは、拘束的約定基準ないし相互依存基準的な考え方も、あえて明文規定にはしないで、あくまで個別の事案に即した裁判所の解釈の集積として、わが国に取り入れること(方法①)を目指すべきなのかもしれない。

この点について、今後、一定の示唆を与えてくれる可能性があると思われるのが、米国で 2010 年に成立した「経済的実質の法理の法典化とそれに伴う罰則規定」法(内国歳入法典 7701 条 (o) ほか)をめぐる今後の動向である。この 2010 年法は、否認のための主要な判例法理の 1 つである「経済的実質の法理」の中核をなす「経済的実質の有無の判定基準」を明文化するとともに、「経済的実質がない取引」が否認された場合の罰則(加算税)を創設したものである。

否認のための判例法理は明文化になじまないとして反対論も多かったこの法案が成立したことで、「経済的実質の法理」の運用が今後変化するのだろうか、また、今回の 2010 年法が包括的否認規定に相当する機能を、今後、本当に発揮していくのかどうかは、現状では見

極め難く、今後の動向を待つしかない。

図表:38 法人税法 132 条 2 への「段階取引の法理」の取り込み



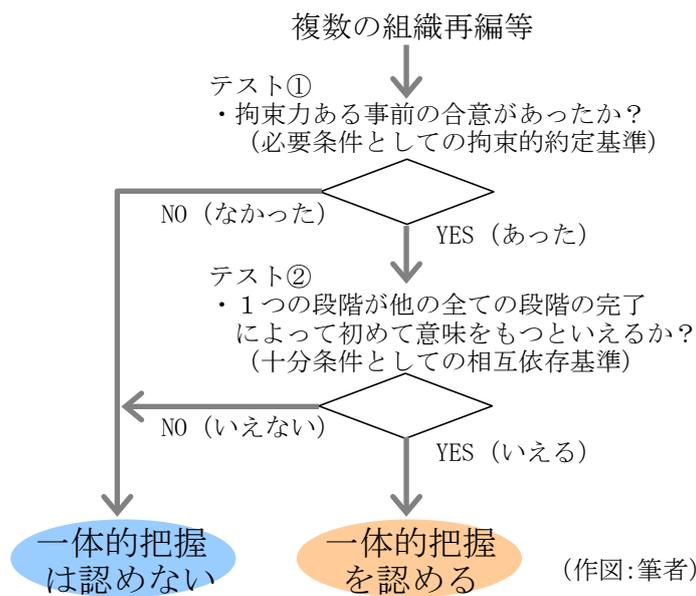
とはいえ、この2010年法と、段階取引の法理のわが国への取り込み方として筆者が上記で示した「方法②」とは、本来不文法である判例法理の内容を明文規定化するという点で共通している。2010年法は、経済的実質の法理の適用基準を歳入法典として明文化したものであり、方法②は、段階取引の法理の考え方を法人税法132条の2の条文（またはその施行令ないし基本通達）として明文化しようとするものであるからである。よって、2010年法のこの明文化の効果が今後どのように現れるかということは、筆者が示した方法②、すなわち、段階取引の法理の考え方を法人税法132条の2の条文（またはその施行令ないし基本通達）として明文化するという方法の妥当性を検証するうえで、一定の参考になると思われる。米国における今後の課税庁の課税態度や裁判所の判断動向が注目される。

また、段階取引の法理における拘束的約定基準と相互依存基準を、一体的把握のための必要条件または十分条件のいずれに位置づけるのかという点や、2つの基準の併用を認めるの

かどうかという点も、実際の運用の場面では重要な論点となる²³⁴。その本格的な検討は他日を期したいが、1つの私案として、①拘束的約定基準は一体的把握のための必要条件、②相互依存基準は十分条件として、①→②の順で併用する、という方式がありうるのではないかとと思われる。

すなわち、①まず、納税者が複数の組織再編等を連続して行ったことについて、拘束力ある事前の合意があったかどうかを審査する。そして、その合意がないのであれば、その他の条件の成否に関わらず、その一体的把握は認めず、各段階を別々にとらえるものとする（必要条件としての拘束的約定基準）。②事前の合意があった場合には、次に、複数の組織再編等のなかの1つの段階が他の全ての段階の完了によって初めて意味をもつといえるかどうかを審査する。そして、そういえると判定された場合には、その他の条件の成否に関わらず、これら一連の段階を一体的に把握して課税することを認めるのである（十分条件としての相互依存基準）。

図表:39 拘束的約定基準と相互依存基準の併用(案)



拘束的約定基準を必要条件として位置づけるのは、仮にこれを十分条件にして、＜拘束力ある合意があれば、それだけで即座に一体的把握を認める＞としてしまうと、第2章で採り上げた【事例 I 01】なども一体的に把握されることになってしまい²³⁵、取引の経済実態

²³⁴ 米国では、これらの点についての統一的なルールは存在せず、個々の訴訟内容に即して裁判所がその都度判定しているようである。前述 3.3.3 項（120頁）を参照。

²³⁵ 【事例 I 01】「株式の金銭買取り後に適格合併」（32頁）では、TOB による事前の株式買取り（step1）と、その後の合併（step2）とが、事前に予定された一連の取引である旨を、公開

にそぐわないものになってしまうからである。また、相互依存基準を十分条件として位置づけるのは、<ある1つの段階が他の全ての段階の完了によって初めて意味をもつ>という関係が認められるのであれば、それら一連の取引は実質的にも一体としての性格を有している可能性が高いと考えられるからである。そして、これら2つの基準を併せて用いることで、判定の恣意性を低く抑えることができるように思われる。

最後に、5.1節から5.3節までの内容を表およびイメージ図として要約したものを、図表：40に示す。

図表：40 「複数の組織再編等の組み合わせを一体のものとして否認できるか」に関するルール形成のあるべき姿

■個別規定の整備（課税ルールの明文化）

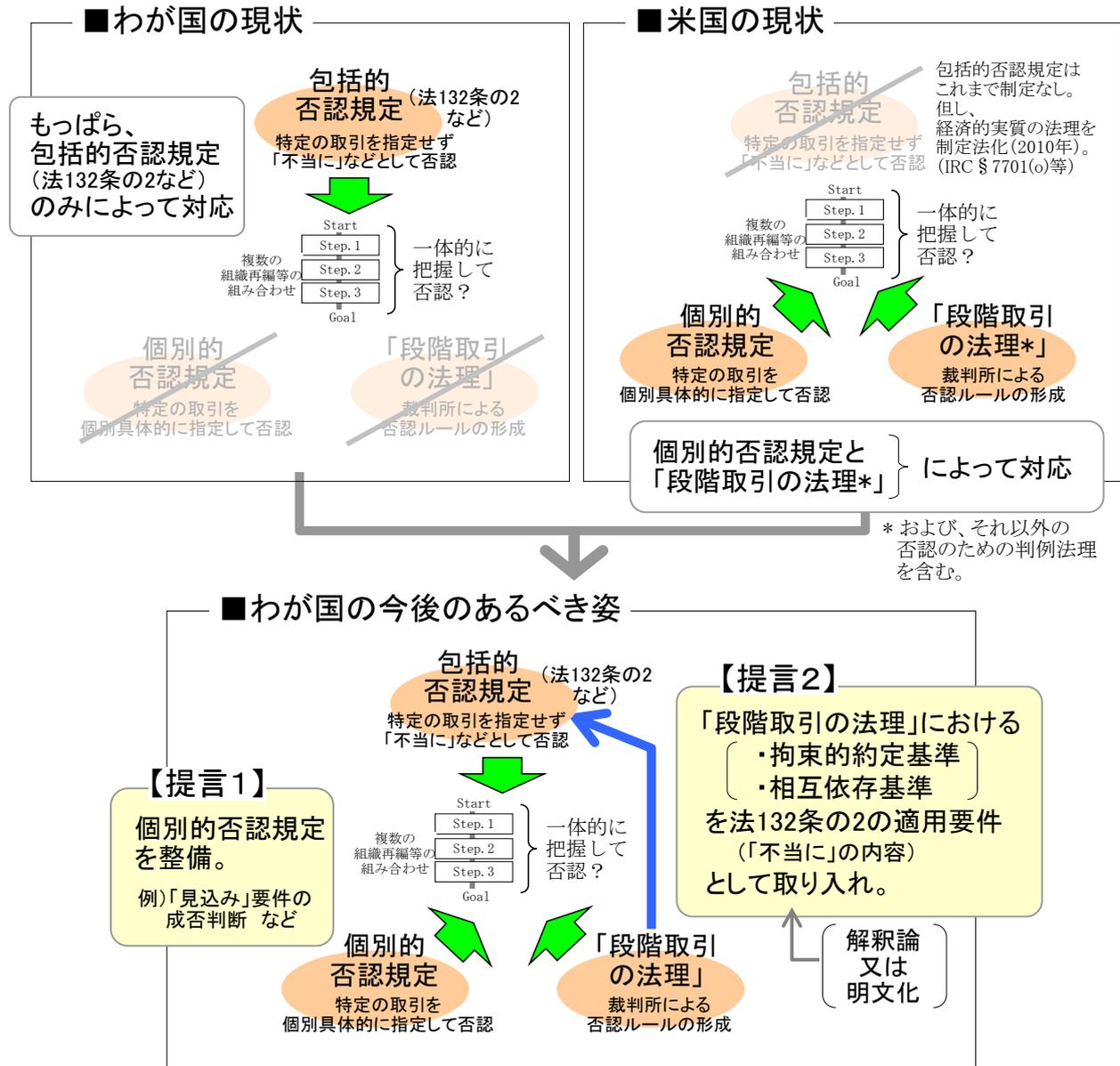
	米 国		日 本		
	現 状	現 状	現 状	今後のあるべき姿	
立法（および行政への委任）	<ul style="list-style-type: none"> ◇ 具体的個別規定を数多く整備。 <ul style="list-style-type: none"> 〔 歳入法典 財務省規則 歳入庁細則 〕 ◇ 別々に判定すると定めた規定 <ul style="list-style-type: none"> ・「合併等→株式売却」ほか ◇ 一体として否認すると定めた規定 <ul style="list-style-type: none"> ・「法人分割→株式の売却」 ・「法人分割→法人取得」ほか 	<ul style="list-style-type: none"> ◇ 具体的個別規定は少ない。 <ul style="list-style-type: none"> 〔 法人税法 同施行令 同基本通達 〕 ◇ 別々に判定すると定めた規定 ◇ 一体として否認すると定めた規定 <p style="text-align: center;">↓</p> <p>いずれもほとんど見当たらない</p>	<p>【提言1】 事例に即した個別の取扱い規定を税法の各階層において積極的に整備していくべき。</p> <ul style="list-style-type: none"> 〔 法人税法 同施行令 同基本通達 〕 <p>規定例） ・「見込み要件」成否の判断など</p>		

買付届書等に記載することが多いため、そこに「拘束力ある事前の合意」があると判定される可能性が高い。しかし、これらの事例を一体的に把握するのはその経済的実態からみて適当でないから、拘束力ある事前の合意があるからといって、即座に一体的把握を認めるのは適切でないだろう。

■個別規定以外の課税ルールの形成（法の欠缺の補完）

	米 国		日 本	
	現 状	現 状	現 状	今後のあるべき姿
司 法	<p>◇ コモン・ローの伝統の下、租税回避否認のための判例法理を豊富に蓄積。</p> <p>= 制定法の文言を超えた裁判所のある種の法創造により租税回避を否認。</p> <p>◇ 複数の組織再編等を一体として扱う判例法理として「段階取引の法理」がある。(step transaction doctrine)</p> <p>= 法形式上は複数の段階でも、実体は単一の取引という事情がある場合に、実体に基づいて課税する。</p> <p>= 一体として扱うかどうかの判定基準</p> <p>a. 拘束的約定基準 b. 相互依存基準 c. 最終結果基準 (↑c. は曖昧)</p>	<p>◇ 租税法律主義の下、米国的な判例法理の形成（裁判所の法創造による租税回避の否認）には抑制的。</p> <p>◇ 複数の組織再編等を一体として扱うかどうか（個別規定で判断不能の場合）の裁判上の判断ルールは、いまだ示されていない。（組織再編関連の訴訟自体の少なさも一因）</p>	<p>【提言 2】</p> <p>◇ 段階取引の法理 〔 拘束的約定基準 〕 を 〔 相互依存基準 〕</p> <p>複数の組織再編等の一体的把握に係る法人税法132条の2の適用要件に 取り入れるべき。</p> <p>但し、わが国は、 〔 コモン・ローの伝統なし。 〕 〔 租税法律主義の下にある。 〕</p> <p>▽</p> <p>解釈論（明文化なし）による段階取引の法理の取り入れ（裁判所による法創造）には限界ある恐れ。</p> <p>↓</p>	

	米 国		日 本	
	現 状	現 状	現 状	今後のあるべき姿
立 法	<p>◇ 経済的実質の法理の法典化と罰則の強化（内国歳入法典7701(o)等） = 否認のための判例法理の制定法化（米国初の包括的否認規定？）</p> <p>・ 否認の対象 = 経済的実質を有しない取引を二分股テストで判定（客観面と主観面）</p>	<p>◇ 組織再編成に係る行為計算否認規定（法人税法132条の2など）</p> <p>・ 否認の対象 = 法人税の負担を不当に減少させる行為又は計算 ↑ 「不当に減少させる」の内容が不明確。 = 複数の組織再編成の段階的な組み合わせも対象。</p>	<p>▽</p> <p>◇ 段階取引の法理 〔 拘束的約定基準 〕 を 〔 相互依存基準 〕</p> <p>法人税法132条の2の法令または基本通達として明文化する方法もありうる。</p>	



(作図表:筆者)

おわりに

組織再編等をめぐる課税関係においては、ある一定の法人組織の再構成に至る経路が複数存在する場合に、実定法に定められた課税繰延べ要件（適格要件）を、一方の経路は形式上満たしているが、他方の経路は形式上満たさないということが生じうる。

これを納税者からみると、自らに有利な課税関係になるように、複数の組織再編等を組み合わせる誘引が働くことになる。それは、一方では、実定法から判読できる適格要件にもとづく、形式上適法な行為であり、課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性を確保すべきとする租税法律主義の観点から、原則として認められるべき行為であろう（租税法律主義の要請）。

しかし、他方では、そうした行為が過熱すると、（なるほど適法であるかもしれないが、しかし）不当な租税回避に該当すると考えざるを得ない事例も生じてくる。本稿でみてきた米国の組織再編税制の発展過程がまさにそうであったし、また、わが国ではそうした事例が生じないと考える根拠はどこにもない。このような事例については、例外的に、納税者が行った複数の組織再編等の組み合わせを、課税庁が、課税の公平の観点から、課税上は実質的に一体のものとしてとらえて課税（否認）することを認めざるを得ない場合もあるように思われる（課税の公平の要請）。

とはいえ、複数の組織再編等を一体的に把握して否認すること（課税の公平の要請）は、その課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性（租税法律主義の要請）と、極力両立しうるものでなければならない。

本稿では、複数の組織再編等の一体的把握による否認の是非について、わが国では、もっぱら、組織再編に係る行為・計算否認規定である法人税法 132 条の 2 だけに頼って対応しようとしているのに対し、米国では、連邦議会（およびその委任をうけた財務省や内国歳入庁）による個別的否認規定の整備と、裁判所による段階取引の法理（に代表される否認のための判例法理）の蓄積・適用、によって課税ルールを形成してきたことを示した。また、米国のこうした課税ルール形成の仕組みが、わが国の法人税法 132 条の 2 に比べて、複数の組織再編に係る課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性を高めるうえで優れていることを指摘した。

それをふまえて本稿は、わが国においても、複数の組織再編等の一体的把握の是非について、今後、①国会（およびその委任を受けた財務省や国税庁）による個別的否認規定の整備を逐次進めていくべきこと、②取引の一体的把握に係る段階取引の法理の判断基準（拘束的約定基準ないし相互依存基準）を、法人税法 132 条の 2 の適用要件である「税負担を不当に

減少させる」の判断基準として取り込んでいくべきこと、を提言した。こうした方向で改革を進めていくことで、複数の組織再編等の組み合わせをめぐる、課税の公平の要請（その一体的把握による否認）と、租税法律主義の要請（課税関係に関する納税者の予測可能性や法的安定性の確保）とを、次第に両立（≒調和）させていくことが期待できるのではないだろうか。

とはいえ、①具体的にどのような個別的否認規定を制定すべきなのかという点については、本稿では一例を挙げたにすぎず、十分に言及できなかった。また、②段階取引の法理の判断基準を法人税法 132 条の 2 の適用要件の 1 つとして取り込むという場合の、その取り込み方についても、それを法 132 条の 2 に係る裁判上の解釈論の次元で実現する方法と、明文規定として立法的に盛り込む方法とを、両論併記するにとどまっている。これらの点に関する更なる検討は、他日を期したい。

参考文献一覧

(著者名 五十音順)

- 1) 阿部泰久「改正の経緯と残された課題」別冊商事法務 252号『企業組織と租税法』(2002.6)
- 2) 阿部泰久「租税回避否認規定が及ぼす影響」税務弘報 57(14) (2009.12)
- 3) 阿部泰久=江頭憲治郎=武井一浩=水野忠恒「パネル・ディスカッション 企業再編と租税法」別冊商事法務 252号『企業組織と租税法』(2002.6)
- 4) 有安寛次「組織再編、海外取引時には特に注意を！ 税務調査の最新動向と対応の留意点」経理情報 1271号 (2011.2)
- 5) 石井道遠「タックス・コンプライアンスを巡る国際的連携の動きと我が国の政策対応の在り方(試論)」RIETI Discussion Paper Series 10-J-033 (2010.6)
- 6) 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 (2006.7)
- 7) 伊藤公哉『アメリカ連邦税法(第4版)』中央経済社 (2009.8)
- 8) 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ー日本版LLPへの対応を考慮に入れてー」税務大学校論叢 52号 (2006.6)
- 9) 今村隆「最近の租税裁判における司法判断の傾向ー外国税額控除事件最高裁判決を手掛りとしてー」税理 49(7) (2006.5)
- 10) 今村隆「租税回避とは何か」『税務大学校論叢 40周年記念論文集』税務大学校 (2008.6)
- 11) 今村隆「諸外国の租税回避一般否認規定と最近の動向」税務弘報 57(11) (2009.10)
- 12) 今村隆「主要国の一般的租税回避防止規定」本庄資編『国際課税の理論と実務~73の重要課題』大蔵財務協会 (2011.8)
- 13) 今村隆「英国におけるラムゼイ原則と資本控除(capital allowance)への適用ー2011年 Tower MCashback 事件英国最高裁判決を分析してー」租税研究 760号 (2013.2)
- 14) 入谷淳『組織再編包括的否認規定の実務解釈』中央経済社 (2013.6)
- 15) 岩崎政明「租税回避の否認と法の解釈適用の限界ー取引の一体的把握による同族会社の行為計算否認ー」金子宏編『租税法の基本問題』有斐閣 (2007.11)
- 16) 岩品信明「両側から見た税務調査ーM&A・組織再編, 移転価格税制, 期間損益, 否認」税務弘報 59(5) (2011.5)
- 17) 内海英博=TMI 総合法律事務所『M&A 頻出用語辞典』大蔵財務協会 (2010.4)
- 18) 梅本建紀「わが国企業のM&A活動の動向と特徴」落合誠一編『わが国M&Aの課題と展望』商事法務 (2006.5)
- 19) 占部裕典「最近の裁判例にみる「租税回避行為の否認」の課題ー実体法的・証拠法的視点からー」税法学 553号 (2005.5)
- 20) 大石篤史「M&Aにおける租税回避問題の検討ー米国の議論からの示唆ー(上)(下)」商事法務 1710号 (2004.10), 1711号 (2004.10)
- 21) 大石篤史「組織再編税制と租税回避」金子宏編『租税法の発展』有斐閣 (2010.11)
- 22) 大石篤史=小島義博=小山浩『税務・法務を統合したM&A戦略』中央経済社 (2009.

- 12)
- 23) 太田洋「組織再編行為と否認」租税研究 741 号 (2011. 7)
- 24) 太田洋「組織再編を用いた M&A・企業グループ再編と課税 ―現行税制の概要と課題―」租税研究 744 号 (2011. 10)
- 25) 太田洋「M&A・企業グループ再編と包括否認規定～法人税法 132 条の 2 の射程を中心に」太田洋=矢野正紘『M&A・企業組織再編のスキームと税務～M&A を巡る戦略的税務プランニングの最先端』大蔵財務協会 (2012. 6)
- 26) 岡村忠生「税負担回避の意図と二分枝テスト」税法学 543 号 (2000. 5)
- 27) 岡村忠生「租税回避行為の規制について」税法学 553 号 (2005. 5)
- 28) 岡村忠生「グレゴリー判決再考―事業目的と段階取引―」『税務大学校論叢 40 周年記念論文集』税務大学校 (2008. 6)
- 29) 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」税研 148 (2009. 11)
- 30) 岡村忠生「米国の新しい包括的乱用防止規定について」『税制改革の課題と国際課税の潮流 (日本租税研究協会第 62 回租税研究大会記録)』日本租税研究協会 (2010. 11)
- 31) 岡村忠生「租税回避行為の否認―りそな外税控除否認事件」水野忠恒ほか編『租税判例百選 (第 5 版)』有斐閣 (2011. 12)
- 32) 岡村忠生=太田洋=貞森恵祐「座談会 日本の M&A 税制の到達点と改革の視点―新株式交換税制、三角合併税制、組織再編税制の問題点―」MARR141 号 (2006. 7)
- 33) 岡村忠生=渡辺徹也=高橋祐介『ベーシック税法 (第 6 版)』有斐閣 (2011. 4)
- 34) 金子宏「アドヴァンス・ルーリングについて」金子宏『租税法理論の形成と解明 (上)』有斐閣 (2010. 11) (初出 1994)
- 35) 金子宏「財政権力―課税権力の合理的行使をめぐって―」金子宏『租税法理論の形成と解明 (上)』有斐閣 (2010. 11) (初出 1983. 8)
- 36) 金子宏「租税法とルール・オブ・ロー」金子宏『所得税・法人税の理論と課題』日本租税研究協会 (2010. 4) (初出 2006. 9)
- 37) 金子宏『租税法 (第 16 版)』弘文堂 (2011. 4)
- 38) 金子宏=新堂幸司=平井宣雄『法律学小辞典 (第 4 版補訂版)』有斐閣 (2008. 10)
- 39) 上斗米明「文書回答手続の見直しについて―グローバルスタンダードな納税者ガイダンスの整備に向けて―」税研 19(6) (2004. 5)
- 40) 神山弘行「事前照会制度に関する制度的課題 (研究ノート)」RIETI Discussion Paper Series 10-J-036 (2010. 6)
- 41) 菊谷正人=内野正昭「税務相談制度・事前照会制度の現状と課題」税経通信 62(11) (2007. 8)
- 42) 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 (2010. 4)
- 43) 清永敬次『税法 (第 7 版)』ミネルヴァ書房 (2007. 2)
- 44) 齊木秀憲「組織再編成に係る行為計算否認規定の適用について」税務大学校論叢 73 号 (2012. 7)

- 45) 酒井克彦「事前照会に対する文書回答手続をめぐる考察と提言(上)(中)(下)」税理 50(15) (2007. 11), 51(2) (2008. 2), 51(3) (2008. 3)
- 46) 酒井克彦「これまでの文書回答手続の問題点と新たな見直し」税理 51(10) (2008. 8)
- 47) 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(10) (2009. 9)
- 48) 佐藤信祐『組織再編における包括的租税回避防止規定の実務』中央経済社 (2009. 7)
- 49) 志賀櫻「外国税額控除の控除余裕枠を利用する租税回避 —最高裁平成 17 年 12 月 19 日第二小法廷判決に関連して—」税務事例 38(7) (2006. 7)
- 50) 品川芳宣「租税回避行為の否認と仮装行為の否認—両者の関係と私法上の契約を否認できる限界—」税理 49(15) (2006. 12)
- 51) 進藤直義「租税法律主義とタックス・コモン・ロー 『経済的実態の法理の成文化』 獨協ロー・ジャーナル 7 号 (2012. 4)
- 52) 新免久弘「企業組織再編税制について」租税研究 751 号 (2012. 5)
- 53) 菅原計「租税回避否認の論理と合法性原則」(東洋大学) 経営論集 70 号 (2007. 11)
- 54) 鈴木孝直「事前照会手続の整備の現状と今後の方向性」(長崎大学) 経営と経済 83 巻 1 号 (2003. 6)
- 55) 政府税制調査会「わが国税制の現状と課題— 21 世紀に向けた国民の参加と選択—」(平成 12 年 7 月 14 日) (2000. 7)
- 56) 政府税制調査会 法人課税小委員会「会社分割・合併等の企業組織再編成に係る税制の基本的考え方」(平成 12 年 10 月 3 日) (2000. 10)
- 57) 政府税制調査会「平成 13 年度の税制改正に関する答申」(平成 12 年 12 月 13 日) (2000. 12)
- 58) 税理士法人プライスウォーターハウスクーパース『「組織再編の実態とそれにふさわしい税制のあり方に関する調査」調査報告書』経済産業省委託調査 (2011. 3)
- 59) 税理士法人プライスウォーターハウスクーパース『組織再編(法人税の実務 Q&A シリーズ)』中央経済社 (2012. 7)
- 60) 税理士法人プライスウォーターハウスクーパース=あらた監査法人『M&A ナレッジブック』中央経済社 (2010. 5)
- 61) 武田昌輔ほか『DHC コンメンタル法人税法』第一法規 (1979. 5~加除式)
- 62) 武田昌輔=後藤喜一=原一郎『企業再編の税務』第一法規 (2002. 2~加除式)
- 63) 谷口勢津夫「判例批評 法人税法上の外国税額控除制度の濫用」民商法雑誌 135(6) (2007. 3)
- 64) 谷口勢津夫「ドイツにおける租税回避の一般的否認規定の最近の展開」『税務大学校論叢 40 周年記念論文集』税務大学校 (2008. 6)
- 65) 谷口勢津夫「ドイツ租税基本法 42 条の改正内容とその評価 —濫用概念を中心にして—」税研 25(4) (2010. 1)
- 66) 谷口勢津夫「税法における裁判による法創造論序説—ドイツにおける最近の議論の紹介—」税法学 563 号 (2010. 5)
- 67) 谷口勢津夫「税法における『司法的積極主義』の意義と課題」『税制改革の課題と

- 国際課税の潮流（日本租税研究協会第 62 回租税研究大会記録）』日本租税研究協会（2010.11）
- 68) 谷口勢津夫『税法基本講義（第 2 版）』弘文堂（2011.3）
- 69) 朝長英樹「法人税制の検討課題について—分割・合併等—」租税研究 611 号（2000.9）
- 70) 朝長英樹「組織再編成に係る税制について（第 2 回）（第 3 回）」租税研究 620 号（2001.6）、621 号（2001.7）
- 71) 朝長英樹「組織再編成に係る行為又は計算の否認（1）～（3）」T&A master 443 号（2012.3）、446 号（2012.4）、447 号（2012.4）
- 72) 朝長英樹=山田博志「会社分割等の組織再編成に係る税制について」租税研究 614 号（2000.12）
- 73) 朝長英樹=山田博志「会社分割等の組織再編成に係る税制（案）についての質問に対する回答について」租税研究 617 号（2001.3）
- 74) 朝長英樹=阿部泰久=緑川正博「座談会 行為計算否認と最近の法人税務事例」T&A master 465 号（2012.9）
- 75) 朝長英樹=藤田耕司=仲谷栄一郎「座談会 組織再編成税制を巡る否認が相次ぐ中、今明かされる『行為計算否認規定（法人税法 132 条の 2）の創設の経緯・目的と解釈（1）～（3）』」T&A master 449 号（2012.4）、450 号（2012.5）、451 号（2012.5）
- 76) 中里実「課税逃れ商品に対応する租税法の対応（上）（下）」ジュリスト 1169 号（1999.12）、1171 号（2000.2）
- 77) 中里実『タックスシェルター』有斐閣（2002.6）
- 78) 中里実「国際的租税回避否認規定によりもたらされる国内的二重課税」『税制改革の課題と国際課税の潮流（日本租税研究協会第 62 回租税研究大会記録）』日本租税研究協会（2010.11）
- 79) 仲谷修=栗原正明=中村慈美=佐々木浩=武井一浩「座談会 企業組織再編税制及びグループ法人税制の現状と今後の展望」大蔵財務協会編『企業組織再編税制及びグループ法人税制の現状と今後の展望』大蔵財務協会（2012.7）
- 80) 成道秀雄「組織再編成における租税回避行為」日本税務研究センター編『同族会社の行為計算の否認規定の再検討—租税回避行為との関係を含めて—』財経詳報社（2007.12）
- 81) 西村美智子=中島礼子「M&A の税務調査対策」税務弘報 60(9)（2012.9）
- 82) 野本誠「米国税制の概要とブッシュ政権の抜本的税制改革案」租税研究 683 号（2006.9）
- 83) 澁井吾「アメリカにおける租税回避否認法理の意義と機能（1）」学習院大学法学会雑誌 38(2)（2003.3）
- 84) 藤本哲也=朝長英樹「法人税法の改正」『平成 13 年版 改正税法のすべて』大蔵財務協会（2001.6）
- 85) 本庄資『タックス・シェルター事例研究』税務経理協会（2004.3）
- 86) 本庄資「米国税務行政における『効率』の追求と『和解』戦略」『税務大学校論叢 40 周年記念論文集』税務大学校（2008.6）
- 87) 本庄資『アメリカ法人税制』日本租税研究協会（2010.8）

- 88) 本庄資「米国における国際的租税回避否認規定」本庄資編『国際課税の理論と実務～73の重要課題』大蔵財務協会（2011.8）
- 89) 増井良啓「租税法の形成におけるアドバンス・ルーリングの役割」COE ソフトロー・ディスカッション・ペーパーシリーズ COESOFTLAW-2005-1（2005.1）
- 90) 松田直樹『租税回避行為の解明 ―グローバルな視点からの分析と提言―』ぎょうせい（2009.3）
- 91) 松丸憲司「租税回避に対する法人税法132条等の行為計算否認規定のあり方」税務大学校論叢51号（2006.6）
- 92) 水野忠恒「企業組織再編税制改正の基本的な考え方」別冊商事法務252号『企業組織と租税法』（2002.6）
- 93) 水野忠恒『租税法（第5版）』有斐閣（2011.4）
- 94) みらいコンサルティンググループ『企業再編・組織再編実践入門』日本実業出版社（2012.6）
- 95) 村岡欣潤「経済実体要件の法令化」米国会計・税務ニュースVol.8（Pricewaterhouse Coopers）（2010.6）
- 96) 森信茂樹「新会社法と租税回避問題―三角合併を中心に―」フィナンシャル・レビュー84号（2006.7）
- 97) 山川博樹「金融商品・企業組織再編・企業再生に係る文書回答・事前照会について（上）（下）」租税研究731号（2010.9）、732号（2010.10）
- 98) 山本守之『租税法の基礎理論』税務経理協会（2004.2）
- 99) 山本守之「最高裁判決の二つの傾向」税務弘報57(3)（2009.3）
- 100) 吉村政穂「判例評論・最高裁平成17年12月19日第二小法廷判決」判例時報1937号（2006.10）
- 101) 吉村典久「租税法における取引の一体的把握」ジュリスト1271号（2004.7）
- 102) 渡辺徹也「アメリカにおける租税回避に関する規制と現状」近畿税理士会編（田中治監修）『税理士と実務家のための租税回避行為をめぐる事例研究』清文社（1998.12）
- 103) 渡辺徹也「イギリスにおける租税回避に関する規制と現状」近畿税理士会編（田中治監修）『税理士と実務家のための租税回避行為をめぐる事例研究』清文社（1998.12）
- 104) 渡辺徹也「英国判例における実質課税原則の変遷」『企業取引と租税回避』中央経済社（2002.2）（初出1992～1993）
- 105) 渡辺徹也「英国判例にあらわれた新しい租税回避否認原則の推移」『企業取引と租税回避』中央経済社（2002.2）（初出1994）
- 106) 渡辺徹也「法人分割と租税回避」『企業取引と租税回避』中央経済社（2002.2）（初出1996）
- 107) 渡辺徹也「分割税制に関する濫用とその規制―法人課税を中心に―」『企業組織再編成と課税』弘文堂（2006.1）（初出2001）
- 108) 渡辺徹也「組織再編税制における非適格取引」『企業組織再編成と課税』弘文堂（2006.1）（初出2003）
- 109) 渡辺徹也「アメリカ組織再編税制における投資持分継続性原理」『企業組織再編成

- と課税』弘文堂（2006.1）（初出 2006）
- 110) 渡辺徹也「税法における適格合併の概念」『企業組織再編成と課税』弘文堂（2006.1）（初出 2006）
- 111) 渡辺徹也「企業組織再編税制 — 現行制度における課税繰延の理論的根拠および問題点等 —」租税研究 687 号（2007.1）
- 112) 渡辺徹也「組織再編税制における実質主義と形式主義 — 課税ルールの中立性と納税者が選択したルートの問題 —」金子宏編『租税法の基本問題』有斐閣（2007.11）
- 113) 渡辺徹也「三角型組織再編成と課税」租税研究 709 号（2008.11）
- 114) 渡辺裕泰「組織再編税制の適格要件に関する一考察 — 配当見合い金銭、端数株式の代り金はどこまで可能か —」金子宏編『租税法の基本問題』有斐閣（2007.11）