

「隠れた利益処分」再論

村 井 正

目 次

- I 問題の所在——なぜ主題をとりあげるのか
- II ドイツ法における「隠れた利益処分」
- III 我が国における「隠れた利益処分」の導入と展開
 - 3-1 同族会社行為計算否認規定と「隠れた利益処分」
 - 3-2 「隠れた利益処分」の我が国判例法上の展開
 - 3-3 出資者への金銭給付と隠れた利益処分
 - 3-3-1 鈴や金融株式会社事件
 - 3-3-2 東光商事株式会社
 - 3-3-3 東京地裁昭55・3・10判決
- IV むすび——隠れた利益処分と法人税法22条5項

I 問題の所在——なぜ主題をとりあげるのか

大正12年に導入された同族会社行為計算否認規定は、これまでまったくみられない性質の規定であったため、当時の税法実務家の間でその性格をめぐる租税遁脱とみたり、あるいは租税回避否認とみたり、ある種の混乱ないし戸惑いがあったことは確かである¹⁾。

その中の一人に田中勝次郎がいた。彼も当初はこれを租税回避否認規定とはみていなかった。田中は大蔵官僚であったが、第一次大戦直後にドイツで勉強し、帰国後日本の判例を中心に租税法の解釈適用について調査研究をしており、その過程で難問の同族会社行為計算否認規定の解明に最適なものとしてドイツ法上の「隠れた利益処分」が使えることを直感的に認識したものと思われる。したがって、田中には、先ずこの得体のしれない新設規定が目の前にあり、これをどのように扱えばよいのかで苦悩していたところを、隠れた利益処分論に遭遇し、これは日本に紹介する価値ありと認識したのであろう。これは、田中に固有のことでなく、われわれが日常的に経験する普通の研究スタイルである。田中が紹介したドイツの隠れた利益処分と日本の同族会社行為計算否認規定は、類似性こそ認められるものの似て非なるものであり、その展開過程において両者の間に「ねじれ」が生じたとしても当然といえば当然である。そのことを十分承知の上で、以下主として「隠れた利益処分」が日本の租税判例上どのように展開され、現在に至ったかを論じるものである。総合累進所得税が入ると、当時の富裕者層は、あの手この手と租税負担軽減スキームに狂奔し、税務行政がどれだけこれに手を焼いたことか。そうしたスキームの代表格が、法人格を媒介とする「保全会社」であり、これに対する対抗立法が同族会社行為計算否認規定であった。そうした事情を含め、この規定が、税務署、納税者の双方にどれほど大きなインパクトを与えたかについては、藤澤弘『保全会社と所得税』大正14年が余すことなく活写している。こうした背景を抜きにして政府が規定の創設を急いだ理由を理解できない。同族会社行為計算否認規定は、

1) 清永敬次『租税回避の研究』ミネルヴァ書房 1995年 324-327頁

その後変容を遂げ、その果たす機能は、個別規定への新設分化により縮小するかと思えば、他方では適用場面の広がりを見せた（法税132の2、132の3）。規定の分化に伴う縮小の結果、隠れた利益処分の果たす役割も変容した。隠れた利益処分にかわり、個別規定（法税34条等）が創設された以上は、成文の個別規定が優先的に適用されるべきであることは、論を俟たない。そのことをもって隠れた利益処分の終焉とみる一部の学者がみられる。果たしてそうだろうか。私見は、以下で論ずるように、法人税法の構造の変化に伴い、隠れた利益処分は、むしろ本来の適用すべき適所を得たのではないかと考える。外国の一法理が、租税立法の形式でなく、その時の日本実定税法の解釈適用の参考に資するため紹介、導入されることは、現在でも日常的に行われており、別段珍しいことではない。しかし、特にこれを現在に至るまで立法化しないまま、既存の我が現行規定の解釈に当り、「隠れた利益処分」の用語をキーワードとして相当長期間にわたり租税判例が展開されてきたことは、事実である。

「隠れた利益処分」の語が *verdeckte Gewinnausschuettung* というドイツ法制度の日本語訳であり、それが田中勝次郎の手により行われたものであることを先ず確認しておこう。田中は、日本の具体的事例において自説を有利に展開するときの説得の一手段として、ドイツ法の隠れた利益処分を引き合いに出したのである。加えて、田中が当局の立場にあり、隠れた利益処分が徴税側の損金不算入の論理として主に展開されてきたという事実を付け加えておくべきであろう。

日本における「隠れた利益処分」論は、初期においては、主に田中が日本の事例研究²⁾との関連で紹介し、更には中川一郎³⁾、清永敬次⁴⁾等がドイツの学説、判例を紹介するに及び、その影響からと思われるが、税法学草創期という特殊な環境下に明確にその定義が行われることなく、昭和30年代の裁判例から

2) 田中勝次郎『判例を中心としたる所得税の諸問題』巖松堂書店 昭和15年 123頁以下

3) 中川一郎「同族会社の行為・計算否認の規定——租税回避及び隠れた利益処分」税法学91-99号、同『税法の解釈及び適用』311-330頁

4) 清永・前掲書註1 307頁以下

「隠れた利益処分」再論

「隠れた利益処分」というキーワードが使われはじめ、平成年間にも散発的に使われている。しかし、「隠れた利益処分」の適用場面に最適と思われる同族会社行為計算否認規定自体がその後の税法改正によりそれぞれの個別規定に分化するに伴い、「隠れた利益処分」の適用場面が激減しつつある。我が国の租税判例で今後「隠れた利益処分」をキーワードとするものが出現する可能性を否定することは、現時点ではないと思われるが、明確な法的根拠が示されない限り、その適用は躊躇せざるを得ないだろう。しかもこれまで「隠れた利益処分」に直接、間接に言及した判例は、すべて下級審ばかりである。下級審判決を支持した最高裁も「隠れた利益処分」というキーワードは直接使っていない。唯一の例外が22条5項の適用場面である。私見によれば、株主優待金に関する最高裁大法廷判決は、実質的には「隠れた利益処分」の適用場面と思われる事例において、これを明示こそないが、積極に解している。大法廷が「隠れた利益処分」を明示的に示す法的根拠が、判決時にはあった（法税22条5項）が、事件当時にはなかったことが、原因と思われる。その後下級審ではあるが、22条5項を根拠として「隠れた利益処分」が適用されるに及び大法廷判決は、その法的根拠が追認されたものと思われる。かつて筆者もこれについて取り上げたが⁵⁾、時間の経過に伴い、「隠れた利益処分」をめぐる環境の変化も見られ、一部の論者は、「隠れた利益処分」の終焉⁶⁾を宣言するむきもあることに照らし、再論の必要を感じたのが本稿執筆の目的である。特に終焉説には、私見は消極であり、本稿は、それを論証する。隠れた利益処分が果たすべき本来の姿を直視し、現行法人税法の枠組み内で、いかに再生させるかが再論のねらいである。具体的には、法人・出資者間の取引で「利益又は剰余金の分配」に該当するのは何かについて、ドイツ法上の隠れた利益処分の経験は、まだ残っていると思われる。勿論アメリカ法の constructive dividend からのアプローチ⁶⁻¹⁾もこ

5) 村井 正『租税法と取引法』比較法研究センター（清文社）2003年225頁以下

6) 吉村政穂「出資者課税——「法人税」という課税方式（1）」法学協会雑誌120巻1号22頁

6-1) アメリカ法においても、配当概念は、会社法とは無関係に、これを広く構成しており、水野忠恒によれば、「法人から株主に対してなされた財産の分配であれ

の問題に資することはいうまでもない。

II ドイツ法における「隠れた利益処分」

ドイツ法は、所得税法20条、法人税法6条、同8条にそれぞれ隠れた利益処分に関する明文の根拠規定を置く。日本では、講学上の概念として多くの体系書が、これを扱う。ただこれをどれほど自覚的に取り上げているかと問われれば、疑問無しとしない。筆者も30有余年前の論稿でこれを取り上げ、主としてその日本判例法の展開を分析し、日独両法のねじれの生じた原因を3点(村井前掲註5参照)にまとめたことがある。その為には、ドイツ法の分析を深める必要があるが、本稿では、それをせず、前章で述べた通り、日本法における「隠れた利益処分」論の存在理由にしぼる。ただ前章でも述べた様に、「隠れた利益処分」の定義については、必ずしも明確とはいえない。今一度ドイツ法を確認しておくのも無益ではなからう。

ドイツ法人税法に関する最も標準的教科書である *Gerrit Frotscher, Koerperschaftsteuer, Gewerbesteuer 2. Aufl. 2008*⁷⁾ に従い、隠れた利益処分の説明を聞こう。

独法人税法8条3項2によれば、隠れた利益処分は、所得を減少しない。隠れた利益処分は、それ故公然たる利益処分と同視される。独所得税法20条1項

↘ば原則として配当たりうるのである。『株主の株主としての資格に対して……支払われたものである限り配当となる』(規則1-301-1(c)。……法人から株主に対する資産の移転であれば、債務の弁済、俸給、賃貸料等の形式をとるものでも配当と認定されうるのであり、株主たる資格にもとづいて資産が移転したかどうかということのみがこの場合配当を判断する基準となる)、『アメリカ法人税の法的構造』昭和63年 有斐閣 125頁)。歳入法典316条(a)項は、「配当とは……法人から株主に対してなされた財産のあらゆる分配をいう」と定義しており、会社法上の配当の形態をとらない資産の移転である仮装配当(disguised dividends)ないし認定配当(constructive dividends)をひろく包摂している。その意味では、アメリカ法の蓄積は、ドイツ法の隠れた利益処分と共に、我が22条5項でいう「利益又は剰余金の分配」の外延を画するのに資するであろう。

7) *Gerrit Frotscher, Koerperschaftsteuer, Gewerbesteuer 2. Aufl. 2008 S. 157 ff.*

「隠れた利益処分」再論

1号2文によれば、隠れた利益処分は、受領者がこれを受け取れば、資本会社の持ち分から生ずるその他の所得に属し、故に公然たる利益処分と同様に課税される。但し両規定共に隠れた利益処分の定義はない。

隠れた利益処分をとらえる目的は、法人税法8条3項1の公然たる利益処分との同視から生ずる。所得は、会社法関係が公然でなく、「隠れた」ものである場合でも資本会社と社員間の会社法関係から流出する効果により減少することはない。故に隠れた利益処分の制度は、その担税力に従い資本会社の課税の確保に資する。隠れた利益処分は、我が法人税法上も22条5項の文脈で課税所得の確保に資する限り、ドイツ法の経験から学ぶ余地は残っているものと思われる。

社員は、資本会社の成果を受け取り、資本会社に資産譲渡及び役務提供をすることができる。実務上、特に重要なのは、社員が資本会社に給付を行う事例である。貸付を介した資金調達を行うか、資本会社の執行役員として役務提供を行うかは、問わない。資本会社がこれを第三者に行えば、契約当事者間に利害対立が生ずる。資本会社が、契約相手を利する理由はない。相手から高額で買入れたり、廉価で譲渡する理由はない。しかし、資本会社と社員間には、当然の利害対立はない。資本会社が稼得した利益は、利益処分により社員に分配される。それどころか支配社員は、資本会社を自己とみなし、かつ自己の私的財産分野と資本会社の財産分野の区別を曖昧にってしまう。第三者との契約条件でなく、社員を利する条件で資産譲渡及び役務提供を行うことは、あり得る。契約条件が市場関係に相当する限りは、第三者とも契約可能であり、会社法関係は、影響を受けない。契約条件が社員を利するならば、それは、専ら会社法関係からしか理解できない。資本会社の会社法関係から流出する財産の変化は、その担税力に影響せず、従って所得として把握されない。ここでは、所得の稼得が問題なのでなく、所得の処分、すなわち社員に対する隠れた利益処分が問題なのである。

隠れた利益処分概念は、「混合的」動機（契約法、会社法関係）により、社員との資産譲渡及び役務提供から生ずる資本会社の財産の増減を区分するのに資する。即ち市場条件に相当する契約条件が問題となるのか（所得の稼得 *Einkommenserzielung* を課税上考慮する）、それとも会社関係から流出する会社

財産の増減が問題となるのか（所得の処分 *Einkommensverwendung* を課税上考慮しない）により区分するのである。上記区分の基準は、「会社法上の動機」である。

契約条件が市場関係に適合し、資本会社がこの資産譲渡及び役務提供を第三者に対しても行ったとすれば、その場合は、会社関係は役割を果たさない。社員への財産処分が専ら会社関係から説明できるなら、ここから流出する財産の増減は、担税力に触れない。社員への財産処分が会社法に基づくものであれば、これは、「利益処分」である。会社法の基盤が「隠れて」いるのは、それが外観を呈する資産譲渡及び役務提供の背後に隠れているからである。

フロッチャーは、体系的に正確に言えば、「隠れた利益処分」は、むしろ「隠れた所得処分」*verdeckte Einkommensverwendung* と呼んだ方がよい、という。実定法上の用語に替えて「隠れた所得処分」の語をフロッチャーが提案する理由は、必ずしも明らかでない。

以上で隠れた利益処分概念のスケルトンは、ほぼ明らかとなったものと思われる。そこでこれまた標準書⁸⁾を使って、隠れた利益処分を若干補足説明しておこう。

フロッチャーは、隠れた利益処分を公然たる利益処分と同視するが、これは、租税法の視点から会社法上の利益分配決議に拠らないものも公然たる利益処分（確定決算に基づく利益処分）に取り込み、その射程範囲を拡げることを意味する。

隠れた利益処分の要件の第一は、第三者比準であり、それによれば、非社員（第三者）であれば、そのような便益を享受したかが基準となる。第二の支配社員（議決権50%以上）の要件については、私法上有効、明白かつ一義的、予め締結され、実際に実行された合意の存在が基準である。

— 隠れた利益処分の重要事例群（前掲註8の図解—S.122） —

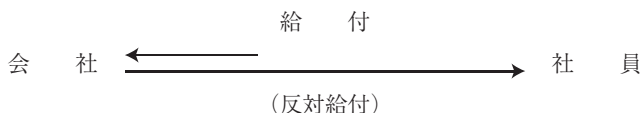
- 利益減少の形式の隠れた利益処分（＝利益処分は、費用として計上）：

8) *Otto von Campenhausen/Achim Grawert, Steuerrecht im Ueberblick Zusammenfassungen und Grafiken* 2. Aufl. Schaeffer-Poeschel Verlag 2011 SS 122-123

「隠れた利益処分」再論

社員は、会社から高額の反対給付を受け取る

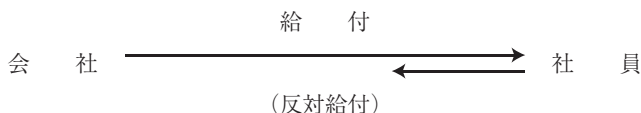
- 高額報酬
- 高額利子
- 高額賃料
- 高額価格



- 利益増加を妨害する形式の隠れた利益処分（会社は、収益を断念する）

社員は、会社に対して低額の反対給付を行う

- 低額報酬
- 低額利子
- 低額価格



- 支配社員

- 遡及的報酬引き上げ
- 社員が年末に自由にその金額を決めることのできる Tantieme
- 給付及び報酬額について詳しい取極めのない雇用契約

フロッチャーのいう会社関係の動機については、利益減少の形式をとり、これを費用として計上する事例が該当する。これは、社員が会社から高額の反対給付を受領するもので、高額報酬、高額賃料、高額売買価格がその例である。もう一つは、利益増加を阻害する形式のものであり、先の例と逆に社員が会社に対して低額の反対給付を払う事例が該当する。その例としては、低額報酬、低額利子、低額賃料、低額売買価格がある。支配社員については、報酬引き上げの遡及、お手盛り年末利益配当（Tantieme）、給付内容、給与額の定めのない労働関係がそうである。

隠れた利益処分が否認されると、会社の利益は増え、法人税、営業税、連帯付加税も増え、否認された金額は、社員の資本財産所得に加算される。

III 我が国における「隠れた利益処分」の導入、展開

3-1 大正12年・大正15年の同族会社行為計算否認規定

大正12年法73条ノ3（「行為ニ付所得税通脱ノ目的アリト認ムル場合……政府ハ其ノ行為ニ拘ラス其ノ認ムル所ニ依リ……計算」）及び大正15年改正法73条ノ2（「所得税通脱ノ目的アリト認メラルモノアル場合……行為又ハ計算ニ拘ラス政府ハ其ノ認ムル所ニ依リ……計算」）の性格については、必ずしも正確に理解されておらず、前者について藤沢弘⁹⁾は、これを租税回避否認規定とみず、「脱税行為……に拘らず適宜なる認定行為を為す」規定とみた。後者の規定についても田中勝次郎は、これを「脱税を防止する……規定」と解し、「事実上会社の収入支出であり又は其の行為が有効なる行為である為に、之を否認することが出来ない場合であっても、本来の規定に依って之を否認」することは許されるととらえたのに対し、片岡政一は、これを「租税回避と其の否認権」と正解した。田中勝次郎は、その後前説を改め、これを「租税回避行為を防止する為めに設けられた規定」としたのみならず、「隠れたる利益の処分」によってこの規定の意義を明らかにしようとした。

田中勝次郎は、次のようにいう。

「旧所得税法73条ノ2が、極めて難解の規定であって、此の規定の意義を明かすことは、恰も、難攻不落を誇る敵陣の攻略にも比すべき難事業であること、並に此の規定の本體を為すものは、法律上の形成可能性の濫用に拠る租税回避行為の防止である……此の租税回避行為の中でその又本體とも目すべきものは、法人所得税に付ては、租税回避行為に依って、法人の所得を減少する場合、即ち茲に謂ふ「隠れたる利益の処分」の場合であると云ふことが出来る。何となれば、法人所得税の負擔を軽減する方法は、所得そのものを減少する場合の外、

9) 藤沢弘『保全会社と所得税』大正14年 7頁

「隠れた利益処分」再論

例ば、資本金を故意に増大して、超過所得に対する課税を軽減しようとする場合等も想像せられるのであるが、何と云っても、その主たるものは、法人所得そのものの軽減をはかる場合であるからである。従て、若し法律上の形成可能性の濫用に依る租税回避行為、就中、法人所得に就ては隠れたる利益処分の意義を明らかにすることが出来たとすれば、難攻不落を誇る第73条の2も、その主力陣地は、もはや壊滅に帰したと同様であって、其の他の諸陣地の攻撃の如きは、恰も残敵掃蕩にも比すべき易々たるものではないかと思ふ。¹⁰⁾ (165-166頁 下線は筆者)

我が同族会社行為計算否認規定と獨の隠れた利益処分規定は、どう見ても外観上は全く異なる規定であるが、田中は、あくまでも両者の果たすべき役割、機能、趣旨目的の共通性に着目したのであろう。

田中によれば、難攻不落の73条ノ2を一挙に解決に導く切り札ないし万能薬の役割を果たすのが隠れた利益処分ということになる。ドイツ生まれの隠れた利益処分は、導入当時からかくも大きな期待を背負わせられたのである。隠れた利益処分に着目したのは、田中の慧眼というべきである。的を射たところもあれば、的外れのところもある。そのことについては、本稿で追々明らかにする。

3-2 我が国判例における「隠れた利益処分」の展開

田中勝次郎が難解な同族会社行為計算否認規定を解明するための切り札として隠れた利益処分論を持ち込んだのであるが、その切れ味はどうだったのだろうか。快刀乱麻の如く難事件を次々に処理することができたのだろうか。裁判例で隠れた利益処分に触れた事例はそれ程多くはない。そうした事例の大半は、同族会社行為計算否認規定の適用例であるが、我が国の隠れた利益処分論もドイツ法と同様、法人と出資者間の取引に限定すべきであるとすれば、判例の一部には、そうした枠組みの埒外の問題としか考えられない事例も散見される。

田中勝次郎が難解な規定として匙を投げた同族会社行為計算否認規定を明らかにするために隠れた利益処分論を用いたのであるから、判例がその点に触れ

10) 田中勝次郎前掲書註2 165-166頁

るのは当然である。

判例①¹¹⁾は、否認規定の立法趣旨を「同族会社において容易に行われがちな、いわゆる『隠れた利益処分』によって租税の負担を免れることを防止することにある」とするが、この事例の死亡役員に対する退職金が、隠れた利益処分の本来狙いとする社員に対する公然たる利益処分と同視すべきものに該当するかという切口から観察されているか疑わしい。会社が役員に対して払った歩合給が「同族会社において往々行われがちな所謂隠れた利益処分として会社の税負担を左右しようとしたもの」に該当するかが問われた判例②¹²⁾は、これに該当するとして、損金処理を否認した。判例⑩¹³⁾では、会社の系列会社に対する低額製品譲渡が問われたが、「同族会社においては、その経営権が一部の社員に独占されているため、いわゆる『隠れた利益処分』等の合理的理由を欠き、当該法人の所得、法人税の負担を減少させる行為がなされやすく、これを放置するにおいては、租税負担の公平の原則に反することになる」としているが、出資者が製品を系列会社に低額譲渡すれば、時価との差額は利益供与(=隠れた利益処分)と認定され、損金計上が否認される。これはドイツ法の隠れた利益処分の適用と同じロジックであるといえる。

これらと少々色合いの違う判例群が、役員賞与の事例である。職務執行停止の仮処分を受けた役員に対する賞与の性質が問われた判例⑦¹⁴⁾は、「他にこれをいわゆる『隠れた利益処分』と認めるに足る主張・立証のない本件にあっては、……損金に算入されるべき使用人賞与であり、利益処分と目すべき役員賞与ではないというべきである」として、税務行政当局による隠れた利益処分該当性の主張立証責任の欠缺を判断の決め手とし、その損金計上を肯認をした。仮処分を受けた役員は、役員の職務権限を奪われ、最早役員ではないとすれば、使用人賞与とみるほかないということになるだろうか。会社の代表取締役社長の結

11) 大阪地裁昭31・12・14判決 行集7-12-3109 判例③④⑤⑥⑧⑩については、村井正・前掲註5参照。

12) 大阪地裁昭33・7・12判決 行集9-7-1381

13) 鹿児島地裁昭50・12・26判決 税資83-8251, 訟月22-2-194

14) 東京地裁昭45・7・29判決 訟月17-1-69

「隠れた利益処分」再論

婚披露宴費用の損金性が問われた判例^⑨¹⁵⁾は、「本件結婚披露宴及びこれに関する費用……は、〔社長〕が個人として負担すべきであり、原告〔会社〕の所得金額算定上隠れた利益処分たる賞与として処理すべきで、損金に算入することはできない」としているが、これらの費用をもしも会社が負担したとすれば、これを役員賞与と認定し、損金性を否認した判決のような構成のみならず、更にこれを会社から出資者たる社長への隠れた利益処分と構成し、故に損金算入が否認されると構成することもできると思われる。

これらの判例群は、社員と同時に会社役員たる地位を有する事例と思われるが、役員報酬又は賞与に関する個別規定が昭和40年改正法以後新設されるに及び、同族会社行為計算否認規定で最早賄う必要がなくなるに至り、同規定の適用非該当性と共に隠れた利益処分の役割はほぼ終わったものと思われる。ましてや役員賞与が役員給与に包摂されるに至り、役員賞与の損金不算入に関する旧35条が削除され、会社法も賞与を取締役の職務執行の対価と構成（361条1項）すると、これに連動して平成18年度税制改正では、役員賞与、役員報酬を包摂する「役員給与」というくくり概念を用い、次の3種の役員給与（定期同額給与、事前確定届出給与、利益連動給与）を損金に算入することになり、損金算入の役員給与の範囲が拡大した。しかし、役員給与額のうち、不相当に高額な部分の金額は、損金に算入されない。上記3種類の給与以外の役員給与は、利益処分として損金算入されないため、法人は、実質は利益処分にあたるものを給与名義で役員に給付する傾向がある。このような隠れた利益処分に対処するため、この規定が設けられている（最判昭57年7月8日月報29巻1号164頁、最判平成9年3月25日税資222号1226頁参照）。また、特殊関係使用人に払う給与の額のうち、不相当に高額な部分は、損金に算入されない。法人経営者が、使用人である配偶者や子供に多額給与を払うことにより隠れた利益処分のおそれを防止する措置であり、不相当に高額の判定基準と同じとされる。平成18年改正により、報酬か賞与かの区別は意味を失った¹⁶⁾。かくして隠れた

15) 京都地裁昭50・2・14判決 訟月21-5-113

16) 金子宏『租税法』20版 354-364頁 なお増井良啓『租税法入門』有斐閣2014ノ

利益処分の働く余地は少なくなり、この分野での判例形成は、減小しつつあるものと思われる。

3-3 出資者への金銭給付と隠れた利益処分

ドイツ法の隠れた利益処分が想定しているものに近い適用事例をとりあげてみよう。事件当時は、現行法人税法施行前の旧法時代であり、判決時は、現行法施行後にあたる事例である。二次大戦後、大衆金融スキームとして流行った株主相互金融方式の出資者に対するリターンをめぐる出資者レベルと法人レベルの課税問題である。一は、所得税法の解釈適用の問題であり、二は、法人税法の解釈問題である。前者では、株主優待金の配当所得該当性が問われ、後者では、優待金の支払いの損金性が問われた。そこで先ず前者の事例からとりあげてみよう。

3-3-1 最高裁二小判 昭 35.10・7 民集14巻12号240頁「鈴や金融株式会社事件」¹⁷⁾

本件では、出資者に約定により支払われた株主優待金が当時の所得税法24条という「利益若しくは利息の配当」にあたるかが争点であった。当時の商法291条は、利益配当に関する規定であるため、所得税法24の「利益若しくは利息の配当」は、商法291条からの借用概念にあたるかが問われた。

そこで最高裁判決の有名なフレーズを先ず示しておこう。

おもうに、商法は、取引社会における利益配当の観念（すなわち、損益計算上の利益を株金額の出資に対し株主に支払う金額）を前提として、この配当が適正に行われるよう各種の法的規制を施しているものと解すべきである（たとえば、いわゆる蝸配当の禁止（商法290条）、主平等の原則に反する配当の禁止（同法293条）等）。そして、所得税法中には、利益配当の概念として、とくに、商法の前提とする、取引社会における利益配当の観念と異なる観念を採用しているものと認むべき規定はないので、所得税法もまた、利益配当の概念として、

↘年251-252頁をみよ。

17) 白石健三・最高裁判所判例解説民事篇昭和35年度359頁（1973）

「隠れた利益処分」再論

商法の前提とする利益配当の観念と同一観念を採用しているものと解するのが相当である。従って、所得税法上の利益配当とは、必ずしも、商法の規定に従って適法になされたものに限らず、商法が規制の対象とし、商法の見地からは不適法とされる配当（例えば蝸配当、株主平等の原則に反する配当等）の如きも、所得税法上の利益配当のうちに含まれるものと解すべきことは所論のとおりである。しかしながら、原審の確定する事実によれば、本件の株主優待金なるものは、損益計算上利益の有無にかかわらず支払われるものであり株金額の出資に対する利益金として支払われるものとのみは断定し難く、前記取引社会における利益配当と同一性質のものであるとはにわかに認め難いものである。されば、右優待金は、所得税法上の雑所得にあたるかどうかはともかく、またその全部もしくは一部が法人所得の計算上益金と認められるかどうかの点はともかく、所得税法9条2号にいう利益配当には当たらず、従て、Xは、これにつき、同法37条に基く源泉徴収の義務を負わないものと解すべきである。
(下線は筆者)

「利益配当」について最高裁がいわんとするところは、① 商法は、取引社会の利益配当を前提、② 所得税法上の利益配当は商法上不適法なものも含む、③ 優待金は、出資に対する利益金とのみ断定できず、取引社会の利益配当と同一性質のものとして「にわかに認め難い」と要約できる。

最高裁は、利益配当については、所得税法も商法も同一観念をとり、取引社会のそれを前提とするから、適法、不適法は問わず、これをひろく包摂する立場をとる。株主優待金が仮に違法であるとしても、そのことの故にこれを利益配当から排除する態度を最高裁はとっていない。しかし、③にみるように、最高裁は、優待金の利益配当該当性を否定した。「にわかに認め難い」とすることで、最高裁の態度に「躊躇」がみられるが、優待金が損益計算上利益の有無にかかわらず支払われる点を重視し、結局消極に与した。この点に着目した結果、借用概念の立場を維持したものとして、本小法廷判決は位置付けられる。加えて「利益配当」の外延を画するため、上記①の取引社会の利益配当は、一つの大きなヒントとなるものと思われる。

3-3-2 最高裁判 昭43・11・13民集22巻12号2449頁「東光商事株式会社事件」¹⁸⁾

株主優待金を株主へ払った株式会社は、資金調達のコストとしてこれを損金算入できるであろうか。これについては、昭43・11・1最高裁大法廷が会社・株主間の取引で株主の法的地位に基づく金銭的給付をひろく利益配当と構成し、その後の昭45・7・16最高裁小法廷判決もこれを踏襲して、損金算入を消極に解した。これらの最高裁判決は、直接「隠れた利益処分」に触れるところはないが、下級審では、一部触れるところがあり、更には奥野健一裁判官が反対意見でこれに触れている。これらは、先述の事例と同様、株主優待金を扱う事例であるが、先の所得税法上のものと違い、法人税法上の損金性を問うものである。これらの法人税法上の事例においては、所得税法上のそれとは異なり、借用概念論は展開されなかった。論者の中には、2-3-1の様な借用概念の切口でこれを扱わなかった点に疑義を呈するものもある（忠佐市）が、私見によれば、この法人税事例は、あくまでも旧法人税法の適用事件であり、現行法人税法22条5項の「利益又は剰余金の分配」のような借用概念が存しなかったことに照らせば、借用概念論を展開する余地はなく、最高裁が会社・株主構成の視点からこれを展開したのは正しい。そこで先ず大法廷の判旨を掲げることしよう。

ここにいう損金とは、一般的には、法人の純資産の減少をきたすべき損失を指すもので、……（3）当該事業年度の損失の額で資本等取引以外の取引に係るもの等は、いずれも当該事業年度の損金の額に算入されるべきものであろう（現行法人税法22条3項参照）。しかし、だからといって、法人の純資産減少の原因となる事実のすべてが、当然に、法人所得金額の計算上は損金には含まれないというべきであり、また、いわゆる「利益の処分」のごときも、年度ごとの所得額が算定され、課税された後にはじめて可能となるものであるから、所得額算定の要素としての損金に含まれないことはいうまでもない。

18) 訟月14-12-144/判時541-3/判タ229-89/可部恒雄・最高裁判所判例解説民事篇昭和43年度（下）1432頁（1969）

「隠れた利益処分」再論

……「資本の払戻し」や「利益の処分」以外において純資産減少の原因となる「事業経費」は、原則として、損金となるものというべきであるが、仮りに、経済的・実質的には事業経費であるとしても、それを法人税法上損金に算入することが許されるかどうかは、別個の問題であり、そのような事業経費の支出自体が法律上禁止されているような場合には、少なくとも法人税法上の取扱いのうえでは、損金に算入することは許されないものといわなければならない。

ところで、株主の募集に際し、株式会社が、株式引受人または株式買受人に対し、会社の決算期における利益の有無に関係なく、これらの者が支払った払込金または代金に対し、予め定められた利率により算出した金員を定期に支払うべきことを約するような資金調達の方法は、商法が堅持する資本維持の原則に照らして許されないと解すべきであり、従って、会社が株主に対し前示約定に基づく金員を支払っても、その支出は、法人税法上は少なくとも、資本調達のための必要経費として会社の損金に算入することは許されないところといわなければならない。もっとも、商法は、株式会社の資金調達を容易にするため、いわゆる建設利息の配当を認め、法人税法上も、その配当金を会社の損金とすることを許しているが、これは、法律が厳格な制約（商法291条参照）のもとに特に許容した特例にすぎない。建設利息について、このような厳格制約が存することと対比してみても、資金調達のための必要経費だからといって、無条件に損金に算入することが許されないことは当然というべきである。

また、これを別の見地からみると、Xの新株を買い受けて株主となった者は、Xに対し借入金の返済として支払われる金員以外には、何らの資金を支出しているわけではなく、しかも、Xは、右金員の支払を受けてはじめて新株発行による資金調達の目的を達しているのであるから、株式買受人による右金員の支払は、その実質において株金の払込みと何らその性質を異にするものではない。従って、Xが株式買受人に対して支払う本件株主優待金は、実質的には、株主が払い込んだ株金に対して支払われるものにほかならないといえることができる。そして、会社から株主たる地位にある者に対し株主たる地位に基づいてなされる金銭的給付は、たとえ、Xに利益がなく、かつ、株主総会の決議を経ていない違法があるとしても、法人税法上、その性質は配当以外のものではありません。これをXの損金に算入することは許されない。また、本件株主優待金は、会社

が前示約定に基づき会社の決算期における利益の有無に関係なく、約定の利率により算出した金員を定期に支払うものであって、配当とはその性質を異にすることXの主張のとおりとしても、このような金員の支払は、前示のとおり、法律上許されないのであるから、少なくともその支出額を必要経費として法人税法上会社の損金に算入することは許されないといわなければならない。……裁判官松田二郎の違憲および裁判官奥野健一の反対意見があるほか、裁判官全員一致の意見により主文のとおり判決する。(下線は筆者)

この事件は、現行法人税法に関する適用事件ではない。旧法9条1項(総益金、総損金)から構成された旧法人税法の事件である。判決時には、現行法人税法が既に適用されていたため、本件大法廷判決は、実際上は、現行法に引張られたところがある。22条3項、22条5項のような規定は、旧法になかったが、考え方そのものはあったとすれば、現行法は、確認規定にすぎず、問題はない。確認か創設かは、つねに微妙である。しかし、大法廷は、先述の小法廷と異なり、借用概念論は展開しなかった。旧法に「利益又は剰余金の分配」に相当する明文規定が存しなかったからである。忠佐市¹⁹⁾は、その点を批判するが、旧法の適用事件であることに照らせば、大法廷の判断は、むしろ妥当というべきである。

株主優待金の損金性は、これを資金調達のコスト(事業経費)と構成するか、

19) 忠佐市は、「株主優待金についてその租税法規の解釈適用を考える場合において、例えば『隠れた利益処分』その他の理由のもとに、商法上の法的要件には必ずしもとらわれない租税法上の解釈態度が許されるのか、それとも、法人の利益の配当という租税法令の規定があるときは、先ず、商法の法的要件にしたがって解釈されるべきであるかが、租税法律主義の原理のもとにおいては、そのことが、まさに論点であったはずである。借用概念の論理は、その部分的な論理として考えることはできるが、解釈理論を展開させるべき内容を備えているものではない。」忠佐市『租税法の基本論理』185頁として、借用概念を全体的な解釈論理として構成することに消極的な態度をとる。忠のロジックは、借用概念を基本的な解釈原理として貫徹するのであれば、大法廷の事例でも、先の小法廷の事例と同様に、商法でいう「利益の配当」の要件を充足するか否かという観点からこの問題に接近しなかったのはなぜかが問われるべきであるとの主張のようである。(なお村井・前掲書註20-21頁参照)

「隠れた利益処分」再論

それとも株金払い込みに対する支払と構成するか、のうち前者と構成することを意味する。

奥野反対意見は、

融資を希望しない株主相互金融方式の加入者から資金を調達するために必要な経費であって、恰も、銀行等の金融機関が預金者に対して支払う利息と同様の性質を有するものであり、従って、いわゆる「隠れたる利益処分」に該当しないことも明らかである。

松田意見は、奥野反対意見の「事業遂行上必要な経費」にも多数意見の「事業経費の支出自体が法律上禁止されているような場合」の損金性否定論にも賛成しない。松田意見は、多数意見の結論には賛成するが、その根拠たる「違法支出」に疑問を抱く。先述の小法廷が違法配当もひろく取引慣行に包摂する判断との整合性に照らせば、この点は松田意見の方に説得力がある。

奥野反対意見のように、優待金を事業経費と構成すれば、「隠れた利益処分」の余地はない。

多数説は、本件を会社一株主の関係と構成し、そのコロラリーとして出資と配当と捉えた。多数説は、株式買受人による金員の支払いを株金の「払い込み」と構成すると共に、株主優待金を株主の払い込んだ株金に対する支払い「配当」と構成することによって、損金性を否定したのである。多数説は、配当をひろく「会社から株主たる地位にある者に対し株主たる地位に基づいてなされる金銭的給付」と構成し、利益及び総会決議の不存在という違法を不問に付している。ということは、金銭的給付は、適法、違法を問わないことを意味し、大法廷は、明言こそしないが、「隠れた利益処分」を認めたことになる。大法廷は、適法違法を問わない金銭的給付をどちらかといえば、現行22条3項の損金非該当性の切口で判断したように見えるが、明らかに損金のポジティブ・リストである「損失の額で資本等取引以外の取引」とは反対のネガティブ・リストである「法人が行う利益又は剰余金の分配」を意識したものと思われる。

3-3-3 東京地裁昭55・3・10 刑事25部判決 判タ417-156²⁰⁾

別件の下級審は、現行法人税法の適用事例であり、「隠れた利益処分」を現行法人税法22条5項の「利益又は剰余金の分配」の射程範囲に入れた事例である。これは、法人が支出した政治献金について、それが確定決算において利益処分により支出したときは、損金性が否定されるところ、簿外収入から簿外寄付金が支出されたものも法37条1項に含まれるとし、更には、次のように「隠れた利益処分」について注目すべき判断を示す。

Nが被告会社T観光から簿外で毎月受領していた300万円は、同人が代表取締役を辞任し経営権を放棄したことの代償として、同会社の利益の分配を受けていたものと認められる。それは、税法上は、被告会社T観光が株主であるNに対し、その出資者たる地位に基づいて会社の資産を交付する場合であり、資本等取引として法人が行う利益の分配（法人税法22条5項）に該る。同条項は法人が確定した決算において利益または剰余金の処分により配当した場合に限らないから、本件は、講学上の、いわゆる「隠れたる利益処分」ということができる。……被告人は、……各被告会社の実質経営者として認められるので、当該法人の経営に従事しているものとして税法上役員とみなされ（法人税法2条15号、同法施行令7条）、従って、本件は役員に対する利益処分たる役員賞与（同法35条1項、4項）となる。

また、他面において、被告人は、各被告会社の出資者であることからみれば、本件は、前記Nに対する「隠れた利益処分」と同様に、各被告会社が、株主である被告人に対し、その出資者たる地位に基づいて会社の資産を交付したものであるとして、法人の行なう利益の分配としてのいわゆる「隠れたる利益処分」となるものともいい得る。

従って、右のいずれにおいても利益処分であるので、被告人の費消した本件金員は損金たりえないといわなければならない。（下線は筆者）

本件東京地裁判決は、会社と出資者間の利益または剰余金の分配を「確定決

20) 本件の東京高裁及び最高裁は東京地裁を支持するが、そこでは隠れた利益処分論は展開されていない。

「隠れた利益処分」再論

算による利益配当」, すなわちドイツ法の「公然たる利益処分」のみならず, 簿外で受け取った金員及び役員賞与を「隠れた利益処分」と構成する。

本判決の最も注目すべき点は, 22条5項の「利益または剰余金の分配」を隠れた利益処分の法的根拠と明言したことである。本件は, 会社一出資者間の利益配当の射程を「確定決算」以外によるものに拡げていることに照らせば, 先の大法廷判決と基底を同じくするものであるが, 22条5項を根拠として明示した点が特筆に値する。

本件においてT社の株主Nが毎月受領した300万円は, Nが役員たる地位を失い, 出資者の地位に基づき受け取った資産であるから, これを「利益又は剰余金の分配」と構成する判決には賛成であるが, 後段の簿外収入からの簿外寄付金についての判断には私見は反対である。法22条5項の「利益又は剰余金の分配」は, 法人出資者間の利益配当に限定されると解するから, 簿外寄付金をもこれに包摂する判決の解釈は, 誤りである。法37条1項は, 「確定した決算において利益又は剰余金の処分による経理」の対象となる寄付金に限定されており, 公然たる利益処分, すなわち公表帳簿上の利益処分に限定しており, 簿外支出のものを含むとする本判決は誤りである。従って, 本件の様な簿外支出は, むしろ損金算入を認めるものと解すべきである。

本件判決が22条5項の射程を簿外寄付金にまで拡げたのは, 上述の通り, 誤りである。更に本件判決は, 旧法の総損金との文脈で利益処分によるものすべてを包含するという幣をおかしている。旧法は, 利益処分によるものであれば, 利益配当のみならず, 認定賞与, 寄付金を広くとりこむ立場をとっていたが, 現行の22条5項は, 「公然たる利益配当」と「隠れた利益配当」に限定される。役員賞与の損金不算入は, それが「利益又は剰余金の分配」に該当するからではなく, 別段の定め(法35条①)によるからである。

む す び—隠れた利益処分と法人税法22条5項

隠れた利益処分は, 同族会社行為計算否認規定を解明するため, 昭和10年代に田中勝次郎がドイツ法から導入したものであるが, 当初は, 田中勝次郎, 中

川一郎、清永敬次、増井良啓²¹⁾等によるドイツ判例、学説の紹介に始まり、漸次判例においても撰取される場所となったが、同族会社行為計算否認規定の果たした役割が、法人税法の整備に伴う個別分化により、特に隠れた利益処分の果たす役割が縮小し、租税判例での適用事例が遞減していることは確かである。吉村政穂²²⁾は、次の様に隠れた利益処分の果たす役割を消極に解する。

そもそも、かかる議論において盛んに参照されたドイツ法上の概念は、明示的な利益処分の形式によらず、隠された形式の下に会社から社員に利益の移転が行われる局面を対象としていた。すなわち、その要素として、隠された形式の下でなされる利益処分であることと、それが会社から社員に対してなされることが含意されていた。我が国において、この後者の要素について、社員に対する利益の移転に限定されるかが争われたが、それも、結局は社員の近親者への利益流出を念頭に置いたものだった。

このように、一見広い範囲をカバーするような論理の展開がなされながらも、その内実は小規模閉鎖会社における租税回避否認論の一類型にとどまっていた。そして、法人税の規定の整備が進むと同時に、法律の根拠がない限り租税回避行為の否認が認められないとされるようになった現在においては、その役目を終えたともいえる（下線は筆者）。

しかし、筆者は、そうは思わない。これまでの隠れた利益処分は、法人税法22条3項²³⁾の損金該当性の切口で展開されてきたが、今後は、法人税法22条5項の「利益または剰余金の分配」の外延をどこまで認めるのかについて展開されるものと思われる。「法律の根拠がない」のではなく、22条5項という「法律の根拠」が存するのである。昭和40年・41年法人税法改正において、中心的设计者の役割を演じた武田昌輔²⁴⁾は、22条5項（当時は4項）の「利益また

21) 増井良啓『結合企業課税の理論』東京大学出版会 2005年

22) 吉村前掲註6 22頁

23) 法人税法22条3項と5項の関係については、増井良啓『租税法入門』有斐閣2014年 231-232頁をみよ。

24) 武田昌輔は、その後ややこの考えを緩和し、「およそ課税上、利益等の分配であれば、損金不算入となるという点が「利益の配当」を損金不算入とすることを奇ノ

「隠れた利益処分」再論

は「剰余金の分配」の含意として、「隠れた利益処分」に消極的であるが、先述したように、租税判例は、既に武田の意図と無関係に「隠れた利益処分」をこれにとりこむ方向で展開している。吉村が指摘するように、確かに支払い側の法人の事情と受け取り側の出資者の事情が必ずしも整合しないように見えるが（大法廷の多数意見）、松田二郎意見は、正にその点を指摘したものと思われる。

小稿では、我が国での隠れた利益処分をめぐる判例学説の一端を紹介すると共に、「役目を終えた」どころか、今後は、22条5項を根拠にどこまで「隠れた利益処分」の外延が広がるかが課題である。その際、企業法形態の多様化に伴い、そのリターンの諸態様が「利益または剰余金の分配」との文脈でどこまで変容を遂げるのだろうか。ドイツ法人税法には、わが22条5項のような規定がないことに鑑み、ドイツ法上の隠れた利益処分論が我が国の議論にどこまで資するかは、わからない。資本等取引から生ずる純資産の減少は、損金に算入しない。株式会社が株主に利益配当する場合、配当の原資は、法人税納付後の利益であるから、支払い配当を損金算入しない（旧法上の建設利息は、例外）。

吉村は、隠れた利益処分の役目は終わったというが、旧法時代の利益処分によるものすべてが「隠れた利益処分」と解する考え方については、その通りであるが、現行法上は、個別規定への分化により「隠れた利益処分」は、「利益又は剰余金の分配」に限定されており、今後は「認定配当」、「解釈上の配当」、「隠れた利益配当」の問題として継続するものと思われる。

ㄨ貨として、広範囲なものとしたことに問題があるとした。要するに、法人が、たとえば、利益の分配と見られる項目を損金経理していても、それは利益の分配とみられるときは、資本等取引として損金不算入とすることとしたのである。いわば隠れたる利益処分は資本等取引となる。」とする。武田昌輔「法人税法全文改正に関する若干のコメント」村井正先生喜寿記念論文集『租税の複合法的構成』143頁 清文社 平成24年

(追記)

移転価格税制と隠れた利益処分——日独租税条約と配当軽減税率

ドイツの移転価格税制は、実は二つの相異なる法的基礎からなる。第一は、隠れた利益処分（法人税法8条3項）と隠れた払い込み（所得税法4条1項、法人税法8条3項3）であり、これは国内取引のみならず、国境を跨ぐ取引にも適用される。第二は、対外取引課税法（AStG）1条であり、これはクロス・ボーダーな資産譲渡、役務提供を対象とし、出資者、子会社（abhaengige Gesellschaft）に適用される（移転価格税制）。この二群の規定は、併存関係にあり、並行的に適用される。AStG 1条の法律効果が他規定のそれより高額になる場合は、隠れた利益処分規定の適用が問題となる。隠れた利益処分規定の法律効果が、AStG 1条のそれより、高額になるときは、これを適用してもよい。逆に隠れた利益処分規定の法律効果が、AStG 1条の法律効果を下回る場合は、隠れた利益処分を適用し、かつ AStG 1条により増額更正する。会社関係に基づく子会社から出資者（コンツェルン親会社）への財産移転は、子会社の法人税の減少を生じない。子会社が、親会社から資産譲渡、役務提供を受け取り、かつ子会社がこれに対して市場価格を越える移転価格を払うならば、子会社は、高価で財産要素を親会社へ移転したことになる。子会社の財産は、これによって会社法上の原因に基づき減少する。これに対して子会社が親会社へ資産譲渡、役務提供を行い、かつこれに対して市場価格を下回る価額を受け取れば、子会社自身に属する財産増加は生じない。子会社の所得は、会社法上の理由に基づき財産増加の妨害により減少する。両者の事例は、連邦財政裁判所の判例（BFHv.22.2.1989, BStBl. II 1989, 475）によれば、隠れた利益処分とみなされる。資産譲渡、役務提供が、親子会社間でなく、兄弟会社間で行われるならば、近親の類似者への隠れた利益処分となる。兄弟会社が、資産譲渡、役務提供を他のコンツェルン帰属会社へ市場価格を超える価格で支払えば、親会社に対する支払と同様に、兄弟会社の財産を会社法上の理由に基づき減少させたことになる。（*Gerrit Frotscher, Internationales Steuerrecht 4Auf. 2015 S.S*

336-337)

以上の通り、移転価格が否認され、増額更正されたならば、増額更正額は、子会社から親会社への「隠れた利益処分」とみなされ、配当に対する源泉徴収がなされる。日系ドイツ子会社が配当可能利益のない欠損会社であったとしても、隠れた利益処分が認定されると、源泉税率が適用される。旧日独租税条約上は、これに15%の軽減配当税率が適用されていたため、日系ドイツ子会社は、条約上の軽減税率の適用届出書を提出する必要があった。しかし、2015年の新日独条約は、親子会社間について、免税となった。隠れた利益処分の認定による配当課税は、なくなったが、免税を受けるためには、届出書により適用証明を取得しておかないと26.375%の国内法上の税率が適用される。

尚、日系ドイツ子会社の移転価格が、隠れた利益処分と認定され、更正額が配当とみなされながら、条約上の免除を受けられず、ドイツ国内税率を適用されたと仮定した場合、当該ドイツ源泉税が我が外国税額控除の対象となるかについては、検討の余地がある。その為には、ドイツ法上の隠れた利益処分を日本法において、どのように扱えばよいか、という難問に直面するからである。