

組織再編税制における
課税繰延と欠損金の引継ぎに関する研究

— 「支配の継続」概念の整合性及び

課税繰延要件と欠損金引継要件の混同の問題を中心として—

田中 信行

我が国の適格組織再編要件の視点は、法人段階に重きを置く「支配の継続」概念を中心とした制度であり、その概念の創設当初の内容は、組織再編により移転する資産を保有していた法人の所有の継続が求められるとともに、その移転資産を包含する事業がその組織再編当事者において引き続き営まれることによって、「支配の継続」が満たされると説明されてきた。しかしながら、幾多の改正を経るにつれ、「支配の継続」概念について従来の説明にはなかったグループ経営、特に完全支配関係があるグループにおいては、どこに資産、及び事業があったとしても、移転資産に対する支配が継続しているといった見方に変容してきており、平成 13 年度の組織再編税制創設時に考えられていた「支配の継続」概念が、諸般の改正を踏まえた今日の「支配の継続」概念と必ずしも整合しない部分がある。

さらに、欠損金額の引継ぎの前提にあるのは、法法 57②「適格合併が行われた場合」に認められるものであることから、「支配の継続」もしくは「事業の継続」の要件の充足が必要となることや、「みなし共同事業要件」についても適格合併の判定に係る「共同事業要件」とその内容が類似するものであることから、組織再編における課税繰延と欠損金の引継ぎ理論を混同してしまう建付けとなっている。

上記の問題点は、納税者と租税当局との租税裁判として如実に顕れることになるが、欠損金の引継ぎの可否に際して、「支配の継続」概念が問題となる要因は、欠損金の引継ぎと課税繰延理論とを混同しているからにはほかならず、両者を区別した欠損金の移転制限規定の構築が必要と考えられることから、次の 2 つの方向性を検討した。検討にあたっては、同じく欠損金の法人間移転を認めるグループ通算制度との整合性の観点から行っている。

第 1 としては、被合併法人の合併事業の継続性に着目する事業継続性アプローチによるもので、前年度の損失が今年度の所得と相殺せられるのは、損失が生じた当該事業と実質上同一の事業から今年度の所得が生じた場合に限り認められるという考え方に基づく欠損金の引継ぎ方法である。経営判断としては不合理に子法人の事業を引き継いだ場合には、引き継いだ欠損金は親会社の事業からの所得と相殺できることから、組織再編税制とグループ通算制度(SRLY ルール)との非中立性が如実に顕れる。

第 2 としては、法人取得の結果として所有変化があった場合には欠損金の引継ぎ制限を課す所有変化アプローチに基づく欠損金の引継ぎ方法である。これは、法人所得税は最終的に株主が負担しているものと理解すれば、欠損金控除の利益は、その欠損金が発生したときにその損失を被った株主が得るべきという考え方である。このような、グループ企業を一体としてみたうえでの所有変化アプローチを採った場合には、グループ通算制度による SRLY ルールとも中立的な制限となり、M&A が本来目的とする経営・事業といった経済実態の変化に対しても柔軟に欠損金の移転を認めることができる。

以上より、第2の所有変化アプローチを基礎とした欠損金の引継ぎ規定の制度構築が望ましいと考える。その具体的な制限規定について、現行法から大きく乖離しないようにするならば、次の3つを提言する。

1つ目は、移転資産の課税繰延と欠損金の引継ぎ理論とを区別するために法法57②の「適格合併が行われた場合」という文言以上の要件を付加しないこと。

2つ目は、法法57③、④の規定にある「みなし共同事業要件」を撤廃し、支配継続要件のみとすること。

3つ目は、法法57②において引き継ぐことができる未処理欠損金額を「支配関係事業年度以後の未処理欠損金額」に変更することである。

グループ企業を一体としてみたうえでの所有変化アプローチによって欠損金移転の制限を行うことで、課税繰延と欠損金移転の混同の解消のみならず、「支配の継続」概念との区別を通じた法法57②の趣旨・目的の解釈の争いに一定の終止符を打つことになり、納税者の予測可能性及び法的安定性の向上が図られる。

目次

目次	1
はじめに(問題の所在)	4
本研究の構成	5
結論	6
第1章 組織再編税制の概要と課税繰延の基礎理論	8
第1節 組織再編税制の概要	8
1. 組織再編税制創設の経緯	9
2. 制度の概要	13
3. 「基本的な考え方」と立法趣旨	15
4. 実定法上の「支配の継続」・「投資の継続」・「事業の継続」	17
第2節 アメリカ組織再編税制における課税繰延の基礎理論	22
1. IRC § 368(a) とその効果	22
2. 組織再編による課税繰延の基礎理論	24
3. COI の要件	25
4. COBE の要件	28
第3節 我が国における「支配の継続」の概念とその変遷	30
1. 平成13年度税制改正：組織再編税制の創設における「考え方」と「仕組み」の違い	30
2. 平成19年度税制改正：合併対価の柔軟化	32
3. 平成22年度税制改正：グループ法人税制の導入を契機として	33
4. 平成29年度税制改正：スピノフ税制とスクイーズアウト	35
5. 平成30年度税制改正：多段階型再編等による事業再編の円滑化	37
第4節 産競法と組織再編税制における「支配の継続」の関係	40
1. 自己株対価 TOB と「支配の継続」	40
2. 認定株式分配に係る課税の特例と「支配の継続」	43
第5節 本章のまとめ	45
第2章 繰越欠損金の法人間移転の基礎理論	46
第1節 繰越欠損金の概要	46
1. 法人課税における租税属性	46
2. 法人税法における欠損金の意義	46
3. シャウプ勧告を受けた昭和25年改正から現在まで	48

第2節	繰越欠損金の引継ぎ.....	50
1.	組織再編税制の導入(平成13年度改正)以前の取扱い.....	50
2.	組織再編税制の導入(平成13年度改正)以後の取扱い.....	55
第3節	米国法における欠損金引継ぎ規定との比較.....	58
1.	損失の種類と繰越規定.....	58
2.	租税属性の引継ぎと制限.....	59
3.	米国法から得られる示唆.....	67
第4節	本章のまとめ.....	69
第3章	組織再編税制に係る欠損金の引継ぎが争われた裁判例.....	71
第1節	ヤフー事件(平成27年(行ヒ)第75号同28年2月29日最高裁第1小法廷判決) ...	71
1.	事実関係.....	71
2.	判旨(組織再編税制の趣旨・目的と未処理欠損金の引継ぎについて).....	72
3.	ヤフー事件の検討.....	72
第2節	TPR事件(令和元年12月11日同1年(行コ)第198号東京高等裁判所).....	75
1.	事実関係.....	75
2.	判旨.....	76
3.	TPR事件の検討.....	76
第3節	本章のまとめ.....	80
第4章	未処理欠損金の引継ぎ制限の提言.....	81
第1節	組織再編税制とグループ通算制度との課税の中立性.....	81
1.	限定的な中立性.....	81
2.	グループ通算制度における欠損金の引継ぎと制限.....	83
3.	組織再編税制における未処理欠損金の引継ぎ制限の提言.....	86
第2節	PGM事件の検討と欠損金引継ぎ提言の検証.....	92
1.	事実関係.....	92
2.	国税不服審判所による裁決.....	93
3.	検討.....	94
4.	結論.....	95
むすび.....		97
参考文献.....		99
参考裁判例.....		108

凡例(国税庁省略用語例より)

- 本研究で使用する法令等の略称は、以下の通りとする。

法人税法・・・・・・・・法法
法人税法施行令・・・・・・・・法令
法人税法基本通達・・・・・・・・法基通
法人税法施行規則・・・・・・・・法規
所得税法・・・・・・・・所法
所得税法施行令・・・・・・・・所令
所得税法基本通達・・・・・・・・所基通
所得税法施行規則・・・・・・・・所規
租税特別措置法・・・・・・・・措法
租税特別措置法施行令・・・・・・・・措令
租税特別措置法施行規則・・・・・・・・措規
租税特別措置法関係通達・・・・・・・・措基通
産業競争力強化法・・・・・・・・産競法
独占禁止法・・・・・・・・独禁法

Internal Revenue Code・・・・・・・・IRC(内国歳入法典)
Income Tax Regulations・・・・・・・・Reg(財務省規則)
Revenue Ruling・・・・・・・・Rev(歳入規則)
Internal Revenue Service・・・・・・・・IRS(内国歳入庁)

-掲載例-

法人税法第57条第3項第1号・・・・・・・・法法57③一
Internal Revenue Code 368条・・・・・・・・IRC § 368

- 特段の断りがない限り、本研究で引用する日本法令等は、令和5年12月末現在に基づくものとする。
- 文中における傍点及び下線は筆者による。

はじめに(問題の所在)

平成 13 年度に導入された組織再編税制は、法人段階と株主段階における課税に区分される。法人段階においては、原則として組織再編成により移転する資産等についてその譲渡損益の計上を求めつつ、特例として、移転資産等に対する支配が継続している場合には、その譲渡損益の計上が繰り延べられる。さらに、通常の資産の売買と区別する観点から、資産の移転が独立した事業単位で行われることを必要とする事業の継続が要求される。株主段階においては、株主の投資が継続していると認められる場合には、株式の譲渡損益の計上が繰り延べられる。

我が国における課税繰延の一般的論拠は、「経済実態に実質的な変更がない場合に課税しない」という実質主義の考え方に依拠する。これは、組織再編の本質が「純粋な紙面上の取引」に過ぎないとして、実現した利益を認識しない一種の「投資の継続(投資持分継続性：Continuity of interest)」概念に基づく実質主義を採用する IRC § 361 と共通する。もっとも、米国における課税繰延要件の特徴は、第 1 に、「支配の継続」概念は用いられておらず、法人・株主の双方の段階において株主による「投資の継続」が満たされるか、第 2 に、組織再編により移転された事業、又は資産が継続使用されているかという観点から判定される。両制度ともに、課税繰延の根本たる考え方は共通していても、株主による「投資の継続」から主に移転資産の課税を繰り延べるか否かを決する米国歳入法典の方が、その適否は別に、納税者にとっては理解しやすい制度であるといえる。

(1) 我が国の組織再編税制は、企業グループ内の組織再編成、共同事業再編成の区分に応じて適格要件が定められ、平成 13 年度改正以降も、経済情勢の変化に伴い、度々、改正が行われてきた。斯様な背景もあり、度重なる税制改正を経た現在の組織再編税制における「支配の継続」概念と、制度創設当初の「支配の継続」概念との整合性が問題になるとの見解が見受けられるようになる。特に、平成 29 年度改正では、組織再編税制における課税繰延理論を「支配の継続」から説明づけることの限界が指摘され、さらには産競法による政策税制としての課税繰延が図られる近年の改正状況を鑑みると、従来の基本的な考え方に依拠し続けることは、現行法の趣旨・目的の解釈上、課税当局と納税者との間に齟齬を現出させる誘因となる。

(2) また、組織再編税制は、適格合併が行われた場合に繰越欠損金を引継ぐことができる旨を法法 57②に定めている。そして、同法 57③は、共同事業再編成を除き、支配関係が生じてから 5 年を経過しない日に行われた適格合併につき、繰越欠損金を利用した組織再編成行為を防止する目的で、適格要件と類似したみなし共同事業要件を設けている。

欠損金の繰越は、青色申告書の提出を要件として、人為的に区切られた法人事業年度の不合理を解消する目的のもとで認められる。組織再編による欠損金の引継ぎに際しては、その欠損金の取扱いのいかんによっては、企業がリスクをとろうとする行動に少なからず影響を及ぼすという意味で、リスク・テイキングへの課税の中立性の観点からその移転が許容される。他方、税負担減少効果を有する租税属性の性質、及び種々の租税特別措置や損失の選択的実現などによって経済的所得の正確な算定に成功していない現行法人税法の下では、欠損金の引継に制限が課されることもまた妥当と解されている。

問題となるのは、組織再編における適格要件と欠損金引継制限との混同がみられること

にある。組織再編成における「移転資産に対する支配が継続」している場合、若しくは「経済実態に実質的な変更がない」場合に課税を繰延べる適格要件と、税負担減少効果を有する欠損金の引継要件を同一視することは、両者の理論的基礎を見失わせるおそれがあり、米国歳入法典をみても、適格要件と欠損金を引継ぐための要件は、関連性を有するものの、それぞれ別の系譜で発展してきた経緯がある。

(1)近時の「支配の継続」概念と従来の基本的な考え方との整合性、及び(2)の組織再編税制における課税繰延要件と欠損金引継要件との混同は、組織再編税制をより複雑、かつ、難解な法制にするもので、如実に課税当局と納税者との解釈の相違が争われる租税訴訟として顕れるようになる。専ら、組織再編成の否認規定である法法 132 の 2 の適用上、争点となるのは適格合併による欠損金の移転が不当に法人税を減少させるか否かであると解されるところ、裁判所は、その不当性要件である「組織再編税制に係る各規定の本来の趣旨及び目的」の解釈にあたって、組織再編成における課税繰延を認めるための基礎概念である「移転資産に対する支配の継続」を持ちだし、理論的にも、沿革的にも課税繰延とは別問題である欠損金引継ぎの可否に援用したことが本税制に対する理解の困難性を示すものである。

両者の基礎理論の混同により、欠損金の引継ぎの場面において「支配の継続」の意義が問われるのであるから租税裁判で争われる事象の根本的な解決を図るためには、(2)の問題に正面から向き合う必要があると考えられる。

そこで、本研究では、上記の問題意識の下、組織再編税制における課税繰延と欠損金の引継理論との区別を通じて、それらを混同する所以、根拠がないことを述べる。さらに、米国歳入法典の欠損金引継アプローチを参考としながら、令和 2 年度に創設されたグループ通算制度との課税の中立性の観点から、課税繰延理論とは区別された望ましい欠損金引継制限の提言を本研究の終着点とする。

本研究の構成

本研究では、組織再編税制における課税繰延と欠損金の引継理論との区別を出発点として、問題の所在で掲げる(1)、(2)の問題を導出することを第 1 章、第 2 章の目的とする。

まず、第 1 章では、組織再編税制の概要として、立法趣旨や基本的な考え方を通じて組織再編による移転資産の課税繰延の基礎理論を確認するとともに、これらの分野に関する研究及びこれを基にした議論が積み重ねられている米国歳入法典の示唆をもとに、課税繰延の根本的な概念を探求する。研究にあたっては、専ら、「支配の継続」の意義と概念の拡張を税制改正の趣旨を踏まえながら概観し、今日の「支配の継続」概念が従来の基本的な考え方におけるものとは整合しないことを明らかにする(問題の所在(1)部分)。

第 2 章では、欠損金の意義をはじめ、各事業年度に生じた欠損金が如何なる根拠により翌事業年度に繰り越されるのかという基本的な事項を確認した後、欠損金の法人間の引継ぎについては、組織再編税制導入以前と導入以後に区分し、法法 57②の立法変遷をみる。それに対する欠損金引継制限規定である法法 57③④と米国における初期判例や欠損金引継制限規定である IRC § 382 との比較・検討を通じて、前章までの組織再編成における資産の課税繰延と租税属性の引継に係る規律は、関連性を有するものの、それぞれ別の系譜で発展してきた経緯を確認することにより、両者を混同する所以、根拠がないことを明確にする(問題の所在(2)部分)。

第3章では、問題(1)(2)に対する裁判所の解釈が示されたヤフー事件、TPR事件の検討を通じて、合併が行われた場合の欠損金の引継ぎについて、裁判所が課税繰延と欠損金の引継ぎの関係性をどのように捉えたのかを確認する。その後、問題(1)(2)が組織再編税制をより複雑、難解な法制にし、納税者の予測可能性・法的安定性を揺るがすものとなっていることを言及している。

第4章では、問題(2)の解決に向けて、課税繰延理論と区別することを所与として、米国歳入法典における欠損金引継アプローチの考え方を参考にしながら、グループ通算制度における欠損金の取扱いとの課税の中立性が取られた欠損金引継制限規定の提言を行いたい。その提言に際して、法法132の2により欠損金の引継ぎが否認されたPGM事件(執筆時、係属中)において、この提言がどのような結果をもたらすかをヤフー事件、TPR事件の判旨から離れ外在的に評価している。

結論

我が国における課税繰延規定と米国歳入法典を比較するに、我が国の適格組織再編要件の視点は、法人段階に重きを置く「支配の継続」概念を中心とした制度であり、その概念の創設当初の内容は、組織再編により移転する資産を保有していた法人の所有の継続が求められるとともに、その移転資産を包含する事業がその組織再編当事者において引き続き営まれることによって、「支配の継続」が満たされると説明されてきた。しかしながら、幾多の改正を経るにつれ、「支配の継続」概念について従来の説明にはなかったグループ経営、特に完全支配関係があるグループにおいては、どこに資産、及び事業があったとしても、移転資産に対する支配が継続しているといった見方に変容してきており、平成13年度の組織再編税制創設時に考えられていた「支配の継続」概念が、諸般の改正を踏まえた今日の「支配の継続」概念と必ずしも整合しない部分がある(問題の所在(1))。

さらに、欠損金額の引継ぎの前提にあるのは、法法57②「適格合併が行われた場合」に認められるものであることから、「支配の継続」もしくは「事業の継続」の要件の充足が必要となることや、「みなし共同事業要件」についても適格合併の判定に係る「共同事業要件」とその内容が類似するものであることから、組織再編における課税繰延と欠損金の引継ぎ理論を混同してしまう建付けとなっている(問題の所在(2))。

上記の問題点は、納税者と租税当局との租税裁判として如実に顕れることになるが、欠損金の引継ぎの可否に際して、「支配の継続」概念が問題となる要因は、欠損金の引継ぎと課税繰延理論とを混同しているからにはほかならず、両者を区別した欠損金の移転制限規定の構築が必要と考えられることから、次の2つの方向性を検討した。検討にあたっては、同じく欠損金の法人間移転を認めるグループ通算制度との整合性の観点から行っている。

第1としては、被合併法人の合併事業の継続性に着目する事業継続性アプローチによるもので、前年度の損失が今年度の所得と相殺せられるのは、損失が生じた当該事業と実質上同一の事業から今年度の所得が生じた場合に限り認められるという考え方に基づく欠損金の引継ぎ方法である。これは、欠損金の繰越し及び繰戻の規定に関する立法経過に適合するが、次のような懸念が先行研究より示される。①欠損当法人の旧事業が継続されてい

る限り、欠損金の引継ぎ制限が掛からないため、欠損金額の売買の可能性があること、②「事業」の内容がどの程度の水準を求めているのかが判然とせず、また仮に事業を営んでいない企業(簿外債務管理等行っている企業等)などの欠損金の引継ぎは全く認められなくなること、③欠損金額の発生由来が、その企業が本来の活動の内容とする事業から生じているか不明確であること、の3つが挙げられる。さらに、①についていえば、経営判断としては不合理に子法人の事業を引き継いだ場合には、引き継いだ欠損金は親会社の事業からの所得と相殺できることから、組織再編税制とグループ通算制度(SRLY ルール)との非中立性が如実に顕れる。

第2としては、法人取得の結果として所有変化があった場合には欠損金の引継ぎ制限を課す所有変化アプローチに基づく欠損金の引継ぎ方法である。これは、法人所得税は最終的に株主が負担しているものと理解すれば、欠損金控除の利益は、その欠損金が発生したときにその損失を被った株主が得るべきという考え方である。すなわち、グループ企業内において生じた欠損金額は、その法人間移転の場面に際して制限を受けないことをいう。このような、グループ企業を一体としてみたうえでの所有変化アプローチを採った場合には、グループ通算制度による SRLY ルールとも中立的な制限となり、M&A が本来目的とする経営・事業といった経済実態の変化に対しても柔軟に欠損金の移転を認めることができる。しかしながら、当該アプローチの課題として、株主の変化に着目する方法であるがゆえに、正常な株式取引を阻害する恐れがあることや、対象となる株主の範囲、変化の許容度などを決定する必要がある。

以上、第1、第2の方向性の検討の結論としては、グループ通算制度との課税の中立性の観点より、第2の所有変化アプローチを基礎とした欠損金の引継ぎ規定の制度構築が望ましいと考える。その具体的な制限規定について、現行法から大きく乖離しないようにするならば、次の3つを提言する。

1つ目は、移転資産の課税繰延と欠損金の引継ぎ理論とを区別するために法法57②の「適格合併が行われた場合」という文言以上の要件を付加しないこと。

2つ目は、法法57③、④の規定にある「みなし共同事業要件」を撤廃し、支配継続要件のみとすること。

3つ目は、法法57②において引き継ぐことができる未処理欠損金額を「支配関係事業年度以後の未処理欠損金額」に変更することである。

グループ企業を一体としてみたうえでの所有変化アプローチによって欠損金移転の制限を行うことで、課税繰延と欠損金移転の混同の解消のみならず、「支配の継続」概念との区別を通じた法法57②の趣旨・目的の解釈の争いに一定の終止符を打つことになり、納税者の予測可能性及び法的安定性の向上が図られる。

第1章 組織再編税制の概要と課税繰延の基礎理論

第1節 組織再編税制の概要

法人税法上、「組織再編成(reorganization)」という用語の定義規定を有しないが、平成13年度税制改正により設けられた法人税法第6款「組織再編成に係る所得の金額の計算」(法法62以下)というセクションにおいて、企業組織の再編成に係る課税上の取扱いを規定している。第6款でいう「組織再編成」とは合併、分割、現物出資、現物分配のことをいい¹、それ以外にも平成18年度税制改正を経た株式交換及び株式移転も法人税法上の「組織再編成」に該当するものと考えられる²。それぞれの定義については、法法2に詳細に定められているが、「組織再編成」同様、「合併」などの用語の定義は規定されていない。

他方、会社法では、第5編「組織再編、合併、会社分割、株式交換、株式移転及び株式交付」(会社法第743条以下)に合併契約等に関する事項を規定し、会社法第2条において、それぞれの用語の定義を規定している³。したがって、法法2で使用されている「合併」や「分割」といった概念は、基本的には会社法からの借用であると考えられる⁴。さらに、法法2では、資産の移転として譲渡益課税が行われる場合と、譲渡益の課税の繰延べ(non-recognition)を認める場合の適格要件が規定されている。会社法において、組織再編成として「認める」取引のうち、税法が「認める(適格)」又は「認めない(非適格)」組織再編成として取引の峻別を行う、言い換えれば、会社法上の組織再編成でなければ、税法上は適格にはなりえないということの意味する⁵。斯様な前提のもと、本節では、移転資産に対する課

¹ 水野忠恒『大系租税法第3版』(中央経済社)(2021)、580頁。

神田秀樹教授は、「事業譲渡や組織再編成は、株式会社の事業の売却や事業の再編・提携の主要な法的手段」であるとし、「一般に会社の事業を第三者に売却する場合を第三者からみて買収と呼ぶ(M&Aともいう)。…これに対して、企業グループ内での事業の移転などは、一般に企業の再編と呼ぶ(「再編」という概念は買収・提携等の場合も含めた広義の意味で使われることもある)。…企業の提携には、…合併会社の設立を始め、上記の買収・再編の各方法も利用できるほか、事業の賃貸・経営委任・損益共通契約などの方法も考えられる」と述べている。神田秀樹『会社法 第24版』(弘文堂、2022)、376頁。

合同会社も組織再編成を行うことは可能であるが、その手続き過程の多さやその煩雑さが問題とされることが多い。松木雅彦「合同会社のM&A—持分譲渡・事業譲渡・組織再編後の株式譲渡の流れと課税関係—」『税務広報』71巻8号(2023)、74-79頁。

² 措置法に規定されていた株式交換等に関する課税ルールは、平成18年度改正により法人税法本法に組み込まれた。詳細は、財務省(佐藤造人、佐々木造=長井伸仁=一松旬)「平成18年度税制改正の解説」(2006)、164-166頁、297-322頁。渡辺徹也「株式対価M&Aと課税—株式交付に対応する課税制度のあり方—」『早稲田法学』95巻3号(2020)、825-830頁。

³ 例えば、会社法第2条27号では、「吸収合併とは、会社が他の会社とする合併であって、合併により消滅する会社の権利義務の全部を合併後存続する会社に承継させるものをいう」とされている。

⁴ 渡辺徹也「企業組織再編税制—現行制度における課税繰延の理論的根拠および問題点等—」『租税研究』687号(2007)、21頁。

⁵ 渡辺徹也『企業組織再編成と課税』(弘文堂、2006)、39-42頁、125頁。

会社法と税法の関係について、例えば、株式交付は、会社法において組織再編と位置付けられているが税法上はどのように取り扱われるのかといった議論や米国歳入法典のように会社法には縛られない税法独自の視点の必要性に関する議論は、本研究の範囲外であるため論じない。

税繰延の理論的根拠の理解に当たり、我が国の組織再編税制導入の経緯、制度の概要及び実定法上の各要件の整理を行う。

本研究では、移転資産の課税繰延と併せて欠損金の引継ぎの論点を取り扱うこととしているため、組織再編成のうち専ら国内の内国法人による合併を中心的に取り扱う⁶。

1. 組織再編税制創設の経緯

組織再編税制がどのような経緯によって導入されるに至ったのか、その背景を確認することは、組織再編税制の意義、課税繰延の理論的根拠(概念)に関する議論の重要性を明らかにする上で有益である。経緯と一概にいても、端的にその事象を纏めることは不可能であるため、(1)社会情勢、(2)各私法上の制度改正の影響、(3)課税の中立性の観点、の3つの論点にわけて述べることとする。

(1) 社会情勢

経済企画庁『平成9年版経済白書』によると、平成8年11月当時の橋本首相によって打ち出されたFree(市場原理が働く自由な市場)、Fair(透明で信頼できる市場)、Global(国際的で時代を先取りする市場)を3原則とする金融システム改革は、バブル経済崩壊の後遺症とも呼ばれる1990年代初期の低迷した日本経済の基礎的なインフラである金融市場の活発化を目的としたものであった⁷。このような、金融自由化の動きを受けて、外国企業による対内直接投資を促進しようとする動きが加速していった。すなわち、外国資本の参入、特にM&Aという形での参入について、既に存在する国内経営資源を海外からの優れた新たな経営資源と結びつけ、従来以上に有効かつ効率的に活用されることが期待された⁸。

しかし、それは必ずしも外国企業によるものだけに留まらず、国内におけるM&Aの環境が整い、M&Aが企業戦略の一環として機能することが、外国企業によるM&Aをも増やすこととされ、国内におけるM&A法制の充実化、つまり、事業支配力が過度にならない範囲での持株会社の解禁や合併等に関する商法改正等の制度改革が急速に行われるようになった⁹。そこで、景気後退の長期化に伴い「経済的な停滞からの出口」として、積極的な公的規制緩和の

⁶ 外国法令を準拠法として行われる法律行為が法人税法上の合併に該当するか否かは、その法律行為が我が国の会社法上の合併に相当するものと認められるか否かにより判断することになると考えられる。つまり、①消滅会社の権利義務の全部が存続会社に包括承継されること及び②消滅会社は清算手続を経ることなく自動的に解散して消滅することという要素を具備していることが必要である。外国で行われた合併が我が国会社法上の合併に該当することとなった後、みなし配当の発生事由に該当するかの検討は我が国法人税法上の規定に従うことになる。国税庁・文書回答事例集(平成31年2月18日 大阪国税局審理課長)「別紙 英国子会社がオランダ法人と行う合併の取扱いについて」より。

⁷ 詳しくは、経済企画庁『平成9年版経済白書』(大蔵省印刷局、1997)、180頁。

⁸ 経済企画庁・前掲注7、144頁。

「さらに、非製造業の生産性向上の観点からすれば、新規参入による競争促進こそが一義的には重要であり、その際対内直接投資であれば、既存の優れた経営資源が流入することが期待される」と記されている。

⁹ 経済企画庁・前掲注7、143頁。

議論が進められ、(2)で述べる独占禁止法の解禁等につながっていくことになる¹⁰。

(2) 各私法上の制度改革の影響

組織再編税制導入の平成13年度以前の企業再編については、法人税法上、企業分割以外の項目においては、相当に長い歴史を持ち、合併の場合の清算所得に対する課税は、大正9年、合併差益に対する課税は昭和2年に始まっていたものの、体系的な整備がなされていなかった¹¹。

一方で、(1)において述べた公的規制緩和等の流れを受け、他の法制面では、平成9年に、持株会社を解禁するための独占禁止法の改正や合併法制の合理化が行われ、平成10年には、銀行持株会社設立の解禁のための法整備がなされた¹²。

平成11年には、円滑な持株会社化を可能にするため、株式交換・株式移転制度を創設するための商法改正が行われさらに、企業組織の再編を容易にするため、会社分割法制を創設する商法改正が、平成12年5月に成立した。税制においても、以上の商法改正の流れを受け、平成11年度の租税特別措置法改正において株式交換・株式移転の課税ルール¹³が整備されたものの、本法において、組織再編全般を網羅する規定の整備はなされていなかった¹⁴。

¹⁰ 詳しくは、経済企画庁『平成6年度経済白書』(大蔵省印刷局、1994)、361頁。

なお、「金融…といった非製造業の分野は100%ないしそれに近い割合が何らかの規制を受けている」ことを明らかにしている。

¹¹ 中尾睦ほか(藤本哲也=朝長英樹担当)『平成13年度改正税法のすべて』(大蔵財務協会、2001)、132頁。

¹² 独占禁止法は、独禁法第4章で企業結合を、株式保有や役員兼任、合併など9つの行為類型に分けて規制している(合併(独禁法15)、株式保有(独禁法10、14)、役員兼任(独禁法13)、分割・統合(独禁法15の2)、共同株式移転(独禁法15の3)、事業譲受(独禁法16)、脱法行為の禁止(独禁法17))。企業結合の規制には、①一定の取引分野における競争が実質的に制限されることとなるのを防止するための「市場集中規制」と、②企業集団や企業系列が形成されることによって競争秩序に悪影響を与えることとなるのを防止しようとする「一般集中規制」に分けられるが、現在、実務上扱われる企業結合規制のほとんどは、①であり、②は市場集中規制の補完又は予防の規定とする考え方が有力である。金井貴嗣編『独占禁止法第4版』(弘文堂、2013)、193頁。したがって、専ら②の判断基準となる「競争を実質的に制限することとなる企業結合」であるか否かが争点となる所、公正取引委員会(以下、「公取委」という。)は、事業者又は違反行為者に対して、違反行為を排除するために必要な措置(排除措置)を命ずる(独禁法17の2)ことができるが、市場集中規制に関する公正取引員委員会審決(以下、「審決」という。)では、広島事件(昭和48・7・17審決集20-62)以降存在せず、公取委による命令ではなく、むしろ企業結合審査の過程で、当事者が公取委の了解を得た上でその問題を解消する措置を申し出たり、企業結合を自主的に断念するという方法が取られている。白石忠志『独禁法講義[第10版]』(有斐閣、2023)、223-240頁。村上政博編『条解 独占禁止法』(弘文堂、2014)、418頁。一定の規模以上の会社・事業間で行われる上記類型については、公取委への事前届出義務が課され、公取委において企業結合ガイドラインに即して審査が行われる(企業結合審査)。詳細は、公取委「企業結合審査の手続きに関する対応指針」(2011)。

¹³ 現行法でいう法法2条十二の十七、同条十八。

¹⁴ 渡辺徹也教授は、「株式交換税制は、商法(会社法)やその特例法等の改正を受けて導入されたという整理であり、その後続く組織再編税制の萌芽を、平成11年度改正において見出すことができる。ただし、持株会社設立をバックアップする目的であったため、M&Aに対する課税のルールの構築という面はそれほど意識されていなかった可能性がある。」と述べている。渡辺徹也「株式対価M&Aと課税—株式交付に対応する課税制度のあり方—」『早稲田法学』95巻3号(2020)、829頁。

バブル経済の崩壊を経て、我が国経済の復興のための足掛かりとして取り組まれた経済構造改革、金融改革が進められる中で、企業経営の多角化・多様化を図る観点から、税制についても他の法制と足並みをそろえるための適切な対応が求められたのである¹⁵。

(3) 課税の中立性

組織再編税制導入の平成13年度以前の我が国の法人税法は、合併法人に対して、被合併法人の資産の含み益を顕在化させるか、あるいは顕在化させずに課税の繰り延べを選択する自由を与えていた¹⁶。旧合併法制の基本的な論点は、被合併法人が消滅するにあたって、消滅する被合併法人の含み益、つまり清算所得に対する課税と被合併法人から財産を引き継いだ合併法人における合併差益課税をどのように取り扱うかということであった。合併差益金と清算所得の関係を示すと以下の表1、表2となる¹⁷。

表1：合併会社における「合併差益金」(A-B)¹⁸

A	B
	合併差益

表2：被合併会社における「清算所得」(B-C)¹⁹

B	C
	清算所得

A＝純資産の受入記帳価額
 B＝交付株式等の価額
 C＝被合併会社の資本等及び利益積立金額

(中野百々造『会社法務と税務』(税務研究会出版、2000)、356頁を参照)

¹⁵ 第151回参議院本会議第8号平成13年3月9日、当時国務大臣宮澤喜一氏は、「御承知のように、商法等におきまして柔軟な企業組織再編成を可能にするために、これは一種のグローバルイニシアチブでございますけれども、商法改正が四月から施行されることとなりますと、税制もそれについていかなきゃならないという部分がございまして、企業組織再編成に係る税制の整備をいたしまして、移転資産の譲渡損益等を繰り延べるといようなことをいたしました」と趣旨説明をする。

¹⁶ 水野忠恒「企業の組織再編と税制」『租税法研究—租税法と企業法制—』第25号(租税法学会、1997)、6-7頁。

¹⁷ 中野百々造『会社法務と税務』(税務研究会出版局、2000)、356頁。

¹⁸ 旧法法2⑨「合併差益金とは、合併会社において被合併会社から受け入れた純資産の受け入れ記帳価額が被合併会社の株主に交付した合併新株と合併交付資産の合計額を超える場合の、その超過額をいう。」＝「課税合併差益金の実質的な内容は合併受入資産の評価益(被合併法人の帳簿価額を超えて増額記帳した金額)である」。

¹⁹ 旧法法112「被合併法人の株主が合併により交付を受ける株式及び金銭の総額から、被合併法人の合併当時の資本金及び資本積立金の合計額と利益積立金とを控除した金額が清算所得である。」＝「合併による清算所得は、被合併会社の株主にとって有利な合併条件による合併があった場合に生ずる」。

旧法人税制(平成13年度以前)は、合併を除く解散の場合と、合併による解散の場合を区別して課税のあり方を定めてきた²⁰。合併には、清算という手続きはないが、合併により被合併会社の株主等が合併交付株式及び合併交付金を受けることは、経済的には、いったん被合併会社につき残余財産の分配が行われ、次に合併会社に対して資本の払込みがなされたものと同じとみられるので、解散会社と同様に清算所得として課税しようとするもの²¹であった。もっとも、解散の場合の清算所得課税との相違点は、解散会社の財産の含み益は残余財産確定時までですべて換価の上、清算所得として把握されることになるが、被合併会社の財産の含み益は、合併比率の決定いかんにより、合併時には清算所得として把握されないこともあり得る²²のものであって、その清算所得の実体は必ずしも一致するものではなかった²³。

岡村忠生教授は、「ここでの当然の疑問は、合併比率を意図的に操作できるという点であり、…資産の低額譲渡等による利益操作に対しては、寄付金認定や行為計算否認が行われてきた」一方で、「不公正ともいえる合併比率に基づく合併に対しても、これを否認し、適正な課税を行うべきであった²⁴」と述べている。

合併差益課税については、合併法人が被合併法人から受け入れる資産の価額は、具体的には時価を超えない限り、合併会社はその確定した決算で行った合併受入仕訳の記帳価額によることとなる(いわゆる時価以下主義)。したがって、法人の合併に際して、合併法人が被合併法人の資産を帳簿価額で引き継いだ場合においては課税を行わないこととし、合併法人が帳簿価額の評価替えを行って評価益を計上した場合に限って、被合併法人の清算所得に対する法人税ないし合併法人の合併差益に対して法人税を課するとしていた。

つまり、合併の実態にかかわらず移転資産の譲渡損益の計上を任意に繰り延べることができる仕組みとなっていた²⁵といえよう。水野忠恒教授「企業の組織再編と税制」によるとなぜ選択の自由が与えられているのか、さらにはどのような趣旨で課税の繰り延べが認め

²⁰ 岡村忠生「法人清算・取得課税におけるインサイド・ベシスとアウトサイド・ベシス」『法学論叢』148巻5・6号(2001)、197頁。

²¹ 中野百々造・前掲注17、335頁。

²² 中野百々造・前掲注17、355頁。

「たとえば、被合併会社が含み資産等を有する場合でも合併会社にそれ以上の含み資産等があれば、被合併会社の株主が割当を受ける合併新株等は1対1以下と設定することとなり、このようにすれば、被合併会社社について清算所得は発生せず、その含み益についての課税は合併会社に引き継がれることとなる」と述べている。

²³ 田中秀樹「上場会社の合併に関する実態調査の概要(下)」『商事法務』No.1112(1987)、24頁には、「合併比率の重要性は理解されているものの、その算定方式については特に法令等によって定められた方法ではなく、合併当時会社の合意のもとに様々な方法が採用されているのが現状である」として、少なくとも1990年前後における国内合併では、必ずしも合併比率が1対1になるものばかりではなかったことを指摘していた。

実際の会計処理においても「評価益を計上しなければ課税問題は起きないわけで、実務上は被合併法人の帳簿価額を引き継ぐ会計処理が多いと思われる」とする見解もあった。監査法人三田会計社『企業集団会計の実務』(中央経済社、1988)、229頁。

²⁴ 岡村忠生・前掲注20、232-233頁。

²⁵ 朝長英樹編『企業組織再編成に係る税制についての講演録集』(日本租税研究協会、2001)、17頁。

られるのかという基礎理論ははっきりしておらず²⁶、商法が合併について、被合併法人の資産を時価以下で引き継ぐことを認めており、資産の時価評価が困難であるという商法あるいは技術上の理由がその要因として挙げられている²⁷。

したがって、立法の根拠なく、企業の評価の仕方次第で課税されたり、課税が繰り延べられたりするのは不合理ではないかと考えられ、課税繰延の基礎理論の構築の必要性が議論されたのである²⁸。

2. 制度の概要

組織再編税制における合併には、移転資産等の課税を繰延べる「適格組織再編成」と、課税がなされる「非適格組織再編成」とに分けられる。

組織再編成が適格となるためには、(1)「企業グループ内の組織再編成」と(2)「共同事業再編成」のどちらかに該当しなければならない。適格判定にあたっては、「グループ²⁹」という概念が重要となる。これは、立法段階から意識的に取り入れられたもの³⁰であり、朝長英樹税理士(1995年～2003年財務省主税局において組織再編税制の創設を主導)によると「移転価格税制における国外関連者の範囲の考え方と同様に、持分割合は、50%超とし、実質支配という考え方は採らない³¹」とされている。

適格合併と判定される企業グループ内の組織再編成とは、100%の持分関係³²にある法人

²⁶ 岡村忠生教授は、合併による清算所得課税を行うか否かについて、納税者に選択の余地を与えていた理由として次の2点を指摘している。「第1は、株式分割と増減資により、事前に合併比率が調整できることである。第2の理由は、そもそも合併が、純然たる独立当事者巻取引としてはあり得ないことである。すなわち、独立当社が資産を売買する場合とは異なり、両方人やその株主は合併後一体となるのであるから、少しでも有利な合併比率を求めるよりは、合併に係る税負担を減少させておいた方が、結局は得になる場合があるからである」。岡村忠生・前掲注20、233頁。

²⁷ 水野忠恒・前掲注16、6-7頁。

²⁸ 水野忠恒・前掲注16、8頁。

岡村忠生教授は、旧合併法制や株式交換・移転税制について「納税者による操作や課税漏れの可能性が残されている」ことを指摘していた。岡村忠生・前掲注20、245頁。

²⁹ 立法段階において、このグループの概念として、「当時の商法の発行済株式の50%超というものを、グループとして考える」とされた。阿部泰久「改正の経緯と残された課題」『企業組織と租税法』(別冊商事法務252号、2002)、83頁。

³⁰ 「我が国の企業のニーズに合い、同時に級税制の多くの問題点を全て解決し、かつ、将来においても問題が出ない制度を創る必要があったわけですが、そのような制度を創り上げるきっかけとなったのは、『グループ』という概念でした」。〔朝長英樹氏発言〕『T&A master』No. 449(2012)、10頁。

³¹ 朝長英樹編・前掲注25、27頁。

³² 法人税法上、完全支配関係とは「一の者(その者が個人である場合には、その者及びこれと特殊の関係にある個人)が法人の発行済株式等の全部を直接若しくは間接に保有する関係(当事者間の完全支配の関係)又は一の者との間に当事者巻の完全支配の関係がある法人相互の関係」(法法2十二の七の六、法令4の2②)をいう。したがって、一の者が個人である場合には、完全支配関係に該当するかどうかの判定上、一の者の親族等が保有する株式を一の者が保有するものとして判定することとされる。

適格判定として「合併前に被合併法人と合併法人との間に同一の者による完全支配関係があり、かつ、当該合併後に当該同一の者と合併法人との間に当該同一の者による完全支配関係が

間で行う組織再編成と、50%超 100%未満の持分関係にある法人間で行う組織再編成のうち事業継続要件に該当するものとされる。

共同事業再編成を営むための組織再編成とは、企業グループ内の組織再編成に該当する組織再編成以外の組織再編成のうち、共同事業要件に該当するものとされる。共同事業再編成については、「組織再編成により一つの法人組織で行うこととした事業が相互に関連性を有するものであること、それぞれの事業の規模が著しく異なること、それぞれの事業に従事していた従業員の相当数が引き継がれることなどにより判定する³³⁾」こととされる。

なぜ、グループ概念では説明できない共同事業再編成を適格要件の一部としたのかについて、朝長英樹税理士は、立法当時から「今後行われることが想定される組織再編成が企業グループを超えたものであるという実態に配慮したもので、共同で事業を行い、資産の移転の対価として取得した株式を継続保有するなどの一定の要件を満たせば、移転資産の支配が継続しているとする余地も考えられる³⁴⁾」と実務上のニーズを考慮したものであることが窺える。合併の場合における上記の要件を表に示すと以下ようになる。

表 3：合併の適格要件

交付金銭等の授受があるか	区分	持分関係	要件等	判定
ある				非適格
ない	企業グループ内の組織再編成	100%		適格
		50%超 100%未満	事業継続要件○	適格
	事業継続要件×		非適格	
	共同事業再編成	50%以下	共同事業要件○	適格
共同事業要件×			非適格	

(筆者作成)

諸々の要件等の詳細は、本節 4. で記載する。以上の一定の要件に該当するのであれば、被合併法人の移転資産等のキャピタルゲイン・ロスの計上を繰り延べ(法法 62 の 2 ①)

継続することが見込まれている場合において…」(法令 4 の 3②二・㉕一)の「同一の者による完全支配関係」の有無についても、個人及びその親族等を同一の者として判定を行うこととされる。国税庁 HP 質疑応答事例「株主が個人である場合の同一の者による完全支配関係について」を参照。

なお、無対価合併に係る適格判定では、上記判定のほか、「被合併法人及び合併法人の株主等の全てについて、その者が保有するその被合併法人の発行済株式等の総数のうちに占める割合とその者が保有するその合併法人の発行済株式等の総数のうちに占める割合とが等しい場合におけるその被合併法人と合併法人の関係」であることが求められるが、ここでいう『株主等』と特殊の関係のある個人(親族等)の保有する株式を『株主等』が保有しているものとしてその判定は行われない」国税庁 HP 質疑応答事例「無対価合併に係る適格判定について(株主が個人である場合)」を参照。完全支配関係の語は、以下において同じとする。

³³⁾ 内閣府・税制調査会「会社分割・合併等の企業組織再編成に係る税制の基本的考え方」(2000)。

³⁴⁾ 朝長英樹＝山田博志「会社分割等の組織再編成に係る税制について」『租税研究』614号(2000)、58頁。

②)、該当しなければ、移転資産等のキャピタルゲイン・ロスの計上(法法 62①②)を行うこととされる³⁵。また、いずれかの要件を満たさず、非適格合併となった場合において、当該非適格合併が金銭等不交付合併であるときは、被合併法人の株主が所有していた旧株式の売却損益課税は、繰り延べられる³⁶。

3. 「基本的な考え方」と立法趣旨

「改正税法のすべて」において、「平成 13 年度改正後の新しい組織再編成に係る税制は、実態に合った課税を行うという税制の基本を踏まえ、原則として組織再編成により移転す

³⁵ 組織再編成における会計処理は、企業結合に関する会計基準、事業分離等に関する会計基準、企業結合会計基準及び事業分離等会計基準に関する適用指針の 3 つの会計基準等に従う。企業結合基準では、企業結合(買収や合併)に該当する取引を対象とし、結合企業を中心に結合当事企業の会計処理を定めている。一方、事業分離会計基準では、会社分割や事業譲渡などの事業を分離する企業や、合併・株式交換などの企業結合における結合当事企業の株主に係る会計処理を定めている。2 つの会計基準に共通する概念は、「持分の継続・非継続(持分プーリング法処理)」であるものの、平成 20 年度改正により企業結合基準に関しては、原則的にパーチェス法(国際的コンバージェンスの流れにより「対等合併」の処理をパーチェス法に変更)による会計処理で行うものとされた。したがって、取得企業がパーチェス法を採用しても、分離元やその株主が必ずしも移転損益を認識するとは限らない(事業分離会計基準 72)。

このような考え方の背景には、企業結合会計(パーチェス法)では、取得企業の判定を「総体としての株主」で判断するのに対して、事業分離会計基準(持分プーリング法)では、「個々の株主」の観点から会計処理を判断することにあると考えられる。鈴木義行『M&A ハンドブック<第 8 版>』(中央経済社、2019)、252-253 頁。

本研究では、合併を中心に扱っていることから、便宜上、取得企業の会計処理のみ簡易的に述べる。

企業会計基準第 21 号第 18 項~47 項において、企業結合は大きく「取得の会計処理(パーチェス法)」、「共同支配企業の形成の会計処理」及び「共通支配下の取引等の会計処理」に分けられる。

(1)「取得の会計処理」:「取得」とは、ある企業が他の企業又は企業を構成する事業に対する支配(ある企業又は企業を構成する事業の活動から便益を享受するために、その企業又は事業の財務及び経営方針を左右する能力を有していること、つまり被取得企業の議決権比 50%超)を獲得することをいう。被取得企業又は取得した事業の取得原価は、原則として、取得の対価(支払対価)となる財の企業結合日における時価で算定する(企業結合会計基準第 7~33 項参照)。

(2)「共同支配企業の形成の会計処理」:企業結合のうち、独立企業要件、契約要件、対価要件、その他の支配要件の全てを満たすものがこれに該当する(結合分離指針第 175 項)。共同支配企業の形成において、共同支配企業(複数の独立した企業により共同で支配される企業)は、共同支配投資企業(共同支配企業を共同で支配する企業)から移転する資産及び負債を、移転直前に共同支配投資企業において付されていた適正な帳簿価額により計上する(企業結合会計基準第 38 項)。

(3)「共通支配下の取引等の会計処理」:結合当時企業(又は事業)の全てが、企業結合の前後で同一の株主により最終的に支配され、かつ、その支配が一時的ではない場合の企業結合をいう。親会社と子会社の合併及び子会社同士の合併は、共通支配下の取引に含まれる(企業結合会計基準第 16 項)。共通支配下の取引は、親会社の立場からは内部取引と考えられるため、個別財務諸表上、事業の移転元の適正な帳簿価額を基礎として会計処理され、連結財務諸表上は、すべて消去されることになる(結合分離指針第 200 項)。

³⁶ 被合併法人の法人株主への課税は、法法 61 条の 2②により、被合併法人の個人株主への課税は、措法 37 の 10③一より。ただし、被合併法人の株主に対してみなし配当課税が発生する(法法 24①一、所法 25①一)。

る資産等についてその譲渡損益の計上を求めつつ、特例として、移転資産等に対する支配が継続している場合には、その譲渡損益の計上を繰り延べて従前の課税関係を継続させる³⁷⁾ということが明らかにされている。組織再編にあたっての原則としては、移転資産等の譲渡損益を計上することが求められる。特例として、一定の要件を満たすのであれば、譲渡損益の繰り延べを認めるのが妥当であるとされる³⁸⁾。

また、平成13年度改正の基礎となった政府税制調査会法人課税小委員会の「会社分割・合併等の企業組織再編成に伴う税制の基本的な考え方」と題する報告書において、「組織再編成により資産を移転する前後で経済実態に実質的な変更がない場合と考えられる場合には、課税関係を継続させるのが適当と考えられる。したがって、組織再編成において、移転資産に対する支配が再編成後も継続していると認められるものについては、移転資産の譲渡損益の計上を繰り延べることが考えられる。また、分割型の会社分割や合併における分割法人や被合併法人の株主の旧株の譲渡損益についても…株主の投資が継続していると認められるものについては、上記と同様の考え方にに基づきその計上を繰り延べることが考えられる³⁹⁾」とされる。

つまり、課税繰延の一般的根拠は、「経済実態に実質的な変更が無い場合に課税しない」という意味での実質主義であり、それに基づいて法人段階における「移転資産に対する支配の継続性」と株主段階における「投資の継続性」が、それぞれ要求されている⁴⁰⁾。法人と株主の双方の段階において、このような実質主義が根拠とされるのは、課税繰延が中立性の観点から要求されていることを意味している⁴¹⁾。すなわち、組織再編税制における課税繰延は、再編時の税負担を発生させない点で組織再編成の円滑化に寄与するが、課税の優遇措置ではなく⁴²⁾、むしろ課税によって不当な課税という弊害をしてはならないといった趣旨に行き着く⁴³⁾。したがって、本来であれば、ある行為が適格と判定されるのであれば、当該行為と経済実態の等しい別の行為も同様に適格とされるのが中立性の観点からは一貫している。このことを前提にすれば、適格か非適格かに関する決定を納税者の選択に委ねることは適当ではなく、そのような選択の余地ができるだけ少ない制度であるべきといえる⁴⁴⁾。

³⁷⁾ 中尾睦ほか・前掲注11、134頁。

³⁸⁾ 渡辺徹也教授は、「課税上は非適格取引の方が原則であり、適格取引が例外的扱いである。その例外的扱いは、租税特別措置法に基づいて認められるものではなく、法人税法本法が認めた例外であって、短期的な視野に立った特定の政策目的実現のための措置ではない。そのため、適格組織再編税制の基本概念あるいは核となる考え方とは一体何か、ということが問われるのである」と述べられ、何を根拠に課税を繰延べるとかという租税法上の基礎概念の重要性を指摘する。渡辺徹也・前掲注5、279頁。

³⁹⁾ 内閣府・前掲注33。

⁴⁰⁾ 渡辺徹也・前掲注5、39頁。

⁴¹⁾ 渡辺徹也・前掲注4、23頁。

⁴²⁾ 岡村忠生『法人税法講義第3版』（成文堂、2007）、332頁。

⁴³⁾ 渡辺徹也・前掲注4、23頁。

⁴⁴⁾ 渡辺徹也「組織再編税制における実質主義と形式主義」金子宏編著『租税法の基本問題』（有斐閣、2008）、501頁。

4. 実定法上の「支配の継続」・「投資の継続」・「事業の継続」

朝長英樹税理士は、我が国においては、会社は代表者のものという実態があることを踏まえた上で、「アメリカの組織再編成に関する税制⁴⁵は、基本的には、組織再編成を行う法人とその株主の双方について、株主における『投資の継続性』の有無という共通の判断基準を用いて取扱いを定めるという構造になっているが、我が国においては上記のような実態があるため、株主における『投資の継続性』の有無という判断基準によって法人における取扱いを定めるということは適切ではない⁴⁶」と述べている。そこで、基本的な考え方で示された「投資の継続」と「支配の継続」が、実定法上、どのように要求されているのかについて確認する。

(1) 金銭等の不交付要件(法法 2 十二の八)

合併で被合併法人の株主等に合併法人又は合併親法人のうちいずれか一の法人の株式又は出資以外の資産(当該株主等に対する剰余金の配当等(株式又は出資に係る剰余金の配当、利益の配当又は剰余金の分配をいう。))として交付される金銭その他の資産、合併に反対する当該株主等に対するその買取請求に基づく対価として交付される金銭その他の資産及び合併の直前において合併法人が被合併法人の発行済株式等の総数又は総額の三分の二以上に相当する数又は金額の株式又は出資を有する場合における当該合併法人以外の株主等に公布される金銭その他の資産を除く。)が交付されないものをいう。

これは、移転資産の対価として金銭等の株式以外の資産が交付される場合には、その経済実態は通常の売買取引と異なるところがなく、移転資産の譲渡損益の計上を繰り延べることは適当ではないという考え方がもとにある⁴⁷。したがって、2つの継続の要請から直接に要求されるものではない⁴⁸が、以下に示す事業継続要件、共同事業要件を満たすための前提条件とされるものであると考えられる⁴⁹。

また、括弧書きにあるように、反対株主の株式の買取代金、配当見合いの金銭や1株未満の株式の譲渡代金が交付された場合でも適格判定に影響がない。これらは、所得税法上、本来の配当所得の収入金額として扱うという点を踏まえ、適格合併の判定においても、合併交

岡村忠生教授は、「組織再編成の適格と非適格とは、税制として選択制度になっているのではないから、現実に行われた組織再編成行為を見て適格か非適格かを判定すればよい、…という見方があるかもしれません。しかし、これは、税負担の在り方が組織再編対価の額(交付される株式数など)を決める重要な要素となり、場合によっては組織再編の実施を妨げるという企業活動の実態から目を背けた、いわば『課税の論理』に過ぎないと思います」と述べている。岡村忠生「組織再編成と行為計算否認(1)」『税研』177号(2014)、83頁。

⁴⁵ 本章第2節参照。

⁴⁶ 朝長英樹『現代税制の現状と課題(組織再編税制編)』(新日本法規出版、2017)、190頁

⁴⁷ 内閣府・前掲注33。

⁴⁸ 渡辺徹也・前掲注5、133頁。

⁴⁹ 渡辺智之教授は、対価が合併会社株式の場合に、被合併会社株主による被合併会社に対する「投資の継続」を認め、それを根拠に「税制適格」とすることに、はっきりとした厚生経済学的論拠が存在するのかどうかは疑問があることを指摘する。渡辺智之「企業組織再編税制とコーポレート・ガバナンス：無形資産・二重課税・租税回避」『税研』116号(2004)、72頁。

付金から除外されるもの⁵⁰や、合併比率計算の結果、株主への交付株数に端数が出る場合において、その端数株式に対応する金銭は、交付株式として取扱うこととされる⁵¹。

(2) 事業継続要件(法法 2 十二の八口(1)(2))

事業継続要件とは、例題を用いるならば、T 社(Tareget corporation)の株式(50%超 100%未満)を保有している A 社(Acquiring corporation)が、T 社を吸収合併する場合などに次の①又は②の要件を満たすことで適格となる。

① 従業員引継要件(法法 2 十二の八口(1))

被合併法人の当該合併の直前の従業者⁵²のうち、その総数のおおむね 100 分の 80 以上に相当する数の者が当該合併後に当該合併に係る合併法人の業務(当該合併に係る合併法人との間に完全支配関係がある法人の業務等を含む。)に従事することが見込まれていること。

② 事業引継要件(法法 2 十二の八口(2))

被合併法人の当該合併前に行う主要な事業⁵³が当該合併後に当該合併に係る合併法人(当該合併に係る合併法人との間に完全支配関係がある法人等を含む。)において引き続き行われることが見込まれていること。

A 社に取得された T 社資産に対して、A 社は所有権に基づく直接支配をしているから、支配の継続性はあるといえる。したがって、当該事業継続性要件は、支配の継続性の要請から

⁵⁰ 所令 61③は、「所法 25①(配当等とみなす金額)に掲げる合併…に際して当該合併に係る被合併法人の株主等に対する株式に係る剰余金の配当、利益の配当又は剰余金の分配として交付がされた金銭…及び合併に反対する当該株主等に対するその買取請求に基づく対価として交付がされる金銭その他の資産は、同項(所法 25①)のみなし配当に含まれないものとする」。

⁵¹ 法基通 1-4-2。ただし、その交付された金銭が、実質的に被合併法人の株主等に支払う合併の対価であると認められる場合には、合併の対価として金銭が交付されたものと取扱われる(同通達但書)。

合併法人が被合併法人の発行済株式等の総数等の 3 分の 2 以上に相当する数の株式等を有する場合におけるその合併法人以外の株主等に交付される金銭については、本章第 3 節 4. を参照されたい。

⁵² 法基通 1-4-4「合併等により移転する資産、負債が独立した事業単位での移転であるかどうかを判定する…ことからすれば『従業者』とは、雇用契約があるかどうかといった雇用形態のいかんにかかわらず、役員、使用人その他の者…現に従事する者のすべてがこれに含まれることとなる」。

また、合併後に被合併法人の従業者が退職することが予定されており、会社側もそれを把握していたとしても、従業者引継要件は、従業者の従事を要件としており、その従事の引継ぎまでは要求していない。したがって、合併時にいったん合併法人の業務に従事すれば、個の要件を満たすことになる。朝長英樹＝竹内陽一＝有田賢臣ほか『会社合併実務必携』(法令出版、2019)、175 頁。

⁵³ 法基通 1-4-5「それぞれの事業に属する収入金額又は損益の状況、従業者の数、固定資産の状況等を総合的に勘案して判定する」。

直接に要求されているのではないということになる⁵⁴。「基本的な考え方」によれば、「組織再編成による資産の移転を個別の資産の売買取引と区別する観点から、資産の移転が独立した事業単位で行われること、組織再編成後も移転した事業が継続することを要件とすることが必要⁵⁵」とされる。

水野忠恒教授は、組織再編成により「不要資産の移転される場合であっても、投資や支配の継続は可能であり、…資産の切り売りではなく、独立した事業単位の移転が要件とされる⁵⁶」と述べている。つまり、課税繰延をするためには、支配の継続と事業の継続が要求されていることとなる。一方で、100%の持株関係の法人間で行われる組織再編成に関しては、当該事業継続要件は必要とされない⁵⁷。その理由について、税制調査会は「完全に一体と考えられる持分割合が極めて高い法人間で行う組織再編成については、これらの要件を緩和することも考えられる⁵⁸」としたためである。

企業グループ内組織再編成において、焦点が当てられるのは、法人の持株関係であったり、事業が再編後も継続しているかどうかという点であり、株主の旧株の譲渡損益に関する「投資の継続性」については何ら触れられていない。すなわち、例題でいえば、A社以外の元少数T社株主は、金銭不交付要件により、A社株式の交付を受けるが、要件上、A社株の保有の継続は要件とされていない。換言すれば、法人段階課税における支配の継続と事業の継続さえ満たされていれば、株主段階課税も繰延られる。そのため、企業グループ内再編成の場合、実定法は、株主における投資の継続を要求していないということなのかもしれない⁵⁹。

基本的な考え方では、「投資の継続性は、株式を実質的に継続保有しているとみることができる場合に認められるものであり、基本的には、株主が金銭などの株式以外の資産の交付を受けるか否かにより判定することが適当である⁶⁰」と記されている。本来であれば、組織再編成の対価としてA社株のみが交付されること、および、A社株が元少数T社株主によって、継続して保有されることで、T社株を実質的に継続保有しているとみることができると考えることができるが、実定法上、そのような規定は存在しない。株主は、流動的である⁶¹が故に、金銭等不交付要件をもって、株主の投資の継続性を認めていると考えることもできるが、この点で、実定法と「基本的な考え方」は一致しておらず⁶²、課税繰延の根拠としては不安定な側面を有している。

⁵⁴ 渡辺徹也・前掲注5、132頁。

⁵⁵ 内閣府・前掲注33。

⁵⁶ 水野忠恒・前掲注1、583頁。

⁵⁷ 完全支配関係にある法人間の合併でも事業の継続を必要とするか否かについての検討は、第3章第2節参照。

⁵⁸ 内閣府・前掲注33。

⁵⁹ 渡辺徹也・前掲注4、27頁。

⁶⁰ 内閣府・前掲注33。

⁶¹ 「我が国の法人税法における『法人』の理念型を不特定多数の株主が存在する大法人」としてしているが、「全ての法人に対して常にその『理念型』に基づいて取扱いを示すのが適当であるかどうかということに関しては、一考の余地がある」。朝長英樹・前掲注46、188頁。

⁶² 渡辺徹也・前掲注4、27頁。

(3) 共同事業要件

T社と持株関係のないA社が吸収合併する場合などにおいて従業員引継要件、事業引継要件のほかに、次の要件をすべて満たすことで適格組織再編成と判定される。従業員引継要件、事業引継要件は、(2)①②に同じであるため省略するが、共同事業要件についても同様に「事業の継続性」が要求されていることとされている。

① 事業の相互関連⁶³(法令4の3④一)

被合併法人の被合併事業と当該合併に係る合併法人の合併事業とが相互に関連するものであること。

② 事業規模要件、又は経営参画要件(法令4の3④二)

(イ) 事業規模要件

被合併法人の被合併事業と当該合併に係る合併法人の合併事業のそれぞれの売上金額、当該被合併事業と合併事業のそれぞれの従業員数、当該被合併法人と合併法人のそれぞれの資本金の額若しくは出資金の額若しくはこれらに準ずるもの⁶⁴の規模の割合がおおむね5倍を超えないこと。

(ロ) 経営参画要件

当該被合併法人の特定役員のいずれかと当該合併法人の特定役員⁶⁵のいずれかと当該合併後に当該合併に係る合併法人の特定役員となることを見込まれていること。

③ 株式継続保有要件(法令4の3④五)

合併により交付される合併法人株式のうち支配株主に交付されるものの全部が支配株主により継続して保有されることが見込まれていること。

「基本的な考え方」には、「共同で事業を行うための組織再編成により資産を移転した場合にも、移転の対価として取得した株式の継続保有等の要件を満たす限り、移転資産に対する支配が継続していると考え、譲渡損益の計上を繰り延べることを考えることができる⁶⁶」

⁶³ 事業関連性要件の判定において、「事業」が存在するというためには、原則として、固定施設の所有(又は賃借)、従業者の存在、売上の計上、の3つの要件が必要であるとされる(法規3以下)。具体的に、買収目的のためのSPCや持株会社について「事業」があるかについて議論になりやすい。ここでは専らグループが相まって一つの業務を営んでいる実態を重要視していると考えられる。例えば、持株会社とその子会社である事業会社とが合併するようなケースでは、子会社に対する経営指導業務と子会社の事業との間に事業関連性があると判断される。国税庁HP 質疑応答事例「持株会社と事業会社が合併する場合の事業関連性の判定について」。

⁶⁴ 法基通1-4-6「事業規模を示す指標はその業種・業態により様々なものがあると考えられるが、例えば金融機関においては預金量等の客観的・外形的にその事業の規模を表すものとして認められる指標によるもの」。

⁶⁵ 法基通1-4-7「商法上の役員とされない場合であっても、法人の経営の中核に参画している者であれば特定役員に該当するものと考えられる。また、この要件を満たすことのみを目的として形式的に短期間だけ役員に就任するようなことは許されないことはいうまでもない」。

⁶⁶ 内閣府・前掲注33。

としている。

共同事業再編成の場合、実定法を上記「基本的な考え方」と可能な限り整合的に理解すれば、旧 T 社株主が、A 社株式を継続保有することで、支配の継続と投資の継続性の両方が保たれていることになる。すなわち、支配の継続についていえば、組織再編成前の T 社資産に対して、T 社は所有権に基づく直接支配をしているが、再編後の移転資産に対しては、T 社株主が、A 社株を継続保有することで、T 社にあった資産を間接的に保有していると理解できる⁶⁷。したがって、法人段階課税に関する支配の継続の有無を判断するために、株主段階の株式継続保有が審査されていることになる。もっとも、吸収合併により T 社が消滅するため、旧 T 社株主に対して、組織再編成の対価として A 社株のみが交付されること、および A 社株が継続して保有されることによって、T 社株を「実質的に継続保有しているとみることができる」ことになる。そうすると、事業継続要件を除く、要件③以外については、2つの継続性から要請されているものではなく、あくまで共同事業再編成になるための要件、言い換えれば、「経済的実態に実質的な変更が無い」ものとする要件ということができる。

一方、要件③は、被合併法人に支配株主がいた場合に限り要求される、不特定多数の株主がいるときは、この要件は必要とされない(法令 4 の 3④括弧書き)。したがって、結論的には、共同事業再編成については、課税繰延の根拠を「移転資産の支配の継続」ではなく、「経済的実態に実質的な変更が無い」という部分に求めざるを得ないという見解もある⁶⁸。

⁶⁷ 渡辺徹也・前掲注 4、28 頁。

⁶⁸ 岡村忠生・前掲注 42、336-337 頁。

第2節 アメリカ組織再編税制における課税繰延の基礎理論

我が国の組織再編税制について、水野忠恒教授は、「その基礎理論は、アメリカ連邦法人税における利益継続性(continuity of interest)、もしくは、投資の継続性(continuity of investments)という判例に基づく法理と、ほぼ同様のものとして理解できる」とされる⁶⁹。さらに、金子宏教授は「法人組織税制」の項において指摘されるように「この分野における我が国の税制は急速にアメリカの税制に近づきつつある⁷⁰」と述べられている。したがって、米国歳入法典における組織再編の課税繰延の考え方と理論的根拠を確認することは、我が国の組織再編税制の在り方を客観的に捉える上で有益であると考え⁷¹。

1. IRC § 368(a) とその効果

IRC における組織再編成(reorganization)は、原則として、IRC § 368(a)に定義される。本論文では、合併を主に取り上げることとしているため、以下では、法人の合併、および法人の株式ないし財産の譲渡による「法人取得」(IRC § 368(a)(1)(A)(B)(C))について述べることにする。IRC には、これらの取引を次のように定めている。

- (1) 「法律上の吸収合併もしくは新設合併」(A型組織再編)
- (2) 「法人が、その議決権株式の全部または一部のみとの交換により他の法人株式を取得し、その取得直後にその法人を支配する場合」(B型組織再編)
- (3) 「法人が、その議決権株式の全部または一部のみとの交換により、他の法人の財産の実質的にすべてを取得する場合」(C型組織再編)

本庄資教授は、「法人取得」について次のように説明する。「法人結合、特に法人取得(営業譲渡、株式取得および合併)の目的はあくまで企業拡大です。『法人取得』の課税について

⁶⁹ 水野忠恒・前掲注1、583頁。

渡辺徹也教授によれば、「interestの内容がequity interestであるという決着をみた後では、『投資持分』あるいは単に『持分』と訳す」。ゆえに、本節では、投資持分継続性とする。渡辺徹也・前掲注5、55頁。

金子宏教授は、「投資利益の継続性」と訳される。金子宏『租税法第24版』(弘文堂、2021)、501頁。岡村忠生教授によれば、「株主等(一部債権者を含む)の当事法人に対する権利関係の継続性」と訳される。

⁷⁰ 金子宏『租税法第24版』(弘文堂、2021)、498-499頁。

⁷¹ 米国における組織再編については、米国反トラスト法(Anti monopoly law)による規制を受けることも少なくない。反トラスト法では、実定法の中心としてクレイトン法7条(買収・合併の禁止)、手続法にはハート・スコット・ロディノ法(以下、「HSR法という。’)により、執行機関である司法省反トラスト局(以下、「DOJ」という。Department of Justice Antitrust Division)と連邦取引員会(以下、「FTC」という。Federal Trade Commission)が運用取締を行っている。詳細な論述は避けるが、DOJはFTCと異なり自らの審判手続きに基づき命令する権限を持たないことから、民事訴訟提起権限を行使し、反競争的な企業結合の差止めを裁判所により求める。

他方、我が国の公正取引員会の見本となったFTCは、一定規模以上の企業結合に対して届出を課し(届出基準に満たない場合であっても実質的に競争を制限する場合には異議が申し立てられることもある)、その中から反競争的な効果を有する企業結合であるか否かが審査される。詳細は、植村幸也『米国反トラスト法実務講座』(公正取引協会、2017)。

は、本来理論的にいえば営業譲渡、財産の取得、株式の取得は『財産の取得』に該当しますから、当然被取得法人とその株主については譲渡所得を生ずることとなりますが、上記(1)、(2)、(3)に該当する法人取得については「租税がなるべく邪魔をしないという形で課税繰延を導入⁷²⁾」したと述べている。

組織再編に関して、州法上の合併である A 型組織再編以外は、原則として、民商法に依拠していない。つまり、組織再編の対価について、法律上の合併においては、州法にしたがって株式以外の財産の交付が可能であるが、その他の法人取得では対価は議決権株式の交付が要件とされる⁷³⁾。もともと、組織再編の類型に 3 つの法人取得形態が認められたのは、法律上の合併以外の取引をカバーする必要があったからである⁷⁴⁾。すなわち、州法により規制されるアメリカの会社においては、異なる州法の適用される法人間の合併や、外国法人との合併が困難なことがあり、さらに、州法上、合併の認められない法人が存在した。これらの状況を救うために、組織再編では財産取得や株式取得の形態を定めた⁷⁵⁾。

A 型組織再編は、前述の通り、州会社法の規定に準拠した合併であり、制定法上、吸収合併と新設合併とあるだけである。州法上の合併が無条件に A 型組織再編に該当するわけではなく、課税上ある法人の一部となる LLC(法人扱いを選択しない限り当該法人の一部とされる。)を吸収する合併は、実体は法人分割に近い⁷⁶⁾ため、A 型組織再編と認められない⁷⁶⁾。

B 型組織再編は、一種の法人買収取引であり、被買収法人の株主に対して、買収法人の議決権株式のみが対価として交付される行為をさす、いわゆる「株式交換」による組織再編である⁷⁷⁾。それによって、買収法人が被買収法人の支配権⁷⁸⁾を獲得することになる。したがって、100%の支配を必要としない点で B 型組織再編は、「忍び寄る組織再編(a creeping reorganization)」というニックネームがつけられている⁷⁹⁾。C 型組織再編も、一種の会社買収取引であり、買収法人が、議決権株式のみを対価として、被買収法人の実質的にすべて⁸⁰⁾の資産を取得する行為、すなわち、「株式と資産の交換」による営業譲受である⁸¹⁾。

IRC の場合、このような制定法上の組織再編に該当することとなった場合、法人段階およ

⁷²⁾ 本庄資「米国の租税政策と法人税制」『租税研究』699号(2008)、86頁。

⁷³⁾ 一高龍司「国際的組織再編成に関する米国連邦所得税上の取り扱い—要点と最近の動向」『グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方—BEPS プロジェクトの重要な積み残し案件の棚卸し検証—21世紀政策研究所』(2018)、166-173頁。

⁷⁴⁾ 水野忠恒『アメリカ法人税の法的構造—法人取引の課税理論—』(有斐閣、1988)、216頁。

⁷⁵⁾ 水野忠恒・前掲注 74、217頁。

もともと、IRC は、組織再編成等において、米国の者が財産を外国法人に移転する場合は、所定の条件に該当しない限りは利得を認識するものとして扱う(IRC § 367(a))。ここで特に無形資産の国外移転に係る利得も、非認識扱いとせず、いわゆる所得相応性基準にしたがった課税を行うという対処を有する(IRC § 367(d))。一高龍司・前掲注 73、172-173頁。

⁷⁶⁾ Reg § 1.368-2(b)(1)(iii) Ex. 2, Ex. 6.

⁷⁷⁾ 須田徹『アメリカの税法—連邦税・州税のすべて』(中央経済社、1998)、185頁。

⁷⁸⁾ ここでいう支配とは、26USC § 368(c) control defined に規定される支配であり、具体的には、①すべての議決権株式の 80%以上の所有、②それ以外のすべての株式の 80%以上の所有、という 2 つの要件を満たすものをいう。

⁷⁹⁾ 本庄資『アメリカ法人税制』(日本租税研究協会、2010)、166頁。

⁸⁰⁾ ここでいう実質的にすべての資産とは、歳入庁の基準によれば、総資産の 70%以上および純資産の 90%以上を指すとされる。Rev. proc. 77-37, 1977-2C. B. 568.

⁸¹⁾ 須田徹・前掲注 77、186頁。

び株主段階の双方においても非課税扱いとなる。IRC § 361(a)には、組織再編の効果について、次のように定められている。

「組織再編の当事者である法人が、組織再編の計画にしたがって、他の当事者である法人の株式または証券のみと、その財産を交換することによっては、損益は認識されないものとする」。

そして、株主についても、IRC § 354(a)において、同様に、その株式を、他の株式の株式または証券のみと交換することによって、損益は認定されないこととされる。課税繰延の規定により、移転された財産の取得価額が、取得する法人に引き継がれることになる。

2. 組織再編による課税繰延の基礎理論

IRC § 361(a)の原型は、1918年に制定され、議会は、組織再編の本質が「純粋な紙面上の取引」に過ぎないと考えて、課税を繰り延べることを相当とした⁸²。この「純粋な紙面上の取引」は、次のように説明される。

「…特定の純粋な紙面上の取引の場合の課税は否定される…紙面上の取引とは、納税者の投資が単に形を変えただけの取引のことであり、例えば、株主が被買収会社の持分と引き換えに、存続会社の持分を受け取る場合が挙げられる。株主は、利益を得たかもしれないが、それは紙面上のものであり、金銭の受け渡しはなく、株主の投資の形態が変更されただけであるから、このような譲渡により株主が得た利益は、『紙面上の利益』と呼ばれる⁸³。

IRCの特徴は、資産の出資、利益の分配について、租税理論では「譲渡」に該当する場合、譲渡所得が「実現」としても、a paper transaction については、「利益なき所得」概念により、税法上「実現した譲渡所得」を政策的に「認識」するか、「認識しない」ことを決めるという法技術を用いて「課税繰延」を認めることで、法人のライフサイクルや組織再編成に租税がなるべく介入しない中立的な税制を構築している⁸⁴。他方、このような政策に基づく課税繰延ルールを利用する場合には、以下の3つの判例法で要件が形成されている政策上の前提条件を満たす必要があることが示された⁸⁵。

● 事業目的原理(business purpose doctrine)⁸⁶

⁸² Revenue Act of 1918 IRC § 202(b). See S. Rep. No. 617, 65th Congress, 3rd Session, 5-6 (1918). 西本靖宏教授は、米国議会において、課税の繰延が認められてきた理由を「紙面上の取引」と「経済的理由」の2点だったことを指摘する。西本靖宏「法人組織再編における投資利益継続性の法理(上)—アメリカ連邦租税法における議論を中心に—」『大分大学経済論集』(2001)、90-92頁。

⁸³ FRANK LEWIS DUEMLER, *Reorganization Of Savings And Loan Associations Under Section 368-A To The "Continuity Of Interest" Test*, 32 WASH. & LEE L. REV. 215, 215 (1975). See also H. R. Rep. No. 704, 73d Cong., 2^d sess. 13-14. (1934).

⁸⁴ 本庄資・前掲注72、79頁。

⁸⁵ ジョン・K・マクナルティ「米国における企業組織再編に係る連邦所得税の基礎理論(赤松晃訳)」『租税研究』630号(2002)、72頁。また、COI原理は、主として組織再編成の分野において機能し、他2つが税法全般に関係するものである。1998年1月のReg改正により、COIの要件とCOBEの要件が整備された。

⁸⁶ この法理の基礎を築いたものがGregory v. Helvering, 293 U. S. 465 (1935).である。Gregory事件は、制定法の要件を満たす組織再編成であっても、事業目的がない限り、そのよ

- 投資持分継続性(continuity of interest 以下、「COI」という。)
- 事業継続性(continuity of business enterprise 以下、「COBE」という。)

内国歳入庁は、1998年1月、現在のCOIの要件とCOBEの要件に関するFinal Regを公表した。両要件は、ともにIRC § 368の組織再編を通常の売却取引とは区別して非課税とするに必要な要件である⁸⁷。法令に定める非課税要件を満たしても、判例法で形成された両要件を満たさない取引は非課税の取扱いを受けることはできない。そこで、COI、及びCOBEの法理について、以下で簡略的に検討を加える。

3. COIの要件⁸⁸

COIの要件に関するリーディングケースとして、1932年のCortland事件⁸⁹がある。Cortland事件は、原告であるCortland Speciality社は、そのほとんどすべての資産をDeyo-Oil社に譲渡して、その対価として現金と短期約束手形を受領した。Cortland Speciality社は、すぐに対価として受領した現金と短期約束手形を株主に分配し、その後解散した。本件では、この取引が1926年IRC § 203で規定される組織再編に該当し課税の繰延が認められるか否かが争われた。裁判所は、「(組織再編とは、)法人がその利益を現金のみと交換し、それ以外のものを受け取らない譲渡とは、基本的にまったく異なるのであり、…消滅する法人の株主の利益は、吸収法人ないし新設法人に維持されるのである⁹⁰」と判示し、その意味するところは、組織再編と通常の資産等の売買とは区別されるべきであることを示すものであった。それは、現在のRegにおけるCOIの目的を確立したとされる⁹¹。同判決の直後に下されたPinellas Ice & Cold事件では、組織再編の対価は、「移転されたものの価値の実質的な部分を示すものでなければならない⁹²」ことを明示した。両事件の意義は、

うに扱うことはできないという法理(事業目的原理)を示したものと理解される。それは、今日の所得税規則が、「事業上の必要性に基づいた…法人組織の再編成」(Reg 1.368-1(b))を要求していること、「取引の真の性質を覆い隠すために組織再編成の形式が手段として用いられ、その目的と効果が事業又は法人の目的を持たない計画の達成にあるようなスキームは、組織再編成の計画に該当しない」(Reg § 1.368-(c))と規定していることに現れている。

⁸⁷ 鈴木孝一「米国の非課税組織再編における事業継続性の要件」『愛知大学経営総合科学研究所(紀要)』(1998)、101頁。

⁸⁸ Reg § 1.368-1(e)(i)。

COIは実質的に、売却会社の資本持分の大部分の価値が組織再編で引き続き保有されることを要求される。組織再編において、売却会社の資本持分は次のいずれかの場合に引き続き保有される。

- i. それが発行会社の資本持分と交換される。
- ii. それが取得会社によって売却会社の直接的な持分と交換される。
- iii. それが売却会社の資本持分として継続する。

⁸⁹ Cortland Specialty. v. Comn., 60 F. 2d 937(2d Cir. 1932).

⁹⁰ *Id.* At 939. 資産移転の対価として、納税者が受領した現金と約束手形は、現行法IRC § 361(a)における証券には該当しないとされた。

⁹¹ FRANK LEWIS DUEMLER, *Supra* note 83, At 235.

⁹² Pincélelas Ice & Cold Storage Co v. Comn., 287 U. S. 462 (1933).

Cortlando事件同様、法人資産を移転し、その対価として受け取った現金と約束手形は、IRC § 361(a)という証券には該当しないとされた。

課税を繰り延べるか否かについて、組織再編における対価の性質に着目した点である⁹³。

しかしながら、これらの判決では、どのような対価を受け取れば投資利益の継続があったとみなされるのかについての明確な基準は示されなかった⁹⁴。これに対して、John A. Nelson Co. 事件、Minnesota Tea Co. 事件および Watts 事件では、種類は異なるにせよいずれも法人の株式が対価として用いられたことにつき、連邦最高裁判所は、いずれも組織再編に該当すると認定した⁹⁵。

John A. Nelson Co. 事件⁹⁶では、Nelson 社が、そのほとんどすべての資産を、現金と優先株との交換により譲受法人に譲渡しており、本件が 1926 年 IRC § 203 の組織再編に該当するか否かとして、連邦最高裁判所は、「この優先株式を発行する法人の業務に実質的な利益を持たないわけではない⁹⁷」と述べ、課税の繰延を認めた。

Minnesota Tea Co. 事件⁹⁸は、Minnesota Tea 社のすべての資産が、現金と譲受法人の議決権信託証券との交換により譲受法人に譲渡され、本件が 1928 年 IRC § 203 の組織再編に当たるか否かで争われた事案である。連邦最高裁判所は、当該議決権信託証券について、Pinellas 判決で求めた「移転されたものの価値の実質的な部分を示すもの」にあたりと判示し⁹⁹、課税を繰り延べた。Watts 事件¹⁰⁰では、投資利益の継続性に関して Minnesota Tea Co. 判決を引用している¹⁰¹。

COI の法理を適用する場合の具体的基準として、組織再編の対価が譲受法人の種類株式、すなわち、持分利益の形態を有するものだけが COI を満たす¹⁰²。さらに、COI の法理は、Pinellas & Cold 事件の判決後の 1934 年改正で、その対価は議決権株式のみに限定される¹⁰³として、上記列挙した連邦最高裁判所が示した COI を満たす基準よりも厳格に要求している¹⁰⁴。現行の B 型・C 型組織再編についてみると、対象法人(Target corporation)の株式と取得法人の議決権株式のみとの交換取引であり、かつ、原則的に一切の非適格資産いわゆる Boot が許されないことから、非常に厳格な COI を要求しているといえる¹⁰⁴。1998 年 Final

⁹³ 「これらの判決は、制定法が要件を定める組織再編成について、法律の文言にはない要件である利益継続性を、裁判所が法解釈として要求したものと位置づけられている(judicial exegesis)」岡村忠生「グレゴリー判決再考—事業目的と段階取引—」『税務大学校論叢 40 周年記念論文集』(2008)、95 頁。

⁹⁴ 西本靖宏・前掲注 82、97 頁。

⁹⁵ Watts 事件で連邦最高裁判所は、受け取った対価がある種の長期社債であっても、課税の繰延が認められる有価証券に該当する可能性があることを明らかにした一方で、LeTulle v. Scofield, 308 U. S. 415, (1940). では、否定的に捉えられた。

⁹⁶ John A. Nelson Co. v. Helvering, 296 U. S. 374 (1935).

⁹⁷ *Id.* At 377.

⁹⁸ Helvering v. Minnesota tea Co, 296 U. S. 378 (1935).

⁹⁹ *Id.* At 385.

¹⁰⁰ *Id.* At 387.

¹⁰¹ *Id.* At 389.

¹⁰² 西本靖宏・前掲注 82、101 頁。

¹⁰³ Revenue Act of 1934, § 112(g)(B).

¹⁰⁴ 渡辺徹也・前掲注 5、64 頁。

これに対して、A 型組織再編は、その対価が限定されないために、「組織再編」に該当するか

Reg § 1.368-1(e)(2)においても、その継続の判定として、組織再編成後のCOIを要求しないことが明記されていることから、COIの要件は、専ら合併法人から交付される対価の性質に着目している。

以上を敷衍すると、COIの法理は、通常の資産の売買と区別することを目的とする¹⁰⁵。そこで、組織再編の対価に着目して、移転資産等の課税の繰延を認めるか否かを決めることであり、その対価には、価値の実質的な部分(利益)を示す法人の株式を要求するものということができる¹⁰⁶。

米国歳入法典においては、通常、株式や資産が交換に供された場合、売却の場合と同様に、扱うこととなっている¹⁰⁷。そのため、原則的には、実現した利益に課税が行われる。しかしながら、上記のように、価値の実質的な部分を示す株式を対価とする組織再編であれば、交換によって手放した資産(株式を含む)と受領した資産(合併法人の株式)の間に一定の差異はあるものの、それは実質的というよりも形式的な差異に過ぎないのであって、交換によって供された古い資産による投資が、交換によって取得した新しい資産において継続しているとして、実現した利益を認識しないという、COI概念に基づく一種の実質主義の表れ¹⁰⁸であると考えられる¹⁰⁹。

我が国においては、課税繰延の一般的根拠は、「経済実態に実質的な変更が無い場合に課税しない」という意味での実質主義であり、それに基づいて法人段階における「移転資産に対する支配の継続性」と株主段階における「投資の継続性」が、それぞれ要求されている¹¹⁰。すなわち、日米双方とも制度の根底には、実質主義の考え方に依拠する¹¹¹と共に、その帰結として、実質的な変化のない取引(=単なる所有形態の変更(mere changes in the form of ownership))に不当な課税を行ってはならないという課税の中立¹¹²がこの課税繰延の根拠で

どうかの判断基準として、投資利益継続性の法理が未だに用いられている。

また、C型組織再編の場合、対価の20%までなら非適格資産の交付が許されている。§ 368(a)(2)(B)(iii)。

¹⁰⁵ T. D. 8760, 1998-1 C. B. At 803. Reg § 1.368-1(e)においても、COIの目的を明らかにしている。

¹⁰⁶ See Reg § 1.368-1(e).

「投資持分継続性の要件は、売却に類似した取引が、組織再編による課税の不認識の対象となるのを防ぐことである。投資持分継続性の要件は、実質的に対象会社の所有持分の勝ちの相当部分が組織再編後も維持・継続されることを要求するものである」。

¹⁰⁷ See Reg § 1.1002-1(a).

¹⁰⁸ 渡辺徹也・前掲注5、37頁。

¹⁰⁹ この点、水野忠恒教授は、「(合併の対価として株式が交付された場合)消滅する法人の株主の利益は、吸収法人に維持されている」ことから「法人の株主の利益が継続しているということで、これが『利益の継続性』であると述べている。水野忠恒「企業組織再編税制改正の基本的な考え方」『企業組織と租税法』(別冊商事法務No.252、2002)、75頁。

¹¹⁰ 本章第1節3.4.参照。

¹¹¹ 渡辺徹也・前掲注4、41頁。

¹¹² ジョン・K・マクナルティ・前掲注85、81頁。

See also, David F. Shores. *Continuity of business enterprise: A concept whose time has passed*, The tax Lawyer, Vol.63, No.2, 471-483. (2010).

あると考えられる。

4. COBE の要件¹¹³

COBE の法理は、上記においても取り上げた Cortland 事件に端を発する¹¹⁴。Cortland 事件の第 2 巡回区裁判所は、現在の Reg § 1.368-1(b) の「組織再編は、変更された企業形態のもとでの事業の継続を前提とする¹¹⁵」ことを示し、組織再編の要件には、変更された会社形態の下で事業を継続することが前提にあることを示した。Cortland 事件以後、上記判決に依拠する形で、組織再編の要件として、事業の継続性が要求されるようになる¹¹⁶。もともと、COBE の法理の目的を Cortland 事件より見出すならば、3. COI の法理と同様に、単なる所有形態の変更(mere changes in the form of ownership)に課税を行ってはならないという連邦議会の意図に基づいた考え方であるといえることができる¹¹⁷。

しかしながら、Cortland 事件では、「誰の事業を継続すべきなのか、どの程度の事業を行う必要があるのか、或いは事業継続性がいつ判断されるのか」について、明確な基準を示さなかった¹¹⁸。そのため、次のように各事件によって幅広い解釈が展開され、事業の継続性は安定的なものでなかった。1949 年 Lewis 事件では、事業再編において譲渡法人の実質的にすべての資産が譲渡されない場合であっても、事業継続性が満たされ組織再編に該当することが示され¹¹⁹、1954 年 Becher 事件では、組織再編以前に譲渡法人の事業に使用されていた資産が、譲受法人において全く別の事業の資産に利用される場合であっても、事業が継続しているとして組織再編に該当すると判示した¹²⁰。

このような状況下で、1954 年 Rev. 56-330 において、正式に歳入庁が COBE について議論

議会が真に意図していたのは、単なる所有形態の変更(mere changes in the form of ownership)を非課税とすることによる課税の中立ではなく、組織再編を通じた企業資産の再配置を通じて達成できる経済効率性の向上であったという見解がある。

¹¹³ Reg § 1.368-(d). COBE は、事業の継続性と資産の継続性から成る。A 法人が T 法人と同業者であれば事業の継続性を満たすが、T 法人が複数の事業を営む場合は、A 法人がそのうち重要な事業を継続することが求められる(Reg. § 1.368-1(d)(2))。他方、資産の継続性は、A 法人が T 法人の事業資産の重要な部分を使用することで満たされる。いずれも数値基準はないが、財務省規則の例では、T 法人事業価値の 1/3 程度でも重要な部分とされうる(Reg. § 1.368-1(d)(5)Ex. 1)。

¹¹⁴ John L. Ruppert, *Proposed treasury regulation section 1.368-1(d): The continuity of business enterprise test*. DePaul law review, 723, 727. (1980).

¹¹⁵ *Id.* At 940.

¹¹⁶ John L. Ruppert, *Supra* note 114, At 728. See also, *Altas tool Co. V. Commissioner* 80-1 U. S. T. C. (3d Cir. 1980). *American Bronze Corp. V. Commissioner*, 64 T. C. 1111, 1124 (1975). *Becher v. Commissioner*, 22 T. C. 932 (1954). *Lewis v. Commissioner*, 10. T. C. 1080 (1948). *Morly Cypress Trust v. Commissioner*. 3 T. C. 84 (1944).

¹¹⁷ David F. Shores, *Supra* note 112, At 485.

¹¹⁸ John L. Ruppert, *Supra* note 114, At 728-729.

¹¹⁹ *Lewis v. Commissioner*, 176 F. 2d At 646 (1st Cir. 1949).

¹²⁰ *Becher v. Commissioner*, 22 T. C. 932 (U.S.T.C. 1954).

した¹²¹。その内容は、3つの法人が実質的にすべての資産を新設の保険会社に移転し、その対価として新設保険会社の議決権株式を株主に分配した後、3つの法人が解散するというものであった¹²²。それに対して、歳入庁は、新設法人と3つの法人の事業とが全く異なる (entirly different) ことから COBE は満たされず、組織再編に該当しないこと¹²³を明らかにしたものの、その後に行われた Bentsen 事件では、Rev. 56-330 と類似した事実であったにもかかわらず、連邦租税裁判所は Rev. 56-330 とは正反対の結論を導いた¹²⁴。裁判所は、Becher 事件に依拠する形で、「財務省規則で使用されている『事業の継続性』は、新会社が旧会社と同じ種類の事業、又は類似の事業のいずれかに従事しなければならないことを意味していない¹²⁵」として、事業さえ継続していればその中身は問われないことを判示した¹²⁶。この結果を受け、歳入庁は、1963年 Rev. 63-29 において Becher 事件と Bentsen 事件を引用し、“the surviving corporation need not continue the activities conducted by its predecessors.” として、事業の性質を制限しないことを示し、明示的に Rev. 56-330 を削除した¹²⁷。このように、歳入庁は、組織再編に該当するか否かを COBE の法理に強く求めないこととしたのは、COI と COBE の法理を別の目的として切り離すものとする意図はなかったと考えられるほか、事業の継続という抽象的な基準が引き起こした混乱を鎮めることであったと考えられる。初期判例から Rev. 63-29 までの変遷は、現在 COBE の法理を規定する Reg § 1.368-(d) の基礎を築いたといえることができる。

¹²¹ Revenue Ruling. 56-330, 1956-2 C. B. 204.

Revenue Ruling は、1953年に歳入庁が、税務当局による租税放棄の画一的な適用を促進するとともに、納税者の自発的な法的順守を助けることを目的に、納税者からの個別的な質問に対して書面回答を公開することに由来する。現在においては、争点が国民全般に関係する可能性が高い場合、歳入庁は回答を Revenue Ruling として発する。金子宏・前掲注 70、160 頁。神山弘行「事前照会制度に関する制度的課題<研究ノート>」『独立行政法人経済産業研究所』(2010)、3-4 頁。

¹²² *Id.* At 205.

¹²³ *Id.* At 206.

¹²⁴ Bentsen v. Phinney. 199 F Supp. 363 (S. D. Tax. 1961).

¹²⁵ *Id.* At 367.

¹²⁶ 連邦租税裁判所は、Rev を内国歳入庁の立場を示すものとして扱うだけであり、裁判所は拘束されないという立場を貫いている。神山弘行・前掲注 121、4 頁。

¹²⁷ Revenue Ruling. 63-29. 1963-1 C. B. 77. See also Walter A. Slowinski, *Income Taxes And Mergers, proceeding of the annual conference on taxation under the auspices of the national tax Association*, JOURNAL ARTICLE Vol, 56. 240, 248-250. (1963).

第3節 我が国における「支配の継続」の概念とその変遷

我が国における課税繰延の規定と米国歳入法典を比較すると、我が国の適格組織再編要件の視点は、法人段階に重きを置き、株主段階への視点が少ない¹²⁸ことが特徴としてある。

我が国の法人税法における「法人」の理念型を不特定多数の株主が存在する大法人であるとするならば、「投資の継続性」という視点は、適格対価を株式に限定していることで足り¹²⁹、移転資産が帳簿価額で引き継がれるに値するかという判定では、専ら法人段階の視点、すなわち、「支配の継続」が主要な要件であると考えることができる¹³⁰。

「支配の継続」とは具体的にどのような状態のことを指しているのか。その言葉自体の意味は、明瞭であっても、組織再編税制の基本概念としては曖昧な概念である¹³¹とともに、平成13年度から20年以上が経過し、様々な改正が行われてきていることを踏まえれば、当該用語の意義を再検討する余地もあろう。そこで、現行法における「支配の継続」概念を明らかにしていく過程において、支配の主体、及び立法当初の意義との整合性の2つの側面を取り上げながら、述べることとする。

1. 平成13年度税制改正：組織再編税制の創設における「考え方」と「仕組み」の違い

立法担当者である朝長英樹税理士によれば、税制度の立法や解釈においては、考え方と仕組みの関係を十分に理解する必要があるという¹³²。組織再編税制の基本的な考え方とは、先述したように、「移転資産等に対する支配が継続している場合には、その譲渡損益の計上を繰り延べて従前の課税関係を継続させる、という基本的な考え方に基づき創られています。このような考え方が取られているのは、組織再編成による資産等の移転が形式と実質のいずれにおいてもその資産等を手放すものであるときは、その資産等の譲渡損益の計上を求め、他方、その移転が形式のみで実質においてはまだその資産等を保有しているということが出来るものであるときは、その資産等の譲渡損益の計上を繰り延べる事が出来る」という考え方を採用している。すなわち、「支配の継続」とは「形式上は資産を他の法人に移転したが、実質上はまだその資産を保有していると言う事が出来る状態¹³³」ということができる(以下、「所有の継続」という。)としている。

朝長英樹税理士によれば、「平成13年度に単体納税制度の下で創られた組織再編税制は、企業グループを構成しない法人に適用される場合もあれば、企業グループを構成する法人に適用される場合もあるが、後者の場合でも、企業グループ内の法人が保有している資産を

¹²⁸ 渡辺徹也・前掲注5、43頁。

¹²⁹ 「たしかに、取得した新株を株主が売却し、その結果50%を割り込めば50%超グループではなくなるので、その限りで株主の処分を拘束していることにはなる。しかしその場合、株式を保有していると想定されるのは、主として同族のオーナー株主等を意味する」。渡辺徹也・前掲注5、43頁。

¹³⁰ 本章第1節3.において検討したように、企業グループ内の組織再編成では、投資の継続性は要求されず、共同事業再編成についても、株式継続保有要件以外は、すべて法人段階に関するものであることから株主の視点を踏まえた要件が要求されていないことがわかる。

¹³¹ 藤曲武美『「支配の継続」の考え方』『税務弘報』62巻7号(2014)、70-71頁。

¹³² 朝長英樹・前掲注46、365頁。

¹³³ 朝長英樹編・前掲注25、25頁。

その企業グループの頂点の法人や個人が保有しているものとして取り扱うなどということにはなっているわけではない¹³⁴と述べている。つまり、「所有の継続」についていえば、「形式上は資産を他の法人に移転した」という部分の主語は、資産を保有していた法人であって「グループ最上位法人」ではないといことになり、また、「他の法人」は企業グループ内の法人を指していることとなる¹³⁵。しかしながら、この考え方による支配概念は、立法当時の段階ですでに理論上の問題を抱えており、それは法人間での支配の継続が観念できない場合であり、たとえば、合併では、被合併法人は資産を移転して解散するため、被合併法人の合併法人に対する支配を認めることは不可能なことである¹³⁶。

一方、組織再編税制の仕組みの説明にある「支配」は、考え方の「支配」と明確に区別されている。朝長英樹税理士は、『その移転が形式のみで実質においてはまだその資産等を保有しているということができる』という状態がどのような状態かということを決めない限り、移転資産の譲渡損益の計上を繰り延べる仕組みは創り得ないわけであり、…資産を保有していた法人とその資産とが企業グループ内の頂点にある法人や個人に『支配』をされているという状態が変わらなければ、『その移転が形式のみで実質においてはまだ資産等を保有しているということができる』というものがあるはず、と考えられるため¹³⁷と述べている。ここでの「支配」は、完全支配関係や支配関係における、株式の保有関係を通じた「支配」であり、「意のままに動かすことができる状態」をいう¹³⁸こととされ、考え方の中にある「支配」と仕組みの中にある「支配」とが明確に区別されていた。

創設時のこの考え方と仕組みを踏まえると、移転資産の譲渡損益が繰延られるためには次の要件を満たさなければならないと考えることができる。

資産を保有していた法人が形式上は資産を他の法人に移転したとしても、実質上「まだその資産を保有しているということができる状態」を必要とし(移転資産に対する支配の継続)、その判定にあたっては、個人または法人によって支配される企業グループ内にあること(株式保有関係による支配)が要件とされたということが出来る。

¹³⁴ 朝長英樹・前掲注 46、17 頁。同書 363 頁の注では、「改めて言うまでもなく、現在の法人税法の下では、組織再編成によって資産を移転するのはその組織再編成の当事者である法人であって、その資産の含み損益を計上するのもその法人であり、企業グループの頂点の法人や個人にその資産の譲渡損益を計上させるわけではない」と述べている。

¹³⁵ 朝長英樹・前掲注 46、363 頁。

¹³⁶ 岡村忠生・前掲注 42、335 頁。

¹³⁷ 朝長英樹・前掲注 46、366 頁。

¹³⁸ 朝長英樹・前掲注 46、366 頁。

2. 平成 19 年度税制改正：合併対価の柔軟化

平成 19 年度税制改正では、三角合併を適格合併とするために、合併親法人株式を交付しても合併対価要件を満たすこととされた。これは、会社法における合併等の組織再編成における対価の柔軟化部分が施行されるのに合わせて、組織再編税制における適格要件も調整が行われた。そして、その際に「移転資産に対する支配の継続」の概念について、税制改正解説¹³⁹では、次のように述べている。

この移転資産に対する支配の継続とは、その営まれる事業に着目すれば、「事業を営んできた当事者が引き続き事業を営む」実態の継続と言い換えることもできます。このような視点で組織再編成の実態等をみると、①持株割合 50%超の支配株主がいる企業グループ内で組織再編成が行われる場合には、組織再編成後もその支配株主が事業を営む実態が継続すると考えることができる、②このような支配株主がない場合であっても、組織再編成の当事者(事業を営んできた法人)が共同で事業を営むために組織再編成を行う場合で、それぞれの事業の規模に著しい格差がないなどの場合であれば、組織再編成後も両当事者が事業を営む実態が継続すると考えることができると、整理することができることから、適格合併等の範囲について、①の組織再編成を企業グループ内の組織再編成と、②の組織再編成の共同事業を営むための組織再編成としているところです。その前後で経済実態に実質的な変更がないということは、事業の継続だけでなく資産を移転した法人の株主がその組織再編成により取得した株式を継続して保有することが必要となります。

ここでは、専ら、営まれている事業に着目しており、平成 13 年度改正の「移転資産等に対する支配の継続」という概念を広げたと解釈できる¹⁴⁰。すなわち、「事業の継続」は、一種の「支配の継続」と言い換えることができる¹⁴¹とし、企業グループ内組織再編成であれば、組織再編成後も支配株主が移転された事業を継続して営むことを要求し、共同事業再編成であれば、それぞれの事業の規模に著しい格差がないことを要件に、組織再編成後も両当事者(合併法人株主と被合併法人株主)が事業を継続して営むことを要求しており、この解説により「事業の継続」主体が明確に示されたといえよう。

ところで、平成 13 年度改正では、合併により被合併法人は、消滅してなくなるため資産を移転した法人による「所有の継続」は不可能であったが、この考え方を踏まえれば、存続法人である支配株主(合併法人)に主語を移せば、株式保有を通じた間接保有から、合併後の直接保有として移転された資産の「所有の継続」を果たすことが可能となる。つまり、移転した資産の所有は、直接的な所有のみならず株式保有を通じた資産の所有の継続で説明で

¹³⁹ 財務省(佐々木浩一＝椎谷晃＝坂本成範)「平成 19 年度 税制改正の解説」(2007)、271-272 頁。

¹⁴⁰ 岡村忠生「法人税制における課税関係の継続について-圧縮記帳からグループ法人税制へ」『日本租税研究協会』(2011)、171 頁。

¹⁴¹ 岡村忠生教授は、「支配の概念は、株式所有を通じた支配と考えられ、これを…事業の継続と解釈することには飛躍があると思われる。所有と経営は、別であるし、完全支配関係がある場合にはおよそ事業に関する要件が課されていない理由の説明も無理である」と述べている。岡村忠生・前掲注 42、337 頁。

きることとなり、それは次の株式対価の柔軟化の解説でより明確となる。

今回の会社法では合併等対価の柔軟化により合併法人の親法人の株式を交付することも一般的に可能となりましたが、これを従来の税制上の整理に当てはめると、適格要件を満たさないということになります。しかしながら、合併法人との間に直接の100%の資本関係がある親法人の株式であれば、その株式の保有を通じて合併法人に対する実質的な支配が継続できると考えられます。すなわち、親法人の株式であっても合併法人の株式による直接的な支配と同等の状態を創ることはできるものと考えられるということです。

「実質的な支配が継続している」とは、株式保有を通じた間接的な「所有の継続」を意味しているものと考えられる。そうであるとするならば、平成13年度改正においては、「資産を移転した法人による資産の所有の継続」が求められていたのに対し、平成19年度改正では、「株式保有を通じた間接的な資産の所有の継続」に変容したと考えられる。このように、一部の組織再編成においては、移転された資産の継続は、合併当事者ではなく、企業グループの頂点である法人の株主、法人に帰属するとみる考え方もみられるようになる。

3. 平成22年度税制改正：グループ法人税制の導入を契機として

平成22年度改正においては、いわゆるグループ法人税制が導入され、完全支配関係法人間で行う資本等取引や組織再編成の取扱いが変更された。以下、税制改正の解説¹⁴²である。

グループ法人が一体的に経営されている実態に鑑みれば、グループ内法人間の資産の移転が行われた場合であっても実質的には資産に対する支配は継続していること、グループ内法人間の資産の移転の時点で課税関係を生じさせると円滑な経営資源再配置に対する阻害要因にもなりかねないことから、連結納税の選択の有無にかかわらず、その時点で課税関係を生じさせないことが実態に合った課税上の取扱いと考えられます。

この点、朝長英樹税理士は、『完全支配関係』や『支配関係』における『支配』と『移転資産等に対する支配』における『支配』は、同じく『支配』という用語を使っているが、それが用いられる場面と内容が異なっている、ということをも正しく理解しておく必要がある。…この『支配』の捉え方の誤りは、平成22年度改正に顕著に見て取れる¹⁴³と述べており、平成13年度改正時の「考え方」と「仕組み」のそれぞれの内にあった「支配」の概念が崩れてしまったことを指摘している¹⁴⁴。グループ法人税制は、その適用対象法人が、

¹⁴² 財務省(佐々木造=椎谷晃=松汐利悟)「平成22年度 税制改正の解説」(2010)、189頁。

¹⁴³ 朝長英樹・前掲注46、17頁。

¹⁴⁴ また、朝長英樹税理士は、「平成13年の組織再編税制の創設時には、支配関係と資本関係を区別し、資本関係があれば全て支配関係があると捉えられるわけではなく、支配関係は一番外枠の資本関係で捉えるべきである、と整理していた。つまり、親会社、子会社、孫会社という企業グループでは、親会社が子会社と孫会社の両方を支配し、子会社と孫会社には資本関係はあ

100%の資本関係にある法人とされ、グループを構成する法人がたとえ「一体的経営」を行っていても強制適用とされる(法法 25 の 2、法法 37②、法令 9、法令 119 の 3、法法 61 の 2①・⑩、法令 8 等)。それは、グループ法人の「一体的経営」の程度に応じて取扱いや適用関係を変えらるという制度は、現実的には不可能であり、そのような支配関係の強弱は目に見えないものであるため、税制の基準としては、資本関係によって支配関係を捉えることとするのが、疑義がなく、適当であると考えられた¹⁴⁵。したがって、株式による資本関係があれば、グループの「一体的経営」の強弱にかかわらず「移転資産の支配の継続」、すなわち、譲渡損益の繰延が行われる点で、当初の課税繰延理論からの拡張、ないしは変容がみられると捉えることができる。

以上を要約すると、平成 13 年度改正時の「資産を移転した法人による所有の継続」を要請していた「移転資産の支配の継続」概念のうちの「仕組み」の考え方が、「考え方」における株式保有関係を通じた支配関係に収斂されたものと考えられることができる。

るが、支配関係があるとは言い得ない、と捉えていたわけである。このような企業グループにおける支配関係と資本関係の捉え方は、平成 22 年のいわゆるグループ法人税制の導入により、ほとんど崩れてしまった状態となり、支配関係と資本関係を同義に捉えられるようになったと述べている。朝長英樹・前掲注 46、17 頁。

¹⁴⁵ 朝長英樹編『グループ法人税制 第 3 版』(法令出版、2023)、14-52 頁。

4. 平成 29 年度税制改正：スピノフ税制とスクイーズアウト

平成 29 年度税制改正では、「近年我が国企業は、多角化度が高く規模が巨大な企業の営業利益率が欧米に比べて低いといった特徴があり、その要因として、多角化に際し、差別化や事業ポートフォリオの最適化等が不十分、事業の関連性が乏しいといった理由があると指摘されています。このため、このような企業を中心に企業内の事業部門を分離して独立した企業とする、スピノフの必要性が増していると考えられる¹⁴⁶」として、従来は、企業グループ内の組織再編成及び共同事業再編成のどちらにも該当しないとして非適格組織再編成とされてきたスピノフが一定の要件¹⁴⁷を満たせば、適格組織再編成として認められることとなった¹⁴⁸。税制改正の解説では、「移転資産に対する支配の継続」について、次のように述べている。

グループ最上位の法人(支配株主のない法人¹⁴⁹)の実質的な支配者はその法人そのものであり、その法人自身の分割であるスピノフについては、単にその法人が 2 つに分かれるような分割であれば、移転資産に対する支配が継続しているとして、適格性を認めうると考えられます¹⁵⁰。

ここから読み取れるのは、あるグループからの分離ではなく、「グループ最上位の法人」の分割であると説明することで、その分身による支配が継続しているというロジックによって支配の継続を基礎づけようとしている¹⁵¹。他方で、通常理解からすれば、上場企業のように多数の無関係な株主によって支配されている法人には、支配株主が存しないという意味で、「支配者がいない」ということはできても、「法人そのものが法人を支配している」というロジックは建てにくい¹⁵²。解説では、このような考え方となる根拠として、以下のよう

現行の組織再編税制は、グループ経営の場合には、グループ最上位の法人がグループ法人及びその資産の実質的な支配者であるとの観点に立って判断しているという側面もあり

¹⁴⁶ 財務省(藤田泰弘＝小竹義範＝内藤景一郎＝田畑仁＝高橋実枝)「平成 29 年度 税制改正の解説」(2017)、317 頁。

¹⁴⁷ 法令 4 の 3⑨に定められる。金銭等不交付要件、従業員引継要件、事業継続要件、特定役員継続要件のほかに、特異なものとして「按分型要件」と「継続非支配要件」がある。「按分型要件」とは、現物分配法人の株主の有する株式数の割合に応じて株式が現物分配されることをいい、「継続非支配要件」とは、現物分配前に、現物分配法人が他の者に支配されておらず、かつ、現物分配承継法人が他の者に継続して支配されないことが見込まれることをいう。

¹⁴⁸ 渡辺徹也教授は、当該スピノフが適格組織再編成の枠から除外されていることは、制度の欠陥であるとして平成 13 年度当初から批判していた。渡辺徹也・前掲注 5、281 頁。

¹⁴⁹ スピノフ税制は、上場企業のような支配株主のない法人を念頭に置いた改正であることがわかる。

¹⁵⁰ 財務省・前掲注 146、318 頁。

¹⁵¹ 吉村政穂「平成 29 年度税制改正による組織再編成への影響」『税務事例研究』160 号(2017)、4 頁。

¹⁵² 渡辺徹也「組織再編税性に関する平成 29 年度改正—スピノフ税制とスクイーズアウト税制を中心に—」『税務事例研究』162 号(2018)、43 頁。

(例えば、適格組織再編成における株式の保有関係に関する要件)¹⁵³

解説によると、平成 22 年度改正同様、専らグループ内部における支配関係(最上位法人)の継続という視点が重要な役割を果たしている点¹⁵⁴から「考え方」における「移転資産等に対する支配の継続」を株式保有関係を通じた支配関係と同一視したものと考えることができる¹⁵⁵。すなわち、平成 29 年度改正により、「移転資産に対する支配」の主体が、組織再編の当事者ではなく、グループ最上位法人であることが明確になったといえる¹⁵⁶。

さらに、スクイーズアウトについて、解説では次のように述べている。

組織再編成の適格要件のうち対価要件について、組織再編成前に特定の株主が対象会社を支配している場合において、その特定の株主に対象会社が吸収される合併が行われるとき又はその特定の株主の対象会社に対する持株割合が減少しないときは、組織再編成により少数株主に株式以外の対価が交付されたとしても、その特定の株主が株式の所有を通じて対象会社の資産を支配している状態が変わりがないといえるため、移転資産に対する譲渡損益(保有資産に対する評価損益)を計上する必要はないと考えられる…これらの方法は、子会社の意思決定を必要とすること、少数株主の個別の意思にかかわらず強制的に少数株主から子会社株式が取得されることとなるという点において、単なる資産の売買・交換とは異なる共通点を有するもの

株式交換、全部取得条項付種類株式の端数処理や株式併合の端数処理、株式売渡請求を行う、少数株主を締め出す取引(スクイーズアウト)を行う際に、適格合併・適格株式交付等該当性の判断にあたって、合併法人又は株式交換完全親法人が、被合併法人又は株交換等完全子法人の発行済株式総数の 2/3 以上を保有する場合には、締め出される少数株主に交付する対価を除外することを認めるものである。すなわち、支配の継続は、特定の株主についてだけで判断すればよいということであるから、組織再編税制導入時における課税繰延の根拠としての「支配の継続」概念からは、大きく変化したことになり、またその変化の理由については明らかでない¹⁵⁷。

¹⁵³ 財務省・前掲注 146、318 頁。

¹⁵⁴ 吉村政穂・前掲注 151、5 頁。

¹⁵⁵ 朝長英樹・前掲注 46、366 頁は、資本関係による「支配」と「移転資産等に対する支配」とが混同して利用されている点を強く指摘している。

¹⁵⁶ 渡辺徹也教授は、グループ最上位法人がグループ法人及びその資産の実質的な支配者であるという根拠は分かりにくいとして、「むしろ、アメリカ法のように株主における投資持分の継続性から説明した方がわかりやすい」と述べている。渡辺徹也・前掲注 152、44 頁。

¹⁵⁷ 渡辺徹也・前掲注 152、48 頁。

5. 平成 30 年度税制改正：多段階型再編等による事業再編の円滑化

平成 30 年度税制改正においては、デフレ脱却・経済再生のための措置の一つとして、企業の競争力強化に資するために多段階型再編等による事業再編の円滑な実施を可能とする改正が行われた¹⁵⁸。先にも確認したように、合併において被合併法人と合併法人との間に①50%超 100%未満の株式保有関係、又は②50%超の株式保有関係がない場合に、その合併が適格合併となるためには、①であれば、従業者引継要件又は事業継続要件のうちいずれか、②であれば、共同事業要件に該当する必要があるが、これらの要件の一部が大幅に改正されることとなった。従来、組織再編成の後にグループ内で従業者または事業の移転が見込まれている場合には、その移転が適格合併に伴うものであるときを除き、従業者従事要件および事業継続要件を満たすことができなかった。

しかしながら、本改正により、当初の組織再編成の後に完全支配関係がある法人間で従業者又は事業を移転することが見込まれている場合にも、当初の組織再編成の適格要件のうち従業者従事要件及び事業継続要件に該当することとされた¹⁵⁹。従業者継続要件¹⁶⁰については、「被合併法人の従業者の 80%が一つの法人の業務に従事する必要はなく、当初の合併にかかる合併法人、その合併法人との間に完全支配関係がある法人、当初の合併後に行われる適格合併に係る合併法人及びその適格合併に係る合併法人との間に完全支配関係がある法人の業務に従事する者を合計して判定すること」とし、「なお、当初の合併に係る合併法人を経由せずに直接、その合併法人との間に完全支配関係がある法人、当初の合併後に行われる適格合併に係る合併法人及びその適格合併に係る合併法人との間に完全支配関係がある法人に異動した者も含めて判定する¹⁶¹」としている。事業継続要件¹⁶²についても、「被合併法人の合併前に行う主要な事業の全ては 1 つの法人において行われる必要はなく、完全支配関係がある複数の法人において行われる場合でもこの要件は該当することと¹⁶³」される。

平成 30 年度改正における要件の緩和は、平成 29 年度改正につづき、最上位の法人の下で形成されるグループに注目する方向での整理が一段と推し進められたものとみることができる¹⁶⁴。すなわち、グループ内にある資産の支配の主体は、グループ最上位法人であり、事業の継続については、グループ内のいずれかの企業に移転されていれば足りるため、その主体はグループ内法人のいずれかの法人であるといえる。

このように、平成 13 年度税制改正からの経緯をみると、移転資産に対する「支配の継続」

¹⁵⁸ 財務省(藤田泰弘＝小竹義範＝鎌田絢子＝石田良)「平成 30 年度 税制改正の解説」(2018)、313 頁。

¹⁵⁹ この点、従業者や事業の移転につき、他の法人との関係で完全支配関係が要求されるタイミングは、当該移転時における完全支配関係の充足のみで足りるのか、それとも一定期間にわたる完全支配関係の継続見込みが要求されるのかという疑問が生じる。長谷川芳孝「平成 30 年度税制改正後の M&A・組織再編の実務」『租税研究』827 号(2018)、92 頁。

¹⁶⁰ 第 1 章第 1 節 4. (2)①本文参照。

¹⁶¹ 財務省・前掲注 158、314 頁。

¹⁶² 第 1 章第 1 節 4. (2)②本文参照。

¹⁶³ 財務省・前掲注 158、315 頁。

¹⁶⁴ 吉村政穂「自己株対価 TOB の実現と多段階再編成への対応—平成 30 年度税制改正による企業買収への影響」『税務事例研究』166 号(2018)、10 頁。

という場合に、創設当初は、資産を保有していた法人の所有の継続が求められるとともに、その移転資産を包含する事業を重視し、一定の関係をもった当事者において引き続きその事業が営まれていることによって、移転資産に対する支配の継続が存在していると説明されてきたものが、以上のような改正を経て、移転資産に対する支配として、事業から離れて、グループ経営、特に完全支配関係があるグループにおいては、どこに資産があったとしても、その資産に対する支配が継続しているといった見方¹⁶⁵に変容してきたといえる。以上の変遷を纏めると表 4. のようになる。

¹⁶⁵ 吉村政穂「最近の裁判例に見る租税回避否認規定の課題」『租税研究』846号(2020)、177頁。

表 4：「支配の継続」概念とその変遷

平成 13 年度 改正	平成 19 年度 改正	平成 22 年度 改正	平成 29 年度 改正	平成 30 年度 改正
<p>「支配の継続」とは、組織再編の際に、移転する資産を保有していた法人による所有の継続が求められ、かつ、その資産の移転が独立した事業単位で行われ、組織再編成後も移転した事業が継続されることをいう。</p>	<p>「事業の継続」が「支配の継続」と言い換えることもできるとし、その主体が「事業を営んできた当事者が引き続き事業を営む」ことであるとした。</p> <p>また、資産を移転した法人による所有の継続ではなく、株式保有を通じた間接的な資産の所有の継続の考え方が示される。</p>	<p>グループ法人が一体的に経営されている実態に鑑みれば、グループ内法人間の資産の移転が行われた場合であっても実質的には資産に対する支配の継続はしていることを示す。</p>	<p>グループ最上位の法人(支配株主のない法人)の実質的な支配者はその法人そのものであるという新しい考え方が示され、「移転資産に対する支配の継続」の主体が、組織再編成の当事者ではなく、グループ最上位法人であるとした。</p>	<p>当初の組織再編成の後に完全支配関係がある法人間で従業者又は事業を移転することが見込まれている場合にも、当初の組織再編成の適格要件のうち従業者従事要件及び事業継続要件に該当することとされた。</p> <p>グループ内にある資産の支配の主体は、グループ最上位法人であり、事業の継続については、グループ内のいずれかの企業に移転されていけば足りるため、その主体はグループ内法人のいずれかの法人であることとされた。</p>

(筆者作成)

第4節 産競法と組織再編税制における「支配の継続」の関係

近年の経済界からの要望により実現した自社株対価 TOB の課税繰り延べ制度の恒久化、パーシャルスピノフの導入などは、国内のみならず海外再編をも視野に入れた事業再編を活発化させるものであるが、これらの法案は全て産競法¹⁶⁶による会社法等の規制緩和により導入されたという経緯がある。そこで、産競法による事業再編の円滑化という名の下でどのような税制上の優遇措置が行われたのかを概観し、現在の組織再編税制における「支配の継続」概念との関係性を検討したい。

1. 自己株対価 TOB と「支配の継続」

令和3年度税制改正では、「成長戦略フォローアップ」において「我が国企業の収益性向上のため、持続的な成長に向けて自社株式等を対価に用いた他社の支配権獲得や子会社株式の買い増しを行う際の課税繰り延べを諸外国同様に認めることで、グローバル競争が激しさを増す中、競争環境を整備する必要がある¹⁶⁷」ことが指摘され、会社法上においても、改正以前は、完全子会社とすることを前提としなければ利用できなかった株式交付制度が、完全子会社とすることを予定していなくても、自社の株式を他の株主に交付することができることになった¹⁶⁸。それに伴い、税制においても株式交付子会社の株主における株式交付子会社の株式の譲渡損益の計上を繰延べる制度が恒久化され(措法66の2の2①)、さらに、株式交付は、株式交付親会社の株主総会の決議が必要であるなどの株主の関与の下に行われるものであることから、企業価値を向上するものとなる蓋然性が高い構造にあるとされ、特別事業再編計画の認定、すなわち、大臣認定等を必要としない制度とされた¹⁶⁹。また、買収や再編の対象となった会社から退出することになる株主の中には、対象会社と買収会社

¹⁶⁶ 第二次安倍内閣の経済政策であるアベノミクスの「第3の矢」とされる成長戦略では、我が国において、産業の新陳代謝が進まなかった背景としては、当時の我が国企業の横並び志向が製品差別化を抑制し、その結果、企業間の収益性のばらつきが小さくなるとともに、平均的な収益性の水準が低くなっていたほか、市場の寡占が進まずに「過当競争」に陥り、効率的な資源配分が行われていなかったと分析されている。このような問題を是正するために「産競法」が2013年10月15日に閣議決定され、同日、国会に提出された。産競法第3章には、「産業活動における新陳代謝の活性化」が定められ、産業競争力の強化に関する施策として産業活動における新陳代謝を促進するための措置を講じることとしており、その一環として事業再編の円滑化を図ることとしている。具体的には、生産性向上を目指し事業再編を行う取り組みを「事業再編計画」として認定し、認定を受けた取り組みに対して、税制優遇や金融支援等の支援措置を受けることができる。詳細は、以下の文献を参照されたい。鎌田純一編「日本再興戦略の概要と今後の課題—期待される『成長戦略実行国会』での議論の変化—」(2013)。柿沼重志=中西信介「産業競争力強化法案の概要と主な論点～過小投資、過剰規制、過当競争の是正は進むのか～」『経済のプリズム』No.120(2013)、11頁。内閣府『経済財政白書』(2013)、160-172頁。経済産業省「事業再編の促進(概要資料)」(2021)。

¹⁶⁷ 内閣府「成長戦略フォローアップ」(2020)、34頁。

¹⁶⁸ 会社法2三十二の二、会社法施行規則3③。

¹⁶⁹ 財務省(小竹義範=山中潤=針原亮ほか)「令和3年度 税制改正の解説」(2021)、662頁。

旧制度は、株式対価M&Aを行い、対象会社の経営資源を活用して著しい成長発展が見込まれる事業分野に新事業活動を行うことにより生産性を著しく向上させることを目指す計画を特別事業再編計画として認定し、課税の繰延を可能とするものであったが、その認定制度が故に利用の実績が乏しかったことが改正の背景にあるとも考えられる。香川隼人編「令和三年改正産業競争力強化法の解説」『商事法務』No.2270(2021)、27頁。

等の事業内容その他の違いから、退出の対価として、買収会社等の株式ではなく現金を受領することを選好する者が少なからず存在すること、我が国の M&A 市場をより活性化するために、対価の一部を対象会社の株式とし、残部を現金とする「混合対価」の法制化の必要性が説かれていた¹⁷⁰。そこで、この改正では、買収の対価を株式とすることで手元資金の制約を受けることなく M&A が可能となる一方、株式を過度に用いると株式の希薄化につながる恐れがあることから、株式交付により交付を受けた金銭額及び金銭以外の資産の価額の合計額のうち 20%以下の範囲であれば、株式交付親会社の株式以外の資産(現金等)が交付されても、その株式交付親会社の株式に対応する部分の金額については、譲渡利益額又は譲渡損失額を計上しないこととする特例が設けられた¹⁷¹。

税制改正の解説¹⁷²では、このような課税の繰り延べについて、次のように説明されている。

(イ)法人税法における組織再編税制では、単なる資産ではなく「事業」を移転する場合について、その事業の支配が継続することを要件に、譲渡損益の計上を繰り延べることとされています。そのため、公開買付けなどにより、株主が株式対価での買収に応ずる場合には、その株式の譲渡は、事業の移転とはいえ、法人税法上、譲渡損益の計上が繰り延べられる組織再編には該当しません。また、単なる株式の譲渡であっても、「強制的な」株式の譲渡で投資が継続しているものについては、その譲渡損益の計上を繰り延べることとされていますが、(ロ)今般の措置の対象である公開買付けなどによる株式の譲渡は、「任意」の株式の譲渡に該当します。これらの観点から、法人税法ではなく、租税特別措置法に位置付けられることとされました。

この説明から、次の2点より「支配の継続」との関係性について補足することができる。

(1) 移転資産に対する評価において事業を構成するか否か

(イ)は、「組織再編成による資産の移転を個別の資産の売買取引と区別する観点から、資産の移転が独立した事業単位で行われること、組織再編成後も移転した事業が継続することを要件とすることが必要¹⁷³」とする組織再編税制の基本的な考え方とは整合性がとれる。

他方で、株式交付をはじめ、もともと株式を通じた支配関係がなかったところに新たな支

¹⁷⁰ 太田洋「企業グループ税制等の実務上の課題」『税研』204号(2019)、63-65頁。

¹⁷¹ この特例は、選択適用することができるものとはされておらず、強制適用とされる(措基通66の2-1、措法66の2の2)。米国や英国の企業を買収対象とする大型M&Aでは、混合対価が用いられることが多く、我が国においてもそのような対日M&Aを促進し、海外資本の活用を通じた日本経済の成長に資するように2021年6月には「対日直接投資促進戦略」が策定されている。

なお、令和5年度税制改正では、株式の譲渡損益に対する課税繰延の対象が制限されることとなり、株式交付親会社が株式交付直後に一定の同族会社である場合には、課税繰延対象から除外されることとなった(措法66の2①、措令39の10の2④)。その理由は、株式交付制度は、日本企業全体の収益性の向上や産業の新陳代謝を促していくための政策税制として設けられたものであったが、この目的にそぐわない株式交付が散見されたことから、その実態を踏まえ、政策税制としての目的に合う株式交付に対象が限定された。

¹⁷² 財務省・前掲注169、662頁注。

¹⁷³ 内閣府・前掲注33。

配関係の形成を目的とする場合が多いと想定される自社株対価 TOB は、組織再編税制でいうところの共同事業再編成の株式交換に近いものがあり、両者の違いは、買収企業が対象企業株式の 100%を取得するかそれ未満の取得に留まるかの違いに過ぎない¹⁷⁴。共同事業再編成は、「今後行われることが想定される組織再編成が企業グループを超えたものであるという実態に配慮したもので、共同で事業を行い、資産の移転の対価として取得した株式を継続保有するなどの一定の要件を満たせば、移転資産の支配が継続しているとする余地も考えられる¹⁷⁵」との実務上のニーズに配慮した規定であり、かつ、産競法による事業再編の円滑化という観点を踏まえれば、自社株対価 TOB についても、一定割合以上の株式の譲渡により間接的に「事業の移転」を行なっており、株式の対価として取得した買収企業株式が対象企業の旧株主により継続保有される場合には、その株式継続保有により買収企業を通じた移転資産に対する支配の継続を観念することも可能である¹⁷⁶ことから、今後においては租税特別措置法ではなく本法による規定という方向性も考えられる。

(2) 株式譲渡に係る強制性

平成 29 年度税制改正におけるスクイズアウトについての解説では、「これらの方法は、子会社の意思決定を必要とすること、少数株主の個別の意思にかかわらず強制的に少数株主から子会社株式が取得されることとなるという点において、単なる資産の売買・交換とは異なる共通点を有するもの¹⁷⁷」として、株式譲渡に係る強制性を説明している。

他方で、株式交換等が組織法上の行為であり、対象企業株主の個別意思とは必ずしも関係なく株主としての地位を奪う「強制的」な株式の譲渡であることへの着目に関しては、株主総会において賛成した株主や反対株主の買取請求権を行使しなかった株主については個別意思において株式の譲渡に賛成したと見ることができる点で、(ロ)の強制的か否かという線引きは説得的ではないだろう¹⁷⁸。

自社株対価 TOB について株式譲渡損益課税の繰延を認めるのであれば、組織再編類似行為として課税上の均衡を図り、株式交換等と同様の規律、すなわち、非適格と判定された場合には、買収対象企業の時価評価課税が必要となる可能性もあり得たが、以上(1)(2)の点から現行の組織再編税制と区別されている¹⁷⁹。しかしながら、繰り返し述べるように、(1)においては、株式交付の場合であっても「事業の継続」と言い得る場合があることや、(2)においては通常の資産の売買と区別する観点から株主の株式売却意図を譲渡損益の繰延理論に持ち込むのは、難解であり、これら税制改正の解説で述べられた事情の理論的根拠は乏しい¹⁸⁰。したがって、自己株対価 TOB が将来的には、政策税制の措置法ではなく本法により規定し、現行の組織再編税制と整合的な制度として整備されることも十分に考えられる。

¹⁷⁴ 長戸貴之「企業支配権移転局面における課税繰延措置に関する一考察—株式交付などの株式対価 M&A を題材に—」『学習院大学法学会雑誌』56 巻 1 号(2020)、150 頁。

¹⁷⁵ 朝長英樹編・前掲注 25、58 頁。

¹⁷⁶ 長戸貴之・前掲注 174、151 頁。

¹⁷⁷ 財務省・前掲注 146、318 頁。

¹⁷⁸ 長戸貴之・前掲注 174、152 頁。

¹⁷⁹ 吉村政穂・前掲注 164、4 頁。

¹⁸⁰ 長戸貴之・前掲注 174、152 頁。

2. 認定株式分配に係る課税の特例と「支配の継続」

令和5年度税制改正において、スピノフを実施する際に、スピノフにより切り出された会社の持分を、スピノフを行う会社に20%未満の持分を残すパーシャルスピノフについても、一定の要件を満たせば、スピノフ時の譲渡損益や配当に対する課税を繰り延べる租税特別措置法(以下、「パーシャルスピノフ税制」という。)¹⁸¹が創設された。

令和5年度税制改正の解説¹⁸²には、次のようにパーシャルスピノフ税制における課税繰延を説明する。

(イ)適格株式分配に関する制度は、平成29年度税制改正において、少数株主は資産に対する支配をしていないという組織再編税制の基本的な考え方を維持した上で、「グループ最上位の法人(支配株主のいない法人)の実質的な支配者はその法人そのもの」であり、その法人自身の分割であるスピノフについては、単にその法人が2つに分かれるような分割であれば、移転資産に対する支配が継続しているとして、適格性を認めうる」との考え方に基き、完全子法人であった法人が独立して事業を行う株式分配を適格株式分配と位置付けて課税を繰り延べる制度として法人税法において導入されたものです。(ロ)一方、持分を一部残すスピノフにおいては、その持分を残す目的が、実態上、完全子法人であった法人の経営に対する関与の手段を残すことであることから、元の親会社は他の少数株主と同じ状態にあるとは考えられず、完全子法人であった法人が独立しているとはいえないと考えられます。

上記の説明は、2つのパートに区分され、(イ)部分は、スピノフ税制の基本的考え方を示しており、「グループ最上位の法人」の分割であると説明することで、その分身による支配が継続しているというロジックである¹⁸³。すなわち、グループ内部における株主相互の支配関係(最上位法人)の継続という視点が重視されている点で、「移転資産に対する支配の継続」を株式保有関係を通じた支配関係としたものとして理解できる。他方、(ロ)部分は、パーシャルスピノフ税制が、適格性を有しない理由を述べている。

「支配の継続」の説明として、「法人そのものが法人を支配している」というロジック自体が成立し難く、グループ最上位法人が実質的な支配者であるという根拠自体もわかりにくいものであることが平成29年度改正時において指摘されていたことを鑑みれば、それ以上の説得的な解説ができないという意味において、組織再編税制における課税繰延の根拠を「支配の継続」概念から説明づけることの限界を示していることに他ならず、再度、根本的な考え方を見直す機会であると考えられる。渡辺徹也教授は、同年度改正について「むしろ、

¹⁸¹ 措法68の2の2①②、措令39の34の3①各号、令和5年度3月31日経産省告示第50号、事業に関する指針四へ参照。その他の文献として以下を参照されたい。経済産業省『『スピノフ』の活用に関する手引 令和5年6月』(2023)。中村宏＝林優里「パーシャルスピノフ税制とその適用要件等の解説」『商事法務』No.2327(2023)。

¹⁸² 財務省(小竹義範＝針原亮＝久下純也ほか)「令和5年度 税制改正の解説」(2023)、431頁。

¹⁸³ 第1章第2節2.(4)参照。

アメリカ法のように株主における投資持分の継続性(continuity of interest)から説明した方がわかりやすい。Reg1. 355-2(c) (1)では、法人の分割でも投資持分が継続しうることが明記されて¹⁸⁴⁾いることを述べている。パーシャルスピノフ税制についてみても、元親会社、および元親会社の株主において「投資の継続」が観念できるものであると考える。

今後、自己株対価 TOB やパーシャルスピノフ税制のように今まで認められていなかった組織再編行為が税制適格となる、若しくは、一時的な課税繰延措置が導入される可能性¹⁸⁵⁾を秘めている中で、その課税繰延の根拠として、従来の「支配の継続」概念をもとに一貫性のある説明をすることができるかは疑問が残る。

¹⁸⁴⁾ 渡辺徹也・前掲注 152、44 頁。

太田洋弁護士も同趣旨として、今後広く課税繰延を認めるためには「移転資産に対する支配の継続」が重視されてきたことを改め、「投資の継続」を重視して課税繰延を認める考え方に転換し、経済的な意味で対象となる資産に対する株主の利益が実質的に継続していると考えられるものには、課税しないことが望ましいことを述べている。太田洋『M&A・企業組織再編のスキームと税務～M&A を巡る戦略的プランニングの最先端～』(大蔵財務協会、2019)、135 頁。

岡村忠生教授は、「米国の組織再編税制のように、検討の中心を法人段階に置くのではなく、視野を株主段階にも広げて、株主と法人との権利関係の継続性(continuity of interest)により、適格性要件を判断することも、考えられてよかったと思われる」と述べている。岡村忠生・前掲注 42、335 頁。

¹⁸⁵⁾ パーシャルスピノフ税制も自己株対価 TOB 同様に制度の恒久化も視野に検討されるかどうか注目される。玉井裕子ら「M&A その 1 一買収防衛策・非友好的買収を中心に」『商事法務』No. 2322 (2022)、35 頁。

また、「組織再編税制の下で適格組織再編成に該当するための前提条件として、原則として会社法第 5 編所定の組織再編行為のいずれかに該当することを要求している点を改め」る必要があることを示唆し、組織行為的性格よりも取引行為的性格が濃厚な行為であっても、課税繰延を認めていくことも可能であることを述べている。太田洋・前掲注 184、136 頁。

第5節 本章のまとめ

本章では、我が国および米国において、組織再編により移転する資産の課税繰延理論の比較・検討を通じて、課税繰延の根本的な概念を整理した。その目的として、平成13年度の組織再編税制創設時に考えられていた「支配の継続」概念が、諸般の改正を踏まえた今日の「支配の継続」概念と必ずしも整合しない部分があることを明確にすることであった。

我が国における課税繰延規定と米国歳入法典を比較するに、我が国の適格組織再編要件の視点は、法人段階に重きを置く「支配の継続」概念を中心とした制度である。その概念の創設当初の内容は、組織再編により移転する資産を保有していた法人の所有の継続が求められるとともに、その移転資産を包含する事業がその組織再編当事者において引き続き営まれることによって、「支配の継続」が満たされると説明されてきたものが、幾多の改正を経るにつれ、従来の説明にはなかったグループ経営、特に完全支配関係があるグループにおいては、どこに資産、及び事業があったとしても、移転資産に対する支配が継続しているといった見方に変容してきたことを示した。

もともと、「支配の継続」概念の不整合の問題以前に、合併の場合には支配の継続を説明することが不可能になることなど立法当時の段階ですでに理論上の問題を抱えていたが、上記結論については、平成29年度税制改正が大きな節目であると評価できる。すなわち、同年より適格組織再編成とされたスピノフ税制では、従来の説明にはなかった「法人そのものが法人を支配している」といった新しい考え方を導入し、企業グループ内部における支配関係の継続という視点が重要な役割を果たしていることから、移転資産に対する支配の主体が、組織再編の当事者ではなく、グループ最上位法人であることが明確にされた。

本章で導いた従前と現在における「支配の継続」概念の不整合は、窮極的には、我が国が立法時に据えた基本的な考え方を見直すべきという結論にたどり着くものと考えられる。平成29年度税制改正の解説について、渡辺徹也教授は、「通常理解からすれば、上場企業のように多数の無関係な株主によって支配されている法人には、支配株主が存しないという意味で、『支配者がいない』ということではできても、『法人そのものが法人を支配している』というロジックは建てにくい」と述べている。令和5年度税制改正によって導入されたパーソナルスピノフ税制においても平成29年度改正時と同趣旨の解説が述べられていたことを鑑みると、上記説明以上の説得的な解説ができないという意味で、組織再編税制における課税繰延根拠を「支配の継続」概念から説明づけることの限界を示すことにほかならず、再度、根本的な考え方を見直す契機となるべきと考えられる。

第2章 繰越欠損金の法人間移転の基礎理論

第1節では、欠損金の意義をはじめとして、各事業年度に生じた欠損金が如何なる根拠により翌事業年度以降に繰り越されるのかを明らかにする。第2節では、繰越欠損金の引継ぎが組織再編税制の導入以前と導入以後でどのような変遷を辿ってきたのかを確認する。さらに、現行法における欠損金引継ぎ規定を整理する。第3節では、米国法との比較を通じて我が国の欠損金引継ぎ制限規定を概観し、以上の研究を通じて、課税繰延要件たる適格要件と欠損金引継ぎ要件は、異なる系譜を辿ってきておりそれらを端から同一視することの根拠はないことを述べる。

第1節 繰越欠損金の概要

1. 法人課税における租税属性

法人がある資産を譲渡した場合に、どれだけの譲渡損益が算定されるかは、その資産の取得価額によって左右される。このような納税者自身やその資産、負債に認められる性質、属性のうち、税負担に影響を与えるものを租税属性(tax attributes)という¹⁸⁶。したがって、欠損金も法人の税負担に影響を与えるものであるから重要な租税属性といえることができる。租税属性は、その租税属性を基礎として税負担の算定を受ける納税者の法的な同一性が認められる限り、原則として、法の定める調整を受けながら維持される¹⁸⁷。例えば、資産を保有している場合には、每期継続して減価償却という調整を行いながら、維持される。これに対して、法主体の同一性が失われると、原則として、租税属性は更新または破棄される。例えば、資産を譲渡した場合には、原則として、時価課税されることとなり、租税属性は失われる。

他方で、納税者の法主体の同一性が失われた場合にも、租税属性が維持継続される場合がある。それが、適格組織再編成が行われた場合であり、資産の移転に際して特例的に資産の帳簿価額での引継ぎが認められている。これを、租税属性の引継ぎという¹⁸⁸。

組織再編税制の基本的な考え方では「特例として、移転資産等に対する支配が継続している場合には、その譲渡損益の計上を繰り延べて従前の課税関係を継続させる」と記されている。すなわち、租税属性の引継ぎは、納税者の同一性を超えた「課税関係の継続」、いわゆる課税繰延の手段であると理解できる¹⁸⁹。

2. 法人税法における欠損金の意義

欠損金の用語の意義は、法人税法上、「各事業年度の損金の額が益金の額をこえる場合の

¹⁸⁶ 岡村忠生・前掲注 42、434 頁。

¹⁸⁷ 酒井貴子「欠損金の移転—組織再編税制、連結納税制度」金子宏監修『現代租税法講座 第3巻 企業・市場』(日本評論社、2017)、218 頁。

¹⁸⁸ 岡村忠生・前掲注 42、435 頁。

¹⁸⁹ 岡村忠生・前掲注 42、436 頁。

そのこえる部分の金額¹⁹⁰」という旨を定めている。会計上の用語でいうならば、当期における収益の額が費用・損失の額を下回った場合におけるその下回った金額のことである。もともと、税法上の欠損金は、税法の規定に基づいて算定された益金、損金の差額により構成されるため、会計上の欠損金と必ずしも一致するものではない。

企業に欠損金が生じた場合において、会社法上、当該欠損金を補填する目的で準備金の額を減少し、それでも足りない時は、資本金の額を減少させて欠損金の解消を図ることが通常とされる¹⁹¹。企業会計においても、資本金や資本準備金を剰余金に振り替える場合、その他利益剰余金ではなく、その他資本剰余金を増加させるなどの違いはあるものの、取扱いは同様である。

他方、法人税法上、欠損てん補が行われた場合、同じ株主資本の中での振替が行われているに過ぎず、株主に対する金銭等の払戻しもないため、何もなかったものとして取り扱われ、資本金等の額及び利益積立金額は変動しない(法法 2 十六、法令 8 十二)。貸借対照表上の欠損金が資本等でその補填がなされても、会社の純資産額がその補填された部分の金額だけ回復したわけではなく、法人の担税力が増加したわけではないからである¹⁹²。ゆえに、企業会計において貸借対照表上の欠損金額が消滅あるいは減少したとしても、法人税法上の欠損金に変化を来すものではないと解釈される¹⁹³。以上の点を確認するとともに、本研究において用いる欠損金は、専ら税法上の規定に基づいた益金・損金により算定された欠損金を前提とし、企業会計上の欠損金とは、明確に区別したい¹⁹⁴。

¹⁹⁰ 法法 2 十九。会社法上の欠損とは、「分配可能額を計算するとマイナスになる状態」をいう。意味合いが混同しやすい債務超過とは、株式会社の経済状態が著しく悪化し、その他利益剰余金のマイナス額が、純資産の部の他の項目の合計をも上回る状態をさし、言い換えれば、貸借対照表上の負債の額が資産の額を上回る状態をいう。すなわち、欠損金はフローに着目し、債務超過はストックに着目する。

¹⁹¹ 田中亘『会社法 第3版』(東京大学出版会、2021)、469頁。欠損てん補の目的には、剰余金の配当や自己株式の取得原資を確保することなどがある。また、資本金尾額を1億円以下に減少することにより、税法上の中小企業者に係る特例の適用が受けられることを期待して行われるケースもある。太田洋「欠損てん補の実務とその上限額について～上限となる利益剰余金のマイナスの額とは一」(2021)。

¹⁹² 垂井英夫「欠損金の繰越・繰戻制度をめぐる問題点」『税務弘報』52巻2号(2004)、20頁。

¹⁹³ 武田昌輔「資本積立金額による欠損補てんの会計処理表示」『税務通信』58巻7号(2003)、199頁。

¹⁹⁴ 法法 59④に規定する「内国法人が解散した場合において、残余財産がないと見込まれるときは、その清算中に終了する事業年度前の各事業年度において生じた欠損金額を基礎として政令で定めるところにより計算した金額に相当する金額は、当該事業年度の所得の金額の計算上、損金の額に算入する」とされる。この「政令で定める金額」は、「適用年度終了の時における前事業年度以前の事業年度から繰り越された欠損金額の合計額」(法令 117 の 5 一)である。さらに、この「前事業年度以前の事業年度から繰り越された欠損金額の合計額」とは、「当該事業年度の確定申告書に添付する法人税申告書別表五(一)の『利益積立金額及び資本金等の額の計算に関する明細書』に期首現在利益積立金額の合計額として記載されるべき金額で、当該金額が負(マイナス)である場合の当該金額による」(法基通 12-3-2)としている。つまり、清算中の事業年度においては、法人税法上の欠損金ではなく会計上の欠損金を用いられる点で特異である。

3. シャープ勧告を受けた昭和 25 年改正から現在まで

本研究では、合併における繰越欠損金の引継ぎを論点としているため、欠損金の繰戻還付や債務免除等があった場合の欠損金の損金算入等の規定については取り上げず、欠損金の繰越控除及び法人間移転のみに絞って論ずることとする。

欠損金の繰越控除は、過去の欠損金を繰り越して、次年度以降の利益と通算することをいい、初めて法人に課税が行われた、明治 32 年頃から存在している。もっとも、この制度が現在に至るまで、様々な紆余曲折を経ており、昭和 25 年からは安定的な状況となっているが、同年以前は、欠損金の控除等が停止とされていた時代もあった¹⁹⁵。

なお、今日の欠損金の繰越し・繰戻しの制度は、昭和 24 年シャープ勧告に基づいて確立されており¹⁹⁶、現行法である法法 57 の大枠が昭和 25 年改正によってできあがったとされる。したがって、本研究では、昭和 24 年度から現行法に至るまでの沿革を辿り、我が国における欠損金の取扱いに対する理解を深めることとする。また、この沿革を増井良啓教授¹⁹⁷および野田秀三教授¹⁹⁸の著書等から主に要約する。

(1) シャープ勧告を受けた我が国の欠損金への対応

昭和 24 年度のシャープ勧告では、以下の勧告をした¹⁹⁹。

「…ある年に損失を生じ之を相殺すべき所得がない場合には、同様に不合理が生じる。それゆえ、…法人たると否とにかかわらず、納税者がある年度に欠損を生じた場合、この欠損を翌年以降の損益計算において繰越して控除しうることとし、欠損額が所得で相殺されるまで繰越を継続するのである」。つまり、欠損金の繰り越しは、人為的に区切られた事業年度の不合理を解消することを目的としていた一方、欠損金の税負担減少効果に鑑み、「この制度の濫用を防止するため、この規定は、その印に青色申告書を提出することを許されている所要帳簿(法人化されていなければ)具備の納税者に限って適用すべきである」としている。

欠損金の無期限繰越を勧告するものであったが、その後の昭和 25 年改正で実際に認められたのは、5 年間に期限を限った繰越控除であり、申告要件として、青色申告書の継続提出が求められた²⁰⁰。今日の繰越欠損金の繰越し・繰戻しの制度は、このシャープ勧告に基づいて確立されており²⁰¹、現行法である法法 57 の大枠が昭和 25 年改正によってできあがった

¹⁹⁵ 明治 32 年からシャープ勧告までの欠損金の取扱いに関する諸論文として、大村巍「会計思考の発展と所得計算論争」『税務大学校論叢』11 号(1977)、織田吉蔵「法人の繰越欠損金と所得税」『会計』19 巻 5 号(1926)、我妻栄編『新法令の研究一〜一二』(有斐閣、1946~1949)。

¹⁹⁶ 野田秀三「欠損金の繰越制度」『日税研論集』26 号(1994)、108 頁。

¹⁹⁷ 増井良啓『結合企業課税の理論』(東京大学出版会、2002)、269-274 頁。

¹⁹⁸ 野田秀三・前掲注 196、107 頁。

¹⁹⁹ 大蔵省主税局編『REPORT ON JAPANESE TAXATION BY THE MISSION シャープ使節団日本税制報告書』(日本租税研究協会、1949)、133-135 頁。

²⁰⁰ 繰越期限を設けた理由について、武田昌輔教授は、「期間制限を定める理由はいくつかあるが、その一つは無制限の欠損の控除を認めると多額の欠損金のある会社の全株式を買い取ることによって、いわば欠損金の売買が行われることも考えられるところである。また、青色申告の場合の帳簿の保存義務は 5 年であること、さらに更正の制限は 5 年とされていたことによって、5 年とされたものと思われる」と述べている。武田昌輔『立法趣旨法人税法の解釈』(財経詳報社、1985)、263 頁。

²⁰¹ 野田秀三・前掲注 196、108 頁。

といえる。その後の昭和 40 年の全文改正において、現行の法法 57 として規定された。昭和 43 年 3 月の改正では、「連続して青色申告書である確定申告書」が「確定申告書」に改められ、その趣旨として「繰越して控除するその後の各事業年度についてまでも青色申告書の提出を要件とすることは要件が酷にすぎる²⁰²」として、申告要件の緩和が行われた。平成 13 年度改正に関しては、第 2 節で詳細に述べることとする。

(2) 現行法に至るまでの欠損金の取扱い

その後の改正においては、中小法人以外の繰越欠損金の控除額制限と繰越期間の延長が行われている。平成 16 年度改正では、欠損金の繰越期間が 5 年から 7 年に延長された。この改正では、金融・産業の一体的再生を目指して、金融機関が不良債権処理を加速するとともに、企業が不採算部門の整理を含む事業の再構築を積極的に進めることにより、多額の欠損金額が発生する状況が生じ、また、産業構造の変換が進む中、創業や新規事業の立ち上げに伴い多額の欠損金額が発生する事例も生じていたところであり、これらの企業を支援することにより、金融・産業の構造改革を促進することを背景としている²⁰³。

平成 24 年度改正においては、課税ベース拡大の一環として中小法人以外の法人の青色欠損金の控除限度額が、欠損金額控除前の所得の金額の 100 分の 80 相当額とされ、青色欠損金の繰越期間が、7 年から 9 年に延長された。

平成 27 年度改正では、9 年から 10 年と延長された一方、中小法人以外の普通法人の青色欠損金の控除限度額が所得の金額の 80%相当額から 65%に、平成 30 年度改正では 50%相当額までに引き下げられた。平成 27 年度税制改正の解説には、「欠損金の繰越控除は、各事業年度の法人税負担の平準化を図ることを目的とする制度とされ、諸外国においても同様の制度が存在していますが、その適用によって課税ベースが大きく侵食され、結果として一部の法人に税負担が偏っている状況に」あった²⁰⁴。このような状況を改善するために、控除制限を受けたくない企業に対して、収益改善のインセンティブをもたらすことを目指して、控除限度額に一定の制限を加えるとともに、欠損金の繰越期間を 10 年に延長することとされた²⁰⁵。なお、再建中の法人や新設法人に対しては、法人の財務基盤の健全化・安全化が遅れるといった影響が考慮され、青色欠損金の控除限度額を所得の金額とする特例が創設された²⁰⁶。

上記沿革を簡単に要約すると、シャープ勧告を契機とした昭和 25 年改正において、あくまで欠損金額の正確な算定のために必要となるに過ぎない²⁰⁷青色申告書の提出を要件として、人為的に区切られた事業年度の不合理を解消する目的のもとで、欠損金の繰越控除が認められてきた。すなわち、本来は、青色申告の特典という性格のものではないという意味で

²⁰² 武田昌輔編『DHC コメンタール 法人税法』（第一法規、1979）、3456 頁。

²⁰³ 武田昌輔編・前掲注 202、3457 の 11。

²⁰⁴ 財務省（藤田泰弘＝笠原博之＝松本圭介ほか）「平成 27 年度 税制改正の解説」（2015）、324 頁。

²⁰⁵ 武田昌輔編・前掲注 202、3457 の 33。

²⁰⁶ 法法 57⑩、及び同条⑪参照。

²⁰⁷ 武田昌輔『欠損金の繰越制度等の理論と実務』『日税研論集』59 卷（2009）、8 頁。

ある²⁰⁸。しかしながら、現実としては、法人の担税力に応じた税負担を求めるといふ所得課税論の本質的な理由ではなく政策上の理由により²⁰⁹欠損金の繰越控除は時間的・量的・手続的な制約が加えられてきたことを確認した。

第2節 繰越欠損金の引継ぎ

かつてより被合併法人の有する繰越欠損金を合併法人がどのように取扱うべきかという議論が数多くなされてきた²¹⁰。すなわち、被合併法人の繰越欠損金が合併法人に引き継がれるか否かによって、合併法人の所得金額に大きな影響を及ぼすためである。もっとも、第1節で述べたように、現行の欠損金の繰越制度については、本来設けるべきではない時間的・量的・手続的な制約が課されていることから、欠損法人のみでは利用できないほどの欠損が生じたときに、繰越欠損金の法人間における移転・引継ぎの誘因が働く²¹¹。我が国においては、組織再編税制が創設された平成13年度税制改正によって、欠損金の引継ぎルールが整備された。そこで以下では、欠損金の繰越と同様に欠損金の引継ぎが如何なる変遷を経て、現行法に至ったのかを整理するとともに、組織再編税制における欠損金の取扱いの基本的な考え方を明らかにする。

1. 組織再編税制の導入(平成13年度改正)以前の取扱い

(1) 合併による欠損金の引継ぎ

組織再編税制導入以前の我が国においては、合併に際して、合併法人が被合併法人の繰越欠損金を引継ぐという取扱いは、認められていなかった。旧法基通4-2-18(昭和二五年9月二五日付直法一〇〇法人税取扱いについての各国税局長宛国税庁長官通達)は、次のように定めていた。

「被合併法人の法第57条又は法第58条(青色申告書を提出した事業年度の欠損金の繰越等)の規定の適用を受ける欠損金で、当該被合併法人の合併の日の属する事業年度までにこれらの規定により損金算入が行われなかった金額については、合併法人の各事業年度の損金の額に算入しないことに留意すること」。

もっとも、上記通達の趣旨は、欠損金を有する法人を被合併法人とすることによって、租税回避を図ることが許されることになり、課税上弊害が生ずることによるものとされる²¹²。税法自体に欠損金の引き継ぎを認めないとする直接の規定は存しなかった一方で、旧商法

²⁰⁸ 武田昌輔・前掲注207、7頁。

²⁰⁹ 垂井英夫・前掲注192、18頁。

²¹⁰ 武田昌輔『会社合併の税務』(税務経理協会、1978)、117頁。

本研究では、既実現した損失である繰越欠損金に焦点を絞って検討を行う。そのため、未実現の損失である、いわゆる含み損の利用範囲、及びその制限方法についての論述は避ける。しかしながら、繰越欠損金に係る各種の制限の趣旨は、異なる法人間の所得と損失を相殺して行われる租税回避を防止することにある(本節2.参照)。そのため、未実現の損失である特定資産譲渡等損失(又は「相当額」)についても、未処理欠損金額の引継制限及び使用制限と同様の要件のもとに、損金算入が制限されている(法第57③④、法第62の7)。

²¹¹ 垂井英夫・前掲注192、22頁。

²¹² 武田昌輔・前掲注210、117頁。

103 条(明治 32 年 3 月 9 日法律第 48 号)では、「合併後存続スル会社又ハ合併ニ因リテ設立シタル会社ハ合併ニ因リテ消滅シタル会社ノ権利義務ヲ承継ス」としており、条文上は、合併法人が被合併法人の権利義務を承継することから、被合併法人の資産および負債に続き欠損金も引き継げるように解釈することも可能であった²¹³。合併法人が被合併法人の欠損金を引き継ぐのが妥当か否かということが最高裁まで争われた裁判例がある。

行田電線株式会社事件²¹⁴(昭和三九年(行ツ)第三二号同四三年五月二日第一小法廷判決)

【事実】

合併法人である行田電線株式会社(以下、「合併法人」とする。)は、昭和 28 年 7 月 30 日に被合併法人である三木庄延伸銅工業株式会社(以下、「被合併法人」とする。)を合併し、同会社の権利義務を包括承継し、旧法 3 条による同会社の法人税の納税義務をも承継した。合併法人、非合併法人ともに青色申告書を従前より提出していたものであった。そこで、合併法人は、昭和 28 年 1 月 1 日から同年 12 月 31 日までに事業年度の法人税の確定申告書中に、被合併法人の昭和 26 年 10 月 1 日から同 27 年 9 月 30 日までの事業年度の確定欠損金 1,414,617 円及び、同年 10 月 1 日から同 28 年 9 月 30 日までの事業年度の確定欠損金 1,700,510 円の合計 3,115,127 円の欠損金を包括算入した。

ところが、城東税務署長(以下、「税務署長」とする。)は、同 31 年 3 月 31 日、合併法人に対して、被合併法人の前記欠損金を否認し、前記同 28 年度分の法人税額を更正する旨の決定をなした。そこで、合併法人は、この右決定を不服として取り消しを求めた事案が本件である。

【判旨】

「法人の各事業年度における純益金額、欠損金額のごときは、企業会計条表示される観念的な数額にすぎず、被合併会社におけるこれらの数額は、もとより商法 103 条に基づき合併の効果として合併会社に当然承継される権利義務に含まれるものではない。…おもうに、欠損金額の繰越控除とは、いわば欠損金額の生じた事業年度と所得の申告をすべき年度の間における事業年度の障壁を取り払ってその成果を通算することにほかならない。これを認める法 9⑤の立法趣旨は、原判決の説示するように、各事業年度毎の所得によって課税する原則を貫くときは所得額に変動ある数年度を通じて所得計算をして課税するのに比して税負担が過重となる場合が生ずるので、その緩和を図るためにある。されば、欠損金額の繰越控除は、それは事業年度の間に経理方法に一貫した同一性が継続維持されることを前提としてはじめて認めるのを妥当とされる性質のものなのであって、合併会社に被合併会社の経理関係全体がそのまま継続するものとは考えられない合併について、所論の特典の承継は否定せざるをえない。合併会社とは無関係な経営のもとに生じた被合併会社の既往の欠損金額を合併によりこれと経営を異にする合併会社に承継利用させる合理的な理由は、通常の場合見出しがたく、また被合併会社の欠損金額は、合併会社において受け入れ資産の価額の定め方によって当然調整できるものであるから、普通には欠損金額の引き継ぎなど

²¹³ 野田秀三・前掲注 196、120 頁。

²¹⁴ 最高裁判所昭和 43 年 5 月 2 日民事判例集 22 卷 5 号 1067 頁。

を考慮する必要もないのである。結局、合併による欠損金額の引継、その繰越控除の特典の承継のごときは、立方政策上の問題というべく、それを合理化するような条件を定めて制定された特別な立法があってはじめて認めうるものと解するのが相当であり、所論の商法 103 条、法法 3 の規定も、右のように解するのにつきなんら妨げとなるものではない。

【考察】

判旨では、被合併法人の欠損金は合併法人には引き継がれないこと理由として、「被合併法人におけるこれらの数額は、もとより旧商法 103 条に基づき合併の効果として合併会社に当然承継される権利義務に含まれるものではない」としている。ついで、旧商法 103 条の「権利」に該当しない理由として、「欠損金額の繰越控除とは、いわば欠損金額の生じた事業年度と所得の申告をすべき年度の間における事業年度の障壁を取り払ってその成果を通算することにほかなら」ず、欠損金の引継ぎを認めているのは、もともとそれらの事業年度の間に経理方法に一貫した同一性が維持されていることが前提として認められているものと解するのが相当であるとしている²¹⁵。したがって、「合併会社に被合併会社の経理関係全体がそのまま継続するものとは考えられない合併について、所論の特典の承継は否定せざるをえない」としている。結局のところ、合併による欠損金の引き継ぎの問題は、立法政策上の問題であるとしながらも、「経理方法に一貫した同一性」とは具体的にどのようなものは、明瞭的とはいえない。

金子宏教授は、「租税法 第 7 版」(1999)において、「第一に、繰越控除権と呼ばれるものは、欠損金が生じた段階では期待利益にすぎず、後の事業年度において通算すべき利益が生じた段階ではじめて具体的権利となること、第二に、被合併法人の欠損金は、合併にあたって被合併法人の純資産を評価し、合併条件を決定する際に織込み済みであり、もしこの場合に繰越控除を認めると合併法人に二重の利益を与えることになること²¹⁶」から合併法人が被合併法人の欠損金を引継ぐことを消極的に解するべきとした。他方、武田昌輔教授は、「被合併法人の欠損金を合併法人に引き継ぐことを認めることを考慮してよいと思う。被合併法人が、将来に向かって本来控除されるべきであった欠損金が、合併によって打ち切られることとすることには問題があるからである。しかし、一方、被合併法人の欠損金を無条件に認めることは、欠損法人の買漁りなどの問題が生ずる²¹⁷」と述べている。武田昌輔教授によれば、条件付きで欠損金の引継ぎを認めるべきことを指摘した。このように考えられる背景に、多額の欠損金を有する会社を合併法人、黒字会社を被合併法人として、合併法人の欠損金を有効に利用するいわゆる「逆さ合併²¹⁸」が横行していたからであると考えられる。

²¹⁵ 最高裁判決解説には、ある一定の期間に欠損金の繰越控除を認めていることを鑑みれば、「そのような操作の許される事業年度の間には、経理方法に一貫した同一性が維持継続されていることを前提としているものといわなければならない」としている。矢野邦雄「判例解説」『最高裁判解民事篇昭和 43 年度』（法曹会、1973）、401 頁。

²¹⁶ 金子宏『租税法第 7 版』（弘文堂、1999）、283 頁。

²¹⁷ 武田昌輔・前掲注 210、120 頁。

²¹⁸ 逆さ合併とは、形式上からは黒字法人が被合併会社となり、欠損法人が合併会社になることをいうものをいう。岩崎政明編『9 訂版 税法用語辞典』（大蔵財務協会、2016）、178 頁。

消滅会社が企業結合会計上の取得企業となる場合（消滅会社の株主が合併後の存続会社の議決

(2) 逆さ合併による欠損金の利用

金子宏教授は、組織再編税制導入以前において「普通の場合と逆に欠損金のある法人が黒字法人を合併することを『さかさ合併』と呼ぶが、さかさ合併の場合には、合併法人はその欠損金を繰越控除できると解するほかない²¹⁹」と述べられていた。上記判解においても、「欠損会社が欠損のない会社を吸収合併した場合には、…欠損会社の経理関係の同一性はなお存続するのであるから、…取扱いを異にしても、不当とはいえない²²⁰」としていた。すなわち、実務界においては、このような逆さ合併を行うことによって欠損金の引継ぎという目的を達成できたということになる。もっとも、次の裁判例のように、法法 132 の同族会社等の行為又は計算の否認規定の適用範囲であれば、逆さ合併は認められなかった。

株式会社サンエス事件²²¹ (昭和六〇年(行ウ)第十五号 平成二年一月二五日)

【事実】

自動車の整備販売等を事業目的とする同族会社であるサン電工株式会社(以下、「サン電工」という。)は、設立以来業績不振により欠損金が 103,005,643 円にもものぼり、倒産の危機に陥っており、漸次事業閉鎖の方向へ向かっていた。その後、昭和 55 年 2 月末日をもってその事業を廃止し、同年 7 月 23 日までに従業員を全員解雇しており、事業のように供される設備等は存在せず、その実体は休眠会社であり、実質的には経営実態のない会社であった。他方、サン電子株式会社(以下、「旧サン電子」という。)は、設立以来、電子業界の好況により、業績は極めて良好であり、連年多額の利益を計上していた。両法人は、ともに佐藤一族によって発行済株式の過半数を直接又は間接に所有される法人であった。

そこで、サン電工は、昭和 55 年 10 月 1 日、旧サン電子を被合併法人とする合併(以下、「本件合併」という。)を行った上、同日商号をサン電子株式会社(以下、「サン電子」という。)に、更本店所在地、事業目的を被合併法人とした旧サン電子のそれと一致するように変更した。

その後、サン電子は、本件合併の日を含む事業年度である昭和 56 年 5 月期の法人税の確定申告に当たり、サン電工が有していた繰越欠損金の一部を所得金額の計算上損金の額に算入し、所得金額を零として確定申告をした。これに対して、福山税務署長は、その右繰越欠損金の損金算入に係る申告を是正すべきとして、サン電子に修正申告を勧奨したところ、サン電子は、修正申告をしなかったため、税務署長は右繰越欠損金の損金算入を否認して法人税の更正に及んだ。ところが、サン電子は、翌年昭和 57 年 5 月期の法人税確定申告に当たり、サン電工が有していた繰越欠損金を損金に算入した。そこで、福山税務署長は、前事業年度の場合と同様に繰越欠損金の損金算入を否認して法人税の更正に及び、本件に至る。

【判旨】

権の過半数を取得する)に、議決権のある株式を交付した会社と企業会計結合上の取得企業とが一致しないという意味で「逆取得」と呼ばれる。企業会計基準第 21 号第 34 項。

²¹⁹ 金子宏・前掲注 216、284 頁。

²²⁰ 矢野邦雄・前掲注 215、401 頁。

²²¹ 行政事件裁判例集 41 卷 1 号 42 頁。

本件合併について、「合併後、サン電子は、被合併法人である旧サン電子の事業のみを継続して行い、サン電工の従前の事業ないし新規事業は全く行っていないのであって、本件合併は、サン電工を企業として再建した上で、同社の従前の事業を継続したり、新規事業を行うために行われたものではないことが明らかである。本件合併の実体は、欠損会社であるサン電工が従前の事業を廃止して…実質的に合併法人であるサン電工の債務を引き受けさせ、同社の清算結了を事実上行ったものであって、赤字法人を存続会社、黒字会社を消滅会社とする、いわば債務超過会社清算型の逆さ合併であると認められる。そうだとすると、本件合併は、合併の法形式とその経済的実体とがかい離しており、通常ならば合併法人とすべき黒字法人を被合併法人とし、通常ならば被合併法人とすべき赤字会社を合併法人としたものであって、法形式としては赤字法人であるサン電工が黒字法人である旧サン電子を吸収合併したものであるにもかかわらず、その経済的実質においては、黒字法人である旧サン電子が赤字法人であるサン電工を吸収合併したものと評価し得るものである」と判示した。

上記のように本件合併を評価した上で、「営業活動や経営上の問題のない黒字優良会社である旧サン電子が、債務整理して清算するほかにない赤字欠損会社であるサン電工に吸収合併させるがごときは、…経済人の行為としては不合理、不自然なものであり、…合併後旧サン電子の事業のみを継続し、合併直後に合併法人たるサン電工の商号、事業目的及び本店所在地を被合併法人たる旧サン電子のそれに一致するように変更しているなどの事実を照らせば、その不合理、不自然であることが一層明白であるといわなければならない。」として、「「法法 57 の趣旨・目的に反して被合併法人である旧サン電子が本来負担することとなる法人税を不当に減少させる結果となると認められるから、右は、法法 132 にいう租税回避行為に該当するものというべきである」として、旧サン電子を合併法人、サン電工を被合併法人とする合併に引き直した。

【考察】

逆さ合併による欠損金の利用が認められる要件として、武田昌輔教授は、「要件第 1 は、合併当事者がともに事業を行っていること。すなわち、合併の相手方の法人が休業又は清算中の法人であるような場合においては、合併すること自体の経済的合理性が存しないからである。第 2 としては、合併当時会社の事業が合併後の会社において継続していることである²²²」と述べている。

判旨では、本件合併は、「実質的には法法 57 の趣旨・目的に反して」いることから、法法 132 にいう租税回避行為に該当し、本件合併について、旧サン電子を合併法人とする合併に引き直している。裁判所は、法法 57 の趣旨・目的を行田電線事件から引用²²³した上で、「繰越欠損金額を損金の額に算入することのできる法人は、当該法人の事業経営上生じた繰越欠損金額を有する法人に限られる」と判示している。つまり、「経理方法における一貫した同一性」と事業経営を遂行する法人の同一性とを結びつける見解に立脚したものと位置付

²²² 武田昌輔・前掲注 207、15 頁。

²²³ 「各事業年度毎の所得によって課税する原則を貫くときは所得額に変動ある数年度を通じて所得計算をして課税するのに比して税負担が過重となる場合が生ずるので、その緩和を図るためにある。されば、欠損金額の繰越控除は、それは事業年度の間に経理方法に一貫した同一性が継続維持されることを前提としてはじめて認めるのを妥当とされる性質のもの。」

けられる²²⁴。

2. 組織再編税制の導入(平成13年度改正)以後の取扱い

(1) 繰越欠損金の引継ぎ規定とその根拠

組織再編税制導入以前において、繰越欠損金の引継ぎについて「経理方法における一貫した同一性」と事業経営を遂行する法人の同一性とを結びつけるという理論的な整理は、平成13年度改正によって以下のように変更が加えられた。組織再編税制における欠損金の引継ぎ規定は、法法57②に定めがある。

適格合併が行われた場合において、被合併法人のその適格合併の日前10年以内に開始した各事業年度において生じた未処理欠損金額があるときは、合併法人の各事業年度において生じた欠損金額とみなす。

組織再編税制では、「適格合併が行われた場合」すなわち、「移転資産等に対する支配が継続している場合」には、「その譲渡損益の計上を繰り延べて従前の課税関係を継続させる」ことが適当であるとされ、資産の譲渡損益課税が繰延べられる。そのような取扱いとの整合性から、適格合併の場合には、原則として被合併法人の繰越欠損金も合併法人の繰越欠損金に引継がれるものとされた²²⁵。つまり、被合併法人の法主体の同一性が失われても、例外的に、欠損金という租税属性も引継がれることが明かになったといえる。

(2) 欠損金の引継ぎ制限

組織再編税制の導入によって、被合併法人の未処理繰越欠損金が合併法人に引継がれることが認められるようになった一方、「繰越欠損金や含み損のある会社を買収し、その繰越欠損金や含み損を利用するために組織再編成を行う」租税回避行為が想定されたことから、その引継ぎに際し、各種の制限が設けられている²²⁶。

① 法法57③

法法57②に規定する未処理欠損金額には、次のいずれにも該当しない場合には、支配関係事業年度前に生じた一定の欠損金額等を含まないもの²²⁷とする。

(イ) その適格合併がみなし共同事業要件に該当する場合

(ロ) その適格合併の属する事業年度開始の日の5年前の日、その被合併法人の設立の日又はその合併法人の設立の日のうち最も遅い日から継続して合併法人とその被合併法人との

²²⁴ 吉村政穂「繰越欠損金の引継と組織再編成に係る行為計算否認規定の適用」『税務事例研究』177号(2021)、5頁。

²²⁵ 中尾睦ほか・前掲注11、134頁。

なお、適格合併により引継いだ欠損金額を控除する場合には、被合併法人の当該年度の帳簿書類を合併法人に引継いで保存する必要がある(法規26の3①)。

²²⁶ ほかに、法法57の2による特定株主等によって支配された欠損等法人の欠損金繰越の不適用、法法57③の残余財産が確定した場合の欠損金の引継ぎ制限がある。

²²⁷ 欠損金の引継ぎが制限される一定の金額は、被合併法人の前10年内事業年度において生じた欠損金額のうち、①被合併法人の支配関係事業年度前に生じた未処理欠損金額、②被合併法人の支配関係事業年度以後に生じた未処理欠損金額のうち、特定資産譲渡等損失額に相当する金額からなる部分の金額をいう。法法57④においても準用される。

間に支配関係²²⁸がある場合

② 法法 57④(逆さ合併への対抗措置)

内国法人と支配関係法人との間でその内国法人を合併法人等とする適格組織再編成等が行われた場合において、次のいずれにも該当しない場合には、その内国法人の欠損金額のうち、その内国法人支配関係事業年度前に生じた一定の欠損金額等は、ないものとする。

(イ)その適格組織再編成等がみなし共同事業要件に該当する場合

(ロ)適格組織再編成事業年度開始の日の 5 年前の日、その支配関係法人の設立の日又はその内国法人の設立の日のうち最も遅い日から継続して内国法人とその支配関係法人との間に支配関係²²⁹がある場合

法法 57③は、共同で事業を営むための適格合併においては適用対象外となっている。その理由としては、「防止規定の大意は、一定期間内に資本関係を有することとなった法人間で組織再編成が行われた場合に、その繰越欠損金等について制限を行うものです。これは、企業グループ内の組織再編成については、共同で事業を営むための組織再編成に比べて適格組織再編成に該当するための要件が緩和されていることから、…勘案されたものです²³⁰」と立法資料に記されている。つまり、企業グループ内の適格合併について、支配関係が5年超に及ぶかの株式支配要件、あるいは、みなし共同事業要件のいずれかを満たせば、被合併法人の未処理欠損金の全額が引き継がれることとなる。言い換えれば、これら2つのいずれかの要件が満たせない場合、支配関係前の繰越欠損金を引き継ぐことはできない又は一定の制限が課される²³¹。

法法 57④は、組織再編税制導入以前においても問題視された「逆さ合併」による欠損金の利用を防止するために設けられた規定である。適格組織再編成等においていずれかの法

²²⁸ 一の者が法人の発行済株式等の総数若しくは総額の百分の五十を超える数若しくは金額を直接若しくは間接に保有する関係または一の者との間に当事者間の支配の関係がある法人相互の関係をいう(法法 2 十二の七の五)。なお、5年支配継続要件は、残余財産が確定した場合の欠損金の引き継ぎにおいても準用されている(法法 57②③)。

基本的には、継続して支配関係がある場合には、被合併法人の欠損金の引継ぎに制限は課されない。ただし、法人の設立が適格新設合併によるものである場合などの一定の場合には、欠損金の引継ぎに制限が課されることとなる(法令 112④各号に該当しないもの)。

²²⁹ 法法 57③の場合と同様に、その設立が適格新設合併によるものである場合などの一定の場合については、欠損金の繰越控除に制限が課される(法令 112⑨)。

²³⁰ 中尾睦ほか・前掲注 11、199 頁。

もっとも、この制限規定の目的は、租税回避の防止であるが法律要件に該当する場合には、例え租税回避の意図がなかったとしても、未処理欠損金額の引継制限を受けることとなる。黒田光樹子「組織再編税制について(欠損金の取扱い)」『租税研究』788号(2015)、247頁。

²³¹ ただし、欠損金の引継ぎが制限される場合であっても、支配関係日前の資産純含み益によって吸収されると考えられる繰越欠損金についてはその範囲で移転が認められる(法令 113①一、二)。当該制限の特例を受ける場合には、支配関係事業年度の前事業年度終了の時における資産及び負債を時価評価する必要があり、そして別表七(一)付表三の添付があり、かつ、時価純資産価額の算定の基礎となる事項を記載した書類を保存している場合に限り適用される(法令 113②)。

人を合併法人等とするかは納税者の任意であり、欠損金額の引継ぎだけを制限しても、欠損金額を有する法人を合併法人等とすることで、制限は容易に回避されてしまう²³²。そこで、法主体の同一性が維持される合併法人等の有する欠損金額に対しても、引継がれた欠損金額に対する制限と同様の制限が置かれている。

③ みなし共同事業要件(法令 112③各号)

「みなし共同事業要件」とは、文字通り「共同で事業を営むための」要件であるが、組織再編成の適格性判定における共同事業要件とは区別されるが、以下でみるように概ねその内容に類似性がみられる。みなし共同事業要件を満たすためには、(イ)～(ニ)、又は(イ)と(ホ)を満たすことが要求される。

- (イ) 事業関連性要件(第1章第1節4.(3)①と概ね同じ。)
- (ロ) 事業規模要件(第1章第1節4.(3)②と概ね同じ。)
- (ハ) 被合併法人の事業規模継続要件

被合併事業が支配関係の生じた時から適格合併の直前の時まで継続して営まれており、かつ、支配関係の生じた時と適格合併の直前の時における被合併事業の規模の割合がおおむね2倍を超えないこと

- (ニ) 合併法人の事業規模継続要件

合併事業が支配関係の生じた時から適格合併の直前の時まで継続して営まれており、かつ、支配関係の生じた時と適格合併の直前の時における合併事業の割合がおおむね2倍を超えないこと

- (ホ) 特定役員引継要件(第1章第1節4.(3)②と概ね同じ。)

共同事業要件では、求められていない「事業規模継続要件」が求められている趣旨は、事業規模要件が満たせない場合に、合併直前に規模を増減させることにより、事業規模要件を形式的に満たそうとする租税回避行為を防止するためである²³³。

渡辺徹也教授は、我が国の欠損金引継制限規定であるみなし共同事業要件について、「適格要件とは、そもそも資産等を帳簿価額で引き継がせるための要件だったはず…そのための要件の一つである共同事業要件を、なぜ欠損金引き継ぎのための要件として(一部形を変えて)流用するのだろうか。…共同事業要件を充足すれば、(資産等の帳簿価額引き継ぎに加えて)欠損金の引き継ぎを認めてよいのかということが問われる²³⁴」とし、立法段階での説明不足を指摘している。

²³² 岡村忠生・前掲注 42、451 頁。

²³³ 佐藤信祐『組織再編における繰越欠損金の税務詳解 第5版』(中央経済社、2017)、65 頁。

なお、「支配関係の生じた時」と「適格合併の直前の時」までに継続しなければならない規模の指標は、(ロ)の判定において規模の割合の計算の基礎とした指標に係るものに限られているため、たとえば、資本金の額について事業規模要件を満たす場合には、事業規模継続要件が要求されるのは、資本金の額のみである。

²³⁴ 渡辺徹也「組織再編成と租税回避」岡村忠生『租税回避研究の展開と課題』(ミネルヴァ書房、2015)、140 頁。

先に取り上げた行田電線事件の地裁判決²³⁵では、繰越欠損金の引継ぎ規定の創設の困難性を次のように判示している。「昭和 28 年から同 29 年にかけて貿易商社の経営が特に悪化し、その救済策として合併が考えられたことがあり、その際、合併してもなお過去の欠損金を合併会社において控除できるようにしようとする立法措置が真剣に考慮されたのであるが、一般的に規定するのは極めて困難で、弊害が甚だしく、終に、実現を見なかったのである」。第 1 章において検討したように、組織再編税制の導入により、かつて商法上、用いられていた合併における時価以下主義が廃止されたことに伴い、被合併法人が有する繰越欠損金を引継げるよう法制化することは、組織再編税制導入当初からの約束事であった²³⁶かもしれないが、立法上、困難をきたす法律構成であればあるほど、その趣旨や根拠を明確に打ち出すべきであったと考える。

第3節 米国法における欠損金引継ぎ規定との比較

前節の通り、我が国における合併があった場合の繰越欠損金の取扱いは、平成 13 年度改正を機に、その引継げる取引及び引継可能な範囲が整備された。本節では、第 3 章において指摘する繰越欠損金の引継ぎ及びその制限規定の問題点を明確にすることを目的とする。そのための手掛かりとして、繰越欠損金の引継等に関する研究及びこれを基にした議論が多く積み重ねられている米国法の繰越欠損金引継規定の制定背景、趣旨及びその適用を概観する²³⁷。

1. 損失の種類と繰越規定

米国法においては、損失の種類を大別して純営業損失(Net Operating Loss: 以下、「NOL」という。)と資本的損失(capital loss)に区分している。NOL は、事業活動から生じた損失であり、総所得から控除できる費用等の額が、総所得の額を超過する場合の超過額をいう²³⁸。なお、NOL で控除ができる課税所得金額は当期課税所得金額の 80%までとされ、その控除繰越期間は無期限となっている²³⁹。その一方で、原則的には NOL の繰戻還付は、廃止されてい

²³⁵ 行集事件裁判例集 12 卷 3 号 409 頁。

²³⁶ 阿部泰久・前掲注 29、87 頁。

²³⁷ 枚挙に暇がないが、本節を執筆する上で主に参考とした文献は以下の通りである。酒井貴子『法人課税における租税属性の研究』(成文堂、2011 初版第 1 版発行)。須貝脩一「米国歳入法典における純損失の承継(1)~(6)」『税法学』169~174 号(1965)。水野忠恒「組織再編と租税回避の判例(前半・後半)」『租税研究』804・805 号(2016)。

²³⁸ See IRC § 172(c) Net operating loss defined.

欠損金の計算にあたり、他年度から繰り越された純損失額(NOL)、受取配当控除(DRD)、国内製造活動控除(2018 年より前に開始される課税年度に適用)、外国厳選無形資産関連所得に関する配当控除(FDII: 2017 年より後に開始される課税年度に適用)等の加算調整が必要とされる(IRC § 172(d)、Reg § 1.172-2)。

²³⁹ IRC § 172(a)(2), (b)(1)(A)。ただし、2018 年 1 月 1 日より前に始まる課税年度に生じた NOL は、その生じた年度以降の 20 課税事業年までしか引き継がれない。ただし、コロナウイルス支援、救済及び経済安全保障法(2303 条(a))は、2020 年以前に開始する課税年度(2018 年、2019 年、2020 年)に限り、純損失・欠損金の控除にあたっての 80%制限を暫定廃止している。

る²⁴⁰。資本的損失は、資産売買等から生じた損失であり、調整基準価格が、収入金額を超える場合の超過額である²⁴¹。法人が、資本的損失を被った場合には、損失年に先立つ3事業年度の繰戻、および5年の繰越控除が認められているものの、資本利得以外の所得から控除することはできない²⁴²。他方で、NOL控除には、控除先を限定する規定はない。

NOLの繰越控除規定は、1918年IRCに初めて制定され、その目的は次のように説明される。「繰越欠損金控除は、年単位で課税されることによる影響を軽減することを目的としており…ある一定期間の総所得がある納税者で、年間申告額が利益と損失の間で変動する場合、同じ総所得で年間損失がない他の納税者よりも大きな税負担を求めるべきではない。²⁴³」

上記のような個別の法人によるNOLの繰越の場合には、ほとんど問題が生じず、かつ、異論はないのであるが、租税属性の引継ぎの場合には、NOLの控除の際に多くの困難性が生じる²⁴⁴。なぜなら、NOLは、繰越控除による所得との通算が可能な法人にとってのみ利用することができることから、組織再編等を利用したNOL移転・引継の誘因が存在するからである²⁴⁵。IRCでは、租税属性を引継がせる機能をIRC § 381、その引継ぎを制限する機能をIRC § 382で規律している²⁴⁶。

2. 租税属性の引継ぎと制限

(1) NOLの引継ぎ規定(IRC § 381)

IRC § 381(a)は、以下の2点の場合にNOLを含む一定の租税属性の引継ぎを規定している。

- ① IRC § 332(a)の適用を受ける子会社の解散等の場合
- ② IRC § 354(a)におけるA型及びB型、もしくはIRC § 368(a)におけるA型、C型、D型、F型ないしG型の組織再編があった場合等

①と②の共通点は、IRC § 361に規定される損益の不認識(non-recognition)、すなわち、第1章第2節において検討した「投資持分継続性(continuity of interest)」が存在することから、資産や株式の移転に係る課税が適切ではないという考え方に基づいている²⁴⁷。繰り返すが、不認識とは、当事者に課税を及ぼさず、資産の基準価格の引継ぎによって、課税繰延を認めることを意味する。IRC § 381(c)には、引継がれる一定の租税属性として、NOLのみならず、資本的損失、会計処理の方法、在庫(棚卸資産)の評価方法、減価償却方法、割賦

²⁴⁰ 新型コロナウイルス感染症拡大による急激な経済環境悪化への対応として、新型コロナウイルス支援、救済及び経済安全保障法(2303条(b))は、2018年以後2020年以前に開始する課税年度に生じた純損失について特別に5年間の繰戻しを認めることとしている(IRC § 172(b)(1)(D))。

²⁴¹ IRC § 1001(a), § 1211(a), § 1212(a).

²⁴² IRC § 1212(a)(b).

²⁴³ See S. Rep. No. 617, 65th Cong, 3d Sess. 7 (1918). See also, *The Loss Carryover Deduction And Changes In Corporate Structure*, Columbia Law Review, Vol.66, No.2. 338. 339. (1966).

²⁴⁴ *Id.* At 340.

²⁴⁵ 酒井貴子『法人課税における租税属性の研究』(成文堂、2011)、4頁。

²⁴⁶ 以下では、租税属性の引継理論について議論を深めるため、租税回避を主たる目的とする法人財産の取得に関して租税上の効果を無効にする規定であるIRC § 269については触れない。

²⁴⁷ See HOWARD E. ABRAMS & RICHARD L. DORNBERG, *FEDERAL CORPORATE TAXATION*, 193-198, 217. (6th ed. 2008).

払いの方法、社債償却、税額控除等が列挙される。

さらに、IRC § 381(b)には、NOL等の引継ルールを次のように定めている。第1に、IRC § 381によりNOLの引継が認められる場合、§ 381(b)(3)は、資産等の移転があった日以後に終了する事業年度のNOL又は資本的損失の繰戻を認めないことを規定する。第2に、§ 381(b)(2)は、資産等の取得法人の課税年度を①又は②の取引終了日を境に二分するものとされる。このうち、引き継がれたNOLの最初の繰越年度は、取得後日後の課税年度であり、引き継がれたNOLと相殺できる最初の年度の取得法人の課税所得の金額は、取得後部分の課税年度における日数が、二分される前の課税年度の総日数に占める割合に按分計算される²⁴⁸。

(2) NOLの引継制限規定とその沿革

IRCにおいて、NOLの引継制限は、1954年以前と以後に区分して述べることができる。もっとも、欠損金を引き継げるかどうかについては、1954年の内国歳入法典の制定までは裁判所の解釈に委ねられてきた²⁴⁹。

① 1954年以前のNOL引継制限

(イ) 法主体の同一性アプローチ

1954年におけるIRC § 382の立法以前、NOL引継ぎの制限は、NOLの繰越繰戻規定に関する裁判例の中に見出される²⁵⁰。1954年以前の内国歳入法には、NOLの繰越繰戻について次のように定めていた。

「ある課税事業年度において、納税者が純損失を被った場合、その金額は、次の課税事業年度の納税者の純利益を計算する際の控除として計算される²⁵¹」。

この「納税者」の解釈が、組織再編の際、NOLを引継げるか否かを判断する上で問題となった。初期判例では、「損失控除をする法人が、損失を被った法人と異なる定款の下で事業を行っていた場合、株主や事業内容が定款変更前と同じであっても、繰越控除は認められない²⁵²」として、正味損失を発生させた「納税者」が組織再編後の「納税者」と同一であれば、繰越控除を認めたのである²⁵³。初期判例の代表例として *New Colonial Ice Co. v. Helvering*²⁵⁴の最高裁判決がある。Colonial Ice社(旧法人)が違法な株式発行の解消のため一旦清算された後²⁵⁵、その資産、事業内容、および、資本構造の全く同じ *New Colonial*

²⁴⁸ IRC § 381(c)(A)(B)(C).

²⁴⁹ 水野忠恒「組織再編と租税回避の判例(後半)」『租税研究』805号(2016)、133頁。

²⁵⁰ *See Net Operating Loss Carryovers And Corporate Adjustments Retaining An Advantageous Tax History Under Libson Shops And Section 269, 381, And 382*, Vol. 69 Yale Law Journal Company, 1201, 1207-1232. (1960). 酒井貴子・前掲注245、9-29頁、40-57頁。

²⁵¹ *See Revenue Act of 1924, § 206(b)*, 43 stAt. 260.

²⁵² *Supra* note 250, At 1207.

²⁵³ 酒井貴子・前掲注245、10頁。

²⁵⁴ *New Colonial Ice Co., Inc. V. Helvering*, 292 U.S. 435(1934). The taxable years involved were 1922 and 1923 which were governed by the Revenue Act of 1921, IRC § 204(b).

²⁵⁵ *Id.* At 438. “Investigation disclosed that much stock had been issued of which there was no record and for which no Consideration was received.”

Ice 社(新法人)が設立された事案で、旧法人の NOL を、新法人が引き継ぐことができるかが争われた。

最高裁は、旧法人と新法人の 2 つの法人は同一ではなく、別個のものであるとして、新法人による旧法人の NOL 引継ぎを否認し、組織再編等の際、NOL が引き継がれるべきかについて、制定法を厳格に解釈し、NOL を発生させた「納税者」だけに NOL の控除が認められると解いた²⁵⁶。この考え方は、NOL を発生させたのと同じ法人にのみ控除を認めるから、「法主体の同一性アプローチ」と呼ばれる²⁵⁷。

(ロ) 合併アプローチ

法主体の同一性アプローチは、我が国における租税属性の引継ぎにおいても採用されていたといえる²⁵⁸。すなわち、「事業年度の間に経理方法に一貫した同一性が維持継続されること」と判示した行田電線事件最高裁判決²⁵⁹では、NOL を有する法人が継続する限り維持され、その主体の同一性が失われれば破棄されることを明らかにした。

しかし、このような考え方は、第 2 章第 2 節 1. (2)において検討したように「逆さ合併」を行う動機にもなりえた。この点で、主体の同一性アプローチに依拠し続けることの困難性が示されるのである²⁶⁰。この考え方は、次の Stanton Brewery. v. Commissioner²⁶¹以前まで残った。

Stanton Brewery. v. Commissioner は、親会社(合併法人)が完全子会社(被合併法人)を吸収合併した事案である。合併法人は、合併後年度の超過正味所得の計算上、被合併法人の合併前超過利益税控除を繰越控除できるかどうか争われた²⁶²。第 2 巡回区控訴裁判所は、合併後、被合併法人の事業だけが継続され、かつ、その社名が使用されたことから、被合併法人を合併法人と同一の「納税者」とみるほうがより実質に合致するとし、法主体の同一性アプローチの機械的な適用を斥けた²⁶³。さらに、控訴審は、州法の適用により合併法人が被合併法人の権利や義務をすべて引き継ぐから、合併法人が被合併法人との包括的な結合主体とみなさねばならないと判示した²⁶⁴。このように、州法上の合併の場合に、租税属性の引

²⁵⁶ *Supra* note 254, At 441.

²⁵⁷ James B. Loken. *Loss Carryovers And Corporate Alterations: Toward a Uniform Approach*, Minnesota Law Review. 571, 574. (1968). 酒井貴子・前掲注 245, 11 頁。酒井貴子教授は、「主体の同一性アプローチ」としているが、岡村忠生教授による「法主体の同一性」との語彙の統一性をもたせるために、便宜上、本研究では、法主体の同一性アプローチという。

²⁵⁸ 酒井貴子・前掲注 245, 42 頁。

²⁵⁹ 第 2 章第 2 節 1. (1) 参照。

²⁶⁰ *Alprosa Watch Corporation. v. Commissioner*, 11 T. C. 240 (1948).

²⁶¹ *Stanton Brewery. v. Commissioner*, 176F. 2d 573 (2d Cir. 1949).

²⁶² *Id.* At 574. 超過利益税(: excess profits tax は、1940 年に課され、1945 年に廃止している) は、基準期間の利益に比べて超過した部分について課税するものであった。そして、超過利益税控除は、超過利益課税期間中の利益の平準化を目的として、基準期間に比べて利益が低かった場合に、未使用超過利益として繰越、又は繰戻が許された。IRC § 710-736, 26

U. S. C. A. § 710-736.

²⁶³ *Id.* At 573-574. But the court did not feel secure in resting its decision solely on policy grounds.

²⁶⁴ *Id.* At 575.

継ぎを認めるものを「合併アプローチ」と呼ぶ²⁶⁵。

さらに、被合併法人の未使用の合併前超過利益税控除の引継ぎを認めることの意義を次のように判示した。「繰越控除規定の特典は、基本的に継続的な事業に対し与えるものであり、利益の変動や事業の拡大に伴う税制上の影響を緩和するために、これらの特典を受けることができる²⁶⁶」。

合併アプローチを採用した裁判例の中でとくに、「本質的な事業の継続」と「株主」の同一性に着目したのが *Newmarket Manufacturing Co. v. U. S.*²⁶⁷ である。

この事件は、合成繊維の製造販売を営む収益法人(被合併法人)が、マサチューセッツ州からデラウェア州へ本拠地を移転するため、マサチューセッツ州法人が100%出資の上、全株保有子会社(合併法人)をデラウェア州に設立した後、被合併法人が合併法人に吸収合併された事案である。合併後、存続するデラウェア州法人の最初の事業年度において生じたNOLを被合併法人の合併前所得から繰戻控除できるかが争われた。

第1回巡回区控訴裁判所は、本件が州法上の合併にかかわる点で、*New Colonial* 事件と異なるとして、法主体の同一性アプローチの適用を斥け、合併アプローチを適用して、合併法人のNOLの繰戻を認めた²⁶⁸。判示では、合併前後において、事業や株主を含むあらゆる点で、合併法人と被合併法人との同一性を強調し、さらに本拠地移転がなければ、合併法人が繰戻控除をする権利を有していることを述べた²⁶⁹。このように、*New market* 事件では、合併法人と被合併法人の事業内容と株主は、同一であって、変わったのは設立形態(本拠地)だけであると強調した²⁷⁰。

一方、合併アプローチを採用したその他の判決は、合併前後における事業や株主の変化について議論されなかった²⁷¹。最終的に、合併アプローチは、事業や株主に変更があったとしても、州法上の合併という形式さえあれば、被合併法人の租税属性の引継ぎを認めていたといえる²⁷²。したがって、次のような批判が添えられる。「*Stanton* 事件は、*New Colonial* 事件の『法主体の同一性アプローチ』をほとんど改善しなかった。…*Stanton* 事件の最も重大な異論は、NOL 移転の基準を明確に判示しなかったことにあり、その他の判例においても、『法主体の同一性アプローチ』から逃れるために、『事業の同一性』又は『株主の同一性』あるいは、その両方が必要であるかどうかを明確にしなかった²⁷³」。

(ハ) 事業継続性アプローチ

Libson shops Inc. v. Koehler は、*New Colonial* 判決以来のNOL引継ぎに関する最高裁判決であった²⁷⁴。事件の概要は、*Libson shops*(上告人)は、元々、婦人服飾品小売会社に対

²⁶⁵ James B. Loken. *Supra* note 257. At 578-579. 酒井貴子・前掲注245、13頁。

²⁶⁶ *Id.* At 577.

²⁶⁷ *Newmarket Manufacturing Co. v. U. S.* 233 F. 2d 493 (1st Cir. 1956).

²⁶⁸ *Id.* At 499.

²⁶⁹ *Id.* At 497.

²⁷⁰ *Supra* Note 250. At 1214.

²⁷¹ *E. & J. Gallo Winey v. Commissioner*, 227F. 2d 699. (9th Cir. 1955).

²⁷² 酒井貴子・前掲注245、15頁。

²⁷³ *Supra* Note 250. At 1215.

²⁷⁴ *Libson Shops, Inc. v. Koehler*, 353 U. S. 382 (1957).

し、マネージメント、サービスを提供することを事業とし、定款上は、また服飾用販売をも事業とし得ることになっていた。この会社の設立者たちがまた同時に他の16の別々の会社をも、別々の土地で、夫人服飾品小売業をなすために、設立していた。Lisbon Shopsは、これらの小売会社に対し、マネージメント、サービスを提供することを事業としていたのである。1949年8月、Libson shopsは、別々の申告書を提出していた所の、別々の16の会社をLibson Shopsに吸収合併することによって、そのうち3つの会社の合併前の純損失をそのうちの他の諸事業の合併後の所得から繰越控除することを認められるべきか否かが争点となった。なお、そのNOLを有していた3つの会社が営んでいた事業(店舗)は、合併後も損失を出し続けた²⁷⁵。

最高裁は、法主体の同一性アプローチや合併アプローチには触れず、事業の継続性が存しなければ、繰越控除の特典は適用されないという歳入庁の予備的主張を支持し、NOLの引継ぎを否認した²⁷⁶。歳入庁は、前年度の損失が今年度の所得と相殺せられるのは、損失を生じた当該事業と実質上同一の事業(substantially the same business)から今年度の所得が生じた場合に限り認められるところであるとし、その限りにおいて、同一の「納税者」ということができることを主張した²⁷⁷。

さらに、最高裁は、この事件に対し、このような事業の継続性の要件を適用することは、繰越し及び繰戻の規定に関する立法経過に適合することを述べた²⁷⁸。すなわち、NOLの繰延繰戻は、年度計算による所得課税が不当に苛酷となる結果を匡救するために制定され、課税年度である1年よりも永い期間にわたる計算によって、平均的な課税所得を算出するために考察されたものであるが、これらの立法経過中には、これらの規定が1の事業の合併前の損失と合併前、別々に行われ、かつ、課税されたところの他の事業の合併後の所得との間の平均化を許すために設けられたことを示すものではなく、議会が関心を有したのは単一の事業の変動所得であったことのみが暗示されている²⁷⁹。

最高裁が採用したアプローチは、NOL引継ぎについて被合併法人の合併前事業の継続性に着目するものであり、「事業継続性(continuity of business enterprise)アプローチ」と呼ばれる²⁸⁰。最高裁は、Libson shops事件とNewmarket事件との関係について、Newmarket事件は、本拠地を置く州の変更を望む法人が新子会社を設立し、その新子会社に吸収合併され、新会社はその合併後の損失を旧会社の合併前の所得に対して、繰り戻そうとしたものであ

²⁷⁵ *Id.* At 382-384.

「1939年の内国歳入法典(旧法)が当時おこなわれていたのであったが、その当該事項は、納税者が事業上の純損失を有するときは、その年度に続く3課税年度の各年に対し、事業純損失の繰り越し控除を認められる…と規定するものであった。この事件の訴訟は、この『納税者』の意味を巡るものであった。すなわち、この事件の場合において、16の販売会社の結合たる上告人会社がそれらの諸事業中の3社の合併前の損失を有する『納税者』であるということができるか否かが判断されなければならなかった」。須貝脩一「米国歳入法典における純損失の承継(1)」『税法学』169号(1965)、2頁。

²⁷⁶ *Id.* At 386. 当時、NOLは、2年の繰戻と3年の繰延が認められていた(IRC § 172)。

²⁷⁷ 須貝脩一「米国歳入法典における純損失の承継(1)」『税法学』169号(1965)、3頁。Libson Shops, Inc. v. Koehler, 353 U. S. 386 (1957)。

²⁷⁸ *Id.* At 386.

²⁷⁹ *Id.* At 386.

²⁸⁰ *Id.* At 386.

った。すなわち、この合併がなければ、旧法人自身が繰戻を成しえることができた一方で、Libson shops 事件の場合には、合併がなければ、3つの会社が有していた合併前 NOL の繰越控除を得られなかったとして、両事件を明確に区別した²⁸¹。ここからみるに、最高裁は、合併アプローチに依拠して、NOL 引継ぎが合併の形式があることだけに求めるべきではないと考え²⁸²、そこに事業の継続性を要件という実質的な観点²⁸³から要件を明らかにしたものと見える。

しかしながら、最高裁は、事業継続性アプローチにおける「実質的に同じ事業」の中身を明示しなかったことから、Libson Shops 判決は、後に混乱をもたらすことになる²⁸⁴。故に、当該判決は、繰越 NOL の引継控除についての最高裁の解釈を示したものとしては重要であるが、将来にわたり使用される基準とはならなかった²⁸⁵。

(二) 所有変化アプローチ

酒井貴子教授は、「NOL 引継制限として初期判例で示されたいくつかのアプローチが使えない一つの原因は、NOL 控除を誰に認めるべきかが明確ではないことに求められる²⁸⁶」と述べている。Roswell Magill は、「法人は法的に独立の主体であって独立に所得を生じる²⁸⁷」とし、「法人は法人として社会的な存在であって株主とは別にその担税力に応じて独立の課税を受けるべき」という考え方のもとで IRC における法人税制が定められていると理解される²⁸⁸。このような法人実在説を採用している米国税制のもとにおいて、実質的に「誰が法人所得税を負担しているのか」という命題については、未だに一般的な合意はない²⁸⁹。仮に、

²⁸¹ *Id.* At 388.

²⁸² 酒井貴子・前掲注 245、17 頁。初期判例における結論として「合併アプローチと事業継続性アプローチのいずれも、州法上の合併、または、事業の継続という事実さえ備えれば、NOL 引継ぎを認められるため、法主体の同一性アプローチに似たような濫用可能性を与える」と述べている。同 19 頁を参照。

²⁸³ 須貝脩一・前掲注 277、3 頁。

²⁸⁴ 長戸貴之「組織再編成における事業の継続性と繰越欠損金の引継制限—ヤフー事件最高裁判決の射程との関係」『論究ジュリスト』No. 18 (2016)、235 頁

²⁸⁵ *Supra* Note 250, At 1290. “Libson seems to represent an Attempt by the Supreme Court to focus on what the Court thought were the policies of the carryover, but the opinion was so broadly phrased as to provide little aid in future cases.”

²⁸⁶ 酒井貴子・前掲注 245、19 頁。

²⁸⁷ HOWARD E. ABRAMS & RICHARD L. DORNBERG, *Supra* note 247, At 5-6. See also Roswell Magill. *Taxable Income*, Ronald Press, 23. (1937).

²⁸⁸ 本庄資・前掲注 84、78 頁。

²⁸⁹ ジョセフ・A・ペックマン『アメリカの租税政策 第5版』(坂野光俊監修 立命館大学財政学研究会訳 日本税務研究センター、1991)、103 頁。「ある者は、法人所得税は法人によって、したがって株主によって負担されていると信じている。別の者は、法人所得税は経済全体の資本収益率を引き下げるから、資本所有者一般によって負担されていると考えている。さらに別の者は、法人所得税は物価の上昇を通じて消費者に転嫁されるか、または賃金の引き下げで労働者に後転されているかもしれないと論じている。…法人所得税の帰着に関する証拠は決定的ではない。データは価格・賃金決定に影響を及ぼす要素を明確に限定していない。同じ事実を検討している様々な論者たちはまったく正反対の結論にたどり着いてきた」。同書 103-111 頁参照。

法人所得税は、最終的に株主が負担していると考えれば²⁹⁰、NOL 控除の利益は、NOL が発生したときにその損失を被った株主が得るべきであるとされる²⁹¹。連邦議会は、その株主が異動した場合にこそ、NOL 繰越控除が平準化機能を果たすかどうかを吟味し、必要があれば制限を行うべきであるという考え方のもと 1954 年以降立法を行なったといえる²⁹²。すなわち、NOL が発生したときの株主以外の株主が NOL 控除による利益を受けないように、法人取得の結果として所有変化があった場合にはいつでも、NOL 引継制限を課すことが要請されるのである。酒井貴子教授は、このような NOL 引継ぎを「所有変化アプローチ」と呼ぶ²⁹³(表 5)。

表 5 : NOL 引継ぎアプローチまとめ

各アプローチ	内容
法主体の同一性アプローチ	NOL を発生させたのと同じの法人にのみ控除を認める考え方
合併アプローチ	州法上の合併の場合に、租税属性の引継ぎを認める考え方
事業継続性アプローチ	被合併法人の合併前事業の継続性に着目する考え方
所有変化アプローチ	法人取得の結果として所有変化があった場合には、NOL 引継制限を課するという考え方

(筆者作成)

② IRC § 382 の現行法

IRC § 382(a) は、欠損法人に一定の株主所有状況における変化(以下、「§ 382 所有変化」という。)があった場合に、所有変化前の NOL で相殺される所有変化後の所得の額を、一定の限度額に制限することを規定する²⁹⁴。ここでいう § 382 所有変化とは、IRC § 382(g) に規定される。すなわち、1 人又は複数の 5% 株主が所有する欠損法人株式の持株割合が、3 年

²⁹⁰ 金子宏教授は、我が国の法人税の性質について、「たしかに、法人は、究極的には、個人株主によって作られたものであり、法人税は、究極的に株主に分配されるべき利益を減少させる。その意味では、法人税の負担を負っているのは株主であると考えことは十分に可能である」としながらも、今日の高度に複雑化した経済社会においてこの考え方が妥当するかどうかについては、「法人税の性質を一元的に規定することは困難であり、また法人税がすべて株主の負担になっていると断定することも困難である。おそらく、法人税の相当部分は株主の負担となっているが、その程度は法人ごとに異なると考えるのが、実態に合致しているものと思われる」と述べている。金子宏・前掲注 70、324-326 頁。

²⁹¹ 酒井貴子・前掲注 245、20 頁。

²⁹² S. Rep. No. 1622, 83 Congress., 2d Session. 30, 284-286. See also James S. Eustice & Gerald G. Portney, *Net Operating Loss Carryover: Reform Proposals*, Vol. 22 San Diego Law Review. 115, 143-144. (1985).

²⁹³ 酒井貴子・前掲注 245、20 頁。

²⁹⁴ 欠損法人とは、NOL を使用することのできる法人、又は、IRC § 382 所有変化が生じた課税年度に生じた欠損金がある法人をいう。IRC § 382(k) (1)。欠損法人には、旧欠損法人(old loss Corporation)と新欠損法人(new loss Corporation)がある。旧欠損法人は、IRC § 382 所有変化のあった法人で、その変化前に欠損法人であった法人をいう。IRC § 382(k) (2) (A)。他方、新欠損法人とは、変化後において欠損法人である法人をいう。IRC § 382(k) (2) (B)。

以内に、合計で 50%超増加した場合をいう²⁹⁵。このような § 382 所有変化は、一般に、所有者変更 (owner shift) 又は、エクイティ構造変化 (equity structure shift) により起こる²⁹⁶。

前者は、5%株主による欠損法人における § 382 所有変化であり、欠損法人株式の購入、株式償還、債務と株式の交換、及び株式発行等により生じる²⁹⁷。後者は、IRC § 368(a)(1) に示された組織再編のうち、D 型、F 型、G 型の組織再編を除いた組織再編により生じる²⁹⁸。したがって、§ 382 所有変化がなければ、IRC § 382(a) による制限は受けないこととされる。ただし、仮に § 382 所有変化があった場合において、IRC § 382(c)(1) に規定する「事業継続性の要件」を満たしていなければ、変更日後の年度の IRC § 382(a) の限度額は、ゼロとなる²⁹⁹。

限度額計算は、§ 382 所有変化前の旧欠損法人の価値 (the value of the old loss corporation) に長期非課税債利率 (long-term tax-exempt rate)³⁰⁰ を乗じて計算した金額とされる³⁰¹。旧欠損法人の価値は、変化直前における当該法人の株式の価値とされるため、当該評価額を増加させようとするインセンティブが働くことから、一種の「詰込み防止ルー

²⁹⁵ Except as otherwise provided in this section, the testing period is the 3-year period ending on the day of any owner shift involving a 5-percent shareholder or equity structure shift. IRC § 382(i)(1).

5%未満株主は、ひとまとめにして、1人の5%の株主とみなされる。IRC § 382(g)(4)(A).

²⁹⁶ IRC § 382(i)(1).

²⁹⁷ IRC § 382(g)(2). 酒井貴子・前掲注 245、8頁。

例題を用いれば、欠損法人 T は P に吸収合併し、T の株主である A は P の 40% を所有する。P の株主である B の T に対する所有割合は、合併前の 0% から新欠損法人 P の所有割合 60% に増加するので、個の持分構成の移動は § 382 所有変化に該当する。仮に、A が P の株式の 50% 超を所有している場合には、B の所有割合は 0% から 50% ポイント超への増加にはならないので § 382 所有変化に該当しない。

²⁹⁸ IRC § 1.382-2T(e)(1).

²⁹⁹ IRC § 382(c)(1) "Carryovers disallowed if continuity of business requirements not met" として題して、IRC § 382 所有変化前に欠損法人が営む事業を継続して 2 年間営んでいることを要求し、組織再編成該当性を認めるための要件である COBE と同内容ものとして理解される。また、この規定は、前述の Lisbon Shops 判決の基準が生き残ったとの評価をしようものである。長戸貴之・前掲注 284、236 頁。

³⁰⁰ 仮に企業を売却することで得られる資金で長期の非課税債券に投資をした場合に見込まれる毎期の所得の金額を欠損企業の将来の所得の代わりに用いる。企業価値は、理論上、その企業により将来稼得することが期待されているフリー・キャッシュ・フローの現在価値として評価されるが、買収される以上は、非買収企業に少なくとも長期の非課税債券の利回り以上の収益力があるものと考えられるためである。伊藤公哉『アメリカ連邦税法(第8版)所得概念から法人・パートナーシップ・信託まで』(中央経済社、2021)、606頁。

³⁰¹ IRC § 382(b)(1). 欠損金の利用を、仮に組織再編がなされなかった場合の欠損法人単独の所得に限定する趣旨の規定である。すなわち、旧欠損法人がその資産のすべてをパートナーシップに出資し、その資産から生じる収益分だけはいずれにしろ従前の NOL によって相殺できたであろうとの想定によるもので、このような想定に立てば所有変化があった場合に、所有変化前の欠損金の一部が切り捨てられるとする組織再編成との課税の中立性が達成されると説明される。

詳細は、以下の文献を参照されたい。Staff of J. Comm. *On Tax'n, 100th Cong, General Explanation of the tax reform act of 1986*, 295-296. 長戸貴之『事業再生と課税』(東京大学出版会、2017)、183頁。伊藤公哉・前掲注 300、606頁。

ル」が定められている³⁰²。そして、長期非課税債利率は、§ 382 所有変化が起こった月に終わる 3 か月のうち最も高い調整連邦長期利率であり、IRC § 382 の限度額が算定され、もし、この限度額が課税所得を超過した場合には、超過分については翌期に繰り越される³⁰³。さらに、買収法人がその買収年度について利用可能な欠損金の金額は、当該課税年度の総日数に占める買収日翌日から期末までの日数合計の割合部分に限定される (IRC § 381(c) (1) (B))。

3. 米国法から得られる示唆

(1) 課税繰延と NOL 引継制限の関係性

第 1 章及び第 2 章の通り、IRC においては、組織再編成における資産の課税繰延の規律と租税属性引継に係る規律は、関連性を有する部分はあるものの、それぞれ別の系譜で発展してきたことがわかる³⁰⁴。

課税繰延の規律では、判例法理により示された 3 つの要件に該当しなければならないとされ、事業目的の原理、COI、COBE があった。COI では、組織再編時における対価の性質に着目し、原則的には、議決権付株式の交付が要求され boot は容認されない。COBE では、Reg に示されるように旧法人の事業を継続するか、あるいは、対象法人の従前の事業資産の重要な部分を取得法人の事業に使用すれば該当するとされる。

他方で、NOL 引継ぎ制限は、課税所得を減少させるという租税属性の性質が故に、その移転・引継ぎに際しては租税負担の減少を阻止する目的で様々な見解およびアプローチが初期判例で示された。そして、1954 年内国歳入法典において、NOL をはじめとする包括的な租税属性引継を定める規定である IRC § 382 が設けられた。IRC § 382 は、所有変化アプローチと事業継続性アプローチから構成されていると考えられるものの、要件の重さからして、前者に軸足を置くものとされる³⁰⁵。もっとも、NOL 引継ぎ制限に係る事業の継続性は、Libson Shops 判決が生き残ったとの指摘もされる³⁰⁶、緩やかな COBE を要求する課税繰延とはその沿革が異なるものの、現行法においては同じ内容のものが要求される³⁰⁷。

上記を敷衍すれば、組織再編による課税繰延に係る適格要件は、通常の資産の売買と区別するための要件であるのに対して、欠損金引継ぎ制限は、主に租税負担減少の防止を目的として設けられるものであるため、両者の要件を端から同一視することはできない。

(2) 我が国における欠損金引継ぎアプローチ

前述したように、繰越欠損金の引継ぎ規定は法法 57②に、そしてその制限は法法 57③に規定される。法法 57③に規定する「みなし共同事業要件」の内容は、要するに、合併前後の実質的な事業の継続だけを見て、欠損金額の引継ぎを認めるものであるから、事業継続性ア

³⁰² IRC § 382(e) (1), (k) (5), “Anti-stuffing Rules” IRC § 382(1) (1).

³⁰³ IRC § 382(f) (1), (b) (2).

³⁰⁴ 長戸貴之・前掲注 284、235 頁。

³⁰⁵ 酒井貴子・前掲注 245、56 頁。

³⁰⁶ Bittker and Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders*, Federal Tax press 2nd ed, 649 (1966).

³⁰⁷ 課税繰延について、Reg § 1.368-(d) (2) (3)。NOL 引継ぎについて IRC § 382(c) (1)。

アプローチを採用しているといえる³⁰⁸。その他、「適格合併の属する事業年度の日の5年前の日」から、支配関係が継続していることが要件とされる。原則、継続して支配関係がある場合には、被合併法人の欠損金の引継ぎに制限は課されない。したがって、基本的に、50%超の支配関係内での欠損金額は引継げるとの理解には、所有変化アプローチの考え方を見出すことができる³⁰⁹。IRCでは、専ら後者に軸足を置く一方で、我が国の欠損金控除制限のルールは、次の理由により、事業継続性アプローチを重要な要件として採用したといえる³¹⁰。

- 欠損金を引継ぐための前提条件は、「適格合併が行われた場合」であるため、課税繰延要件である「支配の継続」ないし「事業の継続性」が求められること。
- 「みなし共同事業要件」の意味内容は、適格合併の判定に係る「共同事業要件」に類似するものであるから「事業の継続性」の要件の充足が必要であると考えられること。

以上のようにみると、我が国の欠損金引継ぎ制限規定は、組織再編成における適格判定の課税繰延要件と混同している節があると考えられる。なぜなら、重複を厭わずにいえば、①これらの欠損金額の引継ぎの前提にあるのは、法法 57②における「適格合併が行われた場合」であって、前述の「支配の継続」もしくは「事業の継続」の要件の充足が必要となっていること、②「みなし共同事業要件」についても適格合併の判定に係る「共同事業要件」と類似するものであることから課税繰延と欠損金の引継理論を同一視しているように見える。IRC § 382 の立法経緯からみたように、欠損金の引継ぎは、適格組織再編成の基礎にある事業・投資の継続性(Continuity of interests)、我が国でいえば「移転資産に対する支配の継続」の考え方のみから導かれるものと解されるべきものではなく³¹¹、我が国における両者の基礎理論の混同は、第3章で述べる裁判例となって如実にその問題点を浮き彫りにする。

³⁰⁸ 酒井貴子・前掲注 245、44 頁。

³⁰⁹ 酒井貴子・前掲注 245、45 頁。

³¹⁰ 酒井貴子・前掲注 245、56 頁。

³¹¹ 水野忠恒・前掲注 249、133 頁。

第4節 本章のまとめ

本章では、欠損金引継制限規定である法法 57③④と米国における NOL 引継ぎに関する初期判例や IRC § 382 との比較・検討を通じて、組織再編成における資産の課税繰延と租税属性の引継に係る規律は、関連性を有するものの、それぞれ別の系譜で発展してきたことを確認し、両者を混同する所以、根拠はないことを明らかにすることを試みた。

法人課税における租税属性は、その租税属性を基礎として税負担の算定を受ける納税者の法的な同一性が認められる限り、原則として、法の定める調整を受けながら維持される一方、納税者の法主体の同一性が失われた場合にも、租税属性が維持継続される場合がある。それが、第1章において述べた適格組織再編成が行われた場合であり、資産の移転に際して特例的に資産の帳簿価額での引継ぎ、すなわち、租税属性の引継ぎを認めている。平成13年度税制改正では、そのような取扱いとの整合性から、適格合併の場合には、原則として被合併法人の繰越欠損金も合併法人の繰越欠損金に引き継がれるものとされた。しかしながら、繰越欠損金や含み損のある会社を買収し、その繰越欠損金や含み損を利用するために組織再編成を行う租税回避行為が想定されたことから、共同事業再編成を除き、支配関係が生じてから5年を経過しない日に行われた適格合併につき、繰越欠損金を利用した組織再編成行為を防止する目的で、適格要件と類似したみなし共同事業要件を設けている。

渡辺徹也教授は、我が国の欠損金引継制限規定であるみなし共同事業要件について「適格要件とは、そもそも資産等を帳簿価額で引き継がせるための要件だったはず…そのための要件の一つである共同事業要件を、なぜ欠損金引継ぎのための要件として(一部形を変えて)流用するのだろうか。…共同事業再要件を充足すれば、(資産の帳簿価額引継ぎに加えて)欠損金の引継ぎを認めてよいのかということが問われる」と述べている。かかる見解は、我が国よりも繰越欠損金の引継ぎについて長く議論されてきた以下の米国歳入法典からの示唆であると考えられる。

第1章において検討した IRC における課税繰延の規律では、組織再編が「純粋な紙面上の取引」に過ぎないと考えて課税を繰り延べるものであって、通常の資産の売買と区別することを目的として、判例法理により示された事業目的の原理、COI、COBE の3つが要求される。要件の特徴として、COI では、組織再編時における対価の性質に着目し、原則的には、議決権付株式の交付が要求され boot は容認されないこと、COBE では、Reg に示されるように旧法人の事業を継続するか、あるいは、対象法人の従前の事業資産の重要な部分を取得法人の事業に使用すれば該当するとされる。

他方で、NOL 引継ぎ制限は、課税所得を減少させるという租税属性の性質が故に、その移転・引継ぎに際しては租税負担の減少を阻止する目的で、様々な見解および引継ぎアプローチが初期判例で示された。そして、1954年 IRC において、NOL をはじめとする包括的な租税属性引継を定める規定である IRC § 382 が設けられた。IRC § 382 は、所有変化アプローチと事業継続性アプローチから構成されていると考えられるものの、要件の重さからして、前者に軸足を置くものとされる。もっとも、NOL 引継ぎ制限に係る事業の継続性は、Libson Shops 判決が生き残ったとの指摘もされるところであり、緩やかな COBE を要求する課税繰延とはその沿革が異なるものの、現行法においては同じ内容のものが要求される。

上記を敷衍すれば、組織再編による課税繰延に係る適格要件は、通常の資産の売買と区別

するための要件であるのに対して、欠損金引継ぎ制限は、誰が欠損金の控除利益を享受すべきかという帰属理論から派生し、主に租税負担減少の防止を目的として設けられるものであるため、両者の要件を端から同一視することはできないという結論に至る。

しかしながら、我が国における欠損金引継ぎ制限規定は、組織再編成に係る課税繰延要件と混同している節があると考えられる。なぜなら、①欠損金額の引継ぎの前提にあるのは、法第 57②における「適格合併が行われた場合」であって、前述の「支配の継続」もしくは「事業の継続」の要件の充足が必要となっていること、②「みなし共同事業要件」についても適格合併の判定に係る「共同事業要件」と類似するものであることから課税繰延と欠損金の引継ぎ理論を同一視しているように見える。IRC § 382 の立法経緯からみたように、欠損金の引継ぎは、適格組織再編成の基礎にある事業・投資の継続性(Continuity of interests)、我が国でいえば「移転資産の支配の継続」の考え方のみから導かれるものと解されるべきものではなく、我が国におけるこのような両者の基礎理論の混同は、第 3 章で述べる裁判例となって如実にその問題点を浮き彫りにする。

第3章 組織再編税制に係る欠損金の引継ぎが争われた裁判例

第1節 ヤフー事件(平成27年(行ヒ)第75号同28年2月29日最高裁第1小法廷判決)

本研究では、組織再編と欠損金の引継ぎについての議論を行っているため、便宜上、ヤフー事件のみを取り上げることとする³¹²。

1. 事実関係

ヤフー株式会社(以下、「ヤフー」という。)は、情報処理サービス業等を目的とする株式会社で、平成20年3月期において、売上高約2207億円、営業利益約1219億円であった。ヤフーの議決権の所有割合は、ソフトバンク株式会社(以下、「ソフトバンク」という。)が約42.1%であった。ヤフーは、長期間にわたって欠損が生じていたソフトバンクの完全子会社であるIDCSソリューションズ株式会社(以下、「IDCS」という。)の発行済株式全部を譲り受けたのち、ヤフーを合併法人、IDCSを被合併法人とする吸収合併を行った。この合併は、みなし共同事業要件を満たす適格合併であった。そして、ヤフーは平成20年4月1日から平成21年3月31日までの事業年度に係る法人税の確定申告に当たり、IDCSの未処理欠損金額約542億円をヤフーの欠損金額とみなした。これに対し、課税庁は、組織再編成の否認規定である法法132の2を適用して、IDCSの欠損金の引継ぎを認めない旨の更正処分を行った³¹³。これに、ヤフーは課税庁の当該取り消しを求めて提訴した(以下、「ヤフー事件」という。)

平成26年3月18日、東京地裁は、ソフトバンクによってその発行済株式総数の42%を保有されていたヤフーが、IDCSとの吸収合併に伴い、当該合併が適格合併に当たるとして同社から引き継いだ約542億円の繰越欠損金の損金算入を行ったことについて、法法132条の2を適用してこれを否認する旨の課税当局の更正処分を適法とする判断を下した³¹⁴(本節において、以下「第一審判決」という。)。これに対して、ヤフー側が控訴したが、平成26年11月5日、東京高裁は、当該控訴を棄却する判決を下した³¹⁵(本節において、以下「控訴審判決」という。)。平成28年2月29日、最高裁第一小法廷は、ヤフーの上告受理申立てを受理した上で、上告を棄却する判決(本節において、「本判決」という。)を下した³¹⁶。

³¹² ヤフー事件判決と同日に行われたIDCF事件(平成27年(行ヒ)第177号同28年2月29日第2小法廷判決)がある。IDCF事件では、完全支配関係継続見込み要件について、当該要件が局所的にみて充足されない場合であっても、事実関係を総合考慮すると、分割前後を通じて「移転資産に対する支配」が継続しているということができるとして、法法132の2を適用して、非適格分割を適格分割とした。最高裁判所民事判例集70巻2号470頁。

³¹³ 合併を非適格として課税関係を再構築したのではなく、ただ被合併法人の未処理欠損金額の損金算入を認めなかっただけである。

³¹⁴ 東京地判平成26年3月18日判例時報2236号25頁。

³¹⁵ 東京高判平成26年11月5日訟務月報60巻9号1967頁。

³¹⁶ 最高裁判所平成28年2月29日民事判例集70巻2号242頁。

2. 判旨（組織再編税制の趣旨・目的と未処理欠損金の引継ぎについて）

組織再編税制については、「組織再編税制の基本的な考え方は、実態にあった課税を行うという観点から、原則として、組織再編成により移転する資産及び負債についてその譲渡損益の計上を求めつつ、移転資産に対する支配が継続している場合には、その譲渡損益の計上を繰り延べて従前の課税関係を継続させるというものである。このような考え方から、組織再編成による資産等の移転が形式と実質のいずれにおいてもその資産等を手放すものであるときは、その移転資産等を時価により課税したものとされ、…他方、その移転が形式のみで実質においてまだその資産等を保有しているということが出来るものであるときは、その移転資産等について帳簿価額による引継ぎをしたものとされ、譲渡損益のいずれも生じないものとされている」と判示した。

本判決では、未処理欠損金額の引継ぎについて「基本的に、移転資産等の譲渡損益に係る取扱いに合わせて従前の課税関係を継続させることとするか否かを定めることとされており、適格合併が行われた場合につき、…その引継ぎが認められるものとされている」とし、欠損金引継ぎ制限について「企業グループ内の適格合併については、共同事業を営むための適格合併よりも要件が緩和されているため、その未処理欠損金額の引継ぎを無制限に認めると、…未処理欠損金額が不当に利用されるなどのおそれがある。そこで、そのような租税回避行為を防止するため、法法 57③において、企業グループ内の適格合併が行われた事業年度開始の日の 5 年前の日以後に特定資本関係が発生している場合については、みなし共同事業要件に該当する場合を除き、…欠損金額等を引き継ぐことができないもの」としている。

みなし共同事業要件の趣旨・目的については、「法法 57③のみなし共同事業要件は、法令 112⑦において、適格合併のうち、同項 1 号から 4 号までに掲げる要件に該当するものとされているところ、上記の各要件は…双方の法人の事業が合併の前後において継続しており合併後には共同で事業が営まれているとみることが出来るかどうかを事業規模等から判定するものである。これに対し、…同項 2 号から 4 号までの事業規模要件等が充足されない場合であっても、合併法人と被合併法人の特定役員が合併後において共に合併法人の特定役員に就任するのであれば、双方の法人の経営の中枢を継続的かつ実質的に担ってきた者が共同して合併後の事業に参画することになり、経営面からみて、合併後も共同で事業が営まれているとみることが出来ることから、同項 2 号から 4 号までの要件に代えて同項 5 号の要件で足りるとされたものと解される」。

3. ヤフー事件の検討

(1) みなし共同事業要件の趣旨・目的と妥当性

判旨では、組織再編税制の趣旨・目的を平成 13 年度税制改正の資料からほぼそのまま引用していることがわかる。すなわち、「移転資産に対する支配が継続している場合には、その譲渡損益の計上を繰り延べて従前の課税関係を継続させる」というものである。組織再編税制の趣旨・目的に合わせて、法法 57②は、適格合併等が行われた場合、一定の範囲で繰越欠損金の引継ぎを認めている。

しかし、企業グループ内の適格合併については、共同事業を営むための適格合併よりも要件が緩和されているため、その未処理欠損金額の引継ぎを無制限に認めると、未処理欠損金

額が不当に利用されるなどのおそれがあることから、欠損金を利用した租税回避行為を防止するため、法法 57③において、支配関係が生じてから 5 年を経過しない日に行われた適格合併について、欠損金の引継ぎを制限する「みなし共同事業要件」が規定されている。争点となる「みなし共同事業要件」の趣旨・目的について、文字通り、「企業グループ内の合併」に対して、特別な要件なしに繰越欠損金の引継ぎが認められている「共同事業を行うための合併」と同じような状態になっていることを求める趣旨で設けられているものと考えることができる³¹⁷。このような理解は、合併法人のみならず被合併法人の特定役員が合併後において特定役員に就任するのであれば、「合併の前後を通じて移転資産に対する支配が継続していると評価することが可能である」と判示した第一審判決にも適合する。

しかしながら、第 1 章において検討した通り、実際に立法化された組織再編税制では、適格合併等における課税上の取扱いのすべてを「移転資産に対する支配の継続」概念から説明することは困難であった。本件では、みなし共同事業要件が問題となっているが、それとおおむね共通する共同事業要件について、課税繰延等が認められるのは、「移転資産に対する支配の継続」ではなく、「経済的実体を実質的な変更がない」という部分に求めざるを得ないことが考えられる³¹⁸。太田洋弁護士は、以上を踏まえたうえで、「適格合併に際して被合併法人の未処理欠損金額の一部の引継ぎが制限されることを回避するための要件であるみなし共同事業要件やその一環を成す特定役員引継要件の趣旨を『移転資産に対する支配が継続しているか否か』を判定することに求めるのは、そもそも根本的な誤りであるといわざるを得ない³¹⁹」と述べている。

したがって、控訴審判決以降では、特定役員引継要件の趣旨について、第一審判決が拠り所とした「移転資産に対する支配が継続」という考え方を変更し、上記判旨下線部に相当する、共同事業の継続の考え方に改められた³²⁰。

(2) 「共同事業要件」による課税繰延と「みなし共同事業要件」による欠損金引継ぎ規定の混同

第 1 章及び第 2 章において検討したように、IRC における組織再編成で移転される資産の課税繰延の規律と租税属性引継に係る規律は、関連性を有する部分はあるものの、それぞれ別の系譜で発展してきたことを確認した。そこで、ヤフー事件判決に対して次のような見解が示される。

長戸貴之教授は、課税繰延と欠損金引継ぎの性格の違いを述べたうえで、「共同事業とし

³¹⁷ 朝長英樹「判決を契機に考える組織再編税制の趣旨・目的」『税務弘報』(2014)、11 頁。

³¹⁸ 特定役員引継ぎ要件は、2 つの継続性から要請されているものではなく、あくまで共同事業再編成になるための要件であることになることを第 1 章で示した(第 1 章第 1 節 4. (3))。

³¹⁹ 太田洋「ヤフー・IDCF 事件東京地裁判決と M&A 実務への影響(下)」『商事法務』No. 2038 (2014)、40 頁。

同旨のものとして、明石英司＝渡邊直人＝岡村忠生＝岩品信明「東京地裁平成 26 年 3 月 18 日判決の検討」『税務弘報』62 巻 7 号(2014)、31 頁〔岡村忠生教授発言〕「共同事業要件は、…支配という概念では説明しきれないと思います。…法令文言からは、このみなし共同事業要件の趣旨・目的として、ここまではっきりと支配の継続を求めているとは読み取れない」と述べる。

³²⁰ 渡辺徹也・前掲注 234、152 頁。

て類似の要件を設定したとしても、両者を端から同一視すればそれぞれの理論的基礎を見失わせるおそれがある³²¹」ことを指摘する。

水野忠恒教授は、米国歳入法典では、組織再編成の適格要件とは別に、租税属性の引継ぎを認める場合の規定をおいていることを述べたうえで、「欠損金の引継ぎは、適格組織再編成の基礎にある事業・投資の継続性(continuity of interests)の考え方のみから導かれるものではないと解すべき…適格組織再編成の適格要件と、欠損金の引継ぎを認めるための規定との混同は避けるべきである³²²」と述べている。

適格要件とは、そもそも資産等を帳簿価額で引継ぐための要件であり、そのための要件の一つである共同事業要件を、なぜ、欠損金という租税属性の引継ぎの要件であるみなし共同事業要件として流用するのかという説得的な根拠もなく³²³、端から「支配の継続」概念で整理することは、納税者の予測可能性の観点からも許されるものではない³²⁴。欠損金の引継ぎを認めるかどうかは、法人税の属性(専ら、繰越欠損金の税負担軽減効果)として、議論されるべきである³²⁵。本判決のような組織再編税制の趣旨と欠損金の引継ぎ等の問題の混同は、次の TPR 事件でさらに如実に表れる。

³²¹ 長戸貴之・前掲注 284、237 頁。

同旨として、岡村忠生教授は第一審判決について「課税繰延べのための要件と、欠損金引継ぎのためのみなし共同事業要件とは異なるものですから、これらの趣旨も同じではあり得ません。裁判官はおそらく、適格要件のなかに『共同事業要件』があることから、混同してしまったのだと思うのですが、両者は類似していますが異なるものです」と述べている。岡村忠生「組織再編成と行為計算否認(1)」『税研』177号(2014)、82頁。

³²² 水野忠恒「東京地裁平成26年3月18日判決(ヤフー事件)の検討—組織再編成と租税回避」『国際租税』Vol.34 No.8(2014)、109頁。

³²³ 第2章参照。

³²⁴ 「繰越欠損金の引継ぎを制限するみなし共同事業要件における事業の継続については、その引継ぎ理論について『基本的な考え方』に触れられた部分はなく、『支配の継続』と『共同事業の継続』を同視することは、甚だ説得的ではないだろう」。今井俊哉「連結納税制度における繰越欠損金の法人間移転と課税理論—組織再編税制との比較を踏まえて—」『租税資料館受賞論文集第29回上巻』(租税資料館、2020)、3頁。同書78頁参考。

³²⁵ 水野忠恒・前掲注 322、109頁。

第2節 TPR 事件(令和元年12月11日同1年(行コ)第198号東京高等裁判所)

1. 事実関係

TPR 株式会社(以下、「TPR」という。)は、自動車部品等の製造及び販売を主たる目的とする法人である。TPR は、平成14年2月9日にテーピアルテック株式会社(以下、「旧 TAT」という。)の発行済株式の総数の3分の2を取得し、平成15年3月18日に同社の発呼済み株式を追加取得して、同社を TPR の完全子会社とした。旧 TAT は、自動二輪車用アルミホイール製造事業(以下、「本件事業」という。)を営んでいた。

TPR は、取締役会の承認に基づき、平成22年2月16日、全額を出資してテーピアルテック株式会社(現商号: TPR アルテック株式会社。以下、「新 TAT」という。)を設立(以下、「本件設立」という。)した。新 TAT は、本件設立当時、商号、目的および役員構成が旧 TAT と同一であった。TPR は、平成22年3月1日、旧 TAT を吸収合併した。この合併は、法法二十二の八に定める適格合併に該当する。また、TPR は、同日付で、旧 TAT の従業員を同一の労働条件で新 TAT に転籍させ、新 TAT との間で、本件事業に係る棚卸資産等(以下、「本件棚卸資産等」という。)の譲渡に関する契約を締結し、同社に本件棚卸資産等を譲渡するとともに、本件事業に係る製造設備等(以下、「本件製造設備等」という。)について設備賃貸借契約(以下、「本件賃貸借契約」という。)を締結し、本件賃貸借契約に係る本件製造設備等の賃借料は、本件設備等の減価償却費に相当する金額であった。同年3月2日、新 TAT は、本店所在地を旧 TAT の解散当時の本店所在地に移転させた。

旧 TAT は、平成22年2月28日までの事業年度の時点で未処理欠損金額(以下、「本件欠損金」という。)約11億円を有していた。TPR は、法法57②に基づき、旧 TAT の本件欠損金額を TPR の前7年内事業年度において生じた欠損金額とみなして、同条1項に基づき、TPR の平成22年3月期と平成23年3月期(以下、「本件各事業年度」という。)の損金の額にそれぞれ算入した上、本件各事業年度の法人税について、確定申告書を提出し法定申告期限までに申告した。これに対して、課税庁は、本件欠損金を TPR の損金の額に算入することは TPR の法人税の負担を不当に減少させる結果となるとして、法法132の2の適用により本件各事業年度に係る確定申告の更正処分及び過少申告加算税の賦課決定処分をした。TPR は、本件欠損金の損算入を認めなかったことは、違法であると主張して、これらの一部の取り消しを求めた事案である。

令和元年6月27日、東京地裁は、当該合併は適格合併であるとして本件欠損金を自らに引き継いだ行為につき、法法132の2を適用してこれを否認する旨の課税当局の更正処分を適法とする判決を下した³²⁶。これに対して、TPR 側が控訴したが、東京高裁は、令和元年12月11日、東京地裁判決を概ね維持して控訴を棄却し³²⁷、更に、令和3年1月15日、最高裁第2小法廷は、当該控訴審判決に対する TPR からの上告を棄却し、上告受理申立てを却下する決定を行なった³²⁸。東京高裁判決は、原判決の判示を主に引用しており、控訴審段階で新たな争点について判断しているが、以下では、それらを特段区別することなく、判示全体の概要をまとめることとする(本節において、「本判決」という。)

³²⁶ 東京地判令和元年6月27日判例タイムズ1486号72頁。

³²⁷ 東京高判令和元年12月11日訟務月報66巻5号593頁。

³²⁸ 最2小決令和3年1月15日判例集未登載。

2. 判旨

本判決では、法法 132 の 2 の「不当性要件」の判断枠組みについて、ヤフー事件最高裁判決よりそのまま引用している。平成 13 年度税制改正における基本的な考え方に依拠して、『移転資産等に対する支配が継続している場合』としては、当該移転資産等の果たす機能の面に着目するならば、被合併法人において当該移転資産等を用いて営んでいた事業が合併法人に移転し、その事業が合併後に合併法人において引き続き営まれていることが想定されているものといえるところ、このことからすれば、組織再編税制は、組織再編成による資産の移転を個別の資産の売買取引と区別するために、資産の移転が独立した事業単位で行われること及び組織再編成後も移転した事業が継続することを想定しているものと解される。そして、完全支配関係がある法人間の合併は、いわば経済的、実質的に完全に一体であったものを合併するものといえるのに対し、支配関係がある場合の合併や共同事業を営むための合併の場合は、経済的同一性・実質的同一性が希薄であることから、上記の基本的な考え方に合致するように、従業者引継要件及び事業継続要件等の要件が付加されているものと考えられる。このように、組織再編税制は、完全支配関係がある法人間の合併についても、他の 2 種類の合併と同様、合併による事業の移転及び合併後の事業の継続を想定しているものと解される。そうすると、法法 57②についても、合併による事業の移転及び合併後の事業の継続を想定して、被合併法人の有する未処理欠損金額の合併法人への引継ぎという租税法上の効果を認めたものと解される」と判示した。

その上で、事実関係による本件合併に先立って、本件設立、本件転籍、本件譲渡及び本件賃貸借契約が行われたことによって、旧 TAT の営んでいた本件事業は、ほぼ変化のないまま新 TAT に引き継がれ、TPR は、旧 TAT の有していた本件未処理欠損金のみを同社から引き継いだに等しいものとして、「本件合併は、形式的には適格合併の要件を満たすものの、組織再編税制が通常想定している移転資産等に対する支配の継続、言い換えれば、事業の移転及び継続という実質を備えているとはいええず、適格合併において通常想定されていない手順や方法に基づくもので、かつ、実態とはかい離した形式を作出するものであり、不自然なものというべきである。…本件合併及びこれに伴う本件設立等の検討経過等に照らすと、本件合併の主たる目的は本件未処理欠損金額の引継ぎにあったものとみるのが相当であり、…本件合併の不自然さも考慮すると、税負担の減少以外に本件合併を行うことの合理的理由となる事業目的その他の事由が存在するとは認め難いといわざるを得ない」とし、「本件合併は、組織再編成を利用して税負担を減少させることを意図したものであって、法法 57②の本来の趣旨及び目的を逸脱する態様でその適用を受けるものというべきである。そうすると、本件合併は、組織再編税制に係る上記規定を租税回避の手段として濫用することによって法人税の負担を不当に減少させるものと…いうことができる」と判示した。

3. TPR 事件の検討

(1) 基礎理論の混同による組織再編税制の複雑化

本判決は、平成 13 年度の組織再編税制立法時の資料に依拠しながら、「組織再編税制は、完全支配関係がある法人間の合併についても、他の 2 種類の合併と同様、合併による事業の

移転及び継続を想定しているものと解される。そうすると、法法 57②についても、合併による事業の移転及び合併後の事業の継続を想定して、被合併法人の有する未処理欠損金額の合併法人への引継ぎという租税法上の効果を認めたものと解される」(判旨下線部)とした判示について、太田洋＝伊藤剛志弁護士は、「完全支配関係のある法人間における適格合併の要件に事業の移転や事業の継続は積極的な要件とされていないのは、あくまで、合併を行う当事者間における(租税恩恵享受のために必要とされる)負担軽減の観点に基づく政策的な『緩和』であることが示唆されているところ…法法 57②の『本来の趣旨及び目的』との関係に関する限り、例えば、積極的に他に別法人を設立してそこに完全子会社の事業を全て移転させ、実質的には当該子会社の欠損金だけを親会社に承継させるといった行為がなされた場合に、その局面に限定して、そもそも欠損金の引継ぎが認められている趣旨に照らした一種の限定解釈として、同項に基づく課税上の恩典を享受するためには、事業の移転や事業の継続が必要であると解すること(即ち、政策的配慮から緩和されていた要件につき、この場合には政策的配慮が不要となるが故に緩和が『なかった』と看做すこと)は十分合理的であるように思われる³²⁹⁾と述べている。

一方で、平川雄士弁護士は、法人税法と各種適格要件、欠損金引継ぎ要件を定めた施行令とその相互構造を客観的にかつ総合的に捉えた上で、「そこから窺われる法法 57②の立法趣旨としては、特定資本関係発生後 5 年経過後で完全支配関係のある適格合併の場合についていえば、事業の移転や継続があるべきことはあえて想定していない趣旨であると理解するのが自然かつ合理的なように思われる³³⁰⁾と述べている。

このような見解の相違が生じる要因の一つに、判旨下線に係る「想定」は、立法資料や個別規定の条文の文言・構造から一義的に読み取れるものではなく、とりわけ、組織再編成における課税繰延を認めるための基本概念である「移転資産に対する支配の継続」を持ち出して理論的にも沿革的にも課税繰延とは別問題である租税属性引継ぎの可否の問題に援用したこと³³¹⁾にあると考えられる。すなわち、移転資産等に対する支配の継続といった概念を根

³²⁹⁾ 太田洋＝伊藤剛志『企業取引と税務否認の実務 第2版』(大蔵財務協会、2022)、165-166頁。同趣旨として今村隆教授は、「法人税法 57 条 2 項は、共同としての合併であれば、当然移転資産に対する支配が継続し、事業が継続するから欠損金の引継ぎを認めるのであり、資本関係 50%超の支配関係の場合も移転資産に対する支配の継続や事業の継続があるということで欠損金の引継ぎを認めているのである。それが完全支配関係の場合だけ、移転資産に対する支配の継続や事業の継続を不要としているとは考えられない。50%超の支配法人と完全関係法人とで欠損金の引継ぎによる租税回避を行うおそれに違いがないからである」。今村隆「組織再編税制における租税回避—素朴な経済合理性基準から洗練された濫用基準へ—」『租税法研究—租税法の過去・現在・未来—』第 50 号(租税法学会、2022)、93-94 頁。

³³⁰⁾ 平川雄士「TPR 事件判決と PGM 事件裁決の批判的検討」『週刊税務通信』No. 3720(2022)、24 頁。

同様の結論を導くものとして、法法 57②の本来の趣旨・目的には「事業の継続」が含まれないとする。泉絢也「適格合併による繰越欠損金の引継ぎを認める法人税法 57 条 2 項の「本来の趣旨及び目的」には「事業の継続」が含まれるか?—TPR 事件を素材として—」『千葉大論叢』第 57 卷(2020)、107-134 頁。

³³¹⁾ 吉村政穂・前掲注 224、13 頁。

拠として事業の移転と継続が法法 57②の趣旨であると解すべき合理的理由は想定し難く³³²、第 2 章において検討したように、課税繰延と欠損金という租税属性の引継ぎには、それぞれ類似性はあるものの、両者を同一視することは不可能であり、異なる背景のもとで発展してきたという経緯があった。したがって、両者の基礎理論が異なるにもかかわらず、課税繰延の要件である事業の継続性を、法法 57②に求めることには違和感があり³³³、組織再編税制をさらに複雑化させることに他ならない³³⁴。

(2) 「支配の継続」概念の拡張からみる課税繰延要件と欠損金引継要件の対立

平成 30 年度税制改正にみると、50%超の支配関係がある場合の合併における事業の移転と継続という概念は、合併法人単体ではなく、合併法人保有のグループ単位で(同グループを一体として)判定すれば足りることとされており³³⁵、この規律に照らせば、完全支配関係のある場合の適格合併において、殊更に被合併法人から合併法人への事業の移転と継続なるものが求められていると解するのは検討の余地を残すことが指摘される³³⁶。

組織再編税制の基礎理論をなす「支配の継続」概念は、種々の改正を経てその概念の拡張がみられる中で、吉村政穂教授は、「平成 13 年度税制改正の当時より、『支配の継続』の意味合いは異なってきた」ことを述べたうえで、本判決に関して「移転資産に対する支配の継続という表現を見ても、これをどのように理解するかは、年によって、或いは関連規定との関係で変遷してくる。…いつまでも平成 13 年度改正時の資料を金科玉条のごとく扱い、立法趣旨・目的を探求するのは適当ではない」とし、「支配継続に関する理解の変遷を無視して、いつまでも平成 13 年度改正時の姿にこだわるのであれば、その後積み重ねられてきた立法府の現実の判断を裁判所が覆す危険性がある³³⁷」ことを述べている。

³³² 平川雄士・前掲注 330、24 頁。

完全支配関係のある子会社の清算の残余財産確定によっても、未処理欠損金額の引継ぎが可能となった平成 22 年度税制改正の解説では、「残余財産が確定した法人の欠損金については、…その移転資産の有無にかかわらず、合併に係る欠損金の引継ぎと同様の取扱いとすることとされました。すなわち、完全支配関係があるグループ内の内国法人の残余財産が確定した場合には、適格合併の場合と同様に、その欠損金額を株主等に引き継ぐこととされました」と述べている。合併と清算とで取り扱いは同様となることを意図して立案されたことが窺われることから、法法 57②に、適格要件以上の要件が付加されているとは考え難い。

³³³ 西本靖宏「組織再編成に係る一般的否認規定と欠損金の引継ぎ」『ジュリスト』No. 1548 (2020)、105 頁。

³³⁴ 水野忠恒・前掲注 322、109 頁。

太田洋編・前掲注 329、167 頁では、「結局、本判決の趣旨は、詰まるところ、事業と欠損金とを分離して損金だけを引継いで他の法人の課税負担の圧縮に用いることは許されないということに過ぎず、本判決が、完全支配関係がある法人間について適格合併に該当するための要件として『事業の移転』を要求したかのように解するのは誤読であるように思われる」と述べている。

³³⁵ 第 1 章第 3 節 5. 参照。

³³⁶ 谷口勢津夫「法人税法 132 条の 2 の不当性要件に係る制度濫用基準の適用事例」『ジュリスト』No. 1538 (2019)、11 頁。渡辺徹也「組織再編成に係る一般的否認規定と合併による欠損金の引継ぎ」『ジュリスト』No. 1544 (2019)、193 頁。平山雄士・前掲注 330。

³³⁷ 吉村政穂・前掲注 165、177-178 頁。

適格合併の判定上、事業の継続性は常に必要とされ、それは平成 30 年度改正によりグループを一体として判定することとなったが、本判決は、法法 57②においても同様に、事業の継続性が必要であると判示したにもかかわらず、欠損金の引継ぎに際しては、殊更、グループの一体性は排除され、その考え方は平成 13 年度改正、或いは 19 年度改正の立法資料に巻き戻されるのである。このようにみると、隠れた引継制限規定、すなわち、特定資本関係が生じる当事者間の適格合併について、敢えて特定資本関係発生後 5 年内の合併の場合に限り、法法 57②の欠損金引継ぎの要件＝適格要件に加え、事業の移転と継続に係る要件を課しているものと考えられる³³⁸。

さらに、裁判所は、本判決において、適格合併該当性自体は否認せず、繰越欠損金の引継ぎのみを否認していることから、欠損金の引継ぎに際し、組織再編当事者である合併法人に対して「被合併法人の事業の移転及び継続」という要件を事実上付加したことになる。

課税繰延要件と欠損金引継要件とに必ずしも説得的な関連性はないとする上記の見解を踏まえた上で、「法法 57②で規定される『…適格合併が行われた場合…』』に限定せず、たとえ合併が非適格合併に該当するようなものであっても、事業が完全支配関係にあるグループ内において移転して継続されているのであれば、合併法人や完全支配関係にあるグループ法人において繰越欠損金の引継ぎを認めるようにすべきである³³⁹」とする見解も登場してきている。

³³⁸ 平川雄士・前掲注 330、26 頁。

³³⁹ 山川大輔「完全支配関係にあるグループ企業の実質的一体性に関する考察—適格合併における繰越欠損金の引継要件を中心に—」『租税資料館受賞論文集 31 回第 4 巻』（租税資料館、2022）、68 頁。

第3節 本章のまとめ

本章では、裁判所が我が国における組織再編の課税繰延と繰越欠損金の引継ぎに対して示した判旨をもとに、第1章及び第2章において述べた問題点がどのように租税裁判として顕れたのかを明らかにした。

- (1) 平成13年度税制改正時の「支配の継続」概念と法改正を重ねた「支配の継続」概念の不整合
- (2) 組織再編による課税繰延と繰越欠損金の引継ぎ制限の混同

ヤフー事件第1審判決では、みなし共同事業要件の趣旨・目的が、繰越欠損金の引継ぎについて特段の制限がない共同事業再編成と同じような状態になっていることを求める趣旨であると説明している。そうすると、共同事業再編成と同じような状態とは、移転資産に対する支配が継続している状態をいうものと解され、みなし共同事業要件の趣旨を「支配の継続」概念に求めているということになる(問題(2))。この考え方は、控訴審以降においては改められたものの、課税繰延理論と欠損金引継ぎ制限を混同したものといえよう。

TPR事件では、「組織再編税制は、完全支配関係がある法人間の合併についても、他の2種類の合併と同様、合併による事業の移転及び継続を想定しているものと解される。そうすると、法第57②についても、合併による事業の移転及び合併後の事業の継続を想定して、被合併法人の有する未処理欠損金額の合併法人への引継ぎという租税法上の効果を認めたものと解される」と判示した法第57②の趣旨・目的に係る上記「想定」は、立法資料や個別規定の条文の文言・構造から一義的に読み取るものではなく、とりわけ、組織再編成における課税繰延を認めるための基本概念である「移転資産に対する支配の継続」を持ち出して理論的にも沿革的にも課税繰延とは別問題である繰越欠損金の引継ぎ可否の問題に援用したことが根本的な誤りであると考えられる(問題(2))。

また、TPR事件高裁判決前の平成30年度税制改正では、当初の組織再編成の後に完全支配関係がある法人間で従業者又は事業を移転することが見込まれている場合にも、当初の組織再編成の適格要件のうち従業者従事要件及び事業継続要件を満たすこととされた。この改正を踏まえ、吉村政穂教授は、「平成13年度税制改正の当時より、『支配の継続』の意味合いは異なってきた」と述べてうえて、TPR事件判決に関して、「いつまでも平成13年度改正時の資料を金科玉条のごとく扱い、立法趣旨・目的を探求するのは適当ではない…支配継続に関する理解の変遷を無視して、いつまでも平成13年度改正時の姿にこだわるのであれば、その後に積み重ねられてきた立法府の現実の判断を裁判所が覆す危険性がある」と述べている(問題(1))。

欠損金の引継ぎの可否に際して、「支配の継続」概念が問題となる要因は、欠損金の引継ぎと課税繰延理論とを混同しているからにほかならず、両者を区別した欠損金の移転制限規定の構築が必要と考えられることから、第4章では、欠損金引継ぎ規定の提言に議論を移す。

第4章 未処理欠損金の引継制限の提言

現行の組織再編税制は、実経済からの要望や会社法等の改正に伴いパッチワーク的な改正等が行われてきた側面があり³⁴⁰、課税繰延の基礎理論である「投資の継続」いわゆる「移転資産に対する支配の継続」概念の変容がみられるようになった。しかしながら、それらの立法変遷のすべてが納税者にとって不利益を与えたかというところではない³⁴¹。むしろ、平成13年度時には明らかではなかった「移転資産に対する支配の継続」等の根底にある考え方が諸般の改正等で一定程度明らかになってきたといえる³⁴²。

他方で、第2章において検討したように、課税繰延のための適格判定で用いられる適格要件と欠損金引継要件は、決して相容れるものではなく、基礎理論の異なる両者を混同することはさらに組織再編税制を複雑化させる要因となる。そこで、本章では、欠損金の引継ぎとその制限の在るべき姿を新たに提言するにあたって、組織再編税制を前提として立法された連結納税制度、いわゆるグループ通算制度における欠損金の引継ぎとの整合性の観点から評価する³⁴³。さらに、新たに提言する引継ぎ制限が、法法132の2により欠損金の引継ぎが否認されたPGM事件(係争中)においてどのような結果をもたらすのかをヤフー事件及びTPR事件の判旨から離れ外在的に評価し、欠損金引継ぎ制限の在り方について、一定の結論を導くことにする。

第1節 組織再編税制とグループ通算制度との課税の中立性

1. 限定的な中立性

一般に、望ましい税制の条件としては、公平・中立・簡素が挙げられる³⁴⁴。増井良啓教授

³⁴⁰ 北村導人「企業グループ税制等の全体像」『税研』No. 204 (2019)、37頁。

³⁴¹ 朝長英樹・前掲注46、17頁。

³⁴² 北村導人・前掲注340、37頁。

³⁴³ 内閣府・税制調査会「連結納税制度の見直しについて」(2019)、5頁では、「課税上あたかも一つの法人であるかのように捉えることができる連結納税制度の開始及び連結グループへの加入と、組織形態を変更して一つの人格となることは、税制上中立であることが望ましい」と述べている。

³⁴⁴ 租税改革法3条「今次の税制改革は、租税は国民が社会共通の費用を広く公平に分ち合うためのものであるという基本的認識の下に、税負担の公平を確保し、税制の経済に対する中立性を保持し、及び税制の簡素化を図ることを基本原則として行われるものとする」。

「公平・中立・簡素」の理念は、あくまで税制の範囲内だけで考えた場合の理念であることを認識する必要がある。財政金融政策や規制政策等を含む経済政策の一部としての租税政策は、最終的には、社会厚生を最大化という一般目的に資するかどうかという基準から評価される。さらに、国際化・情報化の影響により「公平・中立・簡素」という概念をそのまま適用することは困難な場合が多く(例えば、投資活動に関する世界全体としての効率性を確保するためには居住地国課税が適切であり、中立性の原則に適合するという主張が正しかったとしても、それによる税収減のデメリットを受ける国にとっては、その主張は受け入れられ難い。情報社会でいえば、個人情報保護と公平な課税の関係はコンフリクトを生む。)なることが容易に想定されることを指摘される。渡辺智之「『公平・中立・簡素』の理念」『税研』No. 226 (2022)、52-57頁。

は、「このうち、租税負担の公平の基準については、あらゆる租税負担は効用の削減という形で個人が負うと考えると、租税負担の公平は生身の人間に即して議論すべきであり、法人に即して判断すべきものではない。また、簡素の基準の大部分は、中立の基準に還元される³⁴⁵」ことを指摘される。これを所与とした場合に、課税の中立性の概念には、すべての経済主体のいかなる行動に対して課税が全面的に中立に無差別中立であるという「全面的中立性概念」と、ある経済主体の特定の行動に着目して、それに対して課税が無差別中立であるかどうかという「限定的中立性概念」の2つに区分される³⁴⁶。全面的中立性概念は、厳密な意味においては、達成することは不可能とされ、このような中立性の概念については限られた領域に絞って論じられる³⁴⁷。例えば、法人段階と個人株主段階のいわゆる「二重課税」は、法人部門に投資された資本についてのみ、そのリターンに対して特別な負担を課するという意味で、非中立性をもたらす代表とされる³⁴⁸。

これを欠損金の引継ぎについていえば、リスク・テイキングへの課税の中立性の観点から、欠損金の租税価値を完全還付することが理想とされる³⁴⁹。リスク・テイキングの結果、利益が出た場合に納税を求めることの裏返しとして、欠損が出た場合には利益に対するのと同税率を適用した額の還付を行い、国家はリスク・テイキングを行う主体にとって「サイレント・パートナー」となることが求められる³⁵⁰。他方で、種々の租税特別措置や損失の選択的実現などによって経済的所得の正確な算定に成功していない現行法人税法の下では、その限りにおいて「欠損金額」についての完全還付やその移転を制限することもまた租税政策として正当化される³⁵¹。敷衍すれば、繰越欠損金引継ぎ制限は、欠損金額の自由取引を認める政策と、欠損金額を認めない政策との中間地点にすぎず、何らかの原則を見出すことは困難であること³⁵²、また、欠損金利用価値の完全還付に比べて、繰越欠損金の法人間移転は、次善(second best)の策に過ぎないということになる³⁵³。したがって、長戸貴之教授は、「完全な課税の中立性の達成は難しく限定的中立性の達成をもって満足せざるを得ない現実の

³⁴⁵ 増井良啓「法人税の課税単位—持株会社と連結納税制度をめぐる近年の議論を素材として—」『租税法研究—租税法と企業法制—』第25号(租税法学会、1997)、65頁。

中立性と類似した概念に、水平的公平性がある。両者の違いは、その「視点を異にすること」である。水平的公平は、選択を行った後の結果を比較する。中立性は、選択を行う際の意思決定に着目する」。増井良啓「租税法における水平的公平の意義」金子宏先生古稀祝賀『公法学の法と政策 上巻』(有斐閣、2000)、176頁。等しいものには、等しい課税を行うことこそが課税の中立性が達成されることをいうものと考えられる。

³⁴⁶ 増井良啓・前掲注345、65-66頁。

³⁴⁷ 増井良啓・前掲注345、66頁。

³⁴⁸ 中里実「法人課税の時空間(クロノトポス)—法人間取引における課税の中立性—」『主権と自由の現代的課題』(1994)、362頁。

³⁴⁹ 増井良啓・前掲注197、283-286頁。「リスクとは不確実性のことである。法人税における欠損金の扱いのいかにによって、企業がリスクをとろうとする行動にどのような影響が及ぶか」という意味でのリスク・テイキングへの課税の中立をいう。詳細は、長戸貴之『事業再生と課税』(東京大学出版会、2017)、293頁。

³⁵⁰ 長戸貴之「スタートアップ企業によるイノベーションを促進する税制の設計のあり方」『財務省財務総合政策研究所 フィナンシャル・レビュー』第152号(2023)、59頁。

³⁵¹ 増井良啓・前掲注197、287-293頁。

³⁵² 岡村忠生「企業結合と税法」『商事法務』No.1841(2008)、42頁。

³⁵³ 中里実・前掲注348、367頁。増井良啓・前掲注197、314頁。

下では、何と何の中立性を達成するかが立法政策論として問われる³⁵⁴」ことを指摘している。これらの議論を念頭に置き、組織再編税制とグループ通算制度との欠損金の取扱いに対する課税の中立性という観点から議論をすすめる。

2. グループ通算制度における欠損金の引継ぎと制限

(1) 制度の概要

令和2年3月に公布された所得税法等の一部を改正する法律(令和2年法律第8号)により創設されたグループ通算制度は、令和4年4月1日以後に開始する事業年度から適用されることとなっているため、令和5年度は適用後の最初の申告年度になる。

① 適用法人と納税単位

グループ通算制度では、内国法人である親法人と、その親法人による完全支配関係にあるすべての内国法人である子法人が適用法人となる(法法64の9①)³⁵⁵。ただし、外国法人及び通算除外法人は適用対象から除かれるため、これらの法人が介在しない場合に限られる。適用法人は、通算法人と呼ばれ、親法人は通算親法人、子法人は通算子法人と呼ばれる(法法二十二の七の二、同号の六の七、同号の七)。通算親法人となることができるのは、普通法人又は協同組合等に限られ、また、通算子法人となることができるのは、普通法人又は協同組合等に限られる。なお、一定の法人は通算親法人及び通算子法人から除外される(法法64の9①、法令131の11①)。グループ通算制度では、企業グループ内の各通算法人を納税単位として各法人が個別に所得金額及び法人税額を計算して申告する個別申告方式が採用され(法法74)、各通算法人が納税義務者となり申告及び納付を行う点で、連結納税制度と大きく異なる。

② 通算制度の開始又は加入に伴う資産の時価評価

グループ通算制度の開始の場合においては、開始直前事業年度終了の時において完全支配関係が成立しており、その後においても完全支配関係の継続が見込まれている場合であれば資産の時価評価は必要とされない(法法64の11各号)。組織再編税制における完全支配関係のある法人間の場合における適格要件との整合性がみられる。

また、通算制度への加入の場合においては、以下の子法人であればその子法人が有する資産の時価評価は必要とされない(法法64の12各号)。

³⁵⁴ 長戸貴之「組織再編成における租税回避」『租税法研究—租税法の過去・現在・未来—』第50号(租税法学会、2022)、74頁。

³⁵⁵ 連結納税の承認を受けている法人については、令和4年4月1日以後最初に開始する事業年度開始日において、通算承認があったものとみなされる(令和2年所法等改正法附則29①)。新たに開始する場合には、その親法人の通算制度の適用を受けようとする最初の事業年度開始日の3か月前の日までに、その親法人及び子法人の全ての連名で、承認申請書を提出する必要がある(法法64の9②)。適用対象法人として、完全支配関係が求められる背景には、少数株主が害されないような制度にすれば、制度の複雑化は避けられないとして持株割合要件の緩和は見送られた。内閣府・前掲注343、10頁。

- (イ) 通算法人が通算親法人による完全支配関係がある他の内国法人を設立した場合におけるその他の内国法人(同項1号)
- (ロ) 適格株式交換により加入した株式交換完全子法人(同項2号)
- (ハ) 通算直前に支配関係があり、次のすべてを満たす他の内国法人(同項3号、法令131の16③。)
- ① 通算親法人による完全支配関係の継続が見込まれていること
 - ② 加入前における大部分の従業員の継続が見込まれていること
 - ③ 加入前に行う主要な事業の継続が見込まれていること
- (ニ) 通算加入前に支配関係がなく、次のすべてを満たす他の内国法人(同項4号、法令131の16③、④。)
- ① 通算親法人による完全支配関係の継続が見込まれていること
 - ② 通算親法人又は他の通算法人とその他の内国法人とが共同事業要件に該当すること

要件(イ)及び(ロ)は、100%の持株関係を表す。なお、適格合併等により被合併法人等が100%保有する子法人を加入させる場合については、適格組織再編成と同様の要件を満たすことで時価評価の必要はないこととされる³⁵⁶。(ハ)は50%超、(ニ)は50%以下の持株関係を表している。これらも同じく適格組織再編成と同様の要件に該当する場合には、当該子法人の時価評価は要しないこととされる。以上のように、令和2年度税制改正では、グループ通算制度の開始・加入に伴う時価評価の要件と組織再編税制における適格要件との整合性がとれた制度とし³⁵⁷、課税の中立性の確保が図られたものとなっている³⁵⁸。上記に掲げた、これらの要件に該当する法人を「時価評価除外法人」という。

③ 通算法人の欠損金の取扱い

繰越欠損金は、連結納税制度と同様に、特定欠損金と非特定欠損金とに区別される。特定欠損金とは各通算法人の所得金額を限度として控除できる欠損金をいい(欠損金の繰越控除を自己の所得の範囲内に限定することを以下では、「SRLYルール³⁵⁹」という。)、非特定欠損金(特定欠損金以外の欠損金)とは各通算法人の所得金額を限度とせず控除できる欠損金をいう(法法64の7①、②)³⁶⁰。すなわち、制度開始又は加入前に生じた繰越欠損金は特定欠損金となり、制度開始後に生じた欠損金は非特定欠損金という位置づけとなる³⁶¹。また、

³⁵⁶ 菅原英雄「開始・加入と離脱に伴う時価評価と繰越欠損金の取扱い」『税研』No.224(2022)、52頁。

³⁵⁷ 渡辺徹也「グループ通算制度—連結納税制度の見直しと新制度の基本的枠組み—」『税研』No.224(2022)、42頁。

³⁵⁸ 財務省(藤田泰弘ほか)「令和2年度 税制改正の解説」(2020)、826頁。

³⁵⁹ SRLY(Separate Return Limitation Year)という用語は、連結申告書を提出する法人グループのメンバーの個別申告年度を意味する。

³⁶⁰ 連結納税制度からグループ通算制度に移行した場合、連結欠損金個別帰属額はグループ通算制度における非特定欠損金とみなされ、特定連結欠損金個別帰属額はグループ通算制度における特定欠損金として取り扱われる(令和2年度改正法附則20、28③)。

³⁶¹ 繰越欠損金の控除額は、原則として各通算法人の控除前所得の50%だが、通算法人すべて

時価評価法人については、通算開始前又は加入前の繰越欠損金は全額切り捨てられる一方、時価評価除外法人については、支配関係発生日から5年以内で、かつ、みなし共同事業要件を満たさない場合において、支配関係発生日以後に新たな事業³⁶²を開始した場合には、支配関係事業年度前の繰越欠損金額が切り捨てられる(法法 57⑥、⑧、法令 112 の 2④)。この規定を設ける理由は、通算グループ内では、完全支配関係があり所得の金額を一体的に計算していることから事業の移転が容易であり、欠損金を有している法人を買収して通算グループに加入させると相前後して従前通算グループで行っていた黒字事業をその法人に移転すること又は新たに黒字事業をその法人において行うことによって特定欠損金の制度を潜脱することが考えられるからである³⁶³。しかしながら、何を以て「新たな事業」と判断するかは明確ではなく、実務において混乱が生ずることが予想される³⁶⁴。なお、グループ通算制度の開始における欠損金の引継ぎ制限に係る要件は、組織再編税制におけるみなし共同事業要件とほぼ同様のものであり、ここでも課税の中立性の確保が図られたことが鑑みえる。

(2) グループ通算制度における NOL 引継ぎアプローチ (SRLY ルール)

グループ通算制度開始・加入前の欠損金については、子法人に限らず、親法人も含めて自己の所得の範囲内でのみ繰越控除できるとされる「SRLY ルール」が導入されている。酒井貴子教授は、米国における裁判例及び財務省規則の沿革を通じて、SRLY ルールの効果を次のように要約する。①連結グループによる、赤字法人の取得を通じて税負担軽減を阻止すること、②損失を出した法人が、控除を受ける法主体であり、連結を通じた損失の繰越控除が、他の法人の所得からなされるべきではないと考えられていることから、損失繰延規定の根底にある所得平準化の機能を保持すること、である³⁶⁵。すなわち、時価評価除外法人については、グループ通算開始・加入前の租税属性について、個別の法人レベルでは存続しているとして取り扱われ、維持しつつ控除できる金額をその損失を生じさせた法人又は事業の所得の範囲内に制限するということであるから、法主体の同一性アプローチ、もしくは事業継

が中小法人に該当する場合には、控除前所得金額の 100%となる(法法 57⑩一、法法 64 の 7⑦)。

³⁶² 法基通 12-1-9「…通算法人が当該通算法人において既に行っている事業とは異なる事業を開始したことをいうのであるから、①新たな製品を開発したこと、②その事業地域を拡大したこと、などはこれに該当しない」。

³⁶³ 財務省・前掲注 358、908 頁。

³⁶⁴ 菅原英雄・前掲注 356、54 頁。

³⁶⁵ 酒井貴子・前掲注 245、98 頁。

通算法人を被合併法人とする合併等の場合の欠損金の引継ぎの不適用(法法 57⑦一、二)について、①設立事業年度等のグループ通算承認申請特例(法法 64 の 9⑦)を適用した場合の通算制度適用初年度において、通算承認の効力が生じていない法人を被合併法人とする適格合併等があった場合、これらの事実がなかったとしたならば前記の法法 57⑥により切り捨てられることとなった金額を、引継ぎの対象から除外することで、実質的に切り捨てられるもの、②通算親法人の事業年度の中で通算グループ内で合併が行われた場合等には、被合併法人等の最後事業年度の欠損金額は、合併法人又は株主である法人において損金算入される(法法 64 の 8(被合併法人の合併等があった場合の欠損金の損金算入))ことから、引継ぎの対象とされていないものである。財務省・前掲注 358、855 頁。梅本淳久『条文・事例・図表で読み解く 繰越欠損金の税務』稲見誠一監修(ロギカ書房、2023)、144 頁。

続性アプローチの考え方とみることができる³⁶⁶。また、時価評価除外法人に該当しない場合、又は時価評価除外法人に該当した場合でも支配関係発生日後に新たな事業を開始するなど一定の要件に該当する場合には、制度開始・加入前の欠損金が切り捨てられることを鑑みれば、事業継続性アプローチを主な要件としているとも考えることができる。

SRLY ルールについては、もう 1 つの側面がある。それは、IRC § 382 と SRLY ルールの適用の重複があった場合の取扱いに顕れる。すなわち、1999 年最終規則は、SRLY ルールと IRC § 382 の適用の重複がありうる場合には、SRLY ルールに代えて、IRC § 382 の方を適用することとした³⁶⁷。前述のとおり、IRC § 382 の目的は、所有変化を契機として赤字法人の損失繰越控除を制限し、これによって、赤字法人の取得等への課税の中立性を保持する所有変化アプローチを基調とするものであった。SRLY ルールは、いわゆる赤字法人の連結加入を通じた税負担軽減を阻止する目的と、連結申告と個別申告の調和の 2 つの目的にあるとされる。しかしながら、両者の重複があった場合には IRC § 382 の適用が優先されることによって、赤字法人の連結加入に伴う税負担軽減防止の SRLY ルールの貢献は、大幅に § 382 にとって代わられたことを意味するものであった³⁶⁸。したがって、IRC § 382 が SRLY ルールの本来の目的を果たすという意味においては、SRLY ルールが少なからず、所有変化アプローチに依拠するものとも考えることができよう。

さらに、酒井貴子教授は、両者の重複があった場合に SRLY ルールの効果が完全に排除される場合があることを踏まえ、「ある法人の損失が、他の法人の所得と相殺されることを認める重複ルールは、IRC § 382 の考え方によるというよりも、連結グループの経済的な一体性を重視した結果である³⁶⁹」と述べていることから、グループ企業を一体としてみたうえでの所有変化アプローチとする考え方の示唆となりうる。

3. 組織再編税制における未処理欠損金の引継ぎ制限の提言

未処理欠損金引継ぎ制限の検討を行うにあたっては、課税繰延理論における適格要件の考え方とは、別個に考えられるべきものであることを第 3 章までにおいて整理及び検討を行った。窮極的には、「適格合併が行われた場合」に限らず、非適格合併の場合においても、欠損金の引継ぎを認めるべきとの見解も一定の合理性を有するものの、第 2 章において触れたように、米国では、「投資の継続」が認められることによって、課税の不認識として租税属性の引継ぎが行われる。我が国では、「移転資産の支配の継続」が認められることによって、課税関係を継続、いわゆる租税属性の引継ぎが行われる。我が国の組織再編税制が採用したこの考え方をもとにすれば、租税属性の引継ぎ議論の入り口では、「適格合併が行われた場合」を所与とするべきと考えられる。そして、未処理欠損金の引継ぎ制限においては、適格要件に係る課税繰延理論とは別個のものとして議論されるべきと考える。このような前提をおくと、法主体の同一性アプローチを理由に、未処理欠損金の引継ぎ制限を行う考え方

³⁶⁶ 長戸貴之・前掲注 354、74 頁。

³⁶⁷ T. D. 8823, 1992-2 C. B. 34.

³⁶⁸ 酒井貴子・前掲注 245、109 頁。

³⁶⁹ 酒井貴子・前掲注 245、110 頁。

は選択肢になり得ない³⁷⁰。したがって、議論の中心となるのは、事業継続性アプローチと所有変化アプローチとなる。

(1) 事業継続性アプローチに依拠する場合

長戸貴之教授は、事業継続性アプローチの難点を次のように説明する。「M&Aをはじめとする組織再編成とのかみ合わせのわるさで…組織再編税制が『経済実態に変化のない』場合を念頭に置くのであれば、事業の継続性の要求水準を高くすることは正当化可能だが、はたして、実務において需要のある組織再編成・M&Aはそのようなものに限られるか。M&A本来の目的からすれば、むしろ経営や事業といった『経済実態に変化を生じる』ものがあること

³⁷⁰ 大阪国税不服審判所令和4年8月19日裁決事例において、親会社が100%子会社の繰越欠損金を適格合併により引き継いだところ、課税庁が、法法132の2を適用し、当該引継ぎを否認した事案において、次のように、法主体の同一性アプローチを彷彿とさせる裁決をしている。

「法法57②は、適格合併であることを要件として、租税政策上、青色申告書に与えられている欠損金額の繰越控除の特典を合併の場合にも認めることを定めた規定であるというべきである。これは、欠損金額の繰越控除の趣旨及び目的が、各事業年度の間に経理方法の一貫した同一性が維持継続されることを前提に、各事業年度間の所得の金額と欠損金額を平準化することによって、事業年度ごとの所得の金額の大小にかかわらず、法人の税負担をできるだけ均等化して公平な課税を行うことにあるところ、適格合併においては、移転資産等の移転が形式のみで、実質においては、その資産等を保有しているということができ、移転資産等に対する支配が合併後も継続していることから、従前の課税関係を継続させることを基本的な考え方とするものである。このように、法法57②は、合併の前後を通じた経理方法の一貫した同一性を認めることができることを前提に欠損金額の繰越控除の特典の継承を認めた規定であると解される。(法法57②による未処理欠損金額の引継ぎの趣旨が前述の通りであることからすれば、)同項は、例えば、適格合併が企業グループ内の法人の有する未処理欠損金額の企業グループ内の他の法人への付替えと同視できるものであるなど上記適格合併の場合に未処理欠損金額の引継ぎを認めることとした前提を欠くような場合にまで、未処理欠損金額の引継ぎを認めることを想定した規定ではないと解するのが相当である」。

当該裁決には、2つの論理の飛躍があると考えられる。1つ目は、当該裁決書は、行田電線事件最高裁判決から「経理方法の一貫した同一性」というキーワードを引用しているが、同判決は、同一法人において事業年度を跨いだ損益の通算が認められる趣旨として述べられたものであり、法人を跨いだ繰越欠損金の移転について及ぶものではない。にもかかわらず、法法57②の趣旨・目的として、「合併の前後を通じた経理方法の一貫した同一性を認めることができることを前提に欠損金額の繰越控除の特典の継承を認めた規定」としている。また、その文言が具体的にどのような場合をいうのかを示しておらず、詳細は不明である。2つ目は、仮に上記のような前提を置いたとしても、適格合併が繰越欠損金の付替えと同視できる場合に何故、「合併の前後を通じた経理方法の一貫した同一性」が認められないことになるのか、当該裁決では明らかになっていない。森・濱田松本法律事務所『組織再編成に係る行為計算否認規定を適用し、100%子会社の繰越欠損金の適格合併による引継ぎを否認した新たな否認事案の裁決の検討』Vol. 58(2023)、1-11頁。

また、「繰越欠損金を他の法人に付け替える場合には、経理方法の同一性が維持されないことが明らかであるため、包括的租税回避防止規定が適用されるのはやむを得ないが、そもそも経理方法の同一性というものを繰越欠損金の引継ぎ制度趣旨としてしまうと、どのようなものが制度趣旨に反するのかが、さらに不明瞭になってしまうため、本来であれば、より具体的な判示があったほうが望ましかったように思われる」。佐藤信祐「大阪国税不服審判所令和4年8月19日裁決～事業の移転及び継続を必要としたTPR事件との相違～」『Profession Journal』No. 546(2023)。

が当然に想定される。このことは、組織再編税制当時から、共同事業再編という『移転資産に対する支配の継続』の考え方からは亜種ともいえる類型において適格要件を満たせば租税属性の引継ぎを認められていることに顕れている³⁷¹。M&A 本来の性格と事業継続性アプローチの相性の悪さを前提としながら、このアプローチを採用する場合には、さらに次の3点が考慮される³⁷²。①欠損等法人の旧事業が継続されている限り、未処理欠損金の控除制限がかからないため、欠損金額の売買の可能性が指摘され、また、未処理欠損金を得るために非効率な損失事業が継続されるという不経済も考えられえること、②Libson Shops 事件において「実質的に同じ事業」の中身が示されなかったことから、その解釈に混乱が生じた³⁷³ことをみると、どの程度の事業規模・内容の継続性が求められるかを明らかにする必要があり、③米国では、損失の種類を区別しているが、我が国においては繰越控除の対象となっている欠損金額が、その企業が本来の活動の内容とする事業から生じているかが不明であること、が挙げられる。したがって、組織再編成の局面において事業継続性アプローチは安定しない。

さらに、①についていえば、TPR 事件において仮に判決が求めるように、経営判断としては不合理に子法人の事業を引継いだ場合には、引継いだ NOL は親会社の事業からの所得と相殺できたから、組織再編税制と SRLY ルールを導入するグループ通算制度の非中立性が如実に顕れることにもなる³⁷⁴。

他方、Libson Shops 事件において IRS が示した「前年度の損失が今年度の所得と相殺せられるのは、損失を生じた当該事業と実質上同一の事業から今年度の所得が生じた場合に限り認められる」という考え方は、人為的に区切られた事業年度の不合理を解消する目的の下で、単一の事業の変動所得の平準化を達するために設けられた繰越欠損金制度の立法経過に適合する³⁷⁵。さらに、グループ通算制度では、SRLY ルールにより、時価評価除外法人については、グループ通算開始・加入前の欠損金が、個別の法人レベルでは、存続しているとして扱われ、維持しつつ控除できる金額をその損失を生じさせた法人又は事業の所得の範囲内に制限するものということができるから、その点で事業継続性アプローチとの整合性がとれる³⁷⁶。

³⁷¹ 長戸貴之・前掲注 354、75 頁。

³⁷² 酒井貴子・前掲注 245、57 頁。岡村忠生・前掲注 42、480 頁。

私見として、この3点の指摘事項の他に、適格判定において事業の継続を要求する条文では、「被合併法人の当該合併前に行う主要な事業が当該合併後の当該合併に係る合併法人において…引き続き行われることが見込まれていること」（法法 22 の八ロ(2)）と定めているが、どの程度の期間継続すれば足りるのかという点が問われることになる。極端なことをいえば、被合併法人の合併前の主要な事業が合併後に合併法人等において一度引き継がれさえすれば、その後において、事業を廃止・変更・縮小等をした場合であっても、要件が充足されたことになるのであろうか、といった素朴な疑問が想起される。

³⁷³ 第2章第3節 2. (2) (ハ) 参照。

³⁷⁴ 長戸貴之・前掲注 354、77 頁。

³⁷⁵ 第2章第3節 2. (2) (ハ) 参照。

³⁷⁶ 令和2年度税制改正の解説には、「組織再編成(合併)の場合も、本来的には被合併法人のから引き継いだ欠損金は被合併法人由来の所得のみから控除すべきと考えられますが、一つの法人の所得を被合併法人由来分と合併法人由来に分解するのは相当に困難であることから、欠損

長戸孝之教授は、仮に欠損移転制度に何らかの事業の継続性に関わる制約を設けるのであれば、「平準化といった制度趣旨からすると、要求される事業の同一性の水準が高ければ、リスク・テイキングの結果、ある事業に収益性がないことが明らかになったのちも、欠損金の利用のために当該事業の継続が選択されてしまうかもしれない。リスク・テイキングへの課税の中立性の観点からは、賭けの結果、ある事業が失敗に終わった後にまで当該事業を継続させる必要はなく、ただちに撤退させるべきである。また、仮に租税法上異なる事業と評価されるものであっても、欠損を生じた事業で用いられた資産等が買収法人の事業との関係でシナジーを生じるのであれば、それを租税法上の理由により妨げるべきではない。…この意味で…当該 M&A により引き継がれる事業や資産等によりシナジーが生じることを要求すべきである³⁷⁷」と述べている。例えば、経営上の課題項目又は重点項目に対して合併がどのように寄与するか、どのようなシナジーを創出するのかといった書類の具備を適格要件に加えることも一案であろう。それは、単に租税回避目的の合併を抑止するだけでなく、納税者と税務当局との間での情報格差の解消に寄与し、合併再編に係る争訟で生じるコンプライアンスコストの軽減につながると考える。

(2) 所有変化アプローチに依拠する場合

法人の所有者である株主の変化により未処理欠損金の引継ぎを制限する考え方であり、先述の通り、IRC § 382 における引継ぎ制限の基調となっている。長戸孝之教授は、「所有変化アプローチは設計次第では租税属性引継ぎ目的で組織再編成を行う誘因の減殺に効果的³⁷⁸」とし、岡村忠生教授は、「主体の同一性を、法人ではなく株主において判断しようとするものと理解することも可能であり、その場合は、窮極的には、所得は個人にしか観念できないとする包括的所得概念に基礎付けられることになる³⁷⁹」ことを述べている。

また、米国歳入法典における IRC § 382 と SRLY ルールの適用の重複があった場合には、SRLY ルールに代えて、IRC § 382 が適用される。ゆえに、所有変化アプローチを基調とする IRC § 382 が SRLY ルールの本来の目的を果たすという意味において、所有変化アプローチと SRLY ルールは整合的であると考えることができよう。連結グループの経済的な一体性という点を踏まえれば、グループ企業を一体としてみたうえでの所有変化アプローチ(グループ内で生じた欠損金については、合併による引継ぎを認めるという考え方)は、グループ通算制度による SRLY ルールとも中立的な制限になると考える³⁸⁰。

金を引き継ぐ(切り捨てる)か否かという2類型とされています」と述べているが、当該「被合併法人由来分の所得」に着目するのではなく、当該「所得」又は欠損金を生じさせた事業に着目し、事業の移転に伴って欠損金も移転するという考え方も可能なのではないかと考える。財務省・前掲注 358、908 頁。

³⁷⁷ 長戸孝之『事業再生と課税』(東京大学出版会、2017)、311 頁。

³⁷⁸ 長戸孝之・前掲注 354、76 頁。

³⁷⁹ 岡村忠生・前掲注 42、481 頁。

³⁸⁰ 連結納税制度の見直しに当たっての基本的な考え方では、企業グループの一体的運営が行われているという実態を踏まえ進めていくこと、および企業グループの一体性に着目することが述べられていることから、整合性がとれる。内閣府・前掲注 343、6-7 頁。

なお、組織再編税制における「グループ」概念は、立法段階に据えた発行済株式の支配関係 50%超をいうものとして、本章における提言を行う。

他方、(1)で述べたことと反対に、SRLY ルールでは、時価評価除外法人については、グループ通算開始・加入前の欠損金が、個別の法人レベルでは、存続しているとして扱われ、維持しつつ控除できる金額をその損失を生じさせた法人又は事業の所得の範囲内に制限するものということができるから、その点で所有変化アプローチとの整合性がとられない。さらに、いくつかの課題として、「正常な株式取引を阻害すること、又は引継制限のかかる所有変化の閾値周辺で、企業支配市場を歪ませる³⁸¹」ことが挙げられる。米国についていえば、ライツプランが、敵対的買収を防ぐためではなく、§ 382 所有変化が発生しないようにするために使用された事例がある³⁸²。しかしながら、5%という低い発動要件でもポイズンピルの導入を適法とすることは、既存株主にとって好ましい敵対的買収を阻害する可能性や株主が経営に影響を与えるために行う正当な買い増し行為を阻害する可能性などが指摘されるところであり³⁸³、コーポレート・ガバナンスの観点から、企業支配権市場を歪め、現経営陣への規律を緩める可能性がある³⁸⁴。さらに、これをルールにするためには、株主の範囲(株式の種類)やどれだけの変化があれば引継制限を行うかなどを決める必要がある³⁸⁵。

³⁸¹ 長戸貴之・前掲注 354、76 頁。

³⁸² *Versata Enterprises, Inc. v. Selectica, Inc.*, 5 A. 3d 586 (Del. 2010). Selectica は、2000 年の上場以来赤字経営を続けて多額の NOL を有していたが、2008 年 11 月までに 5% 以上を保有する株主による株式取得の累計が 40% に達し、「§ 382 所有変化」による多額の NOL を喪失するおそれにあった。そこで、Selectica は、採用中であったライツプランのトリガー割合を 15% から 5% に引き下げつつ、既存の 5% 株主はライツプランの適用除外とした上で少量の追加取得を認めた。裁判所は、NOL ピルの主な目的は潜在的価値のある資産の不慮の没収を防ぐことであり、敵対的買収ではないが、すべてのライツプランは、性質上、保身的効果を持つ可能性があるため、ユノカル基準が適用されると判示した。

同裁判は、「NOL の有無にかかわらず低い割合を発動条件とするポイズンピルを一般的に相当と認めるものとして解釈してはならないとしながらも、有効とする途を開いた点は重要である」。久保佳納子「5%の株式取得を発動条件とする NOL ポイズンピルの有効性」『商事法務』No. 2005 (2013)、50 頁。

我が国についていえば、NOL ポイズンピルではないが、新株予約権無償割当が不公正な方法によるものか否かが争われた日本の裁判例で三ツ星事件(最二判令 4・7・28 資料版商事 461 号 147 頁)では、その判断枠組みが必ずしも明確ではないことが指摘される。玉井裕子ら・前掲注 185、27 頁。

³⁸³ Peter B. Siegal. *USING APPRAISAL TO PROTECT NET OPERATING LOSS CARRYFORWARDS*, Northwestern University Law Review, 927. (2012). See also Practical Law Corporate & Securities and Scott Towers, Ballard Spahr LLP “*Poison Pills: Defending Against Takeovers/Stockholder Activism and Protecting NOLs*,” Thomson Reuters Practical Law (2016).

³⁸⁴ 一方で、NOL ポイズンピルを採用する企業には、その後の企業業績の向上のシグナルを示していることを指摘する論文がある。Danielle Stanley, *Shareholder Beware? Examining NOL Poison Pill Adoptions*, University of Tennessee, 44-45 (2022).

³⁸⁵ 岡村忠生・前掲注 42、481 頁。

表 6： (1) (2)のまとめ

	グループ通算との中立性	採用する場合の留意点
事業継続アプローチ	<p>SRLY ルールにより、時価評価除外法人については、グループ通算開始・加入前の欠損金が、個別の法人レベルでは、存続しているとして扱われ、維持しつつ控除できる金額をその損失を生じさせた法人又は事業の所得の範囲内に制限するものといえることができるから、その点でグループ通算制度との整合性がとれる。ただし、一定の場合に非中立性が生じる。</p>	<p>M&A により引き継がれる事業や資産等によりシナジーが生じることを要求すること。</p>
所有変化アプローチ	<p>反対に、所有変化アプローチは、株主の変動に着目するものであるから、欠損金の控除利益をその損失を生じさせた法人又は事業の所得の範囲内に制限するという SRLY ルールとは、整合的ではない。</p> <p>一方で、米国歳入法典における IRC § 382 と SRLY ルールの適用の重複があった場合には、SRLY ルールに代えて、IRC § 382 が適用される。所有変化アプローチを基調とする IRC § 382 が SRLY ルールの目的を果たすという意味において、所有変化アプローチは SRLY ルールと整合する。</p>	<p>株主の範囲(株式の種類)やどれだけの所有変化があれば、NOL の引継制限を行うかなどを決める必要がある。</p>

(筆者作成)

第2節 PGM事件の検討と欠損金引継ぎ提言の検証

1. 事実関係³⁸⁶

パシフィックゴルフプロパティーズ(以下、「PGP」という。)は、2009年4月28日に、大手商社から経営不振に陥っていたゴルフ場運営会社であるPGPAH6(以下、「C1社」という。)を買収して完全子会社化した。C1社については、元代表者が行っていた不正行為に基づく、簿外債務が存在していた。そこで、PGPは、簿外債務の債権者から損害賠償請求を受けてゴルフ場が差し押さえられるという不測の事態が生じることがないように、C1社のゴルフ場運営事業をC1社の新設完全子会社C2社に分社型分割で移転させた後、簿外債務のみを抱えるC1社を潜在的債権者への対応のために存続させることとした。その後、C1社は、C2社の全株式をPGMのグループ会社に対して譲渡したが、その結果、C1社には多額の譲渡損が発生し、多額の欠損金額を抱えることとなった³⁸⁷。

PGMP4(以下、「B社」という。)の取得経緯は明らかではないが、C1社とB社は、2011年12月5日に特定資本関係が生じ、その後、PGPの100%子会社となっている。

PGP社は、C1社が抱える約57億円の欠損金をPGPが全株式の99.999%を所有するPGMプロパティーズ(以下、「A社」という。)に対して引き継ぐことを目的として、2017年1月1日付で、PGPの完全子会社であるB社を合併法人、C1社を被合併法人とする合併(以下、「第1吸収合併」という。)を実行し、同日に、A社を合併法人、B社を被合併法人とする合併(以下、「第2吸収合併」という。)を実行した。B社とC1社とは、PGPの完全子会社であったため、第1吸収合併は、完全支配関係適格合併(法法2条十二の八イ)の要件を充足していたが、A社には、0.00001%の株式を保有する少数株主が存在していたため、第2吸収合併は完全支配関係適格合併の要件を満たさず、支配関係適格合併(法法2の十二の八ロ)の要件を充足するものであった(第1吸収合併と第2吸収合併を併せて以下では、「本件2段階合併」という。)。A社は、2017年3月期において、引き継いだ約57億円の未処理欠損金額を損金の額に算入して確定申告を行った。

これに対して、課税当局は、本件2段階合併に係る一連の行為によってC1社の欠損金をA社に引き継いでA社の欠損金額として算入したことは、法法132の2にいう「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」に該当するとして、A社の法人税の更正処分等を行なった。これに対して、A社から審査請求がなされたが、国税不服審判所は、

³⁸⁶ 本件事実関係は、以下の書籍、新聞報道及び専門誌記事における事実並びに関連する開示資料を参照している。

・森・濱田松本法律事務所「組織再編成に係る行為計算否認規定(法132条の2)を適用した新たな否認事案の検討」(2021)、3-5頁。

・太田洋編・前掲注329、173-175頁。

・日本経済新聞「PGM系、企業再編巡り50億円申告漏れ 不服で提訴」(2021)。

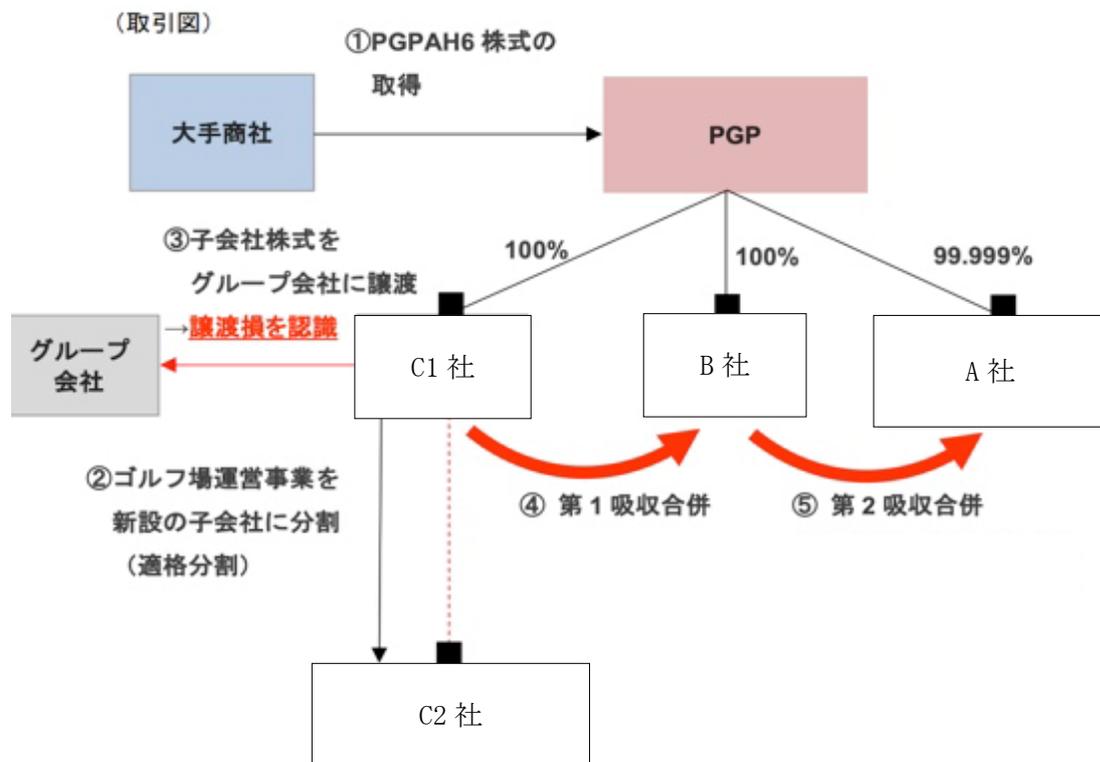
・T&A master編集部「新たな132条の2適用事例の全容」『T&A master』No.883(2021)、4-9頁。

・伊藤剛志「適格合併による未処理欠損金の引継ぎと法人税法132条の2~TPR事件東京高裁判決の合理的解釈の試み〜」『租税研究 会員懇談会資料』(2023)。

³⁸⁷ 現行の法人税法においては、100%グループ内の株式譲渡は、グループ法人税制の適用により原則として譲渡損益の認識が繰延べられる(法法61の13)。しかし、当該事案の株式譲渡はグループ法人税制が導入される前に実行されているため、C1社は株式譲渡損失を認識できたものと考えられる。

上記更正処分等を適法として、A社の審査請求を棄却した。2021年4月、A社は上記更正処分等の取消訴訟を提起した。本論文執筆段階において訴訟係属中である。上記事実関係は、図1のようになる。

図1：事実関係



(出所：森・濱田松本法律事務所・前掲注386、5頁(一部筆者修正))

2. 国税不服審判所による裁決

国税庁「三社合併における適格判定(照会)」と題する照会事例³⁸⁸において、上記事実関係に示す本件2段階合併が行われた場合には、原則として、各合併について合併の順にそれぞれ適格判定を行う旨が記載されている。本件では、B社によるC1社の吸収合併は100%グループ内再編であることから適格合併となり、A社によるB社の吸収合併も50%超100%未満のグループ内再編として適格合併と判断され、もともとはC1社が有していた57億円の未処理欠損金がA社へ引き継がれることも容認されるものと考えられる³⁸⁹。

しかしながら、国税不服審判所は、TPR事件で示された判旨下線部「完全支配関係がある法人間の合併についても…合併による事業の移転及び合併後の事業の継続を想定しているものと解される」という解釈を根拠にして、「C1社は本件合併の日から遡ること5年以上も前から事実上休眠状態にあり、本件合併の時点における事業実態はなかったものと認められる。そうすると、C1社にはそもそも組織再編成によって『引き継がれるべき事業』がな

³⁸⁸ 国税庁(平成21・01・23経局第1号 平成21年1月27日)「三社合併における適格判定について(照会)」令和5年10月2日閲覧。

³⁸⁹ T&A master 編集部・前掲注386、7頁。

く、C1 社が有する未処理欠損金額は、通常の組織再編成の手順によって請求人に引き継がれることはなかったものである。…このような場合においてまで、未処理欠損金の引継ぎを認めることとするのは、法法 57②の趣旨及び目的から逸脱したものといわざるを得ない³⁹⁰」とした。

つまり、C1 社は事業を行っていないのであるから、「簿外債務管理や債権者対応のためだけに存続している C1 社の B 社による吸収合併の適格性を、『事業の継続性』の観点から否認した³⁹¹」ことになる。また、「B 社による C1 社の吸収合併に伴う繰越欠損金の引継ぎは、100%グループ内での適格合併について規定した法法 2 十二の八イや、適格合併が行われた場合における繰越欠損金の引継ぎを規定した法法 57②の趣旨に反するとの判断も示した³⁹²」ものとされる。

3. 検討

本件裁決は、ヤフー・IDCF 事件の法法 132 の 2 の不当性要件の判断枠組みに係る判示を引用し、その上で、TPR 事件高裁判決を踏襲している。すなわち、組織再編税制の基本的な考え方から、「完全支配関係にある法人間の適格合併についても、被合併法人の事業の移転及び継続」という要件を事実上付加したかのように解している³⁹³。斯様な解釈のもとでは、事実上休眠会社であった C1 社には、そもそも引き継がれるべき「事業」がなく、そうである以上、C1 社の欠損金は通常の組織再編成の手法では A 社に引き継がれることがないことになる。これは、事業継続性アプローチの考え方に近く、C1 社により引き継がれる「事業」が存在しないことから、未処理欠損金の引継ぎはできないという結論になる(表 7)。

しかしながら、本件のように、偶発債務のリスクが健全な事業であるゴルフ場運営事業に及ばないように、会社法上、法人格ごとに有限責任の原則が適用されてることを利用して、両者を分社型分割により分離することは、実務上も広く行われており³⁹⁴、簿外債務に係る潜在的債務者対応のために存続している法人を営利法人たる株式会社として存続させることは、会社法上も少なくとも否定されていない³⁹⁵。そうである以上、一定期間が経過して、偶発債務のリスクがどの程度あるかが概ね見通せることとなった段階で、法人格を維持しておくための管理コストを削減するために、そのような会社(C1 社)を収益事業を営んでいる他の会社(B 社)に吸収合併させることには、十分な正当事由と経済合理性があると考えられる³⁹⁶。

³⁹⁰ 伊藤剛志・前掲注 386、40 頁。

³⁹¹ T&A master 編集部・前掲注 386、8 頁。

³⁹² T&A master 編集部・前掲注 386、8 頁。

³⁹³ 太田洋「法人税法 132 条の 2 の射程と課題—TPR 事件東京高裁判決および PGM 事件を素材として—」『水野忠恒先生古稀記念論文集 公共・会計の制度と理論』(中央経済社、2022)、384 頁。

同趣旨として伊藤剛志・前掲注 386、41 頁。

³⁹⁴ 西村あさひ法律事務所編著『事業再生大全』(商事法務、2019)、99—100 頁。

³⁹⁵ 偶発債務を完全に遮断するためには、C1 社を解散させる途もあるが、株式会社の解散には公告が必要であり(会社法 499 条)、潜在的債権者からの損害賠償請求を招きかねないため、C1 社の解散という選択肢を選択しなかったこと自体には正当な理由があるものと解される。T&A master 編集部・前掲注 386、5 頁。太田洋・前掲注 393、384 頁。

³⁹⁶ 太田洋・前掲注 393、384 頁。

仮に、このようなケースにまで「事業の継続」が求められるとなれば、吸収合併はやめて、売却、解散などの他の選択肢を採らざるを得なくなる³⁹⁷という点で課税の中立性の観点から望ましくないと考える。さらに、国側は、国税不服審判所における主張の中で、C1社の簿外債務管理等を「受動的業務」と認定している³⁹⁸が、当該「業務」を「事業」と解することも可能であり、本章第1節3.(1)において検討したように、「事業の継続性」の「事業」がどの程度の水準を示しているのかが必ずしも明確ではないことが問題となる。一方で、経営判断としては、不合理、不必要に他の法人の事業を引継げば、未処理欠損金の引継ぎが可能となり、グループ通算制度との非中立性が顕れることになる。

本件を所有変化アプローチから捉えた場合、本件未処理欠損金の引継ぎは妥当であったと考えられる。すなわち、グループ企業を一体としてみた上での所有変化アプローチにおいて、未処理欠損金の引継ぎ制限を正当化するためにはグループ外損失の取込み(法人の所有者である株主に一定の変化)が必要となる。本件で問題となるC1社の欠損金は、2009年4月28日にPGPがC1社を完全子法人化した後に発生したものであるため、未処理欠損金の引継ぎ制限は、正当化できない(表7)。TPR事件高裁判決についても、旧TATにおいて生じた未処理欠損金はTPRが支配権を取得し子法人化した後に発生したものであるため、同様の理由により、正当化することはできない(表7)。斯様な所有変化アプローチは、事業の継続性の概念に拘束されることがないため、組織再編における適格性判定との混同の問題にも対応できるものとする。

ヤフー事件は、もともとソフトバンクグループが買収したグループ外のIDCSの既発生の繰越欠損金を、ヤフーが利用するという事案であったため、法法132の2の解釈の論点とはべつに、所有変化アプローチを採った場合においても、その結論である欠損金の引継制限は正当化される(表7)。

表7：繰越欠損金引継要件の提言の評価

	ヤフー事件判決	TPR事件判決	PGM事件裁決
事業継続性アプローチによる制限	×	○	○
所有変化アプローチによる制限	○	×	×
ヤフー事件、TPR事件判決	-	-	○

正当化できる：○、正当化できない：×

(筆者作成)

4. 結論

以上を踏まえると、グループ通算制度との欠損金の取扱いの中立性という観点から、組織再編税制において採用されるべき繰越欠損金引継要件は、所有変化アプローチを基礎とした制度構築が望ましいと考える。

³⁹⁷ T&A master 編集部・前掲注386、9頁。

³⁹⁸ T&A master 編集部・前掲注386、9頁。

TPR 事件、及び本件に示されるような事業継続性アプローチによる欠損金引継制限は、「事業」がどの程度の水準を求めているのかが必ずしも明らかではないことや簿外債務管理等を行っている企業の欠損金は認められなくなる。また、欠損金を引継ぐために非効率な損失事業が不本意に継続するという不経済も指摘される。企業が本意若しくは不本意に事業を引き継いだことにより被合併法人の未処理欠損金を享受した場合には、SRLY ルールを導入するグループ通算制度との非中立性が顕れることになる。

グループ企業を一体としてみたうえでの所有変化アプローチは、グループ通算制度とも中立性が図られる³⁹⁹。その具体的な制限規定について、現行法から大きく乖離することのないように反映する場合には、第 1 に法法 57②の「適格合併が行われた場合」という文言以上の要件を付加しないこと、第 2 に法法 57③の「当該適格合併が共同で事業を行うための合併として政令で定めるものに該当する場合」、及び法法 57④の「当該適格組織再編成等が共同で事業を行うための適格組織再編成として政令で定めるものに該当しないとき」という未処理欠損金の引継要件を廃止すること(=みなし共同事業要件の撤廃)、第 3 に法法 57②において引き継ぐことができる未処理欠損金額を「支配関係事業年度以後の未処理欠損金額」に変更することである。

第 1 については、本論文を通じて述べてきた課税繰延要件と繰越欠損金の引継要件は、関連性、類似性を有するものの、それぞれ別の系譜で発展してきておりその目的も異なるのであるから、繰越欠損金の引継制限に当たっては、両者を区別するべきである⁴⁰⁰。

第 2 については、グループ企業を一体としてみた上で、グループ内で生じた欠損金については、合併による引継ぎを認めるという考え方である。法人税は、最終的には株主が負担していると考えれば⁴⁰¹、繰越欠損金控除の利益は、繰越欠損金が発生したときにその損失を被った株主が得るべきであり、その支配株主(50%超)が一定の期間(適格合併の日の属する事業年度の日の 5 年前の日から)異動していないのであれば(グループ企業の一体性を図る時間的制限)、その株主が被った損失として、特段の制限なく未処理欠損金を利用できる。換言すれば、グループという概念を用いることができない共同事業再編成については、未処理欠損金が引継がれるべきではないという結論になり得よう。

第 3 については、グループ内で生じた欠損金であるため、株主所有に関する支配が及ばない欠損金については適用しない(量的制限)。

グループ企業を一体としてみたうえでの所有変化アプローチを基調とした当該提言によって未処理欠損金引継の制限を行うことは、課税繰延と欠損金移転の混同の解消のみならず、「支配の継続」概念との区別を通じた法法 57②の趣旨・目的の解釈の争いに一定の終止符を打つことになり、予測可能性及び法的安定性の向上が図られると考える。

³⁹⁹ 本章第 1 節 2. (2) 参照。

⁴⁰⁰ 第 2 章第 4 節まとめ、及び第 3 章第 3 節まとめ参照。

⁴⁰¹ 第 2 章第 3 節 2. (2)①(二) 参照。

むすび

令和5年6月16日に閣議決定された「経済財政運営と改革の基本方針2023⁴⁰²」では、「中堅・中小企業の活力向上」と題して、地域経済を支える中堅・中小企業の活力を向上させ、良質な雇用の創出や経済の底上げを図る手段として、M&Aや外需獲得、イノベーションの支援、併走支援の体制整備等に取り組むこと、また、GX、DX、人手不足等の事業環境への対応を後押ししつつ、切れ目のない継続的な中小企業等の事業再構築・生産性向上の支援、円滑な事業承継の支援を行うことが明らかにされている。

さらに、経済産業省主催の「対日M&A課題と活用事例に関する研究会」では、日本企業が海外資本の持つグローバルネットワークやノウハウ等を活用して、海外販路の拡大や経営の高度化、人材の強化・育成(対日直接投資)を促していくことが日本経済の発展に貢献すると纏められている⁴⁰³。

海外資本の活用方法の一つとして外国企業又は海外PEファンドによる日本企業へのM&Aが挙げられている。現実には、世界の経済力上位10カ国における対内直接投資を対GDP比で見ると、イギリス88.21%、カナダ68.25%、フランス32.22%、アメリカ43.90%、OECD平均50.91%に対して日本は5.24%と極めて低い水準である(図2)。

我が国の組織再編税制創設の経緯として、平成8年度の金融自由化を受けて、外国企業による対内直接投資を促進しようとする動きに伴い、まずは国内におけるM&Aの環境が整い、M&Aが企業戦略の一環として機能することが、外国企業によるM&Aをも増やすこととされ、国内におけるM&A法制の充実化が急務とされた背景があった⁴⁰⁴。創設から20年以上が経過し、M&A法制のインフラが一定程度整った中、上記のような企業再編を促すような我が国の指針に対して、組織再編税制の根底をなす「支配の継続」概念が足枷となるようなことはあってはならないと考えられる。

また、上記の骨太方針には、新型コロナウイルス感染症等の影響等への対応で債務が増大している中小企業等の収益力改善・事業再生・再チャレンジの支援についても強化していくことが盛り込まれている⁴⁰⁵。国税庁の統計によると、企業の繰越欠損金の翌期繰越は、感染症等が蔓延する以前の平成31年分で60兆9538億円だったものが、令和3年分で73兆5398億円にまで増加し、組織再編税制が導入された平成13年分の79兆6788円に迫る勢いである⁴⁰⁶。企業債務が膨張する中、「令和6年度税制改正に関する租研意見」では、欠損金の繰越控除期間の延長等の必要性が指摘される⁴⁰⁷。

本研究を通じて検討したように、大法人を対象とした欠損金の繰越控除制度における控除限度額は、段階的に引き下げられてきた(平成30年度以降は所得の50%、中小法人については課税所得の全額)が、欠損金の繰越控除期間(9年、平成30年度から10年)は、アメ

⁴⁰² 内閣府「経済財政運営と改革の基本方針2023 加速する新しい資本主義～未来への投資の拡大と構造的な賃上げの実現～(令和5年6月16日閣議決定)」(2023)、24頁。

⁴⁰³ 経済産業省「対日M&A活用に関する事例集 海外資本を活用して、企業変革・経営改造・飛躍的成長に繋げた日本企業のケーススタディ」(2023)、1頁。

⁴⁰⁴ 第1章第1節1.(1)参照。

⁴⁰⁵ 内閣府・前掲注402、24頁。

⁴⁰⁶ 国税庁 各年「会社標本調査結果」を参照。

⁴⁰⁷ 宗岡正二「令和6年度税制改正に関する租研意見」『租税研究』(2023)、13頁。

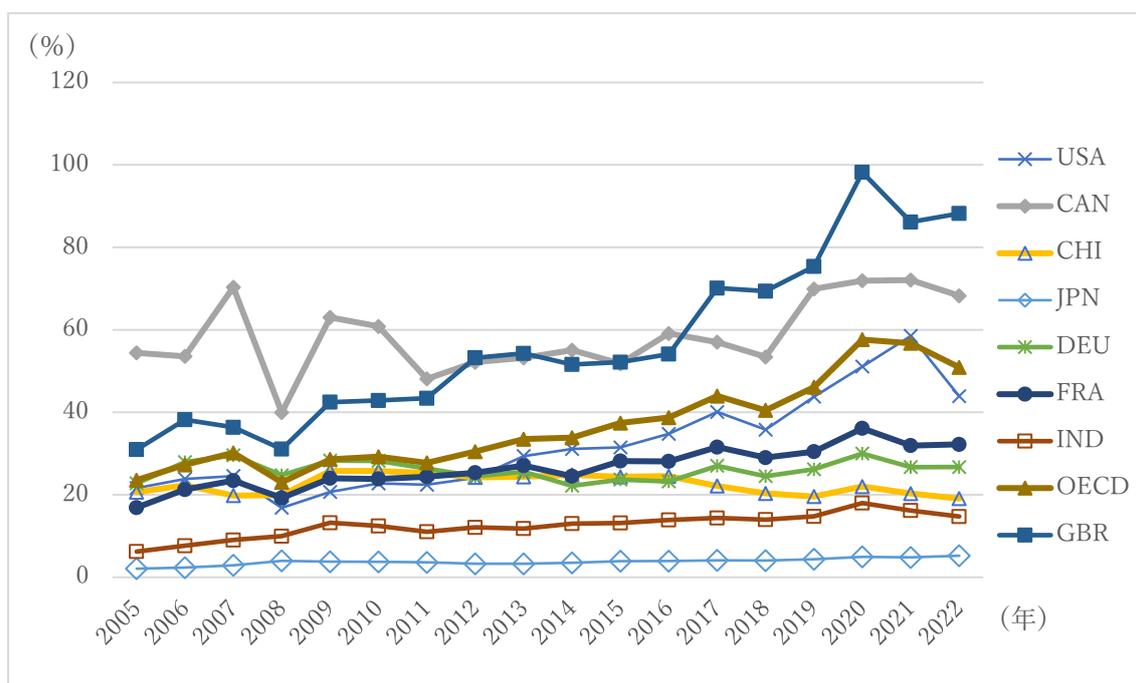
同旨として、日本公認会計士協会「令和6年度税制改正意見書」(2023)、21-22頁。

リカ、イギリス、ドイツ、フランス、オーストラリア(ともに無制限)に比較して短い。そのため、欠損金移転への誘因が大きくなる一方で、欠損金の法人移転に際しての制限規定である法法 57 について、「支配の継続」概念の複雑化、及び課税繰延と繰越欠損金引継ぎ制限の混同により、租税当局と納税者との間に紛争が起きやすい建付となっている。

そこで、本研究では、当該紛争の解決に向けて、組織再編税制における課税繰延理論と欠損金の引継ぎ理論との区別を通じて、それらを混同する所以、根拠がないことを明らかにした。そして、米国歳入法典の欠損金引継ぎアプローチを参考に、令和 2 年度に創設されたグループ通算制度との課税の中立性の観点から、繰越欠損金の引継要件は、所有変化アプローチを基礎とした制度構築が望ましいことを提言した。

本提言は、欠損金引継ぎ議論の一方向性を示したにすぎず、真に欠損金移転の厳格な制限を課すのであれば、米国歳入法典のような所有変化ルールに基づく緻密な制度構築の必要性がある。その際のいくつかの課題として、正常な株式取引を阻害すること、又は引継制限のかかる所有変化の閾値周辺で、企業支配市場を歪ませること以外に、株主の範囲(株式の種類)やどれだけの変化があれば引継制限を行うかなどを決める必要がある。加え、欠損金の引継ぎ問題は、資産の含み損(いわゆるビルトイン損失)への対処と平仄を採らなければならぬところ、本研究では欠損金の引継ぎに着目するに留まり、より具体的かつ広範な検討は今後の研究課題として残された。

図 2：対内直接投資残高の GDP 比の推移(年比)



(出所：OECD (2023), FDI stocks (indicator). doi: 10.1787/80eca1f9-en (Accessed on 21 October 2023))より筆者作成

参考文献

(日本文献：五十音順)

1. 明石英司＝渡邊直人＝岡村忠生＝岩品信明「東京地裁平成 26 年 3 月 18 日判決の検討」『税務弘報』62 卷 7 号(2014)。
2. 阿部泰久「改正の経緯と残された課題」江頭憲治郎＝中里実『企業組織と租税法』(別冊商事法務 No. 252、2002)。
3. 阿部泰久ほか「連結納税制度の実務」『別冊商事法務』No. 254 (2002)。
4. 泉絢也「適格合併による繰越欠損金の引継ぎを認める法人税法 57 条 2 項の『本来の趣旨及び目的』には『事業の継続』が含まれているか？－TPR 事件を素材として－」『千葉商大論叢』第 57 卷(2020)。
5. 泉徳治ほか「租税訴訟の審理について(第 3 版)」(法曹会、2018)。
6. 一高龍司「国際的組織再編成に関する米国連邦所得税上の取扱一要点と最近の動向」『グローバル時代における新たな国際的租税制度のあり方～BEPS プロジェクトの重要な積み残し案件の棚卸し検証～』(21 世紀政策研究所、2018)。
7. 伊藤公哉『アメリカ連邦税法(第 8 版)所得概念から法人・パートナーシップ・信託まで』(中央経済社、2021)。
8. 伊藤剛志「一般的租税回避否認規定の適用が争われた裁判例」『ジュリスト』No. 1496 (2016)。
9. 伊藤剛志「適格合併による未処理欠損金の引継ぎと法人税法 132 条の 2～TPR 事件東京高裁判決の合理的解釈の試み～」『租税研究 会員懇談会資料』(2023)。
10. 井上久弥『企業集団税制の研究』(中央経済社、1996)。
11. 今井俊哉「連結納税制度における繰越欠損金の法人間移転と課税理論－組織再編税制との比較を踏まえて－」『租税資料館受賞論文集第 29 回上巻』(租税資料館、2020)。
12. 今村隆「組織再編税制における租税回避－素朴な経済合理性から洗練された濫用基準へ－」『租税法研究－租税法の過去・現在・未来－』第 50 号(租税法学会、2022)。
13. 今村隆『現代税制の現状と課題(租税回避否認規定編)』(新日本出版社、2017)。
14. 今村隆『租税回避と濫用法理－租税回避の基礎的研究－』(大蔵財務協会、2015)。
15. 岩崎政明「ヤフー事件最高裁判決における法人税法 132 条の 2 所定の『法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの』の意義及びその該当性の判断方法」『判例評論』705 号(判例時報 2343 号、2017)。
16. 岩崎政明編『税法用語辞典 9 訂版』(大蔵財務協会、2016)。
17. 鶴瀬恵子ほか「新しい持株会社規制－独禁法改正に関する全資料集－」『別冊商事法務』No. 197 (1997)。
18. 梅本淳久『条文・事例・図表で読み解く 繰越欠損金の税務』稲見誠一監修(ロギカ書房、2023)。
19. 江頭憲治郎ほか「『会社法制の現代化に関する要綱試案』をめぐって」『会社法制の現代に関する要綱試案の論点』(別冊商事法務 No. 271、2004)。
20. 江頭憲治郎『結合企業法の立法と解釈』(有斐閣、1995)。
21. 江頭憲治郎『株式会社法第 7 版』(有斐閣、2017)。

22. 大蔵省主税局編著『REPORT ON JAPANESE TAXATION BY THE MISSION シャウプ使節団日本税制報告書』（日本租税研究協会、1949）。
23. 太田洋「ヤフー・IDCF 事件東京地裁判決と M&A 実務への影響(下)」『商事法務』No. 2038 (2014)。
24. 太田洋「関連企業間取引の税務否認を巡る近時の裁判例」金子宏監修『現代租税法講座第3巻 企業・市場』（日本評論社、2017）。
25. 太田洋「法人税法 132 条の 2 の射程と課題－TPR 事件東京高裁判決および PGM 事件を素材として－」『水野忠恒先生古稀記念論文集 公共・会計の制度と理論』（中央経済社、2022）。
26. 太田洋「ヤフー・IDCF 事件最高裁判決の分析と検討」『税務弘報』（2016）。
27. 太田洋「企業グループ税制等の実務上の課題」『税研』No. 204 (2019)。
28. 太田洋編著『M&A・企業組織再編のスキームと税務～M&A を巡る戦略的プランニングの最先端～』（大蔵財務協会、2019）。
29. 岡村忠生「法人清算・取得課税におけるインサイド・ベシスとアウトサイド・ベシス」『法学論叢 148 巻 5・6 号』（2001）。
30. 岡村忠生『法人税法講義』（成文堂、2007）。
31. 岡村忠生「法人税制における課税関係の継続について－圧縮基調からグループ法人税制へ」『日本租税研究協会』（2011）。
32. 岡村忠生「グレゴリー判決再考－事業目的と段階取引－」『税務大学校論叢 40 周年記念論文集』（2008）。
33. 岡村忠生「企業結合と税法」『商事法務』No. 1841 (2008)。
34. 岡村忠生「組織再編成と行為計算否認(1)」『税研』No. 177 (2014)。
35. 岡村忠生「組織再編成と行為計算否認(2)」『税研』No. 177 (2014)。
36. 岡村忠生「租税回避否認への柔らかな対応～ヤフー事件最高裁判決～」『WLJ 判例コラム臨時号』第 77 号(2016)。
37. 岡村忠生「法人税法 132 条の 2 の『法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの』の意義と該当性」『ジュリスト』No. 1495 (2016)。
38. 織田吉蔵「法人の繰越欠損金と所得税」『會計』19 巻 5 号(1926)。
39. 香川隼人編「令和三年改正産業競争力強化法の解説」『商事法務』No. 2270 (2021)。
40. 柿沼重志＝中西信介「産業競争力強化法案の概要と主な論点～過小投資、過剰規制、過当競争の是正は進むのか～」『経済のプリズム』No. 120 (2013)。
41. 柿原良美「組織再編成に係る行為計算否認規定の解釈・適用をめぐる諸問題」『税務大学校論叢』第 82 号(2015)。
42. 鎌田純一編「日本再興戦略の概要と今後の課題－期待される『成長戦略実行国会』での議論の変化－」(2013)。
43. 神作裕之「コーポレートガバナンス・コード改訂とガバナンス改革」『商事法務』No. 2264 (2021)。
44. 神山弘行「事前照会制度に関する制度的課題<研究ノート>」『独立行政法人経済産業研究所』（2010）。
45. 神田秀樹ほか「事業再編実務指針とポートフォリオマネジメント(上下)」『商事法

- 務』No. 2238、No. 2239（2020）。
46. 神田秀樹『会社法第 23 版』（弘文堂、2021）。
 47. 金井貴嗣編『独占禁止法第 4 版』（弘文堂、2013）。
 48. 金子宏『租税法第 7 版』（弘文堂、1999）。
 49. 金子宏『租税法第 24 版』（弘文堂、2021）。
 50. 監査法人三田会計社『企業集団会計の実務』（中央経済社、1988）。
 51. 北村導人「企業グループ税制等の全体像」『税研』No. 224（2019）。
 52. 木村美由紀「組織再編税制における『移転資産等に対する支配の継続性』及び『株主の投資の継続性』に関する一考察」『税務大学校論叢』第 100 号（2018）。
 53. 黒田光樹子「組織再編税制について（欠損金の取扱い）」『租税研究』（2015）。
 54. 久保佳納子「5%の株式取得を発動条件とする NOL ポイズン・ピルの有効性」『商事法務』No. 2005（2013）。
 55. 経済企画庁『平成 6 年度経済白書』（大蔵省印刷局、1994）。
 56. 経済企画庁『平成 9 年版経済白書』（大蔵省印刷局、1997）。
 57. 経済産業省「事業再編の促進（概要資料）」（2021）。
 58. 経済産業省『『スピンオフ』の活用に関する手引 令和 5 年 6 月』（2023）。
 59. 経済産業省「対日 M&A 活用に関する事例集 海外資本を活用して、企業変革・経営改造・飛躍の成長に繋げた日本企業のケーススタディ」（2023）。
 60. 国税庁 HP 質疑応答事例「無対価合併に係る適格判定について（株主が個人である場合）」。
 61. 国税庁 HP 質疑応答事例「持株会社と事業会社が合併する場合の事業関連性の判定について」。
 62. 国税庁 HP 文書回答事例集「英国子会社がオランダ法人と行う合併の取扱いについて」。
 63. 国税庁 HP「三社合併における適格判定について（照会）」。
 64. 小塚真啓「法人税法 132 条の 2 の不当性要件の意義とその判断枠組み－ヤフー事件」『ジュリスト』No. 1505（2017）。
 65. 小塚真啓「法人税法 132 条の 2 の不当性要件の意義と予測可能性－ヤフー事件」『税研』No. 208（2019）。
 66. 小塚真啓「連結納税制度の改革を評価する」『税研』No. 211（2020）。
 67. 小塚真啓「連結納税制度改革 2020 の評価と展望－ポスト・コロナにおける『法人課税のクロノトポス』の変容可能性を探る」『租税研究』（2020）。
 68. 財務省「平成 18 年度 税制改正の解説」（2006）。
 69. 財務省「平成 19 年度 税制改正の解説」（2007）。
 70. 財務省「平成 22 年度 税制改正の解説」（2010）。
 71. 財務省「平成 27 年度 税制改正の解説」（2015）。
 72. 財務省「平成 29 年度 税制改正の解説」（2017）。
 73. 財務省「平成 30 年度 税制改正の解説」（2018）。
 74. 財務省「令和 2 年度 税制改正の解説」（2020）。
 75. 財務省「令和 3 年度 税制改正の解説」（2021）。

76. 財務省「令和5年度 税制改正の解説」(2023)。
77. 酒井貴子「法人税法132条、132条の2現規定に対する私論」『税務弘報』(2016)。
78. 酒井貴子「連結納税制度の日米比較—最近の米国連結納税制度の話題を踏まえて」『租税研究』(2013)。
79. 酒井貴子「租税属性についての基礎的研究」『租税研究』(2015)。
80. 酒井貴子『法人課税における租税属性の研究』(成文堂、2011)。
81. 酒井貴子「欠損金の移転—組織再編税制、連結納税制度」金子宏監修『現代租税法講座第3巻 企業・市場』(日本評論社、2017)。
82. 佐藤正樹「グループ通算制度と実務上の留意点」『租税研究』(2022)。
83. 佐藤修二「ヤフー事件・IBM事件の終結を迎えて」『NBL』No.1071(2016)。
84. 佐藤信祐「制度趣旨から理解する組織再編税制(前後)」『税務弘報』(2017)。
85. 佐藤信祐『組織再編における包括的租税回避防止規定の実務』(中央経済社、2009)。
86. 佐藤信祐『組織再編における繰越欠損金の税務詳解(第5版)』(中央経済社、2017)。
87. 宍戸善一ほか「内部的組織再編及びグループ・ガバナンス(2)」『NBL1197号』(2021)。
88. 宍戸善一ほか「内部的組織再編およびグループ・ガバナンス(1)」『NBL No.1196』(2021)。
89. 品川芳宣「組織再編税制における行為計算の否認—ヤフー事件—」『税研 No.177』(2014)。
90. 白石忠志『独禁法講義 [第10版]』(有斐閣、2023)。
91. 柴崎澄哉ほか『改正税法のすべて 平成14年度版』(大蔵財務協会、2002)。
92. ジョン・K・マクナルティ=赤松晃「米国における企業組織再編に係る連邦所得税の基礎理論」『租税研究』630号(2002)。
93. ジョセフ・A・ペックマン『アメリカの租税政策 第5版』(坂野光俊監修 立命館大学財政学研究会訳 日本税務研究センター、1991)。
94. 菅原英雄「開始・加入と離脱に伴う時価評価と繰越欠損金の取扱い」『税研』No.224(2022)。
95. 鈴木孝一「米国の非課税組織再編における事業継続性の要件」『愛知大学経営総合科学研究所(紀要)』(1998)。
96. 須田徹『アメリカの税法—連邦税・州税のすべて』(中央経済社、1998)。
97. 須貝脩一「米国歳入法典における純損失の承継(1)」『税法学』169号(1965)。
98. 武田昌輔「欠損金・損失金についての課税上の問題点」『日税研論集』26巻(1994)。
99. 武田昌輔編『DH コメンタール法人税法』(第一法規、1979)。
100. 武田昌輔「資本積立金額による欠損補てんの会計処理表示」『税経通信』58巻7号(2003)。
101. 武田昌輔『欠損金の繰越制度等の理論と実務』『日税研論集』59巻(2009)。
102. 武田昌輔『立法趣旨法人税法の解釈』(財経詳報社、1985)。
103. 武田昌輔『会社合併の実務』(税務経理協会、1978)。
104. 武田昌輔『税務会計論文集』(森山書店、2001)。
105. 多田雄司「組織再編税制との整合性」『税研』No.224(2022)。

106. 田中亘『会社法第3版』（東京大学出版会、2021）
107. 田中秀樹「上場会社の合併に関する実態調査の概要(下)」『商事法務』No. 1112 (1987)。
108. 谷口勢津夫「判批」『ジュリスト』No. 1538 (2020)。
109. 玉井裕子ら「M&A その1 一買収防衛策・非友好的買収を中心に」『商事法務』No. 2322 (2022)。
110. 垂井英夫「欠損金の繰越・繰戻制度をめぐる問題点」『税務弘報』52巻2号(2004)。
111. T&A master 編集部「新たな132条の2適用事例の全容」『T&A master』No. 883 (2021)。
112. 徳地淳・林史高「判批」『ジュリスト』No. 1497 (2016)。
113. 徳地淳・林史高「判例解説」『最高裁判解民事篇平成28年度』（法曹会、2019)。
114. 朝長英樹「組織再編成税制の趣旨・目的 判決を契機に考える」『税務弘報』(2014)。
115. 朝長英樹＝山田博志「会社分割等の組織再編成に係る税制について」『租税研究』614号(2000)。
116. 朝長英樹『現代税制の現状と課題(組織再編成税制編)』（新日本法規出版、2017)。
117. 朝長英樹・阿部泰久『グループ法人税制・資本関係取引等税制の解説&実務』（税務経理協会、2010)。
118. 朝長英樹ほか『企業組織再編成に係る税制についての講演録集』（日本租税法研究協会、2001)。
119. 朝長英樹ほか『日本型連結納税制度の基本的な考え方と法令等の概要』（日本租税法研究会、2003)。
120. 朝長英樹編『グループ法人税制 第3版』（法令出版、2023)。
121. 朝長英樹＝竹内陽一＝有田賢臣ほか『会社合併実務必携』（法令出版、2019)。
122. 内閣府『経済財政白書』（2013)。
123. 内閣府・税制調査会「わが国税制の現状と課題—21世紀に向けた国民の参加と選択」（2000)。
124. 内閣府・税制調査会「会社分割・合併等の企業組織再編成に係る税制の基本的考え方」（2000)。
125. 内閣府「未来投資戦略2017—Society5.0の実現に向けた改革—」（2017)。
126. 内閣府「成長戦略フォローアップ」（2020)。
127. 内閣府・税制調査会「連結納税制度の見直しについて」（2019)。
128. 内閣府「経済財政運営と改革の基本方針2023 加速する新しい資本主義～未来への投資の拡大と構造的な賃上げの実現～(令和5年6月16日閣議決定)」（2023)。
129. 中尾睦ほか(藤本哲也＝朝長英樹担当)『改正税法のすべて 平成13年度版』（大蔵財務協会、2001)。
130. 中里実「法人課税の時空間(クロノトポス)—法人間取引における課税の中立性—」『主権と自由の現代的課題』（1994)。
131. 中田信正『連結納税申告書』（中央経済社、1978)。

132. 中田信正『アメリカ税務会計論—連邦・州法人税の計算体系の解明』（中央経済社、1989）。
133. 長戸貴之「法人税法 132 条の 2 の適用が肯定された事例—ヤフー事件最高裁判決」『ジュリスト』No. 1490（2016）。
134. 長戸貴之「組織再編成における事業の継続性と繰越欠損金の引継ぎ制限—ヤフー最高裁判決の射程と関係」『ジュリスト』No. 18（2016）。
135. 長戸貴之「企業支配権移転局面における課税繰延措置に関する一考察—株式交付などの株式対価 M&A を題材に—」『学習院大学法学会雑誌』56 巻 1 号（2020）。
136. 長戸貴之「組織再編成における租税回避」『租税法研究—租税法の過去・現在・未来—』第 50 号（租税法学会、2022）。
137. 長戸貴之『事業再生と課税』（東京大学出版会、2017）。
138. 長戸貴之「スタートアップ企業によるイノベーションを促進する税制の設計のあり方」『財務省財務総合政策研究所 フィナンシャル・レビュー』第 152 号（2023）。
139. 中野百々造『会社法務と税務』（税務研究会出版局、2000）。
140. 中村宏＝林優里「パーシャルスピンオフ税制とその適用要件等の解説」『商事法務』No. 2327（2023）。
141. 西村あさひ法律事務所編著『事業再生大全』（商事法務、2019）。
142. 西本靖宏「株式交換・持株会社税制」『租税法研究—会社法の改正と法人税制—』第 31 号（租税法学会、2003）。
143. 西本靖宏「組織再編成に係る一般的否認規定と欠損金の引継ぎ」『ジュリスト』No. 1548（2020）。
144. 西本靖宏「法人組織再編における投資利益継続性の法理(上)—アメリカ連邦租税法における議論を中心に—」『大分大学経済論集』（2001）。
145. 西本靖宏「損益通算と欠損金の通算」『税研』No. 224（2022）。
146. 日本経済新聞「PGM 系、企業再編巡り 50 億円申告漏れ 不服で提訴」（2021）。
147. 日本公認会計士協会「令和 6 年度税制改正意見書」（2023）。
148. 野田秀三「欠損金の繰越制度」『日税研論集』26 号（1994）。
149. 長谷川芳孝「平成 30 年度税制改正後の M&A・組織再編の実務」『租税研究』827 号（2018）。
150. 畠山武道「アメリカにおける法人税の発達(四)—<法人—株主>課税を中心に—」『北大法学論集』28 号（1977）。
151. 原田晃治ほか「親子会社法制等に関する各界意見の分析」『別冊商事法務』No. 221（1998）。
152. 樋口周一ほか「「グループ・ガバナンス・システムに関する実務指針」の解説(上)」『商事法務』No. 2204（2019）。
153. 平川雄士「立法趣旨論再考」『租税研究』（2021）。
154. 平川雄士「TPR 事件判決と PGM 事件裁決の批判的検討—法人税法 57 条 2 項の趣旨の理解は正しいのか—」『週刊税務通信』No. 3720 号（2022）。
155. 藤原健太郎「最高裁判所民事判例研究」『法学協会雑誌』135 巻（2018）。
156. 藤曲武美「『支配の継続』の考え方」『税務弘報』62 巻 7 号（2014）。

157. 保木本正樹「法人税法 132 条の 2 にいう『法人税を不当に減少させる結果となると認められるもの』の意義等」行政判例研究会編『行政関係判例解説平成 28 年度』（ぎょうせい、2018）。
158. 本田光宏「米国における第 2 のインバージョンの波」『筑波ロージャーナル』17 号（2014）。
159. 本庄資「組織再編税制における行為計算の否認」『ジュリスト』No. 1498（2016）。
160. 本庄資「米国の租税政策と法人税制」『租税研究』699 号（2008）。
161. 本庄資『アメリカ法人税制』（日本租税研究協会、2010）。
162. 増井良啓「結合企業課税の 20 年：2001—2021」『税大ジャーナル 34 号』（2022）。
163. 増井良啓「法人税の課税単位—持株会社と連結納税制度をめぐる近年の議論を題材として—」『租税法研究—租税法と企業法制—』第 25 号（租税法学会、1997）。
164. 増井良啓『結合企業課税の理論』（東京大学出版会、2002）。
165. 増井良啓「グループ通算制度について」『水野忠恒先生古稀記念論文集 公共・会計の制度と理論』（中央経済社、2022）。
166. 松木雅彦「合同会社の M&A—持分譲渡・事業譲渡・組織再編後の株式譲渡の流れと課税関係—」『税務広報』（2023）。
167. 水野忠恒『大系租税法 第 3 版』（中央経済社、2021）。
168. 水野忠恒「企業のグループ化と法人組織税制」『租税法研究—会社法の改正と法人税制—』第 31 号（租税法学会、2003）。
169. 水野忠恒「企業の組織再編と税制」『租税法研究—租税法と企業法制—』第 25 号（租税法学会、1997）。
170. 水野忠恒「東京地裁平成 26 年 3 月 18 日判決（ヤフー事件）の検討—組織再編成と租税回避—」『国際税務』34(8)（2014）。
171. 水野忠恒「組織再編と租税回避の判例（前後半）」『租税研究』904 号、805 号（2016）。
172. 水野忠恒「企業組織再編税制改正の基本的な考え方」江頭憲治郎＝中里実『企業組織と租税法』（別冊商事法務 No. 252、2002）。
173. 水野忠恒『アメリカ法人税の法的構造—法人取引の課税理論—』（有斐閣、1988）。
174. 宗岡正二「令和 6 年度税制改正に関する租研意見」『租税研究』（2023）。
175. 村上政博編『条解 独占禁止法』（弘文堂、2014）。
176. 森・濱田松本法律事務所「組織再編成に係る行為計算否認規定（法 132 条の 2）を適用した新たな否認事案の検討」（2021）。
177. 森・濱田松本法律事務所「100%子会社の繰越欠損金の適格合併による引継ぎを否認した新たな否認事案の裁決の検討」（2023 年 7 月号、Vol. 58）。
178. 矢野邦雄「判例解説」『最高裁判解民事篇昭和 43 年度』（法曹会、1973）。
179. 山川大輔「完全支配関係にあるグループ企業の実質的一体性に関する考察—適格合併における繰越欠損金の引継要件を中心に—」『租税資料館受賞論文集 31 回第 4 巻』（租税資料館、2022）。
180. 山林茂生ほか「連結納税制度の見直しについて」『税務大学校論叢』第 89 号（2017）。

181. 吉村政穂「連結納税制度の現状と課題」『税研』No. 204 (2019)。
182. 吉村政穂「国際的組織再編成をめぐる課税問題—日米比較を中心に—」『租税法学会—国際租税法の新たな潮流—』第36号(租税法学会、2008)。
183. 吉村政穂「『不当に減少』とその判断基準としての経済合理性」『税務弘報』62巻7号(2014)。
184. 吉村政穂「平成29年度税制改正による組織再編成への影響」『税務事例研究』160号(2017)。
185. 吉村政穂「自己株対価TOBの実現と多段階再編成への対応—平成30年度税制改正による企業買収への影響」『税務事例研究』166号(2018)。
186. 吉村政穂「繰越欠損金の引継ぎと組織再編成に係る行為計算否認規定の適用」『租税事例研究』177号(2020)。
187. 吉村政穂「最近の裁判例に見る租税回避否認規定の課題」『租税研究』846号(2020)。
188. 渡辺智之「企業組織再編税制とコーポレート・ガバナンス：無形資産・二重課税・租税回避」『税研』116号(2004)。
189. 渡辺智之「『公平・中立・簡素』の理念」『税研』No. 226 (2022)。
190. 渡辺徹也「企業組織再編税制—適格要件等に関する基本原則及び商法との関係を中心に—」『租税法研究—会社法の改正と法人税制—』第31号(租税法学会、2003)。
191. 渡辺徹也「組織再編税制の再検討—非適格取引の考察を中心に—」『税経通信』58巻1号(2003)。
192. 渡辺徹也「企業組織再編税制—現行制度における課税繰延の理論的根拠および問題点等」『租税研究』687号(2007)。
193. 渡辺徹也「法人税法132条の2にいう不当性要件とヤフー事件最高裁判決【上下】」『商事法務No. 2112、No. 2113』(2016)。
194. 渡辺徹也「組織再編税制の現状と課題」『税研』No. 204 (2019)。
195. 渡辺徹也「組織再編成に係る一般的否認規定と合併による欠損金の引継ぎ」『ジュリスト』No. 1544 (2020)。
196. 渡辺徹也「グループ通算制度—連結納税制度の見直しと新制度の基本的枠組み—」『税研』No. 224 (2022)。
197. 渡辺徹也『企業組織再編成と課税』(弘文堂、2006)。
198. 渡辺徹也「法人間における資産等の移転」金子宏監修『現代租税法講座第3巻企業・市場』(日本評論社、2017)。
199. 渡辺徹也「組織再編税制における実質主義と形式主義—課税のルールの中立性と納税者が選択したルートの問題—」金子宏編『租税法の基本問題』(有斐閣、2008)。
200. 渡辺徹也『企業取引と租税回避—租税回避行為への司法上および立法上の対応』(中央経済社、2002)。
201. 渡辺徹也「組織再編成と租税回避」岡村忠生編『租税回避研究の展開と課題』(ミネルヴァ書房、2015)。

202. 渡辺徹也「株式対価 M&A と課税—株式交付に対応する課税制度のあり方—」『早稲田法学』95 卷 3 号(2020)。
203. 渡辺徹也「組織再編税性に関する平成 29 年度改正—スピンオフ税制とスクイーズアウト税制を中心に—」『税務事例研究』162 号(2018)。
204. Deloitte Tohmatsu 税理士法人編『国際税の実務ハンドブック Q&A 第 2 版』(2020)。
205. Deloitte Tohmatsu financial advisory 合同会社編『ザ・M&A デイール 企業買収・売却プロセス実践対策集』(2021)。
206. EY 税理士法人「令和 2 年度税制改正大綱」(2019)。
207. KPMG 税理士法人「2019 年度税制改正大綱」(2019)。
208. PwC 税理士法人「令和二年度産業経済研究委託事業 経済産業政策・第四次産業革命関係調査事業費（企業の組織再編成の実態等に関する調査）経済産業省委託調査報告書」(2021)。

(外国文献：アルファベット順)

1. *Bittker and Eustice, Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders, Federal Tax press, 2nd ed. (1966)*
2. *Bittker and Eustice, Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders, Warren, Gorham & Lamont, forth ed. (1987)*
3. *Danielle Stanley, Shareholder Beware? Examining NOL Poison Pill Adoptions, University of Tennessee. (2022).*
4. *David F. Shores. Continuity of business enterprise: A concept whose time has passed, The tax Lawyer, Vol. 63, No. 2. (2010).*
5. *Gerald G. Portney, Net Operating Loss Carryover: Reform Proposals, Vol. 22 San Diego Law Review. (1985).*
6. *H. R. Rep. No. 704, 73d Cong., 2^d sess. (1934).*
7. *James B. Loken. Loss Carryovers And Corporate Alterations: Toward a Uniform Approach, Minnesota Law Review. (1968).*
8. *John L. Ruppert, Proposed treasury regulation section1.368-1(d): The continuity of business enterprise test., DePaul law review. (1980).*
9. *Net Operating Loss Carryovers And Corporate Adjustments Retaining An Advantageous Tax History Under Libson Shops And Section 269, 381, And 382, Vol. 69 Yale Law Journal Company. (1960).*
10. *OECD (2023), FDI stocks (indicator). doi: 10.1787/80eca1f9-en (Accessed on 21 October 2023).*
11. *Peter B. Siegal. USING APPRAISAL TO PROTECT NET OPERATING LOSS CARRYFORWARDS, Northwestern University Law Review. (2012).*
12. *Practical Law Corporate & Securities and Scott Towers, Ballard Spahr LLP “Poison Pills: Defending Against Takeovers/Stockholder Activism and Protecting NOLs” Thomson Reuters Practical Law. (2016).*

13. *Reorganization Of Savings And Loan Associations Under Section 368-A To The "Continuity Of Interest" Test. Washington And Lee Law Review. (1975)*
14. *Roswell Magill. Taxable Income. (1937).*
15. *S. Rep. No. 617, 65th Congress. 3rd Session. (1918).*
16. *Staff of J. Comm. On Tax' n, 100th Cong, General. Explanation of the tax reform act of 1986. (1986)*
17. *The Loss Carryover Deduction And Changes In Corporate Structure. Columbia Law Review, Vol. 66, No. 2. (1966).*
18. *Walter A. Slowinski. Income Taxes And Mergers, proceeding of the annual conference on taxation under the auspices of the national tax association, Vol. 56. (1963).*

参考裁判例

(日本：年代順番)

1. 大阪高等裁判所行集事件裁判例集 14 卷 12 号 2158 頁。
2. 最高裁判所昭和 43 年 5 月 2 日民事判例集 22 卷 5 号 1067 頁。
3. 東京地判平成 26 年 3 月 18 日判例時報 2236 号 25 頁。
4. 東京高判平成 26 年 11 月 5 日訟務月報 60 卷 9 号 1967 頁。
5. 最高裁判所平成 28 年 2 月 29 日民事判例集 70 卷 2 号 242 頁。
6. 東京地判令和元年 6 月 27 日判例タイムズ 1486 号 72 頁。
7. 東京高判令和元年 12 月 11 日訟務月報 66 卷 5 号 593 頁。
8. 最高裁判所令和 4 年 7 月 28 日資料版商事 461 号 147 頁。

(米国：納税者アルファベット順)

1. *Alprosa Watch Corporation. v. Commissioner, 11 T. C. 240(1948).*
2. *Altas tool Co. V. Commissioner 80-1 U. S. T. C. (3d Cir. 1980).*
3. *American Bronze Corp. V. Commissioner, 64 T. C. 1111, 1124 (1975).*
4. *Becher v. Commissioner, 22 T. C. 932 (1954).*
5. *Bentsen v. Phinney. 199 F Supp. 363 (S. D. Tax. 1961).*
6. *Cortland Specialty. v. Comm., 60 F. 2d 937(2d Cir. 1932).*
7. *E. & J. Gallo Winey v. Commissioner, 227F. 2d 699. (9th Cir. 1955).*
8. *Gregory v. Helvering, 293 U. S. 465(1935).*
9. *Helvering v. Minnesota Tea Co., 296 U. S. 378 (1935).*
10. *Helvering v. Watts, 296 U. S. 387 (1935).*
11. *John A. Nelson Co. v. Helvering, 296 U. S. 374 (1935).*
12. *LeTulle v. Scofield, 308 U. S. 415, (1940).*
13. *Lewis v, Commissioner, 176 F. 2d at 646 (1st Cir. 1949).*
14. *Libson shops Inc. v. Koehler. 353 U. S. 382 (1957).*
15. *Morly Cypress Trust v. Commissioner. 3 T. C. 84 (1944).*
16. *New Colonial Ice Co. v. Helvering. 292 U. S. 435(1934).*

17. *Newmarket Manufacturing Co. v. U. S.* 233 F. 2d 493 (1953).
18. *Pincélelas Ice & Cold Storage Co v. Comn.*, 287 U. S. 462 (1933).
19. *Stanton Brewery. v. Commissioner.* 176F. 2d 573 (1949).
20. *Versata Enterprises, Inc. v. Selectica, Inc.*, 5 A. 3d 586 (Del. 2010).

以上