

分社化の手法と 連結納税制度

増井良啓◎東京大学法学部助教授

1 はじめに

連結納税制度をめぐる検討が本格化してきた。1998年12月の税制調査会「平成11年度の税制改正に関する答申」では、「法人課税の体系全般に及ぶ検討を行う必要があり、まずは、専門的・実務的な観点から、法人課税小委員会において本格的な分析・検討を行うことが適当と考えます」とされた。同年12月16日の自民党「平成11年度税制改正大綱」では、「本格的な連結納税制度の導入を前提として、わが国の企業経営の実態や連結財務諸表制度の実施状況を十分に見極めながら、諸外国の制度の状況をも勘案しつつ、専門的・実務的な検討を開始する」とされ、「2001年を目途に連結納税制度の導入を目指すこととする」と明記された。同年12月20日の大蔵省「平成11年度税制改正の大綱」では「連結納税制度については、専門的・実務的な観点から、本格的な分析・検討を行う」とされ、これと同一の文が1999年1月12日の閣議決定で「平成11年度税制改正の要綱」に盛り込まれた。

連結納税制度のひとつの重要なねらいは、分社化の促進にある。1998年9月16日の経団連「平成11年度税制改正に関する提言」は、

連結納税制度の導入提言の理由として、「現行制度を分社化による戦略的な経営に対してより中立的なものに改めること」をあげている。同様に、1998年9月の日経連「平成11年度税制改正に関する要望」も、「連結納税制度が導入されることによって多角的な子会社の設立が促進されれば、構造変化に直面するわが国企業が行う新規事業の開拓や雇用の維持・安定に向けた努力を側面から支援するものと考えられる」としている。

そこで、本稿では、親子会社の損益通算という観点から分社化のさまざまな手法を整理し、連結納税制度と比較することにした。

以下では、法人所得税の課税ベースや税率に関する基本構造を与件として議論を進める。もちろん、より広範な租税政策上の問題を論ずることも、重要な課題である。たとえば最近、課税の中立性の観点から、より根本的な課税ベースの変更を伴う「連結キャッシュ・フロー法人税」の構想が提案されている（横山彰「連結納税とキャッシュ・フロー」税経通信54巻8号24頁（1999））。このような点については、別の機会に論じたい。

なお、本稿は、増井良啓「法人税の課税単位」租税法研究25号62頁（1997）の続編である。

2 分社化の手法

企業と市場を分かち境界とは何か、そしてその境界がどのように決まるかについては、興味深い理論が展開されている（伊藤秀史・林田修「企業の境界——分社化と権限委譲」伊藤秀史編『日本の企業システム』153頁（1996）、藤田友敬「契約と組織——契約的企业観と会社法」ジュリスト1126号133頁（1998））。ここではかりに、最も広い意味で分社化という言葉を用いておくことにしよう。その場合、分社化には、大きく分けてふたつのものがあることになる。

ひとつは、いわゆる「社内分社化」である。「会社の中で分社する」というと、概念矛盾のような印象を与えるが、会社の内部において組織を再編することは、頻繁に行われている。この場合、ひとつの会社の中に、独立性をもった複数の事業部ないし社内カンパニーが存在することになる。たとえば、日経新聞1999年5月6日夕刊一面「研究開発を社内分社化」によると、ソニーは、1999年4月1日付けで、社内カンパニーを10から4に統合し、各カンパニーの事業範囲と権限を拡大した。そして、それに対応して、これまで本社直轄だった研究所のうち、4研究所を、担当分野所管のカンパニーの傘下に移した。研究所を各社内カンパニーの下に置いた（「社内分社化」した）のは、商品開発機能を強化するためである。

社内分社化の場合、各事業部は会社法上あくまで会社の一部にとどまるのであり、事業部それ自体には法人格がない。法人税法上も、ある事業部の黒字は、別の事業部の赤字と通算され、あわさって会社の所得が計算される。したがって、連結納税制度が導入されなくて

も、ある事業と別の事業の間で損益通算が可能である。

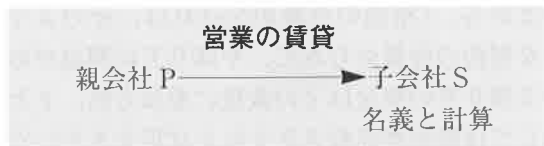
いまひとつは、「社外分社化」である。通例分社化というと、本体会社の事業の一部を社外に出すこと、すなわち社外分社化を意味することがほとんどである。典型的には、完全子会社を設立し、これまで社内にあった事業部をまるごと現物出資する。この場合、本体の親会社と、分社化した完全子会社とは、法律上も別の法人格をもつ。完全子会社が倒産した場合には、親会社は、出資の範囲でしか子会社の債権者に対して責任を負わない（株主の有限責任）。また、法人税法上、親会社と子会社の所得は別々に計算され、子会社の赤字と親会社の黒字は通算されない（個別法人単位の規律）。連結納税制度の導入論は、このような形態の社外分社化を念頭において、親子会社で損益通算を認めるべきだと主張しているのである。

ところで、社外分社化の手法は、完全子会社への現物出資に限られない。实例をあまり見聞しないけれども、商法245条1項2号からは、営業の賃貸、営業の経営委任、損益共通契約といった契約上の手法が可能であるように読める。また、事業信託や、匿名組合契約といった手法もありえよう。さらに、日本の現行法上は存在しない制度であるが、いわゆるLLC（limited liability company 有限責任会社）の利用も、連結納税制度に劣らず興味深い手法である。われわれが分社化の形をイメージするとき、このような多様な手法がありうることを忘れがちである。以下、これらの手法をとった場合、法人税法上はたして損益通算が認められるか否かを、簡単に見てみよう。

3 賃貸方式

親会社Pは、スポーツ用品全般を開発・製造・販売する会社である。Pが、その登山用具部門を、完全子会社Sに賃貸する。賃借会社Sは、自己の名をもって、自己の計算において、登山用具部門を運営し、雇用を継続し、特許権を管理する。Pにしてみれば、営業の一部が自らの支配を離脱し、社外に出ていったことになる。

例1 賃貸方式



商法245条1項2号は、会社が「営業の全部の賃貸」をする場合、株主総会の特別決議による必要があるとしている。「営業の全部の賃貸」に反対の株主には、株式買取請求権が認められている（商法245条の2）。商法245条1項2号が明示的に定めているのは、営業の「全部の」賃貸についてである。その反対解釈として、この例のような営業の「一部の」賃貸については、特別決議が不要であることになる。株主総会の決議事項は、商法あるいは定款に定める事項に限られているから（商法230条の10）、定款に明記しない限り、取締役会限りで「一部の」賃貸を行うことができる（なお商法260条2項を参照）。なお、営業の一部を社外に出す場合特別決議が不要であるというこの解釈については、後述の4・5・6の場合についても共通する。

営業の賃貸の法的性質は、民法上の賃貸借契約であると解されている（落合誠一『新版注釈会社法（5）』274頁〔上柳克郎ほか編〕

（1986））。営業の賃貸会社Pは、賃貸借期間中その営業につき賃借会社Sに使用・収益させる義務を負う（民法601条）。賃借会社Sは、賃貸会社Pに対して、賃料の支払義務を負う。

経営賃貸借の実例は少ない。ゴルフ練習場の使用につき、経営委任でなく賃貸借であると契約を解釈した裁判例が存在する程度である（東京高判昭和59年10月30日判例時報1137号58頁）。

では、法人税法上、賃貸された営業から生ずる損益は、P Sのいずれに帰属するか。登山用具部門を構成するさまざまな資産に対する所有権がPにとどまっていると考えれば、Pに帰属するという考え方もありうる。しかし、Sが自己の名をもって自己の計算において登山用具部門を管理運営していることからすれば、名義と計算の両面からして、営業から生ずる損益はまさしくSの所得とみるべきではないか。実際の結論は契約条件に照らして判断する以外にないが、考え方の基本線はこのようなことになろう。なお、本来想定されていた局面とは異なるが、リース取引に関する法人税法施行令136条の3の適用も問題となりうる。

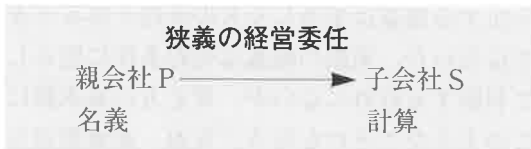
仮にSに損益が帰属するものとされたならば、賃貸方式によって分社化された営業から生ずる損益は、P本体の損益と通算できない。

4 狭義の経営委任方式

親会社Pが、水泳用具部門につき、完全子会社Sに経営を委任したものとす。経営委任は、営業経営の損益が私法上誰のものになるかによって、ふたつに分かれる。ひとつは、営業経営の損益が受任会社Sのものになる場合であって、これを狭義の経営委任という。いまひとつは、営業経営の損益が委託会社Pのものになる場合であって、これが5で後述する経営管理契約である。

ここではまず、狭義の経営委任によって分社化を行う場合をみてみよう。

例2 狭義の経営委任方式



狭義の経営委任の法的形式は、民法上の委任契約の一種である。だが、その実質はむしろ、3でみた営業の賃貸借に近いものが多いといわれる（落合・前掲275頁）。すなわち、Sは、Pから広範な包括的代理権を与えられ、Sは自己の計算で自己の裁量に従って経営を行う。Pは、Sから一定の報酬支払ないし配当保証の約束を受ける。ただし、営業の賃貸借と異なる点として、Sは、自己の名をもってではなく、Pの名をもって営業を行う。こうして、狭義の経営委任の契約内容の中核は、受任者が委任会社の名において、委任会社の営業経営の全権を自己のために行使しうることにあるとされる。

狭義の経営委任の実例も、きわめて珍しい。裁判例の中には、株主が一人だけのタクシー会社が、その取締役に経営を委任した場合に

つき、商法234条1項2号に定める株主総会の特別決議がなくても経営委任契約が有効であるとしたものがある（京都地判昭和61年5月7日判例時報1204号144頁）。ただし、この判決自体は、当該契約をもって、会社X・一人株主A・取締役Yの3者が締結したものと見ている。また、当該経営委任契約は、「実質上、YがAの個人企業ともいべきXの企業体を、その所有者のAから・・・経営委託料（賃料）を支払って賃借したものであると認め得ないでもない」と判示している。その意味では、営業の賃貸借と近いものと判断されている。この判示については、経営委任契約と営業の賃貸借は実質的には同一であることから、「格別の合意がなければ、そのような契約の性質からみて、やはりXに利益がある限りその用途はYの裁量に委ねられ、Yとしては経営委託料さえ支払えば足りることなのであろう」と評されている（山下友信「判批」ジュリスト947号117頁（1989））。なお、裁判例の中には、商法245条1項2号の経営委任に該当しないとされた事例も報告されている（東京地判平成4年3月13日判例タイムズ805号170頁）。

それでは、狭義の経営委任にあたるこの設例につき、法人税法上、経営委任された営業から生ずる損益は、PSのいずれに帰属するか。営業の名義こそPのものであれ、Sは、自己の計算と裁量で水泳用具部門を経営している。法人税法11条は、収益の法律上帰属するとみられる者が単なる名義人であって、その収益を享受せず、その者以外の法人がその収益を享受する場合には、その収益は、これを享受する法人に帰属するものと定めている。したがって、仮にPが「収益の法律上帰属すると見られる者」にあたるとしても、Pが「単なる名義人」であって、Sが水泳用具部門の「収益を享受する者」である場合には、

収益はSに帰属することになりそうである。より厳密に言えば、この例が法人税法11条の適用場面であるか否かは、「収益の法律上帰属すると見られる者」が本当にPであるのかどうかによって異なる。この点や、「収益を享受する法人」が誰かという点については、委託料支払の方式や経営指揮のあり方、第三者に対する債務の引き継ぎ、従業員との雇用契約など、PS間の契約上の取決めがどうなっているかによって判断する以外にない。

もしSに損益が帰属するものとされたならば、この狭義の経営委任の例でも、分社化された営業から生ずる損益はP本体の損益と通算できないことになる。

5 経営管理契約方式

親会社Pが、水泳用具部門につき、完全子会社Sに経営を委任する。ここまでは4の設例と同じである。しかし、ここでは、契約上の取決めにより、営業経営の損益が委任会社Pのものになるよう定められていたとする。つまり、経営管理契約の場合である。

例3 経営管理契約方式

経営管理契約

親会社P —————▶ 子会社S
計算

この場合、水泳用具部門を経営するのは受任会社Sである。Sは、Pのために、Pの計算において、委任事務として営業経営を行う。あくまでPの計算においてであるから、水泳用具部門が好調で利益が生ずればPのものになるし、不調で損失が生ずればPの負担に帰する。Sは、経営の対価として、Pから所定の報酬を受け取る。なお、経営がPの名にお

いて行われるかSの名において行われるかを問わない。

一般的に、経営管理契約の法的性質は、通常の委任ないし準委任であるとする見解が多いが、雇傭契約類似の場合もないではないとされている（落合・前掲275頁）。経営管理契約の場合、狭義の経営委任の場合と同様、委任会社がみずから経営を行うことはない。ただし、経営管理契約が狭義の経営委任や営業の賃貸借と異なる点は、委任ないし準委任あるいは雇傭契約上の権利にもとづき、委任会社が指図権を保持していることである。指図権がPに残っているから、分社化といっても、本体からの切り離しの程度は不完全なものにとどまる。

では、この設例において、法人税法上、経営管理契約を締結したPS間のいずれに、営業の損益が帰属するか。契約の内容にもよるが、損益の帰属するのはPであるとみられる場合が多いであろう。水泳用具部門の経営はPの計算においてなされており、Sは経営管理に参画したにすぎないからである。仮に水泳用具部門の経営の名義がSにあったとしても、法人税法11条により、収益を享受する者であるPに収益が帰属するとみなされる可能性が高い。

もしPに損益が帰属するとされたならば、経営管理の対象とされた水泳用具部門から生ずる損益は、P本体の損益と通算できることになる。

6 組合方式

親会社Pが、野球用具部門につき、完全子会社Sと営業上の損益を共通にする契約を締結する。Pが野球用具部門に属する資産を組合財産として現物出資し、Sが若干の金銭を出資する。共同事業の形態をとるが、業務執行は選任した第三者に委ねる。契約上の取決めにより、一定の計算期間内における営業上の損益を合算し、その結果をP Sの間で4対1で分配するものと定めた。

例4 組合方式



組合の形をとる分社化の実例は、見当たらない。ただし、手掛かりがないわけではない。商法245条1項2号にいう「他人と営業上の損益全部を共通にする契約」の法的性質は、まさに民法上の組合であると解されている(落合・前掲276頁)。上の設例の場合、営業の一部である野球用具部門のみに限ってP S間で損益を共通にする契約であるから、上述のとおり株主総会の特別決議は不要である。

それでは法人税法上はどうか。一般的にあって、組合の損益は、出資者であるPとSにパス・スルー課税される。組合事業である野球用具部門の経営から利益が生ずれば、PとSの所得に計上される。組合事業から損失が生ずれば、PとSの所得計算上控除される。これが基本である(参照、法人税法基本通達14・1・1、14・1・2、平野嘉秋『パートナーシップの法務と税務』(1994))。

問題は、契約上定めた4対1の損益分配割

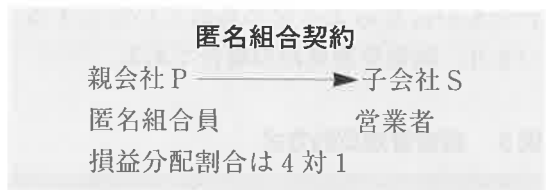
合が、法人税の課税上、そのまま是認されるかどうかである。先例はない。学説も分かれている(詳しくは増井良啓「組合損益の出資者への帰属」税務事例研究49巻47頁(1999)を参照)。

かりにこれが認められれば、野球用具部門から生ずる損益のうち5分の4は、P本体の事業から生ずる損益と通算できることになる。

7 匿名組合方式

親会社Pが匿名組合員として卓球用具部門を出資し、完全子会社Sを営業者として、営業から生ずる利益の分配を受ける旨の契約を締結する。匿名組合契約において、PとSは、卓球用具部門から利益が生ずれば4対1で分配を受け、損失が生ずれば4対1で負担する旨定めた。

例5 匿名組合方式



匿名組合員Pの出資は、営業者Sの財産に帰する(商法536条1項)。また、Pは、Sの行為につき、第三者に対して権利義務を有しない(同条2項)。出資が損失によって減じたときは、その填補の後でなければ、Pは利益配当を請求することができない(商法538条)。Pに対しては、合資会社の有限責任社員に関する商法の規定が準用されている(商法542条)。

法人税法上、匿名組合の場合も、民法上の任意組合と同様、パス・スルー課税される。

すなわち、法人が匿名組合員である場合、その匿名組合営業について生じた損益については、現実の分配・填補を問わず、その計算期間の末日の属する事業年度の益金・損金として計上する。また、法人が営業者である場合、匿名組合員に対して分配すべき利益の額または負担させるべき損失の額を控除した残額を、益金・損金に計上する。これが基本である（法人税法基本通達14・1・3）。

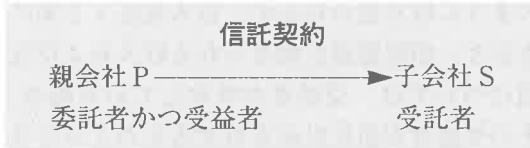
この取扱いの下では、設例のPは、卓球用具部門から生ずる損益のうち、5分の4を、本体の損益と通算できることになる。営業者のSは、残額の5分の1を益金・損金として計上する。

もっとも、このような形を用いた事業の分社化は、実例がないようである。これまで匿名組合が用いられてきたのは、リース債券小口化商品、商品ファンド、不良債権流動化スキーム、エンジェル投資、匿名組合型不動産事業、といったものである（さくら総合事務所編著『匿名組合の法律・会計税務と評価』（1997））。

8 信託方式

親会社Pが、サッカー用具部門に属する工場や研究所を完全子会社Sに移転し、管理をなさしめたものとする（信託法1条参照）。信託契約において、Pを委託者、Sを受託者、Pみずからを受益者とした。このサッカー用具部門から生ずる損益は、Pのものになる。受託者のSは、所定の報酬を受け取る。

例6 信託方式



現実には、信託の形式を用いた事業経営は、根づいていない。その一因は、信託法そのものにある。ある最近の論文は、「もっともスタンダードな信託法のテキストにおいては、信託財産として事業そのもの（事業経営権）を拠出することはできないとか、会社の代用となる信託形態をかりに認めるとしても、信託法理の上からも立法上ないし解釈上の手当を必要としよう、といった、信託を用いて事業を行うことに対し消極的とも解される記述が見受けられる」と現状認識し、「会社形態で行いようことを信託という法形式を用いて展開することは可能かどうか」という問題意識の下に、米独比較を行っている（神作裕之「信託を用いて行う事業——その可能性と限界——」信託法研究18号27頁（1994）、引用は28頁。引用文にいう「標準的な信託法の体系書」とは四宮和夫『信託法（新版）』（1989）のことである）。比較的実績のある信託の中で事業性の高いものとしては、かろうじて土地信託をあげることができようか（土地信託については、佐藤英明「不動産の信託に関する所得税法、租税特別措置法の適用関係」税務事例研究3号1頁（1989）、鴻常夫編『商事信託法制』317頁（1998））。ちなみに、オーストラリアではfamily trading trustという形態での小規模な事業の信託が行われているという（樋口範雄教授の口頭でのご教示による）。1980年代の租税立法上の手当てにつき、KREVER他、INCOME TAXATION 901（1989）。

では、信託法上ないし業法上の問題を捨象して、もし仮に設例のような形で事業財産の

9 LLC方式

一部が信託できたとする、法人税法上、どのように取り扱われるか。法人税法12条によると、信託財産に帰せられる収入および支出については、受益者が特定している場合、その受益者が信託財産を有するものとみなされる（佐藤英明「信託収益課税に関する基礎的一考察」金子宏編『所得課税の研究』103頁（1991）を参照）。この例でも、受益者はPと特定しているから、法人税法の適用上、Pが信託財産を有するものとみなされる。したがって、サッカー用具部門から生ずる損益は、Pに帰属することになりそうである。

もし以上のようにいえるとする、Sに移転したサッカー用具部門は、P本体の他の部門との間で、損益通算できることになる。

なお、米国の連邦所得税上は、団体（association）と認められる事業信託（business trust）は、法人として課税される（佐藤英明「法人と事業信託の分類基準——アメリカ法研究ノート——」ジュリスト998号114頁、1001号118頁（1992））。したがって、この場合、本体会社から切り分けられた事業経営体自体が、独立の納税義務者として法人課税の対象となる。さらに、これに当たらない信託についても、歴史上はやくから留保所得課税制度が展開し、現在のところ、「信託に留保される所得は個人の最高税率と一致する比例税率を適用する分離課税とする、というのにはほぼ等しいものとなっている」といわれる（佐藤英明「信託留保所得課税の立法論的検討」信託法研究23号29頁（1998）、引用は37頁）。

過剰設備解消を促す企業再編策として、最近脚光を浴びているのが、LLC（limited liability company 有限責任会社）である。日経新聞1999年5月1日朝刊第5面によると、日本鉄鋼連盟は、企業が共同で設備廃棄する手段として、この制度の立法化に期待しているという。

LLCは、1980年代末期から米国で展開した（マクナルティー「合衆国における法人税所得税統合の提案（下）」ジュリスト1039号125頁（1994））。LLCの魅力は、有限責任を享受する会社でありながら、法人税の納税義務者とならず、組合方式のパス・スルー課税を受けることができる点にあった。米国財務省は1996年にcheck-the-box regulationsを制定し、その結果、LLCについても、法人として課税されるかパートナーシップとして課税されるかが、原則として納税者の選択に委ねられることになった（小野傑・渡辺健樹「租税法上の法人概念と先端的金融商品及び国際課税」金子宏編『国際課税の理論と実務』359頁（1997））。

LLCの利用方法のひとつとして、米国では次のスキームが可能である（増井・前掲租税法研究25号注（27）、中里実『金融取引と課税——金融革命下の租税法』315頁（1998））。本体会社Pが、LLCの形態をとるT社を設立し、卓球用具部門を現物出資する。TにはP以外の社員は存在せず、Tは一人社員有限責任会社（single member LLC）となる。この場合、Tは、課税上存在しないもの（tax nothing）となり、Pの一部門として取り扱われる。

例7 LLC方式

親会社P → 子会社T
TはLLC

ある論者は、このスキームをもって、連結納税制度なしに連結納税制度と同様の効果をもたらすことができるものと指摘している (Axelrod, Are consolidated returns obsolete?, Tax Notes, January 8, 1997, 89). なぜなら、Tは個別の法人であるにもかかわらず法人所得税の課税対象とならず、Tの損益はそのままPにパス・スルー課税されるからである。これは、連結を認めたことと結果的に同じ効果である。

念のために付言しておけば、現在の日本には、LLCの制度は存在しない。ただし、平成10年には、「中小企業等投資事業有限責任組合契約に関する法律」が導入された。これに伴い有限責任組合員についても、基本的にパス・スルー課税が認められる旨通達で回答された (通商産業省中小企業庁振興課編『投資事業有限責任組合法』186頁 (1998)、佐藤英明「組合による投資と課税」税務事例研究50号掲載予定)。

10 おわりに

以上、分社化の手法を整理し、分社化された事業と本体の事業との間で損益通算が可能かどうか、簡単に検討した。現行法人税法の下で損益通算の可能性のありそうなのは、5の経営管理契約方式、6の組合方式、7の匿名組合方式、8の信託方式である。これらはいずれも契約上の手法であり、実際に損益通算が可能かどうかについては、契約内容に応じてさらに細かく議論しなければならない。また、組合方式における損益分配割合の効力

など、解釈上未解決の論点も数多い。さらに、法人税法上損益通算が可能であったとしても、私法上や業法上の観点から実行可能性があるか、ビジネスの上で使い勝手の良い手法に組み立てられるか、あるいは、会社関係者の利害調整の観点から問題はないかなど、検討すべき点は多々あろう。

しかし実は、そのような問題点の多くは、連結納税制度の設計にあたって同様に問題となる点である。そして何よりも、現状では、分社化と課税について議論するときに、特定の手法を前提とした連結納税制度のみに議論が集中し、他にありうる手法については全くといっていいほど検討が手薄である。これでは、健全な議論の仕方とは到底いえまい。とくに、企業法制の改革が加速化している現在、分社化といえれば完全子会社への現物出資だけをイメージしているだけでは、想像力の貧困を露呈するようなものである。昨今の急速な企業形態の多様化は、これまでの企業法の枠組みを問い直すものである (中東正文「企業形態」ジュリスト1155号106頁 (1999)。さらに参照、藤田友敬「企業形態と法」『岩波講座現代の法7 企業と法』35頁 (1998)、道垣内弘人「団体構成員の責任——『権利能力なき社団』論の現代的展開を求めて」ジュリスト1126号66頁 (1999))。それはまた、企業課税の枠組みにも重要な影響を与えている (金子宏「第7版の序」『租税法 (第7版)』1頁 (1999))。このような中で、より多様な手法に着目することが必要となっている。

ドイツにおける機関関係の法理は、初期の手さぐりの状態から、判例の手によって生成し展開した。自生的な法形成は、手持ちの駒を果敢に動かすことによってはじめて開始する。本稿の簡単な検討が、そのような議論を誘発する一助になれば幸いである。