

論 説

借用概念論・再考

日本大学法科大学院教授

今 村 隆

◆SUMMARY◆

借用概念論とは、租税法規において用いられている概念が民商法等で用いられている概念から借用されたものである場合、統一説の立場から、借用先の民商法等と同一義に解釈すべきであるとする見解である。しかし、そもそも借用概念と固有概念の区別が明確でない上、デット・アサンプション契約やレポ取引契約のような新しい金融取引の場合には、借用概念論がどのような意味をもつのかも問題となる。

借用概念論に対しては、近時様々な批判もあるが、これに対し、筆者は、借用概念論を尊重する立場から、①デット・アサンプション契約による差額が「預金の利子」に当たるかが問題となった東京地裁平成17年7月1日判決、②レポ取引契約の差額が「貸付金の利子」に当たるかが問題となった東京地裁平成19年4月17日判決を検討し、第1に、借用概念論は、有用であり、今後も用いていくべきであるが、租税法規の解釈・適用に当たっての規範構造の中で借用概念論の役割をきちんと位置づける必要があること、第2に、借用概念論の前提となる借用概念と固有概念の区分において、両者を純化させるべきであり、どちらにも当てはまらない概念を無理に区分することなく、「その他の概念」として位置づければ足りると論じるものである。

筆者のこのような見解は、借用概念論についての従来の議論に一石を投じるものであり、今後の借用概念論のあり方について傾聴に値するものがある。

(税大ジャーナル編集部)

目 次	
序論	26
第1 借用概念論の意義	26
第2 借用概念論の問題点	26
第1章 借用概念論の意義と役割	27
第1 借用概念についての諸説	27
第2 借用概念であることを認めた裁判例	29
第3 租税法規の解釈・適用と借用概念論の役割	30
第4 非典型契約と借用概念論	33
第2章 新しい金融取引と借用概念論	36
第1 デット・アサンプション契約	36
第2 レポ取引契約	43
第3 小括	50
第3章 借用概念論の意義と今後の方向	50
第1 借用概念論と課税訴訟における要件事実論	50
第2 三分法の提唱	51
結論	52

序論

第1 借用概念論の意義

租税法規が用いている概念について借用概念と固有概念の2種類を区別すべきであるとする見解は、金子宏教授が提唱されたものである⁽¹⁾。金子教授によると、借用概念とは、「他の法分野（主として民商法）で用いられている概念」であり、例えば、所得税法181条「配当」、相続税法1条の3「相続」がこれに当たり、固有概念とは、「他の法分野では用いられておらず、租税法が独自に用いている概念」であり、例えば、「所得」がこれに当たるとされる⁽²⁾。

このような借用概念は、租税法においては、借用先の民商法等と同じ意義に解釈すべきか、それとも税法独自の観点で解釈すべきかということで問題となる。そして、金子教授は、借用概念の場合には、原則として、借用先の民商法等と同じ意義に解釈すべきであるとする⁽³⁾。これを「統一説」というが、本稿では、

借用概念論とは、このように借用概念について借用先の民商法等と同一義に解釈すべきであるとする見解ということで論じることとする。

第2 借用概念論の問題点

1 借用概念論は、金子教授の提唱後、実務にも多大な影響を与え、裁判例でも実際よく用いられており、借用概念であるか否かが納税者側と課税庁側とで熾烈に争われることもしばしば見られる。最近では、レポ取引が所得税法161条6号の「貸付金の利子」に当たるか否かが争われた東京地裁平成19年4月17日判決（判時1986号23頁）の事案が典型例である。

筆者は、金子教授の提唱された借用概念論を尊重する立場であり、租税法の問題を考えるに当たり、借用概念か固有概念であるかを常に念頭に置いて考察している。しかし、筆者は、借用概念論にいくつかの問題点も感じており、借用概念論を再考し、若干の修正を

する必要があるのではないかと考えている。

第1の問題点は、借用概念論の前提として、借用概念と固有概念の区別があるが、金子教授は、借用概念でないものは、すべて固有概念となると考えられているようで、このような二分法を採用されていると考えられる。しかし、上記レポ取引の事案で見られたように、所得税法 161 条 6 号の「貸付金」が借用概念であるか固有概念であるかの区別は難しく、借用概念か固有概念かの区別が果たして明確に行うことができるのか、あるいは、そもそも借用概念であるか固有概念であるかをどのように決定するのかの問題がある。

さらには、上記のような二分法に立つと、固有概念の範囲が広がりすぎ、固有概念の意義が薄れているのではないかと疑問がある。固有概念の典型である「所得」は、固有概念に当たるということにより、例えば、課税の前提となる民法上の法律行為に瑕疵がある場合に課税に影響があるか否かの問題において、影響がないとの結論を導き出すことにつながり⁴⁾、固有概念に当たるとすることに非常に意味がある。しかし、所得税法 204 条 1 項 4 号の「職業野球の選手」や同項 6 号の「ホステス」の場合に固有概念に当たるとしてもどのような意味があるのか問題となる。このような概念の場合には、社会通念で判断すると言えれば足り、租税法独自の立場で判断する必要はない。このように考えると、借用概念論の前提となる二分法の実益にも疑問が生じる。

第2の問題点は、借用概念論は、本来は、租税法規の解釈方法の問題であり、租税法規の要件の適用に当たっての前提となる契約等の認定方法の問題ではない。しかし、裁判例では、租税法規の要件の適用に当たっての前提となる契約等の認定方法の問題として争われることも多く、租税法の解釈・適用に当たり、借用概念論がどのような意義を有し、役割を果たすべきかを説明する必要がある。そ

れにもかかわらず、上記レポ取引の事件で見受けられたとおり、租税法規の解釈・適用に当たって、借用概念論がどのような意義を有し、役割を果たすべきかの説明が十分にされていないため、議論が空回りし、中途半端な解決に終わってしまったように思われる。この事案では、所得税法 161 条 6 号の「貸付金」が、民法 587 条の消費貸借契約の借用概念であるか否かが問題となったのではあるが、「貸付金」との用語が消費貸借契約であることが明白とまでは言い切れず、また、所得税法 161 条 6 号は、括弧書きで、「これに準ずるものを含む。」と規定していたこともあり、なおさら借用概念かが問題となったのである。さらに、この事案では、問題となった契約が、レポ取引という非典型契約であることから、このような非典型契約の場合に「貸付金」との要件に該当するか否かをどのようにして判断すればいいのかも十分に説明されていたとも言い難い。

2 そこで、以下、第1章において、借用概念論についての諸説や借用概念であることを認めた裁判例を検討した上、租税法規の解釈・適用に当たっての借用概念論の意義と役割を論じ、第2章において、①デット・アサンプション契約が所得税法 212 条 3 項の「預貯金の利子」に当たるかが争われた東京地裁平成 17 年 7 月 1 日判決（訟月 54 巻 2 号 493 頁）と、②レポ取引についての前記東京地裁平成 19 年 4 月 17 日判決のそれぞれ事案に基づき、借用概念論の意義と役割を具体的に検討し、第3章において、借用概念論の今後のあり方と若干の修正について提案することとしたい。

第1章 借用概念論の意義と役割

第1 借用概念についての諸説

1 金子説

冒頭に書いたとおり、借用概念論は、金子教授の提唱によるものであり、その意義につ

いては、既に述べたとおりである。

金子教授がこのような借用概念論を採られる理由は、理論的な根拠もあるが、民商法等からの借用概念を借用先の民商法等と同一義に解釈することにより、納税者の予測可能性が高まり、ルール・オブ・ローに資するとの実践的な意味もあると思われる。

2 村井説

ところで、金子教授の提唱した借用概念論には、これまで学説において、いくつかの異論がある。まず、村井正教授は、ドイツ税法で採られている目的適合説の立場に立った上、租税法規の借用の仕方などの態様を詳細に検討して、①租税法規の解釈の余地のないストレートな借用概念の場合（所得税法 24 条 1 項の「基金利息」等）、②上記のようにストレートな形で法条に特定されていないが、上記と同じくほとんど目的論的解釈の必要を認め得ない場合（国税徴収法 15 条「抵当権」等）、③上記のようにストレートな形で法条に特定されていないが、上記と異なり目的論的解釈の必要を認め得る場合（所得税法 24 条 1 項「剰余金の配当」等）に分類され⁶⁾、「特に計算概念の借用（…）のように、政策的配慮の妥協的側面の強いものについては、機械的な法的安定・予測可能性論を展開すべきではなく、むしろ租税法の目的論的解釈が重要な役割を果たすものというべきであろう。」⁶⁾とする。

村井教授の見解は、租税法の解釈のあり方についての深い洞察に基づくものであるが、基本的には借用概念論に立たない立場であり、租税法規の目的論的解釈を重視する見解と思われる。

3 水野説

一方、水野忠恒教授は、借用概念について借用先の民商法等と同一義に解釈すべきであるとの借用概念論の立場に基本的に賛成する立場である。しかしながら、上記村井説の指摘を踏まえた上、借用概念といっても、①租

税法が直接に民法等の概念に基礎をおく場合（所得税法 24 条 1 項の「基金利息」等）、②私法概念を租税法の目的に適合させるため修正している場合（相続税法 1 条の 3「遺贈」）、③法律上その内容を明らかにすることなく私法概念と同一の用語を用いる場合、④制定法上の用語ではなくても、私法上定着した概念が租税法上立法されたもの（国税徴収法 24 条「譲渡担保」）があり、また、租税法規の借用の仕方や借用している租税法規の性格によっても、借用概念の解釈のあり方が異なってくるのであるとし⁷⁾、借用概念であるからといって単純に借用先の民商法等と同一義に解釈すべきであると考えてるのではなく、借用している租税法規の立法趣旨を検討すべきであるとする⁸⁾。

水野教授の見解は、金子教授の見解を出発点としているものの、借用概念といっても、直ちに借用先の民商法等と同一義に解釈すべきであるとするのではなく、きめ細かく、当該租税法規の性格や立法趣旨を検討し、借用先の民商法等と同一義に解釈すべきであるかを具体的に判断すべきであるとする見解と思われる。

4 吉村説

これに対し、吉村典久教授は、村井説と同様、ドイツ税法で採られている目的適合説の立場に立ち、借用概念論の立場に反対しつつ、当該租税法規が、納税者において実現した経済的事象をそのまま課税要件として直接に取り込む方法と採っている場合（直接把握）と当該租税法規が納税者の選択した私法形式（特に、民法上の典型契約等）に課税要件を依拠させている場合（間接把握）を区別し、借用概念と判断される場合でも、立法者が間接的把握ではなく直接的把握を想定していたかどうかを認識していたかどうかを確認した上で、結論を出すべきであるとする⁹⁾。また、吉村教授は、当該租税法規が直接把握か間接把握であるかは、当該租税法規の目的によっ

て決定されるのであるとする⁽¹⁰⁾。

吉村教授の見解は、最近の裁判例での議論をも念頭に置いた鋭い指摘ではあるが、村井教授の見解と同様、基本的には借用概念論に立たない立場であり、租税法規の目的論的解釈を重視する見解と思われる。

第2 借用概念であることを認めた裁判例

1 概観

次に、借用概念論が問題となった裁判例についてみていくこととする。このような裁判例については、金子教授が整理されているところであり⁽¹¹⁾、代表的なものを挙げると、①所得税法 181 条の「利益配当」(最判昭 35・10・7 民集 14 卷 12 号 2420 頁)、②同法 210 条の「匿名組合」(最判昭 36・10・27 民集 15 卷 9 号 2357 頁)、③同法 2 条 1 項 34 号の「親族」(最判平 3・10・17 訟月 38 卷 5 号 911 頁)、④法人税法 3 条の「人格のない社団等」(福岡高判平 2・7・18 訟月 37 卷 6 号 1092 頁)がある。

上記①は、株主優待金が、源泉徴収の対象となる配当所得に当たることが争われた事案であるが、上記最高裁昭和 35 年 10 月 7 日判決は、「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、商法の前提とする利益配当の観念と同一の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かぎらず、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(例えば蛸配当、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」(アンダーライン筆者)であるとし、所得税法 181 条の「利益配当」を旧商法からの借用概念とした。

上記②は、「保全経済会」との名称で大衆か

ら資金を集め約束手形を交付していた事案であるが、上記最高裁昭和 36 年 10 月 27 日判決は、「法律が匿名組合に準ずる契約としている以上、その契約は、商法上の匿名組合契約に類似するものがあることを必要とするものと解すべく、出資者が隠れた事業者として事業に参加しその利益の配当を受ける意思を有することを必要とするものと解するのが相当である。しかるに、原判決の認定するところによれば、本件の場合、かかる事実は認められず、かえって、出資者は金銭を会社に利用させ、その対価として利息を享受する意思を持っていたに過ぎず」(アンダーライン筆者)として、所得税法 210 条の「匿名組合契約」を旧商法からの借用概念とした。

上記③は、未認知の子が扶養控除の対象となるかが争われた事案であるが、上記最高裁平成 3 年 10 月 17 日判決は、「所得税法(…) 2 条 1 項 34 号に規定する親族は、民法上の親族をいうものと解すべきであり、したがって、婚姻の届出をしていないが事実上婚姻関係と同様の事情にある者との間の未認知の子又はその者の連れ子は、同法 84 条に規定する扶養控除の対象となる親族には該当しないというべきである。」(アンダーライン筆者)とし、所得税法 2 条 1 項 34 号の「親族」を民法からの借用概念とした。

さらに、上記④は、いわゆる「ねずみ講事件」の一つであり、ねずみ講を主宰するのが個人か権利能力なき社団かが争われた事案であるが、上記福岡高判平 2・7・18 は、「右税法にいう『人格なき社団』なる概念は、もともと『権利能力なき社団』として認知された民事実体法上の概念を借用したもので、納税主体をこのような社団概念に準拠してこれを捕捉する以上は、民事実体法上の社団性概念にある程度拘束されるのもやむを得ないことである。…税法上、人格なき社団として課税の客体となり得るか否かも実体法上の問題ではあるが、その社団性が肯認されることが前

提であり、その判断においては、法的安定性の点からも社団性の概念は民事実体法と一義的に解釈されるのが相当である。」(アンダーライン筆者)とし、法人税法3条の「人格のない社団等」を民法からの借用概念とした。

このように裁判例でも借用概念論の考え方は、広く採られており、特に上記④の裁判例では、「民事実体法上の概念を借用したもの」と判示し、「借用概念」との用語自体を用いて判断をしているのである。

3 小括

借用概念論は、元々は、租税法規が要件として民商法等から借用していると思われる概念を用いている場合に、借用先の民商法等と同一義に解釈するか、あるいは、この場合でも当該租税法規の目的などを考慮して租税法独自に解釈するかの問題である。しかし、借用概念論は、上記問題にとどまらず、他の問題の際にも議論されている。例えば、序論の第2で述べたとおり、課税の前提となる私法上の法律行為に瑕疵がある場合に課税に影響があるか否かの問題において、影響がないとの結論を導き出す際に借用概念か固有概念か検討されている。また、私法上遡及効がある場合に課税関係に影響があるかでも議論されている。

さらには、水野教授も指摘するところであるが⁽¹²⁾、課税要件の前提となる契約をどのように評価するかについて、当事者の選択した法形式を尊重すべきか否かの議論に当たり、借用概念か固有概念かが議論されることもある。このように借用概念論は、租税法規の解釈方法という問題にとどまらず、課税要件事実の認定方法などでも議論されているが、これは、租税法規がその課税要件の前提となる契約を律する民商法等との規範とどのような関係に立っているのかの租税法規の規範構造を解明しないことには答えの出せない問題である⁽¹³⁾。そこで、租税法規の解釈・適用の規範構造を解明するとともに、そのような規範

構造において借用概念論の果たす役割について検討することとする。

第3 租税法規の解釈・適用と借用概念論の役割

1 租税法規の解釈・適用

租税法規の解釈・適用に当たっての租税法規の規範構造を解明するためには、そもそも法律の解釈・適用とは何かにまで遡らざるを得ない。法律の規定は、要件と効果を記述する命題であり、法律の規定の解釈とは、このような要件の意味を明らかにすることであり、適用とは、問題となっている事実関係がこの要件に当てはまるか否かを判断することである。そして、もし問題となっている事実関係が要件に当てはまると判断されれば、その法規が規定する効果が生じることとなるのである。このように法律の規定の解釈・適用とは、いわゆる「法的三段論法」といわれている判断過程により判断されるのである⁽¹⁴⁾。

この法的三段論法を図示すると次図のとおりとなる⁽¹⁵⁾。すなわち、法律の規定は、要件 **T** (Tatbestand) が、**M1**、**M2**、**M3**…のメルクマール (Merkmal) から成っている場合、**T** を満たす場合には、ある法律効果 **R** が生じることが規定しており、これが三段論法の大前提となる。次に、小前提は、ある事実関係これを事態 **S** (Sache) ということとするが、事態 **S** が **T** を満たす場合、具体的にいうと、**S** が **M1**、**M2**、**M3** を表している場合には、**S** は **T** に包摂され、**S=T** との関係が成り立つことである。この関係が成り立つのであれば、三段論法の結論として、事態 **S** について、法律効果 **R** (Resultat) が生じることとなるのである。

【法的三段論法】

(大前提)

T (要件、 $M1$ 、 $M2$ 、 $M3\cdots$) $\rightarrow R$ (効果)

(小前提)

S (事態) = T

(結論)

$S \rightarrow R$

※包摂： T が、 $M1$ 、 $M2$ 、 $M3\cdots$ のメルクマールから成っている場合、 S が $M1$ 、 $M2$ 、 $M3\cdots$ を表している場合に、 S は T に包摂される。

租税法規は、基本的には、課税要件 T を満たす場合には、納税義務 R が生じるとする命題であり、上記の法的三段論法が妥当する。なお、ここで課税要件とは、納税義務の成立要件のことであり、①納税義務者、②課税物件、③課税物件の帰属、④課税標準を規定する要件のことである。租税法律主義との関係では、上記のほかに、⑤税率を加えて、課税要件と呼んでいるが⁽¹⁶⁾、これは租税法律主義の対象となる要件は何かとの観点で5つを挙げているものであるが、税率は、税額計算の基準であり、事実の該当性が問題となる要件ではないことから、⑤の税率を除いて考えることとする。

さらに、上記のような三段論法は、次図のとおり、小前提である包摂関係を判断する場合にも成り立つと考えられる。すなわち、要件のメルクマールの一つである $M1$ が、 $E1$ 、 $E2$ 、 $E3\cdots$ の本質的要素 (Element) から成っている場合に、事態 S が $E1$ 、 $E2$ 、 $E3\cdots$ を表している場合、 S は $M1$ に該当すると評価されることとなる。そして、事態 S が他のメルクマールも満たせば、効果 R が生じることとなるのである。このように事態 S がメルクマール $M1$ に包摂されるか否かを判断するに当たっては、 $M1$ の本質的要素は何であるかを解明し、事態 S が $M1$ の本質的要素を表して

いる場合に、 $S=M1$ との関係が成立するのである。

【小前提における三段論法】

(大前提)

$M1$ ($E1$ 、 $E2$ 、 $E3\cdots$) $\rightarrow R$ (効果)

(小前提)

S (事態) = $M1$

(結論)

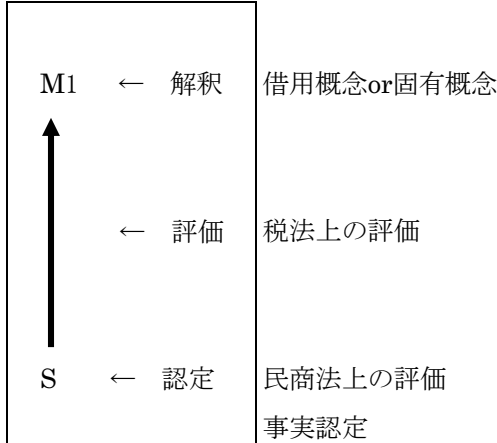
$S \rightarrow R$

※評価： $M1$ が $E1$ 、 $E2$ 、 $E3\cdots$ の本質的要素から成っている場合に、 S が $E1$ 、 $E2$ 、 $E3\cdots$ を表している場合、 S は $M1$ に該当すると評価される。

2 借用概念論の役割

租税法規は、前記1のとおり、基本的には、課税要件 T を満たす場合には、納税義務 R が生じるとする命題であり、法的三段論法が妥当する。そこで、このような法的三段論法による判断過程において、借用概念がどのような役割を果たすかが問題となる。借用概念か固有概念かの区別は、上記課税要件 T のメルクマールの一つである $M1$ について議論されるが、 $M1$ が借用概念であるという意味は、 $M1$ を解釈するに当たり、民法や会社法がそのメルクマールについて本質的要素としているものを租税法においても受容するということにあると考えられる。

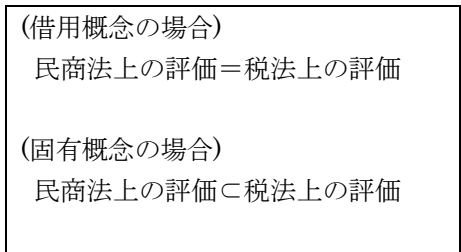
【借用概念論の役割】



一方で、上図のとおり、事態 **S** が契約や会社法上の行為である場合には、**S** の認定は民商法の問題でもある。そうすると、事態 **S** が **M1** の本質的要素の **E1**、**E2**、**E3**…を表しているかを判断するに当たっては、**S** の本質的要素が何かを認定し、その本質的要素と **M1** の本質的要素である **E1**、**E2**、**E3**…と合致しているか否かを判断することとなる。この事態 **S** の認定は、租税法規からみると、課税要件のメルクマールである **M1** に包摂されるか否かを判断するためのものであるが、単なる事実関係にとどまらず、その契約や会社法上の行為の民商法上の評価が問題となることがある。この事態 **S** の認定に当たっての評価は、あくまでも民商法に従って評価すべきであるが、租税法規で問題となるのは、事態 **S** が民商法上どのような契約に分類されるかといった問題ではなく、事態 **S** の法的効果は何かである。事態 **S** の法的効果をもたらす本質的要素を検討し、これが **M1** の本質的要素である **E1**、**E2**、**E3**…と合致したときに、事態 **S** は、**M1** に包摂されると判断されるのである。事態 **S** の本質的要素を判断するに当たり、民商法上の評価が問題となるが、民商法上評価それ自体が独立して意味があるのではなく、あくまでもこのような民商法上の評価というフィルターを通して生じる法的効果が問題となるの

である。

このように租税法規は、民商法上の規範との二重構造をなしているが、借用概念論は、**M1** の本質的要素である **E1**、**E2**、**E3**…を確定する際に、民法や会社法がそのメルクマールについて本質的要素としているものを租税法においても受容することを意味している。そうすると、事態 **S** が契約や会社法上の行為である場合には、事態 **S** の認定は、民商法に従って行われ、その本質的要素も民商法の視点で抽出されることとなるが、一方で、借用概念の場合には、民商法上の評価がなされれば、**M1** も民商法上の本質的要素を要素としていることから、税法上の評価は、民商法上の評価と一致する。これに対し、固有概念の場合には、民商法上の評価が直接意味をもつのではなく、あくまでも **S** の法的効果を判断するに当たり意味をもつにすぎず、最終的には税法上の評価によって決せられるのである。すなわち、租税法規の解釈・適用に当たっての民商法上の評価と税法上の評価とは、下図のとおり関係となる。



借用概念と固有概念の役割をこのように考えると、借用概念であるか固有概念であるかの決定は、単に文言上そのように読めるか否かというのではなく、当該租税法規が借用先の民商法上の本質的要素をメルクマール **M1** の本質的要素として受容しているといえるか否かにより決せられるべきであり、当該租税法規がそのような趣旨であるか否かによると考える。

このように考えると、借用概念と固有概念

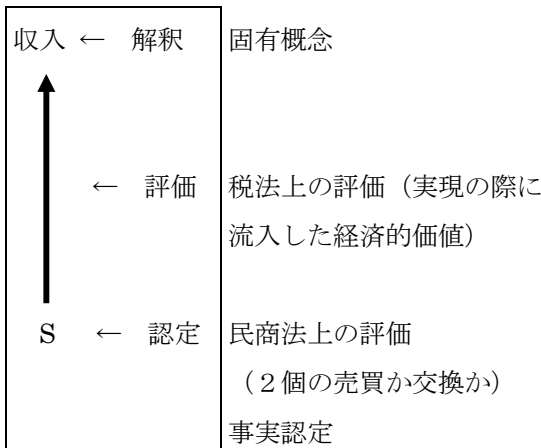
の決定については、前記第1の借用概念についての諸説のうちの水野説と同じ考え方ということになる。

3 民法上の法律構成による否認論の意義

ここで筆者が以前から論じている「民法上の法律構成による否認論」を租税法規の規範構造の観点で検討することとする。民法上の法律構成による否認論は、租税回避の場合に、当該課税要件の前提となる契約の評価に当たって、当事者の主張する法形式に盲目的に拘束されるのではなく、民商法上の観点で客観的に評価すべきであって、そのような民商法上の評価の結果、課税要件を充足したりあるいは逆に充足しない場合もあるとする見解である。

課税要件を充足する場合の典型が売買か交換が問題となった東京地裁平成10年5月13日判決(判時1656号72頁)であり、課税要件の充足が否定される場合が、フィルムリース事件の大阪高裁平成12年1月18日判決(訟月47巻12号3767頁)である。

上記のうち東京地裁平成10年5月13日判決の場合でその規範構造を分析すると、下図のとおりとなる。



すなわち、上記東京地裁平成10年5月13日判決で問題となったのは、所得税法33条1項の譲渡所得の「収入」金額を譲渡資産の売

買契約の代金額7億円とするか、取得資産の時価7億円+現金3億円と考えるかの問題である。租税法規の課税要件は、「収入」であって、「収入」の評価の問題である。この場合、事態Sが民商法上の交換契約と認定されるのであれば、税法上の「収入」も取得資産+現金と評価すべきであることになる。このように民商法上の評価として、交換契約と評価することにより、「収入」金額を10億円であるとするのであり、これが「民法上の法律構成による否認論」である。しかしながら、「収入」の概念は、税法上の固有概念であり、事態Sが2個の売買契約であると評価されたとしても、税法上、「収入」としてどう評価すべきかの問題は残っている⁽¹⁷⁾。

民法上の法律構成による否認論は、このようにあくまでも租税法規の課税要件の解釈・適用に当たっての前提となる契約の民商法上の評価の問題であり、税法上の評価ではないのであって、租税法律主義の問題は生じないのである。

第4 非典型契約と借用概念論

1 非典型契約の要件事実

典型契約とは、売買契約、賃貸借契約など民法の第3編・第2章の第2節ないし第14節に規定されている契約のことである。一方、非典型契約とは、これ以外の契約であり、非典型契約あるいは無名契約とも呼ばれている。典型契約の要件事実については、上記民法の第3編・第2章の第2節ないし第14節の冒頭にある規定(民法555条、601条等)がいずれも各典型契約の成立要件を規定するものであり、この要件に該当する事実が当該典型契約に基づく請求権を発生させるとすると考えられている(冒頭規定説⁽¹⁸⁾)。

このような見解に立つと、非典型契約は、典型契約のような冒頭規定がないことから、典型契約の規定を手掛かりとして、当該非典型契約の本質的要素は何であるかを探求せざるを得ない。具体的には、①当該契約の主た

る給付内容や必要不可欠な要件・法律効果は何であるかを吟味して、これに類似する典型契約の考え方を当てはめ、これと適合しない部分や特約による修正があったと考えたり、②機能面で部分的ながら一致する点のある典型契約に関する規定を類推したり、③複数の典型契約における本質的要素が混在・結合しているものと見たり、④典型契約に当てはめて考えることは困難であるとして、非典型契約は独自のものであるとして見たりすることにより、非典型契約の本質的部分は何かを考えるべきであるとする⁽¹⁹⁾。さらに、「契約の本質的部分の判断基準としては、典型契約、非典型契約とも、少なくとも有償契約においては、当事者が互いに対価的な給付を行う債務を負うということが、当該契約の本質的部分であると考えられよう。」と論じられている⁽²⁰⁾。

ここで「本質的要素」という意味であるが、要件事実論の核心ともいえるべき考え方であり、例えば、売買契約の場合に、期限は、本質的要素かそれとも付款にすぎないかと議論され、期限の合意がなかったとしても、売買契約としては完全に成立していると考えられ、結局、売買契約の本質的要素は、目的物を移転するとの合意と、その移転の対価としての代金の支払いの2つということになるのである（抗弁説⁽²¹⁾）。すなわち、前記1で明らかにしたメルクマールの要素のことであり、契約の場合でいうと、そのような合意がなかったとしても当該契約は成立していると考えられるか、逆からいうと、そのような合意がなければ当該契約は成立していないと考えられない場合に、そのような合意を当該契約の「本質的要素」というのである。

非典型契約の場合には、冒頭規定がないため、何が本質的要素であるかの確定が難しいが、形式的に本文の中で規定されているか付款の形になっているか否かではなく、そのような合意がないと当事者間でそのような契約

がなされない場合、言い換えると、当事者にとって、そのような合意が対価的な意味をもっている場合には、そのような合意も本質的要素と考えるべきである。

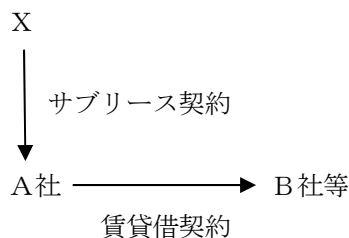
さらに、後に、デット・アサンプション契約やレポ取引契約で論じるが、このような金融取引における非典型契約の場合には、上記の意味での本質的要素を確定するに当たり、法的な観点からだけではなく、経済的な観点からの検討も必要である。なぜなら、このような取引の場合には、経済的観点からも検討しないことには、当事者が何に対価的意義をもたせているかの確定ができないからである。

2 不動産所得とサブリース契約

(1) サブリース契約

これまでの論述がいささか抽象論であったので、ここで借用概念論と非典型契約の問題について、これまで論じたことを具体例に基づいて、筆者の考え方を明らかにすることとしたい。

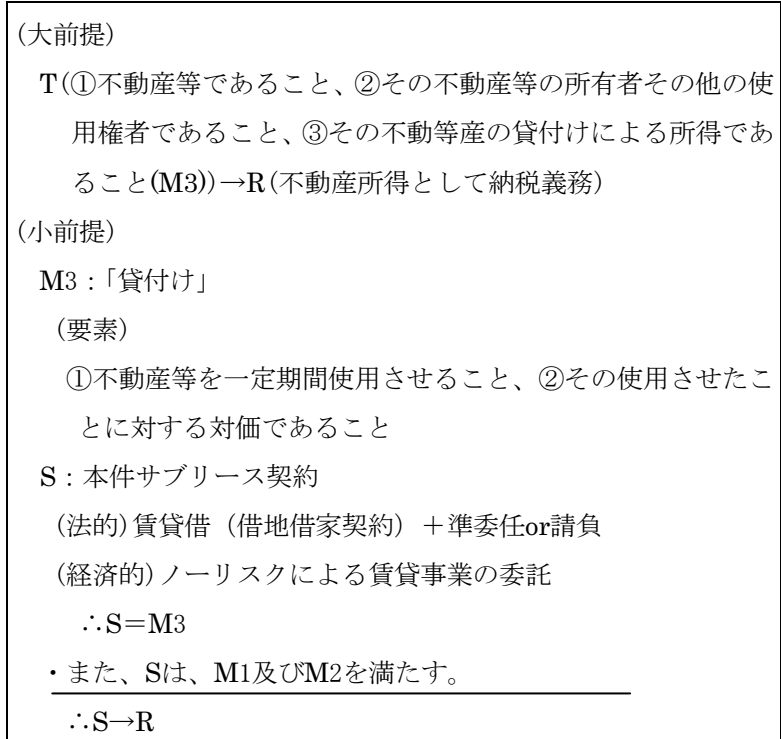
Xが、下図のとおり、A社との間でサブリース契約を締結し、A社からリース料を受け取った場合の所得分類の問題について検討する。サブリース契約は、①総合事業受託方式、②賃貸事業受託方式、③転貸方式などの方式があるが、ここでは②の賃貸事業受託方式とする。



ここで問題となる租税法規は、所得税法26条1項であり、同項は、「不動産所得とは、不動産、不動産の上に存する権利、船舶又は航空機（…）の貸付け（地上権又は永小作権の設定その他他人に不動産等を使用させるこ

とを含む。)による所得(事業所得又は譲渡所得に該当するものを除く。)をいう。」と規定している。「貸付け」について、括弧書きで、地上権の設定と永小作権の設定等を含むと規定し、いわゆる概念の拡張がなされているが、拡張前の「貸付け」は、民法からの借用概念であり、同法 601 条の賃貸借契約のことでありとされる。そこで、「貸付け」の本質的要素が何かを考えると、民法の賃貸借契約の要件事実と同じく⁽²²⁾、①不動産等を一定期間使用させること、②その使用させたことに対する対価であることと考えられる。一方、賃貸事業受託方式の場合のサブリース契約は、賃貸借契約と役務提供の準委任契約あるいは請負契約の混合契約と考えられる。サブリー

ス契約の法的意義は、このような混合契約と考えられるが、さらに、サブリース契約の場合、リース料の一定額の支払いを保証し、これにより、賃貸人である X は、不動産の貸付によるリスクを負わないことに意味があり、それこそサブリース契約の本質的要素であると考えられる。そうすると、事態 S の認定・評価をすると、X が賃料の受け取りについてノーリスクではあるものの、このリース料が、不動産を使用させたことに対する対価であると考えられ(民商法上の評価)、所得税法 26 条 1 項の「貸付け」の要素と一致し、「貸付け」に当たると考えられる。このような判断過程を図示すると、下図のとおりとなる。



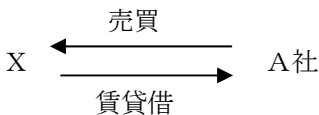
ここで留意すべきは、サブリース契約の民商法上の法的性質決定と租税法規の評価との関係である。民商法上は、民商法上の法律効果を考える上で、サブリース契約の法的性質を決定するのは重要な意味をもつ

ている。しかし、租税法規の解釈・適用に当たっては、そのような民商法上の法的性質決定が意味をもつのではなく、事態 S の法的効果において、リース料として受け取っている金員が使用対価の性質をもってい

るかであり、そのようにリース料として受け取っている金員が使用対価の性質をもっているのであれば、不動産所得となるのである⁽²³⁾。

(2) ファイナンス・リース契約

これに対し、ファイナンス・リース契約のリース料の場合には、別途検討が必要である。ファイナンス・リースを個人の事業者が行う場合は稀とは思えるが、仮に、下図のとおり、XがA社から物件を購入し、すぐにリースバックしたとして、しかもフルペイアウト型のファイナンス・リース契約であるとする。この場合、リース料は、使用対価ではなく、当該物件の購入時の残存価格に基づきリース期間内に投下資本が回収されるかとの観点でリース料を決めているのであり、貸付元本及び利息の返済である。そうすると、Xが受け取ったリース料は、不動産所得ではなく、事業所得ないし雑所得となると考えるべきである。



この点、会社更生法上の共益債権か更生債権かが争われた最高裁平成7年4月14日判決（民集49巻4号1063頁）が参考となる。すなわち、リース料の債権者は、賃料の支払いであり共益債権となると主張したのに対し、上記最高裁判決は、「ファイナンス・リース契約は、リース期間満了時にリース物件に残存価値はないものとみて、リース業者がリース物件の取得費その他の投下資本の全額を回収できるようにリース料が算定されているものであって、その実質はユーザーに対して金融上の便宜を付与するものであるから、右リース契約においては、リース料債務は契約の成立と同時にその全額について発生し、リース料の支払

が毎月一定額によることと約定されていても、それはユーザーに対して期限の利益を与えるものにすぎず、各月のリース物件の使用と各月のリース料の支払とは対価関係に立つものではない。」（アンダーライン筆者）として、フルペイアウト方式によるファイナンス・リース契約のリース料を共益債権には当たらないとしたのである。ここで上記最高裁判決は、会社更生法上の「共益債権」の要素を前提にした上、上記フルペイアウト方式によるファイナンス・リース契約の本質的要素が何であるかを検討し、使用対価ではないことから「共益債権」に当たらないとしたものであり、会社更生法の「共益債権」を所得税法26条1項の「貸付け」に置き換えれば、租税法においても同じ議論が成り立つのである。

第2章 新しい金融取引と借用概念論

第1 デット・アサンプション契約

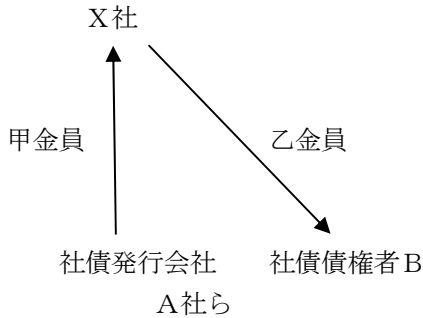
1 東京地裁平成17年7月1日判決

(1) 事案の概要

X社は、銀行業を営む我が国の内国法人であるが、下図のとおり、日本国内に本店を有するA社ら17の会社との間で、X社が各会社の債務の履行を引き受けることなどを内容とするデット・アサンプション契約（debt assumption）を締結し、当該契約に基づき、A社らから金員（甲金員）を受領し、相当な期間経過後の約定の支払日に、A社らに代わってBらに金員（乙金員）の支払をした。

ここでデット・アサンプション契約とは、債務の引受のことであり、社債の発行会社が支払期限の到来していない社債の元利金の支払債務をその現在価値に相当する金額で銀行に引き受けてもらう取引のことである。社債の発行会社は、これにより、満期前の償還や買入消却が困難な場合であっても、自社の貸借対照表から相殺記帳して消

すことすなわちオフバランス効果を得ることができ、これにより将来の金利負担の軽減が図れる一方、銀行側も債務の支払までの運用益を得ることができるのである。



これに対し、Y税務署長は、甲金員と乙金員との差額（以下、「本件差額」という。）が、所得税法 23 条 1 項の「預金の利子」に当たるとして、同法 212 条 3 項に基づき 15%の税率により計算した税額を源泉徴収をすべきであるとして、納税告知等の処分をした。すなわち、所得税法 212 条 3 項は、「内国法人に対し国内において第 174 条各号（…）に掲げる利子等、配当等、給付補てん金、利息、利益、差益、利益の分配又は賞金（…）の支払をする者は、その支払の際、当該利子等、配当等、給付補てん金、利息、利益、差益、利益の分配又は賞金について所得税を徴収し、その徴収の日の属する月の翌月 10 日までに、これを国に納付しなければならない。」と規定し、同法 174 条は、「内国法人に対して課する所得税の課税標準は、その内国法人が国内において支払を受けるべき次に掲げるものの額（…）とする。」とし、同条 1 号に「第 23 条第 1 項（利子所得）に規定する利子等」と規定し、同法 23 条 1 項は、「利子所得とは、公社債及び預貯金の利子（…）並びに合同運用信託、公社債投資信託及び公募公社債等運用投資信託の収益の分配（以下この条において「利子等」という。）に係る所

得をいう。」（アンダーライン筆者）と規定していることから、Y税務署長は、本件差額が所得税法 23 条 1 項の「預金の利子」に該当し、源泉徴収義務があるとしたのである。

この場合、本件差額が所得税法 23 条 1 項の「預金の利子」に該当するかが問題となる。

(2) 判旨

上記東京地裁判決は、まず、「『預金』の定義については、明示的に規定しておらず、『預金』の意義については、一般的な用語の意味を基に考えざるを得ない。」とした上、預金の法的意義については、「預金とは、典型的には定期預金、普通預金及び当座預金において見られるように、通常、銀行その他金融機関が不特定多数の相手方、すなわち預金者に対し返還を約して預託を受けた金銭をいうと解される。この場合、金融機関においては、受け入れた金銭自体をそのまま保管するのではなく、これを消費することができ、預金者に対しては約定した額の金銭を返還すれば足りるのであるから、預金は、民法 666 条所定の消費寄託の性質を有するものと解することができる。もっとも、預金といっても、経済上の需要に従って様々な種類が存在し、具体的な契約内容が預金の種類によって様々であることは公知の事実であり、預金が必ずしも民法上の典型契約である消費寄託契約に限られると断ずることはできない。…そうすると、その具体的な契約内容が民法上の消費寄託契約のみではなく、他の様々な約定も存在するものであっても、銀行その他の金融機関を受寄者として消費寄託された金銭としての性質を有するものについては、原則として預金であるということが出来るものと解するのが相当である。」とし、預金の経済的意義については、「預金の経済的な意義としては、銀行等の金融機関が、預託を受け

た金銭を一定期間運用して利益を上げる一方、通常、預金者に対しては、預金を自ら運用することにより収益を上げることの対価として、当座預金を除き、一定の割合の金員（利子）を支払うものであるということが出来る。」とし、「本件金員が『預貯金の利子』に当たるか否かについても、まず、上記の観点から本件各社債等発行会社から原告に交付された甲金員が『預金』に当たるか否かを検討すべきである。」（アンダーライン筆者）とした。

そして、上記東京地裁判決は、「上記認定判断によると、本件各履行引受契約においては、本件各社債等発行会社から甲金員の預託を受けた銀行であるX社が、各支払日において、甲金員の額にその利子を加えたものに当たる乙金員を、本件各社債等発行会社自身に返還するのに代えて、原契約の定める支払相手先に、支払う義務を、本件各社債等発行会社に対して負っているものと評価することができる⁽²⁴⁾。そうすると、本件各履行引受契約は、X社が、各支払日に、本件各社債等発行会社の原債務の履行として、乙金員を支払相手先に支払うという委任契約の性質を有するとともに、この委任契約の基盤になるものとして、銀行であるX社が、甲金員の寄託を受け、それを原資として、約定に係る相当な期間経過後の各支払日に、乙金員を返還するという金銭消費寄託契約の性質をも有するというべきである。」とし、「他方、経済的に見れば、本件各履行引受契約により、X社は、利益を上げるため、交付を受けた乙金員を自由に運用する一方、甲金員を交付した本件各社債等発行会社は、甲金員の額を上回る乙金員の支払を自己に代わってしてもらわなければならないから、少なくとも、その差額については、金銭を一定期間寄託したことにより得られる金員である利子の支払をX社から受けたものと評価すべきである。本件各

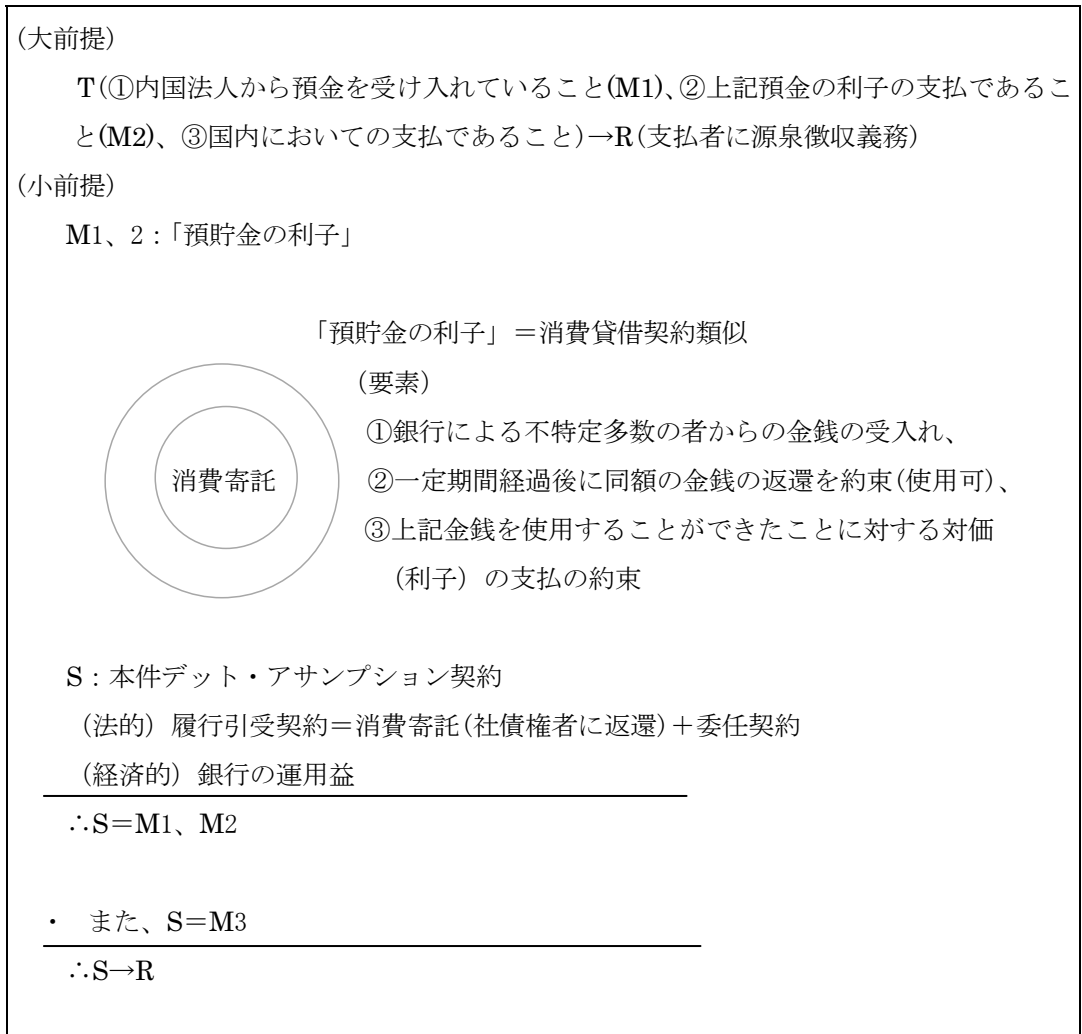
社債等発行会社は、直接には、X社から利子の支払を受けていないが、本件各社債等発行会社は、甲金員を預託することにより、これを上回る乙金員の支払をさせ、乙金員の総額に当たる原債務の支払を免れているのであるから、預金者である本件各社債等発行会社は、甲金員と乙金員の差額に当たる利子分の利益を得ており、間接的に利子の支払いを受けているということが出来るのである。」とし、「以上によれば、本件各履行引受契約に基づいて本件各社債等発行会社から原告に交付された甲金員は、『預金』の一般的用語の意味に該当するのであって、所得税法2条1項10号にいう『預金』に当たり、したがって、同法23条1項にいう『預貯金』に当たるというべきである。」として、X社の請求を棄却した。

その後、控訴審の東京高裁平成17年12月21日判決（訟月54巻2号472頁）は、1審の判断を是認して控訴を棄却し、最高裁は、X社の上告受理申立に対し、平成19年8月23日不受理決定をし、本件は確定した。

なお、本件と同じくデット・アサンプション契約における差額が「預金の利子」に該当するかが争われた事件として、東京地裁平成18年1月24日判決（訟月54巻2号531頁）がある。この判決は、レポ取引契約で検討する東京地裁平成19年4月17日判決と同じ裁判長の部の判決であることから注目される。この判決も、デット・アサンプション契約における差額が「預金の利子」に該当するとして、税務署長による納税告知処分等を適法とし、確定している。

2 1 審判決の論理

このような1審判決の論理を図示すると、
下図のとおりとなる。



すなわち、1審判決の論理を分析すると、まず、問題となる租税法規は、所得税法 212 条 3 項、174 条、23 条 1 項であり、これらの規定によると、預金の利子の源泉徴収義務の要件は、①内国法人から預金を受け入れていること、②上記預金の利子の支払であること、③国内においての支払であることであり、これらの要件を満たす場合には、利子の支払者は、源泉徴収義務を負う

ことになる。

そして、上記要件のうち問題となるメルクマールは、「預貯金の利子」であるが、1審判決は、前記 1 のとおり、この「預金」について、一般的概念であるとした上、この「預貯金の利子」の本質的要素として、法的意義と経済的意義の両面から検討し、法的には、銀行その他の金融機関に対する消費寄託契約であり、経済的には、「銀行等

の金融機関が、預託を受けた金銭を一定期間運用して利益を上げる一方、通常、預金者に対しては、預金を自ら運用することにより収益を上げることの対価として、当座預金を除き、一定の割合の金員（利子）を支払うものである」としているのである。

3 検討

(1) 所得税法 23 条 1 項の「預金の利子」の解釈

まず、所得税法 23 条 1 項の「預金」が借用概念であるか否かが問題となる。この点、X社は、『『預金』とは、銀行その他の金融機関を受寄者とする金銭の消費寄託契約ないしその預けられた金員をいう…』と借用概念であると主張し、Y税務署長は、『『預金』は、明確に定めた規定がないので、用語の一般的な理解を基に解釈するほかに、預金は、法的には、必ずしも純粋な金銭消費寄託契約でなくてもよく、経済的には、銀行が資金を運用して収益を上げるために受け入れた金銭である。』と一般的概念であると主張した。これに対し、1 審判決は、前記 2 のとおり、一般概念としたもので、Y税務署長の主張をほぼ採用したものである。

所得税法 23 条 1 項の文言からは、ストレートな借用概念とは断定できず、同条項及び源泉徴収義務を規定している同法 212 条 3 項の立法趣旨によって判断しなければならない。同条項は、非居住者又は法人の所得に対する源泉徴収義務を規定したものであるが、このうち法人に対する所得については、3 項で「預貯金の利子」、4 項で「配当」などについて源泉徴収義務を課しているが、なぜこれらの法人の所得を源泉徴収の対象としているのかその趣旨が問題となる。

この点、東京地裁昭和 41 年 5 月 17 日判決（税資 41 号 532 頁）が、所得税法上の利子所得に当たるとして源泉徴収の告知処分

に基づき納付した金員の不当利得返還請求訴訟において、「預金の利子」に当たるか否かが問題となった事案において、「預金の意義については、所得税法は特別の規定を置かず、その他の法令にも預金について定義したものはないから、所得税法第 9 条第 1 項第 1 号の預金がなにを指すかは、一般に預金の名で理解されている経済現象を探り、また所得税法が、預金の利子を利子所得として、特に所得類型化していることの意味を理解することによって、決められなければならない。」とした上、「所得税法が、公、社債の利子、合同運用信託の利益等とともに、預金の利子を利子所得として類型化し（第 9 条第 1 項第 1 号）、これについて、その支払者に所得税の源泉徴収義務を課している（第 37 条）のは、これがいずれも不特定多数の者に対する定形的、継続的な金員の支払いであるとの特質を持つことによるものというべきであり、従って、所得税法は、前述のような預金といわれる経済現象をもつて、同法にいう預金として予定しているものと解される。」とし、「消費寄託については、返還の時期を除き、その他については、すべて消費貸借の規定が準用され（民法第 666 条）、しかし、返還の時期に関する特則も任意規定にすぎないから、契約当事者間で民法と異なつた取決めをすることも自由であつて、その意味では、消費寄託といい、消費貸借といつても、両者は法的に極めて近似したものであり、しかも、典型的な預金である銀行預金についても、当座預金、特別当座預金（普通預金）、通知預金、定期預金等の種類に応じて、それぞれ態様を異にするものであり、定期預金のように、預入れ期間中銀行は支払準備なしに資金として自由に運用することができ、預金利率も高く、その意味で、消費貸借的色彩が強いものもあつて、決して単純な典型契約をもつて一様に律することはできな

いというべきである。また銀行預金の経済目的を見ても、それは、決して単に預金者の金銭上の価値の保管だけにあるのではなく、預金者の側の利子の取得、銀行におけるその価値の利用を目的とするものであり(…)、従って、原告の主張するように、問題の金銭の受入れが預金かどうかは、単にそれが典型的契約としての消費寄託に当たるかどうかの一事をもつて決められるものではない。」(アンダーライン筆者)としているのが参考となる。すなわち、所得税法が「預金の利子」に源泉徴収義務を課しているのは、銀行等の金融機関に対する消費寄託契約であることと、不特定多数の者に対する定型的、継続的な金員の支払であることに根拠を有すると考えられるのである⁽²⁵⁾。そうすると、1審判決が、法的意義と経済的意義の両面から「預金の利子」を検討しているのは相当である。

ところで、本件と同じくデット・アサンプション契約の差額が「預金の利子」に当たるかが争われた前記1(2)の東京地裁平成18年1月24日判決は、「所得税法施行令2条に定める預金とは、銀行その他の金融機関が、不特定の公衆又は取引先から広く運用資金を調達することを主たる目的として、相手方(預金者)から受け入れ、保管する金銭であって、金融機関において当該金銭を費消することを許容され、預金者との約定に従って同額の金銭を返還することが約されたものと解するのが相当であり、預金の利子(利息)とは、このような預金に係る元本の使用の対価として、元本に対する一定の利率により定められる金銭等ということができる。そうすると、預金の発生原因となる契約(預金契約)は、法的には、上記のような内容を含む金銭消費寄託契約の性質を有するものということができ、預金の利子の発生原因は、当該金銭消費寄託契約における利息の約定である

ということが出来る。」(アンダーライン筆者)と判示しているのが注目される。すなわち、前記東京地裁平成17年7月1日判決が「預金」の意義を判断するに当たり、法的性質だけではなく、経済的意義の両面から検討しているのに対し、上記東京地裁平成18年1月24日判決は、専ら法的意義の面から検討しているのである。借用概念であれば、確かに法的性質の面からの検討で十分であろうが、借用概念でないのであれば、経済的意義についても検討すべきであろう。

(2) デット・アサンプション契約の認定

デット・アサンプション契約は、非典型契約であるが、その本質的要素は何であろうか。デット・アサンプション契約は、社債債務の支払事務を代行するということでは、委任契約ではあるが、X社とA社らは、支払期限の到来しない社債の元金の支払債務をその元金の現在価値で引き受けるものであり、A社は、将来の金利負担の軽減が図れる一方、X社側も債務の支払までの運用益を得ることが可能となり、そこに対価的意義を見出しているのである。すなわち、X社がA社から受領した金員を運用できることは、これがない場合には、デット・アサンプション契約が成立しないという意味で本質的要素である。そうすると、消費寄託契約の性質をも有しているということができる。デット・アサンプション契約の本質的要素を抽出してその要件事実を記述すると、①X社がA社らから預かった金員を運用しこれに利子を加えたものを社債権者Bらに支払うと約束し、②X社がA社らから金員を受け取ったとなると考えられる。

上記東京地裁平成17年7月1日判決は、前記2のとおり、デット・アサンプション契約を法的性質及び経済的意義の両面から検討し、「本件各社債等発行会社の原債務の履行として、乙金員を支払相手先に支払う

という委任契約の性質を有するとともに、この委任契約の基盤になるものとして、銀行であるX社が、甲金員の寄託を受け、それを原資として、約定に係る相当な期間経過後の各支払日に、乙金員を返還するという金銭消費寄託契約の性質をも有するといふべきである。」(アンダーライン筆者)としていると考えられ、デット・アサンプション契約の本質的要素を確定しているもので相当である。

一方、前記1(2)の東京地裁平成18年1月24日判決は、当該契約書第3条に、「第2条(a)項に基づき原告に支払われる金額は前項と同様の通貨にて、原告本店に開設される原告ロンドン支店の口座(…)に預託する(deposit)ことにより行われる。」と規定されているとして、depositの文言に着目するなどして、「デット・アサンプション取引のために締結された本件各契約は、各支払日を返還期限として、甲金員の寄託を受け、甲金員に寄託を受けた期間に係る利子に相当する本件金員を加算した額を乙金員として返還するという預金契約と、預託された甲金員及びその利子を原資として、乙金員を本件各社債発行会社に代わって支払うという委任契約とが複合した契約であって、本件金員は、本件各社債発行会社が銀行である原告に消費寄託した預金(甲金員)に対する利子に当たると認められる。」と判示しているが、上記東京地裁平成17年7月1日判決が、「委任契約の性質+金銭消費寄託契約の性質」と評価するにとどめたのに対し、「預金契約+委任契約」との複合契約と評価しているのが注目される。東京地裁平成18年1月24日判決は、前記(1)の「預金の利子」の判断でもそうであったように、法的性質のみに着目し、その経済的意義については着目しない考え方である。しかし、第1章の第4の1で論じたとおり、デット・アサンプション契約のような金融

取引における非典型契約の場合には、本質的要素を確定するに当たり、法的な観点からだけではなく、経済的な観点からの検討もしないことには、当事者が何に対価的意義をもたせているかの確定ができないはずであり、この点上記東京地裁平成18年1月24日判決には問題があると考えられる。

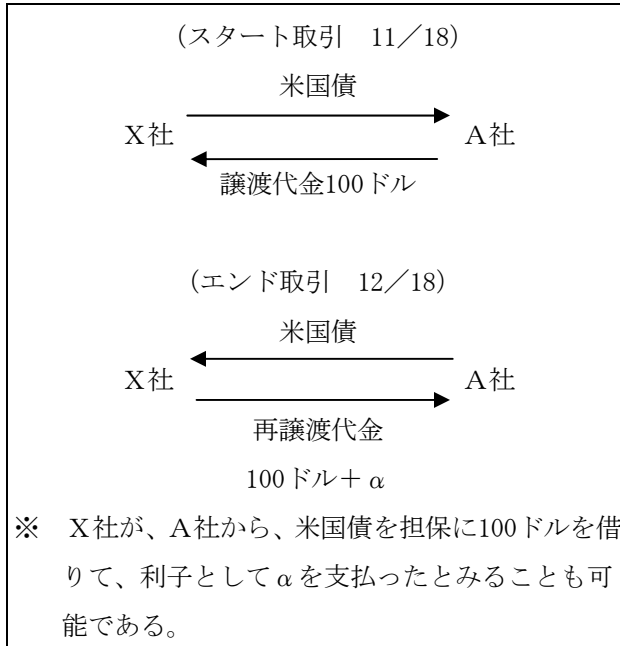
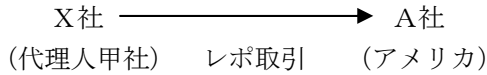
第2 レポ取引契約

1 東京地裁平成19年4月17日判決

(1) 事案の概要

X社は、信託銀行業を営む我が国の内国法人であるが、下図のとおり、ケイマン支

店を介し、X社の米国子会社である甲社を代理人として、米国法人A社らと米国国債又はドイツ国債の売買及び再売買取引（レポ取引）を行った。



なお、レポ (repo) 取引というのは、再売買を意味する repurchase という用語を略したものといわれているが、上記東京地裁判決によると、本件レポ取引を「当初売買する有価証券と同種・同量の有価証券を一定価格で再売買するとの条件の下で、当該有価証券を売買し、その後当該有価証券と同種・同量の有価証券を当該一定価格で再売買する取引」と定義している。レポ取引というと、日本版のレポ取引として、①貸借レポ（現金を担保とする債権の貸借取引）、②現先レポ（債券の条件付売買）、③新現先レポ（従来の現先取引にリスクコントロール条項やオプション条項等が整備、

拡充された取引)があるといわれているが、本件は、いわゆる欧米レポといわれている類型であり、米国法人とは、全米債券市場協会が作成した MRA (Master Repurchase Agreement) に依拠して取引が行われ、英国法人との間では、国際証券市場協会が作成した GMRA (Global Master Repurchase Agreement) に依拠して行われた。本件レポ取引は、前図のとおり、スタート取引で、例えば、X社がA社に対し米国債を100ドルで売却するが、その際、1か月後に100ドル+αで再売買(買戻し)をすることを合意するとの契約である。その場合、マージン・コール条項とい

う合意があり、たとえ当該米国債の価格が100ドル+ α よりも下落したとしても、100ドル+ α で再売買するとの合意である。

また、本件レポ取引の決済は、取引先が米国法人の場合には、シティバンク・ニューヨーク支店において、取引先が英国法人の場合には、ドイツ銀行フランクフルト支店において、代理人甲社名義のカストディ取引決済用口座及びレポ・レンディング業務用口座等によって実行された。

これに対し、Y税務署長は、このレポ取引により、X社がA社から受け入れた金額と交付した金額との差額（レポ差額、上図の α ）が、所得税法161条6号の貸付金の「利子」に該当し、同法212条1、2項に基づき20%の税率で計算した税額を源泉徴収をすべきであるとして、納税告知等の処分をした。すなわち、所得税法212条は、1項で、「非居住者に対し国内において第161条第1号の2から第12号まで（…）の支払をする者又は外国法人に対し国内において同条第1号の2から第7号まで若しくは第9号から第12号までに掲げる国内源泉所得（…）の支払をする者は、その支払の際、これらの国内源泉所得について所得税を徴収し、その徴収の日の属する月の翌月10日までに、これを国に納付しなければならない。」と規定し、2項で、「前項に規定する国内源泉所得の支払が国外において行われる場合において、その支払をする者が国内に住所若しくは居所を有し、又は国内に事務所、事業所その他これらに準ずるものを有するときは、その者が当該国内源泉所得を国内において支払うものとみなして、同項の規定を適用する。・・・」と規定し、平成14年改正前の所得税法161条6号は、「国内において業務を行う者に対する貸付金（これに準ずるものを含む。）で当該業務に係るものの利子（政令で定める利子を除く。）」（アンダーライン筆者）と規定してい

ることから、Y税務署長は、上記差額が所得税法161条6号の「貸付金の利子」に該当し、源泉徴収義務があるとしたのである。

この場合、上記差額が所得税法161条6号の「貸付金の利子」に該当するかが問題となる。

(2) 判旨

上記東京地裁判決は、まず、「税法の解釈において使用される用語の用法が通常用語の用法に反する場合、当該税法が客観性を失うことになるため、納税者の予測可能性を害し、また、法的安定性をも害することになることからすれば、税法中に用いられた用語が法文上明確に定義されておらず、他の特定の法律からの借用した概念であるともいえない場合であっても、その用語は、特段の事情がない限り、言葉の通常用法に従って解釈されるべきである。」とした上、「貸付金という言葉自体は、民商法等の私法において、明確に定義されている用語ではない。」「同条における『貸付金（これに準ずるものを含む。）』は、一般的に理解されている貸付金という概念に加えて、一般的には貸付金そのものとは理解されていないがこれに準ずるものという限度において広がりをもつものが含まれるという趣旨で規定されたものといわざるを得ない。」とし、「所得税法161条6号『貸付金（これに準ずるものを含む。）』は、昭和37年改正以後の旧所得税法1条3項7号において国内源泉所得の対象とされた『貸付金』の範囲と同様、消費貸借契約に基づく貸付債権以外の債権を含む趣旨で規定されたものであると解するのが相当であり、X社の上記主張は採用できない。」とするも、一方では、「所得税法161条6号『貸付金（これに準ずるものを含む。）』の『利子』とは、消費貸借契約に基づく貸付金債権を基本としつつ、その性質、内容等がこれとおおむね同様ないし類似の債権の利子ということができ

る。」とし、「結局のところ、本件各レポ取引（正確にはこれに基づくエンド取引における売買代金債権）が所得税法 161 条 6 号『貸付金（これに準ずるものを含む。）』に該当するか否かは、本件各レポ取引の法形式及び経済的効果を踏まえ、本件各レポ取引のエンド取引における売買代金債権が、上述したように、消費貸借契約における貸付債権とその性質、内容等がおおむね同様なし類似するか否かによって判断するのが相当であると解する。」（アンダーライン筆者）とした。

そして、上記東京地裁判決は、「本件各基本契約の沿革及び内容からすれば、本件各基本契約は、倒産隔離を果たすため、契約条項において売買及び再売買により構成されることを明確に定めたものであって、他方、金融的取引の側面が存在し、それを示唆するかのような条項の存在によっても、その法的性質を変容させるまでのものとはいえない。本件各基本契約に基づく本件各レポ取引は、売買・再売買を一つの契約で実行する複合的な性格を有する契約であると解するのが相当である。」として、X社の請求を認容して、本件納税告知等の処分を取り消した。

その後、控訴審の東京高裁平成 20 年 3 月 12 日判決（金融・商事判例 1290 号 32 頁）は、1 審の判断を是認して控訴を棄却し、最高裁は、国（Y 税務署長）の上告受理申立てに対し、平成 20 年 10 月 28 日に不受理決定をした。

なお、造船契約の解除に伴い既払分割金の返還とともに支払われる 8%の金員が、「貸付金の利子」に該当するかが争われた事件として、大阪地裁平成 20 年 7 月 24 日判決（判タ 1295 号 216 頁）があり、本件の 1 審判決とほぼ同じく、『貸付金（これに準ずるものを含む。）』の意義については、消費貸借に基づく貸付債権を基本としつつ、

その性質、内容等がこれとおおむね同様又は類似の債権をいうものと解するのが相当である。」とした上、「上記分割払金の法的性質が、その法形式からみる限り、売買代金であることは明らかであり、ただ、その支払い方法について、約定で、一部の支払が反対給付である目的物の引渡しとの関係で先履行すべきものとされているものということができる。」として、「貸付金の利子」には該当しないとし、確定している。

2 1 審判決の論理

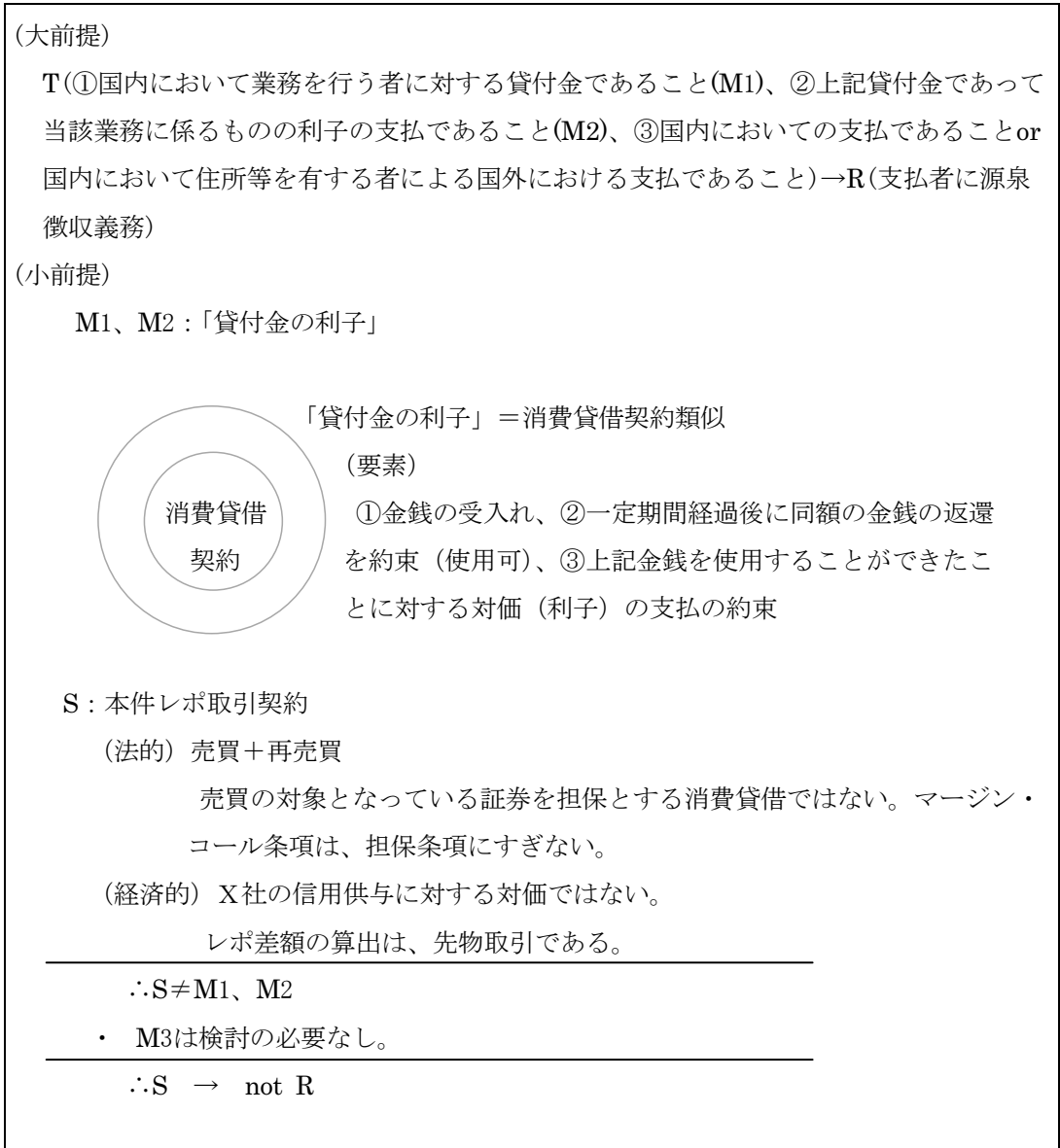
1 審判決を分析すると、まず、問題となる租税法規は、所得税法 161 条 6 号、212 条 1、2 項であり、これらの規定によると、貸付金の利子についての国内源泉所得の要件は、①国内において業務を行う者に対する貸付金であること、②上記貸付金であって当該業務に係るものの利子の支払であること、③国内においての支払であること or 国内において住所等を有する者による国外における支払であることであり、これらの要件を満たすと、利子の支払者は、源泉徴収義務を負うこととなる。

そして、上記要件のうち問題となるメルクマールは、「貸付金の利子」であるが、1 審判決は、前記 1 のとおり、一般概念であるとしつつも、「消費貸借契約におけるに基づく貸付金債権を基本としつつ、その性質、内容等がこれとおおむね同様なし類似の債権の利子」とし、借用概念にかなり近い概念であるとしている。そこからみて、上記東京地裁判決は、この「貸付金の利子」の本質的要素として、①金銭の受入れ、②一定期間経過後に同額の金銭の返還の約束（使用可）、③上記金銭を使用することができたことに対する対価（利子）の支払約束としていると考えられる。

一方、1 審判決は、本件レポ取引契約について、前記 1 のとおり、「売買・再売買を一つの契約で実行する複合的な性格を有す

る契約」であるとして、消費貸借契約類似であるとはいえないとしたのである。この

ような1審判決の論理を図示すると、下図のとおりとなる。



3 検討

(1) 所得税法 161 条 6 号の「貸付金の利子」の解釈

まず、所得税法 161 条 6 号の「貸付金の利子」が借用概念であるか否かが問題となる。この点、X社は、『貸付金』は、借用概念であり、『貸付金(これに準ずるものを

含む。)]とは、金銭消費貸借の対象金銭(若しくはその前提となる債権)又は準消費貸借など金銭消費貸借と同様若しくは類似の法律関係の目的である金銭(若しくはその前提となる債権)をいう。」と主張し、Y税務署長は、『貸付金』は、固有概念であり、『貸付金(これに準ずるものを含む。)]と

は、債務者に対して信用を供与する目的で弁済期まで一定期間が設けられた金銭債権で、その金銭債権から果実（利子ないし利息）が発生し得る元本債権をいう。」とし、所得税法 161 条 6 号の「利子」とは、弁済があるまでの間の元本の利用可能性の対価、すなわち当該期間における信用供与の対価であると主張した。

これに対し、1 審判決は、前記 1 (2) のとおり、借用概念でも固有概念でもないとして、『貸付金（これに準ずるものを含む。）』とは、消費貸借契約に基づく貸付金債権を基本としつつ、その性質、内容等がこれとおおむね同様ないし類似の債権をいう。」としたのである。1 審判決は、借用概念であるとする X 社の主張を排斥しているものの、前記 2 のとおり、借用概念にかなり近い概念としてとらえている。

所得税法 161 条 6 号の文言からは、ストレートな借用概念とは断定できず、同条号及び源泉徴収義務を規定している同法 212 条 1、2 項の立法趣旨によって判断しなければならない。同条項は、非居住者の所得に対する源泉徴収義務を規定したものであるが、なぜこれらの非居住者の所得を源泉徴収の対象としているのかその趣旨が問題となる。

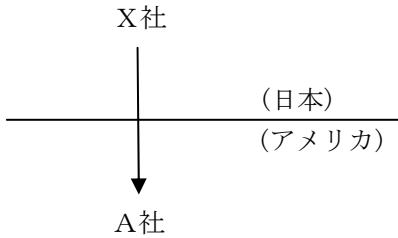
そこで、まず立法経緯をみると、非居住者に対する「貸付金の利子」が我が国で課税対象となったのは、昭和 27 年改正所得税法からである。それ以前は、「公債、社債又は預金の利子」は、我が国で課税対象とされていたが、「貸付金の利子」が規定されたのは、昭和 27 年改正所得税法 1 条 2 項 7 号からであり、同条号では、「この法律の施行地において事業をなす者に対する貸付金で当該者のこの法律の施行地にある事業に係るものとして命令で定めるものの利子」と規定されていた。この昭和 27 年の所得税の改正は、昭和 29 年に締結された日米

租税条約を意識したものであり、同条約 6 条において、「一方の締約国内に恒久的施設を有しない他方の締約国の居住者又は法人その他の団体が当該一方の締約国内の源泉から取得する債券、証券、利付証書、社債その他のすべての種類の債権（不動産によって担保される債権又は債券を含む。）の利子に対して当該一方の締約国が課する租税の税率は、100 分の 15 をこえてはならない。」（アンダーライン筆者）と広く規定していることに注目すべきである。

その後、昭和 37 年改正所得税法で、ソースルールに則った改正がなされたが、同法 1 条 3 項 7 号の規定は、上記昭和 27 年改正所得税法 1 条 2 項 7 号と同じ規定であるが、同法施行規則 1 条の 5 第 2 項で、売買代金に利子を付して割賦にする場合等を履行期間が 6 か月未満のものを「貸付金」と扱わないこととされた。これは、融資的・金融的な商取引に基づく債権に基づく利子も含むとの前提に立ったものである⁽²⁶⁾。そして、昭和 40 年所得税法改正で、「貸付金」に「（これに準ずるものを含む。）」との文言が付加されたのである。我が国は、昭和 39 年に OECD に加盟したが、OECD は、モデル条約 63 年草案の 11 条 3 項で、『利子』とは、債券、社債、公債、利付証書（担保の有無及び利得の分配を受ける権利の有無を問わない。）その他のすべての種類の信用に係る債権から生じた所得（income from debt-claims of every kind）、特に公債、債券又は社債から生じた所得（…）及びその他の所得でその源泉の存在する締約国の税法上貸付金から生じた所得と同様に扱われるものをいう。」（アンダーライン筆者）と規定し、広くとらえていたことも影響していたものと思われる。

ところで、本件は、X 社に対する A 社の利子所得に対する源泉徴収の問題であるが、日米租税条約の適用の問題と考えると、下

図のとおり、仮に、所得税法 161 条 6 号の「貸付金の利子」に当たらず、X社に源泉徴収義務がないとしても、日米租税条約の適用上は、「利子」となり、A社は、日米租税条約の軽減税率が適用されるとして、還付請求ができることとなる。A社は、現に還付請求をしている。



しかし、所得税法 162 条のブリッジ規定は、同法 161 条 2 号以下の所得についての規定であり、X社の主張どおりとすると、同法 161 条 1 号の事業所得となり、日米租税条約の利子条項は適用されないこととなる。このように所得税法 161 条 6 号の「貸付金の利子」であるか否かと日米租税条約上の「利子」であるか否かは必ずしも一致しない。

しかし、そうではあっても、所得税法 161 条 6 号の「貸付金の利子」の解釈に当たり、所得税法 161 条 6 号の立法経緯や背景事情を考慮すると、OECD は、モデル条約 63 年草案の 11 条 3 項は参考になると考えるべきである⁽²⁷⁾。そうすると、結局、所得税法 161 条 6 号の「貸付金の利子」は、消費貸借契約であるとかこれに類似する契約であるといった法形式に意味があるのではなく、金銭の使用対価であるか否かが重要な意味があるのであり、これが「貸付金の利子」の本質的要素と考えるべきである。

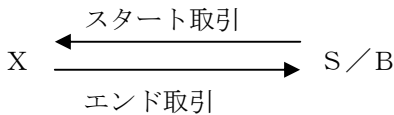
(2) 本件レポ取引の認定

本件レポ取引は、前記 1 で述べたとおり、欧米レポである。その契約条項には、①マージン・コール条項、②収入金条項、③担

保権条項、④一括清算条項、⑤単一契約条項などの条項が規定されている。問題は、このような非典型契約の場合、法的意義と経済的意義の両面から検討して、当事者が何に本質的要素を見出しているかと考えるかである。そこで本件レポ取引契約の本質的要素を抜き出すと、①X社が売買代金としてA社に交付した金員は、一定期間後再売買により取り戻すことが約束されていること、②X社は、対象債券の所有権を取得し、A社が再売買に応じないときには、この対象債券を完全に取得できること、③X社とA社とのマージン・コール条項により、X社は、対象債券の価格変動リスクなしに α の差額を受け取ることができることである。本件レポ取引において、米国法人A社にとっては、米国債を調達するとの意味もあると思われる。

しかし、この場合でも、対価の支払いが何に対してなされているかが問題であり、米国債の価格変動に対価的な意味をもたせている場合であれば、債券の売買差益とみることができようが、本件レポ取引においては、X社が一定期間A社から受け取った資金を利用できることに対価的意義を見出していると考えられる。そうすると、このような場合、本件レポ取引契約の民法上の法的性質をどのように理解しようが、差額は、金銭の使用対価の性質を有していると考えられる。

この点、アメリカのレーヴェンシュタイン事件連邦最高裁判決⁽²⁸⁾が参考となる。これは、下図のとおり、連邦政府債券の利子に対する州の課税除外規定（合衆国法律集タイトル 31 巻 3124 条 a 項）違反となるかが争われた事件であるが、「貸付金の利子」であり、連邦債券の利子ではないとしているのが注目される。



上記連邦最高裁判決は、「我々は、Xによって稼得された当該所得は、合衆国連邦法律集 31 巻 3124 条 a 項の適用上、むしろXからS/Bへの貸付に係る利子であり、連邦債が当該レポ取引で用いられていることは、この貸付において担保であると結論する。」とし、また、「我々は、3124 条 a 項の適用上、当該レポが、売買及び後の買戻しと性質決定されるかどうか重要であるとは考えない。…決定的な問題は、Xが『合衆国政府の債務』に関し利子を稼ぐかどうかであり、Xがかかる債務を『所有(owned)』していたかどうかではない。」と判示し、本件所得は、政府債の利子ではなく、S/Bに対する貸付の利子であるとして、合衆国法律集タイトル 31 巻 3124 条 a 項違反とはならないとした。このレーヴェンシュタイン事件連邦最高裁判決で問題となったレポ取引は、本件のレポ取引契約と類似しており参考となる⁽²⁹⁾。

以上のとおり、金融に関する非典型契約の場合、法的意義だけでなく、経済的意義も分析し、両当事者が実質的に何に対価的意義を見出しているかを確定して、その本質的要素を決定すべきと考える。

一方、上記東京地裁判決は、本件レポ取引を「売買・再売買を一つの契約で実行す

る複合的な性格を有する契約」であるとしているが、金銭貸付契約ないしこれに類似する複合契約と決定されなければ、所得税法 161 条 6 号の「貸付金」に当たらないと考えているのではないと思われる。前記第 1 の 3 (2) で述べたとおり、上記東京地裁判決は、デット・アサンプション契約についての東京地裁平成 18 年 1 月 24 日判決と同じ裁判長の部による判決であり、デット・アサンプション契約について法的意義にのみ着目してデット・アサンプション契約を「預金と委任とが結合した複合契約」と認定して、「預貯金の利子」に当たるとしているが、本件レポ取引についても同様の発想に基づくものと思われる。

しかしながら、民法上の評価としては、「売買・再売買を一つの契約で実行する複合的な性格を有する契約」であるとしても、税法上は、所得税法 161 条 6 号の「貸付金」と解することが可能というべきと考える。

(3) その他の問題

ところで、本件においては、これまで論じたほかにも問題がある。

まず、本件レポ取引による差額と割引債の償還差益との違いが問題となる。すなわち、本件レポ取引による差額は、割引債の償還差益（額面金額－発行金額）と同様の金銭交付による期間利益（time value）であり、割引債の償還差益が「貸付金の利子」とならないのと同じく、期間利益が直ちに「貸付金の利子」になるのではないとする見解もある⁽³⁰⁾。しかし、デット・アサンプション契約についての前記東京地裁平成 17 年 7 月 1 日判決も判示するとおり⁽³¹⁾、資金を預託するなどして利用させる対価と償還差益は性質が異なっており、ひとまとめに論じるべきではないと考える⁽³²⁾。

次に、平成 14 年制定の措置法 42 条の 2 第 1 項が、「外国金融機関等が、平成 14 年 4 月 1 日以後に開始した次に掲げる債券に

係る所得税法第161条第6号に規定する政令で定める債券の買戻又は売戻条件付売買取引(…)につき、特定金融機関等から同号に掲げる利子の支払を受ける場合には、その支払を受ける利子(…)については、所得税を課さない。」と規定し、一定の要件を満たすレポ取引を非課税としたことから、そもそも同条項制定前にレポ取引による差額が「利子」として源泉徴収の対象となると考えられていたのではないかが問題となる。

しかし、同条項の制定経緯は複雑であり、必ずしも決め手とはならないと考える。

第3 小括

以上、デット・アサンプション契約とレポ取引契約について、「預貯金の利子」や「貸付金の利子」に当たるかを検討してきたが、このような新しい金融取引はほかにも多数現れてきている。

このような新しい金融取引は、非典型契約である場合が多いが、問題となっている租税法規の課税要件の検討も重要であるが、一方で、これらの新しい金融取引が何を本質的要素としているか、言い換えると、何に対価的意義を見出しているかの解明が重要であり、法的性質のみならず、経済的意義の両面からの検討が必要である。そのような観点でみたとき、単に契約書の分析だけではなく、当該契約が実際どのように実行されているか、具体的には、①資金がどのように流れているか、②両当事者に収益がどのようにもたらされているか、③両当事者がどのようなリスクを負担しているかといった契約の実態を解明することにより、両当事者が何に対価的意義を見出しているか明らかにし、当該契約の本質的要素を確定していくことが重要であろう。

第3章 借用概念論の意義と今後の方向

第1 借用概念論と課税訴訟における要件事実論

筆者は、これまで「課税訴訟における要件事実論」を論じ、課税訴訟において、要件事実論は、争点整理機能ということで、納税者と税務署長のそれぞれの言い分を整理して、争点を適格に把握するのに役立つが、さらには、解釈ツール機能ということで、課税要件を分析するに当たり、課税根拠との関係で当該課税要件がどのような意味をもっているのかを解明するのも役立つと主張している。

本稿で借用概念論を筆者なりに再考するに当たり、第1章の第3の2で述べたとおり、租税法規における規範の二重構造について明らかにしたが、課税訴訟における要件事実論は、このような租税法規の規範構造を明らかにする上でも有用と考える。この点を敷衍すると、筆者は、租税法規の解釈・適用の判断の順序は次のように考えている。まず、(1)問題となっている租税法規の課税要件(メルクマール)を抽出して、それぞれが課税根拠との関係でどのような意味をもっているかを明らかにし、次に、(2)それぞれの課税要件(メルクマール)が借用概念か固有概念かを検討し、それぞれの課税要件(メルクマール)が民商法の規範とどのような関係に立っているかを検討し、その上で、(3)当該事件の事実を認定し、民商法上の評価をした上で、租税法上の評価を検討するとの順序になる。そして、借用概念の場合には、民商法上の評価と租税法上の評価が一致することになり、固有概念の場合には、民商法上の評価だけではなく、租税法上の評価をすべきということになる。

このように筆者は、租税法規の解釈に当たって、「課税訴訟における要件事実論」と「借用概念論」は、相互の関係をしており、

非常に重要な役割を担っていると考えている。しかし、借用概念論が租税法規の解釈・適用に当たって重要な役割を果たすためには、その前提として、租税法規の規範構造すなわち租税法規の二重構造を明らかにし、その上で借用概念論を論じないことには、議論が空転してしまい無意味なものとなってしまうおそれがあると考えている。

第2 三分法の提唱

序論で述べたことであるが、筆者はかねがね租税法規を借用概念と固有概念に区分する二分法には疑問を感じていた。なぜなら、その区分が明確でないこともあるが、それ以上に、この二分法に立つと、固有概念の範囲が余りにも広すぎ、租税法が独自に用いている概念だけではなく、社会通念で判断する一般概念も含まれ、固有概念とする意味が薄れてしまうからである。そこで、筆者は、本稿において、①借用概念、②固有概念、③「その他の概念」の三分法を提唱したい。

ある租税法規が、要件 T で R との効果の規定し、その要件 T が M1、M2、M3…から成っている場合、M1 が借用概念であるのか固有概念であるのかは、第1章・第3の2で論じたとおり、当該租税法規が M1 を要件の一つとしている趣旨が、①借用先（民商法）の本来の意義で解釈すべきとの趣旨であるのか、②税法独自の観点で解釈すべきとする趣旨であるのかによって、区別すべきであると考え。これに対し、一般的な社会通念で解釈すべきとする趣旨である場合や当該租税法規の立法趣旨からみて借用概念にも固有概念にも当たらない場合は、「その他の概念」に分類すべきである。このような考え方に基づくると、借用概念とは、「当該租税法規が借用先（民商法）の本来の意義で解釈すべきとの趣旨で規定している概念」であり、固有概念とは、「当該租税法規が租税法独自の観点で解釈すべきと

の趣旨で規定している概念」であり、「その他の概念」は、借用概念でも固有概念でもないものであり、一般概念（当該租税法規が社会通念で解釈すべきとの趣旨で規定している概念）も含まれるが、そのほか借用概念及び固有概念のいずれにも当たらない概念があると考え。

以上の考えに基づいて、いくつかの概念を分類すると次のとおりとなる。

- (i)借用概念：当該租税法規が借用先（民商法）の本来の意義で解釈すべきとの趣旨で規定している概念
e.g. 所得税法 181 条「配当」、同法 83 条 1 項「配偶者」（所得税基本通達 2-46 参照）、相続税法 1 条の 3「相続」
- (ii)固有概念：当該租税法規が租税法独自の観点で解釈すべきとの趣旨で規定している概念
e.g. 所得税法 33 条 1 項「資産」、同法 30 条 1 項「退職」
- (iii)その他の概念：一般概念（当該租税法規が社会通念で解釈すべきとの趣旨で規定している概念）その他借用概念及び固有概念のいずれにも当たらない概念
e.g. 所得税法 204 条 1 項 4 号「職業野球の選手」、同項 6 号「ホステス」、消費税法 37 条 1 項「卸売業」

筆者の考えは、このように三分法を採ることにより、借用概念と固有概念を純化し、それぞれが十分な役割を果たすようにすることを指すものである。

このような三分法に立った場合、第2章で検討した所得税法 23 条 1 項の「預金の利子」及び同法 161 条 6 号の「貸付金の利子」は、いずれも借用概念でも固有概念で

もない「その他の概念」に分類されると考える⁽³³⁾。このように分類したとしても、分類自体が意味をもつのではなく、あくまでも課税要件の本質的要素を確定する上で借用概念や固有概念の区分が意味をもつと考えるのであり、「その他の概念」であってもその点は変わりなく、所得税法 23 条 1 項の「預金の利子」及び同法 161 条 6 号の「貸付金の利子」の本質的要素は何かの解明に力を注ぐべきであったと考える。

結論

以上、借用概念論を検討してきたが、結論として、次の 2 点を述べることにしてまとめたい。

まず、第 1 点は、借用概念論は、有用であり、今後も用いていくべきであると考え、租税法規の解釈・適用に当たっての規範構造の中で借用概念論の役割をきちんと位置づける必要があると考える。

次に、第 2 点は、借用概念論の前提となる借用概念と固有概念の区分において、両者を純化させるべきであり、どちらにも当てはまらない概念を無理に区分する必要はないと考える。

筆者が本稿で述べた借用概念論は、もちろん金子教授の見解に依拠し、これを発展させようとの意図に基づくものであり、この場を借りて改めて金子教授に敬意を表したい。

(1) 金子宏「租税法と私法」租税法研究第 6 号 1 頁 (1978)。
 (2) 金子宏『租税法 [第 16 版]』110 頁 (弘文堂、2011)。
 (3) 金子・前掲注(2)111 頁。
 (4) 金子・前掲注(2)113 頁。
 (5) 村井正『租税法と取引法』26、27 頁 (比較法研究センター、2003)。

(6) 村井・前掲注(5)38 頁。
 (7) 水野忠恒『所得税の制度と理論』49 頁 (有斐閣、2006)。
 (8) 水野・前掲注(7)50 頁。
 (9) 吉村典久「納税者の真意に基づく課税の指向」『租税法の基本問題』(有斐閣、2007) 242 ないし 244 頁。
 (10) 吉村・前掲注(9)242 ないし 244 頁。
 (11) 金子・前掲注(2)111 頁。
 (12) 水野・前掲注(7)49 頁。
 (13) 本稿では、「規範構造」とは、租税法規とその課税要件の前提となる契約を律する民商法等との規範との関係という意味で用いる。憲法と行政法、国際私法と民法は、規範とメタ規範との関係にあるが、このように規範相互の関係との意味で用いることとする。これに対し、要件事実論の分野では、「民法の規範構造」といった使い方もされる (伊藤滋夫『要件事実論講義』(商事法務、2008) 243 頁)。この場合には、規範自身の構造との意味で用いられ、民法規範が発生要件・障害要件等と分析でき、さらに障害要件も障害発生要件・障害障害要件というように分析することが可能であって、原則・例外がツリー構造をなしているとの意味で用いられている。このように「規範構造」との用語は、規範自体の構造という意味でも用いられるが、本稿では、規範相互の関係との意味で、「規範構造」の用語を用いることとする。
 (14) 法律解釈の実際の判断過程は、法的三段論法ではなく、「議論 (argument)」から成り立っているとする指摘もある (平井宜雄『議論の構造と『法律論』の性質』『法律学基礎論覚書』16 頁以下 (有斐閣、1989) [『法律学基礎論の研究』所収 63 頁以下 (有斐閣、2010)])。しかし、本稿では、租税法規の規範構造を解明する上では、法的三段論法の図式を用いるのが有用と考え、この図式を用いることとする。
 (15) 法的三段論法における図示の仕方については、K. ラーレンツ (米山隆訳)『法学方法論 [第

- 6版)』(青山社、1998) 421、422頁を参考にした。
- (16) 金子・前掲注(2) 138頁。
- (17) 拙稿「譲渡所得課税における契約解釈の意義」『ビジネス・タックス』(有斐閣、2005) 140頁以下。
- (18) 村田渉+山野目章夫『要件事実 30講 [第2版]』(弘文堂、2009) 95頁
- (19) 村田・前掲注(18)97頁、後藤巻則「要件事実論の民法学への示唆(2)」『要件事実論と民法学との対話』(商事法務、2005) 51頁。
- (20) 後藤・前掲注(19)62頁。
- (21) 司法研修所編『問題研究要件事実 [改訂版]』(法曹会、2006) 12頁
- (22) 司法研修所・前掲注(21)95、96頁
- (23) 岩崎政明『ハイポセティカル・スタディ第3版』(弘文堂、2010) 122頁も同旨と思われる。
- (24) 本判決が掲載されている訟務月報 54 卷 2 号は、「甲金員」を「A金員」、「乙金員」と「B金員」と表示しているが、「A社」、「B社」の表記と紛らわしいので本文のように表記した。以下同じ。
- (25) 水野忠恒『租税法 [第5版]』(有斐閣、2011) 165頁注 32も同旨と思われる。
- (26) 植松守雄『非居住者、外国法人及び外国税額控除に関する改正税法の解説』(1962) 16頁。
- (27) 一高龍司「国際的レボ取引と所得区分」税務弘報 2007年1月号 (2007) 107頁～110頁。
- (28) Nebraska Dept. of Revenue v. Loewenstein, 513 U. S. 123(1994).
- (29) 一高・前掲注(27)「国際的レボ取引と所得区分」115頁～120頁。
- (30) 武井一浩「国際金融取引における源泉徴収課税」西村利郎先生追悼記念論文集(商事法務、2008) 328頁以下。
- (31) 訟務月報 54 卷 2 号 515頁。
- (32) 岩崎教授は、所得税法は、「差益」と「利子」とを明確に区別しており、レボ取引の差額は、売買と再売買により生じる「差益」であり、「貸

- 付金の利子」には当たらないとする(同『ハイポセティカル・スタディ第2版』(弘文堂、2007) 159頁)。しかし、筆者は、レボ取引の法形式を尊重すべきではあっても、民商法上もこのような非典型契約の場合には、経済的意義も考慮して、当事者が何に対価的意義を見出しているかを検討しないことには、「利子」であるか「差益」であるかは決定できないと考える。
- (33) 金子教授は、「所得税法 161 条 6 号の『貸付金(これに準ずるものを含む。)の利子』という概念も、金融取引法からの借用概念であると解すべきであるが、仮にそのように考えないとしても、法的安定性と予測可能性の確保の観点からは、その意義と範囲について経済実質に着目してみだりに拡張解釈を行うことは妥当ではない(…)。」とされる(同・前掲注(2)112頁)。これは、二分説の立場に立つものであるが、筆者としては、無理して、借用概念か固有概念かの区別をしても水掛け論になるばかりであり、むしろ「貸付金(これに準ずるものを含む。)の利子」の本質的要素とされているものの解明が重要であると考え。