

外国法人間の合併と課税

中 村 繁 隆

目次

- はじめに
- I わが国現行法上の取扱い
- II アメリカ法
- III 検討
- むすびに

はじめに

多国籍企業は、世界的規模における事業効率化の観点から、現地法人の撤退や進出^①だけでなく、組織再編も実行する。わが国の組織再編税制は、外国法人間の組織再編に対して、会社法上及び税法上の国内組織再編との類似性に

着目して適格要件を判断する。⁽²⁾ この判断の前提には、各組織再編の特徴を示すメルクマールが明確であることが必要である。しかし、わが国には、外国法人間の組織再編に対する判例の蓄積がほとんどなく、現在は解釈論によって対応せざるをえない状況にある。⁽³⁾

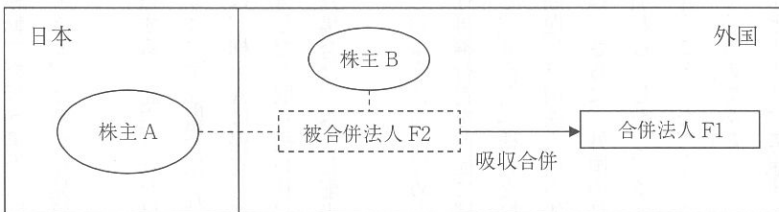
本稿は、外国法人間の組織再編のうち、合併に関するメルクマールの明確化を行ったアメリカ法を中心に、また一部ドイツ法の取扱いも参考にしつつ、外国法人間の合併に対する課税のあり方について検討するものである。アメリカ法を参考としたのは、合併に関するメルクマールの決定プロセスをリサーチすることが、わが国にとって参考となる部分が多いと考えられたためである。また、ドイツ法を一部参考とするのは、アメリカ法と異なり、ドイツはEU加盟国の一員として、合併に関するメルクマールが既に与えられている。すなわち、わが国が特定の国との間で一定のメルクマールを決定することができるようなケースにおいては、その具体的な取扱いを確認することができる⁽⁴⁾と考えられたからである。なお、外国法人間の組織再編のうち、合併に論点を絞っているのは、海外には多種多様な組織再編取引が存在すると考えられるが、合併については比較的、他の諸外国にも同一の制度が存在しているようであり、⁽⁵⁾取引の実現可能性の観点から、議論を行うことの意義が高いと考えられたからである。

本稿の構成としては、第一章で、わが国現行法上の取り扱いを整理する。第二章では、アメリカ法における合併のメルクマールに関する財務省規則の変遷を追うことにより、外国法人間の合併に関する取扱いを分析する。そして第三章では、ドイツ法の取扱いを若干確認した後、両国から得られる示唆から、わが国における外国法人間の合併に対する課税の方向性について検討する。

I わが国現行法上の取扱い

本稿において検討対象となる外国法人間の合併を図1に示す取引として、以下議論を行う。図1は、わが国に存する株主A（法人あるいは個人）が、被合併法人F2の株主であり、そのF2が合併法人F1に吸収合併されるケースを示している。

図1では、まず、当該合併がわが国の会社法における合併に該当するか否か、という解釈論上の問題がある。なぜなら、わが国の組織再編税制は、組織再編の種類そのものを会社法上の概念から借用しているためである。^⑥次に、税法上の問題であるが、株主Aは保有していた被合併法人F2株式を譲渡することになるため、法人税法六一条の第二項の適用を受ける。株主Aが課税繰延の適用を受けるためには、合併法人F1と被合併法人F2との合併が適格合併（法人税法二条一二号の八）に該当することを必要とする。^⑦国際的組織再編に対する組織再編税制の法的枠組みは、外国法人に対する税法上の取扱いに関係してくるため、法人税法一四二条とそれを受けた法人税法施行令一八八条の理解が鍵になる。法人税法一四二条は、外国法人の国内源泉所得に係る所得の金額が、法人税法施行令一八八条に定めるところにより、内国法人について定める規定として同条文中で参照している各規定に「準じて」計算した金額とすることを定める。また、法人税法施行令一八八条は、内国法人について定める規定に「準じて」取扱う項目を列挙する。



(図1)

なお、法人税法には、外国法人が直接、内国法人と「合併」、「分割」、「株式交換」、「株式移転」を行う場合に関する規定はないものの、特に法令上の制限がない限り、外国法人間の組織再編については適用できる、と解する見解がある。⁹⁾

以上を踏まえて、図1の課税関係を整理すると、当該再編がわが国の会社法上の合併に相当すると認定された場合には、株主Aに合併法人F1株式のみが交付され、その他、税法上の適格要件を満たしていることを前提にすれば、株主Aに課税は生じない。¹⁰⁾ また、わが国の会社法上の合併に相当しないと認定された場合には、株主Aは保有していた被合併法人F2株式を被合併法人F2へ譲渡し、それと引き換えに合併法人F1株式を取得したと取り扱われ、その結果、課税が生じる。¹¹⁾ さらに、合併法人F1株式以外の金銭等が併せて株主Aに交付された場合は、みなし配当課税も生じる。¹²⁾

このように、図1における問題は、外国法人間の当該合併が、わが国の会社法及び税法にどのように当てはめられるか、という解釈論上の問題といえる。すなわち、国内の組織再編税制が会社法に定める会社再編行為を前提に構築されている関係から、外国法人間の組織再編に対する課税も、わが国の会社法における「合併」、「分割」、「株式交換」、「株式移転」等の用語がどのような意味を有するのかという解釈問題に帰着する。¹³⁾ 但し、この問題は外国法人間の組織再編に限らず、租税法一般の解釈でも生じる問題であるが、外国法人間の組織再編については、さらに、外国の私法上の特定の意味が与えられている行為や事象を扱わなければならないという点で、難しさが加わる。¹⁴⁾ しかし、多種多様な外国の組織再編行為に対して、借用概念による解釈で対応することには必ずから困難を伴うことになる。¹⁵⁾ この点において、外国法人間の組織再編に対する課税には、税法上のメルクマールが必要となってくるのである。

なお、本稿においては、わが国の会社法に存在していないような会社組織上の行為を税法上どのように考慮すべき

か、という問題は取り扱わず、わが国の会社法上の組織再編に類似する取引、特に、「合併」を取り上げて議論を進めることにする。また、合併に関するメルクマールは、アメリカで二〇〇六年に制定された最終規則 Reg. 1.368-2(b) (二)に至るプロセスが参考となるので、第二章においてアメリカ法の取扱いを検討する。

II アメリカ法

1. 従前における合併の射程

アメリカ法における合併に関する規定は、主として I.R.C. § 368(a) (1) (A) である (A型組織再編成)。以下、A型と⁽¹⁶⁾いう。そこに記載された文言は、⁽¹⁷⁾ a statutory merger or consolidation (法令上の吸収合併又は新設合併) である。一九三四年歳入法⁽¹⁷⁾で追加された statutory という用語は、「州、テリトリー、コロンビア州の法 (a law of a state, territory, or the District of Columbia)」をい、⁽¹⁸⁾ 外国法に基づくA型は、適格組織再編に該当しなかった。該当しなかった理由は、財務省が一九三五年に、この用語の定義を含む財務省規則を制定した時点では、クロス・ボーダー取引はまれであって、外国法に基づく合併の結果を考慮する必要はなかったためとされる。⁽²⁰⁾ そのため、外国法に基づく吸収合併又は新設合併が適格となるケースは、C型かD型のいずれかに該当しなければならなかった。⁽²¹⁾ しかし、C型、D型は、A型に比べて、適格要件における制限が大きく、⁽²²⁾ 実務家からは、外国における吸収合併 (foreign mergers) に対するA型の定義を見直して欲しいとの要望が出されていた。⁽²³⁾ また、理論的な観点からは、アメリカ株主に対して、

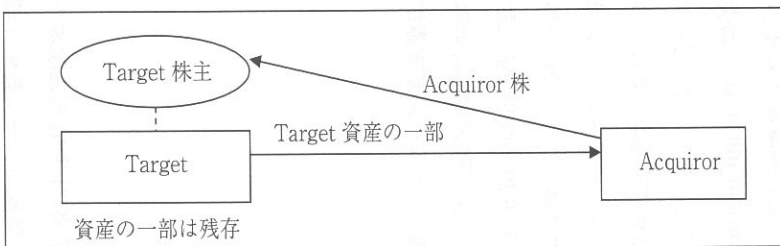
その保有株式が国内法人の株式か否かによって、税法上異なる取り扱いをすることは、資本輸出中立性 (capital export neutrality) や無差別 (discrimination) の考え方に反するとの意見もあった。⁽²⁴⁾

2. 合併に関するメルクマールの変遷

(1) 二〇〇〇年五月十五日規則案

財務省のスタンスが合理的であると考えられた状況は、すべての州の合併法令が同質であり、かつ、議会が課税繰延として好ましいと考える取引形態が行われていた時期のことであった。⁽²⁵⁾ しかし、二〇〇〇年に入り、各州の合併法令の改正とLLC (Limited Liability Company、以下、LLCという) の利用増加によって、その状況に変化が生じてきた。⁽²⁶⁾

前者 (州の合併法令の改正) については、Rev. Rul. 2000-5で取り上げられた2つの取引がその特徴を示している。⁽²⁶⁾ 図3と図4は、Rev. Rul. 2000-5で取り扱われた取引を示している。納税者は、適用可能な州法 (テキサス州法) の下で実施した当該取引が適格A型に該当すると考えたが、内国歳入庁IRSはそれを否定した。その理由は、州法を遵守することが当該取引を適格組織再編として取り扱うことになる要件ではない、当該取引が性質上、分割的 (divisive) であり、I.R.C. § 355の要件を満たしてい



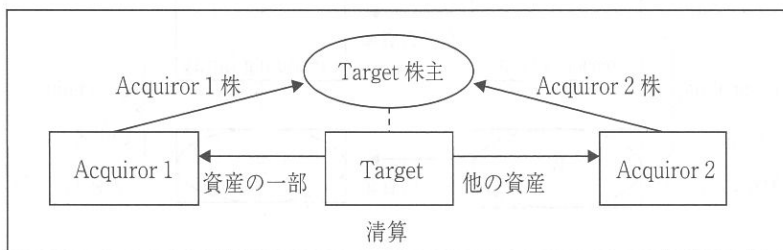
(図3⁽²⁷⁾)

ないならば、課税繰延の取扱いを与えることはできないからであった。⁽³⁰⁾

後者（LLCの利用増加）については、LLCがアメリカの税法上、無視されるエンティティ（disregarded entity. 以下、DREという）とみなされる場合、LLCが州法の下で、LLCや法人（corporation）へ吸収合併される際に問題となった。これに対して、二〇〇〇年五月十六日に発行された二〇〇〇年規則案では、法人にDREを吸収合併させること、あるいはDREに法人を吸収合併させることの違いについても、A型として適格にはならないとされた。⁽³³⁾

(2) 二〇〇一年十一月十五日規則案

statutory という用語に、そもそも外国法を含まないとする立場の権限（authorities）は、一九三五年の財務省規則を引き継いだ一九五五年財務省規則⁽³⁵⁾と一九五七年の Revenue Ruling だけであった。⁽³⁶⁾ そのため、statutory という用語には、外国法を含むと解する余地があり、その場合には法令（statutes）の改正や立法が必要となるわけではないから、財務省やIRSは片務的に（unilaterally）変更できる状況にあった。⁽³⁸⁾ そこで、財務省は、二〇〇一年規則案を制定したのである。⁽⁴⁰⁾ なお、このときに二〇〇〇年規則案は、撤回されている。⁽⁴¹⁾ 二〇〇一年規則案は、財務省が州法の改正があるたびに、適格A型か否かを決定するための適及的試みを行うこと（retroactively attempting to determine）を避け、あらゆるケースに適用可能な標準



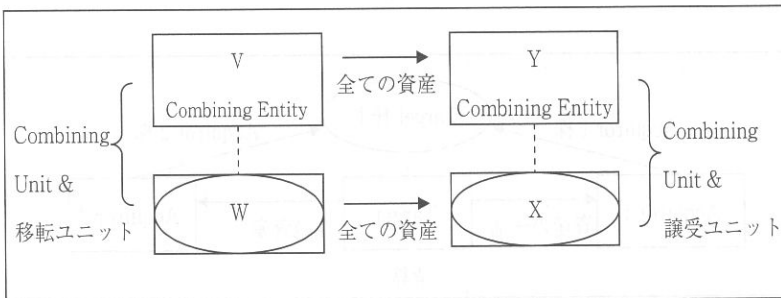
(図 4 ⁽³⁴⁾)

(standard) を作るために発行されたものであった。⁽⁴²⁾

表1に記載された用語を用いて、図5の取り扱いを確認する。⁽⁴³⁾ VとYは内国法人であり、WとXはそれぞれVとYによって完全所有された、構成員が1名のLLC(DREに該当)である。Vは合併エンティティ(Combining Entity)に該当し、VとWは合併ユニット(Combining Unit)を構成する。もし、VとWが各資産をYとXへ移転したならば、VとWは移転ユニット(Transferor Unit)とみなされ、YとXは譲受ユニット(Transferee Unit)とみなされる。

二〇〇一年規則案では、以下の2つの事象が同時発生した場合、a statutory mergerとして適格A型が認められた。第一は、移転ユニットの各メンバーの(その取引において分配されるもの以外の)資産と「その取引において充足された(satisfied)、あるいは課税されなく、(discharged) 部分を除く」負債が、譲受ユニットの資産と負債とならなければならないことである。第二は、移転ユニットの合併エンティティがすべての目的上、⁽⁴⁴⁾ 独立した法的存在を失わなければならないことであった。

こうして、財務省は二〇〇一年規則案で初めて、税法上の合併に関するメルクマールを明確化した。⁽⁴⁵⁾ また、これにより財務省は、分割的取引(divisive transaction)が適格合併(qualifying for tax-free treatment as mergers)となることも防いだのである。⁽⁴⁶⁾ しかも、これは、外国法人間の合併を取り込んだ合併に関する、後のメルク



(図5)

マールにも利用されることになった。

(3) 二〇〇三年一月二三日暫定規則

二〇〇三年に出された暫定規則は、二〇〇一年規則案のフレームワークを原則として維持しつつ、二〇〇一年規則案をより具体化したものであった。⁽⁵²⁾ 例えば、上述した第一の事象である「全」資産・負債の移転と、C型やD型に規定する「実質的にすべて」の資産・負債の移転という用語の違いの明確化である。例えば、ターゲット法人の資産の五〇％を合併直前に移転し、その残りの五〇％の資産を合併時に移転したとする。前者の場合（「全」資産・負債の移転）は、その要件に該当する一方、後者の場合（C型やD型に規定する「実質的にすべて」の資産・負債の移転）は、該当しない。⁽⁵³⁾ また、上述した第二の事象である「独立した法的存在を失うこと」についても、移転ユニットの合併エンティティが法的訴訟 (legal claim) を解決するためにのみ専ら存在し続ける場合には、その要件に該当する。⁽⁵⁴⁾

さらに、二〇〇三年規則案は、DREを含む合併に関する取り扱いを修正した。⁽⁵⁵⁾ 具体的には、法人がDREへ吸収合併される場

表1 ⁽⁴⁵⁾

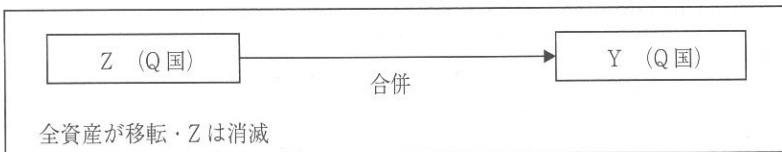
用語	定義
合併エンティティ (Combining Entity)	法人である事業エンティティでDREではないもの
無視されるエンティティ (DRE)	アメリカ連邦所得税法上、所有者とは独立したエンティティとして無視される事業エンティティで、構成員が1名のLLC、適格REIT子会社 ⁽⁴⁶⁾ 、適格サブチャプターS子会社 ⁽⁴⁷⁾ を含む
合併ユニット (Combining Unit)	合併エンティティと、当該合併エンティティによって所有される全てのDREとの組み合わせ
移転ユニット (Transferor Unit)	他の合併ユニットへ資産移転する合併ユニット
譲受ユニット (Transferee Unit)	他の合併ユニットから資産を取得する合併ユニット

合が、適格A型として許容された⁽⁵⁶⁾（但し、DREが法人へ吸収合併される場合は従前通り、非適格A型のままである⁽⁵⁷⁾）。また、移転ユニットにより所有されるDREが、国内法の下で形成されたか、外国法の下で形成されたかについては適格の判定において無関係となった。こうした点から、財務省は、二〇〇三年暫定規則において外国法人間の合併に対する適格性を許容するゆっくりとした歩み（one baby step）を始めたといわれる⁽⁵⁸⁾。

(4) 二〇〇五年一月五日規則案

二〇〇五年一月五日、財務省は外国法の下での吸収合併を非適格A型とする、長く依拠してきた規則を撤回する規則案を制定した⁽⁵⁹⁾。つまり、初めて外国法人間の合併を適格A型として許容したのである⁽⁶²⁾。図6を用いてこれを確認する。ZとYは、Q国法の下で設立されたエンティティであり、アメリカの連邦所得税法上、法人として性質決定される。ZとYはQ国の法令に基づいて合併し（combine）、Zの全資産・負債がYの資産・負債となり、かつ、すべての目的上、Zの独立した法的存在が失われた。この例における合併は、連邦所得税法上、適格A型となる⁽⁶³⁾。このように、外国法人間の合併を許容する合併に関するメルクマールは、二〇〇一年規則案で採用された方法を利用していることが確認できる。

なお、当該取引は、より一般的な適格要件である投資の継続性（continuity of interest）、事業支配の継続性（continuity of business enterprise）、事業目的（business purpose）及び、財務省規則に定めるその他の要件も充足しなければならない⁽⁶⁴⁾。



(図6⁽⁶⁴⁾)

外国法人間の合併と課税

表2

Ex	2001年	2003年	2005年	2006年
1	合併法令に従った分割 (非適格)			→
2	法人をDREへ吸収合併 (非適格)	適格となる	同左	同左 →
3	法人をDREへ三角合併 (適格)	適格子会社を所有するS法人をDREへ吸収合併 (適格)		→
4	法人をパートナーシップに支配されたDREへ吸収合併 (非適格)			→
5	DREを法人へ吸収合併 (非適格)			→
6	法人をDRE持分と引き換えにDREへ吸収合併 (非適格)			→
7				→
8		分配後の吸収 (適格)		→
9			外国法の効力がある取引 (適格)	法人をLLCとする州法による転換 (非適格)
10				法人の解散 (非適格)
11				法人構成員をパートナーシップへ吸収合併 (適格)
12				州法による新設合併 consolidation (適格)
13				→
14				amalgamation (適格)

(5) 二〇〇六年一月二六日最終規則

二〇〇五年規則案は、一定の改正を加えて、二〇〇六年一月三日に最終規則として採用された。⁽⁶⁶⁾ 最終規則における合併のメルクマールは、Reg. § 1.368-2(b) に規定されている。

まず、法令上の吸収合併又は新設合併 (a statutory merger or consolidation) は、吸収合併又は新設合併を有効とするのに必要な法令に基づき有効となる取引であって、当該法令の機能の結果として、以下の2つの事象が当該取引において同時発生するものと定められた。⁽⁶⁷⁾

一つは、一以上の合併ユニットの各メンバー (各移転ユニット) の (その取引において分配されるもの以外の) 全資産と、(その取引において充足され、あるいは課税されない部分、または当該取引で分配された資産に係るノンリコーズ債務の部分を除く) 全負債が、他の合併ユニットの一以上の各メンバー (各譲受ユニット) の資産と負債になることである。⁽⁶⁸⁾ もう一つは、すべての目的上、各移転ユニットの合併エンティティが、独立した法的存在を失うことである。⁽⁶⁹⁾

ここで、これまでの財務省規則の改正の流れを確認するため、同規則に記載された例 (Example) を整理すると、表2となる。⁽⁷⁰⁾ そして、本稿における検討対象は、表2の例13と例14であるので、これらの例を最終規則で定めた合併に関するメルクマールを用いて確認する。

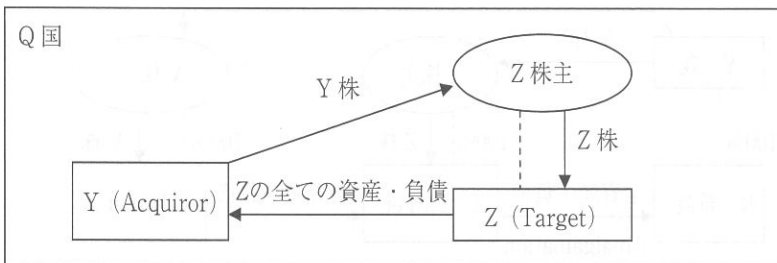
例13は、外国法上の吸収合併である (図7参照)⁽⁷¹⁾。これは二〇〇五年規則案と同様である。図6と若干重複するが、確認する。例13の事実関係は、以下の通りである。ZとYは、Q国法の下、組織されたエンティティであり、連邦所得税法上、法人として性質決定されている。ZとYは、Q国法に基づいて合併し (combine) し、Zの全ての資産・負債がYの資産・負債となること、Zの独立した法的存在は、すべての目的上消滅する (cease) ことが、同時発生し

たとする。

例13における取引は、Reg. § 1.368-2 (b) (1) (ii) の要件を充足する。なぜなら、当該取引は、Q国法の下で効力があり、次の事象が取引の効力時点で同時発生しているからである。Z（移転ユニット、かつ、合併エンティティ）の全ての資産・負債が、Y（合併エンティティであり、かつ、譲受ユニットの唯一の構成員）の資産・負債となり、かつ、Zは全ての目的上、独立した法的存在を失っているからである。従って、当該取引は、適格A型となる。

例14は、親法人株式を利用した吸収合併 (amalgamation) である (図8⁽²⁾参照)。最終規則は吸収合併 (amalgamation) を適格とする点で、二〇〇五年規則案とは異なる⁽²⁾。例14の事実関係は、以下の通りである。ZとVは、Q国法の下、設立されたエンティティであり、連邦所得税法上、法人として性質決定されている。ZとVは、Q国法に基づいて合併し (amalgamate)、次の事象が同時発生したとする。ZとVの全ての資産・負債がR（その取引において設立され、当該取引直後にYにより完全所有されるエンティティ）の資産・負債となり、ZとVの独立した法的存在は、すべての目的上失われる (cease)。この取引において、Z株主とV株主は、Y株と引き換えに、それぞれZ株とV株を償還 (exchange) する。

例14における取引は、Yにより支配される法人Rに対するZとVの法令上の吸収合併及び新設合併 (a statutory merger or consolidation)、すなわち、§ 368(a)(2)



(図7 - Merger pursuant to Foreign Statutes)

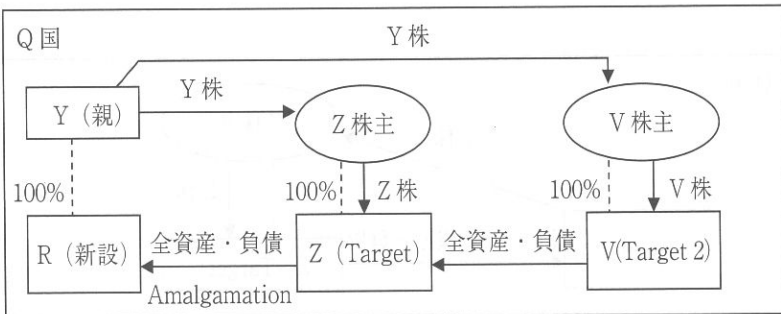
(D) による§ 368(a)(1)(A)の下、適格となる。なぜなら、当該取引は、Q国法の下で効力があり、次の事象が取引の効力時点で同時発生しているからである。Z及びV（それぞれが、移転ユニット、かつ、合併エンティティ）の全資産・負債が、R（合併エンティティであり、かつ、譲受ユニットの唯一の構成員）の資産・負債となり、かつ、Z及びVは、それぞれ全ての目的上、独立した法的存在を失っているからである。このとき、Yは取引直後にRを支配しているので、Z株主とV株主は、[§ 368(a)(2)(D)の目的上、取得法人で譲受ユニットである合併エンティティ]Rを支配する法人の株式を取得したものと取り扱われる。

以上、例13及び例14の通り、適格A型の判定においては、当該組織再編が外国（いずれもQ国）における法令に基づいたものであることを前提とした上で、合併に関する税法上の2つのメルクマールを当てはめ、判断していることが確認できた。

Ⅲ. 検討

1. ドイツ法からの検討

わが国への検討を行う前に、ここでドイツ法の取扱いを若干確認しておきたい。



(図8 - Foreign Amalgamation using Parent Stock)

ドイツ法もわが国と同様、国際的組織再編をドイツの国内法（例えば、組織再編法）における各組織再編との比準性により判断する「比準性判断（Vergleichbarkeitsprüfung）」⁷⁵。比準性判断は、組織再編行為の法的結果（例えば、清算のない消滅や包括承継）だけでなく、関与する法的担い手（beteiligten Rechtsträger）も含む（典型的な類似）⁷⁶とされる。なお、当該国際的組織再編は、外国における会社法で許容され、効力を有していることを前提とする⁷⁷。

また、比準性判断は、組織再編行為の法的結果だけでなく、ストラクチャーのメルクマール（Strukturmerkmal）を考慮すべきとする。比準性判断の例として、大蔵省解釈パラ0125では、二つの外国法人が当該外国で合併を行い、その合併対価のうち、五〇%が現金であった例を挙げる。ドイツの組織再編法では、合併対価の一〇%以下が現金でなければならず、当該合併は国内再編と同様（Vergleichbarkeit）とは解されないという解釈が示されている⁷⁸。つまり、外国における当該組織再編行為を組織再編法で同様に行えるかが重要である⁷⁹。

なお、わが国と異なる点として、ドイツは合併指令の規定を考慮しなければならない点が挙げられる⁸⁰。例えば、合併に類似する外国取引のストラクチャーの要素（Strukturelement）としては、第一に、一の法人あるいは複数の法人の全資産が取得法人へ移転されること、第二に、清算手続を経ることなく取得法人が消滅すること（Erlöschen）、第三に、取得法人あるいは新設法人の持分が、譲渡法人の持分者へ交付されること、である⁸¹。

こうして、当該合併が国内再編と同様であると解された場合、次に、税法上の要件が確認される。例えば、図1における株主Aをドイツの国内株主とすれば、原則的な取り扱いは、組織再編税法一三条一項の適用により、被合併法人F2持分の時価譲渡となる。但し、同条二項による申請により、合併法人F1持分を簿価で評価できる可能性がある。この場合の要件は、被合併法人F2持分の譲渡益課税に関するドイツの課税権が、合併時に喪失又は制限されないこと（同条二項一文一号）、あるいは、合併指令（90/434/EWG）八条に基づく合併であること（同条二項一文二号）

である。この税法上の適格要件の建て付け方（原則は時価譲渡、例外は簿価譲渡という構成）は、わが国と類似している。

2. 比較法から得られる示唆

以上を踏まえ、比較法から得られる知見を検討する。まず、アメリカ法に関して、合併に関するメルクマールの明確化の変遷をみると、州法の改正の都度、税法が対応することに困難が生じたこと等に由来していた。つまり、外国法に基づく合併の問題から出発しているわけではなかった。むしろ、各州法の違いに対応しようと改正を繰り返しているうちに、外国法も取り込むことができる税法上のメルクマールが決定されたと考えるべきであろう。

なお、当該合併に対する課税は、その実施された外国の法令に従った後に、税法上のメルクマールを当てはめていることに留意する必要がある。すなわち、適格A型は、税法上のメルクマールへの当てはめの前に、当該外国法の効力の存在を前提としている点が重要である。

また、合併に関する税法上のメルクマールが決定されても、その判断が困難な部分に残る点にも留意する必要がある。例えば、外国法の amalgamation を適格合併とする際、その理由を「事実上、消滅していること」とする取扱いが、最終規則の「規定の説明 (Explanation of Provisions)」にわざわざ明記されている。これは、合併に関するメルクマールである「各移転ユニットである合併エンティティが、すべての目的上、独立した法的存在を失うこと」に形式上、該当しないからである。つまり、税法上の当該メルクマールによっても、外国法人間の合併の取扱いにおける困難さを必ずしも完全に解消できるわけではない。それゆえ、実務家が指摘するように、合併に該当するか否かのガ

イドラインの公表や、アドバンス・ルーリングの方法を取り入れるなどの工夫は必要となってくるであろう。⁽⁸⁴⁾

次に、ドイツ法に関して、合併に関するメルクマールは、アメリカ法と異なり、合併指令において明確にされている。合併に関するメルクマールを所与とするドイツは、アメリカのような税法上の合併に関するメルクマールの変遷を辿る必要は、EU加盟国に存在する外国法人間の合併に関してはない。但し、この場合においても、当該合併が実施された外国における法令に従っていることを前提とする点には留意する必要がある。このようなドイツ法の取り扱いには、わが国が将来において、特定の国との間で合併に関するメルクマールを具体的に決めることができるケースにおいて利用可能となろう。

以上、アメリカ法、ドイツ法の取り扱いを検討してきたが、アメリカ法における合併に関するメルクマールは、わが国における合併の定義とも大体において一致しているという実務家のコメントがある。⁽⁸⁵⁾ また、それはドイツ法を検討した際に見られた合併のメルクマールとも、ほぼ同様であると考えられる。これらのことから、わが国においても合併に関する米独のメルクマールは、有効である可能性は高いのではなからうか。すなわち、わが国における外国法人間の合併に対する課税上の取扱いにおいて、合併に関する税法上のメルクマールを合併の定義として国内法に導入する手法は、課程上の判断の困難さを排除する一つの方向性として有効ではなからうか。これは、先行研究における小林論文⁽⁸⁶⁾でいう「本質的構成要素」の合併版ともいえる。

但し、アメリカ法の分析において、税法上無視されるLLCやパートナーシップとの合併が考慮される中で、合併のメルクマールが決定されてきていることを確認した。また、ドイツ法においても、人的会社 (Personengesellschaft) との合併が考慮されている (組織再編税法三条等)。この点については、わが国では会社法上、いまだ実施できない部分であり、わが国との対比という方法がとれない部分である。その意味では、米独のメルクマールの射程は、現在の

わが国にとつては広いことを意味する。このため、税法上無視される事業体との合併に対する取扱いについては、今後検討を要する問題である。

むすびに

本稿は、外国法人間の合併に対する課税のあり方について、アメリカ法を中心に、また一部ドイツ法を参考にしながら検討したものである。わが国の組織再編税制における組織再編行為の定義は、会社法からの借用概念である。そのため、外国法に基づく組織再編行為に対しては、借用概念による解釈で対応しなければならぬ。しかし、この領域は、外国の私法上の特定の意味が与えられている行為や事象を取り扱わなければならないという点で、一般の租税法の解釈よりも難しさが加わる。このため、税法上のメルクマールが必要となる。

そこで、本稿ではまず、アメリカ法における合併に関する税法上のメルクマールの変遷について、財務省規則の改正経緯を分析した。その結果、外国法に基づく合併が適格A型として取り込まれたのは、外国法の多様性という事情よりも、アメリカ各州の会社法の多様化に起因していたことが確認できた。そして、税法上の合併に関するメルクマールを会社法に拠るのではなく、合併の機能面に着目して抽出することにより、会社法の多様化による影響を回避しようとした。アメリカは、このような対応を行ってきたことで、二〇〇五年に外国法に基づく合併も適格A型に取り込むことができたのである。アメリカ法における合併のメルクマールは、一以上の合併ユニットの各メンバー（各移転ユニット）の全資産と全負債が、他の合併ユニットの一以上の各メンバー（各譲受ユニット）の資産・負債になることと、すべての目的上、各移転ユニットである合併エンティティが独立した法的存在を失うことの二つである。な

お、適格A型は、税法上のメルクマールへの当てはめの前に、当該外国法の効力の存在を前提としている点には留意する必要がある。

また、本稿では、ドイツ法についても若干の検討を行なった。ドイツ法では、アメリカ法と異なり、合併指令において、合併に関するメルクマールが明確にされている。合併に関するメルクマールを所与とするドイツは、アメリカのような税法上の合併に関するメルクマールの変遷を辿る必要は、EU加盟国に存在する外国法人間の合併に関してはない。但し、当該合併が、その実施された外国の法令に従っていることを前提する点には留意する必要がある。このようなドイツ法の取り扱いは、わが国が将来において、特定の国との間で合併に関するメルクマールを具体的に決めることができるようなケースにおいて利用可能となる。

以上、アメリカ法、ドイツ法を分析した結果、アメリカ法、ドイツ法における合併に関するメルクマールは、わが国においても有効である可能性は高いのではないかと考えられる。すなわち、わが国における外国法人間の合併に対する課税上の取扱いにおいて、合併に関する税法上のメルクマールを合併の定義として国内法に導入する手法は、その判断の困難さを排除する一つの方向性として有効であると考えられるからである。但し、税法上無視される事業体との合併に対する取扱いを踏まえた米独のメルクマールは、わが国にとって、会社法上いまだ実施できない部分を含むものであるから、これらのメルクマールの射程は、現在のわが国にとっては広いといえよう。最後に、税法上無視される事業体との合併に対する取扱いについては、今後検討を要する問題であることを指摘しておきたい。

(1) 現地法人の撤退や進出の状況については、経済産業省「第41回海外事業活動基本調査結果概要―平成二二(二〇一〇)

- 年度実績―」http://www.meti.go.jp/statistics/tyo/kangaizi/result/result_41/result_41.htmlを参照。
- (2) 外国法人間の組織再編に関する邦文献として、武井一浩「クロスボーダー組織再編行為に対する組織再編税制の適用〔含質疑応答〕」租税研究七三五号二頁～四二頁(二〇一一年)、日本公認会計士協会「国外における組織再編等に係る国内税法の適用関係について(中間報告)」租税調査会研究報告一七号一頁等。
- (3) 外国法人による組織再編の問題は、今後の大きな検討課題であると指摘するものとして、水野忠恒「租税法〔第五版〕」有斐閣四五五頁(二〇一一年)参照。
- (4) T. D. 9242, 71 Fed. Reg. 4259 (January 23, 2006).
- (5) JETRO 海外調査部国際経済研究課「主要国・地域の合併規制について」(二〇〇九年九月二十九日) WTO/FTA Column, Vol.054, http://www.jetro.go.jp/file/report/07000755/wto_gappei_kisei.pdfを参照。
- (6) 渡辺徹也「企業組織再編成と課税」弘文堂二七八頁(二〇〇六年)参照。
- (7) 株主Aが被合併法人F2の全株式を保有している場合には、合併法人F1と被合併法人F2との組織再編が「合併」に該当するだけでなく、「適格合併」にまで該当する必要がある。法人税法六一条の二第二項。
- (8) 増井良啓・宮崎裕子「国際租税法」第二版『東京大学出版会』三三八頁(二〇一一年)参照。
- (9) 増井・宮崎・前掲注(8)二四九頁参照。なお、この見解の根拠として、増井・宮崎・前掲注(8)二四八頁～二四九頁は、二つの根拠を示す。一つは、法人税法六一条の二第二項・四項・八項における「旧株を発行する法人」には外国法人である場合を必ずしも排斥していないとする反対解釈に拠る。もう一つは、日仏租税条約一三条(二)(b)の存在に拠る。同規定は、一方の国で実施された組織再編行為を他方の国の税務当局が自国の組織再編税制上、課税繰延の対象となるか否かを判断するという枠組みをとっている。このような判断枠組みに日本が合意しているという事実が、この見解の1つの根拠になりうるとしている。また、渡邊健樹「国際間の株式を対価とする企業買収と課税および会社法―三角合併を中心として―」中里実・神田秀樹編『ビジネス・タックス』有斐閣二一四頁(二〇〇五年) Yukinori Watanabe, Tax treatment of international acquisition of businesses, Cahier de droit fiscal international Vol.90b, at 411

- (二〇〇五)、太田洋「三角合併等対応税制とM&A実務への影響」商事法務一八二二号六〇頁(二〇〇七)、朝長英樹「会社組織再編成に係る税制について(第三回)」租税研究六二二号三八頁(二〇〇二)も同様の見解と思われる。
- (10) 法人税法六一条の二第二項(法人株主)。租税特別措置法三七条の一〇第三項一号(個人株主)。
- (11) 法人税法六一条の二第二項(法人株主)。租税特別措置法三七条の一〇第一項(個人株主)。
- (12) 法人税法二四条・同六一条の二第二項(法人株主)。所得税法二五条一項・租税特別措置法三七条の一〇第三項一号(個人株主)。
- (13) 増井・宮崎・前掲注(8)二四八頁参照。
- (14) 増井・宮崎・前掲注(8)二五〇頁参照。
- (15) 先行研究として、合併ではなく間接分割(一旦、法人が資産・負債の一部を他の法人に移転して株式を取得し、その後、その株式を当該法人の株主に配当等として交付することにより、実質的な分割を行うもの)を題材に、国外取引に対する租税法の適用を検討したものととして、小林淳子「国外取引に対する租税法の適用と外国法人の分割に関する諸問題」税大論叢四五号二二三頁(二〇〇四)がある。
- (16) 後述するように、合併に近い形態にはC型組織再編成(I.R.C. § 368(a)(1)(C). 以下、C型という)やD型組織再編成(I.R.C. § 368(a)(1)(D). 以下、D型という)に該当するケースもありうる。岡村忠生「法人分割税制とその乱用」税経通信五五巻一五号四一頁(二〇〇〇)の注にも参照。
- (17) § 112(g)(1)(A) of the Revenue Act of 1934.
- (18) Arturo Requenez II & Joshua D. Odintz, *New Flexibility Under Final Regs. Affecting Foreign-Law Mergers and Section 367*, *Journal of Taxation*, vol.105, No. 3, at 153 (2006). See, 70 Fed. Reg. 746 (January 5, 2005).
- (19) Art. 112 (g) -2, 1935 Regulations 86 (1935).
- (20) Gregg D. Lemein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *New Regulations Dramatically Expand Opportunities for Taxpayers Seeking to Structure International Reorganizations*, *Taxes* Vol.84, No.5, at 6-7 (2006).

- (11) Robert A. Rizzi, A STEP IN THE RIGHT DIRECTION: IRS PROPOSES TO INCLUDE FOREIGN MERGERS in 'a' reorganizations, 32 Corporate Taxation 40, available at 2005 WL 1077580 (2005).
- (12) C型のD型は、A型と異なり、ターゲット法人 (Target Corporation) の資産を「実質的にすべて (substantially all)」取得しなければならなかったからである。ちなみに、C型は取得対価として「専ら議決権付株式 (solely for voting stock)」を使用したものならなかったからである。Arturo Requenez II & Joshua D. Odintz, *supra* note 18, at 151.
- (13) Robert A. Rizzi, *supra* note 21.
- (14) Clements Philipp Schindler, Treatment of Foreign Mergers under US Tax Law, INTERTAX, Vol. 32, Issue 8/9, at 425-426 (2004).
- (15) Gregg D.Lemlein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 7.
- (16) Gregg D.Lemlein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 7-8.
- (17) Gregg D.Lemlein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 8, Diagram 1.
- (18) Rev. Rul. 2000-5, 2000-1 C.B. 436.
- (19) Gregg D.Lemlein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 7.
- (20) *Id.*
- (21) 59号のCheck-the-box規則は、Reg. § 301.7701-1.
- (22) REG-1-6186-98.
- (23) Gregg D.Lemlein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 8.
- (24) Gregg D.Lemlein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 8, Diagram 2.
- (25) Reg. § 1.368-2(b) (1).
- (26) Rev. Rul. 57-465, 1957-2 C.B. 250.
- (27) Clements Philipp Schindler, *supra* note 24, at 423.

- (38) *Id.*
- (39) REG-126485-01.
- (40) Clements Philipp Schindler, *supra* note 24, at 423.
- (41) Gregg D. Lemein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 8.
- (42) *Id.*
- (43) 図5は、二〇〇一年規則案を解説するために Gregg D. Lemein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 8, Diagram 3 に示されたものである。
- (44) 以下、図5の説明に同じく Gregg D. Lemein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 8 を参照した。
- (45) See, Gregg D. Lemein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 8, Table 2.
- (46) 適格 REIT 子会社とは、当該法人の全株式が REIT (Real Estate Investment Trust) により保有されている法人をいう。I.R.C. § 856(i)(2)。
- (47) 適格サブチャプターの子会社とは、当該法人の全株式が S 法人により保有され、かつ、その S 法人が当該法人を適格サブチャプターの子会社として選択している不適格法人 (ineligible corporation) ではない内国法人をいう。I.R.C. § 1361 (b)(3)(B)。なお、不適格法人 (ineligible corporation) とは、生命保険会社等 I.R.C. § 1361 (b)(2) に掲げる法人をいう。
- (48) 「租税法」の目的上は、なく、「サブ」の目的上とすることは、「租税法」かつ「会社法」の目的上であることを要求している。 Gregg D. Lemein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 14 の注19 参照。
- (49) Gregg D. Lemein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 9.
- (50) *Id.*
- (51) T.D. 9038 (January 24, 2003).
- (52) Clements Philipp Schindler, *supra* note 24, at 423.
- (53) Gregg D. Lemein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 9.

- (54) *Id.*
- (55) Gregg D.Lemein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 10.
- (56) Temp. Reg. § 1.368-2T(b) (1) (iv) Example 2. 法人がDRDを吸収合併される場合の取扱いの不明確を指摘する。二〇〇一年規則案に対するコメントが寄せられた。See, T.D. 9038 (January 24, 2003).
- (57) Temp. Reg. § 1.368-2T(b) (1) (iv) Example 6. なおなお、DRDは合併エンティティに該当しなからずである。
- (58) Gregg D.Lemein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 10.
- (59) 同様に、1955年の財務省規則を指している。See, <http://www.irs.gov/regs/20050105/20050105.html>.
- (60) Prop. Regs. § 1.368-2(b) (1). James S. Eustice, "Federal Income Taxation of Corporations and Shareholders Current Through 2009", at 12.22[12], available at 1999 WL 516625 (W.G.&L.).
- (61) 70 Fed. Reg. 746 (January 5, 2005).
- (62) 当該規則案に Example 9 が追加された。
- (63) Gregg D.Lemein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 10.
- (64) See, Gregg D.Lemein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 10, Diagram 4.
- (65) James S. Eustice, *supra* note 60, at 12.22[12].
- (66) T. D. 9242, 71 Fed. Reg. 4259 (January 23, 2006).
- (67) Reg. § 1.368-2(b) (1) (ii).
- (68) Reg. § 1.368-2(b) (1) (ii) (A).
- (69) Reg. § 1.368-2(b) (1) (ii) (B).
- (70) 表この横向きの矢印は、矢印の根元の内容と同一であることを示す。
- (71) 図では、Andrew Mitchel LLC Attorney at Law International Tax Services http://www.andrewmitchel.com/charts/368_2b_13.pdf を参考に作成した。

- (72) 図の14 Andrew Mitchell LLC Attorney at Law International Tax Services http://www.andrewmitchel.com/charts/368_2b_14.pdf を参考に作成した。
- (73) Gregg D. Lemein, Stewart R. Lipeles, John D. McDonald, *supra* note 20, at 10.
- (74) パラグラフ (1)(A) 及び (1)(G) のケースにおける支配法人株式の使用 (Use of stock of controlling corporation in paragraph (1)(A) and (1)(G) cases)。
- (75) 二〇一一年五月二日に連邦大蔵省の公権解釈案(以下、大蔵省解釈案という)が出されている。Bundesministerium der Finanzen, Anwendungsschreiben zum UmwStG i. d. F. des Gesetzes über steuerliche Begleitmaßnahmen zur Einführung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer steuerrechtlicher Vorschriften (SEStEG), 2. Mai. 2011. 大蔵省解釈案の中で、「ドイツの各組織再編のパターンが一覧表にまとめられている。合併については、大蔵省解釈案パラ 01.10 を参照。
- (76) *Schmitt/Hörnagl/Stratz*, UmwG · UmwStG Kommentar, 5. Aufl., C.H.Beck München, 2009, S.1212.
- (77) 大蔵省解釈案パラ 01.23.
- (78) 大蔵省解釈案パラ 01.25.
- (79) 同上。
- (80) *Schmitt/Hörnagl/Stratz*, aa.O., S.1212.
- (81) *Schmitt/Hörnagl/Stratz*, aa.O., S.1212. なお、合併 (Fusion) の定義は、「合併指令」二条 a 項に置かれている。
- (82) 組織再編税法「二三条一項
「譲渡法人の持分は、時価で譲渡されたものとして有効であり、かつ、譲渡法人へ交付される取得法人持分は、その価額で購入されたものとして有効である」。
- (83) Reg. § 1.368-2(b) (1) (ii) (B).
- (84) Arturo Requenez II & Joshua D. Odintz, *supra* note 18, at 155.

- (85) 渡邊・前掲注(9)二二五頁参照。
- (86) 前掲注(15)の小林論文である。

