

税法における適格合併の概念

—アメリカ法におけるC型組織再編成と 会社法に依拠しない適格要件の必要性—

渡辺 徹也*

要 約

税法における適格組織再編成の概念は、会社法に依拠している。しかし、税法が商法や会社法といった私法に依拠してきたことは、必ずしも論理必然的なことではない。組織再編成に関する対価の柔軟化を認めたことだけでなく、資本金や配当の概念を大きく変えた今回の会社法制定によって、これまでも存在していた商法と税法との隔たりは、さらに広がったといえる。また、税法においても、会社法上の組織再編成であればすべて適格扱いを受けるというわけではない。合併でいうと、会社法上の合併であることが、適格認定の出発点であり、課税繰延扱いを受けるためには、そこからさらに各種適格要件のハードルをクリアしなければならないのである。

政府税調の資料である「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」では、法人段階における「移転資産に対する支配の継続性」と株主段階における「投資の継続性」が、課税繰延の根拠とされている。しかしながら、なぜそのような根拠が必要なのか、あるいは実定法上に的確に反映されているのかといったことについては、必ずしも明らかでない。

そこで本稿では、わが国におけるこれら適格要件のあり方、あるいは理論的な根拠について、アメリカで「事実上の合併」と呼ばれるC型組織再編成を参照しながら、検討を加えてみた。その結果、アメリカ法は、私法（州法）に依拠しない税法独自の適格要件を設定することで、取得組織再編成の適格範囲を、私法に依拠したA型組織再編成からさらに拡大していた。その一方で、一定の租税回避行為への対処も行われていた。

C型組織再編成では、①投資持分継続性（COI）の要請と②分割的取引の防止という二つの考え方をもとに、適格要件が設定されている。わが国の税制にとって、まず参考となるのは、①でいうCOIの概念である。COIに関する考察をもとに、わが国の組織再編税制に関して提言できることは、(i)対価を議決権株式に限定すべきこと、(ii)一定の非適格資産を許容すべきこと、(iii)組織再編成の規定が個別的否認規定になりうること、(iv)資産と交換に支配を獲得するという形態の組織再編成がありえること、(v)三角合併を適格にするには間接的COIの概念が有益であることである。

次に、②の分割的取引の防止の観点から、わが国でも、取得組織再編成と分割的組織再編成を厳格に区別すべきことがわかった。一つの法人の中へ他の法人の「すべての」資産が流れ込んでくる合併とは異なり、吸収分割では、法人内部から「一部の」資産が選択的に（あるいは恣意的に）切り出されるため、取引がそれだけ売買に近くなることに注

* 九州大学法学研究院教授

意する必要がある。分割的取引は、法人による資産の売買に類似する行為なので、取得組織再編成とは別の厳しい要件が設定されるべきであろう。

会社法に依拠せず、税法独自のルールを構築するには、たしかにコストがかかる。それでも、そのようなルール作りは必要である。それは、会社法が課税のことを考えて制定されていないからである。もし、最初に会社法による縛りをかけるのなら、その縛りからこぼれた取引のうち、実質的に合併や分割といった適格取引に等しいものをどう拾い上げればよいか、という検討をすべきである。そのような検討は、会社法に依拠するために適格外しが容易になるという問題への対処にもつながるであろう。

新会社法の制定によって会社法と税法の乖離がいつそう進んだことは、何が課税繰延の根拠なのか、売買と適格組織再編成の違いは何か、そのためにはどんな適格要件がよいのかといった論点について考えるよい契機となるはずである。

(補論要約) 会社法で組織再編成に関する対価の柔軟化が認められたことで、わが国においても、インバージョン取引が行われる可能性が出てきた。この取引は、アメリカにおいて1990代から問題視されてきたもので、一言でいえば、多国籍企業のUS親会社が、軽課税国に設立された外国法人のUS子会社になるような取引をいう。インバージョンと、その後に行われる企業グループ全体の再編成によって、これまでサブパートF所得として扱われてきたものに対して、アメリカの課税権が及ばなくなるなどの事態が発生した。それらの問題に対して、アメリカは2004年に歳入法典7874条等を作り、一定の手当てを行った。対価の柔軟化部分に関する会社法の施行を来年に控えたわが国も、インバージョン取引に関する備えについて、今から考えておく必要があるだろう。

I. はじめに（問題提起）

税法における適格組織再編成の概念は、会社法（平成18年5月以前は「商法」）に依拠している¹⁾。すなわち、まず会社法上の組織再編成でなければ、税法上は適格になり得ない²⁾。

しかし、税法が商法や会社法といった私法に依拠してきたことは、必ずしも論理必然的なことではない³⁾。そもそも私法の規定は、予め税法の適格要件を考えて、創設されたり改正され

たりしない。そのことは、平成18年5月より施行された新しい会社法についても、同じようにあてはまる。組織再編成に関する対価の柔軟化を認めたことだけでなく、資本金や配当の概念を大きく変えた今回の会社法制定によって、これまでも存在していた商法と税法との隔たりは、さらに広がったといえるだろう。

税法においても、会社法上の組織再編成であ

1) 法人税法2条の各定義規定（2条12号の8や12号の11など）で使用されている「合併」や「分割」といった概念は、基本的には会社法（あるいは商法）からの借用であると考えられる。分割型分割についても、分割承継法人を経由して株主へ株式が分配されるという部分において、法人税法と会社法の構成が、基本的には一致することとなった。金子宏『租税法〔第11版〕』876頁（弘文堂・2006年）参照。

2) 岡村忠生『法人税法講義』296頁（成文堂・2004年）参照。

3) 拙稿「企業組織再編税制—適格要件等に関する基本原則および商法との関係を中心に—」租税法研究31号46頁（2003年）参照。

ればすべて適格扱いを受けるというわけではない。税法上、組織再編行為は非適格が原則⁴⁾であり、一定の適格要件を満たした取引だけが、課税繰延扱いを受ける⁵⁾。合併でいうと、会社法上の合併であることが、適格認定の出発点であり、課税繰延扱いを受けるためには、そこからさらに各種適格要件のハードルをクリアしなければならないのである。

政府税調の資料である「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」⁶⁾（以下、「基本的考え方」という）では、法人段階における「移転資産に対する支配の継続性」と株主段階における「投資の継続性」が、課税繰延の根拠とされているように読める⁷⁾。しかしながら、なぜそのような根拠が必要なのか、あるいは実定法上に的確に反映されているのかといったことについては、必ずしも明らかでない部分がある⁸⁾。

本稿は、わが国におけるこれら適格要件のあり方、あるいは理論的な根拠について、アメリカ

法における C 型組織再編成（type C reorganization）を参考にしながら、検討を加えるものである。

アメリカの内国歳入法典には、適格組織再編成の一形態として、州法上の合併がある⁹⁾。これは A 型組織再編成（type A reorganization）と呼ばれる¹⁰⁾。しかし、実定法には、A 型に類似する取得組織再編成（acquisitive reorganization）でありながら、州法に依拠せず、税法独自の観点から適格要件が設定された C 型組織再編成¹¹⁾が存在する。

C 型組織再編成は、税法における「事実上の合併」¹²⁾といわれる。合併と同じような経済的効果を持つ取引は、一定の課税上の要件を満たす限り、（州法上の合併でなくても）合併と同じ課税上の扱いを享受することができる。このような組織再編成の形態を比較の対象とすることは、わが国における今後の課税繰延要件や適格要件のあり方を検討する上で、有益であると考ええる。

Ⅱ．アメリカ法における C 型組織再編成の概要

Ⅱ－１．C 型に分類される取引の内容

C 型組織再編成と呼ばれる取引の内容を一言でいうと、「資産と株式との交換」であり、その結果、法人の取得（acquisition）が行われる。ごく簡単にいうと、A 社が、A 社株との交換に

よって、T 社のほぼ全資産を取得するという行為が、C 型組織再編成である（以下、本稿では、特に断らない限り、取得の対象となる法人を原則として「ターゲット法人（Target Corporation）」または単に「T 社」と呼び、T 社を取得しよう

4) 法法62条。

5) 法法62条の2。

6) 税制調査会総会第2回（平成12年10月3日）資料。

7) 拙稿・前掲注(3)39頁参照。

8) 特に、後述する「V-2. COI の要請」の部分を参照。

9) § 368(a)(1)(A)。

10) See Bittker & Eustice, *Federal Income Taxation of Corporations & Shareholders*, ¶12. 22 (7th ed. 2000) and 2005 Cumulative Supplement.

11) § 368(a)(1)(C)。

12) “practical merger” あるいは “de facto merger” と呼ばれている。See Rev. Rul. 56-345, 1956-2C. B. 206; Westin, McNulty & Beck, *Federal Income Taxation of Business Enterprises*, 477 (1995)。

としている法人を「取得法人 (Acquiring Corporation)」または単に「A 社」と呼ぶことにする)。資産と株式の交換取引の後で、T 社は取得した A 社株を T 社株主に分配して清算するため、取引の経済上の効果は合併に近い。C 型が「事実上の合併」¹³⁾と呼ばれる所以である。

内国歳入法典368条(a)(1)(C)は、C 型組織再編成の「定義」として、以下のように規定する。

ある法人による、すべてのまたは一部の議決権株式のみとの交換を通した（あるいは、取得法人を支配している法人の、すべてのまたは一部の議決権株式のみとの交換を通した）、他の法人の実質的にすべての資産の取得。ただし、議決権株式のみとの交換かどうかの判断に際して、取得法人による債務の引受は無視される。

ややわかりにくい表現であるが、上記の定義から C 型組織再編成の特徴として、以下の内容を抽出できる。すなわち、①取得法人は、交換対価として議決権株式のみを使用しなければならない¹⁴⁾。②取得法人は、ターゲット法人の実質的にすべての資産を取得する必要がある。③取得法人がターゲット法人の債務を引き受けても、議決権株式のみとの交換という要件を阻害しない。したがって、主たる適格要件としては、①議決権株式のみとの交換、②実質的すべての資産の取得という二つをあげることができるだろう。

II-2. C 型創設の経緯

アメリカ法は、1918年歳入法において制定法に組織再編税制を導入した¹⁵⁾。当時の歳入法202条(b)は、合併に関して株主の利益を認識しない旨を規定していたが¹⁶⁾、現行 C 型にあたる「資産と株式との交換」取引は、まだ適格組織再編成として取り上げられていなかった。

C 型組織再編成の原型は、1921年の歳入法202条(c)(2)において、はじめて制定法に登場する。そこでは、「『組織再編成』という用語には…吸収合併または新設合併（ある法人による…他の法人の実質的にすべての資産の取得を含む）、資本再構成 (recapitalization)、法人の同一性や形態あるいは設立地の単なる変更が含まれる」¹⁷⁾と規定されていた。すなわち、C 型の前身 (predecessor) は、組織再編取引の一つである合併（現行 A 型）のカッコ書き部分だったのである。

1921年法を一見すると、「実質的にすべての資産の取得」はカッコ書きで記されているため、それは合併の説明あるいは合併の一形態 (例示) であるかのような印象を受ける。

しかし、1933年の Pinellas Ice & Cold 事件 (短期約束手形が適格対価となるかどうか争われた事件)¹⁸⁾において最高裁は、「カッコ書きの文言を無視することはできない。これらは、吸収合併または新設合併の性質を帯びているが、そのような用語の通常かつ一般に受け入れられた意味を超えた一定の事柄を包含するために一すなわち、境界付けは困難であるが、しかし厳密には吸収合併とも新設合併とも呼べない状況

13) 前掲注12参照。

14) ただし、368条(a)(1)(C)のカッコ書きあるように、取得法人の親会社の議決権株式も対価として使用可能である。後述する「Ⅲ-4. 三角 C 型組織再編成」の部分を参照。

15) 368条(a)(1)(C)の歴史については、See Goldman, "The C Reorganization," 19 Tax L. Rev. 31, 32 (1973)。

16) ただし、株主が受領した新株の額面が、手放した旧株の額面以上でない場合に限られていた。40 Stat. 1057, 1060。

17) 42 Stat. 227, 230。

18) Pinellas Ice & Cold Storage Co. v. Commissioner, 287 U. S. 462 (1933)。Pinellas 事件について、拙稿「アメリカ組織変更税制における投資持分継続性の原理」税法学546号365頁 (2001年) 参照。

取り込むために—『吸収合併』または『新設合併』の意味を拡張しているのである』¹⁹⁾と述べて、現行C型が合併とは別の取引形態であるという見解を明らかにした²⁰⁾。つまり、方向性としては、取得組織再編成の範囲を、吸収合併や新設合併からさらに拡大することを示すものであって、課税繰延扱いを認めるにあたり、これら合併取引に何か制限を課そうといった趣旨ではない²¹⁾。

1934年歳入法112条(g)(1)は、次に述べる二つの重要な改正を行い、結果として右の最高裁の見解を承認することになった。すなわち、①合併の前に「制定法上」という限定をつけて「制定法上の吸収合併または新設合併」とする一方で、②カッコ書きを外して、「ある法人による、すべてのまたは一部の議決権株式のみとの交換を通した…他の法人の実質的にすべての資産の取得」を、組織再編成の一形態として独立させ、他の取引と併記したのである²²⁾。

ただし、当時の下院の法律案には、②の部分が存在しなかった²³⁾。すなわち、(議決権株式を対価とした)ターゲット法人の資産の取得は、州法上の合併に該当しなければ、課税繰延扱い

を受けることができないとされていたのである。下院は、カッコ書き部分を削除し、組織再編成の定義を会社法の一般的要件 (general requirements of corporate law) に従わせることで、課税繰延とされる領域が狭くなると考えた。すなわち、課税されるべき売買が、組織再編成の衣を纏うこと (一種の租税回避行為) への危険性を懸念して、適格取引の範囲を制限しようとしたのである²⁴⁾。

しかし、州によっては、制定法に合併の規定を持たないところがあったり、規定が存在しても、その内容が州ごとに異なっていたりした(別の州の会社との合併を認めない州法も多く存在した)。そこで、合衆国全体にわたり、おおよそ統一的な課税上の扱いをするために、上院において、②の内容が付け加えられた²⁵⁾。上院は、吸収合併または新設合併に類似する一定の行為は、租税回避を防ぐための制限を付けた上で、合併と同様の課税繰延扱いを認めてよいと考えたのである²⁶⁾。

C型組織再編成に関しては、結局、上院の見解が、そのまま法律の内容となったのであるが、下院のレポートには、さらに次のような興味深

19) 287 U. S. at 469.

20) ただし、カッコ書きで示された取引は、売買とは明確に異なる。Cortland Specialty 事件において第二巡回区裁判所は、当該取引(該当条文は1926年歳入法203条(h)(1)(A))の内容について、資産を移転した側における投資持分(interest)の継続が前提となっていることを示した。Cortland Specialty Co. v. Commissioner, 60 F. 2d 937, 940 (2d Cir. 1932), cert. denied, 288 U. S. 599 (1933). See David S. Miller, The Devotion and Inevitable Extinction of The Continuity of Interest, 3Fla. Tax Rev. 187, 191 (1996).

21) See Shoji, Revenue Ruling 2003-79, The Return of Lop-Sided Spin-Off Treatment, 31 Corp. Tax'n 10, 14 (2004).

22) 48 Stat. 680, 705.

23) H. R. Rep. No. 704, 73d Cong., 2d Sess. 14 (1934). 該当する規定は1934年歳入法112条(g)(1)(B)である。当該条項では、議決権株式のみを対価とした法人取得として、次の二つの方法が規定されていた。一つは、取得法人の議決権株式を対価として、ターゲット法人の8割以上の株式を取得する取引であり、現行のB型組織再編成にあたる。そしてもう一つが、ターゲット法人の実質的にすべての資産の取得であり、これが現行のC型組織再編成に相当する。前者の内容は下院の法律案にも含まれていたが、後者の内容の方が存在しなかったのである。

24) その一方で、下院は、法人の財政状況を強化するために要求される正当な組織再編成は許容されると述べる。H. R. Rep., supra note (23) at 14.

25) S. Rep. No. 558, 73d Cong., 2d Sess. 16 (1934).

26) Id. See Goldman, supra note (15), at 32. See also American Potash & Chemical Corp. v. United States 185 Ct Cl 161, 172 (1968).

い部分がある。下院は、カッコ書き部分の削除を主張する一方で、資本再構成（株主や債権者が、既存の株式や社債と、新たに発行される株式や社債とを交換する行為）を組織再編成として扱う規定については、引き続き条文として残す必要があることを指摘している。その理由は、株主等が、株式等の交換取引によって、法人に対する当初の投資を継続させているにもかかわらず、課税上の損失を得ることができるようになるのを防ぐためであった²⁷⁾。

また、同種資産の交換や組織再編成取引について損益を認識しない規定が、租税回避に利用されているからといって、これら非認識規定をすべて廃止して、すべてを課税取引として扱うとすれば、直ちに税収減を招来する結果となりうるという財務省の指摘が、下院のレポートに記されている²⁸⁾。認識される利益より、認識される損失の方が多くなる可能性が存するからである。また、損益の評価についても、大変な行政上のコストがかかるとされている²⁹⁾。

なお、C型組織再編成の定義規定が現行法とほぼ等しい形になるのは、1954年内国歳入法典368条(a)(1)(C)からである。

II-3. 主たる要件

既に述べたように、C型組織再編成に関して、現行368条(a)(1)(C)の文言から読みとれる主たる適格要件は、①議決権株式のみとの交換（対価としての議決権株式のみの使用）、および②実質的にすべての資産の取得である。

このうち、①の要件は、1921年歳入法にはなかった。したがって、条文上は現金や取得法人の社債のみを対価としても、適格組織再編成に

該当する余地が存したのである。しかし、判例法上の投資持分継続性（continuity of interest, 以下、「COI」という）の原理が、当時から組織再編成の対価の一定割合は、株式でなければならない旨を要求する傾向にあった³⁰⁾。

COI原理についてごく簡単に述べるならば、適格組織再編成の要件として、旧法人の株主が、再編成前に当該旧法人に対して有していた一定の投資持分（interest）を、再編後の新法人においても継続することを要求する判例法上のルールである³¹⁾。そして、ここでいう投資持分の具体的内容とは、新法人の株式持分（equity interest）である。

議会はそのような判例法の考え方を引き継ぎ、1934年歳入法制定の段階、すなわち、「実質的にすべての資産の取得」取引を「合併」から切り離す段階で、取得法人は「議決権株式を対価として」ターゲット法人の資産を取得しなければならないことを規定したのである³²⁾。

1921年当初から存在する②の要件は、C型組織再編成が合併類似の取引であるが故に、課税繰延が認められるということを物語っている。これを裏側からいうと、合併に似ていない取引、具体的には分割的要素のある取引は、C型組織再編成になり得ないことを意味する³³⁾。後でも検討するが、②の要件は、C型から分割的取引（divisive transaction）を排除する点においても重要であることを、予めこの段階で触れておきたい。

II-4. 当事者の課税上の効果

C型組織再編成における当事者の課税上の効果について、ここで簡単にみておこう。ごく単

27) H. R. Rep., *supra* note (23) at 14.

28) *Id.*, at 12.

29) *Id.*, at 13. これは、主として同種資産の交換について述べられている。

30) COIについては、拙稿「アメリカ組織変更税制における投資持分継続性の原理」税法学546号363頁（2001年）参照。

31) Bittker & Eustice, *supra* note (10), ¶12.21 [1].

32) Revenue Act of 1934, Sec. 112(g)(1). 前掲注(23)および注(23)に關係する本文の説明を参照。

33) See Shoji, Revenue Ruling 2003-79, The Return of Lop-Sided Spin-Off Treatment, 31 Corp. Tax'n 10, 11 (2004).

純な例として、A社が議決権株式のみとの交換によって、T社の全資産を取得し、T社は取得したすべてのA社株をT社株主に分配して清算したという適格C型組織再編成を想定する。この場合、以下に示すように、T社およびT社株主の双方において課税が繰り延べられる。

まずT社は、全資産を移転してA社株を取得したことに関して、歳入法典361条(a)によって課税されず³⁴⁾、T社が取得したA社株の基準価格(税法上の取得価額)は、362条(a)によって移転された資産のT社における基準価格と置き換えられる。またA社株の分配について

も、T社は361条(c)(1)に基づいて課税されない³⁵⁾。

次にT社株主は、T社の清算の過程においてT社株との交換にA社株を取得することになるが、354条(a)(1)に基づき課税されない³⁶⁾。T社株主におけるA社株の基準価格は、358条に基づいて、T社株主が手放したT社株の基準価格と置き換えられる。

なお、A社についても、T社資産の取得については1032条(a)によって課税されず³⁷⁾、A社における資産の基準価格は、362条(b)に基づいてT社における基準価格を引き継ぐ³⁸⁾。

Ⅲ．適格要件その1—議決権株式のみとの交換—

Ⅲ-1. COI(投資持分継続性)からの要請

368条(a)(1)(c)によって、議決権株式のみが対価とされるのは、既述のようにCOI原理の具体化である。この原理は、従来から組織再編成と売買を区別するものとして判例法上で使用されてきた³⁹⁾。現行財務省規則も、COIが要求される目的は、売買類似行為に組織再編成としての課税繰延扱いを認めないことであるとしている⁴⁰⁾。

もっとも、具体的な対価の「質」と「量」については、組織再編成のタイプごとに異なる。例えば、A型組織再編成で使用される対価は、「議決権」株式に限られず、また量に関する制定法上の明確な要件はない。歳入法典368条(a)(1)(A)には、「制定法上の吸収合併または新設合併」という要件しかないので、A型組織再編成については、未だに判例法が直接影響を及ぼす領域といえる⁴¹⁾。一方、B型組織再編成では、

34) 361条(a)は、「法人が組織再編成の当事者であり、組織再編成の計画に従って、当該法人の資産を、組織再編成のもう一方の当事者である法人の株式または証券とのみ交換した場合、当該法人に関して利益および損失は認識されない」と規定する。

35) 361条(c)(1)は、組織再編成の当事者である法人が、組織再編成の計画に従って株主に資産を分配する場合に、当該法人に損益を認識しない規定である。

36) 354条(a)(1)は、「組織再編成の一方の当事者である法人の株式または証券が、組織再編成の計画に従って、当該法人または組織再編成のもう一方の当事者である法人の株式または証券とのみ交換される場合、利益および損失が認識されない」と規定する。

37) 1032条(a)は「法人の株式と交換に、現金または資産が受領された場合、当該法人に対して利益および損失が認識されない」と規定する。

38) これら当事者の課税上の効果については、See Block, *Corporate Taxation Examples & Explanations*, 404 (3rd ed. 2004)。

39) See Bittker & Eustice, *supra* note (10), ¶12.21 [2] [a].

40) Reg. §1.368-1(e).

41) 歳入庁は取得法人株式の50%という一応の基準を置いている (Rev. Rul. 66-224, 1966-2 C. B. 114; Rev. Proc. 77-37, 1977-2 C. B. 568)。ただし、判例の中には38%の優先株式でCOIが満たされるとしたものもある。

議決権株式以外の一切の対価は認められない⁴²⁾。その意味では100%のCOIが要求されている⁴³⁾。

ではC型はどうであろうか。B型のような厳格なCOIを前提とするならば、C型の適格要件には二つの大きな例外がある。一つは、368条(a)(1)(c)の文言にある「議決権株式のみとの交換かどうかの判断に際して、取得法人による債務の引受は無視される」という但し書きの部分である。つまり、債務の引受は対価として勘定されないことになっている。もう一つは、368条(a)(2)(B)によって、現金等の非適格資産 (boot) の交付が一定の範囲で許されていることである。

Ⅲ－２．債務引受

歳入法典368条(a)(1)(c)の但し書き部分は、1939年の改正によって追加された。それより以前の1934年歳入法⁴⁴⁾が適用されていた時代までは、議決権株式しか認めないという厳格なCOIが要求されていた⁴⁵⁾。

この時期における重要な判例として、Hendler事件最高裁判決⁴⁶⁾がある。当該判決では、取得法人が引き受けたターゲット法人の債務が、組織再編成の対価としては現金等価物とみなされ、ターゲット法人の利益として課税された。取得法人が債務を引き受け、ターゲット法人の債権

者に対して当該債務の履行をすることは、取得法人がターゲット法人に現金を支払い、それを使ってターゲット法人が債務を弁済することと同じであるという構成のもと、ターゲット法人が得た利益は、取得法人の株式によってもたらされたものではなく、かつ組織再編成の計画に従って (in pursuance of the plan of reorganization) ターゲット法人の株主に分配されたものでもないとして、非課税扱いが否定されたのである⁴⁷⁾。

しかし、商業上の信用を得るため、資産に抵当権を付けざるを得ない法人が数多くあるなかで、Hendler判決のルールが一般化されると、C型組織再編成の実務上の利用価値は、著しく減じられることになる⁴⁸⁾。債務の付随した資産の移転が、事実上不可能となるからである。そこで議会は、1939年歳入法213条(g)(1)に、現行368条(a)(1)(c)の但し書きとほぼ同じ内容を加えることで、この問題を立法的に解決した⁴⁹⁾。

ただし、債務引受が無視されるのは、対価が議決権株式かどうかの判断に際してだけであり、取引全体の性質に債務引受が与える影響については、この限りでない⁵⁰⁾。したがって、取引全体に占める債務引受の割合があまりにも多い場合、組織再編成そのものが非適格とされる場合がありえる⁵¹⁾。

る。John A. Nelson Co. v. Helvering, 296 U. S. 374 (1935). 拙稿・前掲注(8)366頁参照。

42) § 368(a)(1)(B).

43) B型組織再編成については、拙稿「株式交換・株式移転と税制」法律時報75巻4号14頁(2003年)参照。

44) 該当規定は1934年歳入法112条(g)(1)である。当該規定については、前掲注(23)、(32)およびこれらの注に關係する本文の説明を参照。

45) S. Rep. No. 558, 73d Cong., 2d Sess. 17 (1934).

46) Hendler v. United States, 303 U. S. 564 (1938).

47) 303 U. S. at 567. Hendler事件については、See Paul, Studies in Federal Taxation 134 (3rd Series 1940).

48) See Abrams & Doernberg, Federal Corporate Taxation, 231 (5th ed. 2002); Ravazzini, The Amalgamation Reorganization Provisions: The Asymmetry in Treatment of Forward and Reverse Triangular Mergers and Other Problems, 26 Golden Gate U. L. Rev. 541, 558 (1996).

49) 53 Stat. 863, 871. See Kliegman & Martin, Whose Liability is it Anyway? The Impact of Recent Amendments to section 357, 91 J. Tax'n 341, 342 (1999).

50) Reg. § 1.368-2(d)(1).

51) Block, *supra* note (38), at 401. ターゲット法人が有する多額の債務弁済のために、大量の資産が取得法人に移転せずにターゲット法人内に残された場合も、組織再編成は非適格となりうる。そのような取引では、株主の投資持分が継続しているのではなく、債権者がターゲット法人の所有持分を取得したという意味で、COIが害されているからである。See Bittker & Eustice, *supra* note (10), ¶ 12.24 [2] [b].

また、組織再編成取引の一部として生じた債務を引き受けることまでもが、無視されるわけではない。例えば、反対株主（dissenting shareholder）へ支払う金銭債務を取得法人が引き受けた場合、それは議決権株式以外の対価としてカウントされることになる⁵²⁾。

なお、C型は組織再編成、取得組織再編成のなかで唯一、取得法人がターゲット法人の持つ潜在的債務や隠れた債務から身を守ることができる取引であるといわれる⁵³⁾。債権債務を包括承継するA型組織再編成（合併）では、ターゲット法人の持つすべての債務を引き受けることになる⁵⁴⁾。株式交換の形態をとるB型では、取得法人が直接に債務を引き受けることはないが、ターゲット法人を子会社とすることで、そのすべての債務を間接的に引き受けることになる⁵⁵⁾。しかし、C型組織再編成（株式を対価とした資産の取得）を利用すれば、取得法人は（債務引受をした部分を除いて）ターゲット法人の目に見えない債務を知らずに引き受ける可能性は、ほとんどない。これはC型組織再編成の大きな特色である。

Ⅲ－３．非適格資産

歳入法典368条(a)(2)(B)によって、非適格資産⁵⁶⁾の交付が認められている。これは非適格資産緩和ルール（boot relaxation rule）と呼ばれ、1954年から導入された⁵⁷⁾。現行法が規定する非適格資産緩和ルールによると、取得法人は、ターゲット法人の全資産のうち、市場価格ベースで少なくとも80%を、議決権株式との交換によって取得しなければならない⁵⁸⁾。換言すれば、対価の20%までなら、現金等の非適格資産が交付できるのである⁵⁹⁾。

しかし、この計算をする上で、取得法人による債務引受は、非適格資産の交付とみなされる⁶⁰⁾。つまり、議決権株式のみとの交換であるかという判断に関して、債務引受を無視するルールと、非適格資産緩和ルールの両方を、同時に享受することはできないのである。

例えば、A社はT社の全資産（時価100ドル）を、議決権株式のみを対価として取得すると同時に、T社の債務30ドルも引き受けたとする。このままA社が、非適格資産を交付しなければ、歳入法典368条(a)(1)(C)によって、取引は適格となる。しかし、僅かでも現金等を交付すれ

52) Rev. Rul. 73-102, 1973-1 C. B. 186. その一方で、ターゲット法人が支払うべき組織再編成の費用を取得法人が引き受けることについては、対価としてカウントしないことが認められている。Rev. Rul. 76-365, 1976-2 C. B. 108. See Wolfman, *Federal Income Taxation of Corporate Enterprise* 647 (3rd ed. 1990).

53) See Willens, *Viewpoint: Efforts to Avoid Acquisition of Target's Liabilities Could Signal Renaissance for 'C' Reorganizations*, *Daily Tax Rep. (BNA) No. 155*, at J-1 (2002).

54) 水野忠恒『アメリカ法人税の法的構造—法人取引の課税理論—』205頁（有斐閣・1988年）参照。

55) 歳入法典368条(a)(2)(D)および(E)の順三角合併や逆三角合併を用いたとしても、同じように子会社に債務が残る可能性がある。合併という形態を取る以上、債務が包括承継されることに変わりはないからである。

56) 組織再編成に関する非適格資産については、拙著『企業取引と租税回避』291頁以下（中央経済社・2002年）を参照。

57) See Bittker & Eustice, *supra* note (10), ¶12. 24 [3] [d]. それ以前は、債務引受だけが、対価としての議決権株式交付に関する唯一の例外であった。Southwest Consol 事件（*Helvering v. Southwest Consol. Corp.*, 315 U. S. 194, reh'g denied, 316 U. S. 710 (1942)）では、組織再編成に際して議決権株式以外に現金とワラントが交付されたが、最高裁は当時の制定法（1934年歳入法112条(g)(1)）を厳格に解釈して、「議決権株式プラスその他の対価は制定法上の要件を満たさない」という前提のもと、現金とワラントの双方が適格対価ではないと判示した（315 U. S. at 198-201）。

58) § 368(a)(2)(B)(iii).

59) See Goldman, *supra* note(15), at 63.

60) § 368(a)(2)(B).

ば、30ドルの債務引受が非適格資産とみなされるから、80%基準を割り込み、取引は非適格となる⁶¹⁾。つまり、全資産時価の20%を超す債務引受をしている場合、非適格資産の交付はできないということになる。

また、ターゲット法人の全資産を移転せずに、一部を残した場合は、交付できる非適格資産の量はさらに減額される。前述のように、取得法人は、「全資産の少なくとも80%」を「議決権株式によって取得」しなければならないからである⁶²⁾。

ここまでをまとめると、「非適格資産の許容額＝ターゲット法人の全資産時価の20%－移転されなかった資産時価－債務引受額」ということになる。ただし、債務引受が非適格資産として扱われる場合でも、現実に現金等を取得した場合と同じように、利益が認識されて受領者が課税されるわけではない⁶³⁾。その意味で、債務そのものは課税対象となる非適格資産ではない⁶⁴⁾。

Ⅲ－４．三角 C 型組織再編成

現行368条(a)(1)(C)のカッコ書きにある通り、取得法人を支配している法人の株式を対価とすることが許されている。ここでいう「支配」とは、歳入法典368条(c)に規定される80%以上の支配であり、具体的には①すべての議決権株式

の80%以上の所有、および②それ以外のすべての株式の80%以上の所有という二つを満たすものをいう⁶⁵⁾。そのような要件を満たす親会社の株式であれば、対価として適格性を有することになる。すなわち、T 社の実質的にすべての資産を A 社に移転するとともに、A 社が自らの親会社である P 社の株式を交付するという取引は、三角 C 型組織再編成(triangular type C reorganization)として課税繰延扱いを受けるのである⁶⁶⁾。

三角 C 型組織再編成は、1954年改正によって認められた。それまでは、先例としての Groman 判決⁶⁷⁾および Bashford 判決⁶⁸⁾によって、親会社は組織再編成の当事者として扱われず、交付された親会社株式は非適格資産となった。親会社株式の交付では、株主の COI が満たされないと考えられていたのである。しかし、1954年の改正により、親会社株式を通じた間接的な COI (remote continuity of interest) が認められるようになった。このような動きは C 型だけに止まらず徐々に拡大されて、1964年には三角 B 型⁶⁹⁾、1968年に順三角 A 型(順三角合併)⁷⁰⁾、そして1971年には逆三角 A 型(逆三角合併)⁷¹⁾が、適格組織再編成の一形態として、制定法において認められるようになった⁷²⁾。

三角 C 型組織再編成が適格になるのと同じ理由で、C 型(および A 型)に関するドロッ

61) See Block, *supra* note (38), at 403.

62) *Id.*, at 377.

63) § 357. See Goldman, *supra* note (15), at 64.

64) 当然のことであるが、債務引受が課税されないというのは、取引が全体として適格組織再編成となった場合を前提としている。取引そのものが非適格となれば、債務引受は債務免除益として全額課税対象になりうる。

65) § 368 (c).

66) 取得法人株と親会社株の両方を適格対価とすることは許されない。Reg. § 1.368-2 (d)(1). ただし、前述の非適格資産緩和ルールのもと、20%未満の範囲内で非適格資産となる余地は残されている。

67) Groman v. Commissioner, 302 U. S. 82 (1937).

68) Helvering v. Bashford, 302 U. S. 454 (1938).

69) § 368(a)(1)(B).

70) § 368(a)(2)(D).

71) § 368(a)(1)(E).

72) Groman/Bashford ルールから一連の三角組織再編成の導入までについて、拙稿・前掲注(30)371頁参照。

プ・ダウン（親会社が取得した資産や株式を子会社に非課税で移転すること）が、同じ1954年歳入法典の368条(a)(2)(c)において認められた。A社は、C型組織再編成によって取得したT社資産を、自らの子会社であるS社に非課税で移転することができるのである。現行の財務省規則によると、368条(c)が規定する80%支配要件をクリアするグループ企業間であれば、ドロップ・ダウンを何段階しても、資産の移転に関して課税されないことになっている⁷³⁾。

Ⅲ－５．D型とのオーバーラップと非分割的D型組織再編成

Ⅲ－５－１．D型として判断

取引が、C型組織再編成の定義規定である368条(a)(1)(c)のみならず、D型組織再編成の定義規定である368条(a)(1)(D)にも該当する場合、D型として適格性の判断が行われることになる。このルールは、1954年の歳入法典に、368条(a)(2)(A)として組み込まれたものである。そして、いったんD型として非適格と判断されれば、仮にC型として適格要件を備えていても、取引が適格扱いとなることはない⁷⁴⁾。

368条(a)(1)(D)は、D型組織再編成の定義として「ある法人による、その全資産のあるいは一部資産の別法人への移転で、移転の後、直ちに移転をなした法人もしくはその株主またはそれ

らの双方が、資産の移転された先の法人を支配しているもの」と規定する。ここでいう「支配」とは、歳入法典368条(c)に規定される支配である⁷⁵⁾（ただし、後述する368条(a)(2)(ii)等による修正がある）。

D型組織再編成には、非分割的（取得的）取引と分割的取引の二つがある。両者の違いについて、ごく簡単に説明すると以下のようになる。例えば、P社が保有するすべての資産を出資してS社を設立し、その際に取得したS社株をP社株主に分配した後に、P社が清算する行為は、非分割的D型組織再編成（nondivisive type D reorganization）または取得的D型組織再編成（acquisitive type D reorganization）と呼ばれる⁷⁶⁾。一方で、例えば、P社が保有する資産の一部を出資して新たにS社を設立し、取得したS社株をP社株主に分配するという spin-off⁷⁷⁾は、分割的D型組織再編成（divisive type D reorganization）である⁷⁸⁾。そして、取引が分割的D型組織再編成に該当した場合、その適格性は355条によって判断される⁷⁹⁾。

C型とD型がオーバーラップした場合、D型基準で判断させる目的について、1954年の上院報告書は、「分割的組織再編成（divisive reorganization）に伴う株式および証券の、株主および証券保有者への分配に関する課税結果を…355条の要件によって管理させる（govern）こ

73) Reg. § 1.368-2 (k). 拙稿・前掲注②372頁参照。

74) Rev. Rul. 74-545, 1974-2 C. B. 122.

75) 前掲注③と注④に關係する本文の説明を参照。

76) See Burke, *Federal Taxation of Corporations and Stockholders*, 263 (5th ed. 2002); Westin, McNulty & Beck, *supra* note ⑫, at 485.

77) 一般に spin-off とは、法人が、その所有する子会社株式を自社の株主に、原則として、その株数に応じて分配することをいう。子会社は以前から存在するものでも、新たに設立されたものでもよい。非課税の法人分割（tax-free corporate division）の形態としては、spin-off の他にも、split-off および split-up がある。詳しくは、拙著・前掲注⑤131頁参照。

78) See Burke, *supra* note ⑦⑩ at 265. ごく簡単にいうと、P社が一部の資産を移転した場合は、分割的D型となり、すべての資産を移転した場合は、非分割的D型となる。両者の違いについては、拙稿「企業組織再編税制に関する濫用とその規制—分割税制における法人課税を中心に—」税法学545号177頁（2001年）参照。

79) § 355(a)(2)(C) & 368(a)(1)(D). See Bittker & Eustice, *supra* note ⑩, ¶ 11. 14. 拙稿・前掲注⑦178頁もあわせて参照。

との確保である」⁸⁰⁾と述べる。355条（非課税法人分割に関する条文）が規定する適格要件について、ここで詳しく述べることは避けるが⁸¹⁾、一般にその要件は、A型（州法上の合併）、B型（株式と株式の交換）、C型（資産と株式との交換）といった取得組織再編成と比べて厳しく設定されている⁸²⁾。つまり、368条(a)(2)(A)の趣旨は、分割的取引が適格C型組織再編成の形態をとることで、355条の厳しい要件を経ずに非課税で実行されないようにすることである⁸³⁾（ただし、後述する「清算要件」が追加されてからは、C型組織再編成が分割的取引に利用される可能性は、著しく減少することになる）。

もっとも、取引の性質としてC型が似ているのは、分割的D型ではなく、どちらかといえば非分割的D型（取得D型）であるという指摘がある⁸⁴⁾。C型は取得組織再編成の一種であるから、（分割的D型ではなく）非分割的D型の方に類似すること自体は、当たり前のことなのかもしれない。ただ、C型と非分割的D型とでは、実定法におけるCOIの要求の現れ方が違う⁸⁵⁾。前者は、対価として議決権株式のみを要求するが、後者は、組織再編成後の「支配」を要求している。しかし、後者が議決権株式を考慮していないというわけでは決してなく、前述したように368条(c)における「支配」

の定義では、議決権の有無が判断材料となっているのである⁸⁶⁾。

Ⅲ－５－２．清算－再設立行為への対処

非分割的D型組織再編成に関して重要なのは、むしろ清算－再設立行為(liquidation reincorporation abuse)に対する否認規定としての役割である。例えば、業績が好調で、社内に多額の現金、税法上の配当可能利益(earnings and profits, 以下、「E & P」と略する)、および含み益（あるいは含み損）のある事業用資産を保有するT社がいったん清算し、現金と資産を受け取った株主が、資産の方だけを再投資して、新たにA社を設立する行為を想定する。

この取引が、税法上もそのまま認められると、納税者側にとって次のような利点がある。①清算による株主への分配は、331条によってキャピタル・ゲインとされる（配当課税の回避）。②含み益のある資産を再投資した段階で、その資産の基準価格が上がり、その後は、より多くの減価償却費を計上することができる⁸⁷⁾。③清算によってE & Pが減少する（将来の配当原資がそれだけ減少する）。あるいは、④資産に含み損があれば、清算の段階で損失計上が可能となる。

しかし、しばしば歳入庁は、このような取引が非分割的D型組織変更を構成すると主張す

80) S. Rep. No. 1622, 83d Cong., 2d Sess. 274 (1954). See Bittker & Eustice, *supra* note (10), ¶12.26 [5].

81) 355条の要件については、拙著・前掲注(60)152頁参照。

82) 1986年法がGeneral Utilities原則を廃止して以来、355条の要件はさらに厳しさを増す傾向にあるといわれている。See Gould, Spin-Offs: Divesting in a Post-General Utilities World, with Emphasis on Practical Problems, 69 Taxes 889, 890 (1991). General Utilities原則のもとでは、含み益のある資産が、法人段階での課税を受けずに、清算等によって株主に分配することが可能であった。この原則は、1935年の最高裁判決（General Utilities & Operating Co. v. Helvering, 296 U. S. 200 (1935)）に由来するものであるが、1986年の改正法によって廃止された。

83) Rev. Rul. 74-545, 1974-2 C. B. 122.

84) See Bittker & Eustice, *supra* note (10), ¶12.26 [5]. さらに、368条(a)(2)(A)が念頭に置いている濫用取引（C型と分割的D型の両方に該当し、かつC型の要件で判断されることで、分割的D型の厳格な要件を回避する行為）が一体どんなものなのか、わかりにくいことも指摘されている。Id.

85) Doernberg, *supra* note (48) at 10.02.

86) 注(63)および注(65)に關係する本文の説明を参照。

87) もっとも、1986年以降はGeneral Utilities原則がなくなったから、清算の段階で、336条によって資産の時価と簿価との差額が課税され、その後で基準価格が時価まで引き上げられることになる。

る。もし、D型組織再編成に該当すると、①株主が取得した現金は、非適格資産として配当課税され⁸⁸⁾、②資産の基準価格はA社へ引き継がれ⁸⁹⁾、③T社のE & Pも租税属性 (tax attribute) として引き継がれることになる⁹⁰⁾。また、④適格組織再編成なので、資産に含み損があった場合でも、基準価格が引き継がれ損失は認識されない⁹¹⁾。

このような歳入庁からの攻撃に対する納税者側の防御策として、T社が清算してA社へ再投資する過程で、20%超の株式を有する新しい株主を参加させることにより、非分割的D型組織再編成でないとする方法があった⁹²⁾。つまり、これまでの株主が、全体の50%以上80%未満の株式を保有することによって、過半数の株

式持分を維持しつつ、適格組織再編成としての扱いを免れることができたのである。368条(c)に規定される支配要件は80%以上の株式所有であるが、事実上の支配は過半数で足りることを巧妙に突いた行為である。

そのような行為を防止するために、1984年の改正によって、80%という数字が50%まで引き下げられた。すなわち、368条(a)(2)(H)および304条(c)を改正することで (368条(c)に規定される一般的な「支配」の定義そのものを変えることなく)、①すべての議決権株式の50%以上の所有、および②それ以外のすべての株式の価値の50%以上の所有により、非分割的D型組織再編成の支配要件は満たされることになったのである⁹³⁾。

IV. 実質的にすべての資産の移転

ここでは、もう一方の主たる適格要件である「実質的にすべての資産の移転」について、みていくことにする。

IV-1. 移転されるべき資産の質と量

C型組織再編成の定義にある「実質的にすべての資産」の具体的な内容について、制定法上は明らかにされていない⁹⁴⁾。歳入庁がアドバンス・ルーリングを出す前提として、ターゲット

法人の有する全資産の適正な市場価格のうち、少なくとも純額で90%および総額で70%でなければならないという基準 (90%-70%基準) が公表されているに過ぎない⁹⁵⁾。

例えば、T社の資産が100ドル、債務が20ドルであったとすると、T社の資産の純額は80ドルで、その90%は72ドル、総額は100ドルで、その70%は70ドルとなるから、90%-70%基準に照らすと、A社は少なくともT社の資産の

88) § 356 (a)(2).

89) § 362 (b).

90) § 381 (a)(2).

91) See Westin, McNulty & Beck, *supra* note (12), at 485 ; Block, *supra* note (38) at 421.

92) Berghash v. Commissioner, 43 T. C. 743 (1965), *aff. d.* 361 F. 2d 257 (2d Cir. 1966).

93) See Westin, McNulty & Beck, *supra* note (12), at 486 ; Bittker & Eustice, *supra* note (10), 12. 26 [1].

94) 判例法としては、86%の資産移転で適格とした First National Bank 判決 (Commissioner v. First Nat'l Bank of Altoona, 104 F. 2d 865 (3d Cir. 1939), *cert. dismissed*, 309 U. S. 691 (1940)), 68%の資産移転では不十分であったとした Arctic Ice Machine 事件 (Arctic Ice Mach. Co. v. Commissioner, 23 BTA 1223(1931)) がある。See Lynch, Back to the Code: A Reexamination of the Continuity Doctrine and Other Current Issues in Reorganizations, 73 Taxes 731, 746 (1995).

95) Rev. Proc. 77-37, 1977-2 C. B. 568.

うち72ドル相当を取得する必要がある⁹⁶⁾。この計算に際して、T社による支払金額、すなわち反対株主への支払い、組織再編成の費用の支払い、株主への分配および償還等の支払金額（ただし、通常の定期配当を除く）は、すべてT社の全資産に含まれることになる⁹⁷⁾。

T社が有する支払目的の現金等も「資産」に含めて計算するのであるから、資産の具体的な中身（事業用の資産か、債務弁済のための単なる流動的資産か）について、歳入庁はあまり重視していないといえよう⁹⁸⁾。ただし、この90%－70%基準は一種のセーフ・ハーバー（安全地帯）であり、これに反する取引がすべて非適格となるわけではない⁹⁹⁾。

90%－70%基準のように数字で割り切るテスト（blind percentage test）ではなく、A社に移転された資産またはT社に残された資産の性質に着目して、「実質的にすべて」か否かを判断する考え方もある¹⁰⁰⁾。歳入庁細則57－518の事例では、全資産の約半分がT社に残されたが、当該残存資産の中身は、現金や受取手形等の流動性資産であり、かつそれらの総額がT

社の債務金額とほぼ等しく、（T社の清算に際して）債務の弁済に使用する目的でT社に残されていたために、「実質的にすべての資産」要件を満たすとされている¹⁰¹⁾。もっとも、債務が大きすぎて、移転されずに弁済目的で残される資産があまりにも多ければ、取引全体の性質が変わり、適格組織再編成とならない場合がありえる¹⁰²⁾。

IV－2．清算要件の追加

1984年の改正で、適格C型組織再編成の要件として、T社の清算が義務づけられた¹⁰³⁾。歳入法典368条(a)(2)(G)は、T社がA社から取得した資産¹⁰⁴⁾だけでなく、A社に移転せずに、社内に留保した資産があればそれを含めて、T社が保有するすべての資産が組織再編成の計画に従って清算分配されることを要求する（債務弁済のために債権者に対してなされた分配も、組織再編成の計画に従って行われたとされる¹⁰⁵⁾）。

それ以前は、T社の清算が必ずしも要求されなかった¹⁰⁶⁾、T社が存続する場合、課税上、幾つかの不都合があった。例えば、租税属性と

96) See Schwarz & Lathrope, *Corporate and Partnership Taxation*, at 238 (3rd ed. 1997).

97) Rev. Proc. 77-37, 1977-2 C. B. 568; Rev. Proc. 86-42, 1986-2 C. B. 722.

98) かつては歳入庁も資産の内容に注意を払っていたようである。See Shoji, *supra* note (33), at 12.

99) See Schwarz & Lathrope, *supra* note (96), at 238.

100) 90%－70%基準が、事業用資産とそれ以外を区別しないことを問題視する見解として、See Wellen, *New Guidance is Needed for the “Substantially All” Rule as Applied to Acquisitions*, 79 J. Tax’n 280, 286 (1993). See also Wellen, *More Problems Complicated the Application of “Substantially All” to Acquisitions*, 79 J. Tax’n 366 (1993).

101) Rev. Rul. 57-518, 1957-2 C. B. 253. 歳入庁細則はMilton Smith事件を参照している。この事件では、T社は総資産の71%を移転し、52,000ドルの資産（その大部分は現金と受取手形）を残した。残存資産はT社に残った債務46,000ドルを支払うためであった。裁判所は、差額の6,000（52,000－46,000）ドルは債務弁済の備えとして許容範囲であり、T社が事業を継続するため、あるいはT社株主に分配するために残した資産はないとして、移転された資産が「実質的にすべての資産」を構成すると判断した。Milton Smith, et al. v. Commissioner, 34 B. T. A. 702.

102) See Bittker & Eustice, *supra* note (10), ¶12.24 [2] [e], Ex. 3. 前掲注(5)および注(6)に關係する本文の説明も併せて参照。

103) P. L. 99-514, §1804(g).

104) その中身は、主としてA社株であるが、それ以外にもA社から取得した非適格資産も含まれる。

105) See Yin, *Taxing Corporate Liquidations (and Related Matters) After the Tax Reform Act of 1986*, 42 Tax L. Rev. 573, 617-618 (1987).

106) G & K Manufacturing事件において、T社が事業活動を継続しているという単なる事実だけでは、組織再

しての E & P が、381条(a)(2)に基づいて A 社に移転し、T 社に残らないので、その後、T 社が株主へ財産を分配しても配当として課税されない（課税される場合でもキャピタル・ゲインとしての課税となる）。あるいは、「実質的にすべての資産」要件に反しない範囲で、一定の資産を T 社に残しても、それを T 社株主に分配しない限り、T 社株主への課税（非適格資産の受領に関する課税）はない。その一方で、適格資産である A 社株については、354条に基づいて非課税で T 社株主へ分配できる。T 社の清算が強制されることで¹⁰⁷⁾、これらの問題はもはや生じなくなったのである。

最も重要なのは、清算要件によって、事業に使用可能な資産を T 社が保有することができなくなったことである。議会は、C 型組織再編成の後も、T 社が積極的な事業活動を行うことを懸念した¹⁰⁸⁾。T 社が清算せずに事業を続けるということは、T 社が A 社に取得されたというよりも、旧 T 社が、A 社の一部と新 T 社に分割されたことを意味する。それは、「事実上の合併」という C 型組織再編成の概念そのものに反する。清算要件は、「実質的にすべての資産」要件を補強し、（取得組織再編成の一類型である）C 型組織再編成が分割的要素を持たないようにするという、重要な役目を担っているのである¹⁰⁹⁾。

IV－3. C 型組織再編成に先立つ法人分割— Elkhorn 事件—

清算要件で、C 型組織再編成が分割的取引と

なることから十分に防御されているかといえ、決してそうではない。清算要件は、C 型組織再編成（A 社株と T 社資産の交換）が行われた「後」の押さえであるが、同じような意味で、組織再編成の「前」にも、T 社の資産が外に出て行かないような備えがある。

例えば、A 社は T 社の中にある一部の資産（一部の事業）にしか興味がなく、すべての資産の取得までは望んでいなかったとする。もし、「実質的にすべての資産」の判断時期が、A 社株と T 社資産の交換時でよいとされれば、T 社は、C 型組織再編成の前に、A 社の望まない資産を法人分割等の手続によって切り離し、望まれる資産だけを保有する状態になってから、「すべての資産」を A 社に移転して清算すればよい¹¹⁰⁾。

これでは、いくら T 社の清算を最後に要求しても、分割的取引は防げない。つまり、資産が抜け落ちないように尻（交換後）を押さえていても、頭（交換前）の方から流出する危険性があるということである。この問題は清算要件が追加された1984年よりも、実はずっと古くから認識されていて、1938年の Elkhorn 事件判決¹¹¹⁾で、既に一定の手当が施されている。

この事件の事実は以下の通りである。T 社（Elkhorn Coal 社）は、その保有する資産の一部を出資して子会社 S を設立し、S 株を T 社株主に非課税で分配した。すなわち spin-off 型の法人分割である。その後、T 社に残った資産は、取得法人 A 社（Mill Creek 社）の株式と交換に A 社に移転された。つまり T 社は、A 社が望

編成を非適格とすることはできない旨が判示された（G & K Manufacturing Co. v. Helvering, 296 U. S. 389, 391 (1935)）。

107) ただし、財務省長官の認可を得た場合は、一定の条件のもと清算要件の適用が猶予される。§ 368(a)(2)(G)(ii)。

108) S. Rep. No. 169, 98 th Cong., 2d Sess. 202–205 (1984)。

109) See Joint Committee on Tax'n, General Explanation of the Tax Reform Act of 1984, 190 (1984)。

110) See Bittker & Eustice, *supra* note (10), ¶12.24 [2] [c]. 望まれない資産の処理と課税について、See Handler, Variations on a Theme: The Disposition of Unwanted Assets, 35 Tax L. Rev. 389 (1980)。

111) Helvering v. Elkhorn Coal Co., 95F. 2d 732 (4th Cir. 1937), *cert. denied*, 305 U. S. 605, *reh'g denied*, 305 U. S. 670 (1938)。

まない資産を子会社に移した後で、C型組織再編成を実行したのである。問題は、T社資産とA社株との交換が、当時のC型組織再編成に関する条文（1926年歳入法典203条(h)(1)(A)）に照らして適格かどうかであった。

第四巡回区裁判所は、当該資産とA社株の交換が203条(h)(1)(A)の範囲内の取引であるとした当時の租税訴願庁（Board of Tax Appeals）の判決を覆し、先に法人分割が行われたことによって、A社による資産取得がC型組織再編成として非適格になると判断した。A社が取得したのは、T社がもともと有していた資産の「一部」であって、「実質的にすべての資産」ではないと考えられたのである¹¹²⁾。

IV-4. *Elkhorn* 回避行為とその否認—*Morris Trust* 取引と97年法改正—

IV-4-1. *Morris Trust* 事件

Elkhorn 判決を回避する租税回避行為（*Morris Trust* 取引）に触れる前に、その前提となる *Morris Trust* 事件判決¹¹³⁾について説明しておく必要がある。この判決では、法人分割に続くC型組織再編成を否認した *Elkhorn* 判決とは異なり、合併に先行する法人分割の適格性が争われ、それが適格取引として認められた（適格法人分割に続く合併も適格A型組織再編成として扱われている）。

事実は以下の通りである。T社は保険事業とそれ以外の事業を営む法人であった。A社はT社を吸収合併しようとしたが、法律上の規制から、A社は保険事業を営むことができなかった。そこで、まず合併に先立って、T社が保険事業

を法人分割（spin-off）によって切り離した。具体的には、保険事業に関する資産を出資して子会社Sを設立し、当該S社株をT社株主に分配した。それに続いて、もはや保険事業を保有していないT社が、A社に吸収合併されたのである。

課税庁は、このような法人分割を適格でないと主張した。その内容は多岐にわたるが、本稿との関係で重要なものは、法人分割後にT社は吸収合併されたため、旧T社株主はT社を支配しているとはいえず、D型組織再編成（法人分割）の定義規定である368条(a)(1)(D)の内容、すなわち「ある法人による、その全資産のあるいは一部資産の別法人への移転で、移転の後、直ちに移転をなした法人もしくはその株主またはそれらの双方が、資産の移転された先の法人を支配しているもの」に反するという主張であった。これに対して裁判所は、当該条項が要求しているのは、分割後のS社（資産の移転された先の法人）が支配されていることであって、T社の被支配は要件ではないとした¹¹⁴⁾。

課税庁は、合併に不必要な事業分野を切り離すことは、分割を正当化するのに十分な事業目的とはいえないという主張も行ったが、裁判所は、spin-offと合併の双方に事業目的が存在し、租税回避がT社株主の主たる目的とはいえないとしたのである¹¹⁵⁾。

IV-4-2. *Morris Trust* 取引

法人分割プラス合併が課税繰延扱いを受けることになったので、*Morris Trust* 取引と呼ばれる一種の租税回避行為¹¹⁶⁾が横行することになった。その内容は、以下に示すような借入れを

112) 議会は、実質的にすべての資産の移転という要件の下に、組織再編成に課税繰延扱いを認めているが、子会社を作りそこへ資産を移転する取引にまで、そのような扱いが認められるなら、実質的にすべての資産の移転という要件は大幅に緩和されることになるとして、本件のような策略（artifice）の場合にまで、課税繰延扱いを拡大すべきでないとした。95 F. 2d at 735. See also Paul, *supra* note (47), at 71.

113) *Commissioner v. Morris Trust*, 367 F. 2d 794 (4th Cir. 1966). *Morris Trust* 事件については、拙著・前掲注(66) 161頁およびそこで引用された各文献を参照。

114) 367 F. 2d, at 799–800. 裁判所は368条(a)(1)(D)の規定を文言通りに解釈したといえる。

115) 367 F. 2d, at 799.

116) 拙稿「企業組織再編税制に関する濫用とその規制—分割税制における法人課税を中心に—」税法学545号

利用した分割的取引である。

A 社が、T 社の中にある資産 M だけの取得を望んでいたとする。T 社は、まず資産 M を担保に借入れを行い、次に、当該借入れによって手に入れた現金と M 以外の資産を出資して、子会社 S 社を設立し、S 社株を spin-off によって T 社株主に分配する。この段階で、T 社には資産 M と借入金債務が、S 社には M 以外の資産と現金が存在する。分割後の T 社の株主および S 社の株主は、それぞれ分割前の T 社株主のままで変わっていない。この状態から、保有する資産が M だけとなり、また借入金債務の分だけ企業価値の下がった T 社を、A 社が吸収合併するのである¹¹⁷⁾。これら一連の取引は、ターゲット法人の価値を担保とした借入金から買収資金を得るレバレッジド・バイアウト (leveraged buyout) の一種である。

最後のステップ (A 社による T 社の取得) は、T 社株と A 社株の交換という B 型組織再編成によって行うことも可能である。しかし、C 型を利用することはできない。なぜなら、T 社による資産 M だけの移転は、Elkhorn 判決に抵触し、「実質的にすべての資産」要件を満たさないからである。

その一方で、法人分割により S 社に資産 M を移して、S 社を A 社が吸収合併すると、Morris Trust 判決で適格とされた範囲を逸脱する可能性が大きい。なぜなら、歳入法典 368 条(a)(1)(D)は、T 社または T 社株主による S 社の支配

を要求しているが、通常は合併によってそれが満たされなくなる (S 社は A 社株主に支配されていることになる) からである。

したがって、Elkhorn 判決を回避し、Morris Trust 判決の射程内に入るためには、望まれない資産 (M 以外の資産) の方を出資して S 社を設立し、残った T 社の方を (合併で) A 社に取得させる方法でなければならないのである¹¹⁸⁾。このこと自体は、組織再編成に関する形式主義的側面 (すなわち、経済的に等しい行為でも形式的に選択された法形式の違いによって課税上の効果が異なること)¹¹⁹⁾を示しているように思える。

IV-4-3. 355条(e)の創設

右に示したような Morris Trust 取引に対処するために、1997年に議会は355条(e)を創設した¹²⁰⁾。両院合同委員会による General Explanation は、355条を改正する理由として、spin-off に続いて行われる法人取得が、法人による資産の譲渡 (disposition) に近いことをあげている¹²¹⁾。

合併に先立つ spin-off が非課税ならば、T 社は、A 社の望まない資産だけを S 社に移動させ、その後で合併に入ることができる。そうすることによって、合併という取得組織再編成の形をとりながら、(spin-off をする前の A 社の資産状況を前提にすれば)「実質的にすべての資産」ではなく、部分的あるいは選択的な移転、すなわち「資産の切り出し」を行うことができるのである¹²²⁾。たしかにそれは、資産の譲

193頁 (2001年) 参照。

117) See LTR 9637043, Release Date: September 12, 1996, Doc 96-25243, 96 TNT 181-32 (1996); Adams, Spin-Offs, Fiduciary Duty, and the Law, 68 Fordham L. Rev. 15 (1999).

118) See Posin, Taxing Corporate Reorganizations: Purging Penelope's Web, 133 U. Pa. L. Rev. 1335, 1383. しかし、このような不均衡 (A 型と B 型で課税されず C 型で課税されるという不均衡) を批判し、いずれ解消されるべきとする見解として、See Jacobs, Reorganization Provisions, 35 Tax L. Rev. 415, 435 (1980).

119) See Bittker & Eustice, *supra* note (10), ¶12.01 [4]. また、Paul, Triple Taxation, 56 Tax Lawyer 571が取り上げている種々の親子会社間の組織再編取引等も参考になる。

120) See Sheffield & Schlunk, Reconciling Spin-Offs with General Utilities Repeal, 74 Taxes 941, 951 (1996); Burton, New Code § 355 (e): Congressional Disorganization of Corporate Reorganization, 1Fl. Coastal L.J. 177 (1999).

121) See Joint Committee on Taxation, General Explanation of Tax Legislation Enacted in 1997 at 198. See also H. R. 1365, S. 612, 105th Cong., 1st Sess. 拙稿・前掲注(78)194頁参照。

122) See Abrams & Doernberg, *supra* note (48), at 274.

渡、すなわち売買に類似する行為といえるだろう。

355条(e)が創設されたことによって、法人分割後のT社あるいはS社の持分のうち、50%以上が失われた場合には、法人段階における課税が行われるようになった¹²³⁾。具体的には、T社株主に分配されたS社株は非適格資産となり、当該S社株が売却されたとみなされて、その含み益が分配をしたT社に課税される¹²⁴⁾。課税されるのは、「法人段階だけ」であり、株主段階における課税はない¹²⁵⁾（分割に続く合併そのものは適格とされる）。

例えば、分割後にT社あるいはS社が、合併等によって他の者に取得され、従前の株主の持分が50%を割り込むと¹²⁶⁾、この規定の発動がある¹²⁷⁾。(Morris Trust 取引のように) 借り入れを利用した取引かどうか、すなわちレバレッジ

ド・バイアウトであるかどうかは、規定の適用上問題となっていない¹²⁸⁾。

355条(e)の重要な特徴の一つは、課税上の扱いにおいてT社とS社とを区別しないことである。A社が望む資産は、当事者の選択によって、T社とS社のどちらにでも移せるし、T社とS社のどちらを被合併法人にするのかということについても、当事者は自由に決められる。しかし、Morris Trust 判決によれば、S社が吸収合併された場合だけが課税される。これは大きな見落としであり¹²⁹⁾、議会は355条(e)を創設するに際して、両者の取り扱い上の差異を最小限にしようと意図したのである¹³⁰⁾。したがって、分割後のT社とS社のどちらがA社に取得されても、355条(e)に基づいた法人段階における課税がある¹³¹⁾。

123) 「一人またはそれ以上の者が、分配法人または被支配法人の持分のうち50%以上を、直接または間接に取得することになるような計画（または一連の関連取引）の一部である」分配に適用される。§ 355(e)(2)(A)(ii). 拙稿・前掲注(78)197頁参照。

124) 355条(e)(1)に該当すれば、355条(c)(2)または361条(e)(2)の非適格資産として課税される。なお、355条(e)によってもたらされる三段階課税の問題については、拙稿・前掲注(78)204頁参照。See also Paul, *supra* note (119), at 604.

125) 法人段階だけしか課税されないのは、355条(e)が General Utilities 原則廃止の効果を補強するために創設されたという経緯がある。詳しくは、拙稿・前掲注(78)196頁参照。もっとも、Sheffield & Schlunk は、General Utilities 原則廃止と355条(e)の趣旨を区別している。355条(e)が重視しているのは、General Utilities 原則廃止というよりも、Morris Trust 取引の防止であるとする。問題視されているのは、実質的にすべての資産が移転していないこと（資産が選択的に取得されていること）があり、そのこと自体は、General Utilities 原則廃止から直接的に導かれないという見解である。Sheffield & Schlunk, *supra* note (120), at 952.

126) この場合、旧T社株主に交付されるA社株が、全発行済A社株の50%未満であれば、T社またはS社の持分のうち、50%以上が失われたことになる。§ 355(c)(3)(A). 拙稿・前掲注(78)197頁参照。

127) See Schneider and Unger, TRA '97 Curtails Tax-Free Spinoffs and Use of Preferred Stock in Tax-Free Acquisitions, 87J. Tax'n 334, 335 (1997).

128) 拙稿・前掲注(78)194頁参照。

129) See Abrams & Doernberg, *supra* note (48), at 273.

130) See Joint Committee on Taxation, General Explanation of Tax Legislation Enacted in 1997 at 198; Abrams & Doernberg, *supra* note (48), at 274–275.

131) Rev. Rul. 98–27, 1998–1 C. B. 1159; Rev. Rul. 98–44, 1998–2 C. B. 315.

V. わが国への示唆

アメリカ法におけるC型組織再編成の制度は、わが国の税制を考える上で、幾つかの有益な示唆を与えてくれるように思われる。C型組織再編成の適格要件の背後にある考え方は、①COIの要請、②分割の取引の防止という二つに集約できる。以下では、この二つの観点を中心として、さらにはC型創設当時の経緯をもとに、私法と税法との関係にも触れながら、日本法との比較検討を行ってみたい。

V-1. 1934年法当時

C型組織再編成は、1934年の法改正によって、独立した組織再編成の一形態となったが、その際の議会における議論は、現在のわが国においても以下の点で参考となる。

まず、当時の下院には、私法（州法）に準拠するという発想があったが、その理由は、租税回避の防止であった。しかし、結局、上院の案が通り、私法に準拠せず、合併と経済的に等しい行為には、同じような課税をすべきであるという考え方が採用されたのである。

もっとも、それは漠然とした経済的実質主義に基づく課税ではなく、個別の要件を整備する形がとられてきた。C型組織再編成に関する各要件の変遷と、現行法の内容が、そのことを物語っている。

次に、資本再構成に関する部分ではあるが、損失控除を否認するために、組織再編成に関す

る損益非認識規定が必要であるという発想が、1934年という初期の段階において、既に下院の意見の中に存在していたことは、注目すべきである。

さらに、租税回避を否認するという目的のためであっても、仮にすべての交換取引に課税することになれば、利益より損失が認識される結果となって、かえって税収を失うおそれがあること、評価について大変な行政上のコストがかかることについて、当時の財務省が指摘していたことも、また興味深い。これらは、わが国の税制について考える上でも、参考にすべきである。

V-2. COIの要請

V-2-1. 二つの継続性とCOI

わが国の適格要件のうち、COIともっとも近いのは株式継続保有要件だと思われる¹³²⁾。しかし、この要件と基本的考え方の間には、整合性のとれていない部分がある。

例えば、共同事業再編成としての合併では、法人段階の課税繰延のため（つまり、支配の継続性を判断するため）にも、旧T社株主によるA社株の継続保有が要求される¹³³⁾。しかし、株式を継続保有するのは株主であるから、これは投資の継続性の問題になるという指摘がある¹³⁴⁾。

アメリカ法のCOIは、組織再編成の適格性

132) 水野教授は、わが国の組織再編税制とアメリカ法では、株主の位置づけが異なっていることを前提に、「わが国では、投資の継続性は株主レベルにおける適格要件として扱われるにすぎないとみるべきである」と指摘される。水野忠恒『租税法〔第2版〕』420頁（有斐閣・2005年）参照。わが国の適格要件は（株主ではなく）法人を中心に設定されているのである。

133) 法令4条の2第3項5号。

134) 岡村・前掲注(2)300頁参照。この考え方を前提にすると、合併の場合、被合併法人は資産を移転して解散するから、被合併法人の合併法人に対する支配を認めることはできないことになる。岡村・前掲注(2)299頁参照。

を判断するために、株主段階における投資持分継続の有無をみるのであって、そこに法人段階における支配の継続という視点はない¹³⁵⁾。もし、わが国でも同じような考え方をとるならば、すなわち、適格性の判断において株主段階をより重視するのであれば、実定法上、旧 T 社株主による A 社株の継続保有が要求されていることは、今より容易に理解することが可能となる。

また、50%超人的グループ企業再編成としての分割型吸収分割の場合、再編成の前後を通じて、グループ関係を維持するに足る株式の継続保有が要求されているが¹³⁶⁾、A 社が T 社株の 50%超を保有し続けることが、なぜ株主による投資の継続性を意味することになるのか、うまく説明できない。もし、COI の考え方を入れるのであれば、分配された A 社株の継続保有が要求されることになるだろう。そして、この場合にはその方が、「基本的考え方」との整合性がとれるようにも思える。

なお、T 社の株主が 50人以上の場合、株式継続保有は要求されない。アメリカ法でも、1998 年の財務省規則（§ 1. 368-1 (e)¹³⁷⁾）によって、A 社株の継続保有は要求されていない。どちらの理由も、執行可能性にあると考えられるので、立法趣旨も類似する。したがって、50人という一応の区切りを設定して、それ未満の場合に継続保有を要求する日本法の方が、きめ細かい対応をしているといえるだろう。

V-2-2. 対価としての議決権株式

合併の場合、株式継続保有要件によって保有が要求されるのは、議決権株式である（分割型吸収分割の場合も同じ）¹³⁸⁾。もっとも、議決権制限株式の場合、継続保有が要求されないとい

うだけであって、対価として交付することが禁止されているわけではない。言い換えれば、対価としての議決権制限株式は適格資産である¹³⁹⁾。

C 型組織再編成において適格対価は、COI の要請から、原則として議決権株式に限定されていた。そしてその理由は、売買と組織再編成を区別するためであった¹⁴⁰⁾。わが国においても、この視点は重要である。合併対価として、社債を交付すれば非適格となるが、無議決権優先株式ではそうならない。新会社法改正によって、種類株式が容易に発行できるようになったこと¹⁴¹⁾を考えるならば、適格性の判断において議決権を考慮しないことには重大な問題がある。

上記のように、株主が 50人以上の場合には、株式を継続保有しなくてよいのであるから、その意味でも、対価の内容についてはより厳しく、議決権に限るという発想が必要だと思われる。

アメリカ法においても、A 型組織再編成（州法上の合併）では、対価が議決権株式に限定されず、適格対価の質と量は判例法によって規律されてきた。しかし、州法の概念にとらわれず、税法において適格要件を設定している C 型組織再編成では、税法の条文において対価を議決権株式にすることが明記されている。

わが国において C 型組織再編成のようなタイプを導入すべきかどうかを別にしても、（会社法ではなく）税法の視点から、適格要件を設定するという発想は重要である。その意味でアメリカ法が、COI の要請から議決権株式を要求していることは、大いに参考になるであろう。会社法上の対価は株式でよくても、税法上の適格対価は議決権株式という考え方が、わが国においても必要ではないだろうか。

135) 法人段階においては、事業継続性が要求されている。Reg. § 1. 368-1 (d)(1); Rev. Rul. 81-25, 1981-1 C. B. 132.

136) 法法 2 条 12 号の 11 口、法令 4 条の 2 第 5 項。

137) この規則の詳しい内容については、拙稿・前掲注 10374 頁参照。

138) 法令 4 条の 2 第 3 項 5 号、6 項 6 号。

139) 法法 2 条 12 号の 8、12 号の 11。

140) 前掲注 39 および注 39 と関係する本文の説明を参照。

141) 会社法 108 条等。

また、負債との関係でも COI は重要である。わが国には、はっきりとした COI の概念がないために、取得法人が組織再編成によって大量の負債をターゲット法人から引き継いでも、取引はなお適格となる可能性がある。アメリカ法では、取引に占める債務引受の割合が大きすぎると、COI が害されたことを理由に、取引は非適格組織再編成となる場合があった¹⁴²⁾。

V-2-3. 非適格資産の緩和

アメリカ法は、対価を議決権株式に限定する一方で、一定量の非適格資産の交付を認めていた。このことから、「硬直性の排除」と「適格外しへの対処」という二つの示唆を得ることができると思われる。

一つ目について、対価を議決権株式に限定すれば、組織再編税制は非常に硬直化した制度となり、法人が適正な事業形態へ移ることを阻害しかねない。わが国の制度は、議決権株式を要求していないとはいえ、一切の交付金を認めないのであるから¹⁴³⁾、使い勝手は著しく悪い。交付金が受領されると、それを受領していない株主までも、時価取引として課税されることになるのである。

非適格資産の交付を認めれば、どの程度までそれを認めるのかという問題が出てくるし、非適格資産を交付した側と取得した側のそれぞれに対して、課税上のルールを作らなければならない。しかし、現行制度が持つ硬直性を緩和するためには、必要な作業だと思われる。

二つ目について、現行制度では、非適格資産を交付することで、取引は簡単に非適格となる。組織再編成が適格となることは、常に納税者にとって有利であるとは限らない。最も簡単な例は、対象資産に含み損がある場合であり、取引が適格となれば、課税上、損失は認識できないことになる。

したがって、納税者は意図的に適格外しをしてくる可能性がある。適格要件が厳格であればあるほど、適格外しは容易である。一定量の非適格資産の交付を認めることは、このような行為への対処を可能とすることにつながるだろう¹⁴⁴⁾。

V-2-4. 非分割的 D 型組織再編成

適格外しへの対処という点では、アメリカ法における非分割的 D 型組織再編成からも示唆を得ることができる。わが国においても、減価償却資産の帳簿価額が時価より低い場合、法人がいったん解散した後で、再度、その資産を出資して別法人を設立することで、以前より高い減価償却費の計上が可能となる¹⁴⁵⁾。あるいは、解散によって資産の含み損を実現させた後で、再度、その資産を出資して法人を設立し直すという方法もあり得る。

わが国の制度には、意図的な適格外しに有効に対処できる規定が存在しない。だからといって、法人税法132条の2や所得税法157条の3を安易に発動して、非適格取引を適格取引へ引き直すべきではない¹⁴⁶⁾。必要であれば、個別規定

142) 前掲注(5)および注(5)と関係する本文の説明を参照。

143) もっとも、合併や分割に際して支払われる配当見合金（法法2条12号の8および12号の11）や端株調整金（法基通1-4-2）などは、この限りでない。

144) アメリカ法では、非適格資産の交付によって損失を認識することは、歳入法典356条(c)によって禁止されている（その場合でも取引そのものは適格組織再編成である）。また、課税される場合は、歳入法典356条(a)(1)によって、非適格資産の市場価格を超えない範囲で、当該資産交付によって実現した利益が認識される。つまり、認識される利益は、実現利益と非適格資産の市場価格のうち、どちらか低い方までということになる。実現利益に対する課税について、See Shaviro, An Efficiency Analysis of Realization and Recognition Rules Under the Federal Income Tax, 48 Tax L. Rev. 1, 18 (1992); Isenberg, The End of Taxation, 45 Tax L. Rev. 283, 315 (1990); Lokken, The Time Value of Money Rules, 42 Tax L. Rev. 1 (1986). 拙著・前掲注(5)306頁参照。

145) この場合、清算の段階で、償却資産の含み益に課税される可能性があるから、それを打ち消すための損失の存在（繰越欠損金や含み損を有する資産等）が必要となるだろう。

146) 課税庁は、まず個別の要件に照らして、取引の適格該当性を主張すべきである。

を作るべきである。

既述のように、非分割的D型組織再編成については、368条(a)(2)(E)および304条(c)の改正によって、支配概念に関する所有株式割合の基準が、80%から50%にまで引き下げられた。すなわち、清算―再設立取引という租税回避に対する個別的否認規定として、より整備された状態になったのである。

租税回避否認という点を別にしても、非分割的D型組織再編成については、「基本的考え方」にある支配の継続性との関係で、参考になると思われる部分がある。例えば、ある法人が、株式保有関係のない既存の法人に対して現物出資を行い、支配といえるだけの株式を取得して保有した場合、再編成後における支配の継続性はあるが、これだけでは適格とされない¹⁴⁷⁾。

つまり、日本の組織再編税制は、取得法人が自らの資産と交換に、ターゲット法人の支配を獲得する取引を、適格組織変更の一形態として捉えていないのである¹⁴⁸⁾。その理由の一つとして、このような行為が会社法上の組織再編成とされていないことがあげられる。しかし、税法独自の観点から適格基準を設定していけば、実際にアメリカ法がそうであったように、このような取引であっても適格となる可能性は十分にあるといえよう。

会社法との関係は、適格外しについても重要である。含み損を有している法人が、資産と交換にターゲット法人の支配を取得する取引を行った場合、会社法上の組織再編成でないために、損失を顕在化させながらも、実質的に同一の法人形態によって事業を継続することが可能になる（合併であれば損失は計上できない）。このような適格外しが可能となるのは、日本の組織再編税制が会社法に依拠しているためである。会社法に拘束されない適格要件は、租税回避防止という観点からも必要なのである¹⁴⁹⁾。

V-2-5. 間接的COIと三角型組織再編成

三角C型組織再編成との関係で、新会社法によって導入が予定されている三角合併について考えてみる。会社法では、組織再編成の対価を緩和して金銭等の使用が認められた¹⁵⁰⁾。したがって、会社法上は、現金だけでなく、親会社株式や社債などを対価とすることも可能である¹⁵¹⁾。

そこで、もし今後、税法においても、親会社株式を対価とした三角型組織再編成が適格取引として扱われるようになるのであれば、その理論的根拠が問われることになる¹⁵²⁾。すなわち、わが国においても、アメリカ法のような間接的COIの考え方が成り立ちうるのか、そうでなければ、他にどのような課税繰延の根拠がありえ

147) 岡村・前掲注(2)299頁参照。

148) 岡村・前掲注(2)375頁（問題168）には「日本の適格要件には、支配の観点から見て、重要な類型が欠けている。それは何か」という指摘がある。

149) 適格外しとは反対に、合併に関して会社法上の手続き違反があった場合でも、合併の無効は訴えをもってのみ主張することができるから（会社法828条）、そのような訴えがない限り、適格・非適格については当初からの扱い通りとすべきであろう。一方で、非適格合併に対する手続き違反に関して、訴えに基づく無効判決が出た場合、既に納付済みの租税は、後発の事由による更正の請求（税通23条2項1号）によって、還付を求めることができると解される。この問題については、金子宏「会社の設立・合併・分割の無効判決の効果の不遡及と租税法律関係―『租税法と私法』に関する一考察」税経通信57巻3号17頁（2002年）参照。

150) ただし、対価の柔軟化に関する施行は、他の部分の施行から一年遅れる（会社法附則4項）。

151) 会社法749条1項2号、751条1項3号。

152) 会社法上は、対価の柔軟化によって、キャッシュ・アウト・マージャー（消滅会社の株主に対価として金銭のみを交付する合併）も可能になる。しかし、アメリカ法のような非適格資産緩和ルールさえ持たない現行法の状態から、いきなりキャッシュ・アウト・マージャーが税法上適格として認められるようになるとは思えない。アメリカ法でも、対価が現金だけの合併は、COIの要請を満たさないから当然に非適格となる。LeTulle v. Scofield, 308 U. S. 415 (1940). 拙稿・前掲注(9)367頁参照。

るのかといった問題である。

「基本的考え方」では、対価を株式に限る理由について、適格組織再編成と売買を区別するためとされていた¹⁵³⁾。しかし、支配の継続性および投資の継続性との関係が明らかでない。実定法上も、適格合併や適格分割の定義として、株式以外の対価を禁止しているに過ぎない¹⁵⁴⁾。親会社株式を適格対価として認める法改正をする場合には、そのための理論的な説明が必要であり、アメリカ法における間接的 COI のような考え方は、そのための有益な示唆を与えてくれるように思える。

また、実際に三角合併の適格性を審査する場合、まず「税法上の親会社」の定義が必要となってくる。間接的 COI が満たされているとされるためには、会社法で規定する50%以上¹⁵⁵⁾では、おそらく不十分なのではないだろうか。既に見てきたように、アメリカ法では歳入法典368条(c)によって80%以上が要求されている¹⁵⁶⁾。

それに加え、対価として交付される株式は、親会社株式と子会社株式を混ぜてもいいのか、親会社株式だけに限られるのかということについても、検討する必要がある¹⁵⁷⁾。

さらに、現行法上の適格要件の判断が、三角合併では具体的にどのようにして行われるようになるのか、といったことについても考えてお

かねばならない。例えば、事業関連性要件は、親会社と子会社のどちらで判断するのだろうか。もし、実際に合併法人となる子会社の方だとすれば、被合併法人と全く別の事業を営んでいる親会社が、事業関連性要件を回避するためだけに、名目上、被合併法人と同種の事業を営む子会社を設立することも考えられる¹⁵⁸⁾。

同じように、もし規模要件が子会社を基準として判断されるのであれば、この要件は簡単に回避できることになる。もっとも、現行法でも、この要件を回避するために、規模の小さな子会社を作り、当該子会社を当事者として合併することは可能であろう¹⁵⁹⁾。そう考えると、むしろ、事業規模要件そのものの存在意義の方が問われるのかもしれない¹⁶⁰⁾。なお、アメリカ法には、事業関連性要件も規模要件もないので、このような問題は起こらない。

V-3. 分割的取引に対する備え

歳入法典368条(a)(2)(G)の清算要件、Elkhorn ルール、そして Morris Trust 取引防止を目的とした355条(e)は、どれも分割的取引への対処であった。また、州法に依拠する A 型組織再編成でも、分割的な要素を持つ取引は、税法で非適格とされる場合がある¹⁶¹⁾。

しかし、わが国の組織再編税制には、そもそ

153) 「基本的考え方」第二の一。

154) 法法2条12号の8および12号の11。

155) 会社法2条4号、会社法施行規則3条3項。

156) 前掲注(65)および注(65)に關係する本文の説明を参照。

157) 前掲注(66)および注(66)に關係する本文の説明を参照。

158) なお、三角合併と事業継続性の問題について、アメリカの財務省規則1.368-1(d)(4)は、実際にターゲット法人の資産を有しているのが、親会社ではなく、その子会社や孫会社であっても、事業継続性の判断においては、親会社が当該資産を保有しているとして扱うことにしている。拙稿・前掲注(30)373頁参照。

159) ただし、三角合併でないので、交付されるのは子会社株式である。

160) 拙稿・前掲注(3)47頁、拙著・前掲注(66)198頁参照。

161) Rev. Rul. 2000-5, I. R. B. 436. 当該細則は二つの例をあげている。①合併の後、T社が存続する場合を州法が有効な合併と認める場合、および②T社が二つの法人へ吸収合併されて消滅する場合である。どちらも、もともとのT社が二つに分かれるという意味で分割的取引であり、A型としては非適格とする。もっとも、ルーリングは、他の類型に該当する可能性までは否定せず、課税繰延の余地は残している。See Bank, Taxing Divisive and Disregarded Mergers, 34 Ga. L. Rev. 1523, 1525 (2000).

また、外国法人との合併が州法上の合併でないため、A型に該当しない組織再編成でも、(計画の主たる

も分割的取引を制限するという発想が見受けられない。会社法上の吸収分割が、正面から適格取引の一つとして認められているからである¹⁶²⁾。

日本法における取得組織再編成の基本は吸収分割であり、合併とはその特殊な形態であるという理解がありえる。すなわち、ある法人が（一部ではなく）すべての資産および負債を他の法人に移転し、対価として取得した全株式を自らの株主に交付して解散する分割型吸収分割のことを「合併」と呼ぶ、という考え方である¹⁶³⁾。したがって、合併を除く吸収分割では、分割法人は解散せず存続し続ける。これは、アメリカ法における A 型や C 型と比べて、日本の取得組織再編成の基本型（吸収分割）が持つ特色である。

なるほど、吸収分割を A 社側からみれば、それは T 社の一部を取得したことになる。しかし、T 社側からみれば、そこには明らかに分割的な要素がある。わが国が、アメリカ法とは異なり、この分割的要素を課税上問題視しないというスタンスをとるならば、それはそれでよい。しかし、もしそうであるならば、そのための理由が必要であるが、それは必ずしも明らかでない。

わが国の制度は、独立した事業単位や移転後の事業継続を、売買と適格組織再編成を区別す

る基準として用いていると思われる¹⁶⁴⁾。立法論として、それはありうる考え方の一つであるが、それだけでは区別として不十分であり、選択的な資産移転が売買に似るという視点が、さらに必要ではないだろうか。一つの法人の中へ他の法人の「すべての」資産が流れ込んでくる合併とは異なり、吸収分割では、法人内部から「一部の」の資産が選択的に（あるいは恣意的に）切り出されるため、取引がそれだけ売買に近くなるのである。

たしかに、切り出された後の資産は、移転先の法人が従来通りの形で保有しているから、含み益に対する課税機会が失われたわけではない。しかし、この考え方を貫けば、（独立した事業単位であれば）どんなに資産が移転しても、取得法人がそれを保有する限り、ターゲット法人における含み益課税が繰り延べられることになり、適当とはいえない。

少なくとも、何が独立した事業単位なのか、どういう場合を事業の継続というのか、といったことについて、（私法ではなく）税法の観点から緻密に議論した上で、なぜそのような状態（独立した事業単位の移転や移転事業の継続）が、売買と異なって課税繰延扱いが認められる正当な理由となりうるかという説明が必要であろう¹⁶⁵⁾。現行法の規定から、それらを推測する

目的が連邦税回避でない場合)、C 型の要件を満たすならば適格となりうるとした歳入庁細則がある。Rev. Rul. 57-465, 1957-2 C. B. 250. See Bank, A Transcontinental "A" Train? Foreign Mergers under Section 368(A)(1)(A), 54 Tax Law. 555, 557 (2001).

162) また、平成14年改正で、適格組織再編成の後に、さらに適格合併が見込まれている場合、当初の組織再編成の適格要件が緩和され、それが平成18年改正で導入された適格株式交換・株式移転にまで及んでいる(法2条12号の8口、法令4条の2第1項～6項、8項～13項、15項～18項および20項)。つまり、適格の範囲は広がっているのである。

163) 岡村・前掲注(2)294頁参照。この考え方は、商法で会社分割が導入されたことを契機として、組織再編税制が作られたという歴史的な流れにも整合するように思える。

164) 法人税法2条12号の11口。グループ事業再編と共同事業再編のうち、わが国の制度の基本は前者であるが、これに関して「基本的考え方」は、「組織再編成による資産の移転を個別の資産の売買取引と区別する観点から、資産の移転が独立した事業単位で行われること、組織再編成後も移転した事業が継続することを要件とすることが必要である」と述べている。「基本的考え方」第二の一1。

165) 1982年にアメリカ法律協会(American Law Institute)が公表した提案では、課税・非課税の選択を納税者に委ねる「選択的引継基準価格(elective carryover basis)」という方法が示された。See American Law Institute, Federal Income Tax Project Subchapter C, at 43, 72, 96 (1982). この提案については、岡村忠生「法人清算・取

ことは困難である。特に、対価を議決権株式に限定していない現行法では、分割的取引に関して、売買と適格組織再編成の区別が十分にできていないと思われる。

既にみたように、アメリカ法は、清算要件や Elkhorn ルールおよび355条(e)等によって、分割的取引と取得取引を明確に区別して、選択的

な資産の切り出し行為に対して、一定の歯止めをかけていた。また、アメリカ法を検討することによって、組織再編成に関する規定群には、納税者の選択した取引形態に課税上の効果が拘束される問題（組織再編成に関する形式主義）が存することについても、認識することができた¹⁶⁶⁾。

VI. まとめ

アメリカ法は、税法の視点から、私法(州法)に依拠しない独自の要件を設定することで、取得組織再編成の適格範囲を、私法に依拠した A 型組織再編成からさらに拡大していた。その一方で、一定の租税回避行為への対処もなされていた。アメリカ法の C 型組織再編成を考察することによって、会社法の桎梏から解放された自由な視点で、わが国における適格概念のあり方について考えることができたように思う。

C 型組織再編成では、①COI の要請と②分割的取引の防止という二つの考え方をもとに、適格要件が設定されていた。わが国の税制にとって、まず参考となるのは、①でいう COI の概念である。わが国においても、(法人段階ではなく)もっと株主段階に目を向け、株主が再編成された法人形態において、従前の投資(旧法人に対する権利関係)をいかに継続させているかといった視点から、適格要件を設定すべきであろう。「基本的考え方」の一部は難解であり、さらに実定法の適格要件とも一致してないところもあるので、わが国における課税繰延の理論

的根拠について、COI の概念をもとに再構築する必要性を感じた¹⁶⁷⁾。

COI に関する考察をもとに、わが国の組織再編税制に関して提言できることとして、(i)対価を議決権株式に限定すべきこと、(ii)一定の非適格資産を許容すべきこと、(iii)組織再編成の規定が個別的否認規定になりうること、(iv)資産と交換に支配を獲得するという形態の組織再編成がありえること、(v)三角合併を適格にするには、間接的 COI の概念が有益であることなどをあげることができる。

次に、②の分割的取引の防止についてであるが、アメリカ法では、取得組織再編成と分割的組織再編成は厳格に区別されていた。分割的取引は、法人による資産の売買に類似する行為とされて、適格性の要件が厳しく設定されている。

もし、わが国の組織再編税制にも、分割的取引について同種の問題が存在しているとするならば、アメリカ法が有する懸念に気づけなかった理由はどこにあるのだろうか。それは、平成

得課税におけるインサイド・ベシスとアウトサイド・ベシス」法学論叢148巻5・6号262頁（2001年）とそこに引用された各文献を参照。

166) わが国における同種の問題について、岡村・前掲注(2)298頁問題125を参照。See also Rev. Rul. 75-161, 1975-1 C. B. 114; Bowen, The End Result Test, 72 Taxes 722, 724 (1994).

167) ただし、COI の考え方を日本に導入するためには、すべての個人株主に有価証券売却益の申告を義務づける制度が必要となり、わが国の現状では難しいという意見がありえる。しかし、アメリカの1998年規則のように、COI は対価の問題と割り切れれば、株式等を交付する法人側を捕捉するだけで、実際の執行は可能ではないと思われる。

13年の制度導入時に、商法上の組織再編成を適格判定のスタート地点としたことと無関係ではないように思える。すなわち、吸収分割（商法によって認められた取引）が持つ課税上の問題点について、無意識のうちに見逃していた可能性がある。

適格性の判断に際して、まず会社法の縛りをかけるべきか、あるいは税法独自の（ある程度複雑な）ルールを構築するべきか、これはコストの問題とも関係する¹⁶⁸⁾。たとえコストをかけても、税法からみて実質的に合併と等しい取引は適格組織再編成とすべきなのか、それとも、まず会社法によるスクリーニングをかける方がいいのか、立法論として考える必要があろう。とりわけ、わが国の場合、税法と会社法が同じ国法のレベルで存在するので、アメリカと比べて会社法に依拠しやすい。アメリカの会社法は州ごとに異なる可能性があるため、コストをかけても、連邦法たる税法で規律せざるを得ない部分が存在するのである¹⁶⁹⁾。

そのような一定の差異を認めた上でも、わが国において税法独自の視点に基づくルール作り

は、なおも必要であると考ええる。それは、会社法が課税のことを考えて制定されていないからである。もし、最初に会社法による縛りをかけるのなら、その縛りからこぼれた取引のうち、実質的に合併や分割といった適格取引に等しいものをどう拾い上げればよいか、という検討をすべきである¹⁷⁰⁾。そのような検討は、会社法に依拠するために適格外しが容易になるという問題への対処にもつながると思われる。

組織再編税制を構築する当初から、会社法に依拠せず、税法上の合併や分割という概念を作り上げていたとすれば、その段階で、もっと本質的な議論、つまり何が課税繰延の根拠なのか、売買と適格組織再編成の違いは何か、そのためにはどんな適格要件がよいのかといった議論、あるいは、組織再編税制の持つ形式主義的側面をもっと意識した検討などが行われたのかもしれない。しかし、それは今からでも決して遅くはない。新会社法の制定によって会社法と税法の乖離がいつそう進んだことは、そのような論点について考えるよい契機となるであろう。

補 論

「多国籍企業親会社のタックス・ヘイブン移転計画－インバージョン取引に関する課税問題と会社法改正－」

執筆に先立つ研究会「フィナンシャル・レビュー87号に関するコンファレンス（第4回）」では、アメリカ法におけるインバージョン（in-

version）について取り上げられ、議論されたので、以下に補論として、インバージョン取引の問題点等を簡単にまとめておきたい。

I. 概説

アメリカでは、主に1990年代からインバージョン取引が問題視されるようになった¹⁷¹⁾。イン

168) 税制簡素化とコストの一般的な問題について、増井良啓「『簡素』は税制改革の目標か」国家学会雑誌107巻5・6号548頁（1995年）およびそこに引用された各文献を参照。

169) See Goldman, *supra* note (15), at 32.

170) Pinellas Ice & Cold 事件判決における「吸収合併または新設合併の性質を帯びているが、…厳密には吸収合併とも新設合併とも呼べない状況を取り込むために…『吸収合併』または『新設合併』の意味を拡張している」という説示が参考になろう。287 U. S. 462, 469 (1933).

171) See Kirsch, The Congressional Response to Corporate Expatriations: The Tension Between Symbols and Sub-

バージョンとは、アメリカに拠点を置く多国籍グループ企業がその法人組織を変更し、それまでの US 親会社に代わって、軽課税国に設立された新法人がグループ全体の親会社になるような取引をいう¹⁷²⁾。つまり、一言でいえば、US 親会社が、軽課税国に設立された外国法人の US 子会社になることである。

インバージョンの問題については、最近になって、わが国においても、指摘されるようになってきた¹⁷³⁾。その背景の一つに、会社法改正があると思われる。新しい会社法が、組織再編成における対価の柔軟化を認めたことで、商法の下ではできなかったインバージョンが、今後は実行できるようになる可能性が存するからである。

アメリカにおけるインバージョンの形態には、主として株式インバージョン (stock inversions) と資産インバージョン (asset inversions) の二種類があり、さらに両者の様々な組み合わせが存在するが¹⁷⁴⁾、ここでは株式インバージョンのシンプルな例に基づいて、考察を進めることにする¹⁷⁵⁾。

インバージョンを実行する US 法人を T 社とする。T 社は国際的に事業を展開するいわゆる多国籍企業であり、数社の子会社を有していた。T 社の子会社のうち、US 子会社をまとめて A 社、外国子会社をまとめて C 社と呼ぶことにする。インバージョンのために、(i)まず、タックス・ヘイブン等の軽課税国 H に外国法人 F

社 (将来、US 法人の外国親会社となる法人) が設立される。(ii)F 社がアメリカ国内に子会社 S 社を設立する。(iii)T 社、F 社、S 社の間で逆三角合併を行う。すなわち、T 社に S 社が吸収合併され、T 社株主には F 社株が交付される。この結果、T 社は F 社の US 子会社となり、旧 T 社の株主が F 社株を保有することになる。なお、F 社は H 国において積極的な事業活動を行っていないとする。

通常は、インバージョンに続いて、さらにグループ全体の再編成 (restructuring of the corporate group) が行われる。例えば、T 社の外国子会社であった C 社のほとんどの株式が F 社へと移され、C 社は F 社の子会社とされる。つまり、これまで T 社が外国子会社を通じて行ってきた国際的事業の機能は、F 社とその子会社である C 社に移されることになる。

上記の逆三角合併が非適格となる場合 (実際にそうなる場合が多い¹⁷⁶⁾)、T 社株主は、保有していた T 社株の含み益について課税される¹⁷⁷⁾。また、C 社株の F 社への移転についても、適格株式交換等に該当しない限り、T 社は株式の含み益について課税されることになる¹⁷⁸⁾。もっとも、不況下で株式の時価が簿価を下回っている場合など、移転資産の基準価格と時価との関係次第では、利益が発生しない場合がある。また、T 社による C 社株の移転について、T 社が繰越欠損金 (net operation losses) や外国税額控除枠を有していれば、それを使用すること

stance in the Taxation of Multinational Corporations, 24 Va. Tax Rev. 475, 476 (2005).

172) See Office of Tax Policy Department of Treasury, Corporate Inversion Transactions: Tax Policy Implications, 1 (2002); <http://www.treas.gov/press/releases/docs/inversion.pdf> (visited 2006/05/25).

173) 中里実「タックスヘイブン親会社」税研125号92頁 (2006年)、森信茂樹「米国の法人タックスシェルター問題とわが国へのインプリケーション」国際税制研究15号33頁 (2005年) 参照。中里実 (『タックスシェルター』144頁 (有斐閣・2002年) (初出2001年) もあわせて参照。

174) See Bittker & Lokken, Federal Taxation of Income, Estates and Gifts (Current Through 2005), ¶66. 2. 1.

175) 実際の取引のなかには複雑なものがあるが、そうなるのは必ずしも課税上の理由からだけではない。See Office of Tax Policy Department of Treasury, *supra* note (172) at 21. また、取引時に課税されることが多いので、あえて複雑なケースを例として取り上げて検討する必要性は少ないと考える。後掲注 (176) 参照。

176) See Office of Tax Policy Department of Treasury, *supra* note (172) at 5; Kirsch, *supra* note (171) at 494.

177) § 367 (a); Reg. § 1.367 (a)-1T3 (a), (c).

178) § 367 (b); Reg. § 1.367 (a)-3 (b)(2), 1.367 (b)-4 (b).

もできる。つまり、企業はタイミングをねらって、課税されないときに、インバージョンおよびそれに続くグループ再編成を行うことができるのである。

II. インバージョン取引の目的

これらインバージョンを含む一連の取引を通じて、グループ全体の再編成が実行される目的は、主として①T社グループ全体の国外源泉所得に関する租税、および②T社グループ全体のUS源泉所得に関する租税の両方を減少させることである¹⁷⁹⁾。

具体的にいうと、①については、サブパートF条項¹⁸⁰⁾（わが国でいうタックス・ヘイブン対策税制）の適用回避があげられる。C社の獲得した利益がサブパートF所得に該当する場合、それはT社の所得として、アメリカの課税に服することになる。しかし、インバージョンの後、C社をF社の子会社にしてしまえば、その後、C社が獲得した利益について、もはやアメリカは課税することができなくなる。C社の株主は、外国法人であるF社となるからである¹⁸¹⁾（T社は、C社だけでなく、A社についても、同様の方法で、F社の子会社にすることができる）。

たしかに、インバージョン時やC社株の移転時に、株式の含み益へ課税されうるが、それ以降は、F社およびC社の獲得した所得に対して、アメリカの課税権が及ばなくなってしまう。この場合、F社の実質上の本部（headquarters）と主たる活動の拠点をアメリカに残し、F社の株式もアメリカの証券市場で取引されていたと

しても、F社は、（否認規定のない限り）法律上は軽課税国Hに所在していることになる¹⁸²⁾。たしかにT社はUS法人のままだから、アメリカは、これまで通りT社に対しては課税権を行使できるが、F社のUS子会社に過ぎないT社は、もはや全世界的に事業を展開していないから、アメリカの税収は従前よりも減少する。

②については、T社が（例えばF社株を購入するために）F社から借入を行い、その利息を支払うことで、T社の利益を減少させるということがある。同様に、T社はF社に対して、ロイヤリティ、マネジメント料、保険料等を支払うことで、その利益を減少させようとする。これらの取引には、例えば歳入法典163条（j）のような否認規定（一定の支払利子の控除を否定する規定）によって一部対処することできるが、それは完全ではない¹⁸³⁾。

また、T社が有していた無形財産をF社に移してしまえば、当該無形資産が、その後一定の所得を生んだとしても、資産の法律上の所有者がF社なので、アメリカの課税権が及ばないことになる。無形資産が独立当事者間価格で移転されていなければ、482条（移転価格税制）の発動がありえるが、そうでなければ、この規定による否認もできないことになる。

III. 議会の反応（否認規定の創設）

これらインバージョンを利用した租税回避を防止するために、議会は2004年に歳入法典7874条を制定した¹⁸⁴⁾。以下、この規定についてごく簡単に説明しておく。

7874条は、T社のように国外に出て行く企業

179) See Kirsch, *supra* note (171) at 490.

180) § 951-964.

181) 被支配外国法人（controlled foreign corporation）となるための10%株主が存在しなくなるからである。§ 951(b).

182) See Bittker & Lokken, *supra* note (174), ¶ 66. 2. 1.

183) 163条(j)の適用要件を回避することは可能である。また、利子については30%の税率で源泉徴収されることになっているが、これを回避するために租税条約が利用されうる。See Office of Tax Policy Department of Treasury, *supra* note (172) at 13.

184) Pub. L. No. 108-357, § 801(a), 118 Stat. 1418.

(法人だけでなく、パートナーシップが含まれる)を離脱エンティティ (expatriated entity)¹⁸⁵⁾、F 社のように一定以上の T 社株を保有する外国親会社を代理エンティティ (surrogate entity)¹⁸⁶⁾とする。そして、F 社の株式の(議決権または価値の) 8 割以上が、かつての T 社の株主に保有されているような場合、代理エンティティである F 社は、課税上、国内の法人 (domestic corporation) として扱われることになる¹⁸⁷⁾。

F 社株の取得割合が 6 割以上、8 割未満の場合は、F 社による C 社株取得後、一定の期間¹⁸⁸⁾にわたり、「インバージョン利益 (inversion gain)」に対して、やや複雑な特別の課税がなされる¹⁸⁹⁾。「インバージョン利益」とは、離脱エンティティによる株式や資産の移転によって実現した利益や、離脱エンティティのライセンスを理由として生じた利益のことである。そして、これらの利益に対しては、繰越欠損金や外国税額控除の使用による損益の相殺が制限されている¹⁹⁰⁾。したがって、T 社による C 社株の移転に関する利益については、たとえ T 社に繰越欠損金等があったとしても、当該利益と相殺することはできないことになる。

さらに、離脱エンティティの持分のうち 10% 以上を保有する役員等については、インバージョンの時点で、保有する株式ベースの報酬 (例えば、ストック・オプション) の価値について、15% の税率で課税される¹⁹¹⁾。離脱エンティティの株主は、インバージョン時に株式含み益に対して課税を受けるのに、(インバージョン

の実行時を左右できる) 役員が保有するストック・オプション等に対する課税がないのは適切でない、というのが課税の理由である¹⁹²⁾。

IV. 会社法とインバージョン

わが国の新しい会社のもとで、株式インバージョンは実行可能だろうか。考えられる方法としては、株式交換、順三角合併および逆三角合併がありえる。しかし、外国会社との株式交換および逆三角合併は会社法自体が認めていないから、可能だとすれば、順三角合併であろう。ただし、現行の組織再編税制に変更がなければ、外国親会社の株式は適格対価ではないから、三角合併は非適格となる可能性が高い。

しかし、問題はその先にある。例えば、タックス・ヘイブン対策税制の対象となる特定外国子会社 C を保有している内国法人 T 社のインバージョンについて考えてみる。(i) 軽課税国 H に法人 F が設立される。(ii) F 社が日本国内に子会社 S を設立する。(iii) T 社、F 社、S 社の間で三角合併を行う。つまり、S 社に T 社が吸収合併され、T 社株主には F 社株が交付される。この結果、T 社は S 社に形を変えて F 社の子会社となり、旧 T 社の株主が F 社株を保有しているという状態ができる。

そして、インバージョンの後、S 社は C 社の株式を F 社に移転することで、C 社を F 社の子会社にする。そうすることで、C 社はタックス・ヘイブン対策税制の対象外となる¹⁹³⁾。また、S 社が F 社に対して、過少資本税制の適用のな

185) § 7874(a)(2)(A).

186) § 7874 (a)(2)(B).

187) § 7874 (b).

188) この期間は、C 社株など T 社の資産が F 社へ最初に移転した時から始まり、最後の移転から 10 年間で終了する。§ 7874 (d)(1).

189) § § 7874 (a)(1), (a)(2).

190) § 7874 (e).

191) § 4985 (a).

192) H. R. Rep. No. 548, 108th Cong., 2d Sess. 246 (2004).

193) 措置法 40 条の 4、同 66 条の 6。

い範囲¹⁹⁴⁾の借入金利子を支払う（あるいは保険料等を支払う¹⁹⁵⁾）ことで、S社の法人所得を減額させる。または、T社が有していた無形資産をF社やその子会社となったC社へ移転させることで、当該資産のロイヤリティに対する日本の課税権が及ばなくなる¹⁹⁶⁾。つまり、アメリカで問題となったことは、わが国においても起こりうるのである。

これらの問題について、今後、わが国でどのような対処をすべきであるか、考えておく必要がある。わが国は、国際的組織再編成に関する課税規定を持たないが、仮にそのような規定を整備しても、上で述べた問題がすべて解決されるとは限らない。それは、国際的組織再編成に関する内国歳入法典367条を持つアメリカにおいて、インバージョンに関する問題が生じたことをみればわかる。

V. 結語

わが国において、インバージョンやそれに続く株式の移転を非適格組織再編成として扱うことは、現行法を改正しなくても可能である。し

かし、たとえ取引時に課税できても、それから後、当該多国籍企業が獲得する所得への課税が、従前と比べて、大幅に制限されてしまう。つまりこれは、組織再編税制の先にある問題なのである。

新会社法の規定のうち、対価の柔軟化に関する部分の施行は、他の部分と比べて一年遅れることになった。したがって、三角合併を利用したインバージョンが実行されるとしても、早くて来年の5月以降になることが予想される。しかし、インバージョンに関する課税問題については、できれば施行前に解決されていることが望ましいし、仮にそれが無理な場合でも、施行後できるだけ速やかに立法的な対処がなされるべきであろう。これらの問題については、自分自身にとっても、今後の研究課題としておきたい。

（附記）本論および補論に関する研究の一部は、日本証券奨学財団より研究調査助成を受けている。

194) 措置法66条の5第1項。

195) 支払保険料については、源泉徴収義務も課されていない点を指摘するものとして、中里・前掲注（173）『タックスシェルター』145頁参照。

196) 同じように、外資系企業が日本法人を買収した場合にも、それまで日本法人が有していた無形資産や特定外国子会社が当該外資系企業（外国親会社）に移転するかたちで、わが国の税収が減る可能性がある。