

合併対価としての種類株式の考察

三宅 一成 (日刊スポーツ新聞社)

目 次

- 1章 合併の課税関係
 - 1-1 問題の所在
 - 1-2 現行法における取扱い
 - 1-3 課税繰延の概念
 - 1-4 組織再編成に係る税制の「基本的な考え方」と問題点
 - 2章 アメリカの組織再編
 - 2-1 アメリカの組織再編 (reorganization) の規定
 - 2-2 投資の継続 (continuity of investment) と
COI原則 (continuity of interest doctrine)
 - 3章 COI原則についての検討
 - 3-1 COI原則についての議論
 - 3-2 支配の概念
 - 3-3 おわりに
-

1章 合併の課税関係

1-1 問題の所在

伊藤園が普通株に無償で割り当てた優先株が2007年9月3日、東京証券取引所に上場した。上場企業の本格的な優先株の上場は国内で初めて。優先株とは、配当額が普通株と比べて高く設定されている一方で、株主総会での議決権の行使などできない株式である¹⁾。このように企業の資金調達の方法は種類株式を活用し、今後ますます多様化することが予想される²⁾。租税法の研究領域において、種類株式については評価の問題を中心に検討されてきた³⁾。しかし、伊藤園の種類株式のように上場された場合には、評価の問題は生じない。

一方、我が国では2001年に本格的な組織再編税制が導入された。この時点では、上場企業による合併の対価は、当然のように上場されている株式であった。これは、組織再編税制が会社法のいわゆる「合併等対価の柔軟化」以前の立法であり、商法では合併の対価は株式のみしか認めていなかったからである。なお、改正前商法でも、種類株式の発行は認められていた⁴⁾が、上場企業の合併では、換金性の観点から、上場されている議決権付の普通株式が対価として使用されることが予定されていたはずである。このように伊藤園の種類株式の上場により今後、当初予定されていなかった議決権のない配当優先株式が合併の対価として使用される可能性がある。さらにソフトバンクが2008年5月、議決権のない株式を上場し、M&Aの対価として積極的に活用したいと表明するなど、この点に関する議論の重要性が高まっている。そこで、税法として議決権のない配当優先株式が合併の対価として使用された場合でも、課税の繰延を認める適格合併として取り扱うべきかという問題が生じる。つまり、現行法での適格合併の

対価要件としては、株式であれば、それが議決権付か議決権なしかの区別はしていないからである。

1-2 現行法における取扱い

2001年に導入された組織再編税制では、法人税法62条以下に合併、分割、現物出資、事後設立を規定している。さらに、株式交換・移転制度が2006年改正で組織再編税制の中に組み込まれた。法人税法には、合併の定義は無い。したがって、法人税法での合併の概念は、会社法の合併の規定を借用した借用概念である。

また、その「対価」は、いわゆる「合併等対価の柔軟化」により、存続会社等の株式を交付せず、金銭その他の財産を交付することを認めた⁵⁾。会社法施行前の商法においては、合併の対価は、合併法人の株式に限られていた。一方、法人税法の固有概念である「適格合併」の対価は、合併法人の株式に限るとするのが大前提である。その点で、商法の合併の対価と一致していた。つまり、私法上の取引を前提に、税法として課税の繰延を認める「適格合併」を規定していたのである⁶⁾。適格合併の規定では、その対価として合併法人の株式又は出資以外の資産が交付されないもの⁷⁾としているだけで、それが議決権付であるか議決権なしであるかの区別はしていない。そして、我が国の組織再編税制では、株主段階（被合併法人の株主）と法人段階（被合併法人）で課税の繰延の要件を区別している。つまり、株主段階における株式譲渡損益の課税繰延の要件は、その合併が適格要件を満たすかどうかにかかわらずなく、その対価が合併法人株式又は合併親法人株式のみであるかどうかによるものである⁸⁾。適格合併の場合において、被合併法人の株主は、みなし配当課税は生じない⁹⁾。非適格合併の場合は、交付を受けた新株又は金銭等のうち、被合併法人の資本金等の額に対応する金額を超えた部分につき、みなし配当課税を受け¹⁰⁾、譲渡対価（みなし配当課税を受けた場合は配当とされた金額を除いた金額）と旧

株の帳簿価額につき譲渡損益を認識するのが原則¹¹⁾であるが、合併の対価が合併法人の株式又は合併親法人株式のみの場合は、譲渡対価が合併直前の帳簿価額とされるので譲渡損益は発生しない¹²⁾。

一方、法人段階での課税繰延の要件は、合併法人の株式又は合併親法人株式のみが対価として交付されることが前提であり、さらにその上で、組織再編税制における課税繰延の要件を充たさなければならない。また、我が国の制度では、株主段階での課税繰延の要件は適格要件と異なる緩やかなものとされているが、みなし配当課税の繰延には適格要件が用いられているため、株主段階課税と法人段階課税とは、独立したものにはなっていない¹³⁾。組織再編税制では、合併・分割等に伴う資産又は負債の移転は、時価による譲渡があったものとして資産等を移転した法人の各事業年度の所得を計算することが原則である¹⁴⁾。つまり、適格合併による課税の繰延は、この原則処理に対する例外処理なのである。

そして、法人段階課税では、この形式要件を、大別して2つのグループに分けている。グループ内の組織再編と、グループ外の組織再編である。グループ内の組織再編は、出資の持分割合で、さらに2つの類型化が行われる。その基準は、100%出資の持分か50%超100%未満の持分かによる。100%出資の持分の場合、合併法人の株式のみを対価とすることが適格合併の条件である。また、50%超100%未満の持分の場合、80%以上の従業員が引き継がれること（従業員引継要件）、主要な事業が引き続き行われること（事業引継要件）が要求される。一方、グループ外の組織再編では、50%超100%未満の持分の要件に加え、被合併法人と合併法人の事業が相互に関連するものであること（事業関連要件）、売上金額等の事業規模がおおむね5倍を超えないこと（事業規模要件）又は被合併法人の特定役員が合併法人の特定役員に就任すること（役員引継要件）、被合併法人の株主等が発行済株式の80%以上を継続保有（株主数が50人以上の場合を除く）すること（株式継続保有要件）が加わる¹⁵⁾。本稿においては、グル

ープ外再編を前提に議論を進めることとする。

1-3 課税繰延の概念

課税繰延というのは、国庫補助金等の総収入金額不算入の制度や、収用補償金で代替資産を取得した場合に資産の譲渡がなかったものとする制度のように、ある所得を当面は課税の対象から除外するが、それによって取得した財産の取得価額をその金額だけ減額することによって、当面失った税収を後に回復する制度である¹⁶⁾。つまり、所得は実現したのであるが、一定の要件のもとに、将来に課税を繰り延べるのであって、永遠に課税を放棄することではない。

合併とくに吸収合併はその経済実体は事業譲渡に類似し、法的にもどちらも株主総会の特別決議が必要で（略式手続および簡易手続の場合を除く）、また反対株主は株式買取請求権を有する。しかし、法的には、事業譲渡は通常取引法上の契約なので契約で決めた範囲の財産が個別に移転し（個々の財産の移転手続が必要）、事業財産のうちのあるものを除外し、又は事業の一部を移転することもできるが、合併は消滅会社の全財産が包括的に移転し（個々の財産の移転手続は不要）、財産を一部除外したりすることはできない等¹⁷⁾の相違点がある。

組織再編において課税の繰延を認める際に重要な視点は、それが売買なのか、真の合併なのかという基準を税法の立場から明らかにすることである。

1-4 組織再編成に係る税制の「基本的な考え方」と問題点

税制調査会は2000年に、組織再編成に係る税制の「基本的な考え方」を次のように答申し、課税の繰延の根拠を示した。

「会社分割・合併等の組織再編成に係る法人税制の検討の中心となるのは、組織再編成により移転する資産の譲渡損益の取扱いと考えられるが、

法人がその有する資産を他に移転する場合には、移転資産の時価取引として譲渡損益を計上するのが原則であり、この点については、組織再編成により資産を移転する場合も例外ではない。

ただし、組織再編成により資産を移転する前後で経済実態に実質的な変更が無いと考えられる場合には、課税関係を継続させるのが適当と考えられる。したがって、組織再編成において、移転資産に対する支配が再編成後も継続していると認められるものについては、移転資産の譲渡損益の計上を繰り延べることが考えられる。

また、分割型の会社分割や合併における分割法人や被合併法人の株主の旧株（分割法人や被合併法人の株式）の譲渡損益についても、原則として、その計上を行うこととなるが、株主の投資が継続していると認められるものについては、上記と同様の考え方にに基づきその計上を繰り延べることが考えられる¹⁸⁾。

税制調査会の「基本的な考え方」によると、最初に、検討の中心が組織再編により移転する資産であり、時価取引として譲渡損益を計上するのが原則である。次に、組織再編の前後に経済実態に実質的な変更がない場合は、課税関係の継続、つまり課税の繰延を認めることが適当であるとしている。そして、この経済実態の実質的な変更とは、移転資産に対する支配であるとしている。最後に、株主段階においても投資の継続が認められる場合には、上記と同様の考え方、つまり組織再編前後に経済実態に実質的な変更がない場合は、課税の繰延を認めてもよいとしている。このように、日本の組織再編税制での検討の中心は、法人段階での移転資産についての課税の取扱いである。株主段階の課税の取扱いは、また書き以降に記述されていることから、第2次的に考えられている。以上のことから、課税の繰延が、法人段階と株主段階の両面から区別して検討されている。

この「基本的な考え方」に基づき、企業組織再編に関する税制が導入されたが、アメリカ合衆国の組織変更¹⁹⁾(reorganization)の規定の影響を受

けている点は間違いない²⁰⁾。その結果、この分野におけるわが国の税制は急速にアメリカの税制に近づきつつある²¹⁾。ここで、法人段階と株主段階に課税関係が生じるのは、合併及び分割型分割²²⁾である。一方、法人段階にのみ課税関係が生じるのは、現物出資と分社型分割である。

この組織再編税制の課税繰延の特例は、固定資産が交換されても、同一の用途に供される場合であると、投資が継続して行われており、課税するには適当ではないという考え方が採用されているのである。その根拠である「投資の継続性」(continuity of investments)の考え方は、所得税法58条に既に存在しているのであり、その意味において、所得税法58条は、組織再編税制を理解するためにも、課税理論上重要な規定であるといえる²³⁾。この所得税法第58条の固定資産の交換の場合の譲渡所得の特例の要旨は、交換は譲渡の一形態であり、2つの売買契約を単一化した契約とみることができるので、資産を譲渡し、資産を時価で取得したとみれば、本質的にキャピタル・ゲインに対し課税すべきことになる。しかし、キャピタル・ゲインに対する課税については、従来から種々議論²⁴⁾のあるところであり、同一種類の固定資産を交換したような場合には、同一の資産が継続して保有されているとみられるので、これについて課税することは問題もあることから、一定の条件に適合する交換については、譲渡がなかったものとみなし、キャピタル・ゲインに対する課税を繰り延べることとしている²⁵⁾。

岡村教授は、課税の繰延について、日本とアメリカの基本的な視点の相違を、税制調査会の「基本的な考え方」の分析の中で、次のように指摘されている。

ここで要求されている支配とは、組織再編成の前において、資産を移転した法人が移転した資産に対して有していた支配が、組織再編成の後において、資産の移転を受けた法人に対する支配を通じて継続していることである。再編後の支配は法人に対するものであるから、その手段は株式保有

となる。さらに問題となるのは、このような当事法人間での支配の継続が観念できない場合である。たとえば合併では、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²⁶⁾。

「基本的考え方」の後段部分は、合併等による株主の株式譲渡損益に対する課税を、「株主の投資が継続している」こと、すなわち、再編後において当事法人の株主であり続けることを理由に、「上記と同様の考え方」、つまり「基本的考え方」の中段部分で述べられた法人段階での支配の継続の考え方にに基づき、繰り延べるとしている。このような株主による投資の継続は、当事法人間の支配の継続を包摂する広い概念である。これに対して、当事法人間の支配の継続という狭い概念のみによって、適格組織再編成の全体を説明し切ることが困難である。こうしたことから、株主段階に視座を置き、投資の継続に基づいて適格を構築することも、十分に可能であったと思われる。実際、米国では、株主等（一部債権者を含む）の当事法人に対する権利関係の継続性（continuity of interest, continuity of proprietary interest）が、課税繰延を認める根拠の中核をなしている²⁷⁾。

これらの点から「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考えられる²⁸⁾ので、組織再編税制は、法人段階を中心に適格合併の要件を規定している。ここで重要な点は、グループ外の合併の場合には、岡村教授の指摘するように譲渡損益の課税の繰延を認める根拠として、被合併法人によるその資産の支配が継続しているという理論構成が出来ないことである。そのため、法人段階の課税の繰延を説明するため、アメリカの組織再編についての課税繰延の概念であるCOI原則が採り込まれている。つまり合併の対価が合併法人の株式又は合併親法人株式のみを前提としていること、及び法人税法施行令第4条の2第4項5号に規定する株式継続保有要件である。なお、この規定は株主等の数が50人以上の場合には、その執行上管理が困難であることなど

から要求されない。ただし、交付を受けるのは株式の種類は問わないが、継続保有する株式については、議決権付株式のうち80%以上を要件としている点に注意を要する。この点について、アメリカのCOI原則の議論を参考に、課税を繰り延べるための対価が、合併法人の株式又は合併親法人の株式のみが交付されること、及び株式の継続保有要件だけが法人段階の課税の繰延を理論づけるために正しいのではなく、実は議決権付株式を合併の対価として交付することが重要であることを考察する。

2章 アメリカの組織再編

2-1 アメリカの組織再編 (reorganization) の規定

アメリカはコモン・ローの法体系の国であり、制定法とともに、判例の役割が非常に重要である²⁹⁾ということを認識しておかなければならない。一方、日本は租税法律主義が貫徹されており、明文上の規定が必須である。

アメリカの内国歳入法典では、組織再編に関する規定を、§ 368に置いている。§ 368では、非課税の組織再編の規定を、AからGまでの7種類を次のように、定めている³⁰⁾。

A型 (Type A) : 法人の合併 (吸収合併および新設合併)

B型 (Type B) : 株式と株式の交換 (他者を傘下に収めるため自社議決権付株式を交付)

C型 (Type C) : 株式と資産の交換 (他社が有する資産を取得するために自社株式 (もしくは親会社株式) を交付)

D型 (Type D) : 資産と株式の交換 (自社が有する資産を他社に移転し、他社の株式を取得する場合。法人の分割にも利用可能)

E型 (Type E) : 資本の再編 (旧社債と引換えに株式を発行など)

F型 (Type F) : 単なる法律上の形式の変更 (商号変更、設立州の変更な

ど)

G型 (Type G) : 破産処理に伴う他法人への資産の移転

つまり、以上の7種類のいずれかに該当すれば、組織再編 (非課税としての組織再編成) の形式要件を満たすことになる。しかし、適格組織再編成になるには、さらに、司法上の事業目的の原則 (business-purpose doctrine)、段階取引の原則 (step transaction doctrine)、投資持分の原則 (continuity of interest doctrine) を満たさなければならない³¹⁾。ここで注意を要するのは、アメリカでは適格組織再編成のこれらの要件を充たした場合、原則が非課税としての組織再編成に該当し、我が国の原則が課税で、例外処理として課税の繰延を認めている点とに相違がある。そして7種類の組織再編のうち、A、B、C型のみが、他の法人による被買収法人の資産又は株式の買収についての規定である。これらの組織再編に該当すれば、株主側については、§ 354、§ 356の規定で、一方、法人側については、§ 361により原則として、所得も損失も認識されない。

これらの要件が満たされない場合には、株式と資産の交換、並びに株式と株式の交換及び譲渡は、損益を認識する取扱い³²⁾になる。

アメリカは連邦制であり、各州にそれぞれの会社法が定められている。そのため、州をまたぐ合併などの場合、その適用が困難な場合も多い。そこで、組織再編成では、州法に依拠しない事実上の合併といわれる上記のC型や株式の支配によるB型の規定などが税法独自に定められているのである。また、法人の設立に関する規定である現物出資と分社型分割については§ 351³³⁾による。

また、分割型分割については租税回避に利用されることを避けるため§ 355に厳格な規定を置いている。

ここで、日本とアメリカとの法体系の違いを整理しておく。日本では、法人税法62条以下に合併、分割、現物出資、事後設立及び株式交換を組織再編税制として規定している。一方、アメリカでは§ 351で現物出資及び

分社型分割を法人の設立に関する規定として、§ 368で合併、株式交換などを組織再編として、§ 355で組織再編のうち分割型分割をそれぞれ規定している。

2-2 投資の継続 (continuity of investment) と COI原則 (continuity of interest doctrine)³⁴⁾

アメリカの税制のうち、法人設立に関する課税繰延は以下の考え方に基づくものである。つまり、所得税の理論上問題となる「利得なき所得」への課税を、実際上の不適当な影響を考慮して立法政策的に除外している。それは市場価値の有無や現金化の可能性というのは所得の要素ではないことが前提にある。それは、財産の出資による株式の取得という法人設立取引がこの所有の形式的変更にすぎないこと、つまり投資が継続しているととらえることが立法措置の中心であり、このことが実定法の要件を形成するものと見なければならぬ³⁵⁾として、投資の継続により課税の繰延が認められている。

一方、組織再編に関するCOI原則は判例の形成により確立された³⁶⁾が、合併の対価の量の問題については明確な基準を形成していない。判例法として発達してきた投資持分継続の原則が、アメリカの現行法では、次のような形でA型、B型、C型にそれぞれ取り込まれていると渡辺教授は指摘する³⁷⁾。

現行A型は「制定法上の吸収合併又は新設合併」という内容であり、1926年歳入法 § 203(h)(1)(A)の本文をほぼ引き継いでいるので、現在でもなお、判例法としてのCOI原理が直接に適用される分野といえる。

現行B型は、株式交換による法人取得行為であるが、その際に交付される対価は、取得法人 (acquiring corporation) の議決権株式のみとされる。すなわちB型とは、対象法人 (target corporation) の株式と取得法人の議決権株式との交換取引であり、それによって、取得法人が対象法人

の80%支配権を獲得する行為なのである。交付対価を議決権株式に限るという要件は、COI原理の具体化である。なお、B型は一切の非適格資産（boot）が許されないから、現金や社債などが交付されると、組織再編成そのものが非適格なものになってしまう。その意味では、組織再編成のなかでも、非常に厳格なCOIが要求されるタイプといえよう。

現行C型とは、取得法人が、対象法人の実質的にすべての資産を取得する行為をいう。資産取得の際に、対価として認められるのは、原則として取得法人の議決権株式のみであり、ここに、COIの要請をみることができる。

もっとも、C型は次の2点において、条文上のCOIがB型よりも緩和されている。まず、議決権株式以外の対価を認めないB型とは異なり、C型では、対価の20%までなら非適格資産の交付が許されている。次に、対価が議決権株式だけの場合（非適格資産の交付がない場合）は、取得法人による対象法人債務の引受が、組織再編成の認定にあたり無視される。つまり、債務引受（あるいは債務に服した資産の受入れ）という形で支払われる実質的な対価は、非適格資産を構成しないのである。ただし、これは議決権株式だけが交付されている場合に限られていて、もし現金等の非適格資産が交付された場合は、当該債務引受額までもが非適格資産に算入されて、上記の20%制限に服することになる。

このように、COIは、組織再編成における課税繰延扱いの根拠となる概念である。すなわち、株主の投資持分（interest）が継続していることに、実質的な「投資の継続（continuity of investment）」を見いだすのである³⁸⁾。

したがって、A型の組織再編として、課税の繰延が認められるには、形式要件のほかに、判例法上のCOI原則を充たすことが、重要視されるのである。

3章 COI原則についての検討

3-1 COI原則についての議論

アメリカでも、権利関係の継続と並んで、法人段階での事業継続性（continuity of business enterprises）が要件とされており、近年、その比重が増大している³⁹⁾という傾向があるため、投資持分継続性の原則に批判的な立場の論文⁴⁰⁾からA型の組織再編におけるCOI原則の問題点を検討する。この論文は、単なる形式の変化である合併と通常の売却を区別することが出来ない根拠のひとつとして、対象法人株主が受け取る合併対価の「質」の問題を指摘している。重要な論点なので少し詳しく内容を見ることにする。「投資持分の継続の原則は、対象法人の株主が十分な、実体のある、明確な合併法人の中の投資持分を受領することを要求する。しかしながら、その原則は、組織再編における対象法人株主が、この手段の特徴を示すどんなに取るに足りない株式であろうとも、株式というラベルを身にまとう合併法人からの道具を受領することをただ単に要求するだけである。合併法人株式のいかなる優先株と等しいタイプが、投資持分継続性の原則になかった対価としての機能を果たすだろう。普通株とは対照的な優先株。それは所有者が一般に合併法人から固定の配当を受け取り、そして合併法人の経済発展の将来性について関与しない。裁判所及び内国歳入庁は、対象法人株主が、いつでも合併法人によって現金で償還できる合併法人の議決権のない優先株と現金から成る合併の対価を受け取るという合併法人の中の十分な量の投資持分を継続し続けるなら適格の要件を満たしてもよいとしている。税法は、投資持分の継続性の検証をするとき、非適格優先株式と呼ばれるものを、合併法人の中の十分な量の株式持分として取り扱う。連邦議会は、対象法人株主が、合併の際、それを受け取るとき、負債と大変似ているものである株式の一種と考える。株主は、それに課税

される。それなのに、税法は、非適格優先株式を対象会社株主が、合併法人の中に投資持分を継続するかどうかを決定する株式として尊重する。合併法人の架空の株式（すなわち、議決権のない強制償還優先株式）と、合併法人の長期借入金の取扱いとの対比は、特筆すべきである。裁判所は、合併法人の100年社債が十分な量の継続を提供しないと判示した。これらの債務性の持分の種類の受領は、たいていは、従前の対象法人株主が株式を受け取ることに比べて、以前の対象法人の資産に関する重要な投資持分の継続を維持することを強いるのはなおさらである。しかし、100年社債は、必須の株式というラベルを身に付けていないという理由で、合併法人の中で十分な量の投資持分の継続を前の対象法人株主に与えるものとしてみなされない。合併法人の中で所有者の投資持分の唯一の存続力のある形式としての株式に関して、投資持分の継続性の過剰な関心の焦点は、その架空を増加させる。多くの場合、組織再編において対象法人株主が受け取る合併法人株式は、明確な株式としての特徴を含まない」として、対価は議決権付の株式でなければ支配の継続が認められない点を強調し、事業の継続が組織再編において課税を繰り延べるため重要であることを主張している。

この主張は、アメリカのA型の組織再編の矛盾を鋭く指摘している。つまり、組織再編は形式要件を満たしても、司法上のCOI原則を充たさなければならない。このCOI原則は、制定法上（州法に基づく）のA型組織再編では、現在でも大きな司法上の判断となっているが、この点に関して、岡村教授は、今日、投資の継続性要件はその影響力を失い、したがって組織再編が認められる範囲が拡大している。特にこれを明確に示しているのが、98年に改正された投資の継続性に関する規則であるReg. § 1.368-1(e)⁴¹⁾である⁴²⁾と指摘されている。我が国の課税関係を検討する上で参考になるのが、対価の「質」と「量」の議論だ。合併対価の柔軟化を私法が容認する中で、その「質」と「量」を、税法としてどのように対処すべきかが、

組織再編税制での課税繰延の重要なメルクマールを示すものと考えられる。

3-2 支配の概念

ここで、株式に表章される権利とは何かについて整理する。株主は株式会社に金銭又は現物出資をして株式を取得する。この株式の取得により、株式会社との間に所有者としての関係を持続する。そして株主平等の原則により、保有する株式の内容と数に応じて、平等に取り扱われる⁴³⁾。この規定は同時に、異なる種類の株式であれば、平等に扱わないことも可能であることも意味している⁴⁴⁾。一方、株主の責任は、株式の出資を上限とする株主有限責任が定められている⁴⁵⁾。この株式に表章される権利とは以下に示すとおりである。i 議決権（会社法308条1項）、ii 残余財産分配請求権（会社法504条3項）、iii 剰余金配当請求権（会社法454条3項）、iv 株主総会議事録等の閲覧謄写請求権（会社法318条4項）、v 代表訴訟提起権（会社法847条1項）。これらのうち、i～iiiが株主の最も基本的な権利である。そして、持分の比率により合併などの特別決議事項（会社法309条2項）が定められている。

さらに、会社は会社法第108条により異なる定めをした次の内容の異なる2以上の種類の株式（種類株式）を発行することができると規定している。ただし、委員会設置会社及び公開会社は、第9号に掲げる事項についての定めがある種類の株式を発行することができない。1 剰余金の配当、2 残余財産の分配、3 株主総会において議決権を行使することができる事項、4 譲渡による当該種類の株式の取得について当該株式会社の承認を要すること、5 当該種類の株式について、株主が当該株式会社に対してその取得を請求することができること、6 当該種類の株式について、当該株式会社が一定の事由が生じたことを条件としてこれを取得することができること、7 当該種類の株式について、当該株式会社が株主

総会の決議によってその全部を取得すること、8 株主総会（取締役会設置会社にあつては株主総会又は取締役会、清算人会設置会社（第478条第6項に規定する清算人会設置会社をいう。以下この条において同じ。）にあつては株主総会又は清算人会）において決議すべき事項のうち、当該決議のほか、当該種類の株式の種類株主を構成員とする種類株主総会の決議があることを必要とするもの、9 当該種類の株式の種類株主を構成員とする種類株主総会において取締役又は監査役を選任すること。

以上を踏まえて法人税法では、会社法に規定する株式に表章される権利をどのように捉えているかを検討する。この場合、次に示すように株式の持分比率により、支配の概念を構成している。例えば、家族の構成員やその特殊関係者によって支配される閉鎖的な法人を同族会社として規定⁴⁶⁾し、同族会社の行為計算の否認規定⁴⁷⁾が設けられている。この場合の支配は、3人以下並びにこれらと政令で定める特殊の関係のある個人及び法人がその会社の発行済株式又は出資の総数又は総額の50%を超える数又は金額の株式又は出資を有する場合その他政令で定める場合をいう。また、その関連規定として法人税法施行令第119条の2第2項2号には、法人の特殊関係株主等がその法人の発行済株式又は出資の総数又は総額の20%以上を有する場合として企業支配株式が定義されている。なお、最近の判例においてもオープンシャホールディング事件⁴⁸⁾の判旨で、上告人はA社の唯一の株主であったというのであるから、第三者割当により同社の新株の発行を行うかを自由に決定することができる立場にあり、著しく有利な価額による第三者割当増資を同社に行わせることによって、その保有する同社株式に表章された同社の資産価値を、同株式から切り離して、対価を得ることなく第三者に移転させることができたものといえる……したがって、この資産価値の移転は、上告人の支配の及ばない外的要因によって生じたものではないとして株式による法人の支配をその第一段階において理論構成し、なおかつ、第三者との合意があったことを次に認定し、

直接の取引ではないが、経済的価値の移転に対して法人税法22条2項を適用した。この場合における支配とは、100%の持分による議決権付株式を通じたものであることは明らかである。これらの点から、法人税法での支配の概念とは、議決権付株式を通じたものであると考えられる。

さらに、組織再編税制は、法人税法施行令第4条の2第3項2号で、合併前の合併法人と被合併法人との株式保有関係が50%超の株式を「支配株式」と明示している。グループ内企業の合併の場合は、合併会社が株式に表章される権利を通じて被合併会社を支配していたのであり、合併後においてもその支配の継続が認められるため適格合併の要件が緩やかになっている。一方、グループ外企業の合併の場合は、被合併会社は合併後消滅するので支配の継続は観念できない。そこで、実務執行上の問題から株主が50人未満の場合に限られているが、被合併法人の株主等が発行済株式の80%以上を継続保有しなければならない。この株式による支配の概念で重要な点は、法人税法施行令第4条の2第4項5号において株式の継続保有が要求されているのは議決権付株式だけということである。つまり、議決権なし株式は継続保有が要求されていないが、対価の質としては株式なので適格合併の要件を充たす。支配の継続の観点から、明らかに議決権付株式と議決権なし株式の区別をしていると考えられる。

さらに会社法ではいわゆる「合併等対価の柔軟化」により存続会社等の株式を交付せず金銭その他の財産を合併の対価として用いることを認めたため、対価として長期社債が交付された場合、その経済的実質は議決権のない配当優先株式との違いを認めることは難しい。確かに社債の法的性質は金銭債権であり、会社にとっては債務（debt）であるが、株式は持分（equity）であり、株主は前述の株式に表章される権利を有する点で異なる。ところが、両者とも安定的な利息又は配当を得ようとする点では同様であり、かつ、会社に対する支配力がない点でも共通する。以上の理由で、「支配の継続」は、議決権付株式にしか認められないことは明らかで

ある。

3-3 おわりに

伊藤園のケースのように、今後、種類株式の上場が増加するだろう。そして資本と負債の区別があいまいな混合証券が増えるかもしれない。現在のような株式相場が乱高下する不安定な経済状況では、企業再編の重要度が高まる。その際、組織再編税制では株式であればどのような種類でも適格対価として認めるのだろうか。この点は、まだ現実の問題として生じていないが、近い将来起こることはアメリカの経験からも十分予想できる。つまり組織再編税制の基本的な考え方でいう支配の継続は、株式に表章される権利である議決権に求められると考える。グループ外企業の合併では、株主が50人以上の場合は株式の継続保有を要件としていない。そのため、税法上、課税の繰延を認める適格合併と売却の区別をするためにも、合併の対価は議決権付株式に限るべきである。その上で、企業が機動的に組織再編を行えるようにするため、交換で認められている交換差金のような適格対価の量の問題を議論すべきである。その量については、支配の概念で考察したように持分比率により、その概念が変化するが、株式継続保有との整合性から20%までの対価は議決権付株式以外の非適格資産を容認してもよいのではないかとすることを提案する。

【脚 注】

- 1) 日経新聞 2007年9月4日付朝刊
- 2) ソニーが2001年5月、グループ内の子会社であるソニーコミュニケーションネットワークの業績とその価値が連動する株式としてトラッキングストックを発行している
- 3) 種類株式の評価の最近の研究として、渋谷雅弘「種類株式の評価」『租税法の基本問題』有斐閣674～693頁（2007）
- 4) 旧商法222条1項

- 5) 会社法749条1項2号、751条1項3号。平成18年5月に会社法は施行されたが、外資による敵対的買収の警戒感から、合併等対価の柔軟化については、会社法附則4項により、1年遅らせる措置がとられた
- 6) 法人税法第2条12の8
- 7) 三角合併に対応するため、2007年改正で、合併親法人株式も適格対価の要件を充たすようになった
- 8) 会社法において設けられた株式に係る剰余金の配当として交付がされた金銭その他の資産及び合併に反対するその株主等に対するその買取請求に基づく対価として交付がされる金銭その他の資産に対応するため、税法でも合併により取得した株式の取得価額について、合併法人の株式以外の資産が交付された場合であっても譲渡益課税がなされずに取得価額の付替え計算が行われる範囲が平成18年改正によって追加された。関連規定は、法人税法第2条12号の8、法人税法第61条の2第2項、法人税法施行令第119条1項5号、所得税法施行令第112条である。本稿では、この点については、以後はこの改正が行われたことは認識済みとして、被合併法人の株主が、株式の譲渡益課税を受けない場合は、現行法の原則における合併法人株式に限るという表現を用いることとする
- 9) 株主が内国法人の場合は法人税法第24条1項1号括弧書、個人の場合は所得税法25条1項1号括弧書
- 10) 株主が内国法人の場合は法人税法第24条1項1号、法人税法施行令第23条1項1号、個人の場合は所得税法25条1項1号、所得税法施行令第61条2項1号
- 11) 株主が内国法人の場合は法人税法第61条の2第1項、個人の場合は租税特別措置法第37条の10第3項1号
- 12) 株主が内国法人の場合は法人税法第61条の2第2項、個人の場合は租税特別措置法第37条の10第3項1号、所得税法施行令第112条
- 13) 岡村忠生『法人税法講義』第2版 成文堂316頁(2006)
- 14) 法人税法第62条
- 15) 適格要件の規定は、法人税法第2条12号の8、法人税法施行令第4条の2
- 16) 金子宏『租税法第十一版』弘文堂174頁(2006)
- 17) 神田秀樹『会社法第八版』弘文堂295頁(2006)
- 18) 税制調査会「会社分割・合併等の企業組織再編成に係る税制の基本的考え方」2000年10月3日 <http://www.mof.go.jp/singikai/zeicho/top.htm> 2006/12/25 access
- 19) reorganizationの訳については、水野教授は、『アメリカ法人税法の法的構造』有斐閣(1988)の中で、組織変更と訳されているが、本稿では、会社法改正前の商法での有限会社から株式会社になった場合等の組織変更と区別するため、組織再編又は文脈により組織再編成と訳すことにする。ただし、他の文献を引用する場合は、組織変更の訳をそのまま使用する場合もあるが、本稿においては、組織再編の意味で使用していることとする
- 20) 水野忠恒『租税法』第2版 有斐閣 420頁(2005)
- 21) 金子前掲(注16) 174頁
- 22) 神田前掲(注17) 312~313頁によると、一般に、会社分割の対価となる株式等が分割会社に交付される場合を「物的分割」又は「分社型分割」、分割会社の株主に交付される場合を「人的分割」又は「分割型分割」と呼ぶ。両者をミックスして、分割の対価の一部を分割会社に残り、分割会社の株主に交付することも認められる。会社法は、人的分割の場

合には、対価はいったん分割会社に交付され、それが分割会社からその株主に剰余金の配当（金銭以外の場合は現物配当）とされると構成することとした。その結果、会社法のもとでは、会社分割とは改正前商法のもとでの物的分割を意味する。これに対し、金子宏『租税法第十一版』875～876頁弘文堂（2006）によると、平成13年度改正で導入された企業分割税制は、アメリカの企業再編税制の例にならい、分割承継法人は分割法人を経由して分割法人の株主にその新株等を交付するという構成をとった（62条1項後段、62条の2第1項後段）。したがって、会社法の構成と法人税法の構成は基本的に一致することになった

- 23) 水野前掲（注20）211～212頁
- 24) キャピタル・ゲインに対する課税の議論については、金子宏『課税単位及び譲渡所得の研究』有斐閣89頁以下（1996）によると、(1)キャピタル・ゲインが概念上そもそも所得に含まれるかどうかという問題 (2)キャピタル・ゲインは、貨幣価値の下落ないし物価上昇による資産価値の名目的増加にすぎないから、それに課税するのは不合理ではないか、という議論 (3)キャピタル・ゲイン、特に譲渡所得に対して課税すると、資産の移転が妨げられ、投資活動一ひいては経済発展に好ましくない影響を与える、という議論が挙げられている
- 25) 固定資産の交換の場合の譲渡所得の特例の沿革と要旨については武田昌輔編著『DHC コメントール所得税法』第一法規 4262～4263頁
- 26) 岡村前掲（注13）312～313頁
- 27) 岡村前掲（注13）315頁
- 28) 水野前掲（注20）420頁
- 29) 中田信正『アメリカ税務会計論』中央経済社 307頁（1989）
- 30) 伊藤公哉『アメリカ連邦税法』第3版 中央経済社 482頁（2005）
- 31) Bittker&Eustice, Federal Income Taxation of Corporations & Shareholders ¶12.03 (7th ed.2000)
- 32) IRC § 1001, Reg. § 1-1002-1(a)
- 33) IRC § 351 法人の設立に関して現物出資を行った場合、含み益のある資産については原則として市場価格と税務簿価の差額は課税所得となるが、次の条件を満たせば投資が継続しているとして課税の繰延が認められる。
 - i、出資者が所有する資産と交換に会社が発行する株式のみを受領すること。
 - ii、交換の直後に、当該出資者が会社を支配していること。この場合の支配とは議決権付株式の80%以上とそれ以外の株式の80%以上を所有していること。
 - iii、出資者も会社も交換による利益を認識しないこと。つまり現物出資された資産の簿価を会社が引き継ぐこと
- 34) Interestの訳については、渡辺徹也『企業組織再編成と課税』弘文堂55～56頁（2006）の中で、日本の代表的な租税法研究者の訳を紹介されているが、本稿では、基本的に渡辺教授の「投資持分」を採用する。
- 35) 水野忠恒『アメリカ法人税の法的構造』有斐閣25～26頁（1988）
- 36) 判例の形成に関しては、西本靖宏「法人組織変更における投資利益継続性の法理（上）」大分大学経済論集 第53巻第1号（2001）参照
- 37) 渡辺前掲（注34）64～65頁

- 38) 渡辺前掲 (注34) 81頁
- 39) 岡村前掲 (注13) 316頁の脚注 (2006)
- 40) Joshua D. Blank 「CONFRONTING CONTINUITY: A TRADITION OF FICTION IN CORPORATE REORGANIZATIONS」 2006 COLUM. BUS. L. REV. 1
http://www.lexis.com/research/retrieve/frames?_m=d116f77b17d7548d6790604275ca5028&csvc=bl&cform=bool&_fmtstr=FULL&docnum=1&_startdoc=1&wchp=dGLzVzz-zSkAl&_md5=0f7d35a7f6daa6971b35242ef7b6d031 2007/01/02 access
- 41) Reg. § 1.368-1(e)の内容は、合併後において親会社株式を第三者に売却しても、COIの判断については、その売却を無視するというものである。これにより、制定法では明確な基準が定められていなかった合併後いつまで、株主が保有しなければならないという論点は解消された。そのため株主が受け取る「質」と「量」について重視されると解される。
- 42) 岡村忠生「法人清算・取得課税におけるインサイド・ベイスとアウトサイド・ベイス」260～261頁 法学論叢 第148巻第5・6号 (2001)
- 43) 会社法109条1項
- 44) 近藤光男・志谷匡史『新版 改正株式会社法Ⅳ』弘文堂601頁 (2006)
- 45) 会社法104条
- 46) 法人税法第2条10号
- 47) 法人税法第132条
- 48) 最高裁判所第三小法廷平成16年 (行ヒ) 第128号 平成18年1月24日判決