

時の判例

私能力に限定する趣旨のものとは考えられないように思われる。

しかしながら、前記大審院の判例のうち、販売される商品の粗悪不良を流布した事案（前掲大判大正5・12・18）、旅館で所定のサービスが受けられないことを流布した事案（前掲大判昭和8・4・12）について、信用毀損の成立を否定したものは、人の経済的な側面での社会的な信頼を毀損した事案であると考えられるから、「信用」を人の支払意思又は支払能力に限定する趣旨のものと考えられる。

そこで、本判決は、「信用」を人の支払意思又は支払能力に限定すると解される前記大審院の2判例を変更して、信用毀損にいう「信用」には、販売される商品の品質に対する社会的な信頼が含まれることを明らかにしていると考えられる。

Ⅲ 信用毀損にいう「信用」は、信用毀損の保護法益が、人の経済的な側面での社会的な信頼と考えられていることからすると、人の素行のような人格的な評価とは異なるほか、学術的な評価、技能的な評価とも異なるものと考えられる（前掲・鴨1650頁）。そうすると、例えば、流布させた虚偽の風説が、依頼されて執筆した原稿の内容が粗悪であること、学生に提供する講義、授業の内容が粗悪であることなどの場合には、信用毀損には当たらないと解される余地があるように思われる。

また、人の経済的な側面での社会的な信頼というのは、経済活動に伴う評価をいうものと考えら

れるから、流布させた虚偽の風説が、不適切な方法で経営方針の決定が行われていること、従業員の勤務意欲を失わせるような労務管理が行われていることなどの場合には、信用毀損には当たらないと解される余地があるように思われる。

このように、人の経済的な側面での評価ということ自体が、必ずしも明確ではないため、信用毀損にいう「信用」の外縁部分を明らかにすることには、困難が少なくないと考えられ、そうすると、「信用」の意義について、外縁部分が明確になるような過不足のない定義をすることも、容易ではないと考えられる。また、人の経済的な側面での社会的な信頼というのは、いくつかの観点から複合的な要素を考慮して判断されるべきものとも考えられるから、信用毀損にいう「信用」は、統一的な定義ができる性質のものではないとも考えられる。

結局、信用毀損にいう「信用」の意義については、個別的な判断の集積によって、その内容が明らかにされるほかないものと考えられる。

信用毀損罪が適用された事例は、それほど多くはなく、同時に業務妨害に該当する場合が多いと考えられるが、本判決は、これまで大審院の判例を変更して、刑法上の罪に関する解釈を示したものであることからすると、その意義は少なくとものように思われる。

（山口雅高＝最高裁判所調査官）

「労働関係事件への総合的な対応強化」、「弁護士報酬の敗訴者負担の取扱い」、「総合的なADRの制度基盤の整備」、「刑事裁判の充実・迅速化」についての御意見募集について

司法制度改革推進本部事務局

- 司法制度改革推進本部では、平成14年3月19日に閣議決定された司法制度改革推進計画に基づき、①「労働関係事件への総合的な対応強化」、②「弁護士報酬の敗訴者負担の取扱い」、③「総合的なADRの制度基盤の整備」、④「刑事裁判の充実・迅速化」について必要な検討を行っております。

- これらの課題については、国民の皆様からの御意見を募集しております。皆様の御意見をお寄せください。

●意見募集の期間

- ①について：平成15年8月15日から9月12日まで
- ②③について：平成15年7月29日から9月1日まで
- ④について：平成15年8月1日から9月1日まで

- 御意見の送付要領など、詳しくは司法制度改革推進本部のホームページ（<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/index.html>）を御参照ください。

●郵送の場合の提出先

〒100-0014

東京都千代田区永田町1-11-39 永田町合同庁舎3階 司法制度改革推進本部事務局

- ①：労働意見募集係、②：弁護士報酬敗訴者負担意見募集係、③：ADR意見募集係、④：刑事裁判意見募集係

匿名組合契約と所得課税 なぜ日本の匿名組合契約は節税目的で用いられるのか？



学習院大学助教授
瀧 圭吾
みち・けいこ

租税法研究会 第一〇九回

Ⅰ はじめに

日本の匿名組合契約（商法535条）は、租税負担を軽減するための便利な道具、「TK」として、広く世界に知られているという¹⁾。匿名組合契約は大陸法から継受された契約類型なのに、なぜ、日本の匿名組合契約だけが節税ないし租税回避に用いられるのであろうか。本稿は、匿名組合契約に関する日本の所得税・法人税の課税ルールの問題点を指摘して、匿名組合契約が租税負担の軽減に用いられる所以を明らかにし、さらに、あるべき解釈論・立法論を提示する。

結論からいえば、匿名組合契約が節税目的で利用されてきた理由は、これまでの所得税法・法人税法・租税条約の解釈が誤っていたことにある。所得税法・法人税法に関する通達においては、出資契約に他ならない匿名組合契約が、民法上の組

合同様として共同事業として扱われてきた。また、租税条約の解釈論としては、実質において貸付金に対する利子ないし法人の社員に対する配当に他ならないものが「その他所得」と分類され、所得源泉地国による課税は不可能であると考えられてきた。これらの解釈論はいずれも誤りであって、正しい解釈によれば、匿名組合契約を利用する租税上のメリットは必ずしも大きなものではない。いずれについても、匿名組合契約の本質、すなわち、匿名組合員が営業者との関係で有限責任の出資者となる契約であるという点を踏まえた法解釈を行うべきである。

Ⅱ 現状

1 匿名組合契約の意義

匿名組合契約は、匿名組合員が営業者に対して出資をなし、その営業から生ずる利益の分配を受けることを約することによって成立する（商法535条）。民法上の組合契約と異なると、契約は営業者と匿名組合員という二当事者間でのみ成立する。匿名組合員による出資は営業者に帰属するから（同536条）、匿名組合員が民法上の組合員と同じような意味で営業者の下にある財産に対して持分を有することはない²⁾。また、匿名組合員は営業に関して監視権を有するに過ぎず、自ら業務執行にあたることはできない（同542条・153条・156条参照）。このことと恐らく対応して、匿名組合員は有限責任しか負わない。つまり、匿名組合員は、民法上の組合員と同じような意味での共同事業者とはいえない³⁾。

匿名組合契約が消費貸借契約と似ていることは早くから指摘されてきた⁴⁾。リターンが固定であるか否かが異なるだけで、広い意味での出資である

* 租税法研究会、国際取引法フォーラムのメンバーから研究会の席上で、また中里実教授、増井良啓教授、浅妻章如氏、額田雄一郎弁護士から個別に、本稿の草稿に対する有益なコメントを頂戴し、資料の在処を教えていただいた。感謝申し上げます。

1) 江頭憲治郎＝中里実編『企業組織と租税法』（別冊商事法務252号、東京大学法律プロフェッショナル・セミナー、2002）62頁〔中里実発言〕。

2) 民法上の組合においては、組合財産は総組合員の共有に属する（民法668条）が、同249条にいう共有とは異なる点があるので、理論的には、単なる共有ではなく「共有」であるといわれてきた。いずれにせよ組合員が組合財産について持分を有する。

3) 大判大正6・5・23民録23輯917頁は、匿名組合と共同事業とは異なるとした上で、問題となった契約関係を民法上の組合（つまり共同事業）であると判断した。

4) 例えば、竹田省『商行為法』（1932）85頁。松本滋治『商行為法』（1914）149頁は、匿名組合契約は消費貸借契約に他ならないとするドイツの学説を紹介している。

という点では異ならないからである⁵⁾。もっとも、匿名組合員は営業者の債権者にすぎないとはいえない。まず、匿名組合員が出資した財産は、受託者の下での信託財産と同様に、営業者の個人財産とは区別される。そして、そこには信託関係が成立するといつてよいであろう。さらに、匿名組合員は、法人の有限責任社員と同様に、事業に対してある程度発言力を持ち（具体的には、監視権）、また利益に応じた分配を受けることができる反面、事業が失敗した場合にはあらゆる債権者に劣後する残余権者でしかない。

匿名組合契約と消費貸借契約の区別については、古くから議論がある。具体的には、ドイツ法にいう共算的消費貸借（partiarisches Darlehen）⁶⁾との区別の問題が取り上げられてきた⁷⁾。戦後に刊行された有力な体系書では、「契約の全構造から見て、経済上共同事業とみとむべき関係があるか又は単なる元本の利用の許容があるに過ぎないかによって判断するほかなく、具体的には営業者が営業遂行の義務を負うか、相手方がその営業につき監視権を有するかが、重要な判断の基準となるであろう⁸⁾、あるいは、「契約の全趣旨から見て、単なる元本の利用返還にとどまらず、ある程度の企業参加の実のあるもの、特に出資者に監視権を認めるものは、匿名組合と解すべきである⁹⁾」などと書かれている。つまり、一定の営業への参加が消費貸借契約との区別の基準とされている。

ここで注意すべきなのは、匿名組合契約と組合契約の区別という問題（ある者が事業に自ら参加しているといえるかどうか、つまり共同事業者であるかという問題）と、匿名組合契約と消費貸借契約の区別という問題（ある出資が相手方にとってequityな

のかdebtなのかという問題）とは、区別されなくてはならないということである¹⁰⁾。引用した学説は、「共同事業」ないし「営業への参加」との言葉を使っているが、そこで議論されているのはあくまで後者の問題である。

2 匿名組合契約に関する課税ルール

戦前（1940年改正以前）において匿名組合契約からの利益の分配がどのように課税されていたか、必ずしも明らかではないが、おそらく次のようになっていたと考えられる。匿名組合契約が法人格を形成しないことは明らかであるから、第一種所得（法人の所得）の納税義務が生じることはなかった。また、匿名組合員が受け取る利益の分配が第二種所得として源泉所得税の対象となることもなかったようである。他方、匿名組合契約に基づく利益の分配が匿名組合員にとって所得であることは否定しがたいので、利益の分配の段階で第三種所得として課税されたことになっていたのではないだろうか。いずれにせよ、戦前において匿名組合契約に基づく利益の分配の課税について特に問題は発生しなかったようである。

戦後、闇金融の手段として匿名組合契約が用いられるようになった¹¹⁾。これを受けて、1953年には居住者に対する源泉徴収の規定として所得税法42条3項¹²⁾が設けられた（現在の210条）。また、ソース・ルールとして1条2項3号¹³⁾が、非居住者に対する源泉徴収の規定として41条1項が設けられた（それぞれ現在の161条、212条）。

現行の所得税法・法人税法についていえば、次のことが指摘できる。

第1に、所得分類に関する規定及び所得の帰属

時期に関する規定には、匿名組合契約に関しての定めが見あたらない。匿名組合契約に基づいて分配を受けた収入が、いつ、いかなる種類の所得として計上されるのか、法律の文言からは必ずしも明らかではない。

第2に、ソース・ルールには匿名組合契約に関する規定が存在する。所得税法161条12号は、「国内において事業を行う者に対する出資につき、匿名組合契約（これに準ずる契約として政令で定めるものを含む。）に基づいて受ける利益の分配」が国内源泉所得にあたるとする。1965年改正前の旧法と異なっており、ここでは、預金等の利子とは別の号に規定されている。また、この条項を受けて所得税法施行令288条は、次のような定めをおいている¹⁴⁾。

「法第161条第12号（国内源泉所得）に規定する政令で定める契約は、当事者の一方が相手方の事業のために出資をし、相手方がその事業から生ずる利益を分配することを約する契約とする。」

外国法人についても、法人税法138条11号が匿名組合契約に基づいて受ける利益の分配を国内源泉所得であるとするが、日本に恒久的施設を有しない外国法人については、次に述べる所得税の源泉徴収のみで課税関係が終了する¹⁵⁾。

第3に、匿名組合契約に基づく利益の分配について、源泉徴収義務が定められている¹⁶⁾。なお、従来は匿名組合員が10人以上の場合にのみ源泉徴収義務があるとされていたが、この点は2002年の法改正で改められ、匿名組合員の数によらず一律に源泉徴収義務があることとされた。

3 匿名組合契約を利用した出資取引の実例

さて、冒頭で述べたように、匿名組合契約は租税負担を軽減する目的でしばしば利用されているといわれる。ここではその具体例を3つあげる¹⁷⁾。

第1は、匿名組合方式のレバレッジド・リースである¹⁸⁾。出資者（匿名組合員）は、銀行から金銭の貸付けを受け、これを営業者が行うリース事業に提供する。営業者は、リース事業を営む会社の子会社で、ペーパーカンパニーである。営業者は、匿名組合員から提供された資金で航空機を購入し、これを航空会社にリースする。出資者は、航空機にかかる減価償却費等に基づく損失の配賦¹⁹⁾（allocation）を営業者から受け、本業の利益と相殺して所得を減少させることによって、節税効果を得る。

第2は、匿名組合契約に基づく国外からの出資である²⁰⁾。出資者はオランダ法人で、日本の関連会社に対して匿名組合契約に基づいて出資する。匿名組合契約に基づく利益の分配は、日蘭租税条約23条にいう「その他所得」にあたるとされているので、日本による課税は行われぬ。また、オランダはその国内法で国外所得には課税しないので、結局、営業者が日本国内で得た利益のうち、出資者に分配された部分については、まったく課税されないで済むことになる。国税当局は、出資者が得た分配金を、実質的には出資者が自ら日本国内で得た課税所得と認定して、申告漏れを指摘したようである。

第3に、不良債権の買取りに匿名組合契約を利用した事例が報道されている²¹⁾。投資家から集めた資金を不動産などに投資して運用していた米国

14) この規定は2002年に改正された。改正前は、

「法第161条第12号（国内源泉所得）に規定する政令で定める契約は、次に掲げる契約とする。

一 事業者が10人以上の匿名組合員と締結している匿名組合契約

二 当事者の一方が相手方の事業のために出資をし、相手方がその事業から生ずる利益を分配することを約する契約で、当該事業を行う者が10人以上の出資者と締結しているもの」という規定であった。この規定の下で、匿名組合員が9名以下の場合に実効的な課税が不可能であったため、1号の要件が削除されたのである。

15) 法人税法68条・144条が所得税の源泉徴収を受けた額についての税額控除を定めている。

16) 居住者に対する支払につき、所得税法210条。非居住者・法人に対する支払につき、212条。その前提として、内国法人の納税義務につき、174条9号。外国法人の納税義務につき、178条→161条。

17) これらに関する代表的な租税法学者による評価として、中里実『タックスシェルター』（2002）。

18) 以下、東京地判平成7・3・28判時1557号104頁の事案に基づく。遠藤美光「匿名組合を利用したレバレッジド・リース」商法（総論・商行為）百選（第4版）164-165頁参照。

19) 計算上割り当てることであって、実際に財産を分配すること（distribution）とは区別される。この区別については、高橋浩介「組合課税」租税法研究30号（2002）28頁、31-32頁参照。

20) 毎日新聞2003年3月20日東京版夕刊記事に基づく。

21) 朝日新聞2002年5月29日東京版夕刊記事に基づく。

5) 元来、ハンムラビ王の時代や古代ローマにおいて匿名組合（に相当するもの）が利用されたのは利息制限を回避するためであったといわれる。山本桂一「フランス企業法序説」（1969）289頁以下、特に292頁・294頁参照。

6) 貸主が利益に応じたりターンを受け取るタイプの消費貸借である。

7) 竹田・前掲注4）86頁、大隅健一郎「商行為法」（1958）81頁。

8) 大隅・前掲注7）81頁。

9) 西原寛一「商行為法」（1960）178頁。

10) 後述のように、所得課税のしくみにおいてはこれらがそれぞれ重要な区別の基準となる。

11) 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）129頁、133頁。匿名組合契約に基づく利益の分配は利子所得にも配当所得にも該当しないとされていたため、源泉徴収の規定が適用されず、しかも、多数にのぼる出資者が分配された利益について申告することは期待しがたかったからである。

12) 1965年改正直前の42条4項は次のように定めていた。「居住者に対し、この法律の施行地において匿名組合契約等に基づく利益の分配につき支払をなす者は、その支払をなす際、その支払うべき金額に対し100分の20の税率を適用して計算した税額の所得税を徴収し、その徴収の日の属する月の翌月10日までに、これを政府に納付しなければならない。」

13) 1965年改正直前の1条3項3号では、「この法律の施行地において事業をなす者に対する出資につき匿名組合契約及びこれに準ずる契約で命令で定めるもの（以下、匿名組合契約等という。）に基づき受ける利益の分配」は国内源泉所得であるとされていた。

内の不動産ファンドが、数社のオランダ法人に出資し、さらにこの数社が匿名組合員として「専門会社」と呼ばれる会社に出資する。そして、この専門会社が日本で不動産投資事業（日本の銀行から不良債権を安値で買い取り、担保の不動産を転売したり、賃貸したりする事業）を展開していた。そして、そこからの利益がオランダ法人に分配されていた。先の事例と全く同じ理由で、この利益については日本の課税権が及ばないと考えられている。そこで、国税当局は、オランダ法人の実態は不動産ファンドが課税を逃れるためにつくったダミー会社であると認定し、不動産ファンド自体が日本で事業活動を行っていたと考えて、申告漏れを指摘したようである。

4 匿名組合契約に関する課税ルールの運用

このように匿名組合契約が利用される背景には、匿名組合契約に関する通達の定め、および租税条約に関する支配的な解釈論が存在する。以下、これらを紹介する。

(1) 営業者段階の所得分類を匿名組合員に引き継がせる所得税基本通達

匿名組合契約の当事者がともに国内にいる場合、適用されるのは居住者についての規定のみである。まず問題となるのは、匿名組合員が営業者から分配される利益の所得分類である。これについては、先に見たように所得税法の定めは存在しない。しかし、所得税基本通達は次のように規定している。「匿名組合の組合員等の所得」36・37 共-21 匿名組合の組合員が当該組合の営業者から受ける利益の分配は、当該営業者の営業の内容に従い、事業所得又はその他の各所得とする。ただし、営業の利益の有無にかかわらず一定額又は出資額に対する一定割合により分配を受けるものは、貸金の利子として事業所得又は雑所得とする。

匿名組合の営業者が組合員に分配する利益の額は、当該営業者のその営業に係る所得の金額の計算上必要経費に算入する。」

この通達によれば、匿名組合契約に基づく利益の分配は、原則として、営業の内容に従った所得として、事業所得、不動産所得、あるいは山林所得として、収入金額に計上される。ただし、リタ

ーンが固定している場合には、貸金の利子として、事業所得又は雑所得とされるという。

原則とされるルールは、「利益の分配」と書かれていることからして、営業から（損失ではなく）利益が生じた場合に限り、しかもその利益が分配された時点で、匿名組合員の所得に反映されると考えているようである。注目されるのは、ここで、所得の種類が営業者から匿名組合員に引き継がれていることである。

匿名組合契約に基づく利益の分配が一定額ないし出資に対する一定割合である場合については、通達はこの契約を消費貸借契約と同様に扱っているといっている。所得税法は、消費貸借契約に基づく利子を事業所得または雑所得としているが²²⁾、この通達の定めはまさにこれと同じ扱いを指向している。

(2) 匿名組合員を共同事業者とみて各事業年度の損益を配賦する法人税基本通達

これに対して、法人税基本通達は次のように定めている。

「匿名組合契約に係る損益」14-1-3 法人が匿名組合員である場合におけるその匿名組合営業について生じた利益の額又は損失の額については、現実利益の分配を受け、又は損失の負担をしていない場合であっても、匿名組合契約によりその分配を受け又は負担すべき部分の金額をその計算期間の末日の属する事業年度の益金の額又は損金の額に算入し、法人が営業者である場合におけるその匿名組合営業について生じた利益の額又は損失の額については、その利益の額又は損失の額から匿名組合契約により匿名組合員に分配すべき利益の額又は負担させるべき損失の額を控除した残額を当該事業年度の益金の額又は損金の額に算入する。」

ここでは、匿名組合員が民法上の組合の組合員であるかのように、自ら事業を行う共同事業者として扱われている²³⁾。すなわち、営業者段階で一旦所得を算定した結果得られた各事業年度の利益又は損失が、匿名組合員に（分配ではなく）配賦されている。その上で、この配賦額を控除して、最終的な営業者の所得が確定する。このような通達の定めは、明らかに、匿名組合員が自然人である場合とは異なっている。

そして、このような通達の見解に基づいて、先に引用したレバレッジド・リースの事例において、営業にかかる各事業年度の損失が匿名組合員に対して配賦されたのである。

(3) 匿名組合契約に基づく利益の分配は租税条約上「その他所得」にあたるという解釈論

租税条約において匿名組合契約に基づく利益の分配について明示的に定めた規定が存在せず、租税条約に「その他所得」条項²⁴⁾が存在する場合、この利益の分配は「その他所得」に該当する、という見解が支配的である²⁵⁾。すなわち、この見解によれば、匿名組合員が営業者から受け取る利益の分配は、利子でもなければ配当でもない。また、匿名組合員自らが事業所得を稼得しているともいえない。それゆえ、「その他所得」にあたるのである。なお、「その他所得」の課税権は居住地に留保されている。

III 考 察

1 総 説

以上のような匿名組合契約に関する課税ルールとそれを利用した取引をどのように評価すべきか。最近の新聞報道によれば、課税当局は、前述の第2、第3のタイプの取引を租税回避とみなした上で、匿名組合員と称している者が自ら日本国内で事業活動を行ったとして課税しているようである。確かに、事実認定の問題として、匿名組合契約というのは名目だけで実際には匿名組合員が事業に積極的に参加しリスクも負っているような場合、名称ではなく実質に従って課税関係を考えるべきことは当然である。

しかし、租税回避とみえる取引がさかんに行われている場合、その背後には、不合理な課税ルールが存在していることが多い。匿名組合契約についても、実質的には匿名組合契約とはいえない契約が匿名組合契約を借称しているというよりは、むしろ、課税ルール自体に問題がある場合が多いのではないかと。

筆者の見るところ、問題点は3つある。第1に、

所得税基本通達は営業者段階での所得分類を匿名組合員に引き継がせているが、これには理由がない。第2に、匿名組合契約に関する法人税基本通達は、匿名組合員を民法上の組合員と同じ意味での共同事業者として扱っているが、それは正しくない。第3に、租税条約の解釈において、匿名組合契約に基づく利益の分配の本質が利子なのか配当なのかははっきりしないからといって、それを「その他所得」であるとするは誤っている。

以下、それぞれについて述べる。

2 所得税法上の所得分類

まず、自然人が匿名組合契約に基づいて匿名組合員となり、利益の分配を受ける場合の課税ルールについて考えよう。

前提として、所得課税のしくみが、activeな所得（事業からの所得）とpassiveな所得（資本からの所得）とを区別していることを説明する必要がある。前者は自ら事業活動を行って得られる所得のことであり、後者は他人の事業活動に財産を提供して得られる所得のことである。

前者については、所得を得るための支出が即座に必要な経費ないし損金として控除の対象となる。そして、収入金額ないし益金から必要経費ないし損金を控除した純額が、所得として課税の対象とされる。所得分類が行われる所得税法や租税条約においては、これは事業所得といわれることが多い。

これに対して、後者については、リターンを実際に受け取った段階ではじめて、当初の投資額を超えると考えられる部分について、課税が行われる²⁶⁾。所得税法で利子所得、配当所得、譲渡所得といわれるものは、この類型に含まれる。もちろん、この類型の所得であっても、貸付金の利子のように所得税法上、事業所得とされることはある。しかし、そうであっても、課税のタイミングは、リターンを受け取った時点である。つまり、金銭を貸し付けという事業を行っているから事業所得になるだけであって、貸した相手方の事業に関して事業所得となるわけではない。

では、匿名組合契約に基づく匿名組合員は、ど

24) OECDモデル租税条約21条では、租税条約において規定されていない種類の所得は「その他所得」として、専ら所得者の居住地域の課税に服する。

25) 例えば、島谷博ほか「外国法人課税の実務と理論（2訂版）」（1993）87頁。

26) もちろん、包括的所得概念によれば、これら未実現の所得についても時価評価を行って課税すべきである。しかし、実際には、時価主義に基づく未実現所得の課税はごく限定的にしか導入されていない。

これらのタイプの所得を得ているか。II 1 で見た通り、後者であると考えられる。さらにこのことは、次のことから裏づけられる。

まず、匿名組合員による出資は法律上、営業者に帰属する。そして、資産及び所得の帰属について、基準となるのは原則として法律上の帰属である²⁷⁾。消費貸借契約の貸主は、特約で利益に応じたりターンを得ることになっていようとも、実際にリターンを得た時点で（元本を超える部分について）課税を受け、貸し倒れになった時点で初めて損失を計上することができる²⁸⁾。法人に対する有限責任の出資者である株主ですら、配当を受けて初めて課税され、株式が無価値化して初めて損失を計上できるにすぎない。現行の所得課税のルールは、出資者の実質的な債権・持分の価値の変動を考慮することなく、資産の法律上の帰属主体に所得も帰属すると考えている、といつてよい²⁹⁾。信託によって資産の法律上の帰属が移転する場合については、資産から得られる所得について所得税法 13 条が法律上の帰属者（受託者）と別の者に帰属するとみなすことを規定している。このような規定が匿名組合契約については置かれていない以上、出資した資産がもはや帰属しない匿名組合員を共同事業者とみなすべきではない³⁰⁾。

さらに、実質的に考えてみても、匿名組合員を事業に参加しているものとみなすべきではない。確かに、一般に匿名組合員は、消費貸借契約の貸主より多くの事業に関するリスクを負っているかもしれない。しかし、匿名組合員の負うリスクは法人の有限責任社員の負うリスクを超えることはない。

匿名組合員は、有限責任社員同様、ただか出資額を失うリスクしか負わないのである。典型的に有限責任社員よりもリスクを負わない匿名組合員を、大きなリスクを負うことが多い無限責任社員と同様の課税ルールに服させるのは整合性を欠く。

つまり、匿名組合契約に基づく匿名組合員は、営業者が行う事業の共同事業者ではなく、単なる出資者である。それゆえ、営業者段階での事業の種類に基づく所得分類を匿名組合員が引き継ぐべきではない。

理論的には、匿名組合契約に基づく利益の分配は、そのリスクの程度に応じて、分配時に、配当あるいは貸付金の利子として扱うべきであろう。配当として扱うべき場合には、配当所得、貸付金の利子として扱うべき場合には、事業所得又は雑所得となる。実際には、配当所得の定義規定に「法人」からの分配とされていることからして、配当所得であるとの性質決定は困難である。結局、リスクの程度を問わず、所得税法上は事業所得あるいは雑所得ということになろう。つまり、匿名組合契約に基づく利益の分配を貸付金の利子と同視するのと結論において同じことになる³¹⁾。所得税基本通達では、営業者の所得分類を匿名組合員に引き継がせていたが、これは妥当ではないだろう。

3 匿名組合員への損益の配賦

法人税法においても、匿名組合員が事業に参加していないことを勘案して、分配時にはじめて匿名組合員に対して課税を行うべきである。分配時に課税するということは、営業者の利益又は損失

を匿名組合員に配賦しないということである³²⁾。

法人税基本通達 14-1-3 は匿名組合員を共同事業者であると理解して、各事業年度の損益を配賦しているが、これは誤っているから廃棄すべきである。このように解することによって、匿名組合契約成立後の早い段階から計算上の損失を匿名組合員に配賦するレバレッジド・リースの事例のような匿名組合契約の利用は不可能になる。

なお、ドイツでは、所得税法 20 条 1 項 4 号が、匿名組合員としての営業に対する参加及び共算的消費貸借からの収入を、配当、利子等と並ぶ「資本からの所得」として規定している。

付言するに、通達が誤った解釈論を採用してしまった原因は、おそらく 1953 年の通達発遣にあたって、アメリカの limited partnership³³⁾ に関する議論をそのまま持ってきてしまったことにある。英米の limited partnership に関する課税ルールはわが国の通達と似ていて、limited partner を無限責任の general partner と区別せずに、partner すなわち共同事業者として扱ってしまっている。このため、英米では、かつて limited partnership がかなり租税回避に用いられた³⁴⁾。現在では、濫用防止のための詳細なルールが存在する³⁵⁾。

4 租税条約上の所得分類

租税条約は一般に、国内法の（ソース・ルールのための）所得区分を前提として（ただし、条約に定義規定が置かれることもある）、必要に応じてソース・ルールを変更している。そして、基本的には、国内法における所得区分（例えば、所得税法 161 条 5 号にいう「配当等」）と租税条約における所得区分（例えば、日米租税条約 12 条にいう「配当 (dividend)」）は一致する。しかし、場合によっては、

国内法の所得区分に対応する所得区分が租税条約においては一見存在しないように見えることがある。この場合、国内法の所得区分の租税条約における性質決定（はめ込み）が必要になる。

匿名組合契約に基づく利益の分配は、まさにこのような性質決定の作業を必要とする。というのも、現在の日本の国内法は、匿名組合契約に基づく利益の分配を、預貯金の利子とも、配当とも、貸付金の利子とも別の所得区分として規定している（所得税法 161 条 12 号）にもかかわらず、ほとんど全ての租税条約において、匿名組合契約に基づく利益の分配を明示的に対象とする所得区分は置かれていないからである。

この性質決定に関するわが国のこれまでの解釈論としては、次のようなものがあった。第 1 は、先に紹介した、租税条約において匿名組合契約に基づく利益の分配について明示的に定めた規定が存在しない場合、この利益の分配は「その他所得」に該当する、という見解である。この見解は広く流布しており、オランダに匿名組合員を置くタイプの匿名組合契約の利用を支えていた³⁶⁾。解釈論の第 2 は、匿名組合契約に基づく利益の分配は匿名組合員の事業所得にほかならないという見解である³⁷⁾。この考え方は、前述のような租税目的での匿名組合契約の利用に対処することを企図しているといつてよいだろう。

しかし、これらの解釈論はいずれも妥当とは言えない。まず、第 2 の見解については、前述の所得分類と同様の問題点を指摘することができる。匿名組合契約は、リターンが固定であるか利益に応じて変動するかにかかわらず、出資契約の一類型である。少なくともわが国では、実質的なリスクの度合いが大きくても、他人への出資に基づい

27) 所得税法 12 条のいわゆる実質所得者課税の原則の意義については、経済的帰属説と法律的帰属説がありうるが後者が妥当であるとされる。金子・前掲注 22) 169 頁。信託については所得税法 13 条で法律上の帰属と離れるべきことが明示されていることから、この見解は裏づけられる。

28) そして、貸し倒れと判断される時期は比較的遅い。その根拠規定として、（法人税に関するものではあるが）評価償還原則として所得に反映させない法人税法 33 条を参照。

29) この点につき、組合財産自体を納税義務者とする組合員に損益を帰属させる組合課税のルールは、特異な例外をなしているといつてよいかもしれない。しかし、それは組合財産が法人格を持たず、法人税は法人格を納税義務者の基準としているからに他ならない。立法論としては、組合財産を法人税の納税義務者とすべきである。いずれにせよ、出資された財産の帰属がはっきりしている匿名組合契約を、組合契約と同様に扱う必要はない。

30) なお、ドイツでは、エンノ・ベッカーの 1925 年の論文を模範として、匿名組合契約のうち匿名組合員が実質的に共同事業者といえるほどのリスクを負っているものが「非典型的匿名組合」として、会社として扱われている。つまり、匿名組合員の得る所得が（資本からの所得ではなく）営業所得とされる。確かにこれは経済的実質に即しているが、納税義務者の単位として法人格を重視しているわが国では、（人格なき社団の規定があるとはいえ）安易に法人格を否認したり認定したりすることは慎重でなくてはならないのではないか。典型的匿名組合と非典型的匿名組合の区別については、谷口勢津夫「匿名組合の課税——ドイツを中心に」(2002 年 4 月、研究会での報告レジュメ) に負う。

31) なお、平野嘉秋「パートナーシップ税制の法的構造に関する一考察」税務大学校論叢 23 号 (1993) 1 頁、261-262 頁は、租税回避目的が存在する場合という限定を付しつつも、匿名組合員に対して法人の株主と同様の課税を行うことを提案していた。

32) 損失が匿名組合員に帰属すべきではないという指摘として、水野忠恒『租税法』(2003) 320 頁。

33) 匿名組合契約とかなり似ているが、当事者間の出資契約ではない点が異なる。

34) Limited partnership を通じて得られた（計算上の）損失を、本業の利益と相殺して節税を図るというのが典型的なパターンである。

35) アメリカにおける濫用と立法による対応の経緯の簡単な紹介として、Klein and Coffee, Business Organization and Finance (7th ed., 2000), pp. 99-101. イギリスにおける limited partnership の意義とその租税回避目的での利用につき、例えば、Morse, Partnership Law (3rd ed., 1995), p. 50. ドイツでは合資会社の有限責任社員に関して同様の利用が可能であり、1980 年に所得税法 15 a 条が限定的ではあるが手当てをした。谷口勢津夫「ドイツにおける人合会社（共同事業者）課税」日税研論集 44 号 (2000) 85 頁、98 頁参照。

36) もちろん、「その他所得」条項はあらゆる租税条約にあるわけではない。日米租税条約では 6 条 9 項がそれぞれの国内法を参照している。また、日独租税条約は匿名組合契約に基づく利益の分配が配当にあたるとしながらも（10 条 5 項）、締約国による国内法に従った課税を認めている（同 8 項）。結局、これらの租税条約においては、日本の国内法に基づく扱いが維持されることになる。

37) 窪田清剛「資産の流動化・証券化をめぐる法人課税等の諸問題」税務大学校論叢 37 号 (2001) 191 頁、266 頁。前掲注 30) で紹介したドイツの「非典型的匿名組合」という認定はこの解釈論に近い。

アメリカ新判例を読む

日本法へのインプリケーション

懲罰的損害賠償に関する憲法上の制約とその具体的基準

State Farm Mut. Auto. Ins. Co. v. Campbell, 538 U.S., 123 S.Ct. 1513 (2003)¹⁾中央大学教授
伊藤壽英²⁾

I 事実の概要

1981年、X₁はユタ州内の道路で無理な追い越しをかけたため、反対車線を走行中のOがX₁の車を回避しようとして急ハンドルを切り、かえってコントロールを失ってSの車に衝突した。その結果、Oが死亡し、Sも重傷を負った(X₁は無傷)。SはX₁およびOに対して損害賠償を請求し、X₁の全面敗訴が確定した(別訴)³⁾。

X₁は、Yとの間に、5万ドルを支払限度額とする自動車損害賠償責任保険契約を締結していた。右交通事故の処理をめぐる、X₁は被害者と保険金額の範囲で和解することに事実上合意していたにもかかわらず、Yは、保険金支払を制限するという全社的な経営方針にしたがって保険金を支払わなかった。反対に、YはX₁に対して、X₁の財産流出を防ぎ、訴訟ではYがX₁の利益を代弁するので、あらためて弁護士を雇う必要はないなどと助言し、X₁に法的責任について争わせた。別訴でX₁の敗訴が確定した後、X₁とその妻X₂/X₁の妻。以下「X」というときは双方を含む)はYに対し、Yの保険調査員までがX₁に100%過失があると報告していたにもかかわらず、全社的な経営方針にしたがって保険金を支払わず、別訴で法的責任を争わせたのは、信義則違反もしくは詐欺に該当し、Yが故意

にXに精神的苦痛を与えたことを理由として、損害賠償を請求する本件訴訟を提起した⁴⁾。

原審では、実損害を260万ドル、懲罰的損害賠償額を1億4500万ドルとする陪審判決が示されたが、裁判所は、填補賠償として100万ドル、懲罰的損害賠償を2500万ドルに減額する決定(remittitur)を下したため⁵⁾、X・Yとも上告。ユタ州最高裁判所は、実損害については100万ドルとする原審の判断を支持しながら、懲罰的損害賠償についてはその額を減縮する理由がないとして差し戻した⁶⁾。これに対し、Xが問題とするYの取引実務は、この20年来、全米規模で同様に行われており、このような州外行為(out-of-state conduct)にもとづいて、実損害の145倍もの懲罰的損害賠償を課するのは違憲であることを理由に、Yが連邦最高裁判所に上訴した。

II 判旨(Syllabus)

破棄差戻し(Kennedy判事執筆。Rehnquist長官、Stevens, O'Connor, Souter, Breyer各判事同調)。

「当裁判所は、ユタ州裁判所に対し、懲罰的損害賠償の審査にあたって、(1)被告の違法行為の程度ないし非難可能性、(2)原告の損害ないし潜在的な損害と懲罰的損害賠償額の間の不均衡、(3)陪審に

1) 原文は連邦最高裁のウェブサイトから入手できる(<http://www.supremecourt.gov/opinions/02pdf/01-1289.pdf>)。

2) 筆者は、現在、Duke大学ロースクールにて長期在外研究のため、日本関連の資料等については、高岡法科大学教授二羽和彦氏のご協力をえた。誌面を借りてお礼を申し上げる。もとより、内容上の誤りはすべて筆者の責任である。

3) Slusher v. Hospital by Hospital, 777 P. 2d 437 (Utah, 1989)。実際には、SがX₁とOを訴え、Oの遺族がX₁を訴え、X₁がOの寄与過失を争う多面訴訟となった。

4) 実際には、別訴確定後、YがSらに損害額全部を支払ったため、本件では、Yが事実審理省略判決(summary judgment)を求めた。1審はYの請求を認容したが、上訴審はこれを覆して、差し戻した。Campbell v. State Farm Mut. Auto. Ins. Co., 840 P. 2d 130 (Utah Ct.App.1992), cert. denied, 853 P. 2d 897 (Utah 1992)。

5) Campbell v. State Farm Mutual Ins. Co., supra note 4。

6) Campbell v. State Farm Mutual Ins. Co., 65 P. 3d 1134 (Utah 2001)。

て事業所得が発生することはない。activeな所得であるかpassiveな所得であるかの基準は、あくまで法形式である。それゆえ、実質的なリスクや利益参加の度合いが大きいからといって事業所得と認定するのは、解釈論としては無理がある。

第1の見解については、次のような指摘ができる。まず租税条約にいう「その他所得」とは、非常に狭い概念である³⁸⁾。明示的な規定が存在しないからといって、即、「その他所得」に該当すると判断すべきではない。誤解を恐れずにいえば、居住地図が排他的な課税権を与えられていることからしても、「その他所得」として想定されているのは、所得税の所得分類でいえば一時所得や雑所得に相当する所得である。自然人が非継続的に匿名組合契約に基づいて投資したような例外的な場合を除けば、現実に行われている匿名組合契約からの利益の分配は明らかに一時所得や雑所得とは性質が異なる。

実質的に見れば、匿名組合契約に基づく利益の分配は、法人からの配当や消費貸借契約に基づく利子と類似している。租税条約における配当所得の定義として「法人」からの分配とされていることから考えると、やはり配当所得ということは難しいので、この利益の分配は租税条約における「利子所得(interest)」に該当すると解すべきではなかろうか。租税条約にいう「利子所得」は、広い概念である。日本の国内法の預貯金の利子・公社債の利子(これらは国内法の所得分類でいえば利子所得に該当する)のみならず貸付金の利子(これは国内法の所得分類でいえば事業所得または雑所得に該当する)をも含む。匿名組合契約に基づく出資は営業者から見ると負債にほかならないことからして、匿名組合契約に基づく利益の分配もまた、租税条約にいう「利子所得」に含まれると考えることは十分に可能である³⁹⁾。

前述のように、ドイツでは匿名組合契約に基づく利益の分配が、国内法上、利子であるかのように(「資本からの所得」として)扱われてきた。そして、租税条約の解釈としても、(判例法により「非典型的匿名組合」として共同事業とみなされるようなものを除けば)匿名組合契約からの利益の分配は利子所得にあたるとされている⁴⁰⁾。租税条約における

「利子所得」という文言を、国内法の所得区分において「利子」という言葉が用いられているものにしか対応しないというように、狭く、形式的に解釈する必要はないのである。

このように、匿名組合契約に基づく利益の分配は、租税条約上「利子所得」に該当するといえる以上、「その他所得」にあたるという解釈論は適切ではない。

確かに、匿名組合契約に基づく利益の分配は確かにそれが利子なのか配当なのかははっきりしない。しかし、それは明らかにpassiveな所得であり、「利子所得」の範囲が広い租税条約上は、利子所得か配当所得のいずれかに性質決定されるべきものである。どちらかはっきりしないからといって、これを事業所得に含めるべきではない。また、対価性または継続性のない「その他所得」に含めるべきでもない。山犬は狼なのか犬なのかははっきりしない。だからといってそれを猫や羊の檻に入れるのは愚かなことであろう。同様に、匿名組合契約に基づく利益の分配は、租税条約上は利子が配当のいずれかであって、それ以外ではありえないのである。

IV まとめ

匿名組合契約は長い間、法典と体系書の中のみ存在する商事契約であった。所得税、法人税の基本通達を執筆した国税当局の担当官が、この契約を民法上の組合と同じような共同事業であると誤解したのもやむをえないことであつたらう。しかしこの通達によって、本来出資契約の一類型であるはずの匿名組合契約に対して、共同事業としての課税ルールが適用されることとなった。その結果が、国内外にわたる節税スキームとしての利用である。幸いにして、誤りは法律のレヴェルではなく、解釈論のレヴェルにある。新たな通達の発遣あるいは立法によって、一刻も早く誤解が解消されることを望みたい。

38) Vogel, Double Taxation Conventions (3rd ed., 1997), Article 21, 12a (Lehner)。

39) なお、ここで、匿名組合契約に基づく匿名組合員から営業者への出資は営業者にとって借入金に極めて近いから、過少資本税制が適用される可能性がある。

40) Vogel, supra note 38, Article 11, 61 (Pöhlath)。