

非正常配当の否認可能性についての一考察

小 塚 真 啓

過去の利益が増加するほど、将来の課税所得が減少し、ひいては税額も減少する。所得の額を基準に税額が確定する租税である日本の法人税において、このような不可解な状況が発生し、（控訴中ではあるが）裁判所でも認められた事案が存在する。いわゆる、IBM 事件⁽¹⁾である。本稿では、どのような取引によって、そして、どのような課税ルールに基づき、合計4,000億円超という巨額で非経済的な損失が、過去の利益から創出されるに至ったのか、その行為計算を否認すること⁽²⁾が出来ないという裁判所の結論がどのように導かれたのか、その結論は妥当であるのか、といった事柄について、留保利益などを一度に分配する非正常配当（extraordinary dividends）のあるべき課税

(1) 東京地判H26.5.9（平成23年（行ウ）第407号，平成24年（行ウ）第92号，平成25年（行ウ）第85号）。既存の紹介・解説としては、たとえば、高橋祐介「株式発行法人への株式譲渡時に生じた譲渡損失と法人税法132条1項の適用の可否」ジュリスト1473号8頁（2014年）、藤曲武美「同族会社の行為又は計算の否認規定の適用が否定された事例」税務弘報62巻12号148頁（2015年）、田島秀則「日本 IBM 事件における資本の部の取扱いと行為計算否認」月刊税務事例47巻2号1頁（2015年）などがある。

(2) IBM 事件で適用の可否が争われた法税132条1項は、租税回避（行為）の否認を認める規定と言われており（清永敬次『税法〔新装版〕』（ミネルヴァ書房，2013年）42-44頁，金子宏『租税法〔第19版〕』（弘文堂，2014年）123-124頁），また、租税回避（行為）の否認とは、「租税回避を除去するに必要な、課税要件規定によるときは異なる取扱いをすること」である（清永・前掲43頁）とか、「当事者が用いた法形式を租税法上は無視し、通常用いられる法形式に対応する課税要件が充足されたものとして取り扱うこと」である（金子・前掲123頁）とされる。以下本稿では、課税関係を決するにあたって、ある行為を無視する、別の行為が行われたものとするを指して「否認」という表現を用いる。なお、違法性が争われた更正処分の理由は「法人税法132条1項の規定により、本件譲渡はなかったものと〔する〕」というもので、課税上、別の行為（たとえば、利益の配当）があったとの擬制をも含むのか否かは明らかではないが、本事案の結論には影響しないので、この点には触れない。

上の取扱いはどのようなものであるのかという点に着目して、検討を行う。

本稿の構成は、以下の通りである。第1節では、IBM事件について、適用された課税ルールの背景を含め、概観する。第2節では、アメリカの連邦所得税において、非正常配当の問題がどのように現れ、対処されてきたのかを跡付ける。そして、第3節では、それまでの検討から得られた示唆と今後の課題について述べ、本稿を終えることとする。

第1節 IBM事件

1 事案の概要

アメリカを代表する多国籍企業 IBM の日本法人である日本アイ・ビー・エム株式会社（以下、日本 IBM 社）が、平成14年から17年の事業年度（いずれも1月1日から12月31日まで）にわたって、自己株式取得を通じて同社の利益を本国に還流したところ⁽³⁾、同社の直接の親会社である有限会社アイ・ビー・エム・エイ・ピー・ホールディングス（以下、IBM APH 社）に合計で4,000億円を超える株式譲渡損失が発生し、同損失が損金の額に算入された結果、ほぼ同額の欠損金額が生じた。その後、IBM APH 社は自身を連結親法人、日本 IBM 社などの完全子会社を連結子法人とする連結納税を平成20年1月1日付けで開始し、その結果、日本の IBM 社の課税所得は上述の欠損金額の繰越控除によって相殺され、2年間の連結事業年度にわたって連結法人税の額がゼロとなるなど、納めるべき法人税の額が大幅に減少することとなった⁽⁴⁾。これに

(3) 平成16年の事業年度においては、アメリカ本国で、1年間の時限措置として、海外子会社からの配当に対する課税を大幅に軽減するタックスホリデー（受け取った配当をアメリカ国内の投資に用いるなどの条件を満たす場合について、85パーセントの受取配当控除を認めるもの）が実施されたことを受け、自己株式取得は行われず、平成17年の事業年度において実施された。See I.R.C. § 965 ; American Jobs Creation Act of 2004, § 422, 118 Stat. 1418, 1514-1519 (2004) .

(4) 但し、IBM APH 社は、平成20年、平成21年の連結事業年度についても、連結所得の金額の計算にあたって問題の欠損金を損金に算入しないまま連結法人税の額を計算し、連結確定申告を行った（平成20年の連結事業年度の連結確定申告については、問題の欠損金額が翌期へ繰り越す連結欠損金額とされ、平成21年以降の連結事業年度については、

対し、所轄税務署長が、法税132条1項に基づき、上述の自己株式取得に係る株式譲渡（IBM APH 社による、日本 IBM 社株式についてのもの）を否認し、株式譲渡損失の発生をなかつたものとして課税標準などを計算するなどの課税処分を行ったため、IBM APH 社が、国税不服審判所への審査請求を経た上で、それらの取消しを求めて東京地方裁判所に出訴したのが、本事案である。

以下では、平成14年の事業年度から始まった、日本 IBM 社による IBM APH 社からの自己株式取得のかたちでのアメリカ本国への利益還流のスキームについて、同取得に先立って実施され、IBM APH 社を中間持株会社として配置することを主な内容とする IBM の組織の再編（以下、本件再編という）にまで遡って説明する。本件再編に言及するのは、本事案の自己株式取得の性格の考察にあたっては、アメリカ本国での取扱いも踏まえる必要があり、その作業に不可欠なためである。

本件再編が実施される直前の日本 IBM 社とアメリカ本国との関係、及び、

翌期へ繰り越す連結欠損金額をゼロとする連結確定申告が行われている）。判決文中の別表1-7、別表6参照。平成21年以降の連結事業年度については、IBM APH 社に対し、平成14年から平成19年の（単体納税時の）事業年度につき、平成21年の連結事業年度に係る連結確定申告を行う前の平成22年2月19日付けで、問題の株式譲渡損失を生じなかつたものとする更正処分が行われたことを踏まえたものと考えられるが（実際、IBM APH 社は、平成21年の連結事業年度について、連結確定申告と同時に更正の請求を行っている）、平成20年の連結事業年度について、連結欠損金額の損金算入を、問題の欠損金額を（翌期に繰り越すべき）連結欠損金額に算入したにもかかわらず、行なかつた理由は不明である。単体納税時の欠損金額を連結欠損金額とするものの、連結所得の算定にあたり損金に算入しないという処理は、いわゆる SRLY に基づく処理を窺わせるが、その当時適用のあつた法人税法には規定がなかつたし、平成22年改正を経た現在においても、連結親法人（の単体申告時の欠損金額で、連結欠損金額とみなされたもの）には SRLY の適用はない。法税81条の9第3項参照。なお、SRLY とは、Separate Return Limitation Year の略称であり、単体納税（単体申告）時の租税属性を連結納税（連結申告）の下でも保持させるが、その利用は単体法人としての所得計算に限って認めるという考え方を指す。欠損金額については、単体納税時の欠損金額は、持ち込んだ連結法人の個別所得の範囲でしか控除を認めない、というかたちで現れる。法税81条の9第1項1号参照。SRLY が連結親法人に及ばないとされるのは、平成22年改正時に参照されたとと思われるアメリカ連邦所得税（連結申告規則）でも同様であるが（Treas. Reg. § 1.1502-1(f)(2)(i)）、その理由は連結親法人が連結グループと同一視されるためと言われる。こうした SRLY の背後の考え方や意義に関しては、酒井貴子「連結納税制度における損失控除制限のあり方」同『法人課税における租税属性の研究』（2011年、成文堂）94頁（初出2010年）参照。

利益還流の態様は次の通りである。日本 IBM 社は、IBM World Trade Corporation（以下、WT 社）によって発行済み株式の100パーセントを保有される完全子会社である。日本 IBM 社は、適宜、配当または自己株式取得を通じて利益還流を行っており、配当や自己株式取得は日本 IBM 社から WT 社に対して実施されていた⁽⁵⁾。

所得税法は、WT 社のような外国法人に対しても配当⁽⁶⁾に所得税を課すものとしており（所税178条、161条5号）、その税額は支払者たる法人の源泉徴収義務を通じて徴収される（所税212条1項、161条5号）。他方、アメリカ連邦所得税は、外国子会社からの配当（dividends, I.R.C. § 316(a)）⁽⁷⁾を原則として課税対象とするが⁽⁸⁾、その反面、配当に係る源泉所得税について、（直接）外国税額控除が認められる（I.R.C. § 901）。したがって、外国税額控除が完全に認められる限り、源泉所得税の賦課の有無は課税後利益の多寡に影響しないはずである。しかし、当時のアメリカ連邦所得税には、代替ミニマム税（alternative minimum tax）について、認められる外国税額控除を代替

(5) 日本 IBM 社の配当や自己株式の実施状況は、判決文中の別紙11（「日本 IBM による配当・自己株式取得の状況」）で明らかにされている。

(6) 当時（平成13年改正前）の所得税法も、自己株式取得に係るみなし配当のルールを有していたが、消却されなかった株式についても「消却した株式に対応する資本の金額」の配当収入（いわゆる2項みなし配当）が生じるものとされていた（所税（平成13年法律第6号による改正前。以下、この脚注において同じ）25条2項1号）。これに対し、所税25条1項では、譲渡収入のうち「資本等の金額…のうちその交付の基因となった株式…に係る部分の金額をこえる…部分の金額」が配当収入とみなされる。したがって、完全子会社による自己株式取得（株式消却を伴うもの）は、同社に「資本積立金額」（法税（平成13年法律第6号による改正前。以下、この脚注において同じ）2条17号）がなく、「資本の金額」と「資本等の金額」（法税2条16号）とが一致する場合においては、その全額は配当収入になっていたと考えられる。なお、判決文からは、日本 IBM 社が米国 WT から取得した株式を消却していたかどうか明らかでないが、平成13年の商法改正前の自己株式取得では、原則として、取得後直ちに消却することが要求されていた。

(7) アメリカ連邦所得税における配当は、1913年2月28日より後に留保された E&P、または、その年の E&P から払い出された「財産の分配（distribution of property）」と定義され、按分的な「株式償還」（自己株式取得）は「財産の分配」とみなされる。したがって、日本 IBM 社が米国 WT を相手に行っていた配当または自己株式取得は、その全額が配当として取り扱われていたものと推測される。

(8) 例外として、see I.R.C. § 245.

ミニマム税額の90パーセントまでとする制限⁽⁹⁾があり、この制限の超過額を多く抱えていたIBMは、日本IBMからの配当に係る日本の源泉所得税を直ちには税額控除できない状況にあった。

これに対し、本件再編後では、IBM APH社がWT社と日本IBM社との間に挟まり⁽¹⁰⁾、①日本IBM社がIBM APH社から自己株式取得を行い、その対価をIBM APH社に支払う、②IBM APH社は、直ちに、当該対価をWT社に対し、借入金に係る元本返済・利息支払として支払う、というかたちで本国への利益還流が大規模に、複数回実施されている。②の借入金は、IBM APH社がWT社から日本IBM社株式（発行済株式の100パーセント）を購入することで生じた債務（1兆9,500億円）のうち、現金弁済（1,317億8,000万円）の対象とされず、消費貸借の目的とされたものである。

再編後において自己株式取得（①の部分）は、WT社でなくIBM APH社を相手に行われるようになったが、このことにより、日本IBM社が納付すべき源泉所得税額が減少した訳ではない。配当（みなし配当を含む）の額は、外国法人に対する支払いであるか、内国法人に対する支払いであるかにかかわらず、源泉徴収の対象であるからである（所税212条1項・3項）⁽¹¹⁾。

しかし、（日本国内に恒久的施設を有さない、いわゆる4号外国法人（法税141条4号）であった）WT社と異なり、内国法人であるIBM APH社は、日本IBM社から受け取った配当について、法人税の課税を受ける。法人税の課

(9) Former I.R.C. § 59(a)(2), added by Tax Reform Act of 1986, § 701, 100 Stat. 2085, 2320-2345, struck by American Jobs Creation Act of 2004, § 421, 118 Stat. at 1514.

(10) IBM APH社は、日本IBM社株式以外にも、アイ・ビー・エム・アジア・パシフィック・サービス株式会社の株式（発行済株式の100パーセント）、ディスプレイ・テクノロジー株式会社の株式（発行済株式の100パーセント）、野洲セミコンダクター株式会社の株式（発行済株式の50パーセント）を、いずれもWT社から購入し、これらの会社を傘下に収めている。

(11) 源泉所得税の額それ自体でみれば、再編の前後でむしろ増加したはずである。なぜなら、WT社宛の配当に係る源泉所得税は、その当時の日米租税条約第12条(2)(b)に従って、同条項で定められた限界税率の10パーセントで実施されるが、内国法人であるIBM APH社宛の配当に係る源泉所得税は、所得税法で定められた20パーセントの税率で実施されるからである。なお、当該条約は、http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/A-S47-829_1.pdf より入手できる（最終アクセス2015年1月30日）。

税対象となることは、一見、納税者に不利だが、実際には、内国法人からの配当は益金不算入とすることが出来るから（法税23条1項）、（配当の受領に起因して）納付すべき法人税の額は生じない。また、日本 IBM 社が納付した源泉所得税額について、IBM APH 社は税額控除を主張することができるから（法税68条1項、法税令140条の2第1項1号）、この場合の法人税の課税は、源泉所得税の賦課を打ち消すように作用する。さらに、②の支払いのうち、借入金の元本返済は、源泉所得税の対象とならないから、結局、IBM APH 社を経由することで、IBM はアメリカ本国への利益還流に係る日本の源泉所得税の大半を回避できたことになる。

他方、アメリカ連邦所得税についてみると、WT 社と日本 IBM 社との間に IBM APH 社が挿入されたことで特に変化は生じなかった。これは、チェック・ザ・ボックス規則に基づき、IBM APH 社が同税の適用にあたって「無視される (disregarded)」ことを IBM が選択し、その結果、IBM APH 社の「活動が〔WT 社〕の…支店 (branch)、または部署 (division) のそれと同様に取り扱われ〔る〕」ようになったこと (Treas. Reg. § 301-7701-2(a)) に起因する。同一法人の本支店間で行われるような内部取引は、平成26年改正前の日本の法人税⁽¹²⁾と同様に、アメリカ連邦所得税においても課税機会とされていない⁽¹³⁾。

(12) 法税令（平成26年政令第138号による改正前）176条3項2号（外国法人の内部取引から国内源泉所得が生じない旨を規定）参照。これに対し、法税（平成26年法律第10号第3条による改正後。以下、この脚注において同じ）141条1号、142条1項によると、日本国内に PE（恒久的施設）を有する外国法人は、「本店等」（同概念は、当該 PE 以外の当該外国法人のすべての構成部分を指すものとされる。『平成26年度 税制改正の解説』679-680頁参照）との「内部取引」（法税138条2項）を勘案した「PE 帰属所得」（法税138条1項1号）について法人税の課税を受ける。また、内国法人についても、外国税額控除に係る控除限度額を画する国外源泉所得の一つである「国外 PE 帰属所得」（法税69条4項1号）の算定にあたり、「本店等」との「内部取引」（法税69条6項）を勘案すべき旨が規定されている。もっとも、内国法人の国外 PE 帰属所得は、外国税額控除に係る控除限度額を算出する目的でしか用いられず、課税所得の算定上、内部取引が勘案される訳ではないことに注意。『平成26年度 税制改正の解説』763-765頁参照。

(13) アメリカ合衆国内で事業を行う外国法人は連邦所得税の課税を受けるが、その課税所得の算定は、当該事業に「実質的に関連する総所得のみを総所得に含める」かたちで行

したがって、日本の所得税・法人税の適用においては、IBM APH 社が WT 社から日本 IBM 社株式を購入し、保有するようになったとされたにもかかわらず、アメリカ連邦所得税の適用にあたっては、WT 社は日本 IBM 社株式をそのまま保有し続けたものとされ、同社がその移転について課税を受けることはなかったのである。また、このような評価のズレは、日本 IBM 社による自己株式取得の取扱いにも当然ながら及んでおり、アメリカ連邦所得税の適用にあたっては、WT 社は本件再編前と同様に、日本 IBM 社による自己株式取得の当事者として、配当を得たものとされていた（実施された自己株式取得は按分的な「株式償還」であるために「財産の分配」とみなされ⁽¹⁴⁾、E&P の範囲で配当となる）。

しかし、本件再編とその後の自己株式取得の実施に伴い、IBM には、配当に係る日本の源泉所得税の（実質的な）回避を遥かに上回る課税メリットが生じた。IBM APH 社は、本件再編後の自己株式取得のいずれにおいても、日本 IBM 社株式一株を WT 社からの購入価格（127万1,625円）で譲渡しており、同社株の保有から経済的損失を蒙っていない。それにもかかわらず、IBM APH 社は、法人税の課税所得の算定にあたり、譲渡対価に匹敵する規模の株式譲渡損失を計上し（譲渡対価が4,298億5,509万7,875円、株式譲渡損失が3,995億8,763万9,370円（いずれも総計）⁽¹⁵⁾）、各事業年度の申告において、欠損金額として繰り越した。これらの株式譲渡損失は、日本 IBM 社株の譲渡に係る譲渡損益の計算（法税61条の2第1項）において、譲渡収入が譲渡対価から、法税24条1項に基づいて配当とみなされた額を控除して算定される一方（法税61条の2第1項1号括弧書）、譲渡した有価証券に係る帳簿価

うものとされており（I.R.C. § 882(a)(2)）、当該事業それ自体を独立の課税主体とみなして行われるものではない。

(14) 自己株式取得は株式償還（redemption of stock, I.R.C. § 317(b)）に該当し、「配当と同等でない（not equivalent to dividends）償還」、「十分に非按分的な（substantially disproportionate）株式償還」といった条件（I.R.C. § 302(b)）のいずれかを満たさない限り、E&P の範囲で配当となる「財産の分配（distributions of property）」とみなされる（I.R.C. § 302(d)）。

(15) 差額は、譲渡対価のうち、配当とみなされなかった部分に起因するものである。

額がそのまま譲渡原価とされた結果として生じたものである。問題の自己株式取得は、一株あたりの譲渡対価が購入価格とされ、これは一株あたりの帳簿価額と同じであるから（法税令119条1項1号）、結局、みなし配当の額と同額の株式譲渡損失が生じたと言える。

そして、平成20年1月1日から、IBM APH 社を連結親会社、日本 IBM 社や同社の完全子会社などを連結子法人する連結納税が開始されたことに伴い、これらの欠損金額は連結欠損金額とみなされ（法税81条の9第2項⁽¹⁶⁾）、（日本 IBM 社などの個別所得金額から成る）連結所得の算定上、控除されることとなった。IBM APH 社には、専任の役員・使用人、固有の事務所・事業がなく、しかも、同社はアメリカ連邦所得税の適用においては WT 社の支店ないし部署に過ぎないとされていた。こうした点を踏まえると、本件再編に伴う一連の取引が、経済実態の変化を伴わない法形式の操作を通じて巨額の税負担軽減を実現させたものであったこと、換言すれば、租税裁定（tax arbitrage）⁽¹⁷⁾の性格が強いものであったことは、否定し難いように思われる。

2 検 討

東京地方裁判所は、本件再編後の自己株式取得による「有価証券の譲渡に係る譲渡損失額が本件各譲渡事業年度において原告の所得の金額の計算上損金の額に算入されて欠損金額が生じたことによる法人税の負担の減少」について、法税132条1項「にいう『不当』なもの」と評価することができないと結論づけ、課税処分を取り消した。同裁判所は、問題の「法人税の負担の減少」が「不当なもの」との評価を基礎づける事実として被告（国）が主張した、(1)IBM APH 社を中間持株会社としたことに「正当な理由ないし事業目的があったとは言い難い」こと、(2)WT 社と IBM APH 社との間の融資が「独

(16) 同条項は平成22年改正により改正されたが（平成22年法律第3号）、本事案に適用のある同改正前の内容でも連結親法人の単体納税時の欠損金額は連結欠損金額とみなされることとなっていた。

(17) 租税裁定とは、課税上の差異を利用して租税負担の減少を図ろうとする納税者の経済的行動を指す概念である。たとえば、中里実『タックスシェルター』（有斐閣、2002年）11頁参照。もっとも、「租税裁定行為（tax arbitrage）は、状況次第で節税にあたる場合と租税回避にあたる場合とがありうる」と言われる。金子・前掲注(2)122-123頁参照。

立した当事者間の通常の取引とは異なる」こと、(3)一連の行為について「租税回避の意図が認められる」こと、という三つのいずれも立証されていないとした上で、法税132条の要件が満たされていないと判示している⁽¹⁸⁾。

これらの判断のうち(1)及び(3)は、アメリカ法における経済的実質主義 (Economic Substance Doctrine) の判断方法 (いわゆる二分肢テスト)⁽¹⁹⁾、あるいは、それと類似の判断方法を初めて行ったものであるように思われる。

もっとも、本判決の判断方法が、従来の裁判例の傾向から完全に離れている訳ではない。裁判所は「法人税の負担を不当に減少させる結果」に当たるか否かについて、最判 S 53. 4 .21訟月24巻8号1694頁を引用して「専ら経済的、実質的見地において当該行為又は計算が純粋経済人の行為として不合理、不自然なもの認められるか否か」を基準として判断すべきものと判示しており、実際、(2)の事実に係る判断は、上記判示に沿って、少数の株主に支配された同族会社と当該株主との間での取引 (関連当事者間取引) である点に着目し、非同族会社であれば行方不明の内容となっていないかを問題にしたものと考えられる⁽²⁰⁾。

しかしながら、(3)は、一連の行為の動機 (意図) が租税回避であったとい

(18) 本事案の「法人税の負担 [の減少]」は、直接的には連結欠損金額の繰越控除 (法税81条の9第1項) によって生じたものなので、法税132条の3の適用可能性も問題となり得るはずであるが、被告 (国) が主張しなかったためか、この点についての裁判所の判断はない。本稿の範囲を超える論点であるため、詳論はしないが、法税132条の3の適用要件が法税132条第1項のそれと異なる可能性はあるから (たとえば、連結納税制度は、日本 IBM 社の所得 (利益) に起因して生じた株式譲渡損失と日本 IBM 社の所得との通算を予定したものではなく、その見地から本事案の連結欠損金額の繰越控除は法税132条の3のいう「法人税の負担を不当に減少させる結果」に当たる、という解釈が理論的にはあり得よう)、控訴審での判断が望まれる。同様の指摘として、高橋・前掲注(1)9頁参照。なお、法税132条の2の適用要件を法税132条のそれと異なるものと判示した最近の裁判例として、東京地判 H 26. 3 .18判時2236号25頁 (いわゆるヤフー事件第一審判決) 参照。

(19) 二分肢テストの詳細については、岡村忠生「税負担回避の意図と二分肢テスト」税法学543号3頁、13-28頁 (2000年) 参照。

(20) 最判 S 53. 4 .21の事案は、同族会社である上告人会社が、借地権付き建物の売却を、同社を支配し、当該借地権に係る土地を所有者する代表取締役らによる当該土地の売却に併せて行ったが、その際、権利金を収受しなかったという、典型的な関連当事者間取引の事案であった。

う事実についての判断であり、このような租税回避の意図の要件は、学説において、従来の裁判例で要求されてもおらず、要求する必要もない旨が有力に主張されてきた⁽²¹⁾。もっとも、そうした見解は、客観的に租税回避に当たる場合であれば、それが納税者の意図したものでないとしても否認は可能、という意味で主張されてきたものである。本判決は、行為の動機が租税回避であったという事実を、法税132条1項の消極的要件ではなく、積極的要件（行為計算否認を可能にする「不当」という評価を基礎づける要素）と見る点で特徴的であり、このような主観要件の位置づけは、二分肢テストが、納税者の主観が税負担回避目的だけである場合に、その一点をもって課税利益を否定する⁽²²⁾ところにおいて類似する。

また、(1)については、従来から「純粹経済人の行為として不合理、不自然な〔行為又は計算〕」に当たる場合とは「異常ないし変則的で租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しない場合」である、という見解が有力に主張されており⁽²³⁾、この見解に沿った判示は従来の裁判例でも見られる。だが、そうした従来の判示は、法税132条1項の性格についての一般論として言及されたものに過ぎず⁽²⁴⁾、「正当な理由ないし事業目的が〔なかった〕」という事実を、「不当」という評価を基礎づける事実として明確に位置づけたもの

(21) 清永・前掲注(2)44-45頁。

(22) 2010年の改正による内国法典への明記（法典化）が実施されるまで、否認されないために客観要件と主観要件の両方が必要であるのか、否認するために客観要件と主観要件の両方が必要であるのかについて裁判例は分かれていたが、法典化にあたっては前者の立場が採用された。なお、法典化に関する紹介としては、岡村忠生「米国の新しい包括的濫用防止規定について」『税制改革の課題と国際課税の潮流』（日本租税研究協会、2010年）138頁参照。

(23) 金子・前掲注(2)456-457頁。

(24) たとえば、名古屋地判H11.5.17税資242号602頁には「租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められる場合または独立・対等で相互に特殊関係のない当事者間で通常行われる取引と異なっている場合に否認しうる」との判示が見られるが、実際の判断は専ら後者の場合についてのみ行われている。但し、法税132条1項の適用について「当事者の『目的』の有無で判断するのではなく、『結果』で判断すべき」とする見解を紹介した上で「租税回避以外に合理的な事業目的等が存在するかどうかの基準を変更することについては疑問である」と述べ、従来、同条項の適否は事業目的の有無により判断されてきたとの理解を示す見解もある。藤曲・前掲注(1)154頁参照。なお、ここで紹介されている見解については、朝長・後掲注0822-23参照。

は見当たらない。また、本判決において行われた「正当な理由ないし事業目的」の有無の判断は、問題の行為を遂行するに至った納税者の目的（動機）ではなく、当該行為が課税利益以外の経済的利益を得ようとして行われたか否かという客観性の存否に着目して行われており、この点でも、本判決の判断は二分肢テストと類似する⁽²⁵⁾。

法税132条1項の適用要件の検討は本稿の目的ではないので、法税132条1項の解釈として、二分肢テスト（ないし、それと類似の基準）を適用要件とすることの是非は、ここでは扱わない。しかしながら、二分肢テストの採用を度外視したとしても、なお、(1)及び(3)の双方について、いくつかの疑問が残る。

第1に、本判決は、IBM APH社を中間持株会社としたことについて、その経済的実質性を検討したものと理解されるが、そのような問題設定が妥当であったか、という点である。

なるほど、日本IBM社の直接親会社がWT社のままであったとすれば、問題の株式譲渡損失が生じることも、それらが連結欠損金額となって日本IBM社などの個別所得金額から控除されることもなかったことは、紛れもない事実である。日本IBM社の直接親会社がWT社（4号外国法人）でなく、IBM APH社（内国法人）であったからこそ、自己株式取得の相手側（株主側）において法人税の課税が行われたのであるし、日本IBM社などを連結子

(25) 2010年の改正で法典化された経済的実質主義によると、ある取引に経済的実質が認められる場合は「(A)当該取引が納税者の経済的地位を（連邦所得税の効果とは別に）有意に（in a meaningful way）変化させるものであり、かつ、(B)納税者が当該取引を遂行するにあたって（連邦所得税の効果とは別に）実質性のある意図を有する場合」であるが（I.R.C. § 7701(o)(1)）、その場合の経済的実質主義とは「取引に付随する…課税利益を、当該取引に経済的実質がない、または、事業目的が欠ける場合に認めないというコモンスター上の原則」とされる（I.R.C. § 7701(o)(5)(A)）。要するに、「経済的実質」と「事業目的」とは殆ど同じ意味で用いられているのであり、こうした用語法からすると、IBM事件において裁判所が「事業目的」の有無を採求するにあたり、課税以外の経済的利益の発生・不発生を問題としたのは、特に奇妙なものではないと言える。なお、先に引用した経済的実質性の客観要件（I.R.C. § 7701(o)(1)(A)）に相当する判断を、経済的実体（economic reality）ないし事業目的の存否の問題として扱う判例として、see *Coltec Industries, Inc. v. United States*, 454 F. 3d 1340, 1357-1360 (2006)。

法人とする連結納税も可能となった。

だが、本事案において行為計算否認の対象であるか否かが争われた株式譲渡損失は、IBM APH 社が中間持株会社として存在する限り、必然的に生じるといった性格のものではない。IBM APH 社の下に株式譲渡損失が生じたのは、日本 IBM 社からの利益還流において、法人税法の適用上、株式譲渡があったものとされる自己株式取得を実施したからであり、同額の還流が自己株式取得でなく、配当として実施されていたとすれば、譲渡損失が発生することはなかった。したがって、利益還流の手法として、配当という法形式ではなく、自己株式取得という法形式を選択したこと⁽²⁶⁾についてこそ、経済的実質性を問うべきだった——配当でなく自己株式取得とすることで、課税利益以外の経済的利益が増加する可能性が客観的に認められるか否かこそが問題とされるべきであった——ように思われるのである。

第2に、経済的実質性を問題とする対象が中間持株会社としてのIBM APH 社の設置であるとしても、裁判所は、(経済的実質性の存在を認定する上で)考慮すべきでない事情を考慮しているのではないか、という疑問がある。

裁判所は、IBM APH 社について、企業買収の際の受け皿としての機能、及び、金融仲介機能があったとして、同社の設置に経済的実質性を認めたものと理解されるが、後者の機能の認定に関連して、裁判所は「IBM グループに係る租税の負担を減少させ……」という経済的利益の存在を挙げる。しかし、ここでの租税は、本件再編前において、日米租税条約の特典を享受した場合でも(その当時は)免税とはならなかった配当に係る日本の源泉所得税であり、そもそも、その回避自体について不当性が問題とされ得る。

IBM グループにおいて、上記の源泉所得税についての国際的²⁶⁾二重課税が生じていたことは紛れもない事実である。しかし、その主たる原因は、代替的

⁽²⁶⁾ 判決文中の別紙11によると、日本 IBM 社は、連結納税開始直前に問題となった自己株式取得のいずれをも上回る規模の配当を実施したようであり、利益還流を大規模に行う限り、配当という法形式でなく、自己株式取得という法形式を選ぶ課税以外の事情の存在は希薄であったことが窺われる。

ミニマム税の適用上、外国税額控除に上限を設けていたアメリカの側にあるのであり、当該二重課税の解消について、源泉所得税を回避するためのスキームを容認するという意味で、日本国に消極的な責任があったと言えるのかは疑わしい⁽²⁷⁾。源泉所得税の減少という事実は、むしろ、IBM APH 社という中間持株会社設置の経済的実質性の存在に不利に作用するものであるように考えられるのであり、IBM 社でなく同社が企業買収の際の受皿会社としての機能を果たしたことによる経済的利益が、源泉所得税額の減少という課税利益と比較して、十分に大きいかが問われるべきであったのではないかと考えられる。

第3は、第1の疑問とも関連するが、租税回避の意図からなされたものであったか否かを問う対象を中間持株会社（IBM APH 社）の設置から連結納税の開始までの一連の行為とすることが妥当であるのか、という点である⁽²⁸⁾。

裁判所は、「不当」な税負担減少を引き起こした租税回避であったか否かを問題とする対象を一連の行為に設定した上で、使用する見込みの欠如を理由に株式譲渡損失や欠損金に係る繰延税金資産が計上されなかったこと、連結納税の適用を寧ろ避けようとしていたこと、さらには、連結納税を開始して

27) 第一審において、被告は「米国の税制に関する不満を我が国の税制を利用して解消しようとするものにすぎ[ない]」と論難しているが、相当の説得力がある。なお、比較法的には、オランダがこうした配当源泉税の回避に厳しく対処してきたことが知られる。その紹介として、*see e.g.* Paulus Merks, Dutch Dividend Withholding Tax in Corporate Cross-Border Scenarios, Dividend Stripping and Abuse-of-Law (Part I) 32(1) Intertax 51 (2004). なお、外国法人の国内 PE が受け取る配当に対してのものではあるが、OECD モデル条約24条（無差別条項）についてのコメントリーには、内国法人が受け取る配当と同様の特別な取扱いを与える締結国の義務を肯定する OECD 加盟国と否定する加盟国との間での対立が存在するとの記述がある。*See Commentary on Article 24 : Concerning non-discrimination in MODEL TAX CONVENTION ON INCOME AND ON CAPITAL 2010 C(24) 15-18 (2010)*.

28) ここでいう「租税回避」とは何か（税負担を軽減しようとする試み全般であるのか、あるいは、それらのうち税法の諸規定の趣旨・目的に反するものに限定されるのか、など）ということも問題となり得るが、この点については別の機会（拙稿『「租税回避」防止立法としての法人税法23条3項』岡村忠生編『租税回避の展開と課題』（ミネルヴァ書房、2015年出版予定））に扱ったため、本稿では扱わない。なお、税負担の軽減を目指す納税者の行為一般を指す広い意味での租税回避の概念もあり得ることを指摘するものとして、たとえば、金子宏「租税法と私法——借用概念及び租税回避について」同『租税法理論の形成と解明（上）』（有斐閣、2010年）385頁、401-412頁（初出1978年）参照。

も日本 IBM 社などに対する時価評価課税が実施されないようになる前に、最初の自己株式取得に係る欠損金について、平成16年改正によって繰越期間が7年に延長されることがなければ、繰越控除期限を迎えるようになっていたことなどの事実の存在を根拠に租税回避の意図を否定する。なるほど、こうした事実の存在によって、一連の行為が租税回避の意図の下に仕組まれたものであるとの認定が著しく困難になることに——租税回避の意図の隠ぺいを目的とした工作との疑いが明白に存在すれば別であろうが——異論はない。

しかし、第1の疑問に関連して触れたように、日本 IBM 社が巨額の利益還流を自己株式取得の法形式で行うことの必然性は乏しかったように思われる。また、日本 IBM 社等の保有資産に係る含み益への課税を避けつつ、当該自己株式取得に伴う株式譲渡損失を日本 IBM 社等の所得から控除する手段としては、株式保有から5年以上経過した後の連結納税の開始以外にも、(法税57条3項、4項の要件を満たす)適格合併などがあり得た⁽²⁹⁾。本事案での税負担軽減の達成にあたり、中間持株会社の設置から連結納税の開始に至る一連の行為は唯一の手段でなく、株式譲渡損失の発生が必然的なものでもなかった以上、租税回避の意図から実行されたか否かを問うべきは、自己株式取得という法形式の選択であったのではないだろうか⁽³⁰⁾。

(29) 原告は、IBM APH 社が日本 IBM 社を吸収する適格合併の可能性について、「合併による債務の引継ぎに伴う取引先の信用への悪影響や日本 IBM の許認可や第三者との間の取引契約の承継といった問題を考えれば、適格合併を行うことはビジネス上も不可能であった」と主張しており、裁判所はこうした主張を理由に、一連の行為について租税回避の意図を問題にすべきと考えたのかもしれない。もっとも、原告が挙げた難点の殆どは、日本 IBM 社が IBM APH 社を逆に吸収することで回避可能であろうから、裁判所は、その点を考慮すべきであったように思われる。なお、持株会社と事業会社との間の適格合併が事業関連性要件(法税令112条3項1号)を満たし得ることについては、「持株会社と事業会社が合併する場合の事業関連性の判定について」

(<https://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/shitsugi/hojin/33/05.htm>) (最終アクセス 2015年1月30日) 参照。

(30) この疑問に関連して、原告は、適格合併等の利用があり得た点を考慮することを「結果として繰越欠損金を利用された場合に、過去のある一時点において当該繰越欠損金を利用し得る可能性がありさえすれば、その不当性が根拠づけられるというに等しく、当該繰越欠損金の利用を可能とするような税制度が存在していることのみによって欠損金

3 平成22年改正（みなし配当課税の適正化）との関係

先の検討では、IBM 事件において租税回避に該当するか否か（経済的実質性が存在するか、また、租税回避の意図で行われたものだったか）が真に問われるべきであった取引は、日本 IBM 社による自己株式取得であったのではないか、との疑問を指摘した。問題の株式譲渡損失は、日本 IBM 社が利益還流を行う限り必然的に生じる性格のものではなく、その手段として自己株式取得が選択されたことにより生じたものである。当該株式譲渡損失に係る課税利益を獲得する手段が（その時点では時価評価課税を伴う）連結納税の開始に限られず、合併などの組織再編行為を通じた獲得もあり得た以上、さらなる組織再編を想定せずに下された回収可能性が欠如するとの事情は、自己株式取得という法形式の選択と当該損失の獲得との関連性を阻却する根拠として説得的でないと考えられる⁽³¹⁾。

本事案では、IBM APH 社が自己株式取得を受けることを前提に WT 社から日本 IBM 社株式を取得し、その後実際に自己株式取得を受けたが、こうした自己株式取得——自己株式取得を予定して取得した株式に基因して実施されたもの——に対し、平成22年改正は、法税24条1項4号により配当とみなされた額の配当益金不算入を否定した（法税23条3項⁽³²⁾）。この場合でも配当とみなされた額だけ株式譲渡損失の額は発生し、損金に算入されるが、当該みなし配当の全額が益金に算入されるため、差引きではプラスもマイナスも生じない。法税23条3項は、みなし配当を株式譲渡収入に引き直すかの

を生じさせた行為の不当性が根拠づけられ得るというもの」と論難しているが、欠損金額（株式譲渡損失）を生じさせた行為それ自体の不当性——経済的利益がなかったか、租税回避の意図からのものだったか——の有無を問うべきでない理由としては説得的でないように思われる。

- (31) 類似の指摘として、朝長英樹「検証・IBM 裁判〔第2回〕」T&A Master 556号4頁、8頁（2014年）（「欠損金は、それが利用できるという確実性がある程度ないと資産計上できませんので、繰延税金資産に計上していなかったということは、確実に利用できるという判断がされていなかったということの証拠にはなっても、『何の関心も持っていなかったこと』の証拠になるものではない」）。
- (32) 所得税法等の一部を改正する法律（平成22年法律第6号）第2条による改正。同法附則14条に基づき、法税23条3項の制限は平成22年10月1日以降のみなし配当の額について適用される。

ように作用する。

もっとも、平成22年改正後であっても、本事案の自己株式取得について法税23条3項の適用はない。同改正では、完全支配関係のある内国法人の間の自己株式取得などのみなし配当事由（法税24条1項各号）について、株式譲渡損益が発生しないものとされ（法税61条の2第16項）、その一方で、そうした自己株式取得に際して配当とみなされた額には、法税23条3項の制限を課さないものとされたからである（法税23条3項第2括弧書）。

仮に、100パーセントグループ内の自己株式取得に対し、法税23条3項と法税61条の2第16項とが重疊的に適用されるなら、株式譲渡損失の計上は否定されて損金に算入される額はないが、本来の株式譲渡利益の額と無関係に計上されたみなし配当の全額が益金に算入されるという非対称の結果となる。この結果を回避するため、法税61条の2第16項を優先的に適用するものとされているのであるが、こうした建付けは、法税23条3項が「通常の投資利益を目的とせず、税務上の譲渡損失の計上を行うことを目的と〔する租税回避的行為〕」を規制する趣旨の規定と説明されることと整合的と言える。換言すれば、基因となった株式に係る増加益（gain）と無関係に配当収入を計上することだけでなく、当該増加益の額に達しない、経済的には原資の回収（return of capital）である筈の配当収入についても配当益金不算入の取扱いは原則として認めるべきという発想を前提に、問題の自己株式取得の意図が経済的損失（マイナスの増加益）と対応しない株式譲渡損失を実質的に計上することにある場合に限り、配当益金不算入という課税利益が否定されるのであり、その意味で、法税23条3項には経済的実質原則の個別具体化という性格が認められるのである。

他方、本事案のような株式譲渡損失を直接的に規制する法税61条の2第16項の趣旨は、必ずしもはっきりしない。同条項は、「グループ法人が一体的に経営されている実態に鑑み、…『100%グループ内の法人間の資産の譲渡取引等』…と同様の考え方により、譲渡損益を計上しないことと〔した〕」規定と説明され、さらに「100%グループ内の法人間の資産の譲渡取引等」（法税61

条の13)については「グループ内法人間の資産の移転が行われた場合であっても実質的には資産に対する支配は継続していること…〔を根拠に〕その時点で課税関係を生じさせないことが実態に合〔う〕』という理由に基づくものとの説明があり、これらの説明の限りでは、同条項の規制対象は、経済的損失と対応しない株式譲渡損失の計上そのものではなく、計上された株式譲渡損失が100パーセントグループ内の株式譲渡の時点で課税関係を生じさせることであると読める。

だが、法税61条の2第16項に基づく譲渡損益の非計上は、法税61条の13に基づく非計上と、形式的にも実質的にも大きく異なる。すなわち、法税61条の13第1項が要求するのは、100パーセントグループ内資産譲渡に係る譲渡損益の課税繰延べ（当該譲渡損益に基づく課税関係の発生の先送り）であり、その処理のため、譲渡側法人の下では相殺的な損益が益金・損金に算入される。この処理自体は、譲受側法人が取得価額を引き継ぐこととなる100パーセントグループ内の非適格合併（法税61条の10第7項）でも変わらない。

これに対し、法税61条の2第16項は、（法税61条の2第1項の計算にあたり）株式譲渡原価の額を株式譲渡収入の額に用いること（簿価譲渡）を要求するのであり、株式譲渡損益がそもそも生じない。他の簿価譲渡（たとえば法税62条の3）であれば、帳簿価額が譲受側法人の下で保存されるが（法税令123条の4など）(carry-over basis, transferred basis)、法税61条の2第16項の場合には、譲渡資産が譲渡側法人の下で資産性を否定される自己株式であるため、その途がない。さらに、譲渡側法人が、（譲受側法人が発行する）株式と引換えで資産を取得しても、当該資産に当該株式の帳簿価額が付されること（substituted basis, exchanged basis）⁽³³⁾もない⁽³⁴⁾。基因となった株

(33) たとえば、適格合併（及び、金銭等が交付されない合併）では、被合併法人株式と引換えに合併法人株式を取得した法人株主は、前者の帳簿価額を後者に付す（法税令119条1項5号）。

(34) 自己株式取得などのみなし配当事由を通じて金銭以外の現物を株主等に交付する行為は現物分配に該当し（法税2条12号の6ロ）、さらに100パーセントグループ内で実施される場合には適格現物分配となる（法税2条12号の15）。適格現物分配では帳簿価額の引継ぎがあるが、株主の下で分配資産に付される帳簿価額は基因となった株式に付されて

式の帳簿価額は、譲渡の時点で課税関係を生じさせないだけでなく、切り捨てられ、消滅してしまうのである。

法税61条の2第16項の適用による株式帳簿価額の切捨てに対応するため、貸方側では、資本金等の額による調整が行われる（法税令8条1項19号）。資本金等の額とは「株主等から出資を受けた金額」（法税2条16号）であるところ、100パーセントグループ内で自己株式取得などが行われても株主からの出資は増減しない筈であるので、調整の項目として資本金等の額が使われるのは一見奇妙であるが⁽³⁵⁾、この点について、立案担当者の解説では「他の者からの株式の取得による子法人化は、自己と子法人を一体としてみれば、一種の自己株式の取得に該当する」との根拠が提示されている⁽³⁶⁾。すなわち、配当とみなされる額のない自己株式取得（法税24条1項4号括弧書）では、交付した対価の額だけ資本金等の額が減少するのであるから（法税令8条1項18号）、そこからの類推により、資本金等の額による調整が導かれるのだという。

行われるべきであった自己株式取得としての取扱いを後追いの的に実施するもの、という法税61条の2第16項の性格は、資本金等の額の減算項目（法税令8条1項18号）が、みなし配当の額から非計上とした株式譲渡損益の額を減算して算出するものとされていること⁽³⁷⁾にも表れていると言えるかもしれない。資本金等の額でなく利益積立金額で調整を行うと、子法人から配当を受けた事実が親法人に残らず、（親法人の）個人株主への配当課税の機会は失われるからである。そして、1982年 ALI 研究が指摘するように、法人が個人株主から行う別の法人の株式取得（equity acquisition）は、法人部門

いた帳簿価額ではなく、分配法人の下で分配資産に付されていた帳簿価額である（法税令123条の6第1項）。

(35) 100パーセントグループ内の非適格合併（法税61条の10第7項）の場合には、譲渡損益を課税所得の算定にあたって計上しなかったことに伴う借方と貸方との不整合を解消するために、貸方側で利益積立金額を使って調整する。法税令9条1項1号参照。

(36) 『平成22年度 税制改正の解説』236頁。

(37) 減算項目は、みなし配当の額(A)と基因となった株式の帳簿価額の額(B)との合計額から、交付された資産の時価（適格現物分配の場合には当該資産の帳簿価額）の額(C)を差し引いて算出すると規定されているから、 $(A + B) - C = A - (C - B)$ と言える。

(corporate solution) に留まる資産が減少する点では配当と変わりがないこと⁽³⁸⁾も踏まえれば、法税61条の2第16項に関する一連の処理について、配当課税の確保の観点から正当化することは可能であろう。

もっとも、配当課税を確保するのなら、現金などを得ていることも踏まえれば、買収元の法人の株主に対して実施すべきではないのか⁽³⁹⁾、配当課税を確保する趣旨であるとする、法税61条の2第16項の適用範囲は狭すぎるのではないか(発行法人でないグループ内法人に譲渡する場合でも、株式譲渡損益を消去すべきでないのか⁽⁴⁰⁾)、といった疑問は残る。

第2節 アメリカ法

1 判例法

アメリカの連邦所得税においても、法人間配当は非課税ないし軽減課税となっており(I.R.C. § 243)、法人株主には、個人株主とは逆に⁽⁴¹⁾、株式譲渡

(38) William D. Andrews, Reporter's Study of the Taxation of Corporate Distributions, in FEDERAL INCOME TAX PROJECT SUBCHAPTER C 341, 498 (The American Law Institute, 1982). See also *Id.* at 441.

(39) 企業買収では、買主が個人か法人かが分からない証券市場を通じた通常の取得でなく、TOBの手続きが採られるから、どのような課税上の取扱いを受けるのかを株主が自ら判断できないという問題はない。なお、あらゆる株式取得を分配として取り扱うべきとは提案されておらず、その対象は直接投資を目的とした他法人の株式取得に限定されていたことに注意。See e.g. Andrews, *supra* note 38 at 368 (株式取得 (equity acquisition) を「法人株式の取得 (但し、ポートフォリオ投資株式の取得は除く) と、他法人の営業・事業の資産の大部分 (major portion) の取得」と定義)。

(40) 発行法人以外のグループ内法人への株式譲渡による株式譲渡損失には、法税61条の13第1項の適用があるが、これによる譲渡損失の計上の繰延べはグループ内での再譲渡により終了する(法税61条の13第2項参照)。また、この譲渡損益の繰延べのルールは内国法人間の資産譲渡にしか適用がない。したがって、(法税132条1項の適用可能性を別にすると) IBM 事件における株式譲渡損失の創出は、現行法下でも、日本 IBM 社に自己株式取得ではなく配当を実施させた後に、IBM APH 社が IBM グループの外国法人に対し (たとえば、東アジア地域の事業を統括する中間持株会社を設立することなどを目的に) 日本 IBM 社株式を譲渡することで達成可能であると考えられる。

(41) アメリカ法における、配当から株式譲渡利益 (キャピタルゲイン) への転換 (ベイルアウト) への対処を紹介・検討した優れた先行研究として、渡辺徹也「みなし配当課税と租税回避」同『企業取引と租税回避』(中央経済社, 2002年) 209頁。

利益（大抵の場合はキャピタルゲイン）を配当へと転換するインセンティブが生じる。ここでは、非正常配当が否認された *Waterman* 判決⁽⁴²⁾ と *Basic* 判決⁽⁴³⁾ を紹介した後に、非正常配当が否認されず、課税上尊重された *TSN* 判決⁽⁴⁴⁾ と *Litton* 判決⁽⁴⁵⁾ を紹介する⁽⁴⁶⁾。

(A) *Waterman* 判決

Waterman Steamship Corporation（以下、*Waterman* 社）は、蒸気船事業者であり、その子会社と共に連結申告書の提出を行っていた⁽⁴⁷⁾。*Waterman* 社は、*McLean Trucking Company*（以下、*Trucking* 社）の社長であった *Malcolm P. McLean*（以下、*McLean* 氏）から、完全子会社の *Pan-Atlantic Steamship Corporation*（以下、*Pan-Atlantic* 社）と *Gulf Florida Terminal Company*（以下、*Gulf* 社）の発行済株式のすべてを350万ドルで取得する旨のオファーを受けたが、臨時取締役会はこのオファーを拒否した上で、対案を *McLean* 氏に送付することを認可した。その対案は、*Pan-Atlantic* 社と *Gulf* 社が合計280万ドルの配当を *Waterman* 社に行った後に、*Waterman* 社がそれらの発行済株式のすべてを70万ドルで売却する、というものである。*McLean* 氏のオファーが拒絶され、対案を送付することとされたのは、*Pan-Atlantic* 社株式と *Gulf* 社株式に係る *Waterman* 社の基準価格は合計で70万

(42) *Waterman, Steamship Corp. v. Commissioner*, 430 F. 2d 1185 (5th Cir., 1970), *rev'g* 50 T.C. 650 (1968), *cert. denied*, 401 U.S. 939 (1971).

(43) *Basic Inc. v. United States*, 549 F. 2d 740 (Cl. Ct., 1977).

(44) *TSN Liquidating Corp. v. United States*, 624 F. 2d 1328 (5th Cir., 1980), *rev'g* 1977 U.S. Dist. LEXIS 13317 (N.D. Tex. 1977).

(45) *Litton Indus. v. Commissioner*, 89 T.C. 1086 (1987), *acq. in result*, 1988-2 C.B. 1.

(46) これらは、著名なケースブックである *Andrews & Feld* が完全子会社による非正常配当の否認が問題となった事案として紹介しているものである。See *William D. Andrews & Alan L. Feld, FEDERAL INCOME TAXATION ON CORPORATE TRANSACTIONS* 336-345 (Aspen Publishers, Inc., 3rd ed. 1994).

(47) 以下の事案の概要は *Waterman*, 430 F. 2d at 1186-1190をまとめたものである。なお、本事案の取引などにおける当事者の *Waterman* 社と訴訟当事者の *Waterman* 社とは異なっており（前者は Alabama 州法人、後者は New York 州法人であり、1965年に後者が前者を吸収合併して権利義務を承継している。See *Waterman*, 50 T.C. at 651）、いずれに対して課税処分が行われたのかなど不明な点もあるが、本稿の目的においては両社を区別する実益はないので、両社を同一として扱うこととした。

180ドルしかなく、オファー通りに売却すると約280万ドルの譲渡利益が発生するが、対案であれば、280万ドルの配当は当時の連結申告規則の下で免税となり、その後の売却でも譲渡利益が生じないはずであったからである。

その後、Waterman 社の執行役員と McLean 氏の代理人との間で対案について数か月にわたる交渉がなされた結果、次のような取引が考案され、実際に実行された。

まず、Pan-Atlantic 社と Gulf 社を取得するために McLean Securities Corporation (以下、Securities 社) が Trucking 社の下に設立され、同社は、Securities 社株式をその株主 (McLean 氏とその兄妹) に按分的に分配した。また、分配と同時に、McLean 氏は保有する Trucking 社株式を信託した。これらは、ある運送業者の支配者が別の運送業者を支配する場合には ICC (Interstate Commerce Commission, 州際通商委員会) の認可が必要となるが、Trucking 社株式の支配権と同社の業務を取得直前に受託者に移転すれば、McLean 氏は同社を支配していないこととなり、ICC の認可が不要となるとの考えに基づくものである。

次に、Pan-Atlantic 社の取締役会が279万9,820ドルの配当を、同額の約束手形を振り出して宣言した。約束手形を振り出すこととしたのは、その額の配当を支払うに足る現金を Pan-Atlantic 社が有していなかったからである。

最後に、Securities 社は、同社と McLean 氏が取得後に279万9,820ドルを Pan-Atlantic 社に貸し付けることを前提に、Waterman 社から Pan-Atlantic 社株、及び Gulf 社株のすべてを70万180ドルで取得した。その後、Pan-Atlantic 社は、Securities 社と McLean 氏から合計で279万9,820ドルを借り入れ、上記約束手形を支払うための小切手を発行した。

そして、Waterman 社は、連結所得税申告書において、受領した279万9,820ドルを Pan-Atlantic 社からの配当であったとして所得から消去し、また、Pan-Atlantic 社株、及び Gulf 社株の売却代金を70万180ドルであったと申告した。しかし、内国歳入庁長官は、Waterman 社に対し、279万9,820ドルの長期キャピタルゲインが実現したとして、不足税額決定を行った。そこで、

Waterman 社は、当該決定の再決定を求めて租税裁判所に提訴した。

租税裁判所は、279万9,820ドルを非課税の法人間配当であったと判決したが、第5巡回区控訴裁判所は、「問題の配当と売却は一の取引なのであって、約束手形は株式を売却するための、あらかじめ決められた総合的なプランの中の一時的な段階 (transitory step) に過ぎなかった。実質において、Pan-Atlantic 社は Waterman 社に対して配当を宣言したことも、支払ったこともなく、Waterman 社に購入代金を支払うための単なる導管として行動したに過ぎなかった」と判示し⁽⁴⁸⁾、判決を覆した。

控訴裁判所は、「当事者間の取引の、連邦所得税を適用するにあたっての法的性格が決め手であり、その性格は事実の問題ではなく法の問題である」との理由から、「配当が宣言された時点で、実質において Waterman 社は形式と実質の両面において問題の株式の所有者であったという租税裁判所の認定により、実質において配当が宣言されたか否かが決されることはない」と判示するが、こうした判断の根拠とされているのが、「課税の結果は、取引の順序や形式ではなく経済的実質に基づかなければならない」という Gregory 連邦最高裁判決⁽⁴⁹⁾の原則である⁽⁵⁰⁾。

もっとも、控訴裁判所が Pan-Atlantic 社から Waterman 社への配当について経済的実質を欠くとした判断には不明瞭なところが多い。Andrews & Feld では、(a)事業目的 (business purpose) を欠くことが問題とされた可能性、(b)経済的に正当性のない取引の段階 (step) を挿入したに過ぎないことが問題とされた可能性、(c)買主の支払いの一部を配当と性格付けするためだけの虚偽 (sham) であることが問題とされた可能性、の三つが提示されているところ⁽⁵¹⁾、経済的実質性の欠如を断言する前に「一時的な段階 (transitory

(48) *Waterman*, 430 F. 2d at 1192.

(49) *Gregory v. Helvering*, 293 U.S. 465 (1935). *Gregory* 連邦最高裁判決やその意義については、たとえば、岡村忠生「グレゴリー判決再考」『税務大学校論叢40周年記念論文集』(税務大学校, 2008年) 83頁参照。

(50) *Waterman*, 430 F. 2d at 1192-1195.

(51) *Andrews & Feld*, *supra* note 46 at 342-343.

step) に過ぎなかった」という(b)に係る判示があるのは先に見た通りである。だが、問題の配当を無視すべき段階と評価するにあたり、控訴裁判所は、子会社株式の売却を基準として採用した根拠を明示しなかった。Andrews & Feld は、McLean 氏からのオファーが350万ドルでの子会社株式の売却だった事実に依拠したものと推測しつつ、その判断が Gregory 連邦最高裁判決、あるいは、*Court Holding* 連邦最高裁判決⁽⁵²⁾の適用であったかを問いかけているが⁽⁵³⁾、控訴裁判所はこれらの連邦最高裁判決について、取引段階の判断との関係では言及しておらず、正当化の可能性を指摘するに留まる⁽⁵⁴⁾。

これに対し、(a)については、ICC の認可の必要性を避ける上では株式譲渡とするだけでよかったはずであり、配当を差し挟む必要はなかったという具体的な判示があり⁽⁵⁵⁾、また、(c)についても、問題の分配が Waterman 社に支払われる前提で McLean 氏によって賄われたものだったにもかかわらず、実質を付与しようと、Pan-Atlantic 社が Waterman 社宛の約束手形を発行したことを論難する判示がある⁽⁵⁶⁾。しかし、どのような場合であれば経済的実質があるとされるのか — 必要とされる事業目的とは結局何か、虚偽という評価の決定的要素は買主 (McLean 氏) が支払った点にあったのか否か — という点については、手がかりが殆ど示されていない。

なお、控訴裁判所は、判決を締めくくる前に、*Waterman* 事件の事案において非課税配当を認めてしまうことの危険性を指摘する。この指摘は、非正常配当の否認の必要性や妥当性を考える上で有益であろうから、やや長いが

(52) *Commissioner v. Court Holding Co.*, 324 U.S. 331 (1945).

(53) *Andrews & Feld*, *supra* note 46 at 343.

(54) 控訴裁判所は、*Gregory* 連邦最高裁判決が法人組織再編成 (corporate reorganization) 以外の分野にも適用される旨の判例法としてしか *Court Holding* 連邦最高裁判決を引用していないが (*Waterman*, 430 F. 2d at 1193), どちらかと言えば、*Court Holding* 連邦最高裁判決の適用と考えた方が良いように思われる。*Court Holding* 事件は、保有資産の売却について保有者たる法人と買主との間で交渉が行われ、口頭での合意が成立した後に、このままでは法人税が課税されてしまうことに気づき、急遽、契約締結前に法人の清算とそれに伴う清算分配が実施されたが、資産譲渡は、当初の通り、法人と買主との間で行われたとされた事案であるからである。

(55) *Waterman*, 430 F. 2d at 1194.

(56) *Waterman*, 430 F. 2d at 1194-1195.

以下に引用しよう（注などを一部省略。また、下線，脚注は引用者が付加）⁽⁵⁷⁾。

本事案の取引から歳入法典1502条の非課税配当が生じることを認めるなら，租税回避の機会の新たな地平を開くこととなろう。完全子会社を有する法人は，売却前のE&Pの取出しを通じて，キャピタルゲインを難なく回避できることとなる。歳入法典1502条の下で制定されている財務省規則は，関係グループ内のメンバーが別のメンバーから受け取った「配当分配」を所得から消去することを認める⁽⁵⁸⁾。しかしながら，売却前の引出しは，継続的な法人と株主との関係という文脈で実施されるE&Pの分配という，配当の概念と衝突する⁽⁵⁹⁾。また，回避の可能性はそこで止まるものではなく，仮に裁判所が問題の取引についての Waterman 社の見解を受け入れなければならないとすれば，法人が別の法人を時価で購入し，その新たな子会社のE&Pを法人間配当の形で受け取った上でその子会社を売却し，そして，その売却に係る損失を主張できることとなろう。この点において，親会社による子会社株式の完全な譲渡の直前の子会社の配当の宣言は，配当の効果なしに，E&Pを引き出す以外には何等の事業目的のない中身の無い仕掛け（device）であるように思われる。このことは，完全な売却がなければ配当が支払われなかったと——本事案において租税裁判所が考えたように——考えられる理由がある時に，特に当てはまる。

上記判示中の下線箇所は，IBM事件で問題となった事柄に極めて近いものであり，このことは，同事件と類似の状況が，アメリカ連邦所得税では *Waterman* 判決によって規律され得ることを強く示唆する。もっとも，

⁽⁵⁷⁾ *Waterman*, 430 F. 2d at 1195-1196.

⁽⁵⁸⁾ Treas. Reg. § 1.1502-31A(b)(1)(i), (2)(ii), as contained in the 26 CFR edition revised as of April 1, 1996. これらの規定は1966年1月1日前の課税年度に適用されたものである。

⁽⁵⁹⁾ この一文の判示にあたり，裁判所は *Borris I. Bittker & James S. Eustice, FEDERAL INCOME TAXATION OF CORPORATIONS AND SHAREHOLDERS* 148 (Federal Tax Press, 2nd Ed. 1966) を引用している。

Waterman 判決の内容がそうした租税回避への対処として適切なものであったかどうかは別問題であろうから、この点について後に改めて検討することとしたい。

(B) *Basic* 判決

Basic Inc. (以下、Basic 社) は、主に耐火性素材を製造する製造業者である⁽⁶⁰⁾。Basic 社は、1963年5月に、優先株式を対価に用いて、炭素素材から成る加工装置の製造・販売を手掛ける Falls Industries Inc. (以下、Falls 社) を取得し、自らの完全子会社とした後、1964年1月1日付けで、Falls 社の保有に係る二つの工場のうちの一つ (とその資産) を新たに設立した Basic Carbon Inc. (以下、Carbon 社) に移転し、その対価として Carbon 社の発行済株式のすべてを (Falls 社が) 取得する組織再編を行った。しかし、Basic 社には、耐火性素材の事業と炭素素材の事業とを共に拡張する程の資金がないことが判明したため、Basic 社は Carborundum Company of Niagara Falls (以下、Carborundum 社) との間で、炭素素材の事業の売却交渉を行うこととし、売却価格を393万5,000ドルとすること、Carborundum 社が Basic 社から Carbon 社への貸付金100万ドルの返済を保証することで暫定合意が成立した。

そこで、Carborundum 社は当初、Falls 社と Carbon 社との全資産を取得することを提案したが、課税上の考慮などを理由に Basic 社が売却価格の上乗せを主張したため、主たる関心は資産取得にあったものの、Falls 社と Carbon 社との発行済株式のすべてを Basic 社から取得することを再度提案した。これに対し、Basic 社はその課税結果を検討し、満足できるものと判断した。なお、Carborundum 社は自社にとって最善と見て後者の提案を行ったのであって、Basic 社に課税利益を与える意図で行ったのではない、と認定されている。

その後、Carborundum 社は Basic 社に対し、Falls 社と Carbon 社との発行

(60) 以下の事案の概要は、*Basic*, 549 F. 2d at 741-743をまとめたものである。

済株式のすべてを393万5,000ドルで取得することなどを回答期限付きで正式に提案し、Falls社の取締役会は期限の3日前に、Carbon社の発行済株式のすべてをBasic社に配当することを決議し、その譲渡は同日中に完了した。その翌日、Basic社の取締役会はCarborundum社の提案の受け入れを承認し、その提案に従って1964年内に売却は完了した。

Basic社は、1964年の連邦所得税申告において、Carbon社株を受領した結果、50万1,869ドル76セントの配当収入があったと申告し、その額の85パーセントの受取配当控除を主張した。また、Falls社株式とCarbon社株式の売却については、231万217ドル52セントの長期キャピタルゲインが申告された。しかし、内国歳入庁は、長期キャピタルゲインを50万1,869ドル76セント増額する一方、同じ額だけ配当収入を減額する決定を行った⁽⁶¹⁾。これに対し、Basic社は不足税額を納付した上で、長期キャピタルゲインの増額と配当収入の減額に由来する8万7,827ドル22セントの還付を請求したが、拒否されたため、請求裁判所に提訴した。

請求裁判所は、合衆国政府の課税処分が適法であったとして、Basic社の還付請求を棄却した。請求裁判所は「原告がFalls社からBasic社へのCarbon社株式の譲渡に係る、当該譲渡の課税結果以外の理由を示さなかった」こと理由に、当該譲渡は歳入法典316条(a)(1)の配当ではなく、「Carborundum社への事業譲渡から生ずると予想されたキャピタルゲインの一部を回避させた譲渡であったと考えなければならない」と判示している⁽⁶²⁾。

この判決でも、*Gregory* 連邦最高裁判決由来の実質主義 (substance-over-form doctrine) が根拠であるとされており、その点は *Waterman* 判決と同じであるが、Carbon社株式取得の相手方をBasic社とすることは、Carborundum社それ自体の要望でもあったと認定されたために、事業目的の欠如の認定はより精緻化しているように見える。すなわち、Basic社は、

(61) Falls社からBasic社へのCarbon社株式の移転が否認され、Falls社株式だけを393万5,000ドルで売却したものと扱われたのだと思われるが、課税処分の理由の詳細は判決文に示されていない。

(62) *Basic*, 549 F. 2d at 749.

Carborundum 社の要請に応えようとすれば、Falls 社から Basic 社への Carbon 社株式の移転（配当）が必要であったのであり、それゆえ、当該移転には正当な事業目的（valid business purpose）があり、課税結果を目的とした自己取引であるとは言えない、と主張した。譲渡法人（Waterman 社）の要望に端を発するものだった *Waterman* 事件のスキームと比べ、本事案の法人間配当の否認がより難しいものであったことに疑問の余地はない⁽⁶³⁾。

しかし、請求裁判所は、「Falls 社の事業上の利益は、同社株主の Basic 社のものとは別なのであるから、Basic 社に対してのみ有効な説明、すなわち、Carborundum 社が望んだのであるから問題の取引は必要であった、という説明は成り立たない。そのような説明で十分なのだとすると、一連の行為の末端に位置し、いずれにせよ正当性を有する取引と、ごくわずかであるとしても一応は繋がってはいることを示すだけで、あらゆる中間的な譲渡について『事業目的』を主張できることになってしまうであろう」と判示した上で、Falls 社の取締役会の決議が Carborundum 社の正式な提案日とその期日との間で行われた点を重視し、「Falls 社は、自身を支配する親会社を通じて、親会社が独自の意図で決定した売却に係る財産を移転させられた。その移転は、Basic 社が Falls 社株式という自身の財産を売却するにあたって負担することになったはずの租税を軽減するものだったのである」と結論付けている⁽⁶⁴⁾。要するに、問題の移転（配当）に係る事業目的は、親会社である Basic 社の見地からだけでなく、Falls 社の見地からも認められる必要があるとされた上で、Carbon 社株式の移転が買収前であったことが Falls 社にとってどのような経済的な意味を持つかが示されなかったが故に、経済的実質が欠如

⁽⁶³⁾ 実際、請求裁判所は最初の提案が Basic 社の課税上の考慮で潰れたことを指摘しつつも、「Basic 社が自身に有利な課税が予測されることを理由に Carborundum 社のオファーに乗ったのかもしれないという事実は、Basic 社の主張が Basic 社と Carborundum 社との間での直後の譲渡を説明するものである限りにおいて、その主張の価値を減じない。その取引が事業目的を有するものだった、すなわち、事業の売買を行うおうとするものであったことは明白であって、税負担最小化の考慮とは無関係であったはずである」と判示する。See *Basic*, 549 F. 2d at 745.

⁽⁶⁴⁾ *Basic*, 549 F. 2d at 745-746.

すると判断されたのである。

このように、Basic社の完全子会社であったにもかかわらず、請求裁判所はFalls社の独立主体性を強調したのであるが、その根拠についての判示は見当たらない⁽⁶⁵⁾。Falls社がBasic社の完全子会社であったのは、約1年半というごく短い期間だけであり、株主への分配が配当に当たることを基礎づけるE&Pも、その殆どがBasic社による取得前に留保されたものと推測されるから、そうした事実と独立主体性の認識とを関連付けることは可能であろう。だが、Basic判決中には、そのような関連付けを窺わせる要素はなく、可能性の一つにとどまることに留意すべきである。

(C) TSN判決

Texas State Network Inc. (以下、TSN社)⁽⁶⁶⁾は、保険会社であるCommunity Life Insurance Company (以下、CLIC社)の発行済株式の90パーセントを保有していたところ⁽⁶⁷⁾、1969年頭から、Union Mutual Life Insurance Company (以下、Union Mutual社)がCLIC社を取得する交渉が両社の間で開始した⁽⁶⁸⁾。1969年5月には、TSN社などのCLIC社株主は、Union Mutual社との間で、CLIC社株式のすべてを売却する株式購入契約を締結したが、同契約には、一定の株式を除くCLIC社の事業・資産について重大な事態の変更(material adverse change)を加えない旨が規定されていた。Union Mutual社が取得を望まない不要資産の大半は店頭取引銘柄の株式である。もっとも、不用資産を単に処分してしまうと幾つかの州でライセン

(65) 請求裁判所は、*Cumberland* 連邦最高裁判決との区別に関連して「本事案では、法人であるFalls社とその株主であるBasic社との区別に関する問題は生じていない」と判示するだけで(*Basic*, 549 F. 2d at 748)、問題とならない理由についての判示は見当たらない。

(66) なお、同社は問題の取引後の1972年に資産の売却と解散を行い、TSN Liquidating Corporationへと名称を変更している。See 1977 U.S. Dist. LEXIS 13317 at 3.

(67) CLIC社は、元々、Pyrometer Company of America, Inc. (以下、Pyrometer社)が1964年にその発行済株式のすべてを購入して子会社としたものであり、1969年にPyrometer社(その当時の名称は、Community Management Services, Inc.)がTSN社に吸収合併されたことにより、CLIC社はTSN社の子会社となった。See *TSN*, 1977 U.S. Dist. LEXIS 13317 at 3.

(68) 以下の事案の概要は、特に断らない限り、*TSN*, 624 F. 2d at 1329-1330のまとめである。

スが取得できないこととなってしまうため、Union Mutual社は、CLIC社の取得後に、債券を出資することとされていた。

1969年5月19日に、CLIC社の取締役会は株主購入契約での合意を満たすため、不要資産を現物配当として株主に交付した。同月20日には、Union Mutual社がCLIC社株式のほぼすべてを、82万ドル3,822ドルで取得し、うち74万7,436ドルがTSN社に支払われた。さらに、Union Mutual社は、それと同時にCLIC社に対して112万ドルの州債券と82万4,598ドルを出資した。

TSN社は、1969年7月31日に終了する年度の所得税申告において、CLIC社から受け取った資産を配当として申告し、85パーセント受取配当控除を主張した。しかし、内国歳入庁は、CLIC社からTNS社に分配された資産について、TSN社からUnion Mutual社へのCLIC社株式の売却の一体部分 (integral part) として取り扱うべきであったとして、当該資産の時価評価額167万7,082ドルを株式売却代金に加算した。これに対し、TSN社は不足税額を納付した上で還付を請求し、その後に訴訟を地区裁判所に提起した。

地区裁判所では、TSN社が配当と主張するものはUnion Mutual社がCLIC社に支払った購入価格の一部とするつもりのものであったものと判断され、請求は棄却されたが、第5巡回区控訴裁判所は、地区裁判所の判決を覆し、差し戻した。

TSN社は、控訴審において「ある法人から、当該法人の株式の売却が予定される中、配当によって取り除かれた資産は、当該資産が売却株主の下に保持され、その後に買主に譲渡されることが信用できる時には、経済的実体、及び、実質において、売却株主が除かれた資産を売却株主が売却することも、買主が購入したり、または支払いをしたりすることはなかったのであるから、配当として課税され、譲渡された株式について支払われた対価の一部とされない」ということが確立したルールであると主張し、控訴裁判所はこれを認めた⁽⁶⁹⁾。

さらに、控訴裁判所は、本事案に *Waterman* 判決または *Basic* 判決が適用

(69) TSN, 624 F. 2d at 1331.

されることもないと判示する。すなわち、TSN社は配当と引換えにUnion Mutual社から債券を受け取っており、合衆国政府はこの点に着目して*Waterman*判決の適用を主張したが、控訴裁判所は、株式取得前に分配された資産と著しく異なる資産を取得後に注入する場合への*Waterman*判決の適用を否定し、これを退ける⁽⁷⁰⁾。この判示を前提とする限り、*Waterman*判決の適用範囲は相当に狭くなるものと考えられるが、*Waterman*事件の法人間配当が虚偽 (sham) とされた根拠が何であったのかを、控訴裁判所は明らかにしておらず、どの程度まで適用範囲が狭められたのか——本事実と異なり、不用資産の殆どが流動性の高い上場株式等であったところに、債券や現金を注入した場合などに適用可能性があるのか、など——は不明確なままであると言える。

*Basic*判決については、TSN社などの株主による分配資産の保持という違いを指摘すると共に、同判決がFalls社の観点から事業目的の判断を行ったことについて、「実質を形式に勝るものとし、かつ、取引は一部でなく全体で観察するという立場を採りつつ、それと同時に、複数の者による取引に関わった内の一人の者に過ぎない者の事業目的を、(その者が納税者によって支配された法人であり、しかも、それ自身は売却取引の当事者でない場合であるにもかかわらず) 取引全体についての全体にわたる事業目的と区別して観察すると述べることは、矛盾するように思われる」と疑問を呈した上で、不用資産の分配がUnion Mutual社の要望であったことを重視し、本事実における事業目的の欠如の根拠にならないと結論づけている⁽⁷¹⁾。もっとも、*Basic*事件の法人間配当(と*Basic*社が主張した取引)と本事実のそれとを区別するにあたり、控訴裁判所は*Basic*判決とは異なる態様で事業目的を要求した、と断言することには疑問の余地があろう⁽⁷²⁾。本事実においてはCLIC社の財

(70) *TSN*, 624 F. 2d at 1333-1335.

(71) *TSN*, 624 F. 2d at 1335-1336.

(72) *But see* Diane McCarron, *The Obsolescence of the Waterman Steamship Doctrine*, 24 *New Eng. L. Rev.* 653, 666-669 (1989) (*TSN*判決の事業目的の要求の態様を*Basic*判決のものと異なると理解)。

務内容が大きく変化しただけでなく、そうした変更は、一時的とはいえ不用資産を間接的に保持することと、事前に不要資産が処分されることとの間に、Union Mutual 社にとって経済的な相違が全くなかったという例外的な場合——前者と後者との間では不用資産に係る値下がりリスクの有無が異なるので、相違なしと言える状況は相当に限定されるように思われる——を除けば、不用資産の事前処分（法人間配当）の実施なくしてあり得なかったとの評価が妥当するはずであり⁽⁷³⁾、Basic 判決に従って、CLIC 社から TNS 社への資産譲渡という取引について、当事者である CLIC 社の事業目的を問うという問題設定であっても、やはり事業目的があると判断された可能性が高いと考えられるからである。

(D) *Litton* 判決

Litton Industries, Inc. (以下、Litton 社) は、その子会社と共に、産業機械などを製造・販売する事業者であるが、1967年10月に、冷凍食品などを製造・販売する事業者で、上場企業であった Stouffer Corporation (以下、Stouffer 社) の発行済株式のすべてを取得した。しかし、Litton 社では1972年の初頭から、Stouffer 社の売却が議論されるようになり、同年9月には、Stouffer 社売却を検討している旨が公表された。また、売却検討の公表前の同年8月に、Stouffer 社は、Litton 社宛の約束手形による3,000万ドルの配当を宣言した。その後、Litton 社は、1億500万ドルでの取得を提案してきた Nestle Alimentana S.A. Corp. (以下、Nestle 社) に対して Stouffer 社株式をすべて売却することとし、1973年3月に Nestle 社は、同株式の対価として7,496万2,518ドルを、約束手形について3,000万ドルを、それぞれ Litton 社に支払った。

(73) 実際、Basic 判決には「Falls 社から Basic 社への株式移転は偶然の出来事であった。その取引全体が、付随するリスクや最終結果をいささかも変更させることなく、逆の順序でも遂行され得た規定の結論であったのである」との判示があり (Basic, 549 F. 2d at 746.)、この判示からは、買収前に Falls 社が Basic 社に分配するか、買収後に Carborundum 社に分配するかとの間の経済的相違の欠如——前者と後者との間には、Carbon 社株の間接保有が一時的に生じるか否かの違いしかない——を請求裁判所が重視していたことが窺われる。

本事案の争点は、1973年7月29日に終了する課税年度について、内国歳入庁長官がLitton社に対して行った不足税額決定の適法性であり、より具体的には、Stouffer社からLitton社への3,000万ドルがNestle社への株式譲渡の譲渡収入を構成し、キャピタルゲインを増加させるか、それともLitton社が主張するように配当にあたるか——この場合、Litton社は85パーセントの受取配当控除を主張できる——、である。租税裁判所は、「問題の取引は形式と実質とが一致しており、課税のみを理由に遂行されたものではなく、Litton社が構築したように認識されなければならない」と判示し、譲渡収入ではなく配当であると結論づけた⁽⁷⁴⁾。

租税裁判所は、*Waterman*事件と区別されるべきとしたが、その際に重視したのは、法人間配当が実施された段階の相違である。すなわち、本事案では配当宣言の時点では、Stouffer社の売却に向けた正式な行動はとられておらず、同社売却の公表さえ行われていなかったが、その点に着目して、租税裁判所は「本事案では、配当の宣言と株式の売却とが時間面において実質的に分離していた点において、そうした異なる取引が殆ど同時に起きた*Waterman*事件とは異なる」と判示する。また、Stouffer社株式の売却が、配当金を回収する唯一の手段であったのだから、配当と株式譲渡とは「互いにしっかりと結びついていた (*inextricably tied together*)」とする被告の主張に対し、租税裁判所は、Stouffer社の株式公開や借入れを通じて回収する可能性があったことを指摘し、これを退けている⁽⁷⁵⁾。

租税裁判所は、本事案の法人間配当に事業目的があったとも判示しているが、Stouffer社の株式公開が計画されていたことを前提とする認定である⁽⁷⁶⁾。したがって、*Waterman*事件と本事案とを区別する本質的な要素は、売却相手が具体的に決まった段階で実施された法人間配当であったか (*Waterman*事件の場合)、そうでなかったか (*Litton*事件の場合)、であると考えられる。

(74) *Litton*, 89 T.C. at 1100.

(75) *Litton*, 89 T.C. at 1097-1098.

(76) *Litton*, 89 T.C. at 1100.

2 判例法の意義と限界

先に紹介した *Waterman* 判決に始まる四つの判例では、非正常配当が *Gregory* 連邦最高裁判決由来の実質主義によって否認され得るかが問題とされていた。ここでは、それぞれの事案の特徴、結果、判決の内容について整理し、その上で、これらの判例法の意義などを考えてみることにしたい。

次の表は、四つの判例を(A)結論(否認されたか否か)、(B)分配資産(どのような資産を子会社が分配したか)、(C)分配後の態様(分配資産を受け取った後に現金化したか、保持したか)、(D)時間間隔(法人間配当と株式譲渡との間にはどの程度の時間間隔が存在したか)、(E)どの時点からの子会社か(元々、親会社と同じ関係グループ(affiliated group)(I.R.C. § 243(b)(2), § 1504(a))に属していたのか、取得によって同じ関係グループに加入したのか)、(F)E&P発生(配当としての取扱いを基礎づけたE&Pは関係グループ内で生じたものか、そうでないか)についてまとめたものである。以下では、この表を参照しつつ、判例法の特徴などについて指摘を行うことにしたい。

	<i>Waterman</i>	<i>Basic</i>	<i>TSN</i>	<i>Litton</i>
(A)	否 認	否 認	否認されず	否認されず
(B)	約束手形	子会社株式	投資有価証券	約束手形
(C)	直後に現金化 (by 取得者)	直後に現金化 (by 取得者)	保 持	後に現金化 (by 取得者)
(D)	直 前	数日前	数日前	数か月前
(E)	不 明	1 年前	5 年前	5 年前
(F)	グループ内	グループ外	グループ外	グループ外

最初に指摘すべきであるのは、否認が認められた *Waterman* 事件と *Basic* 事件との間で、問題の法人間配当の性格が株主にとって大きく異なるものだった点であろう。

なるほど、問題となった法人間配当の外形的特徴については、*Waterman*

事件と *Basic* 事件との間であまり相違がない。*Waterman* 事件の法人間配当は、株主宛の約束手形を株式譲渡直前に分配したものであって、しかも、株式譲渡直後に当該約束手形が（買収を行った）*Securities* 社と *McLean* 氏によって支払われた。この態様が株式譲渡の対価としての現金支払いに極めて近いことに疑問の余地はないと言える。また、*Basic* 事件の法人間配当についても、分配資産が *Waterman* 事件とは異なり、株式譲渡までの時間は *Waterman* 事件と比べて若干伸びているが、分配直後に取得者に譲渡して現金化された点では同じである。

しかし、法人間配当を行った子会社に目を向けると、*Waterman* 事件と *Basic* 事件との間には明確な違いが存在する。

Basic 事件の *Falls* 社は、*Basic* 社が優先株式を用いて取得した子会社であり、その取得から後の売却までの時間間隔も 1 年程度であったから、配当としての取扱いを基礎づけた（はずの）E&P は、取得の前に、グループ外で生じたものが殆どであったと推測される。これに対し、*Waterman* 事件の *Pan-Atlantic* 社・*Gulf* 社については、外から取得したという事情は判決文中になく、インサイド・ベイス（純資産基準価格）がアウトサイド・ベイス（株式基準価格）を大幅に超過していた事実も踏まえると⁽⁷⁷⁾、E&P もグループ内で生じたものであったと推測される。

また、*Waterman* 事件の子会社は *Waterman* 社と共に連結申告を行ってのものであり、そのために関係グループ内の資産譲渡が課税機会でないと言われていたことを踏まえれば、そうした子会社の株式譲渡について、自ら保有する資産の（まとまった）譲渡——この場合、売却価格とインサイド・ベイスとが一致していたため、譲渡利益は生じない——と課税を異にする意義は乏しかった。他方、*Basic* 事件については、*Basic* 社は（*Falls* 社と *Carbon*

(77) *Pan-Atlantic* 社については、インサイド・ベイスとアウトサイド・ベイスがそれぞれ 391万3,346ドルと 57万6,180ドルであり、*Gulf* 社については、それぞれ 27万9,199ドルと 12万4,000ドルであった。See *Waterman. Steamship Corp. v. Commissioner*, 50 T.C. 650, 657 (1968).

社の) 資産の現金取得という当初のオファーを課税上の理由から拒絶しているから、子会社株式譲渡と資産譲渡とで同様の課税を行うべきという要請が *Basic* 事件のような取得した法人を直ぐに再譲渡する場合にも働くとしても、その要請から株式譲渡利益への課税を控えるべきとの立論を行うことは困難であろう。

以上をまとめると、*Waterman* 事件と *Basic* 事件は、株式譲渡利益への課税を取引の工夫により回避しようとした点では同じであるが、前者において回避が問題となった課税の正当性は後者のそれと比較して相当に弱かったと言える。

第2に、*Waterman* 事件と *Litton* 事件との比較、及び、*TSN* 事件と *Litton* 事件との比較からは、非正常配当の否認の機能不全が窺われる。

Waterman 事件と *Litton* 事件との比較において、後者が前者よりも株式譲渡利益課税の回避の性格が弱いことは確かであろう。*Litton* 事件では、*Stouffer* 社の売却方法として当初、同社の株式公開が検討されており、その場合には株式譲渡と同時に約束手形について全額が支払われることはなく、約束手形の負担の分だけ売却代金が少なくなっていたであろうと考えられるからである。

TSN 事件と *Litton* 事件との間には、法人間配当に経済的実質性が認められたという共通点があるが、これも正当なものと言える。*TSN* 事件の法人間配当は、それがなければ *Union Mutual* 社による取得がなかったという意味において、取得前に行われる必然性があったと考えられるし、*Litton* 事件の法人間配当についても、株式公開による子会社売却を前提とすれば、直ちに法人資産を流出させない一方、*Litton* 社が手にする配当額を他の株主が生ずる前に確定させた点で課税以外の経済的意義があったと考えられるからである。

だが、先と同様に、法人間配当を行った子会社に目を向けると、*TSN* 事件・*Litton* 事件よりも *Waterman* 事件の方が法人間配当としての課税を認めるべき要請は強かったのではないかとの疑問が生じる。

なるほど、TSN事件・Litton事件の法人間配当が、それ自体に独自の経済的意義があり、株式譲渡と区別されるべきものであったことは確かであろう。だが、いずれの法人間配当についても、1964年の改正により、適格配当 (qualifying dividends) に係る100パーセントの受取配当控除 (I.R.C. § 243(a)(3)) が認められるようになった⁽⁷⁸⁾ 後のものであるにもかかわらず、いずれの部分についても85パーセントの受取配当控除 (I.R.C. § 243(a)(1)) しか主張されていない。このことは、TSN事件・Litton事件において配当としての取扱いを基礎づけたE&Pがグループ外で留保されたものであったこと、すなわち、株主にとっての問題の法人間配当の性格は、むしろBasic事件のそれに近いものだったことを示唆する。

非正常配当の否認が認められなかったTSN事件・Litton事件が、取引の経済的実態としては、Waterman事件よりもBasic事件にむしろ近いものであったという事実は、Waterman判決で指摘された租税回避——非正常配当を利用した株式譲渡損失の創出——⁽⁷⁹⁾に対する実質主義の有効性に深刻な疑義を生じさせる。なぜなら、非課税となる法人間配当を基礎づけたE&Pが関係グループ外で留保されたものであればあるほど、当該E&Pがその基因となった株式基準価格に反映されている可能性は高いはずであって、TSN事件・Litton事件においてこそ、非正常配当を株式譲渡に係る売却代金として

(78) Revenue Act of 1964, § 214, 78 Stat. 19, 52-55 (1964).

(79) 前掲注57に対応する本文を参照。なお、Waterman判決が懸念した株式譲渡損失の創出への懸念に対しては、譲渡側において株式譲渡益課税が行われていることを見過しており、適切でないとの批判がある。See James H. Ditkoff, Intercorporate Dividends and Legitimate Tax Avoidance, 4 J. Corp. Tax'n 5, 17 (1977). この批判は、法人利益への多重課税が不当である、すなわち、インテグレーションによって法人利益への一度だけの課税を目指すべきであるとの発想を前提に、子会社段階の法人所得課税が実施された結果、余分となった株式譲渡利益への課税を打ち消す手段として、(子会社段階の課税が終えた値と見ることが出来る) E&Pの範囲で株式譲渡損失が創出されることを正当化しようとするものと考えられる。このような発想には確かに一定の説得力があるが、個人株主に対する株式譲渡利益への完全課税も同時に要請されること、そして、その要請が満たされない状況下での課税の空白を作り出しかねないものであることに留意する必要がある。この点は過去に詳しく論じたところであるので、本稿での記述は指摘にとどめる。詳細については、拙稿「税法上の配当概念の意義と課題」(III. 二重課税排除論の意義と限界、まとめと展望) (博士学位論文 2014年) 参照。

取り扱う要請がむしろ高かったのではないかと考えられるからである。

Waterman 判決に端を発するこれら四つの判例は、いずれも株式譲渡利益（キャピタルゲイン）への課税を追加的に実施することの適否が争われたものであって、株式譲渡損失（キャピタルロス）の創出の適否を争ったものではないから、上記のような租税回避について実質主義の適用のあり方が異なる可能性は考えられる。しかしながら、*Waterman* 判決が実質主義による否認を租税回避への対処の必要性から根拠付けていたことも踏まえると、その場合であっても *TSN* 判決・*Litton* 判決が判例法として機能し、その否認が認められない可能性も十分に高いと言わなければならない⁽⁸⁰⁾。

3 E&P への着目

アメリカ法では、非正常配当である法人間配当が実質主義により否認されることがあり、その端緒となった *Waterman* 判決では租税回避への対処策の側面も指摘された。だが、先の検討からすると、その内実は、否認すべきでないものを否認する一方で、否認すべきものを否認しないものである可能性が高い。この局面での実質主義が問題とするのは、株式譲渡直前の非正常配当という取引が前者と区別可能であるか否かであって、課税の見地から配当とされるべきでないものについて、配当であるとの主張がなされているか否かではなかったからである。

Waterman 判決は、先で紹介したように、実質主義の租税回避への対処法としての意義を強調する箇所において、配当とされるべきものか否かを問題としたようにも見える。だが、そのような視点からの検討はその後の三つの判例で行われることはなかったし、さらには、着目点が適切でなく、出発の時点から問題を抱えていたと言わなければならない。*Waterman* 事件は、「継続的な法人と株主との関係」を解消する際の株式譲渡利益（キャピタルゲイン）であっても、関係グループ内で生じた E&P に対応する限り課税しない

(80) たとえば、その後非正常配当の否認を認めた *Thor* 判決において、*Litton* 判決が尊重されている。See *Thor Energy Resources and Subsidiaries v. Commissioner*, 70 TCM 1057 (1995).

ことが要請される⁽⁸¹⁾連結申告に関わる事案であったが、それにもかかわらず、そうした要請についての判示はない。また、*Waterman* 判決の判示は、同事案の当時、非正常配当を通じた租税回避への対処が全く欠如していたかのような内容となっているが、実際には、その当時の連結申告規則においても、株式譲渡損失の控除を否認するかたちでの対処規定が存在し⁽⁸²⁾、しかも、その判断は E&P の発生時期 — 関係グループへの加入前、加入後のいずれであるのか — に着目して行われるものとされていた⁽⁸³⁾。こうした背景からすると、*Waterman* 判決は配当を基礎づけた E&P にもっと目を向けるべきであったように思われるのである。

1966年連結財務省規則の制定に伴い、上記の株式譲渡損失の控除否認ルールは、1966年1月1日以降に開始する連結年度中の分配には適用されないこととなった⁽⁸⁴⁾。この変更は、同規則において連結子会社の E&P の増減に応じて連結子会社株式の基準価格も増減させる投資調整 (investment

(81) 後述するように、*Waterman* 事件の当時に適用があった連結申告規則では投資調整が設けられておらず、利益を留保させたまま連結子会社株式を譲渡すると株式譲渡利益（キャピタルゲイン）への課税が実施されることとなっていたが、Andrew W. Mellon 財務長官（当時）は、その理由として、増額調整を通じて解消すべきと主張される二重課税が株式譲渡前の配当によって治癒可能なものであること、及び、増額調整を行う場合には実際の配当時の調整が要求される結果、ルールが不必要に複雑化することを挙げる。See Andrew W. Mellon, Consolidated Returns Regulations, 7 Nat'l Income Tax Mag 105, 105-106 (1929). See also Notes, The Affiliated Group as a Tax Entity: A Proposed Revision of the Consolidated Returns Regulations, 78 Harv. L. Rev. 1415, 1425 (1965)（法人間配当の非課税が説得的となるのは、子会社株式の持分比率が高い結果、「配当政策の支配の程度が強く、当該子会社が受動的投資でなく資産保有の形態となっている時」であるところ、連結申告には配当政策を完全に支配するに足る80パーセントの持分比率が要求されているから、非課税の要請は「利益が留保されている時にすら」同様に及ぶ）。

(82) Former Reg. 75, Art. 36(a) (1929)（「株式…の売却その他の譲渡による損失のうち、分配法人が関係グループのメンバーとなった日より前に留保された E&P の関係グループに所属する期間の分配に帰せられる部分については…控除が認められないものとする」）; former Treas. Reg. § 1.1502-36 A(a) (1996)。

(83) 当時の連結申告規則のルールへの批判も見られるが、それは株式譲渡損失の控除否認という手法の問題を指摘するものであって、E&P への着目自体は正当であるとする。See Notes, *supra* note 81 at 1423-1424（グループ加入前の E&P の除去を主張）。

(84) Former Treas. Reg. § 1.1502-15(b), 31 Fed. Reg. 16694, 16695 (1966)。

adjustment) が導入され⁽⁸⁵⁾、分配(配当)を機会として連結子会社株式の基準価格を減額させる途が開かれたこと⁽⁸⁶⁾に起因するものと考えられるが、E&Pへの着目は、配当を理由とする減額の範囲を確定する目的で利用され続けた。

すなわち、その当時の負の基準価格の調整は、あらゆる分配について行うべきものとはされておらず、対象の分配は、(a)1965年12月31日より後に始まる連結申告年度に留保されたE&Pからの分配、及び、(b)当該連結子会社の関係発生前諸年度(pre-affiliation years)⁽⁸⁷⁾に留保されたE&Pからの分配⁽⁸⁸⁾に限定された。したがって、(1)関係グループへの加入以後であるが、単体申告を行っている課税年度に留保されたE&Pの支払いや、(2)1965年12月31日以前に開始した連結申告年度に留保されたE&Pの支払いは減額処理の対象外であるが、その一方、(3)1965年12月31日より後に始まる連結申告年度に留保されたE&Pの支払いだけでなく、(4)関係発生前諸年度に留保され

(85) 投資調整に関する貴重な邦語の先行研究には、酒井貴子「連結税制における投資調整と投資損失否認ルールの取扱い」同『法人課税における租税属性の研究』(成文堂 2011年) 133頁, 141-163頁(初出 2007年)がある。

(86) 1966年連結申告規則の前でも、連結子会社株式の基準価格を調整するルールが存在していたが、そのルールは、連結グループからの離脱を生じさせる株式譲渡の際に、連結申告を行ったことで「利用される (availed of)」こととなった損失の額に限定されていた。See Former Reg. 75, Art. 35(c)(2) (1929); Treas. Reg. § 1.1502-34A (1996). グループ加入前のE&Pの分配について負の基準価格調整ではなく、当該分配に起因する株式譲渡損失の控除を否認することとされた理由を説明した文献は見当たらないが、その理由にも応用し得る説明を、当時の基準価格調整が負の調整に限定されていたことについて行う近時の見解がある。See Andrew J. Dubroff & John Broadbent, Consolidated Returns: Evolving Single and Separate Entity Themes, 72 Taxes 743, 757 (1994). この見解によると、当時あったのは連結申告による「課税利益の取戻し (recapture of tax benefits)」のルールであって、連結子会社の課税所得は(損失とは異なり)、連結申告を行っても連結親会社に課税利益をもたらさないために調整の対象外とされたと説明される。この説明によれば、加入前E&Pの分配に伴う(株式譲渡損失の創出、控除という)課税利益が株式基準価格の調整の対象外とされたことも、連結申告外でも法人間配当はその当時非課税であって、当該利益は連結申告由来のものでないため、と言えるかもしれない。

(87) Former Treas. Reg. § 1.1502-32(d)(9) (子会社の「関係発生前諸年度」という用語は、当該子会社がメンバーでなかった日がある課税年度を意味する)。

(88) Former Treas. Reg. § 1.1502-32(b)(2)(iii), 31 Fed. Reg. 16694, 16698 (1966)。

た E&P の支払いについても、当該関係発生前諸年度の開始が1965年12月31日以前か後かにかかわらず減額が要求されることになる。

1966年連結申告規則の投資調整では、E&P の増加に由来する正の基準価格調整がその年の（当期）E&P に基づいて行うものとされていたから⁽⁸⁹⁾、(1)・(2)が減額処理の対象外であるのは、株式基準価格の増額に用いられていないためと理解できる。また、(3)が対象であるのは、(1)・(2)が対象外であることの裏返し——(3)については過去に正の基準価格調整が行われているため——ということによいだろう。問題は(4)について、正の基準価格調整が実施されていないにもかかわらず、同調整が実施されている(3)と同様に減額処理を行う理由であるが、連結申告に関する著名な実務書の Dubroff では、(4)が「子会社株式の取得費（cost basis）に反映されていると考えられたため」との説明がある⁽⁹⁰⁾。

子会社株式の時価取得を通じ、当該子会社の E&P が当該株式の基準価格に反映される事態は、*Waterman* 判決が懸念した租税回避の重要な要素であり、さらに、規制の対象とするか否かを留保の時期——関係グループの加入の前か、以後か——で決めるのも、1966年改正前の連結申告規則（の規制）と変わらない。さらに、投資調整の下で負の基準価格調整を行うという1966年連結申告規則の手法には、従来手法からの改善も認められる。なぜなら、従来の手法は、株式譲渡損失を対象とするものであったため、関係発生前に留保した E&P の分配が株式譲渡利益（キャピタルゲイン）を減少させるだけの場合には規制が及ばないが、新たな手法では株式基準価格それ自体が調整され、株式譲渡損失が生じない程度 of 非経済的損失の創出にも規制が及ぶことになるからである。

Waterman 判決が指摘する租税回避は、経済的には原資の回収である分配を、非課税であり、しかも株式基準価格の減少を伴わない配当へと転換する

(89) Former Treas. Reg. § 1.1502-32(b)(2)(i).

(90) Andrew J. Dubroff, Jerred G. Blanchard Jr., Marc A. Countryman, and Steven B. Teplinsky, FEDERAL INCOME TAXATION OF CORPORATIONS FILING CONSOLIDATED RETURNS § 51.02 [3] (2nd ed. 2014).

試みであるとも理解できる。要するに、基因となった株式の資本的価値を配当として剥ぎ取る (strip) 試みであるわけであり、その点に着目して、dividend-stripping とも呼ばれる⁽⁹¹⁾。したがって、先に紹介した負の株式基準価格の調整は、配当という法形式を纏っただけの原資の回収について、配当の取扱いを否認することで dividend-stripping に対処する措置と言えるが、アメリカの連結申告には、それとは別のやり方で対処する例もある。

それは、連結申告を行う関係グループに属する子会社を (同社株式の譲渡などによって) 同グループから離脱させた後に、同社に配当を宣言させるかたちの dividend-stripping への対処であり、これによると、離脱した子会社の E&P は、他のメンバーの E&P に取り込まれた範囲で消去されることとなる (Treas. Reg. § 1.1502-33(e)(1))。以下では、Dubroff で紹介されている dividend-stripping の設例⁽⁹²⁾に基づいて、E&P の消去という処理の特徴を説明することとしよう。

設例：連結グループの親会社Mが子会社Sを資本金100ドルで設立する。Sは100ドルを獲得し、投資調整に基づき、S株式の基準価格は100ドルから200ドルに増加する。その後、MはS株式の30パーセントを無関係の会社Xに60ドルで売却する。基準価格が増加しているため、株式売却による譲渡利益はない。その翌年の間にSは連結申告時のE&P 100ドルをM及びXに分配する。Mは80パーセント受取配当控除を得るが、単体申告のルールに基づき、その分配はMの残りのS株式の基準価格の140ドルを減少させない。特別なルールがない限り、その後MはS株式をその価額70ドルで売却し、70ドルの譲渡損失を認識することとなる。

上記設例を変更し、S株式の一部の売却とE&P 100ドルの分配とで順序を

(91) *E.g.* Peter Harris, CORPORATE TAX LAW 583-584 (Cambridge University Press, 2013). なお、dividend-stripping は非正常配当を通じて剥ぎ取る場合について言及されることが多く、正常な配当による場合も含める用語としては“milking” (搾り出し)の方が好ましいという指摘もある。*See* George Mundstock, Taxation of Interoperate Dividends Under an Unintegrated Regime, 44 Tax L. Rev. 1, 66 n. 66 (1989).

(92) Dubroff et al., *supra* note 90, § 51.14 [1].

入れ替えると、当該分配は連結グループ内で実施されることとなり、100ドル全額が非課税となる一方で、S株式の基準価格は、投資調整により200ドルから100ドルへと減少する。したがって、100ドルで行われるであろうS株式の全ての売却からは譲渡損益が生じない。Mが手にする金額は、元々の設例では60ドル（売却代金）、70ドル（分配）、70ドル（売却代金）、順序を入れ替えた場合では100ドル（分配）、100ドル（売却代金）であり、いずれでも合計額は200ドルで変わらないが、前者では（原資の回収であるはずの）70ドルが配当として引き剥がされること（dividend-stripping）により株式譲渡損失が発生するのである。

設例での問題は離脱後の分配に原資の回収としての取扱いが及ばないこと⁽⁹³⁾に起因するものであるから、その処方箋としては、配当という性質決定を維持したまま、連結グループ内で実施されていたはずの基準価格の減額処理を及ぼすことも考えられるが⁽⁹⁴⁾、最初から配当でなく原資の回収としてしまう方法もある。こうした配当から原資の回収への転換は、配当と原資の回収との区別を対応するE&Pの有無で決定するアメリカ連邦所得税にあっては、E&Pの額を調整することによって可能であって、現在の連結申告規則で採用されているE&Pの消去のルールはそうした調整を行うためのものである。すなわち、SのE&P 100ドルは、PのE&Pに取り込まれているから、Sの離脱に際し、その直前に減額の対象となり、その結果、SのE&Pはゼロとなる。そして、その後のSの100ドルの分配は、対応するE&Pがないた

(93) 処方箋としては、離脱を理由に投資調整の利益を遡及的に奪い、原資の回収として取り扱う必要性をなくす途もあり、実際、1966年連結申告規則で当初導入されたのは、この手法であった。See former Treas. Reg. § 1.1502-32(g), 31 Fed. Reg. 16694, 16699 (1966).

(94) この手法は1987年に暫定連結申告規則として導入された。See former Treas. Reg. § 1.1502-32T (a) (1994). 同ルールによると、グループを離脱した子会社の株式を有するメンバーは、当該離脱の時点において、（投資調整の結果生じた）当該株式の基準価格の正味増加額——但し、当該正味増加額が株式基準価格を超過する場合には株式基準価格。なお、この超過額は離脱時点の所得として課税される——を基準価格減額勘定（basis reduction account）として記録すべきとされ、その後の分配の際には同勘定の範囲で基準価格が減額された。

め、原資の回収として扱われることとなり、(70ドルを受け取る) PのS株式の基準価格は70ドルに減額され、最終的な売却の際の譲渡損益はゼロという結果となるのである。

このようなE&Pに着目した処理は、アメリカ連邦所得税においては、連結申告の文脈だけでなく、単体申告の文脈においても、受取配当控除により非課税となった一定の非正常配当について基因となった株式の基準価格の減額を求めるルール (I.R.C. § 1059) にも存在する。このルールの適用対象となる非正常配当 (以下、1059条配当という) は、原則として、基因となった株式の基準価格の一定割合以上の額の配当であり (I.R.C. § 1059(c))⁽⁹⁵⁾、1059条配当を受領した法人株主のうち、基因となった株式の保有期間が配当の時点で2年以内である者は、当該配当の非課税部分 (I.R.C. § 1059(b)) の額だけ当該株式の基準価格を減額しなければならず、不足する場合の超過部分は株式譲渡利益とされる (I.R.C. § 1059(a))。まず株式基準価格を減額し、残額は株式譲渡利益とする処理は、原資の回収の処理そのものであるから (I.R.C. § 301(c)(2), (3))、このような1059条配当のルールの趣旨は、配当とされた分配のうち一定のものを原資の回収に引き戻すことにあると言える⁽⁹⁶⁾。

1059条配当の該当性は、既に見た金額の大きさなどの外形によって判断されるが、その該当性の阻却の有無や適用除外の判断において、対応するE&Pの性格が考慮される。すなわち、関係グループ内で生じたE&Pの分配は、単体申告の場合には、100パーセント受取配当控除の対象となる適格配当とされるが、これは1059条配当に含まれない (I.R.C. § 1059(e)(2))。また、グループ外の法人からの配当のうち、当該法人の株式を当該法人の設立時から保有

⁽⁹⁵⁾ 配当に関する優先がある株式についての割合は5パーセント、それ以外の株式についての割合は10パーセントとされている。

⁽⁹⁶⁾ 1984年改正の立法資料には、この処理の理由として「株式の取得が〔当該株式に対して行われるであろう分配の権利と、当該株式そのものという〕二つの資産の取得である場合にあっては、法人株主について課税されない分配の価値を反映するよう当該株式の基準価格を減額することが適切であると、上院歳入委員会は結論する」という説明がある。See S. Prt. No. 169 Vol. 1, 98th Cong., 2d Sess. 172 (1984)。

し続けてきた場合で、かつ、別の法人のE&Pを引き継いでいない場合のものは、1059条配当に該当したとしても、株式基準価格の減額などの処理が適用除外とされるのである（I.R.C. § 1059(d)(6)）。

しかしながら、E&Pへ着目したルールも決して万能ではなく、限界があることにも注意が必要であろう。E&Pの発生時期が関係グループ加入前か、以後か、という属性は、B型組織再編成のように、グループ外の法人取得でありながら、元の株主の下での株式基準価格が引き継がれるパターンがあるために、当該E&Pの株式規準価格に反映済みであるか否かと必ずしも対応しないため、減額処理の結果、逆に、株式譲渡利益が作り出されることもあり得る。さらに、E&Pの種類に応じて取扱いを異にすることは、種類ごとに管理する手間を増大させたり、ある値はマイナスとなったが、別の値はプラスである場合をどう扱うかなどの新たな問題を生じさせ得るであろう。

実際、投資調整の減額調整については、1994年の連結財務省規則の大改訂にあたり、対応するE&Pの発生時期にかかわらず、グループ内のすべての分配を対象に行うよう改められた。この変更の理由について、最終財務省規則の前文では、E&Pの算定と課税所得の算定との間の乖離が大きくなったこと——これは、投資調整をE&Pではなく、所得額などに基づいて直接行うようになった直接の理由であったとされる——だけでなく、加入前に経済的にはE&Pが発生しており、連邦所得税の適用において計上されるのが加入以後という例に基づき、加入後に生じたE&Pであっても株式基準価格に反映済みである可能性が指摘されている⁽⁹⁷⁾。また、同前文は、加入以後に生じたE&Pを連結申告開始前に自発的に分配することで、当該E&Pについての株式基準価格の減額が回避できることも、正当化事由として挙げる。

要するに、新たな連結申告規則では、制度設計上の前提が納税者による自律的な調整に変わっているのであるが、このようなルールのあり方は、納税者の経済状況に関する、納税者と課税庁との間での情報の非対称性も踏まえ

⁽⁹⁷⁾ T.D. 8560, 59 Fed. Reg. 41666, 41669 (1994).

れば、不注意な納税者にとってのトラップとなり得るという懸念は残るものの、参考になるところが多いように思われる。

第3節 日本法への示唆と課題

IBM 事件では、非正常配当に対する日本の法人税の脆弱性が顕わになった⁽⁹⁸⁾。この脆弱性は、平成22年改正によって導入された法税23条3項、法税61条の2第16項が極めて限定的な局面でしか機能しないことを踏まえれば、現在でもほぼそのままの形で残っていると言える。

第一審判決の検討の際に示唆したように、IBM 事件それ自体については、法税132条1項による否認を認める余地が十分にあると思われるが、仮に、控訴審または上告審において、否認が認められたとしても、非正常配当に対する脆弱性をういた租税回避行為への備えが整ったと評することは適切でないだろう。IBM 事件における否認について、その容認の余地があると考えられるのは、IBM APH 社が日本 IBM 社の完全親会社であるという状態を維持したまま、株式譲渡損失が計上された故である。法税132条1項の否認によって脆弱性を十分に封じるには、何らかの組織変更を伴って、非正常配当や株式譲渡がそれぞれ別々に行われる場合にも同様に適用可能でなければならないと考えられる。

だが、*Waterman* 事件などの検討から明らかになったことは、アメリカ連邦所得税における、経済的実質主義に依拠した非正常配当の否認の余地の驚くほどの狭さであった。これは、非正常配当の経済的実質性が容易に満たし

⁽⁹⁸⁾ 前掲注(79)で触れたように、株式譲渡損失の創出はインテグレーションの見地から正当化される余地があるが、その正当化には株式譲渡利益への課税が要請される。したがって、この正当化を支持する場合であっても、WT 社が株式譲渡利益への課税を日本だけでなく、アメリカにおいても受けない中で、IBM APH 社による株式譲渡損失の創出を許してしまった点について、日本の法人税には脆弱性があると言わざるを得ない。なお、このような意味で(日本の法人税の)脆弱性を理解していることが窺われるものとして、朝長英樹「検証・IBM 裁判〔第4回(最終回)〕」週刊 T&Amaster 559号17頁、20-21頁(2014年)参照。

得るとされた結果のものであるが、非正常配当が事業組織の変更に頻繁に登場することや、適切な分配政策や事業資金の適切な配分方法が企業ごとに大きく異なるはずであることを踏まえれば、経済的実質の存在が殆ど否定できないのは当然というべきかもしれない。また、同様の指摘が株式譲渡についても妥当するように思われる。

したがって、非正常配当を否認するための新たな立法的措置は必須と言えるだろう。問題は、そのような新たな立法措置が、どのような形で、どのような内容で行われるべきか、という点にある。

アメリカ連邦所得税において、経済的実質主義が非正常配当の否認について華々しい成果を上げてきたとはおおよそ言い難いことを踏まえれば、この文脈における一般的否認規定の充実が不適切であるのは言うまでもない。そこで、何らかの個別的否認を導入すべきということとなろうが、従来主張されてきたのは、配当以外の分配であってもそれが比例的に実施される場合においては、その全てを配当とさせるという処方箋である⁹⁹⁾。

この取扱いは、自己株式の比例的な取得に代表される比例的分配と配当との間に経済的な相違を認め難いという事実に着目したものであり、アメリカ連邦所得税においては、その黎明期に採用され、それ以降一貫して維持されてきた (I.R.C. § 302(d))。これによると、比例的な自己株式取得などにあつては、株式譲渡対価などの分配額が、対応する資本金等の額を上回るか否かと無関係に全て配当とみなされ、株式譲渡損益を計算する機会が失われる結果、株式譲渡損失の計上が阻止されることとなる。

もっとも、こうした比例的分配のルールのみで、非正常配当への備えが万全であるとは言えないであろう。非経済的な株式譲渡損失の課税利益を享受するためには、非正常配当（と受取配当益金不算入）を通じて非経済的なマイナスの増加益を生み出すだけでなく、株式譲渡損益の計算を引き起こす必要があるのであって、後者の機会の適正化が日本の法人税にとって好まし

99) たとえば、渡辺徹也「自己株式に関する課税問題」金子宏ほか編『租税法と市場』(有斐閣, 2014年) 392頁, 398-402頁参照。

い変更であることは論を俟たない。しかし、株式譲渡損益の計上の機会が適正化された場合でも、非正常配当を通じた非経済的なマイナスの増加益の創出自体は可能であり、その後に適正な株式譲渡損益の計上の機会を経ることで、その享受は可能となる。問題の本質は、原資の回収であるにもかかわらず、それが非課税の配当として扱われてしまうところにあるのであり、そのような非正常配当を原資の回収へと引き戻し、株式帳簿価額の減額を要求するかたちでの否認も併せて導入すべきと考えられるのである。

実質は原資の回収である配当の否認、すなわち、原資の回収への引直しを行うべきであるとする、その対象はどの様に特定すべきだろうか。アメリカ連邦所得税の1059条配当で用いられている基準は、基因となった株式の保有期間の長さや金額の大きさである。だが、これらの基準だけで対象を適切に絞り込むことは困難であろう。

保有期間が一定の長さには達するまでの間しか規制の対象にならないとすると、規制の対象外となる時点まで取引の実施を先送りすることに強いインセンティブが働く。この効果は、IBM 事件において、連結納税の開始に伴う時価評価課税を回避するというかたちで明確に認められた。期間が短すぎるなら、殆ど回避されてしまうであろうが、逆に期間が長すぎれば、真っ当な配当について株式帳簿価額の減額が要求される事態が頻繁に生じることとなる。また、金額の大きさについても同様の指摘が当てはまる筈である。一定の取引類型から生じた配当については、金額の大きさや基因となった株式の保有期間にかかわらず、1059条配当であるとして原資の回収の取扱いを実施すべきものとされているが (I.R.C. § 1059(e)(1))、このことは、保有期間や金額への着目のみで適切な特定を行うことが困難であることの証左であるように思われる。

しかし、前節の最後で確認したように、アメリカ連邦所得税において、実質的な原資の回収を特定するために主に使われてきた基準は、株式保有期間の長短や金額の大小ではなく、E&P の発生時期である。それは、単体申告の場合にも適用のある1059条配当のルールにおいても、同配当の消極要件

(I.R.C. § 1059(e)(2)など)を構成しているが、連結申告の場合の負の投資調整においては、調整の対象を特定するための積極要件として用いられてきた。1994年の連結申告(最終)規則の前文が指摘するように、分配されたE&Pの発生が関係グループ加入の前であるか、以後であるかは、その経済的実質が原資の回収か、配当かを常に正しく分類するわけではないが、それなりの精度での特定が可能であることも、また確かであろう。

本稿における検討から得られた知見は以上である。そこで、これまでの検討から導かれるあるべき立法の素描を以下に示すこととしよう。

- (1) 日本の所得税・法人税においても、配当の範囲を画する機能を、利益積立金額に付与する。対応する利益積立金額がない分配は、原資の回収として扱う。具体的には、まず基因となった株式の帳簿価額に充当し、超過額は株式譲渡利益とする。
- (2) グループ外の法人に取得された法人の取得前の利益積立金額は、それ以後の利益積立金額と区別して管理する。当該被取得法人が取得法人などに対して実施する分配のうち、受取配当益金不算入を無条件で認めるのは後者の範囲での配当に限定する。
- (3) (2)の前者の利益積立金額の範囲での取得法人などに対して実施する分配については、受取配当益金不算入を認めると同時に、基因となった株式の帳簿価額を減額することを原則とする。但し、当該利益積立金額が基因となった株式の帳簿価額に反映されていないことを示した場合には、株式帳簿価額の減額を行わないものとする。

これらは非正常配当に対する脆弱性の解消という観点にのみ基づくものであるから、さらなる検討を要する点は数多い。たとえば、この案では、配当と原資の回収との区別を専ら利益積立金額にのみ着目して行うものとしているが、利益積立金額の残額が存在する場合でも原資の回収とする余地はあるべきか、あるとすればそれはどのような場合であるのか⁽¹⁰⁰⁾。また、利益積立

(100) 岡村忠生『法人税法講義〔第3版〕』(成文堂, 2007年) 373-375頁は、対応する利益積立金額が十分に存在するが、法人への投資が一部または全部終了するために、株式譲渡

金額の残額がある場合の原資の回収の可否とも密接に関わる問題として、(3)において、被取得法人の取得前の利益積立金額を取得法人に引き継がせることの適否も重要と考えられる。だが、本稿のテーマにとって最も重要な要素が(2)であることは言うまでもない。この要素についても、法人取得をどのように画すべきか——ある一定の期間内にまとめて取得した場合に限るのか、あるいは、どれほどの期間を要したとしても一定の持分比率に達した場合をも対象とするのか、後者の場合、取得前の利益積立金額となるのはどの時点からか、など——が問題であるが、これは今後の検討の課題としたい。

本稿を終えるにあたり、E&Pあるいは利益積立金額の発生時期に着目することの限界とその解決策の可能性にも言及しよう。すなわち、これも前節の最後でみたことであるが、アメリカ連邦所得税の投資調整の下での株式基準価格の負の調整は、1994年の改正により、E&Pに依拠せず、あらゆる分配について要求されるものとなった。従来の制度が様々な数値の記録を要求する複雑なもので、それにもかかわらず、必ずしも正しい結果を導くものでなかったこと、新たな制度がその改善と見ることが出来ることは間違いがない。もっとも、連結納税制度の適用を選択しない限り、日本の法人税では、留保利益が株式帳簿価額に反映されることはないから（法税令119条の3第5項）、この手法を直ちに採用することはできない。また、各事業年度末に株式帳簿価額の調整を、あらゆる法人について要求するのは非現実的と言える。

しかしながら、ある法人による別の法人への投資を直接投資（子会社投資）と間接投資とで区別し、検討の対象を前者に絞ることにより、新たな道が現れる。それは、株式帳簿価額（基準価格）に独自の値を付与することをやめ、子会社の純資産帳簿価額を用いることとするものであり、1982年ALI研究で提案された⁽¹⁰¹⁾。この提案の下では、子会社から親会社への分配を配当と原資

損益としての課税を行うべき場合をどのように特定するのが困難な課題として浮上すると指摘する。

(101) William D. Andrews, Proposals of the American Law Institute on the Income Taxation of Corporate Acquisitions and Dispositions, *in* FEDERAL INCOME TAX PROJECT SUBCHAPTER C 22, 51-66 (The American Law Institute, 1982).

の回収とに区別する必要性はなく、全て非課税とするだけでよい。子会社が所得を実現させて純資産帳簿価額が増加すると、それに合わせて、親会社の下での子会社株式帳簿価額（基準価格）も増加するから、あらゆる分配を原資の回収とみて非課税にしてしまってもよいからである。日本の法人税では、昭和63年12月改正以降、法人間配当をグループ内の直接投資的なものとグループ外の間接投資的なものとに区別し、後者に係る配当益金不算入を次第に縮小してきたが⁽¹⁰²⁾、平成27年改正では、後者への完全課税の方向を打ち出すことが予定されている⁽¹⁰³⁾。こうした変化を踏まえると、1982年 ALI 研究で示された子会社投資の扱いには、相当の魅力があるように見える。

もちろん、1982年 ALI 研究の子会社投資の提案は、法人取得の場合に、引継基準価格基準の譲渡（Carryover-Basis Transfers）として扱われるか——この場合、被取得法人の資産の基準価格は従前のままとされる——⁽¹⁰⁴⁾、取得費基準の譲渡（Cost-Basis Transfers）として扱われるか——この場合、被取得法人の資産の基準価格は時価となる——⁽¹⁰⁵⁾の選択を一定の範囲で認めることとセットで示されたものであり、そうした法人取得に関する提案との関係などについて詳細な検討を行うことなしに、子会社投資の提案の是非を論ずることは不可能であろうし、可能であるとしても不適切であろう。だ

(102) 昭和63年12月改正に関する税制調査会の答申は、受取配当益金不算入（法税23条1項）の原則的な不算入割合を引き下げる理由について、「…親子会社間の配当のように、企業支配的な関係に基づくいわば同一企業の内部取引と考えられるものについては仮にこれに課税すると、事業を子会社形態で営むよりも事業部門の拡張や支店の設置等による方が税制上有利となり、法人間の垂直的統合を促すこととなる等、企業の経営形態の選択等に対して法人税性が非中立的な効果を持つという弊害が生じるおそれがある [が] …このような関係を有しない法人の株式は一種の投資物件という性格があり、また、企業の資産選択の実態等を踏まえると、法人が投資対象として保有する株式に係る配当についてまで益金不算入としなくてもよいのではないかと考えられる」と説明した。税制調査会「税制改革についての中間答申」（昭和63年4月）56-57頁参照。

(103) 「平成27年度税制改正の大綱」（平成27年1月14日）52-53頁。この予定された改正が昭和63年12月改正の方針を継承したものであることについては、税制調査会「法人税の改革について」（平成26年6月27日）5-6頁参照。

(104) Andrews, *supra* note 101 at 67-101.

(105) Andrews, *supra* note 101 at 102-150.

が、非正常配当に対する脆弱性を抜本的、かつ、簡明に解決する有力な選択肢であることはおそらく間違いなく、別の機会においてさらに検討を行うこととしたい。