

# 企業結合に対する租税法の制度的対応（一）

——ドイツ租税法における機関会社制度と組織再編税制を素材として——

手塚 貴大

- 一 はじめに
- 二 機関会社制度—連結申告—
  - (一) 企業グループに対する租税法の対応（以上、本号）
  - (二) 制度の諸問題—機関所得計算を中心に—
  - (三) 小括
- 二 組織再編税制
  - (一) 組織変更の諸形態と租税法の対応
  - (二) 損失引継とその否認
  - (三) 小括
- 四 企業結合と国際租税法
  - (一) 機関会社制度の国際的拡張の可能性
  - (二) 国際的組織再編税制
  - (三) 国際的法人税制の改革
  - (四) 小括
- 五 結語

一 はじめに

本稿ではドイツにおける企業結合税法に関する最近の法制度の概要とそれに関連する解釈論・租税政策論について、わが国の企業結合税法に係る特に立法論的寄与を獲得することを企図して、以下の要領で検討する。<sup>①</sup>

まず、ドイツの企業税法には人的企業（人的会社・個人企業）には所得課税、法人には法人課税がなされるという二元的構造がある。これはドイツ企業税法がいわゆる私法準拠主義を採用していることによる。すなわち、当該企業が私法上権利能力を有するか否かを企業課税方式の適用の基準としている。<sup>②</sup> 換言すれば、企業活動という経済活動の実態ではなく、私法上の法形態という基準をベースに企業課税制度が構築されており、経済的実態ではなく、法的形式が基準として採用されていると言える。そして、法人については特に分離原則（Trennungsprinzip）が妥当する。分離原則とは大きく分けて二つ意味があり、一つは「法人所得は即座に株主に帰属するのではなく、法人段階で課税に服し、配当（ドイツ所得税法二〇条一項一号）の段階で初めて株主に帰属するもの」<sup>③</sup>をいう垂直的分離原則<sup>④</sup>である。したがって、親法人が子法人に資本参加した場合でも、損失はもちろん、配当が行われない限り子法人の所得は

(1) 本稿は、手塚貴大「ドイツ企業結合税法の法構造と諸問題―連結申告、組織再編税制、国際的アスペクト―」森本滋編『企業結合法の総合的研究』（商事法務、二〇〇九年）三九二頁以下において紙幅の都合上十分に触れることができなかった論点等も含めて発展的に論述することにより右拙稿を補うものである。

(2) Jacobs, Otto H., Unternehmensbesteuerung und Rechtsform 3. Aufl., München 2002, S. 90; Wagner, Thomas, Konzeption einer Gruppenbesteuerung, Lohmar-Köln 2006, S. 1.

(3) Hey, Johanna in: Tripe, Klaus / Joachim Lang (Hrsg.), Steuerrecht 20. Aufl., Köln 2009, § 18 Rz. 9.

(4) Herzog, Norbert, Verluste im Körperschaftsteuerrecht, in: von Groll, Rüdiger (Hrsg.), Verluste im Steuerrecht, Köln 2005, S. 188.

親法人とは租税法上関係がない。換言すれば、法人とその株主とは租税法上独立して扱われ、それぞれ異なる課税方式が用意されている。私法上法人は株主から独立しており、独自の権利能力を有するので法人の財産について株主は原則として処分権を有さない<sup>5)</sup>のである。また、もう一つは「たとえ一人の株主が二つの法人に同じ割合で資本参加しているとしても、右の両法人間での損益通算は許されないとするもの」をいう水平的分離原則<sup>6)</sup>である。しかし、経済的実質に着目した上で、制度上分離原則の例外を認められることがある。それが機関会社制度 (Organschaft) である<sup>7)</sup>。機関会社制度とは「本来は法的・経済的に一体化しているグループ企業と言えども、私法上の法人格を基準として課税は行われるが、しかし、その経済的一体性を直視して、それを基準としてグループ全体を一つの納税義務者とする課税方式」<sup>8)</sup>であり、凡そグループ企業間での損益通算が一定の要件のもとで認められ、連結申告の機能を果たしている。しかし、いかなる要件のもとに機関会社制度の適用が認められるか、あるいは認められるべきかについては、特に、機関会社制度の適用範囲を多国籍企業にも広げるべきか否かを中心に議論があり、それも含めて長年批判にさらされてきたとされる機関会社制度に係る改革論として本稿は概観と若干の検討を行う<sup>9)</sup>。

- 二に、組織変更税制も重要である。組織変更の際には、例えば、合併を参照しても、単なる資産の譲渡ではなく、
- (5) Zoll, Stephan, Grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung bei gewerblichen Betriebsstätten und Tochterkapitalgesellschaften : Nationale und international Besteuerungsprinzip, Köln 2001, S. 196f.
- (6) Herzig, Verluste im Körperschaftsteuerrecht (Fn. 4), S. 188.
- (7) Kessler, Wolfgang, § 1 Rahmenbedingungen der Konzernbesteuerung in Deutschland, in : Kessler, Wolfgang / Michael Kröner / Stefan Köhler (Hrsg.), Konzernsteuerrecht : Organisation-Recht-Steuer, München 2004, Rz. 42; 優れた邦語文献として、増井良啓『結合企業課税の理論』(東京大学出版会、二〇〇二年) 一〇八頁以下がある。
- (8) Hey in : Töpke / Lang (Hrsg.), Steuerrecht (Fn. 3), § 18 Rz. 400.

まとまりのある資産の譲渡が行われ、株式譲渡も行われる。それぞれ法人格を持つ各個の複数の企業が一つの企業になる。その際通常であれば資産あるいは株式の譲渡益課税が行われるが、一定の要件を充足する場合には課税の繰延べが承認される必要がある。すなわち税制を根拠に経営・経済上合理性のある組織再編は阻害されるべきでない。かような観点から立法政策の判断が求められる。特にドイツにおいても最近議論されているのは、課税繰延に係るいわゆる適格要件のあり方、組織変更に伴って行われうる損失引継による課税所得の減少を企図した取引とその否認である。もう一つは国際的組織再編を実行する際の資産の国外譲渡に係る水際課税の問題である。これについても課税繰延を認める必要がある場合があり、それについて国内における組織再編と同じくその適格要件のあり方が問題となる。本稿は右の諸論点を中心に組織変更税法を考察する。

三に、ドイツ・ヨーロッパにおける企業結合に係る法人税制改革論について言及する。すなわちヨーロッパ内で活動する一定の国際的グループ企業に共通の、あるいは一定の調整がなされた課税標準を持つ法人税を適用するという戦略がある。これによりEU域内での法人税制の相違が一定程度解消され、それを以てEU内での競争中立的企業税制の構築を可能にする余地を持つ。かかる戦略をEUが企図しており、その成果がEU共通法人税や課税標準調整型法人税等であり、それらの具体的租税政策を検討する。それに付随してかかる租税政策については、所得あるいは税収をEU域内の点在するグループ企業の所在地国にどのように配分するかが問題となる。具体的には、各企業の損益

(9) 例として、Klarman, Stephanie, Körperschaftsteuerliche Organschaft-Entstehung, Inhalt und Problematik der bestehenden deutschen Regelungen,

Bonn 2006; Krebühl, Hans-Herbert, Zur Reform und Reformnotwendigkeit der deutschen Konzernbesteuerung, DStR 2001, 1730ff.;

Herzig, Norbert / Thomas Wagner, Zukunft der Organschaft im EG-Binnenmarkt, DB 2005, 1ff.; Wartin, Christoph / Elke Stevert / Christiane

Stroh, Reform der Konzernbesteuerung in Deutschland und Europa, FR 2004, 1ff.

(10) Komarek, Herbert, Verlusberücksichtigung im nationalen und internationalen Konzern, Frankfurt am Main 1998, S. 50.

を合計した後、それを一定の公式に従って、各企業に配分する際に利用される公式であるとされる定式配分法（Formula Apportionment）の適用の当否および具体的基準（各国企業の所在地国での売上、支払給与、資本）の選択が問題となる。それに関する議論を概観・検討する。

## 二 機関会社制度―連結申告―

### （一）企業グループに対する租税法の対応

本節においては機関会社制度の基本構造およびその適用要件を概括的に論述し、それを機関会社制度の歴史的展開をも踏まえつつ認識する作業を行う。その趣旨は機関会社制度がその都度どのような要請に応えつつ発展してきたかを明らかにした上で、時代ごとの経済事情に応じて制度のあり方を適宜修正する必要があることを明らかにすることにある。

#### 1 制度の基本構造と目的

##### （1）基本構造

機関会社制度の課税所得計算は簡単にまとめると以下のような構造を有している。そもそも、機関会社制度はドイツ法人税法一四条から一九条までに規定されている。支配会社と従属会社との間で機関関係は成立する。支配会社とは、従属会社に一定割合以上資本参加し、機関会社制度のもとで従属会社の損益が帰属する会社である。端的に言えば、支配会社のもとに帰属する従属会社の損益と支配会社のそれとが通算され機関グループの課税所得として扱われ

る。従属会社とは右のような態様で機関グループに取り込まれている会社である。従属会社は所在地および管理支配地ともにドイツ国内になければならず、かつ法形態としては法人のみが認められる。支配会社は法人、個人、人的会社でもよい。支配会社は従属会社に五〇パーセント超資本参加し、支配会社と従属会社との間で利益拠出契約が締結されねばならない。そうした要件を充足する支配会社と従属会社とが一体となつて機関グループを形成する。

機関グループを形成する企業には特別の課税方式が適用される。通常個々の法人を単位に法人課税は行われるが、機関グループには、支配会社、従属会社がそれぞれに課税所得を計算し、それを支配会社のもとに拠出させ、機関グループ全体の合計された所得について支配会社のもとで法人税が課される。従属会社から支配会社への所得の移転が所得が帰属するという。支配会社は勿論、従属会社も租税法上主体性を維持している。このことはコンツェルン<sup>11)</sup>という経済的一体性を持っているものであつても、個々のコンツェルン会社の勘定をベースとし正負の所得・資産の帰属が決定されることを意味する<sup>12)</sup>。なお、従属会社の所得が支配会社に帰属する点で、いわゆる up-stream 型の損益通算が行われる。しかし、支配会社のもとで複数の従属会社の損益通算が行われるので、side-stream 型の損益通算も実質

(11) 本文中のコンツェルン (Konzern) については、例えば、Hey, Johanna, Einführung zum Körperschaftsteuergesetz, in: Hermann, Carl / Gerhard Heuer / Arndt Raupach (Hrsg.), Einkommen- und Körperschaftsteuer Kommentar (Loseblatt), Köln Stand 1999, Rz. 6; Rupp, Reinhard, Die Ertragsbesteuerung nationaler Konzerne: Konzernsteuerbilanz oder Weiterentwicklung der körperschaftsteuerlichen Organschaft?, Frankfurt a. M. 1983, S. 25ff.によると、「法的に独立した企業が統一的指揮のもとでまとまっている状態で形成されるもの」とされる。ただ実定法における明確な定義な存在しない。また、本稿では詳しく触れる余裕がないが、その現象形態には様々なものがある。参照、Reis, Monique, Die körperschaftsteuerung des Konzerns als wirtschaftliche Einheit: Mögliche Alternative zur Einzelbesteuerung?, Frankfurt a. M. 1996, S. 21ff.

(12) Zoll, Grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung (Fn. 5), S. 200.

的には行われるとも言える。<sup>(13)</sup>

機関会社制度は、時として「法的に独立した企業が完全に独立した納税義務を負うという基本原則から逸脱した規律」<sup>(14)</sup>と言われるように、所得の帰属に関する特別のルールであるとも言える。この点、ドイツにおける所得の帰属については以下のシエーマが妥当する。「自らまたは代理人を通じて事業についての処分権限を行使し、そしてその危険と計算において当該事業が行使されるそうした者に帰属する。そしてその資産の中に事業の正負の成果が現れる」<sup>(15)</sup>。すなわち、所得が帰属するのは所得を生み出す要因あるいは所得そのものについて処分権を有する者ではなく、所得を生み出す要因（労働力、資産等）を市場に供給し、それを以って市場で具体的活動を行った者に帰属するとされるのである。Ruppe教授は別の箇所でも「所得源泉の帰属主体は、市場への参加、財・サービスの製造を行える者、つまり市場のチャンスを利用し、財・サービスに変化をつけ、極端な場合には、その活動を止め、資本を引き上げ、雇用を止める等して、それを拒否する可能性を有する者である」<sup>(16)</sup>としている。右の所得帰属ルールに照らすと、支配会社には自らの経済活動以外の、従属会社の経済活動から生ずる所得も帰属することとなり、その点にルールからの逸脱

- (13) Scheunemann, Marc P., Grenzüberschreitende konsolidierte Konzernbesteuerung, Köln 2005, S. 11 ; Stewert, Elke, Konzernbesteuerung in Deutschland und Europa : Ertragssteuerliche und betriebswirtschaftliche Analyse der europäischen Gruppenbesteuerungssysteme, Düsseldorf 2006, S. 242.
- (14) Schuchzer, Marco, Zur Notwendigkeit einer Europäisierung der Organshaft, RIW 1995, 35.
- (15) Ruppe, Georg, Möglichkeiten und Grenzen der Übertragung von Einkunftsquellen als Problem der Zurechnung von Einkünften, in : Tipke, Klaus (Hrsg.), Übertragung von Einkunftsquellen im Steuerrecht : Möglichkeiten und Grenzen der Einkommensverlagerung durch Nießbrauch, Beteiligung und Darlehen mit einem rechtsvergleichenden Teil, Köln 1979, S. 30.
- (16) Ruppe, Übertragung von Einkunftsquellen (Fn. 15), S. 18.

が看取されるのである。法人株主間の課税方式に係る特別のルールであるとも言えよう。<sup>(17)</sup> なお、利益についてのみでなく、損失についても同じことが言える。<sup>(18)</sup>

(2) 目的

ドイツの企業税法を特徴づけることとして企業税法の私法依拠主義が挙げられる。すなわち、ドイツ法人税法一条によると私法上の法人格の有無にしたがって、法人課税か個人所得課税かの課税方式の振り分けがなされる (Subjektsteuerprinzip)。その趣旨は法的安定性の確保<sup>(19)</sup> といったところが指摘される。右の実定法上の基本原則からすると、「原則として、租税法の体系上、コンツェルンという一体性あるグループに対する課税は排除される<sup>(20)</sup>」と言われるようにグループ企業はグループとしての一体性を持つことから当然に一つのグループに課税が行われるわけではなく、機関会社制度を以ってはじめてそれが斟酌され、可能になるのであり、機関会社制度は租税法体系上の異質物あるいは例外として性質決定されることとなる。<sup>(21)</sup> しかし、機関会社制度を目的論的に認識しようと試みると、経済的一体性<sup>(22)</sup> を有している企業グループについてその担税力を私法上の法形態に関わらずその一体性に基つき把握することの必要性<sup>(23)</sup> がその正当化根拠であるということとされる。この機関会社制度によって企業のグループ化は容易になってい

(17) Scheuchzer (Fn. 14), RiW 1995, 37.

(18) 所得税法に關する叙述であるが、参照：Ruppe, Hans Georg, Einkommensteuerrechtliche Positionen bei Rechtsnachfolge, in : Schultze-Saerloh, Joachim (Hrsg.), Rechtsnachfolge im Steuerrecht, Köln 1987, S. 90.

(19) Kraus, Christoph, Körperschaftsteuerliche Integration von Personennunternehmen, Frankfurt a. M. 2009, S. 120 m. w. N.

(20) Komarek, Verlusberücksichtigung (Fn. 10), S. 54.

(21) Herzig, Norbert, Teil A : Einführung, in : Ders. (Hrsg.), Organshaft, Stuttgart 2003, S. 3.

ると言える。すなわち、本来複数企業が合併することにより複数企業の一体性を持った活動が可能になるところ、それを要せず、実質的にそれと同じ効果を実現することを可能にする<sup>(24)</sup>。したがって、機関会社制度は法的形式のみではなく、いわゆる経済的観察法を適用することによりグループ企業の経済的実質を斟酌した租税制度であるということができよう<sup>(25)</sup>。それ故、機関会社制度は決して租税特別措置ではなく、純所得課税主義をベースとする経済的一体性を持つグループ企業の損益調整措置 (Ergebnisausgleich)<sup>(27)</sup> であるとも刻印付けられうる。

以上の議論によると、機関会社制度は各機関会社の法的独立性と一つのグループ全体としてみた一体性というそうした相反する要素を取り込んでおり、両要素が並存している。そもそも、理論上は機関会社制度におけるコンツェルンは二つの見方がある。要するに、コンツェルン税法である機関会社制度が適用されるコンツェルンとは一体如何なるものとして把握されるのか、換言すれば、いわゆるコンツェルン観が問題である。この点、大きく分けて、単一説

(22) なお、例えば、RFH-Urt v. 30. 1. 1930, - I A 226/29, RSIBL 1930, 151; BFH-Urt v. 17. 7. 1952, - V 17/52 S., BSIBL III 1952, 235 以下に機関会社制度を發展させたかについてのドイツの判例は、法的に独立した企業について租税法上経済的一体性を実現するものであるとする。

(23) Müller, Michael, Reform der Konzernbesteuerung in Österreich: Eine zusammenfassende Besteuerung von Unternehmensgruppen, Wien 1991, S. 3.

(24) Remplik, Alexander, Die grenzüberschreitende Organschaftsbesteuerung in Deutschland: Das Verlustabzugsverbot in § 14 Absatz 1 Satz 1 Nr. 5 KStG, Berlin 2007, S. 183.

(25) Remplik, Die grenzüberschreitende Organschaftsbesteuerung (Fn. 24), S. 184.

(26) Kessler, Wolfgang, Alternativen zur Organschaft, in: Herzig (Hrsg.), Organschaft (Fn. 21), S. 572; Dörr, Ingmar, § 10 Überblick über die Konzernbesteuerung in einzelnen EU-Mitgliedstaaten, in: Schön, Wolfgang (Hrsg.), Steuerliche Maßgeblichkeit in Deutschland und Europa, Köln 2005, S. 731.

(27) Montag, Heinrich, in: Tipke / Lang (Hrsg.), Steuerrecht (Fn. 3), § 18 Rz. 400.

(Einheitstheorie) と多様説 (Vielfaltskonzept) という区別ができる。<sup>(28)</sup> まず単一説とは、端的に、支配会社および従属会社を一体として観念し、複数企業の集合であるコンツェルンをあたかも一つの企業として観念し、機関会社制度の適用においてもかかる観念を具体化した制度構築を求める考え方である。<sup>(29)</sup> この考え方はかつて Isay<sup>(30)</sup> によって提唱されたいわゆる全体企業理論 (Gesamtunternehmenstheorie)<sup>(31)</sup> がベースとなつてゐる。すなわち競争中立性をできるだけ実現するためには企業形態に関係なく企業は平等に扱われなければならないとするものである。<sup>(31)</sup> この単一説をベースに税制を構築すると性質上以下のような特徴を持つこととなる。一に、コンツェルン内部での配当利益に係る二重課税がなくなる。二に、コンツェルン会社間での損益調整が可能になる。三に、コンツェルン内部での財・サービス取引から生ずる損益をなお未実現のものとして扱うことになる等のものである。本来コンツェルンはそれを構成する複数の企業が法的に独立してゐるとしても、実際的には一個の企業であるがゆえに、それ自体課税単位として扱うことが首尾一貫しているかもしれない、そうしたコンツェルン企業 (Konzernunternehmen) を純粹には承認しない現行法にコンツェルン税法が存在しないという評価を与えることすらできよう。逆に、多様説とは、端的に、コンツェルンといえども、その構成物である個々の企業は法的に独立しており、それらに特別な課税方式を適用することはしないとい

(28) Jacobs, Otto H. / Christoph Spengel, Ertragbesteuerung von Konzern in Deutschland und Frankreich-Eine vergleichende Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Behandlung konzerninterner Transaktionen (Teil I), ISFR 1994, 100ff.

(29) Komarek, Verlusberücksichtigung (Fn. 10), S. 147.

(30) Isay, Rudolf, Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910, S. 96ff.

(31) なお、この点については Buhler, Ottmar, Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, Berlin 1956, S. 321f. も参照されたい。

(32) Oestreicher, Andreas, Konzernbesteuerung im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Einheit und rechtlicher Vielheit, in : Ders. (Hrsg.), Konzernbesteuerung : Beiträge zu einer Ringveranstaltung an der Universität Göttingen im Sommersemester 2004, Herne / Berlin 2005, S. 2.

う考え方である。したがって、結局において機関会社制度自体を否定してしまう多様説は採られないとしても、<sup>33)</sup> 単一説も採られていない (完全統合 (vollkonsolidiertes Konzernsteuersystem) の不存在<sup>34)</sup>)。単一説はライヒ財政裁判所も、<sup>35)</sup> 後には連邦財政裁判所も否定している。例えばライヒ財政裁判所は単一説を私法上単一説の根拠となるものではなく、またコンツェルン会計も存在しないことをその理由とした。<sup>35)</sup> また学説上も単一説によると個々の会社のそれとは別にコンツェルン独自の税法会計を要することになりコストがかかること、コンツェルン内部取引に基づくあらゆる内部利益の未実現としての扱いが求められることを根拠に単一説に否定的な立場を採るものがある。<sup>36)</sup> その他にも本稿で後に触れる少数株主の問題もある。<sup>37)</sup> 尤も単一説にもメリットはあることは認識されねばならない。例えば、複数企業が企業結合を形成し、それが実質的に見て単一企業のもとの個別事業部として活動していると見なしうる場合、その結合企業間の取引は実質的に企業内部のそれと見なしうる。そしてかかる取引に独立当事者間価格での取引を要請することは性質上実際的には困難であり、結局においてそれらを徹頭徹尾独立企業として扱うこともまた不合理である。それ故単一説に基づき企業結合税法を構築すると企業間のそうした取引を逐一把握する必要もなくなり、いわば簡素化効果がそこに期待できる。<sup>38)</sup> またそのように扱うことが経済的実態を一層反映した税制とも言いうる。いずれにせよ、個々の企業間の関係として、一方の極としての個々の法主体ごとに企業が完全に独立性を有してい

(33) Zoll, Grenzüberschreitende Verlustberücksichtigung (Fn. 5), S. 214.

(34) Herlinghaus, Andreas, Systematik und Rechtfertigung der ertragssteuerlichen Organshaft, in : Oestreicher (Hrsg.), Konzernbesteuerung (Fn. 32), S. 85.

(35) RfH-Gutachten v. 26. 7. 1932, - I D 2/31, RSBl. 1933, 136.

(36) Komarek, Verlustberücksichtigung (Fn. 10), S. 147f.

(37) Herlinghaus, Systematik und Rechtfertigung (Fn. 34), S. 20.

る場合と、他方の極としての個々の企業がグループ化され完全に一体的・統一的な経営がなされている場合があり、現実の企業結合は右の両極の間に存在するのであるから、租税制度を構築するに際して、どの程度コンツェルンの一体性を尊重するのか(内部利益の認識・非認識、独自のコンツェルン会計の承認等)、については個々のコンツェルンの経済的実態に応じて考えるのが本来は妥当であろう。この点、ドイツ連邦大蔵省の鑑定意見の中にも、凡そコンツェルン経営が統一的指揮下にあることがコンツェルンの経済的一体性の決定的基準であり、それを直視すればコンツェルンと単一企業(Einheitsunternehmen)とを租税法上同様に扱うことの根拠となるとしつつも、一体性の弱い経営を行う単一企業もあれば、一体性の強いコンツェルンもあり、またコンツェルンが個々の法的に独立した企業から構成されることは、例えば、企業リスクを個々の法的独立性を有する企業に分散するといったように、法的形式にはまさに形式以上の経済的意味も含まれているとする<sup>(38)</sup>。こうした法的独立性を活かした個々のケースごとに見られる企業組織の構築はコンツェルンの特権であり、それを単一企業と無理に租税法上同一に扱うこととなるコンツェルン税法を設計すべきという誘因はないであろうとも言われる<sup>(40)</sup>。尤も、ドイツにおいても機関会社制度の改革の必要性は言及されることがあり、それによると、コンツェルンの経済的一体性という属性に着目して、単一説をベースとした制度設計が求められることがある<sup>(39)</sup>。なお、現在の機関会社制度はそうした基準による識別をすることはせず、一定の要件を充足するものには同一のコンツェルンとしての課税方式の適用が予定されるのであり、結局、単一説と多

(38) Raupach, Arndt, "Gemeinschaftsweite Unternehmensbesteuerung, die den Anforderungen des Binnenmarktes gerecht wird" -Flucht aus dem Chaos in die Utopie?, in: Schön, Wolfgang (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, S. 723f.

(39) Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, Gutachten zur Reform der direkten Steuern (Einkommensteuer, Körperschaftsteuer, Vermögensteuer und Erbschaftsteuer) in der Bundesrepublik Deutschland, Bonn 1967, S. 53f.

(40) Wissenschaftlicher Beirat, Gutachten zur Reform (Fn. 39), S. 54.

様説の間あたりにあると言えよう。要するに、ドイツ法人税法における機関会社制度のは、支配会社と従属会社との間で財政的編入（およびかつては経済的編入・組織的編入）を通じて一方ではコンツェルンを一体性あるものとして扱ひ、他方で個別会社の独立性を肯定する。<sup>(41)</sup>

## (2) 歴史的展開<sup>(42)</sup>

しかし、機関会社制度が発展してくる過程においては、必ずしも現在のような企業活動の実態を直視する制度目的が認識されていたわけではない。<sup>(43)</sup> 機関会社制度の歴史的展開を、本稿で後に機関所得計算を論ずる際に立ち返ることもあるので、以下に簡潔に示そう。そもそも機関会社制度は一九世紀末にドイツ国内に存在したグループ企業がグループ全体の所得を各領邦に恣意的に配分することによって納税義務者が租税回避を企図したことに對する對抗策として現れたことにその起源を持つ。プロイセン上級行政裁判所は、事業税に関するものであるが、一九〇二年五月三十一日判決<sup>(44)</sup>において、グループ企業に對して機関会社制度が適用される際には、親会社と子会社等との関係は一つの企業における使用者と被用者（従業員）との関係として觀念されることとなった。いわゆる被用者説（Angestelltenheorie）である。右の事業税、そして売上税に関する機関会社制度が法人税のそれに先行する形で判例上發達した。その判例・学説は法人税のそれに一定の影響を与えている。そもそも機関会社制度の成立には企業の経済的一体性が要求されたのであるが、その基準が売上税上の企業概念であつたとされる。その当時の売上税法をベー

(41) Bauer, Klaus, Die Besteuerung deutscher Konzerne : Wirtschaftliche Einheit und Konzernsteuerrecht, Regensburg 1987, S. 79 ; Rupp, Ertragsbesteuerung nationaler Konzerne (Fn. 11), S. 244ff. ; Schuchter (Fn. 14), RTW 1995, 44.

(42) これについては、増井・前掲注（7）一〇九頁以下に、経済情勢・学説の展開も併せた優れた論述がある。

(43) Herzig, Einführung (Fn. 21), S. 4ff.

(44) Entscheidung des Preussischen Oberverwaltungsgerichts v. 31. 5. 1902, OVGSt Bd. 10, 391.

スとすると、完全支配関係にある親子会社間の資産譲渡には、それが一つの企業内での内部取引と見なしうるるので、売上税を課すことはできないとされた。<sup>(45)</sup>このように完全支配関係という概念構築はされていたが、しかし完全支配関係を構築する厳密な要件は明らかではなく、判例も学説もその構築の必要性を認識していた。<sup>(46)</sup>ここで Rosendorff<sup>(46)</sup>の功績を挙げることができる。所論によると、子会社の自己責任による意思決定が排除され、子会社と親会社とが一つの大企業内部の複数の部門のように活動した場合に、経済的一体性があるとされた。なおこのような売上税に関する議論の展開があったことは、売上税の納税義務が私法上の法形態を基準としていないこと<sup>(47)</sup>があり、かような場面においては当時のいわゆる経済的観察法の影響もあったという評価がある。<sup>(48)</sup>そこには私法を取って基準とせず、経済的実態をベースにした解釈論を通じて立法論が展開される素地が整っていた。

それを受けて、その約二〇年後、帝国財政裁判所は右の判決理論を法人税にも適用することとなった。<sup>(49)</sup>また有限会社の活動はそれを支配する株主に帰属するとして一九二七年一月一日の判決<sup>(50)</sup>において、Rosendorff<sup>(49)</sup>の言及した財政的編入、経済的編入、組織的編入（後二者は近時廃止された）という法人税における機関会社制度の適用要件を明

(45) Haussmann, Fritz, Die Tochtergesellschaft: eine rechtliche Studie zur modernen Konzernbildung und zum Effektenkapitalsums, Berlin 1923, S. 118f.

(46) Rosendorff, Richard, Die rechtliche Organisation der onzerne: erweiterter Abdruck eines in dem Zuerichischen Juristenverein zu Zürich und in der Juristischen Gesellschaft zu Frankfurt a. M., Berlin / Wien 1926, S. 109f.

(47) Müller, Reform der Konzernbesteuerung (Fn. 23), S. 7.

(48) Müller, Reform der Konzernbesteuerung (Fn. 23), S. 7.

(49) RfH-Urt. v. 31. 3. 1922, I A 10/22, RFHE Bd. 9, 167.

(50) RfH-Urt. v. 11. 11. 1927, - I A 75/27-, RSBl. 1928, 52.

らかにした。この判決の背景には一九一九年租税調整法四条に前叙のいわゆる経済的観察法が規定されたことがあると言われる<sup>(51)</sup>。しかし、法人税に係る機関会社制度の目的は決して租税回避の防止ではなく、当時は法人税における法人―株主間の配当について負担調整措置が採用されていなかったクラシカルメソッドが採用されていたことにより、グループ企業間で法人間配当による二重課税、多重課税の防止に移行していた<sup>(52)</sup>。

その後帝国財政裁判所は被用者説に基づいた判決をいくつか出してきたが、帰属説 (Zurechnungstheorie)<sup>(53)</sup>へと発展した。被用者説は支配会社と従属会社との支配従属関係を説明することに重点があった。しかし従属会社の比較対象を従業員としての自然人に求めることにはやや無理があった。何故なら自然人は自己の意思で自己の所得を得るために活動するが、ここでの法人はそうではないからである<sup>(54)</sup>。そこで帰属説は支配会社のみならず、従属会社も独自にその計算で自己の営業を営み当該従属会社自体にその成果が帰属し、最終的に支配会社のもとに従属会社のすべての損益が帰属すると構成する考え方である。また、支配会社と従属会社との間で利益拋出契約 (Gewinnabführungsvertrag) の締結も判例上要求されるようになっていた<sup>(55)</sup>。これは法人税法上の機関会社制度が先行する事業税、売上税に係る機関会社制度に倣い、帝国財政裁判所が、個々の法的に独立する機関会社のまさにそうした独立性を尊重した結果、従属会社のもとで相互に独立して計算された課税所得を支配会社に帰属させるための道具として要求したことにその起

(51) Herlinghaus, Systematik und Rechtsfertigung (Fn. 34), S. 87.

(52) Grothier, Siegfried, Kritische Bestandsaufnahme der steuersystematischen und betriebswirtschaftlichen Unzulänglichkeiten des gegenwärtigen Organisationskonzepts, StW 1995, 126.

(53) RfH-Urt. v. 25. 9. 1934/22. 1. 1935, - I A 401/32, - RSIBl. 1935, 517.

(54) Siewert, Konzernbesteuerung (Fn. 13), S. 39.

(55) RfH-Urt. v. 18. 2. 1933, - I A 439/32, RSIBl. 1933, 647.

源がある。また、後に言及するように、個々の機関会社に係るそうした法的独立性ゆえに、機関会社相互間の取引から生ずる損益はいわゆる内部利益として、換言すれば、独立当事者間のそれとして認識される。<sup>(56)</sup>

ところが連邦財政裁判所の判例は動揺を見せる。<sup>(57)</sup> それがいわゆる決算説 (Bilanzierungstheorie) の登場である。この立場は帰属説に含まれる矛盾をその出発点としている。すなわち個々の従属会社の主体性を維持しつつ、その損益が支配会社のもとに帰属することは理論的に二律背反のものを内包しているというのである。<sup>(58)</sup> 右の立場の要点は従属会社の独立性の強調であり、実際に従属会社により利益拠出契約に基づき支配会社に拠出された利益のみが期間所得を構成するとされた。かかる拠出利益は支配会社のもので事業収入、従属会社のもとの事業支出と扱われた。しかし従属会社のもとの控除不能な支出—典型例としては人税 (Personensteuern)—は拠出の対象外とされた。<sup>(59)</sup> すなわち商法上の利益が拠出されることとされたので、例えば資産の耐用年数が商法と租税法とで異なる場合には両者に乖離が生じ、通常租税法上のそれが長いために、詳細は次節に譲るが、その構造上従属会社のもとに未利用欠損金額が発生してしまうことがあった。このため支配会社と従属会社との間での二重課税の排除という目的を達成することができないものとして批判され、また商法上の利益計算には選択可能性があるので結果として課税所得計算に恣意が入り込む可能性がある<sup>(60)</sup>と批判された。その後判例は再び帰属説へとその立場を変更した。<sup>(61)</sup> その中で判例は機関会社制度

- (56) Beusch, Karl, Die Besteuerung der Konzerne als wirtschaftliche Einheit in internationaler Sicht - Ein Überblick-, in : Jakobs, Horst Heinrich / Brigitte Knobbe-Keuk / Eduard Pecker / Jan Wilhelm (Hrsg.), Festschrift für Werner Flume, zum 70. Geburtstag, Köln 1978, S. 21 ff., S. 25
- (57) BFH-Urt. v. 24. 11. 1953, - I 109/53-, BStBl. III 1954, 21.
- (58) v. Wallis, Hugo, Zur Neuregelung der körperschaftsteuerlichen Organschaft, AG 1969, 308f.
- (59) Klarnann, Körperschaftsteuerliche Organschaft (Fn. 9), S. 12.
- (60) BFH-Gutachten v. 27. 11. 1956, - I D 1/56 S., BStBl. III 1957, 139.

の意義をグループ企業間での二重課税の排除にあるとした。

以上のように第二次世界大戦後法人税法上の機関会社制度はなお判例上のそれであり続けた。しかし、判例上の制度であるが故の不明確さがあつたり、一九三六年に事業税に係る機関会社制度が立法化されたこと、さらには機関会社制度の経済的意義が高まってきたこと等から、連邦財政裁判所も一九六二年において立法者へ法制定を促すにいたつた。一九六九年に法人税法七 a 条が制定され、一九七七年法人税法改正に際して現行法の一四条以下に引き継がれた。

## 2 制度適用要件

特定の結合企業に機関会社制度の適用がなされる際の要件については以下のようになっている。

### (1) 財政的編入

財政的編入とは支配会社が事業年度開始時に従属会社について直接に議決権の五〇パーセント超を保有することである。また、例えば、A 有限会社が C 有限会社に四九パーセント資本参加し、同じく C 有限会社に一・五パーセント資本参加している B 有限会社に先の A 有限会社が五一パーセント資本参加するという形態のいわば間接的な資本参加でも財政的編入の要件は充足される。

### (2) 利益拠出契約

支配会社と従属会社は、利益拠出契約により全利益を唯一の他の事業企業に拠出することを義務付けられ、それを

(61) Witt, Carl-Heinz, Die Konzernbesteuerung: Vorschlag zur Entwicklung des Rechts der steuerlichen Organschaft, Köln 2006, S. 151.

(62) BFH-Urt. v. 4. 3. 1965, - I 249/61 S., BSBl. III 1965, 329.

(63) Herlinghaus, Systematik und Rechtsfertigung (Fn. 34), S. 88.

以って従属会社の所得は支配会社に帰属する（ドイツ法人税法一四一条一項、ドイツ株式法二九一条一項）。損失の抛はドイツ株式法三〇二条一項に抛り行われる。

この利益抛出契約は、ドイツ法人税法の体系上必要であり、重要である。ドイツ法人税法は原則として法主体原則（Subjektprinzip）を採用しており、それによると、凡そ納税義務者は法主体性の有無に基づき認識される。それ故、法主体を異にする複数企業の結合体である機会会社制度は制度体系上例外物であり、法主体間にまたがる損益の通算・課税についてはそれを可能とする特別の制度が必要となる。それが利益抛出契約である。<sup>(64)</sup>

(3) 制度適用要件の合理性？

ここで機会会社制度適用要件について検討を加えておく。

一に、既に述べたように、ドイツの結合企業には機会会社制度が適用されるが、その適用要件は陳腐化している。すなわち、かつての結合企業の典型例としては、グループ内の親会社の子会社が意思決定あるいは資金調達の側面等であつたことに基づくとしており、それは子会社の「独自の意思決定の喪失（Willenslosigkeit）」<sup>(65)</sup>とも表現された。このことは、一体の企業結合においては支配会社による統一的な意思決定による経営が指向され、それが企業結合の経営のあり方であつたことに基づくとして推論できる。しかし、現在における結合企業の経営の実態は決して右の形態に尽きるものでは

(64) Warin / Sievert / Strohm (Fn. 9), FR 2004, 10, 異説; Herzig / Wegner (Fn. 9), DB 2005, 6; Herzig / Wegner は他にも分離原則の例外はあるとして、その根拠としてドイツ法人税法八条四項（いわゆる外形取引。後に八 c 条に移行された）、ドイツ対外取引税法七条一四條（タックスヘイブン対策税制）を挙げる。所論によると、これらの規定は特別な契約がなくとも分離原則の適用が排除されるというのである。

(65) Starlinger, Claus, Perspektiven der Konzernbesteuerung, in : Seeger, Siebert F. (Hrsg.), Perspektiven der Unternehmensbesteuerung, Köln 2002, S. 79f.

ない。例えば、むしろ、現在では企業結合グループ内では各社の役割分担が重視され、各社は独自の役割を担い、かつ、その際支配会社による意思決定に逐次服さず、独自の経営判断に基づいて業務遂行を行うこともありうる。そしてかかる経営は独自の専門的知識に基づく合理的な経営を可能にし、経営環境の変化に迅速に対応できるという経営の効率性を生み出す。

二に、したがって、かつてのように、機関会社制度適用要件として、利益拋出契約と並んで、グループ企業内部での財政的編入、組織的編入 (organisatorische Eingliederung)、経済的編入 (wirtschaftliche Eingliederung) という三要件を課することは現実の経営実態 (例、事業部制のような分散的経営組織または金融持株会社) に即して不適當であると言えよう。<sup>(67)</sup> 確かに機関会社制度は一九六九年の立法化以降は企業結合の形成に大きな役割を果たしたとされるが、その目的がかつてのように租税回避の防止であるならば経済的編入および組織的編入という要件も一定の意味を持つが、最早今日ではかかる要請はないことには先にも指摘した。したがって、今日では先にも挙げたように、適用要件としては、先の三要件のうち、財政的編入の要件のみしか残されていない。後二者はあくまでも先にも言及した租税回避の防止といった歴史的経緯から要求されたものであり、確かに、最早グループ企業は必ずしも厳格な上下・指揮命令関係にないこと、純粹持株会社の設立が可能になったこと等に鑑みて、<sup>(68)</sup> それを経営実態に即して正当な租税政策の

(66) Raupach, Gemeinschaftsweite Unternehmensbesteuerung (Fn. 38), S. 710; Scheuchzer (Fn. 14), RfW 1995, 43f.

(67) Pothast, Thilo, Entwicklung der Körperschaftsteuer von den Vorformen bis zur Unternehmenssteuerreform 2001 : Eine Untersuchung köperschaftsteuerlicher Entwicklungstendenzen in Steuergesetzgebung und Steuergestaltung, Frankfurt a. M. 2007, S. 145.

(68) Pothast, Entwicklung der Körperschaftsteuer (Fn. 67), S. 144f.

(69) Grotherr, Siegfried, Die unterschiedlichen Konzernbesteuerungssysteme in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union-Eine steuerstatistische Analyse im Hinblick auf Reformüberlegungen beim steuerlichen Organschaftskonzept, StW 1996, 376.

あり方と評価することはできない。<sup>(71)</sup>しかし、それでは、相互に独立した、個別の企業とグループ企業との境界線が曖昧になるという問題が生ずる。すなわち、複数の企業間における財政的編入の関係があるのみでは、果たして企業の「結合」として特別の税制を適用するに足りるのか、が問われる。今日の支配会社の従属会社に対する五〇パーセント超の資本参加という基準が妥当か否かである。ヨーロッパ諸国では九〇パーセントあるいは九五パーセント、場合によっては一〇〇パーセントの資本参加割合を要求することもある。<sup>(72)(73)</sup>こうしたヨーロッパ内の事情を斟酌すると、ドイツの租税政策の課題としてヨーロッパ内での統一的なコンツェルン税制の構築を考えるとすれば、他のヨーロッパ諸国の資本参加割合に適合させる必要性も認識されるべきこととなる。<sup>(74)</sup>加えて、最低資本参加割合を高めることは一定以上

(70) Herzig, Einführung (Fn. 21), S. 7; Grotherr, Siegfried, Die Reformdiskussion über das steuerliche Organisationskonzept in der Bundesrepublik Deutschland, in: Gassner, Wolfgang / Michael Lang / Werner Wieser (Hrsg.), Besteuerung von Unternehmensgruppen: Bestandsaufnahme und Vorschläge zur Reform der Organschaft im Körperschaftsteuerrecht, Wien 1998, S. 235.

(71) また、Grotherr, Reformdiskussion (Fn. 70), S. 236.によると、本文中に挙げたいわば実体的な議論と並び、組織的編入および経済的編入という要件についてドイツ企業と外国企業との間でのその認識・確認がドイツ課税庁にとって困難であるとの手続的理由があるとす。

(72) 同前、Kessler, § 1 Rahmenbedingungen (Fn. 7), Rz. 62. Kessler教授は機関会社制度のあり方として、支配会社の従属会社に対する75パーセントの資本参加、内部利益の非認識、適用範囲の国際的拡大を挙げている。右の点につき、その他の文献として、参照、Jacobs, Otto H. / Christoph Spengel, Ertragbesteuerung von Konzernen in Deutschland und Frankreich-Eine Vergleichende Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Behandlung konzerninterner Transaktionen Teil II, ISFR 1994, 150f.

(73) この点、Dör, Überblick über die Konzernbesteuerung (Fn. 26), S. 739f.によると、現実に利益拠出契約の締結は従属会社のもとで株主総会の議決につき、その四分の三の多数を要するので(ドイツ株式法一九三一条一項)、このことも七五パーセントの資本参加割合を設定する根拠になりうるとする。

の資本参加が長期間固定化され、本来好ましい投資対象に対する投資機会が失われたり、機関会社制度の適用を受けることのみを目的として経済的に好ましくない株式取得も行われかねないという指摘もある<sup>(74)</sup>。このように考えると支配会社の資本参加割合をあまりに高く設定することは不合理であることになる。逆に、高い割合の資本参加を要求すれば、いわゆる単一説的な課税が可能となり、またドイツにおける現実の機関会社間の資本参加割合もそうであるといっているので、グループ企業の経済的実態に即した課税を行うことができよう<sup>(75)</sup>。加えて現在では経済的編入および組織的編入の要件は必要ないが、仮に組織的編入を欠いた状態では、支配会社と従属会社との間でコンツェルン内部での統一的経営ができなくなり、ひいては支配会社と従属会社との間で利益拠出を正当化するほどの経済的実態がなくなるという批判もある<sup>(76)</sup>。尤も、私見によると右の議論には一定の留保が必要であると考える。グループ企業はその一体性ゆえに機関会社制度が特に適用されるのであるが、仮にグループ企業間での経営が分散的・独立的であった場合、それらの会社にグループとしての一体性を認識することが可能か、あるいは妥当かは疑問の余地がある。このように考えると、先にも言及した機関会社適用要件の改正の合理性自体再検討の余地はあろう。

なお、結果論であるが、五〇パーセント超という比較的緩やかな資本参加割合を補う意味を以って利益拠出契約の存在を正当化するとしても、かかる契約により支配会社に従属会社の利益のみでなく、損失も帰属することは企業経営上の責任の所在の配置から問題もあるとされる<sup>(77)</sup>。すなわち、今日の経営形態としてグループ企業内でも各会社の分

(74) Scheuchzer (Fn. 14), RIW 1995, 44.

(75) Stewert, Konzernbesteuerung (Fn. 13), S. 241.

(76) Grotherr (Fn. 69), StWW 1996, 376.

(77) Bauer, Besteuerung deutscher Konzerne (Fn. 41), S. 76ff.; Rupp, Ertragsbesteuerung (Fn. 11), S. 240ff.

散的・自律的経営が行われている中で、従属会社の経営責任意識が薄れていくインセンティブを持ちうると言える。

三に、そもそも租税理論上も利益拠出契約については、現在では必ずしも必要ないと言えよう。<sup>(79)</sup> 利益拠出契約は、歴史的に見ると、帝国財政裁判所のもとでは要件として要求されず、従来機関会社制度が法律上規定されておらず、判例法上の制度であった時代に、法的安定性を実現するために要件とされていたという経緯がある。<sup>(81)</sup> この点、確かに今日では一定の資本参加割合が親子会社間にあったとしても、それだけで機関会社制度が適用されるわけではなく、利益拠出契約をも適用要件とすることで強制的な適用 (Zwangsgleichheit) が回避されるという意義も承認されている。<sup>(82)</sup> しかし、各国においても、それを必ずしも必要としておらず、コンツェルン税制の適用に特別に契約が求められるのはドイツ、オーストリア、ブラジル、ポルトガル等であり、それは少数派である。S a β氏は利益拠出契約を厳格に適用するとヨーロッパ裁判所が厳格な適用をすることが知られた一般利益 (E C 条約五六条) により正当化できない E C 法違反をもたらす基本的自由に対する隠れた制約とされ E C 法違反であるとされる可能性もある。<sup>(83)</sup> さらに、機関会社制度の適用により従属会社の損益が支配会社に帰属するという法律上の効果が利益拠出契約に拠ることとなれ

(78) Staringer, Perspektiven der Konzernbesteuerung (Fn. 65), S. 89.

(79) Herzig / Wagner (Fn. 9), DB 2005, 5.

(80) Schellmann, Gottfried, Übergang von der Einzelbesteuerung zur Besteuerung als Unternehmensgruppe und umgekehrt sowie Veränderungen in der Unternehmensgruppe, in: Gassner / Lang / Wieser (Hrsg.), Besteuerung von Unternehmensgruppen (Fn.), S. 203.

(81) 参照: Wagner, Thomas, Denkanstöße zur Modifikation der ertragssteuerlichen Organschaft, Stuw 2007, 308 Ⓒ Fn. 7

(82) Wagner, Konzeption (Fn. 2), S. 7.

(83) Saß, Gert, Zur Berücksichtigung der Verluste ausländischer Tochtergesellschaften bei der inländischen Muttergesellschaft in der EU, BB 1999, 447ff., 451

ば、機関会社制度の適用範囲を国際的に拡大する際に、利益拋出契約はその構造上外国の会社法による当該国の利益を保護する規定に違反することになる可能性がある<sup>(84)</sup>。それ故に、利益拋出契約は完全に廃止することが妥当なのかもしれない。なお、利益拋出契約については後にもう一度言及する。

したがって、利益拋出契約を放棄した後は、その他の要件の構築が重要となってくる。一体性を持った企業結合の存在が認識されるための要件として一定以上の資本参加割合、グループ全体での統合的経営といったものでは機関会社制度の適用にいたらないことを以って、先にも指摘したように、ドイツにはコンツェルン税法は存在しないと言われることもある<sup>(85)</sup>。ドイツにおいてはまた先にも触れたが、ドイツにおいて確かにドイツ法人税法の私法準拠主義により法人格をベースに納税義務の所在を決定するという原則もあるが、そもそも法人税の存在根拠の一つとして所得税の納税義務者が法人への投資をした場合、配当がされないことによる課税繰延を防止することも挙げられるのである。現在のドイツ法人税法では、法人間配当はほぼ非課税扱いとされており（ドイツ法人税法八〇条）、少なくともこの点で法人税率と個人所得税率との差に着目したロッキンは発生しない。それ故、右の図式は法人—個人間には成り立つが、法人—法人間には必ずしも妥当しない。それ故、グループを形成する法人間ではその法人格を無視することも許される一つの要素であると言いうる。

四に、今日の経営の現状に鑑みて、機関会社制度の適用を国内に限定することが果たして妥当か否かについても疑

(84) Hertzig / Wagnier (Fn. 9), DB 2005, 6.

(85) Wassermeyer, Franz, B. Verrechnungspreise, in: Endres, Dieter / Andreas Ostreicher / Wolfram Schefler / Ulrich Schreiber / Christoph

Spengel (Hrsg.), Die internationale Unternehmensbesteuerung im Wandel : Symposium für Otto H. Jacobs zum 65. Geburtstag, München 2005, S.

義が生じる。もしそうであるとする企業活動の実態に税制は対応できないことになりかねない。そのことは三章で触れる。

五に、現在廃止されているが、複数親会社型機関会社制度 (Mehrmutterorganschaft) の効用は改めて想起されるべきである。近年は資産流動化法制の整備により多数の投資家がビッグプロジェクトに投資を行いやすくなっていることは確かであるが、しかし、複数企業が一体となって投資をする必要があるそうしたプロジェクトには、複数の支配会社が親会社となり子会社である従属会社に投資する一つの投資形態の採用が可能であるべきであるとされる。また、そもそも現在の機関会社制度は支配会社と従属会社との間における経営上の厳格な指揮監督関係を前提とするわけは必ずしもないが、適用要件にはなおその名残がある。<sup>(87)</sup>しかし、経営理論上は複数企業が対等の立場でノウハウの交換、経営リソースの協働投入を通じて一つの事業を展開するケースが現在では多いとされ、その適例としてジョイントベンチャーがある。<sup>(88)</sup>租税法上それを実現するのが複数親会社型機関会社制度である。通常複数の企業が一つの企業に資本参加する形態を採るので、かかる形態上機関会社制度の適用はできないので、出資企業が民法上の組合を形成し、右組合を通じて資本参加することを通じて、そして慣習法上の制度として、<sup>(89)</sup>複数親会社型機関会社制度は運用されてきた。すなわち民法上の組合を単位に資本参加割合が算定され、利益拋出契約の締結も行われていた。しかし一九九九年六月九日判決により複数親会社と子会社との間で親子関係が成立することとされ、民法上の組合は意味を失

(86) Grotherr (Fn. 69), StuW 1996, 376.

(87) Stewert, Konzernbesteuerung (Fn. 13), S. 109.

(88) Grotherr, Die Reformdiskussion (Fn. 70), S. 260.

(89) 参照: Klamann, Körperschaftsteuerliche Organschaft (Fn. 9), S. 22.

った（いわゆる“複数従属の理論（Lehre von der mehrfachen Abhängigkeit）”）。しかしこの判決をベースとすると複数親会社型機関会社制度は成立しえないので、課税庁は不適用通達で対応し、なお複数親会社型機関会社制度の成立を可能としていた。そして即座にその内容を法改正で立法化した。<sup>(92)</sup>ところが間もなくさらなる法改正により先の法改正で命脈を保っていた複数親会社型機関会社制度は廃止された。<sup>(93)</sup>廃止の理由は税収確保にあるとの指摘がある。<sup>(94)</sup>この制度の復活を求める声は強い。<sup>(95)</sup>

六に、機関会社制度は法人税については五年間継続して適用されなければならない。しかし、柔軟な組織再編を可能にするためには期間はいく少し短めに設定すべきであるとの見解もある。<sup>(96)</sup>先にも挙げた市場の変化に対応するためには機関グループの再編は適時に行われるべきとすれば、右の要請が出てこよう。

### 3 機関会社制度を適用した場合の法的効果の特徴

機関会社制度が適用されるグループ企業にとって、同制度の適用により如何なる法的効果が生ずるのであろうか。課税所得計算に係る技術的側面は次節以降に譲るが、それ以外の注目すべき特徴を、若干の重複はあるが、制度的側面から概観しておく。

- (90) BFH-Urt. v. 9. 6. 1999, - I R 43/97, BStBl II 2000, 695.
- (91) BfE Schreiben v. 4. 12. 2000, IV A 2-S 2770-3/00, BStBl. I, 1571.
- (92) 二〇〇一年一月二〇日企業税制改革継続発展法。
- (93) 二〇〇三年五月一六日租税特別措置廃止法。
- (94) Witt, Konzernbesteuerung (Fn. 55), S. 34.
- (95) Klarmann, Körperschaftsteuerliche Organschaft (Fn. 9), S. 63.
- (96) Grotherr (Fn. 69), StuW 1996, 376.

一に、機関会社はそれぞれ法主体性を維持するのであり、まず、各機関会社のもとで課税所得の計算を行い、従属会社の正負の所得の支配会社への帰属という形でそれらを支配会社のもとで通算するという二段階の課税所得計算が行われる<sup>(97)</sup>。こうした構造は、後にも言及するが、一方で、グループ企業が実質的に一つの経済的単位を構成しており、いわゆる経済的観察法に基づけば、グループ企業を一つの納税主体として見ることも実質的に不可能ではないこと、他方で、個々の機関会社の法主体性は制度適用によっても消滅しないこと、という二つの相対立する構造的要素の「妥協の産物」<sup>(98)</sup>と考えられることとなる。しかし、現在では、既に述べたように、機関会社制度適用要件について組織的編入、経済的編入は必要とされない。このことは、客観的に見ると、先の立場の対立について、その緩和が図られてきたという推察を可能とするものである。

二に、後にも触れるが、グループ企業全体が一つの経済的単位を構成している点を強調すると、機関会社相互間での取引は租税法上実現されたものと扱われるべきではない（いわゆる内部利益の租税法上の除去）。何故なら、個々の機関会社は一つの企業の各部門を構成するからである。しかし、かかる取引から所得の実現があることは、先の後者の視点が制度上の色濃く反映されているからである。そうであるからこそ、ドイツ法人税法では、一定のグループ間での一定以上の資本参加割合があったとしても当然には制度適用がなく、改めて利益拠出契約が締結されねばならない。

三に、以上のような法構造を有する機関会社制度であるので、既に述べたようにドイツではしばしば「ドイツには純粹なコンツェルン税法は存在しない」という言われ方がするのである。

(97) Grotherr (Fn. 52), StWW 1995, 129.

(98) Staringer, Perspektiven der Konzernbesteuerung (Fn. 65), S. 87.

四に、機関会社制度の持つ企業経営に対する影響に触れる必要がある。機関会社制度が持つ先に見たグループ企業間の損益通算という機能について、さらに理論的に言及すべき点がある。ドイツにおいては法人税制に変遷が見られる。従来はいわゆるインピュテーション方式が適用されていた。インピュテーション方式のもとでは株主は配当所得に係る取得費を課税上控除できた。右のことは株主が法人であつても同じである。法人―法人間で配当が行われた場合であつても、法人―個人間と同じようにインピュテーション方式により負担調整が行われた。しかし、いわゆる二分の所得免除方式は二〇〇〇年以降導入されたのであるが、ドイツにおいては法人―株主間で行われる配当については法人のもとで配当利益に課税され、法人税分をそこから控除した金額の半額について株主のもとで個人所得課税が行われる。二分の所得免除方式のもとではインピュテーション方式のもとにおけるのとは事情は異なり、法人―法人間の配当は非課税となつている。すなわち、二分の所得免除方式はクラシカルメソッドの一形態であつて、負担軽減措置は組み込まれていないので、多重課税を避けるためにかかる政策が採用された。

しかし、その結果、法人は受取配当が非課税であるので、体系上の首尾一貫性から、一時期、その取得費をはじめ、配当受取法人のもとで受取配当から損失を控除することもできなくなったが、後に受取配当の九五パーセントが非課税とされた（ドイツ法人税法八条三、五項）。換言すれば、残りの五パーセント分については課税される。これにより、仮に親法人に損失が発生しても、それを子法人の所得と損益通算しようとした場合、配当を受取ることでなく、機関会社制度の適用による手段に抛らざるを得なくなった。その点で機関会社制度の意義は飛躍的に大きくなったと言える<sup>(99)</sup>。現在法人税法上の機関会社制度が成立すると、事業税法上の機関会社制度も同時に成立するよう要件が構築されているが、事業税法上のそれについては、ゲマインデの税収確保の観点から更なる改正が望まれるとする連邦政府の立場もある。なお目下法人税率も一五パーセントに引き下げられ、二〇〇九年以降法人―自然人株主間



ループ企業に対して適用される定着した租税制度であるとも言われるのである。<sup>(104)</sup>

五に、以上のような機関会社制度による企業グループにとつての損益通算がもたらす租税法上のメリットは相当程度大きいものであることは否定できないが、反対に国庫にとつて相当程度の税収減少をもたらす可能性についてどのように考えるべきか、という問題は残る。この問題については本稿で一義的な回答を与えることはできないが、仮に機関会社制度の適用がなく、個々の法人単位で課税所得計算が行われる場合の欠損金はよく事業年度以降に利用されるのであるから、その分について結局税収は失われるという指摘は認識しておく必要がある。これは機関会社制度の合理性を論証し、そしていわゆる連結付加税の不合理を示唆するものである。

六に、少数株主保護の問題がある。仮に利益抛出契約なしに一定の資本参加割合があれば自動的に支配会社のもとに所得が帰属するという構造であると、従属会社に資本参加している少数株主は安定的に配当が受取れない可能性が生ずる。それ故ドイツでは利益抛出契約上少数株主の配当に充てる金額を支配会社に帰属する所得から控除することとされている。<sup>(105)</sup>

※本研究は平成19―21年度科研費（課題番号…19730023）の助成を受けたものである。

(104) Pothast, Entwicklung der Körperschaftsteuer (Fn. 67), S. 89.

(105) Siewert, Konzernbesteuerung (Fn. 13), S. 243.

(106) Grotherr (Fn. 52), StuW 1995, 129.