

課税減免規定の立法趣旨による  
「限定解釈」論の研究

—外国税額控除事件を出発点として—

清 水 一 夫

〔 税 務 大 学 校 〕  
〔 研 究 部 教 授 〕

## 要 約

### 1 研究の目的（問題の所在）

租税回避行為においては、税負担軽減のみを目的とし、その効果を除けば、経済的には、全く不合理または実質がない取引ではあるが、私法上の法律形式としては、課税減免規定に定められた要件を満たしていることを否定できない場合（調査権限の制約から、十分な証拠を把握できない場合も含む。）も少なくない。このような形で、濫用的に課税減免規定が用いられた場合、課税の公平を実現するためには、形式上要件を充足している課税減免規定の適用を否定する形で、「租税回避行為の否認」と同様の効果を得ることができないか考える必要がある。

研究の出発点としての最高裁平成17年12月19日判決（以下「外税最高裁判決」という。）では、制度の趣旨から著しく逸脱する態様で、損失が生じるだけの取引をあえて行ったような場合には、制度の濫用であるとして、当該規定の適用が否定された（いわゆる「課税減免規定の限定解釈」）。すなわち、私法形式としては、課税減免規定の適用要件が満たされているにもかかわらず、あえて、それを制度の濫用であるとして、税額控除を認めなかった。租税法律主義のもと、何ゆえにこのような解釈・適用が許されるのか、研究者等の間では、結論に反対する者も含め、さまざまな解釈が行われており、意見の一致するところとなっていない。外税最高裁判決は、課税庁にとって、租税回避行為に対する相当に強力な対抗措置となり得る可能性を有しているが、その法理論的根拠、そのような扱いが許されるための要件、他のケースへの応用可能性など、不明確な面が残っている。

本研究は、外税最高裁判決の事案や判示を検証するとともに、私法と租税法の関係を中心とした従来の判例、学説の検討、海外の議論との比較を行い、同判決の位置づけを明らかにしようとしたものである。あくまで私見の域にとどまるかもしれないが、結論を先取りして言えば、以下のように考えている。

本判決は、租税法の規定を、その趣旨・目的に照らして、柔軟に文言解釈を行おうとする最近の最高裁の傾向の延長上にあるものと思われるが、政策的な課税減免規定について、さらに踏み込んだ判断をしたといえる。すなわち、文言解釈上、その適用を否定できない場合であっても、制度全体の趣旨から、租税法規の濫用として、当該規定に定める課税減免効果を認めない場合があり得ること示した。形式的な要件充足にかかわらず法の適用を否定することは、租税法律主義と緊張関係に立つことから、立法趣旨としての政策目的からの逸脱、取引自体の経済的不合理性、当事者の濫用の意図など厳しい要件が課せられるであろうが、判決の射程としては、必ずしも典型的な「租税優遇措置」に限られるものでなく、課税庁にとっての応用可能性は狭くないと考える。もっとも、課税減免規定を濫用した租税回避行為には、事実認定や個別否認規定のほか立法趣旨による文言解釈によって対応できる場合もあろうから、外税最高裁判決は、これらによって対処できない場合のいわば最後の砦として位置づけるべきである。

## 2 研究の概要

### (1) 課税減免規定の「限定解釈」の法理論的根拠（第1章）

形式的には、当事者の意思の合致として、私法上の法律関係が真に成立しているにもかかわらず、それに基づいた課税減免規定の適用を否定するための法理論的根拠については、主に、以下のような説明が考えられる。

- ① 租税法の適用に当たって、私法上、真正に成立している取引を無視又は引きなおす（いわゆる「狭義の租税回避行為の否認」）。
- ② 条文の文言の意味について、借用概念としての意義や言葉の通常の意味にとらわれることなく、租税法独自の観点から「限定解釈」をした結果として、本件取引は、規定された要件に該当しないとす（立法趣旨を踏まえた柔軟な文言解釈）。
- ③ 納税者が課税減免規定を適用することを民法1条2項の「権利の行使」と捉え、立法趣旨に著しく反する態様の取引は、同条3項の「権利の濫

用」として、課税減免規定の援用を認めない（民法の濫用法理の適用）。

- ④ 私法上の法律関係に関し、租税法の適用要件を形式的には満たしていても、当該規定の趣旨・目的に反する態様で税負担軽減を図る場合は、「法の濫用」であるとして、当該条項の適用を否定する（当該租税法規に内在する当然の前提としての濫用禁止）。

上記について、租税法解釈のあり方を巡る学説や判例も参照しながら、外税最高裁判決がいかなる法理論的根拠に拠ったと考えるべきなのかについて検討した。

外税最高裁判決が、厳格な要件のもと、狭義の租税回避行為の否認を認めたと考えること（上記①）については、わが国は、租税法律主義の観点から、明文の根拠のない否認については、否定的な見解が支配的である。本判決も、「納付した外国税を税額控除の対象とすることは許されない」と言っているだけで、税法上、「納付」した事実を否認すると判示しているわけではないから、このような解釈は困難と考える。

租税法の「文言」の解釈については、従来は、特例規定の「厳格解釈」など文言に忠実であるべきとする考えも強かったが、最近の判例では、当該法規の立法趣旨に従って、比較的柔軟に拡張・縮小解釈をする傾向が認められる（その結果は、納税者に有利になる場合もあれば、不利になる場合もある。）。租税回避行為においても、最高裁平成18年1月24日判決（以下「フィルムリース最高裁判決」という。）の事案では、法人税法31条の「減価償却資産」という文言の限定解釈により、損金算入が否定された。外国税額控除事件において、法人税法69条の「納付」には、事業目的を有しない場合は含まれないとする限定解釈は、国側主張によるものであるが、最高裁は、それをそのままは採用しなかった。よって、本判決は、立法趣旨による限定解釈の延長線上にはあるものの、言葉の通常の意味を離れた文言解釈（上記②）までを認めたものではないといえる。

法人税法69条の適用を否定した根拠として、民法1条3項の権利濫用の法理を持ってくること（上記③）については、本判決を法律に根拠のない

否認とする批判に対する回答になるという利点はあるが、税額控除を適用して申告することが、同項にいう「権利」の行使ととらえるべきなのかという疑問も生じる。最高裁判決も、民法1条3項を引いているわけではないので、このような考えは難しいと考える。

よって、外税最高裁判決については、あくまでも法人税法69条の制度全体の立法趣旨から、課税減免効果を得るためだけに、同条の政策目的から逸脱して濫用的な取引を行った場合には、たとえ、形式的に要件を満たしていたとしても、同条を適用しないという要件を読み込み、その要件を満たしていないとして適用を否定したものと考える（上記④）。

なお、租税回避否認に関する海外の判例法理として、アメリカの economic substance doctrine（税の軽減以外に、何ら納税者の経済的利益に影響を与えると認められない取引については、税法上無視される。）や、フランスの fraude à la loi（課税減免規定の利益を濫用的に得ることを目的として取引の経済的実質を覆い隠すような契約を締結することは「法律の詐害」であり、私法上の一般法理に基づき、当該法律関係を課税庁に対抗できない。）がある。法理論的根拠の説明として、これを日本にそのまま持ってくるのは困難であるが、租税法規の濫用は許すべきでないとする発想自体は参考となる。

## （2）課税減免規定を「限定解釈」するための要件（第2章）

外税最高裁判決の法理論的根拠が上記のようなものであることを前提にした上で、同判決の判示を手掛かりに、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」が認められるための要件（課税庁として主張・立証すべき要件事実）の抽出・整理を試みた。他の否認手法と対比しながら、私見の整理をブロック・ダイアグラムの形で示すと以下のとおりである。

Kg	更正処分等の存在		
	上記処分の違法(主張のみ)		
	E1	(課税減免規定の「限定解釈」～制度の濫用に対する減免規定の不適用)	
		①	本件取引に当該税法規定を適用することが、その立法趣旨を著しく逸脱する結果となることの評価根拠事実
		②	取引自体に経済的実質が認められないこと(次のいずれか)
			(i) 取引自体の事業目的の不存在(税負担軽減効果を除外すれば、経済的に全く意味のない取引であること)の評価根拠事実
		(ii) 取引における法形式選択の異常性(税負担軽減効果を除外すれば、法形式選択に経済的合理性が認められないこと)の評価根拠事実	
		③	濫用の意図(租税回避目的以外に、本件取引を行った目的が存しないこと)
	E2	(私法上の法律構成による否認)	
		税法規定の適用要件となる私法上の法律関係について、それを成立させる当事者の合意が真実には存在しないこと	
E3	(行為計算否認～税法132、132の2、132の3など)		
	①	形式的要件(同族会社、組織再編、連結法人等にかかる行為・計算であること)	
	②	本件取引の行為・計算を容認すれば税負担が減少すること	
	③	税負担減少が不当であること(本件取引の行為・計算が通常の経済人を基準として不自然・不合理であることの評価根拠事実)	

すなわち、①本件取引に当該規定を適用すれば、立法趣旨を著しく逸脱する結果となること(立法趣旨逸脱要件)、②本件取引に事業目的、経済的合理性が全く認められないこと(客観的要件)、③租税回避目的以外に取引の目的がないこと(主観的要件)を課税庁が主張・立証すれば、形式的に、課税減免規定の適用要件を満たしていたとしても、当該減免規定の適用は否定され得ることになる。この点、海外判例法理と比較すると、アメリカの場合は、客観的要件と主観的要件で考える2分岐テスト(two pronged test)が定式化されているのに対し、オランダのfraus legisをはじめとする大陸法系の判例法理では、主観・客観の要件に加えて、課税上の結果が立法趣旨に違背するという要件を加えている。

なお、外税最高裁判決の客観的要件(判示の表現を借りれば「取引自体によっては・・・損失が生ずるだけである」こと)に関しては、本件については、「逆ざや」取引ということで、比較的明瞭に不合理性が示されたといえる。しかし、一般的な要件として考えると、タックスシェルターなど、

契約当時に想定されていた将来のキャッシュ・フローを綿密に分析することにより、その経済的な不合理性（取引当初から、税効果を除いては、投資価値が全く認められないものであったこと）を客観的に明らかにする必要がある場合も少なくない。この点は、取引当時、当事者は、節税効果のことしか考えていなかったという点を指摘するだけでは、不十分であるということに留意すべきである。

### （3）課税減免規定の「限定解釈」の応用可能性（第3章）

本研究において、外税最高裁判決は、形式的には、法人税法69条に該当するにもかかわらず、同条の全体の趣旨から導かれる要件として、その適用を否定したものであると捉えた。このような租税法の解釈・適用のあり方は、他の課税減免規定について、どこまで応用可能といえるであろうか。

外税最高裁判決では、法人税法69条の外国税額控除の制度を「同一の所得に対する国際的二重課税を排斥し、かつ、事業活動に対する税制の中立性を確保しようとする政策目的に基づく制度」であると位置づけたうえで結論を導き出した。「制度の濫用」と言えるためには、当該規定が、何らかの経済的・社会的な政策目的によって、課税の公平の原則（担税力に応じた課税負担）に修正を加える形で課税減免効果を認めているにもかかわらず、当該政策目的の達成とは無関係のところ、減免効果のみを得ようとしていることが必要であろう。

すなわち、本判決の法理を応用できるのは、何らかの「政策目的規定」である必要があり、租税法の「本則的規定」（担税力が同様の者に対しては、同様の負担を課すという租税法の基本理念に従って課税標準や税額の計算を定めた規定）についてまで、制度の濫用として減免規定の不適用を導き出すことは困難と考える。もっとも、ここで言う「政策目的規定」は、租税特別措置法等に規定されている典型的な租税優遇措置に限られるとは考えない。法人税法69条自体、二重課税排除という本則的計算か、それ以外の政策目的を含むかで、訴訟上、争いがあったものである。個々の課税減免規定の趣旨については、実質的な担税力の測定という本則的な側面と他

の政策目的による配慮が融合している場合も少なくないが、濫用による「限定解釈（不適用）」の対象となり得る「政策目的規定」としては、いわゆる「政策的優遇措置」と呼ばれているものより、広い範囲をカバーすると考える。

このような観点から、他の租税回避スキームについて、濫用による「限定解釈（不適用）」によって対処できないか、仮想的に検討した。

まず、航空機リース事件（名古屋高裁平成17年10月27日判決ほか）のようなレバレッジド・リース事案については、所得税法49条1項（減価償却費）の規定を利用したスキームであるが、この規定は、所得計算の本則的な規定と考えざるをえず、濫用による「限定解釈（不適用）」は困難と考える（もっとも、前掲のフィルムリース最高裁判決のように、「減価償却資産」の文言の限定解釈として、「事業の用に供している」と言えるかを問題にする方法はある。）。

次に、組織再編税制については、個々に条文を見る必要はあるが、例えば、適格組織再編に対する課税繰延については、支配の継続に着目した本則的な性格のほか企業再編に対する税制の中立性確保という政策目的を含み、広義の「政策目的規定」に該当すると考える。よって、こうした規定を濫用した租税回避行為に対しては、「限定解釈（不適用）」を検討する余地がある（もっとも、組織再編税制には、個別の租税回避防止規定が整備されているほか、法人税法132条の2の一般的否認規定もあることから、まずは、これらの規定で対応できないか考えるべきであろう。）。

また、租税条約の濫用事例についても、租税条約自体、国際間の資本交流の促進という広義の政策目的を有していると考えられるので、条約による課税減免措置の濫用スキームに対しては、条約規定の「限定解釈（不適用）」という方法も念頭に置くことができよう。

### 3 結びに代えて

以上、外税最高裁判決で示された租税法の解釈・適用のあり方について、

内外の議論を参考に、その理論的根拠、要件、応用可能性について具体的に検討した。もっとも、これらの議論は、裁判所によってオーソライズされたものではないから、その内容は、今後の判例の集積にかかっている部分が少なくない。

冒頭で述べたとおり、外税最高裁判決の法理は、巧妙な租税回避行為に対する相当に強力な対抗措置となり得る可能性があるから、課税庁としては、これがわが国の判例法理として定着するよう、地道な対応を続けていくべきである。もっとも、それは、租税回避行為に対する万能薬として、やみくもにこの法理を多用するということではないと考える。外税最高裁判決は、形式上、租税法規の要件を満たしているにもかかわらず、あえて、課税減免効果を発生させないものであり、租税法律主義と鋭い緊張関係に立つから、立法趣旨からの著しい逸脱、取引の経済的不合理性、当事者の濫用の意図など、厳しい要件をくぐりぬけなければ、裁判所は認めてくれないことは、容易に想像がつく。その意味で、この判例法理は、租税回避行為に対する最後の砦と位置づけ、原処分段階から、十分な法的検討と綿密な証拠収集のもと、的確に運用していく必要があると考える。

## 目 次

はじめに	256
1 問題の所在と研究の目的	256
2 研究に当たっての基本的姿勢	257
第1章 課税減免規定の「限定解釈」の法理論的根拠	259
第1節 問題点の整理	259
1 理論的根拠をめぐる学説の議論	259
2 法理論的根拠の諸類型	261
第2節 租税法の解釈・適用による否認	263
1 狭義の「租税回避行為の否認」	263
2 立法趣旨による「文言」の限定解釈	268
第3節 私法上の一般法理との関係	279
1 権利の濫用	280
2 脱法行為論	282
第4節 小括～外税最高裁判決の根拠についての私見	290
1 「法の濫用」に対する課税減免規定の不適用	290
2 他の租税回避「否認」手法との比較	294
第2章 課税減免規定を「限定解釈」するための要件	298
第1節 「限定解釈（不適用）」とする要件の抽出・整理	298
1 外税最高裁判決の判示からの検討	298
2 海外の判例法理との比較	314
第2節 事業目的・経済的合理性の不存在の立証	319
1 基本的な着眼点	320
2 将来のキャッシュ・フロー分析が必要な場合	323
第3章 課税減免規定の「限定解釈」の応用可能性	333
第1節 租税法における「政策目的規定」の範囲	333
1 「限定解釈（不適用）」の対象となり得る課税減免規定	333

2	課税減免規定の分類の検討例	337
3	小括	349
第2節	裁判事例を題材とした仮想的分析	351
1	組合を通じたレバレッジド・リース	351
2	組織再編を利用した租税回避行為	354
3	租税条約の濫用	358
	結びに代えて	362

## はじめに

### 1 問題の所在と研究の目的

租税回避行為においては、税負担の軽減のみを目的とし、課税減免効果を除けば、経済的には全く不合理又は実質がない取引ではあるが、私法上の法律形式としては、課税減免規定に定められた要件を満たしていることを否定できない場合（調査権限の制約から、十分な証拠を把握できない場合も含む。）も少なくない。このような形で、濫用的に租税負担の減免が図られた場合、課税の公平を実現するためには、当該減免規定を適用しない形で、講学上の「租税回避行為の否認」と同様の効果を得ることができないかを考える必要がある。

研究の出発点としての「外税最高裁判決<sup>(1)</sup>」では、外国税額控除の適用を定めた法人税法 69 条の適用の可否が問題となり、事実認定の問題として、同条適用の要件である外国法人税の「納付」が行われていない（いわゆる「私法上の法律構成による否認」）との国側主張が下級審段階で排斥されていたにもかかわらず、制度の趣旨から著しく逸脱する態様で、損失が生じるだけの取引をあえて行ったような場合には、制度の濫用であるとして、当該規定の適用が否定された。

最高裁で示された、このような解釈・適用の手法は、法の裏を衝いた巧妙かつ濫用的な租税回避行為に対して、強力な対抗策を課税庁に提供する可能性を有しているといえる。しかし、外税最高裁判決の短い判旨（これは、国

---

(1) 本件は、いわゆる「課税減免規定の限定解釈」の事例として紹介されることもある。なお、本稿で「外税最高裁判決」という場合は、特にことわりがない限り、外国税額控除事件 R 事案の最一小判平 17・12・19 判時 1918 号 3 頁を指すこととする。同種の事件の最高裁判決として、U 事案の最一小判平 18・2・23 判時 1926 号 57 頁がある。また、大阪高判平 14・6・14 訟月 49 卷 6 号 1843 頁で国側が逆転勝訴した S 事案については、R 事案最高裁判決と同日付で上告不受理決定となっている。なお、本稿で「外国税額控除事件」というときは、上記 R、U、S 事案に共通する事実関係を概括的にあらわすものとして使いたい。

側の詳細な主張による論旨とも、下級審判決の判示とも異なるものである。) だけでは、その内容が必ずしも、明らかではなく、何ゆえにこのような解釈・適用が許されるのか、そのような扱いが許されるための要件、他のケースへの応用可能性など、不明確な面が残っている。

このような状況を踏まえ、本研究では、大きく3つの章の構成とし、外税最高裁判決において示された法理について、以下の点に関して分析・検討を行った。

- ・外税最高裁判決の法理論的根拠はどのように説明されるべきか(第1章)
- ・課税減免規定の適用が否定されるための要件の具体化、一般化として、いかなる行為を「制度の濫用」としてとらえるべきか(第2章)、
- ・法人税法69条以外の租税法規の適用の場面において、同様の対応が考えられるかという意味での応用可能性(第3章)

## 2 研究に当たっての基本的姿勢

上記で述べたように、外税最高裁判決の内容はやや分かりづらいところがあり、現に研究者の間でも、判示に関してさまざまな解釈が示されているところである。その内容の具体化のためには、さらなる判例の集積が期待されるといった言い方がされることも少なくない。もともと、少なくとも課税庁の立場としては、傍観していれば、自然と判例が集積されてくるものではなく、実際に処分を行って訴訟で争わない限り、判例の集積はあり得ない。かといって、やみくもに外税最高裁判決を持ち出して、租税回避行為に対抗しようとしても、裁判所に受け入れられなければ、使えない判決となってしまうおそれもある。今後、外税最高裁判決を判例法理として確立させていこうとするならば、法律的に十分に検討したうえで、一定の方針を立てて戦略的に処分を考えていく必要がある。

本研究は、論文等で公表されている研究者の議論、従来からの判例、同種の問題に関する海外での議論などを踏まえ、判例法理として日本の裁判所に受け入れられるかという観点に最大限配慮しながら、外税最高裁判決の内容

について、他の事案でも活用できるような形での具体化・一般化を試みたものである。

結論を先取りして言えば、以下のように考えている。本判決は、租税法規を、その趣旨・目的に照らして、柔軟に文言解釈を行おうとする最近の最高裁の傾向の延長上にあるものと思われるが、政策的な課税減免規定について、さらに踏み込んだ判断をしたといえる。すなわち、文言解釈上、その適用を否定できない場合であっても、制度全体の趣旨から、租税法規の濫用として、租税法に定める課税減免効果を認めない場合があり得ることを示した。形式的な要件充足にかかわらず法の適用を否定することは、租税法律主義と緊張関係に立つことから、立法趣旨としての政策目的からの逸脱、取引の経済的不合理性、当事者の濫用の意図など厳しい要件が課せられるであろうが、判決の射程としては、必ずしも典型的な「租税優遇措置」に限られるものでなく、課税庁にとっての応用可能性は狭くないと考える。もっとも、課税減免規定を濫用した租税回避行為には、事実認定や個別否認規定のほか立法趣旨による文言解釈によって対応できる場合もあろうから、外税最高裁判決は、これらによって対処できない場合のいわば最後の砦として位置づけるべきである。

以上のような整理は、裁判所によってオーソライズされたものではないが、将来、巧妙な租税回避行為事案に直面した課税庁が、外税最高裁判決の活用を検討しようとした場合に、参考となる枠組みを提供することを目指したものである。

なお、本研究は、税務大学の研究職員として、比較的自由的な立場で考察を行ったものであるから、本稿で述べた内容については、組織としての見解ではなく個人的見解に過ぎないということを確認させていただきたい。

## 第1章 課税減免規定の「限定解釈」の 法理論的根拠

前述のとおり、外税最高裁判決は、形式的には、法人税法 69 条の要件を満たしているにもかかわらず、本件取引に外国税額控除を適用することは、制度の濫用であって許されないと判示した。本章においては、わが国における租税法主義のもと、いかなる法理論的な根拠に基づいて、このような結論が導き出され得るのかを考えたい。

第1節においては、外税最高裁判決の法理論的根拠について、同判決の評釈等で示されている見解を紹介し、考えられ得る理論的な説明を列挙することにより、問題点を整理したい。理論的な説明としては、大まかに言うと、租税法独自の解釈・適用のあり方として捉えるものと、私法上の理論を租税法に応用したものとする考え方があり得るが、第2節、第3節では、それぞれの法理論的な説明に対し、従来の判例や学説、海外の判例法理等も含めてより詳しく検証し、外税最高裁判決の理論的説明となり得るかについて検討する。第4節では、それらを踏まえて、筆者が採用すべきと考える理論的な根拠について説明し、外税最高裁判決の意義を浮かび上がらせる意味で、他の租税回避行為否認の手法についての根拠とも対比したい。

### 第1節 問題点の整理

#### 1 理論的根拠をめぐる学説の議論

まず、外税最高裁判決が、制度の濫用として法人税法 69 条の適用を否定した根拠を巡る学説上の議論を紹介したい。

外国税額控除事件においては、下級審段階から、国側は、法人税法 69 条 1 項の「納付することとなる場合」とは、「内国法人が正当な事業目的を有する通常の経済活動に伴う国際取引から必然的に外国税を納付することとなる場合をいう」と主張し、本件取引は、正当な事業目的を有しているとは言えな

いから、課税減免規定である同項の要件を満たしているとは言えないという主張をしていた。これは、同項の「納付」という文言を、立法趣旨により限定的に解釈する手法であるが、外税最高裁判決は、このような限定解釈をそのままは採用せず、制度の濫用に当たるという理由から、法人税法 69 条の適用そのものを否定した。

外税最高裁判決の論理に関し、金子名誉教授は、「法人税法 69 条の定める外国税額控除の濫用にあたるとして、その適用を否定したのも、法律の根拠がない場合に否認を認める趣旨ではなく、外国税額控除制度の趣旨・目的にてらして規定の限定解釈を行った例であると理解しておきたい。」<sup>(2)</sup>としている。今村教授も、最高裁のとっている濫用の法理は、あくまでも、立法趣旨による限定解釈の延長線上にあるという考えである<sup>(3)</sup>。すなわち、「納付」という文言は、税を単に弁済するとか、外形的に納付するという意味なので、そういう文言を限定解釈することが、租税法律主義の観点から問題になるため、濫用による不適用という判示をしたのだとする考えである。

もっとも、租税法規の文言の解釈においては、私法上の概念や言葉の通常の意味に過度にとらわれることなく、租税法の趣旨・目的からより柔軟な解釈をすべきという立場もある。この場合は、解釈の幅も広がり、立法趣旨から見て濫用があった場合には、課税減免規定の要件を文言上満たしていないとすることになろう。吉村教授は、「本判決は、制度の趣旨目的から著しく逸脱する取引は当該制度の適用から排除されるという論理を重視していると考えられるのであって、外国税額控除制度の性質論（例外措置か否か）による限定解釈ではなく、外国税額控除制度の目的論から直接的に当該制度の適用の可否を検討する目的論的縮小の手法を採用したものであるということができよう<sup>(4)</sup>」としている<sup>(5)</sup>。

---

(2) 金子宏『租税法 第十三版』113～114 頁（弘文堂、2008）。

(3) 今村隆「租税回避についての最近の司法判断の傾向（その 1）」租税研究 684 号 87 頁（2006）〔104 頁〕。

(4) 吉村典久「判批」『平成 17 年 行政関係判例解説』113 頁（ぎょうせい、2007）〔117

一方、外税最高裁判決について、立法趣旨による限定解釈の延長線上とは考えず、端的に制度の濫用は許さないという立場を示したという解釈もあり得よう。谷口教授は、民法における権利濫用とパラレルに考え「本判決は、本件における外国税額控除権の行使を同控除権の濫用とみて、これに同控除権の行使としての法人税法上の効果を認めなかったものと解することができる<sup>(6)</sup>」とされている。すなわち、「本判決は、法 69 条の趣旨目的から著しく逸脱する態様での外国税額控除権の行使について、そのような適用除外要件を問題とすることなく、端的に、それを『濫用』として、法 69 条の定める効果を認めなかったと解されるのである<sup>(7)</sup>」としている。

## 2 法理論的根拠の諸類型

以上のように、外税最高裁判決の判示の内容については、様々な解釈が可能であるが、そもそも、課税減免条項において規定された要件に関し、形式

---

頁]。

- (5) 谷口勢津夫「判批」民商 135 卷 6 号 1077 頁 (2007) [1087 頁]によれば、目的論的制限 (teleologische Reduktion) と呼ばれる「課税減免規定の限定解釈」とは、「狭義の法解釈 (可能な語義の枠内での法解釈) ではなく、・・・適用除外規定の欠缺すなわちいわゆる隠れた欠缺 (verdeckte Lücke) についての欠缺補充方法による『解釈』であり、「法 69 条の適用除外要件として『事業目的の不存在』要件を定立 (補充) しようとするものである」と説明される (ただし、教授は、本判決はそれと異なるという見解である)。
- (6) 谷口・前掲注(5)1083 頁。ただし、谷口教授は、このような最高裁の解決には、反対の立場であられる (後掲注(7)における説明を参照)。
- (7) 谷口・前掲注(5)1087 頁。

なお、谷口教授は、外国税額控除事件 U 事案の平成 18 年 2 月 23 日の最高裁第一小法廷判決について、R 事案判決 (第二小法廷) との表現の違いをとらえ、前者は「その事案を『租税回避事案』とみて租税回避を否認した判決であると解することができるように思われ・・・ドイツの租税基本法 (Abgabenordnung) 42 条 1 項の規定にみられるような『租税回避の禁止の原則』を読み取ることができる」(前掲書 1095、1096 頁)とし、「この判決は、明文の否認規定なしに租税回避を否認したことになり、租税法律主義との関係が問題になる」と論じておられる。そして、R 事案判決についても、「濫用の法理」を使いながら、結局は、明文の否認規定のない租税回避の否認を行ったものであって、租税法律主義の建前に反するとされている (前掲書 1089 頁)。

的には、当該取引において私法上の法律関係が真に成立している<sup>(8)</sup>（当該内容の取引を成立させることについて、当事者の効果意思が真に認められる）場合、いかなる法理論的根拠で、当該規定の適用を否定できるのであろうか。法人税法 69 条の解釈論を離れて、純粹論理的に抽象的に考えた場合、以下のような整理が考えられる。

- ① 租税法の適用に当たって、私法上、真正に成立している取引を無視又は別の形式に引き直す（いわゆる「狭義の租税回避行為の否認」）。
- ② 条文の文言の意味について、借用概念としての意義や言葉の通常の意味にとらわれることなく、租税法独自の観点から「限定解釈」をした結果として、本件取引は、租税法が規定する要件に該当しないとする（立法趣旨を踏まえた柔軟な文言解釈）。
- ③ 納税者が課税減免規定を適用することを民法 1 条 2 項の「権利の行使」と捉え、立法趣旨に著しく反する態様の取引は、同条 3 項の「権利の濫用」として、課税減免規定の援用を認めない（民法の濫用法理の適用）。
- ④ 私法上、当事者の合意が真正に成立していた取引であっても、そのような合意は、法律の趣旨に合致しない「脱法行為」であることから、私法上、無効あるいは行政庁に対抗できないとして、それを無視した私法上の法律関係に基づいて、租税法を適用する（脱法行為論による私法上の無効又は行政庁への対抗不能）。
- ⑤ 形式上、租税法の適用要件たる私法上の法律関係が真正に成立し、租税法の文言を形式には満たしている場合であっても、当該規定の趣旨・目的に反する態様で税負担軽減を図る場合は、「法の濫用」として、当該条項の適用を否定する（当該租税法規に内在する当然の前提としての濫用禁止）。

---

(8) 条文の「文言」を、立法趣旨に照らして拡張解釈・縮小解釈することにより、租税法の要件を満たしていないと認定する場合（一般的な拡張・縮小解釈による否認）もちろんあるが、ここでは、借用概念あるいは、「文言」の通常の意味からして、条文解釈によって要件該当性を否定することが困難な場合を考える。

外税最高裁判決の採用した法理の理論的根拠の説明として、候補となり得るのは、大体以上に尽きるのではないかと考えられる。そこで以下では、外税最高裁判決の根拠は、上記のいずれであるのかという問題設定で考えることとしたい。

## 第2節 租税法の解釈・適用による否認

租税法独自の観点からの租税回避行為に対する対処としては、従来から、「狭義の租税回避行為の否認」（ここでは、明文の根拠のない場合も含めて検討する。）と、租税法の趣旨に従った文言解釈の手法が議論されている。ここでは、こうした議論の土台のうえに、さらに新しい判断を示したのが外税最高裁判決ではないかといった捉え方について検討したい。

### 1 狭義の「租税回避行為の否認」

#### (1) 公平負担原則による否認

狭義の租税回避行為の否認とは、一般に「租税回避があった場合に、当事者が用いた法形式を租税法上は無視し、通常用いられる法形式に対応する課税要件が充足されたものとして取り扱うこと<sup>(9)</sup>」とされる。課税減免規定の要件を形式的に満たす形で、真正に私法上の法律関係が成立している場合であっても、それが私法上有効であることを前提としつつ、租税法の適用上はそれを無視することとすれば、減免規定の要件を満たしていないとして、当該規定の適用が否定されることとなる。

狭義の租税回避行為の否認を認める税法規定のうち、比較的一般的に適用され得るものとして、法人税法 132 条（同族会社の行為計算否認）などがあるが、このような明文の規定がない場合にも、私法上の法律関係を無視することが可能でないか問題になる（外国税額控除事件には、法人税法

---

(9) 金子・前掲注(2)111頁。

132 条の適用の余地はない。)。この点、わが国において、諸外国で見られるような一般的租税回避行為否認規定（GAAR）が存在しないことの意味が問われることになるが、わが国でも、租税回避行為に対する一般的な否認規定を国税通則法に規定することが検討されたことがある。すなわち、税制調査会昭和 36 年 7 月 5 日「国税通則法の制定に関する答申（税制調査会第二次答申）」では「私法上許された形式を濫用することにより租税負担を不当に回避又は軽減すること<sup>(10)</sup>は許されるべきではない」との考えのもと「実質課税の原則の一環として<sup>(11)</sup>、租税回避は課税上これを否認することができる旨の規定を国税通則法に設けるものとする」としていた（同答申、第二、二）。税調第二次答申は、当時の学会を中心に、さまざまな議論を引き起こした<sup>(12)</sup>が、結局、実質課税の原則を宣明する規定や租税回避行為否認の規定は除かれたところで、昭和 37 年国税通則法が創設された<sup>(13)</sup>。

(10) 「租税回避行為」の意味に関し、昭和 36 年税調第二次答申と同時に公表された「国税通則法の制定に関する答申の説明（答申別冊）」によれば、租税法においては、一種の法諺として「取引行為をう回させることによって租税を回避軽減することはできない。」又は「一個の取引行為は、租税を回避するため数個の行為に分解することは許されない。」といわれるとし、このようなう回行為又は多段階により租税負担を軽減回避することを租税回避行為と呼ぶと説明されている（同別冊 11 頁）。

そして、租税回避行為否認規定の立法の必要性として、租税回避行為により不当に税負担を回避軽減することは許されず、このような場合には「仮装のために採られた法形式にとらわれることなく、通常あるべき取引行為によって得られる経済的実質、しかも、その法形式がどのようなものであれ、その通常生ずべき経済的実質と同じ実体として現に生じているところに即して課税が行われるべきこととなる」としていた（同別冊 12 頁）。

(11) 昭和 36 年税調第二次答申では、国税通則法に「税法の解釈及び課税要件事実の判断については、各税法の目的に従い、租税負担の公平を図るよう、それらの経済的意義及び実質に即して行うものとする」という趣旨の原則規定を設けるものとする（第二、一）との答申も行われていた。

(12) 例えば、日本税法学会昭和 36 年 11 月 11 日「国税通則法制定に関する意見書」においては、「税法の解釈及び課税要件事実の認定に関する原則規定は、絶対に設けてはならない」と強い調子で反対しているものの、租税回避行為否認規定については、税務官庁が否認権を濫用しないよう、立法上防止策を設けるべきとしながらも、規定そのものの必要性は認めている（税法学 131 号 1 頁以下（1961）参照）。

(13) 実質課税の原則や一般的租税回避行為否認規定については、政府の徴税強化にな

このように、一般的租税回避行為否認規定の創設は見送られたが、立法時の議論をみても、明文の規定がなければ、一切、狭義の租税回避行為の否認が許されないかは必ずしも明らかではない。これについては、公平負担の見地から、租税法上の否認規定の有無にかかわらず、否認を認める見解もあるが、一般的には「租税法律主義のもとで、法律の根拠なしに、当事者の選択した法形式を通常用いられる法形式にひきなおし、それに対応する課税要件が充足されたものとして取り扱う権限を租税行政庁に認めることは困難である<sup>(14)</sup>」とする見解が主流となっている。裁判例を見ても、特に最近の下級審では、明文の規定のない否認について、否定的に捉える傾向が強いと考えられるが、外税最高裁判決は、制度の濫用と認められるような租税回避行為については、真正な私法上の法律関係であっても、例外的に税法上、無視したものととらえることはできないであろうか。まず、この点について検討したい。

## (2) アメリカの economic substance doctrine

上記の問題を考える前に、参考のため、アメリカの判例法理について紹介しておきたい。アメリカにおいては、必ずしも法令上の根拠がなくても、substance-over-form や economic substance doctrine と呼ばれる判例法理により、私法上の法律関係が、税法上無視される場合がある。特に後者について、その基となったと考えられるのは、Gilbert 事件控訴審<sup>(15)</sup>における Hand 反対意見である。本件は、典型的な租税回避行為の事案とはやや

---

るのではないかとの反対論もあった。これに対して、当時の立法担当者は、「調査会の考え方は、いわゆる徴税強化を図るといような意図はなくて、純然たる法律論的ないし純理論的な立場から、各国の立法例等をも参考としつつ、税法のあり方に関する考え方として述べられたもの」であるとしている。ただし、国税通則法に対して、そのような印象を与えることは、その趣旨に反し適当ではなく、また、立法技術的にも種々の問題もあることから、今回の制定に際しては、制度化を見送り、今後の判例、学説等の展開を見ながら慎重に検討すると説明している（志場喜徳郎「国税通則法について」税経通信 17 巻 6 号 148 頁(1962)）。

(14) 金子・前掲注(2)112頁。

(15) Gilbert v. CIR, 248 F.2d 399 (2d Cir, 1957).

趣が異なるが、納税者が、自らが出資・設立した会社に対して融通した資金が回収不能になったとして、連邦税法上の貸倒損失(bad debt deduction)を主張したのに対し、当該資金融通が“debt”と言えるのか(単なる出資ではないか)が問題となったものである。L. Hand 判事は、反対意見の中で、「納税者が、資本出資ではなく、負債という形式で資金提供を行うことを決定した際に、それが、租税軽減以外に、事業の経済的利益(beneficial interest)に影響を与えることを認め得ると想定していたか否か」という基準によって判断すべきとした。すなわち「納税者が税を減少させる以外、経済的利益(beneficial interest)に影響を与えると認められない取引を行った場合には、法はその取引を無視する<sup>(16)</sup>」としたのである。

Hand 反対意見は、1960年のKnetsch事件連邦最高裁判決<sup>(17)</sup>において引用され、同判決は「本件取引は『税の軽減以外に、なんら納税者の経済的利益(beneficial interest)に影響を与えるものではなく』、取引において実現されたのは、税の軽減以上の何らの実質もないことは明らかである」とし、納税者の主張する支払利息をshamとして否認した<sup>(18)</sup>。このようにアメリカにおいては、beneficial interest testによってeconomic substanceが存在しないとされた取引については、事実上の仮装行為(sham in fact)と同様、sham transactionとして税法上無視されることとなった(sham in substance)。

アメリカでは、法律上、明文の根拠がないにもかかわらず、いかなる理由で、私法上の法律関係を税法上無視できるのであろうか。この点につき、上記のGilbert事件Hand反対意見で示された考え方は、一般に

---

(16) “If, however, the taxpayer enters into a transaction that does not appreciably affect his beneficial interest except to reduce his tax, the law will disregard it”(Ibid., p. 411)

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

(18) さらに、1981年のイギリス最高裁(貴族院)Ramsay事件判決(W. T. Ramsay Ltd. v. I. R. C., [1982] A. C. 300)のWilberforce卿意見においても、Knetsch事件判決とともに引用され、本件においても、この原則を適用すると判示されている。

self-defeating rational と呼ばれている。直訳すると「自己無効の理論」ということになろうが、要約すれば、租税法の減免規定は、経済的実質がある取引に対して適用することを前提としており、経済的実質のない取引に減免の効果を与えるのは、適用すべき租税法を自ら無効とするものであって、そのような解釈は合理的ではないとする考え方である。

### (3) 外税最高裁判決との対比

上記で説明したようなアメリカの判例法理のような考え方をわが国の外税最高裁判決がとったと考える余地はないであろうか。上記の self-defeating rational は、租税法の減免規定においては、たとえ、明示的に規定されていなくても、その当然の前提として「経済的実質のない取引に対しては、私法上、形式的に法律関係が存在していても、税法上は無視する (disregard)」という法理が内在されているという考え方であろう。外税最高裁判決の判示の中には、「わが国において納付されるべき法人税額を減少させた上、この免れた税額を原資とする利益を取引関係者が享受するために、取引自体によっては外国法人税を負担すれば損失が生じるだけであるという本件取引をあえて行うもの」というくだりがある。これは、ある意味、economic substance の法理に通じるものがあるとも考えられ、税の軽減のみを目的として、経済的に意味のない取引を行った場合には、私法上はともかく、税法上は、そのような取引を無視するというを示したのではないかと考えられる。

(1) で述べたように、明文の根拠のない「租税回避行為の否認」(私法上真正に成立している法律関係を税法上無視ないし引き直すこと) は、租税法主義の観点から許されないとする見解が支配的であるとしても、課税減免規定の立法趣旨に反する形で、経済的に意味のない取引を行った場合には、課税の公平の見地から、当該取引を税法上無視することを認めたものとは言えないかということである。

理屈としては、ありえない論理ではないと考える。しかし、最高裁の判示は、納付した外国税を税額控除の対象とすることは、「制度の濫用であつ

て許されない」と言っているだけであり、これを、「納付」という事実を税法上、無視したと読み替えることは、やや、飛躍がある。また、要件を絞ったとしても、明文の根拠のない「租税回避行為の否認」が認められるとすることは、租税法主義の観点からの批判が多いであろう。よって、課税庁として、外税最高裁判決の内容をこのようなものと捉えて、運用していくことについては、訴訟において処分を維持できるかという観点から見て危険が大きいと考える。

## 2 立法趣旨による「文言」の限定解釈

わが国の租税法主義のもとにおいては、法律に根拠のない否認は難しいとして、次に、租税法規の「文言解釈」により、租税回避行為否認と同様の法的効果を導き出すことについて考えたい。

もともと、外税最高裁判決の判示内容からして、本件が、単なる法人税法69条の「文言」の限定解釈によって、結論が導き出されたものでないことは明らかである。その意味では、本項の検討は、やや本章の目的からははずれることになるかもしれない。しかし、外税最高裁判決は、限定解釈の延長線上にあるとする有力説があり、また、租税回避行為に対しては、課税減免規定の立法趣旨による限定解釈が争点となった裁判例も少なくない。そこで、外税最高裁判決の法理論的な意義を探るうえでも、租税法の解釈に関する一般論（特に、文言の文理解釈と立法趣旨による目的論的解釈の関係）や租税回避行為における文言の限定解釈の問題について、学説や判例を整理しておくことは重要であると考えられる。

以下では、まず、一般的な租税法の文言解釈のあり方（特に、課税減免規定の解釈）について、わが国の従来議論を概観したい。また、最近の判例の動向に関連し、従来言われてきた「特例規定の厳格解釈」についても言及したい。最後に、租税回避行為事案における文言の限定解釈として、とくに、平成18年1月24日最高裁判決（以下「フィルムリース最高裁判決」という。）を取り上げ、外税最高裁判決と対比させながら考えてみたい。

## (1) 租税法における限定解釈についての従来の議論

### イ 租税法規の解釈のあり方

ここで、法律の文言の解釈のあり方について確認すると、一般的には、以下のようなものとされている<sup>(19)</sup>。

- ① 文理解釈・・・文字を忠実に辿り、文法に従ってその意味を明らかにする。
- ② 拡張解釈・・・法令に規定されている文字の意味を、普通に意味しているところよりも若干広げて行う解釈。
- ③ 縮小解釈・・・法令に規定されている文字の意味を、普通に意味しているところよりも若干狭く解釈する。「限定解釈」も同様の意味である<sup>(20)</sup>。
- ④ 反対解釈・・・真に隠されている意味を論理的に読み取る解釈。
- ⑤ 類推解釈・・・類似した事柄のうち一方についてだけ規定があり、他方について規定がない場合に、規定がないものについても同じ趣旨の規定があるものと考えて解釈する。
- ⑥ 論理解釈・・・上記の解釈手法を駆使し、趣旨、目的、沿革や他の法令との関係、結論の妥当性に留意して最終的に目的論的に解釈する。

租税法の規定については、従来から、租税法主義の観点から厳格に解釈すべきとの見解も少なくない。例えば、「税法においては、租税法主義が最高法原則として支配するから、・・・このような憲法に法的根拠を置く法原則の支配しない民事法の解釈と、税法の解釈とでは、

(19) 伊藤義一『税法の読み方 判例の見方 (改訂新版)』52頁以下 (TKC 出版、2007)。

(20) 「限定解釈」の用語については、縮小解釈ほど広くは用いられていないが、例えば、外国税額控除事件 S 事案の控訴審判決 (前掲注 (1) 1876 頁) では「租税法主義の下でも、かかる場合に課税減免規定を限定解釈することが全く禁止されるものではないと解するのが相当である」と判示している。金子宏「租税法と私法—借用概念及び租税回避について—」租税法研究 6 号 1 頁 [24 頁] では、アメリカのグレゴリー事件における「事業目的の原理」(business purpose doctrine) について「ある規定の解釈に当たって、その中に立法趣旨を読み込むことによってその規定を限定的に解釈するという解釈技術」として紹介されている (傍線はいずれも筆者)。

種々の点において異なる」とし、「納税義務の発生に関する規定の拡張解釈、及び租税優遇に関する規定の縮小解釈が禁止されるのみならず、納税義務の発生に関する規定の縮小解釈、及び租税優遇に関する規定の拡張解釈も許されない」し、法の欠缺（Lücken im Recht）があっても「理由のいかんを問わず、補充解釈は許されない」とされる<sup>(21)</sup>。

もっとも、このような考え方には異論もある。ドイツの旧租税調整法1条2項は「租税法の解釈に当たっては、国民の通念、租税法の目的及び経済的意義並びに諸事情の発展が考慮されなければならない」と規定していたが、経済的意義の考慮の必要性に対しては、「従来、租税法律主義の名のもとに、租税法の厳格解釈の必要を強調し、文言とか表現形式に捉われすぎ、また、他の法分野における用語を用いている場合に、租税法において全く同一の意味に理解しようとする傾向が強いのに対して、租税法の解釈に当たっては、必ずしも文言とか表現形式とかに捉われることなく—これを無視するという意味ではない—租税法の規定の実質的・経済的意義に考慮を払う必要のあること、すなわち、経済的考察方法（wirtschaftliche Betrachtungsweise）の必要を明らかにした」として評価をし、わが国の税法解釈においても、租税法の理念を踏まえつつ、合目的な解釈がされなければならないとする見解である<sup>(22)</sup>。

この点、金子名譽教授は「租税法は侵害規範（Eingriffsnorm）であり、法的安定性の要請が強くはたらくから、その解釈は原則として文理解釈によるべきであり、みだりに拡張解釈や類推解釈を行うことは許されない。文理解釈によって規定の意味内容を明らかにすることが困難な場合に、規定の趣旨目的に照らしてその意味内容を明らかにしなければならないことは、いうまでもない」とし、「租税特別措置（政策税制）に関

---

(21) 中川一郎『税法学体系（全訂第1版）』63頁以下（三晃社、1975）。

(22) 田中二郎『租税法〔新版〕』111頁以下（有斐閣、1981）。なお、ドイツを中心とする経済的観察法を巡る議論については、岩崎政明「経済的観察法をめぐる最近の論争」租税法研究11号127頁（1983）参照。

する規定の解釈についても、原則として文理解釈によるべきであるが、必要に応じて規定の趣旨・目的を勘案すべきである。」<sup>(23)</sup>とされている。

#### ロ 課税減免規定の解釈のあり方

上記のように、租税法規の解釈のあり方については、特に、租税法律主義との関係が問題になり、基本的には、文理解釈によるべきとする点は一致するものの、例外として、どこまで解釈の幅を広げるかについては、論者によって差がある。

さらに、課税減免規定に関しては、特に、解釈の厳格性がより一層要請されるとする見解もある。例えば、非課税要件規定又は課税減免税規定は、課税要件規定と趣が異なるとして、「課税要件規定によって維持されようとしている国民における財産権の保障と租税の負担の公平に、なんらかのいわゆる阻害的な影響を及ぼすものであり、それゆえに、非課税要件規定及び減免税要件規定は、この意味においても、課税要件規定に比較して、性質上の程度において、高度に、狭義に、厳格に、適用され、解釈されなければならない」とするものである。このような考え方によれば、まず「文理に即して理解」するのが第一段階で、複数の解釈が存在しうる場合には「非課税又は減免税の範囲がより狭小になると認識される理解による」べきことになる<sup>(24)</sup>。

これに対して、租税法を合目的的に柔軟に解釈すべきとする論者からすれば、課税減免規定であるからといって、特別に、厳格な解釈が要請されるとする論理的必然性はないということになる。

#### ハ 「借用概念」論と文言解釈の幅の関係

租税法の文言解釈の幅を考えるうえで、忘れてはならないのは「借用概念」論である。これは、租税法規において用いられている概念について、他の法分野で用いられていない租税法独自の概念である「固有概念」

---

(23) 金子・前掲注(2)102、103頁。

(24) 金子宏ほか編『租税法講座—第1巻 租税法基礎理論—』〔新井隆一〕293頁以下(ぎょうせい、1974)。

とし、すでに他の法分野で用いられている概念である「借用概念」に分けて考えたうえで、後者については、法秩序の一体性と法的安定性を基礎として、原則として私法におけるのと同義に解すべきとする考え方である。

借用概念論を採用する論者によれば、租税法において借用概念が用いられている場合には、基本的に、私法上におけるのと同じ意義に解すべきとされるから、それだけ、解釈の幅が狭くなるべきことになる。もっとも、租税法の解釈は「民商法に拘泥することなく税法独自の立場からこれらを観察し、何ゆえにこれらの用語を使用するに至ったのかの理由を探求すると同時に、これらを民商法的に解することが果たして税法の目的に適合するかどうかを考慮した上で、税法固有の意義を確かめなければならぬ」とする考えに賛同する見解もある<sup>(25)</sup>。

「現行租税法には、幾多の不備欠陥のあることが否定できない現在、たとえ私法上の規定を引用し、又はその概念を用いている場合でも、租税法上、直ちに私法上のそれと同一に解すべきはなく、規定又は概念の相対性を認め、租税法の目的に照らし、その自主性・独自性を尊重して、その目的に合する合目的解釈をなすべきことを承認しなければならぬ<sup>(26)</sup>」とする見解も、必ずしも借用概念に縛られるべきではないとする点では共通であろう<sup>(27)</sup>。

## (2) 従来の判例と最近の傾向

租税法の一般的な解釈のあり方については、上記のように、学説上、さまざまな見解があり得るが、判例は、どのような立場に立っているのだろうか。外税最高裁判決の意義を考える前に、一般的な傾向について簡単に確認したい。

(25) 田中勝次郎『法人税法の研究』802頁（税務研究会、1965）。

(26) 田中・前掲注(22)118頁。

(27) 金子・前掲注(20)では、借用概念は原則として私法におけるのと同義に解すべきとする「統一説」に対し、田中勝次郎博士の所説は「独立説」、田中二郎博士の所説は「目的適合説」に分類されている。

## イ 立法趣旨による目的論的解釈

租税法規の解釈に関する判例の立場は、借用概念について言えば、基本的には、本来の法分野におけるのと同じ意義に解して、概念の統一的理解の立場をとっているとされている<sup>(28)</sup>。

しかし、借用概念以外の文言に対しては、当該規定の立法趣旨を勘案した結果、条文の文言を柔軟に拡張・縮小する目的論的解釈を行っているとみられる判例は少なくない。例えば、父親からゴルフ会員権の贈与を受けた者が、当該会員権を譲渡した際の譲渡所得の計算において、贈与の際の名義書換手数料が、所得税法 38 条 1 項の「資産の取得に要した金額」（資産の取得費）に該当するか否かが問題となった事案がある<sup>(29)</sup>。所得税法 60 条 1 項は、贈与等により資産を取得した場合には、譲渡所得の計算において「その者が引き続きこれを所有していたものとみなす」と規定していることから、原審は、当該名義書換手数料は、資産の取得費にも譲渡費用（所得税法 33 条 3 項）にも該当しないとした。名義書換手数料は、父親からの贈与により取得するにあたって要した金額であるが、法律上は、この贈与は「引き続き所有していた」とみなされるわけであるから、その際に支出した金額は、法律の文言上、取得費を構成しないとも言える。しかし、最高裁は、所得税法 60 条 1 項の趣旨に

---

(28) 金子・前掲注(2)105頁。なお、例外的な判例として、所得税法 60 条 1 項 1 号にいう「贈与」の意義について、「贈与者に経済的な利益を生じさせる負担付贈与を含まないと解するのを相当」として民法法の「贈与」とは違う意味に解した最判昭 63・7・19 判時 1290 号 56 頁がある。最高裁によっては是認された原審（東京高裁昭 62・9・9 行集 38 卷 8=9 号 987 頁）の判示には、「負担付贈与が私法上贈与の一種であり、所得税法 60 条 1 項 1 号の贈与について法文上負担付贈与を除外する旨の規定のないことは、控訴人ら主張のとおりではあるが、租税法の解釈であつても、必ずしも法文上の文言のみにとらわれるべきものではなく、当該法条の実質的意義を考察し、その意義に照らして合理的な解釈をすべきものであるから、同条 1 項 1 号にいう贈与について、贈与者に経済的利益を生ずる負担付贈与を含まないと解することをもつて租税法律主義に反するとすることはできない。」とする部分がある。

(29) 最判平 17・2・1 訟月 52 卷 3 号 1034 頁。原審は、東京高判平 13・6・27 判タ 1127 号 128 頁。

ついて、その内容を検討したうえ、同項には、支出した本件名義書換手数料相当分まで増加益に含める趣旨はなかったとして、資産の取得費に該当するとの判断を示した<sup>(30)</sup>。

このように、最近の判例は、租税法の場面においても、必ずしも文言に忠実に解釈を行うのではなく、立法趣旨を踏まえて柔軟な解決を行う傾向があるとも言える。

#### ロ 特例規定の厳格解釈

上記は、課税根拠規定の文言解釈を巡る争点であったが、課税減免規定についても、同様に柔軟に解釈するのが判例の傾向と言えるであろうか。この点、従来は、「特例規定の厳格解釈」論というものが提唱されており、判例においても、これを認めたものがあるので、その関係が問題になる。上記で紹介したように、これは「租税法規についてその規定の文言を離れてみだりに拡張解釈することは、租税法律主義の見地から相当でなく、特例のような例外的な措置については特に厳格に解釈すべきである。」という考えである。

例えば、「合金鉄」の製造に対して電気ガス税を非課税とする旧地方税法 489 条 1 項の解釈において、単一の金属元素からなる金属マンガンが合金鉄に該当するかが争われた事案<sup>(31)</sup>において、一審は、地方税法の立法趣旨は、生産費に占める電気料金の割合の高いものの生産に直接使用

---

(30) 最高裁の判示部分は以下のとおり。「法 60 条 1 項の規定の本旨は、増加益に対する課税の繰延べにあるから、この規定は、受贈者の譲渡所得の金額の計算において、受贈者の資産の保有期間に係る増加益に贈与者の資産の保有期間に係る増加益を合わせたものを超えて所得として把握することを予定していないというべきである。そして、受贈者が贈与者から資産を取得するための付随費用の額は、受贈者の資産の保有期間に係る増加益の計算において、「資産の取得に要した金額」(法 38 条 1 項)として収入金額から控除されるべき性質のものである。そうすると、上記付随費用の額は、法 60 条 1 項に基づいてされる譲渡所得の金額の計算において「資産の取得に要した金額」に当たると解すべきである。」

(31) 第一審、山形地判昭 46・6・14 行集 26 卷 1 号 36 頁、控訴審、仙台高判昭 50・1・22 行集 26 卷 1 号 3 頁、上告審、最判昭 53・7・18 訟月 52 卷 3 号 1034 頁。

する電気について電気ガス税を課税しないことあるとして、その観点から、金属マンガンは合金鉄に包含されるべきとしたのに対し、控訴審は「租税法規の解釈適用における・・・狭義性、厳格性の要請は、非課税要件規定の解釈適用において一層強調されてしかるべき」として、一審判決を取り消した。納税者側は、前掲注(22)の田中二郎説を引用し、合目的解釈の必要性を主張して上告したが、最高裁も「非課税規定は厳格に解釈すべきであるとした原審の判断は、正当として是認することができる」とした。

しかし、その後、特例的な課税減免規定であっても、立法趣旨から文言を柔軟に解釈する例が出てきていることが注目される。下級審裁判例であるが、長年、貸駐車場を営んできた土地に賃貸用テナントビルの建築を予定し、ビルを建築している途中で相続が発生した場合に、小規模事業用宅地の相続税課税価格の計算特例(現行租税特別措置法69条の4)の適用があるかが争われた事案<sup>(32)</sup>がある。判示は、本件土地は「相続開始の直前において事業の用に供されていた土地」との法の文言に直ちに該当するとはいえないが、同法の趣旨からすれば、相続開始直前において事業を中断していても、相続後も事業を再開することが認められる場合には要件に該当するとして、更正処分を一部取り消した。

さらに、最近の最高裁判例として、土地区画整理事業の途上にあり、相続開始時は更地であった土地に対して、相続税の小規模宅地の特例の適用があるか(「居住の用に供されていた宅地」といえるか)が争われた事案がある<sup>(33)</sup>。原判決は「本件特例のような例外的措置については、特に厳格に解釈すべき」として、特例の適用を否定したが、最高裁は、相続時に更地となっていたのは、公共事業による仮換地指定により、やむをえずそのような状況に立たされたためであるから、「居住の用に供されていた」といえるとして、事件を差し戻した。

---

(32) 名古屋地判平10・2・6税資230号384頁。第一審で確定。

(33) 最判平19・1・23判時1961号42頁。

このように、最近の判例については、特例的な課税減免規定の場合を含め、必ずしも文言の意味を厳格に解するのではなく、立法趣旨に即して、柔軟に文言の縮小・拡張解釈をする傾向にあるとみることもできる。

### (3) 租税回避事案における文言の限定解釈

#### イ 租税回避行為と文言の限定解釈

上記では、租税回避事案に限らず、一般的な税法解釈のあり方について概観した。租税法の解釈にあたっては、租税法律主義を踏まえ、文理解釈を原則とするのが基本ではあるものの、最近の判例は、規定の立法趣旨を踏まえ、比較的柔軟に目的論的解釈を行う傾向も見られると言えよう。このような傾向は、特例規定の「厳格解釈」の緩和の場面では、納税者に有利な結果をもたらす場合も少なくないが、逆に、租税回避行為において、納税者が利用しようとしている課税減免規定を限定的に解釈することにより、結果として、租税回避行為を否認したのと同様の効果を生じる場合もあり得ることになる。

金子名誉教授は、アメリカのグレゴリー判決の法理がわが国の解釈論でも認められるべきとの文脈で「一定の政策目的を実現するために税負担を免除ないし軽減している規定に形式的には該当する行為や取引であっても、税負担の回避・軽減が主な目的で、その規定の本来の政策目的の実現とは無縁であるという場合がある。このような場合には、その規定がもともと予定している行為や取引にはあたらないと考えて、その規定の縮小解釈ないし限定解釈によって、その適用を否定することができる」とされる。租税法といえども、規定の文言に過度に捉われることなく、立法趣旨を踏まえた柔軟な解釈を行うのが最近の判例の傾向であるとするれば、このような限定解釈の道を開いていく作用も考えられよう。

#### ロ フィルムリース最高裁判決

---

(34) 金子・前掲注(2)113頁。

上記の金子名誉教授の議論は、政策的な課税減免規定を念頭に置いたものであるが、政策規定とは言いがたいものの、税負担減少効果をもたらす租税法の規定において、文言の限定解釈により租税回避行為を封じることとなった事案として、フィルムリース最高裁判決<sup>(35)</sup>がある<sup>(36)</sup>。最高裁は「本件組合は、本件売買契約により本件映画に関する所有権その他の権利を取得したとしても、・・・実質的には、本件映画の使用収益権限及び処分権限を失っているというべきで、・・・本件映画は、本件組合の事業において収益を生む源泉であるとみることはできず、本件組合の事業の用に供しているものということではできないから、法人税法31条1項にいう減価償却資産に当たるとは認められない」として、同条の減価償却費の損金算入を否定した。

これは、同法31条の「減価償却資産」という文言の限定解釈により、同条の規定の適用を否認したものといえる。本件の下級審段階では、納税者が減価償却計算の対象とした資産（映画フィルム）を取得したといえるのかという、私法上の法律関係（売買契約の成立）の有無が大きな争点となっていたが、最高裁は、本件資産が「減価償却資産」（これ自体、もともとは会計学上の概念であるが、私法上の借用概念ではなく、税法上規定されている概念である）に該当するかという点について、従来よりも限定した解釈を行うことにより、結局、租税回避行為を否認したと同様の効果をもたらしたと言える。最高裁が、このような限定解釈を行うに当たって、同条の立法趣旨というものをどの程度勘案したか

---

(35) フィルムリース事件についても、同種事件が複数あるが、本稿で「フィルムリース最高裁判決」というときは、P事案の最三小判平18・1・24民集60巻1号252頁をいうものとする。

(36) 佐藤英明「判批」判時1959号194頁は、フィルムリース最高裁判決が「本件映画は減価償却資産でない」と判断したのは、税負担減少規定を目的論的に縮小解釈する外税最高裁判決の系譜を引くものにとらえたうえで、特別措置ではなく、減価償却という所得計算の原則的な部分においてなされたという点で興味深いと指摘している。

については必ずしも判示に現れていないが、法人税法 31 条の「減価償却資産」という文言は、外国税額控除事件の「納付」という文言よりは解釈の幅が大きく、法人税法が、減価償却費について損金算入を認めている趣旨から著しく逸脱した態様、すなわち、納税者が、当該資産の使用収益権限及び処分権限を失っており、実質的に「事業の用に供している」とは考えられない取引形態の場合には、これに当たらないと解することが可能であったといえよう<sup>(37)</sup>。

#### ハ 外税最高裁判決との関係

すでに述べたように、外国税額控除事件において、国側は、法人税法 69 条の「納付」という文言について、正当な事業目的を有していない場合は、これに該当しないという形で限定解釈を主張し、S 事案の大阪高裁判決ではこのような解釈が認められていた<sup>(38)</sup>。しかし、外税最高裁判決は、同法の限定解釈という形はとらず、端的に「本件取引に基づいて生じた所得に対する外国法人税を法人税法 69 条の定める外国税額控除の対象とすることは、外国税額控除制度を濫用するものであり、さらには、税負担の公平を著しく害するものとして許されない」と判示した。

租税法律主義のもとにあっても、立法趣旨に基づいて、条文の文言を縮小・限定解釈することは判例も認めていると考えられるところである

---

(37) 今村隆「租税回避についての最近の司法判断の傾向（その2）」租税研究 2006 年 10 号 87 頁（2006）〔67 頁以下〕では、法人税法 31 条 1 項には「事業の用に供する」という要件は規定されていないけれども、最高裁は、これを当然の要件にしたうえで、本件組合のやっていることはフィルムのリース事業とはいえないという事実認定で、減価償却費の計上は認められないとしたのではないかとしている（減価償却資産の範囲を定めた法人税法施行令 13 条では、括弧書で「事業の用に供していないもの…は除く」と規定しているが、これは、法律で認められている当然の要件を確認している規定であって、決して政令で創設しているものではないとしている。）。

(38) 「当該行為にはおよそ正当な事業目的がなく、あるいは極めて限局された事業目的しかないものであるから、内国法人が同取引に基づく外国法人税を納付したとしても、法 69 条の制度を濫用するものとして、同条 1 項にいう『外国法人税を納付することとなる場合』には該当せず、同条の適用を受けることができないとの解釈が許容されてしかるべきである。」（前掲注(1)1881 頁。）

が、やはり、「納付」という文言に、上記の意味合いを含めて限定的に解釈することは、文言の解釈としては、限度を超えるものと判断されたと解される<sup>(39)</sup>。

いかに、課税減免規定の立法趣旨を逸脱する租税回避事案であったとしても、租税法規の文言の解釈には、一定の限度があることを示したことになろうが、逆に、外税最高裁判決は、そのような場合であっても、制度の「濫用」と評価される場合にあつては、端的に、規定を適用しないという解決もあり得ることを示したものと見える。

以上、本節で検討したことをまとめると、外税最高裁判決は、私法上真正に成立している法律関係を、租税法の適用に当たって無視したと考えることも、条文上の文言解釈の操作により、本件法律関係が、課税減免規定の適用要件を満たしていないと判断したと考えることも、いずれも難しいということである。では、何ゆえに課税減免規定は適用されないのであるか、判決が「濫用」であるから課税減免規定を適用しないと、具体的にどのようなことなのか、さらに検討したい。

### 第3節 私法上の一般法理との関係

外税最高裁判決が、従来の租税回避行為に対する租税法の解釈・適用からのアプローチ（狭義の租税回避行為の否認、課税減免規定の文言の限定解釈）をストレートに適用したものではないとすると、私法上真正に成立している法律

---

(39) 今村隆「最近の租税裁判における司法判断の傾向—外国税額控除事件最高裁判決を手掛りとして—」税理 49 卷 7 号 2 頁 (2006) [7 頁] では、最高裁判決について、国の主張する「課税減免規定の立法趣旨による限定解釈」と軌を一にするものであり、途中までは同旨と考えられるが、法人税法 69 条の限定解釈をしたものではなく、同条自体が適用されないとしたものであるとされる。そして、最高裁がこのような判決をしたのは、「納付することとなる場合」という文言から「正当な事業活動によって納付することとなる場合」と限定解釈するのが難しいと判断したものであろうとしている。

関係に対し、私法上の一般法理を適用して、何らかの制限を加えたのではないかを考えることもできる。第1節で整理したところの、民法上の権利濫用の法理や脱法行為論からのアプローチであるが、これについて、以下、検討したい。

## 1 権利の濫用

外税最高裁判決で用いられた「濫用」という言葉は、「権利の濫用は、これを許さない」と規定する民法1条3項を想起させる。そこで、形式的には法人税法69条の要件を満たすとして、外国税額控除を主張する納税者に対し、民法1条3項を適用することにより、税額控除を否定したのではないかととも考えられる<sup>(40)</sup>。

### (1) 民法における議論

一般に、「権利の濫用」とは、「外形上権利の行使のようにみえるが、具体的の場合に即してみるときは、権利の社会性に反し、権利の行使として是認することのできない行為」<sup>(41)</sup>とされる。民法1条3項が定める「権利濫用の法理」とは「権利の行使については、原則として、その権利者の自由な意思に委ねられているが、おのずからそれには一定の限界が存するといふべきであって、第三者の法的な利益または社会共同生活上の利益と衝

---

(40) 外国税額控除事件の地裁判決に対する評釈である木村弘之亮「住銀事件のトリートショッピング事件」税務弘報50巻1号153頁では、木村教授のご意見として「当該納税義務者（内国法人）は、一定の所得に対する重複税負担を排除する権利（外国税額控除権）を居住地国に対して有しており（法法69）、この権利の全部または一部を第三者に有償譲渡し、これにより、自己の重複して負担している税を取り除く法的地位を有する。…しかしながら、…当該外国法人が、外国税額控除権の全部又は一部をXから経済的に事実上譲り受けて当該税額控除権を実質的に享受することを通して、実質的にその源泉税減免請求権を享受することは、内国法人の法的二重課税の防止・緩和を目指す法人税法第69条の制度趣旨に反するばかりでなく、日本国の国庫を犠牲にして歳入を奪い取る点で公序良俗に反するおそれがあり、さらにそうした内容の契約締結は、権利自由の濫用を禁止する憲法第12条および民法第1条第3項に違背する」とされる（同159頁）。

(41) 我妻栄『新訂 民法総則』35頁（岩波書店、1965）。

突し、それを侵害するなどの場合には、権利の行使としては許されない<sup>(42)</sup>」とするものである。権利行使が適法であれば本来与えられるべき法的効果が生じないもの（その権利自体が消滅するのではなく、単にその行使が許されない扱い）とされる。具体的にどのような場合に権利行使が認められないのかについては、わが国においても、膨大な私法判例の蓄積がある。

いかなる権利の行使が正当な範囲を超えたとして濫用とされるのか、濫用と判断する一般的基準の問題については、かつては、権利行使者の主観的な事情が重視されていたが、民法1条3項は、適用要件として、権利行使者の害意あるいは不当図利などの主観的事情の存在を不可欠なものとして要求しておらず、それがない場合でも権利濫用となる場合もあるとされる。

判例上、権利濫用とされた事例については、法理が果たした機能の面から、いくつかの類型分けがされている。例えば、①権利濫用の法理が不法行為ないし妨害排除の成立の前提たる行為の違法性を説得的にするために利用されている場合、②権利の内容や範囲が権利濫用法理の適用を通して明確化されている場合、③権利の新しい限界の成立過程において権利濫用の法理が利用される場合、④一種の強制調停として機能する場合といった分類がされる。

## （2）租税法への応用可能性

前述したように、私法上、形式的に法人税法69条に定める要件を満たしているとしても、課税庁に対して税額控除を請求するのは、「権利の濫用」として、民法1条3項を適用することにより、税額控除を否定したのではないかという捉え方があり得る。この場合、最高裁は、法人税法69条の外在的制約としての「権利濫用」の法理により、同条の適用を否定したことになる。

問題は、課税法律関係に民法1条3項を適用する余地があるかというこ

---

(42) 谷口知平=石田喜久夫編『新版 注釈民法(1) 総則(1)』[安永正昭] 119頁(有斐閣、1988)。以下の議論については、同論稿を参考とした。

とである。公法上の法律関係であっても、民法が適用される場面があることはもちろんであるが、外国税額控除事件に民法1条3項を適用しようとする場合には、外国税額控除を適用して申告を行うという納税者の行為について、「権利の行使」として法律構成することが前提となる。外国税額控除を適用するためには、納税者は、確定申告書に控除額等を記載し、添付書類を税務署に提出することを要件としている（法人税法69条16項）から、確定申告書に記載する行為をもって、権利の行使ととらえることもできなくはない。しかし、いわゆる課税減免規定には、課税庁に対する納税者側の行為をまたずに、私法上、一定の法律関係が成立すれば、直ちに適用となるものもある。外税最高裁判決について、権利濫用法理（民法1条3項）の適用と捉えることは、濫用的に租税負担の軽減を図る行為を幅広く捉えることができるようにも見えるが、逆に、課税減免規定の適用が、納税者の「権利行使」と法律構成できない場合は、外税最高裁判決の射程外であるとの結論にも結びつきやすいともいえる。このような議論は、新たに、法理論的に困難な問題を提起することになる。

そもそも、外税最高裁判決は「外国税額控除を濫用する」という表現を用いており、納税者の「外国税額控除権の権利行使における濫用」とは言っていない。よって、少なくとも課税庁の立場としては、外税最高裁判決を法理論的根拠について、あえて、民法1条3項の適用と捉えようとすることのメリットは少ないのではないかというのが私見である。

## 2 脱法行為論

従来のわが国の議論では、あまりなじみのない考え方かもしれないが、ここでは、脱法行為論とのかかわりを検討したい。すなわち、私法上の法律関係として、形式上、減免規定の要件を満たしている場合であっても、外税最高裁判決が「制度の濫用」としたのは、当事者の取引が、法人税法69条の趣旨を逸脱し、課税減免効果のみを得ようとした脱法行為的な法律行為であるから、そのような行為は、当事者間では有効であったとしても、第三者であ

る課税庁には対抗できないということであるという捉え方である。

(1) 民法における議論<sup>(43)</sup>と租税法との関係

民法 91 条にいう「公の秩序に関しない規定」は「任意規定」と呼ばれ、これに対して公の秩序に関する規定は「強行規定(強行法規)」と呼ばれる。例えば、当事者の意思が合致すれば契約が成立するが、その内容が強行規定に違反する場合には、その契約は無効であり、法律効果が発生しない<sup>(44)</sup>。強行法規には「私法上の強行法規」と「公法上の強行法規」すなわち、取締法規として公法上の規定でありながら私法上も無効をもたらすという意味での効力法規の 2 種類が区別される。後者においては、当該法規の公法的禁止(刑罰)の側面とその私法的禁止(無効)の側面を有することになる。一方、公法上の取締法規であっても、その違反が私法上の無効をもたらさないものもある(「狭義の取締法規(単なる取締法規)」)。

そこでまず、公法規定に違反する私法上の行為があった場合、それが単に刑罰等の対象となるのにすぎないのか、それとも、当該法律行為も私法上無効とされるのか、すなわち、取締法規に違反した行為の私法上の効力という問題がある。民法と行政法を横断する問題であり、いかなる法規に関し、いかなる違反があれば、私法上も無効となるのかについて、様々な議論がされているところであるが、本稿の目的からはずれるので、紹介することは省略したい。

強行規定違反の私法行為の効力の問題に関連して、「脱法行為」の私法上の効力が議論されることもある。「脱法行為」とは、形式的には強行規定に違反しないが、実質的には当該規定に抵触する内容を実現する法律行為をいう。強行規定の趣旨に反する結果が生じているとしても、形式的には、法律の規定に違反していないわけであるから、必ずしも脱法行為がすべて

---

(43) 以下の議論については、川島武宜=平井宜雄編『新版 注釈民法(3) 総則(3)』〔森田修〕252頁以下(有斐閣、2003)等を参考とした。

(44) 強行法規に違反する行為の効力を無効とする条文上の根拠は判然としませんが、民法 91 条がこれを間接的に示すとされ、その反対解釈によるとするのが通説である。

無効になるというわけではないが、消費者契約などについては、一定の行為を民法 90 条の公序良俗違反として無効とした裁判例もある（講学上、無効とされるべき脱法行為は「狭義の脱法行為」と呼ばれたりする。）。

ところで、形式的には法律の規定に則っている（違反しない）が、実質的には当該規定に抵触する内容の行為が無効となるという問題は、租税回避行為が法的形式的には、課税根拠規定に該当しない（又は課税減免規定の要件を満たす）としても、経済的実質的には、課税根拠規定を満たす場合（課税減免規定の要件を満たさない場合）に当たるとする議論と類似性がある。ただ、脱法行為の議論をそのまま租税法に当てはめようとした場合、そもそも、租税法は強行法規たり得るか（租税法の趣旨に抵触する行為が、私法上も無効ということがあり得るか）という点を考慮しなければならない。

この点、後述する一括支払システム事件のように、国税徴収法の分野においては、強行法規的に捉えたと考える余地のある判例もあるが、課税処分の領域においては、租税法規の趣旨に反したからといって、私法上、契約が無効となるようなことは考えがたいと言わざるを得ない<sup>(45)</sup>。よって、脱法行為の私法上の効力を巡る議論も、そのままでは、租税法に持ち込めないことになる。ただし、租税法の趣旨に反する行為が、当事者間の契約を私法上無効にしてしまうことはないとしても、私法上、課税庁に対抗できないという論理で、租税回避行為否認と同様の効果を得ることも考えられる。その点に関し、フランス租税法における最近の判例を紹介したい。

---

(45) 中里実『『租税法と私法』論再々考』税研 115 号 79 頁(2004) [84 頁] では、「私人間の取引の直接の当事者でない課税庁と納税者の関係を定めた租税法規により、私法関係が無効とされるような重大な効果が及ぼされるということは、租税法が経済法規でない限り、考えられないことである。しかし、租税法は、経済法規でないことはいうまでもない。租税特別措置も、結果として、一定の方向に納税者を誘導することを目的とするものであって、私人間の取引そのものに対して直接的に介入しようというものではない。」とされる。

(2) フランスの *fraude à la loi* の法理

フランス法では、「脱法行為」にあたるものとして「法律（への）詐害」（*fraude à la loi*）という議論がある。「法律詐害」は権利濫用などと並ぶ法の「修正装置」の一つであると理解されるが、広義の「法律詐害」に含まれる行為のうち、単なる仮装行為（*acte simulé*）にあたるものは強行法が適用されることが前提となっており、そもそも強行規定の要件の外にある行為と仮装行為との間において「詐害行為」がとらえられているとされる<sup>(46)</sup>。法の詐害の議論は、民法での議論をもとに、国際私法を中心に論じられてきたものであるが、最近の仏最高裁（*Conseil d'État* 国務院）判決（2006年のJanfin事件<sup>(47)</sup>、Bank of Scotland事件<sup>(48)</sup>等）では、公法である租税法に関して「詐害」が行われた場合には、当該私法行為は課税庁に対抗できないとする法理を一般的に判示したものがあらわれている<sup>(49)</sup>。以下、これについて紹介したい。

(46) 大村敦志『生活民法研究(1) 契約法から消費者法へ』147～148頁（東京大学出版会、1999）。

なお、Zoë Prebble and John Prebble. (2008). “Comparing the General Anti-Avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law” *Bulletin For International Taxation* vol. 62, no.4, p.151 at 158.によれば、フランス法では、“abus de droit”（権利濫用）という用語は、*abuse of private right*（私権の濫用）と *avoidance of the law*（脱法行為）の両方の意味に使われるが、後者については、“*fraude à la loi*”の方が正確であるとしている。また、Laurent Leclercq. (2007). “Interacting Principles: The French Abuse of Law Concept and the EU Notion of Abusive Practices” *Bulletin For International Taxation* vol. 61, no. 6, p. 235（邦訳として、今村隆訳「相互に影響を及ぼしあっている法理：フランスにおける法の濫用の概念とEUにおける濫用的実行の観念」租税研究702号178頁(2008)）では、“abus de droit”について、*simulation*（仮装）によるものと *fraude à la loi*（*fraudulent evasion of the law*、法律の詐害）によるものに分けて整理されている。

(47) *Conseil d'État*, 27 septembre 2006, n° 260050, *société Janfin c/ Min.*

(48) *Conseil d'État*, 29 décembre 2006, n° 283314, *Min. c/ société Bank of Scotland.*

(49) 判決の紹介として、Janfin事件についてはLeclercq., *op. cit.*, p239、Bank of Scotland事件については、Xénia Legendre and Hicham Kabbaj. (2007). “Substance Over Form in France and the Bank of Scotland Decision” *Tax Notes International* vol. 46, no. 2, p. 171.等を参照した。

フランスでは、一般的租税回避否認規定（GAAR）として仏租税手続法（*Livre des procédures fiscales*）L64条が存在するが、同条が創設される前は、「反対証書（*contre-lettre*）は、当事者間で有効であったとしても、第三者には対抗できない<sup>(50)</sup>」とする仏民法（*Code civil*）1321条が租税回避行為に適用されていたという経緯がある<sup>(51)</sup>。すなわち、仏租税手続法L64条は、私法上、課税庁に対抗できる法律関係について、税法上、これを否認する権限を創設的に規定したというものではなく、同条に規定する類型の取引は、私法上の法理に基づいて、課税庁に対抗することができないとされることの結果として、税法上も否認されていたといえる<sup>(52)</sup>。仏租税手続法L64条の意義は、課税庁が上記のような主張をする場合に、権利濫用禁止諮問委員会（*comité consultatif pour la répression des abus de droit*）への諮問を義務付けたこと、同委員会と意見が異なる場合に立証責任が課税庁に転換することを定めたことなど、手続面にあるとされる。

- 
- (50) 仏民法 1321 条は、虚偽表示を定めた日本の民法 94 条の基になった規定でもある（日本の現行民法は、「外形行為である虚偽表示は無効であるが、第三者に無効を対抗できない」と定めるのに対し、仏民法は「秘匿行為である反対証書は、当事者間では有効だが第三者に対抗できない」というように、逆の視点から規定されている。）。なお、仏民法 1321 条の第三者は、反対証書により利益侵害を被ることはないが、反対に、反対証書の適用に利益を有するときは、それを主張することができる（山口俊夫『概説フランス法 下』102 頁（東京大学出版会、2004）参照。）。仏民法 1321 条の適用による租税回避行為否認が具体的にどのような法的論理構成になるのかについては、やや分かりづらい。課税関係が発生する法律関係の背後において、租税回避目的で、課税関係が発生しないような法律関係を形式上作りあげたとしても、そのような法律関係は、第三者（課税庁）に対抗できないということであろうか。
- (51) Felix Lessambo. (2006). “The Abuse of Rights in Taxation: Comparative Approach Between the United States and France, *Tax Planning International Review*, Vol. 33, No8, p. 17.
- (52) 日本法も同様であるが、フランスにおいても、契約の効力につき、当事者間の拘束力（*l'effet obligatoire*）と第三者への対抗力（*l'opposabilité*）は区別される。当事者間の意思が合致しても、強行法規に反する場合には、契約が無効（*nullité*）とされることはあり、その場合には、当事者間でも契約の拘束力が生じないが、契約が無効とされず、当事者間では、拘束力が認められる場合であっても、第三者に対して、私法上、そのような法律関係を対抗できないという場合もある。

Janfin 事件では、租税を回避するためにとられた行為が仏租税手続法 L64 条に規定する類型に該当せず、同条を規定する要件を満たしていなかったが、仏最高裁（国務院）は、同条が適用されない場合であっても、法の詐害があれば、その行為は課税庁に対抗できない場合があることを認めた。すなわち、判示は「第三者に対抗できる私法行為は、それが司法判事によって無効と宣言されない限り、原則として、同様の条件で、行政庁にも対抗できるが、公法の規定の適用を得るために、詐害（fraude）が犯されたことが明らかになった場合には、その詐害が私法行為の形式を身にまとっている場合であっても、行政庁はそれを防止すべきであり、その場合、第三者に対抗できる私法行為を無視することができる（試訳）<sup>(53)</sup>。」としている<sup>(54)</sup>。判示の意味については、かならずしも断定できない面もあるが、仏民法典 1321 条や仏租税手続法 L64 条を包括する私法上の法理に基づき、これらの規定に該当しない場合であっても、fraude à la loi（法律の詐害）に当たる取引が行われたのであれば、課税庁に対抗できないものとしたと考えられる。すなわち、私法上の一般的な法理を租税法律関係にも適用した結果、租税回避行為否認の効果を導き出したものと評価できるのではない。

Bank of Scotland 事件では、フランス会社の株式について、米国会社から用益物権（usufruit）の譲渡契約を締結した英国会社が、同株式の配当を受けるに当たり、英仏租税条約の特典を受けようとした事案であるが、仏最高裁（国務院）は、条約上の配当の「実質的な受益者」を決定するに

---

(53) 《si un acte de droit privé opposable aux tiers est en principe opposable dans les mêmes conditions à l'administration tant qu'il n'a pas été déclaré nul par le juge judiciaire, il appartient à l'administration, lorsque se révèle une fraude commise en vue d'obtenir l'application de dispositions de droit public, d'y faire échec même dans le cas où cette fraude revêt forme d'un acte de droit privé; que ce principe peut conduire l'administration à ne pas tenir compte d'actes de droit privé opposables aux tiers》(supra note 47).

(54) ただし、本件においては、「法の詐害」があったこと（その要件の判示については、次章で紹介したい。）について認定されず、課税処分は取り消された。

あたって、米国会社から英国会社への株式の譲渡契約を両社間の融資契約に引き直し、配当の受益者は米国会社であるとして特典の適用を否定した。判示は「フランス会社によって支払われた配当の真の受益者を決定するに当たり、課税庁は、裁判官による統制のもと、本件では適用されない L64 条の前述の手続をとることなく、本件譲渡契約に対し、仏英租税条約の特典条項の利益を濫用的に得ることを唯一の目的として締結したものであるローン契約の実質を仮装したものと見て、引直しを行うことができる(試訳)<sup>(55)</sup>。」と述べている。本判示の意味の解釈も難しいが、課税減免規定の利益を濫用的に得ることのみを目的として、契約の経済的実質を覆い隠すような契約が締結された場合には、*fraude à la loi* (法律の詐害)として、その法律関係を課税庁に対して対抗できないという、Janfin 判決で示された法理を適用したと見ることもできるのではないかと考えられる。

### (3) わが国の租税法への応用可能性

脱法行為論については、わが国の課税の局面では、ややイメージしづらいが、国税徴収法分野では、当事者間で成立していた譲渡担保権実行の特約を国税徴収法 24 条に反するものとして無効とした一括支払システム事件がある。同事件の第一審、東京地判平 9・3・12 民集 57 卷 11 号 2316 頁では「本件条項は・・・当事者間においてその効力を認めることはともかくとして、少なくとも国税債権者との関係では、原告は、右合意の効果を主張」することはできないとし、上告審の最二小判平 15・12・9 民集 57 卷 11 号 2292 頁は、単純に「この合意の効力を認めることはできない」と判示した。

---

(55) 《l'administration fiscale pouvait, sous le contrôle du juge, requalifier le contrat de cession litigieux comme dissimulant la réalité d'un contrat de prêt conclu dans l'unique but d'obtenir abusivement le bénéfice des clauses favorables de la convention fiscale franco-britannique, afin de déterminer le bénéficiaire effectif des dividendes versés par la société française, sans mettre en oeuvre la procédure prévue par l'article L. 64 précité, inapplicable en l'espèce》(supra note48).

日本法の解釈論として成り立ち得るかという点は度外視して、やや乱暴ではあるが、思考実験的に、外国税額控除事件に Janfin 事件の法理を適用してみれば、納税者による「外国税の納付」という行為は、法人税法 69 条という法律の詐害にあたる行為であるので、私法上の一般法理からして、当事者間で有効ではあるが、第三者である課税庁には、そのような法律関係があったことを対抗できないということになるのか。「我が国の納税者の負担の下に取引関係者の利益を図る」ためだけに、納税者が作り出した法律関係に、課税減免規定である法人税法 69 条を形式的に適用すると、「外国税額控除をその本来の趣旨目的から著しく逸脱する態様で利用して納税を免れ」ることとなる場合には、同条の「詐害」を許すこととなるから、納税者は、本件法律関係が真実のものであったとしても、課税庁に対抗できないというわけである。私法上の一般法理として、そもそも課税庁に対抗できない法律関係であるならば、税法上の明文の否認規定がないとしても、課税庁はそれを無視して租税法を適用できることになる。

問題は、法の一般原理として、真実の法律関係であっても、課税庁に対抗できないといった法理論が、日本の裁判所に受け入れてもらえる可能性があるかである。この点、何らの法的根拠もなく、法の一般原理を説いても、日本の租税法律主義の下では難しいであろう。

では、民法 1321 条に相当する民法 94 条 2 項の適用はどうであろうか。この場合は、そもそも、徴収庁ではなく課税庁が、民法 94 条 2 項の「第三者」に該当し得るのかという問題がある<sup>(56)</sup>。外形的法律関係の背後にある秘匿された真実の法律関係について善意であった課税庁が外形に基づく課税処分を行った場合、真実の法律関係が明らかになったとしても、納税者がそれを課税庁に対抗できないというのは、やや疑問である（もちろん、

---

(56) 滞納者の財産を差し押さえる場合など、徴収庁として処分する場合には、国が民法 94 条 2 項の「第三者」になるという点は、判例でも認められている（最判昭 62・1・20 訟月 33 卷 9 号 2234 頁等）。例えば、不実の登記により、滞納者の名義になっている不動産を国が差し押さえた場合、真実の所有者が、自己の所有権を徴収庁としての国に対抗できないということはあり得る。

更正の期間制限等の手続的な制約により、是正が不可能な場合はあろうが、それは「対抗」の問題ではない。)。課税庁としては、租税法の規定に基づく特別の制限がない限り、真実の法律関係に基づいて、租税法を適用すべきというのが、これまでの議論の大勢であろう。

よって、当事者間では有効な法律関係であっても、一定の場合には、課税庁に対抗できないといった論理は、民法 94 条 2 項のように私法上の明文の規定がある場合であっても、それを課税処分の世界に持ち込むことは困難であり、フランスの判例法理を日本法の解釈論として主張することは、難しいと考える。ただ、否認にあたっての要件の判示内容等については、外税最高裁判決の具体化、一般化に当たって、参考となる部分が少なくないと考えられ、その点については、章をあらためて検討したい。

#### 第 4 節 小括～外税最高裁判決の根拠についての私見

以上、外税最高裁判決の法理論的根拠について、第 1 節 2 で示した①～④の考え方について説明、検討した。論理的にはいずれの説もあり得るとは考えるが、課税庁として、今後、どのような理論的根拠の上に立って、外税最高裁判決を活用していくべきかを考えた場合、私見は、⑤の説明（法人税法 69 条の濫用として、適用を否定したもの）によるのが、これまでのわが国の議論との関係からしても、もっとも素直ではないかと考えるものである。以下、まとめの意味も含めて、具体的に説明したい。

##### 1 「法の濫用」に対する課税減免規定の不適用

筆者の立場は、まず、外税最高裁判決は、基本的には、課税減免規定の立法趣旨による限定解釈の延長線上にあるということである。明文の規定のない狭義の「租税回避行為の否認」を行ったものでないことはもちろん、法人税法 69 条の解釈から離れて、民法上の一般法理により、税額控除を納税者の権利と捉えてその行使を否認したり、当該法律関係を私法上無効、又は課税

庁に対抗できないとしたものとも考えない。

一方で、本判決が、通常の立法趣旨による法律の縮小・拡張解釈の一例に過ぎないとも言えないことは、最高裁が69条の「納付」という文言の解釈を論じることなく、端的に「濫用するものであり・・・許されない」と判示したことから明らかである。いずれにしても、本件で認定された事実（国側は、外国税額控除を「納付」したという納税者の主張は虚偽・仮装であると主張していたが、いずれも下級審段階で否定されている。）によれば、法人税法69条の要件を形式的に満たす法律関係が私法上形成されていたと言わざるを得ないであろう。

その上で、最高裁は同条の適用を否定したのであるが、その結論を導くに当たって、外国税額控除の制度の目的について論じたことから見ても、法人税法69条の適用に当たって、制度全体の立法趣旨から、「課税減免効果を得るためだけに、制度の趣旨から逸脱して濫用的な取引を行った場合には、同条を適用しない」という要件を読み込んだと考えるべきではないか。あくまでも、法人税法69条の解釈から導かれるものではあるが、いわば、条文の背後にある当然の前提としての適用要件を満たしていないと判断したことにより、同条の適用を否定したと考える<sup>(57)</sup>。

---

(57) 外税最高裁判決の原審である大阪高判平15・5・14（公刊物未登載）においては、法人税法69条は「文言上は限定解釈の余地は極めて狭く、また・・・外国税額控除の制度趣旨である、国際二重課税の排斥及び資本輸出中立性の確保も一定後退せざるを得ない事情がうかがわれる。しかし、その根底には、あくまでも内国法人の海外における事業活動を阻害しないという政策があるのであるから、およそ正当な事業目的がなく、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、納付自体が真正なものであったとしても、法69条が適用されないとの解釈が許容される余地がある。」とするR事案第一審判決（大阪地判平13・12・14税資251号順号9035）の判示を引用している。

また、前掲注(1)のS事案控訴審判決では「租税法律主義の見地からすると、租税法規は、納税者の有利・不利にかかわらず、みだりに拡張解釈したり縮小解釈することは許されないと解される。しかし、税額控除の規定を含む課税減免規定は、通常、政策的判断から設けられた規定であり、その趣旨・目的に合致しない場合を除くるとの解釈をとる余地もあり、また、これらの規定については、租税負担公平の原則（租税公平主義）から不公平の拡大を防止するため、解釈の狭義性が要請さ

当然の前提としての適用要件とは、言い換えれば、政策目的に基づく課税減免規定は、一定の政策目的（ここでは「国際的二重課税の排除と事業活動に対する税制の中立性確保」すなわち、税制が海外における国内企業の経済活動を阻害しないようにすること）を実現するために、所定の要件を満たした経済取引に対して、課税減免という法的効果を与えているということである。こうした趣旨と無関係に、ただ、課税減免という効果を得ることだけを目的として、経済的に不合理であるにもかかわらず、あえて、形だけ法律関係を形成しても、そのような取引には課税減免効果を与えないという要件が導かれるのである。このようなことを要求する点は、前述したアメリカの L. Hand 判事の self-defeating rational（租税法の減免規定は、経済的実質がある取引に対して適用することを前提としており、経済的実質のないみせかけの取引に適用するのは、租税法の自己否認である）の考え方と相通じるところがあるとも言えよう。

また、税法上の減免効果を得るために「公法の詐害」のような行為が行われた場合には、私法上は有効な法形式をまもっているとしても、課税庁はそれを許すべきでないという発想自体は、否認のための法律構成は異なるものの、仏最高裁（国務院）判決とも共通点があると思われる<sup>(58)</sup>。

れるものということができる。したがって、租税法律主義の下でも、かかる場合に課税減免規定を限定解釈することが全く禁止されるものではないと解するのが相当である。」（訟月 49 卷 6 号 1876 頁）と判示している（傍線は、いずれも筆者）。

外税最高裁判決は、このような、下級審判決の限定解釈をそのまま採用したものではないが、上記のような考えの延長線上として、法人税法 69 条の解釈として、制度を濫用する場合は、同条を適用しないとの結論を導き出したものと考ええる。

- (58) 同様の発想はフランスにとどまらない。本庄資『国際的脱税・租税回避防止策』118 頁（大蔵財務協会、2004）では、租税の分野に発展した「法の濫用」理論に関し、「ほとんど大部分の国は、租税負担を最小化する方法ですべての事象を取り決め、自己の見解で物事の処理に最適と思う法形式を選択することを、納税者の権利として承認している。しかし、ある取引の唯一の又は主たる動機が租税回避である場合、納税者がこのような法形式を利用する権利を濫用したという理由でその取引の法形式は否認される」と説明されているが、同理論は、いろいろな国、特にポルトガル、ドイツ、アルゼンチン、オランダ、フランスの税制に吹き込まれているとされる。

もつとも、制度全体の趣旨から当然に導かれる要件だとしても、法律の条文上、明示的に書かれていない以上、憲法 84 条の租税法律主義に違反するという批判はあり得よう。この点は、外税最高裁判決の調査官解説でも言及されているところであるが、それによれば、「租税法律主義は、・・・私人にとって将来の予測を可能にし、法的安定を確保することを目的とするものである。そうすると、租税法規が適用されて租税の賦課徴収がされるべき事案であること、あるいは、租税の減免を認める租税法規が適用されるべき事案でないことが、関係者に明らかな場合であるならば、租税法規を適用して租税を賦課徴収すること、あるいは、租税の減免を認める租税法規を適用しないこととしても、租税法律主義の問題は生じないと考えられる<sup>(59)</sup>」としている。

外税最高裁判決は、外国法人税を負担すれば損失が生じるだけであるという「本件取引をあえて行うもの」と表現しているが、本件は、取引当事者においても、課税減免効果を得るため、経済的に不合理な取引をあえて行うという認識があったということを前提としていると考えられる。このように、取引当事者間に租税法規の濫用の意図が認められる場合であれば、当該法規を適用しないとしても、予測可能性と法的安定性の確保という観点から、租税法律主義に実質的に違反しないということであろう。

以上、外税最高裁判決の法理論的根拠について、私見を述べた。本判決は、いわゆる「課税減免規定の限定解釈」として紹介されることも多いが（少な

---

(59) 杉原則彦「判解」曹時 58 卷 6 号 177 頁(2006) [185 頁]。

なお、これに対して、谷口・前掲注(5)1088 頁～は、予測可能性や法的安定性の確保は、租税法律主義が「現在の取引社会において [有する] 機能」であって、その本来的な目的は「課税権による恣意的課税から国民の自由と財産を保護すること」であるから、その観点からすれば、否認の要件・基準が明文の規定をもって明らかにされていなければならないと批判される。租税法律主義の機能にせよ本来的目的にせよ、租税回避行為であるからといって、それが無いがしろにされてはならないことはもちろんである。しかし、租税法規の濫用が客観的にも当事者の主観においても明らかであるにも関わらず、なお、条文に明示されていない要件を解釈によって導き出すことが一切禁止されるといったように、わが国の租税法律主義を捉える必要があるのだろうか。簡単に結論の出る問題ではないが、少なくとも私見としては、そこまで要請されていないと考えたい。

くとも、同事件の国側主張はそのようなものであった。)、上記のように、文言の限定解釈ではないものと思われ、いわば、「制度全体の立法趣旨に基づく、濫用行為に対する課税減免規定の不適用」とでも言うべきものとする<sup>(60)</sup>。

私見は、あくまで、法人税法 69 条の解釈として、このような結論が導かれたと考えるところではあるが、同様の考えは、政策的な課税減免規定の解釈・適用にあたって、幅広く応用可能である。その意味で、外税最高裁判決の射程は、法人税法 69 条に限られないというべきであるが、その射程及びその限界については、第 3 章で検討したい。

## 2 他の租税回避「否認」手法との比較

外税最高裁判決の意義（解釈手法）については、とりあえず、上記のとおり、整理したが、その特徴を浮かび上がらせる意味で、わが国においてこれまで認められてきた他の租税回避否認手法について、その法的根拠を確認したい。課税減免規定の文言の限定解釈による手法については、すでに判例等を含め説明したところであるので、ここでは、私法上の法律構成による否認、同族会社の行為計算否認、公正妥当な会計処理の基準による否認について、外税最高裁判決と対比しながら、簡単に紹介したい。

### (1) 私法上の法律構成による否認

課税減免規定に限らず、租税法規を適用する場合には、特段の規定がない限り、真正に成立した私法上の法律関係を前提とすることは当然である。一見、課税減免規定に定める要件を満たす私法上の法律関係が成立しているように見えても、当該法律関係を成立させる当事者の効果意思が存在しない場合には、課税減免規定の適用要件を満たしているとは言えないことになる。

---

(60) ただし、外税最高裁判決を「課税減免規定の限定解釈」の判例とする用語も広まっているところであるので、外税最高裁判決の内容は、上記のようなものであると考えつつも、本研究の表題では、鍵かっこ付で、課税減免規定の「限定解釈」としたところである。なお、以下の論述において、私見の立場を明確にする際には、特に「限定解釈（不適用）」と表示したい。

いわゆる「私法上の法律構成による否認」と呼ばれるものは、納税者が契約書等により主張している私法上の外形的な法律関係に対して、契約当事者間の実質的な意思は別の内容の契約を成立させるところにあったと課税庁が主張するものである。これに対して、外税最高裁判決の論理は、私法上は、納税者の主張する法律関係が真実成立していることを認めたいうえで、なお、一定の場合に課税減免規定の適用を否定するものである。租税回避行為は、経済的実質的に見て不自然な行為が多く、法的に見ても、納税者の主張するような法律関係は存在していないことが、強く疑われるものである。そのような場合、課税庁としては、間接事実を集めて「私法上の法律構成による否認」を試みることになろうが、そのような立証が不可能で、法律的形式的には、納税者主張の法律関係の存在を認めざるを得ない場合であっても、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」の可能性は残るという関係になる。

## (2) 同族会社の行為計算否認等

いわゆる「租税回避行為否認規定」のうち、わが国の税法上、比較的一般的な要件が定められている規定として、同族会社の行為計算否認（所得税法 157 条、法人税法 132 条、相続税法 64 条など）、組織再編に係る行為計算否認（法人税法 132 条の 2）、連結法人の行為計算否認（同法 132 条の 3）がある。

これらは、同族会社、組織再編にかかる法人、連結法人の行為・計算において、これを容認した場合には、税負担を「不当に減少」させる結果となる場合に、課税庁の認めるところにより所得・税額計算をすることを認める規定である。範囲は広いとはいえ、適用できる納税者の行為類型がある程度限定されている（同族会社の行為計算であることなど）ことのほか「税負担の不当減少」に該当するかが問題となる。

この点は「純経済人として不合理・不自然な行為・計算」の結果として、税負担の減少が生じていることが要件であるとする見解が有力であるが、具体的に、納税者の行為が経済的に見て不合理と言えるかについて、さら

に争いになる。具体的な事実を積み上げて、経済的不合理性という法的評価を根拠づけていくことになるが、後述するように、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」でも、「濫用」の判断において、経済的不合理性が問題になるのと共通と言えよう。具体的な要件の違いについては、次章で検討していきたいが、一般的には、行為計算否認規定の方が、対象範囲は広いと考える。

また、課税減免規定の「限定解釈」による法的効果は、当該規定の不適用という効果にとどまることになるが、行為計算否認の場合には、課税庁の認めるところにより、納税者の行為を引き直す（私法上、真正に成立している法律関係を別のものに組み替えた上で、租税法を適用する）ことが可能であり、法的効果としても強力である。

課税減免規定の適用の可否が問題となっている場合、同族会社や組織再編にかかる不自然な行為が問題になっているケースなど行為計算否認規定の適用類型に該当することもある。そのような場合、課税庁にとっては、課税減免規定の「限定解釈」よりは、行為計算否認規定の適用を主張する方が自然であると思われる。

### (3) 公正妥当な会計処理の基準に基づく損金算入否認

脱税協力者への手数料について、損金算入が認められるかが争われた刑事事件がある<sup>(61)</sup>。脱税経費については、会計上の支出があったことは否定できず、その損金性を認める説もあったところであり、損金性否定説においても、その論拠として、公序（パブリック・ポリシー）の理論、「事業関連性」がないとする説、「通常かつ必要な経費」に当たらないから損金性がないとする説などがあった<sup>(62)</sup>。

最高裁は、「架空の経費を計上して所得を秘匿することは、・・・公正処

---

(61) 最決平6・9・16刑集48巻6号357頁。なお、原審は、東京高判昭63・11・28高刑41巻3号338頁。

(62) 各説の内容については、青柳勤「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成6年度）』130頁（法曹会、1996）を参照。

理基準に照らして否定されるべきものであるところ、・・・このような支出を費用または損失として損金の額に算入する会計処理もまた、公正処理基準に従ったものであるということとはできない」として、損金性を否定した<sup>(63)</sup>。

原審の東京高裁判決では、刑罰を設けて脱税行為を禁止している法人税法の立法趣旨からしても「損金計上を禁止した明文の規定がないという一事から、その算入を肯認することは法人税法の自己否定」であると判示している。この言い回しは、アメリカの self-defeating rational を直訳した「自己無効の理論」を想起させる（ただし、self-defeating rational そのものは、前述のとおり、脱税経費の問題に限らず、経済的実質のない取引に関する理論である。）。

本件は、いわゆる政策目的規定の適用の可否が問題となったものではなく、法人税法 22 条 3 項による損金算入という、税負担を減少させる効果をもつ規定のうち、最も基本的な税額計算規定の適用の可否が問題となったものである。その点は、減価償却費の損金算入の可否が問題となったフィルムリース最高裁判決と共通する。仮に、経済合理性が全く認められない行為、経済的実質のない行為により、意図的に名目的な損金が発生するような行為が行われた場合、公正処理基準により否認できるとなれば、その範囲は相当に広がることになる。しかし、上記判例は、脱税経費の支出という違法性の強い行為に対して公正妥当な会計処理の基準に基づいて損金性を否定したものであり、違法性という点で脱税とは区別される租税回避行為に適用することについては、難しいのではないと思われる<sup>(64)</sup>。

---

(63) なお、平成 18 年度の税制改正で法人税法 55 条 1 項が制定され、仮装行為に要する費用等について、損金不算入となることを明確化する内容の整備が行われた。

(64) この点、佐藤・前掲注(36)194 頁は、脱税協力金の支出につき、法人税法 22 条 4 項にいう公正処理基準に従ったものではないという理由でその損金算入を否定した裁判例があるが、フィルムリース最高裁判決は、これとは異なる論理によるものであるとしている。

## 第2章 課税減免規定を「限定解釈」 するための要件

前章で検討したように、外税最高裁判決は、政策的な課税減免規定である法人税法 69 条において「課税減免効果を得るためだけに、制度の趣旨から逸脱して濫用的な取引を行った場合には、同条を適用しない」という要件を読み込んで、その適用を否定したものであると捉えると、同判決の射程は、他の政策的な課税減免規定にも広がり得ることになる。その場合、制度の趣旨から逸脱した濫用的な取引と言えるためには、具体的にどのような要件を満たす必要があるのか、課税庁として、このような主張をするためには、どのような事実を把握・整理して主張を展開していくべきなのか、整理しておく必要がある。

前章の繰り返しになる部分もあるが、ここでは、外税最高裁判決の短い判示を手掛かりに、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」が認められるための要件、課税庁として主張・立証すべき要件事実を抽出・整理し、租税回避行為に対する海外判例法理における議論とも対比したい。

### 第1節 「限定解釈（不適用）」とする要件の抽出・整理

#### 1 外税最高裁判決の判示からの検討

##### (1) 判示の抜粋

課税減免規定の「限定解釈（不適用）」が許されるための要件を検討するに当たり、あらためて、外税最高裁判決の論旨の流れに沿って、判示を抜粋してみよう。

まず、最高裁は、法人税法 69 条の外国税額控除制度の趣旨について述べ、①「同一の所得に対する国際的二重課税を排斥し、かつ、事業活動に対する税制の中立性を確保しようとする政策目的に基づく制度」としている。その上で、本件取引の経済的な実質について、②「全体としてみれば、本来は外国法人が負担すべき外国法人税について我が国の銀行である被原告

人が対価を得て引き受け、その負担を自己の外国税額控除の余裕枠を利用して国内で納付すべき法人税額を減らすことによって免れ、最終的に利益を得ようとするものである」と集約し、これに対して「我が国の外国税額控除制度をその本来の趣旨目的から著しく逸脱する態様で利用して納税を免れ、我が国において納付されるべき法人税額を減少させた上、この免れた税額を原資とする利益を取引関係者が享受するため」のものに過ぎないと断じている。

さらに、判示は、本件取引について、③「取引自体によっては外国法人税を負担すれば損失が生ずるだけであるという本件取引」を④「あえて行うというもの」と性格づけている。

最後に、それらのことを踏まえ、本件取引に基づく外国法人税を外国税額控除の対象とすることは、⑤「外国税額控除制度を濫用するものであり、さらには、税負担の公平を著しく害するものとして許されない」と結論づけている。

## (2) 要件事実論的な整理

形式的には、私法上、有効に課税減免規定の適用要件を満たしている場合であっても、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」によって、その減免効果を否定する場合、どのような要件を満たす必要があるのか、課税庁として、どのような事実を主張・立証すればよいのかの問題がある。そこで、法理論的説明について前章で述べた私見を前提に、外税最高裁判決の判示に沿いながら、この点を考えてみたい。

### イ 政策目的規定の立法・趣旨に違背すること

#### (イ) 外国税額控除事件での議論

判示は、①で外国税額控除制度について「政策目的に基づく制度」であることを確認している。「限定解釈」のためには、まず、当該取引が、課税減免規定の立法趣旨に反するものであることを言う必要があるが、その前提として、適用の可否が問題となっている減免規定が、なんらかの政策目的を有していることを主張しなければならない。「制度

の濫用」と言えるためには、当該規定が、何らかの経済的・社会的な政策目的によって、課税の公平の原則（担税力に応じた課税負担）に修正を加える形で課税減免効果を認めているにもかかわらず、当該政策目的の達成とは無関係のところで、減免効果のみを得ようとしていることが必要であろう。

この点に関し、まず、外国税額控除制度は、政策目的によって課税の公平の原則に修正を加えたものであるか否かが問題となる。内国法人の所得のうち、国外源泉所得について、その所得が発生した外国で外国法人税を納付した場合には、わが国でも法人税を課税することから国際的な二重課税が生じる。二重課税を排除する方式として、わが国では、外国税額控除方式（法人税法 69 条）と外国税額損金算入方式（同法 41 条）のうち、いずれかを法人が選択する方法を採用している。

このような法人税法 69 条の性質については、下級審段階から問題となっており、国側は、「外国税は、第一義的に経費として扱われるのであって、外国税額控除は、法 69 条の趣旨、目的に沿って外国税額控除の特典を受けることを選択した納税者に恩恵的に与えられるものにほかならない」（R 事件第一審国側主張）としていたのに対し、原告納税者側は、国税庁発行の改正税法のすべてにも「外国税額控除制度は、二重課税排除の方式として国際的にも確立された制度であり、いわゆる政策的な優遇措置でない」と明記されている」と反論していた<sup>(65)</sup>。わ

---

(65) 外国税額控除制度の性質については、学説上も議論があり、「外国税額控除により国際的二重課税を排除するか否かは、各国家の政策的判断により決定される事項である・・・国家は一定の政策的考慮に基づいて、外国税額控除を認めたり認めなかったりすることができるし、また、外国税額控除を認める場合であっても、それに一定の制限を付することができる」（中里実『タックスシェルター』230 頁（有斐閣、2002））という意見もあれば、「わが国初の租税条約である日米租税条約の締結前は、確かに『外国税額控除を認めることは当該国家の義務ではなく、国家は、一定の政策的考慮に基づき、外国税額控除を認めることも認めないこともできる』（課税庁の主張）といえたかもしれないが、しかし、その後は条約遵守主義（憲法 98 条 2 項）及び平等原則（憲法 14 条 1 項に関する立法者拘束説・法内容平等説による外国税額

が国の法人税と外国法人税は別のものであるということを強調すれば、これを経費として損金算入するのではなく、税額控除としてわが国の法人税から控除するのを認めることは、課税の公平原則を修正するものと言えようが、そのような国際的二重課税の排除は、もはや、当然の措置として確立されていると考えれば、必ずしも政策的な減免措置とは言えないという主張になろう。

結局、最高裁は、恩恵的な措置とまでは言わないものの、国際的二重課税の排斥とともに事業活動に対する税制の中立性確保という政策目的<sup>(66)</sup>に基づく制度であることを認めたとうえで、法人税法 69 条の濫用による不適用を認めた。外国税額控除制度がわが国企業の国際取引に伴う事業活動において、税制がその障害とならないようにするという趣旨で認められた政策的な制度であるとするならば、外国法人税を負担すれば、損失が生じるだけの取引というものは、本制度が保護しようとしている事業活動に当たらず、課税減免効果を得ることだけを目的として、あえて、このような取引を行った者に対して、税額控除を認めることは、制度の趣旨を逸脱するということになる。

(p) 一般化した要件の検討

上記のように、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」の許否を考えるとあたっては、課税減免規定の趣旨に対する理解が重要になる。も

---

控除制度の租税条約未締結国との関係への拡張義務) によって外国税額控除制度の本質的内容は憲法上保障されるようになったと解される(制度的保障説)。(谷口勢津夫「司法過程における租税回避否認の判断構造—外国税額控除余裕枠利用事件を主たる素材として—」租税法研究 32 号 53 頁(2004) [56 頁]) や「今日では、外国税額控除制度は、国際的二重課税を、国内法により排除するための制度であり、所得税の構造の一部をなしている」(水野忠恒「外国税額控除に関する最近の裁判例とその問題点」国際税務 23 巻 3 号 6 頁(2003) [24 頁]) といった見解もあった。

- (66) 控訴審段階で国側が勝訴した S 事案の大阪高裁判決(前掲注(1)1881 頁)では、「国際的二重課税を排除して、日本国企業の国際取引に伴う課税上の障害を取り除き、事業活動に対する税制の中立性を確保することを目的とする」と判示しているが、最高裁と同趣旨であろう。

つとも、租税法の各規定については、必ずしも明確に趣旨・性格付けの分類ができるものとは限らず、担税力に則った公平な課税標準・税額の算定という所得計算の本則的規定と典型的な租税優遇措置の間には、さまざまな段階の中間的規定があると言えよう。

外税最高裁判決の射程は、政策目的に基づいて、公平な税負担という観点から修正を加えていることが明白な「租税優遇措置」に限定されるという考えもあろうが、最高裁は、外国税額控除制度のように、典型的な租税優遇措置とはまでは言えない場合であっても、内外事業活動に対する税制の中立性確保という政策目的を見出して、減免規定の不適用という効果を導いており、必ずしも、射程が狭いとは考えない。この点については、次章において、さらに詳しく検討したい。

いずれにしても、訴訟において、課税庁側が課税減免規定の「限定解釈（不適用）」を主張するためには、まず、適用の可否が問題となっている課税減免規定について、その立法趣旨の中に何らかの社会・経済的な政策目的が含まれており、担税力に応じた公平な税負担という原則に対し、何らかの修正を加えたものと評価できることを、立法当時の資料や学説等を収集して明らかにすることが必要である。この点については、原告納税者側との間で、法解釈論上の争いになることも予想されることから、課税庁として、十分な資料を用意するよう留意すべきである。

そのうえで、問題になっている納税者の取引に課税減免規定を適用することが、上記の政策目的の趣旨に著しく逸脱することの評価根拠事実を要件事実として主張・立証する必要がある。多数の契約が複合して全体としての取引をなしているような事案においては、個々の契約にこだわることなく、問題となっている取引の全体的な経済的実質について、本質的なところは何であるのか、分かり易く的確にまとめることが重要であろう（上記(1)の判示の抜粋で言えば、②の部分がそれにあたると考える。）。

この点は、次に述べる取引の経済的合理性・経済的実質の不存在についての評価根拠事実と重なり合う部分も多いと思われるが、単に、経済的合理性等のない異常な取引であると主張するだけでなく、課税減免規定の立法趣旨との関わりの中で、納税者の取引に当該規定を適用することが、政策目的の実現に何ら資することにならないことを明確にすべきである。

ロ 取引の事業目的・経済的合理性の不存在 ～ 損失が生じるだけの取引  
(イ) 外税最高裁判決の判示

次に、上記(1)の判示の抜粋を見てみると、本件取引を「取引自体によっては外国法人税を負担すれば損失が生ずるだけである」と性格づけている。判示の中では、あっさりした部分であるが、私見では、この部分は重要な要件になると考える。私法上、有効に法律関係が成立しているものである以上、当該取引に課税減免規定を適用することが、いかにその立法趣旨に反する結果になるとしても、それだけで「制度を濫用する取引」として、課税減免効果を否定してしまうのは、やはり、予測可能性、法的安定性の見地から問題が大きいと考えられ、そのような主張をしても、裁判所に採用してもらうのは難しいであろう。

そこで、2番目の要件として、納税者の取引が単に減免規定の立法趣旨に反するというだけでなく、そもそも、本件取引自体、その事業目的や経済的合理性が極めて乏しいものであって、租税法律主義による保護を与えるべき実質的な必要性が認められないと評価できることが必要であると考ええる。

最高裁は、この点、「取引自体によっては、損失が生じるだけ」という表現で表したと考えるが、この内容を常識的に解釈すれば、経済合理的に考えて、何ら利益が生じるとは認められない取引、やっても意味のない取引ということになろう。しかし、より一般化した形で、何がそれに該当するか、具体的な判定基準を明らかにするのは容易ではない。以下では、外国税額控除事件について、下級審段階からの当事

者の主張、判決内容を確認することにより、最高裁の言う「損失が生じるだけの取引」の内容を敷衍して説明することを考えてみたい。

(ロ) 外国税額控除事件での議論 ～ 取引における「事業目的」の存否

本件では、もともと、納税者の一連の取引<sup>(67)</sup>が「事業目的を有する」といえるかが、大きな争点となっていた<sup>(68)</sup>。すなわち、国側は、法69条は、「正当な事業目的 (business purpose) を有する通常の経済活動に伴う国際的取引から必然的に外国税を納付することとなる場合」に限定されるべきとしていた<sup>(69)</sup>ため、そもそも、このような解釈が妥当

(67) R事案の概要は以下のとおりである。銀行業を営む被処分者 (X銀行) は、多額の外国税額控除余裕枠を有していた (わが国の外国税額控除制度では、控除限度額の計算について、全世界所得に対する国外所得の割合を法人税額に乗じて算出する一括限度額方式を採用しており、軽課税国に進出した場合、他方で日本の税率を超える国の外国税についても控除できるという「彼此流用」が可能となる。納付した外国税額が控除限度額に満たないため、控除余裕枠が生じた場合には3年間繰越が可能である。)。そこで、クック諸島法人であるE社がF社 (いずれもニュージーランド法人C社の子会社) へ貸付をする代わりに、X銀行のシンガポール支店がE社から5千万米ドルの預金を受け入れ (預金契約)、同額をF社に貸し付けた (ローン契約) ものである。その際、預金契約に基づくX銀行のE社への支払利率は10.50% (なお、シンガポールの税制では、この場合に源泉税は発生しない。)、ローン契約に基づく原告のF社からからの受取利息は税引前で10.85%であって、受取利息に対する外国法人税を支払えば、原告にとって逆ざやとなるが、外国税額控除による我が国法人税の減少分を考慮すれば、一定の利益を確保できる構造になっていた。

(68) 下級審段階では、いずれも、事業目的のない取引によって生じた外国税の納付が、法人税法69条の「納付」に該当するかという、文言の限定解釈の可否を巡って争われたものであり、濫用に対する課税減免規定の不適用という最高裁の論理とは異なるものであるが、事業目的の存否に関する下級審の議論は、外税最高裁判決の法理の適用要件の検討に当たっても、参考になるものと考えられる。

(69) 例えば、R事案第一審判決は、アメリカのGregory判決 (Gregory v. Helvering, 293 US 465(1935)) にも言及した国側主張について「アメリカ合衆国におけるグレゴリー事件の判決において示された、当時の歳入法の組織変更規定の趣旨・目的 (立法意図) から事業目的の基準を導き出し、当該取引は、形の上では組織変更の定義に該当するとしても、租税回避のみを目的とするもので、事業目的を持っていないことを理由に、それは立法者の予定している組織変更にはならず、したがって、非課税規定の適用を受け得ない、と解することによって、租税回避行為の否認を認めたと同じ結果に到達した解釈技術、すなわち、非課税規定の立法目的に照らして、その適用範囲を限定的にあるいは厳格に解釈し、その立法目的と無縁な租税回避の

といえるかという点に加え、本件のあてはめとして、本件取引に「事業目的」が認められるかが問題となったものである。

条文解釈の問題としては、下級審段階では、「被告のいう『正当な事業目的』か否かは、事業を全体としてみて妥当なものか否かという判断に帰着することとなるのは明らかであって、かかる判断自体客観性に問題があり、国民の経済活動の予測可能性を害する危険をはらんでいると評価せざるを得ない。」として否定的にとらえたうえで、「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」（S 事案第一審判決）という別の基準を提示するものが多かった。国側の主張はやや範囲が広すぎるものの、課税減免以外におよそ事業目的がないような場合は、さすがに「限定解釈」の結果、法人税法 69 条の対象外になるという見解と言えよう<sup>(70)</sup>。

ただし、事案のあてはめとして、本件取引については、「事業目的」のない不自然な取引であると断ずることはできないとして、課税処分を取り消した下級審判決が多かった。ところが、最高裁は、本件のような融資は、控除余裕枠を利用してわが国の法人税額を減らすことによって免れた税額を、取引当事者間で享受するために（上記(1)で抜粋した判示の②）、「損失が生じるだけの取引」（逆ぎやの取引）を行ったものであると断じて、課税減免規定の適用を否定した。

最高裁の判示部分においては、直接「事業目的の存否」に言及した部分はないが、訴訟全体の経緯を考えれば、結局、最高裁は、本件取引が「事業目的」を有する取引にあたらないことを認定して、判断を導き出したものとも考えられる。すなわち、課税減免規定を「限定解

---

みを目的とする行為をその適用範囲から除外するという解釈技術を本件事案に導入したものと要約している。

(70) ただし、下級審で唯一国側が勝訴した S 事案控訴審判決では、本件取引は「およそ正当な事業目的がなく、あるいは極めて限局された事業目的しかない」（傍線は筆者）として外国税額控除を否定している。

積（不適用）」とするための要件として、(イ)で、取引自体が「損失が生じるだけの取引」であることが必要であると整理したが、これをより一般化した要件として、「本件取引自体に事業目的が存しないこと」に言い換えることも可能であるとする。

(ハ) 事業目的の存否についての判断

課税減免規定を「限定解釈（不適用）」のための要件として、「本件取引自体に事業目的が存しないこと」が必要であるとしても、どのような場合がそれに当たるのかという点で、なお、あいまいさが残る。この点、外国税額控除事件の下級審を中心に、当事者の主張や裁判所の判断をさらに検証したい。

前述のとおり、国側は、アメリカのGregory事件で示されたbusiness purpose doctrineを応用するような形で、「正当な事業目的」が存在しない場合には、課税減免規定は適用されないと主張し、正当な事業目的の存否を一般的に判断する際の総合考慮として、さまざまな要素を列挙していた<sup>(71)</sup>。また、例えば「①当該取引から得られる利益が名目的なものにとどまり、外国税額控除を得ることのみを目的とした取引と認められる場合、換言すれば、租税に関する利益ないし租税回避のみを目的としたと認められる場合や、②当該取引から得られる利益と、外国税額控除から得られる利益とを比較した場合に前者が後者に比べて著しく少ない場合」は正当な事業目的を有する場合にあたらないと主張していた（R事案第一審国側主張）。これらは、アメリカにおいて、economic substanceを判定する際のbeneficial interest testなどの議論を参考にした部分も少なくないと思われるが、アメリカの

---

(71) 例えば、S事案第一審で、国側は、「取引開始前に検討されるべき事項として、[1] 事業の目的及び取引に至る経緯、[2] 取引の種類、[3] 契約内容の妥当性、[4] 予定される決済の妥当性、[5] 期待利益の妥当性、[6] 利益の帰属、[7] 既存取引参画の合理性、取引開始後に検討されるべき事項として、[8] 取引内容の妥当性、[9] 資金の流れ、[10] リベート等収入の有無」を掲げて主張している（訟月 48 卷 5 号 1370 頁）。

議論については、節をあらためて紹介したい。

これらの基準をあてはめて検討した結果として、国側は、「本件取引は、銀行が通常行う取引ではなく、当初から原告の外国税額控除の余裕枠を利用させることを目的として本件ローン契約及び本件預金契約の各締結という形式により故意に外国税額の『納付』が作出された取引であると認められる」（R 事案第一審国側主張）、「本件各取引は、本来何ら関係のなかった原告が、外国税額控除の余裕枠の提供をし、その対価を得ることのみを目的として、わざわざ外国企業間の取引に介在したものである。」（S 事案第一審国側主張）などと主張していた。

これに対し、下級審判決は、S 事案控訴審を除き、本件取引について、いずれも銀行側の事業目的がないとは言えないとしている。例えば、S 事案第一審判決は「金融機関として、P 社及び R 社の意図を認識した上で、自らの外国税額控除枠を利用して、よりコストの低い金融を提供し、その対価として、P 社事案では 0.65 パーセントの、R 社事案では 0.35 パーセントの利ざやを得る取引を行った」とし、「自らの金融機関としての業務の一環として、自らの外国税額控除枠を利用してコストを引き下げた融資を行ったのであり、これらの行為が事業目的のない不自然な取引であると断ずることはできない。」とした。また、R 事案控訴審判決は「本件取引は、資金仲介機能を有する被控訴人が、顧客に対し金融サービスを提供すべく融資のための資金調達と調達した資金の運用をして自らも利ざやを確保するために外国税額控除枠の利用をも踏まえて検討のうえ実施したものであり、金融機関として採算のとれるものであって、被控訴人に事業目的が認められるものである。」とした。

上記の判断において共通しているのは、自らの外国税額控除余裕枠を利用してコストを引き下げた融資というのは、金融機関として、不当なものとは言えないという評価であり、そのうえで、外国税額控除を考慮すれば、一連の取引により銀行は利ざやを稼ぐことができるの

であるから、事業目的のない不自然な取引とは言えないという判断であろう。

しかし、最高裁は、本件取引を「取引自体によっては外国法人税を負担すれば損失が生じるだけである取引」と認定した。上記の下級審判決と異なり、国内法の課税減免効果を除いたところで利益の有無を測定し、その結果、本件取引は、取引当初から、利益の発生が見込めない取引（逆ざや）であったことを認定したものと考えられる。この点、本件は、当初から逆ざやであったことが明確に立証できたといえるが、今後、他の租税回避スキームに応用することを考えた場合、取引自体に「事業目的」がないこと（課税減免効果を除いて考えれば、取引当初から、利益の発生が見込まれず、損失が生じるだけの取引であることが明らかであったこと）の立証は、必ずしも容易でないケースも考えられる。そのような場合でも、課税庁としては、課税減免効果を除けば利益の発生する見込みがなかったことについて、客観的に基礎付けることが求められるが、この点は、本章の第2節において、詳しく検討したい。

(二) 要件のさらなる一般化 ～ いわゆる「租税回避行為」との関係

とりあえず、課税減免規定を「限定解釈（不適用）」とするためには、典型的には、「取引自体によっては損をするだけの取引」であることが必要であるとして、ここでは、やや視点を変え、いわゆる「租税回避行為」との関係について考えたい。すなわち、講学上の「租税回避行為」と言われてきたものについては、必ずしも「取引自体によっては損をするだけの取引」とは言えないものも含まれているが、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」は、このような取引にも適用される余地はないのかという問題である。

この点、外国税額控除事件の国側主張において言及されていたアメリカの Gregory 判決の事案は、講学上、典型的な「租税回避行為」と

して考えられてきた事案である<sup>(72)</sup>。「租税回避行為」については、例えば「私法上の選択可能性を利用し、私的経済取引プロパーの見地からは合理的理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、結果的には意図した経済目的ないし経済成果を実現しながら、通常用いられる法形式に対応する課税要件の充足を免れ、もって税負担を減少させあるいは排除すること<sup>(73)</sup>」と定義されている。Gregory 判決の事案に即して言えば、A 社保有の B 社株を譲渡してキャピタルゲインを得るという経済目的を有する X が、C 社を作って短期間のうちに解散させるという通常用いられない法形式を選択することによって、時価相当額での配当課税を長期キャピタルゲインに転換し、税負担を減少させたことになる。ここでは、株式の売却という経済目的があり、それを実現するために選択した法形式の異常性が問題となったといえよう。

これに対して、「損失が生じるだけの取引をあえて行う」という外国税額控除事件の場合は、そもそも、税負担軽減以外に何ら経済目的がなく、意味がない取引をあえて行うといったニュアンスがある。同じ

(72) Xは、自己が全額出資するA社が所有しているB社株式について、それを引き出して売却することを考え、その過程で発生する課税（当時のアメリカの税制によれば、A社がB社株式をXに移転すれば、A社からXに時価相当額の配当があったこととして課税された。）を軽減するため、次のような取引を行った。すなわち、C社の設立、A社によるC社へのB社株式の現物出資とXへのC社株式の発行、C社の解散・清算によるXへの資産（B社株式）の分配という一連の取引を短期間のうちに行ったものである。Xは、A社からC社へのB社株式の移転が当時の1928年内国歳入法（Internal Revenue Code）112条(g)の「組織変更（reorganization）」に該当し、XへのC社株式の発行は「組織変更」に伴う資産の移転であるから、同項に基づき、Xに何ら所得を認識されないことを前提に申告した（その結果、当時の税制によれば、Xの所得は、C社の解散による清算分配としてB社株式を受けたことのみになり、かつ、長期キャピタルゲインとして、時価から取得価額を控除した額に対する低率の課税がなされることになる。）。判決は、本件は「組織変更」に該当しないと判断し、B社株は、A社からXに直接配当されたものとして、時価相当額での配当課税をした処分を是認した。詳しくは、金子・前掲注(20) 21頁以下参照。

(73) 金子・前掲注(2)109頁。

アメリカの判例でも「本件取引からネッチによって実現されたのは、税の軽減以外では、何らの実質もないことは明らかである<sup>(74)</sup>」とした Knetsch 事件判決の方を想起させるとも言えよう<sup>(75)</sup>。同事件では、X は貯蓄年金証券を購入したといいながら、実質的には、追加融資に対する利子の支払により、将来の年金受取のための財源はほとんど残らないような形になっており、税額計算上の支払利子控除額が発生する以外、取引の経済的な実質はほとんどない（取引の経済的目的がそもそもない）と認定されたものである。取引の経済的実質がない（実質的に見れば、納税者の財政状態をプラスにもマイナスにも変動させない）ということと、損失が生じるだけの取引というのは、厳密に言えば違いがあるかもしれないが、税の軽減以外に経済的目的や目指すべき経済成果がないという点では共通していると考えられる。

上記の意味で、減免規定の「限定解釈（不適用）」すべきものとして最高裁が想定したのは、税の軽減以外の事業目的・経済目的がない取引（租税軽減効果を除外して考えれば、経済的に全く意味のない取引、損をするだけの取引であること）ということになるろう。

ただし、狭義の租税回避行為には、減免規定が「限定解釈（不適用）」となる余地が全くないかという点、少なくとも、筆者はそのようには考えない。ある一定の経済目的なり目指すべき経済成果があって、そ

---

(74) “For it is patent that there was nothing of substance to be realized by Knetsch from this transaction beyond a tax deduction.” (supra note 17, at 366).

(75) Knetsch 事件の概要を簡単に紹介すると、60歳のXは30年満期、額面総額40万4,000ドル、利率2.5%の貯蓄年金証券(diferred annuity saving bonds)を保険会社から購入したが、年金の支払いは30年の満期後に毎月行われることになっていた。そのために実際に支払った額は4,000ドルのみで、残額は額面40万ドル、利率3.5%のノンリコース手形を保険会社に振り出した。手形の利息は前払いで、同保険会社からの追加融資による金銭で支払われたものである。Xは14万ドル余りの金額を控除支払利子として申告したが、課税庁がこれを否認して訴訟となった。裁判所は、追加融資により、Xが将来受け取る年金の基礎となる正味の金額がfictionといえるほど極小となっていることに着目し、本件取引はshamであるとして支払利子の控除を認めなかった。

れを達成するためには別の法形式をとるのが通常であるにもかかわらず、課税減免規定の適用要件を満たすためだけに、経済的に見てなら合理性がないにもかかわらず、通常行われぬ異常な法形式を形だけ整える場合も当然想定されよう。仮に、そのような異常な取引に課税減免規定を適用することが、当該規定の政策目的から著しく逸脱した結果をもたらすと評価されるならば、この場合も減免規定を「限定解釈（不適用）」とすべきなのは、事業目的不存在型と同様であると考ええる。

(ホ) 取引自体の客観的要件（まとめ）

以上のことから、減免規定の「限定解釈（不適用）」のために、課税庁が主張・立証すべき要件事実の2つ目の要素（取引の客観的態様）としては、租税回避行為の類型に応じ、①本件取引に事業目的・経済的目的が存しないこと（租税軽減効果を除外して考えれば、本件取引は経済的に全く意味のないもの、損を生じるだけの取引であること）の評価根拠事実、あるいは、②本件取引において、異常な法形式が選択され、税負担軽減以外、その選択に経済的合理性が全く認められないことの評価根拠事実のいずれかであると考える<sup>(76)</sup>。

ハ 課税減免規定を濫用する意図

以上で述べたように、①税負担軽減効果を生じさせること以外、何ら事業目的・経済的目的が存在しない場合、あるいは、経済的合理性を無視して異常な法形式を選択している場合であって、かつ、②そのような取引に課税減免規定を適用することが、政策的な減免規定としての立法趣旨に著しく反する結果となると認められる場合には、「制度を濫用するもの」であることが基礎付けられると考えられる。

さらに、これに加えて、納税者の「濫用の意図」という主観的要件も

---

(76) 以下において、これらの要件をまとめて簡潔に表現したい場合には、必ずしも一般的な用語法ではないかもしれないが、とりあえず、「事業目的・経済的合理性の不存在」あるいは「取引自体に経済的実質がないこと」などとしたい。

必要とすべきかが問題となる。上記(1)の判示④では「あえて行うというもの」という表現となっているが、この中に主観的要件も盛り込まれていると考えるべきであろうか。

この点、例えば、同族会社の行為計算否認規定の解釈に関しては「否認の要件としては、経済的合理性を欠いた行為または計算の結果として税負担が減少すれば十分であって、租税回避の意図ないし税負担を減少させる意図が存在することは必要でないと解される<sup>(77)</sup>」とする意見も有力である。しかし、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」に関しては、主観的要件は必要と考えざるを得ないのではないか。法令上の明文の根拠に基づく行為計算否認と異なり、「限定解釈（不適用）」は、形式上は、課税減免規定の要件を満たしているにもかかわらず、あえて「濫用」として当該規定の適用を否定するものであるため、租税法主義との関係が問題となる。これに対し、前章第4節で触れたように、取引当事者間に濫用の意図が認められる場合であれば、予測可能性の見地からして、租税法主義に実質的に反しないと考えるのであれば、納税者の主観的要件も必要とされることになる。

この場合、主観的要件についても、課税庁に立証責任があることになる。ただし取引の契約を締結する過程において、納税者が、税負担の減少について、特に検討していたことを示す間接的な証拠があれば、税負担軽減効果以外に、事業目的や経済的合理が認められないという当該取引の客観的態様とあいまって、一般的には、取引当事者の「濫用の意図」が事実上推定されるものとすべきであろう。

もっとも、客観的には、純経済的に見て不合理な取引であっても、納税者の置かれた状況をみれば、やむを得ないような場合もあろうから、経済的に不合理な取引を行う必要性につき、特段の事情が申し立てられ、それが社会通念上は認められるような場合には、制度を濫用するものとは

---

(77) 金子・前掲注(2)380頁。

言えず、減免規定の「限定解釈（不適用）」は使えないということになるろう。

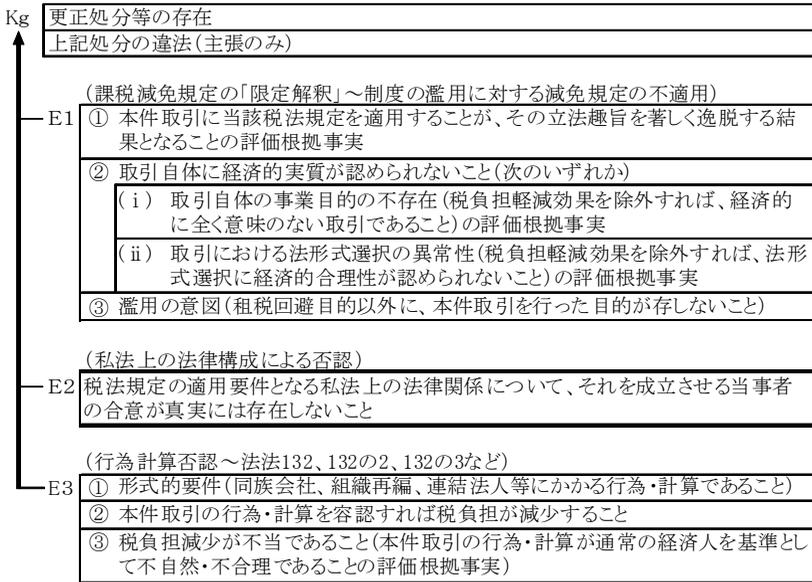
## 二 まとめ

以上、制度の濫用であるとして課税減免規定を「限定解釈（不適用）」にする場合、どのような要件を満たす必要があるのか、一般化を試みた。それぞれの要件については、より具体的に検討すべき部分もあるが、次節以降で触れるとして、ここでは、要件の全体像を示すという意味で、他の租税回避行為否認の手法とも対比させながら、要件事実のブロック・ダイアグラムの形式で筆者の見解を示したい。

下図のブロック・ダイアグラムのうち、「私法上の法律構成による否認」（E2）により課税減免規定の適用を否定する場合には、本件取引が同規定の適用条件を「私法上」満たしていないこと、例えば、納税者側の主張する外形的な契約とは異なった法律関係を成立させる、秘匿された当事者間の真の意思の合致があることを国側は立証しなければならない。

これに対して、課税減免規定の「限定解釈」（下図のE1）の場合には、私法上、減免規定の要件を形式的に満たしていることを前提として、当該取引自体に、経済的実質（事業目的・経済的合理性）が認められず（E1②）、当事者が濫用の意図をもって行われたもの（E1③）であれば、そのような取引に課税減免規定を適用することが、同規定の立法趣旨に著しく逸脱すること（E1①）を立証することになる。現実の訴訟においては、E2とE1が主位的主張と予備的主張の関係に立つことも想定される。

図 ブロック・ダイアグラム（他の否認手法との対比）



一方、課税減免規定の適用の可否が問題となっている取引が、同族会社の行為計算であるとか、組織再編に係る法人の行為計算であるなど、租税法が定める明文の行為計算否認規定の形式的適用要件（上図の E3 ①）に当てはまる場合も考えられる。この場合には、減免規定の適用によって税負担の減少が生じること（E3②）のほか、当該税負担が不当と評価されること（E3③）を立証することになるが、これは、課税減免規定の「限定解釈」における濫用的取引の要件（E1②）よりは一般的に広いものとする（少なくとも、E1②の評価が認められるような取引であれば、E3③の評価も同様に認定されよう。E3③については、E1③のような主観的要件も不要であるとする説も有力である。）。

## 2 海外の判例法理との比較

以上、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」のための要件について私見を

述べ、わが国の裁判例でも認められてきた否認の手法に関する要件事実とも対比したが、ここでは、さらに、海外の判例法理との比較を行いたい。第1章においては、租税回避行為を「否認」する際の法理論的根拠について、アメリカやフランスの判例を見たが、これらの判例について、「否認」のためには何が要件とされたのかという観点から、再度、検討してみよう。

#### (1) フランスの fraude à la loi の適用要件

既に紹介した仏最高裁（国務院）の Janfin 事件判決では、一般的租税回避行為否認規定である仏租税手続法 L64 条で規定されている類型以外の取引であっても「条文を字義どおり適用することにより、立法目的とは逆の利益を求め、もしその行為が行われないとすれば、その状況や現実の取引を考慮すると、通常、関係者が負担すると考えられる税金を回避又は軽減すること以外のいかなる理由にも動機づけられていない取引については、上述の原則（筆者注：当該行為が仮装行為であると行政庁が立証した場合には、その行為を行政庁に対抗できないとの原則）を根拠として、行政庁は、これを排除することができる（試訳）<sup>(78)</sup>。」と判示された。この部分は、私法上の法律関係を課税庁に対抗できないとする場合の要件を、一般論として示したものと言える。

筆者なりに解釈すると、①条文を形式的に適用することは当該規定の立法趣旨に合致しないこと、②租税回避のみを目的とする取引が行われたこと、③当該取引がなかったとすれば、通常、負担すべきと考えられる租税負担が減少する結果となること、という3つの要件が満たされれば、当該取引は、私法上、課税庁に対抗できないとしたものと考えられる。②と③の要件は、納税者の主観的要件として、一体化しているようにも読めるが、

---

(78) 《le service, …, peut également se fonder sur le principe susrappelé pour écarter les actes qui, recherchant le bénéfice d’une application littérale des textes à l’encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, n’ont pu être inspirés par aucun motif autre que celui d’éluder ou d’atténuer les charges fiscales que l’intéressé, s’il n’avait pas passé ces actes, aurait normalement supportées eu égard à sa situation et à ses activités réelles》 (supra note 47).

単に、租税回避の意図（主観的要件）があれば、直ちに否認されるというものではなく、客観的にも、通常取引が行われた場合と比べて、税負担の軽減効果が現実に生じていることが求められていると言えるのではないか。あくまで筆者の印象に過ぎないが、フランスの判例法理と外税最高裁判決とを対比すると、法理論的根拠は相当異なるものの、否認（減免規定の不適用）のための要件については、発想が共通する点が多いように思われる。

なお、②と③の要件については、明文の否認規定である仏租税手続法 L64 条の適用要件の一つとして、判例上、求められているものとも共通する<sup>(79)</sup>。

また、同じ大陸法系であるオランダ税法においては、租税回避行為否認にかかる判例法理（*fraus legis*）が確立しているが、その適用要件については、以下の3つであると説明されている<sup>(80)</sup>。

- ① 他の場合であれば生じる税負担を回避することになる取引を行うこと又は段階（step）を踏むことの唯一又は最高の目的は租税回避であったこと（主観的要件）。
- ② 当該取引が、租税回避以外の真の実質的な効果を有しないこと（客観

(79) 仏租税手続法 L64 条の前身にあたる規定の適用について争点となった仏最高裁(国務院)判決 (Conseil d'État, 10 juin 1981, n° 19079) では、諮問委員会と課税庁の意見が異なった場合に、納税者の行為は課税庁に対抗できないと主張する国側が立証すべき事実として、「その行為が仮装の性質を有することを立証するか、さもなければ、もしその行為が行われないとすれば、その状況や現実の取引を考慮すると、通常、関係者が負担すると考えられる税金について、これを回避又は軽減すること以外にいかなる理由にも動機付けられていないことを立証する必要がある（試訳）。」《ELLE DOIT, …, ETABLIR QUE CES ACTES ONT UN CARACTERE FICTIF OU, A DEFAUT, QU'ILS N'ONT PU ETRE INSPIRES PAR AUCUN MOTIF AUTRE QUE CELUI D'ELUDER OU ATTENUER LES CHARGES FISCALES QUE L'INTERESSE, S'IL N'AVAIT PAS PASSE CES ACTES, AURAIT NORMALEMENT SUPPORTEES EU EGARD A SA SITUATION ET A SES ACTIVITES REELLES》と判示している。

(80) Eelco Van der Stok. (1998). “GENERAL ANTI-AVOIDANCE PROVISIONS: A DUTCH TREAT” B. T. R 1998, 2, p. 150, at pp. 153-155. なお、*fraus legis* の要件を満たす場合の効果としては、納税者の取引が無視されるばかりでなく、税負担が生じる比較対象取引に置き換えられることになる (Ibid., p. 155)。

的要件)

- ③ 納税者によって意図された課税上の結果が法の趣旨・目的に違反すること（立法趣旨違背）

(2) アメリカの economic substance doctrine の適用要件

前述したように、税の軽減以外になら実質がない取引であるとして、税額控除の適用を否定した Knetsch 事件では、Gilbert 事件控訴審判決の Hand 反対意見を引用する形で、納税者と保険会社との本件取引は「税の軽減以外に、何ら納税者の経済的利益 (beneficial interest) に影響を与えるものでない」から sham であるとして否認した。引用元となった、Gilbert 事件の Hand 反対意見について、既に紹介したところであるが、あらためて検討したい。

同事件は、納税者の資金融通によって生じた相手方の「負債」が、米連邦税法上の貸倒損失 (bad debt loss) を発生させ得る真実の負債 (bona fide debt) といえるかが争点となったものである。この点、控訴審判決の多数意見は、納税者の主張する「負債」が、負債としての実質的な経済実体 (substantial economic reality) を有しているかという客観的側面により判断したのに対し、Hand 反対意見は、負債という形式での資金提供を決定した際に、租税軽減以外に、事業の経済的利益 (beneficial interest) に影響を与えることを想定 (suppose) していたか否かという主観的な側面にも着目した基準を示した。もし、納税者がそのようなことを想定しておらず、実際にそのような経済的効果が発生していないのであれば、貸倒損失は否認されることになる。Chirelstein 教授の評釈によれば「法人が有効な債務を負っていると扱われる場合であっても、債権者である納税者に事業目的 (business purpose) や経済効果 (economic effect) が不足しているときは、貸倒損失控除が否定され得ることになる<sup>(81)</sup>。」

アメリカの判例法理は、Knetsch 事件を経て、economic substance

---

(81) Marvin A. Chirelstein. (1968). "LEARNED HAND'S CONTRIBUTION TO THE LAW OF TAX AVOIDANCE" 77 Yale L. J., 440, at 462.

doctrine として発展していくが、その内容については、例えば「取引が、予想される税効果とは別に目的、実質、有益性を伴うものと合理的に認められ、納税者の経済的利益 (beneficial interest) に『はっきりと』影響を与えている場合に限り、租税目的上もその存在を認定するものである。この基準の適用に当たっては、主観的な目的と客観的な経済的実質の両方が考慮される。」などと説明されている<sup>(82)</sup>。同法理に基づき、取引が sham であるとして否認されるための要件について、主観的テストと客観的テストの両方のテストに基づくという点については、1985年の Rice's Toyota World 事件連邦控訴裁判所判決の中で定式化されており<sup>(83)</sup>、2 分枝テスト (two pronged test) 等と呼ばれている。さらに、economic substance についてのより具体的な判断基準として、税引き前利益のテスト (pre-tax profit test) などが提唱されているが、これについては、次節で改めて紹介したい。

上記のように、租税回避行為に対するアメリカの否認法理は、どちらかというところ、取引の客観的要件を中心に、主観的要件も加味しながら、税法上無視すべき取引が判断されてきたと言える。その意味で、外税最高裁判決やフランス、オランダの判例法理で問題となる適用すべき租税法規の立

---

(82) Robert Thornton Smith. (1999). "BUSINESS PURPOSE: THE ASSAULT UPON THE CITADEL" 53 Tax Law. 1.

(83) 同判決は、同事件の第一審租税裁判所判決が、Frank Lyon 事件連邦最高裁判決 (Frank Lyon Co. v. United States, 435 U.S. 561) について、税法上、取引が sham であるかを決定するには、2つの調査を命じていると解釈したのに同意して「取引を sham として扱うためには、納税者が取引を行うにあたり、租税上の便益を得る以外に何ら事業目的に動機付けられていないこと、及び取引において何ら利益が生じる合理的な可能性がないため、取引の経済的実質がないことを裁判所が認定しなければならない(試訳)」"To treat a transaction as a sham, the court must find that the taxpayer was motivated by no business purposes other than obtaining tax benefits in entering the transaction, and that the transaction has no economic substance because no reasonable possibility of a profit exists." (Rice's Toyota World v. CIR, 752 F.2d 89 (4th Cir, 1985), at 91) と判示し、①事業目的 (business purpose) という主観テストと②経済実質 (economic substance) という客観テストを2つのテストに定式化した。

法趣旨との関係は、あまり論じられることは少ないとも考えられる。

もともと、アメリカでは立法趣旨との関係は問題にならないというわけではない。例えば、納税者の会社設立行為が米連邦税法上の reorganization に該当するかが争点となった Gregory 事件米連邦最高裁判決においても、新しい有効な法人が設立されたことは疑問の余地がないとしながらも、その取引には事業目的ないし会社の目的 (business or corporate purpose) を見出すことはできず「取引は、明らかに、制定法の明白な意図の範囲外にある<sup>(84)</sup>」として、旧内国歳入法 112 条の適用を否定した。立法趣旨との関係を、明示的に分離して検討していないとしても、取引の客観的要件や主観的要件と融合する形で、判断要素となっていると言えよう。

## 第 2 節 事業目的・経済的合理性の不存在の立証

前節では、課税減免規定の「限定解釈 (不適用)」をするための基準について、3つの要件に分けて整理した。このうち、「事業目的・経済的合理性の不存在」の要件については、複雑な取引を組み合わせた巧妙な租税回避行為など、事例によっては、その立証が課税庁側にとって困難になる場合も想定される (前節 1 (2) ロ (ハ) 参照)。ここでは、このような立証を行う場合、いかに主張を組み立てるべきかといった実践的な観点から、さらに検討をしたい。

この点、すでに言及したが、economic substance の存否についての判断基準について、アメリカで行われてきた議論が参考になると考えられる。以下では、この問題の基本的な着眼点を示したうえで、アメリカの議論を簡単に紹介し、さらにわが国における課税減免規定の「限定解釈 (不適用)」の問題として整理したい。

---

(84) “the transaction upon its face lies outside the plain intent of the statute.”  
(supra note 69, at 470)

## 1 基本的な着眼点

### (1) 問題の所在と検討の方向性

通常取引と比較して不自然な取引が行われた結果、税法上の負担軽減効果が発生し、取引の動機として租税回避目的しか認められないという場合には、課税庁としては、直ちに、制度を濫用したものではないかという印象が生じることもある。しかし、私法上、形式的には、課税減免要件を満たしているものについて、あえて、減免規定の適用を否定するという強い効果を及ぼすのであれば、その要件は、単に通常と比べて不自然な取引というだけでは足りないと言える。当該取引によって発生が意図されている法的・経済的効果について、租税軽減効果を除いて考えれば、何ら納税者の事業目的と結びつくものではなく、あるいは経済的に見て何ら合理性が認められないということを、具体的証拠に基づき、理路整然と主張するのでなければ、裁判所を説得するのは困難と思われる。もっとも、いかなる事実を集めてどのように分析・整理するのが、より説得的な主張となるのかという点については、必ずしも明らかではない。

この点、外国税額控除事件の国側主張でも、一部現れていたところであるが、私見の結論を先取りして述べれば、以下のような主張・立証が効果的なのではないかと考えている。すなわち、当該取引について、あえてそのような取引をしなかった場合や通常取引を行った場合と比べ、課税減免効果を除外したベースで考えれば、経済状態に何ら変動がないか、税引前で見れば損失が発生することが確定的であるようなケースであったことを客観的に示すということである。

政策的な課税減免規定は、特定の経済取引に対して、税負担軽減の効果を及ぼすことによって、一定の政策目的を実現することを目指して創設されたものである以上、税負担軽減効果を除けば経済的に何ら実質のないような取引に適用することは、本来予定されているものではないという法解釈論上の主張と結びつくことになる。その意味で、本件取引が実際に経済的実質を有しないという事実の立証を行う必要がある。

課税減免効果を除外した場合、取引において利益が発生するかという検討は、アメリカの economic substance doctrine で論じられている問題と重なる部分があり（特に pre-tax profit test など）、わが国における課税減免規定の「限定解釈（不適用）」の要件を検討するに当たっても参考になる部分があると考えられる。以下、簡単に紹介したい。

## （２）アメリカの beneficial interest test の議論

すでに若干触れたところではあるが、アメリカの判例法理においては、「達成させられる便益と比較して、税引前の経済的利益が存しない、あるいは利益が最小である場合には、取引における税の便益を拒絶するために『実質的な経済的な利益テスト（substantial economic profit test）』を適用」され、「このテストは、典型的には、問題となった『費用』（これは、経済的な損失よりもむしろタイミングの便益を反映するという意味で巧妙に用いられている。）の控除を否定するために使われている」<sup>(85)</sup>とされている。

また、アメリカでも外国税額控除の濫用事例が問題になっており、IRS（米国税庁）が1997年に発遣した Notice 98-5 では、規制すべき取引の判断方法として経済的な利益テスト（foreign tax credit tax profit test）が提唱されている。そこでは、納税者の取引において、その期待されている経済的な利益がその結果生じた外国税額控除に比べて実質的でない場合、そのような取引は濫用（abuse）とみなされることになる<sup>(86)</sup>。

以上のように、取引における税の便益を受けることができるかを判定する基準として、税負担軽減効果を除いたところの税引前の経済的利益が実質的に認められるかを測定するという考えは、pre-tax profit test とも呼ばれるが、さらに、その pre-tax profit をいかに客観的に測定するかについても、様々な問題があり議論されている。例えば、税引前の経済的利

---

(85) 占部裕典『租税法の解釈と立法政策Ⅱ』471～472頁（信山社、2002）。

(86) 占部・前掲注(85)462頁以下。なお、Notice98-5については、中里・前掲注(65)236頁以下も参照。

益と課税上の便益との大きさを比較して、前者が実質的と言えるかを比較するとしても、両者の利益のタイミングがずれる場合には、現在価値に割り引いて、同じベースで比較する必要がある。この場合、割引利率として如何なる値を用いるかによって、結果が異なってくることもあり得よう。

また、取引を行うことによって、税引前利益がゼロかマイナスであることがはっきりしている場合には、economic substance がないと言えるであろうが、ごくわずかではあるが利益が生じるという場合、どの程度の利益があれば充分なのかといった問題も生じよう。これについては、comparison-with-other-investment test (同様のリスクをもつ取引について、問題となっている納税者と同様の状況にある納税者が求める期待リターン<sup>(87)</sup>の最小現在価値以上の経済価値があるか否か) なども提唱されている<sup>(87)</sup>。

### (3) わが国の議論への応用 ～ まとめと留意点

以上のように、アメリカにおいても、当該取引によって得られる税引前の利益が課税上の便益に比して少ない場合には、課税上の便益を認めないという発想で議論がされている。economic substance として、どこまでの利益を求め、それをどのように測定するかという具体的な手法については、なお、検討すべき問題が少なくないとは言え、発想の方向性自体は、外税最高裁判決の課税減免規定の「限定解釈(不適用)」を基礎付けるための主張として応用できると考える。もっとも、具体的事案への適用に当たっては、いくつかの注意が必要であろう。

例えば、特定の取引だけを見れば、損失の発生が確定しているようなものであっても、事業全体で長期的に見れば、企業収益にプラスに働くとい

---

(87) 詳しい議論については、今村隆「一般否認規定についてのカナダ最高裁判例の研究」駿河台法学 21 巻 2 号 192 頁 [161 頁～]、Joseph Bankman. (2000). “THE ECONOMIC SUBSTANCE DOCTRINE” 74 S. Cal. L. Rev. 5 at 24., Smith supra note 82 at pp. 20-, Jinyan Li. (2006). ““Economic Substance”: Drawing the Line Between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance” Canadian Tax Journal vol. 54, no. 1, p. 23., at pp. 43-.などを参照。

う意味で経済的合理性が認められる場合もある。事業目的や経済的合理性を考える場合、個別の取引だけでなく、どの範囲までの経済活動を取り込んで、判断すべきであるかの問題であるが、この点については、納税者の本来の事業と当該取引との関連等を勘案し、社会通念に従って決めていくほかはないであろう。ただ、経済的合理性等の判断は、あくまで、納税者の観点から見て、あえて、そのような取引を行うことが合理的か否かによるべきであり、不合理な取引の結果、取引の相手方が得ることのできる利益を混同して議論すべきではないと考える。

なお、経済的に見て、損失の発生が確定的であったとしても、納税者としては、取引当時に置かれた状況からして、やむを得ない事情があったとの反論も予想されるが、この点は、私見の整理によれば、第三の主観的要件（租税回避目的以外の目的の不存在）において考慮することになる。事業目的や経済的合理性の判断は、あくまで客観的な経済効果を測定して判定するものとする。

## 2 将来のキャッシュ・フロー分析が必要な場合

### (1) 問題の所在

課税減免効果を除外した税引前のベースで考えれば、経済状態に何ら変動がないとか、損失が発生することが確定的であるといったことを課税庁側が主張すればよいと整理したとしても、取引当時における将来の予測の要素を含んだ判断となる場合もある。外国税額控除事件では、外国税を負担した後の（日本税の）税引前ベースでは、損失が発生する取引（逆ざや）であることが比較的明確に立証できたとも言えるが、必ずしもこのようにうまくいくケースであるとは限らない。最近のタックスシェルターのように、複雑な取引を組み合わせて、事業年度を超えて取引関係が継続するような場合には、将来のキャッシュ・フロー分析など、さらに綿密な経済分析などに基づく主張が必要となることも考えられる。

ここでは、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」が争われた事例ではな

いが、スキームの経済的合理性の有無が争点となった事案として、船舶リース事件と航空機リース事件を取り上げ、その立証のあり方について考えてみたい<sup>(88)</sup>。

## (2) わが国の裁判例を題材とした検証

### イ 船舶リース事業への組合出資の経済的合理性

船舶リース事件<sup>(89)</sup>では、組合による本件船舶賃貸事業が、原告を含む一般投資家にとって経済合理性がないとの国側主張が行われていた。同事件のスキームでは、一般投資家は、リース会社の子会社からローンを受けて大型船舶の共有持分権を購入し、それを民法上の組合に現物出資しており、当該組合が、ケイマン法によるリミテッド・パートナーシップに船舶を現物出資してリース事業を行っていた。第一審の国側主張では、リース会社グループは、本件賃貸事業から大きな利益を得るほか、購入代金に係る投資家へのローン金利を受けるほか、本件船舶持分権の売却においても、購入手数料のほか、売買差益を得ていることを指摘した。そのうえで、「グループが一方的に利益を得ることができるのは、一般投資家らのキャッシュ・フロー・ベースによる利益を低く抑えつつ、税額減少効果によりこれを補っているため」であり、「本件賃貸事業は、租税負担が軽減される点を考慮しない限り、原告ら投資家にとって利益となる点は見られず、むしろ、その利益に反する点が多々見られる」と

---

(88) これらの事件において、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」により、課税処分の適法性を主張しようとした場合、本件に所得税法 49 条（減価償却費）を適用することが、制度の濫用であり許されないという主張になろう。私見の整理では、「限定解釈（不適用）」が許されるのは、政策的な課税減免規定である必要があるが、これらの規定がそれに該当するかについては、筆者としては、疑問に思っている（この点は、次章でも検討したい）。よって、ここで、これらの事件を題材とするのは、不適當かもしれないが、あくまで、思考実験的に、政策目的規定の立法趣旨違背という要件を捨像したところで、事業目的・経済的合理性の有無の観点のみを取り出して検討したい。

(89) 第一審の名古屋地判平 17・12・21（公刊物未登載）、控訴審の名古屋高判平 19・3・8（公刊物未登載）とも国側敗訴となった。

主張した<sup>(90)</sup>。

これに対し、第一審判決は、「合理的経済人が、減価償却費と損益通算による所得の減少を考慮して、事業計画を策定することは、ごく自然なことと考えられる上、現実の納税額の総額が減少するのは、所得税法が採っている累進課税制度、長期譲渡所得の優遇措置などを適用した結果であり、租税法自体が容認している範囲内のものにすぎないというべき」として排斥した。

上記国側主張について、思考実験的に、減免規定の「限定解釈（不適用）」の要件である経済的合理性の不存在の主張としてならどうであろうかということ考えた場合、判決が、合理的経済人が、制度上認められた課税減免効果を考慮して事業計画を策定することは、ごく自然なことと判示していることからして、同様に国側主張が認められないであろうことが想定される。すなわち、租税回避を目的として通常用いられない法形式の取引を行ったことにより、何もしない場合又は通常用いられる形式で取引した場合と比べて、制度上認められた課税減免効果が生じているというだけでは、濫用的取引と認定されるためにも不十分であると思われる。課税減免効果を除いて考えれば、残るのは、経済的に全く意味がない取引、損失が生じるだけの取引ということまでの立証が求められると考えるべきであろう。

#### ロ 航空機リース事業への組合出資の経済的合理性

航空機リース事件（名古屋事案）<sup>(91)</sup>でも、船舶リース事件と同様、「私

---

(90) 前述のとおり、これらは、契約当事者の真の合意が、民法上の組合契約ではなく利益配当契約の締結にあったことを示す間接事実として主張されたものであるが、第一審判決は、国側主張の経済的不合理性の事実については、民法上の組合契約のみならず、国側主張の利益配当契約にも当てはまるから、処分の適法性を基礎付けるものとしては、主張自体失当とされた。なお、本件の控訴審において、国側は、外税最高裁判決を引用して、本件は減価償却制度を濫用するものであるから同制度の適用はない旨の主張を追加しているが、当該主張も、控訴審判決において排斥された。

(91) 第一審、名古屋地判平 16・10・28 判タ 1204 号 224 頁、控訴審、名古屋高判平 17・10・

法上の法律構成による否認」の争点の中で、組合を使ったリース事業の経済的合理性が問題となった。本件のスキームは、一般投資家が組合に出資を行い、組合が出資金と金融機関からの借入金を用いて航空機1機を購入し、これを航空会社にリースするものである。リース料収入は、借入金の元利返済に充てられ、残余が組合員に分配されるとともに、リース期間終了後に航空機を売却して借入金残高の返済に充て、なお、余剰があれば、組合員に分配することとなっていた。

国側は、原告である一般組合員が得る利益を、実際に受け取る現金(キャッシュ・フロー・ベース)で分析したが、まず税負担軽減効果を除いたところで検討し、期間終了後、航空機が低額でしか売却できなかった場合には、組合員の出資に大きな損失(例えば、マイナス68.5%)を被るリスクがある割には、想定売却価格で売却できた場合であっても、得られる利益(約24.4%)が大きいとはいえないと主張した。そのうえで、キャッシュ・フロー・ベースの利益に損益通算による課税減免効果を加味した実質利益を算定し、航空機が想定売却価格の約60%の価格でしか売却できなかった場合(税負担軽減効果を除けば約マイナス68.5%)であっても、実質利益ベースでの利益率では、なお利益を確保できる(約4.8%)とした。この点をとらえ、国側は、本件スキームの経済的実質について、「民法上の組合の体裁を採ることにより、本来他の所得に係る税額として、一般組合員が国に納めるはずであった税額を、アレンジャー各社、一般組合員及び本件各金融機関等が分け合うことによって、税の納付を受けられなかった国を除き、本件各契約の関係者の全てが、大きな利益を得ようとしている」と断じた。そして、航空機の売却価格が想定売却価格を上回った事例は、32例中6件にすぎず、減税効果を除いたキャッシュ・フロー・ベースで観察する限り、本件事業は、一般投資家が簡単に出資を決定できない極めてハイリスクな契約であることが

明らかであると主張した。

これに対し、原告納税者側は、事業の投資価値をキャッシュ・フロー・ベースと課税額減少効果に区別して捉えなければならない理由について全く論証されておらず、およそ論理性に欠けると反論した。すなわち「合理的経済人であれば、納税義務を考慮することなしには、いかなる重要な経済的意思決定もなし得ないところ、被告らの上記主張は、事業を開始するに当たり課税額減少効果を見込むことは一切許されないというに等しく、経済的常識に反し合理性がない。」というものである。また、本件スキームは、経済的な利益を生じる可能性が高いと反論するとともに「出資額の全額が確実に回収されなければ経済合理性がないとの被告らの主張によれば、リスクの高い事業は、およそ経済合理性のない事業ということになるが、かかる主張は非常識である。」とも主張した。

判決においても、上記納税者側主張は容れられ「本件各事業においては、キャッシュ・フロー・ベースでは、損失が生じる可能性が相当ある一方、高額利益を得る可能性もあるから、それ自体でも、投資としての経済的合理性が存在することを否定できない」とされ、船舶リース事件と同様「合理的経済人が、減価償却費と損益通算による所得の減少を考慮して、事業計画を策定することは、ごく自然なこと」として国側主張が排斥された。

船舶リース事件の分析と同様、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」の要件としての「経済的合理性」の要件に当てはめて考えた場合、本件についても立証が不十分ということになってしまうのではないかと。経済的実質的に見れば、あらかじめ、仕組みられた取引の税法上の効果により発生した税負担の軽減額を、取引当事者間で分配しているという主張だけでは足りず、課税減免効果を除いて考えれば、そもそも、何もないか又は損失が生じるだけということ、より説得的に主張することが求められるであろう。ただ、本件で原告は「事業の投資価値をキャッシュ・

フロー・ベースと課税額減少効果に区別して捉えなければならない理由について論証していない」と国側を批判しているが、仮に、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」の主張ということであるならば、事業の投資価値をキャッシュ・フロー・ベースと課税上の効果とに区分して分析することは、まさに意味を持つこととなろう。問題は、将来のキャッシュ・フローを算定する際、本件における航空機の売却価格のように確率的事象に左右される場合、どこまでの立証が求められるかである。本件で国側は、32例中6件しか想定価格を上回っていないという実績を持ち出して、損失を被る可能性が高いと主張したわけであるが、裁判所は、高額な利益を得る可能性もあるから、それ自体でも、投資としての経済的合理性が存在すると判断した。将来のキャッシュ・フローについては、投資時点における確率を考慮した見積もりとなるが、「損失が生ずるだけである」取引であったことを立証するには、単に、損失が生じる可能性の方が大きいというだけでなく、少なくとも相当程度の損失の蓋然性を立証することが求められると考えるべきであろう。

### (3) 立証のあり方の検討

前項で見たとおり、事業目的・経済的合理性の不存在の立証として、取引前の経済的利益がほとんど見込めない経済的実質のない取引であったことを立証しようとしても、取引のキャッシュ・フローが将来の中長期にわたるような取引にあっては、その立証が困難になることが想定される。

もちろん、課税減免効果を動機とした取引がすべからく租税回避行為であると考えような姿勢は厳に慎まなければならないが、事業目的・経済的合理性のある取引において課税減免規定の税負担軽減効果を利用すると、減免効果を得るためだけにあえて経済的に意味がない取引を行うことを、客観的な分析により区別するよう努力することは重要である。航空機リース事件では、キャッシュ・フロー・ベースにおいて、課税額減少効果と区別しながら、将来の経済的效果を分析することにより、投資価値を測定するという手法が試みられたが、このような手法の理論的基礎は、管理

会計の意思決定会計論でも論じられているところである。門外漢である筆者が紹介することは、不適當かもしれないが、これらの議論で参考にできる面がないか考えてみたい<sup>(92)</sup>。

#### イ 管理会計論における議論

投資決定で重用される割引キャッシュ・フロー法 (discounted cash flow method、DCF 法) は、投資の経済効果が及ぶ全期間のキャッシュ・インフローとキャッシュ・アウトフローを期別に見積もり、期別に算出した正味キャッシュ・フローを資本コストによって現在価値に還元し、投資案の採算性と優劣を判定する技法である。

初期投資額 IC を伴う投資案を行うことによって、毎期もたらされる現金収入を  $\Delta R$  で表し、この投資案によって、毎期、新たに必要となる「現金流出を伴う営業費用」を  $\Delta OC$  とする。減価償却費は、現金流出を伴わないので、現金流出を伴う  $\Delta OC$  に含まれない。租税の支払いを考慮しなければ、投資案からの毎期の増分営業キャッシュ・フローは  $\Delta R - \Delta OC$  (\*) となる。この場合、租税の効果を考えると以下ようになる。投資案から毎期発生する減価償却費を  $\Delta Dep$ 、限界税率を  $T$  とすると、租税は会計上の期間利益 ( $\Delta R - \Delta OC - \Delta Dep$ ) をベースに付加されるため、租税の支払いによる現金流出額は  $T \cdot (\Delta R - \Delta OC - \Delta Dep)$  (\*\*\*) となる。よって、投資案の毎期の税引後の正味キャッシュ・フロー ( $\Delta CF$ ) は (\*) から (\*\*\*) を差し引いた額となり、

$$\begin{aligned}\Delta CF &= (\Delta R - \Delta OC) - T \cdot (\Delta R - \Delta OC - \Delta Dep) \\ &= (\Delta R - \Delta OC) \cdot (1 - T) + T \cdot \Delta Dep \quad \text{と変形される。}\end{aligned}$$

ここで、正味キャッシュ・フロー ( $\Delta CF$ ) は、次の 2 項で構成されるとされる。

- ①  $(\Delta R - \Delta OC) \cdot (1 - T)$  で表される租税調整済営業キャッシュ・フロー

(92) 以下の議論は、上埜進『管理会計 価値創出をめざして [第3版]』157頁以下(税務経理協会、2007)を参考とした。

②  $T \cdot \Delta \text{Dep}$  で表される減価償却費の費用処理に伴う租税負担軽減分

キャッシュ・フローの算出過程における減価償却費の重要性は、それが課税額を  $T \cdot \Delta \text{Dep}$  相当額だけ減額させることにあり、この租税負担軽減額（タックス・シールド tax shield）だけ、税引後キャッシュ・フロー  $\Delta \text{CF}$  の値が大きくなると説明される。

ロ 課税減免規定の「限定解釈」論への応用可能性

上記は、管理会計における投資決定論の説明であるが、 $T \cdot \Delta \text{Dep}$  の部分（タックス・シールド）については、減価償却費だけでなく、当該取引を行ったことにより、課税減免規定を適用することによって生じた租税負担軽減効果（税率軽減、必要経費・損金算入、益金不算入、所得控除、税額控除などによって生じるキャッシュ・フローの増減）も含めて一般化して考えることも可能である。通常の投資においては、投資期間全体で見れば、 $\Delta R - \Delta \text{OC}$  が総体としてプラスになることが想定されているであろう<sup>(93)</sup>。そうでなければ、初期投資額 IC を回収するどころか、まさに、損失を生じさせるだけの投資となるからである。他方、毎期の  $(\Delta R - \Delta \text{OC}) \cdot (1 - T)$  の部分は、ほとんどゼロかマイナスではないのに、 $T \cdot \Delta \text{Dep}$  の部分でプラスを稼ぎ、結果的に、初期投資額 IC を回収できるように、取引を仕組むことができたと仮定しよう。この場合、投資家の立場としては、不合理な投資とまでは言えないかもしれない（合理的な経済人が、税負担軽減効果を考慮して事業計画を策定することは、ごく自然なこととされる）。しかし、 $\Delta R - \Delta \text{OC}$  では、利益が全く見込めないのに、 $T \cdot \Delta \text{Dep}$ （税負担軽減効果）のみで投資額を回収するような取引というのであれば、まさに外税最高裁判決のいう「取引自

(93) DCF 法のうち、例えば、正味現在価値法（net present value method、NPV 法）では、初期支出額（投資額）を含む毎期の正味キャッシュ・フローを適切な割引率（投資案の資本コスト率を市場利子率や投資のリスク等の要因を加味して見積もる）で割り引き、現在価値を計算したうえで、その合計額を、当該投資案の正味現在価値とし、その値がプラスならば投資案を採択し、マイナスならば棄却するといった形で投資決定に活用される。

体によっては損失が生ずるだけ」に該当すると言えよう。

ただし、判断が難しいのは、 $(\angle R - \angle OC) \cdot (1 - T)$  の部分は、それなりにプラスとなることが見込まれるが、投資額 IC を回収するには足りないといった場合である。また、通常のケースでは、ICを回収するには足りないが見込まれるが、投資期間終了後に投資物件が高額で転売できるなど、場合によっては、将来多額のキャッシュ・インフローが発生する可能性があるといったケースでは、さらに不合理性の立証は難しくなると言えよう。

将来の確率的な事象に応じて、キャッシュ・フローが異なる場合、管理会計では、確率によって収益を加重平均するなどしてキャッシュ・フローの見込値を算定するのであろうが、法的判断として、事業目的・経済的合理性の有無を判断する場合には、特定の数値だけで判断することは適当ではない<sup>(94)</sup>。

結局、機械的に経済的合理性の存否を決定できるような算式は得られないが、契約締結の時点において、問題となっている取引を行うことにより、将来経済的效果の発生がどのように見積もられていたのか、毎期のキャッシュ・フローを分析していくことになろう。その際、上記でみたように、租税軽減効果を除いたところでの、取引本来の経済効果から生じるキャッシュ・フローと課税減免規定の適用による租税軽減効果によるキャッシュ・フローに分解することになる。そして、当該取引にかかる投資額がどのように回収される構造となっているのか、将来の確率的な事象によって収益額が変動するものについては、それぞれの事象が発生する確率がどの程度見積もられるべきものであったのかなどを示すことにより、当該取引の全体的な収益構造を明らかにする必要がある。

---

(94) DCF法によって、正味現在価値などを計算する際には、キャッシュ・フローや資本コスト率の見積もり・算定の仕方によって、大きく数値が変動することになるから、現実に算出した数値を課税処分における判断にそのまま使うということは、納税者の予測可能性を大きく損ねることになってしまうであろう。

その結果として、当該取引が単に課税減免効果を得るためだけに行われたものであって、それがなければ、投資額を回収することすらできない「損失が生じるだけのもの」であったことが、明らかになるかもしれない<sup>(95)</sup>。

上記の点が、取引当初から確定していたと社会通念上認められるようなケース（投資額を回収する確率がゼロではないとしても、社会通念上、無視し得るほど極めて小さい場合も含む。）であることが立証できたならば、事業目的や経済的合理性の不存在の要件は満たしていると言えよう。

---

(95) 狭義の租税回避行為など一定の経済目的を達成する過程で、通常用いない異常な法形式を選択した場合には、通常の法形式による場合と納税者の採用した法形式の場合とで、それぞれキャッシュ・フローを分析し、わざわざ後者を採用したことによって、税負担軽減効果を除けば、余分なコストが生じるだけになっていないか分析することになる。

## 第3章 課税減免規定の「限定解釈」の 応用可能性

外税最高裁判決は、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」を認めたもの、すなわち、形式的に要件の文言を満たしていたとしても、制度全体の趣旨を勘案して濫用と認められる場合には、当該条項を適用しないとしたものであると考えるのが私見の整理であった。では、その理解を前提として、同判決の射程範囲は、どこまで広がり得るのであろうか。ここでは「限定解釈（不適用）」の対象となる「政策目的に基づく課税減免規定」の範囲について考えたうえで、裁判事例で争われた租税回避スキームを題材とし、これに対して課税減免規定の「限定解釈（不適用）」を主張できないか、仮想的に検討したい。

### 第1節 租税法における「政策目的規定」の範囲

#### 1 「限定解釈（不適用）」の対象となり得る課税減免規定

既に述べたように、外税最高裁判決では、法人税法 69 条の外国税額控除の制度が「同一の所得に対する国際的二重課税を排斥し、かつ、事業活動に対する税制の中立性を確保しようとする政策目的に基づく制度」と判示したうえで、本件取引に対し、制度の趣旨を逸脱し濫用するものとして、当該規定の「限定解釈（不適用）」を行った。外税最高裁判決の射程範囲については、租税特別措置法に規定されているような、いわゆる政策税制としての租税優遇措置に限定されるべきとする考えもあろう。

もともと、「政策的」の意義自体が必ずしも明確なものとは言えず、様々な意見があり得るところである<sup>(96)</sup>。まず、この点について、検討したい。

##### (1) 租税優遇措置について

---

(96) 例えば、水野忠恒『所得税の制度と理論－「租税法と私法」論の再検討－』104頁（有斐閣、2006）では、「政策的減免と使われる場合には、公平の原則より優先された租税優遇を意味するものと思われる」とされている。

「政策目的規定」(法令上はもちろん、講学上の用語としても一般的でないかもしれないが、議論の混乱を避けるため、本稿では、外税最高裁判決の「減免規定の限定解釈(不適用)」の射程範囲内と考えられる税法上の規定という意味で、統一的に使うこととしたい。)を考えるにあたって参考となる概念として、前章でも紹介したが、「租税特別(優遇)措置」というものがある。金子名誉教授によれば、租税特別措置というのは、租税類別措置(異なる状況にあるために異なる取扱をすることを内容とする措置)とは異なり、担税力その他の点で同様の状況にあるにもかかわらず、なんらかの政策的目的の実現のために、特定の要件に該当する場合に、税負担を軽減しあるいは加重することを内容とする措置とされる。特に、税負担の軽減を内容とする租税特別措置は租税優遇措置(preferential tax treatments)と言われ、その大部分は租税特別措置法によって定められているが、所得税法・法人税法などの一般法で定められている措置の中にも、租税優遇措置の性質をもつものが少なくないとされる<sup>(97)</sup>。

ところで、同様の議論は、アメリカにおいてもなされている。すなわち、サリー教授の「租税支出(tax expenditure)論」である。アメリカでは、租税特別措置は形をかえた補助金であるという考え方をもとに、1974年に「租税支出予算」という概念を法制度化し、大統領と予算局に年次報告書による議会への報告を義務付けている。サリー教授は、この制度の創設者といえる存在であるが、同教授は、所得とは「一定期間の純財産の増加額(減少額)と消費支出額の合計である」というヘイグ・サイモンズの所得の定義<sup>(98)</sup>を基礎に、それを実際的に見て妥当とみられる例外(帰属所得、未実現キャピタル・ゲインの非課税など<sup>(99)</sup>)を認めたものを「正常な税構

(97) 金子・前掲注(2)79頁。

(98) いわゆる「包括的所得概念」と呼ばれる考え方である。金子・前掲注(2)163頁によれば「アメリカでは、今日、源泉のいかん、形式のいかん、合法性の有無にかかわらず、担税力を増加させる所得はすべて所得を構成すると解されているが、わが国の所得税法の解釈としても、同じ考え方が妥当する。」とされる。

(99) 金子・前掲注(2)164頁によれば「人の担税力を増加させる利得であっても、未実

造 (normal tax structure)」とし、それに違背するものを「租税支出」とする定義を提唱している<sup>(100)</sup>。

(2) 「限定解釈 (不適用)」の対象となり得る「政策目的規定」

以上のような議論は、外税最高裁判決の射程を考える際の「政策目的規定」の範囲を考えるにあたって、参考となる判断枠組みを提供することになる。もっとも、上記のアメリカの理論は、形をかえた補助金である税の優遇措置を統制しようという議論の中で出てきたものであり、本稿の問題意識とはおのずからずれがあることは否定できない。よって、租税支出 (tax expenditure) なり、租税優遇措置 (preferential tax treatments) と呼ばれるものに「政策目的規定」が限定されると考える必然性はないと考える。現に、法人税法 69 条も典型的な租税優遇措置と言えるかは問題であったが、最高裁は、内外事業活動に対する税制の中立性確保という政策目的を見出して、課税減免規定の不適用という効果を導いている。

私見の結論を先取りして言えば、「限定解釈 (不適用)」の対象となる「政策目的規定」の範囲については、以下のように考えている。すなわち、租税法の各規定については、①公共サービスのための財源調達という租税本来の目的のために、担税力<sup>(101)</sup>が同様の状況にある者に対しては、同様の

現の利益 (unrealized gain) - 所有資産の価値の増加益 - および帰属所得 (imputed income) - 自己の財産の利用および自家労働から得られる経済的利益 - は、どこの国でも、原則として課税の対象から除外されている。」から、わが国でも所得税法の課税の対象から除かれていると解さざるを得ないが、「これは、それらが本質的に所得でないからでなく、それらを捕捉し評価することが困難であるからであって、それらを課税の対象とするかどうかは立法政策の問題である。」とされる。

(100) 「正常な税構造」の基準は、その後、範囲が不明確であると批判され、1983 年に米財務省は、あらたに「税制度を通じて実施されてきた支出計画であり、かつその特定の市場に対する異なった効果が特定でき、算定できるような十分に狭い範囲の取引や納税者に適用される現行税法の基本構造から乖離したもの」とする「照応税 (reference tax) 基準」を採用した。この定義によって、タックス・ヘイブン税制や加速度償却制度 (ACRS) は「租税支出」から除外された (以上、畠山武道「租税特別措置とその統制 - 日米比較 -」租税法研究 18 号 1 頁 (1990) [13, 14 頁] を参照)。

(101) ここでは「担税力」という概念も重要なものとなってくるが、金子・前掲注 (2) 75 頁では「担税力とは、各人の経済的負担能力のことであるが、担税力の基準として

税負担を課すという基本理念に従って課税標準や税額の計算方法を定めた規定と、②租税本来の目的以外の何らかの社会的・経済的目的による政策<sup>(102)</sup>を実現するために、担税力が同様の状況にある者と比べて税負担を軽減又は加重する規定とに分けることができる<sup>(103)</sup>。そして、外税最高裁判決で示された「限定解釈（不適用）」の対象となり得る「政策目的規定」については、②の規定がそれに当たると考えられ、典型的な租税優遇措置が含まれることはもちろん、①の「本則的規定」に該当しないものであれば、広く含まれるということになる。

すなわち、経済・社会政策として税負担の減免を認めるという趣旨が必ずしも明白に打ち出されていない場合であったとしても、当該規定に定める課税減免効果の内容からして、担税力に基づく課税という原則を修正する部分があると評価でき、そのような効果を認める趣旨としてなんらかの政策的な目的が認められるのであれば、濫用的取引に対し、当該規定の「限定解釈（不適用）」をなし得ると考える。

は、所得・財産および消費の3つをあげることができる」とされ、所得税や法人税における担税力の基準は所得ということになる。所得税については「所得はその性質や発生の態様によって担税力が異なるという前提に立って、公平負担の観点から、各種の所得について、それぞれの担税力の相違に応じた計算方法を定め、また、それぞれの態様に応じた課税方法を定める」（同 174～175 頁）のに対し、法人の所得については「基本的には法人の利益（profit）と同義であって、法人の事業活動の成果を意味する。わが国の企業会計では、法人の利益は、損益法、すなわち、一定期間の間における収益（revenue, gross profit）からそれを得るのに必要な費用（cost, expense）を控除する方法で計算される」（同 249 頁）。

- (102) 例えば、社会政策としての土地対策、住宅対策、都市対策や、経済政策としての貯蓄の奨励、環境・エネルギー対策、資源開発の促進、輸出振興、設備の近代化、技術振興などが考えられる。

なお、占部裕典「法人税における政策税制—その機能と法的限界—」日税研論集 58 号 125 頁（2008）では、「政策税制」としての租税特別措置について手法別に紹介されている。

- (103) 租税法の規定についての分類についても、研究者によって、様々な用語が使われているところであるが、ここでは、仮に、①を「本則的規定」と呼び、②が前掲注(96)で定義づけた「政策目的規定」にあたるものとして用語を統一することとした。

このような考え方については異論もあろうから、その根拠について3の小括でも補足したいが、抽象的な議論ではイメージが生じにくい面もあるので、次の2においては、所得税、法人税に関する現行法令の規定の中から例をとりあげ、上記の基準に従って、それが「本則的規定」に当たるか「政策目的規定」にあたるか分類を試みてみたい。なお、以下の議論は、あくまで、限られた資料のなかで、とりえあえずの試論として、租税法規の性格に関する個人的見解を述べたにすぎないことを確認させていただきたい。

## 2 課税減免規定の分類の検討例

### (1) 本則的規定と考えられるもの

まず、所得課税としての税本来の目的に関わるような計算規定として、例えば、どのようなものがあるのか考えてみたい。

例えば、所得税法37条1項（必要経費）や法人税法22条3項（損金）において、事業の遂行上必要な費用を控除するというのは、所得計算の本質に関わる規定であり、これを政策的規定と位置づけることはできないから、外税最高裁判決をこの規定に当てはめることは難しいと考えられる。

また、組合を通じたレバレッジド・リース事案などで問題となる、減価償却費については、「別段の定め」として必要経費や損金に算入すべき金額の計算方法等が定められている（所得税法49条、法人税法31条）が、企業会計上、一般に認められる額の減価償却費を損金に算入すること自体は、所得計算の本則に関わる部分と考えざるを得ないのではないか（もちろん、特別償却や割増償却など、政策的に、多額の減価償却費の損金算入を認めている場合は別である。）。そのように考えると、多額の減価償却費の計上により、税負担の減少が生じているとしても、私法上、真正に適用要件を満たしているのであれば、所得税法49条等の「限定解釈（不適用）」の手法は使いづらいであろう。

すなわち、私見の整理では、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」とは、

広義の政策目的のために、担税力に基づく課税という原則に修正が加えられている（すなわち、担税力の減少以上に、課税減免効果が与えられていると評価できる）場合に、制度を濫用する場合には、そのような効果を与えないということであった。これに対し、経費の支出等に対して担税力の減少を認め、税負担軽減の効果を発生させる「本則的規定」としての課税減免規定の場合には、税負担軽減以外に経済的合理性のない取引であったとしても、「制度の濫用」という説明は難しいのではないかということである。よって、現実には、担税力を減少させるものと租税法が評価している取引が真実行われたのであれば、当該規定の定める法効果は認めざるを得ない。

もともと、必要経費・損金や減価償却費の規定には「事業の遂行上必要」なものに限り控除するという立法趣旨（政策的目的ではなく、公平負担維持という租税法本来の目的からの立法趣旨）は認められるであろうから、「総収入金額を得るために直接要した費用」（所得税法 37 条）の文言に対して、上記立法趣旨を踏まえた「文言解釈」を行うことは可能と考える。法人税法 31 条に関するフィルムリース最高裁判決もそのような観点から「減価償却資産」という文言を限定解釈したものとも考えられることについては、すでに触れたが、次節における仮想的分析でも考えてみたい。

所得税については、所得分類ごとに担税力が異なるという前提に立って、それぞれの計算方法を定めているが、例えば、長期譲渡所得については、所得金額の 2 分の 1 を課税標準に算入すると規定している（所得税法 22 条 2 項 2 号）。同条の適用により、かなりの税負担軽減効果を生じることもあり「公平負担の原則」から議論はあり得ようが<sup>(104)</sup>、立法趣旨として、

---

(104) 金子・前掲注(2)76 頁によれば「長期譲渡所得は長期間にわたって累積してきた価値の増加が一時に実現したものであるという点を重視すれば、それは他の所得と異なる状況にあり、したがってなんらかの税負担の軽減が必要であるということになる。逆に、それは資産所得として高い担税力をもち、しかも一般に高額所得者の手に集中しているという点を強調すれば、他の所得より有利に取り扱う必要はない、ということになる。」とされる。

何らかの社会的、経済的な政策目的の実現を目指しているとまでは言えないのならば「本則的規定」と位置づけられよう。

外国子会社合算税制（タックス・ヘイブン税制）を定めた租税特別措置法 66 条の 6 では、同条 4 項において適用除外要件（事業基準、実体基準、管理支配基準、所在地国基準又は非関連者基準）を定めているが、このような条件を満たせば、外国子会社の留保所得を収益とみなして益金に算入されることがなくなるという意味で、課税減免効果をもたらすという考え方もできる。こうした捉え方をした場合、同条 4 項は「限定解釈（不適用）」の対象となり得るのであろうか。この場合、もともと外国子会社合算税制（同条 1 項）の趣旨が問題になるが、これにつき、租税回避防止を目的とする公平負担実現のための制度と捉える<sup>(105)</sup>と「本則的規定」ということになる。そうすると、同条 4 項の規定は本則的規定の適用除外規定ということになり、適用除外とする趣旨が、課税の公平上、問題が少ないからというだけでなく、他に何らかの社会的、経済的な政策目的あるというのでない限り、「政策目的規定」とは言えないように思われる。よって、いかに形式的にせよ、適用要件を満たす私法上の法律関係が真正に成立しているのであれば、「限定解釈（不適用）」とすることは難しいであろう（もっとも、外国子会社合算税制には、「資本輸出の中立性確保」という政策目的も含まれているという意見もあろうし<sup>(106)</sup>、また、そうではないとしても、同条 4 項の「文言解釈」の範囲内において、租税回避防止という立法趣旨

---

(105) 例えば、最判平 19・9・29 判時 1989 号 18 頁では「同条 1 項の規定は、内国法人が、法人の所得等に対する租税の負担がないか又は極端に低い国又は地域に子会社を設立して経済活動を行い、当該子会社に所得を留保することによって、我が国における租税の負担を回避しようとする事例が生ずるようになったことから、課税要件を明確化して課税執行面における安定性を確保しつつ、このような事例に対処して税負担の実質的な公平を図ることを目的」としたものとしている。

(106) 占部・前掲(102)128 頁では、外国子会社合算税制について「一面では重課と解するか本来の租税原則に戻すための制度と解するか、資本輸出の中立性の確保のための租税政策と解するかなどといった視点からも検討を加えることもでき、その区別は困難である。」としている。

を斟酌して縮小・拡張解釈をすることはあり得よう。)

## (2) 「政策目的規定」の範囲内と考えられるもの

政策税制としてのいわゆる純粋な「租税優遇措置」については、社会的、経済的政策目的に基づいて、担税力に応じた公平負担の修正としての課税減免効果が定められていることがはっきりしており、「政策目的規定」に該当することは問題ないであろう<sup>(107)</sup>。ここで問題となるのは、基本的には、課税標準計算の本則をなすような規定であるが、その中に政策的配慮も含まれているのではと考えられる場合である。以下では、租税特別措置法以外の所得税、法人税などの本法で規定された条項を中心に検討したい。

### イ 政策的な配慮も含まれていると考えられる規定

例えば、所得税法 30 条（退職所得）では、収入金額から退職所得控除額（同条 3、4 項）を控除した 2 分の 1 相当額を退職所得金額とするとし（同条 2 項）、給与所得と比べても税負担を軽減させている。退職所得は、長期間の就労に対する対価の一部分の累積たる性質を持つ点に着目すれば、長期譲渡所得と同様、他の所得と異なる状況にあるものとして、課税の公平を実現するための平準化措置として、本則的規定に入るとも考えられよう。しかし、所得税法 30 条は、高齢退職者に対する保護という社会政策的な配慮によって税負担軽減を認める側面も含まれていると考えれば<sup>(108)</sup>、二重の性格を持つ規定として、広義の「政策目

(107) 租税優遇措置については、租税特別措置法に規定されていることが多いであろうが、所得税法や法人税法などの本法に規定されていることもある。具体的な条文については、占部・前掲(102)のほか、同論文集に所収の諸論文を参照。なお、時代的にはかなり古いが、税制調査会昭和 50 年 12 月 23 日「昭和 51 年度の税制改正に関する答申」においては、「租税特別措置の整理合理化」について、当時の税制における各規定について議論されている。

(108) 最判昭 58・12・6 訟月 30 卷 6 号 1065 頁によれば、所得税法が退職所得に対して優遇措置を講じているのは「一般に、退職手当等の名義で退職を原因として一時に支給される金員は、その内容において、退職者が長期間特定の事業所等において勤務してきたことに対する報償及び右期間中の就労に対する対価の一部分の累積たる性質をもつとともに、その機能において、受給者の退職後の生活を保障し、多くの場合いわゆる老後の生活の糧となるものであるため、他の一般の給与所得と同様に一

的規定」に該当しよう。

所得税法 92 条 1 項（配当控除）については、法人税と所得税を統合する制度とされている。すなわち、同規定は、昭和 23 年改正において創設されたものであるが、「法人税が個人株主の所得に対して課税する所得税の前取りであるとするいわゆる法人擬制説の立場にたって、法人と個人との二重課税による過重負担を調整する趣旨で設けられた」とされる<sup>(109)</sup>。また、昭和 25 年に創設された法人税法 23 条（受取配当等の益金不算入）についても、同様の趣旨に基づく規定であり、法人に対する課税の根本論から生じる考え方で、法人擬制説的な立場をとったことによるとされる<sup>(110)</sup>。よって、これらの規定については、所得計算の本質に関わるとものとして「本則的規定」であるとも考えられよう。しかし、あくまで法人に対する税と個人株主に対する税は別であることを強調し、配当控除や受取配当の益金不算入の規定を「二重課税排除が究極目的ではなく、投資の促進・株式市場活性化のための政策目的を有する」<sup>(111)</sup>ととらえれば「政策目的規定」的な性格を有しているとも言えよう。

## ロ 企業組織再編税制

法人組織税制（法人の設立・合併・分割及び解散をめぐる所得課税制度）に関しては、平成 13 年税制改正で企業組織再編税制<sup>(112)</sup>が導入され

律に累進税率による課税の対象とし、一時に高額の所得税を課することとしたのでは、公正を欠き、かつ、社会政策的にも妥当でない結果を生ずることになることから、かかる結果を避ける趣旨に出たものと解される」（傍線は筆者）とし、公平の実現と同時に、社会政策的な配慮もあることを判示している。

(109) 武田昌輔監修『DHC コメンタール所得税法』5122 頁以下（第一法規）参照。

(110) 武田昌輔編著『DHC コメンタール法人税法』1203 頁（第一法規）参照。

(111) 金子・前掲注(2)239 頁によれば「法人税は所得税の前どりであるとする見解は、実際の租税制度に対して大きな影響力をもっており、・・・大部分の国は、いわゆる二重課税を排除するため、なんらかの方式を用いて法人税と所得税の統合（integration）を図っている」が、「その究極的な政策目的が、いわゆる二重課税の排除それ自体ではなく、それによって投資の促進、株式市場の活発化等を図ることにあると見られる」とされる。

(112) 例えば、法人が他の法人を合併した場合には、以下のような課税関係が発生する。

たところであるが、これらの規定は、本則的規定であろうか、政策目的規定と見る余地はあるのであろうか。適格組織再編にかかる課税繰延（法人税法 62 条の 2、1 項）については「税制上は、資産の移転取引をした場合には譲渡損益が実現するので課税を行うのが原則」であるが、「組織再編成により資産が移転する前後で経済実態に実質的な変更がないと考えられる場合には、課税関係を継続させるのが適用と考えられることから、移転資産に対する支配が組織再編成後も継続していると認められるものについては、移転資産の譲渡損益の計上を繰り延べる」ものとされる<sup>(113)</sup>。

このように、適格合併にかかる課税繰延は、譲渡益課税の原則に対する例外ではあるけれども、その趣旨が、移転資産に対する支配が継続しているという経済実態に着目したものであるとすれば「本則的規定」ということになる。しかし、組織再編税制において、こうした趣旨に加

まず、原則として、被合併法人は、その資産・負債を時価により合併法人に譲渡したものと、所得を計算するとともに、被合併法人は、合併対価としての合併法人株式等を時価で取得し、直ちに被合併法人の株主に交付したものとされ（法人税法 62 条 1 項）、当該株主に対しては、みなし配当課税（所得税法 25 条 1 項 1 号、法人税法 24 条 1 項 1 号）や被合併法人株式についての譲渡益課税が発生し得ることになる。

ただし、法人税法 2 条 12 号の 8 に規定する「適格合併」の要件を満たす場合には、事業年度終了時の帳簿価格により、資産・負債を移転したものとされ（同法 62 条の 2、1 項）、対価としての合併法人株式についても、帳簿価格を基礎として計算される金額により、株主に交付したものとされる（同条 2 項）。その結果、被合併法人の譲渡益課税や同法人株主に対する株式の譲渡益課税は発生しないことになる。また、みなし配当課税も行われない（同法 24 条 1 項 1 号かつこ書）。

適格合併においては、被合併法人の未使用の繰越欠損金についても、原則として引継ぎが認められているが（同法 57 条 2 項）、一定の合併については、租税回避行為防止の観点から、繰越欠損金の引継ぎが制限される（同条 3 項）。このほか、適格合併後に実現した資産売却損失のうち、組織再編前から存在していた含み損に起因するとされるものについては、一定額を損金算入制限とする規定（同法 62 条の 7、1 項）などもある。

なお、法人組織再編税制については、会社法の合併等対価の柔軟化が平成 19 年 5 月から施行されるのにあわせ、平成 19 年において所定の改正が行われている。

(113) 青木孝徳ほか『平成 19 年改正税法のすべて』272 頁（大蔵財務協会、2007）。

えて、何らかの政策的目的による公平負担の修正という側面が認められないかを考える必要がある。

この点、企業組織再編税制創設時にかかる立法趣旨を見てみよう。平成 13 年度税制改正にかかる税制調査会答申によれば「経済の国際化が進展するなど、わが国企業の経営環境が大きく変化する中で、企業の競争力を確保し、企業活力が十分発揮できるよう、柔軟な企業組織再編成を可能とするための法制的整備が進められて」いる（平成 12 年 5 月商法改正による会社分割法制的創設など）のを踏まえ「会社分割法制に基づき企業が組織再編成を進めていくためには税制面での対応が不可欠であり、平成 13 年度税制改正において、税制全般にわたる新たな枠組みを早急に構築する必要」があるとしている<sup>(114)</sup>。商法・会社法における企業組織再編法制的整備が、わが国企業の競争力を確保し、企業活力が発揮できるようにするという経済的な政策目的によるものであることは間違いないが、税制については、単に会社法制的改正に合わせて、税負担の公平が損なわれないように整備したにとどまるのであろうか、あるいは、会社法制と合わせて、税制からも上記経済政策をバックアップするという目的により、担税力に応じた公平負担に修正を加える面があったと言えるであろうか。

この点は、必ずしも明瞭ではないかもしれないが、筆者としては、資産に対する支配の継続に着目した「本則的規定」的な側面とともに、柔軟な組織再編が可能となるよう税制面からもバックアップする趣旨があったものとして、「政策目的規定」に該当し得ると考えたい<sup>(115)</sup>（制度

---

(114) 税制調査会平成 12 年 12 月「平成 13 年度の税制改正に関する答申」二、2. (1) ①。

(115) 企業組織再編の一種である株式交換・株式移転（純粋持株会社の設立）にかかる税制（株式交換等において、子会社となる会社の株式と交換に親会社となる株式を取得した株主は、子会社株式の譲渡益課税が発生するが、一定の要件を満たす場合には、課税の繰延を認める等）に関しては、平成 13 年改正に先立つ平成 11 年改正において創設されたが（旧租税特別措置法 67 条の 9、10）、金子・前掲注(2)369 頁

創設から時を経れば、政策的に積極的に組織再編を推進するという趣旨は薄れていこうが、少なくとも、事業目的に基づく企業組織再編に対して、税制が阻害要因とならないよう中立性を確保するという趣旨は残るであろう。)

#### ハ 企業組織再編における繰越欠損金の引継ぎ

ところで、適格合併においては、原則として、被合併法人の有している繰越欠損金の引継が認められているが（法人税法 57 条 2 項）、適格組織再編税制を利用した租税回避行為に対処するため、一定の場合に、被合併法人が有していた繰越欠損金の引継が制限されている（法人税法 57 条 3 項）。さらに、逆さ合併を利用した租税回避行為なども念頭においた措置として、合併法人が適格合併以前に有していた繰越欠損金そのものの利用が制限されることもある（同条 5 項）。

以上のように、組織再編税制における繰越欠損金の扱いは複雑であるが、繰越欠損金の利用による税負担減免効果に着目した場合、例えば、組織再編に伴う繰越欠損金の利用を「限定解釈（不適用）」によって否

---

によれば「平成 5 年ごろ以降、経済界から、法人のグループ化や合併の促進、グループ企業の効率的・統一的運営、円滑な資金の調達等のために純粋持ち株会社の設立を認めるべきであるという意見が強くなり、・・・これに応じて、税制面から純粋持株会社の設立をバックアップするため、商法改正に合わせて、平成 11 年に純粋持ち株会社税制が導入」された（傍線は筆者）としている。

なお、株式交換等の税制は、平成 18 年改正で、租税特別措置法から法人税法に規定することとなり、適格株式交換の要件（法人税法 2 条 12 号の 16）、株式交換完全子法人の株主に対する株式譲渡益課税の繰延（同法 61 条の 2、9 項）、非適格株式交換等にかかる完全子法人の有する資産の時価評価損益（同法 62 条の 9）などの規定が整備された。租税特別措置法から本法に移されたことにより、政策的規定から本則的規定に変質したのではと考える見解もあるかもしれないが、この改正の趣旨については、以下のように説明されている。すなわち、「合併は会社財産の取得」であるのに対し「株式交換は会社そのものの取得」であって法的な仕組みは異なるが、実質的に同様の効果を得られる取引であるから、これに対して異なる課税を行うことは、「組織再編成の手法の選択に歪みをもたらしかね」ず、「課税の中立性等の観点から、合併等にかかる税制と整合性をもったものとする」（青木孝徳ほか『平成 18 年改正税法のすべて』299 頁（大蔵財務協会、2006））。

定するということはあり得るであろうか。すなわち、法人税法 57 条は「政策目的規定」としての性格を有すると言えるであろうか。まず、そもその青色繰越欠損金の規定（同条 1 項）の性格について考えてみよう。当該規定の沿革については、以下のように言われている<sup>(116)</sup>。当初、繰越欠損金は無制限に所得から控除されることとなっていたが、法人税課税は一事業年度毎の所得を計算する建前であるとして、大正 15 年改正において、繰越欠損金控除が認められなくなった。その後、昭和 15 年の法人税法制定の際には、3 年間の欠損金繰越控除が認められていたが、昭和 25 年改正では、「ある年に損失を生じこれを相殺すべき所得がない場合には、不合理が生じ」るため、「欠損を翌年度以降の損益計算において繰越して控除し得ることとする」が、「制度の濫用を防止する」ため、青色申告者に限って適用すべきとのシャウプ勧告<sup>(117)</sup>を受け、5 年間の青色繰越欠損金控除が定められた。この規定が昭和 40 年の現行法人税法 57 条に引き継がれている。

法人税法 57 条 1 項は、欠損が生じた事業年度につき青色申告を提出している場合に限って適用される（同法 11 項）ので、青色繰越欠損金控除は、青色申告に対する「特典」と捉えられるのが一般であるが<sup>(118)</sup>、欠損金の繰越を認めることそのものは、上記のような趣旨からすれば、課税標準計算の「本則的規定」とも考えられる。すなわち、本制度は、青色申告の特典ではあるが、青色申告そのものは、何らかの社会的、経済的な政策目的を達成するための制度というよりも、まさに、課税の公

---

(116) 武田・前掲注(110)3455 頁参照。

(117) 『シャウプ使節団日本税制報告書 II 巻』133 頁（1949）参照。

(118) 例えば、金子・前掲注(2)636 頁では、「青色申告は、申告納税制度の定着を図るため、シャウプ勧告に基づいて導入された制度である。…帳簿書類を基礎とした正確な申告を奨励する意味で、一定の帳簿書類を備え付けている者に限って青色の申告書を用いて申告することを認め、かつ青色申告に白色申告（…）には認められない各種の特典を与えることとしたのである。」として、特典の例として、法人税法上の欠損金の繰越控除を挙げられる。

平の実現を促進するための制度であると考えれば、ここで考えている「政策目的規定」とはやや性格を異にするとも言えよう。

一方、適格合併において、繰越欠損金の引継を認める同条2項は、法人格が異なる他の法人において生じた繰越欠損金を自己の欠損金として控除をみとめるもの（みなし規定）であり、所得計算の本則から外れた税負担軽減措置であることは否定できないものと考えられる。上記ロで考えたように、適格組織再編税制について、支配の継続に着目した本則的な性格のほか、企業組織再編成に対する税制の中立性確保という「政策目的」が含まれていると考えると、同項は「政策目的規定」として、濫用的行為に対して「限定解釈（不適用）」とする余地が考えられる。法人税法57条3項では、適格合併における繰越欠損金の引継制限の規定であるが、仮に、同項の規定を形式的に免れるために濫用的な取引が行われた場合であっても、同条2項の限定解釈（不適用）により、繰越欠損金の引継が否定されるということも考えられる<sup>(119)</sup>。

一方、逆さ合併等による租税回避防止規定としての法人税法57条5項（合併法人の繰越欠損金の利用制限）を潜脱するような濫用的行為については、同条1項の適用を否定できないかという構成になるが、上記のとおり、同項1項は「政策目的規定」と考え難いということであれば、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」で解決することは難しいと考える。ただ、もちろん、法人税法132条や132条の2の適用の余地はある。この点は、次節の仮想的分析でも検討したい。

## ニ 租税条約における課税減免規定

国際的な租税回避行為といわれるものの中には、租税条約に規定され

---

(119) もっとも、現実には、法人税法57条3項を潜脱するような濫用的行為が行われ、それが法人税の負担を不当に減少させるものと評価できる場合には、あえて、同条2項の不適用という構成をとらなくても、同法132条の2（組織再編成に係る行為計算否認）を適用することとなろう。その意味で、本項での議論は、実践的な解釈論ではなく、あくまで思考実験的なものに止まることを確認させていただきたい。

ている課税減免規定を濫用的に適用しようとするものも少なくない<sup>(120)</sup>。このような場合、形式的には、租税条約の適用要件を満たしているとしても、減免規定の「限定解釈（不適用）」によって、税負担減免効果を認めないということではできらるであろうか<sup>(121)</sup>。この点は、次節の仮想的分析でも考えてみたいが、まず、課税減免効果を定めた租税条約の条文が「政策目的規定」となり得るのかという、前提となる議論について検討する。

租税条約の中には、非居住者・外国人の国内源泉所得に対する源泉徴収税率が軽減されている例が少なくない<sup>(122)</sup>。これらの規定については、国際間の資本の交流を促進しようとする目的を有する「政策目的規定」であると考えられる。源泉徴収税率の軽減も、確立された国際課税の原則に則り、国際的<sup>二重課税</sup>の回避を図るところに目的にあるとも言

- 
- (120) 谷口勢津夫「租税条約の濫用」『国際租税法の研究』149頁（法研出版、1990年）[151頁]では、「租税条約上の課税減免請求権の租税負担減免効果のみ着目して、租税条約上の課税減免請求権を国際的<sup>二重課税</sup>の排除のためではなく、単に自己の租税負担の軽減または排除のために行使することも十分考えられる」とし、「租税条約それ自体が本来予定していないような租税条約の利用」を「租税条約の濫用」とされる。
- (121) 一般に、租税条約の規定は国内租税法の規定に優先する（憲法98条2項など）とされ、特に、国内源泉所得に関する規定については、所得税法162条、法人税法139条が租税条約の優先を規定している。租税条約の特定の規定を不適用とした場合、他に適用すべき租税条約の条文がなければ、国内法の規定が適用されると考えられるが、上記の規定との関係など、国際課税特有の問題も生じる可能性もある。ただ、この点は、次節で検討するとして、ここでは、単純に、租税条約の規定を国内法と同様の視点に立って見た場合に「政策目的規定」と言えるのかという点に絞って考えたい。
- (122) 例えば、国内法によれば、国内源泉所得である配当に対しては20%の税率（所得税法213条1項1号）により所得税が源泉徴収されるが、租税条約では、これより低い税率を定める例が多い（OECDモデル租税条約10条2項では、源泉地国の源泉徴収税率について、配当受益者が支払法人を25%以上直接に所有する場合には5%、その他は15%に制限している。）。平成16年に発効した日米租税条約では、持株割合が直接、間接に50%超などの要件を満たす親子会社間の配当については免税（同条約10条3項）、持株割合10%以上の場合には5%、それ以外は10%（同条2項）などと軽減されている。

えるが、それが究極の目的というわけではなく、その背後に国際交流促進という政策目的が存することは否定できないであろう<sup>(123)</sup>。

では、OECD モデル租税条約 21 条のような「その他所得条項」については、どうであろうか。同条約では 6～20 条において、所得の種類ごとに、源泉地国と居住地国の所在及びその範囲について規定が置かれているが<sup>(124)</sup>、それらの各条に規定がないものについては、その源泉地にかかわらず、居住地国のみが課税権を有する旨規定しており（同条約 21 条 1 項。ただし、同条 2 項により、恒久的施設と実質的な関連を有する権利・財産から生じるその他所得に対しては、同条約 7 条の事業所得として、源泉地国でも課税される。）、わが国が締結している租税条約も、この規定に準拠しているものが多い。

例えば、匿名組合契約に基づく利益の分配については、日蘭租税条約 7～22 条の各条に明文の規定がない所得であるとする、同条約 23 条のその他所得条項により、居住地国のみが課税権を有することになる。そこで、日本法人を営業者、オランダ法人を匿名組合員とする匿名組合契約に基づいて、営業者の日本における事業によって生じた利益をオランダ法人に分配した場合、当該オランダ法人が取得した利益（その他所得）

(123) 小松芳明『国際租税法講義』18～19 頁（税務経理協会、1995）によれば「いうまでもなく、各国はそれぞれの主権に基づく固有の課税権を持っている。これは租税高権（Steuerhoheit）と呼ばれるにふさわしいという。したがって外国人や外国企業に対しどのような課税をしようと、それは各国の自由であり、そこには統一された国際的な規制はなんら存しないということになると、国際的な課税面にいわば『無法地帯』が生ずることになる。これでは海外進出や海外投資に対し二重、三重の課税が行われるということになろう。そこで、租税条約を締結して国際課税の分野に一定のルールを作り出し、競合する課税権を調整することにより、国際間の資本・技術・企業及び人的資源の交流を円滑化しようという動きとなる」としている。

(124) OECD モデル租税条約では、不動産所得（6 条）、事業所得（7 条）、海運・内陸水路・航空運輸所得（8 条）、配当（10 条）、利子（11 条）、使用料（12 条）、譲渡収益（13 条）、給与所得（15 条）、役員報酬（16 条）、芸能人所得（17 条）、退職年金（18 条）、政府職員の給料等（19 条）、学生の所得（20 条）について、それぞれ定めを置いている。

に対して、日本の課税権は及ばないことになる<sup>(125)</sup>。この場合、日蘭租税条約 23 条は、日本の租税に関して課税減免規定として機能しているといえる。ここにおいて、「日本国内での企業利得」を「匿名組合の分配金」に組み替えるといった取引が、仮に、租税回避のみを目的とした経済的合理性のない濫用的な取引であると認められた場合、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」により、日蘭租税条約 23 条を適用しないといった処理は可能であろうか。この点は、国際課税特有の問題も考えなければならぬかもしれないが、日蘭租税条約 23 条は「政策目的規定」に該当し得るかという問題に限ってみれば、源泉徴収税率の減免規定と同様、究極的には、国際交流促進という政策目的により、わが国の租税に関して負担軽減を認めたものと評価できると考える。

### 3 小括

以上、個別の条文を例示して、その趣旨の性格を検討してきたが、外税最高裁判決のような「限定解釈（不適用）」の余地がある「政策目的規定」に該当するかという点に関しては、私見に対する異論もあろう。

純然たる租税優遇措置以外にも、本則規定なのか政策規定なのか必ずしも明確でない規定も少なくないが、問題は、税負担減免の趣旨として、本来的な担税力の減少という側面以外に「政策目的」がどの程度前面に打ち出されている必要があるかであろう。この点、外税最高裁判決の判示が、法人税法 69 条について「同一の所得に対する国際的二重課税を排斥し、かつ、事業活動に対する税制の中立性を確保しようとする政策目的に基づく制度」であると論じたうえで、制度を濫用する取引について不適用としたことを想起すべきである。

法人税法 69 条も、純然たる租税優遇措置とは言えず、その減免の趣旨であ

---

(125) このような課税関係が争われた事案として日蘭組合 G 事件があるが、第一審の東京地判平 17・9・30（判時 1985 号 40 頁）、控訴審の東京高判平 19・6・28（判時 1985 号 23 頁）とも国側が敗訴している。

る「国際的二重課税の排除」が所得計算の本則的性格に基づくものか、政策目的によるものと評価できるのかで学説上も争いがあったものである。しかし、最高裁は、二重課税排除という、担税力に応じた公平負担を確保するという本則的性格を認めながらも、事業活動に対する税制の中立性確保という面も捉えて「政策目的に基づく制度」と認めたものとする。この点、最高裁に「限定解釈（不適用）」について、純然たる租税優遇措置に限定しようとする発想はないと言えよう。

たしかに、政策目的が必ずしも明確に周知されていないような規定に対して、制度の趣旨に著しく反する濫用的な取引であるとして、当該減免規定を不適用にするのは、納税者の予測可能性を損なうのではないかとの主張もあり得よう。しかし、前章で述べた私見の整理によれば、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」のためには、単に、当該取引に課税減免規定を適用することが、その立法趣旨に反するというだけではなく、当該取引が事業目的・経済的合理性のない濫用的なものであり、当事者に濫用の意図があることも要件として必要である。よって、「政策目的規定」に該当するか否かという場面で範囲を絞らなくても、必ずしも予測可能性を害し、租税法律主義に違反するという事にはならないと考える。

もちろん、納税者に濫用の意図さえあれば、いかなる法律解釈も可能というわけではないから、そこには、租税法律主義に基づく限界があろう。しかし、少なくとも、税負担軽減効果を認める趣旨として、担税力に応じた公平負担という租税法本来の目的以外に、なんらかの社会的・経済的目的（経済活動に対する税制の中立性確保といった消極的なものも含む。）が見出せるのであれば、「制度の趣旨から著しく逸脱して濫用的な取引を行った場合には、同条を適用しない」という条件を当然の前提要件として導き出すことは法解釈として可能であると考えたい。

## 第2節 裁判事例を題材とした仮想的分析

前節で検討したことを前提に、課税減免規定による「限定解釈（不適用）」につきより具体的なイメージを得るため、裁判事例を題材に仮想的な分析をした。すなわち、前節では、租税法の個別の条文が「政策目的規定」に該当するか否かについて検討したが、ここでは、そのうち①減価償却費の損金算入、②企業組織再編税制、③租税条約の特典条項を取り上げ、裁判事例を題材とした事例にあてはめて具体的に検討する。

なお、以下の分析は、現実の事例を忠実に当てはめて検討したものではなく、適宜、重要な事実を捨像しつつ、あくまで検討のためのモデルとして事例のスキームを借用にすぎないものであるから、ここで述べることは、実際の事案の処理に対する筆者の意見というわけではないことにつき、確認させていただきたい。

### 1 組合を通じたレバレッジド・リース

航空機リース事件や船舶リース事件<sup>(126)</sup>については、一部、事実関係を紹介したところではあるが、あらためて全体のスキームを説明すると、リース会社が、子会社を業務執行組合員とし、個人が現金を出資する民法上の組合を組成し、航空機を購入してリースさせることにより、多額の減価償却費（所得税法 49 条 1 項）等による不動産所得の損失を発生させ、損益通算により他の所得と通算するというものである。

---

(126) 前掲注(89)、(91)参照。なお、これらの事案は、個人組合員の所得税が争われたものであるが、法人の出資した契約が匿名組合か利益分配契約かが争われた航空機リース事件（沼津事案）（静岡地判平 19・7・27（公刊物未登載））もある。同事件では、組合営業に係る損失分配額の受入額を、法人組合員が特別損失に計上したのに対し、課税庁が損金算入を否認して法人税更正処分を行い訴訟となった。また、当該法人の株式は、相続・贈与の対象となっていたが、課税庁は、上記法人税更正処分の際の計算を前提として当該株式の時価評価をし直し、相続税・贈与税の更正処分を行ったため、当該処分についても争われている。静岡地裁の判決では、いずれの処分も取り消された。

前章では、組合を通じた賃貸事業に経済的合理性が認められるかという争点について検証したが、ここでは、事業目的・経済的合理性がない（投資家にとって、損失が生じるだけの取引である）ことと立証できたと仮定して、減価償却費の損金算入を否定できるかという点を考えてみたい。

この点、本章の前節で検討したことを前提とすれば、減価償却費（所得税法 49 条 1 項）は、「政策目的規定」というよりは、基本的に、所得計算の「本則的規定」と考えられることから、事業目的等がない取引に対して、所得税法 49 条を濫用するものとして、同条を「限定解釈（不適用）」とするという解決は困難と思われる<sup>(127)</sup>。

もっとも、減価償却費については、費用収益対応の原則により、使用または時間の経過によってそれが減価するのに応じて徐々に費用化すべき<sup>(128)</sup>という趣旨によって、租税法上も定められているものであるから、これらの趣旨・目的（政策目的ではなく、担税力測定のための本則的な趣旨）を踏まえ、フィルムリース最高裁判決のように、当該資産を事業の用に供していると言えるかという点をとらえて、「減価償却資産」という文言を縮小解釈する余地はある<sup>(129)</sup>。

---

(127) なお、航空機リース事件のようなスキームに対しては、平成 17 年度税制改正により、民法上の組合等の個人組合員において生じた不動産所得の損失や法人組合員の損失の取扱いについて、一定の場合に損益通算できないこと等を定めた租税回避行為の個別否認規定が整備されている（租税特別措置法 41 条の 4 の 2、67 条の 12、68 条の 105 の 2）。また、リース取引に関しては、企業会計における見直しを契機として平成 19 年度に税制改正が行われ、法人税法施行令 48 条の 2、5 項 5 号に規定する「所有権移転外リース取引」に該当する場合についても、賃貸人から賃借人へのリース資産の引渡しの際にそのリース資産の売買が行われたものとみなして所得の計算をする（賃借人において減価償却費を計上する。）こととされた（法人税法 64 条の 2、1 項）。

(128) 金子・前掲注(2)279 頁。

(129) この点は、第 1 章第 2 節 2(3)ロでも触れたとおりである。なお、佐藤・前掲注(36)195 頁では、「減価償却は本来、費用収益対応の原則を実現するための会計技術であると考えられるから、およそ『収益』を生まない資産について減価償却費を計上するのを認めないことには合理性があり、その結果を導くためにそれが『事業の用』に供されていないとして減価償却資産の範囲から除くというのは常識的な論理操作であ

なお、やや本節の筋から外れるかもしれないが、減価償却費の否認の根拠について、アメリカでは第2章第2節でも紹介した economic substance の関連でも議論されているところであるので、日米比較もしながら、若干補足して説明したい。

わが国のフィルムリース最高裁判決は、減価償却費の損金算入を否認するに当たり「本件映画は、本件組合の事業において収益を生む源泉であるとみることとはできず、本件組合の事業の用に供しているものということとはできない」としたが、その根拠として、本件組合が「実質的には、本件映画についての使用収益権限及び処分権限を失っている」と認定した。さらに付加的に、「本件映画の購入資金の約4分の3を占める本件借入金の返済について実質的な危険を負担しない地位」にあること、「組合員は本件映画の配給事業自体がもたらす収益についてその出資額に相応する関心を抱いていたとはうかがわれないこと」という事情も掲げている<sup>(130)</sup>。

このように、わが国においては、減価償却資産の使用収益権限・処分権限を有しているか否かという点が重視されることになるが、最高裁が、付加的な事情として掲げた「実質的な危険を負担しない地位」に関しては、アメリカでは、第2章第2節で紹介した議論とはやや異なった切り口であるものの、economic substance の中でも論じられることがある。すなわち、納税者が現実に資産に対する投資 (investment in an asset) を行っているかの分析として、資金が risk に置かれているかを問い、納税者がリスクを完全にヘッジすることにより、投資によるリスクを負わない地位にある場合には、pre-tax return が低いからという理由ではなく、現実に投資を行っていないという理由によって economic substance がないとする基準も提唱されている<sup>(131)</sup>。

---

ると考えられる」とされている。

(130) 今村隆「判批」ジュリスト1333号146頁(2007)では、アメリカの判例とも比較しながらフィルムリース最高裁判決を分析し、判決が掲げている事情は、①収益獲得するための権限、②収益獲得に当たっての危険負担、③収益獲得への関心の3つに要約されるとしている。

(131) Bankman, supra note 87, at 25., Li, supra note 87, at 50. など。

例えば、レバリッジド・リースにおいて、将来のリース料収入や借入金の支払金利に関し、それらの変動リスクが完全にヘッジされているような場合、アメリカの議論では、資産に対する投資を行っていないとして economic substance が否定されることもあり得ることになる。さらに、変動リスクが消滅した結果、減価償却費の損金算入による課税減免効果を除いた税引前の利益では、投資家に損失が発生することが確定しているような場合では、pre-tax profit test によっても economic substance が否定されよう（外税最高裁判決のいう「取引自体によっては損失が生ずるだけ」）。一方、わが国のフィルムリース最高裁判決の基準に従えば、こうした事情に加え、実質上、減価償却資産についての使用収益権限及び処分権限を失っている等の事実が認定されるのであれば、「事業の用に供していない」として減価償却費の損金算入が否定されることになる。

わが国においては、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」と減価償却費の損金算入否認の問題は全く異なった法律構成の問題となるが、要件事実の立証という場面では、上記のように、経済的実質の問題として、重なり合いが生じることも想定される。

## 2 組織再編を利用した租税回避行為

企業組織再編税制が整備される前の事案であるが、逆さ合併による繰越欠損金控除を課税庁が否認して訴訟となった事案がある<sup>(132)</sup>。すなわち、債務超過会社を合併法人、優良会社を被合併法人として行われた合併（逆さ合併）において、合併法人において生じた繰越欠損金を被合併法人の事業活動から生じた所得から控除できるが争点となった。判決は、当時の法人税法 57 条（欠損金の繰越控除）の趣旨・目的に照らし、本件逆さ合併に同条を適用することは容認されず、法人税の負担の不当減少にあたるとして行為計算否認（同

---

(132) 広島地判平成 2・1・25 訟月 36 卷 10 号 1897 頁。

法 132 条) の適用を認めた<sup>(133)</sup>。

現行税制のもとでは、法人税法 57 条 5 項により、逆さ合併が適格合併にあたる場合、同項所定の要件のもと、一定範囲で合併法人の繰越欠損金の引継ぎを認められているが、これらの規定がないと仮定した場合、同条 1 項 (繰越欠損金の控除) の制度を濫用するものとして、同項の「限定解釈 (不適用)」適用を否認できるかについて検討したい。

これについては、前節で検討したとおり、私見では、法人税法 57 条 1 項が「政策目的規定」とは言いがたいと考えるため、課税減免規定の「限定解釈 (不適用)」という解決は難しいと考える。

ただし、前掲広島地裁判決の判示のように、本制度は、現行法上、青色申告の特典として例外的な制度として位置付けられる (そのように位置付けたことの趣旨は、社会的・経済的な政策目的によるのではなく、課税の公平実現という租税法本来の目的にあるものと考えられる。) のであるから、法人税

---

(133) 同判決の判示は、法人税法 57 条の趣旨について「税法が法人税については各事業年度毎の所得によって課税する原則を採っている関係上、右原則を貫くときは、所得額に変動のある数事業年度を通じて課税する場合に比し税負担が過重となる場合が生ずるので、その緩和を図るため」のものであるが、「青色申告法人に限り、一定の条件を付した上、所得の金額の計算上損金の額に算入することができることとしたものであって、いわば青色法人の特典と解され、その適用は、課税原則の例外として制限的に解するのが相当である。」とした。その上で、「右のような法 57 条の目的・趣旨にかんがみ、欠損金額の繰越控除が認められるのは、そのような操作の許される事業年度の間に経理方法に一貫した同一性が継続維持されることを前提としてはじめて認めるのを妥当とされる性質のもの」と解されるから、同条により繰越欠損金額を損金の額に算入することのできる法人は、当該法人の事業経営上生じた繰越欠損金額を有する法人に限られる」とし、「法人が合併した場合において、被合併法人の有する繰越欠損金額を合併法人の所得の金額の計算上損金に算入することは許されない。」と述べた。すなわち、本件のような逆さ合併において、合併法人の繰越欠損金を損金に算入することは、「法 57 条の趣旨目的に照らし、同条の容認しないところ」とした。そして、本件のような逆さ合併は、「特段の事情がない限り、経済人の行為としては、不合理、不自然なもの」であるから、本件繰越欠損金の損金算入を認めることは、実質的には、黒字法人である被合併法人が「本来負担することとなる法人税額を不当に減少させる結果になると認められる」として、法人税法 132 条の適用を認めた (前掲注(132)1921~1923 頁)。

法 132 条（同族会社の行為計算否認）の適用の可否判断における「法人税の負担を不当に減少させる結果」の検討に当たっては、このような特典としての趣旨を含めて考えるべきであろう。

私見の整理によれば、法人税法 57 条 1 項は、課税標準計算の本則としての意味合い以外に、何らかの政策目的が認められるかは微妙であり、同条の適用要件に該当するような私法上の法律関係が認められるのであれば、租税回避目的による合併であったとしても、同項の規定を適用しないという解決は難しいかもしれない。しかし、明文の租税回避行為否認規定である法人税法 132 条の適用場面においては、制度の濫用防止のために同法 57 条 1 項の適用が青色申告を提出した事業年度の欠損金に限られているという点も考慮に入れた法的評価をすべきである。その結果、当該取引に繰越欠損金控除を認めることが、税負担の不当減少に該当するという判断はあり得るということである。その意味で、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」よりも、同族会社の行為計算否認規定の方が、射程範囲が広いと考える。

企業組織再編税制については、企業組織再編税制の立法時から、制度を濫用した租税回避行為がいろいろと懸念されていたものである<sup>(134)</sup>。前節で検討したように、適格組織再編成による譲渡益課税の繰延等の課税減免規定に関しては、「政策目的規定」に該当し得るから、濫用的な行為に対しては、「限定解釈（不適用）」の解決もあり得るとするのが私見である。もっとも、わが国の企業組織再編税制においては、一般的な否認規定である法人税法 132 条の 2（組織再編にかかる法人の行為計算否認）<sup>(135)</sup>が設けられたほか、その後

---

(134) 国税庁『平成 13 年改正税法のすべて』244 頁（2000）においては、組織再編成を利用した租税回避行為として、①繰越欠損金や含み損のある会社を買収し、その繰越欠損金や含み損を利用するために組織再編成を行う、②複数の組織再編成を段階的に組み合わせることなどにより、課税を受けることなく、実質的な法人の資産譲渡や株主の株式譲渡を行う、③相手先法人の税額控除率や各種実績率を利用する目的で、組織再編成を行う、④株式の譲渡損を計上したり、株式の評価を下げるために、分割等を行うなどの例が考えられるとしている。

(135) 国税庁・前掲注(134)244 頁では、当時、想定されていた租税回避につき、繰越欠損金や含み損を利用したのものに対しては、個別に防止規定（法人税法 57 条 3 項、6

も、租税回避行為防止を目的とした個別の規定も種々整備されているところである（例えば、平成 18 年税制改正における法人税法 57 条の 2、60 条の 3 の創設<sup>(136)</sup>、平成 19 年度税制改正におけるコーポレート・インバージョン対策税制の創設<sup>(137)</sup>など）。

よって、企業組織再編税制を濫用する行為に対しては、あえて、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」による解決を目指すよりも、明文の租税回避行為否認規定の活用を、まず、検討していくということになる。

- 
- 項、62 条の 7) が設けられているが、組織再編成を利用した租税回避行為は、その行為の形態や方法が相当に多様なものとなると考えられることから、適正な課税を行うことができるように包括的な組織再編成にかかる課税回避防止規定（同法 132 条の 2) が設けられたとしている。
- (136) 「ある者が欠損金を有する法人を買収した上でその法人の事業を大幅に変更したとしても、その法人の欠損金の繰越控除は何ら制限を受けない」という当時の制度を利用し、「欠損金を有する法人を買収した上で利益の見込まれる事業をその法人に移転することによって課税所得を圧縮するといった租税回避行為が多く見込まれるようになってきた」ことから、これを防止するため、「欠損金を利用するための買収と認められる場合に、その買収された法人の欠損金の繰越控除を認めない措置」を講じるとともに「このような租税回避行為は、欠損金に限らず資産の含み損を利用しても可能となることから、…資産の含み損を有する法人も本措置の対象とするとともに、その含み損を実現した場合についてもこれを制限する措置」が講じられた（青木ほか・前掲注(115)352 頁参照）。
- (137) 会社法の合併等対価の柔軟化により、外国親会社の株式を対価としてその子会社である日本の法人が国内の法人と組織再編成によるクロスボーダーの組織再編が可能となったが、組織再編行為や株式の譲渡などを通じて内国法人を軽課税国の法人の子会社とし、その後の軽課税国の親会社との取引を通じて所得移転を図るなどの租税回避行為に対応する必要が出てきたことから、実態は何も変わらないのに株主と内国法人の間に軽課税国に所在する外国法人を内国法人の親会社として介在させた場合に当該外国親会社に留保された所得を、居住者・内国法人の株主の所得に合算する制度（租税特別措置法 66 条の 9 の 6～66 条の 9 の 9）、こうしたコーポレート・インバージョンの事前の防止策として、軽課税国の親会社の株式を対価とするグループ内組織再編成で一定のものについて、組織再編成の適格性を否認し（同法 68 条の 2 の 3）、株主に対して再編時に課税する規定（同法 37 の 14 の 3、68 条の 3）などが創設された（青木ほか・前掲注(113)551 頁参照）。

### 3 租税条約の濫用

租税条約の濫用については、いわゆるトリティ・ショッピング (treaty shopping) とよばれる行為が比較的古くから問題となっている<sup>(138)</sup>。租税条約上の特典条項を利用した租税回避行為であるが、典型的には、配当や利子などに係る条約上の制限税率の適用の可否が問題になる場面が多い。租税条約上、これらの軽減税率の適用を受けられるのは、当該配当・利子等の「受益者 (beneficial owner)」が他方の締約国の居住者である場合と規定されることが多く、条約の特典を適用しようとする者が「受益者」に該当するののかといった点で問題になることもある<sup>(139)</sup>。近年は、租税条約に明文の濫用防止規定を整備するケースも増えてきているが<sup>(140)</sup>、このような規定が整備されていない場合、条約上、特典を与えることが予定されていない第三国の居住者等が、事業目的や経済的合理性がないにもかかわらず、特典を得ることのみを目的として条約締約国 (租税条約によって源泉税が減免されていると同時に、国内法で受取配当非課税制度などの優遇措置があるような国) にペーパーカンパニーを作り、そこが配当等を受け取る形式を作り出すことも考えられる。通常は、当該ペーパーカンパニーが配当等の「受益者」に該当す

---

(138) 谷口・前掲注(120)157頁によれば、treaty shoppingとは、「ある租税条約について条約適格をもたない第三国の居住者 (当該租税条約よりも課税減免の要件および範囲の点で不利な租税条約しか締結していない国の居住者を含む) が、一方の締結国に自己の支配する法人等の中間仲介者を置き、これを通じて他方の締約国に投資することによって、間接的に条約適格を取得し当該租税条約による課税減免の利益を享受すること」とされる。

(139) beneficial owner 概念については、川端康之「条約便益制限の国内化現象—租税条約上の beneficial owner 研究序説—」総合税制研究 7号 66頁 (1999)などを参照。

(140) 例えば、平成16年に発効した日米租税条約では、配当、利子、使用料、その他所得について、条約濫用の防止規定としての条約特典の不適用条項が創設され、いわゆる「導管契約」によって、第三国の居住者によって条約の特典が不当に利用されるような場合には、当該配当等の「受益者」とされない旨を定めている (同条約 10条 11項、11条 11項、12条 5項、21条 4項)。さらに、同条約 22条では、条約の特典を受けることのできる「居住者」を適格者に限定する、包括的な特典制限条項 (LOB: Limitation On Benefit) が定められている。

るかという条約の文言の解釈が問題になろうが、条約の規定ぶりから、条約解釈による対抗措置が困難な場合、条約の濫用であるとして、端的に、特典条項（課税減免規定）を「限定解釈（不適用）」するアプローチも考えられる。

このほか、租税条約の濫用の形態としては、条約相手国の居住者が、租税条約のもとでより有利な課税を受けるために、所得の種類を変更する人為的な操作を行う場合がある<sup>(141)</sup>。前掲注(125)の日蘭組合事G件のように、オランダ法人が日本子会社を通じてわが国で事業を行う場合、日本子会社を恒久的施設として直接国内源泉所得を得れば、日蘭租税条約8条の「企業利得」としてわが国で課税されるが、匿名組合契約を締結して、日本子会社を営業者、オランダ法人を匿名組合員として、日本での事業から生じた所得を「匿名組合の利益の分配」としてオランダ法人に配当すれば、日蘭租税条約23条<sup>(142)</sup>の「その他所得」に該当することになり、日本での課税はなくなる（さらに、オランダの国内租税法により、この種の所得に課税されない取扱いになっていれば、国際的な課税の真空状況が生じることになる<sup>(143)</sup>）。

---

(141) 谷口・前掲注(120)153頁以下。租税条約の濫用やトリティ・ショッピングの類型については、このほか、大崎満「租税条約をめぐる最近の諸問題—租税条約の濫用を中心として」租税研究540号79頁（1994）、川端康之「トリティ・ショッピング」ジュリ1075号38頁（1995）、青山慶二「トリティ・ショッピングの歴史の再検討と最近の課題について」フィナンシャル・レビュー84号116頁（2006）等でも紹介されている。

(142) 日蘭租税条約23条は、「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」と規定する。

(143) このように、租税条約の濫用による国際的租税回避では、国内法の課税減免措置も活用して、源泉地国、居住地国いずれの国でも課税されない状況を作り出そうとするものが多い。最近では、国によって課税上の取扱いが異なるいわゆる「ハイブリッド事業体（hybrid entities）」を利用して、国内税法上損金となる支払を作り出し、その支払について租税条約の特典の利用と外国税制の下での特例措置を組み合わせることにより、いずれの国においても課税を受けないようにする租税回避行為も問題になっている（アメリカの状況を紹介したものとして、本田光宏「ハイブリッド事業体と国際的租税回避について」フィナンシャル・レビュー84号101頁（2006）など）。

現実の日蘭組合 G 事件では、納税者の締結した組合契約が匿名組合か民法上の組合かで争われたが、仮に、同種のスキームに対して、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」で対抗しようとしたら、どのような課税関係になるのか、そのような課税は可能かという点について考えたい。

すなわち、本件においては、「日本国内での企業利得」を「匿名組合の分配金」に組み替えるという取引が行われたと捉えることも可能と考えられるが、仮想的に、当該取引に、法形式選択の異常性（経済的合理性の不存在）と濫用の意図が立証できる事例を考えた場合、私法上、匿名組合の成立について争えないとしても、日蘭租税条約 23 条の規定を濫用するものであるとして、その適用を否定することができないかという問題である。それが認められるとすれば、匿名組合の分配金については、国内法が適用されることになり、現行法であれば、法人税法 138 条 11 号によって国内源泉所得となるから、仮に PE が認定されなくても、匿名組合の利益の分配について 20%の税率によりわが国の所得税が源泉徴収されることになる<sup>(144)</sup>（所得税法 212 条、213 条 1 項 1 号）。

前節で述べたように、日蘭租税条約 23 条を「政策目的規定」と捉える私見の前提に立てば、同条の「限定解釈（不適用）」はあり得ることになる。ただ、さらに問題になり得るのは、条約上の形式的な要件を満たし、他に条約上の否認規定がないにもかかわらず、濫用であるとして租税条約の条項の適用を否定することが、租税条約と国内の租税法・判例法理との関係など国

---

(144) 現実の日蘭組合 G 事件では、課税庁は、本件契約は匿名組合契約ではなく民法上の任意組合であって、納税者（原告）は、子会社を恒久的施設として国内で事業を行っているから、日蘭租税条約 8 条 1 項の「企業利得」に該当し、日本に課税権があるとして法人税の決定処分を行った。本稿では、本件組合による所得が「企業利得」に該当するか否かという問題は捨像し、匿名組合の分配金に対して源泉所得税を課すことはできるかという点についてのみ検討しているので、現実の事件とは離れたあくまで仮想的な分析である。なお、法人税法 138 条 11 号は平成 14 年に改正され、それ以前は、匿名組員が 10 名未満の場合には、利益の分配に対して所得税の源泉徴収は行われないことになっていたため、現実の事件にかかる取引が行われた時期の税制も今日と異なっている。

際租税法特有の観点からは、どのように評価されるかである<sup>(145)</sup>。この点、国際租税法を本格的に研究したことのない筆者としては、ここで確たる結論を述べることは差し控えたい。ただ、OECDモデル租税条約1条コメンタリーのパラ9.4に「国家は、条約の濫用を構成する取り極めがなされた場合には、二重課税条約の特典を与える必要はない、ということが合意されている<sup>(146)</sup>」とされ、濫用防止を意図した国内法の規定や判例法は租税条約に抵触するかという問題に対して「抵触は存在しない」（同コメンタリー・パラ22.1）とされている。こうしたことからしても、租税条約の趣旨に反した真に濫用的な取引であると認定できるのであれば、国内租税法の場合と同様、租税条約の特典を定めた課税減免規定に対して「限定解釈（不適用）」とすることは可能と考えられるのではないだろうか<sup>(147)</sup>。

---

(145) 租税条約によっては、明文の規定のない所得であっても、源泉地国でも課税できる旨の規定を置く例もある（日加租税条約20条3項など）。また、日米租税条約では、議定書13(b)において、「条約のいかなる規定も、日本国が、匿名組合契約又はこれに類する契約に基づいてある者が支払う利益の分配でその者の日本国における課税所得の計算上控除されるものに対して、日本国の法令に従って、源泉課税することを妨げるものではない。」と規定している。条約上、このような定めがなかったとしても、条約を濫用する取引に対して、同様の取扱いをなし得るかが問題となる。

(146) 川端康之監訳『OECDモデル租税条約2005年版』45～46頁（日本租税研究協会、2006年）。原文は、“it is agreed that States do not have to grant the benefits of a double taxation convention where arrangements that constitute an abuse of the provisions of the convention have been entered into.”

(147) 谷口勢津夫「第三国の企業による租税条約の濫用とその規制(2)」税法学441号1頁（1987）では、租税条約の濫用に対して国内法上の租税回避行為否認規定である租税基本法（A0）42条によって規制できないかという点に関し、当時の西ドイツにおける連邦財政裁判所（BFH）の判決や学説の議論が紹介されている。それによれば、判例は、租税条約の濫用を租税回避行為否認規定によって規制し得ることを認めているように思われるとされている。また、学説についても、A042条適用肯定説と否定説があるが、否定説に立つ者（Vogelなど）も「国際法においては、あらゆる条約が濫用禁止の留保（Mißbrauchsvorbehalt）を含む信義誠実の留保のもとに置かれることが承認されている」として、不文の濫用規制条項が租税条約に内在することを認めているという立場であるとのことである。

なお、国内租税法における明文の租税回避行為否認規定と租税条約との関係については、わが国においても、「租税回避行為に対応するためのタックスヘイブン税制

## 結びに代えて

以上、外税最高裁判決で示された税法解釈のあり方について、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」であるという前提を立てて、その要件、応用可能性について、具体的に検討した。応用可能性の問題については、現実の問題から離れた仮想的な分析にとどまってしまった面もあるが、本稿の目的は、現に課税上問題となっている事案に対して具体的な解決策を提示することではない。あくまで、将来、立法も予想もしていなかったような巧妙かつ濫用的な租税回避行為が行われた場合を想定し、課税庁として対応策の検討をする際の法的枠組みを提示しようと試みたものである。

いずれにしても、本稿で述べたことは私見にすぎず、裁判所によって、オーソライズされたものではないから、課税庁としては、現実には濫用的な租税回避行為事案に直面する都度、課税減免規定の「限定解釈（不適用）」によって対応できないか、本稿で示したような法的論点について慎重に検討を重ねる必要がある。そのような地道な対応を積み重ねることにより、外税最高裁判決で示された解決を、濫用的な租税回避行為に対する判例法理として確立させることを目指すべきであろう。

もっとも、それは、租税回避行為に対する万能薬として、やみくもにこの法理を多用するというのではないと考える。租税回避のみを目的とした濫用的な取引に減免規定を適用するのは、著しく公平を害すると考えられる場面は少なくないであろうが、このような租税回避に対する法律上の解釈・適用における対抗措置としては、手法的に様々なものがある。処分を考える課税庁としては、ひとつの手法に固執することなく、さまざまな法的主張の可能性を検討する必要がある。その場合、各種手法について、どのような法解釈の主張を展

---

として、海外子会社の所得の一部又は全部を内国法人の利益とみなして課税することは、その内容が合理的なものである限り、日星租税条約に違反するものではない」とする下級審裁判例がある（東京地判平 19・3・29（公刊物未登載）。なお、控訴審の東京高判平 19・11・1（公刊物未登載）も同旨。）。

開すべきなのか、解釈の限界を超えていないか、さらには、それぞれの場合の要件事実は何なのかなど、考えるべき問題は少なくない。法的な論理構成をしっかりと組み立てた上で、収集した立法資料や調査で把握した事実・証拠を的確に位置づけ、訴訟になって課税処分が取り消されることのないよう万全を期すべきである。

私見のような整理では、外税最高裁判決の射程や応用可能性は、かなり限られたものになるかもしれないが、そもそも、租税回避行為に対して税負担軽減効果を否定することは、明白な脱税行為と異なり、課税庁としても慎重さが求められるものである。特に、外税最高裁判決は、形式上、租税法規の要件を満たしているにもかかわらず、あえて、課税減免効果を発生させないものであり、租税法律主義と鋭い緊張関係に立つから、立法趣旨からの著しい逸脱、取引の経済的不合理性、当事者の濫用の意図など、厳しい要件をくぐりぬけなければ、裁判所は認めてくれないことは、容易に想像がつく。

まずは、事実関係の調査をしっかりと行い、法解釈上、理論的に問題の少ない手法（単純な仮装行為による否認、明文上の根拠がある個別的・一般的否認規定の適用）を目指すべきであろう。その上で、文言の可能な解釈の範囲内で目的論的な解釈を行い、課税減免規定の適用を否定できないかを検討することになるが、それでも対応が困難な場合に、いわば、最後の砦として、課税減免規定の濫用行為に対する「限定解釈（不適用）」による解決があり得るといえるのが、筆者の抱いているイメージである。現実にはこのような対抗策が認められる場面は、極端に濫用的な租税回避行為に限られるとしても、近年は、立法措置として、租税回避行為否認規定の整備が進んでいることも考えれば、最後の砦としての判例法理が確立することは、濫用的行為の抑止という意味でも、大きな効果を発揮することになるだろう。

外税最高裁判決が出发点となり、濫用的な租税回避行為に対する対抗措置としての判例法理が、諸外国同様、わが国においても確実に形成されていくことを祈念して、結びに代えたい。