

論 説

関連者間取引における値下がり資産の課税上の取扱い

内国歳入法典 267 条に関する覚書

大阪府立大学経済学部准教授

酒 井 貴 子

SUMMARY

所得税の分野において、一定の関連者間取引に係る課税上の取扱いには、特別な注意が払われてきた中で、我が国においては、関連者間取引において生じた損失についての個別的な対処規定は置かれてはこなかった。しかし、我が国と同じく所得課税を重視した制度を有するアメリカ合衆国において、関連者間取引から生ずる損失の取扱いについては、内国歳入法典 267 条を中心に特別な制限が設けられている。

本稿は、主に内国歳入法典 267 条に関連して、損失控除制限の基本的考え方や基本的ルール及び裁判例を素材として、関連者間取引において生じた損失の控除を制限する考え方とそのルールがどうあるべきか、そして、比較法的な観点から、我が国における制度のあり方について考察するものである。(平成 26 年 5 月 30 日税務大学校ホームページ掲載)

(税大ジャーナル編集部)

本内容については、すべて執筆者の個人的見解であり、税務大学校、国税庁あるいは国税不服審判所等の公式見解を示すものではありません。

目 次

はじめに	16
1 内国歳入法典 267 条の基本的適用	16
1 - 1 内国歳入法典 165 条とその周辺	16
1 - 2 267 条による損失控除制限の概要	17
1 - 2 - 1 基本ルール	17
1 - 2 - 2 適用対象関連者	18
1 - 2 - 3 救済の必要性	18
1 - 2 - 4 将来の利益からの排除	19
1 - 2 - 5 損失繰延ルールと連結との関係	19
2 内国歳入法典 267 条の立法背景と趣旨	20
2 - 1 267 条旧規定立法前の裁判例からの示唆	20
2 - 1 - 1 真正か否かが問題とされた事例	20
2 - 1 - 2 支配法人への売却の事例	20
2 - 1 - 3 支配法人への売却の事例	21
2 - 2 267 条の趣旨 - McWilliams 事件から	21
3 267 条の基本的考え方と日本法への示唆	22
むすびにかえて	24

はじめに

所得課税の分野において、一定の関連者間取引⁽¹⁾に係る課税上の取扱いには、特別な注意が払われてきたといっても過言ではない。ただ、我が国においては、右肩上がりに成長してきた時期に税制の基本的な部分が形成されたこともあり、特に、キャピタルロス、すなわち、損失の取扱いの甘さが指摘されてきた⁽²⁾。確かに、関連者間取引において譲渡された値下がり資産から生じた損失についての個別的な対処規定はなかった。我が国と同じく所得課税を重視した制度を有するアメリカ合衆国において、関連者間取引から出た損失の取扱いについては、内国歳入法典 267 条を中心に特別な制限を設けるルールが整備されている。すなわち、原則的な取扱いとして、関連者間取引において発生する損益のうち、利益については課税されるが、内国歳入法典

267 条により、その損失については控除が否認あるいは繰り延べられることがある。

本稿においては、主に内国歳入法典 267 条に関連して、損失控除制限の基本的考え方や基本的ルール、裁判例を素材として、関連者間取引において生じた損失の控除を制限する考え方とそのルールがどうあるべきかを考察する。最後に、比較法的な観点から、我が国における制度の若干の考察を行う。

1 内国歳入法典 267 条の基本的適用

1 - 1 内国歳入法典 165 条とその周辺

内国歳入法典⁽³⁾267 条を中心とした関連者間取引において生じる損失の課税上の取扱いを考察する前に、まず、損失控除を認める一般規定として、165 条を確認し、アメリカ法における損失控除とその制限の考え方を整理する。

165条(a)は、原則として、納税者が課税年度において被ったあらゆる損失 (any loss sustained during the taxable year) の控除を認める⁽⁴⁾。典型的に、資産の売買等から生じる損失は、1001条(a)のもとで算定され、165条(a)の下で控除が認められる。すなわち、資産の基準価格 (税務上の取得価額) が実現金額を超える場合におけるその超える部分の金額は、損失として控除することが認められる。もちろん、165条のもと、被った損失すべてが控除されるわけではないし、また譲渡がなければ損失を認められないというわけでもない⁽⁵⁾。本稿では、資産売買取引から生じる損益に限ってみていくとして、その損失の控除制限の基本的なものは⁽⁶⁾、法人の場合では、その控除が、キャピタルゲイン、すなわち、利得を上限とするものとされ、法人以外の場合では、利得に加えて、通常所得 3000ドルを限度として、控除が認められる⁽⁷⁾。

このような制限がある理由は、損失が通常所得から全額控除されることによる不合理な結果を排除することである。すなわち、通常所得 (ordinary income) と利得に所得分類されているところ⁽⁸⁾、後者へは軽減税率で課税がなされている⁽⁹⁾。そこで、損失に何ら控除制限がなく、より高い税率がかけられる通常所得との通算が可能なら、損失計上へのインセンティブが大きくなり、また、利得への課税とのパラレルを考えると均衡を欠くから、これを防ぐ必要があったのである⁽¹⁰⁾。さらに、過去そのような利得への優遇がなかった時期もあるが、そのときでも損失控除制限が必要とされた理由は、単に、利得の課税が避けられつつも⁽¹¹⁾、選択的に損失を出して、通常所得との通算の可能性のあったことがあげられる⁽¹²⁾。すなわち、資産の含み損益は譲渡時に計上されるという実現主義のもとで、納税者が譲渡という行為によっていわば利益か損失かの選択的計上が可能なのであり⁽¹³⁾、納税者による含み損資産の適時譲渡による、通常所

得との通算へ対処が必要であったのである⁽¹⁴⁾。もっとも、このような理由からすると、他に資産がなく選択肢のない納税者や現実的な売却の必要性からのものである場合には、この制限は、行き過ぎたものとなる⁽¹⁵⁾。

この利得を限度とするという損失制限はもちろん、原則としてあらゆる資産売買取引から生じた損失に適用される。したがって、第三者に対する通常の取引を行ったとしてもその生じる損失に対しては、利得を限度として控除できることになる (ただし、法人以外の場合には通常所得から 3000ドルまで控除が可能)。したがって、他で利得が出ていれば、いくらでも控除可能というわけだが、本稿で主な考察対象としている 267条は、関連者間での資産売買取引から生じる損失の控除を、他でいかなる利得が生じようとも、通算を許さず、控除を制限するのであって⁽¹⁶⁾、その内容は、さらに厳しいものとなっている。次では、267条の内容、および、趣旨を確認する⁽¹⁷⁾。

1 - 2 267条による損失控除制限の概要

1 - 2 - 1 基本ルール

267条(a)(1)は、原則として、家族や法人株主の関係など一定の関連者間でなされた直接的または間接的な資産の売買または交換 (sale or exchange, 以下「売買等」という) から生じる損失の控除を否認している。直接的な場合だけでなく「間接的な」売買等も 267条の適用対象になるということから、関連者間取引に、仲介者や単なる名義人を挟んだとしても、267条の適用が排除されないことが示される⁽¹⁸⁾。ここにいう資産は、株式など有価証券だけでなく、あらゆる種類の資産を含むと解されている⁽¹⁹⁾。こうした扱いは、なおかつ、関連者たる譲受人の基準価格に影響することがない⁽²⁰⁾。すなわち、譲受人は、購入時に支出した価格を基準価格とするのであって、控除を否認された損失は、後述する救済

があてはまらなければ、永久に否認されたままとなる。

ただし、267条(a)(1)は、法人の完全清算である場合には適用されないことを定める。なぜなら、完全清算が、法人における関連関係の終了を意味するとともに、336条(a)によって、株主への清算分配では、損益を認識することが認められているからである。しかし、267条のもとでの関連者への分配が、非按分的な場合や非適格資産である場合には、336条(d)は損失の認識を認めない⁽²¹⁾。なお、非清算現物分配では、311条(a)の適用によって損失だけが非認識とされ、311条(b)の適用によって利得のみ課税の対象となる⁽²²⁾。

1 - 2 - 2 適用対象関連者

267条の適用対象となる関連者は、その旧規定の立法以来拡大されてきた⁽²³⁾。ここでは沿革ではなく、現行267条の適用上、経済的な利害が一致するとされる間柄とはどのようなものと考えられているのか、その具体的な適用要件について概観する。

267条の適用対象となる関連者は、次の4つのカテゴリーに大別される⁽²⁴⁾。

第一に、家族関係にある関連者である⁽²⁵⁾。具体的には、兄弟姉妹(異母兄弟を含む)、配偶者、および、直系尊属に当たる親族(親、祖父母、および、子供、孫)がこのグループに入る⁽²⁶⁾。例えば、その者の間柄がいかに敵対関係にあったとしても、血縁(a blood relationship)がある限りはこのカテゴリーに入り、267条の適用対象に当たると解釈されている⁽²⁷⁾。ただし、夫婦間の取引である場合には、夫婦間での取引から生じる損益の非認識を定める1041条(a)が適用され、267条の適用はない⁽²⁸⁾。

第二に、価値において50%以上の株式や持分の支配を通じての関連者、および、関連法人グループ(controlled groups)である。ここではさらに2つに大別される。一つ目は、

法人と株主となる間柄の関連者である⁽²⁹⁾。二つ目は、共通の支配のもとにある関連法人グループである。例えば、兄弟会社や、共通支配のもとにある法人と、S法人等が関係法人グループとなる⁽³⁰⁾。

第三に、信託をめぐる関連者である。ここでもさらに2つに大別される。すなわち、一つの信託における委託者、受託者、および、受益者の相互が関連者となる場合と⁽³¹⁾、委託者が同じ場合における受託者間、および、受益者間といった関連者である⁽³²⁾。

第四に、遺産を巡る関連者であり、遺産執行人と遺産受益者の間柄にあるものである⁽³³⁾。

以上の判定に当たって留意すべき点は、みなし所有(constructive ownership of stock)も加味しなければならないことである。すなわち、上記関連関係内にある者によって保有されている株式は、その保有する者から関連関係にある者に帰属するとして取り扱われる⁽³⁴⁾。例えば、ある家族構成員、例えば、母が保有する株式は、その家族構成員たる、その母親の子供が保有するものとみなされる。法人Pによって法人Sの株式が保有されている場合、その法人Pの株式を保有する株主Xもまた、その株式所有割合に応じて、法人Sとの関連関係があるとされる⁽³⁵⁾。

1 - 2 - 3 救済の必要性

267条の適用対象取引においても、基本的に、譲受人は、受け取った資産について時価を基準価格とするから、損失が引き継がれるということではなく、譲渡人が受けた経済的損失は決して認識されることがない⁽³⁶⁾。例えば、父が基準価格80で時価50の資産Aを、息子に50で売却した場合、267条の適用によって、30の損失は認識されず、後に、この息子がAを第三者にその当時の時価45で売却した場合、この息子は、Aについて、50を基準価格としているから、5だけ損失を認識する

ことになる。全体では、A について 35 の損失が出ているのに、5 だけしか損失を計上できない⁽³⁷⁾。これは、納税者にとって酷なようだが、関連者間での損失の移転を認めないという趣旨の強い表れであるといえる。

しかし、前述のように、適用対象取引に該当すれば、真正の取引であっても、例外なく 267 条が厳格に適用されるから、この例において、後に A が値上がりして、息子が第三者に 110 で売却できた場合、父と息子というひとまとまりの経済主体からは、30 の利益しか出ていないのに、267 条によって否認された損失の分も合わせて、60 の利得に課税されることになる⁽³⁸⁾。この結果を排除するため、関連法人グループ以外の場合では将来の利益からの排除と、関連法人グループの場合では損失繰延という、2 つの制定法上の救済が定められている。

1 - 2 - 4 将来の利益からの排除

267 条の適用対象となり否認された損失は、後に、関連譲受人による資産売却時で特に資産価値が値上がりした場合の計算に影響する。すなわち、267 条(d)によると、関連者間取引の後、資産を譲り受けた関連者が後に第三者に売却する場合において生じる利得の金額は、関連者間取引において最初の譲渡人が認識した損失を超える範囲に限られるのである⁽³⁹⁾。

前述の例を使って説明すると、息子が第三者に資産 A を売却するとき、その時価が 120 であったとしよう。息子は、資産 A の基準価格を 50 としているから、そのまま計算すると、70 の利得が算定される。しかし、控除を否認された損失 30 を差し引き、40 だけ利得を認識することになる。

この取扱いは、第三者への売買から利得が生じている場合にも適用されるのであって、この例では第三者への売却価格が 50 を超えない限り適用がなく、また、80 を超えない限り完全に利用できたということではできないだ

ろう⁽⁴⁰⁾。このような取扱いの効果は、最初の譲渡人たる父の初期投資からみて、実現した範囲でのみ譲受人に課税することである⁽⁴¹⁾。すなわち、経済的な利害が一致するグループから出た時の実現分をみていると同時に、その構成員の中での経済的效果としては、譲受人のみが一回否認された損失の控除の利益を、利得が出たときにだけ得られる。したがって、値下がりしている場合やその他贈与や相続があった場合には、依然として、損失控除の機会が永久に失われる。

個人の場合、関連譲受人は、後の売買で利得を得るときには、売却資産の基準価格に、最初の関連譲渡人の基準価格を引き継いでいるといえるが、損失が発生しているときには、その売却資産の基準価格に、取得に要した価格、いわゆる取得原価を使っているということである⁽⁴²⁾。267 条の効果は、基準価格の捉え方において、第三者への売買時に損益いずれが出るかによって異なる扱いとされている。

1 - 2 - 5 損失繰延ルールと連結との関係

関連法人グループ内取引で生じた損失の場合には、一定時点まで損失が繰り延べられる。すなわち、267 条(f)(2)によると、関連法人グループ内部取引において控除が認められなかった損失は、連結申告書を提出する連結グループ (consolidated groups) に適用のある財務省規則(以下、「連結財務省規則」という)に従い、グループ外部に資産が売却された時点、または、グループ内部取引にかかわったメンバーのいずれかがグループを離脱、すなわち、株式を所有しているそのメンバーの親会社の持株割合が 50% を下回った時点で、資産を売った側のメンバーに、損失が計上される⁽⁴³⁾。ここで、注意すべきは、連結財務省規則は、267 条の適用のある関連法人グループをベースに適用されるという点である。例えば、連結グループ内のある法人が、持ち株割合 80% を下回ることにより連結グループを

離脱しても、その持ち株割合が50%を下回らない場合には、連結グループ内で生じていた法人内部取引の損益のうち、利益については課税されても、損失の控除については、267条があることから、控除が認められず、繰り延べられることとなる⁽⁴⁴⁾。

2 内国歳入法典 267 条の立法背景と趣旨

2 - 1 267 条旧規定立法前の裁判例からの示唆

267 条旧規定の立法以前、裁判所は、関連者間取引から生じた損失が真正 (bona fide) であれば、租税回避目的での取引から生じたものであったとしてもその控除を認めてきた。ところが、真正である場合であっても損失控除を認めない裁判例が現れ始めた。それらの経緯を示す代表的な裁判例から、なぜ真正であっても損失控除が否認されるようになったのかを検討し、関連法人間の取引から生じた損失が控除否認されるルールが必要となった背景について考える。

2 - 1 - 1 真正か否かが問題とされた事例

例えば、Mitchell v. Commissioner 事件⁽⁴⁵⁾においては、1929 年に夫はその保有する値下がりした株式を妻に売却して、損失を控除しようとしたが、夫は妻に対していかなる対価も支払っておらず、また、担当のブローカーに知らせもしていなかったが、妻が夫に時々金銭を支払ったことが、購入対価の借入の子の支払いに当たると主張し、損失の控除を主張した。裁判所は、当該取引が真正のものではないと判断し、納税者の損失控除を認めないと判示した。

Cole v. Helburn 事件⁽⁴⁶⁾において、1929 年納税者は、ブローカーを通じて、株式市場において、値下がりした株式を売却して損失を出し、その直後、息子にお金を貸して、ブローカーを通じて同じ株式を同額だけ購入させ、これがローンの担保とされた。納税者が、こ

うした一連の取引全てを税負担軽減目的であったと認めていたとしても、裁判所は、本件で行われた取引自体が真正のものであるとの理由から、納税者の損失控除を認めた。

このようにして、家族間等の関連者間取引で生じた損失であっても、その取引が真正であれば、控除が認められ、そうでなければ否認された⁽⁴⁷⁾。すなわち、Mitchell 事件のように、仮装取引から生じた損失の控除を認めないということであり、このことは、損失控除の要件として、165 条に係る財務省規則上明示されていた。すなわち、165 条自体による控除が認められる損失は、特定可能な出来事によって定着している「結了され完成した取引 (closed and completed transaction) によって明白に示され」、かつ、「真正のもの」でなければならないと定められている⁽⁴⁸⁾。こうした取扱いは、課税上当然の扱いであると考えられるが、次では取引が真正であっても損失控除が否認された判決をみる。

2 - 1 - 2 支配法人への売却の事例

Shoenberg v. Commissioner 事件⁽⁴⁹⁾においては、1929 年および 30 年における株式売却に係る損失の控除が争われた。本件において、個人納税者 X は、7 種類の法人株式を購入し、会計士等との相談後、ブローカーに、ニューヨーク株式取引所において、それら全ての株式を売却し、それらと全く同じ株式同数を、X および X の母が発行株式の全てを支配する G 法人のために購入するよう指示した⁽⁵⁰⁾。後に、X は、その G 法人から同株式を購入した。この一連の取引の結果、X は株式を売却した後、支配法人 (G 法人) を使って買い戻し、結局は同じ株式を手にした。歳入庁 Y は、これら取引から生じた損失を否認し、租税裁判所もこれを支持したため、X は、控訴した。

控訴審は、控除されるべき損失が備えるべき要素として、現実的な損失 (actual and real loss) であって、それが特定しうる取引

(identifiable events) から生じているべきことを確認した上で⁽⁵¹⁾、さらに、取引全体の結果として、控除が請求されている取引の範囲で納税者が貧しく (poorer) なっているかどうかを検討されるべきであると述べた。最終的に、裁判所は、次のように理由づけて、Y の判断を支持した。すなわち、これら一連の取引の効果において、X は、「この計画を実施したとき、株式を売却する前にあった状態よりも、その株式売買手数料を除いては、全く貧しくなっていない」のであって、「実際の損失を被ったのではなく、……単なるペーパーロスを有したにすぎない」のである⁽⁵²⁾。この判断にあつては、X と G 法人が別個の存在 (separate entities) であるとしても、X の支配があることから、G は事実上 X の分身 (alter ego) であると解された⁽⁵³⁾。

Shoenberg 事件判決からいえることは、控除しうる損失とは現実に経済的ダメージを納税者が受けていること、および、法的には別個の存在であっても、株式支配を通じた経済的関連性がある場合には、その法人と株主を同一視しうるということである。いずれにしてもここでは、納税者がなした真正の取引の経済的実質をみて課税するという方向が示されている⁽⁵⁴⁾。

2 - 1 - 3 支配法人への売却の事例

Higgins v. Smith 事件⁽⁵⁵⁾では、納税者 X がその完全支配会社 I 法人に対して借金を負っていたことから、1932 年にその返済の一部として I 法人に X が保有する有価証券を譲渡した際、時価が取得価額よりも低い金額であったため、X に損失が出たが、その控除を認めべきかが争われた。

最高裁は、有価証券が納税者の左手から右手に移ったにすぎないとして納税者の損失控除を否認する判断を下した地裁判決を支持して、有価証券が X から I 法人に譲渡されたとしても、X が「I 法人の株式所有を通して、

その有価証券の支配や管理を継続して有している」と述べ、様々な取引において I 法人が、法人としての存在を有しながらも、そのような売買において「損失を最終的に決定づけるだけの十分な実質」がなかったとした⁽⁵⁶⁾。また、X が、納税者がその完全支配会社に値上がりした株式を売却した際には、課税上納税者とその支配する法人は別個にとらえられるべきであるとして、その利得に課税されたという判例が今回も妥当すると主張したが⁽⁵⁷⁾、最高裁は、これを退けた。

この判断に対して、二人の判事から反対意見が出された。大要はこうである。すなわち、損益計算の基礎は売買取引の終結時、すなわち、資産の譲渡であつて、納税者が有価証券を売却したように取引を仮装している場合を除き、資産の権原は法人に移転しているのであつて、その後、第三者への売買にあつては、その法人こそが損益を認識しなければならず、結果として、株主からは独立した別個の存在としての法人を無視する判決を批判した⁽⁵⁸⁾。

このように、Higgins 事件判決や、Shoenberg 事件判決においても、真正の取引であつて法的には資産が別の法主体に移転しているにもかかわらず、経済的実質において、資産への支配が変更していないとして、損失の控除が認められなかった⁽⁵⁹⁾。ただ、後の売買における課税関係で問題 (前述の救済の必要性) が残ることから具体的な取扱いの明文化が必要となると考えられる。

2 - 2 267 条の趣旨 - McWilliams 事件から

以上のような背景にあつて、267 条の旧規定たる歳入法 24 条(a)(6)が 1934 年に立法された⁽⁶⁰⁾。立法資料において、家族間や法人株主間で、損失控除をもたらず売買「取引が、税の支払いを免れるためだけに行われる多くの例」があるとして、前述した裁判例が引用され、それらの「ループホールを有効に防ぐ」

必要があったと述べられている⁽⁶¹⁾。すなわち、267条の立法趣旨が、関連関係者間で資産を売買することによる損出しという税負担軽減防止目的にあったのである。

267条旧規定立法後、ある株式売買取引からの損失に同条の適用があるかを争った *McWilliams v. Commissioner* 事件の最高裁判決において示された立法趣旨は、上の立法資料よりも関連者間取引からの損出しを阻止すべき理由をより明確に述べるためここでみておく。*McWilliams* 事件においては、1940年と1941年に、株式市場において、納税者Xがある株式を売却した後、その妻が同株式をほぼ同額で同数購入し、市場を通じたことから売却株式と同じ銘柄だが全く同じではない株式を妻が取得した。当該売却から生じたXの損失が、267条旧規定の適用により控除を否認されるか争われた。ここでは株式市場という中間的存在を介した取引であっても、同規定の適用があるかが特に問題となる。すなわち、取引が真正かつ公正市場価格でなされた本件について、最高裁は、267条の趣旨に関して、次のように述べて、株式市場を通じたものであっても、267条による納税者の損失否認を認めている。すなわち、当該条項（267条(a)(1)の旧条文）は、「一定の指定されたグループの構成員の間でのいかなる売買に係る損失の控除に対しても、絶対的な禁止（absolute prohibition）を定めている。これらグループの一つの共通した特徴は、それら構成員が、独立した法的主体であるが、一般的に、経済的な利益関係の一致を有するという点である。法的に本物の（genuine）グループ内部での譲渡ですら、通常、経済的に本物の損失の実現（economically genuine realization of loss）に至っているとは考えられず、したがって、連邦議会は、これらが損失控除の適切な機会とは考えていない⁽⁶²⁾」とし、そのうえで、267条の目的が、「家庭内譲渡その他計画された仕掛けによって、遮断されずに継

続している投資について、課税上の損失を実現させる時を選択することのできる納税者の権利をなくすこと」にあると解した。

すなわち、経済的な利害の一致があるとの認識から法定されている一定の関連関係がある場合には、いかなる事情があっても、その間での取引における終局性を見出さず、267条のもとで損失を否認するということが示唆された。最高裁の理解によると、267条は、その法定する関連関係の中では、資産への投資が継続しているとの考え方から、実際には損失が実現していないとする扱いを定めたものであり⁽⁶³⁾、実現主義の原則からの逸脱を示すといえる。

また、最高裁の「絶対的な禁止」という言葉に表れているように、267条の適用は厳格なものと解され、このような厳格な適用は、現行においても引き継がれていると解される⁽⁶⁴⁾。さらに、このような経済的な実質を重視した考え方は、267条を超えて影響することがありうる。267条の適用対象から外れる場合であっても損失控除が否認される場合があるということであり、この規定が排他的なものとして設けられているわけではないとされる⁽⁶⁵⁾。例えば、267条に定められた関連関係にない、親しい友人間や⁽⁶⁶⁾、雇用者と被用者間⁽⁶⁷⁾の売買等で生じた損失が否認されることがある。関連者間から発生する損失控除制限は、法定されている部分と判例法になっている部分とが混在している。後者は、予測可能性の点で問題であるだけでなく、現行法上では、後の売買等において、前述の制定法上の救済が受けられるのかについての不明確さが残る。

3 267条の基本的考え方と日本法への示唆

267条は、適用対象となる関連者間取引から生じた損失が真正か、また、アームスレングスかにかかわらず、控除を否認しており、損失控除の一般規定である165条を上書きし

ている。また、前述した裁判例の考察から、267条の損失控除制限の考え方は、特に、家族間や関連法人グループの中には経済的な利害関係の一致が認められ、その内部での資産の移動では、その資産への支配管理が継続しているのであって、その関連関係の内部に資産があるうちは、本当の経済的損失があったとはいえないから、その損失を、通算制限ではなく、そもそも認めるべきではないということであるとまとめられる。現行法では、第三者あるいは非関連法人への資産の移転後に控除が認められる損失については、個人と法人で扱いは異なるものの⁽⁶⁸⁾、損失は、その関連関係から出たときにはじめて控除をされるべきという経済的実質を重視した扱いとなっている。

関連者間取引で生じた利益の計上については問題とせず、損失だけをターゲットにすることについては、どう説明できるだろうか。1で前述した、165条での損失控除を制限する規定として、1221条による利得との通算制限では、損失の選択的計上が理由とされているが、利得だけしか計上がない状況においては、資産への支配が継続できる関連者への含み損資産の売買を通じて損失を出し、利得との通算が試みられるかもしれないから⁽⁶⁹⁾、損失の選択的計上への対処は、関連者間取引でより重視されるといえる。確かに、アメリカ法での傾向として、267条が対象とする譲渡の場面のみならず、現物分配、贈与などで損失の選択的計上が問題とされ、規制されてきた⁽⁷⁰⁾。

かつて、岡村教授は、株式の洗替売買における売却損の控除を否認した処分を取り消した裁判例を引用したのち、次のように述べられた。すなわち、「……損失の選択的実現は、実現主義という現行所得課税の構造的弱点を突くものであり、所得税制を存続させようとする限り、何らかの対処が必要であることは疑いない⁽⁷¹⁾。」この言及は、前述の考察から

関連者間取引を通じた選択的損失計上にあっては強調されるべきと考えられる。では、その後、我が国では、現行法上、どのような対処が採られているだろうか。

実務において、関連法人間取引における損出しは、場合によっては、同族会社の行為計算否認の規定の適用対象となるか、あるいは、仮装取引として処理されることがある⁽⁷²⁾。しかし、こうした損出しに対処する個別否認規定は存在しない。完全支配関係にある法人グループ内での売買については、一定のものについては損益が繰り延べられるが、完全支配関係を崩すことで、損失を出すことができ、また、連結を選択しない場合では、二回目の法人グループ内部取引がなされれば、譲渡損失を計上することができる⁽⁷³⁾とされていることから⁽⁷³⁾、関連者間での損出しは容易にできるということにはならないか。そういうことがあったとき、同族会社や連結グループへの行為計算否認規定の適用対象とされる場合はあるのだろうか。

平成26年度税制改正に盛り込まれている帰属所得主義（帰属主義）の採用では、これまで認識されなかった本支店間取引での損益が独立企業間価格に基づいて認識されることになるという⁽⁷⁴⁾。法人内での資産の移動であって、資産の支配や投資が継続しているところに、損失の選択的計上への対処は必要ないのだろうかという疑問が残る。

個人については、分離課税やそのもとでの通算制限はあるが、家族間の売買によって生じた損失に特別な制限を設ける規定は存在していない。租税優遇の適用上、例えば、居住用財産の特別控除について、親族への売買の場合には適用できないなど⁽⁷⁵⁾、親族という関連関係をみて優遇措置を制限する規定は存在する。しかし、例えば、贈与者の資産取得価額は、受贈者が引き継ぐことが認められているから、値下がり資産の贈与によって家族間の含み損の移転が、特に贈与を使うことで容

易なものとなっているといえよう⁽⁷⁶⁾。

むすびにかえて

内国歳入法典 267 条は、真正の取引から損失が計上されたとしても、その控除を制限することから、納税者にとって非常に厳しい内容となっている。アメリカ法において、267 条のもと関連者間取引から出た損失を控除しえないものとして取り扱う理由には、第一に、損失の選択的計上による租税負担軽減行為を阻止して、歳入を保護するということがあげられよう。第二に、租税負担軽減の意図のない行為にも厳格に適用されてきた背景から、利害関係を共にする間柄での資産の移動では、移動後も資産の支配が継続するとみられることから、そこに真実の損失の実現があったとはいえないという考え方をあげる。そうした考え方のもとで 267 条の適用は、厳格に適用されてきたといえる⁽⁷⁷⁾。確かに、資産などへの支配の継続性をみて、適格組織再編では、課税が繰り延べられてきたのであって、支配の継続性の有無を、損益の取扱いに影響させるという考え方にはそれほど違和感はないだろう。今後、日本においても、このような考え方を一つの視点として関連者間取引への課税問題についての議論がなされるべきである。本稿は、関連者間取引から生じる損失の取扱いにかかるアメリカ法の基本的ルールとその趣旨をごく簡単にスケッチしたにすぎない。信託やパススルーエンティティが関わる 267 条の適用対象関連者間取引については言及できなかった。今後は、これらとともに、関連者間で贈与を通じた損失の移転がなされている場合や、選択的な現物分配による損出しがあった場合の対処などと併せて検討し、アメリカ法全体をより広く鳥瞰した上での損失控除へのあるべき対処策を考えたい⁽⁷⁸⁾。

(1) ここにいう関係者は、法人か個人かを問わず、まずは、経済的な利害が一致している間柄とする。

- (2) 岡村忠生「キャピタルゲイン・ロス課税の創設」税経通信 53 卷 10 号 33, 34 頁(1998 年)。
- (3) 本稿において引用する条文は、特に断りのない限り、1986 年内国歳入法典 (Internal Revenue Code, IRC) からのものとし、以下、引用を省略する。
- (4) ただし、保険による補償のない部分の金額とされる。さらに、個人の場合は、事業活動、事業活動に関係ないが利益 (profit) を生むあらゆる取引、および、災害等から生じる損失に制限される。例えば、自宅を購入時よりも安い価格で売却する場合に生じる損失は、控除対象とならない。See IRC §§165(a), (c)。なお、同じく控除が認められるものであるなら、損失として控除されるか、費用 (expense) として控除されるかは、それほど問題とされない。See Andrews, Basic Federal Income Taxation, 662 (5th ed., 1999)。
- (5) 売買を経ずに生じる損失、例えば、有価証券が無価値化した場合の損失も控除が認められるが、株式が少しでも価値を持つ間は認められない。IRC §165(g), Reg. §1.165-4。ただし、これを含め、他の項目については本稿ではみない。
- (6) See IRC §165(f)。
- (7) IRC §§1211(a), (b)。なお、3 年の繰戻しと 5 年の繰越しが認められている。IRC §1212(a)(1)。
- (8) See IRC §64。なお、資産保有期間が 1 年超えず生じた利得は短期利得に分類され、通常所得として扱われる。本稿でいう利得は全て保有期間が 1 年を超えた資産のものとする。損失についても同様である。See IRC §1221。
- (9) See IRC §§1(h), 11, 1201。理由については、参照、Marvin A. Chirelstein et.al., Federal Income Taxation 402-403 (12th ed., 2012)。
- (10) この制限の立法前、利得への税率が 12.5% であったのに対し、通常所得への最高税率が 58% であり、損失控除制限の必要性はいうまでもないとされた。See H.R. No. 1388, 67th Cong., 4th Sess. (1923), as reprinted in Seidman, Legislative History of Federal Income Tax Laws, 1938-1861, 721(2003)。詳しい背景については、参照、大塚正民『キャピタル・ゲイン課税制度』41 頁 (有斐閣学術センター、2007 年)。
- (11) しかも、死亡時まで値上がり資産を保有することで、値上がり益への課税は完全に回避される。なぜなら、相続人は非課税で時価まで基準価格をス

テップアップすることが認められているからである。
IRC§1014.

- (12) *See e.g.*, Chirelstein, *supra* note 9, at 400-401.
- (13) 我が国でも実現原則を利用した課税タイミングの操作という問題は指摘されており、時価課税がそれへの対処となる。差し当たり、参照、増井良啓『租税法入門』109頁(有斐閣、2014年)。
- (14) *See* Howard E. Abrams et. al., *Federal Corporate Taxation*, 115 (7th ed, 2013). なお、こうした損失控除制限についての詳しい分析として参照、W. Kirk Baker, *Capital Loss Deduction Limits After The Tax Reform Act of 1986*, 66 *Tex L. Rev.* 159(1987).
- (15) 参照、岡村忠生「タックス・シェルターの構造とその規制」法学論叢 136 巻 4,5,6 号、356-357 頁(1995年)。*See also* Bankman et.al., *Federal Income Taxation*, 619 (16th ed., 2012).
- (16) さらに、267 条の適用対象となる関連者間で同時に複数の資産が売却されても、別個に取り扱われ、通算は認められないと解されている。*See e.g.*, *Lakeside Irrigation Co. v. Commissioner*, 128 F.2d 418 (5th Cir., 1942).
- (17) なお、267 条の外に、いわば 165 条の損失控除規定への特例として挙げられるのは、株式のいわゆる洗替売買(wash sale)から生じる損失の控除を制限する 1091 条である。Boris I. Bittker and Lawrence Lokken, *Federal Taxation of Income, Estate and Gifts*, ¶¶25.4, 25.7. (hereinafter Bittker & Lokken). 1091 条は、ペーパーロス否認するために 1921 年に立法されており、現行ルールによると、ある有価証券の売却前 30 日以内に取得し、売却後 30 日以内に再取得した場合におけるその有価証券の売却時にかかる損失の控除を、繰り延べる。これへの言及は他日に帰する。なお、我が国の租税実務として、参照、法基通 2-1-23 の 4.
- (18) *See e.g.*, *Boehm v. Commissioner*, 28 TC 407 (1958), *affd per curiam* 255 F.2d 684 (2d Cir. 1958).
- (19) *Fawcett v. Commissioner*, 149 F.2d433 (1945).
- (20) IRC§1012. さらに、関連買主での資産保有期間はリセットされ、また、減価償却費の計算の必要性があっても、267 条によって否認された損失が影響す

ることはない。*See* Reg. §§1.267(d)-1(c)(1), 1.267(d)-1(c)(3).

- (21) 詳しくは、参照、渡辺徹也「アメリカ税法における現物分配と子会社清算」税法学 566 号 477、485 頁(2011年)。なお、このような清算分配時の損失控除制限については、267 条や判例法理の適用可能性が後に争われることによる混乱を避けるため、1986 年税制改革法において立法された。Joint Committee on Taxation, *General Explanation of Tax Reform Act of 1986*, 341 (1987).
- (22) IRC§311(b). 参照、渡辺・前掲注 21、478-480 頁。ここでは、関連関係に関係なく非認識とされ、株主は時価を基準価格とすることから、267 条よりも厳しい損失選択への対処があることになる。IRC§301(d).
- (23) 例えば、1934 年歳入法典 24 条(a)(6)は、家族間取引と法人株主間取引だけを適用対象としていたが、1937 年改正 24 条(b)によりいわゆる姉妹会社間の取引、1982 年には法人とその被支配 S 法人やパートナーシップ間取引も 267 条の適用対象となった。*See e.g.*, Jenifer H. Alexander, *Section 267 and 707: Are Related Party Transactions Leasing You at a Loss?*, SS017 ALI-ABA 621 (2010).
- (24) 267 条(b)において適用対象となる関連者関係は、13 種類が挙げられているが、ここでは説明の便宜上 4 つにカテゴライズする。
- (25) IRC§267(b)(1).
- (26) IRC§267(c)(4). Reg. §1.267(c)-1(a)(4). なお、正式な手続きを経た養子もここにいう家族に含まれる。*Id.*
- (27) *See Miller v. Commissioner*, 75 TC 182 (1980).
- (28) IRC§267(g). 1041 条(a)が適用される場合、資産を受け取った側の配偶者が資産を譲渡した側の配偶者の資産の基準価格を引き継ぐことが認められているから、損失が繰り延べられることになる。IRC§1041(b).
- (29) IRC§267(b)(2). 法人が非課税法人である場合も該当する。IRC§267(b)(9). 関連法人グループの判定方法としては、参照、*See also* IRC§§267(f)(1), 1563(a). 議決権および株式の価値で持ち株要件の判定を行う点は同じだが、割合が 80%から 50%と低い点、共通の株主を要しない点や、外国法人も関連法人グループに含めている点で異なっている。*See generally* Reg. §1.267(f)-1(b)(3). したがって、

連結グループとなりうる法人よりも範囲が広い。

- (30) IRC §§267(b)(1), (3), (10), (11), & (12). なお、パートナーシップが共通の支配のもとにある場合もここに含まれているが、S 法人やパートナーシップに適用される細則への言及は、本稿では行わない。
- (31) IRC §§267(b)(4), (6).
- (32) IRC §§267(b)(4), (6).
- (33) IRC §267(b)(13).
- (34) IRC §267(c). なお、再帰属は行われない。IRC §267(c)(5).
- (35) その他、適用対象関連者の判定時期は、その損失を出した取引が行われた時点となるが、損失を出した取引そのものが適用対象となる関連者の間柄に影響する場合に問題となる。裁判例は、法人の清算の場合を除き、取引前であっても後であっても関連関係があれば 267 条の適用を認める傾向がある。See e.g., *Moore v. Commissioner*, 202 F.2d 45 (5th Cir. 1953)(取引後に関連関係が生じた場合に 267 条の適用を認めた)。Federal Cement Tile Co. v. Commissioner, 338 F.2d 691 (7th Cir. 1964) (取引終了後関連関係が失われたとしても 267 条の適用を認めた)。
- (36) IRC §1012.
- (37) See Reg. §1.267(d)-1(a)(4) Example 2.
- (38) この扱いを改めた当時の立法資料によると、関連譲受人が、第三者に対して、267 条の適用を受け関連譲渡人の側で損失を否認されたが、後に値上がりしたその資産を売却するときに、否認された損失の分まで課税されることを懸念したことが示されている。See H.P., REP. NO.1337, 83rd Cong., 2d Sess. 32 (1954).
- (39) See also Reg. 1.267(d)-1(a)(1).
- (40) See Reg. §1.267(d)-1(a)(4) Ex. 1.
- (41) Bittker & Eustice, ¶78.1.3.
- (42) この取扱いは、贈与の場合と同じである。See IRC §1015(a). Robert I. Keller, *At a Loss: A Half Century of Confusion in the Tax Treatment of Transfers of Depreciated Property Between Related Taxpayers*, 44 Tax Law. 445, 462(1991)(贈与、売買、および、現物分配の 3 通りにおける損失否認のあり方を検討している。).
- (43) See also Reg. §§1.267(f)-1(c), 1.267(f)-1(j)Ex.(a)-(c), 1.1502-13(c), (d).

- (44) 関連法人グループへの 267 条の適用除外としては、売買の相手方いずれかが外国法人である場合で、売買の相手方いずれかの手元において、通常の事業活動上、顧客への売却のために保有された棚卸資産で、かつ、通常の売主の事業活動上の売買である場合等 267 条の適用になじまないものが挙げられている。Reg. §1.267(f)-1(d). ここでの「通常の事業活動」の要件は、「損失を加速させる」ためになされていない「真実の事業活動目的」のための売買時における損失への 267 条の適用除外を求めているのである。Staff of Joint Comm. on Tax'n, 98th Cong., 2d Sess., *General Explanation of the Revenue Provisions of the Deficit Reduction Act of 1984* at 544 (Comm. Print 1984).したがって、年度末に異常に大量の売買がなされた場合には、損失を加速する目的があると考えられ、適用除外を受けられないことになると解されている。Bittker & Lokken, ¶78.1.4.
- (45) 89 F.2d 873 (1937).
- (46) 4 F.Supp. 230 (1933).
- (47) See e.g., *Johnson v. Commissioner*, 37 BTA 155(1938), *aff'd* at 104 F.2d 140(1939), *aff'd* 308 U.S. 523(1939)(関連者間売買から生じた損失が真正の取引によるから控除が認められた)。Kundell v. Commissioner, 97 F.2d 725 (5th Cir. 1938). (関連者間売買から生じた損失が真正の取引によらなかったから控除が否認された)。
- (48) 当時の 165 条の旧規定、1918 年歳入法 234 条にかかる規則として、Article of Treasury Regulation 45. 現行規則としては、参照、Reg. §1.165-1(b).
- (49) 77 F.2d 446 (1935).
- (50) X は発行済み G 法人株式の 70%、X の母はその残りを保有した。Id., at 447.
- (51) Id., at 448.
- (52) Id., at 449.
- (53) また、株式の売却から 30 日を越えた買戻しであったことから、当時の洗替取引への対処規定 (IRC §1091 の旧規定たる 1932 年歳入法 118 条) の適用が排除されるが、そのことが損失控除を認めることにはつながらないと解された。Id., at 449-450.
- (54) 取引全体をみるという考察の仕方をとったことについて、Gregory 事件判決 (293 U.S. 465 (1935)) が影響したと考えられる。77 F.2d., at 448-449.

- (55) 308 U.S. 473(1940).
- (56) *Id.*, at 476.
- (57) *See Burnet v. Commonwealth Improvement Co.*, 287 U.S. 415(1932).
- (58) 308 U.S., at 481-482.
- (59) ここでは I 法人の法人格が否認されているのではなくて、損失の扱いに関してのみ、株主の支配が法人を通過したと考えられている。William H. Harrar, *The Function of The Entity In Federal Income Taxation: Recant Development*, 25 *Min. L. Rev.* 189, 195(1941).
- (60) Revenue Act of 1934, ch.277, 48 Stat. 680, 706. 背景に 1929 年株式大暴落に始まる世界大恐慌があり、1930 年代前半は、歳入不足から、損失控除制限規定の改正が続いた時期と考えられる。
- (61) *See H. Rep.* 704, 73d Cong., 2d Sess. (1934) and *S. Rep.* 558, 73d Cong., 2d Sess. (1934).
- (62) 311 U.S. at 699.
- (63) *Abrams et. al.*, *supra* note 14, at 115.
- (64) *Bittker & Lokken*, ¶78.1.1. *McWilliam* 事件判決の考え方は、店頭売買 (*over-the-counter*) 取引の場合にも適用されている。Shether v. Commissioner, 28 TC 1222(1957) (夫が売却した株式を妻が、妻が売却した株式を夫が取得するという株式売買による損失が否認された事例)。*See e.g.*, *Merrit v Commissioner*, 400 F.2d 417(1968) (*McWilliam* 判決を引用して自発的でない売却でも買い手が関連者の場合には 267 条の適用を妥当とした)。
- (65) Reg. §1.267(a)-1(c). *See also Bittker & Lokken*, ¶25.4.2.
- (66) *See DuPont v. Commissioner*, 118 F.2d 544(3rd Cir. 1941), *cert. denied*, 314 U.S. 623.
- (67) *See Rand v. Commissioner*, 77 F.2d 450 (8th Cir. 1935).
- (68) おそらく、*McWilliams* 判決からは、個人法人とともに、資産が経済的主体から離れたときには、否認された損失の控除が認められるべきであると考えられる。*See Merritt A. Gardner*, *Disallowed or Deferred Losses, Expenses and Interest: Related-Party Transactions and IRC Section 267*, 44th Annual N.Y.U. Inst, ch 29, §29.04[2][a](1985).
- (69) *See Abrams et. al.*, *supra* note 14, at 98.
- (70) *Keller*, *supra* note 42, at 445.
- (71) 岡村忠生「税負担回避の意図と二分肢テスト」税法学 543 号1、29 頁(2000 年)。
- (72) 小林鷹寿美他『関係会社間取引における利益移転と税務』16-17、82 頁 (大蔵財務協会、2010 年)。
- (73) 法人税法 61 条の 13 第 1 項、第 2 項、第 3 項。参照、西浦康邦『同族会社の株式対策』72-73 頁 (清文社、2011 年)。
- (74) 平成 26 年税制改正大綱 99 頁。差し当たり参照、矢内一好「国際課税」税理 57 巻 3 号 83、89 頁 (2014 年)。
- (75) 租税特別措置法 35 条 1 項。
- (76) 参照、ゴルフ会員権の名義書換え料が取得費に算入できるか争われた事件では、譲渡損失の移転が起こっていた。最判平成 17 年 2 月 1 日、判例時報 1893 号 17 頁。大塚・前掲注 10、59 頁。さらに、参照、一高龍司「譲渡所得における資産の取得に要した金額の意義」民商 133 巻 3 号 151、157 頁 (2005 年)。もっとも、平成 26 年改正によって、ゴルフ会員権等の譲渡損失は、損益通算が制限された。平成 26 年税制改正大綱 43 頁。
- (77) もちろん批判がないわけではない。損失の計上に税負担軽減の意図がない場合への対処が主張された。Note, *Nondeductible Capital Losses and Bona Fide Sales Under the Federal Income Tax*, 49 *Yale L. J.* 75, 86(1939)。とりわけ、近年では関連者間取引に伴い生じた諸費用について、263 条のもと資本的支出として扱われるべきかが問題とされている。*See Drew A. Cummings*, *Rethinking Tax-Avoidance Policy on Sales Between Related Parties In Estates: Closing Costs Are Not Paper Losses*, 4 *Est. Plan. & Community Prop. L. J.* 257 (2012)。
- (78) なお、参照、岡村忠生、渡辺徹也、高橋祐介『ベーシック税法(第 7 版)』128 頁(有斐閣、2013 年)。