

経済産業省は、平成 21 年度税制改正により導入された「外国組合員に対する課税の特例」、「恒久的施設を有しない外国組合員の課税所得の特例」に関し、ファンドに関する課税の特例の要件の一つである「業務執行として政令で定める行為を行わないこと」の判定について、下記のとおりとりまとめました。

なお、本件の内容については、国税庁にも確認をいただいております。

## 記

外国組合員に対する課税の特例、恒久的施設を有しない外国組合員の課税所得の特例における「業務執行として政令で定める行為」について

### 1. 本稿の趣旨

平成 21 年度税制改正において、投資事業有限責任組合契約に関する法律（以下「LPS 法」という。）第 2 条第 2 項に規定する投資事業有限責任組合及び外国におけるこれに類するもの（以下「投資組合」という。）を通じた、海外投資家による投資に関し「外国組合員に対する課税の特例（租税特別措置法第 41 条の 21、第 67 条の 16）」及び「恒久的施設を有しない外国組合員の課税所得の特例（租税特別措置法施行令第 26 条の 31、第 39 条の 33 の 2）」（以下「ファンドに関する課税の特例」という。）が創設されました。

ファンドに関する課税の特例の適用に際しては、当該特例の適用を受けようとする者が租税特別措置法第 41 条の 21 第 1 項第 2 号に規定する「当該投資組合契約に基づいて行う事業に係る業務の執行として政令で定める行為」（以下「税法上の業務執行」という。）を行わないことが要件の一つとなっております。税法上の業務執行としては、租税特別措置法第 41 条の 21 第 1 項第 2 号の委任を受け、租税特別措置法施行令第 26 条の 30 第 1 項各号で具体的内容を定めており、業務執行、業務執行の決定、業務執行又は業務執行の決定についての承認、同意その他これに類する行為（以下「業務執行等についての承認等」という。）が税法上の業務執行として定められております。

他方、LPS 法上は、無限責任組合員（以下「GP」という。）のみが業務執行を行います（LPS 法第 7 条第 1 項）が、有限責任組合員（以下「LP」という。）も投資事業有限責任組合（以下「LPS」という。）契約の主体であり、GP や他の LP とともに共同で一定の事業を営む者である（LPS 法第 3 条第 1 項）ため、契約主体としての権利行使や事業を営む上で必要な権利行使は認められます。このような LP の権利行使については、LP の業務執行への関わりという切り口からは、業務執行とは関係のない行為と業務執行に関係する行為であるが業務執

行ではないものに区分することができます。税法上の業務執行には、「業務執行等についての承認等」も含まれますので、 に該当する LP の権利行使であっても、税法上の業務執行に該当する場合があります。

## 2 . 行為類型毎の考え方

上記の行為類型毎に、どのような権利行使が税法上の業務執行概念に該当し、また該当しないかどうかの判定についての基本的考え方は、以下の通りです。

### ( 1 ) 業務執行とは関係のない行為

投資組合の基礎に係る権利（契約の変更や解散請求権等。GP 選任・解任等構成員に関する権利を含む）や、監督権（財務諸表の閲覧権や業務・財産の検査権）、自身の利益確保のための権利（持分払戻請求権や利益分配請求権）につきましては、こうした権利は、各組員が共同で投資事業を営む団体の構成員であることから当然に認められる権利であり、かつ実際 LPS 法においても各 LP に認められている権利です。

このような権利に基づく行為は、組合業務の執行行為や当該執行の意思決定行為ではありませんし、またこうした執行行為やその意思決定について承認等するものでもありませんので、税法上の業務執行として定めるいずれの行為にも該当しません。

### ( 2 ) 業務執行に関係する行為であるが業務執行ではないもの

業務執行への関わりとしては、LP が GP の行う個別の投資に対して承認等を行う場合や、GP の業務執行権限の範囲の変更について承認等する場合、GP の利益相反取引又はそのおそれのある取引（以下、まとめて「利益相反取引」という。）に対して承認等をする場合、GP の投資業務に対して助言する場合等が考えられます。このような LP の行為は、組合業務の執行行為や当該執行の意思決定行為ではありませんが、こうした執行行為やその意思決定についての承認等に該当する場合があります。

そこで、こうした具体的な LP の行為が「業務執行等についての承認等」に該当するか否かについて検討すると、以下の通りになると考えます。

契約等で定められた GP の業務執行権限の範囲内の投資案件について、その実行前にその適否について LP が承認等すること

- … GPの執行権限の範囲内の行為にもかかわらず、当該GPの業務執行の前提としてLPの承認等が必要な場合には、LPの承認等の対象はまさに本来GPに委ねられるべき業務の執行でありますので、こうしたLPの承認等は「業務執行等についての承認等」に該当するものと考えられます。

契約等で、GPによる一部の投資を原則として制限しつつも、LPの承認等があれば当該投資を行うことができる旨の定めがある場合に、当該定めに基づいてGPの投資についてLPが承認等を行うこと（例えば、投資ガイドライン等で一定額以上の投資について一定のLPの承認が必要である旨定められている場合の、当該LPの承認等）

- … ここでのLPの承認等の対象は、契約等で定められたGPの権限外の投資業務ですが、業務執行の概念自体は組合の事業目的達成に向けた行為全般が含まれると解されますので（法律用語辞典では、「一般に、法人、組合等の団体において、定款変更、解散等の団体の存立、構成にかかわる基本的事項を除き、団体の事業に関する様々な事務を処理すること。法律行為のみならず事実行為を含む」と定義されております。）契約等で定められたGPの権限外の投資業務の執行であっても投資組合の業務執行であると考えられます。従いまして、こうしたGPの投資業務に対するLPの承認等も「業務執行等についての承認等」に該当するものと考えられます。

#### LPがGPの利益相反取引について承認等すること

- … 利益相反取引（GPがGP自身又は第三者のために行う取引等、当事者の利益が相反する取引）は、LPの利益を害するおそれのあるものであるため、こうした取引を行うにあたってLPの承認等を求めることを契約で明記している場合があります。

先述の通り、業務執行の概念は組合の事業目的達成に向けた行為全般が含まれると解されますので、GPが行う利益相反取引も、それが組合の事業目的の達成のために行われる場合には業務執行であると解されます。また、「業務執行等についての承認等」は、業務を執行すること（又はその意思決定をすること）それ自体を承認等することを指すと解されますので、利益相反取引の承認につきましても、「業務執行等についての承認等」に該当することになりますが、LPがGPの利益相反取引について事前に説明・報告を受けることや、これに対して助言すること（この点は参照）異議を申し立てること（異議があった場

合には GP は業務執行できないというように、実質的に承認等と変わらない場合は除く)は「業務執行等についての承認等」には該当しません。

なお、GP が行う利益相反取引には、LPS の業務執行権限者としての立場を離れて行われる行為もあります(例えば、GP が他の LPS の GP となろうとする場合や、GP が投資先企業に自己の名義・計算で融資を行う場合等)。こうした取引も、既存の LPS の LP の利益を害するおそれがあるという点で利益相反取引と考えられますが、当該取引は LPS の業務として行われるわけではありませんので、こうした GP の行為は LPS の業務執行ではありません。従って、このような GP の利益相反取引についての承認等は、「業務執行等についての承認等」には該当しません。

投資可能限度額の変更や投資可能資産の変更等、個別の投資判断を離れて事前に行われる GP の業務執行権限の範囲の変更について LP が承認等すること

- … こうした LP の承認等の対象は、GP の業務執行そのものではなく、その前提となる業務執行権限であり、こうした承認等は原則として「業務執行等についての承認等」には該当しないものと考えられます。なお、こうした GP の業務執行権限の変更が頻繁に行われているなど、当該承認等を行うことが実質的には GP の業務執行等についての承認等であると考えられる場合には、こうした LP の承認等は「業務執行等についての承認等」に該当するものと考えられます。

GP の投資業務に対して助言すること

- … LP には、上述のように GP の業務執行に対して承認等を行う権利の他に、GP の求めに応じて GP の投資業務に対して助言を行う権利が認められている場合があります。こうした助言に、例えば GP が当該助言に基づいて業務執行しなければいけないというような形での GP の業務執行に対する拘束力が無い場合には、GP は LP の助言の有無に関わらず単独で業務執行を行うことができます。このため、こうした拘束力を持たない助言を行う場合には、LP の助言は「業務執行等についての承認等」には該当しないと考えます。なお、実質的に LP の助言が GP の業務執行に対して拘束力を持ち、承認等と変わらないような場合には、「業務執行等について承認等」に該当するものと考えられます。

### ( 3 ) 業務執行そのもの

LPS 法上、LP には業務執行権限はありませんが、投資先との交渉、投資先の決定、売却等、業務執行そのものに該当する行為を LP が行ってしまった場合には、当然、税法上の業務執行に該当するものと考えられます。

### 3 . アドバイザリーボードに認められている諸権利の行使について

LP を構成員とし、GP の業務執行に対して助言等を行う契約上の機関（「アドバイザリーボード」）が存在する場合には、先述の LP に認められている多くの権利がアドバイザリーボードの権利とされています。

なお、当該権利がアドバイザリーボードの権利となっている場合には、その権利行使にはアドバイザリーボードの構成員の一定数以上の承認・同意が必要です。

LPS 契約において認めるアドバイザリーボードの権限は、LP にも本来認められる権利をアドバイザリーボードに委譲しているものでありますので、当該権限に基づく行為は、先述の整理で税法上の業務執行と看做されない限り、LP 自らの権利の行使と同様、税法上の業務執行に該当しないものと考えられます。

以 上