

論 説

ユニバーサルミュージック事件最判等を踏まえた法人税法 132 条 1 項の 不当性要件の意義の解釈に関する残された論点について

税理士

荒 井 英 夫

◆SUMMARY◆

ユニバーサルミュージック事件（以下、「本件」という）の最高裁判決（以下、「最判」という）では、法人税法 132 条 1 項の「これを容認した場合には法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」の「不当に」（以下、「不当性要件」という）の解釈に関して最高裁自らが初めて判断を示すなどの進展があった。

一方で、筆者は、本件に係る裁判を通じて残された論点も浮かび上がってきたとしている。具体的には、同項の不当性要件を判断する経済合理性基準の前提となる不当性要件の意義の解釈に関して、これまでの最判では、原審の判断を是認するというかたちではあるが、私法上の選択可能性の濫用説がとられているのに対して、本件下級審判決では、経済合理性の欠如説がとられており、本件最判も同様であるが、私法上の選択可能性の濫用説にも配意していると指摘するとともに、本件最判後もいずれの説をとるのかについての論点が残されているとする。その上で、両説の特徴・相違点を整理して、経済合理性の欠如説では、経済合理性の判断・検討の枠組みが一定に定まらず、また、経済合理性がないと判断される場合（同項で否認される場合）が極端なケースに限定される問題があることなどを指摘して、私法上の選択可能性の濫用説が適切であるとする。更に、本件においては、これまでの最判と同様に、私法上の選択可能性の濫用説を前提とする経済合理性基準で判断することができたのではないかと、その判断の前提となる経済合理性の検討対象となる同族会社の行為の一般的な切出し方法を示すとともに、同説で判断する際の留意事項を、本件における試案としての具体的な切出し方法とともに示している。

本稿は、本件最判等を題材として、法人税法 132 条 1 項の不当性要件を判断する経済合理性基準の前提となる不当性要件の意義の解釈には両説があることと、両説の相違点を踏まえて、同項を租税回避の否認規定として適用する際の留意事項を示した論考である。

（税大ジャーナル編集部）

キーワード：ユニバーサルミュージック事件、ヤフー事件、法人税法 132 条 1 項、不当性要件、経済合理性基準、私法上の選択可能性の濫用、経済合理性の欠如

本内容については、全て執筆者の個人的見解であり、税務大学校、国税庁あるいは国税不服審判所等の公式見解を示すものではありません。

目 次

I	はじめに	3
1	本論の目的	3
2	両説の定義	4
3	検討手順・内容	4
II	法 132 条 1 項の不当性要件の意義に関する議論の整理と両説の特徴・相違点	6
1	租税回避の不当性の意義に関する議論の整理	6
2	法 132 条 1 項の不当性要件の意義に関する議論の整理	7
(1)	学説における議論の整理	7
(2)	これまでの最判における議論の整理	8
(a)	最高裁昭和 53 年 4 月 21 日判決	9
(b)	最高裁昭和 59 年 10 月 25 日判決	10
(c)	最高裁昭和 60 年 6 月 18 日判決	11
(d)	最高裁平成 11 年 1 月 29 日判決	12
3	ヤフー事件最判の法 132 条の 2 の不当性要件の意義等に関する判示内容の確認	13
(1)	不当性要件の意義とその該当性の判断基準の確認	13
(2)	不当性要件の意義を私法上の選択可能性の濫用としなかった理由の確認	14
4	法 132 条 1 項の経済合理性基準の前提としての両説の特徴と相違点	15
(1)	私法上の選択可能性の濫用説の理論的側面からの特徴	15
(2)	経済合理性の欠如説の理論的側面からの特徴	16
(3)	両説の実態的側面からの相違点	16
III	本件最判等の判示内容と経済合理性の欠如説の該当性	18
1	事案の概要	18
2	本件地判の判示内容と経済合理性の欠如説の該当性	19
(1)	法 132 条 1 項の趣旨と不当性要件の具体的内容	19
(2)	経済合理性基準の具体的な判断枠組み	19
(3)	当てはめの検討内容	20
3	本件高判の判示内容と経済合理性の欠如説の該当性	22
(1)	法 132 条 1 項の趣旨・目的と不当性要件の具体的内容	22
(2)	経済合理性基準の具体的な判断枠組み	22
(3)	当てはめの検討内容	24
4	本件最判の判示内容と経済合理性の欠如説の該当性	25
(1)	法 132 条 1 項の趣旨・内容と不当性要件の具体的内容	25
(2)	経済合理性基準の具体的な判断枠組み	25
(3)	当てはめの検討内容	27
5	本件最判等における経済合理性の欠如説の理論的・実態的側面に関する特徴	29
(1)	理論的側面に関する予測可能性に係る特徴	29
(2)	実態的側面に関する特徴	31

IV 本件最判等を踏まえた残された論点に関する検討	32
1 本件最判の評価と残された論点	32
2 本件における私法上の選択可能性の濫用説の適用可能性	34
3 私法上の選択可能性の濫用説を適用する際の留意事項	36
(1) 検討対象となる同族会社の行為・計算の切出し方法に係る留意事項	36
(2) 正常な行為・計算への引直し方法に係る留意事項	39
V おわりに	41

I はじめに

令和4年4月21日にユニバーサルミュージック事件（以下「本件」という）の最高裁判決^①（以下「本件最判」という）が出された。本件は、グループ企業内の同族会社が組織再編に係る一連の取引の一環としてグループ企業から行った金銭の借入れ（以下「本件借入れ」という）を、法人税法（以下「法」という）132条1項によって否認できるかが争われた事案である。本件最判では、同項の「その法人の行為又は計算で、これを容認した場合には法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」の「不当に」（以下「不当性要件」という）に関して、最高裁自らが初めて判断を示すなど、同項の不当性要件の解釈に関して進展があった一方で、本件に係る裁判を通じて残された論点も浮かび上がってきた。なお、本論の引用部分の下線・傍点は筆者によるものである。

1 本論の目的

本論の目的は三つある。一つ目は、本件に係る裁判を通じて、法132条1項の不当性要件の意義の解釈に関して、私法上の選択可能性の濫用と考える（以下「私法上の選択可能性の濫用説」という）のか、経済合理性の欠如と考える（以下「経済合理性の欠如説」という）のかについての論点が明確化され、本件最判後においても残されていることを示すことである。同項の不当性要件については、これまでの学説・判例では、同族会社の行為・計算が純経済人として不合理、不自然な場合がこれにあたる（以下、この基準を「経済合理性基準」という）とされてきたが、本論では、上記の論点について、経済合理性基準を適用する場面で、両説のいずれの説を前提にするかによって、不当性要件の意義が異なるため、経済合理性を判断する際の視点に相違が生じることに焦点を当てて論じていく。この点については、下記2で詳述する。また、実際の相違としては、後記Ⅱ2(2)で整理する昭和53年以降の同項に係る最高裁判決（以下「これまでの最判」という）は、原審の判断を是認するというかたちではあるが、同族会社の行為・計算の経済合理性を前者の説を前提とする経済合理性基準で判断していると考えられるのに対して、本件に係る東京地裁令和元年6月27日判決^②（以下「本件地判」という）や東京高裁令和2年6月24日判決^③（以下「本件高判」という）は、本件借入れを含む組織再編取

① 最判令和4年4月21日民集76巻4号480頁。

② 東京地判令和元年6月27日民集76巻4号532頁。

③ 東京高判令和2年6月24日民集76巻4号659頁。

引に係る経済合理性の検討を重視していることもあり、後者の説を前提とする同基準で判断していると考えられ、本件最判も同様であるが前者の説にも配慮していると考えられる、という点が挙げられる。二つ目は、両説の相違点を理論的側面、実態的側面から示すとともに、それが本件地判、本件高判、本件最判（以下「本件最判等」という）でどのように現れているかを示すことである。三つ目は、筆者は同項の不当性要件の意義の解釈に関しては、前者の説をとることが適切であると考えている⁴⁾が、本件においては、これまでの最判と同様に、同族会社の行為・計算を前者の説を前提とする経済合理性基準で判断することができたのではないかと考えているため、そのための前提となる経済合理性の検討対象となる行為・計算の一般的な切出し方法を示すとともに、そのような判断を行う際の留意事項を試案としての本件における具体的な切出し方法とともに示すことである。

2 両説の定義

両説の違いについては、上記1で述べたように法132条1項の不当性要件の意義の解釈が異なっており、私法上の選択可能性の濫用説では、その意義は、税負担を減免させるために、経済合理性がないのに通常用いられない行為（法形式）を選択すること、すなわち、私法上の選択可能性を濫用することである。この説をとる場合には、経済合理性基準を適用する際に、経済合理性を同説を前提に判断することになる。具体的には、同族会社の行為・計算を通常用いられる行為と対比させて経済合理性を判断することになり、この点が経済合理性の欠如説との特徴的な違いとなる。特に、通常用いられる行為が経済合理性を判断する際の基準となる行為となっていることに留意する必要がある。また、通常用いられる行為と対比させて経済合理性を判断するということは、通常用いられる行為との乖離に焦点を当てて、その乖離の経済合理性を判断すると言い換えることができると考えられる。このため、同説に関しては、「純経済人としての行為計算（通常用いられる行為（筆者注））からの逸脱・乖離の有無と、その乖離・逸脱を正当化するだけの事由があるかという二段階の判断を導入すべき」⁵⁾という立場であるともいえる。一方、経済合理性の欠如説では、その意義は、税負担を減免させるために、経済合理性の欠ける行為を行うことであり、この説をとる場合には、同基準を適用する際に、同説を前提に判断することになり、具体的には、同族会社の行為・計算それ自体の経済合理性を判断していくことになる。例えば、同族会社の行為・計算それ自体の目的の合理性や手段の相当性を検討する場合などがこれに当たる。両説の特徴・相違点については、後記Ⅱ4で詳述する。

3 検討手順・内容

上記1で示した本論の三つの目的に関して、Ⅱで法132条1項の不当性要件の意義に関する議論の整理と両説の特徴・相違点の整理を行う。まず、1で租税回避の不当性の意義については、これまでの学説では、私法上の選択可能性の濫用とされてきたことを示し、2(1)で同項の不当性要件については、これまでの学説では、経済合理性基準で判断するとされてきたが、両説のいずれの説を前提とするのが必ずしも明確でなかったことを示していく。この点が両説

⁴⁾ 荒井英夫「ヤフー事件最判を踏まえた法人税法132条1項と132条の2の不当性要件の解釈について」税大ジャーナル30号(2019年)74-75頁。

⁵⁾ 吉村政穂「最近の裁判例に見る租税回避否認規定の課題」租税研究846号(2020年)179頁。

を生む背景にあったと考えている。次に、2(2)でこれまでの最判がその判断を是認してきた原審では、同項の不当性要件に関しては経済合理性基準で判断するとされているが、同項が租税回避行為の否認を可能にする引直し課税の規定であるとの判示を受けた上で同基準に関する判示があるため、その前提としては私法上の選択可能性の濫用説をとっていると考えられ、また、当てはめからもそのことがいえることを示していく。更に、3(1)で最高裁平成28年2月29日判決⁶⁾（以下「ヤフー事件最判」という）の判示内容を確認した上で、同最判が法132条の2の不当要件の意義として判示した租税法規の濫用は、法の規定が想定する基準となる行為・計算と対比させて経済合理性を判断する点で、私法上の選択可能性の濫用と共通していることから、両条文の不当性要件を整合的に解釈する観点からは、法132条1項に関しては私法上の選択可能性の濫用説をとることが適切であると考えられることと、本件高判や本件最判は同最判の不当性要件に係る判示の一部を引用しているため、その意味を示していく。次に、3(2)で同最判が、組織再編取引に係る経済合理性の判断に際して、不当性要件の意義を私法上の選択可能性の濫用としなかった理由について確認する。そして、4で両説の理論的側面及び実態的側面からの特徴と相違点を示していく。特に、理論的側面に関する、経済合理性の判断・検討の枠組みが一定に定まるかどうかという予測可能性に係る相違点と、実態的側面に関する、経済合理性がないと判断される場合が極端なケースに限定されるかどうかに係る相違点が重要であると考えている。経済合理性の欠如説では、判断・検討の枠組みが一定に定まらず、また、経済合理性がないと判断される場合が極端なケースに限定される傾向があるという問題点が生じると考えている。また、筆者としては、租税回避の定義との整合性、これまでの最判との整合性、ヤフー事件最判の判断枠組みとの整合性や、上記で示した二つの相違点などから、私法上の選択可能性の濫用説が適切であると考えていることを示す。

次に、IIIで本件最判等の判示内容と経済合理性の欠如説の該当性について見ていく。まず、1で事案の概要を確認した上で、2～4で本件最判等の法132条1項の不当性要件に係る判示内容を確認して、①経済合理性の欠如説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みがとられていること、②本件組織再編取引に係る経済合理性の検討が重視されており、それが当該判断枠組みがとられた背景にあること、更に、③本件借入れの多額の債務負担に係る経済合理性の検討が重視されており、それが本件組織再編取引に係る経済合理性の検討が重視された背景にあることなどを示していく。次に、5で経済合理性の欠如説の特徴として指摘した点が、本件最判等において問題点としてどのように現われているかについて、(1)で理論的側面に係る予測可能性に関して、判示された具体的な判断・検討の枠組みの問題点も含めて示し、(2)で実態的側面に関して示していく。

更に、IVで本件最判等を踏まえた残された論点に関する検討を行う。まず、1で本件最判の評価を行う。まず、本件最判の判示した経済合理性基準の具体的な判断枠組みは、実際には経済合理性の欠如説を前提とする判断枠組みとして検討が行われているが、私法上の選択可能性の濫用説を前提とする判断枠組みとしても検討が行える枠組みであると評価できることを示し、次に、本件最判が判示した判断枠組みの下で、経済合理性の欠如説を前提とする判断枠組みとして検討が行われているが、この検討による判断は事例判断と評価できることを示し、更に、これまでの最判がその判断を是認してきた原審とは異なり、「純粋経済人として」の文言が削除

⁶⁾ 最判平成28年2月29日民集70巻2号242頁。

されている経済合理性基準が判示されているが、最高裁が同基準の前提として経済合理性の欠如説だけをとることを判示したのではないと評価できることを示していく。そして、上記の評価から、本件最判後も上記1で示した論点が残されていると考えていることを示す。次に、2で本件においては、これまでの最判と同様に、私法上の選択可能性の濫用説を前提とする判断枠組みで検討することができたのではないかと考えているが、その前提として、経済合理性の検討対象となる同族会社の行為として、①同族会社の行為を対比させる基準となる純粋経済人の行為（通常用いられる行為）を想定でき、かつ、②両者の乖離から経済合理性に関して不自然性があるなどの検討が必要な状況が生じている行為を切り出せるかが重要になると考えていることなどを示す。更に、当該判断枠組みで検討する際の留意事項について、3(1)で上記の切出し方法に関しては、同族会社の行為の全体ではなく、そのなかで上記の条件を満たす行為を切り出して、その乖離の経済合理性を検討すればよいことなどを、試案としての具体的な切出し方法（本件の資金調達における借入れと出資の資金配分に焦点を当てた方法）とともに示し、3(2)で正常な行為・計算（純粋経済人の行為）への引直しに関して、仮にその乖離に経済合理性がないに等しいと判断された場合には、乖離部分だけでなく、その行為がなかったとして、全体を否認できる場合があることを関係裁判例を検討した上で示していく。

II 法 132 条 1 項の不当性要件の意義に関する議論の整理と両説の特徴・相違点

ここでは、表題に関して検討を行う。検討手順・内容については、既に前記 I 3 で示したとおりである⁽⁷⁾。

1 租税回避の不当性の意義に関する議論の整理

金子宏教授は、平成 28 年 2 月のヤフー事件最判以前は、租税回避を「私法上の選択可能性を利用し、私的経済取引プロパリ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的目的ないし経済的成果を実現しながら、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すること」⁽⁸⁾と定義しており、これが通説とされていた。この説において、上記引用部分の下線部が、租税回避の不当性の意義であり、私法上の選択可能性を濫用することとされていた。この場合には、通常用いられない行為（法形式）を基準となる通常用いられる行為（法形式）と対比させて、合理的理由（経済合理性）があるかを判断していくことになると考えられる。

金子教授は、ヤフー事件最判以降は、上記の定義を変更⁽⁹⁾して「私法上の形成可能性を異常または変則的な『不自然』という言葉は、主観的判断の幅が広く、不明確度が大きいため、避けておきたい）態様で利用すること（濫用）によって、税負担の軽減または排除を図る行為のことである。租税回避には、2つの類型がある。1つは、合理的または正当な理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、通常用いられる法形式に対応する税負担の軽減または排除を図る行為である。……もう1つは、租税減免規定の趣旨・目的に反するにもかかわらず、私法上の形成可能性を利用して、自己の取引をそれを充足するように仕組み、もっ

⁽⁷⁾ 本論Ⅱの1、2(1)、2(2)(a)、3に関しては、荒井・前掲注(4)71-75頁、78-83頁、91-92頁参照。

⁽⁸⁾ 金子宏『租税法[第21版]』弘文堂(2016年)125頁。

⁽⁹⁾ 金子宏『租税法[第22版]』弘文堂(2017年)以降、租税回避の定義の変更が行われている。

て税負担の軽減または排除を図る行為である。この取引の2つの類型は、いずれも、私法上の形成可能性を濫用（abuse ; Missbrauch）することによって税負担の軽減・排除を図る行為である⁽¹⁰⁾としている。この定義において、上記引用部分の下線部が、租税回避の不当性の意義であり、私法上の形成可能性を濫用することとされている。この定義は、従来の定義よりは不当性の意義を広く捉えていると思われる。従来の定義と異なる点は、①租税回避について従来の類型と考えられる第1の類型（私法上の選択可能性の濫用）の他に、ヤフー事件最判の法132条の2の不当性要件に関する判示を踏まえて、「租税減免規定の趣旨・目的に反する」場合として第2の類型を示している点⁽¹¹⁾と、②その二つの類型を包摂する租税回避の定義として、「行為」に着目して再定義している点である。この定義においても、租税減免規定を利用する場合（第2の類型）を除けば、租税回避の不当性の意義は、通常用いられない行為を通常用いられる行為と対比させて経済合理性を判断していく、私法上の選択可能性の濫用であることに変わりはないと考えられる。

次に、租税回避に関連して、租税回避行為の否認について見ていく。金子教授は、「租税回避があった場合に、当事者が用いた法形式を租税法上は無視し、通常用いられる法形式に対応する課税要件が充足されたものとして取り扱うこと（減免規定については、その適用を否定すること）を、租税回避行為の否認と呼ぶ」としており、また、租税回避行為に対処するための「個別の分野に関する一般的否認規定」として法132条1項や法132条の2などを挙げている⁽¹²⁾。これが、租税回避行為の否認に関する通説とされており、この議論からも、租税回避の不当性の意義が、通常用いられない行為を通常用いられる行為と対比させて不当性を判断していく、私法上の選択可能性の濫用であることが分かる。また、法132条1項が租税回避行為の否認規定とされていることだけを見ると、その不当性要件の意義は私法上の選択可能性の濫用であると思われる。

2 法132条1項の不当性要件の意義に関する議論の整理

(1) 学説における議論の整理

金子宏教授は、法132条1項の不当性要件に関して、「税負担の不当な減少を結果すると認められる同族会社の行為・計算とは何かについて、判例の中には、2つの異なる傾向が見られる。1つは、非同族会社では通常なしえないような行為・計算、すなわち同族会社なるがゆえに容易になしうる行為・計算がこれにあたる、と解する傾向があり……、他の1つは、純経済人の行為として不合理・不自然な行為・計算がこれにあたると解する傾向である。いずれの考え方をとっても、具体的事件の解決に大きな相違は生じないであろうが、……抽象的な基準としては、第2の考え方をとり、ある行為または計算が経済的合理性を欠いている場合に否認が認められると解すべきであろう」⁽¹³⁾としており、これが通説とされている。

⁽¹⁰⁾ 金子宏『租税法[第24版]』弘文堂(2021年)133-135頁。

⁽¹¹⁾ 金子宏教授は、『租税法[第20版]』以降、租税減免規定の趣旨・目的に適合しないにもかかわらず、税負担の減免のみを目的として規定の適用を図る行為を「租税回避の1つのタイプ」としていた（金子宏『租税法[第20版]』弘文堂(2015年)129頁）。

⁽¹²⁾ 金子・前掲注(10)135-138頁。

⁽¹³⁾ 金子・前掲注(10)542頁。

金子教授は、同項の不当性要件については、上記の二つの解釈の後者の解釈である「純経済人の行為として不合理・不自然な行為・計算がこれにあたる」(上記引用部分の二つ目の下線部)をとるとしており、経済合理性基準をとっている。しかしながら、経済合理性基準では、同族会社の行為・計算を純経済人の行為(通常用いられる行為)と対比させて経済合理性を判断していくことが必ずしも明確ではないと思われる。更に、「抽象的な基準」として、「ある行為または計算が経済的合理性を欠いている場合に否認が認められる」(上記引用部分の三つ目の下線部)と「純経済人の行為として」の文言がない基準を示しているため、純経済人の行為との対比で判断していくのではないようにも解釈できる。

また、上記引用部分に続いて、経済合理性基準の具体的な判断枠組みについて、「行為・計算が経済的合理性を欠いている場合とは、それが異常ないし変則的で、租税回避以外にそのような行為・計算を行ったことにつき、正当で合理的な理由ないし事業目的が存在しないと認められる場合のことであり」と「純経済人の行為として」の文言なしで定義した後に、「独立・対等で相互に特殊関係のない当事者間で行われる取引(アメリカ租税法で *arm's length transaction* (独立当事者間取引) と呼ばれるもの)とは異なっている取引には、それにあたると解すべき場合が多いであろう」⁽¹⁴⁾と独立当事者間取引に着目した指摘もある。独立当事者間取引(=純経済人の取引=通常用いられる取引)は、同族会社の取引の経済合理性を判断していく際の基準となる取引と考えられるため、同取引に着目していることは、同取引との対比に着目して経済合理性を判断していくことを意味していると考えられる。

以上のことから、金子教授の学説からは、経済合理性基準の前提となる同項の不当性要件の意義が、同族会社の行為・計算を純経済人の行為と対比させて経済合理性(不合理・不自然性)を判断していく私法上の選択可能性の濫用であるかどうかについては、両説がともにとれるような内容になっているため、必ずしも明確ではないと思われる。この点が、両説を生む背景にあったと考えている。

(2) これまでの最判における議論の整理

ここでは、法132条1項の不当性要件に関して、経済合理性基準を確立したとされている⁽¹⁵⁾最高裁昭和53年4月21日判決⁽¹⁶⁾以降のこれまでの最判⁽¹⁷⁾では、原審の判断を是認するというかたちではあるが、私法上の選択可能性の濫用説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みをとつ

⁽¹⁴⁾ 金子・前掲注(10)542頁。

⁽¹⁵⁾ 谷口勢津夫「租税回避の法的意義・評価とその否認」税法学 577号(2017年)253頁。

⁽¹⁶⁾ 最判昭和53年4月21日訟月24巻8号1694頁。

⁽¹⁷⁾ 昭和53年4月以降の法132条1項の不当性要件に関する最判として、最判昭和54年9月20日税資106号562頁がある。本事案は、役員報酬を同項及び旧法人税法30条で否認できるかが争われた事案であるが、同最判が是認した原審では、役員としての地位は仮装であるとして、当該否認は「同族会社の行為計算否認の規定によるまでもなく、正当である」とされていることから省略した。

ていると考えられることを示していく⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾。

(a) 最高裁昭和 53 年 4 月 21 日判決

本事案は、同族会社の代表取締役等が共有する土地と同会社が同土地を賃借して所有していた建物を一括して売却した際に、同会社が譲渡代金を計上しなかったこと等が法132条1項の不当性要件に該当するかが争われた事案である。上記最判の原審である札幌高裁昭和51年1月13日判決⁽²⁰⁾では、「法人税法第132条は『法人税の負担を不当に減少させる結果になると認められるとき』同族会社等の行為計算を否認しうる権限を税務署長に付与しているのであるが、右行為計算否認の規定が、納税者の選択した行為計算が実在し私法上有効なものであつても、いわゆる租税負担公平の原則の見地からこれを否定し、通常あるべき姿を想定し、その想定された別の法律関係に税法を適用しようとするものであることにかんがみれば、右の『法人税の負担を不当に減少させる結果になると認められる』か否かは、もつぱら経済的、実質の見地において当該行為計算が純粋経済人の行為として不合理、不自然なものと認められるか否かを基準として判定すべきものと解される」と判示している。また、本事案に関しては、「一般に借地上の建物が譲渡された場合、契約当事者間で明示的に約定されなかつたにしても、特別の事情のない限り建物に附随してその敷地の借地権をも譲渡する合意があつたものと推定すべき」と判示している。この判示に対する納税者側の上告を受けて、同最判は、前段の判示内容に関して

⁽¹⁸⁾ 昭和 53 年 4 月以降で、法 132 条 1 項の不当性要件に係る規範が示されている高裁の裁判例のうち、最高裁で判決が出されていない、①東京高判平成 13 年 7 月 5 日税資 251 号順号 8943、②東京高判平成 18 年 6 月 29 日税資 256 号順号 10440、③東京高判平成 22 年 8 月 26 日税資 260 号順号 11497、④東京高判平成 22 年 12 月 22 日税資 260 号順号 11585～11588（③と④は同一の夫婦が全持分を保有する同族会社の事案）、⑤福岡高判平成 23 年 3 月 11 日税資 261 号順号 11638、⑥東京高判平成 27 年 3 月 25 日訟月 61 卷 11 号 1995 頁（IBM 事件東京高判）についても、同項の不当性要件に係る判示内容及び当てはめにおいて同族会社の行為・計算を純粋経済人の行為と対比させてその経済合理性を判断している点で、以下で確認するこれまでの最判がその判断を是認してきた原審と同様であり、これらの裁判例も私法上の選択可能性の濫用説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みをとっていると考えられる。なお、⑥の IBM 事件（脚注(56)参照）の東京高判については、不当性要件に係る判示内容から判断している。同高判では、これまでの最判の原審と同様に、同項を引直し課税の規定であることを受けた上で、不当性要件を経済合理性基準で判断するとし、更に、「経済的合理性を欠く場合には、独立かつ対等で相互に特殊関係のない当事者間で通常行われる取引（独立当事者間の通常の取引）と異なっている場合を含む」と判示している。このため、上記(1)で指摘したように、独立当事者間取引に着目しているため、この点からも同族会社の取引を同取引と対比させてその経済合理性を判断していく判断枠組みを示したものと考えている（この判示内容の問題点については、脚注(47)参照）。

⁽¹⁹⁾ 下級審裁判例においても私法上の選択可能性の濫用説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みをとっていると考えられることに関連して、本件最判の調査官解説では、「それ（最高裁昭和 53 年 4 月 21 日判決（筆者注））以後の下級審裁判例は、経済的合理性説（専ら経済的・実質の見地において通常の経済人の行為又は計算として不自然、不合理なものであるか否かという客観的、合理的基準に従って判断すべきものとするもの……）によるものが大多数を占めており、経済的合理性説に依拠したとみられる下級審裁判例をみると、……①通常の場合（例えば、同業他社の取引例等）と比較してどの程度異常（又は変則的）であるかという点と、②その異常性を正当化するに足りる事情（租税回避以外の理由や事業目的）があるかという点を総合的に判断しているものが多いと思われる」としている（大竹敬人「判解」曹時 76 卷 1 号(2024 年)302-303 頁）。

⁽²⁰⁾ 札幌高判昭和 51 年 1 月 13 日訟月 22 卷 3 号 756 頁。

は、「法人税法132条の規定の趣旨、目的に照らせば、右規定は、原審が判示するような客観的、合理的基準に従って同族会社の行為計算を否認すべき権限を税務署長に与えているものと解することができる」と判示し、後段に関しても「所論の点に関する原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らし、正当として是認することができ[る]」と判示している。

同高判では、同項の不当性要件に関して、上記の引用部分の二つ目の下線部にあるように、上記(1)で確認した金子教授の学説と同様に経済合理性基準で判断するとしている。このため、同基準の前提となる同項の不当性要件の意義が、両説のいずれなのかについては、この判示からは必ずしも明らかではないと思われる。しかしながら、同項が上記1で確認した租税回避行為の否認を可能にする引直し課税の規定であることを「かんがみれば」で受けた上で、不当性要件は同基準で判断すると判示されている(上記引用部分の一つ目と二つ目の下線部)。このため、引直し課税の規定の判示の中で、「納税者の選択した行為計算」を「通常あるべき姿」と対比させて不当性を判断していくことが示されていることを踏まえると、同基準の判示の中にある「純粹経済人の行為」が引直し課税の規定の判示の中にある「通常あるべき姿」に対応していると考えられる。このため、「納税者の選択した行為計算」を「純粹経済人の行為」＝「通常あるべき姿」と対比させて、経済合理性(不合理・不自然性)を判断する私法上の選択可能性の濫用説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みをとっていると思われる。更に、同高判では、当該判断枠組みを踏まえた当てはめにおいて、上記引用部分の三つ目の下線部にあるように、「一般に借地上の建物が譲渡された場合」と対比させて経済合理性を検討して、その対比の中で、「特別の事情のない限り建物に附随してその敷地の借地権をも譲渡する合意があつたものと推定すべき」と判断している。このことから、同高判は、納税者の選択した行為計算を純粹経済人の行為＝通常あるべき姿＝「一般に借地上の建物が譲渡された場合」と対比させてその経済合理性を判断しており、当該判断枠組みをとっていると考えられる。

(b) 最高裁昭和59年10月25日判決

本事案は、同族会社がその関連会社に行った製品の低額販売が法132条1項の不当性要件に該当するかが争われた事案である。最高裁昭和59年10月25日判決⁽²¹⁾の原審である福岡高裁宮崎支部昭和55年9月29日判決⁽²²⁾では、「法人税法132条1項は、同族会社の行為、計算に関し『法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるものがあるとき』には、税務署長の認めるところにより、その法人の法人税の課税標準もしくは欠損金額又は法人税の額を計算することができるというものであるが、右規定は法人の選択した行為、計算が実在し私法上有効であつても、いわゆる実質課税の原則及び租税負担公平の原則の見地から、これを否認し、通常あるべき行為、計算を想定し、これに従い税法を適用しようとするものであることにかんがみれば、『法人税の負担を不当に減少させる結果になる』と認められるか否かは、専ら経済的実質の見地において、法人の行為、計算が経済人の行為として不合理、不自然なものと認められるかどうかを基準として判断すべきものである。これを法人の製品販売の行為、計算についてみれば、その販売価額が通常の販売価額(時価)に比し異常に低価であつて、経済的取引としては不合理、不自然と認められるかどうかはその判断基準とされるべきである」と判示している。この判示に対する納税者側の上告を受けて、同最判は、「原審の確定した本件事実関係のもと

⁽²¹⁾ 最判昭和59年10月25日集民143号75頁。

⁽²²⁾ 福岡高宮崎支判昭和55年9月29日行集31巻9号1982頁。

において、……原審の判断は、正当として是認することができる」と判示している。

同高判でも、上記(a)の札幌高判と同様に、同項の不当性要件に関して、同項が引直し課税の規定であることを受けた上で、不当性要件は経済合理性基準で判断することが判示されている（上記引用部分の一つ目と二つ目の下線部）。このことから、私法上の選択可能性の濫用説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みをとっていると思われる。更に、同高判では、当該判断枠組みを踏まえた具体的な判断枠組みにおいても、上記引用部分の三つ目の下線部にあるように「通常の販売価額」と対比させて経済合理性を判断すべきであると判示しており、また、この判示は、本事案に係る鹿児島地裁昭和50年12月26日判決⁽²³⁾の、「通常の販売価額」ではなく「最低販売価額」と対比させて判断するのが相当であるとの判断を否定した上での判示でもある。このことから、同高判は、法人の選択した行為・計算を経済人の行為＝通常あるべき行為・計算＝「通常の販売価額」と対比させてその経済合理性を判断しており、当該判断枠組みをとっていると考えられる。

(c) 最高裁昭和60年6月18日判決

本事案は、同族会社がその事実上の主宰者であるAらの父Bから購入した土地について、後年に契約を解除して、その土地をBの相続人になったAらに買受代金だけの返還を受けて引き渡したことが法31条の3第1項（法132条1項の旧法、内容はほぼ同様）の不当性要件に該当するかが争われた事案である。最高裁昭和60年6月18日判決⁽²⁴⁾の原審である東京高裁昭和56年6月10日判決⁽²⁵⁾では、上記(a)の札幌高判とは異なり、法31条の3第1項の不当性要件に係る規範に関する判示が行われておらず、直ちに同項を踏まえた当てはめが行われており、「同族会社である控訴会社は、昭和26年に本件土地を……Bから取得したものの、昭和35年に至り、前記解散命令申立事件の成行きにより、右土地が第三者の手に渡ってしまうことを危惧し、解散命令による清算手続を回避するため、会社財産たる本件土地を控訴人Aらの所有に移し処分したうえで、自発的に解散することにしたが、右土地の時価が著しく騰貴していたことから、右所有権の移転については、敢えて通常の取引方法である右時価による売買を避けて、先の売買契約の合意解除という方法を選んだものと推認されるのであつて、これは、経済的、実質的見地からみて経済人の行動としては不合理、不自然なものであるというほかはなく、この行為計算を容認する場合においては、右時価による譲渡が行われた場合に比して控訴会社の法人税の負担を不当に減少させる結果となるものであるから、法31条の3第1項の規定により否認されることを免れないものといわなければならない」と判示している。この判示に対する納税者側の上告を受けて、同最判は、「所論の点に関する原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係及びその説示に照らし、正当として是認することができ[る]」と判示している。

同高判では、その当てはめにおいて、上記引用部分の一つ目と三つ目の下線部にあるように、同族会社の行為を「通常の取引方法」と対比させて経済合理性を検討して、その対比の中で、上記引用部分の二つ目の下線部にあるように「経済人の行動としては不合理、不自然なものである」と判断している。このため、同高判は、同族会社の行為を経済人の行動＝通常の取引方法と対比させてその経済合理性を判断しており、私法上の選択可能性の濫用説を前提とする

⁽²³⁾ 鹿児島地判昭和50年12月26日行集31巻9号1999頁。

⁽²⁴⁾ 最判昭和60年6月18日税資145号847頁。

⁽²⁵⁾ 東京高判昭和56年6月10日税資117号625頁。

経済合理性基準の判断枠組みをとっていると考えられる。

(d) 最高裁平成 11 年 1 月 29 日判決

本事案は、同族会社がその代表者の子供である A らに支払った役員報酬が法132条1項の不当性要件に該当するかが争われた事案である。最高裁平成11年1月29日判決⁽²⁶⁾の原審である東京高裁平成10年4月28日判決⁽²⁷⁾では、同項について、「内国法人である同族会社は、少数の株主又は社員によって支配され、当該会社の法人税負担を不当に減少させるような行為又は計算が行われやすいことにかんがみ、税負担の公平を維持すべく、そのような行為又は計算が行われた場合に、それを正常な行為又は計算に引き直して更正等を行う権限を税務署長に認めるものである。そして、同族会社のある行為又は計算が法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるかどうかは、それが純経済人の行為として不自然、かつ不合理な行為又は計算であって、それによって法人税の負担が減少したかどうかによって決すべきである」とした上で、「これを本件についてみるに、……私法上 A らが取締役等に選任されていたことを前提としても、控訴会社程度の規模を擁する株式会社において、年齢、就学状況及び居住状況等に照らし、実質的に業務に参画することがない A らのような取締役等に対し本件控訴会社役員報酬を支払うことは、その全額について純経済人の行為としては不合理、かつ不自然な行為又は計算といわざるを得ず、本件控訴会社役員報酬を損金に算入することは、控訴会社の法人税負担を不当に減少させるものというほかない」と判示している。この判示に対する納税者側の上告を受けて、同最判は、「右事実関係の下においては、所論の点に関する原審の判断は、正当としては是認することができる」と判示している。

同高判でも、上記(a)の札幌高裁と同様に、同項の不当性要件に関して、同項が引直し課税の規定であることの後に、不当性要件は経済合理性基準で判断することが判示（上記引用部分の一つ目と二つ目の下線部）されている。このことから、私法上の選択可能性の濫用説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みをとっていると思われる。更に、同高判では、当該判断枠組みを踏まえた当てはめにおいても、上記引用部分の三つ目の下線部にあるように、同族会社の行為・計算を「控訴会社程度の規模を擁する株式会社」の行為・計算と対比させて経済合理性を検討して、その対比の中で、その全額について純経済人の行為としては経済合理性がないと判断している。このことから、同高判は、同族会社の行為・計算を純経済人の行為＝正常な行為・計算＝「控訴会社程度の規模を擁する株式会社」の行為・計算と対比させてその経済合理性を判断しており、当該判断枠組みをとっていると考えられる。

なお、同高判では、非常に興味深い引直しを行っている。具体的には、「その全額について」純経済人の行為としては経済合理性がないと判断している点である。このため、引直しによる「正常な行為又は計算」は、A らのような取締役等に対して役員報酬としての支払いはなかったこととしている。引直しを行う際にどのような場合に同族会社の行為・計算の全体を否認できるかについては、重要な論点となるため後記 IV 3 (2) で詳述する。

⁽²⁶⁾ 最判平成 11 年 1 月 29 日税資 240 号 407 頁。

⁽²⁷⁾ 東京高判平成 10 年 4 月 28 日税資 231 号 866 頁。

3 ヤフー事件最判の法 132 条の 2 の不当性要件の意義等に関する判示内容の確認

(1) 不当性要件の意義とその該当性の判断基準の確認

最高裁が初めて法 132 条の 2 の不当性要件に関する判断を示した平成 28 年 2 月のヤフー事件最判では、同条の不当性要件に関する判示の前段で、同条の不当性要件の意義について、「同条にいう『法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの』とは、法人の行為又は計算が組織再編成に関する税制……に係る各規定を租税回避の手段として濫用することにより法人税の負担を減少させるものであることをいう」と判示しており、同条の不当性要件の意義は、上記引用部分の下線部にあるように、税負担を減免させるために、租税法規をその趣旨・目的に反する形で利用すること、すなわち、租税法規の濫用⁽²⁸⁾であると判示している。なお、この意義に関する判示内容については、制度濫用基準と呼ばれている⁽²⁹⁾。

租税法規の濫用の特徴としては、私法上の選択可能性の濫用が同族会社の行為・計算を純粋経済人の行為（通常用いられる行為）と対比させて経済合理性を判断するのと同様に、法人の行った行為・計算を法の規定が想定する行為・計算と対比させて経済合理性を判断する点、すなわち、基準となる行為・計算と対比させて経済合理性を判断する点で共通している⁽³⁰⁾ことが挙げられる。この意味で、関連する部分の文言が同じである両条文の不当性要件を整合的に解釈する観点からは、法 132 条 1 項の不当性要件の意義に関しては、私法上の選択可能性の濫用説をとることが適切であると考えられる。

そして、上記判示の後段では、不当性要件の該当性の判断基準について、「その濫用の有無の判断に当たっては、①当該法人の行為又は計算が、通常は想定されない組織再編成の手順や方法に基づいたり、実態とは乖離した形式を作出したりするなど、不自然なものであるかどうか、②税負担の減少以外にそのような行為又は計算を行うことの合理的な理由となる事業目的その他の事由が存在するかどうか等の事情を考慮した上で、当該行為又は計算が、組織再編成を利用して税負担を減少させることを意図したものであって、組織再編税制に係る各規定の本来の趣旨及び目的から逸脱する態様でその適用を受けるもの又は免れるものと認められるか否かという観点から判断するのが相当である」（以下、この判断基準を「租税法規濫用基準」という）と判示している。「租税法規濫用基準」は、後半の上記引用部分の二つ目の下線部（以下「判断する観点」という）で、本判示における濫用の具体的な内容が示されているとされている⁽³¹⁾。そして、濫用の有無を前半の上記引用部分の一つ目の下線部（以下「考慮する事情」という）にある事情を考慮した上で判断するとされているが、「考慮する事情」は、実質的には不当性要件（租税法規の濫用）の該当性の判断基準であるとされている⁽³²⁾。これらのことより、「租税法規濫用基準」は不当性要件の該当性の判断基準ではあるが、濫用の該当性の判断基準（「考慮する事情」）と濫用の認定基準（「判断する観点」）から構成されている基準と見ることができる。

⁽²⁸⁾ 上記 1 の金子教授の租税回避の定義からは、法 132 条の 2 の不当性要件は第 2 の類型に該当するため、その意義は租税減免規定の濫用ということになるが、筆者は租税回避の考え方の一つとして、租税減免規定に限らない租税法規の濫用があると考えており（荒井・前掲注(4)71・73 頁）、また、ヤフー事件最判の判示も租税減免規定に限定していないため、租税法規の濫用としている。

⁽²⁹⁾ 徳地淳＝林史高「判解」曹時 69 卷 5 号(2017 年)294・296 頁。

⁽³⁰⁾ 吉村・前掲注(5)178 頁。谷口・前掲注(15)258・260 頁参照。

⁽³¹⁾ 徳地＝林・前掲注(29)299 頁。

⁽³²⁾ 徳地＝林・前掲注(29)299 頁。

更に、「考慮する事情」については、金子宏教授の経済合理性基準の具体的な判断枠組みに関する通説的見解を実質的に取り込んだものとされており⁽³³⁾、「考慮する事情」は実質的には経済合理性基準といえる。以上のことから、「租税法規濫用基準」は、「判断する観点」に示された同条の不当性要件の意義である租税法規の濫用の具体的な内容に関して、「考慮する事情」に示された経済合理性基準をその該当性の判断基準として判断していく基準といえることができる。

このため、「考慮する事情」に示された経済合理性基準は、「租税法規濫用基準」の中で「判断する観点」と一体となっていることから、経済合理性の欠如ではなく租税法規の濫用を前提とする基準であるといえる。一方、後記Ⅲ 3 (2)・4 (2)で確認するように、本件高判や本件最判は、借入れが組織再編の一環として行われている場合の組織再編取引に係る経済合理性を検討する際の経済合理性基準の具体的な判断枠組みとして、「考慮する事情」と同様のものだけを判示している。この場合には、「考慮する事情」は単に法人の行為・計算それ自体の経済合理性を検討する基準となるため、経済合理性の欠如説を前提としたものであると考えられる。

また、法 132 条 1 項の不当性要件に関して、ヤフー事件最判に倣って、意義と該当性の判断基準に分けて整理すると、私法上の選択可能性の濫用説では、前者が私法上の選択可能性の濫用であり、後者が経済合理性基準になる。また、経済合理性の欠如説では、前者が経済合理性の欠如であり、後者が経済合理性基準になる。この意味で、これまでの学説・判例における同項に係る経済合理性基準の定義は、不当性要件の意義と該当性の判断基準が未分化の定義ということもできる。

(2) 不当性要件の意義を私法上の選択可能性の濫用としなかった理由の確認

上記(1)でも指摘したように、本件高判や本件最判は、借入金を含む組織再編取引に係る経済合理性を検討する際の経済合理性基準の具体的な判断枠組みとして、「考慮する事情」と同様のものだけを判示しており、経済合理性の欠如説を前提とする判断枠組みをとっている。この背景には、組織再編取引に係る経済合理性を検討する際には、私法上の選択可能性の濫用説を前提とする判断枠組みは適切ではないとの判断があると思われる。その背景は、ヤフー事件最判が法 132 条の 2 の不当性要件の意義を私法上の選択可能性の濫用ではなく租税法規の濫用としたことの背景とも共通するため、同最判の調査官解説の該当部分を確認しておく。なお、同調査官解説では、法 132 条 1 項の経済合理性基準の前提は私法上の選択可能性の濫用であるとして議論を行っている点に留意する必要がある。

同調査官解説では、上記の背景について、「経済合理性基準においては、『純経済人の行為として不合理・不自然であるか否か』という基準が用いられるところ、組織再編成は売買契約や雇用契約などの典型契約とは異なるため、必ずしも一般的な取引慣行や取引相場があるわけではなく、多数の企業が関与して複雑かつ巧妙な租税回避行為が行われた場合、そもそも純経済人（特殊な利害関係のない一般的な経済人）の行為として自然かつ合理的な組織再編成とは何かという議論の出発点からその審理判断に困難を来し、その不当性を適切に判断し得ない場合もあり得ると考えられる。そのような実務的な観点からも、法 132 条の 2 の不当性要件の該当性の判断基準として経済合理性基準をそのまま用いることは、組織再編成という事柄の性質上、必ずしも適切ではないと考えられる」⁽³⁴⁾としている。

⁽³³⁾ 徳地＝林・前掲注(29)297 頁。

⁽³⁴⁾ 徳地＝林・前掲注(29)296 頁。

4 法 132 条 1 項の経済合理性基準の前提としての両説の特徴と相違点

(1) 私法上の選択可能性の濫用説の理論的側面からの特徴

私法上の選択可能性の濫用説の理論的側面からの特徴としては、下記の五点を指摘することができる。一点目は、上記 1 で整理した租税回避の定義や租税回避行為の否認の定義と整合的であること、二点目は、上記 2 (2) で整理したように、これまでの最判は、経済合理性基準の前提としては本説をとっていると考えられるため、これまでの最判と整合的であること、三点目は、上記 3 (1) で指摘したように、基準となる行為・計算と対比させて経済合理性を判断するという点で、法 132 条の 2 の不当性要件の意義である租税法規の濫用と共通しているため、同条の解釈と整合的であることである。四点目は、同族会社の行為・計算を基準となる純粋経済人の行為（通常用いられる行為）と対比させて経済合理性を判断していくため、経済合理性の判断が一定の判断・検討の枠組みの中で行われ、あらかじめどのような観点から判断・検討されるのかを想定できるという点である。五点目は、上記 3 (2) で確認したヤフー事件最判の調査官解説の指摘を踏まえると、基準となる純粋経済人の行為自体が、組織再編の場面や複雑な租税回避行為が行われる場面などでは想定しにくく、経済合理性の判断が適切に行われない場合があるという点である。この点を踏まえると、本説をとる場合には、経済合理性の検討対象となる同族会社の行為・計算をいかに切り出すかが重要になると考えられるが、この点については、後記Ⅳ 2・3 (1) で詳述する。

論者としては、吉村政穂教授が、両説を対比させた上で、経済合理性基準の前提としては本説をとることを主張していると思われる。吉村教授は、法 132 条 1 項と法 132 条の 2 の判断枠組みは共通しているとして、「いずれも、その判断の軸となる純粋経済人の行為、又は個別規定から通常想定される手順・方法若しくは実態がそれぞれ設定された上で、そこからの乖離・逸脱に対して否認を行うことになります。ただ、そこに正当化事由が認められる場合には、否認規定の適用から免れるという枠組みとして、両者を並べることができる」⁽³⁵⁾とした上で、上記の「判断枠組みについて、132 条と 132 条の 2 で共通していると見るかどうか、或いは共通の判断枠組みと位置付けるべきかどうかという評価にかかってくるのかもしれませんが。私の現時点での考えとしては、否認規定を適用するにあたり、何か 1 つ軸が決まっていて、そこからの乖離・逸脱があるかどうか、そして乖離・逸脱があったとして、そこを埋めるだけの正当化事由がそこに存在しているのかという二段階で判断した方が、より透明性が高く、具体的な適用の指針になるのではないかと評価しています。もちろん、経済合理性という 1 つの基準をそのまま適用して、望ましい結論に近づけるではないかという方も多くいらっしゃると思いますし、それで構わないというのも 1 つの評価だとは思いますが、思考の枠組みとして、判断を分割した方がより適切な結論にたどり着くのではないかというのが、私の主張となります」⁽³⁶⁾としている。この吉村教授の主張に対しては、後記Ⅳ 2 で確認する吉村教授の法 132 条 1 項の機能に関する主張と併せて、太田洋・増田貴都弁護士は、「近時、法 132 条 1 項について……有力な指摘がなされている」と「近時」に提起された論点であるとした上で、後記Ⅲ 3 で確認する本件高判の判断プロセスと対比させて、「結論を導き出すに当たって、実質的な差異がどの

⁽³⁵⁾ 吉村・前掲注(5)178 頁。

⁽³⁶⁾ 吉村・前掲注(5)180 頁。

程度あるのかは判然としない」としている⁽³⁷⁾。

(2) 経済合理性の欠如説の理論的側面からの特徴

経済合理性の欠如説の理論的側面からの特徴としては、上記(1)で私法上の選択可能性の濫用説の特徴として指摘した一点目から三点目については、同説では整合性があるのに対して、本説では整合性がないことが特徴として挙げられる。四点目は、私法上の選択可能性の濫用説では、上記(1)で指摘したように、経済合理性の判断が一定の判断・検討の枠組みの中で行われるのに対して、本説では、同族会社の行為・計算それ自体の経済合理性を判断していくことになるため、あらかじめどのような観点から判断・検討されるのかを想定することが難しいという点である。例えば、どのような範囲の行為・計算を検討対象とするのか、また、検討対象となった行為・計算をどのような観点・手順で検討するのかなどの判断・検討の枠組みが示されていないため、これらの点についてあらかじめ想定することが難しい。この意味で、私法上の選択可能性の濫用説よりも予測可能性の点で劣っていると考えられる。五点目は、私法上の選択可能性の濫用説では、上記(1)で指摘したように、基準となる純粋経済人の行為自体を想定しにくい場面があるが、本説ではそのようなことがないという点である。この意味で、同説よりも適用範囲が限定されないと考えられる。

本説を主張する論者については、吉村教授のように、本論での論点に沿ったかたちでの両説の違いを踏まえた上で、本説をとることを主張している論者は筆者の理解する範囲ではないように思える。その理由も含めて、これまで経済合理性基準の前提として両説のいずれの説をとるのかについての議論があまり行われてこなかった背景としては、下記の五点を指摘できるのではないかと考えている。一点目は、私法上の選択可能性の濫用も経済合理性の欠如の一形態であり、私法上の選択可能性の濫用説は本説に包摂されるため両説の区別がつきにくいこと、二点目は、上記2で整理したように、経済合理性基準に関する学説・判例も両説のいずれの説を前提とするのかが、同基準を見ただけでは必ずしも明確ではなかったこと、三点目は、平成28年4月のヤフー事件最判が、法132条の2の不当性要件を意義と該当性の判断基準に分けて判示したことによって、法132条1項に係る経済合理性基準を両者に分けて考えることが意識されるようになったと思われること、四点目は、裁判所においても、法132条1項による同族会社の行為・計算の否認を認める場合には、同項が引直し課税の規定であることから、特に両説の違いを意識することなく、引直しの判断の中で、私法上の選択可能性の濫用説により判断してきたと思われること、五点目は、両説の違いが、理論的側面・実態的側面にどのような違いを生じさせるのかが明確でなかったため、両説を区別する必要性が意識されなかったと思われること、である。この中で、五点目の指摘は、上記(1)で指摘した太田・増田弁護士の吉村教授の主張に対する意見にも通じるものである。

(3) 両説の実態的側面からの相違点

ここでは、経済合理性基準の前提としての両説の実態的側面からの相違点として、経営判断を検討対象とする程度が異なっていることなどから、経済合理性がないと判断される範囲が異なってくることなどを示していく。

まず、経済合理性の欠如説の場合について見ていく。本説を前提とする経済合理性基準では、同族会社の行為・計算それ自体の経済合理性を判断していくことになるが、それは経営判断の

⁽³⁷⁾ 太田洋＝増田貴都「判批」国際税務 40 卷 11 号(2020 年)66 頁(脚注 28)。

結果として行われることが多いため、その背景にあった同族会社が行った経営判断の経済合理性を事後的に判断することになると考えられる。例えば、同族会社の行為・計算の経済合理性を、事業目的の合理性や手段の相当性の観点から判断しようとする場合は、その背景にあった事業目的や手段に係る経営判断の経済合理性を検討することになると考えられる。しかしながら、経営判断は、経営責任者が、同族会社を取り巻く環境を踏まえた上で、各種の判断要素を総合的に検討して、最終的には経営責任者としてのリスクを負って行うものであり、その結果は常に一つに定まるものでもないため、その経済合理性を当事者以外の者が事後的に判断するのは容易ではないと考えられる。このため、事後的に説明される経営判断に対しては、かなり広範囲に経済合理性があると判断していかざるを得ないと考えられる。以上のことから、本説を前提とする経済合理性基準では、同族会社の行為・計算に経済合理性がないと判断される場合（法 132 条 1 項で否認される場合）は、経済合理性が明らかに認められない極端なケース（例えば、同族会社の行為・計算の不自然性が十分に認められ、合理的な理由となる事業目的等が存在しないと認められる場合）に限定され、それ以外は経営判断が重視され広く経済合理性があると判断される傾向があると考えられる。

次に、私法上の選択可能性の濫用説の場合について見ていく。本説を前提とする経済合理性基準では、同族会社の行為・計算を基準となる純粋経済人の行為と対比させて、すなわち、両者の乖離に焦点を当てて経済合理性を判断していくことになる。このため、経済合理性の欠如説に比べて、経営判断の経済合理性を判断するという場面や程度は少なくなると考えられる。例えば、経済合理性の欠如説で、同族会社の行った行為・計算の事業目的や手段の経済合理性を検討する場合には、その検討に必要な範囲が明確でないため、幅広い観点から検討を行う場合も多く、この場合には、その背景にあった経営判断の経済合理性についても幅広く検討することになると考えられる。一方で、本説では、純粋経済人の行為との乖離に焦点を当てるため、その乖離の経済合理性に限定して検討を行うことになる。また、事業目的や手段なども検討対象とならないわけではないが、その場合にも、経済合理性の欠如説のように、事業目的や手段それ自体の経済合理性を検討するのではなく、乖離に係る事業目的や手段の経済合理性の検討に限定して行えば足りることになる。このため、経営判断の経済合理性を判断するという場面や程度は経済合理性の欠如説より少ないと考えられる。以上のことから、本説を前提とする経済合理性基準では、上記(1)で確認した吉村教授の指摘にあるように、経済合理性を判断する際の基準となる純粋経済人の行為という「軸」が想定されていることと相まって、その行為・計算に経済合理性がないと判断される場合は、上記で指摘した経済合理性の欠如説のような傾向は少ないように思われる。

更に、上記の両説の相違点の検討を踏まえて、両説を法 132 条 1 項の趣旨である同族会社と非同族会社（純粋経済人）の税負担の公平という観点から見ると、私法上の選択可能性の濫用説では、両者の乖離に焦点を当てて経済合理性を判断していくことになるため、同項の趣旨に沿った検討が行われると考えられるのに対して、経済合理性の欠如説では、上記で指摘した両説の事業目的や手段の経済合理性の検討対象の違いのように、同族会社の行為・計算それ自体の経済合理性の検討が、同項の趣旨に沿った検討とは必ずしも一致しないことも考えられるため、同項の趣旨に沿った検討が十分に行われない場合が起こり得るのではないかとと思われる。

以上、上記(1)～(3)の検討を踏まえて、筆者としては、上記(1)で指摘した理論的側面からの特徴に関する、一点目から三点目の整合性の点や四点目の予測可能性の点、更に、上記で指摘し

た実態的側面からの特徴に関する、法 132 条 1 項で否認される場合が経済合理性の欠如説のように極端な場合に限定される傾向が少ない点や同項の趣旨に沿った検討が行える点から、私法上の選択可能性の濫用説が適切ではないかと考えている。また、上記で示した相違点に関しては、特に、理論的側面からの予測可能性に係る点と実態的側面からの経済合理性がないと判断される範囲に係る点が、両説を理解する上で重要であると考えている。このため、後記Ⅲ 5 で、経済合理性の欠如説をとっている本件最判等において、これらの点がどのように現われているかを見ていく。

Ⅲ 本件最判等の判示内容と経済合理性の欠如説の該当性

ここでは、表題に関して検討を行う。検討手順・内容については、既に前記Ⅰ 3 で示したとおりである。なお、前記Ⅰ 3 で、Ⅲで示す内容として掲げた①～③については、以下では、前記Ⅰ 3 のⅢ①～Ⅲ③と表記する。

1 事案の概要

本件の事案の概要は以下の通りである。

X（原告・被控訴人・被上告人、以下同様）は、フランス法人Aが直接的又は間接的に全ての持分を保有する関連会社から構成される企業グループ（以下「本件企業グループ」という）のうち、音楽に関する事業を担当する部門（以下「本件音楽部門」という）に属している同族会社である。本件企業グループは、Xの設立以前には、日本で音楽事業や音楽出版事業を行う関連会社として、B、C、D（以下「本件各内国法人」という）と、Bがその全持分を保有するEがあったが、日本での音楽事業は主にBが担っており多額の利益を上げていた。本件各内国法人は、それぞれが異なる外国の関連会社を親会社としており、遅くとも平成 20 年 7 月までに、日本の関連会社について組織再編成等を行うための計画を策定し、下記のような組織再編取引及び財務関連取引（以下「本件組織再編取引等」という）を行った。本件組織再編取引等には8つの目的（以下「本件8つの目的」という）があったとされており、オランダの関連会社の負債を軽減するため弁済資金を調達すること、日本の関連会社を1社の傘下にまとめること、日本における音楽出版社を合併により1社とすること、日本の関連会社の余剰資金を解消し、Aによる為替に係るリスクヘッジを不要にすること、日本の関連会社の資本構成に負債を導入して、その円建ての資産やキャッシュ・フローに係る為替リスクを軽減すること、英国の関連会社Fの余剰資金を減少させること、日本の関連会社を合同会社にするることによって米国の税制上のメリットを受けるとともに、機動的な運営を行うこと、などであった。

本件組織再編取引に関しては、まず、上記の計画に基づき、平成 20 年 10 月 7 日に、合同会社であるXが、オランダの関連会社Gの子会社として設立（以下「本件設立」という）された。当初は、資本金は 200 万円であったが、同年 10 月 29 日に、Xは、日本の過小資本税制に適合するように、Gから 295 億円の追加出資（以下「本件追加出資」という）を受けるとともに、本件各内国法人の株式購入代金及びその関連費用として、グループ内の資金集中管理（CMS）を担うフランスの関連会社から、無担保で約 867 億円の本件借入れを行った。次に、同日に、Xは、本件各内国法人の株式を親会社から、Bについては約 1,144 億円で（以下「本件買収」という）、Cについては約 15 億円で取得した。その後、平成 21 年 1 月に、XはBを吸収合併（以下「本件合併」という）し、同年 7 月にXの子会社H（平成 20 年 11 月設立）は、C、E

を吸収合併して、音楽出版事業をHに集約した。

本件財務関連取引に関しては、平成20年10月29日に下記の取引が行われた。本件追加出資の原資については、Aが上記資金集中管理会社に送金したものが、Fに送金され、出資金として、FからGの親会社、更にGに移動し、それが充てられている。また、本件借入れの原資については、Aが資金集中管理会社に送金したものが充てられている。一方、Bの買収代金については、Bの親会社から上記の目的に記したオランダの関連会社へ貸し付けられ、同社から資金集中管理会社へ借入金の返済として移動し、最後は、資金集中管理会社からAへ送金されている。また、Cの買収代金については、Cの親会社からオランダの関連会社へ、同社から資金集中管理会社へ、資金集中管理会社からAに送金されている。本件財務関連取引による主な資金量の変動は、Aが約3億円の資金減少、Xが約3億円の資金増加のみであった。なお、Xは、平成21年3月に本件借入れの期限前返済300億円を行っている。

これに対して、所轄税務署長は、Xの平成20年12月期～平成24年12月期の申告における支払利息の損金算入の原因となった本件借入れを法132条1項により否認する課税処分を行った。本件は、Xが国Y（被告、控訴人、上告人、以下同様）を相手に、当該課税処分等の取消しを求めた事案であり、本件借入れが法132条1項にいう「これを容認した場合には法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」に該当するかが争われた。

2 本件地判の判示内容と経済合理性の欠如説の該当性

(1) 法132条1項の趣旨と不当性要件の具体的内容

本件地判は、法132条1項1号の趣旨に関しては、「同族会社と非同族会社との間の税負担の公平を維持するため、同族会社の法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められる行為又は計算が行われた場合に、これを正常な行為又は計算に引き直して……法人税の更正又は決定を行う権限を税務署長に認めたものと解される」とした上で、同号の不当性要件の具体的内容に関しては、「このような同号の趣旨に照らせば、……当該行為又は計算が純粋経済人として不自然、不合理なものと認められるか否か、すなわち経済的合理性を欠くか否かという客観的、合理的基準に従って判断すべきものと解される」と経済合理性基準で判断することが判示されている。前記Ⅱ2(2)で整理したこれまでの最判がその判断を是認してきた原審と同様に、同号が引直し課税の規定であることを「趣旨に照らせば」で受けた上で、不当性要件は経済合理性基準で判断するとしているため、上記の判示内容だけを見た場合には、前記Ⅱ2(2)で整理したこれまでの最判と同様に、同基準の前提としては私法上の選択可能性の濫用説をとっているように思われる。

(2) 経済合理性基準の具体的な判断枠組み

ここでは、表題に関して、判示内容を確認した上で、前記Ⅰ3のⅢ①がいえることなどを示していく。

まず、判示内容を確認する。法132条1項の不当性要件の該当性を判断するに当たっては、「本件借入れを対象として、その経済的合理性の有無を判断するのが相当である」としている。また、経済合理性基準の具体的な判断枠組みに関しては、まず、「利益を産み出し、これを出資者である株主や社員に対して還元することを究極の目的とする会社にあつては、事業の目的に沿った種々の経済活動を遂行するに当たり、業務の管理・遂行上、財務上又は税務上などの様々な観点から、利益を最大化し得る方法を法令の許容する範囲内で自由に選択することができる

ところ、仮に、税務署長が法人税法132条1項の適用に当たり、会社の経営判断の当否や、当該行為又は計算に係る経済的合理性の高低をもって『不当』か否かを判断することができるとすれば、課税要件の明確性や予測可能性を害し、会社による適法な経済活動を萎縮させるおそれが生じるといわざるを得ない。したがって、当該行為又は計算が当該会社にとって相応の経済的合理性を有する方法であると認められる限りは、他にこれと同等か、より経済的合理性が高いといえる方法が想定される場合であっても、同項の適用上『不当』と評価されるべきものではないと判示している。その上で、「同族会社の行為又は計算が経済的合理性を欠くか否かを判断するに当たっては、……法人税の負担が減少するという利益を除けば当該行為又は計算によって得られる経済的利益がおよそないといえるか、あるいは、当該行為又は計算を行う必要性を全く欠いているといえるかなどの観点から検討すべきものである」と判示している。

上記の判示内容は、一つ目や二つ目の下線部の判示から分かるように、課税要件の明確性や予測可能性の観点から会社の経営判断を重視するとの考え方であり、その結果として、「相応の経済的合理性」がある限りは、同項の不当性要件には該当しないとする考え方である。そして、三つ目の下線部を経済合理性基準の具体的な判断枠組みとして判示している。

次に、経済合理性の欠如説の該当性（前記Ⅰ3のⅢ①、以下、（ ）内はⅢ①と表記する）を見ていく。上記の経済合理性基準の具体的な判断枠組みからは、同族会社の行為・計算の経済合理性を判断する際には、「経済的利益がおよそないといえるか」や「必要性を全く欠いているといえるか」などを検討していくことになり、純粹経済人の行為・計算＝正常な行為・計算と対比させて検討していくのではなく、同族会社の行為・計算それ自体の経済合理性を検討していくことになる。このため、ここで示された上記の判断枠組みは、上記(1)での検討とは異なり、経済合理性の欠如説を前提としたものであると考えられる。ただし、上記の判断枠組みが本件に即したものとなっていないため、当てはめにおいてもこの点について再度確認する

更に加えて、上記の経済合理性基準の具体的な判断枠組みに関して次の点を指摘しておきたい。前記Ⅱ4(3)で指摘した経済合理性の欠如説の実態的側面からの特徴である、経済合理性がないと判断される場合（法132条1項で否認される場合）は、経済合理性が明らかに認められない極端なケースに限定され、それ以外は経営判断が重視され広く経済合理性があると判断されるという傾向が、まさに判断枠組み自体の「経済的利益がおよそない」、「必要性を全く欠いている」との文言に明示されている点である。この意味で、この判断枠組みは、同説をとる場合の当然の帰結ともいえる典型的な判断枠組みとなっていると考えられる。

(3) 当てはめの検討内容

ここでは、表題に関して、判示内容を確認した上で、当てはめにおいても、前記Ⅰ3のⅢ①がいえることを再度確認するとともに、前記Ⅰ3のⅢ②、Ⅲ③がいえることを示していく。

まず、当てはめの判示内容を確認する。本件借入れに係る経済合理性の検討手順については、「①原告による本件借入れが行われる原因となった、Aグループが設定した本件8つの目的…が合理性を有するものか、②本件8つの目的を達成する手段として、本件組織再編等スキームに基づく本件組織再編取引等を行ったことが相当であるか、③上記の目的及び手段が、Aグループ全体にとってだけでなく、Xにとっても経済的合理性を有するものといえるかについて、順次検討する」とされている。この判示内容からは、最終的な検討対象は、本件組織再編取引等に係る目的・手段が、Xにとっても経済合理性を有するかどうかであることが分かる。

そして、検討の結果として、「①Xによる本件借入れが行われる原因となった、Aグループが

設定した本件8つの目的は、日本の関連会社に係る資本関係の整理や、同グループの財務態勢の強化（グループ内における負債の経済的負担の配分、為替リスクのヘッジに係るコストの軽減）等の観点からいずれも経済的合理性を有するものであり……、②本件再編成等スキームに基づく本件組織再編取引等は、これらの目的を達成する手段として相当であったと認められる。そして、③本件組織再編取引等によるこれらの目的の達成はXにとっても経済的利益をもたらすものであったといえる一方、本件借入れがXに不当な経済的不利益をもたらすものであったとはいえない」とした上で、「そうすると、Xによる本件借入れについては、法人税の負担が減少するという利益を除けばこれによって得られる経済的利益がおよそないとか、あるいは、これを行う必要性を全く欠いているなどということはできないから、専ら経済的、実質の見地において、純粋経済人として不自然、不合理なものとはいえず、したがって、経済的合理性を欠くものと認めることはできない」と判示している。この判示内容からは、上記で指摘した最終的な検討対象については、本件組織再編取引等による目的の達成がXにとっても経済的利益をもたらすかどうかと、本件借入れがXに不当な経済的不利益をもたらすかどうか、の二点に還元されて検討されていることが分かる。なお、この検討枠組みに関しては、Xの経済的利益に、非同族会社では享受できないものまで含めて、Xにとっての経済合理性を検討している点で、両者の間の税負担の公平を維持するという観点からは問題があると思えるため、この点については下記5(1)で再度指摘した上で具体例を示す。

次に、上記(2)で指摘した点を踏まえて、当てはめにおいても、経済合理性の欠如説が該当すること(Ⅲ①)を再度確認する。上記の当てはめに示されている検討対象は、グループ全体の目的の合理性、その目的を達成する手段としての本件組織再編取引等の相当性、そして、これらの目的・手段のXにとっての経済合理性であり、純粋経済人の行為・計算＝正常な行為・計算と対比させて検討していくのではなく、グループ全体やXの行為・計算それ自体の経済合理性を検討していくとしている。このことから、上記(2)で示した経済合理性基準の具体的な判断枠組みが経済合理性の欠如説を前提としていることが裏付けられる。

更に、本件組織再編取引等に係る経済合理性の検討が重視されており、それが経済合理性の欠如説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みがとられた背景にあること(Ⅲ②)を示していく。経済合理性の有無を判断する対象については、本件借入れであると判示しているにもかかわらず、上記の検討手順では、まず、本件借入れの原因となった本件組織再編取引等の目的と手段に係る経済合理性の検討が行われ、その経済合理性が認められることを前提として、次に、その目的及び手段が、Xにとっても経済合理性を有するものといえるかの検討を行うとされている。このように、本件組織再編取引等に係る経済合理性の検討が、Xにとっての経済合理性の検討の前提となっているという意味で、重視されているといえる。そして、その検討には、前記Ⅱ3(2)で確認したヤフー事件最判の調査官解説の指摘にもあるように、私法上の選択可能性の濫用説をとることは適切ではないとされているため、経済合理性の欠如説を前提とする判断枠組みがとられることになったと考えられる。

加えて、本件借入れの多額の債務負担に係る経済合理性の検討が重視されており、それが本件組織再編取引等に係る経済合理性の検討が重視された背景にあること(Ⅲ③)を示していく。上記で指摘したように、最終的な検討対象である、本件組織再編取引等に係る目的・手段がXにとっても経済合理性を有するかについては、本件借入れによる多額の債務負担に係る経済的不利益に対して、同取引等による目的の達成に係る経済的利益を対比させて検討するという検

討枠組みがとられていると考えられる。このことから、本件借入れによる経済的不利益をどのように判断するかが、本件借入れに係る経済合理性の判断の中で重視され、そのことが、その対比としての本件組織再編取引等による経済的利益の前提となる、同取引等に係る経済合理性の検討が重視された背景にあったと考えられる。

3 本件高判の判示内容と経済合理性の欠如説の該当性

(1) 法 132 条 1 項の趣旨・目的と不当性要件の具体的内容

本件高判は、法132条1項の趣旨・目的に関しては、「同族会社等においては法人税の負担を不当に減少させるような行為又は計算が行われやすいことに鑑み、税負担の公平を維持するため、同族会社等に係る法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められる行為又は計算が行われた場合に、これを正常な行為又は計算に引き直して法人税の更正又は決定を行う権限を税務署長に認めたものである」とした上で、同項の不当性要件の具体的内容に関しては、「このような同条の趣旨及び目的からすれば、……当該行為又は計算が純粋経済人として不自然、不合理なものと認められるか否か、すなわち経済的合理性を欠くか否かという客観的、合理的基準に従って判断すべきものと解される」と経済合理性基準で判断することが判示されている。この内容は、上記 2 (1) で確認した本件地判と同様であるため、上記の判示内容だけを見た場合には、経済合理性基準の前提としては私法上の選択可能性の濫用説をとっているように思われる。

(2) 経済合理性基準の具体的な判断枠組み

ここでは、表題に関して、判示内容を確認した上で、前記 I 3 のⅢ①、Ⅲ②がいえることなどを示していく。

まず、判示内容を確認する。法 132 条 1 項の不当性要件に関しては、「『その法人の行為又は計算』は本件借入れであると認められる」とした上で、経済合理性基準の具体的な判断枠組みに関しては、上記 2 (2) で確認した本件地判とは異なり、本件に即した判示がされており、借入れに関する判断枠組みと、借入れが企業再編等の一環として行われた場合の判断枠組みに分けて判示している。前者については、「同族会社が当該同族会社の株主等又はその関連会社からした金銭の無担保借入れが不当性要件に該当するか否かについては、当該借入れの目的、金額、期間等の融資条件、無担保としたことの理由等を踏まえた個別、具体的な事案に即した検討を要する」と判示している。また、後者については、「特に、……借入れが当該同族会社の属する企業集団の再編等……の一環として行われた場合においては、組織再編成を含む企業再編等は、その形態や方法が複雑かつ多様であるため、これを利用する巧妙な租税回避行為が行われやすく、租税回避の手段として濫用されるおそれがあること等に照らすと、①当該借入れを伴う企業再編等が、通常は想定されない企業再編等の手順や方法に基づいたり、実態とは乖離した形式を作出したりするなど、不自然なものであるかどうか、②税負担の減少以外にそのような借入れを伴う企業再編等を行うことの合理的な理由となる事業目的その他の事由が存在するかどうか等の事情も考慮した上で、当該借入れが経済的合理性を欠くか否かを判断すべきである」と判示しており、前記 II 3 (1) で確認したヤフー事件最判の「考慮する事情」と同様のものが判示されていることに特徴がある。なお、この判断枠組みについては、上記①、②の事情の考慮が、借入れに係る経済合理性の判断にどのように関係するのかが明らかでないという問題点があるように思える。

次に、経済合理性の欠如説の該当性（Ⅲ①）を見ていく。上記の前者の経済合理性基準の具体的な判断枠組みに関しては、同族会社の借入れを純粹経済人の借入れ＝正常な借入れと対比させて検討していくのではなく、借入れの目的、金額、融資条件、無担保とした理由等、すなわち同族会社の借入れそれ自体の経済合理性を検討するとされている。このため、ここで示された判断枠組みは、上記(1)での検討とは異なり、経済合理性の欠如説を前提としたものであると考えられる。そして、続く、上記の后者の判断枠組みに関しては、企業再編等に係る経済合理性の検討は、その手順・方法や事業目的等、すなわち企業再編等それ自体の経済合理性を検討するとされていることから、ここで示された判断枠組みも、経済合理性の欠如説を前提としたものであると考えられる。また、ここでは、ヤフー事件最判の「考慮する事情」だけが判示されていることから、前記Ⅱ 3 (1)で指摘したように、この点からも経済合理性の欠如説を前提としたものであることが裏付けられる。

更に、企業再編等に係る経済合理性の検討が重視されており、それが経済合理性の欠如説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みがとられた背景にあること（Ⅲ②）を示していく。経済合理性の有無を判断する対象については、本件地判と同様に、本件借入れであると判示しているにもかかわらず、上記の后者の経済合理性基準の具体的な判断枠組みでは、まず、企業再編等における上記①、②の不自然性、不合理性の事情も考慮した上で、借入れに係る経済合理性を判断するとされている。このように、企業再編等に係る経済合理性の検討が、借入れに係る経済合理性の検討の前提となっているという意味で、重視されているといえる。そして、その検討には、上記 2 (3)の本件地判の検討の際にも指摘したように、私法上の選択可能性の濫用説をとることは適切ではないとされているため、経済合理性の欠如説を前提とする判断枠組みがとられることになったと考えられる。また、下記で示すように、本件高判は、上記 2 (2)で確認した本件地判の経営判断を重視した判断枠組みに否定的な立場をとっているため、異なる判断枠組みとして、ヤフー事件最判の「考慮する事情」と同様のものが判示されたと考えられる。更に、上記の前者の判断枠組みに関しては、上記で指摘したように、経済合理性の欠如説を前提としていると考えられるが、本件地判とは異なり、判断枠組みを分けているため、前者の判断枠組みについては、私法上の選択可能性の濫用説を前提とすることも考えられる。しかしながら、そうしなかった背景には、后者の判断枠組みで企業再編等に係る経済合理性の検討が重視された結果として、経済合理性の欠如説を前提とする判断枠組みがとられたことが影響したのではないと思われる。

更に加えて、本件高判は、経済合理性基準の具体的な判断枠組みに関して、本件地判の経営判断を重視した判断枠組みや、Yが主張した独立当事者間取引に関する判断枠組みに関して、否定的な立場から判示を行っているため、ここで確認しておく。前者については、「当該行為又は計算を行う必要性のほとんどが租税回避目的であって、税負担の減少以外の経済的利益がごく僅かである場合でも、経済的合理性があるとされかねない。このようなことは、不当性要件の的確な判別を困難にするものとして、法人税法132条の趣旨及び目的に反し、相当でもない」と判示している。また、後者については、「Yは、……経済的合理性を欠く場合には、独立当事者間の通常の取引と異なっている場合なども含まれ得る旨主張する。しかし、例えば、単なる金銭の借入れであれば、独立当事者間の通常の取引を想定することもできるが、当該借入れが企業再編等の一環として行われた場合には、企業再編等自体が、その形態や方法が複雑かつ多様であり、基本的には、いかなる必要性に基づいてどのような形態、方法で行うかにつ

き当該企業集団の自律的判断に委ねられるものであることからすると、独立当事者間の通常取引に相当する企業再編等の形態、方法を想定することは極めて困難である」と、単なる借入れであれば独立当事者間取引を想定できることを認めつつも、本件のような場合には困難であると判示している。

(3) 当てはめの検討内容

ここでは、表題に関して、判示内容を確認した上で、前記Ⅰ3のⅢ③がいえることを示していく。

まず、当てはめの判示内容を確認する。上記(2)で確認した二つの経済合理性基準の具体的な判断枠組みに沿って検討が行われ、その検討結果として、まず、本件組織再編取引等に係る経済合理性に関しては、「本件組織再編取引等は、本件8つの目的を〈ア〉日本の関連会社の経営の合理化、〈イ〉……オランダ法人の負債軽減及び〈ウ〉日本の関連会社の財務の合理化という観点から分けて検討してみても、不自然なものではなく、税負担の減少以外にこれを行うことの合理的な理由となる事業目的その他の事由が存在するといえ、……X……に税負担の減少以外の経済的利益をもたらすものであるということが出来る」と判示している。この判示内容からは、最終的な検討対象は、本件組織再編取引等がXに税負担の減少以外の経済的利益をもたらすものかどうかであることが分かる。なお、この検討枠組みに関しては、上記2(3)で本件地判に関して指摘した点と同様に、Xの経済的利益に、非同族会社では享受できないものまで含めて、Xにとっての経済合理性を検討している点で、両者の間の税負担の公平を維持するという観点からは問題があると思えるため、この点も併せて下記5(1)で再度指摘した上で具体例を示す。

そして、続く、本件借入れに係る経済合理性に関しては、「前記イ（本件組織再編取引等に関する事情（筆者注））で説示したところに加え、……本件借入れに関する事情を個別に検討したところに照らしてみても、本件借入れが……純粋経済人として不自然、不合理なもの、すなわち経済的合理性を欠くものであるというべき事情は見当たらない」と判示している。そして結論として、「そうすると、本件借入れは、同族会社であるためにされた不自然、不合理な租税負担の不当回避行為とはいえず、法人税法132条1項にいう『法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの』に当たらないと解するのが相当である」としている。

次に、本件借入れの多額の債務負担に係る経済合理性の検討が重視されており、それが本件組織再編取引等に係る経済合理性の検討が重視された背景にあること（Ⅲ③）を示していく。上記で指摘したように、最終的な検討対象は、本件組織再編取引等がXに税負担の減少以外の経済的利益をもたらすものかどうかである。税負担の減少以外の経済的利益とされていることより、本件借入れの多額の債務負担による税負担の減少に係る経済合理性に対して、本件組織再編取引等による経済的利益を対比させて検討するという検討枠組みがとられていると考えられる。このことから、本件借入れによる税負担の減少をどのように判断するかが、本件借入れに係る経済合理性の判断の中で重視され、そのことが、その対比としての本件組織再編取引等による経済的利益の前提となる、同取引等に係る経済合理性の検討が重視された背景にあったと考えられる。また、本件地判と本件高判は経済合理性基準の具体的な判断枠組み自体は異なり、上記(2)で確認したように、本件高判は本件地判の判断枠組みに否定的な立場であるが、当てはめの検討枠組みは、本件借入れに係る経済合理性を検討する際に、本件組織再編取引等に係る経済合理性を検討した上で、同取引等による経済的利益を対比させて検討するという点で、

同様のものとなっていると考えられる。

4 本件最判の判示内容と経済合理性の欠如説の該当性

(1) 法 132 条 1 項の趣旨・内容と不当性要件の具体的内容

本件最判は、法132条1項の趣旨・内容に関しては、「同族会社等においては、……法人税の負担を不当に減少させる結果となる行為又は計算が行われやすいことから、税負担の公平を維持するため、そのような行為又は計算が行われた場合に、これを正常な行為又は計算に引き直して法人税の更正又は決定をする権限を税務署長に認めたものである」とした上で、不当性要件の具体的内容に関しては、「このような同項の趣旨及び内容に鑑みると、……同族会社等の行為又は計算のうち、経済的かつ実質的な見地において不自然、不合理なもの、すなわち経済的合理性を欠くものであって、法人税の負担を減少させる結果となるものをいうと解するのが相当である」と判示している。

上記の不当性要件の具体的な内容に関する判示内容に関しては、前記Ⅱ 2 (2)で整理したこれまでの最判とは異なる点に特徴がある。すなわち、これまでの最判がその判断を是認してきた原審では、経済合理性基準については、例えば、本件高判のように、「当該行為又は計算が純粋経済人として不自然、不合理なもの」と判示されていたが、本件最判では、「不自然、不合理なもの」の前に入っていた「純粋経済人として」の文言が削除されている。この意味で、これまでの最判が是認してきた経済合理性基準とは異なる経済合理性基準が示されているといえる。本件高判と同様の判示であれば、経済合理性基準の判示の中にある「純粋経済人として」の文言が引直し課税の規定の判示の中にある「正常な行為又は計算」に対応していると考えられるため、ここで示された経済合理性基準の前提としては私法上の選択可能性の濫用説をとっていると思われるが、「純粋経済人として」の文言がないため、上記の判示だけでは、どちらの説を前提としているのかは明確でないと考えられる。なお、この削除に関連して、本件最判の調査官解説（以下「本件調査官解説」という）では、「最も代表的な金子名誉教授の見解（前掲金子（金子・前掲注(10)（筆者注））542～543頁）は、経済的合理性説を採り、『……ある行為または計算が経済的合理性を欠いている場合に否認が認められると解すべきであろう……』⁽³⁸⁾としているとして、前記Ⅱ 2 (1)で確認した、金子教授の不当性要件の定義のうち「純粋経済人の行為として」の文言がないもの（三つ目の下線部）を通説として引用している。

(2) 経済合理性基準の具体的な判断枠組み

ここでは、表題に関して、判示内容を確認した上で、前記Ⅰ 3 のⅢ①、Ⅲ②がいえることを示していく。

まず、判示内容を確認する。「本件借入れが法人税法 132 条 1 項にいう『これを容認した場合には法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの』に当たるか否かが争われている」とした上で、経済合理性基準の具体的な判断枠組みに関しては、上記 3 (2)で確認した本件高判と同様に、本件に即した判示がされており、借入れに関する判断枠組みと、借入れが組織再編成に係る一連の取引の一環として行われた場合の判断枠組みに分けて判示されている。前者については、「同族会社等による金銭の借入れが上記の経済的合理性を欠くものか否

⁽³⁸⁾ 大竹・前掲注(19)301-302 頁。なお、本件調査官解説は当該引用部分の直前で、「経済的合理性説（通説）」を「純粋経済人の行為として不合理・不自然な行為・計算とする見解」としている。

かについては、当該借入れの目的や融資条件等の諸事情を総合的に考慮して判断すべきものである」と判示している。また、後者については、「本件借入れのように、ある企業グループにおける組織再編成に係る一連の取引の一環として、当該企業グループに属する同族会社等が当該企業グループに属する他の会社等から金銭の借入れを行った場合において、当該一連の取引全体が経済的合理性を欠くときは、当該借入れは、上記諸事情のうち、その目的、すなわち当該借入れによって資金需要が満たされることで達せられる目的において不合理と評価されることとなる。そして、当該一連の取引全体が経済的合理性を欠くものか否かの検討に当たっては、①当該一連の取引が、通常は想定されない手順や方法に基づいたり、実態とはかい離した形式を作出したりするなど、不自然なものであるかどうか、②税負担の減少以外にそのような組織再編成を行うことの合理的な理由となる事業目的その他の事由が存在するかどうか等の事情を考慮するのが相当である」と判示している。

まず、上記の前者の経済合理性基準の具体的な判断枠組みに関しては、本件高判とは異なり、具体的な検討項目の提示の後に「諸事情を総合的に考慮して判断すべき」としており、考慮する範囲が広いことを示しているように思える。次に、上記の後者の判断枠組みに関しては、本件高判と同様に、ヤフー事件最判の「考慮する事情」と同様のものが判示されている一方で、本件高判とは異なり、その検討が借入れの目的に係る経済合理性を判断するために行われることを明示していることに特徴がある。この点に関して、本件調査官解説では、「本判決は、基本的に……原判決の判断枠組みを正当としたものと思われるが、ヤフー事件最判……における考慮事情と同様のものをどのように位置付けるかにつき、本件組織再編取引等の経済的合理性は、本件借入れの目的の合理性に影響するものであることを示すことにより、必ずしも明確でなかった上記の位置付けを整理したもの」⁽³⁹⁾としている。また、組織再編成に係る一連の取引を、本件地判や本件高判のように本件8つの目的に関して、個々にその経済合理性を検討していくのではなく、同取引全体として検討していくことも特徴として指摘できる。更に、上記2(2)で確認した本件地判の経営判断を重視した判断枠組みとは異なるため、本件最判は、本件高判と同様に、本件地判の判断枠組みに否定的な立場をとっていると考えられる。この点に関して、本件調査官解説では、「本判決は、……第1審の判断枠組みを採用していない。これは、同族会社等により容易に行われやすい租税回避行為を是正して租税に係る負担の適正化を図るという法人税法132条1項の趣旨に照らし、企業の経営判断を過度に尊重し、経済的合理性を欠く場合を相当に限定する上記判断枠組みは、相当でないと考えられたためと思われる」⁽⁴⁰⁾としている。

次に、経済合理性の欠如説の該当性(Ⅲ①)を見ていく。上記の前者の経済合理性基準の具体的な判断枠組みに関しては、本件高判の判断枠組みと同様に、同族会社の借入れを正常な借入れと対比させて検討していくのではなく、借入れの目的や融資条件等、すなわち同族会社の借入れそれ自体の経済合理性を検討するとされている。このため、ここで示された判断枠組みは、経済合理性の欠如説を前提としたものであると考えられる。ただし、上記で指摘したように、本件高判よりは考慮する範囲が広いように思えるため、当てはめにおいてもこの点について再度確認する。そして、続く、上記の後者の判断枠組みに関しては、組織再編成に係る一連

⁽³⁹⁾ 大竹・前掲注(19)309頁。

⁽⁴⁰⁾ 大竹・前掲注(19)309頁。

の取引全体に係る経済合理性の検討は、本件高判と同様に、その手順・方法や事業目的等、すなわち同取引それ自体の経済合理性を検討するとされていることから、ここで示された判断枠組みも、経済合理性の欠如説を前提としたものであると考えられる。

更に、組織再編成に係る一連の取引に係る経済合理性の検討が重視されており、それが経済合理性の欠如説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みがとられた背景にあること（Ⅲ②）を示していく。経済合理性の有無を検討する対象については、本件最判も、本件借入れであると判示しているにもかかわらず、上記の后者の経済合理性基準の具体的な判断枠組みでは、借入れの目的に係る経済合理性の判断のために、組織再編成に係る一連の取引における上記①、②の事情を考慮するとされているという意味で、同取引に係る経済合理性の検討が重視されているといえる。そして、その検討には、上記3(2)の本件高判の検討の際にも指摘したように、私法上の選択可能性の濫用説をとることは適切ではないとされているため、経済合理性の欠如説を前提とする判断枠組みがとられることになったと考えられる。また、本件最判は、本件高判と同様に、上記で指摘したように本件地判の判断枠組みに否定的な立場をとっているため、異なる判断枠組みとして、ヤフー事件最判の「考慮する事情」と同様のものが判示されたと考えられる。更に、上記の前者の判断枠組みは、上記で指摘したように、経済合理性の欠如説を前提としたものと考えられるが、本件高判と同様に、判断枠組みを分けており、また、本件高判とは異なり、后者の判断枠組みは借入れの目的に係る経済合理性を判断するためのものと位置付けられているため、前者の判断枠組みについては、私法上の選択可能性の濫用説を前提とすることも考えられる。しかしながら、そうしなかった背景には、上記3(2)で本件高判に関して指摘した点と同様に、后者の判断枠組みで組織再編成に係る一連の取引に係る経済合理性の検討が重視された結果として、経済合理性の欠如説を前提とする判断枠組みがとられたことが影響したのではないかと思われる。

(3) 当てはめの検討内容

ここでは、表題に関して、判示内容を確認した上で、当てはめにおいても、前記Ⅰ3のⅢ①がいえることを再度確認するとともに、前記Ⅰ3のⅢ③がいえることを示していく。

まず、判示内容を確認する。検討手順については、「本件借入れがその目的において不合理と評価されるか否かを検討した上で、本件借入れに係るその他の事情を考慮して、本件借入れが経済的合理性を欠くものか否かを判断する」と判示している。その上で、上記(2)で確認した二つの経済合理性基準の具体的な判断枠組みに沿って検討が行われ、まず、本件借入れの目的に係る経済合理性の判断に関しては、「本件組織再編取引は、本件音楽部門において日本を統括する会社としてXを設立するなどの組織再編成を行うものであるところ、……本件音楽部門や本件企業グループ全体にとって有益である」とした上で、最初に、本件組織再編取引等の不自然性が検討され、「本件財務関連取引は、全て同日に行われ、……AとXにおいて2億7000万円余の資金変動があったほかは、他の本件音楽部門法人に有意な資金量の変動をもたらさない一方で、Xに866億円余の多額の債務を生じさせた上で、これに対応した多額の利息の負担を生じさせるものである」と本件財務関連取引における不自然性を指摘している。その上で、「しかしながら、……本件再編成等スキームを策定するに当たって設定された本件各目的の内容等に照らすと、本件財務関連取引を含む本件組織再編取引等には、日本の関連会社の資本関係及びこれに対する事業遂行上の指揮監督関係を整理して法人の数を減らす目的、機動的な事業運営の観点から本件音楽部門において日本を統括する会社を合同会社とする目的、本件音楽部門

のオランダ法人全体の負債を軽減するための弁済資金を調達する目的、日本の関連会社やFが保有する資金の余剰を解消し、Aによる為替に関するリスクヘッジを不要とする目的等があったということができ、本件組織再編取引等は、これらの目的を同時に達成する取引として通常は想定されないものとはいいい難い上、本件財務関連取引の実態が存在しなかったことをうかがわせる事情も見当たらない」と判示している。次に、本件組織再編取引等の不合理性が検討され、「本件組織再編取引等には、日本の関連会社の資本構成に負債を導入する目的があったところ、……上記目的には、多額の利益を生じていたBの事業を承継したXに対して多額の利息債務を負担させることにより、Xの税負担の減少をもたらすことが含まれていたといわざるを得ない」と税負担減少の目的（不合理性）があったと指摘した上で、「しかしながら、本件組織再編取引等には、税負担の減少以外に、前記……に説示したとおりの目的があり、これらは、本件組織再編取引等を行う合理的な理由となるものと評価することができる」と判示している。そして、上記の検討結果を踏まえて、結論として、「そうすると、本件組織再編取引等は、これを全体としてみたときには、経済的合理性を欠くものであるとまでいうことはできず、本件借入れは、その目的において不合理と評価されるものではない」と判示している。

上記の判示内容からは、最終的な検討対象は、本件組織再編取引等が、不自然性や不合理性があるにもかかわらず、同取引等の目的を達成するという観点から、全体としてみたときに経済合理性があるといえるかどうかであることが分かる。なお、この検討枠組みに関しては、本件組織再編取引等の目的を指摘するだけで、その判断過程が明確に示されことなく経済合理性があるとの結論に至っている（上記引用部分の二つの下線部）という問題点があると思えるため、この点については下記5(1)で再度指摘するとともに、5(2)でその背景について触れる。また、本件組織再編取引等に係る不自然性や不合理性を指摘したことに関して、本件調査官解説では、本件地判や本件高判は「税負担の減少以外のメリットが大きいことを強調する説示をしているため、読み方によっては、本件借入れが経済的合理性について全く問題のないものであるとの印象を与えかねないものとなっていた」とした上で、「これに対し、本判決は、本件借入れの経済的合理性を否定する方向の事情も相応に指摘しており、その経済的合理性の程度に関し、第1審及び原審とは見方を異にする部分がある」⁽⁴¹⁾としている。

そして、続く、本件借入れに係るその他の事情を考慮した上での本件借入れに係る経済合理性の判断に関しては、まず、「本件借入れは無担保で行われ、Xは本件借入れが一因となって最終的に貸借対照表上は債務超過となっていることがうかがわれるなど、本件借入れには独立かつ対等で相互に特殊関係のない当事者間で通常行われる取引とは異なる点もある」と独立当事者間取引と異なる点として、上記下線部の二点を指摘している。その上で、「しかしながら、本件借入れは、本件各内国法人の株式の購入代金及びその関連費用にのみ使用される約定の下に行われ、実際に、Xは、株式を取得して本件各内国法人を自社の支配下に置いたものであり、借入金額が使途との関係で不当に高額であるなどの事情もうかがわれない。また、本件借入れの約定のうち利息及び返済期間については、Xの予想される利益に基づいて決定されており、現に、本件借入れに係る利息の支払が困難になったなどの事情はうかがわれない。そうすると、上記の点があることをもって、本件借入れが不自然、不合理なものとはいいい難い」と判示しており、独立当事者間取引と異なる点があるにもかかわらず、上記下線部の二点があること

⁽⁴¹⁾ 大竹・前掲注(19)311頁。

をもって、本件借入れに経済合理性があると判断している。そして、最後に、「以上の諸事情を総合的に考慮すれば、本件借入れは、経済的かつ実質的な見地において不自然、不合理なもの、すなわち経済的合理性を欠くものとはいえない」としている。

上記の判示内容の特徴としては、上記(2)で確認した前者の経済合理性基準の具体的な判断枠組みの「諸事情を総合的に考慮して判断すべき」を踏まえて、本件高判とは異なり、独立当事者間取引と異なる点があることを指摘していることが挙げられる。この点に関して、本件調査官解説では、「独立当事者間取引との比較をするという視点でその経済的合理性の有無を慎重に検討することが有効である」⁽⁴²⁾としている。このため、もう一つの特徴として、上記のように指摘しているにもかかわらず、当てはめの判示内容を見る限りでは、基準となる同取引と対比させて、その乖離の経済合理性についてまで検討しているようには思われぬ点が挙げられる。

次に、上記(2)で指摘した点を踏まえて、当てはめにおいても、経済合理性の欠如説が該当すること(Ⅲ①)を再度確認する。上記でも指摘したように、上記の当てはめでは、独立当事者間取引と異なる点があることを指摘している。このため、前記Ⅱ 2(1)で指摘したように、Xの取引と同取引との対比に着目しているといえる。しかしながら、経済合理性基準の前提として私法上の選択可能性の濫用説をとっている場合には、前記Ⅰ 2やⅡ 4(1)で確認した吉村教授の指摘にあるように、「乖離の有無」と「その乖離の経済合理性の有無」という二段階の判断を行っていくことになるが、ここでは、上記で指摘したように、後者の判断が行われていないように思われる。このため、同説に配意していることは窺えるが、同説をとっているとまではいえないと考えている。

更に、本件借入れの多額の債務負担に係る経済合理性の検討が重視されており、それが本件組織再編取引等に係る経済合理性の検討が重視された背景にあること(Ⅲ③)を示していく。上記でも指摘したように、最終的な検討対象は、本件組織再編取引等が、不自然性や不合理性があるにもかかわらず、同取引等の目的を達成するという観点から、全体としてみたときに経済合理性があるといえるかどうかである。その不自然性・不合理性は、本件借入れによる多額の債務負担により生じたものであるため、本件借入れにより生じた本件組織再編取引等に係る不自然性・不合理性に対して、目的を達成するという観点からの同取引等全体に係る経済合理性を対比させて検討するという検討枠組みがとられていると考えられる。このことから、本件借入れにより生じた本件組織再編取引等に係る不自然性・不合理性をどのように判断するかが、本件借入れに係る経済合理性の判断の中で重視され、そのことが、その対比としての同取引等全体に係る経済合理性の検討が重視された背景にあったと考えられる。この検討枠組みは、本件借入れに係る経済合理性を検討する際に、本件組織再編取引等に係る経済合理性の検討が行われているという点では、本件地判、本件高判と同様であるが、本件地判、本件高判では、同取引等による経済的利益を対比させている点で異なっている。

5 本件最判等における経済合理性の欠如説の理論的・実態的側面に関する特徴

(1) 理論的側面に関する予測可能性に係る特徴

本件最判等は、上記2～4で指摘したように、いずれも経済合理性の欠如説を前提とする経

⁽⁴²⁾ 大竹・前掲注(19)310-311頁。

経済合理性基準の判断枠組みをとっている。しかしながら、同じ事案に対して、経済合理性基準の具体的な判断枠組みに関しては、本件地判では経営判断を重視した判断枠組みが判示されている一方で、本件高判や本件最判では、本件借入れやその目的に係る経済合理性を判断するために組織再編取引に係る経済合理性を判断するとされており、その判断枠組みとして、ヤフー事件最判の「考慮する事情」と同様のものが判示されている。また、当てはめの検討枠組みに関しても、本件地判や本件高判では、本件借入れに係る経済合理性を判断するために、本件借入れによる経済的不利益や税負担の減少に係る経済合理性に対して、本件組織再編取引等に係る経済合理性を検討した上で、同取引等による経済的利益を対比させて検討するという検討枠組みが判示されている。一方、本件最判では、本件借入れの目的に係る経済合理性を判断するために、本件借入れにより生じた本件組織再編取引等に係る不自然性・不合理性に対して、同取引等全体に係る経済合理性を対比させて検討するという検討枠組みが判示されている。以上のことから、前記Ⅱ 4 (2)で指摘した経済合理性の欠如説の予測可能性に関する特徴である、同族会社の行為・計算それ自体の経済合理性を判断していくことになるため、あらかじめどのような観点から経済合理性が判断・検討されるのかを想定することが難しいということが、実際に、本件最判等の判断枠組みや検討枠組みが安定的に定まらないというかたちで現れていると考えている。これに対して、私法上の選択可能性の濫用説では、前記Ⅱ 4 (1)で指摘したように、同族会社の行為・計算を純粹経済人の行為と対比させて経済合理性を判断していくため、経済合理性の判断が一定の判断・検討の枠組みの中で行われ、あらかじめどのような観点から経済合理性が判断されるのかを想定できると考えている。

また、これらの経済合理性基準の具体的な判断枠組みや当てはめの検討枠組みに関しては、異なる枠組みが示されているという他に、枠組み自体に対しても下記のような問題点を指摘できると考えており、この点からも必ずしも安定的な枠組みではないと思われる。まず、判断枠組みに関する問題点については、下記(2)で詳述するように、本件高判、本件最判では、本件地判の判断枠組みに対して否定的な立場をとっており、異なる判断枠組みを判示しているが、判断結果は、同じ経済合理性の欠如説をとっているため、本件地判と必ずしも相違があるように思われる点が挙げられる。次に、検討枠組みに関する問題点については、本件地判と本件高判では、上記 2 (3)、3 (3)で指摘したように、本件借入れに係る経済合理性を検討する際に、その対比としての本件組織再編取引等による X の経済的利益に、非同族会社では享受できないものまで含めて、X にとっての経済合理性を検討している。この点で、両者の間の税負担の公平を維持するための検討という観点からは、問題があると思われる点が挙げられる⁽⁴³⁾。一方、本件最判では、本件地判や本件高判の問題点を踏まえて、異なる検討枠組みがとられているとの指摘がある⁽⁴⁴⁾が、その代わりに、上記 4 (3)で指摘したように、本件組織再編取引等に係る経済合理性の検討における判断過程が明確に示されることなく結論に至っているという問題があ

⁽⁴³⁾ 吉村政穂教授は、本件地判、本件高判に関して、「グループ全体の利益を（間接的に）享受することが納税者単体の利益としても勘案される結果となっていたように思われる」とした上で、「仮に同族会社単体として享受する利益と被る不利益とが均衡を欠くのであれば、非同族会社との比較で、すなわち同族会社の行為計算否認規定の適用上、無視し得ない法人税負担の減少が生じている可能性が高いと評価すべきように思われる」としている（吉村政穂「判批」税務弘報 69 巻 1 号(2021 年)141-142 頁）。

⁽⁴⁴⁾ 太田洋＝増田貴都「判批」国際税務 42 巻 7 号(2022 年)82-83 頁。

と思われる点が挙げられる。上記の本件地判と本件高判の検討枠組みの問題点に関する具体例としては、例えば、本件地判においても同様の判示がある⁽⁴⁵⁾が、本件高判では、「本件組織再編取引等は、……Xに本件借入れに係る債務の負担及び利息の支払といった経済的負担をもたらす面があることは否定できないが、他方で、……これによって……Aグループ全体の財務態勢が強化される結果、Xは、AグループのCMS（資金集中管理制度）に基づき、Aの信用力を利用して、個別に資金調達をする場合と比べて大規模かつ円滑な資金調達を行い得ることになるのであり、X……にこのような税負担の減少以外の経済的利益をもたらすものであった」と判示して、Xにとっての経済的利益に、下線部のようなグループに所属しない非同族会社では享受できないものまで含めていることが挙げられる。

(2) 実態的側面に関する特徴

本件高判、本件最判は、経済合理性基準の具体的な判断枠組みに関して、本件地判の経営判断を重視した判断枠組みに否定的な立場をとっており、異なる判断枠組みを判示していることから、当てはめにおける本件借入れに係る経済合理性の判断結果においても、本件地判よりは経済合理性がないと判断される範囲が限定されない判断結果が期待されていたのだと思われる。しかしながら、判断結果は、同じ経済合理性の欠如説をとっているため、本件地判と相違があるようには必ずしも思われない点を示していく。

まず、本件高判の当てはめでは、上記(1)で指摘したように、本件地判と同様に、本件借入れに係る経済合理性を判断するために、本件組織再編取引等に係る経済合理性を経済合理性の欠如説を前提として検討した上で、同取引等による経済的利益を対比させて検討するという検討枠組みがとられている。このため、本件地判と同様に、本件組織再編取引等に広く経済合理性があると判断されるとともに、上記(1)で指摘した本件地判と本件高判の検討枠組みの問題点もあり、経済的利益も広く認められることになっていると思われる。従って、本件借入れに係る経済合理性の判断結果は、本件借入れ自体に係る経済合理性も同説を前提として検討されていることと相まって、前記Ⅱ 4 (3)で指摘した同説の実態的側面からの特徴、すなわち、経済合理性がないと判断される場合は、経済合理性が明らかに認められない極端なケースに限定され、それ以外は経営判断が重視され広く経済合理性があると判断される傾向があるという点で、本件地判と相違があるようには必ずしも思われないと考えている。

次に、本件最判の当てはめでは、上記(1)で指摘したように、本件地判、本件高判とは異なり、本件借入れの目的に係る経済合理性を判断するために、本件組織再編取引等に係る経済合理性を経済合理性の欠如説を前提として検討しており、具体的には、本件借入れにより生じた同取引等に係る不自然性・不合理性に対して、同取引等全体に係る経済合理性を対比させて検討するという検討枠組みがとられている。この枠組みでは、本件組織再編取引等全体それ自体の経済合理性という、経営判断そのものを検討することになり、その判断は同取引等の個々の目的に係る経済合理性を検討する場合に比べても容易ではなく、広く経済合理性があると判断していかざるを得ないと思われる。このため、本件借入れの目的に係る経済合理性も広く認められることになっていると思われる。従って、本件借入れの経済合理性に係る判断結果は、本件借入れの目的以外に係る経済合理性も同説を前提として検討されていることと相まって、本件高判の場合と同様の点で、本件地判と相違があるようには必ずしも思われないと考えている。ま

⁽⁴⁵⁾ 本件地判の「事実及び理由」の「第3 当裁判所の判断」の3(2)エ(ア)参照。

た、本件最判の検討枠組みに関して上記(1)で指摘した、本件組織再編取引等に係る経済合理性の検討における判断過程が明確に示されることなく結論に至っている点に関しては、この検討枠組みの中では経済合理性の判断が容易ではないことがその背景にあると考えている⁽⁴⁶⁾。

以上のことから、経済合理性の欠如説の実態的側面からの特徴が、本件高判や本件最判では、本件地判と異なる経済合理性基準の具体的な判断枠組みを示しているにもかかわらず、判断結果は、本件地判と相違があるようには必ずしも思われないうかたちで現れていると考えている。この点を踏まえると、本件地判の経営判断を重視した判断枠組みに否定的な立場をとっている本件高判や本件最判は、同説を前提とする判断枠組みをとることは適切ではなかったということもできる。これに対して、私法上の選択可能性の濫用説では、前記Ⅱ 4 (3)で指摘したように、同族会社の行為・計算それ自体ではなく、その行為・計算を純粋経済人の行為と対比させて、すなわち、両者の乖離に焦点を当てて経済合理性を判断していくことになるため、同説に比べて、経営判断の経済合理性を判断するという場面や程度は少なくなるとともに、経済合理性を判断する際の基準となる純粋経済人の行為が想定されていることと相まって、本件最判等のように経済合理性がないと判断される場合が極端なケースに限定される傾向は少ないように思われる。

Ⅳ 本件最判等を踏まえた残された論点に関する検討

ここでは、表題に関して、検討を行う。検討手順・内容については、既に前記Ⅰ 3で示したとおりである。

1 本件最判の評価と残された論点

ここでは、前記Ⅲの検討を踏まえて、本件最判の評価を行い、その評価から、前記Ⅰ 1で示した論点が本件最判後も残されていることを示していく。本件最判では、前記Ⅲ 4 (2)・(3)で確認・指摘したように、経済合理性基準の具体的な判断枠組みとして、①借入れの経済合理性に関する判断枠組みと、②借入れが組織再編成に係る一連の取引の一環として行われた場合における、借入れの目的に係る経済合理性に関する判断枠組みに分けて判示しており、どちらも、経済合理性の欠如説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みとして検討が行われている。①に関しては、「借入れの目的や融資条件等の諸事情を総合的に考慮して判断すべきものである」としており、②に関しては、「一連の取引全体が経済的合理性を欠くときは、当該借入れは、…その目的……において不合理と評価される」と判示している。

⁽⁴⁶⁾ 北村導人・黒松昂蔵弁護士は、本件最判の検討枠組みに関して、本件組織再編取引等に係る経済合理性の検討における判断過程が明確でないことについて、上記4 (3)で確認した本件最判の不合理性に係る判示については、「『合理的な理由』であると評価された本件事業目的等のなかには、(いわば私的自治の領域に属するため、合理性を否定はできないものの) 合理的であると積極的に判断することが容易ではない目的が含まれているように見受けられるため……、あえて曖昧な判示がなされた可能性も存する」としている。また、不自然性に係る判示については、「税負担の減少目的を除けば、取引を行うことが通常は不合理である場合……を超えて、一連の取引全体の目的を達成するために想定される他の方法と比較して現実を選択された手法の不自然性を判断することは(判断の拠り所が存しないがゆえに) 基本的に困難である」としている(北村導人＝黒松昂蔵「判批」旬刊経理情報 1650号(2022年)40・41頁)。同旨の意見として、藤原健太郎「判批」ジュリ 1575号(2022年)11頁参照。

まず、本件最判の評価に関する一点目として、本件最判等は、いずれも経済合理性の欠如説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みをとっているが、その程度は異なっており、特に、本件最判の上記①・②の判断枠組みは、下記の二点から私法上の選択可能性の濫用説を前提とする判断枠組みとしても検討が行える枠組みであると評価できることを示していく。一点目としては、本件最判等は経済合理性を検討すべき対象は本件借入れであるとしている中で、経済合理性の欠如説で検討せざるを得ない本件組織再編取引等に係る経済合理性の検討を重視しているが、本件最判は、本件高判とは異なり、上記②の判断枠組みで、その検討の位置付けを借入れの目的に係る経済合理性の検討に限定していることが挙げられる。このため、上記①の判断枠組みの下で、借入れの目的以外の検討を私法上の選択可能性の濫用説で行う余地があると考えている。二点目としては、本件最判が、実際に、前記Ⅲ 4 (2)・(3)で確認したように、上記①の判断枠組みでは、本件高判とは異なり、具体的な検討項目の提示の後に「諸事情を総合的に考慮して判断すべき」としており、考慮する範囲が広いことを示すとともに、当てはめにおいても、独立当事者間取引と異なる点があることを指摘していることが挙げられる。前記Ⅲ 4 (3)で指摘したように、この指摘は、Xの取引と同取引との対比に着目していることになるため、私法上の選択可能性の濫用説で検討するための前提となるものである。しかしながら、当てはめの判示内容を見る限りでは、当該乖離について、「乖離の有無」と「その乖離の経済合理性の有無」という同説に係る二段階の判断のうち前者だけが行われていると思われる。このため、実際には、上記①の判断枠組みの下で、本件借入れの目的以外の検討は、経済合理性の欠如説で行われていると思われるが、上記で挙げた二点を踏まえると、仮に「その乖離の経済合理性の有無」についても判断することになれば、上記①の判断枠組みの下で可能であると考えている。

次に、評価に関する二点目として、本件最判では、上記①・②の判断枠組みが示され、その下で、経済合理性の欠如説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みとして検討が行われているが、この検討による判断は事例判断と評価できることを示していく。本件最判が、本件借入れに係る経済合理性の検討の際に、上記②の判断枠組みを示した背景には、前記Ⅲ 4 (2)・(3)で指摘したように、本件組織再編取引等に係る経済合理性の検討を重視したことがあり、更に、その背景には、本件借入れの多額の債務負担に係る経済合理性の検討を重視したことがあったと考えている。本件組織再編取引等に係る検討を重視した場合には、私法上の選択可能性の濫用説での検討は適切でないため、経済合理性の欠如説を前提とする判断枠組みをとることになったと考えられる。また、上記①の判断枠組みの下で、本件借入れの目的以外に係る経済合理性の検討の際にも、経済合理性の欠如説を前提とする判断枠組みをとった背景には、前記Ⅲ 4 (2)で指摘したように、本件組織再編取引等に係る経済合理性の検討を重視して、その検討に当該判断枠組みをとったことが影響したのではないと思われる。このため、上記①、②の判断枠組みが示され、経済合理性の欠如説を前提とする判断枠組みとして検討されたのは、本件借入れが本件組織再編取引等の一環として行われ、かつ、同取引等に係る経済合理性の検討を重視したという特殊な状況が大きく影響したものと思われる。本件調査官解説においても、「組織再編成に係る一連の取引の一環として行われた金銭の借入れが上記『これを容認した場合には法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの』には当たらないとの事例判断を示す中で、類似の規定に関する最高裁判決（ヤフー事件最判（筆者注））や、同じ規定に

関する高裁判決（IBM 事件東京高判⁽⁴⁷⁾（筆者注））を踏まえ、考慮事情等を明らかにしたものの⁽⁴⁸⁾としている。

更に、評価に関する三点目として、本件最判では、不当性要件の具体的内容として判示された経済合理性基準に関して、前記Ⅲ 4 (1)で確認したように、これまでの最判がその判断を是認してきた原審とは異なり「純粋経済人として」の文言が削除されていることの評価について示していく。この点に関しては、本件最判は、純粋経済人との対比の観点だけから同基準を適用するのではないことを示したものと思われる⁽⁴⁹⁾。その背景には、純粋経済人との対比が難しい本件組織再編取引等に係る経済合理性の検討を重視して、経済合理性の欠如説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みをとったことがあり、このような場合にも判断できる基準として、あえて、前記Ⅲ 4 (1)で確認した本件調査官解説にあるように、前記Ⅱ 2 (1)で確認した通説とされている金子教授の不当性要件の定義のうち、「純粋経済人の行為として」の文言のない定義に沿った判示が示されたものと思われる。このため、「純粋経済人として」の文言が削除されたことから、最高裁が同基準の前提として経済合理性の欠如説だけをとることを判示したのではないと考えている。実際に、上記の一点目の評価で示したように、上記①・②の判断枠組みは、私法上の選択可能性の濫用説を前提とする判断枠組みとしても検討が行える枠組みであると考えている。

以上の本件最判に関する評価から、本件最判後も、前記Ⅰ 1で示した論点は引き続き残されていると考えている。従って、今後の最判においてどのような判断が示されるのかについては、注目していく必要があると考えている。

2 本件における私法上の選択可能性の濫用説の適用可能性

ここでは、まず、本件においては、これまでの最判と同様に、私法上の選択可能性の濫用説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みをとることができたのではないかと考えているため、そのための前提となる経済合理性の検討対象となる同族会社の行為の切出し方法を示していく。上記1の本件最判の評価の一点目で指摘したように、上記1で示した本件最判の①・②の判断枠組みでも、私法上の選択可能性の濫用説を前提とする判断枠組みとして検討ができたと考えているが、当該判断枠組みで検討が行われていないと思われるのは、独立当事者間取引と異なる点を指摘しているにもかかわらず、Xの取引と同取引との乖離について、「その乖離の経済合理性の有無」の検討が行われていないと思われるためである。この検討を行うためには、同族会社の行為を基準となる純粋経済人の行為と対比させて、その乖離の経済合理性を検討することが必要であることを踏まえると、まずは、経済合理性の検討対象となる同族会社の行為として、①同族会社の行為を対比させる基準となる純粋経済人の行為を想定でき、かつ、②両者

⁽⁴⁷⁾ 東京高判平成27年3月25日・前掲注(18)(⑥)。本件調査官解説では、IBM事件東京高判に関して、『当該行為又は計算が、……経済的合理性を欠く場合には、独立かつ対等で相互に特殊関係のない当事者間で通常行われる取引（独立当事者間の通常の取引）と異なっている場合を含む』という基準……については、独立当事者間の通常の取引と異なる取引については例外なく経済的合理性を欠くこととなる旨をいうようにも読めることから、その当否が問題となり得るところ」であったとしている（大竹・前掲注(19)306頁）。

⁽⁴⁸⁾ 大竹・前掲注(19)311-312頁。

⁽⁴⁹⁾ 同旨の意見として、藤岡祐治「判批」NBL1240号(2023年)17頁参照。

の乖離から経済合理性に関して不自然性があるなどの検討が必要な状況が生じている行為を切り出せるかが重要になると考えている。本件の場合には、本件借入れに関して、独立当事者間取引と異なる点が指摘されていることを踏まえると、上記①・②の条件を満たす同族会社の行為を切り出せるのではないかと考えている。試案としての具体的な切出し方法については、下記3(1)で示すが、仮に切り出せるのであれば、当該判断枠組みによる検討ができ、これまでの最判がその判断を是認してきた原審と同様の検討が行えるとともに、前記Ⅲ5で示した経済合理性の欠如説の特徴に関する問題点も解消できると考えている。

次に、上記の切出しができて、私法上の選択可能性の濫用説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みで検討する場合の上記1で示した本件最判の①・②の判断枠組みとの関係について見ていく。当該判断枠組みで検討する場合には、本件借入れに関する、同族会社の行為と純粹経済人の行為の乖離に係る経済合理性を検討していくことになるため、本件借入れの目的に関しても、②の判断枠組みで検討される本件借入れそれ自体の目的ではなく、両者の乖離が生じていることに関する本件借入れの目的に係る経済合理性を検討していくことになる。このため、この場合には、②の判断枠組みによる検討は、両者の乖離に焦点を当てた本件借入れに係る経済合理性の判断には大きな影響を与えないことも考えられ、主たる検討は、①の判断枠組みの下で、乖離に焦点を当てて、その目的も含めて本件借入れに係る経済合理性を検討していくことになると考えている。この意味で、②の判断枠組みは、主に、本件借入れに係る経済合理性を経済合理性の欠如説で検討する場合に意味のある枠組みといえる。なお、私法上の選択可能性の濫用説で検討する場合でも、本件組織再編取引等の目的や手段に係る経済合理性を検討する場合もあると思えるが、前記Ⅱ4(3)で指摘したように、両者の乖離に係る経済合理性の検討に必要な範囲に限定して検討すれば足りることになるため、①の判断枠組みの下で検討できると考えている。以上のことから、本件最判の①・②の判断枠組みの射程を検討する際には、私法上の選択可能性の濫用説で検討する場合の②の判断枠組みの位置付けには留意する必要があるように思える⁽⁵⁰⁾。

本件組織再編取引等ではなく本件借入れの検討を重視していると思われる論者としては、吉村政穂教授がいる。教授は、まず、法132条1項の機能について、「スキーム全体として、租税目的をも考慮した場合に当事者（グループ）にとって合理性があったとしても、その中に経済的な合理性を欠く取引が存在しているというところを攻撃して、そのことによって、スキーム全体を割に合わないものにする。そうやって機能してきた実績というのが過去にはあった」とした上で、「経済合理性の判断にあたって無理に全体像を把握する必要はなく、経済合理性を欠くように見える取引について、それを正当化するだけの事由があるかという観点から取引全体を参照すれば足りる」としている⁽⁵¹⁾。また、本件地判に関して、「一連の行為を捉えて議論する必要性はあまりなく、……本件借入れのみに問題を限定して、その融資条件が経済合理的な取引から逸脱するものであれば、その逸脱を正当化するだけの正当化事由が『一連の行為』

⁽⁵⁰⁾ 吉村政穂教授は、本件最判に関して、「本判決は、（組織再編成と無関係な）『一連の取引』全体の経済的合理性が争われた場合にも、同様の二段階審査（本論でいう本件最判の①・②の判断枠組み（筆者注））……の判断枠組みで判断される可能性を開くものである」としている（吉村政穂「判批」ジュリ 1593号(2024年)118頁）。

⁽⁵¹⁾ 吉村・前掲注(5)179頁。

に認められるかどうかというレベルで議論されるべきだった」⁽⁵²⁾としている。

3 私法上の選択可能性の濫用説を適用する際の留意事項

(1) 検討対象となる同族会社の行為・計算の切出し方法に係る留意事項

上記2で指摘したように、私法上の選択可能性の濫用説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みをとる場合には、まずは、経済合理性の検討対象となる同族会社の行為として、上記2で示した①・②の条件を満たす行為を切り出せるかが重要になると考えている。ここでは、上記2で示した切出し方法に係る留意事項として下記の二点と、試案としての本件借入れに係る具体的な切出し方法を示していく。

まず、一点目の留意事項としては、本件借入れを検討対象とした場合に、本件借入れを含む本件組織再編取引等や本件借入れの全体を切り出して、その経済合理性を検討しようとする傾向があるように思えるが、上記2で確認した、吉村教授の法132条1項の機能に関する指摘を踏まえると、そのような取引の全体を切り出すのではなく、本件借入れに係る行為の中で、上記2の①・②の条件を満たす行為を切り出して、その乖離の経済合理性を検討すればよいということである⁽⁵³⁾。具体的には、本件最判では、前記Ⅲ4(3)で確認したように、独立当事者間取引と異なる点として、本件借入れが無担保で行われている点や本件借入れによって貸借対照表上は債務超過となっている点が指摘されているが、まずは、このような経済合理性に関して不自然性があるなどの検討が必要な状況が生じている点に着目して、①・②の条件を満たす行為を切り出せるかを検討すればよいということである。この観点からYの主な主張を見ると、「本件一連の行為が一体として税負担減少結果を生じさせたものというべきである」とした上で、「本件一連の行為が、Aグループ内の支配関係、事務運営等に与えた実質的な経済的影響はなく、経済合理性がない」と主張している⁽⁵⁴⁾。Yが私法上の選択可能性の濫用説を前提とする判断枠組みで検討することを考えていたとしても、このような一連の行為に経済合理性がないとの主張に対しては、①の条件で示した、同族会社の行為を対比させる基準となる純粋経済人の行為を想定することが難しいため、当該判断枠組みでの検討は困難であり、経済合理性の欠如説で本件組織再編取引等の目的や手段に係る経済合理性が判断されることになり、その判断結

⁽⁵²⁾ 吉村・前掲注(5)179頁。

⁽⁵³⁾ 吉村政穂教授は、「取引の切取りの問題」に関して、「一連の行為」論を展開しており、「通常想定される手順・方法との乖離を生じているという場合には、一連の行為全体としての不合理性(不自然性)を認定する判断がありうる」とした上で、「もっとも、一般的な傾向としては、考慮される取引の範囲を広く捉えるよりも、税負担の減少を意識した特定のステップを取り上げるほうが、経済的合理性が否認される可能性が高くなる」としている(吉村・前掲注(43)142頁)。

⁽⁵⁴⁾ 本件地判におけるYの主張。本件高判では、補充主張として、「本件組織再編取引等及びその一部である本件借入れは、〈1〉極めて異常で変則的なものであり、〈2〉これを行ったことにつき租税回避以外に正当で合理的な理由ないし事業目的はなかったから、経済的合理性を欠く『不当』なものであった」と主張した。いずれにしても、本件一連の行為に経済合理性がないことを主な主張としていた。なお、「本件一連の行為」は、本件設立、本件追加出資、本件借入れ、本件買収及び本件合併を指す。

果は、前記Ⅲで見たとおりである⁽⁵⁵⁾。

次に、二点目の留意事項としては、事案によっては、前記Ⅱ 4 (1)で触れたように、経済合理性を適切に判断できる上記 2 の①・②の条件を満たす同族会社の行為を切り出せない場合があるという点である。具体的には、上記のYの主張のように一連の行為を切り出す場合には、①の条件を満たさないことがあり、また、税負担の軽減に直接関係のある行為を切り出す場合でも、純粹経済人の行為では生じないが、同族会社の行為では生じる、不自然性などの経済合理性に関する検討が必要な状況を見いだせないため、②の条件を満たさないことがあると考えている⁽⁵⁶⁾。このため、このような場合には、法 132 条の 2 や法 132 条の 3 などの他の法令の適用⁽⁵⁷⁾や、筆者が主張するような法 132 条 1 項の新たな解釈⁽⁵⁸⁾による適用を検討していくことになると考えている。ただし、本件の場合には、本件借入れに関して、①・②の条件を満たす

⁽⁵⁵⁾ 吉村政穂教授は、「課税庁が一連の取引を前提として、その経済的合理性を否定する内容の処分が行われた。しかし、仮に本件借入れに焦点を絞り、経済的合理性を争う姿勢を採用していた場合であっても、控訴審判決は、同様に企業再編等の一環である点を重視して、当該企業再編等の経済的合理性を起点とした判断をすることになったのだろうか」としている（吉村・前掲注(43)143 頁）。

⁽⁵⁶⁾ 筆者は、IBM 事件(外国法人である A により全持分を取得され中間持株会社となった同族会社 X が、A からの増資と融資を受けて、A の保有する B の全株式を購入し、当該株式の一部を B に譲渡した一連の行為の後に、連結納税の承認を受けて当該譲渡年度の譲渡損失額（譲渡代金額からみなし配当の額を控除した額を譲渡対価の額として、これと譲渡原価の額との差額）に係る欠損金額等を翌期に繰り越す連結欠損金額として申告したところ、課税庁が、法 132 条 1 項を適用して当該譲渡損失額の損金算入を否認した事案）に関しては、本論でいう①・②の条件を満たす同族会社の行為を切り出せない場合に該当するのではないかと考えている。その理由としては、国が主張したように当該一連の行為を切り出すと①の条件を満たさず、税負担の軽減に直接関係のある当該譲渡を切り出すと、当該譲渡損失が多額に発生しているだけでは不自然・不合理であるとまではいえないと思われ、②の条件を満たさないと考えるためである。

⁽⁵⁷⁾ 岡村忠生教授は、IBM 事件（脚注(56)参照）に関して、「譲渡概念の実質化が無理であれば、最後の手段として、法 132 条の 3 の適用により、本件のもたらす BEPS を防止すべきである」としている。なお、「譲渡概念の実質化」については、「本件において、B による X からの自己の株式の取得が行われても、X の完全親会社としての法的地位は何ら変化しておらず、株式の譲渡は認識できない」と考えることとしている（岡村忠生「BEPS と行為計算否認（3）」税研 182 号(2015 年)69 頁、73 頁）。

⁽⁵⁸⁾ 筆者は、法 132 条 1 項と法 132 条の 2 の不当性要件に関しては、ヤフー事件最判や両条文の不当性要件に関連する文言が同じであることを踏まえて、不当性に係る評価結果によって、私法上の選択可能性の濫用にも租税法規の濫用にも該当する場合があるという「両濫用評価結果説」を主張しており、法 132 条 1 項についても、前者の濫用だけでなく後者の濫用としても適用を検討できると考えている（荒井・前掲注(4)85-87 頁）。ただし、本件において、後者の濫用として同項の適用を検討する場合には、租税特別措置法 66 条の 5 が想定する行為・計算と対比させて経済合理性を検討することが考えられるが、同条は形式的な規定であるため、経済合理性を適切に判断できる同族会社の行為・計算の切出しができないと考えており、この観点からの同項の適用は難しいと考えている。なお、北村導人・黒松昂蔵弁護士は、法 132 条 1 項を租税法規の濫用として適用することに関して、「法人税法 132 条 1 項の不当性要件が問題となる事案のなかには、租税法令上の各規定の濫用を問題とし得る事案もあり得ると考えられる。そのような事案において、当該各規定の趣旨および目的に照らして同項の不当性要件を判断することが認められるか否かについては、同項と同法 132 条の 2 の趣旨の違いも踏まえて、今後検討する必要がある」としている（北村＝黒松・前掲注(46)42 頁（脚注(5)））。

同族会社の行為を切り出せるのではないかと考えているため、試案としての具体的な切出し方法を以下で示していく。

一つの試案として示すと以下のようなものが考えられる。本件各内国法人の株式購入に係る資金調達的手段としては借入れだけでなく追加出資もあることや、本件の基本的な争点は、国外支配株主等に係る資本金と借入金の比率に着目した租税特別措置法 66 条の 5（過小資本税制）で否認できない取引を、法 132 条 1 項で否認できるかであると考えられることを踏まえると、平成 20 年 10 月～翌年 1 月に行われた一連の行為のうち、本件追加出資（295 億円）と本件借入れ（約 867 億円）の資金配分に焦点を当て、実際に行われた X の資金配分と純粋経済人の資金配分の乖離に係る経済合理性を検討していくことが考えられる。この場合、純粋経済人の行為を具体的にどのように想定するかについては、その乖離から生じている状況のどこに着目するかによって異なるが、まずは、実際に行われた資金配分よりは、追加出資が多く、借入れが少ない行為を想定する。このように純粋経済人の行為を想定した場合に、乖離から生じている経済合理性に関して検討が必要な状況の最たるものとしては、不自然性に関する、X が多額の債務超過の状況になっていることが挙げられる。この点については、上記で確認したように、本件最判でも、本件借入れが独立当事者間取引と異なる点として指摘している。なお、本件合併が行われた平成 21 年 12 月期の期末における債務超過（純資産の部のマイナス）は約 523 億円、この期の営業利益は約 78 億円、支払利息は約 44 億円、経常利益は約 31 億円、税引前純損失は約 1,044 億円（うち、本件合併に伴う抱合い株式消滅損失は約 1,076 億円）と認定されている。この債務超過を経常利益で解消する場合には、単純計算で 15 年以上かかることになる。また、純粋経済人の資金配分を債務超過にならない資金配分とする場合には、いろいろな想定が考えられるが、例えば、単純に追加出資を債務超過額に相当する約 520 億円増額し、借入れを約 520 億円減額した資金配分とすることなどが考えられる。

これらのことを踏まえて、この検討の枠組みでは、多額の債務超過になっている X の資金配分を、基準となる純粋経済人の追加出資が増額されているが債務超過になっていない資金配分と対比させて、その乖離が不自然なものなのか、また、その乖離に税負担の減少以外の合理的な理由となる事業目的があるのかについて検討することになる。この検討に際して、留意しておくべき点として、下記の二点を指摘しておきたい。一点目は、この検討の枠組みでは、想定した純粋経済人の資金配分において、支払利息と配当の合計額を X の支払利息の額と同程度とすれば、認定事実を見る限りでは、本件財務関連取引を含めて本件組織再編取引等と資金配分以外は同様であり、本件 8 つの目的を概ね達成できると思われる点である。このため、本件最判等で検討されているような、本件組織再編取引等それ自体の目的や手段に係る経済合理性の検討はあまり重要ではなく、上記の乖離の経済合理性に焦点を当てて検討ができると考えている。二点目は、前記Ⅲ 5 (1) で本件地判と本件高判の検討枠組みの問題点として指摘した点と主旨であるが、同族会社であるがゆえに享受できる経済的利益があることをもって経済合理性があると主張できるような行為は、前記Ⅱ 2 (1) で示した金子教授の法 132 条 1 項の不当性要件の定義にある「非同族会社では通常なしえないような行為・計算、すなわち同族会社なるがゆえに容易になしうる行為・計算」であり、「純粋経済人の行為として不合理・不自然な行為・計算」に該当すると考えられる点である。具体的には、本件高判は債務超過であることに對して、「X の資金調達は、専ら本件 CMS 合意に基づき A の信用力によって行われるから、本件借入れにより X の資金調達への影響が生ずるおそれはない」としている。しかしながら、CMS（資金集

中管理制度)による経済的利益は、XがAグループに所属する同族会社であるがゆえに享受できるものであって、グループに所属しない純粋経済人(非同族会社)では享受できないものである⁽⁵⁹⁾。このため、この判断だけでは、債務超過を生じさせている資金配分に経済合理性があるとはいえないと思われる。

本件最判では、本件借入れに関して独立当事者間取引と異なる点があることを指摘しており、また、前記Ⅲ 4 (3)で確認したように、本件調査官解説では、「独立当事者間取引との比較をするという視点でその経済的合理性の有無を慎重に検討することが有効である」としていることを踏まえると、同取引との乖離に係る経済合理性の検討が行われてしかるべきであったと考えている⁽⁶⁰⁾。上記のような検討の枠組みに対する判断が示されていれば、いずれの結論であったとしても、法 132 条 1 項の不当性要件の解釈に関して更なる進展があったのではないかと思われる。

(2) 正常な行為・計算への引直し方法に係る留意事項

ここでは、引直し方法に係る留意事項として、仮にその乖離に経済合理性がないと判断された場合に、正常な行為・計算(純粋経済人の行為)に引直しを行うことになるが、その場合には、乖離部分を否認するだけでなく、その全体を否認できる場合があることを示していく。具体例としては、前記Ⅱ 2 (2)(d)の最判の原審のように同族会社の行った行為(役員報酬としての支払い)がなかったとして引直しを行う例など⁽⁶¹⁾があり、下記でこの点について、東京高裁判平成 18 年 6 月 29 日判決⁽⁶²⁾(以下「平成 18 年東京高判」という)を例に挙げてその背景となる考え方を整理していくが、結論を先にいうと、その乖離の経済合理性の程度によって引直しの方法が分かれるということである。例えば、本件借入れに関していえば、仮に経済合理性がないと判断された場合に、その程度が大きくない場合には、借入金の枠内にとどまるとして、引直しもその枠内で行われ、乖離している部分に係る支払利息の損金算入が否認される一方で、経済合理性がないに等しい場合には、借入金の枠内にとどまらないとして、引直しも借入金でない取引、すなわち、借入金の支払利息としての支払いはなかったとして、支払利息全額の損金算入が否認されることになると考えられる。なお、本件では寄附金の支払いとして課税処分が行われていた。上記(1)で確認したYの主張との関係でいえば、Yは、本件借入れに経済合理性がなく本件借入れの全体を否認する必要があると判断したため、引直しの段階でその全体を否認するためには、本件借入れを含む本件一連の行為に経済合理性がないと主張していく必要がある

⁽⁵⁹⁾ 太田洋・増田貴都弁護士は、本件高判の本論で引用した判断に関して、「グループ会社相互間の資金貸借に関してスタンドアローンの企業が単独で借入れを行う場合とは異なる観点から事実関係に対する判断基準の当てはめを行っていた」としている(太田＝増田・前掲注(44)83 頁)。また、本件地判の同種の判断に対する同旨の意見として、吉村政穂「判批」ジュリ 1544 号(2020 年)191 頁参照。

⁽⁶⁰⁾ 同旨の意見と思われるものとして、藤岡・前掲注(49)20 頁参照。

⁽⁶¹⁾ 小柳誠「最高裁不受理事件の意義とその影響」税大論叢 88 号(2017 年)352-353 頁(脚注 178) 参照。本論で挙げたもの以外に、法 132 条 1 項に関する裁判例として東京高判平成 22 年 8 月 26 日・前掲注(18)(③)(交際費等を一切支出・計上しないことが正常な行為・計算であるとして損金算入を否認した事例)を挙げている。なお、東京高判平成 22 年 12 月 22 日・前掲注(18)(④)も同一の関係者による同種の事案であり同様の判断が示されている。

⁽⁶²⁾ 東京高判平成 18 年 6 月 29 日・前掲注(18)(②)。

あると考えたのではないかと思える⁽⁶³⁾。しかしながら、本件借入れのなかで乖離のある部分に焦点を当てて、その乖離に経済合理性がないことを主張していくことによっても、引直しの段階で本件借入れの全体を否認できる場合があるということであり、また、私法上の選択可能性の濫用説を前提とする経済合理性基準の判断枠組みで検討していくためにも、全体ではなく乖離に焦点を当てていく必要があるということである。

上記の点を整理するため平成 18 年東京高判を見ていく。同高判は、その原審である東京地裁平成 17 年 7 月 28 日判決⁽⁶⁴⁾（以下「平成 17 年東京地判」という）とは異なる判断を示している点で、引直し方法に関して唆に富む裁判例である。上記の引直し方法に関連する事案の概要は、同族会社 X がその大株主で取締役でもある A から B ファンドの受益権を購入した取引に対して、その取引自体が不合理であるとして、法 132 条 1 項によって当該行為がなかったものとして行われた課税処分は是非が争われたものである。当該取引は、B ファンドの償還期日の 2 日前に行われ、また、その売買価格（取得価額と予想配当額の合計額）には償還時に X が支払うことになる税金が加味されていないため、償還時に X に損失が生じる取引になっていた。X は、当該取引自体は不合理ではなく、その価格が不合理であるにとどまるのであって、売買価格のみを否認して、合理的な売買価格を認定して課税処分を行うべきであるなどと主張した。これに対して、平成 17 年東京地判は、当該取引に関して、「直後に償還が予定されていたとしても、……両者(X と A (筆者注))にとって不利益の生じない価格による取引行為自体は、純経済人として不合理、不自然な取引であるとはいいい難いものといわざるを得ず、……この点においては、X の主張は理由があるものというべきである」とした上で、当該取引を否認した場合に税務署長が認定すべき合理的な取引内容に関して、税金を加味して、両者にとって合理的な価格帯を認定して、その中で X に最も有利な価格を適正な価格とした。そして、法 132 条 1 項の趣旨・目的を踏まえた上で、「当該取引について否認すべき事情がある場合に、取引自体の存在を否認するのか、取引価額についてのみ否認して適正な価格での取引行為に引き直して計算するのかの裁量が税務署長に与えられているわけではなく、純経済人として合理的な取引に引き直すことができる限りにおいて、最小限の否認にとどめるべきものである」と判示している。

これに対して、平成 18 年東京高判では、「〈1〉……X は A から B ファンドの受益権を……買い取ったものであるが、それは償還日……のわずか 2 日前であり、B ファンドの運用による投資収益が上がることはほとんど望めない状況であって、通常そのような時期に X の立場にある純経済人が投資収益を期待して B ファンドの受益権を購入する行為に出ることはあり得ないものである、〈2〉しかるに X があえて A から B ファンドの受益権を……購入したのは、専ら、X において……多額の欠損金を蓄積しておくことを計画していたことから自己に損失を発生させた上で取締役である A に課せられる……税金……を回避させてその納付を免れさせるためであり、B ファンド取引は、その目的において、もはや正常な節税行為の範囲を超えているものと

⁽⁶³⁾ Y は本件地判で、本件一連の行為に経済合理性がないとの主張の結果として、引直しに関しては、同行為全体について独立当事者間の通常の取引に引き直すことは困難であるため、本件借入れをなかったものとしてその支払利息の損金算入を否認することには、「不当」な税負担減少結果を排除する上では合理性があるとの主張を展開していた。

⁽⁶⁴⁾ 東京地判平成 17 年 7 月 28 日税資 255 号順号 10091。

いうべきである」とした上で、「したがって、本件Bファンド取引については『正常な行為又は計算』を觀念し得ないものというべきであり、税務署長がBファンド取引における価格のみを否認して上記の……範囲内でXに最も有利な価格を認定すべきであるとすることは相当でなく、税務署長はBファンド取引自体を否認し得るものというべきである」と判示している。

以上のように、本事案に係る引直し方法の考え方に関しては、平成17年東京地判と平成18年東京高判で異なっている。この相違は、当該取引の経済合理性をどの程度あると考えるのかの違いだと考えられる。同地判は、当該取引に経済合理性はないとしているが、その程度は売買取引の枠内にとどまると判断して、引直しもその枠内で行っている。これに対して、同高判は、その程度はないに等しいため売買取引の枠内にとどまらなると判断して、売買取引ではない取引、すなわち、売買取引はなかったとして、XからAへの利益供与（役員賞与）として引直しを行っている⁽⁶⁵⁾。同高判の「本件Bファンド取引については『正常な行為又は計算』を觀念し得ない」との判断も、「正常な節税行為の範囲を超えている」ため、売買取引としては経済合理性がないに等しく、売買取引の枠内では、正常な行為・計算を觀念し得ないという趣旨と解釈できる。また、同地判の「純経済人として合理的な取引に引き直すことができる限りにおいて、最小限の否認にとどめるべきものである」との判断については、同高判のように、当該取引の経済合理性がないに等しいと判断した場合にも、売買取引の枠内で引直しを行うべきであるとまでは考えていないように思われる。このため、上記の裁判例から上記の留意事項とその背景となる考え方がいえると考えている。

V おわりに

本論の目的は、前記 I 1 で述べた通りであるが、そのような目的で論じようとした背景には、次の二つがある。一つ目は、法 132 条 1 項の不当性要件の意義に関しては、前記 I 1 でも述べたように、筆者は、ヤフー事件最判との整合性等を踏まえて、私法上の選択可能性の濫用と解釈してきたが、本件最判等は、経済合理性の欠如と考えていると思われたことがある。このため、同項の解釈には両説があることと、その相違点を示しておくことは、今後の同項の解釈や適用に当たって有意義ではないかと考えた。二つ目は、近年、課税庁が大企業を対象として法 132 条 1 項を適用した IBM 事件⁽⁶⁶⁾や本件では、いずれも国側の主張が認められなかったため、課税庁関係者に限らず、これらの事案のように、大型で複数の取引から構成される事案に同項を適用するのは難しいと考える人が少なからずいると思われたことがある⁽⁶⁷⁾。このため、確かにそのような事案に同項を適用するのは難しい場合があるが、両事案の裁判を通じて、私法上の選択可能性の濫用説を前提として同項を適用する際の留意事項も見えてきたと思われたため、

⁽⁶⁵⁾ 谷口勢津夫教授は、平成 18 年東京高判の判示内容に関して、「本件取引について『通常あるべき行為又は計算』を觀念し得ないとしつつ、本件取引それ自体を否認した。これは、本件取引をしないことを『通常あるべき行為又は計算』とみたものと解することができよう」としている（谷口勢津夫『税法基本講義[第 7 版]』弘文堂(2021 年)78 頁）。

⁽⁶⁶⁾ 筆者の IBM 事件東京高判が示した不当性要件に係る判示内容に関する意見は脚注(18)参照。また、同事件への私法上の選択可能性の濫用説の適用可能性に関する意見は脚注(56)参照。

⁽⁶⁷⁾ 今村隆教授は、「経済合理性基準は『素朴』と考えている」とした上で、その理由の一つとして、「この基準では技巧的かつ巧妙な租税回避に対応できない」としている（今村隆「組織再編税制における租税回避—素朴な経済合理性基準から洗練された濫用基準へ」租税法研究 50 号(2022 年)84 頁）。

それを示しておくことは、有意義ではないかと考えた。本論が、このような背景となる問題意識に少しでも応えることができているならば幸いである。

法 132 条 1 項は否認規定であるため、その適用は課税庁の判断にかかっている。近年、大企業を中心として、複雑な租税回避的な取引が増加していると思われるため、同項についても、分野は限定されているものの数少ない一般的否認規定の一つとして、今後も必要に応じてその適用を検討していく必要があると考えられる。また、課税庁は同項に該当する場合には合法性の原則から適用しなければならないとされている。従って、課税庁において、税負担の公平を維持するために、同項の適用についても、今後も更に議論を深めていくことを期待したい。