

## 「新たな会社類型」に関する課税上の考察

山中 藍子  
東京大学大学院法学政治学研究科

2004年8月

## 目次

1	はじめに	2
2	LLC とは何か	
2 - 1	LLC : limited liability company	2
2 - 2	LLC の主な活用方法、ニーズ	3
2 - 3	アメリカの LLC 制度と税務上の取扱い	4
3	日本における法制度設計の 5 つのアプローチ	
3 - 1	5 つのアプローチ	5
3 - 2	「会社法制の現代化に関する要綱試案」におけるアプローチ	6
4	「会社法制の現代化に関する要綱試案」における「新たな会社類型」の提言	
4 - 1	「新たな会社類型」の内容	6
4 - 2	関連するその他の会社類型の見直し	7
4 - 3	検討 「新たな会社類型」は“何者”なのか？	7
5	現行税法での課税関係	
5 - 1	「新たな会社類型」として設立された会社の課税関係	8
5 - 2	出資者の課税関係（剰余金の分配）	9
5 - 3	出資比率と分配比率が食い違う場合	9
6	人的貢献と剰余金分配比率の問題 「人的貢献」の出資	
6 - 1	「新たな会社類型」での人的貢献と剰余金分配比率	9
6 - 2	民法上の組合、合名会社等での労務出資・信用出資の扱い	10
6 - 3	課税上の検討	11
6 - 4	残る課題	14
7	「新たな会社類型」はパススルー課税とすべきか	
7 - 1	「パススルー課税」とは	17
7 - 2	「新たな会社類型」はパススルー課税とすべきか	20
8	最後に	22
	参考文献	23

## 1 はじめに

2003年10月、「会社法制の現代化に関する要項試案」（以下、「要項試案」とする）が出された。この中で、「新たな会社類型」が提言され<sup>1</sup>、注目を集めている。

この「新たな会社類型」は、アメリカで活用されている LLC (limited liability company) をベースにしたものである。近年、アメリカの LLC を日本にも導入して欲しいという、いわゆる「日本版 LLC の導入」議論が高まっている。これは、主に実務的なニーズからである。

LLC の大きな特徴の一つとして、いわゆるパススルー課税がある。これは、LLC という組織段階で課税せず、直接構成員に損益を帰属させる課税方法である。「日本版 LLC の導入」議論で論じられているものは、このパススルー課税をセットにした組織として議論されている。

一方、「要項試案」では、税法上の取扱いについては、何ら明言されていない<sup>2</sup>。さらに、「要項試案」をまとめた法制審議会メンバーによる座談会では、現行の税法を前提にすれば、合名会社・合資会社を含めた会社一般と変わらないことになり、「要項試案」作成の議論ではあくまでも私法上の観点からのみ検討が進められている、と強調されている<sup>3</sup>。

そこで、本レポートでは、この「要項試案」で提言された「新たな会社類型」について、課税上の課題を検討する。検討対象は、この「新たな会社類型」に限定する。まず、この「新たな会社類型」が組織的にはどのようなものか(2、3、4)、また、現行税法上ではどのように課税されるのか(5)を確認し、人的貢献の出資と課税の問題(6)、「新たな会社類型」とパススルー課税について(7)、検討していきたい。

なお、本レポートでは、国際課税の観点については、検討対象としない。以下、純粋に国内のみでの関係として議論を進める。

## 2 LLC とは何か

### 2 - 1 LLC : limited liability company

LLC とは、アメリカ州法で認められている「組合と会社の“いいとこ取り”」の組織である<sup>4</sup>。現行の日本法上は存在しない組織形態である。

LLC は、以下の4つの特徴を持つ。すなわち、内部ルールの柔軟な設計(=「人的」)、出資者の有限責任、法的主体性、パススルー課税、である。これらの特徴から、LLC は「人的有限責任会社」であると言われる。

<sup>1</sup> 要項試案第6部「1 新たな会社類型」 要項試案 49頁

<sup>2</sup> 要項試案補足説明(法務省民事局参事官室作成、以下「補足説明」とする)でも、税制については何も触れられていない。あくまで私法上の観点から検討することを明言している(98頁)。

<sup>3</sup> 「座談会『会社法制の現代化に関する要項試案』をめぐって」商事法務 1685号(2004年)27頁〔相澤哲法務省参事官発言〕。

<sup>4</sup> アメリカで LLC は、corporation(会社)と partnership(組合)の hybrid 事業体と言われる。(関口智弘「米国ベンチャービジネスにおける LLC の活用法」商事法務 1683-24(2003年) )

## 2 - 2 LLCの主な活用方法、ニーズ

LLCの主な活用方法・ニーズとして言われていることには、大きく分けて4つある。この4つの他にも、一般的な既存事業の再編・共同分社化にも使えるのではないかとされている。

### (1) ベンチャー企業

起業者が自ら出資してLLCとして設立し、自ら業務に当たる。

LLCでは、内部ルールを柔軟に設計できるため、人的貢献に応じた決定権限や分配ルールを定めることができ、この点がベンチャー企業の実態に沿う。

現在、日本では株式会社や有限会社として設立するが、これら組織形態には内部機関や最低資本金の制約があり、実態に適さない面も多い。また、日本においては、株式会社以外の会社形態は、なぜか嫌われる（組織形態として選択されない）という実態がある。民法上の組合では、法人格がないために、ビジネスには不便である。

### (2) 合併会社（ジョイントベンチャー）

大規模建設工事の共同企業体など、企業同士が共同で事業を営む際に、合併会社をLLCとして設立する。現在は、株式会社や民法上の組合として設立することが多い。

株式会社で設立すると、合併する企業は「株主」となり、株主平等の原則から、貢献度に応じた議決権の分配等の柔軟な設計が難しい。この場合には、株主間契約によりお互いを拘束するが、違反があっても当事者間での債務不履行にしかならず、合併会社としての決定が無効となるわけではなく、不安定さが残る<sup>5</sup>。

一方、民法上の組合とすると、内部ルールは柔軟に設計できるが、法人格がない。また、内部ルールも結局は「契約」なので、株主間契約と同様の不安定さが残る。

LLCにより損益がパススルーとして合併する企業に直接帰属する方が、利潤を最大化するという観点からも望ましいとされる。

### (3) 専門家集団の法人化

弁護士や公認会計士などの専門家集団の法人化に使うことができる。

現在は、弁護士法・会計士法など、個別の業法で、法人化を認めている。この個別業法による法人は、合名会社をベースとした仕組みになっている。

---

<sup>5</sup> ベンチャー企業や合併企業等の法律実務においては、商法のデフォルト・ルール（当事者が特に定めを置かない限り自動的に適用されるルール）を、契約により修正する必要が生じる。そこで、「契約自由の範囲」「定款自治の範囲」が必ずしも明確でないことで悩むことが多いと言われる（穴戸善一・増田健一・武井一浩・棚橋元「定款自治の範囲に関する一考察」商事法務1675-54（2003年））。

日本の株式会社については、商法に具体的定めのない事項または立法論の領域において、「株主平等の原則」の観念が、必要以上に定款自治を制約してきたという指摘がある（江頭憲治郎『株式会社・有限会社法〔第2版〕』（有斐閣、2003年）47頁）。

今回の「要綱試案」では、このあたりの論点に深く踏み込んではいないように読める。

#### (4) 投資スキーム

複数の投資家から資金を集め、集団投資するためのスキーム（投資の受け皿）として使うことができる。現行法の投資事業有限責任組合に近いが、全員が有限責任とされる点に違いがある。

### 2 - 3 アメリカの LLC 制度と税務上の取扱い<sup>6</sup>

#### (1) アメリカ州法での LLC 制度の概要（デラウェア州会社法）

アメリカの LLC は、各州法により設立することができる。ここでは、代表的なデラウェア州法上の LLC について、説明する。

LLC のメンバーは、全員有限責任である。法人格はないが、行為能力・権利能力を有する独立の法的主体とされる。

LLC の設立時には、基本的事項を定める certification of formation（定款に当たるもの）と、内部ルールを定める operating agreement（運営契約）を作成する。LLC のニーズに合わせ、運営契約を柔軟に設計することができる。

取締役会などの必要的機関はない。また、利益・損失のメンバーへの割当は、原則として出資比率に比例するが、運営契約により出資比率に従わない割当比率を設定できる。ただし、税務上、出資比率に従わない割当比率を実現するには、その割当が substantial economic effect（実質的経済効果）を伴うことが要求される。

#### (2) 連邦税務上の取扱い check the box ルール

連邦税務上、一定の事業主体は、自動的に組織に課税されるが、そうでない事業主体（適格事業主体）は、組織体課税かパススルー課税か、課税方法を選択することができる。

この選択制度は、1997 年内国歳入庁の「Check-the-Box Regulations」により導入された。納税者は、課税方法を選択する（選択肢のボックスにチェックする）だけでよい。LLC の設立州を問わず、連邦税はこのルールによる<sup>7</sup>。

check the box ルール導入前は、1960 年キントナー規則により、以下の 6 つの要件のうち、4 つ以上を満たす場合に組織に課税されることとされていた。その要件とは、複数の構成員を有する、事業目的を有する、構成員の死亡等に関わらず継続する、経営が集中している、構成員が有限責任を負う、持分に自由譲渡性がある、である。このうち、は会社でも組合でも共通であり、パススルー課税を受けるためには、～のうち 2 つ以上を満たさないような組織設計をすることが、実務上も重要だった。これと比べ、check the box ルールでは、納税者の選択にまかされるため、組織設計上の工夫はそれほど必要でなく、簡単であるとも言える。だが、税務執行コストの増大が指摘されている。

<sup>6</sup> 関口智弘「米国ベンチャービジネスにおける LLC の活用法」商事法務 1683-24(2003 年)、梶田淳二「アメリカの Check-the-Box Regulations ～パートナーシップ課税の自由選択～」国際商事法務 26 巻 1 号(1998 年)を参照。

<sup>7</sup> 州税・地方税は別に取り扱われる。

(3) アメリカのその他の事業組織形態

アメリカには、その他にもいくつかの事業組織形態が用意され、ニーズに応じて使い分けられている。

partnership

日本の民法上の組合に相当する。

limited partnership

1名以上の無限責任組合員と、有限責任組合員から構成される。有限責任組合員は経営に参加できない。

S corporation

パススルー課税が認められている会社である。株主が75名以下で、米国籍の個人・一定の団体であること、発行する株式の種類が単一であること等の要件を満たす必要がある。主にファミリービジネスで活用されている。

C corporation

普通の会社であり、パススルー課税を受けることはできない。

3 日本における法制度設計の5つのアプローチ

3 - 1 5つのアプローチ

日本版 LLC 制度を作る場合、現行法のどの組織形態をベースとするか、大きく分けて5つの制度設計がこれまで提言されてきた。ここで紹介したい。

ただ、税制を考える上で、最終的に目指す組織形態は同じであることには注意が必要であろう。出発点となる組織形態によりパススルー課税が適用されるかどうか（適用される根拠があるか）も議論されている点は興味深いとも感じられるが、最終的に目指す組織形態が同じであるのならば、出発点となる組織形態により税制上の取扱いが左右されるとするのも、不思議な議論のように思える。

(1) 民法上の組合から

民法上の組合に、構成員の有限責任と法人格を追加する。民法上の組合から発展させることで、組合理型パススルー課税の適用をねらうものである。

(2) 投資事業有限責任組合から

現在立法化されている投資事業有限責任組合に、事業内容の拡大（一般化）、全構成員の有限責任、法人格を追加する。

投資事業有限責任組合は、現行税法でペイスルー課税（支払配当の損金算入）が認められており、この適用をねらうものである。

(3) 企業組合（中小企業等協同組合法）から

定款による内部ルールの柔軟化を追加する。

#### (4) 合名会社・合資会社から

合名会社・合資会社の無限責任社員に、株式会社・有限会社もなることができるようにする（現行法では、会社は無限責任社員になることができない。商法 55 条）考え方である。

株式会社・有限会社を間に置くことで、メンバーは実質的に有限責任となる。

主に合併会社や集団投資スキームを念頭に置いており、ベンチャー企業設立では活用することができない。また、メンバーの有限責任を作り出すために、間に株式会社・有限会社を別途設立するコストがかかってしまう。

税制上は、合名会社をベースとするほうが、パススルー課税が認められやすいのではないと言われる。これは、合名会社は、組合に法人格を与えたのと同様であるからである。

#### (5) 株式会社・有限会社から

株式会社・有限会社に、内部ルール・機関の柔軟な設計可能性を追加する。

株式会社への組織変更を認めることで、成長後のベンチャー企業が上場したいというニーズに応えやすいというメリットがある。

だが、組織としての独自性がどこまであるかは疑問で、また、パススルー課税を導入する説得的な根拠にも乏しい。

### 3 - 2 「会社法制の現代化に関する要項試案」におけるアプローチ

上記 5 つのアプローチのうち、「要項試案」では、(5)が採用されたものと考えられる。また、商法 55 条の削除が提言されていることから、二次的には(4)も考えていると言える。

上記 5 つのアプローチには、メリット・デメリットがあるが、「要項試案」により、一定の方向性は出されたと言えよう。

## 4 「会社法制の現代化に関する要項試案」における「新たな会社類型」の提言

### 4 - 1 「新たな会社類型」の内容

ここで、「要項試案」で提言された「新たな会社類型」について、検討する。

組織形態の特徴を、会社の内部関係（メンバー間）、会社の外部関係（主として会社債権者との関係）に分け、「補足説明」の内容も併せて整理すると、以下の通りとなる。

会社の 内部関係	<ul style="list-style-type: none"><li>* 合名会社の規律 = 民法準用 = 定款自治、全員一致で決定</li><li>* 持分の譲渡は自由にはできない（退社は可能） = 会社の意思によらず他者が自由に参加できる制度ではない。</li><li>* 社員全員が会社の業務執行権限を持つ（所有と経営の一致）</li><li>* 定款により、出資財産と離れて、各種の権利に係る割合・内容を、「持分割合」として定めることができる。</li></ul>
-------------	---

会社の 外部関係	<ul style="list-style-type: none"> <li>* 有限責任（出資の全額払込、剰余金分配規制）</li> <li>* 出資は「金銭その他の財産」に限る（労務・信用出資不可）</li> <li>* 会社債権者保護のための制度</li> </ul>
-------------	---

注目すべきは、内部関係について、定款自治が広く認められること、金銭等出資財産と離れた「持分割合」を定款で定められること、外部関係について、全員の有限責任が確保されていること、労務・信用出資は認められないこと、である。

#### 4 - 2 関連するその他の会社類型の見直し

「要項試案」では、その他の会社類型の見直しもなされている。「新たな会社類型」と関連する点では、合名会社・合資会社の一本化、商法 55 条の廃止（会社も無限責任社員となれる）、株式譲渡制限会社について内部機関の規律を有限会社と同様にすること、その場合に、利益配当等に関して柔軟な定めをすることができること、が挙げられる。

#### 4 - 3 組織の検討 「新たな会社類型」は“何者”なのか？

「新たな会社類型」は、第 3 の会社類型として、人的会社（合名会社・合資会社）と物的会社（株式会社・有限会社）の中間に位置付けられる。

以下の表は、「要項試案」における見直しを踏まえ、事業組織を、法人格、有限責任、労務・信用出資の可否、機関の柔軟設計、分配の柔軟設計、出資者の経営参加、法人税、という要素から、整理したものである。

	民法 組合	合名 会社	合資 会社	新たな 会社類型	有限 会社	株式 会社
法人格	×					
有限責任	×	×				
労務・信用出資				×	×	×
機関の柔軟設計					1	×
分配の柔軟設計						2
出資者の経営参加			3		4	×
法人税	×			???		5

1：取締役 1 名以上〔有限会社法 25 条〕

2：種類株（配当優先株式）による。〔商法 222 条〕

3：有限責任社員は業務執行不可、監視権のみ。〔商法 153、156 条〕

4：「出資者を業務執行者とする」定款の定めは排除されていない。〔有限会社法 32 条による商法 254 条 2 項の準用排除〕



5: 取締役を株主に限定することは定款によってもできないが〔商法 254 条 1 項〕、株主が取締役に就任することはできる。

このように整理すると、新たな会社類型が人的会社と物的会社の間中に位置付けられることがはっきり分かる。

だが、ここで、有限会社及び取締役会のない譲渡制限株式会社と、新たな会社類型の違いは何なのだろうか。表から分かる明らかな違いは、機関の柔軟な設計と経営参加の点であるが、これは実態としてはさほど大きい違いにはならないと考えられる<sup>8</sup>。また、取締役の責任については、新たな会社類型で業務執行者の対第三者責任がセットで規定されることから、違いがない。（最低資本金については、「要綱試案」で触れられていないため、この点に違いを求められるかどうかは不明である。）

そうすると、違いがあるかもしれない点は、やはり税務上の取扱いにありそうである。「要項試案」では、税制については特に触れておらず、また、前述 1 の通り、「要項試案」はあくまでも私法上の検討であることが作成者から明確に語られている。

法制審議会会社法（現代化関係）部会の議事録によれば、新しい会社組織に求められる要素は、出資者の有限責任の確保、内部関係における組成的規律の適用の 2 つであるとした上で、税制との関係では、次のような意見が出されている。「課税の問題をとりあえず置いておき、新しい組織フォーマットを準備することが、経済の活性化のためにも必要である。」「税制の問題は非常に大きいので、税制の議論を促進するために新しい会社組織を作ることが必要。そうでないと、現実上、税制がついてこない。」<sup>9</sup>

これから分かることは、「新たな会社類型」と税制をセットにした議論はなされていない、ということである。

一方、経済産業省が「要項試案」発表後に、日本版 LLC に関する報告書をまとめている<sup>10</sup>。この報告書では、「要項試案」の提言に基本的に賛成しているが、パススルー課税については、引き続き検討課題とするにとどまる<sup>11</sup>。

以上から、結局、この新たな会社類型は“何者”なのか、という疑問が生じる。課税の問題をはっきりさせないと、何とも言えない。

## 5 現行税法での課税関係

### 5 - 1 「新たな会社類型」として設立された会社の課税関係

法人税法 2 条 3 号に該当するため、法人税の課税主体となる（法人税法 4 条）。

つまり、現行税法の下では、有限会社等との違いはほとんどないことになる。

<sup>8</sup> もちろん、現在もしばしば問題となる「名目的取締役」等の問題は、必要的設置機関がなければ生じない問題ではある。

<sup>9</sup> 法制審議会会社法（現代化関係）部会第 13 回議事録より

<sup>10</sup> 経済産業省産業組織課「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」（2003 年 11 月）

<sup>11</sup> 報告書 36 頁

## 5 - 2 出資者の課税関係（剰余金の分配）

### (1) 個人の出資者

配当所得として所得税が課税され（所得税法 24 条）、源泉徴収される（同 181 条）ことになる。配当所得のため、他の所得との損益通算はできない（同 69 条）。

### (2) 法人の出資者

分配を受けた法人において「配当」とされるため、その「新たな会社類型」会社への出資比率に応じて、一部または全部が受取配当益金不算入となる（法人税法 23 条）。

## 5 - 3 出資比率と分配比率が食い違う場合

定款で出資比率によらない分配比率を定めた場合、現行の組合・合名会社・合資会社・有限会社と同様の問題が生じる。すなわち、何らかの利益が出資者間で移転（贈与）していると見て課税するか、それとも契約自由の原則を貫いて私法上の分配比率をそのまま税務上も尊重するべきか、という問題である。

具体的な設例をあげると、A と B の 2 人が 100 万円ずつ出し、利益分配比率は 1 : 4 である、と定めるような場合を考える。ここで利益が 100 万円生じ、A に 20 万円、B に 80 万円と分配したとする。もちろん私法上は何の問題もないが、課税上、A から B に利益が移転している（贈与がある）と見るべきかどうか。

この問題は、特に組合課税について議論されているが<sup>12</sup>、立法（通達含む）的な解決はなされていない。議論の方向は、独立当事者間基準で判断し、租税回避目的でない限りは、私法上の利益分配を尊重して課税すべき、というところに向かっている。

## 6 人的貢献と剰余金分配比率の問題 「人的貢献」の出資

### 6 - 1 「新たな会社類型」での人的貢献と剰余金分配比率

「新たな会社類型」は、人的会社としての特徴が重視されている。これは「資金はなくても人的資産を活用したビジネス」に活用されることを念頭に置いている。人的資産とは、具体的には、ノウハウやセンス、特殊な能力など、「その人だからこそ」というものが中心となる。

これに対して、「要綱試案」では、出資は金銭等（金銭及び現物出資<sup>13</sup>）に限定され、それ以外の出資（労務出資・信用出資等）は認められていない。一方、定款により、出資と離れた各種の権利に係る割合・内容を定めること、いわゆる「持分割合」として包括的にその割合を定めることもできると説明されている。言い換えると、金銭等の出資比率によらず、利益を分配することができる、ということである。この点について、以下検討していきたい。

<sup>12</sup> 主な文献として、増井良啓「組合損益の出資者への帰属」税務事例研究 49 号（1999 年）など。

<sup>13</sup> 現物出資の目的物としては、動産、不動産に限られず、債権、有価証券、知的財産権（特許権、商標権等）、営業の全部または一部がありうる。検査役の調査があるために、実務上はあまり活用されていない。（江頭憲治郎『株式会社・有限会社法〔第 2 版〕』60 頁）

なお、「要項試案」では、「剰余金分配」と書かれており、パススルー課税での損失配賦を念頭に置いていないように読める。これはおそらく、有限責任に伴い利益分配規制をかけるべきであることと、法人課税を暗黙の前提としているため（にそもそも損失配賦はありえないため）であろうと考えられる。

## 6 - 2 民法上の組合、合名会社等での労務出資・信用出資の扱い

従来、労務出資・信用出資といった、金銭等でない出資を認めてきたものとして、民法上の組合（民法 667 条 2 項）、合名会社（商法 89 条、商法 68 条で民法準用）、合資会社の無限責任社員（商法 146 条で合名会社準用、同 150 条）があげられる。また、有限会社では、労務出資等は認められないものの、利益分配比率を柔軟に設定することが可能である（有限会社法 44 条、損失については念頭に置かれていない）。では、これらの組織形態で、出資と利益分配比率は、どのように関係付けられているのだろうか。

### (1) 民法上の組合

労務出資<sup>14</sup>をいくらと評価するかについては、規定がない。

なお、民法上の組合の出資の客体となるものは、組合目的の達成のために当事者により拠出される経済的手段の総称であり、きわめて広い概念とされる。具体的には、金銭その他の物、物権・最近・無体財産権、のれん・ノウハウなど既成の権利概念に含まれないもの、労務（民法 667 条 2 項は注意的規定に過ぎないとされる）、信用、不作為（一定の場合における競業避止義務など）が挙げられている<sup>15</sup>。

損益分配割合は、特段の定めのない限り、出資の価額に応じるとされている（民法 674 条）。

### (2) 合名会社、合資会社の無限責任社員

定款に、「出資の目的」（何を出資するか）と、「価格又は評価の基準」（金銭以外の出資の評価額）を記載する（商法 63 条 1 項 5 号、同 148 条）。ここで定められた数値が、利益配当の基準値になる。ただし、定款により、この基準値によらない利益配当割合を定めることもできる（商法 68 条、147 条、民法 674 条）。

なお、合資会社の有限責任社員の出資は、「金銭その他の財産」に限定されている（商法 150 条）。その立法趣旨は、有限責任社員は業務執行に関与せず、単に出資のみで損益を分担し、かつ会社債権者に対する責任は出資に制限されるから、出資の目的とすることができるものは財産に限り、労務や信用を出資の目的となしえないとすることが正当であるというものである。しかし、対内関係において財産に限定する立

<sup>14</sup> 組合員が、損益分配以外の「報酬」の支払を受けることもできると考えられる。例えば、委任の報酬、従業員としての労働の対価（つまり給与）等である。委任の報酬については、民法 671 条で業務執行組合員について、委任の規定を準用することから、認められると考えられる（佐藤英明「組合による投資と課税」税務事例研究 50 号（1999 年））。

給与所得となることを認めた判例として、最判平 13・7・13 判時 1763-195（りんご組合事件）。

<sup>15</sup> 鈴木祿彌編著『新版注釈民法 17』（有斐閣、1993 年）43 頁〔福地俊雄〕

法上の理由は多くは存在しない、と指摘されている<sup>16</sup>。

合名会社・合資会社にいう「労務出資」とは、かなり広いものを想定しているようである。経営判断に関わる業務に限定されず、日常的な業務執行まで含むと考えられている。また、信用出資も、場合によっては出資者に名を連ねることで足りる。そして、この評価を定款で定めるのは、利益配当・持分計算の標準を定める必要があるからとされるが、株式会社と違って無限責任を負うために、会社債権者との関係では、意味を持たないとされる<sup>17</sup>。

### (3) 有限会社

有限会社では、「定款自治の原則」が広く認められている。分配比率を柔軟に設定できるとするが（有限会社法 44 条）、その根拠が何なのかという点については、定款でも明確にされない。

## 6 - 3 課税上の検討

「新たな会社類型」で、出資比率によらない損益分配基準を定めることを、課税という点から検討する。

これは、私法上の利益分配の取り決めと、税法上の所得配賦の問題と言い換えることができる<sup>18</sup>。民法上の組合等と同様の課税上の問題が生じうることは、前記 5 - 3 で指摘しているが、「新たな会社類型」で、人的貢献を出資の目的物として明確に認めるべきなのだろうか。また、それにより、課税上の問題が解消されるのだろうか。

### (1) 民法上の組合・合名会社等と「新たな会社類型」の違い

労務出資の可否、労務出資の評価方法、損益分配基準について、整理すると、次の通りとなる。

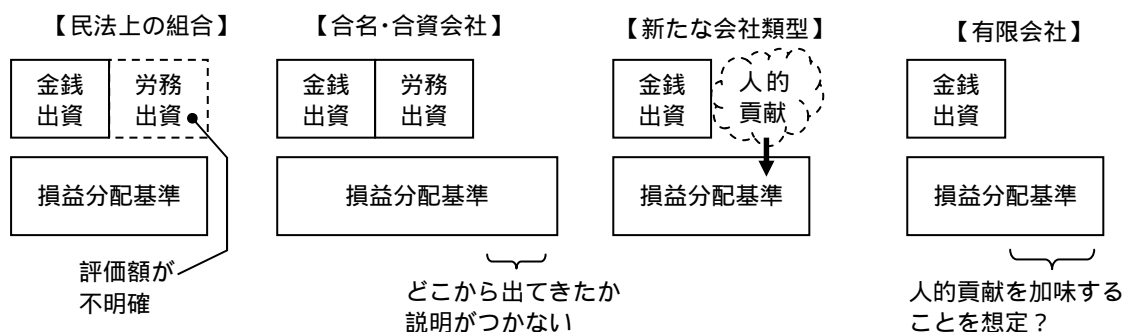
	組合	合名・合資	新たな会社類型	有限会社
労務出資			×	×
労務出資の評価方法	規定なし	定款記載	-	-
損益分配基準	契約で自由	定款で自由	定款で自由	定款で自由

さらに、分配基準と出資について、課税上の問題点を明らかにするために、定款でどう定めるかの関係を図示すると、次の通りとなると考えられる。

<sup>16</sup> 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫『新版注釈会社法（1）』（有斐閣、1985年）615頁〔林 靖〕

<sup>17</sup> 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫『新版注釈会社法（1）』（有斐閣、1985年）202頁〔大 沢康孝〕

<sup>18</sup> 「新たな会社類型」で、労務出資を明確に認めないことにより、税務上、贈与の認定がありうることを指摘するものとして、宍戸善一「特集 会社法制の現代化に向けた課題と展望 合名会社・合資会社・日本版 LLC」ジュリスト 1267号（2004年）注 23。



出資比率 = 利益分配比率ならば、前述 5 - 3 の課税上の問題は生じない。そこで、「出資比率 = 利益分配比率」であることを「ものさし」として、各組織形態を検討する。

まず、民法上の組合では、出資「金額」によらない利益分配割合を契約で定めていても、「労務出資を評価した結果である」という説明ができる。つまり、課税の問題点は、労務出資の評価額を組合契約で明確にしていなかったことであると言える。

次に、合名会社・合資会社では、労務等の出資とその評価額は、定款に明確に記載されている。それによらない利益分配基準を定めた場合、「定款で明確な出資割合」をさらに定款で塗り替える結果となり、課税上合理的な説明がつかない可能性が非常に高い。つまり、労務出資の評価額を定款で明示しつつ、さらに分配基準を塗り替えられるとしている制度が、問題を複雑にしている。労務出資としていない何らかの人的貢献度合いを反映させたのだ、という反論はなしうるが、その場合は、上記の民法上の組合と同じことになる。出資額をいくらと記載しようと、無限責任であることに変わりはないため、利益分配基準に反映させたい人的貢献は、すべて出資として明記するようにすればよく、実務上、課税リスクを最低限にするためには、そうすることが望ましいはずである。逆に、出資額と利益分配基準を比例させないニーズは、どこにあるのだろうか。

そして、有限会社では、労務出資を認めず、利益分配基準を出資割合と別に定めることが可能である。この規定は、定款自治の範囲として語られ、人的貢献を加味することを想定していると思われる。そこで、課税上問題となる点は、人的貢献を出資とする道がないことである。

各組織形態について、もちろん、出資と利益分配基準が食い違う場合でも、私法上は、定款自治及び契約自由の原則の範囲内として認められることは、言うまでもない。定款自治が認められていない株式会社でさえ、種類株という形で実質的に出資と利益分配基準を組み替えることができることを考えれば、なおさらであろう。

以上から、「新たな会社類型」の人的貢献と剰余金分配について、課税上問題となりうる点について、整理する。

第 1 に、人的貢献が利益分配比率に反映されることを明示的に想定しているのに（持分割合を定めるといって）、それを出資として認めない点では、有限会社と同様の問題が生じうる。

第 2 に、人的貢献の存在を前提としつつ、その評価基準を定款で明確にしない点は、民法上の組合と同様の問題が生じうる。

第 3 に、出資と食い違う利益分配基準を定められる点では、合名会社・合資会社と同様の問題が生じうる。

## (2) 考えられる制度設計

以上をふまえて、「新たな会社類型」の出資・利益分配・課税ルールについて、以下のように考えることで、課税上の予測可能性が確保され、明確な対処ができるのではないかと考えられる。

まず第 1 に、単なる労務提供にとどまらず、ノウハウ提供、技術者派遣、信用供与、個人の才覚等まで広く含む「人的貢献」を私法上出資として明確に認める（以下、「人的貢献出資」とする）。これは“有限会社の反省”を踏まえている。この点では「要項試案」に反対である。

なお、ここでの人的貢献出資は、上記のように非常に広い「人的貢献」を指す。また、それは、自然人によるものだけではなく、法人によるものも含めて考えている。現在、労務出資が認められている会社類型は、合名会社及び合資会社の無限責任社員であり、これには法人がなることができない。つまり、現在の労務出資とは、自然人によるもの（まさに労務）のみを念頭に置いていると考えられる<sup>19</sup>。自然人によるもののみと考えると、例えば合併会社に関して、出資会社の持つノウハウ等を含めることができなくなってしまい、適切ではないからである。

第 2 に、定款により「人的貢献出資」の金銭的価値評価を明確にする。これは“民法上の組合の反省”を踏まえている。

第 3 に、定款による価値評価を利益分配基準とし、合名会社・合資会社のように定款による利益分配基準のさらなる塗り替えは認めない。これは“合名会社・合資会社の反省”である。仮に「人的貢献」を出資として認めるとしても、その出資額と利益分配基準を異なるものと定められるのであれば、合名会社・合資会社と同様に、課税上の問題が生じてしまうからである。

第 4 に、人的貢献の定款上の評価を課税上どう扱うかという点については、独立当事者間取引の基準により、不自然な租税回避目的と認められない限りは、課税上也尊重して扱うということ、立法的に明確にすべきである<sup>20</sup>。さらにもう一步踏み込んで、仮に私法上は出資比率と利益分配基準を別に定めることができるとしても、基本的に

<sup>19</sup> この点、民法上の組合については、法人も組合員となることができる（否定されていないことの反対解釈）。民法上の組合での出資の客体は非常に広く考えられており（前述 6 - 2(1)）、法人が行うことを否定はしていないと考えてよいのではないかと考えられる。

<sup>20</sup> 増井良啓「組合損益の出資者への帰属」税務事例研究 49 号（1999 年）参照。

なお、上記文献は組合損益についての考察である。「新たな会社類型」についても同様に考えてよいのだろうか。判例において、当事者間の契約形式は、課税上也尊重され、否認規定のない限り、課税庁による引き直しは認められていない（相互売買と交換に関する裁判例（東京高判平 11・6・21 判時 1685-33）参照）。「新たな会社類型」の場合、定款に記載されているとは言え、人的会社であることを考えれば、実態は契約に近く、課税上也尊重することが、判例とも整合的であると言えるのではないか。

は出資比率によらない利益分配基準は、税務上は認めないとして、人的貢献出資として明示させる方向に誘導すべきである。これは、現行法上、“私法上の損益分配割合と税務上の配賦基準の違いが明確に認識されていない<sup>21</sup>ことの反省”である。もし、税務当局による引き直しが多発することになれば、出資者全てに影響が及び、実務的にも運用困難となる。そのようなことがないような制度設計をすべきであろう。

#### 6 - 4 残る課題

「人的貢献」を出資として認め、その評価額を定款に記載し、その出資比率に応じない利益分配割合を課税上認めない、という制度を提案した。これは、裏から言えば、利益分配割合の根拠には、何らかの「人的貢献」があるはずで、それは全て定款に明確に表示せよ、その限りで課税上也尊重する、ということである。

このように制度設計したとしてもなお、いくつかの課題が残り、また、反論もありうる。以下、5点指摘し、検証したい。(1)会社債権者保護の観点からの反論、(2)人的貢献出資の評価の適正性の確保、(3)会社のコントロール権限の分配・リスク分配との関係、(4)人的貢献出資は利益を受ける根拠となるのか、(5)定款自治・契約自由の原則との関係、である。

##### (1) 人的貢献出資を認めることと会社債権者保護の観点からの反論

人的貢献出資（労務出資）を認めることは、会社債権者の保護の点から問題が大きいとして、導入が見送られたという経緯がある<sup>22</sup>。この点をどのように考えるべきか。

資本制度は、持分割合の設定、会社債権者保護の2つの側面がある<sup>23</sup>。現行法では、会社債権者保護のために、資本金による配当規制（「資本維持の原則」）等が設けられている。だが、現在の資本制度では、会社債権者が資本金額分の弁済を現実を受けられることを保証するものではない。これは、不法行為債権者についても同様である。従って、（特に課税上の）持分割合設定という側面を重視して、人的貢献出資を認める余地はあるのではないかと考えられる。

現在の日本の法制度上、全ての組織について、有限責任メンバーには労務等出資を認めていない。つまり、有限責任＝金銭・現物出資に限る、とされている。この根拠としては、労務等出資は、会社債権者の引当財産となり得ないため、有限責任の下では認められない、という点があげられている。

だが、上記のように、現在の資本制度が会社債権者が弁済を受けられることを確実なものとしていない以上、有限責任＝労務等出資不可、という議論は、必ずしも必然ではないと考えられる。もし、労務等出資が引当財産となり得ないからという議論を貫徹するならば、逆に資本金に相当する引当財産を常に要求すべきということになっ

<sup>21</sup> この点を指摘するものとして、増井良啓「組合損益の出資者への帰属」税務事例研究 49号（1999年）

<sup>22</sup> 「補足説明」99頁では、検討部会で労務出資を認めるべきだという意見も出されたことが書かれている。

<sup>23</sup> 「補足説明」98頁

てしまうだろう。以上の理由から、有限責任と労務等出資は、両立しうると考えられる。

また、当該会社が、まさに「人的貢献」を元手として収益を上げているのならば、むしろそれを正面から出資として開示させるほうが、（その会計処理はさておき）逆に会社債権者の保護になるのではないだろうか。例えばある人の才覚に頼っているのであれば、万が一その人が引き抜かれたり事故にあったりした場合に、その会社の収益力は著しく低下する。そのことが人的貢献出資という形で開示されていたほうが、会社債権者はリスク判断が適正にできることになる。

以上のような根拠から、人的貢献出資を認める根拠は強まるのではないかと考えられる。ただし、この場合の計算方法<sup>24</sup>および開示方法、会社債権者に対する有限責任限度額と人的貢献の一身専属性の問題、有限責任限度額に人的貢献出資を含めるか否か、資本減少の手続きとの関係等は、さらに検証が必要だろう。

## (2) 人的貢献出資の評価の適正性の確保

人的貢献出資の評価が定款上適正かどうかの判断をどのように行うか。

人的貢献の価値は、その当事会社により当然異なるため、客観的な評価が難しい。だが、人的貢献の部分は確かに存在し、その貢献度を利益分配に反映させたいというニーズがあり、現に株主間契約という形で合併会社では行われている。

この点については、現物出資の評価額との対比で、2点指摘することができる。まず、現物出資のように検査役の調査のような制度を導入しても、人的貢献の評価は適正に担保できるわけではない。また、人的貢献出資を認めた場合、「費用」として計上するならば、仮に過大評価だったとしても、現物出資（「資産」の部に計上される）のように会社債権者を害することはない<sup>25</sup>。従って、仮に人的貢献の評価が適正でなかったとしても、対外的に会社債権者に損害を与えることはなく、対内的に他の出資者に損害を与える可能性があるのみである。それであれば、対内的に出資者全員がその評価を適正なものとして認める手続き的規制があれば、足りるのではないかと指摘されている<sup>26</sup>。

また、課税上も、人的貢献の評価が適正かどうか、一定の線を引くことは現行法でも行われている。それは、過大な役員報酬の損金不算入である（法人税法 34 条）。この規定により「不相当に高額な部分の金額」として損金算入を否定される基準として

<sup>24</sup> 人的資産・労務出資のオンバランス化について検討する文献として、黒川行治「創造会社における人的資産・労務出資のオンバランス」ジュリスト 1125 号（1997 年）参照。

この文献によると、現在、合名会社の会計処理において、労務出資は、オフバランス法（補助簿にのみ記載し、貸借対照表に記載しない）、防備金額計上法（名目金額（例えば 1 円）を出資金として計上する）、対照勘定法（貸方出資金勘定に「労務出資見返」等と記載）の 3 つの処理方法がある。このうち、オフバランス法が妥当とされている。

<sup>25</sup> ストック・オプション（取締役等に「報酬」として新株予約権を付与する）会計の導入案では、「費用」として計上することが提言されているそうである。

<sup>26</sup> 江頭憲治郎「ストック・オプションの費用計上と商法」（落合誠一先生還暦記念『商事法への提言』（2004 年））。以上の論拠から、手続き的規制として、株主総会の特別決議にその機能を求めている。



は、当該役員の職務の内容、当該法人の収益および使用人に対する給料の支給状況、同種・類似規模の法人の役員報酬の支給の状況等に照らし相当であると認められる金額、役員報酬の限度額を超える金額、が定められている（法人税法施行令 69 条）。

のように、職務内容等の実態が判断基準とされていることから、人的貢献に見合った報酬かどうかを判断し一定の線を引くことは、理論的には不可能なことではなく、全く新しい概念を持ち込むというわけでもない。

以上から、独立当事者間取引の基準により、基本的には当事者の評価を合理的なものと認め、その基準に沿わないような例外的な事情のある場合に限り、課税上は否定する、と考えるべきである<sup>27</sup>。

### (3) 会社のコントロール権限の分配、リスク分配との関係

人的貢献出資を広く認め、利益分配割合をそれに一致させることとして、会社のコントロール権限の有無や、出資者間のリスクの割合は考えなくてよいのだろうか。自益権と他益権の分配割合やリスクが出資者間で異なる場合を想定し、トータルで見て考えるべきではないか、という言い方もできる。

考え方の 1 つとしては、会社のコントロール権限やリスクまで含めて、何らかの人的貢献出資として構成してしまう（織り込み済みと見る）、というやり方があげられる。会社をコントロールする権限を持つということは、何らかの意味で会社の事業に貢献すると考えることができるからである。そのように人的貢献出資を広い意味で考えることで、解決可能ではないだろうか<sup>28</sup>。

### (4) 人的貢献出資のリターンは、課税上正当と認められるのか

根本的な問題の 1 つとして、そもそも人的貢献出資を認め、それも含めた出資比率に従った利益分配基準を定めたとして、その人的貢献出資は、課税上、リターンを得るに値する（このような場合には出資者間での利益の移転は生じない）ものとなるのか。

この点については、今までも合名会社・合資会社で認められてきていることから、問題にはならないと考えられる。もっとも、法人による人的貢献出資は、新しい概念を導入した（少なくとも会社法上は）と言えるが、その点も特に支障になるとは考えられない。

また、出資ではないが、人的貢献をすることが正当な利益を得る根拠となるという

<sup>27</sup> 佐藤英明「組合による投資と課税」税務事例研究 50 号（1999 年）50 頁では、独立当事者間取引基準で合理性を判断する。そして、そもそも過大報酬だとすれば、関係当事者での「贈与意思」の存在を事実上推定できるような、特殊な関係者間でこそ、実務上問題とされるべき点であり、投機の才や発明能力など、代替性がほとんどないタイプの労務出資の評価を、税務当局が合理的に否認するのは、事実上不可能だと考えるべきである、と指摘する。

<sup>28</sup> 増井良啓「多様な事業組織をめぐる税制上の問題点」フィナンシャル・レビュー 2003 年 12 月号では、組織をめぐる所得課税ルールを考えるにあたり、組織形態の多様性を生む原因は利害関係者の権利義務の可変性にあり、利害関係者の権利義務に着目すべきであると述べる。

ことは、現在も労務に対する対価として給与が認められていることが示している。このことも課税上問題のないことを裏付ける根拠の一つとなるだろう。

#### (5) 定款自治・契約自由の原則との関係

根本的な反論の 2 つ目として、そもそも定款自治・契約自由の原則とは、出資や貢献度とも関連しない利益分配比率を定められるものである、ということがある。

確かに、それが定款自治・契約自由の原則の内容であることは認める。私法上は、それでよいし、課税上もそれを尊重すべきである。だが、課税上、それを 100%認めるべきかという、そうではない。一定限度を超えれば、租税回避として否認する場合もある。その線を引く基準が、「独立当事者間取引」基準と考えられる。

「新たな会社類型」では、前記 6 - 3 (2) で、人的貢献を全て出資とし、それを利益分配基準とすべきだと提案した。仮に、私法上、定款自治・契約自由の原則の点から、人的貢献出資を認めた上で、さらに利益分配基準につき別段の定めを置けることとした場合（合名会社・合資会社と同様）でも、課税上は独立当事者間取引基準で線を引くこととなるだろう。

この場合、実務的に課税リスクを低くするには、全て人的貢献出資として出した上で、それを分配基準とするプランニングが重要となるだろう<sup>29</sup>。

## 7 「新たな会社類型」はパススルー課税とすべきか

### 7 - 1 「パススルー課税」とは

#### (1) パススルー課税とは何か

一般に、事業主体が課税対象とならず、損益が構成員に直接帰属する課税方法を「パススルー課税」と呼んでいる。

パススルー課税は、アメリカで広く認められている（前述 2 - 3）。これは、個人が集まって行う小規模な事業については、事業体としての法的性格を認めつつ、収益・損失はパートナーに按分して帰属させることにより、実態に即して課税する方法として、考え出されたものである。

パススルー課税では、損益が実現したか（現実に分配されたか）によらず、出資者の課税所得に帰属させる（配賦させる）。つまり、利益配当と内部留保で違いが生じない。現在の日本法上、民法上の組合に関する課税方法がこれに該当する<sup>30</sup>。

これまでの日本版 LLC の議論では、「パススルー課税の実現」が実務界のニーズと

<sup>29</sup> 佐藤英明「組合による投資と課税」税務事例研究 50 号（1999 年）47～50 頁では、当事者のリスク選好等により出資と比例的でない損益分配割合が合意されることは否定されるべきでないとしつつ、民法 674 条 1 項で特約がない場合の出資と損益分配の比例関係を想定しており、通常は組合員相互間のリスク選好等は一致していると考えられることが基礎にある、と指摘する。

<sup>30</sup> 民法上の組合は、法人税の課税対象から除外されている（法人税法基本通達 1-1-1）。また、現実の分配の有無によらないことは、法人税法基本通達 14-1-1 では明示されているが、所得税分野では明示されていない。

して主に主張されてきた。この背景には、法人課税（法人税は所得税の前取り）による二重課税の負担の回避というより、むしろ、損失を取って損益通算したい、という印象が強いように感じられる。

現行の法人税は、「所得税の前取り」として考えられている。これは、個人所得税から出発し、理想としては全て個人所得税とするのが望ましいものの、法人税がないと、会社が利益を内部留保し続ければ永遠に課税繰延できるという問題、また、全て個人所得税としたときの執行コストの問題が、背景にある。従って、パススルー課税とするためには、内部留保か分配かに関わらず損益を配賦して課税することと、執行コストのかからない仕組みを作ることが必要となる。

## (2) 組合課税における損益の帰属方式

民法上の組合への課税について、課税上の損益の帰属方法としては、3つの方法がある（所得税法基本通達 36・37 共 20）。内部留保か分配かに関わらず損益配賦するという前提にあるようである<sup>31</sup>。

組合事業の P/L と B/S 各項目を帰属させる方式（グロスグロス方式）

P/L の項目のみ帰属させる方式（グロスネット方式）

一定期間で計算した損益のみ帰属させる方式（ネットネット方式）

## (3) 日本のパススルー課税ルール整備の状況

日本のパススルー課税ルール整備の状況を見てみると、(2)で紹介した損益の帰属方法以外には、法人税法基本通達で損益の帰属時期について若干の定めがある（法人税法基本通達 14-1-1～2）のを除けば、ほとんど課税ルールが定められていないという状態である。主に通達に頼っており、唯一立法化されているのは、商法上の匿名組合の利益配当に関する源泉徴収義務（所得税法 210 条）である。税務上の出資持分に関するルールが定められておらず、内部留保時の出資持分調整ルールもないために、課税済み所得が何度も課税されたり、逆に無限の課税繰り延べが生じたりする可能性がある<sup>32</sup>。

パススルー課税を広く認めているアメリカでは、納税者番号制度や情報申告提出義務などを作って、パススルー課税を実施しても課税もれが生じないような制度を設けているが、実際には執行コストが増大しているという指摘がある。

このように、日本の課税ルールの未整備さについては、法的安定性・予測可能性を欠き、新たなビジネスの芽を摘んでいる状況にあるとも指摘されている<sup>33</sup>。

<sup>31</sup> 増井良啓「組合損益の出資者への帰属」税務事例研究 49 号（1999 年）62 頁。

なお、所得税法上は、組合員が組合からの現実の分配を問うことなく課税されると扱われるのに対して、民法 674 条の「損益分配」の用語は、キャッシュフローに着目した文脈となっており、両者の観念が未分化であることが指摘されている（同 58 頁）。民法上キャッシュフローに着目しているにも関わらず、なぜこのような通達となったのかは分からない。

<sup>32</sup> 増井良啓「組合損益の出資者への帰属」税務事例研究 49 号（1999 年）60 頁

<sup>33</sup> 森信茂樹「新たな事業体と組合課税」131 頁

#### (4) ペイスルー課税

パススルーと似て非なるものとして、ペイスルー課税がある。これは、事業体を法人税の課税主体としつつ、支払配当を損金に算入する方式である。これにより、内部留保しない限り、パススルー課税と同様の経済的効果を得ることができる。現在、特定目的会社、投資法人、特定信託について、90%以上を配当することを条件に、この配当の損金算入が認められている(租税特別措置法 67 条の 14・15、同 68 条の 3 の 3・3 の 4)。

ペイスルー課税は、法人税と所得税の二重課税を回避する手段(法人税と所得税の統合)であって、「所得税の前取り」という法人税法の根本を覆すものではない。租税特別措置法で定められていることも、その理由付けの 1 つとして挙げられるだろう。

なお、パススルー課税のように、損失を出資者に帰属させ、出資者がその損失を損益通算に用いることは、想定されていない。

#### (5) 有限責任とパススルー課税の関係に関する疑問点(出資総額を超える損失の帰属)

ところで、パススルー課税にした場合、出資額を超える損失をパススルーして受け取ることができるのだろうか。有限責任の場合、責任限度額は出資額としつつ(=リスクを限定)、課税上、責任限度額を超える損失をパススルーして損益通算できるとするのは、虫が良すぎるようにも思えるからである。場合によっては、租税回避にも利用されかねない。

これまでの日本には、完全な有限責任の組織に対するパススルー課税は存在していなかった。商法上の匿名組合では、出資者は有限責任であるが、利益のみがパススルーし、損失は帰属しない。

1 つのヒントとなるのは、投資事業有限責任組合に関する通達である<sup>34</sup>。投資事業有限責任組合では、有限責任組合員含めて、組合員へのパススルー課税がなされる。通達によると、有限責任組合員の出資額を限度として損失を計上し、残った損失分は無限責任組合員に帰属するものとされている。ただし、この場合でも、帰属した損失に対応して、組合員の出資額を減額調整する必要があるという点が指摘されている。

損失をパススルーして受け取ることができる限度は、有限責任限度額とすべきという点は、妥当だと考えられる。ただ、「新たな会社類型」の場合、残った損失を引き受ける無限責任社員がいない。残った損失を組織レベルに残すと処理することも考えられなくはないが、「損益は実現したかどうかに関わらず課税する」というパススルー課税の原則に反する。従って、パススルー課税とメンバー全員の有限責任の両立は、この点でも問題が生じる。

アメリカでは、LLC の柔軟性から、租税回避が問題となり、上記のような問題に対して、At Risk Rule と Passive Activity Loss Rule というルールが採用されている<sup>35</sup>。At Risk Rule は、ある活動について認められる控除額を、その活動について納税者のリスク負担額( amount at risk )に制限するというルールである。Passive Activity Loss

<sup>34</sup> 「中小企業等投資事業有限責任組合契約に係る税務上の取扱いについて」平成 10 年 10 月 21 日、課審 4-20・3-41(中小企業庁の質問に国税庁が回答する形での個別通達)

<sup>35</sup> 森信茂樹「新たな事業体と組合税制」フィナンシャル・レビュー 2003 年 12 月号

Rule は、At Risk Rule では規制が不十分であるとして導入された損益通算の制限規定で、納税者が事業の遂行に関与するが実質的に業務執行に参加していないような受動的活動から生じた損失は、他の受動的活動から生じた所得としか通算できないとするものである。いずれも、非常にテクニカルな条文であり、執行コストの面からの難しさ、アメリカがいかに苦心したかがうかがえる。

日本でも「新たな会社類型」のパススルー課税を検討する際には、同様のルールを導入することも併せて検討すべきだろう。

#### (6) 「新たな会社類型」とパススルー課税の考え方

パススルー課税の実現は、実務界からの強いニーズとして存在する。また、パススルー課税にならなければ（少なくともペイスルー課税にならなければ）、「新たな会社類型」の独自の存在意義は薄れる（前述4）。パススルー課税とするのが、特に小規模ベンチャー企業を想定すれば、個人事業との課税上の違いがなくなり、公平性も確保することができる。

現在の日本の法人税法は、形式的に法人格の有無で課税主体を区別しているが、近年は、事業実態・経済実態に着目した新しい課税ルールを取り入れている。例えば、特別目的会社・投資法人等に関するペイスルー課税である。また、信託は、法人格がないにも関わらず、これを法人税の中に取り込んでいる。従って、「新たな会社類型」の課税を考える際にも、事業実態・経済実態に着目して考えるのが適切ではないかと考えられる（所得課税という大原則の下では）。

ただ、注意すべき点がいくつかある。第1に、「新たな会社類型」が、設立目的、出資者人数、出資者が個人か法人か等を限定しておらず、様々な形で用いることができる可能性を秘めている点である。第2には、(5)で指摘した完全有限責任と損失配賦の問題である。

現在は、パススルー課税のルールが不明確・未整備なので、単に「新たな会社類型」をパススルー課税にするとするのみでは、課税上の予測可能性が低く、組織形態として選択されないかもしれない。また、パススルー課税にした場合、出資者が多数になり、権利関係が複雑になるほど、執行が難しく、執行コストがかかり、課税漏れが生じやすくなる。

また、パススルー課税にした場合、子会社を「新たな会社類型」会社とすることで、連結納税制度と同様の経済的効果を得ることができると指摘されている<sup>36</sup>。連結納税制度は、現在は100%子会社とのみ、厳しい条件の下で連結できるが、100%子会社に限らず同様の効果を得られることになり、連結納税制度の規制を実質的に回避できてしまう。

#### 7 - 2 「新たな会社類型」はパススルー課税とすべきか

「新たな会社類型」が「会社」である以上、現行法人税法の課税主体であることは間

<sup>36</sup> 増井良啓「多様な事業組織をめぐる税制上の問題点」フィナンシャル・レビュー2003年12月号 注24(117頁)

違わない。パススルー課税を導入するには、法人格という形式にこだわらない法制度に大改正することと、現行法人税法の適用除外類型とすることの 2 つの方法が考えうる。しかし、前者の大改正案は、平成 17 年の商法改正（「新たな会社類型」の導入）よりもっと時間をかけて議論すべき事柄ではないかと思うし、現実的に間に合うかどうか微妙である。従って、ここでは、現行法人税法の適用除外類型とする方向で考える。

そして、単に実務のニーズが強いから、という理由のみで、パススルー課税を認めるべきではないことは言うまでもない。「新たな会社類型」はいわゆる日本版 LLC であり、だからまずパススルー課税ありき、という議論は避けなければならない。

考える基準は、次の 3 点である。出資者の人数と執行の問題<sup>37</sup>、経済実態と他の組織形態との課税のバランス、連結納税制度回避の問題、である。

第 1 に、出資者人数と執行の問題については、アメリカの S Corporation が参考になる。S Corporation では、株主人数を制限して、パススルー課税を認めている。ここから、出資者の人数で区別することが考えられる。

第 2 に、他の組織形態との課税バランスという点では、活用方法で区別することが適切ではないかと考えられる。大きく「事業」と「投資」に分けてはどうだろうか。これは、定款記載の目的からも形式的に判断することができ、基準として明確である。

第 3 に、連結納税制度回避を認めないような形にすることが必要である。もっともこの点は、連結納税制度を 100% 子会社以外にも広げるのであれば、それほど大きな問題とはならないのかもしれない。

以上の 3 点を踏まえると、次のような仕組みが考えられる。

		目的	
		事業	投資
人数	少	パススルー導入余地あり (連結決算対象企業のみで出資する場合を除く)	ペイスルー
	多	法人税そのまま	

#### (1) 事業目的の「新たな会社類型」会社の場合

例えば、ベンチャー企業、合併会社、専門家集団会社である。

事業目的の場合、出資者間の人的関係が重視され、民法上の組合に近い事業形態と言えることから、パススルー課税を導入する根拠はそれなりにある。出資者の人数が執行できる範囲での一定人数以下ならば、パススルー課税を認めるのが、民法上の組合とのバランスが保てる。逆に出資者の人数が多いと、執行コストが莫大なものとなるために、パススルー課税導入は難しい。商法上の匿名組合のように、源泉徴収を利用することも考えられるが、損失配賦の場合に、源泉徴収に換えて税還付を行う必要が生じるため、現実的ではない。

なお、出資者が少人数の場合でも、連結納税制度回避に当たる場合は、パススルー

<sup>37</sup> 増井良啓「多様な事業組織をめぐる税制上の問題点」フィナンシャル・レビュー2003年12月号106頁

課税を認めるべきではない。

パススルー課税とした場合にも、課題は残る。まず第 1 に、上記の理由では、法人税法の適用除外類型とする根拠としては弱いかもしれない。もっとも、これは政策的判断だと言い切ってしまうばかりの批判である。第 2 に、出資金額を超える損失の配賦の問題は依然残る（前述 7 - 1 (5)）。この点は、更なる検討が必要である。第 3 に、そもそも損失を配賦すること自体が、その出資者の税額を減少させるという「利益」をもたらすもので、租税回避目的に活用されかねない。第 4 に、ベンチャー企業が成長後に株式会社になることを阻害しないかということがある。現在の日本では、証券取引所に株式を上場することが大きなステータスとなり、東証一部上場が最終的な目標と考えられている。もちろん、現在、他の証券市場も発達し、その中でもそもそも株式会社であること自体がステータスであり続けるとは限らず、将来的にはそれほど大きな問題とならないかもしれない。

そして第 5 に、いちばん大きな課題として、パススルー課税の制度を整える必要があることである。

## (2) 投資スキームとしての「新たな会社類型」会社の場合

現在、投資スキームとして用いられる特定目的会社等にはペイスルー課税が採用されており、同様の実態になるために、ペイスルー課税とすることが適切である。つまり、剰余金のほとんどを配当することを条件に、支払配当損金算入を認める。この場合は、損失の配賦はできないことになる。

## 8 最後に

本レポートでは、「要項試案」で提言された「新たな会社類型」の課税について、主に 2 つの点を検討した。結論を簡単にまとめると、次の通りである。

### (1) 人的貢献と剰余金分配割合の問題（前述 6）

民法上の組合・合名会社・合資会社・有限会社での問題点をふまえると、人的貢献を広く「出資」として認め、その評価額を定款に明示し（この点は「要項試案」に反対）、それを剰余金分配割合とした上で、それに従った課税をするのが適切なのではないか。

### (2) パススルー課税の対象とできるか（前述 7）

法人税法の適用除外類型を認めるか否かという問題になる。

事業目的・投資目的、少人数・大人数と、様々なバリエーションや活用方法が考えられ、既存の事業組織との関係や執行コストを考えなければならない。単に実務の二一ズのみでパススルー課税を導入するとするのは、行き過ぎであろう。結論としては、事業目的・少人数の場合に、パススルー課税導入の余地があり、投資目的の場合にはペイスルー課税とするのがよいのではないか。

「新たな会社類型」の提言自体、現段階では不明瞭な部分も多く、今後、詳細に検討される中で、課税上の問題が解決され、逆に新たな問題が生じるかもしれない。

だが、そもそもの根本的な問題は、新しい組織フォーマットを作ろうとするときに、組織法と税制で別々に議論している点ではないだろうか<sup>38</sup>。現在は、私法上の組織フォーマットを作った上で、それが税法上どう扱われるのか、という2段階の議論をしている。そのようにして、近年、様々な私法上の組織形態が立法化されている。

「新たな会社類型」の導入に当たっては、実務のニーズにより、パススルー課税も伴ういわゆる日本版 LLC の議論が先行した。日本版 LLC と言えばパススルー課税という関係になっている。「新たな会社類型」は、いわゆる日本版 LLC だという言葉方もされるが、それは正しくない。「新たな会社類型」の議論は、税制とは別に、私法上の関係のみが議論された。

契約自由の原則や、そもそも税金とは何なのかという点を考えれば、2段階の議論も分からなくはないが、実務上、どの組織形態を選択するかという判断には、税務上の取扱いが大きく影響する。魅力ある組織形態を作るためには、組織法と税制を一緒に議論し、組織法制と税制を1つのパッケージとして提示するという形で議論しなければならないのではないだろうか。この立法プロセスへの提言を最後の結びに代えたい。

#### <参考文献>

- \* 金子宏『租税法 第9版』（弘文堂、2003年）
- \* 水野忠恒『租税法』（有斐閣、2003年）
- \* 神田秀樹『会社法〔第4版〕』（弘文堂、2003年）
- \* 江頭憲治郎『株式会社・有限会社法 第2版』（有斐閣、2003年）
- \* 龍田節『会社法〔第9版〕』（有斐閣、2003年）
- \* 上柳克郎・鴻常夫・竹内昭夫編著『新版注釈会社法(1)』（有斐閣、1985年）
- \* 弥永真生・松井秀樹・武井一浩編著『ゼミナール会社法現代化』（商事法務、2004年）
- \* 鈴木禄彌編著『新版注釈民法17』（有斐閣、1993年）
- \* 神谷秀樹『ニューヨーク流 たった5人の大きな会社』（亜紀書房、2001年）
  
- \* 法務省「会社法制の現代化に関する要項試案」（2003年10月）
- \* 法務省民事局参事官室「会社法制の現代化に関する要項試案 補足説明」（2003年10月）
- \* 経済産業省「日本版 LLC 制度報告書」（2003年11月）
- \* 「『組織形態と法に関する研究会』報告書」金融研究 2003年12月号
  
- \* 増井良啓「分社化の手法と連結納税制度」税研 1999年5月号
- \* 増井良啓「法人税の課税単位 持株会社と連結納税制度をめぐる近年の議論を素材として」租税法

<sup>38</sup> 森信茂樹「新たな事業体と組合税制」では、パススルー課税といった新たな事業体の税制の整備にあたり、商法等での事業体の法整備を行うことを先決としつつ、多様な事業体のうちどの範囲のものに組合課税を認めるかという基準作り等を提言している。



研究 25 号 (1997 年)

- \* 増井良啓「組合形式の投資媒体と所得課税」日税研論集 44 号 (2000 年)
- \* 増井良啓「組合損益の出資者への帰属」税務事例研究 49 号 (1999 年)
- \* 増井良啓「組織形態の多様化と所得課税」租税法研究 30 号 (2002 年)
- \* 増井良啓「多様な事業組織をめぐる税制上の問題点」フィナンシャル・レビュー 2003 年 12 月号
- \* 佐藤英明「組合による投資と課税」税務事例研究 50 号 (1999 年)
- \* 森信茂樹「新たな事業体と組合税制」フィナンシャル・レビュー 2003 年 12 月号
- \* 佐藤英明「新しい組織体と税制」フィナンシャル・レビュー 2002 年 10 月
- \* 黒川行治「創造会社における人的資産・労務出資のオンバランス」ジュリスト 1125 号 (1997 年)
- \* 関口智弘「米国ベンチャービジネスにおける LLC の活用法 日本版 LLC 制度の導入に向けて」商事法務 1683 号 (2003 年)
- \* 榎田淳二「アメリカの Check-the-Box Regulations ~ パートナーシップ課税の自由選択」国際商事法務 vol.26 No.1 (1998 年)
- \* 吉村政穂「出資者課税 「法人税」という課税方式」(一) (法学協会雑誌 120 巻 1 号)、(四・完) (同 120 巻 7 号) (2003 年)
- \* 景山智全「集団投資スキームにおける課税上の問題点」税務大学校論叢 40 号 (2002 年)
  
- \* 江頭憲治郎・森本滋・相澤哲・永井智亮「座談会 会社法制の現代化に関する要項試案をめぐって」商事法務 1685 号 (2004 年)
- \* 穴戸善一「会社法制の現代化に関する要項試案の論点(4) 総則・合名合資会社・LLC」商事法務 1687 号 (2004 年)
- \* 穴戸善一「特集 会社法制の現代化に向けた課題と展望 合名会社・合資会社・日本版 LLC」ジュリスト 1267 号 (2004 年)
- \* 相澤哲ほか「会社法制の現代化に関する要項試案に対する各界意見の分析〔 完 〕」商事法務 1693 号 (2004 年)
- \* 穴戸善一・増田健一・武井一浩・棚橋元「定款自治の範囲に関する一考察」商事法務 1675 号 (2003 年)
- \* 江頭憲治郎「ストック・オプションの費用計上と商法」(落合誠一先生還暦記念『商事法への提言』(2004 年))