

実質主義と法の濫用の法理

—租税回避行為の否認手段としての潜在的有用性と限界—

松 田 直 樹

〔 税 務 大 学 校 〕
〔 研 究 部 教 授 〕

要 約

1 問題の所在と研究の目的

租税回避スキームに対して十分な対応を行うためには、プロアクティブな対抗策と事後的な対抗策を織り交ぜた多角的なアプローチを採用することが肝要である。かかる観点から、昨年度の研究（「租税回避行為への対抗策に関する一考察」税務大学校論叢 52 号）では、主なコモン・ローの国々である米国、カナダ及び英国の対抗策に目を向け、プロモーターに対するペナルティ制度やプロアクティブな対抗策の代表例であるタックス・シェルター開示制度の実態分析を行い、その立脚する視点の重要性と我が国への示唆を踏まえた上で、我が国におけるペナルティ体系の再構築の方向性やプロアクティブな対抗策のあり方を論じた。今年度の研究においては、事後的な対抗策の代表例である包括的否認規定・法理の我が国における潜在的有用性と限界を論考する。

我が国の現行制度の下では、租税回避行為に対するプロアクティブな対抗策が不十分なものとなっているが、事後的な対抗策も、個別否認規定を整備することに終始するという域から殆ど脱しておらず、少なからぬ限界を有している。確かに、かかる限界は、立法化されていない否認の法理によって、ある程度補完することが可能であり、予てより、かかる限界を補う機能を果たす上で主役を演じてきたのが実質課税の原則（実質主義とも称される。）である。同原則は、昭和 36 年の国税通則法の制定の際の税制調査会答申では、条理の原則であるとされ、ドイツのライヒ租税法 4 条が立脚する経済的観察法に依拠するような課税を可能にするものであると位置付けられるなど、その有用性がかなり評価された時代もあった。

ところが、実質課税の原則の否認機能は、最近の租税法律主義の優位という趨勢の下、低下してきており、昨今では、実質主義の適用は、法実質主義に限定され、真実の法律関係を離れて経済的な目的や効果に即して課税を行う経済的実質主義の適用は、基本的には認められないと解するのが通説と

なっている。実質課税の原則の復権を図らんとして、「私法上の法律構成による否認論」や包括的否認規定の導入論が主張されているが、これらの主張も、租税法律主義という壁に阻まれ、その有用性は限られていると解する向きが少なくない。現行の事後的な対抗策については、このような限界・問題点が認められるものの、実質課税の原則に代わるような否認手段は、未だ、十分に合理的な根拠に支えられた明確かつ具体的な形で示されるには至っていないというのが実状である。

本研究は、上記のような実状に鑑み、個別否認規定の整備という手段に内在する問題点と限界を補完して我が国の事後的な対抗策を強化する手段としては、如何なる選択肢が想定され、その根拠はどこに見出し得るのか、また、その潜在的有用性はどのように評価し得るのかなどの考察を行うことを主な目的とするものである。かかる問題意識の下、本研究では、経済的実質主義の有用性が高い米国及び経済的観察法の母国であるドイツに目を向け、実質主義の実態を分析する。また、欧州の主な市民法の国であるフランスにおいて依拠されている包括的否認規定・法理の機能を分析し、かかる法理の欧州における今日的な位置づけをも考察する。このような分析・考察を通じて、我が国の事後的な対抗策を補強するための論理はどのように組み立て得るのかを論考する。

2 研究の概要

「私法上の法律構成による否認論」に代表されるように、我が国における事後的な対抗策の強化手段を模索する最近の動きは、個別否認規定を基本とする事後的な対抗策の限界を補う機能を長い間果してきた実質課税の原則の復権を図るというアプローチを採用したものが殆どである。例えば、包括的否認規定の導入を主張する者の多くが想定しているのも、実質課税の適用範囲の拡大に繋がるような制度設計である。本稿では、我が国における実質課税の原則の変遷を辿り、また、主な諸外国の包括的な否認規定・法理の分析を通じて、上記のようなアプローチが最も妥当なものであるか否かを検討す

るとともに、その他の事後的な対抗策の強化方法としては、どのような包括的な否認アプローチがあり、その我が国における位置づけやポテンシャルを探っている。

まず、本稿の第1章（『我が国における実質主義』）では、国税通則法が制定された頃と最近の実質課税の原則に対する考え方の趨勢が、どのように異なっているのかを主な判決・学説等を通じて分析し、我が国における実質課税の原則を巡る議論の変遷を辿っている。従来、条理の原則であると位置づけられていた実質課税の原則は、最近の租税法律主義の優位性の高まりを背景として、その適用範囲がかなり狭められる傾向にある。この点は、我が国におけるウェストミンスター原則を示したものと位置づけられ得るI事件に対する東京高裁平成11年6月21日判決に如実に現れており、実質課税の原則の射程範囲を狭く解することを善しとしない「私法上の法律構成による否認論」も、昨今における実質課税の原則を巡る議論の趨勢に大きな変化を迫るものとはなっていない。

第2章（『米国における実質主義』）では、我が国の実質課税の原則の否認機能を強化する可能性を検討するという観点から、経済的実質主義による否認機能が高いレベルにある米国の実態を考察している。確かに、米国における経済的実質主義の有用性は低いものではないが、その適用基準（「二股テスト」）の解釈を巡る裁判所の立場は、必ずしも一貫していない。かかる状況の改善を図るなどの観点から、経済的実質主義の立法化案（代表的なものは上院が示した「三股テスト」とも称される案）も議論されているが、財務省や内国歳入庁は、経済的実質主義の立法化によって状況が改善するとは言い切れないとして、「三股テスト」の採用には必ずしも賛同しておらず、対抗策の強化は、むしろ、タックス・シェルター開示制度の実効性を高めるという方向で進展している。

第3章（『ドイツにおける包括的否認法理』）では、我が国の法体系に大きな影響を与えたドイツにおける実質主義の盛衰を探っている。ドイツでは、1919年に制定されたライヒ租税法4条の下、税法解釈に関する「独立説」が

「(法) 統一説」を凌駕し、経済的観察法に基づく否認が広く認められた時代があった。しかし、第二次大戦後は、「統一説」の復権が認められ、包括的否認を行うための主な根拠規定（新国税通則法 § 42）が採用しているアプローチも、経済的観察法ではなく、「法（形式）の濫用」の法理に依拠するものとなっている。新国税通則法 § 42 の否認機能は、その他の諸国の包括的否認規定よりも総じて大きいという指摘がされているが、国際的な租税回避行為等の否認という点では、その限界が露呈してきており、近年では、対抗策の多角化に向けた動きも生じてきている。

第4章（『欧州における法の濫用の法理』）では、フランスにおいて法の一般原則と位置づけられている法の濫用の法理及び同法理を明文化した租税手続法典 64 条の否認のツールとしての有用性が、国務院の判決を通じて高まった経緯を追っている。また、EU 加盟国の否認規定・法理は、国際的な租税回避行為との関係では、欧州法等が定める基本的自由の保障という制約に服するため、欧州司法裁判所等が、法の濫用の法理をどのように解しているのかを分析している。Halifax 事件欧州司法裁判所判決等（2006）では法の濫用の法理は、いずれの EU 加盟国でも依拠し得るものであると判示され、少なからぬ加盟国の対抗策を強化することに繋がった。

終章（『我が国の事後的な対抗策の強化方法』）では、①我が国における実質課税の原則の今日的な趨勢、②欧州における法の濫用の法理・原則の法的性格とポテンシャル、③最高裁平成 17 年 12 月 19 日判決で示された法の濫用という概念の法的性格とポテンシャルなどを踏まえ、②と③は基本的に同様なものであると解し、我が国の事後的な対抗策を強化する鍵は、③に見出し得ると結論づけている。また、③の適用基準については、Halifax 事件判決で示された基準に相当するものが合理的であろうという見解の下、『結語』では、名古屋地裁平成 18 年 12 月 13 日判決で問題となった事件を採り上げ、本件では、仮装行為の認定という最近特に批判されがち手段に依拠しなくとも、法の濫用の概念に基づく否認というアプローチを採用することも十分に可能ではなかったかという指摘を行っている。

目 次

序 論	8
第1章 我が国における実質主義	13
第1節 実質課税の原則を巡る論争	13
1 条理の原則としての実質課税の原則とその立法化を巡る議論	13
2 租税法律主義優位の趨勢	18
3 最近の実質課税の原則の射程範囲	26
第2節 実質主義の再構築に向けた動き	31
1 「私法上の法律構成による否認論」を巡る議論	31
2 「私法上の法律構成による否認論」と「税法独立論」との関係	34
第2章 米国における実質主義	41
第1節 米国の経済的実質主義の射程範囲	41
1 経済的実質主義の適用基準	41
2 二股テストの解釈を巡る議論	45
3 非結合的關係テストの最近の適用例	47
第2節 経済的実質主義の立法化を巡る議論	51
1 三股テスト	51
2 二股テストの趨勢と三股テストとの関係	55
第3章 ドイツにおける包括的否認法理	62
第1節 経済的觀察法の盛衰	62
1 ライヒ租税法§4と§5との関係	62
2 経済的觀察法の盛衰	67
第2節 新国税通則法 § 42 の意義と適用範囲	70
1 ライヒ租税法 § 5 と新国税通則法§42 の関係	70
2 新国税通則法§42 の有用性と限界	74
3 新国税通則法§42 の改正と対抗策の多角化に向けた動き	81
第4章 欧州における法の濫用の法理	91

第1節	フランスにおける法の濫用の法理	91
1	租税手続法典§64と変則管理行為の原理との関係	91
2	法の濫用の法理の否認機能	98
第2節	欧州における法の濫用の法理の位置づけ	104
1	法の濫用の法理に対する欧州司法裁判所の見解	104
2	Halifax 事件判決のポイント	110
第3節	Halifax 事件判決のインプリケーション	113
1	英国における法の濫用の原則の意義	113
2	Halifax 事件判決のその他の加盟国への影響	117
終章	我が国の事後的な対抗策の強化方法	126
第1節	事後的な対抗策を強化する選択肢の有用性と限界	126
1	包括的否認規定と包括的行為計算規定の導入論	126
2	法の濫用の概念の法的位置づけを巡る議論	132
第2節	法の濫用の概念の否認法理としての意義とポテンシャル	140
結語		147

序 論

近年、租税回避行為が複雑化・国際化するという現象が認められる。かかる現象は、事業形態の多様化や国際的な取引等に対する規制の緩和などの時代の流れに後押しされて、年々、顕著なものとなってきている。複雑化・国際化が著しい今日的な租税回避行為は、人為性や秘匿性が高いという属性を有していることから、税務当局がソフィスティケートした租税回避行為に対して適切に対応するという事は非常に困難な課題となっている。実際、少なからぬ主要国は、かかる課題に対して従来の伝統的な対抗策によって対応することには一定の限界があるという認識の下、近年においては、従来の対抗策を強化するだけでなく、新たな次元の対抗策を講じるなど、対抗策の拡充・多様化を図るといった動きを見せている。

上記のような動きは、とりわけ、主なコモン・ローの国である米国、カナダ及び英国等において顕著なものとなっている。この点は、多くのコモン・ローの国々では、大半の市民法の国々の場合と異なり、伝統的な法解釈のアプローチとしては、文理主義的解釈が主流であったという事実と少なからず関係している。例えば、英国の貴族院が、有名な *Duke of Westminster v. Inland Revenue* (1936) AC1, 19 TC 490 事件判決において、文理主義の優位性に立脚する見解を示したことから、ウェストミンスター原則は、目的論的解釈のアプローチの適用を制限するものとして、英国及び英連邦を構成していた諸国のその後の判決に大きな影響を及ぼしたという経緯がある。

我が国でも、憲法上の規定に由来する租税法律主義の優位性が認められ、租税回避行為への対応には大きな制約が課されている。我が国と主なコモン・ローの国々は、この点において少なからず共通している。したがって、文理主義の優位性という歴史的な趨勢の中にあって、米国、カナダ及び英国における包括的否認の法理・原則の有用性は、どの程度認められるのか、また、近年、如何なる対抗策が新たに講じられており、かかる対抗策の実態はどのようになっているのなどを検討することは、我が国の今後の対抗策のあり方を模索する上

で有益であり、重要な示唆を得ることができると考えられる。このような問題意識の下に行った研究成果が、「租税回避行為への対抗策に関する一考察」（税務大学校論叢 55 号登載）である。

上記論文では、研究の成果として、上記の諸外国のいずれにおいても採用されているプロアクティブな対抗策であるタックス・シェルター開示制度（以下「開示制度」という。）及び伝統的なペナルティ体系の再構築のあり方から示唆を得て、我が国の租税回避スキームへの新たな対抗策のあり方を検討し、具体的な選択肢として、①コンプライアンス・コストにも配意した開示制度案、②開示義務等の違反と租税回避スキームの否認（「二段階基準」）を条件として加重された加算税率（現行の重加算税率と加算税率の中間の税率のもの。）を適用する開示制度案、③開示制度を採用することなく、（人為性が認められる）租税回避スキームが否認された場合（「一段階基準」）に加重された加算税率を適用する案を提言している。

上記の選択肢（①～③）は、我が国の租税回避行為への対抗策が、調査等による実態把握がされた後や国側敗訴の判決が下された後に事後的かつ個別的に対処するものとなっており、しかも、かかる事後的な対抗策自体、租税法主義や刑罰に対する謙抑主義等の壁に阻まれ、必ずしも十分に機能していないという限界があることなどに鑑みると、重要な視点を提供するものであると史料する。しかも、今後は、租税回避スキームの複雑化・国際化が更なる進展を遂げる一方で、税務当局の人的リソースの拡充は殆ど見込めないという状況が深刻化し、租税回避スキームを利用する納税者・プロモーター等と税務当局が対峙する土俵は、今後、益々、後者に不利なものとなることが予想されることから、これらの選択肢の重要性は、年々、高まるものと考えられる⁽¹⁾。

(1) 2006 年にはイスラエルでも一定のタックス・シェルター（「指定取引」）を開示させる制度が導入された。制度の概要については、Guy Katz, Israel Tightens Rules for Listed Transactions, Tax Notes International, Vol. 45, No. 3 (2007) p. 220 参照。また、本稿第 3 章 2 節 3 及び第 4 章 1 節 2 で述べている通り、ドイツやフランスでも、一定の租税回避スキームを開示させる制度案が具体的に検討されている。

しかしながら、これらの選択肢は、いずれも、立法措置を伴うものであることから、その導入のハードルは低いものではないと想定される。この点は、事後的な対抗策を強化するための抜本的な措置（例えば、包括的否認規定の導入）についても、凡そ同様に当てはまるものと考えられる。実際、我が国で最近手当てされた立法措置は、主な諸外国との租税条約という限られた範囲において認められる新たな動きを除けば⁽²⁾、従来通り、凡そ個別否認規定の創設という枠内にとどまるものである。執行面では、情報収集手段の拡充策として、国際タックス・シェルター情報センター（Joint International Tax Shelter Information Center, JITSIC）のロンドン事務所への国税職員の派遣が予定されており⁽³⁾、その成果が期待される⁽⁴⁾ところではあるが、かかる動きも、上記選択肢（①～③）のような抜本的な対抗策と位置づけられるものではない。

確かに、個別否認規定という枠に収まらないような立法措置を講じるという試みは、越えることが容易でない壁に直面することが想定されるが、租税回避行為を取り巻く諸環境は、年々、厳しいものとなっており、租税回避行為

(2) 租税条約関係では、平成 15 年に締結された新日米条約では包括的特典制限条項が導入され、同時に、租税条約実施特例法が改正され、租税条約上の情報交換規定の実効性を高める措置が講じられた。また、平成 18 年に締結された新日英条約では、導管防止規定において、租税回避を主要な目的とする取引には租税条約上の特典の適用を認めないとする「主要目的テスト」が採用された。包括的特典制限条項や「主要目的テスト」を採用するという新たなスタンスは、その後の主要国との条約改正等（例えば、平成 19 年に署名された日仏租税条約に関する改正議定書）でも踏襲されている。これらの点の詳細については、拙稿“New Developments Regarding Japan’s Tax Treaties”, BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION, Vol. 61, No. 9/10 (2007) pp. 439-447 参照。

(3) この点については、毎日新聞平成 19 年 6 月 1 日朝刊参照。

(4) 我が国の JITSIC への参加という選択肢の有用性等については、拙稿「租税回避行為への対抗策に関する一考察—租税回避スキームの実態把握方法の検討を中心として—」税務大学校論叢 55 号（平成 18 年）132 頁参照。JITSIC の最近の功績としては、例えば、米国の税務当局が、JITSIC を通じて得た情報を足掛りとして、「外国税額控除制度を濫用する取引」（“abusive foreign tax credit generator transactions”）を禁じる規則（REG-156779-06）を制定したという点が挙げられる。この点の詳細については、Robert Goulder, Government Learned of FTC Abuse Through Information Exchange, Tax Notes International, Vol. 46, No. 8 (2007) pp. 802-803 参照。

を巡って納税者等と税務当局が対峙する土俵も、益々、税務当局側に不利なものとなっている⁽⁵⁾。例えば、税務争訟における国側敗訴（一部敗訴も含む。）の件数・割合も、最近、徐々に増加する傾向にある。とりわけ、平成 18 年度では、訴訟における敗訴件数が過去最多の 80 件となり、敗訴率も、過去 2 番目に高い 17.9% に上っている⁽⁶⁾。敗訴率の高まりと租税回避行為の活発化との相関関係は、必ずしも十分に明らかではないが、敗訴率の高まりと事後的な対抗策の有効性の低下傾向には正の相関関係があるものと考えられる。

主な諸外国でも、租税回避行為を取り巻く諸環境は、年々、厳しさを増してきている。このような状況を改善せんとして、主要国では、様々な対抗策が講じられるようになってきており、これらの対抗策の中には、立法措置や税法解釈アプローチの再構築等を通じて、包括的否認規定・法理を強化するという手段も含まれている。かかる手段は、一定の効果を発揮しているものの、とりわけ、文理主義の優位性が認められる国では、その有用性に少なからぬ限界が認められる。我が国の場合も、租税法律主義が憲法上の規定に由来するものであることから、事後的な対抗策の強化を意図した包括的否認規定の創設や税法解釈のアプローチの再構築等は、その制度設計や否認機能において、租税法律主義による制約をかなり受けるものと考えられる。

上記の通り、我が国において包括的否認規定のような立法措置を講じて包括的な否認機能の強化を図らんとする試みは、政治的な壁だけでなく、法律的な壁によっても阻まれるということが十分に想定されるわけであり、そうすると、事後的な対抗策を強化する手段としては、立法上の手当を必要としないものを

(5) 例えば、既に、5 年以上も前に、「事態の深刻さを考慮するならば、この問題（課税逃れ商品）について、国側が現在よりもはるかに真摯な対応を行う必要があるという点に関して異を唱える者はおそらく少ないのではないだろうか」という意見があった。かかる意見については、中里実『タックス・シェルター』有斐閣（平成 14 年）5 頁参照。

(6) 平成 12 年頃までは、国側の敗訴率は 5% 前後のレベルで推移してきたが、その後は、総じて、年々増加する傾向にある。これらの点の詳細については、平成 19 年 6 月国税庁・国税不服審判所発表資料「平成 18 年度における不服申立て及び訴訟の概要」（<http://www.nta.go.jp>）、日本経済新聞平成 19 年 6 月 16 日朝刊参照。

模索することも重要な課題であると考えられるが、そもそも、我が国の場合、税法解釈のアプローチの再構築によって事後的な対抗策を強化する余地は、どれほど残されているのであろうか。また、仮に幾らかの余地が残されているとしても、かかる余地は、一体、如何なる原則・法理に見い出すべきであって、また、どのような根拠・基準に基づいて強化し得るのであろうか。

昨年度の研究では、我が国におけるプロアクティブな対抗策のあり方やペナルティ体系の再構築の方向性を模索するに当たり、主なコモン・ローの国々である米国、カナダ及び英国の開示制度及びプロモーターに対するペナルティ制度等の特徴・実態を分析したが、これらの国の事後的な対抗策の機能についても若干の考察を加えた。かかる考察を通じて明らかとなった注目すべき事実の一つとして、文理主義の優位性を示すウェストミンスター原則の影響が依然として認められるカナダや英国では、包括的否認規定・原則の有用性に少なからぬ限界があったのに対し、米国の主な包括的否認原則である経済的実質主義は、かなりの否認効果を発揮しており、しかも、その立法化を行うという案も、幾度となく税制改正議論の俎上にのぼっているという点が挙げられる。

本稿では、予てより、我が国で主な包括的な否認原則として機能してきた実質課税の原則の歴史的な趨勢を踏まえた上で、米国の経済的実質主義の否認機能の大きさが如何なる根拠に基づいているのか、また、かなりの否認機能を発揮している経済的実質主義を立法化することのメリット・デメリットとしては、どのようなものが想定されるのかなどを考察するほか、我が国の法律及び税法体系に大きな影響を与えたドイツやフランスにおける包括的否認規定・法理の実態及びその欧州における位置づけ等を分析する。我が国が依拠し得る包括的な否認法理の中には、諸外国の実態を踏まえた上で、その性格を正しく位置づけ、また、その適用基準等を合理的な根拠に基づいて明確化し、その射程範囲を必要以上に狭く解さないことによって、少なからぬ潜在的有用性を引き出す余地があるものが潜んでいると思料する。

第1章 我が国における実質主義

第1節 実質課税の原則を巡る論争

1 条理の原則としての実質課税の原則とその立法化を巡る議論

我が国の税体系は、明文化された包括的否認規定を有していないことから、税務当局は、依拠すべき個別否認規定がなければ、少なからぬ場合において、実質課税の原則に基づく課税を主張してきた。とりわけ、昭和40年税制改正が行われる以前は、旧所得税法3条の2（現行所得税法12条）が、その内容は実質所得者課税の原則であったにもかかわらず、その見出しは「実質課税の原則」とされていたことから示唆されるように、当時は、狭義の実質課税の原則である実質所得者課税は勿論、広義の実質課税の原則に基づく否認も、同条に包含されるものであるとする見方が少なくなく⁽⁷⁾、また、税法解釈上の基本原理として実質課税の原則が存在するという考え方が、多くの学説・判例によって支持されていた。

例えば、「参考になるのはドイツの旧租税調整法1条2項（「租税法の解釈に当っては、国民の通念（*Volksanschauung*）、租税法の目的及び経済的意義（*der Zweck und die wirtschaftliche Bedcuung der Steuergesetze*）並びに諸事情の発展（*die Entwicklung der Werhältnisse*）が考慮されなければならない）であり、・・・我が国の租税解釈論の手がかりをここに求めることとしたい」という見解や⁽⁸⁾、「実質主義の適用は、経済的効果の発生

(7) 例えば、「実質主義と言う言葉は、狭義には真実の所得の帰属者に対して課税する原則という意味にかいされますが、これは正確には実質所得者の原則と呼ばれるべきものであり、実質課税の原則という場合には、実質所得者課税の原則のほかに、所得の発生、所得の額の計算についても、実質による、という原則をも包含する、と解すべきだと思います」という見解があった。かかる見解については、林大造『所得税の基本問題』税務経理協会（昭和43年）77頁参照。

(8) かかる見解については、田中二郎『租税法（新版）』有斐閣（昭和56年）111頁参照。

から実現に至るまでの経路について、それが社会通念にしたがって一般的に判断されるところによる、ということに帰する。・・・従って、法律の根拠をもたなければできないというような絶対的なものではない」という意見が有力に主張されていた⁽⁹⁾。

このような状況の下、昭和36年7月5日付けの「国税通則法の制定に関する答申（税制調査会第二次答申）」（以下、「昭和36年答申」という。）の説明資料別冊でも、「実質課税の原則は、前節にも述べたように、課税の性格を明らかにし、税法を解釈適用する原則として承認されていると認められ、そのための特別の規定をまつまでもないという議論もあるが、われわれは、国税通則法を制定する機会において、このことを明らかにすることが望ましいと考えた」（11頁）とされており、また、「税法の解釈及び課税要件事実の判断については、各税法の目的に従い、租税負担の公平を図るよう、それらの経済的意義及び実質に即して行うものとするという趣旨の原則規定を設けるものとする」（4頁）と述べられていた。

実質課税の原則を立法化することを提言していた「昭和36年答申」が、その根拠とするところは、実質課税の原則の一部を成す実質所得者課税の原則だけでなく、実質所得課税の原則も、税法上の条理であり、税法に規定が欠けていることに乗じて、納税者が私法上許された形式を濫用することにより不当に租税を回避し又は軽減することがいかなる場合にもありうるわけで、このような場合に、これを黙過してよいとすることは負担の公平を生命とする税法のとるべき態度とはいえないであろうという考え方であり、かかる考え方の下、実質課税の原則を立法化することは、何ら新たな否認機能を税法に組み込むものではなく、税法上の条理を税法に確認的に定めるに過ぎないと解されていた。

当時は、学界でも、租税法律主義の原則は、租税の公共性とか租税負担の公平とかの原則等と調和し得る限度において、妥当し得るものと考えなければ

(9) かかる意見については、忠佐市『租税法要綱』森山書店（昭和40年）97～98頁参照。

ばならないという解釈の下⁽¹⁰⁾、実質課税の原則は、特別の規定が無くとも、租税法の解釈運用に際し、税法上の条理として当然に承認されるべき考え方であり、租税回避防止の見地から認められる同族会社の行為計算否認のごときも、これに関する定めは、解釈原理の宣言的表現として理解されるべきである、また、行為計算否認規定は多分に沿革的なものであって、非同族会社についても、経済的合理性を無視した不自然な行為計算をとることにより法人税等を軽減したような場合には、その否認が許されるべきであるという見解が有力であった⁽¹¹⁾。

最高裁も、法人格を取得した企業組合が、それ自体は法人としての事業を何ら営むことなく、その組合員が企業組合の名の下に事業を遂行しているにもかかわらず、かかる収益が各組合員の個々の事業所得ではなく、組合の事業所得又は給与所得であるとして税負担の軽減を図っていることが問題となった昭和 37 年 6 月 29 日判決（昭和 34 年（あ）第 1220 号、税務訴訟資料 39 号 1 頁）において、企業組合は仮装法人であるとして、個々の事業により生ずる収益を当該組合員に帰属する事業所得とするのが当然であるとする第一審及び控訴審判決を是認し⁽¹²⁾、昭和 28 年法律 173 号によって規定された旧所得税法 3 条の 2 は、従来から所得税法に内在する条理として是認された原則をそのまま成文化した確認的規定であるという見解を示している。

「実質課税の原則」という見出しを付されていた旧所得税法 3 条 2 項が、その施行日以前に行われた納税者の脱税行為（パチンコ売上金の申告除外及び他人名義の口座への預け入れ等）に対しても適用されるか否かが問題となった昭和 39 年 9 月 17 日判決（昭和 38 年（あ）第 961 号、税務訴訟資料 43

(10) かかる解釈については、田中・前掲『租税法（新版）』115 頁参照。

(11) このような見解を代表するものとして、田中・前掲『租税法（新版）』83・118～119 頁参照。

(12) 第一審判決は福岡地裁昭和 32 年 2 月 4 日判決（昭和 28 年（れ）第 515 号、581 号、第 634 号、税務訴訟資料 39 号 219 頁）であり、控訴審判決は福岡高裁判決昭和 34 年 3 月 31 日判決（昭和 32 年（う）自第 977 号至第 981 号、判例時報 198 号 4 頁）である。

号 332 頁) でも、最高裁は、本規定は、その制定前から税法上の条理として是認されていたものを明文化したものにすぎないことから、本規定制定前における事実実質課税の原則を適用して犯則の成立を認め、刑罰を科することとしても、憲法 39 条には違反しないという見解を示している。

上記の二つの最高裁判決については、「昭和 36 年答申」のように、実質課税の原則は条理の原則であり、実質所得者課税の原則も、実質所得の原則の一部を成すものであると位置づけるという立場からすると、実質所得課税の原則も条理の原則であるということを示したものであると解する余地があった。しかし、実質課税の原則も条理の原則であるか否かという点については、当時、議論の余地があり、税務上条理であるのは、実質所得者課税の原則に限定されるという見方からすると、これらの判決も、かかる見方を確認したものに過ぎないこととなる。実質課税の原則の法的性格・本質を巡っては、このような異なる見解が存在しており、「昭和 36 年答申」が提言した実質課税の原則を立法化するという考え方にも、少なからず異論が投げ掛けられたという経緯がある。

例えば、「(「昭和 36 年答申」によって、) 善用されるより悪用される場合が多い実質課税の原則という原水爆を税法が最高のものとしていただかんとしている」などの危惧が表明され、また、「租税負担の公平は何度も述べる如く、租税立法に際して考慮されるべき問題であり、税務行政や租税裁判において考慮されるべき問題ではない、(中略)、答申及び解説が実質課税の原則を税負担に著しい不均衡を生ずるや否やにより援用せんとすることは、解釈の結果の公平のために解釈せんとするものであり、それは明らかに目的活動となり、認識作用たる法解釈の域を脱する許りでなく、法解釈そのものではないことになる」というような批判があった⁽¹³⁾。

上記のような批判もあり、結局、実質課税の原則を明記する規定の創設は

(13) このような危惧・批判の詳細については、中川一郎「国税通則法答申の批判(三) 一 解釈原則規定について」税法学 129 号(昭和 36 年) 1~4 頁参照。中川は、当時の日本税法学会の常務理事であった。

実現に至らなかった。その理由としては、上記のような批判があったほか、否認されるべき行為の範囲について慎重に検討する必要性があったことが挙げられる⁽¹⁴⁾。例えば、日本税法学会が昭和 36 年 11 月 11 日に内閣総理大臣に提出した「国税通則法制定に関する意見書」は、租税回避に関する原則規定を定めることは必要であるとしながらも、かかる規定を税務官庁が濫用することを防止する策を措置することが肝要であるほか、税法の経済的意義及び実質に即して税法を解釈するという「昭和 36 年答申」の考え方は、租税負担の公平や経済的意義・実質というような普遍条項を解釈要素とするものであって、恣意的な課税の危険性を孕むものであることから、絶対的に反対せざるを得ないという主旨のものであった⁽¹⁵⁾。

さらには、当時は、実質課税の原則や租税回避否認に関する解釈論が今よりもかなり課税庁側に有利に働いていたことから、例えば、確認規定であるとして最高裁で確立していた推計課税の規定が、消費税の導入の際には税法上個別に手当されることがなかったように、広義の実質課税の原則に関する規定を創設することの必要性が、当時は、それほど強く認識されなかったのではないかという指摘もされている⁽¹⁶⁾。確かに、実質課税の原則を明文化することに対する批判はあったものの、公平負担の原則は、租税法律主義と並ぶ税法の基本原則であるという理念の下⁽¹⁷⁾、国税通則法制定後も、しばらくの間は、実質課税の原則の妥当性・有用性を信奉する向きも少なくなく、実際、租税回避行為と闘いにおいて、税務当局側の立場は、それほど不利ではなかったと考えられる。

(14) この点については、田中・前掲『租税法』168 頁参照。

(15) 「国税通則法制定に関する意見書」の詳細については、「国税通則法意見書特集号」税法学 131 号（昭和 36 年）1～18 頁参照。

(16) かかる指摘については、品川芳宣「租税回避否認の法理と問題点」『第 56 回租税研究大会記録』日本租税研究協会（平成 16 年）7 頁参照。

(17) 金子も、当時は、「租税法律主義と公平負担の原則という二つの基本理念に留意しつつ、法の趣旨、目的を考慮に入れて、論理解釈あるいは趣旨解釈の立場から解釈されるべきだということになる」と述べていた。この点については、金子宏「市民と租税」加藤一郎編『岩波講座現代法 8』岩波書店（昭和 40 年）318 頁参照。

税務に携わる者からも、当時は、「(国税通則法制定から) 約 10 年の間に税法の解釈、適用に関する実質主義を容認する判決も多く出されていることは先述のとおりであり、したがってこの答申の採否にかかわらず実質主義についての基本的考え方は妥当であったことを示している」のであり、「実質主義は、公平負担をその狙いとしており、いわば法的正義の実現を目指すものであるから、その意味では何人も余り異論はないと思われる」という見解が示され⁽¹⁸⁾、また、「税法解釈における実質主義と租税法律主義とは、一義的に論断されるべきものではないが、当事者が用いた私法上の法形式や概念をそのまま認める時は、租税法の基本理念の一つである公平負担の原則から見て妥当なものでないと判断された場合には、実質主義の原則を適用することが、より妥当な結果を得ることになるであろう」という意見も見受けられた⁽¹⁹⁾。

2 租税法律主義優位の趨勢

(1) 同族会社の行為計算否認規定の射程範囲

「昭和 36 年答申」は、同族会社の行為計算否認規定についても、その適用対象となるのは、経済的な観察によって得られた実質的評価から乖離し、その意味で仮装された行為計算であるが、非同族会社においても同族会社と同様な行為計算が行われない保証はなく、当該規定は多分に沿革的なものであると考えられるため、両者の場合について課税上の扱いを異にすることは理由がないことから、この点を明らかにする規定を国税通則法に設ける必要があるという見解を示していたが、結局のところ、かかる趣旨を踏まえた規定の手当てもされることはなかった。

上記の通り、国税通則法の制定後も、しばらくの間は、実質課税の原則への信奉は強かったものの、「昭和 36 年答申」が示した「租税回避行為に

(18) この見解については、茂木繁一「税法における実質主義について—その総論的考察—」税務大学校論叢 6 号 (昭和 47 年) 65・97 頁参照。

(19) かかる意見については、下村秀夫「租税法律主義をめぐる諸問題—税法の解釈と適用を中心として—」税務大学校論叢 6 号 (昭和 47 年) 30~31 頁参照。

より不当に租税負担が回避され又は軽減されることのないよう、努めて各税法に個別的に明確な対処規定を設けることはもとよりであるが、広義の実質課税の原則の一環として、租税回避行為につき、これを否認する旨の最後の担保的な規定を国税通則法に設けることとすべきである」という視点は、租税法主義を強調する見解が支配的になるに伴って、次第に薄れて行くという経緯を辿る中、同族会社の行為計算否認規定についても、創設規定であるという見解が有力となって行った⁽²⁰⁾。

もともと、同族会社の行為計算否認規定と立法化が見送られた実質課税の原則とでは、各々が辿った運命は、少なからず異なるものであった。実際、所得税法 157 条及び法人税法 132 条が定める同族会社の行為計算否認規定に基づく否認が行われたケースは少なくない。これらの規定の適用が認められた判決等に照らしてみると、これらの規定が適用されるのは、①非同族会社では通常なし得ないような行為・計算が認められる場合、若しくは、②純経済人の行為として不合理・不自然な行為・計算が認められる場合であると言われているが、これらの基準は、いずれも、かなり抽象的な基準であることから、その射程範囲が広く解される可能性を秘めており、その適用が認められた例も、かなり多様なものとなっている⁽²¹⁾。

例えば、控訴人が代表取締役を勤める同族会社 A の株式を同族会社 B に譲渡し、その対価を B に無利息融資したことに対して所得税法 157 条による否認が行われたことが問題となった東京高裁平成 11 年 5 月 31 日判決(平成 9 年(行コ)第 70 号、税務訴訟資料 243 号 127 頁)では、税負担の減少の不当性の判断は、行為又は計算の態様から客観的に判断されるものであ

(20) 平成元年の税制改正による消費税導入の場合と異なり、平成 13 年の税制改正による組織再編成税制の導入の際には、消費税法にはない行為計算否認の規定(法人税法 132 条の 2・132 条の 3)が措置されており、この点に確認規定説の衰退が示唆されるという見方もあろう。他方、そうとも言い切れないという見解もある。かかる見解については、品川・前掲「第 56 回租税研究大会」8 頁以下参照。

(21) ②の考え方・基準に立脚することが妥当であろうという見解及び主な適用例については、金子宏『租税法(第十版)』392～396 頁参照。

って、当該行為又は計算に係る株主等が租税回避等の目的あるいは不当性に関する認識を有していることを要件としていないと判示され、所得税法 157 条は、純経済人として不自然・不合理な行為が認められれば、租税回避の意図が無くとも適用可能であるとされた⁽²²⁾。

他方、相続税法において同族会社の行為計算否認を定めている 64 条については、浦和地裁昭和 56 年 2 月 25 日判決（昭和 54 年（行ウ）第 4 号、判例時報 1016 号 52 頁）が、その有用性を大きく限界づけたという経緯がある。本判決では、被相続人が同族会社に対して有する資金・未収土地代金を免除した点が問題となり、裁判所は、債務免除は債権者の単独行為であるのに対し、本条が適用対象とするのは、同族会社と特殊関係者が行う行為、すなわち、両者間の契約又は合同行為であることから、これに特殊関係者の単独行為が含まれると解すべき理由はないと判示され、本条の適用が否認された。その後、本判決に鑑みると、相続税法 64 条の適用が想定されるケースは殆どないと評されるようになり⁽²³⁾、同条は、長い間、実質的に死文化したという経緯がある。

しかし、相続税法 64 条が死んでいるわけではないことが、大阪地裁平成 12 年 5 月 12 日判決（平成 8 年（行ウ）第 99 号、税務訴訟資料 247 号 607 頁）によって確認された。本判決では、原告である相続人 C の高齢である父親（被相続人 D）が、その宅地に同族会社 E を設立するとともに、E 社の駐車場経営という目的の下、極めて高額な地代と長期に及ぶ地上権を設定し、その後、当該宅地を相続した原告の相続税の負担が、当該宅地の評価が地上権割合を控除したものとなることから、大幅に低下した点が問題となった。大阪地裁は、本件のようなケースでは、地上権ではなく、賃借権

(22) 本判決の上告審（最高裁第三小法廷平成 16 年 7 月 20 日判決、平成 11 年（行ヒ）第 169 号、訟務月報 51 卷 8 号 2126 頁）でも、この点に関し、原判決に所論の違法はないとされた。

(23) かかる評価については、田中治・高正臣「地上権の設定と租税回避行為の否認」税経通信 Vol. 56、No. 14(平成 13 年)256 頁参照。

が設定されるのが通例であるとする税務当局の主張を認め、相続税法 64 条を適用して E 社と D との間で結ばれた地上権設定契約の税務効果を否認する処分が維持された⁽²⁴⁾。

上記判決の控訴審である大阪高裁平成 14 年 6 月 13 日判決(平成 12 年(行コ)第 64 号、税務訴訟資料 252 号順号 9132)では、控訴人が、宅地等の評価が不当であるならば、相続税法 64 条ではなく、財産評価基本通達 6 条(「この通達の定めによって評価することが著しく不相当と認められる財産の価額は、国税庁長官の指示を受けて評価する。」)を適用すべきであると主張したのに対し、相続税法 64 条 1 項によって設定行為を否認しない限りは、相続税法 23 条(地上権及び小作権の評価)を適用して評価しなければならず、この場合、財産評価基本通達 6 条によって実質的公平を図った評価をすることはできないと判示された。

上記のような結論となったわけであるが、そもそも、同族会社の行為計算否認規定については、「あくまでも同族会社がする自らの法人税の軽減を防止することが目的であり、所得税や相続税法上のそれは、法人税法上の否認に伴う課税関係を調整(たとえば株主への認定課税)するのが目的であって、法人税法以外の否認規定が一人歩きして、むやみに拡大解釈されるのは望ましくない」という見方がある⁽²⁵⁾、上記の大阪地裁判決についても、「不当性」の基準に基づいて適用される同条と「著しく不相当」の基準に基づいて適用される財産評価基本通達第 6 条との適用関係が不明確であるなどの問題を残しているとの指摘も見受けられる⁽²⁶⁾。

(24) 本判決では、同族会社が他人の土地に地上権を設定した場合において、権利金を支払うのではなく、法人税法施行令 137 条でいうところの「相当な地代」を支払うこととした場合、法人税法上は正常な取引条件によってなされたものであると認められるとしても、その地上権を設定する行為を相続税法 64 条に基づいて否認することは妨げられないという判断が下された。

(25) かかる見方については、畠山武道「租税判例研究会」ジュリスト No. 778 (昭和 57 年) 112-114 頁参照。

(26) 相続税法 64 条と財産評価基本通達 6 項の適用関係には不明確さがあるものの、大阪地裁判決で示された見解は凡そ妥当であるとするものとして、石川克彦「相続税

上記のような指摘からも示唆される通り、相続税法 64 条の射程範囲は、確かに、所得税法 157 条や法人税法 132 条の射程範囲よりは狭いと考えられるが、上記の大阪地裁・高裁判決によって息を吹き返した相続税法 64 条は、その後、国税不服審判所が下した裁決（平成 16 年 3 月 30 日裁決、裁決事例集 No. 67、718～734 頁）でも、その有用性が確認されている。本裁決では、被相続人と不動産 A を有する同族会社が締結した不動産 A の売買契約で定められた価額が異常に高額なものであり、また、被相続人の当該売買に係る借入金は相続税の計算上控除されることから、不動産 A を相続した者の相続税負担が大きく軽減されたことが問題となった。

上記裁決において、審判所は、相続税法 64 条の適用に当たっては、同族会社の行為又は計算が単に結果において相続税又は贈与税の軽減を来たすということのみによってこれを決すべきではなく、当該行為計算が経済的、実質的にみて、経済人の行為として、不自然・不合理なものと認められるか否かにより判断すべきであるが、本件売買契約は、不動産 A の時価と本件借入金債務の残高が大幅に乖離していることを認識しながら本件借入金債務の残高をもって売買価額としてことが認められ、売買代金債務のうち、不動産 A の時価を超える部分については、債務控除が過大となり、請求人の相続税を不当に減少させるものと認められることから、相続税法 64 条 1 項の規定を適用して課税価格を計算したことは適法であるという判断を下した⁽²⁷⁾。

（2）実質課税の原則の限界

同族会社等の行為又は計算の否認規定と異なり、実質課税の原則については、立法化が実現しなかったものの、その有用性を認める判決もないで

における同族会社の行為計算の否認に関する一考察—財産評価基本通達第 6 項との関連を中心として—」税務大学校論叢 39 号（平成 14 年）506～616 頁がある。

(27) 本裁決に対して批判的な見方もある。批判的な見方については、川崎浩「時価と著しく乖離する売買価額の不動産取引と相続税法第 64 条第 1 項の適用の可否」（<http://www.mcci.or.jp/www/h/kawasaki/profile2-10.htm> [平成 19 年 6 月 24 日]）参照。

はない。代表的な適用例としては、神戸地裁昭和45年7月7日判決（昭和41年（行ウ）第9号、訟務月報16巻12号1513頁）が挙げられる⁽²⁸⁾。本件では、形式上、原告の有する不動産Bが、自らが代表取締役を務める赤字会社であるF社と原告の実の兄であるG（不動産Bの事実上の共有者）を通じてH社に譲渡されたが、H社は、その引き換えに代替地を原告に直接譲渡しており、税務当局は、本件取引の経済的実質は、原告からH社に不動産Bが直接譲渡されたものであり、H社から原告以外の者に支払われた営業補償金等も原告に帰属すべきものであるとする更正処分を行った。

上記判決において、神戸地裁は、税法上の所得を判定する際、法形式だけでなく、経済的実質をも検討する必要がある、原告が選択した法律的形式は、経済的実質からみて通常採られるべき法律的形式とは一致しない異常なものであり、かかる法律的形式を選択したことを正当化する特段の事情がない限り、租税負担の公平の見地からして、それに拘束されないと解するのが相当であり、また、原告が本件取引によって意図したF社の赤字補填やGへの分け前の配分は、本件のような複雑で迂遠な法律形式を採らなければ実現できないものではなく、原告から直接H社に譲渡し、その利益を贈与の形式で配分することによって容易に実現できるとして、原告の採った法律的形式は、租税回避の目的の下、法律的形式を濫用したものであると判示した。

上記の判決は、裁判所が、国税通則法が制定された後に実質課税の原則に基づく否認を認めた代表例であると一般的には位置づけられているが⁽²⁹⁾、租税法律主義の優位性が高まるに伴い、実質課税の原則の適用を認め

(28) 本判決は、その控訴審である大阪高裁昭和47年2月18日判決（昭和45年（行コ）第18号、訟務月報18巻6号938頁）によって、一部取消がされたが、上告審である最高裁昭和49年7月19日判決（昭和47年（行ツ）第57号、訟務月報20巻10号159頁）は、控訴審判決を破棄・差戻しを行い、差戻し控訴審である大阪高裁昭和52年3月31日判決（昭和49年（行コ）第38号、税務訴訟資料91号654頁）では、更正処分が維持された。

(29) 本判決では、「法律的形式の濫用」という表現が用いられていることから、1919年

る裁判例は少なくなっている。このような趨勢が生じた背景には、租税法律主義の下では、要件事実の認定に必要な事実関係や法律関係の形式と実質との齟齬が認められる場合、その形式ではなく、実質に基づく認定を行うことは否定されないが、実質課税の原則は、明文化されている実質所得者課税の原則に包含されるものではないことから、法律の根拠もなく、真実の法律関係から離れた経済実質に基づく課税（すなわち、広義の実質課税の原則である経済的実質主義に基づく課税）が認められるわけではないという解釈が有力なものとなったという事実がある。

東京高裁昭和 47 年 4 月 25 日判決（昭和 46 年（行コ）第 25 号、訟務月報 19 巻 3 号 62 頁）も、上記の解釈と凡そ同様な考え方を採用している。本判決では、原告の被相続人 I が J 社との間において、I が所有する不動産 C に対し、J 社が地上権を取得する代わりに、J 社が I に対し、対価の支払いと不動産 C を担保とする融資を行うという消費貸借契約が結ばれ、原告は、本件契約における I の債務を原告の相続税の算定上の評価減として処理したが、税務当局は、本契約における当事者の真意は、I から J 社に対する地上権の設定と対価の支払いであるとして、本契約を金銭消費貸借契約であると仮装したことは、I の所得税を回避する目的であり、原告も、これを十分に認識していたとして、原告が主張する評価減を否認したことが問題となった。

上記判決において東京高裁が下した判断は、被相続人 I が J 社との間で結んだ契約が、いささか異常であって、そこに何らかの、おそらくは租税（当時の不動産所得税）負担の回避ないし軽減の意図が窺えない訳でもないことから、然らば、右は一種の租税回避行為というべきであるとしなが

に制定されたライヒ租税法 4 条が、1976 年以降はドイツの新国税通則法 42 条に吸収されるという過程において、経済的観察法から法形式の濫用という法理に変容したように、本判決は、我が国の包括的な否認アプローチにも変化が生じていたことを示唆するものと解せるのではないかと個人的には思料するが、その後、我が国では、かかる変化が顕著なものとなることはなかった。ドイツにおける経済的観察法の盛衰については、本稿第 3 章参照。

らも、同族会社の行為計算否認規定の外、一般的に租税回避の否認を認める規定のない我が税法においては、租税法律主義の原則から右租税回避行為を否認して、通常取引形式を選択し、これに課税することは許されないという趣旨のものであった⁽³⁰⁾。

そもそも、実質課税の原則には法実質主義と経済実質主義があり、法実質主義の下では、実質主義を法形式（法適用上仮装された表見的事実）対法実質（法適用上裏にある真実の法律事実）の問題として捉え、後者に適用される税法解釈を行うのに対し、経済実質主義の下では、法形式（私法上の法律要件を充たした法律事実）対経済実質（経済的成果をもたらす事実）の問題として捉え、後者に適用される法解釈を行うという説明がされているが⁽³¹⁾、特に昭和 50 年代以降は、上記の東京高裁判決の趣旨を踏襲するような判決が多数を占めるようになり、租税法律主義の下で容認される実質課税の原則とは、法実質主義であって、問題の取引が仮装でないにもかかわらず、真実に存在する法律関係から離れて経済実質主義に基づく課税を行うことは認められないという見方が支配的なものとなった。

上記のような考え方が判例や学説において時代の趨勢となったことは、「昭和 36 年答申」が示した見解（「・・・租税回避により不当に租税負担

(30) 本判決の上告審である最高裁昭和 49 年 9 月 20 日判決（昭和 47 年（行ツ）第 69 号、判例時報 757 号 60 頁）は、相続税評価額の算定上の控除債務の額において、本判決には誤りがあるとして破棄・差し戻しを行ったが、差し戻し控訴審である東京高裁昭和 50 年 3 月 20 日判決（昭和 49 年（行コ）第 68 号、税務訴訟資料 80 号 501 頁）でも、本判決の根幹に係る部分に対する判断は維持された。

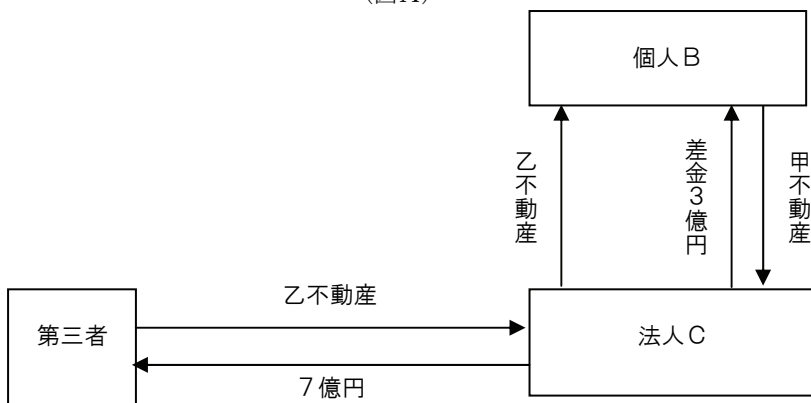
(31) このような定義・説明については、吉良実『実質課税論の展開<阪南大学叢書 12>』中央経済社（昭和 56 年）64・65 頁参照。また、法律実質主義とは、「法律上の形式は一応尊重するが、なんらかの客観的事実によって納税者がその形式と異なる経済実質を期待していることが明らかなる場合に限り、経済実質に従って判断するという立場」に立つものであり、経済実質主義は、「法律上の形式のいかんにかかわらず、経済実質をみきわめようとする立場」に立つものであるという定義・説明をしているものもある。かかる定義・説明については、小宮保『法人税の原理』中央経済社（昭和 43 年）145 頁参照。

を回避し又は軽減することは許されるべきではないのであって、このような場合には、・・・法形式にとらわれることなく、通常あるべき取引行為によって得られる経済的実質、しかも、その法形式がどのようなものであれ、その通常生ずべき経済的実質と同じ実体として現に生じているところに即して課税が行われるべき」であり、「このような回避行為は、・・・私法上の形式としては完備されており、契約の履行等それに従った実行がされている反面、・・・税負担においてのみ不当に軽減が図られているという点に問題がある（ため、広義の実質課税の原則による対応が妥当である）」が、支持を失ってきていることを意味している。

3 最近の実質課税の原則の射程範囲

実質課税の原則の適用が法実質主義の枠内に限定されるという考え方は、I事件に対する東京高裁平成11年6月21日判決(平成10年(行コ)第108号、訟務月報47巻1号184頁)でも支持された。本事件では、下図Aの通り、個人Bが、複数の売買契約に基づき、甲不動産(土地・建物等)を法人Cに譲渡し、その代わりに7億円(契約上の金額を4億円とする乙不動産と差金3億円)を受け取り、各々の売買契約による譲渡所得を区分した確定申告書を提出したのに対し、税務当局が、本件取引は、個人Bが主張するような各別の売買契約と代金相殺契約という二つの個別の取引ではなく、一体不可分の補足金付交換契約であり、そうすると、法人Cが本件交換のために調達した乙不動産は7億円であるから、個人Bが得た所得の課税標準額は、7億円ではなく、10億円であると認定する更正処分を行ったことが問題となった。

(図A)



上記判決において、東京高裁は、本件取引のような取引においては、むしろ補足金付交換契約の法形式が用いられるのが通常であると考えられるとしながらも、個人Bがこれらの取引を各別の売買契約及び各売買代金の相殺という法形式を採用した理由が、本件資産の譲渡による所得税の負担の軽減を図るためであったとしても、本契約の法形式が仮装のものであると認定できない以上、租税法律主義の下では、法律の根拠なしに当事者の選択した法形式を通常用いられるものに引き直して課税することは認められないと判示した⁽³²⁾。本判決の意義は、経済的実質主義を否定した点にあると評されているが⁽³³⁾、納税者の租税回避の意図を税務否認の根拠としてはあたかも殆ど関係のないものとしている点でも、租税法律主義の実質課税の原則に対する優位性を強く印象付けるものであった。

確かに、上記東京高裁判決によって、租税法律主義の優位性は確固なもの

(32) 最高裁は、本件について、上告理由なしとした。なお、本件では、土地の低額譲渡を行った法人に対して寄付金課税を行う余地は残されているという指摘もある。かかる指摘については、品川・前掲「第56回租税研究大会」10頁参照。

(33) かかる評釈については、谷口勢津夫「私法上の法形式の選択と課税」水野忠恒他編『租税判例百選（第4版）』別冊ジュリストNo.178(平成17年)38～39頁参照。

となった感があるが⁽³⁴⁾、本判決後、実質課税の原則が、衰退の一途を辿ったわけではなかった。実質課税の原則と租税法律主義との罅迫り合いは、その後も続き、大阪高裁平成14年10月10日判決（平成12年（行コ）第24号ないし第25号、判例タイムズ1120号134頁）では、私法契約の税務上の効果の限界が示され、実質課税の原則の牙が完全に抜かれたわけではないことが示唆された。本件では、法人納税者が土地建物と株式とを同時に譲渡し、不動産の譲渡価格は18億円、株式の譲渡価格は42億円とする申告を行ったが、これに対し、税務当局は、かかる契約上の価格は不動産の譲渡に係る税負担の軽減を図るために恣意的に付されたものであり、真の価格を反映したものであるとして更正処分を行った。

上記判決において、大阪高裁は、契約書に記載された譲渡価額と時価が著しく懸絶している売買は、たとえ、その契約書作成にいたる関係書類が残され、その記載価格が真実のものであることを当事者が力説しているとしても、契約書記載どおりの売買の存在を是認し難いところであり、本件について下された審判所の裁決の審査請求手続において、控訴人は、本件不動産の価格を35億円であると主張した経緯があること、また、各譲渡金額は、それぞれ別個・独立に、その経済的実体を踏まえて決定された金額ではなく、代金総額を60億円にすることを前提として、国土法の適用除外と租税回避に沿うように適当に配分されたものに過ぎないことから、本件各契約は一体不可分の関係にあり、本件更正処分は妥当であるという判断を下した。

上記判決で依拠された見解・アプローチは、リゾートマンションの売買契約と同時にスポーツクラブ会員権契約が締結された場合に、その要素たる債務である屋内プールの完成の遅延を理由として、買主が右売買契約を法的解

(34) 本判決は日本版ウェストミンスター判決ともいえるという話を今村隆教授から聞いたことがある。英国の貴族院が1936年に下したウェストミンスター判決は、文理主義・形式主義的解釈の優位性を示した代表的な判決として、旧英連邦諸国の司法判断に大きな影響を与えた。かかる影響が顕著であるカナダの例については、拙稿・前掲「租税回避行為への対抗策に関する一考察」80～82頁参照。

除することができるかが問題となった最高裁第三小法廷平成8年11月12日判決（平成8年（オ）第1056号、判例時報1585号21頁）において最高裁が示した見解（「同一当事者間の債権債務関係が、その形式は甲契約及び乙契約といった二個以上の契約から成る場合であっても、それらの目的とするところが相互に密接に関連付けられていて、社会通念上、甲契約及び乙契約のいずれかが履行されるだけでは契約を締結した目的が全体として達成されないと認められる場合には、甲契約上の債務の不履行を理由に、他方の契約をも併せて解除できる」と整合性を有していると考えられる。

0事件に対する東京高裁平成16年1月28日判決（平成14年（行コ）第1号、判例時報1913号51頁）も、実質主義的なアプローチの有用性を示唆する判決として注目される。本件では、D社が株主総会の決議により、新たに発行する株式をその外国子会社Eに対して有利な価額（D社の純資産額に比して発行価額が著しく低額）で割り当てたことによって、D社株式の資産価値である含み益が何らの対価も得ずにE社に移転したことに対し、税務当局が、法人税法132条に基づく寄付金課税を行ったことが問題となった。本事件の原審である東京地裁平成13年11月9日判決（平成12年（行ウ）第69号、判例時報1784号45頁）は、本件決議はD社の機関である株主総会が内部的な意思決定として行ったものであり、原告であるD社自らの行為ではないとして、課税処分を取り消した。

上記の東京地裁判決を批判する立場からは、商法上の第三者割当ての手続きを経たからといって、すべて当該第三者割当ての枠内での課税問題となるのではなく、経済的実体として明らかに贈与と認められるのであれば、その法形式に捉われずに、課税上、これを贈与として認定すべきであり、さもなければ、株式を低額譲渡すれば贈与とされるが、第三者割当ての方式を採用すれば贈与とはならない、すなわち、経済的実質は同一であるのに、法形式により異なる課税となることが解せないという見方がされていたが⁽³⁵⁾、実際、上

(35) このような見解については、武昌昌輔「新株引受権の第三者割当てと課税問題」

記東京高裁判決では、D社からE社への資産価値の移転は無償による持分の譲渡であり、法人税法22条2項に該当する事実が生じたものであるとして原判決が取り消された。

もっとも、上記東京高裁判決に対しても批判はある。例えば、第三者割当ての有利発行という手続きが商法上も予定されている以上、かかる簡便で直接的な行為形式を採用するのが通常の行為形式であり、新株引受権の贈与という疎遠な方式を採用することこそ、私法上の行為として異常、不合理で不要な行為であるという見方がある⁽³⁶⁾。また、所得計算規定にすぎない法人税法22条2項が定める「取引」を関連者間の意思の合意の合致に基づいて生じた法的及び経済的結果を把握する概念として理解している点において、本高裁判決は誤っており、「本件スキームを事実認定の名の下で当事者の意思の合意を擬制するものであり、これまでの実質主義（経済的な観察法）と実態は変わっておらず、新たな法創造を行うものであり、実質主義に回帰しているように思われる」という批判が見受けられる⁽³⁷⁾。

上記のような批判もあったが、上記高裁判決の上告審（最高裁第三小法廷平成18年1月24日判決、平成16年（行ヒ）第128号、判例時報1923号20頁）は、原審はD社保有の株式の評価方法において誤っていると、その破棄・差戻しを行ったものの、上告人が保有するD社株式に表象された同社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E社において了解したところが実現したものであり、法人税法22条2項にいう取引に該当すると判示し、税務当

国際税務 Vol. 22, No. 10 (平成14年)34頁参照。

(36) このような見方については、大淵博義「判例評釈—海外子会社の有利発行による第三者割当て増資による親会社の割合的持分の減少に伴う譲渡収益課税の可否」TKC 税研情報13巻6号（平成16年）18頁参照。大淵は、本高裁判決を支持する見解の根底には、完璧な租税負担軽減（節税）に対する抵抗があるものと思われると述べている。

(37) かかる批判については、占部裕典「法人税法22条2項の適用範囲について」税法学551号（平成16年）30～36頁参照。

局側が勝訴した。本上告審判決及びその原審である上記高裁判決は、必ずしも実質課税の原則の適用を正面から認めたものではないが、租税法律主義の優位性に一石を投じるものであった。

第2節 実質主義の再構築に向けた動き

1 「私法上の法律構成による否認論」を巡る議論

仮に、「実質主義に回帰」という動きがあったとすれば、かかる動きはむしろ、映画フィルム・リース事件大阪高裁平成12年1月18日判決（平成10年(行コ)第65号、訟務月報47巻12号3767頁）において、より直接的に認められるものであったと言えよう。本判決では、循環取引を通じて、映画フィルムの耐用年数が耐用年数等に関する省令別表第一において2年と短いことと多額の借入金利子を計上することを狙った租税回避スキームが問題となった。本件スキームでは、原告らが組合員となっている投資事業組合が、組合員からの資金や金融機関からの融資資金等を使って映画フィルムの所有権を購入し、映画配給会社にリースするという取引が実行され、原告らは、映画フィルムの持分権に係る減価償却費用を計上した。

これに対し、税務当局は、原告及び投資事業組合は、本件取引により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、所有権を取得する形式、文言が用いられたにすぎないのであるから、本件映画は原告の減価償却の対象となる資産ではないと主張した。上記判決において、大阪高裁は、課税庁が租税回避の否認を行うためには、原則として、法律の明文規定が必要となるが、仮に明文の規定がない場合でも、租税回避を目的とする行為に対しては、当事者が真に意図した私法上の法律構成による合意内容に基づいて課税が行われるべきであるとの見解に立脚し、組合の事業の用に供していない映画フィルムの減価償却費を損金の額に算入することはできないと判示した。

大阪高裁によると、上記判決で示している考え方は、事実認定・私法上の

法律構成による否認という手法であり、「課税は、私法上の行為によって現実には発生している経済効果に即してされるものであるから、第一義的には私法の適用を受ける経済取引の存在を前提として行われるが、課税の前提となる私法上の当事者の意思を、当事者の合意の単なる表面的・形式的な意味によってではなく、経済実体を考慮した実質的な合意内容に従って認定し、その真に意図している私法上の事実関係を前提として法律構成をして課税要件の当てはめを行うべきである」という説明がされている。

本判決の上告審である最高裁平成 18 年 1 月 24 日判決（平成 12 年（行ヒ）第 133 号、裁判所時報 1404 号 14 頁）では、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リース先に移転しており、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おり、しかも、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とはできないから、減価償却資産に当たるとは認められないと判示し、控訴審判決の結論は是認できるが論旨は採用できないとされ、実質課税の原則の問題に触れずに判断が下された。

最終的には上記のような結果となったが、上記最高裁判決の原審である大阪高裁判決については、「私法上の法律構成による否認論」を採用して契約の法的性質決定をしたものであるとして、高く評価する向きもある。「私法上の法律構成による否認論」とは、①問題となる取引における租税回避目的が格段に大きく、②私法上選択可能な別の取引が存在し、この法形式と当事者が選択した法形式とを比較したときに前者が通常であると認められるなどの事情が認められる場合には、当事者の選択した法形式が真実の法律関係とは異なるとの推認が働き、この真実の法律関係に基づいた課税が行われるべきであるという見解に立脚するものであり、大阪高裁判決は、ウェストミンスター原則に修正を加えたラムゼイ原則と同様な考え方に立脚するものであると

捉えられている⁽³⁸⁾。

「私法上の法律構成による否認論」は、実質課税の原則の射程範囲を必要以上に狭めないことを意図したアプローチであり、実質課税の原則の復権に繋がる潜在性を秘めている。「私法上の法律構成による否認論」の下では、ある法形式が、その本来予定する経済的効果とは異なる効果を得る目的で借用された場合、契約の解釈は、借用された法形式に拘束されるものではなく、また、契約の解釈は裁判所の判断に委ねられる法律問題であり、その判断は必ずしも当事者の選択した法形式に拘束されるものではないことから、前述のI事件について下された東京高裁判決は、余りにも当事者の選択した法形式を偏重するものであり、かつ、その反面として当事者間における合意の実質を余りにも等閑視するものであり不当であるとされる⁽³⁹⁾。

「私法上の法律構成による否認論」は、実質課税の原則とは異なると解されているが⁽⁴⁰⁾、實際上、実質課税の原則を補完する機能を果たし得る。法実質主義の場合、真実とは仮装でないことを意味することとどまるため、租税回避事案では、租税回避目的に相応する真実の法律関係が形成される以上、その目的を当該法律関係が仮装であることの重要な間接事実とすることはできないが、「私法上の法律構成による否認論」では、税法の目的等の総合的考慮に基づき租税回避の経済的不合理性や異常性の観点から課税要件法を訴訟法上再構成し、課税要件法の中に前述のような裁判上の推論ルールとして租

(38) このような見方については、今村隆「租税回避行為の否認と契約解釈(4)」税理 Vol. 43, No. 3, 209～212 頁参照。ラムゼイ原則については、拙稿・前掲「租税回避行為への対抗策に関する一考察」p. 105 参照。

(39) この点の詳細については、今村隆「租税回避行為の否認と契約解釈」税理 Vol. 42, No. 14, 214-216 頁参照。

(40) 実質主義による否認は、例えば、当事者が A という契約をした場合に、それが私法上は A という契約であるとしても税法上は B という契約であるとみなし、これを前提に課税要件の充実の有無を検討する考え方であるのに対し、私法上の法律構成による否認は、私法上においても当事者がした契約は A ではなく (A というのはあくまで形式的・外観的なものにすぎないとされる。)、真実には B であると解釈する考え方であるという説明がされている。このような説明については、末崎衛「私法上の法律構成による否認」税法学 550 号 (平成 15 年) 14 頁参照。

税回避の一般的否認規定（要件事実論で解かれることがある「裁判規範としての民法」に相当するいわば「裁判規範としての一般的否認規定」）の措置に対して道を開くこととなり得る⁽⁴¹⁾。

「私法上の法律構成による否認論」は、上記のような潜在性を有しているが故に、前述の映画フィルム・リース事件に対する大阪高裁判決等と同様に、少なからぬ批判にも晒されている。例えば、当該大阪高裁判決及び「私法上の法律構成による否認論」は、納税者が税負担軽減ないし回避の意図・動機をもってある法律行為を選択した場合、これは納税者の真意に基づく法律行為ではないとの重要な間接事実と考えているようであるが、このようなアプローチは、私法上の意思解釈・契約解釈の手法によらずに当事者の真意を無視したあるべき法律関係を策定せんとするものであり、その解釈は恣意的なものとなる危険があることから、その適用は極めて制限的なものにとどまるべきであるという指摘もされている⁽⁴²⁾。

2 「私法上の法律構成による否認論」と「税法独立論」との関係

上記の通り、「私法上の法律構成による否認論」による実質課税の原則の底上げが、實際上、どれほど可能となるかという点を巡っては、少なからず議論があるが、この点は、法概念の相対化をどれほど認めるかという問題であるとも解される。というのは、「私法上の法律構成による否認論」も、処分証書の法理をドグマ的に捉えて反証を許さないとするようなスタンスを採ることを問題視し、私法規定からの借用概念は、基本的には税法においても同一に解釈すべきであるが、全く同一義に解釈すべきであるというわけではないという立場に立つものであることから、かかる法概念の相対性を容認するアプローチは、「民商法依存主義」（「(法)統一説」とも称される。）と対比させ

(41) このような解釈については、谷口・前掲「私法上の法形式の選択と課税」40～41頁参照。

(42) このような見解・主張については、末崎・前掲「私法上の法律構成による否認」13～26頁参照。

られる「税法独立論」の流れを汲むものであるという捉え方をすることが可能であると考えられるからである。

嘗ては、税法独立論に依拠する有力な見解として、「租税法においては、たしかに、他の法の分野におけると同じ文言を用いていることが少なくないが、同じ文言だからといって、他の法の分野におけると全く同じ意味に解さなければならないわけではなく（概念の相対性）、その解釈に当っては、租税法の目的に照らし、規定の実質的・経済的意義が考慮されるべきは当然であって、いわゆる実質課税の原則のごときも、このような基本的な考え方の一つの具体的な現われにすぎないといってよいであろう」という主張がされた経緯もあるが、「私法上の法律構成による否認論」による実質課税の原則の底上げの程度も、税法独立論がどの程度認められるのかによって画される部分が大きいと思料する⁽⁴³⁾。

実際、「私法上の法律構成による否認論」の下では、民法からの借用概念であっても、税法上の規定については、その立法趣旨等から合理的に解釈することが容認されるとされ、その根拠として、最高裁昭和 63 年 7 月 19 日判決（昭和 62 年（行ツ）第 142 号、判例時報 1290 号 56 頁）が挙げられている⁽⁴⁴⁾。本件では、第三者に対して債務を有する納税者 A が、当該債務を引き受けることを条件に土地 B を親族ら C に贈与するという土地所有権移転契約を締結し、C は、当該土地の譲渡によって得た資金を基にして当該債務を支払い、C は、土地 B の取得は贈与によるとして、その取得価額と所有期間を引継いだ長期譲渡所得税の申告を行ったが、税務当局は、C の土地 B の取得は贈与ではないとして、かかる引継ぎを否認し、短期譲渡所得として更正する処分を行った。

(43) 税法の解釈論として、従来から「(法)統一説」と「税法独立論」との意見の対立があり、嘗ては学説・判例ともに、その見解は二分された状態にあったことについては、吉良実『実質課税法の論点』中央経済社（昭和 57 年）53 頁参照。

(44) この点については、今村隆「譲渡所得課税における契約解釈の意義」中里実・神田秀樹編『ビジネス・タックス』143 頁参照。

本件の争点は、負担付贈与が所得税法 60 条で定める資産の所得費の引継ぎを認める要件である贈与に含まれるか否かという点であったが、最高裁は、租税法の解釈であっても、必ずしも法文上の文言のみにとらわれるべきものではなく、当該法条の実質的意義を考察し、その意義に照らして合理的な解釈をすべきものであるとした原審の東京高裁昭和 62 年 9 月 9 日判決（昭和 60 年（行コ）第 13 号、訟務月報 34 卷 4 号 792 頁）と同様な見解に立脚した上で、所得税法 60 条 1 項 1 号にいう「贈与」には贈与者に経済的な利益を生じさせる負担付贈与を含まないと解するのを相当とすると判示し、税務当局側が勝訴した。

上記の東京高裁判決及び最高裁判決に対しては異論もないではないが⁽⁴⁵⁾、これらの判決は、税法独立論を肯定したものであるとして、税法の独自性を主張する立場や実質課税の原則の射程範囲を広く捉える立場等から支持された⁽⁴⁶⁾。確かに、特別の立法措置が講じられていないことをもって、法的安定性の要請に応える立場から直ちに統一的な法の解釈・適用に踏み切ってしまうこと、つまり、「同一概念の用語である」との結論に達することは、極めて不合理となる結果を招く場合も少なくないであろうという見解が有力に主張され⁽⁴⁷⁾、また、「租税法上の用語は、たとえそれが私法上の用語と同一であっても、その概念は、租税法独自の目的に合致するよう合目的解釈が許されるべきである」というような主張も存在している⁽⁴⁸⁾。

(45) 例えば、税法上も、借用概念の法理に従って明文の排除規定がない限り、贈与には負担付贈与も含まれるという意見がある。かかる意見については、北野弘久「税法における『贈与』の概念」税理 28 卷 6 号（昭和 60 年）6 頁参照。

(46) 例えば、須藤（当時の法務省訟務部付検事）も、「合理的な法の解釈によるものである限り、同一用語について私法上と租税法上で異なった意味を持つと判断することも許容されよう」と述べている。この点については、須藤典明「負担付贈与をめぐる課税関係について」税務弘報 34 卷 3 号（昭和 61 年）156 頁参照。

(47) かかる見解については、吉良・前掲『所得課税法の論点』55 頁参照。

(48) かかる主張については、渡辺吉隆「私法上と同一の概念の解釈—株主相互金融会社と利益の配当—」別冊ジュリスト No. 79 租税判例百選（第二版）（昭和 58 年）30～31 頁参照。

上記の東京高裁判決及び最高裁判決の他にも、税法独立論に立脚する判決であると解されている例として、最高裁昭和 35 年 10 月 7 日判決（昭和 35 年（オ）第 54 号、判例時報 238 号 2 頁）がある。本判決では、株式相互金融会社が融資を希望しない株主に対して支払う「株主優待金」が旧所得税法 9 条 1 項 2 号で定める「利益若しくは利息の配当」に該当し、旧所得税法 37 条で定める源泉徴収義務の対象となるか否かが争点となったが、最高裁は、株主優待金は所得税法上の利益配当に当たらないとしながらも、「所得税法上の利益配当とは、必ずしも、商法の規定に従って適法になされたものにかぎらず、商法が規制の対象として、商法の見地からは不相当とされる配当（たとえば、蝟配当、株式平等に反する配当等）の如きも、所得税法上の利益配当のうちに含まれるものと解すべき」という見解を示している。

また、東京地裁昭和 58 年 3 月 7 日判決（昭和 56 年（行ウ）第 114 号、判例時報 107351 頁）では、区分地上権が設定された土地の借受け契約の更改に伴う権利金の支払を免除された納税者が受けた経済的利益は贈与による取得であるとみなされ、贈与税の計算上、借地権や底地の評価額から控除される区分地上権の評価に係る評価については、地上権の評価の場合と同様に、相続税法 23 条に基づいて評価すべきであるか否かが争点となったが、東京地裁は、相続税法 23 条で定める「地上権」は民法 269 条の 2 で定める区分地上権を含まないとして、民法 265 条で定める地上権に適用される阻害率(0.1)ではなく、区分地上権に 0.9 の阻害率を適用した税務当局の処分を妥当であると判示した⁽⁴⁹⁾。

これらの判決は、税法独立論に立脚し、概念の相対化を認めたものと解釈することが可能であることから、「私法上の法律構成による否認論」の妥当性

(49) 本判決では、相続税 23 条の規定内容・立法経過や区分地上権の法的性格等からすれば、同条は、民法 265 条の地上権に係る評価方法を規定したものにはすぎず、区分地上権に係る評価方法についてまで規定したものではないと解するのが相当であり、このように解したからといって租税法主義に違反するものではないという見解が示された。

を確認するものであるとも解し得るが、上記判決等の意義・射程範囲について幾分異なる見方をする向きもある。例えば、上記の最高裁昭和 63 年 7 月 19 日判決については、民法上、狭義の贈与と負担付贈与は別個に規定されており、民法上の贈与という法概念に負担付贈与が当然に包含されているとは言い切れないことを前提として、所得税法 60 条で定める「贈与」の解釈も、同条の趣旨・目的を考慮し、その民法上の内容を合理的に解釈すべきであると判示したことを確認したものであって、民法上の負担付贈与の意義を租税法上特別に変更したものではないと解釈する向きもある⁽⁵⁰⁾。

また、「法概念の相対化」や「私法上の法律構成による否認論」に立脚し、前述の I 事件に対する東京高裁判決を批判せんとするようなことがあれば、それは誤解に他ならないという主張をする向きもある。例えば、借用概念について租税法が詳細な定義を与えることなく、私法上の概念をそのまま用いているのには、それ相当の理由があるからにはほかならないからであり、相互売買における二つの売買契約の経済的実質が交換であるというのは、そもそも、「交換」という文言が私法上の概念でしかないことに鑑みれば、大いなる論理矛盾であり、また、法概念の相対性という考え方によって税法上の借用概念の解釈に関する「統一説」を論破せんとすることも筋違いであるという主張が見受けられる⁽⁵¹⁾。

上記の通り、実質課税の原則の限界を補完する機能を果たし得る「私法上の法律構成による否認論」やその根拠となり得る考え方に対しては、少なからぬ批判が投げ掛けられており、「私法上の法律構成による否認論」も、租税法主義の牙城に大きく切り込むまでには至っていない。要件事実の認定は、「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されるべきということの意味するにと

(50) かかる見方については、岩崎政明「譲渡の意義(1)－負担付贈与」別冊ジュリスト No. 178 租税判例百選(第4版)78～79頁参照。

(51) かかる指摘については、中里実「租税法と私法論再々考」税研 115 号(平成 16 年)84～85頁参照。

どまり」⁽⁵²⁾、当事者の真の意思を探求するという事実認定・私法上の法律構成の方法に基づいて課税を行うことは認められようが、それを拡大していくと、個別否認規定のない租税回避否認を認めることとなるため、現状では、事実認定による否認により簡単に契約の読み替えが認められるとは考えられないという見方が支配的なものとなっている⁽⁵³⁾。

「私法上の法律構成による否認論」も、私法上の事実認定や契約の結果として租税回避の否認と同じような効果を生じさせようとするものに過ぎず、法律の根拠もなく経済的実質主義の適用を認めるものではなく、租税法律主義の問題にはならないということになるかと思われるとも説明されていることに鑑みると⁽⁵⁴⁾、法的実質主義と大差はないこととなり、「私法上の法律構成に基づく否認論」が実質課税の原則を補完する程度は、必ずしも大きいものではないと考えられる⁽⁵⁵⁾。個別否認規定が存在しない場合の租税回避否認の範囲は、依然として不確実な部分を残しているものの、近年、かなり狭まってきていることは、やはり、否定し難い事実・趨勢となっているのである。

上記の点は、「昭和 36 年答申」（答申別冊 13 頁）の見解（「あらゆる事例を予見し、いかなる経済発展の形態をも想定して、すべての場合につき、しかも個別的、具体的に明文規定を設けよ」ということは無理というべきであろう・・・立法における上記のような限界を考えると、税法において規定が欠けていることに乗じて、・・・私法上許された形式を濫用することにより

(52) この点については、金子・前掲『租税法』139 頁参照。

(53) このような見方については、中里実「事実認定による「否認」と、契約の読み替え」税研 Vol. 19、No. 4（平成 18 年）95 頁、中里・前掲『タックス・シェルター』224 頁参照。

(54) この点については、今村隆「租税回避についての最近の司法判断の傾向（その 1）」租税研究第 684 号（平成 18 年）90 頁参照。

(55) 映画フィルム・リース事件に対する大阪高裁判決は、租税回避目的の存在を前提として、当事者が真に意図した取引・課税関係への引き直しを認めており、米国の経済的実質主義の適用基準（「二股テスト」）を彷彿させるものとなっているが、本判決も法的実質主義の枠内に収まるものであるとすると、当事者が真に意図した取引・課税関係の認定に大きな制約が加わり、その射程範囲は、広いものではないと思料する。「二股テスト」については、本稿第 2 章参照。

不当に租税を回避し又は軽減することがいかなる場合にもありうるわけで、このような場合に、これを黙過してよいとすることは負担の公平を生命とする税法のとるべき態度とはいえないであろう」と、昨今の通説的な見解（「法律の根拠がない限り租税回避行為の否認は認められないと解するのが、理論上も実務上も妥当であろう」）が、対照的なものとなっていることから示唆されよう⁽⁵⁶⁾。

我が国における実質主義については、上記のような事実・趨勢が認められ、実質課税の原則に基づく否認の射程範囲は、従来に比べ、かなり狭いものとなってきている。かかる事実・趨勢は、例えば、我が国と同様に、租税法律主義が憲法上の規定に由来している国（例えばベルギー）や文理主義的解釈の優位性が認められる大半のコモン・ローの国々でも少なからず認められる。他方、実質主義が依然として比較的の高い否認手段として機能しているだけでなく、経済的実質主義の否認機能を高めることを意図した立法化案も幾度となく税制改正の俎上にのぼっている米国のような例もある。果たして、米国では、実質主義はどのように位置づけられており、そのポテンシャルと限界はどのようになっているのであろうか。次章では、米国における経済的実質主義の実態分析を通して、これらの点を考察する。

(56) 昨今の通説的な見解については、金子・前掲『租税法（第十版）』130頁参照。金子は、「租税法律主義のもとで、法律の根拠なしに、当事者の選択した法形式を通常用いられる法形式にひきなおし、それに対応する課税要件が充足されたものとして取り扱う権限を租税行政庁に認めることは、困難である」とも述べている。

第2章 米国における実質主義

第1節 米国の経済的実質主義の射程範囲

1 経済的実質主義の適用基準

米国には立法化された一般的否認規定は存在していないが、税法上の個別規定によって租税回避行為を否認することができない場合に依拠される主な否認法理として、司法上確立されている幾つかの法理が存在しており、これらの諸法理が、一般的否認法理としての役割を少なからず果たしてきたという経緯がある。これらは、「仮装取引の法理」(sham transactions doctrine)、「実質優先の原則」(substance over form principle)、「ステップ取引原理」(step transaction doctrine)、「事業目的テスト」(business purpose test)、「経済的実質主義」(economic substance principle)等に代表されるものである⁽⁵⁷⁾。

上記の諸法理等は、いずれも、多かれ少なかれ、最高裁が Gregory v. Helvering, Commissioner of Internal Revenue, 293 U.S. 465; 55 S. Ct. 266; 79 L. Ed. 596; 1953 U.S. 事件判決で示した見解(「グレゴリー原則」と称される。)から派生したものである。同事件では、納税者Aが単独の株主となっている法人Bの大量の株式を新たに設立した法人Cに譲渡し、株式譲渡の直後には法人Cを解散させ、法人Cの全資産は株式形態で納税者Aに分配された。納税者Aは、分配された利益は、1928年内国歳入法(IRC)§112で定められている組織再編成に伴うものであることから、非課税であり、その後当該株式を売却して得た売却益が税務上優遇されているキャピタル・ゲイン課税の対象となると主張したが、税務当局は、本取引にはIRC§112の適用はないとして、分配利益に対する配当課税を行った。

(57) これらの法理等の詳細については、Judicial Doctrines Used to Combat ATS (http://www.irs.gov/pub/irs-utl/ii.b-judicial_doctrines_ii.pdf [平成19年2月9日]) 参照。

上記判決において、最高裁は、法が容認する手段によって税負担の軽減・回避を行うことは納税者の法的権利であるが、かかる行為は税法が意図したものであるか否かが問題であるとした上で、本件取引は、IRC § 112 の要件を形式上は整えているものの、当該規定の適用を受けて配当課税を回避することのみを意図して組織再編成を仮装したものであり、かかる意図の下に設立された法人Cの機能も、それ以外に何ら存在しておらず、関係する法律の明白な趣旨の範囲外にあることから、かかる租税回避の意図を無視することは妥当ではないと判断され、このような判断を下さないことは、実際より形式を優先し、関係する法律の趣旨を埋没させることとなると判示した。

上記判決の主旨については、Commissioner v. Transport Trading & Terminal Corporation, 176 F. 2d 570; 1949 U.S. App. 事件判決において、第2巡回裁判所のハンド（Hand）裁判官が、「グレゴリー原則が意味しているのは、商業上或いは産業上の取引を叙述する税法上の文言を解釈するに際しては、文言解釈上問題とされているのは、商業上或いは産業上の目的のために実行されたものであって、税負担を軽減することを唯一の目的とする取引は、解釈上問題となる取引に含まれないと理解するということである」という解釈を行っている⁽⁵⁸⁾。このような解釈がされているグレゴリー原則から派生した上記の諸々の法理は、微妙に異なる否認のアプローチを採るものの、いずれも、取引の形式を否定し、その実質に基づいた課税を行うための理論である。

実際、これらの法理は、必ずしも相互に排他的なものではなく、少なからぬ場合において、相互に補完的な機能を発揮するものであるが、これらの法理の中でも、とりわけ、経済的実質主義の有用性が顕著である。経済的実質

(58) 原文は、“The doctrine of Gregory v. Helvering, ... means that in construing words of a tax statute which describe commercial or industrial transactions we are to understand them to refer to transactions entered upon for commercial or industrial purposes and not to include transactions entered upon for no other motive but to escape taxation.” である。

主義に基づく否認が可能であるか否かは、多くの場合、狭義の経済的実質と事業目的の有無を問題とする「二股テスト」(“two prong test”)と称される基準に依拠して判断される。二股テストは、「主観テスト」と「客観テスト」によって構成され、主観テストの下では、納税者が租税目的以外の目的を有しているか否かが問題とされ、客観テストの下では、問題の取引が一定レベル以上の経済的実質を有しているか否かが問題とされる。二股テストをクリアしない取引は「欺瞞」(“sham”)であるとして、経済的実質主義に基づく否認が首肯されることとなる。

客観テストの適用上の一つの指針としては、グレゴリー原則から派生した幾つかの法理を根拠として否認するというアプローチが採られた *ACM Partnership v. Commissioner*, T.C. Memo 1997-115; 1997 Tax Ct. 事件判決等で依拠された「合理的な利益可能性」(“reasonable possibility of profit”)基準がある。本判決において、租税裁判所は、ある取引が経済的実質を有しているか否かを判断するうえで重要な鍵となるのは、その取引が、納税者の行為に照らした場合、十分に想定される租税以外の目的に合理的に関連しており、納税者の経済的な状況や意向に照らして有益であるかという点に係る事実認定であるが、パートナーシップである ACM と ACM への出資者は、当時予見されるマーケットの動向に鑑みた場合、その市場価値が低下することが予想される私募債やリボ債という経済的な重要性が低いものに投資する本件取引から利益を得ることを合理的に期待していなかったと判断した⁽⁵⁹⁾。

上記の *ACM Partnership* 事件判決で十分に明らかにされていないのが、「合理的な利益可能性」基準をクリアするために必要となる合理的に期待できる利益とは、少なくともどの程度のものであるかという点であるが、この点については、*Sheldon v. Commissioner*, 94 T.C. 738 ; 1990 U.S. Tax Ct. 事

(59) 本判決で問題となったスキームと本事件の控訴審判決のポイントについては、拙稿「タックス・シェルターへの対応(I)－米国内国歳入庁の対応策(3)」国際税務 Vol. 25, No. 7(平成17年)61～65頁参照。

件判決が参考となる。本件では、原告等が設立したパートナーシップは、財務省証券を購入する資金調達契約や購入・売戻し契約（レボ取引）等を同一の取引相手方と結び、原告等において、所得の発生と利払いの期間のずれを発生させ、多額の利払い控除の適用が行われたが、税務当局は、本件取引の利益と損失は、取引が行われる前から予定されていたものであり、租税回避を目的としたものであることから、かかる控除は否認されるべきであると主張した。

上記の Sheldon 事件判決において、租税裁判所は、本件取引には事業上の利益を得る可能性があることは否定しないが、かかる利益は極めて限られており、主張されている控除額に比べると意味をなさないほど小額であることから、本件取引が経済的実質を有しているとは言い難く、しかも、実際に生じている事業上の利益が合理的な利益可能性の存在を反映しているという見方をするのは、木を見て森を見ないこととなることから、原告が主張する控除は認められないと判示した。また、本判決は、経済的実質主義による否認は、対象となる取引が必ずしも租税回避を唯一の目的とするものではないような場合でも可能であることを示唆するものでもあった。

上記の Sheldon 事件判決は、合理的な利益可能性基準の明確化に資するものであるが、合理的な利益可能性基準自体、全く問題がないわけではなく、そもそも、その妥当性を疑問視する向きもある。例えば、上記の Sheldon 事件判決で反対意見を述べたウェルズ(Wells)裁判官は、問題の取引が経済的実質を有しているか否かを判断するに際して、期待できる税務上の利益と事業上の利益可能性を比較するというアプローチは、異なる分野において適用されていた手法を経済的実質主義の適用上の基準として採用するという新たな手法であり、納税者の事業判断を第三者が代替するという点において問題があり、しかも、本件取引は事業上の利益可能性を有しており、経済的実質主義が適用されるべきものではない述べている。

確かに、少なからぬ場合において、客観テストの適用上の指針として、合理的な利益可能性基準が採用され、当該基準が二股テストの適用上、一つの

重要なメルクマールとなっており、上記の Sheldon 事件判決で示された見解が有力ではあるものの、上記の通り、当該基準にも問題がないわけではない。二股テスト自体の解釈も、必ずしも一貫しているわけではなく、実質、効用及び目的の全てを欠いているのが欺瞞であって、租税回避以外の目的を有する取引は欺瞞ではなく、経済的実質主義に基づく否認を行うためには、対象となる取引が経済的実質を欠くとともに、その唯一の目的が租税回避であることが前提となるというような解釈が採用され、その結果、税務当局が敗訴している例も見受けられる。

2 二股テストの解釈を巡る議論

二股テストの解釈・適用に係る上記のような多様性は、合理的な利益可能性基準の解釈に多様性があることに起因して生じている部分もあるが、より根本的な問題として、主観テストと客観テストとの関係の捉え方が、裁判所において異なっているという事実があり、かかる事実起因して生じている部分が多い。両者の関係については、大別すると、問題の取引が主観テストと客観テストのいずれかをクリアーしていれば、経済的実質主義の適用は認められないとする納税者側に有利な「非結合的關係テスト」(“disjunctive test”)として捉える向きがある一方、双方のテストをクリアーしている場合に限って、経済的実質主義の適用が排除されるとする税務当局側に有利な「結合的關係テスト」(“conjunctive test”)と位置付ける向きもある⁽⁶⁰⁾。

前述の Sheldon 事件判決における租税裁判所の見解は、結合的關係テスト

(60) この点及び主な裁判例がいずれの見解に基づくものであると解されるかについては、Yoram Keinan, *The Many Faces of the Economic Substance's Two-Prong Test: Time for Reconciliation?* (<http://www.law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=2007&context=expresso> [平成 19 年 2 月 9 日]) 参照。なお、二股テストについては、税務上の利益以外の実際上の経済効果が生じるか否かを判断するための柔軟な手段として捉えた上で、「一元的な分析」(“unitary analysis”)を行うというアプローチもあり、かかるアプローチに立脚すると、結合的關係テスト依拠した場合と実質的に同様な結果となることが多いと説明されている。

に立脚するものであると考えられるが、本節3で後述している通り、非結合的關係テストに依拠した裁判例も見受けられる。主観テストと客観テストの關係を巡って、上記のような解釈上の相違が生じたのは、Frank Lyon Co. v. United States, 453 U.S. 561; 98 S. Ct. 1291; 55 L. Ed. 2d 550; 1978 U.S. 事件判決で最高裁が示した見解の捉え方が異なっており⁽⁶¹⁾、また、非結合的關係テストと結合的關係テストとの対立の顕在化は、Rice Toyota World Inc. v. Commissioner 事件に対して下された第4巡回控訴審判決（752 F.2d 89; 1985）が、二股テストの適用のあり方について、示した基準の解釈が異なっていることが、主な原因・契機となっていると言われている⁽⁶²⁾。

上記のRice Toyota 事件では、納税者Eが分割払いのリコース（償還請求権付）手形とノン・リコース手形を振り出し、リース会社から購入したコンピューターを当該リース会社にリース・バックするという取引が行われ、納税者Eはコンピューターの減価償却費及び手形支払いに係る利子費用等を控除したことが問題となった。租税裁判所（81 T.C. 184; 1983）は、かかる取引は費用の早期計上を可能にする租税回避を目的とし、また、合理的な利益可能性がないことから、経済的実質も認められないと判示したのに対し、第4巡回控訴裁判所は、非結合關係テストに依拠し、納税者Eの意図が租税回避であることは認められるものの、本件では経済的実質の存在が認められるとして、利子費用の控除については、それを認める判決を下した。

少なからぬタックス・シェルターは、客観テストと主観テストのいずれもクリアーしておらず、また、客観テストをクリアーしないものの大半は、主観テストもクリアーしていない。しかし、いずれか一方のテストのみをクリアーしているものもあり、この場合、二股テストの解釈としては、非結合的

(61) 本事件では、金融機関が建設中の施設を納税者Dに譲渡した後に当該施設のリースを受けるという取引（sale and leaseback）に伴う納税者Dのリース関係費用等の控除が認められるか否かが問題となったが、最高裁は、経済的効果があるものは税務上尊重されることから、租税回避目的以外の事業目的の下で実行された経済的実質を有する本件取引に伴う費用等の控除は認められると判示した。、

(62) この点については、Keinan, supra “Many Faces of Economic Substance” 参照。

関係テストが妥当であるという見解の下では、経済的実質主義に基づく否認は認められないこととなる。この場合、主観テストをクリアーしているが、客観テストはクリアーしていないというものが多く、税務当局が敗訴した上記の Rice Toyota 事件に対する第 4 巡回控訴審判決も、この場合に該当するケースである。

3 非結合的關係テストの最近の適用例

裁判所が非結合的關係テストに依拠して二股テストを解釈したために税務当局が敗訴した最近の代表的な裁判例としては、納税者の外国税額控除の適用が認められるか否かが問題となった①IES Industries Inc. and Others v. United States, 253 F.3d 350; 2001 U.S. App. 事件判決及び②Compaq Computer Corporation and Subsidiaries v. Commissioner, 277 F.3d 778; 2001 U.S. App. 事件判決や、「不確定条件付債務」(“contingent liability”) スキームの税務効果を否認することができるかが問題となった③Coltec Industries, Inc. v. the United States, 62 Fed. Cl. 716; 2004 U.S. Claims 事件判決及び④Black & Decker Corporation v. United States, 340 F. Supp. 2d 621; 2004 U.S. Dist. 事件判決がある。以下、これらの判決のポイントと意義を概説する。

上記①の IES Industries Inc. 事件判決では、納税者 F が、第三者を通じて、米国における課税を免除されている年金基金が有している米国預託証券 (American Depository Receipt, ADR) を配当付き (cum dividend) で購入し⁽⁶³⁾、配当を受領する権利を得た後、当該第三者に対して配当落ち (ex dividend) で売り戻したが、売り戻し価格は購入価格よりも低く、キャピタル・

(63) ADR とは、米国銀行が設立している信託が有する外国企業の株式であり、ADR の購入者は、ADR に係る利益 (配当やキャピタル・ゲイン) を得る権利を有するが、かかる利益に対する税は、信託が保有する株式を発行している法人の所在地国において源泉徴収され、源泉徴収された税は、本来、米国において外国税額控除の対象となるが、本件では、年金基金は、米国での課税が免除されているため、外国税額控除を利用できないという問題があった。

ロスが発生したため、F は、当該ロスを繰り戻して過年度分のキャピタル・ゲインとの相殺したほか、受領した配当に係る海外での源泉税について、外国税額控除の適用を行ったことが問題となった。税務当局は、本取引の場合、外国税額控除による税負担の軽減なしには純損失が生じるものであることから、経済的実質を欠いており、否認されるべきであると主張した。

本事件の原審であるアイオワ北部地区裁判所の 1999 年 9 月 22 日判決 (No. C97-206) は、本取引が納税者 F による外国税額控除の利用を唯一の目的とし、経済的実質を欠いたものであるとして、税務当局の主張を認めたが、控訴審である第 8 巡回控訴裁判所が下した上記①の判決では、納税者 F には配当が支払われないというリスクがあるほか⁽⁶⁴⁾、F の利益は、F が受け取った現金 (税引き後の配当額である配当額の 85%) ではなく、源泉税の支払い前の段階 (税引き前の配当額である 100%) で判断すべきであるから、本取引においては合理的な利益可能性が認められ⁽⁶⁵⁾、また、納税者 F の税を回避するという意図の存在自体が、F の取引が事業目的を有しているか否かを決定する要因ではないことから、本取引が経済的実質を有していないという主張は誤っていると判示された。

上記事件と凡そ同様な問題が争点となった上記②の Compaq Computer 事件判決でも、第 5 巡回控訴裁判所が下した判決は、上記の IES Industries 事件第 8 巡回控訴裁判所判決と凡そ同様な観点から、合法的に軽減できるリスクが欠如している取引は欺瞞ではなく、経済的実質を有しているという主旨のものであったことから、税務当局は、告示 (Notice 2004-19) を発し、経済的

(64) リスクのない取引は欺瞞であるという税務当局側の主張に対し、第 8 巡回控訴裁判所リスクが微少な取引であっても、欺瞞でないということは十分にあり得るという見解を示している。

(65) キャピタル・ロスの額が 8270 万ドルであるのに対し、納税者 F が得た配当額はグロスで 9080 万ドル、外国で源泉徴収された額 (1350 万ドル) を引いたネットの額では 7730 万ドルであることから、合理的な利益可能性の有無の判断上、利益を源泉徴収税が引かれる前の段階で判断するのかが否かという点は重要なポイントであった。なお、別途、納税者 F には、ADR 購入に伴う控除対象の利子費用が 310 万ドルあった。

実質主義の適用を排除するためには、外国税額控除が適用される前の段階で利益が見込まれることが前提条件となるという見方を示唆していた従来の告示(Notice 98-5)を撤回するとともに、経済的利益が外国税額控除額に比して著しく低いような取引は濫用的なタックス・シェルターであるという取扱いを改め、かかる取引を開示制度上の「指定取引」(“listed transactions”)のリストからも削除したという経緯がある⁽⁶⁶⁾。

上記③の Coltec Industries 事件判決で問題となったのは、法人 G が、子会社 H に約束手形を振り出させ、休眠子会社 I に不確定条件付債務(本件の場合、アズベスト被害に伴う損害賠償の支払)を引き受けさせ、また、H が有する I 社株式を第三者に低額譲渡するなどの取引であった。本件取引の連結申告上の取扱いについて、法人 G は、IRC § 351(a)では、被支配関係にある法人間における株式の取得と交換に行われる資産の譲渡に対して課税の繰延べを認める要件が定められており、資産の譲渡と交換に行われる債務の引受けも、IRC § 357C(3)及び IRC § 358(d)(2)の下、同様な取扱いを受けることから、本件取引における I 社による債務の引受けによって、H の有する I 社株式の基礎価額の引下げは生じないとして、I 社株式の第三者への低額譲渡に伴う損失の控除を主張した。

これに対し、税務当局は、不確定条件付債務は、IRC § 357C(3)及び IRC § 358(d)(2)に定められている債務の引受けに該当しないことから、IRC § 351(a)が定める課税の繰延べの要件を充足しておらず、経済的実質主義による否認が可能であると主張したが、連邦請求裁判所は、上記③の判決において、実質的に非結合的關係テストに立脚した上で、本件取引では、租税回避が納税者の唯一の目的ではないことから、「その事実をもって」(“ipso fact”)、本件取引には経済的実質が存在すると認められると判示したほか、

(66) この経緯の詳細については、Greff D. Lemein, Foreign Tax Credit Planning - IRS Withdraws Notice 98-5 (http://www.findarticles.com/p/articles/mi_qa3633/is_200405/ai_n9370456 [2005年2月21日]) 参照。米国の開示制度や指定取引の詳細については、拙稿・前掲「租税回避行為への対抗策」38~45頁参照。

「本件取引のように、(課税関係を生じさせないとする) 法律要件の全てを形式上充足しているものについて、単なる法形式の遵守にすぎないとして、経済的実質主義に基づく否認を行うことは、三権分立に反する」ことから、経済的実質主義は違憲であるという見解を示した⁽⁶⁷⁾。

上記④の Black & Decker Corporation 事件判決では、納税者 J が、その従業員の健康保険請求を管理する子会社 K を設立し、現金と交換に、従業員からの請求を請け負わせるとともに、当該子会社の株式を取得した後、当該株式の譲渡を行い、キャピタル・ロスを発生させたことが問題となった。納税者 J は、一連の取引は、当該キャピタル・ロスを保有していた事業を売却したことに伴うキャピタル・ゲインと相殺するために行ったものであることを認めたが、子会社 K は経済的実質を有しており、また、子会社 K が請け負った債務は、IRC § 358(d)(1)の例外を定める IRC § 358(d)(2)の下における不確定条件付債務に該当し、本件取引によって納税者 J に所得が生じるものではないと主張した。

IRC § 357(b)では、債務の移転・引受けが税負担の軽減を主たる目的とする取引については、IRC § 358(d)(2)が定める非課税の取扱いが認められず、課税所得が発生すると定められているが⁽⁶⁸⁾、税務当局が主張した主な点は、本件取引が租税回避目的で行われたものであり、経済的実質主義によって否

(67) 括弧部分の原文は、“where a taxpayer has satisfied all statutory requirements established by Congress, as Coltec did in this case, the use of the “economic substance” doctrine to trump “mere compliance with the Code” would violate the separation of powers.”である。

(68) IRC § 357(b)の原文は、“If, taking into consideration the nature of the liability and the circumstances in the light of which the arrangement for the assumption was made, it appears that the principal purpose of the taxpayer with respect to the assumption described in subsection (a) . . . (A) was a purpose to avoid Federal income tax on the exchange, or (B) if not such purpose, was not a bona fide business purpose, then such assumption (in the total amount of the liability assumed pursuant to such exchange) shall, for purposes of section 351 or 361(as the case may be), be considered as money received by the taxpayer on the exchange.”である。

認められるべき欺瞞であるという考え方であった。これに対し、メアリーランド地区裁判所は、上記④の判決において、非結合的關係テストに依拠し、納税者Jが設立した管理法人は、従業員からの請求に応じて自らの資金から支払を行うなどの実態を有しており、経済的実質が認められることから、納税者Jの取引目的が税負担の回避であるとしても、かかる取引の税務効果を否認して所得税の還付を拒否することはできないと判示した。

第2節 経済的実質主義の立法化を巡る議論

1 三股テスト

非結合的關係テストに依拠する二股テストを適用した上記判決等において税務当局が敗訴したことなどを背景として、近年、経済的実質主義を立法化すべきであるという声が強まってきている。かかる立法化案の多くは、一定の条件（①取引から合理的に期待できる税引き前利益の現在価値が期待される税務上の利益の現在価値に比して相当な程度のものであると同時に、②取引から合理的に期待できる税引き前利益がリスクのない収益率を超えること）を充足しない限り、問題の取引は、合理的な利益可能性を有していないものとみなされ、結合的關係テストに依拠する二股テストに則って、経済的実質主義の適用対象となるというような基準を採用している⁽⁶⁹⁾。

同じ経済的実質主義の立法化案でも、上院が示している立法化案は、予てより、かなり厳しい要件を納税者に求めるものとなっており、例えば、2003年に上院を通過した案（Senate Report 108-192 - JOBS ACT）でも、納税者側にとって厳しい基準が採用されていた。当該基準は、基本的には、税務当局に有利な結合的關係テストに立脚するだけでなく、取引の税負担軽減効果を認める前提として、かなり厳格な条件（①問題の取引が、税効果以外において、納税者の経済的立場を意味のある程度に変化させること、②取引実

(69) この点については、Keinan, supra “Many Faces of Economic Substance” 参照。

行の背後に、納税者の税負担軽減以外の目的が相当程度に存在しており、③当該取引が当該目的を実現するための合理的な手段であること)の充足を求めるものであった⁽⁷⁰⁾。

上記のような基準を採用している最近の上院案は、納税者に対して、経済的実質主義によって問題の取引が否認される可能性を排除する前提として、かかる取引が相当程度の事業目的を有することを含む上記の三つの要件の充足を求めることから、「三股テスト」(“three prong test”)若しくは「相当な(事業)目的テスト」(“significant purpose test”)などとも称されており、最近の「租税合同委員会」(Joint Committee on Taxation)の試算によると、上院案が実現すれば、関係する諸法令と合わせて、今後、10年間で150億ドルの税収増が可能であると見積られている⁽⁷¹⁾。上院案は、結局のところ、下院の反対を受けて未だ成立していないが、財務省や内国歳入庁も、経済的実質主義を立法化する上院案については、必ずしも賛同していないという事実がある。

財務省や内国歳入庁の上院案に対するスタンスが消極的なものであるという事実は、例えば、2002年の上院財政委員会において、財務省の当時の租税政策副長官の職にあったオルソン(Pamela Olson)の発言からも示唆される。オルソンは、経済的実質主義を立法化することは、①経済的実質主義の適用の柔軟性を奪うこととなる、②その適用が必要以上或いは予想以上に広範或いは狭くなる可能性がある、③税務当局による法の執行が複雑化する、④税務当局の調査が遅延・長期化するなどの危険性を包含しているなどの点において問題があると発言している⁽⁷²⁾。

(70) かかる要件を充足していない取引については、IRC § 6011に基づく開示制度に従って開示がされていない限り、通常のペナルティ(20%)よりも重いペナルティ(40%)が課されることとされていた。

(71) この点については、Estimated Revenue Effect of the Tax Provisions Contained in S. 2020[1], The “Tax Relief Act of 2006” As Passed by the Senate on November 18, 2006 (<http://www.house.gov/jct/x-82-05r.pdf>[平成19月10日])参照。

(72) 内国歳入庁のコープ主席顧問弁護士(Donald Korb, IRS Chief Counsel)も、経

米国弁護士協会 (the American Bar Association) やタックス・シェルターを濫用する取引を排斥すべきであると主張する主な租税専門家団体である米国公認会計士協会 (the American Institute of Certified Public Accountants) 等も、経済的実質主義の立法化に反対である。反対の理由として挙げられているのは、⑤経済的実質主義の適用における複雑性が増し、納税者の負担が嵩むことによって誠実な商取引が阻害される、⑥立法化は小規模事業者や平均的な納税者に対して特に不利に作用するほか、変貌し続ける経済環境に適合するうえで必要な税制の柔軟性を奪う、⑦租税回避行為に対する対抗策は、開示制度の強化によることが効果的である、⑧上院案の下で適用される経済的実質主義に基づく否認が行われる場合のペナルティの率 (40%) が高すぎるなどである⁽⁷³⁾。

他方、経済的実質主義の立法化に対する反対意見の根拠として挙げられている上記の問題点①～⑧の妥当性に疑問を呈する見方もある⁽⁷⁴⁾。例えば、問題点①については、立法化されていない状態で適用されている経済的実質主義の柔軟性こそが問題であり、立法化によって、経済的状況における意義のある変更についての客観テスト或いは事業目的という主観テストのいずれかがクリアされない場合には、その税務効果は否認されるという明確な基準が確立することが肝要であるという指摘がされている。また、立法化がされ

経済的実質主義は、その適用が正しいと判断される事案において適用されれば裁判所でも認められるべきであるから、立法化する必要性はないと述べている。この点については、Korb Outlines Rules of Engagement for Economic Substance Doctrine, Tax Notes, Vol.106, No.5 (2005) pp.510-511 参照。

(73) 米国弁護士協会の見解の詳細については、<http://www.abanet.org/tax/pubpolicy/2005/050613hr3.pdf> [平成19年2月13日]参照。

(74) 本稿で掲げている経済的実質主義の立法化に対する反対意見の根拠の多くは、2006年5月9日に開催された下院歳入委員会において、当時、カリフォルニア大学ロサンゼルス校の教授であったトンプソン (Samuel C. Thompson) が行った証言で指摘されている点である。証言内容の詳細については、<http://www.waysandmeans.house.gov/hearings.asp?formmode=printfriendly&id=4940> [平成18年5月30日]、S. C. Thompson, Despite Widespread Opposition, Congress Should Codify Economic Substance, Tax Notes, Vol. 110, No.6 (2006) pp.781-783 参照。

ても、税務当局及び裁判所は、当該規定を柔軟に適用する余地は十分にあるという意見がある。

問題点②に対しては、立法化によって適用範囲が仮に必要な以上に狭くなるような場合でも、事業目的テストなどのその他のコモン・ローの原則の適用は依然として可能であることから、立法化によって適用範囲が狭くなり、その結果、税務当局が不利になるようなことは想定し難い、また、適用範囲が必要以上に広くなる場合には税務当局がその適用に関する指針を提供することで対応が可能であるという反論がされている。問題点③に対しては、立法化されていない経済的実質主義の適用の態様は様々であることに鑑みれば、立法化による経済的実質主義の適用の一貫性が確保されることによって、執行面での複雑性は緩和されるという主張がされている。

問題点④に対しては、その主張を裏付ける証拠はなく、適切な内部指針が策定されれば、調査はむしろスピード・アップするとされ、問題点⑤及び⑥に対しては、立法化は税務上否認される取引と否認されない取引の明確化に資するため、濫用的な租税回避行為とは無縁な取引を害する可能性は、より少なくなるという見方がされている。さらに、問題点⑦及び⑧に対しては、開示制度上の義務違反に対するペナルティの強化よりも、経済的実質主義の立法化の方が税収増の効果が高いという租税合同委員会の試算結果があること⁽⁷⁵⁾、また、開示義務を履行していればペナルティの率が、40%ではなく、20%となるということに留意すべきであるとの指摘がされている。

(75) 租税合同委員会は、2006年から2016年の10年間で比較すると、経済的実質主義の立法化と関係法令の成立によって予測される税収増の額は、2004年の「米国雇用創設法」(American Job Creation ACT)の成立を通じて可能になった開示制度上の義務違反に対するペナルティの強化によって生じると試算されている額の10倍に達すると試算している。この点については、Samuel C. Thompson Jr., How Should Congress React to Bush's Tax proposals? (http://www.law.ucla.edu/docs/thompson_what_the_dems_should_do_final_march_22_07_pdf/pdf [平成19年9月10日])、JCT, JCX-95-03, "Estimated Revenue Effects of Chairman's Amendment to H. R. 2896" (<http://www.house.gov/jct/x-95-03.pdf> [平成19年9月10日])参照。

経済的実質主義の立法化を巡っては、上記の通り、賛否両論があるが、そもそも、経済的実質主義の法令化の主な目的が、二股テストの適用基準が裁判所において多少なりとも異なっているという現状を是正し、裁判所の二股テストの適用が、結合的關係テストに依拠するものに統一される方向に向い、その結果として、税務当局が敗訴するケースが減少することになるならば、税務当局も、経済的実質主義の立法化に十分な意義を認めるのであろうが、このような結果が生じることも確実ではない。経済的実質主義の立法化には、メリットだけでなく、デメリットもあり、経済的実質主義の有用性が、その法令化によって高まるとも言いきれないことは、本稿第4章第1節で考察しているフランスの法の濫用の法理を巡る裁判例（Janfin 事件 国務院判決、CE 27 No. 260.050）からも示唆される。

2 二股テストの趨勢と三股テストとの関係

経済的実質主義の立法化案は、税収増をもたらす可能性を秘めているものの、財務省や税務当局は、立法化の必要性を感じていない。立法化によって経済的実質主義の柔軟な適用というメリットが失われることが危惧されており、この点が上院案に賛同しない主な理由として挙げられているが⁽⁷⁶⁾、上院案を支持しない背景には、近年、タックス・シェルター開示制度の機能を高める措置が講じられたこと、また、税務当局が、経済的実質主義の適用を巡る裁判で絶望的な敗北を帰していないことなどの事実もある。確かに、前述の通り、二股テストの実質は非結合的關係テストであるとの解釈に立脚する最近の幾つかの判決において、税務当局は敗訴したが、以下で述べる通り、これらの判決の幾つかは、その後、その控訴審で破棄されている。

例えば、2006年に下された Black & Decker 事件控訴審判決（436 F. 3d 431, 97 AFTR 2d 2006-841）において、第4巡回控訴裁判所は、本件では、取

(76) この点は、コープ主席顧問弁護士の発言からも示唆される。この点に関するコープ弁護士の発言については、IRS, Tax Bar Urge Congress to Leave Economic Substance Alone, Tax Notes, Vol. 114, No. 8 (2007) pp. 814-815 参照。

引の唯一の目的が租税回避であり、経済的実質主義を適用基準の一つである主観テストがクリアされていることは納税者も認めていることから、もう一つの基準である客観テストがクリアされているか否かが問題となるが、客観テストが充足されているか否かは、税務上の利益の他に合理的に期待できる利益が、問題の取引において存在していたか否かによって決定されるべきであり、税務当局が提出した資料には、かかる利益が存在していたことが疑問視される材料が大量に存在していると判示し、本件の審理を地区裁判所へ差し戻した。

また、Coltec Industries Inc. 事件控訴審判決（2006-2 U.S. Tax Cas. (CCH) P50, 389）では、原審である連邦請求裁判所が、前述の通り、実質的に非結合的關係テストに依拠し、納税者を勝訴させたのに対し、連邦巡回控訴裁判所は、二股テストの適用基準については、結合的關係テストが妥当であるという見解の下、「経済的実質主義は、たとえ問題の取引が経済的実質を有していても、納税者の唯一の主観的な動機が租税回避であるならば適用され、また、経済的実質が欠如している取引は、納税者の唯一の動機が租税回避であるか否かの証明を要することなく、否認の対象とされるに十分なものである」と判示したほか、租税回避目的で行われた取引が経済的実質を有していることの立証責任については、納税者が負うという点が確認された。

さらに、上記判決において、連邦巡回控訴裁判所は、法の文言に合致する取引を経済的実質主義を適用して否認することは三権分立に反するという連邦請求裁判所の主張に対し、「経済的実質主義は、法令の文言が法令の究極的な目的を阻害することがあり得るような場合に依拠されるその他の解釈規範と異なるものではなく」、また、そもそも、「法は軽薄なものを取り扱わない（“maxim de minimis non curat lex - the law cares not for trifles.”）」という原則は、全ての法律が依拠する確立した法原理の一部であることから、文理解釈を行うことによって合理的な根拠が見出せないような取扱いが生じる場合には、明白な法令の文言に反する法令解釈を行うことも可能である」という反論を述べている。

連邦巡回控訴裁判所が示した上記の反論では、そもそも、経済的実質主義が包含している原則には、「納税者は税法が認める方法で税負担の軽減を図る権利を有していることは明らかであるが、税法は経済的実質を欠く取引によって税務上の利益を得ることを納税者に認めていないという法理があり、当該法理は、Gregory 事件最高裁判決から派生したものであり、最高裁は、中間段階の株式譲渡という取引が、税負担を軽減させる以外の機能を果たしておらず、法人としての事業目的を何ら有していないことから、税法の枠の外にあるものとして無視したのである」という点が敷衍して述べられていることが注目される⁽⁷⁷⁾。

上記の控訴審判決については、「控訴裁判所が、納税者の取引は何ら税法を濫用するものでないことを認めながらも、取引が税負担軽減以外の事業目的を有していない以上、その税務効果は否認されるべきであるという判断を下したものである」と解されており⁽⁷⁸⁾、立法化しなくとも、経済的実質主義の有用性は高いという見方を強める方向に作用し得るものとして位置づけられ得るが、そもそも、このような判断や経済的実質主義の解釈・適用が妥当であるかについては、少なからず異論もあり⁽⁷⁹⁾、本判決がどれほど先例として機能するかについては議論が分かれている。

また、前述の Black and Decker 事件控訴審判決では、確かに、税務当局側が勝訴し、かかる判決は、裁判所が経済的実質主義を柔軟性のあるものと

(77) 原文は、“The law does not permit the taxpayer to reap tax benefits from a transaction that lacks economic reality. This principle emerged early on in Gregory, where the Supreme Court disregarded intermediate transfers of stocks as falling outside the tax code because the transfers had “no business or corporate purpose” and performed no “function” other than to reduce taxes.”である。

(78) このような解釈については、Crystal Tandon, *IRS Wins Coltec Appeal on Economic Substance Grounds*, Tax Practice, Vol. 51, No. 4 (2006) pp. 51・65 参照。

(79) 本判決で問題となったような真正な取引に経済的実質主義を適用することが誤りであるという観点から主に投げ掛けられている異論については、John F. Prusiecki, *Coltec: A Case of Misdirected Analysis of Economic Substance*, Tax Notes, Vol. 112, No. 6 (2006) pp. 524-527 参照。

捉えていることの左証であるから、経済的実質主義を法令化する必要性はないという財務省・税務当局の主張を強めることとなったという指摘もされているが⁽⁸⁰⁾、第4巡回控訴裁判所が立脚しているのが非結合的關係テストであり、IRC § 357 及び § 378 の解釈についても、税務当局の主張を認めることなく、これらの規定の文言を形式的に解釈しているという点に鑑みると、裁判所の文理主義的アプローチは、今後、強まる可能性も想定されることから、経済的実質主義に対する裁判所の支持を低下させないためにも、経済的実質主義を立法化することの必要性は、本判決によって、むしろ高まったという見方をする向きもある⁽⁸¹⁾。

さらに、客観テストをクリアしているか否かは、事実認定に関する問題であることから、上記の通り、Black and Decker 事件控訴審判決において、第4巡回控訴裁判所が、関係する諸規定を形式的に解釈し、それらの歴史的な背景や立法経緯等について税務当局が行った主張を悉く退けたことに鑑みると、税務当局は、今後、この種のスキームを否認するためには、経済的実質主義を適用した上で、問題の取引が欺瞞であるという事実認定を行うということが前提条件となることから、税務当局は、本件判決では勝訴したが、タックス・シェルターに対する戦いという点では、むしろ敗れたみるべきであると評する向きもある⁽⁸²⁾。

このように、裁判所の二股テストに対する解釈や経済的実質主義の適用基準は依然として流動的であり、前述の Black and Decker 事件控訴審判決も、税務当局側に全面的に有利な材料ばかりを提供しているわけではない。した

(80) この点については、Crystal Tandon, No Need to Codify Economic Substance Doctrine, Treasury Official Says, Tax Notes, Vol. 110, No. 8 (2005) p. 941 参照。

(81) このような見方については、Karen C. Burke, Black & Decker in the Fourth Circuit: Tax Shelter and Textualism, Tax Notes, Vol. 111, No. 3 (2006) p. 325 参照。

(82) このような見方については、Richard M. Lipton, Will Black & Decker Turn out to be a Pyrrhic Victory for the IRS ? (<http://ria.thomson.com/journals/JJJJTAXart.pdf> [平成 18 年 6 月 3 日]) 参照。

がって、今後における非結合的關係テストと結合的關係テストの趨勢や開示制度のようなプロアクティブな対抗策の有用性如何によっては、経済的実質主義の法令化の必要性やその得失に対する見方の趨勢にも変化が生じ、経済的実質主義の法令化を求める声が更に強まることもあり得ると考えられるが、少なくとも、開示制度については、制度を補完する諸々の措置が講じられることなどによって、年々、その有用性が高まる傾向にある⁽⁸³⁾。

また、仮に経済的実質主義の立法化が実現したとしても、経済的実質主義の適用から不確実性を完全に払拭することは困難である。確かに、立法化が実現すれば、その否認機能が高まるという可能性もあるが、Gregory 事件判決において、最高裁が、節税は納税者の当然の権利であると述べたことから示唆されるように、経済的実質主義の適用による否認の射程範囲には自ずと一定の限界がある。既に高い否認機能を發揮している経済的実質主義を立法化して強化せんとする上院案は、かかる限界域に足を踏み入れようとするものであるのかもしれない。いずれにしても、上院案の実現によって、税務当局にとって現状よりも望ましい状況が生じるという保証はないと見る向きは少なくない⁽⁸⁴⁾。

上院案のような経済的実質主義の立法化案については、上記のような否定的な意見もあるが、個別否認規定の整備という手段以外の事後的な対抗策の強化方法として米国で最も有力視されているのは、やはり、経済的実質主義を立法化するという選択肢であり、かかる考え方・選択肢が必ずしも例外的なものではないことは、例えば、2005年、韓国では、法人税法3条に定められている実質課税の原則を国際的な租税回避取引に適用することの明確化を図るための法律案（“Law for Coordination of International Tax Affairs”，

(83) 米国の開示制度の有用性が高まってきていることについては、拙稿・前掲「租税回避行為への対抗策」53～72・129～131頁参照。

(84) このような見方をする者として、例えば、ジョージタウン大学のシルバーマン（Silverman）教授が挙げられる。詳細については、Mark J. Silverman, *The Case Against Economic Substance Codification*, Tax Notes, Vol. 104, No. 3 (2004) pp. 314-316 参照。

LCITA) 2-2 条が国会で可決され⁽⁸⁵⁾、同条では、韓国における実質課税の原則を実質的に強化するような表現振りがされているという事実からも示唆される。

そもそも、韓国で認められてきた実質課税の原則は、過去の最高裁の判例等に鑑みると、法的実質主義であって経済的実質主義ではないと考えられ、税務当局も LCITA 2-2 条は、従来の韓国における実質課税の原則を明文上確認的に定めたものであるとの説明をしているが、LCITA 2-2 条 3 項は、「国際的な取引が、第三者や複数の取引を利用するという間接的な手段によって、租税条約や LCITA 上の特典を不当に享受することを目的として実行されたと認められる場合には、かかる取引に対しては、経済的実質に依拠し、かかる取引を直接的或いは単一の継続的な取引活動とみなした上で租税条約や LCITA が適用される。」と定めており、同条は、立法上、また、實際上、韓国における従来の実質課税の原則の本質に変更を加えているという指摘もある⁽⁸⁶⁾。

このように、近年、韓国では、実質課税の原則を国際的な租税回避行為に適用することを明文化する規定が措置され、当該規定は、その潜在的な適用範囲を拡大し得るような表現振りとなっているが、かかる措置によって、韓国における実質課税の原則に依拠した否認のアプローチの有用性が、實際上、どれほど高まるかは、今のところ、必ずしも明らかではない。しかも、韓国と米国における実質主義の実態及び文理解釈の趨勢には違いがあり、LCITA 2-2 条が意図する経済的実質課税と米国の三肢テストが意図する経済

(85) 法人税法 3 条は、1 項において、「資産又は事業から生じる収入の全部又は一部が法律上帰属する法人と実質上帰属する法人が異なる場合には、それが実質上帰属する法人に、この法律を適用して法人税を賦課する。」と定め、2 項において、「法人税の課税所得となる金額の計算に係る規定は、その名称如何にかかわらず、取引の実質内容により、これを適用する。」と定めている。韓国の法人税法の条文の和訳については、韓国 WEB 六法 (<http://www.geocities.co.jp/WallStreet/9133/target.html> [平成 19 年 9 月 11 日]) 参照。

(86) この点については、C Seoul Challenges (http://www.milbank.com/.../0/Asia_Private_Equity_Review_Seoul_challenges_YJ_Kim.PDF [平成 19 年 8 月 28 日]) 参照。

的実質課税は、経済的実質課税の限界点からの距離も異なると想定されることから、韓国における経済的実質主義の立法化の効果が、米国における経済的実質主義の立法化のポテンシャルを的確に示唆するものとなることも想定し難い。

確かに、経済的実質主義の立法化によって対抗策を強化せんとすることは、米国において、一つの有力な選択肢・方向性であり、韓国における LCITA 2-2 条の導入は、同様な方向性を有するものではあるが、このような方向性は、欧州の主な国々でも認められるのであろうか。例えば、我が国の法体系に少なからぬ影響を及ぼしたドイツやフランスでは、どのような包括的否認規定・法理が、どの程度の否認機能を發揮しているのであろうか。とりわけ、ドイツにおける経済的観察法に基づく課税は、我が国の実質課税の原則に大きな影響を与えた経緯があるが、ドイツにおける実質主義の現状は、どうなっているのであろうか。次の第 3 章及び第 4 章では、ドイツ及びフランスの包括的否認規定・法理の実態を分析するとともに、最近の欧州司法裁判所判決によって示された法の濫用の原則のポテンシャルを考察し、欧州における包括的否認法理の趨勢を展望する。

第3章 ドイツにおける包括的否認法理

第1節 経済的觀察法の盛衰

1 ライヒ租税法 §4 と §5 との関係

米国や嘗ての我が国の場合と同様に、ドイツでも、実質主義が有力な否認の法理として君臨した時代があった。第一次大戦後、国家財政が破綻状態にある中、州政府に委ねられて統一性を欠いていた税の執行・徴収権限を連邦政府に集中させ、その統一的な執行と強化を図ることを意図した「ライヒ租税法」(Reichsabgabenordnung, RA0、「ドイツ租税基本法」とも訳されている。)が1919年に制定され、同法 §4(「租税法の解釈に際しては、その目的、その経済的意義及び諸関係の発展を考慮すべきである。’)に明文化された否認の法理は、「経済的觀察法」(Wirtschaftliche Betrachtungsweise)と称され、実質主義の根拠条文と位置づけられた。経済的觀察法は、我が国における実質課税の原則に対する考え方にも大きな影響を与えたという経緯がある。

ライヒ租税法は、別途、§5(1)（「民法の形式及び形式可能性を濫用して租税義務を回避又は縮小することを得ない。’)を有しており、§5(2)では、§5(1)でいう「濫用」とは、①法律が経済的事象、事実及び関係に対し、これらに相応する法的形成において課税する場合、その租税を回避するために、相応しない異常な法形式を選び又は法律行為をなすとき、②諸関係の状態、及び行動し又は行動すべき様式に依り、経済的には関係者にとって、本質的に、経済的事象、事実及び関係に相応する法的形成を選んだと同一の効果が取得されるとき、③選択された方法のもたらす法的効果が事実上全く意義を有しないか又は僅かの意義を有するにすぎないときに生じるとされ、さらに、§5(3)では、かかる濫用が存在するときは、課税上の意義を有せず、経済的事象、事実及び諸関係に相応する法的形成の場合に徴収されると同じく徴収

されると定められていた⁽⁸⁷⁾。

ライヒ租税法 §4 に加えて同法 §5 が設けられた理由は、ライヒ租税法を起草した当時のオルデンブルグ (Oldenburg) 高等行政裁判所の判事であったエンノー・ベッカー (Enno Becker) が、憲法制定国民会議に提出した理由書において述べられている。理由書が挙げているのは、事実の経済的意義を考慮することは課税上当然の原則であり、ライヒ租税法 4 条の規定は従来の判例と一致しているが、幾つかの租税回避行為を否認する処分が裁判所に支持されておらず、仮装行為ではない租税回避行為に §4 で対処することができない場合が想定されるため、何人も最少の租税を払えばよいという原則は正しいものの、かかる原則は、民法上の形式の濫用によって租税負担の回避を行うことはできないという制約を受けるということを明文化する必要があるという点であった⁽⁸⁸⁾。

上記の理由書において、税務当局の処分を裁判所が認めなかった例として挙げられているのが、租税専門の最高裁判所であるライヒ財政裁判所 (Reichsfinanzhof, REF) が 1919 年 7 月 16 日に下したミトロパ (Mitropa Fall) 事件 (第二部 A 第 142 号事件) 判決である。本判決では、納税者 A が、休業中の殆ど名義のみの存在であった会社の株式を買占め、住所、商号及び営業目的等を変更して会社経営を行ったことに対し、税務当局は、かかる A の行為が会社の新設に該当するものであるとして、膨大な額の印紙税を課する処分を行ったことが問題となった。本判決において、裁判所は、印紙税が課される諸条件の充足を回避している点において問題が認められるが、新たな会社の設立はなく、かかる租税回避行為に対して印紙税を課する税法規定も存在していないことから、本件処分は無効であると判示した⁽⁸⁹⁾。

(87) ライヒ租税法の制定経緯及びこれらの条文の和訳については、須貝脩一・中川一郎「ライヒ租税法(邦訳)(一)」税法学 5 (総合法規研究所、昭和 26 年) 32~39 頁参照。

(88) ライヒ租税法 5 条導入の経緯と同条導入に影響を与えた主な判決等の詳細については、清水敬次『租税回避の研究』ミネルバ書房 (平成 7 年) 3~24 頁参照。

(89) 本事件判決の詳細については、田中勝次郎『改正法人税法の研究』白亜書房 (昭

上記の理由書では、事実の経済的意義の正しい認識に基づいた判断が下されるような状況が認められる場合には、ライヒ租税法 § 5 はなくても支障はないが、当時、裁判所がこのような判断を下すかについて不安材料があり、租税回避を抑えるための個別規定では用を成さないことから、同条の創設が必要であったとも述べられていた。個別否認規定による租税回避行為の防止というアプローチを重視するヘンゼル（Albert Hensel）さえも、租税回避行為は税法の規定が不十分で税率が高い場合に増大するが、この場合、租税回避を行う者と個別否認規定しか有していない税務当局との競争では、後者が勝つ見込みは殆どなく、当時のドイツは、正しくこのような状況の下にあったという見方をしていた⁽⁹⁰⁾。

ライヒ租税法 § 4 及び § 5 が導入された背景には、上記のような状況が存在していたわけであるが、ライヒ租税法 § 5 は、その潜在的な否認機能の大きさ故に、その審議過程においてだけでなく、その制定後においても、強い批判を受けた。ベッカー自身も、ライヒ租税法 § 5 は応急措置的なものとして位置づけていたが、同条が有する道義的な重み、すなわち、租税回避の不道徳性を助長することは許されず、納税者は平等原則の下においてはじめて膨大な財政負担の引受けに応じるものであり、かかる原則を実現するためには同条のような規定を税務当局が有することによって、税務行政への信頼が確保されるという考え方が決め手となって、§ 5 の導入が実現した経緯があるという説明がされている⁽⁹¹⁾。

ライヒ租税法 § 5 は、上記のような議論・批判を受けて制定されたものであることから、その将来的な存否が危ぶまれたが、その存在意義は、上記のベッカーの意見から示唆される通り、ライヒ租税法 § 4 の機能・否認の射程範囲如何によっても大きく左右され、§ 4 の射程範囲が広ければ、§ 5 を適

和 26 年) 145～146 頁参照。

(90) これらの点については、清水敬次「租税回避論ノート(2)」税法学 147 (日本税法学会、昭和 38 年) 18 頁、清水・前掲『租税回避の研究』6～9 頁参照。

(91) この点の詳細については、清水・前掲『租税回避の研究』19～24 頁参照。

用する必要性・機会は少なくなる。したがって、経済的観察法を明文化したライヒ租税法 § 4 の射程範囲如何が問題となるが、経済的な真実に基づいた課税を行うという経済的観察法にも少なからぬ限界があり、かかる限界は、税法解釈の独自性とはどれほど認められるのかという問題によって、少なからず画されるのではないかと考えられる。

上記の観点からすると、19世紀のドイツでは、私法からの借用概念は、税法においても、同義に解すべきであるという「(法)統一説」(“Einheit des Rechts”, 「旧説」とも称される。)に立脚する考え方が有力であり、ヘンゼルも、税法の概念も法秩序に組み入れられれば、それはもはや法概念であって、民法上の法概念と税法上の法概念とを対比させ、税法の場合だけ税法上の独自の経済概念があるとするのは誤りであること、また、真の租税回避は、解釈技術がその働きを失うところに始まるのであるが、拡張解釈の有効性には限界があり、また、類推によってのみ導き出される法規は法規範とみることができないことから、租税回避は特別の明文の法規範によって阻止することが効果的であると主張していた⁽⁹²⁾。

ヘンゼルは、経済的観察法が立法化された後でも、「統一説」を主張していたが、「統一説」は、20世紀になると、次第に、その勢いを失い、経済的観察法に基づく考え方が有力なものとなって行った。そもそも、経済的観察法が台頭した背景には、近世において、公法が私法から独立する過程の中で、ドイツやオーストリアでは、税法の独自性を強調する学者等が現れ⁽⁹³⁾、税法はその他の公法とは異なる特異性を有しているという見方が強まったという事実があるが、このような見方は、税法が私法上の「借用概念」(“Entlehnter Begriff”)を用いている場合でも、かかる借用概念には税法独自の定義を付与すべきであるという「税法独立論」(“Autonomie des Steuerrechts”, 「独

(92) この点については、清水・前掲「租税回避ノート(2)」20～21参照。

(93) その先駆であったのが1916年に「奥国財政法原理」を発売したミルバッハ・ラインフェルドであると言われている。この点については、田中・前掲『法人税法の研究』706頁参照。

立説」とも称される。)に立脚するものである。

1927年に「税法と私法」(“Steuerrecht und Privatrecht”)という論文を著したハイデルベルグ(Heidelberg)大学教授であったカール・ガイラー(Karl Geiler)も、あらゆる課税に共通する基礎的事実として、真の価値の捕捉が求められるが、真の価値とは、民法上における状態よりも実際上の事物又は価値の状態であることから、殆ど全ての経済上の出来事が、税法上の観察をする場合に重要な役割を演じることとなり、この基礎的事実を正当づけるどころの税法固有の観念上又は法則上の税法の独立性なるものが発生するに至ったという説明をしている⁽⁹⁴⁾。

ガイラーは、税法の独立性を認める上記のような当時の趨勢を支持し、税法解釈に当っては、真実の事物の状態を捕捉した経済的観察法を適用すべきであるとしているが、税法が私法と同一用語を使用した場合、かかる用語が税法上特別の内容を有するものと解するのは行き過ぎであり、法の安定性・明瞭性の原則は維持されなければならないと述べていることから、ガイラーが依拠しているのは独立説ではなく、むしろ、借用概念の税法上の定義は、税法の目的との関係から目的論的解釈によって行うべきであるという「独立税法概念創設説」(“Theorie der selbständigen Begriffsbildung”, 「目的適合説」とも称される。)というものであった⁽⁹⁵⁾。

フライブルグ(Freiburg)大学教授であったシェンケ(Adolf Schönke)も、「法文の真の意味の最終的決定は、その目的によってはじめてなされる。故に、決定的なものは、常にいわゆる目的論的解釈である」と述べていたよ

(94) なお、ガイラーは、私法以外の他の法律上の法律用語、例えば、国法上の法律用語が税法に使用された場合、その用語の意味の解釈には、個々の税法の目的の如何が決定的な重要性を有すると述べている。これらの点については、田中勝次郎「税法の独立と税法学の誕生」税法学9(昭和26年)3~15頁参照。

(95) ブルーメンシュタイン(Blumenstein)が1950年に発表した「ジステーム」(“System des Steuerrechts”)という著書において示した「税法独立概念創設説」の内容の詳細については、田中勝次郎『法人税法の研究』税務研究会(昭和40年)721~728参照。

うに⁽⁹⁶⁾、当時は、独立説若しくは独立税法概念創設説が有力であって、ガイラーも、私法と税法との関係や私法以外の法律と税法との関係を適切に捉えるためには、独立税法概念創設説に立脚するというアプローチを採用することが妥当であり、その妥当性を示す具体例として、独立税法概念創設説に依拠したものと解される幾つかの具体的なケースを挙げている。

このようなケースの中には、例えば、有限会社の成立時期をどの時点で捉えるべきであるかによって課税関係が異なることとなる点が争われた実際の裁判例が含まれており、本裁判例では、既に会社の定款が決議され、また、営業行為が対外的に開始されていれば、登記前であっても、この有限会社は成立しているものと解すべきであるという判断が下されている。また、違法又は善良の風俗に反する行為により生じる収入が所得の概念に包含されるものであるか否かが問題となった裁判例における裁判所の判断は、かかる収入も所得を構成し、納税義務の対象となるという趣旨のものであった⁽⁹⁷⁾。

2 経済的観察法の盛衰

上記の通り、ライヒ租税法が制定された後も、しばらくの間は、独立税法概念創設説が有力であり、ライヒ租税法 § 4 の意義を否定する考え方も支配的ではなかったことから、同法 § 5 の必要性も顕著に高まることはなかった。実際、ライヒ租税法 § 5 に基づく租税回避の否認例も、当初は、それほど多くはなく⁽⁹⁸⁾、ライヒ財政裁判所判決（1923年6月12日第二部113号事件、REF-U v. 12.6 1923 II A 113/23, Stuw 1923 Nr. 709）のように、§ 5 の適

(96) この点については、田中・前掲『法人税法の研究』722・733頁参照。田中も、当時のドイツの学者で「税法独立論」を頭から否定する学者は1人もいないであろうと述べている。

(97) この点の詳細については、田中・前掲「税法の独立」14頁参照。

(98) ヘンゼル(A. Henzel)は、ライヒ租税法 § 5 の適用件数が余りなかったのは、同条の抑止効果が大いに発揮されたからというよりは、財政裁判所が、控えめな適用を行い、納税者も租税回避よりも脱税の方に走ったからであると説明している。この点については、清水・前掲「租税回避ノート(2)」19頁参照。

用が否認された裁判例もある⁽⁹⁹⁾。本判決では、不動産を有する納税者 B は、納税者 C との間で不動産売買契約を結んだが、凡そ 1 年後、当該契約は破棄され、C は、B が当該不動産を買い入れた後に譲渡する予定としていた先である納税者 D に当該不動産を譲渡したことから、税務当局は、ライヒ租税法 § 5 に依拠して、B に対して不動産取得税を賦課する処分を行った。

上記判決において、裁判所は、不動産取得税法 § 23(b)(2) (売買契約解除の際の不動産取得税の適用免除規定) の存在は、法の濫用が認められれば、ライヒ租税法 § 5 の適用を妨げるものではないことから、仮に、B から C に不動産が譲渡され、さらに C から D に不動産が譲渡され、その結果として、B が D から超過代金を得ているような場合には、ライヒ租税法 § 5 の適用があり得るが、本件のように、B から D に対して再売買を行うのに代えて、B と C との不動産売買契約を取り消し、C から D に直接売却することによって、同様な取引効果を生じさせることは、B に超過代金収受などの形による経済的関与がない以上、異常な法的形成は認められず、ライヒ租税法 § 5 の適用はないと判示した。

上記判決で示された裁判所のスタンスは、当時、必ずしも例外的なものではなかったが、国家社会主義思想が台頭し、ナチスがドイツを席卷するようになるのと、少なからず変貌を遂げることとなった。確かに、ライヒ租税法 § 5 に対する批判は、その後も治まることはなく、1934 年には「租税調整法」(Steueranpassungsgesetz) が制定された際、ライヒ租税法 § 5(2) については削除されたという経緯があった。しかし、ライヒ租税法 § 5 の趣旨自体は、租税調整法 § 6 に引き継がれ、また、ライヒ租税法 § 4 の趣旨も租税調整法 § 1 に引き継がれ、しかも、1930 年代後半から 1940 年代前半にかけて国家社会主義思想の興隆が顕著なものとなる中、これらの規定の適用は、異常な

(99) ライヒ租税法 § 5 の適用による租税回避行為の否認が認められた幾つかのライヒ財政裁判所判決 (例えば 1923 年 2 月 27 日第二部 A 8 号事件判決や 1923 年 5 月 4 日第二部 A 70 号事件判決) については、清水敬次「租税回避に関するライヒ財政裁判所判例 (6)」税法学 237 号 (昭和 45 年) 7~14 参照。

ほどに活発化するという事態が生じた。

かかる事態の発生は、ライヒ租税法と租税調整法の下での包括的否認規定の表現が異なっているという事実とも関係していた。確かに、ライヒ租税法 §5 と租税調整法 §6 の表現振りには殆ど違いがなく、租税調整法 §6(1) では、「民法の形式及び形成可能性の濫用によって、納税義務を回避し、又は軽減することはできない。」と定められ、§6(2)では、「濫用が認められる場合は、経済的事象、事実及び事情に相応する法的形成の場合と同じように、租税を徴収する。」と定めていたが⁽¹⁰⁰⁾、租税調整法 §1 には、従来の規定（「税法の解釈については、国民観、税法の目的及び経済的意義並びに事情の変更を考慮しなければならない。」）（2 項）に加え、「税法律は、ナチス世界観によって、これを解釈しなければならない」（1 項）が追加されていた⁽¹⁰¹⁾。

もともと、實際上、租税調整法 §1 及び §6 の異常なまでの適用という事態は、凡そナチス国家観の異常な高まりによって生じたものであったことから、第二次大戦の敗北と共に租税調整法 §1(1)が廃止されたドイツでは、統一説が、再び、支配的な税法解釈のアプローチとなった。確かに、1950 年代や 1960 年代においても、租税調整法 §1 や §6 の適用による租税回避行為の否認が行われた例も散見されるが⁽¹⁰²⁾、1950 年代後半以降は、税法の形式的な解釈を重んじる傾向が次第に強まり、とりわけ、租税訴訟の最終審である連邦財政裁判所 (Bundesfinanzhof) が 1962 年 1 月 24 日に下した判決 (BFH, Urteil v. 24. Januar 1962, Entscheidungen 13, 331) には、統一説の優位性が顕著に表れていた⁽¹⁰³⁾。

(100) これらの規定の和訳については、清水・前掲『租税回避の研究』106 頁参照。

(101) 租税調整法 §1(1)の原文は、“Die Steuergesetze sind nach nationalsozialistischer Weltanschauung auszulegen.” である。なお、租税調整法 §1(3)は、「要件事実の判断についても、同じとする」と定めていた。

(102) 代表的な具体例については、村井正・中川一郎「租税回避に関する西ドイツ連邦裁判所判例 (9)」(日本税法学会編、昭和 44 年) 1~8 頁、山岡健・清水敬次「租税回避に関する西ドイツ連邦財政裁判所判例 (17)」税法学 249 号 (昭和 46 年) 27~33 頁参照。

(103) このような評価がティプケ (Klaus Tipke) によってなされていることについて

上記判決では、法人の営業税の課税標準となる営業収益額は、法人税に基づいて算出され、法人税法上、個人支配的資本会社は法人税の対象とされているが、営業税法 § 8(6) の下では、個人支配的資本会社を人的会社に準じるものとして、その実質的な出資者やその配偶者等に支払った給与や報酬等も、その課税標準に加算するとされているため、かかる取扱いが、「ボン基本法」(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland、「ドイツ連邦共和国基本法」とも称される。) § 3(1) の定める平等条項に抵触するか否かが問題となったが、裁判所は、「私法と租税法の対応関係を徹底的に維持し、私法の秩序構造を尊重することが…何よりも法秩序の内的権威のためになるならば、利用された私法秩序が、その本来の法的意味をなす場所で租税法によって破られることは、特に重大なことである」として、営業税法 § 8(6) は憲法違反であると判示した⁽¹⁰⁴⁾。

第 2 節 新国税通則法 § 42 の意義と適用範囲

1 ライヒ租税法 § 5 と新国税通則法 § 42 の関係

1962 年に下された上記の連邦財政裁判所判決は、確かに、統一説の優位性を強く印象付けるものであり、統一説と税法独立論との帰趨を概ね決するものでもあった。しかも、1976 年には、国税通則法 (Abgabenordnung, AO) が全面的に改正され、翌年には新国税通則法が成立し、租税調整法 § 6 は、新国税通則法 § 42 に引き継がれることとなり、§ 42(1) では、「法形成を濫用すること (“Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts”, 英訳では “abuse of legal constructions”) によって税法を回避することはできない。かような濫用が認められる場合、経済的実質に適合する法律構成に

は、金子・前掲「租税法と私法」8 頁参照。

(104) 本判決の詳細については、村井正『現代租税法の課題』東洋経済新報社 (昭和 48 年) 32~47 頁参照。

財った課税が行われる。」と定められたが⁽¹⁰⁵⁾、経済的観察法の根拠として位置づけられていた租税調整法 § 1 については、新国税通則法の条文から削除されたという経緯がある。

経済的観察法の根拠条文である租税調整法 § 1 が消滅したことから、新国税通則法の下では、旧来の経済的実質に基づいた税法解釈を行うという原則は捨象され、その結果、例えば、経済的実質を重視するオーストリアの連邦財政法 (Bundesabgabenordnung) § 22 との差異が顕著なものとなったという指摘をする向きもあるが⁽¹⁰⁶⁾、租税調整法 § 1 が削除されたのは、経済的観察法を否定するという趣旨によるものではなく、法律の解釈がその経済的意義に即してなされるべきことは如何なる法の分野においても当然のことである、この点を特に租税法においてのみ明示する必要はないという考慮に基づくものに過ぎないという見方をする向きもある⁽¹⁰⁷⁾。

(105) 新国税通則法 § 42(1) の日本語訳については、川崎浩『実務に活かす実質課税の考え方』(<http://www.mcci.or.jp/www/h.kawasaki/profile2-01.htm> [平成 18 年 5 月 2 日]) 参照。原文は、“Durch Misbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. Liegt ein Missbrauch vor, so entsteht der Steueranspruch so, wie dr bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht.” である。原文の英語訳は、“The tax law can not be circumvented through the abuse of structures available under the law. If such abuse occurs, tax will be due as if a legal structure had been used while which is appropriate to the economic substance of the transaction.” である。この英語訳については、米国財務省の「タックス・シェルター白書」と称されている報告書(“Problem of Corporate Tax Shelters, Discussion, Analysis And legislative Proposals”) 参照。

(106) かかる見方については、Frans Vanistendael, Legal Framework for Taxation, at <http://www.internationalmonetaryfund.com/external/pubs/nft/1998/tlaw/eng/ch2.pdf> [平成 18 年 2 月 20 日] 参照。連邦財政法 § 22 の起源は、ドイツの 1919 年ライヒ租税法 § 4 及び § 5 と国税調整法 § 6 にあるとされているが、同法は、税法解釈において経済的な文脈を考慮するというアプローチを法の濫用の法理を含むように拡大したものであるとも解されている。かかる解釈については、Wolfgang Gassner, Form & Substance in Tax Law, Cahiers de Droit Fiscal International. Vol. LXXXV IIa, Kluwer Law International, P. 149 参照。

(107) この点については、松沢智『租税実体法—法人税法解釈の基本原則—(補正版)』中央経済社(平成 11 年) 24~25 頁参照。また、このような見方をする者としてコチ

上記のような見解の相違が認められるものの、後者と同様な観点に立ち、「即断はできないが、この規定（租税調整法 § 1）の削除は、租税法の解釈に特別の影響を与えることはないのではないかと推測される」という意見や⁽¹⁰⁸⁾、ライヒ租税法 § 5、租税調整法 § 6 及び新国税通則法 § 42 の規定振りは必ずしも同じではないが、各規定の機能の基本的な内容に相違があるとは解されず、この点は、幾つかの主要な判決等からも示唆されるところでもあり、各否認規定を通じて変わることのない基本的否認要件は、法形成の濫用による租税節減であるという解釈がされている⁽¹⁰⁹⁾。確かに、新国税通則法 § 42 の文言と租税調整法 § 6 が文言は、表現振りは、若干、異なるものの、かかる差異は、双方の規定の趣旨・否認要件に違いがあることの左証となるものではない。

もともと、仮に、上記のような解釈が妥当であるとしても、租税調整法 § 1 が消滅したという事実は、租税回避行為の否認のアプローチとしてのウェイトが、ライヒ租税法 § 4 よりも強い否認機能を有するとして第二次大戦前に強い批判を受けた同法 § 5 を踏襲している新国税通則法 § 42 が定める法形式の濫用という法理にシフトすることを示唆するものと言えよう。実際、このような位置づけが可能である新国税通則法 42 条については、高い否認機能を有しているオランダの「法(形式)の濫用」(fraus legis, “abuse of law” 或いは “abuse of legal form” などと英訳されている。)の法理と基本的に同様なものであり⁽¹¹⁰⁾、唯一の違いは、ドイツの場合、立法化されている点

(Karl Koch)等がいることについては、金子・前掲「租税法と私法」9・18頁参照。

(108) かかる意見については、金子宏「租税法と私法—借用概念及び租税回避について—」有斐閣（昭和53年）9頁参照。

(109) かかる解釈については、清水・前掲『租税回避の研究』138・210頁参照。

(110) オランダにおける法の濫用の法理の否認機能は比較的大きく、しかも、最近、その射程範囲が実質的に拡大するという趨勢が認められる。このような趨勢が生じているのは、税法の諸概念は司法概念からの借用が多いことから、納税者が選択する法形式は、文言上は税法の規定に合致しているものの、税法は実際における経済活動に対して課税することを意図しているため、税法の趣旨と目的との抵触が多々生じ、これに付け込むような取引の税務効果を否認するには、法の濫用の法理が非常

であるという指摘がされている⁽¹¹¹⁾。

新国税通則法 42 条が否認の対象とするのは、法形成の濫用が認められる行為であり、条文上、法形成の濫用が認められる取引は不適切な法形成であると解される。したがって、如何なる法形成が不適切な法形成に該当するかが問題となるが、これを判断するためのメルクマールが、①法形態の非通常性・人為性、②税負担軽減・回避の意図の存在、③税軽減効果の発生であることは、新国税通則法が制定される以前から、学説や判例等から明らかとされており⁽¹¹²⁾、経済的観察法に基づく否認のアプローチとの適用基準との共通点・相違点がある程度示唆されるところとなっていたが、適用基準の更なる明確化は、新国税通則法の制定後の判例等によって行われた。

例えば、連邦財政裁判所が 1983 年 12 月 13 日に下した判決 (docket no. V III R 173/83, Federal Tax Gazette 1984, part 2, p. 428) 等から、法形成の濫用は、納税者による法的手段の選択が、目的に到達する上で不適当であり、税負担の軽減という結果を招き、税以外の商業的な目的によって正当化されないという条件が、いずれも満たされる場合に生じるということ、また、上記① (法形態の非通常性・人為性) に関しては、連邦財政裁判所が 1997 年 10 月 29 日に下した判決 (docket no. I R 35/96, Federal Tax Gazette 1998, part 2, p. 235) 等によって、「非凡な取引」が法形成の濫用に該当し得るということなどが判明した⁽¹¹³⁾。

に効果的であるからであるという説明がされている。この点については、Robert L. H. IJzerman, Form and Substance in Tax Law — Netherlands, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. LXXXV II a, Kluwar Law International, p. 455 参照。

(111) かかる指摘については、Victor Thuronyi, Rules in OECD Countries to Prevent Avoidance of Corporate Income Tax (<http://www.mof.go.jp/english/soken/jst2002p3.pdf> [平成 18 年 2 月 14 日]) 参照。

(112) これらの点については、清水・前掲『租税回避行為の研究』83～87 頁参照。

(113) これらの点については、Oliver Dörfler, Economic Substance Around the World — Germany (<http://www.ruchelaw.com/pdfa/EconomicSubstanceAroundWorkd.pdf> [平成 18 年 2 月 20 日]) 参照。「非凡な取引」とは、「一般的に受け入れられている標準に係る関係法令において、必要な経済的目的を実現する上で典型的な取引として規定されていないもの」と定義されている。かかる定義については、Thomas Eckhardt,

さらに、上記②（税負担軽減・回避の意図の存在）の具体的な内容に関しては、連邦財政裁判所判決（BFH/NV 1992）等によって、税法の目的に反した税効果の発生を可能にする不適切な法形成の選択が租税回避を唯一の目的として行われ、租税以外の合理的な事業目的が欠如していることを示すものであり、この場合、税法規定を濫用するという納税者の主観的な意図が存在していることの証明がされる必要は必ずしもなく、納税者の租税回避の意図や合理的な商業目的の有無は、客観的な事実に基づいて判断されるというのが原則であるということなどが明らかとなった⁽¹¹⁴⁾。

すなわち、事業目的テストをクリアする取引の税務効果は、その取引形態が仮に不適切なものであるとしても、原則として否認されることはないとする国々とは異なり、ドイツでは、合理的な商業目的が存在することが、新国税通則法 § 42 の適用を排除するための十分条件ではないことから、形式と取引の経済効果の間にある程度の一貫性が認められないことに起因して納税者が選択する法形式が、取引の経済的な結果との関係上、適切でないような場合には、法形成の濫用が認められるとして、新国税通則法 § 42 の対象となり得ると解されているのである。

2 新国税通則法 § 42 の有用性と限界

新国税通則法 § 42 の下で採用されている上記のような否認のアプローチの有用性に鑑み、同条の租税回避否認機能は、他の国の GAAR よりも概して強力であるという見方があるほか⁽¹¹⁵⁾、OECD 諸国の中で、多分、ドイツの新国税通則法 § 42 が最も強力な包括的否認規定であろうという指摘もされてい

Germany to Strengthen Avoidance Rules, Tax Notes International, Vol.47, No.8 (2007) p. 709 参照。なお、「非凡な取引」が法形成の濫用に該当するという考え方は、ドイツ学界では少なからず批判されている。

(114) この点については、Thuronyi, supra “Rules in OECD Countries” 参照。

(115) かかる見方については、Vanistendael, supra “Legal Framework for Taxation” 参照。

るが⁽¹¹⁶⁾、同条の実際の適用は、租税調整法 § 6 が適用されていた時代に比べ、かなり慎重に行われている。その理由としては、①同条の適用に伴う立証責任の履行が容易ではないこと、②個別規定の目的論的解釈や取引仮装の認定による否認というアプローチが多用されていること⁽¹¹⁷⁾、③個別否認規定がかなり整備されてきていること、④進行年度において税制改正を行うことも辞さないことなどが挙げられている⁽¹¹⁸⁾。

上記の通り、実際においては、新国税通則法 § 42 の適用は、必ずしも優先的に行われているわけではない。しかも、同条については、そもそも、租税回避行為が合理的な商業目的を有していなくとも、法形成の濫用がない限り、同条に基づく否認はできないという限界があり、特に最近では、裁判所が、合理的な商業目的というメルクマールを広く捉えるというスタンスを示すようになってきたため、同条の適用が否定されるケースも見受けられる。さらに、欧州委員会や欧州司法裁判所は、加盟国間の資本移動等の自由を促進することを特に重要な課題として位置づけていることから、同条が受ける制約は、国際的な租税回避行為との関係では、より深刻なものとなる。

上記の点などを踏まえ、個別否認規定の整備や所得税法

(116) かかる指摘及び新国税通則法 § 42 の適用対象範囲がかなり広範なものとなり得ることを具体的に示した例については、Thuronyi, *supra* “Rules in OECD Countries” 参照。

(117) 確かに、法律の解釈を経済実質に則って行うことが妥当であると考えられる場合には、現行制度の下でも、国内取引は勿論、国際取引に対しても実質主義 (substance over form) の適用が認められるという見方が一般的にされている。この点については、Michael Dettmeier, *The German Approach to Tax Avoidance* (<http://www.lovelles.com/Publications/Newsletters/1189/Issues/050805.htm> [平成 18 年 4 月 27 日])、*Tax Avoidance, Tax Evasion and Tax Fraud – German National Rules*, *Tax Notes International*, Vol. 23, No. 9 (2001) pp. 1089–1090 参照。

(118) これらの点については、Jörg-Dietrich Kramer, *Tax Avoidance, Tax Evasion and Tax Fraud – German National Rules*, *Tax Notes International*, Vol. 23, No. 9 (2001) pp. 1085–1102 参照。なお、これらの理由の他にも、ドイツでは、一定の取引の税務上の取扱いについて納税者に回答を示す機能を果たす事前照会制度が基本的には存在していないことも、一つの理由として挙げられるのではないかと思料される。

(Einkommensteuergesetz, EStG) § 50(d)「租税条約の特例」(Besonderheiten im Fall von Doppelbesteuerungsabkommen, “Special Features of Double Taxation Conventions”と英訳されている。)の導入が行われたという経緯がある。所得税法 § 50(d)は、新国税通則法 § 42 が租税条約にも適用されることを定めた規定であり、租税条約や欧州委員会の指令等の下で認められる源泉税の軽減等の利益は、①当該利益の享受を主張する海外の法人の株主が所得を直接に受領していたならば可能でない場合、②中間法人を介させる事業上の理由がない場合、③海外法人がそれ自体の経済活動を行っていない場合には認められないこととなる。本規定に基づく否認の対象となるのは、ペーパー・カンパニーを使った条約漁りなどによる租税条約上の特典を不当に享受せんとするような行為である⁽¹¹⁹⁾。

上記の措置等は、国際的な租税回避行為に対して一定の牽制機能を発揮するものと期待されたが、最近、§ 50(d)の対象外となる範囲やループ・ホールを狙った取引が次第に顕在化するようになった。例えば、嘗てのドイツでは、「国際取引税法」(Außensteuergesetz, AStG) § 10(5)や幾つかの租税条約が、海外子会社が低税率国で得た「受動的な所得」(“Zwischeneinkünfte mit Kapitalanlagecharakter”)の一定割合を居住者である国内株主に帰属させて課税を行うという CFC ルールの適用を免除する「資本参加特権」(“Schachtelprivilege”)を定めていたが⁽¹²⁰⁾、当該特権を不当に利用するダブリン・ドックス (Dublin Docks) と称される租税回避行為が見受けら

(119) 所得税法 § 50(d)の詳細については、Countermeasures Against Treaty Shopping ([http://english.mofe.go.kr/etc/download.html?fn=Prevention%20of%20Tax%20Avoidance\(051102\).doc&cat1=News%20and%20Events](http://english.mofe.go.kr/etc/download.html?fn=Prevention%20of%20Tax%20Avoidance(051102).doc&cat1=News%20and%20Events) [平成 18 年 2 月 20 日]) 参照。

(120) 一般に、「資本参加特権」(“participation exemption”と英訳される。)とは、「関連者特権」(“affiliate privilege”)や「実質所有特権」(“substantial holding privilege”)とも称され、一定の株式保有割合の下にある関係会社間の配当については、CFC 規制の対象外とされ、租税の免除・軽減の対象となる。資本参加特権制度は、関係会社間の配当に対する課税によって生じる歪みを排除するという欧州委員会の「親子間会社に関する指令」(Parent-Subsidiary Directive, 2003/123/EC)の趣旨に合致するものである。

れるようになった。

OECDは、ダブリン・ドックスを「潜在的に有害な税慣行」(“potentially harmful tax practices”)に該当する事例のリストに加えているが、当時のドイツ・アイルランド租税条約上の資本参加特権に関する規定においては、「純粋な経済活動テスト」(“genuine economic activity test”)が採用されておらず⁽¹²¹⁾、また、欧州共同体条約 87 条 3 項が「アイルランド国際金融センター」(Irish International Financial Service Center, IFSC)に法人登録された会社に対しては、優遇法人税率(10%)が適用されることなどに目を付け、ドイツ法人Eは、資産の受動的管理を行うことを主な目的とする子会社FをIFSCに登録し、その資産管理を別法人Gに委託するとともに、設立・出資した上記子会社Fから受けた配当について、資本参加特権が適用されると主張した。

税務当局は、新国税通則法 § 42 に基づいて上記の取引を否認したが、連邦財政裁判所は、2000 年 1 月 19 日に下した二つの判決 (I-R-117/97 及び I-R-94/97) において、IFSCに登録された子会社Fは、被雇用者を有してはいないが、理事会を開いており、実体のないペーパー・カンパニーではないこと、また、資産管理の委託も通常の業務形態であることなどに鑑みると、ドイツ・アイルランド租税条約が定めるCFCルールの適用免除要件(中間法人を介在させる商業上の理由が存在するか、或いは独自の事業活動を行っていることなど)に該当していることから、CFCルールの適用免除要件を定める規定が、新国税通則法 § 42 に優先して適用され、新国税通則法 § 42 の適用は排除されると判示した⁽¹²²⁾。

(121) 「純粋な経済活動テスト」とは、「積極的な活動テスト」(“active trade test”)とも称され、建物、スタッフ及び機器などの確認可能な物理的な要素が認められる場合に充足され、その場合、CFCルールが適用されないという基準であり、欧州司法裁判所が、英国法人がIFSCを利用した租税回避行為を行ったことが問題となった Cadbury Schwepps Overseas Ltd v. Commissioner of Inland Revenue (Case C-196/04) 事件判決で依拠したものである。

(122) 裁判所は、1992年のCFCルールの改正によって、本件で問題となった租税回避行

個別規定が存在している以上、かかる規定にループ・ホールが存在し、それを利用する租税回避行為が存在するとしても、かかる行為に対して当該規定の適用がある限り、新国税通則法 § 42 の適用は原則として排除されるという考え方は、個別規定のループ・ホールを突いた租税回避行為の否認は、新国税通則法 § 42 の対象となり得るという従来の考え方に修正を迫るものであった。しかも、上記判決で示された考え方は、CFC ルールの適用免除要件を定めた規定と新国税通則法 § 42 との関係に限って妥当するにとどまるものでない。この点は、配当剥しによる租税回避に対して連邦租税裁判所が 1999 年 12 月 15 日に下した事件判決（ I-R-29/97 ）によって、明らかにされていたという経緯がある。

そもそも、配当剥しとは、配当に対する二重課税を軽減するインピュテーション方式の下で認められる税控除を不当に利用する一手段であり、例えば、ドイツの非居住者がドイツ法人の株式を配当付きで基準日前にドイツの居住者に売却し、基準日後に配当落ちで買い戻すことによって、当該非居住者のキャピタル・ゲインは、ドイツの租税条約の規定の下では、一定の場合に課税されず、当該居住者の方は、当該非居住者による株式の買戻しによって生じるキャピタル・ロスを配当所得と相殺することが可能となり得る。このような結果は、ドイツの居住者が基準日前に配当付きで株式を取得し、基準日後に新たに発行される株式を空売りするという方法によっても同様に生じ得る⁽¹²³⁾。

為に対する CFC ルールの適用免除が認められなくなったことに鑑みると、かかる改正前に行われた本件取引については、CFC ルールの適用免除が認められるというのが立法者の趣旨であると考えられるという見解も示している。本判決の詳細については、Nathalie Goyette, *Tax Treaty Abuse : A Second Look*, the Canadian Tax Journal Vol. 51, No. 2 (2003) pp. 787-788, Dörfler, *supra* “Economic Substance Around the World” 参照。

(123) インピュテーション方式の下での税控除を狙った配当剥しの詳細については、Germany: German Supreme Tax Court Rules on Dividend Stripping (<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=8432&searchresults=1> [平成 18 年 2 月 20 日]) 参照。

上記事件判決で問題となったのは、ドイツの居住者Hが、上記のような株式の空売りを伴う配当剥しを行った結果、キャピタル・ロスが発生し、その控除（相殺）が税務上認められるか否かという点である。このようなキャピタル・ロスについては、取引相手方のキャピタル・ゲインが課税されていない場合には、所得税法 § 50(c)によって、その控除を行うことは認められないこととなるが、本事件が問題となった当時は、同条に株式交換免除という例外事項が定められており、証券取引所で行われる株式の売却・再購入によって生じたキャピタル・ロスは、かかる例外事項に該当するものとされていた。

税務当局は、上記事件において、納税者Hの一連の取引によって生じたキャピタル・ロスは、法形式上、当時の所得税法 § 50(c)が定める例外事項である株式交換免除に該当することは認めるものの、本件は法形式の濫用に該当することから、新国税通則法 § 42 に基づき、その控除を否認する処分を行った。これに対し、連邦財政裁判所は、1999年の上記判決において納税者Hによる上記の一連の取引の目的が、かかる例外事項を利用することを唯一の目的とするものであっても、濫用的であるとは言えず、納税者の取引が所得税法 § 50(c)で定める株式交換免除に該当している以上、新国税通則法 § 42の適用は排除されると判示した⁽¹²⁴⁾。

上記の一連の裁判例によって、新国税通則法 § 42 と個別規定との関係についての裁判所の見解が凡そ明らかとなり、比較的大きな否認機能を有すると一般的に評されている新国税通則法 § 42 に少なからぬ限界があることが示唆されることとなったが、かかる限界は、ドイツと同様な税法体系を有しているオーストリアの裁判所の包括的否認規定である連邦財政法 § 22 ((1)納税義務は、法形式の濫用若しくは民法が定める手法によって回避することはできない。(2)もし、かかる濫用が認められる場合には、税務当局は、かかる濫用がなかったものとして税額の計算を行う。)との比較によって、より明確

(124) 判決の概要については、supra “Germany: German Supreme Tax Court Rules on Dividend Stripping” 参照。

なものとなった⁽¹²⁵⁾。

連邦財政法 § 22 によって、ダブリン・ドックスを利用した租税回避を否認できるか否かは、行政裁判所 (Verwaltungsgerichtshof) 2004 年 12 月 9 日判決 (2002/14/0074) によって明らかにされた。本判決では、IFSC に存する法人 I が、原告であるオーストリアの法人 J から提供された資金をオーストリアの金融機関等に投資し、受動的所得を得た後、法人 J に対して配当を行ったが、当該配当に対しては、法人 J が主張するように、資本参加特権の適用が認められるかという点が問題となった。法人 I には、役員以外の従業員がおらず、事務所も存在していないことなどから、法人 I の所得は法人 J に直接帰属すべきものであると考える税務当局は、連邦財政法 22 条に基づき、法人 J が受領した配当に対する資本参加特権の適用を否認する処分を行った。

一連の裁判例等を通じて、連邦財政法 22 条の適用の可否は、①納税者の取引の法形式は納税者が達成することを目的とする経済的な結果との関係において適切なものではない、②選択された法形式が通常のものではない、③法形式の選択の唯一の目的が税負担の軽減であることなどの基準に基づいて判断されるものと解されているものの⁽¹²⁶⁾、同条は、ローマ法を起源とする法形式の濫用 (*fraus legis*) の法理との関係が必ずしも十分に明確ではないことなどから、その租税回避否認機能は相対的に低いという見方が少なからずされていた⁽¹²⁷⁾。しかし、上記判決における連邦行政裁判所の判断は、連邦財政法 § 22 による本件取引の否認を認めるというものであった。確かに、本

(125) “(1) Durch Missbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechtes kann die Abgabepflicht nicht umgangen oder gemindert werden. (2) Liegt ein Missbrauch (Abs. 1) vor, so sind die Abgaben so zu erheben, wie sie bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen, Tatsachen und Verhältnissen angemessenen rechtlichen Gestaltung zu erheben wären.” である。

(126) この点については、<http://www.127.0.0.1:data/euro0249/GII/Gii-au2.doc.html> [平成 18 年 4 月 17 日] 参照。

(127) この点については、Rebecca Prebble, Does Croatia Need A General anti-Avoidance Rule ? Recommended Changes to Croatia’s Current Legislative Framework (<http://www.ijf.hr/eng/FTP2005/3/prebble.pdf> [平成 18 年 2 月 14 日]) 参照。

判決を批判する学者は少なくないが、類似する事件に対する 2005 年 1 月 19 日行政裁判所判決（2003/13/0176）でも、連邦財政法 § 22 に基づいて、資本参加特権の適用を否認する処分が首肯されている⁽¹²⁸⁾。

このように、ドイツとオーストリアの裁判所では、ダブリン・ドックスを利用した同様な租税回避事件に関して、相反する判断が下されたが、その後も、ドイツでは、ダブリン・ドックスに対するもう一つの連邦租税裁判所判決が 2004 年 2 月 25 日に下され、本判決でも、IFSC に登録されている法人の存続期間が短いものではないことから、税負担軽減目的で登録されたものであるとはいえないとして、新国税通則法 § 42 の適用が否定された⁽¹²⁹⁾。本判決を受け、ドイツの税務当局は、2004 年 12 月、従来の見解を変更するルーリング（IVB-4-51300-362/04, DStR 2005, 67）を発し、ダブリン・ドックス自体は濫用的なものではないことを表明したという経緯もある⁽¹³⁰⁾。

3 新国税通則法 § 42 の改正と対抗策の多角化に向けた動き

ダブリン・ドックスを利用した事件に関する一連の判決によって、新国税通則法 § 42 は、国際的な租税回避行為との関係では、看過できない限界を有しているということが明らかとなった。かかる限界を踏まえ、税務当局は、2001 年税制改正によって、新国税通則法 § 42 に 2 項（Absatz 1 ist anwendbar,

(128) 本判決の詳細については、Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, Austria: Use of Foreign Base Companies deemed Abusive（<http://www.internationaltaxreview.com/?Page=10&PUBID=35&ISS=20241&SID=578828&TYPE=20> [平成 18 年 5 月 1 日]）参照。

(129) 本判決の詳細については、New Case Law on Anti-Abuse provisions in Germany（<http://www.aspenpublishers.com/PDF/SS01652826.pdf> [平成 18 年 5 月 1 日]）参照。

(130) 税務当局は、ダブリン・ドックスを利用した租税回避行為に対して下された二つの連邦財政裁判所判決（1-R-117/97 及び 1-R-94/97）に納得できず、2001 年 3 月 19 日には、これらの判決で示された見解は、その他のダブリン・ドックスには当てはまらないという旨の文書（decree, docket no. IV B4-S 1300-65/01, IStR 2001, p. 228）を発していた。これらの点については、German News No. 1 Spring 2005（<http://www.kpmg.de/library/en/11915.htm> [平成 19 年 1 月 22 日]）、Dörfler, supra “Economic Substance Around the World” 参照。

wenn seine Anwendbarkeit gesetzlich nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist) を新たに追加するという措置を講じた。同項は、法律によって明確に排除されていない限り、「特別法は一般法を排除する」(“lex specialis derogate legi generali”)という一般原則にも拘らず、一定の租税回避行為に対抗するための個別防止規定が存在しているとしても、そのことをもって、国税通則法 § 42 の適用が排除されるものではない旨を規定したものである。

上記の措置が手当てされたにもかかわらず、連邦財政裁判所が 2002 年 3 月 20 日に下した事件判決 (I-R-63/99) は、新国税通則法 § 42 の機能強化が実現していないのではないかという疑問を生じさせるものであった。本判決では、米国企業グループによって所有されているドイツ法人グループ K が、国内の第三者から資金を借入れ、当該資金は、研究施設の設定をファイナンスする米国デラウェア州の会社 (SPV) 設立のための出資金とされた後、研究施設を設定する米国の関連会社 L に貸し付けられ、SPV は解散したが、かかる取引において、ドイツ法人グループ K は、資金調達コストと受取配当のタイミングを調整するなどの裁定取引を通じて、多額の借入利子の控除を行ったことが問題となった。

本件において、税務当局は、問題となっている SPV は、ドイツの CFC ルールが適用されるフォーリン・ベース・カンパニー (Basiggesellschaft) に該当することから、その存在は、「法人格否認」(Durchgriffshaftung in verbundenen Unternehmen, “piercing the corporate veil” と英訳される。)の原理が適用される場合と同様に、税法上無視されることとなるが⁽¹³¹⁾、そうすると、新国税通則法 § 42 に基づく否認が可能となり、ドイツ法人グルー

(131) 連邦財政裁判所が下した 1976 年 6 月 29 日判決 (docket no. VIII R 116/72, Federal Tax Gazette 1977, part 2, p. 268) や 2002 年 3 月 20 日判決 (docket no. 138/00, Federal Tax Gazette 2002, part 2, p. 819) 等に鑑みると、フォーリン・ベース・カンパニーが相当の規模の株式を所有している、或いは独自の事業活動を行っており、その存在に商業的な理由があるなどの事実が認められない場合、その存在を税務上無視した課税が認められるようである。この点の詳細については、Dörfler, supra “Economic Substance Around the World” 参照。

ブKは、米国の関連会社Lに対して直接に貸付けを行い、かかる貸付けは第三者間取引と乖離していることから、米国企業グループに対するみなし配当を行ったものとして課税されるべきであると主張した⁽¹³²⁾。

これに対し、連邦財政裁判所は、一連のスキームが税負担の軽減を主な目的としたものであることは認められるものの、SPVは、事務所やスタッフを有しており、最低限の実質は備えているほか、SPVが設置されている国もドイツのCFCルールが適用されるような低税率国ではないことなどに鑑みると、本スキームが濫用的であるとは言えないと判示した。また、連邦財政裁判所は、本判決における付随意見として、2001年に改正された新国税通則法 § 42をもってしても、本件における借入利子の控除を否認することは可能ではないという見解を示した⁽¹³³⁾。

上記の付随意見は、租税回避行為が個別否認規定において示されている条件を充足し、同規定に基づく取扱いが認められている以上、かかる取扱いを新国税通則法 § 42 (2) によって否認することはできず、その意味においては、個別否認規定の存在は、新国税通則法 § 42 の適用範囲を制限することとなり得るわけであり、このような解釈に立脚している従来の判例法は、新国税通則法 § 42 (2) の創設によっても変わらないという点を確認するものであって、連邦財政裁判所は、同項の導入は、実際の効果を有していないという判断を示したものであるとの指摘もされている⁽¹³⁴⁾。確かに、本判決は、新国税通則法 § 42 の強化を図ることの困難性を示唆するものであった。

(132) この点の詳細については、Brigitte Romani, Limits of the Anti-avoidance Clause, *International Tax Review*, Oct. 2002 (<http://www.internationaltaxreview.com/includes/magazine/PRINT.asp?SID=469454&ISS=12616&PUBID=35> [平成 18 年 4 月 18 日]) 参照。

(133) 本事件・判決の詳細については、Wolfgang Kessler and Rolf Eicke, Closer to Haven? New German Tax Planning Opportunities, *Tax Notes International*, Vol. 42, No. 6 (2006) pp. 509-511, *German News No. 1/2003* (<http://www.kpmg.de/library/en/8806.htm> [平成 18 年 1 月 22 日]) 参照。

(134) かかる指摘については、Dörfler, *supra* “Economic Substance Around the World” 参照。

上記の付随意見で示唆された新国税通則法 § 42 の限界などに鑑み、最近では、個別規定の整備や対抗策の多様化を図るという措置を講じることによって租税回避行為に対応するという側面が強まってきている⁽¹³⁵⁾。これらの措置の中で特に注目されるものとして、①2001年に制定されたビジネス・タックス改革法(Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts)、②2002年に改正された新国税通則法 § 93(「勘定情報自動召還」、Automatisierter Abruf von Kontoinformationen)、③2003年に改正された新国税通則法 § 90(「関係者の協力義務」、Mitwirkungspflichten der Beteiligten)、④「タックス・アムネスティ・ディスクロージャー」(Strafbereitungs Erklärungsgesetz, StraBEG)の実施、⑤2007年に改正された所得税法 § 50(d)(3)などが挙げられる。

上記の諸々の措置は、⑤を除き、いずれも、国際的な租税回避行為等の把握のレベルの向上を意図したものである。上記①は、新国税通則法 § 138(2)・(3)に定められたドイツ居住者の海外事業活動及び海外投資の税務当局への報告義務を強化するものであり、かかる義務の不履行は、「租税危害行為」(“Steuergefährdung”)として、同法 § 379(2)に基づき、最高 5000 ドルの料料に処せられる⁽¹³⁶⁾。上記②の改正された規定は、新国税通則法 § 30(「銀行機密」、Schutz von Bankkunden)が定める金融機関の顧客保護に関する規定を実質的に破棄する効果を有し、脱税が疑われるようなケースでなくとも、税務当局に対し、原則として、国内に存在する銀行・証券口座に対するアクセスを自動的に認める旨を定めている⁽¹³⁷⁾。

上記③は、具体的には、新国税通則法 § 90 に関する指令と同条に加えられた 3 項を示しており、2001 年 11 月 17 日に下された連邦行政裁判所判決(IR

(135) 整備された個別否認規定の代表的な例としては、所得税法 § 50(d)の改正による過少資本税制の強化等が挙げられる。

(136) ビジネス・タックス改革法の詳細については、supra “German News no. 1/2003” 参照。

(137) 改正された新国税通則法 § 93 の意義の詳細については、German News No. 1 Spring 2005 (<http://www.kpmg.de/library/en/11915.htm> [平成 19 年 1 月 22 日]) 参照。

103/00, DB 2001 S. 2474) が、移転価格の算定に関する資料提出義務は税法上存在していないなどと判示したことに対抗するという観点から講じられたものである。本指令では、同法 § 90(2) の下、納税者は、国際的な取引に関しては、国内取引の場合よりも高いレベルでの税務当局への協力が求められ、適切な協力が得られない場合には、納税者に不利となる推計課税が行われるという旨が述べられている。新国税通則法 § 90(3) では、移転価格に係る資料の保存・提出義務が定められ、かかる義務の不履行は、推計課税と推計課税による追加所得額に基づいたペナルティ（最高 100 万ユーロ）の対象となる⁽¹³⁸⁾。

上記④は、2004 年に制定された「タックス・オネスティ・プロモーション法」(Gesetz zur Förderung der Steuerehrlichkeit) に基づいて実行されている施策であり、特定の課税年度（1992 年度から 2002 年度）における納税義務について、無申告である者や不適切な申告を行っていた者が、その事実の自主的な開示を一定の期限(2005 年 3 月)までに行うことを条件として、刑事訴追や利子税等の賦課などの不利益処分を免除するという内容のものであるが⁽¹³⁹⁾、少なからぬコモン・ローの国々において積極的に活用されているアムネスティ・プログラムを市民法の国であるドイツの税務行政において

(138) これらの点の詳細については、German News, no. 2 Autumn 2004 (<http://www.kpmg.de/library/en/10332.htm> [平成 19 年 8 月 8 日]) 参照。

(139) 当該施策の詳細については、supra “German News No. 1 Spring 2005”、Association of Foreign Banks in Switzerland Annual Report 2003 (http://www.foreignbanks.ch/pdfs/navld_23/sp_3/jahresbericht%202003%20eng.pdf [平成 19 年 1 月 23 日]) 参照。タックス・アムネスティ・ディスクロージャーは、イタリアの成功例に倣って創設された措置であり、特に税務当局による把握が容易でない海外からの預金の利子や配当に係る税収を増加させることを狙ったものであるが、自主開示された所得に課される優遇税率が十分に軽減されたものではないことなどから、それほど成功を収めるには至っていないという見方もある。かかる見方については、What Does The Future Hold for Offshore jurisdictions? (http://www.shelteroffshore.com/index.php/offshore/more/future_for_offshore_jurisdictions/ [平成 19 年 1 月 23 日]) 参照。

も採用したものととして注目される⁽¹⁴⁰⁾。

上記⑤は、外国企業が、租税条約や欧州委員会指令で定められている軽減税率の適用を受けない株主によって保有されており、なおかつ、直接的に配当やロイヤルティを受領するとしたならば、ドイツで源泉税の対象となるような場合には、(i)「仲介者となることについて税負担軽減以外の目的が存在すること」(“Zwischenschaltung der Muttergesellschaft aufgrund wirtschaftlicher oder sonstiger beachtlicher Gründe”)、(ii)「利益の10%以上が自己の事業活動によるものであること」(“Mindestens 10% der Einkünfte der Muttergesellschaft aus eigener wirtschaftlicher Tätigkeit”)、(iii)「事業を行う十分な経済実質を具備していること」(“Angemessene Sach-und Personalausstattung der Muttergesellschaft”)の全てをクリアしない限り⁽¹⁴¹⁾、上記で定められている軽減された源泉税率の適用対象とはならないと定めている⁽¹⁴²⁾。

上記(i)は“business purpose test”(「事業目的テスト」)、上記(ii)は“active income test”(「非受動的所得テスト」)若しくは“gross receipts

(140) 筆者は、予てより、我が国でも、プラクティブな対抗策は勿論、アムネ스티・プログラムのような融和策をも盛り込むことによって、租税回避行為への対抗策を多角化することが肝要であるという提言を行っている。融和策に関する提言については、拙稿・前掲「租税回避行為への対抗策」73～77頁・135～136頁参照。

(141) (i)～(iii)のドイツ語文については、Betriebswirtschaftliche Steuerlehre (<http://www.uni-tuebingen.de/uni/wwh/aktuell/Internationale%20Besteuerung%20Skript%20SS%202007.pdf> [平成19年9月11日])参照。

(142) 所得税法 § 50(d)(3)の原文の前段は、“Eine ausländische Gesellschaft hat keinen Anspruch auf völlige oder teilweise Entlastung nach Absatz 1 oder Absatz 2, soweit Personen an ihr beteiligt sind, denen die Erstattung oder Freistellung nicht zustände, wenn sie die Einkünfte unmittelbar erzielten, und 1. für die Einschaltung der ausländischen Gesellschaft wirtschaftliche oder sonst beachtliche Gründe fehlen oder, 2. die ausländische Gesellschaft nicht mehr als 10 Prozent ihrer gesamten Bruttoerträge des betreffenden Wirtschaftsjahres aus eigener Wirtschaftstätigkeit erzielt oder, 3. die ausländische Gesellschaft nicht mit einem für ihren Geschäftszweck angemessen eingerichteten Geschäftsbetrieb am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt.”である。

test”（「総利益テスト」）、上記 (iii) は “substance test”（「実質テスト」）などと英訳されているが、所得税法 § 50(d) (3) が 2007 年改正の前後において特に異なっているのは、かかる改正によって、(i) ～ (iii) の内、納税者にとって最もクリアーすることが困難であると考えられている上記(ii)（「非受動的所得テスト」）が導入されたという点であり⁽¹⁴³⁾、当該テストの導入によって、軽減された源泉税率の適用を受ける要件は、かなり厳しいものとなったと考えられる。

上記①～⑤の措置は、ドイツの対抗策が多角化してきていることを示すものであったが、改正前の新国税通則法 § 42 や 1994 年に制定された所得税法 § 50(d) 等の限界を的確に補完して、活発化・国際化が顕著である租税回避スキームへの十分な対応を可能にするものと位置づけることは困難であった。そもそも、ドイツでは、税金のごまかしは軽微な罪であるという意識が依然として支配的であるという指摘もされているが⁽¹⁴⁴⁾、このような意識を変化させ、租税回避スキームとの闘いにおける税務当局側の劣勢を挽回するためには、抜本的な対抗策を講じることが必要であり、「2008 年税制改正案」（“Jahressteuergesetz 2008”）と税務当局が 2007 年に公表した新国税通則法 § 138(a) の改正案が、正しく、このような抜本的な対抗策となり得るものと期待されている。

2008 年税制改正案の大きな目玉となっているのが、新国税通則法 § 42(1) の改正である。改正案で示されている新国税通則法 § 42(1) は、「税務上の利益を得ることを可能にする法形式が選択した納税者は、かかる法形式の選択に相当な事業上の理由があることを証明しない限り、立法者が意図した法形

(143) この点及び (i) ～ (iii) のテストの英訳については、Christian Ehlermann and Andreas Kowallik, *Germany Tightens Rules for Foreign Holding Companies*, *Tax Notes International*, Vol. 45, No. 1 (2007) pp. 11-17 参照。

(144) しかも、新国税通則法 § 371 は、税務当局に対し、不正確な情報や不完全な情報を修正する者は処罰を免れると定めており、実際、特に国際的な租税回避行為が処罰されることは稀であるという。この点については、Kramer, *supra* “Tax Avoidance, Tax Evasion and Tax Fraud” pp. 1101-1102 参照。

式の下で生じる課税関係が支配することとなるが、相当な事業上の理由は、合理的な第三者が、経済的な状況や経済目的を考慮し、税務上の利益を無視すれば、かかる法形式を選択したであろう場合に存在するものとする。かかる相当な事業上の理由が存在することを証明することが困難である場合には、納税者と税務当局は、大蔵省の承認を条件として、合意を成立させることができる」というアプローチに立脚している⁽¹⁴⁵⁾。

前述の通り、最近では、少なからぬ裁判所が、納税者の租税回避行為に事業目的が存在していれば、かかる目的が主要なものでなくとも、法の濫用の法理に基づく否認を行うことはできないというスタンスを示しているという問題があり、上記の新国税通則法 § 42(1)の改正案で採用されているアプローチは、かかる問題に対処するという狙いがあり、納税者が「非凡な取引」を選択した場合、かかる選択が税負担軽減目的以外の相当の事業目的に基づくものであるということの立証責任を納税者に負わせるものであることから、「非凡な取引」の解釈と事業目的に係る立証責任という点において、税務当局側の立場は、従来よりも有利なものとなると考えられている⁽¹⁴⁶⁾。

これに対し、新国税通則法 § 138(a)の改正案は、一定の国際的な租税回避スキームの勧奨等を行うプロモーターに対し、税務当局への開示義務を定めたものである。開示義務が生じるのは、諸々の条件（①資産が複数の国に存在している、②同一の所得が複数の納税者若しくは同一の納税者の複数の恒久的施設に帰属する、③同一の事業体が、ある国では法人、他の国では透明な事業体として取り扱われている、④事業体が複数の国の居住者である、⑤条約締結国間において条約解釈上又は適用上の差異がある、⑥支払いの定義

(145) 新国税通則法 § 42(1)の改正案の詳細については、Monatsinfo Juni 2007 (http://www.verband-der-auslandsbanken.de/owcms/index.php?event=sownload&file=Monats-info/info%202007/info_6_2007.pdf [平成19年8月30日])、Christian Ehlermann and Katja Nakhai, Germany Launches Attack on Tax Planning Structures, Tax Notes International, Vol. 47, No. 4 (2007) p. 316 参照。

(146) この点については、Eckhardt, supra “Germany to Strengthen Avoidance Rules” pp. 709-710 参照。

が複数の国において異なっている、⑦税務上、同一の控除が複数の国において可能である。)のいずれかに該当し、その結果として、ドイツにおける税負担の軽減又は引延しが可能になる場合である。

上記の開示義務は、上記の条件のいずれかに該当するスキームを勧奨した月の末日から起算して10日以内に履行する必要があるとあり、スキームの詳細、税務効果及び根拠法令等の開示を受けた税務当局は、スキームの番号を送付し、プロモーターは、かかる番号をスキームの利用者に付与し、利用者は付与された番号を申告書に記載することが求められている。また、かかる開示義務を負うのは、上記の条件に該当する国際的なスキームの勧奨等によって得る報酬が年間25万ユーロを超えるプロモーターであり、開示義務を負うプロモーターは、最初の二年間は、毎年、上記の条件に該当するスキームの利用者のリストを提出する義務を負う。開示義務の違反は最高で500万ユーロのペナルティの科され、開示義務履行の遅延には、一日の遅延につき500ユーロが科される⁽¹⁴⁷⁾。

上記の通り、国際的な租税回避行為が益々活発化してきているという昨今の趨勢は、主要国の中でも特に強い否認機能を発揮し得ると評されている新国税通則法 § 42 を有しているドイツをしても、その更なる強化だけでなく、対抗策の多角化をも積極的に検討しなければならないような状況に追い込んでいるが、このような状況は、果たして、その他の主な欧州諸国においても、凡そ同様に認められるものであろうか。もし、凡そ同様な状況がその他の主な欧州諸国で認められるのであれば、その原因は如何なる点に見出すことができ、いかなる方法によって対抗策の強化が図られているのであろうか。これらの点については、次の第4章において、フランスにおける法の濫用の

(147) 開示制度案の詳細については、Steuerrecht (<http://www.steuerlichtblog.de/category/gesetzgebung/> [平成19年9月12日])、Ehlermann and Nakhai, supra “Germany Launches Attack” pp. 316-318, Eckhardt, supra “Germany to Strengthen Avoidance Rules” pp. 709-710 参照。なお、開示義務の対象となるスキームがグループ内の部署で考案されたような場合にも開示義務が生じるのかについては必ずしも明らかではない。

法理、同法理に対する欧州司法裁判所の考え方及びその EU 加盟国への影響などを分析することを通じて考察を加えることとする。

第4章 欧州における法の濫用の法理

第1節 フランスにおける法の濫用の法理

1 租税手続法典 § 64 と変則管理行為の原理との関係

「法律は議会によって決議される」(“La loi est votée par le Parlement”) というタイトルが付されているフランス憲法 34 条は、全ての税の課税標準、税率及び徴収方法に関する法律を制定することが立法権限に含まれるとしている。フランスにおける文理主義の優位性は、本規定に由来すると言われており⁽¹⁴⁸⁾、確かに、19 世紀には、文理主義的解釈が有力な法律解釈の手法であった⁽¹⁴⁹⁾。しかし、近年では、立法者は、文理主義に依拠することによって生じる全ての状況と困難を予知することができるわけではないという考え方が強まってきており、フランスの裁判所でも、問題となる法律が比較的最近のものである場合には文理解釈を行うが、問題となる法律が古いものである場合や立法趣旨が明らかでない場合には目的論的解釈を行うというのが通例となっている⁽¹⁵⁰⁾。

税法解釈も、上記の点において例外をなすものではないが、税法の文理解釈に囚われないという傾向は、破棄院 (Cour de Cassation) よりも国務院

(148) この点については、F. Vanistendael, supra “Legal Framework” 参照。

(149) 「全ての分野において、法形式を重視するのがフランスの伝統であり、法形式を尊重することは、本質的な自由にとって不可欠なコララリーであるように思われる」 (“La tradition culturelle française accorde en tous domaines une grande importance à la forme. Le respect des formes établies y apparaît comme le corollaire indispensable de la liberté du fond.”) とも言われている。この点については、Hervé Lehérisse, Form and Substance in Tax Law, Cahier de Droit Fiscal International, Kluwer Law International, Vol. LXXXVIIa (2002) p. 263 参照。

(150) この点については、Claire M. Germain, Approaches to Statutory Interpretation and Legislative History in France (<http://www.law.duke.edu/journals/djcil/articles/djcil13p0195.htm> [平成 18 年 4 月 18 日]) 参照。

(Conseil d' Etat) において顕著であった⁽¹⁵¹⁾。勿論、法律の立法趣旨を逸脱するような目的論的解釈を行うことはできないが、そもそも、殆どの欧州の市民法の国では、法は権利濫用を保護しないという規定が民法等に存在しており⁽¹⁵²⁾、フランスの裁判所も、他者に損害を与えるような濫用的な手段によって権利を行使してはならないという「法の濫用」(“abus de droit”, abuse of law)が、不法行為法から発展し、その他の法分野にも適用可能な法理であると解しており、法の濫用に該当する行為を法律の文言に基づいて正当化せんとする試みは、裁判所によって否定されることとなる。

租税手続法典(Livres des Procédures Fiscales) § 64「法の濫用防止手続」(procédure de repression des abus de droit) は、法の濫用の法理を税法上立法化した規定であると解されている。同条では、「(1) 登録税の軽減、(2) 利益や所得の実現・移転の隠ぺい、(3) 契約や取決めに従って実行された取引に関する税の一部或いは全部の支払を回避することに繋がるような契約や取決めの本質を偽る行為は、税務当局に対して有効ではない。」と定められており⁽¹⁵³⁾、本規定の対象は、1925年7月13日に制定された法律に

(151) 国務院は、政府の諮問機関としての機能と行政裁判所としての機能を果す最高裁判所であり、租税関係訴訟の大半を国務院が取り扱っている。もう一方の最高裁判所である破棄院は、我が国の最高裁に相当するものであるが、民事・刑事事件に関する上告に対して最終判決を下すのは基本的には控訴審であり、破棄院は、控訴審判決に対する破棄申し立てを例外的な場合に受けて、法律の解釈・適用を審理する。

(152) 例えば、スイス民法 § 2 は、「法は権利の明白な濫用を保護しない」(“The manifest abuse of a right is not protected by the law.”) と定めており、同様な趣旨の法理は、ドイツ民法 § 226、オーストリア民法 § 1295. 2、イタリア民法 § 833、スペイン民法 § 281、ギリシャ民法 § 281、ルクセンブルク民法 § 6. 1 などにも定められているが、その適用分野は、各国において少なからず異なっている。この点については、David Anderson Q. C., Abuse of Rights (<http://www.adminlaw.org.uk/docs/David%20Anderson%20QC%20-%20July%202006> [平成 19 年 1 月 13 日]) 参照。

(153) 本規定の原文は、“Ne peuvent être opposés à l’ administration des impôt les actes qui dissimulent la portée véritable d’ un contrat ou d’ une convention à l’ aide de clauses: a) Qui donnent ouverture à des droits d’ enregistrement ou à une taxe de publicité foncière moins élevés; b) Ou qui déguisent soit une réalisation, soit un transfert de bénéfices ou de revenus; c) Ou qui permettent

よって、間接税全般に拡大された後、1941年1月13日に制定された法律によって、所得税にも拡大されたという経緯がある。

フランスでは、法の濫用の法理は判例上発展してきたものであり、立法化措置の有無に関係なく適用される法の一般原則と解されていることから、上記の規定は創設的规定ではなく、確認的规定であると解されている。実際、1941年に租税手続法典 § 64 が制定される以前から、「裏契約は当事者間では有効であるが、対世効を有しない。」（“Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu’entre les parties contractantes; elles n’ont point d’effet contre les tiers.”）と定める民法 § 1321 は、国の財政上の利益を害する契約の税務上の効果を否認する権限を付与したものであると解されていたという事実がある⁽¹⁵⁴⁾。

法の濫用の法理を適用するための前提条件は、国によって微妙に異なるが、凡そ3つの基準（①主観的な悪意の存在が必要である、②合理的な者にとって損害の発生或いはその可能性が明らかであることが必要である、③客観的に悪意が認定できることで足りる。）のいずれかに依拠して適用され、フラン

d’ eviter, en totalité ou en partie, le paiement des taxes sur le chiffre d’ affaires correspondant aux opérations effectuées en exécution d’ un contrat ou d’ une convention” . である。英語訳は、‘Acts which conceal the true nature of a contract or of an agreement are ineffective against the tax administration if they employ clauses: (1) which give rise to lower registration duties or real estate registration tax, (2) or which disguise either the generation or the transfer of profits or income, (3) or which permit the avoidance, either in whole or in part, of payment of turnover taxes on the transactions carried out pursuant to the contract or agreement. The tax authorities is authorized to restore the true nature of the transactions challenged.’ である。この英語訳については、Roderick Cordara QC, Abuse of Law - Origins & History in EU Law (http://www.bareuropeangroup.com/BEG2006_RC.htm [平成 19 年 1 月 13 日]) 参照。

(154) この点については、Felix Lessambo, Abuse of Rights in Taxation: Comparative Approach Between United States and France, Tax Planning International Review, BNA International, Vol. 33, No. 8 (2006) pp. 16-17 参照。

スの場合には、上記②が凡そ妥当すると言われているが⁽¹⁵⁵⁾、租税手続法典 § 64 の場合には、隠匿の意思や不正な行為が存在することが必要であり、しかも、納税者の取引が租税回避を目的とするものであるとしても、租税回避以外の目的の存在も認められるならば、その目的が付随的なものであるとしても、かかる取引は、原則として、同条の適用対象外であると考えられてきた⁽¹⁵⁶⁾。

しかも、租税手続法典 § 64 の適用に際し、税務当局は、「法の濫用委員会」(Comité de Repression des Abus de Droit) から同意を得ることが通例となっており、同意を得るという手続きを経ない場合には、税務当局が法の濫用の事実についての立証責任を負うこととなる。この場合、問題の取引が租税回避を唯一の目的とし、通常でない取引形態を選択していても、かかる取引形態が法を破るようなものでない限りは、取引形態が仮装であることにはならないことから、取引形態が仮装であることを示す証拠等があるような場合を除けば、契約等が偽りであることの立証責任を税務当局が果たすことは困難であると言われている。

さらには、一旦、租税手続法典 § 64 の適用が認められると、同条の適用対象者に対して課されるペナルティのレートは、不正 (“fraude”) が認められる場合の通常の税率である 40% (例外的に 80%) ではなく、自動的に高い税率 (80%) となるという制度設計がされていることも、同条の適用上のハードルを高くする要因として作用し⁽¹⁵⁷⁾、実際、裁判所も、同条の適用には

(155) この点については、Cordara, supra “Abuse of Law”、Anderson, supra “Abuse of Rights” 参照。欧州の市民法の国では、①～③のいずれの基準に依拠した適用が行われているかについては、幾らか異なる見方があるが、イタリアの場合は①、ドイツ、ルクセンブルグ、ギリシャ、スペイン及びポルトガルの場合は③であるという点に関しては、凡そ共通の認識となっているようである。

(156) この点については、Michel Collet, French Tax Law Introduces Corporate Substance Doctrine, Tax Notes International, Vol. 34, No.4 (2004) pp.349-351 参照。

(157) フランスには、アドバンス・ルーリング制度が存在しており、納税者が自己に不利な内容のルーリングを無視した申告を行い、かかる申告が否認される場合にも、

慎重なスタンスを示してきた。その結果、同条が実際に適用されたケースは、長い間、税負担の軽減を唯一の目的として契約等を仮装して所得の発生や移転の事実を隠匿するような「仮装による濫用」(“abus par simulation”)に該当する取引、すなわち、仮装行為に凡そ限定されてきたという経緯がある⁽¹⁵⁸⁾。

上記の通り、租税手続法典 § 64 は、強力な否認機能を潜在的に秘めた規定ではあったが、その有用性及び実際の射程範囲は、長い間、かなり限定的に捉えられるという傾向があり、同条の租税回避行為に対する対抗策としての機能には少なからぬ限界があった。かかる限界を実質的に補う役割を果たしてきたのが、司法上確立された「変則管理行為」(“Acte de Gestation Anormale”)の原理であった。本原理は、その適用に際し、準拠すべき手続規定がないことから、税務当局としては、租税手続法典 § 64 を適用する場合に比べ、立証責任を果たすという負担が、それほど過重なものとならないというメリットがあった。

変則管理行為の原理とは、納税者の事業目的は利益の獲得であることから、納税者は、その事業利益に反する取引を行うことはできないという考え方に依拠する理論である。すなわち、法人は事業利益の最大化を図ることを常に求めるというわけではないが、法人の利益の獲得に関連して生じた費用のみが税務上控除対象となるべきであるという考え方にに基づき、納税者の事業利

通常の過少申告の場合よりも高いレート(40%)のペナルティが課される。そもそも、租税手続法典 § 64 の適用が問題となるものについては、従来、税務当局は、ルーリングの発出に必ずしも積極的ではなかったという経緯があるが、最近はこの点において変化の兆しも生じてきているようである。詳細については、Michel Collet, *Publication of Private Tax Rulings in France*, *Tax Notes International*, Vol. 41, No. 2 (2006) pp. 207-208 参照。

- (158) 諮問委員会の租税手続法典 § 64 に関する意見は、2002 年は 43 件(内、個人所得税に関するものが 16 件)にすぎず、その内、納税者側に有利な意見は 4 件であった。この点については、French Committee for the Repression of Abusive Tax Plan (http://www.tax-in-france.fr/uk/controle_fiscal/fraude_fiscale.htm [平成 18 年 4 月 18 日]) 参照。

益に反して行われる所得移転や税負担軽減行為については、容認されない不自然な行為であるとして、その税務効果を否認するというのが変則管理行為の原理である。実際、裁判所も、幾つかの判決において、変則管理行為の原理に基づく否認を認める判決を下している。

例えば、国務院が1990年10月17日に下したLoiseau事件判決(CE, no. 83310)では、顧客の資産運用を行う法人Aのポートフォリオ管理者Bが、一部の顧客に対してキャピタル・ロスを生じさせ、その損失の補填を行い、補填した額を税務上控除したことが問題となったが、国務院は、変則管理行為の原理に依拠する税務当局側の主張を凡そ認め、補填が行われた損失は、そもそも、資産運用を行った管理者Bが、法人Aの利益に反して過度のリスクを冒した結果として生じたものであるという考え方に立脚し、補填された額の一部については、その税務上の控除を認めるべきではないとする判断を下した。

また、S.A. Imprimerie Borel事件に対してナント行政控訴裁判所(Cour Administrative d'appel de Nantes)が2001年5月4日に下した判決も、法人Cを有する法人Dが、同族会社である法人Eに対し、法人Cという資産をリースし、そのリース料を放棄し、債務免除を行ったことは、リースされた後の法人Cの経営状況は、むしろ改善しており、また、リースを受けた法人Eの経営状況も顕著に悪化していないことなどに鑑みると、かかる債務免除は、法人Dの変則管理行為に該当することから、その税務上の控除は認められないと判示している。

さらには、国務院が2003年12月30日に下したSA Andrits(CE, no. 233894)事件判決とSARL Coreal(CE, no. 249047)事件判決では、海外の支配株主によってフランスに設立された法人が、当該株主に対して支払う利子の内、当該法人の株式資本の1.5倍を超える借入部分について、過小資本税制に基づき、その控除を否認した税務当局の処分は、1959年に締結された仏境租税条約上の差別禁止原則及び欧州条約の設立自由の原則に反すると判示され、フランスの過少資本税制の適用が大きく制限されたという経緯があ

るが⁽¹⁵⁹⁾、このようなケースについても、変則管理行為の原理に基づいて、利払いの控除を否認することが可能ではないかという指摘もあるなど、本原理の否認のポテンシャルを広く解する見方もある⁽¹⁶⁰⁾。

他方、変則管理行為の原理は、税務当局をして、法人管理者の判断を代替することを認めるものであることから、例外的に適用されるべきものであり、また、1995年6月6日にナンシー行政控訴裁判所（Cour administrative d'appel de Nancy）が示した判決の中で、コメンビル（Commenville）裁判官が、自己に不利益となる取引も、それ自体、変則管理行為ではないという意見を述べていることなどに鑑みると、上記のLoiseau事件判決で依拠された過度のリスクというような考え方に基づいて、その適用範囲を広く捉えようとするには問題があるという見方をする向きもある。

実際、例えば、前述のS. A. Imprimerie Borel事件に対し、国務院が2004年6月16日に下した判決（no. 235647）は、ナント行政控訴裁判所の事実認定は誤っており、法人Cによる債務免除は、不自然な管理行為ではなく、Cの事業に資するものであるという趣旨のものであった⁽¹⁶¹⁾。確かに、変則管

(159) これらの判決を踏まえると、フランスの過少資本税制が適用されるのは、EU諸国以外の国であって、なおかつ、フランスとの租税条約で差別禁止規定を設けていない国や明示的に過少資本税制の適用を認めている国における株主等との関係に限定されることとなると解されるが、その後、2006年財政法によって、過少資本税制の適用範囲は実質的に拡大された。同法の詳細については、Pascal D'hont and Franck Le Mentec, BNA International's Tax Planning International Review, Oct. 2005, (also at http://www.landwell.fr/backoffice/uploads/0.24265383694949227TPIR1005_dhont-lementec.pdf [平成18年4月20日]) 参照。

(160) かかる指摘については、French "exit tax" and thin capitalization rules are incompatible with European Union law, News Alert (<http://www.pwc.com/us/eng/tax/its/041205NAFrancev.2pdf> [平成18年4月20日]) 参照。

(161) 変則管理行為の原理を巡る議論や関係する主な判決のポイントについては、Robert Tarika, France: Why Tax Authorities Cannot Assess Management Decisions, International Tax Review, Nov. 2003 (also at <http://www.internationaltaxreview.com/?ISS=12605&PUBID=35&Page=10&SID=46998&SM=&SearchStr=> [平成19年1月16日])、Robert Tarika, France: Cases clarify Inter-Company Aid, International Tax Review, Oct. 3, 2004 (also at <http://www.international>

理行為の原理は、税務当局にとって、使い勝手が良いというメリットはあるものの、その射程範囲を巡っては、上記の通り、広く解することに批判的な判決・見方もあり、同原理によって租税手続法典 § 64 の機能を補完することには、少なからぬ限界があるものと考えられる。

もっとも、変則管理行為の原理が包含している限界は、租税手続法典 § 64 の適用対象となる税目が、最近の改正によって、国税(所得税、富裕税及び付加価値税)だけでなく、地方税(登録税、2004 年以降は事業税)にも拡大され、また、以下の 2 で述べる通り、租税手続法典 § 64 に依拠しない法の濫用の法理による否認というアプローチの有用性が、最近の一連の国務院判決等を通じて確認されるようになったことから、結局のところ、それほど大きな問題とはならなかったという経緯がある。

2 法の濫用の法理の否認機能

本節 1 において述べた通り、租税手続法典 § 64 については、嘗ては、その適用範囲が仮装行為に限定されていたという経緯があったが、国務院 1981 年 6 月 10 日判決 (CE, no 19097) に代表される一連の判決では、租税手続法典 § 64 は、仮装取引だけでなく、納税者が本来の取引であれば通常負担すべきこととなる税を回避或いは軽減することを唯一の目的とする取引に対しても適用されると判示されるなど、仮装による濫用という概念だけでなく、ローマ法を起源とする広義の法の濫用の概念 (“fraud à la loi” , fraud on law などと英訳され、オランダで依拠されている *fraus legis* と凡そ同様な概念) をも包含するものであるという点が確認されたことによって、その射程範囲が実質的に拡大するという現象が生じた⁽¹⁶²⁾。

taxreview.com/?Page=10&PUBID=35&ISS=12596&SID=470437&TYPE=20 「平成 19 年 1 月 16 日」) 参照。SA Imprimerie Borel 事件国務院判決の概要については、http://www.rajf.org/imprimer.php3?id_article=2630 [平成 19 年 9 月 12 日] 参照。

(162) この点及び同様な意義を有する判決については、Franck Le Mentec, French Abuse of Law Legislation and Structurings: Compatibility with the EC Treaty, BNA International's Tax Planning International European Focus, Vol. 7, No. 6 (2005)

上記で言うところの法の濫用とは、法の文言に反しない法的権利の行使によって法律が容認しない利益を得ることであり、法の濫用の法理の下では、決定的であるのは法の文言ではなく、法の精神であるとされ、税法との関係では、納税者の取引が合理的な目的・根拠を有していない場合には、法の精神が、かかる実体要件を備えた取引に優位することが認められる。納税者の取引が合理的な目的・根拠を有していない場合とは、取引の唯一の目的が租税回避である場合であり、立証責任を果すことを条件として、税務当局は、関係する法律を適用し、納税者の取引を法の濫用に該当しない取引に引き直すことが認められる。

租税手続法典 § 64 は、上記のような定義がされる広義の法の濫用の法理に依拠するものであることが一連の判決で明らかになったが、それでも、同条に依拠して仮装行為に該当しないような租税回避行為を否認することには、少なからぬ限界があった。例えば、2006年9月27日に下した Arrêt Janfin 事件判決（CE, 27 no. 260. 050）において、税務当局が同条を根拠として仮装行為でない租税回避行為を否認する処分を行ったことに対し、国務院は、法の濫用の法理という判例法に依拠した否認は、租税回避を唯一の目的とする法の趣旨に反する行為を対象とするものであるが、租税手続法典 § 64 の適用対象となるのは、あくまで、利益や所得の実現・移転を隠ぺい・仮装するために契約等の真の姿を隠す行為に限定されると判示し、納税者側が勝訴している⁽¹⁶³⁾。

pp. 2-4, Peter Harris, *Abus de Droit in the Field of Value Added Taxation*, *British Tax Review*, Oct. 28, 2004 (also at <http://www.5pumpcourt.com/newsfiles/British%20Tax%20Review%20%20abus%20de%20Droit%20updated%20on%20272010%2003.pdf> [平成 18 年 4 月 18 日]) 参照。

(163) 本判決の詳細については、*General Case Law Fraud Legis Principle - Janfin Case* (http://www.tax-in-france.fr/uk/controle_fiscal/fraude_fiscale.htm [平成 19 年 1 月 24 日])、*French Supreme Administrative Court Case <Janfin> dated 27 September 2006: question of “fraudulent evasion to the law”* (<http://www.taj.fr/portail/liblocal/docs/Indirect%20tax%20nes/Lettre%2020TVA%20n%C2%B031.pdf> [平成 19 年 1 月 25 日]) 参照。

租税手続法典 § 64 の射程範囲は、理論上は必ずしも狭いものではないと解されるものの、上記判決では、租税手続法典 § 64 に基づく否認が行われる場合の手続や適用されるペナルティは、司法上確立された法の濫用の法理に基づく否認の場合とは異なる厳格なものであることから、仮装行為ではない租税回避行為を否認するための手段としては、同条に依拠した法の濫用の法理よりも、司法上確立された法の濫用の法理の方が、税務当局にとって使い勝手が良いということが示唆され、以後、同様な概念・考え方に依拠している租税手続法典 § 64 と司法上確立された法の濫用の法理について、各々の適用上の棲み分けが意識されるようになった。

さらに、国務院は、Sté Pléiade 事件判決 (2004, No. 247. 729) 及び Société Segal 事件判決 (2005, No. 267. 087) において、2002 年 4 月 4 日に下された原審 (Cour administrative d'appel de Nancy, no. 98-451) を破棄し、法の濫用の法理の国際的な租税回避行為への適用を認めた⁽¹⁶⁴⁾。本判決で問題となったのは、フランス法人 E がルクセンブルクに設立した株式保有会社 F から受け取った配当が、一定割合以上の株式保有関係にある者に対して税の免除や軽減税率の適用を認める資本参加特権の対象となるか否かという点であった⁽¹⁶⁵⁾。税務当局は、F 社が法律手続に従って設立されており、また、財務報告書等が権限ある当局に提出されていたことなどから、F 社が仮装のものであると主張することは困難であることから、法の濫用の法理に基づく否認を主張した。

上記判決において、国務院は、①E 社による F 社の株式の取得は、取得の

(164) これらの事件判決が下される以前の地方租税裁判所の判決 (例えば、2002 年 12 月 3 日に下された Andros 事件判決 (Lower Court of Toulouse, no. 98-251 and 98-252)) 等は、これらの事件判決で問題となった国際的な取引等を法の濫用の法理に依拠して否認することには限界があることを示唆するものであった。これらの判決のポイントについては Sylvain Pichard, Abuse of Law and Cross-Border Transactions in France, Tax Notes International, Vol. 36, Nov.12 (2004) pp. 1019-1022 参照。

(165) 資本参加特権については、本稿第 3 章第 2 節 2 参照。

コストがリターンを著しく超過するなど、その取得目的には合理的な経済的理由がないこと、②F社は、納税者から投資された資産のポートフォリオを独立して管理する専門能力を有していないこと、③株主は、株主総会にも出席しておらず、E社によるF社の管理への関与も認められない、④E社がF社を通じて行った投資は、税負担の回避以外の事業目的を有していないことなどに鑑みた場合、本件取引は、実質を欠き、濫用的な性質が認められることから、本件で問題となっている配当に対しては、資本参加特権の適用は認められないと判示した⁽¹⁶⁶⁾。

これらの判決は、「実質主義と法の濫用の法理とを合体」させた上で国際的な租税回避行為を否認するというアプローチを採用したものであり、偽装行為の認定という従来の否認方法に拠ることなく、実質主義という概念も取り込んだ否認方法に依拠したという点において、異例かつ画期的であると評されたが⁽¹⁶⁷⁾、実質主義の概念と法の濫用の法理とを合体させるという否認のアプローチは、国務院が2006年12月27日に下したBank of Scotland事件判決（No. 283314）において、「実質的受益者の概念と法形式の濫用の法理の合体」とも評される形で実質的に踏襲された⁽¹⁶⁸⁾。

(166) 他方、これらの事件判決で問題となったものと同様な取引を扱った事件に対する租税裁判所控訴審判決（Sagal事件、Nantes控訴裁判所、No. 001082）が同一日に下されているが、これらの控訴審判決では、租税回避目的以外にも株式保有会社を設立する根拠は存在するとして、法の濫用は認められないと判示された。これらの事件及び判決の概要については、Pichard, *supra* “Abuse of Law” pp. 1021-1022 参照。

(167) これらの判決の意義は、法の濫用の法理に則った否認が行われたという点よりも、フランスの税法に実質という概念が初めて持ち込まれ、実質主義の適用が認められたという点にあるという指摘もされている。かかる指摘については、F. L. Mentec, *supra* “French Abuse of Law” p. 3 参照。これらの判決を（“abuse-of-law theory with a substance test”）を適用したものと解釈するものとしては、Michel Collet, *French Tax Law Introduces Corporate Substance Doctrine*, *Tax Notes International*, Vol. 34, No. 4 (2004) pp. 349-351 参照。

(168) 本事件判決を（“abuse theory developed in the Janfin case … to support the concept of beneficial ownership”）と解釈し、本判決は本稿で言及したJanfin事件判決で示された法形式の濫用の法理を国際的な取引に適用したものであると位置づける見方がある。かかる見方については、Xénia Legendre and Hicham Kabbaj,

上記事件判決では、米国企業 G が、100%の株式保有を行っているフランス子会社 H の優先株式についての 3 年間の使用権を英国の金融機関 I に売却し、I は、配当を受ける権利を得ると共に、配当が支払われない場合や配当に係る税額控除を認めるアボワール・フィiscal (Avoir Fiscal) の適用がない場合には補填を受けるという売買契約が結ばれ⁽¹⁶⁹⁾、当該契約に従って、配当を受けた I は、英仏租税条約が定める軽減された税率を超えて課された源泉税の還付と配当に係る税額控除の適用を求めたことが問題となった。フランスの税務当局は、G と I との契約は、子会社 H からの配当によって支払われることとなる貸付契約であるとみなすべきであり、英仏租税条約が定める配当に対する軽減税率の適用如何は問題とならないと主張した。

上記事件判決の原審（控訴裁判所 2005 年 5 月 23 日判決、no. 51/2005）では、I が子会社 H の株式の合法的な所有者であるとして、金融機関 I の主張が認められたが、上記判決を下した国務院は、I の使用権は、何らリスクを伴うものではないため、本契約の実態は、H の株式資本に対する持分の注入ではなく、その本質は、使用権を売却した者に対する貸付けであり、そうすると、I は、子会社 H の株主とみなされず、英仏租税条約が定める配当に対する軽減税率の適用対象となる配当の実質的な受益者ではなく⁽¹⁷⁰⁾、しかも、本契約は、英仏租税条約上の特典を得ることを唯一の目的として締結されたものであることから、法の濫用が認められると判示した⁽¹⁷¹⁾。

Substance Over Form in France and the Bank of Scotland Decision, Tax Notes International, Vol. 46, No. 2 (2007) pp. 171-174 参照。

(169) アボワール・フィiscal とは、配当に対する二重課税の軽減という観点から、配当に課された法人税を配当の受領者である株主の所得税の計算上控除する制度であり、租税条約において無差別条項が定められている場合には、非居住者のフランスにおける恒久的施設にも適用されるものであるが、2005 年 1 月 1 日をもって廃止されている。

(170) 実質的な受益者であるのは、米国企業 G であり、G に対しては、税額控除の適用はないが、英仏租税条約上の軽減税率の適用が認められることとなる。

(171) 本判決の評釈（英語）については、Patrick Donsimoni, Tax Authority's Power Broadened to Combat Evasion, Tax Notes International, Vol. 46, No. 4 (2007) pp. 348-350 参照。

法の一般原則である法の濫用の法理の否認機能の大きさは、上記の一連の判決からも示唆されるところであるが、税務当局は、その租税回避行為への対抗手段としての有用性は、依然として、十分なものではないと考えており、問題となる取引において、租税回避が唯一の目的ではなくとも、主要な目的であるならば、法の濫用の法理が適用可能となるよう租税手続法典 § 46 自体を改正することを政府に提言したという経緯がある。かかる提言は未だ実現には至っていないが⁽¹⁷²⁾、対抗手段の強化策として俎上に上っているのは、否認の法理の適用基準を税務当局側に有利に変更するなどの立法措置を講じることによって、事後的な対抗策を強化するという選択肢に限られているわけではない。

例えば、大蔵省は、2005 年には、米国、カナダ及び英国の開示制度に倣った制度の導入案を示したという経緯がある。当該案は、租税回避、税の還付或いは納税の繰延べ等を行うことを主な目的とする、若しくは、かかる結果を招くスキームについて、その開発・商品化を行う租税専門家や金融機関等には、その開示を行う義務を課するというものであり、開示義務の不履行については、1 つのスキームにつき 25 万ユーロのペナルティが課されることとされていた⁽¹⁷³⁾。当該案は、租税専門家や金融機関等の強い反対を受けて成立しなかったが、2006 年には、今度はプロモーターではなく、スキームの利用者に対して開示義務を課するという修正案が示されたという経緯もある⁽¹⁷⁴⁾。フランスでも、対抗策の強化に向けた動きが、年々、顕著なものとな

(172) この点の詳細については、Felix Lessambo, *The Abuse of Rights in Taxation: Comparative Approach Between the United States and France*, *BNA International's Tax Planning International Review*, Vol. 33, No. 8 (2006) p. 17, Frans Vanistendel, *Legal Framework for Taxation* (<http://www.imf.org/external/pubs/nft/1998/tlaw/eng/ch2.pdf> [平成 18 年 1 月 12 日]) 参照。

(173) この点の詳細については、France — *Obligation to Notify Tax Optimization Schemes to be Introduced*, *IBFD TNS Online* (Oct. 6, 2005), Ref:IGTT:FR:7.1. 参照。

(174) この点の詳細については、Sonia Reeb-Blanluet, *France Revises Disclosure Rules*, *Tax Notes International*, Vol. 44, Nov. 3 (2006) p. 163 参照。

ってきている。

第2節 欧州における法の濫用の法理の位置づけ

1 法の濫用の法理に対する欧州司法裁判所の見解

本稿第3章及び第4章1節における考察から明らかな通り、ドイツやフランスでは、法の一般原則としての法の濫用の法理が認められ、同法理に基づいて、法契約の法形式が整っている租税回避行為等をも否認することが可能となっている。確かに、ドイツやフランスでも、実質主義に基づく否認というアプローチの有用性は認められるが、主要な否認の法理として機能しているのは、法の濫用の法理である。また、フランスの例からも示唆される通り、法の濫用の法理は、とりわけ、ペナルティ体系との関係が問題となるような場合には、その立法化が、その有用性を高めることには必ずしも繋がらない。立法化されないでも、法の濫用の法理の否認機能は、かなり大きいものとなり得るのである。

もっとも、ドイツやフランスにおける実態が示唆している通り、国際的な租税回避行為は、法の濫用の法理をもってしても、十分な対応が困難なものであり、しかも、国際的な人、物、資本及びサービスの移動に対する障壁を取り除くことを重要な課題と位置づける欧州委員会指令、欧州法及び欧州司法裁判所判決等によって、EU加盟国の国内法は制約を受けることとなる。とりわけ、「欧州で最強なのは、今日、加盟国政府や欧州委員会ではなく、欧州司法裁判所である」とも言われており⁽¹⁷⁵⁾、欧州司法裁判所判決は、各加盟国の税制のあり方に大きな影響を与える。実際、欧州司法裁判所判決によって、加盟国の課税ベースは大きく侵食されていると言われており、加盟国の

(175) この表現については、Jason Gorringer, ECJ Ruling Could Result in £ 1 Billion Loss for UK Government (http://www.tax-news.com/archive/story/ECJ_Ruling_Could_Result_In_1_Billion_Loss_For_UK_Government_xxxx10298.html [平成19年6月11日]) 参照。

租税回避否認規定が、少なからぬ制約に服するのは必至である。

したがって、欧州司法裁判所が法の濫用の法理をどのように位置づけているかが重要なポイントとなるが、この点については、欧州司法裁判所が2000年12月14日に下したEmsland-Stärke GmbH v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas (Case C-110/99)事件判決から示唆を得ることができる。本件では、ドイツ法人Jがスイス法人Kに輸出した農産物が、後日、法人Kの国内の関連法人Lに販売されたが、法人Lに販売がされた農産物は、法人Jが法人Kに輸出した当時のままの形でドイツに再輸出されたものであることから、ドイツの税務当局が主張するように、法人Jに対して認められた「輸出還付」(export refund)は、欧州委員会の農産物の輸出還付に関する共通のルールを定めた規則(No. 2730/79 of 29 November 1979)に反しており、その取消しが行われるべきであるかという点が問題となった⁽¹⁷⁶⁾。

本判決において、欧州司法裁判所は、「欧州共同体の財政上の利益の保護に関する欧州委員会規則」(Council Regulation No 2988/95 of 18 December 1995 on the protection of the European Communities' financial interests)4条(3)が、「税務上の利益を得るのに必要な条件を人為的に作出するなどにより、欧州法の趣旨に抵触する利益を得ることを目的として実行された行為は、かかる利益の享受が否認・撤回される」と定めていることに言及し⁽¹⁷⁷⁾、当該規定が本件に直接適用されるものではないとしながらも、本規定は、殆ど全ての加盟国において存在している「権利の濫用」(“abuse of rights”)という法の一般原則を定め、かかる原則は欧州司法裁判所の裁判例において

(176) 輸出還付は、EU諸国から第三国に輸出される農業産品や乳製品等の消費の促進を図るとして欧州の共通の農業政策の一環として行われていたものであり、これらの生産物のEU諸国における価格と第三国における価格との差を調整するという機能を果たすものである。

(177) 本条項の原文は、“acts which are established to have as their purpose the obtaining of an advantage contrary to the objectives of the Community law applicable in the case by artificially creating the conditions required for obtaining that advantage shall result, as the case shall be, either in failure to obtain the advantage or in its withdrawal.”である。

も暗黙に示されてきたものであり、本件もかかる観点から検討するのが妥当であると判示した。

また、欧州司法裁判所は、上記の原則は、①客観的要因（「利益を供与する条件が人為的に創造されている、すなわち、経済的な目的からではなく、共同体の財政からの利益を得ることを唯一の目的とする取引であるという証拠」）、②主観的要因（「欧州法や規則等の目的と両立しない経済・財政上の利益を得ることを基本的な目的として実行された商業取引であるという事実」）、③手続的要因（「立証責任は各加盟国の税務当局が負うが、最も深刻な濫用が問題となるケースについては、一見したところ明らかな証拠をもって、立証責任の転換が認められる」）を包含しているという見解を示している。

上記の Emsland-Stärke 事件判決では、権利の濫用という原則が暗黙に示された欧州司法裁判所判決例の一つとして、Cremer v. Balm [1977]（Case C-125/76） ECR 1953 事件判決が挙げられている。本判決では、加盟国の国民が第三国に対して行う動物用食物の輸出に係る関税の還付を定めた 1964 年 10 月 30 日付委員会規則 No 166/64 等が、ドイツの輸出業者 M に適用されるか否かが問題となったが、欧州司法裁判所は、M が輸出する食物は、輸出還付を受けるための条件である牛乳やシリアル等の成分を含んでいるが、その他の加盟国への輸出・再輸入の過程において、これらの成分の大半は離脱しており、このような「濫用的な行為」（“abusive practice”）に対して輸出還付を認めるのは、本規則等の趣旨（関税によって生じ得る成分価格の高騰を抑えること。）に反すると判示している。

権利の濫用という原則が暗黙に示されているその他の欧州司法裁判所判決としては、General Milk Products v. Hauptzollamt Hamburg-Jonas [1993]（Case C-8/92）事件判決と Panagis Pafitis and Others v. Trapeza Kentrikis Ellados A.E. and Others [1996]（Case C-441/93） ECR I-1347 事件判決が挙げられているが、これらの判決が下された事件も、上記の Emsland-Stärke 事件判決及び Cremer 事件判決の場合と同様に、税金の問題

を扱ったものではなかった⁽¹⁷⁸⁾。欧州司法裁判所が、税の分野でも法の濫用の法理に依拠することが可能であることを具体的に示したのは、2004年4月29日に下した *Gemeente Leusden v. Staatssecretaris van Financiën* (C-487/01) 事件判決であった。

上記の *Gemeente* 事件判決では、競技場の賃貸を行う納税者 N が、芝を天然のものから人口のものに替えるという役務に対する対価に係る付加価値税 (input tax) の控除を行うことが、一定期間に亘って認められていたところ、税務当局は、その後の税法改正によって、かかる期間が終了する前に当該控除の適用は失効したとして、控除の否認を行ったことが問題となった。本事件を扱ったオランダの最高裁 (Hoge Raad) は、売上税に関する加盟国の税法のハーモナイゼーションに関する欧州委員会第 6 次指令 (77/388/ECC) 20 条(2) 及び 17 条が定める「合法的な期待の原則」(“principle of legitimate expectation”) 及び「法的確実性の原則」(“principle of legal certainty”) が、本件における課税を排除するものであるかなどの点について、欧州司法裁判所の見解を求めた。

上記の点に関し、欧州司法裁判所は、そもそも、脱税、回避及び濫用を防止することは第 6 次指令の目的に合致するものであるが、納税者は、濫用に該当しない限り、租税回避を行う権利を有しており、納税者による濫用という事実がない限り、納税者が税負担を軽減するという利益を得ることを可能にする法律を廃止することによって、納税者の欧州法に基づく合法的な期待を侵害することはできないとした上で、「濫用」とは、欧州法・規則に定めら

(178) *General Milk Products* 事件判決で問題となったのも、輸出還付を濫用する目的で行われた取引であった。他方、*Panagis Pafitis* 事件判決では、原告ら株主が、ギリシャ政府の関与があった銀行資本の増加を図る措置は、適正な手続きを経ないまま、少数株主である新規株主を不当に利するものであり、株主保護を定める欧州委員会の第 2 次指令 (Second Council Directive 77/91/EEC of 13 December 1976) 25 条 1 項に違反すると主張したが、欧州司法裁判所は、資本増加手続に問題はなく、また、少数株主が銀行資本の増加によって利益を得たとしても、そのことは、何ら同指令の濫用には該当しないと判示している。

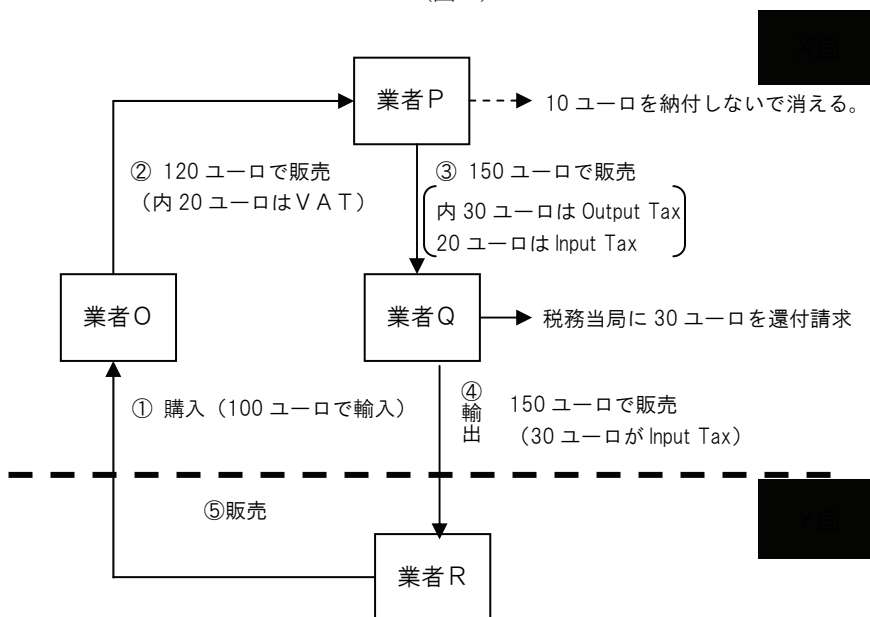
れた条件を形式上は遵守しているものの、その目的が達成されていないという客観的な状況が存在している、また、かかる条件を人為的に作出することによって欧州法・規則上の利益を得るという主観的な意図が存在する場合に見出すことができるという見解を示した。

前述の Emsland-Stärke 事件判決及び上記の Gemeinde Leusden 事件判決によって示された権利の濫用の原則の適用や濫用の存否に関する基準は、欧州司法裁判所が 2006 年 1 月 12 日に下した Bond House Systems Ltd v. Commissioner of Customs & Excise (Case C-484/03) 事件判決によって⁽¹⁷⁹⁾、更なる明確化が図られた。本事件では、異なる欧州諸国を跨る付加価値税の脱税スキームとして欧州を席卷した「回転木馬脱税」(carrousel fraud) が問題となった。回転木馬脱税とは、典型的には、下図 1 のようなスキームであるが、本件で問題となったのは、このような脱税スキームが存在していることを知らないまま、スキームの一端に組み込まれた事業者 Z の仕入れに係る付加価値税の控除が認められるか否かが争点となった⁽¹⁸⁰⁾。

(179) 本件と同様な事件に対する Optigen Ltd. v. Commissioner (C-304/03) 事件判決及び Fulcrum Electronics Ltd. v. Commissioner (C-355/03) 事件判決も同時に下されている。

(180) 本件において問題となったスキームの全容や事業者 Z のスキーム上の位置づけ等については、判決文も十分に明らかにしていないが、図 1 と凡そ同様なスキームが問題となったものと想定される。

(図 1)



上記の Bond House 事件判決において、税務当局は、事業者 Z が行った商品の仕入れと販売は架空のものではなく、仕入れに係る付加価値税を控除する要件は備えているものの、スキーム全体が実質を欠くものであることから、欧州委員会第 6 次指令 (77/388/EEC) 2 条 (1)、4 条及び 5 条 (1) で定める要件 (課税事業者による商品或いは役務の提供及び「経済活動」 (“economic activity”) への従事という事実があること。) に該当しておらず、その控除は認められないと主張した。これに対し、欧州司法裁判所は、事業者 Z において、脱税の事実を知らない、若しくは知るすべがないような場合には、脱税スキームに組み込まれているという事実をもって、事業者 Z の商品の仕入れに係る付加価値税の控除が認められないということにはならないと判示し

た⁽¹⁸¹⁾。

2 Halifax 事件判決のポイント

上記の一連の判決によって、欧州司法裁判所が示した権利の濫用の原則の本質が徐々に明らかにされたが、これらの判決は、必ずしも税務当局に有利なものばかりではなく、その潜在的有用性の大きさを示唆するものではなかった。権利の濫用の原則の潜在的有用性が大きいことを強く印象づけたのは、欧州司法裁判所が2006年2月21日に下したHalifax Plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd v. Customs & Excise(Case C-255/02)事件判決であり⁽¹⁸²⁾、本判決によって、権利の濫用の原則は、欧州の市民法の国における法の濫用の法理の欧州版としての位置づけを確立することとなった。

本事件で問題となったスキームは非常に複雑であるが、そのポイントとなるのは、図2の通り、第三者Sに自社ビル等の建設を依頼していた金融機関であるHalifax社が、その課税売上割合が小さいことによって、建設代金に係る付加価値税（input tax）の控除をほとんど行うことができないため、ビル建設等の依頼を取り消し、かかる控除を最大限に利用できるLeeds社（Halifax社の100%子会社）に対して融資を行い、Leeds社が建設したビルを借りするという部分である。当該スキームでは、融資を受けたLeeds社は、ビルの建設を関係会社であるCounty社に委託し、さらに、第三者S

(181) 本判決に先立つ2005年2月に述べられた本事件に関するマデュロ(Polares Maduro)法務官の意見も、本判決と同様な趣旨のものであり、法務官は、「経済活動」という概念は客観的な性質のものであり、納税者が「経済活動」を行うという意味と、かかる「経済活動」の意図された効果との間には、明確な線が引かれなければならないと述べている。

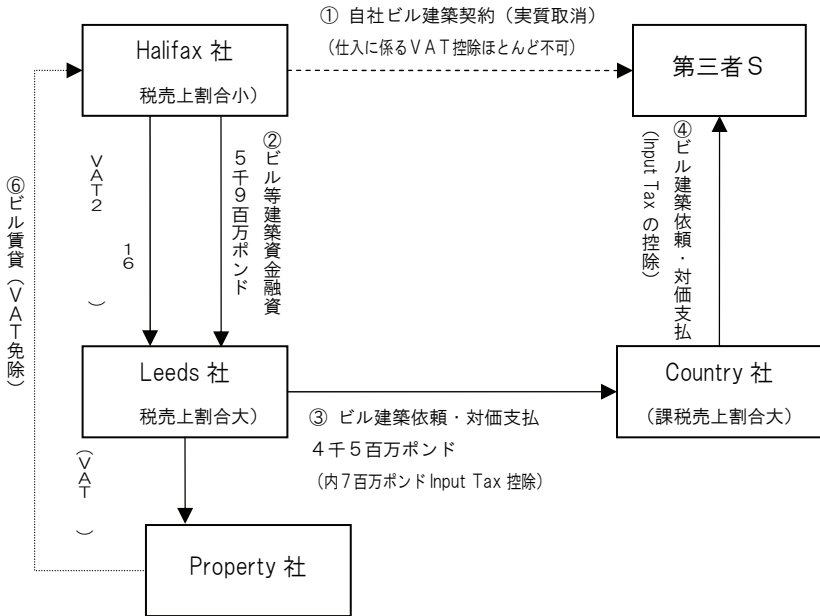
(182) 同様な事件に関する判決（Bupa Hospitals Ltd, Golsborough Developments Ltd v. Commissioner of Customs & Excise（C-419/02）、University of Huddersfield Higher Education Corporation v. Commissioners of Customs and Excise（C-223/03））も同時に下されている。

がその建設を請け負うという一連の契約が締結されている⁽¹⁸³⁾。このような契約の実行に伴い、Halifax 社、Leeds 社及び County 社は、各々、ビル建設を発注した先への対価の支払いに係る付加価値税の控除を行った。

これに対し、税務当局は、本件スキームは、租税回避を唯一の目的とするものであり、Leeds 社と Halifax 社及び Leeds 社と County 社との間において、欧州委員会第 6 指令 2 条・4 条・5 条で定める商品或いは役務の提供及び経済的活動に該当する行為はないとして、Leeds 社及び County 社が支払ったとする対価に係る付加価値税の控除を否認し、控除が認められる付加価値税は、Halifax 社が第三者 S からビル建設という役務の提供を受けたとした場合に支払う対価に係るものが制限された配分割合にも認められるにすぎないと主張したが、Halifax 社は、一連の取引が租税回避目的であることは認めるものの、Leeds 社及び County 社の間で役務の提供は行われており、「経済的活動」も存在することから、税務当局の処分は不当であるとして提訴した。

(183) かかる契約が結ばれた背景には、金融機関である Halifax 社が行う取引は、欧州委員会第 6 次指令 13 条 13(b)により、非課税取引であり、同指令 17 条(5)が定める比例配分割合控除ルールにより、仕入れに係る付加価値税（Input tax）の取戻しがほとんどできないという事実があると考えられる。

(図 2)



欧州司法裁判所は、第 6 次指令が定める条件の充足如何は、基本的には、租税回避の意図の有無とは関係のない客観的な基準によって決定されるものであるとしながらも、「濫用的な行為」（“abusive practice”）が認められる場合には、仕入れに係る付加価値税の控除が否認されると解すべきであると、濫用的な行為とは、(a) 控除を認めることが第 6 指令とその国内適用を図る規定等の目的に反することとなる、(b) 問題の取引が税法上の利益を得ることを根本的な目的としていることが客観的に明らかであるものであるという基準を示し、かかる基準に則って課税処分の是非を判断する必要があり⁽¹⁸⁴⁾、

(184) (a) と (b) に該当する部分の原文は、“… it is necessary first, that the transactions concerned, … result in the accrual of a tax advantage the grant of which would be contrary to the purpose of those provisions. Second, it must also be apparent from a number of objective factors that the essential aim of

(c) 仮に濫用的な行為が存在する場合には、濫用的な行為がなかった場合に支配するであろう状況に従って取引を引き直すことができると判示した。

Halifax 事件判決において示された濫用的な行為という概念は、前述の一連の判決において欧州司法裁判所が示した権利の濫用若しくは濫用原理と基本的に同様なものであると解されるが、本判決に先立つ 2005 年 4 月 7 日に示された本事件に関するマデュロ (Poiares Maduro) 法務官の意見でも述べられているように、欧州法・規則の目的が濫用されているか否かの判断は、納税者の主観的な意図ではなく、欧州法・規則の客観的な目的及び関係事実の分析に基づいて行うものであることから、欧州法の解釈原理としては、一般的には権利の濫用ではなく、「欧州法の濫用」(“abuse of Community law”) 又は法の濫用の原則という表現の方が妥当であろう⁽¹⁸⁵⁾。実際、例えば、欧州法における「濫用的な行為」とフランスにおける法の濫用の法理は、表現振りは微妙に異なるが、実質的には同様なものであるという指摘がされている⁽¹⁸⁶⁾。

第 3 節 Halifax 事件判決のインプリケーション

1 英国における法の濫用の原則の意義

実のところ、英国の税務当局が、(欧州) 法の濫用の原則の適用を主張した

the transactions concerned is to obtain a tax advantage.”である。

(185) なお、マデュロ法務官の意見では、租税回避取引の引き直しは、何が通常の取引であるのかについての判断が恣意的なものとなるなどの困難性があるという問題点が指摘されていたのに対し、Halifax 事件判決では、本文で前述している通り、「濫用的な行為」の引き直しを認める(c)が示されている。欧州司法裁判所の租税回避行為の否認に対する姿勢が積極的なものであることを示唆するものであると言えよう。

(186) かかる指摘については、Interacting Principles: The French Abuse of Law Concept and the EU Notion of Abusive Practices, BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION, Vol. 61, No. 6 (2007) p. 240 参照。なお、かかる指摘の妥当性の根拠の一つとして、国務院が下した 2006 年 9 月 27 日に下した Janfin 事件判決で示された法の濫用の法理に対する考え方は、Halifax 事件判決で示された「濫用的な行為」の定義にかなり感化されているという点が挙げられている。

のは、Halifax 事件判決が最初ではなく、Debenhams Retail plc v. Customs and Excise Commissioners [2004] EWHC 事件判決でも、同原則の適用が主張されたという経緯がある。本判決では、卸売業者 T が、顧客の支払手段がクレジットカード等による場合には、そうでない場合よりもカード会社に対する取扱手数料の支払いを伴うにもかかわらず、納付すべき付加価値税は同じであるという問題を解消するため、取扱手数料分については、T の子会社 U（当該手数料に係る付加価値税は制度上免除される。）に支払われるものという旨の記載を領収書に行い、T としては、当該手数料分を引いた額に係る付加価値税の納付を行うことが可能となるというスキームを実行した。

上記事件について 2004 年に高等法院の一部を成す衡平法部（Chancery Division）が下した判決は、法の濫用の原則を直接的に適用して軽減された付加価値税額の納付を否認したわけではなく⁽¹⁸⁷⁾、主な否認根拠とされたのは、カード支払いを行う顧客、事業者 T 及び子会社 U との間の契約は、法的に成立しているものではないという点であったが、Halifax 事件に対するマデュロ法務官の意見が述べられた後に下された本事件の控訴審判決（[2005] STC 1155）では、子会社 U を本件取引に組み込むという行為は、税務上の利益を得る以外の経済的な正当性を有していないことが明らかであることから、少なくともマデュロ法務官が述べた法の濫用の原則の適用条件の 1 つは充足されていると考えられると述べられている点が注目される⁽¹⁸⁸⁾。

予てより、英国では、欧州司法裁判所が「法の濫用」（“fraus legis”）

(187) その理由の一つとして、裁判所は、Halifax 事件に対する欧州司法裁判所の判決が当時は未だ下されていないという点を挙げている。

(188) この点に鑑み、英国の税務当局のスタンスや本控訴審判決から示唆されることは、租税回避スキームが経済的な観点から正当化できないならば、否認される可能性が少なからず存在するという点であるとして、人為的な租税回避スキームの余命は限られてきたという見方をする向きが少なくない。かかる見方については、Tax Avoidance, Can It Ever be Acceptable? (<http://www.pkf.co.uk/web/pkf800.NSF/pagesByID/IDC2DBD84ACE6F1DF1802570C8003A586B?OpenDocument> [平成 19 年 3 月 6 日])、Abuse of Rights (<http://www.accmanpro.com/2005/09/22/abuse-of-rights/> [平成 19 年 3 月 5 日]) 参照。

の法理の適用を認めているものの、同法理は市民法の国において認められるものであり、また、ウェストミンスター原則とも抵触することから、英国では適用根拠を欠いたものであるという見方もされていたが⁽¹⁸⁹⁾、Halifax 事件判決によって、市民法の国において認められている法の濫用の法理が、欧州レベルで採用し得るものであることが明確に示されたことによって、英国の裁判所も、その税法解釈のアプローチに修正を加え、目的論的解釈を採用するようになるであろうという指摘がされている⁽¹⁹⁰⁾。上記の Debenhams Retail 事件の控訴審判決も、かかる指摘が凡そ誤っていないであろうことを示唆していると言えよう。

また、Halifax 事件判決で示された二つの基準 ((a) 当該控除が当該指令等の目的に反する税務上の利益を得る濫用的なものであり、(b) 関係する取引が税法上の利益を得ることを根本的な目的としていること。) の内、(b) に関しては、「根本的な目的」というメルクマールは将来的に緩く解される可能性・余地を秘めた表現であるという指摘がされているが⁽¹⁹¹⁾、Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v. Commissioner of Inland Revenue (Case C-524/04) 判決で問題となった事件に対して 2006 年 6 月 29 日に示されたジールホード (Geelhoed) 法務官の意見も、上記の二つの基準に依拠して法の

(189) かかる見方を英国の勅許租税協会 (the Chartered Institute of Taxation) のテクニカル部門が示していることについては、VAT and Fraus Legis Doctrine (<http://www.tax.org.uk/showarticle.pl?id=381> [平成 19 年 5 月 26 日]) 参照。

(190) かかる見方については、VAT Planning: The ECJ Decides in the Case of Halifax (<http://www.cvdvk.com/news/article.asp?view=487> [平成 18 年 4 月 24 日]) 参照。

(191) かかる可能性を示唆するものについては、Elwin Makkus and Jesse De Preter, Abuse of Rights: The End of VAT Planning ?, BNA International Tax Planning International Indirect Taxes, April 2006, p.7 参照。もっとも、Halifax 事件判決において、英国の税務当局が依拠した「経済活動」に関する主張が認められなかったことは、一連のステップ取引を一体的に捉えて租税回避スキームを否認するというアプローチである「税務上無効の原則」(“fiscal nullity doctrine”) が否定されたことを意味することから、英国の税務当局にとって、本判決によって得た勝利は多くの犠牲を伴うものであったという指摘もされている。かかる指摘については、Cordara, supra “Abuse of Law” 参照。

濫用を認定することが、それほど困難なものではないということを示唆するものであった。

上記の法務官意見では、1995年の改正を経た英国の過少資本税制に関する規定（所得・法人税法 209(2)(d)）及び英国が締結している多くの租税条約で採用されている過少資本税制は、Lankforst-Hohorst（C-324/00）事件判決で「設立の自由」を定める欧州法 43 条に抵触するとされたドイツの過少資本税制と異なり⁽¹⁹²⁾、一定の負債・資本比率のような絶対的な基準に依拠するものではなく、個々の状況の斟酌と通常の貸付条件との比較を行った上で、直接的或いは間接的に一定割合（75%）以上の資本関係にある異なる国に存する関連会社間での利払いが、第三者取引基準と乖離するに限度において、配当として取り扱うものであることから、目的達成手段が最小限度の制約を課するものであることを求める比例原則との関係において問題を有しておらず、欧州法 43 条等に抵触するものではないという判断が示された。

また、ジーホード法務官は、上記の判断と法の濫用の原則の適用基準との関係について、そもそも、納税者は、自己に最も有利になるように取引を組み立てる権利を有するが、かかる権利が、税負担の軽減を行うことを根本的な目的とした取引の実行によって濫用されているか否かは、英国の過少資本税制が、国際的な租税法として受容されている「第三者取引基準」（“arm’s length principle”）と「比例原則」（“proportionality test”）に則しているとすれば、取引の実行が真の事業目的の遂行のためであることが納税者によって示されない限りは、過少資本税制との抵触如何によって判断すること

(192) 欧州法 43 条は、「… ある加盟国の国民が、その他の加盟国に事業を設立することの自由に対する制約は禁止される。かかる禁止は、いかなる加盟国の国民が、事務所、支店或いは子会社をいかなる加盟国に設立する場合にも適用される。」（“… restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State shall be prohibited. Such prohibition shall also apply to restrictions on the setting-up of agencies, branches or subsidiaries by nationals of any Member State established in the territory of any Member State.”）と定めている。

が妥当であるという意見を述べている。

確かに、Halifax 事件判決が下された頃は、欧州司法裁判所が示した法の濫用の原則の射程範囲の実際やポテンシャルが必ずしも十分に明瞭ではなく、そのことが、かえって、税務当局に有利に作用する要因となり得るという見方をする向きもあり⁽¹⁹³⁾、実際、英国の税務当局は、法の濫用の原則の適用範囲を広く解するという意向を示していたという経緯もあったが⁽¹⁹⁴⁾、このような見方・解釈も、Halifax 事件判決で示された基準と欧州の主な市民法の国々における法の濫用の法理の適用基準が凡そ同様なレベルのものであることを上記のジーホード法務官意見が示唆しているという見解に立てば、あながち不当ではないと言えよう。上記の法務官意見は、欧州レベルで適用され得る法の濫用の原則の潜在的有用性の大きさを確認するものであると位置づけられ得るものと解される。

2 Halifax 事件判決のその他の加盟国への影響

(1) ベルギーの税制改正への影響

少なからぬインプリケーションを包含した Halifax 事件判決の影響は、事件の当事者であった英国の国内にとどまるものではなかった。例えば、そもそも、ベルギーは市民法の国ではあるが、租税法律主義が憲法上の規定に由来する原則であると位置づけられていることなどから、法の一般原則としての法の濫用の法理の否認機能については、従来から、かなり過少

(193) このような見方については、Alex Hawks, VAT Ruling Creates ‘Abuse’ Law (<http://www.financialdirector.co.uk/financial-director/features/2159209/vat-ruling-creates-abuse-law> [平成 19 年 2 月 5 日])、Steve Allen, Was The ‘Halifax’ ECJ Win No More Than A Pyrrhic Victory For HMRC ? – VAT Voice (June 2006) (<http://www.taxationweb.co.uk/articles/article.php?id=345> [平成 19 年 3 月 6 日]) 参照。

(194) この点については、Hawks, supra “VAT Ruling” (<http://www.financialdirector.co.uk/financial-director/features/2159209/vat-ruling-creates-abuse-law> [平成 19 年 2 月 5 日]) 参照。

評価される傾向があり⁽¹⁹⁵⁾、かかる傾向が認められるという点は、最高裁（Court of Cassation）が、1961年7月6日に下した著名な Brepols 判決において、納税者の取引の唯一の目的が租税回避であっても、その取引が仮装でなければ、仮に通常取引形態のものでなくとも、否認することはできないと判示したことなどからも示唆されたが、Halifax 事件判決は、このような考え方に少なからぬ変化を生じさせるきっかけを提供した。

ベルギーでは、1993年には、包括的否認規定が、所得税法 § 344、相続税法 § 106 及び登録税法 § 18 に創設され、また、アドバンス・ルーリング制度の整備が図られたという経緯がある⁽¹⁹⁶⁾。例えば、所得税法 § 344 は、「納税者の単一-或いは複数の取引の法形態は、かかる法形態が租税回避目的を有するものであるということを税務当局が所得税法 § 344 で定められている手法等によって証明する場合には、税務上、依拠することができない。但し、かかる法形態が合法の金融・経済的な理由に基づくものである場合は除かれる。」と定めており⁽¹⁹⁷⁾、同条を根拠として、経済的実質に基づく課税と最も類似する課税対象取引への引き直しが認められる。

(195) 嘗て、ベルギーでは、税法において法の濫用の法理が認められる余地はないという見方がされていたという指摘もある。かかる指摘については、Vanistendael, *supra* “Legal Framework” 参照。

(196) もっとも、同制度は OECD によってタックス・ヘイブンであると指定されている国が関係している取引や経済的実質を欠く取引等を対象とするものではない。ベルギーのアドバンス・ルーリング制度のポイントについては、Marc Quaghebeur, *Advance Tax Rulings in Belgium*, *Tax Notes International*, Vol. 45, No. 1 (2007) pp. 53-55 参照。なお、2003年1月から2005年1月の間でルーリングの発出が申請された件数は473件であり、ルーリングの発出を担当する委員会では2005年には375件を処理している。

(197) 所得税法 § 344 の英訳は、“The legal characterization given by the parties to an act (or to separate acts carrying out a single transaction) may not be relied on as against the administration of direct taxes where the administration proves, by means of presumptions or other methods of proof described in article 340, that this characterization is due to legitimate financial or economic reasons.”である。この英訳については、Thuronyi, *supra* “Rules in OECD Countries” 参照。

所得税法 § 344 は、法の濫用の法理に依拠するものではなく、基本的には、事業目的テストを重視した実質課税の原則に基づく否認のアプローチを採用したものであると解されるが、かかる否認を行うに際しては、納税者が実際の契約と異なる内容の契約を意図していたことを税務当局が立証することが求められるようになり、その適用上のハードルは決して低いものではなかった。実際、税務当局に課された立証責任を果すことは、その意図を示す証拠書類がなければ殆ど不可能であることから、所得税法 § 344 の射程範囲は、凡そ仮装取引やステップ取引の法理が適用されるような取引に限定され、その否認機能は大きいものではないことが次第に明らかとなったという経緯がある⁽¹⁹⁸⁾。

所得税法 § 344 の有用性・否認機能がそれほど大きいものでないことは、例えば、2005 年 11 月 4 日最高裁判決からも示唆される。本判決では、税務当局が、所得税法 344 条に基づき、税務上優遇される自己株式の購入による株式の償還による利益の分配を通常の税率（15%若しくは 20%）の源泉徴収税の対象となる配当の支払いに引き直したことが問題となったが、最高裁は、そもそも、所得税法 § 344 に基づく引き直しが可能となるのは、引き直した取引が実際の契約に基づく取引と同様な法律効果を生じる場合に限定されることから、自己株式の購入と配当の支払いの結果が異なる本件に同条を適用することはできないと判示した⁽¹⁹⁹⁾。

(198) かかる指摘及び所得税法 § 344 の適用が否認されたその他の最高裁判決（例えば、被合併法人の損失を合併法人の利益と相殺することが可能か否かが争点となった Au Vieux Saint-Martin 事件に関する 1995 年 2 月 23 日判決）の概要については、Werner Heyvaert, *Economic Substance Around the World - Belgium* (<http://www.ruchelaw.com/pdfs/EconomicSubstanceAroundWorld.pdf> [平成 18 年 2 月 20 日]) 参照。

(199) そもそも、二つの異なる取引は二つの異なる結果を生じさせるものであることに鑑みると、原審（2004 年 9 月 10 日 Liège 控訴審判決）を覆した本判決は、所得税法 § 344 の機能を大幅に制限し、税務当局に不可能を要求するようなものであるという指摘もある。かかる指摘については、Marc Quaghebeur, *Belgian Supreme Court Limits Use of Antiavoidance Rule*, *Tax Notes International*, Vol. 41, No. 2 (2006) pp. 141-144 参照。なお、2002 年 12 月 24 日に発効した改正法人税法では、株式の償還による利益の分配は 10%の源泉徴収税の対象とされているが、それ以前は、源泉

そもそも、包括的否認規定の創設は、多くの場合、事務コストやコンプライアンス・コストの増加という課題を伴うが、所得税法 § 344 の否認機能の実際から示唆されるように、かかる課題を抱えても余りあるほどに大きい否認機能が包括的否認規定の創設によって可能となるという保証はない。確かに、牽制機能及び否認機能は、包括的否認規定が創設されることによって高まる蓋然性があるが、包括的否認規定の有無自体は、必ずしも、否認機能の大小を示すものではない。このような限界を実際に経験しているにもかかわらず、ベルギーでは、2005 年 12 月、所得税法 § 344 と同様な否認機能を有する包括的否認規定を付加価値税法 § 59(3)に創設するという法案（No. 2097/001）が議会で承認された。

付加価値税法 § 59(3)も、所得税法 § 344 と同様に、実質主義的な否認のアプローチに立脚した包括的否認規定であり、「税務当局は、単一或いは複数の取引が付加価値税を回避するものであることを証明することができるなら、かかる取引の契約当事者が示す法律上の形式に縛られることはない。但し、契約当事者が、かかる法律上の形式は合法的な経済的な理由や金融上の根拠によって正当化できることを示した場合には、税務当局は、かかる法律上の形式に縛られる。」という規定振りとなっている⁽²⁰⁰⁾。

付加価値税法 § 59(3)が導入された背景には、付加価値税率が 20%を超

徴収税の対象とされていなかった。所得税法 § 344 に基づいて同様な引き直しを行った処分が裁判所によって認めらなかった例として、ブリュージュ裁判所が 2003 年 12 月 23 日に下した判決も挙げられている。

- (200) 本規定の英訳は、“The tax authorities are not bound by the legal characterization of certain transactions or series of transactions given by the parties involved, if they can prove that the characterization serves the purpose of avoiding VAT, unless the parties are able to demonstrate that their legal characterization is justified on legitimate economic or financial grounds.”である。本規定の原案では、“purpose of avoiding VAT”という表現の前に“sole”という文言が挿入されていたが、議会における審議の過程で落とされたという経緯がある。この英訳及びこの点については、Ivan Massin, Introduction of a General Anti-VAT Avoidance Measure in Belgium (http://www.ibfd.org/pdf/IVM_example_5.pdf [平成 19 年 5 月 26 日]) 参照。

える国も少なくない欧州において、国境を跨ぐ取引スキームを利用した付加価値税の脱税や仕入れ税額 (input tax) の控除を不当に行うなどの行為が活発化してきているという事実があった。本規定の有用性も、所得税法 § 344 が包含している限界によって画されるのではないかと懸念する向きもあったが、本規定は、Halifax 事件判決の影響を受けて 2006 年に成立した法の濫用の法理に立脚する包括的否認規定 (付加価値税法 § 1(10)) に取って代わられることとなった。

付加価値税法 § 1(10) は、「付加価値税法の適用上、取引の基本的な目的が税法上の利益を得ることであり、取引を実行することが税法上の利益を得ることとなり、また、かかる利益を付与することが同法及びその執行令の趣旨に反する場合には、かかる取引は濫用的な慣行である。」と定めており⁽²⁰¹⁾、かかる濫用的な慣行に該当する取引は、同法 79 条 2 項に基づき、その付加価値税上の仕入控除が否認されることとなる。かかる改正が行われた理由としては、Halifax 事件判決で示された基準との整合性を確保する必要が挙げられている⁽²⁰²⁾、Halifax 事件判決が下される以前のベルギーにおける法の濫用の法理の有用性が低かったことに鑑み、かかる法理の立法化が肝要であると判断されたのではないかと想定される。

(2) イタリアの法解釈アプローチへの影響

Halifax 事件判決の影響は、ベルギーと同様に市民法の国であるイタリアでも強く認められる。イタリアの税務当局は、予てより、広義の法の濫

(201) 付加価値税法 § 1(10)の原文は、“For the application of this [VAT] Code, there is an abusive practice where the transactions carried out result in obtaining a tax advantage the grant of which is contrary to the purpose of this Code and the royal decree implementing the Code, and the essential aim of the transactions concerned is to obtain this advantage.”である。

(202) 具体的には、付加価値税法 § 59(3)が、納税者の租税回避の意図を重視した包括的否認規定であり、欧州裁判所が Halifax 事件判決等において示した否認基準に反していると解されたのが改正の理由であるという指摘がされている。かかる指摘については、Marc Quaghebeur, Belgium Rewrites Antiavoidance Rule, Tax Notes International, Vol. 43, No. 6 (2006) pp. 449-452 参照。

用の法理（*fraus legis*）を具体化した規定であると解されている市民法 § 1344（「強行法規の適用を回避することを目的する契約は無効である。」）に依拠した租税回避行為の否認を幾度となく試みたという経緯があるが、文理主義の優位性が認められるイタリアの裁判所は、多くの場合において、税務当局が主張する法の濫用の法理に基づく租税回避行為の否認を首肯しない判決を下した。法の濫用の法理が税法に適用されないという裁判所の考えは、2001年9月3日に下された破棄院判決（判決番号 11351）でも確認されている⁽²⁰³⁾。

立法化されていない否認の法理としては、実質主義も、法の濫用の法理と凡そ同様な問題を抱えていたが、経済的な指標に基づいて課税が行われるべきであるという考え方自体に対する抵抗は、それほど強くなく、例えば、1979年7月3日に下された破棄院判決（判決番号 3735）では、取引の解釈は、税法上、経済的な基準に基づいて行われるべきであり、法形式は無視し得ると判示された。また、旧登録税法 § 8（現登録税法 § 20）（「登録税は、証書上の名称や形式に関係なく、その効果に対して適用される」）で示されている実質主義的な考え方は、所得税を回避する取引をも否認し得る根拠となるという解釈をしているのは、必ずしも税務当局に限っているわけではないという指摘もされている⁽²⁰⁴⁾。

予てより、税務における法の濫用の法理と実質主義的なアプローチの有用性については、凡そ上記のよう状況が認められ、かかる状況の下で導入された最初の包括的否認規定である所得税法 10 条（1990 年法律 408 号）

(203) これらの点の詳細については、Antonello Lupo, *Form and Substance in Tax Law*, Cahier de Droit Fiscal International, Vol. LXXXVIIa, Kluwer Law International, pp. 357-368, Luca Dezzani and Nicola Spadafora, *International Tax Review*, March 2002 (also at <http://www.internationaltaxreview.com/?Page=17&ISS=13181&SID=487847> [平成 19 年 1 月 15 日]) 参照。

(204) 登録税法 § 20 と旧登録税法 § 8 の規定振りには若干の違いがある。この点の詳細及び旧登録税法 § 8 の英語訳については、Lupo, *supra* “Form and Substance” pp. 367-368 参照。

は、事業目的テストを重視し、不正な税負担の軽減を唯一の目的とする一定の種類の取引を否認するという趣旨を有するものであった。本規定の射程範囲及びその否認機能、かなり限定的なものであったことから、1997年には、本規定に代わり、1997年には所得税法 § 37-bis（「税務当局は、正当な経済的理由もなく、税法が定める義務や禁止規定を回避することによって、さもなければ認められない税務上の利益を得ることを目的として実行された取引の税務効果を否認することができる」）が導入されたが、本規定も、事業目的テストを中核に据えたものであった⁽²⁰⁵⁾。

所得税法 § 37-bis が依拠する事業目的テストの下では、経済的分析が重視されたが、本規定の適用対象となる取引も限定列挙されており、また、その実際の適用には少なからぬ不透明性・不確実性が伴うなど、その否認機能にも少なからぬ限界が認められた。かかる限界は、1999年1月25日に下されたピエモンテ（Piemonte）地区租税裁判所判決（判決番号 167）が、租税回避を目的として配当に係る税額控除を制度上利用できない者から利用が可能である者に移転するような「配当の付替え」を民法 1322 条（「当事者は、法秩序に従って保護に値する利益を実現することを目的とする限りにおいては、民法が定める規則と異なる契約を結ぶことができる。」）に基づいて否認したことからも示唆された⁽²⁰⁶⁾。

Halifax 事件判決は、上記のような状況に少なからぬ変化をもたらした。

(205) 所得税法 § 10 は、「税務当局は、合併、再編成、分割、事業移転、資本額の削減、清算及び証券等の販売や評価に起因する税務上の利益が、事業目的を欠き、不当な税負担の軽減を行うことを唯一の目的として実行された場合には、その否認を行うことができる。」と定めている。同条及び所得税法 § 37-bis の英語訳と後者の適用対象取引・適用基準については、Lupo, supra “Form and Substance” pp. 370-372 参照。

(206) この点の詳細及び民法 § 1322 の英語訳については、Lupo, supra “Form and Substance” pp. 365 参照。「配当の付替え」（“dividend washing” と英訳される行為）とは、配当に対する二重課税を調整するインピュテーション方式の下、非居住者等が、配当が行われる前に、居住者に株式の譲渡を行い、配当が行われた後に、買い戻すことなどによって、配当に係る税額控除を実質的に利用するという手法であり、配当に対する源泉税の適用を免れるなどの効果も生じ得るものである。

かかる変化の兆候は、例えば、Halifax 事件判決が下された後の 2005 年 10 月 21 日及び 11 月 14 日に最高裁が下した配当に係る税額控除を濫用する「配当の付替え」が行われた二つの事件に対する判決（ruling no. 20398 及び ruling no. 22932）からも示唆される。これらの判決において、最高裁は、法の濫用の法理の税法における適用は認められないという従来の通説に従うことなく、「配当の付替え」を行う租税回避行為については、欧州司法裁判所が示した法の濫用の原則に照らして判断する必要があるとし、その税務効果を否認する処分を首肯する判断を下した⁽²⁰⁷⁾。

上記の二つの判決の重要性は、これらの判決において法の濫用の原則の適用が認められたのが、直接税の租税回避行為に対してであったという点にも見出すことができる。この点は、法の濫用の原則の潜在的有用性の大きさを示唆するものであるが、その射程範囲・適用基準等は、必ずしも十分に明確ではないとして、最高裁は、2006 年 10 月 4 日、欧州司法裁判所がこの点を明確化することを求める決定（Order no. 21371）を発し、同原則の適用が、租税回避を唯一の目的とする取引だけでなく、主要な目的や主要な目的の一つが租税回避である取引にも及ぶのか、或いは個々の状況に応じた使い分けが必要であるのかなどについて指針を示すことを要請したという経緯がある⁽²⁰⁸⁾。

上記の指針は未だ明確に示されていないようであるが、マデュロ法務官は、2005 年 4 月 7 日、Halifax 事件に関して示した意見において、欧州法の濫用が認められるのは、問題の行為が、税務上の利益を得るという目的以外に何らかの経済的な正当化を可能にする理由がない場合であり、また、解釈上の原則として、実行された経済的活動については、税務上の利益を得るという理由以外の「何かしらの説明」（“some explanation”）が可能で

(207) この点の詳細については、Italian Supreme Court Asked European Court of Justice To Clarify Abuse of Law Doctrine, International Tax Newsletter, N.10/06（<http://www.lawrossi.com/ENG/newsletter.php> [平成 19 年 2 月 5 日]）参照。

(208) この点については、supra “International Tax Newsletter, N.10/06” 参照。

あるような場合には、濫用の禁止という問題は、もはや関係のないものとなると述べている。この点を踏まえると、法の濫用の原則に基く否認の対象は、租税回避を唯一の目的とする取引に限定されるのではないかと考えられる。

もっとも、マデュロ法務官は、法の濫用の原則の適用を排除するためには、「問題の活動が単に付加価値税の納付の回避や引延しを行うという目的以外の自律的な経済上の理由によって正当化できること」⁽²⁰⁹⁾、また、法令の文言・形式に従い、税務上の利益を求める問題の活動に対し、かかる利益を付与することが、法の趣旨を蔑ろにする結果とならないことが前提条件となることも述べていることから、租税回避以外の経済的な理由を有する取引であっても、かかる理由の自律性の如何によっては、法の濫用の原則に基づく否認の対象となり得ると考えられる。そうすると、税法とは、そもそも、税収を確保することを目的としていることから、租税回避を主な目的とするような取引は、自律的な経済上の理由を有しておらず、このような取引に税法上の権利を付与することは、凡そ税法の趣旨とはいえないという結論になることも少なくないのではないかと思料する。

(209) 原文は、“the activities at issue can be seen as having an autonomous economic justification unconnected with the mere purpose of avoiding or deferring the payment of VAT.” である。

終章 我が国の事後的な対抗策の強化方法

第1節 事後的な対抗策を強化する選択肢の有用性と限界

1 包括的否認規定と包括的行為計算規定の導入論

同族会社の行為計算否認規定と立法化が実現しなかった実質課税の原則については、国税通則法制定後に辿った各々の運命が、歴史上の事実として証明しているように、立法化されるか否かによって、否認原則の機能の大きさやその射程範囲の広さは異なったものとなる。韓国において実質課税の原則の国際的な適用を図る立法措置が講じられたのも、実質課税の原則の立法化によって、その機能を強化するという意図があったものと考えられる。もっとも、実際のところ、包括的な否認原則が立法化されたか否かによって、どの程度の差異が生じるかは、必ずしも十分に明らかではない。包括的な否認原則の立法化が行われても、どのような形で立法化が行われたか、また、租税法律主義の観点から実質的にどの程度制約を受けるかなどによって、その有用性の程度や否認機能の大きさは異なったものとなる。

包括的否認規定の否認機能のポテンシャルは、とりわけ、各々の国における形式的解釈主義と目的論的解釈主義の趨勢如何によって大きく左右されるということは、ウェストミンスター原則の呪縛から脱しきれないカナダにおける包括的否認規定である所得税法 § 245 の否認機能と大きさと、立法化されていない経済的実質主義の米国における否認機能の大きさを比較することによって、特に顕著な事実として浮かび上がる⁽²¹⁰⁾。また、司法上確立した原則や目的論的解釈によって租税回避行為が相当程度に否認されている国では、かかる原則や目的論的解釈主義を具体化するような立法措置を講じることによって、否認が可能となる租税回避行為の範囲が格段に広くなると必ずしも言い切れないことは、米国における経済的実質主義の立法化案を巡る議

(210) カナダの所得税法 § 245 の否認機能の実際については、拙稿・前掲「租税回避行為への対抗策に関する一考察」79-83頁参照。

論からも示唆されよう。

欧州の主な市民法の国でも、立法化措置の有無に係らず、法の濫用の法理が包括的否認規定として相当な効果を上げており、前述の2006年のフランスのJanfin事件判決からも示唆されるように、包括的否認規定の適用が高率のペナルティと連動しているような場合には、立法化されていることが、否認法理の有用性を逆に低下させることもあり得る。米国の上院が示している経済的実質主義の立法化案も、経済的実質主義に基づく否認が行われた場合には、通常の税率よりも高いレートでのペナルティを課するという制度設計となっていることから、経済的実質主義の立法化によって、その有用性が高まるか否かは必ずしも明らかではないとして、かかる立法化案に反対することにも一理あると考えられる。

このように、包括的否認規定の否認機能の大きさは、諸々の要因に左右されることから、その対抗策としての有用性について、一義的に明確な判断を下すことは必ずしも容易ではないが、包括的な否認原則を立法化することによって、その否認機能が高まる蓋然性はあると言えよう。さもなければ、そもそも、その立法化が求められることもなかろう。仮に、包括的な否認原則を立法化したことによって、その否認機能の大きさが、立法化の前後において、実質的には殆ど変わらないような場合でも、立法化が行われたことに伴い、アナウンスメント効果が生じ、納税者やプロモーターによる租税回避行為への関与を牽制するという機能が発揮されることを少なからず期待することはできよう。

包括的否認規定の有用性を肯定する立場からすると、我が国の場合、長きに亘り、実質主義を巡って学説・司法判断が分かれ、近年では、租税法律主義の優位性の下、その適用範囲が狭く解される趨勢が認められることから、実質主義の適用範囲の拡大に繋がる制度設計がされた包括的否認規定を導入し、租税回避行為に対する牽制機能を強化することの必要性が強調されよう。例えば、「実質課税の原則の一環として、租税回避行為を課税上否認することができる旨の一般的否認規定を国税通則法に創設する方法が考えられる。こ

のような方法は、・・・現行の同族会社等の行為計算の否認規定が現実に対応できずに陳腐化していることから、支持できるものと考えられる」という意見がある⁽²¹¹⁾。

具体的な制度設計としては、米国のように、経済的実質主義の適用を可能にする包括的否認規定を創設することも考えられる。例えば、国税通則法制定に関する税制調査会答申（昭和36年7月）でも、「通常採られるべき取引行為によらないで、う回的行為又は多段階行為を採ることにより租税負担が軽減される結果となるとしても、そのような場合のすべてのう回的行為を税法上否認するということはたして適当であろうか」という問題の解決策としては、米国の税法において採られている「事業目的の検定」ということが極めて有益な示唆を与えるものであると考えられ、通常の事業目的がその取引の主たる目的と認められるときは、その取引行為は税法上容認されるが、そうでないときには、税法上、その取引行為は否認されることとなるという考え方が参考とされていた⁽²¹²⁾。

上記答申と凡そ同様な考え方に立脚し、「租税回避否認の法理を整理した上で、包括的な租税回避否認規定を導入し、予見可能性や法的安定性を高めることが必要であり、具体的には、米国の判例法理を参考としながら、基準を明確化するという作業が必要となり、参考になるのは、「経済ポジションの優位な変化」という客観的要件と「(課税軽減以外の) 事業目的の必要性」という客観的要件の双方の必要性を納税者に課すという、米国の「経済実質原理」をわが国の実情を踏まえて探究していくことであろう」という意見がある⁽²¹³⁾。また、米国の経済的実質主義の適用の強化を意図した法令化案が有用

(211) かかる意見については、品川芳宣「任意組合を利用した航空機リースに係る不動産所得の損益通算と禁止措置」T&A マスターNo. 109(平成17年)32頁参照。

(212) この点については、「国税通則法の制定に関する答申の説明」(答申別冊)14頁参照。

(213) かかる意見については、森信茂樹「新会社法と租税回避問題－三角合併を中心に－」フィナンシャル・レビュー通巻84号(平成18年)31頁参照。

な示唆を包含しているという見方をする向きもある⁽²¹⁴⁾。

確かに、実質課税の原則の射程範囲の実質的な拡大や経済的実質主義に基づく課税が可能となるような制度設計がされた包括的否認規定の創設によって、租税回避行為の否認機能が高まる蓋然性はある。しかし、その導入の政治面でのハードルは低くはない。また、仮に、このような制度設計がされた包括的否認規定が導入されたとしても、米国における経済的実質主義の立法化案を巡る議論からも示唆される通り、税務執行面への悪影響もないとは言いきれない。憲法上の原則である租税法律主義の下、裁判所も最近は殆ど認めていない経済的実質主義に基づく課税を可能にするような包括的否認規定は、その適用面でのハードルも高いものとなることが想定される。

そもそも、包括的否認規定については、仮に、それが我が国で導入されたとしても、その解釈・適用を巡る法的紛争が生じ、問題はやはり司法的な対応に委ねられるはずであるから、結局、あってもなくても同じことではないかという見方もある⁽²¹⁵⁾。確かに、租税法律主義が憲法上の規定に由来するものである以上、包括的否認規定と云えども、その射程範囲には一定の限界があるわけであり、包括的否認規定の導入によって、その射程範囲が、目下、実質課税の原則等に基づく課税によって可能となっている否認の範囲よりも、格段に大きくなるとは想定することは、必ずしも現実的ではないのかもしれない。

また、仮に、包括的否認規定の導入の意義が十分にあるとして、韓国の例に倣い、経済的実質主義の適用を可能にするような規定を措置せんとするこ

(214) 例えば、「我が国もグローバルスタンダードを視野に入れ、法人税法 132 条等を現代的な意義ある規定にする必要があると考える。そして、・・・課税要件のあり方については、租税回避先進国、特に米国の判例法理から導かれた成文化法案は、わが国に有益な示唆を与えらると思われる」という見方がある。かかる見方については、松丸憲司「租税回避に対する法人税 132 条等の行為計算否認規定のあり方」税務大学校論叢 51 号（平成 18 年）448 頁参照。

(215) かかる見方については、中里・前掲『タックス・シェルター』10・183～184 頁参照。

とは、導入の際にクリアすべきハードルの高さという問題に加え、我が国の税体系との整合性という点でも問題が生じ得る。そもそも、実質課税の原則が法人税法4条等で立法化されている韓国と明文化がされていない我が国とでは、その法的位置づけは同じではない。税体系との整合性という観点からすると、平成13年の企業再編税制の創設に伴って手当てされた一連の規定（所得税法157条4項及び法人税法132条の2等）と同様な視点に立ち、同族会社等の行為又は計算の否認規定に立脚するものを同族会社以外にも拡大するというアプローチの方が、むしろ望ましいのかもしれない⁽²¹⁶⁾。

平成18年の税制改正によって所得税法157条の対象となる同族会社に外国法人が含まれるようになったことなども上記のアプローチの合理性を示唆するものであろう。さらに、法人税法132条及び132条の2については、法人税法147条によって、外国法人の各事業年度の所得に対する法人税に係る更正・決定について準用することとされているが、例えば、海外の法人の行為・計算によって内国法人や居住者の法人税、所得税及び相続税等が不当に減少するような場合には、法人税法147条による法人税法132条等の準用ができないと想定されることから、同族会社の行為又は計算の否認規定を改正し、このような現行法上の限界にも対処できるようにしてもよいのではないだろうかという意見もある⁽²¹⁷⁾。

税制改正の方向性や上記意見等に鑑みると、同族会社等の行為又は計算の否認規定の適用範囲を拡大するというアプローチは合理的なものであると考えられるが⁽²¹⁸⁾、当該規定にも問題がないわけではない。例えば、同族会社

(216) 品川は、非同族会社と同族会社との租税回避行為が不平等な取扱いがされている現状を問題視し、国税通則法制定当時は、同族会社等の行為又は計算の否認規定も確認的規定と解する見解が有力であった点を強調していることから、同族会社等の行為又は計算の否認規定が非同族会社についても適用可能となるような包括的否認規定の制度設計を想定しているとも解される。この点については、品川芳宣「租税回避行為の否認と仮装行為の否認—両者の関係と私法上の契約を否認できる限界—」税理 Vol. 49, No. 15（平成18年）14～15頁参照。

(217) かかる意見については、中里・前掲『タックス・シェルター』184・185頁参照。

(218) 法人税法132条については、「会社という法の認めた構造を有する以上は、同族た

等の行為又は計算の否認規定で定められている「税負担を不当に減少させる結果となるとき」という表現については、その意義が現行規定では何ら明らかにされておらず⁽²¹⁹⁾、行為計算を認定する税務署長の裁量権も、その基準が不明確であり、恣意性が排除されないなどの批判がある⁽²²⁰⁾。同様な批判は、行為計算否認を組織再編成税制及び連結納税制度においても規定している法人税法 32 条の 2 及び 32 条の 3 にも向けられており、これらの規定については、個別具体的内容を明確化し、包括的な否認規定は廃止されたいという批判・意見がある⁽²²¹⁾。

確かに、同族会社等の行為又は計算の否認規定における「税負担を不当に減少させる」というような不確定概念は、法の趣旨・目的に照らしてその意義を明確になし得るものであることなどから、課税要件明確主義に反しないというのが通説ではあるが、同族会社等の行為又は計算の否認規定に対する上記の一連の批判は、上記のアプローチに基づく包括的否認規定の導入を巡る議論においても投げ掛けられることとなる。しかも、通説では、同族会社等の行為又は計算の否認規定の適用は、行為計算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通常行われる取引と

ると非同族たると法律的には質的差異がなく、単に支配機能が専主的か分散的かの差に過ぎないと考えれば、法人税法が、法人が純経済人として経済的合理的に行為計算を行うことを予定しているとされるからには、非同族についても準用されてしかるべきものとおもわれる」という見解もある。かかる見解については、松沢智『租税実体法—法人税法解釈の基本原則—（補正版）』中央経済社（平成 11 年）47 頁参照。

(219) 因みに、前述の昭和 36 年 7 月の税制調査会第二次答申の別冊では、旧法人税法 31 条の 3 第 1 項で定められていた行為又は計算の否認規定における「不当に」という言葉の意義は、特殊関係者間の取引という事情を度外視したとき、一般的条件下において経済的諸力の均衡値として得られる標準値ないしは平均値からの偏差として理解されるべきであるとしていた。

(220) 例えば、日本税理士会連合会の平成 13 年度の税制改正に関する建議書には、同規定を廃止すべきであるという意見も見受けられると指摘している。

(221) かかる意見については、日本公認会計士協会の平成 19 年度税制改正意見・要望書（平成 18 年 6 月）参照。

は異なっている場合も含むと解するのが妥当であると考えられるという見方がされている⁽²²²⁾。

すなわち、同族会社等の行為又は計算の否認の要件としては、経済的な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はないと解されるというのが通説的な見方である。とすると、もし、仮に、かかる通説的な解釈に立脚する同族会社等の行為又は計算の否認規定を同族会社以外にも拡大適用するという方法で包括的否認規定が制度設計された場合、その適用基準は、同族会社等の行為又は計算の否認規定とは異なるものとされないと限らず、その射程範囲がかなり広がるということも考えられる⁽²²³⁾。そうなると、適用要件の充足に係る不透明性の問題が更に深刻化するほか⁽²²⁴⁾、導入のハードルも益々高いものとなる。

2 法の濫用の概念の法的位置づけを巡る議論

我が国の包括的否認規定を制度設計する上で依拠することが考えられる経済的実質主義を採用するというアプローチや同族会社等の行為又は計算の否認規定を拡大適用するというアプローチにも一定の合理性があり、かかる制度設計に基づく包括的否認規定の導入が実現すれば、租税回避スキームに関

(222) これらの通説的な見方については、金子宏『租税法（第十版）』83・393頁参照。

(223) 法人税法 132 条等を現代的な意義のある規定にするには、我が国における近時の裁判例や諸外国における否認原則の立法例等に鑑みると、目的テストを取り込むことが肝要であることから、行為計算の否認は、①税負担以外の正当な取引目的の欠如、②経済的合理性の欠如、③税負担の減少という要素が全て認められる場合には可能であるという改組案を提言する向きもある。かかる提言の詳細については、松丸・前掲「租税回避に対する法人税法 132 条等の行為計算否認規定のあり方」446－447 頁参照。

(224) 他方、一般的否認規定や非同族会社の行為又は計算の否認規定を立法化しても、その充足問題が生じるという見方については、それは否認要件の法解釈上の問題として（特に、裁判例の積み重ねにより）自ずと解決されるはずであり、租税回避行為の現状を放置しておく方がはるかに問題であるという指摘もある。かかる指摘については、品川・前掲「租税回避行為の否認」14－15 頁参照。

与する者（とりわけ納税者）と税務当局が対峙する土俵が、今後、益々、後者にとって不利になることを食い止めることができよう。しかし、これらのアプローチを採用することに対しては、本節1で考察したような問題点の指摘や批判が投げ掛けられるものと想定され、その政治面でのハードルをクリアすることは、必ずしも容易ではなく、また、このような制度設計に立脚する包括的否認規定の適用上でのハードルも、租税法律主義との関係上、低いレベルに設定されるとは想定し難い。

上記のような点に鑑みると、租税回避行為の否認機能を高めるための手段としては、包括的否認規定を導入するという選択肢だけでなく、解釈上の否認原則を確立・強化する道を探るという選択肢をも検討することが肝要となろう。実際、例えば、「二股テスト」のように「経済的実質を欠いた虚偽取引」（“sham in substance”）の否認を可能にするような私法上の事実認定による否認とは異なる税法独自の観点からの否認アプローチを検討することが我が国でも必要であるという主張もある⁽²²⁵⁾。かかる主張は、平成2年4月9日裁決（裁決事例集39号106頁）において、租税回避行為を否認した税務当局の処分が否定されたことなどを踏まえたものであり、本裁決で問題となったような取引が否認できなければ、今後、所得課税を維持することができないであろうという考え方に立脚するものである。

本裁決では、値下りした株式を納税者Aが譲渡し、それと同時に売却株式と同一銘柄の株式を同価額で同株数購入するというクロス取引が問題となった。税務当局は、納税者Aが行ったクロス取引は、手数料等の出費という実損を生じさせるものであり、積極的な利益追求としてのメリットがなく、かかる取引によって生じた損失を他の売買益と通算することは認められないと主張したが、審判所は、本件売却損は、評価損と異なり、保有株式の値下りによる損失を現実の売却によって顕在化させており、損失の顕在化を目的とするものであっても、株式取引が極めて経済的危険の多い取引であること

(225) かかる主張については、岡村忠生「税負担回避の意図と二股テスト」税法学 543号（平成12年）26～30頁参照。

に鑑みると、不自然、不合理なものではなく、租税回避行為には該当しないという判断を下した。

上記のクロス取引の税負担軽減効果を否認すべきであるか否かについては議論の余地があろうが、否認すべきであるという見方に立てば、確かに、個別否認規定の整備や包括的否認規定の導入という手段だけでなく、法解釈上有効な否認の法理を確立することによって対処するという方向性も排除すべきではないということとなろう。但し、仮に、そうではあっても、米国で依拠されている否認の法理が、我が国にとって、最も参考となるものであろうか。例えば、「租税回避行為の否認のルールとしてアメリカで用いられている迂回取引の法理、事業目的の法理、法人格否認の法理などの適用（或いはその検討）を説く者が存するが、我が国の租税法律主義のもとで、安易にそのような原則の適用可能性を検討することは厳しく戒められなければならない」という意見も見受けられる⁽²²⁶⁾。

そもそも、米国における経済的実質主義の趨勢は、我が国の実質課税の原則の趨勢と対照的である。租税法律主義と経済的実質主義との相性は良くなく、我が国では、経済的実質主義に対するアレルギーが認められる。したがって、二股テストに依拠する経済的実質主義をそのまま我が国に取り入れることは、實際上、容易ではなく、法体系との整合性という点においても問題があるものと想定される。さりとて、我が国の税法独自の法理や否認アプローチといっても、簡単に構築できるものではなく、我が国の判例において、明文化されていない租税回避行為の否認の原則として、裁判所が幾度となく認めてきたものとしては、およそ実質課税の原則のほかには、殆ど存在していなかったというのが実状である。

例えば、本稿第1章第1節2(2)で言及した神戸地裁昭和45年7月7日判決では、法律的形式の濫用という概念が示されたが、かかる概念に基づく否認のアプローチも、その後の実務・裁判で発展するという経緯を辿ることは

(226) かかる意見については、占部・前掲「法人税法22条2項の適用範囲について」33～34頁参照。

なかった。ところが、法律的形式の濫用という概念は、最高裁第二小法廷平成17年12月19日判決(平成15年(行ヒ)第215号、判例時報1918号3頁)によって、その有用性が再確認されることとなった。本判決で争点となったのは、銀行業を営む納税者(被上告人)が、外国税額の控除について定める法人税法69条(平成10年法律24号による改正前のもの。)に規定に基づく自己の外国税額控除の余裕枠を利用して海外で課される利息に係る源泉税を軽減する目的で行った取引の税務効果が認められるか否かという点である。

本判決で問題となった取引の下では、海外で設立されたB社が、投資家から集めた資金をクック諸島に持ち込み、ユーロ債を購入するに当たり、その運用益に課される法人税を軽減させるために、クック諸島に100%子会社Cを設立し、さらに、クック諸島で投資家に対する利益の分配に源泉税が課されるのを回避するために、クック諸島に存するB社の関連会社Dに当該資金を一旦取得させ、D社を経由してC社でその運用が行われた。この場合、D社からC社に直接資金を貸し付けると利息に対して15%の源泉税が課されるため、被上告人がD社から預け入れた資金をC社に貸付け、C社は貸付金利息から源泉税額を控除した額を被上告人に支払うという契約が結ばれ、被上告人はC社から受け取る手数料額を控除した金額をD社に支払った。

かかる取引によって、被上告人は、受領した手数料額を上回る源泉税額を負担するが、外国税額控除を受けることによって最終的には利益を得ることができる。最高裁は、上記判決において、法人税法69条は、同一の所得に対する国際的三重課税を排斥し、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が、問題の取引は、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、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、取引事態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、外国税額控除制度を濫用するものであり、本件取引を外国税額控除の対象とすることは、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と判示した。

上記の最高裁判決では、法人税法 69 条の改正の経緯等に照らすと、同条が外国税額控除制度について、彼此流用が所定の限度内であれば如何なるものであっても正当なものとして容認すると割り切った立法政策が採られたわけではないこと、また、本件で検討されるべき事業目的とは、法 69 条 1 項の適用を求める立場にある納税者側の事業目的であるが、納税者の行為には、あるとしても、極めて限局された事業目的しかなく、納税者の行為は外国税額控除制度を濫用するものであることなどから、納税者による源泉税の支払いは、法人税法 69 条に定める外国税額控除の対象とすることは許されないと判示されている。

上記判決と同様に、外国税額控除制度の適用の是非が争われたケースとして、米国の *IES Industries, Inc v. United States of America* (253 F. 3d 350; 2001 U.S. App. No. 00-1221, No. 00-1535) 事件判決が挙げられる。本判決で問題となったのも、貸付けに伴う利息に対する源泉税の支払いによる経済的損失の発生が納税者側に生じるものの、外国税額控除の適用によって、納税者には利益が生じるというスキームである。本判決において、第 8 巡回控訴裁判所は、結合的關係テストに基づく否認を行った原審 (1999 U.S. Dist. 2001-2 U.S. Tax Cas. (CCH)P50, 470; 84 A.F.T.R. 2d (RIA) 6445) を破棄し、納税者の利益は源泉税の支払い前の段階で判断すべきであるから、合理的な利益可能性が認められ、また、納税者は配当が支払われないというリスクを負っており、経済的実質がないとは言えないと判示した。

外国税額控除制度を活用して税負担の軽減を図るという同様な行為の妥当性について、日米の両国において、上記のような凡そ相反する内容の判決が下されることとなった主たる理由は、上記の *IES Industries* 控訴審判決が依拠した非結合的關係テストの下では、問題の取引に商業上の合理性 (経済的実質) 或いは租税回避以外の目的が認められれば、それらが必ずしも相当な部分を占めるものでなくとも、経済的実質主義の適用が否定されるのが通例であるのに対し、我が国の最高裁は、納税者の税負担を軽減させる行為が租税回避以外の目的を有していても、かかる目的が極めて極限されていれば、

法の濫用の原則に基づき、かかる行為の税務効果を否認することが裁判所の責務であるという見方がされているという点に求めることができよう。

前述の最高裁平成 17 年 12 月 19 日判決が示した法の濫用の概念は、上記のような有用性を包含したものであると考えられるが、その本質・法的性格を巡っては議論がある。最高裁が示した法の濫用の概念とは、おそらく民法規定の租税法律関係への適用か、或いは法の一般原則であろうという見解がある。かかる見解の下、本稿第 1 章第 2 節で採り上げた 0 事件に関する最高裁平成 18 年 1 月 24 日判決については、株式価格の希釈化が法人税法 22 条 2 項で定める取引に該当し、益金を構成するというのではなく、未実現利益を海外に移転するという租税回避行為という当事者の意思疎通を強調することによって、法人税法旧 51 条の特定現物出資の濫用であるとするアプローチを採る余地もあったのではないかと指摘する向きもある⁽²²⁷⁾。

上記の指摘が正しいとすれば、最高裁が示した法の濫用の概念は、我が国でも、市民法の国々で依拠されている法の濫用の法理と同様な法的性格を有するものであると位置づけることが可能となろう。もし、このような位置づけが可能であるならば、当該概念こそ、立法化措置を講じないで事後的な對抗策を強化する有力な手段となり得る可能性を秘めた否認の法理ではないかとも考えられる。他方、法の濫用の概念に基づく租税回避行為の否認例が、我が国の場合、非常に少ないことなどから、上記の指摘とは異なる見方に立ち、最高裁が示した法の濫用の概念は、欧州の主な市民法の国々で依拠されている法の濫用の法理とは基本的に異なるものであるとして、その否認機能をより限定的に解する向きもある。

例えば、法の濫用の概念を示した最高裁平成 17 年 12 月 19 日判決は、民法 1 条 3 項の権利濫用の規定を具体的に引用していないことから、民法の権利濫用の法理を根拠とした濫用法理の適用ではなく、濫用や租税負担の行為を著しく害する場合に法の濫用という概念の適用を認めるにすぎないものとし

(227) かかる指摘については、川端康之「最近の最高裁租税判決について」国際税務 Vol. 26, No. 9 (平成 18 年) 43～51 頁参照。

て解すべきであるという見方（以下、「租税法律主義の枠内での法の濫用の概念」という。）がある⁽²²⁸⁾。すなわち、本判決については、租税法律主義を意識したものであり、その枠内で租税法律主義に反しない場合ということで、納税者の行為が法律の趣旨に反しており、かかる行為が濫用であることを納税者もわかっている場合には、関係する規定を適用しなくとも問題はないという立場に立つものであるという解釈がされている⁽²²⁹⁾。

上記のような見方を理解する上で参考となるのが最高裁平成15年12月19日判決（平成10年（行ツ）第149号訟務月報50巻8号2495頁）である。本判決では、納税者と銀行Eが納税者の売掛債権を担保として締結した当座貸越契約は、国税徴収法24条2項による告知書の発出時点で当該当座貸越債権の弁済期が到来し、銀行Eは譲渡担保権を実行し、売掛金債権が当座貸越債権の代物弁済に充てられるという趣旨のものであったことから、かかる契約は、告知後に被譲渡担保債権が弁済以外の方法により消滅した場合でも、譲渡担保財産として存続するものとみなす同条5項の適用を回避せんとするものであることから、同項の趣旨に反し無効であると判示された。

上記判決は、租税法の趣旨に反して無効であるとした異例のものであることから、強行法規に反するという意味であるのか公序良俗に反するという意味であるのか必ずしも明確ではなく、脱税の場合等は別として、一般的に、租税法の趣旨に反する取引が公序良俗に反するとは考え難いという指摘がされているが⁽²³⁰⁾、「租税法律主義の枠内での法の濫用の概念」の下でも、徴収法24条は強行法規であって、本判決で問題となった一括支払システム契約における代物弁済は、同条の趣旨に反する濫用的なものであることは当事者もわかっており、このような場合に強行法規である同条を適用しても何ら租税

(228) 平成19年3月、今村隆教授から、このような見方は「強行法規濫用のルール」ともいうべきものであるという御説明を受けたことがある。

(229) この点の詳細については、今村・前掲「租税回避についての最近の司法判断の傾向（その1）」102～103頁参照。

(230) かかる指摘については、中里・前掲「租税法と私法論再々考」82～83頁参照。

法律主義には反しないという説明がされている。

すなわち、「租税法律主義の枠内での法の濫用の概念」の下では、法の濫用による否認が認められるのは、徴収法 24 条のような強行法規の適用を回避するような濫用行為や、恩恵的とは言えないまでも、政策的なものである外国税額控除制度などを濫用して、その適用を受けることを意図するような行為であって、その対象範囲は、あくまで強行法規的性格や政策的性格が認められる規定の濫用が認められるものに限定されると考えられていることから、かかる性格が認められないその他の規定を濫用する行為を否認する根拠として、最高裁が示した法の濫用の概念を位置づけることは、妥当ではないという解釈がされている⁽²³¹⁾。

確かに、最高裁は、前述の平成 17 年 12 月 19 日判決において、「制度の趣旨・目的に反する著しい濫用事案において裁判所の法の創造機能を発揮することは、租税法律主義の原則に背馳しない。」と述べていることから、最高裁は、裁判所の法の創造機能の発揮も、租税法律主義の原則と背馳しないということが、その前提条件となるという見解に立つものであると解することも可能であろうが、この点については、むしろ、最高裁は、法の濫用という概念は、法の一般原則であることから、法の濫用の概念を適用し得る場面においては、そもそも、租税法律主義との背馳という問題が生じないということ述べているのではないかと解し得よう。

(231) 外国税額控除制度は、資本輸出中立性の確保という政策目的実現のために課税を減免するという国家による一方的な恩恵の措置であるから、外国税額控除制度を設けなくとも憲法違反になることはなかろうし、外国税額の損金算入で十分といえようという意見もある。かかる意見については、中里・前掲『タックス・シェルター』229～236 頁参照。

第2節 法の濫用の概念の否認法理としての意義と ポテンシャル

上記の通り、前述の最高裁平成17年12月19日判決が示した法の濫用の概念の法的性格・位置づけについては、異なる解釈があり、いずれの見解を採用するかによって、法の濫用の概念に基づいて否認される租税回避行為の範囲も異なり得ると想定されるが、我が国の法律は、欧州の主な市民法の国であるドイツやフランスの法体系の影響を強く受けたものであることから、民法1条（「権利の濫用は、これを許さない。」）は、法の一般原則を確認的に規定したものであると解され、法の濫用の概念は、租税法律主義の枠外にあるものとして、租税回避行為を否認するための根拠となり得るものであると個人的には考える。

上記のような見方は、欧州の市民法の国々における法の濫用の法理の適用状況から示唆されるように、法の濫用という概念が、我が国でも、租税回避否認手段として大きな潜在的有用性を包含しているという主張に繋がり得るものであるが、少なくとも、現状においては、最高裁判決が示した法の濫用の概念の否認機能はかなり大きなものと解することは、必ずしも妥当ではなく、その適用基準については、むしろ、欧州の市民法の国の場合よりも、厳格な基準・高いハードルをクリアーすることが前提条件となり、その射程範囲も、制度の趣旨・目的に反する著しい濫用が認められる租税回避事案に限定されるという解釈が行われることも想定されないではない。

我が国において、法の濫用の概念に基づく否認を行う際に問題となるのは、①関係する税法規定の立法趣旨・目的は何であるか、また、②如何なる行為が法の濫用を生じさせるのかという点であろう。①の問題に係る困難性は、税法規定の立法趣旨は、少なからぬ場合において、必ずしも十分に明確ではなく、しかも、仮に、その立法趣旨を凡そ明らかにすることができたとしても、かかる立法趣旨によって問題視される行為の範囲を画することには一定の限界があり、とりわけ、かかる立法趣旨が、立法当時に想定されていないような取引を排除するものであるか否かを判断することは、容易ではないという点に存して

いる。

上記①の困難性が認められた例として、平成16年2月10日松山地裁判決(平成14年(行ウ)第4号、訟務月報52巻2号690頁)が挙げられる。本判決において、税務当局は、租税特別措置法66条の6第1項及び2項の趣旨については、内国法人の特定外国子会社等に係る所得の課税の特例に規定される税制が、特定外国子会社等の各事業年度の留保所得がある場合にのみ、これを親会社たる内国法人の所得の計算上、益金の額に算入するものであることから、特定外国子会社等に係る欠損についても一定の手当を講じるとともに、その処理につき統一的な取扱いを定める点に見出し得るとして、特定外国子会社等に係る欠損も5年間は翌事業年度以降の未処分所得の金額の計算において控除すべきものとして繰り越すことが強制されていると主張した。

これに対し、上記判決において、松山地裁は、上記の措置法の規定は、本則である法人税法22条3項によって、特定外国子会社等に係る欠損の金額が内国法人の損金の額に算入されないことを前提として、特定外国子会社等に生じた所得が内国法人の益金の額に算入されることとの均衡上、特定外国子会社等の所得を算定するに当たり、5年以内に生じた欠損の額を控除することを定めたにすぎないというべきであるから、本措置法の規定が、特定外国子会社等に係る欠損を内国法人の損金の額に算入することを禁止しているとするはできないと判示した。本判決は、結局のところ、その控訴審である高松高裁平成16年12月7日判決(平成16年(行コ)第7号、訟務月報52巻2号667頁)で破棄されたが、税法規定の立法趣旨とその射程範囲について、税務当局と裁判所の解釈が異なるという例は、本件に限ったわけではない。

上記②の問題については、「租税法法律主義の枠内での法の濫用の概念」に立脚すると、最高裁が依拠した法の濫用の概念の射程範囲は狭く解され、欧州の市民法の国々で依拠されている法の濫用の法理と異なり、納税者において法を濫用しているという十分な認識があり、濫用の程度・態様も度を越えたものに限定されることとなるが、このような解釈に立脚すると、我が国において将来的に消費税率が引き上げられ、それに伴って、消費税の納付を不当に回避するこ

とへのインセンティブが高まり、Halifax 事件判決等で問題となったような私法上有効な法形式を具備している取引スキームが利用されるような状況が顕在化するようになると、個別否認規定の整備や包括的否認規定を導入することによって、その否認を行うというアプローチを採らざるを得ないということになるものと考えられる。

そうすると、例えば、国外の F 社が、我が国の消費者 G から翻訳サービスを受注し、実際の翻訳作業は日本の H 社に下請けさせ、H 社が翻訳したものを電子ファイルで F 社に送付し、F 社から G に対して当該電子ファイルが提供された場合、これらの取引が私法上有効な法的形式を具備していれば、H 社から F 社への役務提供による売上げは、輸出類似取引として免税となり、F 社が G から得る対価は、消費税基本通達 7-2-17 に照らすと、翻訳サービスが F 社の日本における支店、出張所その他の事務所を通じて提供された国内取引ではないことから、消費税法に基づく課税の範囲外となると考えられ、本取引の経済的実態は H 社から G への役務提供であるという事実認定ができなければ、その税務効果の否認は困難となるため⁽²³²⁾、かかる行為を否認するためには個別否認規定の整備が必要ということとなる。

他方、上記のような取引例に対しては、個別否認規定の整備によって対処するのではなく、全体の取引を租税回避の目的のみによって行われているものとして否認する解釈上の論理や立法上の措置が求められるのではないかという意見（以下、「租税回避目的否認論」という。）もある⁽²³³⁾。かかる意見を踏まえ、

(232) この取引例は、顧客にゲーム機を使用させる事業を営む者が、組織再編成を通じて英国からではなく、EU 域外の国からサービスの提供を行い、その売上げに係る付加価値税を英国で支払う必要があるか否かが争われた RAL (Channel Islands) Ltd, RAL Ltd, RAL Services, Ltd, RAL Machines Ltd v Commissioner of Customs and Excise (Case C-452/03) 事件判決を参考としたものである。本判決及び問題となった取引例の詳細については、藤本哲也「付加価値税 (VAT) に関する国際的租税回避——一つのケース・スタディー」ファイナンシャル・レビュー通巻第 84 号 (平成 18 年) 165 ～183 頁参照。

(233) かかる意見については、藤本・前掲「付加価値税 (VAT) に関する国際的租税回避」181 頁参照。

全体の取引を租税回避の目的のみによって行われているものとして否認する解釈上の論理を模索すると、米国のグレゴリー原則から派生した諸法理に依拠した否認を行うという方法も考えられる。例えば、結合的關係テストに依拠した経済的実質主義に基づく否認のアプローチの下では、租税回避を唯一の目的とする取引の税務効果は、経済的実質の有無に関係なく否認されることとなるが、租税法律主義の下、上記のようなアプローチを我が国で採用することは困難であると思料される。

実際、例えば、名古屋高裁平成 17 年 10 月 27 日判決（平成 16 年（行コ）第 48 号、判例集未登載）では、航空機リース事業を目的とする契約の性質（組合契約か利益配当契約か）が問題となり、本事業に係る損失の損益通算が認められるか否かが争われたが⁽²³⁴⁾、名古屋高裁は、「税負担を伴わないかあるいはそれが軽減されることなどを動機ないし目的（又は、動機等の一部）として、何らかの契約を締結する場合には、その目的等がより達成可能な私法上の契約類型を選択し、その効果意思を持つことは、ごく自然なことであり、・・・そうすると、当該当事者が作出した契約等の形式について、これと異なる効果意思の存在を推認するとすれば、当事者の意思（私法上選択された契約類型）を離れて、その動機等の主観的要素のみに着目して課税することになり、当事者が行った法律行為を法的根拠なく否認する結果となる。」と判示している。

したがって、租税法律主義との関係を意識する限り、我が国において採用可能な「租税回避目的否認論」としては、租税回避目的をもって行う法律行為の選択は、納税者の真意に基づく法律行為ではないという考え方に依拠したものとなることが想定され、そうすると、租税回避目的というメルクマールを重視するアプローチも、結局のところ、経済的実質主義を認めるものではないとの

(234) 本判決において、税務当局は、本件契約については、民法上の組合の外形を作出することによって、巨額の減価償却費等を創出し、他の所得との損益相殺を行うことによって得られる利益によって初めて成立するものであって、その実態は、利益配当を目的としたものであり、また、当該組合の組合員である原告等は、任意組合による共同事業者には当たらないと主張した。

説明がされている「私法上の法律構成による否認論」と大差のないものとなる。 「租税回避目的否認論」を具体的する方向性として、実質課税の原則に基づく否認のアプローチに固執する限り、その具体化の態様如何によって租税法律主義という壁の高さは異なり得るとしても、租税法律主義という壁から完全に逃れることはできない。

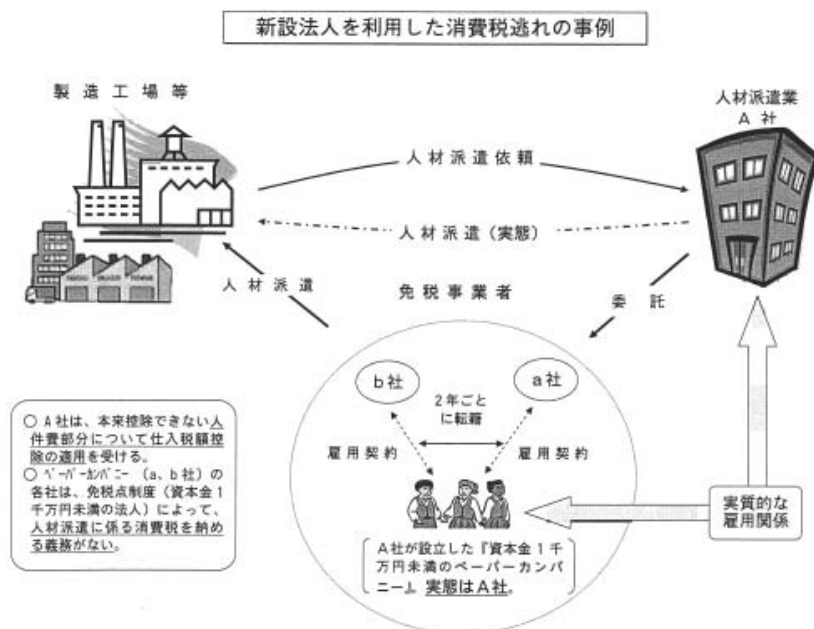
確かに、実質課税の原則と法の濫用の概念の機能や射程範囲は、互いに完全に重複しているわけではないことから、実質課税の原則の否認機能を高める手段を模索することも、勿論、重要な課題ではあるが⁽²³⁵⁾、我が国において、未だ、その潜在的な有用性が十分に発揮されていないのは、法の濫用の概念の方であり、「租税回避目的否認論」が求めている解釈上の論理も、正しく、法の濫用の法理に相当するような論理であると考えられる。そうすると、我が国でも、最高裁が法の濫用の概念を示したことから、「租税回避目的否認論」において一つの選択肢として挙げられている立法上の措置に訴えるということは、必ずしも必要ではなくなる。立法措置を導入する際にクリアすべき政治面・法律面でのハードルという難しい問題への対応が不要となるというのは、非常に大きなメリットである。

しかも、今後は、直接税に係る租税回避行為が巧妙化・緻密化するだけでなく、消費税の実効性を妨げるような行為も増加することが想定されることから、これらの行為に対して適切に対応することが特に重要な課題となるものと考えられる。消費税制度の実効性を妨げるような行為は、未だ、それほど活発化してはいないが、それでも、消費税の脱税件数・金額は、年々、増加する傾向にあり、平成 18 年度の消費税の脱税告発件数は、前年度から 2.3 倍増え、脱税総

(235) 例えば、映画フィルム・リース事件に対する大阪高裁平成 12 年 1 月 18 日判決は、実質主義が、法形式を濫用するには至らないような租税回避行為に対して適用され得るということを示唆するものとなっている。しかし、本判決が立脚すると解されている「私法上の法律構成による否認論」が、法実質主義の枠内のものであると解する限り、本判決の射程範囲を広く解することには少なからぬ限界があることは、結合的關係テストに依拠した経済的実質主義による否認を行った Coltec 事件控訴審判決との比較によって特に明確なものとなる。

額では約 21 億円（対前年比 86%の増加）となっている⁽²³⁶⁾。消費税に係る負担を不当に回避する行為も、今後、消費税率の引き上げが行われれば、顕著に認められるようになるものと想定される。既に、現行制度の下でも、図 3 のような消費税の納付を回避するような例が問題視されている。

(図 3)



[出典：平成 18 年 6 月 16 日税制調査会（第 47 回総会・第 56 回基礎問題小委員会合同会議）の資料（総 47-2、基礎小 56-2）]

図 3 では、人材派遣業者 A が、人材派遣の依頼を B 社から直接受け、労働者を派遣すると、B 社が A 社に支払う対価は労働者派遣料であり、消費税の課

(236) この点については、日本経済新聞平成 19 年 6 月 15 日朝刊参照。

税対象となり、当該対価を受け取る A 社も、社内の従業員に対する仕入税額控除を行うことができないが、A 社が、設立当初 2 年間を免税業者となる中間法人として資本金一千万円未満の子会社(a 社 と b 社)を交互に設立し、当該法人を通じて労働者を派遣すると、A 社も人件費部分について仕入税額控除を行うことができるようになり、労働者は a 社・b 社を転籍するなどにより、かかるスキームの効果を継続させることが可能となる⁽²³⁷⁾。

図 3 のような取引は、A 社が設立した a 社・b 社がペーパー・カンパニーであることなどから、実質課税の原則による否認の余地もあるものと考えられるが、今後、消費税率の引き上げ行われ、このような取引が、必要な法形式を具備するような形で巧妙かつ緻密に組成・実行されるようになれば、米国の二肢テストのような基準に基づく経済的実質主義による否認が可能とならない限り、その否認を実質課税の原則によって行うことには大きな困難が伴う。必要に応じて、法形式を具備した直接税の負担を回避する行為及び消費税の実効性を妨げる行為の否認をも可能にするようなアプローチの重要性が、今後、高まっていくものと考えられる。

(237) この例は実際の脱税事件を参考としていると考えられる。実際の脱税事件との主な違いは、実際の事件では、納税者が自社の従業員を複数のダミー会社から派遣されたように偽装し、従業員に対する人件費をダミー会社に外注費として支払っているように装い、仕入税額控除の過大計上を行っていたという点である。当該事件については、読売新聞平成 19 年 1 月 25 日夕刊参照。

結語

我が国でも、脱税や租税回避行為は、消費税をも巻き込んで活発化してきている。このような事態は、今後、取引の国際化が更に進展し、また、消費税率が高まることなどによって、益々、深刻なものとなることが懸念される。「租税回避目的否認論」のように、租税回避を唯一の目的とすることのみをもって否認を可能にする論理や立法措置が必要ではないかという意見が見受けられるようになっている背景には、このような懸念が単なる杞憂であるとは考えられていないという事実があるものと思料する。しかしながら、前述の通り、かかる論理や立法措置を米国における結合的關係テストに依拠する経済的実質主義の採用というような手段によって実現せんとすることは、政治面・法律面において大きな壁にぶつかることとなる。

これに対し、法の濫用の法理は、租税法律主義の枠外にある法の一般原則であり、その法理の欧州における有用性に鑑みれば、法解釈による否認手段の潜在的有用性を十分に発揮させることによって我が国の事後的な対抗策の増強を図るという試みは、少なからずかかる法理に向けられることが妥当であると考えられ、そうすると、その適用基準を確立することが重要な課題となるが、かかる基準としては、Halifax 事件判決で示された基準（①租税回避行為等に対して税法規定を適用することが当該規定の目的に反する、②租税回避行為等が税法上の利益を得ることを根本的な目的としている。）を採用することが合理的であり、問題の取引に人為性が認められる場合には、当該基準に該当するとの推認が働くという考え方を確立して行くことが考えられる。

そもそも、Halifax 事件判決で示された基準は、EU 加盟国間の国境を跨ぐ取引の障害となるものを排除し、加盟国の国民の基本的な権利を保障することを大きな目標として掲げている欧州委員会や欧州司法裁判所が、あくまでその例外として認めている厳しい要件であり、EU 加盟国全般において依拠し得るものであるとされている。そうすると、最高裁判決によって法の濫用の概念が示された我が国でも採用し得るものであると思料され、また、かかる基準の適用に

際しては、「市民法の国では、租税回避目的のためだけに取引を行う場合には、その取引行為は法律の濫用であり、高度に仕組まれた或いは人為的な取引は、少なからぬ場合において、裁判所によって、租税回避の意図があることが推認される」という指摘がされているという事実を踏まえることも一つの重要なポイントとなる⁽²³⁸⁾。

確かに、法の濫用の概念は租税法律主義の枠外のものであっても、その適用基準については、租税法律主義との関係上、一定の制約を受けるわけであり、上記のような適用基準が、租税法律主義を重視する立場等から問題視されるということも考えられないではない。例えば、上記基準と類似する否認のアプローチとして、(a)当事者が選択した取引形式が異常であること、(b)そのような異常な取引形式を選択したことについて、租税回避以外には正当な理由が認められないことという基準に依拠した否認方法も考えられるが、これらの二つの要件については、いずれも一般的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いう見方をする向きもある⁽²³⁹⁾。

上記のような見方からすると、前述の①・②の基準に依拠した法の濫用の概念による否認も、法的安定性と予測可能性という点において問題がないとは言いきれないということになるのかもしれない。しかしながら、包括的な否認原則は、そもそも、明文化がされているか否かに関係なく、法的安定性と予測可能性という点において、一定の限界を包含しており、包括的否認規定・法理の租税法律主義との抵触の問題も、所詮は、程度問題であると考えられる。そうすると、法的安定性・予測可能性という点では、前述の①・②の基準に依拠した否認のアプローチの方が、経済的実質主義による否認のアプローチよりも優れており、また、憲法違反という事態を惹起することなく運用されるようになるということも、十分にあり得るものと思料する。

実際、例えば、法律の定めなく税が課されることはないと定めた憲法 170 条

(238) かかる指摘については、J. M. Van Kempen, *The Business Purpose Test: The Dutch Approach*, IFS Residential Conference at Keble College (1985)p. 66-67 参照。

(239) かかる見方については、金子・前掲「租税法と私法」19 頁参照。

1 項を有するベルギーでは、嘗ては、法の濫用の法理の射程範囲が狭く解され、事業目的テストを重視した実質課税の原則に基づく否認のアプローチに依拠した所得税法 § 344 が、包括的否認規定として機能し、最高裁も、本規定は上記の憲法上の規定に抵触するものではないと判示した経緯があるが⁽²⁴⁰⁾、Halifax 事件判決を受けて、実質課税の原則に依拠する否認のアプローチを採用していた付加価値税 § 59(3)が、Halifax 事件判決で示されたものと同様な基準に依拠した否認のアプローチを採用した付加価値税法 § 1(10)に取って代わられたのは、付加価値税法 § 59(3)が、租税回避目的というメルクマールを重視した否認のアプローチに依拠しているということが、問題視されたからであるという指摘がされている⁽²⁴¹⁾。

法の濫用の法理の有用性については、現行の否認規定（法人税法 132 条や相続税法 64 条等）の運用上の問題点を是正する機能を発揮し得るという点に見出す向きもある。例えば、法人税法 132 条の本質・現代的意義は、所得金額の計算の一般原則を規定する法人税法 22 条の補充・補完的機能を果すものであり、法人における異常・不合理な経済取引が権利の濫用に該当するような場合に、租税法の適用上、通常取引に置き換えられることを法律要件とした規定と解すべきであるという見解がある。かかる見解の下では、権利の濫用の法理は、法の一般条項として、社会通念上何人も肯認しうる限りにおいてのみその適用が容認されうるから、これまでの認定と称する不当に増幅された課税のサイドのみに立脚した否認権の行使は姿を消し、租税法が法であることが再認識され

(240) 所得税法 § 344 の条文の英訳については、本稿第 3 第 3 節 2(1) 参照。包括的否認規定の違憲性が 1 つの争点となった裁判例としては、2004 年 11 月 24 日に憲法裁判所 (Court d' Arbitrage, Arbitragehof) が下した判決 (Case 188/2004) がある。本判決において、憲法裁判所は、所得税法 § 344 は、税務当局の租税回避行為の否認を一定の制約の下で認めているものであり、また、納税者が税負担を軽減する権利を害することなく租税回避行為に対抗するための手段であることなどから、憲法に抵触するものではないと判示した。本判決の詳細については、Marc Quaghebeur, Court Upholds Constitutionality of Antiavoidance Rule, Tax Notes International, Dec. 6 (2004) pp. 824-825 参照。

(241) この点については、本稿(注)202 参照。

てこようという考え方が示されている⁽²⁴²⁾。

そもそも、法の濫用の法理に依拠したアプローチを重視し、我が国における否認の法理のあり方の軌道修正を図ることが妥当ではないかという考え方に一定の合理性があることは、30年以上も前に、「租税法律主義の原理のもとにおいて、同族会社の法律要件についてだけ行為計算否認の規定を設けてあることは、いわば租税法の不備である」が、昭和36年の「国税通則法の制定に関する答申」が「租税回避行為」として論じていたのは、ドイツ租税調整法の「民法の形式または形成可能性の濫用によって納税義務を回避し軽減することはできない」という否認の規定を継受する場合の具体的要件の探求であったはずであり、米国における「実質課税の原則」(substance over form)が参照されるべきところの実質主義の論理とは区別された論理として展開されるべきであるという主張がされていたことから示唆されよう⁽²⁴³⁾。

上記の主張では、単にその形式または形式可能性が濫用されているという否認要件だけでは広すぎることから、権利の濫用の法理も具体的な構成要件となると難解を極めるが、我が国の場合、「少なくとも非通常と考えられる取引が権利の濫用に当たる場合において、租税法の適用としては通常の取引に置き換えられるという法律要件として考えられるべきであって・・・、個別的・具体的な規定を、支配と従属との関係にもとづく権利の濫用の要件として積み上げることが次善の策である」という考え方が採られていたが、約30年の時を経た今日、最高裁平成17年12月29日判決やHalifax事件判決等を通じて、かかる要件はかなり明確なものとなってきている。上記の主張の妥当性を再認識し、法

(242) かかる見解・主張については、松沢智『租税法の基本原則—租税法は誰のためにあるか』中央経済社(昭和58年)168～169頁、松沢智『租税実体法—法人税法解釈の基本原則—』中央経済社(平成6年)43～44頁参照。かかる見解等を根拠として、相続税法64条の適用要件にも権利の濫用というさらなる縛りを掛けるべきであるとする意見については、川崎浩「時価と著しく乖離する売買価額の不動産取引と相続税法第64条第1項の適用の可否」(<http://www.mcci.or.jp/www/h/kawasaki/profile2-10.htm>[平成19年6月24日]参照。

(243) かかる指摘については、佐佑市「親子会社間の取引と税務上の問題点」税経通信Vol. 30, No. 12(昭和50年)56～57頁参照。

の濫用の概念の適用基準を確立することが、重要な今日的課題と位置づけるべきであろう。

実のところ、現状においては、最高裁が示した法の濫用の概念の適用要件は、未だ確立しておらず、しかも、その適用上のハードルは低くものではないと解されていることを示唆する判決（名古屋地裁平成18年12月13日判決（平成17年（ウ）第53号）がある。本判決では、法の濫用の概念に相当する「法の潜脱的な適用」という概念が示されたが、かかる概念に直接依拠した否認は行われなかった。本件では、不動産業を営む原告が、県による収用が予定されている土地を取得したが、原告の土地が収用されても、租税特別措置法（平成15年法律第8号による改正前のもの。）65条の2（収用換地等の場合の所得の特別控除）の適用はないことから、原告は、当該土地をその子会社に譲渡し、子会社が同条の適用を行った点が争点となった。

税務当局は、本件取引は仮装であり、県への土地売却による利益は原告に帰するとして重加算税を課する更正処分を行ったが、裁判所も、本件では通謀虚偽表示が認められ、「選択可能な法形式が複数存在する場合に、その選択が経営判断として許される場合があるとしても、本件のように、自社が法律上享受できない税負担の軽減措置を受けるため、別法人とその事業目的とも無関係な法律行為を作出して、実質的に容認されない軽減措置の潜脱的な適用を図ることまでが、その選択肢として容認されるものと解すべきものではなく」、原告は、原告が享受することが法律上許されない本規定による税負担の軽減措置を原告の経営意思によって運営できる子会社を利用したものであると判示し、税務当局の処分の妥当性を認めた。

本判決では、契約上の法律要件が凡そ成立しているにもかかわらず、「原告の企図した本件取引は、本件特別控除制度の趣旨を潜脱して適用を受け、それによる利益を享受するための方便として構成されたものにすぎず、私法契約としても正常な効果意思を認めたいものである」として重加算税を賦課する処分が肯定されている。本判決では、「特別控除制度の趣旨を逸脱」する行為があったことは認定されたものの、かかる認定をもって否認がされたわけではなく、

通謀虚偽表示があったという事実認定の下に否認を行われている。しかしながら、本件では、契約上の法律要件が凡そ成立していることから、かかる事実認定には疑問を呈する向きもあろう。実際、納税者は本判決を不服として控訴している。

しかも、通謀虚偽表示については、それが認められ、真実の事実関係に基づく課税が行われる場合でも、「それだけでは単なる更正処分が正当化されるにすぎず、重加算税の賦課が自動的に正当化されるわけではない。仮に、通謀虚偽表示にあたり更正処分が認められるとしても、仮装・隠蔽が認定されて重加算税の賦課が容認される場合は、きわめて限定されるものと思われる。すなわち、通謀虚偽表示が悪質な場合でない限り、重加算税の賦課は行い得ないと考えられる」とされ⁽²⁴⁴⁾、また、「逆にいうと、事実関係に照らし通謀虚偽表示であるか否かにつき合理的な議論の余地がある場合には、・・・まったく誰の目から見ても通謀虚偽表示としか解し得ない場合ということではできず、したがって重加算税の賦課は行い得ないものと考えられる」という見解もある⁽²⁴⁵⁾。

さらに、「契約が仮装行為であるか否か、真実の法律関係は何であるかの規定は、きわめて微妙な作業であることが多いから慎重に行わなければならない」が、「課税当局は、・・・私法上の法律行為を「仮装」であると認定する課税処分を多く（時には安易に）行っている」という問題が生じてきており、例えば、平成18年7月7日裁決（高裁（諸）平18第2号、未登載）では⁽²⁴⁶⁾、「当事者

(244) かかる見解については、中里実「事実認定・私法上の法律構成による否認と重加算税」税研 Vol.18, No.6（平成15年）94—95頁参照。

(245) かかる見解については、中里実「租税回避の概念は必要か」税研 Vol.22, No.1（平成18年）88頁参照。

(246) 本裁決では、相続人Aが代表取締役を勤める会社Bの株式を有する被相続人が、会社Bの総務部長Cに当該株式を652万円で譲渡する契約を締結（被相続人とBとCとの間で、当該株式の譲渡先をCが理事長となる従業員持株会社又はBに限定する旨の覚書がある。）したが、かかる契約の作成に相続人Aが主導的に関与した相続人Aが当該株式を相続税の申告に含めないことが問題となった。本裁決では、当事者間の通謀によって、被相続人とCとの間の売買の形式を借りて、本件株式の所有権がCに移転したかのような仮装が行われたと判断されている。

間に本件株式会社について売買の意思が存在しないにもかかわらず、通謀して当該売買契約を締結したものと相当強引に認定し」、さらに、重加算税を課する要件である外形的不正事実が存在していないにもかかわらず、仮装であるから重加算税の賦課要件を充足しているとして、重加算税が課されているという問題があるという指摘を行い、今こそ包括的否認規定の創設が必要とされている主張する向きもある⁽²⁴⁷⁾。

上記の見解・指摘が示唆する通謀虚偽表示の認定と重加算税の賦課に係る困難性に鑑みると、上記名古屋地裁平成18年12月13日判決が示された事件では、そもそも、通謀虚偽表示が認められるかという問題があり、また、仮に、通謀虚偽表示が認められるとしても、重加算税の賦課が正当化されるかという疑問もある。かといって、このような租税回避行為を放置すべきではないであろう。このような問題に対処するために、包括的否認規定の創設が必要であるという上記のような意見もあるが、少なくとも、本件に関しては、包括的否認規定の創設という立法手段を講じるまでもなく、租税回避行為の税務効果を否認する更正処分を行う道は残されていたのではないかと考える。

本件では、むしろ、最高裁が平成17年12月19日判決で示した法の濫用の概念に基づく否認のアプローチを採用した上で、その適用基準は、その法的性格上、Halifax 判決で示されたものと同様であるという観点に立ち、否認の対象となる者を原告の子会社に変え、租税特別措置法62条の2の潜在的な適用（すなわち、同条の濫用）を直接的な否認の根拠として、子会社に対して更正処分を行うという選択肢を採用すべきではなかったかとも考えられる。かかる否認のアプローチを採用することは、本件において潜脱的な適用があったとされた

(247) かかる指摘・主張については、品川芳宣「租税回避行為の否認と仮装行為の否認—両者の関係と私法上の契約を否認できる限界—」税理 Vol. 49, No. 15(平成18年)7~16頁。品川は、このような問題が発生している背景には、昨今の租税法律主義の優位性という趨勢の下、同族会社等の行為又は計算の否認規定が創設的規定であるとする見解が有力なものとなったという事実があるが、非同族会社による租税回避行為には、むしろ、国税通則法の制定答申で指摘された一般的否認規定の創設を実現することによって対処すべきではないかとも主張している。

税法規定が、特別控除制度という恩恵的・政策的な性質の強い規定でもあることに鑑みると、特に妥当であると言えるのではないだろうか。

本件において、上記の選択肢が採られなかったのは、本取引において中心的な役割を果たしたのは原告の方であり、また、重加算税を賦課することの意義が重視されたからであると推測されるが、本件の場合、租税特別措置法の潜脱的な適用を行ったのは、原告から不動産を譲渡された子会社であり、原告と結託した子会社が、租税特別措置法上の利益を得ることを根本的な目的としていたという認定を行うことは十分に可能であると思料される。とりわけ、本件のようなケースに対しては、欧州の市民法の国だけでなく、Halifax 判決等を踏まえて否認の法理の再構築を行っている EU 加盟国でも、法の濫用の概念に依拠した否認を行うというアプローチが採用されることとなる可能性が高いのではないかと考えられる。

上記名古屋地裁平成 18 年 12 月 13 日判決において、法の濫用の原則に直接的に依拠した否認のアプローチが採用されなかった背景には、我が国と欧州の市民法の国々(若しくは EU 加盟国)とでは、法の濫用の法理の否認機能について、少なからぬ意識の差異が存在しており、かかる意識の差異も否認方法のあり方に影響を及ぼしたものと思料するが、最高裁が示した法の濫用の概念の法的性格を明確化し、Halifax 事件判決で示されたものと大きく異ならない適用基準が確立すれば、事後的な對抗策の強化が可能となり、我が国の否認のアプローチのあり方の趨勢にも変化が生じ、とりわけ、本件のように租税特別措置のような政策的な規定の濫用が問題となるようなケースでは、法の濫用の概念に依拠した否認のアプローチが、むしろ選好されるようになるということも十分にあり得るものと思料する。