

# 課税庁からみた国際的租税回避否認についての 研究ノート

—3つの最高裁判決から学ぶ国際的租税回避への対応—

山 崎 昇

〔 税 務 大 学 校 〕  
〔 研 究 部 教 授 〕

## 要 約

### 1 研究の目的

「租税回避」は、講学上は法律の根拠がない限り否認されないとされているが、課税庁が「租税回避」の用語を使う場合は、「課税上弊害がある租税回避」を意味している場合が多い。しかし、課税庁は、「課税上弊害がある租税回避」というだけで課税処分しているのではなく、それぞれの事件の中で、事実認定や税法解釈を行って課税しているのである。近年、租税回避に対する課税理論については、次の3つの課税事件をきっかけに、「租税回避の『否認』の3類型」にみられるように議論が深まっているが、課税庁において、何を基準に「課税上弊害がある」として税務調査を展開するかについてはまだ整理されていないように思われる。

最近、外国法人との取引等を利用した租税回避事件について、注目すべき最高裁判決が相次いでされた。「外国税額控除事件」(最二小判平 17. 12. 19)、「映画フィルムリース事件」(最三小判平 18. 1. 24)、及び「オウブンシャホールディング事件」(最三小判平 18. 1. 24)である。これら3つの最高裁判決は、結果としては国側に有利なものであり、これらを国際的租税回避事件と捉えれば、「課税上弊害がある」ケースであったと考えられる。しかし、課税庁の租税回避否認理論の主張は必ずしも認められた訳ではなく、判決における最高裁の判断は、課税庁による今後の国際的租税回避に対する課税の考え方に影響を与えるものであると考える。課税庁は、3つの最高裁判決を踏まえ、今後の租税回避事案に対処していく必要があると考える。

本稿は、3つの最高裁判決の判例評釈を行うものではなく、その内容を分析・検討し、課税庁として、今後どのように国際的租税回避に対処していくべきかについて考察するものである。

## 2 研究の概要

### (1) 3つの最高裁判決の分析

3つ最高裁判決について分析する。事件の概要からみた内国法人が行う国際的租税回避の態様を分類し、最高裁の判断から課税庁として学ぶべき点について考察する。

3つの最高裁判決の内容をみると、内国法人が行う国際的租税回避の多くは、税法上の「損金算入」規定を利用し、我が国の課税管轄外から過大な「損金」を取り込むことにより「損金の額」を増加させ、「所得金額」という課税要件の充足を一部回避するものであると考えられる。しかし、この点が争点となった外国税額控除事件と映画フィルムリース事件では、最高裁は、課税庁が主張した租税回避否認理論を採用していない。

これら3つの課税訴訟においては、最高裁は、納税者の行った複数の取引や行為の全体像をみて、それに個々の税法規定が適用されるか否かにより課税の適否を判断している。課税庁は、納税者において租税回避行為があると認められる場合でも、証拠資料に基づく事実認定が重要であることを認識し、全体的な事実関係の把握に努め、税法の適用関係をよく吟味する必要がある、という税務調査の基本を、これら3つの最高裁判決から改めて学んだということができる。

### (2) 内国法人の国際的租税回避への対応

課税実務における「事実認定」の過程と租税回避否認の考え方を確認し、3つの最高裁判決における内国法人の租税回避の否認方法を分類する。また、課税庁が「制度の濫用」を認定して租税回避を否認し得る場合、及び「課税上弊害のある租税回避」の判定基準について考察する。

内国法人による租税回避を否認する考え方としては「事実認定に基づく『否認』」と「課税減免規定の限定解釈による『否認』」があるが、多くの租税回避は、課税庁が十分な事実認定と的確な税法規定の解釈・適用を行えば、従来からの課税庁の基本的なアプローチである「事実認定に基づく『否認』」により対処できる。それでも対処できない「課税上弊害がある租

税回避」については、「制度の濫用」を根拠とした「課税減免規定の限定解釈による『否認』」により課税処分を行うことになる。また、「制度の濫用」を根拠に税法規定の適用そのものを否認する『『制度の濫用』の認定による『否認』』という考え方も裁判所の判断としてはあり得るが、課税庁は、あくまでも「課税減免規定の限定解釈による『否認』」の主張の根拠として「制度の濫用」を言うべきであろう。

課税庁は、「制度の濫用」を根拠として租税回避を否認する場合は、単に「制度の濫用」というのではなく、「制度の濫用」についてももう少し具体的な要件を自らに課すべきではないか。試案として、①当事者が選択した取引形式が異常であること、及び②そのような取引形式を選択したことにつき租税回避以外には「事業目的（正当な理由）」が認められないこと、という要件が考えられる。②の要件中の「事業目的（正当な理由）」の有無については、主観テスト（事業目的を欠くこと）と客観テスト（経済的実質を欠くこと）の2つのテストによりその判定を行うことが考えられる。なお、課税庁は、「制度の濫用」を根拠とした租税回避否認のアプローチについては、租税公平の観点から、真に課税上弊害がある租税回避に対して用いるべきであろう。

また、「制度の濫用」の要件は、「課税上の弊害がある租税回避」か否かの判定基準としても利用できると考える。この判定基準は、税務調査の一定の段階で用いることにより、税務調査を継続するか否かを見極めると共に、調査展開の方向性を確認する機能を有するのではないかと考える。

### （3）外国法人の租税回避への対応

外国投資ファンドが日本で行う不良債権ビジネスを素材としたモデル事例から、外国法人が行う租税回避の態様について分析し、どのような場合に課税され得るかについて考察する。

外国法人特有の租税回避の態様は、国内における事業活動の機能を分散することにより「外国法人」という課税要件を回避する「PE 回避型」と、海外に設立したペーパーカンパニー等と形式的な契約関係（取引関係）を

構築して「国内源泉所得」という課税要件を回避する「租税条約濫用型」に類型化できる。その特徴は、内国法人の租税回避の主たる態様が課税管轄外から過大な「損金」を取り込んでいることとは対照的に、我が国の「国内源泉所得（益金）」を課税されることなく課税管轄外に流出させる形態をとることである。しかし、「課税上弊害がある租税回避」か否かについては、内国法人と同様の判定基準を用いることが可能であると考えられる。

外国法人の租税回避に対する基本的な対処方法としては、PE 回避型のケースでは、企業グループにおける「共同事業（組合）」を認定して PE 課税を行うことが考えられる。これは「事実認定に基づく課税」ということができる。また、租税条約濫用型のケースでは、課税が回避された所得を租税条約上は「利子」と解釈し、また国内法上は「国内資産の運用・保有所得」と解釈して課税することが考えられる。これは「租税条約又は国内法の解釈による課税」ということができる。さらに、真実の所得者を解明して実質所得者課税を行うことも考えられる。これは「事実認定に基づく課税」ということができる。いずれにせよ事案に応じてある程度の方向感をもって調査を展開することが肝要であろう。

### 3 結びにかえて

本稿は、国際的租税回避事案について、その態様の分析とこれに対する対処方法を考察している。しかし、実際に課税処分を行うとなると、その基礎となる「事実認定」の場面において、取引の全体像を解明するために必要な外国法人との資本関係や取引関係の把握等が困難なケースが多く存在する。課税庁がこれを克服するには相当な時間と労力が必要であろう。そうであれば、税務調査を効率よく行うために、真に課税上の弊害がある租税回避事案を抽出し、事実認定の方向性を定める必要があると考える。本研究がその一助になれば幸いである。

## 目 次

1	研究の目的	708
2	研究の概要	709
3	結びにかえて	711
	はじめに	714
I	3つの最高裁判決の分析	716
1	外国税額控除事件	716
2	映画フィルムリース事件	718
3	オウブンシャホールディング事件	720
4	内国法人の租税回避の態様—いかなる「課税要件」の 充足が回避されるか—	722
5	3つ最高裁判決から学ぶ—事実認定の重要性—	726
6	小括	729
II	内国法人の国際的租税回避への対応	730
1	課税実務における「事実認定」の過程と租税回避否認の考え方	730
2	3つの最高裁判決にみる租税回避否認	732
3	「制度の濫用」の認定による「否認」	735
4	課税庁が「制度の濫用」を認定して租税回避否認を行う場合	739
5	「課税上弊害がある租税回避」の判定基準	741
6	小括	743
III	外国法人の租税回避への対応 —外国投資ファンドが日本で行う 不良債権ビジネスを素材として—	745
1	外国投資ファンドによる具体的な租税回避の態様	745
2	外国法人が行う租税回避の分析	749
3	同族会社の行為計算否認規定の適用可能性	753
4	PE回避型への対処—PE認定課税—	758
5	租税条約濫用型への対処	762

6 小括	766
結びにかえて	767

## はじめに

「租税回避」は、講学上は法律の根拠がない限り否認されないとされているが<sup>(1)</sup>、課税庁が「租税回避」の用語を使う場合は、「課税上弊害がある租税回避」を意味している場合が多い。課税庁は、税法の規定に精通し、その趣旨目的を理解した上で、税務執行に従事しているのであり、その実務経験の中で、このような租税回避は課税の公平の観点から問題があるのではないかと、行き過ぎではないかと、というものを「課税上弊害がある租税回避」と考える。しかし、課税庁は、「課税上弊害がある租税回避」と考えるというだけで課税処分しているのではなく、それぞれの事件の中で、事実認定や税法解釈を行って課税しているのである。近年、租税回避に対する課税（否認）理論については、次の3つの課税事件をきっかけに、「租税回避の『否認』の3類型」<sup>(2)</sup>にみられるように議論が深まっているが、課税庁において、何を基準に「課税上弊害がある」として税務調査を展開するかについてはまだ整理されていないように思われる。

最近、外国法人との取引等を利用した租税回避事件について、注目すべき最高裁判決が相次いでだされた。最高裁平成17年12月19日第二小法廷判決<sup>(3)</sup>（以下「外国税額控除事件」という。）、最高裁平成18年1月24日第三小法廷

---

(1) 金子宏『租税法〔第11版〕』130頁（弘文堂、2006）。

(2) 主な文献として、中里実「課税逃れ商品に対する租税法の対応（上）（下）」ジュリスト1169号116頁、1171号86頁（1999-2000）。今村隆「租税回避行為の否認と契約解釈（1）～（4）」税理42巻14号206頁、15号262頁、43巻1号242頁、3号205頁（1999-2000）。占部裕典「租税回避に対するあらたなアプローチの分析」税法学546号27頁（1998）、同「租税回避行為論再考—外国税額控除枠の利用にかかる法人税更正処分取消請求控訴事件を素材として—」税法学548号21頁（2000）、同「最近の裁判例にみる『租税回避行為の否認』の課題—実体法的・証拠法的視点から—」税法学553号275頁（2005）。谷口勢津夫「司法過程における租税回避否認の判断構造—外国税額控除枠利用事件を主たる素材として—」租税法研究32号53頁（2004）。齊木敏文「租税回避行為の否認」寶金敏明編『現代裁判法体系29〔租税訴訟〕』197頁（新日本法規、1999）。

(3) 平成15年（行ヒ）第215号。最高裁判所HP（<http://courtdomino2.courtsgo.jp/home.nsf/>）、判時1918号3頁（2006）、判タ1199号174頁（2006）、杉原則彦「判解」法曹時報58巻6号1981頁（2006）。



判決<sup>(4)</sup>（以下「映画フィルムリース事件」という。）、及び最高裁平成 18 年 1 月 24 日第三小法廷判決<sup>(5)</sup>（以下「オープンシャホールディング事件」という。）である（以下、これら 3 つの最高裁判決を総称して「3 つの最高裁判決」という。）。これら 3 つの最高裁判決は、結果としては国側に有利なものであり、これらを国際的租税回避事件と捉えれば、「課税上弊害がある」ケースであったと考えられる。しかし、課税庁の租税回避否認理論の主張<sup>(6)</sup>は必ずしも認められた訳ではなく、判決における最高裁の判断は、課税庁による今後の国際的租税回避に対する課税の考え方に影響を与えるものであると考える。課税庁は、3 つの最高裁判決を踏まえ、今後の租税回避事案に対処していく必要があると考える。

本稿は、3 つの最高裁判決の判例評釈を行うものではなく、その内容を分析・検討し、課税庁として、今後どのように国際的租税回避に対処していくべきかについて考察するものである。

---

(4) 平成 12 年(行ヒ)第 133 号。最高裁判所 HP・前掲注(3)、判タ 1208 号 82 頁(2006)。

(5) 平成 16 年(行ヒ)第 128 号。最高裁判所 HP・前掲注(3)、判タ 1203 号 108 頁(2006)。

(6) 課税庁は、映画フィルムリース事件においては「私法上の法律構成による『否認』」、外国税額控除事件においては「課税減免規定の限定解釈による『否認』」を主張している。

## I 3つの最高裁判決の分析

3つ最高裁判決について分析する。事件の概要からみた内国法人が行う国際的租税回避の態様を分類し、最高裁の判断から課税庁として学ぶべき点について考察する。

### 1 外国税額控除事件

#### (1) 事件の概要

A銀行は、ニュージーランド法人のクック諸島子会社2社間の金銭消費貸借取引にシンガポール支店を介在させ（以下「本件取引」という。）、その金利差を収益としていたが、利息を受取る際に源泉税が控除されるため、現金収支はマイナスとなっていた。しかし、A銀行は、我が国での法人税の確定申告にあたり、外国税額控除の余裕枠があるために、納付すべき法人税からこの国外納付源泉税を控除して申告することにより、本件取引における現金収支のマイナスを解消していた。

課税庁は、この外国税額控除を否認して更正処分をしたが、裁判では、いわゆる「課税減免規定の限定解釈による『否認』」理論を主張している。

#### (2) 最高裁の判断

次のとおり判示し、本件取引に係る外国法人税について法人税法69条が適用されるべきであると判断した大阪高裁判決<sup>(7)</sup>（以下「A銀行大阪高裁判決」という。）を破棄し、自判した。

イ 外国税控除制度の趣旨目的は「政策目的」である

「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制度である。これは、同一の所得に対する国際的<sup>(7)</sup>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

---

(7) 大阪高判平15.5.14(平14(行コ)10号)、公刊物未登載、TKC判例等データベース登載。

確保しようとする政策目的に基づく制度である。」

すなわち、外国税額控除制度は国際的二重課税の排除及び事業活動に対する税制の中立性の確保を目的としているが、これは「政策目的」である。

ロ 外国税額控除制度の「濫用」であるので外国税控除することは許されない

「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被上告人（A 銀行）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剰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、我が国にお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。」

本件取引は、外国税額控除制度を濫用するものであり、本件取引により生じた外国法人税は外国税額控除の対象とはならない。

(3) 「課税減免規定の限定解釈による『否認』」について

いわゆる「租税回避の『否認』の3類型」のうちの「課税減免規定の限定解釈による『否認』」が主な争点となった事件<sup>(8)</sup>である。

---

(8) 現在 (2006.6) までに本件最高裁判決について評釈したものとして、今村隆「最

原審の A 銀行大阪高裁判決は、原告（A 銀行）は、金融機関の業務の一環として、顧客のために「自らの外国税額控除余裕枠を利用して、よりコストの低い金融を提供し、その対価を得る取引を行った」のであり、事業目的のない不自然な取引ではなく、本件取引は外国税額控除制度を濫用したものである、と判示していた。

一方、同種の事件である F 銀行の外国税額控除事件において、大阪高裁は、銀行が自己の「外国税額控除の余裕枠を利用」すること以外に「事業目的」が存在しない場合又はそれ以外の事業目的が極めて限局されている場合には法人税法 69 条の濫用と認め、同条 1 項の「外国法人税を納付することとなる場合」に当たらない旨判示し、「制度の濫用」事案においては限定的な解釈が許されるとして、「課税減免規定の限定解釈による『否認』」を採用している<sup>(9)</sup>（以下「F 銀行大阪高裁判決」という。）。

本件最高裁判決では、国側勝訴の判決であるが、「外国法人税を納付することとなる場合」に当たらないという「限定解釈」の部分に言及しておらず、本件取引に基づく外国税額控除の適用は、制度の濫用であるので許されないと判示している。最高裁は「課税減免規定の限定解釈による『否認』」理論は採用しなかったと考えられる。

## 2 映画フィルムリース事件

### (1) 事件の概要

不動産業を営む同族会社 B 社が組合員として出資する民法上の組合（以下「本件組合」という。）は、出資金（約 26 億円）に借入金（約 64 億円）を加えた金額約 86 億円（手数料約 4 億円を控除）を原資として映画（以

---

近の租税裁判における司法判断の傾向－外国税額控除事件最高裁判決を手掛りとして－」税理 49 卷 7 号 2 頁（2006）、本庄資「外国税額控除余裕枠の利用による租税回避事案に鉄槌を下した最高裁判決」税経通信 61 卷 7 号 25 頁（2006）。

(9) 大阪高判平 14. 6. 14（平 13（行コ）47 号）、判タ 1099 号 182 頁。なお、本件判決においても、判決では採用していないが「課税減免規定の限定解釈による『否認』」の余地はあるとしている。

下「本件映画」という。)を購入し、同日付で映画配給会社に配給権を賃貸していた(以下、「本件売買契約」及び「本件配給契約」という。)。B社は、出資割合に応じて本件映画を資産に計上し、減価償却費を損金として法人税を申告していた。

課税庁は、本件映画の減価償却費を否認して更正処分をしたが、裁判では、いわゆる「私法上の法律構成による『否認』」理論を主張している。

## (2) 最高裁の判断

次のとおり判示し、本件映画の減価償却費を損金に算入すべきではないとした原審の判断を是認している。ただし、「結論において是認することができる。論旨は採用することができない。」としている。

### イ 本件映画の使用収益権限及び処分権限を失っている

「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配給契約会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。」

### ロ 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

「本件組合は本件映画の購入資金の約 4 分の 3 を占める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、任意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か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はみることができず、本件組合の事業の用に供しているものとはいえないから、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。」

## (3) 「私法上の法律構成による『否認』」について

いわゆる「租税回避の『否認』の 3 類型」のうちの「私法上の法律構成

による『否認』が争点となった事件<sup>(10)</sup>である。国側勝訴の高裁判決が維持されているが、最高裁は、「本件映画の減価償却費を損金に算入すべきではないとした原審の判断は、結論において是認することができる。論旨は採用することができない」と判示している。原審の大阪高裁は、「原告人は、本件映画に関する所有権その他の権利を真実取得したのではなく」、「租税回避目的」で形式を用いた、として減価償却費を否認している<sup>(11)</sup>。最高裁は、「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」、「本件組合の事業の用に供しているものということとはできない」と認定し、法人税法31条1項にいう減価償却資産には当たらないとして、減価償却費を否認した課税処分を是認している。

最高裁は、法人税法上の「損金」に係る「別段の定め」である個別税法規定（法人税法31条）の適用の問題として判断しており、いわゆる「私法上の法律構成による『否認』理論を本件取引に採用することについては、「結論において是認することができる。論旨は採用することができない」と判示することにより否定しているのではないか。

### 3 オウブンシャホールディング事件

#### (1) 事件の概要

原告人C社は、その保有する内国法人株式15万株及び現金を出資してオランダに設立した100%子会社D社の株主総会において、その発行株式総数の15倍の新株をオランダ法人E社（C社の関連会社）に著しく有利な価額で発行する決議を行い、D社は決議に従って第3者割当増資を行った。

課税庁は、上記新株発行においてC社に法人税法22条2項に規定する「取引」に係る「収益」が生じており、C社からE社への「資産価値の移転」

(10) 現在（2006.6）までに本件最高裁判決について評釈したものはないが、主な文献として、地裁判決を論じた、瀧圭吾「フィルムリースを用いた仮装行為と事実認定」ジュリスト1165号130頁（1999）、高裁判決後の文献として、金丸和弘「フィルムリース事件と『事実認定による否認』」ジュリスト1216号136頁（2004）。

(11) 大阪高判平12.1.18（平10（行コ）65号）、訟月47巻12号3767頁。

を法人税法 37 条の寄附金と認定して課税した。

(2) 最高裁の判断 (法人税法 22 条 2 項に規定する「取引」について)

次の理由により、「上告人 (C 社) の保有する D 社株式に表章された同社の資産価値については、上告人が支配し、処分することができる利益として明確に認めることができるところ、上告人は、このような利益を、D 社との合意に基づいて同社に移転したというべきである。したがって、この資産価値の移転は、上告人の支配の及ばない外的要因によって生じたものではなく、上告人において意図し、かつ、D 社において了解したところが実現したものであるから、法人税法 22 条 2 項にいう取引に当たるといふべきである。」と判示している。

イ 上告人は、D 社の唯一の株主であったのであるから、同社の新株の発行について自由に決定できる立場にあり、著しく有利な価額による第三者割当増資を同社に行わせることによって、その保有する D 社株式に表章された同社の資産価値を、同株式から切り離して、対価を得ることなく第三者に移転させることができたものといふことができる。

ロ 上告人が、D 社の唯一の株主の立場において、同社発行済株式総数の 15 倍の新株を著しく有利な価額で発行させたのは、上告人の D 社に対する持株割合を 100% から 6.25% に減少させ、E 社の持株割合を 93.75% とすることによって、D 社株式に表章されていた同社の資産価値の相当部分を対価を得ることなく E 社に移転させることを意図したものであるといふことができる。

ハ この新株発行は、上告人、D 社、E 社等の各役員が意思を相通じて行ったというのであるから、E 社においても上記の事情を十分に了解した上で、上記の資産価値の移転を受けたものといふことができる。

(3) 法人税法 22 条 2 項に規定する「取引」について

法人税法 22 条 2 項に規定する「取引」が問題となった事件<sup>(12)</sup>である。

---

(12) 現在 (2006.6) までに本件最高裁判決について評釈したものとして、品川芳宣「海

最高裁は、株主総会の決議という行為であっても、それが唯一の株主による行為であり、そのことによって株主に帰属すると認められる資産価値が他者に移転する場合は、それを株主が意図し、他者が了解することにより実現している場合は、法人税法 22 条 2 項の「取引」となる、としている。

最高裁は、株主総会の決議による「資産価値の移転」が法人税法 22 条 2 項の「取引」というためには、「資産価値の移転」が唯一の株主の「意図」と増資引受者の「了解」により「実現」していることが必要としている。

同族関係会社における株主総会の決議という行為を通じて「資産価値の移転」が行われる場合があるが、この移転が我が国の課税管轄の内から外へと行われる場合には、課税庁は、法人税法 22 条 2 項に規定する「取引」を認定して「益金」を認識することが可能である。ただし、この判決から言えることは、「唯一の株主」による決議という行為を通じた「資産価値の移転」を「益金」と認識できるのは、株主の「意図」と受益者の「了解」

(双方の「合意」)により「実現」していると事実認定できるような限定的な場合であるということである。

#### 4 内国法人の租税回避の態様—いかなる「課税要件」の充足が回避されるか—

ここでは、3 つ最高裁判決の事件を一般的な意味で租税回避事件と捉え、内国法人が行う国際的租税回避の具体的な態様について分析する。

##### (1) 内国法人が行い得る租税回避

講学上の「租税回避」とは、「私法上の選択可能性を利用し、私的経済取

---

外子会社株式に係る含み益の増資移転における収益認識と当該株式の評価方法—オープンシャホールディング事件— T&A Master 162 号 16 頁 (2006)、川田剛「外国子会社の第三者割当てと親会社への受贈益課税の可否—オープンシャ事案にかかる最高裁判決—」国際税務 26 卷 3 号 50 頁 (2006)。高裁判決を論じた主な文献は、占部裕典「法人税法 22 条 2 項の適用範囲について—オープンシャホールディング事件における第三者割当増資を通して—」税法学 551 号 3 頁 (2003)、瀧圭吾「オープンシャホールディング事件に関する理論的問題」租税法研究 32 号 27 頁 (2004)。



引プロパーの見地からは合理的な理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、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」である<sup>(13)</sup>。

また、講学上の「課税要件」とは、「納税義務の成立要件、すなわち、それが充足されることによって納税義務の成立という法律効果を生ずる法律要件」<sup>(14)</sup>である。「各租税に共通の課税要件として、納税義務者、課税物件、課税物件の帰属、課税標準および税率の5つがある」<sup>(15)</sup>。所得税及び法人税に関していえば、課税物件は「所得」、課税標準は「所得金額」である<sup>(16)</sup>。すなわち、法人税の課税要件は、「納税義務者」、「所得」、「所得の帰属」、「所得金額」及び「税率」である。

ところで、内国法人は、無制限納税義務者であり（法人税法4条）、全世界所得に課税されるので、内国法人である限り「納税義務者」であることを回避し得ず、「税率」も回避し得ないであろう<sup>(17)</sup>。また、「所得の帰属」の回避は、累進税率を採用していない法人税においては、具体的には繰越欠損金の利用<sup>(18)</sup>が想定されるが、内国法人間で帰属の変更が行われる場合<sup>(19)</sup>には、実質所得者課税（法人税法11条）により防止され得る。そうすると、内国法人がその充足を回避しうる課税要件は、「所得」及び「所得金額」ということになる。

---

(13) 金子・前掲注(1) 127頁。

(14) 金子・前掲注(1) 147頁。

(15) 金子・前掲注(1) 147頁。

(16) 金子・前掲注(1) 181頁。

(17) 税額控除は、「税率」ではなく「所得金額」の問題として捉えられる。

(18) なお、繰越欠損金の利用制限については、平成18年度税制改正により法人税法57条の2が創設され、一定の制度的手当がなされた。

(19) なお、本稿では、「所得の帰属」を内国法人から外国法人に変更することによる回避については、外国法人の租税回避の問題として考えることとする。

(2) 税法上の「損金算入」規定を利用した「所得金額」の充足の一部回避<sup>(20)</sup>

「外国税額控除事件」における租税回避の内容は、手数料を得て他者が負担すべき外国法人税を引き受け、これについて外国税額控除をして申告することにより、その負担を国に転嫁したものと考えられる。「映画フィルムリース事件」における租税回避の内容は、他者が使用している減価償却資産をあえて自己の勘定に取り込んで減価償却費を損金計上したものと考えられる。また、「オープンシャホールディング事件」においては、自己の保有する株式を現物出資してオランダ子会社を設立し、その際、圧縮記帳制度<sup>(21)</sup>を利用することにより、税法上は譲渡益が未実現のままオランダ子会社に株式が移転している側面があり、この未実現利益に対する我が国の課税機会がその後のオランダ子会社による第三者割当増資によって失われたことで、租税回避に色彩が強くなる。

これらの「租税回避」は、法人税法 22 条 3 項の「損金の額」に係る「別段の定め」として設けられている税法上の「損金算入」規定<sup>(22)</sup>を利用して「損金の額」を増加させ、「所得金額」という課税要件の充足を一部回避し

- (20) 日本大学の木村教授は、「租税回避」と「節税（又は租税受益）」とを区別し、「節税」を「法律構成の選択権と契約の自由を行使することをおして、(1) 所得の金額の計算上損金算入（必要経費計上）、税負担の減免もしくは繰延べを許容する節税法律要件または (2) 租税法上もしくは租税条約上の受益を許容する租税受益要件を充足することによって、税負担を軽減または排除すること」と定義している。そして、法律構成を（濫用により）あえて節税要件の充足をすることを節税要件の「充足の詐取」としている。木村教授の区別によれば、外国税額控除事件と映画フィルムリース事件は「節税要件の充足の詐取」ということになるのかもしれない（木村弘之亮「節税と租税回避の区別の基準」小川英明=松沢智=今村隆編『新・裁判実務体系 租税争訟』346-347 頁（青林書院、2005）。
- (21) 当時、株式を現物出資することにより子会社を設立する場合は圧縮記帳が認められていたため（旧法人税法 51 条）、納税者は A 社株式の現物出資による譲渡益について圧縮記帳により課税を繰り延べていた。外国子会社の設立についてまで現物出資の圧縮記帳を認めると、我が国はその譲渡益に対する課税機会を失う可能性が高くなるため、制度の趣旨からすればこれは認められないと考えられるが、明確な除外規定がなく、圧縮記帳が認められていた。
- (22) 外国税額控除事件は法人税法 69 条、映画フィルムリース事件は法人税法 31 条、オープンシャホールディング事件は旧法人税法 51 条がこれに当たる。

ているということができる<sup>(23)</sup>。

このようにみると、内国法人が行う租税回避の多くは、税法上の「損金算入」規定を利用して「損金の額」を増加させることによる「所得金額」という課税要件の充足の一部回避ということになるのではないか。

#### (3) 「益金の額」が生じる「取引」を回避することによる「所得」の充足を回避

「オウブンシャホールディング事件」で争点となった租税回避の内容は、現物出資によりオランダ子会社に移転した株式について、株主権を行使してオランダ子会社に第3者割当増資させることによりその「資産価値」を実質的に第3者に移転し、その株式を第3者に譲渡する際に生じる譲渡益に対する我が国における課税を回避している<sup>(24)</sup>。

このように、第3者割当増資という通常用いられない法形式を選択することによって「資産価値の移転」を行うことにより、「益金」が生じる「取引」を回避することが可能な場合がある。

「所得」は税法固有の概念であり、実現した経済的成果に即して判定される<sup>(25)</sup>。したがって、私法上の選択可能性を利用し、通常用いられない法形式を選択することによっても、理論的には、税法上の「所得」という課税要件の充足を回避することはあり得ないと考えられるが、この事件のように、「所得」が「実現」していないようにみせることは可能かもしれない。

#### (4) 租税回避の国際的側面

これらの事件における国際的側面をみると、外国税額控除事件及び映画フィルムリース事件については、我が国の課税管轄外から過大な「損金」を取り込んでいること、であろう。また、オウブンシャホールディング事件については、我が国の課税管轄外に含み益を有する資産を移転する場合

---

(23) 外国税額控除事件は、厳密に言えば「損金」ではないが、法人税法22条3項の「損金」に係る「別段の定め」という意味で広く捉えることとする。

(24) オランダ子会社は、増資の後、株式を別の第3者に譲渡している。なお、この譲渡益についてはオランダの税制上は課税されない。

(25) 金子・前掲注(1)123頁。

にまで圧縮記帳による「損金」を認識していること、及び、その資産の譲渡から生じる「益金」について、我が国と外国の課税制度の違いを利用して、我が国のみならず外国での課税も回避していること、であろう。すなわち、これらの事件においては、我が国の課税管轄内に流入する「損金」又は我が国の課税管轄外に流出する「益金」について、我が国における課税上、適正な所得金額が算定されていないことになる。

なお、これらの租税回避は、我が国の課税管轄外で行われる取引についても把握しないとその全体像が認定できないこと、すなわち、海外で行われる取引に関する事実認定を必要することに特徴がある。

## 5 3つ最高裁判決から学ぶ—事実認定の重要性—

課税庁は、最高裁の判断から何を学ぶか、ということについて考察する。

### (1) 租税回避否認理論について

課税庁は、我が国の課税管轄外から過大な「損金」を取り込んでいた外国税額控除事件及び映画フィルムリース事件において、それぞれ「課税減免規定の限定解釈による『否認』理論」と「私法上の法律構成による『否認』理論」を主張したが、いずれも最高裁では採用されなかった。

#### イ 課税減免規定の限定解釈による「否認」

外国税額控除事件の最高裁判決は、本件取引に基づく外国税額控除の適用は、「制度の濫用」であるので許されないと判示し、「課税減免規定の限定解釈による『否認』理論」には言及していない。

本件判決は、「制度の濫用」を理由として「制度の適用」を否認している。しかし、最高裁は、「課税減免規定の限定解釈による『否認』理論」を採用したF銀行外国税額控除事件の納税者の上告について、本件判決と同日（平成17年12月19日）にこれを上告棄却・不受理決定している。したがって、最高裁が「課税減免規定の限定解釈による『否認』理論」を否定しているとは考えられない。ここでは、「制度の濫用」を理由として租税回避否認が可能であることが示されたということが重要

であると考え。課税庁は、事案の事実認定に際し、取引の全体像の把握に努め、「制度本来の趣旨目的を逸脱している」こと、すなわち「制度の濫用」を立証することが重要であると認識すべきであろう。

#### ロ 私法上の法律構成による「否認」

映画フィルムリース事件の最高裁判決は、本件取引に対する法人税法 31 条の適用の問題として判断しており、いわゆる「私法上の法律構成による『否認』」理論については、原審の「論旨は採用することができない」と判示し、否定的である。

最高裁は、本件においては「私法上の法律構成による『否認』」という方法によらなくても、法人税法 31 条 1 項の解釈によりその適用を否認し、同様の課税処分が可能であったと述べているように思われる。あえて言えば、課税庁は、私法の領域に踏み込んでその法律構成を再構成するという方法を採る前に、事実関係に対する税法の適用の問題として事件をよく考えるべきであった、と諭されているのではないか<sup>(26)</sup>。

#### (2) 事実認定の重要性

いわゆる「租税回避」取引は、私法上の法形式は整っているため、納税者は、契約書等の法形式に関する証拠資料は、むしろ積極的に課税庁に開示する。3 つの事件においては、課税庁は、この証拠資料に満足することなく、問題となっている取引の経緯や海外の事情、当事者の意思決定過程等を丹念に調査し、これに関する証拠資料の収集に努め、その取引の全体像を把握することに努めている。

最高裁は、原審で確定した「事実関係」に基づいて、争点となっている法律の解釈・適用について、それぞれ次のように判断し、実質的に課税処分を維持している<sup>(27)</sup>。課税庁による税務調査における「事実認定」の重要

---

(26) 「本判決は、本件を、上記のような私法上の契約のレベルではなく、法人税法の解釈として解決しようとするものである」と解説されている(判タ 1208 号 83 頁(2006))。

(27) 「事実関係」については、高裁までにおける課税庁の立証活動が功を奏しているといえる。

性を改めて認識する必要がある<sup>(28)</sup>。

イ 外国税額控除事件＝「全体としてみれば」

最高裁は、A 銀行が行った本件取引について、「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を対価を得て引き受け、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その負担を免れ、最終的に利益を得ようとするものである旨判示している。

最高裁は、法の適用の場面において、事実関係を「全体として」みて、本件外国法人税について法人税法 69 条を適用できない、と判断している。

ロ 映画フィルムリース事件＝「実質的には」

最高裁は、本件組合について、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、「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旨判示している。

最高裁は、法人税法 31 条 1 項の減価償却資産の解釈に当たり、本件映画フィルムの「実質的」な使用収益権限及び処分権限に着目して判断している。

ハ オウブンシャホールディング事件＝「取引」の認定

最高裁は、本件有利発行第 3 者割当増資について、D 社の唯一の株主の立場である C 社（上告人）の「意図」と増資引受者である E 社の十分に「了解」の下に、D 社株式に表章されていた同社の「資産価値の移転」である旨判示している。

最高裁は、このような認識のもとで、この資産価値の移転の「実現」は、法人税法 22 条 2 項に規定する「取引」である、と判断している。

---

(28) 課税訴訟においては、裁判所は、課税庁及び納税者の提出した証拠資料とそれぞれ主張に基づき、裁判所としての「事実認定」を行う。税務調査において行う課税庁の「事実認定」は、納税者の反証及び反論に耐え得るものでなくてはならない。

## 6 小括

3つの最高裁判決の内容をみると、内国法人が行う国際的租税回避の多くは、税法上の「損金算入」規定を利用し、我が国の課税管轄外から過大な「損金」を取り込むことにより「損金の額」を増加させ、「所得金額」という課税要件の充足を一部回避するものであると考えられる。しかし、この点が争点となった外国税額控除事件と映画フィルムリース事件では、最高裁は、課税庁が主張した租税回避否認理論を採用していない。

これら3つの課税訴訟においては、最高裁は、納税者の行った複数の取引や行為の全体像をみて、それに個々の税法規定が適用されるか否かにより課税の適否を判断している。課税庁は、納税者において租税回避行為があると認められる場合でも、証拠資料に基づく事実認定が重要であることを認識し、全体的な事実関係の把握に努め、税法の適用関係をよく吟味する必要がある、という税務調査の基本を、これら3つの最高裁判決から改めて学んだということができる。

## II 内国法人の国際的租税回避への対応

課税実務における「事実認定」の過程と租税回避否認の考え方を確認し、3つの最高裁判決における内国法人の租税回避の否認方法を分類する。また、課税庁が「制度の濫用」を認定して租税回避を否認し得る場合、及び「課税上弊害のある租税回避」の判定基準について考察する。

### 1 課税実務における「事実認定」の過程と租税回避否認の考え方

租税回避事件においては、特に「事実認定」が重要であるが、課税実務における事実認定の過程と租税回避否認の考え方について確認する。

#### (1) 課税実務における事実認定の過程

個々の税法規定には課税要件が具体的に定められている<sup>(29)</sup>（以下「具体的課税要件」<sup>(30)</sup>という。）。したがって、具体的課税要件に該当する事実（以下「課税要件事実」という。）が確定すれば、その税法規定が適用されることとなる。

しかし、確定した事実をそのままでは税法が適用できないような事例もある。このような場合は、「事実の確定」の後に「認定」を行って「税法の適用」を容易にする<sup>(31)</sup>。「事実認定」又は「課税要件事実の認定」とは、この「事実の確定」と「認定」の作業とすることができる。

(29) 課税要件のすべてと租税の賦課・徴収の手続は法律によって規定されなければならないが、これを「課税要件法定主義」という（金子・前掲注（1）80頁）。

(30) 講学上の「課税要件」は、「納税義務者」、「課税物件」、「課税物件の帰属」、「課税標準」及び「税率」であるが（金子・前掲注（1）147頁）、実務上「課税要件」の用語を使用する場合は、個々の税法規定に定める納税義務の成立要件をいう場合が多い。そこで、本稿では、個々の税法規定に定める課税要件を「具体的課税要件」ということとする。

(31) 関西大学の村井正教授は、タイプケを引用し、「事実認定の一連の過程は、…『事実の確定』、『認定』、『事実の包摂』又は『法の適用』から構成されるが、…確定した事実をそのままでは課税要件に包摂できない場合に、これに『認定』を加えることによって課税要件への包摂を容易にする。」と述べている（村井正「租税法における事実認定」同『租税法と取引法』46-47頁（清文社、2003、初出1984））。



ところで、「要件事実の認定に必要な事実関係や法律関係の『外観と実体』ないし『形式と実質』がくいちがっている場合には、外観や形式に従ってではなく、実体や実質に従って、それらを判断し認定しなければならない<sup>(32)</sup>（下線筆者）とされる。すなわち、課税庁は、「事実関係」や「法律関係」を「実体や実質に従って」判断して「事実認定」し、課税処分を行なうことが可能である。

また、「税法の適用」の前に「税法の解釈」が問題となる場合がある。税法の解釈は原則として文理解釈によるべきであるが、文理解釈によって規定の意味内容を明らかにすることが困難な場合には、その規定の趣旨目的に照らしてその意味内容を明らかにする必要がある<sup>(33)</sup>。課税庁は、認定事実に税法を適用する過程で税法規定の趣旨目的に基づいて「税法を限定的に解釈する」余地がある<sup>(34)</sup>。

課税訴訟も同様の過程で行われる。すなわち、課税庁は、課税要件事実の認定に必要な「事実関係（法律関係を含む）」の主張・立証<sup>(35)</sup>と、その事実関係に対する「税法の解釈・適用」の主張を行い、また、裁判所は、当事者の提出した具体的事実に関する証拠とそれに基づく主張を総合的に判断して「事実関係」を確定させ、税法の解釈・適用を行う<sup>(36)</sup>。

---

(32) 金子・前掲注 (1) 140 頁。

(33) 金子宏東京大学名誉教授は、「具体的な事実を法を適用するためには、法の意味内容を明らかにする必要がある。この作用を法の解釈という。租税法は侵害法規であり、法的安定性の要請が強く働くから、その解釈は原則として文理解釈によるべきであり、みだりに拡張解釈や類推解釈を行うことは許されない。文理解釈によって規定の意味内容を明らかにすることが困難な場合に、規定の趣旨目的に照らしてその意味内容を明らかにしなければならないことはいうまでもない。」と述べている（金子・前掲注 (1) 119 頁）。

(34) 金子宏名誉教授は、米国判例の Gregory 事件を取り上げ、「ある規定の解釈に当たって、その中に立法趣旨を読み込むことによってその規定を限定的に解釈するという解釈技術は、わが国でも用いる余地がある」と述べている（金子宏「租税法と私法—借用概念及び租税回避について—」租税法研究 6 号 21-24 頁（1978））。

(35) 訴訟における要件事実の主張・立証については、司法研修所編『増補民事訴訟における要件事実 第一巻』2-30 頁（法曹会、1986）。

(36) 裁判所が具体的課税要件の適用に当たって採用した事実が最終的な「課税要件事

## (2) 租税回避否認の考え方

課税庁は、個別否認規定は適用されないが、「課税上弊害がある租税回避」が認められると考えてこれを否認しようとする場合、上記(1)で確認した「事実認定」の過程や「税法の解釈」において、実務上は2つの方法を用いる。1つは、税務調査において、内国法人が税務申告する際に基礎としたものとは異なる「事実関係」が存在するという証拠資料を収集し、「損金」の不存在(又は「益金」の存在)を「事実認定」する方法である。これは、従来からの課税庁の基本的なアプローチである「事実認定に基づく『否認(課税)』」である<sup>(37)</sup>。この際、納税者が用いている「形式的な法律関係」ではなく「真実の法律関係」に即して課税する場合があるが、これは「私法上の法律構成による『否認(課税)』」の考え方である<sup>(38)</sup>。もう1つは、課税処分に当たり、税法上の「損金」に関しては、個々の税法規定における具体的課税要件を形式的に充足していても、本来の税法の趣旨目的を逸脱する形式で行われていると認定して税法の趣旨解釈によりその適用は否認する、「課税減免規定の限定解釈による『否認』」の考え方である。

## 2 3つの最高裁判決にみる租税回避否認

ここでは、3つ最高裁判決の事件について、どのような「否認(課税)」が行われたかについて検討することとする。

### (1) 「映画フィルムリース事件」＝「事実認定に基づく『否認』」

最高裁は、本件映画フィルムの取得に関する「事実関係」においては、

---

実」ということになる。

- (37) この場合は、課税庁は、私法取引については当事者間の合意を示す書類があれば、それが「仮装」でない限り原則として是認する。例外は、同族会社の行為計算否認規定に代表される個別否認規定を適用する場合である。
- (38) 「ただし、このことは、要件事実の認定に必要な法律関係についていえば、表面的に存在するように見える法律関係に即してではなく、真実に存在する法律関係に即して要件事実の認定がなされるべきことを意味するに止まり、真実に存在する法律関係からはなれて、その経済的成果なり目的なりに即して法律要件の存否を判断することを許容するものではない」(金子・前掲注(1)140-141頁)。

映画フィルムを「事業の用に供している」とは認められないとして、法人税法 31 条の減価償却費の具体的課税要件である「減価償却資産」には当たらないと、その減価償却費の計上を否認している。

課税庁が課税処分の段階でこのような課税をする場合は、「事実認定に基づく『否認』」ということになる。

(2) 「オープンシャホールディング事件」 = 「事実認定に基づく『課税』」

法人税法 22 条 2 項は、「益金の額」について規定しており、その具体的課税要件は、「資産の販売、有償又は無償による資産の譲渡又は役務の提供、無償による資産の譲受けその他の取引」及びこれらの取引に係る「収益の額」と考えられる。「オープンシャホールディング事件」で認定された「取引」は、法人税法 22 条 2 項の「益金の額」の具体的課税要件の 1 つと考えられる。このように考えると、「オープンシャホールディング事件」は、「事実認定に基づく『課税』」ということができる<sup>(39)</sup>。

しかし、法人税法 22 条 2 項は、無償取引についても「収益」を擬制することにより、未実現のキャピタル・ゲインに課税し、又は適正所得を算出するための規定とされ、「その適用の結果としていわば自動的に租税回避が否認される」効果があり、租税回避否認規定の性格を併有しているとされる<sup>(40)</sup>。法人税法 22 条 2 項が無償取引についての個別否認規定と考えれば、「オープンシャホールディング事件」は「個別否認規定による否認」ということになるかもしれない<sup>(41)</sup>。

- 
- (39) 本件では、一審の東京地裁においては、「資産価値」が移転したのは、納税者の具体的な行為である「株主総会の決議」ではなく、A 社の行為である「第三者割当増資」によるとして、同族会社の「行為又は計算」という要件に該当していないとして、法人税法 132 条の適用が否定された。
- (40) 金子宏「無償取引と法人税—法人税法 22 条 2 項を中心として—」同『所得課税の法と政策』351-353 頁（有斐閣、1996、初出 1983）。
- (41) 同志社大学の占部教授は、「法人税法 22 条 2 項は、法人税に係る所得金額を算出するための計算規定であり、租税回避行為の否認規定ではない」と述べている（占部・前掲注（12）13 頁）。

## (3) 「外国税額控除事件」＝「『制度の濫用』の認定による『否認』」

最高裁判決は、「制度の濫用」というキーワードによる国側勝訴という意味では、F 銀行大阪高裁判決と同じ結論であるが、その判示の内容は微妙に異なっているように思われる。

## イ F 銀行大阪高裁判決＝「課税減免規定の限定解釈による『否認』」

「制度の濫用」が認められる場合には、税法の「趣旨解釈」が許され、本件外国法人税の負担は法人税法 69 条 1 項の具体的課税要件である「外国法人税を納付することとなる場合」に当たらないとして外国税額控除を否認している。この場合の「趣旨解釈」は、文理解釈を前提として、「立法趣旨に基づいて文言を解釈する」という意味であると考えられる。「租税回避の『否認』の 3 類型」のうちの 1 つであり、米国判例法理である「事業目的の法理 (Business purpose Doctrine)」の影響を受けていると思われる<sup>(42)</sup>。

本件判決は、本件取引には租税回避以外に「事業目的」がないと認定して「制度の濫用」をいい、法人税法 69 条の限定解釈を認めているが、最高裁判決の原審の A 銀行大阪高裁判決は、租税回避以外に正当な「事業目的」がないとはいえないと認定し、法人税法 69 条の限定解釈を認めていない。しかし、両判決とも、税法規定の解釈・適用の場面においては、租税回避以外に「事業目的」がない取引、すなわち「租税回避目的」の取引については法人税法 69 条の限定解釈が可能であることを是認している<sup>(43)</sup>。両者の相違は、それぞれの取引における「事業目的」に

(42) 米国の「事業目的の法理」は、Gregory 事件 (Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465 (1935)) において、商業上又は産業上の取引に対して税法を適用するにあたり、事業目的のない租税回避の動機だけで行われた取引は含まない、と判示され、これがその後判例法理として形成されてきたものである (Bittker & Lokken “Federal Taxation of Income, Estates, and Gifts” 4.3.4 (3rd ed.1999))。すなわち、「租税回避目的以外に事業目的がない取引」には税法を適用しないというものである。なお、米国判例法理に関する文献として、瀧圭吾「アメリカにおける租税回避否認法理の意義と機能 (1)」学習院大学法学会雑誌 38 巻 2 号 91 頁 (2003)。

(43) 一橋大学の水野教授は、「外国税額控除制度は、国際的二重課税を、国内法により

関する裁判所の判断の相違である。

ロ 最高裁判決＝『制度の濫用』の認定による『否認』

最高裁は、「外国税額控除制度本来の趣旨目的を著しく逸脱する態様で利用して納税を免れ」、「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」ことにより生ずる外国法人税を法人税法 69 条の外国税額控除の対象とすることは、「制度の濫用」に当たり許されないとしている。

最高裁は、本件取引に関する事実関係が法人税法 69 条の具体的課税要件に該当するか否かの判断をすることなく、制度の「適用」を否認しているように思われる。F 銀行大阪高裁判決が、租税回避以外に「事業目的」がない場合は「制度の濫用」に当たり、税法の解釈において趣旨解釈が許されると判示し、「税法の解釈」の問題としたこととは一線を画する。『制度の濫用』の認定による『否認』ということが出来るかもしれない<sup>(44)</sup>。

### 3 「制度の濫用」の認定による「否認」

「外国税額控除事件」の最高裁判決では、税法上の「損金算入」規定について、『制度の濫用』の認定による『否認』という考え方が採用されているようにみえる。課税庁は、課税処分の段階でこのような課税をすることは可能であろうか。また、課税庁が「制度の濫用」を認定しようとする場合、ど

排除するための制度であり、所得税の構造の一部をなしている」のであり、また、『事業目的の理論』とは、制定法の立法趣旨を明らかにすることが重要なものであり、政策減免規定について限定解釈できることを明らかにした規定であると解するのは、Gregory 事件判決の判旨として読み取るは不正確である」と述べている（水野忠恒「外国税額控除に関する最近の裁判例とその問題点」国際税務 23 卷 3 号 24-25 頁(2003)）。

(44) ただし、金子宏名誉教授は、「最高裁判所が、平成 17 年 12 月 19 日判決（未公開）において、ある銀行の取引が法人税法 69 条の定める外国税額控除制度の濫用に当たるとして、その適用を否定したのも、法律上の根拠がない場合に否認を認める趣旨ではなく、外国税額控除制度の趣旨・目的にてらして規定の限定解釈を行った例であると理解しておきたい。」と述べている（金子・前掲注（1）131 頁）。

のように認定すればいいのであろうか。これについて検討する。

#### (1) ドイツにおける濫用防止規定

ドイツ租税通則法 42 条 1 項は、「法律構成の可能性の濫用によって、租税法律を回避することはできない。濫用がみられる場合は、租税請求権は、その経済取引に相応しい法律構成が行われたとすれば成立すると同様に成立する。」と規定し、同条 2 項は「第 1 項は、その適用可能性が法律により明文をもって排除されていない場合、適用される。」と規定している。

この規定は、一般的な租税回避否認規定とされ、「濫用」を要件として、私法取引を税法上引き直すことを容認している<sup>(45)</sup>。しかし、ドイツにおいては、この規定についても確認規定説と創設規定説の議論されているようであり、また、裁判例においても不確定概念である「濫用」を問うよりも、回避される個々の税法を目的論的解釈・縮小解釈することにより租税回避を防止する傾向にあるようである<sup>(46)</sup>。

いずれにせよ、ドイツにおいては、この規定の適用による『制度の濫用』の認定による『否認』は可能である。

#### (2) 我が国における「濫用」の規定

我が国においても「濫用」を許さないという規定は存在する。憲法 12 条は「この憲法が国民に保障する自由及び権利、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない。又、国民は、これを濫用してはならないのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ」と規定し、民法 1 条 3 項は「権利ノ濫用ハコレヲ許サス」と規定している。

一橋大学の水野教授は、「法の一般理論である民法第 1 条の 3 の権利の濫用規定を最後のよりどころに、『事業目的理論』の根拠付けを行うことが有益ではないか」と述べている<sup>(47)</sup>。また、日本大学の木村教授も「国税通則法

(45) ドイツでは、「納税者が選択した法形成を税法上無視（否認）することは、解釈原則規定によっては許されず、租税回避否認規定によってのみ可能となる」とされる（清永敬次『租税回避の研究』（ミネルヴァ書房、1995）205 頁）。

(46) 木村弘之亮「租税回避防止規定に係る方法論」ジュリスト 1231 号 182-185 頁。

(47) 水野・前掲注 (43) 25 頁。

をはじめとする租税法律が権利の濫用規定を置いていないとしても、民法1条3項をその根拠とできないわけではない」と述べている<sup>(48)</sup>。しかし、課税実務上は、税法の規定ではなく、民法の権利濫用の禁止規定を根拠として租税回避否認を行うことは躊躇せざるを得ない。回避された個々の税法を趣旨解釈又は適用否認するための根拠として、国税通則法にドイツのような濫用防止規定を置くことが望ましいのではないか。

### (3) 最高裁判決の検討—米国の判例法理を参考に—

最高裁は、外国税額控除事件において、租税回避以外の「事業目的」の有無については言及していない。しかし、原審のA銀行大阪高裁判決とF銀行大阪高裁判決において、取引における租税回避以外の「事業目的」の有無について判断が分かれており、取引行為に「正当な事業目的がなく、あるいは極めて限局された事業目的しかない」ことを理由に「制度の濫用」を認めて「課税減免規定の限定解釈による『否認』」を採用しているF銀行大阪高裁判決については、納税者側が上告し、最高裁は本件判決と同日（平成17年12月19日）にこれを上告棄却・不受理決定している。最高裁は、「制度の濫用」を判示するにあたっては米国の判例法理である「事業目的の理論」については十分意識していたと考えられる<sup>(49)</sup>。

---

(48) 木村・前掲注(20) 340頁。

(49) ただし、米国における判例法理を理解するにあたっては、米国においては、連邦法である税法は、州毎に異なる民事法の拘束を受けず、その解釈・適用は、税法独自に行われており、私法取引を税法上引き直すという議論はない、ということ認識しておく必要がある。京都大学の岡村忠生教授の次のように述べている。「こうした判例法理による否認が行われてきた根本的な理由は、アメリカの連邦制度において各州で民事法が異なることにあると考えられる。このことが、連邦法たる税法の解釈適用を各州民事法からは独立したものとしたり、すなわち、州法の拘束を受けずに税法独自の事実認定を行わせ、州法上の文言が歳入法典中の存在する場合にもこれを独自に解釈させてきたのである。もし、州毎に民事法が異なる制度の下で、税法の解釈適用を連邦法として統一に行うとすれば、その基準となりうるものは、経済的実質しかあり得ないといえる。…したがって、税法は、法形式ではなく経済的実質、つまり、州民事法上のような法形成があるかではなく、法形式の殻を透過し、その包まれた実体、真実を直接把握して課税の基礎としなければならないという要請が、元来から存在したのである。」「したがって、アメリカでは日本やドイ

最高裁判決をもう一度見てみよう。「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。」(下線筆者)と判示している。

この論旨は、「事業目的の理論」というより、米国の判例法理の1つである「実質において虚偽 (sham in substance)」の法理における「二分枝テスト」と同様の考え方のようにみえる。二分枝テストとは、①主観テスト：事業目的を欠くこと（言い換えれば、納税者の主観に税負担回避目的しかないこと）、②客観テスト：経済的実質を欠くこと（言い換えれば、取引を客観的に見て課税前利益が生じる可能性がないこと）、の要件に該当する場合には、その取引は「実質において虚偽取引」として、税法の適用対象とならない、というものである<sup>(50)</sup>。

上記の最高裁判決の判示事項の「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」は主観テスト、「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」は客観テストを表現しているということができないのではないか。最高裁は、「制度の濫用」を言うにあたり、二分枝テストの考え

---

ツにおける租税回避の否認のような私法上の形成可能性の乱用とそれに対する課税上における引き直しといった形での議論はない。」(岡村忠生「税負担回避の意図と二分枝テスト」税法学 543 号 15-16 頁 (1995))。

(50) 岡村・前掲注 (49) 20-26 頁。以前は、客観テストは主観テストの客観化の基準とされていたようであるが、現在は客観テストが重視されているようである。



方を採用しているということも可能ではないか。

#### 4 課税庁が「制度の濫用」を認定して租税回避否認を行う場合

個別否認規定がない場合でも、真に課税上弊害がある租税回避に対しては、租税公平の観点から、課税庁が「制度の濫用」を認定してこれを否認することは可能かもしれない。しかし、課税庁がこのアプローチを採る場合は、特に次の3点が重要であると考ええる。

##### (1) 「税法規定の趣旨解釈による『否認』」を主張すること

最高裁は、外国税額控除制度の「濫用」として外国税額控除の適用を否認しているが、事実関係としては「外国法人税を納付」しているのだから、ドイツのような法の規定や米国のような判例法理がない以上、課税庁が「制度の濫用」という理由で法の適用を否認する課税処分を行うことは困難であったと考えられる<sup>(51)</sup>。そこで、課税庁は、法人税法 69 条 1 項の「外国法人税を納付することとなる場合」に当たらないという「法の解釈」の問題として主張し、F 銀行大阪高裁判決ではこれが認められている。

課税庁としては、「制度の濫用」を根拠として「課税減免規定の限定解釈による『否認』」を主張し、あくまでも裁判所の判断として「『制度の濫用』の認定による『否認』」を引き出すべきであろう。

##### (2) 自ら「制度の濫用」に要件を課すこと

個別租税回避否認規定には、同族会社行為計算否認規定おける「不当」や過大役員報酬の損金不算入規定における「過大」など、価値判断を要する「規範的要件」<sup>(52)</sup>が存在する。「濫用」も規範的要件である。

規範的要件は、一般的にならざるを得ないが、課税庁は、「制度の濫用」を認定するにあたり、単に「制度の濫用」をいうのではなく、「制度の濫用」

(51) 課税処分に当たっても、更正の理由書に具体的な理由が書けないのではないか。

(52) 「法律効果の発生要件として、過失、重過失あるいは正当理由、正当事由といった規範的評価に関する一般的、抽象的概念を取り込んだと解される実体法は少なくない。…これらは規範的要件と総称される」(司法研修所・前掲注 (35) 30 頁)。

についてももう少し具体的な要件を自らに課すべきであろう。その要件としては、かつて金子宏東京大学名誉教授が一般的租税回避否認規定の要件として「仮りに」挙げた、次の2つが考えられる<sup>(53)</sup>。

イ 当事者が選択した取引形式が異常であること。

ロ そのような取引形式を選択したことにつき租税回避以外には正当な理由が認められないこと。

ロの「正当な理由」も規範的要件であるが、企業が行う取引に「事業目的」があれば、その取引は「正当な理由」を有すると考えられるので、企業にこの要件を当てはめる場合は「正当な理由」を「事業目的」に置き換えることが可能である<sup>(54)</sup>。この「事業目的(正当な理由)」については、「二分枝テスト」を採用し、①主観テスト：事業目的を欠くこと(納税者の主観に税負担回避目的しかないこと)、②客観テスト：経済的実質を欠くこと(取引を客観的に見て課税前利益が生じる可能性がないこと)、の2つのテストによりその有無を判定することが適当と考える。

税務調査官は、「租税回避以外に事業目的がないこと」を立証しようとする、取引の意思決定等の内部文書を収集するなど、主観的な租税回避の意図の立証に偏りがちになる。そこで、課税前と課税後の利益を比較するアプローチを採用して、客観的に租税回避以外に事業目的がないことを立証することも重要であると考え。課税庁は、これらの要件に該当するような具体的事実についての証拠資料を収集し、これをもって「制度の濫用」に当たるとの裁判所の法的判断を引き出すことが重要ではないか。

(3) 海外取引に関する証拠資料の収集に努力すると共にその困難性も主張すること

3つの最高裁判決に係る事件における教訓として、I5において事実認定

(53) なお、金子宏名誉教授は、「この2つの要件は、いずれも一般的であり、且つ不明確であって、法的安定性と予測可能性を害することになりやすい」と述べ、個別立法を迅速に行うことによる対処すべきしている(金子・前掲注(42)19頁)。

(54) 企業が行う取引については、「正当な理由」を「事業目的」に置き換えることにより、規範的要件の価値判断の範囲を縮小することができる。と考える。

の重要性を指摘した。しかし、海外取引に関する証拠資料については、税務調査における質問検査権の行使以外には、課税庁としての収集は困難である<sup>(55)</sup>。課税庁は、問題となっている取引に関連する海外取引については、十分に質問検査権を行使したにも関わらず証拠資料の収集ができなかった旨についても主張すべきである<sup>(56)</sup>。

一橋大学の水野教授は、海外取引に関する事実認定の困難性について、「海外取引がかかわるため、国外における証拠の収集が困難である場合」があるとし、「外国法人については、当該外国政府に対して、情報交換しか認定の手段がない場合が多く、取引の真実性や仮装取引を認定することには困難が多いと思われる。それにも、文書等の証書の四隅に審査が限られるのではなく、状況の審査から取引の真実性を認定することには困難である場合が少なくないと考えられる」<sup>(57)</sup>と述べている。このような認識を裁判所にも共有してもらうよう努力することも重要であろう。

## 5 「課税上弊害がある租税回避」の判定基準

課税庁は、「課税上弊害がある租税回避」事案に対して課税処分を行う場合、その前提として「事実関係」の全体像を解明することが重要である。さらに、国際的租税回避事案においては、事実関係の全体像を解明するためには、3つの最高裁判決の事件をみても分かるように、日本に拠点のない外国法人との取引関係や海外での取引関係を把握することが必要であり、それが課税処分に重要な役割を果たしている。しかし、税務調査において海外の事実関係を解明するには相当な時間と労力が必要となる。

- 
- (55) 租税条約に基づく情報交換による情報収集は可能である。我が国は、2006年4月現在、45条約（56カ国適用）を締結しているが、対スイス条約を除き、情報交換規定を有している。
- (56) 近年の国際課税の税務調査の場面においては、親会社の了解の必要性、取引先との秘密保持契約等を理由に、帳簿書類等の提示遅延、質問に対する答弁の遅延又は回避、担当者の答弁時間の制限など、調査に対する非協力（巧妙な検査忌避）もみられる。
- (57) 水野・前掲注（43）23頁。

課税庁は、真に課税上の弊害のある租税回避に対しては毅然として課税処分を行うべきと考えるが、税務調査の初期の段階では、仮に「租税回避」が認められるとしても、事実関係に未解明の部分も多く、「課税上の弊害がある租税回避」事案であるか否かを判定することは困難である。「課税上の弊害」の有無については、税務調査を展開していく過程で判明してくるのであり、最終的に「事実認定に基づく『否認』」により課税される事案も多いと思われるが、一方で、時間をかけて事実関係を解明した結果、「課税上の弊害」がない、又はあることを立証できないとして課税処分に至らない事案もあると思われる。

課税庁としては、税務調査を効率的に展開して真に課税上の弊害のある租税回避に対して的確に課税処分を行うためには、税務調査の途中の段階で、その事案に「課税上の弊害がある租税回避」が認められるか否かを判定し、税務調査を継続・展開する事案と調査を打ち切る事案を見極める必要があるのではないかと考える。その判定の基準としては、上記4(2)で検討した「制度の濫用」の要件が利用できるものとする。

すなわち、課税庁は、税務調査の一定の段階において、「租税回避」取引について「課税上の弊害がある」があるか否かを、①当事者が選択した取引形式が異常であること、及び②そのような取引形式を選択したことにつき租税回避以外には「事業目的(正当な理由)」が認められないことという基準で判定し、これを目安に税務調査を継続する租税回避事案を見極めると共に、調査展開の方向性<sup>(58)</sup>を確認することも必要であるとする。

なお、②の基準中の「事業目的」については、主観テストと客観テストにより判定することとなるが、客観テストの内容については、「損金」の取込みを念頭においた「課税前利益が生じる可能性」の有無だけでなく、「所得(益金)」の海外流出を念頭においた「我が国における税負担の減少以

---

(58) 判定基準に当てはめてみて事実関係の確認が不十分な事項は、少なくとも今後の調査で解明すべき事項ということになるのではないかと考える。

外に利益が生じる可能性」の有無を判定要件とする必要があると考える<sup>(59)</sup>。この要件は、上記3(3)で引用した最高裁判決の判示事項において客観テストとみた「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」という部分と並列して、「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」と判示していることから導出できると考える。

## 6 小括

内国法人による租税回避を否認する考え方としては「事実認定に基づく『否認』」と「課税減免規定の限定解釈による『否認』」があるが、多くの租税回避は、課税庁が十分な事実認定と的確な税法規定の解釈・適用を行えば、従来からの課税庁の基本的なアプローチである「事実認定に基づく『否認』」により対処できる。それでも対処できない「課税上弊害がある租税回避」については、「制度の濫用」を根拠とした「課税減免規定の限定解釈による『否認』」により課税処分を行うことになる。また、「制度の濫用」を根拠に税法規定の適用そのものを否認する「『制度の濫用』の認定による『否認』」という考え方も裁判所の判断としてはあり得るが、課税庁は、あくまでも「課税減免規定の限定解釈による『否認』」の主張の根拠として「制度の濫用」を言うべきであろう。

課税庁は、「制度の濫用」を根拠として租税回避を否認する場合は、単に「制度の濫用」というのではなく、「制度の濫用」についてももう少し具体的な要件を自らに課すべきではないか。試案として、①当事者が選択した取引形式が異常であること、及び②そのような取引形式を選択したことにつき租税回避以外には「事業目的（正当な理由）」が認められないこと、という要件が考え

---

(59) 「制度の濫用」の要件は、税法上の「損金算入」規定の「濫用」への対処を念頭においているが、「課税上弊害がある租税回避」の判定基準としては、「事業目的」の客観テストは、「所得（益金）」を我が国で課税されることなく課税管轄外に流出させている「租税回避」についても意識する必要があると考える。

られる。②の要件中の「事業目的（正当な理由）」の有無については、主観テスト（事業目的を欠くこと）と客観テスト（経済的実質を欠くこと）の2つのテストによりその判定を行うことが適当と考える。なお、課税庁は、「制度の濫用」を根拠とした租税回避否認の方法については、租税公平の観点から、真に課税上弊害がある租税回避に対して用いるべきであろう。

また、「制度の濫用」の要件は、「課税上の弊害がある租税回避」か否かの判定基準としても利用できると考える。この判定基準は、税務調査の一定の段階で用いることにより、税務調査を継続するか否かを見極めると共に、調査展開の方向性を確認する機能を有するのではないかと考える。

### Ⅲ 外国法人の租税回避への対応

－外国投資ファンドが日本で行う不良債権ビジネスを素材として－

外国投資ファンドが日本で行う不良債権ビジネスを素材としたモデル事例から、外国法人が行う租税回避の態様について分析し、どのような場合に課税され得るかについて考察する。

#### 1 外国投資ファンドによる具体的な租税回避の態様

外国法人の租税回避は、その大半は外国企業グループが稼得した国内源泉所得を我が国で課税されることなく国外に持ち出すために構築するスキームによって行われる。以下では、外国投資ファンドが不良債権ビジネスを日本で行う場合の基本的な仕組みと課税関係を確認し、次にモデル事例により外国法人の租税回避の態様を検討する。

##### (1) 基本的な不良債権ビジネスの仕組み（基本型）と課税関係

不良債権の買取・回収ビジネスは、基本的には次の手順で行われる。

##### イ 購入すべき不良債権を評価・買取りの交渉

日本拠点としてA社（米国LLC）東京支店を設立し、A社東京支店は、日本の金融機関が保有する不良債権について、その評価及び買取交渉を行う<sup>(60)</sup>。

A社東京支店は、不良債権に係る評価及び買取交渉の手数料を受領し、これを外国法人の恒久的施設（PE）の所得として法人税を申告する。

##### ロ 不良債権の購入・保有

不良債権保有SPCとしてケイマン法人B社東京支店を設立する<sup>(61)</sup>。B社は、日本の金融機関から不良債権を購入し、これを保有する。B社東

---

(60) 評価と交渉は別のグループ法人が行う場合もあるが、ここではA社が単独で行っているものとする。一般的には、不良債権の評価は、債権回収会社に外注する場合が多い。

(61) 投資ファンドは、通常は一つの金融機関から購入した不良債権については一つのSPCが購入して保有するという方針をとっている。

京支店の不良債権の購入資金は、B 社本店が利益連動型社債を発行するなどして主として米国投資家から調達する。

B 社東京支店は、日本における不良債権ビジネスの利益から本店が支払った社債利子等の資金コストを控除して、外国法人の恒久的施設 (PE) として法人税を申告する<sup>(62)</sup>。

#### ハ 不良債権の回収

日本のサービサー法上の債権回収会社 C 社を設立し、B 社東京支店が保有する不良債権の回収業務に当たらせる。

C 社は、不良債権の回収業務に係る手数料を受領し、法人税を申告する。

### (2) 具体的な租税回避の形態

次に、2 つのモデル事例により、外国法人の租税回避の態様について検討することとする。

#### イ PE 未設置型

B 社は、東京支店を設立せず、ケイマン本店が直接金融機関と不良債権の売買契約を締結する。その他のビジネスの仕組みは基本型と同じである。

B 社が稼得する不良債権ビジネス所得は、国内法上は事業所得と考えれば、B 社は日本に PE がないので法人税申告の必要はない。仮に PE が無くても申告する必要がある「国内にある資産の運用又は保有により生ずる所得」(以下「国内にある資産の運用・保有所得」という。)と認定されたとしても、その利益は利益連動型社債の利子として投資家に分配

---

(62) B 社東京支店の日本における不良債権ビジネスに係る課税所得は、不良債権の回収額を益金とし、回収額に対応する債権購入額とこれに伴う資金コストを損金として算出される。B 社東京支店が米国投資家等に支払う利益連動型社債等の利子は、B 社東京支店の法人税の申告において損金とされる場合は、PE が負担する利子として我が国の課税対象となる (OECD モデル租税条約 11 条 5 項、日米新租税条約 11 条 7(a))。仮に本店配賦経費として損金算入を認めるとすると、適正利率により算出することになる。



されているため、支払利息控除後の申告所得金額はゼロに近くなる<sup>(63)</sup>。

#### ロ 日蘭租税条約利用型

基本型のビジネスの仕組みに加え、オランダにD社、ケイマンにE社を設立する。

B社東京支店は、不良債権の購入資金をD社から匿名組合出資により調達し、不良債権ビジネスに係る利益の大半を匿名組合分配金としてD社に分配する。その結果、B社東京支店が申告すべき課税所得は、D社に支払う匿名組合分配金が損金となるために著しく減少する。一方、D社が受領する匿名組合分配金については、国内法では課税となるが<sup>(64)</sup>、日蘭租税条約では「その他所得」と解されているため<sup>(65)</sup>、条約の適用により我が国では課税されない。

また、上記(1)の基本型と同様にB社本店が買取資金の調達を行うなどによりB社東京支店がすでに不良債権を保有している場合には、B社東京支店は、不良債権に係るリスクを移転する名目でその将来の回収利益の大半をD社に移転する契約（以下「利益移転契約」という。）<sup>(66)</sup>をD

(63) B社が米国投資家等に支払う利益運動型社債等の利子は、PEが負担する利子ではないので、我が国の課税対象とはならないと考えられる。

(64) 外国法人等に「国内において事業を行う者に対する出資につき、匿名組合契約（これに準ずる契約として政令で定めるものを含む。）に基づいて受ける利益の分配」（以下、「匿名組合分配金」という。）は「国内源泉所得」であり（所得税法161条12号）、その支払をする者に対しては、その支払の際に源泉徴収義務が課されている（所得税法212条）。

(65) 匿名組合分配金は、租税条約に明確な規定がない場合は、一般には租税条約上は「その他所得」と考えられている（小沢進「匿名組合の利益の分配に関する日独租税条約の規定の適用について」税務事例29巻3号67-68頁（1997）、仲谷栄一郎=井上康一=梅辻雅春=藍原滋『改訂版』外国企業との取引と税務』277-278頁（商事法務研究会、2000））。

(66) 不良債権の購入価額にはリスクは折込済みであり、したがって、その回収からは利益が生じる蓋然性が極めて高いと考えられる。しかし、企業グループが、契約自由の原則の下に、このような契約をグループ内法人間で締結させることは可能である。東京大学の中里教授は、関連会社間の金融派生商品取引における利益の付け替えの可能性について、金融派生商品の取引は、基本的にはリスクそのものの取引であるが、リスクの評価には主観的要素が不可避であることから、「関連会社間におい

社と締結することも考えられる。その結果、B 社東京支店は、調達資金の金利を本店に、利益移転契約に基づく利益分配金（以下「契約利益分配金」という。）を D 社に損金として支払うことにより、申告すべき課税所得が著しく減少することになる<sup>(67)</sup>。一方、D 社が受領する契約利益分配金は、D 社が B 社東京支店に対して有している利益分配請求権と事実認定されれば「国内にある資産」<sup>(68)</sup>の保有から生ずると認められ、国内法上は課税となると考えられるが、日蘭租税条約上は「その他所得」として我が国では課税されない可能性が極めて高い。

てリスク評価に関して何らかのマニピュレーションを行うことにより、利益を付け替えることが常に可能なのではないかと思われる。」と述べている（中里実「金融取引をめぐる最近の課税問題Ⅳ 金融取引と利益の付け替え」税研 Vol. 14 81 号（1998）75 頁）。

- (67) 東京大学の中里教授は、古典的な利益の付け替え（＝所得の帰属・源泉地の変更）の具体例の 1 つとして、「ある納税者が、その行う他の納税者に対する一定の形態の支払を、自らの所得算定上、費用等として損金算入することができるように仕組んだ場合には、利益は、一方から他方に対して移転したといえる。」と述べている（中里・前掲注（66）74 頁）。
- (68) 法人税法施行令 177 条 1 項は、その「運用又は保有により生ずる所得」が国内源泉所得となる「国内にある資産」の例として、割引国債や内国法人が発行する割引債・約束手形（CP）、国内業務を行わない居住者に対する貸付金、及び国内営業所等を通じて締結した生命保険契約に基づく保険金の支払又は剰余金の分配を受ける権利を掲げている。また、平成 14 年度税制改正以前は、「国内業者との匿名組合契約（組合員が 10 人未満）に基づいて利益の分配を受ける権利」もこれに掲げられていた（改正による削除は、組合員の人数に関わらず国内業者から受ける匿名組合分配金が法人税法 138 条 11 号の国内源泉所得とされたことによるものであり、改正後は、法人税法施行令 177 条 2 項の、その「譲渡により生ずる所得」が国内源泉所得となる「国内にある資産」の例とされている）。このようにみると、法人税法施行令 177 条 1 項に掲げられている「国内にある資産」は、居住者・内国法人又は国内事務所に対して有する利益分配を受ける権利等で、その支払いが単発又は不規則等のため源泉徴収課税にはなじまないような資産性の所得を生むもの、を例示していると考えられる。したがって、このような「国内事業者から契約に基づいて利益の分配を受ける権利」は、「国内にある資産」に該当すると考えられる。なお、金子宏東京大学名誉教授は、譲渡所得の文脈において、『資産』とは、譲渡性のある財産権をすべて含む観念で、動産・不動産はもとより、借地権、無体財産権、許認可によって得た権利や地位など広くそれに含まれる」と述べている（金子・前掲注（1）226-227 頁）。この記述から、税法上「資産」の範囲は、譲渡性のある権利や地位を含む広範なものであることがわかる。

いずれのケースでも、さらにD社とケイマン法人E社との間で同様の匿名組合契約又は利益移転契約を締結すれば<sup>(69)</sup>、B社東京支店が稼得する不良債権ビジネス所得は、課税されることなくE社に移転することになる

## 2 外国法人が行う租税回避の分析

外国法人は、内国法人と異なり、国内源泉所得のみが課税対象となる制限納税義務者であり、国内にPEがない場合や租税条約の適用がある場合にはその課税範囲が縮小するため、租税回避の態様はこれを利用したものが多い。また、外国法人による租税回避は、内国法人の多くが課税管轄外から過大な「損金」を取り込んでいることとは対照的に、我が国の「国内源泉所得（益金）」を課税されることなく課税管轄外に流出させていることに特徴がある。

### (1) 外国法人の租税回避の態様

上記の1(2)の外国法人の租税回避のモデル事例をみると、外国法人が日本で稼得した不良債権ビジネス所得を課税されずに国外に持ち出す方法、すなわち、外国法人が我が国における「課税要件の充足」を回避する方法は2つに分類できる。1つは、所得の帰属者を国内にPEを持たない外国法人とすることにより、我が国における「納税義務者」という課税要件の充足を回避する方法であり、もう1つは、所得の帰属者である納税義務者が国内PEのない外国法人に利益を損金分配することにより「所得の帰属及び種類」を変更し<sup>(70)</sup>、一定の租税条約を利用して、「国内源泉所得」という

---

(69) 例えば、E社は、B社東京支店に対するD社の匿名組合出資の99%をD社に匿名組合出資し、D社がB社東京支店から受取る匿名組合分配金の99%を受取るという匿名組合契約を締結する。同様に、E社は、B社東京支店とD社間の利益移転契約に基づいてD社がB社東京支店から受取る契約利益分配金の99%を受取るという利益移転契約を締結する。

(70) 「(1) 課税所得の所得分類を変更し、(2) 所得の帰属主体をシフトさせ、(3) 課税のタイミングを繰り延べる」ことは、タックス・プランニングの基本である（マイロン・ショールズ他（坂林孝郎訳）『MBA 税務工学入門』28頁（中央経済社、2001））。

課税要件の充足を回避する方法である。

イ PE 未設置－「納税義務者」という課税要件の充足回避－

不良債権ビジネスにおいては、その事業活動を、①不良債権の評価と買取交渉、②所得の帰属主体としての存在、及び③不良債権の回収業務に区分し、これを別々の法人が行うことが可能である。不良債権の評価や買取交渉は、日本の金融機関との交渉を考えれば、日本に拠点を設ける必要性は高いが、不良債権購入後は、買取交渉担当者を事業に関与させる必要はないし、その拠点を存続させる必要もない。所得の帰属主体は、SPC として存在するのみであり、回収業務をサービサーに委託すれば日本に拠点を設ける必要はない。また、不良債権の回収業務は、サービサー法上のサービサーである必要があり、日本に拠点を設けなければならないが、必ずしもグループ専属で業務を行う必要はない。

PE 未設置型のモデル事例においては、所得の帰属主体は日本に PE を設ける必要がないという特性を生かし、次のように PE 課税を回避している。

B 社は、東京支店を設立せず、A 社東京支店の買取交渉の最終契約の段階で来日して買取契約に署名して不良債権を直接購入・保有し、その後の回収業務は C 社に委託して回収金額の送金を受ける。したがって、B 社に帰属する不良債権の買取回収益は、国内法及び租税条約において国内に PE がなくても課税される所得に該当しない限り、我が国では課税されない。国内に PE を有しないことによる租税回避の典型的なパターンである。

ロ 租税条約の利用－「所得」の「帰属及び種類」の変更－

不良債権ビジネスは、上記イのとおり、その事業活動の機能を分散することが可能である。しかし、何らかの事情で購入した不良債権を海外の法人に直接保有させることができない場合がある<sup>(71)</sup>。その場合は、B

---

(71) また、当初は支店を設置して事業を行っていたが、利益の増加が見込まれたため

社は、東京支店を設置して不良債権を保有し、日本に PE のない海外の関連会社との間で、利益の大半を損金分配することが可能で、かつ、その分配金が我が国では課税されない所得となるような契約を締結することにより、国内源泉所得としての課税を回避する。

利用される租税条約の相手国には 2 つの条件が必要である。1 つは、いわゆる条約上の「その他所得」の課税権が居住地国にある租税条約であること、もう 1 つは、居住地国において投資所得に対する課税優遇措置が存在すること、である。この条件にはオランダやアイルランドが該当する。

日蘭租税条約利用型のモデル事例においては、次のように、その帰属及び種類を変更し、課税を回避している。

B 社東京支店は、自己の稼得した不良債権ビジネス所得について、オランダ法人 D 社と匿名組合契約又は利益移転契約を締結することにより、その大半を損金となる匿名組合分配金又は契約利益分配金として支払って D 社に帰属させ、同時にその所得の種類を租税条約上の「その他所得」に変更している。その結果、D 社に帰属する匿名組合分配金又は契約利益分配金は、日蘭租税条約の適用により我が国では課税されないこととなる。

## (2) 「課税上弊害がある租税回避」か否かの判定

PE 未設置型及び日蘭租税条約利用型の租税回避は「課税上弊害がある租税回避」であろうか。これを判断するにあたっては、II 5 で検討した「課税上弊害がある租税回避」か否かの判定基準、すなわち、①当事者が選択した取引形式が異常であること、及び、②そのような取引形式を選択したことにつき租税回避以外には「事業目的」が認められないこと、の 2 つの基準により判定してみよう。なお、「事業目的」の有無の判定は客観テスト

---

に課税回避を企図する場合もある。

によるが<sup>(72)</sup>、「所得（益金）」の海外流出における判定であるので、「取引を客観的に見て我が国における税負担の減少以外に利益が生じる可能性」の有無で判定することとする。

#### イ PE 未設置型

2つの点において取引形式が異常といえるのではないかと。第1に、日本における不良債権ビジネスは、不良債権の評価と買取交渉、契約の締結、及び不良債権の回収、の手順で行われるが、この一連の業務は、そのどの機能が欠けても不良債権ビジネスとしては利益を生まないにも関わらず、その機能を別々の法人に分散していること。第2に、取引対象である不良債権は日本の金融機関が日本の企業に対して有する貸付債権であり、その業務はすべて日本国内で行われており、さらに、利益に対する貢献度は、最も高い業務が不良債権の評価と買取交渉であり、次に高い業務が不良債権の回収である、と考えられるが、日本に PE を有さず、何の業務も行っていない SPC に不良債権ビジネスの利益の大半が帰属していること。

また、PE を設置しないで SPC に不良債権ビジネスの利益を帰属させることは、内国法人が不良債権ビジネスを行う場合又は外国法人が「基本型」で不良債権ビジネスを行う場合と比較すると、我が国における税負担の減少以外に何ら利益に変化はみられず、その取引形式を選択したことにつき我が国における租税回避以外には事業目的（正当な理由）が認められないといえるのではないかと。

したがって、PE 未設置型は、一般的には「課税上弊害がある租税回避」と考えられる。なお、課税上弊害がある PE 未設置型を「PE 回避型」と呼ぶこととする。

#### ロ 日蘭租税条約利用型

不良債権ビジネスは、その利益が SPC の国内 PE に帰属することにより、

---

(72) 個別事案ではないので、主観テストによる判定は困難である。

日本国内で完結している。問題となるのは、その利益を投資家に分配するための匿名組合契約又は利益移転契約を、直接米国投資家とせずに、オランダのペーパーカンパニーと締結していることである。投資家が居住していないオランダのペーパーカンパニーに利益のほとんどを分配するということは、取引形式が異常であるといえるだろう。

また、匿名組合分配金又は契約利益分配金は、租税条約上は「その他所得」とされ、日米租税条約を適用すれば我が国で課税されるが、日蘭租税条約を適用すると我が国では課税されず、オランダでも少額の課税しか受けない。両者を比較すると、我が国における税負担の減少以外に何ら利益に変化はみられず、その取引形式を選択したことにつき我が国における租税回避以外には事業目的（正当な理由）が認められないといえるのではないか<sup>(73)</sup>。

したがって、租税条約利用型も、一般的には「課税上弊害がある租税回避」と考えられる。なお、課税上弊害がある租税条約利用型を「租税条約濫用型」と呼ぶこととする。

### 3 同族会社の行為計算否認規定の適用可能性

上記の1(2)のモデル事例における外国法人の租税回避は、企業グループ間取引を利用して、我が国における租税を回避しており、同族会社行為計算否認規定が適用できそうにみえる<sup>(74)</sup>。以下では、モデル事例に対する同族会社の行為計算否認規定の適用可能性について検討することとする。

---

(73) 利益移転契約の場合は、不良債権の購入価額にはリスクは折込済みで、その回収からは利益が生じる蓋然性が極めて高いと考えられるにも関わらず、課税所得が課税前に我が国の課税管轄外に持ち出されることになる。その取引形式を選択したことにつき我が国における租税回避以外には事業目的（正当な理由）が認められないといえるのではないか。

(74) 法人税法 132 条は、法人税法 147 条により外国法人に準用される。

## (1) 同族会社の行為計算否認規定の具体的課税要件

同族会社の行為計算否認規定の具体的課税要件は、次の3つである<sup>(75)</sup>。

- イ 同族会社等の行為又は計算が存在すること
- ロ それを容認した場合に同族会社等の法人税又は株主等の所得税の負担を減少させる結果となること
- ハ 同族会社等の法人税又は株主等の所得税の負担の減少が不当なものがあること

これらの具体的課税要件は、上記2(2)で検討した「課税上弊害がある租税回避」か否かについての判定基準とほぼ共通する。金子宏名誉教授は、「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、…抽象的な基準としては、…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。そして、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正当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みでなく、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）とは異なっている場合をも含む、と解するのが妥当であろう。したがって、否認の要件としては、経済的合理性を欠いた行為または計算の結果として税負担が減少すれば十分であって、租税回避の意図ないし税負担を減少させる意図が存在することは必要でない」と述べている<sup>(76)</sup>。

ただし、「課税上弊害がある租税回避」についての客観テストが「我が国における税負担の減少」以外に利益が生じる可能性の有無を基準とし

(75) 清永敬次「検証 租税回避行為の否認」税研79号67頁(1998)、有賀文宣「同族会社における行為計算の否認」寶金敏明編『現代裁判法体系29〔租税訴訟〕』185頁(1999、新日本法規)。所得税157条については、岸田貞夫=中江博行「所得税法157条(行為計算否認)」小川英明=松沢智=今村隆編『新・裁判実務体系 租税争訟』367頁(青林書院、2005)。

(76) 金子・前掲注(1)404-405頁。



ているのに対し、同族会社の行為計算否認規定の具体的課税要件では、「同族会社等の法人税」又は「同族会社等の株主等の所得税」の不当減少としており、その対象となる減少する税金の種類が限定されている。

## (2) PE 回避型に対する適用可能性

モデル事例の PE 回避型は、外国法人が我が国に PE を設置しないで事業を行うことにより、その事業所得に対する我が国での課税を回避している。これについて、同族会社の行為計算否認規定の具体的課税要件に該当するか否かを検討する。

### イ 同族会社の行為又は計算か

B 社は、仮にその親会社が非同族会社であったとしても非同族の同族会社であり、同族会社の行為計算否認規定の適用対象法人となり得る。

### ロ 法人税の減少か

PE を設置しないということは、我が国の「納税義務者」となるか否かの問題である。仮に PE を設置する場合と比較すれば、一応は法人税の減少となる。

### ハ 法人税の減少は「不当」か

B 社は、日本に PE を設置する義務がないとすれば、PE を設置しないことは「不当」とはいえないかもしれない。しかし、仮に金融監督の必要性から日本で不良債権ビジネスを行うためには日本に拠点を設けることが求められているとすれば、PE を設置しないことが「不当」であるかもしれない。PE 回避が「不当」であれば、それに伴う法人税の減少も「不当」ということになるのではないか<sup>(77)</sup>。すなわち、PE 回避の不当性を立証できれば、同族会社の行為計算否認規定が適用できるかもしれない<sup>(78)</sup>。

---

(77) また、仮に内国法人が不良債権ビジネスを行う場合と競争的であるべきであるとすれば、法人税を納付しないこと（法人税の減少）も「不当」ということになるかもしれない。しかし、この場合は内国法人と競争的であるべきとする理由が必要である。

(78) しかし、実際には PE 回避が経済的合理性を欠いていると立証できる場合は少ないのではないかと。

なお、PEの有無は事実関係であり、当不当の問題ではないということは認識しておく必要がある。

### (3) 租税条約濫用型に対する適用可能性

モデル事例の租税条約濫用型は、PEの課税所得となった国内源泉所得について、これを我が国にPEを有しない別の外国法人に損金分配することにより、その帰属と種類を変更している。これについて、同族会社の行為計算否認規定の具体的課税要件に該当するか否かを検討する。

#### イ 同族会社の行為又は計算か

B社（東京支店）は、仮にその親会社が非同族会社であったとしても非同族の同族会社であり、同族会社の行為計算否認規定の適用対象法人となる。

#### ロ 法人税の減少か

B社東京支店は、D社に分配した匿名組合分配金又は契約利益分配金が損金とされるため、その分の課税所得が減少する。すなわち、同族会社である外国法人B社は、D社と匿名組合契約又は利益移転契約を締結したことにより、「法人税が減少した」ことになる。

なお、同族会社の株主の所得税の減少という観点でみると、ケイマン法人E社又は米国投資家が直接匿名組合出資した場合に比べれば、源泉所得税が減少していると言えるが、源泉所得税については同族会社の行為計算否認規定はない<sup>(79)</sup>。

#### ハ 法人税の減少は「不当」か

匿名組合契約においては、仮に匿名組合の出資割合を営業者出資：匿名組合出資＝1：99とし、匿名組合分配金の分配割合が1：99であるような場合は、過少資本税制<sup>(80)</sup>の負債・資本比率と比較することにより、

(79) 申告所得税についての同族会社の行為計算否認規定である所得税法157条は、非居住者の総合課税に係る所得税について準用される（所得税法168条）。

(80) 過少資本税制は、内国法人が国外支配株主等（内国法人の発行済株式等の50%以上を直接・間接に保有する者）に対して負債の利子を支払う場合に、その国外支配株主等に対する利付負債（利子に基因となる負債）の平均残高が、その内国法人に

匿名組合利益の分配割合が「不当」ということができるかもしれない<sup>(81)</sup>。また、利益移転契約においては、不良債権の購入価額にはリスクは折込済みで、その回収からは利益が生じる蓋然性が極めて高いと考えられるにも関わらず、仮に B 社東京支店における不良債権ビジネス利益の 1% を対価として、その利益の 99% を D 社に移転しているような場合は、利益移転の対価が正当とは認められない場合があるかもしれない。

匿名組合契約の分配割合又は利益移転契約の対価の適正性の問題であるとすると、オランダ法人に対する利益分配取引を対象として、移転価格税制<sup>(82)</sup>により対処することも可能であると考ええる。この場合は、結果的にはオランダ法人の介在はあまり関係がない。

ところで、B 社東京支店が D 社に分配した匿名組合分配金は、仮にケイマン法人 E 社又は米国投資家に分配したとすれば、国内法の適用により 20% の源泉徴収課税の対象となる。これをあえてオランダ法人 D 社を経由して匿名組合契約を契約し、日蘭租税条約を適用することにより源泉税の課税も回避していることをもって「不当」ということもできるが、

対する国外支配株主等の資本持分の 3 倍を超える場合には、その国外支配株主等に対して支払う負債の利子の額のうちその超過額に対応する部分の金額は損金に算入しない、というものである（租税特別措置法 66 の 5）。

- (81) 契約によっては損失の配分可能性もあるので、一概には比較できないかもしれない。しかし、匿名組合には、匿名組合員が損失負担をせず、利息に代わり、あるいは利息とともに利益分配を受ける「共算的消費貸借」に近いものも存在する（篠田四郎「非典型的匿名組合—その類型論的・法的構成—（二）完」名城法学 31 卷 3・4 合併号 72 頁（1982）。また、匿名組合員が匿名組合事業の重要な業務執行に関与せず、出資額以上に損失リスクを負わないような匿名組合も存在する。このような匿名組合契約の場合は、過少資本税制の負債・資本比率と比較することにより不当性をいうことは可能かもしれない。なお、匿名組合を匿名組合員が出資額以上のリスクを負わない「典型的匿名組合」と匿名組合員が組合事業の重要な業務執行に関与する「非典型的匿名組合」とに区分して国際税務上の取扱いを論じたものとして、拙稿「匿名組合と国際税務」税務大学校論叢 52 号 281 頁（2006）。
- (82) 移転価格税制は、一定の資本関係又は実質的な支配関係等にある海外の子会社又は親会社等（＝国外関連者）との取引においては、税務上の取引価格は、第 3 者との通常の取引価格（独立企業間価格）によるものとし、その独立企業間価格に基づいて課税所得金額を算定する、というものである（租税特別措置法 66 の 4）。

ここで何が「不当」と言えば、むしろ租税条約濫用による源泉所得税の回避が「不当」なのであり、法人税の減少とは直接関係しないので<sup>(83)</sup>、同族会社の行為計算否認規定は適用できないであろう。一方、企業グループ内の国内SPCと外国ペーパーカンパニーの間での利益移転契約の場合は、契約利益分配金について、仮にその受領者である外国法人がケイマン法人でもオランダ法人でも我が国で課税されないとすれば、不良債権のリスクは企業グループ内に止まっているにも関わらず、課税所得だけが課税前に我が国の課税管轄外に持ち出されることになり、B社東京支店の法人税の減少は「不当」ということができるかもしれない。したがって、このような場合は同族会社の行為計算否認規定は適用できる可能性があると考え

#### 4 PE回避型への対処—PE認定課税—

「課税上弊害がある租税回避」である「PE回避型」の租税回避については、むしろPEの有無は事実関係であるので、一定の事実関係の存在が立証されればPE課税されることとなる。

##### (1) PEの意義

検討にあたり、まず、PEの意義について確認する。

外国企業が行う事業から生じる所得の源泉については、源泉地国においてその経済的帰属を限定することが適当と考えられ、PEの存在と所得のPEへの帰属により、事業所得の源泉管轄が決定する。すなわち、PE概念は、源泉地国における事業所得の源泉管轄の決定に用いられる<sup>(84)</sup>。

(83) 上記のとおり、源泉所得税の不当減少については、同族会社の行為計算否認規定は存在しない。

(84) 水野忠恒『国際課税の制度と理論』24-28頁（有斐閣、2000、初出1985）。恒久的施設に関する主な文献として、占部裕典「租税条約における『恒久的施設』概念の機能と限界」成松丞一編『総合税制研究（No.1）』（納税協会連合会、1992）21頁、吉村典久「国際租税法における恒久的施設概念（P.E.）に関する若干の考察」ジュリスト1075号47頁（1995）、宮武敏夫「国際課税における恒久的施設—事業を行う一定の場所を中心に—」国際税務16巻11号18頁、12号23頁（以上1996）、17巻

租税条約における主たる PE の定義は次のとおりである。

#### イ 1号 PE

OECD モデル租税条約 5 条 1 項では、「恒久的施設」は、「事業を行う一定の場所であって企業がその事業の全部又は一部を行っている場所」と定義している。この定義は、以下の条件を含んでいる<sup>(85)</sup>。

- ① 「事業を行う場所」、すなわち、建物、又は、ある場合には、機械若しくは設備のような施設の存在。
- ② 事業を行う場所は「一定」でなければならない。すなわち、それはある程度恒久的な個別の場所に設けられなければならない。
- ③ この事業を行う一定の場所を通じて企業の事業が行われること。これは、通常、さまざまな形で企業に従事している者（職員）が、その一定の場所が所在する国でその企業の事業を行うことを意味する。

#### ロ 代理人 PE

OECD モデル租税条約 5 条 5 項では、「企業に代わって行動する者（…）が、一方の締約国内で、当該企業の名において契約を締結する権限を有し、かつ、この権限を反復して行使する場合には、当該企業は、その者が当該企業のために行うすべての活動について、当該一方の国内に恒久的施設を有する」と規定する。代理人 PE である。

- ① 「企業に代わって行動する者」とは、いわゆる従属代理人といわれる者で、当該者が法的にも経済的にも当該企業から独立し、かつ、当該者が、当該企業に代わって行動する際に、事業の通常の過程において行動する、独立代理人ではない代理人である<sup>(86)</sup>。
- ② 「当該企業の名において契約を締結する権限」を有する者は、文

2号39頁、3号33頁（以上1997）。

(85) OECD モデル租税条約 5 条コメンタリー・パラ 2 (OECD (川端康之監訳)『OECD モデル租税条約 2003 年版 (所得と財産に対する租税条約)』(日本租税研究協会、2003)。以下、OECD モデル租税条約コメンタリーの訳は本書による。)

(86) OECD モデル租税条約 5 条コメンタリー・パラ 37。

理通り企業の名において契約を締結する代理人に限定されず<sup>(87)</sup>、企業を拘束するような方法で契約のすべての要素と詳細を交渉する権限を与えられている者も含まれる<sup>(88)</sup>。

- ③ 「反復して」契約締結権限を行使するという要件は、単なる一時的なものを越えていなければならない<sup>(89)</sup>。

## (2) PE 認定の困難性

PE 回避型に対する課税方法は、PE を認定という「事実認定」による対処以外はないと考えられる<sup>(90)</sup>。

ところで、モデル事例の不良債権ビジネスにおいて顕著に表れているとおり、一般に事業活動は機能分化がすすんでおり、したがって、外国企業グループの機能分散による PE 回避に対して、従来のような PE 認定課税は困難になりつつある。

PE 認定課税においては、実務上、様々な問題を惹起してきた。

### イ 1号 PE の認定

1号 PE の認定事案においては、「事業を行う場所」が問題となる場合が多い。すなわち、企業本人の所有又は本人による賃借など、本人名義の場所が要求されているように見える点である。実際には、日本子会社の従業員等に、自らの事業を子会社の業務と兼任で行わせているような場合には、本人名義の場所は必要ないのである。

### ロ 代理人 PE の認定

代理人 PE の認定の場合には、「契約締結権限」の有無、代理人の「従属性」、契約締結権限行使の「反復性」など、あらゆる点が問題となる。

(87) OECD モデル租税条約 5 条コメンタリー・パラ 32. 1。

(88) OECD モデル租税条約 5 条コメンタリー・パラ 33。

(89) OECD モデル租税条約 5 条コメンタリー・パラ 33. 1。

(90) 不良債権ビジネス所得について「国内資産の運用・保有所得」とする考え方もある（中村隆一「法人税法 138 条第 1 号又は所得税法第 161 条第 1 号の規定の解釈と適用についての一考察—外国法人・非居住者の稼得する不良債権の回収益を素材として—」税務大学校論叢 49 号 107 頁（2005））。

企業グループ内では契約締結権限が事実上付与されていたとしても、権限の付与の程度が曖昧であったり、明確な書面による付与がなされていないなど、事実認定が困難となっている。

#### ハ 単独事業の認定

外国企業グループは、国内事業の機能をいくつかの法人に分散し、それぞれの法人がそれぞれの機能を遂行しているので、国内における現実の事業遂行者は、所得の帰属主体の従業員ではなく、関連会社の従業員の場合が多い。すなわち、国内事業を所得の帰属主体単独の事業と認定することは困難な場合が多い。

#### (3) 「共同事業（組合）」の認定による課税

外国企業グループによる国内での事業活動が分業化し、その業務毎に法人を設立して事業活動を行わせている場合には、事業活動を1つの課税単位（支店や代理人）で行っていることを前提とするPE概念のままでは、ますますPE認定課税は困難となると思われる。

しかし、国内事業の機能を分散して別々の法人に担当させるということは、逆にいえば、それぞれの機能が集合することにより一つの事業が遂行されることを意味する。そこで、今後は、分散された機能を一体のものとしてみる考え方、すなわち「共同事業」や「組合」の考え方によりPEを認定<sup>(91)</sup>、課税するアプローチを検討する必要があると考える<sup>(92)</sup>。

---

(91) この場合の具体的なPEは、事実関係によるが、例えば、不良債権の評価と買取交渉を行うA社東京支店がその後の不良債権の回収状況を管理しているのであれば、同支店内に存在するということになるのではないかと考えられる。また、例えば、C社が投資ファンドの不良債権の回収業務をほぼ専属的に行っており、その回収状況等を直接投資ファンドに報告しているような場合は、C社事務所にPEが存在するということになるかもしれない。

(92) B社のPEを認定しても、B社の利益は利益連動型社債の利子として投資家に分配されているため、この支払利子を控除して課税所得を算出すれば申告所得金額はゼロに近くなる。支払利子については、個別の支払先が明示されない場合は控除せず、明示された場合は控除することになる。ただし、PEに負担される支払利子は租税条約上はPE所在地国に課税権があるので(OECDモデル租税条約11条5項)、その支払利子について国内法に従って課税することになる。

## 5 租税条約濫用型への対処

「租税条約の濫用」は、「課税上弊害がある租税回避」であるとしてもこれを防止する規定がない限り課税されないかもしれないが<sup>(93)</sup>、ここでは、課税され得る場合について考察する。

### (1) 租税条約上の「利子」と解釈することによる課税

B社東京支店が支払う所得に着目する。租税条約の濫用は、「所得」の種類が「その他所得」に該当することを前提として組成されているが、租税条約において「前諸条に明文の規定がないもの」について規定するいわゆる「その他所得」条項(OECDモデル租税条約21条)は、源泉地国ではあえて課税するまでもないような所得(贈与等の臨時的所得等)を包括的にとらえて免税にする主旨で設けられているものである。したがって、匿名組合分配金や契約利益分配金など、契約に基づく不良債権回収益についての利益分配請求権から生ずる所得は、租税条約上の「その他所得」に該当するのか、という根本的な問題がある。

OECDモデル租税条約における「利子」の定義は、我が国国内法の国内源泉所得となる「利子」<sup>(94)</sup>に比べてかなり広範な規定ぶりとなっている。同モデル条約11条3項は、「この条において、『利子』とは、すべての種類の

(93) 谷口勢津夫「第三国企業による租税条約の濫用とその規制(1)(2)」税法学 440号16頁、441号1頁(1987)。同「租税条約の濫用とその規制」同『租税条約論』240頁(清文社、1999)。川端康之「トリティ・ショッピング」ジュリスト1075号38頁(1995)。

(94) 所得税法161条4号(法人税法138条4号)は「所得税法第23条第1項(利子所得)に規定する利子等のうち次に掲げるもの」として次のものを挙げている。

イ 所得税法第二条第一項第九号に規定する公社債のうち日本国の国債若しくは地方債又は内国法人の発行する債券の利子

ロ 国内にある営業所、事務所その他これらに準ずるもの(…)に預け入れられた所得税法第2条第1項第10号に規定する預貯金の利子

ハ 国内にある営業所に信託された合同運用信託、公社債投資信託又は公募公社債等運用投資信託(…)の収益の分配

また、所得税法161条6号(法人税法138条6号)は「国内において業務を行う者に対する貸付金(これに準ずるものを含む。)で当該業務に係るものの利子(政令で定める利子を除く。)」と規定している。いずれも限定した規定ぶりとなっている。



信用に係る債権（担保の有無及び債務者の利得の分配を受ける権利の有無を問わない。）から生じた所得」と、「利子」について「網羅的」に定義している<sup>(95)</sup>。「債務者の利得の分配を受ける権利」から生じた所得も「利子」に該当するとされている<sup>(96)</sup>。したがって、国内営業者から受取る匿名組合分配金や契約利益分配金は、「すべての種類の信用に係る債権から生じた所得」に該当し、租税条約上は「利子」となると考えられる。

国内営業者が支払う匿名組合分配金は、国内法上は国内源泉所得である。また、国内の契約相手先に対する利益分配請求権に基づいて受領する契約利益分配金は、国内法上は「国内にある資産の運用・保有所得」に該当すると考えられる<sup>(97)</sup>。これらの国内源泉所得は、租税条約上の「利子」に該当すると解釈することにより<sup>(98)</sup>、我が国での課税が確保されることとなる。ただし、租税条約上の限度税率の適用がある。

この課税アプローチは、課税対象所得が我が国の課税管轄外に移転する以前の段階での課税であるという点において優れ、租税条約の適用の適否ではなく解釈による課税である点に特徴があると考えられる。外国法人に分配された所得については、それが租税条約上の「利子」に該当するか否かをよくよく検討すべきである。

## (2) 実質所得者課税の適用による課税—事実認定による課税—

租税条約濫用型においては、投資家は別の国に所在し、最終的には投資家に所得が分配される必要があるため、例えば、日蘭租税条約濫用のモデル事例では、オランダ法人D社に分配された所得は、ケイマン法人E社を

---

(95) 利子＝金利という発想から離れ、“Interest”という語そのものの持つ意味で捉えるべきである。

(96) OECDモデル租税条約11条コメンタリー・パラ20。

(97) 前掲注(68)参照。

(98) 匿名組合分配金が租税条約上の「利子」に該当するとする文献としては、谷口勢津夫「匿名組合の課税問題—TKスキームに関する租税条約の解釈適用—」日税研論集55号（日本税務研究センター、2004）143頁、瀧圭吾「匿名組合契約と所得課税—なぜ日本の匿名組合契約は節税目的で用いられるのか？」ジュリスト1251号184頁（2003）、拙稿・前掲注(81)。

經由して投資家に分配されていると考えられる。しかし、その事実関係については、海外の複数の国にまたがることでもあり、把握することは困難である。

仮に、モデル事例のようにD社の所得の大半がE社に帰属する事実関係を把握した場合には、実質所得者課税の適用による課税が可能かもしれない<sup>(99)</sup>。すなわち、D社はペーパーカンパニーであり、D社がB社東京支店と締結している匿名組合契約又は利益移転契約は、実際にはE社が主導的な役割を果たして締結した契約であると事実認定することができれば、法律的帰属説により、B社東京支店が支払う匿名組合分配金や契約利益分配金はD社ではなくE社に帰属するといえるのではないかと<sup>(100)</sup>。

また、仮に、D社に実体があり、匿名組合契約又は利益移転契約の締結にある程度関与している場合でも、D社とE社間の匿名組合契約又は利益移転契約をB社東京支店が承諾している事実があれば<sup>(101)</sup>、D社は、B社東京支店から受領する匿名組合分配金又は契約利益分配金の数%を対価として、D社がB社東京支店と締結している契約上の地位をE社に譲渡した、

---

(99) 実質所得者課税の原則には、課税物件の法律上（私法上）の帰属につき、その形式と実質が相違している場合には、実質に即して帰属を判定すべきである、という趣旨で理解する法律的帰属説と、課税物件の法律上（私法上）の帰属と経済上の帰属が相違している場合には、経済上の帰属に即して課税物件の帰属を判定すべきであると定めた規定と解する経済的帰属説があるが、一般には法律的帰属説が妥当とされる（金子・前掲（1）177頁）。

(100) 「所得の帰属」に関する真実の法律関係に基づいた「私法上の法律構成」による課税とすることができるかもしれない。しかし、「私法上の法律構成」は所有権の取得等私法関係全般を対象としているのに対し、実質所得者課税の原則は「所得の帰属」を対象としており、その対象範囲が異なる。「所得の帰属」の問題であれば、わざわざ「私法上の法律構成」を言わなくても実質所得者課税の原則（法人税法11条）の適用で足りる。

(101) 企業グループ内のスキーム取引の場合は、スキーム参加当事者がスキームの全体を承知していないということは考えられないが、課税上不利になるような証拠書類は残されていないことが多い。しかし、契約締結に至る経緯等から実際に契約に主導的な役割を果たした者は、ファンドの中心人物でB社、D社及びE社の大株主である等の事実関係から、「D社とE社間の匿名組合契約又は利益移転契約をB社は承諾している」と推認できる、とすることは不可能ではない。

すなわち「B社東京支店とE社間に匿名組合契約又は利益移転契約が締結されている」と認定することが可能かもしれない<sup>(102)</sup>。

これらの場合は、E社はケイマン法人であるので、租税条約の適用はなく、国内法のみで課税関係を考えることになる。真実の所得者であるE社は、名義上はD社がB社東京支店から受領する匿名組合分配金や契約利益分配金を、B社東京支店から直接受領したと認定し、我が国で課税することになる。

なお、いずれの場合も、課税庁としては、事実認定の前提となる事実関係を立証することができる資料を収集することが重要である。

### (3) 国内法上の「国内にある資産の運用・保有所得」と解釈することによる課税

E社はケイマン法人であり、その課税関係は国内法のみで考えることになるので、E社が稼得する所得に着目する。この場合は、E社が受取るD社からの分配利益は、国内法上、国内にPEがなくても我が国で課税されることとなる国内源泉所得と言えるか否かを検討する必要がある。

D社とE社間の匿名組合契約又は利益移転契約は、仮にこの契約をB社東京支店が承諾している事実がなければ、「B社東京支店が支払う匿名組合分配金や契約利益分配金はD社ではなくE社に帰属する」とまでは認定できないと考えられる。

しかし、E社は、D社に匿名組合分配金又は契約利益分配金の数%を対価として支払い、D社がB社東京支店から取得した「『B社東京支店に対する利益分配請求権』に関するすべての権利」を取得したと認定し、この権利は、「B社東京支店に対する利益分配請求権」と不可分の権利であり、それが何処にあるかといえ、B社東京支店に対する利益分配請求権」と同一

---

(102) この場合は、「私法上の法律構成による『否認』」ということになるかもしれない。外国法人課税の場合は、単純に「所得の帰属」をいうだけでは不十分で、その所得が「国内源泉所得」という必要がある。それが「国内にある資産の運用・保有所得」である場合には、その所得を生み出す資産が「国内にある資産」であるという必要があるので、「私法上の法律構成による『否認』」に踏み込んで検討することになる。

の場所、すなわち「国内にある」ということができるかもしれない。そうであれば、D社とE社間の匿名組合契約又は利益移転契約によりC社が取得した利益分配請求権は「国内にある資産」であり、D社からE社に支払われる匿名組合分配金又は契約利益分配金は、その「国内にある資産」を保有していることにより生ずる所得、すなわち「国内にある資産の運用・保有により生ずる（国内源泉）所得」ということになる。

## 6 小括

外国法人特有の租税回避の態様は、国内における事業活動の機能を分散することにより「外国法人」という課税要件を回避する「PE回避型」と、海外に設立したペーパーカンパニーと形式的な契約関係（取引関係）を構築して「国内源泉所得」という課税要件を回避する「租税条約濫用型」に類型化できる。その特徴は、内国法人の租税回避の主たる態様が課税管轄外から過大な「損金」を取り込んでいることとは対照的に、我が国の「国内源泉所得（益金）」を課税されることなく課税管轄外に流出させる形態をとることである。しかし、「課税上弊害がある租税回避」か否かについては、内国法人と同様の判定基準を用いることが可能であると考ええる。

外国法人の租税回避に対する基本的な対処方法としては、PE回避型のケースでは、「企業グループにおける「共同事業（組合）」を認定してPE課税を行うことが考えられる。これは「事実認定に基づく課税」ということができる。また、租税条約濫用型のケースでは、課税が回避された所得を租税条約上は「利子」と解釈し、また国内法上は「国内にある資産の運用・保有所得」と解釈して課税することが考えられる。これは「租税条約又は国内法の解釈による課税」ということができる。さらに、真実の所得者を解明して実質所得者課税を行うことも考えられる。これは「事実認定に基づく課税」ということができる。いずれにせよ事案に応じてある程度の方角感をもって調査を展開することが肝要であろう。

## 結びにかえて

本稿は、外国法人との取引等を利用した租税回避事件に関する3つの最高裁判決の内容を分析・検討し、課税庁として、今後どのように国際的租税回避に対処していくべきかについて考察するものである。

3つの最高裁判決の事件は、内国法人による国際的租税回避事件であるが、これらの事件をみるかぎり、内国法人の行い得る「租税回避」の多くは、税法上の「損金算入」規定を利用し、我が国の課税管轄外から過大な「損金」を取り込むことにより「損金の額」を増加させ、「所得金額」という課税要件の充足を一部回避するものである。そして、内国法人が行う租税回避に対しては、課税庁が十分な事実認定を行えば、多くの場合は従来からの課税庁のアプローチである「事実認定に基づく『否認』」により対処できる、ということが3つの最高裁判決から確認できた。

しかし、「事実認定に基づく『否認』」では対処できないような「課税上の弊害がある租税回避」について、課税庁が否認を検討する場合も存在する。外国税額控除事件の最高裁判決は、このような場合の対処方法について課税庁にヒントを与えてくれた。すなわち、「制度の濫用」が認められる場合は、裁判所においては、それを根拠として制度の適用を否認することが可能であるということである。しかし、課税庁は、あくまでも「課税減免規定の限定解釈による『否認』」を主張・立証し、裁判所の判断として『「制度の濫用」の認定による『否認』』を引き出すべきである。

課税庁は、「制度の濫用」を根拠として租税回避を否認する場合、単に「制度の濫用」というのではなく、「制度の濫用」についてももう少し具体的な要件を自らに課すべきであり、また、租税公平の観点から、真に課税上弊害がある租税回避に対して「制度の濫用」を根拠とした租税回避否認の方法を用いるべきであろう。そのためには、「制度の濫用」の要件を定立する必要があると考え、これについては試案を提示した。この要件は、「課税上弊害がある租税回避」の判定基準としても機能し得ると考える。

外国法人は、国内源泉所得にのみが課税対象となる制限納税義務者であり、国内に PE がない場合や租税条約の適用がある場合には課税範囲が縮小するため、租税回避の態様はこれを利用したものが多い。外国法人特有の租税回避の態様は、我が国における事業活動の機能を分散することによる「PE 回避型」と、外国法人との契約関係（取引関係）を形式的に構築することによる「租税条約濫用型」に類型化できる。その特徴は、内国法人の多くが課税管轄外から過大な「損金」を取り込んでいることとは対照的に、我が国の「国内源泉所得（益金）」を課税されることなく課税管轄外に流出させる形態をとることである。

このように、内国法人が行う国際的租税回避と外国法人が行う租税回避とはその態様が異なる。しかし、両者には共通する部分も多い。まず、根本的な問題として、我が国の課税管轄外で行われる取引についても把握しないと租税回避の全体像が解明できないという点が共通する。さらに、「課税上弊害がある租税回避」か否かの判定については、内国法人と外国法人は同様の判定基準を用いることが適当であるし、外国法人の租税回避に対する課税アプローチも、「事実認定に基づく課税」や「租税条約又は国内法の解釈による課税」というものであり、これは内国法人の租税回避に対する否認のアプローチと同様である。

本稿は、国際的租税回避事案について、その態様の分析とこれに対する対処方法を考察している。しかし、実際に課税処分を行うとなると、その基礎となる「事実認定」の場面において、取引の全体像を解明するために必要な外国法人との資本関係や取引関係の把握等が困難なケースが多く存在する。課税庁がこれを克服するには相当な時間と労力が必要であろう。そうであれば、税務調査を効率よく行うために、真に課税上の弊害がある租税回避事案を抽出し、事実認定の方向性を定める必要があると考える。本研究がその一助になれば幸いである。