

法人税法における有価証券の売買についての一考察 －クロス取引における権利の移転を素材として－

A Consideration on the Sale and Purchase of Securities in Corporate Tax Law -Focusing on Transfer of Rights by Wash Sales Transactions-

高木 直子*

要約**

法人税法上の有価証券の期末時の取扱い、評価換えに対する規制の対象となる。すなわち、原則として評価換えによる損金算入は禁止され（法人税法 33 条 1 項）、一定の除外事由に該当する場合に限り、それが認められる（法人税法 33 条 2 項、同法施行令 68 条 2 号）。ただし、売買目的有価証券に該当する場合には、評価換えに対する規制の対象外とされている。

しかし、課税実務上では、売買目的以外の保有目的有価証券につき、期末時において、現実に出ている損益を顕在化させたいとのニーズがあり、期末時に保有株式を売却し、その後に同一銘柄を買い戻すクロス取引たるものが行われてきた。

法人が保有する有価証券（法人税法 61 条 1 項 1 号に規定する売買目的有価証券を除く。）を売却した直後に同一銘柄を同一株数購入した場合、課税実務では、その売却はなかったものとして取り扱われることになる（法人税法基本通達 2-1-23 の 4）。

このクロス取引による有価証券の売却損の損金算入を否定した上記通達は、平成 12 年に創設されたものだが、通達創設前も税務上クロス取引を評価損の計上としてとらえ、有価証券の評価損の損金算入の要件を満たしていないものを否認するとした執行が行われてきた。

しかし、上記通達創設前の裁判例ではクロス取引を行った売却損の額について、「現実に売買が行われたものであり、その値下がりやを顕在化させたものであるため、不合理な取引であるということとはできない」として更正処分が取り消されている。

このように、上記通達創設前の国税不服審判所の判断の下においては、「不合理な取引であるということとはできない」とされたものを、その後の法改正なしに通達のみで「その売却はなかったものとして取り扱われることになる」と規定することは疑問である。

また、この通達の規定は、金融商品会計基準に関する実務指針が公表されたことにより、クロス取引を「売買として処理しない」と定められたものであるが、法人税法で直接的に規定されたものはないし、この通達の規定は法令の規定を直接解釈したものとはいえない。

収益・原価・費用・損失は法人税法の最も重要な課税要件である。これらの解釈について、税法で規定せず、金融商品会計基準に関する実務指針から法人税法 22 条 4 項の公正処理基準を媒介として、通達のみで規定することは課税要件法定主義の観点から問題である。

したがって、クロス取引に係る売買取引を認識しないというのは、課税要件事実に関わることであり、租税法主義に反すると考える。

本稿では、会計上の考え方に変更があった場合に、法人税法上の法改正なしに公正処理基準を介して通達限りで規定すること、また国税不服審判所の判断と異なる規定を通達で定めることの問題点を検討し、法人税法の所得計算規定は未実現利益の排除、実現主義であり、経済的合理性のある現実の取引として実現した損失は認められるべきであることを明らかにする。

* 修士（ビジネスロー）（青山学院大学）

** 本稿は、筆者が本学修士課程を修了するにあたり作成した特定の課題についての研究の成果を大幅に加筆修正したものである。

【目次】

はじめに

第1章 法人税法上の有価証券のクロス取引

第1節 国税不服審判所平成4年6月30日裁決

上場株式のクロス取引による売却損が評価損と認定され、損金算入の可否が争われた事例

1. 事案の概要

2. 請求人の主張

3. 原処分庁の主張

4. 裁決要旨

第2節 クロス取引とは

1. 会計上のクロス取引

2. 税務上のクロス取引

3. クロス取引が行われてきた背景と通達創設の趣旨

第3節 租税法律主義と通達のみで規定されることの是非

第4節 評価損の損金算入との関係

第5節 問題の所在

第2章 法人税法上の有価証券

第1節 平成12年度税制改正前の取得原価主義・実現主義

第2節 時価法導入の経緯と現状の問題点

1. 現行法の期末評価制度

2. 時価法導入の経緯

3. 時価法導入の論拠と問題点

第3節 クロス取引の対象有価証券

第4節 譲渡の概念

第5節 クロス取引における取引の一括性・分割性

第6節 小括

第3章 法人税法と企業会計との関係

第1節 法人税法22条4項の立法経緯

第2節 公正処理基準と法人税法

第3節 公正処理基準の静態的解釈と動態的解釈

第4節 通達で補完されることの問題点

第5節 小括

第4章 クロス取引と実現主義

第1節 実質所得者課税の原則との関係

第2節 所得税法におけるクロス取引

第3節 法人税法上の実現概念

第4節 時価法と実現主義

第5節 小括

おわりに

はじめに

有価証券の法人税法（昭和 40 年法律 34 号）における取扱いは、平成 12 年度税制改正¹⁾により、大きく変化した。すなわち、この改正によって、従来採用されてきた取得原価主義を改め、時価主義が導入された。

法人税法上の有価証券の期末時の取扱いは、評価換えに対する規制の対象となる。すなわち、原則として評価換えによる損金算入は禁止され（法人税法 33 条 1 項）、一定の除外事由に該当する場合に限り、それが認められる（同条 2 項、法人税法施行令 68 条 2 号）。ただし、売買目的有価証券に該当する場合には、評価換えに対する規制の対象外とされている。

しかし、課税実務上では、売買目的以外の保有目的有価証券につき、期末時において、現実に出ている損益を顕在化させたいとのニーズがあり、クロス取引たるものが行われてきた。

このクロス取引は、平成 12 年の通達改正により創設された「法人が保有する有価証券（法人税法 61 条 1 項 1 号に規定する売買目的有価証券を除く。）を売却した直後に、同一銘柄を同一株数購入した場合、課税実務では、その売却はなかったものとして取り扱われることになる。」（法人税法基本通達 2-1-23 の 4）との定めにより、「その売却はなかったものとして取り扱われる」ことになっている。

しかし、この通達の創設前の裁決例において、国税不服審判所は、クロス取引における売却損について、「実際に存在する損失を顕在化する目的で行った取引であり、不合理な取引とは言えない」として、更正処分を取り消している。

このような国税不服審判所の判断があるにも関わらず、その後において、法律の改正なしに上記のような通達が定められることは問題ではないだろうか。

他方、同様の裁決例²⁾があるにも関わらず、現状において、有価証券のクロス取引は、個人の取引である所得税法上では容認されており、法人税法上では認められていない。

所得税法（昭和 40 年法律 33 号）における有価証券の課税については、「貯蓄から投資へ」という政策的要請のもとに証券税制は変化してきたが、金融所得課税の一体化が平成 28 年度から開始されている³⁾。

このように、法人税法上では通達のみで定められ、否認の対象となり得るとされている。

しかし他方で、所得税法上では、更正処分が取り消された後クロス取引を容認し、今日に至っているのはなぜなのか。

1) 国税庁「法人税関係法令の改正のあらまし（金融取引・外貨建取引関係）」。
<http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/joho-zeikaishaku/hojin/020404/01.htm>
(2017/11/24 確認)。

2) 国税不服審判所裁決平成 2 年 4 月 19 日裁決事例集 39 集 106 頁。

3) 財務省「平成 25 年度税制改正の大綱（平成 25 年 1 月 29 日閣議決定）」1 頁。
http://www.mof.go.jp/tax_policy/tax_reform/outline/fy2013/25taikou_01.htm
(2017/11/24 確認)。

本稿では、国税不服審判所平成4年6月30日裁決⁴⁾(以下「平成4年裁決」という。)を素材として、法人が行ったクロス取引について、それを売買と認めない税務上の理由を検討する。また、税務上の取扱い、企業会計準拠主義により会計上の取扱いに依拠したものであるとされているが、その理由が課税理論上妥当かどうかについても検討する。

本稿は、全4章から構成されている。

まず第1章では、法人のクロス取引に関する裁決例において、否認された経緯と課税処分が取り消された判断について、関連する法令の解釈やクロス取引が行われてきた背景と通達改正の趣旨及び問題点を確認する。

第2章では、法人税法上の有価証券の取扱いについて、従前の取得原価主義と現行法を比較し、時価主義導入の経緯について確認する。また、売買目的有価証券に該当した場合には、このクロス取引という概念自体がなくなるため、その境界線についても検討する。

さらに有価証券特有の譲渡の概念とクロス取引における取引の一括性・分割性について紐解くことを試みる。

第3章では、法人税法と企業会計の関係について検討していく。ここでは、企業会計準拠主義とされている法人税法が、会計基準が変更された場合について、法人税法自体の改正なしに法人税法に反映されること、通達のみで規定されることの問題点について検討する。

最後に、第4章では、所得税法におけるクロス取引の取扱いについて確認し、実質課税の原則が発動される際の論拠と実現主義についての観点から検討を加え、問題の解決に向けた提言を行う。

第1章 法人税法上の有価証券のクロス取引

法人税法上の有価証券のクロス取引は、平成12年の通達改正により、売買とされないと定められたが(法人税法基本通達2-1-23の4)、従前から評価損として否認されるものとして取り扱われてきた⁵⁾。

本章では、有価証券のクロス取引につき課税処分が取り消された事例を取り上げ、法人税法上のクロス取引が否認されている現状の問題点を整理する。

第1節 国税不服審判所平成4年6月30日裁決

1. 事案の概要

A株式会社はX商品の卸小売業を営む非同族会社であるが、次表①で保有していた株式を②のように売却し、それを同時に③のとおり売却価額と同額で同株数の買入れをするい

4) TAINS F0-2-012(非公開裁決)、山本守之「クロス取引による株式(店頭銘柄)の譲渡損」税務事例研究67号(2002年)8頁。

5) 平成4年裁決において、原処分庁は「クロス取引による売却損は、評価損であり、評価損の損金算入要件を満たしていない」として更正処分を行っている。

わゆるクロス取引を証券会社を通じて行い、その結果生じた④の売却損を当期の損金の額に算入した。

区分		××証券(株)	○証券(株)	△△証券(株)	合 計
① 取得 金額	数量	20 株	15 株	15 株	50 株
	単価	1,900,000 円	1,900,000 円	1,900,000 円	1 円
	金額	38,000,000 円	28,500,000 円	28,500,000 円	95,000,000 円
② 売却	年月日	平成元年 3 月 29 日	平成元年 3 月 29 日	平成元年 3 月 30 日	
	数量	20 株	15 株	15 株	50 株
	単価	1,510,000 円	1,500,000 円	1,520,000 円	1 円
	金額	30,200,000 円	22,500,000 円	22,800,000 円	75,500,000 円
③ 買入	年月日	平成元年 3 月 30 日	平成元年 3 月 29 日	平成元年 3 月 30 日	
	数量	20 株	15 株	15 株	50 株
	単価	1,510,000 円	1,500,000 円	1,520,000 円	1 円
	金額	30,200,000 円	22,500,000 円	22,800,000 円	75,500,000 円
④ 売却 損	金額				
	①－ ②	7,800,000 円	6,000,000 円	5,700,000 円	19,500,000 円

(山本・前掲注 4) 8 頁より)

原処分庁は、これに対し本件売却損は有価証券の評価損に該当するとした上で、本件株式は評価損の計上要件を満たしていないから、本件売却損の額を損金の額に算入することはできないとして法人税の更正処分等を行い、A 社はこの更正処分等を不服として審査請求に及んだ。

2. 請求人の主張

請求人の主張は、次のとおりである。

(1) 昭和 63 年 10 月以降の株価の下落により、本件株式に含み損が発生していたところ、請求人は、企業会計原則の保守主義の原則により常に含み損を顕現化して健全な経営を行うため、本件クロス取引を行ったものである。

したがって、かかる請求人の行為は、経済人としての合理的かつ正当な取引である。

(2) 本件売却損は、公開株式市場における株式売買の結果、現実には発生し確定した損失であり、これは評価損と性質を異にするから法人税法 33 条の規定の適用はなく、当然に当期の損金の額に算入されるべきである。

3. 原処分庁の主張

これに対して原処分庁は、本件売却損は次の理由により有価証券の評価損に該当するの

で、法人税法 33 条及び同法施行令 68 条の規定により、損金の額に算入されないと主張した。

(1) 請求人が行った本件株式の売買は、証券市場における株価低落に伴い含み損を計上するために行われたクロス取引であり、経済人としての通常の取引とは認められない不合理なものである。

(2) 一般にクロス取引が実需に基づいて行われる取引でないこと、及び請求人が本件クロス取引に関して作成した社内りん議書の内容からみても明らかとなっており、請求人には、本件株式についてもともと売却の意思はなく、含み損を計上する目的以外に理由はないから、本件クロス取引は、専ら実質的な評価損の計上を目的として行われたものと判断される。

(3) ところで、法人が所有する株式等の有価証券については、一定の事実が生じた場合に評価損の損金算入が認められており、上場株式については事業年度来の価額がその時の帳簿側額のおおむね 50% を下回り、近い将来その価額の回復が見込まれない場合に限り、評価損の計上が認められている。(法人税法施行令 68 条第 2 号イ、法人税基本通達 9-1-7)

(4) 請求人の場合、本件株式については、上記③の評価損の計上条件を満たしておらず、したがって、請求人が含み損を計上するために行った本件クロス取引による本件売却損の額は、損金の額に算入することができない。

4. 裁決要旨

国税不服審判所は、次の理由により、本件売却損は損金の額に算入できるとして更正処分等を取り消した。

(1) (イ) 昭和 63 年 10 月以降、株式市場の低迷で全体的に株価が下落していたこと、(ロ) 請求人は、含み損を顕在化する目的で本件クロス取引を行ったこと、(ハ) 本件売却損の額は、保有している株式が取得価額以下に値下がりしたことによって生じたものを売買によって顕在化させたものであって、現実存在したものであり、意図的に作り出したものではないこと、(ニ) 本件株式は上場株式であり、本件売買は証券会社を通じ公開株式市場において取引されていること、及び(ホ) 決済は、売却、買入れともそれぞれ相手方に振り込むか又はその差額を振り込む方法で行われていることなどを総合的に判断すれば、本件クロス取引によって結果として損失が生じるとしても、これをもって本件クロス取引が不合理な取引であるということはできない。

(2) したがって、評価損の計上によらず現実の取引によって売買損益を発生させ、これを確定させることについては、特段の事情がない限り否定すべき理由はなく、本件クロス取引の場合、株式の値下がりによる損失を現実の売却によって実現しているのであるから、これを評価損と同一視することはできず、本件売却損を損金の額に算入できるとする請求人の主張には理由がある。

第2節 クロス取引とは

「クロス取引」とは、同一の証券会社が同一銘柄の株式に同数の売りと買いの注文を出

して、これを一挙に成立させる取引をいう⁶⁾。

本稿においては、平成12年の通達改正により創設された「法人が保有する有価証券（法人税法61条1項1号に規定する売買目的有価証券を除く。）を売却した直後に、同一銘柄を同一株数購入した場合、課税実務では、その売却はなかったものとして取り扱われることになる。」（法人税法基本通達2-1-23の4）との定めにより、「その売却はなかったものとして取扱われる」ことになっていることを前提とし、有価証券の売却と同時に同一有価証券を同数及び同価額で購入する取引（その逆に、購入と同時に同一有価証券を同数及び同価額で売却することを含む。）について、「クロス取引」と定義し、検討を進めていく。

平成12年の法人税基本通達改正前においては、クロス取引における損失は、法人税法上において、クロス取引を否認する明確な規定がなかったため、評価損に該当するとして否認されるものとして取扱われてきたが、平成11年1月22日に企業会計審議会が「金融商品に係る会計基準」⁷⁾（以下「金融商品会計基準」という。）を公表したこと、及び平成12年1月31日に日本公認会計士協会が「金融商品会計に関する実務指針」（以下「金融商品会計実務指針」という。）を公表したことにより、税務上の取扱いを会計上の取扱いに合わせるような形で法人税基本通達2-1-23の4⁸⁾が創設された。

1. 会計上のクロス取引

金融商品会計実務指針では、「金融資産を売却した直後に同一の金融資産を購入した場合

6) KPMG ピートマーウィック株式会社ファイナンシャルサービスグループ編『完全詳解 金融商品の税務』中央経済社（2001年）39頁。

7) 金融商品会計基準〔金融資産の消滅の認識要件〕

9. 金融資産の契約上の権利に対する支配が他に移転するのは、次の要件がすべて満たされた場合とする。

(1) 譲渡された金融資産に対する譲受人の契約上の権利が譲渡人及びその債権者から法的に保全されていること

(2) 譲渡人が譲渡された金融資産の契約上の権利を直接又は間接に通常の方法で享受できること

(3) 譲渡人が譲渡した金融資産を当該金融資産の満期日前に買戻す権利及び義務を実質的に有していないこと

8) 法人税法基本通達

（売却及び購入の同時の契約等のある有価証券の取引）

2-1-23の4 同一の有価証券（法第61条の3第1項第1号《売買目的有価証券の期末評価額》に規定する売買目的有価証券を除く。）が売却の直後に購入された場合において、その売却先から売却をした有価証券の買戻し又は再購入（略）をする同時の契約があるときは、当該売却をした有価証券のうち当該買戻し又は再購入をした部分は、その売却がなかったものとして取り扱う。（平12年課法2-7「二」により追加）

（注）

1 同時の契約がない場合であっても、これらの契約があらかじめ予定されたものであり、かつ、売却価額と購入価額が同一となるよう売買価額が設定されているとき又はこれらの価額が売却の決済日と購入の決済日との間に係る金利調整のみを行った価額となるよう設定されているときは、同時の契約があるものとして取り扱う。

2 本文の適用を受ける取引に伴い支出する委託手数料その他の費用は、当該有価証券の取得価額に含まれない。

3 購入の直後に売却が行われた場合の当該購入についても同様に取り扱う。

合又は金融資産を購入した直後に同一の金融資産を売却した場合で、譲渡人が譲受人から譲渡した金融資産を再購入又は回収する同時の契約があるときは、金融商品会計基準（9項（3））の金融資産の消滅の認識要件を満たさないので、売買として処理しない。譲渡価格と購入価格が同一の場合、又は譲渡の決済日と購入の決済日とに期間があり当該期間に係る金利調整が行われた価格である場合は、譲渡人が譲受人から再購入又は回収する同時の契約があると推定する。」としている（金融商品実務指針 42 項）。

金融資産の契約上の権利に対する支配が他に移転したときは、当該金融資産の消滅を認識しなければならない（金融商品会計基準 8 項、9 項）。しかしながら、上記のような同時の契約がある場合は、金融資産の契約上の権利に対する支配が他に移転する、すなわち金融資産の消滅のときの要件の一つである「譲渡人が譲渡しか金融資産を当該金融資産の満期前に買戻す権利又は義務を実質的に有していないこと」（金融商品会計基準 9 項（3））を満たしていない。したがって、金融資産の契約上の権利に対する支配が他に移転しておらず、金融資産の消滅を認識することができない。

この他にも金融資産の譲渡と同時に譲受人との間にデリバティブ契約を締結することなどにより、譲渡人が譲渡金融資産の価格変動リスクを実質的に負うこととなる場合には、クロス取引と認められることになる。そのため、金融資産を購入直後に売却したような場合、その購入金融資産と保有する同一銘柄との簿価通算はできないのである。

具体的には、金融資産の売却価格と購入価格が同じである場合、又は売却の決済日と購入の決済日との間に期間があり（5 営業日以上あいた場合と解される）、その期間に係る金利調整のみが行われた場合には、譲渡人が譲受人から再購入又は回収する同時の契約があると推定されるのである。その契約の存在は、法形式ではなく、書面によるもの、売買の注文を同時に発注するものなど、実質によって判断すべきものといえる⁹⁾。

なお、売買目的有価証券については、同一銘柄のものも頻繁に売買を繰り返すので、結果として同一価格になることもあるが、これはクロス取引に当たらないとしている（金融商品実務指針 42 項）。

2. 税務上のクロス取引

金融商品会計基準を受けて、税務上も通達でもってクロス取引を売買として認めないとした¹⁰⁾。すなわち、同一の有価証券（法人税法 61 条の 3 第 1 項 1 号に規定する売買目的有価証券を除く）が売却の直後に購入された場合において、その売却先から売却をした有価証券の買戻し又は再購入をする同時の契約があるときは、当該売却をした有価証券のうち当該買戻し又は再購入をした部分は、その売却がなかったものとして取り扱う。同時の契約がない場合であっても、これらの契約があらかじめ予定されたものであり、かつ、売却

9) 金融商品会計に関する Q&A（日本公認会計士協会）6 頁。

10) 小原一博『法人税基本通達逐条解説〔八訂版〕』税務研究会出版局（2016 年）131 頁参照。

価額と購入価額が同一となるよう売買価額が設定されているとき又はこれらの価額が売却の決済日と購入の決済日との間に係る金利調整のみを行った価額となるよう設定されているときは、同時の契約があるものとして取り扱う。なお、購入の直後に売却が行われた場合の当該購入についても同様に扱うとしている（法人税法基本通達 2-1-23 の 4）。

もっとも、この通達の創設前においても、仮装行為でない取引であったとしても評価損として課税上否認されてきたのであるが、実際に証券取引所を通じて公開市場で譲渡及び購入がなされた場合に、税務上否認するとなれば、会計上の一般原則ではなく税務上の規定がなければならないものと解されてきた。また、この度の改正を受け、低価法は廃止されているが、それによりクロス取引による租税回避行為が起りやすくなったとの指摘もある¹¹⁾。

留意点として、個人におけるクロス取引については、法人税法上と同様に課税上否認されるものとして取り扱われてきたが、国税不服審判所平成 2 年 4 月 19 日裁決¹²⁾は、「公開市場で行われたものであり、損失を意図的に創り出したものではなく、経済合理性のない取引とはいえない。」として処分を取り消した。

また、その後において、日本証券業協会は国税庁に対して「個人が上場、店頭売買株式を売却するとともに直ちに再取得する場合」について、源泉分離方式が適用されるか否かの照会をしているが、平成 12 年 3 月 17 日付けの法令解釈通達¹³⁾で、それを容認するとの回答が示されている¹⁴⁾。

11) 成道秀雄「有価証券の譲渡損益」日税研論集 48 号（2002 年）137 頁参照。

12) 国税不服審判所裁決平成 2 年 4 月 19 日裁決事例集 39 集 106 頁（以下「平成 2 年裁決」という）。これは、個人が保有し、値下がりしている上場株式を、売却と同時に同一銘柄を同一株数購入する、いわゆるクロス取引を行い、生じた売却損が雑所得の計算上控除できるか否かが争われた事例である。裁決要旨では、「X の昭和 62 年分の有価証券の売買から生ずる所得は、所得税法施行令（62 年政令 356 号による改正前のもの）26 条（有価証券の継続取引から生ずる所得の範囲）2 項の規定により、雑所得に該当すると認められるところ、X は、取引の場合でも株式の売却により発生した売却損は雑所得の金額の計算上当然差し引くことが認められるべきであると主張し、これに対し原処分庁は、いったん売却を決定した株式を売却と同時に買い付ける取引は不自然、不合理である旨主張するが、確かに、本件取引によって保有株式数に変動を生ぜず、売買によっては保有株式数に変動を生ぜず、売買手数料及び有価証券取引税の出費を考慮すれば不利益な取引であることは否めないが、売却損の額は、保有している株式が取得価額以下に値下がりしたことによって生じたものを顕在化させただけであって、現実に存在したものであり、意図的に作り出したものではないから、取引によって結果として損失が生ずるとしても、これをもって本件取引が経済上不自然、不合理なものということはできない。」としている。

13) 国税庁「個人が上場・店頭売買株式を売却するとともに直ちに再取得する場合の当該売却に係る源泉分離課税の適用について（法令解釈通達）」<https://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/tsutatsu/kobetsu/shotoku/joto-sanrin/000317/01.htm>（2017/11/24 確認）。

14) 日本証券業協会から国税庁への照会要旨には、以下の記載がある。すなわち、「問 3 金融商品会計に関する実務指針（12. 1. 31 日本公認会計士協会）において、いわゆるクロス取引については売買として処理しないこととされたが、個人が、上場株式等の取得価額を引き上げる目的で行ういわゆるクロス取引も、同様に扱われるのか。」との問いに対し、「（答）所得税法・租税特別措置法上、①証券会社への売委託により上場株式等を譲渡した場合又は証券会社に対して上場株式等を譲渡した場合には、納税者の選択により、源泉分離課税の方法によることが認められている（旧租税特別措置法 37 の 11）こと、②クロス取引を売買と認識せず収入すべき金額に計上しないという別段の規定は設けられていないことから、個人については、金融商品会計に関する実務指針のようにクロス取引を売買として処理しないというような取扱いとはならない。」との解答が記載されている。

このように個人のクロス取引については容認され、現在は通常の経済的行為として行われている。しかし、法人の行う取引においては、法令上の規定がなく、通達限りで「売買取引としない」とされていることについては疑問である。

3. クロス取引が行われてきた背景と通達創設の趣旨

前述のように、上記通達が創設されたのは、金融商品会計基準の金融資産消滅の認識要件(3)を満たしていないため、資産の移転がないことを根拠としているが、そもそも金融商品会計基準における金融資産消滅の認識要件の趣旨は、上場会社が決算対策により、含み益の出ている持合株式を益出し¹⁵⁾して、クロス取引を行うといったことが横行したことを解消するために創設されたものとの説がある¹⁶⁾。

従来から持合株式を保有している会社は、一般に簿価の低い保有株式を売却し、その直後に同じ銘柄の株式を時価で購入することにより、持合いを解消することなく、益出しによる利益計上が行われてきた。

当然に、このようなクロス取引を行う場面は、上場企業などが特別損失を計上している事業年度に、その損失相当額を埋合わせするために行われてきたものである。売却は東京市場で行い、再購入は大阪市場で行うなど、取引市場を変えてあたかも実態のある取引として、クロス取引が行われてきた。また、企業によっては持合い株式が投資有価証券であることから、一旦、有価証券勘定に振り替えた上でクロス取引を行い、営業外収益に計上することにより、経常利益を良く見せようという動きも過去にはあった。

このように、益出しクロス取引は、金融機関において不良債権処理や子会社等に対する経営支援を行う原資として、一般的に行われてきた。益出しクロス取引を行えば、金融機関は短期的に収益を計上できるが、結果として金融機関の資産が膨らむことにより、資産効率の悪化をもたらすという弊害が生じていた。このようなクロス取引は、国際的にみても、日本企業の決算に対する信頼低下の要因になっていた¹⁷⁾。

上記のような経緯からすると、金融商品会計基準の金融資産消滅の認識要件の創設された趣旨は、主に決算対策の益出しクロス取引を行うことにより、企業会計原則の一般原則である「企業会計は財務諸表によって、利害関係者に対し必要な会計事実を明瞭に表示し、企業の状況に関する判断を誤らせないようにしなければならない」という明瞭性の原則¹⁸⁾が要請する適正開示であるといえる。この適正開示、すなわちディスクロージャーの原則は、会計における重要な機能の1つである。

しかし、このような趣旨からなる金融商品会計基準や実務指針を根拠として、税負担の

15) クロス取引には、含み益を顕在化させる取引と含み損を顕在化させる取引があるが、本論文では、前者を「益出しクロス取引」、後者を「損出しクロス取引」という。

16) 三浦昭彦「判批」税理43巻15号61頁(2000年)参照。

17) KPMG・前掲注6)15頁参照。

18) 企業会計原則一般原則4。

軽減、調整を防止することを目的とする法人税基本通達に定めを置くことは問題ではないだろうか。税法は、二重の手間を省くという趣旨で、企業会計準拠主義を採用したとされているが、制度趣旨が異なるものについて公正処理基準を介して、企業会計準拠主義で説明することは無理がある。

また収益・原価・費用・損失は法人税法の最も重要な課税要件である。これらの解釈について、税法で規定せず、金融商品会計基準に関する実務指針から法人税法 22 条 4 項の公正処理基準を媒介として、通達で定めることは課税要件法定主義の観点からも問題ではないだろうか。

そこで、次節においては、租税法律主義と通達の関係について検討していく。

第 3 節 租税法律主義と通達のみで規定されることの是非

租税は、公共サービスの資金を調達するために、国民の富の一部を国家の手に移すものであるから、その賦課・徴収は必ず法律の根拠に基づいて行わなければならない。換言すれば、法律の根拠に基づくことなしには、国家は租税を賦課・徴収することはできず、国民は租税の納付を要求されることはない。この原則を租税法律主義という¹⁹⁾。

租税法律主義の原則は、日本国憲法第 30 条及び第 84 条の規定により認められ、その内容として「課税要件法定主義」、「課税要件明確主義」、「合法性の原則」及び「手続的保障原則」の 4 つが挙げられる²⁰⁾。

金子宏名誉教授は、「租税通達は、租税法の解釈、運用等についての方針を、国税庁長官が所管の行政庁、地方公共団体、その職員に対して発する命令としての行政規則である。行政規則は、国家と国民との間における権利義務に直接関係のない行政内部の事務手続を定めるものであるから、国民に対して拘束力を持つ法規でなく、裁判所もそれに左右されない。したがって、通達は租税法の法源ではない。」²¹⁾と述べられている。

また、通達の日々の租税行政においての重要性、必要性について述べた上で「しかし、通達のこのような重要性にかんがみ、その内容は法令に抵触するものであってはならない。すなわち、法令が要求している以上の義務を通達によって納税者に課すことがあってはならないと同時に、法令上の根拠なしに通達限りで納税義務を免除したり軽減することも許されない。」としている²²⁾。

谷口勢津夫教授は、「税務行政の分野では、租税法令の複雑難解さの故に、その解釈や取扱いが行政内部で区々として納税者間に不公平をもたらすおそれがある。そこで、執行の統一性を確保するために、膨大な数の通達が発せられ、税務執行あるいは課税の合法性と公平性との両立が図られている（最近は、税務行政内部の事務手続・運営に関する準則

19) 金子宏『租税法〔第 20 版〕』弘文堂（2015 年）73 頁。

20) 金子・前掲注 19) 76 頁。

21) 金子・前掲注 19) 108 頁。

22) 金子・前掲注 19) 109 頁。

が『事務運営指針』として公表されることがあるが、これも通達的一种〔いわゆる執行通達〕である)。この意味で、通達は納税者の権利義務に無関係であるとはいえない。ところが、通達は以上のような実際上の重要性にもかかわらず、税法の法源ではない（パチンコ球遊器事件・最判昭和33年3月28日民集12巻4号624頁、最判昭和38年12月24日訟月10巻2号381頁参照）。したがって、通達は課税処分の法的根拠とはなり得ない。換言すれば、通達に従った処分でも、その通達の内容が租税法令に反する場合には、合法性の原則からすれば、当然のこととして、取り消されなければならない²³⁾と述べられている。

このように、通達は課税実務上において重要な役割を担っているものの、税法の法源にはなり得ない。クロス取引を認めないとした通達は法令を直接的に根拠としたものではないため、収益や損失といった重要な課税要件の解釈について、税法で規定せず、通達のみで規定することは、納税者の法的安定性や予測可能性を確保できない。

通達が法人税法22条4項の公正処理基準を媒介している点については、第3章において詳述するが、クロス取引を法令の規定なしに通達限りで規定することは、法令が要求している以上の義務を通達によって納税者に課すことになると考えられる。

他方、この通達創設前においては、本件売却損は評価損に該当するとした上で、法人税法33条1項を根拠として、本件株式は有価証券の評価損の計上要件を満たさず、否認されるとして取り扱われてきたが、先に検討したように裁決例ではいずれも更正処分等が取り消されている。

そこで第5節では、クロス取引と評価損との関係について検討していく。

第4節 評価損の損金算入との関係

金融取引の高度化・複雑化に対応して、企業会計における金融商品の時価評価とヘッジ会計の導入に併せて、平成12年度税制改正により、金融取引課税の抜本的な見直しが行われた。同改正により、金融商品について時価評価法が導入されことを機に、企業会計との乖離を解消すべく、総額主義から純額主義の規定に改められた。

企業会計においては、企業利益は、対外的な取引によって生じた損益をもって計算すべきであり、所有資産の評価換えによる増加益は原則として収益には含まれないと考えられている（企業会計原則第2損益計算書原則1A。会社計算規則5条1項～6項参照）。そのため、法人税法も、資産の評価益は原則として益金に算入しないこととしている（法人税法25条1項）。

法人税法22条は、課税所得の計算に関する基本規定として損益法を定め（同条1項）、益金の額につき実現主義を採用し（同条2項）、未実現所得を課税所得から除外している。

通達改正前のクロス取引についての取扱いは、明確な規定がないため、保有する有価証

23) 谷口勢津夫『税法基本講義〔第5版〕』弘文堂（2016年）35頁参照。谷口教授は、この取消事例として、生命保険年金二重課税訴訟・最判平成22年7月6日民集64巻5号1277頁、馬券継続購入・多額利益稼得事件・最決平成27年3月10日刑集69巻2号434頁を挙げられている。

券の含み益又は含み損を出す為の行為であり実質は評価換えにすぎないという考え方があった。平成4年裁決では、この取引は評価損に該当するとした上で、評価損の損金算入の要件を満たしていないため、当初、原処分庁は更正処分をしていた。

法人税法は、実現した収益及び損失のみを益金及び損金に算入することを原則としているから、法人が資産の評価換えをしてその帳簿価額を減額しても、その評価損は原則として損金の額に算入されない（法人税法33条1項）。したがって、同項の適用があった場合において、減価額の計算、譲渡益の計算等において、その資産の帳簿価額は減額されなかったものとみなされることを定めて（同条6項）、資産の評価益の益金不算入（同法25条1項）に対応した取得原価主義に立脚したことを明らかにしている。

ただし、例外として、法人の資産につき、災害による著しい損傷によってその資産の価額が帳簿価額を下回ることとなったことその他の政令で定める事実が生じた場合において、その法人がその資産の評価替えをして損金経理によりその帳簿価額を減額したときは、その減額した部分の金額は、これらの評価替えをした日の属する事業年度の損金の額に算入することとされており（法人税法33条2項）、その対象資産として、法人税法施行令68条1項は棚卸資産、有価証券、固定資産及び繰延資産をあげている²⁴⁾。

しかし、有価証券の評価損の損金算入の規定は、未実現の損失を損金に算入するか否かの問題であり、法人の任意に委ねられるこのような内部取引が無制限に行われると、所得金額が恣意的に算定されてしまうため、これを認めない趣旨で規定されたものであると解される。

もっとも、本裁決例においては、株式は相対取引で取引されたものではなく、公開市場にて現実に売買が成立している外部取引であるから、このような評価損の趣旨とは別問題である。

すなわち、クロス取引における売却損は、あくまで法人税法22条に基づく損金であって、同法33条による評価損と同一視することはできない。

第5節 問題の所在

本章では、平成4年裁決の内容を確認し、クロス取引の会計上及び税務上の定義と通達創設の趣旨についてまとめた。この平成4年裁決の事例は、同時契約、同価額及び同数量の取引であるから、通達の示す「同時の契約があった場合」に該当し、通達上は、「売却がなかったものと取り扱う」と適用されてしまう。

しかし、前述した裁決例では、原処分庁の行った課税処分を取り消しており、裁決と同様の考え方に立脚する限りは、通達が示すような形式基準によって、売却損を否認することは疑問がある。

24) ここにあげられた有価証券の取扱いの行政解釈として、国税庁「上場有価証券等の評価損に関するQ&A」（平成21年4月3日）参照。

また、ここで課税を逃れるという点につき、租税回避²⁵⁾との見方もあるが、本事例においては意図的に法形式を整えたものではないため、租税回避とは問題を異にすると考えられる。

平成4年裁決においては、平成12年の通達創設前であり、クロス取引を売買としないという明確な規定がなかったため、評価損の損金算入の規定をクロス取引を否認する根拠としている。確かに法人税法上、有価証券の評価損の計上は未実現損であるため、一定の要件を満たす場合を除き認められていない。しかし本取引においては、市場の動向により出ている含み損を財務の健全化を図る目的で公開市場において顕在化させたものであり、現実の取引によって、売買損益を確定させているのである²⁶⁾。

このように公開市場でされている取引については、恣意性が入る余地はなく、経済合理性のある取引であり、これを否認し評価損として損金不算入とするには現実存在した取引を否定することとなる。

また、財務の健全化を図る目的で含み損を顕在化するという行為は、企業会計の観点からしても、金融商品取引法（昭和23年法律25号）の中心的関心である投資者、利害関係者に有用な情報を適時的に提供するという観点からしても重要である。

次章においては、以上の問題点を踏まえ、法人税法上の有価証券の税制とクロス取引の対象有価証券についての整理を試みる。

第2章 法人税法上の有価証券

かつての有価証券課税では、他の資産と同様に取得原価主義を基礎として評価が行われ、棚卸計算法によって譲渡原価が算定されていた（平成12年度税制改正前の法人税法（以下「旧法人税法」という。）30条）。しかし、金融商品会計基準が制定されたことを契機として、法人税法も平成12年度税制改正より、一部、時価法を導入するに至った。

本章においては、法人税法上の有価証券の取扱いについて現行法に至るまでの経緯とクロス取引の対象となる有価証券について整理をしていく。また、クロス取引を「その売却

25) 「租税回避」(Tax avoidance) についての見解は諸説あるが、金子教授は、「私法上の選択可能性を利用し、私的経済取引プロパーの見地からは合理的理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、結果的には意図した経済目的ないし経済効果を実現しながら、通常用いられる法形式に対応する課税要件の充足を免れ、もって税負担を減少させあるいは排除させること」をいうと述べられている（金子・前掲注19）124頁）。

26) 平成4年裁決の類似裁決例として、国税不服審判所平成8年6月28日裁決がある（以下、「平成8年裁決」という）。これは、株式の店頭設定銘柄のクロス取引による売却損について争われた事例だが、国税不服審判所は「①企業が多額の含み損を抱え近い将来その価格の回復が望めない有価証券等をそのままの状態で長期間放置しておくことは株主に対し多大な損害を与えることにもなりかねず、何らかの方法でその危険を回避しようとすることは、営利を追及する経済主体の行為としてこれを否定する理由はないこと、②有価証券の評価損は、いわば、未実現の損失部分を損金の額に算入するものであることから、例えば、法人の任意に委ねられる評価損のような内部取引について、これを無制限に認める趣旨ではないと認められるところ、本件クロス取引においては、現実の取引によって売買損益を発生させ、これを確定させていること」等として、更正処分を取り消している（TAINS F0-2-011（非公開裁決）、山本・前掲注4）11頁参照）。

がなかったものとして取り扱う」とするには、現実には売買された取引を否定しなければならない。この点につき、法人税法上の譲渡の概念と、クロス取引における取引の一括性・分割性の観点から検討を行っていく。

第1節 平成12年度税制改正前の取得原価主義・実現主義

法人が保有する金融資産の評価換えをして、その帳簿価額を増額（評価益を計上）又は減額（評価損を計上）しても、税務上は取得原価主義を採用しているために、原則として、益金又は損金の額に算入することは認められない。そのため、その後の譲渡原価や償却費の計算では、増額又は減額がなかったものとして計算することになる（法人税法25条、33条）。この原則に対して、一定の事実²⁷⁾が生じた場合には、特別法の要請のもと、所定の条件のもとに評価損益の計上が認められていた。

また、法人が有する有価証券について、次の一定の事実が生じた場合には、評価損の損金算入が認められていた（平成12年度税制改正前の旧法人税法施行令68条2項）。

① 上場有価証券（企業支配株を除く）の場合、その価額が著しく低下したこと。具体的には、有価証券の期末時価がそのときの帳簿価額のおおむね半額以下になり、しかも近い将来その回復が見込まれないような状況が該当する（平成12年度税制改正前の法人税基本通達（以下「旧法人税基本通達」という。）9-1-7）。

② 非上場有価証券及び上場有価証券で企業支配株式に該当する場合には、その発行法人の資産状態が著しく悪化したためにその有価証券の価額が著しく低下したと認められること。資産状態の著しい悪化とは、有価証券取得後に破産の宣告や、期末における発行法人の1株当たりの純資産価額がその有価証券を取得したときのおおむね半額以下になった場合が該当する（旧法人税基本通達9-1-10）。

③ 更生手続の開始決定又は整理開始の命令があったことにより、有価証券の評価替えをする必要が生じたこと。

このように、上場有価証券については、取得原価主義の下、原則として低価法の採用が認められていたため、評価損が生じている有価証券については時価で評価し、評価益が生じている有価証券については、取得原価で評価されるという実態があった。

第2節 時価法導入の経緯と現状の問題点

1. 現行法の期末評価制度

法人が事業年度終了の時ににおいて有する有価証券については、売買目的有価証券と売買

27) 一定の事実とは、①会社更生法の定めによる更生手続の開始決定に伴い同法の規定に従って行う評価換え、②法人がその組織の変更に伴って行う資産の評価換え、③保険会社が保険業法第84条の規定に基づいて行う株式の評価換え、また、法人の有する資産（棚卸資産、有価証券、固定資産、一定の繰延資産）につき、災害による著しい損傷その他一定の事実が生じたことにより、その資産の価額がその帳簿価額を下回ることとなった場合に、その資産の評価換えをして損金経理によりその帳簿価額を減額したときには、その評価損の計上が認められていた（旧法人税法33条2項）。

目的外有価証券とに区分した上、売買目的有価証券については時価評価金額により、売買目的外有価証券については所定の原価法により評価した金額により、それぞれ評価される（法人税法 61 条の 3 第 1 項）。

また、売買目的有価証券に係る評価益又は評価損は、評価損益の計上を原則として禁止している法人税法 25 条 1 項及び 33 条 1 項の規定の例外として、当該事業年度の益金の額又は損金の額に算入することとされている（法人税法 61 条の 3 第 2 項）。

売買目的有価証券に該当する要件については、次節で詳述するが、その範囲はかなり限定されている。なお、売買目的有価証券とするか否かは法人の選択に委ねられている部分があるため、有価証券の区分変更による利益操作を防ぐ趣旨から、例えば、売買目的有価証券から満期保有目的等有価証券へ区分変更する場合には、区分変更時の時価による譲渡があったものとみなして、譲渡利益額又は譲渡損失額を益金の額又は損金の額に算入することとされている（法人税法施行令 119 条の 11）。

売買目的有価証券の時価評価金額は、取引所等における市場価格があるものは、原則として、当該取引所等における最終の売買の価格等によって評価され（法人税法施行令 119 条の 13 1 号～3 号）、取引所等における市場価格のないもののうち、償還有価証券は償却原価法により、その他の有価証券については当該事業年度末における帳簿価額により評価される（同条 4 号）。

2. 時価法導入の経緯

前述した有価証券の期末評価制度は、平成 12 年度税制改正において、未決済デリバティブ取引に係る利益相当額又は損失相当額の益金又は損金算入等の規定（法人税法 61 条の 5）と一体として導入された。

平成 8 年 6 月に金融機関等の経営の健全性確保のための関係法律に関する法律（平成 8 年法律 94 号）によって銀行法（昭和 56 年法律 59 号）及び当時の証券取引法（昭和 23 年法律 25 号。平成 19 年 9 月 30 日より金融商品取引法に題名が改められている。）が改正され、平成 9 年 4 月から銀行・証券会社等がトレーディング目的で保有する有価証券については、トレーディング勘定とバンキング勘定の区分経理を条件とし、主務大臣の認可を受けて、部分的に時価法が導入された。

これに対応して、平成 9 年 4 月 1 日以後に開始する事業年度より、会計処理上、金融機関等の特定勘定取引において、時価法の導入が試験的に行われたのである。

このように、金融機関等において部分的に時価法が導入された後、一般事業法人まで対象に含めた時価法の導入論が審議され、平成 10 年 6 月に「金融商品に係る会計基準の設定に関する意見書（公開草案）」が公表された。その後、企業会計審議会は、平成 11 年 1 月 22 日に「金融商品に係る会計基準の設定に関する意見書」及び「金融商品に係る会計基準・注解」を公表した。

さらに、平成 11 年 8 月 23 日に「金融商品に係る実務指針に関する論点整理」を日本公

認会計士協会（会計制度委員会）が公表し、その後、同協会より「金融商品に関する実務指針（公開草案）」が公表されている。

その結果、会計上、一部の有価証券とデリバティブ取引に時価法の導入が行われ、これを受けて法人税法上も、平成 12 年度税制改正により時価法の導入が行われている²⁸⁾。

3. 時価法導入の論拠と問題点

法人税法における有価証券への時価法適用の理論的根拠について、学説では、財政学上の純資産増加説に基づく所得概念により説明がなされている²⁹⁾。

純資産増加説を忠実に反映させる所得計算方式は「すべての資産と負債を毎期末に完全に再評価すること」（すなわち時価法によること）が最適である。しかし、実際の法制度においては、客観的な時価を求めることの困難性や現金化していないための納税資金確保などの理由により、完全な時価法は採用できないという問題がある。このような問題に対処するために、実現主義が採用される。実現主義によれば、保有資産のキャピタルゲインは、その資産の保有を続ける限りにおいて、課税所得を構成しない。一方、これを譲渡、交換等した場合、その時点において対外的にその収益の実現があったものとして、譲渡収益を課税所得とすることになる³⁰⁾。

中里実教授は、純資産増加説に基づく所得概念は、時価法（すなわち発生主義）を当然の前提としているのであるが、「実際には、様々な資産について時価を求めることは執行上困難であるためと、納税資金を考えると含み益に対する課税が困難な場合もあるところから、現実の制度においては、（理論的には、時価主義からの後退であるところの）実現主義が採用されてきた、すなわち、実現主義は、本来採用すべき時価主義が執行上困難なところから採用されている次善の便宜的な方法にすぎないのである」と述べられている³¹⁾。

すなわち、従前の取得原価主義の下では、未実現の評価益に対する課税が排除され、未実現の損失については低価法により先取りできるために、企業の担税力に応じた課税がなされていたということである。これに対し、時価法においては、法人が期末に保有する「売買目的有価証券」の株価が上昇した場合、又は、「売買目的外有価証券」の株価が下落した場合には、未実現の評価益に対する課税がされるとともに、未実現の評価損が損金不算入となるため、取得原価主義によっていた場合より課税所得が増加することになるといふ問題点が生じることになる³²⁾。

28) KPMG 編・前掲注 6) 6 頁参照。

29) 谷口・前掲注 23) 191 頁参照。「純資産増加説」とは、1896 年にゲオルグ・シャンツの唱えた「人の担税力を増加させる経済的利得はすべて所得を構成すると考え、一定期間内における純資産の純増加をもって所得とする」という考え方が起源となっている。

30) 高木美満子「法人税法における有価証券の時価評価－その理論的根拠と拡大可能性－」税大論叢 51 号（2006 年）565 頁参照。

31) 中里実「所得課税における時価主義」税研 15 卷 4 号（2000 年）40 頁。

32) KPMG 編・前掲注 6) 8 頁参照。

第3節 クロス取引の対象有価証券

前述のように、法人が事業年度終了の時ににおいて有する有価証券は、売買目的有価証券については時価評価金額により、売買目的外有価証券については所定の原価法により評価した金額により、それぞれ評価される。

また、売買目的有価証券に係る評価益又は評価損は、評価損益の計上を原則として禁止している法人税法 25 条 1 項及び 33 条 1 項の規定の例外として、当該事業年度の益金の額又は損金の額に算入することとされている（法人税法 61 の 3 第 2 項）³³⁾。

これは、平成 12 年度税制改正において、未決済デリバティブ取引に係る利益相当額又は損失相当額の益金又は損金算入等の規定（法人税法 61 条の 5）と一体として導入されたものである。その導入の背景として、金融取引に関する様々な技術革新によりリスクヘッジ等の手段としてデリバティブの取引が増加するとともに、デリバティブ取引を利用した租税回避行為の問題が重要性を増してきたことが挙げられる³⁴⁾。すなわち、デリバティブ取引は、現在価値が等価であれば、どんなキャッシュフローを作ることにも可能であり、例えば、決済のタイミングを任意に選択することによって、期間損益の操作を自由に行うことができる。平成 12 年度税制改正前の法人税法は、デリバティブ取引をいわゆるオフバランス取引（簿外取引）として取り扱い、原則として、未実現評価損益の計上を認めないでその決済が行われるまで損益を認識しないものとしていたため、これを利用した租税回避の問題が多数指摘されていた³⁵⁾。

期末に保有している売買目的有価証券は、法人税法上、①専担者売買有価証券、②短期売買目的で取得したものである旨を表示した有価証券（以下「短期売買有価証券」という。）、③金銭の信託に属する有価証券に区分されるのであるが（法人税法施行令 119 条の 2）、時価法により評価され、その評価損益が課税所得に影響を与えるため、改正法人税基本通達においても下記のように、具体的に定義されている。

① 専担者売買有価証券（法人税基本通達 2-3-26）

原則として法人が、特定取引勘定を設けて有価証券の売買を行い、かつ、トレーディング業務を行うための独立した専門部署（関係会社を含む）により運用されている有価証券をいう。

本通達において具体的に明示されているわけではないが、適用対象としては、主に銀行、証券会社、保険会社などの金融機関を想定しているものであろう。

33) 渡辺裕泰『ファイナンス課税〔第2版〕』有斐閣（2012年）37頁参照。

34) 岡村忠生『法人税法講義〔第3版〕』成文堂（2007年）259頁参照。

35) 具体的事例の一つとして、債券先物等取引におけるストラドル（両建て）取引に係る損益の帰属時期が国税不服審判所で争われた裁判例がある（平成2年12月18日裁決・裁決事例集40集104頁。）。この裁決は、相互に損益を担保し合っている売建て玉と買建て玉については損益の認識も両者を総合して行うべきであるとして、債券先物等取引の両建て取引について課税の繰延べを認めなかったのであるが、その論理構成は、あくまで実現主義・取得原価主義の範疇における実質判断を行ったものであった。

すなわち、税務上、専担者売買有価証券といい得るためには、独立の専門部署を設けるといったことが必要であり、単に売買を短期的に行うことを兼務する担当者がいるといったことのみでは不十分であるということである³⁶⁾。

この規定の新設に伴い、旧租税特別措置法 67 条の 9 第 1 項により時価法が適用されていた金融機関等の特定取引勘定に属する有価証券については、当該措置法は廃止されたが、専担者売買有価証券に該当することとなり、売買目的有価証券として取り扱われ、引き続き時価法が適用される。

② 短期売買目的で取得したものである旨を帳簿書類に表示した有価証券（法人税基本通達 2-3-27）

一般事業法人における時価評価の対象となる売買目的有価証券は、上記①に該当する場合は少なく、通常は、短期売買有価証券に該当するものがこれにあたるものと思われる。ここで「短期売買有価証券」とは、法人がその有価証券を取得した日において、短期売買目的である旨を帳簿書類に表示し、「売買目的有価証券に係る勘定科目により区分」した場合の有価証券が該当することとされている。すなわち、この場合においては、時価評価の適用を受けるか否かの判断がその法人の意思に委ねられることになる。これは、短期的かつ大量に売買を行っている有価証券であっても、法人が帳簿上、勘定科目で区分していないものは、短期売買有価証券に該当しないことが法人税基本通達 2-3-27（注）で明確にされていることから明らかである。

時価法の下では、未実現の評価益について、従前のように課税されないことを望むのであれば、「売買目的有価証券」から「売買目的外有価証券」に区分変更を行うことによって、納税者の恣意的な利益操作が可能になる。それを防ぐために、有価証券の保有目的を取得時に明確にして、安易な保有目的区分の変更がなされないよう規制されている（法人税法施行令 119 条の 11）。

そして売買目的有価証券に該当する場合、クロス取引という概念自体がなくなるが、このように取得時において保有区分を明確にすることが納税者に求められているのである。

第 4 節 譲渡の概念

それでは、有価証券は、いつ資産として認識し、いつ消滅を認識させるべきだろうか。通常の取引においては、実現主義の下で譲渡の時点を引渡基準により判断している³⁷⁾。しかし、会計実務において約定日基準がとられたことから³⁸⁾、法人税法においても有価証券

36) 金融商品会計実務指針 65・268 では、「企業が保有する有価証券を売買目的有価証券として分類するためには、有価証券の売買を業としていることが定款の上から明らかであり、かつ、トレーディング業務を日常的に遂行し得る人材から構成された独立の専門部署（関係会社や信託を含む。）によって売買目的有価証券が保管・運用されていることが望ましい」とされている。

37) 岡村・前掲注 34) 232 頁。

38) 金融会計意見書Ⅲ・二・1。

の譲渡損益の計上時期を、原則として約定日基準とすることとされた（法人税法 61 条の 2 第 1 項）。

これは、有価証券の譲渡の判定において意味を持つのは、その現物の物理的な占有ではなく、有価証券が示す法的及び経済効果の帰属であるためである³⁹⁾。有価証券は、実物資産を表象するものに過ぎず、株券電子化等で証券そのものが発行されないケースが多いこともその理由の一つにあげられよう。

また、デリバティブ課税では、デリバティブ取引が作り出す経済的ポジションの変化を捉えなければならず、これとの連続性、整合性も考慮することを考えると、金融商品が複雑化している今日では、約定日基準が適切であると考えられる⁴⁰⁾。

しかし、引渡基準の下では、資産の譲渡は物理的な移転によって通常は明らかであるが、約定日基準による場合には、契約の成立によって権利が法的に移転したこと、すなわち経済効果の帰属の移転について見る必要がある⁴¹⁾。

この点について通達では、金融商品会計基準を根拠として「金融資産の消滅を認識する権利支配移転の範囲」として定め、次の要件をすべて満たすことを要求している（法人税基本通達 2-1-44）。

① 売却等を受けた者は、次のような要件が満たされていること等により、当該金融資産に係る権利を実質的な制約なしに行使できること。

イ 売却等をした者（以下本節において「譲渡人」という。）は、契約又は自己の自由な意思により当該売却等を取り消すことができないこと。

ロ 譲渡人に倒産等の事態が生じた場合であっても譲渡人やその債権者（管財人を含む。）が売却等をした当該金融資産を取り戻す権利を有していない等、売却等がされた金融資産が譲渡人の倒産等のリスクから確実に引き離されていること。

② 譲渡人は、売却等をした金融資産を当該金融資産の満期日前に買い戻す権利及び義務を実質的に有していないこと。

クロス取引においては、②の要件を満たしていないため、権利の移転がされないと認識されることになるが、実際に行われた取引が否定されることには疑問が残る。

次節においては、株式の譲渡につき、取引の一括性の観点から検討を行っていく。

第5節 クロス取引における取引の一括性・分割性

そもそもクロス取引は、売りと買いの2つの取引を行うにも関わらず、なぜ2つの取引（取引の分解）にはならず、1つの取引として認められるのかという問題点がある。

2つの売りと買いという独立した取引を、一括の取引として見るためには、そのように見るための基準が必要である。

39) 岡村・前掲注 34) 232 頁参照。

40) 岡村・前掲注 34) 233 頁参照。

41) 岡村・前掲注 34) 234 頁参照。

岡村忠生教授は、相殺的取引の一括について、クロス取引の裁決例⁴²⁾を例に挙げ、「この裁決に対しては、損失だけを選択的に計上することを、どのように評価するかが問われる。しかし、これは、実現主義に本質的に内在する問題であり、実現主義を前提とする以上、含み資産の選択的売却を否認できないであろう。いずれにしても、通達限りで私法上の取引を否認することは、租税法律主義に反する。また通達の内容は、上記裁決（筆者注：国税不服審判所平成2年4月19日裁決）に反する。」⁴³⁾と述べられている。

崎田直次名誉教授は、株式譲渡の機能について、「株主は、自己の有する株式を他人に譲渡し、その対価を受け取ることによって経済的に自己の投下資本を回収したのと同様の利益を享受するという方法に頼らざるをえないのである。（中略）換言すれば、法律上、株式の自由譲渡性が認められていることによって、株主の投下資本回収の途が保障されているといえることができる。」⁴⁴⁾と述べられている。

このように、株式を譲渡するということは、公開市場で経済的リスクにさらされ、対価を受け取ることにより自己の投下資本を回収したとみるべきであり、クロス取引の売り買いの2つの取引を一括してみるのは問題である。

第6節 小括

本章においては、クロス取引を売買としないと定める法人税基本通達が定められたのは、平成12年度税制改正によって有価証券税制が大きく見直されたときが契機であるため、改正前の取得原価主義から時価法導入に至った経緯と問題点について検討した。

法人税法上の譲渡の概念と異なり、有価証券の譲渡の概念は、時価法の導入により約定日基準を採用しているが、これが実際に公開市場において売買が行われたことを否定する根拠とはなり得ない。

クロス取引は、会計上の規定が変更されたことに伴い、税務上も変更されたものである。しかし、会計理論と租税理論は、その本質が異なるものであり、会計上行われた変更が、税務上に置き直された場合には、それが必ずしも租税理論に沿ったものとは言えない。

もちろん、会計上の規定を税法に採用することにより、経理処理の簡素化などの利点はある。しかし、租税法の理論を無視してまで会計上の制度を受け入れるべきではない。

次章においては、この法人税法と企業会計の関係について、検討を行う。

42) 国税不服審判所裁決平成2年4月19日裁決事例集39集106頁。この裁決については、前掲注12)に詳述しているが、所得税の事例であり、平成4年裁決及び平成8年裁決同様に、国税不服審判所が「本件売却損の額は、保有している株式が取得価額以下に値下がりしたことによって生じたものを顕在化させただけであって現実に存在したものであり、意図的に作り出したものではないから、本件取引によって結果として損失が生ずるとしても、これをもって本件取引が経済上不自然、不合理なものということはできない。」と認定して、更正処分を取り消した。

43) 岡村・前掲注34)234頁参照。

44) 崎田直次『株主の権利—法的位置の総合分析』中央経済社（1991年）35頁。

第3章 法人税法と企業会計との関係

法人税法上では、法人税法 22 条 4 項により、別段の定めのない限り公正妥当な会計処理の基準（以下「公正処理基準」という。）に依拠するとされる企業会計準拠主義が採用されている。

法人税法上のクロス取引においては、金融商品会計基準及び金融商品会計実務指針から公正処理基準を媒介し、平成 12 年度税制改正により、法人税基本通達でクロス取引を「その売却がなかったものとして取り扱う」と定められている。

このように、金融商品会計基準及び金融商品会計実務指針によって、新たに会計基準が変更された場合に、企業会計準拠主義であるということのみをもって、法人税法が変更される、あるいは法令の規定がないため、通達限りで補完されることについては、問題がある。

本章では、法人税法 22 条 4 項の立法経緯を確認し、法人税法と企業会計の関係について検討する。

第1節 法人税法 22 条 4 項の立法経緯

法人税法第 22 条第 4 項は、法人の収益・費用等の額は「一般に公正妥当と認められる会計処理の基準」⁴⁵⁾に従って計算されるべき旨を定めている。この規定は昭和 42 年度の税制改正により、法人税の簡素化の一環として創設されたものであり、法人の各事業年度の所得の計算が原則として企業利益の算定の技術である企業会計に準拠して行われるべきこと（企業会計準拠主義）を定めた基本規定である⁴⁶⁾。

本規定の創設前年の昭和 41 年 10 月 17 日に大蔵省企業会計審議会が公表した「税法と企業会計との調整に関する意見書」においては、「税法の各事業年度の課税所得は、企業会計によって算出された企業利益を基礎とするものである。すなわち、課税所得は、企業利益を基礎として税法特有の規定を適用して計算されるものである。」⁴⁷⁾とした上で、「以上の趣旨を明確にするため、たとえば、法人税法の課税標準の総則的規定として、『納税者の各事業年度の課税所得は、納税者が継続的に健全な会計慣行によって企業利益を算出している場合には、当該企業利益に基づいて計算するものとする。』旨の規定を設けることが適当である。」⁴⁸⁾との提案が行われている。

このような経緯によって、法人税法 22 条 4 項が制定されたのである。

45) 法人税法 22 条 4 項は、「第二項に規定する当該事業年度の収益の額及び前項各号に掲げる額は、一般に公正妥当と認められる会計処理の基準に従って計算されるものとする。」と定めている。

46) 金子・前掲注 19) 316 頁参照。

47) 金子宏・佐藤英明・増井良啓・渋谷雅弘編『ケースブック租税法〔第 4 版〕』弘文堂（2013 年）440 頁。

48) 金子他・前掲注 47) 441 頁。

第2節 公正処理基準と法人税法

前述のとおり、企業会計と租税会計との関係については、両者を別個独立のものとする 것도制度上は可能であるが、法人の利益と法人の所得とが共通の観念であるため、法人税法は、二重の手間を避ける意味で、企業会計準拠主義を採用したのである⁴⁹⁾。このような考慮は、法人税において、法人の申告を「確定した決算に基づき行う（法人税法74条1項）」ことに表れている。

また、この公正処理基準の規定は、「当該事業年度の」という限定を付けていることから、収益及び費用・損失の年度帰属についても、公正処理基準に従うべきことを定めるものであると解される。この年度帰属に係る公正処理基準は、実現主義と費用収益対応の原則を基本的内容とするものである⁵⁰⁾。

しかし、このような企業会計準拠主義は、租税の賦課、徴収は法律の根拠に基づいて行わなければならないとする課税要件法定主義に反することにはならないのであろうか。

金子教授はこの点につき、「企業会計準拠主義であるとする法人税法22条4項の規定と会社法431条の『株式会社の会計は、一般に公正妥当と認められる企業会計の慣行に従うものとする。』との規定、ならびに法人税法74条1項の確定申告は『確定した決算』に基づき行うべき旨の規定を総合して見ると、わが国の法人税法は、企業所得の計算についてはまず基底に企業会計があり、その上にそれを基礎として会社法の会計規定があり、さらにその上に租税会計があるという意味での『会計の三重構造』を前提としている。」⁵¹⁾と述べられている。

すなわち、法人税法は、企業会計準拠主義を、確定決算主義と組み合わせて採用することにより、税務会計は会社法会計に準拠し、会社法会計は企業会計に準拠するとしているのである。

また金子教授は、この三重構造説が租税法律主義、あるいは課税要件法定主義に抵触する可能性を指摘している。すなわち、収益・原価・費用・損失は法人税の最も重要な課税要件であるところ、それらの解釈について、税法に規定せず、法人税法22条4項を媒介にして会社法会計あるいは企業会計にゆだねることは、租税法律主義あるいは課税要件法定主義に反するのではないかという問題の指摘である⁵²⁾。

岡村教授は、この点につき「企業会計における公平さと、法人税法における公平さの間には、齟齬が生じる。したがって、企業会計への過剰な依存は、特に税法の基本的な理念や、租税法律主義を阻害する可能性があることに注意すべきである。すなわち、もっぱら企業と投資家の利害関係によって選択され、国会による公平負担の観点からの吟味を経ない会計方法によって税負担が決定されてしまう可能性が考えられる。つまり、法人税

49) 金子・前掲注19) 316頁。

50) 谷口・前掲注23) 398頁参照。

51) 金子・前掲注19) 316頁。

52) 金子宏『所得税・法人税の理論と課題』日本租税研究会（2010年）126頁。

法が、外部の異質なルールによって左右される可能性である。」⁵³⁾と指摘されている。

では、この会計の三重構造があることにより、企業会計が変更になった場合には、その考え方の変更は、公正処理基準を媒介し、企業会計準拠主義によって、法人税法自体の改正なしに、法人税の課税に反映することができるのであろうか。

この問題については、これを否定する「公正処理基準の静態的解釈」と肯定する「公正処理基準の動態的解釈」が存在する⁵⁴⁾。

この問題については、次節で裁判例を用いて検討を行う。

第3節 公正処理基準の静態的解釈と動態的解釈

「公正処理基準の静態的解釈」とは、企業会計の考え方が変更された場合に、企業会計準拠主義により法人税法に自動的に反映させることは許されないとする立場である。反対に、「公正処理基準の動態的解釈」とは、企業会計の考え方が変更された場合に自動的に法人税の課税に反映されるとする立場である。

「公正処理基準の静態的解釈」を採用する事例として、東京高裁平成26年8月29日判決⁵⁵⁾が挙げられる。

谷口教授は、「金融商品の損益処理に関する対応等をみると、立法者は、企業会計の考え方の変更が少なくとも企業会計準拠主義の採用時の法人税法の内容に基本的な変更を加えるものである場合には、後者（筆者注：「公正処理基準の動態的解釈」）の立場に立っているとは考えられず、むしろ、前者（筆者注：「公正処理基準の静態的解釈」）の立場を前提にして、企業会計の考え方の変更について法改正で対応することを基本としているとみてよからう。（このことは、公正処理基準の民主的正統性を担保するために必要であろう。）」と述べられている⁵⁶⁾。また、「例えば、企業会計準拠主義を根拠に前期損益修正（現年度修正。企業会計原則第2の6・同注解12参照）が実務上定着していることからすると、これを過年度遡及修正に変更するには、企業会計の考え方の変更に対応する明示的な法改正が必要であると考えられる（過払金課税額返還請求事件・東京高裁平成26年4月23日

53) 岡村・前掲注34) 38頁。

54) 谷口・前掲注23) 401頁参照。

55) 東京高判平成26年8月29日ジュリスト1475号58頁。これは、自ら保有する住宅ローン債権を対象とする信託契約を締結し、その信託受益権を優先的に償還される優先受益権と優先受益権の元本が全額償還された後に元本が償還される劣後受益権の2種類の信託受益権に分割し、優先受益権を第三者に売却するとともに劣後受益権を自らが保有するという仕組みの取引につき、その保有する劣後受益権は、新たな金融資産の取得としてではなく、信託した金融資産である住宅ローン債権の残存部分として評価する必要があるが、信託契約によって保有するに至った劣後受益権は、金融商品会計に関する実務指針105項にいう「債権を取得した」という利益状況に類似しているということができるとして、同項の実質的な類推適用を認め、前記劣後受益権につき、同項と同様の会計処理を選択し、それによって収益を計上したことは、取引の経済的実態からみて合理的なものであり、法人税法上もその会計処理は正当なものとして是認されるべきであるから、これを一般に公正妥当として認められる会計基準に適合しないものとした前記法人税の更正処分及び課税期間の消費税の更正処分を違法とした事例である。

56) 谷口・前掲注23) 401頁参照。

訟月 60 卷 12 号 2655 頁参照)。確定決算主義という手続的規制を考慮すれば、なおさらである。」⁵⁷⁾としている。

第 4 節 通達で補完されることの問題点

前節では、金融商品会計基準、金融商品会計実務指針が変更されたことにより、企業会計準拠主義であるため、公正処理基準で法人税法に反映される問題点について指摘をした。

では、法令に規定がない場合に通達で補完される点についてはどうであろうか。

この点につき、酒井克彦教授は、公正処理基準の通達による補完作業について、東京高裁平成 14 年 3 月 14 日判決⁵⁸⁾を例示として挙げた上で、「会計の慣行や、企業会計原則を中心とした企業会計の諸基準がすべての事項について定められているとはいえず、その空白域をどのように処理するか」⁵⁹⁾と網羅性についての問題点を指摘している。

金子教授は、この点につき、「企業会計原則は、多くの重要な事項について定めているが、その内容は、どちらかといえば原理的・基本的な事項に限られている。また、確立した会計慣行の範囲もそれほど広くはない。むしろ、法人税法の解釈適用上、収益・費用等の意義と範囲ならびにそれらの年度帰属をめぐる生ずる問題については、企業会計原則には定めがなく、また確立した会計慣行も存在していない場合が非常に多い。仮に、企業会計原則になんらかの定めがある場合でも、その内容が明確ではないことが少なくない。その意味では、企業会計の網の目はきわめて粗い、といわなければならない。」⁶⁰⁾などとされ、「結局、これらの場合に、何が公正妥当な会計処理の基準であるかを判定するのは、国税庁や国税不服審判所の任務であり、最終的には裁判所の任務である。」⁶¹⁾と述べられている。

このように、何が公正妥当な会計処理の基準であるのかを判定すべき国税不服審判所が下した判断とは異なる取扱いについて、その後において立法で手当てするのではなく、通達限りで定めることは問題である。

公正処理基準と通達との関係についての裁判例はいくつか存在するが⁶²⁾、前述した東京高裁平成 14 年 3 月 14 日判決は、次のように判示している。

「これ（筆者注：法人税法 22 条 4 項）は、法人所得の計算が原則として企業利益の算定技術である企業会計に準拠して行われるべきことを意味するものであるが、企業会計の中心をなす企業会計原則（昭和 24 年 7 月 9 日経済安定本部企業会計制度調査会中間報告）や確立した会計慣行は、網羅的とはいえないため、国税庁は、適正な企業会計慣行を尊重

57) 谷口・前掲注 23) 402 頁参照。

58) 東京高判平成 14 年 3 月 14 日民集 58 卷 9 号 2768 頁。いわゆる興銀事件である。

59) 酒井克彦『プロGRESS 税務会計論 I ―租税法と企業会計の接点―』中央経済社（2016 年）98 頁。

60) 金子・前掲注 19) 318 頁。

61) 金子・前掲注 19) 318 頁。

62) 最判平成 5 年 11 月 25 日民集 25 卷 3 号 1120 頁。最決平成 6 年 9 月 16 日刑集 48 卷 6 号 357 頁。いわゆる大竹貿易事件とエス・ブイ・シー事件である。

しつつ個別的事情に即した弾力的な課税処分を行うための基準として、基本通達（昭和44年5月1日直審（法）25（例規））を定めており、企業会計上も同通達の内容を念頭に置きつつ会計処理がされていることも否定できないところであるから、同通達の内容も、その意味で法人税法22条4項にいう会計処理の基準を補完し、その内容の一部を構成するものと解することができる。」

このように、東京高裁は会計準拠主義を網羅性の点において欠けているとの観点から、通達がこれを補完するものとの判断を示した。

この点につき、酒井教授は、「通達による法規範の補完という考え方が租税法律主義の見地から許容され得るものか否かという点については慎重な検討が必要と思われる。通達は、法律ではなく、単なる行政庁内部の命令手段であって、本来国民や裁判所の判断を拘束するものではない。」⁶³⁾と指摘している。

藤曲武美税理士は、この点につき、「法人税基本通達の中には、収益の額や費用の額等について『一般に公正妥当と認められる会計処理の基準』に係る行政庁としての解釈を示したものがある。そして通達に定められたことを契機にして、会計実務でより一般化した事実は存在するが、それは行政庁の解釈が正しかったということにすぎないというべきであり、通達によって慣行が形成されたように強調すべき必要はない。会計基準の適用指針と同様で、それ自体が企業会計の見地から『客観規範性がある会計慣行』かどうか吟味されるべきである。」と述べられている⁶⁴⁾。

なお、この控訴審判断は、上告審⁶⁵⁾で覆されたが、この説示部分について、直接否定されたものではないため、最高裁の態度は明らかではない。

第5節 小括

本章では、金融商品会計基準及び金融商品会計実務指針から公正処理基準を媒介して、通達限りでクロス取引を「その売却がなかったものとして取り扱う」と定めていることの問題点について検討した。

まず、公正処理基準とは、会計の利益と法人の所得が共通の観念が多く存在するために、税制の簡素化を目的として制定されたものである。これはあくまで、共通の観念がある部分にのみ適用されるべきであり、共通の観念でない場合には、「公正処理基準の静態的解釈」の立場に依るべきである。

会計上の規定の創設趣旨と法人税法上の目的が異なる場合、すなわちクロス取引においては、会計上は適正開示の観点から主に益出しクロス取引を抑制する目的で創設されたが、法人税法上は、租税負担の公平という大原則の下、損出しクロス取引を抑制する目的で行

63) 酒井・前掲注59) 98頁。

64) 藤曲武美「公正処理基準の基本的な考え方」朝倉洋子・藤曲武美・山本守之編『税務判決・裁決例の読み方－実務に生かすヒント』中央経済社（2014年）96頁。

65) 最判平成16年12月24日民集58巻9号2637頁。

われている場合においては、明らかに共通の観念がない場合に該当すると考えられる。

また会計上の考え方に変更があった場合には、法改正で対応することが必要であり、通達限りで補完することは問題である。

平成4年裁決及び平成8年裁決において、国税不服審判所で下された判断と異なる取扱いについて、その後立法ではなく、通達限りで定めるということは課税要件法定主義に反していると言える。

次章においては、上記の点を踏まえ、実現した取引とは何か、実質所得者課税の原則と実現主義の観点から検討を行っていく。

第4章 クロス取引と実現主義

平成4年裁決及び平成8年裁決において、当初原処分庁は「本件クロス取引は、実質として権利の移転を目的としない取引であり、評価損に該当し、損金の額に算入されない」（下線筆者）と認定して、実質課税の原則から、仮装行為でなくとも更正処分を行った。

しかし、法人が行うクロス取引は、前述した益出しクロスの例もあるように必ずしも税負担の軽減を図るものではない。

法人税法上の実質所得者課税の原則が、租税負担の公平を図るためであるとするならば、クロス取引において、実質主義を発動する論拠とは何であるのか。

また、公開市場において実際に行われた経済的合理性のある取引を「その売却をなかったものとして取扱う」とするには、有価証券課税における原則である実現主義を否定しなければならない。

本章では、実質所得者課税の原則、いわゆる実質主義と実現主義の観点から検討を行っていく。

第1節 実質所得者課税の原則との関係

税法上の「実質主義」とは、立法趣旨からすると、租税負担の公平を図るために税法の解釈・適用（又は事実認定）に当たっては、法文の文理解釈や行為の「形式」よりも「実質」（経済的実質）に着目して判断せよとする考え方であり、その考え方は同時に立法上の指針でもあって、各種の税法上の制度として顕現している⁶⁶⁾。

この実質主義、すなわち実質所得者課税の原則とは法人税法11条に定められているものであるが、その意義については、2つの見解がある⁶⁷⁾。

その1つは、課税物件の法律上（私法上）の帰属につきその形式と実質が相違している場合には、実質に即して帰属を判定するべきであるという「法律的帰属説」であり、他の

66) 注解所得税法研究会編『注解所得税法〔四訂版〕』大蔵財務協会（2005年）159頁。

67) 金子・前掲注19）170頁。

1つは、これらの規定は、課税物件の法律上（私法上）の帰属と経済的帰属が相違している場合には、経済上の帰属に即して帰属を判定するべきであるとする「経済的帰属説」である。このうち通説的意味を占めているのは、「法律的帰属説」である。

金子教授は、「文理的にはどちらの解釈も可能であるが、経済的帰属説をとると、所得の分割ないし移転を認めることになりやすいのみでなく、納税者の立場からは法的安定性を害されるという批判がありうるし、税務行政の見地からは、経済的に帰属を決定することは、實際上多くの困難を伴う、という批判がありうる。その意味で『法律的帰属説』が妥当である」⁶⁸⁾と述べられている。

中里教授は「いわゆる『実質主義』とか、『実質課税の原則』は、その内容が法的に不明確である場合少なくない。中には、私法上有効に成立した法律関係を課税上無視することまで、この原則に含まれるという考え方もあるが、これは租税法律主義の観点から（予測可能性が害されるので）大変に問題である。しかし、この原則が、私法上、当事者の真の意思を確定し、それに従って課税を行うということを意味するものであるとするならば、それは認められると考えられる。」⁶⁹⁾と述べられている。

経済的帰属説を支持する裁判例⁷⁰⁾もあるが、判例には、法律的帰属説を前提とする判断が多くみられる⁷¹⁾。

谷口教授は、「法的実質主義は、『実質』という語をその名称の中に含んではいる。しかし、それは、法律関係が真実であること、すなわち仮装でないことを要求するが故に、法的『実質主義』と呼ばれるにすぎない。法形式を事実認定の基準とするという意味では、『形式主義』である。法的実質主義は、このような意味における『形式主義』であるからこそ、事実認定への税務官庁の形式的・裁量的判断の『防波堤』となり、しかも事実認定における予測可能性、法的安定性の保証にも資するのである。そうであるからこそ、経済的帰属説に比べ、帰属の判定基準が明確であり、所得の人的帰属の判定において、納税者の予測可能性、法的安定性および税務行政の公平な執行可能性の保障に資するのである。」⁷²⁾と述べられている。

実質主義については、このように諸説あるが、有価証券の譲渡は、原則として「約定日基準」を採用しているため、経済的実質に基づいた判断を行うとすれば、「経済的帰属説」に依ると考えられる。

しかし、いずれにしても、実質課税の原則が租税負担の公平を図るという目的の下で、クロス取引すべてに発動され、「クロス取引を売買と認識しない」とするならば、納税者が行ったすべてのクロス取引について、税負担の軽減を図るということを立証しなければ

68) 金子・前掲注19) 170頁。

69) 中里実『タックスシェルター』有斐閣（2002年）224頁。

70) 例えば、千葉地判昭和45年12月25日訟月17巻4号669頁。

71) 例えば、最判昭和62年5月8日訟月34巻1号149頁。これは、妻が行った有価証券の取引が夫の包括的委任に基づくものであるとして、その取引による所得が夫に帰属するとされた事例である。

72) 谷口・前掲注23) 58頁。

ならない。

この点について、クロス取引は、前述したように益出しクロス取引の事例もあり、それに伴う税負担の増加もあり得る。また、実務的には課税当局が損出しクロス取引を問題視するのであれば、逆に益出しクロス取引は減額更正をするのか、という問題提起もされてきた⁷³⁾。したがって、納税者の行う取引が必ずしも税負担の軽減を図るためでない以上は、実質主義においてクロス取引を否定できない。

第2節 所得税法におけるクロス取引

本稿では、主に法人税法上のクロス取引の取扱いにつき論じてきたが、本節においては所得税法上のクロス取引について確認しておく。

所得税法上においては、第1章において述べたとおり、平成2年裁決において、「本件売却損の額は、保有している株式が取得価額以下に値下がりしたことによって生じたものを顕在化させただけであって現実に存在したものであり、意図的に作り出したものではないから、本件取引によって結果として損失が生ずるとしても、これをもって本件取引が経済上不自然、不合理なものということはできない。」とした判断がされ、更正処分が取り消されている。

このような国税不服審判所の判断は、法人税法上の事案とほぼ同旨であるが、上述のように、その後において国税庁は、日本証券業協会からの照会に対し、解釈通達においてクロス取引を容認する旨の回答を行っている⁷⁴⁾。

この点につき、成松洋一税理士は、「法人税の取扱いとの整合性はどう考えたらよいであろうか。個人は継続企業ではなく、企業会計の制約を受けないこと、株式譲渡益課税制度の改正に伴う過渡的なこと、といった点に理由があるのであろう。」⁷⁵⁾と述べられている。

所得税法上において評価損を認識する規定がないこと、また個人に対する金融商品課税の流れは「貯蓄から投資へ」との政策的要請の下、税制改正がなされていること⁷⁶⁾が理由としてあるのではないかというのが筆者の見解であるが、法人税法との整合性については疑問が残るところである。

株式のクロス取引ではないが、これに似た取引にゴルフ会員権の買戻取引の事例⁷⁷⁾がある。これは、値下がりしているゴルフ会員権を売却して譲渡損失を出し、その売却の4日後に同額で会員権を買い戻したという事例であり、審査請求人は、「クロス取引による売却損益の計上は、税務上も認められているところであり、本件取引も結果的にクロス取引

73) 成松洋一『法人税裁決例の研究－不服審査手続きとその実際－』税務経理教会（2003年）212頁。

74) 川田剛「クロス取引について税務上ロスが計上できるのは実際に発生し、かつ、現実のものに限るとされた事例」税務事例47巻9号66頁参照。解釈通達の要旨については、前掲注14)に記載している。

75) 成松・前掲注73) 213頁。

76) 美馬博「源泉分離廃止を見据えた株式のクロス取引とその有利判断」税理45巻13号（2002年）152頁参照。

77) 国税不服審判所裁決平成11年2月8日裁決事例集57集152頁。

と同様のものである」と主張した。

これに対して、国税不服審判所は、「本件一連の取引はゴルフ会員権の譲渡損失を作り出すことを目的とした形式的な取引であって、実体の伴わないものであり、真に売買があったと認めることはできない。」との判断を下した。クロス取引との違いについて、国税不服審判所は、証券取引所といった公開された市場を通じて取引されたものでないこと、ゴルフ会員権は、証券取引所に上場されている有価証券ではないこと、及び受渡しされたゴルフ会員権証書は同一のものであることを挙げている。

なお、本裁決例や会員権業者を介して知人に譲渡した取引⁷⁸⁾に関しては、会員権の売買があったかのごとく仮装しているとして重加算税が賦課されている。

このように、国税不服審判所は、相対取引であるゴルフ会員権の譲渡については、実体の伴わない取引であるとし、証券取引所を通じたクロス取引については、実体の伴う実現した取引であると判断している。

法人税法上のクロス取引においても、現実に証券会社を通じて株式の売買を行っていること、株券の受渡しや売買代金の授受等を行っていること、さらに、近い将来価格の回復の見込みがない保有株式の含み損を顕在化させて財務の顕在化を図るために行われた取引については⁷⁹⁾、実現した損益と認められるべきである。

第3節 法人税法上の実現概念

所得課税において、実現とは、金銭その他の換価可能な経済的価値の、外部からの流入をいう。法人税法は、所得を益金すなわち「取引に係る収益」（法人税法 22 条 2 項）として把握している。したがって、法人税法では収入や収益などの「外部から流入した経済価値」を課税所得とし、実現した所得に課税することとしているのである⁸⁰⁾。

なお、実現主義は、本来は、実現した所得のみを課税対象としており、未実現所得は、課税対象から排除するという考え方である。法人税法では、企業会計準拠主義の下で、収益計上基準としての実現主義（企業会計原則第2の1のA・3のB）に準拠して益金の年度帰属が判定される。

反対に、未実現所得とは、法律上又は事実上発生してはいるが、まだ実現（対価等が外部から流入）していない所得をいう。所得資産の価値の増加益である未実現のキャピタルゲインはその代表例である。

法人税法が、実現主義を採用しているのは、未実現所得の把握及び評価の困難による納税者・税務行政双方に対する負担の問題、課税に伴う納税資金の問題などの実際上の考慮

78) 国税不服審判所裁決平成 13 年 5 月 30 日裁決事例集 61 集 175 頁。

79) ふじ合同法律事務所・税理士法人緑川・蓮見事務所共編『ケーススタディ企業税務訴訟・審査請求』新日本法規（2008 年）139 頁参照。

80) 谷口・前掲注 23) 200 頁参照。

に基づくものである⁸¹⁾。

つまり、未実現所得に課税するか否かの問題は、課税所得であるか否かではなく、所得であることを前提とし、いつ課税するかの特定期間の問題である。

益金および損金は、別段の定めがない限り、公正処理基準に基づいて算定されることになるため、法人税法における実現主義の根拠となる規定は法人税法 22 条 4 項を挙げることができる。実現主義はまた、資産の評価益の益金算入が禁止されていること（法人税法 25 条 1 項）、資産の評価損も原則として損金算入が禁止されていること（法人税法 33 条 1 項）にも現れている。これにより、実現主義と取得原価主義は表裏一体の関係であると考えられる。

すなわち、以上のように公正処理基準と評価損益計上の禁止から、法人税法における基本原則は実現主義であり、益金及び損金の計上時期については、実現主義を原則として規律すべきである。

山本守之税理士は、クロス取引の実現した評価損について、「現実の取引として実現したものであれば、売却損の損金算入は認められて然るべきである。クロス取引を否認して、有価証券の評価損を損金不算入とするためには、現実に存在して実現した取引自体を否定しなければならないが、租税法上このような解釈はできない。」⁸²⁾と述べられている。

有価証券においては、売買目的有価証券やデリバティブ取引について、別段の定めにより時価法が採られているが、クロス取引の対象有価証券については、売買目的有価証券に該当しないのであり、原則通り実現主義を採用すべきである。

第 4 節 時価法と実現主義

有価証券課税では、前述したように、企業会計における国際的な時価会計への移行の下で、金融商品会計基準の制定を一つの契機として時価法を導入するに至った。ただし、現行法においては、かつての原価法の考え方が一部残存している。

時価法が全面的に導入された場合、実現主義や取得原価主義を基礎として展開された原価集合、原価配分、評価換えという体系は通用しないことになってしまう。これは、完全な時価法の下では、譲渡損益と評価損益の区別が消失し、譲渡原価という概念そのものが意味を失うからである。しかし、有価証券に関しては、現行法は、時価評価の対象となる範囲を売買目的有価証券に限定し、体系的にもあくまでも期末評価方法として時価法を適用させるという形に止めている⁸³⁾。

このように、売買目的有価証券のような一部の有価証券にのみ時価法を適用し、他の有価証券については原価法を適用していることからしても、クロス取引の対象有価証券については、実現主義を適用すべきである。

81) 谷口・前掲注 23) 201 頁参照。

82) 山本守之『検証国税非公開裁決』ぎょうせい（2005 年）209 頁。

83) 岡村・前掲注 34) 231 頁。

第5節 小括

本章では、実現した取引について実質課税の原則と実現主義の観点から、また所得税法における類似事案からの検討を行ってきた。

まず、実質所得者課税の原則は租税負担の軽減を図るという目的の下で、法人税法 11 条に規定されている。この実質所得者課税の原則を根拠にクロス取引を否認するのであれば、納税者が行うすべてのクロス取引について、税負担の軽減を図るということを立証しなければならない。

しかし、クロス取引には「益出しクロス取引」と「損出しクロス取引」の二種類があり、すべての取引が税負担の軽減を目的に行われているわけではない。

次に、所得税法上、クロス取引は容認されている現状である。国税不服審判所は、平成 2 年裁決で更正処分を取り消し、その後国税庁は、法令解釈通達において、クロス取引を容認することを明らかにしている。

また、ゴルフ会員権の裁決事例では、相対取引である取引については否認しているが、証券取引所を通じたクロス取引については「実体の伴う実現した取引である」とした判断を行っているのである。

このように、公開市場で行われた経済的合理性のある実現した取引については、売買があったとして認められるべきであり、原則通り実現主義を採用すべきである。

おわりに

本稿では、法人税法上の有価証券のクロス取引における問題点について、裁決例等を素材として、実際に行われた取引を「その売却をなかったものとして取り扱う」には、通達限りで定めるのではなく、法令の規定を置くことの必要性について論じてきた。

第 1 章では、平成 4 年裁決の国税不服審判所の判断内容を確認し、法人税法上、クロス取引の否認の根拠は直接法令で規定されているものではなく、通達限りで定められていることの問題点について指摘した。

第 2 章では、クロス取引を売買としないと定める本通達が規定されたのは、平成 12 年度税制改正によって有価証券税制が大きく見直されたことが契機であるため、改正前の取得原価主義から時価法導入に至った経緯と問題点についてをまとめ、法人税法における譲渡の概念について明らかにした。

第 3 章では、本通達は金融商品会計基準及び金融商品会計実務指針から公正処理基準を介して定められているものであるため、法人税法と企業会計の関係を明らかにし、法令で規定がない場合に、通達で補完されることの問題点について指摘した。

最後に、第 4 章では、平成 4 年裁決及び平成 8 年裁決で、当初原処分庁は「実質としては、評価損である」として更正処分を行っているため、実質課税の原則が発動される際の論拠とクロス取引の関係について明らかにした。また第 1 章から第 3 章までの検討内容と

問題点の整理をし、実現主義の観点から検討を加え、所得税法上のクロス取引の事案との比較により、公開市場で行われた経済的合理性のある取引については認められるべきであることについて論じた。

法人税法上、租税の公平を図るという原則の下においては、益出しクロス取引の事例にもあるように、税負担の軽減を図るためだけに行われるものではないため、実質所得者課税の原則において否認することは問題である。

公正処理基準の立法趣旨である、課税所得計算を健全な会計処理に委ねることにより、税制の簡素化を図ることは、もちろん利点もあるが、中には企業会計での創設趣旨を税法でそのまま受け入れるには無理があるものも存在するのである。

何が公正妥当な会計処理の基準であるのかを判定するのは、国税不服審判所や裁判所の任務であり、下された判断をその後において否定するような取扱いを通達で定めるのは、納税者の予測可能性の確保を阻害する。

このようなクロス取引の事例は、企業会計と税法の間の空白を、通達限りで定めてしまった一例であり、課税要件法定主義に反することである。今後企業や個人の経済活動が多様化し、金融商品の取引形態もますます複雑化されることが予想される。このような今だからこそ、一般納税者の予測可能性を確保できるように、立法での手当てがなされるべきである。