

租税回避とは何か

今 村 隆

〔駿河台大学〕
〔法科大学院教授〕

目 次

はじめに	13
第1 法形式濫用基準	17
第2 economic substance 基準	25
第3 wholly artificial 基準	33
第4 economic substance 基準と wholly artificial 基準との比較	43
第5 租税回避の本質とその定義	54
結び	60

はじめに

1 租税回避 (tax avoidance) の定義として、現在我が国で広く用いられているのは、金子宏教授の「私法上の選択可能性を利用し、私的経済取引プロパ一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」との定義である⁽¹⁾。この定義は、非常に考え抜かれた定義であり、脱税や節税と区別する基準として明確で優れたものであるので、筆者も長年にわたり租税回避の議論をする際の出発点としてこの定義を用いている。しかし、筆者としては、この定義に対し、いくつかの疑問がある。

まず、金子教授は、上記定義の具体例として、東京高裁昭和 47 年 4 月 25 日判決 (行集 23 巻 4 号 238 頁) のいわゆる三越事件の事案を基にし、「土地の所有者が、もっぱら譲渡所得に対する税負担の軽減のために、土地を譲渡する代わりに、その上にきわめて長期間の地上権を設定して、土地の使用・収益権を相手方に移転し、それと同時に、弁済期を地上権の終了する時期として相手方から当該土地の時価に等しい金額の融資を受け、さらにこの 2 つの契約は当事者のいずれか一方が希望する限り更新すること、および地代と利子とは同額としかつ相殺することを予約したとする。このように複雑で異常な法形式を用いることによって、土地所有者は、土地を譲渡したのと同じの経済的成果を実現しながら、譲渡所得の発生を免れることができるから、これは典型的な租税回避の例である。」とする⁽²⁾、以下この事例を「三越事例」という。すなわち、上記定義は、三越事例のように、土地を譲渡するとの経済目的が存在していることを前提に、私法上の法形式を通常用いられない

(1) 金子宏『租税法第 13 版』109 頁

(2) 金子・前掲租税法第 13 版 110 頁

法形式を使うことにより税負担の減少を図る場合を念頭に置いているが、アメリカでタックス・シェルターとして問題となっているような「意図した経済目的がなく、減免規定の充足により、専ら税負担の減少を図る場合」が含まれていない点でこのような場合を含めないでいいのかが問題となる。これが筆者の第1の疑問である。

また、この定義は、ドイツ税法的な定義であり、ドイツの租税通則法 (Abgabenordnung, 以下「AO」という。) 42条1項の「租税法は、法の形成可能性の濫用 (Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts) によって回避することはできない。」との規定と同じように「私法上の選択可能性の濫用」を問題とするものであるが、私法上の選択可能性の濫用といっても、かつてのように租税法で問題となる取引について、民法上の典型契約を中心に検討すれば足りていた時代とは異なり、様々な非典型契約や複合契約が使われるようになり、また、スワップ等のデリバティブ取引も使われている現代において、「通常用いられる法形式」といっても、何が「通常」であるのか断定するのが困難な状況となっており、この基準は限界にきているのではないかが問題となる。これが筆者の第2の疑問である。

さらに、もっと本質的な疑問として、そもそもこの定義は、租税回避を「私法上の選択可能性の濫用」に焦点を当てるものであり、いきおいこの定義は、課税要件事実の当てはめに当たり、取引の法形式を尊重してこれを前提として当てはめを行うべきであるとする形式主義か、それとも取引の法形式を無視してその経済実質を尊重してこれを前提として当てはめを行うべきであるとする実質主義 (the-substance-over-form-doctrine) を採るべきかの議論に結びつけられることが多いが、租税回避は、そもそも「租税法規の濫用」であり、そうすると租税法規の解釈のあり方すなわち租税法規の文言解釈を堅持すべきとする立場を採るか、租税法規の趣旨・目的を考慮してこれに即して解釈すべきとする目的論的解釈をすべきとする立場を採るかの対立でもあることが見失われているのではないかが問題となる。すなわち、この定義は、「租税回避とは何か」について、その本質が見失われるおそれがあるので

はないかが問題となる。これが筆者の第3の疑問である。

2 以上のような疑問をもち、筆者は、各国における租税回避のとらえ方や対応について研究しているが⁽³⁾、租税回避のとらえ方には、現在、①アメリカ的な economic substance の有無を問題とする基準(以下「economic substance 基準」と)、②ヨーロッパの大陸諸国特に最近の欧州裁判所(the European Court of Justice, 以下「ECJ」という。)のとっている wholly artificial arrangement であるか否かを問題とする基準(以下「wholly artificial 基準」)の2大潮流があるのではないかと認識している。そこで、本稿では、まず、第1で、上記「私法上の選択可能性の濫用」を問題とする基準(以下「法形式濫用基準」という。)の意義や根拠を明らかにした上、次に、第2で、economic substance 基準の意義や根拠、第3で、wholly artificial 基準の意義や根拠を検討し、さらに、第4で、これら両基準の長所と短所とを比較検討し、最後に、第5で、我が国において、理論上、租税回避をどのような基準でとらえるべきかについて考察することとする。

なお、「租税回避とは何か」を議論する意味について、我が国の通説のように、明文規定によらない否認を認めないのであれば、議論する意味がないとの指摘もある⁽⁴⁾。確かに、何の問題意識をもたずに、「租税回避とは何か」を議論するのは、無意味であるばかりか有害でもある。筆者も、課税要件事実の認定に当たり取引の法形式を無視して経済実質で当てはめを行うべきとする実質主義については、租税法律主義(憲法84条)に反するものであり、我が国の憲法下においては、採り得ないと考えている。筆者は、かねてから「私法上の法律構成による否認論」を提唱してきているが⁽⁵⁾、これもあくまで、租税法律主義の下で、取引の法形式を認定するに当たり、当事者の選択した

(3) これについては、Victor Thuronyi, “Comparative Tax Law” at 133 以下、松田直樹「租税回避行為への対抗策に関する一考察」税大論叢 52 号 1 頁以下、同「実質主義と法の濫用の法理」税大論叢 55 号 1 頁以下が参考となる。

(4) 中里実「租税回避の概念は必要か」税研 2006. 7 号 83 頁以下

(5) 拙稿「租税回避行為の否認と契約解釈(1)～(4)」税理 42 卷 14 号 206 頁、同卷 15 号 262 頁、同 43 卷 1 号 242 頁、同卷 3 号 205 頁

法形式に拘束されるのではなく、契約の解釈の問題として、私法上の真実の法的性質を探求すべきであり、取引の法的実質に即して、課税要件事実の当てはめを行うべきであるとするものであり上記経済的な実質主義を認めるものではない。

このように筆者も明文規定によらない否認を認めない立場に立つが、筆者としては、租税回避を議論する意味は、第1に、同族会社の行為計算否認やタックス・ヘイブン対策税制など個別否認規定において、これらの規定が問題としているのが、どのような租税回避であり、それが本当に租税回避であるのかを検討するなど個別否認規定の解釈において意味があり、第2に、租税回避は、課税要件事実の当てはめの場面だけでなく、租税法規の解釈の場面でも問題となるのであり、租税法規を解釈するに当たり、租税回避であるのか否かを検討するのは、当該規定の趣旨・目的に反しているではないかと考える手掛かりとなるとの意味があり、第3に、各国で租税回避を問題としていることから、比較法的な見地からも意味があり、第4に、世界の諸国には一般否認規定（general anti-avoidance rule）をもっている国や立法を検討している国があり、我が国においても将来一般否認規定の立法が問題となると思われるが、一般否認規定の対象となる行為の外延を画する上でも有意義と考えている。

第1 法形式濫用基準

1 法形式濫用基準の意義

金子教授によると、租税回避を前記のとおり定義した上で、「租税回避は、一方で、脱税（tax evasion, …）と異なる。脱税が課税要件の充足の事実を全部または一部秘匿する行為であるのに対し、租税回避は、課税の充足そのものを回避する行為である。他方、それは、節税（tax saving, …）とも異なる。節税が租税法規が予定しているところに従って税負担の減少を図る行為であるのに対し、租税回避は、租税法規が予定していない異常な法形式を用いて税負担の減少を図る行為である。」とする⁽⁶⁾。このような租税回避、脱税及び節税の3分法は、世界の各国で採用されているものであり、筆者も全く異論はない⁽⁷⁾。

しかし、租税回避と類似の概念である租税裁定行為（tax arbitrage）について、金子教授は、「状況次第で節税にあたる場合と租税回避にあたる場合とがありうる。」とする⁽⁸⁾。金子教授は、租税裁定行為について特に定義をしていないが、一般には、「課税における様々な差異を利用して租税支払いの減少を図ろうとする納税者の経済的行動」とされている⁽⁹⁾。また、タックス・シェルターについても、金子教授は、特に定義していないが、脱税に当たる場合と租税回避に当たる場合とがあると考えられているようである。具体的には、最高裁平成18年1月24日判決（民集60巻1号252頁）のいわゆる映画フィルム・リース事件について、この事件は、減価償却等の税効果を得るた

(6) 金子・前掲租税法第13版110頁

(7) 金子教授は、節税の例として、①所有期間が5年を超えてから資産を譲渡することによって長期譲渡所得の2分の1課税の制度（所得税法22条2項2号）の適用を受けること、②土地を収用されて補償金を受領した場合に、買換えの制度（租税特別措置法33条）を利用して、それに対する課税の繰延べを図ることをあげているが（金子・前掲租税法第13版115頁*）、筆者も節税の典型例としてこれらのものを考えている。

(8) 金子・前掲租税法第13版110頁

(9) 中里実『タックスシェルター』11頁

めだけに、低額のリース料でリース契約を締結したとの事案⁽¹⁰⁾、以下「フィルムリース事例」という。)であるが、金子教授は、この事案について、仮装か否かが問題となっている事案であり、租税回避ではなく脱税であるとされている⁽¹¹⁾。フィルムリース事例は、アメリカでいわれているタックス・シェルターの典型的な事件である。ここでタックス・シェルターとは、アメリカでは、一般には、「投資による利益 (return) のうち、投資における経費や損金の控除等によって、投資に係る所得以外の他の所得に対する租税負担を避ける (sheltered) ことが重要な部分を占める投資」と考えられているが⁽¹²⁾、このように考えると、フィルムリース事例は、正にこの定義に当てはまる取引である。しかし、金子教授の租税回避の定義では、別途経済目的が存在することが前提となっているのに対し、フィルムリース事例では、納税者達に映画事業を行う目的はなく、単に減価償却等の税効果を得る目的にすぎないことから、法形式濫用基準には当てはまらず、「仮装」であるか否かを問題にするほかないのである。

このような法形式濫用基準では、租税回避の範囲が意外と狭く、一方、脱税の範囲が広いのであるが、我が国では、脱税については、ドイツ等とは異なり、実際の適用が非常に限定されており、脱税をこのように広くとらえるのは、我が国の実務の感覚とは少し異なるのではないかと感じている。

筆者としては、租税回避、脱税及び節税の3分法には全く異論はない。しかし、一般には、租税回避は、節税の区別が問題とされるが、法形式濫用基準では、実は、上記のとおり、租税回避と脱税との区別も問題となり、筆者としては、このような意味でも改めて租税回避の定義を検討する必要があると考えているのである。

(10) 事案の詳細は、拙稿「租税回避についての最近の司法判断の傾向 (その2)」租税研究 686号 59頁以下を参照されたい。

(11) 金子・前掲租税法第13版 114頁, 115頁*****, 114頁, 注26

(12) 2004年改正前の内国歳入法典 61, 11条c項参照

2 法形式濫用基準の根拠

- (1) 金子教授は、アメリカのサリー教授の指導を受け、我が国の租税法の第一人者として、アメリカ税法の考え方特に所得概念のとらえ方などについて我が国に導入した方である。その金子教授がなぜ租税回避の定義についてドイツ税法的なとらえ方をされるのであろうか。

これについては、昭和37年の国税通則法制定の際の議論が反映されているものと考えられる。この国税通則法制定に当たり、税制調査会は、「国税通則法の制定に關する答申」を公表したが、「税法においては、私法上許された形式を濫用することにより租税負担を不当に回避し又は軽減することは許されるべきでないと考えられている。」とし、「上記の実質課税の原則の一環として、租税回避行為は課税上これを否認することができる旨の規定を国税通則法に設けるものとする。」として、AO42条に倣った一般否認規定の新設を提案した。しかし、これについては、実質課税の原則の導入に対する反対が強く立法が見送られたが、金子教授の定義は、この立法に当たっての租税回避のとらえ方の議論を参考にするものと思われる。

さらには、金子教授の理論は、借用概念の尊重に顕著に表れているとおり、租税法と私法との関係について、租税法律主義における予測可能性を重視する見地から、できるだけ私法取引を尊重し、いたずらに租税法が介入することのないよう配慮する立場であり、このような私法と租税法の関係のとらえ方から、私法上の法形式の濫用の場合にのみ、租税回避としてとらえるべきと考えられているのかもしれない。この点は、金子教授に教えを請うほかはないが、そもそもAO42条制定の際になぜこのような法形式濫用基準が採用されたかについて検討してみることにする。

- (2) AO42条については、清永敬次教授が深い研究をしていることから、清永教授の研究を参考にすることとする。

このAO42条は、1919年AO5条を継承するものであるが、同条には、濫用の要件として、①法律が、経済的事象、事実及び関係を、これらに対応する法的形成において課税の対象とする場合に、租税を回避するために、

これらに相応しない異常な法形成 (ungewöhnliche Rechtsformen) が選択され又は法律行為が行われること、②当該関係の状況及び行為の様式に照らして、経済的事象、事実及び関係に相応する法的形成を選択した場合と経済的に基本的に同じ効果が、当事者に対して達成されること、③選択した方法に伴う不利益が、現実に意義を有せず又はわずかの意義を有するにすぎないことと定めていた。しかし、1934年に租税調整法という新しい法律が制定され、AO5条は、租税調整法6条に引き継がれることになった。その際、AO5条に定められていた濫用の要件規定は削除された。その際の政府の法案理由書によると、従来の濫用要件規定が非常に狭かつ煩雑なものであるとされている。その後1977年に新しいAOが制定されるに伴い、従来の租税調整法は廃止され、同法6条の規定は、現行のAO42条に引き継がれたものである。

AO42条は、ドイツでは、現在では、租税回避の意図 (Steuerungsumgehungsabsicht) といった主観的要件が必要とされ⁽¹³⁾、また、法の形成は私法上の形成に限らず、公法上の法の形成の濫用も含むと解釈されている⁽¹⁴⁾。しかし、租税調整法6条は、民法上の法の形成の濫用のみを対象とし (同条1項)、AO42条も当初は同様に考えられていた。

ここで注目すべきは、1919年のAO5条の立法に当たっての法律の回避 (Gesetzumgehung) と租税回避 (Steuerungsumgehung) との関係についての議論である。法律の回避とは、ローマ法で *fraus legis* といわれていたもので、ローマ法以来の議論であり、租税法の分野に限定されるものではなく、国際私法の分野で古くから議論されている問題であり、法律の文言には合致しているが、法律の趣旨・目的には反する場合である⁽¹⁵⁾。清永教授によると、スイスのヴァッカナーゲル教授は、租税回避を法律の回避の一場合ととらえ、「租税回避は、ある者が、税法の解釈された文言に反することな

(13) BFH BStBl. 53, 284; 93, 84

(14) BFH BStBl. 85, 636

(15) 清永敬次『租税回避の研究』76頁, 88頁

しに、自己若しくは第三者にとって、当該法律規定の意義・目的に反する租税上の利益が生ずるように行為をなすときのみ存する」としているとする⁽¹⁶⁾。また、清永教授によると、ドイツの有名なヘンゼル教授は、租税回避を「立法者が、それを取引生活上通常のもの (ueblich) と判断し、それ故に租税請求権成立の要件にまで高めたところの法律要件を避けながら、ある一定の経済状態に達すること」と定義しているが⁽¹⁷⁾、ヘンゼル教授の上記定義は、租税回避を法律の回避の概念から導いたものであり、租税法規の文言からは課税しないとされなければならないが、立法の趣旨・目的からは課税されるべき場合と同じ場合という意味であるとされる⁽¹⁸⁾。

このように1919年のAO5条の立法の際に、法律の回避と租税回避の関係が議論されたが、結局、AO5条は、法律の回避そのものではないが、これを私法上の法形成の濫用の場合に限定することにより、その範囲を限定し、納税者にとって明確にするためのものと考えられる。すなわち、法形式濫用基準は、元々は、法の回避すなわち法の濫用 (abuse of law) の適用を限定するためのものであり、法の濫用を根拠とするものと考えられるのである。

3 法形式濫用基準の限界

- (1) 金子教授の定義による法形式濫用基準は、冒頭に述べたとおり、意図した経済目的が存在する場合を念頭に置いており、「意図した経済目的がなく、減免規定の充足により、専ら税負担の減少を図る場合」が含まれていない。しかし、ドイツのAO42条の法形成可能性の濫用については、減免的課税要件の詐取の場合が含まれており、フィルムリース事例のような「意図した経済目的がなく、減免規定の充足により、専ら税負担の減少を図る場合」が含まれている。これは、前記2(2)のとおり、法の濫用を参考に立

(16) 清永・前掲研究 79 頁

(17) 清永・前掲研究 90 頁

(18) 清永・前掲研究 90 頁, 109 頁

法されていることからそのように考えられており、ドイツの代表的なティプケの教科書でも、「当該規範（AO42 条）の名宛人は、法律の目的に従って彼に生ずべき不利益な法律効果を発生させないように事実関係を形成するか、又は、彼にとって有利な法律効果を、例えば補助金や租税優遇を、法律の目的に反して手に入れることができるように事実関係を形成する。」と説明されているが⁽¹⁹⁾、後段が、減免的課税要件の詐取の場合である⁽²⁰⁾。また、ヘンゼルも、前記 2 (2) の租税回避の定義について、「この概念規定には、回避者が課税減免規定の法律要件を、これと結びつけられた租税利益で当該特別規定の目的によればその者に与えられるものとはされていなかった租税利益を手に入れるために、意図的に実現するというような、一見すると逆の状況にあるかのように思われる特別な場合（…）も含められるべきである。」とし、減免的課税要件の詐取を含むとしている⁽²¹⁾。

昭和 37 年の国税通則法改正の際の前記答申でも、租税回避を「私法上許された形式を濫用すること」としているが、上記のような減免的課税要件の詐取の場合が議論された形跡がなく、この点は、金子教授の定義による法形式濫用基準においても「回避」との用語に引きずられ、はずされたものと考えられる。しかし、減価償却等の税効果を得るためだけに、低額のリース料でリース契約を締結した場合のように、必ずしも私法上虚偽表示で無効であるとは言い難く、「仮装」とは当たらない場合もあり、一方でこのような場合は、減価償却を定めている租税法規の濫用には当たるのであり、このような場合を租税回避に含めないとすると、租税回避でもなく、脱税でもなく、節税もない類型を認めることを意味する。前記 1 のとおり、

(19) Tipke/Lang, “Steuerrecht, 18. Aufl, 2005” , S, 155

(20) この点は、慶応大学の吉村典久教授の御教示による。

(21) 谷口勢津夫「判批」民商法雑誌 135 巻 6 号 1096 頁。なお、谷口教授は、減免的課税要件の詐取と節税との区別を、前者は、減免規定の適用除外要件の欠缺の利用による租税負担の軽減又は排除であるのに対し、後者は、減免規定をその趣旨目的に即して利用することによる租税負担の軽減又は排除であると説明される（上記民商法雑誌 135 巻 6 号 1099 頁注(47)）。

納税者の税負担の減少に向けた行為を租税回避、脱税及び節税の3つに分けるとの3分法を前提にした場合、「意図した経済目的がなく、減免規定の充足により、専ら税負担の減少を図る場合」が脱税とまではいえない場合、上記3分法のいずれにも当たらない真空地帯を認めることとなり、この点が、法形式濫用基準の問題点の一つである⁽²²⁾。

- (2) 次に、法形式濫用基準は、当該取引で用いられている私法上の法形式が、「通常用いられる法形式」と異なるか、あるいは、「異常な法形式」であるかを基準とするものである。まず、法形式の異常性については、前記2(2)のとおり、1919年のAO5条の濫用の要件に、異常な法形成(ungewöhnliche Rechtsformen)であることをルーツにするものと思われるが、租税回避というために異常性が必要であるかについてドイツでも議論があり、清永教授によると、前記ヴァッカナーゲル教授は、異常性が存在しながら租税回避でない場合や逆に異常性が存在しないが租税回避の場合もあり、租税回避にとって、本質的なことは、法の趣旨(ratio legis)に反することであり、ただ、租税法規が通常の典型的否行為を想定して立法されていることから、租税回避をしようとするとき、租税法規が想定していなかった異常な行為を選択することが多いため、異常性が問題となるにすぎず、異常性は租税回避の要件ではないと論ずるとする⁽²³⁾。また、連邦行政裁判所の判例も、異常性を要件とはせず、不当性を要件としている。

(22) 木村弘之亮教授は、租税回避と節税の区別について、両者ともに私法上有効であるが、前者は、課税根拠規定の適用を回避して租税の負担を免れる場合であるのに対し、後者は、課税減免規定の要件を充足させて租税の負担を免れる場合である場合であるとし、不当な租税回避だけでなく、不当な節税もあり得るとする(同「節税と租税回避の区別の基準」租税争訟346ないし347頁)。従来の租税回避の定義に疑問を投げかけるものであり、参考となる。もっとも、筆者は、後者も租税回避の定義に含めるべきと考えているが、これは定義の問題にすぎないであろう。しかし、木村教授は、いずれの場合も「不当」であることを「権利濫用」であるか否かの基準で判断するものと思われるが、筆者としては、この「権利濫用」の基準では、いずれの場合も問題となるのは、「権利濫用」ではなく、「租税法規の濫用」であることが見失われるおそれがあると考えている。

(23) 清永・前掲研究85, 86頁

我が国の事例で検討しても、例えば、所得税法 157 条が適用されるかが問題となった東京地裁平成元年 4 月 17 日判決（訟月 35 卷 10 号 2004 頁）のいわゆる委託管理方式の事案は、賃貸ビルを所有する個人が、不動産所得金額を圧縮して所得税を軽減するために、自らが支配する同族会社に高額の管理料を支払って必要経費として計上した事案（以下「委託管理方式事例」という。）であるが、この場合は、複雑な契約ではなく、委託契約という単純な契約でただ委託料が通常に比して高額というにすぎないが、この場合、この委託契約が「異常」というのであろうか。民法上は、このような委託契約であっても有効であり、虚偽表示ではない。この事案が租税回避の事案に当たることは異論がないと思われるが、この場合に租税回避であるのは、契約が「異常」であるからではなく、通常であれば低額の委託料で済むのに、このような高額な委託料を支払うのは、経済不合理だからと考えられる⁽²⁴⁾。このように租税回避は、異常な行為であることが多いであろうが、ヴァッカナーゲル教授がいうとおり、必ずしも異常性が租税回避の要件ではないというべきである。

また、通常性で判断するとしても、その場合には、当該経済目的を達成する上での通常の契約を想定して、当該契約がこの通常の契約と異なるかを検討することとなるが、冒頭で述べたとおり、現代では、様々な非典型契約や複合契約が使われるようになり、また、スワップ等のデリバティブ取引も使われていて、このような契約で対象となっている経済目的を達するにあたり、何が通常の契約であるかを断定することが極めて困難となっている。すなわち、法形式濫用基準の限界は正にここにある。

(24) 拙稿「租税回避についての最近の司法判断の傾向（その 1）」租税研究 684 号 90 頁

第2 economic substance 基準

1 economic substance 基準の意義

(1) アメリカの連邦最高裁は、冒頭で述べた実質主義の原則 (the substance-over-form doctrine) を採っているといわれている。ここでいう実質主義とは、冒頭でも述べたとおり、課税要件事実の当てはめに当たり、私法上の法形式を無視して、取引の経済実質で課税関係を考えるとする原則である。アメリカの連邦最高裁がこのような原則を採っているのは、アメリカにおいて連邦制がとられているところ、私法については、原則として州法にゆだねられ、州によって私法の適用が異なることにより、連邦税の適用が異なることになるのでは不公平となることも理由と考えられている。

このような実質主義の原則は、いくつもの判例法上のルールの総体であり、必ずしも単純なものではない⁽²⁵⁾。このような実質主義をとった連邦最高裁の判例として重要なのは、事業目的 (business purpose) の法理を明らかにした 1935 年のグレゴリー事件の連邦最高裁判決⁽²⁶⁾、以下「グレゴリー事件判決」という。) と、sham transaction の法理を明らかにした 1960 年のネッチ事件の連邦最高裁判決⁽²⁷⁾、以下「ネッチ事件判決」という。) である。

(2) 一方、アメリカの内国歳入庁は、現在、経済実質原則 (economic substance doctrine) という考え方を提唱している。この原則は、business purpose をもつかという主観的テストと、economic substance をもつかという客観的テストの両方のテストに基づき、両者を満たさないときに、経済実質 (economic substance) がないとして、sham であるとするものであるが、

(25) B. Bittker & L. Lokken, “Federal Taxation of Income, Estates and Gifts” Voll. 3rd ed. at 4-25 以下及びその supplement (2008 cumulative supplement No. 1 S4-5 以下) が参考となる。

(26) Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465(1935)。この事件の詳細については、拙稿・前掲租税研究 684 号 95 頁を参照されたい。

(27) Knetsch v. United States, 364 U.S. 361(1960)

1985年のライス・トヨタ・ワールド事件の巡回裁判所判決⁽²⁸⁾では是認され、内国歳入庁は、現在もこの原則を主張しているところである。内国歳入庁がこのような経済実質原則を提唱するようになったのは、1960年のネッチ事件の連邦最高裁判決で sham transaction の法理が認められたものの、その後、連邦最高裁が、リース・バック取引における減価償却が認められるかが問題となった1978年のフランク・リオン事件の判決⁽²⁹⁾で、「本件のような取引、すなわち、事業又は規制のために強制又は促進され、租税とは無関係な考慮が含まれている取引であり、無意味なラベルが貼られた租税回避の特質をもつのではなく、複数当事者が関与する経済実質 (economic substance) を備えた真実の取引が存在する場合には、政府は、当事者が行った権利義務の分配を尊重しなければならない。」と判示して、課税処分を否定したのを受けて、グレゴリー事件判決の business purpose の法理を主観的テストと位置付け、グレゴリー事件判決とネッチ事件判決の両判決を統合したものであると考えられる。

グレゴリー事件判決のとらえ方は難しく、一方では、課税減免規定についての立法趣旨による限定解釈の判例であるとするとのらえ方⁽³⁰⁾と、実質主義の一つであるとするとのらえ方があり、アメリカでも議論のあるところである。筆者は、グレゴリー事件について、前者のとらえ方が可能であると考えてはいるが、ここでは後者のとらえ方で考えることとする。このようにグレゴリー事件をとらえると、business purpose の欠如という主観を租税回避の要件としてとらえるものと考えることができる。内国歳入庁が採っている経済実質原則は、経済実質 (economic substance) という客観面も要件を中核とした上、business purpose という主観的要件をも要するとの

(28) Rice's Toyota World, Inc. v. CIR, 752 F.2d 89 (4th Cir. 1985)。この事件の詳細については、拙稿「一般否認規定についてのカナダ最高裁判例の研究」駿河台法学 21 巻 2 号 30 頁を参照されたい。

(29) Frank Lyon Co. v. US, 435 US 561 (1978)。この事件の詳細については、拙稿・前掲駿河台法学 21 巻 2 号 29 頁を参照されたい。

(30) 金子宏「租税法と私法」租税法研究 6 号 24 頁

基準であり、上記フランク・リオン事件の連邦最高裁判決の事案は、business purposeがある事案と整理するものである。

そこで、本稿では、アメリカの判例でとられている基準として、租税回避であるためには、economic substance という客観的要件を必要とする基準を「economic substance 基準」ということとする。

2 economic substance 基準の根拠

(1) ネッチ事件

国内歳入庁の採っている経済実質原則は、前記1のとおり、グレゴリー事件判決とネッチ事件判決とを統合するものであるが、その根拠が問題となる。これについては、ネッチ事件判決を検討しなければならない。この事件の事案の概要は、次のとおりである。

(事案の概要)

Xは、60歳であったが、下図のとおり、30年満期、額面総額400万4000ドル、利子率2.5%の後払いの貯蓄年金証券(deferred annuity saving bonds)を、SH生命保険会社(Sam Houston Life Insurance Company)から購入した。その際、Xが実際に支払った現金は、4000ドルにすぎず、残額は、その証券自体を担保として人的責任を伴わない額面400万ドル、利子率3.5%の手形による。利子は前払いで、証券取得と同時に14万ドルを利子として支払うこととした。この契約の条件で、Xは第1年度において、その末日を待たずに、証券を担保に410万ドルまで(Xの場合あと10万ドル)の借入ができると定められていた。Xは、これを利用し、証券を取得後の5日後に更に9万9000ドルを借り入れ、同じ条件の手形を差し入れた。この利息も前払いであったから、この日、Xは3465ドルを利子として支払った。そして、Xは第1年度の利子として14万3456ドルの利子控除を求めた。このようにXは、2.5%の利子率の証券のために、3.5%の利子で借入を行っており、経済的には損失であるが、課税上は、所得については、年金支払時又は解約清

算時まで繰り延べられるのに対し、支払時に利子を控除することができるので、この利子控除によって他の所得を相殺することにより、課税後は利益が出ることになるのである。これに対し、内国歳入庁は、支払利子の控除を否認する課税処分をした。



これに対し、上記連邦最高裁は、課税処分を適法として、Xの上告を棄却した。多数意見を代表して、ブレナン裁判官は、グレゴリー事件の「租税に関する動機から離れて、何がなされたかを決定するための質問は、法律が意図していることが何かを決定することである。」との判示を引用した上、本件で「何がなされたか (what was done)」をみると、「これは、我々が既に見たとおり、虚構 (a fiction) にすぎない。なぜなら、毎年のXの年金の借入は、1000ドルという比較的少額の手数料で、年金又は保険の支払に依存してネットの現金の価値を保持しつづけているからであり、したがって、明らかに、Xの保険会社との取引は、租税を減少することのほか納税者の有利な利益 (beneficial interest) には、何ら寄与しないのである (Gilbert 事件の反対意見)。なぜなら、この取引からXにより実現された実質は、税の控除以上のものは何もないことは明らかであるからである。」とした (アンダーライン筆者)。

(2) 税以外目的必要原則

ここで注目すべきは、前記(1)に引用した判示のとおり、1957年のギル

バート事件の連邦巡回裁判所判決⁽³¹⁾のラーニッド・ハンド判事の反対意見を引用して、beneficial interestの有無を問題としている点である。そのため、このような判断方法について、ハンド方式とか、beneficial interestテストともいわれている。

このギルバート事件は、ある会社の2分の1ずつの株式を有する株主が、貸付という形式で会社に出資したときに、当該株主が、その所得税の計算に当たり、不良債務 (bad debt) として控除できるかが問題となった事案である。1審の租税裁判所は、この貸付は、資本 (capital) の投与であり、真実の債務 (bona fide debt) ではないとして、控除できないとした課税処分を適法であるとしたのに対し、控訴審の巡回裁判所は、破棄差戻しをしたものであるが、多数意見を代表してメディナ判事は、税法において貸付として控除できるか否かは、貸付が実質的な経済実体 (substantial economic reality) をもつか否かで決められるとし、貸付が経済実体を有するか否かは、諸々の要素で決められるが、合理的な返済の期待の有無 (reasonable expectation of repayment) が重要であるとし、1審がこの合理的な返済の期待の有無について判断せずに、控除できないとしたのが誤っているとして、差し戻すべきであるとしたのに対し、ラーニッド・ハンド判事は、1審が真実の債務 (bona fide debt) ではないとしたのは誤っていると上、「所得税法は、納税者の財務的取引に基づく責任に対して課税し、租税の支払い自体も財務的取引であるということももちろん真実である。しかしながら、納税者が彼の税を減少させる以外の経済的利益に影響しない取引に入ったときには、所得税法は、その取引を無効とするであろう。なぜなら、所得税法が課税することを追求している責任から課税を免れることに供することが所得税法の目的の一部であると考えことはできないからである。」と述べ、メディナ判事が述べたような実質的な経済実体 (substantial economic reality) をもつか否かではなく、税を

(31) Gilbert v. CIR, 248 F2d 399(2d Cir. 1957)

免れる以外の目的があったか否かで決すべきであるとし、このような目的について納税者の立証がないとして、棄却すべきであるとしての反対意見を述べたのである。すなわち、ハンド判事は、租税法規が、租税負担を軽減させる以外の目的のない取引について減免とするところは、本来租税法規の予定するところではなく、その立法目的や趣旨に反するとし、租税法規によって受けるには、税以外の目的が必要であるとしたものである。確かに、税以外の目的のない行為は、経済上の利益を得る目的のない行為であって、経済実質のない行為であり、経済実質原則の根拠は、このような税以外目的 (non-tax purpose) が必要であるとの考え方 (以下「税以外目的必要原則」という。) に基づくものと考えられる。

なお、このようなハンド判事の考え方について、自己無効の理論 (self-defeating theory) として、経済実質原則は、経済実質のない取引に減免の効果を与えるのは、当該租税法規を自ら無効とするものであり、このような解釈は、租税法規が許していないとする考え方を根拠とするものであるとの見解がある⁽³²⁾。筆者としては、経済実質原則は、このような自己無効の理論を根拠にするといってもさしつかえないと考えているが、「自己無効の理論」との表現を使うと、我が国では、最高裁平成6年9月16日決定 (刑集48巻6号357頁) で問題とされた脱税経費の損金算入の問題が浮かび、自己無効の理論というと、このような場面だけに適用される狭いものと誤解されるおそれがあることから、本稿では、ハンド判事の上記考え方を「税以外目的必要原則」ということとする。

3 economic substance 基準による租税回避の定義

アメリカの内国歳入庁が採っている経済実質原則において、客観的要件で

(32) ①Robert Thornton Smith, "Business Purpose: The Assault upon the Citadel", 53 Tax Law at 33, ②Jinyan Li, "Economic Substance": Drawing the Line Between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance" Tax Avoidance in Canada After Canada Trustco and Mathew at 64

ある economic substance があるか否かを判定するテストとして、税引き前利益のテスト (the pre-tax profit test) がある⁽³³⁾。アメリカの財務省は、このような経済実質原則や税引き前利益のテストを基に、1999年6月に公表したいわゆるタックスシェルター白書⁽³⁴⁾において、租税回避 (tax avoidance) とは、「①当該取引から合理的に期待される税引き前利益 (pre-tax profit, 外国税を費用や取引コストとして考慮した後の現在価値により決定される) が、そのような取引の利益の合理的に期待される純益と比してごく僅かのもの (insignificant)、又は②金融取引の場合に、いかなる期間においても納税者の主張する控除が当該納税者が提供した資本により実現された経済的リターン (economic return) にかなり超過するもの」と定義している⁽³⁵⁾。このタックスシェルター白書では、客観的要件だけで定義し、主観的要件を加えていない。これは、主観的要件は、納税者に操作されやすいとの理由によるものであるが⁽³⁶⁾、前記2(2)の税以外目的必要原則では、ハンド判事が当事者の目的を問題にしているとおり、主観的要件抜きでは、租税法規の趣旨・目的に反するか否かは最終的には判断が困難である。そうすると、economic substance 基準においては、主観的要件を加えるべきである。また、前記1(2)のライス・トヨタ・ワールド事件の巡回裁判所を始め、economic substance 基準をとるアメリカの判例でも、主観的要件を必要としているのであり、主観的要件を不要とした裁判例はない。

(33) 拙稿・前掲前掲駿河台法学21巻2号33頁

(34) U.S. Department of the Treasury, "The Problem of Corporate Tax Shelters --- Discussion, Analysis and Legislative Proposals", July 1999

(35) U.S. Department of the Treasury, 前掲 Proposals at 103. なお、この定義のうちの②は、1999年2月に公表された the Administration's Fiscal Year 2000 Budget では、「経済的所得に対する租税の不適當な排除や重要な減少を含むすべての取引」としていたが、これは曖昧であるとの批判が多くあり、同年6月のタックスシェルター白書では、この部分は、金融取引を想定しているものであり、金融取引の場合には、当初経済的利益がなく、定義のうちの①ではカバーできないことから、①に追加したものであるとし、金融取引に限定して明確にしたものである (前掲 Proposals at 101)。

(36) U.S. Department of the Treasury, 前掲 Proposals at 97

このようなタックスシェルター白書の考え方などを参考にして、主観的要件も加えて、仮に、アメリカの判例で採られている economic substance 基準による租税回避の定義を整理すると、次のようになる。なお、上記タックスシェルター白書では、金融取引の場合には、当初の期待される経済的利益ではなく、期間全体を通しての経済的利益を問題としている。これは、デリバティブにおいて租税回避をどのようにとらえるかの難しい問題であるが、経済上の利益を当初のものに限定せずに、取引の期間全体を通してのものにとらえれば、下記の定義で、上記タックスシェルター白書の定義の②についても含み得ると考える。

「私法上はその法形式どおりに有効であるが、租税上の便益を得るのが主たる目的であってこれ以外の事業目的がほとんどなく、租税上の便益以外の経済上の利益を得る見込みが極めて少ないことから経済実質を欠く行為を行い、その法形式に対応する課税要件の充足を免れ又は課税減免規定の要件を充足させ、もって税負担を減少させ又は排除すること」

第3 wholly artificial 基準

1 wholly artificial 基準の意義

(1) 租税回避につき、最近 ECJ は、2つ重要な判決を出した。一つが、2006年のハリファックス事件の判決⁽³⁷⁾、以下「ハリファックス事件判決」という。)であり、もう一つが、同年のキャドベリー・シュウェプス事件の判決⁽³⁸⁾、以下「キャドベリー・シュウェプス事件判決」という。)である。

ECJ は、租税回避について、元々は、主観的-客観的テストを用いるといわれていて、その代表的な判決が、2000年のエムスランド-スターク事件の判決⁽³⁹⁾である。これは、輸出者が最初からもう一度輸入する意図で輸出したとの事案で、付加価値税の仕入れ税額控除ができるかが争われた事件で、「濫用を認定するために要求されるのは、第1に、共同体法のルールによって主張されている条件について形式的な外観があるにもかかわらず、それらのルールの目的が達成されていない客観的状況 (objective circumstances) の結び付きである。」(パラ 52)、「第2に要求されるのは、共同体法のルールから得られる便益を得るための条件を技巧的に (artificially) 作り出すことによりそのような便益を得ようとする意図 (intention) からなる主観的要素である。そのような主観的要素は、とりわけ、共同体内の輸出者と共同体外の国の当該商品の輸入者との間の共謀 (collusion) の証拠により立証することができる。」(パラ 53)とした。ここで、ECJ は、①共同体法の目的が達成されていないという客観的状況 (objective circumstances) と、②租税回避の意図 (subjective intention of avoidance) の2つを満たすことを要するとしたのである。

ところが、ハリファックス事件判決とキャドベリー・シュウェプス事件判決は、より客観的要件を重視するようになっている。そこで両事件を検

(37) Halifax plc v. Customs & Excise, Case C-255/02

(38) Cadbury Schweppes plc v. Commissioners of Inland Revenue, Case C-196/04

(39) Emsland-Stärke, Case C-110/99

討することとする。

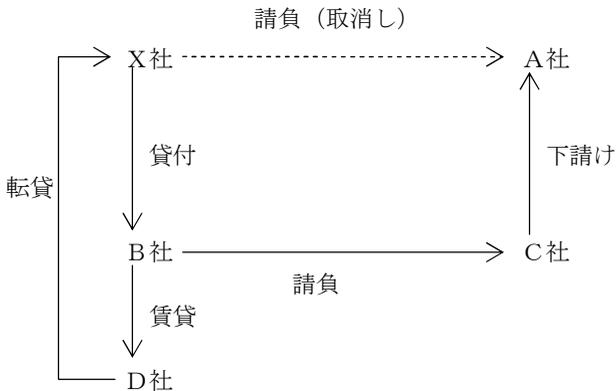
(2) ハリファックス事件

まず、ハリファックス事件判決の事案は、次のとおりである。

(事案の概要)

X社 (Halifax) は、銀行であるが、下図のとおり、A社に自社ビルの建築工事を請け負わせたものの、X社の課税売上割合が小さいことにより、建設代金に係る付加価値税の控除をできないため、この請負契約をいったん取り消した。そして、X社は、このような控除を利用できるX社の100%子会社であるB社 (Leeds Development) に貸付を行い、B社からC社 (County, X社の子会社) に同ビルの建築を請け負わせ、C社からA社に請け負わせて、ビルの建設を行わせた。X社は、同ビルが完成した後、B社がリースしたD社 (Property, X社の子会社) から再リースを受けて、同ビルを使用することとなった。

この場合、B社は、C社に対する建築工事代金の支払いについて付加価値税の控除をすることができるかが問題となった。



これに対し、上記 ECJ 判決は、まず、論点 1 (a) として、裁判官は、当該取引が租税上の特典を得るための目的でなされ他に経済的目標がない場合にも第 6 次指令の対象となる取引とみるべきであることを問題と

し（パラ 44）、これに対しては、客観的基準を満たす限り当たるとした（パラ 60）。次に、上記 ECJ 判決は、論点 2 として、濫用的行為（abusive practice）に当たる場合にもインプット VAT で控除する権利があるかを問題とし（パラ 61）、これに対しては、「共同体法は、経済を動かす人達による濫用的行為—すなわち正常な商業作用の状況でないのに実行され、共同体法によって提供された特典を不当に得る目的のみでなされている取引—にまでこれをカバーするように適用することはできない（Case 125/76 Cremer [1977] ECR 1593, パラ 21 参照）。」（パラ 69、アンダーライン筆者）とし、「この濫用的行為を禁止する法理は、VAT の分野にも適用される。」（パラ 70）として、濫用的行為に当たる場合には、この権利はないとした。そして、具体的には、「先に述べた観点でみると、VAT の分野において、濫用的行為は、まず、問題となっている取引が、第 6 次指令の関連条項や国内法の譲渡のそれを形式的に満たしているにもかかわらず、これらの条項の目的に反するような特典を発生させている場合のみ見出すことができる。」（パラ 74）とし、「次に、当該取引の本質的目標が租税上の特典を得ることであることが客観的要素により明らかにされなければならない。法務官が彼の意見ポイント 89 で観察しているとおり、当該経済活動が租税上の特典を得ること以外で説明できるのであれば、濫用の禁止をするのは適切でない。」（パラ 75）とした。そして、結局、「したがって、2 つ目の疑問に対する答えは、第 6 次指令は、当該取引が濫用的行為を構成する場合、インプット VAT の控除の権利が妨げられるように解釈されなければならないこととなる。」（パラ 85）とした上、「濫用的行為があると認定されるために最初にされるべきことは、問題の取引が第 6 次指令や譲渡に係る国内法の関連する条項によって主張されている条件の形式的適用がなかったならば、それらの条項の目的に反する租税上の便益が発生するかである。次にされるべきは、問題となっている取引が目指している租税上の効果の客観的要素を明らかにすることである。」（パラ 86）とした。

このように上記 ECJ 判決は、濫用的行為 (abusive practice) というためには、当該条項の目的に反するかと、租税上の効果の客観的要素を明らかにすることであるとして (パラ 86)、客観的要素を重視している。

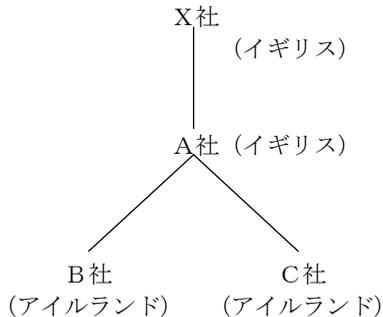
(3) キャドベリー・シュウェプス事件

次に、キャドベリー・シュウェプス事件判決の事案は、次のとおりである。

(事案の概要)

X 社 (Cadbury Schweppes plc) は、飲料・菓子を全世界で販売するイギリス居住法人であるが、下図のとおり、イギリス居住法人である A 社 (Cadbury Schweppes Overseas Ltd.) を通じて、アイルランドに間接的に 100% の株式を保有する子会社である B 社 (Cadbury Schweppes Treasury International) 及び C 社 (Cadbury Schweppes Treasury Services, CSTS) の 2 社を有している。この子会社は、アイルランド・ダブリン国際金融サービスセンターで金融取引を行っている。イギリス歳入庁は、この子会社のうちの B 社の所得に対し、イギリスの C F C 税制上の適用除外要件に当たらないとして、同税制に基づき A 社に対し課税した。なお、C 社は、損失が生じ、所得がなかったことから C F C 税制の対象とはならなかった。

イギリスの C F C 税制は、E C 条約 43 条の開業の自由 (freedom of establishment) に反しないかが問題となった。



※EC条約 43 条

「以下に定める規定の枠内で、いずれかの構成国の国民の他の構成国における開業の自由 (the freedom of establishment) に対する制限は、禁止する。…」

※イギリスの 1988 年所得及び法人税法 748 条 3 項 b 号

「会社を存在させる目的が、当該会計期間において、英国からの利益の迂回によって英国の租税における軽減を得るための主要な理由、又は、場合によっては主要な理由の一つでないこと」

これに対し、上記 ECJ 判決は、まず、ある親会社が、親会社の本拠地国におけるよりも税制上有利であることのみで子会社を設立したとすると、それ自体で開業の自由の濫用となるかについて、「共同体の市民が、自然人であろうが法人であろうが、その居住地国以外のある加盟国において施行されているルールによる税法上の特典から利益を得ているとの事実があるとして、彼から、それ自体で、EC条約の条項に依拠している権利を奪うことはできない。」(パラ 36) とし、「この事件において、X社が国際金融サービスセンターにおいてB社とC社とを設立することを決定したのは、設立した場所の有利な税制による便益を受けるとの目的であることは自認されているが、この事実は、それ自体で濫用を構成しない。それ故、この事実は、X社の43条及び48条による依拠の妨げになるものでもない。」(パラ 38) とした。そして、上記 ECJ 判決は、「被支配会社についての立法の下で分離した税の扱いをして、低税率の別の加盟国における子会社を支配する居住地国の会社に不利益な結果をもたらすのは、低税率の加盟国で子会社を設立し、取得しあるいは保有することを思いとどまることとなり、開業の自由の執行の妨げになっている。それ故、上記のような取扱いは、EC条約の43条や48条の意味の範囲内で、開業の自由についての制限を構成している。」(パラ 46) とし、イギリスのCFC税制が開業の自由の制限となるとした。

また、上記 ECJ 判決は、「一方、開業の自由を制限することの国内的基準

は、問題となっている加盟国の法律の適用を回避することを目指した完全に技巧的な取決め (wholly artificial arrangements) に特に関係している場合に正当化される (…)。」(パラ 51) とした上、「濫用的行為 (abusive practice) を妨げることを理由として正当化される開業の自由に対する制限のため、そのような制限の特別の目的は、国内的に実行される活動による利益に通常生じる租税を逃れるため、経済的実体 (economic reality) を考慮しない完全に技巧的な取決め (wholly artificial arrangements) を含む行為を妨げなければならない。」(パラ 55) とし、「そのような取決め (純粹に技巧的な取決め) であることを見出すためには、租税上の特典を得る意図にある主観的要素に加えて、共同体法によって述べられている条件を形式的に満たしているようにみえるにもかかわらず、開業の自由による目的が…達成されていないという客観的状況 (objective circumstances) も示されなければならない。」(パラ 64, アンダーライン筆者) とした。

このように上記 ECJ 判決は、濫用的行為 (abusive practice) となるためには、経済的実体 (economic reality) を考慮しない完全に技巧的な取決め (wholly artificial arrangements) でなければならないとした上 (パラ 55), wholly artificial arrangements といえるためには、租税上の特典を得る意図にある主観的要素に加えて、開業の自由による目的が達成されていないという客観的状況 (objective circumstances) が必要であるとした。この ECJ 判決は、問題となっているイギリスの CFC 税制が、上記事案の概要における引用条文のとおり動機テストを採用しているため、wholly artificial arrangements の判定に当たり、主観的要素も問題とはしているが、arrangement の技巧性 (artificiality) という客観的要素を重視しているものと考えられる。この点、フランスの実務家であるレクレル弁護士も、フランスの租税手続法典 64 条をめぐるフランスの国務院 (Conseil d'Etat) の法律の詐害 (fraude a la loi) についての法理と ECJ の濫用的行為の法理が相互に影響し合って、客観的要素を重視してき

ていると指摘している⁽⁴⁰⁾。

このように wholly artificial 基準は、ハリファックス事件判決が、濫用的行為 (abusive practice) について、「正常な商業作用の状況でないのに実行され、共同体法によって提供された特典を不当に得る目的のみでなされている取引」と定義し (パラ 69)、共同体法では濫用的行為が禁止されているとした上 (パラ 69)、「この濫用的行為を禁止する法理は、VAT の分野にも適用される。」(パラ 70) とし、キャドベリー・シュウェプス事件判決で濫用的行為に当たるとするための要件として、wholly artificial でなければならないとされているものである (パラ 55)。

そこで、本稿では、ECJ がとっている基準として、租税回避であるためには、技巧性といった客観的要件を必要とする基準を「wholly artificial 基準」ということとする。

2 wholly artificial 基準の根拠

(1) wholly artificial 基準の根拠は、ハリファックス事件やキャドベリー・シュウェプス事件の法務官意見で述べられているとおり、ローマ法以来のヨーロッパの大陸法において採られている法律の回避 (fraus legis)、あるいは、法の濫用 (abuse of law) 又は権利の濫用 (abuse of rights) と いわれているものである。

例えば、キャドベリー・シュウェプス事件判決のレゲ法務官は、「87. しかし、そのような正当化を現実に認定する可能性は、より厳格な制限で限定される。そうすると、判例法で慣用的に使われている用語に従うと、EC 条約によって保障されている自由を妨げることは、もし問題の立法が国内法を回避することに向けられた完全に技巧的な取決め (wholly artificial arrangement) による租税上の便益を排除することに向けられているとする

(40) 拙訳の Leclercq 「相互に影響を及ぼし合っている法理：フランスにおける法の濫用の概念と EU における濫用的実行の観念」 租税研究 702 号 178 頁以下

と、租税回避に対する対応を理由に正当化されるしかない。88. このような定式の使用は、権利濫用の原則 (the doctrine of 'abuse of rights') の複写の用語であるが、租税回避に対する対応を保護主義の名目で用いることを防ぐためと理解されているものと思われる。共同体法の適用は、問題の会社が、租税を回避するための技巧的な取決めを始めるが故に濫用的に依拠しているときにのみ拒否されるであろう。」として、権利の濫用 (abuse of rights) が根拠であるとしており、wholly artificial 基準の根拠が法律の回避 (fraus legis), あるいは、法の濫用 (abuse of law) 又は権利の濫用 (abuse of rights) といわれているものであることは明らかである。

(2) このように ECJ の wholly artificial 基準の根拠は、法の濫用の法理であるが、そうすると、第1の2(2)で検討したドイツのAO42条の根拠と同じである。もっとも、AO42条は、その効果として、民事上の効果すなわち問題となっている契約の当事者間の効力には影響せず、あくまでも「税法上の否認」にすぎない。

一方、ECJ の濫用的行為の法理は、ハリファックス事件判決が、論点1(b)として、濫用的行為が見出されたとき、国内裁判所はVATの取戻しをどうすべきかを問題とし(パラ87)、これに対しては、「問題1(b)に対する答えは、次のとおりとなる。濫用的行為が存在しているならば、それを含む取引は、濫用的行為を構成する取引がないとの状況で再構成されなければならない。」(パラ98)としているとおり、当事者間の効力にも影響するというものである⁽⁴¹⁾。そうすると、ECJ のとっている濫用的行為の法理は、ドイツのAO42条よりも、オランダ最高裁の採っている fraus legis の法理に近いといえる。なお、オランダには、一般租税法典31条 (richtige heffing, correct imposition) で、「他の事実や状況に基づくと、一般の人が推測するような現実の関係や行為に実質的な変化を生じないことから、賦課の全部又は一部を不可能にするために役立つのでなければ考慮されな

(41) Leclerq・前掲租税研究702号190頁

かったような法的行為は、直接税の賦課の際に考慮されない。」と規定する一般否認規定があるが、オランダ最高裁 (Hoge Raad) は、1985 年以来、①租税を回避する目的、②租税上の便益を得る以外の意味がないこと、③法律の趣旨を害することの3つを満たす場合に、当該取引の引き直しができるとの法理を認めているのである⁽⁴²⁾。

このようにドイツのAO42条は、法の濫用が根拠であり、立法の際に参考にしたものの、法の濫用そのものが適用されて課税されるのではなく、あくまでもAO42条に基づく課税であるのに対し、ECJの場合には、法の濫用そのものが適用されて、EC条約への適合性が判断されるため、その法的効果も異なるのである。

3 wholly artificial 基準による租税回避の定義

前記レクレル弁護士は、フランスの法律の詐害の法理について、ECJの濫用的行為の法理における wholly artificial 基準と同様に客観的要素を重視すべきであるとし、国務院が1981年6月10日判決⁽⁴³⁾でとった納税者が租税以外の動機を有しているかの主観的要素を要件とする基準から、客観的基準で判断すべきとする。具体的には、レクレル弁護士によると、1981年の判例は、「権利濫用は、このような私法行為がなければ、利害をもっている当事者が現実の状況や活動に照らせば通常生じるような課税上の負担を免れたり減じること以外の動機のない私法行為が納税者によって選択されている場合に見出される。」と定義できるのに対し、「課税上、法律の詐害は、納税者が専ら課税上の特典を得るためにのみ、法律の精神に反するような技巧的な法律の適用をしようとする場合に生じる。」との定義を採用すべきであると主張す

(42) オランダ最高裁判決の採っている *fraus legis* の法理については、① Eelco van der Stok, "General Anti-avoidance Provisions: A Dutch Treat", *British Tax Review* 1998, 2, 150, ② Robert L.H. IJzerman, "Form and Substance in Tax Law — Netherlands", *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. LXXXII a at 454 が参考となる。

(43) Conseil d'Etat, No. 19079

る⁽⁴⁴⁾。

この主張は、フランスの租税手続法典 64 条をめぐる法律の詐害の法理についての主張であるが、フランスの法律の詐害は、レクレル弁護士もいうとおり、法の濫用や権利濫用に根拠を有しており、wholly artificial 基準による租税回避の定義にも参考となる。

なお、ここで、「技巧的 (artificial)」であることがキーワードとなるが、ECJ のいう「技巧的 (artificial)」の意義については、2007 年の I F A 年次総会でのセミナー A でもテーマとなった問題である。この「技巧的 (artificial)」の意義については、このセミナーの際にパネリストの一人も発言したとおり、キャドベリー・シュウエプス事件判決が、前記 1 (2) のとおり、「経済的実体 (economic reality) を考慮しない完全に技巧的な取決め (wholly artificial arrangements) を含む行為」と判示するところからみて、「経済的実体 (economic reality) を考慮しない行為」を意味すると考えられる。

また、wholly artificial 基準の場合も、できるだけ客観的要件によって租税回避であるか否かを判断するのが望ましいが、ECJ は、ハリファクス事件判決やキャドベリー・シュウエプス事件判決において、前記 1 (1) で述べた 2000 年のエムスランド・スターク事件の判決の主観的－客観的テストを否定しているのではなく、主観的要件も問題にしているものと考えられる。

このような点をかんがみ、上記レクレル弁護士の主張などを参考にして、仮に、ECJ で採られている wholly artificial 基準による租税回避の定義を整理すると、次のようになるろう。

「私法上はその法形式どおりに有効であるが、専ら租税法上の便益を得る目的で、当該租税法規の趣旨・目的に反するにもかかわらず当該法形式に伴う行為を行い、技巧的に当該法規を適用させることにより、その法形式に対応する課税要件の充足を免れ又は課税減免規定の要件を充足させ、もって税負担を減少させ又は排除すること」

(44) Leclerq・前掲租税研究 702 号 194 頁

第4 economic substance 基準と wholly artificial 基準との比較

1 両基準の異同

(1) economic substance 基準と wholly artificial 基準の基づく租税回避の定義について、それぞれ、第2の3及び第3の3で検討したが、具体的に両基準がどのように異なるのか、あるいは同じであるのかについて、具体的事例で検討することとする。租税回避であるかが問題となる事例は様々あるが、ここでは、①冒頭で述べた三越事例、②第1の3で述べた委託管理方式事例、③第1の1で述べたフィルムリース事例に加え、④最高裁平成17年12月19日判決（民集59巻10号2964頁）のいわゆる外国税額控除事件の事例（以下「外税事例」という。）について、租税回避に当たるか否かを検討することとする。

(2) 三越事件

ア まず、三越事例は、AがBに土地を譲渡するに当たり、Aに対する譲渡所得の課税を免れるために、土地の売買契約ではなく、①Bを地上権者とする60年間にわたる長期間の地上権設定契約、②Aを借主とする年1%の低利で通常の金利年8%との差額が権利金に相当すると考えられる消費貸借契約、③上記地上権設定契約の地代と上記消費貸借契約の利息とを相殺する予約を締結したとの事例であるが、冒頭で述べたとおり、法形式濫用基準で租税回避の典型例とされ、単に地上権設定契約の地代や消費貸借契約の利息が通常より低いというだけではなく、地上権設定契約では、60年間地代の値上げをしないとか、あるいは、消費貸借契約では、期間を一応5年間と定めているものの、Aの申出で何回でも延長が可能であり、実質的には、60年後を返済期とする消費貸借契約であり、その意味では通常性の程度を越えて、異常な法形式であり、法

形式濫用基準では正に租税回避に当たる事例である⁽⁴⁵⁾。

イ economic substance 基準は、第2の2(1)のネッチ事件が典型であり、アメリカの判例においては、主に課税減免規定の適用の可否について論じられてきた基準である。一方、三越事例は、通常であれば受け取っているはずの譲渡代金又は権利金を受け取らずに、所得税法 26 条1項の不動産所得や同法 33 条1項の譲渡所得といった課税根拠規定の適用を回避している事案である。そこで、このような課税根拠規定の回避の場合に、economic substance 基準が妥当するのが問題となる。

ここでまず確認しなければならないのは、economic substance 基準の場合、経済実質があるか否かの判定は、取引による経済上の利益があるか否かを問うものであるが、取引によって損をする場合が経済実質がないのは当然として、取引の前後で経済上の地位 (economic position) に意味のある変動がない場合も、経済実質がないと考えられていることである。これは、第2の3で述べたタックス・シェルター白書も明らかにしている⁽⁴⁶⁾。また、アメリカの議会の合同租税委員会は、上記タックス・シェルター白書の提言等も踏まえた上、2005年に経済実質主義で適用対象となる取引を明確にする立法を行うべきとの提案⁽⁴⁷⁾をしたが、この提案でも、economic substance は、客観的要件としては、経済的地位の意味のある変動があったか否かを問題にすべきとし、循環金融がその例としてあげられている⁽⁴⁸⁾。

次に、アメリカの判例において、課税根拠規定の回避の場合には、経済上の地位の意味のある変動があるか否かを問題にしていることである。課税根拠規定の回避の事案としては、例えば、第2の1(1)で述べ

(45) 三越事件の事実関係の詳細については、村井正『租税法と私法』79頁以下が参考となる。

(46) U.S. Department of the Treasury, 前掲 Proposals at 58

(47) Staff of the Joint Committee on Taxation, "Options to improve Tax Compliance and Reform Tax Expenditure" JCS-02-05 (January 27, 2005)

(48) *ibid.* at 22

たグレゴリー事件は、一方では、組織再編税制の規定である当時の内国歳入法典 112 条という課税減免規定の適用が問題となっているものの、いわゆるベイル・アウト (bail-out) といわれる態様によるものであり、納税者が株式を保有している会社が保有している株式を譲渡しようとの経済目的はあるが、当該株式の譲渡に対する租税負担を軽減しようとするものであり、課税根拠規定の回避の事案であると考えられるが、この事案で連邦最高裁判例の採った事業目的の法理は、ネッチ事件の連邦最高裁判決の先例ととらえることもでき、このように考えると、この事案で問題となった組織再編が経済的地位について意味のある変動があるかを問題にし、このような変動がないことから事業目的がないとしたとみることもできる。

また、課税根拠規定の回避の例としては、段階取引の法理 (step transaction doctrine) で論じられている事例がある。段階取引の法理の典型は、1938 年のミネソタ・ティー事件⁽⁴⁹⁾ について連邦最高裁判決⁽⁴⁹⁾ であり、A 社が、B 社に資産を売却するに当たり、C 社を設立して、A 社の株主に C 社の株式を分配して、その後 C 社の資産を B 社に売却したとの事案で、上記連邦最高裁判決は、「真直の経路を通ってもたらされる結果は、遠回りして達成されたからといって異なった結果はもたらさない。株主達に対する最初の分配は、債権者達に資産を移転することにおいては、無意味で不必要な事象であり、初めから彼らの手元に届くように意図されたもので、非常にみえすいた技巧的なものでありこれ以上の議論をする時間が無駄である。株主達の関係は、単に導管にすぎない。」とし、A 社の株主に対する分配を不必要な段階であるとして、A 社が直接 B 社に譲渡したとして課税した処分を是認したとの事案である。これは、中間段階の取引を無視していいかという課税要件事実当てはめに当たったの実質主義として論じられるが、A 社が資産を譲渡した

(49) Minnesota Tea Co. v. Helvering, 302 U.S. 609, 613 (1938)

際に譲渡益に課税するとの課税根拠規定を回避するために、中間の取引を介在させたものであるが、段階取引の法理は、不必要な段階を無視するものであり、不必要な段階を事業目的 (business purpose) がないとみると事業目的の法理と重なり、不必要な段階を実質がないとみると実質主義の原則 (the substance-over-form doctrine) と重なるともされている⁽⁵⁰⁾。このように考えると、段階的取引の場合、中間段階を介在させることが、経済的地位について意味のある変動があるかを問うとの問題に置き換えることが可能である。

一方、三越事例の場合、AがBに土地を譲渡するとの経済目的はあり、一見すると事業目的があるようにもみえる。しかし、三越事例の場合、当事者の意図した土地を譲渡するとの経済目的を達成するのであれば、高額な譲渡代金がもらえるとの経済的地位があったのである。これは、税法的にみると、キャピタル・ゲインが発生しているということであり、当該土地を譲渡するのであれば、キャピタル・ゲイン課税がなされるべきである。それにもかかわらず、Aは、高額な譲渡代金を受けとらないばかりか、高額な権利金すら受け取らずに低額の消費貸借による利益を受けることにより、キャピタル・ゲイン課税を免れているのである。これは、キャピタル・ゲイン課税の趣旨・目的に反するものである。次に、Aの採った法形式が経済実質があるかが問題となる。この場合、AがBに土地を譲渡するとの経済目的に即した法形式は、土地を売買するとの契約である。この法形式の場合には、譲渡所得としてキャピタル・ゲイン課税を受けることとなり、キャピタル・ゲイン課税の趣旨・目的には反しない。一方、Aの採った法形式は、長期間の地上権設定契約を締結し、しかも権利金を受け取ることすらなく、権利金相当の低利による融資を受けているものであるが、このような法形式としたことに、上記Aの経済目的に即した法形式と比較して、意味のある経済上の地位の変動

(50) Bittker & Lokken 前掲 Federal Taxation Vol1. 3rd ed. at 4-52

があったか否かを問うべきである。そうすると、Aは、高額の譲渡代金を得ていないばかりか、地上権設定契約を通常の法形式とみたととしても、高額の特権金を受け取るのと低利の消費貸借による利益を受けるのとは同じ経済上の地位であり、特に経済上の地位に差異がないと考えると、高額の特権金を受け取ることすらなく、低利の消費貸借とした経済実質はないこととなる。三越事例のような二当事者間の取引の場合には、当事者の意図している経済目的に即した法形式との比較をせざるを得ないが、これは、課税根拠規定の趣旨・目的に反するか否かを判断する上で必要であるからである。しかし、このように考えても、法形式濫用基準とは異なり、租税回避となるか否かを、当事者の採った法形式が通常性の枠内であるか否かとか、異常であるかということでは判断するのではなく、当事者は、取引前には、経済目的に即した法形式を選択したのであれば、高額の特権金を受け取ることができるとの経済上の地位があったのに、当事者がこれとは異なる異なる法形式を選択したことにより、取引後に、経済上の地位の変動があったか否かを問題とするのである。さらに、Aが、このような法形式を採ったのが高額の特権金に対する課税を免れる以外の目的しかないとすると、economic substance 基準でも、租税回避に当たることとなる。

ウ 一方、wholly artificial 基準によると、この三越事例は、所得税法 33 条 1 項の特権所得の課税要件の充足を免れて、高額の特権金に対する特権所得課税を免れようとする事案であるから、同項の「譲渡」に当たるか否かが問題となる。同条項はいうまでもなく、キャピタル・ゲイン課税であり、資産の所有者の手を離れる際に蓄積しているキャピタル・ゲインを一挙に課税するとの趣旨に出たものである。そうすると、法形式としては、「譲渡」には当たらないが、実質的には、Aの手を離れているとみれるのであり、これに対して特権所得課税をしないとすると、同条項の趣旨・目的に反することとなる。問題は、技巧的であるか否かであり、言い換えれば、経済実体があるかであるが、地上権設定契約に

おける地代と消費貸借契約における利息とは相殺が予約されており、結局、AもBも、実質的に見ると、地代や利息を得てはいないのであり、経済実体がなく、技巧的とみることができよう。そうすると、wholly artificial 基準によっても、三越事例は、租税回避に当たることとなるう。

(3) 委託管理方式事例

ア 委託管理方式は、第1の3のとおり、賃貸ビルを所有するAが、不動産所得金額を圧縮して所得税を軽減するために、自らが支配する同族会社であるB社に高額の管理料を支払って必要経費として計上するとの事例である。法形式濫用基準では、このような委託契約自体が、法形式だけで見たとき、通常でないとか、異常であるかまではいい難く、果たして租税回避に当たるかが問題となる。

イ economic substance 基準によると、B社が真実ビルの管理を行っているのであれば、このような高額の管理料を支払う経済的合理性はなく、言い換えると、高額の管理料を支払うのに引き合う経済的利益が少なく、経済的にみると、損をする取引であり、租税回避に当たることとなる。第1の3の東京地裁平成元年4月17日判決は、上記管理料の支払金額が、「標準的な管理料の金額と比較して、著しく過大であって、純経済人の行為としては極めて不合理であり」とし、管理料の金額が通常より高額であると上し、経済合理性を問題としているのである。これは、economic substance 基準の考えに基づくとも考えられる。

ウ 一方、wholly artificial 基準によると、この事例は、所得税法26条1項の不動産所得の計算に当たって、同法37条1項の「必要経費」に当たるかの問題であり、通常よりも管理費が高額であれば、そもそも「必要」との要件に当てはまらず、同条項の趣旨・目的に反するか否か以前の問題である。このwholly artificial 基準によると、この事例は、租税回避の問題ではなく、単に所得税法37条1項の「必要経費」に当たるか否かの事実認定の問題ということになるう。

(4) フィルムリース事件

ア フィルムリース事例は、いわゆるタックス・シェルターの事案であり、A社が、他の法人と組合契約を締結して、減価償却等の税効果を得るためだけに、低額のリース料で、B社から映画フィルムを購入し、直ちにC社とリース契約（配給契約）を締結したとの事例である。法形式濫用基準では、このようなリース契約の締結が通常であるか、異常であるかが問題となるが、リース契約においては、様々なリース契約があり、通常から逸脱しているとは直ちには断定できない。

イ economic substance 基準によると、当該リース契約において、減価償却等の租税上の便益以外の経済利益を得る見込みがあるか否かが問題となり、第1の1の最高裁平成18年1月24日判決の事例では、このような経済的利益を得る見込みがなく、正にこの economic substance 基準により租税回避に当たることとなる。

上記最高裁判決は、「事業の用に供する」との要件該当性の問題としてとらえ、この要件に当たらないとしたが、「事業の用に供する」との要件該当性の判断に当たり、「本件組合は、本件売買契約により本件映画に関する所有権その他の権利を取得したとしても、本件映画に関する権利のほとんどは、本件売買契約と同じ日付で締結された本件配給契約によりC社に移転しているのであって、実質的には、本件映画についての使用収益権限及び処分権限を失っているというべきである。このことに、本件組合は本件映画の購入資金の約4分の3を占める本件借入金の返済について実質的な危険を負担しない地位にあり、本件組合に出資した組合員は本件映画の配給事業自体がもたらす収益についてその出資額に相応する関心を抱いていたとしようかがわれないことをも併せて考慮すれば、本件映画は、本件組合の事業において収益を生む源泉であるとみることはできず、本件組合の事業の用に供しているものということできないから、法人税法（…）31条1項にいう減価償却資産に当たるとは認められない。」として、減価償却費の計上は認められないとした。

これは、「事業の用に供する」との要件該当性を判断しているものの、A社の使用・収益権限の喪失やA社のリスクの有無や利益獲得に対する関心を問題としており、要件該当性の中身は、economic substance を問題としているのであり、economic substance 基準によるとらえ方に近いものと考えられる。

ウ 一方、wholly artificial 基準によると、この事例は、法人税法 31 条 1 項の趣旨・目的に反しているかが問題となる。ここで参考となるのが、カナダの一般否認規定についての最高裁判例である。カナダ所得税法 245 条の一般否認規定の適用について、カナダ・トラスト事件⁽⁵¹⁾とマシュー事件⁽⁵²⁾で判断が分かれたが、カナダ最高裁は、リース・バック取引である前者の事件では、減価償却と同等の損金である資本費用控除 (capital cost allowance) について、同控除を定めている同法 20 条の趣旨・目的に反するものではなく、濫用 (abuse) ではなく、一般否認規定の適用はないとした。カナダ最高裁は、濫用に当たるか否かを economic substance があるか否かではなく、法形式上、同控除の対象となる「費用」となるか否かだけを問題としたため、濫用に当たらないとしたものと考えられる⁽⁵³⁾。wholly artificial 基準が、economic substance を問題にしないとすると、フィルムリース事例も租税回避に当たらないとも考えられる。もっとも、最高裁平成 18 年 1 月 24 日判決の事案は、映画フィルムの売買契約やリース契約自体の仮装性が高く、カナダ・トラスト事件とは事案が異なるとも考えられ、カナダ最高裁の立場に立っても、最高裁平成 18 年 1 月 24 日判決の事案については濫用と判断される可能性がある。

(5) 外税事例

ア 外税事例の一つである前記(1)の最高裁平成 17 年 12 月 19 日判決は、

(51) Canada Trustco Mortgage Co. v. R., [2005] SCC 54

(52) Mathew v. R., [2005] SCC 55

(53) 拙稿・前掲駿河台法学 21 巻 2 号 24 頁

内国法人であるA銀行が、外国法人であるB社からC社へ貸し付ければその利息に対しB社の所在する外国の源泉税が課税されることからこれを圧縮するため、C社から預金を受けてB社に貸付をしたが、その際、B社から受け取る貸付利息から上記外国の源泉税を控除すると、C社に対する預金利息よりも少ないいわゆる逆ざや取引を行った事案で、我が国の外国税額控除を受けて、これにより逆ざや分を回収するとともに手数料を受け取ったとの事例である。すなわち、我が国の外国税額控除を受けるために、あえて損失が生ずるだけの取引を行ったとの事例である。

法形式濫用基準によると、A銀行とB社との間の貸付やA銀行とC社との間の預金契約が通常でないか、異常かということが問題となる。しかし、法形式だけ見ると、2つを合わせてみると、逆ざやとはなっていないものの、その契約をそれぞれみると、通常でないとか、異常とまでは断定できない。

イ economic substance 基準によると、外税控除を受ける以外の経済的利益のない事例であり、economic substance がなく、租税回避となる。

一方、wholly artificial 基準によると、この場合は、法人税法 69 条 1 項の趣旨・目的に反しているか否かが問題となるところ、この事例では、同条項の趣旨・目的である二重課税の排除と資本輸出中立性のうち、少なくとも後者に反していることは明白であり、また、逆ざや取引で経済実体もなく、その意味で技巧的でもあることから租税回避となることになる。

上記最高裁平成 17 年 12 月 19 日判決は、「法人税法 69 条の定める外国税額控除の制度は、内国法人が外国法人税を納付することとなる場合に、一定の限度で、その外国法人税の額を我が国の法人税の額から控除するという制度である。これは、同一の所得に対する国際的²二重課税を排斥し、かつ、事業活動に対する税制の中立性を確保しようとする政策目的に基づく制度である。」とした上、「本件取引は、全体としてみれば、本来は外国法人が負担すべき外国法人税について我が国の銀行である X

行が対価を得て引き受け、その負担を自己の外国税額控除の余裕枠を利用して国内で納付すべき法人税額を減らすことによって免れ、最終的に利益を得ようとするものであるということが出来る。これは、我が国の外国税額控除制度をその本来の趣旨目的から著しく逸脱する態様で利用して納税を免れ、我が国において納付されるべき法人税額を減少させた上、この免れた税額を原資とする利益を取引関係者が享受するために、取引自体によっては外国法人税を負担すれば損失が生ずるだけであるという本件取引をあえて行うというものであって、我が国ひいては我が国の納税者の負担の下に取引関係者の利益を図るものというほかない。そうすると、本件取引に基づいて生じた所得に対する外国法人税を法人税法 69 条の定める外国税額控除の対象とすることは、外国税額控除制度を濫用するものであり、さらには、税負担の公平を著しく害するものとして許されないというべきである。」(アンダーライン筆者)として、A銀行が外国税額控除をすることは許されないとしているが、この最高裁は、economic substance 基準によつたとみることもできるが、wholly artificial 基準でも説明できる事例と考える。

2 両基準の長所及び短所

economic substance 基準と wholly artificial 基準とを比較すると、前記 1 で検討したとおり、前者の方が租税回避に当たる場合が多いといえよう。wholly artificial 基準は、前記 1 のとおり、租税回避の範囲を狭くとらえる考え方であり、果たしてこれでいいのかの問題点がある。一方、economic substance 基準も、主に課税減免規定を充足させることによる租税回避を念頭においているものであり、前記 1 (2) のとおり、三越事例の場合に、果たして economic substance がないといえるかが問題となる。この点は、前記 1 (2) のとおり、課税根拠規定の場合も、経済上の地位に意味のある変動があるかという意味での経済実質を問題とすれば、economic substance 基準が妥当すると考える。

これらの点は置くとして、両基準を比較したとき、前者は、より経済的な観点を重視し、後者は、より法的な観点を重視していると考えられるが、第3の3で述べたとおり、wholly artificial 基準における「技巧的 (artificial)」の意味を「経済的実体 (economic reality) を考慮しない行為」と考えると、実は、economic substance 基準における経済実質 (economic substance) と近づいてくる。

また、economic substance 基準の根拠を「税目的以外必要原則」ととらえると、実は、economic substance 基準は、租税法の趣旨・目的が何かということと密接に関係しており、租税以外の効果を生じさせないような取引を租税法が認めるのは、その趣旨・目的に反するとの考え方に基づくものである。economic substance 基準をこのようにとらえると、租税法の趣旨・目的を重視するという点では、wholly artificial 基準と近づくこととなり、両基準は、究極的には、その根拠が同じとも考えられる。

このように両基準を比較すると、近づく面もあり、その根拠も究極的には同じではないかとも考えられ、理論的にどちらが優れているかは、一概には言い難い。仮に、一般否認規定を立法するに当たり、租税回避を定義するのであれば、その外延をいかに明確に画するかが問題となり、economic substance 基準と wholly artificial 基準のいずれかによるかは、立法政策の問題であると考えられる。

第5 租税回避の本質とその定義

1 租税回避の本質

(1) 以上 economic substance 基準と wholly artificial 基準とを比較検討したが、いずれの基準も不十分な点がある。そこで、両基準を参考にしながら、我が国において、理論上、租税回避についてどのような定義を採るべきかを検討することとする。ここでポイントは、そもそも「租税回避とは何か」である。この租税回避の本質論を抜きに租税回避を定義することはできない。

そのような観点で考えたとき、租税回避を区別する意義は、第1の1で論じたとおり、脱税や節税と区別するためのものである。脱税は違法行為であるが、一方、租税回避も節税も違法行為ではないことから、租税回避と節税の区別が問題となる。節税は、第1の1で金子教授の定義を論じたとおり、租税法規が予定している税負担の減少・排除であるのに対し、租税回避は、租税法規が予定していない税負担の減少・排除である。また、第1の2(2)で論じたとおり、ドイツのAO42条制定に当たっての議論をも参考にすると、租税回避とは、突き詰めると、「租税法規の要件を定める規定の文言には形式的には反しないが、当該租税法規の趣旨・目的に反すること」といえよう。このように考えることにより、初めて租税回避と節税とを区別することができる。

次に問題とすべきは、上記の「租税法規の要件を定める規定」であるが、これには、課税根拠規定と課税減免規定の2つがあることからこの2つに分けて検討してみることとする。

まず、課税根拠規定の場合は、その趣旨・目的は、究極的には、歳入確保であるが、そのために課税根拠を限定して規定していることから、このように限定して規定している趣旨・目的が問題とされるべきである。例えば、所得税法33条1項は、譲渡所得の課税要件を「資産」と「譲渡」としているが、この規定がキャピタル・ゲイン課税を行うためのものであると

の趣旨・目的を問題とすべきである。

他方、課税減免規定の場合には、その減免の趣旨・目的が本来的な場合（以下「本来的減免規定」）と政策的理由による場合（政策的減免規定）とがある。この場合の趣旨・目的は、本来的減免規定については、本来的に減免すべきとしている趣旨・目的を問題とすべきであり、政策的減免規定については、当該政策的理由を問題とすべきである。

- (2) このように課税根拠規定と課税減免規定とを分けてそれぞれの租税回避を考えると、課税根拠規定における租税回避とは、「課税根拠規定の要件の文言には形式的には該当しないが、該当しないとすると当該課税根拠規定が課税対象を規定している趣旨・目的に反すること」であり、課税減免規定における租税回避とは、「課税減免規定の要件の文言には形式的には該当するが、該当するとすると当該減免規定が減免としている趣旨・目的に反することであり、本来的減免規定の場合には、本来的に減免としている趣旨・目的に反することであり、政策的減免規定の場合には、当該政策的理由に反すること」ということができる。

このように考えた場合、具体的には、課税根拠規定における租税回避の例としては、徴収の根拠規定における徴収回避の例であるものの、一括支払いシステムについての最高裁平成15年12月19日判決（民集57巻11号2292頁）が典型例である。この最高裁判決は、「同条（注・徴収法24条）2項による告知は、譲渡担保財産から納税者の国税を徴収することができる場合に、譲渡担保権者にとって不意打ちにならないようにするため、あらかじめ同項所定の事項を通知しようとするものである。そして、同条5項にいう『第2項の規定による告知（中略）をした後』とは、同条2項の告知書が譲渡担保権者に到達した時点以降を意味するが、同条2項の告知の発出と到達の間の時間的間隔をとらえ、告知書の発出の時点で譲渡担保権者が譲渡担保権を実行することを納税者とあらかじめ合意することは、同条2項の手続が執られたことを契機に譲渡担保権が実行されたという関係があるときにはその財産がなお譲渡担保財産として存続するものとみな

すこととする同条5項の適用を回避しようとするものであるから、この合意の効力を認めることはできない。」(アンダーライン筆者)としているが、これは、徴収根拠規定の徴収回避の場合に、民法91条により、当該代物弁済条項を無効とし、国税徴収法24条が適用されたとした事案と考えられる。

国税徴収法の規定する徴収の根拠規定は、国税の徴収権と私人による担保権設定等との調整を図った規定であり、このような徴収規定の回避の場合に、民法91条が適用されて、契約の一部無効となるといっても、課税根拠規定の租税回避の場合に、果たして、当事者の締結した契約の一部が無効であるといえるかは問題である。この点は、課税根拠規定の場合には、契約の一部が無効であるとはいえないまでも、当該契約を有効であることを前提にして、課税根拠規定の趣旨・目的から拡張解釈の範囲内で、当該課税根拠規定を適用することは許されるであろう。

一方、課税減免規定の場合、本来的減免規定における租税回避の具体例は、第4の1(4)で検討した最高裁平成18年1月24日のフィルムリース事例がこれに当たると考える。また、政策的減免規定の具体例は、第4の1(5)で検討した最高裁平成17年12月19日判決の外税事例がこれに当たると考える。

2 租税回避の定義

- (1) 前記1のとおり、租税回避の本質を「租税法規の要件を定める規定の文言には形式的には反しないが、当該租税法規の趣旨・目的に反すること」ととらえたとき、さらに、これに即した具体的な租税回避の定義が問題となる。

第1で論じた法形式濫用基準は、租税回避のうちの、課税根拠規定について私法上の選択可能性の濫用で定義しようとするものであるが、これについては、既に述べたとおり、課税減免規定における租税回避を対象にしていない点と、特に課税減免規定の場合には、私法上の選択可能性の濫用よりも経済実質の有無を問うべきであるという点で問題がある。

wholly artificial 基準も、技巧的 (artificial) をどのように考えるかに係っているが、明確性では優れているものの、租税回避のとらえ方が狭いのではないかの問題がある。

一方、economic substance 基準は、economic substance を問うのはいいが、このままでは、これを問題とする根拠が明確ではない。

そうすると、租税回避の定義は、理論上は、「租税法規の濫用」であることを明らかにした上で、economic substance 基準を軸として定義すべきと考える。このように考えると、筆者としては、租税回避は、次のように定義すべきと考える。

「私法上は、その法形式どおりに有効であるが、(1)租税法上の便益を得るのが主たる目的であってこれ以外の事業目的その他合理的目的がほとんどなく、(2)当該租税法規の趣旨・目的に反するにもかかわらず、租税法上の便益以外の経済上の利益を得る見込みが極めて少ないか又は経済上の地位に意味のある変動を生じさせるものでないことから経済実質を欠く行為を行い、これによって、その法形式に対応する課税要件の充足を免れ又は課税減免規定の要件を充足させ、もって税負担を減少させ又は排除すること」

- (2) ここで若干付言すると、筆者の上記定義は、①税目的以外の事業目的その他合理的目的の不存在という主観的要件と、②当該租税法規の趣旨・目的に反し、経済実質を欠くとの客観的要件の2つを満たすときに、租税回避に当たるとするものである。筆者は、前記1(1)のとおり、租税回避の本質は、「租税法規の要件を定める規定の文言には形式的には反しないが、当該租税法規の趣旨・目的に反すること」と考えており、第2の3のeconomic substance 基準による租税回避の定義との違いは、客観的要件として「当該租税法規の趣旨・目的に反するにもかかわらず」ということを明示する点である。この定義は、経済実質を欠くことを問題としているが、第4の1(1)で検討したとおり、economic substance は、課税根拠規定の場合にも問題となると考えており、課税減免規定の場合には、税引き前の利益が

あるか否かが問題となり、課税根拠規定の場合には、経済的地位の意味のある変動があるかが問題となるものの、両方に当てはまる定義として考えている。

このように筆者は、上記のとおり、租税回避となるためには、②の客観的要件だけでなく、①の主観的要件も満たす必要があると考えているが、それは、economic substance 基準の根拠は、第2の2(2)で述べたとおり、租税負担を軽減させる以外の目的のない取引について減免するとすることは、本来租税法規の予定するところではなく、その立法目的や趣旨に反するとの「税以外目的必要原則」を根拠とするものであり、主観－客観の両面のみで、「税以外目的」があるかを問題とすべきと考えるからである。もっとも、筆者は、租税回避の本質は、「租税法規の要件を定める規定の文言には形式的には反しないが、当該租税法規の趣旨・目的に反すること」ととらえており、客観的要件が中核であると考えていることから、上記主観的要件は、あくまでも客観的要件を満たした場合の租税回避とならないための除外要件として考えている。筆者の定義は、両要件を単なる要素と考えると、両要件を総合して租税回避になると考えているのではない。租税回避にこのような主観的要件を持ち込むことには反論としては、主観的要件を満たしさえすれば租税回避と判断するのではないかという反論があり得ようが、これは客観的要件を満たすことを必要とすることにより解消されるはずである⁽⁵⁴⁾。

(54) 一高龍司准教授は、第4の1(2)イで述べたアメリカの合同租税委員会の2005年報告書の経済実質主義に基づくタックス・シェルターの定義は、税以外の目的の存在との主観的要件と経済実質の存在との客観的要件の両方を満たさない場合には、租税回避とされることから、conjunctive であるとして、税以外目的があっても、経済実質がない場合には、租税回避とされることとなり、不合理であるとする(同「タックス・シェルターへの米国の規制と我が国への応用可能性」ファイナンシャル・レビュー84号79頁)。しかし、筆者の定義は、税以外目的の不存在との主観的要件と経済実質の欠如との客観的要件の両方を満たして初めて租税回避となるとするものである。そうすると、筆者の定義では、経済実質がないが、税以外目的がある場合には、租税回避とはならないこととなり、一高准教授の懸念は問題とはならない。

また、所得税法 157 条等の同族会社の行為計算否認の規定においては、主観的要件が必要ないと考えられており⁽⁵⁵⁾、租税回避であることに主観的要件は不要であるとの反論もあり得よう。筆者も所得税法 157 条等の同族会社の行為計算否認の規定の解釈においては、主観的要件が必要ないと考えているが、これは、主観的要件は、認定が困難な場合もあり、そのような立証の困難性から、個別否認規定において主観的要件を不要とするのも、他の客観的要件で租税回避の場合に限定されるのであれば許されるからである。しかし、理論的に、租税回避であるために主観的要件が必要か否かは別問題であり、租税回避一般を論じる場合には、主観的要件抜きでは語るできないと考えている。

さらに、第 2 の 3 で economic substance 基準で租税回避の定義をした際には、「事業目的 (business purpose)」を問題としたが、筆者の上記定義では、事業目的に限定せず、「その他合理的目的」をも問題としている。これは、第 2 の 2 (3) で論じた「税以外目的必要原則」により忠実に考えたものであり、税以外の目的は、事業目的以外にも家族法的な目的などもあり得ることから、事業目的に限定しなかったものである⁽⁵⁶⁾。

(55) 金子・前掲租税法第 13 版 380 頁

(56) この点は、カナダの一般否認規定の所得税法 245 条の制定の際にも問題となったことであり、同条は、事業目的ではなく真実の目的 (bona fide purpose) と規定しているが、1984 年のステュバート事件についての最高裁判決 (Stubart Investments Ltd. v. R., [1984] C. T. C. 294) において、エステイ裁判官が、納税者が、経済的には不合理であったも、税法が予定している財政裁策や社会政策を実現する目的で行動する場合もあり得るとしたのを受けたものである (拙稿・前掲駿河台法学 21 卷 2 号 9 頁)。

結び

以上、租税回避とは何かということ、法形式濫用基準の限界を明らかにし、economic substance 基準と wholly artificial 基準について検討した上、economic substance 基準を軸にした上で、これを修正する筆者なりの理論的な定義を検討した。筆者は、租税回避の定義に当たり、economic substance 基準の考え方を取り入れているが、これは、課税要件事実の当てはめにおける実質主義を採用すべきと主張するものではない。すなわち、筆者の意味での租税回避であるとしても、課税要件事実の認定に当たり、直ちに私法上の形式を無視して、その経済実質に即して当てはめることは許されないと考えている。当該行為が租税回避であるか否かを検討するのは、冒頭で述べたとおり、課税要件事実の当てはめの場面ではなく、むしろ租税法規の解釈の場面で意味をもち、当該行為が租税法規の要件を定める規定の文言には形式的には該当するが、当該租税法規の趣旨・目的に反するか否かを検討するに当たり、手掛かりになると考えている。

また、筆者としては、今後我が国においても、一般否認規定の制定が問題となると考えているが、その際に租税回避の本質や定義を問い直すことが必要と考えており、本稿がいささかの参考になれば幸いである。