

租稅資料館賞受賞論文集

第 24 回 (2015 年)

下卷

公益財団法人 租稅資料館

租税資料館賞 第24回入賞作品

●上 巻

■論文の部

「一般的租税回避否認規定の対象領域と実効性 —英連邦諸国の経験からの一考察—」

稿 者 高橋 里枝 氏

(税理士/慶應義塾大学大学院 院生) 上巻(31 ページ)

■租税資料館奨励賞の部

「公益法人税制に関する一考察 —イコールフットィングの視点からの検証—」

稿 者 蛭澤 美江子 氏

(國學院大學大学院 院生) 上巻(143 ページ)

「租税条約における仲裁制度の現状と課題」

稿 者 川村 晋策 氏

(慶應義塾大学大学院 院生) 上巻(367 ページ)

●中 巻

「貸倒損失と部分貸倒」

稿 者 田々邊 献 氏

(名古屋商科大学大学院 院生) 中巻 (3 ページ)

「法人税法における不確定概念の解釈についての一考察

—交際費課税の不確定概念の検討を中心に—」

稿 者 野村 篤史 氏

(名古屋経済大学大学院 院生) 中巻(65 ページ)

「同族会社における役員退職給与の適正額基準

—納税者の適正額基準と課税庁の適正額範囲—」

稿 者 松澤 智也 氏

(大阪経済大学大学院 院生) 中巻(207 ページ)

●下 巻

「ハイブリッド金融商品を用いた税源浸食への対応に関する一考察」

稿 者 見島 絵里香 氏

(立命館大学大学院 院生) 下巻(3 ページ)

「わが国の租税法における外国事業体の法人該当性

—米国デラウェア州L P Sを素材として—

稿 者 山本 尚紀 氏

(大阪経済大学大学院 院生) 下巻(73 ページ)

「借地権課税の問題点

—「相当の地代」と「使用貸借」に係る私法と租税法の乖離についての考察—

稿 者 若林 俊之 氏

(日本大学大学院 院生) 下巻(141 ページ)

ハイブリッド金融商品を用いた税源浸食への対応に関する一考察

見島 絵里香

「ハイブリッド金融商品を用いた税源浸食への対応に関する一考察」

企業等の資金調達方法は、株式発行や借入等、企業等の選択に委ねられている。近年、我が国ではハイブリッド金融商品と呼ばれる、さまざまな負債の特徴と資本の特徴を併せもった金融商品が発行されている。我が国の税制上、ハイブリッド金融商品に対する株式と負債の区分は、私法上の判断によって区分することとされているが、取引相手国の税制上の金融商品の区分方法や税制上の取扱いに齟齬が生じる場合、ハイブリッド金融商品から生ずる支払が一方の国で損金に算入され、他方の国で益金に算入されないという国際的二重非課税の状態が生じる可能性がある。

ハイブリッド金融商品の発行は、金融機関に対する BIS 規制等、発行体の業種によっては資金調達に関する規制が定められている場合もあり、一般の事業会社だけでなく様々な業種にとって重要な資金調達手段であるため、ハイブリッド金融商品に対する税務上の取扱いは、今後さらに問題になると予想される。

本稿では、ハイブリッド金融商品の利用により生じる国際的二重非課税の解消方法について、近年行われている OECD の議論を検討した上で、様々な性格を有する金融商品を法的性質によって区分するのではなく、相手国の税制上の取扱いによって課税を行うか否かを決定する方法を我が国の現行法にも導入すべきであることを述べるため、我が国の現行法への影響と改正の必要性について具体的な検討を行い、若干の提案を行うことを目的とする。

第 1 章では、ハイブリッド金融商品の必要性及び税制上の取扱いを述べ、クロスボーダーの取引においてハイブリッド金融商品を用いたハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントを行うことができる企業は、それ以外の企業と比べ、税負担を意図的に軽減することができるため、競争上の優位性の観点等から問題があることについて検討を行った。そして、税制上において金融商品の性質による Debt/Equity の峻別を行う基準の設定や、各国における金融商品の税制上の取扱いを統一することが困難であることを示した。

ハイブリッド金融商品から生ずる国際的二重非課税を根本的に解消するためには、実質的に取引国間のいずれか一国で課税がなされる仕組みが必要であるが、我が国にはハイブリッド金融商品を用いた国際的二重非課税に対処する規定が存在しないことを指摘し、国際的二重非課税を解消するための規定を我が国に設けるべきであることを述べた。

第 2 章では、ハイブリッド金融商品から生ずる国際二重非課税への対処の方法について有効であると考えられる、EU 及び OECD における議論を確認し、現行の我が国の税制への影響について検討した。OECD の議論については、特に重要な議論がなされている OECD の 2012 年報告書及び 2014 年に公表されたディスカッション・ドラフト、2014 年報告書の内容を示した。そして、OECD が勧告する「国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認」及び「ハイブリッド・ミスマッチ・ルール」について我が国の国内法に導入した際の影響について検討を行った。

第 3 章では、ハイブリッド金融商品の取引国間での法的性質及び税制上の取扱いの区分を 16 ケース（ある国が源泉地国である場合と居住地国である場合の取引を考えると 32 パターン）に分類し、そのうち 6 つのパターンについて OECD の 2014 年報告書で勧告されているルールを導入すべきであるとした上で、我が国の税制上望ましい規定の導入を提案するための考察を行った。特に我が国の国内法に影響が生ずると考えられる「外国子会社配当益金不算入制度」、「過少資本税制及び過大支払利子税制」、「特定目的会社に係る課税の特例等」に焦点を当て、我が国の国内法におけるハイブリッド金融商品から生ずる国際的
二重非課税の解消方法の導入及び改正の必要性を述べ、若干の提言を行った。

目次

序章 はじめに

第1章 ハイブリッド金融商品の取扱いと問題点

1-1 ハイブリッド金融商品の概要

1-1-1 Debt/Equity の相対化

1-1-2 ハイブリッド金融商品の必要性

1-1-3 我が国におけるハイブリッド金融商品の税務上の取扱い

1-2 ハイブリッド金融商品の区分

1-2-1 BIS 規制による Debt/Equity の区分

1-2-2 アメリカにおける議論

1-3 二重非課税取引とその要因

1-3-1 我が国における利子及び配当の税務上の取扱いと二重非課税の要因

1-3-2 二重非課税取引の具体例

1-3-3 問題点

1-4 小括

第2章 二重非課税に対する各国の対処方法

2-1 EU における議論

2-1-1 租税不正及び脱税に対するアクションプラン

2-1-2 親子会社指令改正の動き

2-2 OECD における議論

2-2-1 OECD の問題意識

2-2-2 2012 年 OECD 報告書

2-2-3 2014 年 OECD ディスカッション・ドラフト

2-3 ハイブリッド・ミスマッチ・ルールの概要

2-3-1 2014 年 OECD 報告書による二重非課税の解消方法

2-3-2 ハイブリッド・ミスマッチ・ルールの適用範囲

2-3-3 ハイブリッド・ミスマッチ・ルール等を採用した場合の日本の制度への影響

2-4 小括

第3章 国内法への示唆

3-1 適切な制度の提案

3-1-1 外国子会社配当益金不算入制度との関係

3-1-2 過少資本税制及び過大支払利子税制との関係

3-1-3 特定目的会社に係る課税の特例等との関係

3-2 小括

終章 おわりに

はじめに

企業等の資金調達方法は、株式発行や借入等、企業等の選択に委ねられている。近年、我が国ではハイブリッド証券と呼ばれる、さまざまな負債の特徴と資本の特徴を併せもった証券¹が発行されている。日本の税制上、ハイブリッド証券に対する株式と負債の区分は、私法上の判断によって区分することとされているが、取引相手国の税制上の金融商品の区分方法や税制上の取扱いに齟齬が生じる場合、ハイブリッド証券から生ずる支払が一方の国で損金に算入され、他方の国で益金に算入されないという国際的二重非課税の状態が生じる可能性がある。

ハイブリッド証券の発行は、金融機関に対する BIS 規制等、発行体の業種によっては資金調達に関する規制が定められている場合もあり、一般の事業会社だけでなく様々な業種にとって重要な資金調達手段であるため、ハイブリッド証券に対する税務上の取扱いは、今後さらに問題になると予想される。

ハイブリッド証券といっても、その種類は広範であり、定義も画一的なものではないため、本稿では「取引相手国の税制上、法的性質を異にする（例えば、一方の国ではその金融商品を株式(Equity)と区分し、それから生ずる支払を配当として扱い、他方の国ではその金融商品を負債(Debt)と区分し、それから生ずる支払を利子として取扱う)金融商品、及び、取引相手国との法的性質は同じであるが、税制上の取扱いを異にする（例えば、取引国間でその金融商品を株式(Equity)と認識し、それから生ずる支払を配当として取扱うが、その金融商品の発行者側ではその配当を損金に算入し、その金融商品の保有者側ではその配当を益金に算入しない)金融商品」を「ハイブリッド金融商品」として扱い、当該金融商品が国外の関連者との間で取引が行われた場合を前提として検討する。

このような国際的二重非課税の問題に対し、OECD ではハイブリッド・ミスマッチ取引の効果の無効化について議論が行われており、2014年9月に公表された報告書において「国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認」及び「ハイブリッド・ミスマッチ・ルール」の導入を OECD 加盟国等に対して勧告している。

ハイブリッド金融商品の利用により生じる国際的二重非課税の解消方法について、吉村氏の先行研究があるが、ハイブリッド・ミスマッチ・ルール等を日本へ導入した際の現行法への影響を取り上げるにとどまっている²。よって本稿では、我が国へのハイブリッド・ミスマッチ・ルールの導入可能性及び、我が国の税制上望ましい規定の導入について検討を行う。

第1章では、ハイブリッド金融商品の取扱いを確認した上で、我が国の国内法においてはハイブリッド金融商品を利用したミスマッチの状況に直接対処する規定が設けられてい

¹ 後藤文人ほか『ハイブリッド証券入門—デッドとエクイティとのクロスオーバー』（金融財政事情研究会、2008）2頁

² 吉村政穂「【報告書】グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方～国内法への帰属主義導入と BEPS(税源浸食と利益移転)問題を中心に～ BEPS 行動計画 2：ハイブリッド・ミスマッチ取決めの効果否認について」31-54頁

ないこと等、国際的²二重非課税に係る問題点を指摘する。次に第 2 章で EU と OECD におけるハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対する議論を確認し、国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認及びハイブリッド・ミスマッチ・ルールについての具体的な検討及び、これらを我が国に導入した際の影響の検討を行う。最後に第 3 章において、我が国の国内法に導入すべきハイブリッド・ミスマッチ・ルール等の検討を行い、ハイブリッド金融商品から生ずる国際的²二重非課税の解消方法について提言を行う。

第1章 ハイブリッド金融商品の取扱いと問題点

1-1 ハイブリッド金融商品の概要

1-1-1 Debt/Equity の相対化

企業の資金調達方法には、一般的に債権者から借入を行う「負債」による方法と、株主から出資を受ける「資本」による方法がある。我が国では、2006年の商法改正により多種多様な性格を有する金融商品の発行が可能となった。商法改正後の会社法では、一定の範囲と条件のもとで株式の多様化を認めることにより、株式による資金調達の多様化と支配関係の多様化の機会を株式会社に与えるため、各株式の権利の内容は同一であることを原則としつつ、例外として種類株式の発行を認めている³。また、募集社債の償還や利息の支払方法及び期限を工夫することにより、各種社債の発行も認められるようになった。そのため、我が国においてもさまざまな負債の特徴と資本の特徴を併せもった「ハイブリッド証券⁴」が発行されている。

資金調達を行う企業等は、その要請に応じて金融商品の性質をカスタマイズすることで、様々な種類のハイブリッド証券を人為的に作り出すことが可能である。「ハイブリッド証券」と言っても、その種類は広範であり、定義も画一的なものではないため、本稿では「取引相手国の税制上、法的性質を異にする（例えば、一方の国ではその金融商品を株式(Equity)と区分し、それから生ずる支払を配当として扱い、他方の国ではその金融商品を負債(Debt)と区分し、それから生ずる支払を利子として取扱う）金融商品、及び、取引相手国との法的性質は同じであるが、税制上の取扱いを異にする（例えば、取引国間でその金融商品を株式(Equity)と認識し、それから生ずる支払を配当として取扱うが、その金融商品の発行者側ではその配当を損金に算入し、その金融商品の保有者側ではその配当を益金に算入しない）金融商品（以下、ハイブリッド金融商品）」を前提として述べる。では、実際にそのハイブリッド金融商品が、どのような目的で発行されているのかについてみていく。

1-1-2 ハイブリッド金融商品の必要性

ハイブリッド金融商品は、一般的な事業法人と金融機関によって大きく発行目的が異なる。

事業法人にとっての主要な発行メリットとしては、①大規模な設備投資やM&Aを実施した場合であっても、株主価値の希薄化リスクを回避もしくは抑制しつつ、企業の財務レバレッジや財務の柔軟性を改善し、企業の信用力を保持すること、②資本コストが通常借入と普通株式の組合せによる資金調達よりも、ハイブリッド金融商品による資金調達の方が低いこと、③非上場企業や国営企業がM&A等に直面した場合でも普通株式に代替する資金増強手段となること等があげられる⁵。要するに、事業法人によるハイブリッド金融商品発

³ 神田秀樹『会社法』（弘文堂、第15版、2013）71頁

⁴ 後藤・前掲注(1) 2頁

⁵ 後藤・前掲注(1) 16-17頁

行の主な目的は、資本コストを意識しながら企業価値の向上と信用力維持の両立を図ること⁶であるとされている。現状として、2005年以前の我が国における事業法人によるハイブリッド金融商品の発行はそれほど頻繁ではなかったが、Moody's等の格付機関が2005年にハイブリッド金融商品の資本性の度合いを引き上げる等、評価基準の見直しを行ったことが寄与し、それ以降、事業法人によるハイブリッド金融商品の発行が急増している⁷。

他方、金融機関の主な発行目的は、主としてハイブリッド証券がBIS規制の定める「規制自己資本」の条件を満たすことがあげられる。実際に金融機関によるハイブリッド金融商品の発行が飛躍的に増加したのは、1988年にバーゼル委員会がBIS規制の導入を決定してからであったとされている⁸。BIS規制は、銀行業務の自由化・国際化の進展、金融市場の国際的相互関連が強まる中で、国際的な銀行システムの安定性の向上及び国際的に活動している銀行間における競争条件の平等といった必要性が高まったことから、国際統一の基準を設ける目的で定められた⁹。BIS規制では、金融機関に貸借対照表上の資本や総資産とは異なる「規制自己資本」という概念が定義され、金融機関は規制自己資本比率が一定以上あることが要求されている¹⁰。BIS規制ではその他にも様々な基準が設けられているが、本稿ではハイブリッド金融商品の発行目的と特に関連が深い「規制自己資本」についてのみ検討する。BIS規制の「規制自己資本」でいう「自己資本」には、会計上の自己資本だけでなく、それ以外の一定の資本性を有する金融商品についてはBIS規制上の「自己資本」として一定額まで含めることができる¹¹。そのため、金融機関においては、BIS規制上の自己資本比率の増加に有効な手段となるというメリットがある。

1-1-3 我が国におけるハイブリッド金融商品の税務上の取扱い

我が国の現行の法人税法には、DebtとEquityを一般的に定義する規定はない¹²。そのため、ハイブリッド金融商品に関する法人税法上の取扱いは、私法上の判断に準拠して性格づけがなされると考えられている¹³。法人税法上では何を基準にDebtとEquityを区別しているのかを検討するにあたり、法人税の課税所得の基礎となる構造についてみていく。

我が国の法人税法は、法人税の課税標準を「各事業年度の所得の金額」としている（法人税法21条）。そして、「各事業年度の所得の金額」は、「その事業年度の益金の額からその事業年度の損金の額を控除した金額」としている（法人税法22条1項）。これは、会社

⁶ 後藤・前掲注(1) 20頁

⁷ 後藤・前掲注(1) 6頁

⁸ 後藤・前掲注(1) 8頁

⁹ 佐藤隆文『バーゼルIIと銀行監督』（東洋経済新報社、2009）24頁

¹⁰ 後藤・前掲注(1) 8頁

¹¹ 後藤・前掲注(1) 8頁

¹² 吉村政穂「出資者課税—「法人税」という課税方式(一)」法学協会雑誌 120巻1号(2003)19頁

¹³ 中里実ほか「資本市場研究委員会報告 資本市場の活性化に関する研究会(7)証券取引と課税」資本市場 197号(2002) 198頁

が株主のものだという見方を反映したものであるとされている¹⁴。

法人税法は株主と株主以外の利害関係者を区別しており、そのうえで株主と会社間の取引と株主以外の利害関係者と会社間との取引を峻別している¹⁵。そして、株主と会社との関係を特別なものとみて、前者を資本等取引とし、後者を損益取引として両者について全く異なった取扱いを設けている¹⁶。法人税法 22 条 2 項 3 項が「資本等取引以外の取引に係るもの」と定めているのは、この峻別に基づく¹⁷。法人税法 22 条では、資本等取引と区別して損益取引を定義し、損益取引から生ずる法人所得の金額について定められている。益金の意義については 2 項に、損金の意義については 3 項について定められており、収益の額や費用の額は、公正妥当な会計処理の基準に従って計算することが 4 項に規定されている。資本等取引は 5 項に定められているが、資本等取引は、「法人の資本金等の額の増加又は減少を生ずる取引並びに法人が行う利益又は剰余金の分配（資産の流動化に関する法律第十五条第一項（中間配当）に規定する金銭の分配を含む。）及び残余財産の分配又は引渡しをいう。」とされている。「資本金等の額」とは、「法人が株主等から出資を受けた金額として政令で定める額（法人税法 2 条 16 号）」とされている。法人税法 22 条 5 項にいう「資本金」や「剰余金」の概念は、会社法上の概念を借用している（会社法 445 条、453 条）¹⁸。

そして、法人税法は資本等取引を損益取引から区別するにあたり、自己資本と他人資本を区別している。つまり、株主からの出資は会社にとっての自己資本(Equity)とし、社債権者からの払込みや銀行からの融資は会社にとって他人資本であり負債(Debt)とされる。具体的には、自己資本の典型例が株式であり、他人資本の典型例が社債等の負債である¹⁹。

なお、資本等取引に関する法人税法のルールはあくまで会社の側の問題であり、株主側にとってのルールではない。すなわち、法人株主にとっては、配当を受け取る場合、その法人株主にとっては資本等取引とされるわけではなく、損益取引とされたうえで、受取配当益金不算入（法人税法 23 条）の規定が適用される²⁰。

一方、負債から生ずる利子は、原則的に発行者側で損金に算入できるが（法人税法 22 条 3 項 4 項）、債権者側では益金に算入される（法人税法 22 条 2 項 4 項）。このように、我が国の法人税法では、株式及び負債から生ずる支払に関して支払側と受取側の取扱いに異なるルールを適用している。

では、負債と株式の中間的性格を有するハイブリッド金融商品の取扱いはどのように行われるのか。ここで、ハイブリッド金融商品の例として、我が国で発行できる永久劣後債と優先株（非参加型、累積的）に対する税務上の取扱いについて比較する。

14 増井良啓「法人税の課税ベース」金子宏『租税法の基本問題』（有斐閣、2007）477 頁

15 増井・前掲注(14) 478 頁

16 増井・前掲注(14) 478 頁

17 増井・前掲注(14) 478 頁

18 増井・前掲注(14) 481 頁

19 増井・前掲注(14) 484 頁

20 増井・前掲注(14) 479 頁

(表 1) 永久劣後債と優先株の一例²¹

	永久劣後債	優先株
投資利回り	年 5%	年 5%(ex.一株当たり発行額 100 万円に対して 5 万円)
利払いまたは配当の要件	原則無条件(破産等の一定の事由が発生した場合には一般債権に対し劣後して弁済される)	株主総会又は取締役会の決議が必要(ただし、非参加型・累積的)
投資元本の回収時期	会社消滅時	会社消滅時
議決権	なし	なし(無議決権株式)
貸借対照表上の表示	負債の部	純資産の部
投資回収上の優先順位	一般債権者の後、株主の前	債権者の後、普通株主の前

(表 1) で示すように、永久劣後債は債務であるため、利払いは利益の有無にかかわらず原則無条件で行う必要があり、会計上も負債として扱われるため貸借対照表上は負債の部に計上される。一方、優先株は株式であるため、会計上は純資産の部に計上される。しかし、配当の支払は株主総会又は取締役会の決議が必要であるが、非参加型²²であり、累積的²³な要件を優先株に付した場合、実質的に当該優先株の投資家は、ほとんど利子と同様の利益が得られることとなる。両者を比較すると、投資利回りが 5%と同率であり、元本回収時期を会社消滅時に設定し、議決権を有しない、という他の要件も考慮すれば、経済的に極めて似通った金融商品に対して、課税関係に大きな差が生じることとなる²⁴。

このような状況に対し、「debt と equity に関する法人税法上の取扱いを変えるべき時にきているのかもしれない²⁵。」という指摘もある。では、経済的に近似したハイブリッド金融商品に対して、法人税法上は何を基準として Debt 又は Equity とみるべきか。次に、実際にハイブリッド金融商品を一定の基準で区分している BIS 規制と、法人税法上に具体的な区分規則を設けようとしたアメリカの議論についてみていく。

1-2 ハイブリッド金融商品の区分

1-2-1 BIS 規制による Debt/Equity の区分

²¹ 渡辺裕泰『ファイナンス課税』(有斐閣、第 2 版、2012)196-197 頁

²² 優先株主に対して定款で定められた優先的内容の配当をしてもなお残余の剰余金があつて普通株主に対しても配当をする場合であっても、普通株式とともに配当に参加しない。渡辺・前掲注(21) 193 頁

²³ 優先株主に対するある年度の剰余金の配当が定款に定められた一定額または一定割合に達しない場合に、その不足分が次年度以降の利益によって補填される。渡辺・前掲注(21) 193 頁

²⁴ 渡辺・前掲注(21) 196-197 頁

²⁵ 渡辺・前掲注(21) 197 頁

BIS 規制においては、金融機関に対して最低所要資本比率を設定している²⁶。金融機関の総自己資本は「普通株等 Tier1」「その他 Tier1」「Tier2」という 3 つの資本構成要素の合計で構成され、また、「普通株等 Tier1」「その他 Tier1」及び総自己資本には、それぞれ最低所要資本比率が設定され、その比率を満たすことが求められている²⁷。資本構成要素の各資本項目には、それぞれの資本要件が設定されており、各資本要件をすべて満たした資本性商品のみ、各資本項目への算入が認められている²⁸。

「普通株等 Tier1」は、資本金及び資本準備金のうち、優先株式による払込資本を除いた金額となる²⁹。具体的な要件としては、①清算時：銀行清算時には最劣後の請求権となること、②償還等：元本の返済期限がなく、清算を除いて償還されることもなく、また、償還・買戻し・解約を生じさせない契約となっていること、③分配：分配は優先順位の高い商品への支払が行われた後の分配可能額から行い、分配が義務となるような条件がないこと、④損失が生じた場合、最初かつ最も大きな割合で損失を負担すること、⑤貸借対照表上、資本として明確に計上されること、等があげられる³⁰。

「その他 Tier1」には、「普通株等 Tier1」と比べ、負債性を有する金融商品が含まれる。「普通株等 Tier1」との大きな違いとしては、①清算時：銀行清算時の請求権は預金者、一般債権者、劣後債権者に劣後すること、②償還等：元本の返済期限及び満期日がなく、ステップアップや償還に対する他のインセンティブがないこと、また、償還や買戻しによる元本返済は、監督当局の事前承認が必要であること、③分配：配当、金利の支払には自由裁量が認められ、優先順位の高い商品への支払が行われた後の分配可能額から行われること、また、銀行の財務水準により、定期的に配当等の条項が改定される等の特徴を有さないこと、④負債として分類される発行証券は、元本による損失吸収がなされるものでなければならないこと、⑤銀行又は重要な影響を行使できる関係者が、当該資本性商品を購入しておらず、また、銀行が直接・間接に当該資本性商品の購入資金を提供していないこと等があげられる³¹。

「Tier2」には、「その他 Tier1」と比べ、さらに負債性の強い金融商品が含まれる。「その他 Tier1」との大きな違いは、①清算時：銀行清算時の請求権は、預金者、一般債権者に劣後すること、②償還等：当初残存期間は最低 5 年あること、満期前の残存 5 年間における規制資本は、毎年定額償還されること、ステップアップ等の償還のインセンティブがないこと、③投資家は、清算又は破綻時を除き、元利金の支払を早める権利を持たず、また、銀行の財務水準により、定期的に配当等の条項が改定される等の特徴を有さないこと、④

²⁶ みずほ証券バーゼルⅢ研究会『詳解 バーゼルⅢによる新国際金融規制』（中央経済社、2012）73 頁

²⁷ みずほ証券バーゼルⅢ研究会・前掲注(26) 73-74 頁

²⁸ みずほ証券バーゼルⅢ研究会・前掲注(26) 73 頁

²⁹ みずほ証券バーゼルⅢ研究会・前掲注(26) 75 頁

³⁰ みずほ証券バーゼルⅢ研究会・前掲注(26) 75-77 頁

³¹ みずほ証券バーゼルⅢ研究会・前掲注(26) 77-79 頁

破綻時において元本による損失吸収がなされるものでなければならないこと、⑤銀行又は重要な影響を行使できる関係者が、当該資本性商品を購入しておらず、また、銀行が直接・間接に当該資本性商品の購入資金を提供していないこと等があげられる³²。

このように BIS 規制では、独自に資本を 3 つの資本構成要素に分類し、この資本構成要素に含まれないものを負債として捉え、自己資本比率を算出している。BIS 規制における各資本項目の区分方法は、議決権の有無は重要な要件とはなっていないが、清算時や償還時、分配を行う際の要件によって各資本項目への算入がなされており、相当複雑な要件となっている。

1-2-2 アメリカにおける議論

アメリカでは、資本と負債の区分を私法上での形式的な区分でなく、税法上の規定を創設することにより、峻別しようとした経緯がある。アメリカにおいても税法上では Debt と Equity の区別は明確な定義はなく、その分類手段としては、投資決定の実態に基づき、すべての事実や状況によって判断されている³³。アメリカでは資本と負債の峻別に関する裁判例が多く、当初はハイブリッド金融商品を利用した二重非課税の問題は判例法理の発展によって解決されることが期待されていた³⁴。しかし、判例では個別の事案ごとに事実と状況による判断が行われて決定されており、判例の蓄積と混乱が生じていたことから、この混乱を解消すべく、規定により資本と負債の両者の内容を明らかにすることで峻別を試みた³⁵。本稿では判例法理の解釈は述べず、判例法理を引き継ぐ形で発展した IRC § 385 を中心にみていくこととする。

IRC § 385 は、判例法理を参照して 5 つの要素を抽出・例示した上で、租税法において「株式(Equity)」として扱われるべき証券を財務省規則によって明らかにする権限を財務省に与えている³⁶。IRC § 385 の 5 つの要素とは、①特定の期日に一定金額の固定金利を支払う旨の確定的な約束が書面で記されているか、②法人の他の債務に対して劣後または優先するか否か、③法人の負債／資本比率、④株式転換権を有するか否か、⑤証券の所有者と株主の関係、である。

アメリカの財務省は 1980 年、IRC § 385 の権限を基に、財務省規則を提案したが、この規則案が採用した手法は、雑多な要素を掲げて事案ごとの認定によって広範な問題状況に対応しようとした判例や IRC § 385 の内容とは異なるものであった³⁷。また、この規則案は、一定の基準を機械的に適用して証券の性格を決定することとしており、タックス・プラン

³² みずほ証券バーゼルⅢ研究会・前掲注(26)79-81 頁

³³ Diane Ring, Debt-equity conundrum, United States Branch report for the 2012 Boston Congress of IFA, Cahiers de droit Fiscal international. Vol. 97b, 780(2012).

³⁴ 吉村政穂「出資者課税—「法人税」という課税方式 (二)」法学協会雑誌 120 巻 3 号 (2003)520 頁

³⁵ 吉村・前掲注(34)523 頁

³⁶ 吉村・前掲注(34)523 頁

³⁷ 吉村・前掲注(34)529 頁

ニングの能力を備えた納税者にとっては非常に利用しやすいルールであった³⁸。そのため、その後この規定を回避するようなハイブリッド金融商品の発行によるスキームが実際に横行することとなった。内国歳入庁はこれらの事態に対応すべく、通達を公表したが、この通達は IRC § 385 の規則に触れることなく、伝統的な総合考慮アプローチ(fact and circumstance)によって対応しようとしていたため、課税当局自らが当該規制案を否定する形となり、IRC § 385 の規則案は 1983 年に撤回されることとなった³⁹。

以上のとおり、アメリカでは IRC § 385 の規則等により金融商品を負債と株式に区分するための規制を制定する試みが行われたが、最終的に規則として施行されるに至ったものではなく、現行における負債と株式の区別は IRC § 385(b)で規定されているリスト、IRS の各種ルーリング、および判例法に寄らざるを得ない⁴⁰とされている。したがって法人税法上、金融商品の性質によって負債と資本を区分する具体的な規制の構築は、困難であると考えられる。

1-3 二重非課税取引とその要因

1-3-1 我が国における利子及び配当の税制上の取扱いと二重非課税の要因

クロスボーダーにおける金融商品の取引に関して、我が国の法人税法は、原則的に負債から生ずる利子は、債務者側において損金に算入されるが（法人税法 22 条 3 項 4 項）、債権者である場合は益金に算入される（法人税法 22 条 2 項 4 項）。一方、株式から生ずる配当は、発行者側において支払った配当に対して損金算入することはできず（法人税法 22 条 3 項 3 号 5 項）⁴¹、株式保有者側において、益金に算入されることとなる（法人税法 22 条 2 項 4 項）。

しかし、我が国の配当の取扱いについては、一定の理由から特別な規定が設けられている場合があり、それが国際的二重非課税の生ずる原因にもなると考えられる。本稿では「外国子会社配当益金不算入制度（法人税法 23 条の 2）」と「資産の流動化に関する法律」に基づいて設立された特定目的会社及び特定目的信託、また、「投資信託及び投資法人に関する法律（以下、投信法）」に基づいて設立された投資法人及び投資信託が、一定の要件⁴²の下、分配可能利益の 90%超を分配した時には、分配した額を課税所得の計算上、損金に算入することができる⁴³制度（租税特別措置法 67 条の 14、67 条の 15、68 条の 3 の 2、68 条の 3 の 3）（以下、「特定目的会社に係る課税の特例等」）についてみていく。

³⁸ 吉村・前掲注(34)531 頁

³⁹ 吉村・前掲注(34)532 頁

⁴⁰ 内海英博ほか「日米比較 金融商品の税務と法務(1)発行時割引(OID)と発効後割引購入(マーケット・ディスカウント)」旬刊金融法務事情 50 巻 26 号(2002) 73 頁

⁴¹ 内海・前掲注(40)74 頁

⁴² 租税特別措置法 67 条の 14、67 条の 15、68 条の 3 の 2、68 条の 3 の 3

⁴³ 藤本幸彦、鬼頭朱実『投資ストラクチャーの税務 クロスボーダー投資と匿名組合／任意組合』（税務経理協会、六訂版、2010）6 頁、29 頁

⁴⁴ 金子宏『租税法[第 19 版]』（弘文堂、2014）293-294 頁

(1) 外国子会社配当益金不算入制度

まず「外国子会社配当益金不算入制度」について述べる。本制度は、外国子会社から受ける配当に係る二重課税排除の方式⁴⁵として、内国法人が外国子会社から受ける剰余金の配当等の額を益金不算入とするもので、受取配当等の額の5%を費用の額とみなし、残り95%を益金不算入とする規定である⁴⁶。外国子会社とは、内国法人が外国法人の発行済株式等の25%以上を剰余金の配当等の額の支払義務が確定する日以前6月以上保有している等の要件を満たす外国法人（法人税法23条の2）をいう。我が国では、平成21年度改正まで間接外国税額控除の方法によって受取配当等の二重課税の解消を行っていたが、①間接税額控除制度は控除額の計算が複雑であり、簡素な制度に変える必要があること、②間接税額控除制度のもとでは、企業は外国で得た所得を現地に留保する傾向があるため、我が国への還流を促進させる規制が必要であったこと等の理由から、外国子会社からの配当に限り、間接外国税額控除制度が廃止され、代わりに本制度が採用された⁴⁷。

本制度の対象となる剰余金の配当等の額は、法人税法23条1項1号に掲げる金額、すなわち、我が国の法人税法によって配当等と認識される配当等の額とされている⁴⁸。

ここで、まず本制度が対象とする「剰余金の配当等」の範囲に、ハイブリッド金融商品から生ずる配当が含まれるか否かが問題となる。

これに対し、本制度では、外国子会社により支払われた損金算入配当（外国子会社において損金算入された支払）や優先株式から生ずる優先配当について、特段の制限が設けられていない⁴⁹。その理由としては、①外国子会社の所得については、その所在地国によって完結しており、所在地国における課税の可否や税率の多寡は問わないこと、②優先株式に対する優先配当は、換言すれば社債利息のようなものであることから間接外国税額控除制度の対象外とされていたが、種類株式の多様化に伴い優先配当のみを除外することに整合性が乏しくなったこと、③本制度の導入が簡素化の側面と経済対策的な側面とを併せ持つこと、があげられている⁵⁰。そのため、支払国側の税制によって損金に算入された支払や利子の性質が強い支払であっても「剰余金の配当等」の範囲に含まれるとされている⁵¹。

また、本制度の「剰余金の配当等」の概念は、私法上の借用概念が適用されている⁵²が、外国会社法に準拠する取引をどのように我が国の租税法令に包摂するかを巡っては、多く

45 河西修『平成21年版 改正税法のすべて』泉恒有ほか(大蔵財務協会、2009)425頁

46 金子・前掲注(44)483頁

47 金子・前掲注(44)482-483頁

48 河西・前掲注(45)429頁

49 国税庁ウェブサイト「外国子会社配当益金不算入制度の対象となる剰余金の配当等の額の範囲について」最終訪問日2015.1.30

<https://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/shitsugi/hojin/25/02.htm>

50 国税庁ウェブサイト・前掲注(49)

51 国税庁ウェブサイト・前掲注(49)

52 太田洋ほか「我が国の租税法規と外国私法との交錯」経理研究53号(2010)226頁

の議論があり、場合を分けて論じられている⁵³。このうち、本稿で取扱うハイブリッド金融商品から生ずる支払の外国子会社配当益金不算入制度の適用の可否に関しては、我が国の租税法規における外国法上の概念の取扱いを「内国私法基準説」「外国私法基準説」「租税法規趣旨探究説」の3つのアプローチに整理したうえで、内国法基準が穏当とし⁵⁴、我が国の私法上の「剰余金の配当」の概念を「損益計算上の利益」を「株金額の出資に対し」「株主に支払う金額」という3つの基準に照らして判断すべき⁵⁵という方法が適当であると考えられる。「内国私法基準説」とは、我が国の租税法規の立法者が念頭に置いているのは通常我が国の私法であること等から、外国私法準拠の行為ないし事象についても、我が国の私法上の概念に照らして解釈すべきという考えである⁵⁶。「外国私法基準説」とは、日本の租税法律の中で外国の私法上の概念が用いられている場合については、外国法上の概念が租税法律の明文で排除されているか、あるいは、外国法上の概念を排除することが一見して明らかな場合を除いては、外国の私法上の概念の意味内容をそのまま尊重すべきであり、外国私法上の概念については、外国法を基準に解釈すべきとの立場である⁵⁷。「租税法規趣旨探究説」とは、外国法上の概念を事実の領域に属すると考え、当該事実が我が国の租税法規上の概念に該当するかを直接判断する方法である⁵⁸。

この点に関しては、取引が実際にどのように行われたかという生の事実をとらえ、それが我が国の私法上の概念に該当するか否かを判断すると解されている⁵⁹。また、実務上も外国私法基準説に立つことは、外国私法の規律内容を正確に把握するためには、成文法のみならず、当該外国の判例、学説等に広く目配りせざるを得ず、我が国の実務の運用として容易ではない⁶⁰とされている。要するに、本制度における「剰余金の配当」に該当するか否かは、外国の私法でなく、我が国の私法上において配当として扱っているか否かによって判断されると解される。

したがって、ハイブリッド金融商品から生ずる支払に、我が国で外国子会社配当益金不算入制度が適用された場合であっても、取引相手国の税制上ハイブリッド金融商品から生ずる支払が損金算入された場合、国際的⁶⁰二重非課税の状態が生ずることとなる。

取引相手国からの支払が損金算入される要因としては、①相手国において当該ハイブリ

⁵³ 増井良啓「外国会社からの現物配当と所得税—再論」税務事例研究 126号(2012) 62-63頁

⁵⁴ 太田・前掲注(52)228頁

⁵⁵ 太田・前掲注(52)228-229頁

⁵⁶ 小柳誠「租税法と準拠法—課税要件事実の認定場面における契約準拠法の考察—」税務大学校論叢 39号(2002)125頁

⁵⁷ 中里実「課税管轄権から離脱をはかる行為について」フィナンシャルレビュー94号(2009)13頁

⁵⁸ 増井良啓、宮崎裕子『国際租税法』(東京大学出版、2008) 11頁

⁵⁹ 増井良啓「外国会社からの現物分配と所得税—国税不服審判所平成15年4月9日裁決を素材として」税務事例研究 84号(2005) 58頁

⁶⁰ 太田・前掲注(52)228頁

ッド金融商品を Debt として区別し、それから生ずる支払が利子と認識され、損金算入されるというように、取引相手国との間で税制上の法的性質が異なる場合、②我が国と取引相手国のハイブリッド金融商品の法的性質は同じであるが、税制上の取扱いが異なり、支払配当を損金算入している場合⁶¹の 2 つが考えられる。

(2) 特定目的会社に係る課税の特例等

次に「特定目的会社に係る課税の特例等」について述べる。

特定目的会社は、資産の流動化のためにのみ用いられる特殊な会社であって導管的な存在に過ぎないものである⁶²ため、また、投資法人は実質的には運用資産の集合体に過ぎないものである⁶³ため、税制上もこれに適合した課税上の取扱いをする観点から平成 10 年度改正により一定の要件の下、分配可能利益の 90%超を分配した時には、分配額を課税所得の計算上、損金に算入することができる⁶⁴規定が創設された。

一方、特定目的信託及び特定投資信託は、①特定目的会社及び投資法人との税制の中立性を保つため、②特定投資信託及び特定目的信託は、その利益ないし収益が受益者に配分されるまで課税が繰り延べられるため、課税の繰り延べを防止するため、法人税の対象とされた⁶⁵。特定目的信託及び特定投資信託の収益の分配に対しても、平成 12 年度改正により、一定の要件の下、分配可能利益の 90%超を分配した時には、分配額を課税所得の計算上、損金に算入することができることとなった⁶⁶。その後、特定投資信託及び特定目的信託は、平成 19 年度改正に法人課税信託⁶⁷の制度に統合されたが、平成 12 年度改正と同じく、分配可能利益の 90%超を分配した場合には、分配額を損金に算入できることとされている⁶⁸。

よって、ハイブリッド金融商品から生ずる支払に、我が国で特定目的会社に係る課税の特例等が適用された場合、取引相手国の税制上ハイブリッド金融商品から生ずる支払が①法的性質の違い又は②税制上の取扱いの違いにより益金に算入されない場合、国際的二重非課税の状態が生ずる可能性がある。

⁶¹ 例えば、法人税と所得税の統合方式として配当部分に関して法人段階で損金に算入する方式を採用する方式を採用している場合、我が国で受取配当が益金不算入となれば、結果として国際的二重非課税が生ずる可能性があると考えられる。

⁶² 角田元幸『平成 10 年版 改正税法のすべて』梶川幹夫ほか（大蔵財務協会、1998）464 頁

⁶³ 角田・前掲注(62)469 頁

⁶⁴ 金子・前掲注(44) 293 頁

⁶⁵ 金子・前掲注(44) 294 頁

⁶⁶ 金子・前掲注(44) 294 頁

⁶⁷ 利益の全部もしくは一部の長期にわたる積立てもしくは内部留保による課税の繰延べ、または租税回避に対処するため、これらの信託の収益を各事業年度の所得に対する法人税の対象として課税する制度。金子・前掲注(44) 294-295 頁

⁶⁸ 金子・前掲注(44) 294-295 頁

(3) 源泉徴収税

我が国の国内法上では、非居住者及び外国法人に対して利子及び配当等について一定の金銭の支払いをする者は源泉徴収義務が定められており(所得税法 212 条 1 項、213 条)⁶⁹、国内に恒久的施設を有しない非居住者等が受ける利子及び配当等は、源泉分離課税となる(164 条 2 項 2 号、法人税法 141 条 4 号)⁷⁰。

OECD モデル租税条約の配当に対する課税では、第 1 項において受益者の居住地で租税を課することができるとした上で、第 2 項で、最大 15%という税率の制限を設け、配当の源泉地国である当該配当が生じた国において租税を課する権利を留保している⁷¹。15%を上限としているのは、源泉地国がすでに当該法人の利得に課税し得ているためであるとされている⁷²。また、子会社からその親会社に支払われた配当に対しては、より低い税率(5%)が明文により規定されているが、一方の国の法人が、他方の国の法人の株式その他の持分の 25%を直接に保有する場合には、課税の繰返しを避けるため、また、国際投資の促進のために軽減された課税を行うべきとされている⁷³。

一方、利子に対する課税では、第 1 項において居住地国に課税権を認めた上で、第 2 項で 10%という税率の上限を制限を設け、当該利子が生じた国において租税を課する権利を留保している⁷⁴。この税率は、源泉地国が借入資本によってまかなわれる投資によりその領域で生じた利得又は所得に対してすでに租税を課する資格があるという点を想起すれば、合理的な最大値であるとされている⁷⁵。

租税条約上では、日米租税条約上でも見られるように、二重課税のリスクを軽減することにより、投資交流の促進を図るという租税条約の基本的な政策目的から配当所得及び利子所得等に関する源泉地国課税が大幅に軽減もしくは免税となってきた⁷⁶。源泉地国における課税権を制限することにより締約国間の投資交流を図ることは、租税条約そのものの目的であるが、現実には源泉地国としての税収確保とは相反する国内的な政策目的とのバランス上、これまでの我が国の条約ポリシーは、投資所得に対してある程度の課税権を確保するという方針であった⁷⁷。しかし、近年「我が国経済の構造改革のさらなる推進、あるいは、経済社会の活性化に資するため」及び「IS バランスの観点から、外国から技術力

⁶⁹ 浦東久男「国内源泉所得(1)－1号所得」村井正ほか『入門国際租税法』(清文社、2013) 100-101 頁

⁷⁰ 辻美枝「国内源泉所得(1)－1号所得」村井正ほか『入門国際租税法』(清文社、2013) 143 頁

⁷¹ 川端康之『OECD モデル租税条約 (所得と財産に対するモデル租税条約) [2010 年版]』(日本租税研究協会、2011)184 頁

⁷² 川端・前掲注(71)184 頁

⁷³ 川端・前掲注(71)184 頁

⁷⁴ 川端・前掲注(71)205 頁

⁷⁵ 川端・前掲注(71)205 頁

⁷⁶ 水野忠恒『21 世紀を支える税制の論理 第 4 巻 国際課税の理論と課題[二訂版]』(税務経理協会、2005) 38 頁

⁷⁷ 水野・前掲注(76) 38 頁

あるいは資本を積極的に取り入れることにより、我が国の潜在成長力のさらなる向上に繋げるため」というミクロ及びマクロ的な側面から、投資所得に対する源泉徴収税が大幅に軽減されている傾向がある⁷⁸。

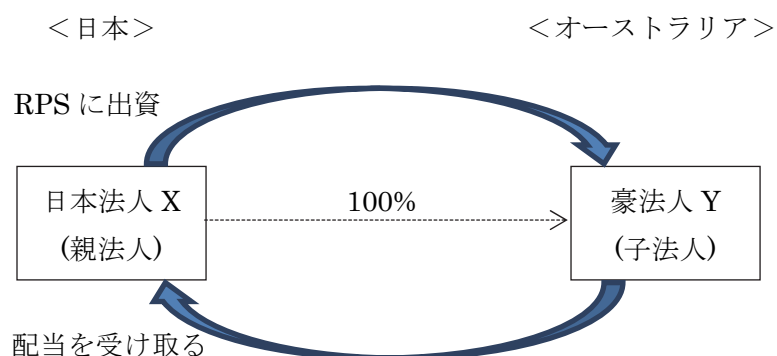
租税条約による源泉地国への限度税率又は免税は、ハイブリッド金融商品から生ずる支払に対して、取引国間の国内法において二重非課税の状態が生ずる場合、さらに源泉徴収税を課することもできないことが予想される。

1-3-2 二重非課税取引の具体例

ハイブリッド金融商品から生ずる国際的二重非課税には、取引国間において金融商品の法的性質が異なる場合と、取引国間での税制上の取扱いにミスマッチが生ずる場合の 2 つのケースが考えられる。本節では、そのうち日本とオーストラリア間の税制上、金融商品の法的性質を異にする金融商品の取引を用いて、国際的二重課税となる仕組みの検討を行う⁷⁹。

<事例>

(図 1)



(図 1) は親会社である日本法人 X が、オーストラリアの完全子会社 Y が発行する RPS(Redeemable Profit Share)と呼ばれる償還可能な優先株式に出資を行い、その出資に対する配当を受け取る取引を図示したものである。RPS は、償還期間が 10 年、議決権を有しない株式、元本に対して 8~12%の累積的優先配当が受けられるという性格を有しており、負債性の強い金融商品である。日本法人 X は RPS から生ずる利益分配を配当として取扱うため、外国子会社配当益金不算入の規定の適用を受けられる。一方、オーストラリアの税務上は、RPS から生ずる利益分配は一定の要件の下に損金算入することができる。ただし、

⁷⁸ 水野・前掲注(76) 40 頁

⁷⁹ 税制調査会「国際課税 DG①BEPS について—多国籍企業のタックス・プランニングの実情—」最終訪問日 2015.1.30

<http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/discussion1/2013/25dis11kai.html> 参照

RPS の利益分配についてはオーストラリアで 10%の源泉徴収がなされることや、オーストラリアにおいて過少資本税制が適用される可能性があること、そしてオーストラリアの資本と負債の峻別は金融商品の性格を考慮して区分される⁸⁰ことに留意が必要とされる。

このように一方の国で損金算入され、他方の国で益金不算入されることで合法的に取引を行った両国において課税がなされない二重非課税の状況を作り出すことが可能となっている。

<数値例>

- 豪法人 Y の当期純利益は 100 とし、全額配当を行うこととする。
- 豪法人 Y は日本法人 X に対し、90(Y の当期純利益 100 に対する 10%源泉徴収後の額)の配当を行う。
- 日本法人 X の当期純利益は豪法人 Y からの受取配当のみとする。
- 日本の法人税率は 25.5%、オーストラリアの法人税率は 30%とする。

<日本>		<オーストラリア>	
受取配当(源徴後)	90	⋮	⋮
当期純利益	90	当期純利益	100
外国源泉税の損金 不算入額	10		
外国子会社から受 ける配当等の益金 不算入額	△95	支払配当	△100
所得金額	5	所得金額	0

- 豪法人 Y の支払配当 100 に対する源泉徴収税額 10(=100×10%)
- 日本法人 X の所得金額に対する法人税額 1.275(=5×25.5%)
- XY グループが負担する税額 11.275(=10+1.275)

この数値例を下に、豪法人 Y から発行された金融商品が RPS である場合と、普通株式である場合による XY 法人グループにおける税負担の比較を行う。まず、RPS が普通株式であった場合、普通株式に対する配当は損金算入されないため、豪法人 Y の取得金額は 100

⁸⁰ KPMG「オーストラリアに於けるクロスボーダー買収の税務」(2013)23 頁 最終訪問日 2015.1.30

<https://www.kpmg.com/AU/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/taxation-cross-border-mergers-acquisitions-australia-japanese-translation.pdf>

となり、オーストラリアの法人税率 30%が課される。日豪租税条約により、一定の場合⁸¹は配当免税となることがあるが、それ以外の場合は XY 法人グループの負担税額は 31.275(= 30+1.275)となる。よって、RPS と普通株式の負担税額の差は $11.275 - 31.275 = \Delta 20$ となり、RPS による資金調達方法が税務上、20 有利になることがわかる。

一方、二重非課税の逆で、一方の国で課税された利益の分配が、他方の国で受取利子として益金算入される可能性も否定できない。しかし、このようないわゆる二重課税の状態に対しては、一般的に各国の国内法において、国外所得免除方式又は外国税額控除方式により国際的な二重課税に対して一定の措置がなされており、また租税条約によって二重課税が解消されている場合もあるため、本稿では対象としない。

1-3-3 問題点

前述のとおり、ハイブリッド金融商品の利用によって国際的二重非課税が生じるケースには、取引国間において金融商品の法的性質が異なる場合と、取引国間での税制上の取扱いにミスマッチが生ずる場合の 2 つのケースが考えられる。

取引国間において金融商品の法的性質が異なる場合に関して、税務上ハイブリッド金融商品を Debt 又は Equity のどちらに峻別するかは各国において重要な問題である。銀行業界で求められる BIS 規制やオーストラリア税制では、金融商品の性質によって資本又は負債の性質を決定している。この状況をみれば、金融商品の性質によって一応の資本と負債の峻別をすることが可能であるとも考えられる⁸²。しかし、アメリカにおける IRC § 385 の議論があったように、金融商品の Debt と Equity の区分に関して実際の規則として成立したものがないことや、金融商品の発行企業は金融商品の性質を自由に設計することができることを鑑みると、法人税法上において一定の基準を設けたとしても、規制をすり抜けるような金融商品が発行される可能性がある。このような金融商品の全てに対処するためには、相当複雑な基準を設けなければならないことが予想されるため、ハイブリッド金融商品を性質によって Debt 又は Equity のどちらに峻別するかを規制することは困難であると考えられる。

また、一国のみがハイブリッド金融商品の税務上の取扱いを変えたとしても、取引相手国との間で税制上の取扱いに不整合（以下、「ミスマッチ」）が生じている場合には、二重非課税の可能性が残る。Debt と Equity の税務上の取扱いの違いは各国の租税政策等も関

⁸¹ 日豪租税条約第 9 条 3 項「配当の支払を受ける者が特定される日をその末日とする十二箇月の期間を通じ、当該配当を支払う法人の議決権の八十パーセント以上に相当する株式を直接に所有するもの[かつ一定のもの]

⁸² ハイブリッド金融商品の議決権の有無及び償還期間の長さにより、資本と負債の税務上の性質決定を行う方法として 高儀栄紀「ハイブリッド証券に係る法人税法上の資本と負債の区分に関する一考察—無議決権優先株式と永久債を中心に—」納税協会ホームページ 第 10 回「税に関する論文」入選論文 最終訪問日 2015.1.30
<http://www.nouzeikyokai.or.jp/ronbun/kako.html>

わるため、各国におけるハイブリッド金融商品の取扱いを一つの基準で線引きすることは困難であると思われる。

以上の理由から、各国において金融商品の法的性質の区分又は利子及び配当の税制上の取扱いを統一する方法を国際的二重非課税の根本的な解決策とすることは難しいと考えられる。

さらに、クロスボーダーの取引においてハイブリッド金融商品によるハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントを行うことができる企業は、それ以外の企業と比べ、税制上のミスマッチによる「支払者で損金算入された支払が、受取者で益金不算入される」という二重非課税の効果を得られる機会が高まるため、税負担を意図的に軽減することができ、競争上の優位性の観点からも問題である。

したがって、ハイブリッド金融商品から生ずる国際的二重非課税を根本的に解決するためには、実質的に取引国間のどちらか一国で課税がなされる仕組みが必要であるが、我が国には、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに直接対処する規制が存在しないため、このようなハイブリッド金融商品の利用により生ずる、国際的二重非課税を解消するための規定を設けるべきであると考えられる。

クロスオーバー取引によるハイブリッド金融商品の二重非課税の問題を主として考察された先行研究には、吉村政穂氏の研究があげられる⁸³。吉村氏はこの問題に対し、ハイブリッド金融商品を利用した取引を行っている国のうち、OECD が示す二重非課税を根本的に解消する規定を国内法に導入する際の国内法への影響について指摘するにとどめている。

よって、本稿では我が国においてハイブリッド金融商品を利用した取引による二重非課税の問題の根本的な解決方法の国内法への導入可能性について、近年 OECD で議論されているハイブリッド・ミスマッチ・ルールの日本への導入可能性について考察していく。

1-4 小括

本章では、「取引相手国の税制上、法的性質を異にする（例えば、一方の国ではその金融商品を株式(Equity)と区分し、それから生ずる支払を配当として扱い、他方の国ではその金融商品を負債(Debt)と区分し、それから生ずる支払を利子として取扱う）金融商品及び、取引相手国との法的性質は同じであるが、税制上の取扱いを異にする（例えば、取引国間でその金融商品を株式(Equity)と認識し、それから生ずる支払を配当として取扱うが、その金融商品の発行者側ではその配当を損金に算入し、その金融商品の保有者側ではその配当を益金に算入しない）金融商品」をハイブリッド金融商品とし、当該ハイブリッド金融商品から生ずる国際的二重非課税の問題について取り上げた。

以下の（表 2）は、二国間でハイブリッド金融商品を用いて取引を行った際の、両国における金融商品の法的性質と税制上の取扱いの区分を示している。

⁸³ 吉村・前掲注(2)31-54 頁

(表2) ハイブリッド金融商品の法的性質及び税制上の取扱いの区分

ケース	源泉地国(支払側)		居住地国(受取側)		課税 ⁸⁴	
A	Debt	支払利子：損金算入	Equity	受取配当：益金不算入	—(0)	
B				受取配当：益金算入	居(1)	
C				支払利子：損金不算入	受取配当：益金不算入	源(1)
D					受取配当：益金算入	源・居(2)
E		Debt	支払利子：損金算入	受取利子：益金不算入	—(0)	
F				受取利子：益金算入	居(1)	
G			支払利子：損金不算入	受取利子：益金不算入	源(1)	
H				受取利子：益金算入	源・居(2)	
I	Equity	支払配当：損金不算入	Equity	受取配当：益金不算入	源(1)	
J				受取配当：益金算入	源・居(2)	
K		支払配当：損金算入	受取配当：益金不算入	—(0)		
L			受取配当：益金算入	居(1)		
M		Debt	支払配当：損金不算入	受取利子：益金不算入	源(1)	
N				受取利子：益金算入	源・居(2)	
O			支払配当：損金算入	受取利子：益金不算入	—(0)	
P				受取利子：益金算入	居(1)	

16 パターンのケースのうち、A,E,K,O は二重非課税となるケース、C,G,I,M は源泉地国において一回課税されるケース、B,F,L,P は居住地国において一回課税されるケース、D,H,J,N は二重課税となるケースである。ただし、この表は一方の国が源泉地国、他方の国が居住地国である場合のみ示しているため、両国の源泉地又は居住地の立場が変われば同様の 16 パターンが生ずることとなる。すなわち、現行の税制を考慮しなければ、我が国が源泉地国である場合と居住地国である場合の取引を考慮すると、32 パターンが可能性として考えられる。

本稿では二重非課税となる A,E,K,O のケースのうち、我が国が源泉地国である場合の A,E,K,O のケース及び我が国が居住地国である場合の A,K のケースについて検討を行う。我が国が居住地国である場合の E,K のケースは、我が国において受取利子を益金不算入とする制度が現段階で見当たらないため、本稿では取り扱わない。また、D,H,J,N は源泉地国及び居住地国の両国で課税されるケースであるが、租税条約や外国税額控除等によって経済的二重課税が解消又は縮小されることになると考えられるため、本稿では取り扱わない。さらに、源泉地国及び居住地国において一回課税がなされるケースにおいても、本稿

⁸⁴ 居：居住地国課税、源：源泉地国課税、源・居：二重課税、—：二重非課税

()：源泉地国及び居住地国における課税回数

では取り扱わない。

ハイブリッド金融商品の利用による国際的二重非課税の解消方法として、次章では、OECD において議論が行われている、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールについて考察する。

第2章 二重非課税に対する各国の対処方法

2-1 EU における議論

2-1-1 租税不正及び脱税に対するアクションプラン

ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対する問題に関しては、EU でも様々な機関において議論の対象とされてきた⁸⁵。

欧州委員会は、EU 加盟国の財政危機への対応として、租税不正と脱税に対する戦いを改善する具体的な方法を改良開発・報告を行う、という欧州理事会からの要求に対し、2012年6月27日にタックスコンプライアンスの改善や不正行為と脱税をどのように減らすことができるのか等について概説したコミュニケーションを採択した⁸⁶。そして欧州委員会は、そのコミュニケーションを下に2012年12月6日、ブリュッセルで「An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion（租税不正及び脱税に対する取組みを強化するためのアクションプラン）」⁸⁷を公表し、そのなかで、34個のアクションプランをEU加盟国に対して示した⁸⁸。このアクションプランは、OECDがBEPSプロジェクトを立ち上げた2012年6月後に策定されたアクションプランとしての具体例であり、2013年6月に承認されるOECDの「BEPS行動計画」の具体的な行動を策定する際のベースになったと考えられている⁸⁹。

このアクションプランの中には、「ミスマッチへの取組み及び濫用防止規定の強化」によって租税不正及び脱税に対処する計画があげられており、その具体策として「親子会社指令(2011/96/EU)の修正」等が提案されている⁹⁰。「親子会社指令(2011/96/EU)」はEU域内でハイブリッド金融商品を用いた取引を行った場合、国際的二重非課税の問題を引き起こす可能性があり、問題視されていた⁹¹。

⁸⁵ EY 税理士法人「調査報告書：BEPSへの対応と我が国企業への影響に関する調査」（経済産業省、2014）145-147頁 最終訪問日 2015.1.30

http://www.meti.go.jp/policy/external_economy/toshi/kokusaisozei/kokusaisozei.html

⁸⁶ 居波邦泰『国際的な課税権の確保と税源浸食への対応—国際的な二重非課税に係る国際課税原則の再考—』（中央経済社、2014）403頁

⁸⁷ EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, An Action plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion, COM(2012)722

⁸⁸ 居波・前掲注(86) 403頁

⁸⁹ 居波・前掲注(86) 381頁

⁹⁰ 居波・前掲注(86) 405頁

⁹¹ 居波・前掲注(86) 408頁

2-1-2 親子会社指令改正の動き

親子会社指令は EU 域内でクロスボーダーによる配当の支払が行われる場合、出資比率と保有期間に関する一定条件を満たしていることを前提に、二重課税を回避するための規定である⁹²。

EU では、EU 域内において「モノ」、「ヒト」、「カネ」、「サービス」という 4 つの生産要素を自由にクロスボーダーで移動・流通できるようにするため⁹³、1988 年 6 月に欧州委員会で資本移動自由化第 4 号指令が採決され⁹⁴、EU 域内での資本移動の自由化のための税制の政策の一つとして 1992 年 1 月に親子会社指令が発行された⁹⁵。

現行の親子会社指令の具体的な内容は、①子会社が所在する EU 加盟国は、子会社から親会社に分配される利益に源泉税を課さない、②親会社が所在する加盟国は、清算時における残余財産の分配を除き、子会社からの利益分配を非課税とするか、課税する場合でも子会社が支払った法人税に関して外国税額控除の適用を認める、③親会社が所在する加盟国は、その利益分配に対して源泉税を課さない、というものである⁹⁶。

しかし、現行の規定では支払国側の子会社で損金算入された利益の分配についても受取国側の親会社で課税がなされないこととなり、二重非課税を生じさせる原因となっている。そこで、2013 年末に欧州委員会から親子会社指令の改正が提案された。この改正案は、2014 年 6 月、EU28 か国の財務相による最終合意に達しており、2015 年末までに EU 加盟国の内国法に反映されることが予定されている⁹⁷。

最終合意が行われた改正案（以下、「新親子会社指令」）の内容は、現行親子会社指令における②に大きく影響している。新親子会社指令によれば、利益分配の受取側である親会社の加盟国は、子会社が当該利益分配に対して損金として控除しなかった場合に限り課税しないこととし、損金として控除される場合にはその範囲において親会社の加盟国において課税することが義務付けられる⁹⁸。要するに新親子会社指令は、支払国側で課税がなされない場合、受取国側で課税を義務付けるため、受取国側が支払国側の税制に合わせることにより、取引国のいずれかで課税が行われることとなり、その結果、税制上のミスマッチの原因となる損金算入配当を配当免税の対象から除外することによってミスマッチが解消した状態を作り出すことができる規制となっている⁹⁹。

⁹² 池田良一『欧州ビジネスのための EU 税制 付加価値税・移転価格税制・PE 問題』（税務経理協会、2013）189 頁

⁹³ 池田・前掲注(92) 157 頁

⁹⁴ 税理士法人トーマツ『欧州主要国の税法[第 2 版]』（中央経済社、2008 年）16 頁

⁹⁵ 税理士法人トーマツ・前掲注(94) 23 頁

⁹⁶ 税理士法人トーマツ・前掲注(94) 23-24 頁

⁹⁷ 税理士法人プライスウォーターハウスクーパース「Worldwide Tax Summary : EU 親子会社指令の改正—ハイブリッドローン取決めにかかる二重非課税への対処(EU)—」月刊国際税務 34 巻 8 号(2014)4 頁

⁹⁸ 税理士法人プライスウォーターハウスクーパース・前掲注(97)4 頁

⁹⁹ 吉村・前掲注(2)42-43 頁

EUにおける親子会社指令の改正は、支払国側において控除可能な配当に対して受取国側で課税することをEU加盟国が一斉に実施することにより、ハイブリッド金融商品の利用から生ずる国際的¹⁰⁰二重非課税の状況に対処することが意図されている。ただし、この「受取国側が支払国側の税制に合わせる」というルールによって二重非課税に対処するためには、受取国側にこの規制が設けられる必要がある。新親子会社指令の場合、EU加盟国の合意により規制されるため、EU加盟国間で行われる取引に対しては有効に機能すると考えられるが、EU加盟国以外の国との間で取引が行われる場合、受取国側に「受取国側が支払国側の税制に合わせる」という規制がなければ、依然として国際的¹⁰⁰二重非課税は解消されない可能性が残る。

このEUの議論に対し、OECDではEU加盟国以外の国との間の取引でも対処できるような規制が議論されている。

2-2 OECDにおける議論

2-2-1 OECDの問題意識

OECDは、ハイブリッド・ミスマッチから生ずる問題に関する議論の前身として、2012年3月「Hybrid Mismatch Arrangements : Tax Policy and Compliance Issues (ハイブリッド・ミスマッチ取決め：租税政策と法令遵守の論点報告書)」(以下、「2012年報告書」)を公表した。この報告書では、ハイブリッド・ミスマッチの仕組みやその利用に対する租税政策上の課題等が検討されている¹⁰¹。

また、一方でOECDは、2012年6月のOECD租税委員会本会合において、米国から「税源浸食と利益移転」が法人税収を著しく喪失させている点を憂慮しているとの問題提起がなされたことから、BEPSプロジェクトが立ち上げた¹⁰²。

その後、OECDは税源浸食に対する対応の方向性を示した報告書「Addressing Base Erosion and Profit Shifting (税源浸食と利益移転への対応)」(以下、「BEPS報告書」)を2013年2月に公表している。「税源浸食(Base Erosion)」とは、法令上に用語の定義がなされているものではないが、「ある法的管轄に本来帰属すべき課税権が、国際間で構築された経済取引によって非課税又は低課税の法的管轄に移転させられることで、これにより国際的¹⁰³二重非課税が引き起こされるもの¹⁰³」とされている。BEPS報告書では、BEPSの多くは、ハイブリッド・ミスマッチの利用等を組み合わせ、税率の低い国・地域に利益を移転することで生じており、多くのBEPSの手段はすべて合法であり、国際課税原則を見直す必要があると分析されている¹⁰⁴。また、BEPSへの効果的な対応のためには、国際的に

¹⁰⁰ 吉村・前掲注(2)43頁

¹⁰¹ EY税理士法人・前掲注(85)51頁

¹⁰² 居波・前掲注(86)344頁

¹⁰³ 居波・前掲注(86)320頁

¹⁰⁴ 居波・前掲注(86)345頁

協調された行動を取ることが重要であるとされている¹⁰⁵。

BEPS 報告書の公表後、BEPS プロジェクトは「BEPS 行動計画」を公表し、2013 年 6 月に OECD 租税委員会本会合に承認を受けた。この行動計画は、欧州委員会が公表した「租税不正及び脱税に対する取組みを強化するためのアクションプラン」が行動計画策定の基礎となっており、15 のアクションプランから構成されている。15 の BEPS 行動計画のうち、行動 2 において「ハイブリッド・ミスマッチ取決めの効果の無効化」が構成されており¹⁰⁶、2014 年 9 月までにハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの効果を無効化又は否認するモデル租税条約及び国内法の規定を策定することが掲げられている¹⁰⁷。

BEPS 行動計画の承認後、2014 年 3 月 19 日に「ハイブリッド・ミスマッチ・ルールに係る勧告案の概要」として、ディスカッション・ドラフト（以下、「ディスカッション・ドラフト」）が公表された¹⁰⁸。ここでは、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対応するための方法として「ハイブリッド・ミスマッチ・ルール」と呼ばれる、端的に言えば、「自国の租税の取扱いを他国の租税の取扱いと関連付けて決定するルール」を各国の国内法に導入すること等が挙げられており、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールの適用範囲等、具体的な検討がなされている。

そして、その後このディスカッション・ドラフトに関するパブリック・コメントが受け付けられ、一定の修正がなされたものが 2014 年 6 月の租税委員会本会合で承認を受け、2014 年 9 月 16 日に報告書¹⁰⁹（以下、「2014 年報告書」）が公表された¹¹⁰。

今後、国内法で具体的にどのような規定内容のハイブリッド・ミスマッチ・ルールを導入すべきかを考察していくにあたり、特にハイブリッド金融商品の利用によるハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの対応について示されている 2012 年報告書及び 2014 年のディスカッション・ドラフト並びに 2014 年報告書における議論が重要になると考える。

2-2-2 2012 年 OECD 報告書

OECD の 2012 年報告書では、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの要素として、ハイブリッド事業体、二重居住者、ハイブリッド金融商品、ハイブリッド譲渡の 4 つの要素を挙げている¹¹¹。特にハイブリッド金融商品において考えられるタックス・スキームとしては、「所得控除／益金不算入スキーム(Deduction/no inclusion schemes)」という、ある

¹⁰⁵ 居波・前掲注(86) 345 頁

¹⁰⁶ OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting(2013) at 15-16.

¹⁰⁷ *Id.* at 30.

¹⁰⁸ OECD, Public Discussion Draft BEPS Action2:Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements(Recommendation for Domestic Low)(2014).

¹⁰⁹ OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements(2014).

¹¹⁰ 居波邦泰「2014.9 OECD 公表 BEPS 行動計画にかかる勧告事項等の整理」租税研究 780 号(2014) 390 頁

¹¹¹ OECD, Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues(2012). para. 10.

国で所得控除、典型的には利子費用のための控除を創出し、一方で他方の国でそれに対応する課税所得への益金算入を回避するアレンジメントが構築されるとしている¹¹²。

この2012年報告書において、ハイブリッド金融商品(hybrid instrument)とは、一方の国では Debt として、他方の国では Equity として関係国における税務上、異なる取扱いがなされる商品¹¹³であるとされている。

本報告書では、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対抗するための租税政策として、4つのオプションを提示している¹¹⁴。4つのオプションとは、「A.各国の国内法の調和(Harmonisation of domestic laws)」「B.一般的否認ルール(General anti-avoidance rules)」「C.個別的否認ルール(Specific anti-avoidance rule)」「D.ハイブリッド・ミスマッチの利用に対する具体的な否認ルール(Rules specifically addressing hybrid mismatch arrangements)」である¹¹⁵。この中で、OECDはD.ハイブリッド・ミスマッチの利用に対する具体的な否認ルールを積極的に議論し、他国の税務上の取扱いを国内法の税務上の取扱いにリンクする方法(以下、「リンクング・ルール」)を提起している。その理由として考えられる各オプションの内容とその限界を述べる。

「A.各国の国内法の調和」は、事業体、商品及び譲渡の課税上の取扱いにおける差を排除する方法である¹¹⁶。要するに各国のハイブリッド金融商品に対する資本と負債の区分や、それから生ずる配当や利子の税務上の取扱いを一致させる方法であるが、この方法は各国の政策等の配慮も必要になる等、現実的には不可能であると考えられる。「B.一般的否認ルール」は、二重非課税により租税利益を得るため、意図的に作り上げられた事例に対しては、包括的にその事例自体を否認し、二重非課税の効果を無効にする方法である¹¹⁷。この方法では、主に意図的に仕組まれた取引に対しては有効に機能するが、租税利益を得ること等を意図しない事例に対しては、対処できない可能性がある。「C.個別的否認ルール」は、租税利益が得られる事例に個々に対処することを目的とする方法である。具体的には、「借入に係る利子の受取者の国において一定の税率以上で課税されていない場合に、支払者側の国で損金算入を認めないルール」や「主に税務上の便宜を得るために生じさせた金融費用の控除を否認するルール」を実際に導入している国があることが報告書にあげられている¹¹⁸。しかしこの方法は、結果的にハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントを抑制する規定となり得るが、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントそのものを対処することを目的とした規定でないため、要件を満たさない事例に対しては個別否認規定が適用できず、根本的な解決にならないだろう。一方、「D.ハイブリッド・ミスマッチの利用に対す

¹¹² 居波・前掲注(86) 324-325 頁

¹¹³ OECD, *Supra* note 111, para. 10.

¹¹⁴ *Id.* para. 29-35.

¹¹⁵ EY 税理士法人・前掲注(85)55 頁

¹¹⁶ OECD, *Supra* note 111, para. 30.

¹¹⁷ *Id.* para. 31.

¹¹⁸ *Id.* para. 33.

る具体的な否認ルール」では、リンクング・ルールが挙げられている。リンクング・ルールは、他国の税制上の取扱いを国内法の税制上の取扱いにリンクさせることによりミスマッチの可能性を排除する方法であり¹¹⁹、いくつかの国で具体的に特定のハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対処するルールとして導入されている¹²⁰。またこの方法は、国外取引を伴う商品（資金調達手段）について自国での税務上の取扱いを相手国での取扱いにリンクさせることによって、二か国のミスマッチをなくすことが可能になり¹²¹、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントへの対処に大きな可能性がある¹²²とされている。

2012年報告書の結論においても、適切な状況において、他国の税務上の取扱いに、関係する国の税務上の取扱いをリンクさせる事を具体的な目標とする規則は、最近では多くの国によって導入されており、特定のハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対処するための重要な可能性を持つ¹²³ことが提言しており、上記4つのオプションのうち税制上の取扱いをリンクさせるDのリンクング・ルールが示されていると考えられる。しかし、具体的なリンクング・ルールの仕組みについては言及していない。

2-2-3 2014年OECDディスカッション・ドラフト

2014年に公表されたハイブリッド・ミスマッチに関するディスカッション・ドラフトでは、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントについて、「ハイブリッド金融商品及び譲渡(Hybrid financial instruments & Transfers)」、「ハイブリッド事業体支払(Hybrid entity payments)」、「リバース・ハイブリッド及びインポーテッド・ミスマッチ(Imported mismatches and Reverse hybrid)」の3つの類型をあげ、そのうち1類型を「ハイブリッド金融商品及び譲渡(Hybrid financial instruments & Transfers)」としている¹²⁴。「ハイブリッド金融商品及び譲渡」は、金融商品の下で所得控除可能な支払(deductible payment)がなされる一方で、その受取者の法的管轄の法律の下ではそれが課税所得として取扱われないことで、「所得控除／益金不算入(Deduction/ No Inclusion)」による国際的¹²⁵二重非課税を生じさせるもの¹²⁵である。

このディスカッション・ドラフトでは、ハイブリッド金融商品(financial instruments)は、「取決めの下でなされる支払が支払者の法的管轄で所得控除可能ではあるが、受取者のネットの課税所得の計算において経常所得(ordinary income)に算入されない場合に、いかなる金融商品(ハイブリッド譲渡を含め)をも対象となるように、広範囲に定義されるべきである。個々の法的管轄において通常の居住者である納税者間で締結された同じよう

¹¹⁹ *Id.* para. 34.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ EY 税理士法人・前掲注(85)55頁

¹²² OECD, *Supra* note 111, para. 35.

¹²³ *Id.* at 25.

¹²⁴ 居波・前掲注(86)(52)頁

¹²⁵ 居波・前掲注(86)(52)頁

な取決めが、課税結果においてミスマッチを引き起こしているに十分であるならば、金融商品はこれら目的にとって『ハイブリッド』として取扱われるべきものである。¹²⁶」とされている。2012年報告書では資本と負債の二面的性質をもった金融商品が対象とされていたが、ディスカッション・ドラフトでは、国際的二重非課税の解消を目的として、資本と負債の二面的性質だけでなく、税務上の取扱いの違いを重視した広範な金融商品を対象としていると考えられる。

ディスカッション・ドラフトでは、このハイブリッド金融商品を利用したミスマッチ・アレンジメントに対抗するルールを次のように提案している。「a) 法域は、ハイブリッド金融商品に基づくあらゆる支払について、受取者が当該支払をいずれの法域の法によって通常所得として益金に算入されていない限りで、損金算入を否定すべきである。b) 法域は、ハイブリッド金融商品に基づくあらゆる支払について、当該納税者がその支払に係る損金算入（又は同等の租税軽減）を認められている限りにおいて、受取者が通常所得として益金算入するよう義務付けるべきである。c) 配当免税は、損金算入可能な支払である限りは、国内法上認められるべきではなく、その結果として、これらの状況ではミスマッチは生じない。¹²⁷」（表3）は、ディスカッション・ドラフトにおけるミスマッチの解消方法を要約したものである。

（表3）ディスカッション・ドラフトによるミスマッチの解消方法の要約

a)	ハイブリッド金融商品から生ずる支払を受取者の法的管轄において所得として益金に算入していない場合、支払者の法的管轄はその支払の損金算入を否定する。
b)	ハイブリッド金融商品から生ずる支払を支払者の法的管轄において損金算入が認められる場合、受取者の法的管轄はその支払の通常所得として益金算入を義務付ける。
c)	損金算入可能な支払に対する配当免除の不適用

このディスカッション・ドラフトには、（表4）に示すようにEU親子会社指令の改正の際に「支払者が損金算入した場合、受取者側では益金算入を義務付ける。」b)の方法、「損金算入可能な支払に対する配当免除の不適用」c)の方法以外に、「受取者が所得として益金に算入していない場合、支払者側は損金算入を否定する。」a)の方法がハイブリッド・ミスマッチ・ルールに加えられている。

¹²⁶ 居波邦泰「税源浸食と利益移転(BEPS)に係る我が国の対応に関する考察（I）」税務大学校論叢79号(2014)291頁

¹²⁷ 吉村・前掲注(2)41頁

(表 4) 新 EU 親子会社指令と 2014 年 OECD ディスカッション・ドラフトの比較

税制をリンクさせる方法	EU 親子会社指令	OECD ディスカッション・ドラフト
a)	×	○←追加
b)	○	○
c)	○	○←強調

a)の方法が OECD の議論で追加された理由としては、税制上のミスマッチによる二重非課税を解消する方法を導入していない受取国の者との間でハイブリッド金融商品を利用した取引が行われた場合、b)の方法のみでは二重非課税に十分に対処しきれないためであることが考えられる。EU 親子会社指令では EU 域内の取引が想定され、EU 域外の国との間でミスマッチ取引が行われた際には EU 域内で一度も課税がなされないまま EU 域外へ資金が流出するおそれがある。すなわち、a)の方法を新たに追加することで、ハイブリッド・ミスマッチ・ルール等が規定されていない国との間の取引にも二重非課税の解消の効果が期待できるため、OECD の議論においては、このような国際的二重非課税を解消する規定を設けていない国との取引にも対処できるような規定が追加されていると考えられる。

さらにこのディスカッション・ドラフトでは、一次的ルールとして a)の方法がとられており、守備的ルールとして b)の方法が挙げられている¹²⁸。その理由としては、この規制はハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントを用いた税源浸食の取戻しを直接の目的とするのではなく、そうしたアレンジメントの抑止を通じて、BEPS リスクに対処することが求められていること、また、ルールの実効性をより重視した制度設計にすること等があげられる¹²⁹。これは、a)の方法が一次的ルールとされた場合、受取国側で課税がなされていない取引は支払国側において課税されることとなるため、支払国側においてハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントを行う誘因を排除するためだと推測される。このように、各オプションの優劣が判断され、双方のオプション導入が勧告される一方で、いずれかのオプションを一次的ルールとする方法が採用されている¹³⁰。

なお、支払国及び受取国の双方が、同一の取引に同一のハイブリッド・ミスマッチ・ルールを適用すると、経済的二重課税となる可能性が生ずるため、支払国又は受取国のいずれか優先的に国際的二重非課税所得に係る課税権を与える「タイブレイク・ルール (tie-break rule)」による解決が対策として設けられる¹³¹こととされている。

さらにディスカッション・ドラフトでは、受取配当に対する課税免除の規定を有する国・地域では、源泉地国で損金算入可能な支払に対する配当免税を不適用にする c)の方法が特に強調されており、「外国子会社からの『配当益金不算入(dividend exemption)』制度につ

¹²⁸ OECD, Supra note 108, at 18.

¹²⁹ 吉村・前掲注(2)48-49 頁

¹³⁰ 吉村・前掲注(2)48 頁

¹³¹ 居波・前掲注(86)(16)-(17)頁

いて、配当が支払われる法的管轄の法令で当該配当支払に対し支払者において所得控除が可能であれば、当該配当の受取者の法的管轄では『配当益金不算入』を認めないよう、受取者の法的管轄の国内法を改正することで国際的二重非課税を排除し、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールの適用は不要にすることが勧告されている¹³²。」なぜなら、受取者の法的管轄は、支払が基礎となる税を負担していない状況では、国内法の下で経済的な二重課税からの救済の拡大を要求すべきでない¹³³ためであるとしている。また、受取配当に対して益金不算入制度を導入している国の国内法を、支払者側で損金算入されている支払を益金算入するという制度に変更することとすれば、ミスマッチの状態を解消することとなるため、さらに、そのような支払者側で損金算入される支払に対して、優先的に一次的ルールが適用された場合、支払国での課税となり、受取国側での課税権が確保されなくなるためである¹³⁴とされている。吉村氏はこの背景として、EU 親子会社指令の改正の動きを指摘しており、「ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対抗する前提条件として、そもそもハイブリッド金融商品を配当免税の対象から除外することによってミスマッチが解消した状態を作出することが整備される方向が明らかにされたと評価できる。」と述べている¹³⁵。

2-3 ハイブリッド・ミスマッチ・ルールの概要

2-3-1 2014年 OECD 報告書による二重非課税の解消方法

OECD は、ディスカッション・ドラフトの公表後、約半年で 2014 年報告書を公表した。この 2014 年報告書は、ディスカッション・ドラフトへの各国からのコメントをもとに、国内法及びモデル租税条約の改正に係る勧告案として公表されたものである¹³⁶。2014 年報告書では、第一部において国内法の措置の勧告がなされ、第二部においてモデル租税条約の規定のうち、双方移住者及び課税上透明体に関する措置を提示し、国内法上の措置と租税条約の関係について分析されている¹³⁷。本稿では、ハイブリッド金融証券における国内法の設計について取り上げられている第一部について検討を行う。

ディスカッション・ドラフトから 2014 年報告書への大きな改正点は、3 点あげられる¹³⁸。

1 点目は、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの捉え方を 3 つの「取引の類型」から 3 つの「ミスマッチの態様」に分類し、整理し直された点である。ディスカッション・ドラフト時点では、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントについて、3 つの類型をあげ、そのうちの 1 類型を「ハイブリッド金融商品及び譲渡(Hybrid financial instruments &

¹³² 居波・前掲注(86) (54)頁

¹³³ OECD, *Supra* note 108, para. 84.

¹³⁴ 秋元秀仁「BEPS 行動計画を踏まえた国際税務事例の考察と実務への影響」月刊国際税務 34 卷 11 号 (2014) 29 頁

¹³⁵ 吉村・前掲注(2)42-43 頁

¹³⁶ 荒井優美子ほか「税源浸食と利益移転 BEPS 行動計画に関する第一次提言のポイント (上)」旬刊経理情報 1398 号(2014)61 頁

¹³⁷ 荒井・前掲注(136)61 頁

¹³⁸ 居波・前掲注(110) 390-394 頁

Transfers)」としていた¹³⁹。しかし、この 2014 年報告書では、取引の種類でなく、「D/NI（支払者所得控除+受取者益金不算入）」、「D/D（異なる法的管轄での重複所得控除）」及び「Indirect D/NI（間接的な支払者所得控除+受取者益金不算入）」という 3 つの「ミスマッチの態様」に着目している¹⁴⁰。そのうち「D/NI（支払者所得控除+受取者益金不算入）」は、「ハイブリッド金融商品(Hybrid financial instrument)」及びハイブリッド事業体の課税上の取扱いの違いを利用した「ハイブリッドによって無視される支払(Disregarded payment made by a hybrid)」、「リバース・ハイブリッドに対する支払(Payment made to a reverse hybrid)」の 3 つに区分されている¹⁴¹。本稿で取り上げるのは、「D/NI（支払者所得控除+受取者益金不算入）」のうち、「ハイブリッド金融商品(Hybrid financial instrument)」に係るケースである。2014 年報告書では、ハイブリッド金融商品の説明において「税制上のミスマッチは多くの原因に起因し得る。最も一般的な金融商品は、発行者において負債として、保有者において株式として取扱われる。この性質評価の違いは、多くの場合、発行者によって損金算入された利子の支払が、保有者の管轄において税負担が免除される配当として取り扱われている、又はいくつかの他の方法により同等の税負担の軽減がなされる結果をもたらす。他のケースでは、税制上のミスマッチは、税務上の金融商品の特性評価の一般的な違いに起因せず、金融商品のもとで行われた特定の支払の税務上の取扱いの特定の違いによることもある¹⁴²。」としており、ディスカッション・ドラフトと同様、金融商品の資本と負債の二面的性質だけでなく、税務上の取扱いの違いを重視した広範な金融商品を対象としていると考えられる。

大きな改正点 2 つ目は、ハイブリッド・ミスマッチの解消方法の区分の違いである。(図 2) に示すように、OECD が 2014 年報告書で勧告している二重非課税への対処方法は、大きく分けて「ハイブリッド・ミスマッチ・ルールによる方法」と、「国内法の改正による方法」に二分される¹⁴³。具体的なルールとしては(表 5) に表すように、ディスカッション・ドラフトで提案されていた a)b)の方法は、2014 年報告書では「ハイブリッド・ミスマッチ・ルールによる方法」として(a)(b)の方法に改められ、c)の方法は、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールには含まれず、「国内法の改正による方法」へと改められた¹⁴⁴ (本稿ではディスカッショングループとの関連性を保つため、国内法の改正による方法を(c)と呼ぶ)。

¹³⁹ 居波・前掲注(86) (52)頁

¹⁴⁰ 居波・前掲注(110) 390 頁

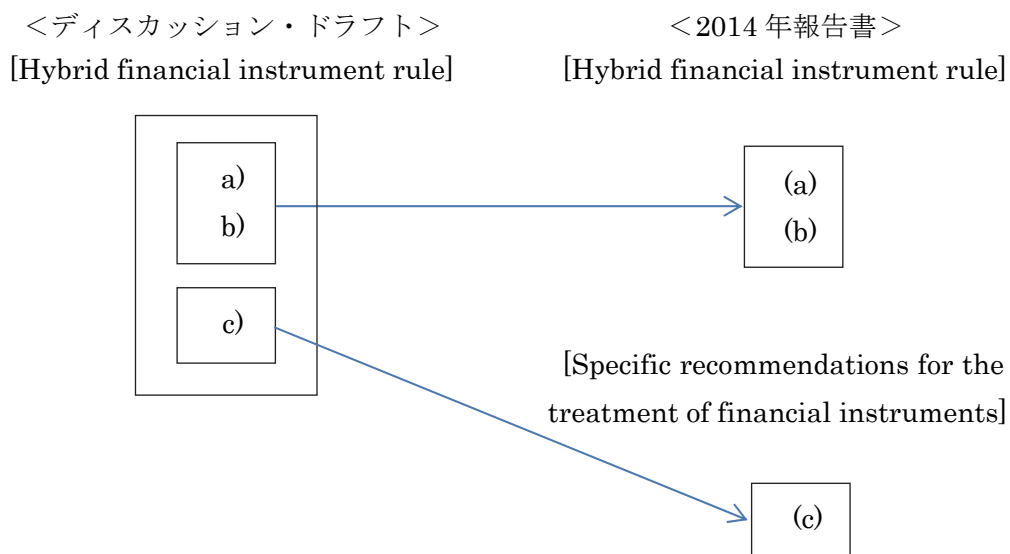
¹⁴¹ 居波・前掲注(110) 393 頁

¹⁴² OECD, *Supra* note 109, para. 54.

¹⁴³ *Id.* at 17.

¹⁴⁴ *Id.* para. 71.

(図2) OECDによるハイブリッド・ミスマッチの解消方法の改正のイメージ



(表5) OECDの勧告におけるハイブリッド・ミスマッチの解消方法の要約

・ハイブリッド・ミスマッチ・ルール

(a)	受取者の法的管轄において所得として益金に算入しないアレンジメントが関連者等の間で行われた場合、支払者の法的管轄はその支払の損金算入を否定する。
(b)	支払者の法的管轄でミスマッチが解消されない場合、受取者の法的管轄は支払者側で所得から控除される支払に対して、その所得の益金算入を義務付ける。

・国内法の改正に関する特定の勧告¹⁴⁵

(c)	控除可能な支払に対する配当免除の否認
-----	--------------------

「ハイブリッド・ミスマッチ・ルールによる方法」には、「支払者側の法的管轄は、D/NI（支払者所得控除+受取者益金不算入）の結果生じさせるような範囲の支払に対して、その所得控除を否認する」(a)の方法と、「もし、支払側の法的管轄でミスマッチが中和されないときは、受取側の法的管轄でD/NI（支払者所得控除+受取者益金不算入）を生じさせるような範囲の支払を所得に含めることが必要とされる」(b)の方法がある。2つの方法の優劣は、ディスカッション・ドラフトと同様、(a)が一次的ルール、(b)が守備的ルールとされているが、「中立性を考慮」することを重視し、一定の場合(a)の方法にはハイブリッド・ミスマッチ・ルールの適用除外となる範囲が示されている¹⁴⁶。ただし、(b)は(a)の適用除外と

¹⁴⁵ 「控除可能な支払に対する配当免除の否認」の他に、「源泉徴収税の控除の課税所得に応じた制限」も勧告されているが、本稿ではハイブリッド金融商品から生ずる支払が損金算入及び益金不算入がされることによる国際的三重非課税を対象としているため、検討しないこととする。

¹⁴⁶ OECD, *Supra* note 109, para. 65.

なっている範囲についても適用できるとされている¹⁴⁷。よって、ハイブリッド・ミスマッチ・ルール(a)(b)の関係は、(a)は適用範囲が限定的であるが、優先的に適用され、(b)は(a)が適用されなかった範囲で税制上のミスマッチをカバーするという構造になっている。また、2014年報告書では、(a)(b)のルールに加え、支払のタイミングの際について、納税者が合理的な期間内に通常所得に算入することを税務当局が納得いくように立証できる場合は「所得控除／益金不算入 (Deduction/no inclusion)」の効果が生ずるものとして取り扱わないことが勧告されている。この立証の状況及び要件については、コメントリーに詳細なガイダンスが示されることが期待されている¹⁴⁸。

「国内法の改正による方法」は、控除可能な支払に対する配当免除の否認とされる方法がハイブリッド・ミスマッチ・ルールとは別途に明示されている¹⁴⁹。(c)は、配当免除の規制は経済的二重課税に対して救済するために与えられるものであるため、取引国の両国間で経済的二重課税とならず、課税がなされていない場合は、金融商品の下で生ずる D/NI (支払者所得控除＋受取者益金不算入) の効果を防ぐため、支払者によって控除された配当の支払の範囲で国内法の下で配当免除が付与されるべきではないという理由から明示されている¹⁵⁰。2014年報告書では、まず、金融商品の下で控除された支払に関して行われる経済的二重課税の救済のための配当免除を否認する等の事項について国内法の改正を勧告しており¹⁵¹、この国内法の改正によっても国際的二重非課税が解消されない場合にハイブリッド・ミスマッチ・ルールを適用することとされている¹⁵²。

大きな改正点 3 点目は、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールが適用される対象範囲が明確化された点である。ディスカッション・ドラフトでは、対象範囲が「検討中」とされていたが、2014年報告書では「関連者及びストラクチャード・アレンジメント」と明示された¹⁵³。適用範囲を定める方法として、ディスカッション・ドラフトでは、「ボトムアップ・アプローチ (租税政策の観点から重大な懸念を招く要素を特定し、ルールの適用範囲をかかえる要素を有する取引に限定する方法)」又は「トップダウン・アプローチ (特定の例外 (コンプライアンス・コストが過大な負担となる場合等) に含まれるもの以外の全てのハイブリッド・ミスマッチを適用対象とする方法)」のいずれを採用するか¹⁵⁴という議論が行われていたが、2014年報告書では「過度に広範なハイブリッド・ミスマッチ・ルールは、その

¹⁴⁷ *Id.* para. 65.

¹⁴⁸ *Id.*

¹⁴⁹ *Id.* para. 71.

¹⁵⁰ *Id.* para. 64.

¹⁵¹ *Id.* para. 14.

¹⁵² 岡村忠生「国際課税におけるミスマッチとその対応について」『法人税改革と激動する国際課税 (公社) 日本租税研究協会 第 66 回租税研究大会記録 2014』(日本租税研究協会、2014)68 頁

¹⁵³ OECD, *Supra* note 109, para. 65.

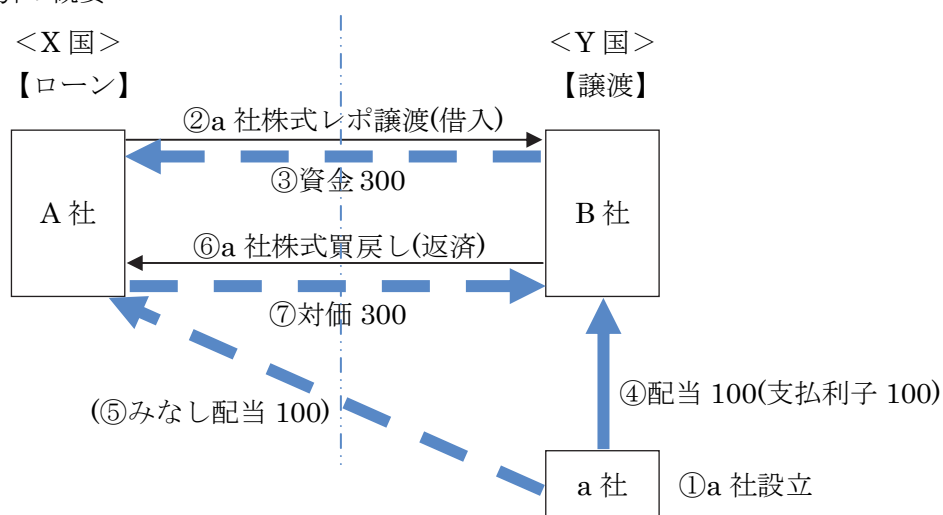
¹⁵⁴ 吉村・前掲注(2)43 頁

適用及び管理が困難である¹⁵⁵」として、ボトムアップ・アプローチが採用されることとなった¹⁵⁶。これにより、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールは、「関連者間で締結された金融商品」及び「当事者間によりストラクチャード・アレンジメントの一部が構成されたハイブリッド金融商品」を適用対象とする¹⁵⁷こととなった。よって、次は具体的なハイブリッド・ミスマッチ・ルールの適用範囲についての検討を行う。

2-3-2 ハイブリッド・ミスマッチ・ルールの適用範囲

ハイブリッド・ミスマッチ・ルールが適用される金融商品等の範囲には、受取者及び支払者の法的管轄の下で、課税対象である負債及び株式だけでなく、デリバティブのためのルールの下で課税がなされる全ての契約やハイブリッド譲渡が含まれる¹⁵⁸。ハイブリッド譲渡には、納税者によって他の関係者と締結された一定の資産譲渡契約であり、例えば「レポ取引」が含まれる¹⁵⁹。

(図3) レポ取引の概要



「D/Ni (支払者所得控除+受取者益金不算入)」の効果を生じさせる、いわゆるレポ取引とは、金融手段として株式を貸手に移転して資金調達をした上、その株式を一定期間経過後に買い戻す「買戻し条件付き取引」である¹⁶⁰。レポ取引におけるミスマッチとは、X国とY国との間で取引にかかる権利関係の認識に相違がある場合、すなわち(図3)にみられるように、X国はその取引をA社が株式を担保に借入を行ったと認識し、Y国ではB社がA社からa社株式を譲り受けたと認識する場合に生ずる。この例では、前提として、X

¹⁵⁵ OECD, Supra note 109, para. 119.

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ *Id.* para. 65.

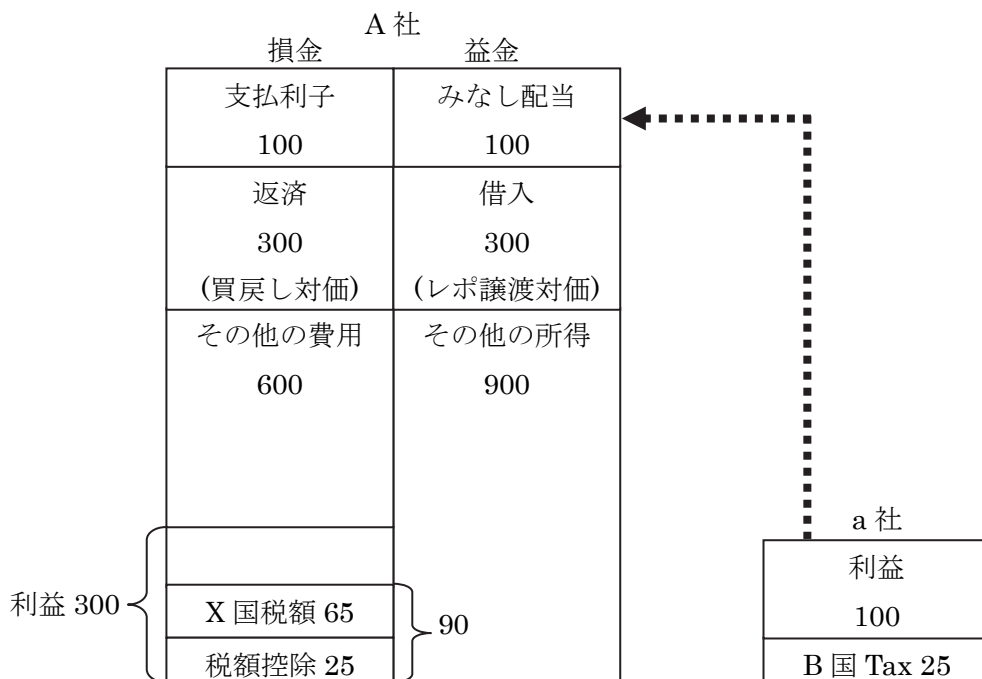
¹⁵⁸ *Id.*

¹⁵⁹ 居波・前掲注(110) 396頁

¹⁶⁰ 秋元・前掲注(134)30-31頁

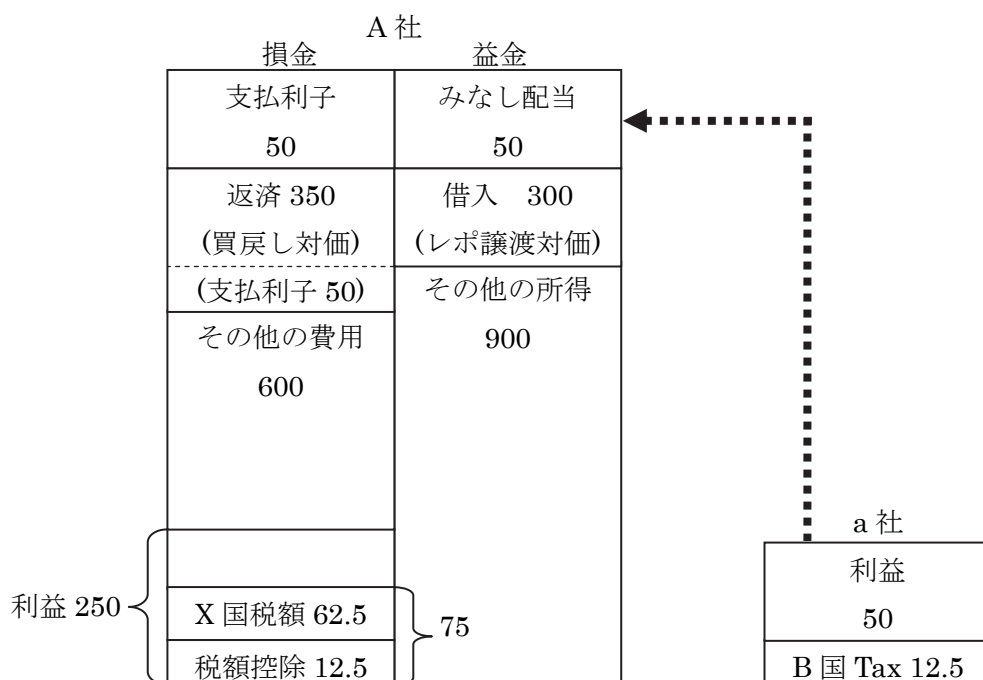
国では国際的^{二重課税}の解消方法として、^{間接外国税額控除方式}を採用しており、Y国ではB社の受取配当に^{益金不算入}、^{税額控除}、^{その他の税負担を軽減}することができ、^{キャピタルゲイン}は^{非課税}とする。また、X国の税率は30%、Y国の税率は20%であるとする。取引の経過は、レポ取引から生ずる利益が全体で100であるとする、以下のとおりである。まず①A社がY国にa社を設立しa社の株式を保有する、②A社はa社の株式をB社にレポ譲渡し、後日買い戻すことを契約する、③A社はa社株式の移転に対し、B社からその対価である300の資金を得る、④a社は125の課税所得を獲得し、Y国において25課税された後、100全額をB社に配当する。Y国では当該取引を^{売買}と見るため、B社はa社から配当を得る権利を有し、100の配当を得る、⑤X国では当該取引を^{ローン}と見るため、課税上A社はa社から配当(みなし配当)を得る権利を有すると考える、⑥A社はB社よりa株式の^{買戻し}を行う、⑦A社はa株式の^{買戻し}に対して対価300をB社に支払う。

(図4) レポ取引におけるA社の課税関係 (レポ譲渡と買戻しの対価が同額である場合)



この経過のうちA社の税制上の取扱いを表したものが(図4)である。税務上の取扱いとしては、まずX国では当該取引を^{ローン}と見ることから、税務上ではレポ費用を支払利子100として取扱うため、当該支払利子が損金に算入される。さらに、A社ではa社がY国に支払った25について^{間接外国税額控除}を適用することができる。Y国では、B社が受け取った④の配当100はY国の税務上、^{益金}に算入されない。これらにより^{国際的^{二重非課税}}の状態が生ずるといえるものである。

(図 5) レポ取引における A 社の課税関係 (レポ譲渡と買戻しの対価に差が生ずる場合)



一方、A 社の a 株式のレポ譲渡の対価と買戻しの対価に差が生ずる場合の課税関係を示したものが (図 5) である。当該差額は A 社にとっては支払利子であるが、B 社にとってキャピタルゲインとなる。よって、(図 5) のように、X 国では税務上はレポ費用を支払利子 50 として取扱うため、当該支払利子が損金に算入される。また、A 社では a 社が Y 国に支払った 12.5 について間接外国税額控除を適用することができる。Y 国では、B 社が受け取った④の配当 50 は Y 国の税務上、益金に算入されない。さらに、キャピタルゲイン 50 についても非課税となることにより、国際的二重非課税の状態が生ずることとなる。

次に、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールが適用される対象範囲は、関連者等との間で行われた取引及びストラクチャード・アレンジメントによりミスマッチが生ずる場合に限定されている¹⁶¹。

ここでいう関連者等とは、関連者、支配グループ、acting together のことをいう。(図 6) に示すように、関連者とは、両者(Two persons)が同じ支配グループ(control group)である場合、又は一の者(first person)が他の者(second person)に 25%以上投資している場合、又は両者にとって 25%以上投資している第三者が存在している場合のそれぞれの当事者をいう¹⁶²。支配グループとは、連結会計をしている者、一の者が他の者に対して事実上の支配をもたらす投資を行っている場合又は事実上の支配をもたらす投資を行う第三者が存在する場合、一の者が 50%以上他の者に投資している場合又は両者にとって 50%以上を投資している第三者が存在する場合のそれぞれの当事者、第 9 条の下で関連する企業と看做すこ

¹⁶¹ OECD, Supra note 109, para. 65.

¹⁶² Id. para. 121.

とができる者をいう¹⁶³。acting together とは、同一の家族のメンバーである者、常に所有権又は議決権の支配又は持分に関して他者の要望に従って行動する者、権利又は利益の支配する又は価値に重要な影響を及ぼす取決め(arrangement)を締結した者、所有権又は権利の支配又は利害が、同一の者又はグループによって管理されている者をいう¹⁶⁴。さらに、利害の集約のため、所有権、議決権の支配、持分に関して他の者と共に行動する者は、他の者の所有権、議決権の完全支配、持分とみなして取り扱われる¹⁶⁵ことが示されており、関連当事者にあたるか否かは実質的な支配の要素まで考慮される。

ストラクチャード・アレンジメントとは、ハイブリッド・ミスマッチがアレンジメントの条件の中に織り込まれているか、又は、アレンジメントの事実と状況（条件を含む）が、ハイブリッド・ミスマッチを生成するように設計されたことを表す場合における全てのアレンジメントであり、2014年報告書には特定の事例が示されている¹⁶⁶。ただし、納税者及び同じ支配グループの全てのメンバーのいずれもが、合理的にハイブリッド・ミスマッチへの認識があると見込まれず、ハイブリッド・ミスマッチから得られる租税特典の価値を有していない場合、納税者はストラクチャード・アレンジメントの関係者として取り扱わないこととされている¹⁶⁷。

¹⁶³ *Id.*

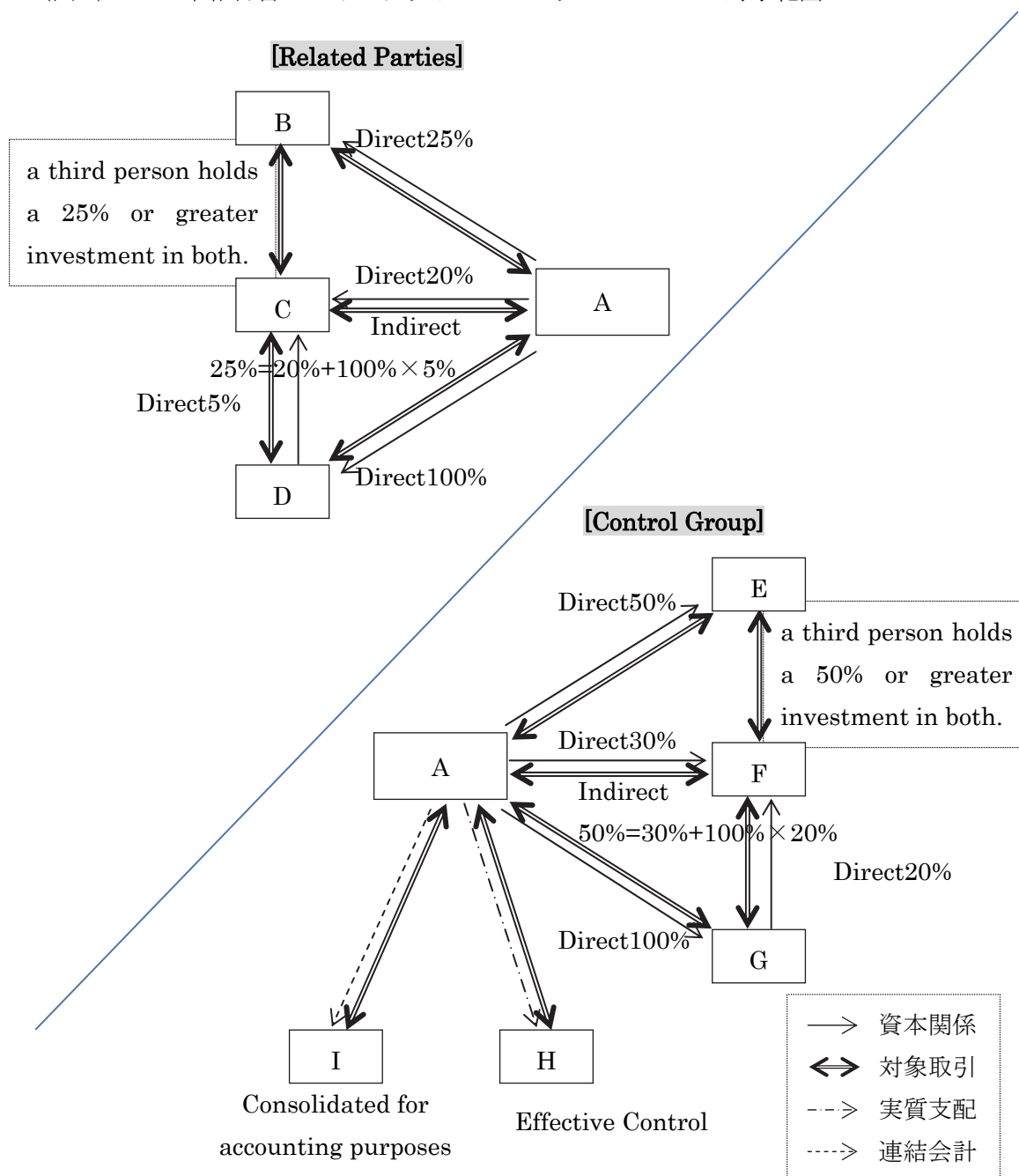
¹⁶⁴ *Id.*

¹⁶⁵ *Id.*

¹⁶⁶ *Id.* para. 120.

¹⁶⁷ 居波・前掲注(110) 392 頁

(図6) 2014年報告書：ハイブリッド・ミスマッチ・ルールの対象範囲¹⁶⁸



OECD の勧告している適用範囲を踏まえ、次に、我が国の税制上、国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認及びハイブリッド・ミスマッチ・ルールを導入する場合、我が国の税制にどのような影響が及ぶのかについて検討をおこなう。

2-3-3 ハイブリッド・ミスマッチ・ルール等を採用した場合の日本の制度への影響

ハイブリッド・ミスマッチ・ルールは、2014年報告書において、ハイブリッド・ミスマ

¹⁶⁸ 秋元・前掲注(134)38頁40頁 資料参照

ッチが生じる金融商品の下での支払に適用されるべきである¹⁶⁹とされている。この2014年報告書では、ハイブリッド金融商品から生ずるミスマッチを、法的性質の違いだけでなく、税制上の取扱いの違いにより生ずることもあると示しており¹⁷⁰、我が国の国内法に OECD が勧告するルールを導入する事は、本稿で取扱うハイブリッド金融商品を用いた取引から生ずる国際的¹⁶⁹二重非課税の解消方法として有効であると言える。

我が国にハイブリッド・ミスマッチ・ルール(a)を適用した場合、支払側で損金算入され受取側で益金不算入される結果を生じさせる支払に対して、企業の損金算入を否定することとなる。ハイブリッド金融商品の法的性質及び税制上の取扱いの区分を示した16つのケース(本稿、第1章1-4小括の(表2))のうち、我が国が源泉地国である場合のA,Eのケースにあてはめると、日本企業が OECD 勧告の関連者等に対して支払う利子のうち、受取国側の税務上、益金に算入されない支払に対して、支払利子を損金不算入とする規定を新たに設けることとなる。そのため、支払利子の損金算入に対して影響が生ずる。一方、我が国が源泉地国である場合のK,Oケースにあてはめると、日本企業が OECD 勧告の関連者等に対して支払う配当のうち、受取国側の税務上、益金に算入されない支払に対して、支払配当を損金不算入とする規定を新たに設けることとなる。そのため、支払配当の損金算入に対して影響が生ずる。

次に、我が国にハイブリッド・ミスマッチ・ルール(b)を適用した場合、ハイブリッド金融商品の支払に対して、支払者側の税制によって支払側で損金算入され受取側で益金不算入される結果が解消されない場合、その支払に対しては、益金算入を義務付けることとなる。ただし2014年報告書では、国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認(c)として、まず金融商品の下で控除された支払に関して行われる経済的な二重課税の救済のための配当免除を否認する等の事項について国内法を改正することを勧告しており¹⁷¹、この国内法の改正によっても国際的¹⁶⁹二重非課税が解消されない場合にハイブリッド・ミスマッチ・ルールを適用することとなる¹⁷²。よって、国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認(c)を我が国が居住地国である場合のA,Kのケースにあてはめると、日本の企業が OECD 勧告の関連者等から受ける配当が、支払国側において所得から控除されている場合には、その配当を益金に算入する必要がある。また、ハイブリッド金融商品から生ずる支払に係る源泉徴収税に関しては、ハイブリッド譲渡に関するもの以外について特段触れておらず¹⁷³、別問題として取り扱っているため本稿では検討しない。

他の影響として、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールが適用された場合、取引相手国の

¹⁶⁹ OECD, *Supra* note 109, para. 65.

¹⁷⁰ *Id.* para. 54.

¹⁷¹ *Id.* para. 14.

¹⁷² 岡村・前掲注(152)68頁

¹⁷³ 「ハイブリッド譲渡に関する源泉徴収税の軽減の所得比例的な制限」ハイブリッド譲渡の下でなされる支払に対する源泉徴収税の軽減を与える法的管轄は、そのアレンジメントの下での納税者のネットの課税所得と比例させて、そのような軽減の特典を制限すべきである。 居波・前掲注(110)397頁 OECD, *Supra* note 109,at40.

税務上の取扱いを納税者が検討する必要があるため、実務上煩雑になるという執行上の問題が生ずると考えられる。しかし、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールの適用の対象範囲は取引の把握だけでなく、ルールの適用および管理が困難な独立の第三者まで対象にしておらず、一定の関連者等との間の意図的な取引に限られるため、実務上重要な問題とはならないと考える。

2-4 小括

本章では、EU 及び OECD の議論を踏まえ、ハイブリッド金融商品の取引により生ずる国際的二重非課税の解消方法としては、国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認及びハイブリッド・ミスマッチ・ルールが有効であること、さらに、これらのルールを我が国へ導入することによる影響について検討してきた。

国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認及びハイブリッド・ミスマッチ・ルールは、ハイブリッド金融商品から生ずる国際的二重非課税を解消する規定を設けていない国との取引に関しても有効であるだけでなく、ハイブリッド・ミスマッチの行為自体の発生を抑制する効果も期待されている。

しかし、我が国の現行法では、金融商品におけるハイブリッド・ミスマッチに関して特段の規定がないため、ハイブリッド金融商品から生ずる二重非課税を解消するための規定を設けるべきであると考え。よって第 3 章では、我が国の国内法に OECD の 2014 年報告書で勧告されるルールを導入した場合に及ぶ具体的な影響について、我が国の現行法と重複する規定の具体的検討を行い、若干の提案を行う。

第 3 章 国内法への示唆

3-1 適切な制度の提案

本章では、これまでの議論を踏まえハイブリッド金融商品の法的性質及び税制上の取扱いの区分を示した 16 つのケース（本稿、第 1 章 1-4 小括の（表 2））のうち、我が国が源泉地国である場合の A,E,K,O のケース及び我が国が居住地国である場合の A,K のケースについて、国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認及びハイブリッド・ミスマッチ・ルールを我が国の国内法へ導入することを提案する。（表 6）は本稿で取扱う国際的二重非課税となる取引を強調したものであり、我が国が源泉地国である場合の A,E のケースでは、過少資本税制及び過大利子税制との関係、我が国が源泉地国である場合の K,O のケースでは、特定目的会社に係る課税の特例等との関係、我が国が居住地国である場合の A,K のケースでは、外国子会社配当益金不算入制度との関係について、重要であると考えられるものから検討を行う。

(表6) ハイブリッド金融商品の法的性質及び税制上の取扱いの区分

ケース	源泉地国(支払側)		居住地国(受取側)		課税 ¹⁷⁴	
A	Debt	支払利子：損金算入	Equity	受取配当：益金不算入	—(0)	
B				受取配当：益金算入	居(1)	
C				支払利子：損金不算入	受取配当：益金不算入	源(1)
D					受取配当：益金算入	源・居(2)
E		Debt	支払利子：損金算入	受取利子：益金不算入	—(0)	
F				受取利子：益金算入	居(1)	
G			支払利子：損金不算入	受取利子：益金不算入	源(1)	
H				受取利子：益金算入	源・居(2)	
I	Equity	支払配当：損金不算入	Equity	受取配当：益金不算入	源(1)	
J				受取配当：益金算入	源・居(2)	
K		支払配当：損金算入	受取配当：益金不算入	—(0)		
L			受取配当：益金算入	居(1)		
M		Debt	支払配当：損金不算入	受取利子：益金不算入	源(1)	
N				受取利子：益金算入	源・居(2)	
O			支払配当：損金算入	受取利子：益金不算入	—(0)	
P				受取利子：益金算入	居(1)	

3-1-1 外国子会社配当益金不算入制度との関係

(1) 検討

まず、外国子会社配当益金不算入制度との関係について述べる。

我が国が居住地国である場合の A,K のケースが問題になるのは、支払者側で損金算入された支払が我が国で配当と認められ、当該受取配当が益金不算入となる場合である。我が国が居住地国である場合の A,K のケースへの OECD の勧告のルール^(c)の適用に関しては、(c) のルールが該当する。我が国が外国から受ける配当が益金不算入とされる規定としては、平成 21 年度改正により導入された外国子会社配当益金不算入制度（法人税法 23 条の 2）があり、我が国が居住地国である場合の A,K のケースに(c)を適用すると、本制度の適用範囲と重複することとなる。

ただし、本制度は受取配当の額の全額を益金不算入にする制度ではなく、95%が益金不算入され、残りの 5%は課税される制度であるため、このような制度下においても OECD がいうミスマッチの状態にあるのか、という問題が生ずる¹⁷⁵。この点については、我が国の

¹⁷⁴居：居住地国課税、源：源泉地国課税、源・居：二重課税、—：二重非課税

()：源泉地国及び居住地国における課税回数

¹⁷⁵ 秋元・前掲注(134)29-30 頁

国際的¹⁷⁶二重課税の排除方法をクレジット方式(credit method)である間接外国税額控除方式から、「外国子会社からの受取配当については非課税にする」というエグゼプション方式(exemption method)¹⁷⁶を制度として採用することとなった限りにおいて、現段階では受取国側での益金不算入の割合に関わらず、損金算入配当との間では、税制上ミスマッチの状態にあると考えられている¹⁷⁷。そのため、この我が国が居住地国である場合の A,K のケースにおけるハイブリッド・ミスマッチの対応として、「支払者側で損金算入された支払に対しては外国子会社配当益金不算入制度の適用除外とする」ことが望ましいと考えられる。

この問題は税制調査会においても議論が行われてきたところであり¹⁷⁸、「報告書における勧告を踏まえ、外国子会社配当益金不算入制度について、配当支払者において損金算入される配当は適用除外とすることを検討¹⁷⁹」され、2015年1月14日に閣議決定された税制改正の大綱が公表された¹⁸⁰。よって、以下において各ルールの関係性を明らかにし、事例を踏まえて具体的検討を行う。

¹⁷⁶ 秋元・前掲注(134)30頁

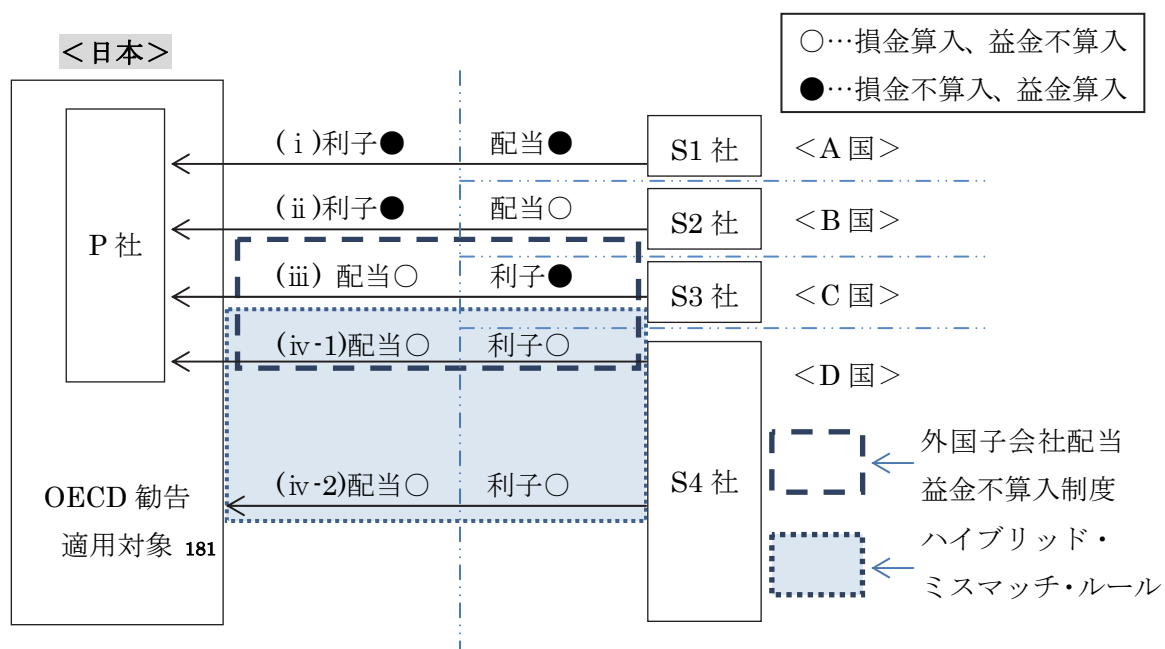
¹⁷⁷ 一方、支払が損金算入される側の国における一次的ルールの適用においては、「損金算入を否認する額は、支払配当額の全額か」という問題（例えば、オーストラリア法人が損金算入する支払をわが国法人が受けた場合、その配当の受領国であるわが国の益金不算入割合 95%を考慮し、オーストラリア法人の損金算入の否認割合も 95%相当額にすべきかという問題）が考えられるが、今のところは、そのような複雑な処理は求められないこととされている。 秋元・前掲注(134)30頁

¹⁷⁸ 内閣府ホームページ 第11回 税制調査会（2014年9月29日）参考資料（BEPSプロジェクトの進捗状況）最終訪問日 2015.1.30
http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/zeicho/2014/_icsFiles/afieldfile/2014/09/26/26zen11kai3.pdf

¹⁷⁹ 内閣府ホームページ・前掲注(178)

¹⁸⁰ 財務省ホームページ 毎年度の税制改正 平成27年度税制改正の大綱 95-96頁 最終訪問日 2015.1.30 http://www.mof.go.jp/tax_policy/tax_reform/

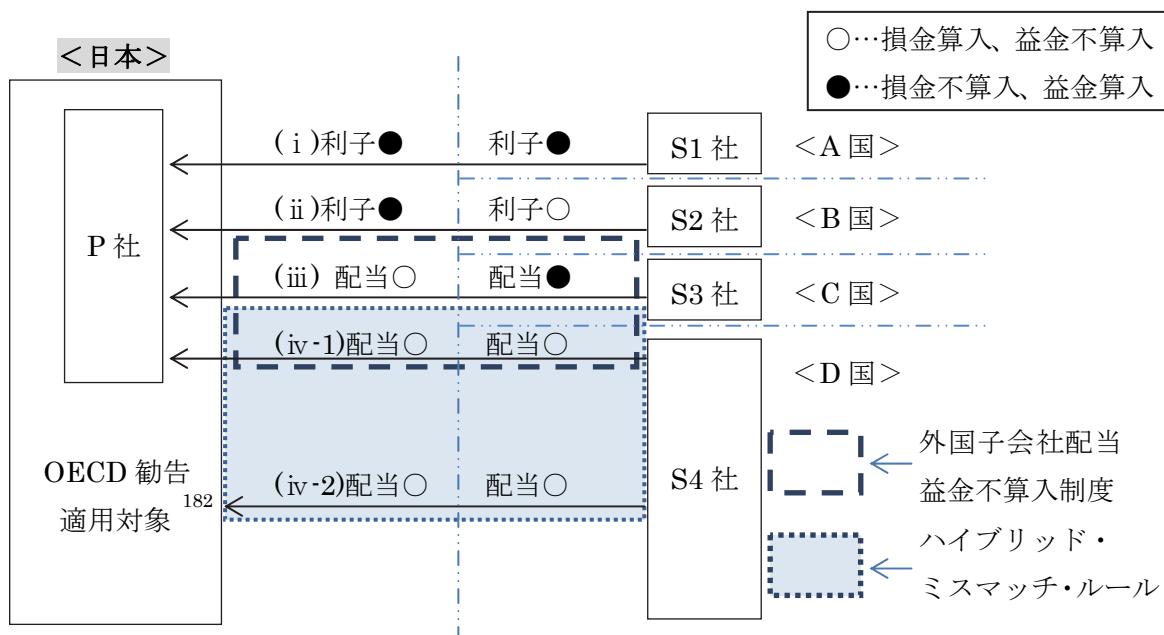
(図7) 外国子会社配当益金不算入制度と控除可能な支払に対する配当免除の否認の関係
 ケース A : 取引国間において金融商品の法的性質の取扱いが異なる場合



上記の(図7)は、日本とA国～D国の税制上、金融商品の法的性質の取扱いが異なる場合における、外国子会社配当益金不算入制度と国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認の適用範囲を示したものである。

181 OECD 勧告適用対象者：2014年9月に公表されたOECD報告書の勧告より、適用対象の制限なしとする。

(図 8) 外国子会社配当益金不算入制度と控除可能な支払に対する配当免除の否認の関係
 —ケース 0：取引国間の税制上の取扱いにミスマッチが生ずる場合—



上記の(図 8)は、(図 7)と同様に外国子会社配当益金不算入制度と国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認の適用範囲を示したものであるが、日本とA国～D国において金融商品の税制上の法的性質の区分は同じであるが、税制上の取扱いが異なる場合を前提としている。

(図 7) (図 8)は、日本のP社及びP社以外のOECD勧告適用対象者がそれぞれS1社～S4社より資金調達を行った場合を仮定し、そこから生ずると考えられる支払を(i)～(iv-2)にあげている。P社とS1社～S4社は我が国の外国子会社配当益金不算入制度が適用される関連者であることを前提とする。(図 7) (図 8)のうち、(i)は、二重課税となる場合であるため、検討の対象としない。また、(ii)(iii)については、日本かA～D国において一回課税が行われるため、検討の対象としない。よって、国際的二重非課税となる取引は(iv-1)(iv-2)のケースであり、(iv-1)(iv-2)が国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認の適用範囲となる。

一方、外国子会社配当益金不算入制度の適用範囲となるのは、外国子会社からの支払がP社で受取配当と認識される(iii)(iv-1)の方法である。(iv-2)の様に、外国子会社以外の者からの支払は法人税法23条の2の適用はないため、実際には国際的二重非課税は生じない。したがって、国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認と外国子会社配当益金不算入制度の適用が重複するのは(iv-1)の方法となる。

これを踏まえ、以下の前提において(iv-1)に、我が国の現行法の外国子会社配当益金不算

¹⁸² OECD 勧告適用対象者：2014年9月に公表されたOECD報告書の勧告より、適用対象の制限なしとする。

入制度が適用されている場合と、国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認が適用され外国子会社配当益金不算入制度が適用されない場合の益金算入額を検討する。

【事例】

D 国に所在する S4 社が、親会社である日本の P 社から資金調達を行う場合。

<前提条件>

- ・ S4 社は 6 月以上前から P 社の 100%子会社である。
- ・ S4 社からの支払は 100 億円とし、全額 P 社に支払う。

ケース I : (iv-1)の方法に外国子会社配当益金不算入制度が適用される場合（現行法）。

ケース II : (iv-1)の方法に控除可能な支払に対する配当免除の否認が適用される場合。

(表 7) 外国子会社配当益金不算入制度と控除可能な支払に対する配当免除の否認の比較
—外国子会社からの支払が日本に所在する P 社の益金の額に算入される金額—
(単位: 億円)

	ケース I	ケース II
外国子会社配当益金不算入制度	100・5%=5	適用なし
ハイブリッド・ミスマッチ・ルール	適用なし	100
益金算入額	5	100

(表 7) は、ケース I とケース II において現行法の外国子会社配当益金不算入制度が適用される場合と、国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認が適用された場合の益金算入額を比較したものである。ケース I では S4 社からの支払の 5%が益金に算入されることとなる一方、ケース II で国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認が適用された場合、S4 社からの支払の 100 億円全額が外国子会社配当益金不算入制度の適用除外となるため、100 億円が P 社の益金に算入されることとなる。よって、ケース II の様に、国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認が適用された場合、S4 社において損金算入された支払が日本において益金に算入されることにより国際的二重非課税が解消されることとなる。

我が国が居住地国である場合の A,K のケースにおける国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認の適用に関しては、日本の法人税制が原則的に「全世界型¹⁸³⁾」を採用しており、また、平成 21 年度改正で目的とされていた資金還流増加の要因が明らか

¹⁸³⁾ 増井良啓「外国子会社配当の益金不算入制度は何のためにあるか」村井正先生喜寿記念論文集『租税の複合法的構成』(清文社、2012) 212 頁

でない¹⁸⁴のであれば、本制度の趣旨を鑑みても、ハイブリッド金融商品から生ずる二重非課税取引の場合に限って国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認を適用することで、外国子会社配当益金不算入制度の一部を適用対象外とし、「全世界所得に対して日本の税率を適用した課税を確保¹⁸⁵」することに大きな問題は生じないと考える。

本制度が規定されている法人税法 23 条の 2 は、第 1 項において外国子会社から受け取る剰余金の配当等の額を益金の額に算入しない旨が規定されており、第 2 項において第 1 項の適用除外として、自己株式の取得が予定されている株式等に係る配当等について規定されている。したがって、我が国が居住地国である場合の A,K のケースに関しては、本制度が規定されている法人税法 23 条の 2 のうち、適用除外が規定されている第 2 項において「支払者の法的管轄でミスマッチが解消されない場合、外国子会社配当益金不算入制度の適用除外とし、受取者においてその所得の益金算入を義務付ける」規定を設けるべきであると考えられる。

(2) 平成 27 年度税制改正の大綱について

我が国では、平成 27 年度の税制改正の大綱で外国子会社配当益金不算入制度（法人税法 23 条の 2）の対象から損金算入配当が除外されることが予定されている。我が国では、平成 21 年度の税制改正前の間接外国税額控除の対象には、損金算入配当は含まれていなかった。しかし、イギリスやドイツという主要国で益金不算入制度を導入しており、このような国々でも損金算入配当を除外しており、BEPS プロジェクトでも二重非課税が生じないように、益金不算入制度を採用している国は、損金算入配当を益金不算入制度の対象外とすることが求められていることから、我が国でも損金算入配当を外国子会社配当益金不算入制度の対象外としてはどうかというのが、見直しの視点の一つとなり¹⁸⁶、議論が進められている。2015 年 1 月 14 日に公表された税制改正の大綱では、外国子会社配当益金不算入制度の見直しとして、「(1)内国法人が外国子会社（持株割合 25%以上等の要件を満たす外国法人をいう。以下 1 において同じ。）から受ける配当等の額で、その配当等の額の全部又は一部が当該外国子会社の本店所在地国の法令において当該外国子会社の所得の金額の計算上損金の額に算入することとされている場合には、その受ける配当等の額を、本制度の適用対象から除外する¹⁸⁷。」としている。一方で、配当等の額の一部が当該外国子会社の所得の金額の計算上損金の額に算入された場合には、確定申告書等に配当等の額やその計算に関する明細等を記載した書類を添付し、一定の書類を保存することを要件として、その受

¹⁸⁴ 渡辺徹也「外国子会社配当益金不算入制度の意義と効果—資金還流税制といえるか—」租税法研究 40 号(2012) 86 頁

¹⁸⁵ 増井・前掲注(183) 212 頁

¹⁸⁶ 内閣府ホームページ 税制調査会 第 4 回国際課税ディスカッショングループ議事録「BEPS プロジェクトを踏まえた我が国の国際課税の見直しについて」2 頁 最終訪問日 2015.1.30 <http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/discussion1/>

¹⁸⁷ 財務省ホームページ・前掲注(180)95 頁

ける配当等の額のうち、その損金の額に算入された部分の金額を、益金に算入する金額とすることができる¹⁸⁸。なお、外国子会社配当益金不算入制度の対象から除外する配当等の額に対して課された外国源泉税等については、外国税額控除の対象となる¹⁸⁹。

他の議論として、控除負債利子の取扱いについては、親会社の子会社のために負担している費用、要するに配当を稼ぐために負担している費用があると考え、基本的に本制度の適用とは別の問題であると考えられている¹⁹⁰。また、源泉地国と我が国との間で課税権が競合した場合、国際的二重課税が生じることを避けるため、ハイブリッド・ミスマッチ・ルール適用の際には、公的にガイドラインを示し、ビジネスフレンドリーな方法によるべきである¹⁹¹とされる。

この税制改正の大綱の内容が規定されることとなれば、外国子会社側で損金算入された配当が外国子会社の配当益金不算入制度の適用対象外となり、ハイブリッド金融商品から生ずる国際的二重非課税を解消することができる。ところが、他の議論として取り上げられていた、二重課税となる場合の対処する規定や、我が国から利子を支払う場合に生ずる国際的二重非課税について具体化した規定は不十分であると考えられる。二重課税の問題に関しては、我が国でも OECD で議論されている、タイブレイク・ルール等の導入を検討する必要があると考える。一方でこの税制改正の大綱では、我が国が利子を支払った場合に生ずる国際的二重非課税についての検討は行われていないため、次節において検討を行う。

3-1-2 過少資本税制及び過大支払利子税制との関係

我が国が利子を支払った場合に生ずると考えられる国際的二重非課税については、「日本の納税者が外国に利子を支払ったとき、その利子が外国で非課税とされているのであれば、日本はその支払利子を費用控除する必要はない、あるいは控除すべきではない、ということになるかもしれない¹⁹²。」という意見がある。しかし、OECD の 2014 年報告書においては、ハイブリッド・ミスマッチ・ルール(a)により、源泉地国において損金算入を否定するという規定を設けることが勧告されているが、具体的な方法は明確化されていない。

よって、以下において、我が国から利子を支払う場合におけるハイブリッド・ミスマッチ・ルールの適用について、過少資本税制及び過大支払利子税制との関係を併せて述べる。

我が国において損金算入された支払利子が受取国側で益金不算入となるのは、我が国が源泉地国である場合の A,E のケースである。我が国が源泉地国である場合の A,E のケースへのハイブリッド・ミスマッチ・ルールの適用に関しては、(a)のルールが該当する。

我が国では、通常支払利子は損金に算入される（法人税法 22 条 3 項 4 項）が、一定の要

188 財務省ホームページ・前掲注(180)95 頁

189 財務省ホームページ・前掲注(180)95 頁

190 内閣府ホームページ・前掲注(186)5-6 頁

191 内閣府ホームページ・前掲注(186)6 頁

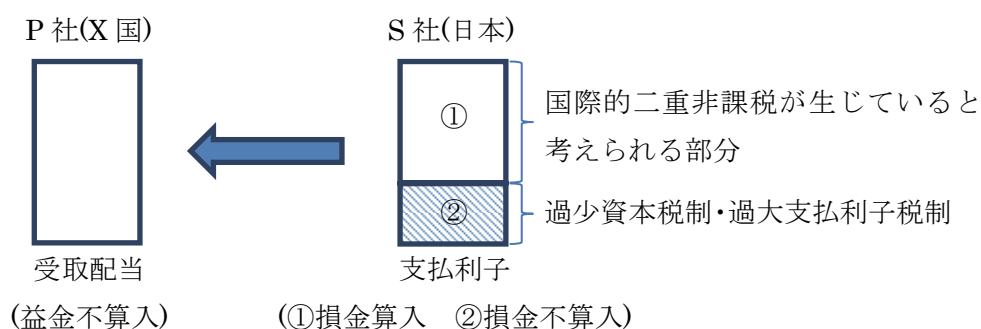
192 岡村・前掲注(152)64 頁

件の下、過少資本税制及び過大支払利子税制が適用された場合、その部分の支払利子は我が国において損金の額に算入されないこととなる。

国際的二重非課税が生じているか否かは、現行法を適用したうえで判断されているため、過少資本税制及び過大支払利子税制の適用により、関連者に対する支払利子が損金の額に算入されない場合、その支払に関して国際的二重非課税が生じていると考えられるのが問題となる。

(図9)は、日本に所在するS社の支払利子がX国に所在するP社側で受取配当とされ、X国の税制により益金に算入されないケースを示している。日本のS社が支払う利子に過少資本税制及び過大支払利子税制が適用された場合、一定額(②の網掛け部分)が日本で損金に算入されないこととなる可能性があるが、全額が損金不算入額に算定されない場合、支払の一部(①の部分)が損金に算入されない額が生じる。

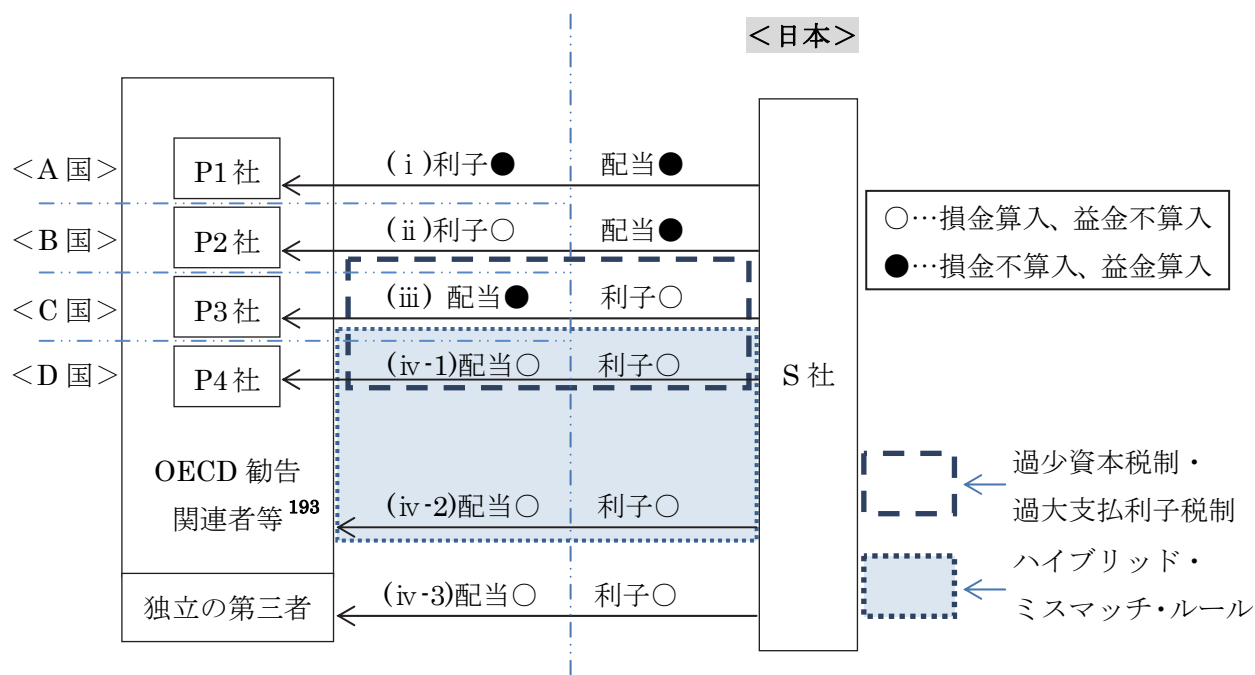
(図9) ハイブリッド・ミスマッチ・ルールを適用すべき部分の検討



すなわち、②の額は、日本で課税されるが、①の額は依然として日本とX国の両国で課税がなされない部分が生ずる。過少資本税制及び過大支払利子税制の適用では、一定額の支払に対して日本で課税されることとなるが、②のみの損金不算入では、国際的二重非課税の解消は不十分と考えられる。したがって、受取国側においてハイブリッド金融商品から生ずる支払が所得として課税されず、我が国において過少資本税制及び過大支払利子税制が適用される場合であっても損金に算入されている部分の支払に関しては、日本で損金に算入すべきでないと考えられる。

ただし、過少資本税制及び過大支払利子税制の適用対象となる関連者の範囲とOECDが勧告するハイブリッド・ミスマッチ・ルールの適用対象範囲が異なる可能性がある。

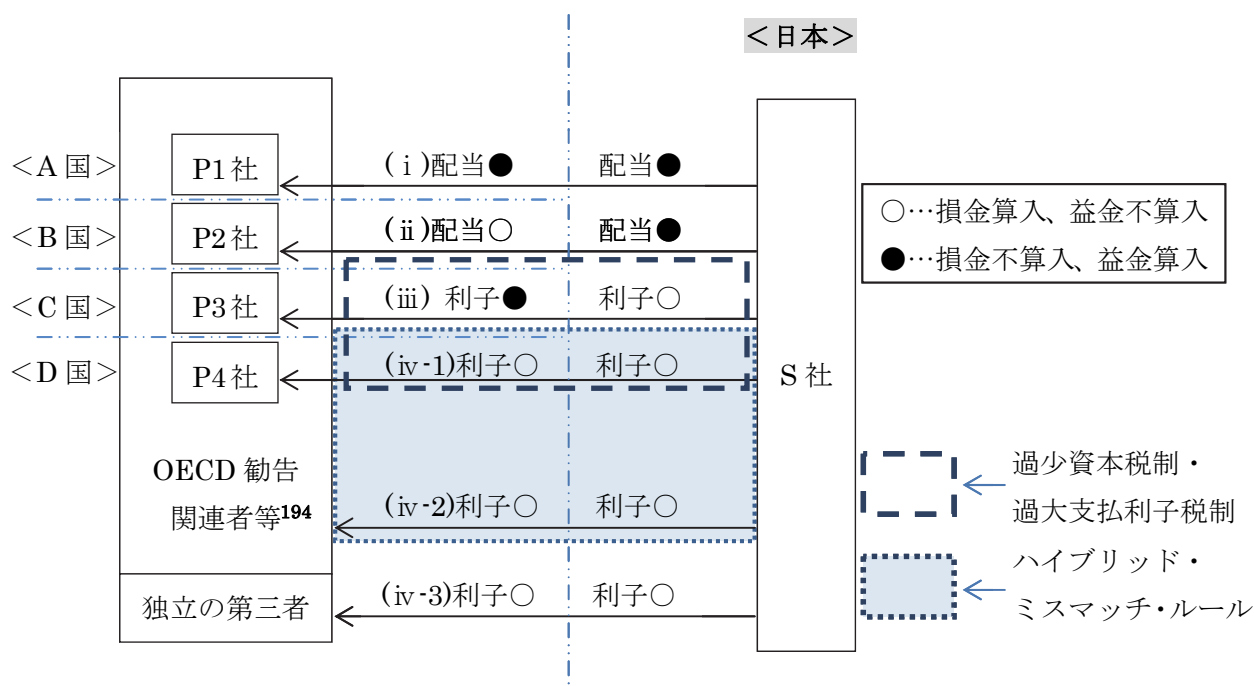
(図 10) 過少資本税制及び過大支払利子税制とハイブリッド・ミスマッチ・ルールの関係
 ケース A：取引国間において金融商品の法的性質の取扱いが異なる場合



上記の (図 10) は、日本と A 国～D 国の税制上、金融商品の法的性質の取扱いが異なる場合における過少資本税制及び過大支払利子税制とハイブリッド・ミスマッチ・ルールの適用範囲を示したものである。

¹⁹³ OECD 勧告の関連者等：2014 年 9 月に公表された OECD 報告書の勧告における「関係者」「支配グループ」「acting together」を指す。

(図 11) 過少資本税制及び過大支払利子税制とハイブリッド・ミスマッチ・ルールの関係
 —ケース E：取引国間の税制上の取扱いにミスマッチが生ずる場合—



上記の(図 11)は、(図 10)と同様に過少資本税制及び過大支払利子税制とハイブリッド・ミスマッチ・ルールの適用範囲を示したものであるが、日本とA国～D国において金融商品の税制上の法的性質の区分は同じであるが、税制上の取扱いが異なる場合を前提としている。

(図 10)(図 11)は、日本のS社がA国～D国のP1社～P4社及びOECD 勧告関連者等、独立の第三者がそれぞれS社より資金調達を行った場合を仮定し、そこから生ずると考えられる支払を(i)～(iv-3)にあげている。S社とP1社～P4社は我が国の過少資本税制及び過大支払利子税制が適用される関連者であることを前提とする。(図 10)(図 11)のうち、(i)は、二重課税となる場合であるため、検討の対象としない。また、(ii)(iii)については、日本かA国～D国において一回課税が行われるため、検討の対象としない。よって、国際的二重非課税となる取引は(iv-1)(iv-3)のケースであるが、(iv-3)はOECD 勧告の関連者等の範囲外である独立の第三者と取引をした場合を想定しているため、ここでは検討の対象としない。したがって、(iv-1)(iv-2)の方法がハイブリッド・ミスマッチ・ルールの適用範囲となる。

一方、過少資本税制及び過大支払利子税制の適用範囲となるのが、日本から本制度の関連者に対して利子が支払われる(iii)(iv-1)の方法である。そのため、(iv-1)はハイブリッド・ミスマッチ・ルールと過少資本税制及び過大支払利子税制が重複し、(iv-2)の方法はハイブ

194 OECD 勧告の関連者等：2014年9月に公表されたOECD 報告書の勧告における「関係者」「支配グループ」「acting together」を指す。

リッド・ミスマッチ・ルールのみが適用されるべき取引となる。

以下では、日本から支払われる利子に対して過少資本税制及び過大支払利子税制が適用されない場合と適用される場合に分け、適用される場合には事例を用いて、支払のすべてが損金不算入となる場合と、支払の一部が損金不算入となる場合に分けて検討を行う必要がある。

まず、過少資本税制及び過大支払利子税制が適用されない場合について述べる。本制度が適用されない場合には、日本から支払われた利子は日本で損金に算入され、国際的二重非課税が生ずることとなるため、当該支払の全てに対してハイブリッド・ミスマッチ・ルールを適用し、当該支払の額を損金に算入すべきでないと考えられる。

次に、本制度が適用され、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールと重複する場合について検討を行う。

【事例】

日本（法人税率 40%）の S 社が、C 国・D 国（法人税率 20%）に所在する我が国の過少資本税制及び過大支払利子税制の関連者等である P3 社・P4 社から事業資金を調達する場合。
<前提条件>

- ・ P3 社・P4 社は、過少資本税制及び過大支払利子税制が適用される関連者等に該当する。
- ・ 利子率・配当率はすべて 20%とする。
- ・ S 社の所得は 10 億円とする。

○S 社の資本金が 30 億円の場合

ケース I : (iv-1)の方法により、100 億円資金調達する場合。

ケース II : (iii)(iv-1)の方法により、100 億円ずつ、計 200 億円資金調達する場合。

○S 社の資本金が 10 億円の場合

ケース III : (iv-1)の方法により、100 億円資金調達する場合。

ケース IV : (iii)(iv-1)の方法により、100 億円ずつ、計 200 億円資金調達する場合。

以下ケース I のみ図示する。それ以外は表にまとめる。

ケース I からケース IV で過少資本税制及び過大支払利子税制、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールが適用された場合、S 社の支払利子が損金に算入されない額を比較する。ケース I・II は S 社の資本金が 30 億円、ケース III・IV はそれが 10 億円とする。そして、ケース I・III では、(iv-1)の方法のみで、ケース II・IV は、(iii)(iv-1)の方法で資金調達を行う場合を検討する。

過少資本税制は、内国法人の各事業年度の国外支配株主等及び資金供与者等に対する負債の平均残高が内国法人に対する国外支配株主等の資本持分の 3 倍を超える場合には、その事業年度において国外支配株主等及び支配資金提供者等に支払う負債の利子等の額のう

ちその超過額に対応する部分の金額は、損金の額に算入しないこととされている¹⁹⁵（租税特別措置法 66 条の 5 第 1 項、租税特別措置法施行令 39 の 13 第 1 項）。過少資本税制は、「我が国に所在する外国企業の子会社が、所要資金の調達を親会社からの出資に代えて借入れとすることによって、企業グループ全体としての我が国における税負担を人為的に減らすことができる。こうした税負担回避行為を防止するため、主要先進国は何らかの対応策を講じており、我が国としても、近年、対内直接投資が着実に増加しつつある状況下で、所要の措置を講ずることが適当と考える。¹⁹⁶」として、平成 4 年度の改正により導入された。

本制度が適用される国外支配株主等とは、非居住者又は外国法人で、内国法人との間に当該非居住者又は外国法人が当該内国法人の発行済株式又は出資（当該内国法人が有する自己の株式又は出資を除く。）の総数又は総額の 100 分の 50 以上の数又は金額の株式又は出資を直接又は間接に保有する関係その他の政令で定める特殊の関係のあるものであり、資金提供者等とは、内国法人に資金を供与する者及び当該資金の供与に関係のある者として政令で定める者をいう（租税特別措置法 66 条の 5 第 5 項 1 号 2 号）。

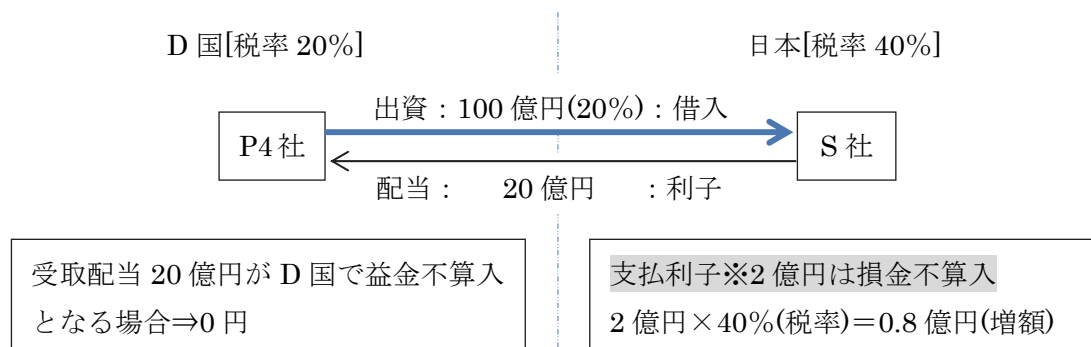
ケース I では S 社の資本金 30 億円に対し、日本で負債と認識される資金調達を行うため、平均負債残高が国外支配株主の資本持分の 3 倍を超える場合に該当し、過少資本税制が適用される。以下の計算式において過少資本税制が適用された場合の損金不算入額を算定する。ただし、本事例では通常の支払利子以外の国内の資金提供者等に対する負債に係る保証料等は考慮しないこととする。

※ 国内の資金提供者等に対する負債に係る保証料等の額(0 円) +		
$\left(\begin{array}{cc} \text{国外支配株主等及び資金提供者等に対する負債に係る負債利子の額(20 億円)} & \text{国内の資金提供者等に対する負債に係る保証料等の額(0 円)} \end{array} \right) \times$		
$\frac{\text{平均負債残高超過額 (10 億円=100 億円-30 億円} \times 3 \text{ 倍)}}{\text{国外支配株主等に対する利付負債に係る平均負債残高(100 億円)}}$	$\frac{\text{国内の資金提供者等に対する負債に係る平均負債残高(0 円)}}{\text{国内の資金提供者等に対する負債に係る平均負債残高(0 円)}}$	= 損金不算入額
		2 億円

¹⁹⁵ 西方健一『平成 25 年版 改正税法のすべて』吉沢浩二郎ほか(大蔵財務協会、2013)746 頁

¹⁹⁶ 税制調査会『平成 3 年 12 月 平成 4 年度の税制改正に関する答申』(大蔵省印刷局、1992)6 頁

(図 12) 過少資本税制<ケース I >



よって、(図 12) で示すように、本事例において、過少資本税制を適用することで損金に算入されない額は 2 億円と算定される。

次に、過大支払利子税制が適用される場合の計算を行う。

過大支払利子税制は、関連者純支払利子等が調整所得金額の 50%を超える場合、その超える部分は過大支払利子として、損金の額に算入しないという制度である（租税特別措置法 66 の 5 の 2）。過大支払利子税制は、企業の所得の計算上、支払利子が損金に算入されることを利用して、過大な支払利子を損金に計上することで、税負担を圧縮することを防ぐために設けられた¹⁹⁷。過大な支払利子への対応手段としては、大きく分けて①過大な利率に対応する手法、②資本に比して過大な負債の利子に対応する手法、③所得金額に比して過大な支払利子に対応する手法、の 3 つの手法が考えられる¹⁹⁸。過大支払利子税制導入前まで、①については、移転価格税制（租税特別措置法 66 条の 4）において対処されていたが、支払利子の利率が独立企業間の利率である場合、過大な量の支払利子への対応が困難であるとされていた¹⁹⁹。また、②については、過少資本税制（租税特別措置法 66 条の 5）において対処されていたが、借入れと同時に資本を増やすことで支払利子の量を増やすことが可能となることが問題とされていた²⁰⁰。また、主要先進国が租税条約において源泉地国免税を導入しており、我が国にとっても、国際的な投資交流の促進の観点から、企業グループ内のような関連者間における過大な支払利子を通じた税負担の圧縮は、今後の検討課題とされた²⁰¹。しかし、我が国では、このような問題に対する税制が設けられていなかったため、①及び②の手法の欠点を補完し、過大な支払利子による課税ベースの浸食を防止するためのより直接的、かつ効果的な措置として、平成 24 年度改正で③の手法である過大支払利子税制が導入された²⁰²。本制度が適用される関連者等とは、ある法人間において、

¹⁹⁷ 西方健一『平成 24 年版 改正税法のすべて』吉沢浩二郎ほか(大蔵財務協会、2012)558 頁

¹⁹⁸ 西方・前掲注(197)558 頁

¹⁹⁹ 西方・前掲注(197)558 頁

²⁰⁰ 西方・前掲注(197)558 頁

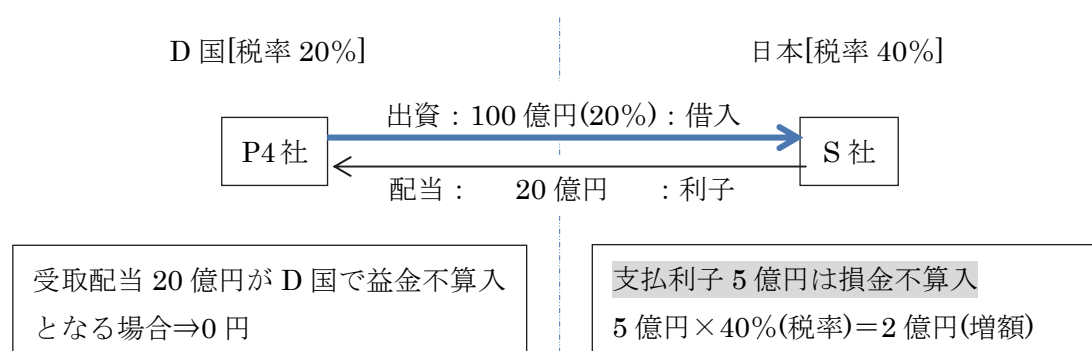
²⁰¹ 西方・前掲注(197)559 頁

²⁰² 西方・前掲注(197)558-559 頁

いずれか一方の法人が他方の法人の発行済株式若しくは出資（自己が有する自己の株式又は出資を除く。以下この号において「発行済株式等」という。）の総数若しくは総額の 100 分の 50 以上の数若しくは金額の株式若しくは出資を直接若しくは間接に保有する関係その他の政令で定める特殊の関係又は個人が当該法人の発行済株式等の総数若しくは総額の 100 分の 50 以上の数若しくは金額の株式若しくは出資を直接若しくは間接に保有する関係その他の政令で定める特殊の関係のあるもの、また、当該法人に資金を供与する者及び当該資金の供与に関係のある者として政令で定める者をいう（租税特別措置法 66 条の 5 の 2 第 2 項 1 号 2 号）。

ただし、過少資本税制及び過大支払利子税制の両制度が適用される場合には、過大支払利子税制は過少資本税制を補完するために設けられた制度であるため、両制度において損金不算入が計算される場合には、いずれか多い金額を損金不算入とすることにより、制度の重複適用の排除を行っている（租税特別措置法 66 条の 5 第 4 項、同法 66 条の 5 の 2 第 7 項）²⁰³。

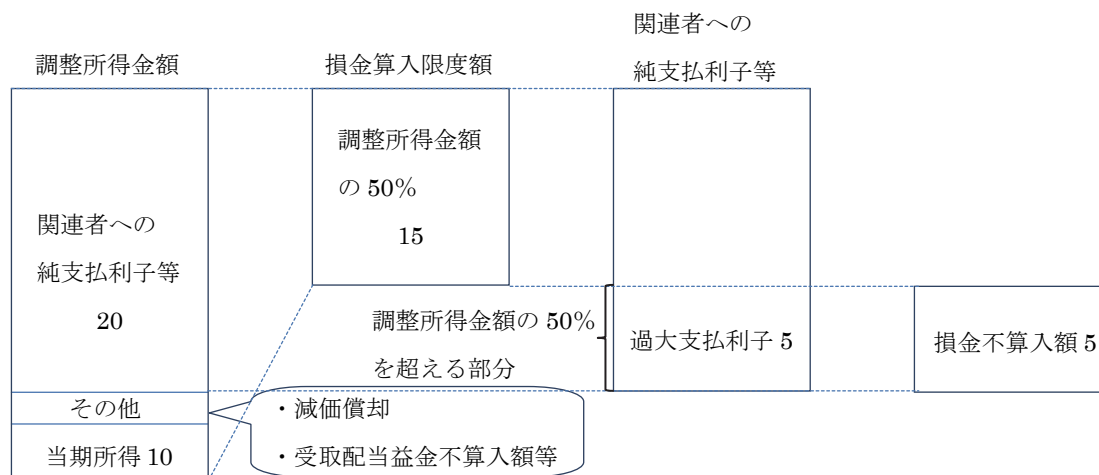
(図 13) 過大支払利子税制<ケース I >



ケース I では、(図 13) で示すように関連者純支払利子等の額が、負債による資金調達から生ずる P4 社への支払利子 20 億円 (=100 億円×利率 20%) であり、調整所得金額は P4 社への支払利子 20 億円と S 社の所得 10 億円の合計 30 億円とする。ただし、本事例では関連者純支払額の算定に要する控除対象受取利子の額や、調整所得金額の算定に要する減価償却や受取配当益金不算入額は考慮しないこととする。(図 14) は過大支払利子税制の計算方法を図示したものであるが、関連者純支払利子額 20 億円から調整所得金額の 50% である 15 億円を控除した金額が損金不算入額となる。

²⁰³ 西方・前掲注(195)747 頁

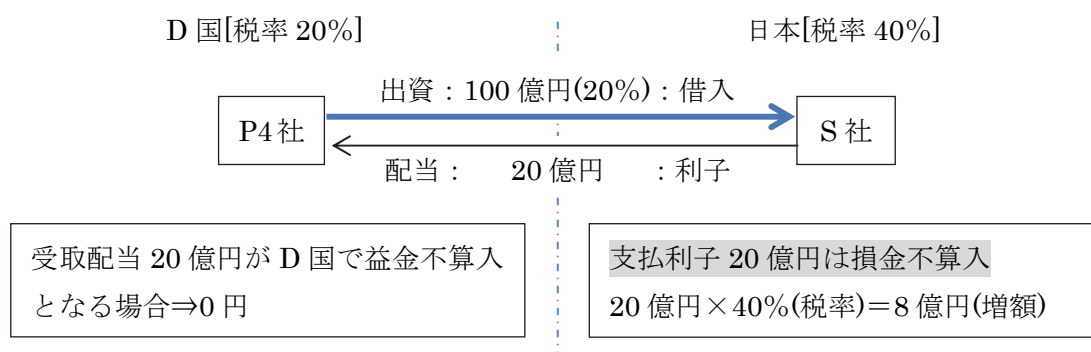
(図 14) 過大支払利子税制における損金不算入の計算²⁰⁴



よって、本事例において、過大支払利子税制を適用することで損金に算入されない額は 5 億円と算定される。

最後に、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールのみが適用される場合の計算を行う。

(図 15) ハイブリッド・ミスマッチ・ルール(a)＜ケース I＞



(図 10) (図 11) で示したように、(iv-1)はハイブリッド・ミスマッチ・ルールの適用範囲となる。よって、(図 15) で表すように、ケース I の場合には、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールを適用することにより、損金に算入されない額は 20 億円と算定される。

以下、ケース II・III・IVにおいてもケース I と同様の計算を行うこととする。(表 7) は、ケース I から IV において各規定において損金不算入額を算定した金額をまとめたものである。

²⁰⁴ 西方・前掲注(197)559 頁参照

(表 7) 過少資本税制及び過大支払利子税制とハイブリッド・ミスマッチ・ルールの比較²⁰⁵

※日本の子会社の支払が損金不算入となる金額

(単位：億円)

	ケースⅠ：(iv-1)の方法のみ	ケースⅡ：(iii)(iv-1)の方法
過少資本税制	$20 \cdot (100 - 30 \cdot 3) / 100 = 2$	$40 \cdot (200 - 30 \cdot 3) / 200 = 22$
過大支払利子税制	$20 \cdot (20 + 10) \cdot 50\% = 5$	$40 \cdot (40 + 10) \cdot 50\% = 15$
ハイブリッド・ミスマッチ・ルール	20	20

	ケースⅢ：(iv-1)の方法のみ	ケースⅣ：(iii)(iv-1)の方法
過少資本税制	$20 \cdot (100 - 10 \cdot 3) / 100 = 14$	$40 \cdot (200 - 10 \cdot 3) / 200 = 34$
過大支払利子税制	$20 \cdot (20 + 10) \cdot 50\% = 5$	$40 \cdot (40 + 10) \cdot 50\% = 15$
ハイブリッド・ミスマッチ・ルール	20	20

(表 7) で表すように、ケースⅠ・Ⅲではハイブリッド・ミスマッチ・ルールが最も損金不算入額が大きいことがわかる。一方、ケースⅡ・Ⅳは過少資本税制において計算した額が最も大きい額となるが、ハイブリッド・ミスマッチが生じていない支払が含まれるためであり、(iii)と(iv-1)を別に計算し合算した額は、ケースⅢ・Ⅳの過少資本税制において計算される損金不算入額となる。

(図 10) (図 11) の(iv-1)の場合には、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールの適用する方法として、(1) (図 9) において過少資本税制及び過大支払利子税制の適用後にも国際的二重非課税が生ずると考えられる①の部分にのみハイブリッド・ミスマッチ・ルールを適用する方法と、(2) (図 16) のように①②を合わせた支払の全額に対しハイブリッド・ミスマッチ・ルールを適用する方法の 2 つの方法があると考えられる。支払利子を損金の額に算入しない規定の適用については、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールと過少資本税制及び過大支払利子税制のいずれが優先されるべきというものではないため、(1)の方法による場合の方が現行の税制に影響させずに、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールを適用し、国際的二重非課税を解消することができるとも考えられるが、次の 4 点の理由により、(2)の方法によることが望ましいと考える。

²⁰⁵ ○S 社の資本金が 30 億円の場合

ケースⅠ：(iv-1)の方法により、100 億円資金調達する場合。

ケースⅡ：(iii)(iv-1)の方法により、100 億円ずつ、計 200 億円資金調達する場合。

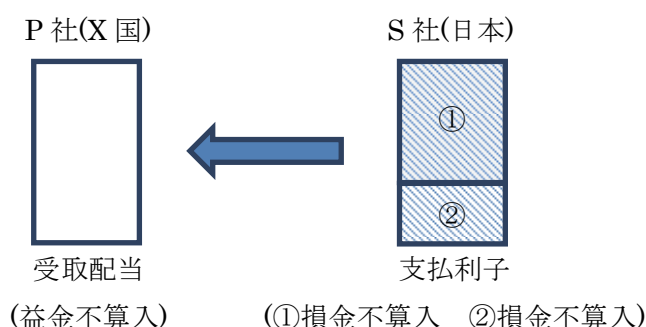
○S 社の資本金が 10 億円の場合

ケースⅢ：(iv-1)の方法により、100 億円資金調達する場合。

ケースⅣ：(iii)(iv-1)の方法により、100 億円ずつ、計 200 億円資金調達する場合。

- (1)の方法は、ケースⅠ・Ⅲのようにハイブリッド・ミスマッチ・ルール適用のみで国際的三重非課税が解消される場合でも過少資本税制及び過大支払利子税制の複雑な計算を行わなければならない。
- S社の支払利子を①②部分に分けて認識する事は実務上煩雑になる。
- 関連者間における支払利子を用いて、日本における税負担を意図的に圧縮することを防止するという意味においてはハイブリッド・ミスマッチ・ルールも過少資本税制及び過大支払利子税制もおおむね同じである。
- いずれの方法においても損金不算入額が同額となる。

(図 16) 我が国において損金の額に算入すべきでないと考えられる部分の検討



本制度は、租税特別措置法の第三章「法人税法の特例」のうち第七節の三「関連者等に係る利子等の課税の特例」のうち、第一款「国外支配株主等に係る負債の利子等の課税の特例」及び第二款「関連者等に係る純支払利子等の課税の特例」において規定されている。ハイブリッド・ミスマッチ・ルールによる関連者等に係る利子等に対する課税についても、本制度との関連から租税特別措置法の第三章「法人税法の特例」のうち第七節の三「関連者等に係る利子等の課税の特例」において新たに規定すべきだと考える。

よって、我が国が源泉地国である場合のA,Eのケースにおける、ハイブリッド・ミスマッチ・ルール(a)の導入については、まず租税特別措置法の「関連者等に係る利子等の課税の特例」の範囲に「受取者が所得として益金に算入しないアレンジメントが関連者等の間で行われた場合、支払者はその支払の損金算入を否定する」ことを提案する。そして、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールが適用された後も過少資本税制及び過大支払利子税制の適用が必要な場合には、このハイブリッド・ミスマッチ・ルール(a)が適用された支払に関して、「この提案により損金不算入となった額を過少資本税制及び過大支払利子税制による支払利子の損金不算入額の計算上除く」ことを提案する。

他の問題として、ハイブリッド・ミスマッチ・ルール適用により、支払利子が損金に算入されないこととなる場合、以下の事例及び(図 17)に示すように、第三国の軽課税国に迂回してハイブリッド・ミスマッチとならない状態を作り、税率の差を利用して税負担を減少させるスキームを助長することも考えられる。

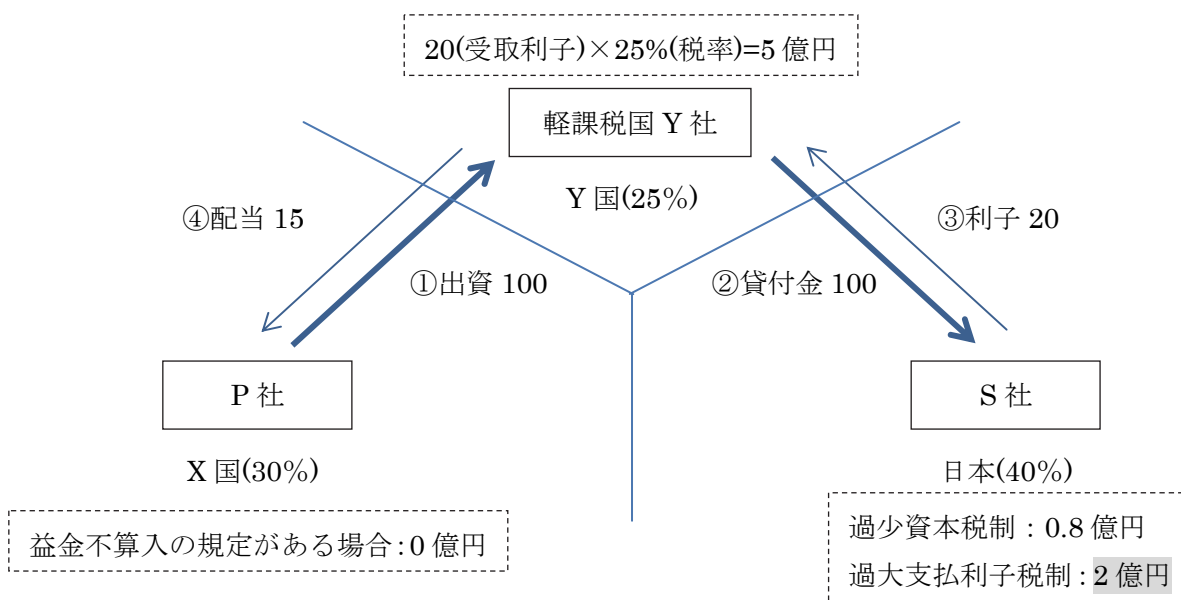
【事例】

日本（法人税率 40%）の子会社 S 社が、X 国（法人税率 30%）に所在する P 社から、軽税率国（TH 国ではない）Y 国（法人税率 25%）に所在する Y 社を通じて、100 億円の事業資金を調達する場合。

<前提条件>

- ・ S 社は P 社の 100%子会社である。
- ・ S 社が支払う利率は 20%とする。
- ・ S 社の資本金は 30 億円、所得は 10 億円とする。
- ・ X,Y,Z 国において利子及び配当の認識が異なる状態は生じていない。

(図 17) 第三国に迂回するスキーム



⇒P 社グループ全体の税負担額: 2 億円(日本)+0 億円(X 国)+5 億円(Y 国)=7 億円

⇔ハイブリッド・ミスマッチ・ルールを適用した場合の税負担額: 8 億円

- ・ 税率の低い国が恩恵を受けることとなる。
- ・ P 社グループは合法的に税率の差を利用することにより、1 億円の税負担を少なくすることができる。

しかし、このような場合には軽課税国において一定の課税がなされており、問題ないと考えられる。また現在、BEPS 行動計画 3 において軽課税国への対処として外国子会社合算税制の強化について、BEPS 行動計画 4 において利子の損金算入を通じた税源浸食について議論が行われており、新たな方策の勧告が期待される。

3-1-3 特定目的会社に係る課税の特例等との関係

最後に特定目的会社に係る課税の特例等との関係について述べる。

我が国が源泉地国である場合の K,O のケースが問題となるのは、我が国で損金算入された支払配当が受取国側で益金不算入となる場合である²⁰⁶。我が国が源泉地国である場合の K,O のケースへのハイブリッド・ミスマッチ・ルール²⁰⁷の適用に関しては、(a)のルールが該当する。我が国では普通法人が配当を支払う際には、法人税等が課税された後の利益が配当されることとなるが、「資産の流動化に関する法律」に基づいて設立された特定目的信託及び特定目的会社、また、「投資信託及び投資法人に関する法律（以下、投信法）」に基づいて設立された投資信託及び投資法人は、一定の要件²⁰⁷の下、分配可能利益の 90%超を分配した時には、分配した額を課税所得の計算上、損金に算入することができる²⁰⁸²⁰⁹。よって、我が国が源泉地国である場合の K,O のケースにおけるハイブリッド・ミスマッチの対応として我が国が源泉地国である場合の A,E のケースと同様に、「受取者が所得として益金に算入しないアレンジメントが関連者等の間で行われた場合、支払者はその支払の損金算入を否定する」ことも考えられる。しかし、特定目的会社に係る課税の特例等²¹⁰が適用される場合にまで(a)を適用すると、当該の支払を損金に算入しないこととなるため、本制度の適用範囲と重複することとなる。その場合、現行の制度を廃止してまでハイブリッド・ミスマッチ・ルールの適用を重視すべきか検討を行う。

²⁰⁶ このような状況は生じにくいと考えられるが、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの可能性の一つとして考えられる。

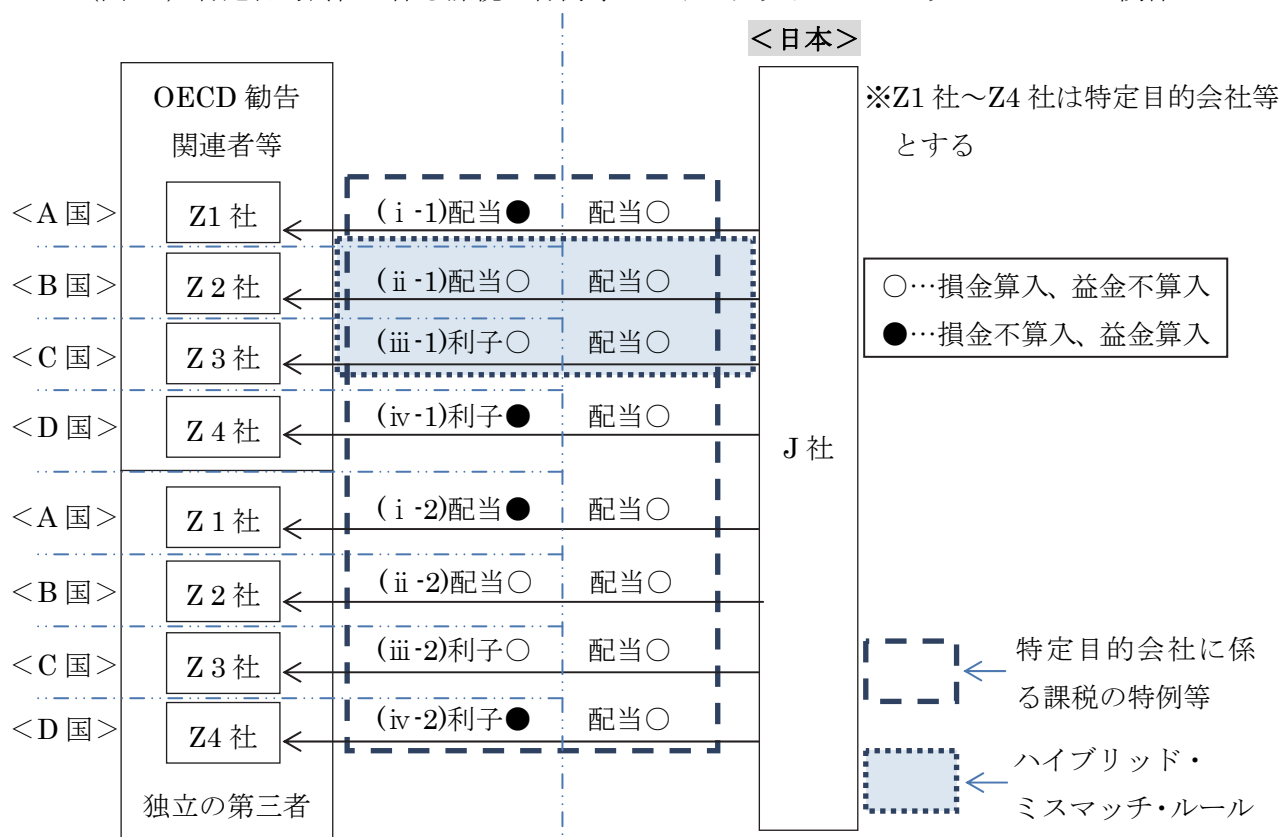
²⁰⁷ 租税特別措置法 67 条の 14、67 条の 15、68 条の 3 の 2、68 条の 3 の 3

²⁰⁸ 藤本・前掲注(43) 6 頁 29 頁

²⁰⁹ 金子・前掲注(44) 293-295 頁

²¹⁰ ここでは租税特別措置法 67 条の 14、67 条の 15、68 条の 3 の 2、68 条の 3 の 3 における一定の要件を満たす場合の支払配当の損金算入を行うことができる規定をさす。

(図 18) 特定目的会社に係る課税の特例等とハイブリッド・ミスマッチ・ルールとの関係



²¹¹ OECD 勧告の関連者等：2014 年 9 月に公表された OECD 報告書の勧告における「関係者」「支配グループ」「acting together」を指す。

²¹² ここでは、租税特別措置法 67 条の 14、67 条の 15、68 条の 3 の 2、68 条の 3 の 3 において一定の要件を満たす場合の支払配当の損金算入を行うことができる特定目的会社、投資法人、特定目的信託、投資信託を指す。

²¹³ 角田・前掲注(62) 464 頁

質的には運用資産の集合体に過ぎないものである²¹⁴ため、税制上もこれに適合した課税上の取扱いをする観点から規定されている。また、特定目的信託及び特定投資信託は、本来①特定目的会社及び投資法人との税制の中立性を保つため、②特定投資信託及び特定目的信託は、その利益ないし収益が受益者に配分されるまで課税が繰り延べられるため、課税の繰り延べを防止するため、法人税の対象とされ、特定目的会社及び投資会社と同様に分配可能利益の90%超を分配した時には、分配した額を課税所得の計算上、損金に算入することができることとされた²¹⁵。すなわち、これらの特定目的会社等は、投資家に利益を配分するための導管であるため、現実に法人税を課税されると投資家に分配する利益が小さくなり、ビークルとしての意味がなくなることになる²¹⁶。

また、OECDの勧告において、ハイブリッド・ミスマッチ・ルール(a)の適用の例外となる場合が列挙されており、日本の特定目的会社等も(a)のルールの適用の例外に該当すると考えられる。OECDの勧告における(a)のルールの適用の例外は、支払者の法的管轄の法令に基づく控除の租税政策が、支払者と受取者の租税中立性を堅持することを目的とする制度²¹⁷であり、ハイブリッド・ミスマッチ・ルール(a)は、一定の場合²¹⁸には、設立地の法的管轄の法令に基づく特別な規定及び税務上の取扱いの対象となる「投資ビークル」による支払には適用すべきでない²¹⁹²²⁰とされている。一定の場合のうちの一つの要件には、投資ビークルの設立地の法的管轄の租税政策が、①納税者がその投資所得について課税さない又は最小限の課税のみを受け、②納税者によって発行された金融商品の保有者が、それら金融商品の保有者に対し当期の通常所得として課税される²²¹場合があげられている。ただし、OECDの勧告においては、(a)のルールが適用除外となる状況及び適用除外の要件に関しては具体的な提言はなされておらず、詳細なガイダンスをコメントリーで定めることが課題とされている²²²。ただし、(b)のルールは、(a)のルール適用の例外に該当する投資ビークルからの支払に対しても引き続き適用が認められる²²³とされている。

よって、我が国が源泉地国である場合のK,Oのケースは特定目的会社に係る課税の特例等の制度趣旨及び、OECDの勧告のハイブリッド・ミスマッチ・ルール(a)の適用の例外を鑑みると、国際的²二重非課税になる場合であっても、ハイブリッド・ミスマッチ・ルール(a)の適用により特定目的会社等の側で支払配当を損金不算入とするべきではなく、現行の制度を貫徹すべきである。そうした場合、二重非課税の状態が残るが、この二重非課税に対

²¹⁴ 角田・前掲注(62) 469頁

²¹⁵ 金子・前掲注(44) 294頁

²¹⁶ 渡辺・前掲注(21) 93頁

²¹⁷ OECD, *Supra* note 109, para. 65.

²¹⁸ *Id.* para. 65.

²¹⁹ 居波・前掲注(110)396-397頁

²²⁰ OECD, *Supra* note 109, para. 65.

²²¹ *Id.* para. 65.

²²² *Id.*

²²³ *Id.*

しては支払の受取国側においてハイブリッド・ミスマッチ・ルール(b)を採用するなどして対処することが望ましいと考える。つまり、我が国が源泉地国である場合の K,O のケースの場合、我が国では課税は行わず、ビークルからの分配を受け取る国において課税するかどうかを定めれば良いということになる。ただし、OECD の今後の議論コメントリーの内容の如何によっては、支払配当について損金算入を認めない方法を採用する可能性もあり得るだろう。

3-2 小括

第 3 章では、国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認及びハイブリッド・ミスマッチ・ルールを我が国の国内法に導入した場合に問題になると考えられる 6 つのケースを中心に述べた。

我が国が居住地国である場合の A,K のケースについては、支払者側で損金算入された支払が我が国で配当と認められ、当該受取配当が益金不算入となる場合を検討した。我が国には、外国子会社配当益金不算入制度が存在し、国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認(c)を導入した際に適用範囲が重複するため問題であったが、本制度の意義及び国際的二重非課税の解消の重要性を鑑み、法人税法 23 条の 2 第 2 項において「支払者の法的管轄でミスマッチが解消されない場合、外国子会社配当益金不算入制度の適用除外とし、受取者においてその所得の益金算入を義務付ける」ことが必要であることを述べた。

我が国が源泉地国である場合の A,E のケースについては、我が国で損金算入された支払利子が受取国側において益金不算入となる場合を検討した。我が国には、支払利子の損金不算入制度として過少資本税制及び過大支払利子税制が存在し、ハイブリッド・ミスマッチ・ルール(a)を導入した際に適用範囲が重複する場合があるため、過少資本税制及び過大支払利子税制が適用されるケースと適用されないケースの 2 つのケースについて検討を行った。また、規定の導入については、租税特別措置法の「関連者等に係る利子等の課税の特例」の範囲に、創設すべきことを述べ「受取者が所得として益金に算入しないアレンジメントが関連者等の間で行われた場合、支払者はその支払の損金算入を否定する」ことを提案した。そして、ハイブリッド・ミスマッチ・ルールが適用された後も過少資本税制及び過大支払利子税制の適用が必要な場合には、このハイブリッド・ミスマッチ・ルール(a)が適用された支払に関して、「この提案により損金不算入となった額を過少資本税制及び過大支払利子税制による支払利子の損金不算入額の計算上除く」ことを提案した。

我が国が源泉地国である場合の K,O のケースについては、我が国で特定目的会社に係る課税の特例等により損金算入された支払配当が受取国側において益金に算入されない場合を検討した。我が国が源泉地国である場合の K,O のケースでは、特定目的会社に係る課税の特例等の意義及び OECD の勧告におけるハイブリッド・ミスマッチ・ルール(a)の適用の例外に該当すると考えられることを考慮すると(a)のルールでなく、(b)のルールによって対

処すべきであることを提案した。

おわりに

我が国におけるハイブリッド金融商品の発行は、今後も事業会社や金融機関を中心として増加していくことが予想されるが、現行の我が国の税制には、ハイブリッド金融商品を用いた取引により生ずる国際的二重非課税に対処し得る規定が存在しない。

そこで本稿では、ハイブリッド金融商品から生ずる国際的二重非課税を、取引国間において金融商品の法的性質が異なる場合だけでなく、取引国間での税制上の取扱いにミスマッチが生ずる場合も含めた 2 つの状況から生ずると考え、ハイブリッド金融商品の取引国間での法的性質及び税制上の取扱いの区分を 16 ケース（ある国が源泉地国である場合と居住地国である場合の取引を考えると 32 パターン）に分類し、そのうち 6 つのパターンについて OECD の勧告する国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認及びハイブリッド・ミスマッチ・ルールを導入すべきであるとした上で、当該ルールを我が国の国内法に導入した場合の影響を検討し、我が国の税制上、望ましい規定の導入を提案するため考察を行った。

まず、第 1 章において、ハイブリッド金融商品の必要性及び税制上の取扱いを述べ、税制上において金融商品の性質による Debt/Equity の峻別を行う基準の設定や各国における金融商品の税制上の取扱いを統一することが困難であることを示した。そして、ハイブリッド金融商品から生ずる国際的二重非課税を根本的に解消するためには、実質的に取引国のいずれか一国で課税がなされる仕組みが必要であるが、我が国にはハイブリッド金融商品を用いた国際的二重非課税に対処する規定が存在しないことを指摘し、国際的二重非課税を解消するための規定を我が国に設けるべきであることを述べた。

次に、第 2 章において、ハイブリッド金融商品から生ずる国際二重非課税への対処の方法について有効であると考えられる、近年の EU 及び OECD が行っている議論を取り上げた。OECD の議論については、特に重要な議論がなされている OECD の 2012 年報告書及び 2014 年に公表されたディスカッション・ドラフト、2014 年報告書の内容の検討を行った。そして、ハイブリッド金融商品から生ずる国際的二重非課税の解消に、OECD が勧告する「国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認」及び「ハイブリッド・ミスマッチ・ルール」が有効であることを述べた上で、これらのルールを導入した際の我が国の制度への影響を示した。

最後に、第 3 章において、我が国の税制上、ハイブリッド金融商品によって国際的二重非課税が生じると考えられるものに対して、実際に OECD が勧告する「国内法の改正による控除可能な支払に対する配当免除の否認」及び「ハイブリッド・ミスマッチ・ルール」を適用した場合について具体的検討を行い、外国子会社配当益金不算入制度の改正の必要性を述べ、過少資本税制及び過大支払利子税制、特定目的会社に係る課税の特例等についても若干の提案を行った。ハイブリッド・ミスマッチ・ルールを取引国間で適用した際の

課税の重複を解消するためのタイブレイク・ルール等の議論に関しては今後の課題とした
い。

ハイブリッド金融商品の税制上の取扱いとしては、金融商品の法的性質に基づいた区分
に頼るのではなく、一定の国内法を整理した上でハイブリッド・ミスマッチ・ルールの様
に相手国の税制上の取扱いによって課税を行うか否かを決定する方法を我が国の国内法に
も導入することが望ましいと考える。この方法によれば、ハイブリッド金融商品から生ず
る国際的二重非課税の解消に繋がるだけでなく、ひいては将来において発展が見込まれる
ハイブリッド金融商品市場の公正な発展やグローバルに活躍する企業の資金調達・運用に
も寄与すると思われるため、今後税制改正が予定されている外国子会社配当益金不算入制
度だけでなく、他の現行税制への更なる検討が望まれる。

【邦文参考文献】

《書籍》

- 池田良一『欧州ビジネスのための EU 税制 付加価値税・移転価格税制・PE 問題』(税務経理協会、2013)
- 居波邦泰『国際的な課税権の確保と税源浸食への対応—国際的な二重非課税に係る国際課税原則の再考—』(中央経済社、2014)
- 角田元幸『平成 10 年版 改正税法のすべて』梶川幹夫ほか(大蔵財務協会、1998)
- 河西修『平成 21 年版 改正税法のすべて』泉恒有ほか(大蔵財務協会、2009)
- 金子宏『租税法[第 19 版]』(弘文堂、2014)
- 川端康之『OECD モデル租税条約(所得と財産に対するモデル租税条約)[2010 年版]』(日本租税研究協会、2011)
- 神田秀樹『会社法[第 15 版]』(弘文堂、2013)
- 後藤文人ほか『ハイブリッド証券入門—デッドとエクイティとのクロスオーバー』(金融財政事情研究会、2008)
- 佐藤隆文『バーゼルⅡと銀行監督』(東洋経済新報社、2009)
- 税制調査会『平成 3 年 12 月 平成 4 年度の税制改正に関する答申』(大蔵省印刷局、1992)
- 税理士法人トーマツ『欧州主要国の税法[第 2 版]』(中央経済社、2008 年)
- 西方健一『平成 24 年版 改正税法のすべて』吉沢浩二郎ほか(大蔵財務協会、2012)
- 西方健一『平成 25 年版 改正税法のすべて』吉沢浩二郎ほか(大蔵財務協会、2013)
- 藤本幸彦、鬼頭朱実『投資ストラクチャーの税務 クロスボーダー投資と匿名組合／任意組合[六訂版]』(税務経理協会、2010)
- 増井良啓、宮崎裕子『国際租税法』(東京大学出版、2008)
- 水野忠恒『21 世紀を支える税制の論理 第 4 巻 国際課税の理論と課題[二訂版]』(税務経理協会、2005)
- みずほ証券バーゼルⅢ研究会『詳解 バーゼルⅢによる新国際金融規制』(中央経済社、2012)
- 渡辺裕泰『ファイナンス課税[第 2 版]』(有斐閣、2012)

《雑誌・論文等》

- 秋元秀仁「BEPS 行動計画を踏まえた国際税務事例の考察と実務への影響」月刊国際税務 34 巻 11 号(2014)
- 荒井優美子ほか「税源浸食と利益移転 BEPS 行動計画に関する第一次提言のポイント(上)」旬刊経理情報 1398 号(2014)
- 居波邦泰「2014.9 OECD 公表 BEPS 行動計画にかかる勧告事項等の整理」租税研究 780 号(2014)

- 居波邦泰「税源浸食と利益移転(BEPS)に係る我が国の対応に関する考察(Ⅰ)」税務大学校論叢 79号(2014)
- 浦東久男「国内源泉所得(1)ー1号所得」村井正ほか『入門国際租税法』(清文社、2013)
- 内海英博ほか「日米比較 金融商品の税務と法務(1)発行時割引(OID)と発効後割引購入(マーケット・ディスカウント)」旬刊金融法務事情 50巻 26号(2002)
- 太田洋ほか「我が国の租税法規と外国私法との交錯」経理研究 53号(2010)
- 岡村忠生「国際課税におけるミスマッチとその対応について」『法人税改革と激動する国際課税(公社)日本租税研究協会 第66回租税研究大会記録 2014』(日本租税研究協会、2014)
- 小柳誠「租税法と準拠法ー課税要件事実の認定場面における契約準拠法の考察ー」税務大学校論叢 39号(2002)
- 税理士法人プライスウォーターハウスクーパース「Worldwide Tax Summary : EU 親子会社指令の改正ーハイブリッドローン取決めにかかる二重非課税への対処(EU)ー」月刊国際税務 34巻 8号(2014)
- 辻美枝「国内源泉所得(1)ー1号所得」村井正ほか『入門国際租税法』(清文社、2013)
- 中里実ほか「資本市場研究委員会報告 資本市場の活性化に関する研究会(7)証券取引と課税」資本市場 197号(2002)
- 中里実「課税管轄権から離脱をはかる行為について」フィナンシャルレビュー94号(2009)
- 増井良啓「外国会社からの現物分配と所得税ー国税不服審判所平成15年4月9日裁決を素材として」税務事例研究 84号(2005)
- 増井良啓「法人税の課税ベース」金子宏『租税法の基本問題』(有斐閣、2007)
- 増井良啓「外国会社からの現物配当と所得税ー再論」税務事例研究 126号(2012)
- 増井良啓「外国子会社配当の益金不算入制度は何のためにあるか」村井正先生喜寿記念論文集『租税の複合法的構成』(清文社、2012)
- 吉村政穂「出資者課税ー「法人税」という課税方式(一)」法学協会雑誌 120巻 1号(2003)
- 吉村政穂「出資者課税ー「法人税」という課税方式(二)」法学協会雑誌 120巻 3号(2003)
- 渡辺徹也「外国子会社配当益金不算入制度の意義と効果ー資金還流税制といえるかー」租税法研究 40号(2012)

- 高儀栄紀「ハイブリッド証券に係る法人税法上の資本と負債の区分に関する一考察ー無議決権優先株式と永久債を中心にー」納税協会ホームページ 第10回「税に関する論文」入選論文 最終訪問日 2015.1.30
<http://www.nouzeikyokai.or.jp/ronbun/kako.html>
- 吉村政穂「【報告書】グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方ー国内法への帰属主義導入と BEPS(税源浸食と利益移転)問題を中心にー BEPS 行動計画 2 : ハ

イブリッド・ミスマッチ取決めの効果否認について」 21 世紀政策研究所ホームページ最終訪問日 2015.1.30 <http://www.21ppi.org/archive/tax.html>

- 国税庁ウェブサイト「外国子会社配当益金不算入制度の対象となる剰余金の配当等の額の範囲について」 最終訪問日 2015.1.30
<https://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/shitsugi/hojin/25/02.htm>
- 財務省ホームページ 毎年度の税制改正 平成 27 年度税制改正の大綱 最終訪問日 2015.1.30 http://www.mof.go.jp/tax_policy/tax_reform/
- 内閣府ホームページ 第 11 回 税制調査会 (2014 年 9 月 29 日) 参考資料 (BEPS プロジェクトの進捗状況) 最終訪問日 2015.1.30
<http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/zeicho/2014/26zen11kai.html>
- 内閣府ホームページ 税制調査会 第 4 回国際課税ディスカッショングループ議事録「BEPS プロジェクトを踏まえた我が国の国際課税の見直しについて」 最終訪問日 2015.1.30 <http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/discussion1/>
- 内閣府ホームページ 税制調査会「国際課税 DG①BEPS について—多国籍企業のタックス・プランニングの実情—」 最終訪問日 2015.1.30
<http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/discussion1/2013/25dis11kai.html>
- EY 税理士法人「調査報告書 : BEPS への対応と我が国企業への影響に関する調査」(経済産業省、2014)145 頁 最終訪問日 2015.1.30
http://www.meti.go.jp/policy/external_economy/toshi/kokusaisozei/kokusaisozei.html
- KPMG「オーストラリアに於けるクロスボーダー買収の税務」(2013) 最終訪問日 2015.1.30
<https://www.kpmg.com/AU/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/taxation-cross-border-mergers-acquisitions-australia-japanese-translation.pdf>

【英文参考文献】

- Diane Ring, Debt-equity conundrum, United States Branch report for the 2012 Boston Congress of IFA, Cahiers de droit Fiscal international. Vol. 97b, (2012).
- EUROPEAN COMMISSION, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, An Action plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion, COM, (2012)722.
- OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (2013).
- OECD, Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues(2012).
- OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements(2014).
- OECD, Public Discussion Draft BEPS Action2:Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements(Recommendation for Domestic Low)(2014).

わが国の租税法における外国事業体の法人該当性

—米国デラウェア州L P Sを素材として—

山本 尚紀

概要

近年、企業活動のグローバル化に伴い、わが国における外国事業体の活動が増加している。しかし、わが国では、外国事業体に対する課税方法について明らかではなく、納税者は想定外の課税リスクを負うおそれがある。このような状況を踏まえ、本稿は、わが国の租税法における外国事業体の法人該当性についての判断枠組みを示すことを目的とする。

まず、第1章で、先行研究としてわが国では過去にどのような判断基準が示されてきたのか、諸外国ではどのような判断基準が用いられているのかという点の整理を行った。この結果、わが国では、租税法上の法人概念を借用概念の統一説に従い、私法上の規定から判断してきたことが判明した。また、諸外国で採用される判断基準は多岐にわたる。特に、アメリカ合衆国における事業体に対する課税方法の変遷を踏まえると、法人該当性を一義的に判断することは容易ではない。

次に、わが国では、租税法上の法人概念を私法上の規定に依拠するため、第2章で借用概念についての整理を行い、特に、外国私法からの借用が認められるかどうかについて検討を行った。そして、国際私法上は、外国私法からの借用を認める見解が一般的であること、法人の本質が法技術的手段であるため法人格の付与は設立地の法によるべきであること等より、外国私法からの借用が認められるべきと考える。

第3章では、法人税法の変遷等を踏まえた事業体への課税方法や課税の考え方について整理を行った。わが国では、二重課税の回避を目的とした新たな事業体の創設、外国事業体を利用した事業活動の増加により、法人法定主義による形式的な判断が今後困難になることが予想される。一方、アメリカ合衆国では、各事業体の性質に応じた課税方法が採用されてきたため、法人でない事業体であっても法人税を納める義務を有する場合がある。このように、わが国でも形式的な判断だけでなく、事業体の実質を重視した課税方法が採用されていくものと考えられる。

このような前提を踏まえ、第4章でアメリカ合衆国デラウェア州 LPS (Limited Partnership) の法人該当性について3事件をあげ検討を行った。この結果、外国事業体の法人該当性は、事業体の設立準拠法である外国私法から形式的な判断によるべきであるとの結論を得た。これは、租税法では課税要件法定主義及び課税要件明確主義に基づき納税者の予測可能性を確保し、法的安定性を維持することが重要とされるためである。ただし、各国における法制度の相違により、法人概念が世界共通ではなく、実質的に同様の性質をもつ事業体に対して異なる課税が行われるおそれがあり、課税の公平が損なわれる。このため、外国事

業体の実態についても何らかの考慮が必要であると考え。この点につき、上記の裁判例で当事者から併せて主張された人格のない社団等該当性の判断が重要であると考えられるため、第 5 章で検討を行った。人格のない社団等は、租税法における法人と同様に、借用概念に従い私法上の権利能力なき社団の特徴として最高裁で示された 4 要件を用いて判断される。しかし、この 4 要件は曖昧であり、租税法律主義に従い租税法で借用することは、納税者の予測可能性や法的安定性を損なう。このため、4 要件はあくまで類型または理念型として、納税義務の判断に当たり租税法の観点から独自に要件を付加し、租税法上重要でない要件については考慮しないこととすべきである。

そこで、第 6 章で外国事業体の法人該当性の判断枠組みについての提言を試みた。まず、法人税法における人格のない社団等が事業体間の課税上の不均衡を是正するために創設されたという経緯を踏まえると、事業体の実質的な判断は、人格のない社団該当性判断の局面で行われるべきである。そして、法人税を課すべき事業体としての重要な要素は、設立準拠法上所得が事業体に帰属するか、構成員に直接帰属するかである。法人税は事業体の稼得した所得に対して課されるため、所得が事業体に帰属すれば事業体に課税され、構成員に帰属すれば構成員に課税される。この所得の帰属は導管性の判断基準の一つであり、法人課税か構成員課税かを決定する重要な要素である。そして、この所得は事業活動により生じる収益と費用から構成される。このため、事業体が損益の帰属すべき主体であるか否かが法人税を課すメルクマールとなり、租税法の観点からみた人格のない社団等の判断要素になると結論付けた。

更に、事業体に導管性があるものとして構成員課税が行われる場合の執行コストも考慮し、構成員数が多い場合や上場している場合等、課税を行うべき構成員の把握が困難である場合は事業体に課税を行うことも要件として検討されるべきである。

なお、上記で挙げた各要件については租税法律主義の観点から、解釈によらず立法により明文化すべきであると考え。

目 次

はじめに.....	1
1 外国事業体の法人該当性に関する先行研究.....	4
1. 1 類似事業体についての裁判例.....	4
1. 1. 1 アメリカ合衆国 LLC の法人該当性の検討.....	4
1. 1. 2 イギリス領ケイマン LPS の法人該当性の検討.....	5
1. 2 諸外国での研究事例.....	5
1. 2. 1 諸外国で採用される判断基準の比較.....	5
1. 2. 2 キントナー (kintner) 規則により判断する方法.....	8
1. 2. 3 チェック・ザ・ボックス規則により判断する方法.....	9
1. 3 小括.....	9
2. わが国の租税法における法人概念の借用先の検討.....	10
2. 1 借用概念の概要.....	11
2. 2 租税法における外国私法からの借用概念の可否.....	12
3. 事業体に対する課税方法.....	13
3. 1 わが国における法人税法の変遷.....	14
3. 2 法人税を課されるわが国の事業体.....	16
3. 2. 1 内国法人.....	16
3. 2. 2 人格のない社団等.....	17
3. 2. 3 外国法人.....	18
3. 2. 4 その他.....	19
3. 3 法人税が課されないわが国の事業体.....	19
3. 4 アメリカ法での事業体に対する課税方法.....	20
3. 4. 1 C 法人 (C corporation) と S 法人 (S corporation) 制度.....	20
3. 4. 2 パートナーシップと課税.....	21
3. 4. 3 LLC と課税.....	22
3. 5 小括.....	23
4. デラウェア州 LPS の「法人」該当性に関するわが国の裁判例.....	24
4. 1 事案の概要と主な争点.....	24
4. 2 LPS は法人であるとした事例 1 (大阪地判平成 22 年 12 月 17 日).....	25
4. 2. 1 当事者の主張.....	25
4. 2. 2 裁判所の判断.....	27
4. 2. 3 検討.....	28
4. 3 LPS は法人ではないとした事例 (東京地判平成 23 年 7 月 19 日).....	30

4. 3. 1	当事者の主張	30
4. 3. 2	裁判所の判断	31
4. 3. 3	検討	33
4. 4	LPS は法人であるとした事例 2（東京高判平成 25 年 3 月 13 日）	34
4. 4. 1	当事者の主張	34
4. 4. 2	裁判所の判断	35
4. 4. 3	検討	36
4. 5	納税者が主張する方法についての検討	37
4. 6	小括	38
5.	LPS の「人格のない社団等」該当性の判断	40
5. 1	LPS は法人ではないとした事例の再検討	41
5. 1. 1	当事者の主張	41
5. 1. 2	裁判所の判断	42
5. 1. 3	検討	42
5. 2	人格のない社団等の概念を私法から借用することの問題点	43
6.	法人該当性の判断枠組みについての提言	45
6. 1	LPS の実質判断の方法についての検討	46
6. 2	租税法から見た人格のない社団等の要件についての再構築	47
6. 3	外国事業体の法人該当性の判断枠組みについての提言	48
	まとめ	49
	参考文献等	52

はじめに

わが国の法人税法では「法人」の定義が存在しない。そして、この定義は、会社法の規定からの借用概念であるとされている¹。このため、わが国の会社法で「法人」と規定される株式会社、合名会社、合資会社、合同会社²は、事業体のもつ性質に関わらず、一律に法人税を納める義務がある³。この結果、民法上の組合や匿名組合等、私法上「法人」とされない事業体は、原則として構成員に納税義務がある⁴。

近年、企業活動のグローバル化に伴い、国境を越えた事業活動が盛んになっている。これに伴い、わが国には存在しない性質をもつ事業体が国内で事業活動を行うケースや、わが国の企業がこのような事業体を利用するケースが増えている。これまでも、わが国で外国事業体の法人該当性が問題となったケースは存在する⁵が、国税庁から見解が示されたのは、アメリカ合衆国各州の Limited Liability Company（以下、LLC）についてだけである⁶。このため、外国事業体を用いた事業に対する課税方法についてわが国では明らかでなく、想定外の課税リスクが投資家や企業の投資意欲を阻害していると考えられる⁷。そして、今後も企業の投資活動や利用される事業体の多様化が想定される中、多様な事業体に対する課税のあり方が検討されようとしている⁸。

このような状況の中、アメリカ合衆国デラウェア州 LPS 法（以下、州 LPS 法）の下、設立された Limited Partnership（以下、LPS）のわが国の租税法における法人該当性を争点とした裁判が進行しており、最高裁へ上告中である。訴訟ごとに判決の内容や法人該当性の判断基準が分かれており、これらの裁判例は今後の

¹ 金子宏『租税法』（弘文堂、第19版、2014年）114頁

² 会社法第2条第1号

³ 法人法定主義。民法第33条第1項参照。

⁴ 私法上「法人」とされない事業体であっても、租税法上「人格のない社団等」（法人税法第3条）として法人税が課される場合がある。

⁵ TMI 総合法律事務所「外国事業体課税に関する調査」（2012年）<<http://www.meti.go.jp/meti-lib/report/2012fy/E002324.pdf>>（2015年1月31日）参照。わが国では以前よりアメリカ合衆国 LLC の法人該当性について争われてきたが、現在、LLC はわが国において法人に該当するという国税庁の見解（後掲注6参照）が示されている。一方、LPS については、本稿で取り上げるアメリカ合衆国デラウェア州 LPS の他に、イギリス領ケイマン LPS の法人該当性について争われた事例があり、法人該当性が否定されている。なお、イギリス領バミューダ LPS の法人該当性について現在係争中の事例があり、今後の動向に注目すべきである。

⁶ 国税庁「アメリカ合衆国 LLC に係る税務上の取扱い」（2001年）<<http://www.nta.go.jp/shirabu/zeiho-kaishaku/shitsugi/hojin/31/03.htm>>（2015年1月31日）

⁷ 江頭憲治郎「租税法と会社法」租税20号（1992年）46頁、48頁〔『会社法の基本問題』（有斐閣、2011年）所収、23頁参照〕では、「課税が行われるか否か」が企業の会社法を含む私法上の行為に大きな影響を与えているとされる。

⁸ 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」（2000年）189頁及び343頁

わが国における外国事業体の法人該当性を検討する上で注目すべき裁判である⁹。

わが国での外国事業体に対する課税方法は、外国事業体がわが国で法人に該当するか否かにより大きく異なる¹⁰。まず、事業体の所得について構成員への帰属時期や、構成員が個人である場合の所得区分について相違が出る。事業体が法人でないとされる場合、現実の分配の有無にかかわらず、所得は事業体の所得稼得時に構成員へ帰属する。そして、構成員が個人である場合、構成員は所得の性質を引き継ぐ（事業所得、不動産所得、雑所得等）。しかし、事業体が法人とされる場合、所得は事業体に帰属し、現実の分配がなければ構成員に帰属しない。また、構成員が個人である場合、構成員は所得の性質を引き継がず、実際に支払われた分配金は原則として配当所得¹¹となる。次に、事業から損失又は費用が生じた場合の取扱いについても相違がある。事業体が法人でないとされる場合、事業による損失又は費用は、構成員の損失又は費用となる。そして、構成員が個人である場合、原則として損益通算ができる。一方、事業体が法人とされる場合、事業による損失又は費用は、構成員の損失又は費用とならない。また、構成員が個人である場合、損益通算ができない。

このような課税方法の違いを利用した租税回避行為については、平成 17 年度の税制改正により一定の対策が行われた¹²。しかし、外国事業体の法人該当性の判断については、わが国の法人税を納める義務がある事業体を決定する要素として今後も重要なテーマになると考えられる¹³。

以上のような問題意識に基づき、本稿は、わが国の租税法における外国事業体の法人該当性についての判断枠組みを示すことを目的とする。具体的に、第 1

⁹ 各裁判の主な概要については、秋元秀仁「国際税務訴訟における論点を踏まえた実務の次なる課題」税大ジャーナル 22 号（2013 年）27 頁，56 頁参照。

¹⁰ 海江田光＝岩品信明「外国事業体課税の羅針盤（第 1 回）問題の所在」税弘 60 巻 10 号（2012 年）132 頁，132 頁。岩品信明「外国事業体課税について」租研 763 号（2013 年）288 頁，289 頁

¹¹ 外国事業体が「人格のない社団等」として法人税が課される場合、分配金は雑所得に該当する（所得税基本通達 35-1 参照）。

¹² 租税特別措置法第 41 条の 4 の 2 により、組合の事業から生じた不動産所得と、組合員の所得との損益通算が制限されている。また、同法第 67 条の 12 により組合の事業から生じた損失は、原則として構成員である法人が行った出資額までしか損金に算入することができない。

¹³ 諸外国でも同様の問題が存在し、多国籍企業が様々なスキームを駆使してアグレッシブなタックスプランニング（ATP）を行っていることに対する批判が強まっている。この問題は BEPS（税源浸食及び利益移転）問題と呼ばれており、経済協力開発機構（OECD）は 2013 年 12 月に BEPS 報告書を公表し、同年 6 月には BEPS 行動計画の承認を行っている。本行動計画の中で、「ハイブリッド・ミスマッチ取決めの効果否認」という項目が挙げられており、ハイブリッド事業体を用いた租税回避に対する取組みが世界的に行われようとしている。概要については、太田洋「BEPS とは何か―その現状の素描」ジュリ 1468 号（2014 年）36 頁。OECD, ACTION PLAN ON BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING (2013).（なお、邦訳として、経済協力開発機構『税源浸食と利益移転（BEPS）行動計画』（日本租税研究協会，2013 年）がある。）

章では、先行事例として外国事業体の法人該当性に対し、わが国ではこれまでにどのような判断枠組みが示されてきたのかという点に加え、諸外国ではどのような判断枠組みが用いられているのかという点につき整理を行う。次に、外国事業体の法人該当性を検討する際、法人概念の外国私法からの借用が認められるか否かが重要であると考えられる。このため、第 2 章では、借用概念についての整理を行い、わが国の租税法が外国私法の規定を借用することの可否について検討を行う。そして、第 3 章では、わが国及びアメリカ合衆国での事業体に対する課税方法や、法人税の変遷等も踏まえた事業体に対する課税の考え方について整理を行い、法人税を課すべき事業体の性質について検討する。

前章までの整理を踏まえ、第 4 章では、デラウェア州 LPS の法人該当性につき現在係争中の裁判例を分析する。特に、判決の分岐点になったと考えられる点として、法人概念をわが国の私法ではない外国私法から借用することの可否、わが国の租税法上、法人に該当するための実質的な要件についての検討を中心に行う。なお、ここで取り上げた裁判例は、原告被告双方が二次的に LPS の「人格のない社団等」該当性についても主張しており、東京地裁はこの点についての判断を行っている。このため、第 5 章では、デラウェア州 LPS の人格のない社団等該当性についての検討を行い、主に私法上の権利能力なき社団の要件を借用概念の統一説に従い租税法で借用することの問題点を明らかにする。以上の検討を踏まえ、第 6 章では、わが国の租税法における外国事業体の法人該当性についての判断枠組みを示すことを試みる。

1 外国事業体の法人該当性に関する先行研究

本章では、外国事業体の法人該当性に関する先行研究について整理を行う。具体的には、わが国において過去に類似の外国事業体に対し、どのような判断基準を用いて法人該当性を判断してきたのか検討を行う。また、諸外国では、外国事業体の法人該当性をどのように判断しているのか整理を行い、特に、アメリカ合衆国の採用する方法について検討を行う。

1. 1 類似事業体についての裁判例

1. 1. 1 アメリカ合衆国 LLC の法人該当性の検討

アメリカ合衆国ニューヨーク州 LLC の法人該当性が争われた裁判¹⁴は、わが国の租税法における法人の概念を借用概念の統一説に従って、私法上の規定及び LLC の実質に従い判断すべきであるとした。そして、東京高裁は、英米法における法人格を有する団体の要素として、①訴訟当事者になれること、②その名で財産を取得し処分すること、③その名で契約を締結すること、④法人印（corporate seal）の4つを挙げ、これらの性質を有する場合はわが国の租税法上の法人に該当するとした¹⁵。

なお、アメリカ合衆国 LLC については、平成 13 年に国税庁が正式な取扱いを公表¹⁶している。回答要旨では、裁判例と同様に、「我が国の税務上、外国法人として取り扱うか否かは、当該事業体が我が国の私法上、外国法人に該当するか否かで判断する」¹⁷としている。つまり、わが国の私法というフィルターを通して外国事業体を判断している¹⁸。そして、LLC は、①商行為をなす目的で設立され、外国の商事会社であると認められること、②設立に伴い商号等の登録（登記）を要すること、③訴訟当事者になれること、④統一 LLC 法で「separate legal entity」と規定され、独立した権利能力を有するとされること、といった性

¹⁴ さいたま地判平成 19 年 5 月 16 日税資 257 号順号 10712。東京高判平成 19 年 10 月 10 日税資 257 号順号 10797。評釈として、横溝大「判批」ジュリ 1361 号（2008 年）196 頁。宮崎裕子「判批」税研 148 号（2009 年）87 頁。大澤麻里子「判批」租税判例百選（第 5 版，2011 年）44 頁。岩品信明＝和藤誠治「判批」税弘 60 卷 11 号（2012 年）120 頁がある。

¹⁵ 本事例において LLC は、④以外の性質を有するため、わが国の租税法上の法人に該当すると判示した。なお、④の要件は、本件 LLC に認められないものの、このことがわが国の租税法上の法人となることを妨げるものではないとしている。なお、白木康晴「外国事業体をめぐる課税上の問題について—アメリカのリミテッド・パートナーシップを中心に」税大ジャーナル 15 号（2010 年）51 頁，60 頁では、本方法を LPS に当てはめると、LPS は、LLC 同様にわが国の租税法上の法人に該当するとしている。

¹⁶ 国税庁・前掲注（6）

¹⁷ 国税庁・前掲注（6）

¹⁸ 酒井克彦「米国 Limited Liability Company からの分配金に関する課税（1）—租税法上の法人概念とアメリカ合衆国における法人該当性」比較法制研究 29 号（2006 年）31 頁，52 頁

質を有するため、わが国の私法上の外国法人であるとしている。

1. 1. 2 イギリス領ケイマン LPS の法人該当性の検討

イギリス領ケイマン諸島の法律に基づく特例 LPS は、企業の投資活動において頻繁に使用されている。これは、ケイマン諸島の法規制や課税が他地域と比較して緩やかであり、租税回避に対して親和性があるためであるとされる¹⁹。ケイマン LPS についての裁判例²⁰は、事業体の法人該当性ではなく組合該当性を争点としている。しかし、組合該当性を検討するということは、法人該当性及び人格のない社団等該当性を裏から検討することと同義である²¹。この組合該当性の具体的な基準として、名古屋地裁及び岐阜地裁は、民法第 667 条第 1 項の「組合契約は、各当事者が出資して共同の事業を営むことを約することによって、その効力を生ずる。」との規定から、①二人以上の当事者の存在、②出資の合意、③共同事業を営むことの合意、という 3 点を挙げている。そして、法人税基本通達 1-1-1 で組合が法人でない社団に含まれないことが明示されているため、事業体の組合該当性を検討し、事業体が組合に該当すれば法人税を納める義務がないことが明らかであるとされる²²。

しかし、この方法は第 4 章で取り上げる裁判例で課税庁が主張する「dual process」と同様のアプローチをとり、わが国の私法が規定する組合の性質により、事業体の設立準拠法である外国私法でこのような性質が認められるか否かを判断する方法である。第 2 章第 2 節で後述するが、外国事業体の法人格の有無は、設立準拠法である外国私法からの借用概念により判断されるべきであると考えられるため、本方法で事業体の法人該当性を判断することは適切ではないと考えられる。

1. 2 諸外国での研究事例

1. 2. 1 諸外国で採用される判断基準の比較

諸外国でもわが国と同様に、外国事業体の法人該当性をどのように判断するのかという問題が生じる。諸外国での判断基準を整理すると、大別して、①外

¹⁹ 石綿学「外国籍プライベート・エクイティ・ファンドの課税問題」中里実編『ビジネス・タックス』（有斐閣、2005 年）482 頁、484 頁

²⁰ 名古屋地判平成 17 年 12 月 21 日税資 255 号順号 10248。岐阜地判平成 20 年 1 月 24 日税資 258 号順号 10870。なお、本事例では、ケイマン LPS がわが国の私法上の組合の性質を有しているとして法人税の納税義務者に当たらないと判示した。

²¹ TMI 総合法律事務所・前掲注 (5) 35 頁

²² 増田晋「租税法と国際私法の交錯—ケイマンのリミテッド・パートナーシップを題材として」山田喜寿『納税者保護と法の支配』（信山社、2007 年）543 頁、548 頁

国事業体を一律法人とみなして課税を行う、②外国事業体の設立準拠法の規定に従う、③納税者に課税方法を選択させる、④最も類似する自国の事業体と同様の課税を行う、という4種類の方法があるとされている²³。ただし、各国の具体的な判断基準は多種多様であるため、自国の法制度により外国事業体の法人該当性を判断することは困難であるとされる²⁴。

①は、イタリアやスイスが採用する方法とされている²⁵。これは、納税者、課税庁共に外国事業体の実質的な判断が不要となるため、予測可能性を確保し、法的安定性を維持しやすい。また、課税庁は自国の課税権を維持することができ、諸外国の法制度に影響されないというメリットもある。しかし、この方法では二重課税が発生するケースが多くなるため、他国からの批判が強いとされる²⁶。次に、②はベルギーが採用する方法とされている²⁷。これは、第4章第2節及び第3節で検討する東京地裁判決及び東京高裁判決で用いられる方法と同義であるため後述することとする。そして、③はアメリカ合衆国が採用する方法とされている²⁸。本方法については、本節第3項で後述することとする。④は、カナダ、イギリス等多くの国が採用する方法とされており、わが国も本方法の採用国に分類されている²⁹。ここで採られる代表的なアプローチとして、カナダの採用する分類アプローチ (classification approach) とイギリスの採用する比較アプローチ (comparison approach) がある³⁰。分類アプローチは、外国事業体の準拠法の規定等から事業体の性質を特定し、この性質と内国事業体の性質を比較して類似する事業体を決定する方法である。このアプローチは、第4章第1節で検討する大阪地裁判決で用いられる方法と同義であるため後述することとする。比較アプローチは、外国事業体と内国事業体を直接比較して、最も類似する内国事業体と同様の課税を行う方法であり、わが国でもこのアプローチと

²³ John F. Avery Jones et al., *Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax*, 56-7 IBFD 288, 305 (2002). わが国の文献として、増井良啓「投資ファンド税制の国際的側面」『金融資産収益と所得課税』日税研論集 55号 (2004年) 75頁, 90頁。今村隆「外国事業体の『法人』該当性」税大ジャーナル 24号 (2014年) 1頁, 22頁

²⁴ *Id.* at 313.

²⁵ *Id.* at 305.

²⁶ Michele Gusmeroli, *The Supreme Court Decision in the Government Pension Investment Fund Case: A Tale of Transparency and Beneficial Ownership (in Pluto's Cave)*, 64-4 IBFD (2010). (今村隆訳)「年金資金運用基金事件における最高裁判決」租研 738号 (2011年) 311頁, 322頁

²⁷ Jones, *supra* note 22, at 306.

²⁸ *Id.* at 306.

²⁹ *Id.* at 306. この他に、オーストラリアやフランス、ドイツ、オランダ、スウェーデン等が採用するとされる。

³⁰ 吉村政穂「ハイブリッド事業体・取引を利用したスキームをめぐる課税上の問題—LPSの『法人』該当性に関する裁判例を手掛かりに」租研 755号 (2012年) 242頁, 247頁。今村・前掲注 (23) 22頁

同義であると思われる見解がある³¹。この見解では、私法における「法人」の意味内容は不明確であるため、大量・反復的な取引に適用される租税法規に借用概念を前提とした判断基準を当てはめることには欠点があるとされる³²。本章第1節及び後述する第4章の通り、わが国で法人該当性が争点となった裁判例では「法人」の概念について借用概念を前提とした判断基準を採用するが、これは借用概念を前提としない判断基準である。ところで、会社法第823条は、「外国会社は、他の法律の適用については、日本における同種の会社又は最も類似する会社とみなす。」と規定する。これは、法人格の有無を問わず外国会社の私権、公法上の地位を内国会社に認められる範囲内で保障するものとされる³³。本条に従い、外国事業体の法人該当性は、準拠法の文言や事業体の実質から法人格が認められるか否かではなく、外国事業体がわが国の法人と同種又は類似の性質をもつかどうかで判断することになる。そして、事業体を会社法に規定される各種会社と比較し、類似性が認められれば法人税を課すことになる。

本アプローチは、外国事業体を内国法人の類型で判断するため、借用概念を前提とした判断基準よりも明確であるという利点がある³⁴。また、本条は内外会社の平等を認めるために設けられた規定であるとされること³⁵や、外国会社と内国会社を異なる基準で判断することでその区別に矛盾が生じかねないこと³⁶も本アプローチを支持する。しかし、わが国の会社ではない事業体についても会社法を類推適用する根拠が不明であること、本来構成員課税を受けるべき事業体であっても、わが国の法人との類似点があればその実態に関係なく強制的に法人課税が行われる可能性があること³⁷が問題である。例えば、合名会社及び合資会社には民法の組合に関する規定が準用されており、法人か否かという形式的差異を除いて組合と類似している³⁸ため、本アプローチによると組合は、法人税の納税義務者になる可能性がある。同様に、合同会社は法人格の有無を除いて有限責任事業組合と性質が類似している³⁹ため、有限責任事業組合は、法人税の納税義務者になる可能性がある。このように、わが国では、租税法上法人で

³¹ 落合秀行「外国事業体の税務上の取扱いに関する考察」税大論叢73号（2012年）88頁，132頁

³² 落合・前掲注（31）132頁

³³ 江頭憲治郎＝中村直人『論点体系 会社法6』（第一法規，2012年）95頁

³⁴ 落合・前掲注（31）134頁

³⁵ 上柳克郎他編『新版注釈会社法（13）』（有斐閣，1990年）548頁〔岡本善八〕

³⁶ 藤澤尚江「デラウェア州 LPS の我が国租税法上の法人該当性が争われた事例」ジュリ1447号（2012年）131頁，134頁

³⁷ 宮崎裕・前掲注（14）90頁

³⁸ 鈴木祿弥編『新版注釈民法（17）』（有斐閣，1993年）17頁〔福地俊雄〕

³⁹ 宍戸善一「持分会社」ジュリ1295号（2005年）110頁，116頁

ない事業体にも法人に認められる効果の多くが与えられている⁴⁰ことから、本アプローチにより外国事業体の法人該当性を判断することはできないと考えられる。

1. 2. 2 キントナー (kintner) 規則により判断する方法

アメリカ合衆国では古くから事業体の法人該当性についての議論が行われてきたが、後節のチェック・ザ・ボックス (check the box) 規則が採用されるまでは、いわゆるキントナー規則により事業体の法人該当性を判断していた⁴¹。キントナー規則では、①事業の継続性、②管理運営の集中、③構成員の有限責任、④持分の譲渡性という 4 つの特徴のうち、過半数を事業体が有する場合に当該事業体を「法人」とする。このように、事業体の実態を形式的に判断できるよう明確にすることは、課税要件明確主義から導かれる納税者の予測可能性の確保に資するため、わが国でも同様の手法を検討すべきとの見解がある⁴²。

しかし、アメリカ合衆国では、キントナー規則の要件を満たさなければ構成員課税が認められる点を逆手に取り、LLC の利用が加速度的に普及することとなった。このような状況を鑑み、1997 年に財務省規則が改正され、いわゆるチェック・ザ・ボックス規則が創設されている⁴³。

キントナー規則のように、法人税を納める義務を有する事業体の性質を明らかにすることは、予測可能性や法的安定性の面からも妥当な方法であると考えられる。しかし、上記のようなアメリカ合衆国での事業体に対する課税方法の変遷を考慮すると、法人税を納める義務を有する事業体の性質を決定することは容易ではないと考えられる⁴⁴。また、キントナー規則で示される各要件は、法人課税の範囲を限定することを意図して作成されたものであり⁴⁵、第 3 章でみる

⁴⁰ 星野英一『民法論集第 1 巻』（有斐閣，1970 年）300 頁〔初出「いわゆる権利能力なき社團について」法協 84 卷 9 号（1967 年）1197 頁参照〕

⁴¹ キントナー規則についての詳細は、佐藤英明「アメリカ連邦所得税における『パートナーシップ』の範囲に関する問題点」『パートナーシップの課税問題』日税研論集 44 号（2000 年）53 頁。占部裕典「企業課税における法人概念（一）—アメリカにおける企業形態と租税要因」民商 95 卷 2 号（1986 年）231 頁、同「企業課税における法人概念（二・完）—アメリカにおける企業形態と租税要因」民商 95 卷 4 号（1987 年）501 頁〔『租税法の解釈と立法政策 I』（信山社，2002 年）所収，192 頁参照〕。酒井克彦「米国 Limited Liability Company からの分配金に関する課税（2）—租税法上の法人概念とアメリカ合衆国における法人該当性」比較法制研究 31 号（2008 年）1 頁等を参照。

⁴² 水野忠恒『租税法』（有斐閣，第 5 版，2011 年）336 頁

⁴³ 本規則については、渡邊幸則「チェック・ザ・ボックス規則について」金子古稀『公法学の法と政策 上』（有斐閣，2000 年）583 頁を参照。

⁴⁴ 中里実「『租税法と私法』論再々考」税研 115 号（2004 年）79 頁，85 頁

⁴⁵ 佐藤英明「法人課税をめぐる問題状況—研究ノート」国際税制研究 6 号（2001 年）108 頁，112 頁

通り、現在のように法人課税の範囲を拡大しようとする局面での採用には疑問がある。

1. 2. 3 チェック・ザ・ボックス規則により判断する方法

わが国でもチェック・ザ・ボックス規則の導入を検討すべきという見解がある。本規則は、当然に法人とされる企業（*per se corporation*）を除き、納税者が届出により、*corporation* として課税を受ける事業体か、*partnership* として課税を受ける事業体かを選択することができる。外国事業体の法人該当性を実質面から個別具体的に判断する場合、手続の煩雑さ、時間、コスト等の面での負担が存在する。納税者にこれらの負担を課すことは、対外投資や対内投資にも影響を及ぼし得る。このため、外国事業体の法人該当性の判断を納税者に委ねることで、納税者及び課税庁の負担が軽減され、予測可能性や法的安定性が改善されるとする⁴⁶。更に、平成 22 年度の税制改正⁴⁷により、想定される租税回避行為への規制を行ったため、アメリカ合衆国と同様の問題は生じない。よって、本規則の導入可能性を検討すべきとしている⁴⁸。

しかし、チェック・ザ・ボックス規則は、「課税当局の仕事の放棄」と批判され、事業体の実質と無関係に租税負担が最も小さくなる制度の選択を納税者に許すことになる⁴⁹。また、わが国のように事業体の実質に適合的な課税ルールが定められていることと矛盾するとの批判⁵⁰もある。わが国では構成員課税のルールが未発達であり、チェック・ザ・ボックス規則の導入よりもルールの整備が重要課題であること、国際的租税裁定の機会が増えること等を考慮すると、チェック・ザ・ボックス規則はわが国で導入すべきではないと考える⁵¹。

1. 3 小括

第 1 節では、過去にわが国でどのような判断基準を用いて外国事業体の法人該当性を判断してきたのかという点についての検討を、裁判例を通じて行った。

⁴⁶ 日本公認会計士協会「外国事業体課税に関する最近の論点と今後の方向性」租税調査会研究報告 26 号（2012 年）13 頁

⁴⁷ 旧法人税法第 69 条第 8 項の改正により、外国子会社からの受取配当金に係る間接外国税額控除制度が廃止された。

⁴⁸ 日本公認会計士協会・前掲注（46）14 頁

⁴⁹ 森信茂樹「新たな事業体と組合税制」フィナンシャル・レビュー 69 号（2003 年）124 頁、135 頁

⁵⁰ 佐藤英明「新しい事業体と税制」フィナンシャル・レビュー 65 号（2002 年）93 頁、105 頁。ただし、事業体の実質が明らかでない場合等、限定的に選択制とすることには同意している。

⁵¹ 増井良啓「組織形態の多様化と所得課税」租税 30 号（2002 年）1 頁、23 頁、同・前掲注（23）91 頁

第1項で取り上げたアメリカ合衆国 LLC についての裁判例では法人該当性を、第2項で取り上げたイギリス領ケイマン LPS についての裁判例では組合該当性を問題としているものの、両者は共に借用概念の統一説に従い、私法上の法人又は組合の意義をそのまま租税法で借用し、租税法上の法人該当性の判断を行っていることが判明した。次に、第2節において諸外国ではこのような問題に対してどのように対応しているかについての検討を行った。この結果、諸外国が採用している判断基準を整理すると、最も類似性のある自国の事業体と同様の課税を行う方法を採用する国家が多いことがわかった。しかし、具体的な判断基準は国家により異なるため、この方法では、外国事業体の法人該当性を一義的に判断することは困難であると考ええる。また、アメリカ合衆国では、古くから法人税を納める義務がある事業体の性質についての議論が行われているが、法人の性質の明文化を試みている点は注目に値する。しかし、基準を明文化したことで意に反して容易に課税逃れが行われる結果となり、LLC を用いた租税回避が多用されるようになった。このようなアメリカ合衆国の事業体に対する課税方法の変遷を踏まえると、法人税を納める義務がある事業体の性質決定は、容易でないことが予想される。そして、代替案として採用されたチェック・ザ・ボックス規則についても、納税者にタックスプランニングを促す制度であるため、わが国のように構成員課税制度が未発達である場合には導入すべきではないと考える⁵²。

2. わが国の租税法における法人概念の借用先の検討

わが国の法人税法には、「法人」についての定義がなく、私法から法人の概念を借用している。このため、事業体の準拠法である私法の規定により法人税を納める義務があるかどうかを判断している。この点につき、外国事業体の法人該当性を判断する場合、法人の概念を事業体の準拠法である外国私法から借用するかどうかという問題がある。外国事業体の法人該当性判断の局面において、「法人」の概念をわが国の私法から借用する場合と外国私法から借用する場合とでは法人とされる範囲に相違が出る。これは、国によって法人とされる

⁵² なお、本章で取り上げた方法以外にも多くの判断基準が提唱されている。例えば、税法上の明文の否認規定がなくとも、「私法上の法律構成による否認」により租税回避行為を否認できるとする見解がある。詳細は、今村隆「租税回避行為の否認と契約解釈(1)」税理 42 巻 14 号(1999 年) 206 頁, 208 頁。中里実『タックスシェルター』(有斐閣, 2002 年) 224 頁-225 頁等を参照。この方法によると、納税者が租税回避を意図している場合には、当事者が選択した法形式を否定して通常用いられる法形式に引き直し、明文の規定がある場合と同様の課税を行うことができる。しかし、租税法律主義による法的安定性、予測可能性の観点から上記のような権限が課税庁に認められるものではないとして私法上の法律構成による否認を否定的にとらえる見解が主流であり、近時の裁判例でも否定されている。

事業体の範囲が異なるためであり、借用される私法の選択によりわが国での事業体に対する課税方法が変わることになる。

このため、本章では、通説である統一説を中心に借用概念の解釈について整理を行い、その後には租税法が借用する法令の範囲として、国内私法までとするのか、外国私法まで含むのかという点について検討を行う。

2. 1 借用概念の概要

租税法では、他の法分野で用いられていない租税法独自の概念と、すでに他の法分野で用いられている概念の二つに分け、前者を固有概念、後者を借用概念と呼んでいる⁵³。そして、借用概念の解釈について、課税の対象となり得る全ての取引について、第一次的には私法で規定されており、租税法に私法の規定を取り込む際は原則として私法上におけると同じ意義に解するのが法的安定性の見地から望ましいとして、「統一説」が通説⁵⁴とされ、判例⁵⁵でも支持されている。

その他の説として、私法上の意義と異なる意義に解する必要がある場合には租税法上独自の意義に解してもよいとする「独立説」⁵⁶や、常に私法上と同一の意味内容を有すると考えるのではなく、租税法の目的に照らして合目的的に意味内容を理解すべきであるとする「目的適合説」⁵⁷が提唱されている。特に、目的適合説については、租税法規の借用方法や解釈のあり方によって目的論的解釈を行うかどうかを判断すべきとする見解⁵⁸や、借用している租税法規の立法趣旨を検討して判断すべきとの見解⁵⁹等がある。

⁵³ 金子・前掲注(1) 114頁。この点につき、今村隆「借用概念論・再考」税大ジャーナル16号(2011年)25頁, 51頁は、固有概念と借用概念に、いずれにも当てはまらないものとして「その他の概念」を付け加えるべきと主張する。

⁵⁴ 金子宏「租税法と私法—借用概念及び租税回避について」租税6号(1978年)1頁, 12頁〔『租税法理論の形成と解明 上巻』(有斐閣, 2010年)所収, 396頁参照〕、同・前掲注(1) 115頁

⁵⁵ 最判昭和35年10月7日民集14巻12号2420頁(鈴や金融事件)

⁵⁶ 田中勝次郎『法人税法の研究』(税務研究会, 1965年)45頁

⁵⁷ 田中二郎『租税法』(有斐閣, 第3版, 1990年)84頁及び127頁

⁵⁸ 村井正「租税法における『借用概念』をめぐる若干の問題」自研48巻7号(1972年)109頁, 111頁〔『租税法と取引法』(比較法研究センター, 2003年)所収, 26頁参照〕では、私法上の概念を借用する際、①租税法上解釈の余地のないストレートなもの、②ストレートな形で特定されていないが目的論的解釈の必要を認め得ないもの、③目的論的解釈の必要を認め得るものに分類し、③の場合で特に政策的配慮が行われているものについては目的論的解釈を行うことが重要であるとしている。

⁵⁹ 水野忠恒『所得税の制度と理論—「租税法と私法」論の再検討』(有斐閣, 2006年)50頁〔初出「『租税法と私法』論の再検討(二)(完)」法学51巻2号(1987年)52頁参照〕では、借用概念の中でも租税法が、①直接私法概念に基礎を置く場合、②私法概念を租税法の目的に適合するため修正している場合、③法律上の内容を明らかにせず、私法概念と同一の用語を使う場合の他、④明文化されていなくとも私法上定着した概念が租税法上立法された場合があると

2. 2 租税法における外国私法からの借用概念の可否

わが国の租税法上、借用概念により法人の意義を解釈する際、わが国の私法ではなく、外国私法からの借用概念が認められるか否かが重要である⁶⁰。この点につき、国際私法では、外国私法上の概念からの借用が認められるとする「設立準拠法説」と、認められないとする「住所地法説」とが対立している⁶¹が、設立準拠法説が一般的⁶²であるとされている。

設立準拠法説では、法人の本質はあくまでも法技術的手段であるとの考えから、法人に人格を付与するのは一定の国の法律であり、法人の従属法は、設立に際して準拠した法律でなければならないとする⁶³。また、民法第35条第1項で認許についての規定があること、会社法第933条第2項で外国会社に「設立準拠法」の登記が要求されていること、会社法第821条の擬似外国会社の規定等から、わが国の私法が、設立準拠法説を前提として創設されているとする⁶⁴。そして、従属法は固定的であることが望ましく、本拠地が移転しても従属法は変わらないという点⁶⁵も設立準拠法説を支持する。一方、事業と関係のない第三国を本拠地とする法人の設立が可能となり、租税回避につながるという批判がなされている。しかし、この点については、取引保護を目的として外国法人に対する監督規定を設けることで対処可能であるとの反論がなされている⁶⁶。

一方、住所地法説では、法人と密接な関係に立つ住所地における社会一般の利益を保護するため、法人は住所地にて人格を付与されなければならないと、法人は住所地の法律に準拠して設立されなければならないとする⁶⁷。また、租税法の公法としての性格から、私法とは異なり、抵触法のルールがあてはまるわけで

している。

⁶⁰ 河野俊行「会社の従属法の決定基準—本拠地法主義・設立準拠法主義」ジュリ 1175号(2000年)2頁, 2頁。平川雄士「借用概念論に關係する國際的企業租税実務上の諸問題」金子宏編『租税法の発展』(有斐閣, 2010年)354頁, 355頁。仲谷栄一郎=藤田耕司「海外事業体の課税上の扱い」金子宏編『租税法の発展』(有斐閣, 2010年)639頁, 641頁。太田洋=佐藤修二「我が国の租税法規と外国私法との交錯」経理研究 53号(2010年)223頁, 226頁

⁶¹ 道垣内正人『ポイント国際私法 各論』(有斐閣, 第2版, 2014年)197頁では、このような対立を否定し、外国の国家行為として法人格が付与される以上、わが国としてできることはもはやその国家行為を承認するか否かしかないとしている。

⁶² 山田鎌一『国際私法』(有斐閣, 第3版, 2004年)229頁。溜池良夫『国際私法講義』(有斐閣, 第3版, 2005年)297頁。道垣内・前掲注(61)198頁。櫻田嘉章=道垣内正人編『注釈国際私法第1巻』(有斐閣, 2011年)157頁〔西谷祐子〕

⁶³ 山田・前掲注(62)227頁。櫻田=道垣内・前掲注(62)158頁

⁶⁴ 酒井・前掲注(18)43頁。澤木敬郎=道垣内正人『国際私法入門』(有斐閣, 第7版, 2012)172頁。櫻田=道垣内・前掲注(62)158頁

⁶⁵ 溜池・前掲注(62)296頁。櫻田=道垣内・前掲注(62)143頁

⁶⁶ 溜池・前掲注(62)297頁

⁶⁷ 山田・前掲注(62)227頁。溜池・前掲注(62)295頁。櫻田=道垣内・前掲注(62)144頁。道垣内・前掲注(61)198頁

はないこと⁶⁸、各国それぞれ異なる法秩序の一部を抜き出しているため、設立準拠法説によると、法秩序の一体性、法的安定性を害すること⁶⁹等を主張する。しかし、本説によると、事業体が住所地を他国に移転した場合に属人法の変更が生じ、事業体の法人としての存在が否定される可能性がある⁷⁰。また、公法に抵触法の考え方が当てはまらないとする考えは、相当に古いものである⁷¹との主張がある。更に、外国法が準拠法であることを無視し、その結果なされるべき国際私法的検討を放棄する考えは理論的にも採り得ないとの見解⁷²を踏まえると、本説は少数説であると考えられる。

なお、その他の学説としてわが国の租税法が対象を明示する場合とそうでない場合に区分し、前者のうち、わが国の法制度が対象となっていることが明らかかな場合は、外国法上の概念を借用することができないとし、それ以外の場合は、外国法上の概念も借用が認められるとする見解がある⁷³。また、取引の前提としての私法が問題となる場合と租税法の解釈に関して私法が参照される場合に区分し、後者について、私法上の概念を典型的な例として参照する場合と、特定の私法上の概念を参照する場合に区分けし、私法上の概念を典型的な例として参照する場合には、外国法からの借用が認められるとする見解がある⁷⁴。

これらの検討の結果、国際私法上は設立準拠法説が一般的であること、法人の本質が法技術的手段であるため法人格の付与は設立地の法によらなければならないこと、従属法は固定的であることが望ましいこと等から、租税法上の法人該当性を判断する際に外国私法からの借用が認められるべきと考えられる。

3. 事業体に対する課税方法

わが国で事業体が法人税を納める義務がある場合、①事業体の所得に法人税が課される、②事業体から構成員への利益分配は、課税所得の計算上減算項目

⁶⁸ 齋木敏文「租税回避行為の否認」寶金敏明編『現代裁判法大系 29 租税訴訟』（新日本法規、1999年）197頁，203頁。今村・前掲注（23）11頁

⁶⁹ 小柳誠「租税法と私法—課税要件事実の認定場面における契約準拠法の考察」税大論叢 39号（2002年）75頁，124頁

⁷⁰ 石黒一憲『国際私法』（新世社，第2版，2007年）381頁

⁷¹ 石黒・前掲注（70）22頁、同「ボーダーレス・エコノミーへの法的視座 第171回『国際課税と抵触法（国際私法）[上]』」貿易と関税 53巻9号（2005年）53頁，68頁

⁷² 増田・前掲注（22）548頁

⁷³ 浦東久男「税法において使用される法概念について—外国法の概念は含まれるか」税法 536号（1996年）3頁，7頁。平川・前掲注（60）355頁。なお、法人概念は、租税法において対象を明示していないため、本見解によると外国私法からの借用が認められると考えられる。

⁷⁴ 瀧圭吾「租税法と私法の関係」学習院 44巻2号（2009年）13頁，37頁。なお、租税法の法人概念は、私法上の概念を典型的な例として参照する場合に当たると考えられるため、本見解によると外国私法からの借用が認められると考えられる。

にならない、③利益分配は「配当」という性質決定がなされる、④事業体で生じた損失を構成員の所得計算に反映させることができない、という4つの特徴を有する⁷⁵。しかし、近年新しい事業体が多数創設され、このような特徴が変化しつつあると考えられる。また、法人課税は様々な歪みを生ずるとされており、具体的に、①法人か非法人かという事業体の選択、②資金調達を他人資本と株主資本のどちらで行うか、③稼得利益を分配するか内部留保するか、④分配を配当として行うか、資本の払い戻しとして行うか、といった点で納税者の行動に影響を与える⁷⁶。

本章では、わが国の法人税法の変遷や課税の根拠、事業体への課税方法を整理し、法人税を課すべき事業体の性質を検討する。なお、アメリカ合衆国での事業体への課税方法も併せて検討することとする。

3. 1 わが国における法人税法の変遷

わが国において法人の所得に対する課税が始まったのは、明治32年である⁷⁷。同年の商法改正で会社設立について免許主義から準則主義へと移行し、株式会社、合名会社、合資会社の組織形態が法定され、会社の設立が容易になった。そして、会社の所得に対し課税が行われることとなり、「第一種所得税」として、所得税法の規定により法人の所得に対して課税が行われていた。また、個人所得のうち、受取配当は非課税とされていたことから、第一種所得税は、個人に対する所得税の前取りを意味していたとされる⁷⁸。

しかし、大正9年の所得税法改正により、受取配当の非課税制度が廃止され、配当控除率を40%として残額の60%に対し、配当二重課税が行われるようになった⁷⁹。これは、法人を個人から独立した納税義務者と捉える考え方に基づくものであったとされる⁸⁰。そして、昭和15年には所得税法から法人税法が独立し、

⁷⁵ 佐藤英・前掲注(50)96頁で「法人課税のパッケージ」と評されている。

⁷⁶ 水野・前掲注(42)313頁。外国文献として、KAREN C. BURKE, FEDERAL INCOME TAXATION OF CORPORATIONS AND STOCKHOLDERS 8 (7th ed. 2014)。

⁷⁷ 法人税の変遷については、金子・前掲注(1)38頁。水野・前掲注(42)309頁。朝長英樹「法人所得の意義と法人税の納税義務者に関する基本的な考え方」税大論叢51号(2006年)299頁。長谷部啓「パス・スルー課税のあり方—組合事業における組合員の課税関係とその諸問題」税大論叢56号(2007年)67頁,81頁。品川芳宣「法人性格論の史的考察—配当二重課税論議から事業体課税論議までの軌跡」税大ジャーナル7号(2008年)28頁を参照。

⁷⁸ この点につき、起草者は、法人は個人とは別個の独立した存在であるとの認識の下立法を行っていたとの見解がある。朝長・前掲注(77)326頁参照。

⁷⁹ 配当控除率が40%とされたのは激変緩和のためであり、昭和12年には配当控除率が20%に引き下げられている。

⁸⁰ 朝長・前掲注(77)328頁

個人には所得税、法人には法人税という「法人対個人の二分法」⁸¹が、法制上定着した。このように、事業体の性質に関わらず、私法上の法人格の有無により法人税を納める義務があるかどうかを決定し、法人格がない場合は「個人」として扱う方法は、現在まで引き継がれている。

その後、昭和 25 年のシャープ勧告は、わが国の税制を所得税中心の税体系に変化させ、法人税の存在を所得税の代替課税として完全に位置づけた。本勧告は、「根本的には法人は、与えられた事業を遂行するために作られた個人の集合である。」⁸²としており、法人税は不要であるとの前提に立つが、法人から個人株主への所得分配のタイムラグを利用した課税繰延を防止するために、法人税が設けられたとされる⁸³。ただし、法人税は所得税の前取りの要素を持っているため、シャープ勧告では、法人の税引後利益からなる配当には課税しないとしている。このため、法人株主が受取る配当の益金不算入、個人株主が受取る配当所得に対する配当控除率の 25%への引き上げが行われた。

その後も幾度にわたり法人税法の改正が行われ、シャープ勧告で採用された、法人税は所得税の前取りであるという考え方から、再び法人を個人から独立した納税義務者と捉える考え方に少しずつ変化している⁸⁴。まず、昭和 31 年 12 月の臨時税制調査会では、シャープ勧告の採用した課税方式には再検討の余地があると結論付けている⁸⁵。この報告を踏まえ、昭和 32 年の法人税法改正により人格のない社団等への法人税課税の開始、個人株主の配当控除率の 20%への引き下げ等が行われた。更に、昭和 36 年の法人税法改正では、法人株主の受取配当についても益金への不算入額が 75%まで引き下げられた。

平成 10 年以降、資産の流動化・証券化を促進するため特定目的会社⁸⁶、投資法人⁸⁷に代表される新しい事業体が創設され、根拠法においてこれらの事業体は、法人税の納税義務者とされた。そして、一定の場合に支払配当の損金算入が認められ⁸⁸、実質的に構成員課税と同様の効果が生ずるように税制の整備が行われ

⁸¹ 佐藤英・前掲注 (45) 111 頁、同・前掲注 (50) 95 頁

⁸² シャープ使節団編 (総司令部民間情報教育局訳) 『日本税制報告書』 (総司令部民間情報教育局, 巻 1, 1949 年) 105 頁

⁸³ 岡村忠生「法人課税の意味」岡村忠生編『新しい法人税法』 (有斐閣, 2007 年) 1 頁, 14 頁参照。ただし、二重課税問題や損失を利用した個人による損益通算の弊害があり、法人税は個人所得税を攪乱しているとして、法人税を所得税から切り離し、別個に構築することを検討している。

⁸⁴ 金子・前掲注 (1) 60 頁。朝長・前掲注 (77) 336 頁

⁸⁵ 臨時税制調査会「臨時税制調査会答申—最近の諸情勢に即応すべき税制改正の方策に関する諮問に対する答申」 (1956 年) 197 頁-207 頁

⁸⁶ 資産の流動化に関する法律第 13 条第 1 項

⁸⁷ 投資信託及び投資法人に関する法律第 61 条

⁸⁸ 租税特別措置法第 67 条の 15。その他各種事業体への課税方法や課税に関する問題については、

た。

平成 18 年には会社法が施行され、新たな組織体として合同会社が設けられた⁸⁹。合同会社は、アメリカ合衆国の LLC をモデルとして導入され、構成員の有限責任、会社の内部関係に対する組合的規律の適用、構成員課税という 3 つの要素を実現する事業体として期待されていた。しかし、会社法で会社として規定された結果、他の会社と同様に法人税を納める義務があるとされた。このため、これら 3 つの要件を満たす組織形態として別途、有限責任事業組合⁹⁰が新たに設けられることとなった。また、同年には信託法も改正され、様々な種類の信託が新たに創設された。そして、受託者段階での課税が適当であるとされる法人課税信託については、平成 19 年の税制改正により、信託受託者に対し法人税が課されることとされた⁹¹。

このように、近年では、二重課税の回避を目的とした事業体や、法人格がないものの法人と同様の活動を行う事業体が創設され、私法上の法人格の有無が自然人と比較しうるような社会的な実体の存在を保証しえなくなっている⁹²。

3. 2 法人税を課されるわが国の事業体

3. 2. 1 内国法人

法人税法第 4 条第 1 項で、内国法人は、法人税法の納税義務者であると定め、同法第 2 条第 3 号で、内国法人は、国内に本店又は主たる事務所を有する法人であると定めている。しかし、「法人」についての定義は法人税法に存在せず、その意義については、専ら私法からの借用概念によるとされている⁹³。このため、民法第 33 条第 1 項で法人法定主義が定められ、会社法第 2 条第 1 号で株式会社、合名会社、合資会社、合同会社が規定されていることから、これらの事業体は法人税を納める義務がある。その他、特別目的会社や投資法人といった新しい

窪田悟嗣「資産の流動化・証券化をめぐる法人課税等の諸問題—わが国の課税権の確保と国際的租税回避への対応を中心として」税大論叢 37 号（2001 年）191 頁。川端康之「SPV をめぐる課税のあり方—所得課税を中心に」租税 30 号（2002 年）51 頁。景山智全「集団投資スキームにおける課税上の問題点」税大論叢 40 号（2002 年）218 頁等を参照。

⁸⁹ 改正前は、これに相当する事業体として有限会社が存在した。会社法の施行に伴い有限会社法は廃止され、現存するものは、「特例有限会社」として株式会社に移行している。

⁹⁰ 有限責任事業組合契約に関する法律第 2 条

⁹¹ 平成 12 年度税制改正により、「特定信託」については法人税が課されていたが、平成 19 年度税制改正で本制度は廃止されている。

⁹² 佐藤英・前掲注（50）99 頁で、このような状態を「法人格の機能化」と評されている。また、森信・前掲注（49）134 頁では、今後の事業体課税は、①構成員課税、②法人課税とした上で損金算入を認める SPC 課税、③法人課税の 3 つからなる「三分法アプローチ」になるとしている。

⁹³ 金子・前掲注（1）114 頁

事業体についても、根拠法で法人とする旨の規定があれば法人税を納める義務がある。

3. 2. 2 人格のない社団等

法人税法第2条第8号で人格のない社団等は、「法人でない社団又は財団で代表者又は管理人の定めがあるもの」と定めている。次に、法人でない社団とは、「多数の者が一定の目的を達成するために結合した団体のうち法人格を有しないもの」で、「団体としての組織を有して統一された意思の下にその構成員の個性を超越して活動を行うもの」であり、「組合や匿名組合はこれに含まれない」とされている⁹⁴。つまり、人格のない社団等は、団体としての組織を有している点で単なる個人の集合体とは異なる⁹⁵。そして、同法第3条で人格のない社団等を法人とみなして法人税を課し、同法第4条第1項及び第7条により、収益事業、法人課税信託の引受、退職年金業務等を行う場合にのみ課税が行われる。

人格のない社団等に対する課税が始まったのは、昭和32年の法人税法改正時である⁹⁶。改正前は、人格のない社団等に対して別個の課税が行われておらず、社団の代表者に対しても所得税が課されることはほとんどなかった。このため、株式会社をはじめとする他の事業体との間で課税上の不均衡が生じているとの批判があり、不均衡を是正するため立法による対策が求められていた⁹⁷。この結果、昭和31年12月の臨時税制調査会での答申を受け、昭和32年に法人税法が改正され、収益事業についてのみ法人税を納める義務があるとされた⁹⁸。

ところで、わが国の租税法において人格のない社団等は、法人と同様に明確な定義が存在しない。このため、人格のない社団等の概念は、私法上の権利能力なき社団として認知された私法上の概念を借用するとされている⁹⁹。これは、わが国の租税法では、納税主体を私法上の社団概念に準拠して捕捉しているため、人格のない社団等の判断についてある程度私法に拘束されることもやむを

⁹⁴ 法人税基本通達 1-1-1

⁹⁵ 武田昌輔編著『DHC コメントール法人税法1』（第一法規，1974年）597頁

⁹⁶ 人格のない社団等の沿革については、佐藤孝一「人格のない社団の成立要件についての一考察—類型論による租税法解釈の一展開として」税大論叢 18号（1987年）137頁，170頁。兼平裕子「権利能力なき社団と人格のない社団等—民事法における実体論・手続論と租税法における借用概念」愛媛 33号（2012年）57頁，95頁を参照。

⁹⁷ 臨時税制調査会・前掲注（85）224頁

⁹⁸ 収益事業にのみ課税される点については批判がある。兼平裕子「多様な組織形態と法人課税・所得課税」税法 555号（2006年）3頁，16頁参照。

⁹⁹ 福岡高判平成2年7月18日訟月 37巻6号 1092頁（熊本ねずみ講事件）。なお、本判決では法人該当性を、①取引の主体となりうること、②訴訟当事者となること、③破産等の場合の責任財産の範囲が確定することに求める。

得ないためである¹⁰⁰。そして、判決では、私法上の権利能力なき社団の要件として最高裁¹⁰¹で判示され、当時の有力学説¹⁰²を反映させた、①団体としての組織を備えているか、②多数決の原則が行われているか、③構成員の変更にもかかわらず団体が存続するものであることが認められるか、④代表の方法や財産の管理方法等、団体としての主要な点が確定しているか、という4要件により人格のない社団等を判断すべきとしている。

3. 2. 3 外国法人

法人税法第2条第4号で外国法人は、「内国法人以外の法人」とされ、同法第4条第3項で国内源泉所得がある場合¹⁰³、法人課税信託の引き受けを行う場合及び退職年金業務等を行う場合に法人税を納める義務がある。また、会社法第2条第2号で外国会社は、「外国の法令に準拠して設立された法人その他外国の団体であつて、会社と同種のもの又は会社に類似するものをいう。」とされており、事業体が設立準拠法で法人とされているか否かにかかわらず、本条の外国会社に該当し得る¹⁰⁴。他方、民法第35条第1項で、「外国法人は、国、国の行政区画及び外国会社を除き、その成立を認許しない。ただし、法律又は条約の規定により認許された外国法人はこの限りでない。」と規定している。この点につき、外国で設立された法人格を持たない事業体は、わが国でも法人格を持たないこと、及び外国で設立された法人格を有する事業体のうち、認許されたものは、わが国でも法人格が認められることを意味し¹⁰⁵、法人税法における「外国法人」とは、設立準拠法で法人格を有するとされる外国事業体で、かつ民法第35条第1項により認許されたものに限られるとする見解がある¹⁰⁶。しかし、「認許」とは、外国事業体の準拠法が付与した法人格を内国で承認することであり、新たな法人格の付与ではないため、わが国での法人としての活動を認める趣旨であるとの見解¹⁰⁷が通説とされる。このため、わが国の法人税

¹⁰⁰ 水野忠恒「新たな事業体に対する課税の検討（上）—アメリカ合衆国における法人と組合の区別を参照しつつ」税研121号（2005年）12頁，14頁〔『所得税の制度と理論—「租税法と私法」論の再検討』（有斐閣，2006年）所収，395頁参照〕

¹⁰¹ 最判昭和39年10月15日民集18巻8号1671頁（杉並マーケット事件）。

¹⁰² 我妻榮『新訂 民法總則（民法講義I）』（岩波書店，1965年）133頁。ただし、本書では②の要件には触れていない。

¹⁰³ 人格のない社団等にあつては、収益事業から生ずるものに限る。

¹⁰⁴ 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール1』（商事法務，2008年）24頁〔江頭憲治郎〕

¹⁰⁵ 中里実『金融取引と課税—金融革命下の租税法』（有斐閣，1998年）429頁

¹⁰⁶ 中里実「課税管轄権からの離脱をはかる行為について」フィナンシャル・レビュー94号（2009年）1頁，16頁

¹⁰⁷ 山田・前掲注（62）246頁。溜池・前掲注（62）305頁。櫻田＝道垣内・前掲注（62）170頁。なお、通説への批判として道垣内・前掲注（61）210頁

法における外国法人は、「認許」されるものに限られないと考えられる。

3. 2. 4 その他

前項までに挙げた事業体の他、公共法人、公益法人等、協同組合等¹⁰⁸が法人税法第4条第1項で法人税を納める義務がある。このうち、公共法人は、同法第4条第2項により納税義務がない。そして、公益法人等は、人格のない社団等と同様に収益事業、法人課税信託の引受、退職年金業務等を行う場合にのみ課税される。

3. 3 法人税が課されないわが国の事業体

わが国の法人税法は、法人法定主義を採用しているため、私法上法人とされない事業体は、原則として法人税を納める義務がない。このため、私法上法人とされない事業体は、その構成員に納税義務がある。このような構成員課税が行われる代表的な事業体として、民法上の組合や匿名組合がある¹⁰⁹。これらの事業体については、租税法での規定に乏しく、現在も若干の通達¹¹⁰のみで実務上の取扱いがなされている状況である。このため、古くからわが国の組合課税につき、法制度の不備を指摘する声は多い¹¹¹。

その他、近年設立された事業体のうち、構成員課税が行われるものとして、有限責任事業組合と投資事業有限責任組合¹¹²がある。

前者は、日本版 LLP (Limited Liability Partnership) と呼ばれ、共同事業を行う場合に有益となる有限責任、内部自治原則、構成員課税といった要件を満たす事業体の創設を目的とする¹¹³。後者は、もともと中小企業等投資事業有限責任

¹⁰⁸ 法人税法第2条第5号、第6号及び第7号

¹⁰⁹ 本節で取り上げる事業体の概要については、渡辺裕泰「投資ファンドの課税」金子宏編『租税法の発展』（有斐閣、2010年）481頁、485頁〔『ファイナンス課税』（有斐閣、第2版、2012年）所収、103頁参照〕を参照。なお、これらの事業体は、構成員間の契約により柔軟な組織運営が可能であるため、投資ファンドとして用いられやすいとする。

¹¹⁰ 法人税基本通達14-1-1、14-1-1の2、14-1-2、14-1-3他参照。

¹¹¹ 組合への課税については、構成員への所得の帰属時期、帰属所得の区分等多くの問題点が存在する。詳細は、増井良啓「組合損益の出資者への帰属」税事49号（1999年）47頁。佐藤英明「組合による投資と課税」税事50号（1999年）33頁。高橋祐介「組合課税—『簡素・柔軟・公平』な組合課税の立法提案」租税30号（2002年）28頁〔『アメリカ・パートナーシップ所得課税の構造と問題』（清文社、2008年）所収、372頁参照〕。金子宏「任意組合の課税関係」税研125号（2006年）16頁〔『租税法理論の形成と解明 下巻』（有斐閣、2010年）所収、3頁参照〕。種五誠二「組合契約における構成員課税の在り方—組合員に係る帰属損益額の計算方法の検討を中心に」税大論叢62号（2009年）244頁等を参照。

¹¹² 投資事業有限責任組合契約に関する法律第2条第2項

¹¹³ 経済産業省「有限責任事業組合契約に関する法律について—共同事業のための新しい組織、LLP制度の創設」（2005年）<http://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/keizaihousei/>

組合として創設され、株式未公開の中小・ベンチャー企業等への投資を促進するために導入された制度である。その後、平成16年に法改正が行われ、中小・ベンチャー企業以外にも投資対象とすることが可能になり、利用しやすい制度となった¹¹⁴。なお、投資事業有限責任組合とアメリカ合衆国LPSの類似性については、理論的根拠に欠けることに加え、投資事業有限責任組合が外国企業を要件から排除しており、LPSのような国際的投資事業に該当するものではないとして否定する見解がある¹¹⁵。

3. 4 アメリカ法での事業体に対する課税方法

3. 4. 1 C法人(C corporation)とS法人(S corporation)制度

アメリカ合衆国の内国歳入法(典)では、「法人」についての定義があり、法人¹¹⁶には会社法で規定されるもののほか、「associations, joint stock companies, insurance companies」が含まれるとされている¹¹⁷。各州法により設立された法人は、内国歳入法上C法人とS法人のいずれかに区分される¹¹⁸。C法人は、事業体に対して法人所得税が課され、構成員が受け取る配当に対しても個人所得税が課されるため、二重課税が生じることになる¹¹⁹。S法人は、①株主数が100人以内であること、②原則として株主が個人であること、③株主に非居住外国人がいないこと、④複数の種類株式を発行していないこと、を満たす事業体で、非適格法人とされるものを除き、全株主の同意を得たものについて構成員課税が行われる¹²⁰。S法人の制度は、小規模な事業体に対する二重課税の排除や、

[pdf/llp_gaiyou.pdf](#)> (2015年1月31日)。小原昇「有限責任事業組合契約制度の課税上の取扱いについて」租研674号(2005年)5頁参照。

¹¹⁴ 経済産業省「中小企業等投資事業有限責任組合法(中小ベンチャーファンド法)の一部を改正する法律」(2004年)<http://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/sangyokinyu/pdf/e40430bj5.pdf> (2015年1月31日)。篠原倫太郎=坂本慎吾「投資事業有限責任組合の特徴と税務」租研663号(2005年)33頁参照。

¹¹⁵ 水野忠恒「Limited Partnership(LPS)のわが国における認定と課税関係—租税法と私法の交錯する一事例」鈴木追悼『民事法学への挑戦と新たな構築』(創文社, 2009年)1079頁, 1094頁

¹¹⁶ アメリカ合衆国の法人に対する課税については、高橋祐介「事業体課税—アメリカ法を題材として」税法559号(2008年)151頁, 157頁。伊藤公哉『アメリカ連邦税法』(中央経済社, 第5版, 2013年)355頁。景山・前掲注(88)271-273頁。外国文献としてBURKE, *supra* note 75, at 46.

¹¹⁷ I.R.C. §7701(a)(3).

¹¹⁸ I.R.C. §1361(a).その他、法人であるにもかかわらず構成員課税が行われる事業体として、RIC(Regulated Investment Company)、REIT(Real Estate Investment Trust)、REMIC(Real Estate Mortgage Investment Conduit)等がある。see KAREN C. BURKE, FEDERAL INCOME TAXATION OF PARTNERS AND PARTNERSHIPS 31-32 (2nd ed. 1999).

¹¹⁹ I.R.C. §1362(a); §1363(a).なお、法人株主の場合は配当額の70%から全額の控除が認められている(I.R.C. §243(a).)。

¹²⁰ S法人の構造や課税関係については、小川正雄「アメリカにおけるS法人の構造と課税関係」税法535号(1996年)25頁を参照。

形式選択上の不平等を軽減する目的で導入されたとされている¹²¹。このため、法人であるにもかかわらず構成員課税が行われるが、その他の性質についてはC法人と同様に非導管性が強い。

3. 4. 2 パートナーシップと課税

パートナーシップ¹²²には大きく分けてジェネラル・パートナーシップ（以下、GPS）とLPSがある¹²³。前者は、各州GPS法に基づき2名以上の無限責任を負うジェネラル・パートナー（以下、GP）により設立される。後者は、各州LPS法に基づき少なくとも1人のGPと、有限責任のみを負うリミテッド・パートナー（以下、LP）により設立される。

アメリカ合衆国では、わが国と異なりパートナーシップ課税についての規定が存在する。パートナーシップは、「syndicate, group, pool, joint venture, or other unincorporated organization」と定義されており¹²⁴、法人とされなかった事業体は全てパートナーシップ課税の範疇に含まれる。そして、パートナーシップ課税の考え方については、集合アプローチ（aggregate approach）と実体アプローチ（entity approach）という二つの考え方が融合されており、状況に応じていずれかの考え方が採用される。集合アプローチは、事業体を構成員の集合体と見る考え方で、各パートナーがパートナーシップの資産に対して不可分の持分を有し、パートナーシップの事業を共有しているとされる。一方、実体アプローチは、事業体を構成員から独立したものと捉える考え方で、各パートナーはパートナーシップの株主に相当する存在となる。そして、政策的には、aggregateアプローチを採用する場面が多く、構成員課税が行われるケースが多いとされている¹²⁵。このような性質から、パートナーシップはタックスシェルターとして用いられるケースが多い¹²⁶。

¹²¹ 伊藤・前掲注（116）467頁

¹²² アメリカ合衆国のパートナーシップに対する課税については、高橋・前掲注（116）170頁。伊藤・前掲注（116）417頁。景山・前掲注（88）273頁の他、水野忠恒「パートナーシップ課税とパス・スルー方式—アメリカ法を中心に—」『パートナーシップの課税問題』日税研論集44号（2000年）3頁。本庄資『国際的租税回避—基礎研究』（税務経理協会、2002年）67頁。パートナーシップとわが国の事業体を比較したものとして、平野嘉秋「パートナーシップ税制の法的構造に関する一考察—日米比較を中心として—」税大論叢23号（1993年）1頁、226頁参照。また、外国文献としてBURKE, *supra* note115.

¹²³ その他、州により Limited Liability Partnership(LLP)や Limited Liability Limited Partnership(LLLP)等がある。

¹²⁴ I.R.C. §761(a).

¹²⁵ BURKE, *supra* note115, at 2.

¹²⁶ 平野嘉秋「租税回避行為とその規制策に関する一考察（一）—タックス・シェルターを素材としての日米比較—」税大論叢25号（1995年）55頁、85頁。この問題の変遷については67頁参照。

パートナーはこれらの事業体の構成員であり、事業体が稼得した所得について、実際の分配の有無にかかわらず、原則として構成員に対して課税が行われる。この例外として、公開取引パートナーシップ (publicly traded partnership) と、選択的大規模パートナーシップ (electing large partnership) がある。前者は、持分が証券市場で自由に売買できるパートナーシップであり、このようなパートナーシップに対しては、法人課税が行われる¹²⁷。これは、公開取引パートナーシップが法人課税ベースを長期的に浸食する可能性があること、法人である上場株式会社との類似点が多いこと、法人と比較して租税負担面で競争優位性があること等を理由とする¹²⁸。しかし、例外的にパートナーシップの稼得所得のうち、90%以上が受動的所得 (passive income)¹²⁹に該当する場合は、原則どおり構成員課税が行われる¹³⁰。後者は、構成員数が 100 人以上のパートナーシップで所定の選択を行ったものであり、パートナーシップが稼得した所得のうち、構成員へパススルーされる項目が限定されることになる¹³¹。構成員は、パートナーシップから配賦される所得項目の申告が求められているが、項目の分類数が多いため、大規模なパートナーシップの構成員である場合は、申告時の負担が増す。本制度は、法人株主にはこのような申告義務がないことと比較して、大規模なパートナーシップの構成員の所得計算を簡素化するために創設された¹³²。

3. 4. 3 LLC と課税

LLC は、各州 LLC 法に基づき設立される事業体であり、法人とパートナーシップ両方の性質を併せ持つ。そして、LLC は、チェック・ザ・ボックス規則に従い、法人課税とパートナーシップ課税のいずれかを選択することができる。また、LLC は、有限責任のみを有する構成員であっても経営参画が可能という点で LPS 及び GPS よりも優位であり、二重課税を排除することができる点で corporation よりも優位であるとされる¹³³。また、構成員の人数制限や国籍要件もないため、S 法人と比較しても汎用性の高い事業体である¹³⁴。しかし、LLC は、制度が創設されてからの期間が浅く、同様の効果を得ることができる LPS や S

¹²⁷ I.R.C. §7704.

¹²⁸ H.R. REP. No.100-391, 100th Cong., 1st Sess. 1065 (1987).

¹²⁹ 利子所得、配当所得、不動産の賃料や売却益、天然・鉱物資源の採掘等による所得が含まれる。

¹³⁰ I.R.C. §7704(c); §7704(d).

¹³¹ I.R.C. §772; §775.

¹³² H.R. REP. No.105-148, 105th Cong., 1st Sess. 571(1997);S. REP. No.105-33, 105th Cong., 1st Sess. 238(1997).

¹³³ J. DENNIS HYNES, AGENCY, PARTNERSHIP, AND THE LLC 321-322 (2nd ed. 2001).

¹³⁴ BURKE, *supra* note75, at 411.

法人といった事業体と比較すると、法的に未だ解決されていない問題点があり、不安定な側面を有しているとされる¹³⁵。

3. 5 小括

本章では、まず、わが国の事業体に対する課税について整理を行った。この結果、わが国の法人税は、所得税の代替課税として、法人を利用した個人株主段階での課税繰延の防止を目的として創設されたことがわかった。また、法人税は所得税の前取りであるとの趣旨から、株主が受け取る配当に対して再度の課税を行わないという受取配当の益金不算入又は配当軽減制度が設けられ、二重課税の排除が一定の範囲内で行われてきた。そして、納税義務者の判定は、法人法定主義により形式的に行われるため、合名会社、合資会社のように性質的に法人とはいえないものについても法人税を納める義務がある。結果として、私法上、法人とされない事業体については構成員課税が行われることになり、わが国では、法人には法人税、個人には所得税という「法人対個人の二分法」が定着している。

しかし、近年のわが国における外国事業体による事業活動の増加、二重課税の排除を目的とした新たな法人の創設等により、どのような事業体が法人税を納める義務があるのかという法人税の根拠が変わりつつある¹³⁶。特に、外国事業体について、従来からの法人法定主義による納税義務者の判定では対処できない場合があると考えられる。

次に、アメリカ合衆国における事業体への課税方法について整理を行った。この結果、わが国とは異なり、法人であれば法人課税、パートナーシップであれば構成員課税という方式は採用されていないことがわかった。そして、アメリカ合衆国では、チェック・ザ・ボックス規則を除き、各事業体の性質に応じた課税方法が採用されてきた。具体的には、事業体の構成員が多数存在する場合や、持分が市場で流通している場合等は、私法上、法人でないとされる事業体であっても法人税を納める義務を有する場合がある¹³⁷。

このように、日米双方の制度について整理を行った結果、わが国での法人税の納税義務者の判断については、法人法定主義による形式的な判断に加え、事業体の活動実態等の実質面から導かれる事業体の性質が今後重視されるものと

¹³⁵ 伊藤・前掲注(116) 421頁

¹³⁶ 渕圭吾「法人税の納税義務者」金子宏編『租税法の基本問題』（有斐閣，2007年）418頁では、法人税の根拠となる4つの背後仮説をたて、各ケースでの納税義務者の範囲を具体的に検討している。

¹³⁷ 高橋・前掲注(116) 185頁では、この他に積極的に営利事業を行っている場合、複数の異なる持分を発行している場合をあげている。

予想される。

4. デラウェア州 LPS の「法人」該当性に関するわが国の裁判例

本章では、デラウェア州 LPS の法人該当性が争われた事例のうち、判断基準が異なるものとして3つの裁判例¹³⁸を取り上げ、原告被告双方の主張及び裁判所の判断について検討を行う。また、これらの事例では、LPS の「人格のない社団等」該当性についても併せて争われているが、本検討は次章で行うこととする。なお、事案の概要と主な争点については、いずれの裁判例においてもほぼ共通であるため、第1節で記述する。

4. 1 事案の概要と主な争点

(i) 事案の概要

わが国の居住者である原告（納税者）が、アメリカ合衆国の中古集合住宅への不動産投資を行う目的で銀行を受託者、原告を委託者兼受益者とする信託契約を締結し、当該銀行の口座に現金を預け入れた。受託者となった銀行は、自らを LP とするデラウェア州法に準拠した LPS を新たに設立し、LPS からパートナーシップ持分を取得する対価として原告が預け入れた現金を拠出した。その後、LPS は、アメリカ合衆国内の中古集合住宅を取得し、貸付を行うことで収益を得ている。原告は、LPS が行う不動産の貸付から生じた損益が、わが国の民法上の組合と同様¹³⁹、損益がその性質を変えず直接組合員に帰属し、原告の不動産所得に該当するとして、LPS の計算上生じた損失を他の所得と損益通算して申告を行った。これに対し、被告（課税庁）は、当該損益は LPS に帰属しており、原告が得た所得は不動産所得ではなく配当所得に当たるため、他の所得との損益通算は認められないとして、所得税の更正処分及び過少申告加算税の賦課決定処分を行った。原告は、これを不服として上記の更正処分等の取消訴訟を提起した。

(ii) 主な争点

本件の主な争点は、外国で組成された LPS がわが国の租税法上「法人」に該当するか否か、又はわが国の租税法上「人格のない社団等」に該当するか否か

¹³⁸ 本章で挙げる3つの裁判例についての研究として、北村導人＝松永博彬「米国デラウェア州 LPS の法人該当性に関する3つの裁判例の検討」税弘 60 巻 4 号（2012 年）86 頁。落合・前掲注（31）88 頁。高裁判決まで検討したものとして、今村・前掲注（23）1 頁。水野忠恒「最近の組合課税をめぐる裁判例について—いわゆる LPS 訴訟」租研 783 号（2015 年）66 頁がある。

¹³⁹ この点につき、本庄・前掲注（122）100 頁は、欧米のパートナーシップが報告主体としてペナルティ付きの申告が義務付けられている点から、パートナーシップを租税回避に無防備なわが国の「組合」と翻訳することを否定している。

という点であり、その判断方法や判断基準について争われている¹⁴⁰。LPS が、わが国の租税法上、「法人」又は「人格のない社団等」に該当すると、わが国で法人税を納める義務がある。そうすると、LPS が得た所得は、LPS 自身に帰属し、LPS の個人構成員が受け取る所得は、「配当所得」又は「雑所得」となり、他の所得との損益通算ができない。この場合、損失の分配という概念がないため、LPS が営む事業で課税所得がマイナスとなった場合に当該損失を構成員に帰属させる方法がなく、当事者が意図する租税負担の減少を目的とした LPS の利用ができなくなる¹⁴¹。

4. 2 LPS は法人であるとした事例 1（大阪地判平成 22 年 12 月 17 日）¹⁴²

4. 2. 1 当事者の主張

(i) 被告（課税庁）の主張

被告は、「法人とは自然人以外のもので権利義務の帰属主体となるもの」¹⁴³という民法上の法人の解釈を根拠に、わが国の私法上の法人と外国事業体にそれぞれ付与される権利能力の内容を比較し、外国事業体がわが国の法人に付与されるものと同じ内容の権利能力を有しているか否かにより判断すべきであると主張する。これは、どのような団体に法人格を付与し、どのような権利能力を認めるかについては、国家の立法政策や価値判断に基づいて行われるものであり、国家によって法人制度が異なることを理由とする。このため、外国事業体の設立準拠法ではなく、実際の活動実態や財産、権利義務の帰属状況を考慮し、個別具体的にわが国の法人に付与されるものと同じ権利能力を有するか否かという点を考慮して法人該当性を判断すべきであるとする。このように、わが国の租税法上どの組織に該当するののかという基準についてはわが国の私法によるべきであり、基準に当てはまるかどうかの性質決定は、外国事業体の設立準拠法や事業体の実態に基づいて判断するという考え方は、「dual process」と呼ばれ、学説¹⁴⁴及び裁判例¹⁴⁵において支持されているとする。そして、被告は、わ

¹⁴⁰ 本件では、この他に、原告が LPS を通じて得た損益の所得区分についても争点とされている。しかし、本稿では、LPS の法人該当性の問題に焦点を当てた検討を行うため、取り上げないこととする。

¹⁴¹ 前掲注 (12) の改正により、現在、このような問題は生じない。本件は改正前の事案である。

¹⁴² 税資 260 号順号 11575。評釈に、木村弘之亮「判批」判時 2139 号 (2012 年) 160 頁。豊田孝二「判批」新・判例解説 Watch11 号 (2012 年) 185 頁。岩品信明＝萩田多恵「判批」税弘 60 巻 12 号 (2012 年) 86 頁がある。

¹⁴³ 我妻・前掲注 (102) 114 頁

¹⁴⁴ 水野・前掲注 (115) 1084 頁、同・前掲注 (42) 336 頁

¹⁴⁵ 被告は、アメリカ合衆国のニューヨーク州 LLC の法人該当性に関する裁判で、この考え方が採用されていると主張する。判例については、前掲注 (14) 参照。

が国の私法上の法人を判別するに当たっての個別具体的な判断要素として、3つの要件をあげる。具体的には、事業体が、①構成員の個人財産とは区別された独自の財産を有するか否か、②その名において契約を締結し、権利を取得し義務を負うなど独立した権利義務の帰属主体となり得るか否か、③その名において訴訟当事者となり得るか否か、という民法上の学説に沿った3要件¹⁴⁶により、全ての要件を具備する事業体が法人に該当するとしている。

そして、州 LPS 法に規定する「separate legal entity」が、文言のみをもってわが国の租税法上、法人を意味するものであると判断できないとして、州 LPS 法の規定、LPS 契約の内容から、上記の3要件についての検討を行っている。この結果、本件 LPS は、3要件を全て満たす¹⁴⁷ため、わが国の租税法上及び私法上、法人であるとしている。

(ii) 原告（納税者）の主張

原告は、被告の主張する法人該当性の判断基準について、法的根拠が不明であると批判する。被告の主張する3要件についても、法人とされたことから生じる「効果」について論じたものであり、法人該当性の判断基準として適切でないとした¹⁴⁸。また、別の裁判例における裁判官補足意見¹⁴⁹を引用し、法人が「損益の帰属すべき主体」であるということは、わが国の人的会社であっても失うことのない法的性質であり、法人と組合の決定的な差異とされるどころ、被告は、この点についての分析、言及を行っていないと指摘する。

また、事業体は、内国、外国にかかわらずわが国の租税法上、法人、人格のない社団等、組合に区分けされる。内国事業体の法人該当性については、法人法定主義により形式的・一義的に決定され、法人でない事業体のうち、人格のない社団等の該当性については、最高裁¹⁵⁰で示された権利能力なき社団の判断要素とされる4要件で決定される。一方、被告の主張する判断基準では、外国事業体について実質的な判断を行うことになり、内国事業体の判断と著しく相違することになる。このため、外国事業体の場合は、人格のない社団等や組合に

¹⁴⁶ 星野・前掲注(40) 270頁

¹⁴⁷ パートナーは、LPSの財産に対し持分を有しない(Del. Code Ann. tit.6, §17-701(2014).)ため、①に該当する。また、LPSは、あらゆる事業活動等が可能で、このために必要な権限を保有する(Del. Code Ann. tit.6, §17-106(a),(b)(2014).)ため、②に該当する。そして、LPSが訴訟当事者になるための規定(Del. Code Ann. tit.6, §17-105(a)(2014).)が存在するため、③に該当し、全てに該当すると主張している。

¹⁴⁸ 例えば、法人ではない事業体に、別途、法人が通常有するような権利能力(訴訟当事者となる能力等)を付与したからといって、その事業体がわが国の私法上、法人とされるわけではないとする。

¹⁴⁹ 最判平成19年9月28日民集61巻6号2486頁(双輝汽船事件)。古田佑紀裁判官の補足意見を参照。

¹⁵⁰ 前掲注(101)。詳細は、第3章第2節第2項を参照。

該当すべきものであっても法人に区分けされてしまうと批判する。更に、人格のない社団等の判断基準として確立された最高裁判例があるにもかかわらず、被告の主張する判断基準によることは、人格のない社団等を法人に含めてしまうことになり、失当であるとする。加えて、被告の主張する 3 要件は、わが国の租税法上の組合にも当てはまるため、両者の区分けができない点も指摘する。そして、社会通念上、「corporation」という文言が、わが国の「法人」と同じ法的性質を有するとしている。日米租税条約¹⁵¹では、「法人格を有する団体」について、「body corporate」という用語が用いられており、パートナーシップは、「法人以外の団体」とされている。また、LPS は、わが国の法人及び「corporation」とは異なり、当事者間の契約により組成されることから、法人には該当しないとする。

以上を踏まえ、原告は、内国事業体と同様に、外国事業体の設立準拠法から形式的に判断すべきであるとした。そして、「corporation」、「body corporate」、「juristic person」又はこれらと同等の概念に該当する規定があれば、外国事業体は法人格を付与されているのであり、「separate legal entity」はこれらと同等の概念に該当しないため、LPS は、わが国の租税法上の法人には当たらないとした。

4. 2. 2 裁判所の判断

(i) まず、わが国の租税法では法人の定義がないため、借用概念の統一説に従い、私法上の法人概念を借用するとした。そして、わが国の私法上、法人とは、「自然人以外のもので、権利義務の主体となることのできるもの」と解され、外国法人についても同様であるとした。

次に、裁判所は、本件 LPS の法人該当性の判断について、設立準拠法の文言のみをもって形式的に判断することができず、わが国の私法上、法人とされた場合に当然に認められる能力と同様の能力を具備しているかどうかという実質的な判断によるべきとした。その理由として、国家により価値判断や立法政策が異なるため、わが国の法人に類似する事業体であっても法人法定主義を前提とした形式的な判断ができない点を挙げる。

(ii) 上記の実質的な判断を行う際の具体的な判断基準について、当該事業体が、①その構成員の個人財産とは区別された独自の財産を有すること、②その名において契約等の法律行為を行い、その名において権利を有し義務を負うことができること、という能力等を有するかどうかの 2 点による。また、実体法

¹⁵¹ 所得に対する租税に関する二重課税の回避及び脱税の防止のための日本国政府とアメリカ合衆国政府との間の条約（平成 16 年 3 月 30 日条約第 2 号）

上権利義務の帰属主体となることができる者は、当然に訴訟上の当事者能力を有する¹⁵²ため、③その名において訴訟当事者となり得ること、も要件とすべきであるとした。そして、この3要件を全て満たす場合にわが国の租税法上、法人に該当し、3要件を満たしているかどうかの判断は、LPSの設立準拠法の規定に加え、LPS契約や本件LPSの実態等によるべきであるとした。

(iii) このような判断基準に基づき、本件LPSは、上記①から③までの要件を全て満たしており、「自然人以外のもので、権利義務の主体となることのできるもの」として、わが国の租税法上の法人に該当すると判示した。なお、もし仮に、原告の主張に沿って形式的に判断するとしても、*separate legal entity* が、*corporation* 等と同等の概念に該当するかどうかの判断には実質的な検討が不可欠であり、判決で採用した3要件を用いる場合と大差がないとしている。また、「損益の帰属すべき主体」であるという観点からの考察が欠けているとする原告の批判については、ある事業体が、「権利義務の主体となることのできるもの」であり、その名において財産を取得し、法律行為を行い、債権を有し債務を負うのであれば、事業に伴う損益は、当然に事業体に帰属するので、「損益の帰属すべき主体」であることを殊更の要件にする必要はないとしている。

4. 2. 3 検討

大阪地裁は、被告である課税庁の主張を採用し、納税者が主張する設立準拠法である外国私法から形式的に判断する方法では、LPSの法人該当性を判断できないとした。このため、設立準拠法やLPS契約等の内容から導かれる外国事業体の性質が、わが国の私法上の法人が有する「自然人以外のもので権利義務の帰属主体となるもの」という性質と類似しているかどうかにより判断する方法を採用した。すなわち、わが国の租税法における法人の概念は、あくまでもわが国の私法から借用すべきであるとする考え方である。

わが国の課税権が、立法政策の異なる外国法により拘束されるべきではないとの見解¹⁵³や、公法である租税法には、国際私法における抵触法のルールが当然にあてはまるわけではないとの見解¹⁵⁴、諸外国においても、内国法人との実質的な同等性により判断することが一般的であるという点¹⁵⁵が、大阪地裁判決を支持している。そして、本方法によると、アメリカ合衆国の各州法に基づき設立された事業体は、私法上相当に法人性が強いとされるため、LPSやLLCだ

¹⁵² 民事訴訟法第28条参照。

¹⁵³ 木村・前掲注(142)160頁

¹⁵⁴ 齋木・前掲注(68)203頁。今村・前掲注(23)11頁

¹⁵⁵ 今村・前掲注(23)24頁。本稿第1章第2節第1項を参照。

けでなく、GPS も合名会社に、LLP も合資会社に類似するものとして「外国会社」にあたる¹⁵⁶と考えられる。

しかし、第2章第2節の通り、法人格の有無については、設立準拠法である外国私法により判断すべきである。また、次節の東京地裁判決にある通り、法人にしか認められない属性はもはや存在せず¹⁵⁷、法人とほぼ同じ効果を認められた団体の存在が認められている¹⁵⁸。特に、前項で裁判所が認定した3要件のうち、②については、裁判例¹⁵⁹で組合にも権利義務が帰属すると認められている。そして、③についても、組合に認められる要素であるため¹⁶⁰、課税庁が主張する3要件では、法人と法人でない事業体を区別することができない¹⁶¹。よって、この3要件では、外国事業体の法人該当性を判断することができないと考える。更に、納税者の予測可能性の確保や、法的安定性の維持が困難である¹⁶²。加えて、納税者が批判する通り、外国事業体についてのみ実態の検討を強いるものであり、わが国の事業体と外国事業体の法人該当性の判断基準について整合性が取れておらず、課税の公平が害されている。また、連結納税制度の例にみるように、私法上の権利義務の帰属と租税法上の帰属を一致させる必要はないため、権利義務の帰属から導かれる性質を租税法上の法人の要件とすることを疑問視する指摘がある¹⁶³。国際私法の面からも、外国法の規定を日本法の内容に従って解釈することは許されないと指摘¹⁶⁴がある。なお、本方法によると、外国事業体ごとに契約内容や活動実態を検討することになり、納税者及び課税庁双方にとって時間面、費用面での負担が大きい。このため、課税の公平

¹⁵⁶ 江頭憲治郎「『外国会社』とは何か—持分会社に相当するものの場合」早法83巻4号(2006年)1頁, 33頁〔『会社法の基本問題』(有斐閣, 2011年)所収, 535頁参照]

¹⁵⁷ 江頭憲治郎「企業の法人格」竹内昭夫=龍田節編『現代企業法講座 第2巻 企業組織』(東京大学出版会, 1985年)57頁, 72頁〔『会社法の基本問題』(有斐閣, 2011年)所収, 105頁参照]

¹⁵⁸ 星野・前掲注(40)300頁

¹⁵⁹ 最判平成13年7月13日訟月48巻7号1831頁(りんご生産組合事件)では、組合と構成員間で雇用契約が存在し、組合が権利義務の主体になり得るとされた。

¹⁶⁰ 鍛冶良堅「いわゆる権利能力なき社団(非社団法人)について—法律の指導性とその限界」法論32巻5号(1959年)69頁, 84頁。三枝一雄「判例上の法人格なき社団」法論41巻2-3号(1968年)99頁, 111頁

¹⁶¹ ただし、伊藤進「税法上の『人格のない社団』—民法理論との交錯」法論41巻2-3号(1968年)53頁, 96頁では、賦課・徴収・罰則等の観点から、③を満たす事業体を租税法上も法人として扱うことを主張する。

¹⁶² 大澤麻里子「デラウェア州LPSが我が国の租税法上『法人』に該当しないとした例」ジュリ1431号(2011年)86頁, 87頁。淵圭吾「リミテッド・パートナーシップの租税法上の『法人』該当性」ジュリ1439号(2012年)8頁, 9頁。吉村政穂「リミテッド・パートナーシップの法人該当性」ジュリ1453号(2013年)204頁, 205頁

¹⁶³ 岡村忠生「Limited Partnershipの法人性(3)」税研174号(2014年)71頁, 74頁

¹⁶⁴ 澤木=道垣内・前掲注(64)52頁

は確保されるが執行コストの面からは、非経済的な方法であると思われる¹⁶⁵。

以上のような点を踏まえると、大阪地裁判決のように国内私法から導かれる法人の概念を借用して外国事業体の法人該当性を判断することは、適切ではないと考えられる。

4. 3 LPS は法人ではないとした事例（東京地判平成 23 年 7 月 19 日）¹⁶⁶

4. 3. 1 当事者の主張

(i) 被告（課税庁）の主張

被告は、大阪地裁と同様の主張を行っている。そして、本項 (ii) で新たに原告が主張する判断基準に対し、法人格が与えられていることを示す文言について、「これらと同等の概念」に該当するかどうかは、対象となる用語の実質的な内容・概念を確認した上で判断する必要がある、「専ら形式的な基準」により判断することはできないと批判する。また、アメリカ合衆国の法人税における「corporation」の範囲が不明確であることに加え、キントナー規則に従った判断基準からチェック・ザ・ボックス規則を採用するに至った経緯を考慮しても、原告の主張する判断基準による判断は困難であると批判している。

(ii) 原告（納税者）の主張

原告は、被告の主張に対して大阪地裁と同様の批判を行っている。そして、外国事業体の法人該当性の判断基準について、まず、事業体が民法第 35 条第 1 項の「外国法人」に該当する必要がある、そのためには、内国法人の法人法定主義と同様、専ら形式的な基準による判断として、外国事業体が準拠法で法人格が与えられているか否か、具体的には、「corporation」、「body corporate」、「juristic person」又はこれらと同等の概念であると規定されているか否かによる

¹⁶⁵ アメリカ合衆国では、このような負担を軽減するためにチェック・ザ・ボックス規則を導入したとされる。see STAFF OF THE JOINT COMM. ON TAX'N, REVIEW OF SELECTED ENTITY CLASSIFICATION AND PARTNERSHIP TAX ISSUES 17 (1997).

¹⁶⁶ 税資 261 号順号 11714。平川雄二「外国事業体の分類問題再考—LPS 訴訟の納税者勝訴判決（東京地判 H23.7.19）を踏まえて」租研 745 号（2011 年）104 頁の他、評釈として大澤・前掲注（162）86 頁。仲谷栄一郎他「判批」国際税務 32 巻 1 号（2012 年）76 頁。藤澤・前掲注（36）131 頁。林仲宣＝谷口智紀「判批」税弘 60 巻 3 号（2012 年）104 頁。鳥飼貴司「判批」税務 QA2012 年 3 月号（2012 年）70 頁。今村隆「判批」ジュリ 1458 号（2013 年）107 頁。岩品信明＝田中健太郎「判批」税弘 61 巻 1 号（2013 年）163 頁。宮崎綾望「判批」新・判例解説 Watch13 号（2013 年）183 頁がある。

なお、本件とは別に名古屋地判平成 23 年 12 月 14 日税資 261 号順号 11833 及び名古屋高判平成 25 年 1 月 24 日判例集未掲載があり、裁判所は本件とほぼ同様の判断を行っている。名古屋地判の評釈に、品川芳宣「判批」税研 164 号（2012 年）82 頁。淵・前掲注（162）8 頁。吉村・前掲注（162）204 頁がある。また、名古屋高判についての研究として、岩品信明「外国事業体課税について 名古屋高裁判決・各国の事業体の法人該当性の検討」租研 764 号（2013 年）350 頁がある。

と主張する。次に、「外国法人」に該当する場合、民法第 35 条第 1 項に従い、商事会社として認許される必要があり、外国事業体の構成員により構成され、営利を目的とする事業体であれば、わが国の私法上及び租税法上、外国法人として認許されるとしている。

4. 3. 2 裁判所の判断

(i) わが国の租税法上の法人は、「損益の帰属すべき主体（その構成員に直接その損益が帰属することが予定されない主体）」として設立されたもので、わが国の私法上の法人と同様、原則として設立準拠法により法人とされるものである。そして、外国私法に準拠して組成された事業体がわが国の租税法上の法人に該当するか否かについても、原則として、設立準拠法の規定から形式的に判断されるべきであるとした。

しかし、諸外国における法制度の相違や、わが国の法人に相当する概念が組成された経緯を考慮すると、形式的な判断方法に加え、設立準拠法で規定する設立、組織、運営及び管理等の内容に着目して経済的、実質的に見れば、明らかにわが国の法人と同様に、損益の帰属すべき主体として設立されたものといえるかどうかを検討すべきとした。つまり、裁判所は、設立準拠法から形式的に判断する方法に加えて、LPS の契約内容や実態等による実質的な判断が必要であるとする。そして、後者が認められる場合にわが国の租税法上の法人に該当するとし、実質的な判断が、決定的な判断基準になり得ると判示した。

(ii) 「損益の帰属すべき主体」であるかどうかで判断するという方法の根拠については以下の通りとしている。まず、法人税は、事業から生ずる損益により構成される所得が法人及び人格のない社団等に帰属することを前提に課されている。次に、任意組合のように法人及び人格のない社団等に該当しない事業体は、法人税を納める義務がなく、所得が構成員に帰属することを前提として構成員に課税される。そして、法人と人格のない社団等は、法人格の有無が決定的に異なっており、人格のない社団等と法人及び人格のない社団等のいずれにも該当しない事業体は、事業の損益により構成される所得の帰属主体となり得る実体の有無が異なっているとする。これは、法人税法第 11 条が規定する実質所得者課税の原則からも裏付けられるとする。このため、事業体が法人税を納める義務があるか否かは、損益の帰属主体となり得る実体を有するか否かにあると結論付けている。

そして、東京地裁は、被告の「自然人以外のもので権利義務の帰属主体となりうるものが『法人』である」との主張を否定する。わが国の私法上の法人は、わが国の租税法上、損益の帰属主体となることが予定されているとした上で、

匿名組合や問屋等の例を挙げ、権利義務の主体として取引行為を行い、財産や債権債務の帰属主体となる存在が必ずしも損益の帰属主体にはならないとして、権利義務の帰属主体が、当然に損益の帰属主体とはならないと指摘した。また、被告の主張する 3 要件についても、「法人にしか認められない属性はもはや存在しない」¹⁶⁷、「実は、我が国では、民法 33 条の一般的立言にもかかわらず、既に実質的に法人とほぼ同じ効果の認められた団体の存在を広く認めている」¹⁶⁸とする見解があり、3 要件が、法人と法人ではない団体を区別する基準として機能し得ないと判示した。

なお、民法により認許されたものだけが外国法人に該当するという原告の主張に対して、認許が、外国法人がわが国で法人格を付与されたものとしての活動を承認するものであるとした上で、損益の帰属主体としてわが国の租税法上の法人に該当するか否かという問題と直接関係するものではないとして、わが国の租税法上の外国法人が、認許されたものに限られないとした。

(iii) 裁判所は、(i) で定めた方法に従い、州 LPS 法の規定を検討し、同法に準拠して設立された LPS が法人である旨を明示的に定めた規定はないとした。そして、同法第 201 条(b)で規定される「separate legal entity」という文言について、日米租税条約、財務省規則の他、州 LPS 法の規定や、同法の制定経緯等から形式的にみてもわが国の租税法上の法人を意味する概念ではないと判断した¹⁶⁹。次に、LPS の実質的な検討として、州 LPS 法及び LPS 契約等を参照している。同法第 503 条では、LPS の損益は、LPS 契約に従い構成員間で割当てが行われるとされている。また、LPS 契約において、損益が所定の割合で各パートナーに割り当てられている点に注目し、パートナーシップ内の損益配分は、契約に従い自動的に行われ、資金の移転を伴うものではないとする。このため、州 LPS 法に準拠して組成された LPS は、経済的、実質的に見てもパートナー間の契約関係を本質とし、事業の損益をパートナーに直接帰属させることを目的としており、実質的にみても、本件 LPS は、わが国の租税法上、法人に該当しないとした。

なお、同法第 701 条は、パートナーは特定の LPS 財産に対していかなる持分も所有しないと規定する。これは、民法第 668 条に規定する組合財産と同様に、

¹⁶⁷ 江頭・前掲注 (157) 72 頁

¹⁶⁸ 星野・前掲注 (40) 300 頁

¹⁶⁹ このように、東京地裁は、LPS の法人該当性を否定したものの、「LPS がその構成員とは別個の『団体』であることを示す概念 (すなわち、その団体が、法人ではないにもかかわらず、事業体理論に基づき、対外関係等の一定の範囲内で構成員とは別個に権利を取得したり義務を負担したりするような法的取扱いが認められるという概念であり、我が国では存在しない法概念) であるといわざるを得ない。」と判示している。

パートナーが合有的な共同所有者となることを承認しつつ、特定の LPS 財産に対する持分の処分や分割請求等を禁止する趣旨である。このため、パートナーが有益かつ第三者に影響を及ぼさない範囲で LPS 財産に対する持分を所有する場合がありますので、本条は、LPS の法人該当性の根拠にはならないとした。

最後に、ニューヨーク州 LLC 法とデラウェア州 LPS 法の類似性から LPS の法人該当性を判断できるとの被告の主張についても、両者がそれぞれ異なる見解に基づく判断であり、判断の対象となる準拠法も異なるため、LLC についての判決を前提として LPS の法人該当性を判断することは相当ではなく、LLC と LPS が、わが国の租税法上、法人に該当するか否かの結論を異にしても不自然ではないとした¹⁷⁰。

4. 3. 3 検討

東京地裁は、課税庁及び納税者の主張する方法によることなく、独自の判断基準を採用した。この基準では、まず、設立準拠法である外国私法の規定による形式的な判断を行い、次に、LPS 契約の内容や LPS の活動実態等から、LPS が、わが国の法人と同様に、「損益の帰属すべき主体」として設立されたものかどうかを検討すべきとしている。そして、後者が、法人該当性についての決定的なメルクマールになるとしている。ここで、「損益の帰属すべき主体」として設立されたものが法人であるとする考え方は、損益から構成される所得が法人に帰属することを前提として、法人税が課されることに加え、法人税法第 11 条で規定する実質所得者課税の原則からも裏付けられるとしている。つまり、これは、租税法の観点からみたわが国の法人の性質であり、法人税法が意図する法人税を課すべき事業体の性質であると考えられる。よって、東京地裁は、わが国の租税法における法人の概念について、設立準拠法である外国私法からの借用により形式的に判断するが、これに加えて、租税法独自の観点から法人の性質を導き出し、外国事業体がこの基準に当てはまるか否かを検討するという、借用概念の目的適合説に近いアプローチをとっている¹⁷¹。

そして、東京地裁は、「損益の帰属すべき主体」の判断基準として、損益が LPS 契約に従い構成員に直接帰属しているかどうか、という点を具体的に挙げている。つまり、決議等により構成員にその都度分配が行われている場合、事業体は、法人に該当することになる。そして、あらかじめ決められた契約内容

¹⁷⁰ なお、ニューヨーク州 LLC について、LLC が、company を含む名称を使用することを許され (N.Y. LTD. LIAB. CO. LAW §204(a),(e)(Consol. 2014).) 、外形的にも company に類するものとされていること等から、LLC は、明らかにわが国の法人と同様、損益の帰属すべき主体として設立されたものということが可能であるとした。

¹⁷¹ 海江田=岩品・前掲注 (10) 139 頁

に従い自動的に分配が行われる場合は、法人に該当しないとされる。

本方法は、設立準拠法による形式的な判断の欠点である、わが国と諸外国の法制度の相違を解消するため、外国事業体の実質についての検討を行うものであり、理論的に妥当な判断方法であると思われる。「損益の帰属すべき主体」による実質的な判断についても、根拠が明確であり、本基準を納税義務者の判断基準とすべきであるとの見解がある¹⁷²。また、当事者の意思を尊重し、想定した通りの課税が行われるべきとの見解¹⁷³も、この実質的な判断の方法と合致していると考えられる。

しかし、前節の大阪地裁判決が採用した判断基準で問題とされた、納税者の予測可能性の確保や法的安定性の維持についての問題は依然として残る。そして、次節の東京高裁判決の通り、「損益の帰属すべき主体」とは租税法から見た法人の性質であり、私法上の法人該当性を検討する際に、租税法の目的を重視した解釈を行うことになる。東京地裁は、借用概念の統一説に従って法人該当性を判断するとしている。しかし、租税法の解釈を重視した判断を行うことは、租税法律主義との関係で問題があると批判される¹⁷⁴。

なお、本件 LPS は、課税逃れを目的としていることが明白であるため、仮装行為として LPS が法人税の納税義務者となるかどうかの問題であり、私法上の法人概念の議論にとらわれすぎているとの批判¹⁷⁵がなされている。しかし、租税法律主義の観点から、まず、私法上の法律関係を明らかにする必要がある、この後に生じる租税回避について議論をすべきである。このため、このような検討を経ずに租税回避を問題とすべきではないと考える。

4. 4 LPS は法人であるとした事例 2（東京高判平成 25 年 3 月 13 日）¹⁷⁶

4. 4. 1 当事者の主張

(i) 控訴人（課税庁）の主張

控訴人の主張は、東京地裁におけると同様である。

(ii) 被控訴人（納税者）の主張

被控訴人の主張は、東京地裁におけると同様である。

¹⁷² 朝長英樹「事業体課税の理論と課題」租研 673 号（2005 年）75 頁、80 頁及び 105 頁

¹⁷³ 岡村・前掲注（163）76 頁

¹⁷⁴ 落合・前掲注（31）131 頁

¹⁷⁵ 水野・前掲注（138）77 頁及び 107 頁

¹⁷⁶ 訟月 60 卷 1 号 165 頁参照。岡村忠生「Limited Partnership の法人性（1）」税研 172 号（2013 年）73 頁、同「Limited Partnership の法人性（2）」税研 173 号（2014 年）69 頁、同・前掲注（163）71 頁。評釈として、藤谷武史「判批」ジュリ 1470 号（2014 年）103 頁がある。

4. 4. 2 裁判所の判断

(i) 東京高裁は、租税法律主義の観点から法的安定性を確保するため、設立準拠法である外国私法から形式的に判断する方法が相当であるとし、東京地裁が独自に採用した、「経済的、実質的に見れば、明らかにわが国の法人と同様に損益の帰属すべき主体」との判断基準を否定した。法人格が付与されている場合、事業から生じる損益は、まず事業体に帰属することになり、「損益の帰属すべき主体」であることは、法人格が付与されたことの結果であるとする。そして、チェック・ザ・ボックス規則により構成員課税を選択した場合、損益は事業体の構成員に帰属するとの擬制が可能であるため、「損益の帰属すべき主体」として設立されたものであるかどうかを判断基準にすることはできないとした。更に、私法上どのような事業体が法人であるかを判断する際に、租税法が規定する事業体の課税関係を持ち出すことは、主客転倒であり適当でないとした。

また、東京高裁は、課税庁の主張する 3 要件による判断基準についても東京地裁判決と同様の理由により、法人と法人でない事業体を明確に区別できないとして否定した。加えて、外国事業体とわが国の法人が有する権利能力の内容を比較し、実質的に法人該当性を判断すると、国によって法制度が異なる以上、権利能力の構成や内容が異なるため、法人該当性の判断が恣意的で予測不可能なものになりかねないと指摘した。

(ii) 東京高裁は、外国私法から法人該当性を判断するに当たり、文言に従って形式的に見るだけでなく、事業体の設立、組織、運営及び管理等について実質的な検討も行うべきであるとしており、前節及び前々節の裁判例と同様に実質的な判断を要求している。

(iii) 州 LPS 法第 201 条(b)の「separate legal entity」がわが国の租税法上の法人概念であるかどうかについては、州 LPS 法の規定と LPS 契約を詳細に検討している。そして、本件 LPS は、①団体として構成員とは区別された独自の財産を有し、その名において契約を締結し、その名において権利を取得し義務を負うなど、独立した権利義務の主体となる。取得した不動産については、その名で登録することができ、その名において訴訟当事者となることもできる。②わが国の登記に類似した「登録」が要求されている。③パートナーは、LPS 契約で「各パートナーが出資割合に相当する不可分の持分を有する」との規定があったとしても LPS の個別財産に対する権利を持たない。④LP には、LPS の債務を支払う責任はなく、有限責任が貫かれている。⑤LP は LPS の管理・運営への参加を禁じられ、LP の持分は譲渡可能である。といった特徴を有するとした。

これらを総合すると、「separate legal entity」は、「構成員から独立した法的

主体」であり、本件 LPS は、わが国の租税法上の法人にあたる¹⁷⁷。

4. 4. 3 検討

本事件は、前節の東京地裁判決の控訴審である。東京高裁は、納税者が主張する方法と同様に設立準拠法の規定により、わが国の租税法上の法人該当性を形式的に判断する方法を採用した。ただし、規定の判断に当たり、法人の性質について実質的な検討を行うべきとしている。この検討を行う際の判断基準について、本章第 2 節で課税庁が主張する方法（大阪地裁が採用した方法）及び前節で東京地裁が採用した方法を共に否定し、東京高裁独自の案を採用している。この独自案の内容が、法人と法人でない事業体を明確に区別することができないとして東京高裁が否定した、課税庁主張の 3 要件に新たな特徴を追加したものである点は注目すべきである¹⁷⁸。

しかし、本判決は、LP との関係のみを重視し、GP との関係を軽視した判断がなされていると批判される¹⁷⁹。東京高裁が示した本件 LPS の特徴のうち、④と⑤については、GP との関係では当てはまらない。LPS が、LP との関係上は法人であり、GP との関係上は組合であるとするような構成員ごとに法人該当性を判断する方法は、所得計算上採用することができない。このため、全構成員との関係を考慮して法人該当性を判断すべきである。また、納税者の予測可能性の確保や法的安定性を維持するため、LPS の法人該当性を設立準拠法である外国私法から形式的に判断するとしながらも、文言の判断に当たり、根拠が明らかでない実質的な判断を要求する点についても矛盾している。更に、判断基準として東京高裁が採用した具体的な特徴についても、納税者の予測可能性を損なうとして課税庁の主張する方法を否定したにもかかわらず、これと類似したものになっている点に疑問を感じる¹⁸⁰。

以上より、理論的に矛盾を抱えた本方法では、外国事業体の法人該当性を判断することはできないと考える。

¹⁷⁷ 本章第 2 節の大阪地裁の控訴審である大阪高判平成 25 年 4 月 25 日判例集未登載でも、本件と同様の判断基準を用いて同様の判断を行っている。大阪地裁で用いられた被告主張の判断基準を、「いずれも法人格が付与されることによって認められる法人の属性にすぎず、これらを満たせば法人に該当するというその立論に法的な根拠はない」、「外国の事業体についてのみ、その準拠法上の法人格の有無という画一的な基準によることなく、個別具体的な実質判断を行うことになり、内国法人の場合の判断基準と相違する結果となる上、法人に当たるか否かの判断が恣意的で予測不可能なものになりかねず、法的安定性の観点からも許容できない。」として否定した。

¹⁷⁸ 藤谷・前掲注 (175) 105 頁

¹⁷⁹ 岡村・前掲注 (175) 「Limited Partnership の法人性 (2)」 69 頁

¹⁸⁰ 藤谷・前掲注 (175) 106 頁

4. 5 納税者が主張する方法についての検討

納税者は、予測可能性の確保や法的安定性を維持するために、設立準拠法である外国私法から形式的にのみ判断すべきであると主張する。わが国の租税法では、内国事業体として、「法人、人格のない社団、組合等」の3種類が規定されており、外国事業体についても同様に、「外国の法人、外国の人格のない社団、外国の組合等」の3種類が規定されている。内国事業体は、法人法定主義により経済的実態にかかわらず、法人と法人でない事業体が区分され、法人でないとされた事業体に対しては実質面からの検討を行い、「人格のない社団等」に該当するものには法人税を納める義務がある。このため、外国事業体についても、内国事業体と同様に、外国私法の規定から法人該当性を判断すべきであるとする¹⁸¹。つまり、外国事業体の法人該当性の判断は、設立準拠法の文言のみにより形式的に判断し、実質的な検討は、法人でないとされた事業体が人格のない社団等に該当するかどうかという局面で行われるべきと主張する。また、わが国の租税法が法人法定主義を採用するのは明確さを重視した割り切りであり、綿密な振り分けを行っていないとの見解¹⁸²や、納税者が事業体の選択を行うに当たり、租税負担を考慮するのは当然であり、私的自治の原則や契約自由の原則からも納税者の意思が尊重されるべきとの見解¹⁸³も本方法を支持する。更に、本方法によると、原則として外国事業体の取扱いが設立地と同じとなるため、構成員への所得の帰属時期や個人構成員の所得区分の問題、タックス・ヘイブン対策税制等のハイブリッド・エンティティ¹⁸⁴に関する諸問題が生じにくくなる¹⁸⁵。この点につき、わが国の租税法は、内外での性質決定の違いに対して脆弱であり、国際的租税裁定を許容する体質であるとの批判¹⁸⁶もあり、本方法を採用するメリットは大きいように思える。

一方、本方法を採用するに当たり、わが国と諸外国の法制度の相違が問題となる。このため、各裁判所は、法人該当性の判断につき何らかの形で実質的な判断を要求している。国家により法令の制定経緯や立法政策が異なり、法人概念も多様であるため、わが国の法人に対応する文言の特定が難しく、特定には

¹⁸¹ 平川・前掲注(166)109頁

¹⁸² 淵・前掲注(162)9頁

¹⁸³ 岡村・前掲注(163)「Limited Partnershipの法人性(3)」77頁

¹⁸⁴ 高橋祐介「パートナーシップと国際課税」フィナンシャル・レビュー84号(2006年)84頁、87頁。本田光宏「ハイブリッド事業体と国際的租税回避について」フィナンシャル・レビュー84号(2006年)101頁、104頁でハイブリッド・エンティティの定義が記載されている。

¹⁸⁵ 長谷部啓「外国事業体と国際課税を巡る問題—各国租税法上の法人概念の相違に起因する諸問題を中心として」税大論叢59号(2008年)140頁、201頁

¹⁸⁶ 増井・前掲注(23)93頁

結局 LPS 契約の内容や活動実態等からの実質的な判断が必要であるとされる¹⁸⁷。また、わが国の租税法上の問題について、外国私法上の概念を借用して検討することは、自国の課税権を保持するという観点からも問題があると批判される¹⁸⁸。このような問題点もあり、諸外国で本方法を採用する国はベルギー等少数であるとされる¹⁸⁹。

4. 6 小括

本章で示した判決において、大阪地裁及び東京高裁は、LPS の法人該当性を肯定したが、東京地裁は、法人該当性を否定している。各事例とも事案の概要や争点、訴訟当事者の主張に大きな相違はないにも関わらず、採用された判断基準や判決は異なっている。この相違の理由について、第一に、法人概念をわが国の私法から借用するのか、設立準拠法である外国私法から借用するのかという点にあると考えられる。なお、第 2 章第 1 節で整理した通り、わが国の租税法上の法人概念について、通説である借用概念の統一説を採用しようとする点は、どの裁判例においても同じである。まず、納税者は、租税法律主義から導かれる課税要件法定主義及び課税要件明確主義を重視している。そして、私的自治の原則や契約自由の原則から、当事者が租税負担額を考慮して選択した事業形態を尊重すべきであるとして、外国私法の規定から形式的にのみ法人該当性を判断すべきであると主張した。これに対し課税庁は、各国の法制度の相違に加えて、わが国の租税法における問題に対して外国私法の規定をそのまま適用すべきではないとして、納税者の主張する方法により法人該当性を判断することはできないとした。そして、課税庁は、外国事業体がわが国の私法から導かれる法人の性質を具備しているかどうかにより、法人該当性を判断すべきであると主張した。なお、大阪地裁は、課税庁の主張を採用し、法人概念はわが国の私法から借用すべきであると判示した。次に、東京地裁は、外国事業体の法人該当性を外国私法から形式的に判断すべきであるとしながらも、外国事業体の実質的な判断も併せて行う必要があるとした。これは、借用概念の統一説に基づく形式的な判断では、わが国と外国の法制度の相違に対応できず、実質的に同じ性質をもつ事業体に対して同じ課税を行うという課税の公平を損なうとの判断であると考えられる。また、東京高裁は、大阪地裁及び東京地裁の採用した実質的な判断を否定し、課税要件法定主義及び課税要件明確主義の観

¹⁸⁷ この点につき、岡村・前掲注(169)「Limited Partnership の法人性(2)」73頁。宮塚久「外国事業体の法人該当性」税弘 63 卷 1 号(2015 年)80 頁, 87 頁では、わが国の法人に相当する文言を常識的に特定することは可能であるとの見解を示している。

¹⁸⁸ 木村・前掲注(142)160 頁

¹⁸⁹ Jones, *supra* note 22, at 306.

点から外国私法による形式的な判断を行うべきであるとした。しかし、規定の判断に当たり、外国事業体の実質を検討する必要があるとしており、東京地裁が採用する判断方法との実質的な相違はない。この2つの判決の差異について、東京地裁は、外国私法による形式的な判断と、租税法からみた法人の性質についての実質的な判断の両方を行うべきであるとする。一方、東京高裁は、外国私法による形式的な判断の過程内で、文言検討の際に外国事業体の実質的な判断を行うべきであるとしており、あくまでも形式的な判断の枠内で実質的な判断を行うとする点で東京地裁判決と異なる。この点については、第2章第2節での検討の通り、外国事業体の法人該当性を検討する際の法人概念の借用先は、設立準拠法である外国私法によるべきであるため、法人概念を国内私法から借用する大阪地裁判決は、採用することはできないと考える。また、東京高裁判決は、租税法律主義の観点から外国私法による形式的な判断を採用したにもかかわらず、文言の検討に当たり事業体の実質的な判断を要求している点で理論構成に矛盾がある。このため、東京高裁の判決についても、採用することはできない。以上より、納税者及び一次的に東京地裁が主張した設立準拠法である外国私法から形式的に判断する方法が適切であると考えられる。

第二に、外国事業体の実質的な判断を行う際に各裁判所が採用した判断基準にも相違の要因があると考えられる。大阪地裁は、わが国の民法において法人が、「自然人以外のもので権利義務の帰属主体となるもの」と定義される点に着目する。そして、民法上の法人の性質に従い、具体的に事業体が、①独自の財産を有すること、②その名で法律行為を行い、権利を有し、義務を負うこと、③訴訟当事者となり得ること、という3つの要件を挙げ、これらを全て満たす場合にわが国の租税法上の法人に該当するとした。次に、東京地裁は、設立準拠法やLPS契約で定める設立、組織、運営及び管理等の内容に着目する。そして、経済的、実質的に見て、LPSがわが国の法人と同様に、「損益の帰属すべき主体」として設立されたものであるかどうかという租税法の観点から見た法人の性質により判断するとした。つまり、LPSの損益がLPS契約に従い構成員に直接帰属する場合は、LPSが損益の帰属すべき主体として設立されたものではないため、わが国の租税法上の法人に該当しないとした。東京高裁は、東京地裁判決と同様に、租税法の観点から法人の有する特徴を導き出すアプローチを採るが、大阪地裁の採用する3要件と実質的には類似している特徴により判断するとした。この点につき、大阪地裁の採用した実質的な判断は、東京地裁判決でも述べられている通り、わが国の組合にも当てはまるため、法人と法人でない事業体を区別する基準にはならない。東京地裁の採用した実質的な判断は、法人税法第11条の実質所得者課税の原則から裏付けられる。また、法人税

が事業体に帰属する収益と費用から構成される所得に対して課されることから、「損益の帰属すべき主体」は、租税法の観点からみた法人の性質であるとする。この基準は、租税法の観点からみた法人の性質を挙げているが、採用の根拠が明らかであり、理論的にも妥当であると思われる。そして、東京高裁の採用した実質的な判断は、大阪地裁の採用した判断基準に新たな特徴を付加したものと考えられるが、これは、裁判所が独自に定めた租税法の観点からみた法人の性質である。しかし、新たに追加された特徴については法的根拠に乏しく、納税者の予測可能性や法的安定性の面で問題があり、採用することはできないと考えられる。

これまでの検討を考慮すると、外国事業体の法人該当性は、設立準拠法である外国私法による形式的な判断によることが、納税者の予測可能性の確保及び法的安定性の維持に資するため適切であると思われる。しかし、わが国と外国の法制度の相違により、このような形式的な判断によると、同様の性質をもつ事業体に同様の課税を行うという課税の公平が損なわれるおそれがある。このため、外国事業体の実態についての実質的な判断も併せて行われるべきであるとする。ただし、実質的な判断を行うことは、租税法律主義から導かれる課税要件法定主義及び課税要件明確主義を損なうことになり、納税者の予測可能性の確保、法的安定性の維持の面で問題が生じると考えられる¹⁹⁰。

5. LPS の「人格のない社団等」該当性の判断

前章で取り上げた事例において、原告被告双方は、二次的に LPS の「人格のない社団等」該当性について、第 3 章第 2 節第 2 項の通り、私法上の権利能力なき社団の 4 要件に基づいた主張を行っている。そして、東京地裁は、人格のない社団等該当性についての判断を行っている¹⁹¹。本章では、前章で取り上げた裁判例について再度の検討を行った上で、租税法上の人格のない社団等該当性を判断する際に私法上の権利能力なき社団の判断要素を使用することについての検討を行う。

¹⁹⁰ なお、イギリス領バミューダ LPS 等、諸外国の LPS についても法人該当性が問題となった裁判例が存在する（イギリス領バミューダ LPS について東京地判平成 24 年 8 月 30 日税資 262 号順号 12027 頁。東京高判平成 26 年 2 月 5 日判例集未搭載。東京高裁の評釈として、伊藤剛志「判批」ジュリ 1469 号（2014 年）8 頁。本判決では、第 4 章第 3 節記載の東京地裁判決と同様の判断がなされ、LPS はわが国の租税法上、法人に該当しないと判示した。）。本稿では、デラウェア州 LPS を素材とした検討を行うため、これらの LPS について、詳細には触れない。

¹⁹¹ 大阪地裁は、LPS が「法人」に該当すると判示したため、「人格のない社団等」に該当するかどうかは別途検討しなかったものと考えられる。

5. 1 LPS は法人ではないとした事例の再検討

5. 1. 1 当事者の主張

(i) 納税者の主張

①「団体としての組織を備えているか」については、本件 LPS が GP と LP1 名ずつで構成された単純なものであり内部組織を有さないため、該当しない。

②「多数決の原則が行われているか」については、本件 LPS の管理・運営・業務執行が GP のみにより行われることから、該当しない。

③「構成員の変更にもかかわらず団体が存続するものであることが認められるか」については、州 LPS 法で LPS が構成員 2 名以上でなければ設立できず、GP 又は LP がなくなった場合には、新たに補充されない限り解散するとの規定があることから、該当しない。

④「代表の方法や財産の管理方法等、団体としての主要な点が確定しているか」については、GP が本件 LPS を代表するも、次の代表を定めるルールがなく「代表の方法」は定められていない。また、総会の運営、財産の管理についての規定もないため、該当しない。

以上より、4 要件を全て満たす場合に限り人格のない社団等に該当するところ、本件 LPS は、4 要件のいずれにも該当せず、人格のない社団等に該当しないと主張した。

(ii) 課税庁の主張

①「団体としての組織を備えているか」については、LPS の管理・運営に関する独占的権限が付与された GP が、本件 LPS の意思決定や契約の締結等を行い、LP は一定の場合に GP を解任する権限を有すること等から、該当する。

②「多数決の原則が行われているか」については、GP が本件 LPS を運営するも、これは LP の同意に基づくものであり、LP は GP の解任権限を有するため、該当する。

③「構成員の変更にもかかわらず団体が存続するものであることが認められるか」については、LPS 契約に GP の選解任、LP の脱退、持分の譲渡可能性等の規定があり、存続を前提とした事業体であると考えられるため、該当する。

④「代表の方法や財産の管理方法等、団体としての主要な点が確定しているか」については、上記以外にも LPS 契約に費用の支払、資本の利用、損益の割当・分配、LPS の終了・清算、会計・報告等に関する規定があるため、該当する。

以上より、本件 LPS は、4 要件を全て満たしているとして、人格のない社団等に該当すると主張した。なお、課税庁は、4 要件を全て満たさない場合でも人格のない社団等に該当しうるとしている。

5. 1. 2 裁判所の判断

本件 LPS は、LPS 契約に基づき GP と LP により組成され、管理及び運営に関する独占的権限は GP に付与されている。そして、GP は、LPS としての業務執行、組織運営に係る意思決定等を行い、LPS を代表して売買契約等を行うものである。なお、LPS 契約では、LP の意思決定等への関与は予定されておらず、LPS 契約に定める GP の解任や、契約内容の変更についても、例外的にしか認められるものではないとしている。

そして、東京地裁は、本件 LPS の性質を 4 要件に具体的に当てはめて以下の通り判示している。

①「団体としての組織を備えているか」については、本件 LPS は民法上の組合に類似した組織形成、運営等を予定したものにすぎず、法人のように団体としての意思決定権限がなく、業務執行機関や代表機関を備えていないため、該当しない。

②「多数決の原則が行われているか」については、法人のような組織形成、運営等が予定されていないため、該当しない。

③「構成員の変更にもかかわらず団体が存続するものであることが認められるか」については、LPS 契約が定める限定された要件の下でパートナーの交代にもかかわらず存続するため、該当する。

④「代表の方法や財産の管理方法等、団体としての主要な点が確定しているか」については、上記のような団体としての組織を備えていない以上、LPS 契約の定めをもって団体としての主要な点が確定しているとは言えないため、該当しない。

以上より、本件 LPS は、4 要件のうち③にのみ該当するとしたものの、これのみをもってわが国の租税法上、人格のない社団等に該当するとはいえないと判示した¹⁹²。

5. 1. 3 検討

本事例において当事者は、人格のない社団等該当性の判断に当たり、第 3 章第 2 節第 2 項の通り、私法上の権利能力なき社団の要件として最高裁で示された 4 要件を用いて主張を行っている。東京地裁も、この 4 要件に従って判断を行っており、4 要件に基づいて人格のない社団等該当性の判断を行うことに当事者間での争いはない。この点については、租税法上の法人概念を私法からの借

¹⁹² 注釈 160 で記載した名古屋地裁でも同様に、本件 LPS は人格のない社団等に該当しないと判断している。

用に拠ることと同様に、人格のない社団等の概念も、私法上の権利能力なき社団の概念から借用しようとするものである¹⁹³。

しかし、この4要件は、それぞれの内容が曖昧で、判断基準が具体的に明示されていない¹⁹⁴。このため、各要件の拡張解釈や縮小解釈が可能であり、当事者が、その意思により人格のない社団等に該当するとも該当しないとも主張することができると考えられる。思うに、租税法では、租税法律主義の観点から納税者の予測可能性や法的安定性を重視するため、この4要件のように曖昧な基準により人格のない社団等該当性を判断すべきではない。東京地裁は、4要件を借用概念の統一説に従い、そのまま当てはめて人格のない社団等該当性を判断している。しかし、この点についての検討は、先に争点とされた法人該当性の判断についての検討と比較すると、人格のない社団等該当性の判断で行われた検討では不十分であると考えられる¹⁹⁵。

5. 2 人格のない社団等の概念を私法から借用することの問題点

民法上の権利能力なき社団は、社団の実体を有する団体でありながら法人格を持たない団体である¹⁹⁶。法人でない団体のうち、社団と組合は峻別すべきであるとの考え方が古くから存在しており、両者を一定の基準で区別し、社団には組合の規定ではなく社団法人の規定を適用すべきであるとの考え方が一般的であった¹⁹⁷。

しかし、団体は社団的なものから組合的なものまで連続系列をなしており、両者を絶対的に区別するのは不可能であるとする見解¹⁹⁸や、両者の区別は概念的には不可能であり、類型的にのみ可能であるとの見解¹⁹⁹が主張されるようになった。そして、社団と組合を区別するための要件は効果から遡って考察されるべきであり、求める効果を認めるにふさわしい団体はどのようなものかとい

¹⁹³ 前掲注(99)の福岡高裁判決において、租税法上の人格のない社団は、「もともと『権利能力なき社団』として認知された民事実体法上の概念を借用したもので、納税主体をこのような社団概念に準拠してこれを捕捉する以上は、民事実体法上の社団性概念にある程度拘束されるのもやむを得ないことである。」と判示している。

¹⁹⁴ 星野・前掲注(40) 272頁。林良平＝前田達明編『新版注釈民法(2)』(有斐閣, 1991年) 76頁〔森泉章〕

¹⁹⁵ 仲谷他・前掲注(166) 89頁。品川・前掲注(166) 84頁

¹⁹⁶ 林＝前田・前掲注(194) 74頁

¹⁹⁷ 鈴木・前掲注(38) 5頁

¹⁹⁸ 福地俊雄「法人に非ざる社団について」神戸16巻1-2号(1966年) 132頁, 137頁及び140頁

¹⁹⁹ 篠田四郎「権利能力なき社団—その類型論的・法的構成」矢野還暦『現代における法と行政』(法律文化社, 1981年) 151頁, 175頁

う見地から要件が決められるべきであるとの見解²⁰⁰が主張された。この結果、社団と組合の峻別論は克服され、現在では両者の線引きは個別の事例ごとに判断すべきとの考え方が有力となっている。このような考え方にに基づき、4要件を厳格に当てはめることなく新たな要件の補充や、重要でないとされる要件の削除により、権利能力なき社団等の該当性を認めた裁判例²⁰¹も存在する。このため、4要件は、あくまでも理想形であり、個々の事例ごとに要件が取捨選択され、新たな要件が付加される可能性もある。また、権利能力なき社団に該当する場合、4要件をすべて満たす必要があるのか、それとも4要件には優劣があり、ある要件を欠いたとしても特定の要件さえ満たせば該当し得るのかが明らかではない²⁰²。これは、租税法では租税法律主義の要請が大きく、人格のない社団等についても納税主体として立法に取り込んでいるが、定義自体は柔軟性をもつ民事法に依拠している点に問題があるとされる²⁰³。

以上より、権利能力なき社団という私法上の意義が不明確な概念をわが国の租税法で統一説に基づき借用することは、法的安定性を損ない納税者の予測可能性を害することになると考えられる²⁰⁴。

また、別の裁判例²⁰⁵では、民事訴訟法第29条のとおり、代表者又は管理人の定めのある法人でない社団は、たとえ組合であっても法人でない社団として当事者能力を認めると判示している。本条は、「法人でない社団又は財団で代表者又は管理人の定めがあるものは、その名において訴え、又は訴えられることができる。」と定めており、法人税法第2条第8号と同様の文言が使用されている。これは、訴訟の便宜という観点から、幅広く団体に当事者能力を認めるものであるとされている²⁰⁶。このため、従来の学説でも民法上の組合について、「代表者の定め」があれば当事者能力があるとされており²⁰⁷、民法や民事訴訟

²⁰⁰ 星野・前掲注(40) 279頁

²⁰¹ 例えば、最判昭和55年2月8日民集34巻2号138頁(沖縄における門中について)では、多数決の原理が行われていないとされたが、門中は権利能力なき社団に該当すると判断された。

²⁰² なお、石倉文雄「税法適用関係における人格なき社団論—熊本ねずみ講についての2つの対立する判決に関連して」山田古稀『税法の課題と超克』(信山社、2000年)1頁、20頁では、4要件を厳格に当てはめることは正当でないとしている。

²⁰³ 兼平・前掲注(96) 93頁

²⁰⁴ 小野傑＝渡辺健樹「租税法上の法人概念と先端的金融商品及び国際課税—日米比較分析」金子宏編『国際課税の理論と実務—移転価格と金融取引』(有斐閣、1997年)346頁、374頁。渋谷雅弘「借用概念解釈の実際」金子宏編『租税法の発展』(有斐閣、2010年)39頁、47頁。落合・前掲注(31) 121頁。兼平・前掲注(96) 94頁。石倉・前掲注(202) 17頁

²⁰⁵ 最判昭和37年12月18日民集16巻12号2422頁

²⁰⁶ 上田徹一郎『民事訴訟法』(法学書院、第7版、2011年)93頁。

²⁰⁷ 鍛冶・前掲注(160) 84頁では、対外的接触の多い団体は、必ず代表者が置かれているとされる。また、三枝・前掲注(160) 111頁では、代表者の定めに加え、業務ないし財産の管理のための機構を備えている場合に、当事者能力が認められるとされる。

法における権利能力なき社団は、複数人が共同目的のために結集した団体であるとし、組合もこの中に含まれるとしてその範囲を広く捉えている²⁰⁸。

一方、租税法における人格のない社団等は、第3章第2節第2項で検討したとおり、他の事業体との間における課税上の不均衡を是正するために創設されたものであり、事業や投資に用いられないよう黙示的に税制が構築されている²⁰⁹。そして、収益事業についてのみ課税を行うため、収益事業を行う「代表者の定め」のない社団は存在しないとの前提に立つ²¹⁰。このため、民事訴訟法と法人税法における「代表者の定め」という文言では重要度が異なり、法人税法における文言は、確認規定とされる程度の重要性しか有さず、民事訴訟法のように人格のない社団を広く捉えることにはならないとされる²¹¹。

本章での検討から、借用概念の統一説に従い、私法上の権利能力なき社団の要件をそのまま租税法上の人格のない社団等の要件とすることには問題があることが判明した。租税法において、人格のない社団等の範囲を私法と同様に広く捉えることには問題があり、「代表者の定め」という規定についても、租税法と私法では重要度に違いがある。また、法人課税について考慮せずに決定される私法上の性質を、法人課税の基準として無条件に用いることに理論的な根拠はないとの見解もある²¹²。このため、上記の4要件は、あくまでも類型としてとらえ、租税法独自の観点から要件に修正を加え、人格のない社団等の意義を再構成する必要があると考えられる²¹³。

6. 法人該当性の判断枠組みについての提言

第4章では、デラウェア州 LPS の法人該当性に関する裁判例を素材として、LPS がわが国の私法上の法人に該当するかどうかについての分析を行った。この結果、設立準拠法である外国私法からの形式的な判断によることが、租税法主義の観点から納税者の予測可能性の確保、法的安定性の維持に最良の方法であることが判明した。また、当事者の意思を尊重し、納税者の予測した通り

²⁰⁸ 佐藤孝・前掲注(96)239頁

²⁰⁹ 高橋祐介「事業体課税論」岡村忠生編『新しい法人税法』（有斐閣、2007年）61頁、77頁では、人格のない社団等からの分配は雑所得になるため、受取配当の益金不算入が適用されず、株式会社と比較しても非導管性が強いとしている。

²¹⁰ 法人税基本通達1-1-3

²¹¹ 兼平・前掲注(96)99頁

²¹² 佐藤英・前掲注(45)112頁

²¹³ 渋谷・前掲注(204)47頁。なお、佐藤孝・前掲注(96)255頁は、財産の独立性を重視すべきであるとしている。また、石倉・前掲注(202)23頁は、事業体について、4要件がそれなりに備わり、対外的にも人格のない社団の概観を呈しており、法人税の確定申告書を提出しているような場合には、租税法上の人格のない社団に当たるとしている。

の課税が行われるという契約自由の原則や私的自治の原則からも、この方法が妥当であると考えられる。しかし、各国における法制度の相違により、わが国の私法と外国私法における法人概念が同じであるとは限らない。このため、類似する事業体であっても課税方法が異なる結果となり、同様の性質をもつ事業体に同様の課税を行うという課税の公平を損なうこととなる。

次に、第5章でLPSが租税法上の人格のない社団等に該当するかどうかについて前章で取り上げた裁判例を用いて分析を行った。この結果、租税法上の人格のない社団等該当性を、借用概念の統一説に従い、最高裁で示された私法上の権利能力なき社団の4要件により判断することは、法的安定性や予測可能性を損なうことになり、適切でないことが判明した。このため、租税法における人格のない社団等該当性の判断に当たっては、租税法独自の観点から新たな要件を確立する必要がある。

そこで、本章では、第4章及び第5章で得られた結論を基に、わが国の租税法における外国事業体の法人該当性についての判断枠組みを示すことを試みる。

6. 1 LPSの実質的な判断の方法についての検討

第4章で検討した事件では、LPSの法人該当性の判断に当たり、いずれの裁判所も形式的な判断だけでなく、LPS契約の内容や活動実態等から実質的な判断も行っている。特に、東京地裁は、法人該当性の判断において形式的な判断と実質的な判断を併せて行った後、人格のない社団等該当性の判断において再び実質的な判断を行っており、LPSの法人該当性の判断に当たり2度の実質的な判断を行っている。この点につき、再度の実質的な判断は不要であるとして、人格のない社団等該当性の検討が不要とする見解²¹⁴がある。しかし、第3章第2節第2項で整理した通り、人格のない社団等への課税が始まった経緯は、法人と法人でない事業体がそれぞれ事業を行う場合における課税上の不均衡を是正するためであり、法人でない事業体のうち、実質的に法人と類似している事業体に対して法人課税を行うこととしている。このような経緯を踏まえると、第4章で検討した事件で採用された実質的な判断は、「法人」該当性判断の局面で用いられるのではなく、「人格のない社団等」該当性判断の局面で用いられるべきである²¹⁵。

²¹⁴ 宮崎綾・前掲注(166)186頁

²¹⁵ なお、渡邊・前掲注(43)609頁では、外国事業体の実質判断につき、法人税基本通達1-1-1が、「人格のない社団という組織の実態に着目して定義を与えているのであり、形式的定義ではない。」ため、「外国で同様の組織がある場合にはこの定義に沿って当該組織の実体を吟味し、我が国法人税法上の「法人」となるかどうかを決定することになる。」とする。アプローチは異なるものの、方向性は本稿と類似していると考えられる。

6. 2 租税法から見た人格のない社団等の要件についての再構築

わが国の租税法における法人概念は、借用概念の統一説に従い、法人法定主義により形式的に決定される。そして、租税法における人格のない社団等は、第3章第2節第2項の通り、法人と法人でない事業体との間で生じる課税上の不均衡を是正することを目的としている。このため、租税法から見た人格のない社団等の要件は、租税法が法人税を納める義務があると考えた事業体の性質から検討されるべきと考える。この点につき、法人税を納める義務がある事業体の重要な要素は、設立準拠法上で所得が事業体に帰属するか、構成員に帰属するかであるとされる²¹⁶。このような特徴は、導管性 (conduit concept) と呼ばれ、高橋祐介教授は、「ある仕組みを通じて事業や投資を行う場合、その仕組みを通じないで行った場合と同等の結果が生じる性質」と定義する²¹⁷。この導管性は、事業体に対する税制構築や評価をするうえで重要な指標の一つであり、事業体への課税を考える上でまず導管性を確保し、その後、法人税の課税根拠や執行上の便宜により導管性を修正するアプローチが重要であるとされる²¹⁸。

そして、導管性の判断基準として13の要素²¹⁹が挙げられているが、この中に、「事業体の所得が、事業体による稼得時に実際の分配の有無にかかわらず構成員の所得とされている場合には導管性があり、そうでない場合には導管性がない。」という要素がある²²⁰。ここで、第4章第3節で東京地裁が判断した通り、事業体が「損益の帰属すべき主体」として設立されたかどうかの判断要素は、事業体の所得が契約に従い構成員に直接帰属するかどうかである。つまり、事業体の構成員が、事業による所得を構成員間の契約に従い、資金の移転を伴わずに各構成員に直接帰属させることを選択したかどうかである。これは、導管性の13の要素の内、本節で取り上げた要素と同旨であり、「損益の帰属すべき

²¹⁶ 金子・前掲注(1) 291頁。水野・前掲注(42) 336頁

²¹⁷ 高橋・前掲注(209) 64頁参照。なお、「その仕組みを通じた事業や投資により、その仕組みを通じないで行った場合と結果が異なる性質」を非導管性と定義している。

²¹⁸ 高橋・前掲注(209) 65頁

²¹⁹ 高橋・前掲注(209) 66頁以降で導管性の判断基準として、①事業体が所得計算主体となるか、②事業体が源泉徴収義務者となるか、③事業体の所得に対し事業体レベルでの課税が行われるか、④事業体の所得稼得時に現実の分配に関係なく構成員の所得とされるか、⑤事業体の損失が構成員に伝達されるか、⑥事業体の所得が構成員に分配されたときに事業体所得の計算上、減算項目になるか、⑦構成員に分配された利益に再度の課税が行われるか、⑧構成員に分配が行われた場合に所得の分類も伝達されるか、⑨事業体の事業規模が構成員一人からみると事業といえるかどうか、⑩構成員が保有する持分の譲渡損益が、有価証券として譲渡されるものか、⑪事業体保有資産と構成員保有資産が帳簿上切り離されているか、⑫事業体と構成員間の取引が損益として認識されるか、⑬事業体から構成員に対して利子や給与の支払等が可能か、という13の要素を挙げる。

²²⁰ 同旨の意見として、確井光明「人格なき社団と租税」ジュリ 777号(1982年) 73頁, 76頁

主体」として設立されたものかどうかは、租税法の観点から見た人格のない社団等の重要な性質になるといえる。この点については、森信茂樹教授も同様に、構成員課税のメルクマールとして、事業体の収益費用を帰属させる実質が備わっているかどうか重要であるとしている²²¹。

また、増井良啓教授は、有限責任や持分譲渡性のような要素で判断するのではなく、構成員課税が行われる際の執行コストが過大になる場合に法人税を納める義務を事業体に与えるべきと主張する²²²。例えば、構成員数の大小により判断するという見解²²³は、執行コストを考慮する典型であると思われる。第3章第4節の通り、アメリカ合衆国では、パートナーシップであっても、公開取引パートナーシップ (publicly traded partnership) に該当する場合は法人課税が行われ、選択的大規模パートナーシップ (electing large partnership) に該当する場合は導管性が一部制限されることになる。これらは共に、構成員数が多く、その特定が困難であることによる執行コストの増加や納税者の金銭面、時間面での負担増を理由とする。わが国でも同様に、誰が構成員であるかが明らかでない場合には課税時の執行コストを考慮し、事業体に対し「法人」として課税を行うべきではないか²²⁴。この点について、法人課税と構成員課税の線引きは、効率性の観点から行われるべきとの見解²²⁵がある。上場会社のように持分を市場で自由に取引できるパートナーシップや、一定数を超える構成員数を有する大規模なパートナーシップの場合、構成員の特定が容易ではなく、多額のコストと時間を要することになる。構成員への正確な課税とその執行コストがトレードオフの関係にあり、異なる課税方式の併存が認められているという法人課税の現状²²⁶を考慮すると、このような状況の場合、パートナーシップ段階での課税を行うことが最も効率の良い方法であると考えられる。

6. 3 外国事業体の法人該当性の判断枠組みについての提言

本章での検討の結果、外国事業体についての実質的な判断は、人格のない社

²²¹ 森信茂樹「新たな事業体と組合税制構築の論点」中里実編『ビジネス・タックス』（有斐閣、2005年）225頁、230頁。なお、この他にも構成員数、譲渡性の制限の有無、株式上場の有無等が重要であるとしている。

²²² 増井・前掲注（23）22頁

²²³ 松田二郎『株式会社の理論—株式本質論を中心にして』（岩波書店、1962年）138頁

²²⁴ 大杉謙一「有限責任事業組合（日本版LLP）制度の論点」税弘52巻15号（2004年）6頁、8頁では、この考え方が、最高裁判決で権利能力なき社団の財産関係が総有であるとしたことや、法人税基本通達1-1-1の内容とも整合するとしている。

²²⁵ David A. Weisbach, *Line Drawing, Doctrine, and Efficiency in the Tax Law*, 84 CORNELL L. REV. 1627,1675 (1999).

²²⁶ 吉村政穂「出資者課税—『法人税』という課税方式（4・完）」法協120巻7号（2003年）1340頁、1347頁

団等該当性を検討する際に行われるべきであるとの結論に至った。法人法定主義のもつ明確性や、人格のない社団等への課税が始まった経緯を考慮すると、法人該当性の判断及び人格のない社団等該当性の判断の双方で実質的な検討を行う必要はない。そして、わが国では、法人の範囲が法人法定主義により一義的に決定され、実質的な判断を認める余地はない。このため、わが国の租税法において法人税を納める義務があると考えられる外国事業体に対しては、人格のない社団等として法人税を課すべきである。

また、租税法からみた法人税を納める義務がある事業体の性質は、稼得した所得が現実の分配と関係なく、契約に従い直ちに構成員に帰属するかどうかによると考えられる。そして、所得は、事業から生じる収益と費用から構成されている。つまり、事業体を損益の帰属すべき主体として設立したか、又は損益を構成員に直接帰属させることを意図して事業体を設立したかという当事者の意思が尊重されるべきである。また、課税に当たり国家は、執行コストを考慮に入れるべきである。具体的には、構成員数が一定数を超える場合や、持分の市場での流通等により構成員の特定が困難である場合は、事業体段階での課税を行うことが効率的であると考えられる。

なお、課税要件法定主義及び課税要件明確主義の観点から、納税者の予測可能性の確保、法的安定性の維持のため、租税法からみた法人税を課すべき事業体の性質については、解釈によらず、立法等により要件を明確化するべきである。

まとめ

本稿では、わが国の租税法における外国事業体の法人該当性の判断枠組みを示すことを目的として、わが国での先行事例や諸外国で採用される法人該当性の判断基準について整理を行い、租税法における外国私法からの借用概念の可否、法人税法の変遷等を踏まえた日米双方の事業体に対する課税方法の整理を経た後、アメリカ合衆国デラウェア州 LPS に関する裁判例を素材とした検討を行った。

まず、第 1 章で先行研究として、わが国では、過去にどのような判断基準が示されてきたのか、諸外国ではどのような判断基準が用いられているのかという点について整理を行った。この結果、わが国では、租税法上の法人概念を借用概念の統一説に従い、私法上の規定により判断してきたことが判明した。また、諸外国で採用される判断基準は、多岐にわたっている。特に、アメリカ合衆国における事業体に対する課税方法の変遷を踏まえると、事業体の法人該当性を一義的に判断することは、容易ではない。

次に、わが国では、租税法上の法人概念を私法上の規定に依拠しているため、第 2 章で借用概念についての整理を行い、特に、外国事業体の法人該当性の判断に当たり、外国私法からの借用が認められるかどうかについての検討を行った。この点につき、国際私法上は外国私法からの借用を認める見解が一般的であること、法人の本質が法技術的手段であるため法人格の付与は設立地の法によるべきであること、わが国の私法が設立準拠法を前提としていること、法人の従属法は固定的であることが望ましいこと等から、外国私法からの借用が認められるべきと考える。

加えて、第 3 章では、法人税法の変遷等を踏まえた事業体への課税方法や、課税の考え方についての整理も行った。わが国では、二重課税の回避を目的とした新たな事業体の創設に加え、外国事業体を利用した事業活動の増加により、法人法定主義による形式的な判断は今後困難になることが予想される。一方、アメリカ合衆国では、各事業体の性質に応じた課税方法が採用されてきたという経緯があるため、法人でない事業体であっても法人税を納める義務を有する場合がある。このように、わが国でも、従来のような形式的判断だけではなく、事業体の実態を重視した課税方法が採用されていくことが予想される。

このような前提を踏まえ、第 4 章及び第 5 章では、アメリカ合衆国デラウェア州 LPS の法人該当性についての 3 事件について検討を行った。この結果、外国事業体の法人該当性について検討を行う場合、事業体の設立準拠法である外国私法からの形式的な判断によるべきであるとの結論を得た。租税法は、課税要件法定主義及び課税要件明確主義に基づき、納税者の予測可能性を確保し、法的安定性を維持する必要があるため、本方法が妥当である。ただし、各国における法制度の相違により、法人概念が世界共通ではなく、実質的に同様の性質をもつ事業体に対して異なる課税方法が適用される可能性があり、課税の公平が損なわれるおそれがある。このため、法人該当性の判断に当たり、外国事業体の実態についても、何らかの考慮が必要であると考えられる。この点につき、素材とした裁判例において当事者から二次的に主張された、人格のない社団等該当性の検討が重要であると考えられる。法人税法における人格のない社団等は、事業体間の課税上の不均衡を是正するために創設されたという経緯があり、法人でない事業体のうち、実質的に法人と同様の性質を有するものに法人課税を行うことを目的とする。また、法人概念は、法人法定主義により一義的に決定されるため、別途実質的な判断を行う余地はない。このため、外国事業体の実質的な判断は、法人該当性判断の局面で行うのではなく、人格のない社団等該当性判断の局面で行うことが適切であると考えられる。この点につき、素材とした裁判例では、人格のない社団等を具体的にどのような判断基準により

決定するかという点については、私法上の権利能力なき社団の有する特徴として最高裁で示された 4 要件を用いて判断することとされている。つまり、わが国の租税法における法人と同様に、人格のない社団等も私法からの借用概念によることとされている。しかし、最高裁で示された 4 要件は、具体的な内容が明らかではないと批判されている。このような曖昧な要件を租税法律主義に従い租税法で借用することは、逆に納税者の予測可能性や法的安定性を損なう結果となる。このため、4 要件はあくまで類型または理念型であるとして、人格のない社団等該当性の判断に当たっては、租税法の観点から独自に要件を付加し、租税法上重要でない要件については考慮しないこととすべきである。

そこで、法人税を課すべき事業体としての重要な要素は、設立準拠法上、所得が事業体に帰属するか、構成員に帰属するかである。法人税は、事業体の稼得した所得に対して課されることから、所得が事業体に帰属していれば事業体に課税され、構成員に帰属していれば構成員に課税される。すなわち、事業体が、設立準拠法の規定及び規定に従った取り決めにより導管性を有していれば、構成員に課税され、導管性を有していなければ、事業体に課税される。わが国では、所得に対して法人税が課されるが、この所得は事業活動により生じる収益と費用から構成されている。このため、事業体が損益の帰属すべき主体として設立されたものであるかどうか、法人税を課すメルクマールとなり、租税法の観点からみた人格のない社団等の判断要素になるとの結論を得た。

更に、事業体に導管性があるものとして構成員課税が行われる場合の執行コストも考慮し、構成員数が一定数を超える場合や、持分が市場で流通している場合等、課税を行うべき構成員の特定が困難である場合は、事業体に課税を行うことも要件として検討されるべきである。

なお、上記であげた各要件については租税法律主義の観点から、解釈によらず、立法により明文化すべきである²²⁷と考える。

²²⁷ 例えば、法人税法施行令第 3 条の非営利型法人の範囲に関する規定を参考に、各要件に該当する事業体は人格のない社団等に該当する旨を明記する方法が考えられる。

参考文献等

書籍

- ・ 石黒一憲『国際私法』（新世社，第2版，2007年）
- ・ 伊藤公哉『アメリカ連邦税法』（中央経済社，第5版，2013年）
- ・ 上田徹一郎『民事訴訟法』（法学書院，第7版，2011年）
- ・ 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫編『新版注釈会社法（13）』（有斐閣，1990年）
- ・ 占部裕典『租税法の解釈と立法政策Ⅰ』（信山社，2002年）
- ・ 江頭憲治郎編『会社法コンメンタール1』（商事法務，2008年）
- ・ 江頭憲治郎『会社法の基本問題』（有斐閣，2011年）
- ・ 江頭憲治郎＝中村直人『論点体系 会社法6』（第一法規，2012年）
- ・ 金子宏『租税法理論の形成と解明 上巻』（有斐閣，2010年）
- ・ 金子宏『租税法理論の形成と解明 下巻』（有斐閣，2010年）
- ・ 金子宏『租税法』（弘文堂，第19版，2014年）
- ・ 櫻田嘉章＝道垣内正人編『注釈国際私法第1巻』（有斐閣，2011年）
- ・ 澤木敬郎＝道垣内正人『国際私法入門』（有斐閣，第7版，2012年）
- ・ 鈴木祿弥編『新版注釈民法（17）』（有斐閣，1993年）
- ・ 高橋祐介『アメリカ・パートナーシップ所得課税の構造と問題』（清文社，2008年）
- ・ 武田昌輔編著『DHC コンメンタール法人税法1』（第一法規，1974年）
- ・ 田中勝次郎『法人税法の研究』（税務研究会，1965年）
- ・ 田中二郎『租税法』（有斐閣，第3版，1990年）
- ・ 溜池良夫『国際私法講義』（有斐閣，第3版，2005年）
- ・ 道垣内正人『ポイント国際私法 総論』（有斐閣，第2版，2007年）
- ・ 道垣内正人『ポイント国際私法 各論』（有斐閣，第2版，2014年）
- ・ 中里実『金融取引と課税』（有斐閣，1998年）
- ・ 中里実『タックスシェルター』（有斐閣，2002年）
- ・ 林良平＝前田達明編『新版注釈民法（2）』（有斐閣，1991年）
- ・ 星野英一『民法論集第1巻』（有斐閣，1970年）
- ・ 本庄資『国際的租税回避—基礎研究』（税務経理協会，2002年）
- ・ 松田二郎『株式会社の理論—株式本質論を中心にして』（岩波書店，1962年）
- ・ 水野忠恒『所得税の制度と理論—「租税法と私法」論の再検討』（有斐閣，2006年）
- ・ 水野忠恒『租税法』（有斐閣，第5版，2011年）
- ・ 村井正『租税法と取引法』（比較法研究センター，2003年）
- ・ 山田瞭一『国際私法』（有斐閣，第3版，2004年）

- ・ 我妻榮『新訂 民法總則（民法講義Ⅰ）』（岩波書店，1965年）
- ・ 渡辺裕泰『ファイナンス課税』（有斐閣，第2版，2012年）
- ・ 経済協力開発機構『税源浸食と利益移転（BEPS）行動計画』（日本租税研究協会，2013年）
- ・ J. DENNIS HYNES, AGENCY, PARTNERSHIP, AND THE LLC (2nd ed. 2001).
- ・ KAREN C. BURKE, FEDERAL INCOME TAXATION OF CORPORATIONS AND STOCKHOLDERS (7th ed. 2014).
- ・ KAREN C. BURKE, FEDERAL INCOME TAXATION OF PARTNERS AND PARTNERSHIPS (2nd ed. 1999).
- ・ OECD, ACTION PLAN ON BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING (2013).

雑誌論文

- ・ 赤松晃「アメリカ合衆国 LLC の『外国法人』該当性」租税判例百選（第4版，2005年）44-45頁
- ・ 秋元秀仁「国際税務訴訟における論点を踏まえた実務の次なる課題」税大ジャーナル22号（2013年）27-61頁
- ・ 石倉文雄「税法適用関係における人格なき社団論—熊本ねずみ講についての2つの対立する判決に関連して」山田古稀『税法の課題と超克』（信山社，2000年）1-29頁
- ・ 石黒一憲「ボーダーレス・エコノミーへの法的視座 第171回『国際課税と抵触法（国際私法）[上]』」貿易と関税53巻9号（2005年）53-69頁
- ・ 石綿学「外国籍プライベート・エクイティ・ファンドの課税問題」中里実編『ビジネス・タックス』（有斐閣，2005年）482-498頁
- ・ 伊藤進「税法上の『人格のない社団』—民法理論との交錯」法論41巻2-3号（1968年）53-97頁
- ・ 伊藤剛志「英国領バミューダ諸島法に基づくリミテッド・パートナーシップの租税法上の法人該当性」ジュリ1469号（2014年）8-9頁
- ・ 今村隆「租税回避行為の否認と契約解釈」税理42巻14号（1999年）206-218頁
- ・ 今村隆「借用概念論・再考」税大ジャーナル16号（2011年）25-53頁
- ・ 今村隆「アメリカ合衆国リミテッド・パートナーシップと日本租税法上の『法人該当性』」ジュリ1458号（2013年）107-110頁
- ・ 今村隆「外国事業体の『法人』該当性」税大ジャーナル24号（2014年）1-29頁
- ・ 岩品信明＝和藤誠治「外国事業体課税の羅針盤（第2回）判例分析—さいた

- ま地判平成 19 年 5 月 16 日等の検討」税弘 60 卷 11 号 (2012 年) 120-130 頁
- ・ 岩品信明＝萩田多恵「外国事業体課税の羅針盤 (第 3 回) 判例分析—大阪地判平成 22 年 12 月 17 日等の検討」税弘 60 卷 12 号 (2012 年) 86-93 頁
 - ・ 岩品信明＝田中健太郎「外国事業体課税の羅針盤 (第 4 回) 判例分析—東京地判平成 23 年 7 月 19 日等の検討」税弘 61 卷 1 号 (2013 年) 163-171 頁
 - ・ 岩品信明＝萩田多恵「外国事業体課税の羅針盤 (第 6 回) デラウェア州の外国事業体の法人該当性の検討」税弘 61 卷 4 号 (2013 年) 174-181 頁
 - ・ 岩品信明「外国事業体課税の羅針盤 (第 7 回) ケイマン特例 LPS の法人該当性の検討」税弘 61 卷 5 号 (2013 年) 154-158 頁
 - ・ 岩品信明「外国事業体課税について」租研 763 号 (2013 年) 288-310 頁
 - ・ 岩品信明「外国事業体課税について 名古屋高裁判決・各国の事業体の法人該当性の検討」租研 764 号 (2013 年) 350-372 頁
 - ・ 碓井光明「人格なき社団と租税」ジュリ 777 号 (1982 年) 73-77 頁
 - ・ 浦東久男「税法において使用される法概念について—外国法の概念は含まれるか」税法 536 号 (1996 年) 3-15 頁
 - ・ 占部裕典「企業課税における法人概念 (一) —アメリカにおける企業形態と租税要因」民商 95 卷 2 号 (1986 年) 231-263 頁
 - ・ 占部裕典「企業課税における法人概念 (二・完) —アメリカにおける企業形態と租税要因」民商 95 卷 4 号 (1987 年) 501-537 頁
 - ・ 江頭憲治郎「企業の法人格」竹内昭夫＝龍田節編『現代企業法講座 第 2 卷 企業組織』(東京大学出版会, 1985 年) 55-95 頁
 - ・ 江頭憲治郎「租税法と会社法」租税 20 号 (1992 年) 46-59 頁
 - ・ 江頭憲治郎「『外国会社』とは何か—持分会社に相当するものの場合」早法 83 卷 4 号 (2006 年) 1-34 頁
 - ・ 大澤麻里子「米国 LLC の『法人』該当性」租税判例百選 (第 5 版, 2011 年) 44 頁
 - ・ 大澤麻里子「デラウェア州 LPS が我が国の租税法上『法人』に該当しないとした例」ジュリ 1431 号 (2011 年) 86-87 頁
 - ・ 大杉謙一「有限責任事業組合 (日本版 LLP) 制度の論点」税弘 52 卷 15 号 (2004 年) 6-12 頁
 - ・ 太田洋＝佐藤修二「我が国の租税法規と外国私法との交錯」経理研究 53 号 (2010 年) 223-237 頁
 - ・ 太田洋「BEPS とは何か—その現状の素描」ジュリ 1468 号 (2014 年) 36-43 頁
 - ・ 岡正晶「日本版 LLC と組合課税について」税事 81 号 (2004 年) 27-53 頁

- ・ 岡村忠生「法人課税の意味」岡村忠生編『新しい法人税法』（有斐閣，2007年）1-59頁
- ・ 岡村忠生「Limited Partnership の法人性（1）」税研 172 号（2013 年）73-81 頁
- ・ 岡村忠生「Limited Partnership の法人性（2）」税研 173 号（2014 年）69-74 頁
- ・ 岡村忠生「Limited Partnership の法人性（3）」税研 174 号（2014 年）71-78 頁
- ・ 小川正雄「アメリカにおける S 法人の構造と課税関係」税法 535 号（1996 年）25-36 頁
- ・ 落合秀行「外国事業体の税務上の取扱いに関する考察」税大論叢 73 号（2012 年）88-146 頁
- ・ 小野傑＝渡辺健樹「租税法上の法人概念と先端的金融商品及び国際課税一日米比較分析」金子宏編『国際課税の理論と実務—移転価格と金融取引』（有斐閣，1997 年）346-388 頁
- ・ 海江田光＝岩品信明「外国事業体課税の羅針盤（第 1 回）問題の所在」税弘 60 巻 10 号（2012 年）132-139 頁
- ・ 海江田光＝岩品信明「外国事業体課税の羅針盤（第 5 回）ドイツ・インドの外国事業体の法人該当性の検討」税弘 61 巻 2 号（2013 年）152-159 頁
- ・ 海江田光＝岩品信明「外国事業体課税の羅針盤（第 8 回・完）法人該当性判断の課題と実務対策」税弘 61 巻 7 号（2013 年）74-80 頁
- ・ 景山智全「集団投資スキームにおける課税上の問題点」税大論叢 40 号（2002 年）218-315 頁
- ・ 鍛冶良堅「いわゆる権利能力なき社団（非法人社団）について—法律の指導性とその限界」法論 32 巻 5 号（1959 年）69-91 頁
- ・ 金子宏「租税法と私法—借用概念及び租税回避について」租税 6 号（1978 年）1-32 頁
- ・ 金子宏「任意組合の課税関係」税研 125 号（2006 年）16-21 頁
- ・ 兼平裕子「多様な組織形態と法人課税・所得課税」税法 555 号（2006 年）3-19 頁
- ・ 兼平裕子「国際課税と国内法—匿名組合と LPS をめぐって」税法 568 号（2012 年）19-39 頁
- ・ 兼平裕子「権利能力なき社団と人格のない社団等—民事法における実体論・手続論と租税法における借用概念」愛媛 33 号（2012 年）57-123 頁
- ・ 川田剛「多様な組織体に対する課税—現状とその対応策」租研 627 号（2002

- 年) 136-149 頁
- ・ 川田剛「合同会社（日本版 LLC）と有限責任事業組合（日本版 LLP）—新会社法の射程と税務」租研 681 号（2006 年）123-145 頁
 - ・ 川端康之「SPV をめぐる課税のあり方—所得課税を中心に」租税 30 号（2002 年）51-71 頁
 - ・ 川端康之「企業形態の多様化と国際課税」国際税務 22 巻 8 号（2002 年）12-26 頁
 - ・ 北村導人＝松永博彬「アメリカ合衆国デラウェア州 LPS の法人該当性に関する 3 つの裁判例の検討」税弘 60 巻 4 号（2012 年）86-95 頁
 - ・ 木村弘之亮「Limited Partnership の性格決定とその税法上の取り扱い」判時 2 139 号（2012 年）160-164 頁
 - ・ 窪田悟嗣「資産の証券化・流動化をめぐる法人課税等の諸問題—わが国の課税権の確保と国際的租税回避への対応を中心として」税大論叢 37 号（2001 年）191-320 頁
 - ・ 河野俊行「会社の従属法の決定基準—本拠地法主義・設立準拠法主義」ジュリ 1175 号（2000 年）2-8 頁
 - ・ 小原昇「有限責任事業組合契約制度の課税上の取扱いについて」租研 674 号（2005 年）5-19 頁
 - ・ 小柳誠「租税法と準拠法—課税要件事実の認定場面における契約準拠法の考察」税大論叢 39 号（2002 年）75-177 頁
 - ・ 齋木敏文「租税回避行為の否認」寶金敏明編『現代裁判法大系 29 租税訴訟』（新日本法規，1999 年）197-210 頁
 - ・ 三枝一雄「判例上の法人格なき社団」法論 41 巻 2-3 号（1968 年）99-135 頁
 - ・ 酒井克彦「アメリカ合衆国 Limited Liability Company からの分配金に対する課税（1）—租税法上の法人概念とアメリカ合衆国における法人該当性」比較法制研究 29 号（2006 年）31-62 頁
 - ・ 酒井克彦「アメリカ合衆国 Limited Liability Company からの分配金に対する課税（2）—租税法上の法人概念とアメリカ合衆国における法人該当性」比較法制研究 31 号（2008 年）1-21 頁
 - ・ 酒井克彦「アメリカ合衆国 Limited Liability Company からの分配金に対する課税（3）—租税法上の法人概念とアメリカ合衆国における法人該当性」比較法制研究 34 号（2011 年）1-22 頁
 - ・ 佐藤孝一「人格のない社団の成立要件についての一考察—類型論による租税法解釈の一展開として」税大論叢 18 号（1987 年）137-273 頁
 - ・ 佐藤英明「組合による投資と課税」税事 50 号（1999 年）33-70 頁

- ・ 佐藤英明「アメリカ連邦所得税における『パートナーシップ』の範囲に関する問題点」『パートナーシップの課税問題』日税研論集 44 号 (2002 年) 33-84 頁
- ・ 佐藤英明「法人課税をめぐる問題状況—研究ノート」国際税制研究 6 号 (2001 年) 108-118 頁
- ・ 佐藤英明「新しい組織体と税制」フィナンシャル・レビュー 65 号 (2002 年) 93-107 頁
- ・ 宍戸善一「持分会社」ジュリ 1295 号 (2005 年) 110-118 頁
- ・ 品川芳宣「法人税性格論の史的考察—配当二重課税論議から事業体課税論議までの軌跡」税大ジャーナル 7 号 (2008 年) 28-38 頁
- ・ 品川芳宣「アメリカ合衆国 LPS の『法人』該当性と分配金 (損失) の所得区分」税研 164 号 (2012 年) 82-85 頁
- ・ 篠田四郎「権利能力なき社団—その類型論的・法的構成」矢野還暦『現代における法と行政』(法律文化社, 1981 年) 151-234 頁
- ・ 篠原倫太郎=坂本慎吾「投資事業有限責任組合の特徴と税務」租研 663 号 (2005 年) 33-63 頁
- ・ 渋谷雅弘「借用概念解釈の実際」金子宏編『租税法の発展』(有斐閣, 2010 年) 39-54 頁
- ・ 白木康晴「外国事業体をめぐる課税上の問題について—アメリカのリミテッド・パートナーシップを中心に」税大ジャーナル 15 号 (2010 年) 51-70 頁
- ・ 高橋祐介「組合課税—『簡素・柔軟・公平』な組合課税の立法提案」租税 30 号 (2002 年) 28-50 頁。
- ・ 高橋祐介「パートナーシップと国際課税」フィナンシャル・レビュー 84 号 (2006 年) 84-100 頁
- ・ 高橋祐介「事業体課税論」岡村忠生編『新しい法人税法』(有斐閣, 2007 年) 61-113 頁
- ・ 高橋祐介「事業体課税—アメリカ法を題材にして」税法 559 号 (2008 年) 1 51-193 頁
- ・ 竹内茂樹「フレキシブルな事業体を媒介した損益の水平的配分—わが国組合税制とアメリカ合衆国パートナーシップ税制を中心に」税大論叢 41 号 (2003 年) 72-189 頁
- ・ 谷口勢津夫「ドイツにおける人的会社 (共同事業者) 課税」『パートナーシップの課税問題』日税研論集 44 号 (2000 年) 85-128 頁
- ・ 種五誠二「組合契約における構成員課税の在り方—組合員に係る帰属損益額の計算方法の検討を中心に」税大論叢 62 号 (2009 年) 244-307 頁

- ・ 蔦永竜一「多様な事業体における課税の相違」ファイナンシャル・レビュー69号（2003年）139-151頁
- ・ 朝長英樹「事業体課税の理論と課題」租研673号（2005年）75-131頁
- ・ 朝長英樹「法人所得の意義と法人税の納税義務者に関する基本的な考え方」税大論叢51号（2006年）299-384頁
- ・ 豊田孝二「アメリカのLPSが我が国の租税法上の法人に該当するとされた事例」新・判例解説Watch11号（2012年）185-187頁
- ・ 鳥飼貴司「アメリカ合衆国デラウェア州法におけるLPSの『法人』該当性」税務QA2012年3月号（2012年）70-74頁
- ・ 中里実「パートナーシップ課税の国際的側面」『パートナーシップの課税問題』日税研論集44号（2000年）159-228頁
- ・ 中里実「『租税法と私法』論再々考」税研115号（2004年）79-86頁
- ・ 中里実「課税管轄権からの離脱をはかる行為について」ファイナンシャル・レビュー94号（2009年）4-34頁
- ・ 仲谷栄一郎＝藤田耕司「海外事業体の課税上の取扱い」金子宏編『租税法の発展』（有斐閣，2010年）639-656頁
- ・ 仲谷栄一郎＝赤山圭＝磯山海「デラウェア州リミテッド・パートナーシップが我が国租税法上の法人に該当しないと判断した判決（東京地判平成23年7月19日）」国際税務32巻1号（2012年）76-90頁
- ・ 長谷部啓「パス・スルー課税のあり方—組合事業における組合員の課税関係とその諸問題」税大論叢56号（2007年）68-177頁
- ・ 長谷部啓「外国事業体と国際課税を巡る問題—各国租税法上の法人概念の相違に起因する諸問題を中心として」税大論叢59号（2008年）140-243頁
- ・ 八田陽子「事業体課税に関して」租研684号（2006年）144-171頁
- ・ 林仲宣＝谷口智紀「外国LPSを利用した海外不動産投資事業から生ずる損益の不動産所得該当性」税弘60巻3号（2012年）104-105頁
- ・ 平野嘉秋「パートナーシップ税制の法的構造に関する一考察—日米比較を中心として」税大論叢23号（1993年）1-264頁
- ・ 平野嘉秋「国家間の租税法における企業概念の相違により生ずる諸問題—企業の多国籍展開についての租税法からの一考察」税大論叢24号（1994年）79-222頁
- ・ 平野嘉秋「租税回避行為とその規制策に関する一考察（一）—タックス・シェルターを素材としての日米比較」税大論叢25号（1995年）55-184頁
- ・ 平野嘉秋「租税回避行為とその規制策に関する一考察（二完）—タックス・シェルターを素材としての日米比較」税大論叢26号（1996年）157-377頁

- ・ 福地俊雄「法人に非ざる社団について」神戸 16 卷 1-2 号（1966 年）132-172 頁
- ・ 藤澤尚江「デラウェア州 LPS の我が国租税法上の法人該当性が争われた事例」ジュリ 1447 号（2012 年）131-134 頁
- ・ 藤谷武史「デラウェア州 LPS の日本租税法上の『法人』該当性」ジュリ 1470 号（2014 年）103-106 頁
- ・ 渕圭吾「法人税の納税義務者」金子宏編『租税法の基本問題』（有斐閣，2007 年）418-436 頁
- ・ 渕圭吾「租税法と私法の関係」学習院 44 卷 2 号（2009 年）13-48 頁
- ・ 渕圭吾「リミテッド・パートナーシップの租税法上の『法人』該当性」ジュリ 1439 号（2012 年）8-9 頁
- ・ 平川雄士「借用概念論に係る国際的企業租税実務上の諸問題」金子宏編『租税法の発展』（有斐閣，2010 年）354-379 頁
- ・ 平川雄士「外国事業体の分類問題再考—LPS 訴訟の納税者勝訴判決（東京地判 H23.7.19）を踏まえて」租研 745 号（2011 年）104-125 頁
- ・ 本田光宏「ハイブリッド事業体と国際的租税回避について」フィナンシャル・レビュー 84 号（2006 年）101-115 頁
- ・ 増井良啓「組合損益の出資者への帰属」税事 49 号（1999 年）47-94 頁
- ・ 増井良啓「組合形式の投資媒体と所得課税」『パートナーシップの課税問題』日税研論集 44 号（2000 年）75-142 頁
- ・ 増井良啓「多様な事業組織をめぐる税制上の問題点」フィナンシャル・レビュー 69 号（2003 年）95-123 頁
- ・ 増井良啓「投資ファンド税制の国際的側面」『金融資産収益と所得課税』日税研論集 55 号（2004 年）75-142 頁
- ・ 増田晋「租税法と国際私法の交錯—ケイマンのリミテッド・パートナーシップを題材として」山田喜寿『納税者保護と法の支配』（信山社，2007 年）543-559 頁
- ・ 水野忠恒「パートナーシップとパス・スルー課税—アメリカ法を中心として」『パートナーシップの課税問題』日税研論集 44 号（2000 年）3-32 頁
- ・ 水野忠恒「あらたな事業体に対する課税の検討（上）—アメリカ合衆国における法人と組合の区別を参照しつつ」税研 121 号（2005 年）12-24 頁
- ・ 水野忠恒「あらたな事業体に対する課税の検討（下）—アメリカ合衆国における法人と組合の区別を参照しつつ」税研 122 号（2005 年）39-47 頁
- ・ 水野忠恒「Limited Partnership（LPS）のわが国における認定と課税関係—租税法と私法の交錯する一事例」鈴木追悼『民事法学への挑戦と新たな構築』

(創文社, 2008年) 1079-1096頁

- ・ 水野忠恒「最近の組合課税をめぐる裁判例について—いわゆる LPS 訴訟」租研 783 号 (2015 年) 66-121 頁
- ・ 宮崎綾望「アメリカ合衆国デラウェア州リミテッド・パートナーシップ (LPS) が租税法上の法人に該当しないとされた事例」新・判例解説 Watch13 号 (2013 年) 183-186 頁
- ・ 宮崎裕子「NY 州の LLC は租税法上の外国法人か」税研 148 号 (2009 年) 87-90 頁
- ・ 宮塚久「外国事業体の法人該当性」税弘 63 巻 1 号 (2015 年) 80-88 頁
- ・ 村井正「租税法における『借用概念』をめぐる若干の問題」自研 48 巻 7 号 (1972 年) 109-126 頁
- ・ 森信茂樹「新たな事業体と組合税制」フィナンシャル・レビュー 69 号 (2003 年) 124-138 頁
- ・ 森信茂樹「新たな事業体と組合税制構築の論点」中里実編『ビジネス・タックス』(有斐閣, 2005 年) 225-236 頁
- ・ 横溝大「NY 州法に基づき設立された LLC と我が国租税法上の『法人』」ジュリ 1361 号 (2008 年) 196-199 頁
- ・ 吉村政穂「出資者課税—『法人税』という課税方式 (1)」法協 120 巻 1 号 (2003 年) 1-61 頁
- ・ 吉村政穂「出資者課税—『法人税』という課税方式 (2)」法協 120 巻 3 号 (2003 年) 508-562 頁
- ・ 吉村政穂「出資者課税—『法人税』という課税方式 (3)」法協 120 巻 5 号 (2003 年) 878-920 頁
- ・ 吉村政穂「出資者課税—『法人税』という課税方式 (4・完)」法協 120 巻 7 号 (2003 年) 1340-1377 頁
- ・ 吉村政穂「ハイブリッド事業体・取引を利用したスキームをめぐる課税上の問題—LPS の『法人』該当性に関する裁判例を手掛かりに」租研 755 号 (2012 年) 242-258 頁
- ・ 吉村政穂「リミテッド・パートナーシップの法人該当性」ジュリ 1453 号 (2013 年) 204-205 頁
- ・ 渡辺徹也「法人税法のあり方とインセンティブ」宍戸善一編『「企業法」改革の論理』(日本経済新聞出版社, 2011 年) 330-349 頁
- ・ 渡辺裕泰「投資ファンドの課税」金子宏編『租税法の発展』(有斐閣, 2010 年) 481-499 頁
- ・ 渡邊幸則「チェック・ザ・ボックス規則について」金子古稀『公法学の法と

政策 上』 (有斐閣, 2000 年) 583-611 頁

- David A. Weisbach, *Line Drawing, Doctrine, and Efficiency in the Tax Law*, 84 CORNELL L. REV. 1627 (1999).
- John F. Avery Jones et al., *Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax*, 56-7 IBFD 288 (2002).
- Michele Gusmeroli, *The Supreme Court Decision in the Government Pension Investment Fund Case : A Tale of Transparency and Beneficial Ownership(in Pluto's Cave)*, 64-4 IBFD (2010). (今村隆訳) 「年金資金運用基金事件における最高裁判決」租研 738 号 (2011 年) 311-333 頁

報告

- 経済産業省「中小企業等投資事業有限責任組合法 (中小ベンチャーファンド法) の一部を改正する法律」 (2004 年) <http://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/sangyokinyu/pdf/e40430bj5.pdf>
- 経済産業省「有限責任事業組合契約に関する法律について—共同事業のための新しい組織、LLP 制度の創設」 (2005 年) <http://www.meti.go.jp/policy/economy/keiei_innovation/keizaihousei/pdf/llp_gaiyou.pdf>
- 国税庁「アメリカ合衆国 LLC に係る税務上の取扱い」 (2001 年) <<http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/shitsugi/hojin/31/03.htm>>
- シャープ使節団編『日本税制報告書 巻 1』 (総司令部民間情報教育局, 1949 年)
- 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」 (2000 年)
- TMI 総合法律事務所「外国事業体課税に関する調査」 (2012 年) <http://www.meti.go.jp/meti_lib/report/2012fy/E002324.pdf>
- 日本公認会計士協会「事業体に対する課税形態と実務上の問題点について」租税調査会研究報告 23 号 (2011 年)
- 日本公認会計士協会「外国事業体課税に関する最近の論点と今後の方向性」租税調査会研究報告 26 号 (2012 年)
- 臨時税制調査会「臨時税制調査会答申—最近の諸情勢に即応すべき税制改正の方策に関する諮問に対する答申」 (1956 年)
- H.R. REP. No.100-391, 100th Cong., 1st Sess. (1987).
- H.R. REP. No.105-148, 105th Cong., 1st Sess. (1997).
- S. REP. No.105-33, 105th Cong., 1st Sess. (1997).
- STAFF OF THE JOINT COMM. ON TAX'N, REVIEW OF SELECTED ENTITY CLASSIFICATION AND PARTNERSHIP TAX ISSUES (1997).

借地権課税の問題点

—「相当の地代」と「使用貸借」に係る私法と租税法の乖離についての考察—

若林 俊之

借地権課税の問題点

「相当の地代」と「使用貸借」に係る私法と租税法の乖離についての考察

若林俊之

実務上、現行の借地権課税には大きな問題がある。

賃貸借契約により私法上生じる借地権について、租税法上、相当の地代の支払いがある場合や、無償返還届の提出がある場合には、借地権が生じなかったとする取扱いが認められている。また、法人が関与する使用貸借契約について「無償返還届」の提出がない場合は、私法上生じない借地権を認識する取扱いとなる。

こうした租税法上の体系は、借地権という権利に財産価値が認められる状況下では、予想以上に実務上の混乱をもたらしている。本稿は、この状況を改善したいとの趣旨から、借地権課税の問題の本質を整理・分析し、あるべき借地権課税の仕組みの構築を試みたものである。

このため本稿では、まず、第1章において現行の私法における借地権及び使用貸借の権利関係を確認し、第2章で、租税法における現行の借地権の取扱いを整理する。これにより、私法と租税法それぞれの借地権に対する基本的な考え方を明確にする。続いて第3章では、租税法における借地権課税の特例的な制度として、相当の地代を支払う場合、及び使用貸借に係る課税の取扱いについて検討している。そのうえで、第4章で、これらの特例的な制度が、私法と租税法での借地権という権利帰属関係の乖離や、租税回避行為の余地を生じさせている実情について考察する。

最終章である第5章では、こうした問題点についての改善の提案とその検証をおこなっている。提案の基本は、賃貸借契約、使用貸借契約のそれぞれについて、私法上の借地権の権利の帰属に忠実な租税法上の取扱いの構築である。したがって、私法からの乖離を生じさせる「相当の地代」および「無償返還届」の取扱いは廃止する前提としている。

沿革的には、様々な議論の中から、相当の地代の支払いや無償返還届の提出があれば、賃貸借契約であっても借地権の移転をないものとする制度が選択され、一方、無償取引で

ある使用貸借について、その経済的な利益に対して課税するために、権利金の認定課税をすることが選択されてきたとみられる。しかし、現在の借地権課税の混乱は、その選択の矛盾が顕在化してきたものと考えている。

こうしたことから、借地権課税についてすべて私法に合わせて取扱うためには、権利金の收受がない場合の認定課税の問題をどうするかが課題となるのであるが、相当の地代の支払いに関しては、長期割賦販売等の取扱いに類似する課税繰延べ制度の導入を提案し、使用貸借については、権利金ではなく土地の利用期間中継続して発生する経済的利益への随時の課税を提案している。なお、本稿での提案は、法人が契約当事者の一方（あるいは双方）である土地の賃貸借契約を主題としている。「相当の地代」と「使用貸借」に関する課税が、主として法人税法の取扱いとして定められているためである。

他方、特殊関係者間で交わされる借地契約の客観性が乏しいという理由から、課税当局にとっては、借地権に係る課税機会の補足が難しい現状も見受けられる。この点についても、上述の取扱いであれば、課税機会の逸失を防止する対応が可能であると考ええる。

現行の借地権課税の仕組みは、租税法の枠内ではそれなりの合理性があり、精緻に構築されたものとなっている。しかし、借地権が独立した経済的価値のある資産として取引される現況の下では、私法上の権利関係を無視した取扱いを続けることは限界がある。

もとより本稿提案では、現行税法の変更に伴う大きな問題があり、容易に実現できるものとは考えていない。しかし、実務上生じている多くの問題を解決するためには、問題の本質を見据えた本格的な対応が必要であり、本稿が借地権課税問題の解決のために資することを期待するものである。

目次

はじめに

第1章	土地の賃貸借と使用貸借における借地人の権利の相違	1
1.	土地の賃貸借における借地人の権利	
(1)	民法及び借地借家法における借地人の権利	
(2)	土地の賃貸借が強化されてきた沿革	
2.	土地の使用貸借における借地人の権利	
第2章	借地権課税の沿革と仕組み	7
1.	相続税法における借地権課税の取扱い	
(1)	借地権の財産としての認識とその評価	
(2)	みなし贈与の問題	
2.	所得税法における借地権課税の取扱い	
3.	法人税法における借地権課税の取扱い	
第3章	借地権課税の特例的な取扱いから生じる私法と租税法の乖離	16
1.	相当の地代方式	
(1)	相当の地代の概念	
(2)	相続税法上の相当の地代の取扱い	
(3)	法人税法上の相当の地代の取扱い	
2.	使用貸借に係る借地権課税の取扱い	
(1)	個人間の使用貸借	
(2)	法人が一方の当事者である使用貸借	
(3)	使用貸借についての借地権課税の考え方	
第4章	特例的な取扱いにより発生している実務上の問題点	28
1.	私法と税法の乖離が問題となった裁判例	
2.	実務上指摘される問題点	
(1)	相当の地代の支払いに係る問題点	
①	私法上の権利関係との乖離	

- ② 高額な相当の地代の問題
- ③ 相当の地代に満たない地代の支払いの問題

(2) 使用貸借に係る問題点

- ① 私法上の権利関係との乖離
- ② 特殊関係者間以外の使用貸借の問題
- ③ 無償返還届を利用した租税回避行為の問題
- ④ 使用貸借についての実務家へのアンケート調査

第5章 問題点の検討と改善への提案 41

1. 私法と租税法における借地権帰属関係の整合性を図る必要性
2. 相当の地代方式についての考察と改正の方向
 - (1) 相当の地代方式の採用の経緯
 - (2) 相当の地代に係る改正の方向
 - ① 土地の賃貸借契約時
 - a) 個人地主
 - b) 個人借地人
 - c) 法人地主
 - d) 法人借地人
 - ② 財産評価・譲渡時点（権利金相当額の分割支払完了前）
 - a) 個人地主
 - b) 個人借地人
 - c) 法人地主
 - d) 法人借地人
 - ③ 財産評価・譲渡時点（権利金相当額の分割支払完了後）
3. 使用貸借に係る借地権課税についての考察と改正の方向
 - (1) 使用貸借に係る無償返還届の採用の経緯
 - (2) 使用貸借に係る改正の方向

おわりに

はじめに

借地借家法は、借地権を「建物の所有を目的とする地上権または土地の賃借権」と規定している。物権である地上権と債権である賃借権を併せ一つの借地権という概念に統一している点に特色がある。これは、現実の借地契約において、両者がほぼ同じものと認識され、かつ契約の主導権を持つ地主が自己に不利な地上権を選択せず、殆どの場合に賃借権を選択している事実を背景にしたものと考えられる。賃借権を含む借地権については、原則として建物の存続を前提として更新が認められ、地主の承諾により登記の対象とすることもできるし、第三者への譲渡も地主が承諾しない場合には裁判所の判断で可能である。すなわち、借地権は資産としての価値を持つ独立した財産権の実体を有していることが明確にされている。

租税法も、こうした借地権の資産性を前提に、いわゆる借地権課税の仕組みを採用している。現在の租税法における借地権課税の基本的な考え方は、土地の価値は借地権価値と底地価値で構成されるとし、借地権という資産の独立性を認めるものである。

したがって、個人が借地権設定の対価として権利金を得た場合の所得は、その対価の額により原則として借地権譲渡の対価と認定することになる。さらに、法人の場合には、より厳密に借地権の譲渡を前提とした課税関係の対応を行っている。借地権の設定には適正な譲渡対価が伴うべきとの考え方から、権利金相当額の認定課税という形で問題となることが多い。また、そうした場合、借地権に相当する価値は原則として地主から借地人に移転するため、借地権者や地主の相続財産の価額に影響する。

しかし、この資産価値を持つ借地権という考え方は実務慣行の中で徐々に形成されてきたものであり、普遍性・一般性という点でなお問題があることから、課税上の取扱いについて困難な点があることは否めない。後にみるように、「借地権の設定に係る権利金等の收受の慣行の有無」を課税の基準としていることは、この借地権課税の困難性を示しているとみることができる。また、所得税法、法人税法、相続税法における借地権の取扱いが必ずしも統一されておらず、当事者が個人か法人かで課税が異なること、無償返還の届出などの手続きを課税判断の要件にしていること、取扱いの多くが通達の定めによっていること等も、借地権課税についてまだ問題が残されていることを示していると思われる。

そうした中で、特に問題と思われるものとして、租税法と私法で借地権という権利の帰属が乖離するという問題が挙げられる。私法上、建物所有のための賃貸借であれば借地人

に借地権が生じる、すなわち、借地権相当部分が地主から借地人に移転するが、租税法上は相当の地代や無償返還届という取扱いを通して、賃貸借であっても借地権が移転しないものとする処理を認めている。

一方、使用貸借は私法上貸主が何らの義務も負わない片務契約であり、借主に借地権といった権利が生じる余地はない。借地借家法が借地権と認識しているのは、地上権を別にすれば、あくまで賃貸借の場合のみである。しかし、租税法は、法人が関与する契約においては、使用貸借の場合であっても、原則として借地権が移転することを前提とした課税処理を行うとした上で、無償返還の届出があった場合に限り、権利金の認定課税を見合わせる取扱いとしている。

こうした借地権に係る私法と租税法における権利帰属の乖離は、実務において予想以上に多くの問題を生じさせている。

本稿では、借地権についての私法の考え方と、借地権課税における租税法の考え方を整理した上で、借地権の帰属についての私法と租税法の乖離の問題をとりあげる。

借地権課税は複雑であり、実務上、現行の借地権課税は不安定な状況に置かれているが、こうした借地権の帰属に係る租税法と私法の乖離の問題を解決することで、借地権課税について納税者及び課税庁における法的安定性と予測可能性が大きく改善するものと期待している。

第1章 土地の賃貸借と使用貸借における借地人の権利の相違

1. 土地の賃貸借における借地人の権利

(1) 民法及び借地借家法における借地人の権利

他人の土地を借りる、いわゆる借地の場合の借地人の権利は、広く一般に総称して借地権と呼ばれる。民法はこうした借地権を、地上権（民法 265～269 条）、永小作権（同 270～279 条）、地役権（同 280～293 条）といった物権と、賃借権（民法 601～621 条）という債権の形で認めている。土地の所有者（地主）は、所有権の内容として、その土地を自由に使用収益できる権利を有しているため、こうした地主の所有権と借地人の借地権の間の法的権利関係が問題になる。

一方で、民法の特別法である借地借家法は、「建物の所有を目的とする地上権又は土地の賃借権」を借地権と定義し（借地借家法 2①一）、その存続期間、効力等について定めている。¹ 物権である地上権と債権である土地の賃借権を借地権という一つのかたまりとしているのは、これらが実社会において同様の機能を果たしており、かつ同一の法的保護の対象とすることが実情に適うと判断されたことを示している。すなわち、借地権を民法上の権利として考える場合、地上権および建物の所有を目的とする土地の賃借に係る権利を指すと考えることができる。後述するとおり、租税法においても借地権についての課税の取扱いを定めているが、そこでの借地権の範囲も、借地借家法とほぼ同等、「建物等の所有を目的とする地上権又は土地の賃借権」としている。²

ここで、民法上の地上権とは、建物を建てるため、あるいは林業の用のため竹木を植えたりするために、有償で他人の土地を利用する権利と定義される。³ この場合の権利は、契約の対象である土地を直接かつ排他的に支配する権利であり物権とされている。したがって、地上権を有する者は地主の承諾なしに第三者にその地上権を譲渡・転貸することが

¹ 借地借家法は、借地権につき、一般の借地権のほか、定期借地権等（定期借地権、事業用定期借地権、建物等譲渡特約付借地権、一時使用目的の借地権）を定めている。議論の拡散を防ぐため、本稿では一般の借地権のみを採り上げ、定期借地権等については触れていない。

² 租税法の借地権の定義の中には、「建物の所有を目的」という点が同一でないものもあるが、本稿ではその趣旨は共通していると考えられるものとする。

³ その権利が非常に強いこと、地上権について当然に地代の発生を予定している民法 388 条の規定（土地及びその上に存する建物が同一の所有者に属する場合において、その土地又は建物につき抵当権が設定され、その実行により所有者を異にするに至ったときは、その建物について、地上権が設定されたものとみなす。この場合において、地代は、当事者の請求により、裁判所が定める。）等を鑑みて、地上権の設定については有償取引を前提とらえて差し支えないと考える。

でき、また、地上権の登記に際し、地主には登記に協力する義務がある。⁴ このように、地上権は非常に強固な権利であるため、後述する沿革でみるとおり、地上権における借地人の保護は当初から議論の対象にならず、問題は土地の賃貸借における借地人の権利保護に焦点が当てられてきた経緯がある。

また、地上権があまりに強い権利であることから、地主が地上権の設定を敬遠する傾向が強く、実際には殆どの場合に、土地の使用の法律関係において地上権の設定ではなく賃貸借契約の形が用いられてきている。こうしたことから、借地権に係る権利の強さ、あるいは経済的価値に適合した課税を考えるとという場合の焦点は、土地の賃貸借から生じる賃借権に当てられることとなる。本稿でも、特に記述しない限り、借地権を土地の賃借権に係る権利として議論を進める。

そこで、賃借権についてみると、民法は賃借権について、賃料を支払うことにより他人のものを借りる権利として定義している。債権であるため、所有権者（土地の場合は地主）の承諾を得ずにその権利を第三者に譲渡・転貸することはできない（民法 612 条①）。

このように、賃借権は民法上、地上権ほどの権利の強さを有するものではない。しかし、借地借家法が建物の所有を目的とする土地の賃借権を地上権と並べ保護対象としていることから、地主に対し強い制約を課す権利と認識されるようになっている。

借地借家法における借地権（その事実上の中心は土地の賃借権）についての規定を見ると、まず、借地権の存続期間は 30 年以上とされ（借地借家法 3 条）、存続期間が終了した場合でも建物がある限り借地権者は存続を請求でき（同 5 条）、地主は正当な理由がない限りその更新の請求を拒絶することができない（同 6 条）。また、借地権者は地主の承諾（地主は理由なく拒否できない）を得て建物の再築による借地権の期間を延長できるとされている（同 7 条）。すなわち、借地権者側で建物を保有する意思がある場合は、特別な事情がない限り、半永久的な借地権の存続が可能となる。

さらに、賃借権は地主の同意がない限り借地権の登記が出来ないが、登記がなくても、土地の上の建物を借地権者が登記している場合は借地権の第三者対抗力が認められている（同 10 条）。加えて、借地権が消滅するときは、借地権者の建物等について地主に対して時価での買い取りを請求できる（同 13 条）。そのほか、賃借権の第三者への譲渡又は転貸については、地主の承諾を求める必要があるが、地主がそれにより不利となるおそれがな

⁴ 地上権の登記は、登記権利者（地上権者）と登記義務者（地主）が共同申請するが、登記権利者には地主に協力を求める登記請求権が認められる。

いにもかかわらず承諾しない場合、裁判所に申し立てることができる（同 19 条）等の規定が定められている。⁵

このように、地上権だけでなく、建物の所有を目的とする土地の賃借権についても、相当に強い権利が認められていることが確認できる。

(2) 土地の賃借権が強化されてきた沿革

民法において、長期間の土地利用に係る借地人の権利の保護に欠けるところがあることは、明治 29 年に民法が制定された以降意識されていた。当時においても、地上権の形をとれば、物件としての独立排他性も登記による第三者対抗要件も備えられたが、実際には殆どが賃貸借契約によっていたため、借地人は弱い立場におかれていた。

こうした状況から、明治 42 年に「建物ノ保護ニ関スル法律」が制定され、借地人が建物の登記をすることで借地権の第三者対抗が可能とされた。さらに大正 10 年の「借地法」制定により、借地権の定義、期間の定め、建物買取請求権等が定められ、借地人の権利が大幅に認められるようになっていく。その後、関東大震災復興のための「借地借家臨時措置法」を経て、大正 16 年の借地法改正により、借地権の法定更新制度が盛り込まれている。

この借地人の権利を強化する動きは戦後まで継続し、昭和 41 年には、借地人は、借地権の第三者への譲渡あるいは転貸について地主の承諾を受けられない場合でも、裁判所の許可を受けてその譲渡等が可能となる旨の規定が借地法に設けられている。

一貫して賃貸借契約における賃借権の強化が図られてきたといえる。

こうして、土地の賃借権は一般の債権とは区別され、特別法の制定により民法の契約自由の原則の下から独立して保護されてきたが、その結果、土地の賃借権と物権との相違が極めて小さくなってきていると指摘されるようになっていく。⁶

その後、このような賃借権の強化が借地の供給を阻害していると意識されるようになり、平成 3 年には、そうした権利をある程度抑制し、借地・借家に係る契約当事者間の権利義務関係の公平な調整を図る事を目的として、⁷ それまでの「借地法」、「建物保護法」、「借

⁵ こうした規定に関して借地借家法改正前にすでに成立していた借地契約にも同法を適用すべきかが当初問題となったが、同法附則 5 条から 14 条に経過措置が定められている。

⁶ このような現象を「賃借権（あるいは債権）の物権化」と称している。〔藤岡康宏・磯村保・浦川道太郎・松本恒雄著『民法Ⅳ－債権各論、第三版補訂』（有斐閣 2012）120 頁〕

⁷ 衆議院法務委員会平 3・4・23 会議録 5

家法」を統合した現在の「借地借家法」が制定されている。

しかし、現在においても土地の賃借権が強固な権利であることに変わりはない。

賃借権がこのような強い権利になるとともに、土地の価値は地主の持つ底地権と借地人の持つ土地使用者すなわち借地権に分解されるという意識が強まっていく。地主が土地の賃貸借契約を行った場合、地主のもつ価値は底地権のみとなり、地主の保有する経済的価値は大きく失われる。そこで土地賃貸借契約時に、地主が失う経済的価値に見合う金額を権利金として収受する慣行が広がった。この慣行は、土地の供給が不足し地主の立場が強い大都市地域を中心に定着するようになったといわれている。こうした中で、課税庁は全国的に借地権の慣行が広がっているものとして、借地権割合等を公表するようになる。賃借権を中心とする借地権が、租税法上も経済的価値を有する権利（資産）として認められるようになったことを意味している。

2. 土地の使用貸借における借地人の権利

使用貸借は、他者が所有する土地を利用するという点では賃貸借に類似している。土地の賃借権が借地権として、その課税上の取扱いが定まってくるにつれて、土地の使用貸借についての借地権課税をどのように取り扱うかという問題も浮上してくる。この問題を考える前提として、使用貸借と賃貸借における土地使用者の権利の類似点、相違点について確認しておきたい。

民法 593 条は、使用貸借について、当事者の一方が無償で使用又は収益した後に返還することを約して相手側から物を受け取ることによって効力を生ずるとしている。土地を所有者以外の者が使用・収益する点で賃貸借と共通しているが、無償であること、予めその土地を返還することを約している点で両者は相違している。

この使用貸借に関する民法の規定（民法 593～600 条）をみると、借主が契約又はその目的物の性質によって定まった用法に従いその物の使用・収益をしなければならず、また貸主の承諾なしに第三者に使用・収益させることはできないと規定されている（民法 594 条）。さらに、借主は借用物の通常のコストを負担する（同 595 条）、当事者が返還の時期並びに使用・収益の目的を定めなかったときは、貸主はいつでも返還を請求できる（同 597 条）、使用貸借は借主の死亡によりその効力を失う（同 599 条）などの内容が規定されている。このように要物契約であり、使用者である借主は貸主に返還の義務を負うが、貸主

はそれに対応する義務を負わない片務契約とされている。

使用貸借と賃貸借の相違をみると、賃貸借について民法の規定は、当事者の一方がある物の使用・収益を相手方にさせることを約し、相手方がこれに対して賃料の支払いを約することで効力を生ずるとしている（民法 601 条）ので、まず第 1 に、賃貸借は有償であるが、使用貸借の場合は土地の使用・収益が無償であることがあげられる。

なお、この無償の意味として、何らかの現物の支給、相互の土地利用、労務の提供等の一切の反対給付をしないものと解されている。⁸ また、賃貸借契約によっている場合において、地主が将来の賃料債権の免除もしくは放棄をしたとしても、その賃貸借は使用貸借とはならないとされる。⁹ ただし、使用者の通常費用、例えばその土地の固定資産税相当額の支払は使用者の義務とされており賃料には当たらない。

無償で土地の使用・収益を認めるということは、一般的に行われる形態ではなく、親族間あるいは同族会社等との間などの関連者間で行われるものが殆どであろう。こうした貸主の無償の行為について、借主の権利を認める余地はないというのが民法の主旨と考えられる。

第 2 に、賃貸借契約が双務契約であるのに対し、使用貸借は片務契約である。使用貸借契約において返還義務を負うのは借主のみであり、貸主は土地の利用を認容する行為しか求められず特別な義務を負わない。すなわち土地の借主には、認容された範囲内で土地が使用・収益できるのみであって、その土地に一切の借地権に類似する権利が認められているわけではない。

第 3 に、賃貸借契約のような有償契約においては、その使用・収益が開始される以前に契約が締結されているのが通常であり、その契約による合意により土地の使用・収益に係る法的な権利関係が成立し、諾成契約と呼ばれる。これに対して使用貸借の場合は、一方にまったく権利が生じない契約であるため、契約を行うことに特段の意味はない。目的物が引き渡されて初めて当事者間に法的な関係性が生ずる要物契約である。

以上のとおり、土地の使用貸借においては、借主について借地権に類する権利は認められておらず、たとえ建物の所有を目的とする契約であっても、借地借家法の適用を受けることはない。土地の使用者に対し借地借家法の保護が与えられ、借地人が強い権利を有する賃貸借契約の場合とは決定的な違いが認められる。当然、使用貸借について借地権のよ

⁸ 大審院判決昭和 10.3.28 大審院裁判例 9 卷民 84 頁

⁹ 幾代通、広中敏雄編『新版 注釈民法(15) 債権 (6)』（2003 有斐閣）82 頁

うに資産としての経済的価値を見出すことは困難であろう。¹⁰

そのため、こうした違いに対して課税上どう対応していくかが課題とされる。以下、借地権に係る課税の仕組み、考え方の整理を通じて、この課題について検討する。

¹⁰ 特異な例として、最判平成 6.10.11 判タ 875 号 89 頁によると、原告は使用借権に基づき建物を保有し貸家の用に供していたが、被告の失火を原因とする火災により建物が滅失し、使用借権も喪失した。同損害に対してされた損害賠償の額について、使用貸借による土地利用の経済的利益の喪失分をその範疇に含める判断をしている。しかし、これはあくまで使用貸借が借主の意思、もしくは貸主の返還請求等の関係しない想定外の使用借権の喪失について、将来稼得が予定されていた利益の喪失を地主でない第三者である加害者が弁償しているに過ぎず、使用借権について借地人が地主に対して請求できる、あるいは借地人において転売を可能とするような財産的な価値を有していると判断できるものでないとする。

この判例等と使用借権の価値について述べたものとして、永井ユタカ「使用借権の財産的価値の立証」立命館法学 347 号（2013）

第2章 借地権課税の沿革と仕組み

借地権課税は、建物の所有を目的とする土地の賃借権に対する保護が私法上強化されてきたことに対応して、課税実務の中で次第に形成されてきたという性格を有している。前章でみたとおり、私法上、土地の賃貸借においては借地人に借地権が生じ、それが強い権利になっているが、それを踏まえながら、租税法における借地権課税の沿革と仕組みを整理すると以下のとおりである。

租税法の取扱いは、相続税法、所得税法及び法人税法にそれぞれ定められている。

1. 相続税法における借地権課税の取扱い

(1) 借地権の財産としての認識とその評価

借地権を課税上どう取り扱うかの問題は、まず、相続税法において、借地権を独立した財産として認識するかどうか、認識するとしてそれをどう評価するかという形で顕在化することになった。

この問題への初期の課税庁の対応は、大正14年の東京税務監督局長訓令が、「借地権課税ノ慣行アル地方（東京市及ヒ横浜市）ニ於イテハ土地ノ状況ニ鑑ミ売買実例ニ批准シテ借地権ノ価額ヲ評価スヘシ」としたことであったとみられる。¹¹ この訓令によれば、当時、すでに東京市、横浜市において借地権が取引（主に権利金の収受のことと思われる）の対象とされ、それに対する課税が行われていたことを窺わせる（なお収受された権利金等は、当然のことながら不動産に係る収入として所得税の課税対象となったと考えられる）。おそらく、両市において借地契約に際して権利金のようなものが収受される慣行が生じていたのであろう。この訓令はそうした権利金収受の背景に資産性のある権利、すなわち財産が存在すると考え発遣されたものと考えられる。

上記訓令は、借地権の評価方法については具体的に記載していないが、訓令以後おそらく課税庁において内部通達等の形で評価方法が固められていったと考えられる。その評価方法が明るみに出たのは、昭和21年の財産税の創設であった。財産税法は、評価方法について出来る限り法制化する考え方を採用し、それまでの内部通達を基に法律に評価方法が記載されているが、借地権については、賃貸価格に一定の倍率を乗じる方法としている。

¹¹ 井口幸英『税務借地権精講：法人税所得税資産税との関連』（1968 日本税務研究会）101頁

その後、昭和 25 年に創設された富裕税法において、東京と横浜だけでなく全国の大都市に借地権慣行を認めるものとされた。富裕税財産評価事務取扱通達に定められたその評価方法は、財産税の場合と同じく、宅地の賃貸価格に一定の倍数を乗じて求める方法であったが、翌年の昭和 26 年には、借地権の評価額は、宅地の更地価額に一定の割合を乗じて求める方法に改訂されている。この方法は、それ以降、地域や割合の設定について変更はあるものの、現在の借地権評価方法に引き継がれている。¹²

現在、借地権および貸宅地の評価は、財産評価基本通達の 25 ないし 27 に定められている。評価通達では、借地人が所有する借地権については、その土地の自用地としての価額に当該割合を乗じることにより評価されるとしており、全国各地の借地権割合が路線価図及び評価倍率表の中で示されている。これを地主の立場から見ると、貸宅地の評価ということになり、その貸宅地の価額は、自用地としての価額から借地権価額を控除する方法により評価することになる。

そこで問題の一つとして、路線価図等で借地権割合が定められていても、現実に借地権慣行のない地域について、借地権を資産としてどう評価すべきなのかという問題が生じる。借地権が存在するとして評価対象となる権利金等の借地権慣行のある地域の判断であるが、現行の取扱いではその地域を限定するような規定は存在しておらず、課税の及ぶ範囲が不明瞭となっている。その地域の取引実例等の集積をもとに個別に判断するしかないのであるが、旧評価通達¹³において借地権割合が 30%未満の地域を除くとされていたため、現在においてもこの基準を斟酌する傾向が残っている。この点を明確にすることは今後の課題の一つと考える。

なお、借地権の設定に際し権利金等を支払う慣行がなく借地権価額が零とされる土地であっても、貸宅地ならば 20%の評価減を認める取扱いとなっている。これはその土地上に建物が建っている場合、借地権がなくても立退き等の為に一定の費用がかかることを考慮した実務上あるいは政策上の判断に基づくもので、権利としての借地権の問題とは区別すべきであろう。

¹² 昭和 39 年に制定された財産評価基本通達において貸宅地及び借地権についての評価が整備されており、現在の評価方法の基礎となっている。

¹³ 旧相続財産評価に関する基本通達 32（昭和 39・4・29、平成 3 年改正で削除） 「次に掲げる借地権等の価額は、相続税又は贈与税の課税価格に算入しない。(1) 《借地権の評価》の定めにより評価した借地権の価額が、その借地権の目的となっている宅地の自用地としての価額の 100 分 30 に相当する価額に満たない場合におけるその借地権 (2)省略

ところで、こうした評価方法は、土地の賃貸借において借地権が借地人に移転し、地主の土地に対する権利は底地しか残されていないことを前提としているが、相続税法通達では、一定の場合に、その借地権の帰属について特例的な取扱いが定められている。

具体的には、昭和 42 年の「相続税・贈与税における相当の地代を収受している貸宅地の評価についての個別通達」において、相当の地代を収受している土地の賃貸借については、借地人に借地権が生じていないものとして取り扱うとしている。これは後述するとおり、法人税法が権利金の認定課税を見合わせる条件として、「相当の地代」の収受をあげ、その場合には、借地権が移転しないとする取扱いと平仄を合わせるものである。

なお、相続税法、財産評価通達における借地権の定義は、借地借家法の範囲と同じ「建物の所有を目的とする地上権又は土地の賃借権」である。これは法人税法や所得税法における定義と異なっているが、借地権の財産価値に焦点をおく以上、その財産価値を裏付ける法の保護の観点には欠かせず、借地借家法に規定する借地権の定義と同一のものとしてい

(2) みなし贈与の問題

相続税法上の借地権課税の取扱いについては、財産の評価の問題に加え、相続税法 7 条及び 9 条に規定されるみなし贈与の問題がある。

相続税法 7 条では資産の低額譲渡の場合に時価との差額について贈与税を課すとしており、9 条では無償もしくは低い価額の対価で利益を受ける場合にみなし贈与とされる。したがって、個人間で無償又は低額の権利金で借地権を設定する場合には、その権利金の額（著しい低額の場合には本来支払うべき権利金との差額）について、贈与税の課税対象とされるのが原則である。

しかし、個人間の土地の利用について権利金等を無償または低額とするのは、通常夫婦間や親子間などの親族関係者、あるいはこれらに類する近親者間であり、借地権という権利の認識も低い。そのため、経済合理性だけで借地権の移動を認めてみなし贈与課税を行うのが状況にそぐわないことから、以下に述べるとおり、これらの取引が使用貸借関係である場合、あるいは相当の地代の支払いがある場合には、みなし贈与とは取り扱わないこととしており、この場合、借地権の移転は生じないとされている。

個人間における使用貸借については、昭和 48 年 11 月 1 日に「使用貸借に係る土地についての相続税及び贈与税の取扱いについて」（以下、使用貸借通達）と題する通達が発遣さ

れている。この通達は、個人間の使用貸借については借地権を認識しないことを前提に、借地権に係る権利金の認定課税はなく、また相続・贈与の際の土地の評価についても借地権価額を控除しない自用地とする旨定めている。

本通達の制定にあたっては、昭和 43 年 11 月 25 日の大阪地裁判決(判タ 230 号 292 頁)¹⁴ がみなし贈与を否定したことが大きな影響を与えている。また、昭和 41 年 4 月 21 日の大蔵委員会税制小委員会において、国税庁長官が、「親子の間などにおける土地の無償使用の場合に贈与税を課税することは、納税者の感情から見て適当ではないので、国税庁で非公開の通達を出したうえで様子を見て正式な本通達を出すことにする」と回答したこと等が、上記通達制定の背景としてあげられる。

本通達制定前の東京と大阪での個人間の使用貸借の取扱いや経過措置をみると、相互に取扱いが異なる点が見受けられる。¹⁵ このように大都市圏においても歴然と差が出ていたことから考えると、これらの大都市とそれ以外の地方との課税実務の差は相当であったものと推察できる。地域性の違いによる借地権課税の複雑さがうかがえる事実といえる。

また、上記昭和 41 年 11 月 1 日通達の発遣の前の昭和 40 年に、国税庁で内部通達が出されており、「土地の無償使用に関する届出書」を提出した場合には、土地の貸借開始時に借地権価額相当額を贈与課税しない旨取り扱われていたようであるが、これは内部通達であり納税者が明確に知りうる情報ではなく、借地権課税について、不安定な環境が続いていたことには変わりはない。

一方、相当の地代に係る規定については、従来から法人税法において相当の地代の取扱いが規定されていたことに平仄を合わせ、¹⁶ 昭和 60 年 6 月 5 日に、「相当の地代を支払っている場合等の借地権等についての相続税及び贈与税の取扱いについて」(以下、相当の地代通達)が発遣されている。

この通達は、土地の賃貸借について相当の地代の支払いがあるか、法人税基本通達に定める「土地の無償返還に関する届出書」(以下、無償返還届)の提出がある場合には、借地

¹⁴ 夫の土地に妻が使用貸借によりアパートを建築したことに対して課税庁が無償の地上権設定として贈与を主張したが、大阪地裁は、夫婦間の無償貸借を地上権の設定とする法律的な根拠は乏しく、むしろ愛情等の関係性に基づいた特殊な関係の上に成立するものであるから、その法律関係は使用貸借とみるのが最も適しているとして処分が違法であると判示した。また妻の受けた経済的利益については、年 8%の地代相当額の贈与が妥当としている。

¹⁵ 個人間使用貸借における贈与税の開始時期が、東京は昭和 22 年、大阪は 39 年など、課税時期に大きな差があるほか、近親者への居住用建物所有を目的とした使用貸借についての取扱いと時期にも違いがみられる。この点を述べたものとして、松本茂郎『借地権課税の考察』(2004 東洋出版) 37 頁

¹⁶ 昭和 37 年の法人税法改正により、旧法人税法施行規則 16 条の 2 (現行：法人税法施行令 137 条) が設けられ、相当の地代の支払がある場合の権利金の認定見合わせの取扱いが新設されている。

権の価値が地主から借地人に移転していないものとして取り扱うことを原則としている。したがって、土地の賃貸借契約の開始時に権利金の収受がない場合であっても、借地権の価値が移転していないと考えるため、その権利金相当額についてみなし贈与を適用する余地はないとされる。

前述するとおり、地代の支払いがあれば私法上は借地権が発生することになる。このため、相当の地代の支払いをすることを要件として、賃貸借であっても借地権の移転をなかつたこととする租税法上の取扱いについては、借地権の帰属に係る私法と租税法との乖離を生じさせ、問題を発生させることになる。

2. 所得税法における借地権課税の取扱い

所得税法においては、収入すべき金額を基準として所得が計算されるため、無償すなわち金銭等の収受がない場合には、原則として借地権の存在を認定あるいは評価して所得税の課税をすることはない。所得税法には「相当の地代」および「無償返還届」の仕組みがないが、これはそうした事情を反映したものといえる。¹⁷

沿革についてみると、所得税法では、有償すなわち借地人が地主に金銭等（経済的利益を含む）を支払った場合は、その性格が地代であっても権利金であってもすべて所得を構成する収入金額とされ所得税の課税対象となる。地主の立場からみてこうした収入があった場合、いずれも不動産の賃貸に関する収入であるため、すべて不動産所得として課税する取扱いについて、長い間疑問とされることはなかった。

しかし、昭和 20 年代の地代家賃統制令の大幅な緩和などをうけ、東京をはじめとした大都市において借地に係る権利金の額が高騰するようになると、これを不動産所得とした場合、累進税率の下で重い税負担になることが意識されるようになった。その議論の中で、権利金支払が対象となる借地権は一種の資産であり、権利金は資産の譲渡の対価である、すなわち、そこで生じる所得は譲渡所得であるとする考え方が主張されるようになった。

¹⁷ ただし所得税基本通達 36-45 の 2 において、会社が役員等に対しその者の居住用家屋の敷地を貸与した場合に、その土地を無償で返還する約定をしているときは、その土地に係る適正賃料を法人税法基本通達 13-1-2 に定める相当の地代としている記載がある。法人税法に定める借地権に係る規定を所得税においても斟酌していることの一つの参考例と見られる。

この議論は、昭和 45 年 10 月 23 日の最高裁判決¹⁸に至る訴訟が提起された昭和 34 年に旧規則第 7 条の 10（現在の所得税法施行令 79 条）が設けられ、その権利金の額が土地の価額の 10 分の 5 を超えるときは譲渡所得として取り扱う旨が規定されたことで、立法的には解決されたといえる。税制改正の理由としては、不動産所得と当時 2 分の 1 課税であった譲渡所得との税負担の均衡を図るため等と説明されているが、税法が、土地の賃貸借契約について、借地権という財産価値が他者に移動するものとして、借地権を一種の物権的性格のものと認識し、キャピタルゲイン課税を適用したという点で、非常に大きな意味を持つ改正と考えられる。なお、上記の最高裁判決は、この改正の考え方と軸を一にするものであり、立法が最高裁判決の先回りをした形になっている。

上述のとおり、所得税では無償の取引については原則として課税がされないのであるが、借地権等の設定について権利金等の收受がない場合の具体的な課税の取扱いは次のようになる。

まず、無償で土地使用が許された個人の借地人の立場から見ると、地主が個人の場合には、前述のとおり贈与税の問題となるが、先に述べた使用貸借通達により判断され、課税関係は生じないものとされる。一方、法人地主の場合には、無償で土地使用が許された個人は、法人からの経済的利益を贈与されたこととなり、その取引内容と法人との関係性により配当・給与・退職・一時所得として所得税の課税問題が生じる。

次に、無償で土地使用を許した個人地主の立場から見ると、これも借地人が個人である場合には使用貸借通達により課税関係が発生しない。しかし、借地人が法人の場合には、所得税法 59 条のみなし譲渡の適用の問題が想定される。同条において、個人が法人に対して贈与及び著しく低い価額の対価による譲渡を行った場合、時価で譲渡したものとみなすと規定されている。しかし、借地権の設定についてはかねてからみなし譲渡の適用がされておらず¹⁹、昭和 56 年の所得税法基本通達 59-5 において、確認的に借地権の設定が譲

¹⁸ 東京地判昭和 39.5.28 判タ 164 号 128 頁、東京高判昭和 41.3.15 判タ 191 号 165 頁、最判 S45.10.23 判タ 255 号 160 頁、東京高判（差戻審）S46.12.21 税資 63 号 1214 頁、原告（地主）が土地の賃借について收受した権利金について譲渡所得として申告したが、課税庁が不動産所得として更正。第一審、第二審とも法律的形式的観点のみからでなく、経済的実質的観点からの判断も重要視されるべきとして譲渡所得が妥当と判断した。最高裁も権利金が土地の所有権の一部を譲渡した対価としての性質をもつものと認めてはいたが、当該権利金が権利の移転の対価であるかについて審理不十分として高裁に差し戻した。高裁の再審理の結果、権利の移転とまではいえないとして不動産所得とされた事例。

なおこの係争年分の後に、所得税が改正され旧所得税法施行規則 7 条の 9（現在の所得税法施行令 79 条）が制定されている。

¹⁹ 昭和 38 年税制調査会においてこの点が議論され確認されている。

渡所得の基因となる資産の移転に含まれない旨が定められている。²⁰ この取扱いは、借地権を資産と考える限り問題と考えるが、現行では相手が法人の場合であっても、地主に対して所得税は課税されないことになっている。ただし、無償で借地権の設定が許された借地人である法人については、法人税法上、借地権相当額の受贈益が生じることになる。

一方、無償ではなく有償の場合の取扱いであるが、借地権の設定について権利金又は特別の経済的な利益の收受があるときには、その対価の額がその土地の価額の10分の5を超える場合、その権利金収入は譲渡所得として課税される。²¹ ただし、その特別の経済的利益の範囲について、借地権の設定にあたり慣習的に通常收受されるであろう保証金や敷金（その金額が不明の場合には地代のおおむね3カ月分）まで特別な経済的利益とするのは実態にそぐわないとの理由から、これらの保証金や敷金は特別の経済的利益には加算されない取扱い等が定められている。（所得税基本通達 33-15）

3. 法人税法における借地権課税の取扱い

法人税法においては、営利を目的とする法人の適正所得の算出という考え方が強いため、特に無償（低額を含む）による借地権の移転が問題となる。その中心は、現行法人税法 22 条 2 項を根拠とした無償による資産の譲渡からも所得が生ずるとする考え方である。

法人税法 22 条 2 項では、無償による資産の譲渡または役務の提供から収益が生ずるとしているが、その根拠として金子宏教授は、「正常な対価で取引を行った者との間の負担の公平を維持し、同時に法人間の競争中立性を確保するために、無償取引からも収益が生ずることを擬制した創設的規定である」としている。これは適正所得算定説とよばれ、この条文の解釈として通説と考えられている。²²

通常、借地権の設定があった場合、その土地の利用については借地人が強い権利を持ち、

²⁰ 所得税法基本通達 59-5（借地権等の設定及び借地の無償返還）

法第 59 条に規定する「譲渡所得の基因となる資産の移転」には借地権等の設定は含まれないのであるが、借地の返還は、その返還が次に掲げるような理由に基づくものである場合を除き、これに含まれる。

(1)借地権等の設定に係る契約書において、将来借地を無償で返還することが定められていること。（以下、省略）

²¹ 借地権の設定の対価として支払いを受ける金額が契約による地代年額の 20 倍以下である場合にも譲渡所得とならない（所得税法施行令 79 条 3 項）

²² 他に、無償取引であっても通常の対価に相当する価値が取引当事者間で移転することを根拠とする説（同一価値移転説）、無償による資産の譲渡等があった場合に、第一段階として通常の対価で譲渡等をしたものとし、第二段階で收受した対価相当額を相手方に贈与したとみる説（二段解説、又は有償取引同視説）、資産の流出の時における未実現の値上り益（キャピタルゲイン）の顕在化についての確認的規定と解釈する説（実体的利益存在説、又はキャピタルゲイン説）などがみられる。

反面、地主は底地についての地代收受権しか持たないことになる。すなわち、借地権が設定されると、地主が所有する土地の資産価値は借地権相当額だけ下落してしまう。

このため、先に述べたとおり、土地借用の需要が高い都市部を中心として、その価値の下落に見合った権利金を収受することが慣行として定着するようになり、仮に法人が権利金の収受もせずに借地権の設定をした場合には、その借地権が時価で移転したものみなして所得を計算するようになってきた。これは、借地権（の設定に係る権利金）の認定課税とよばれる問題であり、現行法人税法 22 条 2 項が現在のように規定される以前から、広く課税が行われてきたところである。

しかし、権利金等の収受のないすべての賃貸借契約について、権利金相当の認定課税をしていたわけではない。権利金の収受がなくとも借地に係る取引について経済的な合理性が認められる場合や、取引当事者の経済的実質から判断して認定課税がそぐわないと考えられる場合もあることが認識されていた。また借地権の認定課税は一時に多額の税負担を生じさせるものであり、その緩和のための対応の要請も強いことが意識されていた。

このように、法人税法における借地権設定時の権利金の認定課税等については、昭和 30 年代頃までは、借地権に係る経済的価値の移転を認めることについて個別的な対応によることが多く、認定課税に統一性が乏しいという問題が指摘されていた。そのため、いかなる場合に権利金の認定課税を行うべきかの合理的基準を明らかにするのが望ましいとの観点から、昭和 36 年の税制調査会において借地権に関する課税の問題が検討され、²³ 翌 37 年の税制改正で、法人税法における借地権課税の考え方が整備されている。

その内容は、「相当の地代」に関する規定（旧法人税法施行規則 16 条の 2）、借地権の設定等により地価が著しく低下する場合の土地等の帳簿価額の一部の損金算入の規定（同 16 条の 3）、借地権等について更新料を支払った場合の所得の計算の規定（同 16 条の 4）である。後にこれらの規定は法人税法施行令 137 条から 139 条へと改正されるが、基本的な内容については現在まで変更されていない。

本改正で最も重要な点は、後に相続税・贈与税にも大きく影響してくる「相当の地代」の概念を明らかにし、相当の地代の支払があれば権利金の認定課税を行わないが、相当の地代によらない場合にはみなし権利金の認定課税を行う旨が明確にされ、さらに土地の帳簿価額の損金算等の規定を整備した点が挙げられる。法人税法においても改めて借地権を

²³ 昭和 36 年 12 月「税制調査会答申及びその審議の内容と経過の説明」

資産として認識し、その経済的価値の実質的な移転に見合った合理的な課税を目指したものと考えられている。

その後、昭和 40 年には法人税法及びその関連法規が全文改正されている。特に注目すべき点として、借地権の権利金の認定課税の根拠と考えられる法人税法 22 条 2 項（法人税法上の益金の範囲）について無償取引に係る課税が明文化されている点あげられる。

また、昭和 55 年には、法人税基本通達の全面整備に際して借地権に係る通達が改めて整理され、法人税基本通達 13-1-7（権利金の認定見合わせ、土地の無償返還の届出制）、13-1-8（相当の地代の改訂）などが新設されている。この昭和 37 年以降の「相当の地代」の取扱いについては、私法上、賃貸借を通じ借地権の移転があった場合でも、租税法上は借地権の移転がなかったものとする点で、私法と租税法の間で借地権という権利帰属について乖離を生む原因となっている。

また、法人税基本通達 13-1-7 の、無償返還届の提出があれば権利金の認定課税を見合わせる旨の取扱いは、賃貸借の場合だけでなく、使用貸借についても適用される。これは、無償返還届の提出がない場合には、使用貸借であっても借地権の移転があったものとして認定課税を行うことを意味しており。この点についても、使用貸借についての私法の考え方と乖離を生じさせる原因となっている。

第3章 借地権課税の特例的な取扱いから生じる私法と租税法の乖離

ここまで述べてきたとおり、租税法における借地権課税の特徴は、借地権の設定について権利金の収受がない場合であっても、相当の地代の支払いや無償返還届の提出があることを条件として、権利金の認定課税を見合わせ、同時に、借地権相当の価値が移転しないものとする特例的な取扱いを設けているところにある。また、法人が取引当事者である場合の使用貸借契約についても、無償返還届の提出がない場合には借地権相当価値の移転があるものとする特例的な取扱いをしており、こうした特例的な取扱いから、私法と租税法の権利帰属関係の乖離が生じている。

本章においては、この乖離がどのように生じているのか検討するため、まず、その特例的な取扱いである 相当の地代に係る課税の取扱い、および使用貸借に係る課税の取扱いについて整理する。

1. 相当の地代方式

(1) 相当の地代の概念

借地権の設定に際して権利金を収受する慣行は、土地の賃貸借契約について借地人の権利が非常に強く、かつ、借地権の経済的価値が大きいものであることから、借地権設定に伴い減少する地主の土地の価値相当額について、地主が借地人に一時金を要求するために発生する。つまり、権利金は借地権の対価に相当する性格を有しており、それが借地権の設定等について、課税上、借地権の譲渡として取り扱う理由となっている。

このように、借地権相当の価値が権利金を対価とする譲渡により移転するのであるから、その後、借地人から地主に支払われる地代は、底地に対するものと位置付けられる。

そうした権利金と地代の関係を前提とした場合、地代の額を高くして、借地権に係る部分についても地代を支払うよう設定すれば、それに対応して権利金の額を低くすることが考えられる。そして、この地代の額を権利金の収受が必要ない高額の水準に設定すれば、理論的には権利金の収受をする必要はなくなると考えられる。その水準が、権利金の収受のない場合に想定される地代の水準であり、概念的にはこれが「相当の地代」ということになる。このように地主における借地権部分の喪失価値を相当の地代によって補填していると捉えることから、理論的には、相当の地代とは、土地の収益還元額が更地額に等しく

なるところの地代相当額を意味することになり²⁴、土地全体の価値の利回りを保証するものと解釈できる。

相当の地代についての租税法の考え方は、このように権利金と地代の相関関係について経済的な合理性があるものと認め、相当の地代の支払いがある場合には、権利金の認定課税をする理由がないとするものである。

なお、相当の地代の金額については、もともと法人税基本通達 13-1-2 では、その土地の更地価額に対しておおむね年 8%程度とされていたが、いわゆる相当の地代通達及び法人税個別通達（平成元年 3 月 30 日直法 2-2）ではこれを年 6%としている。さらに、その場合の更地価額については、相続税法では財産評価通達により計算した価額（自用地としての相続税評価額）の過去 3 年間の平均額としており、²⁵ また、法人税法では通常取引価額をとすることを原則としたうえで、課税上弊害がない場合に限り、①公示価額や標準価格から合理的に算定した価額、②財産評価基本通達により計算した価額、③②により計算した価額の過去三年間の平均額によることを認めている。

相当の地代の取扱いについては、相続税法と法人税法でその概念が共有されているが、更地価額の計算方法には違いがみられる。以下、相当の地代の取扱いについて、租税法の考え方を明確にするために、相続税法と法人税法のそれぞれについて整理する。

(2) 相続税法上の相当の地代の取扱い

相続税法においては、相当の地代の取扱いの根拠を、相続税法の相当の地代通達に求めることになる。前章でも述べているが、同通達は、従来から相当の地代が法人税法において規定されていることに平仄を合わせ、昭和 60 年 6 月 5 日に発遣されたものである。

したがって、相当の地代通達の基本的な概念は、法人税法における借地権課税の考え方に準拠しており、土地の賃貸借契約に係る借地権の権利の移転等については、一部の例外を除いてほぼ同様の解釈を示している。

²⁴ 酒井克彦『所得税の論点研究 - 裁判例・学説・実務の総合的研究 - 』（2011 財経詳報社）94 頁

²⁵ 相続税法において更地価額の算定方法が一つであることについて、税理士の笹岡宏保氏は「あくまでもこれが最低限の地代の額の算出方法であるということですから、この方法以外に法人税基本通達に規定されている他の方法によることも全く差し支えないと考えられます。（従って上限は、その年における当該土地の通常取引価額の年 6%）」と解説している。〔笹岡宏保『具体的事例による財産評価の実務 I 土地等』（2007 清文社）832 頁〕

相当の地代通達は、①相当の地代を支払っている場合、②相当の地代に満たない地代を支払っている場合、③法人税基本通達 13-1-7 に定める「土地の無償返還に関する届出書」（以下、無償返還届）が提出されている場合などに分けて評価の取扱いを定めている。

その内容は、まず、①相当の地代を支払っている場合と、③無償返還届が提出されている場合には、権利金の収受がなくとも借地権の設定に係る利益はないものと取り扱っており、また、②相当の地代に満たない地代を支払っている場合（無償返還届が提出されている場合を除く）には、借地権の価値のうち、その満たない部分の割合に準じた権利金相当額のみ贈与があったものとみなすとしている。

この③の無償返還届は、後述するとおり、その届出の提出をもって、（地代の無償・有償を問わず）将来土地が無償で返還される契約であることを確認するものであると同時に、権利金の認定課税に代えて、相当の地代の額を認定する取扱いを定めている。つまり、同届出書の提出は、相当の地代を支払っている状態を擬制するためのものと解釈することもできるし、考え方として、相当の地代の支払いがある場合と同様に取り扱うことが妥当ということになる。（使用貸借の場合を除く。なお、使用貸借に係る課税の取扱いについては、次の、「2. 使用貸借に係る借地権課税の取扱い」で詳しく述べる）

つまり、相当の地代通達が述べているのは、建物の所有を目的とした土地の賃貸借契約をするときでも、権利金の支払いに代えて相当の地代の支払いがある場合には、借地権の価値の移転がなかったものとする取扱いであるといえる。したがって、相当の地代の支払いがあれば、権利金の支払いのない場合でもみなし贈与課税を受けることはないし、また当該土地の評価について、原則として借地権価額を考慮することはない。²⁶

このような取扱いをすることの背景には、土地の賃貸借契約により原則として生じる借地権について、その対価に係る認定課税（個人の場合はみなし贈与課税）を必然とする扱いを緩和するという立場から、借地権が移転しないというフィクションを構築し、その条件として、相当の地代あるいは無償返還届を具備したものであろうと考える。これは、租税法上の取扱いとしては一貫性があり、合理的な取扱いとして評価することができる。しかし、その取引が土地の賃貸借契約である限り、借地権が借地人に移転すると定める私法

²⁶ 底地の評価については一定の評価減が認められている。
相当の地代通達 6（相当の地代を収受している場合の貸宅地の評価）借地権が設定されている土地について、相当の地代を収受している場合の当該土地に係る貸宅地の価額は、次によって評価する。
（1）権利金を収受していない場合又は特別の経済的利益を受けていない場合…当該土地の自用地としての価額の 100 分の 80 に相当する金額（以下省略）

上の概念とは相容れないものであり、そこから問題が生じている点について課題が提起されることになる。

(3) 法人税法上の相当の地代の取扱い

法人税法においても、(1)の相当の地代の概念で説明するような理由から、土地の賃貸借契約をする場合において権利金の収受がない場合であっても、相当の地代の支払がある場合には、権利金の認定課税を見合わせる取扱いとされている。当然、その賃貸借契約期間中に支払われる相当の地代は、地主において毎年の収入金額とされ、借主において地代として損金となるだけであり、何らその借地権について譲渡性のある取扱いがされるわけではない。

相当の地代に関する具体的な取扱いについては、法人税基本通達 13-1-2 に相当の地代の算定方法²⁷、13-1-3 に相当の地代に満たない地代を収受している場合の取扱い、13-1-4 に相当の地代を引き下げた場合の取扱い、13-1-7 に無償返還届がある場合の権利金の認定見合わせ、13-1-8 に相当の地代の改訂の届出などが説明されている。いずれも、相当の地代の支払いによる権利金の認定見合わせの考え方にしたがって、適正な相当の地代の額の算定や、地代の額が相当の地代の額満たない場合、あるいは地代の額を引き下げた場合の、その満たない割合に応じた権利金の認定課税について取扱いが述べられている。しかし、これらの取扱いを通じ、その土地に係る借地権の権利帰属関係について、私法上の概念との乖離を発生させていることは、前述した相続税における取扱いと同様である。

ところで、この相当の地代とは性格が異なるが、法人税基本通達 13-1-7 の無償返還届については、次に検討する使用貸借に係る課税の取扱いについても深く関連するものでもあるため、ここでその内容を検討しておくこととしたい。

この無償返還届の通達は、借地人が契約において土地を無償で返還することを約し、かつ、当該届出書を地主と借地人の連名で提出した場合に、建物の所有を目的とする土地の利用について権利金の収受がない場合であっても、借地権の認定課税を見合わせることとし、さらに、毎年の所得計算において相当の地代の認定課税をする取扱いを定めたものである。なお、この取扱いは、その契約が賃貸借契約であっても、使用貸借契約であっても

²⁷ 平成元年3月30日直法2-2「法人税の借地権課税における相当の地代の取扱いについて」において法人税基本通達13-1-2に定める相当の地代率を8%から6%に改め、更地価額の評価に財産評価通達により評価した金額の過去3年間の平均額を追加している。

同様に取り扱われる。

基本的に権利金の収受がなく認定課税の問題が生じるのは、同族会社間や、同族会社とその役員等の間などの特殊関係者間での契約が殆どであるという事情がある。こういった利害の共通する関係者間の借地契約の場合は、借地人が借地借家法を楯に明け渡しを拒んだり、地主の承諾のないままにその土地の転貸をしたりすることは常識的には考えられず、第三者間の借地契約に比べて、その権利意識等は極端に希薄であると考えられる。無償返還届の取扱いは、こうした特殊関係者間の借地契約について、すべて一律に権利金の認定課税をすることが経済実態にそぐわないとの判断を前提として設けられた制度といえる。

また、この通達では、無償返還届の提出が要件とされているが、これは契約当事者間における将来の土地の無償返還の合意が契約により明らかになっていることがまずは重要であり、無償返還の届け自体は納税者と課税庁とのアグリーメント的な意味合いと解釈するのが妥当と考えられている。²⁸

なお、相当の地代方式の特殊性が顕著に表れているのが、法人税基本通達 13-1-8 であると思われる。この通達では、相当の地代の額について①土地の価額の上昇に応じて順次相当の地代の額を改訂する方法、②相当の地代額を固定する方法の選択（選択のない場合は②の方法を選択したこととなる）について述べている。

すでに述べたとおり、相当の地代は土地の価値全体の利回りを保証するものであり、相当の地代の額が土地の価額の上昇に追いついていかない場合は、その差分について借地権が自然発生するとされている。²⁹ 法人税法の取扱いとしては、その差分が生じた時に法人税基本通達 13-1-3（相当の地代を引き下げた場合の権利金の認定）の適用はされないと解釈されているが、これは、その自然発生的な借地権を顕在化していない評価益として捉え、この段階での課税はせず、後の譲渡・返還等で借地権が顕在化したときに課税すると考えられているためである。

²⁸ 武田昌輔・小松芳明・成道秀雄・渡辺充『借地権課税の研究 日税研論集第2号』（1986 日本税務研究センター）7頁

²⁹ 自然発生借地権は地代が固定された場合だけでなく、借地契約の締結時には借地権の設定について権利金収受の慣行のなかった地域において、その後の地域経済状況等の変化により権利金収受の慣行が要される地域へと変わっていく場合にも発生するとされている。〔笹岡宏保・前掲注(24)818頁〕

2. 使用貸借に係る借地権課税の取扱い

第一章でみたとおり、使用貸借による土地の利用については、私法上、借地借家法等の保護を受けるような権利は認められず、また資産価値を認める余地も乏しい。

租税法上は使用貸借についてとくに定義をしておらず、民法からの借用概念と考えられるため、使用貸借を、借主が無償で地主より土地を借り受ける契約形態と解釈することになる。その場合の無償には、借主が土地の公租公課程度の負担をしたものについても含まれると解されているが³⁰、この無償の範囲については多くの裁判例があり、賃貸借と使用貸借の区分の難しさを示している。こうした区分の難しさをどう解釈していくかも、租税法上の課題の一つといえる。³¹

以下、使用貸借に係る課税の取扱いについて整理するが、使用貸借に係る課税については、その地主と借主の双方が個人である場合と、いずれか一方（あるいは双方）が法人である場合とでその取扱いが異なるため、これらを分けて検討する。

(1) 個人間の使用貸借

個人間で設定される使用貸借契約は、すでに述べたとおり、昭和48年11月1日に使用貸借通達が発遣されており、一切の課税関係が生じないものとして取り扱われる。

使用貸借通達の内容についてみると、まず使用貸借通達1（使用貸借による土地の借受けがあった場合）においては、土地の使用貸借に係る使用权の価額を零として取り扱うとしている。これは例えば、親の土地の上に子が使用貸借により土地を借り受けて建物を建てる場合には、借主である子の借地権が零ということになるので、借地権相当額は地主である親の手元に残ることを示す。

次に、使用貸借通達2（使用貸借による借地権の転借があった場合）では、使用貸借により借地権の転借があった場合の取扱いがまとめられている。たとえば、親が他人の土地

³⁰ 民法595条に「借主は、借用物の通常必要費を負担する。」と規定され、また税法上も使用貸借通達1に「…したがって、例えば、土地の借受者と所有者との間に当該借受けに係る土地の公租公課に相当する金額以下の金額の授受があるにすぎないものはこれ（使用貸借）に該当（一部抜粋）」と説明されている。

³¹ 固定資産税の二倍に相当する地代を支払うも、それが鑑定による適正地代の3割以下であったために使用貸借と判断された事例（仙台高判平成19・1・26税資257号順号10617）、固定資産税の1.7倍に相当する地代の支払があるが、処分証書の不存在により使用貸借と判断された事例（裁決平成8・3・29裁決事例集第51集601頁）、固定資産税相当額の1.3～1.6倍程度の地代の支払であっても根拠十分として賃貸借と認定された事例（裁決平成8・6・24非公開裁決TAINSコード：F0-3-028）

上に建物を所有し借地権が設定されている状態で、その建物のみを子に贈与等した後、子が親に対して地代等を支払わないで使用貸借とした場合などが該当する。

このような借地権の転借についても、使用貸借に係る借主の借地権価額は零として取り扱うとしており、親から子への借地権の贈与とはならない。またこの場合には、土地の利用関係について賃貸借か使用貸借であるかの判断要素の客観性が低いことから、確認のために、借地権者（親）、建物の所有者（子）、土地の所有者の三名の連名により、別紙様式1の「借地権の使用貸借に関する確認書」の提出が求められている。

また、使用貸借通達3（使用貸借に係る土地等を相続又は贈与により取得した場合）では、使用貸借に係る土地もしくは借地権を相続等した場合の課税価格について、すべて自用地評価によるとしている。前述の使用貸借通達1で、使用貸借にかかる使用権の価額は零とする取扱いと符合する。さらに、使用貸借契約に係る土地上の建物に賃借する第三者がいる場合においても、土地の使用に係る借主の権利が存在しないため、その土地を貸家建付地として評価する取扱いは認められない。³²

使用貸借通達4（使用貸借に係る土地等の上に存する建物等を相続又は贈与により取得した場合）では、その建物が自用か貸付用かの用途によって評価されるとされており、建物の敷地の契約関係が影響しないことを明確にしている。

さらに、使用貸借通達5（借地権の目的となっている土地を当該借地権者以外の者が取得し地代の授受が行われなかったこととなった場合）の内容は、たとえば、親が他人の土地について通常の借地権を設定していて、その地主から土地（底地）の購入の依頼を受けたような場合に、親が高齢であるなどの理由から、子が代わりにその土地を購入するようなケースが考えられる。そして、こういったケースでは、購入後に子が地主となり、親が借地人となるため、それより先の地代を収受しなくなる場合も多い。この場合に、地代を収受しなくなることから使用貸借になったと判断されると、使用貸借通達1により土地の価値の全部を地主である子が保有している結果となり、借地権者であった親から新しい地主である子へ借地権が贈与されたと解釈されてしまう。

³² この点について、「使用貸借の同意した第三者への転貸借が賃貸借の場合には、使用借主と第三者の間は賃貸借契約であるが、賃貸人は使用借主としての権利しか持たないから、賃借人（第三者）は使用貸借主に対しては、使用借主以上の権利を対抗できない。たとえば賃借人（第三者）は借地法・借家法の権利を主張できない。」と説明されている。〔幾代通ほか・前掲注(9) 108頁〕

ただし例外として、貸家等のみ贈与を受ける場合で、その貸家に既に借家人がいるときは、その借主と従前の建物所有者の間には賃貸借契約が成立しているため、その借家人が賃借する間は、当該土地については貸家建付地として評価することになる。当然、貸家等の贈与の後に借家人が入れ替わっている場合にはこの取扱いとはならない。

しかし、こうしたケースで借地権を贈与する明確な意思をもっている場合は殆どなく、単に親子関係等であるために地代の免除をしていることが多いと考えられる。こうした事態に対処するため、その意思と事実関係を明確にする必要がある。そこで、当該借地権について、借地人が従前の土地の所有者との間の賃貸借契約に基づく借地権者としての地位を放棄していない旨の確認として、「借地権者の地位に変更がない旨の届出書」を地主と借地人の連署により、所轄税務署長に提出することで借地権が移転しない取扱いを認めることとしている。³³

以上みてきたとおり、個人間の使用貸借に係る相続税法及び所得税法の取扱いは、そこに借地権の移転を認めない点で私法の考え方と共通している。租税法と私法で借地権の帰属関係が異なるという問題は、ここでは原則として発生しない。

ただし、問題点を二点指摘しておきたい。

問題点の一つは、使用貸借通達 2 及び 5 で、その契約内容がそれぞれ使用貸借か賃貸借かを確認するため「借地権の使用貸借に係る確認書」または「借地権者の地位に変更のない旨の届出書」を、その土地に係る取引当事者が連署で税務署に提出する取扱いとなっている点である。これは、個人間の土地の使用関係について、使用貸借か賃貸借かを区別することが実務的に困難であることを示している。

特に、この「借地権の使用貸借に関する確認書」、「借地権者の地位に変更がない旨の届出書」のいずれも、提出の期限について別段取り決めがない点に注意が必要である。これは、これらの届出書が、客観性の低い使用貸借契約について現況を把握するための確認、あるいは納税者と課税庁との間の合意形成が主たる目的であるためと推察されるが、租税法の除斥期間の問題もあり、かかる届出等を納税者が失念した場合、あるいは租税回避の意思をもって届出の提出をしない場合には、借地権の水面下での移転を看過してしまうという問題につながっている。

問題点の二つめは、使用貸借通達の前文に、「この取扱いは、個人間の貸借関係の実情を

³³ 使用貸借通達は、上記 1～5 に加え、使用貸借通達の経過的取扱いとして、6－土地の無償借受け時に借地権相当額の課税が行われている場合と、7－借地権の目的となっている土地をこの通達の施行前に当該借地権者以外の者が取得している場合を設けている。この経過的な取扱いの内容については、「別表使用貸借に係る土地についての相続税及び贈与税の経過的取扱い（時期別一覧表）」に詳しく記載がされている。借地権の設定に係る権利金収受の慣行は全国的に一律に捉えられるものでないため、この経過的な取扱いについても国税局により差異がみられるが、これは、借地権課税の困難性を表す状況の一つといえる。この別表の中で、使用貸借通達施行前に、使用貸借に係る借地権が存在するか、すでに借地権が移動しているとみなされて、その施行前に課税がされたかどうか不明な場合も多かったため、それが不明な場合には、「借地権相当額の相続税及び贈与税の課税は行われていたものとして取り扱う」とされている。

踏まえて定めたものであるから、当事者のいずれか一方が法人である場合のその一方の個人については、原則として、従来どおり法人税の取扱いに準拠して取り扱うこととなることに留意されたい。」と説明されていることである。法人が取引の一方（あるいは双方）の当事者である場合には、ここまでみてきた使用貸借通達の適用がないことになる。この問題については、次の(2)で述べる。

(2) 法人が一方の当事者である使用貸借

上記(1)で述べたように、個人間で使用貸借契約により建物等の保有を目的とした土地の利用をしても、権利金の認定課税という事態は生じない。

しかし、貸主もしくは借主のいずれか（あるいは双方）が法人である場合には、使用貸借であっても、権利金の認定課税の問題が生じる。これは、法人が営利の追求を目的としている人格である以上、経済的に不合理となる無償での取引を許容する理由がないため、無償の取引であっても、通常の経済行為である有償取引に擬制して課税をする考え方が背景にある。³⁴

具体的には、賃貸借に係る無償返還届の制度を規定する法人税基本通達 13-1-7 において、「使用貸借契約により他人に土地を使用させた場合についても、同様とする」と規定されているところなどに見て取れる。

先にみたとおり、法人が無償で土地の使用を許可する、あるいは使用を許される場合というのは、通常は同族会社とその役員間や親子会社間などの特殊関係者間で土地の利用をする場合が想定される。こうした利害の共通する関係者間での土地の使用に対して、すべて一律に権利金の認定課税をするのは経済実態にそぐわないとの考え方がある。このため、昭和 55 年 12 月 25 日の法人税基本通達改正で「土地の無償返還に関する届出書」を提出することを条件とした権利金の認定見合わせの規定が創設された。

同通達は、「その借地権の設定等に係る契約書において将来借地人等がその土地を無償で返還することが定められており、かつ、その旨を借地人等との連名の書面により遅滞なく当該法人の納税地の所轄税務署長に届け出たとき」に権利金の認定を見合わ

³⁴ この規定により権利金の認定課税を受けるのは営利を目的とする法人に限られ、公益法人等のような収益事業を営まない法人に対しては権利金の認定課税はできないとする裁判例がある。大阪高判平成 18.1.24 税資 256 号順号 10277、収益事業を営まない学校法人に対する土地の無償使用については、借地権の認定課税はできないと判示。借地権の認定は「人格」でなく、法人税の課税の対象となるか否かで判断されている事例。

せる旨を定めている。

これは、無償返還届の提出があれば権利金の認定課税をしないとする租税法上の取扱いを定めるものである。しかし、こうした取扱いは、賃貸借であっても無償返還届が提出されれば、借地権の移転は租税法上ないものとして取扱うことになり、逆に使用貸借であっても、無償返還届の提出がない場合には借地権の移転があるものとして取扱うことを意味する。租税法上の取扱いと、私法上の借地権の権利の帰属が異なる結果となり、混乱をもたらすことになる。

さらに、租税法だけの問題としても、この無償返還届の提出については提出時期が定められていないという問題がある。「遅滞なく」との記載があるため、一般的に考えれば、たとえば土地使用の契約締結（要物契約であるため建物等の所有時点が妥当）の直後か、その契約当事者である法人のその契約に係る事業年度の決算期や法人税の確定申告期限等くらいまでに提出されることが望ましいと考えられる。

しかし、実務的には長い期間を経過してからの提出でも届出の効力が認められるケースがあり³⁵、実務書では、提出は使用貸借に係る土地について相続が発生するまでに、あるいは法人の税務調査等において、当該届出書の未提出について指摘をうけるまでに行えばよいと説明されていることがある。³⁶

加えて、契約当事者がこれら使用貸借に係る権利金（借地権価額）相当額の発生について認識が低く、また同届出書が法令でなく通達で規定されているのみであるということもあって、同届出書の提出を失念するケースは多い。こうした状況が、実務では借地権課税の問題を生み出す要因の一つとなっている。

(3) 使用貸借についての借地権課税の考え方

使用貸借に係る借地権課税について、どのように考えるべきであろうか。

まず、使用貸借契約においても、土地の利用について借地人に一定の経済的利益の発生が認められると考えられる。

使用貸借の存続期間については民法 597 条で、(イ)契約に定めた期間があるときはその

³⁵ たとえば東京高判平成 20.7.23 税資 258 号順号 10966、昭和 61 年に個人の土地の上に医療法人の建物が建築され使用貸借により土地の使用がされていたが、平成 14 年に賃貸借契約に変更したことを契機として平成 15 年に無償返還届を提出。本件土地の相続評価において相当の地代通達 8 の無償返還届の提出がある場合の貸宅地評価が妥当と判事されている。

³⁶ 松本好正『「無償返還」「相当の地代」「使用貸借」等に係る借地権課税のすべて』（2013 税務研究会出版局）154 頁、渡辺淑夫・小林栢弘『借地権課税実務事典 第三次改訂版』（2005 ぎょうせい）58 頁

期間終了時に、(ロ)期間の定めがないときは、契約で定めた目的に従った使用・収益が終了した時又はそれ以前に使用・収益に足りる期間を経過した時に、(ハ)期間も目的も定めなかったときは随時、その返還を求めることが出来るとしている（借主の死亡の場合を除く）。

したがって、いかに使用貸借が民法上の片務契約で法的権利の乏しい契約類型であったとしても、一定の期間については土地の利用が約束されている。

例えば、借主が建物の所有を目的と定めた使用貸借契約により土地を借り受け、その土地に鉄骨鉄筋コンクリート造の堅固な建物を建設した場合などには、50年や60年といった相当に長い期間土地の利用は許諾され、その間敷地が返還される可能性はほとんどなくなる。借地権は移転していないが、地主は長期間借地人に無償による役務の提供をしているのと同様であり、法人税法22条2項に基づき、適正な経済的利益について収益を認識すべきであろう。³⁷

そして、この取扱いは、法人税法基本通達13-1-7の無償返還届の提出により権利金の認定を見合わせるとともに毎年の相当の地代について認定課税する旨の定めと、相当の地代の額の水準の問題はあるとしても、考え方としては共通しており、妥当と思われる。

ただし、使用貸借は、民法においてほぼ借主の義務のみを定めた無償の片務契約とされ、借地借家法の保護を受けることもないことも考えると、使用貸借契約により、経済的にも借地権に相当するような資産価値は発生しない。これは、例えば使用貸借により借主が建物等を建築した後に、貸主と借主が共同で土地建物を一括譲渡等したとした場合に、借主が収入すべき金額が建物の対価のみであり、土地に関して対価の割当てを受ける権利が存在しないという経済的な事実関係をみれば明らかである。

したがって、使用貸借契約に伴い、借地権という資産（交換）価値が地主から借地人に移転するものと擬制して、権利金の認定課税をする余地はないであろう。

一方で、使用貸借と賃貸借の区別の客観性が低いことから、課税漏れが生じ、あるいは租税回避を招くことが懸念される。例えば使用貸借と認められていたものについて、当事

³⁷ この点について渡辺充教授は、「権利金の収受が行われる地域においては必ず権利金を授受しなければならないという誤解が成り立っている向きがある。しかし、権利金を授受するか又は相当の地代を授受するかについては、経済的には同一の効果が認められ、両者に優劣をつけるべきではない。（中略）権利金の認定を優先するとはどこにも定められていないのである。（中略）本来の正常な取引関係は、使用料すなわち地代を支払うことにあると考えられるので、巨額の権利金の認定を行うのは行き過ぎであり、むしろ地代の認定を行うことで足りるものと考えるのである。」と述べている。〔武田昌輔ほか・前掲注(27)107～108頁〕

者内で賃貸借に変更しているような場合、借地権の移転が不明瞭なまま行われることも可能であり、課税漏れにつながることも考えられる。

使用貸借についての無償返還届の取扱いは、使用貸借であることを表明させることにより、課税漏れ等に対応する手段としては有効かもしれないが、使用貸借に対して、届出書の提出があるという特定の場合に限って、特例として権利金の認定を見合わせるという仕組みは、私法と租税法の借地権の権利帰属関係の乖離をもたらし、多くの問題を発生させている。

第4章 特例的な取扱いにより発生している実務上の問題点

1. 私法と租税法の乖離が問題となった裁判例

私法と租税法において、借地権の権利の範囲や、借地権という価値の認識について双方で異なるという事態が発生する。そこで、私法と税法で取扱いが異なっている場合に、一方の法律関係の成立がもう一方の法律効果にどのように影響を及ぼすかという点について検討する必要がある。

よって、次の二つの裁判例を参考として、この点について検証する。

まず、平成11年1月29日大阪地裁判決（税資240号522頁）の内容を確認する。

この事件は、法人税基本通達13-1-7の無償返還届が提出されている土地（賃貸借契約）について、原告は、この土地を相続した際に、相当の地代通達8に準じて自用地価額の80%相当額により評価して申告していた。その後、原告は借地人に対しこの土地の明け渡しを求めた提訴をするが、これに対し大阪地裁は、「無償返還届書は契約の合意解除等の場合に、一切無償で本件土地を返還することを約したものではない」などの理由をあげ、借地人について賃貸借契約に基づく借地権の成立を認める和解を成立させた。

土地の相続をした原告は、この結果を受けて、先の相続税申告に係る土地について和解により借地権が認められたため、この土地の評価額は自用地価額の80%相当でなく、自用地価額から借地権価額の60%相当額を控除した貸宅地として評価すべきであるとする旨の別訴を提起した。

これに対し大阪地裁は「建物の所有を目的として設定された土地の賃借権は、借地法又は現行の借地借家法の適用を受ける結果、存続期間や第三者に対する対抗力等の面で借地権として法律上極めて強く保護されており、そのことに伴い、通常、一種の財産権として取引上認められている」として、「無償返還届書が提出されている場合であっても、借地法上の借地権であることに変わりない」と判事している。無償返還届が提出されていても私法上の借地権の権利等に別段影響しないことを明確にしたものといえる。

しかし、そのうえで同判決は、相続時点において無償返還届出書が有効に提出されている以上、その土地について相当の地代通達8に基づき評価することが妥当である旨の判決を下している。私法上の取扱いと税務上の取扱いを区分した考え方が示されている。

続いて、平成 20 年 7 月 23 日東京地裁判決³⁸ について確認する。

この事件は、昭和 61 年より、個人の土地にその親族らが理事を勤める医療法人社団が建物を建築し同土地を利用（使用貸借）していたが、平成 14 年に賃貸借契約に変更したことを契機として、平成 15 年 3 月に無償返還届を税務署に提出したものである。

同年の年末に、土地の所有者について相続が発生し、相続人らが同土地について借地権価額 70%を控除した貸宅地評価をして相続税の申告をするが、税務署長は同土地について無償返還届が提出されているとして、相当の地代通達 8 に準じて自用地価額×80%と評価すべきであるとして更正処分を行った。

原告らは、「無償返還の合意は私法上無意味又は無効であるから、その合意及び届出の有無によって税額計算の基礎となる財産の価額の評価に差異を設けている相当の地代通達 8 の定めは不合理である。(中略) 仮に無償返還の合意が有効であったとしても、その基礎となる特殊な関係は一身専属的で相続性がないから、本件相続により無償返還の合意は無効となったものと解すべきである。」と主張した。

これに対して東京地裁は、「無償返還の届出は、認定課税の回避という課税上の利益を享受するための公法上の行為として課税庁に対して行われ、現にこれを享受し得る効果を伴うものとして有効に成立していると認められる以上、当該届出に係る当事者間の無償返還合意の私法上の効力のいかんによって、当該届出の租税法上の効果が左右されるものではないというべきである。」と判示している。この判決も、私法上の効力とは別に、無償返還届の租税法上の効果を認めたものといえる。

以上、これら二つの裁判例は、いずれも土地の賃貸借契約であって、かつ、法人税基本通達 13-1-7 の無償返還届の提出があったものに係る事件である。

平成 11 年の大阪地裁判決では、たとえ無償返還届の提出により権利金の認定課税を見合わせたとしても、それが適正な賃貸借契約であれば私法上は借地権が借主に発生することを明確にしている。その上で、同判決は、無償返還届について有効とし租税法上の効果を認めている。これでは、納税者は私法上自己に帰属しない財産について相続税を負担するという不利益を受けることになり、混乱が生じていると思われる。また、平成 20 年の東京地裁判決でも、無償返還届の租税法上の効果は明確にされている。

二つの裁判から、無償返還届があったとしても私法上の賃貸借契約の効果には影響を及

³⁸ 前掲注(34)、税資 258 号順号 10966、土地の利用開始後十数年が経過した後に提出された無償返還届書が有効と判断されている。

ばさないという点と、他方、無償返還届の租税法上の効果は、私法上の権利帰属関係に影響されないという点が明らかにされている。こうした司法判断の不統一は、実務上その土地について相続や譲渡等の具体的な問題が生じた場合に、納税者として借地権の帰属をどのように考えるべきかについて、混乱を生じさせる背景となる。私法と租税法の乖離を整理し、問題を解決することが必要であることを示しているといえる。

2. 実務上指摘されている問題点

(1) 相当の地代の支払いに係る問題点

① 私法上の権利関係との乖離

先にみた裁判例は、いずれも賃貸借契約において土地の無償返還届を提出した場合の私法と租税法の乖離が問題となったものであるが、同様のことは、相当の地代の支払いがある場合にも生じうる。

建物の所有を目的として土地を賃貸借して、権利金の収受をする代わりに相当の地代を支払う契約とした場合、権利金の認定課税は見合わされ、借地権相当の価値の移転はなかったものとされる。

こうした租税法上の取扱いを一般の取引として考えてみると、賃貸借であるが権利金の支払いがなく、かつ高額の地代の支払をするというものであり、通常の借地契約と比較して変則的な契約形態といえる。そうした理由から、利害の対立する第三者関係間での一般的な土地の賃貸借契約ではこうした取扱いはあまり利用されることはなく、概ね親族間や同族会社間等の特殊関係者間で締結されていると見込まれる。このような特殊関係者間であるならば、相当の地代の支払いという租税法の仕組みを利用する場合、少なくとも契約当初は、当事者間で借地権の帰属が問題となる可能性は少ないと考えられる。

しかし、建物の所有を目的とする借地契約は通常長期間にわたるものであり、その契約期間の間には、相続の発生や法人の経営陣の異動等により契約当事者間の関係性が希薄となってしまう可能性も否定できず、当該土地の権利について意見の対立が生ずることが考えられる。その場合、そもそも賃貸借契約であり、毎年賃料の支払いをしているのであるから、私法上は借地権が借地人に帰属すると判断される。このため、当該土地を譲渡するなどとなったときは、その収入の帰属について、問題が生じることになる。

仮に、私法に照準をあわせて土地の譲渡収入を按分したとすると、借地人が借地権に相当する譲渡対価を得ることになる。しかし、租税法上は借地権を所有しない者がその借地権相当額の対価を収入することになるため、地主から借地人に、借地権もしくは借地権価値相当額の利益を贈与したと取り扱わざるをえないことになる。

また、この相当の地代について、法人税基本通達 13-1-8 により土地の価額の上昇に応じずに地代を固定する方法を選択した場合、租税法上は当該土地の価額が高騰したとき自然発生的に借主に借地権が発生すると取り扱われる。ただし、当該値上り益に相当する価値については、発生つど認定課税がされるのではなく、その自然発生的な借地権は潜在的に借地人に帰属し、その土地等が譲渡等される際に顕在化するものとされている。しかし、私法上は土地の値上り応じて借地権が比例的に移転することなど想定されておらず、当該土地の売却時の処理が問題になる。

② 高額な相当の地代の問題

相当の地代の額は、地代としては不相当に高額であることが実務上認識されている。

平成 12 年 7 月 18 日東京高裁判決（金融・商事判例 1097 号 3 頁）の中で、「相続税法基本通達による相当地代の計算に誤りがないとすれば、このような不当な結果³⁹ が出るのは、通達の考え方そのものが、世の中の実態を無視した不当なものであるからである。当裁判所は、そのような実態に合わない議論を採用することはできない。」と判示されている。このことは、相当の地代の率が、場合によっては、常識的な経済取引や他の税法の許容範囲から逸脱する結果を招く可能性があることを示している。⁴⁰

相当の地代は、借地権が移転していないことを前提として、その価値全体の利回りを保証するものであるため、（借地権が移転し権利金の収受がされる）通常の賃貸借契約に比べて高額になることは当然であるが、このように地代の額が非常に高額である事を利用した租税負担の軽減、もしくは分散も懸念される。

たとえば、推定相続人である子が所有する土地の上に親が建物を建て、権利金の支払いに代えて相当の地代を支払うとした場合、税法の取扱いに従い、毎年高額の地代を子に支

³⁹ 借地上の貸家の賃貸収入が年 21,595,000 円であるのに対し、その土地の地代を相当の地代率によって算定したとすると年 24,215,058 円となり、建物賃貸収入を地代の金額が上回る不自然な状態になってしまうことを指している。

⁴⁰ 大阪地判平成 12.5.12 税資 247 号 607 頁、相当の地代の支払いにより「当該土地の使用がいかなる法律関係においても正常な取引条件でされたものとして取り扱うことまで意味するものではない。」と判事し、原告が支払った地代（更地価額の 6%）を不相当に高額と判断した。

払うことができる。子はその地代収入について所得税の負担をすることになるが、贈与税もしくは相続税の負担より軽い可能性がある。また、この親子の生計が一であり、親が個人事業者で、その建物が事業用などであるような場合には、所得税法 56 条の規定⁴¹により、子の所得税の負担すらなく、毎年高額の地代に相当する資産の移転も可能となる。

法人間でこうした契約が取り交わされる場合も同様である。地主であり相当の地代を受け取る法人が経常的に損失を計上しているような場合や、多額の青色繰越欠損金が存在する場合に、利益を計上している借地人である法人が相当の地代を支払うことにより、法人の利益を縮小する形で租税負担の分散・軽減を図れることになる。

③ 相当の地代に満たない地代の支払いの問題

個人間で土地の賃貸借契約を行い、相当の地代に満たない地代を支払うケースについても問題点が指摘される。

土地の所有者が親で、子がある上に賃貸用アパートを建築するような場合、通常は使用貸借契約を選択することが多く、その場合には、たとえ土地の利用がアパート建築のような事業目的であっても、個人間取引である以上使用貸借通達により借地権の贈与は発生しない。しかし、これが賃貸借契約（相当の地代の支払をする場合を除く）である場合は、十分に注意が必要である。

建物の所有を目的として個人間で土地の賃貸借契約をし、権利金の支払いも相当の地代の支払いもない場合には、相続税法 9 条を根拠として借地人に対して借地権相当額の贈与があったものとみなされる。⁴² さらに、個人間の取引については、法人税基本通達に定める無償返還届と同様の効果を持つ届出制度は存在しないため、現行の租税法の解釈ではこの贈与は確実なものとなる。

しかし、外部から賃貸借契約関係の存在を認識することは一般に困難であり、その取引についてみなし贈与課税をする場合は限られる。そうすると、一定の期間が経過した後に

⁴¹ （事業から対価を受ける親族がある場合の必要経費の特例）

第五十六条 居住者と生計を一にする配偶者その他の親族がその居住者の営む不動産所得、事業所得又は山林所得を生ずべき事業に従事したことその他の事由により当該事業から対価の支払を受ける場合には、その対価に相当する金額は、その居住者の当該事業に係る不動産所得の金額、事業所得の金額又は山林所得の金額の計算上、必要経費に算入しないものとし、かつ、その親族のその対価に係る各種所得の金額の計算上必要経費に算入されるべき金額は、その居住者の当該事業に係る不動産所得の金額、事業所得の金額又は山林所得の金額の計算上、必要経費に算入する。この場合において、その親族が支払を受けた対価の額及びその親族のその対価に係る各種所得の金額の計算上必要経費に算入されるべき金額は、当該各種所得の金額の計算上ないものとみなす。

⁴² 前掲注(30)、裁決事例平成 8.6.24 非公開裁決 TAINS コード F0-3-028

相続等が発生した場合には、借地人の側で地代の支払いを立証し、借地権が借地人に移転していることを示して、借地権を親の相続財産から除外してしまうことが可能となる。

さらに、この問題についても、当該親子が生計を一としている場合で、所得税法 56 条が適用される場合には、子から親へ地代の支払いは一切外部に出ないことになるため、借地権の移転を明確にするための判断材料がほとんど表面化しない。

こうした問題も、権利金の授受のない土地の賃貸借契約について、相当の地代の支払があれば借地権の移転はないものとし、それ以外の場合には、借地権が移転したものとして権利金の認定課税をすることを前提としているために、発生が懸念されるものである。

(1) 使用貸借に係る問題点

① 私法上の権利関係との乖離

使用貸借についても、私法と租税法との乖離による問題が生じている。

問題点を検討するにあたり、以下のような前提となる状況を設けることとする。

- ・ 家族構成は、父親である甲、子：A・B・C の 4 名である。
- ・ 甲は、借地権の設定につき権利金収受の慣行がある地域に評価額 3 億円相当の土地を所有しており、同土地の借地権割合は 70% である
- ・ 甲は、X 法人を経営（100% 株式を保有）しており、その経営には子 A のみが参画している
- ・ 甲は、事業承継のため、子 A に株式の全部を移譲する予定である
- ・ X 法人は、甲の土地に自社ビルを建築している。
- ・ X 法人は、甲に権利金の支払をせず、また地代の支払も予定していない完全な使用貸借契約である。また無償返還届も提出されていない。

以上のことを前提とした場合、X 法人もしくは甲ら関係者が、使用貸借に係る課税について見識を持っていれば、権利金の認定課税を避けるために、通常は法基通 13-1-7 に定める「無償返還届」を提出する方法を選択するであろう。その場合、私法上は使用貸借契約であるので、甲から X 法人に何らの権利移動も発生しないし、租税法においても使用貸借について無償返還届が提出されていれば借地権の移転は考慮されないため、私法上と租税法上での権利関係の乖離の問題は発生しない。しかし、こうした近親者間の取引の場合、元々当事者の権利意識が希薄であることから、税務署へ無償返還の届出を要することにつ

いて、十分な配慮ができない場合も多いという実情がある。

無償返還届が提出されない場合、甲については所得税法基本通達 59-5 により所得税法 59 条のみなし譲渡が適用されないため課税は生じないが、X 法人は甲から借地権相当額の贈与を受けたものとして受贈益が発生する（本事例では株主を甲一名としているが、仮に甲以外の株主が存在する場合には、相続税法基本通達 9-2 により、その借地権相当額についてみなし贈与課税の発生も懸念される⁴³⁾。また、租税法上は使用貸借であっても、借地権が甲から X 法人に移動したものとみなされる。

すなわち、X 法人が甲より土地を無償で借り受けて建物を建設した時点で無償返還届を提出しなければ、使用貸借であっても、原則としてその時において租税法上の借地権は X 法人の財産を構成し、私法における権利関係と異なる結果になるという問題が生じる。

この状態で甲に相続が発生した場合、私法上は使用貸借契約により甲が土地を更地の価値のままに保有していることになるため、遺言もしくは遺産分割協議により財産の分割がされる場合には、借地権の価額が減額されない 3 億円相当の土地が相続財産として分割の対象となる。しかし、租税法上は、自用地価額から、法人へ移動してしまった借地権相当額の 2 億 1 千万円（自用地価額×70%）を控除した価額で評価するため、相続税法上の甲の相続財産は 9 千万円しかないことになる。

そうすると、例えば子ら 3 人で 3 分の 1 ずつ均等に財産を分けるというような分割を成立させる場合、当該土地を 3 人の共有持ち分とするならともかく、子 A のみが土地の全部を相続する場合は問題が生じることとなる。分割に係る代償金については、子 B と子 C は民法上の権利関係を前提とするであろうことから、それぞれ 1 億円ずつ支払うような代償分割になる可能性がある。そうすると、子 A は租税法上 9 千万円の相続財産を取得するために 2 億円の代償金を支払い、子 B と子 C は代償金を 1 億円ずつ取得するといった課税上の不均衡が生ずる。

43 相続税法基本通達 9-2（株式又は出資の価額が増加した場合）

同族会社（法人税法（昭和 40 年法律第 34 号）第 2 条第 10 号に規定する同族会社をいう。以下同じ。）の株式又は出資の価額が、例えば、次に掲げる場合に該当して増加したときにおいては、その株主又は社員が当該株式又は出資の価額のうち増加した部分に相当する金額を、それぞれ次に掲げる者から贈与によって取得したものとして取り扱うものとする。この場合における贈与による財産の取得の時期は、財産の提供があった時、債務の免除があった時又は財産の譲渡があった時によるものとする。

- (1) 会社に対し無償で財産の提供があった場合 当該財産を提供した者
- (2) 時価より著しく低い価額で現物出資があった場合 当該現物出資をした者
- (3) 対価を受けずに会社の債務の免除、引受け又は弁済があった場合 当該債務の免除、引受け又は弁済をした者
- (4) 会社に対し時価より著しく低い価額の対価で財産の譲渡をした場合 当該財産の譲渡をした者

問題は相続の場合だけではなく、例えば相続が発生するより前に、X 法人与甲らが、当該土地建物を売却することとした場合などにも生じる。

土地が評価額どおりの3億円（建物についてはもとより法人の帰属となるので説明を省略する）で売却できたと仮定すると、租税法上の借地権はすでに法人に移転してしまっているため、代金のうち借地権相当額である2億1千万円（3億円×借地権割合70%）を法人の収入とし、土地の所有者である甲には、底地の対価である9千万円のみが譲渡収入となる。

しかし、この状況を子BCの立場から考えると、相続等によりいずれ自分達に流入すると予定していた財産の一部が、法人への借地権の移転とその後の売却により極端に目減りしてしまう結果となる。子BCから子Aに対して、何らかの追求がされる可能性がある。

いずれにしても、私法上の権利所有者と租税法上の権利所有者が異なっている状況で、相続あるいは譲渡といった所有権の移転が発生する場合には、こうした問題が発生することを完全に抑制することはできない。

② 特殊関係者間以外の使用貸借の問題

ここまで、使用貸借契約は原則として親族間や同族会社関係者などの利害の一致する特殊関係者間で取り交わされるのが殆どであることを前提に述べてきた。しかし、例外的ではあっても、第三者間で、使用貸借が認められるケースもある。

建物の賃借人が、建物に隣接する土地上に建物等を建築してその土地を使用している場合において、土地について黙示の使用貸借を認めた裁判例⁴⁴があるので検討する。

被告は、地主である原告から建物を賃借して鉄工所を経営（昭和52年より法人化）していたが、この建物に隣接する原告の所有地に、昭和63年頃までに複数の建物等を原告に地代の支払等を行うことなく建築した。原告は、平成10年になって、これらの建物等の建築が建物賃借人の義務に違反するとして、建物賃貸借契約の解除及び建物と土地の明け渡しを請求する提訴をした。

しかし、裁判所は、原告は被告らが右建物等を建築し鉄工所として利用している事実を建築当時から十分知悉しているにもかかわらず苦情を申し述べていないし、また使用貸借契約は明示的な契約によってのみ成立するのではなく黙示的にも成立するなどと判示して、

⁴⁴ 東京高判平成12.4.26判タ1089号176頁

原告の主張を棄却し、賃借人について使用貸借を認めた。⁴⁵

すでに見たとおり、租税法では法人が関与する使用貸借については、無償返還届を提出した場合を除き権利金の認定課税をするのが原則である。取引当事者の関係性などは一切考慮されていないため、このような利害の相反する相手との取引であっても同じ取扱いとなる。無論、このような関係性において無償返還届の提出がされるとは考えにくい。

本判決は、あくまで借主に対して民法上の使用貸借を認めただけである。無論、私法上は借地権に相当する権利の移転があるはずもない。しかし、その取引に対して税法の規定をあてはめていくと、被告は建物等の建築時（もしくは使用貸借契約の存在が認められた時）に租税法上は借地権を所有することになり、法人の受贈益課税の問題、原告の相続が発生した場合の土地の財産評価の問題、さらには、将来被告がこの土地を地主に返還する場合の課税の問題が生じることになる。

③ 無償返還届を利用した租税回避行為の問題

使用貸借に係る無償返還届を利用した租税回避行為の問題も懸念される。

法人税基本通達 13-1-7 では、無償返還届の提出期限について「遅滞なく」としか定めていない。そうすると、同届出の提出が認められるのは果たしていつまでなのかが問題となる。平成 9 年 2 月 17 日裁決（非公開裁決 TAINS コード FO-3-008）では、「無償返還届書は、少なくとも、本件相続の開始日までに原処分庁に対し提出されていなければ、本件土地の利用権の価額が存在するものとして取り扱わざるを得ないのであって、たとえ、同日以降に提出されたとしても、上記の課税上の取扱いに何ら影響をおよぼすものでない。

（中略）本件相続の開始日において、無償返還届出書が提出されていないことから、本件土地の借地権相当額の利用権が存在するものとして取り扱うのが相当である。」として、相続開始までの提出が条件である旨の判断を示している。また、前出の東京地裁平成 20 年 7 月 23 日判決でも示されているように、借地の契約時点からかなりの期間が経過しても、同届出の提出が認められている。

さらに、課税上弊害がない場合に限られるであろうが、税務調査等の時点で課税庁に同届出の未提出を指摘されてから、急遽当該届出を提出する場合でも認められるとされる意

⁴⁵ この裁判例について述べたものとして、多比羅誠『駐車場・一時使用・使用貸借の契約実務—借地借家法の適用されない契約—』（2012 新日本法規出版）371 頁

見があり、⁴⁶ 届出の提出期限は、事実上その借地権の権利関係について、相続や譲渡等をする時点まで、あるいは課税庁に対して権利関係を明示する必要が生じる時点まで許容されていると考えられる。

こういった無償返還届のいわゆる「後出し」が認められる理由として、そもそも借地の契約時において、将来無償で返還する旨の取り決めが明確にされていることが重要視されるためであるとする指摘がある。⁴⁷ したがって、契約における無償返還の定めもなしに使用貸借あるいは賃貸借関係を開始した場合には、同届出の後出しは認められないとすべきであろう。

しかし、現実的にはこうした届出の後出しは実務上可能であり、そのことが借地権の移動を調整することによる租税回避行為を可能とってしまう問題を生じさせることになる。

再度、前項の甲ら親族とX法人の前提を例として検討する。

想定上、甲がX法人に土地を使用貸借により利用させて、契約において無償返還の条項を明確にしておいたうえで、無償返還届の提出をしないままにしておいたとする。

そのまま一定の期間が経過した場合、ここで、甲ら親族とX法人は、当該土地の租税法上の権利について次の二つの選択肢を持つことになる。

一つ目は、そのまま届出をしないで、借地権を租税法上法人の財産とってしまう選択である。使用貸借であっても、租税法上は無償返還届を提出しなければ法人に借地権が移転することは既に説明したところである。

そうすることで、除斥期間の経過とともに、甲の財産である土地のうち、借地権相当額を税の負担なく法人に移転させることが可能となる。仮に、除斥期間の経過する前に課税庁から無償返還届が未提出であることについて指摘を受けたとしても、契約における無償返還条項が明確になっているため、無償返還届をそこから提出すれば権利金の認定課税は免れることができる。甲らとX法人はほとんどリスクを冒さずにこうしたスキームを実行できることになる。

二つ目は、意図的な無償返還届の後出しである。

たとえば、X法人の業績が使用貸借を開始した以降に好転し、株価が急騰したとする。この場合、一つ目の方法で借地権の価値を法人に帰属させると、さらに株価を押し上げる

⁴⁶ 松本好正・前掲注(35) 154 頁、渡辺淑夫・小林栢弘『借地権課税実務事典 第三次改訂版』(2005 ぎょうせい) 58 頁

⁴⁷ 武田昌輔ほか・前掲注(27)7 頁、その他に同一の見解として若林孝三『借地権の税務』(2011 大蔵財務協会) 238 頁

結果となるため、甲から時期経営者である子Aへの株式の移転を図る際に負担となってくる。そこで、株式の移転をしようとする時まで無償返還届を提出し、当該土地の借地権部分の価値を甲の財産として保留することを選択して、株価の調整をすることができる。

また、その後に使用貸借から賃貸借へと変更をすることも可能であるため、相当の地代通達8に定められる、賃貸借であれば無償返還届の提出により自用地としての価額の80%相当額で評価する取扱いを利用して、当該減額される土地の20%部分の価値についても、親族らの意図するように調整することができる。

そのほかにも、当該土地を譲渡する場合に、無償返還届を提出せずに譲渡すれば借地権相当額は法人の収入となり、無償返還届を提出した後に譲渡すれば全額個人の譲渡収入となる。法人に繰越欠損金がある場合には、それを奇貨として前者を選択し、法人に税額の負担がある場合には、後者により個人所得税の分離課税として税負担の選択をすることも可能である。また、交換の特例や租税特別措置法の買換え等の優遇措置の適用についても、自己に有利な選択は可能となる。

これらはすべて、使用貸借の場合でも権利金相当額について認定課税することを優先し、かつ、それを原則とした上、通達において無償返還届出の提出がある場合に限り、認定課税見合わせるとする現行の仕組みに問題があることを示していると考えられる。

④ 使用貸借についての実務家へのアンケート調査

ここまで、使用貸借契約について、無償返還届の提出を失念するような状況や、課税庁における届出の未提出の指摘、および権利金の認定課税の看過の事例が少なくないこと、そして、それが借地権の取扱いをさらに複雑にし、また租税回避手段とされる可能性がある現状を述べてきた。

そこで、法人が関与する使用貸借契約等について、このような問題が現実には発生していることを確認するため、都内に事務所を構える税理士を対象にしてアンケート調査を実施した。回答数は30程度であるため統計的な立証と位置付けられるものではないが、問題が発生していることを確認することができたと考えている、以下、アンケート結果の概要を示したい。

アンケート調査の「設問」は次の4項目である。

Q1 地主か借地人のいずれか（もしくは双方）が法人の場合で、建物所有のための「無償の土地貸借」をする事例に関与したことはありますか？

Q2 Q1と同様の状況で、完全に無償ではなく、権利金の授受はしないで地代のみ支払している事例に關与したことはありますか？

(以下は、ここまでで「はい」と回答した方だけの回答)

Q3 その貸借契約について、その後どのような経緯をとっていますか？(複数回答可)

- A) 「土地の無償返還に関する届出書」を提出している
- B) 何らの手続きもないまま除斥期間が成立し、すでに借地権が移転している
- C) 借地権相当額について認定課税をうけた
- D) 税務署に認定課税を指摘され、急遽、無償返還届出を提出した
- E) (Q2の場合限定) 相当の地代の支払をしている
- F) A～Eのいずれもなく、現在検討中である
- G) その他(上記以外の例示がありましたら教えてください)

Q4 その貸借契約に係る土地の権利関係について、親族間もしくは会社内等で問題となったことはありますか？

以上の設問に対する回答の概要は次のとおりである。

Q1については、70%が法人が当事者となる使用貸借契約に關与している旨回答している。

Q2については、76%が権利金の收受をしない貸借契約に關与があると回答している。

Q3については、A：52%、B：41%、C：6%、D：0%、E：23%、F：12%、

G：0%、という結果であった。

Q4については、30%が問題になっていると回答している。

以上のとおり、まずQ1・Q2の回答より、法人が關与する使用貸借契約、もしくは権利金の支払のない貸借契約が相当数あることが認められた。中小零細の同族会社等にとっては、同族が關連する法人や役員等との間で土地を利用し、あるいは利用させることは特別珍しい事ではなく、また、特殊関係者間であるため、借地権に係る権利移転の意識が低く、権利金や地代の支払いがなされない事例が多いことはすでに述べたとおりであるが、それが確認されたと考えている。

注目すべき回答は、その使用貸借契約と権利金の收受のない貸借契約の46%相当(Q3：B・C合計)について、無償返還届の提出や相当の地代の支払いがなく、原始發生的に借地権の移転が生じていると回答していることである。先に示した問題が潜在的に多く存在していると認めることが出来る。

さらに、Q4で「問題になっている」と回答した者は30%であったが、その大部分は、この原始発生的な借地権が生じていると回答した者のものである。私法と租税法の借地権帰属の乖離が、この問題の根底にあることを意味している。

今回の回答数は非常に少ないものであるが、仮に借地権慣行のある地域すべてに同様の発生率が当てはまるとすると、相当な件数の借地権に係る権利関係の係争や課税漏れが生じていると想定される。しかも、問題となる借地権の価値が高額であるため、係争は深刻なものになりがちであろうし、課税機会を逸してしまった税額も決して看過できない規模になると考えられる。

第5章 問題点の検討と改善への提案

1. 私法と租税法における借地権帰属関係の整合性を図る必要性

前章でみた借地権に係る課税について発生する問題は、主として民法並びに借地借家法の私法と、租税法との間で、その権利帰属関係が異なっていることに基因している。

私法上の借地権の成立要件は、借地権の慣行がある地域において借主が建物の所有を目的として貸主から土地を借り受け、その対価として賃料（民法 595 条に規定される借用物の通常の必要費のみを負担する場合を除く）を支払うことのみである。極めて簡潔に定義すれば、賃料等の支払いがあれば賃貸借として借地権が存在し、賃料等の支払いがない場合には多くの場合使用貸借ということになる。

また、借地権について資産価値が認められ売買取引の対象とされていることは、借地権という権利について法的な保護の裏付けがあることを前提としている。逆に言えば、法律的に認知・保護されない権利に資産価値を認めて対価を支払うことは考えにくい。租税法もこれを認めて借地権を資産として扱う課税の仕組みを構築している。

しかし、租税法で定められる借地権の取扱いは、私法上の借地権の範囲に収まるものではない。部分的にはあるが、土地の利用に係る取引の内容や経済的効果について租税法独自の解釈でとらえて借地権を定義し、またその解釈に基づいて私法と異なる考え方で課税をしている。

こうした点について、品川芳宣教授は、「本来であれば、借地権についての慣行が先で、それに税務が追いかけていって、いろいろな取扱いを定めるべき」とし、しかし現実には、「本来あるかないかわからないところに無理矢理に税務の取扱いを強制して」、「通達どおりの処理をしないと強制的に課税をするという問題がある」と指摘している。⁴⁸ 借地権に係る権利金收受の慣行について、慣行より租税法が先んじている可能性について論説したものであるが、租税法における借地権の取扱いが、私法を離れて画一的に処理されている問題の指摘といえる。

また、租税法における借地権の定義は、建物等の所有を目的とする「地上権又は賃借権」である。地上権と賃借権は民法において明確に定義されており、租税法の立場からすれば、

⁴⁸ 品川芳宣、緑川正博共著『徹底対論／相続税財産評価の論点～財産評価の理論と実務の疑問を叫ぶ～』（1997 ぎょうせい）139 頁

「借地権」の内容は私法からの借用概念と位置付けられる。

借用概念について、金子宏教授は、「借用概念は他の法分野におけると同じ意義に解釈するのが、租税法主義＝法的安定性の要請に合致している。すなわち、私法との関連で見ると、納税義務は、各種の経済活動ないし経済現象から生じてくるのであるが、それらの活動ないし現象は、第一次的には私法によって規律されているから、租税法がそれらを課税要件規定の中にとりこむにあたって、私法上におけると同じ概念を用いている場合には、別意に解すべきことが租税法規の明文またはその趣旨から明らかな場合は別として、それを私法上におけると同じ意義に解するのが、法的安定性の見地からは好ましい。」と述べておられる。⁴⁹ こうした租税法における借用概念の解釈からすると、借地権の権利関係が一部についてはあるが私法と租税法とで異なっている現在の借地権課税の取扱いは、法的安定性を損なっているものとして、本来許容し難いものといえる。

一方、借地権の取扱いについて私法の分野から借用した概念によるとしても、その取引の経済実体が私法による法形式に合致しておらず、その事実関係を放置しておくことが租税法の主旨から望ましくない場合、すなわち取引当事者の選択した法形式が真実の合意あるいは経済現象を反映していないために公平な課税が成り立たないと考えられる場合には、租税法はその実質について私法上の法形式を否認して課税する余地が認められる。これは、私法上の法形式と経済実体とが齟齬をきたしている場合や、取引当事者が真実の意思に基づかない法形式を意図して表面的に選択している場合などに、その表面的な法形式を、実態を正確に反映している法形式に置き換えて、課税要件を充足させることが必要視されているためである。

しかし、その場合でも、まず私法上の事実を認定して事実として確定することが必要であり、その認定に当たっては、本来、課税の公平等、租税法上の固有の価値判断を持ち込むべきではなく、その私法上の具体的事実を基礎として、客観的事実として認定されるべきものであると考えられている。⁵⁰

この点について中里実教授は、「租税法は、基本的に、私法上の取引を前提として課税要件を定めている。特に、所得課税については、原則として、私法上発生した法律効果により生ずる経済的利得を対象として課税がなされるのであり、私法を前提としないで所得課税を行うことはできないといっても過言ではない。経済的成果は基本的に私法によって(法

⁴⁹ 金子宏『租税法 第十七版』(2012 弘文堂) 113 頁

⁵⁰ 大淵博義『法人税法解釈の検証と実践的展開 第一巻』(2014 税務経理協会) 166 頁

律効果として) もたらされるという点を見逃して、課税関係を考えるわけにはいかないのである。」と述べられる。⁵¹

こうした借用概念の解釈を前提として、租税法上の借地権課税制度をみると、租税法も、借用概念の解釈を見逃して私法と異なる意味を借地権に与えているわけではない。原則として借地権を私法と同様に解したうえで、特例的な取扱いとして法人税法施行令 137 条に相当の地代の支払いがある場合の取扱いを定めているだけである。これはいわゆる「別段の定め」であり、租税法律主義に反するものとはいえず、また、その取扱いには経済的合理性が認められ、租税法限りの措置として問題はない。ただ結果として、借地権の帰属について私法と異なる権利関係をもたらしている点が問題とされる。

さらに、「無償返還届」は、意思確認の手段としてこうした手法を用いることは妥当といえるが、それが提出されない場合に、使用貸借であっても借地権が移転したものと取扱う点で、私法上の権利との乖離を招いている。また、このような私法と異なる解釈の根拠が通達であるという点も問題とされる。

このように、借地権課税に係る最大の問題は、「相当の地代」の取扱いと「無償返還届」の取扱いが、借地権の帰属における私法と租税法の乖離を生じさせている点にある。

借地権の帰属における私法と租税法の乖離が借地権課税を複雑にし、多くの問題を生じさせていることを考えると、租税法における借地権帰属について、私法との整合性がある方向で改正することを検討すべきと考える。

2. 相当の地代方式についての考察と改正の方向

(1) 相当の地代方式の採用の経緯

相当の地代の取扱いは、借地権設定に係る権利金について、一律的な認定課税をすることを避けるための措置として導入された経緯がある。

土地の賃貸借契約に際して権利金を収受する慣行が広がるとともに、その支払いがない場合の認定課税が大きな問題とされるようになった。権利金の収受をせずに、土地の使用を許した法人に対して、当該権利金相当額の認定課税をすることは、法人税法の考え方からは当然であっても、借地権価額が高額になったこともあり、認定課税を行う基準の明確化を望む声が高まった。

⁵¹ 中里実『租税法の基本問題 金子宏編』(2010 有斐閣) 455 頁～456 頁

これを受けて、昭和 36 年の税制調査会において、賃貸借契約ついて権利金の収受がないまま借地権が設定される事への対応の在り方、権利金の支払いはないが、高額な地代を徴しているにも関わらず権利金の認定課税をうけた取扱いなどの問題点が指摘され、権利金の認定課税の基準を明らかにする必要があることが議論されている。その中で、「理論的にも地代の資本還元額は、地代收受権としての土地の価額に等しいから、これを更地としての土地の価額とが等しい場合には、権利金を収受すべきいわれがなく、したがって、認定課税を行うべきでない」との結論に達し、昭和 37 年の政令改正により、旧法人税法施行規則第 16 条の 2（現行の法人税法施行令 137 条とほぼ同様の内容）による相当の地代の取扱いが定められている。⁵²

この改正は、いかなる場合に権利金の認定課税をすべきでないのかという基準を明確にする趣旨から、相当の地代の支払いは、借地権が移転していないことを前提としているので、権利金を収受しない場合でも租税法上の経済的合理性が成立することを示したものでいえる。ただし、それは経済的合理性を有し、租税法の別段の定めとして制定されたことに問題はないとしても、借地権という法的に強い権利が、「移転しないこと」を説明する根拠とはなっていない。

このような経緯により制定された現在の法人税法施行令 137 条は、相当の地代の支払をしている借地について、私法（賃貸借であるため借地権ありとする）との間で権利関係の乖離を発生させている。

(2) 相当の地代に係る改正の方向

借地権に係る問題を解決するための最大の課題は、租税法の取扱いにおいても、借地権という権利の帰属関係を私法に合わせることであると考える。すなわち、土地の賃貸借契約があれば、その契約時に借地権が借地人に移転することとすべきである。

そうすると、借地権の移転に係る対価の支払いがない場合に認定課税の問題が生じてくるため、これにどう対処するかが次の問題となる。

相当の地代方式は、この認定課税の問題に対して、一定の条件があれば借地権移転がないとすることで対処しようとしたものであるといえる。しかし、それは私法との乖離という問題を引き起こすことになるので、抜本的な解決とはならない。

そこで、認定課税はするが、その負担に係る緩和も配慮し、新たな別段の定めとして権

⁵² この内容について述べたものとして、白石光彦『借地権課税百年史』（1992 清文社）158 頁～161 頁

利金相当額の所得について、課税を繰り延べる方法を検討してみたい。その場合、別段の定めとはいえ、租税法の他の規定とできる限り整合的で、かつ、納税者にとっても課税当局にとっても簡便で、首尾一貫した仕組みが望ましい。

様々な仕組みが考えられようが、以下、その一つの試みとして具体的な提案をまとめてみることにした。

① 土地の賃貸借契約時

まず、土地の賃貸借契約締結時には、借地権が時価により借地人に移転するものと考えられる。その上で、借地権の対価は分割払いにより支払われ、別段の定めを設けることにより、借地権を手放した地主にはその分割金の収入におじて収益が計上されることと取り扱う。

こうした課税繰り延べの方法としては様々のものが考えられるが、すでに租税法で採用されている長期割賦販売等が参考とされよう。また、借地権課税について相当の地代方式が既存して定着していることを考慮すると、割賦支払額を相当の地代の額に近いものとする考えられる。

なお、前述したように、相当の地代の概念には二つの考え方があるとされている。

一つは通常の地代が底地の対価であるという位置付けから、相当の地代のうち通常の地代を超える部分の金額は借地権（上土権）部分の使用料とみる考え方である。権利金を借地権部分の対価と見る場合、借地権部分の賃料を支払うことで借地権の移転がなかったものとする扱い、すなわち相当の地代を権利金收受の代替として取り扱うことも合理的であると説明されているものである。

もう一つは、相当の地代の支払をもって、借地の対象となっている土地全体の運用利回りを保証した額を支払っているという考え方である。

いずれの説が税法の主旨として最も適しているか議論のあるところであるが、借地権設定の対価としての権利金の分割支払いの額を考える上で、相当の地代の額を斟酌するというのであれば前者ということになるであろう。先に見たとおり、理論的には地代の資本還元額は地代収受権としての土地の価額に等しいとされていることから、相当の地代のうちの借地権部分の資本還元額を譲渡対価の分割金とする考え方は妥当と思われる。

以下、法人が取引当事者の一方もしくは双方となる取引について、借地権譲渡対価を分割払いとする場合の課税上の取扱いの考え方について、個人と法人及び地主と借地人の区分により説明する。個人間の土地賃貸借契約についても問題がないわけではないが、より

深刻な問題と思われる法人関与取引についての検討を先行させることとした。

a) 個人地主

法人との間で土地の賃貸借契約があった場合には、その時点で借地権の移転に係る譲渡所得が発生したものと取り扱う。この場合、所得税法 59 条についての従来の考え方を変更する必要があるが、明確に資産と認めうる借地権の存在を前提とすると、借地権の移転を、同条に規定する資産の譲渡から除外する理由はないように思われる。

譲渡所得である以上、原則として設定時点の借地権の時価相当額が譲渡収入金額となるべきである。ただし、譲渡所得となる場合の課税負担を平準化するため、課税を繰り延べるとともに、毎時、別途計算された割賦支払額に相当する額を借地人から受領することとし、その受領額のうち、底地の対価である、いわゆる通常の地代の額を超える部分の金額（以下便宜的に「借地権分割額」と呼称する）を各年分の譲渡所得の収入金額とする取扱いとする。

一方、譲渡所得の計算上控除すべき取得費は、所得税法基本通達 38-4 に説明される「借地権等の設定をした場合の譲渡所得に係る取得費」により算出した額のうち、毎年の借地権分割額を設定時の借地権価額で除して得た割合を乗じて計算した金額とする。つまり、借地権はその設定時にその時の時価により譲渡されたものとし、その収入金額と取得費を、毎年の借地権分割額のみだけ計上する方法となる。長期の譲渡所得が分離比例税率とされていることから、こうした取扱いをしても課税上の弊害は大きくないと思われ、検討に値すると考える。⁵³

なお、地主はこの取扱いにより、その所有する土地の価値から借地権相当額が減少することになるが、当該借地権の対価については今後分割で支払いを受けるため、借地権相当額の回収を完了するまで、その未精算残高について未収金という財産を保有するものとして扱うのが合理的であろう。

租税法の収益計上基準については発生基準が原則とされており、それ以外の例外的基準を認めることについては慎重であるべきであるが、そうした問題を認識したうえでなお、政策選択の問題として、こうした賦払いの取扱いを提案したいと考えている。所得税法は、所得税法 65 条に規定する延払条件付販売等に係る収入及び費用の帰属時期の特例、あるいは所得税法 132 条の延払条件付譲渡に係る延納制度など、代金賦払いの場合に納税者の

⁵³ 借地権設定の対価は、所得税法施行令 79 条により、対価の額によって不動産所得とされる可能性があるが、この考え方の下では、その対価が不動産所得とされる取扱いは改訂される必要があると考える。

納税資金が欠如してしまうことに配慮する手段を有しており、こうした譲渡所得の分割計上を受け入れる基盤が十分に既存していることも合わせて主張したい。

b) 個人借地人

法人との間で土地の賃貸借が始まった段階で、租税法上も借地人は借地権を所有するものとして取り扱うことになる。借地人については、設定時に借地権という財産と分割返済する未払債務が発生することになる。

個人借地人は未払債務を分割返済する義務があり、また、底地については通常の地代を支払うことになる。なお、この提案では、賃貸借契約である場合、借地権は交換取引として取得することになるので、みなし贈与の適用はない。

c) 法人地主

個人地主の場合と同様、賃貸借契約時に借地権が移転するものとして取扱い、借地権の収入金額について課税繰り延べの措置を適用する。契約の段階で法人地主が所有する土地の借地権相当額は減少し、収入すべき借地権対価相当額について未収金を計上することになる。したがって、その後に借地人から収入する金額のうち、純粋な地代収入として益金に計上されるのはあくまで底地部分の地代であり、それを越える部分については未収金の入金として扱う。

収益の計上については、その平準化を図る観点から、法人税法 63 条に規定する長期割賦販売等に係る収入及び費用の帰属事業年度の特例に準じた所得計算の制度が適用されるのが望ましい。元々、法人税基本通達 2-4-2 において⁵⁴、借地権の設定の対価として支払いを受ける権利金（法人税法施行令 138 条の適用をうけるものに限定）について同法 63 条の適用を認めることとしており、こうした収入の帰属時期の特例を借地権の設定に係る権利金に適用することについて、一定の妥当性があることを示している。⁵⁵

⁵⁴ (延払基準の適用がある資産の譲渡)

法人税基本通達 2-4-2 法第 63 条第 1 項《長期割賦販売等に係る収益及び費用の帰属事業年度》に規定する「長期割賦販売等」には、次に掲げる金額の受領に係る取引で同条第 6 項に定める長期割賦販売等の要件に該当するものが含まれるものとする。

(1)借地権又は地役権の設定の対価として支払を受ける権利金その他の一時金の額で令第 138 条第 1 項《借地権の設定等により地価が著しく低下する場合の土地等の帳簿価額の一部の損金算入》の規定の適用があるもの（以下、省略）

⁵⁵ 一時に権利金として支払う方法と、長い期間にわたって地代に上乗せして支払う方法とでは、その期間の長さから両者の場合の権利金は同一の経済価値とはならないことになる。期間の経過に見合った金利相当額を借地人は負担するべきである。この金利について所得として課税する方法であるが、それには、設定時点において予想される総金利の額を借地権価額に上乗せしてすべて譲渡所得として課税する方法や、金利分だけ雑所得等の他の所得区分とする方法などが考えられる。

所得税法 65 条の延払条件付販売等については所得税法基本通達 65-11 に、法人税法 63 条の長期割

一方、帳簿上の借地権の価額については、法人税基本通達 9-1-18 を準用し、毎期支払いをうける借地権分割額に対応する分だけ減額して損金とするのが、期間損益計算の見地からも、費用収益の対応の原則からも適当であろう。

こうした改正をした場合、相当の地代に関する多くの取扱いは不必要となり、また、賃貸借に係る無償返還届の制度も意味をなくすため廃止することが妥当となる。

d) 法人借地人

個人借地人の場合と同様、土地の賃貸借契約開始の段階で、借地人は借地権を所有するものとして取り扱う。設定時に借地権という財産と今後分割返済する未払債務が発生し、地代の額のうち借地権分割額に相当する金額は未払債務の返済と考えることも同様である。

② 財産評価・譲渡時点（権利金相当額の分割支払完了前）

権利金に相当する対価については、賃貸借契約時に借地権の移転があることを前提としたうえで、借地権対価を分割払いする制度により課税の繰り延べをする方法について説明した。

では、その借地権対価の分割払いを継続している期間、すなわち権利金に相当する対価を全て支払い切る前に、地主あるいは借地人に相続（法人については株主等についての相続）が発生した場合や、借地権の設定の対象となっている土地が譲渡された場合の借地権もしくは底地の評価、及び譲渡収入金額の帰属がどうなるか、以下、検討する。

a) 個人地主

まず、相続評価については、設定時に借地権が借地人へと移転しているため、相続時点で地主が所有しているのは底地のみになり、土地の評価については、その底地を貸宅地として評価すればよい。ただし、移転してしまった借地権の対価は借地権分割額として分割収入している最中であるため、相続時点での未回収残額は未収金という金銭債権として相続財産を構成する。

こうして取り扱うことにより、私法上の権利関係と整合性を保ったまま、地主から借地人へと移動した資産価値について、その移動した分だけを課税の計算上捕捉することが可能となる。

同じように借地権分割額を分割収入している最中にその土地を譲渡する場合、法的な所

賦販売等については法人税基本通達 2-4-11 において、それぞれ賦払いの場合に収入に含めないことができる金利相当額の取扱いを定めており、この提案の金利についても、当該通達に準じて借地権の対価とは区分して課税する方法も選択肢として考慮されるべきと考える。

有関係に従って、地主には底地、借地人には借地権が存在するため、その譲渡収入金額はその借地権割合に準じて按分されるのが妥当となる。

ただし、地主はここまで分割借地権地代についてその収入した分だけ収入金額として計上しており、譲渡時点では未だその未精算残高があるため、土地全体の譲渡に係る収入金額の按分がなされた後に、地主はその未精算残高の清算を受けて、その時点で譲渡所得が計上されていない部分について、譲渡収入金額として計上すべきとなる。

結果、地主については、底地部分の対価と未精算であった借地権の対価残額分の合計額について譲渡所得の計上がされて、その土地に係るキャピタルゲインに対するすべての所得課税がこれで完了する形となる。

b) 個人借地人

個人借地人について相続が発生した場合も同様の考え方となる。借地人はその賃貸借契約時に借地権を取得しているが、その対価に係る残債がある状態のため、相続財産として借地権を計上した上で、その残債を未払金として債務に加えることになる。

また、その土地が譲渡された場合も同様であり、借地権の所有がある以上、まず譲渡収入金額は借地権部分について計上することになる。同時に、未精算となっている借地権対価の残債を清算することになり、取得費として控除するのは、当初借地権として計上したときの価額によることになる。

c) 法人地主

法人の場合も、賃貸借契約の場合の借地権の帰属については、上記の個人の場合と同様の扱いとなる。

法人が当該土地に関してその時点において所有する価値は底地部分のみであり、これとは別に借地権対価に係る未回収残額を有していることになる。相続税法上の評価が必要とされる場合、これらを純資産価額に反映させる対応をすることになるが、土地の譲渡の場合には、底地部分の対価を収入とすることになる。また、一括で清算される借地権対価の未回収部分について、当初の借地権移転時に繰り延べされた益金の算入計算を行うことが必要となる。

d) 法人借地人

同じように、借地人である法人は、借地権を資産として評価し、支払いが済んでいない借地権の対価については未払債務が計上されていることで純資産価額の評価に対応がされる。譲渡についても、法人が所有している借地権の譲渡について通常の固定資産の売却と

取扱い、未払債務について清算することで足りる。

③ 財産評価・譲渡時点（権利金相当額の分割支払完了後）

これまでの相当の地代方式とは異なり、借地権対価の分割払いという考え方を採るため、一定期間の借地権分割額の支払いがあれば、借地権の対価の支払いが完了することになる。

この期間をどうするかは、当初契約時の借地権の価額と借地権分割額によって決まるものであるが、この借地権分割額を支払う期間を無制限に認めることは、租税回避防止の観点から問題がある。

期間を定めるための精緻な仕組みを作り上げることも考えられるが、これまでの相当の地代が年6%とされていたことから、概ね200ヶ月程度で借地権の資本価値の回収が可能であることを考慮すると、200ヶ月前後の回数に固定する方法などが検討されるであろう。

いずれにせよ、借地権設定に係る権利金相当額の支払いを完了させたあとは、すでに借地権に係る権利は地主から借地人に移転して対価の支払いも済んでいるため、特殊な制度設計は必要ないことになる。なお、対価の支払いを完了した後も、底地に対する通常の地代を支払う必要があることは当然である。

また、相当の地代方式の問題点の一つとして前述しているとおり、相当の地代の額は一般的な借地契約の地代に比べて非常に高いため、その事を利用した租税負担の軽減が懸念されているが、上記の取扱いであれば、この問題への対応も可能である。

3. 使用貸借に係る借地権課税についての考察と改正の方向

(1) 使用貸借に係る無償返還届の採用の経緯

使用貸借契約についても、私法の考え方との整合性を図るべきと考える。

使用貸借契約については、私法上、借地人に借地権という財産的価値が発生する余地はない。これに対して、租税法では、貸主か借主のいずれか（あるいは双方）が法人である取引当事者が使用貸借により建物の所有を目的として土地の使用をするときは、無償返還届出書の提出がある場合を除き、借地権が移転するものとして取り扱われている。無償返還届の有無により借地権の移転が生じているかどうかを判断する仕組みといえる。

この取扱いは、近親者や同族会社との間の土地利用においては、賃貸借であっても地代を収受しない場合があり、使用貸借の場合との区別が困難であることなども背景にある。

当事者が使用貸借といっても、それだけでは権利金相当額の回避は認められず、無償返還届の提出があつて初めて権利金の収受の必要がない使用貸借と認められることになるため、この場合の無償返還届は事実を確認する手段であり、一種の「踏み絵」のような役割を果たしている。

こうして、無償返還届の仕組みは、客観性に乏しい使用貸借契約について明瞭性を持たせる方策としても採用されたと考えるが、しかし、結果として、使用貸借であるにも関わらず、無償返還届のある場合には借地権の移転を擬制するという点で、私法との乖離という問題を生じさせている。

(2) 使用貸借に係る改正の方向

この問題を解消するための具体的な対応として、無償返還届の制度の廃止を提案したい。

この制度は、租税法と私法の乖離をもたらしているという問題に加え、通達でこうした課税要件に係る規定を設けている点でも問題がある。

使用貸借について、私法の規定どおり取り扱えば借地権の移転は生じないため、課税上の認定課税の必要はない。また、後に土地の譲渡や相続が発生する場合の権利関係も明確となる。しかし、法人が使用貸借の当事者であった場合、土地を無償で使用できるものが受ける経済的利益をどう考えるかという問題がある。少なくとも法人の場合は、使用貸借契約について、その経済価値に見合った経済的利益を認定する取扱いに変更することが必要とされよう。

このように取り扱うことで、使用貸借の取扱いが私法と同一となり、無償返還届という手続きをとらない場合に借地権が移転するというフィクションが生じる余地はなくなり、納税者及び課税庁が使用貸借契約について必要以上に複雑な対応をする必要もなくなる。

使用貸借と賃貸借の客観的な区別が明確でないことから、適正な課税が実現しない事態の発生が懸念される。しかし、この点は、先に述べた賃貸借の場合の処理を徹底することで対応が可能と思われる。つまり、納税者が賃貸借と主張する場合は、借地権が移転し、権利金に満たない額が債権として地主の手元に残され、その債権の回収を受けるのに応じて収益を計上することになるため、賃貸借と使用貸借の区分、すなわち土地の利用に係る対価の額の透明性が低い場合であっても、借地権価値の移転について課税機会を逸することがなくなることになる。

なお、使用貸借契約は、私法上の権利が一切なく、かつ土地の利用に係る経済的価値の

うち交換価値が一切存在しないのであるが、例外として、借主が使用貸借している土地の利用の停止を余儀なくされる場合、たとえば注 10 で引用した平成 6 年 10 月 11 日の最高裁判例のように、第三者である建物の賃借人の過失による建物滅失の場合に弁償される対価や、収用等による立退きに係る補償金など⁵⁶、使用貸借に係る土地の利用権を対象とした支払いを受けることがある。しかし、これらはその土地に関する権利の交換価値の対価として支払われるものでなく、使用貸借に係る土地上の建物についての利用機会の逸失に対する弁償や、移転その他の補償として収受するものであり、借地権という権利の対価の問題ではない。

また、使用貸借の場合に借地権という権利の移転は生じないが、そこから受ける土地の無償使用という経済的価値について、それに見合った対価を認定すべきと述べた。この対価の性格は、賃貸借の場合の地代ではなく、法人税法 22 条 2 項の「無償による役務の提供」としての性質に近いものである。また、上述した賃貸借の場合の借地権分割額とも異なる。こうして考えると、毎時の経済的価値相当額は、原則として、地主にとっての土地保有コストを上回り、かつ現在の「相当の地代」以下の範囲内の額で、個別事情に応じて決定されるべきであるように思われる。この場合、その経済的利益の評価については、所得税基本通達 36-15、36-40～42 に説明される役員社宅の賃貸料の算定方法などがその参考となろう。

⁵⁶ 公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱(昭 37.6.29 閣議決定)第 12 条によれば、使用貸借による権利に対しても補償する旨定められている。参考：国税庁質疑応答事例「使用貸借に係る土地の保証金の帰属」

おわりに

実務では、潜在化しているものも含め、借地権課税については問題が山積している。本稿はこうした借地権課税について解決の糸口を探りたいとの趣旨から、問題点を整理し、改善のための提案を行ったものである。

整理の結果、問題の多くは借地権課税に係る二つの特例的な取扱い、すなわち土地の賃貸借契約において相当の地代等の要件を満たした場合に借地権の移転がないとする取扱い、および、法人関与の使用貸借契約において無償返還届がない場合には、借地権が移転しているとする取扱いから生じていることを明確にできた。

租税法のうち、法人税法が借地権に係る課税の取扱いに求めるのは、適正な権利金、あるいは地代の収受がない場合でも、営利目的の団体である法人が行う商取引としての適正な所得を算定し、他の法人との課税の公平を保つことである。また、相続税法は、借地権に係る財産の帰属を明瞭にし、課税されないまま財産が個人間で移転することを防止し、かつ、これらの財産に係る経済的価値を評価することを主たる目的としている。さらに、所得税法は、借地権に係る取引について個人に流入する経済的価値を、その所得特性に応じて区分し、課税することが目的である。

こうした各税法の目的からは、先に述べた現在の特例的な取扱いはそれぞれ合理的と認められ、課税上の措置としては精緻に構築されていると評価することができる。

しかし、そうした租税法において合理的とされる取扱いであっても、借地権に係る私法上の権利が影響を受けるわけではない。借地権は財産としては高額であり、課税上の処理により私法が予定する結果と異なってしまうことで、納税者が受ける混乱を無視することはできない。

本稿は、こうした理由から、租税法における借地権の取扱いを私法に合わせるべきと考え、その上で適正な課税を実現するための方策を模索している。これにより、私法と租税法の乖離という問題はなくなり、「相当の地代」、「無償返還届」の仕組みに起因する多くの問題は解消すると考える。おそらくは、昭和 37 年の税制改正の内容を検討した際にも、相当の地代方式以外の代案として、本稿提案のような案を含むその他の取扱いを追求したものであると思われる。当時の結論として相当の地代方式を採用しているが、本稿で述べる借地権課税の問題は、その選択の矛盾が顕在化したものと考えている。

提案の内容はすでに説明したところである。法人としての課税の公平、財産の適正な帰属と不当な移転の防止、所得の特性に応じた課税については配慮したつもりである。なお、個人間の土地の賃貸借に係る問題については十分に述べていないが、本稿の提案からの応用的な対応が可能と考えている。

もちろん、借地権課税についてのこれまでの取扱いを変更することは容易ではないし、改正するとしても、別の課税方法の検討が必要になるかもしれない。本稿は借地権課税の問題の所在を掘り下げて検討し、その改善の方向を骨太に示したものである。借地権に係る実務上の諸問題の解決に資することができれば幸いと考えている。

参考文献

- ・ 幾代通・広中敏雄編『新版 注釈民法(15) 債権(6)増補版』(2003 有斐閣)
- ・ 藤岡康宏・磯村保・浦川道太郎・松本恒雄『民法IV 債権各論[第3版補訂]』(2012 有斐閣)
- ・ 稲本洋之助・澤野順彦編『コンメンタール借地借家法〔第3版〕』(2012 日本評論社)
- ・ 舛田純『平成時代における借地・借家の判例と実務』(2013 大成出版社)
- ・ 竹村忠明『借地借家法と補償』(1995 清文社)
- ・ 多比羅誠『駐車場・一時使用・使用貸借の契約実務 借地借家法の適用されない契約』(2012 新日本法規出版)
- ・ 内田勝一・山崎敏彦編『借地・借家の裁判例 (第3版)』(2010 有斐閣)
- ・ 鶴野和夫『不動産の評価・権利調整と税務』(2010 清文社)
- ・ 日本不動産鑑定協会 法務鑑定委員会編『借地権割合と底地割合－権利割合の本質と実務への応用－』(2006 判例タイムズ社)
- ・ 安達敏男・小谷野賢一・酒井雅男・井原千恵『Q & A 借地借家の法律と実務 第二版』(2012 日本加除出版)
- ・ 日本住宅センター借地借家制度調査会『借地借家制度の研究 制度の現状の在り方に関する調査報告 第3編 経済的実態』(1989 日本住宅総合センター)
- ・ 稲本洋之助・望月礼次郎・広渡清吾・内田勝一編『借地・借家制度の比較研究』(1987 東京大学出版会)
- ・ 金子宏『租税法 第17版』(2012 弘文堂)
- ・ 金子宏『租税法の基本問題』(2010 有斐閣)
- ・ 金子宏「無償取引と法人税」『法学協会百周年記念論文集第二巻』(1983)
- ・ 金子宏『所得課税の法と政策 所得課税の基礎理論下巻』(2012 有斐閣)
- ・ 岡村忠生『法人税法講義〔第3版〕』(2008 成文堂)
- ・ 大淵博義『法人税法解釈の検証と実践的展開 第I巻〔改訂増補版〕』(2013 税務経理協会)
- ・ 森文人編『法人税基本通達逐条解説』(2011 税務研究会出版局)
- ・ 加藤千博編『相続税法基本通達逐条解説』(2010 大蔵財務協会)
- ・ 後藤昇・阿部輝男・北島一晃『所得税基本通達逐条解説』(2009 大蔵財務協会)

- ・ 石岡富七・佐藤清勝・右山昌一郎・渡辺淑夫『精選実例 税務解釈辞典』（1987 ぎょうせい）
- ・ 渡辺淑夫・山本清次『法人税基本通達の疑問点』（2009 ぎょうせい）
- ・ 植松守雄編『五訂版 注解 所得税法』（2011 大蔵財務協会）
- ・ 武田昌輔『立法主旨 法人税法の解釈』（1998 財経詳報社）
- ・ 酒井克彦『所得税の論点研究 - 裁判例・学説・実務の総合的研究 - 』（2011 財経詳報社）
- ・ 右山昌一郎・宮森俊樹『事例にみる税務上の形式基準の判断』（2012 新日本法規出版）
- ・ 山本守之・守之会『検証・税法上の不確定概念』（2001 中央経済社）
- ・ 品川芳宣『租税法律主義と税務通達 - 税務通達をめぐるトラブルの実践的解決への示唆 - 』（2003 ぎょうせい）
- ・ 品川芳宣・緑川正博『徹底対論／相続税財産評価の論点～財産評価の理論と実務の疑問を糾す～』（1997 ぎょうせい）
- ・ 品川芳宣・緑川正博『徹底解明／相続税財産評価の理論と実践』（2005 ぎょうせい）
- ・ 武田昌輔・小松芳明・成道秀雄・渡辺充『借地権課税の研究 日税研論集第2号』（1986 日本税務研究センター）
- ・ 武田昌輔・成道秀雄・渡辺充『借地権課税の研究〔2〕 日税研論集第7号』（1988 日本税務研究センター）
- ・ 笹岡宏保『具体的事例による財産評価の実務 I 土地等』（2007 清文社）
- ・ 笹岡宏保『Q & A 税理士のための資産税の税務判断実務マニュアル』（2005 清文社）
- ・ 三木義一・関根稔・山名隆男・占部貞治『実務家のための法律相談（民法編）第二版』（2011 有斐閣）
- ・ 井口幸秀『資産税誌上研修会 第一回 借地権』（1984 有信堂高文社）
- ・ 井口幸秀『税理士のための資産税 第四巻 借地権』（1982 有信堂高文社）
- ・ 井口幸秀『借地権の節税ヒント』（1976 ぎょうせい）
- ・ 橋本守次『法人・個人の借地権課税のすべて』（2005 税務研究会出版局）
- ・ 渡辺淑夫・小林柏弘『第三次改訂 借地権課税実務事典』（2005 ぎょうせい）
- ・ 若林孝三『借地権の税務』（2011 大蔵財務協会）

- ・ 松本好正『「無償返還」「相当の地代」「使用貸借」等に係る借地権課税のすべて』(2013 税務研究会出版局)
- ・ 松本茂郎『借地権課税の考察』(2004 東洋出版)
- ・ 桜井巳津男・渡辺淑夫・増原繁樹『借地権課税の理論と実務(六訂版)』(1993 財経詳報社)
- ・ 酒井克彦『「相当性」をめぐる認定判断と税務解釈－借地権課税における「相当の地代」を主たる論点として－』(2013 清文社)
- ・ 高本文雄『法人・個人をめぐる借地権の税務(平成9年版)』(1997 清文社)
- ・ 白石満彦『借地権課税百年史』(1992 清文社)
- ・ 日税連公開研究討論会中国税理士会研究チーム編『借地権101年目の改革』(1998 中央経済社)
- ・ 平川茂『〔新版〕借地権課税の実務－個人・法人／地主・借地人別事例解説－』(2011 新日本法規出版)
- ・ 菅原計「我が国における借地権課税の問題点」経営論集第51号(2000)
- ・ 永井ユタカ「使用借権の財産的価値の立証」立命館法学347号(2013)
- ・ 山田俊一「土地の無償返還届の効力」税理196(2012)
- ・ 圖子善信「法人税22条2項の無償取引の解釈について－本規定は租税回避の否認規定か－」税大ジャーナル4(2006)
- ・ 藤巻一男「無償取引に関する法人税法上の解釈について－「適正所得算出説」と「無限定説」の正当性の検証－」税大ジャーナル9(2008)
- ・ 昭和36年12月税制調査会答申及びその審議の内容と経過の説明(1961)

租税資料館賞論文集 第 24 回 (2015 年) 下巻

平成 28 年 2 月 1 日発行

発行所

公益財団法人 租税資料館

発行者

諸岡 健一

〒164-0014 東京都中野区南台 3-45-13

電話 03-5340-1131

FAX 03-5340-1130

Email: sozeishiryokan@nifty.com

<http://www.sozeishiryokan.or.jp>