

国外取引に対する租税法の適用と
外国法人の分割に関する諸問題

小 林 淳 子

〔 研 究 科 第 39 期 〕
〔 研 究 員 〕

要 約

1 研究の目的

近年、経済の国際化が進展し、国境を越えた資本投資が拡大したことによって、わが国においても、外国法人の株式を所有する居住者（個人株主）及び内国法人（法人株主）が増加しつつある。

本研究は、このような状況の下で、投資先の外国法人がわが国の法制度には無い間接分割（注）を行い、わが国の株主が新株等の交付を受けた場合に、どのような課税関係となるのかということ进行を考察するものである。

ただし、組織再編成に限らず、国外取引一般に対して、わが国の租税法をどのように解釈し適用するのかという基本的な点が十分には明らかにされていないという現状に鑑み、まず、国外取引一般に対する租税法の解釈と適用がどのように行われるべきかについて検討を行うこととした。

また、最後に、上記考察とわが国の分割税制の沿革を踏まえ、わが国における間接分割税制の創設の必要性についても検討を行った。

（注）わが国の分割法制のように、法人の資産・負債の部分移転から株主への株式の交付までが一の行為として行われるものに対し、一旦、法人が資産・負債の一部を他の法人に移転して株式を取得し、その後、その株式を当該法人の株主に配当等として交付することにより、実質的な分割を行うものをいう。

2 研究の概要

（1）租税法の解釈と国外取引に対する租税法の適用

イ 国外取引課税の困難性

国外取引に対する課税は、国外の行為や事実の的確な確認が難しいことと、その国外の行為や事実がわが国の租税法の用語の概念に含まれるか否かが容易には判断できないことから、困難を伴うことが少なくない。

この国外の行為や事実に関しては、様々な手段を尽くして的確に把握

することに努めるほかないが、それらがわが国の租税法の用語の概念に含まれるか否かの判断に関しては、その検討の前提として、租税法の用語をどのように解釈すべきかということをはっきりとしておくことが不可欠である。

ロ 租税法解釈のあり方

法令の解釈は、まず、文言に即した文理解釈を行い、それによっても意味内容が明らかにならないときは、立法目的や立法趣旨等を考慮した目的論的解釈を行うこととなる。

法にはそれぞれ目的がある。所得税法や法人税法も「その納税義務の適正な履行を確保する」（所法1、法法1）という趣旨により創設されているのであって、その用語につき、その趣旨を踏まえて解釈すべきことについては言を俟たない。租税法だけに異なる立法原則や解釈原則があるわけではなく、租税法の解釈も、他の法令解釈と同様に、合目的的に行われるべきものとする。

ただし、このような立場に対しては、納税者保護の観点から、法的安定性や予測可能性が低下するとの批判があり得る。しかし、法的安定性や予測可能性を確保するためには、まず、立法当局が法令の規定の明確化に努め、それでもなおその解釈に疑義がある場合には、行政当局が有権解釈としての行政解釈を示していくことによって図られるべきものと考えられる。現に、租税に関する法令においては、他の法令以上に、定義や適用範囲等について多数の詳細な規定が設けられており、また、租税法の執行に当たっての解釈や取扱いを示す数多くの通達が公表されているところである。

また、租税法が、他の法令における用語と同じ用語を特に定義せずに用いている場合に、これを「借用概念」と解すべきであるとする学説があるが、異なる法令間で同じ用語が用いられている場合であっても、それぞれの目的・趣旨に即した解釈が行われる結果、それらの用語が異なる意味内容となることがあることは、「概念の相対性」として、法令一

般の解釈論において承認されているところである。

ハ 国外取引に対する租税法の適用

全世界所得課税方式を採用するわが国において、租税法は、国内取引に止まらず、国外取引に対しても適用を予定していることは言うまでもない。

しかしながら、いずれの法令においてもそうであるように、適用対象のすべてを詳細に把握して創設・改正を行うことは現実には不可能であり、特に国外取引に関しては、先に言及したとおり、その把握に困難が伴うものが少なくない。このため、わが国の租税法も、全世界所得課税方式を採用するものの、基本的には、国内取引を念頭に置いて創設・改正が行われているものと考えられる。

国外取引に対する租税法適用の困難さの主因は、ここにあると考えることができるのであるが、これを解決するためには、租税法の用語の示す概念が、何をもって本質的な構成要素としているのかを明らかにした上で、その用語の示す概念に該当するのか否かの判断基準を創り、国外の行為や事実に対する租税法の適用の有無を判断することが必要になると考える。

(2) 外国法人の分割に関する解釈論的検討

イ 商法上の分割と租税法上の分割概念

平成 12 年の商法改正により、わが国企業の組織再編成に資するべく分割法制が創設され、これに対応するものとして、平成 13 年の改正により、分割税制が創設された。

しかしながら、商法上の分割は国内の会社が行う分割を対象としているところ、租税法上の分割は、国外における行為を含む概念となっている。

このため、内国法人の分割の場合には、株主は、株式のみの交付を受けたものであれば株式の譲渡損益に関する特例の適用があるが、外国法人の分割の場合には、特例の適用があるか否かの判断の前に、外国法人

の行った分割がわが国の租税法上の分割に該当するか否かの判断をしなければならない。

ロ 本質的構成要素を基にした判断基準の検討

わが国の租税法上の分割に該当するか否かの判断基準は、わが国の租税法上の分割の本質的構成要素（分割という行為を成立させるために常にその存在が前提とされ、かつ、その存在なしには分割ということができないもの）が、「資産等の部分移転」、「株主への新株等の交付」等の取引要素から構成されると考えられることから、次のようなものになると考えられる。

- ① 法人が資産・負債の一部を他の法人に移転すること
- ② 資産・負債の移転を受けた法人がその対価として新株等を交付すること
- ③ 株主がその新株等の交付を受けること
- ④ 上記の①から③までが一の行為として行われること

ハ 間接分割により株主に新株が交付された場合のわが国租税法上の取扱い

間接分割としては、株主に株式を配当として交付するスピノフが最も一般的であるが、このスピノフを上記の基準に照らして検討してみると、①から③までには該当するが、①・②と③とが別個の行為として行われ、しかも株式のすべてが株主に分配されるとは限らないことから、わが国の分割に該当するためには不可欠の④に該当しない。したがって、これをわが国租税法上の分割とすることはできないということになる。

このため、スピノフにより新株等を取得したわが国の株主は、配当を受けたものとして課税を受けることになるものとする。

(3) 分割税制の沿革と間接分割に関する立法論的検討

わが国の分割税制の淵源は、古く、昭和17年に遡り、そこでは、企業合同時における現物出資に伴って取得した有価証券の譲渡損益に関する特例が設けられていた。その後、この旧分割税制は、幾度かの変遷を経て、現

行の法人税法と所得税法が制定された昭和40年前まで続くこととなるが、特筆すべきは、昭和23年から40年まで、株主に株式を減資の対価として交付するスプリットオフ形式の現行制度では認められていない間接分割が認められていたことである。

このことは、わが国の分割税制の沿革からして、今後、わが国に間接分割税制を復活させることが、決して不自然・不合理なものではないことを示していると考ええる。

実際、間接分割は、その経済実態からして、現行の分割に非常に近いということも事実である。

また、現在、検討中の「会社法制の現代化」においては、現物配当を認めることが検討されているが、これが実現した場合には、わが国の法制においても間接分割が可能となる。

以上の事情を考慮すると、現在は、間接分割税制を創設することを検討すべき時期にあるのではないかと考える。

3 結論

近年の経済の国際化の進展は著しく、今後、この傾向は、ますます強まっていくものと考えられる。

このため、国外取引に対してわが国の租税法を適用するに際し、疑義があるものについては、上記の間接分割の例で示したように、その国外取引に対してその規定を適用できるか否かの判断基準を創ることによって、解釈と運用の統一を図り、その判断基準を不断に検証することによって、法的安定性と予測可能性を向上させることが考慮されるべきであろう。

そして、何よりも、まず、国外取引を考慮した立法を行うことに努めることが重要であると考ええる。

目 次

要約	234
目次	239
はじめに	243
第1章 租税法の解釈と国外取引に対する租税法の適用	245
第1節 国外取引課税の困難性	245
1 行為・事実の確認の困難性	245
2 関係法令等の確認の困難性	247
3 租税法解釈の困難性	248
第2節 租税法解釈のあり方	248
1 租税法と他の関係法令等の関係	249
2 租税法の用語の解釈のあり方	251
第3節 国外取引に対する租税法の適用	272
1 租税法による直接判断	272
2 租税法概念の判断基準	272
第2章 分割法制と分割税制の概要	275
第1節 分割法制の概要	275
1 分割の意義	276
2 直接分割	276
3 人的分割と物的分割	277
4 分割法制創設前の実質的な分割	279
5 「営業」と「承継」の意義	280
第2節 分割税制の概要	287
1 組織再編成税制創設の背景	288
2 組織再編成税制の基本構造	290
3 特例の要件	296
第3節 分割法制と分割税制の相違点等	299

第3章 外国法人の分割に関する解釈論的検討	301
第1節 租税法上の分割の意義	301
1 検討の必要性	301
2 立法の背景と立法者の意図	303
3 諸外国における分割税制の概観	306
4 分割型分割の本質的な構成要素等の検討	313
第2節 間接分割のわが国租税法上の取扱い	319
1 間接分割の例	319
2 分割に該当するのか否かの検討	320
3 株式の交付を受けたわが国の株主の課税関係	323
4 株式交付の性質と所得区分	323
5 租税条約上の取扱い	328
第3節 小括	333
第4章 分割税制の沿革	335
1 臨時租税措置法第1条の18《企業合同に因り出資又は譲渡資産の対価として交付を受けたる有価証券の受入価額に対する特例》(昭和17年)	335
2 臨時租税措置法第1条の18の改正《企業合同の場合の圧縮記帳の特例》(昭和19年)	339
3 臨時租税措置法の廃止・現物出資の特例の廃止(昭和21年)	339
4 大蔵省蔵税第2611号通牒(昭和23年)	340
5 大蔵省蔵税第2758号通牒(昭和23年)	341
6 法人税法基本通達253《会社の分割の場合の資産譲渡の特例》ほか(昭和25年)	344
7 租税特別措置法第66条の6《特定機械工業における現物出資の特例》(昭和36年)	345
8 法人税法第51条《特定の現物出資により取得した有価証券の圧縮額の損金算入》(昭和40年)	346

9	租税特別措置法第 66 条《土地等を現物出資した場合の課税の特例》(平成 3 年)	349
10	法人税法第 51 条の要件追加 (平成 10 年)	350
11	租税特別措置法第 66 条《共同で現物出資をした場合の課税の特例》(平成 11 年)	350
12	組織再編成税制の創設・法人税法第 51 条の廃止 (平成 13 年) ..	351
13	小括	352
第 5 章	間接分割に関する立法論的検討	353
第 1 節	間接分割法制の検討	353
1	間接分割の本質	353
2	分割法制創設時の間接分割の検討	354
3	間接分割の問題点	356
4	現物配当と現物分配に関する解釈上の限界	358
第 2 節	間接分割税制創設に関する租税法上の問題	360
第 3 節	間接分割法制創設に向けた取組みとその問題点	361
1	産業活力再生特別措置法改正によるスピノフの実現	361
2	会社法制の現代化に向けた検討の中での議論と問題点	362
第 4 節	間接分割税制の方向性	366
終わりに	367

はじめに

わが国企業の経営環境が厳しい中であって、企業グループの事業再構築、経営体質や経営効率の改善等を目指し、また、国際競争に生き残る戦略手段として、企業の組織再編成が盛んに行われている⁽¹⁾⁽²⁾。

また、一方では、経済の国際化に伴い、国境を越えた資本投資が拡大し、外国法人の株式を保有するわが国の居住者（個人株主）や内国法人（法人株主）も増加しつつある。

このような事情を背景として、外国法人が国外において組織再編成を行った場合に、その外国法人の株式を保有するわが国の株主がどのような課税を受けることとなるのか、また、その課税のあり方が妥当であるのかというような問題が生じている。

本稿においては、外国法人の国外における組織再編成の中でも、昨今、特に話題に上ることの多い分割に焦点を当て、この問題の研究を行ってみたい。

ところが、現状は、外国法人が国外において行う組織再編成に限らず、国外

(1) ジェトロ『貿易投資白書(2003年版)』によれば、世界のクロスボーダーM&Aは、2001年が6,458億ドル(前年比47.2%減)、2002年が4,018億ドル(前年比37.8%減、5,068件)、2003年上期が1,449億ドル(前年同期比32.8%減、2,242件)と報告されており、2000年の1兆2,224億ドルをピークに大幅に減少傾向にある。

一方、日本企業に関連するM&Aは、2002年が2,244件(前年比約25%増)と、5年連続で最高記録を更新している。このうち、日本企業間のM&Aが1,881件、日本企業による海外企業へのM&Aは252件、海外企業による日本企業へのM&Aは111件と報告されている(出所:野村証券金融研究所)。松古樹美「最近の組織再編の潮流にみるM&A関連法制の現状と課題(上)」商事1652号19~20頁(2003年)

(2) 上記注1のとおり、近年、わが国のM&A件数は、平成9年から右肩上がりに急速に伸び続けているが、その背景には、平成9年の合併法制の簡素化、純粋持株会社の解禁、平成11年の株式交換・株式移転制度の創設及びこれに対応した租税特別措置による課税繰延制度の導入、そして、平成12年の会社分割法制の創設及び平成13年の組織再編成税制の創設といった一連のわが国の法制度、税制度の整備があり、これらが、わが国企業の事業再構築に多大な影響を及ぼした証左であるとされている。松古・前掲注1、20頁

取引一般に対してわが国の租税法がどのように適用されるのかといった基本的な点が十分には明らかにされていないと言わざるを得ない状況にある。これが国外取引に存在する固有の様々な困難によるものであることは疑う余地はないが、また、これは、わが国の租税法の解釈のあり方自体に起因するものでもありと考えられる。

このため、本稿においては、上記の問題について、次のような順序で検討を進めることとする。

まず、第1章において、租税法の解釈と国外取引に対する租税法の適用がどのように行われるべきかについて検討する。

第2章においては、商法における分割法制と租税法における分割税制につき、それぞれの概要、基本的な考え方を確認し、商法と租税法との関係、そして両者の差異について検討する。

第3章においては、第1章における国外取引に対する租税法適用の基本構造、第2章におけるわが国の分割税制の仕組みを前提として、外国法人の分割がわが国の租税法においてどのように捉えられ、これによって生ずるわが国の株主の課税関係がどのような取扱いとなるのかにつき、具体的事例を交えて、その所得区分、損益通算、そして租税条約上の取扱いにも言及しながら検討を行う。

第4章においては、わが国における分割税制の沿革を確認する。

そして、第5章において、間接分割に関する立法論的検討を行い、間接分割税制の創設の提言を行いたい。

なお、本稿においては、特に断りが無い限り、「租税」という場合には所得税と法人税を、「租税法」という場合には所得税法と法人税法を指すことを予めお断りしておく。

第1章 租税法の解釈と国外取引に対する租税法の適用

わが国の居住者と内国法人は、その全世界所得に対して課税が行われる（所法7①一、法法5）。このため、国外取引に対しても、国内取引と同様に、国外で行われる行為や事実を的確に把握し、これらが課税要件事実を充足するの可否かの判断をしなければならない。しかしながら、国外取引は、それが国外で行われるために、その行為や事実の的確な確認が困難であること、また、その行為や事実がわが国の租税法の用語の概念に含まれるの可否かが容易には判断できないことなどから、課税要件事実を充足するの可否かの判断に困難が伴うことも少なからずあり、現に国外取引に関する税務訴訟も増加しつつある。

ところが、このような状況にありながら、わが国の居住者や内国法人が国外取引を行った場合に、そもそも、その国外における行為や事実に対してわが国の租税法をどのように解釈し適用すべきであるのかという基本的な点が、十分には明らかにされておらず、これまでもあまり論じられてこなかったように思われる。

このため、本章においては、本稿の主題である外国法人の分割が行われた場合のわが国の株主に対する課税の問題を論ずる前提として、この国外取引一般に対する租税法の解釈・適用の問題を検討することとする。

第1節 国外取引課税の困難性

1 行為・事実の確認の困難性

租税法の規定を適用して課税を行うためには、課税要件が充足されていなければならないが、課税要件が充足されていると言い得る前提として、納税者が行った行為や納税者に生じた事実が明らかになっていることが必要である。納税者の行為や事実の確認は、「いつ、何処で、誰が、何を、如何したのか」ということを確認することによって行うものであるが、国内における行

為や事実についてその詳細の確認を行うことは比較的容易であるのに対し、国外における行為や事実については、その詳細の確認を行うことが困難な場合が少なくない。

この点については、国外で行われた租税回避に関する訴訟事例をみれば、容易に察せられるところである。そのほとんどに、納税者の国外における行為や事実の認識に関する争いが存在している。

映画フィルムリースによる租税回避商品における減価償却費の否認が争われた事件⁽³⁾では、わが国の投資家を集めて結成された民法上の組合が、組合員の投資と借入金を原資としてアメリカの映画製作会社との間で行った映画の「売買行為」とその「配給行為」が問題となっている。

また、わが国の銀行が有する外国税額控除の余裕枠を利用することを目的とした約束手形の買取行為によって支払った外国源泉税について控除が認められるのか否かが争われた事件⁽⁴⁾では、アメリカ法人との間で行った手形債権の「買取行為」とオーストラリア法人との間で行った貸付債権の「買取行為」が問題となっている。

また、平成10年度改正前の法人税法第51条の特定現物出資の圧縮記帳の特例を利用して、オランダに子法人を設立した上で、多額の含み益を有する株式を現物出資により移転し、無税によってその株式の取得価額を引き上げた上で、わが国に買い戻し、譲渡した事件⁽⁵⁾では、わが国の法人の「現物出資行為」後のオランダ子法人との「増資行為」に関する処理が営利法人として合理性があるのか否かが問題となっている。

ところで、この国外における行為や事実についての確認が困難であるという事情は、課税当局の側においてのみ生ずるわけではない。納税者の側にお

-
- (3) 大阪高判平成12年1月18日(訟月47巻12号3767頁)、大阪地判平成10年10月16日(訟月45巻6号1153頁)の映画フィルムリース事件
(4) 大阪高判平成14年6月14日(判タ1099号182頁)、大阪地判13年5月18日(訟月48巻5号1257頁)の外国税額控除事件
(5) 東京高判平成16年1月28日(判例集未掲載)、東京地判平成13年11月9日(判時1784号45頁)のオープンシャホールディングス事件

いても、国外における行為や事実に関して十分な情報等が得られなければ、誤った税務申告を行うことにもなりかねない。納税者が自ら行った行為や自らに生じた事実であれば、それが国外のものであったとしても、その行為や事実は明確であろうが、例えば、外国法人の分割によって株式の交付を受けたわが国の株主は、その株式がなぜ交付されたのかについて、その外国法人からの情報なくしては知り得ないというように、国外における行為や事実に係る当事者が納税者自身でない場合には、その行為や事実の詳細を的確に把握できているとは限らない。

このように、租税法の規定を適用する対象となる行為や事実が明らかでなければ、課税要件が充足されているのか否かを正しく判断し、租税法の規定を適切に適用することは期待できない。近年、情報化の進展等により国内外の距離は縮まってはいるものの、依然として地理的な要因等の制約は存在しており、国外における行為や事実の詳細な確認には、困難が伴うことが少なくないのである。

2 関係法令等の確認の困難性

国外における行為や事実の詳細の確認が容易でないことは上記のとおりであるが、これを補うものが、その行為や事実を規律し、影響を与えるその国の法令等の確認である。

納税者が行う行為や納税者に生ずる事実は、通常、私法、公法、企業会計原則、慣行等により規律され、影響を受けていることから、この行為や事実を規律し又は影響を与える法令や慣行等を確認することは、この行為や事実の詳細を確認する上で、非常に有意義である。

しかしながら、各国の法令等は多種多様であり、国外における行為や事実を規律する法令等についてその詳細を確認することは、それらの行為や事実の詳細を確認することと同様に、困難が伴うことが少なくない。

3 租税法解釈の困難性

上記の行為や事実の確認を済ませたとしても、わが国の租税法における用語が国外における行為や事実をも含むものなのか否か、あるいは、国外における行為や事実を含む場合にはその範囲はどうなるのかという点が明確でない場合がある。

このことは、租税法とわが国の他の法令等との関係をどのように考えるのかという問題と密接に関連していると考えられる。即ち、租税法の自立性に重きを置く立場からすれば、租税法自身の用語の解釈としてその国外における行為や事実を含むのか否かを検討すべきであるということになり、他方、租税法の他の法令に対する依存性に重きを置く立場からすれば、他の法令等の解釈としてその国外における行為や事実を含むのか否かを検討すべきであるということになると考えられる。

第2節 租税法解釈のあり方

国外における行為や事実に関しては、様々な手段を尽くして的確に把握することに努めるほかないが、前節3で述べたとおり、それらがわが国の租税法の用語の概念に含まれるか否かの判断に際しては、その前提として、租税法と他の法令等との関係をどのように捉えるべきか、また、租税法の用語の解釈がどのようにあるべきかという基本的な点を明らかにすることが必要である。

ところで、従来、租税法と他の法令等との関係の議論には、納税者が行った行為や納税者に生じた事実の確認に関する検討内容と租税法の規定の解釈に関する検討内容とが錯綜した感のあるものもあったように見受けられる。

納税者の行為や事実の確認は、前節1においても述べたとおり、「いつ、何処で、誰が、何を、如何したのか」ということを確認することによって行うものであるが、租税法の規定の解釈は、文字どおり、法令の規定を解釈するものである。

租税法の規定の解釈は、その規定の立法趣旨・目的から離れて独自性が存する

部分があることも事実であるが、基本的には、その規定の立法趣旨・目的を踏まえた解釈が求められる⁽⁶⁾のであって、その確認は、非常に重要であり、かつ、不可欠でもある。

このように、納税者の行為や事実の確認を的確に行い、租税法の規定の解釈に関する検討を深めるためには、両者を混同しないことが重要であると考えられる。

このため、以下、これらの点に注意を払いながら、検討を行うこととする。

1 租税法と他の関係法令等の関係

(1) 行為・事実と法令等との関係

前節2においても触れたように、租税法の適用対象となる納税者の行う行為や納税者に生ずる事実は、私法に限らず各種関係法令の適用を受け、また、その行為や事実を取り巻く各種慣行等に従うことが求められているという点に留意しなければならない。例えば、金融機関が新設分割を行う場合であっても、民法、商法はもちろん、証券取引法、独占禁止法、銀行法、商業登記法、労働基準法、著作権法、特許権法等の知的財産権に関する法令等、多数の法令が関係しており、これらの法律に適法に行うことが求められている。更には、法令ばかりでなく、金融業界における慣行も無視し得ない規律であろうし、会計処理上、企業会計原則に従うことも重要であろう。

また、このような状況の中で、租税法もその行為や事実に対し、少なからず影響を与えているという点も重要である⁽⁷⁾。租税法の計算規定等は行為や事実を規律するものではないが、現に、租税は、経済行為に付随して生ずる取引コストの中で最大のものと言われ、経済取引に関する意思決定

(6) 法にはそれぞれ目的があり、所得税法や法人税法も「その納税義務の適正な履行を確保する」(所法1、法法1)という趣旨により創設されているのであって、その用語について、その趣旨を踏まえて解釈すべきことについては言うまでもない。

(7) 商法と租税法の関係については、江頭憲治郎「租税法と会社法」租税20号48頁以下(1992年)、民法と租税法との関係については、須貝脩一「税法と民法の交る問題点について」民商36巻2号163頁以下(1957年)

を行う際の重要な要素となっていることも確かである。納税者は、税金が最も少なくなるような法形式や取引形態を選択しようとする傾向があり、このため、租税法の所得の各種計算規定等は、経済活動に対して種々の影響を与えているといえることができる⁽⁸⁾。

このように、租税法が対象とする行為や事実は、それを取り巻く関係法令等によって様々に規律され、租税法を含む関係法令等によって様々に影響を受けているという関係にあることを認識することが重要である。このことは、関係法令等が、それぞれに異なる目的を有し、それぞれがその目的を達成するために行為や事実の規律等を行うものであることを考慮すれば、当然のことと言えよう。

(2) 行為・事実と租税法との関係

上記(1)のとおり、租税法も、各種の関係法令等と同様に、納税者の行為や事実に対して様々の影響を及ぼしているのであるが、所得税法や法人税法は、所得が個人や法人の担税力を増加させる事実に着目して、これに対して課税を行うものであるため、その担税力を増加させる行為や事実が私的なものか公的なものかを問うものではない⁽⁹⁾。もちろん、法令等に従ったものばかりでなく、それらに反した違法取引等であっても、租税法の適用対象となることについては改めて言うまでもない。

このように、租税法は、関係法令等に適法に行われたものに限らず適用対象とするのであるから、租税法が規定する課税要件事実当てはまる行為や事実が確認されさえすれば、その行為や事実に対して適用を及ぼす関係にあると考えられる。

(8) 金子宏「租税法と私法—借用概念及び租税回避について—」租税6号1~2頁(1978年)

(9) 私的経済取引が租税法の対象であることは言うまでもないが、公的な行為の結果生ずるもの、例えば、納税者の還付金又は過納金に対して支払われる還付加算金(通法58、所基通35-1(5))、土地等の収用等により支払われる補償金等(措法33他)、各種の国庫補助金等(所法42、法法42)に基づく所得についても課税対象となっているところである。

(3) 租税法と他の法令等との関係

租税法と行為や事実を取り巻く他の法令等との関係については、租税法のあり方をどのように考えるのかという問題と密接に関係しているが、従来、租税法の解釈論として論じられてきたことが、これらの問題と深く関係していると考えられることから、以下、租税法の解釈論を検討するとともに、このことによって、租税法と他の法令等との関係及び租税法のあり方についての解決の一助としようとする。

2 租税法の用語の解釈のあり方

(1) 租税法の用語の構成

租税法における規定の解釈においては、その規定中の用語の解釈が最も重要であることから、租税法の解釈論の検討を行う前に、租税法における用語の構成について確認をしておくこととする。

租税法において用いる用語は、①租税法が独自に用いるもの、②租税法に定義を置いて用いるもの、③他の法令等の規定を引用して用いるもの、④他の法令等における用語と共通の用語を特に定義も引用もせずに用いるもの（以下④を「共通用語」という。）の四つから構成されている⁽¹⁰⁾。

租税法において独自に用いる用語の代表例としては、「所得」がある。所得は、個人や法人の担税力の指標と理解されている租税法独自の概念であると考えることができる。

そして、独自の概念に近いものとして、租税法に定義を定めている用語がある。租税法が独自に定義を定めている場合には、他の法令等において用いる用語と同じ用語であっても、租税法における意味内容はその定義によることとなる。定義規定は、各租税法の第2条にまとめて規定されるほか、第3条以下の各条文中に括弧書き等で「…とする。」や「…という。」

(10) 租税法以外の他の法令等においても、用語の構成はこれと同様であると考えられ、租税法において用いる用語だけが特に異なっているわけではないと考えられる。

とされることもある⁽¹¹⁾。また、その適用範囲に関し、同じく条文中に括弧書きで、「…を含む。」としてその範囲を拡張することを示すもの、「…に限る。」としてその範囲を限定することを示すもの、「…を除く。」としてその範囲を縮小することを示すものもある。「…とみなす。」というみなし規定も、その用語の概念を拡張したり、縮小するものである⁽¹²⁾。これらは、定義規定としてまとめて規定されているものではないが、用語の意味内容を明文をもって規定したものであり、定義規定と同じく、租税法独自の概念を形成するものと捉えることができる。

他の法令等の規定を引用して用いる用語については、ここで改めて例を挙げるまでもないであろうが、特に、政策として講じられる租税特別措置法における措置に関する規定の中に多く見受けられる。これらは、引用する法令等における用語の意味内容をそのまま租税法に取り込み、同一の意味内容として捉えることを明文をもって規定したものである。よって、これらの用語の意味内容は、定義規定により定義されている用語と同様に、明確となっている。

共通用語については、定義や引用をすることなく、他の法令等における用語と同一の用語を用いているわけであるが、租税法においては、この共通用語が最も多い。これは、租税が、私人が行うおよそあらゆる行為や事実を課税対象としており、特にその中心が各種の私的経済生活上の行為や事実であるため、自ずと、民法、商法等の私的取引法等における用語と共通する用語を用いることが多くなることに起因していると考えられる⁽¹³⁾。

しかし、こうした他の法令等における用語と共通する用語の使用は、租税法に特有なものではなく、民法と商法といった一般法と特別法の関係に

(11) 林修三『法令作成の常識（第2版）』151～152頁（日本評論社・1975年）

(12) 林修三『法令解釈の常識（第2版）』74～76頁（日本評論社・1975年）

(13) 村井正『現代租税法の課題』49頁（東洋経済新報社・1973年）、〔初出「租税法における『借用概念』」自研48巻7号49頁（1972年）。また、同『租税法と取引法』24頁以下所収（清文社・2003年）〕、水野忠恒『「租税法と私法」論の再検討（一）」法学45号2～3頁（1981年）

ある法律間はもとより、公法と私法といった異なる法域間であっても、規定の対象が同一であれば、通常、同一の用語が用いられている。

租税法の解釈論においては、従来から、特にこの共通用語の解釈について、見解が分かれている。このため、以下、これらの見解の概要を示し、検討を行うこととする。

(2) 租税法の用語の解釈論の検討

租税法における用語をいかに解釈すべきかについては、租税法における用語は原則として独自の意義を与えられるべきであるとする「独立説」、法秩序の一体性と法的安定性を考慮して、租税法における用語は原則として私法におけるそれと同義に解すべきであるとする「統一説」、租税法においても目的論的解釈が妥当すべきであって、租税法における用語の意義は、それを規定している法規の目的との関連において探求すべきであるとする「目的適合説」があると言われている⁽¹⁴⁾。

イ 独立説の検討

独立説の論客としては、田中勝次郎博士を挙げることができる。田中博士は、租税法の私法からの独立と租税法独自の概念及び原理の樹立の必要性を一貫して主張された⁽¹⁵⁾。

しかしながら、田中博士が主張されるところを検討すると、博士は、「立法上も解釈上も真実の価値の捕捉を主眼とすべきであります。従っ

(14) 金子・前掲注8、2～4頁。ただし、金子教授は、この三つの見解を「借用概念」の解釈における異なる見解として説明されている。しかし、独立説と目的適合説においては、「借用概念」という概念自体が採用されていないと考えられる。本稿においては、他の法令と同一の用語を用いた場合であっても、そのことをもって「借用概念」と捉えることはせず、他の法令との共通用語の解釈をいかにすべきかという観点に立って検討を進めるものとする。

(15) 田中勝次郎『法人税法の研究』657頁以下（税務研究会・1965年）。田中博士は、まず、租税法の解釈を民商法等の私法上の法概念によって解決とする国税当局の姿勢を「民商法依存主義」と批判され、いまだ税法学としての学問の誕生を見るに至っていないと述べられている。しかも、「わが国の民商法に依存する程度のほうが、ドイツのそれに比較して濃厚であった」（同、661頁）と、わが国における問題の大きさを指摘されている。

て、解釈上は、真実の事物の状態を捕捉することを目的とした経済的観察を強調するということになると思います。」として⁽¹⁶⁾、租税法の解釈は、第一次的に租税法の目的の正当な実現のためであるとされるが、「しかし、経済的観察と申しましても、その意味は必ずしも明瞭ではなく、個々の場合について、果たして経済的観察に適合するかどうかということを検討してこれを決しなければならないと存じます。従って、名を経済的観察にかりて、法文の文字を遠くはなれた解釈をし、これがため納税者の利益を不当に侵害することのないように注意しなければならないと存じます。」と述べられ⁽¹⁷⁾、第二次的、つまり補足的ないし付随的に、法的安定性を考慮した解釈が必要であることを説かれているのである⁽¹⁸⁾。

独立説に対しては、法秩序の一体性や法的安定性を顧慮しないものとの批判がなされているが、田中博士に関しては、上記の記述からもわかるとおり、租税法における用語のすべてについて租税法独自の概念を採用せよといった極端な私法からの独立を主張されているのではなく⁽¹⁹⁾、法的安定性を考慮し、これを犠牲にしても固守すべき解釈が租税法に必

(16) 田中・前掲注 15、671 頁

(17) 田中・前掲注 15、671 頁

(18) 田中・前掲注 15、675～677 頁、同「税法の独立と税法学の誕生」税法 9 号 11～15 頁（1951 年）

(19) このことは、田中博士自身が、ドイツ租税法学者であるポーランドが、同じくドイツ租税法学者であるウェンツの説を紹介している次の一説を引用して自分の意見に代えたいと述べられていることから明らかである。「税法の独立性と経済的観察方法の必要は認めなければならないが、しかし、税法も法律全体の一部であることを忘れてはならないし、それから法の統一性も認めなければならない。そこで、一面において、税法は税法に属する概念および規範を民法とか、あるいは一般行政法とかのそれとは異なったものを形成しなければならないが、また、一面においては、あまりに行きすぎて、個々の法領域が立法並びに解釈において互いに独立して発達するようなことがあってはならない。…税法上特別の概念規定がない場合、またはその性質上特別な経済的方面から観察した法領域として必然的に民法の概念から離脱しなければならない場合を除き、民法上の一般的概念および一般的手続的規定は税法にも適用されることである。税法が他の法領域から解放されることができるのは、税法の特異性からこのことが必要である場合に限る。」田中・前掲注 15、746～748 頁

要であるときは、民事法上の概念を離れて租税法独自に解釈できると説かれて⁽²⁰⁾のであり、この点を考慮すれば、目的適合説（後述）を主張されていたと考えることができる⁽²¹⁾。

(20) このことは、「いかに税法の独立論を唱えるからといって、必要以上に民事法の内容を離脱することは許されない。要は、税法の真意を確かめ、もし、それが税法の真意であるならば、法安定性の原則も法明瞭性の原則も顧慮する必要はない。税法の真の意味に向かって邁進すべきである。しかし、そのためには一歩退いて、果たしてそれが税法上是非とも必要な法安定性を犠牲にしてまでもこれを尊重しなければならないほど重大な問題であるかどうかを検討した上で、どうしても税法の精神の方を尊重しなければならないという結論に達したとき、はじめて民事法上の法概念とは異なった法概念の存在を認めなければならないという意味に解すべきものと考える。」と、ドイツ租税法学者ガイラーの説を要約してはっきりと述べられていることから明らかである（田中・前掲注 15、733 頁）。

(21) なお、田中博士が一貫して主張された「税法の独立」という基底には、納税者保護の一面があることが窺える。それは、従来、国税当局が採ってきた租税法の解釈について、一面では、民商法本位に解しながら、他の一面ではこれと正反対に税法固有の原則（違法行為、同族会社の行為計算の否認など）を採用していることに對し、「どうして当局者はあるときは民商法依存主義により、またあるときはこの主義を放棄するといったように、首尾一貫しない取扱いをするのであろうか」と疑問を提起し（田中・前掲注 15、665～667 頁）、これに對して、租税法が採るべき立場は、本文でも引用したように、「立法上も解釈上も真実の価値の捕捉を主眼とすべきであります。従って、解釈上は、真実の事物の状態を捕捉することを目的としたいわゆる経済的觀察を強調するということになると思います。」として、法形式に捉われず、経済的觀察に基づく課税を行うことが、真実に即した課税となり、納税者保護に資することを強調されている。

さらに、実質課税について、「この実質課税の原則なるものは、反対論者が考えているような徴税強化の手段とか自由裁量の余地の拡大とかいったような便宜主義的なものではな」く、「実質課税の原則には、国庫に有利な面と、反対に国庫に不利な面とがあるのは当然である。何となれば、そもそも実質課税の原則は、経済的に觀察した場合の実態を基本として課税上の態度を決せんとするものであるから、本物のありのままの姿をとらえ、これをもって課税の対象とするものであって、その目的自身が国庫の利益を目的とするものでもなく、いわんや納税者の利益を目的とするものでもない。それは、公平にありのままの姿を課税の対象としようとするのであるから、その態度は中正であり、実質課税の原則が恣意的に国庫の利益となることもなければ納税者の利益になることもないわけである。」と述べられており、実質的な経済的事実に即して課税を行うことこそが、国庫にも納税者にも有利も不利もない中立的な立場である（むしろ、納税者に有利に展開する可能性がある）ことを強調されているのである（田中・前掲注 15、700 頁以下）。

ロ 統一説の検討

(イ) 統一説の内容

かつては、中川一郎博士が、法秩序の統一の観点から統一説を強調された⁽²²⁾が、今日においては、金子宏教授が、租税法が用いている概念を固有概念と借用概念の二種類に区分し、このうち、「他の法分野で用いられ、既にはっきりした意味内容を与えられている概念」を借用

(22) 中川博士は、まず、財政需要の充足という「租税」や「課税」の目的と、課税権者と納税者の権利・義務を定めた法規範としての「税法」の目的とを混同してはならないとし、「税法は、国民に対し課税の領域において財産権を保障することをもってその目的とする」ことを強調される（中川一郎『税法学体系（全訂増補版）』29～37頁（ぎょうせい・1977年）、同『税法の解釈及び適用』90～95頁（三晃社・1961年））。

そして、租税法における用語の解釈に当たっては、「もちろん文言解釈ないし文理解釈だけで簡単に法規範的意味を認識し得るものではないから、論理解釈や目的論的解釈を初めあらゆる解釈方法が用いられなければならないことは当然である。」として、目的論的解釈の必要性を認識されるが、「ただ、特に注意すべきことは、いかなる解釈方法によるも、…文言を無視しないこと、異なる文言をもって置き換ええないこと、又は附加しないことである。かかることをなすのは、税法の解釈ではなく、実質的に租税立法作業である。」とされ、また、「拡張解釈、縮小解釈、類推解釈のいずれもが、税法の最高法原則である租税法律主義の要請により厳禁され」て、文言を離れることを絶対に許さないという立場を貫かれた（同・前掲『税法学体系』69～70頁、同・前掲『税法の解釈及び適用』176～180頁）。

さらに、共通用語の解釈について、「法律用語においては、概念が形成されると、その概念にはすべての法域において同一の意味が与えられるべきである。各法域が同一用語のもとに相異なる意味内容を恣意的に与えるならば、法律用語は無秩序になり、混乱を招くであろう。これは税法においても同じである。従って租税法が既成法概念を使用する場合には、租税法自体においてこの概念に別異の意味を与えるような定義規定は設けるべきではなく、もしその必要があるならば、既成法概念と同一用語を使用すべきでなく、新語を使用し、定義規定を設けるべきである。従って既成法概念を使用しながら、別意の意味を与えるような定義規定さえ設けられていない場合には、当然同一の意味内容に解釈しなければならないのである。」として、統一説を強調される（同・前掲『税法の解釈及び適用』、217～218頁）。

なお、中川博士は、租税法における目的論的解釈の「目的」は、上記に述べたとおり「国民の財産権を保障すること」にあるとされているため、この目的に従った解釈が要請される結果として、「課税の限界を恣意的に拡大したり、または縮小したりしてはならない」（同・前掲『税法の解釈及び適用』193～196頁）ということとなる点に留意する必要がある。

概念と捉えた上で、この借用概念の解釈について、「わが国では、この点について見解が対立しているが、借用概念は他の法分野におけると同じ意義に解釈するのが、租税法律主義＝法的安定性の要請に合致している。すなわち、私法との関連で見ると、納税義務は、各種の経済活動ないし経済現象から生じてくるのであるが、それらの活動ないし現象は、第一次的には私法によって規律されている⁽²³⁾から、租税法がそれらを課税要件規定の中にとりこむにあたって、私法上におけると同じ概念を用いている場合には、別意に解すべきことが租税法規の明文またはその趣旨から明らかな場合は別として、それを私法上におけると同じ意義に解するのが、法的安定性の見地からは好ましい。その意味で、借用概念は、原則として、本来の法分野におけると同じ意義に解釈すべきであろう。」⁽²⁴⁾と述べられている。このように、必ずしも立法趣旨による解釈の必要性を否定されるわけではない⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾が、法的

(23) 租税法上の共通用語をどのように解釈すべきかを論じる場合には、私法との関係をどのように見るかが重要である。金子教授は、私法との関係について、「第一に、租税は、もともと私的部門で生産され蓄積された富の一部を、公的欲求の充足のために国家の手に移すための手段であって、各種の私的経済生活上の行為や事実を対象として課されるが、これらの行為や事実は、第一次的には私法によって規律されており、租税法がこれらの行為や事実をその中に取り込むに当たっては、これらを生の行為や事実としてではなく、私法というフィルターを通して一ということは私法を前提としそれを多少ともなぞる形で一取り込まざるを得ない場合が多い。そのため、租税法は、程度の差はあれ、宿命的に私法に依存する関係にあり、租税法の立法においても、その解釈及び適用においても、私法との関係がたえず、問題となるのである。」(金子・前掲注 8、1 頁)として、納税者の行為や事実は、第一次的に私法に規律されていることを前提として、この上で租税法が適用される関係にあると捉えられている。すなわち、租税法と私法の関係に関して、私法が納税者の行為や事実と租税法との間に入る三重構造の関係を構成するものとして捉えられていると考えることができるであろう。

(24) 金子宏『租税法(第9版増補版)』120～121頁(弘文堂・2004年)

(25) 水野忠恒教授は、金子教授のこの論述について、「統一説を採用されるが、そこでも、立法趣旨による解釈の必要性は否定されていないのである。原則として統一的に解釈すべきことを主張されるにとどまり、(目的適合説との)見解を異にするものとは思われない。」と述べられている(括弧内筆者)(『租税法と私法』論の再検討

安定性の観点から私法と同一の意義に解釈すべきであることを主張されているのである。この見解は、立法趣旨等を考慮すべきとする程度に差があるものの、私法と同じ用語を用いている場合のその用語の概念を「借用概念」と捉え、原則としては統一的に解すべきとして、多くの論者がこれを支持している^{(27) (28)}。

(二) (完) 法学 51 号 40 頁 (1987 年))。

- (26) 金子教授は、租税法の目的に即して租税法独自の意義を与えることを許容する目的論的解釈の余地を、本文に引用のとおり、①別意に解すべきことが租税法規の明文から明らかな場合と、②別意に解すべきことが租税法規の趣旨から明らかな場合の二つに限定的に解されている。

まず、①の「明文から明らかな場合」については、本文の上記(1)で示したような定義、引用、括弧書き等で法文上明らかにしているものを指していると考えられるため、目的論的解釈を持ち出すまでもなく、租税法独自の概念として明確なものとなっている。

問題は、②の「趣旨から明らかな場合」である。これを認める程度によっては、すべての用語について目的論的解釈の余地が認められるものとも考えることもできる。しかし、金子教授は、目的論的解釈について、「目的適合説をとった場合に、借用概念についてとかく自由な解釈がおこなわれやすく、その結果として租税法律主義のそもそもの狙いである法的安定性と予測可能性がそこなわれる危険性のあることは否定できない。公平な課税や徴税の確保のためには法的安定性や予測可能性を犠牲に供してもやむをえない、というのであれば別であるが、前述のように、納税義務が各種の私的経済取引に伴うものであり、経済的意思決定に当ってはそれが考慮すべき最も重要なファクターの一つであることを考えると、法的安定性や予測可能性の必要性を過少に評価することは適当でない。」(金子・前掲注 8、11 頁)と、恣意的解釈につながりやすいという懸念を述べられていることからすると、この「趣旨の明確性」は、かなりの程度において明白でなければならず、目的論的解釈の余地は限定的なものとして解されていると思われる。

なお、金子教授は、②の趣旨から明らかな場合の事例として、所得税法第 60 条第 1 項第 1 号にいう「贈与」には、贈与者に経済的利益を生じさせるような負担付贈与を含まないとした最小判昭和 63 年 7 月 19 日裁判集民 154 号 443 頁をあげている(金子・前掲注 24、121 頁)。これは、同号に定める「贈与」について、「負担付贈与を除く。」などと条文上明示する文言はないが、贈与や相続等を原因とする資産の移転があった場合に、取得価額と取得時期の引継ぎを認めるという特例の趣旨に照らし、そもそも贈与者が所得税法第 36 条第 1 項に定める経済的利益を受けるような負担付贈与は、同号に定める「贈与」には含まれないのは明らかであるとされた事例である。

- (27) 村井正教授は、「租税法が、経済活動を前提としているかぎり、宿命的に経済生活

この統一説を検討するに際しては、その前提とされている「借用概念」をどのように考えるのかという点が最も重要であるが、この「借用」とは、概ね、私法やその他の法律において用いられている用語を租税法において用いたことを指し⁽²⁹⁾、このことをもって租税法が私法

を規律する私法上の概念を借用して要件化せざるをえない」とした上で、この借用した用語を「借用概念」と呼び、この借用概念の解釈について、「租税法と私法という法域のちがいに応じて、それぞれの法目的に即した概念の相対性を認める立場（これを相対主義とよぶか、それとも各法域の独立性を認めるところから独立説とよんでもよい）と、各法域における目的論的解釈を排して、統一的な全法秩序においては、租税法域もその一部を構成するにすぎないから、異なる法域で用いられても、同一概念の絶対性を認める立場（これを絶対主義とよぶか、それとも全法秩序の統一性を強調するところから、統一説とよんでもよい）とに分かれる。」として、統一説（絶対主義）と独立説（相対主義）の立場があることを示されているが、「借用概念についても、合理的理由が存するかぎり、借用先の私法と異なる意味に解しうる余地が残されていることは、当然のことであるが、一般的、原則的には、『憲法を頂点におく同一法体系の下においては、同一用語は格別の理由がない限り同一の意味に解することを原則とする』（東高昭 34. 10. 27 判、民集 14-12-2439）という考え方が妥当するものと思われる。」として、金子教授と同様に、目的論的解釈の余地を残しながらも、統一説を主張されている（村井正『租税法と私法』114～115頁、127～128頁（大蔵省印刷局・1982年））。

- (28) 清永敬次『税法（第6版）』40～43頁（ミネルヴァ書房・2003年）、中里実「国家活動と市場秩序」金子宏先生古稀祝賀記念論文集『公法学の法と政策（上）』97頁以下（有斐閣・2000年）、水野・前掲注 25、40～41頁。谷口勢津夫「借用概念と目的論的解釈」税法 539号 132～133頁（1998年）、北野弘久『税法学原論（第5版）』122～124頁、210～215頁（青林書院・2003年）、小柳誠「租税法と準拠法—課税要件事実の認定場面における契約準拠法の考察—」『税務大学校論叢 39』90頁以下（税務大学校・2002年）ほか

- (29) 村井正教授は、「課税要件法は、私的取引法を前提とすることになり、その結果、私的取引法、すなわち民法、商法等で用いられている概念を直接、間接に使用せざるを得なくなる。そうした私法等の概念の借用は、必ずしも租税法に特殊な問題ではなく、たとえば行政法の領域においても考えられるし、むしろそれぞれの法域間において広くみられる現象である。」と述べられ、租税法における私法の用語の使用＝借用と考えられていることがうかがえる（村井・前掲注 13、49頁）。

また、須貝脩一教授も、「私人の経済生活及び財産関係が民法によって規律されるものであるとすると、税法と民法との交わる点は少なくないはずである。税法において、民法の範疇、概念、制度が使用借用されるのはこのためであり・・・」と、また、『住所』の場合におけるように、各種の法域において共通の法的概念が現れてくる場合には、これを税法における民法概念の借用と呼ぶことには疑義があるかも知れ

上の用語の概念をそのまま取り込んだものと見て、この「借用」された租税法上の用語の概念を「借用概念」と捉えていると考えることができる。このような考え方からすると、「所得」のような固有概念以外はすべて借用概念となり⁽³⁰⁾、その結果、借用概念の三類型が認識されることとなる⁽³¹⁾。すなわち、「基金利息（保険業法・・・第 55 条第 1 項に規定する基金利息をいう。）」（所法 24①）とするなど、他の法令の条項を引用して借用元を明示するものが第一類型、「質権」、「抵当権」、「先取特権」、「留置権」等のように私法上定着した概念をそのまま用いているものが第二類型、そして、「利益又は剰余金の分配」、「信託」、「交換」、「株主」、「役員」、「有価証券」等のように商法の計算規定等に同一の用語が用いられているものが第三類型とされる。ただし、この第三類型のうち、定義や但書き等がある用語は、私法とは別意に解釈することを明示し、既に租税法の目的に適合するように変容させたものであるから、目的論的解釈の余地はないとされる。したがって、租税法における用語の解釈の問題は、借用概念のうちの第三類型で、かつ、その中でも定義や但書き等といった明文で租税法の意味に置換えのないものにあるとされている⁽³²⁾。

ない。しかし、税法が担税力の表現としての経済生活を把捉する必要上から、私人の経済生活の法的規制に用いられる民商法上の概念を使用して規定する場合には、この種の法的概念の故郷は明らかに民商法の領域に存するのであるから、これを税法における民商法の概念の借用と呼ぶことができる。」とされ、租税法の規定を創設するとき、私法上の用語を使用した場合には、私法上の用語における概念をそのまま借用したものと考えられている（須貝・前掲注 7、164～165 頁）。

(30) 金子教授は、「私法上におけると同じ概念を用いている場合には・・・それを私法上におけると同じ意義に解するのが、法的安定性の見地からは好ましい。」（金子・前掲注 24、121 頁）として、借用概念と捉える前提を「私法と同じ概念を用いた場合」に限定されているが、「租税法が用いている概念の中には、二種類のものがある。一つは、・・・借用概念と呼ぶ。・・・第二は、・・・固有概念と呼ぶ。」（金子・前掲注 24、120 頁）として、租税法上の用語の概念は固有概念と借用概念の二種類と説明されていることからすれば、固有概念以外は、すべて借用概念ということになる。

(31) 村井・前掲注 13、50～53 頁

(32) 村井教授は、前掲注 29 で述べたとおり、租税法に借用概念は不可避であることを

(ロ) 統一説の問題点

しかし、租税法が私法と同じ用語を用いた場合に、これを「借用」と捉え、その用語の概念を「借用概念」とすることについては、次のような問題点が存在すると考えられる。

まず、第一は、租税法において用いられている共通用語の多くが、その借用元が明らかでないという点である。

たとえば、「売上」、「仕入」、「費用」、「損失」、「資産」、「負債」といったような租税法中のごくありふれた用語でさえ、それらの借用元となっている法令が何かということが明らかでない。

また、法令に用いられている用語は、原則として、社会一般に使用される意味・用法に従って用いられていると考えられるが、必ずしもその用語が一つの意味・用法のみを有するとは限らない。同じ用語であっても、それぞれの用語が置かれた法令の趣旨、目的、あるいは法文の前後関係等によって、異なる意味内容に解さなければならない場合も生ずる。このため、どの法令のどの部分の用語を借用したのかということが明らかでなければ、その用語の概念を確定することはできないが、共通用語については、例えば「基金利息（保険業法…第55条第1項に規定する基金利息をいう。）」というような引用が無いことから、確実に借用元とすることができる部分を確定することが難しいものが少なくないと考えられる。

第二は、仮に、借用元とされる法令が明らかになったとしても、その法令には、その借用されたとされる用語の意義についての規定が無く、その意味内容を明確に把握できない場合が少なくないという点である。

法令に用いられる用語は、細心の注意を払い、最も適切かつ正確な用

前提とした上で、「借用概念が不可避であるとしても、その借用のていどは、税目により区々で、またその規定の仕方も多種多様である。」ことに着目し、借用概念を、目的論的解釈の余地又は私法概念の借用の度合いの観点から、三つに類型化されて論じられている（村井・前掲注13、50頁）。

語、表現が用いられる⁽³³⁾ため、その意味内容が明確でないという例は必ずしも多くはないと考えられるが、その意味内容が定義されている用語は決して多くはない。仮に、用語の意味内容が明確であると言われていた場合であっても、定義が設けられていなければ、その意味内容を詳細に把握することは、容易ではない。

例えば、租税法における「配当」については、租税法にその定義がないことから、それは商法における「配当」の借用概念であって、その意味内容は商法における「配当」の意味内容と同じであると言われるが、その借用元とされる商法においても、「配当」を定義する規定は設けられてはいない。

この租税法上の「配当」の意味内容をどのようなものと解釈するかについて、争われた事例がある。この事例では、株主優待金が旧所得税法第9条第2号の利益の配当に該当するのかが問題となった。

まず、控訴審判決⁽³⁴⁾では、「憲法を頂点におく同一法体系の下において、同一用語は格別の理由がない限り同一の意味に解すること」が原則であるとして、利益配当の意味を会社が所定の手続を経て行う配当あるいは少なくとも手続の不備を補えば利益配当となり得るような実態を備えているものと解釈されるとの見解が示されたが、最高裁判決⁽³⁵⁾では、「おもうに、商法は、取引社会における利益配当の観念（すなわち、損益計算上の利益を株金額の出資に対し株主に支払う金額）を前提として、この配当が適正に行われるよう各種の法的規制を施しているものと解すべきである（たとえば、いわゆる蝟配当の禁止《商法 290 条》、株主平等の原則に反する配当の禁止《同法 293 条》等）。そして、所得税法中には、利益の配当の概念として、とくに、商法の前提とする、取引社会

(33) 林・前掲注 12、184～189 頁

(34) 東京高判昭和 34 年 10 月 27 日（行集 10 卷 10 号 1962 頁、判時 205 号 12 頁）なお、原審は、東京地判昭和 34 年 2 月 11 日（行集 10 卷 2 号 297 頁、判時 181 号 14 頁）

(35) 最二小判昭和 35 年 10 月 7 日（民集 14 卷 12 号 2420 頁、訟月 6 卷 11 号 2200 頁）

における利益配当の観念と異なる観念を採用しているものと認むべき規定はないので、所得税法もまた、利益配当の概念として、商法の前提とする利益配当の観念と同一観念を採用しているものと解するのが相当である。」(傍点筆者)と判示した。すなわち、最高裁は、商法における利益配当の観念は商法に固有の観念ではなく、「取引社会における利益配当の観念」であるとしたのである⁽³⁶⁾。

このように、租税法において用語の意味内容が明らかでなく、その解釈に関して争いが生ずるようなものは、その借用元とされる法令においても、他からその観念を採用していたり、その意味内容が明らかでないというような場合も少なくないのではないかと想定される。このような場合には、統一説によると、租税法における用語の解釈ではなく、まず、借用元とされる法令における解釈を明らかにする作業が必要となってくる。

この点について、水野忠恒教授は、「匿名組合契約」の意味内容が争点となった最高裁判決の評釈の中で、「匿名組合契約の意味については、商法の規定にも厳密な定義があるわけではなく、商法でもその意味内容は明確ではないのであって、適用において、匿名組合契約のメルクマールが明らかにされる作業が残されていた」として、匿名組合契約の本質は何か、何がそのメルクマールであるのかということが「商法の解釈において明らかにされなければならない」と指摘され、「借用概念の解釈に当たっては、統一説を原則としつつ、その実質的根拠の吟味も要求される場合があるといえるのであり、立法目的も無視し得ないと思われ

(36) その結果、判決においても、租税法上、いわゆる蛸配当などの商法に違反する配当も合法的な配当と同様に所得税法上の「配当」に含まれると判示している。

なお、この判決においては、所得税法における配当と商法における配当を同一観念としているが、商法における配当と所得税法における配当はほとんどの場合にその範囲が一致するものの、商法において配当に含まれないものにつき所得税法において「認定配当」とするものが存在することからも明らかなように、両者を「同一観念」と断ずることには問題があると考えられる。

る。」と述べられている⁽³⁷⁾。

このように統一説によると、借用元とされる法令における明確な定義がない場合には、借用元とされる法令における意味内容の明確化が行われない限り、租税法におけるその用語の意味内容が確定しないこととなり、また、商法だけでなく複数の法令が同じ用語を用いていた場合に、どちらの意味内容となるのかという問題もある。

また、法令が用語の意義について定義を設けていないためにその意味内容が問題となるという現象は、租税法にのみ生ずるわけではなく、他の法令においても同様の事情にある。特に、租税法のみが、他の法令における解釈とは異なり、その用語の意味内容について他の法令、特に私法における意味内容と統一に解さなければならないとするのであれば、租税法にそのような解釈をすることとなる根拠規定⁽³⁸⁾を設けることが必要であると考え。そのような解釈規定がない中で、租税法のみが、その使用する用語の概念に関して、他の法令における概念に拠らなければならないと解釈することはできないものとする。

このように、統一説には、借用元とされる法令においてその借用された用語の定義等が無くその意味内容を明確に把握できない場合にうまく対応できないという問題点があるが、このことは、租税法において用いられる用語は、特に定義等が設けられていない限り、上記の最高裁判

(37) 水野忠恒「判批」別冊ジュリ 120号 25頁 (1992年)。最二小判昭和 36年 10月 27日 (民集 15巻 9号 2357頁)

(38) 租税条約と国内法が競合した場合の解釈規定がその好例である。国内法において、租税条約と国内法が競合した場合には、租税条約が優先して適用される (所法 162、法法 139) としており、租税条約における用語の解釈について、例えば、OECD モデル条約第 3 条第 2 項において「この条約において定義されていない用語は、文脈により別に解すべき場合を除き、この条約の適用を受ける租税の適用上、当該一方の国の法令における当該用語の意義を有し、当該締約国において適用となる税法に基づく意義は、当該締約国の他の法令による当該用語の意義に優先するものとする」と規定しており、日米租税条約をはじめ、多くの租税条約にこのような規定が盛り込まれている。

決に言う「取引社会一般に用いられる観念」が採用されており、この点において租税法も他の法令も同様と考えるのが妥当である、という結論を示唆していると考えられる⁽³⁹⁾。

第三は、統一説は、前述のとおり、憲法を頂点とする国内法秩序の統一及び法的安定性の観点から他の法令における概念と同一概念を採るべきであると主張されているため、「借用概念」の借用元は国内私法であると解することができるが、そうすると、国外取引に対する租税法の規定の適用を合理的に説明できないという点である。

わが国の租税法は、所得課税につき、全世界所得課税方式を採用しており、国外において生じた所得も国内において生じた所得も区別なく、一括して一つの「所得」と認識するものであって、この点につき、国外取引について国内取引と異なる取扱いをすることとはされていない。このため、国外取引に対しても、国内取引に対するのと同様に規定を適用することとなるのであるが、「借用概念」の借用元が国内私法であるとするれば、国内私法の適用対象領域外の取引に対し、国内私法を当てはめ、その国外取引を国内私法上の法律関係に置き換えた上で、わが国の租税法の規定を適用しなければならないということになる。

ここで改めて言うまでもないが、国外取引は、外国私法等によって規律されているのであり、国外取引に対して国内私法を当てはめることには、

(39) なお、この最高裁判決を「統一説」を採用したものと解する評釈(水野・前掲注 37、25 頁、村井・前掲注 13、56～57 頁)があるが、最高裁は、上記のとおり、商法が前提とする観念とは、「取引社会における利益配当の観念」であるとしているのであって、租税法も、この「取引社会における利益配当の観念」を採用していると解するのが相当であると考えられる(商法における配当と所得税法における配当を「同一観念」とすることの問題点に関しては、前掲注 36 の後段を参照)。この点、植松守雄氏は、「最高裁判決が果して一般に言われているように私法上の概念をもって税法上の概念を律したものだといえるかどうか疑問がある」、「この最高裁判決の内容を、税法において私法上と同一の概念が用いられている場合の解釈のあり方を示したものととして受け取るのは早計のようである」と述べられている(注解所得税法研究会編『三訂版注解所得税法』219～221 頁(大蔵財務協会・2001 年))。

大きな困難が伴うことも少なくないと考えられる。国外私法には国内私法に存在しない概念があったり、逆に、国内私法の中に存在する概念が国外私法に存在しなかったり、また、同じ用語に翻訳される用語であっても意味内容が異なるといったものも決して稀ではないはずである。

第四は、租税法の立法時には、他の法令における用語の概念を借用するということは行われていないと考えられる点である。

内閣法制局において長く法令の審査に携わってこられた元内閣法制局長官の林修三氏によれば、「既成の法律用語（は）・・・ちがった意味になるべく用いないように」⁽⁴⁰⁾されているものの、「法令の文字、用語の意味は、法令の異なるに従って相対的なもので、必ずしも、一律に律しきれないものである。さらに進んで、同じ法令の中の同じ字句でも、場合によっては、その規定の場所がちがうに従って、ちがう意味に使われていることもあるのである。」⁽⁴¹⁾と述べられている。もちろん、同氏は、租税法の立法と解釈をその例外とされているわけではない。

元内閣法制局第三部長の荒井勇氏も、「同じ用語でも、法令の趣旨、目的、前後の関係等が違っていれば、違う意味で用いられる場合もあります。これを概念の相対性といいます」⁽⁴²⁾と述べられている。

また、先に文章を引用した林修三氏の『法令作成の常識』及び『法令解釈の常識』並びに荒井勇氏の『税法解釈の常識』とのいずれにも、「借用」及び「借用概念」という言葉は無い。

このような点からすると、租税法の立法においても、他の法令において用いられている用語に関して意味内容をなるべく共通にするという努力が他の法令の立法の場合と同様になされているが、他の法令において用いられている用語を租税法において用いたからといって、租税法の

(40) 林・前掲注 11、26～27 頁

(41) 林・前掲注 12、98 頁

(42) 荒井勇『税法解釈の常識－税法条文の読み方教室－』59 頁（税務研究会出版会・1975 年）

みが他の法令の概念を借用して立法が行われているというわけではない、ということになる。

租税法のほとんどが内閣の提出法案として内閣法制局の審査を経て創られていることを考えると、両氏の指摘は、重く受け止めるべきものと考えられる。租税法における用語については、それがどのように創られているのかということ踏まえて解釈を行う必要があることについてはこれまでに述べてきたとおりであり、改めて言うまでもないことである。上記のように、租税法の立法が、他の法令の立法と同様に行われているとすれば、租税法が他の法令における用語と同一の用語を用いている場合にも、その同一の用語を用いている事実をもってその用語の概念を「借用概念」とするというのではなく、個々に法令の趣旨、目的、前後の関係等を検討して、その用語の意味内容の詳細を探る必要があるということになる。

また、租税法の立法に際して他の法令における用語の概念を借用するということが行われていないと考えられることに関しては、先に述べたとおり、わが国の租税法が所得課税につき全世界所得課税方式を採用し、国外取引に対しても、国内取引に対するのと同様に規定を適用することになっていることから、合理的に推認できることである。たとえば、法人の「合併」、「分割」というようなものも、国によってその内容には少しずつ相違があり、わが国におけるそれと完全に一致するものは無いであろう。当然のことながら、この事情は、立法に際しても念頭に置かれているはずである。

租税法の解釈論としての統一説の問題点は以上のとおりであるが、上記のとおり、法令が概念を統一して創られて初めて概念の統一解釈が行われるという関係が成立するのであり、本来、この統一説は、まず、立法論として語られるべきものと考えられる。

なお、統一説を採りつつも、租税法上の「借用概念」について借用元の法令の概念と異なる概念となることがあるという考え方もあり得る

のではないかとの疑問が生ずることもあろうが、そもそも「借用概念」という主張は、租税法が他の法令の概念を「借用」し、租税法自身の概念の存在を否定するところにその意義があるのであって、租税法自身の概念であることを否定しつつ、借用元の法令の概念の修正があり得ることを主張するのは、論理矛盾ということになる。租税法自身の概念であるがゆえにその概念の広狭を租税法の解釈の問題として論ずることが可能なのであり、「借用概念」と言いながら概念の修正があるというのであれば、他の法令の解釈にはない「借用概念」という概念を租税法の解釈においてのみ創る意義が無くなってしまいうということにならざるを得ない。

ハ 目的適合説の検討

田中二郎博士は、統一説を法的安定性の見地から一理ある考え方とした上で、「しかし、これ（統一説を指す。筆者）を絶対的な原則とする考え方には、にわかに賛成しがたい。元来、私法の規定は、私的自治の原則を前提として承認し、原則として、その補充的・任意的規定としての意味をもつものであり、当事者間の利害の調整という見地に基づく定めである。…ところが、租税法は、当事者間の利害調整という見地とは全く別個に、これを課税対象事実又はその構成要件として、これらの規定又は概念を用いているのであるから、同じ規定又は概念を用いている場合でも、常に同一の意味内容を有するものと考えべきではなく、租税法の目的に照らして、合目的的に、従って、私法上のそれに比して、時にはより広義に、時にはより狭義に理解すべき場合があり、また、別個の観点からその意味を理解すべき場合もあることを否定し得ない。…以上述べたところを総合すると、租税立法に当たっては、できるだけ精緻にかつ明確に、そして疑問の余地のないように規定をととのえることが望ましいのであるが、現行租税法には、幾多の不備欠陥のあることが否定できない現在、たとえ私法上の規定を引用し、又はその概念を用いている場合でも、租税法上、直ちに私法上のそれと同一に解す

べきではなく、規定又は概念の相対性を認め、租税法の目的に照らし、その自主性・独立性を尊重して、その目的に合する合目的的解釈をなすべきことを承認しなければならない。」⁽⁴³⁾と述べられている。

金子教授は、「別意に解すべきことが租税法規の明文またはその趣旨から明らかな場合」については別意に解する余地があるとしつつも、租税法規の趣旨・目的を尊重して目的論的解釈を主張する目的適合説に対しては、「借用概念についてとかく自由な解釈が行われやすく、その結果として租税法律主義のそもそもの狙いである法的安定性と予測可能性がそこなわれる危険性のあることは否定できない。」⁽⁴⁴⁾と批判されている。

確かに、金子教授が指摘されるように、租税法における用語について目的論的に解釈する場合には、法的安定性や予測可能性が損なわれる懸念が伴うことは否めない。

しかしながら、租税法の目的に照らし、法的安定性や予測可能性を考慮した上で、租税法における用語の意味内容やその適用範囲を他の法令におけるよりも広く解釈したり、狭く解釈したりすることは、他の法令一般の解釈と同様に、許容されるものとする。むしろ、他の法令一般における解釈とは特に異なる解釈をすべきとする明確な根拠となる法令の規定がないにもかかわらず、租税法における用語についてだけ、他の法令における用語の意味内容を借用するものとするに疑義が存すると考える。

また、租税法の目的に沿った解釈を行うとはいっても、規定の枠を超えるような解釈が許されるはずはなく、目的論的解釈が「恣意的解釈につながる」との批判については、懸念という点では理解できないものではないが、それをもって目的論的解釈を否定する論拠とすることはできないと考える。

法的安定性や予測可能性を確保するためには、まず、立法当局が法令

(43) 田中二郎『租税法（新版）』116頁（有斐閣・1981年）

(44) 金子・前掲注8、11頁

の規定の明確化に努め、それでもなおその規定の解釈について疑義がある場合には、行政当局が有権解釈を適時適切に示すことによって、その確保を図るべきものと考えられる。現に、租税関係の法律、政令、省令においては、他の法令における以上に、定義や適用範囲等について多数の詳細な規定が設けられており、また、租税法の執行に当たっての解釈や取扱いを示す数多くの通達が公表されているところである。

さらに、租税法における用語を合目的的に解釈して租税法における用語が示す意味内容を明らかにするとすれば、わが国の私法の領域外で行われる国外取引に対して、わが国の租税法を適用する場合にも、国外取引を国内私法上の法律関係に置き換えるといった上記の統一説の検討において指摘した問題は、生じないこととなる。

また、植松守雄氏は、上記の利益配当に係る最高裁判決について論じる中で、当該判決は、常識的な意味で利益配当の観念があるものとして、それを基準として株主優待金が利益配当に当たるかどうかを判断しようと試みられているが、結局のところ、「このようなアプローチでは利益配当の概念内容を明確に捉えることはむずかし」く、「利益配当の外延がどこまで広がるのか」明確な線引きができないことになり、「結局は、…国側が主張したように、会社が株主に対し株主たる地位に基づいて行った分配金—もちろん資本の払戻しを除いて—を利益配当の最後のメルクマールとする以外に明確な線が引けなくなるのではないか。ということは、利益配当について借用概念ではなく実質主義的な解釈をするということになるのではないかと思います。」⁽⁴⁵⁾と述べられている。

植松氏が指摘されるように、租税法における用語の概念の捉え方としては、特に定義なく用いられている場合には、まずは「取引社会における観念」によることとなるという理解は正しいと考えられるが、他方で、

(45) 塩崎潤＝植松守雄＝西野襄一＝岡崎一郎『所得税法の論理』166～167頁〔植松発言〕（税務経理協会・1969年）同様の論旨で、注解所得税法研究会・前掲注39、217～224頁

このように漠然とした基準によることとなると、何が「取引社会における観念」であるのかが明確ではなく、別途、明確な解釈基準が必要になるのではないかという疑問が生ずることとなる。この点に関して、植松氏は、「勿論社会通念上の観念ということも頭に置かなければならないが、法律の解釈としては論理的な割り切りが必要で、しかもその場合税法の目的やその仕組みから見てどう解釈するのが合理的かという観点からの目的論的解釈が必要だと思います。」⁽⁴⁶⁾とされ、目的論的解釈による解釈基準の明確化が必要であると主張されている。

さらに、植松氏は「借用概念」と「固有概念」による概念整理について、「両者のカテゴリーが必ずしも明確ではない。また、かりに、借用概念であったとしても、概念の相対性ということで、税法目的からするところの合目的な解釈がいっさい認められないわけではない。借用概念ということで割り切ってしまうことも危険で機械的に適用すると正しい法律解釈から遊離する場合が生ずる恐れがあると思います。」⁽⁴⁷⁾と述べられ、租税法であっても、他の一般の法令と変わるところはなく、合理的な目的論的解釈によってその用語の概念を実質的に決めるべきであると主張されている。

田中二郎博士や植松氏のように、租税法だけが特別な立法原則や解釈原則を持つわけではなく、他の法令の解釈と同様に、合目的的な解釈を行えば、自ずと租税法における用語の概念の明確化は図られるのであるとの説明は、説得的である。

以上のとおり、租税法の用語の解釈のあり方をめぐって、独立説、統一説及び目的適合説の各見解について検討を行ってきたが、各検討内容からうかがえるとおり、筆者は、租税法における用語の解釈のあり方に関しては、目的適合説を採るのが適当であると考える。

(46) 塩崎ほか・前掲注 45、168～169 頁〔植松発言〕

(47) 塩崎ほか・前掲注 45、170 頁〔植松発言〕

第3節 国外取引に対する租税法の適用

1 租税法による直接判断

租税法の解釈に関して目的適合説を採る場合には、国内私法や外国私法における判断を介在させることなく、租税法が課税の対象とする国外における行為や事実が租税法の規定する用語の概念に含まれるのか否かを、合目的的に判断すべきということとなる。

所得課税に関して、全世界所得課税方式を採用するわが国の租税法は、本来、国内取引に止まらず国外取引までも考慮した上で、国外取引にも適用可能な明確な用語又は文章によって規定を設けるべきである。

しかしながら、立法時においては、第1節において述べたとおり、国外においてどのような取引が行われるのかについての的確に確認し、また、外国の関係法令等を詳細に把握した上で法を創るということは非常に難しく、現実には不可能であると言わざるを得ないであろう。このため、外国税額控除制度やタックスヘイブン税制など直接に国外取引を対象とするものは別として、基本的には、国内取引を対象として法が創られているものと解することができる。このことは、わが国に限らず、他の国においても同様の事情にあると考えられるが、この点をまず認識しておく必要がある。

このように、国外取引に対する課税においては、国内取引を対象として創られた規定を、様々な形態で行われる国外取引に適用していかなければならないところに、租税法を適用する困難さの主因が存在するといえることができるが、これは、全世界所得課税方式を採用する租税法の宿命でもある。

2 租税法概念の判断基準

上記1のとおり、国外取引に対して課税を行う場合には、租税法における用語の概念が国外における行為や事実を含んでいるのか否かを判断しなければ

ばならないが、この判断に際し、何を基準とするのか⁽⁴⁸⁾という点は、非常に重要である。この判断基準の如何によって、国外取引に対する租税法の規定の適用関係が大きく変わることも充分にあり得るからである。

この判断基準は、国外における行為や事実がわが国の租税法における用語の概念に含まれるのか否かを判断する基準ということであるため、わが国の租税法においてその概念が何をもち本質的な構成要素とされているのかということをも明らかにすることが、即ち、この判断基準を明らかにすることでもある。この本質的な構成要素が何かという点に関しては、わが国の租税法が基本的に国内取引を対象として創られていることからすると、その対象とされている国内取引を観ることによって、その用語に租税法の規定が読み込んだ概念を明らかにすることができるものと考えられる。

この判断基準は、その租税法の規定が何を目的とするものであるのかということ踏まえて決められる必要があるが、具体的には、判断対象に応じて個々に検討するほかはない。一般論としては、租税法における概念が、他の法令等における概念と異なっているもの、例えば、法人税の計算において申告調整の対象となる「寄附金」や「交際費」といった法人税法上その範囲を明確にしているようなものは、租税法に固有の考え方がより明確となっているため、租税法が何をもちその本質的な構成要素と考えているのかという判断基準が明確で、その判断が比較的容易であるといえるが、他方、租税法

(48) 浦東久男助教授は、税法において使用される法概念に外国法概念が含まれるかについて論じられる中で、『借用概念』論と関連して分析することもできると思われるが、複雑にしないためそのような議論は避けている」として借用概念とは切り離して考察されているが、外国法概念が含まれるのか否かの基準は、税法規定を①課税対象者又は課税物件規定、②課税要件規定、③納税義務の確定手続・納付徴収手続規定の三つに分けた上で、①は自国法のみ概念によるべき、②は外国法概念も取り込んで解釈されるべき、③は納税者と国内の対課税機関、対徴税機関との関係から、ほとんどは自国法のみとなるが、外国法制度も援用すべき場合もあると、租税法の規定の性質に分けた上で、特に課税要件規定には外国法概念が含まれると述べられている（浦東久男「税法において使用される法概念について－外国法概念は含まれるか－」税法学 536 号 12 頁（1996 年））。

における概念が、他の法令等における概念を対象に創られたため、両者の概念もほぼ同じであると考えられるもの、例えば、「合併」や「分割」などについては、租税法自身が何をもって本質的な構成要素としているのかを判断することが難しいと想定される。

この場合には、租税法が対象としている行為や事実に関して規定を設けている他の法令におけるその行為や事実の意味内容を尊重しつつ、租税法及びその租税法の規定の趣旨を踏まえて、租税法におけるその用語が示す本質的構成要素を明らかにした上で、国外取引に適用可能な判断基準を創るほかはないと考えられる。

そして、国外取引に対してわが国の租税法を適切に適用していくためには、この判断基準の蓄積と継続的な検証が非常に重要となると考えられる。

第2章 分割法制と分割税制の概要

租税法上の分割を明らかにするためには、租税法に規定を創設した趣旨・目的に即した解釈をする必要があることは既に述べたとおりであり、その場合には、他の法令等における意味内容や他の法令等との関係も念頭に入れて検討を進める必要がある。

分割税制については、商法に分割法制が創設されたことを契機に創られたことから、商法における分割を知ることが不可欠である。このため、本章では、まず、平成12年の商法改正により創設された分割法制の考え方や制度の概要を確認する。その後、平成13年度の税制改正により創設された組織再編成税制の基本的考え方や制度の底に流れる理論の概要を確認し、更に、分割法制と分割税制とを比較した上で両者の相違点等を検討する。

第1節 分割法制の概要

企業の国際的な競争が激化する中で、企業の再編成を容易にして経営の効率化を促進し、国際競争力を確保するという緊急の課題に対応するため、商法においては、平成9年の合併手続の簡素合理化を皮切りに、平成11年には平成9年の独占禁止法改正による持株会社の設立の解禁に伴って完全親子会社関係を円滑に創設できるようにするための株式交換及び株式移転制度が創設され、その後、平成12年に商法の一部を改正する法律（平成12年法律第90号）により組織再編法制整備の集大成とも言える分割法制が創設された⁽⁴⁹⁾。

(49) 平成12年の分割法制の創設の経緯等については、原田晃治「分割法制の創設について—平成12年改正商法の解説—(上)・(中)・(下)」商事1563号4頁以下、1565号4頁以下、1566号4頁以下（2000年）。また、同「会社分割法制について—平成12年改正商法の解説—」民月第55巻第8号9頁以下（2000年）においても同様の解説がある。以下、同氏の解説の引用は、前掲の文献によって行うこととする。

1 分割の意義

商法上、分割とは何かを定義する規定はない。ただし、新設分割を定める商法第 373 条において「会社ハ其ノ営業ノ全部又ハ一部ヲ設立スル会社ニ承継セシムル為新設分割ヲ為スコトヲ得」と規定し、吸収分割を定める同法第 374 条の 16 において「会社ハ其ノ一方ノ営業ノ全部又ハ一部ヲ他方ニ承継セシムル為吸収分割ヲ為スコトヲ得」と規定していることから、分割は、「会社の営業の全部又は一部を他の会社に承継させる行為」であることは明確である。このため、分割の意義は、「会社の営業の全部又は一部を他の会社に承継させる組織法上の行為」と説明されている⁽⁵⁰⁾。わが国においては、平成 12 年に分割法制が創設されたが、先進各国には既に創設済みの国が多く、わが国の分割の形態も、欧州型（大陸型）の直接分割型と英米型の間接分割型のいずれが適当かという検討が行われた結果、欧州型の直接分割型を範として整備することとされたものである。

2 直接分割

直接分割は、合併とは逆方向の「いわば生きたまま二つ以上の会社になる⁽⁵¹⁾」という言葉に示されるように、会社が商法上要求される一定の手続を完了することにより、会社の行為の効果として当然にその権利・義務の移転が生じ、会社の組織に関する一定の効果が与えられる組織法上の行為である⁽⁵²⁾。よって、当事者間で締結された私法上の契約に基づく個別の譲渡行為と異なり、分割承継法人から発行される株式は、移転資産・負債の対価としての性質

(50) 原田・前掲注 49(上)、9 頁

(51) 田村諄之輔「会社分割法制についての一考察」岩原紳作＝神田秀樹編『商事法の展望』533 頁（商事法務研究会・1998 年）

(52) 組織法上の行為には、他に、合併、株式交換、株式移転が挙げられる。分割が組織法上の行為とされたことの意味は大きく、分割は、それまで会社を分割するために採られていた契約上の個別の譲渡行為である事後設立や譲渡行為と組織法上の行為との合体行為とされる現物出資の方法とは一線を画するものとなっている。

を持つものではなく⁽⁵³⁾、分割手続を踏むことによって、物的分割の場合は分割法人に、人的分割の場合は分割法人の株主に、当然に交付されることになる。このように組織法上の行為として分割を実現させる行為は、分割法制の創設前では行い得ず、分割法制の創設によって初めて行い得ることとなったことを、ここで強調しておきたい。

3 人的分割と物的分割

次に、わが国の直接分割の類型として採用された人的分割と物的分割のそれぞれの性格を確認することとする。

人的分割においては、分割承継法人が発行する株式は分割法人の株主にのみ割り当てられ、物的分割においては、分割承継法人が発行する株式は分割法人にのみ割り当てられる⁽⁵⁴⁾。物的分割の場合には、分割法人は、営業の全

(53) 会社分割が譲渡行為とは異なる旨の説明として、営業譲渡との違いが挙げられる。これについては、「会社分割と営業譲渡とは、いずれも営業を単位として権利義務が承継されるという点で共通している。しかしながら、営業譲渡は商人が行う取引行為の一つであって、売買等の民法や商法の取引に関する規定によって要件及び効果が律せられるものであるのに対し、会社分割は、合併と同様の組織法上の行為に当たり、商法の定める組織の再編成の一つである会社分割に関する規定によって規律されるものである。このことから、まず、営業譲渡においては、譲受会社から譲渡会社に対して当然に対価としての金銭等が支払われることになるが、会社分割においては、設立会社または承継会社から分割会社に対して対価的な給付がなされることはない。このことは、人的分割については明らかであるが、物的分割においても、分割会社に対する設立会社または承継会社の発行する株式の割当ては、通常取引における対価という性質を有するものではない。」とされている(原田・前掲注 49(上)、13頁)。

(54) 商法が定める分割の類型は、新しく会社を設立して分割資産を引き継ぐ「新設分割」、既存の会社に分割資産・負債を引き継ぐ「吸収分割」、そして、本文で示した「人的分割」と「物的分割」の四つを基本形態に据え、この特殊形態として、分割法人と株主の双方に分割承継法人の株式を割り当てる「一部分割」、分割法人サイドが複数となって分割を共同で行う「共同分割」があり、これらを組み合わせて12通りの分割を選択することができ、更に分割承継法人が複数となる「分散型の分割」も禁止されてはいないことから、これを含めると24通りもの方法を選択することができ、会社のニーズに合わせたより柔軟な分割の手法を採用することが可能となっている。西村総合法律事務所編『M&A法大全』806頁〔武井一浩〕、318頁〔小野美恵〕(商

部又は一部を分割承継法人に移転して、その代わりに分割承継法人の株式を受け入れるため、分割法人の移転資産から移転負債を差し引いた純資産が株式の形態に転換したに過ぎず、資本の部の金額には何の変動も来たさない。

しかし、人的分割の場合には、分割法人は、営業の全部又は一部を分割承継法人に移転し、分割承継法人が発行する株式は、分割法人の株主に対して交付されるため、分割法人にとっては、それまで保有していた資産・負債が無くなるのみで、会社財産は減少することとなる。一方、分割法人の株主においては、人的分割により分割法人の株式の価値が減少するが、分割承継法人の株式が交付されることによって、その価値の減少額が補填されることになる。

このように、物的分割の場合には、分割法人と分割法人の株主にとって、実質的な純資産の価額に変動は起こらない反面、分割法人は、移転した資産・負債の代わりに分割承継法人の株式を保有することになるため、移転した資産・負債との関係は移転後もつながっていると見え、この関係を完全に断ち切ることはできず、分割承継法人が抱えるリスクも負うことになる。

これに対して、人的分割の場合には、分割法人の財産が分割承継法人に移転され、その対価は株主に交付されるため、分割法人の責任財産に変動が生じ、また、分割計画又は分割契約の内容、分割承継法人の財産状況等によっては、会社債権者及び株主ともに不利益を受ける可能性がある⁽⁵⁵⁾。その反面、人的分割は、正の資産だけでなく、負の資産である債務も切り離すことができるため、財務状況の改善やリスクの分散のために有効に機能する。人的分割によれば、分割法人と分割承継法人の資本関係を完全に断ち切り、二つの法人を分離・独立させることが可能となるのである。

事法務・2002年)

(55) 原田・前掲注 49(中)、13～17頁。このため、商法は、人的分割を行う場合の株主及び会社債権者に対する保護手続を講じ、分割に反対の株主には株式買取請求権(商法374の3①、374の31⑤)が、会社債権者には分割に異議を申し述べた場合には弁済すべきこと(商法374の4、374の20)が規定されている。

4 分割法制創設前の実質的な分割

ここで、分割法制が創設される前に、既存の法制度の中で行われていた実質的な分割行為を見ておくこととする⁽⁵⁶⁾。

この分割のための手法は、次のとおりであるが、これらが如何に会社にとって不便なものであったかをうかがい知ることができる。

- ① 営業を現物出資して新会社を設立する方法（現物出資：商法 168①五）
- ② 新会社設立の際、発起人が設立中の会社のために、設立後、分割法人の営業を譲り受けることを約する方法（財産引受：商法 168①六）
- ③ 金銭出資等により新会社を設立し、設立後 2 年以内に営業を譲渡する方法（事後設立：商法 246）
- ④ 金銭出資等により新会社を設立し、この新会社が後に新株を発行し、これに対して営業を現物出資する方法（新会社による新株発行に対する現物出資：商法 280 の 2①三）

これらは、いずれも裁判所の選任する検査役の調査を要し、その調査のために営業の中断を余儀なくされ、また、債務を引き継ぐ場合には債権者の個別の同意を要することから手続が非常に煩雑であった⁽⁵⁷⁾。

しかも、これらの手法のいずれによっても、会社の物的分割に止まるものでしかなく、この後、株主段階にまで及ぶ分割を行うためには、第 3 章において後述する間接分割のように、分割法人は、その取得した子会社株式を、配当若しくは減資の対価として、あるいは解散による残余財産の分配として株主に交付しなければならなかった。しかし、商法の解釈上、これらの株主への交付に際して金銭以外の資産によることの可否については疑義があり、

(56) 竹内昭夫＝龍田節『現代企業法講座第 3 巻企業運営』440 頁（東京大学出版会・1985 年）、通商産業省産業政策局産業組織課編『会社合併・分割の現状と課題』174 頁（商事法務研究会・1996 年）

(57) 分割法制創設前の分割の可能性と分割の問題点について、河本一郎「個人株主保護の観点からみた会社分割」商事 1407 号 2 頁以下（1995 年）、問題点を踏まえ立法論的検討を行ったものとして宍戸善一「会社分割立法に関する一考察」ジュリ 1104 号 359 頁以下（1997 年）

特に配当においては、否定的に解されてきた。この点については、第5章において詳述するが、このような事情から、わが国においては、株主段階にまで及ぶ分割は、昭和32年に①の方法で分割した小糸製作所⁽⁵⁸⁾を除いては、ほとんど行われなかったと言われている。

以上の点からも明らかなように、上記に述べた煩雑な手続を要せず、包括的に権利義務関係を承継させる直接分割を創設したことの意義は大きいといえることができる⁽⁵⁹⁾。

5 「営業」と「承継」の意義

商法上の分割とは、上記1のとおり、営業の全部又は一部を他の会社に承継させることである。よって、分割の対象は「営業の全部又は一部」であり、

(58) 小糸製作所は、多角経営をやめ単一経営により、経営責任を明らかにするために、昭和32年10月1日に、静岡工場を分離独立させ、「小糸電機株式会社」を設立した。分割の方法は、小糸製作所の資本金1億8975万円を1億円に減少させ、株主に対しては、3,795株に対し、2株の割合で小糸製作所の新株を交付して株式併合し、端株は処分した上でその代金を交付した。そして、減少する資本の対価として「小糸電機株式会社」の新株を交付した（商事68号19頁（1957年））。

(59) ここで、分割の利用価値について触れておきたい。分割は、①多角経営をしている大企業が特定事業部を独立させて専門化を図る場合（ただし、このような単独新設分割は、分割法人に50%超の株式を保有する法人ないし個人がいる場合でない限り、税制上の適格分割には該当しない）、②特定部門を分離し、他の会社の同じ部門とともに合弁企業を設立する場合（竹内＝龍田、前掲注56、439頁）、③経営の効率化・合理化のため又は他社とより有利にM&Aを行うため、不採算部門を切り離す場合、④債務超過会社が不採算部門を切り離す場合（西村法律編・前掲注54、819頁〔武井〕）、⑤1社又は数社により持株会社を創設し、その各事業部門ごとに分離させた上で機能別に子会社として再編成する場合（西村法律編・前掲注54、814～815頁〔武井〕）、⑥他社との間で営業の移転・承継を行う場合、すなわち実質的な営業譲渡を行う手法として利用する場合（西村法律編・前掲注54、815頁〔武井〕）、⑦子会社を新たに設立の上、営業の一部を子会社へ移管する場合、⑧子会社を新たに設立し、営業の全部を子会社に移管し、自らは持株会社となる場合、⑨共同新設分割の利用により、他社との間の合弁会社を創設する場合、⑩非公開会社ののれん分けや合弁事業の解消等を非按分型の分割形態を使用して行う場合（西村法律編・前掲注54、817頁〔武井〕、なお、非按分型分割は、税制上は非適格分割となる。）等、会社を二つ以上に分けるという様々な場面に利用され、そのメリットは大きい。

分割の効果は「承継」によって生ずることになる。このため、営業の意義と承継の意義が重要となってくる。「営業の全部又は一部」を構成しない財産を分割により承継することはできない⁽⁶⁰⁾、逆に営業を構成する財産を営業の対象から除外することもできない⁽⁶¹⁾。仮に、これらを承継し又は除外した場合には、この部分については無効事由を構成し、分割無効の訴えの対象となり得るものとなる⁽⁶²⁾。

(1) 「営業」の意義

平成11年7月に法務大臣の諮問機関である法制審議会の商法部会(部会長:前田庸教授、以下「商法部会」という。)においてとりまとめられた「商法の一部を改正する法律案要綱」中間試案(以下「中間試案」という。)においては、新設分割の意義は「株式会社は、その権利義務の一部を設立する会社に承継させるため、新設分割をすることができるものとする」とされ、また、吸収分割の意義は「株式会社は、その一方の権利義務の一部を他方に承継させるため、吸収分割をすることができるものとする」とされており⁽⁶³⁾、この段階では、分割の対象物は、営業ではなく「権利義務の一部」とされていた。

これが、最終的に「営業」となったのは、①分割が、合併、株式交換、株式移転と同様、企業組織再編成のための組織法上の行為であり、権利義務の承継は包括承継の性質を有するものであるから、分割の対象も組織的一体性を有する「営業」とするのが相当であること、また、②「営業」という概念は、商法第25条、第245条に既に存在するもので、判例等によってその意義が明確にされており、分割の対象としても明確になるためであった⁽⁶⁴⁾。

(60) 原田・前掲注49(上)、12頁

(61) 神作裕之「分割における『営業』の意義」法教243号24頁(2000年)

(62) 武井一浩=平林素子『分割の実務』43頁〔武井〕(商事法務研究会・2000年)

(63) 別冊旬刊商事法務編集部『『商法等の一部を改正する法律案要綱』中間試案の公表—企業再編のための会社分割法制の創設』商事1532号5頁以下(1999年)

(64) 原田・前掲注49(上)、12頁

このことからして、立法担当者の意思としては、分割規定における「営業」の概念について、商法第 25 条の営業譲渡人の競業禁止義務を定めた規定における「営業」の概念及び同法第 245 条の営業譲渡の特別決議を定めた規定における「営業」の概念と同一意義に解しているものと考えられる。

この商法第 25 条及び第 245 条における「営業」の概念については、最高裁大法廷判決⁽⁶⁵⁾が基本となっており、その後の下級審判決もこれに従っていることから、判例上、ほぼ固まったものとされているところである⁽⁶⁶⁾。この最高裁判決は、営業譲渡について規定する商法第 24 条以下及び第 245 条第 1 項第 1 号の「営業ノ全部又ハ重要ナル一部ノ譲渡」の解釈に関するもので、ここでは、「商法 245 条 1 項 1 号によって特別決議を経ることを必要とする営業の譲渡とは、同法 24 条以下にいう営業の譲渡と同一意義であって、営業そのものの全部又は重要な一部を譲渡すること、詳言すれば、一定の営業目的のため組織化され、有機的の一体として機能する財産（得意先関係等の経済的価値のある事実関係を含む。）の全部又は一部を譲渡し、これによって、その財産によって営んでいた営業的活動の全部又は重要な一部を譲受人に受け継がせ、譲渡会社がその譲渡の限度に応じ法律上当然に同法 25 条に定める競業禁止義務を負う結果を伴うもの」⁽⁶⁷⁾と判示され、また、営業とは「営業用財産である物及び権利だけでなく、これに得意先関係、仕入先関係、販売の機会、営業上の秘訣、経営の組織等の経済的価値のある事実関係を加え、一定の営業目的のために組織化され、有機的の

(65) 最大判昭和 40 年 9 月 22 日（民集 19 卷 6 号 1600 頁）、最大判昭和 41 年 2 月 23 日（民集 20 卷 2 号 302 頁）

(66) 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫『新版注釈会社法（5）』263～265 頁〔落合誠一〕（有斐閣・1986 年）

(67) 最大判昭和 40 年 9 月 22 日（民集 19 卷 6 号 1600 頁）本件は、株式会社がその営業用財産である工場の土地・建物・機械設備等を一括して中小企業協同組合に譲渡するにあたり、株主総会の特別決議を経ず、かつ取締役会の決議も経ないまま行い、また、相手方組合も理事会決議を経ないまま行ったものについて、この譲渡の効力（商法第 245 条第 1 項第 1 号にいう営業の譲渡への該当性）が争われたものである。

体として機能する財産」⁽⁶⁸⁾と判示されている。したがって、分割における営業も、これと同意義であり⁽⁶⁹⁾⁽⁷⁰⁾、単に営業上重要な財産や権利義務であるだけでは足りず⁽⁷¹⁾、また、単なる営業用財産や権利義務の集合であるだけでも足りない⁽⁷²⁾。商法部会長を務められた前田庸教授は、「有機的一体として承継している」という意味は、「いわば開業準備行為をすることなくそのまま営業をすることができる状態で承継すること」であり、競業避止義務を負わなくても、上記判決において示されている得意先関係、仕入先関係、営業上の名声等に加え、労働関係もこれに含めて考えるべきで、このようなものが含まれていれば、会社分割における承継の対象として認めてよいと説明されており⁽⁷³⁾、承継される財産の「有機的一体性」を重視した考え方を採っている。

しかし、一方、分割規定における「営業」の概念は、商法第 25 条又は第 245 条における「営業」の概念を基本としつつも、これが必ずしも営業譲渡における「営業」と同一に解さなければならない必然性はなく、「営業」が機能するためには、従業員等の人的資源、労働力等の人的要素の承継が必須で、また、分割における雇用契約の承継制度が創設された趣旨に照らしてもこれが不可欠の要素であるが、それ以外は、一定の「営業目的のた

(68) 東京高判昭和 36 年 9 月 25 日。前掲注 65 に示した最大判昭和 40 年 9 月 22 日の原審である。

(69) しかしながら、分割においても、競業避止義務を当然に負うと解されるか否かについては、議論がある。立法担当者の見解としては、もともと「営業」の概念を商法第 25 条、第 245 条と同一意義と解釈しているため、分割契約書又は分割計画書に競業避止義務の有無について明示しない場合には、商法第 25 条の類推適用があるものと解すべきとされている。ただし、商法第 25 条は、「当事者ガ別段ノ意思ヲ表示セザリシトキハ」競業避止義務を負うという趣旨であるから、分割の場合でも、分割契約書等によって競業避止義務を負わないことを明記した場合には、負わないことが許容される。このことは、商法第 25 条、第 245 条を前提として、同一趣旨に解している所以である。原田・前掲注 49(上)、13 頁。

(70) 前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説(下)」商事 1555 号 13～14 頁

(71) 武井＝平林・前掲注 62、44 頁

(72) 旭川地判平成 7 年 8 月 31 日 (判時 1569 号 115 頁)

(73) 前田庸「商法等の一部を改正する法律案要綱の解説(上)」商事 1553 号 9 頁

めの組織化され、有機的一体として機能する財産」という字義を超えない範囲で、目的論的に柔軟に解釈する必要があるとする有力な見解がある⁽⁷⁴⁾。確かに、上記の最高裁判決は、重要な営業譲渡が行われる場合の株主保護を目的とする規定における概念を判示しているのであり、分割において、まさにその対象として中核を為す「営業」の概念につき、目的が異なる規定における概念をそのまま当てはめなければならない必然性はないと考えられる。すなわち、それぞれの規定における「営業」の概念の相対性が認められるべきものと思われる。

ただし、「営業」の文言自体が漠然としており、広くも狭くも解釈できる難点がある事実は否めない。たとえば、製造工場において、工場だけに移転させるということができるとか、工場の土地・建物だけに移転させて機械は賃借するということができるのか、従業員を移籍させず出向させるということができるとか、受注した一の契約を分割するということができるのかなど、具体的な営業の判断場面においては、その判断に窮することが少なくないと思われる。特に、複数の営業に共通に関わる人事、総務部門等の割当ての問題や、移転する資産に対応する負債の配分の問題等は常に起こり得る問題である。これらの判断に当たって、営業に該当するか否かの最低限の判断基準は、前田教授が示された「開業準備行為をすることなくそのまま営業をすることができる状態」にあるのか否かということではないだろうか。当事者である会社の選択によっては、様々な移転形態が考えられるが、営業を承継する以上、その営業が、承継後において、そのままの状態で行き続き行うことが可能な状態にあるということであれば、柔軟に考えて良いように思われる。いずれにしても、分割が行われる場合には、当事者自治の下、当事者間で分割計画書又は分割契約書が作成されることになっていることからして、ある程度の柔軟性は予定されているのであ

(74) 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法（第3版）』707～708頁（有斐閣・2004年）、神作・前掲注61、25頁、特に、分割において、設立会社・承継法人に対し、得意先の承継、競業避止義務を負うことは営業の承継の不可欠の要件ではないとされる。

て、「営業」については、「有機的一体性」を有する限りにおいて柔軟に解してよい⁽⁷⁵⁾とするのが妥当であると思われる。

(2) 「承継」の意義

商法第 374 条の 10 第 1 項及び第 374 条の 26 第 1 項に明記されているとおり、分割が行われた場合、分割承継法人は、分割計画書又は分割契約書の記載に従い、分割法人の「権利義務ヲ承継ス」ることとなる。これらの規定は、「合併ニ因リテ消滅シタル会社ノ権利義務ヲ承継ス」と規定する商法第 103 条及び「相続人は、相続開始の時から、被相続人の財産に属した一切の権利義務を承継する。」と規定する民法第 896 条と同様に、いわゆる「包括承継」を規定したものと解されている⁽⁷⁶⁾。

この「包括承継」という文言は、商法の条文上にはない文言であるが、権利義務の承継が法律上当然に生ずることを意味し、個々の権利義務につき個別の移転行為（引渡し、債権譲渡、債務引受、債務者の交替に関する更改）を要しない⁽⁷⁷⁾ことを意味する。

なお、合併や相続の場合には、合併法人若しくは被相続人に帰属する権利義務関係のすべてが承継されるため、その範囲が問題となることはないが、分割は、そもそも分割法人に帰属する資産・負債につき当事者の選択に基づいてその一部を承継させる行為であるため、分割の場合には、承継する範囲が問題となることがある⁽⁷⁸⁾。このため、分割においては、分割計画

(75) 神作・前掲注 61、26 頁

(76) 武井＝平林・前掲注 62、88 頁

(77) 武井＝平林・前掲注 62、88 頁

(78) 最も問題となるのは、債務の承継であろう。分割において承継される債務が、分割法人と分割承継法人との両方で負担する重疊的債務引受けなのか、分割承継法人だけがその債務を負担する免責的債務引受けなのかは、会社債権者にとっては重大な関心事である。したがって、債務がどちらに帰属し、どのような責任であるのかについて、「承継する債務に関する事項」として、分割計画書又は分割契約書に記載した上で、債権者保護手続に諮られることとなる（商法 374②六、374 の 17②五）。これらの記載がなかった場合には、当事者の意思解釈によることとなるが、包括承継であることからして、原則としては免責的な債務の承継の意思であると解すべきであろう。原田・前掲注 49(中)、7 頁

書又は分割契約書に記載された範囲において包括承継されることとされているのであるが、この範囲の妥当性については、上記（1）において述べたとおり、「営業」の範囲に含まれるか否かで判断されることになる。

（3）営業の全部の承継の意味

商法上、分割の対象は「営業の全部又は一部」とされており、営業の全部の承継も可能であることから、ここで、分割法人の営業の全部の承継の意味を確認しておきたい。

営業の全部の承継については、中間試案の段階ではなかった概念である⁽⁷⁹⁾が、①営業の全部を承継させる物的分割を行うことにより、分割会社が設立会社から株式の割当てを受けて完全親会社になる、つまり、株式交換・株式移転とは逆方向の持株会社の創設のために利用することができること、②営業の全部を承継させる人的分割を行うことにより、合弁会社が営業の全部を元の各会社に承継させる吸収分割を行い、分割会社が解散することで、合弁会社を解消することができることから加えたものとされている⁽⁸⁰⁾。

しかしながら、ここで注意を要するのは、分割によって法人が消滅することはないという点である⁽⁸¹⁾。このことは、即ち、分割を行っても、その分割を行った法人には、少なくとも、資本の金額に相当する純資産が残るこ

(79) 営業の全部の承継については、平成11年7月の中間試案の段階までは分割の対象とはされていなかった。中間試案は、新設分割の意義を「株式会社は、その権利義務の一部を設立する会社に承継させるため、新設分割をすることができるものとする（第一の一1）」と、吸収分割の意義を「株式会社は、その一方の権利義務の一部を他方に承継させるため、吸収分割をすることができるものとする（第一の二1）」としていた。このように、分割の意義自体が「権利義務の一部の承継」とされていたのである。

(80) 原田・前掲注49(上)、12頁

(81) 分割は解散原因とはならない（商法94、404、406の2、406の3）。したがって、営業の全部を承継させた後でも当然に消滅するものではなく、法人は存続している。法人の解散とは、法人格の消滅をきたすべき原因である法律事実をいい、解散事由は、①存立時期の満了その他定款に定めた事由の発生、②会社の合併、③会社の破産、④解散を命ずる裁判、⑤株主総会の決議、⑥解散判決及び⑦休眠会社の整理に限られる。

とを意味している。営業の全部を承継すれば、直ちに分割法人は消滅するのではないかとの疑義が生ずるが、「営業の全部を承継」する分割を行った場合であっても、分割によって会社の財産のすべてが無くなるわけではない。

「営業の全部を承継」する分割は、現実には、ほとんど行われたいとも言われているが、仮に、このような分割を行う場合には、どの程度の資本の金額を残し、また、どのような資産をどの程度残すことが認められるのかという難しい問題が生ずることも考えられる。

ところで、第3章第1節3で後述するとおり、フランスやドイツにおいては、文字通りすべての資産・負債を移転し、合併と同様、解散手続を経ることなく移転法人が直ちに消滅する「消滅分割」の制度が存在している。

この「消滅分割」は、合併と同様に、会社財産のすべてを他社へ承継し、自らは解散・清算手続を経ることなく直ちに消滅するという効果をもつものであるが、合併の場合には承継先法人が一社であるのに対し、消滅分割の承継先法人は複数となる。つまり、消滅分割によれば、合併と同様の効果を得ながら、更に、会社財産を営業単位や部門単位に分割した上でそれぞれを別の会社に承継させることができるという利点がある。

しかしながら、わが国においては、分割法人が営業の全部を複数の会社に承継させるとともに解散決議を行うことによって同様の効果が得られること、また、諸外国の実務においても利用例が少ないことから導入されなかった⁽⁸²⁾。

第2節 分割税制の概要

平成13年度の税制改正において創設された組織再編成税制について、創設の背景、基本構造及び分割における特例の要件からうかがい知ることができる基

(82) 前田・前掲注73、5～6頁、原田・前掲注49(上)、10頁

本理念を確認することとする。

1 組織再編成税制創設の背景

組織再編成税制は、商法及び独占禁止法等において急速に企業組織再編に係る法制整備が進み、平成12年に分割法制が創設されたことに伴ってそれに対する対応を求められたことを直接の契機として創設された。

政府税制調査会の法人課税小委員会が、平成12年10月に取りまとめた「分割・合併等の企業組織再編に係る税制の基本的考え方」⁽⁸³⁾の中では、「商法等において柔軟な企業組織再編成を可能とするための法制等の整備が進められてきている。税制としても、企業組織再編成により資産の移転を行った場合にその取引の実態に合った課税を行うなど、適切な対応を行う必要がある。」とされている。また、同様に、平成12年12月に出された政府税制調査会による「平成13年度の税制改正に関する答申」においても、「経済の国際化が進展するなど、わが国企業の経営環境が大きく変化する中で、企業の競争力を確保し、企業活力が充分発揮できるよう、柔軟な企業組織再編成を可能とするための法制の整備が進められてきています。その一環として、本年5月、商法が改正され、分割法制が創設されました。来年春以降、改正商法が施行されますが、分割法制に基づき企業が組織再編成を進めていくためには税制面での対応が不可欠であり、平成13年度の税制改正において、税制全般にわたる新たな枠組みを早急に構築する必要があります。」⁽⁸⁴⁾とされ、平成13年4月の分割法制施行に合わせて税制も対応が必要であるとされている。

ところが、従来の合併や現物出資をはじめとする資本等取引に係る税制については、非常に多くの問題点が指摘されていた⁽⁸⁵⁾。このため、単に、商法

(83) 政府税制調査会の法人課税小委員会が取りまとめ、平成12年10月3日に公表した。

(84) 政府税制調査会「平成13年度の税制改正に関する答申」3頁(2000年)

(85) 従来の合併税制、現物出資税制については、その取扱いが公平・中立に反するとして、従来から批判が多かった。その問題点については、政府税制調査会の「法人課税小委員会報告書7-4」(平成12年6月2日)において、次のとおり指摘されている。

上の分割だけを取り上げてそれに対応する課税特例規定を設けるのではなく、これら多くの諸問題を見直し、組織再編成税制を体系的、かつ、整合性のある制度として構築すべく検討がなされた⁽⁸⁶⁾。

イ 現物出資

- (イ) 含み損のある資産を現物出資して子会社を設立する場合、含み損が損金となる。一方、含み益のある資産を現物出資して子会社を設立する場合には、圧縮記帳により課税が生じない仕組みとなっており、非中立的である。
- (ロ) 圧縮記帳により損金計上できる金額は、譲渡利益金額の範囲内で任意とされていることから、会社の利益調整に利用されている。
- (ハ) 商法上、発起人は1人でも会社設立できることから保有割合 95%とする理由がなく、100%に戻すべきである。

ロ 合併

- (イ) 株式買収、営業譲渡による企業買収は時価取引とされるが、合併による企業買収は株主、合併法人、被合併法人のいずれも課税繰延べが可能である。
- (ロ) 合併の実態にかかわらず移転資産の譲渡損益の繰延べが可能である。
- (ハ) 被合併法人に欠損金（利益積立金のマイナス）がある場合、受入資産の評価益（含み益）は欠損金額に達するまでは課税されない。
- (ニ) 被合併法人の青色欠損金の引継ぎはいかなる合併でも認められていない。
- (ホ) 合併法人は、受入資産を時価以下で評価すればよく、長期保有資産（土地、建物等）の含み損を、短期保有資産（棚卸資産、有価証券等）の含み益で補填することが可能である。
- (ヘ) 清算所得とみなし配当金額について、合併法人から交付を受ける株式の額面金額を基準とする理由が乏しい（しかも現在は額面株式は廃止されている。）。

ハ みなし配当

資産の交付のないみなし配当は、法人株主の場合、受取配当の益金不算入の対象となって課税対象とならない一方で、みなし配当相当額だけ株式の帳簿価額が増額されることから、株式の時価評価による評価益の過少計上又は譲渡損の計上、譲渡した場合の譲渡益の過少計上又は譲渡損の計上を通じて、課税所得を減少させる結果を生む。結局、みなし配当額の分だけ課税が回避される事態となる。

(86) 創設に当たっての基本的な検討の視点は、政府税制調査会の答申「わが国税制の現状と課題－21世紀に向けた国民の参加と選択－」（平成12年7月）において、次の4点とされている。

- ① 合併・現物出資などの資本等取引と整合性のある課税のあり方
- ② 株主における株式譲渡益課税やみなし配当に対する適正な取扱い
- ③ 納税義務・各種引当金などの意義・趣旨などを踏まえた適正な税制措置のあり方
- ④ 租税回避の防止

2 組織再編成税制の基本構造

(1) 法人における移転資産・負債の譲渡損益の取扱い

組織再編成税制における検討の中心は、移転資産の譲渡損益の取扱いとされている。

法人の組織再編成における行為の多くは、資本等取引と損益取引⁽⁸⁷⁾という二つの側面を併せ持っている。法人税法上、資本等取引には課税しないこととされているが⁽⁸⁸⁾、その法人の行為が損益取引にも該当するという場合には、その損益取引を構成する部分には、当然のことながら、課税することとなる。たとえば、分割における分割法人と分割承継法人との間の行為は、資本等の金額の増加又は減少を生ずる取引であるとともに、資産・負債を他に移転する取引でもある。この資産・負債を他に移転する取引は、営業譲渡と同様に、法人税法上、課税対象となる。

商法においては、分割を譲渡行為としてではなく、営業の包括承継という組織法上の行為として捉えていることは、第1節5のとおりであるが、このことをもって、上記の法人税法上の取扱いが変わることはない。

しかしながら、組織再編成による資産・負債の移転は、その実態からすれば、通常金銭を対価とする資産・負債の売買取引とは、やや異なる部分があることも間違いない。このため、組織再編成による資産・負債の移転があった場合には、原則としては、その譲渡損益の計上を行うこととし、移転資産・負債に対する支配が継続しているという実態があると認められる場合

(87) 法人税法上、資本等取引に対して法人税は課税されず、損益取引には課税されるのが原則である。資本等取引とは、法人税法第22条第5項にいう、「法人の資本等の金額の増加又は減少を生ずる取引及び法人が行う利益又は剰余金の分配」であり、損益取引とは、契約に基づき行われる資産の譲渡若しくは配当の受領に関する取引である。

(88) 分割時における資本等取引については、分割承継法人の増資に伴う利益部分を分割差益として資本積立金に計上すべき旨が法人税法第2条第十七ホ(分割型分割差益)、ヘ(分社型分割差益)に規定され、分割型分割を行った分割法人の減資に伴う資本積立金の減額については、同号タ(非適格分割型分割)、レ(適格分割型分割)に規定されている。

には、特例として、その譲渡損益の計上を繰り延べることとされている⁽⁸⁹⁾
(法法 62、62 の 1、62 の 2)。

(2) 株主における株式の譲渡損益の取扱い

合併と分割型分割の場合には、被合併法人と分割法人の株主に株式等が交付され、株主においても、課税の問題が生ずることとなる。合併の場合には、被合併法人が資産・負債の全部を包括的に合併法人に移転して消滅するのと同時に、被合併法人の株主が有していた被合併法人の株式が無価値となり、その代わりに被合併法人の株主に合併法人の株式等が交付される。また、分割型分割の場合にも、分割法人が資産・負債の全部又は一部を包括的に分割承継法人に移転するのと同時に、分割法人の株主が有していた分割法人の株式の価値が減少し、その代わりに分割法人の株主に分割承継法人の株式等が交付される。これらのいずれの場合にあっても、株主がそれまで保有していた株式の価値が減少し、この減少の対価として新たに株式の交付を受けたものであるため、株式の時価による譲渡が行われたと見ることができ⁽⁹⁰⁾、ここに利益の実現を認識することができるのである。

しかし、株主にとっては、自らの意思で売却したわけではなく、しかも、法人の組織再編成を基因とする株式の価値の減少分を補填するものとして新たな株式の交付を受けただけである。

このため、株主における株式の譲渡損益についても、原則的には株式の

(89) 朝長英樹＝山田博志「企業組織再編成に係る税制について（第 1 回）」日本租税研究協会編『企業組織再編成に係る税制についての講演録集』21～26 頁（日本租税研究協会・2001 年）

(90) 分割型分割においては、分割法人の株式は実際に移転するわけではなく、株主は分割法人の株式を持ったままで分割承継法人の株式等の交付を受けるという状態になることから、分割法人の株式の譲渡があったとは考えにくいのであるが、一連の取引の実態をみると、それまで保有していた分割法人の株式については、分割法人がその資産・負債を移転させることによってその移転資産・負債の時価に相当する価値の減少が生じ、その代わりにその減少した価値に相当する価値を有する分割承継法人の株式等の交付を受けるということになるため、分割法人の株式の部分的な譲渡が行われたと考えられているのである（朝長＝山田・前掲注 89、25 頁）。

譲渡により利益が実現したものとして移転時の価額（時価）により課税するが、上記（１）の法人における移転資産・負債に関する取扱いと同様に、株式の移転前後においてその経済実態に実質的な変更がない場合、すなわち、株主の移転法人への「投資が継続」していると認められる場合には、課税関係を継続させ、株式の移転の時点においては課税しないという特例措置を講ずることとされている（措法 37 の 10④、法法 61 の 2③）。

ところで、本稿の主題は、分割法人の株主の株式の譲渡損益の取扱いであることから、ここで、所得税法と法人税法の各条文の規定を確認しておくこととする。

投資先の法人が分割した場合の個人株主の株式の譲渡損益の取扱いに関する規定は、租税特別措置法第 37 条の 10 第 4 項第 2 号である。ここでは、「法人の株主等がその法人の分割（法人税法第 2 条第 12 号の 2 に規定する分割法人の株主等に同条第 12 号の 3 に規定する分割承継法人の株式以外の資産が交付されたものに限る。）により交付を受ける金銭の額及び金銭以外の資産の価額の合計額」は、株式等の譲渡所得等に係る収入金額とみなされると規定されている。この規定の括弧書きからすると、分割承継法人の株式以外の資産が交付された分割に限って株式等の譲渡所得等に係る収入金額とみなされることになるため、分割承継法人の株式以外の資産が交付されなかった分割については、当該収入金額は認識されず、課税が繰り延べられることとなる。

投資先の法人が分割した場合の法人株主の株式の譲渡損益の取扱いに関する規定は、法人税法第 61 条の 2 第 3 項である。ここでは、「内国法人が旧株（この内国法人が有していた株式をいう。）を発行した法人の行った分割型分割により分割承継法人の株式その他の資産の交付を受けた場合には、この旧株のうちこの分割型分割によりこの分割承継法人に移転した資産及び負債に対応する部分の譲渡を行ったものとみなして、第 1 項の規定を適用する。」として、分割型分割により分割承継法人の株式等の交付を受けた場合は、まず時価により分割法人の株式の部分的な譲渡を行ったものとみ

なして課税することを明らかにしている。そして、この規定の後段で「その分割型分割（金銭等交付分割型分割を除く。）により分割承継法人の株式の交付を受けたときにおける第1項の規定の適用については、同項各号に掲げる額は、いずれもその旧株のこの分割型分割の直前の分割純資産対応帳簿価額とする」として、分割承継法人の株式のみの交付を受けたときは、帳簿価額により分割法人の株式の部分的な譲渡を行ったものとするとしている。

以上が個人株主と法人株主の双方に関する規定の概要であるが、両者を比較してみると、法人税法においては、分割を「分割型分割」と明示して規定が設けられているが、所得税法においては、単に「分割」とし、「分社型分割」をも含む規定としている。「分割型分割」とは、「分割により分割承継法人の株式その他の資産が分割法人の株主等にのみ交付される場合のこの分割をいう」（法人税法第2条12号の9）とされており、分割法人の株主に株式等が交付されるのは「分割型分割」に限られるにもかかわらず、所得税法において、単に「分割」とした理由は如何なるものであろうか。仮に、所得税法上、「分社型分割」も含まれるのであれば、株主課税においてそれだけ広く分割を捉えているということになり、外国法人の分割に対する適用を考える上でも重要な要素となる。しかし、平成13年の制度創設時の立法関係の資料にもこの点について説明したものはなく、理由は不明である。

ところで、旧株式を譲渡してその対価として新株式を取得するという場合には、旧株式の帳簿価額及び譲渡損益と新株式の取得価額は、常に対応関係となるため、旧株式の譲渡損益の取扱いは、新株式の取得価額の取扱いをみることによっても知ることができる。課税の特例を適用して旧株式の譲渡損益を計上しないこととするためには、旧株式の帳簿価額を新株式の取得価額として引き継がせることが必要となるのである。このため、所得税法と法人税法におけるそれぞれの分割承継法人の株式の取得価額に関する規定をみると、法人税においては、法人税法施行令第119条第1項第

6号において、「分割型分割」の場合の分割承継法人の株式の取得価額の特例が設けられており、所得税においても、所得税法施行令第113条に「分割型分割」の場合の分割承継法人の株式の取得価額の特例が設けられているのみであり、「分社型分割」の場合の特例は設けられていない。

このような点からすると、租税特別措置法第37条の10第4項第2号に規定する「分割」も「分割型分割」を指すと解するほかなく、所得税と法人税における分割法人の株式の譲渡損益の取扱いは、異ならないということになる。

(3) 株主におけるみなし配当の取扱い

株主においては、法人の組織再編成により、みなし配当が生ずる場合がある。

みなし配当は、法人の合併、分割型分割、減資、残余財産の分配、株式消却等の事由により、課税済み留保利益である利益積立金が株主に交付されたと考えられる場合に生ずるもので、その法人の株主が「金銭その他の資産の交付を受けた場合において、その金銭の額及び金銭以外の資産の価額の合計額が、この法人の資本等の金額（資本及び資本積立金の合計金額）に対応する部分の金額を超える場合」に、その超える部分の金額がみなし配当の額とされる（所法25①、法法24①）。

ただし、後述する適格合併及び適格分割型分割の場合には、利益積立金が合併法人又は分割承継法人に引き継がれることから、株主に対する利益積立金の交付はないものとされ、みなし配当は生じないものとされている。

(4) 組織再編成全般の整合性を重視した取扱い

商法上、分割は、合併とは逆の組織法上の行為と捉えられており、現物出資のような譲渡行為と切り離されて考えられているが、その経済的実質に着目すると、合併や現物出資と同一の効果を発生させる⁽⁹¹⁾ことが可能である。

(91) 朝長英樹「法人税制の検討課題について－分割・合併等－」日本租税研究協会編『企業組織再編成に係る税制についての講演録集』12～14頁（日本租税研究協会・2001年）

例えば、吸収合併と吸収分割型分割は、ほとんど同じ経済効果を生じさせる。合併によりX社がその資産・負債をY社に移転すると、X社の資産・負債はすべて包括的にY社に承継され、X社は特別な手続を経ることなく当然に消滅する。X社の株主は、Y社から株式等の交付を受け、合併後はY社の株主となる。一方、分割型分割によりX社の資産・負債の全部をY社に移転した場合には、その資産・負債は包括的にY社に承継され、X社の株主は、Y社から株式等の交付を受け、分割後はY社の株主となる。分割は、第1節6で述べたとおり、例えその全部の資産・負債を移転するといった場合でも、厳密に言えば、分割法人は資本金に相当する純資産を残して存続しているのであるが、これを解散して消滅させることもできる。

また、子会社設立型の現物出資と新設分社型分割についてみると、A事業とB事業を持つ親会社が、B事業を分離独立させたいと考えた場合に、B事業を現物出資して子会社を設立したときと、B事業を分社型分割して子会社を設立したときは、いずれも全く同一の経済効果を得ることができる。

このように、分割と合併・現物出資は、形式的には全く異なる法制度であるが、その経済的実質からすると、同一の効果を生じさせることができるのである。

税制上、重要な点は、このように法律上の形態が異なっても実質的に同一の効果を生じさせる取引には同一の課税を行うべきであるという点である。そうでなければ、税制が取引をゆがめることとなったり、租税回避の温床を創ることにもなってしまう⁽⁹²⁾からである。このため、組織再編成税制は、法制度としては異なる合併、分割、現物出資について、次に示す同じ基本理念に基づき、特例の適用要件を整備しているのである。

(92) 朝長・前掲注91、14頁

3 特例の要件

上記2 (1)、(2) で述べたとおり、組織再編成税制においては、法人と株主における特例の考え方をそれぞれ「移転資産・負債に対する支配の継続性」と「投資の継続性」としているが、具体的な特例の要件を確認し、詳しく検討してみたい。

(1) 移転資産・負債の譲渡損益の計上の特例の要件—支配継続性原則

組織再編成により移転する資産・負債の譲渡損益を計上するの可否かということは、資産・負債の売買か否かと言い換えることもできるが、この「売買」とは、一般に、財産権を移転することであると言われる。このような点からすると、たとえば、分割によって資産・負債を移転した場合には、常に所有権が移転し所有者が変わることとなることから、この移転は、法形式に従えば、常に「売買」に該当するということになる。

このような中で、組織再編成のうち、移転資産・負債の譲渡損益の計上を繰り延べることができる組織再編成の対象とされたのは、「企業グループ内の組織再編成」と「共同事業を営むための組織再編成」であり、これが適格組織再編成とされている。

企業グループ内で行う組織再編成⁽⁹³⁾により、資産・負債が移転した場合には、法形式からするとその資産・負債は他の法人に移転しているが、その資産・負債が企業グループの中に止まっていることから、その移転後においても実質的にはまだその資産・負債を支配していると考えることができる点に着目して、特例とされているのである。

その「グループ」については、基本的には完全に一体と考えられる100%の持分関係にある法人のグループということになるが、一体的な経営が行われていると考えられる50%超100%未満の持分関係にある法人のグループも、これに含まれている。

適格組織再編成に該当するための要件は、具体的には、次のとおりである。

(93) わが国においては、組織再編成は、企業グループ内における事業の再構築に際して最もニーズがあると言われている。朝長＝山田・前掲注89、25頁

イ 企業グループ内の組織再編成

(イ) 完全支配関係（100%）にある場合

① 完全支配関係の継続（見込み）、② 金銭等の不交付、③ 分割の場合における分割承継法人の株式の按分交付

(ロ) 支配関係（50%超 100%未満）にある場合

① 支配関係の継続（見込み）、② 分割・現物出資の場合における移転事業の主要資産・負債の移転、③ 従業員の80%以上の引継ぎ、④ 移転事業の継続、⑤ 金銭等の不交付、⑥ 分割の場合における分割承継法人の株式の按分交付

ロ 共同事業要件を営むための組織再編成

① 共同事業の事業関連性、② 規模の類似性（売上・従業員・これらに準ずるものの規模の割合がおおむね5倍を超えないこと）又は特定役員の引継ぎ（特定役員のいずれかが特定役員として引き継がれていること）、③ 分割・現物出資の場合における移転事業の主要資産・負債の移転、④ 従業員の80%以上の引継ぎ、⑤ 移転事業の継続、⑥ 株式継続保有（交付株式の80%の継続保有見込み）、⑦ 金銭等の不交付、⑧ 分割の場合における分割承継法人の株式の按分交付

上記を整理すると、イ（イ）については、金銭等の不交付と分割の場合における分割承継法人の株式の按分交付を前提としつつ、完全支配関係が継続する限り、適格組織再編成とするという考え方が採られており、イ（ロ）については、イ（イ）の要件と同様の観点からの要件に加えて、物・人・事業に着目して組織再編成の前の状態が組織再編成の後においても継続しているということを求めることとされていると考えることができる。ロについては、資産・負債が企業グループの外に移転することから、まず、その移転が「売買」に該当しないということを明確にする趣旨で、共同事業の事業関連性と規模の類似性又は特定役員の引継ぎが要件とされており、次に、物・人・事業に着目して組織再編成の前の状態が組織再編成の後においても継続しているということを求めることとされている点については、イ（ロ）

と同様である。

(2) 株主における株式の譲渡損益の計上の特例の要件—投資継続性原則

合併又は分割型分割における被合併法人又は分割法人の株主は、上記2(2)において述べたとおり、「投資が継続」していると考えられる場合に、被合併法人又は分割法人の株式の譲渡損益の計上を行わないものとされるが、具体的には、金銭などの合併法人又は分割承継法人の株式以外の資産の交付を受けないこととされている。

ここで注意すべきことは、株主における株式の譲渡損益の計上に係る特例の要件が法人の移転資産・負債の譲渡損益の計上に係る特例すなわち適格組織再編成の要件とは切り離されているということである。これは、わが国の組織再編成税制は、株主は投資家であるという前提に立っており、アメリカにおけるように、株主を会社の所有者であるという前提には立っていないということの意味している。わが国における公開会社の株主の状況をみると、確かに、株主の関心は、投資先の法人が組織再編成によって課税されようが課税されまいが、自らが保有していた株式の価値に見合う新たな株式の交付を受けることにあるというのが実態であろう。このような場合には、株主に対する課税の基準は、法人に対する課税の基準とは別個に定めることが適当であると考えられる。

このような点からすると、上記の特例の要件は、基本的には、合理的であると考えられる。

しかしながら、わが国における法人の構成は、99%が中小法人となっており、また、公開会社であっても多数の子会社の株式を保有している例も少なくない。このような場合には、株主による会社の支配という現象が見られる部分があることも否めず、会社の支配ということをも考慮に入れた株主課税のあり方を検討する余地があるのではないかと考えられる。この点については、立法担当者としても、将来的に会社と株主との関係を考察

していく必要があるとしている⁽⁹⁴⁾ところであり、今後の検討に期待したい。

第3節 分割法制と分割税制の相違点等

以上で見てきたように、分割税制は商法における分割法制の創設を契機として創設されたものであるが、商法が債権者保護と株主保護という目的に沿って分割に関する諸規定を設け、他方、法人税法が適正・公平な課税という目的に沿って分割に関する諸規定を設けていることから、両者の分割に関する考え方と取扱いは、自ずと異なるものとなっている。

分割法制には、前節で述べた分割税制における適格分割・非適格分割というような区分は、そもそも存在していない。商法においては、実態に応じて分割の取扱いを変えるという考え方を採る意義が無いため、分割税制におけるような区分は行われなかったということであろう。

また、商法における「営業の承継」と法人税法における適格分割の要件である「主要な資産・負債の移転」、「従業者の引継ぎ」及び「事業の継続」とは、一見、類似性が認められるのであるが、両者には関連性がないと考えるのが妥当である。商法は、分割において「営業」単位の移転を要求しており、その「営業の承継」には従業者の引継ぎや営業の継続が含まれるものと解されることから、両者の観点が全く異なるということにはならないが、商法においては、「営業」に属するものはすべて引き継がなければならないとされている。商法においては、その「営業」に属する資産・負債を引き継がなかった場合にも、また、「営業」に属しない資産・負債を引き継いだ場合にも、その部分の分割は、無効事由となることは第1節5のとおりである。これに対し、法人税法における「主要な資産・負債の移転」は、文字どおり、主要な資産・負債を移転していれば良く、「営業」に属するすべての資産・負債を移転することまで求めているものではない。

(94) 朝長＝山田・前掲注89、32頁

また、商法においては、分割型分割の場合に分割法人は任意に資本又は準備金を減少させることができる（商法 374②六）とされているが、法人税法においては、資本の部の金額については、非適格分割型分割と適格分割型分割のいずれの場合にも、法人の意図にかかわらず、一定の金額を株主に交付し又は分割承継法人に引き継ぐものとされている（法法二十七タ、レ、十八ル、タ）。

また、商法においては、株主全員の同意を得た場合には、持株数に比例しない株式を交付する非按分型分割を行うことができると解されているが、法人税法上は、非按分型分割は、仮に株主全員の同意を得たという場合であったとしても、不適正な株式の交付を排除する観点から、適格分割には該当しないものとされている（法法二十二の十一）。

このように、分割法制と分割税制は、同じ会社の分割を対象とするものであるが、商法と法人税法の目的が相違することに基因して様々な相違点があり、このことから、商法と法人税法がそれぞれ独立した観点から分割に関する考え方を創り上げ、それぞれの取扱いを定めていることが見て取れるのである。

第3章 外国法人の分割に関する解釈論的検討

前章においては、商法と租税法におけるそれぞれの分割に関する制度の概要をみてきた。本章においては、国外に目を転じ、外国法人が国外で分割を行った場合に、その外国法人に投資するわが国の株主に対し、わが国の租税法がどのように適用されるのかについて、検討を行うこととする。

第1節 租税法上の分割の意義

1 検討の必要性

わが国の租税法においては、内国法人が分割を行った場合のその内国法人の個人株主については、分割承継法人の株式以外の資産の交付を受けたときは分割法人の株式の部分的な譲渡があったものとして課税することとされており、分割承継法人の株式のみの交付を受けたときは課税を繰り延べることとされている⁽⁹⁵⁾。

また、内国法人が分割を行った場合のその内国法人の法人株主については、個人株主の場合と同様に、分割承継法人の株式以外の資産の交付を受けたときは分割法人の株式の部分的な譲渡があったものとして課税することとされており、分割承継法人の株式のみの交付を受けたときは課税を繰り延べることとされている⁽⁹⁶⁾。

このように、個人株主と法人株主のいずれも、分割により分割承継法人の

(95) 個人株主が、分割により分割承継法人の株式以外に金銭等の交付を受ける場合には、その交付を受ける分割承継法人の株式の時価と金銭等の合計額は分割法人の株式の譲渡所得に係る収入金額とみなされ、他方、分割承継法人の株式のみの交付を受ける場合には、譲渡があったものとはみなされず、分割法人の株式の取得価額が分割承継法人の株式の取得価額として引き継がれることとされている（措法37の10④二）。

(96) 法人株主が、分割により分割承継法人の株式以外に金銭等の交付を受ける場合には、分割法人の株式の部分的な譲渡を行ったものとみなされ、他方、分割承継法人の株式のみの交付を受ける場合には、分割法人の株式を帳簿価額により譲渡して分割承継法人の株式を取得したものとすることとされている（法法61の2①、③）。

株式以外に金銭等の交付を受けた場合には課税され、分割により分割承継法人の株式のみの交付を受けた場合には特例として課税が繰り延べられることとなる。

わが国の商法等においては、分割により分割法人の株主に分割承継法人の株式を交付することができることとされており、これを前提として、所得税法（分割法人株式の譲渡損益に関しては租税特別措置法。以下同じ。）及び法人税法において、個人株主と法人株主の分割法人の株式の譲渡に関する課税の特例が設けられているため、内国法人が分割を行う場合には、株主は、分割承継法人の株式のみの交付を受けるという特例の要件を満たしさえすれば、分割法人の株式の含み益に対する課税を繰り延べることができる。

これに対して、外国法人が国外で分割を行った場合のその外国法人に投資するわが国の株主においては、課税の特例の適用要件を満たすか否かの判定以前に、まず、その外国法人が国外で行った分割がわが国の所得税法及び法人税法における分割に該当するの否かの判断をしなければならないこととなる⁽⁹⁷⁾。

外国法人が国外で行った分割がわが国の所得税法及び法人税法における分割に該当するという事になった後に、はじめて、その課税の特例の適用要件を満たすか否かの判定を行い得るのである。

このように、外国法人に投資するわが国の株主にとっては、その外国法人が国外で分割を行った場合に、その分割がわが国の租税法における分割に該当するの否かという問題は、その課税関係を大きく左右する重要な問題である⁽⁹⁸⁾。

(97) 分割法人とは「分割によりその有する資産及び負債の移転を行った法人をいう」（法法 2 十二の二）とされ、分割承継法人とは「分割により分割法人から資産及び負債の移転を受けた法人をいう」（法法 2 十二の三）とされている。したがって、分割規定の適用対象者は「法人」とするだけであるから、内国法人間の分割のみならず、外国法人が分割法人若しくは分割承継法人となる分割、又は外国法人間の分割についても適用対象となることは明らかである。

(98) 「分割」という用語は、租税法においては、法人税法をはじめとして、所得税法、

2 立法の背景と立法者の意図

上記の問題を検討するに当たって、まず、わが国の租税法に分割に関する規定が設けられた平成 13 年の組織再編成税制の創設の背景と立法者の意図を探ってみることとする。組織再編成税制における分割に係る税制は、平成 12 年の商法改正により創設された分割法制に対応するものであったが、本稿の主題である外国法人の分割については、立法時にどのように認識されていたのであろうか。

当時の税制改正に関する立法関係資料には、外国法人が国外において行う分割について検討が行われたことが確認できるものは見い出せなかったが、組織再編成税制の立法を担当された前大蔵省主税局税制第一課課長補佐の朝長英樹氏による平成 12 年 10 月 11 日の社団法人日本租税研究協会における講演時の質疑に対する回答から、わが国の組織再編成税制において、外国法人が国外で行う分割がどのように捉えられているのかをうかがい知ることができる⁽⁹⁹⁾。

質疑の要旨は「合併又は分割型分割が行われた場合の株主に対するみなし配当課税は、適格合併又は適格分割型分割の場合は適用しないことになるが、海外子会社が現地で適格合併又は適格分割型分割に類似する合併又は分割型分割を行い、内国法人である親会社が合併法人又は分割承継法人の株式の交付を受けた場合においても、みなし配当課税は行わないと考えてよいか。」というものであった。この質疑は、みなし配当の取扱いについてのものであったが、外国法人が国外で合併又は分割を行った場合でも内国法人と同様に適格合併又は適格分割とする余地があるかという問いを含むものである。これに対し、朝長氏は、「平成 13 年度改正後の組織再編成に係る税制においても、わが国の商法等における組織再編成が前提となっており、外国において外国

消費税法、租税特別措置法等において用いられているが、「分割」そのものの意義や範囲を明文で示す規定は設けられていない。また、商法をはじめとして、租税法以外の他の法令においても、「分割」自体についての定義規定は設けられていない。

(99) 朝長・前掲注 91、103 頁

法人が組織再編成を行った場合の株主である内国法人における取扱いについて、特別な規定は設けられていません。外国における組織再編成は、わが国における組織再編成と同じ呼び方であっても、その手法やその前提となるもの等が同じであるとは限りませんし、その詳細も国ごとに区々となっているものと想定されますので、外国における組織再編成を前提とし、その取扱いについて規定を設けることは、極めて困難ですし、大きなリスクが伴います。」と回答されている。つまり、この回答から、わが国の組織再編成税制は、わが国の商法等における組織再編成が前提となっており、国外において分割が行われたところまでは想定して創られていないことがわかる。その理由は、外国法人が国外で分割等を行った場合にもわが国に株主がいるときは、内国法人が分割等を行ったときと同様に、課税となるのかあるいは課税の繰延べとなるのかが問題となることを認識しつつも、組織再編成の制度は、国により千差万別で、全世界の組織再編成に係る法制や税制を調査した上で、それを踏まえて税制を創るというのは不可能に近いことであり、また、他国においても、租税法は、第1章第3節1で述べたとおり、基本的に、それぞれの国内の法制度等の下での国内取引を前提として創られていると考えられるからである。

しかしながら、朝長氏は、上記の回答に続けて、「しかし、…現実には、外国法人が現地で組織再編成を行い、株主である内国法人が株式等の交付を受けるということも生じているものと考えられます。このような事態が生じた場合には、税務執行の現場では、その事例における合併又は分割がわが国の商法等における合併又は分割と同様ということであれば、外国法人が現地で合併又は分割を行ったときのその株主である内国法人については、内国法人が合併又は分割を行ったときのその株主である内国法人と同様に扱われていると聞いています。」と説明されている。すなわち、法令として外国法人の国外における分割等を踏まえた規定が置かれているわけではないが、わが国の商法等における組織再編成と同様のものが国外で行われていると認められる場合には、解釈により、わが国の株主に課税を繰り延べる取扱いが認め

られる余地があることが示唆されているのである。このような点からすると、立法担当者の意図としては、税制上の合併と分割とは、「わが国の商法等における合併又は分割の規定に規律されて行われる行為」ということであり、外国法人の国外における合併と分割については、この行為と同様と認められるものだけが税制上の合併と分割に該当することとなるというように、限定的に解釈していると考えられる。

合併や分割などの組織法上の行為は法制が創られて初めて可能となるものであり、国内における行為に関する限りそれを規律する商法等と租税法とで合併や分割の概念が異なるということはほとんどないと考えられ、また、合併や分割の概念を広く解釈する場合には、租税回避行為を誘発する懸念があることからすれば、このように限定的に解することは、首肯できるところである。

このように国外における合併と分割について限定的に解釈する考え方は、株主に関する規定においても見ることができる。内国法人が合併や分割を行った場合には、上記1において述べたとおり、個人株主と法人株主のいずれについても、原則として、旧株式を時価により譲渡したものとして課税が行われることが明定されており、株式以外の資産の交付がなかった場合にのみ課税を繰り延べることとされているが、商法の規定に規律されて行われる組織再編成のうち、その組織再編成に係る法人の株主に新株等が交付されるものは合併と分割型分割の二つのみであることから、租税法上も、この二つの組織再編成のみを掲げて規定が設けられているのである。

以上のような点からすると、外国法人の国外における分割がわが国の租税法における分割型分割に該当するのか否かを検討するに際しては、第1章第3節2においてわが国の租税法における用語の概念に含まれるか否かの判断基準として述べた「本質的な構成要素」が何かということをやや厳格に探っていかなければならないということになるであろう。

3 諸外国における分割税制の概観

上記の「本質的な構成要素」が何かということを検討する前に、まず、諸外国の分割税制を手がかりとして、外国法人の分割がどのように行われるのかを確認しておくこととする。

(1) アメリカ租税法上の分割制度⁽¹⁰⁰⁾

アメリカにおいては、会社法に組織再編成に関する包括的な規定は見当たらないが、租税法上、組織再編成の計画による交換取引を、A型からG型までの7種類⁽¹⁰¹⁾に区分した上で、組織再編成を行う法人及び株主両者に対する課税繰延措置を設けている（内国歳入法 354 条(a)(1)、361 条(a)）。そのうち、分割は、D型（資産と株式の交換）として定められており、その手法は、次の三つである⁽¹⁰²⁾。

イ 形態

(イ) スピンオフ

既存法人が、子法人に資産の一部を移転してこの子法人の株式を取得し、既存法人の株主から自社株式を償還させることなく、この子法人の株式を無償で既存法人の株主に分配するもので、アメリカでは広く行われている。

(100) 税制調査会法人課税小委員会資料 7-1「税調委員海外調査報告」（平成 12 年 6 月 2 日）、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」租税研究 630 号 69 頁以下（2002 年）

(101) 7 種類の概要については、A型：法人の合併、B型：株式と株式の交換（他社を支配するための自社株式の交付）、C型：株式と資産の交換（他社所有資産を取得するための自社株式又は親会社株式の交付）、D型：資産と株式の交換（自社が有する資産を他社に移転し、他社の株式を取得。いわゆる分割）、E型：資本の再編（旧社債と株式を交換など）、F型：単なる法律上の形式変更（商号変更、設立州変更）、G型：破産処理に伴う他法人への資産移転、となっている。

(102) アメリカにおける分割の手法を紹介したものは、数多くあり、代表的なものは、伊藤公哉『アメリカ連邦税法—所得概念から法人・パートナーシップまで—（第 2 版）』477 頁以下（中央経済社・2002 年）、須田徹『アメリカの税法—連邦税・州税のすべて（改訂 5 版）』171 頁以下（中央経済社・1996 年）、後藤ゆみ＝小森健次＝三原淳＝八田陽子「米国進出に関わる法人の税務（第八回）・（第九回）」国際税務 21 卷 10 号 35 頁以下、21 卷 11 号 39 頁以下

(ロ) スプリットオフ

既存法人が、子法人に資産の一部を移転してこの子法人の株式を取得し、既存法人の株主から、自社株式との交換でこの子法人の株式を分配するものである。既存法人の株主は所有している既存法人の株式と引換えに、子法人の株式を取得することになる。

(ハ) スプリットアップ

既存法人が、複数の新設法人に資産・負債のすべてを移転し、この移転に伴い取得した新設法人の株式を株主に残余財産の分配として交付するものである。既存法人は、その資産・負債をすべて新設法人に移転して取得した新設法人の株式を株主に分配した後、消滅することになる。

この三つの形態はいずれも、既存法人が子法人に会社財産を移転するとともに、子法人株式を取得する第一段階、この子法人の株式を株主に対して分配する第二段階に分かれている。アメリカの税制度においては、この二段階の取引を一体と見て課税の繰延べが認められている。

ロ 繰延要件

その要件は、次のとおりである⁽¹⁰³⁾。

- ① 会社の株式又は証券のみを分配すること (IRC355(a)(1)(A))
- ② その分配が利益の分配を目的としたものではなく、正当な事業目的のための行為であること
(IRC355(a)(1)(B);Treas. Reg. 1.355-2(b))
- ③ 分配後それぞれの会社は積極的な事業遂行を行い、かつ、その事業は分配前5年以上積極的に遂行されてきたものであること
(IRC355(a)(1)(C)及び(b))
- ④ 会社の株式・証券のすべてが少なくとも支配を構成する株式を分配すること (IRC355(a)(1)(D))

(103) 前掲注 102 に掲げる各論稿、江頭憲治郎「分割」奥島孝康教授還暦記念第1巻『比較会社法研究』190頁(成文堂・1999年)

⑤ 分配の前後を通じて株主の持分利益が継続していること

(Treas. Reg. 1. 355-2(c))

(2) イギリス租税法上の分割制度⁽¹⁰⁴⁾

イギリスには、会社法上、わが国の商法における分割の規定に相当する規定は存在せず、租税法上も分割に関する規定は存在しない。したがって、イギリスには「一つの会社が二つ以上の会社に分割する」という概念がない。なお、EU諸国においては、諸国間の税制統合を図るため、1990年に「EU加盟国間の合併、分割、資産譲渡、株式の交換に適用される共通税制指令」⁽¹⁰⁵⁾（以下「EU合併指令」という。）が出されている。しかし、イギリスにおいては、会社法上も、租税法上も、これに対して特別な措置は講じられていない状況にある。

このため、会社が実質的に分割する場合には、一般に、事業譲渡の方法が用いられる。イギリスにおいては、資産の譲渡による損益を繰り延べるノーゲイン・ノーロス・ルール⁽¹⁰⁶⁾があり、わが国であれば時価課税の対象となる資産譲渡の方法によっても、課税の繰延べが認められているため、特

(104) 松宮信也「英国における組織再編成税制の実務(上)・(中)・(下)」国際税務 22 巻 2 号 31 頁以下、同 3 号 17 頁以下、同 4 号 17 頁以下 (2002 年)、同『イギリスのグループ税制解説と実務 Q & A』(清文社・2002 年)

(105) EUにおける税制統合を目指すための提案で、指令(Directives)は、規則(Regulations)と異なり、加盟国を直接拘束することはできない。よって、指令は加盟国に対して指令内容の実施を求めるものであるが、その方法は各国の裁量に委ねられ、実施に当たっては何らかの国内法を制定するのが普通である。

EU合併指令(90/434/EEC)は、加盟国の会社間のクロスボーダーの合併と同種の取引に対し、課税の繰延べの便宜を与えることを目的として制定されたものであるが、ほとんどの加盟国の会社法がこの合併指令を機能させる程十分に整備されていないために実際の実行が困難となっていることが指摘されている。監査法人トーマツ編『欧州主要国の税法』7~9、16~20 頁(中央経済社・2002 年)

(106) 適格キャピタルゲイングループ(75%の支配関係にある法人間又は直接及び間接持分の合計が50%超の関係にある法人間)当事者間での資産の譲渡について、この資産がグループ外部に売却される時点まで、一定の条件で強制的に譲渡損益の認識を繰り延べるといふもの(Taxation of Chargeable Gains Act 1992 s.171)松宮・前掲書注 104、72 頁

に分割法制を必要としていないと言われている。

イ 形態

(イ) 配当合意スキーム

分割と同一の経済効果を達成する手段として、「配当合意 (Distribution agreement)」という手法が採られる。二つの事業を営む法人が事業を別法人に分割したい場合に、分割法人、分割承継法人、そして分割法人株主との間で、分割事業に係る現物配当の対価として、分割承継法人の新株の交付を受けることについて合意するものである。形態としては、アメリカのスピンオフに近いものと考えることができる。

(ロ) 破産法第 110 条に基づく解散、承継

破産法の下で、分割法人が解散し、その資産を複数の法人に移転させるものである⁽¹⁰⁷⁾。

(ハ) 会社法第 427 条に基づく裁判所、株主及び債権者の同意の下に行う分割

法人の財産を複数の法人に分割して移転し、その対価として分割承継法人の株式を分割法人の株主に割り当てる旨の計画を、分割法人、株主及び債権者間の協定により、株主総会及び債権者集会における 4 分の 3 以上の多数をもって承認された場合に、裁判所により認可が与えられるものである。裁判所の認可手続を必要とするため、あまり使われていない。

ロ 繰延要件 (配当合意スキーム)

この中で、配当合意スキームについての要件は、次のとおりである。

- ① 現物配当は、配当可能利益の範囲内で行うこと
- ② 分割後、分割法人は、分割法人又は分割承継法人の株式の過半数を株主以外の者に売却しないこと

(107) 通商産業省産業政策局産業組織課『会社合併・分割の現状と課題』別冊商事 187 号 183 頁 (1996 年)

(3) フランス会社法及び租税法上の分割制度⁽¹⁰⁸⁾

ヨーロッパの中で分割をいち早く法制化したのはフランスである。1966年の会社法改正により、合併法制を整備するとともに分割を制度化した。フランスにおいては、分割は、広い意味での合併取引と考えられている。それは、分割が、合併とは逆方向の手続であって本質は現物出資であるものの、分割法人の資産が分割承継法人に包括的に移転し、分割承継法人の株式が分割法人の株主に交付され、清算手続を経ることなく分割法人が解散するという点で、合併と類似しているからである。資産の一部出資についても、部分合併であることが前提とされている⁽¹⁰⁹⁾。

イ 形態

(イ) 消滅分割

独立した事業部門に係る資産・負債の全部を包括的に二社以上の分割承継法人（新設法人、吸収法人）に移転した後、分割法人は清算手続を経ることなく解散するもので、分割法人の株主に分割承継法人の株式が交付される。

(ロ) 資産一部出資

独立した事業部門（事業活動を独自に行う法人内の一部組織）に係る資産・負債の一部を包括的に他の分割承継法人（新設法人、吸収法人）に移転し、分割法人が分割承継法人の株式を取得する。ここまでは、わが国の分社型分割に非常に似ているが、フランスでは、この後、分割法人が取得した株式を株主に交付することができることとされており、第2節で述べる間接分割が法制上認められているということになる。

ロ 繰延要件

原則として、移転資産・負債の譲渡損益の計上が必要であるが、特例と

(108) 税制調査会法人課税小委員会資料6-1「税調委員海外調査報告」（平成12年4月28日）10頁～15頁、横田文志「フランスの組織再編成税制について」租税研究2003年3月号81頁以下

(109) 山田純子「会社分割の規制（一）」民商99巻6号821～822頁（1988年）

して、次の要件を満たすもののみ、譲渡損益の計上を繰り延べることができる。

- ① 独立事業として移転すること
- ② 交付された株式を3年以上継続保有すること
- ③ 帳簿価額による引継ぎを行うこと
- ④ 消滅分割については、税務当局の事前承認を得ていること

なお、分割法人が交付を受けた株式を取得後1年以内にその株主に交付することは、承認を得ることによって認められている。上記②の株式の3年以上の継続保有要件は、株主に引き継がれる。

また、株主に対する課税の特例については、分割の対価が、株式及び10%以下の金銭であれば、金銭で交付を受ける部分を除き、課税の繰延べが認められることになっている。

(4) ドイツ組織変更法及び組織変更税法上の分割制度⁽¹¹⁰⁾

ドイツにおいては、1990年のEU合併指令を受け、1992年までにこれに対する国内法化を約し、1995年に組織変更法及び組織変更税法を創設した。ここでは、新設分割と吸収分割が設けられている。

イ 形態

(イ) 消滅分割

分割法人の資産・負債の全部が包括的に二社以上の分割承継法人(新設法人、吸収法人)に移転し、分割法人は、清算手続を経ることなく解散するもので、分割法人の株主に分割承継法人の株式が交付される。

(ロ) 存続分割

分割法人の資産・負債の一部が包括的に分割承継法人(新設法人、吸収法人)に移転し、分割法人の株主に分割承継法人の株式が交付される。包括的に分割法人の資産・負債が分割承継法人に移転し、その対価

(110) 税制調査会法人課税小委員会・前掲注 108、1～9 頁、吉牟田勲「企業再組織(分割・合併) 税制の諸外国の動向とわが国関係税制整備の方向」企会 152 巻 9 号 27 頁以下

として、分割法人の株主に分割承継法人の株式が交付される点で、わが国の分割型分割に非常に似ている。

(ハ) 分離独立

分割法人の資産・負債の一部が包括的に分割承継法人（新設法人、吸収法人）に移転し、分割法人に分割承継法人の株式が交付される。包括的に分割法人の資産・負債が分割承継法人に移転し、その対価として分割法人に分割承継法人の株式が交付される点で、わが国の分社型分割に非常に似ている。

ロ 繰延要件

原則的には、移転資産の譲渡損益に対して法人税が課税される。特例として、次の要件を満たすもののみ、譲渡損益に対する課税を繰り延べることができる。

- ① 移転する事業と残る事業がそれぞれ独立事業（組織的に独立したもののとして区分できる事業）となっていること
- ② 分割法人に対価として金銭等以外の交付がされないこと
- ③ 分割法人が移転資産・負債を帳簿価額により計上すること

なお、株主に対する課税は、株式で対価の交付を受ける部分については課税の繰延べが認められるが、金銭で交付を受ける部分は課税の繰延べが認められないことになっている。

以上のように、主要各国における分割に係る法制度の状況を概観すると、当然のことながら、各国の会社法の状況や歴史的な経緯を反映して様々な制度が存在することが判る。その中でも、フランス及びドイツは、わが国商法と同様に制定法として分割に関する規定を設け、包括的に権利義務が承継されるという法形式を採用している。一方、アメリカ及びイギリスは、会社法に規定を置いておらず、法の下に権利義務関係が当然に移転するという概念はない。このため、分割は、専ら契約法的な現物出資あるいは事業譲渡によって行われ、それに対して、租税法が分割により生ずる譲渡損益に対して課税の繰延べを認めているという状況にある。

4 分割型分割の本質的な構成要素等の検討

これまで、租税法上の分割について立法の背景と立法者の意図を明らかにし、外国法人の分割がどのように行われるのかを確認してきたが、これらを踏まえて、第1章第3節2において述べたわが国の租税法における分割型分割の「本質的な構成要素」と外国法人が行う分割がわが国の租税法における分割型分割の概念に含まれるか否かの「判断基準」について、検討を行うこととする。

従来、分割に限らず、このような観点から国外取引に対する課税を論じたものは見当たらないが、これまでの検討を踏まえると、わが国の租税法における分割型分割に関しては、次に掲げる三つを本質的な構成要素とする考え方があり得ると考えられる。

- ① 商法の考え方である「営業の包括承継」
- ② 社会一般の観念である「一つの法人が二つ以上に分かれるもの」
- ③ 分割税制に常在する「資産・負債の部分移転」、「株主への株式等の交付」等

以下、これらの三つの考え方について、順次、検討を行うこととする。

(1) 商法の考え方である「営業の包括承継」を本質的な構成要素とする考え方

商法において分割法制が創設されたことを契機として租税法にも分割税制が創設されたという経緯に照らせば、租税法における分割型分割は、商法上の「営業の包括承継」を本質的な構成要素とするものであるとする考え方があり得る。上記2で述べたとおり、国内取引に限って見た場合、商法と租税法における分割型分割の概念はほぼ同じと見ることができることからしても、租税法は、商法における分割において最も重要な「営業の包括承継」、すなわち、事業単位の移転を分割の本質的な構成要素としていると考えることも不自然ではないように思われる。

また、第2章第2節2(4)で述べたとおり、分社型分割と現物出資は実質的に同一の効果を発生させることができるが、商法上における分割と現物出資との最も大きな相違点は、「営業の包括承継」の有無ということに

なるであろう。

このような点からすれば、この考え方にも一定の合理性があると考えることができる。

しかしながら、租税法には、商法におけるように分割において営業を包括的に承継しなければならないと解される規定は、存在していない。

法人税法第2条において「分割法人」、「分割承継法人」、「分割型分割」、「分社型分割」の用語が定義されているが、ここでも、「営業」や「事業」という用語は使用されていない。「事業」という用語が使用されているのは、例えば、法人税法第2条第12号の11口の50%超100%未満の法人グループ間における分割の適格要件を定めた規定であるが、ここでは、「分割事業（分割法人の分割前に営む事業のうち、当該分割により分割承継法人において営まれることとなるものをいう。…）」に係る主要な資産及び負債が当該分割承継法人に移転していること」とされている。この規定からは、分割の仕組みを「事業」の移転と見ていることがうかがえるが、この規定は、分割に該当するという判断をした後の適格要件を定めているものであり、これをもって、「営業の包括承継」や事業単位の移転を分割の本質的な構成要素とすることには、無理がある。この規定からは、むしろ反対に、租税法においては、分割によって「営業の包括承継」や事業単位の移転が行われないことがあると考えていると解されよう。

このように、この「営業の包括承継」や事業単位の移転は、商法における分割の重要な要素ではあっても、わが国の租税法における分割型分割の本質的な構成要素とはなっていないということになると考えられる。

(2) 社会一般の観念である「一つの法人が二つ以上に分かれるもの」を本質的な構成要素とする考え方

社会一般においては、分割は「一つの法人が二つ以上に分かれるもの」と観念されているように思われるが、これがわが国の租税法における分割型分割の本質的な構成要素となっているという考え方もあり得る。

わが国の租税法における分割型分割を「一つの法人が二つ以上に分かれ

るもの」と広く捉えれば、組織再編成の形態の如何にかかわらず、諸外国の実質的な分割のほとんどがこれに含まれることになると考えられる。諸外国においては、様々な形態による分割が行われていることからすれば、まず、分割を広く捉え、その後、適格要件により特例が適用されるか否かを判断することにより、外国で採用される制度の違いによって当初から規定の適用自体が排除されるということがなくなり、中立的な制度となるというメリットも生ずることになるであろう。また、実務上も、様々な法制度や慣習を持つ国々の分割に関する法制度や実態を詳細に調査する必要がなくなり、この点でもメリットがあるということが出来る。

しかしながら、これに拠った場合には、事実上、組織再編成が分割であるのか否かという判断は意味をなさなくなり、適格要件に該当するか否かにより原則と特例のいずれかの取扱いがなされるのみとならざるを得ない。

このように「一つの法人が二つ以上に分かれること」には、多様な形態の組織再編成が含まれる余地があり、わが国の例で言えば、分割はもとより、現物出資、事後設立、営業譲渡なども含まれると解さざるを得ないが、現行のわが国の法人税法は、これらの組織再編成に関して別個に規定を設けていることから、分割にこのような多様な形態の組織再編成が含まれることは予定されていないと考えられる。

このような点からすると、「一つの法人が二つ以上に分かれること」は、わが国の租税法における分割型分割の本質的な構成要素とはなっていないということになる。

(3) 分割税制に常在する「資産・負債の部分移転」、「株主への株式等の交付」等を本質的な構成要素とする考え方

わが国の租税法における分割型分割の本質的な構成要素とは、言い換えると、わが国の租税法における分割型分割という行為を成り立たせるために不可欠のものということになるであろう。これを明らかにするためには、わが国の租税法における分割型分割において、常にその存在が前提とされているもので、かつ、その存在なしには分割型分割ということができなく

なるものを抽出することである。

このような観点から検討を進めてみると、次の四つがわが国の租税法における分割型分割の本質的な構成要素であると考えられる。

① 分割をする法人が資産・負債の一部を他の法人に移転すること

わが国の租税法における分割型分割においては、分割をする法人が他の法人に移転する資産・負債の譲渡損益の取扱いが最も重要な項目となっていることから、この①がわが国の租税法における分割型分割の本質的な構成要素となることは、言うまでもない。

なお、分割が清算所得課税の事由とされていないことから明らかなように、分割によって分割をする法人が消滅することは考えられておらず、常に資本金に相当する純資産は残す必要があり、このため、分割により移転する資産・負債は、厳密に表現するとすれば、分割をする法人が有する資産・負債の「一部」ということになる⁽¹¹¹⁾。

② 分割をする法人から資産・負債の移転を受けた法人が、株式等を交付すること

分割をする法人から資産・負債の移転を受けた他の法人がその対価として自己の株式等を交付することが、わが国の租税法における分割の本質的な構成要素となることについても、異論は無いであろう。

なお、移転資産・負債が無価値であるという可能性が全くないわけではないことから、この②は、このような例外的な場合に株式等の交付がな

(111) 法人税法第57条《青色申告書を提出した事業年度の欠損金の繰越し》第2項には、資産及び負債の全部を移転する分割に関する規定がある。この規定は、適格合併と合併類似適格分割型分割が行われた場合に、被合併法人又は分割法人に生じた欠損金額を合併法人又は分割承継法人に引き継ぐことを認めたものであるが、この合併類似適格分割型分割に該当する要件として、分割法人の分割型分割直前に有する資産及び負債の全部が分割承継法人に移転することを定めている（法令112条①二）。

確かに、条文上は、「全部の資産・負債の移転」を明記するものであるが、分割は解散・清算手続を踏まずして当然に消滅するものでない以上、文字通り全部の資産・負債を移転することはできないと考えられることから、この「全部」という意味は、「実質的に全部」と解釈されるものと考えられる。

いことを含むと考えるべきである。

③ 分割をする法人の株主が、資産・負債の移転を受けた他の法人の株式等の交付を受けること

分割型分割の最大の特徴は、分割法人の株主に分割承継法人の株式が交付されることにあり、これを無くしては、分割型分割ということとはできない。したがって、分割型分割に関して、この③が本質的な構成要素となることについても、異論は無いであろう。

なお、上記②においても述べたとおり、移転資産・負債が無価値であるという可能性が全くないわけではないことから、この③は、このような例外的な場合に資産・負債の移転を受けた法人の株式等の交付を受けることがないことを含むと考えるべきである。

④ ①～③が一の行為として行われること

上記の①から③までの三つの事実は、それぞれに異なる取引において生ずることもあり得る。しかし、わが国の租税法においては、営業の全部譲渡や営業の全部の出資の後に解散するものであってもこれを合併に含めるようなことはせず、また、現物出資と分社型分割を別途規定していることから明らかなように、様々な形態の組織再編成を組み合わせ一の組織再編成と認識したり、経済効果が同一であることをもってこれを同一概念と解することとはされていないことから、この④についても、わが国の租税法における分割型分割の本質的な構成要素と考えることができる。

このことは、組織再編成に関しては、様々なものを組み合わせたり、順序を操作することにより、法形式とは異なる実態の取引を行うなどの問題が生ずる懸念があるため、別途、行為計算否認規定（法法 132 の 2）が設けられていることから明らかなである。

また、分割型分割と分社型分割は、商法上は同じく「分割」とされているが、組織再編成税制上は、両者の性格は大きく異なるものと解され

ており⁽¹¹²⁾、適格分割型分割は、適格合併と同様に法人格を部分的に引き継ぐものであり、他方、適格分社型分割は、適格現物出資と同様に、資産・負債の保有形態を換えるだけのものと考えられている⁽¹¹³⁾点に、留意しておく必要がある。

以上の点からすれば、この④は、他の組織再編成の形態と区別するポイントとなるものと考えても良いもので、わが国の租税法における「分割」の本質的な構成要素として、上記の①から③までに勝るとも劣らず、重要であると考えられる。

以上の（１）から（３）までの検討から明らかなように、わが国の租税法における分割型分割の本質的な構成要素に関する考え方としては、（３）が妥当であると考えられる。

この場合、わが国の租税法における分割型分割に該当するの否かの判断基準は何かということが問題となるが、わが国の租税法における分割型分割の本質的な構成要素をどのようなものとするのかということは、第１章第３節２で述べたとおり、この判断基準と密接に関連していると考えられる。わが国の租税法における分割型分割の本質的な構成要素を具備しているの否かということが、すなわち、わが国の租税法における分割型分割に該当するの否かの判断基準であると言い換えても良いのである。

すなわち、上記（３）の①から④までに掲げるものに該当するの否かがわが国の租税法における分割型分割に該当するの否かの判断基準と考えて良いと考える。

(112) 法人税法上、移転資産・負債の譲渡損益の取扱いについて、適格分割型分割は、見出しを《資産等の帳簿価額による引継ぎ》（法法 62 の 2）として合併と同じ括りと捉えるが、適格分社型分割は《資産等の帳簿価額による譲渡》（法法 62 の 3）として、適格現物出資と同じ括りと捉えており、同じ分割なのであるが、明らかに異なる形態として捉えていることがわかる。

(113) 朝長英樹「企業組織再編成に係る税制について（第 3 回）」日本租税研究協会編『企業組織再編成に係る税制についての講演録集』70 頁（日本租税研究協会・2001 年）

なお、これらの本質的な構成要素と判断基準は、現時点で筆者が考えるものであり、他に本質的な構成要素や判断基準とすべきものがないかにつき、常に、国外において行われる分割に意を払いつつ、不断に検討を進めることが必要であると考え。

第2節 間接分割のわが国租税法上の取扱い

1 間接分割の例

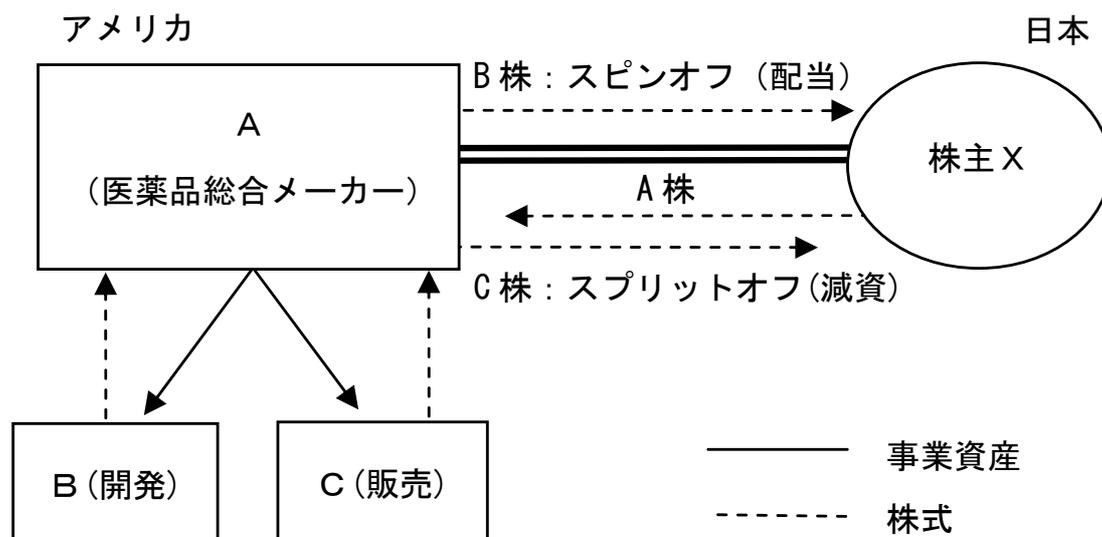
前節における検討を踏まえて、外国法人の国外における間接分割により株式等の交付を受けたわが国の株主のわが国の租税法における取扱いについて、本節で検討を行うこととする。

検討の対象とする例は、アメリカの間接分割とし、間接分割を行ったアメリカ法人からわが国の株主が株式の交付を受けたものとする。具体的には、次のとおりである。

< 例 >

アメリカ法人Aは、医薬品の開発・製造・販売を行っているが、各事業部門を強化するため、製造部門を残し、開発部門と販売部門をそれぞれ分離独立させることにした。分割に当たっては、開発及び販売部門に帰属する資産・負債をAの100%子法人であるB及びCに移転した。株主に対しては、Aの配当可能利益を原資としてAの1株式に対しBの1株式の交付(スピノフ)を行い、また、減資の対価としてAの1株式に対しCの1株式の交付(スプリットオフ)を行った。

Aの株主であるわが国の居住者Xは、Aの1株式に対し、Bの1株式とCの1株式の交付を受け、それ以外の資産は受け取っていない。



2 分割に該当するの可否かの検討

上記の例について、前節4における検討によって得られた四つの判断基準に従って検討を進めることとする。

前節において示した四つの判断基準は、次の①から④までであるが、以下、個々の基準の該当性について検討を試みることとする。

① 分割をする法人が資産・負債の一部を他の法人に移転すること

上記の例では、AはBとCにそれぞれ資産・負債を移転していることから、上記の例は、この基準に該当することとなる。

② 分割をする法人から他の法人が資産・負債の移転を受けて株式等を交付すること

上記の例では、BとCは、Aから資産・負債の一部の移転を受けており、また、その対価として、それぞれ自己の株式を交付していることから、上記の例は、この基準にも該当することとなる。

③ 分割をする法人の株主が資産・負債の移転を受けた他の法人の株式等の交付を受けること

上記の例では、わが国の株主XはBとCの株式の交付を受けていることから、上記の例は、この基準にも該当することとなる。

④ 上記の行為が一の行為として行われること

上記の例は、まず、AがB及びCにその資産・負債の移転を行い、その対価としてAがB及びCの発行する株式の交付を受けるというように、現物出資を行い（第一段階）、その後、Aが株主にその取得した株式を交付する（第二段階）こととなっており、この基準には該当しない。

従って、この四つの基準によれば、上記の例は、わが国の租税法における分割には該当しないということとなる。

わが国の分割法制は、組織法上の行為として、直接分割を採用しているため、株主は、分割型分割が行われた場合には当然に分割承継法人の株式を取得するという関係になり、分割法人による資産・負債の移転から株主への株式の交付までが一連の行為として行われるものであるが、間接分割は、二段階の取引を経なければ株主への株式の交付を為し得ない。この点において、わが国の分割とは区別されるものであり、間接分割は、法人を実質的に分割する手法ではあるものの、その法的性質は現物出資であって、わが国における分割とは異なるものと言わざるを得ない。

しかしながら、法的性質は異なるとしても、その経済実態はどうであろうか。上記の例においても、Aがその事業に係る資産・負債をBとCに移転し、結果的にはAの株主がBとCの株式の交付を受けることとなっており、この一連の取引を一体として見た場合には、わが国の分割型分割とかなり近似しているといえることができる。しかも、アメリカの間接分割において、特例として課税の繰延べが認められる要件は、第1節3（1）で示したとおり、投資の継続性、所有持分の継続性、事業の継続性、事業目的の保有などとなっており、わが国の組織再編成税制における適格要件と近似している。

さらに、わが国の租税法の規定は、分割型分割については「…分割型分割によりこの資産及び負債の移転をしたこの内国法人は、…分割承継法人から新株等その他の資産をその時の価額により取得し、直ちにこの新株等をこの内国法人の株主等に交付したものとす」（法法 62①後段）と、適格分割型分割においても「…当該内国法人は、同条第1項後段の規定にかかわらず、当該…分割承継法人の株式を…当該適格分割型分割に係る…純資産価額

に相当する金額により取得し、直ちに当該株式を当該内国法人の株主等に交付したものとす」(法法 62 の 2①後段)とし、一旦、分割法人が分割承継法人株式を取得した上で、直ちに株主に交付したものと擬制する二段階の構造となっている。わが国租税法の規定においては「直ちに」という限定が付されており、アメリカの間接分割においては第一段階と第二段階の間に時間を置くことが可能とされているものの、その構造は近似していると考えられる。

以上のように、経済実態に目を向けると、間接分割の二段階の取引を一体と認識することで、分割型分割と同様の取扱いをすることができないのかという疑問が生じてくる。

しかしながら、結論から言えば、間接分割が「現物出資」と「配当又は減資」という二つの別個の行為によってなされるものである以上、分割型分割には該当しないと言わざるを得ない。この点に関しては、この二つの別個の行為が連続して行われるとは限らないこと、現物出資により交付された株式がすべて株主に交付されるとは限らないことを考慮すると、なお一層、その結論の妥当性が明らかになると考えられる。

もっとも、この二つの別個の行為が連続して行われ、しかも、現物出資により交付された株式がすべて株主に交付された場合には、分割型分割と全く同一の経済効果が生じているにもかかわらず、一方は課税され、他方は課税が繰り延べられるといった異なる取扱いとなる。このことは、決して好ましくないと考えるが、現行制度において、異なる制度として捉えられている間接分割を規定の拡大解釈により直接分割である分割型分割に含めること、また、類推解釈をして分割型分割と同様の取扱いとすることは許されないものとする。

よって、以下、本章においては、このような事情を踏まえて、上記の例の間接分割は、わが国の租税法における分割型分割には該当せず、「現物出資+

配当」又は「現物出資＋減資」⁽¹¹⁴⁾のいずれかであるという理解の下に、株主にどのような課税関係が生ずるのかについて検討を進めることとする。合わせて、間接分割のもう一つの手法であるスプリットアップについても適宜言及していくこととする。

3 株式の交付を受けたわが国の株主の課税関係

上記の例の間接分割は、既述のとおり、わが国の租税法における分割型分割に該当せず、それぞれ現物出資とその後の配当、現物出資とその後の減資が行われたものということになる。また、スプリットアップにおいては、現物出資とその後の残余財産の分配が行われたものということになる。

このため、現物出資についての適格要件に該当すれば、Aの移転資産・負債の譲渡損益の計上は繰り延べられることになる。

しかしながら、現物出資に際して課税の特例の適用があるのは、現物出資法人であって、現物出資法人の株主に対する特例の適用の余地はない。株主については、合併又は分割型分割によって株式の交付を受ける場合でなければ、特例の適用は認められていない。

この結果、アメリカなどの間接分割法制を採る国に投資するわが国の株主が、間接分割の第二段階として株式の交付を受けた場合には、たとえ株式以外の資産の交付を受けなかったとしても、特例を適用することはできず、株主は、原則どおり、配当を受けたもの又は旧株を時価により譲渡したものとされることとなる。

4 株式交付の性質と所得区分

(1) 株式交付の性質

間接分割により株主に子法人の株式が交付された場合であっても、その

(114) 法人が資産の一部を移転させ、その対価として新株の交付を移転した法人が取得することから、分社型分割とも同視することができ、間接分割は「分社型分割＋配当」又は「分社型分割＋減資」と構成することも可能である。

交付は、配当、減資の対価の交付、残余財産の分配のいずれの場合もあり得ることから、その交付が、これらのうちのいずれとなっているのかという問題が生ずることとなる。

つまり、株主が、スピンオフにより子法人の株式の交付を受けたということであれば、配当を受けたものとする事となり、スプリットオフにより子法人の株式の交付を受けたということであれば、減資により旧株の譲渡対価の交付を受けたものとする事となり、スプリットアップにより子法人の株式の交付を受けたということであれば、残余財産の分配を受けたものとする事となる。

(2) 譲渡所得

上記(1)で述べたことから明らかなように、株主が交付を受けた株式がスプリットオフにより減資の対価として交付されたものである場合とスプリットアップにより残余財産の分配として交付されたものである場合には、株主には、旧株の譲渡による所得が生ずることとなる。

イ 個人株主の取扱い

株式の譲渡所得に対しては、租税特別措置法第37条の10が適用される。居住者（国内に恒久的施設を有する非居住者を含む。以下同じ。）が、同条第3項に規定する株式等の譲渡をした場合には、他の所得と区分した上で20%（他に地方税が6%）の申告分離課税の対象となる。この「株式等」には、株式、出資者の持分、新株予約権付社債、公社債投資信託以外の証券投資信託の受益証券等が該当し、これらには、外国法人に係るものも含まれる（措法37の10③）。

スプリットオフ又はスプリットアップにより、減資の対価又は残余財産の分配として株式の交付を受けた場合には、その株式の時価が株式等に係る譲渡所得等に係る収入金額とみなされ、実際に株式を売却した場合と同様の課税を受けることとなる（措法37の10④三）。

また、平成15年度税制改正による新証券税制の創設により、居住者が平成15年1月1日以後に上場株式等を譲渡した場合には、租税特別措

置法第 37 条の 10 にかかわらず、20%の税率は 15%（他に地方税が 5%）の軽減税率となり（措法 37 の 11①）、更に、この租税特別措置法第 37 条の 11 第 1 項が適用される場合には、平成 19 年 12 月 31 日までの間は、15%の税率は 7%（他に地方税が 3%）の暫定税率となることとなっている（措法 37 の 11②）。

外国法人の株式との関連でみると、「上場株式等」とは「証券取引所に上場されているものその他これに類するものとして政令で定めるもの」（措法 37 の 11①）をいい、「証券取引所に上場されている」ものとは「証券取引所（証券取引法第 2 条第 14 項に規定する証券取引所をいう。）に上場されている株式その他これに類するものとして政令で定める株式」（措法 37 の 11②）をいい、当該「その他これに類するものとして政令で定めるもの」には「証券取引法第 2 条第 8 項第 3 号ロに規定する外国有価証券市場で売買されている株式等」が該当する（措令 25 の 9①二）。すなわち、取引所有価証券市場に類似する市場で、外国有価証券市場とわが国証券取引所において開設されている外国証券市場（証取法 2⑧三ロ）において売買された株式も、新証券税制の適用を受けることができることとなっている。

ロ 法人株主の取扱い

法人が有価証券を譲渡した場合には、譲渡利益額（その譲渡対価の額が譲渡原価の額を超える場合の超える部分の金額）を益金に算入し、譲渡損失額（譲渡原価の額が譲渡対価の額を超える場合の超える部分の金額）を損金に算入することとされており（法法 62 の 2①）、スプリットオフにより減資の対価として株式の交付を受けた場合とスプリットアップにより残余財産の分配として株式の交付を受けた場合のいずれの場合も、これによることとなる。

（3）配当所得

株主に対する株式の交付が「利益の配当」に該当する場合には、当然のことながら、その株主は、配当を受けたものとされる。

その株式の交付を受けた株主が個人である場合には、所得税法第 24 条が適用され、その株式の交付時（権利確定日）の時価が配当所得の収入金額となる（所法 36①）。また、株式を交付した外国法人の資本等の金額を超える部分の金額があれば、その超える部分の金額は、所得税法第 25 条により、みなし配当とされる。

その株式の交付を受けた株主が法人である場合には、その法人株主はその株式の時価に相当する金額を益金に計上することとなるが、外国法人から受ける利益の配当又は剰余金の分配は益金不算入の対象とはならない（法法 23①）ことから、その益金の全額が課税対象となる。

なお、国外において発行された株式の利益の配当として所得税法第 24 条第 1 項に規定する配当等が国外において支払われた場合に、国内の支払者を通じて居住者又は内国法人に支払われるときは、その支払を受けるべき金額の 20%の源泉徴収がなされる（措法 9 の 2①、②）。その支払の際、既に外国所得税が源泉徴収されている場合には、その国所得税を差し引いた後の金額の 20%が国内における源泉徴収の税額とされる（措法 9 の 2③）。

ただし、この源泉徴収される税額については、株式の譲渡所得と同様に、新証券税制により、平成 15 年 4 月 1 日以後支払を受ける上場株式等に係る配当に対しては、20%の税率は 15%（他に地方税が 5%）の軽減税率が適用され（措法 9 の 3①）、更に 15%の税率は、平成 15 年 12 月 31 日までは 10%（地方税は非課税）（措法附則 68②）、平成 20 年 3 月 31 日までは 7%（他に地方税が 3%）の暫定税率が適用される（措法 9 の 3②）。

もちろん、この「上場株式等」には、国内の証券取引所に開設されている外国有価証券市場に上場されている株式も、国外の外国株式有価証券市場に上場している株式もその対象に含まれることになる（措法 9 の 3①一）。

なお、国外株式であっても、国内の支払の取扱者を通じて支払われた配当は、内国法人から支払を受けたものとみなされ（措法 9 の 2⑤）、一回の支払金額が 5 万円（配当計算期間が 1 年以上であるときは 10 万円）以下であるものは、確定申告を要しない（措法 8 の 5①）。ただし、上記に示した

一連の改正により、平成 15 年 4 月 1 日以後に支払を受ける上場株式等の配当で、かつ、その所有する株式数又は金額が発行済株式総数又は金額の 5% 未満である場合には、金額基準が撤廃され、金額にかかわらず確定申告を要しないこととなった（措法 8 の 5①二）。しかし、確定申告をしない方法を選択した場合、外国税額控除の適用はできないため、この適用を受ける場合には、確定申告が必要となる。

（４）みなし配当

スピノフにおいては、通常の配当として株式の交付が行われるため、配当の額はその交付を受けた株式の時価に相当する金額となるが、スプリットオフとスプリットアップにおいては、その交付を受けた株式の時価がその交付を行った外国法人の資本等の金額に対応する部分の金額を超える場合にはその部分がみなし配当とされる（所法 25①三、法法 24①三）。

実務上、株主とその株式の交付を行った外国法人との間に支配関係があるような場合を除き、外国法人の資本等の金額（法人の資本の金額と資本積立金額との合計額）を把握することが困難な場合がある⁽¹¹⁵⁾と思われるが、このような場合には、証券会社等を通じて外国法人の財務諸表や必要な情報入手するなどにより対処することが必要となろう。

（５）損益通算

株主が個人である場合には、損益通算の可否が問題となる。

譲渡所得の損失は、従来、租税特別措置法第 37 条の 10 第 1 項後段により、なかったものとみなされることとなっていたが、平成 15 年度改正により、上場株式等に係る譲渡損失について 3 年間にわたって繰り越し、その年分の株式等に係る譲渡損失の金額を限度として控除することが認められることとなった（措法 37 の 12 の 2①）。

しかしながら、その損失について繰越控除できるのはその年分の株式等

(115) 外国法人が組織再編成の当事者となった場合の諸問題を指摘するものとして、須藤一郎『『組織再編税制の国際的側面について』の解説』経理情報 1041 号 48 頁以下（2004 年）

に係る譲渡損失の金額に限られるため、他の所得と損益通算をすることはできない。

ところで、上記の例のように、間接分割において、配当（スピノフ）と減資（スプリットアップ）の組合せにより株式の交付を受けることとなった場合には、所得が配当所得と譲渡所得に二分されることから、減資のみにより同数の株式の交付を受ける場合に比して、譲渡収入となる金額が少なくなることから、それだけ譲渡利益が少なくなったり、譲渡損失が多くなることとなる。これも譲渡所得の赤字と配当所得の黒字を損益通算できれば問題ないが、現行法上は、株式等に係る譲渡損失は、株式等に係る譲渡所得の範囲内でなければ通算されないために、配当と減資の双方により株式の交付を受ける株主は、減資のみにより株式の交付を受ける株主よりも税負担が増加することとなる。

このように、現行の損益通算の制度の下においては、分割により旧株が新株に変わったというだけで経済的実質は同じであるというような場合であっても、課税関係が異なるといった現象が生ずることがあり得るのである。

5 租税条約上の取扱い

わが国が租税条約を締結している国との間で国外取引を行った場合には、租税条約におけるその国外取引の取扱いを検討する必要がある。

以下、わが国の投資家が外国法人に株式投資を行った場合の上記4で見てきた課税関係が、租税条約によってどのような修正を受けるのかについて、わが国がその外国と OECD モデル条約を締結しているという前提で検討を行うこととする。

(1) 配当所得

OECD モデル条約第 10 条では、「一方の締約国の居住者である法人が他方の締約国の居住者に支払う配当に対しては、この他方の国において租税を課すことができる」（第 1 項）ことを原則としながら、この配当に対して

は、「これを支払う法人が居住者とされる締約国においても、またその国の法令に従って租税を課することができる」(第2項)として、配当を支払う法人の居住地国でも一定の制限税率の下で課税することを認めている。第2項に定める制限税率は、資本の25%以上を直接に所有する法人からの配当に対しては5%、それ以外の場合には15%を上限としている。

したがって、わが国の株主が外国法人から交付を受ける配当については、この制限税率を上限とする税率によって課税された後に、概ね、わが国の支払取扱者を通じて支払われることになる。

その後における国内法の適用については、上記4(3)のとおりであるが、外国で課税された外国所得税については、確定申告において、一定の計算の下、外国税額控除が可能である。

(2) 株式の譲渡益

OECD モデル条約第13条が譲渡収益に関する定めとなっているが、平成15年1月28日に発行されたOECD モデル条約最新版⁽¹¹⁶⁾において、この第13条の改定が行われている⁽¹¹⁷⁾。

改定前の第13条⁽¹¹⁸⁾は、第4項が株式の譲渡益を含むその他財産条項となっており、株式の譲渡益に関しては、「譲渡者が居住者とされる締約国においてのみ租税を課することができる」とされており、譲渡者の居住地国における課税のみを認めていた。

ところが、平成15年1月の改定により、この第4項の改正が行われ、その他財産条項のうち、株式の実質的価値の半分以上が不動産である場合(以

(116) OECD Committee on Fiscal Affairs, Model Tax Convention on Income and on Capital (Condensed Version, 2003)

(117) 前掲注116の2003年1月版においては、他に3条の一般的定義に改正が加えられている。

(118) 旧第13条は、第1項が不動産の所在地国における課税、第2項が恒久的施設帰属動産の恒久的施設所在地国における課税、第3項が国際運輸等の船舶・航空機等の企業の実質的管理場所における課税を定め、第4項がその他財産を包括し、譲渡者の居住地国課税を定めていた。

下「不動産化体株式」という。)には、不動産所在地国に課税権が認められることとなった⁽¹¹⁹⁾。これは、不動産の譲渡をすれば不動産の所在地国において課税がなされるどころ、不動産投資会社を設立してその株式を譲渡すれば居住地国課税となるという従来から指摘されてきた源泉地国課税回避の問題⁽¹²⁰⁾に対処するためのもので、その経済的実質が不動産の譲渡と認められる不動産化体株式の譲渡は、第1項の不動産譲渡条項の適用対象として、不動産所在地国に課税権を認めたものである⁽¹²¹⁾。

上記の不動産化体株式以外の株式の譲渡に対しては、第5項のその他財産条項が適用され⁽¹²²⁾、従来どおり譲渡者の居住地国課税となる⁽¹²³⁾。

したがって、不動産化体株式以外の株式等の譲渡益については、居住地国にのみ課税権を認めるため、わが国株主が外国法人の株式を国外で譲渡した場合であっても、国外で課税されることはなく、国際的二重課税は発生しないということになる。

しかし、実際に日本が締結した租税条約を見ると、平成15年4月1日現在、株式等の譲渡益に対して OECD モデル条約に従って譲渡者の居住地国

(119) 新第13条第4項は、「一方の締約国の居住者が、その価値の50%超が直接又は間接に他方の締約国に存在する不動産から成る株式の譲渡によって取得する収益に対しては、この他方の国において租税を課することができる」とされている。

(120) 本庄資『国際課税の理論と実務〔第3巻〕租税条約』179～180頁（税務経理協会・2000年）

(121) OECD モデル条約コメンタリー28. 3：川端康之監訳『OECD モデル条約 2003年版（所得と財産に対するモデル所税条約）』180頁（日本租税研究協会・2003年）

(122) 「1から4までに規定する財産以外の譲渡から生ずる収益に対しては、譲渡者が居住者とされる締約国においてのみ租税を課することができる」とされている。

(123) この理由については、コメンタリーは、「財産の課税原則である22条によるものである」と説明するのみである。この22条は「財産」に対する課税原則を定めたものであるが、第1項が不動産の所在地国課税、第2項が恒久的施設帰属動産の恒久的施設所在地国課税、第3項が国際運輸等の船舶・航空機等の企業の実質的管理場所における課税、第4項がこれら以外のすべての財産の居住地国課税となっており、譲渡収益条項自体が、財産の課税原則に従った規定振りとなっている。したがって、株式の譲渡は、その他財産の譲渡として、居住地国課税が原則となる。

でのみ課税するとしている国は 15 カ国⁽¹²⁴⁾であるが、条件付若しくは無条件で源泉地国に課税権を認める国が 35 カ国⁽¹²⁵⁾にも上る。源泉地国に課税権を認める場合には、国際的⁽¹²⁵⁾二重課税が発生する可能性があるが、株式の譲渡益は、その法人の活動に密接に関連するため、その発生源泉地に課税権を認めることについては、肯首できるところである。

(124) 15 カ国の内訳は、アイルランド (14 条)、イタリア (13 条)、インドネシア (13 条)、ザンビア共和国 (12 条)、スイス (13 条)、スペイン (13 条)、チェッコ共和国 (13 条)、スロヴァキア、ドイツ (13 条)、ハンガリー (13 条)、フィンランド (13 条) ブラジル (12 条) ベルギー (13 条) ポーランド (13 条) ルーマニア (13 条) である。

(125) 35 カ国の内訳は、次のとおりである。

- 1) その他財産条項の中で源泉地国課税とする国が 12 カ国：イスラエル (13 条)、エジプト (11 条) カナダ (13 条)、スリ・ランカ (9 条)、タイ (13 条)、中国 (13 条)、トルコ (13 条)、ノールウェー (13 条)、バングラディシュ (13 条)、マレーシア (13 条)、南アフリカ (13 条)、ルクセンブルグ (13 条)
- 2) 条件付 (事業譲渡類似株式又は不動産化体株式) で源泉地国 (株式発行法人の居住地国又は不動産所在地国) 課税とする国が 11 カ国、その条件の内訳として、
 - ① 事業譲渡類似株式が 3 カ国：イギリス (14 条)、オーストリア (18 条)、デンマーク (13 条)
 - ② 不動産化体株式が 1 カ国：フィリピン (13 条)
 - ③ ①及び②の両方を規定する国が 5 カ国：ヴェトナム (13 条)、シンガポール (13 条)、韓国 (13 条)、フランス (13 条)、メキシコ (13 条)
 - ④ その他の条件を付す国が 4 カ国：アメリカ (16 条：183 日滞在者の個人)、オーストリア (18 条：事業譲渡類似株式以外に、滞在中の譲渡)、オランダ (14 条：他方の居住者で一方の国に譲渡前 5 年以内に居住していた場合)、フランス (13 条：事業譲渡類似株式及び不動産化体株式以外に、締約国の権限ある当局から組織再編成に関して課税繰延べを認める証明書が発行される場合)
- 3) 株式の譲渡益に係る原則を独立項として、株式発行法人の居住地国を源泉地国として課税する国が 12 カ国：ロシア (11 条)、旧ソ連からの独立に際して、旧ソ連と日本との条約がそのまま引き継がれた国：アルメニア、ウズベキスタン、グルジア、モルドヴァ、ウクライナ、キルギスタン、タジキスタン、トルクメニスタン、ベラルーシ (なお、カザフスタンも引き継がれたものの、平成 7 年 12 月 20 日付外務省告示をもって終了となっている)、インド (13 条)、ブルガリア (13 条)

なお、譲渡収益条項がない国が 4 カ国：オーストラリア、スウェーデン、ニュージーランド、パキスタン (スウェーデンは 13 条に不動産、恒久的施設、国際運輸規定までは存在する。)

所得源泉地国に課税権を認めている場合には、株式の譲渡益の源泉地がどこかということが問題となる⁽¹²⁶⁾。特に、株式は、流動性があり、ある国の法人が発行した株式であっても、資金調達を目的として国境を越えて他の国の証券取引所に上場されることもある。わが国においても、東京証券取引所及び大阪証券取引所において、外国有価証券市場が開設されており、現在のところ、上場数や取引量は決して多くはないが、実際に外国株式が国内において流通し、売買されている。しかしながら、株券そのものは、「外国株券振替決済制度」に基づき、外国の保管機関が保管しており、株券自体は発行国に残っていることが多いものと想定される。このように、株式譲渡益の源泉地については、法人の居住地、株式の売却地、株式の保管地のいずれとするのかのという難しい問題がある。

しかしながら、わが国が締結する租税条約は、ほとんどが課税権の配分に止まるもので、日米租税条約⁽¹²⁷⁾を除き、源泉地の決定に関する規定を設けていない。これは OECD モデル条約が包括的な源泉地規定を設けていないことにも起因すると考えられるが、租税条約に源泉地規定を設けていない場合には、その決定は課税権が配分された国内法に委ねられることになる⁽¹²⁸⁾。

源泉地を国内法に委ねるとすると、租税条約で定めた課税権の配分どおりの課税ができない事態が生じる。例えば、わが国の居住者が外国法人の株式をわが国で売却した場合に、租税条約でこの外国法人の居住地国に課税権を配分しながら源泉地規定が設けられておらず、また、その外国の国内法における源泉地が株式の売却地であるというときは、その外国にとっ

(126) 岸田雅雄「株式と OECD 条約」関西大学法学研究所『OECD モデル条約における若干の問題』62 頁 (2002 年)

(127) 日米租税条約においては、包括的な源泉地規定を第 6 条に設けている。源泉地規定を置く所得は、配当、利子、使用料、不動産の貸付け・譲渡、動産の貸付け・譲渡、人的役務の提供、産業上又は商業上の利得（事業）であり、これ以外の所得については各国の国内法に従って決定されると明記されている。

(128) 岸田・前掲注 126、62 頁

ては、租税条約により課税権が配分されたにもかかわらず、実際には課税できないこととなる。また、この例で、その外国の国内法が法人の本店所在地を源泉地としている場合を考えると、課税権と源泉地が一致するため、その外国は、この株式の譲渡益に対して源泉地国課税を行うことができる。他方、株主であるわが国の居住者のその株式の譲渡益は全世界所得課税のため課税所得に含まれるものの、わが国の国内法は売却地を源泉地としている⁽¹²⁹⁾ため、この株式の譲渡益は国内源泉所得となる。これが国内源泉所得となれば、当然のことながら、外国税額控除額の計算における国外所得に該当せず、外国税額控除の限度額が無いこととなり、二重課税の排除ができない事態となる。

このように、租税条約に源泉地に関する規定が無い場合には、二重課税排除の目的が達成されない事態となってしまうことがあるが、源泉地規定がない租税条約がほとんどである現状に鑑みると、この問題は看過できないもののように思われる。

第3節 小括

以上のとおり、外国法人が間接分割を行い、わが国の株主がその外国法人から子法人の株式の交付を受けた場合には、その間接分割がわが国の租税法における分割型分割に該当しないことから、その株主には、間接分割の現物出資後の配当、減資、残余財産の分配のそれぞれの子法人の株式の交付の手法に応じ

(129) わが国の国内法上は、株式の譲渡による所得は、所得税法第161条第1項第1号及び法人税法第138条第1項第1号に掲げる「国内において行う事業から生じ、又は国内にある資産の運用、保有若しくは譲渡により生ずる所得」のうちの「国内にある資産の譲渡により生ずる所得」に該当する。そして何に基づき「国内にある」と判定するかについては、所得税法施行令第280条第2項第2号において、①証券取引法第2条第15項に規定する取引所有価証券市場において譲渡されるもの、②国内にある営業所を通じて譲渡されるもの、③契約その他に基づく引渡しの義務が生じた時の直前において証券若しくは証書又はこの権利を証する書面が国内にあるもの、とされている。

て、配当又はその外国法人の株式の譲渡損益とみなし配当が生ずることとなる。

今後、経済の国際化が更に進展し、国外取引が一層増加することが想定されるが、このような状況の下では、分割の場合と同様に、国外取引に対するわが国の租税法の解釈が問われる場面が増加するものと考えられる。

このため、今後は、極力、国外取引を念頭に置いて立法し、また、用語の意味内容について定義規定を充実させるなどの対応が必要となるように思われる。

第4章 分割税制の沿革

わが国における分割（本章においては、一つの法人を二つに分ける行為を広く「分割」という。）に係る税制の淵源は、古く、戦中に遡る。

本章においては、今後のわが国の分割税制のあり方を考えるに当たり、わが国における分割税制の沿革を振り返ってみることとする。

1 臨時租税措置法第1条の18《企業合同に因り出資又は譲渡資産の対価として交付を受けたる有価証券の受入価額に対する特例》（昭和17年）

現物出資に関する課税上の特例は、既に、昭和17年の臨時租税措置法⁽¹³⁰⁾（昭和17年2月23日法律第56号）第1条の18の「企業合同ニ因り出資又ハ譲渡資産ノ対価トシテ交付ヲ受ケタル有価証券ノ受入価額ニ対スル特例」に見出すことができる。その全文を掲げると次のとおりである。

「命令ヲ以テ定ムル法人ガ法令、法令ニ基ク命令又ハ行政官庁ノ指導若ハ斡旋ニ依リ昭和十六年十一月一日以後昭和十八年三月三十一日迄ニ其ノ事業ニ属スル設備又ハ権利其ノ他ヲ事業ノ統制ノ必要上設立セラルル法人ニ出資又ハ譲渡ヲ為シタルトキハ其ノ出資又ハ譲渡ニ対シ与ヘラレタル有価証券ノ価額ニ関シ出資又ハ譲渡ヲ為シタル事業年度ニ於ケル法人税法ニ依ル所得、營業税法ニ依ル純益及臨時利得税法ニ依ル利益ノ計算ニ付命令ヲ以テ特例ヲ設クルコトヲ得」

この規定は、「命令ヲ以テ定ムル法人」、すなわち、大蔵大臣の指定した事業を営む法人（臨時租税措置法施行規則第1条の41）が、法令や行政官庁の指導等に基づき現物出資を行った場合に、原則的には資産の出資は資産の譲渡に該当し、その譲渡益に対して法人税等が課税されるどころ、その計算につき特例を設けることができることを定めている。特例の具体的な内容は、

(130) 臨時租税措置法（昭和13年3月31日法律第52号）は、戦時中の戦費確保のために直接税・間接税の増税が強化されていく中で、企業の生産力の拡充、貯蓄の増強政策等のために設けられた租税の軽減若しくは免除に係る特別措置法であった。

臨時租税措置法施行規則第1条の43第1項に、次のように定められている。

「臨時租税措置法第一条ノ十八ノ規定ニ依リ指定セラレタル甲法人ガ事業ノ統制ノ必要上設立セラレタル乙法人ニ其ノ事業ニ属スル設備又ハ権利其ノ他ヲ出資シ其ノ出資ニ因リ取得シタル乙法人ノ株式（乙法人ニ対スル出資ヲ含ム以下同ジ）ヲ財産目録ニ記載スル場合に於テ当該出資シタル設備又ハ権利其ノ他（出資資産ト称ス以下同ジ）ノ出資直前ニ於ケル価額ニ相当スル価額ヲ附シ又ハ其ノ価額ヲ超エ当該株式ノ交付価額ニ満たザル価額ヲ附シタルトキハ当該株式ノ交付価額ト当該記載価額トノ差額ハ出資ヲ為シタル事業年度ニ於ケル法人税法ニ依ル所得、營業税法ニ依ル純益及臨時利得税法ニ依ル利益ノ計算上之ヲ益金ニ算入セズ」

この規定により、甲法人が事業に供している資産等を乙法人に現物出資して、乙法人の株式を取得し、現物出資資産の出資直前の帳簿価額若しくはこの帳簿価額から交付株式の時価までの間の価額を付したときは、時価と帳簿価額との差額は、法人税法の所得の計算上、益金に算入しないこととされた。出資した資産の取得価額以上で時価以下であれば、対価として取得した有価証券に付す価額は、法人の任意とし、そこで生じる譲渡益は益金に算入しないとした。

本規定の制定趣旨について、当時の大蔵省主税局国税課長の池田勇人氏は、「企業の合同整理は時局下益々緊要と認められるので、これら企業の再編成に関し租税上に於ても必要と認めらるる措置を講じ次に述べるが如く負担の緩和を図り以て企業の合同整理の促進に資することとなった」⁽¹³¹⁾ことから、「法人が時局の要請に基きその事業に属する設備又は権利を出資又は譲渡を為したる場合に於て、その出資又は譲渡に因る益金は時局の要請に基く企業合同なかりせば生ぜざりしものなるにこの益金に対し直に課税することとせば、法人に対し進んで評価益を計上せしめて課税したる場合と略同様の結果ともなるを以てかかる特例を設け緩和することとなったのであるから事業に

(131) 池田勇人「臨時租税措置法中改正法律」財政第7巻臨時号324頁以下（大蔵財務協会・1942年）

属する設備又は権利を出資又は譲渡を為しこれが対価として与へられたる有価証券の価額は、前述の如くこれに依って益金を計上せしめない趣旨のもとに特例が設けられたるものなるを以て、この対価として与へられたる有価証券に附すべき価格は少なくとも出資又は譲渡直前に於ける設備又は権利の記帳価格以下の価格を附すことは出来ないのである。」⁽¹³²⁾と述べられている。

「評価益を計上せしめて課税したる場合と同様の結果ともなる」と述べられていることからすれば、現物出資によって移転資産の含み益が株式の時価として具現化し、益金を構成すれば、二社を合わせてみると移転資産の評価益を計上した結果に等しくなることを指摘したもので、企業合同という目的をもって現物出資する場合には、移転資産は株式に形を変えただけで、事業そのものの支配関係は何ら変わるものではないとの考えがうかがえる。

また、法人の会計処理方法については、条文上、益金に算入しないと規定するだけであって、具体的に、益金不算入とするのか、圧縮記帳をして損金算入とするのかは明確ではないが、池田氏は、「この場合の計算例を示せば、

(1) 出資直前の設備又は権利の記帳価格 5,000,000 円、(2) 設備又は権利の出資に因り取得した株式の価格 10,000,000 円、(3) 会社が対価として取得した株式に対し附したる価格 5,000,000 円。説例の場合の如く事業に属する設備又は権利 5,000,000 円（出資直前の記帳価額）を出資しその対価として株式 10,000,000 円の交付を受けたる場合に於て、これを 5,000,000 円として記帳整理したるときは・・・出資直前の価額 5,000,000 円と同額であるから会社計算を是認することとなるのである。」⁽¹³³⁾と、5,000,000 円と記帳する点だけを説明する。

その仕訳を示せば、甲法人は、

(子会社株式) 5,000,000 (設備又は権利) 5,000,000

となり、設備又は権利の譲渡益である 5,000,000 円は、帳簿上、発生しない。

これが例えば、出資直前の記帳価額と交付を受けた株式の価額 10,000,000

(132) 池田・前掲注 131、327 頁

(133) 池田・前掲注 131、327～328 頁

円との間の価額として 7,000,000 円で記帳した場合には、

(子会社株式) 7,000,000	(設備又は権利)	5,000,000
	(固定資産等譲渡益)	2,000,000

となり、法人が計上した譲渡益 2,000,000 円については、各事業年度の所得の金額の計算上、総益金として課税されることとなる(昭和 17 年法法 4①)。このように処理することになれば、直接、子会社株式の受入価額を減額して記帳することで、減額した金額に対応する譲渡益は発生しないこととなり、益金不算入という結果になる⁽¹³⁴⁾。

また、この取引は、移転法人の現物出資と受入法人の新株発行という法人間取引に止まり、株主には何ら影響のないもので、現行の現物出資や分社型分割に相当する形態であったことが判る。

なお、この規定において特例の適用対象となる法人は、大蔵大臣の指定した事業を営む法人に限定されており、適用要件についても、第一に、その現物出資が法令に基づいて発せられる命令、行政官庁の指導あるいは斡旋によったものであること、第二に、事業の統制の必要上設立された法人に対し出資又は譲渡した場合であることと限定的であり、会社一般に対してその適用を認めるものではなかった⁽¹³⁵⁾。

しかしながら、一つの会社が二つ以上に分割するため、事業に属していた設備や権利を他の会社に出資する場合に生ずる資産の譲渡益に対して課税を繰り延べるという分割税制の原点が、早くもこの昭和 17 年に見出される。しかもそこには、明示的ではないが事業の継続や支配の継続といった考え方も見られることは、注目に値する。

(134) これに対し、武田昌輔教授は、この特例は圧縮記帳であると説明されている。武田昌輔『会社分割の法人税務』8 頁(財政経済弘報社・1970 年)。益金不算入で直接益金を減額させる方法と、いったん譲渡益を計上し、反対勘定として圧縮損を計上する方法は、その租税を減少させる効果に関する限り、同じである。

(135) 武田・前掲注 134、8 頁

2 臨時租税措置法第1条の18の改正《企業合同の場合の圧縮記帳の特例》 (昭和19年)

昭和19年に、戦時下における最も緊要な生産力の拡充等を図るための措置として⁽¹³⁶⁾、臨時租税措置法第1条の18の改正が行われた。条文の見出しも「企業合同の場合の圧縮記帳の特例」に改められた。

この改正により、適用対象が法人一般に拡充された。

ただし、適用要件は、改正前とほぼ変わらず、第一に、その現物出資が法令に基づいて発せられる命令、行政官庁の指導あるいは斡旋によったものであること、第二に、企業整備の必要その他命令をもって定める事由⁽¹³⁷⁾により出資又は譲渡した場合であることとされ、この場合に「利益ノ計算ニ付命令ヲ以テ特例ヲ設クルコトヲ得」とされている。

施行規則に定める特例の内容も変わらず、甲法人が企業整備の必要等により事業に属する設備又は権利その他を出資し、その出資により取得した乙法人の株式を財産目録に記載する場合において、出資直前の帳簿価額以上で時価以下の価額を付したときは、この株式の交付価額とこの記帳価額との差額を益金不算入とするというものである。

3 臨時租税措置法の廃止・現物出資の特例の廃止（昭和21年）

臨時租税措置法は、戦争のために設けられた事項が大部分を占めていたため、終戦に伴い、その必要がなくなったものや存置させるものでもその内容を相当に改める必要があったため、これを全面的に改組し「租税特別措置法」と改称された⁽¹³⁸⁾。

(136) 松隈秀雄「決戦下の増税案に就て」財政9巻2号2頁（1934年）

(137) 命令をもって定める事由とは、臨時租税措置法施行規則第1条の43第2項に定めがあり、①防空の為の分散疎開、②軍事及び公共の施設に当てられるための譲渡、③自作農創設事業のための譲渡、④企業整備資金措置法又は臨時資金調整法の規定により特殊決済をなしたる譲渡とされ、軍事下における産業政策的要素が強い。

(138) 主税局国税第一課長前尾繁三郎「第90回帝国議会における一般税制の改正について」財政21巻10号特別号64頁（1946年）には、「従って改正後存置されたもの

臨時租税措置法から租税特別措置法に移して存置すべきものが検討されたが、現物出資時における企業合同の場合の圧縮記帳の特例規定は、戦時中の生産力増強のための企業合同政策が終戦とともに不要になったことにより、他の関連規定とともに廃止されることとなった。

4 大蔵省蔵税第 2611 号通牒（昭和 23 年）

終戦後の特別経理会社における不良債権の処理、特別損失の処理等を促進し、会社の速やかな再建整備を図ることを目的として、戦時補償特別措置法、金融機関再建整備法、特別和議法等と共に、昭和 22 年 10 月 30 日に企業再建整備法が施行された⁽¹³⁹⁾。

この企業再建整備法においては、特別経理会社は、損失処理の後、会社を継続していくために、「その営業の経営の全部若しくは一部を委任し、又はその資産の全部若しくは一部を賃貸し、出資し若しくは譲渡すべき会社を設立」して会社を分割することが認められ（同法 6 七）、その新たに設立される会社は、第二会社とされた。この企業再建整備法においては、現物出資をする法人の譲渡益について、益金に算入しないこととされている（同法 39）⁽¹⁴⁰⁾。

そして、これに対する税制上の措置が、蔵税第 2611 号主税局長通牒によって定められた⁽¹⁴¹⁾。その内容は、次のとおりである。

まず、法人の処理として、「一 企業再建整備法により、特経会社等が第二会社を設立する場合において帳簿価額による現物出資をなした場合又は現金出資をして資産を帳簿価額で譲渡した場合にはこれを認める。」つまり、会社がその資産・負債を現物出資又は事後設立により移転させた場合には、帳簿価

は、戦後における民生の安定を図るための経済政策の遂行上特に必要と認められるものに対する租税上の措置が規定され」と述べられている。

(139) 大蔵省理財局長榎田光男「企業再建整備法概説」財政 11 卷 12 号 29 頁以下（1946 年）

(140) 武田昌輔監修『DHC 法人税法コンメンタール』3123～3124 頁（第一法規・2003 年）

(141) 市丸吉左エ衛門「第二会社の設立と課税」財政 14 卷 9 号 46 頁以下（1949 年）

額による引継ぎを認めるということである。

また、株主等についても、「二 旧会社が前二号（上記一。筆者）により取得した第二会社の株式を自己の株主又は社員に時価又は額面価額のいずれか低い価額で譲渡した場合（資本減少の対価として株主又は社員に額面価額で交付する場合を含む。）」には、その処理を認めている。

さらに、「三 第二会社を設立して解散する特別経理会社が残余財産の分配としてその株主又は社員に第二会社の株式の現物分配をなした場合は、減資の場合に準じ、この株式の額面価額（時価が額面価額以下の場合は、その価額）によって、残余財産価額を計算するも差し支えない。」としている。

つまり、①現物出資等により取得した株式を自己の株主等に時価と額面価額のいずれか低い方で譲渡すること、②資本減少の対価として、取得した株式を自己の株主等に時価と額面価額のいずれか低い方で譲渡すること、③残余財産の分配として、取得した株式を自己の株主等に時価と額面価額のいずれか低い方で譲渡することを認める取扱いである。これまでは、現物出資の圧縮記帳の特例として、法人間のみでの取扱いであったものが、株主等に対して、法人が取得した株式を分配する形態を認め、しかも帳簿価額による引継ぎを認めている。この措置は、特別経理会社だけに認められた措置とはいえ、上記②及び③は、まさにスプリットオフ型及びスプリットアップ型の間接分割であって、昭和23年に、税制上、既に間接分割に対する課税繰延措置が認められていたことは、特筆すべきであろう。

5 大蔵省蔵税第2758号通牒（昭和23年）

企業合同時の分割の特例制度が昭和21年に廃止されてから2年間の空白の後、大蔵省では、蔵税第2758号通牒をもって、一般の法人についても、次のように、分割に関する取扱いを新しく定めた⁽¹⁴²⁾。この通牒は、上記4の昭和23年の企業再編整備法による特例を一般法人に拡充する措置として、画期的

(142) 武田・前掲注134、8頁

なものである⁽¹⁴³⁾。

この全文を示すと、次のとおりである。

「一 会社が分割して二以上の法人となるため、分割せんとする会社が、その有する資産を記帳価額で現物出資して別の法人を設立した場合（現金出資をして必要な資産を記帳価額で譲渡した場合を含む。）において、その設立に因り取得した株式を減資の対価として株主又は社員に額面価額で譲渡した場合は、記帳価額による出資若しくは譲渡又は額面価額による譲渡を認める。

二 会社を分割する場合において分割せんとする会社の株主又は社員が現金出資して別の法人を設立し、これに必要な資産を分割せんとする会社が帳簿価額で譲渡し、その譲渡代金に相当する減資をなした場合は、帳簿価額による譲渡を認める。

三 分割する会社に積立金がある場合において、分割に因り設立する会社にその一部を引き継いだときは、分割した会社及び分割に因り設立した会社ともその積立金の引継又は引受に因って損益を生じないものとして取り扱う。

四 企業合同に因り設立された法人が事業を解体する場合（一部解体を含む。）において、残余財産の分配として又は減資の対価として株主又は社員にその者が先に出資した資産を記帳価額で譲渡した場合はこれを認める。」

一号は、現物出資又は事後設立により会社を設立するケース、二号は、会社の株主が先に会社を金銭出資により設立し、後に現物出資するケースである。ここにおいて重要な点は、一般法人に対しても、分割法人がその有する資産を記帳価額で現物出資して新株を取得した後、移転した資産に見合う減資を行い、その減資の対価として株主等に取得した新株を交付する場合に、課税の繰延措置が認められたということである。通牒ではあったが、企業再

(143) 武田・前掲注 134、10 頁

建整備法に係る特例と同時期に、一般法人に対してもスプリットオフ型の間接分割税制が認められていたことも、注目すべき点であろう。

当時の資料においても、現物出資に対して課税繰延措置をとる理由を明らかにするものは見当たらなかったが、当時の圧縮記帳の特例の一つである固定資産の交換差益の特例創設時の解説で、当時の国税庁法人税課長の有里長太郎氏は「自己所有の建物の記帳価額 1,000,000 円時価 5,000,000 円のもを提供し、交換により建物 5,000,000 円を取得した場合は税法上においては 4,000,000 円が交換差益として課税の対象となるのであるが、この場合において、法人が交換により取得した建物 5,000,000 円を 1,000,000 円として記帳整理したときは 4,000,000 円の交換差益は圧縮されることとなる。そこで、税務上の取扱においても法人がかかる整理をなした場合においては理論はとにかく実質において負担力は有りとは認められないからこれを是認することに改正されたのである。」と述べられている⁽¹⁴⁴⁾。

つまり、圧縮記帳を認める趣旨は、経済的実態としては、資産と資産とを交換しただけで、以前所有していた資産は確かに第三者に移転したが、使用価値そのものは新しく取得した資産に引き継がれていることに着目して課税の繰延べを認めているものと考えられる。有明氏も、「実質において負担力は有りとは認められない」と述べられていることからしても、交換によって譲渡益が実現して利益を稼得したとは言えず、いまだその移転資産への投資は継続していることから、取得した資産の売却時まで譲渡益の実現を繰り延べることが相当であると考えられていたものと思われる。したがって、現物出資における課税繰延措置についても、同様に考え、移転資産への投資価値は、取得した株式に形を変えて継続しているものと考えられていたのではないだろうか。

(144) 有里長太郎「法人税取扱方の一部改正」財政 24 卷 11 号 31 頁 (1949 年)

6 法人税法基本通達 253 《会社の分割の場合の資産譲渡の特例》ほか (昭和 25 年)

上記 5 の大蔵省通牒 2758 号については、法人税法基本通達の制定と同時に吸収され、次のような規定となった。

「会社の分割の場合の資産譲渡の特例

253 会社が分割して二以上の法人となるため、分割せんとする会社がその所有する資産を記帳価額で現物出資して別の法人を設立した場合(現金出資をして必要な資産を記帳価額で譲渡した場合を含む。)において、当該現物出資の額に相当する資本の減少を行い、その出資により取得した株式を減資の対価として株主又は社員に額面価額で譲渡した場合は、記帳価額による出資若しくは譲渡又は額面価額による譲渡を認める。この場合において、分割する会社が分割に因り設立する会社に分割の時に有していた積立金の一部を引き継いだときは、分割した会社については当該引き継いだ積立金に相当する金額を損金に算入せず、分割に因り設立する会社については積立金に相当する金額は益金に算入しないが、積立金に対する課税は行うものとする。」

上記 5 の大蔵省通牒 2758 号の一、二、三を引き継ぐ内容である。

「254 法人がその所有する資産を記帳価額で現物出資して別の法人を設立した場合(現金出資をして必要な資産を記帳価額で譲渡した場合を含む。)において、法人がその出資により当該別の法人の全株式を取得するときは、当該資産を記帳価額で現物出資することを認める。」

これは、昭和 23 年大蔵省通牒にはなかった新规定である。取得した子会社株式を、株主に譲渡せず、自らがその全株式を所有する場合には、取得価額での引継ぎを認めるというもので、現行の分社型分割を認めるものであったといえることができる。

なお、企業合同により設立された法人が事業解体時に法人を分割する場合の特例として、

「258 企業合同に因り設立された法人が事業を解体する場合(一部解体を

含む。)において、残余財産の分配として又は減資の対価として株主又は社員にその者がさきに出資した資産を記帳価額で譲渡したときは、これを認める。

259 企業合同により設立された法人に現物出資（形式上は現金払込の形を採ったが実質上現物出資に等しいものを含む。）をなした法人が、当該企業合同により設立された法人の解体若しくは減資に因り消滅する株式又は出資の対価としてさきに現物出資をした資産の現物分配を受けた場合において、当該現物分配を受けた資産に消滅した株式又は出資の消滅直前における記帳価額を下らない価額を附したときはこれを認める。…」

と規定された。

基本的に、昭和 23 年大蔵省通牒により認められていた、減資の対価として株式を交付するスプリットオフ型の間接分割が引き続き認められ、そこへ、現物出資によりこの法人の全株式を取得する場合にも取得価額の引継ぎを認める特例が加わった。

この考え方としては、現物出資した法人が、その対価としてこの別法人の株式を全部所有する場合には、現物出資資産が株式に形を変えただけであることから、資産の譲渡益を認識せず、取得価額による引継ぎを認めるという、現行の組織再編成税制の考え方と同様の考え方がここにも見出せる。

第 2 章第 1 節 2 で紹介した昭和 32 年に実施された小糸製作所の分割も、この時代のものである⁽¹⁴⁵⁾。

7 租税特別措置法第 66 条の 6 《特定機械工業における現物出資の特例》

(昭和 36 年)

特定産業の専門化、合理化を促進するための課税の特例として、特定機械

(145) 武井＝平林・前掲注 62、17 頁

工業を営む法人が現物出資を行う場合に、

- 一 現物出資の対象が土地である場合及び親子会社間の現物出資である場合には、受入法人が受入資産について圧縮記帳を行なうことを条件に、現物出資を行った法人が現物出資により受け取った株式(出資を含む)について、出資直前の帳簿価額まで圧縮記帳することを認め、
- 二 一以外の一般の現物出資の場合には、それにより受け取った株式について、出資受入法人の圧縮記帳を条件にせずに、出資法人の出資直前の帳簿価額まで圧縮記帳することを認め、現物出資の際、課税しないこととされた⁽¹⁴⁶⁾。

また、この特例の対象は、青色申告書を提出する機械工業振興臨時措置法第2条第1項に規定する特定機械工業を営むもののうち、同法第12条の2第1項及び第2項の承認を受けたものとされ、限定的に認められていたものである。

8 法人税法第51条《特定の現物出資により取得した有価証券の圧縮額の損金算入》(昭和40年)

上記6で示した昭和25年法人税法基本通達は、親子会社間において含み益が外部に流出しないことを前提とし、かつ、現物出資による設立という商法上の行為に着目してこれを認めるものとして昭和40年まで続けられたが、この通達を巡って多くの問題が生じていること、また、このような実態について重要な定めは法令において明確にすべきであること等の理由により、昭和40年の法人税法全文改正の際に、法人税上の別段の定めとして、同法第51条「特定の現物出資により取得した有価証券の圧縮額の損金算入」規定に置き換えられた⁽¹⁴⁷⁾。

その内容は、同条第1項に「内国法人(清算中のものを除く。)が、各事業

(146) 内閣法制局第三部長吉国一郎監修『昭和36年版改正税法総覧法律編』26～27頁(財政経済弘報社・1961年)

(147) 武田昌輔監修『DHC会社税務積義』3282頁(第一法規・2003年)

年度において新たに法人（人格のない社団等を除く。）を設立するためその有する金銭以外の資産の出資（この資産の出資その他この設立のための出資によりその内国法人が有することとなる当該法人の株式の数又は出資の金額が当該法人の設立の時にける発行済株式の総数又は出資金額の百分の九十五以上であることその他政令で定める要件を満たすものに限る。以下この項において「特定出資」という。）をした場合において、その特定出資により取得した株式（出資を含む。）につき、当該事業年度において、その特定出資により生じた差益金の額として政令で定めるところにより計算した金額の範囲内でその帳簿価額を損金経理により減額したときは、その減額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。」というものである。

つまり、内国法人が新たに法人を設立するために、特定出資をした場合においては、本来であれば特定出資の対価として取得した株式は時価を付さなければならないところ、差益金の範囲内で株式の記帳価額を損金経理により減額したときは、その損金算入を認めるという圧縮記帳の手法を明文で明らかにしたものである。

特定出資とは、①法人設立のための出資であること、②新設法人の発行済株式の総数又は出資金額の95%以上を所有すること、③新設法人の出資者のうち親会社以外の者が設立の際払い込んだ1株当たりの金額が親会社が払い込んだ1株当たりの金額に比し著しく低くないこと（法令93①一）、④新設法人の受入価額が親会社の出資直前の帳簿価額以下であること（同項二）の要件を満たす現物出資である。

法人税法にそれまで取り扱われていた25年通達が吸収されたとはいえ、25年通達253に規定する間接分割の規定はここで消滅した。つまり、親会社が現物出資して取得した株式を、減資の対価として株主に交付することは税務上の特例として認められないこととなった。昭和40年改正法人税法で規定された第51条には、25年通達254が100%取得要件から95%取得要件へ緩和される形で残ったのみである。

この過程でなぜ、間接分割の規定が削除されてしまったのであろうか。立法解説資料でも示されていたように、「この通達を巡って多くの問題が生じている」ことがそれであったに違いないが、その問題が何であったかについては述べられていないのである⁽¹⁴⁸⁾。

削除された理由について探ると、昭和 38 年 12 月に出された税制調査会の「所得税法及び法人税法の整備に関する答申」において、「分割については、商法上規定がなくこれを税法上どのように整備するかについて問題がある」⁽¹⁴⁹⁾とした上で、法人税法基本通達 253 で規定する間接分割、すなわち、現物出資の対価として親会社が受領した子会社株式を減資の対価として株主に交付する手法について、「現行の商法にはこのような分割の規定がなく、現物出資により新会社を設立するという法律関係に立つことを考慮すれば、次に述べる現物出資と一括して規定を設けることが適当である」⁽¹⁵⁰⁾と述べられている。

このような考えの下に、親会社が現物出資して子会社を設立し、親会社が子会社の全株式を取得する 25 年通達 254 のみが残されたのである。つまり、商法上、法制度として存在する現物出資の枠組みを使った分割だけに限定すべきだという趣旨で、言い換えれば、通達 253 による間接分割は、商法上規定のない分割形態であって、そのようなわが国の法制が認めない行為を租税法が承認することは好ましくないということではないかと考えられる。

このような経緯をたどり、間接分割を認める特例であった 25 年通達 253 は削除され、現物出資による全部株式所有形態の分割を認める特例であった 25 年通達 254 は、法人税法 51 条に法制化されて残ることとなった。なお、企業合同の特例は、戦後 20 年を経たところで、この通達の存在の理由がなく

(148) 武田昌輔教授も、同様に指摘されるが、その問題の中身については触れられていない（武田監修・前掲注 147、3282 頁）。

(149) 税制調査会「所得税法及び法人税法の整備に関する答申」61 頁（1963 年）

(150) 税制調査会・前掲注 149、63 頁

なったことから、同時に削除されている⁽¹⁵¹⁾。

9 租税特別措置法第 66 条《土地等を現物出資した場合の課税の特例》

(平成 3 年)

なお、平成 3 年に、土地を含む現物出資については、法人税法第 51 条の適用を制限する改正が行われた。この特例は、土地の時価の高騰を反映して、土地の資産としての有利性を減殺し土地志向を抑制する等の見地から、地価税の創設を含む土地税制の見直しが行われる中で、法人税法第 51 条の特定現物出資の場合の圧縮記帳制度が、真の分割というよりは例えば相続税対策のために土地を現物出資するといったいわゆる節税策として利用され得ることに鑑み、その適用を適正化させる措置として創設されたものである⁽¹⁵²⁾。現物出資資産に土地が含まれる場合には、出資法人がその土地の上に行っていた事業を子会社に継続させるもので、かつ、95%所有要件を 5 年間継続させるなど、要件がより厳格になっている。

また、出資法人が外国法人の場合において、この外国法人の在日支店がわが国から撤退する際、国内の土地等をそのまま売却するとその譲渡益の全額が課税されるのに対し、この土地を出資した場合の特例を利用して子会社の株式を取得し、その後これを売却すれば、租税条約で株式の譲渡益を免税としている場合には、土地譲渡益の取戻し課税は行われず、更に、外国法人がこの特例措置の適用を受けた子会社の株式を国外に移管し、その後これを売却した場合にも同様の問題が生ずることになる。こうしたことから、平成 4 年の改正により、この特例の適用法人が外国法人（法法 141 に定める一号法人）である場合には、上記の要件に加え、①事業継続要件、②株式管理要件を出資日から出資事業年度終了までの間継続して満たし、かつ、その後においても満たす場合に限り、特例の適用があるものとされた⁽¹⁵³⁾。

(151) 武田・前掲注 134、11 頁

(152) 武田監修・前掲注 147、3295 の 3 頁

(153) 武田監修・前掲注 147、3296 頁

しかし、本措置は、平成 10 年の法人税法改正により廃止されている。

10 法人税法第 51 条の要件追加（平成 10 年）

平成 10 年の法人税法改正により、法人税法第 51 条の適用要件に、①出資資産が国内にある不動産、その不動産の上に存する権利、鉱業法の規定による鉱業権及び採石法の規定による採石権その他国内にある事業所に帰属する資産である場合には、これにより外国法人を設立するためのものでないこと（ただし、発行済株式の総数又は出資金額の 25%以上を有する外国株式又は出資による外国法人の設立は認められる）（法法 51①、法令 93①）、②新設法人の設立時において、設立法人の有する新設法人株式又は出資の保有割合が 95%未満となることが見込まれているものでないこと（法令 93②三）の要件が追加された。

これは、従来の現物出資の特例を利用して、価値の増加した株式を現物出資して外国に子会社を設立することで租税回避する事例⁽¹⁵⁴⁾が発生したことを契機として、このような租税回避行為を防止するために改正されたものである。

11 租税特別措置法第 66 条《共同で現物出資をした場合の課税の特例》 （平成 11 年）

低採算部門の効率化を図るため、複数の企業が同種の部門を統合するため共同で会社を設立するような場合について、経営資源の有効活用等を支援し、経済の活性化に資する観点から、法人税法第 51 条で認めるような現物出資による譲渡益課税の繰延措置が一定の要件の下に、平成 11 年に認められることとなった⁽¹⁵⁵⁾。

具体的には、特定事業者の事業革新の円滑化に関する臨時措置法（事業革新法）の事業革新計画に係る承認を受けた特定事業法人（青色申告法人）が、

(154) 前掲注 5 に掲げるオープンシャホールディングス事件

(155) 武田監修・前掲注 147、3299 の 201 頁

平成11年4月1日から平成13年3月31日までの間に、他の特定事業法人与共同して新たに共同新設会社を設立するため現物出資をした場合、この現物出資に係る資産の譲渡益について、圧縮記帳による課税の繰延べを認めるものである。

これが、平成11年8月の改正により、産業活力再生特別措置法に基づき、共同で事業構造変更及び事業革新を行う旨の事業再構築計画の認定を受けた法人が、同法の施行日（平成11年10月1日）から平成13年3月31日までの間に、この計画に従い共同で現物出資により会社を設立する際に生ずる譲渡益の課税の繰延べ規定に改正され、その後、適用期限が2年間延長された。

更に、この適用期限は平成15年3月31日で終了したが、産業活力再生特別措置法の改正を踏まえ、この改正法の施行日（平成15年4月9日）から平成17年3月31日までの現物出資について課税の繰延べが認められることになっている。

なお、平成13年の組織再編成税制の一つとして、適格現物出資の課税の特例（法法62の4①）が一般法人を対象に創設されたわけであるが、この共同現物出資に係る特例措置を受ける場合には、法人税法に規定する適格現物出資の課税の特例は適用しないこととなっている（措法66④）。

12 組織再編成税制の創設・法人税法第51条の廃止（平成13年）

その後、第2章で見たとおり、商法において新しく法制度化された分割に対応するとともに、これまでの合併、特定現物出資の特例に存在していた問題点を見直し、組織再編成税制が創設された。組織再編成税制は、合併、分割、現物出資、事後設立の四つの会社組織再編成について、より経済実態を考慮した統一的な仕組みとされており、それまでの特定現物出資の特例も、適格現物出資としての課税繰延措置に吸収され、法人税法第51条は廃止された。

13 小括

以上見てきたとおり、歴史的に、分割に関する税制は、現物出資に対する税制として発展してきた。その中でも、とりわけ注目に値するのが、昭和23年の大蔵省蔵税第2611号と第2758号によって認められていた間接分割である。これらを見れば、わが国の税制史において、間接分割は、決して新しい問題ではないということが判る。

わが国の税制史を顧みて言えることは、商法において認められていない中にあっても、株主に子法人の株式を交付して資本関係を絶つというニーズは、当時から存在していたということである。そして、税制においては、その経済実態を考慮し、通達においてこれに対応する特例措置を認めていたわけである。

昭和23年の大蔵省通牒に始まる間接分割は、昭和25年に通達化され、昭和40年まで、戦後の復興期に17年間にもわたって存在してきた。この間接分割を含むわが国の分割税制は、戦後の復興期に大きな貢献をしてきたのではないかと考える。

残念なことに、この間接分割は、昭和40年の税制改正時に、商法で認めない制度を税法が優遇するのは商法違反を誘発し、好ましくないという理由から廃止されることとなった。

仮に、商法上、問題があったとしても、当時の間接分割が現在まで引き継がれていたとしたならば、その後のわが国企業の組織再編成にも少なからず資するものがあつたであろうし、また、組織再編成税制における分割税制も、現在のものとは、やや違ったものになったのではなかろうか。

第5章 間接分割に関する立法論的検討

第3章において、外国法人が国外において行う分割がわが国の租税法における分割に含まれるのか否かの判断は、分割税制の仕組みの前提となるものを基準とすべきであることを確認した。そして、その判断基準により、間接分割について、それがわが国の租税法における分割に含まれるのか否かの検討を行った結果、間接分割は、わが国の租税法における分割には含まれないとの結論に至った。

したがって、外国法人が国外において間接分割を行った場合のわが国の株主については、株式の譲渡損益の計上を繰り延べる手段はないこととなる。

しかしながら、第3章でも述べたとおり、分割型分割と間接分割とで経済実態が同じであるならば、税制上の取扱いは同じであるべきであり、しかも経済実態が同じものに対しては同じ取扱いをするというのが組織再編成税制の創設時の理念ではなかったのか、という疑問を禁じ得ない。

このため、本章では、間接分割について、立法論的検討を行うこととするが、まず、商法において間接分割がどのように取り扱われるべきかを検討し、その後、その検討を踏まえて、組織再編成税制における整合性を検討し、最後に若干の提言を行うこととしたい。

第1節 間接分割法制の検討

1 間接分割の本質

平成12年の分割法制の創設時に、様々な分割の手法⁽¹⁵⁶⁾が検討されたが、結果的に、欧州型の直接分割方式が採用され、アメリカ型の間接分割方式は、

(156) 間接分割の他にも、一部分割、非按分型分割、消滅分割、分割合併、共同分割、複数の会社に営業承継させる分割が検討されており、その検討の結果は、原田晃治ほか『会社分割に関する質疑応答』別冊商事233号(2000年)6頁～8頁にまとめられている。

採用されなかった。

アメリカで行われている間接分割は、第3章第1節3(1)のとおり、親法人が、子法人にその事業用資産の一部をこの子法人の株式と交換で移転し、その子法人の株式を親法人株主に三つの手法で交付することによって、実質的に会社を分割する効果を生み出すものである。この三つの子法人の株式の交付の手法とは、株主に対して配当として交付するもの、親法人の減資の対価として交付するもの、親法人が解散し残余財産の分配として交付するものであり、それぞれスピノフ、スプリットオフ、スプリットアップと呼ばれている。

これをわが国における組織再編成と比較すると、法人が現物出資を行い、一旦、その対価として子法人の株式の交付を受ける第一段階は、わが国の租税法における現物出資と同様であるが、間接分割は、この第一段階の後に、その法人の株主にその子法人の株式を交付する第二段階が続くという点が異なる。

このように、間接分割は、現物出資と子法人の株式の交付という二段階の行為をそれぞれ独立した行為として行うものであるため、多様で柔軟な組織再編成を行うことが可能であり、利便性が高いといえることができる。例えば、現物出資により交付を受けた子法人の株式をすべて株主に交付して実質的な分割型分割を行ったり、第一段階を終了したまま親法人が子法人の株式を所有し続けたり、株価の状況を見た上で子法人の株式を随時に株主に交付するといったこともできるのである。

2 分割法制創設時の間接分割の検討

間接分割がわが国の法制度として採用されなかった理由について、前法務大臣官房参事官の原田晃治氏は、「米国における会社分割は、まず子会社を設立し、その子会社株式を利益配当や資本減少による払戻しという方法で分割法人の株主に割り当てる制度（間接分割）を認めている。改正法は、このような米国型の子会社の設立と子会社株式の割当てとを分離する間接分割では

なく、大陸型の一連の手続で会社を分割する分割法制（直接分割）を整備することとしている。これはこのような分割法制がわが国の法体系に整合し、かつ、実務の要望にも十分応え得ると考えたことによるものである。」⁽¹⁵⁷⁾と説明されている。つまり、アメリカ型の間接分割を採用しなくとも、分割は、大陸型の分割法制によって行われ、それがわが国の実態に合うと判断しているのである。

また、中間試案の解説においては、「子会社株式を利益配当や資本減少による払戻しに当てることを認める米国型の方式については、現在の実務においても、実質的な減資に伴う子会社株式による払戻しが認められていること、利益配当として子会社株式を当てることについても、解釈上、これを認める余地があること等から、特に規定をおかないこととした。」⁽¹⁵⁸⁾と説明されている。この説明からすると、立法担当者は、間接分割がわが国においても認められて良いとの立場を示しているものと考えられ、注目に値する。

しかし、この法務省の見解に対しては、学界・実務界から、これまでの学説の状況に照らして疑問を呈する意見が数多く出されている。その意見は、概ね「減資に伴う払戻しは株主全員の同意があれば認められるとしても、利益配当として金銭以外の子会社株式を配当することは認めないとするのが多数説であるから、間接分割方式も認める趣旨であるならば、解釈上の疑義を払拭するためにも、分割の場合に限って、株式の交付を認める規定を設けるべきである。」⁽¹⁵⁹⁾といった内容である。

(157) 原田・前掲注 49(上)、11 頁

(158) 原田晃治＝関一穂＝范揚恭＝市原義孝「商法等の一部を改正する法律案要綱中間試案の解説」商事 1533 号 5 頁

(159) 原田晃治＝江原健志＝市原義孝＝泰田啓太＝松井信憲『会社分割法制に関する各界意見の分析』101～221 頁（商事法務研究会・1999 年）大学法学部等からは、札幌学院大学、中央大学、日本文化大学、広島大学、名城大学、早稲田大学、経済団体からは、関西経済連合会、経済団体連合会、日本ガス協会、日本鉄鋼連盟、金融機関等から信託協会、生命保険協会、全国銀行協会、全国地方銀行協会、大和証券グループ、その他の関係団体等からは、経営法友会、日本公認会計士協会が同様の意見を表明している。

このような各界意見を受けて、前田庸教授は、「立法上の手当てをすると、たとえば、スピノフについていえば、現物配当の対象となる『物』の範囲について規定しなければならない等の立法上の問題を解決しなければならないとなり、このような問題は解釈に委ねるのが適当と考えられる。」⁽¹⁶⁰⁾と述べられる。

しかし、「物」の範囲を解釈に委ねるとは言っても、従来の通説的見解が、特に金銭以外の配当は許さないと厳格に解してきたことに鑑みれば、分割自体が無効となるおそれがある以上、現実には実行できないであろう。立法者の意図として、間接分割を認めても良いと考えているのであれば、実務界等からの意見のとおり、明文化するべきであったと思われる。明文化されなかった以上は、現行法の下では、通説的見解に従い、現物配当はできないと解さざるを得ず、間接分割を行う余地が残されてはいるが、その実行は難しいと言わざるを得ない。

このように、分割法制の創設時における検討状況をみると、間接分割の導入と商法の解釈を巡って、学界・実務界と立法者との間にその認識に違いがあるようである。

そこで、従来、商法上、間接分割に対して、どのような検討がなされてきたのかを振り返ってみることとする。

3 間接分割の問題点

上記の原田氏の説明では、間接分割を否定するほどの積極的な根拠があったとは思われないが、その要請がありながら、常に見送られてきた⁽¹⁶¹⁾状況からすると、やはり間接分割には根本的な問題があったと思われる。

(160) 前田・前掲注 73、6 頁

(161) 田村諄之輔『会社の基礎的変更の法理』51～52 頁（有斐閣・1993 年）昭和 40 年代前半に実務界から要望がなされてから平成 12 年に法制が創設されるまでの間に、昭和 44 年、同 61 年に導入の機運が盛り上がり、私案がいくつか発表されてきたが、導入には至らなかった。このような点からすると、35 年間にもわたって、検討され続けてきたといっても過言ではないのではないだろうか。

分割法制の創設までの検討過程で指摘された問題点は、次のようにまとめることができる⁽¹⁶²⁾。

- (1) アメリカにおける利便性がわが国で認められるわけではないとするもの
- イ 分割する財産を移転するに際し、アメリカでも株主総会を要する場合もあるが、わが国においては、営業譲渡については商法第 245 条第 1 項の規定が適用され、重要な資産の譲渡に該当すれば、株主総会の特別決議を要する。また、個別の資産・負債の移転については、債権者保護手続を要する。
 - ロ 利益配当は、アメリカでは取締役会で決めることができるが、わが国では株主総会の専決事項であるため、株主総会の承認を要する。
 - ハ 新会社設立に当たり、発起設立手続を要する。
 - ニ 資産の移転について、現物出資、財産引受、設立後の新株発行における現物出資、事後設立のいずれに拠るとしても、検査役調査を要する。
 - ホ 包括承継ではないため、資産・負債の移転に際し、第三者対抗要件の具備を要する。
- (2) 立法上、認められないとするもの
- イ 利益配当として金銭以外の現物配当は許されないとするのが通説である。かつては、株式配当が認められていたが、現在では、株式分割と整理されており、金銭以外の現物による配当を認める根拠はない。
 - ロ 減資に伴う株式の有償償却の対価として他社の株式を交付することができるか否かについて、実質的には一部清算と位置付け、清算手続における残余財産分配の範疇と捉えて肯定する説もあるが、否定説もある。結局は、立法的手当てを要する。
 - ハ 残余財産分配に現物分配が許されるのか否かについて、見解が分かれている。
- (3) 利用価値が少ないとするもの

(162) 主に、田村・前掲注 51 による。

イ 株式配当は、配当可能利益をその財源とすることから、相当に大きな会社のごく小規模な事業部門を分離独立させるような場合を除いて、その財源的な制約から利用価値は小さい。

ロ そもそもスプリットアップは、アメリカでも手続が非常に煩雑で利用価値がないものとされており、わが国に創設されても、分割法人は煩雑な清算手続が必要で、長時間を要し、利用価値はほとんどない。

以上のおりであるが、これらを見ると、わが国における営業譲渡や現物出資の問題点が間接分割の問題点として挙げられているように思われる。

しかし、このような営業譲渡等における手続の煩雑さは、分割法制が創設され、包括承継としたことによって解消されたと考えて良い。つまり、間接分割は、わが国の商法上の物的分割として捉えることができるからである。

4 現物配当と現物分配に関する解釈上の限界

わが国の法制上、最も問題となるのは、上記3（2）の立法上の問題である。

現行の法制度の下で間接分割を導入するとした場合の問題は、間接分割の第二段階にある。つまり、現物配当又は現物分配の可能性の問題である⁽¹⁶³⁾。

従来の商法の通説的解釈によれば、現物配当は認められない。龍田節教授は、「利益配当は金銭をもって支払うのが原則である。例外としては株式配当だけが認められる⁽¹⁶⁴⁾。自己の社債又は商品、あるいは他の会社の株式などをもって配当することは許されない。…現行商法上も、会社と個々の株主との間の契約により、現金に代えて現物を配当に当てることはできるが、これは

(163) 現物分配が商法上認められるか否かについて、子法人株式の配当、減資による分配、残余財産の分配として、それぞれについて学説を詳細に整理し検討したものとして、村上裕「アメリカ型会社分割に関する一考察」東北法学 21 号 183～206 頁(2003 年)、江頭・前掲注 103、193～198 頁

(164) ここで、唯一の例外が株式配当とされているが、執筆時点が昭和 63 年であるためであり、平成 2 年の商法改正で株式配当は株式分割と利益剰余金の資本組入れとされ、配当として株式を交付する根拠は無くなっている。

代物弁済であって現物配当ではない。」⁽¹⁶⁵⁾と説明されている。

これに対して、減資の対価として子法人株式を交付することは制限されていないため⁽¹⁶⁶⁾、金銭に代えて現物を交付することもできるのではあるが、株主全員の同意による民法上の代物弁済として構成される⁽¹⁶⁷⁾とする見解もある。また、株式の有償消却は実質的に会社財産の一部の清算と見ることができ⁽¹⁶⁸⁾、その残余財産の分配の対価としての現物の交付は、現金が原則ではあるものの、定款又は総社員の同意をもって別段の定めをした場合⁽¹⁶⁹⁾、株主全員の同意がある場合⁽¹⁷⁰⁾には、現物による分配を認めるとする見解⁽¹⁷¹⁾が多い。

このような学説の状況からすれば、減資又は残余財産の分配の対価として現物を交付することについては条件付で認める余地があるということになるが、現物配当については、これを認める根拠に欠けると言わざるを得ず、スピノフ型の間接分割は、やはり、現行法の下では成すことはできないということになる。

このような議論の中で、分割法制を審議した商法部会は、上記2のとおり、第二段階に現物配当を行うスピノフ型の間接分割についても、「解釈上これを認める余地がある」として、創設を見送った⁽¹⁷²⁾わけであるが、その「認める余地」の根拠をどこに求めていたのであろうか。それを説明する資料は見

(165) 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫『新版注釈会社法(9)』4頁〔龍田節〕(有斐閣・1988年)

(166) 稲葉威雄ほか編『実務相談株式会社法5(新訂版)』108頁〔木村るみ子〕(商事法務研究会・1992年)、木村るみ子「実務相談室」商事1140号38～39頁(1988年)

(167) 北沢正啓『会社法(第5版)』716頁(青林書院・1998年)なお、当該部分は第4版(1994年)にはなかった記述であり、「会社分割の規定を設ける場合には、この点の処理が特に重要である」とされていることから、この部分は、間接分割の導入を意識されての記述であるように思われる。

(168) 稲葉ほか・前掲注166、108頁

(169) 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫『新版注釈会社法(1)』501頁〔米沢明〕(有斐閣・1985年)

(170) 上柳克郎＝鴻常夫＝竹内昭夫『新版注釈会社法(13)』312頁〔中西正明〕(有斐閣・1990年)

(171) 稲葉ほか・前掲注166、108頁

(172) 前田・前掲注73、6頁

当たらず、その真意はわからないが、上記のような現物配当について否定的な学説の状況からすると、スピノフ型の間接分割を認める根拠を商法上見出すことは難しく、認めるなら認める明記せよと実務界等が求めたことも、首肯できるところである。

このような点からすると、間接分割を実行可能とするためには、少なくとも、子法人の株式を利益配当として株主に交付することが認められることを明記する商法改正が必要であろう。

第2節 間接分割税制創設に関する租税法上の問題

わが国の分割税制は、第4章において述べたとおり、昭和17年から、現物出資の圧縮記帳の特例により課税の繰延べが認められたことに始まり、一般法人については、昭和23年の大蔵省蔵税第2758号通牒をもって、減資（スプリットオフ）型の間接分割が認められたという歴史を有している。減資型については、商法の解釈上もこれを認める余地が存在していたことから、通牒という形ではあるが税制上もこれを認めていたものと考えられる。しかし、課税減免規定を通達によって認めるべきではないこと、そして、商法上規定がない分割を税制が認めるべきではないことにより、昭和40年の法人税法の全文改正と同時に廃止された。

このように、間接分割税制が存在しない原因は、わが国の商法が間接分割を認めていないことにあると考えられる。しかし、商法が間接分割を認めていないことが、租税法上、間接分割税制を創設できない理由になるのであろうか。

確かに、国内法において認められていない制度や仕組みに対して、租税法が特例措置を講ずるということになれば、可能な限り租税コストの最小化を図りたいという誘引から、その国内法に違反することを承知で取引に臨むケースも現れないとは限らない。このような措置は、国内法秩序の統一の観点からも許されないものとする。

しかしながら、これまで述べてきたとおり、租税法は、国内法の下に行われ

る行為や事実ばかりでなく、全世界的な法制度の下に行われる行為や事実をも対象としなければならない宿命の下にある。このため、租税法のあり方としては、例えば、わが国の商法に規定がない場合であっても、国外で行われる行為や事実を対象とした規定があったとしても、おかしなことではない。また、このように間接分割に対する税制上の特例措置が講じられない場合には、株主にとっては、同じ経済実態でありながら、内国法人や直接分割を採用する国の法人に投資する株主には課税の繰延べが認められ、他方、アメリカやイギリスなどの間接分割を採用する国の法人に投資する株主には課税が行われることになり、このことに対する不公平感はぬぐいきれず、何らかの税制上の措置が求められていることは間違いないのではなかろうか。

したがって、筆者は、外国法人が行う分割によって子法人の株式が株主に交付されたもののうち、その経済実態が適格分割型分割と同じと認められるものについては、わが国の商法の状況如何に係わらず、課税の特例措置を講ずるべきであると考えます。

第3節 間接分割法制創設に向けた取組みとその問題点

1 産業活力再生特別措置法改正によるスピノフの実現

上記のとおり、間接分割法制の創設を求める実業界のニーズは従来から存在しており、国際競争力強化、経営体質強化のための組織再編成が求められる中で、今後、その重要性が一層強まっていくことになろう。

現に、そのようなニーズに対応して、平成15年4月2日に、産業活力再生特別措置法の一部を改正する法律（平成15年法律第26号）が成立した。ここでは、商法の解釈上認められないとされる「親法人が子法人株式を配当として親法人の既存株主に交付すること」を一定の要件下で認めている。これは、配当の支払形態等の柔軟化を認めることによって、分社型分割が行われた後の子法人の株式の交付を可能としたものである。わが国においてもスピノフを行うことができることが、法律上で明文化されたわけである。

ただし、この改正産業活力再生特別措置法における措置が適用されるのは、事業再構築計画（同法 3①、2②）、共同事業再編計画（同法 5①、2③）又は経営資源再活用計画（同法 6①、2④）が主務大臣によって認定され、かつ、この認定計画に沿ったものであることなどの一定の要件を満たすもののみである。

2 会社法制の現代化に向けた検討の中での議論と問題点

一方、商法においても、法務大臣の諮問機関である法制審議会の会社法（現代化関係）部会（部会長・江頭憲治郎教授、以下「現代化部会」という。）において、会社法制の現代化のための商法改正作業が進められている。現代化部会は、平成 15 年 10 月 22 日に「会社法制の現代化に関する要綱試案」（以下「要綱試案」という。）を取りまとめてこれを公表し⁽¹⁷³⁾、その後、学会・実務界に広く意見照会が行われ⁽¹⁷⁴⁾、この結果⁽¹⁷⁵⁾を踏まえ、平成 17 年改正に向けた検討が行われている。

要綱試案に挙げられている分割に直接関連する論点は、次のとおりである。

(1) 現物配当、減資に伴う現物分配、残余財産の現物分配の容認

現代化部会は、現物配当及び減資に伴う現物分配⁽¹⁷⁶⁾について、そもそも商法上中間配当が金銭に限定されていた（商法 293 の 5①）のみで、他に、払い出す財産の種類に限定がなく、その手続規定を欠いていただけである

(173) 法務省民事局参事官室『会社法制の現代化に関する要綱試案』の公表」商事 1677 号 4 頁（2003 年）

(174) 平成 15 年 10 月 29 日から 12 月 24 日までの間、法務省ホームページに掲載してパブリック・コメント手続を実施し、これとともに、裁判所、弁護士会、大学、経済団体、各業界団体等に個別の意見照会を行った（法務省民事局参事官室・前掲注 173、4 頁）。

(175) 意見照会に 1,745 件の意見が寄せられたが、その結果については、相澤哲ほか『会社法制の現代化に関する要綱試案』に対する各界意見の分析〔I〕～〔V・完〕」商事 1688 号 4 頁以下、1689 号 32 頁以下、1690 号 41 頁、1692 号 41 頁以下、1693 号 39 頁以下（2004 年）

(176) 要綱試案「第五 計算関係 1 剰余金の分配に係る規制 (2) 現物配当」

と認識した上で、現物を払い出す手続を明確化するとしている。つまり、利益の配当、中間配当、資本及び準備金の減少に伴う払戻し、自己株式の買受け等による株主への会社財産の払戻し、利益処分に基づくその他の金銭等の支払は、すべて「剰余金の分配」として一括りにし、統一した剰余金分配規制を行った上で、この剰余金の分配について、現物配当ができる手続を明確化することとしているのである。

第1節4で述べたとおり、従来、商法においては、利益の配当は金銭に限られ、現物配当は一切認められないというのが通説であり、ここに間接分割が認められない原因が存在していた。しかし、現代化部会においては、この積年の問題が、現物配当自体が許されるのかという問題ではなく、単に、その手続についての問題とされている。また、その手続は、原則として特別決議を要することとするが、株主にその現物に代えて金銭で払戻しを受ける権利が留保されている場合には、特別決議によらず、通常の払戻し手続で足りることとしている⁽¹⁷⁷⁾。

また、残余財産の現物分配⁽¹⁷⁸⁾については、現行法上でも可能であるという考え方に立った上で、その手続を明確化することとし、その手続は、原則として特別決議を要し、各株主の金銭での分配に留保を付す場合には通常手続で足りるとしており、その考え方及び要求する手続は、上記の現物配当等と同様である。

このように、商法上の問題を残しながらも、株主への利益の現物配当、減資の対価の現物交付及び残余財産の現物分配が明文をもって認められることとなれば、スピノフ、スプリットオフ、スプリットアップのそれぞれにおける第二段階の取引が実行可能となり、わが国の法制上、間接分割が可能となる。このことは、広く、法人一般が間接分割を活用することができることを意味している。

(177) 法務省民事局参事官室「会社法制の現代化に関する要綱試案補足説明」商事 1678号 109頁 (2003年)

(178) 要綱試案「第八 清算関係 4 清算中の会社の配当等 (1) 残余財産分配の現物交付」

(2) スピンオフ型分割法制の創設

現代化部会では、人的分割の財源規制の問題として、人的分割を「物的分割+剰余金の分配」と構成し直す⁽¹⁷⁹⁾ことについても検討している。これは、人的分割をスピンオフ型化するということである。この理由については、必ずしも明らかにされていないが、このことは、人的分割の財源規制の問題を超える重要な問題を含んでいると考えられる。

そもそも人的分割は、分割法人が、分割によって移転した資産・負債の対価として発行される株式を、自ら保有するのではなく、分割法人の株主に割り当てることで、分割法人の支配関係を分かつことを一気に行うことに意義がある。前田庸教授は、物的分割は「分社」であって、人的分割のみが「分割」と言われるように、両者は人的変更を伴うかどうかによって区別されるべきものであるが、「分社を会社分割法制に含めないとする、それは…A 会社の営業の現物出資による B 会社の A 会社に対する株式または新株の発行ということになり、現物出資の目的たる財産について裁判所の選任する検査役の調査が必要となる。要綱は、会社の分社を会社分割法制に含めしめることによって、右のような手続をとることなく、これを実現することができるようにしたということができる。」として、「分社」⁽¹⁸⁰⁾を分割法制に包含して規定することとしたのは手続上の便宜を図るためであると述べられている。このことからすると、前田教授は、人的分割こそが分割法制の機軸であり、真の意味での会社の分割であると考えられていたということができるであろう。

しかしながら、現代化部会での検討の方向は人的分割の廃止に向かっており、組織再編成法制の集大成として、長年にわたり実現をみなかたした人的分割を平成 12 年に創設したにもかかわらず、短期間でこれを廃止することとなる理由については、十分な説明が必要であると考えられる。

一方、平成 13 年に創設された分割税制は、平成 12 年に商法が新たに人

(179) 要綱試案「第七 組織再編関係 5 人的分割における財源規制」

(180) 前田・前掲注 73、6～7 頁

的分割という組織法上の行為を認める画期的な法制度を創設したことを契機として、これに対応することを主眼に創設されたことについては第2章第2節1のとおりであるが、この分割税制の前提となっている人的分割法制が無くなるとすれば、分割税制のあり方自体の抜本的な再検討が必要となるものと考えられる。

要綱試案によれば、分割の対価をすべて株主に株式で交付する人的分割と同様の形態を例外的に残すことも考えられているようであるが、その法的構成が「物的分割」と「剰余金の分配」となる以上、仮に分割の対価のすべてが株式で株主に交付されたとしても、租税法上、これを直ちに「分割型分割」とすることができないことは、第3章において検討したとおりである。

以上、現代化部会における間接分割に関する検討状況とそれに対する税制上の問題点を検討したが、組織再編成に関する広範な法制の見直しに伴って、他にも様々な問題⁽¹⁸¹⁾が生ずるものと想定される。

商法における組織再編成に関する広範な見直しは、アメリカにおけるような多様な形態の組織再編成が可能となる点では、歓迎すべきことであろう。

他方、租税法には、適正・公平な課税を実現させるという目的があり、当然のことながら、ありとあらゆる組織再編成について課税の繰延べを認めるといったことはできない。商法において多様な形態の組織再編成が認められることになればなるほど、租税法においては、より一層、慎重に課税繰延べの要件を定めるといった対応が求められることとならざるを得ないと考えられる。

(181) 現代化部会においては、吸収合併、吸収分割、株式交換の対価について、合併法人等の株式以外のものを認める方向で検討が行われているが、合併等の対価が金銭その他の資産であるときに、果たして、組織再編成税制の基本理念である「移転資産・負債の支配の継続」や「株主の投資の継続」を認めることができるのかという問題などがある。

第4節 間接分割税制の方向性

現代化部会における検討は、まだ進行中の段階であり、今後の議論に期待するところであるが、前節まで述べてきたところからも明らかなように、現行税制には、次の二つの課題が存在していると考えられる。

まず、第一は、本稿の主題であったが、外国法人が国外において間接分割を行った場合のわが国の株主は課税の特例の適用を受ける術がないということである。

これについては、既に言及したとおり、分割型分割と間接分割とは経済効果が近似しているにもかかわらず、内国法人等直接分割法制を採用する国に投資する株主には課税の特例が認められ、アメリカやイギリス等間接分割法制を採用する国に投資する株主には課税の特例が認められないという結果となることから、見直しが必要であると考えられる。

第二は、商法改正により現物配当が認められることとなれば、わが国においても間接分割が行われることになる結果、わが国の租税法においても、間接分割税制の創設が求められることになるということである。

以上の点からすると、わが国も、間接分割税制の創設を検討すべき時期に来ているということになると思われる。

この間接分割税制とはどのようなものかということが問題となるが、現段階で、筆者は、確信を持ってその詳細を語ることができるところまでは至っていない。しかしながら、これまでの検討の結果を踏まえると、間接分割は「現物出資又は分社型分割」＋「剰余金の分配等」であるため、現行の適格現物出資又は適格分社型分割の枠組みの中で、「剰余金の分配」段階の要件として、株主への分配が「分割承継法人の株式のみ」であり、かつ、現物出資又は分社型分割と「同時に」行われることを要件として付加することとすれば、「移転資産・負債の支配の継続」と「株主の投資の継続」のいずれをも満たすこととなり、十分に考慮の余地があるのではないかと考える。

終 わ り に

国外取引に対する租税法の適用のあり方について検討し、その後、外国法人の国外における分割の例を基にして、間接分割税制の創設の必要性について言及してきたが、最後に、経済の国際化に対応した租税法の解釈と立法の必要性について確認をしておきたい。

わが国の所得課税制度が全世界所得課税となっていることについては、既に述べたとおりであるが、このように、全世界所得課税を行う租税法は、国外において生じた所得も国内で生じた所得も区別なく課税する仕組みになるという宿命にある。他方、租税法は、事実関係や関係法令等が的確に把握できる国内取引を対象として規定を設けるのが通例であり、それらが的確に把握できない国外取引を対象として規定を設けることが難しいことは、容易に察せられるところである。

この両者の齟齬が国外取引に対する租税法の規定の適用を一層難しくしているのであるが、本稿の冒頭に述べたとおり、近年の経済の国際化の進展は著しく、今後、この傾向は、ますます強まっていくであろう。現に、わが国には存在しないような組織体が組織再編成を行った場合の課税問題も生じており、組織再編成について、本稿で検討した間接分割以外にも数々の問題が存在している。

このような状況に対応するためには、外国法人の国外における間接分割の例で示したように、国外取引に対してわが国の租税法を適用するに際して疑義があるものは、まず、租税法における用語の本質的構成要素は何かということを検討し、その上で、その用語の概念に該当するのか否かの判断基準を創り、その国外取引に対してその規定を適用できるのか否かを判断するということになると考えられる。この判断基準については、多様な形態の国外取引に当てはめ得るのか否かを不断に検証していくことを、忘れてはならない。そして、これによって、租税法の解釈と運用の統一を図り、法的安定性と予測可能性を向上させることが考慮されるべきであろう。

しかし、何よりも、まずは、国外取引を考慮した立法を行うように努めることが必要である。これには様々な困難が伴うことは事実であろうが、今後、経済の国際化に伴って国境を越えた経済活動がより一層拡大することを考えると、看過できない重要な課題であると考えられる。