

措置法 40 条 1 項後段の適用を受ける 寄附財産についての考察

—企業組織再編等が行われた場合を中心として—

若 木 裕

〔 税 務 大 学 校 〕
〔 研 究 部 教 授 〕

要 約

1 研究の目的（問題の所在）

（1）措置法 40 条の概要

イ みなし譲渡課税の非課税と適用要件

個人が不動産等の資産を法人に対して寄附した場合には、時価により譲渡があったものとみなして所得税が課税される（所法 59①）。これに対し、個人が資産を公益法人等に寄附し、当該寄附が教育又は科学の振興、文化の向上、社会福祉への貢献その他公益の増進に著しく寄与するものとして国税庁長官の承認（以下、40 条承認という）を受けた場合には、所得税が課税されない（措法 40①後段）。

40 条承認を受けるには、「公益目的要件」「事業供用要件」「非不当減少要件」の三つの要件を充足する必要がある（措令 25 の 17⑤一～三）。また、いったん 40 条承認を受けても、その後要件を逸脱したときには 40 条承認が取り消される。

ロ 事業供用要件～代替性

事業供用要件は、「寄附財産そのもの」が公益法人等の公益目的事業の用に直接供されなければならないが、原則として他の財産への転換は認められていない。特例的に代替資産の取得が認められるケースとして、収用・災害・公害等一定のやむを得ない事由が生じたことにより譲渡した場合（措法 40①）、又は 40 条承認を受けるとともに公益目的事業に 2 年以上直接供した後に譲渡した場合（措法 40⑤）には、譲渡代金の全額をもって取得した資産を代替資産と認めて 40 条承認が継続される。

寄附財産が株式の場合は、収用等やむを得ない事由が生じ得ないため、公益目的事業の用に直接供した後 2 年を経過しない限り、代替資産の取得が認められないことになる。

（2）問題の所在

企業が組織再編を円滑に行うために、課税はできる限り中立であること

が望ましい。そのため、企業が合併・分割型分割や株式交換・株式移転等を行い個人株主の所有する旧株が新株に転換された場合でも、一定の条件下において旧株の譲渡損益課税を繰り延べる規定が所得税法等に置かれている（所法 57 の 4、措法 37 の 10）。

これに対して、措置法 40 条には、寄附を受けた旧株が組織再編によって新株に転換された場合に、新株を「やむを得ない事由」による代替資産として認める旨の規定がなかったことから、事業供用要件を逸脱することになるのかどうか取扱いの明確化が求められていた。そこで平成 26 年度税制改正において、株式交換及び株式移転によって取得した一定の株式を代替資産として認める規定が設けられ、措置法 40 条における代替株式の取扱いが明らかになった。

しかしながら、当該規定では合併や分割型分割が対象になっていないなど、組織再編税制の株主課税の取扱いと一致していない部分があるため、両者の考え方の違いを整理・検討しておく必要がある。

2 研究の概要

本研究では組織再編を「会社の資本的基盤や組織に変動をもたらす行為」と捉えて、いわゆる法人組織税制の対象である「減資」や「自己株式の取得」等の行為も含めて検討する。

(1) 事業供用要件と譲渡認識

措置法 40 条の文理上、40 条承認の取消しは、あくまでも寄附財産をその公益目的事業の用に直接供していないという事実によって取り消されるのであって、寄附財産が「譲渡」されたという事実によって取り消されるものではない。

その一方で、措置法 40 条 1 項の代替資産の取得が認められるものは、措置法施行令 25 条の 17 第 3 項に列挙されている理由による「譲渡」に限られることから、寄附税制として同種の事業供用要件を有する措置法 70 条（国等に対して相続財産を贈与した場合等の相続税の非課税）との比較

において、措置法 40 条は寄附財産の代替性を厳格に制限していると解される。換言すれば、措置法施行令 25 条の 17 第 3 項に書かれていない理由による「譲渡」では、たとえ同種の資産を取得したとしても代替資産として認められないと解される。

そのため、組織再編によって寄附株式(旧株)が新株に転換した場合に、旧株の「譲渡」があったと認識するかしらないかが問われることとなり、個々の組織再編行為における株式の譲渡認識の違いが重要な論点となる。

こうした問題意識に基づき、各組織再編行為に係る個人株主に対する①みなし配当課税、②旧株の譲渡損益課税及び③新株の取得価額の引継等の取扱いについて、税法の規定を整理して一覧表にまとめるとともに、(2)以下の分析を行った。

(2) 組織再編税制等における個人株主課税の考え方

イ 組織再編税制における株主課税の基本的考え方

組織再編税制における株主課税の基本的な考え方は、経済実態に実質的に変更がない場合、すなわち組織再編後も株主が株式を実質的に保有し、株主の投資が継続していると認められる場合には、みなし配当課税や株式譲渡損益課税を繰り延べるものである。そして、具体的に何を基準として株主の投資が継続していると判断するかといえば、「株主が受け取る対価が株式のみ」かどうかを判断基準として、すなわち金銭などの株式以外の資産(以下、boot という)が交付されず、受領対価が株式のみの場合を投資継続と認めて譲渡損益の計上を繰り延べるのである。

いうならば組織再編税制における課税の繰延べは、資産が所有者から離れるという意味での譲渡認識とは、別の判断基準が用いられていると考えられる。

ロ 本来の譲渡とみなし譲渡の区分

別の観点として、各組織再編行為に係る個人株主の株式譲渡損益の課税繰延べの根拠規定が、所得税法と措置法のどちらに規定されているか、あるいは、みなし譲渡規定かどうかによって区分すると次表のとおり。

区分	組織再編行為	内 容
I 類	株式交換、株式移転	株式譲渡として課税されるところ、一定の要件の下で*、 <u>所得税法において課税を繰り延べるもの</u>
II 類	取得請求権付株式の請求権行使、取得条項付株式の取得事由の発生、全部取得条件付株式の取得決議ほか	措置法において <u>みなし株式譲渡として課税される</u> ところ、一定の要件の下で、 <u>みなし株式譲渡から除いた上で、所得税法において課税を繰り延べるもの</u>
III 類	組織変更、合併、分割型分割	措置法において <u>みなし株式譲渡として課税される</u> ところ、一定の要件の下で、 <u>措置法において課税を繰り延べるもの</u>
IV 類	減資、解散、自己株式・出資の取得、出資の消却、退社	措置法において <u>みなし株式譲渡として課税されるもの</u>
V 類	分社型分割、新株発行、 現物出資 、事後設立、事業譲渡、 現物分配	株式譲渡及びみなし株式譲渡のいずれにも該当しないもの

* 「一定の要件の下で」とは、boot の交付がない場合をいう。

独断的解釈を試みるならば、税法は、本来の譲渡（I 類）の繰延べを所得税法で規定し、みなし譲渡（III 類）の繰延べを措置法で規定したものと考えられる。II 類は、本質は発行法人による自己株式の取得なのでみなし譲渡であるが、実際に株式が株主の支配から離れる点に着目して本来の譲渡と整理した混合型といえよう。IV 類は、みなし譲渡課税がされるものの、組織再編税制の繰延べ対象ではない。V 類は、その行為が単独で行われる限り個人株主に対する課税はない。

ハ なお、上記の分類は、条文を機械的に整理したものであって理論的な裏付けに基づくわけではない。付言すれば、従来から、合併については人格合一説と現物出資説の二説があり、また自己株式の取得については資産説と資本控除説の二説があるが、どちらの見解に立脚するかによって「譲渡」の認識は異なる。また税法においても、組織再編行為の「譲渡」の認識が、法人税法と所得税法で統一されているわけではない。

要するに、各組織再編行為が株主にとって株式譲渡に該当するか否かを理論的に区分することは、株式の譲渡とは何かという切り口によっても異なり、なかなか困難である。

(3) 平成 26 年度税制改正の考え方

イ 平成 26 年度の措置法 40 条関係の改正は、本来の譲渡（Ⅰ類）は 40 条承認取消事由に該当するが、みなし譲渡（Ⅲ類）は該当しないと整理した上で、Ⅰ類に係る取消しを救済する目的があったと思われる。

そのためⅠ類の株式交換及び株式移転については、所得税法 57 条の 4（株式交換等に係る譲渡所得の計算の特例）に準じて boot 交付がないなど一定の要件を満たす場合に限り措置法 40 条 1 項の代替資産として認め、40 条承認を継続する規定が設けられたと考えられる（新措令 25 の 17③四）。一方、「みなし譲渡」であるⅢ類は特段の手当てはされなかった。

このように組織再編税制の株主課税の取扱いと違いが生じた理由は、措置法 40 条 1 項の代替資産にかかる規定が、「譲渡」による代替のみを対象として定めているため、Ⅲ類を必ずしも譲渡として認識していない所得税法下では代替資産に含めることができなかったものと思われる。

ロ 今回の改正は、所得税法上「譲渡」に該当する組織再編行為を抽出し、当該行為があっても 40 条承認を継続させるために、緩和措置を講じたものとして評価できる。

一点指摘するならば、Ⅲ類は 40 条承認取消事由に該当しないと整理した関係上、Ⅲ類において boot が交付されても、boot の全額をもって新たな株式等に転換させるなどして、これを公益目的事業に直接供することを条件に 40 条承認を継続するものと思われる。そうすると、Ⅲ類では boot 支払いが許容されるが、Ⅰ類では boot 支払いが 40 条承認取消事由に該当するおそれがあり、親会社による子会社の支配という同じ効果を生じさせる合併と株式交換が、異なる取扱いになるという懸念がある。

boot 交付がある組織再編は法人税法上の非適格再編に該当することから、現実に行われている組織再編では boot の交付は少ないものと思料され、現状ではあまり実のある議論ではないとも思えるが、さりながら boot の取扱いについてⅠ類ないしⅢ類の考え方を統一しておくほうが望ましい。

- ハ 公益法人等に対する寄附を一層促進する観点で私見を述べれば、株式のように寄附財産そのものではなく、「寄附財産から生じる果実」の使途が事業供用要件の判定要素になる財産にあつては、組織再編によって寄附株式の譲渡があつたか否か、すなわち寄附株式の代替性を厳格に解する必要性は乏しいように思われる。

しかも、措置法 40 条の特例は、寄附財産の租税属性を公益法人等が引継ぐ方式ではないことや、平成 20 年度税制改正で措置法 40 条 5 項が新設されて事業供用時から 2 年経過後であれば任意譲渡による買換えが認められるようになったことなどを勘案すれば、組織再編行為による譲渡認識の相違にかかわらず、boot を株式等同種の資産に転換した上で公益目的事業の用に直接供することを認めても、配当金が公益目的事業の用に直接供される限り、特段の弊害はないものと考えられる。

(4) 組織再編の濫用による租税回避の検討

Ⅲ類の行為は 40 条承認取消事由に該当しないと整理した関係上、合併や分割型分割を用いた措置法 40 条に係る租税回避があり得るのか、あり得るならばこれに現行法で対応できるのかを検討しておく必要がある。

- イ 組織再編を利用した租税回避スキームとして、例えば、相続税対策を目的として寄附株式の価値を他の株式に移転し、あるいは含み損を有する会社の買収によって寄附株式の価値を低下させる事例等が想定できる。
- ロ 寄附株式の価値を他の株式に移転する行為について、組織再編に係る行為計算の否認規定の適用を検討したが、寄附行為と組織再編行為がスキームとして一体の行為と認められるなどの特殊事情がない限り、同規定を適用して 40 条承認の取消はできないと考えられる。

したがって、40条承認を取り消すには、措置法40条の非不当減少要件規定を適用する以外にない。

ハ 非不当減少要件規定をみると、当該要件を逸脱するか否かの判断基準は、寄附者及び関係者による公益法人等に対する私的支配の状況の有無であると解される。更に「私的支配」とは、公益法人等について①適切な組織運営がされていること及び②関係者に対する特別な利益を与えないことが要件とされている。この「特別な利益を与えないこと」の具体的内容は40条通達19項に列挙されている。当該規定は例示規定であるため、類推解釈は許されると解されるものの、現行規定は組織再編によって特別な利益を与えることを想定していないため、例えば「合併、分割、現物出資、株式交換及び株式移転等によって、これらの者に相続税法9条に定める利益を与えること」といった規定を追加するなど取扱いを明らかにする方が望ましい。

ニ これに対して、欠損金を引継ぐ合併又は含み損のある資産を抱える法人との合併など、寄附財産の株式価値を低下させる行為は、配当金を減少させて公益目的事業の促進を阻害するおそれがあるけれども、単に対象法人の法人税負担が減少するだけでは「関係者に特別な利益を与える」と認定することは困難であり、現行規定では対応できないことが危惧される。そこで予防的観点から、個別規定を設けて濫用的組織再編を排除しておくことが望ましい。例えば、組織再編税制において法人税法の個別防止規定として置かれている「欠損法人との合併」及び「含み損のある資産を抱える法人との合併」の防止規定について、条文引用の形で平仄を合わせることは可能と考える。

(5) 新たな課税方式の検討

イ 検討の必要性

株式は、企業再編等によらずとも、株式発行会社の経営判断によって、あるいは業績不振により、無配当になることがある。そうなると寄附者や公益法人等の意思や行為にかかわらず40条承認が取り消されるおそ

れがある。このように、不動産等の「施設設置型」寄附に比較すると、「助成型」の株式は配当という収益を継続的に要求されるため 40 条承認の対象としてそもそも不安定な財産といえる。

そこで、民間による公益活動を増進させるための株式寄付制度について、新たな方策を検討する。

ロ 2年しばりの廃止

公益法人等の自発的判断による投資銘柄の変更は、事業供用後 2 年間は認められないが、公益法人等にとって重要なのは株式から得られる配当金の多寡であって株式の銘柄ではない。そこで、寄附後 2 年間譲渡禁止のしばりを廃止して、受贈法人の判断と責任において株式運用を認め、投資の利益（投資の持分ではない）が継続している場合には 40 条承認も継続することが考えられる。

なお、株式の処分価額の適正性は、関係者への譲渡を認めないことで担保する。

（検討）特定の状態を一定期間継続することを特例適用要件にしている規定は他にもあり（相法 12①三・②、措法 70②又は非上場株式の相続・贈与税の納税猶予など）、期間しばりは租税政策目的を達成するために有効である。同種の目的を有する規定にあつては、要件をできるだけ合致させておくことが税制として肝要である。したがって特段の弊害事例が報告されていないのであれば事業供用 2 年間のしばりを存続させ、例外事例には個別対応することが現実的と思われる。

ハ 課税繰延べと軽減税率の選択制の創設

譲渡所得に関係する税の優遇措置には、①所得金額の特別控除、②分離課税、③軽減税率の適用、④課税の繰延べ、⑤課税除外がある。それぞれに特徴があるが、譲渡所得課税の原則を踏まえつつ一定の優遇措置を与える観点からは課税の繰延べが理論的に適切である。他方で、一定の政策的目的を迅速に推進するという要請の下、特別控除ないし軽減税

率の制度がある。これらには、課税繰延べの条件である事業や投資の継続性は求められない。

平成 20 年度税制改正により、事業供用後に 40 条承認が取消された場合は、寄附を受けた公益法人等が寄附者に係る譲渡所得課税を肩代わりするリスクを負うこととなった。そのため、40 条承認の寄附財産として不安定な株式にあつては、軽減税率により寄附時に譲渡所得課税を済ませる方式のほうが望ましいのではないか。

(検討) 寄附後の事業供用状態を継続管理しなくなるため、寄附株式が真に公益目的事業の用に供されるか事後チェックができない。したがって軽減税率を適用できる対象法人を公益性の高い法人に限定することとし、例えば措置法 70 条関係の措置法施行令 40 条の 3 (科学又は教育の振興に寄与するところが著しい公益法人等) の規定と同様に、政令において該当法人を限定列挙する方法が考えられる。

なお、軽減税率といえども、みなし譲渡課税は寄附者にキャッシュ・インがないから、納税資金の調達の問題がネックになる。納付責任を受贈法人にも負わせる措置を講ずることも一案であるが、軽減税率方式は寄附税制の選択肢を広げるにすぎず、課税繰延べ方式にとって代わるものではない。

そうであっても、後発的事由により 40 条承認を取消されるリスクを抱えつつ寄附を受け入れるという単一の仕組みだけでなく、寄附者において株式を譲渡して課税済みの金銭を寄附することと比較して低率の課税で済むことが寄附の動機付けとなるように、複数の選択肢を設けることに意義があるものと思われる。

3 結論

公益法人等の活動に対し、「課税する」のか「公益促進のため課税を控えるのか」は重要な論点であり、軸足をどちらに置くかは租税政策判断によって

決まる。

今回の改正は、現行の組織再編税制における株主課税との均衡を考慮し、組織再編行為のうち、所得税法上で株式又は有価証券の「譲渡」と明記されている取引が行われた場合に、必ずしも株主の自発的意思に基づかない取引にあっては 40 条承認を継続することが妥当であるため、特例的に代替資産と認める措置が講ぜられた。

他方で、今回の政令改正の対象となっていない組織再編行為が、「株式の譲渡」に該当しないと判断したわけではないことにも留意しておく必要がある。

各組織再編行為が、株主にとって株式譲渡に該当するか否かを理論的に区分することは困難である。そして、当該区分が明確にできないのであれば、措置法 40 条に関する限り、組織再編にあっては boot の交付をも一律に容認した上で boot 収入金額の全部に相当する金額をもって同種の資産の取得を認める方法もあることを提案した。その理由は公益目的事業の促進という立法趣旨を重視し、かつ措置法 40 条 5 項創設の趣旨を踏まえるならば、配当金を公益目的事業に供することを要件としている株式にあっては、組織再編による同種の資産取得に関して代替性を緩和しても大きな弊害はないと考えられるからである。

そのかわり、その組織再編によって寄附者及び関係者の租税負担を不当に減少させる結果が認められる場合は、その組織再編が公益法人等の意思によるものかどうかにかかわらず 40 条承認を取消することができるように非不当減少要件に明示し、あるいは配当金の減少をもたらすおそれのある組織再編には厳格な対応で臨み個別否認規定を設けることで、組織再編を利用した、措置法 40 条に係る租税回避ないし濫用を防止すべきと考える。

なお、寄附税制を拡充する観点からは、不動産等の「施設設置型」寄附と株式等の「助成型」寄附を法令上も区別したうえで、助成型の寄附に対しては軽減税率の導入等を議論する意義はあるものと思われる。

目 次

はじめに	293
1 公益法人等へ財産を寄附したときの取扱い	293
2 問題の所在	294
3 研究の内容	295
第1章 みなし譲渡所得と措置法40条の特例	297
第1節 みなし譲渡、措置法40条及び株式譲渡課税の沿革	297
1 みなし譲渡課税の沿革	297
2 措置法40条の沿革	298
3 株式譲渡課税の沿革	299
4 小括	300
第2節 措置法40条の概要	300
1 適用対象法人	301
2 非課税承認の要件	303
3 公益の増進に著しく寄与すること	303
4 公益目的事業の用に直接供されること	304
5 所得税、相続税又は贈与税の負担を不当に減少させる 結果とならないこと	307
6 40条承認の取消規定	307
第3節 寄附財産の代替取得が認められる場合	309
1 代替規定	309
2 寄附財産が株式の場合	311
3 措置法70条の代替性との比較	311
第4節 措置法40条の非課税の特徴	313
1 通常の課税繰延べの規定	313
2 措置法40条の課税繰延べの規定	315
3 課税繰延べの取り消しのタイミング	316

第2章 法人組織税制と組織再編税制	322
第1節 組織再編に関連する法改正の流れ	322
1 商法・会社法の改正	322
2 法人税法の改正	324
3 所得税法の改正	325
4 組織再編の分類	328
第2節 組織再編における法人課税の取扱い	329
1 組織再編税制の基本的考え方	329
2 資産を移転する法人及び法人株主に対する課税	331
第3節 組織再編における個人株主に対する課税	333
1 個別の組織再編行為に対する譲渡所得課税	333
2 所得税法の特例と措置法の特例	349
3 株式譲渡の認識	352
第3章 組織再編と措置法40条取消事由	354
第1節 組織再編と譲渡概念	354
1 組織再編と40条承認の取消し	354
2 平成26年度税制改正	355
3 bootの交付について	357
4 小括	361
第2節 租税回避・租税減免規定濫用の検討	363
1 租税回避防止規定の検討	363
2 一般的租税回避否認規定と措置法40条の非不当減少要件の比較	365
3 一般的租税回避否認規定	368
4 個別否認規定	373
5 租税回避の具体的事例の検討	379
6 濫用防止策の検討	388
第4章 株式寄附に係る新たな課税方式の検討	391
第1節 2年しばりの検討	394

1	2年しばりの廃止	394
2	検討	395
3	小括	396
第2節 軽減税率の適用		396
1	課税繰延べと軽減税率の選択制の創設	396
2	検討	399
3	小括	401
おわりに		402

はじめに

1 公益法人等へ財産を寄附したときの取扱い

個人が不動産等の資産を法人に対して寄附⁽¹⁾した場合には、寄附時の時価により譲渡があったものとみなして、資産の値上がり益に対して所得税が課税される（所法 59①一）。これはキャピタル・ゲイン課税が無制限に延期されることを防止する観点から、資産が自己の支配下から離れた時点をとらえて、資産の含み益に対する時価課税を行う方式であり、「みなし譲渡課税」と呼ばれる。

上記原則に対し、民間による公益活動の促進を図ることを目的として、租税特別措置法（以下、措置法という）40条1項後段は、個人が不動産等の資産を公益法人等⁽²⁾へ寄附した場合に、その寄附が教育又は科学の振興、文化の向上、社会福祉への貢献その他公益の増進に著しく寄与するなど一定の要件を満たすものとして国税庁長官の承認（以下、40条承認という）を受けたときには、当該寄附がなかったものとみなすことにより「みなし譲渡課税」を適用しない旨を定めている。

この40条承認を受けるためには、「公益目的要件」「事業供用要件」「非不当減少要件」という3つの要件を具備しなければならない（措令25の7⑤一～三）。また、いったん40条承認を受けても、その後要件を具備しなくなったときには40条承認が取り消される。

このうち事業供用要件とは、40条承認を受けた財産又は一定の代替資産が、寄附があった日から原則として2年を経過するまでの期間内に、公益法人等の公益目的事業の用に直接供されなければならない、その後も継続して公益目的事業の用に直接供されていないなければならないというものである。この

-
- (1) 本稿で扱う「法人に対する寄附」とは、法人に対する贈与若しくは遺贈、又は法人を設立するための現物出資をいう。
- (2) 公益法人等とは、①公益社団法人及び公益財団法人、②特定一般法人、③（①②以外で）公益を目的とする事業を行う法人（例えば、社会福祉法人、学校法人、宗教法人など）をいう。詳細は第1章第2節1参照。

要件は寄附財産が不動産、株式あるいは美術品であっても等しく適用される。ただし、「事業に供すること」の判定基準は寄附財産の種類によって異なる。例えば不動産等有体物の寄附は「施設設置型」と呼ばれ、寄附した財産そのものが公益目的施設として直接使用されなければ事業に供したと認められない。一方、株式や著作権の寄附は「助成型」と呼ばれ、無体物である株式や著作権そのものを公益目的に直接供することができないため、配当金や印税収入などその寄附財産から生じる果実の全部が、直接、かつ継続して、給付奨学金や助成研究開発金に充てられる場合には、株式等を直接公益目的事業の用に供していると判断して差し支えないものとして取り扱っている（40条通達13）⁽³⁾。

なお、事業供用要件では、「寄附財産そのもの」が寄附を受けた公益法人等の公益目的事業の用に直接供されなければならないが、原則として他の財産への転換は認められていない。特例として、収用・災害・公害等一定のやむを得ない事由が生じたことにより譲渡した場合（措法40①）、又は40条承認を受けて公益目的事業に2年以上直接供した後に譲渡した場合（措法40⑤）には、譲渡代金の全額をもって取得した資産を代替資産と認めて40条承認が継続される。

寄附財産が株式の場合は、収用等やむを得ない事由が生じ得ないため、公益目的事業の用に直接供した後2年を経過しない限り、買換えが認められないことになる。

2 問題の所在

わが国企業が、事業効率化等を図るため組織再編を円滑に行うためには、課税は中立であることが望ましいとされる。そこで所得税法等では、株式発行法人の組織再編として合併、分割、株式交換又は株式移転等が行われて旧株が新株に転換しても、一定の要件に該当する場合には旧株の含み益に課税

(3) 40条通達の正式名称は「租税特別措置法第40条第1項後段の規定による譲渡所得等の非課税の取扱いについて（昭和55年4月23日直資2-181）」である。

せずに繰り延べる緩和措置が取られている（所法 57 の 4、措法 37 の 10）。

ところが、措置法 40 条にはこのような規定がなかったため、公益法人等が保有する旧株式が組織再編によって新株式に転換された場合に、新株式は代替資産として認められるのか、あるいは事業供用要件を充足しなくなるのかといった 40 条承認の取扱いが必ずしも明確ではなかった。寄附者及び受贈法人の非自発的意思による組織再編であるにもかかわらず 40 条承認が取消される可能性があるとなれば、タックス・リスクが生じるため、それが組織再編の阻害要因になりかねない。そこで、平成 26 年度税制改正において、株式交換及び株式移転によって取得した一定の株式を代替資産として認める規定が設けられ、措置法 40 条における代替株式の取扱いが明確になった。

しかしながら、当該規定は、合併や分割型分割によって取得した株式が対象になっていないなど、組織再編税制における株主課税の取扱いと必ずしも一致していない。

そこで本研究は、改めて組織再編税制における株主課税の取扱いを分析して、今回の改正内容と比較検討を行う方法により、寄附株式について企業組織再編が行われた場合の 40 条承認の取消しの是非を考察するものである。

3 研究の内容

第 1 章では、みなし譲渡所得と措置法 40 条の沿革を概観したうえで、40 条承認の 3 要件の中の「事業供用要件」について論述する。ここでは特に、寄附財産の代替性の問題と譲渡認識に付言する。

第 2 章では、組織再編における個人株主に対する所得課税は、法人課税の取扱いに連動する部分としない部分が混在しているため、考え方を整理しないとわかりにくい部分がある。そこで、組織再編税制の取扱いを概観するとともに、各組織再編行為ごとに「みなし配当」及び「株式譲渡損益」等の課税関係を整理・分析する。

第 3 章で、平成 26 年度税制改正で措置法 40 条に新設された株式交換及び株式移転に係る代替資産の取扱いと、前章で分析した結果とを比較検討する。

ここでは boot の取扱いについて問題を提起する。また、措置法 40 条の申請対象となる寄附株式の多くは同族株である。同族株を公益法人等に寄附する背景には、将来発生する寄附者の相続税対策とともに、同族会社の経営権を確保しつつ、同族株式のキャピタル・ゲイン課税を回避する意図が窺える。こうした同族会社の組織再編には、寄附者側の意向が色濃く反映されているため、措置法 40 条に関する組織再編を利用した租税回避行為等について検討する。

第 4 章では、株式の寄附について新たな視点を提示する。株式の寄附は、組織再編の実施に限らず、ほかにも無配状態に陥るなどの理由によって 40 条承認が取消される可能性があることからすれば、土地等に比較すると、そもそも 40 条承認の対象として不安定な財産である。事業供用後は公益法人等が納税義務者になることから、公益法人等側の税務リスクは大きい。そこで、公益法人等が受入れやすい株式の寄附に関する新たな課税方式を提案する。

なお、特に記載のない限り、本稿は平成 25 年 6 月 10 現在の法令・通達等に基づいて作成している。

第1章 みなし譲渡所得と措置法40条の特例

第1節 みなし譲渡、措置法40条及び株式譲渡課税の沿革

1 みなし譲渡課税の沿革

譲渡所得の金額は、所得税法33条3項で「当該所得に係る総収入金額から、当該所得の基因となった資産の取得費及びその資産の譲渡に要した費用の額の合計額を控除して」計算するとしており、また同法36条1項で「総収入金額に算入すべき金額は、別段の定めがあるものを除き、その年において収入すべき金額（金銭以外の物又は権利その他経済的な利益をもって収入する場合には、その金銭以外の物又は権利その他の経済的な利益の額）とする」と規定しているため、その譲渡によって現実に収入すべき売却代金、補償金等の金銭その他の経済的利益がない場合には「別段の定め」がない限り、譲渡所得は生じないし、また、著しく低い価額で譲渡されても現実に収受する対価をもとにキャピタル・ゲイン課税が行われることになる⁽⁴⁾。このことから、みなし譲渡課税の規定（所法59）は、別段の定め⁽⁵⁾に該当する。

「みなし譲渡課税⁽⁵⁾」の沿革は次のとおりである⁽⁶⁾。昭和24年のシャープ勧告を受けて、昭和25年に相続、遺贈又は贈与により資産の移転があった場合には、その時の時価によって譲渡があったとみなして譲渡所得を課税する「みなし譲渡」が、所得税法5条に規定された。当時は、相続が発生する

(4) 武田昌輔監修『コンメンタール所得税法』（第一法規、加除式）4296頁。

(5) 譲渡課税に関し、「みなし」という文言の用法には、資産の譲渡や移転があった場合に時価による取引があったとみなすものと、その行為や取引自体は資産の譲渡や移転があったとまでは言えないけれども、その年分の各種所得の金額の計算上収入すべき金額を譲渡所得に係る収入金額とみなすものの2種類があると考えられる（後掲の本章第4節3（2）参照）。一般的には前者の、所得税法59条1項一号の規定による時価課税をみなし譲渡と称している。

(6) みなし譲渡課税の詳細については、山田重将「法人に対する不動産の遺贈に係るみなし譲渡所得課税に関する問題点—受増法人への遺留分減殺請求が行われた場合を中心に—」税大論叢76号（2013）233頁～238頁参照。

<https://www.nta.go.jp/ntc/kenkyu/ronsou/76/03/01.pdf>

と相続税の課税に加えて、被相続人の所有期間に係る資産の値上り益を所得税として清算する必要があった。しかしながら、理論的には妥当であっても相続税負担に加えて現実に金銭化されていない値上り益に所得課税することは一般的な理解を得られなかったため、昭和 27 年には相続及び相続人に対する遺贈については「みなし譲渡」課税を行わないことになった。

昭和 40 年の所得税法の全文改正に伴い、それまでの所得税法 5 条から所得税法 59 条へと条項が改められた。最終的に昭和 48 年に、法人に対する贈与のほか、限定承認に係る相続等例外的な場合にのみ「みなし譲渡」課税を行う現行方式になった⁽⁷⁾。

みなし譲渡課税は納税者にキャッシュ・インがなく、担税力の観点から問題があるとして裁判で争われたが、最高裁は「対価を伴わない資産の移転も、移転当時の資産の時価に照らして具体的に把握できるから、増加益を課税の対象とするのは相当である」として、みなし譲渡課税を肯定している⁽⁸⁾。

2 措置法 40 条の沿革

措置法 40 条は、昭和 26 年に旧措置法 17 条に規定されたのが最初である。当初は国又は地方公共団体に対する贈与若しくは遺贈のみが非課税とされていた。翌年の昭和 27 年に、民法 34 条の規定により設立された法人その他の公益目的法人が対象に追加された⁽⁹⁾。昭和 32 年 3 月の措置法の全文改正によ

(7) 注解所得税法研究会『五訂版 注解所得税法』（大蔵財務協会、2011）656 頁～657 頁。

(8) 最判昭 43.10.31 LEX/DB 文献番号 21029100「譲渡所得に対する課税は、(中略) 資産の値上がりによりその資産の所有者に帰属する増加益を所得として、その資産が所有者の支配を離れて他に移転するのを機会に、これを清算して課税する趣旨のものと解するべきである。対価を伴わない資産の移転も、資産につき既に生じている増加益は、移転当時の資産の時価に照らして具体的に把握できるものであるから、増加益を課税の対象とするのを相当と認め、資産の贈与、遺贈のあった場合においても、資産の増加益は実現されたものとみて、譲渡所得と同様に取り扱うべきものとしたのが同法 5 条の 2（筆者注：現行所得税法 59 条）なのであって、(中略) 所得のないところに課税所得の存在を擬制したものではない。」

(9) 本規定の立法趣旨は「措置法 40 条 1 項後段による本件特例は、公益法人等に対する寄附について、みなし譲渡課税を行うよりも、当該資産を公益の用に供してその増

り措置法 40 条として定められ、昭和 43 年改正により申請手続の所管が大蔵大臣から国税庁長官に移管されるなど、幾度かの改正を経て現在に至っている。

後述のとおり、平成 20 年度の改正において措置法 40 条の規定が大きく変容した。

3 株式譲渡課税の沿革

続いて、株式の譲渡所得課税の沿革について整理しておく⁽¹⁰⁾。昭和 21 年に所得税法に初めて譲渡益に対する課税が規定された。その際、従来から臨時利得税の形で存在していた規定をそのまま所得税法に移管したため、譲渡の範囲は「不動産、不動産上の権利、船舶、鉱業に関する権利」に限られており、「有価証券、動産等」の譲渡による所得は課税対象外であった。

その後、昭和 22 年に「株式、出資、特許権等」の譲渡による所得が譲渡所得に加えられ、昭和 24 年のシャープ勧告でも継続された。しかし、譲渡者の把握が困難であるなど執行面でうまく機能しないことや、戦後の資本蓄積を促進する観点から、昭和 28 年には有価証券の譲渡所得に対する課税がいったん廃止された。

その後、土地を現物出資して株式売買の形式により土地等の値上がり益に係る譲渡所得を免れる事例等が批判を受けたため、昭和 36 年の改正で、事業等の譲渡に類似する有価証券の譲渡や有価証券の買い集めによる所得については課税の対象とした。以後、有価証券の事業類似取引の範囲を広げることにより課税対象が拡大していった。

時代が移り個人投資家の数が増えて株式、出資のキャピタル・ゲインを得る者が多数になると、資産課税の観点からこれに課税をしないのは不公平で

進に寄与させる方が望ましいという政策的配慮に基づき、公益的な寄附を容易にすることを趣旨とするものである。」(東京地判平 15.2.13 LEX/DB 文献番号 28130557)とされている。

(10) 参考文献として、注解所得税法研究会・前掲注(7) 646 頁～651 頁・659 頁。武田・前掲注(4) 7225 頁

あるとの意見が多数になる。昭和 63 年 4 月から一般の預貯金等の利子について源泉分離課税とされたことから利子所得との均衡を失することとなり、有価証券の譲渡による所得の原則非課税制度が不公平税制の象徴として取り上げられ、その是正を求める声が極めて強いことから、税制調査会で種々検討が行われた結果、平成元年 4 月から有価証券の譲渡所得は原則課税へ変更になった。その課税方法として、措置法 37 条の 10（申告分離課税）と、旧措置法 37 の 11（源泉分離課税）の制度が創設された。

このように、株式譲渡に係る所得課税は、昭和から平成にかけて原則非課税から原則課税へと大きく変化した。

4 小括

以上のように、戦後のシャープ勧告によって昭和 25 年にみなし譲渡課税が始まり、その後間もない同 27 年には措置法 40 条の前身となる規定が定められた。しかしながら当時、株式の譲渡は非課税で「有価証券の事業等の譲渡類似」規定に抵触しない規模の株式取引には譲渡所得が課税されなかった。このことから、株式の寄附に係る措置法 40 条の申請（以下、40 条申請という）が提出されたのは、その多くが有価証券の譲渡所得が原則課税になった平成の時代に入ってからと推測される。

第 2 節 措置法 40 条の概要

公益法人等の活動に対し「課税する」のか、「公益促進のため課税を控える」のかはともに重要な論点であり、どちらに軸足を置くかは租税政策判断による。従来の公益法人税制は、普通法人と同じ事業を行うならば同じように課税するという中立的な立場で作られていた。しかしながら平成 18 年 6 月に、民間の公益活動を促進するための抜本的な改革を目的とした一般社団・財団法人法、公益法人認定法及び整備法が交付され、これを受けて平成 20 年度税制改正においても「民間による公益の増進」が謳われ、収益事業であっても公益認定法

に規定する公益目的事業そのもの（すなわち非営利事業）ならば課税しないという方向に舵が切られた⁽¹¹⁾。

措置法 40 条関連でも、平成 20 年度税制改正において、対象法人の範囲見直し、40 条承認取り消しの際の受贈法人課税の新設、及び 2 年以上公益目的事業の用に直接供している財産の買換制度新設など、公益法人等に対する財産の寄附を一層促進する抜本的改正が行われた⁽¹²⁾。

本節では、平成 20 年度改正後の措置法 40 条の適用対象法人並びに措置法 40 条の適用要件である公益目的要件、事業供用要件及び非不当減少要件を概括する。

1 適用対象法人

措置法 40 条 1 項後段の適用対象法人は、「公益社団法人・公益財団法人」、「特定一般法人」及び「その他の公益を目的とする事業を行う法人」の 3 つである。なお、外国法人に該当するものは除かれる（措法 40①）。

(1) 公益社団法人・公益財団法人

「公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律（平成 18 年法律第 49 号）（以下、認定法という）」に規定する、行政庁による公益認定を受けた一般社団法人、及び公益認定を受けた一般財団法人をいう（認定法 2 一・二）

(11) 朝長英樹監修『平成 20 年度税制改正完全対応 公益法人税制』（法令出版、2008）はしがき参照。

(12) 措置法 40 条関係の平成 20 年度改正の主な事項に、①寄附財産を公益目的事業の用に直接供した後に 40 条承認の取消しがあった場合は、寄附を受けた公益法人等を個人とみなして所得税が課税されることになったこと（措法 40③）、②2 年以上公益目的事業の用に直接供している寄附財産を一定の要件のもとで譲渡した場合には、その譲渡代金の全額をもってその譲渡した寄附財産と同種の資産（買換資産）を取得したときに限り、その買換資産を寄附財産とみなして 40 条承認を継続すること（措法 40⑤）、③寄附を受けた公益法人等が解散又は合併した場合に、一定の要件のもとで、寄附財産の移転を受けた他の公益法人を当初の公益法人等とみなして 40 条承認を継続すること（措法 40⑥⑦）などがある。

(2) 特定一般法人

特定一般法人とは、一般社団法人又は一般財団法人のうち法人税法第2条9号の2イに掲げる非営利型法人をいう。具体的には、その行う事業により利益を得ること、又はその得た利益を分配することを目的としない法人であって、その事業を運営するための組織が適正であるものとして法人税法施行令3条1項⁽¹³⁾に該当する法人である（法第2九イ）。

新公益法人制度では、最初に一般社団法人・一般財団法人を設立し、その後公益認定を受けることによって公益社団法人・公益財団法人になる。しかしながら、公益認定を受ける前にも財産の寄附を受ける必要があることから、一般社団法人から公益社団法人へ移行する途中であっても非営利性が担保されている特定一般法人を、特例適用の対象とした⁽¹⁴⁾。

(3) その他の公益を目的とする事業を行う法人

定款、寄附行為又は規則において公益を目的とする事業を行うことを明らかにしている法人、又は社会一般において公益を目的とされている事業を行う法人である。（「租税特別措置法第40条第1項後段の規定による譲

(13) 【法人税法施行令3条1項】法第二条第九号の二イ（定義）に規定する政令で定める法人は、次の各号に掲げる要件のすべてに該当する一般社団法人又は一般財団法人（清算中に当該各号に掲げる要件のすべてに該当することとなつたものを除く。）とする。

- 一 その定款に剰余金の分配を行わない旨の定めがあること。
- 二 その定款に解散したときはその残余財産が国若しくは地方公共団体又は次に掲げる法人に帰属する旨の定めがあること。
 - イ 公益社団法人又は公益財団法人
 - ロ 公益社団法人及び公益財団法人の認定等に関する法律（平成十八年法律第四十九号）第五条第十七号イからトまで（公益認定の基準）に掲げる法人
- 三 前二号の定款の定め反する行為（前二号及び次号に掲げる要件のすべてに該当していた期間において、剰余金の分配又は残余財産の分配若しくは引渡し以外の方法（合併による資産の移転を含む。）により特定の個人又は団体に特別の利益を与えることを含む。）を行うことを決定し、又は行ったことがないこと。
- 四 各理事（清算人を含む。以下この号及び次項第七号において同じ。）について、当該理事及び当該理事の配偶者又は三親等以内の親族その他の当該理事と財務省令で定める特殊の関係のある者である理事の合計数の理事の総数のうちに占める割合が、三分の一以下であること。

(14) 平松慎矢＝澤野純一＝根岸二良『公益法人等へ財産を寄附したときの税務』（大蔵財務協会、2009）15頁。

渡所得等の非課税の取扱いについて（昭和 55 年 4 月 23 日直資 2-181）通達 1」（以下、本通達を 40 条通達という）。これは具体的には、社会福祉法人、学校法人又は宗教法人等が該当する。

2 非課税承認の要件

40 条承認を受けるためには、原則として措置法施行令 25 条の 17 第 5 項に定める次の 3 要件を満たす必要がある。

1 号： 当該贈与又は遺贈が、教育又は科学の振興、文化の向上、社会福祉への貢献その他公益の増進に著しく寄与すること。

2 号： 当該贈与又は遺贈に係る財産又は法第 40 条第 1 項に規定する代替資産が、当該贈与又は遺贈があつた日から 2 年を経過する日までの期間（同項に規定する期間をいう。）内に、当該公益法人等の当該贈与又は遺贈に係る公益目的事業の用に直接供され、又は供される見込みであること。

3 号： 公益法人等に対して財産の贈与又は遺贈をすることにより、当該贈与若しくは遺贈をした者の所得に係る所得税の負担を不当に減少させ、又は当該贈与若しくは遺贈をした者の親族その他これらの者と相続税法第 64 条第 1 項に規定する特別の関係がある者の相続税若しくは贈与税の負担を不当に減少させる結果とならないと認められること。

各号の内容は、それぞれ以下のとおりである。

3 公益の増進に著しく寄与すること

「公益増進要件」と呼ばれ、具体的には、①事業規模要件、②公益の分配、③事業の非営利性、④法令の遵守について規定されている（40 条通達 12）。おおまかにいえば、一定規模以上の公益目的事業で、公益の分配が公平かつ中立であり、その事業の対価として得る収入が事業の運営維持管理費用と比較して過大ではなく、法令に違反する事実やその他公益に反する事実がない

ことが要件になっている。

4 公益目的事業の用に直接供されること

「事業供用要件」と呼ばれ、代替財産を含む寄附財産が、寄附があった日から2年以内に、当該寄附を受けた公益法人等の公益目的事業の用に直接供されるか、又は直接供される見込みであることを要するものである。この要件は、寄附財産を直接公益目的事業に供することの意義と、どのような条件下であれば寄附財産を他の財産に転換することが認められるかという代替性⁽¹⁵⁾の二つの要素がある。

(1) 寄附財産を直接公益目的事業に供すること

イ 原則

寄附財産を公益目的事業の用に直接供したか否かの判定は、原則として、当該財産そのものが、寄附を受けた公益法人等の公益目的事業の用に直接供されるかどうかにより行う(40条通達13)。例えば寄附財産が土地付き建物の場合には、土地及び建物をその公益目的事業の用に直接供せねばならないから、当該建物を賃貸して、そこから得た家賃収入を奨学金や助成金等の公益目的事業に充当しても、措置法40条の適用にはならない(40条通達13注書き1)⁽¹⁶⁾。

ロ 例外～株式、著作権等

ただし、株式や著作権などのようにその財産の性質上、その財産を公益目的事業の用に直接供することができないものである場合には⁽¹⁷⁾、各

(15) 占部裕典教授は、著書『租税法における文理解釈と限界』(大学図書、2013)の中で、「第12章 相続税の非課税規定の解釈—租税特別措置法70条2項における事業供用要件」においてこの代替性の問題を指摘されている。

(16) 国税庁ホームページ質疑応答事例「寄附財産が受贈法人の公益目的事業の用に直接供されているかどうかの判定」<https://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/shitsugi/joto/21/04.htm>、及び「遠隔地に所在する不動産を社会福祉法人に寄附した場合」<https://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/shitsugi/joto/21/03.htm> 参照。

(17) 所有権の権能が「使用、収益、処分」であるのに対し、株主の地位は「配当期待権、株式処分権、議決権」であることに由来する。

年の配当金、印税収入などその財産から生ずる果実の全部が当該公益目的の事業の用に供されるかどうかにより判定しても差し支えないものとして取り扱われる。

この場合、各年の配当金、印税収入などの果実の全部が当該公益目的の事業の用に供されるかどうかは、例えば 30 人以上の学生又は生徒に対して学資として支給され、あるいは科学技術その他の学術に関する研究を行う者に対して助成金が支給されるなど、当該果実の全部が直接、かつ、継続して、当該公益目的事業の用に供されるかどうかにより判定する（40 条通達 13 ただし書き）⁽¹⁸⁾。

注意すべきは、配当金等の果実が毎年定期的に生じない株式や著作権などについては、適用できないことである（40 条通達 13 注書き 2）⁽¹⁹⁾。株式が寄附された直後に、株式発行会社の業績が急激に悪化してしまい、当初予定していた配当が支払われない場合には、40 条承認が取り消されることもあり得る⁽²⁰⁾。

（2）寄附財産の代替性

事業供用要件に関連する項目として、寄附財産の代替性を認めるかどうか

(18) 占部裕典教授は、事業供用要件について、寄附財産の所有権の移転があったこと、あるいは公益法人の基本財産に組み込まれただけのような「消極的使用」では要件を充足せず、公益法人等が受贈財産を積極的に使用して（あるいはいつでも直接的に事業の用に供しうる状態になって）初めて要件を充足すると解するべきであり、かつ措置法 40 条、措置法 70 条及び相続税法 12 条 1 項 3 号（相続税の非課税財産）ともに同じ解釈がなされるべきであると述べられている。占部・前掲注（15）701 頁～712 頁参照。

(19) 国税庁ホームページ質疑応答事例「無配株等やゴルフ会員権を寄附した場合」<https://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/shitsugi/joto/21/02.htm> 参照。

(20) 裁判例として、公益法人が贈与された株式を譲渡し、その譲渡代金を定期預金にして、その利息をもって公益事業の費用に充てた場合には、これをもって公益事業の用に供したとはいえないとされた事例がある（東京高判平 12.12.21 LEX/DB 文献番号 28061915）。

ほかにも措置法 70 条の適用が争われたものであるが、共同相続人が財団に対して、株式を基本財産に組み入れることを指定して寄附したが、寄附の日から 2 年を経過した日までの間に配当がなかったため、当該財団は本件株式を公益事業の用に供しているとはいえないとした事例がある（大阪高判平 13.11.1 LEX/DB 文献番号 28062441）。

かの問題がある。

40 条承認を受けた寄附財産は、原則として他の財産に転換することなく、公益目的事業の用に直接供されなければならない。これは、「実質的にみても、定期預金が「代替資産」当たると解すると、贈与者がその資産を売却して取得した代金を公益法人等に贈与し、これを当該公益法人等が定期預金として保管する場合と、贈与者がその資産を公益法人等に贈与した後にこれを当該公益法人等が売却し、その代金を定期預金として保管する場合とでは、贈与者にとっても当該公益法人等にとっても、その経済的実質は同じであるにも関わらず、前者の場合には、みなし譲渡課税が行われるのに対し、後者の場合には、非課税承認を受けることによってみなし譲渡所得課税が行われないことになり、その取り扱いは均衡を欠くもので相当でない。⁽²¹⁾」ため、他の財産への転換、すなわち代替資産の取得は制限されるのである。

さて、他の財産に転換する原因として通常考えられるのは資産の譲渡等の処分であろう。資産の譲渡とは、その資産が所有者の支配を離れて他に移転することを意味する⁽²²⁾。したがって、寄附財産が「譲渡」された場合は、一般的には公益目的事業の用に供しなくなったと考えられるため、40 条承認が取り消されることになる。ただし、収用等の一定の条件下における譲渡で、一定の要件を満たす代替資産を取得し、なおかつ当該代替資産が公益目的事業の用に直接供されていれば、40 条承認は取り消されない（措法 40①後段、措令 25 の 17③一～六）。また、寄附を受けた公益法人等が公益目的事業の用に 2 年以上直接供した財産を譲渡して、一定の要件を満たす買換資産を取得し、なおかつ当該買換資産が譲渡の日から 1 年以内に公益目的事業の用に直接供されていれば、40 条承認は取り消されない

(21) 東京地判平 24.12.7 LEX/DB 文献番号 25492223

(22) 「税法上、譲渡は、広く所有権その他の権利の移転を意味する用語として用いられ、売買のほか交換、代物弁済、物納、競売、公売、収用、法人に対する現物出資等による資産の移転が含まれるものと解されている。」金子宏編著『21 世紀を支える税制の論理 第 2 巻 所得税の理論と課題 [二訂版]』（税務経理協会、2001）200 頁。

(措法 40⑤、40 条通達 25～35)。

なお、譲渡があったことが、すなわち 40 条承認の取消事由に当たるか否かという論点は、本研究の主題と密接に関係していることから、次節において改めて論じることとする。

5 所得税、相続税又は贈与税の負担を不当に減少させる結果とならないこと

これは「非不当減少要件」と呼ぶことができる。その寄附をすることにより、寄附者及び関係者の所得税等が不当に減少してはならないという要件である。不当減少に抵触しないためには、受贈した公益法人等に関して、①公益法人等の運営が適正であること、②寄附者や公益法人等の関係者に特別の利益を与えないこと、③残余財産が国等に帰属する旨の定めがあること、④公益に違反する事実がないことという四つの要件を満たす必要がある（措令 25 の 17⑥一～四）⁽²³⁾。

なお、この要件は、後述する租税回避、租税減免規定の濫用の問題と関係している。

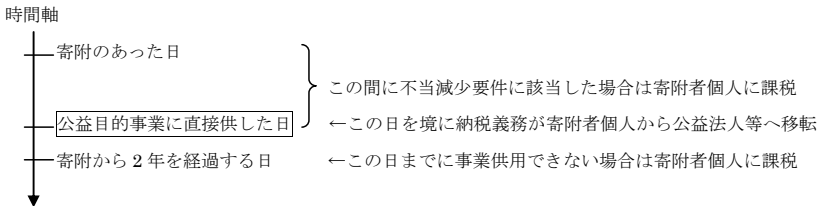
6 40 条承認の取消規定

国税庁長官は、将来にわたって、一定の取消事由に該当した場合は 40 条承認を取消することができる（措法 40②③）。一定の取消事由とは、①寄附財産が、寄附があった日から 2 年を経過する日までの期間内に公益法人等の公益目的事業の用に直接供されなかった場合、②寄附財産が、いったんは公益目的事業の用に直接供されたが、その後に直接供されなくなった場合、③寄

(23) 裁判例として、学園の財務の管理、会計処理、学校運営のいずれの面においても改善是正を要する状況にありながら十分な措置が講じられなかったことによれば学園の運営組織は適正ではなかったというべきであり、学園理事長が学園から多額の借入を行い多額の資金を私的に費消して同学園の財産の運用及び事業の運営に関して特別の利益を受けていたものであり、さらにこうした事実は同学園について公益に反する事実が存するものと評価すべき事項と認められた事例（東京地判平 15.2.13 LEX/DB 文献番号 28130557、控訴審東京高裁平成 15 年 7 月 16 日判決 LEX/DB 文献番号 28130683）がある。

附者の所得税の負担を不当に減少させ、又は寄附者の親族など特別の関係がある者の相続税や贈与税の負担を不当に減少させる結果となった場合等である。

なお、40条承認の取消しがあった場合の納税義務は、寄附者個人に課せられる場合と、受贈した公益法人に課せられる場合の二つに分けられる。おおまかにいえば、公益法人等が寄附財産を公益目的事業の用に供した日を境にして、納税義務が寄附者から公益法人等へと移転することになる。具体的には、上記①の場合、及び寄附財産が公益目的事業の用に直接供される前に上記③に該当した場合には寄附者個人に対して所得税が課税される（措法 40②）⁽²⁴⁾。それ以外の場合には公益法人等を個人とみなして公益法人等に所得税が課税される（措法 40③）⁽²⁵⁾。



このように一定の事由により非課税承認が取消された場合には、公益法人等を個人とみなすことで、公益法人等に所得税を課税することにしたのは、平成 20 年度税制改正においてである。改正の理由は「公益法人等が、その贈与又は遺贈を受けた資産をいったんその公益目的事業に供した後にその用

(24) この規定は、寄附財産が寄附後に公益目的事業の用に供されなかった場合の責めを寄附者個人に負わせるという従来の取扱いの期間を、2年間限定で踏襲している。この扱いについて金子宏名誉教授は、承認の取消期間を2年間に限定したことは、寄附した者をいつまでも不安定な立場に置くことを阻止するという意味では、前向きな改正として評価すべきであるものの、いっそ納税義務者を贈与・遺贈した者ではなく、贈与・遺贈を受けた公益法人等としたならば、奨励効果は一層大きくなったと思われる旨を述べられている。金子宏『租税法理論の形成と解明 下巻』（有斐閣、2010）57頁・58頁。

(25) 平成 20 年度改正以前は、このいわば肩代わり制度がなかったため、寄附者個人は寄附後も将来にわたって 40 条承認を取消され、課税を受ける可能性があった。

に供しなくなるといった、いわば後発的事由により非課税承認が取消される場合には、その事情を考慮して、その贈与又は遺贈をした者ではなく贈与又は遺贈を受けた公益法人等に対して課税することとしたもの⁽²⁶⁾と解説されている。

したがって、措置法 40 条は、みなし譲渡所得に対する非課税規定であるけれども、40 条承認によって非課税が完結するものではなく、国税庁長官は将来にわたって 40 条承認を取消することができるため、実質的な効果は課税の繰延べないし課税の留保である。この点について、後掲の本章第 4 節で再度検討する。

第 3 節 寄附財産の代替取得が認められる場合

1 代替規定

先に述べたように、寄附財産の代替取得が認められるには、措置法 40 条 1 項後段のケースと、措置法 40 条 5 項のケースがある。

(1) 措置法 40 条 1 項後段の代替資産

寄附財産を譲渡することについてやむを得ない事情があるものは代替資産の取得が認められる。具体的には、(平成 26 年 3 月改正前の) 措置法施行令 25 の 17 第 3 項 1 号ないし 5 号に掲げられた事情、すなわち財産の収用・換地、災害からの復旧、公害等が発生した場合には、寄附財産を譲渡し、原則として減価償却資産、土地及び土地に存する権利を代替資産として取得できる。

また、同項 6 号は、同項 1 号から 5 号に掲げる理由に準じるやむを得ない理由も認めることとし、その「理由」を措置法施行規則で定める旨規定している。これを受けた措置法施行規則 18 の 19 第 3 項は、当該やむを得ない理由とは「国税庁長官が認める理由」であると規定して、更に国税庁

(26) 泉恒有ほか『平成 20 年版改正税法のすべて』(大蔵財務協会、2008) 214 頁。

長官に委任している。そしてこの国税庁長官が認める理由とは、40条通達9(1)～(5)に掲げられた事情、すなわち土地不整形のため事業供用困難、行政庁に基づく設置場所変更指導、建築基準法制限等の事情によって財産が譲渡された場合などを例示している。

(2) 措置法40条5項の買換資産

寄附を受けた公益法人等が40条承認を得て、公益目的事業の用に2年以上直接供した財産を譲渡し、その譲渡による収入金額の全部に相当する金額をもって、当該譲渡財産と同種の資産、土地及び土地の上に存する権利を取得した場合には、所要の手続きを経ることにより40条承認が継続される⁽²⁷⁾。この規定によって取得した資産を買換資産と称し、(1)の代替資産と区別している⁽²⁸⁾(40条通達27)。

この規定は、平成20年度税制改正によって新設されたもので、新設の趣旨として、事業供用要件は「非課税承認を受けて贈与又は遺贈を受けた財産について、公益目的事業の用に直接供することを担保するものであるものの、贈与や遺贈後の時の経過により、財産の使用目的や価値と公益法人等の公益目的事業とが直接合致しなくなる場合も考えられるため⁽²⁹⁾」と説明されている。当該規定が設けられる以前は、寄附財産の代替えが厳格に制限されていたことからすれば、大きな方針転換であった。

この規定は、当然ながら寄附財産が株式の場合にも適用される。株式の場合、「譲渡財産と同種の資産」には公社債及び投資信託の受益権が含まれる(措規18の19⑩)。ただし、この公社債及び投資信託の受益権には、割引の方法により発行される公社債や、分配金の分配方式がいわゆる無分配

(27) 国税庁ホームページ質疑応答事例「非課税承認を受けた寄附財産を譲渡した場合」<http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/shitsugi/joto/21/07.htm> 参照。

(28) なお、「当該譲渡資産と同種の資産、土地及び土地の上に存する権利」の範囲からは、国外にある土地若しくは土地の上に存する権利又は建物及びその付属設備良しくは構築物が除かれる。国外にある土地建物等を公益法人等の公益目的事業の用に直接供していることの確認が現実的には困難であるという事情による。泉恒有ほか・前掲注(26)211頁。

(29) 前掲注(26)214頁。

型（分配型であって利息が再投資されるものを含む）の投資信託の受益権等のように、果実が発生しないか、あるいは発生した果実を現実に公益目的事業の用に供することができないものは含まれない（40条通達29）。また、土地等とは異なり、国外の株式、公社債及び投資信託の受益権であっても買換資産として認められる。

2 寄附財産が株式の場合

以上のように、40条承認を受けて公益目的事業の用に2年以上直接供している株式であれば、これを譲渡して他の株式や公社債及び投資信託の受益権を買換取得し、公益目的事業の用に直接供することによって40条承認を継続することが可能である。

しかしながら、株式発行会社の組織再編により、公益法人等に寄附された旧株式が新株式に転換された場合を、旧株式の譲渡及び買換資産の取得として扱うのか、あるいは旧株と新株の交換調整金として現金が交付された場合をどう扱うのかは、平成26年度税制改正まで明らかにされていなかったのである。（平成26年度税制改正の内容は第3章で考察する。）

3 措置法70条の代替性との比較

措置法70条（国等に対して相続財産を贈与した場合等の相続税の非課税）の規定は、相続人又は受遺者が相続税の申告期限までに国、地方公共団体、特定の公益法人又は認定特定非営利活動法人に相続財産等を寄附した場合には、当該財産の価額を相続税の課税価格の計算の基礎に算入しないという規定である。期間的な制限として、寄附を受けた特定の公益法人等が、寄附を受けた財産を当該贈与があった日から2年を経過した日においてなおその公益を目的とする事業の用に供していない場合には、当該寄附財産の価額を相続税の課税価格に算入した期限後申告書を提出しなければならない。

これを受けた租税特別措置法（相続税関係）通達70-1-13は、「措置法第70条第2項の適用に当たり、同項の贈与により取得した財産が公益を目的と

する事業の用に供されているかどうかの判定は、贈与財産が、その贈与の目的に従って当該公益法人の行う公益を目的とする事業の用に供されているかどうかによるものとし、贈与財産が贈与時のままでその用に供されているかどうかは問わないものとする。したがって、例えば、法人の建物その他の施設の取得資金に充当する目的で贈与された金銭がそれらの施設の取得資金に充当され、又は、配当金その他の果実を当該法人の行う公益を目的とする事業の用に供する目的で贈与された株式その他の財産の収益が当該法人の当該事業の用に供されていることが、それらの財産の管理、運用の状況等から確認できるときは、これらの贈与財産は、いずれも当該法人の公益を目的とする事業の用に供されているものとして取り扱うものであるから留意する。(下線筆者)」と規定している。

裁決事例として、みなし相続財産である退職手当金で購入した中期国債ファンドの解約金を市へ寄附した場合には、措置法 70 条の適用があるとした事例がある⁽³⁰⁾。

このように、措置法 70 条で寄附財産の代替性が緩和されている理由は、措置法 40 条は、寄附により実現した寄附者のキャピタル・ゲインを非課税にするのに対し、措置法 70 条は、相続人に帰属すべきであった経済的価値が寄付によって最初から生じなかったとして扱う立法趣旨の差から生じているものであり、この比較において措置法 40 条の代替性は厳格に定められているといえる⁽³¹⁾。

(30) 昭和 63 年 11 月 14 日裁決(裁決事例集No.39) 193 頁。裁決要旨「本件贈与財産は、相続により取得した退職手当金で購入した中期国債ファンドの解約金から支出されていると認められるところ、措置法第 70 条に規定する相続等により取得した財産とは、原則的には取得した財産そのものをいうが、相続等により取得した財産のうち、現金・預金等は、その表示された金額が、経済的価値そのものであるから、その他の財産とは異なり、個性・特定性が極めて薄く、取得した後に運用されても最終的にその代替物が現金・預貯金であれば相続財産としての変質を招来するものではないので、相続により取得した財産から贈与されたものと認めるのが相当である。」

(31) 同趣旨として、占部・前掲注 (15) 704 頁～706 頁参照。

第4節 措置法40条の非課税の特徴

1 通常の課税繰延べの規定

措置法40条は、その要件を満たさなくなった場合には国税庁長官は40条承認を取消することができるから、本質は永久的な非課税というよりも課税の繰延べないし課税の留保であることは既に述べた。

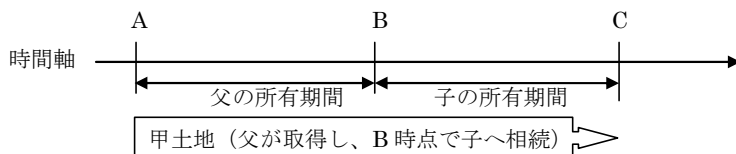
一般的に、譲渡所得課税の繰延べは、課税するタイミングを本来の時点以降に遅らせて、かつ資産の取得価額と取得時期（以下、取得価額と取得時期を併せて「租税属性」という）を引継ぐ方法により行われる。

資産の租税属性の引継ぎは、以下のように資産に付随する引継ぎと、人に付随する引継ぎに分けることができる⁽³²⁾。

(1) 租税属性が資産に付随する類型

所得税法60条1項は、居住者が贈与、相続又は遺贈により取得した資産を譲渡した場合は、当該居住者が引き続きこれを所有していたものとみなすと規定している。

下図で、父がA時点で甲土地を取得し、B時点で父の相続が発生して甲土地の所有権が子に移転しても、B時点ではA～B間の値上り益に課税せずに繰り延べられる。その後C時点で子が甲土地を譲渡した場合には、子がA時点から甲土地を取得していたものとみなしてA～C全期間の値上り益を計算して課税する。



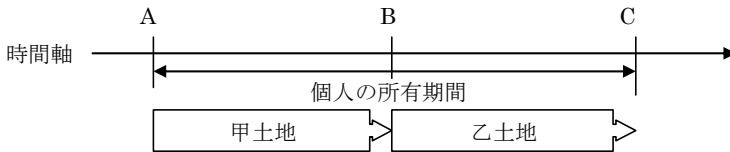
(32) 中里実＝弘中聡浩＝淵圭吾＝伊藤剛志＝吉村政穂『租税法概説』（有斐閣、2011）119頁。「感覚的な表現になるが、所得税法60条1項が適用される場合は租税属性は物に付随するのに対し、同法58条が適用される場合は租税属性は人に付随する」と論じている。

これは、資産を通じて租税属性を父から子へ引継ぐことによって、資産が内包する値上り益も旧所有者から新所有者へ引継がれることを意味する。

(2) 租税属性が人に付随する類型

所得税法 58 条は、居住者が 1 年以上有していた土地等固定資産（譲渡資産）を他人が所有していた同種の資産（取得資産）と交換して、取得資産を、譲渡資産の譲渡直前の用途と同一の用途に供した場合には、交換による譲渡がなかったものとみなすと規定している。

下図で、個人が A 時点で甲土地を取得し、B 時点で甲土地と乙土地を交換した場合を考えると、同条の規定により B の時点では譲渡がなかったものとみなされて A～B 間の値上り益は課税せずに繰り延べられる。そして C 時点で乙土地が売却された場合には、A～C 全期間の値上り益を計算して課税する。



これは、個人の所有する資産が甲土地から乙土地に転換しているにもかかわらず、譲渡所得の金額の計算上は、所得税法施行令 168 条（交換による取得資産の取得価額等の計算）の規定により、個人が乙土地を、甲土地を取得した時から引き続き所有していたものとみなされることから、租税属性が人に付随しているかのように見えることを意味する。譲渡所得の買換特例や交換特例はこの類型である。

(3) 小括

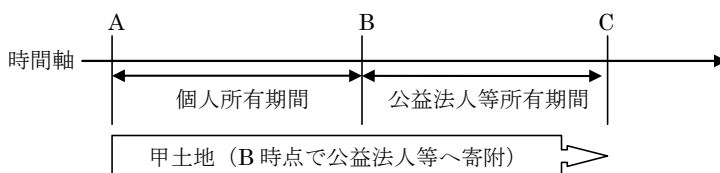
以上、租税属性が、資産に付随するか人に付随するかを見たが、いずれの類型も A～C 間の値上り益は C 時点で清算する。ここで留意すべきは、C 時点で譲渡所得を計算する際には、B 時点の時価を認識して A～B 間と B～C 間を切り離して計算することはできず、あくまでも A～C 全期間を

通じて計算する点にある。換言するならば、C 時点で「譲渡所得の基因となる資産の移転があった（所法 59①）」かどうかの認定判断は、B～C 間のみならず A～B 間の値上り益の課税にも直接影響を及ぼすのである。

2 措置法 40 条の課税繰延べの規定

続いて、措置法 40 条の課税繰延べないし課税の留保について考察する。

下図で、個人が A 時点で甲土地を取得し、B 時点で公益法人等に寄附したとする。甲土地が寄附後 2 年以内に公益目的事業の用に供されて 40 条承認を得ることができれば、A～B 間の個人所有期間の値上り益は、甲土地が「公益目的事業の用に直接供されなくなるまで」課税が繰り延べられる。



これは形式的には、相続のように租税属性が資産に付属する類型と同じに見えるが、実は似て非なるものである。

措置法 40 条は、第 2 項と第 3 項を書き分けることにより、納税義務を寄附者個人から公益法人等へ移転させている。すなわち、寄附後 2 年を経過する日までの期間内に寄附財産が公益目的事業の用に直接供されなかった場合には寄附者個人が納税義務を負い（措法 40②）、いったん公益目的事業の用に直接供された後に 40 条承認が取り消された場合は公益法人等を寄附者個人とみなすことによって公益法人等が納税義務を負う（措法 40③）⁽³³⁾。

一方、公益法人等は、40 条承認の有無とは無関係に、あくまで B 時点において B 時点の時価により甲土地を取得したと認識する。

この結果、40 条承認後の C 時点で公益法人等が甲土地を「譲渡」として、

(33) 寄附者個人は 40 条申請書面に甲土地の B 時点で時価及び A 時点での取得価額等を記載することで、A～B 間の譲渡所得の金額を 40 条申請書類上で確定させている。

B～C 間の値上り益は公益法人等に対して課税されて（ただし、通常は「譲渡」行為が収益事業に該当しないため益金に算入しない）、さらに課税が繰延べないし留保されていた A～B 間の値上り益が公益法人等に課される。

なお、C 時点で公益法人等が甲土地を所有したまま「公益目的事業の用に供しなくなった場合」には、A～B 間の値上り益は公益法人等に課税されるが、B～C 間の値上り益は、未だ譲渡があったわけではないから課されない。

要するに措置法 40 条の繰延べの仕組みは、公益法人等を寄附者とみなすことで、公益法人等に対し寄附者の所得清算を肩代わりさせるのであって、公益法人等が甲土地の租税属性を引継ぐものではない。

3 課税繰延べの取り消しのタイミング

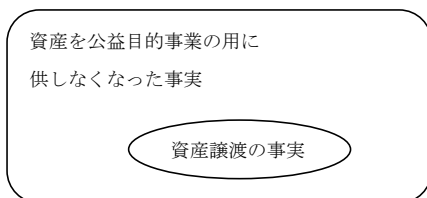
次に、40 条承認の取消事由と譲渡の関係について検討する。

(1) 譲渡と 40 条承認取消の関係

まずは措置法 40 条の文理解釈として、40 条承認は「譲渡」があったことをもって取消すものではないことを確認しておく。

措置法 40 条 3 項は、40 条承認の取消事由について「国税庁長官は、第一項後段の規定の適用を受けて行われた贈与又は遺贈を受けた公益法人等が、当該贈与又は遺贈のあつた後、当該贈与又は遺贈に係る財産又は代替資産をその公益目的事業の用に直接供しなくなった場合その他当該贈与又は遺贈につき政令で定める事実が生じた場合には、第一項後段の承認を取り消すことができる。」と規定しており、寄附財産の「譲渡」をもって取消事由とは規定していない。

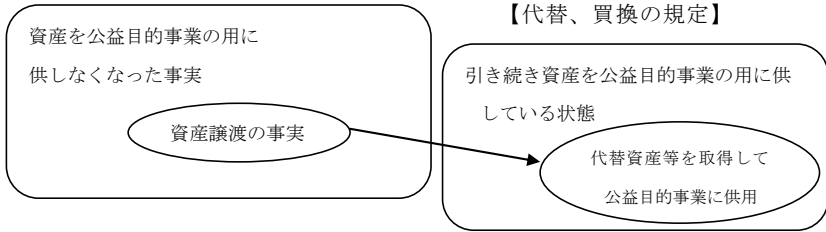
では、なぜ資産の譲渡があった場合には 40 条承認が取消されるかといえば、一般論として、所有権その他の権利の移転を意味する資産譲渡の事実は、資産を公益目的事業の用に供しなくなったという事実の一部と考えられるからである。集合図で示すならば、一般的には「資産譲渡の事実」は「資産を公益目的事業の用に供しなくなった事実」に包摂される。



そこで措置法 40 条の条文中において「譲渡」の文言がどのような部分に用いられているかを見ると、「譲渡」の文言は、①一定条件下で財産の譲渡をした場合には、当該譲渡による収入金額の全部に相当する金額を持って取得した代替資産や買換資産を当該寄附財産として扱うこと、あるいは②譲渡収入全部に相当する額の金銭等を国等に贈与した場合には 40 条承認を取消さないことを規定した箇所³⁴⁾に用いられていることがわかる。

つまり、譲渡の事実があっても、一定条件下で代替資産及び買換資産を取得してこれを公益目的事業の用に供すれば 40 条承認は継続する旨を、いわば先回りして限定的に³⁴⁾規定しているに過ぎず、条文上、「譲渡」が直接の取消事由であるとは規定していないのである。

(34) 東京高判平 12.12.21「同規定の解釈としては、当該贈与等に係る財産が、当該贈与等があった日以後二年以内に、当該財産を受けた法人の当該贈与等に係る公益を目的とする事業の用に供され、又は供される見込みであるときは、事業供用要件を満たすものであり、また、当該贈与等に係る財産につき第四項各号に規定する理由その他これらに準ずるやむを得ない理由として国税庁長官が認める理由により当該財産の譲渡をする場合において、当該譲渡による収入金額の全部に相当する金額をもって減価償却資産、土地及び土地の上に存する権利を取得するときは、これらの代替資産が、当該贈与等があった日以後二年以内に、当該財産を受けた法人の当該贈与又は遺贈に係る公益を目的とする事業の用に供され、又は供される見込みであるときも事業供用要件を満たすものであるとしたものと解すべきである。これに対し、贈与等に係る財産について、やむを得ない理由として国税庁長官が認める理由以外の理由により譲渡された場合、あるいは、譲渡による収入金額をもって減価償却資産、土地及び土地の上に存する権利以外の財産が取得された場合には、その取得された代替資産について、当該贈与等があった日以後二年以内に、当該財産を受けた法人の当該贈与等に係る公益を目的とする事業の用に供され、又は供される見込みであるとしても、事業供用要件を満たすものと解すべき根拠規定はないといわざるを得ない。」（下線筆者）
LEX/DB 文献番号 28061915



以上、要件事実としては、40条承認の取消事由は、譲渡という処分の事実ではなく、「寄附財産をその公益目的事業の用に直接供しなくなった」という事実であると理解するのが、措置法40条の解釈として妥当である。

このことは、判決において「措置法40条3項後段は、非課税承認が取り消された場合に所得税を課する旨規定しているところ、同項に基づく所得税の納税義務は、非課税承認が取り消されたことによって生ずるものであって、贈与等に係る財産又は代替資産を譲渡したという過去の実事や取引から直接生ずるものではない。また、非課税承認の取消しについても、その取消処分時点において、贈与等に係る財産又は代替資産をその公益目的事業の用に直接供しなくなったという要件を満たしていると認められる場合にされるものであって、贈与等に係る財産又は代替資産を譲渡したという過去の実事や取引を要件とするものではない。」と明確に述べられている⁽³⁵⁾。

(2) 二つの「みなし譲渡」の問題

40条承認は「譲渡」の事実をもって取消すものではないことを確認したが、譲渡関連のトピックとして「みなし譲渡」について考察しておきたい。

所得税法上のみなし譲渡課税には、次の二つがあると考えられる。

イ 時価による取引があったとみなす場合

個人が、法人へ資産を無償で譲渡した場合、又は法人へ著しく低い対価により譲渡した場合には、所得税法59条1項の規定により時価で譲

(35) 東京地判平 24.12.7 前掲注 (21)

渡したものとみなして所得計算をする。この取扱いは、その取引が時価で行われたものとみなして課税計算を行うものであるから、「資産が自己の支配を離れて他人に移転する」という意味での譲渡事実は存在する。

ロ 組織再編等により株主に株式譲渡収入があったものとみなす場合

所有する株式の株式発行人が組織再編を行ったことに基因して、個人が経済的利益を取得した際に、「配当収入」と「株式の譲渡収入」があったものと擬制して課税する場合がある。例えば、法人が自己株式の取得を行った場合の、法人と株主の関係がその例である。

会社法上、法人が行う剰余金の分配は、分配の原資が資本であっても利益であっても良いとされており、どちらを選択するかは会社の意思決定に委ねられている。分配の原資が、利益剰余金であれば「利益の配当」といい、資本剰余金⁽³⁶⁾であれば「資本の払戻し」という。

個人株主にとって、利益剰余金の分配は、通常の配当所得（所法 24）になる。一方、分配金の中に資本剰余金部分が含まれていれば、その部分は資本の払戻し、すなわち資本取引であることを理由に所得税法 24 条 1 項かっこ書きによっていったん配当所得の範囲から除外した上で、次に所得税法 25 条 1 項の「みなし配当収入」部分と、措置法 37 条の 10 第 3 項の「みなし譲渡収入」部分に区分することになる。

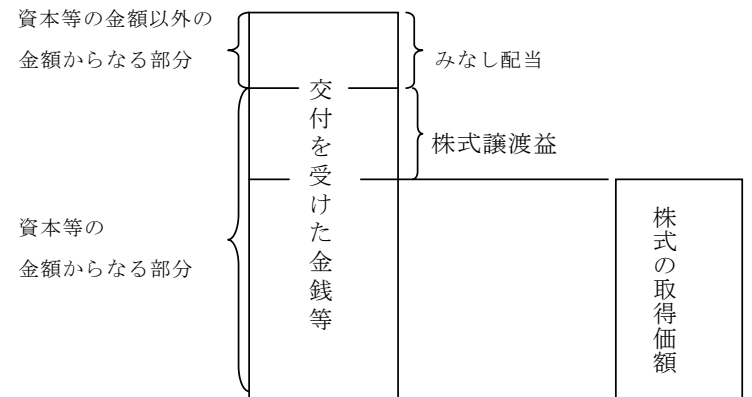
つまり税務上の所得計算では、資本剰余金部分は一定の按分計算（プロラタ計算）によって強制的に「みなし配当」部分と「みなし譲渡収入」部分に分けられて⁽³⁷⁾、それぞれが所得区分でいうところの配当所得と譲渡所得の収入金額として計算される。

(36) 資本剰余金とは、資本取引から生じた剰余金のこと、①資本準備金（資本の払戻のうちのうち 1/2 未満内で資本金にしなかった金額や合併差益など）と②その他資本剰余金（減資差益、資本準備金減少差益など）から構成される。国庫補助金、工事負担金、債務免除益などの贈与資本に基づくものと、再評価積立金、固定資産評価差益などの資本修正に基づくものが財源になると考えられる。金子宏＝新堂幸司＝平井宣雄『法律学小辞典第 4 版』（有斐閣、2006）527 頁。

(37) 資本剰余金の配当部分は、先にみなし配当の金額が計算され、残額がみなし譲渡の金額になる（措法 37 の 10 第 3 項かっこ書き）。

この結果、みなし配当部分は、資本取引でありながら、利益の配当として擬制されることになる。これは、株主が拠出した部分の金額と法人が稼得した部分の金額を峻別し、両者を混同しないという法人税法の基本的な考え方に基づいている。

また、みなし譲渡収入部分は、株主の出資割合に対応した資本の払戻しであるところ、株式の譲渡があったとみなして、出資した金額と払戻しを受けた金額との差額を譲渡損益として認識することになる。なぜ譲渡所得の収入になるかについて、例えば「減資等の事実により交付される金銭等の資産は、株式の譲渡により生ずるものではないが、実質的には株式のキャピタル・ゲインそのものであると認められるから⁽³⁸⁾」と説明されているように、要すれば、本来は株式の譲渡ではないけれども、所得計算方法が譲渡所得のそれを用いることが最も適切と考えられるためである。



出典：青木孝徳ほか『平成 18 年度税制改正の解説』（大蔵財務協会、2006）
141 頁

ハ 本題に戻り、措置法 40 条との関係で検討すべきことは、株式の「み

(38) 武田・前掲注(4) 7233 の 5 頁。

なし譲渡収入」を認識する組織再編行為は、「資産が自己の支配を離れて他人に移転する」という意味での株式譲渡に該当するか否かということである。

詳細は後述するが、株式発行法人による自己株式の取得は、発行法人にとっては株主に対する出資の払戻しとしての資本取引に相違ないが、個人株主にとっては対価を取得する代わりに株主の権利を「譲渡」することにほかならず、これは私法上の売買取引契約といえる。要するに、自己株式の取引は資本取引と売買取引の二面性を有している。このように株主にとって私法上は「譲渡」でありながら、税法上は「譲渡とみなす」行為を、40条承認取消事由との関係でどのように関連付けるかが問題になる。

この問題は、第2章において組織再編における株主課税について整理・検討した後に、第3章において再度考察する。

第2章 法人組織税制と組織再編税制

第1節 組織再編に関連する法改正の流れ

本節では、法人組織税制と組織再編税制の関係を確認するために⁽³⁹⁾、関連する商法改正、会社法制定及び税制改正の流れを概観する。改正の年表は後掲の表1参照。

1 商法・会社法の改正

日本においてバブル経済崩壊後の経済不況が長引く中で、会社が抱える事業の選択と集中を行って企業を活性化する必要があった。これを迅速に行うためのツールとして組織再編に関する法整備が行われてきた⁽⁴⁰⁾。

(1) 平成6(1994)年商法改正

経済界から要望の多かった**自己株式の取得規制の緩和**が行われた。従来、自己株式の取得は、資本の空洞化、会社支配の空洞化、株価操縦やインサイダー取引などの不正取引の危険性等の弊害があるとして規制されていた。自己株式取得の緩和は平成9年及び13年改正でほぼ完成する。

(2) 平成9(1997)年商法改正

平成9年商法改正前に存在した組織再編としては、事業移転型としての**事業譲渡**と、株式移転型の**株式譲渡**及び**新株発行(第三者割当等)**が代表的であった。

平成7年ころからの規制緩和推進計画を受けて、平成9年の商法改正で合併法制が合理化・柔軟化されて、簡易合併手続きの導入、債権者保護手

(39) 金子宏名誉教授は、法人の設立、合併、分割及び解散をめぐる所得課税制度を法人組織税制と総称した上で、平成13年度税制改正で導入された制度を組織再編税制として区別している。金子宏『租税法第19版』(弘文堂、2014)428頁・429頁。

(40) 参考文献として、武井一浩「会社法改正とM&A—経済成長戦略としての改正の歴史と今後の課題—」商事法務2000号(2013)53頁～69頁、稲葉威雄＝尾崎安央『改正史から読み解く会社法の論点』(中央経済社、2008)1頁～13頁、305頁～323頁。

続の簡素化などが行われた。

(3) 平成 11 (1999) 年商法改正

完全親子会社関係を創設するための**株式交換及び株式移転制度**が創設され、持株会社が解禁された。

(4) 平成 12 (2000) 年商法改正

「会社分割制度」が創設された。従来は新会社の設立にあたり、分割する会社の一部を現物出資したり、新会社設立後に分割する会社の一部を事業譲渡したりしていたが、この方式では個々の財産の移転手続きが煩雑であり、時価による譲渡課税として税負担も大きかった。この会社分割制度創設によって、個々の財産の移転手続きを経ずに、特定の事業を包括的に他の会社に承継させることが可能になった。

(5) 平成 13 (2001) 年商法改正

自己株式取得の自由化 (**金庫株の解禁**)、株式単位の自由化、**種類株式の多様化**、新株予約権制度の創設、新株発行規制関連の緩和が図られた。また、株式の電子化が行われた。

(6) 平成 15 (2003) 年産業活力再生特別措置法改正

産業活力再生特別措置法は、商法の特別法に当たる。同法の改正によって合併、株式交換、会社分割、事業譲渡といった組織再編にあたり、株主総会の特別決議不要の範囲が拡大されるなど手続きの迅速化が図られた。更に、吸収合併、株式交換、吸収分割について、対価として存続会社の株式以外に、金銭のみを交付する交付金合併や、他の会社の株式を交付する三角合併など、合併対価の柔軟化が図られた。

(7) 平成 17 (2005) 年会社法制定

会社法の制定によって、それまで行われてきた会社法制現代化作業に一応の決着がついた。**合併対価の柔軟化**が会社法に取り込まれ⁽⁴¹⁾、吸収型組

(41) 平成 17 年度改正前商法では、合併消滅会社の株主に交付する対価は、(割当比率調整金を除いて) 存続会社又は新設会社の株式でなければならないとされていたところ、会社法では吸収合併、吸収分割、株式交換の場合に存続会社等の株式を交付せず、

織再編（吸収合併、吸収分割、株式交換）における消滅会社と存続会社の関係、及び新設型組織再編（新設合併、新設分割、株式移転）における消滅会社と新設会社の関係が規定された。そのほかに、現物配当の解禁、全部取得条項付種類株式の創設、会社分割をめぐる諸規制の緩和、種類株式関連規定の全面整理が行われた。

2 法人税法の改正

平成 11 年の商法改正を契機に、平成 11 年度税制改正で純粹持株会社税制が導入され、株式交換、株式移転は、一定の条件下で株式譲渡所得に対する課税が繰り延べられることになった⁽⁴²⁾。

平成 12 年の商法改正による会社分割制度の導入を契機に、平成 13 年度税制改正で組織再編税制が導入された。それまでであった法人組織税制を整理し⁽⁴³⁾、合併・分割等に伴う資産または負債の移転は、原則として時価による譲渡があったものとして資産等を移転させた法人の各事業年度の所得を計算することを定めたうえで（法法 62）、合併、分割、現物出資及び事後設立の 4 種類の組織再編において一定の要件を満たす適格組織再編にあつては、帳簿価格の引継ぎによる課税の繰延べを行う組織再編税制が導入された⁽⁴⁴⁾。

平成 18 年度税制改正では、株式交換、株式移転税制を組織再編税制の 1 つの類型として、措置法から法人税法に移して本則化し、必要な改正を加え

金銭その他の財産を交付することを認めた。神田秀樹『会社法第 15 版』（弘文堂、2013）323 頁。

(42) 金子・前掲注 (39) 445 頁・446 頁。

(43) 法人組織税制には相当に長い歴史がある。「合併の場合の清算所得に対する課税は大正 9 年、合併差益に対する課税は昭和 2 年、現物出資の課税特例は昭和 17 年、みなし配当に対する課税は大正 9 年に始まりました。これらの税制は、その後、それぞれに幾度かの変遷を経て現在に至ったものですが、平成 13 年度改正前の直近の主要な改正は、昭和 42 年の合併の場合の清算所得に対する課税制度の改正となっています。」中尾睦ほか『平成 13 年改正税法のすべて』（大蔵財務協会、2001）131 頁・132 頁。

(44) 金子・前掲注 (39) 429 頁。

た⁽⁴⁵⁾。

3 所得税法の改正

所得税法の株主課税の改正は、法人税法の平成 11、13、18 年度改正と連動している。なお、個別の組織再編行為に係る課税関係は、本章第 3 節 2 (1) ～ (3) で述べる。

(1) 平成 11 年度改正

商法において、株式交換と株式移転の制度が創設されたため、株式交換・移転により特定の子会社株式を譲渡した場合に、一定の条件下において新株が旧株の取得価額を引き継ぐ方式により課税の繰延べが認められた（旧措置法 37 の 14）。

(2) 平成 13 年度改正

組織再編に係る税制整備の一環として、金銭その他の資産の交付がない場合のみなし配当課税は行わないこととし、法人の合併、分割等の事由により株主に金銭その他の資産の交付がある場合のみなし配当課税についての規定（所法 25）⁽⁴⁶⁾が整備された⁽⁴⁷⁾。

また、みなし配当課税規定と一体のものとして、法人の合併、分割等の事由により株主等がその法人から交付を受ける金銭その他の資産の価額の合計額（みなし配当課税部分を除く）を譲渡所得等とみなす規定（措法 37 の 10③）が整備され、これを踏まえて、株式の取得価額の付替計算（所法 48）の改正が行われた。

(3) 平成 18 年度改正

イ 株式交換・株式移転

(45) 金子・前掲注 (39) 447 頁。

(46) みなし配当の金額計算の基になる「株式に対応する資本等の金額（取得資本金額）」の計算規定が新たに整備された。（武田・前掲注 (4) 1524 頁。）

(47) みなし配当課税制度の変遷は、小山真輝「配当に関する税制の在り方」税大論叢 58 号（2008）118 頁～132 頁参照。<http://www.nta.go.jp/ntc/kenkyu/ronsou/62/01/pdf/62-1.pdf>

平成 11 年度に導入した株式交換、株式移転の取扱いが変更された。改正前は、旧措置法 37 条の 14 に「株式交換・株式移転」の規定があり、株式交換・株式移転によって特定子会社の株主が特定親会社の株式以外に交付金銭等の交付を受けた場合であっても、それが譲渡対価の 5% 未満であれば課税の繰延べが認められていた。

しかし、合併や分割による課税繰延べの要件は、対価として交付されるものは合併法人株式や分割承継法人株式のみが交付された場合に限っていたことから、税制の整合性を図る観点から見直しが行われ、株式交換・株式移転の特例制度は所得税法本法(所法 57 の 4①②)に創設され、措置法の規定は廃止された⁽⁴⁸⁾。

ロ 取得請求権付株式、取得条項付株式、全部取得条項付種類株式

同時に、取得請求権付株式の請求権行使、取得条項付株式の取得事由の発生及び全部取得条項付株式の取得決議を原因として、株主が発行会社に株式を譲渡した場合の特例規定が所得税法本法に創設された(所法 57 の 4③)。

(48) 武田・前掲注(4) 4261 の 4 頁。

表 1

商法、会社法と税制の改正

年（西暦）	商法/会社法	法人税関係	所得税関係
6（1994）	・自己株式の取得規制の緩和		
9（1997）	・合併法制の合理化、柔軟化		
11（1999）	・株式交換、株式移転制度導入 ・持株会社解禁	・株式交換、株式移転に係る課税の特例創設（旧措法）	・株式交換、株式移転に係る課税の特例創設（旧措法）
12（2000）	・会社分割制度の導入		
13（2001）	・自己株式取得の自由化（金庫株解禁） ・株式単位の自由化 ・額面株式の廃止 ・新株予約権の創設 ・種類株式制度の見直し	・組織再編税制の創設	・組織再編税制の創設 ・株式以外の金銭等の交付がない場合に、みなし配当課税を行わない規定 ・合併、分割の場合のみなし譲渡規定と株式取得価額の付替計算の改正
14（2002）		・自己株式譲渡に係る取扱いの改正 ・連結納税制度の創設	
15（2003）	・取締役会決議による自己株式の取得	・連続した組織再編が行われた場合の適格要件の見直し	
17（2005）	・会社法制定		
18（2006）	・会社法施行	・会社法の制定に伴う整備 ・株式交換、株式移転に係る課税特例の本則化（措置法の規定廃止）	・株式交換、株式移転に係る課税特例の本則化（措置法の規定廃止） ・取得請求権株式等の課税特例の本則化
19（2007）	・対価の柔軟化規定の施行	・合併等対価の柔軟化に対応する規定の整備 ・事業関連要件の明確化 ・株式交換等に係る適格要件の見直し ・クロスボーダーの組織再編に関する国際課税の改正	・合併等対価の柔軟化に対応する規定の整備
20（2008）		・適格合併等の適格要件の見直し	
22（2010）		・グループ法人税制の創設に伴う組織再編税制の見直し	

4 組織再編の分類

日本の税法は、会社法第 5 編に規定されている典型的な組織再編行為と、組織再編に類似する多様な行為に関して課税上の取扱いを定めている。

本稿では、組織再編を「会社の資本的基盤や組織に変動をもたらす行為⁽⁴⁹⁾」としてとらえて、①会社法第 5 編に規定されている行為、②組織再編に類似する行為、③種類株式の内容に基因する行為に区分した上で検討する。

なお、株式分割及び株式併合は、株式数を増減させるだけなので取り上げない⁽⁵⁰⁾。

(1) 会社法第 5 編に規定されている行為

会社法に第 5 編に定められている組織再編行為として、以下のものがある。

- ・ 組織変更（定義規定は会社法 2 二六）
- ・ 合併、吸収合併（同法 2 二七）、新設合併（同法 2 二八）
- ・ 会社分割、吸収分割（同法 2 二九）、新設分割（同法 2 三十）
- ・ 株式交換（同法 2 三一）
- ・ 株式移転（同法 2 三二）

(2) 組織再編に類似する行為

(1) 以外に、株式会社が第三者との間で行う取引のうち、当該会社の資本的基盤や組織に変動をもたらす行為として以下のものがある。

- ・ 新株発行及び自己株式の処分（会社法 199①）
- ・ 現物出資（会社法 28①）
- ・ 事後設立（会社法 467①五）
- ・ 事業譲渡（会社法 467①一、二）
- ・ 現物配当（会社法 454④）

(49) 西村あさひ法律事務所『M&A・企業組織再編のスキームと税務～M&A を巡る戦略的税務プランニングの最先端～』（大蔵財務協会・2012）6 頁。

(50) 国税庁ホームページ質疑応答事例「寄附株式の分割により取得した新株を譲渡した場合」<http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/shitsugi/joto/21/05.htm> 参照。

- ・ 解散、清算（会社法 475）

（3）種類株式の内容に基因する行為

会社法は、各株式の権利内容は同一であることを原則としつつ、①譲渡制限、②株主から会社への取得制限、③会社による強制取得の3項目について、特別な定めをすることを認めた⁽⁵¹⁾。これに関連して内容の異なる種類の株式として、会社法 108 条は9種の種類株式を規定している。

種類株式の導入目的は、会社が資金調達自由度を高めることや、同族会社を中心としてニーズに合った企業統治を可能にするものであるが、全部取得条項付株式などは少数株式の締め出し（スクイーズアウト）など企業再編の手段としても利用されており、種類株式制度があればこそ迅速な組織再編が可能になることから、種類株式の制度は、組織再編、事業承継及び企業再生という「目的」を達成するための有効な「手段」といえる。

そのため株主の課税を考える上では、合併、分割などの組織再編行為とともに、次のような取引も検討対象とする。

- ・ 取得請求権付株式の請求権行使（会社法 166）
- ・ 取得条項付株式の取得事由の発生（会社法 168）
- ・ 全部取得条項付株式の取得決議（会社法 171）

第2節 組織再編における法人課税の取扱い

1 組織再編税制の基本的考え方

法人組織税制についてはここでは触れず、以下では組織再編税制について述べる。

組織再編税制とは、「合併、分割、株式交換、株式移転、現物出資及び現物分配の6種類の組織再編成に係る課税上の取扱いを統一的に規律する制度⁽⁵²⁾」である。

(51) 神田・前掲注(41) 71頁。

(52) 中里ほか・前掲注(32) 183頁。

組織再編税制では、次の三つが主要な論点である。

- ① 法人の、法人保有に係る資産・負債についての譲渡損益課税（時価評価含む）
- ② 法人の、引当金や準備金、欠損金等の引継ぎ
- ③ 株主の、みなし配当課税及び株式譲渡損益課税

三つの論点に共通する組織再編税制の基本的な考え方は、資産等の移転が形式と実質の両面においてその資産等を手放すものであるときには、その資産等の譲渡損益の計上を求めるが、他方で、その移転が形式のみで実質的にはまだその資産を保有しているということができるならば、その資産等の譲渡損益の計上を繰り延べるといふ実質主義をとっている。

ここでいう実質的な資産保有状態とは、移転資産に対する支配が継続している場合には、その譲渡損益の計上を繰り延べて従来の課税関係を継続させるものであり、具体的には、資産を移転する法人段階（上記①及び②）では事業の継続性が確保され、株主段階（上記③）では投資の継続性が確保されていれば、資産等の移転に伴う時価課税は繰り延べられる⁽⁵³⁾。

本稿は、組織再編と措置法 40 条との関連を考察するものであるから、主として上記③の個人株主課税について検討することとし、法人課税に関しては概略にとどめる。

(53) 税制調査会が平成 12 年 10 月 3 日に公表した文書によれば、「会社分割・合併等の組織再編に係る法人税制の検討の中心となるのは、組織再編により移転する資産の譲渡損益の取扱いと考えられるが、法人がその有する資産を他に移転する場合には、移転資産の時価取引として譲渡損益を計上するのが原則であり、この点については、組織再編により資産を移転する場合も例外ではない。ただし、組織再編により資産を移転する前後で経済実態に実質的な変更がないと考えられる場合には、課税関係を継続させるのが適当と考えられる。したがって、組織再編において、資産移転に対する支配が再編成後も継続していると認められるものについては、移転資産の譲渡損益の計上を繰り延べることが考えられる。また、分割型の会社分割や合併における分割法人や被合併法人の株主の旧株（分割法人や被合併法人の株式）の譲渡損益についても、原則として、その計上を行うこととなるが、株主の投資が継続していると認められるものについては、上記と同様の考え方にに基づきその計上を繰り延べることが考えられる」とされている。（税制調査会 会社分割・合併等の企業組織再編成に係る税制の基本的考え方 第一(3)。<http://www.cao.go.jp/zeicho/tosin/zeichog4.html>

2 資産を移転する法人及び法人株主に対する課税

(1) 資産を移転する法人に対する課税の取扱い

組織再編により資産等の移転を行った場合は、原則として移転した資産等を時価により譲渡したものとみなして譲渡損益の計算を行う。ただし、適格組織再編に該当する場合には、特例として、その移転資産等を帳簿価額により引き継ぎいだものとして譲渡損益を繰り延べる。

法人税法上、「適格」が付される組織再編は、適格合併、適格分割、適格現物出資及び適格現物分配、並びに適格株式交換及び適格株式移転の6つである。

これらのうち適格現物分配⁽⁵⁴⁾を除く5形態について、適格とされるためには、基本的に、①組織再編が「企業グループ内の組織再編⁽⁵⁵⁾」又は「共同事業を営むための組織再編」であること⁽⁵⁶⁾、②存続法人又は親法人のいずれかの株式又は出資以外の資産が交付されないことという2点が重要な適格要件になっている。

その他、組織再編行為に共通する適格要件及び個別の組織再編行為に係る適格要件の概要は、表2のとおりである。

(54) 適格現物分配は、現物分配を受ける者が、現物分配を行う法人と完全支配関係がある法人に限られ、個人が現物分配を受ける場合は対象にならない。また複数の者に対して現物分配した場合に、その者の中に個人が一人でも含まれていれば全体が非適格となる。

(55) 企業グループ内の組織再編は、①完全支配関係にある場合と、②関係会社間の関係にある場合に区分できる。

(56) 日本の組織再編税制がグループに着目しているのに対し、ヨーロッパは事業の継続性に着目した制度であり、アメリカは株主の投資の継続性に着目した制度であると解説されている。朝長英樹＝藤田耕司＝仲谷栄一郎「組織再編税制を巡る否認が相次ぐ中、今明かされる行為計算否認規定（法人税法132条の2）の創設の経緯・目的と解釈」〔朝長発言〕T&Amaster449号（2012）5頁。

表 2

区分	適格組織再編の要件	完全支配会社（100%の出資関係）	関係会社間の関係（50%超100%未満の所有関係）	左記以外（共同事業を行う関係）
共通	株式のみ交付要件	○	○	○
	株式継続保有要件	△	△	○
	従業者引継要件		○	○
	事業継続要件		○	○
	事業関連要件			○
	事業規模要件（又は経営参画要件）			○
個別	按分型要件（分割）	○	○	○
	主要資産負債引継要件（分割、現物出資）		○	○
	（完全）支配関係継続要件（株式交換、株式移転）	○	○	○

○＝該当、△＝一部該当

【各要件の内容】

- ・ 株式のみ交付要件＝対価として株式以外の金銭等の交付が行われないこと。
- ・ 株式継続保有要件＝一定の株主が組織再編後も継続して新たな株式を保有すること。
- ・ 従業者引継要件＝移転事業（又は完全子法人）の従業者の80%が引き続き承継事業（又は完全親法人）に従事すること。
- ・ 事業継続要件＝移転事業が承継法人において引き続き営まれる見込みであること。
- ・ 事業関連要件＝移転事業と承継事業（又は子法人事業と親法人事業）が相互に関連するものであること。
- ・ 事業規模要件＝移転事業と承継事業（又は子法人事業と親法人事業）の売上げ、従業者の数等が5倍を超えないこと。
- ・ 経営参画要件＝組織再編前の特定役員が、組織再編後に退任せず、引き続き経営に参画すること。
- ・ 按分型要件＝分割においては、分割承継法人の株式が株主に平等に交付されること。
- ・ 主要資産負債引継要件＝移転事業に係る主要な資産及び負債が、承継法人に移転すること。
- ・ （完全）支配関係継続要件＝株式交換完全親法人が株式交換完全子法人の発行済株式の全部を直接又は間接に保有する関係が継続すること。

(2) 法人株主に対する課税の取扱い

法人株主に対する課税は、基本的に次節の個人株主に対する課税と同じである。

第3節 組織再編における個人株主に対する課税

1 個別の組織再編行為に対する譲渡所得課税

本章第1節4に記した分類ごとに、それぞれの組織再編行為に係る個人株主に対する課税を整理する。必要に応じて法人組織税制に触れる。

(1) 会社法に直接定められている行為

イ 組織変更

会社が法人格の同一性を保ちつつ別の種類の会社になること。①株式会社から持分会社への変更と、②持分会社から株式会社への変更がある(会社法2二十六)⁽⁵⁷⁾。

個人株主に対する課税は、組織変更に際して当該組織変更をした法人の株式又は出資以外の資産の交付がなければ、株式の取得価額を引継ぐことによって課税が繰り延べられる。逆に株式以外の金銭等(以下、boot⁽⁵⁸⁾という)の交付があった場合には、対価の合計額のうち、「取得資本金額⁽⁵⁹⁾」を超える部分の金額はみなし配当として課税され、残りの部分の金額は譲渡所得の収入金額として課税される。(所法25①六、所令115、措法37の10③六)

ロ 合併

合併は、当事会社のひとつが存続して他の消滅する会社を吸収する「吸

(57) 神田・前掲注(41)311頁。

(58) bootとは、交換などの取引において価値を平等にするための「おまけ」の意味。いわば交換差金や調整金に当たる。なお、配当代わり金、端数処理金、反対株式買取請求権の対価として支払われる現金は「株式のみ交付要件」において例外的に認められるから、本稿でいうbootから除外する。

(59) 取得資本金額とは、その法人の資本金等の額のうちその交付の基因となった株式又は出資に対応する部分の金額を指す。

取合併」と、当事会社のすべてが消滅して新しい会社を設立する「新設合併」に区分できる⁽⁶⁰⁾。

合併の法的性質については、①当事会社が合体する組織法上の特別の契約で、合併前後でそれぞれの会社の実質的な変化はなく、単純に法人格がひとつになったとする人格合一説と、②消滅会社がすべての財産を現物出資し、存続会社が株式を発行するか又は新設会社が設立されると考える現物出資説とがある⁽⁶¹⁾。合併を、個人株主の株式譲渡としてとらえるかどうかは、どちらの説を論拠とするかにより見解が異なる。

法人税法の考え方は、被合併法人が合併法人に資産・負債を移転したときは、時価により資産・負債を譲渡したものとして所得計算をする（法法 62①前段）。また、合併法人から被合併法人の株主に交付される合併法人の新株その他の資産は、被合併法人がいったん合併法人から時価で取得し、直ちにその株主に交付したものとする（法法 62①後段）。これは、合併によって合併前の被合併法人の実態が合併後の合併法人へと実質的に変化してしまうため、たとえ合併法人の株式のみの交付を受けた場合のように、株主にとって合併前後で所有株式の経済価値が変わらないような場合であっても、被合併法人の株式等について実質的にその清算が行われたとみるのが当然と考えられることから⁽⁶²⁾、みなし配当課税を行うための取扱いである⁽⁶³⁾。

その結果、原則として被合併法人の株主にみなし配当が課される（所法 25①）。ただし、「合併に係る清算所得の課税に対しては、かねて、合

(60) 神田・前掲注(41) 321頁。

(61) 神田・前掲注(41) 321頁。

(62) 組織再編税制の創設を主導した朝長英樹税理士は次のように述べられている。「被合併法人の株主の株式処理を「譲渡」とするのか「譲渡以外のもの」とするのかは、その後に予定していた組織再編税制の考え方の根幹にかかわるものでしたので、慎重に検討を進めたところです。その結果、法人税法においては「譲渡」とすべきとの結論に至ったわけですが、所得税においては、今でも、所得税法上は「譲渡」ではなく、租税特別措置法において「譲渡」とする、という構造になっています。」朝長ほか・前掲注(56) 4頁。

(63) 武田・前掲注(4) 1527頁。

併に対する阻害要因になって好ましくないという批判が強かったため⁽⁶⁴⁾個人株主へのみなし配当課税は、合併行為が適格合併であれば課税されないこととされている（所法 25①一かつこ書き）。

一方、みなし譲渡課税は boot の交付があれば課税され、交付がなければ繰り延べられる（措法 37 の 10③一、所令 112）。

以上のことから、法人税法上非適格ではあるが boot の交付がない合併では、株主に対してみなし配当課税が行われるが、みなし譲渡課税は繰り延べられることになる。この場合、合併法人から交付された新株式の取得価額は、旧株の取得価額を引継ぐとともに、みなし配当課税部分の金額が加算される。

ハ 分割型分割

会社分割には、分社型分割と分割型分割がある。

承継会社等の株式等が、会社分割の対価として分割会社に交付される場合を「分社型」又は「物的」分割と呼ぶ。分社型分割は、分割法人が分割承継法人の株式等を取得することとまるため、分割法人の株主に課税関係は生じない。

一方、承継会社の株式が分割会社の株主に交付される場合を「分割型」又は「人的」分割と呼ぶ。会社法は、分割型分割の場合には、対価がいったん分割会社に交付され、その後分割会社からその株主に剰余金の配当（現物配当を含む）がされるものと構成した⁽⁶⁵⁾。すなわち分割型分割は、分社型分割の後に、分割法人がその株主に対して現物配当として分割承継法人の株式を分配することから、株主に課税関係が生じる。

個人株主への課税は、株主が分割承継法人の株式のみの交付を受けた場合でも、分割前の分割法人の株式が分割後の分割承継法人の株式等に置き換わり、実質的に分割前の株式の清算が行われたと考えられること

(64) 金子・前掲注 (39) 431 頁。

(65) 神田・前掲注 (41) 343 頁～344 頁。

から、みなし配当の対象とするのが原則である⁽⁶⁶⁾。しかし、合併と同様の考え方により、適格分割型分割であれば、みなし配当課税を行わない。

一方、みなし譲渡課税は boot の交付の有無により課税か繰延べかに分かれる。(所法 25①二、所令 113、措法 37 の 10③二)

以上のことから、法人税法上非適格であるが boot の交付がなかった分割型分割では、株主に対してみなし配当課税が行われるが、みなし譲渡課税は繰り延べられる。この場合、分割法人を経由して分割承継法人から交付された新株の取得価額は、みなし配当部分を加算するなど一定の算式で計算した旧株の取得価額を付け替えるとともに、分割後も保有する旧株の取得価額は、新株に付け替えられた金額を控除した金額とされる(所令 113①)。

ニ 株式交換・株式移転

(イ) 株式交換・株式移転の内容

株式交換・株式移転(以下、両者を併せて株式交換等という)とは、ある会社がある株式交換契約の締結又は株式移転計画の作成及び株主総会の特別決議の承認等により他の株式会社の 100%子会社となる行為で、その親会社となる会社が既存の会社である場合を「株式交換」、新設会社である場合を「株式移転」という⁽⁶⁷⁾。

株式に着目すると、株式交換は、ある会社がある発行済み株式の全部を他の会社に取得させる行為であり、株式移転は、ある会社又は複数の会社がある発行済み株式の全部を新設する法人に取得させる行為である⁽⁶⁸⁾。

親会社にとって、合併は「会社財産の取得」であるのに対し、株式交換は「会社そのものの取得」に当たる⁽⁶⁹⁾。このように、合併は、合併法人が被合併法人の事業や資産を直接取得して支配する行為である

(66) 武田・前掲注(4) 1532 頁。

(67) 神田・前掲注(41) 352 頁。

(68) 武田・前掲注(4) 4261 の 4 頁。

(69) 武田昌輔編著『コンメンタール法人税法』(第一法規、加除式) 627 の 6 頁。

から当事会社の財産に変動があるのに対し、株式交換等は株式の所有を通じて親会社が子会社を支配する関係にあるから、当事会社の財産に変動はない⁽⁷⁰⁾。

(ロ) 株式交換・株式移転の株主課税

完全子会社になる法人の個人株主にしてみれば、ある会社の株式が、他の既存会社の株式又は新設会社の株式に換わることになるから、株式交換・株式移転は、所得税法上は本来の株式譲渡として整理されている。

所得税法の改正の流れで述べたとおり、株式交換等の旧規定は、完全親子会社関係を円滑に創設する目的で、平成 11 年、商法に株式交換及び株式移転の制度が導入され、これに伴い租税特別措置法を改正し、株式交換及び株式移転により特定子会社株式を譲渡した場合は、その株式を譲渡した株主について株式譲渡益の課税の繰延べを認めることとした。この旧規定は、①特定親会社⁽⁷¹⁾における特定子会社⁽⁷²⁾株式の受入価額が、特定子会社株主の帳簿価額に相当する金額以下であり、②株式交換等により交付を受けた新株の価額及び金銭等の額の総額のうちに占める新株の価額が 95%以上であれば繰延べを認めていた(旧措置法 37 の 14)。このように、子会社の株主が、株式交換等の対価として親会社の株式以外に boot の交付を受けた場合でも、boot の割合が全体の 5%未満であれば課税の繰延べが認められていた。

しかしながら、合併や分割型分割に係る課税繰延べが、boot の交付が全くない場合に限られていたことから、組織再編に対する課税の中立性、税制の整合性を図る等の観点から平成 18 年度税制改正で見直され、所得税法本法において課税の繰延べ制度が創設され、引き換え

(70) 神田・前掲注(41) 355頁

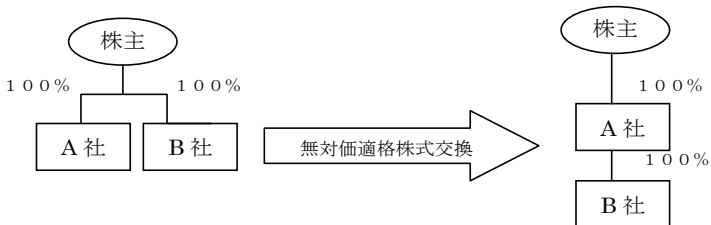
(71) 株式交換等により完全親会社になる法人をいう。

(72) 株式交換等により完全子会社になる法人をいう。

に措置法で定めていた株式交換等の特例制度が廃止された⁽⁷³⁾。

現行の課税の繰延べ制度は、個人が、①旧株の発行法人が行った株式交換により、当該株式交換完全親法人⁽⁷⁴⁾に対し当該旧株の譲渡をし、かつ、当該株式交換完全親法人の株式若しくは政令で定める関係がある法人の株式のいずれか一方の株式のみの交付を受けた場合、又は②旧株を発行した法人が行った適格株式交換により当該旧株を有しないこととなった場合には、旧株の譲渡又は贈与はなかつたものとして課税を繰り延べるものである（所法 57 の 4①）。したがって、boot の交付がある場合には譲渡所得が課税される⁽⁷⁵⁾。特例を適用した株主が取得した新株の取得価額は、旧株の取得価額を引き継ぐ（所令 167 の 7③）。株式移転の課税も同様である。

なお、上記②でいう適格株式交換により当該旧株を有しなくなった場合とは、株式交換前において、株式交換完全親法人と株式交換完全子法人⁽⁷⁶⁾が、同一者によって発行済み株式総数を 100%保有されており、株式交換後も当該同一者による完全支配関係の継続が見込まれるものである（法法 2 十二の十六、法令 4 の 2⑫）。



(73) 青木孝徳ほか『平成 18 年度税制改正の解説』（大蔵財務協会、2006）164 頁～165 頁。

(74) 株式交換により他の法人の株式を取得したことによってその法人の発行済株式の全部を有することとなった法人をいう（法法 2 十二の六の四）。

(75) ただし、①株式交換に反対する株主の買取請求により交付される金銭、②剰余金の配当として交付される金銭を除く（所法 57 の 4①かつこ書き）。また、一株に満たない端株の代りに交付される代金（所令 167 の 7⑦）や端株の譲渡代金（所基通 57 の 4-1）は、株式が交付されたものとして取り扱われる。

(76) 株式交換によりその株主の有する株式を他の法人に取得されたその株式を発行した法人をいう（法法 2 十二の六の三）。

この無対価の適格株式交換が行われた場合、A社株式の取得価額は、B社株式の取得価額を加算した金額になる（所令167の7④）。

おって、株式完全子法人における税制適格要件の判定にあつては、株式交換後の直接完全支配関係の継続が求められるが（法令4の2⑭）、株主課税の判定に関しては株式交換後の直接完全支配関係の継続は要件になっていない。

株式交換等は、完全子法人の株主にとってみれば株式の本来の譲渡であり、完全子法人が株式交換の当事者にならない（つまり取引からはずれている）ことから完全子会社になる法人から株主への資産の交付がないため、たとえbootが交付されても、対価にみなし配当課税がされることはなく、対価の全額が譲渡収入になる⁽⁷⁷⁾。規定上も、合併や分割型分割と異なり、株式交換完全子法人から対価の交付を受けたものとみなす規定がないことから、株式交換及び株式移転は対価の全部が譲渡収入とされる。

(ハ) 株式交換・株式移転の法人課税

法人税法の取扱いとして、株式交換等は株式の取得によって子会社財産を間接的に取得できるから、合併と株式交換は子会社財産の取得という点で共通の効果をもたらす。そこで、合併と株式交換等の間で税制上整合性を図る目的で、非適格交換等を行った場合には、親会社と子会社との間に完全支配関係がある場合を除いて、財産変動のない完全子法人となる会社の保有資産に関して時価評価課税がされる（法62の9①）⁽⁷⁸⁾。

(77) 株式交換等と同時に特定親会社から配当金を受取る場合について、所得税法57条の4第1項では、「当該株主に対する剰余金の配当として交付された金銭その他の資産」は、そもそも同条の特例の対象外であると規定している。つまり、株式交換と同時に特定親法人から剰余金の配当があつたとしても、この剰余金の配当は、その原資が利益のものであれ、資本のものであれ、配当時に所得税法24条及び同法25条並びに措置法37条の10③三で課税されているから、本件株式交換に対する課税関係とは別次元のものとして整理されているのである。武田・前掲注(4)4261の11頁。

(78) 非適格株式交換等の場合に、完全子法人の資産を時価評価して評価損益を所得算

(2) 組織再編に類似する行為

この類型に対する個人株主への課税は、みなし配当課税（所法 25①二～五）がされるならば、これに対応してみなし譲渡課税（措法 37 の 10③三～五）されることに特徴がある。

イ 現物分配・現物配当

現物分配とは、剰余金の配当、自己株式の取得、資本の払戻し、残余財産の分配、出資の消却及び組織変更の事由により、法人が株主等に対して金銭以外の資産を交付することをいう（法法 2 十二の六）。このように現物分配は、剰余金の配当を除いて、他の組織再編行為を基因として行われることから、基因となった事由により課税要否を判断することになる。

なお、法人株主は適格現物分配に該当すれば課税の繰延べができるが、個人株主は適格現物分配の適用対象者になり得ない（法法 2 十二の十五）。

ロ 減資

減資とは、資本金という計算上の数値を減少することであり、株主への払戻し行為は必ずしも必要ではない。したがって、減資にともなって会社の財産の一部を現実に払い戻す実質的な減資（有償減資）と、会社の財産の払戻しを伴わない欠損補てんのためにする形式的減資（無償減資）の両方が存在する。また、減資そのものは株式数に影響を与えるものではない。

会社法では、株式の消却は自己株式として保有している株式のみ認められている（会社法 178①）。したがって、株主が保有している株式を消却する場合には、減資と同時に自己株式として取得した後に消却を行うか、あるいは株式数のみ減らす場合は減資と同時に株式の併合を行うこととなる。

入する規定（法法 62 の 9）について、本来は株式交換等の取引当事者ではない完全子会社に課税することを疑問とする意見として、渡辺徹也『企業組織再編と課税』（弘文堂、2006）112 頁～116 頁。

有償減資で、株式の消却に伴い対価の払戻しがあり、その対価の額が減資会社の資本金等の金額を超える部分がある場合には、みなし配当課税される（所法 25①三）。更に、対価の額からみなし配当金額を控除した金額は、株式の譲渡収入金額とみなされる（措法 37 の 10③三）。

なお、株式の消却を伴う無償減資は譲渡収入はゼロとなる。また、株式の消却を伴わない減資は課税関係が生じない。

おって、個人株主は、有償と無償を問わず減資によって所有株式数が減少する場合は、1株当たりの帳簿価額を修正する付け替え計算を行う必要がある。

ハ 解散

株式会社の法人格の消滅をもたらす原因となる事実を解散といい、解散に続いて法律関係の後始末をする手続きを清算という⁽⁷⁹⁾。残余財産とは、その名のとおり解散会社の債務を完済した後に残った財産であり、種類株式ごとに各株主の有する株式に応じて平等に分配しなければならない（会社法 504）。残余財産の分配を現物で行うことも可能である。

分配額が解散会社の資本金等の金額を超える部分がある場合には、みなし配当課税が行われる。分配額からみなし配当金額を控除した金額が、株式の譲渡収入金額とみなされる。残余財産の分配がゼロの場合は、株式の譲渡損ではなく減失損として取り扱う⁽⁸⁰⁾。

ニ 自己株式の取得

自己株式の取得には、前述⁽⁸¹⁾のとおり、株式発行人が発行済み株式を株主から買い取る（株主の譲渡）という取引の側面と、法人が株主に対して法人財産を払い戻すという側面の二面性がある。株式の有価証券的側面（資産説）、自己株式の取得の資本の払戻し的側面（資本控除説）のどちらに着目するかによって、譲渡とみるか、資本取引とみるかの見

(79) 神田・前掲注 (41) 283 頁。

(80) ただし特定管理株式等のみなし譲渡損失の規定がある（措置法 37 の 10 の 2）。

(81) 第 1 章第 4 節 3(2)

地が異なることになる⁽⁸²⁾。

これに関して現行税法は、法人の資本の払戻しの側面に着目する。すなわち、個人株主が所得税法 25 条 1 項 1 号～6 号の事由により「金銭その他の資産」の交付を受けた場合には、交付を受けた価額の合計額が、その法人の資本金等の額で株式等に対応する分の金額を超えると、超えた部分の金額は配当と擬制し（所法 25①）、そして、みなし配当以外の部分の金額は、株式等に係る譲渡所得の収入金額と擬制するのである（措置法 37 の 10③）。

株式発行法人が自己株式を取得する場合、個人株主にとって所得税法 57 条の 4 の課税繰延べに該当する取引や、市場での取引など一定のものを除いて、譲渡対価のうち資本等の金額を超える部分についてはみなし配当とされ、それ以外の部分が譲渡収入とされる。ただし、後掲の表 3 の注 7 及び注 8 のとおり、課税にならない場合がある。

ホ 小括

以上、法人組織税制の範疇にありながら組織再編税制の対象にならなかった各行為は、株式の「譲渡」認識という点で、理論的に明確にならない感がある。

(3) 種類株式の内容に基因する行為

この類型は、株式発行法人にとっては自己株式の取得であるが、一方で個人株主にとっては、発行法人との間で株式を別の株式（又は金銭）と交

(82) 解説書によれば、企業会計上は、かねてから資本控除説が採用されており、「商法と企業会計原則との調整に関する意見書（昭和 29 年 9 月 28 日、経済安定本部企業会計審議会中間報告）」において、資本の控除とする考えが述べられている。しかし、平成 13 年 6 月改正前商法においては、すでに有価証券として成立している株式を会社が取得するものであり、自己株式を資産とみる考えであったため、個別財務諸表においては、商法との調整を行い、自己株式を資産として取扱っていた。平成 13 年 6 月の商法改正により、商法上、自己株式を資本の控除として取扱うこととする改正が行われたことから、企業会計基準第 1 号「自己株式及び準備金の額の取崩等に関する会計基準」において、自己株式を株主資本の控除とする考え方を採用し、個別財務諸表上も自己株式を株主資本の控除として会計処理することが明確化された。税理士法人山田&パートナーズ＝優成監査法人編著『金庫株の税・会計・法律の実務Q&A』（中央経済社、2011）16 頁。

換する相対取引であるから、所得税法上は譲渡として整理して課税繰延べ規定を設けている（所法 57 の 4③）。つまり株主にとっては株式発行会社との相対売買取引によって株式の譲渡損益が実現したと考えることができることから、株式交換等の特例と同様に所得税法の同一条文内に規定されたものと考えられる。

課税の特例として、株主が譲渡対価として発行会社の他の株式のみを取得し、交付を受けた株式と譲渡した株式の時価がおおむね同額である場合には、株主による投資が継続している実態は変わらないことから、取得請求権付株式や取得条項付株式の譲渡はなかったものとみなすこととされた。

ただし、boot の交付があり、又は対価として受取った株式の時価がおおむね同額でない場合には、譲渡所得ではなく、法人による自己株の取得と同様にみなし配当とみなし譲渡の計算を行うことになっている⁽⁸³⁾。

イ 取得請求権付株式の請求権行使

取得請求権付株式とは、株主がその株式について会社を買取を請求することができる旨の定めを設けている株式をいう（会社法 2 十八）。

株主は株券を株券発行会社に提出して取得請求権を行使するが、株券が発行されていない場合はこの限りではない（会社法 166③）。（このように会社法上の文言は、株券は会社に「提出」するものであって「譲渡」するものではない。）

個人株主への課税は、取得する法人の株式のみが対価として交付され、かつ対価として交付を受けた株式の価額が、当該譲渡（提出）した株式の価額とおおむね同額となっている場合は、旧株式に係る譲渡所得が繰り延べられて、旧株の取得価額を新株が引継ぐ。

一方、boot が交付される場合は、自己株式の取得と同様に取り扱われて、みなし配当とみなし譲渡収入が課税される。この点が、原則として

(83) 株式価値同額を要件とした理由は、「通常の商取引としては考えにくい取引ですが、譲渡した株式と交付を受けた株式との時価がおおむね同額でない場合は、関連当事者間等で両者の価値移転のために行われるなどの可能性があることが想定されるため、その場合には譲渡益課税を行う」と説明されている。青木ほか・前掲注 (73) 166 頁。

対価のすべてを譲渡収入として扱う株式交換等と異なる点である。

ロ 取得条項付株式の取得事由の発生

取得条項付株式とは、一定の事由が生じた場合に、会社側が（いわば強制的に）株主から株式を取得する権利を付した株式である（会社法 2十九）。

個人株主への課税は、取得する法人の株式又は新株予約権のみが対価として交付され、交付を受けた株式又は新株予約権の価額が、譲渡した旧株式の価額とおおむね同額となっている場合は、旧株式に係る譲渡所得が繰り延べられて、旧株の取得価額を新株が引継ぐ。

一方、boot が交付される場合は、自己株式の取得と同様に取り扱われて、みなし配当とみなし譲渡収入が課税される。

ハ 全部取得条項付種類株式の取得決議

全部取得条項付種類株式とは、株主総会の特別決議により会社がその全部を取得できる種類株式をいう（会社法 108①七）。

個人株主への課税は、取得条項付株式の場合とほぼ同じである⁽⁸⁴⁾。

以上、それぞれの組織再編行為に係る個人株主に対するみなし配当課税、旧株の譲渡収入の認識及び新株の取得価額の引継等についてまとめたものが表 3 である。

(84) 相違点は、課税繰延べが認められる対価の中に、取得する法人の株式又は新株予約権のほかに、その取得の価格の決定の申し立てに基づいて交付される金銭その他の資産も含まれる。

表 3

組織再編行為と個人株主の課税関係

組織再編(類似) 行為	・法人税法2条十二の八ないし同十二の十七の適格・非適格の区分 ・対価として株主に交付する資産の区分	個人株主に対する課税				
		みなし配当 (交付株式及び金銭等の総額のうち取得資本金額を超える部分に限る)	旧株の譲渡収入 (措法 37 の 10③は株式譲渡収入とみなす規定)	新株の取得価額 (旧株、旧新株予約権、旧出資、旧社債等の取得価額を新株に付替えるか否か)		
会社法に直接定められている行為	組織変更 (会社法 743～)	組織変更後の法人の株式・出資のみ	(みなし規定なし)	生じない (措法 37 の 10③六の反対解釈)	付替える (所令 115)	
		上記以外の資産	生じる (所法 25①六)	生じる(みなし譲渡) (措法 37 の 10③六かつこ書き)	付替えない(新株は時価評価する)	
	合併 (会社法 748～)	適格	生じない (所法 25①一かつこ書き)	生じない (措法 37 の 10③一かつこ書き)	付替える(所令 112)	
		非 適 格	株式のみ	生じる (所法 25①一)	生じない (措法 37 の 10③一かつこ書き)	付替える(みなし配当分を加算) (所令 112)
	株式+金銭等 (注1)		生じる (所法 25①一)	生じる(みなし譲渡) (措法 37 の 10③一)	付替えない(新株は時価評価する)	
	分割(分割型) (会社法 757～)	適格	生じない (所法 25①二かつこ書き)	生じない (措法 37 の 10③二かつこ書き)	付替える (所令 113)	
		非 適 格	株式のみ	生じる (所法 25①二)	生じない (措法 37 の 10③二かつこ書き)	純資産移転割合分を付替える(みなし配当分を加算) (所令 113)
			株式+金銭等	生じる (所法 25①二)	生じる(みなし譲渡) (措法 37 の 10③二)	付替えない(新株は時価評価する)
	分割(分社型) (会社法 757～)	適格	分社型分割は、分割法人が分割承継法人の株式を取得するに止まるため、原則として分割法人の株主に課税関係は生じない。			
		非 適 格	株式のみ			
	株式交換 (会社法 767～)		適格	(みなし規定なし)(注4)	生じない (所法 57 の 4①)	付替える (所令 167 の 7④)
		非 適 格	株式のみ	(みなし規定なし)	生じない (所法 57 の 4①)	付替える (所令 167 の 7③)
株式+金銭等 (注2)			(みなし規定なし)	生じる (所法 57 の 4①かつこ書きの反対解釈)	付替えない(新株は時価評価する)	
株式移転 (会社法 772～)	適格	(みなし規定なし)(注5)	生じない (所法 57 の 4②)	付替える (所令 167 の 7⑤)		
	非 適 格	株式のみ	(みなし規定なし)	生じない (所法 57 の 4②)	付替える (所令 167 の 7⑤)	
		株式+金銭等 (注3)	(みなし規定なし)	生じる (所法 57 の 4②かつこ書き)	付替えない(新株は時価評価する)	

組織再編(類似) 行為		・法人税法2条十二の八ないし同十二の十七の適格・非適格の区分 ・対価として株主に交付する資産の区分	個人株主に対する課税			
			みなし配当 (交付株式及び金銭等の総額のうち取得資本金額を超える部分に限る)	旧株の譲渡収入 (措法37の10③は株式譲渡収入とみなす規定)	新株の取得価額 (旧株、旧新株予約権、旧出資、旧社債等の取得価額を新株に付替えるか否か)	
組織再編に類似する行為	新株発行(会社法199～)		新株発行は、有利発行等にならない限り、原則として既存株主に課税関係は生じない			
	現物出資 (会社法199①三、207)	適格	組織再編として法人が行う現物出資は、現物出資法人が被現物出資法人の株式を取得するため、原則として現物出資法人の株主に課税関係は生じない			
		非適格				
	事後設立 (会社法467①五)		財産を譲り渡して株主となる事後設立法人が、現物出資により被事後設立法人を設立したと同じ効果があり、すなわち事後設立法人が被事後設立法人の株式等を取得するため、原則として事後設立法人の株主に課税関係は生じない			
	事業譲渡 (会社法467～)		事業の譲渡法人対して、事業の譲渡受法人から対価としての金銭が支払われるのみであり、原則として譲渡会社の株主及び譲受会社の株主に課税関係は生じない			
	現物分配・現物配当 (会社法454④)	適格	(適格現物分配は、分配を受ける者が、完全支配関係にある内国法人に限られる)			
		非適格	株式のみ 株式+金銭等	現物を株主に交付する基因となった事由(自己株式の取得、資本の払戻し、残余財産の分配、出資の消却又は組織変更)により判断する		
	減資 (会社法447)	株式のみ 又は 株式+金銭等	生じる (所法25①三)	生じる(みなし譲渡) (措法37の10③三)	新株(身代わり株式)の取得価額の修正計算を行う	
		参考:無償の場合	(取得資本金額を超える部分の発生する余地なし)	株式の消却を伴う無償減資は譲渡収入はゼロとなる(譲渡損が発生しても他所得との損益通算不可) 株式の消却を伴わない無償減資は課税関係が生じない	株式併合により保有する株式数が減少する場合は取得価額の修正を行う(所令110①)	
	解散(解散による残余財産の分配)、出資の払戻し (会社法471、504、624)	株式のみ	(解散を事由とする自己株の交付はない)			
金銭等		生じる (所法25①三)	生じる(みなし譲渡) (措法37の10③三)	旧株の取得価額の修正を行う(所令114)		

組織再編(類似) 行為		・法人税法2条十二の八ないし同十二の十七の適格・非適格の区分 ・対価として株主に交付する資産の区分	個人株主に対する課税		
			みなし配当 (交付株式及び金銭等の総額のうち取得資本金額を超える部分に限る)	旧株の譲渡収入 (措法37の10③は株式譲渡収入とみなす規定)	新株の取得価額 (旧株、旧新株予約権、旧出資、旧社債等の取得価額を新株に付替えるか否か)
組織再編に類似する行為	自己株式・出資の取得 (会社法155)	株式のみ(注6) 又は 株式+金銭等	生じる (所法25①四)	生じる(みなし譲渡) (措法37の10③四)	本則(所令109)
	ただし、法人が行う次の場合は生じない (所法25①四かっこ書き、所令61①)		ただし、法人が行う次の場合は生じない (措法37の10③四、措令25の8⑧)	(所令167の7)	
	・金融商品取引所の開設する市場における購入 ・所得税法57の4③一～三に規定する取得請求権付株式、取得条項付株式、全部取得条項付株式の取得のうち特定のもの ・その他(注7)		・金融商品取引所の開設する市場における購入 ・所得税法57の4③一～三に規定する取得請求権付株式の請求権行使、取得条項付株式の取得事由の発生、全部取得条項付株式の取得決議により株式が交付される場合 ・その他(注8)		
出資の消却	金銭等	生じる (所法25①五)	生じる(みなし譲渡) (措法37の10③五)		
退社(脱退)による交付金 (会社法606、611)	株式のみ	(退社を事由とする自己株の交付はない)			
	金銭等	生じる (所法25①五)	生じる(みなし譲渡) (措法37の10③五)	(新株なし)	

組織再編(類似) 行為		・法人税法2条十二の八ないし同十二の十七の適格・非適格の区分 ・対価として株主に交付する資産の区分	個人株主に対する課税		
			みなし配当 (交付株式及び金銭等の総額のうち取得資本金額を超える部分に限る)	旧株の譲渡収入 (措法37の10③は株式譲渡収入とみなす規定)	新株の取得価額 (旧株、旧新株予約権、旧出資、旧社債等の取得価額を新株に付替えるか否か)
種類株式の内容に基因する行為	取得請求権付株式の請求権行使(会社法166～)	株式のみ(注9)	生じない(所法25①四かつこ書き)	生じない(所法57の4③一)	付替える(所令167の7⑥一)
		上記以外	生じる(所法25①四)	生じる(みなし譲渡)(措法37の10③四)	付替えない(時価評価)
	取得条項付株式の取得事由の発生(会社法168～)	株式及び新株予約権のみ(注9)	生じない(所法25①四かつこ書き)	生じない(所法57の4③二)	付替える(注4)(所令167の7⑥二)
		上記以外	生じる(所法25①四)	生じる(みなし譲渡)(措法37の10③四)	付替えない(時価評価)
	全部取得条項付種類株式の取得決議(会社法171～)	株式及び新株予約権+価格決定申立交付金(注9)	生じない(所法25①四かつこ書き)	生じない(所法57の4③三)	付替える(所令167の7⑥四)
		上記以外	生じる(所法25①四)	生じる(みなし譲渡)(措法37の10③四)	付替えない(時価評価)
	新株予約権付社債についての予約権の行使	株式のみ(注9)		生じない(所法57の4③四)	付替える(所令167の7⑥六)
		上記以外	(みなし規定なし)	生じる(みなし譲渡)(措法37の10②三、③四)	付替えない(時価評価)
	取得条項付新株予約権の取得事由の発生	株式のみ(注9)		生じない(所法57の4③五)	付替える(所令167の7⑥七)
		上記以外	(みなし規定なし)	生じる(みなし譲渡)(措法37の10②一、③四)	付替えない(時価評価)
	取得条項付新株予約権付社債の取得事由の発生	株式のみ(注9)		生じない(所法57の4③六)	付替える(所令167の7⑥八)
		上記以外	(みなし規定なし)	生じる(みなし譲渡)(措法37の10②三、③四)	付替えない(時価評価)

注1 金銭等とは次の①+②の合計額をいう。①金銭の額、②(株式及び金銭を除く)資産の額

- 株式交換の場合の「金銭等」は、株主に対する剰余金の配当及び株式交換に反対する株主の買取請求に基づく対価として交付された金銭等を除く。
- 株式移転の場合の「金銭等」は、株式移転に反対する株主の買取請求に基づく対価として交付された金銭等を除く。
- 完全子会社の株主の株式(旧株)と完全親会社の新株の交換であるため、完全子会社は株式交換取引の直接当事者にならない。そのため完全子会社の剰余金の分配を認識する余地がなく、「みなし配当」課税はされない。
- 注4と同様に、完全子会社は株式移転取引の直接当事者にならないため、「みなし配当」課税はされない。
- 例えば株式発行人に対し、無議決権株式を譲渡して、議決権付株式の交付を受ける場合などが考えられる
- 所得税法施行令61条1項 一、金融商品取引所の開設する市場における購入 二、店頭

売買登録銘柄として登録された株式の店頭売買による購入 三、金融商品取引業が行う有価証券の売買の媒介、取次ぎ又は代理をする場合におけるその売買 四、事業の全部の譲受け 五、合併又は一定の分割若しくは一定の現物出資による被合併法人又は分割法人若しくは現物出資法人からの移転 六、適格分社型分割により分割承継法人から、分割承継親法人株式の交付を受けた場合 七、旧株の譲渡損益が繰り延べられる株式交換により株式交換親法人から、株式交換親法人の親法人である自己の株式の交付を受けた場合のその交付 八、合併に反対する被合併法人の株主等の買取請求に基づく買取 九、単元未満株式又は端株の買取 十、全部取得条項付種類株式に係る一定の取得決議 十一、取得条項付新株予約権により株式を取得することを請求した株主、又は新株予約権を行使した新株予約権者に対する1株に満たない端数に相当する部分の対価の支払い。

- 8 措置法施行令25の8条8項 一、金融商品取引所の開設する市場における購入 二、店頭売買登録銘柄として登録された株式の店頭売買による購入 三、金融商品取引業が行う有価証券の売買の媒介、取次ぎ又は代理をする場合におけるその売買 四、事業の全部の譲受け 五、単元未満株式の買取。
- 9 譲渡した有価証券の価額と、交付を受けた有価証券の価額が、おおむね同額であることが要件になっている。（所法57の4③かっこ書き）

2 所得税法の特例と措置法の特例

ここまで述べたように、各組織再編行為の譲渡認識は株式の有価証券的側面に着目するか、法人の資本の払戻し的側面に着目するかによって異なり、理論的に譲渡か否かを区分することはなかなか困難である。そこで次に、それぞれの規定が所得税法にあるか措置法にあるかに着目して検討する。

(1) 所得税法と措置法の書き分け

一般的に、譲渡所得の対象となる資産はおおまかに三つに分類できる。

すなわち①土地・建物等、②株式など有価証券等及び③ゴルフ会員権等総合譲渡の対象となる資産である。

②の有価証券等の譲渡は、措置法37条の10に規定がある。同法第1項で本来の株式譲渡を規定し、同法第3項で株式等に係る譲渡所得等の収入金額とみなす行為を規定している。この第3項において、合併、分割、解散及び自己株式の取得など、本稿で検討する組織再編類似行為の課税取扱いを規定している。

ところが、株式交換・株式移転など一定の株式譲渡の特例は、この措置法37条の10ではなく、次項のとおり、所得税法57の4（株式交換等に係る譲渡所得の特例）として所得税法本法に規定されていることに留意する必要がある。

(2) 組織再編に係る所得税法上の特例

所得税法 57 条の 4 に定める一定の株式譲渡とは次のとおりである。

- 第 1 項 株式交換
- 第 2 項 株式移転
- 第 3 項一号 取得請求権付株式の買取請求権の行使
- 第 3 項二号 取得条項付株式の取得事由の発生
- 第 3 項三号 全部取得条項付種類株式の取得決議
- 第 3 項四号 新株予約権付社債についての予約権の行使
- 第 3 項五号 取得条項付新株予約権の取得事由の発生
- 第 3 項六号 取得条項付新株予約権が付された社債の取得事由の発生

これらの行為に関する課税特例を、なぜ措置法 37 条の 10 の有価証券の譲渡に関する特例としてではなく、所得税法本法で規定したのか、税制立案担当者の解説⁽⁸⁵⁾では詳らかにされていないが、忖度するに、これらの行為は旧株主において株式の譲渡という取引が生じていることから、みなし譲渡ではなく本来の株式譲渡として整理したうえで、当分の間の特例である措置法ではなく、所得税法 58 条（固定資産の交換の場合の譲渡所得の特例）と同じように譲渡所得の原則的取扱いとして、本法で規定されたのではなかろうか。

なお、第 1・2 項と第 3 項では、特例の適用がなかった場合の課税の取扱いが異なる。第 1・2 項の株式交換・株式移転では、boot が支払われる場合は対価の額全額が譲渡所得の収入になる。しかしながら、第 3 項に規定する行為（取引）では boot が支払われる場合には、対価の額が、みなし

(85) 税制改正担当者の解説によると、株式交換・株式移転を所得税法本法において定めた理由は次のとおり。「今回の改正では、株式交換・株式移転も組織再編成の一類型であり、これらの組織再編成に対する課税の中立性・税制の整合性を図る等の観点から見直しを行った上、所得税法本法において、株式交換・株式移転に係る譲渡所得等の特例に係る課税の繰延べ制度を創設するとともに、租税特別措置法において定められていた株式交換等に係る譲渡所得等の課税の特例制度については廃止することとされました。」青木孝徳ほか『平成 18 年度税制改正の解説』（大蔵財務協会、2006）164 頁～165 頁。

配当収入とみなし譲渡収入に振り分けられる。というのも、第3項の取得請求権付株式の権利行使等は、株主側からすれば株式の譲渡に相違ないのであるが、株式発行会社にとっては自己株式の取得であるから、課税の繰延べをしない場合に発行法人側の税務処理との整合性をとるためには、株主に対して交付する金銭等をみなし配当収入及びみなし譲渡収入として処理するためである。

こうした規定ぶりからすると、第3項の取得請求権付株式の買取請求権行使等は、いったんは譲渡として整理するものの、所得税法57条の4の課税繰延べが認められない場合には、みなし配当及びみなし譲渡課税をすることになることから、譲渡とみなし譲渡の両面性を有していることになる。したがって、第3項の行為は、本来の譲渡として整理しきったわけではないものと思われる⁽⁸⁶⁾。

(3) 組織再編に係る措置法上の特例

措置法37条の10第3項は、「株式等に係る譲渡所得等の収入金額とみなす」ものとして、次の行為を掲げている⁽⁸⁷⁾。

- 一号 合併
- 二号 分割
- 三号 資本の払戻し、法人の解散による残余財産の分配

(86) 取得請求権付株式の権利行使等の特例の創設理由は次のとおり。「商法では、ある種類の株式が消滅し、他の種類の株式が発行されたのと同じ効力が生ずることとされる株式の転換という概念があり、税法上もある種類の株式が別の種類の株式に変わったに過ぎないということで課税関係は生じないこととされていた。(ところが)会社法において、この株式の転換は、ある株式を株式会社が取得するとともに、他の株式を株式会社が発行し、又は自己株式を交付することと整理された。このような整理を前提とすると、株式を相対取引で別の株式と交換するのと同様に、この時点で損益が顕在化するという考え方もあり得るところだが、しかし株主による投資が継続しているという実態は従前と変わらず、単に法律上の整理が行われたに過ぎないことから、課税を繰り延べる措置を講ずることとされた。」青木ほか・前掲注(85)164頁～165頁、166頁。

(87) 措置法37条の10第3項に対応した形で、所得税法施行令109条～116条に有価証券の取得価額の規定がある。すなわち、110条株式の分割又は併合、111条株主割当、112条法人の合併、113条法人の分割型分割、114条資本の払戻し、115条組織変更、116条合併等があった場合の新株予約権等である。

- 四号 自己株式又は出資の取得
 五号 出資の消却、出資の払戻し、退社・脱退による持分の払戻し
 六号 組織変更

3 株式譲渡の認識

以上のことから、各組織再編行為に係る個人株主の株式譲渡損益の課税繰延への根拠規定が、所得税法と措置法のどちらに規定されているか、あるいは、みなし譲渡規定かどうかによって区分すると表4のとおり。

表4

区分	組織再編行為	内 容
I類	株式交換、株式移転	株式譲渡として課税される場所、一定の要件の下で ⁽⁸⁸⁾ 、 <u>所得税法において課税を繰り延べるもの</u>
II類	取得請求権付株式の請求権行使、取得条項付株式の取得事由の発生、全部取得条件付株式の取得決議	措置法においてみなし株式譲渡として課税される場所、一定の要件の下で、みなし株式譲渡から除いた上で、 <u>所得税法において課税を繰り延べるもの</u>
III類	組織変更、合併、分割型分割	措置法においてみなし株式譲渡として課税される場所、一定の要件の下で、 <u>措置法において課税を繰り延べるもの</u>
IV類	減資、解散、自己株式・出資の取得（II類に該当するものを除く）、出資の消却、退社	措置法においてみなし株式譲渡として課税されるもの
V類	分社型分割、新株発行、現物出資、事後設立、事業譲渡、現物分配	株式譲渡及びみなし株式譲渡のいずれにも該当しないもの

(88) 「一定の要件の下で」とは、株主が交付を受ける資産は原則として新たな株式のみで、金銭などの株式以外の資産(boot)の交付がない場合をいう。

この表から、本来の譲渡（Ⅰ類）を所得税法で規定し、みなし譲渡（Ⅲ類）を措置法で規定したものと考えられる。Ⅱ類は、本質は発行法人による自己株式の取得なのでみなし譲渡であるが、実際に株式が株主の支配から離れる点に着目して本来の譲渡と整理した混合型といえる。Ⅳ類は、みなし譲渡課税がされるものの、組織再編税制の課税繰延べ対象ではない。Ⅴ類は、その行為が単独で行われる限り、株主に対する課税はない。

この分類を基にして、次章において 40 条承認の取消事由との関係を考察する。

第3章 組織再編と措置法40条取消事由

第1節 組織再編と譲渡概念

前章において、組織再編に係る個人株主課税の考え方を整理し、所得税法における各組織再編行為の「譲渡」認識について類型化を試みた。この整理・類型化を基にして、本節では各組織再編行為と措置法40条の事業供用要件、特に代替性の問題との関連性を考察する。

1 組織再編と40条承認の取消し

前章での検討を踏まえると、組織再編に係る40条承認の方法は三つ考えられる。

一つには組織再編税制の株主課税に準拠し、原則として対価としてのboot交付がなければ投資の継続と認めて40条承認を継続し、一方、boot交付のある組織再編行為によって取得した株式は代替資産として認めない方法。bootの交付を全く認めないことから判断は単純になる。

なお、bootが交付されても、その全額をもって代替有価証券を取得すればこれを認めるとする緩和策も考えられる。

二つ目は、組織再編行為が株主にとって株式の譲渡に該当するか否かを基準として判断する方法。事業供用要件が、「譲渡」理由によって代替性を制限する考え方に最も親和的である。しかしながら、現実には、各組織再編行為が株主にとって株式譲渡に該当するか否かを理論的に区分することが困難である。

なおこの方法においても、譲渡に該当した場合に、譲渡対価の全額をもって代替有価証券を取得すればこれを認めるとする緩和策も考えられる。

三つ目として、組織再編税制や譲渡の概念にはとらわれず、公益目的事業供用の2年以後に買換えを認めた措置法40条の改正趣旨を尊重し、非自発的組織再編による株式の転換は、広く代替資産として認める方法である。

2 平成 26 年度税制改正

(1) 改正の内容

平成 26 年度税制改正において、措置法施行令第 25 条の 17 第 3 項に、措置法 40 条 1 項後段に規定する「代替えが認められる譲渡理由」及び「代替資産」として次の文言が追加された。

- ・ 第 4 号 当該財産につき所得税法第 57 条の 4 第 1 項に規定する株式交換又は同条第 2 項に規定する株式移転による譲渡があつた場合 当該株式交換により取得する同条第 1 項に規定する株式交換完全親法人の同項に規定する株式若しくは親法人（当該株式交換完全親法人との間に同項に規定する政令で定める関係がある法人をいう。）の同項に規定する株式又は当該株式移転により取得する同条第 2 項に規定する株式移転完全親法人の株式

また、これを受けた措置法施行規則第 18 条の 19 第 3 項は、次のとおり改正された。

- ・ 施行令第 25 条の 17 第 3 項第 7 号に規定する財務省令で定める場合は、同項第 1 号から第 6 号までに規定する理由に準ずるやむを得ない理由として国税庁長官が認める理由により当該贈与又は遺贈に係る財産の譲渡をする場合とし、同項第 7 号に規定する財務省令で定める資産は、当該財産の譲渡による収入金額の全部に相当する金額をもつて取得した減価償却資産、土地、土地の上に存する権利及び株式で国税庁長官が認めたもの（株式にあつては、同項第 4 号に規定する理由に準ずるやむを得ない理由として国税庁長官が認める理由による譲渡により取得したものに限る。）とする。

これにより、所得税法 57 条の 4 で規定する株式交換及び株式移転によって、完全親法人又は親法人の株式を取得した場合には、当該取得した株式は措置法 40 条 1 項後段の代替資産として認められることが明らかになった。また措置法施行規則の改正によって、当該株式交換及び株式移転に準ずるやむを得ない理由として「国税庁長官通達に掲げられた理由」による

譲渡によって取得する株式も、代替資産として認められることが示された。

(2) 税制改正の考え方

税制改正で二つの事項が明らかになった。ひとつは、株式交換及び株式移転を本来の譲渡としてとらえ、合併、分割等とは一線を画したこと。もうひとつは株式交換及び株式移転のうち、所得税法 57 条の 4 に該当するものだけを代替資産として認めたことである。

今回の税制改正は、代替資産の範囲の拡大といえる。このように株式交換、株式移転による株式の取得を代替として認めることになった背景には、組織再編が所得税法における「譲渡」に該当するか否かを判断基準としたものと考えられる。

逆に、合併・分割型分割は所得税法上「譲渡」ではないから、措置法 40 条 1 項の代替資産にかかる規定が、「譲渡」による代替のみを対象として定めているため、Ⅲ類を必ずしも譲渡として認識していない所得税法下では新株式を代替資産に含めることができず、そもそも 40 条承認の取消事由に当たらないとして整理されたものと思われる。

組織再編税制が導入される以前においては、会社の合併は「人格合一説」や「人格承継説」に則り、合併前の資本構成がそのまま保持され、法人格が承継されるとの立場をとっていた⁽⁸⁹⁾。その結果、被合併法人の株主は、自己の有する被合併法人の株式を合併法人に提供して、その代わりに合併法人の株式（これを「身代わり株式」という）の交付を受けるものとして整理され、この身代わり株式が合併法人に提供された株式の取得価額を引継ぐことにより課税を繰り延べていた⁽⁹⁰⁾。したがって、合併や分割型分割

(89) 武田昌輔教授は「一体税法は、人格承継説あるいは現物出資説のいずれによっているかという議論はしばしば求められるところである。この点については統一的には説明されないであろう。しいていえば、税法では基本的には人格承継説の立場に立ちながらも、租税政策上の立場から種々特別の規定を設けているということができるであろう。」と述べられている。武田昌輔『会社合併の税務 六訂版』（税務経理協会、1988）22 頁。

(90) かつては、身代わり株式が引継ぐ取得価額は、新株のみを取得した場合、新株と金銭を取得した場合、更には新株と金銭の価額が旧株の帳簿価額を超えるか否かなど

は譲渡には当たらず、40条承認の取消事由に該当しないとする整理したことは、従来の40条承認の取扱いを踏襲しており、法的安定性の観点からも妥当である。

なお、一点意見を述べれば、平成18年度税制改正の組織再編における株主課税の考え方では、合併、分割型分割、株式交換及び株式移転について、boot交付がなければ課税を繰り延べるという点で同様に取扱っていることから、40条承認においてもbootの取扱いが今後の問題になるかもしれない。合併・分割型分割と株式交換・株式移転にあつて、boot交付がある場合に40条承認の取扱いが異なることになってしまうと、いささかややこしい。前述のとおり合併と株式交換等は子会社を支配する点で同様な効果をもたらすのだから、中立的な税制としては、同じ経済効果を生む行為はできるだけ同等に扱うべきではなかろうか。このboot問題については、次項において検討したい。

3 bootの交付について

(1) bootの交付がある場合の40条承認の取扱いについて

会社法で対価の柔軟化が認められたことによって、株式交換によって株主に交付される資産は、完全親会社株式と現金等の資産との抱き合わせ交付が可能である。しかしながら、今回の措置施行令25の17第3項の改正で追加された株式交換・株式移転は、所得税法57条の4で定めるbootの交付がないものに限られるから⁽⁹¹⁾、改正施行規則18条の19第3項の委任を受けて国税庁長官通達が定める「やむを得ない理由による譲渡」の対象からも、基本的に、boot交付のある組織再編行為は除外されるものと思わ

によって計算方法が異なっていた。武田昌輔『立法趣旨 法人税法の解釈（平成10年度版）』（財経詳報社、1998）136頁～139頁。

(91) ただし、交付する株式の1の数に満たない端数に応じて交付される金銭は株式に含まれ、bootとして扱わない（措令167の7⑦）。端数を買取った代金として交付された金銭も株式に含まれる（所基通57の4-1）など、組織再編の態様によって除外規定はある。

れる。

ところで、日本の組織再編税制は原則として boot の支払いを認めないことから使い勝手の悪い制度との意見がある⁽⁹²⁾⁽⁹³⁾。株主の立場で考えれば、対価としての株式は組織再編後の会社の業績が期待できる場合に好まれ、対価としての現金は組織再編後の会社の業績が必ずしも期待できず株主利益を確定しておきたい場合に好まれる。そうすると合併や分割による将来の会社業績が誰にも確実に予想できない以上、現実の株主意思（株主総会決議）としては、組織再編対価が株式か現金かの比率は 100 : 0 の関係ではなく、50 : 50 や 70 : 30 といった比率割合を望むであろうことが想定される。その意味で、適格組織再編及び株主課税の繰延べの規定が boot の交付認めていないことの合理性が問われることになる⁽⁹⁴⁾。

そもそも合併、分割型分割及び株式交換等の課税繰延べの特例が、boot の交付がないことを要件とするのはいかなる理由かといえば、boot を認めないということはすなわち株主による 100% の投資持分継続が担保できるから、前述した組織再編税制の基本的考え方にある「投資が継続していると認められる場合」に形式的かつ実質的にも完全に一致させることができるからではなかろうか。更には、boot を認めることによって顕在化する、旧株式と新株式の時価評価の煩雑さの問題があるかもしれない。なによりも、旧措置法では株式交換・株式移転において、5%未満の boot 交付を認めていたことからすると厳格になった感がある。

(92) 渡辺・前掲注(78) 287頁。同様に、アメリカの組織再編税制が一定量の非適格資産の交付を認めている点をわが国を比較したものとして、渡辺徹也「企業組織再編税制—現行制度における課税繰延べの理論的根拠及び問題点等—」租税研究 687号(2007) 45頁。

(93) 渡辺裕泰教授は「なぜ合併法人等の株式以外の資産 (boot) の交付がゼロでなければならないのか、言い換えれば 5%でも 10%でも金銭交付があったらだめなのかは、以上の議論からだけでは出てこない。現にアメリカの企業再編税制では、再編の形式により異なるが、一定程度の boot があっても、日本流に言う適格再編に該当するとしている。」と述べられている。渡辺裕泰「組織再編税制の適格要件に関する一考察」金子宏編『租税法の基本問題』(有斐閣、2008) 527頁。

(94) 武井一浩＝佐藤修二「組織再編税制における今後の課題—Boot 税制を中心に」国際税務研究 21号(2008) 27頁参照。

そもそも組織再編税制の基本的考え方が出された平成 12 年当時は、「税制上の合併交付金に該当するものの受払が行われるものは現実にはほとんどない」と想定される⁽⁹⁵⁾状況にあり、その流れの中で、平成 18 年度税制改正において株式交換等の特例が合併・分割型分割と同種の組織再編行為として扱われ、両者の整合を図るため「株式のみ要件」が規定されたものである。これに対して後の平成 19 年に対価の柔軟化が会社法に導入されたことを勘案すると、この boot を認めないとする取扱いについて今後、法人税の取扱いを含めて検討されていく余地はあると思われる⁽⁹⁶⁾。

現実に行われている組織再編では、boot 交付がある組織再編は非適格になってしまい租税負担が増すことから、boot の交付がある組織再編は少ないものと思料され、現状ではあまり実のある議論ではないとも思えるが、40 条承認の取消事由を考えた場合に、boot の交付がある株式交換は 40 条承認の取消事由に該当するとの取扱は、所得税法に準拠しているとはいえ、やや硬直的なのかもしれない。

平成 20 年度税制改正において、措置法 40 条 5 項が創設されたことを勘案すると、必ずしも株主の意思に基づかない不本意な財産転換（インボラントリーコンバージョン⁽⁹⁷⁾）における boot の交付は、40 条承認を継続させても問題は少ないように思われる。

(2) 私案

改正された政令は、一定の株式交換等の場合に新たに取得した一定の株式を代替資産として扱うことを定めたに過ぎず、株式交換等において boot

(95) 朝長英樹＝山田博志「会社分割等の組織再編に係る税制について」租税研究 614 号 (2004) 300 頁。

(96) 渡辺徹也教授は「適格対価としての株式を議決権株式に限るのかどうか、組織再編税制の今後の論点の 1 つになっていくのではないと思われる」と述べられている。渡辺・前掲注 (78) 38 頁。

(97) 「資産の譲渡（ないし資産の消滅、価値減少）に対してその対価、補償金等の収入があり、客観的には当該資産の既往の値上り益の実現とみられるような場合でも、それが権利者の任意の意思に基づかない不本意な財産転換としての収入であるならば、その機会にその所得に課税することは適当でなく、課税繰延べなどの措置が採られるのが相当である。」金子・前掲注 (22) 203 頁。

交付があった場合に 40 条承認を取消す旨を規定したものではない。これは前述のとおり、譲渡があったことをもって 40 条承認の取消事由としていないことから明らかである。

今後、通達において「やむを得ない理由による譲渡」の範囲が明らかにされると思われるが、交付された boot の全部に相当する金額をもって、公益目的事業の用に直接供することができる同種の資産を取得した場合には、この資産を措置法 40 条 1 項の代替資産として扱うこととするとも考えられる。

また、合併や分割などの「みなし譲渡収入」が生じる行為のうち一定のものについても、代替資産として認めることを確認的に示すほうが望ましいと思われる。すなわち boot 取扱いは、対価の柔軟化の対象となる行為のみならず、減資、解散、自己株式の取得⁽⁹⁸⁾、取得条項付株式の取得事由の発生、全部取得条項付種類株式の取得決議に関して金銭等の交付があった場合にも適用できるかどうかを示すべきではなからうか。

なお、株式とは別の問題として、平成 25 年度税制改正の金融商品課税の一体化により、現在は非課税になっている公社債の譲渡益や、発行時に源泉分離課税している償還差益が譲渡所得に組み入れられる（平成 28 年 1 月施行）。その結果、公社債等の処分行為もまた、本来の譲渡（公社債の売却）とみなし譲渡（公社債の償還及び一部売却）に区分されることが決定している。毎年償還金が発生した上で、かつ多額の譲渡所得が生じるような私募債は一般的に想定しがたいため、こうした私募債を措置法 40 条の寄附財産として申請するケースはほとんどないと思われるが、寄附財産が公社債であっても、「本来の譲渡」か「みなし譲渡」かにかかわらず、収入金額の全部に相当する金額をもって他の同種の資産を取得することを認めるべきではないだろうか。

(98) なお、自己株式の取得は、その二面性ゆえに 40 条承認の取消事由たり得る。

4 小括

課税時期をどの時点とするのかは理論的結論というよりも、政策判断によるところが大きく、そもそも組織再編税制における課税繰延べの取扱いは、支配関係の変化に着目した課税時期の選択に関する租税政策判断であるといわれている。

株式に関する 40 条承認の取消しのタイミングも、法人税法や所得税法における組織再編行為の取扱いと理論的な整合を図ることは重要であるけれども、結局のところ、事業供用要件の枠組みの中で、どこまでを許容するかという政策判断が問われているように思われる。

【問題意識】

40 条承認の取消しのタイミングについて

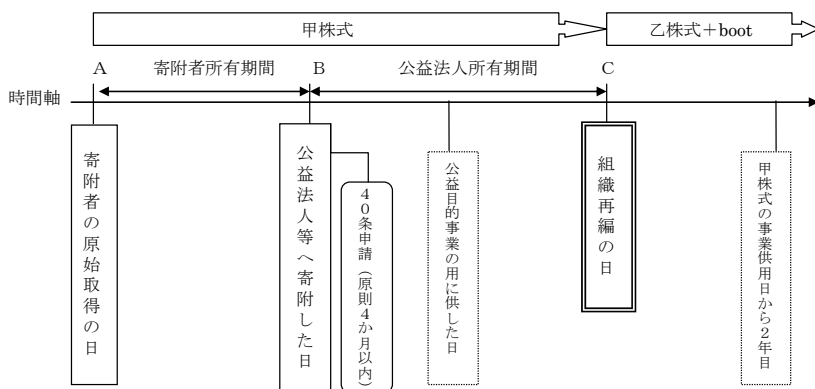
次の図において、

- ① 甲株式の A～B 間（寄附者の所有期間）の値上り益は、40 条承認によって非課税になるが、40 条承認は将来にわたって取消することができるから、実質は課税の留保である。
- ② 40 条承認の有無にかかわらず、寄附によって、公益法人等は甲株式を B 時点において時価で取得する。B 時点以後の値上り益は公益法人等に帰属する。
- ③ 公益法人等が C 時点で甲株式を「譲渡」した場合は、B～C 間の値上り益は公益法人等に課税し（ただし収益事業に該当しないため非課税）、留保していた A～B 間の値上り益は公益法人等を寄附者個人とみなして（つまり公益法人等に値上り益を肩代わりさせて）課税する。
- ④ ここで、C 時点で組織再編により甲株式が乙株式+boot に転換された場合に、公益法人等に B～C 間の課税（実際は非課税）をするが、A～B 間には課税しないで措置法 40 条の留保を継続することが理論上許されるか。なお、乙株式+boot を公益目的事業の用に直接供している事実が認められるとする。

【④に対する私見】

- ・ A～B 間の留保継続は可能。なぜならば 40 条承認は、所得税法 60 条 1 項のごとく甲株式の租税属性（取得時期・取得価額）を公益法人等が寄附者から引継いでいるわけではないから、A～B 間と B～C 間が必ずしも同時に清算される必要はない。
- ・ 公益法人等の活動を一層促進する観点から述べれば、A～B 間の所得課税の留保を取消すタイミングは、C 時点の組織再編行為が譲渡に該当するかに因らず、あくまでも事業供用要件に則って、乙株式及び boot から生じる果実が公益事業の用に供されなくなった時点とする判断もあり得るので

はないか。



第2節 租税回避・租税減免規定濫用の検討

前節において、boot 交付をも認めるべきという幅広い主張をした関係上、40 条承認と組織再編を組み合わせた租税回避行為について検討しておきたい。本節では、まず、40 条承認に関連すると思われる租税回避否認ないし濫用防止規定を整理する。次に組織再編を行うことによって 40 条承認との関係でどのような租税回避が可能かを検討したうえで、これらの租税回避行為を現行規定で規制できるかどうか考察する。

1 租税回避防止規定の検討

租税回避とは、金子宏名誉教授によれば、「私法上の選択可能性を利用し、私的経済取引のプロパーの見地からは合理的理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、結果的には意図した経済的目的ないし経済的効果を実現しながら、通常用いられる法形式に対応する課税要件の充

足を免れ、もって税負担を減少させあるいは排除すること⁽⁹⁹⁾」である。本稿において租税回避という用語は、金子宏名誉教授の定義を所与のものとして使用する。

この租税回避行為を否認する法的構成は、おおまかに次のように整理できよう。

① 課税減免規定の限定解釈

一定の政策目的を実現するために税負担を免除又は軽減する規定を課税減免規定という。当該規定は端的に言えば税の優遇措置であるから、その適用に当たり対象者や対象行為・対象取引を拡大解釈してはならない。そこで、形式的には規定に該当する行為や取引であっても、税負担の回避・軽減が主な目的である場合は、その規定が予定している行為や取引に当たらないと考えて、その規定の縮小解釈ないし限定解釈によって、その適用を否定する考え方である⁽¹⁰⁰⁾。

先行研究の中で清水一夫氏は、この限定解釈の要件として「①本件取引に当該規定を適用すれば、立法趣旨を著しく逸脱する結果となること（立法趣旨逸脱要件）、②本件取引に事業目的、経済的合理性が全く認められないこと（客観要件）、③租税回避目的以外に取引の目的がないこと（主観的要件）を課税庁が主張、立証すれば、形式的に課税減免規定の適用要件を満たしていたとしても、当該減免規定の適用は否定され得ることになる」と述べられている⁽¹⁰¹⁾。

② 個別否認規定

具体的な要件を定めることにより租税回避に対処することを目的とする規定であり、例えば、役員給与のうち不相当に高額な部分の損金不算入（法法 34 条）や、特別の法人から受ける利益に対する課税（相法 65）

(99) 金子・前掲注 (39) 121 頁。

(100) 金子・前掲注 (39) 126 頁。

(101) 清水一夫「課税減免規定の立法趣旨による限定解釈論の研究—外国税額控除事件を出発点として—」税大論叢 59 卷 (2008) 250 頁。<http://www.nta.go.jp/ntc/kenkyu/ronsou/59/03/pdf/ronsou.pdf>

などがある⁽¹⁰²⁾。

③ 一般的租税回避否認規定

経済的合理性の観点から、「不当に」租税負担を軽減する行為や計算を税務署長が否認することを認める規定である。我が国では包括的租税回避否認規定とも称される⁽¹⁰³⁾。同族会社の行為計算否認規定（法法 132、所法 157①及び相法 64①）や組織再編に係る行為計算否認規定（法法 132 の 2、所法 157④及び相法 64④）などがある。

④ 講学上の租税回避行為否認論

考え方は一般的租税回避否認規定に類似している。法律の明文がなくとも、税の軽減目的以外に経済的実質を有していない取引は否認できるという考え方である。

上記①ないし③は、税法条文の規定に基づく否認である。基本的な法律適用の考え方からいえば、個別的否認規定又は課税減免規定の限定解釈によって否認ができない事例に対し、一般的租税回避否認規定の適用を検討することになると考えられる。

④は、金子宏名誉教授が「租税法律主義のもとで、法律の根拠なしに、当事者の選択した法形式を通常用いられる法形式にひきなおし、それに対する課税要件が充足されたものとして取り扱う権限を租税行政庁に認めることは困難である。したがって法律の根拠がない限り租税回避行為の否認は認められないと解するのが、理論上も実務上も妥当であろう。⁽¹⁰⁴⁾」と述べられているように、多数説になっていない。

2 一般的租税回避否認規定と措置法 40 条の非不当減少要件の比較

40 条承認に関連すると考えられる租税回避否認ないし濫用防止規定を一覧にしたのが表 5 である。これらの規定には、「税の負担が不当に減少する結

(102) 金子・前掲注 (39) 124 頁。

(103) なお、金子宏名誉教授は、わが国にはドイツ租税通則法 42 条のような包括的租税回避規定はないと述べられている。金子・前掲注 (39) 123 頁・124 頁。

(104) 金子・前掲注 (39) 125 頁。

果となると認められるとき」という文言が共通して用いられている⁽¹⁰⁵⁾。

ところで、税法の規定において同様の文言が使われている場合には、一般的には、その意義についても同様に解するのが相当と考えられるが、表にあるように措置法施行令 25 条の 17 第 5 項 3 号及び相続税法 66 条 4 項については、それぞれ措置法施行令 25 条の 17 第 6 項及び相続税法施行令 33 条 3 項に、いわば不当な税負担の減少に関する「特段の定め」が設けられていることに留意する必要がある。

本稿では、以下、同族会社の行為計算の否認規定及び組織再編に係る行為計算の否認規定を一般的租税回避否認規定とし、措置法施行令 25 条の 17 第 5 項 3 号及び相続税法 66 条 4 項の規定を個別否認規定として区分する。

(105) ただし、参考として記載した相続税法 65 条 1 項を除く。

表 5

「税負担を不当に減少させる」ことの比較

税 目	根拠条文	適用要件	行為者	適用対象者	効果	不当に減少させる結果とは？
所得税	措法 40① ②③ 措令 25 の 17⑤	公益目的要件からの逸脱	公益法人等	寄附者又は公益法人等	40 条承認取消し	(関係なし)
		事業供用要件からの逸脱	公益法人等	寄附者又は公益法人等		(関係なし)
		寄附をすることにより、寄附者と関係者の所得税、相続税、贈与税の負担を不当に減少させること	公益法人等	寄附者又は公益法人等		「不当に減少する結果と認められる」か否かは、措令 25 の 17⑥に規定がある
	所法 157①	同族会社の行為・計算により居住者の所得税の負担を不当に減少させること	同族会社	同族会社の株主たる居住者（株主の特殊関係者含む）	税務署長の認めるところにより所得金額を計算することができる	同族会社の行為・計算に経済的合理性が認められるか
所法 157④	合併等により居住者の所得税の負担を不当に減少させること	合併等をした一方又は他方の法人	合併等をした法人の株主たる居住者（株主の特殊関係者含む）	税務署長の認めるところにより所得金額を計算することができる	合併等の行為に経済的合理性が認められるか	
相続税	相法 64①	同族会社の行為・計算により株主等の相続・贈与税の負担を不当に減少させること	同族会社	同族会社の株主（親族その他特別の関係がある者を含む）	税務署長の認めるところにより課税価格を計算することができる	同族会社の行為・計算に経済的合理性が認められるか
	相法 64④	合併等をした法人の行為・計算により株主等の相続・贈与税の負担を不当に減少させること	合併等をした一方又は他方の法人	合併等をした法人の株主（親族その他特別の関係がある者を含む）	税務署長の認めるところにより課税価格を計算することができる	合併等の行為に経済的合理性が認められるか
	相法 66④	持分の定めのない法人に対する贈与で、贈与者等の相続・贈与税の負担を不当に減少させること	贈与者	当該持分の定めのない法人	当該持分の定めのない法人を個人とみなして、贈与税等を課す（法人税等は控除）	「不当に減少する結果と認められる」か否かは、相令 33③に規定がある

3 一般的租税回避否認規定

(1) 組織再編に係る行為又は計算の否認について

イ 適用要件

組織再編に係る行為又は計算の否認規定には、法人税法 132 条の 2、所得税法 157 条 4 項及び相続税法 64 条 4 項の規定がある。

これらの規定は、合併、分割、現物出資若しくは現物分配又は株式交換若しくは株式移転という組織再編行為によって、これを容認した場合には組織再編行為の当事者たる法人、法人の株主又は株主の特殊関係者の所得税、法人税、相続税及び贈与税を不当に減少させる結果となると認められるものがあるときは、その行為や計算にかかわらず税務署長の認めるところにより所得金額を計算することができると定めている。

これらの規定を適用する際には①適用となる行為・計算とは何か、②この規定の適用対象となる者は誰か、③不当に税負担を減少させるとは何かといった要件と、④規定を適用して行為・計算を否認できる射程はどこまでかを検討していくことになる⁽¹⁰⁶⁾。特に 40 条承認との関係では、④の射程が問題になると考えられるが、以下順番に考察する。

ロ 適用となる行為は何か

適用対象の行為は、法人が行う合併、分割、現物出資若しくは現物分配又は株式交換若しくは株式移転という組織再編行為である。行為者は同族会社に限られない。

ハ 適用対象者は誰か⁽¹⁰⁷⁾

適用対象者は、法人税にあっては①合併等をした法人又は合併等によ

(106) 太田洋弁護士は、法人税法 132 条の 2 の適用要件として、①適用対象となる行為・計算とは何か、②適用対象となる法人とは何か、③「不当に」という文言はどのような意味か、④税負担が減少するとはどのような場合か、⑤主観的な租税回避目的は必要か、を挙げている。太田洋「組織再編行為と否認（講演録）」租税研究 741 号（2011）76 頁。

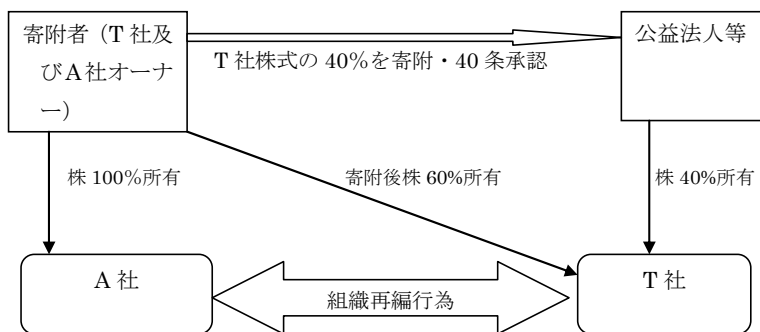
(107) 各税法の文理解釈は、斉木秀憲「組織再編成に係る行為計算否認規定の適用について」税大論叢 73 卷（2012）25 頁の【参考資料 2】を参照。<http://www.nta.go.jp/ntc/kenkyu/ronsou/73/01/01.pdf>

り資産及び負債の移転を受けた法人、②合併等により交付された株式を発行した法人、③として①と②の法人の法人株主である。

所得税にあつては、合併等をした法人又は合併等により資産及び負債の移転を受けた法人の株主等である居住者又はこれと親族等の特殊関係にある居住者である。

また、相続税法にあつては、合併等をした法人又は合併等により資産及び負債の移転を受けた法人の株主若しくは社員又はこれらの者と特別の関係（株主又は社員が法人である場合に当該法人の100分の50を超える株式を直接又は間接に保有する個人など）を有する者である。

検討すべきは、これらの適用対象者には、40条承認の対象となった寄附者個人や寄附を受けた公益法人等が該当するかどうかである。下の図で、T社が合併等をした法人で、A社が合併等により資産及び負債の移転を受けた合併承継法人とする⁽¹⁰⁸⁾。そうすると、寄附者個人や寄附を受けた公益法人等が、T社の株主として、当該規定の適用対象者に該当することはあり得る。



(108) 本節における図の表記として、組織再編において「資産を移転する側」あるいは「支配株式を取得される側」の会社をT社（Targetの意味）とし、資産又は支配株式を取得する側をA社（Acquirerの意味）と記す。

ニ 不当に税負担を減少させるとは何か⁽¹⁰⁹⁾

一般的租税回避否認規定に用いられている「税の負担を不当に減少させる結果と認められる」との文言は、いわゆる不確定概念といわれる。不確定概念は、具体的事実が課税要件に該当するか否かの判断が課税庁の裁量に委ねられるかどうかが問題になるが⁽¹¹⁰⁾、裁判において事例が蓄積され、これに付随して理論や判例が形成されてゆく。しかしながら、この組織再編に係る行為計算否認規定を巡る裁判はまだ少数である。

同種の規定である同族会社の行為計算否認規定では、従来から、①非同族会社であれば通常なし得ないような、すなわち同族会社であるがゆえに容易になし得るもの、②専ら経済的、実質の見地において、その行為計算が純経済人の行為として不合理・不自然なものという二つが「不当に」の解釈であるとする見解が見られる。

こうした見解を踏まえつつ、太田洋弁護士は、組織再編に係る行為又は計算の否認規定に係る「不当に」の要件として、「正当な事業目的の不存在」又は「独立当事者間取引からの乖離」を挙げたうえで、同族会社の行為計算否認との対比の結果として、「正当な事業目的の不存在」が不当性の要件の本質であると述べられている⁽¹¹¹⁾。

ホ 当該規定を適用して行為・計算を否認できる射程

否認規定の効果はどの行為・計算にまで及ぶか。例えば上図の組織再編行為が、法人税の調査の過程で「税の負担を不当に減少させる結果」を生じさせると認定された場合に、40条承認対象の寄附行為（T社株式の40%を寄附したこと）にまでその効果が及ぶか否か、要するに、一般的租税回避否認規定を適用することで、40条承認を取り消して寄附に係るみなし譲渡の課税をすることができるだろうか。

(109) 課税要件として、「不当に」と「税負担を減少させること」は別要件と考えられるが、本稿では併せて検討する。

(110) 金子ほか・前掲注（36）1025頁。

(111) 太田・前掲注（106）77頁～79頁。

(イ) 寄附と組織再編が一体の場合

T 株式の寄附と組織再編行為の日が近接しているなど、寄附と組織再編が課税上一体の行為と認められるような場合、例として「完全親子間で吸収合併するときに 100%親子会社間の合併だと、ほとんどの場合に適格合併になってしまうため、敢えて適格をはずすために、一部の株式だけを事前に第三者に譲渡して、当該合併を税制非適格とするスキーム⁽¹¹²⁾」の第三者として公益法人等が利用されたならば、40 条承認の取消（あるいは 40 条申請の不承認）は可能と思料する。

(ロ) (イ)以外の場合

寄附と組織再編の行われた時期が隔絶しており、課税上一体の行為と認められない場合には、一般的には後発の組織再編行為の効果は過去に完了している寄附行為には影響せず、したがって特段の事情がない限り 40 条承認の取消しはできないと考えられる。

では、寄附と組織再編の行われた時期が隔絶しているものの、「関係者の租税負担を不当に減少させる組織再編行為」を行った法人の意思決定に寄附者又は公益法人等が関与している場合、具体的には、寄附者又は公益法人等が株主総会において当該組織再編を承認した場合は、40 条承認に影響を及ぼすだろうか。

類似の規定である同族会社の行為計算の否認について争われた事件では、「経済活動として不合理、不自然であり、独立かつ対等で相互に特殊な関係にない当事者間で通常行われるべき取引と比較して、あまりに乖離した取引によって、関係者の所得税の負担が減少するときは、特段の事情がない限り、所得税の負担の不当な減少と評価され、当該行為または計算は所得税法 157 条による否認の対象となる。そして、上記評価判断は、所得税法 157 条の趣旨や同条の文理に徴してみれば、行為または計算の態様から客観的に行われるべきものであり、当該行

(112) 太田・前掲注 (106) 87 頁。

為または計算に係る関係者が租税回避等の目的あるいは不当性に関する認識を有していることを要件とするものではないことは明らかである。（下線は筆者）」と判示し⁽¹¹³⁾、主観的な租税回避目的の存在は当該否認規定の要件ではないことを明示している。同様に、法令に抵触することを認識していたかどうかという主観的要件は勘案する必要がないとする判決もある⁽¹¹⁴⁾。

このように、行為者の意思は、一般的租税回避否認規定の適用要件ではないと解されることから、組織再編行為の意思決定に寄附者又は公益法人等が関与していたとしても、当該規定を適用することで 40 条申請を取消すことはできないと考えられる。

要すれば、寄附と組織再編行為が一体と認められない限り、組織再編に係る行為計算の否認規定を適用して 40 条承認を取消すことは、条文解釈上困難ではなかろうか。

(2) 同族会社の行為又は計算の否認について

同族会社の行為計算の否認規定には、所得税法 157 条 1 項、法人税法 132 条及び相続税法 64 条 1 項の規定がある。

これらの規定は、同族会社等の行為又は計算で、これを容認した場合には当事者たる法人、法人の株主又は株主の特殊関係者の所得税、法人税、相続税及び贈与税を不当に減少させる結果となると認められるものがあるときは、その行為や計算にかかわらず税務署長の認めるところにより所得金額を計算することができる」と定めている。

この規定を適用して 40 条承認を取消すことができるかについて、前記 (1) と同じ適用射程の問題がある。結局、40 条承認を取消すには、一般的租税回避否認規定はほとんど適用できないと考えられる。

(113) 広島地判平 13.10.11 LEX/DB 文献番号 28092272

(114) 所得税法 157 条の同族会社の行為計算否認規定が争われた事案では、不当性の判断は、行為又は計算の態様から客観的に判断されるものであって、当該行為又は計算に係る株主等が租税回避等の目的あるいは不当性に関する認識を有していることを要件とするものではないとした。東京高判平 11.5.31 LEX/DB 文献番号 28041260

4 個別否認規定

措置法 40 条は、みなし譲渡課税に対する優遇規定であるから、課税減免規定の限定解釈の方法によって、租税回避ないし優遇規定の濫用を排除することは可能と考えられる。措置法 40 条の要件を限定的に解釈するということは、40 条承認の 3 要件のうち公益目的要件と事業供用要件を限定的に解釈し、逆に非不当減少要件の「不当」の範囲を広く解釈することになる。以下では非不当減少要件の解釈について考察する。

(1) 措置法 40 条の非不当減少要件

イ 規定の内容

措置法施行令 25 条の 17 第 5 項 3 号は、「公益法人等に対して財産の贈与又は遺贈をすることにより、当該贈与若しくは遺贈をした者の所得に係る所得税の負担を不当に減少させ、又は当該贈与若しくは遺贈をした者の親族その他これらの者と相続税法第 64 条第 1 項に規定する特別の関係がある者の相続税若しくは贈与税の負担を不当に減少させる結果とならないと認められること。」と規定する。

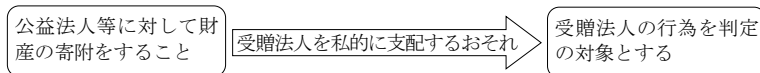
この課税要件に基づき、以下、①適用対象となる行為は何か、②適用対象となる者は誰か、③税負担を不当に減少させるとは何かといった要件と、④要件逸脱の場合の法律効果の射程を検討する。

ロ 適用対象となる行為

適用対象となる行為は、文理上は、個人が公益法人等に対して財産の寄附をすることである。しかしながら、40 条通達 17 は、寄附後に受贈公益法人等が行う使用、収益及び処分等の行為を、非不当減少要件の適用対象とする旨を明記している。

その理由として、「公益法人等においてその贈与又は遺贈に係る財産が広く社会一般の利益のために用いられれば譲渡所得等の非課税の趣旨に合致し、何ら問題は生じないのであるが、しかし、その財産の使用収益から生ずる利益を、直接又は間接にその財産の贈与者等の親族その他特別の関係がある者に与える場合には、税負担の不当減少要因となり、問

題が生ずることになる。すなわち、その財産は法的形式においては公益法人等の所有となっているが、贈与者等の特定の者がその法人を私的に支配し、その法人を通じて特定の者が特別の利益を受けることは、実質的には、その財産はただ贈与者等が所有し、又は特別の利益を受ける者に贈与されたのと同様となるからである。本来、個人が財産を所有していれば、その財産については将来相続税が課税され、また、個人から個人が利益を受ければ贈与税が課税されることになる。にもかかわらず、その財産が公益法人等の所有に帰したため、相続税も贈与税も課税されないことは、いわば形式を借りた租税負担の回避であり、実質課税の原則からいっても、また課税公平の見地からみても著しく妥当性を欠くことになる。そこで、そのような課税回避に基づく税負担の不当減少がある場合又はそのおそれがある場合には、その贈与又は遺贈に係る譲渡所得等については、措置法 40 条 1 項後段の規定による非課税の規定を適用しないこととするとともに、その公益法人に対しては相続税法第 66 条第 4 項の規定により個人とみなして相続税又は贈与税の課税を行うことになっている。このように、特定の者に対し特別の利益を享受させることは、専ら法人の行為にかかっていることから、この通達においては、所得税や相続税等の負担を不当に減少させる結果とならないと認められるかどうかの判定は、その財産の贈与又は遺贈を受けた法人について行うこととされた⁽¹¹⁵⁾と解説されている。



さて、ここで問題は、寄附株式の発行法人が行う組織再編行為は、当該法人の株主たる公益法人等の行為に含まれるかどうかであるが、これは当然含まれると解される。

(115) 阿部輝男編『平成 22 年版譲渡所得・山林所得・株式等の譲渡所得等関係租税特別措置法通達逐条解説』（大蔵財務協会、2010）1317 頁・1318 頁。

なぜならば、平成 26 年度税制改正において、措置法施行令 25 条の 17 第 6 項(不当に減少させる結果とならないと認められる公益法人等の要件)の、第 5 号として「その公益法人等が当該贈与又は遺贈により株式の取得をした場合には、当該取得により当該公益法人等の有することとなる当該株式の発行法人の株式がその発行済株式の総数の 2 分の 1 を超えることとならないこと。」という要件が新設された。これはすなわち、寄附者及び関係者が公益法人等を経由して株式発行法人を支配することを、株数制限という形式面によって防止する目的があると考えられ、裏をかえせば、議決権行使が公益法人等の行為に含まれることを示している⁽¹¹⁶⁾。

そうすると次の問題は、公益法人等が議決権株を有していたとしても形式的に半数を超えて所有していなければ、発行法人が行う組織再編行為を公益法人等の行為とみなすことはないのか、あるいは形式的には半数を超えていなくても、寄附者及び関係者と議決権を合算するなどにより実質的に公益法人等が組織再編行為に関与したとして事実認定する場合があるのかである。これは当然ながら実質判断がなされるべきであろう。

ハ 適用対象者

適用対象者は、当該寄附者又は当該寄附者の親族その他これらの者と相続税法第 64 条 1 項に規定する特別の関係がある者(例えば使用人等)とされている。前述のとおり、40 条通達 17 により受贈公益法人も対象

(116) 参考として、認定法 5 条 15 号において公益法人の株式保有を制限している理由は、「公益法人は、公益目的事業を行うこと主目的とし、公益目的事業比率が 100 分の 50 以上であること等を満たす限りにおいて、収益事業等の実施が認められる。しかし、仮に、公益法人が株式等の保有を通じて他の営利法人等の事業を実質的に支配することを認めれば、営利法人の経営に対する実質的な影響力の行使を通じて、実体は営利法人としての活動が行われることにつながる。このような行為は、一定の条件下で認められている収益事業等が無制限に拡大することを許容し、公益認定の基準、遵守事項の潜脱につながるから認められるべきではない。」とされる。新公益法人制度研究会『一問一答 公益法人関連三法』(商事法務、2006) 209 頁。

になる。

ニ 税の負担を不当に減少させること

措置法 40 条は租税減免規定であるから、適用要件を厳格に解して、すなわち不当減少となる事実の範囲を広く解することで少しでも不当減少の疑義がある行為については 40 条承認を行わないという厳しい考え方もできよう。

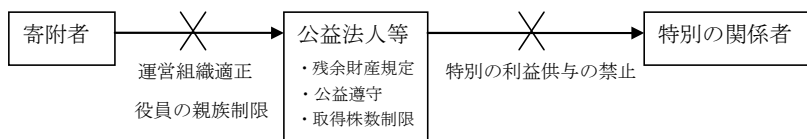
しかしながら、この不当性については、同類の租税減免規定である相続税法 66 条 4 項の不当減少該当性が争われた事例において、東京高裁が「ところで本条項にいう『負担が不当に減少する結果となると認められるとき』というのは、認定の余地の多い極めて包括的な規定であり、かつ、特にその対象が公益法人等であるから、右判断の前提となる事実の認定およびこれに対する判断は、当該立法の趣旨にのっとり、他方公益法人等存置の事由にかんがみ課税の結果についての影響を考慮したうえ、綿密な調査と慎重な配慮のもとになさるべきものである。したがって公益法人等を個人とみなして本条項を適用するためには、贈与等をうける公益法人等の人的構成、その組織上の機構、経営の実情等からみて贈与者またはその同族関係者らの手によって私的支配の行なわれるおそれが客観的に明白であると認められる場合でなければならぬと解するのが相当である⁽¹¹⁷⁾」と判示し、寄附者等の租税負担を減少させる結果とは、寄附者及び関係者による公益法人等の「私的支配」の状態があることを要件とすることを明らかにした。

法令では、措置法施行令 25 条の 17 第 6 項が、次に掲げる五つの要件を満たす場合には、所得税等の負担を不当に減少させる結果とならないと認められるものとする規定し、「私的支配」の状態にはないものと扱うこととしている⁽¹¹⁸⁾。

(117) 東京高判 50.9.25 LEX/DB 文献番号 21051740

(118) なお、同様の規定が、相続税法 66 条 4 項の委任を受けた相続税法施行令 33 条 3 項にある。

- 一 運営組織が適正であり役員等に占める親族の割合が3分の1以下であること
- 二 受贈法人が寄附者や受贈法人の役員等に施設の利用等の特別の利益を与えないこと
- 三 受贈法人の寄附行為等に残余財産が国等へ帰属する旨規定されていること
- 四 受贈法人に公益に反する事実がないこと
- 五 株式受贈の場合は法人の発行済株数の2分の1を超える取得でないこと⁽¹¹⁹⁾



上記のうち、運営組織が適正であること及び特別の利益供与について、以下の通達で規定している。

(イ) 運営組織が適切であること

40 条通達 18（その運営組織が適正であるかどうかの判定）において、運営組織が適正であること、重要事項の決定が適正に行われること及び役員数の制限等について細部にわたり規定している。

(ロ) 特別の利益供与

40 条通達 19（特別の利益を与えること）において、寄附者、公益法人等の役員等又はこれらの者と親族関係若しくは特殊の関係がある者に対し、施設の利用、金銭の貸付、資産の譲渡、給与の支給、役員等の専任その他財産の運用及び事業の運営に関して、例えば、次の A～I に掲げる事項は、特別の利益を与えることとして取扱うと規定している。

(119) 平成 26 年度税制改正で措置法施行令 25 条の 17 第 6 項の、第 5 号として新設された。

- A 当該公益法人等の所有する財産をこれらの者に居住、担保その他の私事に利用させること。
- B 当該公益法人等の他の従業員に比し有利な条件で、これらの者に金銭の貸付けをすること。
- C 当該公益法人等の所有する財産をこれらの者に無償又は著しく低い価額の対価で譲渡すること。
- D これらの者から金銭その他の財産を過大な利息又は賃借料で借り受けること。
- E これらの者からその所有する財産を過大な対価で譲り受けること、又はこれらの者から公益目的事業の用に直接供するとは認められない財産を取得すること。
- F これらの者に対して、当該公益法人等の役員等の地位にあることのみに基づき給与等を支払い、又は当該公益法人等の他の従業員に比し過大な給与等を支払うこと。
- G これらの者の債務に関して、保証、弁済、免除又は引受け（当該公益法人等の設立のための財産の提供に伴う債務の引受けを除く。）をすること。
- H 契約金額が少額なものを除き、入札等公正な方法によらないで、これらの者が行う物品販売、工事請負、役務提供、物品の賃貸その他の事業に係る契約の相手方となること。
- I 事業の遂行により供与する公益を主として、又は不正な方法で、これらの者に与えること。

先に見たように、非不当減少要件は、専ら公益法人等の事業運営を判定の要素とすることから、公益法人等の活動により生じた、又は公益法人が契約当事者として契約の相手方に与えたこれらの利益を広く取り込むこととしている。

これらの公益法人等の活動の中に、公益法人等の有する株式の発行法人に係る組織再編により利益を与えることが含まれるか否かについて、

上記A～Iは例示にすぎないから当然含まれると解することはできるが、更に取扱いを明確にするならば、「合併、分割、現物出資、株式交換及び株式移転等によって、これらの者に相続税法9条（贈与又は遺贈により取得したものとみなす場合—その他利益の享受）に該当する利益を与えること」といった規定を加えることも組織再編行為を利用して特別の利益を与える事象を防止するためのひとつの方策として考えられる。

ホ 要件逸脱の場合の効果の射程

非不当減少要件から逸脱した場合の効果は、40条承認の取消（不承認）である。なお、受贈公益法人に対しては、相続税法第66条4項の規定により個人とみなして相続税又は贈与税の課税される場合がある。

(2) 小括

不当かどうかの判断は、一般的租税回避規定においてはその手段が経済活動として合理的かつ自然なものかどうかという態様が問われるのに対し、措置法40条では受贈法人の私的支配の状況が問われる。そして私的支配の判定では「適切な組織運営」と「特別な利益の享受がないこと」が判断基準であることを確認した。

なお、特別な利益の享受について、現行規定は、寄附株式について組織再編があったことを想定していないため、取扱いの明文化が望まれる。

5 租税回避の具体的事例の検討

ここまで、租税回避行為の存在を前提として、個別否認規定の限定解釈によって40条取消が可能であることを考察した。そこで次に、具体的にどのようなケースが特別の利益を与えたと認定されて40条承認が取消されるのか検討する。

措置法40条で問題になるケースには次の二つの類型が想定できる。

一番目として、寄附者又は特別な関係がある者の所得税、相続税又は贈与税の負担を不当に減少させる結果となるものが考えられる。例えば同族会社オーナーから公益法人等へ株式が寄付されて40条承認を受けた後に、寄附

者の意思によって当該会社の組織再編を行い、この組織再編によって寄附者あるいは寄附者と特別の関係がある者に直接的に特別の利益を与えることにより、租税負担を不当に減少させる場合である。

二番目として、40条申請を受けた株式の発行法人について、組織再編を行って株式発行法人の資産を徐々に他へ移し、あるいは損失を引受けることで、受贈した株式の価値が減少してしまうケースが考えられる。これは公益目的事業の促進という立法趣旨から間接的に逸脱するため、積極的租税回避策というよりも、措置法40条の優遇措置の濫用と考えられる。

まずは一番目のケースを検討するが、実はどのような組織再編行為が措置法40条を利用した租税回避行為に当たるかを考察するにあたり、措置法40条関係の裁判例が乏しく、また組織再編についての裁判例も少ないため、組織再編を利用した租税回避行為の形態や方法について論じた先行研究を参考にした。

- (1) 組織再編税制の立案担当者は、組織再編を利用した次のような租税回避が考えられるとしている。「①繰越欠損金や含み損のある会社を買収し、その繰越欠損金や含み損を利用するために組織再編成を行う。②複数の組織再編成を段階的に組み合わせることにより、課税を受けることなく、実質的な法人の資産譲渡や株主の株式譲渡を行う。③相手先法人の税額控除枠や各種実績率を利用する目的で組織再編成を行う。④株式の譲渡損を計上したり、株式の評価を下げるために分割等を行う⁽¹²⁰⁾」といった手法である。

おおまかには、法人税の軽減を目的にするものと、所得税、相続・贈与税の軽減効果もあるものに分類できよう。①や③は株式発行法人の税負担が軽減することで間接的に恩恵を得ることができるものと考えられるが、個人株主の税負担の減少につながるとは限らない。②や④は個人株主の所有する株式の譲渡所得を免れたり、相続・贈与時の株式評価を下げるなど

(120) 中尾ほか・前掲注(43)244頁。

直接的な効果があり得る。

- (2) 前述の太田洋弁護士は、①本来非適格組織再編となるべきものを適格組織再編となるように「操作」する、②本来適格組織再編に該当するものを非適格組織再編となるように「操作」する（いわゆる「適格はずし」）、③繰越欠損金の利用に関する個別否認規定の「潜脱」、④相手先法人の税額控除枠や各種実績率等の利用目的、⑤株式の評価の引き下げ目的、⑥所得の性質のコンバージョンのために組織再編行為を用いる、⑦単一の組織再編行為を複数の組織再編行為（ないし組織再編行為＋取引等）に恣意的に「分割」する、⑧複数の組織再編行為を組み合わせることで実質的に単一の取引を実行する、の 8 類型について言及されている⁽¹²¹⁾。

やはり、どちらかといえば法人税軽減が主体の類型（①～④）と、個人株主の所得税、相続・贈与税にも直接関係する類型（⑤～⑧）に分けられよう。

- (3) 太田洋弁護士が提示されたケースを引用して、40 条承認と組織再編行為を組み合わせ、個人株主の所得税、相続・贈与税の負担を軽減するスキームを考えてみたい。

上記（2）の①と②は、組織再編の適格要件〔前掲の表 2 参照〕に照らして、①形式的にのみ適格要件を満たす、あるいは②含み損の実現のために故意に適格要件をはずすように操作する行為といえる。

イ 非適格なものを適格組織再編となるように操作するもの

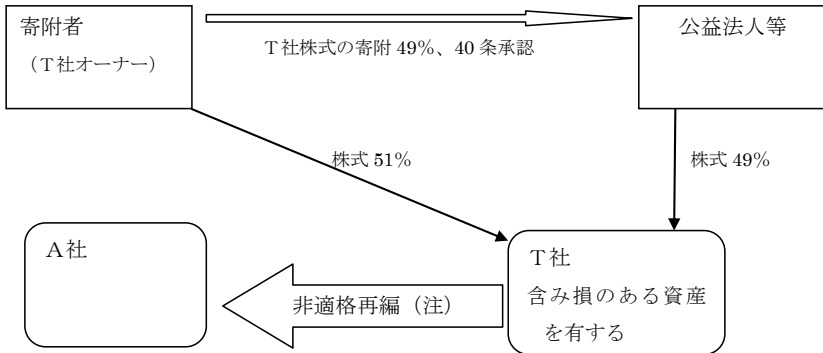
例えば、boot のある株式交換は非適格となるため、少数株主に対しあえて端株を交付して適格要件を充足させておき、後日端株株式を現金で買い取るもの。個人株主にとって株式譲渡所得を免れる（繰り延べる）ことが可能。40 条承認との関係で利用するケースはあまり想定できない。

ロ 故意に適格要件をはずすもの

次図で、A 社と T 社の発行済株式を 100% 所有するオーナーが、T 社

(121) 太田・前掲注 (106) 87 頁～91 頁。

株式の 49%を公益法人等に贈与した後に、A 社と T 社を非適格再編する場合を考える。



(注) 非適格再編には、次のようなものが考えられる⁽¹²²⁾。

- ① 完全親子会社間で吸収合併すると、100%親子会社間の合併はほとんどの場合が適格合併になることから、あえて適格をはずすために、一部の株式だけを事前に公益法人等に譲渡して、当該合併を税制非適格とする。
- ② 特別利益と含み損を両方抱えている T 社を A 社に非適格合併させて、T 社において含み損を実現させて特別利益を無税で消す。
- ③ T 社の分割型分割を実施する際に、寄附者と公益法人に対しそれぞれ異なる種類の種類株式を交付する非按分割を行い、T 社において移転する資産の含み損をあえて実現させて損金算入する。
- ④ 種類株式を発行している T 社が、合併などの組織再編をするときに、本来種類株式の消却が前から可能であったにもかかわらず、あえて当該組織再編のときに併せて種類株式の消却を実行して種類株主に現金を交付し、それによって、当該組織再編をあえて税制非適格にする。

上記のケースで検討すべき論点は、例えば法人税の調査によって非適

(122) ①～④ともに太田・前掲注(106) 87頁・88頁の事例を引用。

格再編が「適格はずし」と認定されて、T社の含み損の損金算入が否認された場合に⁽¹²³⁾、適格はずしと認定された事実が40条承認の取り消し事由になるかどうかである。

①のケースで、公益法人等への譲渡が適格はずしだと認定されたのであれば、寄附自体が「関係者に特別の利益を与える」行為に当たり、公益法人等が直接関与したと認定される可能性が高い。そうすると40条の非不当減少要件を逸脱することから40条承認は取消されることになる。

②のケースでは、T社の法人税負担が軽減されることによる経済的利益は、通常はT社内部に留まるから、配当金の増加といった外部から認識できる形で寄附者が利益を享受しない限り、「関係者に特別の利益を与える」行為には該当しないのではなかろうか。したがって、公益法人等が組織再編の意思決定に関与していたとしても、関係者に特別の利益を与えたとは認められず、40条承認の取消しには該当しないと考えられる。

③の非按分型分割とは、分割型分割において分割対価として取得する株式が、当該分割型分割に係る株主等の有する当該分割法人の株式の数の割合に応じて交付されない場合をいう（所令113④）。非按分型分割は株式平等の原則（会社法109①）の特例であり、非公開会社は非按分型分割を行うことができると解されている（会社法109②）。非按分型分割は、分割前後で、資産に対する支配関係に異動を生ずるおそれがあることから、適格分割の対象から除外されている（法法2十二の十一かつ書き）。非按分型分割を行った結果、寄附者が経済的利益を得て、公益法人等が経済的利益を得ない関係になると、公益法人等から寄附者に対する贈与があったとみなされる（相法9）。これは特別の利益供与に該当することから40条承認取消しの対象になると考えられる。

(123) 組織再編による移転する資産の譲渡損益の取扱いは、法人の行った会計処理や法人の選択により変わるものではなく、その組織再編が適格組織再編成に該当する場合には、その移転資産等の譲渡損益の計上を繰り延べる必要がある。中尾ほか・前掲注(43) 136頁。

④の場合も、②と同様に 40 条承認の取消しには該当しないと考えられる。

なお、株主の一部に対してであっても boot 交付があれば、全ての株主がみなし配当及びみなし譲渡収入課税を受けることになるが、合併と株式交換では、boot の取扱いが異なることの問題点は前述⁽¹²⁴⁾のとおりである。

ハ 繰越欠損金の利用、税額控除枠や各種実績率の利用目的

あえて非適格合併にすることで、合併法人の繰越欠損金等の利用制限から逃れるもの。あるいは組織再編の目的が、相手先法人の税額控除枠等の利用であるもの。法人税の軽減が主目的であるが、本項の最初に述べたように寄附株式の価値が間接的に低下するおそれがあり、公益目的事業促進の妨げになるおそれがあることから何らかの対応が必要である。本件の対応は次項 6 で述べる。

ニ 株式評価の引き下げ、資産等の移動による会社の価値の変動の利用⁽¹²⁵⁾

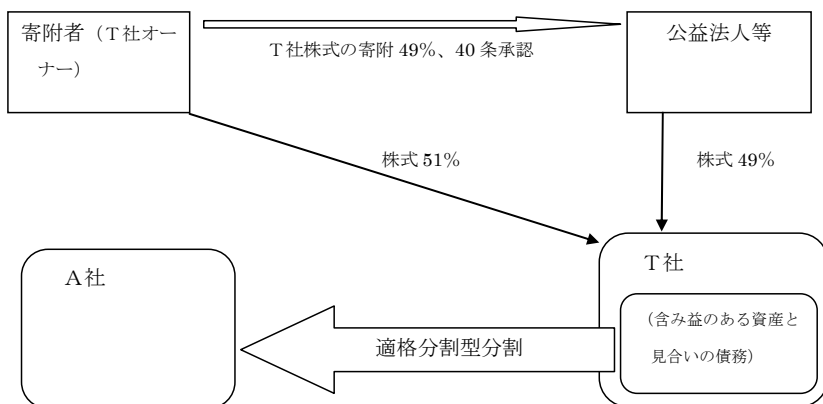
相続財産の評価で類似業種比準方式が適用されるような場合において、利益の出ている事業を会社分割で子会社に移し、親会社株式の評価を引き下げるもの⁽¹²⁶⁾。

例えば次図で、T 社の含み益のある資産とその資産の帳簿価額に見合う債務を分割して、A 社に引き継ぐとする。

(124) 第 3 章第 1 節 2(2)

(125) 齊木・前掲注 (107) 64 頁。

(126) 太田・前掲注 (106) 89 頁。



適格分割型分割を行うと、A社の資産・債務の取得価額は、原則として分割前のT社の帳簿価額を引継ぐため、A社の株式等の評価額は取得した資産の含み益を反映せず、時価に比して低くなる場合がある⁽¹²⁷⁾。これによって寄附者は、贈与税・相続税の課税負担を軽減させてA社株式を親族に移転することが可能になる。

このような、組織再編行為を株式価値の移転に利用することが、一般的防止規定でいうところの「税負担を不当に軽減させる」ことに該当するかどうかは種々の見解がある。太田洋弁護士は、株式の評価は「時価の妥当性も問題、つまりは事実認定のレベルで考えれば十分な話であって、法人税法132条の2という伝家の宝刀を敢えて振り回すべき行為ではないのではないか⁽¹²⁸⁾」と論じている。財産評価基本通達第6項にお

(127) もっとも、新設型分割の場合の株式評価については、開業後3年未満の会社等の株式は類似業種比準方式ではなく、純資産価額方式で評価する規定(財産評価基本通達189-4)があり、また、純資産価額方式で評価する場合であっても、現物出資、合併、株式交換又は株式移転により著しく低い価額で受け入れた資産又は株式がある場合には、評価差額に対する法人税額等に相当する金額を控除しない旨の規定(同通達186-2)があることから、現実には組織再編後すぐに著しい評価減ができるとは想定できない。なお組織再編に基因した通達186-2の改正の経緯等については、川口幸彦「租税回避への対応を含む財産評価のあり方」税大論叢61号(2009)277頁～311頁参照。

(128) 太田・前掲注(106)89頁。

いて「この通達の定めによって評価することが著しく不相当と認められる財産の価額は、国税庁長官の指示を受けて評価する」と規定していることが根拠である。

これに対し齊木秀憲氏は「時価を創出しているこのような事例については、時価の妥当性の事実認定だけでは判断できないと考える⁽¹²⁹⁾」として、一般的防止規定の射程範囲に含むとの見解である⁽¹³⁰⁾。

こうした株式価値の移転あるいは創出行為が、40条承認の取消事由である非不当減少要件に当たるかどうかであるが、40条承認との関係では、先ずもって組織再編後もT社のみならずA社からも配当がされなければならない。国税庁ホームページの質疑応答事例において「株式分割により寄附株式の株数が増加した場合、その増加した株数に相当する株式は、租税特別措置法第40条の対象となった株式のいわば分身、すなわち、寄附株式そのものです。⁽¹³¹⁾」と回答されているのと同様に、分割型分割で取得するA社株式も、寄附株式そのものとして扱うから、A社株式自体も事業供用要件を充足する必要がある。

この配当金の問題をクリアしていることを前提とすれば、T社の株主に対して、A社の株式がその持分割合に応じて平等に交付されないなどの経済的不均衡が生じていない限り、特別の利益を与えたことにはならないと考えられる。

要すれば、組織再編によって株式の評価額を低下させる行為に対しては、一般的租税回避否認規定あるいは財産評価基本通達第6項が適用されることがあるとしても、株主間で経済的価値の移動が認められない場

(129) 齊木・前掲注(107)65頁。

(130) 同様に法律行為そのものを税務上否認しなければならない場合は、評価基本通達6項ではなく、同族会社の行為計算否認規定を用いるべきとする意見として、石川克彦「相続税における同族会社の行為計算の否認に関する一考察—財産評価基本通達第6項との関連を中心として—」税大論叢39号(2002)。<http://www.nta.go.jp/ntc/kenkyu/ronsou/39/ishikawa/ronsou.pdf>

(131) 国税庁ホームページ質疑応答事例「寄附株式の分割により取得した新株を譲渡した場合」<https://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/shitsugi/joto/21/05.htm> 参照。

合には 40 条承認の取消事由には該当しないと思われる。

ホ 所得の性質のコンバージョン

先に、組織再編による株主課税には、株式の譲渡所得課税と、みなし配当+みなし譲渡課税の二通りがあると述べたが、所得の性質のコンバージョンとは、組織再編行為を操作することによって、例えば譲渡所得を配当所得に転換させることをいう。

法人株主の場合は、受取配当等の益金不算入の規定があることから、一般には配当となる組織再編が好まれる。

措置法 40 条との関係においても、譲渡ならば事業供用要件に抵触するが、みなし配当+みなし譲渡課税ならば事業供用要件（代替性の問題）には抵触しない場合があるため、みなし配当が好まれるのではなかろうか。

だからといって、株式発行会社から交付される対価が、本来は譲渡所得に該当するところ、組織再編行為を操作することによって配当所得に転換させたとしても、個々の事例によって異なるものの、一般的にはその操作をもって「贈与若しくは遺贈をした者の所得に係る所得税の負担を不当に減少させ」という認定には結びつきにくいと思われる。したがって 40 条承認との関係で利用するケースはあまり想定できない。

(4) 小括

以上、組織再編行為を利用して、公益法人等から寄附者及び関係者に対して特別の利益を与え得ることを確認した。

これらの関係は、相続税法 9 条に規定するその他利益の享受の考え方に類似しており、寄附者及び関係者が実質的に対価を支払わないで経済的利益を受けた場合には、公益法人等がこれらの者に対して特別の利益を与えたと認定されることになる。その際、寄附者及び関係者に対して特別の利益を与える意思を、公益法人等が有していたか否かは問われない。

6 濫用防止策の検討

前記5において、二番目のケースとして、株式発行法人が組織再編を行って株式発行法人の資産を他へ移し、あるいは株式発行法人が損失を引受けることで、公益法人等が受贈した株式の価値が減少し、配当金が減少するケースを挙げた。措置法40条の立法趣旨は、「公益法人等に対する寄附について、みなし譲渡課税を行うよりも、当該資産を公益の用に供してその増進に寄与させる方が望ましいという政策的配慮に基づき、公益的な寄附を容易にすること⁽¹³²⁾」であるから、株式寄附にあつては、次のような配当金が減少するおそれのある組織再編行為を排除するための規制が必要と思われる。

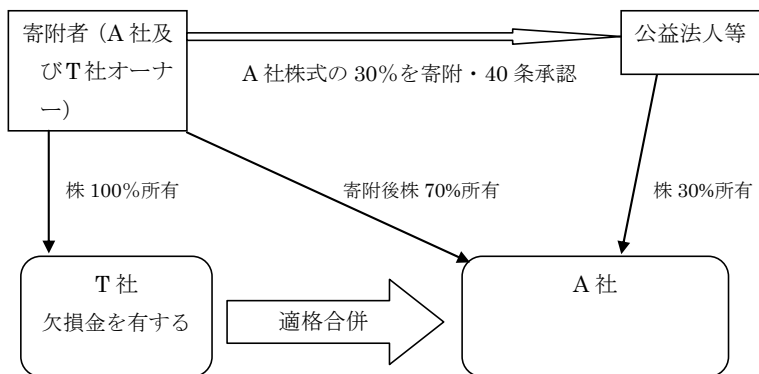
(1) 非按分型分割

非按分型分割については前述のとおりである。非按分型分割は、分割前後で、資産に対する支配関係に異動を生ずるおそれがあることから、法人税法上は適格分割から除外されている。したがって40条承認においても非按分型分割は取消し対象になることを明記すべきである。

(2) 欠損法人との合併

下図において、寄附対象となった株式の発行法人をA社、欠損金のある法人をT社として、A社がT社を吸収合併する。法人税法では、適格合併を行うことにより被合併法人の繰越欠損金を合併法人へ引継ぐことができる。

(132) 東京地判平 15.2.13・前掲注(9)



A社は、T社の繰越欠損金を用いてA社の所得を減少させることが可能となる。

このため、適格組織再編であっても欠損金等引継ぎの濫用を防止する目的で、個別防止規定(欠損金の利用制限＝法法57③⑤)が設けられている。斉木秀憲氏は、法人税法57条3項について「欠損金の引継ぎは、商法上の資本充実の原則からも適当ではなく、税法上も欠損法人の買い取り(合併)によって税負担の不当な軽減を図ることが可能となり課税上の弊害が大きいとして従来認められていなかった。それが経済界からの強い要望もあって、平成13年度法人税法の改正により組織再編税制の一環として、適格合併等の特定の場合には、一定の要件⁽¹³³⁾による制限を定めて、被合併法人等の繰越欠損金を引継ぐこととされた⁽¹³⁴⁾」と解説している。

財務上は、欠損金等の引継ぎによって資本金及び資本準備金の額が減殺され、分配可能額が減少することから、措置法40条においても租税回避の意図をもって行う合併による欠損金の引継ぎは制限すべきである⁽¹³⁵⁾。

(133) 一定の要件による制限とは、特定資本関係が生じてから合併事業年度開始の日まで5年を経過しておらず、かつ、みなし共同事業要件を満たさない場合には、繰越欠損金の引継ぎが制限されるものである(法法57③)。なお、繰越欠損金は7年間の繰越が認められるため、特定資本関係が生じてから5年経過後7年経過前までに適格合併を行うことで、この制限をクリアすることが可能である。

(134) 斉木・前掲注(107)66頁～67頁、73頁。

(135) 無配状態に陥ることとは異なり、配当金が減少した事実だけでは40条承認の取消

少なくとも上記法人税法の個別防止規定に該当するケース（赤字法人がグループ加入してから5年経過していない場合など）は、同規定と平仄を合わせて40条承認の取消対象とすべきであろう。

(3) 含み損のある資産を抱える法人との合併

株式の発行法人が合併会社になり、含み損のある資産を抱える子会社を被合併会社として適格合併を行い、合併後に含み損のある資産を譲渡することで株式発行法人の所得を減少させ、株式評価額を低下させることが可能である。そのためこれについても個別防止規定（含み損の損金算入制限＝法法62の7）が設けられている。

(4) 小括

これらの組織再編行為は、公益法人等が関係者に対して特別の利益を与えるものとは認められないため40条承認の非不当減少要件には該当しないと思われるが、株式発行法人の配当金を減少させるおそれのある組織再編であるから、経営環境の悪化など非自発的な理由による配当金の減少と峻別し、これを防止する措置が必要と考えられる。少なくとも、組織再編税制において個別防止規定として置かれている法人税法の規定について、条文を引用する形で平仄を合わせることは可能であろう。

事由に当たらない。（規定上、40条承認後に「公益目的要件」の規模的縮小の事実が生じても、40条承認の取消事由には該当しない。）

第4章 株式寄附に係る新たな課税方式の検討

前章までは主に寄附者がオーナーとして支配する同族株式について検討してきた。本章では視点を変えて、個人株主の意思が反映されにくい上場株式の寄附について考察してみたい。

上場株式は寄附者個人や受増公益法人等の意思にかかわらず、経営判断あるいは業績不振により無配当になることがある。そうなると事業供用要件を逸脱してしまい40条承認が取り消されてしまう場合もあり得る。このように、継続して配当金が交付されることが要件となっている株式は、不動産や美術品に比較すると、そもそも40条承認の対象として不安定な財産といえよう。

また、平成20年度税制改正後は、事業供用後の40条承認取消しに係る納税負担は受贈者側に転換され、公益法人等は寄附者側の所有期間に係るキャピタル・ゲイン課税のリスクを負うことから、寄附者との関係が希薄な公益性の高い法人ほど40条申請に対して慎重にならざるを得ない。

なお、ひとくちに譲渡所得といっても、所得税法上は資産の種類によって課税方法が3つに区分されている。すなわち不動産（措法31以下）、株式など有価証券（措法37の10以下）及び美術品などその他の資産（所法33）というように、譲渡資産の種類によって税率や特例規定は全く異なっている。この点、措置法40条はすべての資産を一括して取扱うことから、規定ぶりは包括的な表現にならざるを得ず、事業供用要件などは、通達の運用によって対応していく部分がどうしても生じてしまう。

これらの理由が重なって株式の寄附が普及していないとも想定される⁽¹³⁶⁾。そこで「民間による公益の増進」の考え方に則し、公益法人等の投資選択の自由度を高め、あるいは公益法人等が容易に活用できる制度がほかにないか検討する。

(136) 平成24年7月～平成25年6月までの1年間に40条承認があった件数は196件、うち株式の寄附に係る承認件数は24件である。（平成26年4月16日衆議院法務委員会の階猛議員の質問に対する答弁）

○ 無配当と事業供用要件

株式を公益目的事業に供しているかどうかの判定は、40条通達13ただし書きにより、各年の配当金、印税収入等その財産から生じる果実の全部が当該公益目的事業の用に供されるかどうかにより判定して差し支えないものとされている。そして各年の配当金、印税収入などが当該公益目的事業の用に供されるかどうかは、例えば、①30人以上の学生若しくは生徒に対して学資の支給若しくは貸与をし、又はこれらの者の修学を援助するための寄宿舎を設置運営する事業（学資の支給等対象者が都道府県の範囲よりも狭い一定の地域内に限定されているものを除く）を行う公益法人等において学費として支給され、あるいは②科学技術その他の学術に関し、研究施設を運営する事業又は研究者に対して助成金を支給する事業（助成金の支給対象者が都道府県の範囲よりも狭い一定の地域内に限定されているものを除く）を行う公益法人等において助成金として支給されるなど、当該果実の全部が直接、かつ、継続して、当該公益目的事業の用に供されるかどうかにより、判定することになる⁽¹³⁷⁾。

例えば、寄附株式からの配当金収入が年間1000万円あって、公益法人等が奨学事業の学費支給に年間1億円を支出しているなど、当該奨学金に当該配当が使われているという合理的な事実が継続していれば、事業供用要件を満たすと判定することになる。

しかるに、配当金などの果実が毎年定期的に生じない株式などについては、当該株式が公益目的事業の用に直接供されていることの判定ができないことなる（40条通達13(注)2）。

○ 株式の滅失損と事業供用要件

所得税法の考え方では、発行人の経営破たん等によって個人の有する株式等が無価値化した場合は、株式の消滅すなわち株式消滅損として認識する。この株式の消滅損は、株式譲渡損や雑損控除対象の損失と異なり、

(137) 果実の「全部」が公益目的事業の用に供されていなければならないとした裁判例として、東京地裁平成25年9月12日判決 LEX/DB 文献番号 25514659。

損益通算や所得控除の対象にならない⁽¹³⁸⁾。また、株式を含む金融資産の資産損失は、所得税法に規定がないため所得控除も認められていない⁽¹³⁹⁾。

ここで問題は、株式が無価値化して配当がなくなった場合にも、株式が消滅したものと認識して、40条通達13の(注)書きに則り40条承認を取消すことになるかどうかであるが、これに関する取扱規定はない。

あくまでも個人的な見解であるが、建物や機械等の固定資産が経年劣化等により減耗していくのと同様に法人にも寿命があると考えれば、寄附株式が無配当になった原因や経緯等を総合的に勘案して判断すべきように思

(138) 例外として、特定管理株式が価値を失った場合の株式等に係る譲渡所得等の課税の特例(措法37の10の2)がある。

(139) 「現行の資産損失に関する制度の基礎となった昭和36年12月の税制調査会の答申は、資産損失に関して次のように述べられている。『所得から資産損失を控除することについては、大別して二つの考え方がある。(イ)所得の稼得に直接関与する資産の損失をその所得の計算上の必要経費として控除する考え方～この考え方は、事業の所得はその事業に投じられた総資産の運用の成果としてあらわれるものであり、結果的には、資産の損失を通算した後において純資産の増加として把握されるとするものである。これは、個人の消費生活を含まない純粋の事業としての法人の所得計算の考え方にみられるところである。(ロ)所得の稼得に直接関与しない資産の損失であっても、その損失が予期されない異常なものであるときは、その資産の所有者の担税力を減殺するという観点から、これを調整するため、その者の所得から特別に控除する考え方～この考え方は、以下に述べるような観点にたっているものと思われる。すなわち、所得税は、個人の担税力に応じて課税するものであるが、個人は、消費生活を営むものであるところから、これに対しては、一般的な基礎控除等の設定により個人消費による担税力の減殺を織り込んだ所得の高を基準として担税力を把握せざるをえない。しかし、通常の消費生活において予期しない異常な損失があった場合には、所得を基準として課税する制度だけでは、その損失が實際上その担税力を低下させているにもかかわらず、これを課税に反映させる途がない。したがって、この種の異常な損失については、特別に課税上配慮を加えることが担税力に即応した公平な課税を実現するゆえんである。』税制調査会はこの考え方にたって、「資産損失に関する所得税制の整備」についての検討を行い結論を導き出した。」藤田良一「所得税法上の資産損失制度に関する一考察」税大論叢13号(1979)166頁・167頁。<https://www.nta.go.jp/ntc/kenkyu/ronsou/13/113/ronsou.pdf>

その結果、金融資産の資産損失は、資産損失の必要経費算入(所法51)に該当せず、生活に通常必要でない資産の災害等による損失(所法62)の対象からも、雑損控除(所法72)の対象からも除外されたと考えられる。

なお、法人が有価証券の評価損を計上できるのに、個人事業者がこれを計上できないことに関し、所得税法施行令140条を改訂し、固定資産に準じる資産の範囲に有価証券を含めるべきとする見解(岩・正明『ハイポセティカル・スタディ租税法〔第2版〕』(弘文堂、2007)183頁)がある。

われるが、一方で、平成 20 年度税制改正以降は、40 条承認を受けて事業供用後 2 年経過すれば公益法人等の自発的判断による寄附株式の買換えが認められることになったことに着目すると、受贈株式を買換えなかった結果として無配状態になった責任は、寄附財産の適切な管理、運用を行わなかった公益法人等側にあるとも考えられるのである。

第 1 節 2 年しばりの検討

1 2 年しばりの廃止

公益法人は、その設立目的達成のため、将来にわたって安定的かつ継続的に公益目的事業を行うことが期待されており、そのために必要な財産、技術的能力を保有している必要がある⁽¹⁴⁰⁾。また、公益目的事業は、不特定かつ多数の者の利益の増進に寄与すべきものであり、公益目的事業の遂行にあたっては、動員可能な資源を最大限に活用し、無償又は低廉な対価を設定することなどにより受益者の範囲を可能な限り拡大することが求められる⁽¹⁴¹⁾。そこで、公益法人は、公益目的事業比率が 100 分の 50 以上であること等の条件を満たす限りにおいて、収益事業の実施が認められる（認定法第 5 条 8 号、同法 15 条）。

公益目的事業が円滑に実施されることを期待して国民から寄附を受けた株式から安定的かつ継続的に配当金を得られるかどうかは、公益性の高い公益法人にとって重要な問題である。したがって、公益法人には株式市場の情報を的確に把握するなど、公益目的に使用すべき寄附財産の適切な管理、運用が求められる。

しかしながら現行法では、公益法人等の自発的判断による寄附財産の売買は、事業供用後 2 年間は認められない。いわば受贈財産の買換え制限の 2 年しばりがある。

(140) 新公益法人制度研究会・前掲注 (116) 201 頁。認定法 5 条 2 号。

(141) 新公益法人制度研究会・前掲注 (116) 205 頁。

仮に、このしぼりが公益法人の資産運用の障害になるのであれば、一考の余地がある。寄附後2年間譲渡禁止のしぼりを廃止して、受贈法人の判断と責任において株式売買による運用を認め、株式の銘柄にかかわらず、投資の利益（投資の持分ではない）が継続している場合には40条承認も継続する方法が考えられる。

なお、株式の処分価額の適正性は、寄附者の関係者への譲渡を認めないことにより担保することが可能と考える。

2 検討

措置法40条5項は、40条承認を受けて公益目的事業の用に2年以上直接供した財産を譲渡した場合は、その譲渡収入金額の全部に相当する金額をもって買換資産を取得して公益目的事業の用に供することにより40条承認を継続することを認めている。なぜ、公益目的事業に直接供する期間が2年以上必要なのだろうか。

実は、公益目的事業に関連する2年しぼりの規定は他にもある。

相続税法12条（相続税の非課税財産）1項3号では、「相続又は遺贈により取得した財産で当該公益を目的とする事業の用に供することが確実なもの」は相続税の課税価格に算入しないとした上で、同条2項において「前項3号に掲げる財産を取得した者がその財産を取得した日から2年を経過した日において、なお当該財産を当該公益を目的とする事業の用に供していない場合」には、相続開始日に遡って相続税の課税価格に算入するとしている。

また、措置法70条2項では、贈与を受けた法人が「当該贈与により取得した財産を当該贈与があった日から2年を経過した日においてなおその公益を目的とする事業の用に供していない場合」には、非課税扱いを撤回して相続税の課税価格に算入するとしている⁽¹⁴²⁾。

このように2年間の観察期間を設けて、相続・贈与等した日から2年経過

(142) なお前述のとおり、措置法70条は寄附財産の代替えに関しては緩やかである。

後の時点において現実に公益目的事業の用に供されているかどうかを判断することによって、最終的に非課税かどうかの判断が行われるのである。占部裕典教授はこれを「非課税規定（恩恵規定）であるとともに解除条件付非課税規定である⁽¹⁴³⁾」と述べられている。

他にも、非上場株式の相続・贈与税の納税猶予など、特定の状態を一定期間継続することを特例適用要件にしている規定は、資産税関係の条文に多く見られる。特定の条件が成就することを期待して優遇措置を与える場合、租税政策の目的に則って行われているかどうかを判断するためには、一定の観察期間が必要不可欠ということであろう。

3 小括

期間しぼりは、解除条件を付して行う政策目的的非課税規定の解除条件として有効であるといえる。現状において、2年しぼりがどの程度、株式寄附の妨げになっているかはわからないが、事例が少ないのであれば、他の類似の特例規定と判断基準を合わせておくことは簡素な税制の面からも重要であるから、あえて原則的な取扱いを変更することなく個別対応とすることも構わないかもしれない。

もしも2年しぼりを廃止するのであれば、それは株式や著作権など「公益目的事業に直接供することができない」資産に限って廃止して、不動産や美術品などの有体物は、現状の取扱いのままとすべきであろう。

第2節 軽減税率の適用

1 課税繰延べと軽減税率の選択制の創設

(1) 譲渡所得の特例

譲渡所得に係る税の優遇措置には、①所得金額の特別控除、②分離課税、

(143) 占部・前掲注(15)711頁。

③軽減税率の適用、④課税の繰延べ、⑤課税除外がある。それぞれに特徴があるが、一定の優遇措置を与えつつも譲渡所得課税の原則に準拠する観点からは、課税のタイミングを遅らせる課税の繰延べが理論的に適切である。一般的に、課税の繰延べの要件として新規取得資産の用途が制約され、譲渡前と同一条件での事業や投資の継続が求められる。

他方で、一定の政策目的を迅速に推進するという要請の下では、特別控除ないし軽減税率を適用して一気に課税関係を決着させる制度がある。これらは、一般的に、譲渡した資産のそれまでの用途や性質等を特例の要件とするものであり、課税繰延べの条件である新規取得資産の用途制限や、事業や投資の継続性といった将来に向かっての制約はない。

課税の繰延べと特別控除・軽減税率には、このような相違があることから、租税政策目的によって使い分けられている⁽¹⁴⁴⁾。

(2) 施設設置型と助成型の違い

イ 先に、公益目的事業の形態は「施設設置型」と「助成型」の二種類があると述べた。施設設置型は、寄附を受けた土地・建物をそのままの形で使用してゆくことが求められ、多くの場合にそれが可能である。更に美術品の寄付にあつては、希少価値の高い美術工芸品等が散逸することを防止する観点からも、将来にわたってそのままの形で保管され、公開されていくことこそが文化・芸術の振興に寄与することとなる。このように、事業供用要件にかかる代替性の制限は、施設設置型事業への寄付に対して有効に機能している。

東京地裁平成 24 年 12 月 7 日判決⁽¹⁴⁵⁾ (確定) は、平成 20 年度の措置法 40 条 3 項の改正によって、寄附財産が事業供用要件を満たさなくなった場合に、公益法人等を個人とみなして納税義務を負うとしたことの是非に関して、「譲渡所得に対する課税において、贈与等をした個人の地位

(144) 参考文献として、伊川正樹「譲渡所得課税の特例制度の理論的根拠—課税繰延制度と特別控除制度の対比—」税法学 565 号 (2011) 3 頁～16 頁。

(145) 前掲注 (21)。

の早期安定を図ることにより、措置法 40 条 1 項の趣旨である公益法人等に対する財産の寄附をより一層促進するという政策目的に合致するものであり、また、当該財産又は代替資産を公益目的事業の用に直接供しなくなったという承認取消しの原因は、専ら公益法人等に生じた事情であるから、このような場合には、贈与等をした個人ではなく公益法人等に課税することがむしろ合理的であるといえる。そして、公益法人等の立場からみても、贈与等に係る財産又は代替資産を譲渡するなどし、公益目的事業の用に供しなくなったとしても、これに代わる一定の資産を取得し、これを再び公益目的事業の用に供することとすれば、非課税承認の取消し及びみなし譲渡所得課税を避けることができるのであるから、公益法人等にとって、特に不当又は過酷な結果を招くものとはいえず、当該改正には十分な合理性が認められる。」と判示した。

当該裁判の寄附財産は不動産（建物等）で、これを譲渡して最終的に定期預金として管理していたケースであったが、確かに施設設置型の公益目的事業の場合は、収用等の場合を除いて、専ら公益法人等に生じた事情により事業供用要件を満たさなくなる場合が多いものと考えられる。

ロ これに対して助成型寄付の場合は、株式の配当金や著作権の印税収入などを安定的かつ継続的に得るためには、寄附財産の適切な投資運用が不可欠になる。にもかかわらず、寄附財産の買換えによって従前と同様の収益を得ることができるかどうかは、ひとえに新規取得した株式発行法人の業績次第であって、専ら公益法人等でコントロールできるものでもない。したがって、公益法人等にとってみれば、寄附者の所有期間に係るキャピタル・ゲイン課税のリスクを負うことを避ける傾向にあるのではなかろうか。

要するに、助成型事業を行う公益性の高い公益法人にとっては、課税済みの金銭寄附であればタックス・リスクを負わないのだから、40 条承認の対象として不安定な株式の寄附にあつては、寄附者において寄附時に、軽減税率によってキャピタル・ゲインの一括清算を済ませてしまう

仕組みのほうが、受贈法人側にとって望ましく、結果として寄附制度の促進に資すると考えられる。

2 検討

(1) 納税資金の問題

寄附は無償であるから寄附者側には金銭の流入がなく、したがって軽減税率であっても納税資金の手当てができない。この納税資金の問題は、所得税が金銭納付しか認めないことと併せて悩ましい論点である。

これに関しては財産分与時のみなし譲渡や、所得税法 58 条に該当しない固定資産の交換に課税されるのと同様、担税力とは切り離れたところで、現行所得税法の実現時課税の下、課税せざるを得ないと整理する以外にないのであるが、納付責任を受贈法人にも負わせる立法措置を講ずることで、租税負担の分散を図る方法も考えられる。

(2) 受贈法人の問題

一括清算になると、寄附後の事業供用状態を課税庁側が継続管理しなくなるため、例えば受贈法人が寄附株式を売却処分し、出資者に分配してしまうことが懸念される。この対応策として、軽減税率を適用できる対象法人を、公益認定法に基づき認定された法人等を限定列挙するなどして、その範囲を限定する方法が考えられる。

(3) 税率の問題

現在、株式の譲渡所得は申告分離課税制度が採用されている。この税率は、制度創設当初の平成元年 4 月 1 日から平成 14 年 12 月 31 日までの譲渡が国税 20%、地方税 6%であった。改正によって、上場株式等は平成 15 年 1 月 1 日から(上場株式等以外の株式の譲渡は平成 16 年 1 月 1 日から)、国税 15%、地方税 5%に引き下げられている。更に、平成 15 年 1 月 1 日から平成 25 年 12 月 31 日までの間は、上場株式等に係る譲渡所得の優遇税率の特例として国税 7%、地方税 3%が適用されていた。

この他の優遇措置としては、次の特例があった。

イ 創業者利益に対する軽減

平成元年4月1日以降、株式公開前に取得した株式を公開後1年以内（平成15年度税制改正により3年以内に変更）に譲渡した場合には、源泉分離課税⁽¹⁴⁶⁾の選択が認められず申告分離課税の対象とされていたが、この場合に株式公開前の所有期間が3年以下の株式譲渡については譲渡益の全額に対し課税し、所有期間が3年を超える株式の譲渡については譲渡益の2分の1に課税することとした⁽¹⁴⁷⁾。この制度は平成20年度税制改正によって廃止されている。

ロ 国等に対して重要文化財等を譲渡した場合の譲渡所得の課税の特例

株式の譲渡ではないが、公益目的関連として、個人が重要有形民俗文化財を、国立文化財機構及び国立美術館等に譲渡した場合の譲渡所得は、原則計算で算出した所得金額の2分の1とする規定がある（措法40の2②）

ハ 上記イ、ロのように、創業者の有価証券譲渡の特例や重要民俗文化財譲渡の特例では、所得金額を2分の1としている特例が見られる。これは、軽減税率を数値によって規定すると、爾後の所得税法本法の累進税率改正に応じて租税負担感が変化してしまうことから、所得金額を軽減する仕組みを採用しているものと思料される。

本件の場合も公益目的事業の促進という目的に照らせば、少なくとも、株式譲渡の所得金額の2分の1控除は可能と考えられる。

なお、公益法人等に対する寄附に類似の制度として、特定公益信託の制度がある。特定公益信託とは、信託法に規定する受益者の定めのない信託のうち、学術、技芸、慈善、祭祀、宗教その他公益を目的とするもので主務官庁の許可を受けたものをいう（公益信託ニ関スル法律1条）。

(146) 株式の源泉分離課税とは、有価証券の譲渡価額の一定割合を譲渡所得とみなして課税する方式であり、値下がりによって所得の発生しない株式譲渡にも課税されるおそれがあるため、選択適用が認められていた。この源泉分離課税制度は平成14年12月31日をもって廃止された。

(147) 武田・前掲注(4) 7225の51頁～7225の52頁。

特定公益信託の受託として、最も多いのは奨学金の支給を目的としたものである⁽¹⁴⁸⁾。特定公益信託では、信託財産として拠出できる財産は金銭に限られる。したがって、委託者が個人で、上場株式しか拠出できる財産がない場合には、その株式を売却して、売却代金を信託することになるが、この上場株式の売却損益に関しては、課税上の優遇措置は設けられていないから⁽¹⁴⁹⁾、もしも上場株式の公益法人等への直接寄附の場合に軽減税率を設けることができるならば、特定公益信託制度よりも使い勝手が良くなる可能性がある。

3 小括

以上、現行の繰延べ制度を全廃止して軽減税率へ移行することは考えられないものの、さりとて、40条承認が後発的事由により取消される可能性を抱えつつ寄附を受け入れるという単一の方策だけでなく、寄附者において株式を譲渡して課税済みの金銭を寄附することと比較して低率の課税で済むことが、公益目的事業への寄附の動機付けとなるように、複数の選択肢を設けることに意義があるものと思われる。

(148) 公益信託受託状況によると、平成26年3月末現在において、502件の受託信託のうち、161件が奨学金支給目的とされる。(信託協会HP)

<http://www.shintaku-kyokai.or.jp/news/pdf/NR260611-2-5.pdf>

(149) 朝長・前掲注(11)245頁・249頁。

おわりに

平成 26 年度税制改正では、所得税法 57 条の 4 第 1 項の株式交換及び同条第 2 項の株式移転を「株式の譲渡」取引と整理し、当該株式交換等で取得した一定の親法人の株式を、措置法 40 条 1 項後段の代替資産として認めた。この改正を受けて、所得税法 57 条の 4 第 3 項の第 1 号ないし第 6 号についても「株式の譲渡」取引と整理した上で、今後、国税庁長官通達において、同項第 2 号、第 3 号及び第 6 号の取引により取得した一定の株式も措置法 40 条 1 項後段の代替資産として認められる予定である。

今回の改正の趣旨は、組織再編行為のうち、所得税法上で株式又は有価証券の「譲渡をし」と明記されている取引が行われた場合に、必ずしも株主の自発的意思に基づかない取引にあっては 40 条承認を継続することが妥当であるため、特例的に代替資産と認める措置が講ぜられたものと考えられる。

他方で、今回の政令改正及び通達改正の対象とはなっていない組織再編行為が、「株式の譲渡」に該当しないと判断されたわけではないことに留意しておく必要がある。前述のとおり自己株式の取得にあっては、一面において株主の株式譲渡取引を認識できるのだから、個別のケースによっては 40 条承認の取消事由に該当することはあり得るのである。

本研究では、各組織再編行為が、株主にとって株式譲渡に該当するか否かを理論的に区分することがなかなか困難であることを指摘した。そして、当該区分ができないのであれば、措置法 40 条に関する限り、boot の交付をも一律に容認した上で boot 収入金額の全部に相当する金額をもって同種の資産の取得を認めることを提案した。公益法人等の活動に対し課税するのか、あるいは公益促進のために課税を控えるのかはともに重要な論点であるが、公益目的事業の促進という立法趣旨を重視し、かつ措置法 40 条 5 項創設の趣旨を踏まえるならば、助成金型の寄附として配当金を公益目的事業に供することが要件になっている株式にあっては、組織再編による同種の資産取得という代替性を緩和しても大きな弊害はないと考えられるからである。

そのかわり、その組織再編によって寄附者及び関係者の租税負担を不当に減少させる結果が認められる場合は、その組織再編が公益法人等の意思によるものかどうかにかかわらず 40 条承認を取消することができるように非不当減少要件に明示し、あるいは配当金の減少をもたらすおそれのある組織再編には個別否認規定を設けることで、組織再編を利用した、措置法 40 条に係る租税回避ないし濫用を防止すべきと考える。

最後に、多くの識者が指摘するごとく、措置法 40 条の規定は「施設設置型」寄付を念頭において制度設計されていると考えられる。それゆえ不動産等の「施設設置型」寄附と株式等の「助成型」寄附を法令上も区別したうえで、寄附税制拡充の観点から、助成型の寄附に対して軽減税率の導入を議論する意義はあるものと思われるが、この点はまだまだ調査不足であり、今後の研究課題としたい。