

# 任意組合・LLP・LLCの税制 ～構成員課税その理論と課題～

岩井 恒太郎

(立教大学経済学研究科博士課程後期課程)

---

## 目次

1. はじめに
  2. 日本税制の法人観～法人税の納税義務者となる者、されない者～
  3. 日本版LLP・LLCの導入と活用状況～その適用課税を追って～
  4. 米国における類似する事業体とわが国へのインプリケーション  
～LLCとS法人 そのクリエイティブな事業体育成から租税回避目的への変質～
  5. 日本版LLP等組合事業を巡るわが国「構成員課税」の概要  
～タックス・シェルター対抗に向けて～
  6. 構成員課税拡張の方向性～短期的に対処するものと中長期的な対策～
  7. むすびにかえて
-

## 1. はじめに

平成17年に、日本版LLC（新「会社法」7月）、日本版LLP（経済産業省所管5月）にかかる法律がそれぞれ制定され、国際競争力維持・向上のため人的資産を活用する新形態の事業体が、我々の前に相次いで登場した。

わが国では、90年代後半以降、金融商品の高度化・複雑化に対応して、投資事業や金融ビジネスを扱う事業形態が既に多様化を見せてきた。最近では、政府のあり方の見直しからNGO/NPO法人が果たす社会的な役割に注目が集まるなど、社会構造の変化や社会ニーズの増大に対応した組織体の多様化の動きは、産業分野のみならず非営利事業体や中間法人にも広く及んできている。

これまでの産業資本主義を支えた会社組織が株式会社であり、物的資産重視型の大企業であるならば、ポスト産業主義の時代を担う組織体は、より人的資産の重要性が増大した人材重視型経営を実現する人的資産集約型企業へと進化するものとみられる。企業の競争力の源泉となる「人財・知財を重視した経営」を行うのに適した組織のひとつとされるのが、本稿でとりあげる「合同会社」（日本版LLC）と「有限責任事業組合」（日本版LLP）である。

従来、小規模なビジネスを比較的限られた人員で行う事業体としては、わが国では、主として合名会社・合資会社・旧有限会社や民法上の組合制度などが利用されてきたが、「合同会社」と「有限責任事業組合」は、人財・知財重視経営の必要性に加え、イノベーションに伴う企業リスクの高まりとそのコントロールの重要性に対する認識が増す中で、新規にビジネスを興すことをさらに容易にし、より安定した操業を行うことができるように、社員（合同会社）の全員または構成員（有限責任事業組合）の全員

が有限責任で組織を構成することを認めた画期的な事業体である。

会社制度全般にわたる大幅な見直しの中で新しい事業体として創設されたLLC（Limited Liability Company：「合同会社」）と、民法上の組合である任意組合の特例として創設されたLLP（Limited Liability Partnership：「有限責任事業組合」）は、ともに新時代のビジネスを担う有用な組織体として活発に利用されることが期待され措置された人的会社組織であるが、しかし、両者に、それぞれ適用される課税方式は相違する。会社法上のLLCには、「法人格」が与えられるため法人課税が適用され、組合の発展系としてのLLPには、LLPを構成する組合員に対して個人所得税（構成員課税）が適用されることとなる。LLCとLLPはあたかも双子のように誕生し、経済的な実質や経営上の実態は両者ほぼ同様であるにもかかわらず、出自が異なるため適用される課税方式が相違する。

税制を含む制度インフラは「中立」であるべきとする原理原則では、適用される課税方式に法人課税と構成員課税の違いがあるからといって、新規に或るビジネスを興そうとする段階でLLCかLLPのいずれを組織体として選択することと、その結果適用されることとなる税制の間には直接の関係は無い（税制の中立）とされる。しかし、現実には、課税方式の相違はその後の事業採算に大きな影響を及ぼすため、事業体の選択は適用課税とワンセットで考慮される場合は多々ある。ことに、法人課税における二重課税の排除が完全に行われないなど現行税制の状況を前提にすれば、構成員課税の方が法人課税に比べて納税者にとって有利なケースは多い。

これからの国際化する日本経済にあって大企業による活性化だけでなく、ベンチャーや小・中規模事業体による活性化を惹起・促進していくために、LLC、LLPを含む新しい組織形態を導入し、あわせて構成員課税でバックアップする体制の確立を図っていくことが本稿執筆の直接の動機である。小論で意図がどれほど達成されたか甚だ心もとないが、以下、

LLCとLLPの適用課税の相違を手がかりに、多様な事業体の課税について日本の現行税制上の特徴や問題を簡潔に示し、現行の税制度の視座<sup>1)</sup>から、法人課税と構成員課税の切り分けを今後どのように求めるべきか、何を切り分けの判断基準（メルクマール）とするか、論を進めていくこととする。小論を、スモール・ビジネスを扱う閉鎖的な小規模事業体を念頭においてその構成員課税適用拡大への糸口<sup>2)</sup>を探る、ささやかな試みのひとつとしたい。

## 2. 日本税制の法人観～法人税の納税義務者となる者、されない者～

### (1) 二分論と法人課税の特色

わが国の所得税制は<個人>所得税と法人<所得>税の2本立てとなっており、基本的に私法上の「法人格の有無」により適用税法が大別される体系となっている。私法上で法人格を有する株式会社や人的会社等（会社法上の合名・合資・合同会社の他、一定の権利能力なき社団等）の「法人」が法人税の納税義務者となり、組織体があっても法人格が無いものにはその組織体（収益事業を営む民法上の組合やLLPなど）の構成員である「個人」（ここでいう個人には法人が含まれる）が所得税の納税義務者となる。そして、「法人」または「個人」の所得<sup>3)</sup>を課税対象とする。こうした課税上の切り分けを、一般に、「法人対個人の二分論」と称す。

この二分法により、ある組織体が法人税の対象となれば、原則としてその出資者の段階での課税のあり方までもが決定される仕組みになっている。決定される項目は、大きく次の3点にまとめられる。「法人格を有する組織体が法人税の納税義務を負う」となれば、わずかな留保事項<sup>4)</sup>を除き、組織体と出資者の両者の間に決定される課税のあり方が自動的に決まっていく。

- ・二段階課税を受けること。すなわち、その組織体が出資者に対して支

払う利益の分配は課税所得の計算上、減算項目とならない。

- ・事業体から出資者に分配される利益は、事業体が稼得した所得の性質にかかわらず、出資者の段階で「配当」と性質決定されること。
- ・分配されるのは「配当」という所得ないし収益であり、「損失」を事業体から出資者に分配することはできないこと。

そして、この簡明な仕組みを称して「法人課税のパッケージ」<sup>5)</sup>とされる(税制度設計上、「法人」の典型を「普通法人」として、主に株式会社が念頭に置かれてきた)。

一方、「法人課税」の対象とされない組織体では、その出資者個人を直接の納税義務者とするところから出発して課税所得の性質やそれに応じた税額の決定がスタートしていく。これが、「構成員課税」である。法人課税は、いうまでもなく組織体を一つの実体(entity)としてとらえ、その損益を組織体の段階で課税の対象とするものである。これに対し、構成員課税(「組合員課税」、「パス・スルー課税」も同義)とは、「導管型課税」とも読み替えることができるもので、組織をビークル(器、手段)としてとらえるが、課税上はこれを透明な存在(physical transparent entity)と見て、その稼得する損益を組織段階では課税対象とせず(conduitを通過して流れつく)構成員の段階ではじめて課税するものである。所得の性質をも引き継ぎながら、未だ分配(distribution)されていなくても、構成員(=出資者)の持分相当または決められた損益分配割合に応じて、出資者段階における計算上の割当(「配賦」: allocation)によって所得課税を行う<sup>6)</sup>ものである。この方式によれば、事業体が法人税を負担しないから二段階課税を受けることはなくなるが、出資者の数が多い大規模会社に対しては税執行コストが過大となるので適用は現実的ではない。

## (2) 事業形態多様化と三分論

わが国の組織体税制は、「二分論」と「法人課税のパッケージ」に立つ

ものであるが、私法上の法人格を有する者を法人税の納税義務者として、法人課税（の内容）に直接リネージさせていく基本的な発想をいつまで続けていくことができるか、従来より問題視されてきた<sup>7)</sup>。

「二分論」により納税義務者を決める考え方（その結果として課税内容も一對に（パッケージとして）決定される）だけでは、事業体を課税上矛盾なく一元的に取り扱うことはもとより困難であった上、高度化・複雑化を見せるビジネスの進展に対応するため法人代替企業形態が次々に案出されるなど組織体が百花繚乱のごとく多様化している現状、「二分論」による切り分けの例外となる組織体の形態・数が顕在化ようになってきた<sup>8)</sup>。

このため、事業体が法人か個人かどちらの所得税制に該当するのかという従来の「法人対個人の二分論」を超える発想の高みから、法人か個人の別の他に「事業体課税か（否か）」を考慮に加える「三分論」が、事業体の多様化顕著な昨今の様相も契機として、最近声高に主張されるようになってきた。新たな事業体を含め三類型の課税方式を同時に考えるこの「三分論」が意図するところは、税制上の基本的な考え方である「それぞれの組織形態について、どの段階で所得を認識し、誰を納税義務者とすることが税制上の三原則である公平・中立・簡素の観点から相応しいか」をベースとして、事業体の運営管理や実際に行われる活動への経済的な観察を通じて「経済実態に即して、所得の帰属する者を納税義務者としてその所得に課税をする」ものである。これは、税制の‘本来的なあり方’に向け王道を歩むものであり、課税上の視点を、法人格の有無の相違という法的形式を問う単眼ではなく、これに組織体の活動・目的など実態に着目して（法人格の有無という法的形式に加え）果たしている経済的機能を判断に加える複眼をもって「同じ経済的機能を果たしていれば同じ課税方式を適用する」ことを目指すものである。客観的で正しい判断を行うことができれば、実にオーソドックスなアプローチといえるだろう。

### (3) 法人格否認の法理と実質所得者課税の原則

「二分論」によって「法人」とされる組織のほぼすべてを法人税の対象としてきた切り分けは、「法人課税のパッケージ」の簡明さの故もあって、わが国の法人課税の対象とする組織体の範囲を幅広く取り込んできた結果、法人税の納税義務者は膨大な数にのぼる。実態が小規模・零細な個人商店であっても一定の場合に株式会社化するなど法人形式をとることが容易<sup>9)</sup>であり、課税上もいわゆる「法人成り」を認めてその事業体に法人課税を適用してきた例に代表されるように、実際の税の現場を見ていくと、「二分論」は、課税上「個人」の範囲を狭める役割、ないしはわが国の組織体を「個人」範疇からなるべく「法人」の領域に広く取り込む片利きに事実上働いてきたといえよう。税理論的な思索からは離れるが、わが国法人税の近代史を振り返ってみても、法人課税の範囲や納税義務者を広げていくことは、その時々の方策を実現する財政収入の確保とそれを支える税執行コスト削減を含む効率的な徴税システムの確立を図らんとしてきた所産であった面がある<sup>10)</sup>。

これとは逆の方向、すなわち、私法上の法人格を持ちながらそこから法人課税を取り外していく方策はあるのだろうか。現行税制を前提とすれば、それは、

- ・法人格否認の法理に基づいて法人格自体を否認する方法
- ・実質所得者課税の原則（法人税法11条）に基づいて所得が帰属しないとする場合

のいずれかによることとなろう。

ところで、法人格否認の法理は、取引の相手方や不法行為の被害者等を保護することに主眼が置かれた法理であり、租税実体法の領域において用いられることはほとんどないように思われる。「二分論」との関連でみれば、例えば、ある法人成り企業の実態が個人的企業に等しいというだけで、本法理を用いて法人格が否認される余地はほとんどない。

次に、実質所得者課税の原則は、所得の法律上の帰属について事実関係や法的関係の「外観と実体」あるいは「形式と実質」とが乖離している場合には、実体や実質のほうを重んじて帰属を判定すべき、とするものであり、税負担の公平を図るため課税要件事実の経済的実質に即して認定がなされるべき、という考えに基づいている。しかし、本原則の活用の度が過ぎれば、納税当事者の予測可能性や租税法律関係の法的安定性を損なう結果を引き起こしかねず、そのため、租税法律主義の見地から、法に特別の規定がない限り納税者のとった行為計算を否認して課税することはできない（特にあることを認める規定がない場合にも経済的実質に即して課税要件事実の認定を行うことができるという考えは許されていない）。あくまで、所得の法律上の帰属について形式と実質とが相違している場合に実質に即して帰属を判定すべきという原則を注意的に定めた規定であると限定的に理解すべきものである。「二分論」との関連でみれば、実質所得者課税の原則は、法人格否認の法理と同様、課税上「法人」あるいは「個人」の範囲を拡縮するため、そもそも用いていくものではないと言える。

#### （４）事業体課税に向けた課税庁サイドのスタンス

事業体が多様化する現状や「三分論」の台頭を目の前に、わが国の課税当局は、どのように対応していこうとしているのか。これについては、当局もこれまでの画一的な「二分論」では限界があることを認識して、「法人格の有無」により形式的に判断を行うことを離れ、実態判断により課税を決定する方向に積極的に軸足を向けることが確認できる。

例えば、制度立案者の立場からの報告<sup>11)</sup>を見ると、「構成員に帰属させることが可能な実態が私法上備わっている場合は直接、構成員を納税義務者」とし、「事業体がより団体性格を帯び、事業体に資産・負債を一次的に帰属させることが必要とされる場合には、事業体段階で課税を行う」としている<sup>12)</sup>。

次に、研究に従事する立場から税務大学の報告<sup>13)</sup>でも、課税は実態判断基準によるべきことが強調されており、例えば、本節(3)で触れた法人成り企業に対する法人課税について、「現在は、大法人と同じように法人として課税をすることとし、固有の仕組みとして同族会社に留保金課税をすることとされているが、その多くが、実態からすれば、代表者の個人企業に近く、その利益と損失は、実質的には、代表者に帰属すると考えられるものが少なくない。」と現状認識を示した上で、「代表者の個人事業としての性格が強いものについては、代表者の個人事業として課税するか又はそれと同様の課税となるような仕組みとすることを考慮すべきではないか。」と論点を明示している<sup>14)</sup>。

シンクタンクから、一例を紹介しておく。財界の協力を得て平成18年8月に発足したNPO法人「日本租税総合研究所」内には「法人税法等基本問題委員会」が置かれ、そこでは「実態に即し」・「各種事業体を通じて整合性のある」・「営利事業に課税をし、非営利事業には課税をしない」・「利益の帰属者を納税義務者とする」および「租税回避防止制度を整備」の5つを基本的な考え方に据えて、現在、新たな事業体税制案と租税回避防止税制案の取りまとめが行われている<sup>15)</sup>。

ところで、今般の日本版LLC、LLPの導入に当たっては、上述の事業体への課税の考え方は十分に反映されたのであろうか。次節3. では、これら新組織体に適用される課税方式について、LLC導入時産業界から寄せられた当初の期待と最終的に決定した顛末を見ていこう。

### 3. 日本版LLP・LLCの導入と活用状況～その適用課税を追って～

#### (1) 新たな事業体(LLC、LLP)への産業界からの期待

会社法が検討されている時期に、想定されていた日本版LLC像はどのようなものであったか。これについて、経済産業省主催「有限責任組織

(LLC等)に関する研究会」が平成14年12月より検討を重ね公表した報告書(「人的資産を活用する新しい組織形態に関する提案－日本版LLC制度の創設に向けて」平成15年11月：当時「産業組織課報告書」と呼ばれたもの。脚注42で再出)によれば、新しい有限責任の人的会社(日本版LLC)制度の活用が想定される分野として、「①弁護士や公認会計士等の関係業務や経営コンサルタント、ファンドマネージャー等高度な知識、ノウハウを用いる専門集団、②コンテンツビジネスやソフトウェア開発、産学連携による大学発ベンチャーといった人的資産を元手にした創業、③法人同士の共同研究開発等に用いられるジョイント・ベンチャーといった分野」を挙げ、「これらの高度なサービス産業はまさに「人的資産集約型産業」といえるが、今後の収益と雇用を生み出すという点では次代を担う産業ということができる。」と将来像が語られていた。その経済的意義や貢献について、「日本版LLC制度の導入により、創業の活発化、産業の高付加価値化、対日投資の促進、事業再編の進展、研究開発の活発化等、産業政策上のさまざまな効果が期待される。」として検討を結んでいる。

これを実現する事業体の特徴としては、当時、経済産業省が旗を振り、産業界を代表して日本経団連から、当該LLCは「組織設計が柔軟な人的法人組織であり、かつ、構成員課税が適用される」事業体であること、すなわち、「定款自治」＋「法人格」＋「有限責任制」＋「構成員課税」という4要素を兼ね備えた超ハイブリッドな組織体であってほしいと要望された。

さらに、このような組織体は、米英仏独など先進各国では既にほぼ同種の組織体の先行導入が実現していること、ビジネス興隆に一定の成果をおさめていることから、わが国でも新たに創設されるべきもの、でき得るものであると、産業界を中心に導入の必要性のキャンペーンが張られていた。

## (2) 適用課税の結末

平成17年7月に成案（「会社法」：平成17年7月26日公布法律第86号。施行日は平成18年5月1日（平成18年政令第77号））をみた日本版LLCである「合同会社」は旧有限会社をほぼ継受するものであり、構成要素に照らせば、「定款自治」＋「法人格」＋「有限責任制」の事業体である。課税上の扱いについては、当時既に「法人課税」の適用が確実視されていたところ、それまでの世論の要望、審議中に出された意見や議論などに配慮して、合同会社に対する適用税制については今後も検討されるべきものとされた。会社法案審議後の国会附帯決議、すなわち、参議院法務委員会の会社法案に対する附帯決議（平成17年6月28日）を見れば以下のとおりである<sup>16)</sup>（該当箇所一部抜粋）。

十三 合同会社制度については、今後の利用状況を観察し、株式会社の計算等に係る規制を逃れるために株式会社から合同会社への組織変更等が顕在化した場合には、必要に応じ、その計算に関する制度の在り方について、見直しを検討すること。

十四 合同会社に対する課税については、会社の利用状況、運用実態等を踏まえ、必要があれば、対応措置を検討すること。

一方、会社法の審議に並行して、経済産業省では、わが国の次世代に向けた新ビジネス興隆のためには事業体はもとより、「構成員課税」適用という課税上のサポートが必要であるとして、そのような新事業体の実現を検討し、民法上の特例法として日本版LLPの成案（「有限責任事業組合契約に関する法律」：平成17年5月6日公布法律第40号。施行日は同年8月1日）をみたのである。案出された日本版LLPを、LLCのように構成要素の式で見ると、「定款自治」＋「有限責任制」＋「構成員課税」となるが、本来望まれたハイブリッド組織体からみれば「法人格」が欠ける。

### (3) 活用状況

事業体の特徴から、法人格を生かせるLLCは将来の株式会社化を視野に入れた安定収益型事業に、事業の損益を組合員である個人または法人に転嫁できるLLPは、有期限で行われるハイリスク・ハイリターン事業に向くことになる。

#### ① LLP

経済産業省によれば、平成17年8月制度施行後の4ヶ月を経過した同年11月末時点で、LLP設立件数を276件と発表している（組合員の属性や数・業種・存続年数・地域分布毎に集計されているが、個人と個人の構成は全体の65%を占めた）。

その後同省が公表した最新の調査<sup>17)</sup>によれば、平成17年12月末時点で362件、18年3月末約700件（速報）の設立があったと報告され、それは1年間で1,000件を超えるペースとされている。

制度発足前には「初年度で3,000件程度の新設」と同省は見込んでいたようであるが、その当初目標を下回っている。制度発足間もないため、成果を語るのとは勿論時期尚早であるが、新設1,000件とは制度初年度の数字として、まずまずの記録といえなくもないが、実績が目標の3割に留まっていることは、やはり制度設計に使い勝手の良くない部分があることを物語っていると見えよう。

新設・活用数の増加により、雇用創出や機会の増加などが期待されるが、法人格欠如ということが実務の面で致命傷となっているか否か、さらに本稿5. で見ていく税制措置による影響が、今後の導入・設立件数をどう左右するか、引き続き注視が必要であろう。

#### ② LLC

法人統計その他で設立状況が現在まで明らかではない。LLC第1号の設立（合名会社からLLCに改組したソフトウェア製作会社（「スタジオフェイク」（川崎市））を報じている<sup>18)</sup>。

会社法施行後これまで設立された日本版LLCに関して、業種・規模など報告された調査にはまだ触れていないが、合同会社の形で設立することで旧有限会社では不可能であった社債の発行が可能になること、大会社（負債額200億円以上）であっても会計監査人の設置が義務付けられていないことから、投資ファンド等金融ビジネスの分野における活用が有望視される。

#### （4）課税問題の行く末と教訓

一般に、事業家は、「法人格を持つかどうか」「有限責任かどうか」「組織の柔軟性があるかどうか」という基本的な3要素を比較考量しながら、自らに相応しい法形態（事業体）を選択する。税制を含む制度インフラは原則中立であるべきとの建前から、選択の事後に考慮されるものとされるが、現実には、税制を事業選択とワンセットで考慮する場面は多々ある。

LLC、LLPの導入の経緯を今一度振り返ってみて、一方の立場が、「法人である合同会社にはあくまで法人課税を適用することが分かったので、「構成員課税」を実現するため別途LLP法制定を準備した。」<sup>19)</sup>とする。すると、もう一方は、「合同会社への適用課税を正面から取り組んで検討を進めていこうとする矢先にLLP法が突如として浮上したので、これを「構成員課税」とする代わりに、合同会社を法人課税としたと受けとられかねない結果となった。」<sup>20)</sup>と切り返す。このような応酬は全くの水掛け論である。本件の検討は、議論のプロセスあるいはそれ以前の論壇も、当初からあまりにも税制上の取り扱いにとらわれ、課税問題に拘泥して、その利害の推量に右顧左眄しすぎていたのではあるまいか。この点、関係者は反省すべきであるかもしれない。

結局、法はLLCとLLPの2つを用意したので、事実上、法人課税か構成員課税かの課税方式の二者択一を我々納税者に認めたことと同じこととなった。すなわち、別途LLP制度が用意されている現状、法人として

規整され発足間もないLLCを構成員課税適用の適格会社に再構成する必要があるのか、と問われることとなれば、会社法案審議後の国会附帯決議にあるにもかかわらず、政策立案者サイドの論理としては、

- ・関係者による議論の積み重ねを経て、会社法改正に伴う合同会社と有限責任事業組合の創設にここまでようやく漕ぎ着けた。
- ・この先制度の定着や実務のこなれ方の積み重ねを見て、所得計算や納税の実態を調査し、学会や専門団体の意見も参考に、問題点があればそれらを抽出し分析する。
- ・現場から業界ニーズの変化が寄せられれば、これを踏まえながら、つまり、合同会社や有限責任事業組合の仕組みそのままでは対応できないような具体的なニーズが仮に出てきたときに、
- ・それらの検討を行い十分吟味した上で、関係者が更なる知恵を出し合って制度の改善を図り、解決していく、

となろうことは経験上、想像にかたくない。

たしかに、小規模な事業体がLLPとしてスモール・ビジネスを扱っていき、しかもその事業がはじめから有期限の事業と分かっていたら、法人格を有しないことで創業後ささやかに行われる経営が決定的に不利になることはないのかもしれない。

合同会社に構成員課税を適用する検討は、現在もエアポケットの状態にある。構成員課税の適用拡大へ向けた機運の停滞はこのまま長く続くのであろうか。

次節4. では、法整備の進んでいる米国の事情を見よう。

#### 4. 米国における類似する事業体とわが国へのインプリケーション ～LLCとS法人 そのクリエイティブな事業体育成から租税回避目的 への変質～

新しい有限責任のパートナーシップ、ハイブリッド・エンティティーについて、米国、イギリス、ドイツ、フランスなど諸外国で整備が進んでいることは、よく知られている。

以下では、構成員課税が採られるLLCと「S法人」を持つ米国の事情を見るが、当初こそ産業にクリエイティブな事業体として創設され改良もされてきた米国版LLCやS法人であるが、租税回避に利用されるビークルとしての側面が際立っていることも見逃せない。このため、租税回避行為に対抗する防止規定に触れて、合わせてわが国へのインプリケーションを考えよう。

##### (1) 米国のLLC、S法人制度の背景と活用状況

米国ではLLCに対して「チェック・ザ・ボックス・ルール」という制度<sup>21)</sup>を設け、納税者の選択により、法人格・有限責任制・組織柔軟性の3要素に加え、構成員課税という計4要素を持つ超ハイブリッドな組織体を可能としている（また、イギリス、フランス、ドイツにもほぼ同様な超ハイブリッド事業体がある）。

さらに、「法人」であっても一定の要件を満たす小規模会社を対象に構成員課税を適用する制度（「S法人」制度<sup>22)</sup>）があり、米国事業者（納税者）の税制上超ハイブリッド事業体の選択肢は多い。

##### ① LLC

米国ではLLCを権利義務の完全な帰属主体となり得る法人格なき法主

体 (unincorporated legal entity) と構築して、上記のとおり、納税者の選択による構成員課税を認めた (わが国のLLCは法人そのもの。同じ機能を持つものが日米で法形式を異にすることとなる)。

前世紀末にかけて相次いでLLC事業体が創設された背景は何か。大きく3つの理由が挙げられよう<sup>23)</sup>。

- ・第1は、シリコンバレーITベンチャー企業の興隆など知識集約型事業の台頭に代表される産業構造の変化
- ・第2は、立法思想としての授権法 (enabling act) の浸透とその結果として、一方で株式会社法の任意法規化の進展、他方で法主体性や構成員の有限責任が低い制約の下で認められる法人代替企業形態の承認
- ・第3は、税環境の変化

最後の税制による影響が大きい。すなわち、1980年代のレーガン税制改革では、個人所得税の最高税率 (50%→28%) が法人所得税の最高税率 (46%→34%) より低くなるなど、タックス・プランニングの一環として、法人代替企業形態を採用する機運が一気に高まり、さらに、97年に至り、「チェック・ザ・ボックス・ルール」が施行され節税効果が確実に得られることとなった。

この約10年を見てもLLCの拡大は著しく、約80万社が設立され、これは株式会社の新設 (約100万社) に匹敵する。

## ② S法人

法人税と所得税との間の二重課税を排除するシステムのない米国において、小規模法人 (S法人) について二重課税を被ることなく所得を株主に分配することができるため、上記LLCと同様広範に利用されている。クリントン政権時の前半に個人所得税の最高税率 (31%→39.4%) が法人所得税の最高税率 (34%→35%) よりも高くなり90年代に税率差異が逆転するなど税環境の変化にかかわらず、S法人の数 (および所得) の増加は衰

えなかった<sup>24)</sup>。02年のS法人申告件数は315.4万件となっており、全法人の申告件数のほぼ6割を占める（米国内国歳入庁（IRS）統計）に至る。

## （2）LLC、S法人制度と租税回避行為

タックス・シェルターに関する情報開示を求めるため、IRSは、報告対象に該当する取引をあらかじめリスト・アップしたものを納税者に提示するという。リスト・アップされた取引を見ると、そこには租税回避を主な目的としたアグレッシブなものが少なくなく、その形態は多岐にわたり、特にパートナーシップ、トラスト及びS法人を租税回避に利用する取引、所得の移転や損失の発生を意図してリース契約や株式取引等の金融取引を利用するなどのスキームが大半をしめるとされる<sup>25)</sup>。チェック・ザ・ボックス・ルールやS法人選択によってパートナーシップ課税が広く認められるが、何ら措置を設けなければまさしく租税回避行為が跋扈する状況である。

そこで、米国のパートナーシップ課税においては、数々の所得配賦規定が設けられている。米国財務省規則には、「実質的な経済効果テスト（substantial economic effect test）」を中心とした一連の規制<sup>26)</sup>がある。これら財務省規則がパートナーシップの配分持分に関して「水平的損益分配」を規定したものとすれば、内国歳入法（IRC）には、「垂直的損益分配」に関し規定したというべき、

- ・「At Risk Rule」（事業活動から生じる損失のうち納税者が当該損失のリスクを負う限度で税務上の損金算入額を認める。IRC § 465）、
- ・「Passive Activity Loss Limitation」（事業の業務執行に実質的に関与していない納税者については当該事業活動から生じた損失<受動的活動から生じた損失>は同種の所得<受動的活動より生じた所得>とのみ損益通算を認める。IRC § 469）

が設けられ、租税回避行為の防止が図られている。

この内国歳入法に見るパートナーへの垂直的損益分配の税務上の扱いが示されている「At Risk Rule」・「Passive Activity Loss Limitation」に、わが国税制も倣って同様な規定を措置している（本稿5.（4）および脚注36）。

以下で、一般的租税回避規定である財務省規則を概観しておこう。この一連の規則の内容は、以下のとおりである。

- ① 財務省規則 § 1.701-2(b)に、パートナー間に配分合意があった場合でも、次の「実質的経済的效果」を有さない場合には、その配分は否定されること
- ② 同規則 § 1.704-1(b)(1) (ii) に、「経済的效果」テストと「実質的效果」テストに分かれ、双方の要件を充たす必要があること
- ③ 同規則 § 1.704-1(b)(2) (ii) に、「経済的效果」テストは、「配賦に対応する経済的便益又は経済的負担の存する事象においては、配賦を受けるパートナーは、かかる経済的便益を受け又はかかる経済的負担を有さねばならないこと」とされ、当事者が決めた配賦基準に経済的にきちんと従っているかをチェックするために、1) 資本勘定を維持すること、2) 清算時に資本勘定に従った清算分配を受けなければならないこと、3) 資本勘定がマイナスのときはそれを填補しなければならないこと、の3つがあげられている
- ④ 同規則 § 1.704-1(b)(2) (iii) に、「実質的效果」テストは、「配賦が、租税上の成果とは別に、パートナーが収受する金銭の額に実質的影響を及ぼすという合理的な見込みがある場合」に、経済的效果が実質的であるとされ、実質性が充たされないケースを以下のとおり3つ規定する。

- 1) 一般原則：特別な配分合意がなかった配分の場合と比較して、現在価値ベースで、少なくとも一つのパートナーの課税後の経済的利益が増加し、かつ、他のパートナーの課税後経済的利益は減

じられない大きな可能性 (Strong likelihood 蓋然性) がある場合

2) 租税成果の移転：特別な配分合意がなかった配分の場合と比較して、各パートナーの資本勘定に記録される正味の増減額に実質的な相違がないのに、各配賦年度のパートナーの租税債務の総額が減少する強い蓋然性がある場合（課税年度終了時に、結果的に同様の結果となった場合にも、遡って合意時点において、そういった蓋然性が推定される）

3) 移行的配賦：最初の配賦が後の配賦によって大部分が埋め合わされるといふ蓋然性が合意されており、

(ア) 配賦の行われる年度の資本勘定における正味の増減額が、最初の配賦と後の配賦がなかった場合の資本勘定の正味の増減と実質的に相違がなく、

かつ、

(イ) 配賦年度の租税債務の総額が、かかる配賦が合意されていなかった場合の租税債務よりも小さくなるという蓋然性がある場合

なお、実際の結果がそうであればかかる蓋然性が推定され、また、現在価値での比較を要しない点も、2) と同じ。

ただし、後の配賦の大部分が、最初の配賦の後5年以内に生じないという強い蓋然性があれば、実質性なしとはされない、つまり、長期にわたって穴埋めが予定されるということは、それだけ不確実性が高くなっていくことを反映したもの、とされる。

このように、実質性テストを中心とする財務省規則 § 1.704-1以下の諸ルールは、パートナーシップ課税を利用した租税回避に対して一定の対処を行おうとするものであり、実質主義的な判例法理の裏付けがあることを前

提とした準則である。

租税便益以外に目的のない取引は否認するという考え方を、具体的な文脈で反映させたルールであろうが、これらは一般的租税回避規定であり、本稿5. でみるわが国の個別的否認規定と比較すれば、抽象度が非常に高い内容である。

### (3) チェック・ザ・ボックス・ルールの弊害とその指摘

このような米国のパートナーシップ課税を巡る状況については、「簡素性を重視したルールが租税回避を生み、それを防止するためのルール作りが今度は制度を複雑化する「失敗の連続」で、結果として納税者の選択にまかせるチェック・ザ・ボックス・ルールとなったが、これはいわば、「課税当局の仕事の放棄」であるとも言える。」<sup>27)</sup>とまで評される。これは、米国では、構成員課税選択による納税者有利を得るためだけにチェック・ザ・ボックス・ルールが利用され、実態に応じて納税義務者を定めようという本来の趣旨を逆手にとった租税回避行為が横行しているからである。本節(2)で、租税回避防止策としての「実質的経済的効果」テストに触れたが、その他多数ある「封じ込め」テストを掻い潜って、様々な租税回避スキームを考案し、次々にそれを実行してくる納税者（あるいはシェルターを案出して納税者に販売する税務コンサルタント・弁護士・会計士など）は後を絶たない。そのチャレンジに対抗し否認措置を取ったり対抗防御措置を講じる課税庁（米国IRS）との間で、延々イタチごっこを繰り返す実害を指摘する声が多数ある。

事実、わが国でも、上記2.(4)で触れた税務大学校が研究を進める上で念頭においた点として、「①実態に即した研究を行うこと。②全体を通じて体系的な理論構成をすること。」という一般的な事柄に続けて、「③アメリカの轍を踏まないこと。」を挙げている<sup>28)</sup>。

#### (4) わが国への教訓

##### ① 一般的な租税回避否認の可能性

構成員課税の適用拡大に向けては、米国のチェック・ザ・ボックス・ルールを直輸入することは慎まなければならないが、構成員課税に伴う租税回避対抗において米国に見習うべき点はあるか。この点、わが国の場合、「実質的経済的効果」テストのような一般的な租税回避否認立法は、租税法主義の観点から、好ましくないものとされ、消極説に立つ見解が多い<sup>29)</sup>ように思われる。

組合税制の構築・明確化は、租税回避行為の蔓延を防ぎ、法的安定性・透明性を高める意義がある。上記(2)の米国税制におけるような『経済効果』と『実質性』を要件とする一般的な防止規定を設けて対応すべきであり、具体的には、各税目ごとに、行為計算否認規定を整備するべきであろう。

しかし、課税庁サイドは、否認規定のおき方について個別的な租税回避否認規定を設けることで対処している(本稿5. で見ていく)。一足飛びに一般否認規定を構築することはないが、これまでのとおり、個別事情を重ね広く規制の投網をかけていくよう個別否認規定をおいていくことがより現実的な対応であろう。

##### ② 租税回避対抗へのアプローチ

任意組合、匿名組合およびLLPを対象に、平成17年度税制改正において新たに措置された税制は「個別的」否認規定であり、個別の問題が生じるたびに個別的な租税回避否認規定を設けることが重要になる。その際には、

- 1) 適用対象取引を要件化するため、用いられてきた租税回避を調査すること
- 2) 利用されそうな制度上の歪みを発見して、それを是正していくこと

3) 租税公平主義に対する侵食の実状把握のため、計量的な調査を行うこと

4) 予測可能性を担保するため、立法者意図を反映した立法資料を充実させること

などに留意することが大切である。

米国では、「チェック・ザ・ボックス・ルール」や「S法人選択制度」により、わが国では法人税の対象となる事業体に納税者の選択自由を認める一方、税法の中で法人を再定義し、様々なテストを工夫して設けた上で、経済的な実態に応じた課税を行う試みが重ねられている。同じような工夫は、米国のみならずイギリス、フランス、ドイツにおいても行われている。

わが国では、欧米先進国のように租税回避行為による弊害を乗り越えて、今後、LLCを始め一定の合名・合資会社あるいは小規模株式会社（の社員・株主）に対して構成員課税を適用する道筋があるのだろうか。

構成員課税拡張可能性の展望（を行う本稿6.の）前に、わが国における構成員課税の整備状況について、次節5.で、最近行われた税制上の措置を見ていくこととしよう。

## 5. 日本版LLP等組合事業を巡るわが国「構成員課税」の概要

### ～タックス・シェルター対抗に向けて～

任意組合や投資事業有限責任組合等の共同事業に対する基本的な課税に關する規定は、基本通達等のレベルにおかれてきたが、平成17年度の税制改正では、租税回避行為に対抗する諸規定が所得税法・法人税法・租税特別措置法等において措置されるようになり、同時に、既存の関連する通達等にも必要な修正が施された。租税回避行為をめぐる近時の判例やLLP施行に伴い関連規定の整備が急務となったことによるものであるが、今

般、これらの規定が通達制定・発遣のみによらず法令改正が見られたことは画期的である。また、規定の内容を見ていくと、組合事業からの損失配賦の制限等に関するものが主になっている。

### (1) 任意組合関係通達の平成17年度改正点と経済合理性

LLPに対する課税上の取扱い創設等に伴って行われた租税特別措置法の改正を見る前に、通達レベルで扱いが見直された任意組合等の組合事業に係る利益の扱い（「所得税基本通達36・37共-19」）を確認しよう。

今回の改正における最大のポイントは、任意組合等の組合事業の利益又は損失の額の分配割合について、各組合員の出資の状況、組合事業への寄与の状況を考慮することとなり、決められた割合が、経済的合理性を有しているか否か判断することとなった（所得税基本通達36・37共-19）点である。すなわち、各構成員が組合事業から生じる利益の分配を受けるべき金額または損失を負担すべき金額のもととなる分配割合は組合契約によって決定され得るが、課税上、各組合員の出資の状況、組合事業への寄与の状況などからみて経済合理性を有していないと認められる場合には、当該分配割合に拠ることなく、各組合員の出資の状況、組合事業への寄与の状況を勘案した分配割合に引きなおして課税が行われることが明示された。

なお、ここで取り入れられた「経済合理性」という概念は、上記4.

(2) でみた米国の水平的損益配分を規制した「実質的経済的效果テスト」とは異なるものである。

### (2) LLP法における2大特徴（共同事業性と有限責任制）と構成員課税適用の関係

本節(1)の既存の通達（所得税基本通達36・37共-19）における「任意組合等」に属する事業体の一つとしてLLPが定義に含められた（所得税基本通達36・37共-19（注）1）ため、LLPが構成員課税適用を受け

ることが明らかになった。以下では、LLPの意義に立ち返り、どのような点が構成員課税適用とされる実態に適合的なのか確認しておく。

「有限責任事業組合契約法」(LLP法)および関連規則は、全76か条の法律、39か条の施行則および3か条の政令などから構成されている(平成17年7月最終改正)。

課税の主旨は、社会経済的な要請から構成員が自らの事業を行う形態であって、かつ、有限責任であるものを実現すると、自らの事業であることの帰結として構成員に損益が帰属することとなるので、課税上もこうした実態に即した取扱いを行い得る、すなわち、構成員課税を適用する、というものである。

この共同事業性・有限責任制と構成員課税適用の関係を確認するため、組合員の共同事業性と有限責任制の実現に関係する主な内容(条文)を以下に掲げる。

#### ① 民法上の組合の特例

民法上の組合(任意組合)の特徴である、

- ・組合財産は組合員の共有(合有)に属すること(民法668条)
- ・各組合員が組合の解散請求権を有すること(民法683条)

などをあらかず規定を、有限責任事業組合法56条<sup>30)</sup>においても準用することによりLLPを任意組合と位置づけている。

#### ② 共同事業性

- ・重要な業務執行の意思決定は、原則組合員の全員一致によらねばならない(有限責任事業組合法12条)規定
- ・組合員全員に業務執行への関与義務を課している(同法13条)規定

#### ③ 有限責任制

- ・有限責任制を実現するため、組合員はその出資額を限度としてLLPの債務を弁済する責任を負う(同法15条)規定
- ・組合財産の確保を確実にするため、各当事者が出資の全部を履行しな

ければその契約は効力を生じない（同法3条）規定

- ・出資の目的物も金銭その他の財産のみに限る（同法11条）規定
- ・名称中に、「有限責任事業組合」という文字を用いる（同法9条）規定
- ・組合契約の効力発生は登記事項とされる（同法57条）規定

このように、LLPには、社団性や財団性はないものとされ組合財産が総組合員の合有としていることが組合的であり（上記①）、社団の財産が構成員に総有的に帰属し破産等の場合責任財産の独自性を有するとされて法人税上法人課税の対象とされる「人格なき社団等」に該当しないとす。LLPの構成員は、「人格なき社団等」の構成員と同様に組合財産について自己の有限責任しか負わない（上記③）が、LLP構成員は事業に直接タッチするので構成員に収益や費用を帰属させる実態がある、すなわち、共同事業性（上記②）の確保を、構成員課税適用の要件とするのである。

上記によりLLP法における構成員の特徴をまとめれば、

- ① 組合事業から生ずる収益が、組合員個々の同意に基づく損益分配の定めに基づいてその発生当初から共有持分として組合員に直接帰属すること（団体法理による分配決議があつて初めて組合員に組合収益に係る具体的な権利である利益分配請求権が生じるわけではないこと）。
- ② 組合員がその固有財産につき組合財産と同順位で組合債務に対し直接責任を負うこと。

となり、これは組合員に対し税務上も組合事業の収益及び費用を帰属させるべき実質が備わっていることを意味するので、組合という事業体段階で法人課税を行うのではなく、組合員を直接納税義務者と考えることができる、とするのである。

以上、「事業に対する構成員の共同事業（参画）性の有無」と「清算・破産等の責任財産の有無」という2つのファクターおよび両者の兼ね合い

が、「法人格の有無」に加わり、事業体段階で課税するか、構成員段階で課税するかのメルクマールとして重視されていく可能性があるろう。

### (3) 平成17年度税制改正～組合損失取込制限規定の主な概要～

#### ① 個人の場合

個人組合員については、「所得税における不動産所得の金額の算定上、任意組合、投資事業有限責任組合、または外国におけるこれらの組合に相当する組織の執行責任を負う組合員以外の組合員（「特定組合員」<sup>31)</sup>という。）が、平成18年度以降の各年において、組合事業から生じる不動産所得にかかる損失の金額を有する場合には、その損失に相当する金額は、必要経費に算入することができず、したがって損益通算の対象ともすることができない」旨が規定された（租税特別措置法41条の4の2）。この措置は、船舶・航空機リース等による租税回避を封ずることを目的とする規定として平成17年度税制改正によって急遽措置<sup>32)</sup>されたものであり、その適用範囲は、組合事業から生じる不動産所得に広く及ぶ。

有限責任事業組合契約を締結している個人組合員の場合では、「その組合事業から生じる不動産所得・事業所得・山林所得の損失額を有する場合」を適用対象として、「この場合、その損失の金額のうち「調整出資金額」<sup>33)</sup>を超える部分の金額に相当する金額（＝組合損失超過額）は、その年分の不動産所得・事業所得・山林所得の計算上、必要経費に算入しないもの。」とされた（租税特別措置法27条の2）。

#### ② 法人の場合

法人組合員が組合（個人の場合の「組合」の要件に、匿名組合と外国におけるこれに類する契約が加わる）事業から生じた損失の取込（損金算入）制限については、その出資金残高および自己が経済的損失のリスクを負っている債務金額に制限するという主旨のもとで、法人が特定組合員<sup>34)</sup>

に該当する場合においてその法人が債務を弁済する責任の限度が、

- ・実質的に組合財産の価額とされている場合には、組合事業による損失額のうち出資の価格を基礎として計算した金額（＝調整出資金額）を超える部分に相当する金額（＝組合損失超過額）、
- ・組合事業の最終的な損益の見込みが実質的に欠損とならないと見込まれる場合には、組合事業についてリスクを負担しているとは言えないため、（形式的に調整出資金額の範囲内であっても）組合損失に相当する金額の全額、

それぞれについて、損金不算入の扱いとすることが措置された（租税特別措置法67条の12）。また、こうして損金不算入となった組合損失額は翌事業年度以後の事業年度に繰り越され、その事業年度で生じた組合利益額を限度として損金算入されることは認められる（一方、上記①の個人の場合は、その年で打ち切られる）。

有限責任事業組合契約を締結している法人組合員の場合においても、調整出資金額を超える有限責任組合事業からの損失の取込（損金算入）を制限しており、「法人の当該組合事業にかかる調整出資金額を超える部分に相当する金額は、当該事業年度の所得の金額計算上、損金の額に算入しない」（租税特別措置法67条の13第1項）と定めている。なお、損金不算入となった組合損失額は翌事業年度以後の事業年度に繰り越されることは、租税特別措置法67条の12と同様である。

#### （4）損失取込制限規定の配置と相違<sup>35)</sup>

本節（3）で見た組合損失制限規定を、組合別・主体別で配置整理（下表）をし、要件・効果の相違を比較しまとめてみよう。

組合損失制限規定の配置

	＜一般の組合＞	＜有限責任事業組合＞
＜法人組合員＞	(ア) 租特67条の12 * 調整出資金額を超える部分（一定の場合には全額が）の損金不算入 * 翌期以降に繰越	(イ) 租特67条の13 * 調整出資金額を超える部分の損金不算入 * 翌期以降に繰越
＜個人組合員＞	(ウ) 租特41条の4の2 * 不動産所得につき損失が生じなかったものとみなす	(エ) 租特27条の2 * 調整出資金額を超える部分の必要経費不算入

概要を要約すると、以下。

第1に、これらの規定は、既述のとおり①「個別的否認規定」である。

第2に、個人組合員と法人組合員の比較において損失控除を制限する要件・効果の相違については、

② 法人組合員については当期に控除できなかった分が翌期に繰り越される（アとイ）。

なお、個人組合員についてはその年で打ち切られる（ウとエ）。

③ 特定組合員に該当する個人の場合、組合事業から生じる不動産所得の損失は、そもそも生じなかったとみなされる（ウ）。

第3に、一般の組合と有限責任事業組合との関係で見ると、損失控除を制限する要件・効果の相違は、

④ 「一般の組合」とは、民法上の任意組合・投資事業有限責任組合、外国におけるこれらに類する契約をさす（アとウ）。

⑤ 法人組合員については、さらに匿名組合と外国におけるこれに類する

契約も含む（ア）。

- ⑥ 法人組合員における（ア）と（イ）の比較において、一般の組合の場合に組合契約が実質的に欠損とならないと見込まれる場合における組合損失金全額の損金不算入の定め（表では、（ア）中に（「一定の場合には全額」）と記載）があるが、（イ）にないのは、有限責任事業組合の組合員は、全員が有限責任であり、その出資額を超えて組合債務の弁済義務はないため、出資額を超えて組合損失を認識することがないためである。
- ⑦ 個人組合員が出資して有限責任事業組合契約を結ぶ場合、組合事業から生じる損失は、調整出資金を超える部分が必要経費不算入とされる（エ）。
- ⑧ この（エ）のルールは、その組合事業から生じる不動産所得・事業所得・山林所得について所得区分ごとにその損失額を算定するのではなく、ある有限責任事業組合の同一計算期間における事業から生じるそれら3所得の合計に損失があるか否かを判定し、合計額が損失である場合に調整出資金額による必要経費不算入制限を加える、ものである。

米国パートナーシップ課税における垂直的損益配分との関係を付言すれば、③は「Passive Activity Loss Limitation」に、⑦・⑧は「At Risk Rule」、それぞれ倣った規定<sup>36)</sup>といえよう。

## （5）組合事業における課税上の2大リスクと喫緊な解消（即時対処）

### ① 共同事業性要件と任意組合化

有限責任事業組合については、有限責任事業組合法上、強固な共同事業性<sup>37)</sup>が要求されており、それは本節（2）で見た法文通りである。有限責任事業組合が無効となれば、通常は、民法上の任意組合として扱われることとなろう。個人組合員のうち一人が課税上特定組合員に該当すると、L

LLPの共同事業性要件が全喪失して、LLPが「任意組合落ち」するのであろうか。これは、LLPで事業を行う組員にとってはこれが組織運営上最大のリスクのひとつとなる。

また、納税者の予見可能性を高めようと思えば、今後、有責法上の共同事業性確保にかかる要件と課税上の特定組員に該当する場合との関係の明確化が望まれる。

## ② 経済合理性と損益分配割合の決定

有限責任事業組合では、構成員の損益分配の取り決めが自由に行え、この旨が有限責任事業組合法33条に定められている。そこでは「組員の損益分配の割合は、総組員の同意により、経済産業省令で定めるところにより別段の定めをした場合を除き、会計帳簿に記載された各組員が履行した出資の価額に応じて定める。」とされているので、何らかの「別段の定め」がされ得れば、出資する金銭額の多寡によらず構成員の組合事業に対する貢献度合いに応じた柔軟な損益分配を行うことは可能、と解することができる。

しかしながら、「別段の定め」として、どのような損益分配の割合であっても定めることができ、課税上も、それをそのまま受け入れるという保証はない。例えば、事業に対する貢献度が相対的に低い組員であるにもかかわらず他の組員に比べ多くの利益分配を受けるような場合などは、経済的合理性がなく租税回避的な要素が強い損益分配である（例えば、贈与とか寄附行為）とみなされる可能性が高く、課税上も否認がされる可能性も当然高い。「経済合理性」とは、本節（Ⅰ）でみたところの、「課税上、各組員の出資の状況、組合事業への寄与の状況などからみて経済合理性を有していないと認められる場合」における経済的合理性をおそらくは指すことになるだろう。しかし、経済合理性とは何であるかその内容が具体的に明示されないと、「経済合理性を有していないと認められる」と

いう「(経済合理性の) 命題否定あるいは余事象」という抽象概念でもって、各組合員の出資の状況、組合事業への寄与の状況に関する課税当局独自の判断によって、実際に当事者間で約定されていた損益分配割合が、納税者が思いもよらなかったような別の割合に引きなおされる余地が大いに残る。これも租税リスクのひとつである。

そもそも、有限責任事業組合法に関する経済産業省令自体が「別段の定め」を明らかにしていないので、納税者に予見可能性はほとんどない。「別段の定め」と「経済合理性の有無」の関係がよく摺り合わされて両者の内容が具体化されることが、上記①の共同事業性と特定組合員の関係明確化とともに、喫緊に望まれる。

## 6. 構成員課税拡張の方向性～短期的に対処するものと中長期的な対策～

### (1) タックス・シェルターとの戦い

外国に見られる超ハイブリッド事業体が、わが国で実現しがたいのはなぜか。その最大の理由は、構成員課税拡大によって経済的な効果があがったとしても、タックス・シェルターの濫用やそれに伴う徴税コストの増加という代償の方が高くつく、という懸念に他ならない。これは、上記5. でみたとおり、「航空機リース事件」の判例<sup>38)</sup>を踏まえ任意組合等の特定個人組合員の損失取込制限が措置されたことが象徴するように、構成員課税に関連する平成17年度税制改正箇所はどれも租税回避を念頭において措置されたといってもいいすぎではない。事実、判例・裁決を通じ知る租税回避や脱税事案の主役は、民法上の組合や商法上の匿名組合を利用した組合型の投資ビークルに集中している<sup>39)</sup>。

組合形式を利用した投資ビークルの多くは、実ビジネスに対して円滑な資金供給を行うという本来の趣旨から離れ、富裕層を中心とした構成員

(ファンド出資者)の節税目的に組成されるケースが散見され、報道等を見ても納税者が「更正」処分を受ける事例も多い。だが、こうして白日の下にさらされる事案は、ほんの氷山の一角であろう。

組合理型投資ビークルを利用した取引は、クロス・ボーダーに亘る巧妙かつ複雑な仮装的スキームが用いられ、一つ当たりが巨額にのぼる取引なので、日本の課税庁は、租税回避行為に対して一層の神経を尖らせざるを得ない。真の合理的意思に反した租税回避行為に対する予防的措置ないしは個別否認規定の整備は、これら組合理型投資ビークルにこそ厳しく向けられるべきである。

## (2) 投資ビークルと実ビジネスビークルの区別と共同事業性 (投資事業有限責任組合アプローチと企業組合 (協同組合) アプローチを再び振り返って)

事業体を投資ビークルと実ビジネス体とに区別する発想自体は何も特別なものではない。日本版LLCが会社法で検討されている当時、経済産業省は、「法人格」+「構成員課税適用」の新事業体(当時の日本版LLC)案出に当たり、既存の制度を検討の出発点とすることが現実的な道筋であるとして、投資事業有限責任組合<sup>40)</sup>から出発する方法と企業組合<sup>41)</sup>から出発する方法の2つのアプローチが考えられていた(ただし、この2つのアプローチは、導入すべき合同会社に接近するための考え方を示したものに過ぎず、どちらかの立場に与して検討の方針としたものではない<sup>42)</sup>とされる)

比較検討の上、経済産業省が選好した考え方が、「投資事業有限責任組合」(LPS)出発アプローチである。しかしながらこれは、「法人格」+「構成員課税適用」を実現する上では全く逆の選択肢であったと言わざるを得ない。その理由を述べよう。

LPSアプローチは、LPS制度を拡充し、事業内容を一般化し、出資

者全員の有限責任制を確保した上での法的行為能力を付与することを目指すものである。すなわち、L P Sのままでは、「事業は投資事業に限定され、組合名義での登記・登録はできず、無限責任社員（G P）が最低1人必要であることなど、この制度が人的資産を活用する新しい組織形態の受け皿になるためには、検討を要する課題が残る。」<sup>43)</sup>として、①事業内容の制約の撤廃、②法的主体性の整備、③有限責任制の徹底の3点を解決すべき課題と絞り込んだ。次に、「事業内容の制約の撤廃は制度的には大きな問題はなく、主な論点は、法主体性の整備と、有限責任制の徹底となる。」<sup>44)</sup>と難易度の差をあげ、まず、L P Sの出資者全員を有限責任社員（L P）とし、続けて、投資に限定されている現行事業に実ビジネスを追加していく形で全事業が扱える日本版L L C（想定当初）としようとする訳である。そして、残る「法主体性の整備」については、法人格付与を視野に入れた一定の措置が新たに加えられても、L P S制度は「組合」である以上その延長上に位置づけされる事業体（当時の構想L L C）なので、法人格の有無（G Pの在・不在など）にかかわらず「構成員課税」が適用される実態に変わりないはずとみるも、適用課税の最終的判断は税制を扱うサイドの問題として下駄を預けてしまうのである。現行L L P法が謳っているように共同事業性確保の強固な枠組みこそがL L Pの真髄であるならば、限られたG P（ファンド募集者や運用者で通常プロ）と多くのL P（出資者でプロもアマもある）の混成体であるL P Sがなぜ議論の原点足り得るのであろうか。

一方の、協同（企業）組合から出発するアプローチについて、「企業組合・技術研究組合は、それぞれ創業の活性化、研究開発の推進という目的を持ち、一定の効果を出している。」<sup>45)</sup>としながらも、協同組合が持つ内部関係規制面を強調して「組織の柔軟性という観点からは、たとえば設立に際しては行政庁の許可が必要であること、また理事・幹事（原文のまま。監事の誤り－引用者注）などの機関の設置が義務づけられる等の法律上の

規制が存在しており、LLCとして求められる機能としては若干の課題が残されているといえよう。」<sup>46)</sup>として、協同（企業）組合から出発するアプローチをはじめから、そして自ら放棄するのである。法人であり有限責任制である「企業組合」を出発点として、「法主体の整備」や「有限責任制の徹底」をする「改善」とともに、協同組合精神に基づく組合員の相互扶助や事業への直接の奉仕など「実質主義の原則」から構成員課税適用の実態に相応しいと説いていく論理の道筋は、実に検討に入る前の段階から除外したのである。創業の活性化・研究開発の推進など現行LLP（当時構想のLLCでも）活用が想定される分野に向けて、積極的な共同事業をこれから行っていこうとする構成員たちにとって、どうして上記程度の行政手続などの仕事が苦になったり、組織柔軟性の障害になったりするのだろうか。事業を共同で進める構成員であればこそ、事業体新設や経営体制を整える準備を入念に行うはずである<sup>47)</sup>。

組合型であるが投資ビークルである「投資事業有限責任組合」からではなく、法人として規整されるが構成員の事業参加実態は（導入検討当初）LLCの原型にあたる「企業組合」から出発して構成員課税適用を目指していくアプローチが、なぜもっと広く認識され、当事者たちによって深く検討に取り上げられなかったのか、疑問なしとしない<sup>48)</sup>。

実際は、LPSには、有限責任制・法人格付与および投資事業に実ビジネスが加わる形での事業内容拡大の3点をあきらめてでも構成員課税を維持すること（あるいは金融当局の監督や課される義務が強化されないこと）が最優先されるので、投資事業の範囲が充分拡大されたLPS法・平成16年改正以降、LPSアプローチに手が加えられることはなかったし、一方の、企業組合アプローチは、定款自治の範囲を広めつつ、協同組合精神に基づく組合員の相互扶助や事業への直接奉仕の実態が共同事業性を有するという「実質主義の原則」を深慮していくという道筋はありながらも、法人格を有する既存の組織体を対象としてまで構成員課税適用の可能

性を探るという方向は迂遠と映ったのか、上記のとおり検討に取り上げられることはなかった。

経緯はさておき、「投資事業有限責任組合」という組合型投資ビークルと、法人として規整されるが構成員の事業参加実態はある意味（導入検討当初）LLCの原型にあたる「企業組合」という実ビジネスビークルとに区分する考え方は、次項（3）からの検討の参考となる。

企業組合から出発して構成員課税を検討する道筋こそ、私法上「法人格」が有るとされるが経済的な実態は「構成員課税の適用を受ける」に相応しい事業体を探求していこうとする基本アプローチである。特に、構成員の共同事業性という観点からみれば、「投資事業有限責任組合」ではなく「企業組合」を原型において、そこから構成員課税を検討する道筋こそ、法人格の有無にかかわらず経済的な実態が「構成員課税の適用を受ける」に相応しい事業体を探求していこうとすることが基本と思えるのである<sup>49)</sup>。

産業界とは、投資ビジネス関係者だけではなく、残り大部分の実ビジネスの関係者も含むものであり、そこで要望されたビークルとは、「法人格」+「構成員課税」という組み合わせをもつ事業体なのである。

我々は、「法人格」+「構成員課税」という組み合わせを、置き忘れてしまってはならない。

### **（3）峻別された投資ビークル・実ビジネスビークルと構成員課税適用の拡大（短期的に対処すべきこと）**

組合型投資ビークルに対して事業体段階で課税を行おうとする検討が存在<sup>50)</sup>するほど、租税回避行為の横行は懸念されており、また金融監督上の必要からも法人類似に対するのと同様の監督・規制（の強化）を行っていく必要もある<sup>51)</sup>。

これに対して、国内で庶民がスモール・ビジネスを興し、共同事業参画

して全員が経営に携わる小規模な事業体に対して、組合型投資ビークルを念頭におくあまり措置される個別否認規定を当てはめる必要はないものと思われる。

LLCやLLPが検討されていた当時、LLCやLLPに想定されていたビジネス、すなわち、

- ・コンテンツビジネスやソフトウェア開発、産学連携による大学発ベンチャーといった人的資産を元手にした創業、
- ・法人同士の共同研究開発等に用いられるジョイント・ベンチャーといった分野、

これらは、投資ビジネスに対置せられるところの「実ビジネス」に他なるまい。

したがって、

- ① 実ビジネスを行う一定の小規模事業体が、法人格があるというだけで構成員課税が不適用となるために、十分な活用ができないのが現状であれば、今後改善されていく必要がある。租税回避を企む投資ビークルが1つ存在する可能性を以って、99ある実直な実ビジネスの構成員課税適用事業体までもが窮屈な制度を蒙る事態は、早急に改善されなければならない。
- ② 「構成員全員参加による共同事業性の有無」や「事業体の清算・破産等における責任財産の分離の可否」などの実質的な判断により、構成員に損益が帰属する実態が備わっている「実質課税の原則」が担保されるような場合には、中長期的な視点にある「三分論」に代表される精緻な議論の成果を待つことなく、経済活性化や国際競争力の観点から、取り急ぎ構成員課税の適用拡大が一定の合意のもとで措置されていくことが望まれる。

投資ビークルと実ビジネスビークルを区別の上、上記①が、個別否認規定の内容に「厳緩の差」を認め、内容に関する「浅深の調節」具合で構成

員課税にメリハリをつけて問題改善を図る（上下・縦軸の）方向である。これに並行して上記②は水平（左右・横軸）の方向で構成員課税適用対象の拡張を目指していくものである<sup>52)</sup>。

このうち、上記①に属するものとして、実ビジネスを行う「LLP」に対する損失取込制限の調整緩和などは早期に必要と思われる。

#### （4）租税特別措置による構成員課税適格ビークルの案出の可能性

「全員有限責任」＋「内部自治の柔軟性」＋「法人格」＋「構成員課税」の事業体を案出していくには、本節（2）が参考となるとした。すなわち、2つの方向からの制度設計、

- ・現行LLCからは、「法人課税」→「構成員課税」への変更
- ・現行LLPからは、「法人格」の付与

が可能となる制度とすることが現実的である。さらに、「米国の轍を踏まない」ためには、

- ・租税回避の横行を防ぐため、実態判断して、投資ビークルの排除を入り口の段階で徹底的に行うこと。
- ・構成員課税の領域に入る納税者の急激な増加による実務上の混乱を回避するため、実ビジネスの分野に何らかの優先順位を付して、この領域に入る納税者の数を順次拡大していくこと。

に、法的な強制力を働かせることが重要と考える。

これをどのような手立てで実現していくか。政策目的をかなえるための、非課税・軽減措置となれば、わが国の場合、「租税特別措置」によることが有望となる。

租税特別措置に対しては数々の批判があり、安易に積極的な導入に与する主張は論者の税制・税法に関する見識までもが疑われるので、皆があまり口にしたがらないものである。が、一方で、租特法は、税務当局や我々納税者にとっては、長く馴染んできた日本の税制度のひとつであることも

事実である。

上記2.(2)では、昭和31年税調からの検討に触れた。法人実在説VS法人擬制説をめぐる議論も終焉をみて、次いで二重課税調整問題、大・中小会社の線引き問題などを経るが、構成員課税そのものの検討については今日まで手付かずの状態が続いている。

構成員課税拡張については、これまで時々問題提起のレベルでテーマ提唱されることはあっても、LLP、LLCが出揃った現在に至ってすら踏み込んだ論議は停止の状態にあるのであった。

また、「所得税と法人税の統合」は崇高なテーマではあるが、仮にそれが実務の世界で実現性を帯びるにしても、それは半世紀も一世紀も先の話ではないだろうか。

こうして考えてみると、「全員有限責任」+「内部自治の柔軟性」+「法人格」+「構成員課税」の領域を創出することは、租税特別措置に別途の定めを置くことが、カンフル剂的な処置とのそしりは免れ得ないものの、有力な方策のひとつとして浮上してくるのではないか。

## (5) 租税特別措置による事業体の選択と損失取込制限の緩和(中長期的な対策)

「全員有限責任」+「内部自治の柔軟性」+「法人格」+「構成員課税」の領域への新規参入の方法を考えた場合、強制適用方式はすべての関係者が納得できる規定設置は難しく、納税者選択適用方式では、租税回避目的が懸念される。

### ① 水平面における拡張

米国のように構成員課税を納税者選択方式とすることは控えるべきであるが、多数存置する多様な事業体を強制的に区分して、法人課税と構成員課税の線引きを遡及して行うようなことは実務に混乱を来たすので注意が

必要である。

したがって、導入にあたっては、急激な変化を避けるため、LLC／LLP等制度の定着や現状分析を通じて、

- 1) まず、法人形態であるが事業動機や事業種類がLLPに相通じる協同組合（企業組合）を対象に、構成員課税方式に転籍したい者を対象に、新たに創出した領域に入るテストにかけ、抽出する（「協同組合スタート方式」）。
- 2) 同時に、協同組合（企業組合）から構成員課税へ転籍した類型を分析して、一定の要件を設け、現行LLCの領域にある者が構成員課税を望む場合、一定の要件をクリアするか否かのテストにかけて、構成員課税の適否を判定する（「LLCスタート方式」）。
- 3) また、現行のLLPが、LLC化など株式会社化しても、上記2つと同様なテストを実施後、構成員課税を維持する（「LLPスタート方式」）。

を経た上で、今後、新規に事業体を興す者に対して、上記3つと同様なテストを実施して、「全員有限責任＋内部自治の柔軟性＋法人格＋構成員課税」を認めていく（「フレッシュ・スタート方式」）ような、段階的に柔軟なルールを設けていくことが考えられる。ここでは、構成員の資力について、事前調査が必要なことは言うまでもない。

以上は、協同組合スタート方式から出発してLLC／LLPスタート方式を経て、実ビジネス体を広く構成員課税適用に含めていく横軸方向の拡張である。

## ② 損失取込制限の厳緩の差（垂直方向）による改善

ビジネスの現場では、操業初期の赤字発生は、興すビジネスの業種の相違や同じ業種であっても企業規模、創業のタイミング、事業開始～進行段階別の事業・投資計画などによってまちまちであり、確かに、赤字の発生

額や黒字転換までの期間は、個々の事業体のキャッシュ・フローに応じ、一様ではない。小規模な事業体から実ビジネスをスタートさせても、よほど幸運な「ガゼル企業」でない限り、創業まもなくは操業赤字が一般的である。

そこで、組合型投資ビークルに対し事業体段階での課税が不可能であれば、投資ビークルによる租税回避行為を想定するがゆえ組合型実ビジネスビークルに対し一律一様に厳しく規定されている損失取込制限や損金算入制限などの措置は、小規模な実ビジネスビークル（の構成員）に対して一定の範囲で緩和されることが望まれる。これは、投資を行うビークルと実ビジネスを行うビークルとを峻別した上で、実ビジネスビークルの構成員には現行の制限措置の緩和を図る方向で、一定の租税特別措置を講じるという、損失取込制限に厳緩の差を設ける縦軸方向での改善である。

小規模な実ビジネスビークルに対しては、広く構成員課税適用を認め、個別否認規定を緩和していくことは、創業の成功や操業の安定をサポートしていく上で好ましい。この場合、業種の優先度に応じ調整出資金を超える損失の額や損失の繰り延べ期間を決めていく方法、すなわち、“A業種の個人構成員に対して、調整出資金額を $r$ %を超える損失を $N$ 会計期間に限りわたり繰越を認める”制度とし、業種の優先度の他、事業体規模や構成員数やその資力などを考慮して、合理的に $r$ や $N$ の値を決めていくような方法が有効であろう。

## 7. むすびにかえて

創業支援策としては、エンジェル税制や投資事業者関連税制の手直しが行われる。ここで想定されているのは、投資家（者）－アントレプレナーが別人のケースであり、いわば知らぬ者同士が資金供給・調達を通じてはじめて結びつく関係である。金融におけるいわゆる“直間比率”の是正・

中立化を図る題目で、直接金融の分野でも、投資者－経営者間の情報の非対称を少しでも埋める制度改善がなされてきたはずであるが、ジャスダック、マザーズ等新興株式市場の低調振りが一目瞭然のとおり、整備はあまり果々しくない。一方、間接金融では、情報の対称性を考慮すればエンジェルや投資家よりは金融機関が優るし、今後は、邦銀による与信先モニタリングやガバナンス機能が回復していくことが期待できる。

新産業隆盛のためには、大多数の投資家（者）－アントレプレナーが参加する市場で結びつく制度を促進していくとともに、創業者や共同事業者自身が自助・自力でビジネスを興す環境作りも同時に整備する必要がある。共同事業を行う構成員間で自由な損益配分を認め、大いなるモチベーションの向上とともに、彼ら自身に対する損失取込や損失繰延などのような（操業初期赤字を少しでも埋めることができる自己ファイナンス的な）自己完結できるタイプの支援策が、ベンチャー企業に資金供給する投資者サイドに対する優遇策とともに、創業者自身に向けてもっと講じられても良いであろう。このためには、構成員課税による創業・起業のバックアップ策を充実させることが大切と考える。

実ビジネスを扱うベンチャーや小中規模事業者に対する構成員課税拡張を横軸・縦軸で見えてきたが、もう一つ軸を加え拡張可能な事業体数や税収への金額的な影響など立体的な厚みを含めたさらに多元的な検討が求められる。

本稿で、これまで構成員課税適用拡張の方向性と実現性の考察を進めてきたが、具体的な税制の設計内容について、今後とも、さらに考察を進めていくこととしたい。

組合税制に限らず、「会社法制の現代化」に続く、「個人・法人所得税制の現代化」といったムーブメントに備え、広く深く怠りなく研究を継続していくことに、日本の関係各界の不断の努力が望まれる。

今まさにわが国は、先進国トップの一員の名に恥じない税制を備えるこ

とができるか、その岐路に立つ。国際的租税回避行動が跋扈するなかで、関係国間では国際徴税能力といったものも問われている。移転価格税制・タックス・ヘイブン税制・企業再編税制などにおける租税回避行動の国際化ともいうべき状況は、我々にこの分野においてより高い知識と経験を積むことを求め、わが国は、製造業を中心とした産業の国際競争力の更なる向上とともに、「税の国際競争力」の強化が急務でもある。

税は国の基本である。課税を含めたグローバル化が進む中、わが国として租税高権を維持しつつ、先進国トップグループに相応しい税制を整え国益の充実を図り、また21世紀の国際社会をリードする一国として他国の信頼をより勝ち得ていくことが重要である。

#### 【脚 注】

- 1) 中長期的には、現行法人税を抜本的に改革して全く異なる課税ベースや課税方式とする代替的構想があり、消費型付加価値税、Flat Tax、CBIT（包括的事業所得税）、キャッシュフロー税などがその代表的なものである。本稿では、こうした課税根拠論は扱わず、所得税の前取りとして法人税をとらえる現行制度を前提として、経済活性化の観点から、課税ルールの見直しを提言するものである。なお、法人税の代替的構想と多様な事業体への課税適用の関係を考察したものに、増井（2003）。
- 2) 課税ルールの見直しとはいっても、税制改正大綱のような立法提言を行うものではなく、また筆者の手にもあまる。ただし、構成員課税適用の拡大の必要性を抽象的に訴えるのではなく、産業活性化の点から、所要な租税特別措置など現行ルールの改善の方向性を具体的に提示して参りたい。
- 3) 「所得とは何か」ということについては、多くの財政学者が説いており、わが国でも、「所得源泉説」、「純資産増加説」など、いろいろな立場から所得が論じられてきた。本稿では、現行税制を前提とするため所得を単に所得税及び法人税の課税物件とあつかう。課税根拠論と同様所得概念にもこれ以上立ち入ることはせず、所得を1年間に形成された各人の経済力の増加といった意味で捉えている。
- 4) 公共法人は法人税の納税義務を負わないこと、公益法人は収益事業から生じた所得に限り課税されその税率は普通法人より低いこと、二段階課税については配当税額控除部分を除くという方式で二重課税の負担を減じる考慮がされていること等。
- 5) 佐藤（2002 a）。
- 6) 通常、「分配」は「配賦」と一致するのではないかと思われるかもしれないが、両者が異なる自由な取り決めを行うことが「内部関係の柔軟性」（定款自治の自由）と呼ばれ、組

合形態を選択する理由の一つとされている。実際問題として、法人課税より構成員課税の方が納税者にとって有利な場合が多いので、LLPは有限責任で構成員課税というメリットをもたらす二重の意味でハイブリッドな組織体といえる。

- 7) 昭和31年の政府税制調査会で、「一定の範囲の法人に対して個人なみの課税をする方法（「組合課税」）」が議論に上り、昭和35年政府税調では、中小法人に対する組合課税（全9方式）について詳細な検討が行われたことがある。この問題は、いわゆる「大小法人区分の法人税制」として、その後も昭和43年、46年の政府税調でも取り上げられたが、昭和55年の政府税調では、商法における大小会社の区分が行われぬ以上、区分税制の構築は困難とされた。この間を巡る大会社・小会社区分に関する税調検討の動きおよびパラレルに連動する法制審議会での大会社・小会社の法律上の扱い議論の経緯は、坂本（2005）および同論文所収の参考文献。
- 8) 現行の法人税制は、「二分論」のもとで「個人」扱いが不適当と当局が判断する事業体まで法人課税の対象としてきた結果、それが対象とするものに共通する「実質」を観念することができなくなってしまった。この「制度疲労」の象徴としてよく取り上げられる例のひとつに、法人格のないものを法人税の対象とした「特定信託」の制度がある（「特定投資信託」（証券投資信託・国内一般公募投資信託）及び特定目的信託（法人税法2条29号の3））。
- 9) 最低資本金制度を撤廃するなど現会社法は総じて株式会社の設立をより容易とする方向で改正が行われた。
- 10) 徴税サイドとしても租税回避防止上、構成員課税よりは法人課税が好ましい。租税回避防止については、本稿4．以降で扱う。
- 11) 小原昇（2005）。
- 12) 法人税の納税義務者にあたるか否かの基準として、こうした「収益及び費用の私法上の実質的な帰属主体を納税義務者とする考え方」が日本税制の背景にあり、立案にあたり採用されてきた方針であることが伺われる。ただし、事実認定にこうした「実質課税」をどこまであてはめるかは、本節（3）で触れた問題がある（租税回避との関係は、本稿6．脚注38）。
- 13) 朝長他（2005）。
- 14) 林・荒井（2005）は、「事業体課税の基本的な考え方として所得の帰属者により納税義務者（事業体か、構成員か）を決定すべきことが述べられており」と本税大研究の基調に触れた上、「法人格の有無を事業体課税のメルクマールとしている現行の法人税法の原理原則が早晚放棄されるのではないか。」とする。なお、税大同研究では法人課税を適当とする合同会社について、「株式会社の資本制度による債権者保護と同様に、純資産に基づき一定の利益を会社に留保させることによって債権者保護を図る等の仕組みをとるものとされているが、少なくとも、このような仕組みをとる限り、会社に利益と損失が帰属しないと考えることはできないため、会社を納税義務者として法人課税をする必要がある。」との見解が述べられている。
- 15) 平成19年9月には、これら制度案に基づく法令案を作成して公表し、広く関係者にパブリック・コメントを求める予定としており、上記の基本に沿った草案作成準備の進展が期待されるところである。
- 16) 十三と十四とでは、検討必要性の発生認識の程度に若干の温度差を設けた表現振りには

なっているが、十四について、合同会社の構成員課税が国会の審議の中でされた議論の経緯から、この合同会社に対する適用税制に関しては、「構成員課税」を今後の検討事項のひとつに指しているとい一般的に理解されている。

- 17) 石井 (2006)。
- 18) 新聞報道 (日経産業新聞平成18年5月5日付第5面)。
- 19) 金子 (2006) はLLP法制定の背景について「合同会社は、アメリカのLLCのようにパス・スルーの事業体ではないことが明らかになったため、産業界からの強い要望で(中略)有限責任事業組合(日本版LLP)の制度が創設された。」と述べている。
- 20) 朝長 (2006)。
- 21) 米国では、法人の類似性基準 (corporate resemblance test。1960年のいわゆるキントナー規則) として、組織の継続性 (continuity of life)、経営の集中化 (centralization of management)、構成員の有限責任 (liability for corporate debts limited to corporate property)、持分の自由譲渡性 (free transferability of interests) の4つの性格のうち3つ以上の性格を持つものを法人課税の対象となるものとした。一方、1977年にはワイオミング州で初めて有限責任会社 (Limited Liability Company; LLC) に関する立法が制定、当初IRSはLLCの税務上の取扱いについて明確にしていなかったが、88年同州のLLCに対してPass-through課税を認め (Revenue Ruling 88-76, 1988-2 C.B.360)、これを機会に全米各州にLLCが燎火のごとく普及した。LLCは本源的に有限責任を有しているため、組成する際に残りの3つの性格 (組織の継続性、経営の集中化、持分の自由譲渡性) のうち形式的に2つの性格を欠く定款等を有することによりパートナーシップとしての取扱いが可能となり、その判定には常に困難が生じた。事務量の増大に直面した歳入庁 (IRS) は、95年Notice95-14 (IRSnnotice95-14, 1995-1 C.B.297) を公表し、一定の要件のもとに納税者がコーポレーションか、あるいはパートナーシップかの選択を認めるに至った。この通達は、翌96年12月18日付けチェック・ザ・ボックス・ルール (check the box regulations; Treas.Reg. § 301.7701) として成立し、97年1月1日より施行され今日に至っている。なお、キントナー規則は、一定の不動産信託に対して法人税が課されることを判示した、1935年米国モリセイ事件における法人類似性基準 (キントナー規則の4つの性格に、団体性と営利事業を行い利益分配を目的とすること、合わせて6つの性格) をさらに具体化したもの、とされる。
- 22) 米国の動向に関連して、時代はややさかのぼるが、1958年に設けられたS法人制度についても触れておく。米国は法人税と所得税との間の二重課税を排除するシステムのないいわゆるクラシカル・メソッド (Classical method) を採用しているため、法人税が課されるか、あるいはPass-through課税が行われるかにより税負担が異なってくる (ちなみに、わが国では配当税控除制度 (配当所得控除方式) により二重課税の調整が図られ、ドイツ、フランス、イギリスなどはインピュティション方式を採用している)。州会社法に基づくコーポレーションに対しては法人税が課されるが、S法人 (S corporation) にはPass-through課税が認められている (IRC § 1363)。このS法人とは内国歳入法 (IRC) のsubchapter Sを選択した小規模法人のことであり (IRC § 1361(a)(1))、その課税制度は「税負担の相違を考慮することなく、企業形態の選択を可能ならしめる」(S.Rep. No85-1983, 85<sup>th</sup> Cong.2d Sess.87 (1958)) を目的に、会社法上は法人格を有していたとしても、経済的な実態はパートナーシップや個人企業と同程度の規模で行われるのであれ

ば所得課税も同じようになされるべきとの実態判断基準の下、租税の中立性を保つ観点から導入された制度である。Subchapter Sを選択し得る小規模法人とは、次の要件を満たす内国法人に限定される(IRC § 1361(b)(1))。①株主数は100名(04年以前にあっては75名)以下であること、②株主は、個人、諸財団、特定信託であること、③株主に非居住者外国人はいないこと、④一種類を超える株式を発行しないこと。S法人の選択終了後、5年を経過すればその時点で要件を満たす限り再度S法人への復帰も可能である。因みに、今日米国の弁護士が顧問先から企業設立の相談を受けた場合、ほぼ例外なくPass-through課税適用が受けられるLLCの設立をすすめるといわれる。筆者が2005年7月、ニューヨーク、ワシントンを訪れた際、書店の棚には小規模事業体を巡る実に多くの節税(租税回避)指南本が並べられていた。

- ・ Barbara Weltman(2004), *Small Business Taxes, Your Complete Guide to a Better Bottom Line*, 2005 edition, John Wiley & Sons, Inc.
- ・ Eva Rosenberg(2004), *Small Business Taxes Made Easy ~ How to Increase your deductions, Reduce What you owe, and Boost Your Profits*, McGraw-Hill.
- ・ Attorney Frederick W. Daily edited by Bethany Laurence, *Tax Savvy for Small Business ~ Year-Round Tax Strategies to Save You Money* ~ 8 edition, NOLO.

23) 工藤 (2005) の指摘によった。

24) 関口 (2006) は、S法人数増加の背景のひとつとして、「96年にS法人の利便性を高める改正が行われた。」ことをあげる。

25) 松田 (2005) の報告によった。

26) 1.701-1以下に極めて詳細に定められている。租税回避否認のなかかわりで特に重要なものとして、§ 1.701-2の濫用対抗準則と、§ 1.704-1のパートナーシップの配分持分に関する規定がある。

27) 森信 (2004)。

28) 「アメリカにおけるチェックザボックスルールの採用が税務当局の職務放棄であるとの指摘があるとおり、アメリカにおける事業体課税は、参考となるものが多く存在するものの、現状では総じて反面教師とすべきのものであると考えますので、挙げさせていただいたものです。」としている(朝長2005)。わが国税務当局も米国のチェック・ザ・ボックス・ルールを利用した組合課税等による数々の国際的課税回避行動に現に直面している状況がわかる。

29) 例えば、中里 (2006)。

30) ただし、同法 第6章 民法の準用は、次の一条のみの規定である。第56条 組合については、民法第668条、第669条、第671条、第673条、第674条第2項、第676条、第677条、第681条、第683条、第684条及び第688条の規定を準用する。

31) 特定組合員：「組合事業に係る重要な財産の処分若しくは譲受け又は組合事業に係る多額の借財に関する業務の執行の決定に関し、かつ、当該業務のうち契約を締結するための交渉その他の重要な部分を自ら執行する組合員以外のもの」をいう(同41条の4の2第1項、同令第26条の6の2第1項)。

32) 「航空機リース事件(名古屋地判平成16年10月28日)」において課税庁が敗訴後、立法でかかる行為を禁止することとなった。本事案は、本稿6. で再び取り上げる。

33) 調整出資金額：「組合契約に基づいて履行された当初出資及び追加出資の金額(組合員

- となる者がその組合契約に基づく出資を履行するために組合財産に対する自己の持分その他組合員が有することとなる権利を担保として行った借入れに係る債務に相当する金額については、本制度上調整出資金額には含まない」と組合事業に係る利益積立金額又は連結利益積立金額の合計額から出資の払い戻し又は利益の分配額を減算した金額」(租税特別措置法67条の12第1項、同27条の2第1項等)。」
- 34) 法人組合員が、特定組合員とされる要件は、脚注31の個人の要件の場合に、「組合員のすべてが組合員となってから継続して組合事業と同種の事業を主要な事業として営んでいる場合におけるこれら組合員以外のものをいう」が加わる。これは、専門的知識・ノウハウを持つ法人が同業のジョイント・ベンチャーに参加するのであれば、その共同事業は積極的なメンバーによって構成されている、と考えることができることによる。
- 35) 本節(4)は、増井(2006)を参考とした。
- 36) 川端(2006)は、「平成17年度改正では、措置法27条の2においてat RISKルールが、同41条の4の2においてPALが立法化された」とする。
- 37) 石綿・須田(2006)は、有責法が要求する共同事業性確保の強さについて、「諸外国の立法例の比較においても、有限責任制のみからこれを理論的に説明することはできない。」また、下級審判例があげた民法組合の共同事業性要件の比較からみて「民法組合において要請される共同事業性からのみでは説明することができない。」として、その理由を、「つまるところ、有責法においては、有限責任制の付された有限責任事業組合を用いて構成員課税が濫用される危険を政策的に防止するべく、(略)業務執行についての強固な枠組みを設定する政策判断がなされているものと思われる。」とする。
- 38) 本稿5.(3)で触れた、野村バブコックアンドブラウンが考案した航空機リースを利用した投資商品に対する名古屋地方裁判所判決平成16年10月28日(平成15年(行ウ)第26ないし第31号申告所得税更正処分取消等請求)である。事案は、初年度に多くの減価償却控除が認められている資産(航空機:課税上「不動産」)を、組合が一部借入金をレバレッジとして購入し、それをリースすることで、減価償却費とリース料の差額を各組合員の損失として計上するといったものであり、構成員課税が採られるからこそ、各組合員が既に有している課税上の利益が相殺可能(損益通算が可能)になる盲点をついたものである。判断は、組合が私法上有効に成立していること、航空機リース事業には経済合理性があったこと、節税目的があったとしても、それだけで取引が課税上否認されるべきではないことなどを理由として、納税者勝訴(雑所得との国側の主張を退ける)となり、任意組合を利用した航空機リース取引による損益通算が租税回避にあたらぬこととなった。本件の控訴審である名古屋高等裁判所判決(平成17年10月27日)が一審判決を支持し、国側は上告を断念。名古屋地裁の判断(H16.10.28)が、事実認定の名のもとに実質課税を導入しようとする課税庁の姿勢を、違法であるかのように警鐘を与える判断を示したため、課税庁側としては租税特別措置の一つとして、名古屋高裁判(H17.10.27)以降は適法とする措置を行ったのは、租税特別措置法41条の4の2のとおりである。なお、本稿で商法上の匿名組合を扱うところはないので、以下で匿名組合の利益の配分について触れておく。事業所得またはその他の各種所得とされていたが、所得税法基本通達36・37共-21によって原則として雑所得、例外的に事業所得又はその他の所得(平17課個2-39、課資3-11、課審4-220改正)になるものと改正された(ただし、法人税基本通達14-1-3では、法人が匿名組合員である場合、現実に利益の分配を受け又は損失の負担をしない場

合であっても各事業年度の損益を配賦している)。任意組合の利益の配分は、不動産所得、事業所得、山林所得又は雑所得のいずれか一つの所得に係る収入金額又は必要経費とされる(所得税基本通達36・37共-20(3):純額法の場合)が、匿名組合の所得区分は雑所得を原則とする考えである。

- 39) この種の判例の中で比較的初期のもので、租税回避行為にあたる事例としてよく引用されるものに、メリルリンチが開発した節税商品をめぐるフィルム・リース事件(パラツィーナ事件あるいはエンベリオン・フィルム・エンタープライズ事件)がある(大阪高裁判決平成12年1月18日(平成10年(行コ)第65号、控訴棄却 訟務月報47巻12号3767頁))。本事案は、映画投資事業組合(民法上の組合)が組合員の自己資金およびオランダの銀行からの借入金を原資として、米国法人A社から米国映画制作会社が製作した映画フィルム2本の所有権を取得し、映画配給会社B社との間で映画の配給契約を締結したものである。課税庁は、取引が仮装行為であることを理由として、組合員による映画フィルムの所有権取得を認めず、減価償却費(映画フィルム:「器具備品勘定」として耐用年数2年)の損金算入を否認した。これは、任意組合を通じた映画フィルムリースへの投資が租税回避にあたることとされた事例である。本事案は最高裁まで争われ、(三小)判決平成18年1月24日の判旨において、「法人税法(平成13年法律第6号による改正前の)31条1項にいう減価償却資産に当たるとは認められない」と結審した。
- 40) 中小企業等投資事業有限責任組合の関する法律(平成10年11月施行)に基づく投資組合。平成14年および平成16年の改正を通じて投資対象の拡大や法整備が進んだ。投資対象に「中小企業等」の縛りが無くなり現在の名称となったのは、「投資事業有限責任組合契約に関する法律 平成16年12月1日施行」からである。
- 41) 中小企業協同組合法にある組合の一形態。個人事業者や勤労者など個人や一定の法人が経営規模の適正を図ったり自らの働く場所を確保するため組織するのが「企業組合」であり、この他に「協業組合」、「商工組合」、「商店街振興組合」および「生活衛生同業組合」等がある。法人税法別表三に掲げる法人として法人課税されるが、普通法人より低率の税率を受けたり、相互扶助目的から事業分量配当等について損金算入が認められている。
- 42) 経済産業省アプローチについて、本稿3.(1)で挙げた産業組織課報告書に触れた松嶋(2004)は、「②の立場(投資事業有限責任組合を土台とする方法を指す:引用者注)をとっているとみる向き」があると前置きをした上で、「産業組織課報告書は、合同会社を導入すべきという結論を述べているだけで、(略)特定の立場をとるものではないとみた方が素直のように思われる。」と、この種の公的報告書の綴られ方・読み方の作法を説いている。
- 43) 本節(2)の引用は、渡邊佳奈子(2004)による。同左61頁
- 44) 渡邊(2004)73頁
- 45) 渡邊(2004)79頁
- 46) 渡邊(2004)79頁
- 47) 勿論このような指摘に対しては、「組合員全員が理事として業務執行に参加するような企業組合は、有限責任の人的法人と同じ性格をもつことになるから、こうした特定の企業組合には、定款によって機関設計や意思決定の方法を決めることが可能となるように措置していけば、有限責任の人的法人制度の一翼を担える可能性がある。」(同上63頁)という牽制が予め用意されている。

48) 「法人格」+「構成員課税」を満たす事業体の案出に際し、企業組合からのアプローチではなく、敢えて「投資事業有限責任組合」に置いた理由は、想像するにおそらくは次のような事情によるものであろう。すなわち、

- ・投資事業有限責任組合が一部無限責任制から全員有限責任制を獲得しても、合同会社へのパス・スルー課税が会社法成立後万が一にでも実現してしまえば、「実質課税の原則」の反作用の所産として、投資事業（全員）有限責任組合に「構成員課税・合同会社」と対照的な効果が及ぶ、すなわち、「法人課税・投資事業有限責任組合」として法人税領域に取り入れられ、情報公開や監査の面でも法人としての規整がより強化される危険性がある。
- ・そこで、合同会社に対する構成員課税適用が議論の最中に、構成員課税があてはまる有限責任事業組合の創設に別途動けば、もともと法人格を有する合同会社に対する構成員課税適用の議論は進まなくなる。
- ・構成員課税が適用される新事業体の検討を、法人格を持つ協同組合（企業組合）から出発させるとそれは合同会社について構成員課税を議論するのと同じ道筋になるので、投資事業有限責任組合を検討の仮の出発点としておく（平成16年改正で中小企業等限定が外れるLPS法を急にまた動かす必要はない。協同組合法という、改正歴が多い古い法律を紐解いてその条文に改良を加えていく気などもとない。「有限責任+構成員課税」の新事業体という酒は新しい皮袋（法律）に盛り込みたい）。
- ・投資事業有限責任組合を利用しようとする投資ファンド関係者にしてみれば、ファンド事業体が全員有限責任の出資者で構成されようことは資金運用のプロフェッショナルの立場からしてもそもそも夢想だにもしていない（むしろ当局による規制や監督が強化されることが応募者（出資者）をシュリンクさせ、ファンド募集者としてはビジネス上不利が予想される）。
- ・会社法より先にLLPを法制化すれば、LPSを現行そのままの姿で温存することができ、合同会社への構成員課税適用の議論同様、LPSに対する法人課税適用の議論を止めおくことが出来る。
- ・また、合同会社に構成員課税が見込めないことから急遽LLP法を措置したとすれば新法は容易に法制化され、新たな法律を1本手に入れることも出来る。

以上のごとき推測はさておき、LLP法の検討開始機運を契機に、「合同会社に対する構成員課税の適用を」望む声は会社法検討の過程の中で急速に萎んでいったことは事実であり、「法人格に構成員課税を」という希望の芽は、結果としてその時点で摘まれてしまった、という感が否めない。

49) 共同事業性確保の強固な枠組みこそがLLPの真髄であるならば、限られたGP（ファンド募集者や運用者で通常プロ）と多くのLP（出資者でプロもアマもある）の混成体であるLPSが原点になるはずはなく、一方、企業組合に対しては内部規制関係面をことさら強調して組織柔軟性の障害となることを懸念材料にするが、それは程度問題であり、事業を共同で進める構成員であればこそ、自らすすんで事業体新設や経営体制を整えるための準備を入念に行うのではないか。破産・会社更生を考慮しても株式会社として法人格を有する方が格段に法整備が厚く、「法人」に通暁した事業家や弁護士にとって「組合」より扱いやすいとする実務家の声を筆者はよく耳にする。

50) こうした主張は、課税庁サイドからなされる。例えば、景山（2002）、安岡（2002）。主

旨は、「現行税制は、原則として法人格の有無（人格のない社団等を除く）により課税対象となるピークルかどうかは律されているが、集団投資スキームに使われるピークルは会社、任意組合、信託、国外のピークル等のいずれでもよく、投資家と投資対象とのキャッシュフローを結びつける媒体（道具）として同じ役割を果たしている。経済的実態は同じであるにもかかわらず、法人格の有無により課税対象になるものとならないものの違いが生じることは、課税の中立に反する。経済的な同一性に着目し、統一的に課税を行うには、執行面での対処では限界があり、立法による措置が必要。課税の真空地帯をなくし、公平な課税を行うためには、集団投資スキームに使われるSPV段階での課税を基本とする考え方が妥当。私法上の法人格の有無にかかわらず、法人税の課税主体とし、適格なもの（課税上弊害がないと認められるもの）については実質的に法人税が課税されないようにするのが良い。」とするものである。これらは、平成12年7月政府税制調査会（「わが国税制の現状と課題－21世紀に向けた国民の参加と選択－」）就中、「二. 法人課税 1. 法人税（8）の1」「多様な事業体に対する課税のあり方」を背景に主張されたものであり、信託導管論から反論を受ける。同「多様な事業体に対する課税のあり方」における「信託」を論評したものに、佐藤（2002）、吉村（2003）がある。

- 51) 07年5月ドイツ・ポツダムで行われたG8財務相会議で、ヘッジファンドやアクティブストファンド等に対する監督規制強化の国際ルールづくりが話題となったことは記憶に新しい。
- 52) 商法の大小法人区分とは無関係に税法で法人区分を独自に行うべきとする代表的な試案のひとつに富岡（1984）がある。そこでは、大法人の段階追加税率を含む中小法人・大法人税制の根本的改正が構想されている。独自立法に関する同氏最近の成果として富岡（2003）。

### 【参考文献】

- 石井芳明（2006） 「LLP（有限責任事業組合）の活用状況」『商事法務』No.1770 2006年6月26日 29頁
- 石綿学・須田徹編著（2006） 『日本版LLPの法務と税務・会計』63頁～65頁 清文社 2006年3月
- 小原昇（2005） 「有限責任事業組合制度の課税上の取扱いについて」『租税研究』2005年11月 5頁
- 景山智全（2002） 「集団投資スキームにおける課税上の問題点」『税大論叢』40号 平成14年6月28日 223頁～224頁
- 金子 宏（2006） 「租税法の学び方「納税義務の主体」と「多様な事業体」（一）」『税大通信』平成18年1月1日 2頁
- 川端康之（2006） 「最近の最高裁判例について」『国際税務』Vol.26 No.9 48頁
- 工藤聡一（2005） 「序章 第3節 諸外国における新しい企業形態」根田正樹・矢内一好 [編]『合同会社・LLPの法務と税務』16頁～17頁 2005年9月 学陽書房

- 坂本雅士 (2005) 「統一論題報告－中小会社会計基準と税務会計 大会社と中小会社の区分問題」『財務会計研究』第16号 2005年9月 13頁～21頁
- 佐藤英明 (2002 a) 「新しい組織体と税制」『ファイナンシャル・レビュー』財務省財務総合政策研究所 October-2002 93頁
- 佐藤英明 (2002 b) 「特定信託の課税」『税研』2002年2月 62頁～65頁
- 関口 智 (2006) 「アメリカ連邦・州政府における法人所得税・個人所得税・社会保障税の相互関連 - C法人・ユニタリータックス・S法人・LLC・EITC -」『立教経済学研究』第60巻第1号 (2006年7月) 71頁～72頁
- 富岡幸雄 (1984) 「中小法人税構想の展開 (上)・(下) - 「大小会社区分立法」と関連しての法人税制の改革提案 -」『税経通信』Vol.39 No.13～14, Vol.40 No.1 (通543～545)
- 富岡幸雄 (2003) 「第4部第6章 大小企業区分税制の改革構想提案」『税務会計学原理』1623頁～1692頁 中央大学出版部 2003年9月
- 朝長英樹・幡野正二・上田浩人 (2005) 「事業体課税の理論と課題」税務大学校 平成17年7月
- 朝長英樹 (2005) 「事業体課税の理論と課題」『租税研究』2005年11月 91頁
- 朝長英樹 (2006) 「会社法と法人税改革」『税研』2006年11月 14頁
- 中里 実 (2006) 「タックスシェルター対抗策」『税研』2006年5月 72頁
- 林 幹・新井優美子 (2005) 「LLPの税制上の取扱いと問題点」『税務弘報』2005年11月 50頁
- 増井良啓 (2003) 「多様な事業組織体をめぐる税制上の問題点」『ファイナンシャル・レビュー』財務省財務総合政策研究所 December-2003 95頁
- 増井良啓 (2006) 「有限責任事業組合から生じる損失と所得税」『税務事例研究』No.90 50頁
- 松田直樹 (2005) 「タックスシェルターへの対応 (I) - 米国内国歳入庁の対応策 -」『国際税務』Vol.25 NO.5 2005年5月 85頁
- 森信茂樹 (2004) 「日本版LLCの法整備と組合税制の検討」『国際税務』Vol.24 No.1 2004年1月 25頁
- 安岡克美 (2002) 「租税回避行為の否認のあり方について - 任意組合等を利用した租税回避スキームを中心として -」『税大論叢』39号 平成14年6月28日 229頁～231頁
- 吉村政穂 (2003) 「出資者課税 - 「法人税」という課税方式 (一)」『法学協会雑誌』第120巻 第1号 2003年 1頁～15頁
- 渡邊佳奈子 (2004) 「第4章 会社制度、組合制度をどう変える」日下部聡・石井芳明編『日本版LLC 新しい会社のかたち』⑩きんざい 平成16年7月 61頁～79頁