

国際投資等に係る税制のあり方

— 主な諸外国における最近の動向・趨勢を踏まえて —

松 田 直 樹

〔 税 務 大 学 校 〕
〔 研 究 部 教 授 〕

要 約

1. 研究の目的

投資ファンド等の集団投資ビークルが管理・運用する資産は、今や、20兆米ドル超を超える規模に達しており、しかも、その資産金額は、ここ数年、特に顕著な伸びを示している。集団投資ビークルを通じた投資が活発化するに伴い、グローバルな規模で資産運用を行っている集団投資ビークルの投資先を自国に向けることができるか否かは、経済の活性化を主要な目的とする各国にとって、特に重要なポイントとなっており、各国は、この点も踏まえた上で、対内投資を促進する措置を積極的に講じてきている。我が国でも、最近、インベスト・ジャパンの旗印の下、対内投資に係る障壁を除去することが重要な課題となっているが、かかる障壁を除去する措置は、未だ、十分なものとなっていないという声もあり、また、このような声は、税務上の措置に対しても向けられている。

上記のような声もある中、我が国でも、対内投資の促進に繋がるような税務上の措置が、今後、より積極的に講じられるようになるものと想定されるが、このような措置を講じることは、国際的租税回避行為等の活発化という問題を深刻化させることに繋がる蓋然性があることから、かかる問題への対応のあり方を検討することも重要な課題となると思料される。本稿は、このような問題意識の下、主な諸外国における国際投資所得課税のあり方の趨勢や国際的租税回避行為等への対応策のあり方は、どのようなものとなっているのか、また、我が国の対内投資を促進する税務上の措置は、どの程度進展しているのかなどを分析した上で、対内投資に係る障壁の更なる除去が進展するに伴って議論されるであろう我が国の税制の再構築のあり方を考察する際に参考となるような視点を提示することを主な目的とするものである。

2. 研究の概要

本稿の『序論』では、集団投資ビークルに代表される多様な事業体の台頭

によって、国際投資の実態は、近年、大きな変貌を遂げてきているところであるが、従来の国内法や伝統的な租税条約の下では、集団投資ビークルを通じた国際投資所得への課税のあり方について、必ずしも十分に明確な規定が措置されておらず、その結果、かかる所得に対して国際的二重課税や租税条約の特典の不適用等の問題が生じ得るという点を指摘している。今後は、対内投資を促進する措置を講じるという流れの中で、このような問題への対応も進展すると考えられるが、集団投資ビークルを通じた国際投資所得については、課税漏れや租税条約の特典の不当な享受という問題も生じていることから、対内投資を促進する措置を講じる場合には、国際的租税回避行為等への対応措置を講じることも重要な課題となる。

上記の課題に取り組む際に参考となる示唆を得ることを試みるという観点から、『第1章』（『欧州における国際投資所得課税の趨勢』）では、欧州における最近の動向に目を向け、第1節（「国際投資等に係る障壁を除去する流れの加速化」）において、欧州委員会が発した親子会社指令の改正の方向性や注目すべき欧州司法裁判所判決（2006年 Denkvit 事件判決等）を分析し、国際投資等に係る税制面での障壁を除去する流れが欧州で加速してきており、その結果、加盟国の課税ベースの浸食もかなり進行していることに着目し、第2節（「基本的権利の制約根拠」）では、EUの各加盟国が、その他の加盟国の国民に対して保障すべき基本的権利の制約根拠となり得る諸原則（「税体系の一貫性」原則や「財政属地主義」等）に依拠することによって、課税ベースの侵食に一定の歯止めを掛けることを試みていることを確認している。

第3節（「国際的租税回避行為等に対する欧州委員会・ECJのスタンスの変化」）では、加盟国が基本的権利の制約根拠として依拠し得る原則が幾つか存在しているものの、これらの原則に対する欧州司法裁判所のスタンスは、嘗ては、かなり厳しいものであり、これらの原則に基づく正当化は容易には認められなかったが、最近の国際的租税回避行為の活発化等を背景として、かかるスタンスにも微妙な変化が生じてきていることを確認している。かか

る変化は、最近の欧州委員会の幾つかの指令や Halifax 事件欧州司法裁判所判決等にも表れているが、Marks & Spencer 事件欧州司法裁判所判決で「租税回避のリスク」原則や「課税権の配分」原則の潜在的有用性が低いものではないことが示唆されたことによって、「欧州全体に適用される包括的否認規定」（“Euro-GAAR”）が、より具体的なものとなってきたことを指摘している。

勿論、国際投資等の障壁となり得る税制上の措置の改廃を行うという流れの加速化と国際的租税回避行為への対応策の進展という現象が見受けられるのは、欧州に限ったわけではなく、このような今日的な現象は、程度の差こそあれ、どこの国でも認められるところとなっているが、『第2章』（『我が国の現状と新たな動き・方向性』）では、まず、第1節（「主な対内投資促進策と国際的租税回避行為」）において、我が国の状況に目を向け、対内投資を促進する上で、主に、どのような税務上の措置が講じられているのかを分析して、我が国の税制上の促進策の特徴・進展の度合い等を確認する一方、現行制度のループ・ホールを突いた国際的租税回避行為の具体例を考察することによって、どのような国際的租税回避行為が発生し、如何なる対応が行われているのかを考察している。

我が国を取り巻く諸環境や最近の諸外国の動向等に鑑みた場合、我が国でも、対内投資を促進する措置を講じるという動きが、今後も、更に進展すると想定されることから、国際的租税回避行為に対応するための措置の更なる整備を行う必要性も高まると考えられるところ、第2節（「最近の主な租税条約における動き」）では、最近改正された日米租税条約や日英租税条約等では、関係国間の投資の更なる促進を図るための措置が講じられる一方で、条約漁りに対処するための新たな措置が採用されているという事実に着目している。我が国の租税条約も、国際投資の更なる促進と国際的租税回避への適切な対応という必要性が高まる中、大きな変貌を遂げようとしており、新日米租税条約等は、国際投資の更なる促進に繋がる措置が講じられた場合に採用すべき対抗措置のあり方を具体的に示していると言える。

もつとも、我が国で国際投資の更なる促進に繋がる措置が講じられた場合には、新日米租税条約等で具体化している対抗措置だけでなく、抜本的な国内法上の対抗措置を講じる必要性も高まると想定されるところ、租税条約上の対抗措置とは異なり、国内法上の対抗措置については、未だ、具体的な選択肢さえも十分明確に示されていないという問題がある。本研究では、国内法上の抜本的な対抗措置としては、例えば、“Euro-GAAR”のように、加盟国の包括的否認規定・法理の強化に繋がる措置が選択肢の一つとして有力視され、そうすると、包括的否認規定の制度設計上のポイントとなる点を模索することが有用となろうとの視点に立ち、『第3章』（『カナダと豪州の包括的否認規定の比較』）では、包括的否認規定を有する主な諸外国であるカナダと豪州の GAAR の制度設計上の特徴・否認機能の実態を比較分析している。

第1節（「カナダの包括的否認規定の実態」）では、Stubart 事件最高裁判決（1984年）が厳格な事業目的テストに対して否定的な見解を示したことから、新たな包括的否認規定である所得税法 § 245 は、本最高裁判決を意識した制度設計を採用しており、かかる制度設計と税法解釈アプローチの趨勢が、その否認機能に少なからぬ制約を加えていることを代表的な判決等を通じて確認している。第2節（「豪州の包括的否認規定の実態」）では、目的テストを中核に据えた包括的否認規定である所得税法第4編Aは、最近の税法解釈アプローチの趨勢の変化を背景として、その否認機能はかなり大きなものとなっていることを一連の判決を通じて確認している。両国における包括的否認規定の否認機能の顕著な差異は、税法解釈アプローチの趨勢の違いだけでなく、その制度設計の違いにも少なからず起因して生じているものと考えられる。

包括的否認規定の制度設計も、その否認機能・有用性の大きさを少なからず左右するならば、否認機能・有用性の大きい包括的否認規定を制度設計する上で参考となるのは、カナダの包括的否認規定ではなく、むしろ、豪州の第4編Aの方であると考えられるが、そもそも、我が国の場合、適用対象範

囲は限定されているものの、かなり包括的な否認規定として、同族会社等の行為又は計算の否認規定が存在しており、実際、平成 13 年度税制改正で組織再編成税制が手当てされた際にも、本規定に依拠した否認アプローチを採用した法人税法 132 条の 2 が措置されたことから、かかる否認アプローチと制度設計が異なる日本版 GAAR(General Anti-Avoidance Rule)を採用することの合理性・妥当性等については、疑問を挟む余地もあり得るものと考えられる。

上記のような疑問があり得ることなどを踏まえ、『終章』（『包括的否認規定の意義と制度設計のあり方』）では、第 1 節（「韓国の包括的否認規定の特徴」）において、我が国の同族会社等の行為又は計算の否認規定と同様な否認アプローチに立脚する法人税法 § 52 等を有する韓国における包括的否認規定の制度設計を巡る議論・動きに目を向けている。韓国でも、予てより、実質課税の原則の法的性格やその射程範囲等を巡っては、異なる見解が存在しているが、最近では、対内投資を促進する措置を積極的に講じる一方、実質主義の国際的租税回避行為への適用を立法化した措置（国際租税調整法 § 2-2 ）や包括的否認規定と位置づけられる国税基本法 § 14(3) が手当てされている。これらの規定は、いずれも、事業目的テストをメルクマールとする経済的実質主義に基づく否認が可能となるよう制度設計されている。

第 2 節（「包括的否認規定の意義と制度設計上のポイント」）では、対内投資の促進策が進展するに伴い、我が国でも、居住者による国際的租税回避行為が活発化するという趨勢が認められる中、国境を跨いだ多額の贈与税の負担を回避する行為が問題となった東京地裁平成 19 年 5 月 23 日判決で露呈した個別規定及び司法による法創造機能の限界や、本東京地裁判決を破棄した控訴審判決に対する批判等を踏まえると、租税回避の意図や事業目的の有無を主なメルクマールとする包括的否認規定を導入することの意義は少なくなく、また、近年、幾つかの主な諸外国で採用された包括的否認規定の制度設計や最近の包括的否認規定の改正も、事業目的テストや主観テストを税務当局側に有利なものとするという方向性を示しているものが少なくないとい

う事実があることなどに着目している。

『結語』では、租税回避行為への対抗上、事業目的を重視するというグローバルな趨勢は、包括的否認規定との関係だけでなく、その他の税務上の措置との関係においても認められるという指摘がされている中、我が国でも、最近の裁判例の中には、評価通達6項の適用基準が問題となった大阪地裁平成12年5月12日判決や外国税額控除の濫用事件の第一審判決（大阪地裁平成13年12月24日判決）等のように、主観的要素や租税回避目的を重視することに対して必ずしも否定的ではないと解し得るようなものがあり、また、新日英租税条約等には、新日米租税条約では採用されなかった「主要目的テスト」が組み込まれるなど、事業目的テストや主観テストに対する考え方に変化が生じてきていることを示唆する動きも認められることなどを指摘している。

上記の点などを踏まえた上で、Halifax 事件欧州司法裁判所判決で示された「権利の濫用」の適用基準と同様なものを前述の外国税額控除の濫用事件の上告審で示された「法の濫用の概念」の適用基準として立法化するという選択肢にも目を向け、かかる選択肢の場合、主観テストが、納税者の租税回避の動機ではなく、客観的事実に基づいて判断されるため、租税法主義との関係でも問題が少ないという点に着目しているが、その他にも、包括的否認規定の適用対象を実態把握が特に困難な国際的租税回避行為に限定する制度設計・選択肢等が考えられる。いずれにしても、対内投資の促進策の進展に伴って更に活発化する国際的租税回避行為に対する効果的な対抗措置が求められるようになれば、事業目的テストや主観テストを組み込んだ包括的否認規定案が包含している視点の重要性・有用性が強く認識されるようになると思料する。

目 次

| | |
|---|----|
| 序論 | 11 |
| 第1章 欧州における国際投資所得課税の趨勢 | 21 |
| 第1節 国際投資等に係る障壁を除去する流れの加速化 | 21 |
| 1. 欧州委員会・ECJの政策目標と親子会社指令改正の意義 | 21 |
| 2. 国境を跨ぐ利益分配に係る源泉税の行方 | 24 |
| (1) Denkavit 事件 ECJ 判決の意義と影響 | 24 |
| (2) Smallcap Fund 事件に対する法務官意見の視点 | 28 |
| (3) Amurta 事件 ECJ 判決の含意 | 29 |
| 第2節 基本的権利の制約根拠と限界 | 30 |
| 1. 「租税回避の防止」原則 | 30 |
| 2. 「税体系の一貫性」原則、「財政管理の有効性」原則 及び「財政属地主義」 | 33 |
| 3. 「比例性の原則」 | 34 |
| 第3節 国際的租税回避行為等に対する欧州委員会・ECJの スタンスの変化 | 36 |
| 1. MARDの改正 | 36 |
| 2. 基本的権利の制約根拠となり得る諸原則の再構築 | 38 |
| (1) D 事件 ECJ 判決 | 39 |
| (2) Marks & Spencer 事件 ECJ 判決 | 40 |
| 第4節 小括と課題 | 42 |
| 第2章 我が国の現状と新たな動き・方向性 | 45 |
| 第1節 主な対内投資促進策と国際的租税回避行為 | 45 |
| 1. 国際取引に係る規制緩和措置 | 45 |
| 2. 税務上の主な対内投資促進措置 | 46 |
| (1) 振替決済制度下での非居住者所有国債利子の非課税措置 | 46 |
| (2) 独立代理人の PE リスクの排除措置 | 49 |

| | |
|--------------------------------|-----|
| 3. 集団投資ビークルを利用した条約漁り | 54 |
| 第2節 最近の主な租税条約における動き | 59 |
| 1. 従来の租税条約の租税回避行為への対抗措置の特徴 | 59 |
| 2. 新日米租税条約上の措置 — 匿名組合対策とLOB条項 | 60 |
| 3. 新日米租税条約 — 導管取引防止規定と他の主な対応措置 | 64 |
| 4. 新日英租税条約上の措置 | 67 |
| 第3節 小括と課題 | 70 |
| 第3章 カナダと豪州の包括的否認規定の比較 | 73 |
| 第1節 カナダの包括的否認規定の実態 | 73 |
| 1. GAAR(所得税法 § 245)導入の背景 | 73 |
| 2. GAARの特徴と司法消極主義 | 77 |
| (1) GAARの構造 | 77 |
| (2) GAARに対する最高裁のスタンス | 81 |
| イ) Mathew 事件最高裁判決 | 81 |
| ロ) Canada Trustco 事件最高裁判決 | 81 |
| (3) GAARの潜在的有用性と限界 | 83 |
| 第2節 豪州の包括的否認規定の実態 | 86 |
| 1. 所得税法 § 260の位置づけ | 86 |
| (1) 所得税法 § 260の意義と適用例 | 86 |
| (2) 所得税法 § 260の適用基準 | 89 |
| イ) 「選択肢テスト」 | 90 |
| ロ) 「断定テスト」 | 91 |
| ハ) 「本来の取引テスト」 | 94 |
| (3) パーウィック裁判官の影響 | 96 |
| 2. 第4編Aと文理主義 | 99 |
| (1) 所得税法 § 260と第4編Aの違い | 99 |
| (2) 「目的テスト」の適用基準 | 100 |
| 3. 法解釈アプローチの趨勢の変化と第4編A | 103 |

| | |
|---------------------------------------|-----|
| (1) Peabody 事件高等法院判決 | 103 |
| (2) Spotless 事件高等法院判決 | 105 |
| (3) Hart 事件高等法院判決 | 108 |
| 第3節 小括と課題 | 110 |
| 終章 包括的否認規定の意義と制度設計のあり方 | 115 |
| 第1節 韓国の包括的否認規定の特徴 | 115 |
| 1. 実質課税の原則の位置づけを巡る議論 | 115 |
| 2. 実質課税規定と国際的租税回避行為との関係 | 116 |
| (1) OECD モデル条約上の取扱い | 116 |
| (2) 国際租税調整法改正の必要性を巡る議論 | 118 |
| 3. 国際租税調整法 § 2-2 及び国税基本法 § 14(3)創設の意義 | 119 |
| 第2節 日本版 GAAR の意義と制度設計上のポイント | 123 |
| 1. 国際投資促進策と租税回避対策のバランス | 123 |
| 2. 個別規定による対応と司法による法創造機能の意義と限界 | 124 |
| 3. 包括的否認規定の制度設計上のポイントと趨勢 | 128 |
| 結語 | 133 |

序論

伝統的な租税理論の中には、不労所得である資産性所得は、勤労所得よりも担税力が大きいと解しているものもあるが、資産性所得の中には、金融所得のように、税負担の軽重に応じて納税地を選択するという動きを顕著に示すような所得もあり、国際投資に対する規制緩和の流れが加速するに伴い、このような足の速い所得に重く課税することは、實際上困難なものとなってきた。対内投資の促進や国際競争力の維持等の観点からも、金融所得の税負担を軽減するという流れが多く、国で加速してきており、例えば、幾つかの欧州諸国（オーストリア、ベルギー、ギリシャ及びイタリア等）では、最近、資本所得に対する源泉分離課税が導入され、また、最近のドイツやスイス等で導入に向けた提言がされた二元的所得税については、今や欧州における所得税改革の重要な青写真となっているとも言われている⁽¹⁾。

このような動きに着目した IFA (International Fiscal Association、国際租税協会) 第 57 回総会 (平成 15 年 8 月末から 9 月にかけてシドニーにて開催) では、議題 I のテーマ (“Trends in Company/Shareholder Taxation: Single or Double Taxation?”) として、配当に対する二重課税の調整のあり方という問題が採り上げられ⁽²⁾、本テーマを巡る議論では、近年、古典的システムやインピュテーション・システムから脱却するとともに、国内法及び租税条約において、配当に対する源泉税の軽減・免除を行うという趨勢が顕著なものとなってきたことが確認された⁽³⁾。また、本議題に関するイシュー・

(1) この点の詳細については、Bernd Genser and Andreas Reutter, Moving Towards Dual Income Taxation in Europe ([http://www.ideas.repec.org/a/mhr/finarc/urnsici0015-2218\(200709\)633_436mtditi_2.0.tx_2-q.html](http://www.ideas.repec.org/a/mhr/finarc/urnsici0015-2218(200709)633_436mtditi_2.0.tx_2-q.html) [平成 20 年 9 月 16 日]) 参照。

(2) 筆者は、猪野茂氏とともに、本議題についての IFA 日本支部の報告書を作成している。本報告書については、Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. LXXXVIIIa, Trends in Company/Shareholder Taxation: Single or Double Taxation, Kluwar Law International, pp. 571-592 参照。

(3) 配当に対する源泉税を廃止する方法としては、国内法上の措置と租税条約上の措

ペーパー(Issues Paper on Subject I of the 2003 Sydney Congress)でも、源泉地国が国境を跨ぐ利益分配に対して源泉税を課することについて、かなり消極的な見解が示されていた。

上記の消極的な見解の根拠として挙げられていたのが、①国際的な直接投資の場合、投資が支店設置という形態で行われるケースと子会社の設立という形態で行われるケースでは、支店利益に対する課税が行われない限り、配当に対する源泉税は、後者のケースにおいて追加的な負担となり、しかも、かかる負担は、国内における親子会社間の配当に対しては生じないということ、②国際的な証券投資の場合において、投資がミューチュアル・ファンド、保険会社又は免税貯蓄団体等を介して行われると、これらの事業体に支払われる配当に対する源泉税は、事業体に投資した者の居住地において負担調整を受けない可能性があるが、負担調整を受けることが可能である場合でも、調整を受けるための手続きが煩雑であることが多く、これらの問題が源泉地国への投資に対して抑制的に働くことなどの点であった⁽⁴⁾。

確かに、上記②で指摘されている通り、例えば、多様な形態を採り得る集団投資ビークル(Collective Investment Vehicle, CIV)を通じて得られる投資所得については、伝統的な租税条約の下では、その課税上の取扱いが必ずしも十分かつ明確に規定されていないことから、租税条約上の特典が、集団投資ビークルや集団投資ビークルに投資している条約締約国の居住者に適用されるか否かという問題が生じ得る。OECD モデル租税条約でも、条約特典の対象は、締約国の居住者である者(1 条)とされており、さらに、配当の場合には、受益者であることが対象要件となる(10 条)ことから、法人に該当しないよう

置があるが、例えば、法人税率がかなり高いレベルにあるような場合は、国内法上の措置によって一方的に廃止するという方法によることが望ましいという意見がある。かかる意見については、Phillippe Derouin, *supra* “Cahiers Vol. LXXXVIIIa” p. 395 参照。

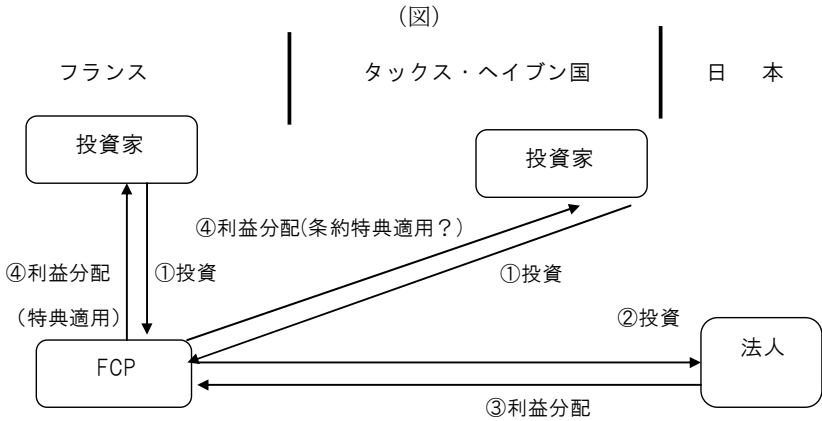
(4) これらの点については、本議題のジェネラル・レポーターのバン(Richard J. Vann)の報告書(*supra* “Cahiers Vol. LXXXVIIIa” pp. 23-70 参照。)でも示唆されている。

な事業形態を採用している集団投資ビークルを通じて得られる投資所得に対しては、租税特典が適用されないのではないかという問題が生じ得る。

上記のような問題を回避するために、幾つかの租税条約では、条約締約国の居住者が集団投資ビークルを通じて得る投資所得に条約特典の適用を認める明文規定が措置されている。例えば、日仏租税条約 29 条では、フランスの投資共同基金である FCP(Fonds Communs de Placement)や我が国の貸付信託や合同運用信託等は、公認投資基金として、透明な事業体とみなされ、投資家に代わって、条約特典の適用を請求することができるとされている⁽⁵⁾。このような取扱いを定めることによって、条約締約国の居住者が一定の集団投資ビークルを通じて得た投資所得に対して条約特典が適用されないという問題への対応が可能となるが、実際のところ、条約特典が FCP 等に対して包括的に適用されることから、FCP 等に投資している条約締約国の居住者以外の者に対しても、条約特典が適用されてしまうという問題も生じ得る(下図参照)⁽⁶⁾。

(5) 本条の前段は、「一方の締約国の公認投資基金に参加する者が、当該基金の取得する配当又は利子の受益者として、第 10 条又は第 11 条の規定により認められる特典を受ける権利を有する場合には、フランスについては当該基金の運用者が、日本国については当該基金の受託者が、当該基金のうち当該特典を受ける権利を有する者によって保有される部分に対応する額を限度として、当該特典の請求を行うことができる。」と定めている。

(6) 英国のユニット・トラストや我が国の証券投資信託等も、旧日英租税条約 28 条の A(条約の適用申請手続の特例)の下では、實際上、日仏租税条約の下での FCP と同様な取扱いが認められていたことから、同様な問題を包含していたが、本規定は、平成 18 年に新日英租税条約が改正された際に削除された。



ヘッジ・ファンド等に代表される集団投資ビークルは、今や、膨大な額の資産をグローバルな規模で管理・運用していることから、上記のような問題にどのように対処するか、また、集団投資ビークルに対する税制をどのようにものとするかという問題は、対内投資を促進する上で、一つの重要なポイントとなる。そもそも、国境を跨ぐ配当に対する二重課税の調整のあり方や条約特典の適用対象の範囲如何は、対内投資の動向や税収等に大きな影響を及ぼし得るが⁽⁷⁾、国内税制や租税条約上の規定・措置が源泉地国への投資に抑制的に働くことを特に問題視するならば、国境を跨ぐ配当に対する源泉税を軽減・免除するとともに、集団投資ビークルを通じた投資所得が税務上不利な取扱いを受けるとい問題を解消することが重要な課題となると考えられる。

IFA 第 57 回総会の議題 1 を巡る議論の趨勢や主な諸外国における国境を跨いで支払われる配当に対する源泉税の軽減・免除という動きの活発化という流

(7) 例えば、アイルランドでは、1999 年に国際的二重課税の調整を行うインピュテーション・システムを廃止したが、それと同時に配当に対する源泉税を課すこととしたため、同国の配当への課税制度は、実質的には二重課税の調整を行わない古典システムに移行したような形となったとも評されているが、そもそも、インピュテーション・システムの廃止は、同年に実施された法人税率の引下げに伴う歳入減を補填するための措置であったという見方もされている。この点については、Peter Maher, *supra* “Cahiers Vol. LXXXVIIa” p. 488 参照。

れに鑑み⁽⁸⁾、筆者は、国境を跨ぐ配当に対する税負担の軽減に繋がる動き（法人税率の低下、古典的システムやインピュテーション・システムからの脱却及び利益分配に対する源泉税の軽減・廃止）等は、今後も更に強まることが予想されると述べたが⁽⁹⁾、実際、その後、かかる趨勢は、より一層顕著なものとなっている。例えば、投資ファンドの運用者が得る報酬に対する優遇措置が存在する米国では⁽¹⁰⁾、国境を跨ぐ配当等に係る二重課税の調整方法を国外所得免除方式に変更することを主張する声が高まってきている⁽¹¹⁾。豪州でも、2008年4月、与党である労働党が、投資ファンドの運用者が海外の居住者に支払う利益に対する源泉税を半減させるという改正案を発表している⁽¹²⁾。

(8) 例えば、メキシコでは、非居住者への配当に対する源泉税を2002年に廃止している。配当に対する源泉税を固持してきた米国も、最近の主な諸外国（英国や豪州等）との租税条約の改訂交渉において、配当に対する源泉税を一部免除するというスタンスを示すようになってきている。

(9) この点については、拙稿「2003年 Cahiers LXXXVIIa のテーマの論点（「配当に対する二重課税を巡る議論の趨勢」）」国際税務 Vol.23（平成15年）18～33頁参照。

(10) かかる優遇措置（通常の所得ではなく、キャピタル・ゲインとして低率の課税がされる。）が存在することから、投資ファンドは儲け過ぎているという批判があり、その廃止を求める声もあるが、廃止すれば、投資ファンドは海外に拠点を移し、米国の金融界の競争力は低下するというような反論もある。因みに、我が国は、このような税務上の優遇措置がなく、金融行政上の規制が厳しいことなどから、日本を中心に投資活動を行うファンドでも、本拠地は香港やシンガポールなどに置くケースが多いとの指摘もある。これらの点については、平成19年8月5日付読売新聞朝刊参照。

(11) 国外所得免除方式に移行するという提言は、米国大統領諮問委員会（President's Advisory Committee）が平成17年11月に発表した報告書（「簡素、公平及び成長促進：米国税制の改革案」、"Simple, Fair and Pro-Growth: Proposals to Fix America's Tax System"）でも示されている。本報告書が提唱する国際租税制度改革案を巡る議論については、拙稿「米国大統領諮問委員会の税制改革案—国際租税制度改革を巡る議論の趨勢に関する一考察—」ファイナンス Vol.41, No.12（平成18年）39～45頁、拙稿「米国の租税制度改革の選択肢と方向性—大統領諮問委員会報告書の国際課税制度改革案の位置づけ—」租税研究第704号（平成20年）190～204頁参照。

(12) この点については、Australian Labor Party: More Evidence Withholding Tax Rate Needs To Be Cut（<http://www.alp.org.au/media/0807/msat290.php>）参照。

これに対し、我が国の場合、貯蓄率が高く、また、非居住者が得る多様な金融所得等に対しては、以下の図表で示している通り、比較的 low rate での源泉徴収や申告分離課税が多用されていることなどから⁽¹³⁾、金融所得に係る税負担を軽減するという課題は、それほど喫緊なものとはなっておらず、むしろ、課税強化が必要であるという意見もある⁽¹⁴⁾。実際、例えば、集団投資ビークルが国際的租税回避に利用され易いという問題があったことから、平成 17 年税制改正では、一連の対抗措置（①外国組合員への分配金に係る源泉徴収制度の導入（所得税法 161 条及び 212 条等）、②外国組合員の事業譲渡類似株式の譲渡益課税の強化（所得税法施行令 291 条、法人税法施行令 187 条）及び③外国組合員の不動産化体株式等の譲渡益課税の強化（所得税法施行令 291 条、法人税法施行令 187 条）が講じられている。

(図表)

| 所得の種類 | 支払を受ける者 | 源泉徴収の税率 |
|--|----------------|---|
| (1) 組合契約事業利益の配分 (所法 161 一の二) | 国内 PE を有する非居住者 | 20% (所法 213①一) |
| | 国内 PE を有する外国法人 | |
| (2) 土地等の譲渡による対価 (所法 161 一の三) | 非居住者 | 10% (所法 213①二) |
| | 外国法人 | |
| (3) 利子等 (所法 161 四) | 非居住者 | 15% (所法 213①三)、振替国債等利子は条件付免税 (措法 5 の 2) |
| | 外国法人 | |
| (4) 私募公社債等運用投資信託 収益の分配・特定目的信託の社債的受益権の収益分配 (所法 24①、174 二、措法 8 の 2①③) | 非居住者 | 15% (所法 213①一、措法 8 の 2④) |
| | 外国法人 | |

(13) 本図表の作成には、第 5 配当所得 (一般の配当等) の源泉徴収事務 (<http://www.nta.go.jp/shiraberu/ippanjoho/pamph/gensen/shikata2007/pdf/11.pdf> [平成 20 年 6 月 3 日]) を参考にしている。

(14) 例えば、投資ファンドへの出資者やファンド・マネージャーが得る所得に対する適切な課税の枠組みを構築するとともに、非居住者が得る株式譲渡所得に対する優遇措置を撤廃すべきであるなどの意見がある。かかる意見については、政策的課題と方向性 (ヘッジ・ファンド、PE ファンド等に関する政策的課題と対応の考え方) (<http://www.jtuc-rengo.or.jp/kurashi/kinyuu/02seisakukadai.html> [平成 20 年 6 月 4 日]) 参照。

| | | |
|--|----------------|--|
| (5) 上記(4)以外の配当等 (所法 161 五) | 非居住者 | 上場株式等の場合は 7%(2009 年 4 月以降 15%)、非上場株式等の場合は 20%(措法 9 の 3、所法 213①一) |
| | 外国法人 | |
| (6) 定期積立の給付補てん金等 (所法 161 十一) | 非居住者 | 15%(所法 213①三) |
| | 外国法人 | |
| (7) 源泉徴収を選択した特定口座内保管上場株式等の譲渡による所得等(措法 37 の 11 の 4) | 国内 PE を有する非居住者 | 7%(2009 年 1 月以降 15%)(措法 37 の 11 の 4①②) |
| (8) 懸賞金付預貯金等の懸賞金等(措法 41 の 9) | 非居住者 | 15%(措法 41 の 9③) |
| | 外国法人 | |
| (9) 割引債の償還差益 (措法 41 の 12) | 非居住者 | 18%(or16%)(措法 41 の 12③)、短期公社債等で振替記載等がされるものは免税(措法 41 の 12④) |
| | 外国法人 | |
| (10) 上記(1)～(9)以外の国内源泉所得(所法 161 二、三、六～十、十二) | 非居住者 | 20%(所法 213①一) |
| | 外国法人 | |

上記①は、民法組合等の組合員である非居住者や外国法人が受け取る利益の分配金については、非居住者や外国法人が日本で組合事業以外の事業に係る恒久的施設を有する場合を除き、税率 20%で源泉徴収するというものである。上記②は、日本法人株式を 25%以上所有する非居住者や外国法人が、その 5%以上を譲渡した場合、原則として、申告納税することが求められるが、その外国株主が組合員である民法組合等が日本法人株式を所有する場合には、その外国株主以外の他の組合員が所有又は譲渡する株式数も加えて保有割合を判定するというものである⁽¹⁵⁾。また、上記③は、外国組合員が有する日本の不動産の総資産に対する割合が 50%以上の法人株式又は日本の不動産が信託財産の総額の 50%以上である特定信託の受益権を譲渡した場合も、その譲渡所得を

(15) ②の措置が手当てされた背景には、平成 16 年に買収ファンドのリップルウッドが新生銀行の株式上場に伴って多額の株式売却益を計上したが、当時の税制の下では、かかる利益が課税されなかったため、公的資金を投入した新生銀行で利益をあげたにもかかわらず、日本で課税できないことに対する批判が台頭したという事実があったという指摘がされている。かかる指摘については、平成 20 年 1 月 26 日付日本経済新聞朝刊参照。

国内源泉所得とし、申告納税の対象とするというものである⁽¹⁶⁾。

平成 17 年税制改正による上記の①～③の措置は、いずれも、租税回避行為への対応や我が国の税収確保等の観点から講じられたものであり⁽¹⁷⁾、必要かつ妥当なものであると考えられるものの⁽¹⁸⁾、これらの措置に対しては、我が国の税制がヘッジ・ファンドを通じた投資を呼び込む上で阻害要因となっていることを示す代表的な例であるとして、批判的な見方をする向きもないではない⁽¹⁹⁾。また、巷では、「海外と比べてヘッジ・ファンドや買収ファンドの活動が目立たない日本。その要因の一つが日本の税制だ。海外投資家がファンドを通して日本株に投資しても、日本で様々な課税が生じて売却益が低下するからだ」というような意見も見受けられる⁽²⁰⁾。これらの批判・意見は、やや極端ではあろうが、我が国の金融所得課税や国際投資所得に係る課税のあり方に再検討を加える余地がないわけでもないと考えられる⁽²¹⁾。

(16) ③の措置については、そもそも、不動産の譲渡益は不動産の所在地で課税されることから、我が国に不動産を有する非居住者は、日本での不動産譲渡益への課税を回避するために、我が国に不動産を所有する法人を設立し、当該法人の株式を譲渡して、非居住者の株式譲渡益の我が国での課税免除を利用することが想定されることから、かかる行為を防止するための措置を外国組合員の場合にも手当てしたものであると言われている。

(17) そもそも、株式等の譲渡所得については、国内に PE を有する非居住者の場合、15%（平成 19 年 12 月までは上場株式等については 7%）の税率で申告分離課税の対象となるが、国内に PE を有しない非居住者の場合は、所得税法施行令 291 条や法人税法施行令 187 条等に基づいて例外的に 15%の申告分離課税の対象となる以外、国内では原則として課税されない。

(18) 例えば、③の措置と同様な趣旨の規定は、2003 年、OECD モデル条約 13 条 4 項に追加されている。本項は、「一方の締約国の居住者が、株式の譲渡によって取得する収益に対しては、その価値の 50%超が不動産であって他方の締約国内に存在するものにより直接又は間接に構成される場合に限り、当該他方の締約国において租税を課することができる」（“Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of shares deriving more than 50 per cent of their value directly or indirectly from immovable property situated in the other Contracting State may be taxed in that other State.”）と定めている。

(19) この点については、平成 20 年 1 月 26 日付日本経済新聞朝刊参照。

(20) かかる意見については、平成 20 年 1 月 25 日付日本経済新聞朝刊参照。

(21) 我が国でも、例えば、平成 12 年 7 月に発表された税制調査会資料（「わが国税制

確かに、我が国でも、最近は、インベスト・ジャパンという旗印の下、対内投資に障壁となるような制度を除去して、資本流入を促進することが特に重要な課題とされ、今後も、かかる課題を念頭に置いた上で、非居住者による対内投資所得に対する課税のあり方を考察することが一つの重要なポイントとなると考えられることから、もし、主な諸外国の国際投資所得に対する課税制度と比較した場合、我が国の課税制度が、投資ファンドを通じた非居住者による対内投資等に対して高い障壁となっているとすれば、かかる障壁を取り除くような措置を講じることが必要となるであろう。また、諸外国が対内投資の促進に繋がる税務上の措置を更に積極的に講じるようになれば、かかる必要性は一段と高まるものと思料される。

もっとも、国境を跨いだ利益分配等に対する税制上の障壁を除去することは、国際的な脱税・租税回避行為を誘発することにも繋がることから⁽²²⁾、対内投資の更なる促進に繋がる措置を講じる場合には、国際的租税回避行為等に対する牽制・防止機能を強化する措置を講じることが必要となる。如何なる強化措置が特に有用なものとなり得るかについては、我が国における議論の趨勢や我が国の租税条約や国内法上の対抗措置の現状と問題点等を分析するとともに、対内投資を促進する措置を積極的に講じている主な諸外国の対抗措置の潜在的有用性・限界と最近の動向・趨勢等を考察することによって、有力視される選択肢とその制度設計上のポイント等を見出すことが可能となるものと思料する。

の現状と課題—21世紀に向けた国民の参加と選択—では、支出税論や二元的所得税論についての検討が行われているほか、「日本型二元的所得税」の採用を提言する意見なども見受けられる。かかる意見については、森信茂樹「二元的所得税と我が国への政策的インプリケーション」ファイナンシャル・レビュー第65号（平成14年）38～56頁参照。

- (22) 例えば、IFA第57回総会では、パネリストの一人であった米国財務省の法律顧問のアンガス（Barbara Angus）は、二国間の租税条約による配当に対する源泉税の廃止が条約締約国の税収の増加に繋がるか否かは、諸々の要因に左右されることから、必ずしも明確ではないほか、租税条約による源泉税の廃止は、条約漁りの対象となるという問題があることから、情報交換規定の機能を高めることが重要な課題となるという見解を示していた。この点については、拙稿・前掲「2003年 Cahiers LXXXVIIIa のテーマの論点」33頁参照。

上記のような問題意識の下、本稿では、まず、第1章において、最近の欧州における動き・趨勢を考察する。そもそも、単一市場の創設を目指す EU を構成する加盟国の場合、その税制のあり方は、欧州委員会の指令や欧州司法裁判所の采配に大きく左右されるなどの特殊性があるが、EU の国際政治力、経済的規模及びグローバルな税制のあり方を方向づける力は非常に大きいことから、欧州における国際投資所得課税のあり方の方向性や国際的租税回避行為に対する欧州委員会や欧州司法裁判所のスタンス如何等を分析することは、国際投資所得課税や国際投資促進策と租税回避防止策とのバランスの趨勢を把握するとともに、我が国の国際投資等に係る税制のあり方を考察する上で、特に重要なポイントとなると考えられる。

第1章 欧州における国際投資所得課税の趨勢

第1節 国際投資等に係る障壁を除去する流れの加速化

1. 欧州委員会・ECJの政策目標と親子会社指令改正の意義

欧州法規は EU 加盟国の国内法規に優位することから、加盟国間の資本等の移動に係る障壁を除去することや加盟国間の税法のハーモナイゼーションを実現することなどを特に重要な政策目標としている EU では、このような政策目標を実現するための諸規則等を定めた欧州連合条約 (EU Treaty) や欧州共同体設立条約 (EC Treaty) を頂点とする欧州法 (European Laws 若しくは (European) Community law) や「欧州人権条約」 (European Convention on Human Rights) 等に抵触すると考えられる加盟国の税法上の措置は、EU の行政執行機関である欧州委員会 (Commission of the European Communities) から、その改廃が求められ、最終的には、欧州司法裁判所 (European Court of Justice, ECJ) によって、EC 条約等との抵触如何が判断される。

欧州委員会は、上記のような政策目標を推進するための指令を発しており、例えば、親子会社間の配当に係る加盟国の税制は、親子会社間の配当に対する源泉税の廃止等を通じて EU 加盟国の法人グループが直面する国際投資に係る税法上の障壁を取り除くことを目的とする親子会社指令 (Parent-Subsidiary Directive, 90/435/EEC) の制約を受け⁽²³⁾、また、その前文で

(23) 本指令の正式名称は、「異なる加盟国の親会社と子会社に適用される共通の課税制度に関する 1990 年 7 月 23 日付欧州理事会指令」 (Council Directive 90/435/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, OJ L225, 20.8.1990, p.6) である。欧州委員会が提案する指令案は、EU の最高意思決定機関である欧州理事会 (European Council) の採択を経て成立することから、正式には欧州理事会指令と称されている。直接税の調和に係る欧州委員会指令の代表例としては、親子会社指令のほか、合併指令 [Merger Directive、正式名称は「異なる加盟国の法人に関する合併、分割、株式移転及び株式交換に適用される共

示されている指針となる考え方(「・・・親会社が関係する子会社から利益分配を受ける場合には、親会社が存する加盟国は、かかる利益に対して課税することを控えなければならないが、課税することとなる場合には、かかる利益に関して子会社が支払った法人税部分を親会社への課税上、控除することを認めなければならない。・・・子会社が親会社に対して分配する利益に対する源泉税は免除されなければならない・・・。」)によって方向づけられている⁽²⁴⁾。

欧州委員会指令等が加盟国の税制のあり方を方向づけるように、欧州司法裁判所の判断も、各加盟国の税制に大きな影響を及ぼす。欧州司法裁判所の加盟国に対する影響力が多大であることは、「欧州委員会が最も強力な権限を有しているが、最も重要なのは欧州司法裁判所である」とも⁽²⁵⁾、「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」とも言われていることから明らかである⁽²⁶⁾。加盟国の課税ベース

通の課税制度に関する 1990 年 7 月 23 日付欧州委員会指令」(Council Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares concerning companies of different Member States, OJ L225, 20.8.1990, p.1)] 等がある。合併指令は、加盟国を跨ぐ法人の合併等に伴うキャピタル・ゲイン課税の繰延べを行うことなどによって、国際的組織再編成を促進することを主眼としている。

- (24) 親子会社指令の前文の当該部分の原文は、①(“... where a parent company by virtue of its association with the subsidiary receives distributed profits, the State of the parent company must: either refrain from taxing such profits, or tax such profits while authorizing the parent company to deduct from the amount of tax due that fraction of the corporation tax paid by the subsidiary which relates to those profits; ...the profits which a subsidiary distributes to its parent company be exempt from withholding tax;...”) である。
- (25) この表現については、Timo Hohmuth, The Commission is the Most Powerful Institution in the EU but the Court of Justice is the Most Important (<http://www.emagister.de/kurse-the-commission-most-powerful-institution-eu-court-justice-most-important-kurse-2249198.htm> [平成 18 年 4 月 26 日]) 参照。
- (26) この表現については、Jason Gorringer, ECJ Ruling Could Result in £ 1

は、欧州委員会が推進している税制のハーモナイゼーションという動きだけでなく、個別案件に対する欧州司法裁判所の判断や意見によっても、少なからず侵食されているのである。

実際、欧州司法裁判所は、少なからぬ場合において、加盟国の租税回避防止規定が欧州委員会指令や EC 条約等に抵触するという判断を示しており、直接税に関して下された欧州司法裁判所判決の大半（凡そ 9 割）は、納税者側に有利なものであったと言われている⁽²⁷⁾。加盟国の課税ベースの侵食は、多くの場合、各国の国内税法上の規定が、EC 条約等が定める「基本的権利」（fundamental rights、fundamental freedom や fundamental principles とも称される。）に抵触する場合に生じるが、基本的権利とは、EC 条約第 3 章で定められている 4 つの自由（資本、人、物及びサービスの移動の自由）や「無差別取扱いの原則」（principle of non-discrimination）等に代表されるものである。

上記のような政策目標と権限を有する欧州委員会や欧州司法裁判所によって、近年、国境を跨ぐ配当等に係る源泉税のあり方も大きく変貌を遂げている。例えば、前述の親子会社指令の前文で定める取扱いの対象となる親会社とは、1990 年の親子会社指令 1 条では、子会社が分配する利益に対する源泉税の免除の対象となる親会社は、子会社株式の 25%以上を有している法人とされていたが、2003 年の改正親子会社指令（2003/123/EC）の下では、源泉税免除の対象となる親会社の子会社株式の保有割合が、2005 年から 2006 年の間は 20%、2007 年から 2008 年の間は 15%、2009 年以降は 10%へと段階的に引き下げられることとなったほか、上記の前文で定める国際的

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。

(27) この点については、Lina Hansson, The Compatibility of Limitation on Benefits Provisions in Tax Treaties with EC Law ([http://www.jur.lu.se/Internet/Biblioteket/Examensarbeten.nsf/0/7B0C3DA620394859C125718C00732D6D/\\$File/exam.pdf?](http://www.jur.lu.se/Internet/Biblioteket/Examensarbeten.nsf/0/7B0C3DA620394859C125718C00732D6D/$File/exam.pdf?) [平成 19 年 6 月 3 日]) 参照。

重課税排除の対象となる子会社の範囲も孫会社にまで拡大されている。

2003 年の親子会社指令の改正によって加速した国境を跨ぐ配当等に係る源泉税を一定の条件に該当する場合には免除するという流れは、その後、以下で述べる *Denkavit International BV, Denkavit France SARL v. Ministre de l' Économie, des Finances et de l' Industrie* 事件 ECJ 2006 年 12 月 14 日判決 (Case C-170/05) (Rec. 2006, p. I-11949)、*Staatssecretaris van Financiën v. Orange European Smallcap Fund* 事件 (Case C-194/06) で示されたボット (Bot) 法務官意見 (2007 年 7 月 3 日) 及び *Amurta S.G.P.S, v. Inspecteur van de Belastingdienst* 事件 ECJ 2007 年 11 月 8 日判決 (Case C-379/05) (Reg. 2007, I-0000) 等によって、更に加速することとなった。

2. 国境を跨ぐ利益分配に係る源泉税の行方

(1) Denkavit 事件 ECJ 判決の意義と影響

上記の Denkavit 事件では、フランスの租税通則法 (Code Général des Impôt) § 119a(2) に基づき、フランスの子会社がフランスに PE を有しないオランダの親会社に支払った配当に対して源泉税が課されたが⁽²⁸⁾、フランスの会社税の通常税率に服する国内の親会社や国内に PE を有する国外の法人が受け取るフランス子会社からの配当については、同法 § 216 が定める「親会社レジーム」 (“parent company regime” と英訳されている。) の適用対象となり、実質的には殆ど課税されないことから⁽²⁹⁾、配当が支払われる先の法人がフランスの国内法人やフランス国内に PE を有し

(28) 本事件で問題となった配当は、親子会社指令が発せられる前の 1987 年から 1989 年にかけて支払われたものである。仏蘭租税条約 10 条 2 項の下、フランスで課された源泉税は、さもなければオランダにおいて配当に課される税額を限度として控除されるが、実際には、オランダの「資本参加特権」が適用される親会社に対しては、かかる控除が認められないこととなる。

(29) 「親会社レジーム」の下、配当が実質的に殆ど課税されないのは、株式から生じる所得の 5% を除き、配当は親会社の課税対象利益の計算上控除されるからである。

ている法人であるか否かによって異なる税負担を課することとなることが、設立の自由を定める EC 条約 43 条及び 48 条に抵触するか否かが問題となった⁽³⁰⁾。

本事件でフランス政府が主に主張したのは、①配当に対する課税が実質的に殆ど免除されるという利益は、フランス国内に PE を有するオランダの親会社に対しては与えられていること、②国内子会社が国内に PE を有しないオランダの親会社に支払う配当への源泉税を免除すると、かかる配当に対するフランス及びオランダでの課税が回避され、フランスとオランダの課税権の配分が損なわれることから、租税通則法 § 119a(2)に基づく源泉税の賦課は「財政属地主義」(“principle of territoriality”)や「課税権の配分」(“allocation of taxation powers”若しくは“allocation of fiscal jurisdiction”)原則によって正当化されること、③源泉税の賦課によって生じる二重課税を調整するのは、源泉地国ではなく居住地国であるという点であった。

本事件判決において、欧州司法裁判所は、本事件に対するジールホード (Geelhoed) 法務官意見(2006年4月27日)と凡そ同様な見解に立脚

(30) EC 条約 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。EC 条約 48 条は、「加盟国の法律に従って設立され、共同体において登録した事務所や主たる事業所を有する法人は、本章の目的上、加盟国の国民である自然人と同様に取り扱われる。」(“Companies or firms formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Community shall, for the purpose of this Chapter, be treated in the same way as natural persons who are nationals of Member States.”)と定めている。

し⁽³¹⁾、本件で問題となっているフランスの制度の下では、そもそも、国内の親会社が国内の子会社から受け取る配当への課税が実質的に殆どされておらず、オランダでも、「資本参加特権」の下、国外源泉の配当への課税が免除されている以上、フランス国内の子会社がオランダの親会社に支払う配当がフランスやオランダで課税されないことを防止するという「課税権の配分」原則を根拠として租税通則法 § 119a(2)を正当化することはできないことから、親会社の登録地如何によって異なる税務上の取扱いを行い、その結果、国内の親会社に認める国内税法上の有利な取扱いを非居住者である親会社に認めないことは、EC 条約 43 条及び 48 条に抵触すると判示している。

Denkavit 事件判決は、欧州における源泉税の終焉に繋がると言われるほどインパクトが強く⁽³²⁾、その意義・影響も大きかった。例えば、本判決を受け、欧州委員会は、フランスと同様な問題を有していると考えられるポルトガル等に対し、EC 条約 226 条に基づく侵害手続(infringement proceedings)を適用し⁽³³⁾、関係する税法規定の改正を求めたが、その際、欧州委員会は、ポルトガルの制度の下では、国外の居住者に支払われる利子に係る源泉税の負担が、国内の居住者に支払われる利子に係る税負担よりも重くなることが多々あり、かかる取扱いは、サービスの提供の自由を定める EC 条約 49 条及び資本移動の自由を定める EC 条約 56 条に抵触する

(31) もっとも、ジールホード法務官意見では、「財政属地主義」に基づく本制度の正当化の可否や EC 条約 48 条との抵触如何という問題への言及はされておらず、本制度と EC 条約 43 条との抵触が指摘されたにとどまる。

(32) このような解釈を示している例としては、Marcel Jacobsen and Paul de Haan, Why withholding taxes are under threat ?, *International Tax Review*, Nov. 2005 (also at <http://www.internationaltaxreview.com/?Page=10&PUBID=35&ISS=20909&SID=596447&TYPE=20> [平成 19 年 12 月 20 日]), *News/European Union: Towards the end of Withholding taxes ?* (http://www.apostille.us/news/european_union_towards_the_end_of_withholding_taxes.shtml [平成 19 年 12 月 20 日]) 参照。

(33) Denkavit 事件判決に関連して EC 条約 226 条に基づく侵害手続の適用が行われたのは、ポルトガルのほか、オランダ、イタリア及びスペイン等であった。

と指摘していることから⁽³⁴⁾、Denkavit 事件判決の射程範囲は、配当に係る源泉税と EC 条約 43 条及び 48 条との関係に限定されるわけではないと考えられる⁽³⁵⁾。

また、Denkavit 事件判決で問題となったのは、親子会社間の配当に係る源泉税と EC 条約との関係であったが、親子会社間の国境を跨いだ配当に対して源泉税を免除するという取扱いは、前述の通り、本判決で問題となった事件の発生後に改正された親子会社指令の下で、相当程度に手当てされたことから、Denkavit 事件判決の最大の勝者は、異なる国で事業を展開する親子会社というよりは、むしろ、投資先の国々において源泉税を徴収されている年金・投資ファンドであるという指摘もされているところであり⁽³⁶⁾、実際、年金・投資ファンドがグローバルな規模で管理・運用している資産は、今や膨大な額に達していることに鑑みると、Denkavit 事件判決が、年金・投資ファンドに投資する者や加盟国の政府の財政状況に与えるインパクトは測り知れないほど大きいものとなり得るものと史料される。

(34) 欧州委員会が 2006 年 7 月 11 日にポルトガルに対して適用した侵害手続 (IP/06/971) に係る発表資料については、<http://www.europa.eu/.../06/971&format=HTML&aged=0&language=en&guiLanguage=en-20k> [平成 20 年 8 月 21 日] 参照。

(35) EC 条約 49 条の第一パラグラフは、「…欧州共同体内においてサービスを提供する自由に対して制限を課することは、サービス提供の対象とされている者の国以外の共同体の国で開業している加盟国の国民との関係において禁止される。」(“… restrictions on freedom to provide services within the Community shall be prohibited in respect of nationals of member States who are established in a State of the Community other than that of the person for whom the services are intended.”) と定めており、EC 条約 56 条は、「…加盟国間及び加盟国と非加盟国との間の資本移動に対する全ての制限は禁止される。」(“… all restrictions on the movement of capital between member States and third countries shall be prohibited.”) と定めている。

(36) かかる指摘については、Withholding tax hammered in ECJ (<http://www.accountancyjobs.com/accountancy/news/2203078/withholding-tax-faces-blow> [平成 19 年 12 月 20 日]) 参照。

(2) Smallcap Fund 事件に対する法務官意見の視点

Smallcap Fund 事件で示されたボット法務官意見は、上記で述べた Denkvit 事件判決の意義・射程範囲等が凡そ的を得たものであることを示唆している。本事件では、国内外の投資家から資金の提供を受けているオランダに設立された投資ファンド A は、オランダの 1969 年法人税法上、課税免除となっており、国内外の投資先から配当を受けた後、国内外の投資先で課された源泉税の還付を求めたのに対し、オランダの税務当局は、法人税法 § 28(1) (b) 及び 1970 年「集団投資企業に関する勅令」(Besluitbeleggingsinstellingen) § 6 に基づき、国内で課された源泉税は還付するものの、国外で課された源泉税の還付の大半を拒否したため、かかる取扱いを行うことが、資本移動の自由を定める EC 条約 56 条に抵触するか否かが問題となった。

本事件において、税務当局が、国外で課された源泉税の還付請求の大半を拒否したのは、当時、オランダがドイツ及びポルトガルと締結した租税条約では、一方の締約国で課された源泉税を他方の締約国の所得税の算定上控除するという規定が存在しておらず、また、ドイツやポルトガル以外の EU 加盟国の法人が支払う配当に係る源泉税に対しては、控除が認められるものの、1970 年「集団投資企業に関する勅令」§ 6(2) が定める計算式の下、オランダの居住者でない株主による投資ファンド A への投資割合に応じて、控除が認められる額が減少するという仕組みとなっていたからであるが、投資ファンド A は、これらの EU 加盟国で課された源泉税だけでなく、非加盟国で課された源泉税についても還付が認められるべきであると主張した。

上記事件に対するボット法務官意見では、ドイツやポルトガルの法人が支払う配当に係る源泉税についてのみ控除を認めないことは、投資ファンド A がドイツ等の法人に投資することを抑制するように作用し、また、ドイツ等以外の加盟国で課された源泉税に対して認められる控除・還付の額が、投資ファンド A への投資を行う者に非居住者が含まれる割合に応じて

減少するという事は、非居住者が投資ファンド A に投資することに対する抑止的な効果が生じることから、これらの取扱いは EC 条約 56 条に抵触しており、また、このような取扱いは、居住者と非居住者の差異や非居住者の中に非加盟国の居住者が含まれているという事実等をもってしても正当化することはできないことから⁽³⁷⁾、投資家段階で課税するという取扱いが一律に適用されるべきであるという見解が示された⁽³⁸⁾。

(3) Amurta 事件 ECJ 判決の含意

Amurta 事件判決は、欧州における源泉税の凋落という趨勢が決定的であることを印象づけるものであった。本事件では、オランダの「配当課税に関する 1965 年法」(Wet op de dividendbelasting 1965) § 4 及び § 13 の下では、法人税の対象となる国内法人や国内に PE を有する法人への配当には源泉税が課されないものの、オランダに PE を有しないその他の加盟国に設立された法人への配当については、親子会社指令が定める源泉税免除の適用要件(25%以上の株式保有割合)をクリアするケースに該当しない限り、源泉税の対象とされていたことから⁽³⁹⁾、かかる取扱いが、資本移動の自由を定める EC 条約 56 条及び同条の例外を定める EC 条約 58

(37) 正当化できないのは、投資ファンド A に投資している株主が、オランダの居住者、その他の加盟国の居住者、或いは非加盟国の居住者のいずれであろうと、投資ファンド A から株主に配当が支払われる際に、オランダで課税がされるからである。

(38) ボット法務官は、本章第 3 節 2(1)で考察する D 事件 ECJ 判決(C-376/03)で示された税務上の利益に関する最恵国待遇の適用は認められないという見解は、限定的に解すべきであり、本件には適用できない、なぜならば、控除を認めるという待遇をドイツ等の法人からの配当に係る源泉税に対して認めたとしても、オランダが締結している租税条約上の互惠主義やバランスを危うくするとは考えられないからであるとも述べている。2008 年 5 月 20 日に下された本事件に対する ECJ 判決(C-194/06)も、ボット法務官と凡そ同様な見解の下、問題となっている税務上の取扱いが EC 条約 56 条及び 58 条に抵触すると判示している。

(39) かかる源泉税は、オランダ・ポルトガル租税条約 24 条の下、ポルトガルで税額控除される。

条に抵触するか否かが問題となった⁽⁴⁰⁾。

税務当局は、本件の取扱いを「課税権の配分」原則等に基づいて正当化することなどを試みたが、上記事件判決では、本件の取扱いを正当化するためには、かかる取扱いが EC 条約 58 条(1)(a)が定める「同様な状況にない」(“not in the same situation”)納税者に係るものであることが前提条件となるところ、オランダ国内法人から配当を受ける国内の居住者とオランダの国内法人から配当を受けるオランダに PE を有しない国外の居住者は、必ずしも同様な状況にあるわけではないものの、オランダが、これらの配当を課税対象とするならば、二重課税の防止という点で、これらの者は、同様な状況にあるとみなされることから、オランダ政府は、国外での税額控除の適用があることや「課税権の配分」原則のみを理由として、EC 条約 56 条が定める義務から逃れることはできないと判示された⁽⁴¹⁾。

第 2 節 基本的権利の制約根拠と限界

1. 「租税回避の防止」原則

上記の一連の判決等によって、加盟国の課税ベースの侵食は更に進んだが、合理的な根拠があれば、基本的権利に制約を加える加盟国の制度が容認されることは、幾つかの欧州委員会の指令等からも確認し得る。例えば、親子会社指令 1 条 2 項では、「本指令は、詐欺や濫用を防止するために必要とされる国内法上の規定や加盟国間で同意された規定の適用を排除するものではな

(40) EC 条約 58 条(1)(a)は、「56 条の規定は、加盟国が、居住地や資本が投資されている場所に関して同じ状況にない納税者を区別する税法の関係規定を適用する加盟国の権利を毀損するものではない」(“The provisions of Article 56 shall be without prejudice to the right of Member States: (a) apply the relevant provisions of their tax law which distinguishes between taxpayers who are not in the same situation with regard to their place of residence or with regard to the place where their capital is invested;”)と定めている。

(41) ECJ が「課税権の配分」原則と「租税回避のリスク」原則との関係をどのように解しているかについては、本章第 3 節 2(2) 参照。

い。」と規定している⁽⁴²⁾。また、合併指令(Merger Directive)11 条 1 項 a は、「加盟国は、合併、分割、資産移転或いは株式交換の主要な目的或いは主要な目的の一つが、脱税や租税回避である場合には、EC 条約 1 ～ 3 章の規定が定める特典の全部或いは一部の適用をしないことができる。・・・合理的な商業上の事由を欠く・・・活動は、脱税や租税回避を主要な目的若しくは主要な目的の一つとしていると推認される。」と定めている⁽⁴³⁾。

実際、租税回避等の防止という根拠に基づく基本的権利の制約を認めたケースとして、例えば、Direct Cosmetics Ltd and Loughtons Photographs Ltd v. Commissioner of Cutoms and Excise 事件 ECJ 1988 年 6 月 12 日判決(Case 138/86 and 139/86)(Rec. 1988, p. 3937)がある。本件では、卸売販売という通常の取引形態によらない販売方法によって付加価値税を回避する取引に対抗する手段として導入された英国の 1983 年付加価値税法(Value-added Tax Act)別表(Schedule)4 に基づき、税務当局は、免税事業者等を介した化粧品や写真の販売を行った事業者の場合も、公開市場価格に基づいた通常の卸売販売が行われたものとして、付加価値税の納付義務が生じるという取扱いを行ったことから⁽⁴⁴⁾、かかる取扱いの根拠となる別

(42) 本規定の原文は、“The Directive shall not preclude the application of domestic or agreement-based provisions required for the prevention of fraud or abuse.” である。

(43) 本規定の原文は、“A Member State may refuse to apply or withdraw the benefits of all or any part of the provisions of Titles II, III and IV where it appears that the merger, division, transfer of assets or exchange of shares: (a) has as its principal objective or as one of its principal objectives tax evasion or tax avoidance; ... the operations ... not carried out for valid commercial reasons ... may constitute a presumption that the operation has tax evasion or tax avoidance as its principal objective or as one of its principal objectives;” である。合併指令の正式名称や目的については、脚注(23)参照。

(44) 別表 4 のパラ 3 を踏まえ、税務当局は、1985 年 6 月 30 日以降は、「... 課税対象者でない者に対する課税対象売上げに係る付加価値税の課税標準は、... 卸売販売による公開市場での価格とする」(“... the value by reference to which value added tax is charged on any taxable supply of goods: (a) by you to persons

表 4 が、欧州委員会の付加価値税第 6 次指令 (77/388/EEC) に抵触するか否かが問題となった⁽⁴⁵⁾。

そもそも、付加価値税法第 6 次指令 11 条 A の 1 項 a は、「付加価値税の課税対象となる (物・サービス) の提供には、その対価を構成する全てのものが含まれる。」と定めているが、本規定の例外として、同指令 27 条 1 項では、「欧州委員会は、… 加盟国に対し、税の賦課若しくは一定の脱税や租税回避を阻止するための手続を簡素化するために、第 6 次指令から逸脱する特別の措置を講じることを認めることができる。」と定められていることから、当該規定を根拠とする付加価値税法の別表 4 は、第 6 次指令に抵触するものではないと英国の税務当局は主張した⁽⁴⁶⁾。

上記の Direct Cosmetics 事件判決では、第 6 次指令 27 条 1 項が定める租税回避とは、「共同体共通の概念」(“Community concept”) であることから、租税回避の定義が加盟国の任意の解釈に委ねられているわけではなく、また、租税回避とは「純粋に客観的な現象」(“purely objective phenomenon”) であって、意図という要素が含まれる脱税とは異なるものであるが、英国の 1983 年付加価値税法別表 4 は、かかる定義づけが可能な租税回避や脱税を防止するという目的を有するものであると判断されることから、その手続面及び実体面において第 6 次指令の 27 条 1 項に抵触するものでもないと判示された。

who are not taxable persons … shall be taken to be its open-market value on a sale by retail.”) という解釈を行っていた。

- (45) 本指令の正式名称は、「売上税に関する加盟国の法律のハーモナイゼーションに関する 1977 年 5 月 17 日付欧州理事会第 6 次指令 — 付加価値税の共通システム：均等な課税ベース」(Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonization of the laws of the Member States relating to turnover taxes — Common system of value added tax: uniform basis of assessment, OJL 145, 13. 6. 1977, p.1) である。
- (46) 本規定の原文は、“The Council, … may authorize any Member State to introduce special measures for derogation from that Directive in order to simplify the procedures for charging the tax or to prevent certain types of tax evasion or avoidance;” である。

2. 「税体系の一貫性」原則、「財政管理の有効性」原則及び「財政属地主義」

基本的権利の制約根拠となり得るのは「租税回避の防止」原則に限ったわけではない。例えば、Hanns-Martin Bachmann v. Belgian State 事件 ECJ 1992年1月28日判決(C-204/90)(Rec.1992, p. I-249)では、「税体系の一貫性」(“fiscal cohesion”、“coherence of tax system”とも称される。)原則に基づく基本的権利の制約が認められた。本件では、ベルギー国内で拠出された生命保険の掛金やベルギー政府が認めた保険会社に拠出された疾病障害保険の掛金のみが所得税法上控除可能であるとするベルギーの所得税法(Code des Impôts sur les Revenus) § 54に基づき、税務当局は、ベルギーで雇用されているドイツ人がベルギーでの勤務を開始する以前にドイツで拠出していた年金保険の掛金や疾病障害保険の掛金をベルギーで稼得した所得から控除することを認めなかったことが問題となった。

上記のBachmann事件判決では、そもそも、ベルギーの所得税法 § 54 が保険の掛金の控除を認めているのは、他方において、保険金の受取りが課税されることによって、「税体系の一貫性」の原則が維持されるからであり、他の加盟国での掛金の拠出の事実を示す証明書を入手などの確認作業を通じて「税体系の一貫性」を確保することは、現行の租税条約や EC 条約の下では實際上困難であることに鑑みると、所得税法 § 54 のような規定を措置することの必要性は認められ、また、「税体系の一貫性」を確保するための手段として、より制限が緩い手段は凡そ想定し難いことから、本規定は、設立の自由と差別的な取扱いの禁止を定める EC 条約 48 条に抵触しないと判示された⁽⁴⁷⁾。

また、「財政管理の有効性」(“effectiveness of fiscal supervision”)原則や「財政属地主義」も、基本的権利の制約根拠となり得ることを示唆したが、Futura Participants SA and Singer v Administration des Contributions 事件 ECJ 1997年5月17日判決(Case C-250/95)(Rec.

(47) EC 条約 48 条については、脚注(30)参照。

1997, p. I -2471)である。本事件では、ルクセンブルクの「1967 年課税法」(“Law on Taxation of Revenue of 4 December 1967”と英訳されている。) § 157(2)等の下では、ルクセンブルグにおける非居住者の所得税額を計算する際、居住者の場合と異なり、国外での過年度分の損失の控除の適用は、かかる損失の国内事業活動との関連性と正確な帳簿保存があると認められる場合に限定されていることが、設立の自由を定める EEC 条約 52 条に抵触するか否かが問題となった⁽⁴⁸⁾。

本事件判決では、過年度分の損失控除を認める上で、非居住者に対してのみ、正確な帳簿を保存するということを要件として課することは、本来、税務当局が、非居住者に対し、損失の国内事業活動との関連性を明確かつ正確に示すことを求めることで用が足りることなどに鑑みると、EEC 条約 52 条との抵触が認められると判示されたが、「財政管理の有効性」原則については、「切迫した公益上の理由」(“pressing reason of public interest”)が認められる場合には、基本的権利を制約する根拠として依拠し得るものであること、また、過年度分の損失の控除を国内の事業活動との関連性が認められる場合に限定すること自体は、「財政属地主義」に合致しているという見解が示されている。

3. 「比例性の原則」

上記の通り、基本的権利の制約根拠となり得る原則が幾つか存在している。しかしながら、基本的権利に制約を加える国内規定をこれらの原則に基づいて正当化し得るのは、あくまでも例外的な場合に限定されるであろうことは、例えば、前述の Futura 事件判決において、「財政管理の有効性」原則に依拠して基本的権利に制約を加えることが容認されるのは、「切迫した公益上の理由」が存在しているような場合であるという見解が示されていることから示唆され、しかも、Futura 事件判決では、「切迫した公益上の理由」

(48) EEC 条約 53 条の規定振りは EC 条約 43 条の規定振りと殆ど同様である。EC 条約

が存在している場合でも、基本的権利の制約の態様は、制約する目的を達成するために必要なレベルを超えてはならないとも述べられていることから、基本的権利を制約する根拠となり得る原則の適用は、制約の目的と制約の態様の両面から限界づけられることとなるものと考えられる。

上記のような考えが凡そ誤っていないことは、Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l' Economie, des Finances et de l' Industrie 事件 ECJ 2004 年 3 月 11 日判決 (Case C-9/02) (Rec. 2004, p. I-2409)からも確認し得る。本事件では、フランスからベルギーに出国する納税者が有する株式の未実現のキャピタル・ゲインに「出国税」(“exit tax”と英訳されている。)を課する「租税通則法」 § 167 が⁽⁴⁹⁾、設立の自由を定める EC 条約 52 条 (現 EC 条約 43 条)に抵触するか否かが問題となったが⁽⁵⁰⁾、本事件判決では、フランスの出国税は、主に、租税回避の防止を目的とするものであるが、「公共利益という絶対的な理由」(“imperative reason in the public interest”)が存在しておらず、また、「比例原則」(“principle of proportionality”)にも合致していないことから、EC 条約に抵触すると判示された。

上記の Lasteyrie 事件判決は、基本的に、本事件に対するミスチョ (Mischo) 法務官意見 (2003 年 3 月 13 日) に依拠するものであるが、本法務官意見では、「財政管理の有効性」原則や「租税回避等の防止」原則は、基本的権利の制約根拠となり得るものではあるが、フランスの出国税は、単に居住地を他国に移転するという事実から租税回避の意図を推認して課税を行うという考えに立脚するものであって、「財政管理の有効性」や「租税回避等の防止」という目的を実現するためには不相応な手段であることは、例

43 条については、脚注 (30) 参照。

(49) 本規定の下、納税者が、出国前に、キャピタル・ゲインの申告を行い、保証金の預託及び国内代理人の指定などを行えば、出国税の実際の支払いを一定期間 (例えば、キャピタル・ゲインが実際に実現した時までなど。) 延長することが可能となり得る。

(50) EC 条約 43 条については、脚注 (30) 参照。

えば、実際にキャピタル・ゲインが実現した後にフランスに帰国した際に課税・徴収を行うことができるよう租税条約上の徴収共助規定等を利用するなど⁽⁵¹⁾、より制約の緩い(その他の)手段が存在していることから確認し得るという見解が示されている。

上記の通り、基本的権利の制約根拠となり得る原則は幾つか挙げられるが、加盟国間の資本等の移動の自由や無差別取扱いなどを保障するという政策の下、問題視されるような加盟国の税法規定に対する欧州委員会や欧州司法裁判所の伝統的なスタンスは、かなり厳しいものとなっており、基本的権利の制約根拠となり得る原則を援用して税法上の否認規定等を正当化し、自国の居住者とその他の加盟国の居住者に対して異なる税務上の取扱いを行うようなことは、非常に多くの場合において認められなかったという経緯がある。ところが、最近では、国際的租税回避行為の活発化などを背景として、かかるスタンスにも微妙な変化が生じてきており、かかる変化は、以下で述べる通り、最近の欧州委員会の幾つかの指令等だけでなく、最近の幾つかの欧州司法裁判所判決にも見出すことが可能である。

第3節 国際的租税回避行為等に対する欧州委員会・ECJのスタンスの変化

1. MARDの改正

欧州委員会の国際的租税回避行為等に対する考え方が微妙に変化してきていることを示唆する代表的な例として、「税の徴収に係る相互支援に関する指令」(Mutual Assistance Directive, 76/308/EEC、通称MARD)の機能が、最近の一連の改正を通じて、拡充されたという事実を挙げることができ

(51) 本判決を受けて、欧州委員会は、フランスと同様に出国税を有していたドイツに対し、その廃止を正式に求め、ドイツ政府も、その適用を制限する方向性を示したという経緯がある。

る⁽⁵²⁾。そもそも、MARD は 1976 年に採択され、関税等の徴収に関する加盟国間の協力義務を定めていたが、1979 年の改正(79/1071/EEC)によって、付加価値税が徴収協力義務の対象に含まれるようになり、さらに、2001 年の改正(01/44/EEC)を経て、徴収協力義務の対象となる税目は、所得税や社会保障税等をも含むように広げられたという経緯がある。

改正された MARD の下では、納税者に対する租税債権が生じた国の権限ある当局は、他の国の権限ある当局に対し、租税債権の徴収に有用な情報を提供することを依頼することができ⁽⁵³⁾、依頼を受けた権限ある当局は、かかる依頼に応じるために、国内の税の徴収上認められている法律・行政上の権限を行使することができる⁽⁵⁴⁾とされている。MARD が改正されたことによって、相続税・遺産税と印紙税を除く殆ど全ての税について、加盟国間での徴収協力義務が発生し、主権国家間では税の徴収には協力をしないという税に関する国際法上の確立した規準(米国等では「歳入ルール」(“revenue rule”) と称されている。)⁽⁵⁵⁾は⁽⁵⁴⁾、大きな変貌を遂げようとしている⁽⁵⁵⁾。

- (52) 本指令の正式名称は、「一定の負担金、税及びその他の手段に係る債権の回復に対する相互支援に関する 1976 年 3 月 15 日付欧州理事会指令」(Council Directive 76/308/EEC of 15 March 1976 on mutual assistance for the recovery of claims relating to certain levies, duties, taxes and other measures, OJ L 73, 19.3.1976, p.18)である。
- (53) MARD12 条 2 項の定めにより、問題の租税債権が訴訟の対象となっているような場合には、このような依頼を行うことは原則として認められない。
- (54) 米国でも、「歳入ルール」の位置づけが変貌していることを示唆する判決 (Pasquantino v. United States 事件最高裁判決 (544 U.S. 349; 125 S. Ct. 1766; 161 L. Ed. 2d 619; 2005 U.S.)が最近下されている。本判決では、歳入ルールは絶対的なものではなく、「本ルールは、国内の裁判所をして、外国の歳入法を執行することについて、全面的に禁止をしたものではない」という見解が示されている。本判決の概要・意義等については、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 52 号 (平成 18 年) 127～129 頁参照。
- (55) 実際に徴収協力が実行されたケースとしては、例えば、1996 年に執行されたイタリアとギリシャ間のものがある。本ケースは、徴収協力の対象が 1968 年の脱税に対するものであっても、1976 年に採択された MARD の遡及的な適用が認められると判断された *The Greek State v. Nikolaos Tsapalos and Konstantinos*

2003年6月3日に採択(2005年7月1日発効)された欧州委員会の貯蓄指令(Savings Directive 2003/48/EC)も⁽⁵⁶⁾、国際的租税回避行為等への対抗策として大きな意義を有するものである。本指令は、加盟国に対し、加盟国の受益者(法人は含まれない。)が、他の加盟国の金融機関等から受ける利子については、受益者の居住地国において適切な課税が可能となるよう、①金融機関等に報告義務を課するか、或いは②源泉徴収税の適用を行い、源泉徴収された税の75%を居住地国の税務当局に移すことを義務づけるものであるが⁽⁵⁷⁾、欧州委員会では、2008年、ドイツの居住者がリヒテンシュタインの金融機関を隠れ蓑にして巨額の脱税を行った事件が大きな社会問題となったことを受け、本指令の適用となる所得の範囲を拡大するなどの強化策が検討されている⁽⁵⁸⁾。

2. 基本的権利の制約根拠となり得る諸原則の再構築

欧州司法裁判所の国際的租税回避行為に対するスタンスにも変化が認められる。かかる変化が生じてきていることを示唆する代表的な判決としては、以下で述べる *D v. Inspecteur v. de Belastingdienst/Particulieren/*

Diamantakis 事件 ECJ 2004年7月1日判決(C-361/02 and C-362/02)(Rec. 2004, p. I-6405)で問題となったものである。

- (56) 本指令の正式名称は、「利払いの形態による貯蓄性所得に対する課税に関する2003年6月3日付欧州理事会指令」(Council Directive 2003/48/EC of 3 June 2003 on taxation of savings income in the form of interest payments, OJ L 157, 26.6.2003, p.38)である。
- (57) ②(源泉徴収税の適用等)を選択した加盟国は、オーストリア、ベルギー及びルクセンブルグであり、源泉徴収税率は、2008年6月30日までは15%(それ以降は20%となり、2011年7月1日からは35%となる予定。)である。非加盟国も本指令に従うことを促進するために、非加盟国が源泉徴収税を利子の受益者の居住地国に移す際、個人情報や銀行秘密保持法等との関係から、受益者を特定することができないような場合には、受益者の名前・住所等を特定しないことも可能とされている。
- (58) この点の詳細については、Stephen Castle, *EU begins crackdown against 'tax paradises'*, *The Herald Tribune*, Mar.4, 2008 (also at <http://www.iae-toulouse.fr/files/RPfinance/EN-The-EU-fighting-tax-paradises.pdf> [平成20年9月18日])参照。

Ondernemingen buitenland te Heerlen 事件 ECJ 2005 年 7 月 5 日判決 (Case C-376/03) (Rec. 2005, p. I -5821) 及び Marks & Spencer plc. v. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes) 事件 ECJ 2005 年 12 月 13 日判決 (Case C-446/03) (Rec. 2005, p. I -10837) 等が挙げられる。とりわけ、Marks & Spencer 事件判決は、タックス・ハーモナイゼーションに向けた動きが進展する中、「欧州全体に適用される包括的否認規定」(“Euro-GAAR”) の実質的な導入に繋がる流れが生じてきていることを意味するものであると位置づけられようと指摘する向きもある⁽⁵⁹⁾。

(1) D 事件 ECJ 判決

上記の D 事件判決では、オランダに財産の一部を有しているドイツ人 D が、オランダで支払うべき富裕税額の算定上、オランダの居住者や財産の大半をオランダに有する非居住者と異なり、1964 年富裕税法 § 14(3) が認める控除の適用が認められないことが⁽⁶⁰⁾、資本移動の自由を定める EC 条約 56 条及び同条の例外を定める EC 条約 58 条に抵触するか否かが争点となった⁽⁶¹⁾。本事件に対するコロマー (Colomer) 法務官意見 (2005 年 7 月 5 日) では、1964 年富裕税法 § 14(3) が EC 条約 56 条等に抵触しているという見解が示されたが、本事件判決では、財産の一部のみがオランダに存している非居住者とオランダの居住者は、同様な状況にあるとは言えない

(59) かかる指摘については、Ross Wilkinson, Marks & Spencer Case - Equitable Compromise (<http://www.chilternplc.com/news/pressrelease/236> [平成 18 年 2 月 20 日]) 参照。

(60) オランダの財務省は、ハーグ地区控訴裁判所 (Gerechtshof te 's-Gravenhage) 2000 年 7 月 18 日判決 (BK-99/01421) において、オランダに殆ど全ての財産を有している他国の居住者とオランダの居住者は、富裕税法 § 14(3) の適用上、同様な状況にあると判示されたことを踏まえ、財産の 90% 以上をオランダに有する他国の居住者は、本規定が定める控除の適用対象となるという通達 (no. CPP2003980, BNB 2003/237) を 2003 年 4 月 18 日に発している。なお、適用される控除額は、既婚であるか否かなども異なる。

(61) EC 条約 56 条については、脚注(35)参照。EC 条約 58 条については、脚注(40)参照。

ことから、1964年富裕税法 § 14(3)が定める控除がドイツ人 D に適用されなくとも、EC 条約 56 条等との抵触の問題は生じないと判示された。

上記事件判決において、欧州司法裁判所は、EC 条約 56 条及び 58 条の下では、加盟国は、租税条約の枠内において、その課税権の配分を行う際、「関係する要因」（“connecting factors”）を自由に決定することができるという「課税権の配分」原則に依拠し、本原則に基づいて課税権の配分を行った結果、例えば、ドイツ人 D と同様に資産の一部のみをオランダに有するベルギー人に対しては、1997 年に富裕税を廃止したドイツの居住者であるドイツ人 D の場合と異なり、オランダ・ベルギー租税条約 25 条 3 項に基づき⁽⁶²⁾、1964 年富裕税法 § 14(3)の控除が認められることとなるが、このような差異が生じるのは、各加盟国が異なる租税条約を有することの結果であって、本租税条約上の規定も、本租税条約の不可欠な部分として、条約全体のバランスに寄与するものであると判示している。

(2) Marks & Spencer 事件 ECJ 判決

Marks & Spencer 事件判決では、英国の 1988 年所得・法人税法 § 402 が定めるグループ控除制度が問題となった。本規定の下では、グループ控除の対象となるのは、英国の居住者である法人若しくは英国に存する PE を通じて事業を行っている国外の居住者である法人に限定されていることから、英国法人 A の国外子会社の損失は、英国法人 A の利益と相殺することができないことから、このような取扱いを行う本規定が、設立の自由を

(62) オランダ・ベルギー租税条約 25 条 3 項は、本判決文によると、「いずれか一方の締約国の自然人は、他方の締約国が、その居住者に対し、民法上の地位や扶養関係を理由として付与する諸控除等を受ける権利を有する。」（“Natural persons resident in one of the two Member States are entitled in the other to the personal allowances, concessions and reductions which are granted by the latter to its own residents by reason of their civil status or dependents.”）という規定振りとなっている。

定める EC 条約 43 条及び 48 条に抵触するか否かが争点となったが⁽⁶³⁾、英国政府は、本規定は、「異なる加盟国間の課税権の配分の均衡を維持すること」(“protect a balanced allocation of the power to impose taxes between the different Member States”)の必要性等に基づいて正当化し得ると主張した。

これに対し、本事件判決では、国内の親会社が国内の子会社の損失を控除することを容認する一方で、他の加盟国に存する子会社の損失と国内の親会社の利益との相殺を認めないとする規定を設けること自体は、必ずしも否定されるべきでもないが、他の加盟国に存する子会社が、当該他の加盟国で認められている諸々の損失計上の方法を勘案しても損失控除の可能性がないような場合に、このような規定を適用することは、EC 条約 43 条及び 48 条に抵触することとなるため、かかる規定を正当化するためには、より制約の緩い手段を採用していることが必要となるところ、英国のグループ控除制度は、必要以上の制約を課するものとなっていることから、「比例性の原則」に反していると判示された⁽⁶⁴⁾。

上記のような問題が認められるものの、欧州司法裁判所は、上記判決において、本件のようなグループ制度の下では、子会社が存する国で損失控除の可能性が全くないことが、親会社の存する国での損失控除を受けるための前提条件となるべきであるという見解を示しているほか⁽⁶⁵⁾、①損失の控除を行う国を自由に選択することを認めることは、「異なる加盟国間の課税権の配分の均衡を維持すること」の必要性の観点から容認できないこと、②関係加盟国での損失の二重控除を防止する必要性があること、③

(63) EC 条約 43 条及び EC 条約 48 条については、脚注 (30) 参照。

(64) 欧州司法裁判所は、より制限の緩いその他の手段として、例えば、グループ控除が認められる前提条件として、損失を生じさせた子会社のその後の利益が、以前に相殺された損失額のレベルに達するまで、グループ控除によって利益を得た親会社の課税所得に組み込まれることを求めるような制度などが想定されると述べている。

(65) このような前提条件は、「可能性欠如テスト」(“no possibility test”)と称されている。

関係する加盟国間で税率の高い方に損失が移転されことを「租税回避のリスク」(“risk of tax avoidance”)原則に基づいて防止する必要性があることを認め、上記①～③の全てを根拠として国境間を跨ぐ損失控除を否定することは、EC条約の趣旨に抵触しないという見解を示している⁽⁶⁶⁾。

上記①は、利益と損失は表裏一体であることから、利益に対する課税権がない場合、損失の控除は認めないという考え方であり、Futura 事件判決等で主張された「財政属地主義」やD事件判決で認められた「課税権の配分」原則と同様な視点に立脚するものであると解される⁽⁶⁷⁾。上記③で示された「租税回避のリスク」原則による基本的権利の制約は、「完全に人為的なアレンジメント」(“wholly artificial arrangements”)を阻止する場合に認められるものである。例えば、Lankorst 事件 ECJ 2002 年 12 月 12 日判決 (Case C-324/00) (Rec. 2002, p. I-11779) 等では、基本的権利を制約する規定を「租税回避のリスク」原則に依拠して正当化する主張が認められなかったが⁽⁶⁸⁾、Marks & Spencer 事件判決では、本原則の適用基準が従来ほど厳格に解されておらず、その潜在的有用性が低いものではないことが確認されたと解される。

第4節 小括と課題

第1節～第3節における考察から明らかのように、欧州では、源泉税を課す

(66) 本事件に対するマジュロ (Maduro) 法務官意見 (2005 年 12 月 13 日) でも、グループ控除が認められる前提として、損失控除と同等の取扱いを受けることが子会社を設立した他の加盟国において可能ではないことという条件を課するような制度であるならば、EC条約 43 条及び EC条約 48 条との抵触という問題は生じないという見解が示されている。

(67) この点は、「居住者である子会社と非居住者である子会社は同様な状況にはなく、… 親会社が設立されている加盟国は、非居住者である子会社に対しては、財政上の管轄権を有していない」と英国政府が主張していることから示唆される。

(68) Lankorst 事件判決では、ドイツの過少資本税制である所得税法 (KStG) § 8a が、EC条約 43 条に抵触するか否かが争点となった。

ることによって、国際投資所得に係る税務上の取扱いが、国内投資所得に係る税務上の取扱いよりも不利になるような場合には、かかる取扱いを認めないという方向で欧州司法裁判所の判決が確立しつつあるなど、国際投資等に係る税務上の障壁を除去するという流れは、年々、強まる傾向が認められるが、欧州委員会や欧州司法裁判所は、このような流れが加速することによって生じる加盟国の課税ベースの浸食を無条件に求めているわけではなく、一定の場合には、基本的権利の制約根拠となり得る原則に依拠して課税ベースの侵食に歯止めを掛けることを認めており、しかも、特に、最近は、国際的租税回避行為等に対するスタンスが厳格化してきていることを示唆する動きなども少なからず見受けられるようになった。

2002年には、「権利の濫用」(“abuse of right”)の概念の有用性を確認し、また、その適用基準を示した Halifax Plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd v. Customs & Excise 事件 ECJ 判決 (Case C-255/02) (Rec. 2006, p. I - 1609) が下されたことに加え⁽⁶⁹⁾、2005年には、D 事件判決及び Marks & Spencer 事件判決が下され、とりわけ、Marks & Spencer 事件では、「租税回避のリスク」原則と「課税権の配分」原則が、基本的権利に制約を加える制度を正当化する上で特に有用となり得ることが確認されたことによって、国際投資等に係る障壁を除去することに特に大きな重きが置かれている欧州においても、実質的に「欧州全体に適用される包括的否認規定」に相当するものが、今や存在しているという見方をすることもできるのではないかと思料される。

上記の判決等で示された見解・事実は、加盟国の国内法のあり方だけでなく、加盟国の租税条約の今後の改正の方向性等にも少なからぬ影響を及ぼし、欧州以外の主な諸外国の課税制度の今後のあり方をも左右することとなると想定されるが、このような事実・趨勢は、程度の差こそあれ、既に、主な諸外国でも

(69) Halifax 事件判決のポイントについては、拙稿「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—」税務大学校論叢 55 号 (平成 19 年) 110~113 頁参照。

認められ、また、我が国の場合も例外ではないであろうが、欧州で認められる事実・趨勢との乖離が少なからず認められる点もあろう。次の第2章では、我が国における状況が、具体的に、どのような点で上記の事実・趨勢と同様であり、また、どのような点で特に異なっているのかを考察することによって、現行制度の問題点や課題を探り、欧州で認められる上記のような事実・趨勢が、今後、よりグローバルかつ顕著なものとなるに伴い、我が国としては、如何なる対応が必要となるのかを展望する。

第2章 我が国の現状と新たな動き・方向性

第1節 主な対内投資促進策と国際的租税回避行為

1. 国際取引に係る規制緩和措置

第1章で考察した通り、欧州では、近年、国際投資等に係る障壁を除去する流れが、益々、加速するという趨勢が認められるが、我が国における対内投資の促進策の現状はどうなっているのでしょうか。かかる現状を考察する場合には、まず、平成10年の外国為替及び外国貿易法(以下、「外為法」という。)の大改正に目を向ける必要がある。本改正により、外国為替公認銀行のみが外国為替取引を行うという為銀主義が廃止され、また、内外資本取引等に係る事前の許可・届出制も原則として撤廃されるなどの措置が講じられたことから、海外預金の保有、対外貸借、居住者間の外貨建て取引、クロス・ボーダーの証券取引⁽⁷⁰⁾、相殺・マルチネットィング等の決済を自由に行うことが原則として可能となった。

非居住者による対内直接投資も、一定の要件(①安全保障上の問題が生じ得る業種を対象とするもの、②上場企業の株式の10%以上の取得を行うもの、③非上場企業の株式の取得を行うもののいずれか)に該当する場合には、外為法27条に基づく事前届出が義務づけられているほか、関税・外為審議会の意見を聞いた上で、財務大臣及び事業所管大臣は、投資内容の変更又は中止を勧告・命令することができることとされているものの、大半の対内直接投資は、かかる要件に該当するものではないことから、対内直接投資の自由化のレベルは、主な諸外国のレベルと比べても、低いものではないと考えられる⁽⁷¹⁾。

(70) 平成9年までは、国内投資家の対外証券投資や外国投資家の対日証券投資は事前届出が必要であり、決められた証券会社を通じて取引を行う場合に限り事前届出を不要とする指定証券会社制度が採用されていた。

(71) 2008年4月には、ロンドンに拠点を置くザ・チルドレンズ・インベストメント

外為法の大改正による国際取引の自由化は、マネー・ローンダリングや国際的な脱税・租税回避行為の増加にも繋がることから、外為法の大改正と同時に、「内国税の適正な課税の確保を図る為の国際送金等に係る調書の提出等に関する法律」(1997年法律第110号)が制定され、顧客による告知書の金融機関等への提出、金融機関等による本人確認及び金融機関等による国外送金等調書(500万円を超える顧客の国外送金等のみ。)の税務署への提出が義務づけられたが⁽⁷²⁾、日本版金融ビッグバンは、外為法の大改正のみならず、銀行法や証券取引法等の抜本的な改正を伴うものであることから、国際取引の複雑化・多様化が加速する中、国際取引の実態把握の困難性という問題は、年々、深刻化する傾向にある⁽⁷³⁾。

2. 税務上の主な対内投資促進措置

(1) 振替決済制度下での非居住者所有国債利子の非課税措置

上記のような問題を孕みつつも、国際投資等の促進に繋がる措置の数は増加の一途を辿っており⁽⁷⁴⁾、かかる措置の中には、当然のことながら、

(TCI)という投資ファンドが電源開発(株)の株式を20%まで買い増しすることに對し、国の安全保障の観点から問題があるとして、中止命令が発出されたが、開税・外為審議会は、過去3年間における約760件の事前届出案件は全て認められており、本件をもって日本市場の封鎖性を批判するのは妥当ではないという見解を示している。この点については、平成20年4月17日付産業経済新聞朝刊参照。

- (72) 平成14年の改正によって、本人確認義務の対象となる国外送金等の金額基準が200万円超に変更され、さらに、平成21年4月1日以降は、金額基準が100万円超に引き下げられることとなっている。なお、本法5条は、「国税庁、国税局又は税務署の当該職員は、国外送金等調書の提出に関する調査について必要があるときは、当該国外送金等調書を提出する義務がある者…に質問し、又はその者の国外送金等に係る為替取引に関する帳簿書類…その他の物件を調査することができる。」と定めている。
- (73) このような問題や傾向は、グローバルな規模で認められるものであるが、主な諸外国の中には、既に、タックス・シェルターの開示制度等に代表される抜本的な対抗措置を講じている国々も存在している。かかる対抗措置の機能や限界等については、拙稿・前掲「租税回避行為への対抗策に関する一考察」参照。
- (74) 例えば、平成19年には、三角合併の解禁も行われたことから、国外資本の流

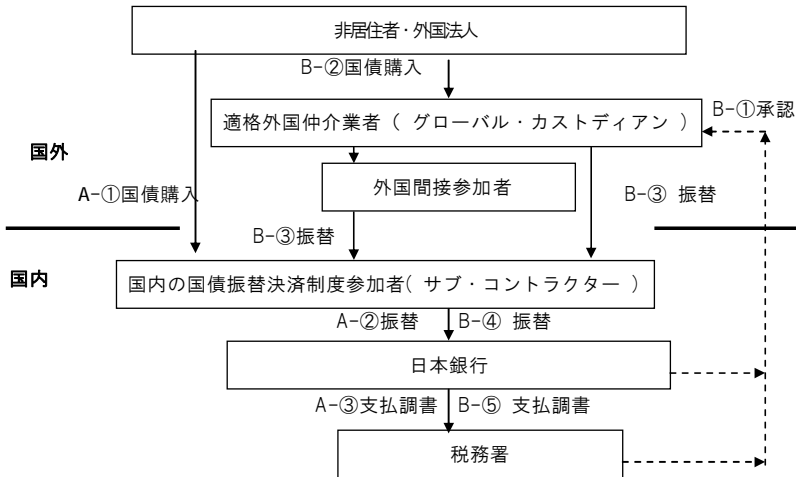
税務上の措置も少なからず含まれている。例えば、非居住者や外国法人の投資の対象が国債である場合、租税条約の軽減税率の適用がないケースでは、国内に PE を有しない者には 15% の税率で源泉徴収が行われ、PE を有する者には、源泉徴収された額が、法人税の計算上控除されるが、大量発行されている国債の国外の投資家による取得をも促進する必要があるとの観点から、平成 11 年度には、租税特別措置法 5 条の 2 が手当てされ、非居住者・外国法人が国債振替決済制度参加者の国内の営業所等に開設された口座に直接寄託した利付国債の利子は非課税とされ⁽⁷⁵⁾、また、平成 13 年度税制改正により、適格外国仲介業者を通じて保有する国債の利子も非課税となっている（下図 1 参照）。

入・グローバルな組織再編成が進展すると想定されるが、外国企業は現金を用いることなく日本企業を 100% 子会社化することができるために、敵対的買収による M&A も活発化し、また、技術流出等による国内経済基盤の侵食や国家安全保障の問題も生じ得ることから、外為法の厳格化や課税繰延べ適用要件の厳格化などを求める声もある。

- (75) 国債振替決済制度とは、銀行・証券会社等（口座管理機関）を介して行われた国際の売買等に伴う証券の受渡しを振替機関である日本銀行に設けられた振替口座簿上の振替で実施する制度である。

(図 1)

非課税となる非居住者所有国債の利子



また、平成 14 年度税制改正では、法人格のない外国投資信託についても、公募でかつ国内で募集が行われていないなど一定の条件を満たす外国投資信託(租税特別措置法 5 条の 2 第 9 項で定める「適格外国証券投資信託」)の場合には、その受託者である非居住者・外国法人が信託財産につき支払を受ける振替国債の利子についても、非課税とする措置が講じられており、さらに、平成 16 年度税制改正では、国債の利子以外の所得に係る優遇措置も拡大するという方針の下、租税特別措置法 41 条の 12 が改正され、法人に所有が認められている割引短期国債や政府短期証券については、国内の国債振替決済制度参加者に開設された振替口座で保有される場合と同様に、適格外国仲介業者に開設した振替口座で保有される場合にも、その償還差益については、源泉徴収税の適用を免除するという措置が講じられている。

適格外国仲介業者とは、①社債等の振替に関する法律に規定する口座管理機関の指定を受けている、②国債振替決済制度の外国間接参加者として日本銀行の承認を受けている、③租税の賦課及び徴収に関する情報を相互

に提供する旨を定める規定を有する租税条約の相手国に本店又は主たる事務所を有するなどの条件を満たす者である。適格外国仲介業者を利用した本制度は、米国の QI (Qualified Intermediary) 制度を範としていると考えられるものの、両制度の導入の趣旨・制度設計は、少なからず異なっており⁽⁷⁶⁾、我が国の適格外国仲介業者制度は、当初、米国の QI 制度に比べて手続等が煩雑であるなどの問題があるとの指摘もされていたが⁽⁷⁷⁾、平成 17 年度には、適格外国仲介業者が行う国外投資家の取引情報に関するレポートや投資家口座管理の簡素化等が実現している⁽⁷⁸⁾。

(2) 独立代理人の PE リスクの排除措置

平成 20 年度税制改正では、対内投資を更に促進するなどの観点から、独立代理人の PE リスクを排除する措置も講じられた。独立代理人の PE リスクとは、下図 2 の通り、国外の投資ファンド等が投資顧問契約(投資一任契約)を締結し、運用資産に係る投資判断及び証券の取得・処分の実行を日本の運用業者に一任する場合、従来は、法人税法施行令 186 条(外国

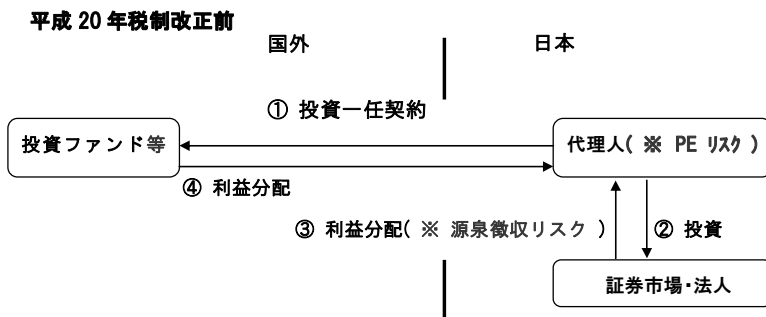
-
- (76) 米国の QI 制度は、米国への投資を促進するという目的も有しているが、本制度が 2000 年に導入された背景には、米国の源泉徴収義務者が、条約特典の不適切な適用を行うなど、源泉徴収義務を適切に履行していないことが議会で問題となったという事実もある。かかる問題に対処するため、米国の QI 制度の下では、QI となる外国の金融機関は、顧客である国外の居住者に関する情報を把握し、また、顧客が源泉徴収義務者に対して身元証明に係る様式 W-9 を提供すれば、当該者の身元を明かすことなく、当該者が得る米国源泉の配当や利子等に係る条約特典の適用などを請求することができる一方、米国の税務当局に情報提供を行う社外の外部検証人による法令順守に関するチェックを受けることが義務づけられている。米国の QI 制度の詳細については、Qualified Intermediary (<http://www.irs.gov/businesses/international/article0,,id=102314,00.html> [平成 20 年 10 月 9 日]) 参照。
- (77) かかる指摘については、海外投資家に関する日本国債非課税制度について (http://www.mof.go.jp/sigikai/kokusai/siryoku/a160614_2.pdf [平成 20 年 10 月 9 日]) 参照。
- (78) これらの措置が講じられたことにより、適格外国仲介業者による投資家毎の口座管理が不要となったほか、投資家毎の取引情報の国内の金融機関への報告は、四半

法人の置く代理人等)が PE とみなされる代理人等(①常習代理人、②在庫保有代理人、③注文取得代理人)を定めているが⁽⁷⁹⁾、PE に該当しない独立代理人については、我が国の大半の租税条約(日加租税条約5条6項等)や OECD モデル租税条約の5条6項等と異なり⁽⁸⁰⁾、何ら規定が置かれていないことから、当該運用業者が PE に該当する代理人であるとみなされ、当該代理人による国外の投資ファンド等の資産運用益に日本の法人税が課されるというリスクである⁽⁸¹⁾。

期に一度程度で済むようになった。

- (79) 法人税法施行令 186 条 1 項 2 号では、PE とみなされる在庫保有代理人とは、外国法人のために、顧客の通常の要求に応じる程度の数量の資産を保管し、かつ、当該資産を顧客の要求に応じて引き渡す者と定義されているが、OECD モデル条約 5 条 4 項 (b) では、「企業に属する物品又は商品の保管、展示又は引渡しのためにのみ保有すること」(“the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another enterprise;”)は、PE に該当しないとされている。
- (80) OECD 租税条約 5 条 6 項は、「企業は、通常の方法で業務を行う仲立人、問屋その他の独立の地位を有する代理人を通じて一方の締約国内で事業を行っているという理由のみでは、当該一方の締約国内に恒久的施設を有するものとはみなされない。」(“An enterprise shall not be deemed to have a permanent establishment in a Contracting State merely because it carries on business in that State through a broker, general commission agent or any other agent of an independent status, provided that such persons are acting in the ordinary course of their business.”)と定めており、日加租税条約 5 条 6 項等も凡そ同様な規定振りとなっている。もっとも、我が国の租税条約の中には、例外的に、在庫保有代理人を PE とみなす租税条約(オランダやインド等との租税条約)や注文取得代理人を PE とみなす租税条約(中国やインド等との租税条約)などもある。
- (81) かかるリスクが存在するとの指摘は、例えば、経済財政諮問会議のグローバル化改革専門調査会の金融・資本市場ワーキング・グループによる第一次報告「真に競争力のある金融・資本市場の確立に向けて」(平成 19 年 4 月 20 日)で行われているが、実際、このような PE リスク(「ファンド・マネージャー課税」のリスクとも称される。)を回避するために、日本の運用会社は、投資一任契約ではなく、投資助言契約を締結するケースがあったと言われている。この点については、日本経済新聞平成 20 年 1 月 25 日付朝刊参照。

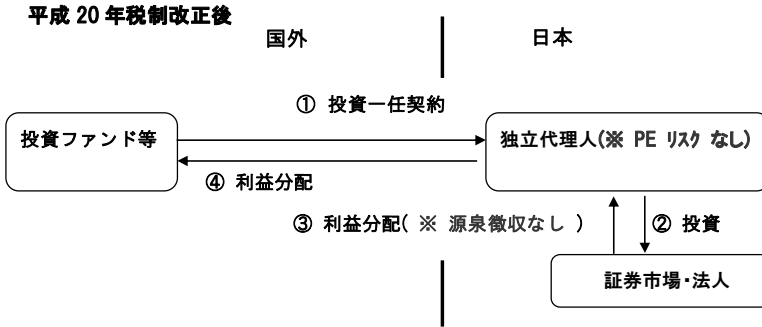
(図 2)



上記のような独立代理人の PE リスクを排除するために、平成 20 年度税制改正では、所得税法施行令 290 条(非居住者の置く代理人等)及び法人税法施行令 186 条等が改正され、非居住者又は外国法人に対する課税について、その課税標準を区分する恒久的施設とされる代理人等(自己のために契約を締結する権限のある者その他これに準ずる者をいう。)の範囲から独立の地位を有する代理人等が除かれることとなった(下図 3 参照)。独立代理人と認められるためには、「法的独立性」(代理人が本人から詳細な指示や包括的支配を受けていないこと。)、「経済的独立性」(代理人が企業家としてのリスクを負担していること。)、「通常業務性」(代理人が自己の事業の領域というよりむしろ本人の事業の領域に属する活動を行っていないこと。)という要件を満たす必要があるという見解を金融庁は示している⁽⁸²⁾。

(82) この点については、アクセス FSA 第 68 号 : 金融庁 (<http://www.fsa.go.jp/access/20/200807a.html> [平成 20 年 9 月 19 日]) 参照。

(図 3)



具体的には、例えば、国外の投資ファンドが投資一任契約を締結している場合には、①(投資一任契約において投資判断を一任されている部分が少なく、実質的に国外ファンドの組合員が直接投資活動を行っている。)、②(国内の運用業者の役員の2分の1以上が、国外業務執行組合員の役員又は使用人を兼務している。)、③(国内の運用業者が、国外の投資ファンドから投資一任を受けた運用資産の総額又は運用利益に連動した報酬を受けていない。)、④(国内の運用業者が、その事業活動の全部又は相当部分を国外の投資ファンドとの取引に依存している場合には、かかる事業活動の態様を根本的に変更又はその事業合理性を損なうことなく、事業を多角化する能力若しくは他の顧客を稼得する能力を有していない。)のいずれにも該当しない限り、国内の運用業者は、独立代理人に該当するという解釈が示されている⁽⁸³⁾。

独立代理人の PE リスクを排除する上記の措置は、OECD モデル条約 5 条 5 項(「・・・企業に代わって行動する者(6 項の規定が適用される独立の地位を有する代理人を除く。))が、一方の締約国内で、当該企業の名の下に契約を締結する権限を有し、また、かかる権限を反復行使する場合には、

(83) 独立代理人の判断基準の詳細については、前掲「アクセス FSA 第 68 号」、金融庁の公表資料(<http://www.fsa.go.jp/news/19/sonota/20080627-3/pdf> [平成 20 年 9 月 19 日]) 参照。

当該企業は、その者が当該企業のために行う全ての活動について、当該一方の締約国内に恒久的施設を有するものとする。但し、その者の活動が、4項で定める活動(事業を行う一定の場所で行われても、4項の規定により、当該一定の場所が恒久的施設とされない活動)のみである場合には、この限りではない。)の括弧書きの部分を国内法上手当てし⁽⁸⁴⁾、その具体的な適用基準は、5条に関するコメントリーの37項以下で示された独立代理人に関する判断基準に基本的に則ったものであると考えられる⁽⁸⁵⁾。

独立代理人の PE リスクを排除する上記の措置が手当てされたことによ

(84) 本規定の原文は、“…, where a person - other than an agent of an independent status to whom paragraph 6 applies - is acting on behalf of an enterprise and has, and habitually exercises, in a Contracting State an authority to conclude contracts in the name of the enterprise, that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State in respect of any activities which that person undertakes for the enterprise, unless the activities of such person are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if exercised through a fixed place of business, would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph.”である。

(85) 例えば、OECD モデル条約 5 条に関するコメントリー37 項は、「… 当該者は、企業に代って行動する場合、a) 法的にも経済的にも当該企業から独立しており、また、b) 事業の通常の過程において行動している限りにおいて、当該企業の恒久的施設を構成することはない」(“… he will not constitute a permanent establishment of the enterprise on whose behalf he acts only if a) he is independent of the enterprise both legally and economically, and b) he acts in the ordinary course of his business when acting on behalf of the enterprise.”)と定め、38 項は、「…当該企業のための当該者の商業活動が詳細な指示や包括的な支配に服する場合には、当該者は、当該企業から独立していない。もう一つの重要な規準は、企業家としてのリスクを当該者と当該企業のいずれが負うかという点である」(“…Where the person’s commercial activities for the enterprise are subject to detailed instructions or to comprehensive control by it, such person cannot be regarded as independent of the enterprise. Another important criterion will be whether the entrepreneurial risk has to be borne by the person or by the enterprise the person represents.”)と定めている。

り、例えば、国外の投資ファンドが国内の運用業者に対して投資すべき株式の銘柄や売買の時期等を細かく指示しているような場合は、運用業者は独立代理人に該当しないものの、詳細の指示の付与に該当しないような場合において、上記の①～④の条件をクリアする態勢を整えることは、多くの場合、国外の投資ファンドにとって、それほど困難ではないと思料されることから、今後は、我が国が租税条約を締結していないタックス・ヘイブン等に拠点を置くようなCIVからの投資が大幅に増加するのではないかと期待されている。確かに、今日、膨大な資金を運用している投資ファンドは、その拠点をタックス・ヘイブンに置いているものも少なくないことなどに鑑みると、かかる措置が講じられたことの意義・インパクトは小さいものではないと考えられる。

3. 集団投資ビークルを利用した条約漁り

実際、投資ファンド等が直面し得る PE リスクを軽減する上記の措置が意図する経済効果は、既に生じてきているようであるが⁽⁸⁶⁾、「ファンドにかかる一連の税制で、日本は海外よりも遅れているとみられている。・・・認識のズレはまだ大きい」という見方がされているという指摘も見受けられるなど⁽⁸⁷⁾、更なる対内投資の促進に繋がる追加的な措置を求める声も少なくない。もっとも、我が国の場合、税制での遅れが顕著であるのは、むしろ、対内投資の促進策の推進に伴って活発化する蓋然性のある国際的租税回避行為等への対抗する措置であるのかもしれない。例えば、従来の国内法や伝統的な租税条約の下では、集団投資ビークルのような多様な事業体を利用した国際取引に適切に対処する規定が十分に整備されていなかったことから、最

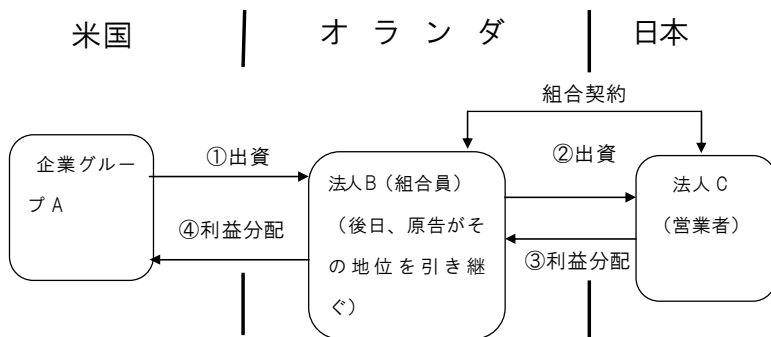
(86) 実際、かかる措置が講じられたことを背景として、国内の運用会社が、日本株への投資ニーズを開拓するために、中東諸国等のように日本と租税条約を締結していない地域での営業活動を本格化するという動きを見せるようになってきているようである。この点については、日本経済新聞平成20年6月2日付朝刊参照。

(87) かかる指摘については、平成20年1月26日付日本経済新聞朝刊参照。

近では、かかる制度上の対応の遅れに乗じた国際的租税回避行為も散見される。

上記のような国際的租税回避行為が問題となった代表的な事件を扱った裁判例として、東京地裁平成 17 年 9 月 30 日判決（平成 15 年（行ウ）第 529 号、判例集未登載）が挙げられる。本事件では、下図 4 の通り、米国企業グループ A が、オランダに法人 B を設立し、また、日本には法人 C を設立した後、米国企業グループ A は、日本法人 C の株式の全てをオランダ法人 B に譲渡し、オランダ法人 B は日本法人 C との間で、日本法人 C を営業者、オランダ法人 B を組合員とする組合契約を結び、その後、オランダ法人 B の契約上の地位を承継した原告が、本組合契約に基づいて日本法人 C から分配金を得たところ、本事件判決では、本件分配金の日蘭租税条約上の取扱いなどが争点となった。

（図 4）



上記事件判決において、原告は、上記分配金は、匿名組合契約に基づくものであり、日蘭租税条約上は、23 条（「一方の国の居住者の所得で前諸条に明文の規定がないものに対しては、当該一方の国においてのみ租税を課することができる。」）に規定する「その他所得」に該当することから、居住地

国のみ課税権があり、日本の課税権には服さないと主張した⁽⁸⁸⁾。これに対し、税務当局は、本件契約は、匿名組合契約の成立要件（出資者の投資の秘匿性の利益又は組合員と営業者との間に資本を通じての支配関係がないこと）を欠いており、任意組合契約であると解されることから⁽⁸⁹⁾、本利得は、原告が日本国内に有する恒久的施設を通じて得た所得であり、日蘭租税条約 8 条 1 項に規定する「企業の利得」に該当することなどから、我が国の法人税の対象となると主張した⁽⁹⁰⁾。

上記判決において、裁判所は、税務当局が主張している匿名組合契約の成立要件には問題があるほか⁽⁹¹⁾、本件契約の大きな目的が税負担の回避にあるとしても、「当事者が明確な意思をもってある契約方式を選択した場合、その契約の法形式は、原則として尊重されるべきであり、その契約方式が通常のものであるか否か、選択することに合理性があるか否かを理由として、契約の法的性質を論じることが失当である」とした上で、本件契約を任意組

(88) もっとも、当該所得は、オランダ側では、原告が日本に PE を有しているとみなされ、資本参加免除制度の下、二重課税の軽減という観点から、オランダでも課税されないこととなるという可能性もある。

(89) 商法（明治 32 年法律 48 号）535 条は、「匿名組合契約は、当事者の一方が相手方の営業のために出資をし、その営業から生ずる利益を分配することを約することによって、その効力を生ずる。」と定めている。これに対し、民法（明治 29 年法律 89 号）667 条 1 項は、「組合契約は、各当事者が出資をして共同の事業を営むことを約することによって、その効力を生ずる。」と定めている。

(90) かかる主張の根拠とされているのが、昭和 36 年 10 月 27 日最高裁第二小法廷判決（昭和 35 年（オ）第 4 号、訟務月報 7 卷 11 号 2236 頁）及び昭和 37 年 10 月 2 日最高裁第三小法廷判決（昭和 36 年（オ）第 1254 ）である。これらの判決では、商法上の匿名組合契約に類似するものというためには、出資者が隠れた事業者として事業に参加し、その利益の配当を受ける意思を有することを要すると判示された。

(91) 裁判所は、税務当局が引用した最高裁昭和 36 年判決及び最高裁昭和 37 年判決は、匿名組合契約とは、実質的には、出資者である匿名組合員と営業者との共同事業であるが、対外的には、商人である営業者だけが、権利義務の主体として現われ、匿名組合員は、営業者の背後に隠れているということができるのであり、これらの点を捉えて、匿名組合員を「隠れた事業者」と称しているものと考えられることから、税務当局が主張する要件が匿名組合契約の成立要件の一つであるとは解することはできないという見解を示した。

合契約であると認定するには、原告と日本法人Cが共同して日本で販売活動を行っているとする必要があるが、本件契約の内容及び運用の実態のいずれの観点からも、かかる認定を行うことはできないとし、かかる分配金は、日蘭租税条約上、明文の規定がなく、その他の所得に該当し、我が国の課税権は否定されると判示している⁽⁹²⁾。

日蘭租税条約 23 条は、決して特殊な規定ではなく、OECD モデル条約 21 条（その他所得）に依拠したものであると考えられる。OECD モデル条約 21 条の 1 項では、「一方の締約国の居住者の所得（源泉地を問わない。）で前各条に規定がないものに対しては、当該一方の国においてのみ租税を課することができる」と定め、2 項では、「1 項の規定は、6 条 2 項に規定する不動産から生じる所得を除き、一方の締約国の居住者が、他方の締約国において当該他方の締約国の国内にある恒久的施設を通じて事業を行い、当該所得の支払の起因となった権利又は財産が当該恒久的施設と実質的な関連を有するものであるときには、当該所得については適用せず、この場合には 7 条の規定が適用される。」を定められている⁽⁹³⁾。

両者が異なっているのは、日蘭租税条約が、平成 17 年改正前の日英租税条約等と同様に、OECD モデル条約 21 条に関するコメンタリー 3 項の前段（「本項において定められた規定は、居住地国が課税権を実際に行使するか

(92) 本判決で示された判断は、その控訴審である東京高裁平成 19 年 6 月 28 日判決（平成 17 年(行コ)第 278 号、判例集未掲載）でも維持され、最高裁は、上告を不受理としたようである。

(93) 本規定の原文は、“1. Items of income of a resident of a Contracting State, wherever arising, not dealt with in the foregoing Articles of this Convention shall be taxable only in that State.”、“2. The provisions of paragraph 1 shall not apply to income, other than income from immovable property as defined in paragraph 2 of Article 6, if the recipient of such income, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein and the right or property in respect of which the income is paid is effectively connected with such permanent establishment. In such case the provisions of Article 7 shall apply.”である。

否かに関係なく適用されることから、他方の締約国において生じた所得に対しては、当該締約国は、当該所得が仮に居住地国で課税されない場合であっても、課税することはできない。」)を実質的に修正する後段(「いずれの国でも課税されないことを回避するために、双方の締約国は、本条の適用対象を所得の受領者が居住地国である国で課税を受ける所得に限定することができ、本条の規定をそのように修正することができる。」)のような規定を有していないという点である⁽⁹⁴⁾。

上記判決で問題となったような条約漁りは、例えば、海外の法人Dがオランダに設立した法人Eをして、匿名組合契約に基づいて、我が国の不良債権の買取り会社Fに出資させ、不良債権の売買で得た利益は、法人Eを通じて法人Dに還流し、いずれの国でも税負担を免れるという形でも実行されていることが発覚している。このような国際的租税回避行為としては、米国の大手証券会社Mが関与していた事件が代表的であり、平成11年から平成12年にかけて、100億円を超える潜在的な税収が我が国の国庫から漏れていることが判明した。本事件に対しては、E社とF社との間に強い共同事業性があり、F社の事業拠点は、E社も共同して使用しているD社の恒久的施設であるという認定した課税処分が行われたようである⁽⁹⁵⁾。

(94) 本規定の前段の原文は、“The rule set out in the paragraph applies irrespective of whether the right to tax is in fact exercised by the State of residence, and thus, when the income arises in the other Contracting State, that State cannot impose tax even if the income is not taxed in the first-mentioned State.”であり、後段の原文は、“In order to avoid non-taxation, Contracting States may agree to limit the scope of the Article to income which is taxed in the Contracting State of which the recipient is a resident and may modify the provisions of the paragraph accordingly.”である。

(95) 本事件の詳細については、「不良債権売買 税逃れ、モルガン・スタンレー系、180億円申告漏れ」(http://www.taxlabo.com/news/14_5_29_morgan_stanley.html [平成19年7月18日])、第2回国税審査分科会議事録(<http://www.nta.go.jp/category/kenkyu/sinsa/08/02/htm> [平成19年7月18日])参照。

第2節 最近の主な租税条約における動き

1. 従来の租税条約の租税回避行為への対抗措置の特徴

第1節における考察から示唆される通り、国際取引に係る障壁を除去する措置や対内投資の促進を図る措置等が進展するに伴い、我が国の租税条約の再検討の必要性も高まることとなる。そもそも、我が国の租税条約の場合、条約網がカバーする対象国はかなり広がってはいるものの、予てより、タックス・ヘイブン国等とは租税条約を締結しないという政策が採られてきたほか、米国等と比べた場合、条約規定の濫用や租税回避行為を防止する措置を組み込むという点で、それほど積極的ではなかったという特徴がある⁽⁹⁶⁾。確かに、租税回避防止措置等を規定した条文を有している租税条約もないではないが、これらの措置についても、幾つかの租税条約上の情報交換規定と同様に、その実効性を担保するのが必ずしも容易ではないなどの問題が認められた。

我が国が締結している租税条約の中で、国際的租税回避行為等を防止する措置を組み込んでいる例としては、例えば、平成4年に締結されたルクセンブルグとの租税条約が挙げられる。本条約の25条(特殊法人)では、OECDが1987年に発表した「国際的租税回避と脱税－関連する四つの研究」(“International Tax Avoidance and Evasion, Four Related Studies”)やOECDモデル条約1条に関するコメンタリーで述べられている導管会社を利用した条約漁りに対処するためのアプローチである「除外法」(“exclusion approach”)が採用されており、本規定の下では、条約締約国で免税扱いを受けている一定の法人に対しては、条約特典の適用が排除され

(96) 例えば、OECDは、情報交換のみに限定した租税条約をタックス・ヘイブン国と締結することを提唱しており、米国を含む一部の加盟国は、既に、かかる条約を締結しているが、我が国は依然として税負担が低い国と租税条約を締結するには至っていない。

ることとなる⁽⁹⁷⁾。

また、例えば、昭和 62 年に締結され、平成 12 年に改正された日加租税条約の 24 条 A(徴収共助) 2 項では、締約国の法令及び行政上の慣行に抵触し又は公の秩序に反する行政上の措置を採る義務を課するものではないとしながらも、1 項では、「各締約国は、この条約に基づいて他方の締約国の認める租税の免除又は税率の軽減が、このような特典を受ける権利を有しない者によって享受されることのないようにするため、当該他方の締約国が課する租税を徴収するよう努める。その徴収を行う締約国は、このようにして徴収された金額につき当該他方の締約国に対して責任を負う。」と定められており、条約締約国の課税権が不当に損なわれることがないよう手当てされている。

確かに、これらの規定も、一定の租税回避行為等を防止し、我が国の課税権を確保する上で一定の効果を発揮し得るものではあるが、その適用範囲が限定されているほか、その実効性を担保するための具体的な手続が設けられていないことなどの問題があり、活発化・複雑化する国際的租税回避行為を抑止する上で少なからぬ限界を有していた。しかも、最近では、前述の東京地裁平成 17 年 9 月 30 日判決で問題となったような嘗ては殆ど想定されていなかったような事業体を利用した国際投資が活発化するという様相を呈するようになってきていることから、今後、対内投資の促進に向けた新たな租税条約上の措置が講じられるようになるに伴い、従来の租税条約上の措置が抱える上記のような課題・問題点は、より顕著なものとなると考えられる。

2. 新日米租税条約上の措置 — 匿名組合対策と LOB 条項

実際、最近の租税条約では、国際投資所得に係る税負担を軽減するという

(97) 本条は、「この条約の所得に対する課税に関する規定は、ルクセンブルグの 1929 年 7 月 31 日の法律及び 1938 年 12 月 17 日の政令(その後に行われたこれらの法令の改正を含む。)の適用を受ける特殊法人(ルクセンブルグの法律に基づいて同様の租税上の特別な待遇を享受するその他の法人で両締約国の政府間で合意するものを含む。)については、適用しない。この条約のこれらの規定は、日本の居住者がこれらの法人から取得する所得についても、適用しない。」と定めている。

傾向がかなり顕著なものとなっており、また、最近の OECD や FISCO (Clearing and Settlement Fiscal Compliance Group) 等での議論では、集団投資ビークルにも条約特典を適用するという方向性が示されていることから⁽⁹⁸⁾、租税回避行為等への対抗措置を積極的に手当てしなければ、条約漁りの問題は、今後、益々、深刻化する蓋然性がある。かかる蓋然性を危惧し、多様な事業者や集団投資ビークルを通じた投資所得に対する条約特典の適用関係などについて、かなり詳細な規定を設けたのが平成 15 年に改正された日米租税条約である。本条約では、投資所得に対する源泉税率を大幅に引き下げる一方で、租税回避防止規定等を措置することに対してかなり積極的なスタンスが示されている⁽⁹⁹⁾。

例えば、新日米租税条約の議定書の 13 項では、匿名組合に対して、匿名組合契約に基づいて分配される利益に係る源泉徴収義務が課されている（下図 5 参照）⁽¹⁰⁰⁾。また、新日米租税条約 22 条では、我が国の租税条約では

(98) OECD が関与している検討グループの第 1 回会合（2007 年 5 月）の検討結果については、First Meeting of the Informal Consultative Group on Taxation of Collective Investment Vehicles（http://www.oecd.org/document/6/0,3343,de_2649_33747_39252486_1_1_1_1,00.html [平成 20 年 5 月 17 日]参照）。FISCO は、EU における国際証券投資等に係る障壁の除去を推進する施策を検討・提言することなどを目的として 2005 年に設立されたグループである。FISCO が 2007 年に公表しているレポート（Solutions to Fiscal Compliance Barriers Related to Post-Trading within the EU）については、http://www.ec.europa.eu/internal_market/financial-markets/docs/compliance/report_en.pdf [平成 20 年 5 月 17 日]参照。

(99) 情報交換についても、従来は、租税条約に基づいて提供する情報については、我が国の課税上の必要性から行われた調査等に基づいて収集する必要があったが、新日米租税条約を契機として、平成 15 年の「租税条約の実施に伴う所得税法、法人税法及び地方税法の特例等に関する法律」第 9 条等が改正され、条約の相手国から情報提供依頼を受けたことを根拠として、税務職員が質問検査権を行使することが可能となった。

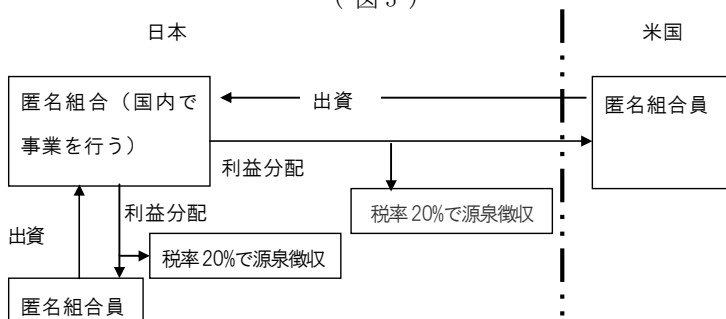
(100) 従来、我が国との租税条約がない場合、匿名組合契約に基づく分配金に対する我が国における源泉徴収は、出資者が外国法人であって、匿名組合が 10 人以上の組合員を有している場合に限定されていたが、平成 14 年度税制改正を経て成立した所得税法 161 条 12 号及び同施行令 288 条によって、かかる人数制限は撤廃され、

初めて LOB 条項が採用されている⁽¹⁰¹⁾。LOB 条項の下では、下図 6 の通り、租税条約上の特典を享受することのできる者又は所得であるか否かが、適格者基準や能動的活動基準によって絞り込まれるため、条約特典を受けようとする者の属性に基づいて条約特典の適用の有無が判断されることとなる。さらに、配当、利子、使用料及びその他所得に関する各規定(10 条 11 項、11 条 11 項、12 条 5 項及び 21 条 4 項)では、導管取引防止規定が措置されており、本規定の下では、取引の態様に基づいて条約適用の有無が判断されることとなる。

平成 15 年に改正された日米租税条約も、「日本国の法令に従って源泉徴収することを妨げるものではない。」と規定している。

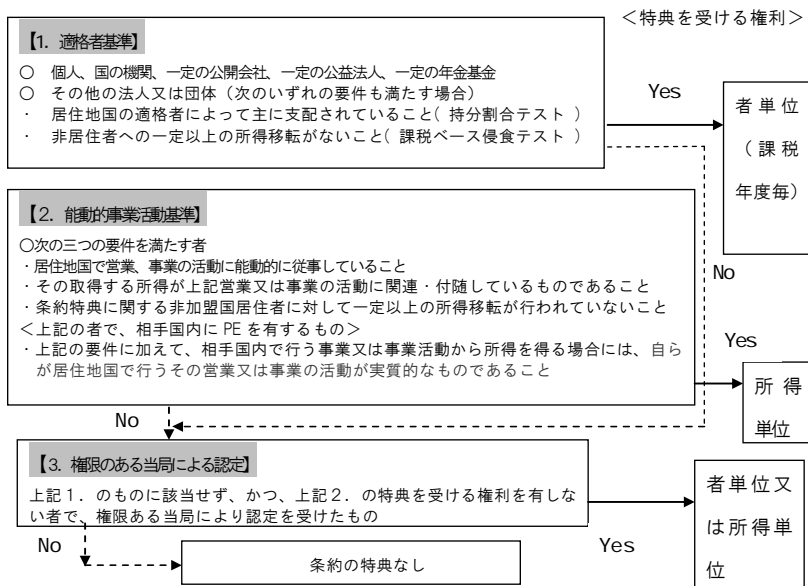
- (101) LOB 条項の導入は、米国の 1996 年版のモデル条約 22 条に則ったものであり、同条は、米国が主要国と締結している多くの租税条約において採用されている。新日米租税条約における LOB 条項の適用基準の詳細については、浅川雅嗣「日米租税条約の署名について」ファイナンス通巻 458 号(平成 16 年)11～13 頁参照。

(図 5)



(図 5 の出典：税制調査会資料平 15. 11. 14 総 3-3 国際課税関係資料に加筆・修正)

(図 6)

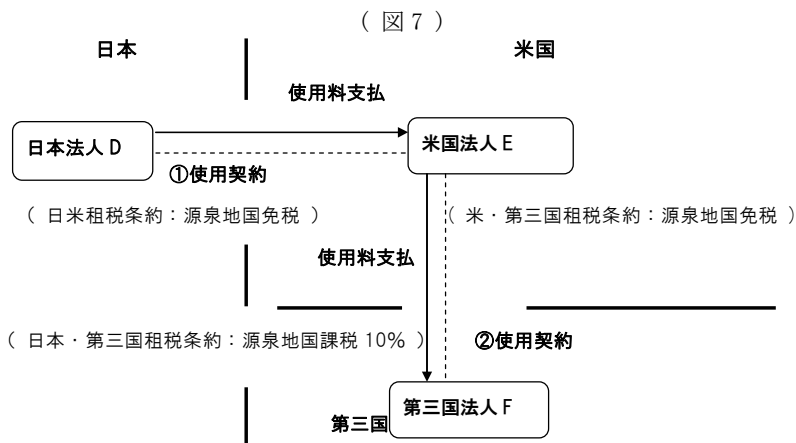


(図 6 の出典：税制調査会資料平 15. 11. 14 総 3-3 国際課税関係資料に加筆・修正)

3. 新日米租税条約 — 導管取引防止規定と他の主な対応措置

例えば、使用料に係る導管取引防止規定である新日米租税条約 12 条 5 項は、「一方の締約国の居住者がある無体財産権の使用に関して他方の締約国の居住者から使用料の支払を受ける際、次の(a)及び(b)に該当する者が、当該無体財産権と同一の無体財産権の使用に関して当該一方の締約国の居住者から使用料の支払を受けないとしたならば、当該一方の締約国の居住者が、当該無体財産権の使用に関して当該他方の締約国の居住者から資料料の支払を受けないとしたならば、当該一方の締約国の居住者は、当該無体財産権の使用に関して、当該他方の締約国の居住者から、使用料の支払を受けることはなかったであろうと認められる場合には、当該一方の締約国の居住者は、当該使用料の受益者とはされない。」と定めている。

上記の(a)は、「当該他方の締約国内で生じる使用料に関し、当該一方の締約国の居住者に対して本条約が認める特典と同等の又はそのような特典よりも有利な特典を受ける権利を有しないこと」であり、上記の(b)は、「いずれの締約国の居住者でもないこと」である。すなわち、新日米租税条約 12 条 5 項の下では、例えば、下図 7 のような場合、(i)使用契約①と使用契約②が同等なものであり、(ii)第三国法人 F は、日本法人 D が支払う使用料に対し、米国法人 E に認められる日米租税条約上の特典と同等か又はそれ以上の有利な特典を受ける権利を有しておらず、(iii)米国法人 E が日本法人 F に対して無体財産権の使用契約を締結するのは、第三国法人 F が、米国法人 E に対して同等者の無体財産権の使用契約を締結するのが必要条件だったであろうと認められれば、米国法人 E は、使用料の受益者ではないとされる。



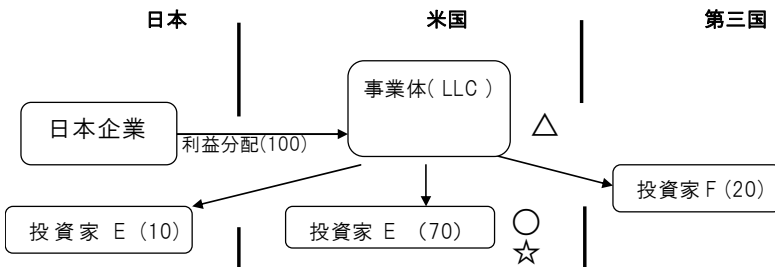
また、新日米租税条約4条6項では、日米両国で税務上の取扱いが異なる事業体を通じて得られる所得への条約特典の適用関係については、事業体が存する締約国での税務上の取扱いを尊重するという方向で明確化が図られており、平成16年税制改正では、本規定等が措置されたことを受けて、租税条約の実施に伴う所得税法、法人税法及び地方税法の特例等に関する法律（以下、「条約実施特例法」という。）、同法施行令及び同法省令にも変更が加えられたことから、本条約上の特典の適用を請求するに際しては、租税条約に関する届出書だけでなく、条約実施特例法省令2条の2等に基づき、集団投資ビークルの背後にいる投資家が居住者であることを証明する書類（例えば、様式16（外国法人の株主等の名簿兼相手国団体の構成員の名簿等））等を提出することが必要となっている⁽¹⁰²⁾。

租税条約の特典の適用の申請に際しては、条約実施特例法省令2条の3の7号が定める条件の下、集団投資ビークルに投資している構成員に代って、

(102) 例えば、新日米租税条約の下、能動的事業活動基準をクリアしていると考えられる者は、様式17（条約特典に関する付表）を提出する必要がある。どのような場合にいかなる書類等の提出が必要になるかの詳細については、上村信彦『Q&A 改正租税条約の実務』大蔵財務協会（平成19年）1～3頁参照。

集団投資ビークルが、まとめて必要書類を提出することが認められているが⁽¹⁰³⁾、上記の通り、平成 16 年改正後の本法では、条約特典の適用に係る手続きが厳格化していることから、従来生じていたと考えられる集団投資ビークルに対する包括的な条約特典の付与は行われず、例えば、新日米租税条約の特典の適用が問題となる下図 8 のようなケースでは、投資家 E のみが適格居住者であることから⁽¹⁰⁴⁾、集団投資ビークルである事業体 (LLC) に対して、従来のように、(100) の条約特典が全面的に認められるのではなく、投資家 E に付与される限度 (70) で付与されるにとどまり、第三国の投資家 F に対する新日米租税条約の特典の適用は排除されることとなる。

(図 8)



《 ○…米国からみた納税義務者、△…日本からみた納税義務者、☆…条約上の適格者 》

(図 8 の出典：税制調査会資料平 15. 11. 14 総 3-3 国際課税関係資料に加筆・修正)

新日米租税条約で手当てされた上記の一連の措置によって、多様な事業体を利用した日米間を跨ぐ投資によって得られる所得に対する条約上の特典の

(103) 集団投資ビークルによる代理申請が認められるのは、全ての構成員から提出書類に記載すべき事項の通知を受けた場合である。

(104) 新日米租税条約の締結と同時に条約実施特例法の改正が行われる前は、日米間で異なる税務上の取扱いがされている事業体を通じた投資に対する条約特典の正当な適用が確保されず、例えば、日本側が LLC を法人であるとみなして、LLC に対して条約特典を付与する可能性があった。

適用関係の明確化と条約漁りや条約特典の不当な享受という問題への対応がかなり進展したが⁽¹⁰⁵⁾、これらの措置で採用されているアプローチの多くは、平成 18 年に改正された日英租税条約(以下、「新日英租税条約」という。)でも踏襲されている。新日英租税条約でも、例えば、両国間を跨いで得られる投資所得に対する源泉税率の大幅な引下げが行われている一方で、匿名組合からの利益配当に対する源泉所得税の適用(20条)、LOB条項の採用(22条)及び導管取引防止規定等に代表されるような国際的租税回避行為への対抗措置が講じられている⁽¹⁰⁶⁾。

4. 新日英租税条約上の措置

上記の通り、新日英租税条約上の対抗措置の多くは、新日米租税条約で採用されたアプローチを踏襲しているが、その具体的な制度設計には、幾つかの顕著な違いが認められる。例えば、新日英租税条約では、LOB規定に基づいて条約特典の適用を否認し得る対象となる所得の範囲が、濫用の可能性が高い源泉地免税の対象となっている投資所得等に限定されている⁽¹⁰⁷⁾。また、下図9の通り、非公開法人が適格居住者に該当するための条件の一つである「課税ベース浸食基準」が採用されていないほか、「派生的受益基準」

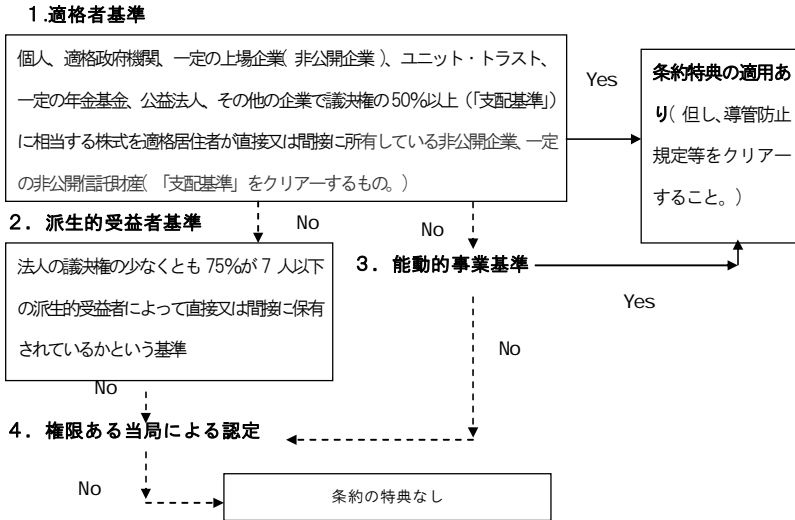
(105) 新日米租税条約では、その他にも、例えば、配当に係る条約特典が、規制投資会社(Regulated Investment Company)、不動産投資信託(Real Estate Investment Trust)及びSPC等を通じて得られる一定の所得に対して不当に適用されることがないように10条4項・5項等が措置されている。

(106) 新日英租税条約が成立する前には、匿名組合の分配金に対する規定がなかったことなどに乗じて、匿名組合契約を利用して、米国の投資ファンドの日本の関連会社か、日本の不動産投資信託に投資して得た利益を信託受益権としてバハマの法人を通じて、英国の新設法人に譲渡し、源泉徴収を行わないままに利益の分配を行ったケースもあったが、かかるケースに対し、税務当局は、英国の新設法人が分配金を受け取るために設立されたものであり、改正前の日英租税条約の濫用に当たるとして、源泉税を追徴する旨の指摘を行っている。この点については、平成19年12月3日付毎日新聞朝刊参照。

(107) 新日英租税条約では、LOB条項の適用は、7条(事業所得)、10条3項(配当・源泉免除規定)、11条3項(利子・源泉免除規定)、12条(使用料)、13条(譲渡所得)及び21条(その他の所得)に限定されている。

(“derivative benefit test”)をクリアすれば、適格居住者基準をクリアしていなくても条約特典の享受が可能となる⁽¹⁰⁸⁾。LOB 条項については、その適用範囲と適用基準の双方において、新日英租税条約の方が、新日米租税条約よりも、納税者側に有利なものとなっているのである⁽¹⁰⁹⁾。

(図 9)



(108) 「派生的受益者基準」の下では、日英両締約国以外の非加盟国居住者が支配する一方の締約国の法人であり、当該非加盟国の居住者が「同等受益者」(“equivalent beneficiary”)に該当する場合には、当該法人は条約の特典を濫用することを目的として設立されたペーパー・カンパニー等ではなく、支配基準(75%以上の法人の議決権を同等受益者が直接又は間接に保有)を満たす限り、条約特典の適用が認められる。「同等受益者」とは、条約上の特典を濫用する可能性がないと考えられる非加盟国の居住者等である。なお、かかる非加盟国の居住者等に該当するか否かは、源泉地国と当該非加盟国の租税条約上の税率、実効的な情報交換規定の有無、当該非加盟国の居住者が、当該租税条約上、適格者に該当するかなどの基準に基づいて判断される(22条7項(e))。

(109) また、新日英租税条約のLOB規定では、新日米租税条約のLOB規定の下で定められている公開法人基準に係る不均一分配株式に関する要件も採用されていないことから、法人の普通株式が有価証券市場に上場されていれば、適格居住者基準をクリアすることとなる。

上記の通り、新日英租税条約の場合、LOB 規定自体は、新日米租税条約のLOB 規定ほど厳格なものではないが⁽¹¹⁰⁾、第 10 条、11 条、12 条及び 21 条において、導管防止規定に加えて、新日米租税条約では導入されなかった「主要目的テスト」（“main purpose test”、「濫用目的テスト」とも称される。）が採用されていることから、租税回避行為への対応上、新日米租税条約よりも、更に一步踏み出しているとも言えよう⁽¹¹¹⁾。「主要目的テスト」は、ペーパー・カンパニーを利用した条約漁りなどを否認する機能を果たすものであると解されており、配当、利子、使用料及びその他の所得の基因となる権利又は財産（配当の場合には株式、利子の場合には債権）の設定又は移転の主たる目的の全部又は一部が、条約特典の享受である場合には、条約特典を与えないという否認アプローチに立脚するものである⁽¹¹²⁾。

「主要な目的テスト」は、欧州諸国の幾つかの租税条約においても採用されているが、このような基準を採用することの妥当性については、OECD モ

(110) もっとも、米国が 1992 年以降に欧州諸国と締結・改正している租税条約の多くは「派生的受益基準」を採用しており、しかも、最近では、2007 年 9 月に署名された米加租税条約に関する改定議定書 XXIXA(4)(a)のように、「派生的受益基準」を緩和し、「同等受益者」になり得る者の範囲を拡大するという動きもある。これらの点の詳細については、Michael J. Miller and Mark Stone, NYC Bar Report on Derivative Benefits Provisions in Tax Treaties, Tax Notes International, Vol. 51, No. 1 (2008) p. 43-55 参照。

(111) 平成 9 年に締結された日・南アフリカ租税条約 22 条も、「この条約の所得に対する課税に関する規定は、この条約の特典を享受することを主たる目的として一方の締約国の居住者となった者（個人を除く。）については適用しない。」（“The provisions of this Convention in respect of taxation on income shall not apply to a person (other than an individual) who has become a resident of a Contracting State in order primarily to enjoy the benefits of this Convention.”）と定めている点で画期的であるが、必ずしも我が国のその他の租税条約上のモデルとなる先例とは位置づけられていない。

(112) 例えば、新日英租税条約第 10 条では、“No relief shall be available under this Article if nitw was the main purose or one of the main purposes of any person concerned with the creation or assignment of the shares or other rights in this respect of which the dividend is paid to take advantage of this Article by means of that creation or assignment.”と定め

デル条約1条に関するコメントリー9.3項(「・・・租税条約上の規定が定める特典を不当に享受することを目的とする濫用的な取引を無視することが租税条約の妥当な解釈であると考えられ・・・、租税条約の目的・趣旨及び誠実に租税条約を解するという義務から生じる解釈でもある(ウィーン条約法条約31条参照)。」)の存在を指摘し得よう⁽¹¹³⁾。このような解釈に立脚する「主要目的テスト」は、平成19年に署名された日仏租税条約に関する議定書でも採用されており、今後の我が国の租税条約の交渉においては、導管防止規定と「主要目的テスト」の双方を併せて導入して行くことが適切であろうという指摘もされている⁽¹¹⁴⁾。

第3節 小括と課題

本章第1節及び第2節からも示唆される通り、我が国でも国際投資等を促進する措置が相当程度進展しており、かかる進展は、LOB条項や導管防止規定等のような抜本的な対抗措置を講じている新日米租税条約に代表される一部の主要国との租税条約において特に顕著なものとなっている。確かに、これらの規定等については、適用上の不透明性等の問題が全くないわけではないが⁽¹¹⁵⁾、

られている。

(113) 本条の当該箇所の原文は、“... a proper construction of tax conventions allows them(other states)to disregard abusive transactions, such as those entered into with the view to obtaining unintended benefits under the provisions of these conventions. This interpretation results from the object and purpose of tax conventions as well as the obligation to interpret them in good faith(see Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties.”である。ウィーン条約法条約31条1項は、「条約は、文脈上付与されるべき通常の意味とその趣旨及び目的に従って誠実に解釈される。」(“A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”)と定めている。

(114) かかる指摘については、藤井大輔「新日英租税条約について」ファイナンス Vol. 42, No. 6(平成18年)21頁参照。

(115) LOB規定等の適用に係る不透明性という問題は、例えば、平成20年6月に開催さ

今後の主な諸外国との条約の改訂は、関係国間の投資の更なる促進を図る措置を講じるという方向で進展すると予想される以上、これらの規定等を改訂後の租税条約に組み込むという方向で交渉が行われることは少なくなくないと想定されることから、国際的租税回避行為に対する租税条約上の対抗措置のあり方については、既に、具体的な方向性が明らかとなっていると言えよう。

実際、2008年1月に改正された日豪租税条約（以下、「新日豪租税条約」という。）でも、導管防止規定及び「主要目的テスト」が、第10条（配当）、第11条（利子）及び第12条（使用料）で採用されており、しかも、新日豪租税条約で採用されている「主要目的テスト」の下では、利子、配当及び使用料の「受益者である法人の設立、取得若しくは維持若しくはその業務の遂行に関与した者」が、これらの所得に係る条約上の特典を受けることを主たる目的の全部又は一部とする場合にも、当該所得については、租税条約が定める租税の軽減又は免除は与えられないとされていることから⁽¹¹⁶⁾、新日英租税条約及び日仏租税条約に関する議定書で採用されている「主要目的テスト」よりも、その適用対象となる行為の範囲が広がっている。

これに対し、国際投資等を促進する措置が進展することによって更に活発化するであろう国際的租税回避行為に対する国内法上の抜本的な対抗措置については、未だ、主な具体的な選択肢が十分に明確なものとなっていない。欧州では、欧州司法裁判所の最近のスタンスの変化に伴う「租税回避のリスク」原則

れた第2回 IFA 日中韓セミナーでも議論された。この点及びこの点が問題となった代表的な諸外国の裁判例のポイント等については、拙稿「第2回 IFA 日中韓セミナーセミナー議題3（「送金と源泉税」）を巡る議論」税大ジャーナル8号（平成20年）182～193頁参照。

(116) 例えば、新日豪租税条約第10条では、“No relief shall be available under this Article if it was the main purpose or one of the main purposes of any person concerned with the assignment of the dividends or distributions, the creation or assignment of the shares or other rights in respect of which the dividends or distributions are paid, or the establishment, acquisition or maintenance of the company which is the beneficial owner of the dividends or distributions or the conduct of its operations to take advantage of this Article.”と定められている。

等の有用性の再確認・再構築や「権利の濫用」概念の適用基準の具体化等によって、「欧州全体に適用される包括的否認規定」と位置づけ得る否認アプローチの中身が明らかなものとなっており、とりわけ、「権利の濫用」の概念に依拠した否認アプローチの EU 加盟国における有用性が高まるという趨勢が認められることなどに鑑みると、我が国の場合も、国内法上講じ得る抜本的な対抗措置として、包括的否認規定のような否認機能の向上に繋がる措置を有力な選択肢と考えることもできよう。

租税回避行為全般を対象とし得るような包括的否認規定のあり方を考える場合には、まず、実際に機能している包括的否認規定を有する国々に目を向け、その制度設計上の特徴や否認機能の実態を分析し、その有用性と限界を踏まえた上で、どのような制度設計上のポイントに留意すべきであるのかについての示唆を得ることが肝要であると思料する。包括的否認規定を有する国は、国際投資等に係る障壁を除去するという流れが顕著に加速している欧州にも少なからず存在してはいるが⁽¹¹⁷⁾、次章では、欧州委員会指令や欧州司法裁判所の判決等の直接的な影響を受けない主な諸外国の中で包括的否認規定を有している主要な国々であるカナダと豪州に目を向け、その制度設計と適用の実態等を比較することによって、我が国にとって参考となるであろう包括的否認規定の制度設計上のポイントを探ることとする。

(117) ドイツやフランス等における主な包括的否認規定・法理の実態については、拙稿・前掲「実質主義と法の濫用の法理」62～125頁参照。

第3章 カナダと豪州の包括的否認規定の比較

第1節 カナダの包括的否認規定の実態

1. GAAR(所得税法 § 245)導入の背景

カナダでは、1987年まで、包括的否認規定として、所得税法 § 137(1) (「所得税法上の所得を計算するに当たっては、取引に伴って生じた支払や費用の控除が認められることによって、所得の不当な或いは人為的な減少が生じることとなる場合には、その控除は認められない」)が存在していた⁽¹¹⁸⁾。しかしながら、当時は、英国貴族院が *Duke of Westminster v. Inland Revenue* 事件判決(19 TC 490 [1936] AC 1)において示した文理主義の優位を示すウェストミンスター原則の影響を強く受けているカナダの裁判所が⁽¹¹⁹⁾、かかる広範な規定振りとなっている所得税法 § 137(1)に基づいて、租税回避行為やタックス・シェルターを否認する処分を首肯するケースは必ずしも多くはなかった。

当時、所得税法 § 137(1)が十分な機能を発揮しなかったことは、例えば、*Products LDG Products Inc. v. Minister of National Revenue* 事件連邦控訴裁判所判決(76 DTC 6344)からも示唆される。本事件では、法人Aが、創業者とその他の幹部のために保険会社と契約した年金プランに基づいて年金基金に拠出した掛金について、その税務上の控除を行ったのに対し、税務当局は、本年金プランは、法人Aが掛金の拠出等に係る条件を任意に変更す

(118) 本規定の原文は、“In computing income for the purposes of this Act, no deduction may be made in respect of a disbursement or expense made or incurred in respect of a transaction or operation that, if allowed, would unduly or artificially reduce the income.”である。

(119) 本貴族院判決では、トムリン卿(Lord Tomlin)が、「いかなる者も、自己の業務を調整することによって、関係する法律で求められる税負担を軽減させることができる」と述べ、マクミラン卿(Lord Macmillan)が、「裁判所が、取引の実質であると考ええるものや税法の趣旨に合致すると考えるものに則って課税すべきであるという原理には個人的には賛同しかねる」と述べている。

る権限を有するなど、年金プランとしての要件を具備しておらず、当時の所得税法 § 76(1)（現所得税法 § 20(1)(s)）が定める控除要件を充足していないほか⁽¹²⁰⁾、法人 A の税負担の軽減のために契約がされた仮装のものであることから、所得税法 § 137(1)に基づく否認も免れないとして、その控除を否定したことが問題となった。

上記事件判決において、連邦控訴裁判所は、法人 A と被保険者・受託者である法人 A の幹部が密接な関係にあるのは事実であるが、本年金プランの下、両者間に強制的な支配・権限関係が存在していることを示す証拠もなく、また、掛金の拠出が取消し可能であるなどとして、仮装のものであると判断すべき事由も何らないことから、所得税法 § 76(1)が定める控除要件は満たされているほか、本年金プランは法人 A 又は法人 A の創業者の税負担を軽減する効果を有しているものの、本年金プランを契約した目的が、仮に、かかる効果を得ることであったとしても、そのことをもって所得税法 § 137(1)に基づく否認が可能となるわけではないことから、本年金基金に拠出された掛金について、その税務上の控除を否定することは認められないと判示している。

上記の *Products LDG* 事件判決において連邦控訴裁判所が依拠しているのは、「税法が容認する利益を利用せんとすることについて何ら非難されべき点はない。もし、納税者が、所得の計算上、税法に従い、控除できる支出を行えば、かかる支出を行った納税者の動機如何が、そのことをもって、かかる支出が控除できなくなることがあり得るとすることに理由があるとは思

(120) 所得税法 § 76(1)は、「納税者である雇用者が、課税年度において、資格を有する保険計理士の忠告に従い、被用者のために、その過去の勤務に関し、退職・年金の基金・プランに特別の拠出を行い、… かかる拠出が取消し不能である … 場合、当該拠出額は、当該課税年度において、納税者の所得税の計算上控除できる。」（“Where a taxpayer is an employer and has made a special payment in a taxation year on account of an employee’s superannuation or pension fund or plan in respect of past services of employees pursuant to a recommendation by a qualified actuary … and has made the payment so that it is irrevocably vested in or for the fund or plan ….”）と定めていた。

えない」という考え方であった⁽¹²¹⁾。このような考え方に代表される文理主義の優位という趨勢の下では、広範な規定振りとなっている所得税法 § 137(1)の否認機能には少なからず限界があり、かかる限界は、とりわけ、Stubart Investments Ltd. v. The Queen 事件最高裁判決([1984] 1. S. C. R. 536; 1984 S. C. R)において、顕著に露呈することとなった。

上記の Stubart 事件では、法人 D が、その資産を税務上の繰越しが可能な損失を有する子会社 E に譲渡し、かかる損失による法人所得税の負担の権限を利用した後は、当該資産を法人 D に売り戻す(purchase and sale)という契約を締結した上で、代理人として、子会社 E の事業を行い、法人 D は、当該事業による所得を子会社 E の所得として計上したが、税務当局は、当該所得を法人 D に帰属させる更正処分を行ったことが問題となった。かかる更正処分の根拠とされたのは、所得税法 § 137(1)ではなく、そもそも、法人 D の子会社 E への資産の譲渡は、譲渡を真に意図したものではない仮装又は不完全な取引であって、このような純粋な事業目的を欠く取引が否認されるという原則は英国や米国で司法上確立している法理であり、カナダの所得税においても適用可能であるという考え方であった⁽¹²²⁾。

上記判決において、最高裁は、本件取引は仮装でも不完全でもなく、控除要件を充足している以上、所得税法 § 137(1)に基づく否認の余地はないほか、英国の Bradford Corporation v. Pickles 事件貴族院判決([1895] A. C. 587)では、「合法的な行為であるならば、行為の動機が如何に邪悪なものであっても、人はその行為を行う権利を有している」などと判示されたこと

(121) 本判決の当該部分の原文は、“There is nothing reprehensible in seeking to take advantage of a benefit allowed by the law. If a taxpayer has made an expenditure which, according to the Act, he may deduct when calculating his income, I do not see how the reason which prompted him to act can in itself make this expenditure non-deductible.”である。

(122) 本判決において、ウィルソン(Wilson)裁判官も、仮に事業目的テストがカナダの税法の一部を構成するものであれば、本件取引は、租税回避を唯一の目的とするものであることから、税務当局の更正処分は明らかに妥当であるということになると述べている。

に鑑みると⁽¹²³⁾、カナダの所得税法の下では、「問題の取引が古典的な定義の下での仮装に該当するか法の明白な意図に反しない限り、納税者が独立した或いは誠実な事業目的を有しない取引を行ったことのみを理由として、その税務効果を否認することには賛同できない。厳格な事業目的テストは、一定の状況の下では、明白な法令上の意図と衝突し得る・・・」と判示している⁽¹²⁴⁾。

また、上記最高裁判決では、「本法(所得税法)は財政政策と経済政策を混合させたものであり、・・・少なくとも、事業目的要件を課することは、経済・社会的な政策目標を実現するために議会が推進している特定の活動を納税者が実行することを妨げることとなり得る」わけであり、しかも、「損失繰延規定やその他の所得税法上の規定のいずれかが、本件のような拘束力を有する取引を行い、本件において問題となっているような支払いを控訴人が行うことを禁じるという議会の意図を包含しているという点は明らかにされていない。一旦、損失繰延べという概念が税法に採用されれば、税務当局は、過去の損失に対して控除を行う限度において、将来的な税収の減少が生じるという蓋然性・・・に晒されるのである」と判示された⁽¹²⁵⁾。

(123) 本貴族院判決の当該部分(ハルスビューリー卿(Lord Halsbury)によるもの。)の原文は、“If it was a lawful act, however ill the motive might be, he had a right to do it.”である。本貴族院判決では、ワトソン卿(Lord Watson)も、「適切な動機ゆえに合法的である資産の利用は、動機が不適切或いは悪意に満ちたものであるからといって非合法となり得るものではない”(“No use of property, which would be legal if due to a proper motive, can become illegal because it is prompted by a motive which is improper or even malicious.”)と述べている。

(124) 当該判示部分の原文は、“I would therefore reject the proposition that a transaction may be disregarded for tax purposes solely on the basis that it was entered into by a taxpayer without an independent or bona fide business purpose. A strict business purpose test in certain circumstances would run counter to the apparent legislative intent...”である。

(125) 本判決の当該部分の原文は、“The statute is a mix of fiscal and economic policy. ...At minimum, a business purpose requirement might inhibit the taxpayer from undertaking the specified activity which Parliament has

2. GAAR の特徴と司法消極主義

(1) GAAR の構造

上記の *Stubart* 事件最高裁判決は、文理主義の優位という状況の下における当時の対抗策の限界を白昼に晒すものであり、法人所得税収の不足が深刻化していた当時の税務当局に大きなショックを与えた。かかる限界を克服することを目的として、1987 年には、所得税法 § 137(1)に代わって、所得税法 § 245(以下、General Anti-Avoidance Rule の頭文字をとって「GAAR」という。)が新たな包括的否認規定として導入された。所得税法 § 245(2)では、「ある取引が租税回避取引に該当する場合、当該取引の課税上の取扱いは、本規定がなかった場合には、当該取引或いは当該取引を含む一連の取引から直接的又は間接的に生じるであろう課税上の利益について、それを否定するために、状況に応じて合理的であるように決定される。」)と定められている⁽¹²⁶⁾。

上記規定で言う「租税回避取引」とは、同法 § 245(3)(a)では、「当該規定がなければ、税務上の利益を直接的或いは間接的に享受することが可能となる取引であるが、税務上の利益を得ること以外の目的を達成するために仕組まれたものであると合理的に考えられる取引は含まれない」と定

invited in order to attain economic and perhaps social policy goals.”と
 “Neither the loss carry-forward provisions, nor any other provision of the Act, have been shown to reveal a parliamentary intent to bar the appellant from entering such a binding transaction and to make the payments here in question. Once the tax loss concept is included in the statute, the revenue collector is exposed to the chance, … of the reduction of future tax collections to the extent that a credit is granted for past losses.”である。

(126) 本規定の原文は、“Where a transaction is an avoidance transaction, the tax consequences to a person shall be determined as is reasonable in the circumstances in order to deny a tax benefit that, but for this section, would result, directly or indirectly, from that transaction or from a series of transactions that includes that transaction.”である。

義されており⁽¹²⁷⁾、また、同法 § 245(4)によると、「問題となる取引が、所得税法上の諸規定を直接的或いは間接的に濫用することにはならない、或いは、本規定以外のその他所得税法上の諸規定を全体的に捉えると、濫用には当たらないと合理的と考えられる場合には、§ 245(2)の規定は適用されない。」とされていることから⁽¹²⁸⁾、カナダの GAAR は、事業目的テストを中核に据えた米国等の実質主義とは少なからず異なった否認のアプローチに依拠するものとなっていると解される⁽¹²⁹⁾。

所得税法 § 245(4)の導入の主な目的は、同法 § 137(1)が包含していた問題に対処することであったが、所得税法 § 245(4)の否認機能がそれほど大きいものでないことは、最高裁判所よりも伝統的に租税回避行為に対して厳しいスタンスを示してきた下級審の一連の判決 (Jabin Investments Ltd. v. The Queen 事件租税裁判所判決 ([2001] DTC 1002 TCC)や Rousseau-Houle v. The Queen 事件租税裁判所判決 ([2001] DTC 250)等)でも、GAAR に基づく租税回避行為を否認する処分が認められな

(127) 本規定の当該部分の原文は、“any transaction that, but for this section, would result, directly or indirectly, in a tax benefit, unless the transaction may reasonably be considered to have been undertaken or arranged primarily for those purposes other than to obtain the tax benefit.”である。なお、所得税法 § 245(3)(b)は、「租税回避取引」には、一つの取引だけでなく、「一連の取引」(“a series of transactions”)も含まれると定めている。

(128) 所得税法 § 245(4)の原文は、“Subsection (2) does not apply to a transaction where it may reasonably be considered that the transaction would not result directly or indirectly in a misuse of the provisions of this Act or an abuse having regard to the provisions of this Act other than this section, read as a whole.”である。

(129) 所得税法 § 245(3)a 及び § 245(4)の規定振りからすると、これらの規定において採用されている否認アプローチは、欧州の大陸法の国々であるドイツやフランス等で主な否認手段となっている法の濫用の法理に類似したものであると解し得るが、主観テストが、否認のためのメルクマールではなく、否認の適用対象外となるためのメルクマールとされているなど、主観テストの位置づけ等において、法の濫用の法理との違いが認められる。

かったことによって少なからず示唆された⁽¹³⁰⁾。確かに、GAAR の適用が問題となった事件で連邦控訴裁判所が最初の判断を下した OSFC Holdings Ltd. v. The Queen 事件判決（[2001] FCA 260）では、GAARに基づく否認処分が首肯されたものの、本判決で示された GAAR の適用基準も、かなり厳しいものであった。

上記の OSFC 事件では、担保を徴して貸付けを行う法人 E は、多額の不良債権のポートフォリオと損失を抱え、解散することとなったが、法人 E の精算人は、法人 E の損失等を第三者の所得を圧縮するために利用するというスキームを考え、かかるスキームに従って、法人 E は子会社 F を設立し、子会社 F に金銭の貸付けを行うとともに、子会社 F と共に組成したパートナーシップ G に対し、ポートフォリオの抛出などを行い、法人 E のパートナーシップ G に対する権利を第三者に売却した後、損失を抱えたパートナーシップ G の権利を取得し、パートナーシップ G がポートフォリオの売却等によって生じさせた損失の分配を受け、損失の控除を行ったのに対し、税務当局が、かかる控除を GAAR に基づいて否認する処分を行ったことが問題となった。

上記事件判決では、本件スキームは租税回避を主な目的とし、かかる租税回避によって法人 E に税務上の利益が生じていること、また、本件スキームは、貸金業者の関係者やかかる業者と独立企業間価格で取引しないパートナーシップへの資産移転による損失の実現を制限する規定（“stop-loss provision” と称される。）である所得税法 § 18(13) を濫用するもの

(130) 「債務の棚上げ」（“debt parking”）という租税回避行為が問題となった Jabin 事件租税裁判所判決のポイントについては、拙稿「第 60 回 IFA 総会—主なテーマを巡る議論の評釈と論考—」税大ジャーナル 4 号（平成 16 年）140～142 参照。Rousseau-Houle 事件租税裁判所判決では、本件で抵触すると主張されている諸規則は、そもそも、所得税法 § 245(4) でいう「所得税の諸規定」には含まれていないと解され、仮に、諸規則で明らかにされている財政政策をも考慮に入れるのが議会の意図であるならば、その意図を所得税法 § 245 で明示すべきであろうという見解が示された。

とは解せないものの⁽¹³¹⁾、法人間の損失移転に関する所得税法全体の一般的な政策に反することから、GAAR の適用が認められるが、そもそも、所得税法 § 245(4) に関して裁判所が行うべきは、関係規定の目的論的解釈に基づき、その立法趣旨を推測することではないことから、裁判所が税法の濫用があったことを認めるのは、関係規定の趣旨・政策が「明瞭で曖昧さが無い」(“clear and unambiguous”) 場合に限られるという見解が示されている。

税務当局は、GAAR の発動において、かなり慎重な姿勢を示していたが、慎重な姿勢で臨んだ GAAR に依拠した否認処分についても、上記の通り、少なからぬ場合において、租税裁判所によって否定され、また、上記の OSFC Holdings 事件連邦控訴裁判所判決では、GAAR に基づく否認処分が首肯されたものの、連邦控訴裁判所が示した GAAR の適用基準は、かなり高いハードルを設定するものであったことなどから、GAAR は有名無実化しているのではないかという危惧を示す向きもあった⁽¹³²⁾。このような状況の下、最高裁が初めて GAAR に対する判断を下すこととなる *Kaulius et al v. The Queen* 事件判決 ([2005] SCC 55) 及び *Canada Trustco Mortgage Co. v. The Queen* 事件判決 ([2005] SCC 54) がどのような内容のものとなるかに少なからぬ注目が集まった。

(131) 本判決では、所得税法 § 18(13) の趣旨は、貸金業者が、市場価値の減価した資産に対する支配権を維持しつつも、当該資産を独立企業間価格で取引しない者に対して譲渡することによって、その損失の人為的な発生を阻止することであることから、資産の譲渡を受けたパートナーシップに対する請求権を第三者である納税者(控訴人)が得ることが、かかる趣旨に明白に反するとは解せないとされている。

(132) このような指摘と危惧の表明を行っているものとして、Brian Arnold, *The Long, Slow Steady Demise of the General Anti-Avoidance Rule*, *Canadian Tax Journal* (2004) Vol. 52 No. 2, pp. 488-511 参照。アーノルドが述べている通り、税務当局が GAAR の発動において慎重なスタンスを示していることは、カナダでは、毎年、1万2千件ほどの法人調査が行われているが、税務当局が GAAR を適用した件数は、GAAR 導入後の 15 年間において 374 件であることから示唆される。

(2) GAAR に対する最高裁のスタンス

イ) Mathew 事件最高裁判決

Kaulius 事件最高裁判決 (Mathew v. Canada 事件最高裁判決とも称されている。)では、貸金業者の関連者等への資産移転による損失の実現を制限する所得税法 § 18(13) やパートナーシップの損失のパートナーへの配分を定める同法 § 96 に依拠し⁽¹³³⁾、未実現のロスを抱えた資産 (モーゲージ・ポートフォリオ) を有する信託会社 H は、その解散に先立ち、当該資産を関連者であるパートナーシップ I に譲渡し、その後、信託会社 H のパートナーシップ I に対する権利が、新設の非関連者であるパートナーシップ J に譲渡され、パートナーシップ J のパートナーとなった信託会社 H は、当該資産の譲渡損失の配分を受け、かかる損失をその他の所得と相殺したが、税務当局は、かかる相殺を GAAR に基づいて否認したことから、かかる処分の妥当性が争われた。

上記事件判決において、最高裁は、法律解釈においては、「統一された形式的解釈、文脈に沿った解釈及び目的論的解釈方法」(“unified textual, contextual and purposive approach to interpretation”) が必要となるとの見解に立脚した上で、所得税法 § 18(3) と同法 § 96 を一体として目的論的に解釈すると、これらの規定の趣旨は、共同の事業活動における資産の共同管理に基づいて損失を保持・共有し、事業継続を促進することであると解されるが、本件の場合、信託会社 H とパートナーシップ I の関係は中身のない人為的なものであり、また、パートナーシップ J の機能は、信託会社 H の損失を実現・配分することに限定されており、かかる機能を果たす目的の下に創設されたことなどに鑑みると、本件取引は、これらの規定を濫用するものであり、GAAR による否認の対象となると判示された。

ロ) Canada Trustco 事件最高裁判決

(133) 所得税法 § 18(13) については、脚注(131)参照。

これに対し、Canada Trustco 事件では、リース業を営む納税者 K が、借金して法人 L から購入したトレーラーをオフショア法人 M にリースしたが、当該トレーラーは、その後、法人 L にサブリースされ、法人 L はオフショア法人 M にリース料を前払いし、オフショア法人 M は、法人 L に対するリース料と購入オプション支払料に係る担保の提供を行い、納税者 K は、この販売・リースバック取引による「資本費用」(“capital cost”)の控除を主張したが、税務当局は、法人 L とオフショア法人 M との間のリース契約では、「契約消滅条件証書」(defeasance)が交わされているなどの特異性を踏まえ⁽¹³⁴⁾、納税者 K の経済的なリスクは実質的に存在せず、實際上、納税者 K には何ら費用が発生していないとして、GAAR に基づく否認を行ったことから、かかる処分⁽¹³⁵⁾の妥当性が争われた⁽¹³⁵⁾。

上記判決において、最高裁は、GAAR の適用上の具体的基準(①単体或いは複数の取引の一部から税務上の利益が生じていること、②租税回避に該当する取引とは、税務上の利益を得る以外の誠実な目的のために組成・実行されたと合理的に言い難いものであること、③濫用的な租税回避行為とは、税務上の利益が、納税者の依拠する規定の目的、精神及び趣旨に合致するとは合理的に結論づけることができないものであること)を示した上で、税務当局側が立証責任を負う上記③

(134) 税務当局は、その他の特異性として、納税者 K の借金が金融機関によるリミテッド・リコース・ファイナンスによるものであったことや、法人 L のリース料が前払いされたことなどを挙げていたが、納税者 K は、これらは、法人 L の負担軽減と債務のヘッジを行うための手段であり、通常の販売・リースバック取引であることに変わりはないと主張していた。

(135) 税務当局は、当初、かかる更正処分⁽¹³⁵⁾の根拠として、納税者 K は、リースの対象となっているトレーラーに対する所有権を実質的に取得しておらず、本件取引は仮装であるという点も挙げていたが、訴訟に先立って、かかる主張の取り下げを行った。したがって、裁判では、本件取引が GAAR の適用条件を満たしているか否かが問題となったが、本事件の第一審である租税裁判所判決(2003 A.C.W.S.J. 20324)及び控訴審である連邦控訴裁判所判決(2004 D.T.C. 6119)で税務当局は敗訴した。

については、「付帯的な補足資料」(“extrinsic aids”)等に依拠して、税法の趣旨を明らかにした上で、かかる趣旨の濫用の存在を証明することが必要となるが、税法の趣旨や税法の濫用が明白でない場合には、疑わしきは納税者の利益にという原則が働き、納税者に有利な判断が下されるという見解を示している。

上記の見解に立脚した上で、最高裁は、所得税法 § 20(1)(a)の下、「資本費用」として控除されるのは「費用」(“cost”)であり、本規定及び資本費用控除に関する諸規定等の全体としての趣旨からすると、「費用」を「経済的リスクの額」(“amount economically at risk”)と解するのが妥当であるという税務当局の見解には根拠がなく、また、「・・・この表現(「経済的実質」)については、所得税法の特定の規定の的確な解釈と離れて単独の意味を有するものではない」ところ⁽¹³⁶⁾、税務当局の主張は、「経済的実質」を狭い範囲で考慮し、「資本費用控除」に関する諸規定の統一された形式的解釈、文脈に沿った解釈及び目的論的解釈方法とは離れて単独に解釈したものとなっていることから、かかる解釈に基づく GAAR の適用は認められないと判示している⁽¹³⁷⁾。

(3) GAAR の潜在的有用性と限界

上記の通り、最高裁は、Mathew 事件判決と異なり、Canada Trustco 事件判決では、GAAR の適用を認めず、また、「・・・異なる内容を定める特定の規定がなければ、裁判所は、所得税法の規定に合致するように巧みに仕組んだ納税者の取引を、かかる取引を選択していない者に不平等であることを根拠として、否定することはできない」という考え方に賛同しな

(136) 本判決の当該部分の原文は、“...this expression(“economic substance”) has little meaning in isolation from the proper interpretation of the specific provisions of the Act.”である。

(137) 本判決では、本件取引は、通常の販売・リースバック取引と基本的に同じである

がも⁽¹³⁸⁾、「(上記で言うところの)「異なる内容を定める特定の規定」に GAAR が該当する限りにおいて・・・、ウェストミンスター原則と文理解釈の重視という考えは修正されてよい」と述べ⁽¹³⁹⁾、しかも、「統一された形式的解釈、文脈に沿った解釈及び目的論的解釈方法」が税法規定の解釈上必要であるとの見解を示していることなどに鑑みると、本判決も、GAAR の潜在的有用性が低いという見方に立つものではないと考えられる⁽¹⁴⁰⁾。

しかも、Canada Trustco 事件判決では、税法の趣旨を明らかにするのに資する「付帯的な補足資料」には、国会議事録等や GAAR が導入された経緯や所得税法 § 245(4) の制定に係る「説明資料」(“Explanatory Notes”)も含まれると示唆されており⁽¹⁴¹⁾、当該「説明資料」では、所得

という第一審判決の見解が妥当であるとも述べられている。

(138) かかる考え方は、Shell Canada Ltd. v. Canada 事件最高裁判決〔1999〕3.S.C.R. 622)で示されたものであり、原文は、“… absent a specific provision to the contrary, it is not the court’s role to prevent taxpayers from relying on the sophisticated structure of their transactions, arranged in such a way that the particular provisions of the Act are met, on the basis that it would be inequitable to those taxpayers who have not chosen to structure their transactions that way.”である。Shell Canada 事件では、納税者が、非居住者からの借入れと先物交換契約等を行うことによって、居住者からの借入れを行った場合よりも多くの利払いの税務上の控除が可能となったことが問題となった。

(139) 本判決の当該部分の原文は、“To the extent that the GAAR constitutes a “provision to the contrary”…， the Duke of Westminster principle and the emphasis on textual interpretation may be attenuated.”である。

(140) 例えば、税法の濫用が認められないとして GAAR の適用が否認された裁判例であるが、Imperial Oil Ltd. v. Canada 事件連邦控訴裁判所判決(2004 A.C.W.S.J 2292)において、連邦控訴裁判所は、ウェストミンスター原則が示された事件で利用されたスキームは、今日、カナダでは、GAAR によって否認されることとなろうという見解を示している。

(141) この点については、Roger Taylor and Al-Nawaz Nanji, Supreme Court Rules on First GAAR Case (<http://www.ottawabusinessjournal.com/284920829631119.php> [平成 18 年 2 月 20 日])参照。確かに、本最高裁判決では、「財務長官…が 1988 年 7 月に公表した所得税に関する法律の説明資料…は、解釈上の助けになる」

税法 § 245(4)が経済的実質に依拠して合法的な租税回避と濫用的な租税回避の区別が行われており、また、所得税法が適用されるのは経済的実質を有する取引であるという点に言及がされていることから、経済的実質は、同条の適用上の重要なメルクマールであると位置づけられ、本判決は、経済的実質を欠く取引は、それが関係規定や所得税全体の趣旨・目的によって明確に合致しない限り、所得税の立法趣旨を蔑ろにすると想定されるべきことを示唆したものと解する向きもある⁽¹⁴²⁾。

これに対し、これらの最高裁判決は、税法規定の濫用が認められない限り、取引の法形式は尊重されるという原則が存在している以上、GAARによって経済的実質に基づく否認が可能になったわけではないことを再確認するものであるという指摘をする向きもある⁽¹⁴³⁾。また、これらの最高裁判決が示唆する GAAR の適用上のハードルの高さは、前述の OSFC 事件連邦控訴裁判所判決で設定されたものよりは低いものであることから、もはや、GAAR の適用は、必ずしも「明瞭で曖昧さがない」税法規定の濫用が認められる場合に限定されるわけではないものの、それでも、その適用上のハードルは、依然として、かなり高いレベルにあると解する向きが少なくないのも事実である⁽¹⁴⁴⁾。

上記の通り、前述の二つの最高裁判決で示された GAAR に関する判断の

(“The Explanatory Notes to Legislation Relating to Income Tax issued by …, Minister of Finance(June1988) … are an aid to interpretation.”)と述べられている。

(142) かかる見解を示しているのはリー(Jinyan Li)教授である。この点の詳細については、Symposium on Tax Avoidance After Canada Trustco and Mathew: Summary of Proceedings, Canadian Tax Journal (2005) Vol. 53, No.4, pp. 1017-1018 参照。

(143) かかる指摘については、Thomas B. Akin, Economic Substance Around the World - Canada (<http://www.ruchelaw.com/pdfs/EconomicSubstanceAroundWorld.pdf> [平成18年2月20日])参照。

(144) この点については、Supreme Court of Canada Renders Decisions on the General Anti-Avoidance Rule (http://www.wildlaw.ca/docs/taxlawupd_nov2005.pdf [平成13年3月6日])参照。

解釈については、幾分異なる見方があり、前述の二つの最高裁判決によって、GAAR 適用範囲は、むしろ、従来にも増して不明瞭となったという指摘をする向きもある⁽¹⁴⁵⁾。確かに、時代の流れに伴い、税法解釈アプローチの趨勢が、嘗て支配的であった文理主義から「統一された形式的解釈、文脈に沿った解釈及び目的論的解釈方法」に移行したことによって、GAAR の否認機能は高まる蓋然性があると考えられるものの、これらの二つの最高裁判決が下された後も、GAAR に基づく否認処分は、租税裁判所等において少なからず否定されていることなどに鑑みると、GAAR の否認機能・有用性は、依然として、それほど大きなものとはなっていないと考えられる。

第 2 節 豪州の包括的否認規定の実態

1. 所得税法 § 260 の位置づけ

(1) 所得税法 § 260 の意義と適用例

豪州では、「1901 年法解釈法」(Acts Interpretation Act 1901) § 15AA が、「法律上の規定を解釈するに際しては、(法律において、その意図や目的が明示的に定められているか否かに関係なく)、法律の根底にある意図や目的を促進するような解釈が、かかる意図や目的を促進することには繋がらないような解釈よりも優先される。」と定めているにもかかわらず⁽¹⁴⁶⁾、実際のところ、裁判所は、厳格な文理主義に立脚した判決を

(145) かかる指摘については、Jack Bernstein, Barbara Worndl, and Kay Leung, Canadian Supreme Court's Pronouncement on GAAR: A Return to Uncertainty, *Tax Notes International*, Vol. 40, No. 5, (2005) p. 447 参照。

(146) 本規定の原文は、“In the interpretation of a provision of an Act, a construction that would promote the purpose or object underlying the Act (whether the purpose or object is expressly stated in the Act or not) shall be preferred to a construction that would not promote that purpose or object.”である。

下す伝統・傾向があり、しかも、かかる伝統・傾向は、長きに亘り、税法規定の解釈が問題となるような場合において、特に顕著に認められた。

そもそも、税法解釈において厳格な文理主義を採用するという伝統が確立していた背景には、英国で下された Charles James Partington v. The Attorney General 事件貴族院判決（[1986] LR 4LH 100）において、ケアンズ卿（Lord Cairns）が、全ての財政関係法規に妥当する原則として、「公平な法令解釈というものが認められるとしても、かかる解釈は、単純に法令の文言に固執することが可能である税法規定において容認されないことは確かである」という見解を示し⁽¹⁴⁷⁾、このような見解が豪州の裁判所でも支持され、また、1936年、英国において、Duke of Westminster v. Inland Revenue 事件貴族院判決（19 TC 490 [1936] AC 1）が下され、文理主義の優位性が確立した後は、ウェストミンスター原則に重きが置かれていたからであると言われている⁽¹⁴⁸⁾。

もともと、英国と異なり、豪州では、不適切な租税回避行為を否認する包括的否認規定として、1936年所得税法 § 260（Income Tax Assessment Act of 1936）が創設され、本規定では、「本規定の成立の前後であるか、また、書面と口頭のいずれであるかに関係なく、あらゆる契約、取決め或いはアレンジメントが、(a)所得の帰属を変更させる、(b)所得税負担の軽減・回避を可能にする、(c)所得税法上の納税義務の目的を蔑ろにする、(d)当該規定の執行を阻害するようなものであるならば、かかる契約、取決め或いはアレンジメントは、これらの目的・効果を意図するものである

(147) Partington 事件貴族院判決では、英国の居住者の遺産を実質的に相続することとなった米国の居住者が英国の遺言税（probate duty）を納付する義務を負うか否かなどが争点となった。

(148) この点については、Frans Vanistendael, Legal Framework for Taxation, TAX LAW DESIGN AND DRAFTING, (1996) International Monetary Fund (also at <http://www.imf.org/external/pubs/nft/1998/tlaw/eng/ch2.pdf> [平成18年4月9日]) 参照。とりわけ、バーウィック（G. Barwick）首席裁判官が、連邦高等法院（我が国の最高裁に相当する。）で文理主義に立脚した判決を数多く下した1970年代には、租税回避スキームを推奨する産業が興隆したといわれている。

限りにおいて、税務長官に対し、或いは本法の下での手続との関係上、絶対的に無効であるが、かかる契約等のその他の目的との関係では、その法的効力が損なわれるわけではない。」と定められていた⁽¹⁴⁹⁾。

所得税法 § 260 は、租税回避行為を否認する上で一定の効果を上げた。代表的な否認例としては、Bell v. FCT 事件高等法院 (High Court) 判決 ([1953] 87 CLR 548) がある。本事件では、自動車販売などの事業を行うパートナーシップ A を組成している納税者 B 等が、配当課税を回避するために、パートナーシップ A による自動車等の転売をニューギニアに設立した法人 C を通じて豪州に設立した法人 D に対して行い、多くの所得が法人 C に落とされた後に、納税者 B 等は法人 C の株式を譲渡し、その対価を得たが、当時、豪州では、キャピタル・ゲインが課税されていなかったことから⁽¹⁵⁰⁾、納税者 B 等は、納税義務は生じないと主張したのに対し、税務当局は、本件取引を所得税法 § 260 に基づいて否認し、納税者 B 等が得た上記の対価は、法人 C からの配当であるとして課税したことが問題となった。

上記の Bell 事件判決において、高等法院は、「(所得税法 § 260 が定めるアレンジメントという) 文言には、契約や取決めに限られず、特定の効果を生じさせることを目的として仕組まれた全ての種類の共同行為が含

(149) 本規定の原文は、“Every contract, agreement, or arrangement made or entered into, orally or in writing, whether before or after the commencement or after the commencement of this Act, shall so far as it has or purports to have the purpose or effect of in any way, directly or indirectly: (a) altering the incidence of any income tax; (b) relieving any person from liability to pay any income tax or make any return; (c) defeating, evading, or avoiding any duty or liability imposed on any person by this Act; or (d) preventing the operation of this Act in any respect; be absolutely void, as against the Commissioner, or in regard to any proceeding under this Act, but without prejudice to such validity as it may have in any other respect or for any other purpose.” である。

(150) キャピタル・ゲインが豪州で課税されるようになったのは 1985 年以降である。

まれる」ことから⁽¹⁵¹⁾、本件における一連の取引は、必要な法形式を整えており、仮装でもなければ事実隠ぺいでもないものの、租税回避を唯一の目的とし、通常の取引では配当となる利益を資金的収入という性質のものに変化させるものであることから、かかる「アレンジメント」に該当するものであり、しかも、所得税法が課する税負担義務を蔑ろにすることを意図したものであることから、所得税法 § 260 に基づき、納税者 B 等が行った法人 C 株式の売却は、税務上無効とされ、納税者 B 等が得た利益は、配当として課税されるべきであると判示している。

(2) 所得税法 § 260 の適用基準

所得税法 § 260 の否認機能が発揮された上記のような判決もあったが、本規定は大きな問題を抱えていた。所得税法 § 260 が広範な規定振りとなっていたことが、文理主義の優位という趨勢の下、却って、税務当局に不利に作用するという問題が生じたのである。この問題が顕著に現れた例として *Newton v. FCT* 事件高等法院判決（[1957] 96 CLR 577）が挙げられる。本事件では、自動車販売による多額の利益を得た法人 E が、株主 F 等に配当を行うと、多額の所得税が発生するため、これを避けるために、法人 E の定款が変更され⁽¹⁵²⁾、会計士が支配する法人 G に対する法人 E 株式の譲渡、法人 E 株式の株主 F 等への再譲渡及び株主 F 等による法人 E へ

(151) 本判決の当該部分の原文は、“… the word (“arrangement”) extends beyond contracts and agreements so as to embrace all kinds of concerted action by which persons may arrange their affairs for a particular purpose or so as to produce a particular effect.” である。このような解釈は、そもそも、*Jaques v. Federal Commissioner of Taxation* 事件高等法院判決（[1924] 34 CLR 328）においてイサクス（Issacs）裁判官が、当時、所得税法 § 260 と同様な趣旨であった 1915 年所得税法 § 53 が定めていた「アレンジメント」の意味について示した見解等を参考としたものであった。

(152) 定款の変更によって、特別配当権が設定され、特別配当が行われた後には、低い固定の率での配当が行われることとなった。

の再投資などが行われたが⁽¹⁵³⁾、税務当局は、本件取引を所得税法 § 260 に基づいて否認し、かかる取引による利益の多くは、株主 F 等への配当であるとする課税を行った。

上記高等法院判決において、フラガー (Fullagar) 裁判官は、所得税法 § 260 の解釈が容易ではなく、本規定を文字通り解釈すると、立法機関が適用を意図したとは到底想定できないようなものにも適用され得るほか、本規定によって否認される取引がどのように引き直されるのかが必ずしも明らかではないなどの問題があると述べ、また、テイラー (Taylor) 裁判官も、本事件に対する判断は、基本的には、所得税法 § 260 の広範で曖昧な規定振りの解釈如何によって変わり得るところ、そもそも、本規定の立法趣旨を明確に理解する上での指針が欠如しているという問題があるとの指摘をしているが、実際、これらの問題に対処する上での指針となる基準として、本判決やその上告審である英国枢密院判決 ([1958] 98 CLR 1) 等で依拠されたものは、以下の通り、税務当局にとって、かなり厳しいものであった。

イ) 「選択肢テスト」

上記の Newton 事件高等法院判決では、上記のような問題点を有する所得税法 § 260 の適用の有無を判断するに際しては、課税に繋がる選択肢と (税法が禁止していない) 課税に繋がらない選択肢がある場合、納税者が利用したスキーム等がなければ、納税者は課税に繋がる選択肢を選択したという擬制を行うことによって、所得税 § 260 に基づく課税を行うことは容認されないという考え方・基準 (「選択肢テスト」 (“choice test”) と称されるもの。) に立脚すべきであり、そうすると、本件取引の場合、税負担回避目的以外の意義も存在しており、
「本契約がなければ、本法の下における納税義務が生じたとは言い切

(153) 法人 G は、株式取引を事業として行う法人であったことから、かかる取引によって生じた損失を特別配当権に基づいて受け取った配当から控除することが可能であった。

れず、また、納税者が選択し得る取引ではあるものの、実際には選択しなかった取引から生じる税を課するためには、本件取引を否認することでは十分ではない」と判示された⁽¹⁵⁴⁾。

そもそも、「選択肢テスト」は、W.P. Keighery Pty Ltd. v. FCT 事件高等法院判決（[1957] 100 CLR 66）で示されたものであった。Keighery 事件高等法院判決では、事業形態如何によって、1936-1952 年「所得税・社会サービス税法」（Income Tax and Social Services Contribution Assessment Act）の課税対象となるか否かの選択肢を提供することは、正に同法 3 章 7 節の趣旨であることから⁽¹⁵⁵⁾、本件のように、株主数の調整、配当時期の変更及び中間法人の創設等の手段を講じて事業形態の選択を行うことが、「税務上の効果以外に本質的な意義を殆ど有していない一連の行為」（“a course of action which had no substantial practical significance apart from its effect on income tax”）に該当しても、かかる選択を行うことを所得税法 § 260 に基づいて否定することはできないと判示されていた。

ロ）「断定テスト」

上記の Newton 事件高等法院判決では、所得税法 § 260 の適用上、「選択肢テスト」という厳しい基準が採用されたが、本高等法院判決は、その上告審判決で破棄された。本上告審判決を下した英国枢密院は、法人 E が新資本を調達することも本件取引の目的の一つではあるが、そもそも、所得税法 § 260 は、「あらゆる契約等が、租税回避等の

(154) 本判決の当該部分の原文は、“In such a case, it cannot be said that, but for the contract, … a liability under the Act would exist. To invalidate the transaction into which the prospective taxpayer in fact entered is not enough to impose upon him a liability which could only arise out of another transaction into which he might have entered but in fact did not enter.”である。

(155) 1936-1952 年「所得税・社会サービス税法」3 章 7 節では、本法の課税の対象となるのは民間企業であるとしているが、本件では、本法に基づく課税を避けるために、民間企業を公共企業とする手段が講じられた。

目的や効果を有する限り、・・・絶対的に無効・・・」と定めていることから、「その適用は、必ずしも租税回避を唯一の目的とするものに限定されないと考えられ」⁽¹⁵⁶⁾、また、本件取引は、本規定が定めるアレンジメントに該当し、租税回避を目的とする共同行為であり、取引の中間段階を無視すると、株主 F に実質的に帰属した利益が報酬として法人 G に支払われたとみなせるから、株主 D への配当課税が認められると判示している。

上記の Newton 事件枢密院判決では、租税回避以外の目的がある場合にも所得税法 § 260 の適用は必ずしも排除されないと述べられており、税務当局が勝訴してはいるが、本枢密院判決では、所得税法 § 260 の適用基準として、「断定テスト」(“predication test”)が示され、本テストの下では、「本法 § 260 をアレンジメントに対して適用するには、アレンジメントの実行に係る表面上の事実からして、アレンジメントが租税回避を目的として実行されたとは断定できなければならないが、必ずしも租税回避を目的とするものではなく、通常の商取引や関係者間取引として説明することも可能であるならば、このような断定を行うことはできない」こととなることも述べられていることから⁽¹⁵⁷⁾、解釈・運用の仕方次第では、「断定テスト」も、所得税法 § 260 に大きな制約を加え得ると考えられる。

実際のところ、「断定テスト」の射程範囲は必ずしも十分に明らかとはなっていないが、上記の Newton 事件枢密院判決では、前述の所得税

(156) 本判決の当該部分の原文は、“This seems to the Lordships to import that it need not be the sole purpose.”である。

(157) 本判決の当該部分の原文は、“In order to bring the arrangement within the section, you must be able to predicate - by looking at the overt acts by which it was implemented - that it was implemented in that particular way so as to avoid tax. If you cannot so predicate, but have to acknowledge that the transactions are capable of explanation by reference to ordinary business or family dealing, without necessarily being labeled as a means to avoid tax.”である。

法 § 260 の適用を認めた Bell 事件高等法院判決と本規定の適用を否定した Keighery 事件高等法院判決の妥当性についても、「断定テスト」による説明が可能であり、Bell 事件の場合、問題の取引は、その効果等に鑑みても、租税回避を目的としていると明らかに断定できるのに対し、Keighery 事件の場合は、民間企業を公共企業に転換したという表面上の事実からは、かかる企業転換が租税回避のために行われたと誰も断定することはできないという説明がされている。かかる説明に鑑みても、「断定テスト」によって設定されるハードルは、税務当局にとって、決して低いものではないと判断されるような場合もあり得ると考えられる⁽¹⁵⁸⁾。

上記の通り、Newton 事件高等法院判決とその上告審である枢密院判決では、所得税法 § 260 の適用基準として、「選択肢テスト」と「断定テスト」が示されたが、これらのテストが示されたことによって、所得税法 § 260 の適用上の不透明性という問題が格段に緩和されたというわけではなかった。これらの判決が下された後も、本規定の広範な規定振りは、少なからぬ裁判官によって批判され、実際のところ、文理主義の優位という伝統の下、広範な規定振りとなっていることが、所得税法 § 260 がその否認機能を発揮する上で、有利に働くことは殆どなかった。以下で述べる Patcorp Investments Ltd. and Others v. FCT 事件高等法院判決（[1976] 10 ALR. 407）も、所得税法 § 260 の射程範囲を更に狭め、その有用性を制限するという方向性を帯びた判決の一つであった⁽¹⁵⁹⁾。

(158) 「断定テスト」をクリアーすることが必ずしも容易でないケースが存在するであろうことは、例えば、前述の Newton 事件高等法院判決では、その上告審である枢密院判決で示された見解と対照的に、問題の取引は「税務上の効果以外に本質的な意義を殆ど有していない一連の行為」であると認定されていることから示唆される。

(159) このような方向性を有する判例が形成された経緯の詳細については、Cameron Roper, *The Effectiveness of Part IVA In Preventing Tax Avoidance* (<http://>

ハ) 「本来の取引テスト」

上記の Patcorp Investments 事件判決では、所得税法 § 260 の否認機能を更に制限することとなる厳しい適用基準が示された。本事件では、探鉱を業とする法人 H 等は、株式の売買も活発に行っていたが、本件では、「配当剥し」を行うことを目的として、複数の法人の発行済株式を取得し、配当を得た後、当該株式を購入価格よりもはるかに低い価格で売り戻し、株式売却損の計上と 1936 年所得税法 § 51 が定める株式取得に係る費用の控除を行うとともに、受領した配当については、一定の条件の下、非民間企業の配当所得の「割引き」(“rebate”)を認める同法 § 46 に基づいて一定割合の控除を適用したのに対し⁽¹⁶⁰⁾、税務当局は、配当所得に対する控除等を否認する処分を行ったことが問題となった。

税務当局は、かかる処分の妥当性の根拠の一つとして、英国では、「配当剥し」を唯一の目的若しくは主要な目的として株式売買を行うことはトレーディング業務に該当せず、また、かかる株式売買による損失も同様にトレーディングによって生じたものとはみなさないとこの判決が下されている点を指摘したが⁽¹⁶¹⁾、本高等法院判決では、英国の場合とは異なり、豪州の場合には、包括的否認規定が存在しており、「本規定が存在することは、租税回避行為を阻止する目的の下、その他の所得税法上の規定が示していない条件をこれらの規定に付加することができないことを意味する」ことから⁽¹⁶²⁾、本件の争点は、所得税

www.lscs.org.au/articles.html [平成 18 年 12 月 14 日] 参照。

(160) 1936 年所得税法 § 46 の下では、民間企業でない居住者株主の場合、課税所得に含まれる配当額に対して平均の所得税率を適用して得られる額を所得税額の算定上、控除することができる⁽¹⁶¹⁾とされていた。

(161) かかる判決の例として挙げられているのが、Lupton v. FA & AB Ltd ([1972] AC 634) 及び Thompson v. Gurneville Securities Ltd ([1972] AC 661) である。

(162) 本判決の当該部分の原文は、“The presence of § 260 makes it impossible to place upon other provisions of the Act a qualification which they do not express, for the purpose of inhibiting tax avoidance.” である。

法 § 260 の適用の可否という問題に収斂するが、本件には所得税法 § 260 の適用は認められないと判示され、税務当局の上記の主張が退けられている。

上記の判決を下すに当たって高等法院が依拠したのは、「納税者の所得税法上の納税義務は、所得税法 § 260 以外に見い出す必要があり、本規定が否認する契約等のいずれも利用されなかったならば存在したであろう認識可能な所得が存在しなければならない」という考え（「本来の取引テスト」、「antecedent transaction test」と称される。）であり、かかる基準に照らしてみると⁽¹⁶³⁾、本件の場合、納税義務を発生させる所得税法上の関係する規定がなく、しかも、「・・・税務当局が否認することを意図している本件のアレンジメントは、所得税法 § 46 が付与する利益を得ることを目的とするものであって、租税回避を目的とするものであると断定することはできない」ことから⁽¹⁶⁴⁾、所得税法 § 260 に基づいて本件取引を否認することは認められないという見解が示されている。

Patcorp 事件高等法院判決で示されたギブス (Gibbs) 裁判官の上記

(163) 当該部分の原文は、“Any liability of the taxpayer to pay income tax must be found elsewhere in the Act. There must be some identifiable income of the taxpayer which would have been liable to be taxed if none of the contracts, agreements or arrangements to be avoided by the section had been made.”である。そもそも、「本来の取引テスト」とは、Europa Oil (N.Z.) Ltd. (No. 2) v. IRC (N.Z.) 事件枢密院判決 ([1976] ATC 6001) でデイプロック (Diplock) 卿が示した考えである。本事件判決では、豪州の所得税法 § 260 と凡そ同様な規定であるニュージーランドの 1954 年土地・所得税法 (The Land and Income Tax Act) § 108 が適用されるためには、そもそも、問題のスキーム等がなかったならば、納税者に確認し得る課税されるべき所得が存在しているということが条件となるが、かかる条件は満たされていないなどと判示され、税務当局側が敗訴している。

(164) 本判決の当該部分の原文は、“... the arrangements which the Commissioner seeks to challenge cannot be predicated to be an attempt to avoid tax -- they were attempt (and a successful attempt) to take advantage of the benefit given by section 46.”である。

の見解は、「選択肢テスト」と「断定テスト」の妥当性を再確認するだけでなく、所得税法 § 260 による否認を行うためには、否認対象の取引を引き直す前提となる課税対象取引が存在していることが条件となるという「本来の取引テスト」という基準を示すことによって、所得税法 § 260 の否認機能に大きな制約を加えるものであったが、上記の見解は、豪州の場合、英国と異なり、所得税法 § 260 が存在しているがために、豪州における個別規定の目的論的解釈が大きく制限されるほか、英国においてウェストミンスター原則を修正する考え方として司法上発展した目的論的解釈のアプローチであるラムゼイ原則は、豪州では税法解釈上採り得ないという認識に立脚するものであった。

(3) バーウィック裁判官の影響

所得税法 § 260 の適用基準はかなり厳格なものであり、その否認機能・有用性が大きいものでないことは、上記の一連の判決等によって明らかとなったが、本規定の有用性が低いレベルにとどまることとなった背景には、その制度設計上の問題もさることながら、文理主義の優位という趨勢が存在していたという事実があり、かかる趨勢が本規定の否認機能に大きな影を落としたものと考えられる。豪州の税法解釈における文理主義の優位という趨勢は、税法の目的論的解釈に対して消極的であったバーウィック (Garfield Barwick) が、1964 年から 1980 年の間、高等法院の首席裁判官としての采配を振るい、かかる采配が、下級裁判所判決を含む多くの裁判において、少なからぬ裁判官の判断に影響を与えたことによって、特に顕著なものとなったと言われている。

バーウィック首席裁判官の目的論的解釈に対する否定的な見解・スタンスは、例えば、バーウィック首席裁判官が行ったとされる発言(「・・・議会は、税の賦課を行う法律を成立させる際、言葉が許す限りにおいて、法律の文言の意味を明確にすることを要すると考える。法律の文言に不明朗な点が認められる場合には、自己の利害に最も適するように法律の文言

を解釈することができるという利益は、行政当局ではなく、市民が享受すべきである」)に代表されるが⁽¹⁶⁵⁾、このような発言に表れているバーウィック首席裁判官のスタンスのその他の裁判官への影響が少なからず認められたことなどを背景として、1970年代の豪州では、租税回避スキームの興隆が認められたという指摘がされている⁽¹⁶⁶⁾。

バーウィック首席裁判官の上記のようなスタンスが示された代表的な裁判例として FCT v. Westraders PTY Ltd. 事件高等法院判決([1980] 30 ALR 353)が挙げられる。本事件では、株式取引を業とする法人 S が設立に関与したパートナーシップ T は、十分な配当が行われた後に価値が下落した株式を法人 S から譲渡され、その後、当該株式を再譲渡したことにより、パートナーシップ T に投資している法人 U は、1936 年所得税法 § 36A(2)の下、かかる再譲渡は多額の損失を発生させたとして⁽¹⁶⁷⁾、その持分に係る損失の控除を行ったが、税務当局は、パートナーシップ T への株

(165) この発言の原文は、“… it is for the Parliament in passing laws imposing taxation to make its meaning as unambiguously clear and certain as the use of language permit. In the event of ambiguity in such legislation, the citizen, not the executive government, should have the benefit of that construction of the language of the statute which is most favorable to his or her interest.”である。この点については、Garfield Barwick, A RADICAL THEORY, the Federation Press (1995) p. 229 参照。因みに、このような考え方が、我が国の租税法解釈においても妥当するという見解もあるが、租税法においては、「疑わしきは国庫の利益」とか「疑わしきは納税者の利益に」というような命題が解釈原理として成り立つ余地はありえないように思われるという意見もある。かかる意見については、金子宏『租税法(第十版)』有斐閣(平成17年)120頁参照。

(166) かかる指摘をマー(David Marr)が行っていることについては、A. J. Myers, Tax Avoidance and the High Court since Sir Garfield Barwick (<http://www.law.unimelb.edu.au/taxgroup/AllanMyers07-04-05Web.pdf> [平成18年4月16日])参照。

(167) 所得税法 § 36(1)の下では、通常の事業でない株式取引において譲渡された株式(trading stock)の取得価格は、その価値であるとみなすとされており、かかる価値は、原則として、市場価格であるが、同法 § 36A(2)では、一定の状況の下では、取得コストを選択することも可能であるとされており、法人 U は、本件は、かかる「一定の状況」に該当するとして、法人 S が取得した際の価額を引き継いだことか

式譲渡は、法人 S の本来の事業の一環を成すものではなく、譲渡された株式は、譲渡時には、もはや、本規定が適用される「売買対象株式」(stock in trade)ではなかったとして、かかる控除を否認したことが問題となった。

上記事件判決において示された高等法院の多数意見は、法律の文言の解釈上、明示的に述べられていない限り、議会が達成することを意図したであろう結果を生じさせるようなアプローチを採用することは裁判所の役割ではなく、その結果として生じ得る非は議会に帰せられるべきであり、納税者に帰せられないというのが「自由な社会」(“free society”)の維持にとって基本的な原則であるとした上で、本件のように、法人が設立したパートナーシップに対して株式を譲渡することは、株式売買業において通例ではないものの、非通常な譲渡だからといって、譲渡された株式が、譲渡人や譲受人の売買対象株式でなくなるわけではなく、また、このような譲渡が所得税法 § 36A (2) の対象外であるとも解されないことから、税務当局側の主張は妥当ではないという趣旨のものであった。

文理主義の優位性は、上記の Westradlers 事件高等法院判決からも示唆されたが、1980 年代には、既に、税法解釈アプローチの趨勢に微妙な変化が生じ始めていたことは、本判決において、マーフィー (Murphy) 裁判官が、本件取引は配当剥しであり、パートナーシップ T に譲渡された株式は、法人 S が取得した株式とは本質的に異なることから、多数意見は誤っているとした上で、「豪州の税務訴訟では、現在、文理主義の絶対的な趨勢の下、不穏な状況が生じている。その結果、・・・絶えず司法判断が軽蔑されている。厳格な文理主義は、法律の文言に議会が意図したとは何人も信じないような意味を付与することから、自由な社会の進展には繋がらない」ため⁽¹⁶⁸⁾、かかる趨勢が続くならば、税務当局に対し、現行以上の

ら、パートナーシップ T に多額の損失が計上されることとなった。

(168) 本反対意見の当該部分の原文は、“In tax cases, the prevailing trend in Australia is now absolutely literalistic that it has become a disquieting

裁量権を与えるほかないという意見を述べていたことから伺い知ることができた。

2. 第4編Aと文理主義

(1) 所得税法 § 260 と第4編Aの違い

所得税法 § 260 が不適切な租税回避行為を否認する機能は、全く発揮されなかったわけではないが、文理主義の優位という趨勢の下、本規定が少なからぬ限界を包含していることは、上記の一連の判決等によって明白な事実となった。かかる限界を克服することが必要であるという認識は、次第に強まり、1981年には、1936年所得税法において、「所得税を軽減させるスキーム」(Schemes To Reduce Income Tax)というタイトルが付された第4編A(Part IV A)が創設された。そもそも、所得税法 § 260 の主な問題点が何であったのかは、上記の一連の裁判例からも示唆されることであるが、第4編Aを導入した1981年所得税改正法(Income Tax Laws Amendment 1981)の趣旨を説明した「覚書き」(Explanatory Memorandum)でも、その主な問題点が挙げられている。

上記の覚書き(2頁)において、所得税法 § 260 が包含している主な問題点とされているのは、①納税者には、「選択肢テスト」の下、所得税法が明示的に制約を加えていない取引形態を利用して租税回避を行うことが認められるため、本規定を適用するには、その他の否認根拠を見出すことが必要であること、②裁判所は、納税者の租税回避行為の裏にある意図を探る権限を有しておらず、スキームの効果の分析を行うにとどまっていること、③本規定は租税回避スキーム全体に対して適用され、本規定に基づいてスキームの一部を否認することは可能ではないことから、複雑な租税

phenomenon. Because of it, scorn for tax decisions is being expressed constantly... Progress towards free society will not be advanced by attributing to Parliament meanings which no one believes it intended...”である。

回避スキームに対して柔軟に対応することが非常に困難であること、④本規定が適用されても、本規定に基づいて問題の取引を課税対象となる取引に引き直すという権限は付与されていないことである⁽¹⁶⁹⁾。

第4編Aは、上記のような限界を包含していた所得税法 § 260 では否認が困難であった「あからさま、人為的或いは仕組まれた」(“blatant, artificial or contrived”) 租税回避行為に対抗することを意図としており⁽¹⁷⁰⁾、第4編Aを適用するためには、(a) § 177A(1)が定義する「スキーム」(“scheme”)が存在すること⁽¹⁷¹⁾、(b) § 177C が定義する「税務上の利益」(“tax benefit”)がスキームに関連してスキームに関与する者に提供されていること、(c) § 177D が定める通り、スキームへの関与が税務上の利益を得ることを目的としていること(「目的テスト」(“purpose test”)をクリアすること。)⁽¹⁷²⁾が前提条件となる⁽¹⁷²⁾。本規定が適用されると、1936年所得税法 § 226 に基づき、高率(50%、合理的な反論が可能(“rationally arguable”)な場合には25%)のペナルティが科される。

(2) 「目的テスト」の適用基準

(169) この点の詳細については、Ivan Potas, Thinking about Tax Avoidance(<http://www.aic.gov.au/publications/tandi/ti43.pdf> [平成20年3月5日])参照。

(170) この点は前述の「覚書き」で述べられている。

(171) 所得税法 § 177A(1)は、「スキームとは、(a)明示されているか否か、また、法的手続に基づいて執行可能なものであるか否かに関係なく、あらゆる契約、取決め、約束或いは企てであり、また、(b)あらゆる計画、企画、提案、行為或いは行為の過程である」(“scheme means: (a) any agreement, arrangement, undertaking, promise or undertaking, whether express or implied and whether or not enforceable, by legal proceedings; and (b) any scheme, plan, proposal, action, course of action or course of conduct;”)と定義している。

(172) 第4編Aの適用は、過去6年度分まで遡ることが可能となっている。通常の更正期限は、従来3年であったが、2004年に財務省が発表した「所得税の申告納税制度に関する報告書」(Report on Aspects of Income Tax Self Assessment、通称ROSA)では、更正期間が4年とされ、2005年には同報告書を受けた税法改正(Tax Laws Amendment (Improvements to Self Assessment) Act (No. 1・2) 2005)が実現している。

所得税法 § 177C(2)では、第4編Aの適用除外要件として、「選択肢テスト」が定められていることから、第4編Aの下でも、「選択肢テスト」が、その否認機能を制限し得るものの⁽¹⁷³⁾、第4編Aでは、制度設計上、「目的テスト」が中核に据えられており、とりわけ、この点において、所得税法 § 260 と違いが顕著である。同法 § 177D では、「目的テスト」をクリアしているか否かは、8つの要素(①スキームの実行方法、②スキームの形式と実質、③スキームが実行された時期と実行された期間、④第4編Aが無ければ実現する結果、⑤スキームに起因して生じる納税者の財政状態の変化、⑥スキームに起因して納税者の関係者に生じる財政状態の変化、⑦納税者とその関係者に生じるその他の変化、⑧納税者とその関係者の関係に照らして、総合的に判断すべきであるとされている⁽¹⁷⁴⁾。

上記の8つの要素に照らし、問題のスキームが税務上の利益を得る目的であるか否かを総合的に判断する際、問題のスキームにおける税務上の利益を得る目的と商業的な目的の比重如何が問題となり得るが、この点に関しては、§ 177A(5)(スキームの目的(Purpose of scheme))において、「本編における特定の目的のために実行されたスキーム若しくはスキームの一部に関して述べている事項は、当該特定の目的を主要な目的とする複数の目的のために実行されたスキーム若しくはスキームの一部に関して述べている事項を含むものであると解することとする。」と定められていることから⁽¹⁷⁵⁾、問題のスキームの主要な目的が「税務上の利益」を得るこ

(173) 所得税法 § 177C(2)(a)(i)では、かかる適用除外に該当するのは、「…問題となる金額が納税者の課税所得に含まれないことが、(所得税の規定によって明示されている…)選択権の行使…による場合」(“the non-inclusion of the amount of the assessable income of the taxpayer is attributable to … the exercise of an option (expressly provided for by this Act)…”)であると定められている。

(174) この点及びその他の第4編Aの適用条件の詳細については、本節(3)ロで後述するFCT v. Hart 事件高等法院判決でカリナン(Callinan)裁判官も言及している。

(175) 本規定の原文は、“A reference in this Part to a scheme or a part of a scheme being entered into or carried out by a person for a particular

とであると判断できれば、「目的テスト」をクリアすることが可能となると解されている。

上記の通り、第4編Aで採用されている「目的テスト」の実質は「支配的な目的テスト」(“dominant purpose test”)であり、問題のスキームが「支配的な目的テスト」をクリアしていると判断できれば、次に問題となるのは、所得税法 § 177C が定める「合理的期待テスト」(“reasonable expectation test”)をクリアしているか否かという点である。「合理的期待テスト」をクリアするためには、税務当局は、問題のスキームがなかったならば、如何なる結果が生じたであろうかという「仮定の事実」(“counterfactual”)の検討を行い、「税務上の利益」を生じさせない合理的な代替取引が存在していることを示し、かかる代替取引に引き直すことが必要となる⁽¹⁷⁶⁾。かかる引き直しを行う権限が制度上組み込まれている点も、所得税法 § 260 の制度設計との大きな違いとなっている。

purpose shall be read as including a reference to the scheme or the part of the scheme being entered into or carried out by the person for 2 or more purposes of which that particular purpose is the dominant purpose.”

である。

- (176) 「合理的期待テスト」は「合理的仮定テスト」(“reasonable hypothesis test”)とも称されている。所得税法 § 177C(1)は、「納税者がスキームに関連して税務上の利益を得たか否かを判断するに当たっては、… スキームが契約・実行されていなかったとするならば、納税者の当該課税年度の課税所得に含まれていたであろう、若しくは含まれていたことが合理的に期待される金額 … を参照することとする。」(“… the obtaining by a taxpayer of tax benefit in connection with a scheme shall be read in reference to: … the amount would have been included, or might reasonably be expected to have been included, in the assessable income of the taxpayer of that year of income if the scheme had not been entered into or carried out;…”)と定めている。

3. 法解釈アプローチの趨勢の変化と第4編A

(1) Peabody 事件高等法院判決

前述の Westraders 事件高等法院判決においてマーフィー裁判官が述べた反対意見からも示唆されるように、第4編Aが創設される以前から、税法解釈における文理主義の優位という趨勢には翳りが生じるようになってきており、パーウィック首席裁判官が1981年に職責から退いたことよって、このような翳りは、より顕著なものとなると想定されたが、そもそも、第4編Aの適用に際しては、複数の税務職員、租税専門家及び1名の産業界からの代表者によって構成される専門委員会(the Panel)に事前に諮ることが必要となるほか⁽¹⁷⁷⁾、所得税法 § 260 の適用の可否を巡る裁判で少なからず辛酸をなめた経験のある税務当局の第4編Aに対する姿勢も、しばらくの間は、かなり慎重なものであったことなどから、1980年代後半から1990年代前半にかけて、第4編Aの適用の妥当性が争われた裁判は殆どなかった⁽¹⁷⁸⁾。

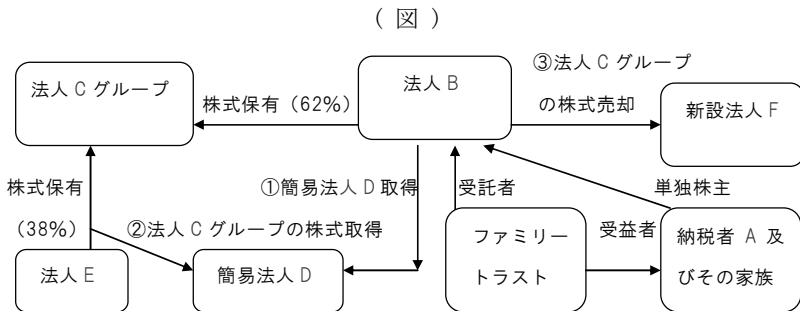
第4編Aの否認機能の大きさが実際に試された最初の裁判例は FCT v. Peabody 事件高等法院判決([1994] 123 ALR. 451)であった。本事件では、下図の通り、納税者Aとその家族が株主である法人B(法人Cグループ株式の62%を所有)は、納税者Aとその家族を受益者とするファミリー・トラストの受託者であるが、新たに取得した簡易法人D(shelf company)を通じて⁽¹⁷⁹⁾、法人Cグループの残余分の株式(38%)を法人E

(177) 専門委員会の判断は税務当局を拘束するものではないが、必要に応じて、納税者の「専門委員会」への出席や委員会での発言も認められることから、第4編Aの適用には一定の歯止めが掛かることとなり得る。

(178) 第4編Aに基づく否認が行われた例としては、FCT v Jackson 事件連邦裁判所判決([1990] 27 FCR 1)があるが、本判決で主な争点となったのは、更正・決定処分が行われた後でも第4編Aに基づく否認の主張は可能か否かなどの手続上の問題であった。

(179) 簡易法人Dが法人Eの所有する法人Cグループの株式を取得する資金は、金融機関からの借入れによって調達された。簡易法人とは、豪州において、弁護士や会計士等が簡易な手続きに従って創設・販売するものであり、簡易法人の株式の譲渡と

から購入した後、法人 C グループでは、簡易法人 D の了承の下、法人 E から購入した株式を普通株から殆ど価値のない優先株に転換する決議が行われ、その結果、法人 B が当初から有していた法人 C グループ株式の価値が大幅に高まり、法人 B は、法人 C グループの株式の 50% を新設法人 F に売却し、本売却益への短期キャピタル・ゲイン課税を回避したことが問題となった⁽¹⁸⁰⁾。



税務当局は、上記の一連の取引において、法人 C グループ株式を価値の低い優先株に転換する行為は、短期株式譲渡に係るキャピタル・ゲイン課税を定める所得税法 § 26AAA の適用を回避することを意図したものであり⁽¹⁸¹⁾、かかる行為も第 4 編 A が定める「スキーム」に該当し、また、「スキーム」に関連して「税務上の利益」が生じており、第 4 編 A の適用要件は充足されているとして、法人 B が、簡易法人 D を通じ、法人 C グループ株式の購入と短期譲渡を行ったとした場合の売却益の内、納税者 A に帰属する分をその所得に加える処分を行った。かかる処分は、取引全体として

いう手続きを経る場合もあれば、かかる手続きをも必要としない場合もある。

(180) 株式売却の対価は、現金と新設法人 F の発行株式の半数であり、法人 B としては、新設法人 F の株式の 50% を確保することによって、新設法人 F に対する支配権を維持することが可能となっている。

(181) 当時、所得税法 § 26AAA は、取得後の 12 ヶ月以内に行われた株式の売却に伴うキャピタル・ゲインを課税所得に含めることを定めていた。

は商業目的が存在していても、取引の一部が「スキーム」に該当するならば、第4編Aの対象となるという「サブ・スキーム・アプローチ」(“sub-scheme approach”)と称される考え方に立脚するものであった。

ところが、上記の高等法院判決では、かかるアプローチは否定され、第4編Aが定める「スキーム」とは一連の取引の全体を意味し、第4編Aがスキームの一部に適用されるのは、当該部分が「スキーム」を成す例外的な場合に限られ、「特定事実(スキームの一部のみを構成する事象)が、全ての実際上の意味を奪われることなくそれ自体で自立が可能でない」状況⁽¹⁸²⁾、かかる例外的な場合に該当しないほか、第4編Aの適用上、スキームが実行されなかったならば発生したであろう取引とは、その発生が単なる可能性にとどまらず、発生の確実性が合理的に期待できるものであることが必要となるところ、税務当局が想定している取引は、その発生の確実性を合理的に期待できず、所得税法 § 177C が定める「税務上の利益」に係る「合理的期待テスト」をクリアーしていないと判示された⁽¹⁸³⁾。

(2) Spotless 事件高等法院判決

上記の Peabody 事件高等法院判決は、厳格な文理主義の爪痕が癒えていないことを示唆するものであり、税務当局も、第4編Aの有用性を悲観した時期があったが⁽¹⁸⁴⁾、第4編Aと所得税 § 260 の否認機能に大きな違い

(182) 本判決の当該部分の原文は、“the circumstances(a set of circumstances which constitutes only part of a scheme) are incapable of standing on their own without being robbed of all practical meaning.”であり、スキーム全体がなければスキームとして成り立たないような部分に関しては、第4編A(所得税法 § 177A(1))が定める「スキーム」に該当するとはみなせないという考え・アプローチを示したものであると史料される。

(183) 高等法院は、本件取引における普通株の優先株への転換による株式価値の下落が発生せず、また、本件の株式売却による利益が簡易法人Dに帰属していたならば、かかる利益は、その後、法人Bに流れ、さらに納税者A等の1986年6月末に終了する年度の課税所得に含まれることとなったとは合理的に期待することができるわけではないと判断した。

(184) この点については、“Part IVA A Toothless Tiger ?” (<http://www.austlii>.)

があることは、Spotless Services Ltd v. FCT 事件高等法院判決（〔1996〕ATC 5201）によって明らかとなった。本事件では、金融機関が提供した投資スキームに従い、シンガポールに預託された法人Gの余剰資金がクック諸島の金融機関に移転され、預託期間の満了に伴い、クック諸島での源泉税の支払後の元本及び利子が法人Gに送金され、法人Gは、源泉税を支払っていることから、当時の所得税法 § 23(q) の下⁽¹⁸⁵⁾、当該利子の国内での課税は免除されると主張したが、税務当局は、第4編Aを適用し、当該利子を国内源泉所得として課税する処分を行ったことが問題となった。

そもそも、上記の取引が行われた背景には、当時、クック諸島の金融機関が支払う利子率は、豪州の金融機関が支払う利子率よりも4%ほど低かったが、クック諸島で課される源泉税は低率（5%）であるという事実があった。本判決の原審である連邦裁判所大法廷判決（〔1995〕95 ATC 4775）では、税務当局が敗訴しており、本連邦裁判所判決における多数意見であるクーパー（Cooper）裁判官の判断は、本件取引では第4編Aが定める「スキーム」の存在が認められ、「スキーム」に関連して税務上の利益も生じており、また、税務上の利益がなければ、本件取引は実行されていなかったであろうと考えられるものの、本件取引の主要な目的は、税を含む全てのコストの支払い後の投資利益の最大化であり、所得税法 § 177D の適用要件は充足されていないという趣旨のものであった。

これに対し、上記の高等法院判決では、本件取引は、税務上の利益を得

edu. au/au/journals/RevenueLJ/20015. pdf [平成18年12月14日] 参照。

(185) 所得税法 § 23(q) は、課税対象外となるのは、「居住者が豪州の外の源泉から得た所得 … 或いは資本的性格の収益・利得であって、これらが得られた国で課税の対象外となっていない場合 … である。」（“income… or gains of a capital nature, derived by a resident from sources out of Australia… , where that income is not, or those profits or gains are not, exempt from tax in the country where the income is, or the profits or gains are, derived…”）と定めていた。

るための投資先の変更という通常の取引と異なり、第4編Aが定める「スキーム」の存在が認められ、また、本件のスキームが提供する税務上の利益が無ければ、国外源泉の利子を得るメリットは特になく、法人Gが国内源泉の利子を得る選択をしたことも合理的に期待でき、さらに、所得税法 § 177D の 8 つの要素に照らしてみると、合理的な者であれば、当該スキームは、税務上の利益を得ることを主要な目的として実行されたものであると断定することができることから、第4編Aによる否認が可能であり、そうすると、本件スキームがなければ、法人Jが得たであろう利子の額は、本件取引による利子の額より少ないことはないと判断されることから、税務当局が行った処分は妥当であると判示された。

上記の Spotless 事件高等法院判決は、第4編Aの下で認められる「選択肢テスト」とは、所得税法 § 260 の場合と異なり、本判決の原審においてクーパー裁判官が依拠している考え方から示唆される広義の「選択肢テスト」ではなく、狭義の「選択肢テスト」であることを確認するものであるという解釈がされており⁽¹⁸⁶⁾、また、上記の Spotless 事件高等法院判決では、「支配的な」という文言は、通常、「有力な、顕著な、或いは最も影響力がある」（“ruling, prevailing or most influential”）という意味であると述べられていることに鑑み、問題となるスキームを利用する目的が複数ある場合、税務上の利益を得るという目的が、全体の目的の50%以下であっても、主要な目的であるとみなされ、「目的テスト」をク

(186) このような解釈については、弁護士でディーキン(Deakin)大学の教授でもあるキャシディ(Julie Cassidy)の判例評釈(Are Tax Schemes Legitimate Commercial Transactions? - Commissioner of Taxation v Spotless Services Ltd and Commissioner of Taxation v Spotless Finance Pty Ltd (<http://www.bond.edu.au/law/hcr/articles/203cassidy.htm> [平成18年4月6日])参照。Gulland v. FCT, Watson v. FCT, Pincus v. FCT 事件高等法院判決([1985] ATC 4765)において、ブレナン(Brennan)裁判官は、個別規定が明示的に認める税務上の利益を包括的否認規定に基づいて否認することはできないが、所得移転の利益等を包括的否認規定に基づいて否認することは可能であるという見解を示しており、このような見解が狭義の「選択肢テスト」に依拠した解釈であると考えられる。

リアーすることが可能となると見る向きもある⁽¹⁸⁷⁾。

(3) Hart 事件高等法院判決

FCT v Hart 事件高等法院判決([2004] HCA 26)も、第4編Aの適用基準が変貌してきていることを強く印象づけるものであった。本事件では、納税者Hが、借入れによって転居先となる住宅Iを取得し、居住していた住宅Jを賃貸するために、住宅Iの購入資金の確保と住宅Jの賃貸に必要な資金を借り入れる契約を締結したが、本契約は、スプリット・ローン・スキームと称される資産運用ローンであり、本契約の下での借入額は、住宅Iに係る住宅ローンと住宅Jに係る投資ローンに分割され、その返済は、先ず、住宅Iのローンに係る借入れ元本と利子(税務上の控除対象とならない。)に充当され、その完済後、複利で利払い額が嵩む住宅Jに係る投資ローンの返済(支払利子の税務上の控除が可能である。)に向けられるため、かかる契約の税務上の取扱いが問題となった。

上記契約のスキームの下では、投資ローンに係る利払いの税務上の控除額は、双方のローンに対して比例的な利払いがされた場合よりも大きいものとなることから、税務当局は、かかる追加的な利払いの控除を第4編Aに基づいて否認した。本事件の原審である連邦裁判所大法廷判決([2002] FCAFC 222)では、前述の Peabody 事件高等法院判決で示された第4編Aの適用を制限する考え方(「サブ・スキーム・アプローチ」を否定する見解)に則り、本件スキームにおいて税務控除の対象となると主張されている利払いは、「全ての実際上の意味を奪われることなくそれ自体で自立が可能でない」ほか、納税者Hが本件契約を締結した主要な目的は、全体的に見れば、住宅Jの取得と住宅Iの賃貸を可能にするための資金調達であ

(187) かかる見方があることについては、Jamie Stephenson, Tax-avoidance after Spotless(<http://www.aph.gov.au/library/pubs/RP/1996-97/97rp21.html> [平成18年4月6日]参照。

ることから、第4編Aに基づく否認は認められないと判示された⁽¹⁸⁸⁾。

しかし、上記の Hart 事件高等法院判決では、第4編Aの適用を制限する上記の考え方が実質的に捨象され、「スキーム」の存否の判断の際、「全ての実際上の意味を奪われることなくそれ自体で自立が可能でない」という基準に依拠することは、①かかる基準が、英国のBrebner 事件貴族院判決（[1967] 2 AC 18）から持ち込まれたもの⁽¹⁸⁹⁾、本判決で問題となった事件は、本件と非常に異なる文脈のものであり、法律関係にも差異が認められる、②スキームが「それ自体で自立」という比喻の法的位置づけが明確でない、③第4編Aが定めていない基準を追加する根拠が見い出せないことに鑑みると、妥当なアプローチではないとした上で、本件取引には「スキーム」が存在し、納税者は、税務上の利益を得ることを主な目的として本件スキームを利用したと認められると判示され、原審の判決が破棄されている。

上記の Hart 事件高等法院判決は、個人の納税者の租税回避行為が問題となった小さな規模の事件であったが、判決の意義が税務当局にとって決して小さいものでなかったことは、当時、カルモディ（Michael Carmody）国税庁長官が、本判決で示された原則は重要であると考えられるという所見を述べた上で、「本判決で確認された重要な点は、あるスキームが、税務上の利益を獲得するためだけに挿入されているとしか考えられない一定の取引段階を含むものであるなら、第4編Aの適用対象となり得るということである」と述べ、また、本判決で示された第4編Aの適用

(188) すなわち、「スキーム」を狭く解釈すると、ローン自体が含まれないこととなるため、それ自体で自立できず、「スキーム」を広く解釈すると、本件スキームの主要な目的が税務上の利益の獲得であると合理的に結論づけることはできないという判断が下されている。

(189) Brebner 事件貴族院判決では、企業買収への対抗策を意図した一連の取引において、法人資本の増減があり、株主に対し、資本減少に伴う現金の支払いが行われ、かかる現金の受取が、1960年財政法 § 28(3)が定める株取引等による利益に対する課税免除要件（租税回避取引でないことなど。）を満たしているか否かが争点となったが、税務当局が敗訴している。

基準等を踏まえた上で、相当な税務上の利益を提供するスキームが目の前に現れた時には、スキームに包含されているリスクについて検討することが肝要であると注意喚起していることから示唆される⁽¹⁹⁰⁾。

第3節 小括と課題

長い間、文理主義の優位性を示す英国の Westminster 事件判決(1936年)等の影響が強かったカナダと豪州では、制度設計上の問題も抱えていた包括的否認規定(カナダの所得税法 § 137(1)と豪州の所得税法 § 260)の否認機能が十分に発揮されないという状況が生じたことから、新たな包括的否認規定として、カナダでは、1987年、所得税法 § 245 が導入され、豪州では、第4編Aが措置された。これらの包括的否認規定は、いずれも、その前身が包含していた限界を克服することを意図して創設されたが、所得税法 § 245 と第4編Aの否認機能・有用性には、最近、かなりの差異が認められる。かかる差異が生じた主な原因としては、最近の両国における税法解釈アプローチの趨勢に違いがあるという点と、両者の制度設計が少なからず異なっているという点を挙げることができよう。

近年のカナダと豪州における税法解釈アプローチの趨勢の違いについては、豪州における CIC Insurance Ltd v. Bankstown Football Club Ltd. 事件高等法院判決([1997] 187 CLR 384)から示唆を得ることができる。本事件では、フットボール・クラブ K は保険会社 L と火災保険を結んでおり、フットボール・クラブ K の施設に数回の火災があったため、当該火災保険による補償の適用範囲や金額等が問題となり、保険会社 L は、1984年保険契約法(Insurance Contracts Act) § 59 に則り、保険契約の解消を申し出ていたことから、同法 § 58 が定める保険契約満了前の通知義務が不履行であるという問題は発生せ

(190) かかる長官の発言については、Tax avoidance ruling ‘reinforces ATO stance’ (<http://www.abc.net.au/insidebusiness/content/2004/s1119057.htm> [平成18年12月15日])参照。

ず、そうすると、保険金の支払義務は相当程度に免除されると主張したことから、かかる主張の妥当性の根拠となる 1984 年保険契約法 § 58 と § 59 との関係如何が主な争点となった。

本高等法院判決の多数意見(4人の裁判官の共同意見)は、そもそも、裁判所は、法が修正することを意図している欠陥を確認するために、法改正機関の報告書を尊重することもでき、「しかも、現代的な法解釈アプローチの下では、(a)その後の段階において、法律解釈に不明瞭性が存在していることが認められる場合に限らず、まず、文脈を考慮し、また、(b)法の現状だけでなく、上記で述べた正当な手段を通じて法が是正することを意図していると判断し得る欠陥などをも含めたところの広い意味での「文脈」を利用することが求められる」が⁽¹⁹¹⁾、法解釈の結果の不自然さ等も、かかる文脈を利用して到達する文理主義以外の法解釈アプローチを採用することの一助となるとした上で、1984年保険契約法 § 58 と § 59 の関係については、保険会社 Q が立脚する解釈が基本的に妥当であるという趣旨のものであった⁽¹⁹²⁾。

上記の「現代的な法解釈アプローチ」とは、従来の目的論的解釈よりも、文理主義の優位性の否定及び法令目的の重視という点で徹底しており、近年、法令解釈アプローチの趨勢が、かなり変貌してきていることは、「現代的な法解釈アプローチ」と豪州の税法における目的論的解釈の起源として位置づけられている *Coopers Brookes (Wollongong) Pty Ltd v. FCT* 事件高等法院判決 ([1981] 147 CLR 297) でギブズ首席裁判官が示した見解(「法規定の文言が

(191) 本判決の当該部分の原文は、“Moreover, the modern approach to statutory interpretation (a) insists that the context be considered in the first instance, not merely at some later stage when ambiguity might be thought to arise, and (b) uses “context” in its widest sense to include such things as the existing state of the law and the mischief which, by legitimate means such as those just mentioned, one may discern the statute was intended to remedy.” である。

(192) 4人の裁判官の共同意見に加わらなかったのは、ゴードロン(Gaudron)裁判官であったが、ゴードロン裁判官の意見も、基本的に、共同意見が示した判断結果に異議を唱える内容のものではなかった。

明確で不明瞭さが無い場合には・・・、不適切或いは不当であると考えられるような結果が生じようとも、かかる規定は通常の意味に解すべきであるが、・・・二通りの解釈方法が可能である場合には、裁判所は、不適切で正当でないと考えられる結果を回避する方の解釈を明らかに優先するであろう」）とを比較することによっても確認し得る⁽¹⁹³⁾。

無論、包括的否認規定の否認機能の大きさを少なからず左右するのは、税法解釈アプローチの趨勢だけではない。制度設計のあり方も、当然のことながら、包括的否認規定の否認機能の大きさを決定づける主たる要因となる。制度設計のあり方が包括的否認規定の有用性を少なからず左右するであろうことは、カナダと豪州の現行の GAAR の否認機能の大きさの違いが、税法解釈アプローチの差異のみに起因して生じているわけではないと考えられること、また、両国の新旧の包括的否認規定で採用された制度設計の違いなどからも示唆されるが、このような違いに鑑みると、制度設計上、租税回避の意図や事業目的の有無を主たる否認のメルクマールとして組み込むことができるか否かが、包括的否認規定の有用性の程度を決定づける一つの特に重要なポイントとなるのではないかと考えられる。

確かに、我が国の場合、準包括的否認規定として、同族会社等の行為又は計算の否認規定である所得税法 157 条や法人税法 132 条等が存在していることから、仮に、我が国において、適用対象範囲を一定の取引分野・類型等に限定しない包括的否認規定（日本版 GAAR）を導入する際、その制度設計が、これらの否認規定が依拠するアプローチとは異なったものとなる場合には、これらの既存の否認規定との関係や税体系の整合性という問題が生じ得る。これに対し、平成 13 年税制改正によって組織再編税制が整備された際に手当てされた準包

(193) ギブズ裁判官が示したかかる見解の原文は、“... if the language of a statutory provision is clear and unambiguous, ... it must be given its ordinary and grammatical meaning, even if it leads to a result that may seem inconvenient or unjust. ... On the other hand, if two constructions are open, the court will obviously prefer that which avoids what it considers to be inconvenient or injustice.” である。

括的否認規定である法人税法 132 条の 2 の場合は、同族会社等の行為又は計算の否認規定で採用されている否認アプローチに依拠するという制度設計となっていることから、既存の税体系・否認アプローチの整合性を欠くという問題は生じない。

したがって、日本版 GAAR についても、確かに、同族会社等の行為又は計算の否認規定が依拠する否認アプローチに立脚する制度設計を行うという選択肢もあり得ると考えられるが、そもそも、所得税法 § 157 条等については、東京高裁平成 11 年 5 月 13 日判決(平成 9 年(行コ)第 70 号、税務訴訟資料 243 号 127 頁)等からも示唆される通り、その適用範囲がかなり広いものとなり得るという問題があるほか⁽¹⁹⁴⁾、日本版 GAAR は、法人税法 132 条の 2 と異なり、その適用範囲が一定のものに限定されないことから、同族会社等の行為又は計算の否認規定が依拠しているアプローチは、包括的否認規定のアプローチとしては適切ではないと思料され、また、諸外国の包括的否認規定の制度設計に照らしてみても、一般的ではないという問題がある。

本章での考察から明らかな通り、カナダや豪州で廃止された包括的否認規定も、その規定振りが一般的かつ広範であったことが、その潜在的な否認機能を発揮する上でマイナスに作用した。日本版 GAAR も、法人税法 132 条の 2 等が依拠する否認アプローチとは異なる制度設計を採用することによって、その否認機能が、より効果的に発揮されるのではないかと思料する。因みに、韓国では、我が国の同族会社等の行為又は計算の否認規定と同様な否認アプローチが法人税法 § 52(不当行為計算の否認)等で採用されているが⁽¹⁹⁵⁾、韓国での包

(194) 本東京高裁判決も含む一連の主な裁判例から示唆される同族会社等の行為又は計算の否認規定の適用基準に鑑みると、「否認の要件としては、経済的合理性を欠いた行為または計算の結果として税負担が減少すれば十分であって、租税回避の意図ないし税負担を減少させる意図が存在することは必要ではないと解される」という考え方がされている。この点については、金子・前掲『租税法』392～393 頁参照。

(195) 韓国の法人税法 § 52 では、納税地管轄税務署長又は地方国税庁長は、内国法人の行為又は所得金額の計算が、大統領が定める特殊な関係のある者との取引において、その法人の所得に対する租税の負担を不当に減少させるものと認められる場合には、その法人の行為又は所得金額の計算にかかわらず、その法人の各事業年度の所得金

括的否認規定の導入・制度設計を巡る議論・動きはどうなっているのだろうか。終章の第1節では、この点に目を向け、また、第2節では、個別規定及び司法による法創造機能の限界を示唆する事件や主な諸外国の包括的否認規定の制度設計上の趨勢や改正の方向性等を考察する。

額を計算することができる旨が定められている。同様な否認アプローチは、所得税法 § 41(不当行為計算の否認)にも採用されている。

終章 包括的否認規定の意義と制度設計のあり方

第1節 韓国の包括的否認規定の特徴

1. 実質課税の原則の位置づけを巡る議論

我が国の場合と同様に、韓国でも、実質課税の原則が租税回避行為への対抗手段として重要視されてきたという経緯があり、実質課税の原則の一般的な根拠規定としては、「国税基本法」§14が挙げられる。本規定の1項では、「実質所得者課税の原則」（「課税の対象となる所得、収益、財産、行為又は取引の帰属が名義だけで、事実上帰属する者が別にあるときは、事実上帰属する者を納税義務者として税法を適用する。」）が定められており、また、2項では、「実質的な計算原則」（「税法上の課税標準の計算に関する規定は、所得、収益、財産、行為又は取引の名称又は形式にかかわらず、その実質内容に従い適用する。」）が規定されている。

そもそも、実質所得者課税と実質主義は異なる概念であるという解釈の下では、実質課税の原則の適用上の根拠を実質所得者課税の規定に求めることができないという問題が生じることとなるが、韓国では、別途、実質課税の原則の根拠となる個別規定が存在している。例えば、法人税法§4（実質課税）(1)では、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、その収入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られており、同法§4(2)では、法人税の課税所得となる金額の計算に係る規定は、所得収益等の名称や形式如何にかかわらず、その実質内容により、これを適用すると規定されている。

もともと、我が国の場合と同様に、実質課税の原則の法的性格や射程範囲は必ずしも十分に明確ではなく、国税基本法§14や法人税法§4が、創設規定か確認規定かという点を巡っても議論がある。これらの規定は確認規定

であるとする見方が有力ではあるが⁽¹⁹⁶⁾、国税基本法 § 14(2)を租税回避行為に適用するには、別途、個別の租税回避防止規定の存在が必要となるというのが最高裁の判例であるという指摘もあるなど⁽¹⁹⁷⁾、創設規定であるという見方も否定し切れない。これらの議論は、韓国政府が、1990年代後半のアジア金融危機以降、対内投資を促進するために、金融・証券関係法、労働法及び会社関係法等において、抜本的な改革が図られたことを背景として、国際的租税回避行為が活発化するという傾向が強まる中、再燃することとなった。

2. 実質課税規定と国際的租税回避行為との関係

(1) OECD モデル条約上の取扱い

国際的租税回避行為への対応上、そもそも、実質課税の原則と租税条約との関係をどのように解釈すべきであるかという点に関しては、韓国の租税条約の多くが立脚する OECD モデル条約の第 1 条に関するコメントリーの 22 項が参考となる視点を提供している。本項では、「その他の形態による租税条約の濫用（例えば、基地法人の利用）やこれらに対処するための手段である「実質主義」、「経済的実質主義」及び「包括的濫用防止ルール」等の分析が行われてきており、かかる分析において特に問題となっているのは、これらのルールが、租税条約と抵触するか否かという点である・・・。」とされており⁽¹⁹⁸⁾、「かかる分析」の結果は、OECD モデル条

(196) Countermeasures Against Treaty Shopping (http://www.kois.go.kr/news/attach/20051027005_03.pdf [平成 18 年 3 月 27 日]) 参照。

(197) この指摘については、Kyeong-Bong Ahn, Form and Substance in Tax Law, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. LXXXVIIa Kluwer Law International (2002) p. 400 参照。

(198) 22 項の原文は、“Other forms of abuse of tax treaties (e.g. the use of a base company) and possible ways to deal with them, including “substance-over-form”, “economic substance”, and general anti-abuse rules have also been analyzed, particularly as concerns the question of whether these rules conflict with tax treaties,…”である。

約の第1条に関するコメントリー22.1項で示されている。

コメントリー22.1項では、「これらの手段(「実質課税の原則」、「経済的実質主義」及び「包括的濫用防止ルール」等)は、事実関係が租税債務を発生させるかを決定するために国内法によって定められた基本的な国内準則の一部であるため、租税条約では取り扱われておらず、租税条約によって影響を受けるものではないため、一般論として、また、9.5項との関係でも、抵触の問題は生じない・・・。」とされており⁽¹⁹⁹⁾、また、第1条に関するコメントリーの22.1項後段では、「例えば、22項で言及されている準則を適用することによって、所得の性質が異なるものと再決定される、或いは、かかる所得を得たと考えられる納税者について再決定が行われる限りにおいて、租税条約の規定は、これらの再決定を考慮に入れた上で適用されることとなる。」と定められている⁽²⁰⁰⁾。

上記のコメントリーから示唆される通り、OECDモデル条約では、実質課税の原則の適用が租税条約で明示的に排除されていない限り、その適用によって、租税条約との抵触の問題は発生しないと解されており、しかも、1条に関するコメントリーの9.4項では、「・・・租税条約の締約国は、租税条約の規定を濫用する取決めに対して二重課税防止の恩典を付与する必要はない。」と定められており、また、9.6項の後段が、「特定の租税回避技法が確認され、かかる技法の活用が特に問題となる場合には、関係する租税回避戦略に直接的に焦点を合わせた規定を設けることは有益であ

(199) 22.1項前段の原文は、“Such rules are part of the basic domestic rules set by domestic tax laws for determininig which facts give rise to a tax liability; these rules are not addressed in tax treaties and are therefore not affected by them. Thus, as a general rule and having regard to paragraph 9.5, there will be no conflict.”である。

(200) 22.1項後段の原文は、“For example, to the extent that the application fo the rules referred to in paragraph 22 results in a recharacterization of income or in a redetermination of the taxpayer who is considered to derive such income, the provisions of the Convention will be applied taking into account these changes.”である。

り、特に国内法において租税回避規定を有しない国においては必要な措置である。」と定めていることから⁽²⁰¹⁾、租税条約を濫用する取引に実質課税の原則を適用することは、むしろ、積極的に推奨されていると考えられる。

(2) 国際租税調整法改正の必要性を巡る議論

上記の OECD モデル条約のコメンタリーで示されている見解は、例えば、実質課税の原則を立法化した包括的否認規定を有していない米国の裁判例でも確立しているところであり、租税条約上の特典の適用を否認するためには、必ずしも租税条約において明示の否認規定が措置されている必要はなく、実質課税の原則によって租税条約を濫用する取引を否認することは十分に可能であると考えられ、韓国でも、このような考え方が一般的であったと言われている⁽²⁰²⁾。このような考え方は、韓国の憲法 6 条が、「締結・公布がされた条約及び一般的に認められた国際法は、国内法と同様な法的効力を有する。」と定めていることから、国内法と条約は単一の法体系を成し、国内法上認められている原則は、条約にも適用されることとなるという解釈にも支えられたものでもあった⁽²⁰³⁾。

実際、韓国では、実質課税の原則に依拠した国際的租税回避行為を否認した例があり、例えば、実態を有していないペーパー・カンパニーであるオランダ法人による韓国法人株式の譲渡に伴うキャピタル・ゲインに対する韓国・オランダ租税条約上の特典の適用を実質課税の原則に基づいて否認した処分が、最高裁 1993 年判決で首肯されたという事実があるという

(201) 9.6 項の後段の原文は、“Where specific avoidance techniques have been identified or where such techniques is especially problematic, it will often be useful to add to the Convention provisions that focus directly on the relevant avoidance strategy.” である。

(202) この点については、*supra* “Economic Bulletin 2005, Policy Issues” 参照。

(203) この点については、*supra* “Countermeasures Against Treaty Shopping” 参照。

指摘が見受けられるほか⁽²⁰⁴⁾、マレーシアのラブアンに設立された実体のないオフショア・ファンドに対して支払われた利子の控除を否認する処分についても、実質課税の原則が根拠とされ、かかる否認処分は 2003 年の国税審判院決定でも支持されたという経緯があるとの指摘がされている⁽²⁰⁵⁾。

しかしながら、他方では、経済的な実質を欠いた中間法人を無視して課税関係を再構築することは、幾つかの韓国の裁判例や行政通達では認められているものの、かかる課税関係の再構築を行うための法令上の根拠規定は必ずしも明確に示されていないという問題を指摘する向きがあるほか、韓国の最高裁が認めている実質課税の原則の本質は、法実質主義なのか、或いは経済的実質主義をも包含するのかという点に関しては、少なからぬ見解の相違があることから⁽²⁰⁶⁾、実質課税の原則の国際的な適用については、立法化措置を講じて、その確実性・透明性を高めることが必要であるとする主張もあった。また、憲法 6 条の下では後法・特別法優位の原則が働くことから、特典の付与に制限を加える特別の規定を租税条約に別途設けることが必要となるという見方もあった⁽²⁰⁷⁾。

3. 国際租税調整法 § 2-2 及び国税基本法 § 14(3) 創設の意義

上記の通り、実質課税の原則の根拠規定としては、国税基本法 § 14 や法

(204) かかる指摘については、*supra* “Countermeasures Against Treaty Shopping” 参照。

(205) かかる指摘については、Economic Bulletin December 2005, Policy Issues: Korea ’ s Policy Direction for Prevention of Tax Avoidance Using Tax Treaties(also at http://epic.kdi.re.kr/common/download.jsp?url=/data/epic/web/eco_bul/200512/&filename=issues.pdf [平成 18 年 5 月 2 日]) 参照。

(206) この点は、筆者がパネリストとして参加した第 1 回 IFA 日中韓セミナー(平成 18 年 3 月)での韓国国税庁国際協力課補佐の朴宰享(Park Jae-hyung)からのヒアリングによる。

(207) このような見方については、Sangmoon Chang, South Korea Plans Major Tax Reforms, Tax Notes International, Vol. 39, No. 12 (2005) pp.1065-1066、*supra* “Economic Bulletin 2005, Policy Issues” 参照。

人税法 § 4 が存在しているものの、法的性格、適用基準及び射程範囲等において少なからぬ不明瞭性という問題を孕んでいる実質課税の原則を活発化する国際的租税回避行為に適用するには、これらの規定とは別の具体的な根拠規定を創設することによって、かかる問題を解消することが肝要であるという見解があり、また、当時、かかる問題が実際に顕在化し得る事案もあったことなどに鑑み⁽²⁰⁸⁾、2005 年には、「国際租税調整に関する法律」(the Law for Coordination of International Tax Affairs(LCITA)と英訳されている。以下、「国際租税調整法」という。)に § 2-2(国際取引に関する実質課税)を設けるという改正案が国会で可決され、本規定は、2006 年 1 月から発効している。

国際租税調整法 § 2-2 は、国内又は国外の投資家が、単に租税条約上の特典を得るために、タックス・ヘイブンに設けられたペーパー・カンパニー(導管会社)やファンドを通じて韓国に投資をする場合、かかる投資から得られる所得(利子、配当及び株式譲渡所得等)については、実質課税の原則に従って、韓国で課税するということを主な趣旨としており、同法 § 2-2(1) では、国税基本法 § 14(1) が定める実質所得者課税の原則を国際取引に適用するという観点から、国際取引において、課税の対象となる所得、利益、財産、活動或いは取引が名目上帰属する者が、かかる所得、利益、財産、活動或いは取引が実質上帰属する者と異なる場合、後者が納税義務を負う者となり、租税条約上も、同様な取扱いが適用されると規定されている。

また、国際租税調整法 § 2-2(2) では、国税基本法 § 14(2) が定める実質主

(208) 実質課税の原則の国際取引への適用如何が問題となった具体的な事案(Lone Star 事件等)では、オフショアに存する事業体が韓国法人の株式の実質的所有者・受益者であるか否かを判断・証明することが困難であることが特に問題視されたようである。この点については、Yong Park, *New Anti-Shopping Rules in South Korea* (<http://www.asialaw.com/default.asp?Page=20& PUB=68&ISSO=22320&SID=645151> [平成 19 年 12 月 25 日]) 参照。Lone Star 事件については、Tax News (February 10, 2008) - Tax Audit on Lone Star (<http://www.leeandhan.com/lib/down.asp?filename=tax%20news%20on%20Lone%20Star%20200802.pdf> [平成 20 年 3 月 27 日]) 参照。

義を国際取引に適用するという観点から、国際取引の場合、課税ベースの計算に係る規定は、関係する所得、利益、財産、活動或いは取引が如何なる名称や形態であろうとも、それらの実質に基づいて適用され、租税条約上も、同様な取扱いが適用されると定められているが、これに対して、同法 § 2-2(3)では、国際取引が、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、租税条約や国際租税調整法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、かかる取引は、経済的実質に依拠し、直接的或いは単一の継続的な取引活動とみなした上で、租税条約や国際租税調整法が適用されると定められていることから、経済的実質主義に基づく否認が可能となる⁽²⁰⁹⁾。

国際租税調整法 § 2-2 は、従来 of 韓国における実質課税の原則である経済的実質主義を明文上確認的に定めたものであるという説明を税務当局は行っているが、かかる説明に対しては、疑問を呈する者も少なくない。例えば、過去の最高裁判決等に鑑みると、韓国で認められてきた実質課税の原則は、法的実質主義であって経済的実質主義ではないと解されることから、本規定の創設は、立法上、また、實際上、従来 of 韓国の実質課税の原則に実質的な変更を加えるものであるというような批判がされている⁽²¹⁰⁾。このような批判や対

(209) 国際租税調整法 § 2-2(2) の英語訳は、“In the case of an international transaction, provisions regarding the calculation of the tax base shall be applied based on the substance of the relevant income, revenue, property, activity or transaction, regardless of any term used to refer to them or forms thereof, and tax treaties shall be applied accordingly.” であり、同法 § 2-2(3) の英語訳は、“In case of an international transaction is recognized as having been made for the purpose of unduly claiming benefits under tax treaties and the LCITA by way of indirect means involving a third party or use of two or more activities or transactions, tax treaties and the LCITA shall be applied by regarding it as being entered into directly or as a single continuous activity or transaction, depending on the economic substance.” である。これらの英語訳については、*supra* “Countermeasures against Treaty Shopping” 参照。

(210) 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

内投資の更なる促進に繋がるような措置を講じる動きなどがある中⁽²¹¹⁾、2008年には、活発化する租税回避行為に対する新たな対応策として、実質課税の原則を定める国税基本法 § 14 が改正され、3項が創設された。

国税基本法 § 14(3)は、基本的には、国際租税調整法 § 2-2 と同様な否認アプローチに立脚した上で、第三者を通じる間接的な方法や2以上の行為又は取引を経る方法が、本法又は税法の恩恵を不当に得るためのものと認められる場合には、その経済的実質の内容によって当事者が直接取引を行った、若しくは連続した一つの行為又は取引であるとみなして本法又は税法を適用することを定めていることから⁽²¹²⁾、国際租税調整法 § 2-2 で採用されている経済的実質主義に基づく否認アプローチの韓国の税法における地位は、確固たるものとなったと考えられる⁽²¹³⁾。しかも、国税基本法は、国税に関する共通事項を定めたものであることから、国税基本法 § 14(3)については、相続・贈与税等との関係でも適用し得る。

目])参照。

(211) 韓国では、平成 19 年、所得税法 § 156 及び法人税法 § 98 が改正され、非居住者に支払われる株式や国債の利子に対する源泉税率が 25%から 14%に引き下げられた。また、韓国政府は、平成 20 年、法人税率を 27.5%から 20%に引き下げるといふ発表を行っている。

(212) 本規定の英語訳は、“If a taxpayer is deemed to have obtained tax benefits by using an indirect method through a third party or by going through two or more acts or transactions, the tax law shall be applied to the taxpayer depending on economic substance.”である。

(213) 本規定の趣旨については、MOFE’s Tax Reform Proposal for 2008 ([http://www1.samil.com/publication/filemng.nsf/DEE6C977520DAAD24925734B003AC719/\\$File/sc20070831.pdf](http://www1.samil.com/publication/filemng.nsf/DEE6C977520DAAD24925734B003AC719/$File/sc20070831.pdf) [平成 20 年 8 月 24 日])参照。また、筆者が第 2 回 IFA 日中韓セミナーに出席した韓国国税庁の国際資源管理課長である Jin-Oog Suh から得た本規定に関する財務経済省のガイドラインでは、近年、国境を跨ぐ取引、異常な形態の相続・贈与及び金融商品や多様な事業体を利用したアグレッシブなタックス・プランニングのような複雑で巧妙な租税回避スキームが出現してきているが、国税基本法 § 14(3)の創設により、これらの租税回避スキームに対する課税根拠と実質課税の原則の適用のあり方が、より明確なものとなるはずであるという説明がされている。

第2節 日本版 GAAR の意義と制度設計上のポイント

1. 国際投資促進策と租税回避対策のバランス

上記の通り、韓国でも、近年、国際投資等に係る障壁を除去するという流れを加速することとなる措置が積極的に講じられるようになり、それに伴って活発化してきている国際的租税回避行為への対抗措置を強化するという動きも顕著なものとなっている。我が国の場合、確かに、最近の一部の主な租税条約の改正では、条約漁り等への対抗措置を組み込むという動きが認められ、同様な措置を採用する租税条約の数は、今後、更に増えると想定されるものの、国内法上の対抗措置については、未だ、その強化に繋がる抜本的な措置の制度設計はおろか、抜本的な措置の有力な選択肢自体も必ずしも十分に明確ではないなど、主な諸外国における国内法上の主な対抗措置の実態との乖離は、依然として埋まっていないというのが実状である。

我が国でも、国際投資等に係る障壁を除去するという流れが今後更に加速すると、条約漁りに限らず、様々な形の国際的租税回避行為が生じることが想定される。そもそも、我が国の所得・法人税制の下では、所得税法2条1項3号が定める居住者（非永住者以外の居住者）に対しては、国の内外で生じた全ての所得に対して所得税が課され⁽²¹⁴⁾、また、所得税法2条1項6号が定める日本国内に本店又は主たる事務所を有する内国法人には、無制限納税義務が課されていることから、我が国の居住者や内国法人に関しては、その所得の源泉地如何にかかわらず、原則として、我が国の所得・法人税の対象となるものの、国際投資等に係る障壁の除去が進展するに伴って、課税対象所得の把握の困難性が高まるほか、諸外国の課税権との競合や所得の海外移転等の問題が深刻化することとなる。

上記のような問題が生じるのは、無論、所得・法人税の場合に限ったわけ

(214) 所得税法2条1項4号が定める非永住者である居住者は、国内源泉所得及びこれ以外の所得で国内において支払われ、又は国外から送金された所得について納税義務を負う。

ではない。相続・贈与税の場合も、国際投資等に係る障壁の除去に伴い、相続・贈与の実態把握の困難性、諸外国の課税権との競合及び課税ベースの浸食等の問題が深刻化する。とりわけ、課税ベースの侵食という問題が深刻化し得ることは、例えば、相続税法 10 条 1 項の下では、金融機関に対する預金の所在は、その預金の受け入れをした営業所又は事業所の所在地とされていることから、国外の金融機関に預金口座等を開設し、当該口座を通じて、非居住者に金銭を相続・贈与させれば、相続・贈与税の課税対象外となる可能性があり、また、相続税法 2 条 2 項、1 条の 3 第 3 号及び 1 条の 4 の 1 の下、この法律の施行地でない財産を非居住者が相続・贈与すれば、当該財産は、原則として課税対象外となるなどの限界があることから示唆される⁽²¹⁵⁾。

2. 個別規定による対応と司法による法創造機能の意義と限界

上記のような限界が露呈した裁判例として、東京地裁平成 19 年 5 月 23 日判決（平成 17 年（行ウ）第 396 号、判例集未掲載）が挙げられる。本件では、金融業者 A の社長 B の息子 C が、香港にも居所を設け、平成 9 年 6 月から約 3 年間、日本での滞在期間よりも長く香港に滞在し（年間約 65%）、平成 11 年 12 月、社長 A 等からオランダ法人株式を贈与され、贈与税の回避を行ったことが問題となったが、本東京地裁判決では、税法上、住所は、客観的な表象に着目して画一的に規律せざるを得ず、一般的には、住居、職業、国内で生計を一にする配偶者その他の親族を有するか否か、資産の所在等の客観的事実に基づいて総合的に判断すべきであり、主観的な居意思は、住所の判定に無関係ではないものの、補充的な考慮要素にとどまると判示され、

(215) 例えば、国境を跨ぐプライベート信託等を設定して租税回避を行うことも想定されるが、少なくとも、相続税法 10 条 3 項では、相続税法 10 条 1 項で定める財産以外の財産の所在については、当該財産の権利者であった被相続人又は贈与をした者の住所であるとしていることから、例えば、本条 1 項に列挙されていない信託財産が、非居住者を受益者としている場合、信託を設定した者（被相続人や贈与者）の住所が日本であれば、相続税や贈与税の対象となると考えられる。

息子Cの住所を日本と認定して贈与税を課する処分が取り消されている。

これに対し、上記事件の控訴審である東京高裁平成20年1月23日判決（東京高裁平成19年（行コ）第215号、判決集未掲載）では、①息子Cは香港で職業活動に従事しているものの、金融業者Aの後継者となる役員であり、役員としての業務を行っており、日本が職業活動上最も重要な拠点であり、香港を生活の本拠としようとする強い意思がないこと、②香港滞在に際し、家財道具等を移動したことはなく、香港の自宅はホテルと同様のサービスが受けられるアパートであること、③息子Cの資産（大半は金融資産）の99.9%以上が日本に存していること、④香港に居住すれば将来贈与を受けた際に贈与税の負担回避ができることを認識し、出国後は、国内滞在日数を調整していたことなどに鑑みると、香港に居住意思はなかったと解されるとして、税務当局側が勝訴しているが、本件は最高裁に上告されている⁽²¹⁶⁾。

嘗て、最高裁は、最高裁昭和27年4月15日第三小法廷判決（昭和25年（オ）第172号、民集6巻4号413頁）では、住所所在地の認定は、単に滞在日数の多いかどうかによってのみ判断すべきではないと判示し、最高裁昭和29年10月20日大法廷判決（昭和29年（オ）第412号、判例時報37号3頁）では、住所とは、反対の解釈をすべき特段の事由のない限り、各人の生活の本拠を指すものと解すべきである判示し、また、最高裁昭和35年3月22日第三小法廷判決（昭和35年（オ）第84号、民集14巻4号551頁）では、住所とは、その人の生活に最も関係の深い一般的生活、全生活の中心を指すという見解を示しているが、これらの過去の判決等を踏まえて、最高裁が、上記の事件について、上記の東京高裁平成20年1月23日判決と同様な見解を示すか否かは判然としない⁽²¹⁷⁾。

(216) 納税者側の敗訴が確定すると、無申告加算税も含めた追徴税額は1300億円にも達し、個人課税では過去最高となると言われている。

(217) これらの最高裁判決等を踏まえると、本件のような場合、「住所」の判定において、従前の解釈論や判定方法に拘泥することなく、特段の事情が一層強く考慮されるべきであるとも考えられるという意見がある。かかる意見については、品川芳宣「国外財産の贈与における受贈者の「住所」の認定—武富士事件—」税研（平成19

予てより、民商法からの借用した概念の税法における解釈については、統一説と独立説の対立があり、税法上の文言が民商法からの借用概念である場合には、別意に解すべきことが租税法規の明文またはその趣旨から明らかな場合以外は、原則として同義に解するのが法的安定性の見地からも好ましいという通説的な見解に立脚し⁽²¹⁸⁾、本件では、同義に解するのが妥当であるという見方をすれば、「原告の香港滞在の目的の一つに贈与税の負担回避があったとしても、現実に原告が本件香港自宅を拠点として生活していた事実が消滅するわけではないから、原告が贈与税回避を目的としていたか否かが、本件杉並自宅所在地が生活の本拠であったか否かの点に決定的な影響を与えるとは解し難い」と判示している東京地裁平成19年5月23日判決が統一説に忠実な解釈であるということとなろう。

実際、民法21条からの借用概念であると解される「住所」について、独立説に立脚した解釈をしているとも解し得る上記の東京高裁平成20年1月23日判決に対しては、少なからぬ批判が投げ掛けられている。例えば、本高裁判決については、租税回避目的あるいは租税回避の意図といった主観的な要素を課税要件事実の認定や評価に持ち込んでいるが、生活の本拠の判断において、ことさら主要な要素として強調することは許されず、この点は、例えば、所得税法施行令14条(国内に住所を有する者と推定する場合)、15条(国内に住所を有しない者と推定する場合)、さらには相続税法基本通達1・1の2共-6(国外勤務者等の住所の判定)等からも示唆されるなどとして⁽²¹⁹⁾、本件の第一審判決を支持する意見もある⁽²²⁰⁾。

年)80～83頁参照。

(218) かかる通説的な見解については、金子・前掲『租税法』122～123頁参照。

(219) 所得税法施行令15条では、国外に居住することとなった個人が次の各号のいずれかに該当する場合には、その者は、国内に住所を有しないものと推定するとして、1号では、国外において継続して一年以上居住することを通常必要とする職業を有すること、2号では、再び国内に帰り、主として国内に居住するものと推定するに足りる事実がないこと、3号では、配偶者その他その者の扶養する親族が国外に居住する場合を挙げている。

(220) かかる意見については、占部裕典「税法における「住所」の意義とその判断要

もつとも、本件で問題とすべきは、統一説と独立説のいずれが妥当であるかという点ではなく、むしろ、住所に関する事実認定の問題であるとも考えられる。実際、税務当局側は、上記の東京高裁判決において、「仮に、香港に被控訴人の住所があったとしても、法律上の「住所」は、法律の趣旨等を考慮して、法律問題ごとに相対的に定められるべきものであるから、そのことから直ちに、日本に住所があったことが否定されるわけではない（住所複数説）」と主張し、住所についての総合的な事実認定が可能となるような解釈を示している。しかし、「住所複数説」に対しても、「通常の生活の本拠地の判断に当たり、租税法各々独自の考慮要素（資料）や租税回避目的の有無といった要素を持ち込むことを容認することとなる。このような解釈は現行租税法のもとでは許されていない」という批判がある⁽²²¹⁾。

また、日本と海外に滞在していた外国法人の役員が日本の居住者であるか否かという点と当該外国法人がタックス・ヘイブン対策税制である租税特別措置法 40 条 3 項（平成 15 年法律第 8 号による改正前のもの。）の適用対象となるか否かという点が主な争点となった平成 18 年 5 月 29 日裁判（裁判事例集 No. 71 平成 18 年分・第 1）において、国税不服裁判所は、「生活の本拠であるかどうかは、その者の住居、職業、生計を一にする配偶者その他の親族の有無及び所在、所有する資産の所在並びに国内外の滞在日数等の客観的事実を、総合的に勘案して判定するのが相当である」とした上で、請求人の生活の本拠が我が国にあるか否かを判断していることから⁽²²²⁾、かかる客観

素」税理 Vol. 51, No. 2（平成 20 年）44～51 頁参照。なお、現在は削除されているが、相続税法基本通達 1・1 の 2 共通-6 では、国外において勤務その他の人的役務の提供をする者で国外における当該人的役務の提供が短期間（おおむね一年以内である場合をいうものとする。）であると見込まれる者の住所は、法施行地にあるものとして取り扱うものとするとしてされていた。

(221) かかる批判については、占部・前掲「贈与税の租税回避行為と「住所」の認定」88 頁参照。

(222) 本裁判では、請求人の生活の本拠が我が国にあり、また、請求人が役員となっている外国法人は、株式保有を主たる事業としていることから、タックスヘイブン課税に関する適用除外規定の適用がないという判断が示されている。

的規準による住所の判定方法を高く評価した上で、上記の東京高裁平成 20 年 1 月 23 日判決に対して批判的な見方をする向きもある⁽²²³⁾。

上記の東京高裁判決に対する批判的な見方からすると、平成 12 年の税制改正によって相続税法 1 条の 3 第 2 号及び 1 条の 2 号が創設され、相続・贈与により財産を取得した日本国籍を有する個人で当該財産を取得した時において、我が国に住所を有しないが、相続・贈与の開始前 5 年以内のいずれかの時において、我が国に住所を有していたことがあれば、相続税・贈与税の課税対象となるという対応措置が採られたことも、主観的要素を排除した妥当なアプローチであるということになるだろうが、かかる措置も、国外への資産の移転による租税回避行為に対する部分的な対応にとどまるものであり、また、かかる措置をもって、国外に存する資産を相続税や贈与税の課税対象に取り込むことができたとしても、徴収面での実効性が担保できるかという問題が生じ得るところに、本件のような租税回避行為への対応の難しさがある。

3. 包括的否認規定の制度設計上のポイントと趨勢

本節 2 で考察した贈与税の負担を回避する行為が、現行制度の下、否認されるべきであるか否かについては、上記の通り、見解の相違が見受けられるところであるが、もし、かかる行為を否認した前述の東京高裁平成 20 年 1 月 23 日判決が、その上告審で覆るようなこととなれば、租税回避行為に対して個別規定や司法による法創造機能によって対応することには少なからぬ問題点と限界があることが、より強く意識されるようになり、例えば、英国の場合と同様に、租税回避行為に対して、個別規定による対応や司法の法創造機能に依拠しない措置を講じることの必要性が更に高まることも十分に想定され、そうなると、英国の場合にそうであったように、租税回避行為に対し、より柔軟な対応を可能にする包括的否認規定の導入という選択肢を検討

(223) かかる批判的な見方については、内藤和夫「タックスヘイブン課税の要件としての居住者の認定に租税回避行為の意図は含まれるか」税務弘報 Vol. 56, No. 6 (平成 20 年) 151~167 頁参照。

することも、特に重要な課題となるのではないかと思料される⁽²²⁴⁾。

確かに、包括的否認規定導入の効果は、その制度設計や税法解釈アプローチの趨勢等が異なる各国において、少なからず異なっており、また、その導入の得失を巡っても様々な意見があり⁽²²⁵⁾、一義的に単純・明確な結論を導き出すことは困難であるが、少なくとも、包括的否認規定の制度設計上の工夫が、その否認機能の大きさ・有用性を少なからず左右することは疑いない。包括的否認規定の制度設計に関しては、カナダと豪州の包括的否認規定の機能上の差異等に鑑みると、租税回避の意図や事業目的の有無というメルクマールを組み込むことができるか否かが、一つの重要なポイントとなると考えられ、我が国が包括的否認規定のあり方を考察する場合には、このポイントの重要性・有用性が特に顕著なものとなるであろうことは、前述の東京高裁平成 20 年 1 月 23 日判決を巡る議論等からも示唆される。

包括的否認規定に租税回避の意図や事業目的の有無というメルクマールを組み込むことの重要性・有用性は、カナダの所得税法 § 245 と豪州の第 4 編 A の否認機能の大きさの違いからだけではなく、廃止されたカナダと豪州の包括的否認規定の制度設計上の問題点、韓国の国際租税調整法 § 2-2 及び国税基本法 § 14(3) が立脚する否認アプローチの特徴、1998 年に発表された「合目的テスト」(“a purposive test”) に依拠していた英国の GAAR 案及び米国の下院が示している経済的実質主義の立法化案(「三股テスト」)等か

(224) 1998 年、「税法改訂委員会」(Tax Law Rewrite Committee)の提言を受けて英国歳入庁が GAAR の導入案(A General Anti-avoidance Rule for Direct Taxes: Consultative Document、直接税に係る GAAR のコンサルテーション・ペーパー)を公表した背景には、裁判所が一連の裁判で示しているラムゼイ原則の適用基準は、必ずしも一貫しておらず、その適用には少なからぬ不透明性が伴うという点が問題視されたという事実もある。詳細については、拙稿・前掲「租税回避行為への対抗策に関する一考察」108~110 頁参照。なお、コンサルテーション・ペーパーは、http://www.hmrc.gov.uk/consult/consult_1.htm([平成 20 年 8 月 1 日])から入手可能である。

(225) GAAR の導入や包括的否認法理の立法化の得失等を巡る代表的な議論については、拙稿・前掲「租税回避行為への対抗策に関する一考察」及び拙稿・前掲「実質主義と法の濫用の法理」参照。

らも示唆されるが、最近、少なからぬ諸外国で提言又は実行された包括的否認規定の制度設計上の工夫も、以下の主な具体例の通り、事業目的テストや主観テストを採用又は強化するという方向性を示しているものが多いという趨勢が認められる。

例えば、フランスの「租税評議会」(Conseil des Impôts)が1994年に提言したのは、法の濫用の法理を立法化した「租税手続法典」(Livres des Procédures Fiscales) § 64 について、税負担の軽減を唯一の目的とする取引だけでなく、税負担の軽減を主要な目的とする取引をも適用対象とするという方向で改正を行うというものであり⁽²²⁶⁾、また、法の濫用の法理を立法化した規定であるドイツの新租税通則法(Abgabenordnung) § 42 の否認機能を強化することを意図した2008年の改正案(Jahressteuergesetz 2008)も、租税回避行為における事業目的を広く解して納税者に有利な判断を下すという裁判所の最近の傾向に対抗するという観点から、本規定の適用を排除するためには、問題となる取引に相当な事業目的が存在することを条件とするという趣旨のものとなっている⁽²²⁷⁾。

南アフリカで2006年に実行された包括的否認規定(所得税法 103 条 1 項)の改正も、事業目的テストを税務当局側に有利なものにするという点を主なポイントとするものであった。そもそも、改正前の南アフリカの所得税法 103 条 1 項が適用されるためには、①取引・スキームが存在すること、②取引・スキームが税負担の軽減に繋がること、③取引・スキームの唯一若し

(226) 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) p. 16-17. もともと、租税評議会の本改正案は実現していない。

(227) ドイツの新租税通則法 § 42 の改正案の詳細については、拙稿・前掲「実質主義と法の濫用の法理」87～88・103 頁参照。2007 年 9 月、本改正案は、下院において幾らかの修正を受けたものの、議会(Bundestag)で採択された。この点の詳細については、Jahressteuergesetz 2008 voted on by the German Parliament on November 9, 2007 (http://www.pwc.com/lu/eng/ins-sol/publ/pwc_tax_131107_eng.df [平成 20 年 9 月 24 日]) 参照。

くは主要な目的が租税回避であること、④取引の態様が異常であることの全てが充足されることが前提条件となると解されており⁽²²⁸⁾、その否認機能には少なからぬ限界があったことが問題視されたことから⁽²²⁹⁾、本改正によって、上記③については、取引・スキームの唯一若しくは主要な目的の一つが租税回避であることという要件に修正されたという経緯がある。

包括的否認規定の導入やその改正において上記のような方向性が認められるのは欧米諸国等に限ったわけではないことは、韓国の例からも示唆されるが、例えば、1986年に導入された香港の包括的否認規定である歳入庁法規（Inland Revenue Ordinance）§ 61Aでも、豪州の第4編Aと同様な適用基準である「支配的な目的テスト」等が採用されており⁽²³⁰⁾、また、2008年1月から新法人所得税が施行されている中国でも、新法人所得税の下、包括的否認規定である47条が手当てされ、その規定振りは、「法人が合理的な事業目的を有していない契約を締結することによって、税負担の軽減を行う場合には、税務当局は、合理的な方法に基づいて更正を行う権限を有する。」となっていることから⁽²³¹⁾、事業目的テストを中核に据えた制度設計が採用

(228) この点の詳細については、Ernest Mazansky, South Africa's New General Anti-avoidance Rule - The Final GAAR, Bulletin for International Taxation, Vol. 61, No. 4 (2007) pp.159-167 参照。

(229) 南アフリカでも、カナダ等の場合と同様に、ウェストミンスター原則の影響が少なからず認められ、2005年11月、南アフリカの財務大臣がGAARの否認機能が制限されていることを問題視する発言を行ったことが大きな契機となって、GAAR改正に向けた動きが具体化したという事実がある。GAAR改正に係る詳細については、Izak Daniel Petrus Louw, The New General Anti-avoidance Rule: A Comprehensive Discourse on This State (<http://www.lawspace.law.uct.ac.za:8080/dspace/bitstream/2165/357/1/LWXIZA001.pdf> [平成20年6月15日])参照。

(230) 香港の歳入庁法規§ 61Aは、豪州の第4編Aを範にして制度設計されている。本規定の適用基準の詳細については、Inland Revenue Ordinance - Sect 61A (<http://www.hkllii.org/hk/legis/en/ord/112/s61a.html> [平成20年9月29日])参照。

(231) 本規定の英語訳は、“Where an enterprise enters into an arrangement that has no reasonable commercial purpose, thereby reducing its taxable revenue or income, the tax authority has the power to make adjustments based on reasonable methods.”である。当該訳については、Jinyan Li, Fundamental

されているものと考えられる。

実際、2008年3月に中国の税務当局(国家税務総局)が示したガイドライン(特別納税調整管理規定草案)では⁽²³²⁾、新法人所得税法47条が主な対象とする取引は、優遇税制、租税条約、企業組織又はタックス・ヘイブンの取引等を濫用するもののほか、税負担以外の合理的な事業目的を有していないものであるとされており、また、これらの取引が本規定の適用対象となる租税回避行為に該当するか否かを判断するに際しては、その形式及び実質を考慮することとし、かかる考慮を行った末、これらの取引が本規定の適用対象となる租税回避行為と認定された場合には、税務当局は、これらの取引の経済的実質に基づいて取引の再構築を行い、これらの取引に関与する者の収入、原価、損失及び税務控除額等を再配分する可能性があるということが明らかにされている⁽²³³⁾。

Enterprise Income Tax Reform in China: Motivations and Major Changes, Buletin for International Taxation, Vol.61, No.12 (2007) p.528 参照。

(232)本ガイドラインについては、Tax Analysis ([http://www.deloitte.com/dtt/cda/doc/content/cn\(ja\)_tax_tap222008j1_090408.df](http://www.deloitte.com/dtt/cda/doc/content/cn(ja)_tax_tap222008j1_090408.df) [平成20年9月29日])参照。

(233) 前述の第2回 IFA 日中韓セミナーに中国税務当局から参加した反租税回避部門の Wang Xiaoyue (Deputy Director, Anti-Avoidance Division, International Tax Department)からも、本規定が基本的に事業目的テストに依拠するものであるということが確認することができた。

結 語

上記の通り、複雑化・国際化する租税回避行為に効果的に対処する包括的否認規定を制度設計するには、租税回避の意図や事業目的の有無を主なメルクマールとすることが重要なポイントであり、実際、このような制度設計がグローバルな趨勢ともなっているが、事業目的を重視するという趨勢は、包括的否認規定との関係だけでなく、その他の税務上の措置との関係でも認められるという指摘がされている⁽²³⁴⁾。これに対し、我が国では、予てより、租税法律主義との関係上、主観的な要素や事業目的を重視することに対して否定的な見方をする向きが少なくなかったが⁽²³⁵⁾、最近は、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)や大阪地裁平成13年12月24日判決(平成9年(行ウ)第77号ないし第79号、税務訴訟資料251号順号9035)等のような裁判例もある。

上記の大阪地裁平成12年5月12日判決では、相続税負担の軽減のために、相続対象となる事業用資産の時価の算定上、その含み益に対する法人税等相当額の控除を認める評価通達185項及び186-2項の適用が可能となるよう多額の借入れや不自然な出資等が行われていたことが問題となったが、大阪地裁は、「評価通達の個々の定めを適用すべきか否かを判断するに際しては、これらの趣旨を考慮するとともに、その趣旨に合致するか否かという見地から、取引行為等における経済的合理性や租税回避目的の有無といった当事者の主観的要素をも総合勘案して判断せざるを得ないといわざるを得ず、かかる主観的要素を

(234) かかる指摘については、Peter Sundgren, Controlled Foreign Corporation (CFC) Taxation and New “Business Purpose” Test (<http://www.skatter.se/index.php?q=node/1345> [平成20年10月6日])参照。サンドグレンは、事業目的を重視するという趨勢が顕著に現れている一例として、2004年に発効したスウェーデンの新たなCFCルール等を挙げています。

(235) このような否定的な見解が示された代表的な裁判例としては、例えば、航空機リース事件に対する名古屋高裁平成17年10月27日判決(平成16年(行コ)第48号、判例集未掲載)等が挙げられる。

考慮することは許されるものと解するのが相当である」という見解に立ち⁽²³⁶⁾、税務当局が主張する「著しく不相当と認められる」場合の評価方法を定める評価通達 6 項の本案への適用を認めている。

また、上記の大阪地裁平成 13 年 12 月 14 日判決では、税務当局側は、米国のグレゴリー判決で示された事業目的テストに依拠し、税額控除の利用のみを目的とするような取引により外国法人税を納付することとなるような場合には、法人税法 69 条が適用されないという限定解釈の妥当性を主張したが、大阪地裁は、正当な事業目的か否かは、事業を全体としてみて判断することになるため、かかる判断自体、租税法主義が要請する基準の明確性から問題であるとしながらも、「取引当事者に、税額控除の枠を利用すること以外におよそ事業目的がない場合や、それ以外の事業目的が極めて限局されたものである場合には、「納付することとなる場合」には当たらないが、それ以外の場合には「納付することとなる場合」に該当するという基準が採用されるべきである」という見解を示している⁽²³⁷⁾。

大阪地裁平成 13 年 12 月 14 日判決で示された上記の見解を踏まえると、租税回避を唯一の目的とする取引を否認の対象とする事業目的テストを組み込んだ制度設計をとる包括的否認規定を採用することは、我が国における一部の裁判例でも認められている実質主義的な否認アプローチの射程範囲からの乖離も少ないことから、このような射程範囲に限定される事業目的テストを組み込んだ包括的否認規定を採用することは問題が少ないと考えられる。これに対し、事業目的テストの射程範囲が租税回避を唯一の目的とするものに限定されない

(236) 本事件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)でも、「財産の評価は客観的な交換価値によるべきであるからといって、評価通達 6 項の「著しく不相当と認められる」ものにあたるか否かの判断に際して、客観的要素だけではなく主観的要素を考慮することが許されない理由はない」という見解が示され、納税者が敗訴している。

(237) かかる見解の下、大阪地裁は、原告が所得した利ざやは、貸付利息と預金利息の差額であり、租税回避行為に加担したことに対する報酬であるのか、許容される事業による利益であるのか、これを峻別することは困難というべきであり、いまだ、事業目的がないと断定することはできないとして、税務当局側を敗訴させている。

ような制度設計を行う場合には、米国における経済的実質主義の適用要件である「二股テスト」の射程範囲等との比較からしても、否認機能がかかなり強力なものとなると想定されることから、包括的否認規定の導入のハードルは、かなり高いものとなると考えられる⁽²³⁸⁾。

したがって、租税回避の意図や事業目的の有無というメルクマールを組み込んだ包括的否認規定としては、実質主義的否認アプローチに依拠する事業目的テストを組み込んだ包括的否認規定という選択肢ではなく、上記の大阪地裁判決の上告審である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)で示された「法の濫用の概念」が、欧州の大陸法の国々における法の一般原則である法の濫用の法理及びHalifax事件欧州司法裁判所判決(Case C-255/02)で示された「権利の濫用」の概念と同様なものであると位置づけた上で⁽²³⁹⁾、主観テストを適用基準の一つとする「法の濫用の概念」を立法化するという選択肢も考えられる。

そもそも、欧州における法の濫用の法理の下における主観テストの射程範囲については、例えば、フランスの租税手続法典§64で採用されている主観テストの場合のように、租税回避を唯一の目的としている取引のみを否認の射程範囲とするというものもあるが、Halifax事件で示された主観テストの下では、問題の取引が税法上の利益を得ることを「根本的な目的」(“essential aim”)としていることが客観的に明らかである場合が否認の対象となるメルクマールであるとされていることから、EU加盟国の法の濫用の法理が依拠する主観テストの射程範囲も、ドイツの2008年の新租税通則法§42の改正案等のように、Halifax事件で示された主観テストの射程範囲と同様なものとなるよう拡大するのではないかと考えられる⁽²⁴⁰⁾。

(238) 租税法法律主義等との関係上、我が国で実質課税の原則に依拠した包括的否認規定を創設することには、幾らかの困難性と限界が想定されることについては、拙稿・前掲「実質主義と法の濫用の法理」31～40頁、147-148頁参照。

(239) このような位置づけが可能であると解されることなどについては、拙稿・前掲「実質主義と法の濫用の法理」132～139頁参照。

(240) Halifax事件判決が下される以前から、例えば、オランダでは、法の一般原則で

Halifax 事件判決は、加盟国間の資本等の移動の自由の障壁を除去することを特に重要な政策としている欧州委員会の指令等と加盟国の税法との抵触如何を「比例性の原則」等に代表される厳格な基準に基づいて判断する欧州司法裁判所が下したものであり、本来、「権利の濫用」の概念の適用のハードルは、低いレベルには設定されないと想定されるところ、実際には、その適用対象が税務上の利益を得ることを唯一の目的とするものに限定されていない。かかる適用基準は「権利の濫用」概念の有用性の大きさを示唆するものであるが、最高裁平成 17 年 12 月 19 日判決で示された「法の濫用の概念」の適用基準として、「権利の濫用」の概念の適用基準と同様なものを採用する制度設計を行うことができれば、「法の濫用の概念」の立法化という選択肢は特に有用なものとなろう⁽²⁴¹⁾。

しかも、実質主義的アプローチの下での事業目的テストの場合、例えば、米国の経済的実質主義の適用基準である「二股テスト」を構成する主観テストのように、納税者の主観的な動機にウェイトを置いた判断が行われる傾向があるのに対し⁽²⁴²⁾、法の濫用の法理の場合は、例えば、ドイツの新租税通則法 § 42

ある法の濫用の法理 (*fraus legis*) の適用基準を構成する主観テストの下では、租税回避が唯一の目的ではなくとも、最大の目的となっている取引については、否認可能となるという判例が既に確立していた。この点の詳細については、Frans Vanistendel, *Legal Framework for Taxation* (<http://www.internationalmonetaryfund.com/external/pubs/nft/1998/tlaw/eng/ch.pdf> [平成 18 年 2 月 20 日]) 参照。Robert L.H. IJzerman, *Form and Substance in Tax Law*, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. LXXXV II a (2002) pp459-461 参照。

(241) 拙稿・前掲「実質主義と法の濫用の法理」では、導入のハードルを強く意識し、最高裁平成 17 年 12 月 19 日で示された法の濫用の概念について、裁判例の積み重ねなどを通じて、Halifax 事件判決で示された「権利の濫用」概念の適用基準と同様なものを確立するというアプローチを採ることの有用性を強調したが、今後、租税回避行為が目に見えるものとなり、それに伴い、包括的否認規定の導入のハードルが低くなれば、「法の濫用の概念」を立法化するという選択肢も視野に入りとなり、また、かかる選択肢が採用されれば、「法の濫用の概念」の否認機能が、より確実に発揮されることも想定される。

(242) 例えば、*Rice's Toyota World, Inc. v. Commissioner* 事件第 4 巡回控訴裁判所判決 (752 F. 2d 89; 1985) では、「事業目的の有無に係る探求は、単に、取引を

に係る判例で確立しているように、納税者の租税回避の意図や商業目的の有無は、客観的な事実に基づいて判断されるのが一般的であり⁽²⁴³⁾、また、Halifax 事件判決で示された主観テストも、「問題の取引が税法上の利益を得ることを目的としていることが客観的に明らかであること」という基準に拠っていることから、事業目的の有無というメルクマールを組み込んだ包括的否認規定としては、「法の濫用の概念」の立法化案の方が、基本的には、租税法律主義との関係でも問題が少ないと考えられる⁽²⁴⁴⁾。

確かに、包括的否認規定の導入に繋がる以上、「法の濫用の概念」の立法化案の導入のハードルも低いとは言いきれないであろうが、近年、我が国でも、主観テストに対する考え方に変化が生じてきている⁽²⁴⁵⁾。例えば、前述の通り、平成 19 年に署名された日仏租税条約に関する改定議定書や平成 20 年に署名された新日豪租税条約でも、新日米租税条約では税務当局の立証責任の履行が困難であるなどの理由で採用されなかった「主要目的テスト」が、新日英租税条約の場合と同様に採用されている。しかも、「主要目的テスト」等の対抗措置を組み込んだ我が国の租税条約の数は、今後、更に増えることが確実視されることから、包括的否認規定の制度設計のあり方が議論される際には、主観テスト等に対する一般的な見方も、従来ほど厳しいものではなくなるということも

行う納税者の動機に関係するものである。」(“The business purpose inquiry simply concerns the motives of the taxpayer in entering the transaction.”)と述べられている。Rice’s Toyota 事件第 4 巡回控訴裁判所判決の概略については、拙稿・前掲「実質主義と法の濫用の法理」46～47 頁参照。

(243) この点については、拙稿・前掲「実質主義と法の濫用の法理」73～74 頁参照。

(244) 但し、法の濫用の法理という制度設計に依拠することなく、事業目的テストの本質を主観テストではなく客観テストとして位置づける制度設計もあり得よう。実際、例えば、FCT v. Zoffanies Pty Ltd. 事件連邦裁判所判決([2003] FCAFC 236)では、豪州の第 4 編 A が依拠している目的テストが、主観的なテストではなく、客観的なテストであることは、目的テストをクリアしているか否かという点が、所得税法 § 177D(b) が定める 8 つの要素を総合的に勘案して判断され、また、これらの要素に納税者の主観・動機が含まれていないことから明らかであると判示されている。

(245) 例えば、膨大な額の贈与税を回避する行為が問題となった前述の東京高裁平成 20 年 1 月 23 日判決も、かかる変化の表れであると解することもできよう。

十分にあり得よう。

また、そもそも、事業目的テストや主観テストに立脚する包括的否認規定の導入のハードルを更に下げる必要があれば、韓国の国際税務調整法 § 2-2 のように、その適用対象を実態把握が特に困難な国際的租税回避行為に限定するという制度設計や⁽²⁴⁶⁾、豪州の第 4 編 A 等のように、包括的否認規定が単純でそれほど悪質でない租税回避行為等に適用されることを排除するために、その適用をスキーム性のある租税回避行為に限定するような制度設計もあり得よう。いずれにしても、対内投資の促進に繋がる税務上の措置が、今後、更に進展するに伴い、複雑化・国際化する租税回避行為への抜本的な対抗措置の選択肢として、包括的否認規定の導入案が議論の俎上に上るようになれば、事業目的テストや主観テストが重要かつ有用な視点を包含しているということが特に強く認識されることとなると思料する。

(246) 適用対象となる租税回避行為を一定のものに限定する包括的否認規定を採用することとなれば、我が国の場合、法人税法 132 条の 2 と同様な否認アプローチに依拠する制度設計も、選択肢の一つとなると考える向きもあろう。