

わが国における一般的租税回避否認規定（GAAR）の導入に関する一考察
—国際的租税回避行為への対抗策を中心として—

2021年3月修了

筑波大学大学院ビジネス科学研究科

企業法学専攻

学籍番号 201940154

氏名 小野敦志

目次

はじめに	1
第 1 章 租税回避及び国際的租税回避の意義	3
第 1 節 租税回避の意義	3
第 1 款 租税法上の租税回避の意義	3
第 2 款 学説上の租税回避の意義	5
第 3 款 小括	9
第 2 節 租税回避の否認の意義	9
第 1 款 租税回避の否認の意義	9
第 2 款 租税回避の否認の類型	11
第 3 款 小括	14
第 3 節 国際的租税回避の意義	14
第 1 款 EU による取り組み	14
第 2 款 OECD による取り組み	18
第 3 款 学説上の国際的租税回避の意義	22
第 4 款 小括	24
第 4 節 小括	25
第 2 章 わが国における近年の租税回避に関する裁判例	27
第 1 節 裁判例	27
第 1 款 東京高裁平成 27 年 3 月 25 日判決〔IBM 事件〕	27
第 2 款 最高裁平成 28 年 2 月 29 日判決〔ヤフー事件〕	31
第 3 款 東京高裁令和 2 年 6 月 24 日判決〔ユニバーサルミュージック事件〕	34
第 2 節 小括	40
第 3 章 わが国における租税回避否認規定と諸外国における GAAR	43
第 1 節 わが国における租税回避否認規定	43
第 1 款 一般的租税回避否認規定の導入に関するこれまでの議論	43
第 2 款 包括的租税回避否認規定	44
第 2 節 諸外国における一般的租税回避否認規定 (GAAR)	45
第 1 款 諸外国における GAAR の導入状況	45
第 2 款 G7 諸国における GAAR	46

第3款 小括	54
第3節 小括	55
第4章 わが国における一般的租税回避否認規定導入の提言	56
第1節 一般的租税回避否認規定導入に関する議論	56
第1款 一般的租税回避否認規定導入積極論	56
第2款 一般的租税回避否認規定導入慎重論	60
第3款 小括	62
第2節 国際的租税回避行為への対抗策としての一般的租税回避否認規定	62
第3節 個別的否認規定による国際的租税回避への対抗	63
第1款 海外子会社再編を通じて国際的租税回避が行われた事案	63
第2款 小括	70
第4節 わが国における一般的租税回避否認規定の導入提言	71
第1款 筆者の立場	71
第2款 一般的租税回避否認規定導入慎重論への反論	73
第3款 一般的租税回避否認規定の導入に際する考慮事項	77
第5節 小括	79
おわりに	80
参考文献	82

はじめに

本論文は、租税回避¹行為への対抗策としての一般的租税回避否認規定²のわが国への導入提言を目的とする。

わが国では、租税回避行為に対抗する税制として、法人税法 132 条（同族会社の行為計算否認規定）や法人税法 132 条の 2（組織再編成に係る行為計算否認規定）等³が存在するが、一般的租税回避否認規定は導入されていない。租税回避について研究を行う識者の間でも、わが国への一般的租税回避否認規定の導入の是非について議論が交わされているが、租税法の教科書的書籍を執筆されている金子宏教授をはじめ、複数の識者⁴が、主に租税法律主義の観点から、一般的租税回避否認規定ではなく、個別的否認規定の創設による租税回避行為への対抗を提唱するなど、一般的租税回避否認規定の導入慎重派の意見が優勢であるように思われる。しかしながら、通説上の租税回避という用語の定義⁵の見直しや、近年の裁判例において経済的合理性基準又は濫用基準の異なる不当性要件の基準が示される等の司法判断の揺れ⁶を鑑みると、租税公平性の確保の観点からも、一般的租税回避否認規定の導入について、あらためて検討を行う必要があると考える。

わが国では、租税法律主義の下、法的安定性・予測可能性を確保するため、租税回避行為に対しては、個別的否認規定を創設することで対抗しているが、個別的否認規定の創設では、新しい類型の租税回避行為に対して適時の対抗ができず、結果として多額の課税逃れを看過してしまっている。令和 2 年度税制改正のきっかけとなった国際的租税回避事案では、この原則的な対応により新たな個別的否認規定が設けられた。しかしながら、適用免除基準を細かく定めることで条文が複雑になったことや、実務的に書類の保存要件の充足が難しい可能性があること等、非常に複雑かつ場当たりの制度が創設され、納税者に

1 「租税回避」という用語の定義については、第 1 章第 1 節で詳述する。

2 ここでは、「すべての分野を包括する一般的租税回避否認規定」を指す。

3 その他の租税回避行為対抗税制として、法人税法 132 条の 3（連結法人に係る行為又は計算の否認規定）が挙げられる。

4 一般的租税回避否認規定導入慎重論の提唱者として、清永敬次教授、谷口勢津夫教授、中里実教授、宮崎裕子最高裁判事等。

5 長きにわたってわが国における通説とされていた金子宏教授による租税回避の定義の表現振りが 2017 年に変更されている。第 1 章第 1 節にて詳述する。

6 東京高裁平成 27 年 3 月 25 日判決〔IBM 事件〕、最高裁平成 28 年 2 月 29 日判決〔ヤフー事件〕及び東京高裁令和 2 年 6 月 24 日判決〔ユニバーサルミュージック事件〕における法人税法 132 条又は法人税法 132 条の 2 の適用関係に関する司法の判断の揺れを指す。第 3 章にて詳述する。

大きな負担を強いる結果となったと考える。また、わが国を除く G7 諸国では既に一般的租税回避否認規定（General Anti-Avoidance Rule 又は General Anti-Abuse Rule）が導入されており、経済協力開発機構（以下、「OECD」という。）が主導する BEPS（税源浸食と利益移転：Base Erosion and Profit Shifting）プロジェクトの目的である「多国籍企業が、その活動実態と各国の税制や国際課税ルールの間はずれを利用することで、課税所得を人為的に操作し、課税逃れを行うことがないよう、各国の税制の調和を図ると共に、国際課税ルールを経済活動の実態に即したものとすること」⁷を鑑みると、今後、一般的租税回避否認規定の導入による国際的租税回避行為の防止が国際的な合意を形成する可能性は否定できない。BEPS プロジェクトを主導してきたわが国が、そのような国際的合意を無視することは難しく、国際的要請の観点からも、一般的租税回避否認規定の導入が求められる可能性が考えられる。

本論文では、昨今の国際的租税回避スキームへの対抗に関する議論を踏まえたうえで、わが国における一般的租税回避否認規定の導入提言を行う。一般的租税回避否認規定の具体的な制度設計については、特に近年一般的租税回避否認規定を導入した英国を参考とした提言を行う⁸。特に、令和 2 年度税制改正で創設された子会社からの配当と子会社株式譲渡損失を組み合わせた租税回避に係る規制措置（以下、「特定支配配当の簿価減額規定」という。）⁹と、そのきっかけとなった国際的租税回避事案を一般的租税回避否認規定導入の論拠の一つとすることにより、表面的・抽象的な議論にとどまらず、わが国における国際的租税回避行為への対抗の現状を踏まえたうえでの、現実的な提言を行う。

⁷ 財務省「BEPS 行動計画に関する最終報告書の公表についての財務大臣談話」
<https://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/international/20151005.htm>（最終閲覧日：2021 年 1 月 31 日）

⁸ 英国は、2013 年 7 月に、2013 年財政法（Finance Act 2013 Part 5 及び Schedule 43）に規定を置き、GAAR（General Anti-Abuse Rule）を制定法化した。

⁹ 法人税法施行令 119 条の 3 の 7 項～13 項

第1章 租税回避及び国際的租税回避の意義

第1節 租税回避の意義

「租税回避」や「租税回避行為」という言葉が新聞報道¹⁰等でも使用されるようになってから久しく、近年では一般的な租税に関する用語として広く認知されているようにも思われるが、わが国では、租税法上の租税回避の定義が存在せず、その言葉の射程が論者によって異なることが、租税回避をめぐる問題の重要な課題の一つとして挙げられる¹¹。本節では、租税法及び学説の観点から「租税回避」の用語の意義を確認する。

第1款 租税法上の租税回避の意義

(1) 租税法上の取り扱い

わが国では、租税法上の「租税回避」という用語の定義は存在しない。わが国の租税法の歴史上、はじめて租税回避について言及がなされたのは、昭和36年の国税通則法制定時に税制調査会が提出した「国税通則法の制定に関する答申（税制調査会第2次答申）及びその説明」（以下、「税制調査会第2次答申」という。）¹²とされている。税制調査会第2次答申では、「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。」と実質課税の原則を述べたうえで、「税法においては、私法上許された形式を濫用することにより租税負担を不当に回避し又は軽減することは許されるべきではないと考えられている。このような租税回避行為を防止するためには、各税法において、できるだけ個別的に明確な規定を設けるよう努めるものとするが、諸般の事情の発達変遷を考慮するときは、このような措置だけでは不十分であると認められるので、上記の実質課税の原則の一環として、租税回避行為は課税上これを否認することができる旨の規定を国税通則法に設けるものとする。」（下線筆者）と述べ、租税回避行為に対する一般的租税回避否認規定の導入について言及している。しかし、多くの租税法

¹⁰ たとえば、2019年9月22日付け日本経済新聞（電子版）「税逃れ 揺れる国税の「伝家の宝刀」」 <<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO50052970Q9A920C1TCJ000>>（最終閲覧日：2021年1月31日）等。

¹¹ 租税回避の定義を議論することについて、中里実「租税回避の概念は必要か」税研128号（2006年）83頁は、明文規定によらない否認を認めないのであれば、租税回避について議論する意味がない旨を指摘している。

¹² 税制調査会「国税通則法の制定に関する答申（税制調査会第2次答申）及びその説明」（1961年）

学者及び実務家の強い批判から、国税通則法に租税回避行為に対する一般的租税回避否認規定は取り込まれなかった。

(2) 脱税及び節税との違い

租税回避以外にも、租税負担の軽減又は排除を図る行為として、「脱税」や「節税」という行為が挙げられる。租税回避と同様に、脱税や節税についてもわが国の租税法上の定義は存在しない。租税回避は脱税と節税の中間に位置づけられる概念であるが、脱税と節税のいずれとも性質を異にする。

金子宏教授は、脱税と租税回避の相違点について、「脱税が課税要件の充足の事実を全部または一部秘匿する行為であるのに対し、租税回避は、課税要件の充足そのものを回避し、または減免規定の適用要件を充足させる行為である。」¹³と述べている。また、金子宏教授は、節税と租税回避の相違点について、「節税が租税法規が予定しているところに従って税負担の減少を図る行為であるのに対し、租税回避は、租税法規が予定していない異常ないし変則的な法形式を用いて税負担の減少を図る行為である。」¹⁴と述べている。つまり、金子宏教授によれば、脱税は課税要件の充足の事実を秘匿、隠ぺいする行為であり違法であるが、租税回避は課税要件の充足そのものを回避し、又は減免規定の適用要件を充足させる行為であることから必ずしも違法とは認められない点が両者において相違するといえる。さらに、租税回避と節税との相違点については、租税法規が予定しているところに従っているか否かによって判断されるが、納税者による行為に租税法規の意図が反映されているか否かの判断は極めて恣意的に行われる点が指摘されている¹⁵。

租税回避の適法性については、識者の間でもその見解が異なっている。谷口勢津夫教授は、租税回避を「課税要件の充足を避け納税義務の成立を阻止することによる、租税負担の適法だが不当な軽減または排除をいう（租税回避の包括的定義）」（下線筆者）¹⁶と定義していることから、租税回避を「適法」としているが、一方、今村隆教授は、租税回避を受け容れるべきもの（acceptable）と受け容れられないもの（unacceptable）に二分した

¹³ 金子宏『租税法〔第23版〕』（弘文堂、2019年）135頁

¹⁴ 金子・前掲注（13）135頁

¹⁵ 谷口勢津夫『税法基本講義〔第6版〕』（弘文堂、2018年）79頁は、「隠れた欠缺の利用による租税回避と租税節約（節税）との違いは、租税回避の試みの態様如何によっては、実際上微妙である場合もあろう。」と述べている。

¹⁶ 谷口・前掲注（15）61頁

うえて、「租税回避は、租税法規の濫用と考えることから、現行法上受け容れられないもの」¹⁷と述べ、租税回避は違法ではないものの適法とするのは適切でないという姿勢¹⁸をとっているように読み取れる¹⁹。

このように、租税回避、脱税、節税の間に明確な境界線はなく、特に租税回避と節税の区分基準は明確ではない²⁰。

第2款 学説上の租税回避の意義

(1) 通説

学説上、金子宏教授による租税回避の定義が通説とされており、裁判例²¹においても金子宏教授による定義が引用されている。

イ) 金子宏教授による定義

金子宏教授は、租税回避を、「私法上の形成可能性を異常または変則的な態様で利用すること（濫用）によって、税負担の軽減または排除を図る行為のこと」²²と定義し、租税回避の2つの類型として、「1つは、合理的または正当な理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、通常用いられる法形式に対応する税負担の軽減または排除を図る行為」²³であり、「もう1つは、租税減免規定の趣旨・目的に反するにもかかわらず

¹⁷ 今村隆「租税回避の意義とG8各国の対応」フィナンシャル・レビュー126号（2016年）20頁

¹⁸ 今村・前掲注（17）20頁は、谷口勢津夫教授による租税回避の定義への異論として、「谷口教授は、租税回避を受け容れるべきもの（acceptable）であるとの立場と考えられる。確かに、租税回避は、脱税とは異なり、違法ではないという意味では、「適法」であるが、谷口教授によると、より積極的な意味をもっている。」とし、自身の立場との違いを述べている。

¹⁹ その他の識者の見解として、増井良啓＝宮崎裕子『国際租税法〔第4版〕』（東京大学出版会、2019年）19頁は、「節税と脱税は合法か違法かで区別され、これに対し、租税回避は、合法か違法かがあいまいな灰色領域を指す概念と」述べている。

²⁰ 川田剛『節税と租税回避』（税務経理協会、2009年）13頁は、租税回避と節税の区分基準が明確でない理由として、「「租税回避」という概念及びその範囲が国によって又は人によって異なるため」と述べている。

²¹ 最高裁平成28年2月29日第一小法廷判決（民集70巻2号242頁〔ヤフー事件〕）等。

²² 金子・前掲注（13）133-134頁

²³ 金子・前掲注（13）134頁

らず、私法上の形成可能性を利用して、自己の取引をそれを充足するように仕組み、もって税負担の軽減または排除を図る行為である。」²⁴と定義している。

長きにわたってわが国における通説とされていた金子宏教授による以前の租税回避の定義²⁵は、「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的成果を実現しながら、通常用いられる法形式に対応する課税要件の充足を免れ、もって税負担を減少させあるいは排除すること」（下線筆者）²⁶であった。下線部分について、以前の定義においては、通常用いられない法形式の選択により課税要件の充足を免れるものが租税回避にあるとされ、そのような法形式の選択により租税減免規定の適用を図るものは明示的には含まれていなかったが、変更された後の定義では、課税要件の充足に限らず、広く税負担の軽減又は排除を図る行為全般が租税回避に該当するものと理解される²⁷。

(2) その他の学説

イ) 清永敬次教授による定義

清永敬次教授は、租税回避を、「租税回避というのは、課税要件の充足を避けることによる税負担の不当な軽減又は排除をいう。多くの場合、税法上通常のものと考えられている法形式（取引形式）を納税者が選択せず、これとは異なる法形式を選択することによって通常の法形式を選択した場合と基本的には同一の経済的効果ないし法効果を達成しながら、通常の法形式に結び付けられている租税上の負担を軽減又は排除する形をとる。このような租税回避をもたらす納税者の行為を租税回避行為という。」²⁸と定義している。

ロ) 今村隆教授による定義

²⁴ 金子・前掲注（13）135頁

²⁵ 金子宏『租税法〔第21版〕』（弘文堂、2016年）まで採用されていた定義である。

²⁶ 金子・前掲注（25）125頁

²⁷ 金子宏教授は、従来、租税回避の類型の一つである税負担の軽減ないし免除を定める規定（租税減免規定）の充足を図る租税回避行為については、「これらの規定の趣旨、目的に適合しないにもかかわらず、税負担の減免のみを目的として、その取引を形の上でこれらの規定の鑄型に当てはまるように仕組みあるいは組成して、それらの規定の適用を図る例」を「租税回避の1つのタイプ」であるという表現振りで整理をしていた（金子・前掲注（25）130頁）。

²⁸ 清永敬次『税法〔新装版〕』（ミネルヴァ書房、2013年）42頁

今村隆教授は、租税回避を、「私法上有効な行為でもって、主として税負担を減少させる目的で、租税法上の効果を生じさせる当該租税法規の文言には反しないものの、その趣旨に反する態様によって、その適用を免れ又はこれを適用して税負担を軽減又は排除すること」²⁹と定義したうえで、「すなわち、a 主観的要件として、「主として租税以上の負担を減少させる目的」が必要であり、b 客観的要件として、「当該租税法規の趣旨・目的に反する態様」であることが必要であり、a の主観的要件は、納税者や関係者の主観的な認識や意欲そのものではなく、あくまでも客観的事実で認定される「目的」であり、事業目的との比較で、いずれかが主であるかにより判断され、b の客観的要件は、当該租税法規の文言にかなっていてもその趣旨に反する態様ということであり、法の濫用 (abuse of law) を意味している。」³⁰と述べている³¹。

ハ) 谷口勢津夫教授による定義

谷口勢津夫教授は、租税回避を、「課税要件の充足を避け納税義務の成立を阻止することによる、租税負担の適法だが不当な軽減または排除をいう (租税回避の包括的定義)」³²と定義している。また、立法者が課税適状と判断する経済的事実に相応する通常の法形式が私人による私法上の法律行為によって避けられる、という経験的事実を踏まえたうえで、「租税立法者が課税要件を定めるに当たって、課税適状と判断した経済的事実に相応する私法上の法形式 (取引形式) として、取引通念の考慮により想定した「通常の」法形式を、納税者が選択せず、これとは異なる「異常な」法形式を選択することによって、「通常の」法形式を選択した場合と基本的に同一の経済的成果を達成しながら、「通常の」法形式に対応する課税要件の充足を避け納税義務の成立を阻止することによって、租税負担を軽減または排除すること、をいう (経験的事実を前提とする租税回避の定義)」

²⁹ 今村隆『現代税制の現状と課題・租税回避否認規定編』(新日本法規出版、2017年) 50頁

³⁰ 今村・前掲注(29) 50頁

³¹ 今村・前掲注(29) 44頁は、通説とされる金子宏教授の租税回避のかつての定義と現在の定義に微妙な表現の変更がみられることから、その定義や意義について、わが国の通説でも揺らいでいる旨を指摘している。

³² 谷口・前掲注(15) 61頁

33と述べている³⁴。後者の経験的事実を前提とする租税回避の定義は、金子宏教授による定義とほとんど同じといえる³⁵。

二) 本庄資教授による定義

本庄資教授は、租税回避を、「私法上の選択可能な法形式の中から税法の予定しない法形式を選択し、結果として意図した経済目的を達成しながら、税法が予定した法形式について定める課税要件に抵触することを免れ、ひいては税負担を減少させまたは排除する行為である。」³⁶と定義している。

(3) 小括

このように、学説ごとに表現振りは様々であるものの、租税回避の目的が「税負担を軽減又は排除すること」であり、かつ、その目的を達成するために「通常の法形式でない方法が選択されること」という点が共通しているといえる。「税負担を軽減又は排除する」という目的については、各学説ともに表現も似通っており、異論は生じにくいところである。一方、「通常の法形式でない方法が選択される」という方法論については、何ををもって「通常の法形式でない方法」といえるか、換言すると、「異常な法形式による方法」といえるかについて解釈の幅があるように思われる。この点について、今村隆教授は、「当該租税法規の文言にかなっていてもその趣旨に反する態様ということであり、法の濫用 (abuse of law) を意味している。」³⁷とし、租税法規の趣旨に反する方法が「通常の法形式でない方法」にあたる旨を述べている。租税法規の趣旨に反する方法により税負担の軽減又は排除が試みられた有名な事例として、土地の現物出資により実質的に有価証券の譲渡を行った事例が挙げられる。これは、有価証券の譲渡所得が非課税とされていた時代（昭和36年所得税法改正前）の事例であるが、土地の支配権を他に移転して当該土地の時価相当額の対価を得ようとする場合、当該土地をそのまま売却すると譲渡所得に対して

³³ 谷口・前掲注(15) 62-63頁

³⁴ 谷口・前掲注(15) 63頁は、経験的事実を前提とする租税回避の定義を、「課税要件アプローチ(課税要件の充足回避)と行為態様アプローチ(法律行為の法形式の異常性)との相互補完による定義ともいふべき」と述べている。

³⁵ 今村・前掲注(29) 20頁

³⁶ 本庄資『国際租税法—概論—〔第4版〕』(大蔵財務協会、2018年) 306-307頁

³⁷ 今村・前掲注(29) 50頁

所得税が課されるので、それを免れるために、当該土地を現物出資して不動産保有会社を設立し、その会社の株式をすべて当該土地の時価相当額で売却したものである³⁸。この事例では、有価証券の譲渡所得の非課税規定を利用することにより、税負担を軽減又は排除しつつも、実質的に土地を移転するという当初の目的に沿った経済状態を達成している。しかしながら、土地の譲渡所得が課税されることを鑑みると、この事例は明らかに租税法規の趣旨に反する方法が採用されたものと認められ、わが国の学説における租税回避に該当するといえる。

第3款 小括

わが国では、租税法上の「租税回避」という用語の定義は示されていないものの、金子宏教授による通説を中心に、他の学説を紐解いてみると、「税負担を軽減又は排除することを目的とすること」及び「通常の法形式でない方法により選択される行為であること」という点に共通項が確認される。「税負担を軽減又は排除することを目的とすること」については、税負担を軽減又は排除することのみを目的とするものに限るのか、もしくは、わずかでも税負担を軽減又は排除されればよいのかという点に問題が残り、さらに、税負担の軽減又は排除により達成した経済的便益が租税回避に該当し得る水準であるかの閾値を定量的に図ることが困難であるという問題も残るように思われる³⁹。さらに、「通常の法形式でない方法により選択される行為であること」については、何をもって「通常の法形式でない方法」といえるかについて解釈の幅があるように思われる。

このように「租税回避」という用語の統一的な意義及び解釈を示すことは困難であるものの、本論文においては、「租税回避」という用語の射程を、「税負担を軽減又は排除することを目的とした通常の法形式でない方法により選択される行為」に置いたうえで考察を進めることとする。

第2節 租税回避の否認の意義

第1款 租税回避の否認の意義

(1) 金子宏教授による定義

³⁸ 谷口・前掲注(15) 65頁

³⁹ 鈴木久志「租税回避行為の否認についての一考察—我が国の租税法へ一般的租税回避否認規定を導入することの必要性を中心に—」税大論叢 94号(2018年) 42頁

金子宏教授は、租税回避の否認の定義として、「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（減免規定については、その適用を否定すること）」⁴⁰とし、「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。」⁴¹と述べている。

(2) 清永敬次教授による定義

清永教授は、租税回避の否認の定義として、「租税回避を除去するのに必要な、課税要件規定によるときとは異なる取扱いをすること」⁴²とし、「租税回避の否認は、……課税要件規定によるときとは異なる取扱いをすることであり、これはとりもなおさず従来の課税要件規定にはない新たな課税要件を作り出すことを意味し、したがって、租税法律主義の建前から、そのための明文の規定が必要である」⁴³と述べている。

(3) 谷口勢津夫教授による定義

谷口勢津夫教授は、租税回避の否認の定義として、「立法者は、租税回避の存在を認知したときは、可及的速やかに、それに対処するために課税要件法の欠缺を補充し、それまで想定外であった「異常な」行為を納税者が形成した場合を、「通常の」行為を形成した場合と課税上同様に取り扱うこと（「異常な」行為を「通常の」行為に引き直すこと〔＝擬制〕）ができるように、課税要件法を改正すべきである。このような課税上の取り扱いを租税回避の否認という。」⁴⁴とし、「租税回避の否認は、「通常の」法形式に対応する課税要件に代わる別の課税要件を創設し、これに基づいて課税することを意味するから、租税

⁴⁰ 金子・前掲注（13）135頁。この点につき、金子宏教授は、最高裁判所の明確な判断はまだ示されていないとしつつ、但し書きとして、最高裁平成23年2月18日判決〔武富士事件〕の須藤裁判官による補足意見に触れ、法令上の根拠がない限り否認はできないという考え方を表明しており、多数意見もその趣旨を含んでいるように思われる旨を指摘している。

⁴¹ 金子・前掲注（13）138頁

⁴² 清永・前掲注（28）43頁

⁴³ 清永・前掲注（28）43頁

⁴⁴ 谷口・前掲注（15）70頁

法律主義の下では、課税の法的根拠として、代替的課税要件を定める明文の規定を必要とする、と考えるべきであろう。」⁴⁵と述べている。

(4) 小括

わが国では、租税法律主義の下、明文規定によらない租税回避の否認は許されないと考えられており⁴⁶、金子宏教授、清永敬次教授及び谷口勢津夫教授による学説もその立場を明確にしている。明文規定によらない租税回避の否認を認めないという学説においては、新たな類型の租税回避スキームが生み出された場合の対応策として、立法府による迅速な個別的否認規定の創設が提言されている⁴⁷が、納税者による取引の複雑化や多様化、国際化を鑑みると、場当たりの個別的否認規定の創設では、新しい租税回避行為には対抗できないという指摘がある⁴⁸。

第2款 租税回避の否認の類型

(1) 法令に基づく類型

金子宏教授は、租税回避の否認規定について、「すべての分野を包括する一般的否認規定」、「個別の分野に関する一般的否認規定」及び「個別的否認規定」の3つに分類したうえで、それぞれの規定について次のように例示している⁴⁹。

否認規定の分類	規定の例示
すべての分野を包括する一般的否認規定	なし
個別の分野に関する	➤ 同族会社の行為又は計算の否認規定 ➤ 組織再編成に係る行為又は計算の否認規定

⁴⁵ 谷口・前掲注(15) 74頁

⁴⁶ 最高裁判所の明確な判断はまだ示されておらず、下級審の裁判例は分かれているものの、東京高裁平成11年6月21日判決(民集52巻1号26頁[相互売買事件])、最高裁平成23年2月18日判決(判時2111号3頁[武富士事件])須藤裁判官補足意見等は、明文規定によらない租税回避の否認は認められない旨を示している。

⁴⁷ 金子・前掲注(13) 139頁

⁴⁸ たとえば、森信茂樹「BEPSと租税回避への対応——一般的否認規定(GAAR)の整備を」フィナンシャル・レビュー126号(2016年)12頁等。

⁴⁹ 金子・前掲注(13) 137-138頁

一般的否認規定 ⁵⁰	<ul style="list-style-type: none"> ➤ 連結納税に係る行為又は計算の否認規定 ➤ 外国法人の恒久的施設帰属所得に係る行為又は計算の否認規定
個別的否認規定	<ul style="list-style-type: none"> ➤ 法人税法 22 条 2 項（各事業年度の所得の金額の計算における益金の金額） ➤ 法人税法 34 条（役員給与の損金不算入規定）

谷口勢津夫教授は、租税回避の否認規定について、「講学上、①特定の「異常な」行為による租税回避を否認する個別的否認規定と、②「異常な」行為を特定せず、そのときどきに問題になるであろう、何らかの「異常な」行為による租税回避を否認する一般的否認規定あるいは包括的否認規定とが、区別される」（下線筆者）⁵¹と述べている。さらに、②一般的否認規定の例として、同族会社の行為又は計算の否認規定や組織再編成に係る行為又は計算の否認規定等を挙げていることから、金子宏教授による分類との対応関係では、谷口勢津夫教授が述べる「一般的否認規定あるいは包括的否認規定」が「個別の分野に関する一般的否認規定」に該当するといえる。

一般的租税回避否認規定（General Anti-Avoidance Rule : GAAR）に近い概念として、限定的否認規定（Specific Anti-Avoidance Rule : SAAR）及び税法における特定の税目あるいは適用範囲における特定目的型租税回避否認規定（Targeted Anti-Avoidance Rule : TAAR）が挙げられる。金子宏教授による分類とこれらの対応関係について、「すべての分野を包括する一般的否認規定」が GAAR、「個別の分野に関する一般的否認規定」のうち同族会社の行為又は計算の否認規定が SAAR、組織再編成に係る行為又は計算の否認規定等が TAAR にそれぞれ該当するといえる⁵²。

⁵⁰ 今村・前掲注（29）183 項は、たとえば同族会社の行為又は計算の否認規定について、「適用対象を同族会社に関する行為や計算に限定していることから、一般否認規定ではない。」と述べている。

⁵¹ 谷口・前掲注（15）71 頁

⁵² 矢内一好「一般否認規定と租税回避判例の各国比較」（財経詳報社、2015 年）3 頁。大野雅人「一般否認規定（GAAR）導入の必要性」本庄資編著『国際課税ルールの新しい理論と実務—ポスト BEPS の重要課題—』（中央経済社、2017 年）577-578 頁は、特定の類型の租税回避を防止するための規定を SAAR や TAAR と呼ばれる個別的否認規定としたうえで、同族会社の行為又は計算の否認規定や組織再編成に係る行為又は計算の否認規定等を準一般否認規定（GAAR）に分類している。

(2) 判例法理に基づく類型

日本公認会計士協会は、租税回避の否認の方法として次の3つの類型を示している⁵³。

- (i) 課税要件事実の認定の段階で、納税者が税務申告の前提として想定した事実とは異なる事実を認定する。
- (ii) 個別規定の解釈により、課税根拠規定の適用又は課税減免規定の適用の排除をする。
- (iii) 納税者が税務申告で想定した私法上の法形式を前提として、租税法上、他の私法上の法形式に引き直して、課税を行う。

さらに、日本公認会計士協会は、裁判所が採用した租税回避の否認構成の類型を次のように整理している⁵⁴。

- (i) 事実認定による否認—仮装行為
- (ii)a. 税法の個別規定（課税要件規定）の解釈
- (ii)b. 課税減免規定の縮小・限定解釈（制度濫用論）
- (iii)a. 個別否認規定（実質所得者課税、移転価格税制、タックス・ヘイブン対策税制、過少資本税制、過大支払利子税制等）
- (iii)b. 特定の場面における包括否認規定：法人税法 132 条（同族会社の行為計算否認規定）、132 条の 2（組織再編成の行為計算否認規定）、132 条の 3（連結法人の行為計算否認規定）、147 条の 2（恒久的施設帰属所得の行為計算否認規定）
- (iv) 明文なき租税回避行為の否認の可否

⁵³ 日本公認会計士協会「法人税法上の包括的な租税回避否認規定の適用をめぐる実務上の問題点」（租税調査会研究報告第 32 号、2017 年）6 頁

⁵⁴ 日本公認会計士協会・前掲注（53）7 頁

(iv)明文なき租税回避行為の否認の可否について、最高裁判所の明確な判断はまだ示されておらず、下級審の裁判例は分かれている⁵⁵。しかしながら、過去の裁判例によれば、租税法律主義の下では、明文なき租税回避行為の否認は認められないと解されている⁵⁶。

第3款 小括

わが国では、租税法律主義の下では、明文なき租税回避行為の否認は認められないと解されていることは既に述べたとおりである。一方で、納税者による取引がますます複雑化・国際化する現代社会においては、個別的否認規定の創設では新たな類型の租税回避スキームに適時に対抗できないという問題がある。新たな類型の租税回避スキームへの対策として、諸外国が既に導入している GAAR の導入に関する議論がわが国でも活発化している。第4章第1節では、わが国における一般的租税回避否認規定導入に対する積極論及び慎重論について概観する。

第3節 国際的租税回避の意義

わが国において「租税回避」という用語に確立した定義がないのと同様に、「国際的租税回避」という用語にも確立した定義は置かれていない。一般的に、「国際的租税回避」という用語は、国境をまたぐ取引等⁵⁷を対象に使用されるが、本節では、EU 及び OECD による租税回避への取り組みを概観するとともに、わが国における学説上の定義についても確認を行う。なお、EU 及び OECD による用語の定義については、「国際的租税回避」だけでなく、周辺用語の定義も確認する。

第1款 EU による取り組み

(1) 国際的租税回避をはじめとする用語の意義

イ) 国際的租税回避の意義

国際的租税回避 (international tax avoidance) という用語について、EU においても明確な定義が置かれているわけではないが、EU の欧州委員会 (European Commission)

⁵⁵ 金子・前掲注 (13) 138 頁

⁵⁶ 金子・前掲注 (13) 139 頁

⁵⁷ 本庄・前掲注 (36) 8 頁は、国際的租税回避の具体的な手法として、マネーロンダリング、価格操作、タックス・ヘイブン、外国への移住・本店移転、隠れた利益分配、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントを挙げている。

は、「租税回避 (tax avoidance)」、「租税詐欺 (tax fraud)」及び「脱税 (tax evasion)」を区分したうえで、それぞれを次のように定義している⁵⁸。

「租税回避 (tax avoidance) とは、法の範囲内で、時には合法性の際で、法的に負うべき税を最小化又は排除し、多くの場合、法解釈や税制の抜け穴、不一致を利用して、法の意図に反した税制上の便益を得る行為である。」

「租税詐欺 (tax fraud) とは、意図的な脱税 (evasion of tax) の一種であり、一般的に違法行為である。これには、故意に虚偽の書類 (statement) が提出されたり、偽造文書が作成されたりする状況が含まれる。」

「脱税 (tax evasion) とは、一般的に、租税負担が秘匿又は排除される違法な取決め (arrangement) である。すなわち、納税者が、税務当局に対し収入や情報を秘匿することにより、本来の税金の支払いを免れる行為である。」

さらに、租税回避について、行き過ぎた租税計画 (Aggressive Tax Planning : 以下、「ATP」という。) に対する欧州委員会勧告では、(法人による) 租税回避の定義として、「租税負担を最小化 (minimise) させる目的で特定の企業が利用する機会 (situation) であり、多くの場合、企業は国家間の税制の法的な抜け穴 (loophole) や不一致 (mismatch) を悪用して、利益を人為的に低税率の法的管轄又は無税の法的管轄へ移転している。」⁵⁹と述べている。

このように、EU では、租税詐欺及び脱税を違法としたうえで、租税回避については、「合法だが法の意図に反する行為」と整理している。

ロ) ATP の意義

欧州委員会勧告は、ATP の定義として、「租税システムのループホールあるいは租税債務を減少させる目的で2以上の租税システム間の二重不課税等のもたらす便益を得るこ

⁵⁸ European Commission, Time to get the missing part back
<https://ec.europa.eu/taxation_customs/fight-against-tax-fraud-tax-evasion/missing-part_en> (最終閲覧日: 2021年1月31日)

⁵⁹ European Commission, Tax Transparency Package
<https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/tax-transparency-package_en> (最終閲覧日: 2021年1月31日)

と」⁶⁰と述べている。後述するように、欧州委員会勧告は、「EU加盟国を含む世界各国は、ATP に対する個別的濫用防止措置が不十分であり、ますます洗練された ATP へ適時に対応できていない」ことから、ATP への対策として、一般的濫用防止規定を国内法として規定することを EU 加盟国に勧告している。

(2) 国際的租税回避及び ATP への対応

欧州委員会は、2012年12月に脱税及び租税回避に関する対抗策を公表しているが、その第2の勧告が ATP への対応である⁶¹。欧州委員会は、「世界各国は、タックス・プランニング、すなわち ATP を伝統的に合法的な慣行として取り扱うが、ATP ストラクチャーは、洗練されたものになり、さまざまな管轄にまたがり有利な税制をもつ国に利益を移転する。ATP ストラクチャーがますます洗練される一方、これに対応する各国の立法がタイミングよく行われなため、新しい ATP ストラクチャーにキャッチアップする個別的濫用防止措置が不十分なものになる。このようなストラクチャーは、各国税収及び EU 機能にとって有害なものとなるため、多くの異なる一般的濫用防止規定の複雑さを回避するため、単一の共通の一般的濫用防止規定 (a common general anti-abuse rule : a common GAAR) を各加盟国が採用することを勧告することが妥当である。」⁶²と述べ、単一の共通の一般的濫用防止規定の採用を勧告している。

⁶⁰ European Commission, “Commission recommendation of 6. 12. 2012 on aggressive tax planning”

<https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/docs/body/c_2012_8806_en.pdf> (最終閲覧日：2021年1月31日) 日本語訳は、矢内・前掲注(52) 29頁を参考とした。なお、OECD, “Study into the Role of Tax Intermediaries” (2008) p10-11 は、ATP について、「維持できる (tenable) が、意図しない、また、予期しない税収上の帰結を有する税務ポジションを伴うプランニング」及び「税務申告における重要事項につき法に従っているか不確実性があることを公に開示することなしに納税者にとって有利な税務ポジションをとること」と定義している。

<<http://www.oecd.org/tax/administration/39882938.pdf>> (最終閲覧日：2021年1月31日) 日本語訳は、長戸貴之「「分野を限定しない一般否認規定 (GAAR)」と租税法律主義」フィナンシャル・レビュー129号(2017年) 172頁を参考とした。

⁶¹ European Commission, “Clamping down on tax evasion and avoidance: Commission presents the way forward” <https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/tax-transparency-package_en> (最終閲覧日：2021年1月31日)

⁶² 日本語訳は、本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討 第22回 アググレッシブ・タックス・プランニング (ATP) ストラクチャーとインディケーターの研究」租税研究 806号(2016年) 78-79頁を参考とした。

また、欧州委員会は、租税詐欺及び脱税に対するアクションプラン⁶³を示し、そのアクションプランの中で、「租税詐欺及び脱税は、単一の加盟国が単独で解決することのできない世界的な課題であり、緊急かつ多面的な対応が必要な問題である。」と述べている。アクションプランにおいて、ATPについては、「租税負担は、個々の政府によって行われた選択によって公正に共有されなければならない。昨今、一部の納税者は、複雑な、場合によっては人為的な取決めを使用することにより、課税所得を EU 域外に移転させている。具体的には、納税者は国家間の税制の不一致を突き、特定の所得がどこでも課税されないようにする、又は、国家間の税率の違いを悪用している。」と述べ、企業の社会的責任 (Corporate Social Responsibility) の原則に反するものであると批判している。

2016 年 1 月には、多国籍企業の租税回避に対するルール強化のための措置や指針をまとめた「租税回避対策パッケージ (Anti Tax Avoidance Package)」⁶⁴が提案された。租税回避防止パッケージは、EU 加盟国に対して、公正な租税負担の回避を画策する企業に対して確固たる姿勢をとり、税源浸食と利益移転に対する国際基準の実施を求めている。その柱として、①利益が創出された場所で企業が税を支払う「EU 域内における実効的な課税の実現 (Ensuring effective taxation in the EU)」、②大企業による ATP を特定し、公平な課税を実現するための「課税の透明性の強化 (Increasing tax transparency)」、③国際協調による租税回避への対抗と公平な租税環境の構築を目指す「公正な競争環境の確保 (Securing a level playing field)」を掲げている。租税回避防止パッケージは下記の 4 つの主要部分で構成されており、租税回避に対する EU 加盟国の強固かつ連携した行動を促進するとともに、企業に対し利益を創出した場所で税を支払うことを要求している。

➤ 租税回避対策指令 (Anti Tax Avoidance Directive proposal)

⁶³ European Commission, “Communication from the commission to the European Parliament and the Council - An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion - ”

<https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/com_2012_722_en.pdf> (最終閲覧日：2021 年 1 月 31 日)

⁶⁴ European Commission, “Fair Taxation: Commission presents new measures against corporate tax avoidance”

<https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_159> (最終閲覧日：2021 年 1 月 31 日)

- 国別報告書（CbCR : Country by Country Report）自動交換指令（Revision of the Administrative Cooperation Directive）
- 租税条約濫用防止のための提言（Recommendation on Tax Treaties）
- 効果的な課税のための EU 外部への戦略的フレームワークについてのコミュニケーション（Communication on an External Strategy for Effective Taxation）

その後、2016年7月にEU域内市場に直接影響を与える租税回避の防止に向け、租税回避パッケージの柱である「租税回避対策指令（Anti Tax Avoidance Directive）」⁶⁵が採択・公表された。同指令は、租税回避防止規定として次の5つの個別規定についてミニマム・スタンダードを提言している。

- 利子損金算入制限（Interest limitation rule）
- 出国時課税（Exit taxation）
- 一般的租税回避防止規定（General anti-abuse rule）
- 子会社合算課税制度（Controlled foreign company rule）
- ハイブリッド・ミスマッチ規定（Hybrid mismatches）

EU加盟国は、原則として2018年末までに同指令に準拠した国内法を整備し、2019年1月1日よりこれらを適用している⁶⁶。

第2款 OECDによる取り組み

(1) 国際的租税回避をはじめとする用語の意義

イ) 国際的租税回避の意義

国際的租税回避（international tax avoidance）という用語について、OECDにおいても明確な定義が置かれているわけではないが、OECDは、租税回避（tax avoidance）の定義

⁶⁵ European Commission, “Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2012 - laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market -” <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L1164&from=EN>>（最終閲覧日：2021年1月31日）

⁶⁶ 出国時課税や特定のハイブリッド・ミスマッチ規定等を除く。

として、「定義が難しい用語ではあるが、一般的には、納税者の租税負担を軽減しようとする納税者による取決め (arrangement) で、法的には文言上適法かもしれないが、当該取決めが従っている法律の目的 (intent) に通例は反するようなもの」⁶⁷と述べている。さらに、後述する OECD による BEPS プロジェクトの議論によれば、租税回避とは、「法の字義には従いつつ、法の精神に反するもの」と理解される⁶⁸。

ロ) 二重非課税の意義

OECD は、ハイブリッド・ミスマッチアレンジメント⁶⁹を通じた二重非課税 (double non-taxation) の定義として、「取引の関係者全体としての租税負担を軽減し、競争や経済効率、透明性や公平性を阻害する行為」⁷⁰と述べている⁷¹。さらに、後述する BEPS プロジェクト行動計画 6 では、租税条約の濫用防止のためのミニマム・スタンダードとして、租税条約のタイトル及び前文に「租税条約は租税回避・脱税を通じた二重非課税又は税負担軽減の機会創出を意図するものではないこと」の明記を勧告している⁷²。

ハ) BEPS の意義

⁶⁷ OECD, Glossary of Tax Terms <<http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>> (最終閲覧日：2021年1月31日) 日本語訳は、今村・前掲注(17)19頁を参考とした。

⁶⁸ 緒方健太郎「BEPSプロジェクト等における租税回避否認をめぐる議論」ファイナンシャル・レビュー平成28年1号(2016年)197頁

⁶⁹ OECD, “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting” <<https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>> (最終閲覧日：2021年1月31日) は、ハイブリッド・ミスマッチアレンジメントの例として、「一つの借入に対して二カ国での控除の認識や収入に紐づかない控除を創出する行為又は外国税額控除や資本参加免税の悪用」を挙げている。

⁷⁰ OECD・前掲注(69)

⁷¹ 税制調査会資料〔国際課税関係〕 <https://www.cao.go.jp/zeicho/gijiroku/zeicho/2013/_icsFiles/afieldfile/2013/10/08/25zen3kai2_1.pdf> (最終閲覧日：2021年1月31日) は、二重非課税について、「源泉地国でも居住地国でも十分に課税されない問題」と指摘している。

⁷² これに加え、「租税条約に一般的濫用防止規定として、(a)主要目的テスト (Principle Purpose Test：以下、「PPT」という。)のみ、(b)PPT及び簡素版特典制限条項 (Limitation on Benefit：以下、「LOB」という。)の双方、又は(c)厳格版LOB及び導管取引防止規定のいずれかを規定すること等を勧告している。

OECD は、BEPS⁷³の定義として、「各国の税制の隙間やミスマッチを利用して所得を消失させることにより、又は経済的活動がほとんど行われていない軽課税国や無税国に所得を移転することにより法人全体としての法人税の支払いを発生させないタックス・プランニング戦略」⁷⁴と述べている。

二) 小括

それぞれの用語の関係性を整理すると、「租税回避」は納税者による取決め (arrangement) であり、「二重非課税」及び「BEPS」は、納税者による行為でありタックス・プランニング戦略である。また、二重非課税はあくまでも BEPS の一部を構成するものであると解されることから、国際的租税回避行為により、二重非課税を含む BEPS が生じるという関係性に整理される。

(2) 国際的租税回避への対応

2012年6月、OECD 租税委員会は、米国から BEPS が法人税収を著しく喪失させている点を憂慮しているとの問題提起がなされたことから、国境を越えた脱税・租税回避スキームに対し、国際協調の下、戦略的かつ分野横断的に問題解決を図るため BEPS プロジェクトを開始し、2013年2月には BEPS に関する現状分析報告書「税源浸食と利益移転への対応 (Addressing Base Erosion and Profit Shifting)」⁷⁵を公表した⁷⁶。この報告書では、「多くの BEPS 戦略が、さまざまな国の課税ルール間のインターフェースを利用して

⁷³ 居波邦泰『国際的な課税権の確保と税源浸食への対応—国際的二重非課税に係る国際課税原則の再考—』（中央経済社、2014年）はしがきは、BEPS の概念や射程として、国際的にも国内的にも明確な定義が置かれているわけではないものの、一般的に、「多国籍企業等が、グループ関連者間における国際取引により、その所得を高課税の法的管轄から無税又は低課税の法的管轄に移転させることで、国際的二重非課税を生じさせるもの」と述べている。

⁷⁴ OECD, BEPS Frequently Asked Questions <<https://www.oecd.org/ctp/BEPS-FAQsEnglish.pdf>>（最終閲覧日：2021年1月31日）

⁷⁵ OECD, “Addressing Base Erosion and Profit Shifting” <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en#page1>（最終閲覧日：2021年1月31日）

⁷⁶ BEPS プロジェクトの開始後、2012年後半に英国等でスターバックス、グーグル、アップル等の多国籍企業による国際的租税回避問題が生じていることが発覚した。多国籍企業による国際的租税回避についての報道として、たとえば、Bloomberg の”The Great Corporate Tax Dodge”, the New York Times の”But Nobody Pays That”, The Times の”Secrets of Tax Avoiders”, the Guardian の”Tax Gap”等が挙げられる。

おり、一つの国が、単独で行動することで、この問題に対して十分に取り組むことは困難であろう。さらに、孤立した対応をとる国によるユニラテラルで協調性のない行動は、事業者に対して二重課税、おそらく多重課税のリスクをもたらすことになるであろう。……それゆえに、国々が包括的な解決策を実行するための革新的なアプローチを検討することが、必須なのである。」⁷⁷と述べられている。また、多国籍企業による BEPS は、個別の企業の租税回避行為によってもたらされるのではなく、国家間の税制の間隙やミスマッチを利用して低税率国又は無税国に利益を移転することで生じるものであり、多くの BEPS 戦略は合法的なものであることから、国際的協調による国際課税ルールの整備が重要である点が強調されている。その後、OECD 租税委員会は、2013 年 7 月に、15 の行動計画からなる「BEPS 行動計画 (Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting)」⁷⁸を公表し⁷⁹、さらに、2015 年 7 月には、15 の行動計画それぞれの最終報告書を取りまとめた最終パッケージ (以下、「BEPS 最終報告書」という。)を公表した。BEPS 最終報告書に取りまとめられた 15 の行動計画は、①価値創造の場での課税という観点からの国際課税原則の再構築 (行動計画 1~10)、②各国政府・グローバル企業の活動に関する透明性の向上 (行動計画 11~13) 及び③企業の不確実性の排除と予見可能性の確保 (行動計画 14、15)、の大きく三つの柱に分類することができる⁸⁰。

さらに、BEPS 最終報告書は、その性質及びコミットメントの要請レベルによって 4 つのカテゴリー (①ミニマム・スタンダード：すべての OECD/G20 加盟国が一貫した実施を約束する項目、②既存のスタンダードの改正：OECD モデル租税条約や OECD 移転価格ガイドラインの改定を伴うが、ミニマム・スタンダードに比べ拘束力は劣る項目、③共通アプローチ：各国の慣行の統一を促進するもので将来的ミニマム・スタンダードに加えらるか否かの議論の対象となり得る項目、④ベスト・プラクティス：新しく国内法を導入するなど、問題に対応しようとする国を支援する項目) に分類できる。

⁷⁷ OECD・前掲注 (75)。日本語訳は、居波邦泰「2013 年 2 月 12 日公表 OECD 報告書”Addressing Base Erosion and Profit Shifting”「税源侵食と利益移転への対応」(仮訳)」租税研究 763 号 (2013 年) 200 頁を参考とした。

⁷⁸ OECD・前掲注 (69)

⁷⁹ BEPS 行動計画が公表されたその日に、日本の財務大臣は、国際課税に関する国際的な協力の歴史において転機となる画期的な成果であり、日本はこれを強く支持する旨を表明している。

⁸⁰ 浅川雅嗣「BEPS プロジェクトの軌跡と展望」会計・監査ジャーナル 28 巻 4 号 (2016 年) 57 頁

なお、BEPS 最終報告書においては、租税回避対抗措置としての一般的租税回避否認規定の法制化そのものは掲げられておらず⁸¹、BEPS プロジェクトと国際的租税回避への対抗策としての GAAR 導入を直接的に結び付けて議論することは、必ずしも適切ではない⁸²。

第3款 学説上の国際的租税回避の意義

(1) 海外の学説上の国際的租税回避の意義

Murray 教授は、租税回避 (avoidance) の特徴として、次の 2 点を挙げている⁸³。

- ① 脱税 (evasion) ではなく、avoidance とは犯罪行為の反対に属する合法的なものである。これは、租税上の便益をルールの中において取得するという真正な信念に基づいて行われるためである。
- ② 租税計画 (tax planning) の一形態であるが、納税義務者が、立法趣旨に反して租税上の便益を得ることを探求している場合、その計画は租税回避となる。納税義務者が立法上の抜け道を探すことにより租税上の便益を得る場合、法律の抜け道は、立法の意図しない欠陥であり、その行為は、租税回避である。また、納税者が人為的な取引 (artificial transaction) により租税上の便益を得る場合も租税回避となる。

(2) わが国の学説上の国際的租税回避の意義

イ) 金子宏教授による定義

金子宏教授は、「国際的な経済活動においては、複数の国家の税制の相違を利用した租税回避」⁸⁴をタックス・アービトラージとしての国際的租税回避と述べている。

⁸¹ 日本公認会計士協会・前掲注 (53) 70 頁

⁸² ただし、租税条約の濫用防止について勧告する行動計画 6 において、租税条約に一般的濫用防止規定として、PPT や LOB 等を設けることを勧告している。

⁸³ Murray, Rebecca, *Tax Avoidance 3rd edition*, Sweet & Maxwell, 2016, p.1. 日本語訳は矢内一好「日本への導入が見込まれる義務的開示制度と一般否認規定のポイント 100 (その 13) 第 10 部 英国における GAAR」税務事例 52 巻 10 号 (2020 年) 93 頁を参考とした。

⁸⁴ 金子・前掲注 (13) 552 頁

ロ) 谷口勢津夫教授による定義

国際的租税回避という用語の定義ではないものの、谷口勢津夫教授は、「各国の租税負担の相違ないし格差に着目して、本来ならば自国で課税されるべき所得等を、国外へ不当に移転するような行為が、しばしば行われるようになる。その結果、自国の課税権が侵食されると同時に国際的経済活動に歪みが生ずること」⁸⁵が国際的租税回避問題であると述べている。

ハ) 増井良啓教授による定義

増井良啓教授は、「一般に、「節税」と「脱税」は、合法か違法かで区別される。これに対し、「租税回避」は、合法か違法かがあいまいな灰色領域を指す概念である。もともと境界領域にある概念であるため学説の定義もさまざまであるが、共通する骨子を抽出するならば、濫用により課税要件の充足を免れることを念頭に置くことが多い。」としたうえで、「租税回避のうち国際的な側面に関係するものを国際的租税回避 (International tax avoidance) と呼ぶ。」⁸⁶と述べている。

ニ) 本庄資教授による定義

本庄資教授は、「多国籍企業にとってタックス・プランニングを①国内的タックス・プランニングと②国際的タックス・プランニングに区別することは有意義ではない。この場合、事業活動は当然国際的に展開されるため、その中で利用される「節税」は「国際的節税」となり、「租税回避」は「国際的租税回避」とならざるを得ない。」としたうえで、「国際的租税回避は、各国の税制の差異を利用して課税上有利な取引を選択する一連の裁定取引であるともいえる。」⁸⁷と述べている。

ホ) 小括

識者によっては「国際的租税回避」という用語の定義を明確にしているものの、わが国の学説上、表立った議論は確認されていない⁸⁸。この点について、本庄資教授は、わが国

⁸⁵ 谷口・前掲注 (15) 7 頁

⁸⁶ 増井=宮崎・前掲注 (19) 19 頁

⁸⁷ 本庄資『国際的租税回避—基礎研究—』(税務経理協会、2002年) 8 頁

⁸⁸ 経済産業省が2015年に公表した「日本企業の海外展開を踏まえた国際課税制度の在り方に関する研究会」の中間論点整理では、「租税回避の定義について、国内法の分野で

の多くの議論では、「国内における租税回避」と「国際的な租税回避」を区別しておらず、あるタックス・プランニングをわが国では合法的であるとの理由で「節税」とみる一方で、他の国では、合法ではあるが「法の意図」に反するとの理由で「租税回避」とみることがあり、特に BEPS プロジェクト後の世界でこれまでのわが国における議論が通用しない可能性について言及している⁸⁹。

「租税回避」という用語の定義でさえ、国内で合意形成されていない現状においては、わが国において「国際的租税回避」という用語を定義付けるは困難であろう。しかしながら、本庄資教授が指摘するように、企業の課税逃れに対抗する国際的な合意形成が行われた BEPS プロジェクト後の世界では、わが国独自の論理はまかりとおらず、同一のタックス・プランニングをめぐる、わが国と他の国での議論が複雑化する可能性があると考えらる。

第4款 小括

EU、OECD 及びわが国における「国際的租税回避」という用語の定義については、次の表のように整理できる⁹⁰。

EU	法の範囲内で、時には合法性の際で、法的に負うべき税を最小化又は排除し、多くの場合、法解釈や税制の抜け穴、不一致を利用して、法の意図に反した税制上の便益を得る行為
OECD	定義が難しい用語ではあるが、一般的には、納税者の租税負担を軽減しようとする納税者による取決めで、法的には文言上適法かもしれないが、当該取決めが従っている法律の目的に通例は反するようなもの

は、学問的な蓄積がある一方で、国際課税の文脈では、それほど明確にすることなく、各国、あるいは各論者が半ば自由にこの用語を使っている傾向がある。」と述べている。経済産業ウェブサイト

https://www.meti.go.jp/policy/external_economy/toshi/kokusaisozei/cfc/PDF/chukanrontenseiri.pdf (最終閲覧日：2021年1月31日)

⁸⁹ 本庄資「濫用的国際租税回避の防止規定の必要性—BEPS プロジェクト勧告に伴う国内法改正と GAAR 導入の是否認論議を中心に—」租税研究 796 号 (2016 年) 178 頁

⁹⁰ EU 及び OECD は「租税回避」という用語の定義であるが、その文脈や議論の背景から、国境をまたぐ取引等を対象とするものであるため、便宜的に「国際的租税回避」という用語の定義として取り扱う。

日本	複数の国家の税制の相違を利用した、私法上の形成可能性を異常または変則的な態様で利用すること（濫用）によって、税負担の軽減または排除を図る行為
----	--

EU 及び OECD による租税回避の定義は、「法の範囲内ではあるが法の意図に反して行われる税負担を軽減または排除する行為（取決め）」という点でかなり共通しているといえる。一方で、わが国における通説では、「税負担を軽減または排除する行為」という点については EU 及び OECD による定義と共通するものの、租税法主義の下で厳格な文理解釈を行うため、納税者による行為が「法の意図」に反しているか否かは問われない⁹¹。このように、「国際的租税回避」という用語の定義について、わが国と EU 及び OECD の間には乖離があり、特に BEPS プロジェクト後の世界では、わが国における租税回避の議論が国際社会の合意に受け入れられない可能性が考えられる。

第4節 小括

わが国では、租税法上の租税回避の定義が存在せず、その言葉の射程が論者によって異なることが、租税回避をめぐる問題の重要な課題の一つとして挙げられることは既に述べたとおりである。一方で、過去の裁判例によれば、金子宏教授による定義が、わが国における租税回避という用語の定義の通説的理解であったように思われる。しかしながら、第2章で詳述する近年の裁判例では、いわゆる租税回避行為に対する個別の分野に関する一般的否認規定の解釈について揺らぎが生じており、どのような行為が「租税回避」にあたるのかについて引き続き議論の余地があるように思われる。また、国際的租税回避の文脈では、国内における租税回避を射程とするわが国における通説的理解と EU 及び OECD における租税回避の定義の間に重要な乖離が確認されるが、その乖離に関するわが国内における取り扱いについて議論をしない限り、EU 及び OECD による租税回避の定義「ポスト BEPS」の世界における国際社会の合意にわが国が乗り遅れる危険性が指摘される⁹²。

⁹¹ 本庄・前掲注（89）173-174 頁は、この点が、国際的な議論とわが国の議論と全く乖離しており、個別的否認規定がない以上、すべて「合法的」なアレンジメントとして、否認できないこととなる旨を指摘している。

⁹² 本庄・前掲注（89）183 頁

本論文では、日本国内に限定された取引であることを前提に、「租税回避」の定義については、金子宏教授による通説「私法上の形成可能性を異常または変則的な態様で利用すること（濫用）によって、税負担の軽減または排除を図る行為のこと」を採用し、EU及びOECDによる「租税回避」の定義との乖離について問題意識を明らかにする。また、「国際的租税回避」の定義については、EU及びOECDによる共通的理解である「法の範囲内ではあるが法の意図に反して行われる税負担を軽減または排除する行為（取決め）」を採用する。

第2章 わが国における近年の租税回避に関する裁判例

第1節 裁判例

本章では、近年の法人税法 132 条及び法人税法 132 条の 2 の適用が論点となった裁判例を概観する。

第1款 東京高裁平成 27 年 3 月 25 日判決〔IBM 事件〕

(1) 事案の概要

X 社は、平成 11 年に設立された有限会社であり、平成 14 年 2 月に外国法人である米国 I 社の 100%子会社である米国 W 社が X 社の持分の全部を取得し、X 社は米国 W 社の 100%子会社となった。

X 社は、平成 14 年 4 月に W 社を引受人として、1300 億円の増資（以下、「本件増資」という。）を行った。同年 4 月、X 社は、W 社から A 社株式を 1 兆 9500 億円（1 株当たり 127 万 1625 円）で購入（以下、「本件株式購入」という）し、その購入代金のうち、約 1 兆 8000 億円が W 社からの融資（以下、「本件融資」という。）、1300 億円が本件増資により賄われた。その後、X 社は、A 社に対し、その保有する A 社株式を、平成 14 年 12 月、同 15 年 12 月及び同 17 年 12 月の 3 回にわたり、取得時と同じ 1 株当たり 127 万 1625 円、3 回の譲渡の総額約 4298 億円で譲渡（以下、「本件各譲渡」という。）した。

X 社は、平成 14 年 12 月期、同 15 年 12 月期及び同 17 年 12 月期（以下、「本件各譲渡事業年度」という。）の法人税について、本件各譲渡により A 社から交付を受けた譲渡代金額からみなし配当の額を控除した額を譲渡対価の額とし、これと譲渡原価の額との差額を本件各譲渡に係る譲渡損失額（総額約 3995 億円）として本件各譲渡事業年度の所得の金額の計算上損金の額にそれぞれ算入し、欠損金額による確定申告をした。また、X 社は、平成 20 年 1 月 1 日に連結納税の承認を受け、同年 12 月期連結の法人税について、X 社の本件各譲渡事業年度の欠損金額を含む欠損金額を翌期に繰り越す連結欠損金額として確定申告をしたところ、Y 税務署長（処分行政庁）は、法人税法 132 条 1 項の規定を適用して、本件各譲渡に係る譲渡損失額を本件各譲渡事業年度の所得の金額の計算上損金の額に算入することを否認する旨の更正処分等をした。

本件は、X 社が、Y 税務署長に対し、Y 税務署長がした本件各譲渡事業年度更正処分は、法人税法 132 条 1 項を適用する要件を満たさずにされた違法なものであり、ひいては本件各更正処分等が違法であると主張して、これらの取消しを求める事案である。

第一審は、X社の請求をいずれも認容し、国（Y税務署長）による更正処分等を取り消した。これに対し、国が控訴受理申立てをした。

(2) 判旨

本件控訴を棄却する。

「法人税法 132 条 1 項は、同族会社が少数の株主又は社員によって支配されているため、当該会社の法人税の税負担を不当に減少させる行為や計算が行われやすいことに鑑み、税負担の公平を維持するため、当該会社の法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められる行為又は計算が行われた場合に、これを正常な行為又は計算に引き直して当該会社に係る法人税の更正又は決定を行う権限を税務署長に認めたものである。このような法人税法 132 条 1 項の趣旨に照らせば、同族会社の行為又は計算が、同項にいう「これを容認した場合には法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」か否かは、専ら経済的、実質の見地において当該行為又は計算が純粋経済人として不合理、不自然なものと認められるか否かという客観的、合理的基準に従って判断すべきものと解される。そして、同項が同族会社と非同族会社の間の税負担の公平を維持する趣旨であることに鑑みれば、当該行為又は計算が、純粋経済人として不合理、不自然なもの、すなわち、経済的合理性を欠く場合には、独立かつ対等で相互に特殊関係のない当事者間で通常行われる取引（独立当事者間の通常取引）と異なっている場合を含むものと解するのが相当であり、このような取引に当たるかどうかについては、個別具体的な事案に即した検討を要するものというべきである。」（下線筆者）

「法人税法 132 条 1 項は、否認の要件として、同族会社の「行為又は計算で、これを容認した場合には法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められる」ことを求めているにとどまり、その文理上、否認対象となる同族会社の行為又は計算が、租税回避目的でされたことを要求してはいない。……そうすると、法人税法 132 条 1 項の「不当」か否かを判断する上で、同族会社の行為又は計算の目的ないし意図も考慮される場合があることを否定する理由はないものの、他方で、被控訴人〔筆者注：X社。以下同じ。〕が主張するように、当該行為又は計算が経済的合理性を欠くというためには、租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められること、すなわち、専ら租税回避目的と認められることを常に要求し、当該目的がなければ同項の適用対象とならないと解することは、同項の文理だけでなく上記の改正の経緯にも合致しない。

しかも、法人の諸活動は、様々な目的や理由によって行われ得るのであって、必ずしも単一の目的や理由によって行われるとは限らないから、同族会社の行為又は計算が、租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められるという要件の存否の判断は、極めて複雑で決め手に乏しいものとなり、被控訴人主張のような解釈を採用すれば、税務署長が法人税法 132 条 1 項所定の権限を行使することは事実上困難になるものと考えられる。そのような解釈は、同族会社が少数の株主又は社員によって支配されているため、当該会社の法人税の税負担を不当に減少させる行為や計算が行われやすいことに鑑み、同族会社と非同族会社の税負担の公平を図るために設けられた同項の趣旨を損ないかねないものというべきである。」

「そして、本件各譲渡を「不当」として法人税法 132 条 1 項に基づき否認することができるかどうかは、本件一連の行為ではなく、本件各譲渡それ自体が経済的合理性を欠くものと認められるかどうかによって判断されるべきものである……。そうすると、本件一連の行為を容認することが法人税法 132 条 1 項の趣旨に反するという国の主張は、……採用することはできない。」

(3) 本判決の意義

イ) 判断枠組みについて

本判決では、法人税法 132 条 1 項の不当性要件の解釈について、「専ら経済的、実質的見地において当該行為又は計算が純粹経済人として不合理、不自然なものと認められるか否かという客観的、合理的基準に従って判断すべき」として、過去の同項に係る判例⁹³及び金子宏教授による通説と同様に、経済的合理性基準を採用している。また、「法人税法 132 条 1 項は、否認の要件として、「同族会社の行為又は計算で、これを容認した場合には法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められること」を求めているにとどまり、その文理上、否認対象となる同族会社の行為又は計算が、租税回避目的でされたことを要求してはいない。」とし、厳密な文理解釈によれば、法人税法 132 条 1 項の不当性要件を満たすためには、その行為又は計算が、必ずしも租税回避目的と認められる必要はない旨を判示している。

⁹³ 最高裁昭和 53 年 4 月 21 判決（訟月 24 卷 8 号 1694 頁）、最高裁昭和 59 年 10 月 25 日判決（集民 143 号 75 頁）等。

さらに、「法人税法 132 条 1 項が同族会社と非同族会社の間での税負担の公平を維持する趣旨であることに鑑みれば、当該行為又は計算が、純粹経済人として不合理、不自然なもの、すなわち、経済的合理性を欠く場合には、独立かつ対等で相互に特殊関係のない当事者間で通常行われる取引と異なっている場合を含むものと解するのが相当である」（下線筆者）と判示し、同族会社であることを利用して不当に税負担を減少させる行為又は計算を防止するという法人税法 132 条 1 項の趣旨を念頭に置いていると解される。

本判決は、法人税法 132 条 1 項の不当性要件について、過去の同項に係る判例及び通説と同様に、経済的合理性基準を採用したものであるが、本節第 2 款で後述するヤフー事件では、最高裁による判断が行われた時期が近接しているにもかかわらず、法人税法 132 条の 2 の不当性要件について異なる解釈が示されたことから、ヤフー事件との比較において、最高裁による不当性要件の解釈を理解するという意味において重要な意義を有するといえる。

ロ) 経済的合理性基準における正当な事業目的について

金子宏教授による通説では、経済的合理性基準の具体的な内容として、行為又は計算が経済的合理性を欠く場合とは、「行為又は計算が異常ないし変則的で租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められる場合」であり、行為又は計算の不自然性の有無及び正当な事業目的等の有無により経済的合理性基準を充足するか否かの判断がなされるべきとしている⁹⁴。本件判決では、この通説的理解と同様に、経済的合理性を充足するか否かの判断基準として、①行為又は計算の不自然性の有無、②正当な事業目的等の有無について言及している。

正当な事業目的等の有無について、本判決では、「同族会社の行為又は計算が経済的合理性を欠く場合とは、当該行為又は計算が、異常ないし変則的であり、かつ、租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められる場合である」という X 社の主張に対し、法人税法 132 条 1 項の文理及び改正の経緯⁹⁵に言及したうえで、X 社の主張を「専ら租税回避目的と認められることを常に要求し、当該目的がなければ同項（筆者注：

⁹⁴ 金子・前掲注（13）532 頁

⁹⁵ 昭和 25 年に「法人税を免れる目的があると認められるものがある場合」との規定が現行法に改正された経緯として、主観的な意思や意図が必要でないことを明らかにすることであったことが挙げられる。

法人税法 132 条 1 項) の適用対象とならない」と換言し、この主張を「同項の文理だけでなく上記の改正の経緯にも合致しない。」として退けている。これは、X 社の主張のように「租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められること」が経済的合理性を欠く、すなわち法人税法 132 条 1 項の適用対象となるのではなく、「専ら租税回避目的と認められることを常に要求し、当該目的がなければ法人税法 132 条 1 項の適用対象となる」という解釈が認められないことを判示している。その意味するところは、X 社の主張を、租税回避以外の事業目的等の有無で経済的合理性基準の判断をすべきとする主張ととらえたうえで、このような解釈の下では、ごく僅かでも租税回避以外の事業目的があれば不当性要件を充足しないという極論が可能となり、法人税法 132 条 1 項を死文化させてしまうと理由で、X 社の主張を排斥したものと考えられる⁹⁶。

第2款 最高裁平成 28 年 2 月 29 日判決〔ヤフー事件〕

(1) 事案の概要

X 社は、平成 21 年 2 月に a 社から未処理欠損金額約 542 億円（以下、「本件欠損金額」）を有する b 社の発行済株式の全部を 450 億円で譲り受け（以下、「本件買収」という。）、同年 3 月に b 社を被合併会社とする吸収合併（以下、「本件合併」という。）を行った。

本件合併前の平成 20 年 11 月、X 社の取締役会長である d は X 社の代表取締役社長である c に対し、b 社の取締役副社長に就任するよう依頼し、c はこれを了承した（以下、「本件副社長就任」という。）。d から c に対する上記の就任依頼がされた当時、a 社及び X 社においては、b 社と X 社との間で法人税法施行令 112 条 7 項 2 号の事業規模要件を満たすことは不可能であったため、本件買収及び本件合併により X 社が b 社から本件欠損金額を引き継ぐためには、本件合併において特定役員引継要件を満たしておく必要があることが認識されており、d に対しても、a 社の財務部長からその旨が伝えられていた。

X 社は、平成 20 年 4 月 1 日から同 21 年 3 月 31 日までの事業年度（以下、「本件事業年度」という。）に係る法人税の確定申告に当たり、適格合併に適用される法人税法 57 条 2 項により b 社の未処理欠損金額を X 社の欠損金額とみなして、これを損金の額に算入した

⁹⁶ 北村導人「近時の行為計算否認規定の適用に係る裁判例と BEPS 対応」本庄資編著『国際課税ルールの新しい理論と実務—ポスト BEPS の重要課題—』（中央経済社、2017 年）731 頁

ところ、Y 税務署長（処分行政庁）が、本件副社長就任を含む X 社の一連の行為は、特定役員引継要件を形式的に満たし、本件欠損金額を X 社の欠損金額とみなすこと等を目的とした異常ないし変則的なものであり、これを容認した場合には、法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるとして、組織再編成に係る行為又は計算の否認規定である法人税法 132 条の 2 を適用し、本件欠損金額を X 社の欠損金額とみなすことを認めず、本件事業年度の法人税の更正処分等をしたため、X 社が、国（Y 税務署長）を相手に、本件更正処分等の取消しを求める事案である。

第一審と控訴審は、本件欠損金額の引継ぎは否認されるとして、X 社の請求をいずれも棄却した。これに対し、X 社が上告受理申立てをした。

(2) 判旨

本件上告を棄却する。

「同条〔筆者注：法人税法 132 条の 2〕の趣旨及び目的からすれば、同条にいう「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」とは、法人の行為又は計算が組織再編成に関する税制（以下、「組織再編税制」という。）に係る各規定を租税回避の手段として濫用することにより法人税の負担を減少させるものであることをいうと解すべきであり、その濫用の有無の判断に当たっては、①当該法人の行為又は計算が、通常は想定されない組織再編成の手順や方法に基づいたり、実態とは乖離した形式を作出したりするなど、不自然なものであるかどうか、②税負担の減少以外にそのような行為又は計算を行うことの合理的な理由となる事業目的その他の事由が存在するかどうか等の事情を考慮した上で、当該行為又は計算が、組織再編成を利用して税負担を減少させることを意図したものであって、組織再編税制に係る各規定の本来の趣旨及び目的から逸脱する態様でその適用を受けるもの又は免れるものと認められるか否かという観点から判断するのが相当である。」（下線筆者）

「以上を総合すると、本件副社長就任は、組織再編成を利用して税負担を減少させることを意図したものであって、適格合併における未処理欠損金額の引継ぎを定める法 57 条 2 項、みなし共同事業要件に該当しない適格合併につき同項の例外を定める同条 3 項及び特定役員引継要件を定める施行令 112 条 7 項 5 号の本来の趣旨及び目的を逸脱する態様でその適用を受けるもの又は免れるものと認められるというべきである。そうすると、本件副社長就任は、組織再編税制に係る上記各規定を租税回避の手段として濫用することにより

法人税の負担を減少させるものとして、法 132 条の 2 にいう「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」に当たると解するのが相当である。所論の点に関する原審の判断は、以上の趣旨をいうものとして是認することができる。」

「……以上のような同条の趣旨及び改正の経緯等を踏まえると、同条にいう「その法人の行為又は計算」とは、更正又は決定を受ける法人の行為又は計算に限られるものではなく、「次に掲げる法人」の行為又は計算、すなわち、同条各号に掲げられている法人の行為又は計算を意味するものと解するのが相当である。」

(3) 本判決の意義

イ) 判断枠組みについて

本判決では、法人税法 132 条の 2 の不当性要件の解釈について、「組織再編税制に係る各規定を租税回避の手段として濫用することにより法人税の負担を減少させるものである」と判示し、濫用基準が採用されている。IBM 事件をはじめ、法人税法 132 条及び法人税法 132 条の 2 の適用が問題となった過去の裁判例においては、不当性要件について経済的合理性基準が用いられていたが、法人税法 132 条の 2 の不当性要件に係る解釈規範を示した点で、本判決は重要な意義を有する⁹⁷。ただし、本判決は、不当性要件における濫用基準として、①行為又は計算の不自然性、②行為又は計算の事業目的等の有無の 2 点を判断要素に挙げている点で、金子宏教授による通説的見解である経済的合理性基準の考え方を取り込んだものであるとの評価も存在する⁹⁸。本判決と IBM 事件の最高裁決定は、その判断がなされた時期が近接しており、かつ同一の小法廷に属する同一の裁判官により判断されたものである。適用される条文が異なるとはいえ、法人税法 132 条と法人税法 132 条の 2 における「不当に」の判定基準は同一といえる⁹⁹ことから、最高裁が示した不当性要件の根底的な理解は同質のものであると考えるのが合理的と思われる。

ロ) 濫用基準について

⁹⁷ 北村・前掲注 (96) 727 頁

⁹⁸ ヤフー事件最高裁判決の最高裁調査官解説 (徳池淳=林史高「判解」ジュリスト 1497 号 (2016 年) 85-86 頁

⁹⁹ 金子・前掲注 (13) 524 頁。ただし、徳池=林・前掲注 (98) 85 頁は、「立法趣旨が異なれば、同一の文言であってもその意義や内容に差異が生じることはあり得るというべき」と指摘している。

本判決では、法人税法 132 条の 2 における濫用基準による不当性要件の充足の「観点」として、①組織再編成を利用して税負担を減少させることの意図の有無、②組織再編税制に係る各規定の本来の趣旨及び目的から逸脱する態様の有無の 2 点を挙げている。これらの観点は、その行為又は計算の不当性を判断するために考慮すべき判断要素の例示であり、不当性要件そのものを構成するものではないと解される¹⁰⁰。「観点」という用語の用い方は、最高裁が下級審に判断基準としての強い拘束を与えることを避け、下級審に解釈の余地を残すための独特の表現とされている¹⁰¹。

太田洋弁護士は、濫用基準の採用について、「法 132 条にいう「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」には、(i)法 132 条 1 項所定の不当減少性が満たされる場合と、(ii)法 132 の 2 に特有の場合、すなわち、「個別規定を形式的に適用したときにもたらされる税負担減少効果が、組織再編成全体としてみた場合に組織再編税制の趣旨・目的に明らかに反する」場合、の両者が含まれるとする考え方を明確に否定し、法 132 条の 2 にいう「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」とは、抽象的には「法人の行為又は計算が組織再編税制に係る各規定租税回避の手段として濫用することにより法人税の負担を減少させるもの」であって、「濫用」にあたるか否かは「当該行為又は計算が、組織再編成を利用して税負担を減少させることを意図したものであって、組織再編税制に係る各規定の本来の趣旨及び目的から逸脱する態様でその適用を受けるもの又は免れるものと認められるか否か」で一元的に判断されるとする考え方を示したものであって、画期的である。」¹⁰²と評価している。

第3款 東京高裁令和 2 年 6 月 24 日判決〔ユニバーサルミュージック事件〕

(1) 事案の概要

フランスの多国籍企業グループ（以下、「V グループ」という。）に属する日本法人である X 社は、平成 20 年 10 月に設立された音楽事業を目的とする日本法人（合同会社）である。

¹⁰⁰ 今村隆「ヤフー事件及び IBM 事件最高裁判断から見えてきたもの（上）—IBM 事件は租税回避か？」税務弘報 64 卷 7 号（2016 年）57 頁

¹⁰¹ 今村・前掲注（100）57 頁

¹⁰² 太田洋「ヤフー・IDCF 事件最高裁判決の分析と検討」税務弘報 64 卷 6 号（2016 年）46 頁

X社は、平成20年10月に、Vグループ内に属するオランダ法人であるC社より295億円の出資を受け、さらにX社は、Vグループ内に属するフランス法人であるI社より約866億円を借り入れた。同年10月、X社は、C社からの出資金及びI社からの借入金を原資として、Vグループに属する日本法人であるU社、M社及びJ社の発行済株式の全部を譲り受けた。その後、X社は、同年11月に、X社を存続会社とし、U社を消滅会社とする吸収合併を行った。

X社は、本件各事業年度（平成20年12月期から平成24年12月期まで）に係る法人税の確定申告において、同族会社である外国法人（I社）からの借入れ約866億円（以下、「本件借入れ」という。）に係る支払利息の額を損金の額に算入して申告したところ、Y税務署長（処分行政庁）は、同支払利息の損金算入は原告の法人税の負担を不当に減少させるものであるとして、法人税法132条1項に基づき、その原因となる行為を否認して原告の所得金額を加算し、本件各事業年度に係る法人税の各更正処分及び平成20年12月期を除く各事業年度に係る過少申告加算税の各賦課決定処分をした（以下、「本件各更正処分等」という。）。

本件は、X社が、上記借入れはX社を含むVグループの組織再編の一環として行われた正当な事業目的を有する経済的合理性がある取引であり、本件各更正処分等は法人税法132条1項の要件を欠く違法な処分であると主張して、国（Y税務署長）を相手に、本件各更正処分等の取消しを求める事案である。

第一審は、X社の請求をいずれも認容し、国（Y税務署長）による更正処分等を取り消した。これに対し、国が控訴受理申立てをした。

(2) 判旨

本件控訴を棄却する。

「法人税法132条1項に基づく同族会社等の行為又は計算の否認は、同族会社等の行為又は計算で、これを容認した場合には法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるものがあるときに、当該法人税の関係においてのみ、否認された上記行為又は計算に代えて課税庁の適正と認めるところに従い課税を行うというものであるところ、……麻布税務署長（処分行政庁）〔筆者注：Y税務署長〕は、法人税法132条1項に基づき本件借入れを否認し、否認された本件借入れに代えてその適正と認めるところとして、被控訴人〔筆者注：X社。以下同じ。〕が本件各事業年度における損金の額に算入した本件利息の

額を本件各事業年度の所得金額に加算することとして、本件各更正処分をしたものということができる。そうすると、本件各事業年度における被控訴人の法人税につき、これを容認した場合には法人税の負担を減少させる結果となる「その法人の行為又は計算」は、本件借入れであると認められる。」

「法人税法 132 条 1 項は、少数の株主又は社員が支配する同族会社等においては法人税の負担を不当に減少させるような行為又は計算が行われやすいことに鑑み、税負担の公平を維持するため、同族会社等に係る法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められる行為又は計算が行われた場合に、これを正常な行為又は計算に引き直して法人税の更正又は決定を行う権限を税務署長に認めたものである。このような同条の趣旨及び目的からすれば、同族会社等の行為又は計算が同項にいう「これを容認した場合には法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」か否かは、専ら経済的、実質的見地において当該行為又は計算が純粹経済人として不自然、不合理なものと認められるか否か、すなわち経済的合理性を欠くか否かという客観的、合理的基準に従って判断すべきものと解される。組織再編成を含む企業再編等は、その形態や方法が複雑かつ多様であり、基本的には、いかなる必要性に基づいてどのような形態、方法で行うかにつき当該企業集団の自律的判断に委ねられるものであるが、前記のとおりこれを利用する巧妙な租税回避行為が行われやすく、租税回避の手段として濫用されるおそれがあること、企業再編等の一環として行われる行為につき、何らかの事業目的等を作成し又は付加することも比較的容易であること等からすると、企業再編等の一環として行われた同族会社の行為又は計算の不当性要件該当性を上記のような観点から判断することになれば、当該行為又は計算を行う必要性のほとんどが租税回避目的であって、税負担の減少以外の経済的利益がごく僅かである場合でも、経済的合理性があるとされかねない。このようなことは、不当性要件の的確な判別を困難にするものとして、法人税法 132 条の趣旨及び目的に反し、相当でもない。このようなこと等に鑑みると、企業再編等の一環として同族会社が当該同族会社の株主等又はその関連会社からした金銭の無担保借入れが経済的合理性を欠くか否かについては、被控訴人の主張するような観点から判断するのではなく、……総合的に判断するのが相当である。」

「以上の諸点を総合すれば、本件再編成等スキームに基づく本件組織再編取引等は、不自然なものではなく、税負担の減少以外にこれを行うことの合理的な理由となる事業目的その他の事由が存在したと認められる。……そして、以上に加え、本件借入れの目的、金

額、期間等の融資条件、無担保としたことの原因等を個別に検討したところに照らしてみても、本件借入れが専ら経済的、実質的見地において純粋経済人として不自然、不合理なもの、すなわち経済的合理性を欠くものであるというべき事情は見当たらない。そうすると、本件借入れは、同族会社であるためにされた不自然、不合理な租税負担の不当回避行為とはいえ、法人税法 132 条 1 項にいう「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」に当たらないと解するのが相当である。」

(3) 本判決の意義

イ) 判断枠組みについて

本判決では、法人税法 132 条 1 項の不当性要件の解釈について、過去の判例¹⁰³に倣い、経済的合理性基準を採用している。本件と同じく多国籍企業のグループ内組織再編に対する法人税法 132 条 1 項の適用が問題となった IBM 事件判決では、経済的合理性基準について、「経済的合理性を欠く場合には、独立かつ対等で相互に特殊関係のない当事者間で通常行われる取引と異なっている場合を含むものと解する」と判示しており、独立当事者間基準が採用されていたが、第一審判決及び本判決では独立当事者間基準への言及はなく、IBM 事件の判断枠組みとは異なるものと考えられている¹⁰⁴。また、本判決は、本件借入れ以外の本件一連の行為は、法人税法 132 条 1 項に定める「その法人の行為又は計算」に該当しない旨を判示しており、「経済的合理性の有無を判断する対象となる行為又は計算は、法人税の負担を減少させる結果を直接生じさせる行為又は計算（直接起因行為）であると解するのが相当である」とした第一審判決と比して、論理構成が簡素化されている¹⁰⁵。

ロ) 経済的合理性基準について

¹⁰³ 最高裁昭和 53 年 4 月 21 日判決（訟月 24 卷 8 号 1694 頁）、最高裁昭和 59 年 10 月 25 日判決（集民 143 号 75 頁）及び IBM 事件判決等。

¹⁰⁴ 太田洋＝増田貴都「ユニバーサルミュージック事件 東京高裁判決の分析と検討〈下〉」月刊国際税務 40 卷 11 号（2020 年）63 頁、森・濱田松本法律事務所「最新事例解説 ユニバーサルミュージック事件第一審判決（東京地裁令和元年 6 月 27 日判決）」6 頁 <<http://www.mhmjapan.com/content/files/00037798/20191030-044201.pdf>>（最終閲覧日：2021 年 1 月 31 日）

¹⁰⁵ 太田洋＝増田貴都「ユニバーサルミュージック事件 東京高裁判決の分析と検討〈上〉」月刊国際税務 40 卷 10 号（2020 年）45 頁

本判決では、経済的合理性基準の判断にあたり、「法人税法 132 条 1 項は、少数の株主又は社員が支配する同族会社等においては法人税の負担を不当に減少させるような行為又は計算が行われやすいことに鑑み、税負担の公平を維持するため、同族会社等に係る法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められる行為又は計算が行われた場合に、これを正常な行為又は計算に引き直して法人税の更正又は決定を行う権限を税務署長に認めたものである。このような同条の趣旨及び目的からすれば、同族会社等の行為又は計算が同項にいう「これを容認した場合には法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」か否かは、専ら経済的、実質的見地において当該行為又は計算が純粋経済人として不自然、不合理なものと認められるか否か、すなわち経済的合理性を欠くか否かという客観的、合理的基準に従って判断すべきものと解される。」と判示している。第一審判決では、「同族会社にあつては、自らが同族会社であることの特性を活かして経済活動を行うことは、ごく自然な事柄であつて、それ自体が不合理であるとはいえない」と判示しており、これは、「非同族会社では通常なし得ないような行為又は計算、すなわち同族会社であるがゆえに容易になし得る行為又は計算」が法人税法 132 条 1 項の不当性要件を満たすという過去の判例における考え方と対立するものと評価されていた¹⁰⁶が、本判決は、第一審判決を事実上否認している。

さらに、本判決では、経済的合理性の有無の判断について、「企業再編等の一環として同族会社が当該同族会社の株主等又はその関連会社からした金銭の無担保借入れが経済的合理性を欠くか否かについては、被控訴人の主張するような（第一審で示された）観点から判断するのではなく、……総合的に判断するのが相当である。」と判示し、第一審判決で採用された「同族会社の行為又は計算が経済的合理性を欠くか否かを判断するに当たっては、当該行為又は計算に係る諸事情や当該同族会社に係る諸事情等を総合的に考慮した上で、法人税の負担が減少するという利益を除けば当該行為又は計算によって得られる経済的利益がおよそないといえるか、あるいは、当該行為又は計算を行う必要性を全く欠い

¹⁰⁶ 金子・前掲注(13) 532-533 頁は、法人税法 132 条 1 項の不当性要件の考え方として、判例における次の 2 つの傾向があることを指摘している。①非同族会社では通常なし得ないような行為・計算、すなわち同族会社なるがゆえに容易になしうる行為・計算がこれにあたるという傾向、②純粋経済人の行為として不合理・不自然な行為・計算がこれにあたるという傾向。第一審判決は、同族会社の特性を活かした行為・計算を肯定しているとも解釈できるが、これは①の考え方と対立するものであった。

ているといえるかなどの観点から検討すべきものである。」という基準の採用を否定した。

本判決では、第一審判決に引き続き、本件においてVグループが採用したデット・プッシュ・ダウン¹⁰⁷について、「一般に、企業グループ（企業集団）において借入金の返済に係る経済的負担を資本関係の下流にある子会社に負担させる場合（いわゆるデット・プッシュ・ダウン）において、その経済的負担をグループ内のどの子会社に負わせるのかについては、財務上の観点からは、規模が大きく多額の利益を計上している事業会社に対してより多くの債務を負担させることが合理的であるとされている。……X社が、上記の日本法人の買収資金を調達するため、VグループのCMS〔筆者注：キャッシュ・マネジメント・サービス〕の統括会社から本件借入れを行うこと（多額の営業利益を計上し支払利息が極めて少ない日本の関連会社が債務を負うこと）は、いわゆるデット・プッシュ・ダウンとして、……Vグループ全体の財務態勢の強化に資するものであるから、資金効率の最大化を可能とするものとして、財務上の観点からみて、不自然とはいえず、その必要性、合理性を認めることができる。」と判示し、デット・プッシュ・ダウンによりX社の法人税負担が減少することを認めながらも、それはあくまでも税務上の効果であって、経済的合理性の判断においては直接的な影響を与えない旨を示した第一審判決を踏襲しているように思われる。このように、「不当な法人税負担の減少」を抑止するための法人税法132条1項の適用に際して、「法人税負担の減少」そのものが経済的合理性基準の一部を構成しているかのように解釈されるという見方もあるが、判旨によれば、法人税負担の減少そのものは経済的合理性基準の充足を否定するものではないと解され、第一審判決に引き続き、納税者に有利な規範が示されたものと解される。

本判決では、本件借入れに関してVグループ全体にとって経済的合理性が認められることを認定し、X社にとっても経済的合理性があったか否かについては、本件組織再編取引に際して設定された8つの目的¹⁰⁸の経済的合理性を一つずつ検証したうえで、「このよう

¹⁰⁷ デット・プッシュ・ダウン（debt push down）とは、一般に、親会社が、借入金の返済に係る経済的負担を、企業グループの資本関係の下流にある子会社に負担させることをいう。本判決では、財務上の観点から、規模が大きく多額の利益を計上している事業会社に対してより多くの負債を負担させることが合理的であり、税務上の観点から、税率の高い国で多額の利益を計上し多額の税金を負担している会社に対してより多くの負債を負担させることが合理的であるとされていることを認定事実としている。

¹⁰⁸ ①オランダの借入金のレベルを減少させるための資金を調達すること、②日本における会社関係を1つの会社の傘下にまとめること、③日本における音楽出版会社を1つの法

に、本件再編成等スキームに基づく本件組織再編取引等は、本件 8 つの目的を〔ア〕日本の関連会社の経営の合理化、〔イ〕オランダ法人の負債軽減及び〔ウ〕日本の関連会社の財務の合理化という観点から分けて検討してみても、不自然なものではなく、税負担の減少以外にこれを行うことの合理的な理由となる事業目的その他の事由が存在するといえ、X 社に税負担の減少以外の経済的利益をもたらすものといえるのであるから、本件 8 つの目的を同時に達成しようとしたものという観点からみれば、より一層、不自然なものではなく、税負担の減少以外にこれを行うことの合理的な理由となる事業目的その他の事由が存在し、X 社に税負担の減少以外の経済的利益をもたらすものであるということができると判示している。すなわち、本件借入れは、本件組織再編の一環で行われたものであり、本件組織再編は V グループ、ひいてはそのグループの一員である X 社にとって経済的合理性があると認められることから、法人税法 132 条 1 項の不当性要件を満たさないと判示していると解される。すなわち、X 社単独の経済的利益に限らず、海外親会社である V グループに経済的利益がもたらされることで、そのグループの一員である X 社にも間接的な経済的利益がもたらされることを認めているものと解される。

第2節 小括

本章第 1 節で取り上げた裁判例の概要は、次の表のように整理される。

裁判例	東京高裁平成 27 年 3 月 25 日判決	最高裁平成 28 年 2 月 29 日判決	東京高裁令和 2 年 6 月 24 日判決
事件名	IBM 事件	ヤフー事件	ユニバーサルミュージック事件
根拠法	法人税法 132 条	法人税法 132 条の 2	法人税法 132 条
不当性要件	経済的合理性基準	濫用基準	経済的合理性基準

人にまとめること、④日本から円余剰資金を移転させ、為替リスクのヘッジをすることなく、ユーロ市場での投資活動を可能ならしめること、⑤日本の資本構造に借入金を発生させること、⑥日本のオペレーションを英国管轄下に置くこと、⑦米国税制の観点から柔軟性を有する日本の企業体を活用すること、⑧現在検討中で将来起こり得る可能性のある第三者の日本の音楽企業の買収と、V グループの音楽企業との結合に対応すること、の 8 つ。

不当性要件について、IBM 事件及びユニバーサルミュージック事件では経済的合理性基準が採用された一方で、ヤフー事件では濫用基準が採用されており、法人税法 132 条及び法人税法 132 条の 2 の条文の構造は同じにもかかわらず、同じ文言について異なる解釈が行われたことは、取引に対する課税の確実性及び法的安定性が損なわれる可能性が指摘される¹⁰⁹。

近年の法人税法 132 条及び法人税法 132 条の 2 が適用された裁判例のうち、国境をまたぐ取引が論点となった最も新しい事案であるユニバーサルミュージック事件高裁判決では、経済的合理性基準の判断にあたり、第一審判決の「同族会社にあつては、自らが同族会社であることの特性を活かして経済活動を行うことは、ごく自然な事柄であつて、それ自体が不合理であるとはいえない」という判旨は事実上否認し、さらに、経済的合理性の有無の判断について、「企業再編等の一環として同族会社が当該同族会社の株主等又はその関連会社からした金銭の無担保借入れが経済的合理性を欠くか否かについては、被控訴人の主張するような（第一審判決で示された）観点から判断するのではなく、……総合的に判断するのが相当である。」と判示し、第一審判決で採用された「同族会社の行為又は計算が経済的合理性を欠くか否かを判断するに当たっては、当該行為又は計算に係る諸事情や当該同族会社に係る諸事情等を総合的に考慮した上で、法人税の負担が減少するという利益を除けば当該行為又は計算によって得られる経済的利益がおよそないといえるか、あるいは、当該行為又は計算を行う必要性を全く欠いているといえるかなどの観点から検討すべきものである。」という基準の採用を否定した。これらから、「非同族会社では通常なし得ないような行為又は計算、すなわち同族会社であるがゆえに容易になし得る行為又は計算」が法人税法 132 条 1 項の不当性要件を満たすという過去の判例における考え方の対立は解消され、さらに、法人税負担の減少そのものは経済的合理性基準の充足を否定するものではなく、経済的合理性がわずかでも認められれば、法人税法 132 条 1 項による否認は認められないという解釈も明示的に否認されたことから、第一審判決と比べると、法人税法 132 条の適用における不当性要件の予測可能性は向上したように思われる。

¹⁰⁹ 森信・前掲注（48）10 頁。ただし、前述のとおり、IBM 事件とヤフー事件は、その判断がなされた時期が近接しており、かつ同一の小法廷に属する同一の裁判官により判断されたものであることから、最高裁が示した不当性要件の根底的な理解は、経済的合理性基準を取り込んだものであるという評価も存在する。

このように、近年の裁判例では、法人税法 132 条及び法人税法 132 条の 2 における不当性基準の解釈には揺らぎが生じており、さらに、ユニバーサルミュージック事件から、多国籍企業グループに対する経済的合理性基準の採用にあたっては、納税者に有利な考え方が示されていると評価できる。

第3章 わが国における租税回避否認規定と諸外国における GAAR

第1節 わが国における租税回避否認規定

第1款 一般的租税回避否認規定の導入に関するこれまでの議論

(1) 昭和 36 年税制調査会第 2 次答申

わが国の租税法の歴史上、一般的租税回避否認規定についてはじめて議論されたのは、昭和 36 年の国税通則法制定時に税制調査会が提出した税制調査会第 2 次答申¹¹⁰とされている。税制調査会第 2 次答申では、「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。」と実質課税の原則を述べたうえで、「税法においては、私法上許された形式を濫用することにより租税負担を不当に回避し又は軽減することは許されるべきではないと考えられている。このような租税回避行為を防止するためには、各税法において、できるだけ個別に明確な規定を設けるよう努めるものとするが、諸般の事情の発達変遷を考慮するときは、このような措置だけでは不十分であると認められるので、上記の実質課税の原則の一環として、租税回避行為は課税上これを否認することができる旨の規定を国税通則法に設けるものとする。」（下線筆者）と述べ、個別の否認規定だけでは租税公平性が維持できない場合があることから、一般的租税回避否認規定を導入する旨の考え方が示された。

税制調査会第 2 次答申に対して、日本税法学会は、「国税通則法制定に関する意見書」と題する書面を提出し、この意見書において、「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」と述べ、一般的租税回避否認規定の導入に強く反対する姿勢を示した。このような反対意見もあり、昭和 36 年当時、国税通則法に一般的租税回避否認規定は取り込まれなかった。

(2) 国税庁の平成 30 年度及び平成 31 年度税制改正要望

国税庁は、平成 30 年度税制改正要望において、「租税回避を主目的とする取引等について、税務上一般的に否認するための規定はなく、個別の否認規定（組織再編等）に該当するものに限り対応している。諸外国では BEPS の議論を踏まえ、一般的否認規定を整備する動きがあり、我が国でも一般的否認規定に係る汎用可能な規定を整備する必要があ

¹¹⁰ 税制調査会・前掲注（12）

る。」(下線筆者)¹¹¹と述べ、さらに翌年の平成 31 年度税制改正要望でも引き続き同様の意見を述べるなど、一般的租税回避否認規定の導入について提言している。BEPS の議論に関連させて一般的租税回避否認規定の導入を要望している点が、昭和 36 年当時の議論と異なっているといえる¹¹²。

第2款 包括的租税回避否認規定

(1) 同族会社の行為又は計算の否認規定(法人税法 132 条等)

わが国の現行法の下では、一般的租税回避否認規定は存在しないが、分野を限定した包括的租税回避否認規定は存在する¹¹³。たとえば、法人税法 132 条では、同族会社の行為又は計算で、これを容認した場合に法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるものがあるときは、税務署長はその行為又は計算にかかわらず、その認めるところにより、法人税額を計算することができる旨を定めている¹¹⁴。

これらの規定にいう、「税負担を不当に減少させる結果となると認められる同族会社の行為又は計算」について、金子宏教授は、「判例の中には、2つの異なる傾向がみられる。1つは、非同族会社では通常なしえないような行為・計算、すなわち同族会社なるがゆえに容易になしうる行為・計算がこれにあたる、と解する傾向であり、他の1つは、純経済人の行為として不合理・不自然な行為・計算がこれにあると解する傾向である。」¹¹⁵とし、「抽象的な基準としては、第2の考え方をとり、ある行為または計算が経済的合理性を欠いている場合に否認が認められると解すべきであろう。」¹¹⁶と述べている。さらに、行為又は計算が経済的合理性を欠いている場合について、「それが異常ないし変則的で、租税回避以外にそのような行為・計算を行ったことにつき、で合理的な理由ないし事業目的が存在しないと認められる場合のことであり、独立・対等で相互に特殊関係のない当事者間で行われる取引とは異なっている取引には、それにあると解すべき場合が多いであ

¹¹¹ 「週刊税務通信」平成 31 年 3 月 25 日号 14 頁

¹¹² 藤枝純＝遠藤努＝角田伸広『デジタル課税と租税回避の実務詳解』(中央経済社、2019 年) 203 頁

¹¹³ 金子宏「租税法における概念構成」税研 182 号(2015 年) 14 頁は、法人税法 132 条や法人税法 132 条の 2 のような規定は、分野を限定した一般的否認規定であり、包括的否認規定と呼ぶのは、ミスリーディングであると考えている。

¹¹⁴ 金子・前掲注(13) 531 頁

¹¹⁵ 金子・前掲注(13) 532 頁

¹¹⁶ 金子・前掲注(13) 532 頁

ろう。」¹¹⁷と述べ、この規定の解釈・適用上問題となる主要な論点として、①当該の具体的な行為計算が異常ないし変則的であるといえるか否か、及び②その行為又は計算を行ったことにつき租税回避以外に正当で合理的な理由ないし事業目的があったと認められるか否かの2点を挙げている¹¹⁸。

(2) 組織再編成に係る行為又は計算の否認規定（法人税法 132 条の 2）

法人税法 132 の 2 は、合併等の組織再編成（合併・分割・現物出資若しくは現物分配又は株式交換等若しくは株式移転）にかかる、①合併等をした法人又は合併等により資産及び負債の移転を受けた法人、②合併等により交付された株式を発行した法人又は③上の①又は②の法人の株主等である法人の行為又は計算で、これを容認した場合には、これらの資産・負債の譲渡にかかる利益の額の減少又は損失の額の増加や法人税の額から控除する金額の増加等、その他の事由により法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるものがあるときは、税務署長は、その行為又は計算にかかわらず、その認めるところにより、法人税額等を計算できる旨を定めている¹¹⁹。

これらの規定にいう、「税負担を不当に減少させる結果となると認められる組織再編成に係る法人の行為又は計算」について、金子宏教授は、「法人の組織再編成にかかる租税減免規定の趣旨・目的に適合しないにもかかわらず、税負担の軽減または排除を唯一のまたは主要な目的として、私法上の形成可能性を異常または排除を唯一のまたは主要な目的として、私法上の形成可能性を異常または変則的な態様で利用すること（濫用）によって、自己の行為や計算を減免規定の要件を充足させるように仕組むことである。」とし、前述の同族会社の行為又は計算の否認規定における第 2 の租税回避の考え方である旨を述べている¹²⁰。

第2節 諸外国における一般的租税回避否認規定（GAAR）

第1款 諸外国における GAAR の導入状況

(1) BEPS プロジェクト後の EU 加盟国の対応

¹¹⁷ 金子・前掲注（13）532 頁

¹¹⁸ 金子・前掲注（13）532 頁

¹¹⁹ 金子・前掲注（13）521 頁

¹²⁰ 金子・前掲注（13）522 頁

EUは、直接税についてGAARの導入を加盟国の立法に委ねてきていたが、第1章第3節で述べたとおり、2016年7月に欧州委員会が、GAARの加盟国の国内法への導入提言を含む「租税回避対策指令（Anti Tax Avoidance Directive）」¹²¹を採択、公表している¹²²

租税回避対策指令6条1項及び2項は、GAAR（General Anti-Abuse Rule）について次のように規定している¹²³。

（1項）

法人税額の計算に当たり、加盟国は、すべての関連する事実と状況を考慮して、適用される租税法の趣旨又は目的に反する租税利益を得ることを主要な目的又は主要な目的の一つとして行われている、真正ではない一の取決め又は一連の取決めを無視するものとする。一の取決めは、一以上のステップ又は部分から構成されるものとする。

（2項）

1項の適用に当たり、一の取決め又は一連の取決めは、それらが経済的実体を反映する正当な商業上の理由をもって行われていない範囲において、真正でないとして取り扱われるものとする。

このように、租税回避対策指令6条の下では、真正でない取引が濫用的取引として否認されると解される¹²⁴。

第2款 G7 諸国における GAAR

（1）米国

イ）概要

¹²¹ European Commission, “Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2012 - laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market - ” <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L1164&from=EN>>（最終閲覧日：2021年1月31日）

¹²² EUによる加盟国に対するGAARの導入促進は、BEPSプロジェクトに先駆けて行われていたため、必ずしもBEPSプロジェクトを契機とするものではない。

¹²³ 日本語訳は、今村隆「BEPSとGAARの役割」本庄資編著『国際課税ルールの新しい理論と実務—ポストBEPSの重要課題—』（中央経済社、2017年）478頁を参考とした。

¹²⁴ 大野・前掲注（52）583頁

米国は、2010年3月に、内国歳入法典（Internal Revenue Code、以下、「IRC」という。）7701条o項に規定を置き、経済的実質原則（Economic Substance Doctrine）を制定法化した。この規定は、判例法理でも否認できる行為を対象とするものであり、制定法で初めて否認できるものではないことから、いわゆる一般的租税回避否認規定とは異なるものと考えられている¹²⁵。

経済的実質原則は、税法上その取引が合法であっても、連邦税の軽減のみを目的として納税義務者の経済的な状況に実質的な変化がない場合、その取引により得られた税務上の便益を否認するものである¹²⁶。IRC7701条o項に規定する経済的実質原則を有するとされる要件は次の2つであり、これら双方の要件を満たさない取引は否認される¹²⁷。

- ① 当該取引が、連邦所得税とは別の実質的な側面において、納税義務者の経済的状況を変えていること（客観的要件）、かつ、
- ② 納税義務者が当該取引を行うことについて連邦所得税とは別の実質的な目的を有していること（主観的要件）

ロ) 導入の経緯

米国は、コモンローの国であり、1935年のGregory事件¹²⁸連邦最高裁判決以来、私法上の行為の効力とは別に、事業目的基準（business purpose）等のいくつかの判例法理が展開している¹²⁹。その中、連邦最高裁判決でこれらの判例法理の適用が否定されるなど、その適用範囲が問題とされるようになった。内国歳入庁（Internal Revenue Service）は、経済的実質原則として、主観的な事業目的と客観的な経済実質の両面から検討すべきとの主張をするようになるものの、その後の下級審の裁判で、経済的実質原則の適用を巡

¹²⁵ 今村・前掲注（29）190頁

¹²⁶ 矢内・前掲注（52）38頁

¹²⁷ 矢内・前掲注（52）39頁

¹²⁸ ある取引が、米国連邦租税法の規定の形式的要件を満たすとしても、事業目的ではなく、租税回避を目的とするものである場合には、租税法の規定の趣旨・目的に反すとして租税回避行為の否認が認められた事件（Gregory v. Helvering 293 U.S. 465. 467（1935））。

¹²⁹ 今村・前掲注（29）188-189頁は、事業目的基準のほか、経済実質基準（economic substance doctrine）、段階的取引の法理（step transaction）を挙げている。また、矢内・前掲注（52）40頁は、これらに加え、実質主義（substance over form）、みせかけ取引（sham transaction）、経済的効果（economic substance）を挙げている。

って揺らぎが生じてきた¹³⁰。そこで、経済的実質原則の判例法理を確認する規定として IRC7701 条 o 項が導入された。

(2) 英国

イ) 概要

英国は、2013年7月に、2013年財政法（Finance Act 2013 Part 5 及び Schedule 43）に規定を置き、GAAR（General Anti-Abuse Rule）¹³¹を制定法化した。英国の GAAR の特徴として、二重合理性テスト（double reasonable test）の採用が挙げられる。まず、最初のテストとして、対象となる取決め（arrangements）が、租税上の便益の獲得が主たる目的の一つであると合理的に結論できるものであるか否か、すなわち租税取決め（tax arrangements）であるか否かを判断し、次のテストとして、適用される租税法規の規定との関係において合理的な一連の行為と合理的に考えることができない場合に、濫用的（abusive）な取引として否認の対象となる、とされている¹³²。その租税取決めが濫用であることを示す場合の例として、当該取決めのもたらす課税上の所得、利益又は譲渡益の金額が、経済目的のそれより相当程度少ない場合、当該取決めのもたらす租税上の控除又は損失が、経済目的のそれより相当程度大きい場合、当該取決めが、支払われていない又は支払われる蓋然性に乏しい税の還付又は控除の請求する権利をもたらす場合が挙げられている。

さらに、英国歳入関税庁（Her Majesty's Revenue and Customs、以下、「HMRC」という。）のガイダンス及び HMRC から独立した GAAR 諮問委員会（GAAR Advisory Panel）が裁判所を拘束することが、英国の GAAR の特徴の一つとして挙げられる¹³³。

ロ) 導入の経緯

英国は、1935年の Westminster 事件¹³⁴上院判決以来、「租税回避のための契約であつても、私法上有効な契約であれば、この契約による租税負担の軽減を否定することはできな

¹³⁰ 今村・前掲注（29）189頁

¹³¹ 租税法規の濫用（abuse of tax law）に対する対抗規定であり、General Anti-Avoidance Rule よりも対象範囲は狭いといえる。

¹³² 今村・前掲注（29）261頁、藤枝他・前掲注（112）229-230頁。

¹³³ HMRC のガイダンスでは、GAAR の規定の説明や実例が示されている。

¹³⁴ IRC. v Duke of Westminster, [1936] AC 1

い。」とするウェストミンスター原則が支配的であった¹³⁵。ウェストミンスター原則は、経済的実体よりも法的形式を重視したため、当該原則を利用して多数の租税回避スキーム及びタックス・シェルターが作り出されることとなった。このような状況の中、1981年のRamsay 事件¹³⁶上院判決で、「複合取引を構成する個々の契約が司法上有効であっても、分離することができない過程で予め計画されている結果次の段階でキャンセルすることが意図されている契約で生み出される損失は、制定法が扱っている損失ではない。」とするラムゼイ原則が打ち出された¹³⁷。ラムゼイ原則は、租税回避を一定の限度で否認する規定として一般化されたものの、租税回避の判例の動きに応じてラムゼイ原則の意義が見直されるようになり、2011年のMayes 事件控訴院判決¹³⁸で国側が敗訴したこと等を契機に、ラムゼイ原則の限界が認識されるようになった¹³⁹。

このような経緯を踏まえ、英国政府は、アロンソン弁護士に一般的租税回避否認規定の導入の研究を委託し、アロンソン弁護士を中心とする研究会により、2011年にアロンソン報告書が公表された後、同報告書を基礎として、2013年に財政法案が提出され、GAAR が制定された。

ハ) 導入後の影響

英国は2020年1月31日をもってEUから離脱したため、移行期間終了後は、租税回避対策指令の拘束を受けないが、引き続きOECDの加盟国ではあり続けるため、BEPSプロジェクトを踏まえた英国の租税回避対策の方向性自体は大きく変化しないと予測されている¹⁴⁰。

(3) ドイツ

イ) 概要

¹³⁵ 今村・前掲注(29) 258頁

¹³⁶ W. T. Ramsay Ltd, v IRC, [1982] AC 300

¹³⁷ 今村・前掲注(29) 258頁

¹³⁸ Mayes v HMRC, [2011] EWCA Civ 407

¹³⁹ 今村・前掲注(29) 260頁

¹⁴⁰ 本部勝大『租税回避と法—GAARの限界と解釈統制—』(名古屋大学出版会、2020年) 29-30頁、Heather Self, Self's assessment: will the UK become a tax haven after Brexit?, Tax Journal (Sep. 2, 2019) <<https://www.taxjournal.com/articles/selfs-assessment-will-the-uk-become-a-tax-haven-after-brexite>> (最終閲覧日: 2021年1月31日)

ドイツは、1919年にドイツ租税通則法（Abgabenordnung、以下、「AO」という。）5条で初めてGAARを導入し、その後、同条の内容は現在のAO42条に引き継がれた。AO42条は、「法の形成可能性の濫用によって租税法律を解することはできない。」と規定し、私法上の選択可能性の濫用を租税回避ととらえていた¹⁴¹。その後、2007年にAO42条は次のように改正された¹⁴²。

（AO42条）

- ① 租税法律は、法の形成可能性の濫用によって回避することはできない。濫用が存在する場合には、租税請求権は、経済事象に適合した法的形成の場合に成立するのと同じく成立する。
- ② 前項の規定は、その適用可能性が法律上明文で排除されていない場合に適用することができる。

（2007年改正後AO42条）

- ① 租税法律は、法の形成可能性の濫用によって回避することはできない。租税回避の防止のための個別租税法律の規定の要件が充足される場合には、当該規定によって法効果が決定される。それ以外の場合において、第2項に規定する濫用が存在するときは、租税請求権は、経済事象に適合する法的形成をした場合に成立するのと同じく成立する。
- ② 濫用は、不相当な法的形成が選択され、相当な形成と比較して、納税義務者または第三者に法律上想定されていない租税利益〔税負担の軽減ないし排除〕がもたらされる場合に、納税義務者が、その選択した当該法的形成について状況の全体像から見て租税外の相当な理由があることを証明した場合には、存在しないものとする。

AO42条は、濫用は、以下の要件を満たす場合であるとしており、これらの要件を満たす取引に対してAO42条が適用される¹⁴³。

¹⁴¹ 今村・前掲注（29）228頁

¹⁴² 金子・前掲注（13）136頁

¹⁴³ 藤枝他・前掲注（112）238頁

- ① 納税者により選択された取引が、納税者自身又は第三者に対して、意図されない租税上の利益をもたらすような取引であること。租税を減少させるためだけに実行されたのであり、それ以外の理由（経済的合理性）が存在しない場合、当該取引は不適切であるとされる。
- ② 納税者に租税法の濫用の意図があること。
- ③ 租税法の濫用が、租税の減少、そして、納税者自身又は第三者の租税上の利益をもたらすこと。

さらに、ドイツ課税当局は、GAARの適用を決定するガイドラインを公表しており、当該ガイドラインによれば、個別的否認規定の要件が充足される場合には、まず当該個別的否認規定により課税関係が決定され、個別的否認規定の要件が充足されない場合に初めてGAARの適用が検討される¹⁴⁴。当該ガイドラインによれば、次の4つの要件を満たした場合には、AO42条における「濫用」が存在するとされている¹⁴⁵。

- ① 経済効果を達成するのに適切ではない法形式が選択されていること
- ② 選択された法形式が、適切な法形式に比べて、納税者や第三者に租税上の便益をもたらすものであること
- ③ 当該租税上の便益が法律によって規定されたものでないこと、かつ、
- ④ 事案の全体像に照らして、納税義務者が、選択された法形式に対して租税以外の理由に関する証拠を示すことができないこと

(4) フランス

イ) 概要

フランスは、1941年に、租税手続法（French code of tax proceedings）64条（以下、「64条」という。）でGAARを導入し、その後、64条は2008年に改正され、一般的租税

¹⁴⁴ 藤枝他・前掲注（112）239頁

¹⁴⁵ 藤枝他・前掲注（112）239頁

回避否認規定の性格を強くするようになった¹⁴⁶。64条は、以下のいずれかの要件を満たす場合に適用される¹⁴⁷。

- ① 取引を真正なものに引き直すことができる場合、その取引は偽りの取引に該当する。
- ② 取引は、偽りではないが、法の精神に合致せず、納税義務者が通常取引であれば負担すべき税額の回避あるいは軽減のみを目的としている場合。

この場合の権利濫用と判断されるのは、第1に租税目的のみの取引であり、かつ、第2に、法の趣旨等に反する方法により法規定を適用している場合であるとされている¹⁴⁸。

フランスでは、課税当局による GAAR の適用に関して、権利濫用禁圧諮問委員会の答申の手続きが必要とされている。権利濫用禁圧諮問委員会の答申は当事者や裁判所を拘束するわけではないものの、課税当局が当該答申に従わない場合、その更正の適法性の立証責任は課税当局に帰属することとなる¹⁴⁹。

フランスでは、個別的否認規定の要件が充足される場合には、まず当該個別的否認規定により課税関係が決定され、個別的否認規定の要件が充足されない場合に初めて GAAR の適用が検討される¹⁵⁰。GAAR が適用される場合、課税当局は、取引を正確の引き直しあるいは否認をすることができる¹⁵¹。

以上の GAAR に加えて、EU の租税回避対策指令に対応するため、2019 年に租税一般法典 205 条 A が追加された。当該規定は 2019 年 1 月 1 日以後の事業年度から適用されているが、64 条は削除されていないため、2019 年 1 月 1 日以後、フランスには、2 種類の異なる GAAR が併存している¹⁵²。

(5) イタリア

¹⁴⁶ 今村・前掲注 (29) 233 頁

¹⁴⁷ 矢内・前掲注 (52) 244-245 頁

¹⁴⁸ 矢内・前掲注 (52) 244 頁

¹⁴⁹ 藤枝他・前掲注 (112) 240 頁

¹⁵⁰ 矢内・前掲注 (52) 245 頁

¹⁵¹ 矢内・前掲注 (52) 245 頁

¹⁵² 藤枝他・前掲注 (112) 240 頁

イ) 概要

イタリアは、1973年に大統領令 600 第 37 条の 2（以下、「37 条の 2」という。）で GAAR を制定し、1997年に施行した¹⁵³。その後、2015年に、大統領令 128 第 10 条（以下、「10 条」という。）で、37 条の 2 に代えて、イタリア最高裁により発展された濫用の法理を明文化する GAAR を導入した¹⁵⁴。

2015年に導入された 10 条は、次のように規定している¹⁵⁵。

- ① 一つ又はそれ以上の事業活動は、租税法規に形式的には合致しているものの、納税者の意図の観点で租税上の便益を目指したものであり、いかなる経済的実質も乏しい場合には、法の濫用とみなす。
- ② これらの活動は、いかなる効果も奪われ、課税庁は、これらの活動による租税上の便益を無視することができ、これらの規定や原則を適用して現実の課税を賦課する。
- ③ 事業活動は、これらが、個々のみにみたときあるいは互いに関連してみたときに、租税を減少させること以外に意味のある法的効果を生じさせるのに適しない事実、契約及び行為からなっているとき、経済的実質が乏しいとみなされる。

(6) カナダ

イ) 概要

カナダは、1988年に所得税法 245 条（以下、「245 条」という。）で GAAR を導入した。245 条は全 8 項から成り、245 条 2 項は、次のように規定している¹⁵⁶。

ある取引が租税回避取引である場合、ある人に対する租税上の効果は、本条がなければ当該取引又は当該取引を含む一連の取引から直接又は間接に生じるであろう租税上の便益を否定するために、その状況において合理的であるように決定するべきである。

¹⁵³ イタリアの GAAR は、ドイツの AO42 条を念頭に導入されたものとされている。

¹⁵⁴ 今村・前掲注 (29) 236 頁

¹⁵⁵ 今村・前掲注 (29) 237-238 頁

¹⁵⁶ 今村・前掲注 (29) 239 頁

また、245 条 3 項は、租税回避取引の定義を次のように規定している¹⁵⁷。

- ① その取引が主に租税上の便益を得ること以外の正当な目的のために行われ又は取り決められたと合理的に考えられる場合でないのに、本条がなかったならば、直接又は間接に租税上の便益を生じさせることとなるような取引、又は、
- ② その取引が主に租税上の便益を得ること以外の真実の目的のために行われ又は取り決められたと合理的に考えられる場合でないのに、本条がなかったならば、直接又は間接に租税上の便益を生じさせることとなるような一連の取引の一部の取引

カナダでは、税務調査により生じる GAAR の適用可能性について審査を行う目的で GAAR 委員会が設置されている¹⁵⁸。GAAR の適用に当たっては、調査担当者から濫用事案担当部門に上申を行ったうえで、最終的に GAAR 委員会が GAAR の適用に関する勧告を行う。

第3款 小括

日本を除く G7 諸国における GAAR の概要は、次の表のとおり整理される¹⁵⁹。

	米国	英国	ドイツ	フランス	イタリア	カナダ
条文	内国歳入 法典 7701 条(o)項	2013 年財 政法 206 条ないし 215 条	租税通則 法 42 条	租税手続 法典 64 条	大統領令 128 第 10 条	所得税法 245 条
導入時期	2010 年	2013 年	1977 年	1941 年	2015 年	1988 年
対象税目	連邦所得 税等	所得税等	連邦所得 税等	所得税等	所得税等	連邦所得 税等
否認対象	取引	取決め	法的形成	仮装行為 濫用行為	取引や事 実	取引

¹⁵⁷ 今村・前掲注 (29) 240 頁

¹⁵⁸ 矢内・前掲注 (52) 179 頁

¹⁵⁹ 今村・前掲注 (29) 186 頁等を参照し、作成。

否認基準	事業目的	法の濫用	法の濫用	法の濫用	法の濫用	法の濫用
立証責任	納税者	課税当局	納税者	納税者	納税者	納税者
第三者委員会の有無	なし	GAAR 諮問委員会	なし	権利濫用 禁圧諮問委員会	なし	GAAR 委員会

否認基準については、米国が事業目的や経済的合理性の有無を基準としているのに対し、他の G7 諸国は法の濫用、すなわち、その否認対象となる行為が法律の趣旨・目的に反している否かを基準としている¹⁶⁰。

第三者委員会の有無については、英国、フランス及びカナダは、課税当局とは独立した機関を設置しており、課税当局による濫用的な GAAR の適用に関して監視する機能を有している¹⁶¹。

第3節 小括

本章で述べたとおり、わが国を除く G7 諸国はすでに GAAR を導入している。各国で GAAR の詳細は異なるものの、わが国に一般的租税回避否認規定を導入する場合の重要な検討事項として、第三者委員会の設置が挙げられる。第 4 章第 1 節で述べたとおり、一般的租税回避否認規定の導入について議論を行う際、消極的意見として挙げられるのが、課税当局による権限の濫用の可能性である。一般的租税回避否認規定の性質上、取引に対する明確な課税要件が定められないことから、その発動要件が曖昧化・抽象化せざるを得ないという問題が生じるが、G7 諸国のうち、英国、フランス及びカナダでは、第三者委員会を設置して、納税者の権利保護を図っている。

このように、他の先進国において GAAR 導入に関する先行事例は十分に確認されることから、わが国において一般的租税回避否認規定の導入を議論する際はこれらの事例を参照し、第三者委員会の設置等、有効と考えられるものは積極的に取り入れる姿勢でその導入に関する議論に臨むべきであろう。

¹⁶⁰ 今村・前掲注 (17) 44 頁は、事業目的基準も、事業目的がないものは、租税法規が予定していないと考ええると、濫用基準に近づいてくる旨を指摘している。

¹⁶¹ G7 諸国には含まれていないが、オーストラリアにも、第三者委員会として GAAR 委員会が設置されている。

第4章 わが国における一般的租税回避否認規定導入の提言

第1節 一般的租税回避否認規定導入に関する議論

これまでに述べたように、わが国では原則として個別的否認規定の創設により、租税回避行為に対抗している。こうした中、あらためて、租税回避行為への対抗策として一般的租税回避否認規定が注目されている。第1章第1節で述べたとおり、昭和36年に実質課税の原則及び一般的租税回避否認規定の導入が見送られて以降、わが国では一般的租税回避否認規定は導入されておらず、識者の間でも、主に租税法律主義の観点から一般的租税回避否認規定導入慎重論が優勢だったように思われる¹⁶²。

しかし、特に OECD の BEPS プロジェクトをはじめとする全世界的な国際的租税回避行為への対抗への関心の高まりもあり、国際的協調の観点からわが国でも一般的租税回避否認規定を導入すべきという積極論が展開されるようになった¹⁶³。

本章では、一般的租税回避否認規定導入積極論と慎重論のそれぞれの観点から、現在のわが国における一般的租税回避否認規定導入に関する議論を概観するとともに、一般的租税回避否認規定による国際的租税回避行為への対抗の可否や近年の国際的租税回避事案と個別的否認規定の創設による対抗の限界に触れたうえで、わが国における一般的租税回避否認規定導入に関して提言を行う。

第1款 一般的租税回避否認規定導入積極論

(1) 租税公平主義の観点

一般的租税回避否認規定の導入を検討すべきという積極論のうち、主要な論点は、日本国憲法14条における租税公平主義の観点からの問題意識によるものである¹⁶⁴。これは、第1章第1節で述べた昭和36年の国税通則法制定時に税制調査会が提出した税制調査会

¹⁶² 一般的租税回避否認規定導入慎重論を述べた書籍又は論文として、金子宏「租税法と私法—借用概念及び租税回避について—」租税法学会編『租税法と私法』租税法研究第6号（1978年）、谷口勢津夫「租税回避の法的意義・評価とその否認」税法学577号（2017年）、中里実「一般的租税回避否認規定とナチスドイツ」『BEPSとグローバル経済活動』（有斐閣、2017年）、宮崎裕子「一般的租税回避否認規定—実務家の視点から〈国際的租税回避への法的対応における選択肢を納税者の目線から考える〉」ジュリスト1496号（2016年）等。

¹⁶³ 一般的租税回避否認規定導入積極論を述べた書籍又は論文として、今村隆『租税回避と濫用法理—租税回避の基礎的研究—』（大蔵財務協会、2015年）、鈴木・前掲注（39）、本庄・前掲（89）、森信・前掲（48）等。

¹⁶⁴ たとえば、森信・前掲注（48）11-12頁等。

第2次答申における「……このような租税回避行為を防止するためには、各税法において、できるだけ個別的に明確な規定を設けるよう努めるものとするが、諸般の事情の発達変遷を考慮するときは、このような措置だけでは不十分であると認められるので、上記の実質課税の原則の一環として、租税回避行為は課税上これを否認することができる旨の規定を国税通則法に設けるものとする。」とする一般的租税回避否認規定の導入の提言にまで議論が遡る¹⁶⁵。

納税者による取引がますます複雑化し、特に国境をまたぐ取引の種類が増加した現代社会においては、今後も次々と新しい種類の租税回避スキームが創出される可能性があるが、それらの租税回避スキームを税法の立案者が事前に想定することは困難であり、仮に事前に新しい種類の租税回避スキームを特定できたとして、それに対抗するための個別的否認規定の立法化には時間を要するため、課税当局による対応が後手に回ることは想像に難くない。一般的租税回避否認規定を導入した場合、新しい種類の租税回避スキームに対しても、一般的租税回避否認規定の発動要件を満たす限りにおいては、課税当局は課税処分を行うことが可能となり、納税者間の租税公平性が保たれる可能性が高まるといえる。

(2) 金子宏教授による通説的解釈及び判例法理の限界の観点

通説である金子宏教授による租税回避の定義は、司法の判断にも影響を与えていると思われるが、今村隆教授は、金子宏教授の通説が世界標準¹⁶⁶と比較して古くなっている点を指摘している¹⁶⁷。金子宏教授による通説は、租税回避を2つの類型に分類し、「1つは、合理的または正当な理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、通常用いられる法形式に対応する税負担の軽減または排除を図る行為」であり、「もう1つは、租税減免規定の趣旨・目的に反するにもかかわらず、私法上の形成可能性を利用して、自己の取引をそれを充足するように仕組み、もって税負担の軽減または排除を図る行為である。」と述べているが、特に国境をまたぐ取引の種類が増加・複雑化した現代社会

¹⁶⁵ 川田・前掲注(20) 28頁は、このような考え方は、ドイツの国家優先主義の考え方を受け継ぐものであることを指摘している。

¹⁶⁶ 第1章第3節で述べたとおり、EU及びOECDによる租税回避の定義は、「法の意図」に反しているか否かという点に共通項が見出せる。また、BEPSプロジェクト行動計画6において、租税条約に一般的濫用防止規定として、PPTやLOB等を設けることを勧告するなど、取引の主要な目的が租税条約上の特典享受である場合、すなわち「法の意図」に反している場合に、取引を租税回避行為として認定するという潮流が確認される。

¹⁶⁷ 今村・前掲注(29) 42頁、森信・前掲注(48) 6頁。

において、その行為が、1つ目の類型に含まれる「通常用いられない法形式」であるかどうかの判断を行うことは困難である。

さらに、第2章で述べたとおり、特に国際的租税回避行為に対する法人税法132条及び法人税法132条の2の適用が論点となった近年の裁判例では、不当性要件について経済的合理性基準又は濫用基準の異なる基準が採用されている。ユニバーサルミュージック事件では、「不当な法人税負担の減少」を抑止するための法人税法132条の適用に際して、Vグループが採用したデット・プッシュ・ダウンについて、「……X社が、上記の日本法人の買収資金を調達するため、VグループのCMSの統括会社から本件借入れを行うことは、いわゆるデット・プッシュ・ダウンとして、……Vグループ全体の財務態勢の強化に資するものであるから、資金効率の最大化を可能とするものとして、財務上の観点からみて、不自然とはいえず、その必要性、合理性を認めることができる」と判示し、デット・プッシュ・ダウンによりX社の法人税負担が減少することを認めながらも、それはあくまでも税務上の効果であって、経済的合理性の判断においては直接的な影響を与えない旨を示した第一審判決を踏襲しているように思われる。さらに、「多額の営業利益を計上している日本法人に負債を負わせれば、これにより日本法人の法人税の負担も減少することとなるが、税務上の目的と財務上の目的とは別個のものであり、……法人税の負担の減少という税務上の効果が併せて得られることをもって、かかる財務上の目的による行為の経済的合理性が否定されるものではないというべきである。」と判示し、すなわち、法人税負担の減少そのものは経済的合理性基準の充足を否定するものではないと解釈される部分があるなど、取引に対する課税の確実性及び法的安定性に揺らぎが生じているように思われる。

このような現状においては、同族会社の行為又は計算の否認規定等の個別の分野に関する一般的否認規定では、国際社会で議論されているBEPSやBEPSを引き起こす租税回避スキームには対抗できない可能性がある。一般的租税回避否認規定を導入した場合、不当性要件についての議論は引き続き必要となるものの、少なくとも、納税者間の租税公平性は向上すると考えられる。

(3) 租税回避行為の抑止の観点

一般的租税回避否認規定は、個別的否認規定のように個別具体的な課税要件が定められておらず、納税者が行うすべての取引に対して適用される可能性があることから、その存

在自体が租税回避行為に対する抑止になり得る¹⁶⁸。さらに、これに付随する効果として、企業の税務担当者やその外部アドバイザーたる弁護士、税理士等の優秀な税務人材の貴重な人的資源が、租税回避という社会的意義に欠け得る分野に投入される無駄の回避が挙げられる¹⁶⁹。2012年後半に英国等で明らかにされたスターバックス、グーグル、アップル等の租税回避スキームは、複雑で時間をかけて練られたものであり、そこに多大な税務人材の時間が投下されたことは想像に難くない¹⁷⁰。特に、近年では投資家による企業の税務コストに対する問題意識が高くなっており、法人税等の税務コストの削減は直接的に企業の最終利益及びROE（Return on Equity）等に影響を与えることから、特に多国籍企業は、外部アドバイザーを用いて、税務コストの削減に取り組んでいる。税務コストの削減そのものは企業経営における努力の一部として認められるべきものであるが、租税回避もしくは租税回避まがいのスキームによる税務コストの削減は、社会的意義が欠けると言わざるを得ない。一般的租税回避否認規定を導入することで、企業による租税回避行為を抑止できるとともに、それにかかわる税務人材の人的資源の無駄が回避されると考えられる。

(4) 国際社会からの要請の観点

2015年9月に最終報告書が公表されたBEPSプロジェクトにおいては、各国における一般的租税回避否認規定の導入は提言されていない。しかしながら、第3章第2節で述べたとおり、日本を除くG7諸国では既にGAARが導入されている。また、BEPSプロジェクトの目的である「多国籍企業が、その活動実態と各国の税制や国際課税ルールの間をずれを利用して、課税所得を人為的に操作し、課税逃れを行うことがないように、国際課税ルールを世界経済並びに企業行動の実態に即したものとするとともに、各国政府・グローバル企業の透明性を高めるために国際課税ルール全体を見直すこと」¹⁷¹を鑑みると、今後、一般的租税回避否認規定の導入による国際的租税回避行為の防止が国際的な合意を

¹⁶⁸ 大野・前掲注（52）584頁

¹⁶⁹ 森信・前掲注（48）5頁、大野・前掲注（52）584頁等。

¹⁷⁰ 森信・前掲注（48）12頁は、米国エール大学のグラエッツ教授による「租税上の目的を除けば、まったくばかげた取引」という租税回避の定義を紹介し、優秀な法曹人材が租税を回避する側に回ることを「国家の損失ともいえる」と批判している。

¹⁷¹ 第24回税制調査会 総24-1 <https://www.cao.go.jp/zei-cho/content/20151022_27zen24kai3.pdf>（最終閲覧日：2021年1月31日）

形成する可能性は否定できない。BEPSプロジェクトを主導してきたわが国が、そのような国際的合意を無視することは難しく、国際的要請の観点からも、一般的租税回避否認規定の導入が求められる可能性が考えられる。

第2款 一般的租税回避否認規定導入慎重論

(1) 租税法律主義の観点

一般的租税回避否認規定を導入すべきでないという慎重論のうち、主要な論点は、日本国憲法 84 条における租税法律主義の観点からの問題意識によるものである¹⁷²。租税法律主義が国民の自由と財産を保護し、国民の経済生活に法的安定性と予測可能性を与えると、いう租税法律主義の歴史的な意義¹⁷³を鑑みると、租税法律主義の下では、法律の根拠に基づかない否認は許されないとされている。金子宏教授は、租税公平主義の見地から否認規定の有無にかかわらず否認を認める見解に理解を示しつつも、「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。」¹⁷⁴と述べ、租税回避の否認を認めない立場をとっている。その他にも、清永敬次教授は、「同族会社以外の場合は、そのための特別の期待がない限り、租税回避の否認をなすことは許されない。」¹⁷⁵と述べ、また、谷口勢津夫教授は、「一般的否認規定の立法は、……、租税回避及びこれを否認する税務行政に対する立法者の「敗北宣言」あると考える。」¹⁷⁶と述べるなど、いくつかの学説は新しい租税回避スキームに対しては、個別的否認規定の創設による対応を図るべきという立場をとっている。なお、金子宏教授は、新たな類型の租税回避スキームに対して個別的否認規定の創設で対抗しきれない場合の納税者間の租税公平性の確保については、「個別的否認規定による場合は、立法がなされるまでは回避行為が黙過されることになるが、立法による対処が迅速且つ適切になされる限り、それは短期間に止まり、また回避の件数もそれほど多くはならないであろう。」¹⁷⁷と述べている。

¹⁷² たとえば、金子・前掲注（13）138 項等。

¹⁷³ 金子・前掲注（13）79 頁

¹⁷⁴ 金子・前掲注（13）138 頁

¹⁷⁵ 清永・前掲注（28）44 頁

¹⁷⁶ 谷口・前掲注（162）268 頁

¹⁷⁷ 金子・前掲注（162）27 頁

(2) 課税当局による権限の濫用の観点

一般的租税回避否認規定を導入することにより、課税当局の権限が増大し、その権限を濫用的に行使する恐れが生じる。これは、昭和 36 年の国税通則法制定時の税制調査会第 2 次答申で提言された一般的租税回避否認規定の創設に対し、日本税法学会が提出した意見書内でも示された反対意見の一つであり、昭和 36 年当時、このような反対意見等から国税通則法に一般的租税回避否認規定は取り込まれなかったという経緯が存在する。日本税法学会は、特に実質課税の原則規定に対して、「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」¹⁷⁸と強く批判している。また、当該意見書において、「租税回避に関する規定はこれを必要とするが、税務官庁が租税回避を理由として否認権を濫用しないように立法上防止策を講ずる必要がある。」とし、そのために、「租税回避の成立要件を明確にかつ制限的に規定する必要がある。納税義務者及び関係人の選択した形成形式または処置が異常であっても、それが節税以外の正当な事由に基づく場合、及び節税が顕著でない場合には、租税回避が成立しないことを明確に規定しておく必要がある。」¹⁷⁹と述べ、課税当局が一般的租税回避否認規定を盾に課税権を濫用することを懸念し、一般的租税回避否認規定の適用対象範囲を明確にするよう主張を行った¹⁸⁰。

中里実教授は、一般的租税回避否認規定が課税当局にとって魅力的なものに見えることを認めつつ、一般的租税回避否認規定導入の議論については、法律の解釈権限が最終的に裁判所に属することを無視しており、一般的租税回避否認規定のあいまいさが、裁判所に立法を行わせるような過重負担をかける点について警鐘を鳴らしている¹⁸¹。

また、一般的租税回避否認規定の性質上、取引に対する明確な課税要件が定められないことから、その発動要件が曖昧化、抽象化せざるを得ないという問題がある。これにより引き起こされる別の問題として、冒頭の課税当局による権限の濫用が挙げられる。一般的租税回避否認規定の発動要件が曖昧であるからこそ、課税当局による課税の権限が強化・濫用されるのであり、一般的租税回避否認規定の発動要件の不確実性については手当てが必要であろう。

¹⁷⁸ 日本税法学会「国税通則法制定に関する意見書」税法学 130 号（1961 年）1-2 頁

¹⁷⁹ 日本税法学会・前掲注（178）4-5 頁

¹⁸⁰ 本部・前掲注（140）254 頁

¹⁸¹ 中里・前掲注（162）15 頁

第3款 小括

このように、わが国における一般的租税回避否認規定の導入については、その積極論と慎重論に二分化され、議論が行われているように思われる。本章第4節では、わが国に一般的租税回避否認規定を導入すべきという筆者の立場を明確にしつつ、慎重論に対し、反論を試みることにする。

第2節 国際的租税回避行為への対抗策としての一般的租税回避否認規定

本庄資教授は、国際的租税回避の基本要素として、次の三つの目的を同時に達成できる解を求めることと述べている¹⁸²。

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">① 所得の源泉地国で法人所得税を課されないこと② 所得の移転に当たって源泉地国で源泉徴収税を課されないこと③ 所得を受け取る居住地国で法人所得税を課されないこと |
|--|

さらに、国際的租税回避の典型例として、①事業体の選択、②企業立地の選択、③所得の種類を選択、④所得課税地国の選択、⑤所得の帰属年度を選択の5類型を挙げている¹⁸³。この他にも国際的租税回避の典型例として、各国の税率差を利用した多国籍企業グループ内での恣意的な所得分配や、多国籍企業グループからの借入金を利用した利子の損金算入等が挙げられる。ここに挙げられる国際的租税回避行為については、わが国の租税の歴史上、様々な手当てが行われており、文献上で典型例にあげられるような手法は、既にわが国の課税当局により厳しく封じ込められている。たとえば、各国の税率差を利用した恣意的な所得分配に対しては、昭和53年度税制改正で創設された外国子会社合算税制¹⁸⁴及び昭和61年度税制改正で創設された移転価格税制¹⁸⁵により手当てが行われ、また、グ

¹⁸² 本庄・前掲注(87)8頁

¹⁸³ 本庄資教授は、タックス・プランニングと租税回避が異なるものであると述べたうえで、タックス・プランニングを実現するための「国際的租税回避の典型例」としてこれらの5類型を挙げているが、この5類型が、EUやOECDによる「法の範囲内ではあるが法の意図に反して行われる税負担を軽減または排除する行為(取決め)」という租税回避の定義に必ずしも当てはまるわけではない。

¹⁸⁴ 租税特別措置法66条の6

¹⁸⁵ 租税特別措置法66条の4

グループ内借入金に対する利子の損金算入に対しては、平成 4 年度税制改正で創設された過少資本税制¹⁸⁶及び平成 24 年度税制改正で創設された過大支払利子税制¹⁸⁷により手当てが行われている。さらに、わが国は、OECD の BEPS プロジェクトに関する最終報告書公表を受けて、その勧告の実施について、各行動計画への取組みを公表・実行している¹⁸⁸。

これらの典型例に加え、近年では、多国籍企業グループの組織再編に伴う損失の付け替えによる租税回避の試みが挙げられる。これは、複数の国及び地域に所在する海外子会社の組織再編を行うことで、その海外子会社が抱える繰越欠損金を日本法人に帰属させることにより、他の海外諸国に比して法人税率が高いわが国における課税所得を減じさせ、多国籍企業グループ内における税効果の最大化を図るものである。こういった組織再編成を通じた行為及び計算により、日本法人の法人税の負担が不当に減少し、かつ個別的否認規定が適用されない場合、法人税法 132 条の 2 における組織再編成に係る行為又は計算の否認規定の適用が検討される。しかしながら、第 2 章で述べたとおり、過去の判例における法人税法 132 条の 2 の解釈には揺らぎが生じており、課税当局にとっても、法人税法 132 条の 2 の適用による租税回避の否認の難易度が上がっているものと推察される。実際に、本章第 3 節で述べる事案では、法人税法 132 条の 2 は適用されず、個別的否認規定の創設による手当てが行われた。本事案の詳細が明らかでないことから法人税法 132 条の 2 を適用する余地があったか否かを推し図ることはできないが、一般的租税回避否認規定を導入した場合、法人税法 132 条の 2 による手当てが難しい国際的租税回避行為への対抗の選択肢が増加すると思われる¹⁸⁹。

第3節 個別的否認規定による国際的租税回避への対抗

第1款 海外子会社再編を通じて国際的租税回避が行われた事案

(1) 事案の概要

¹⁸⁶ 租税特別措置法 66 条の 5

¹⁸⁷ 租税特別措置法 66 条の 5 の 2

¹⁸⁸ わが国では、BEPS 行動計画に関する最終報告書の公表を受け財務大臣談話を発表し、BEPS プロジェクトの合意の実施について決意表明を行っている。

¹⁸⁹ 宮崎・前掲注(162) 42 頁は、「一般的租税回避否認規定なるものの射程、内容についての考え方は各国一様というわけではないし、一般的租税回避否認規定なるものを我が国において違憲の問題を生じさせることなく導入できるのか、そのような規定は納税者にとって課税の正当性を担保するだけの手続的保障となり得るような明確性を持ち得るのか、という疑問もある。」と指摘し、国際的租税回避行為への対抗策としての一般的租税回避否認規定の導入について否定的な立場をとっている。

国内大手通信会社の持株会社である S 社は、2016 年に約 3.3 兆円で買収した英国半導体設計大手 A 社の株式の大半を、2018 年に S 社グループ内の V 社等に現物出資の方法により移管した。S 社は A 社株式の移管の直前に、A 社から A 社グループの中核事業を担う英国 B 社（A 社の 100%子会社）株式の 75%を現物分配の方法で受け入れており、これにより A 社株式の実質的な価値が大きく下落した。その結果、A 社株式移管時の時価は大きく下落し、S 社は、A 社株式の取得価額と移管時の時価との差額について、約 1.4 兆円の株式譲渡損失を計上した。本件は、S 社が、A 社からの B 社株式の現物分配に係る受取配当金について、外国子会社配当益金不算入規定¹⁹⁰の適用により課税を免れている¹⁹¹うえ、B 社株式の現物分配の結果、時価が著しく下落した A 社株式を同じグループに属する V 社へ現物出資することにより、A 社への実質的な支配関係を維持したまま、多額の株式譲渡損失を計上したことが問題とされた事案である¹⁹²。

課税当局は、本件株式譲渡損失に起因する繰越欠損金の取り扱いを含む S 社の 2018 年 3 月期の税務調査を行ったものの、S 社が計上した A 社株式譲渡損失を否認せず、当該繰越欠損金の一部の計上時期のずれについて指摘を行うにとどまった。

(2) 組織再編成に係る行為又は計算の否認規定の適用可能性

本事案において、S 社は外国子会社配当益金不算入規定を利用して、ほとんど無税で B 社株式を自社に移転し、A 社の株式価値を大きく毀損させたうえで、同じグループ内の V 社へ A 社株式を移管することで多額の株式譲渡損失を計上していることから、S 社による行為が租税回避行為に該当するという見方がある。課税当局による指摘の内容は明らかではないものの、課税当局は S 社の一連の行為を問題視していたことは明白であり、本事案

¹⁹⁰ 法人税法 23 条の 2

¹⁹¹ 配当等の額の 100 分の 5 相当額を除く。

¹⁹² 本事案の概要については、次の新聞報道等の情報を参考とした。2019 年 6 月 19 日付け日本経済新聞（電子版）「ソフトバンク G が修正申告 子会社株移動、税法に課題」
<<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO46319340Z10C19A6MM8000/>>（最終閲覧日：2021 年 1 月 31 日）、2019 年 6 月 21 日付け日本経済新聞（電子版）「ソフトバンク G、法人税ナシ 税法の盲点は」
<<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO46385970R20C19A6EA2000/>>（最終閲覧日：2021 年 1 月 31 日）、2019 年 10 月 19 日付け日本経済新聞（電子版）「ソフトバンク G の節税策、財務省が抜け穴封じへ」
<<https://www.nikkei.com/article/DGXMZO51195880Z11C19A0MM8000/>>（最終閲覧日：2021 年 1 月 31 日）

のスキームは、後述する令和 2 年度税制改正で創設された特定支配配当の簿価減額規定で封じ込められている。本事案に対しては、個別的否認規定または法人税法 132 条の 2 に規定する組織再編成に係る行為又は計算の否認規定¹⁹³による否認が検討されるところであるが、課税当局による検討の詳細は明らかではないものの、結果をみる限り、いずれの規定も適用することはできなかつたものと思われる。

法人税法 132 条の 2 を適用した場合の、本事案における株式譲渡損失の否認の可能性については、従来判例と同様、不当性要件が一つの論点となる。第 2 章で述べたとおり、近年の裁判例における不当性要件について、IBM 事件及びユニバーサルミュージック事件では経済的合理性基準が採用された一方で、ヤフー事件では濫用基準が採用されている。本事案と同様に、法人税法 132 条の 2 の適用が論点となったヤフー事件では不当性要件について濫用基準が採用されているが、濫用基準によれば、①税負担を減少させる意図、②規定の本来の趣旨及び目的からの逸脱という 2 つの観点から、(a)組織再編成の不自然な態様、(b)税負担の減少以外の合理的な理由や事業目的の有無等の事情を考慮したうえで、その行為又は計算が不当性要件を充足するか否かが判断される。

本事案の一連の行為に関する S 社の趣旨や目的、意図は明らかではないものの、B 社株式の現物分配が行われた時期や、多額の株式譲渡損失が計上されていること等を総合的に考慮すると、少なくとも①の税負担を減少させる意図が含まれているという評価が妥当であろう。②の規定の本来の趣旨及び目的からの逸脱の有無については、(a)及び(b)の考慮事情を鑑みたくて判断する必要があるが、S 社による一連の行為後の資本関係を達成することが目的であるのであれば、B 社株式を現物分配の方法により受け入れる必要はなく、単純に A 社株式を V 社に現物出資により移管するという方法も考えられる¹⁹⁴。本事案において法人税法 132 条の 2 が適用されなかつた背景としては、本事案における一連の行為について、S 社が(b)の合理的な理由や事業目的の存在を主張し、その事業目的等が、法人税法 132 条の 2 における不当性基準を充足するものでないことにつき十分な説明が行われ

¹⁹³ 本事案における一連の行為には、A 社から S 社に対する現物分配が含まれるため、本規定の対象となると思われる。

¹⁹⁴ S 社の 2018 年 3 月期の有価証券報告書によれば、S 社は V 社に対して一定額の出資をコミットメントしており、出資予定総額の一部が、本事案における A 社株式の現物出資により賄われている。ソフトバンクグループ株式会社「2017 年度有価証券報告書」2 頁 <https://group.softbank/system/files/securities_report_q4fy2017_01_ja.pdf?file=pdf/ir/financials/security_reports/securities_report_q4fy2017_01_ja.pdf> (最終閲覧日：2021 年 1 月 31 日)

たからであろう。また、S社からV社へのA社株式の現物出資の前に、S社がB社株式をA社から現物分配により取得した点について、(a)の組織再編成の不自然な態様と指摘される余地があるものの、S社が直接B社株式を保有することの目的について合理的な理由がある場合、この現物分配が不自然な態様であると必ずしも評価できるものではない。

本事案は、裁判や不服申立が行われたわけではないため、その詳細については推測の域を出ないものの、新聞報道等から、S社が組織再編成を通じて多額の税負担を免れたことは事実であると考えられる。この点において、法人税法132条の2の適用の余地があるにもかかわらず、課税当局がそれを適用しなかったという結果のみを鑑みると、本事案における一連の行為の趣旨や目的、意図につき、S社による合理的な説明が行われたものと思われる。

(3) 特定支配配当の簿価減額規定の創設

イ) 改正の趣旨

令和2年度税制改正により、特定支配配当の簿価減額規定が創設された。これは、本事案におけるS社の租税回避スキームへの対抗が念頭に置かれたものであると推測される¹⁹⁵。本規定の創設により、法人が特定関係子法人¹⁹⁶から一定の配当等の額を受ける場合に、その配当等の額のうち法人税の課税所得計算において益金不算入とされた金額相当額を株式等の帳簿価額から引き下げることとなる。これにより、法人が子会社に配当を行わせることで配当相当額だけ子会社株式の価値を減少させ、配当後に子会社株式を譲渡することで譲渡損を発生させるという租税回避行為が封じ込められることとなった。

ロ) 規定の概要

イ 株式簿価の修正

¹⁹⁵ 財務省の令和2年度税制改正パンフレットでは、本規定の創設趣旨について、「法人が外国子会社株式等を取得した後、子会社から配当を非課税で受け取るとともに、配当により時価が下落した子会社株式を譲渡すること等により、譲渡損失を創出させることが可能となっており、これが国際的な租税回避に利用されるとの指摘があることから、このような国際的な租税回避に適切に対応する観点から、見直しを行う。」と述べられている。

¹⁹⁶ 配当等の決議の日において特定支配関係を有する他の法人をいう。なお、特定支配関係とは、一の者（一の者と特殊の関係のある者を含む）が他の法人の株式等又は一定の議決権の数等の50%超を直接又は間接に有する場合における当該一の者との関係等をいう。

法人が特定関係子法人から受ける配当等の額である「対象配当金額」が、特定関係子法人株式等の帳簿価額の10%相当額を超える場合には、対象配当金額のうち益金不算入相当額が、当該法人の保有するその配当に係る株式の帳簿価額から減額修正される。

ロ 適用免除基準

- a) 内国法人である特定関係子法人の設立の時から法人がその特定関係子法人との間に最後に特定支配関係を有することとなった日（以下、「特定支配日」という。）までの期間を通じて、その特定関係子法人の発行済株式又は出資の総数等の割合が90%以上であること
- b) 特定支配日が当該対象配当等の額を受ける日の属する当該他の法人の事業年度開始の日前である場合において、aに掲げる金額からbに掲げる金額を減算した金額がcに掲げる金額以上であること
 - a 当該他の法人の当該対象配当等の額に係る決議日等前に最後に終了した事業年度の貸借対照表に計上されている利益剰余金の額
 - b aに規定する事業年度終了の日の翌日から当該対象配当等の額を受ける時までの間に当該他の法人の株主等が当該他の法人から受ける配当等の額の合計額
 - c 当該他の法人の特定支配日前に最後に終了した事業年度の貸借対照表に計上されている利益剰余金の額に一定の調整を加えた金額
- c) 特定支配日から当該対象配当等の額を受ける日までの期間が10年を超えること
- d) 当該対象配当等の額及び同一事業年度内配当等の額の合計額が2千万円を超えないこと

(4) 特定支配配当の簿価減額規定の問題点

特定支配配当の簿価減額規定の立法趣旨は、日本で課税を受けていない海外子会社の利益剰余金について、非課税で配当を受け、その海外子会社株式を譲渡することにより譲渡損失を計上するという租税回避行為を防止するものである¹⁹⁷。したがって、本規定は、基本的に買収した海外子会社株式譲渡損失の計上のみを制限の対象としているが、その対象

¹⁹⁷ 内藤景一郎他『令和2年版改正税法のすべて』（大蔵財務協会、2020年）473頁

を絞るために、適用要件及び除外要件が細かく定められた結果、複雑な制度となっており、特に以下の点について納税者側の負担増加が懸念される¹⁹⁸。

イ) 書類の保存要件

特定支配配当の簿価減額規定のうち、本款(3)(イ)ロで述べた適用免除基準について、それぞれ次に掲げる書類の保存要件が定められている。これらの書類の保存要件を満たさない場合、適用免除の対象とならず、本規定が適用される可能性があるが、それぞれの書類の保存についての立証責任は納税者側に存するため、納税者はこれらの事実を証する客観的な書類を作成・保存する必要がある。

- a) 内国法人である特定関係子法人の設立の時から特定支配日までの期間を通じて、その特定関係子法人の発行済株式又は出資の総数等の割合が90%以上であることを証する書類
- b) 特定支配日が当該対象配当等の額を受ける日の属する当該他の法人の事業年度開始の日前である場合において、aに掲げる金額からbに掲げる金額を減算した金額がcに掲げる金額以上であることを証する書類

特に、a)に定める書類に関して、具体的には法人設立時の原始定款や株主名簿等がこれに該当すると思われるが、古くに設立された海外子会社の場合、原始定款や株主名簿等が適切に保存されていない場合も想定される。さらに、JV¹⁹⁹のように、自社グループ外の法人と共同で設立した海外子会社の場合、自社グループ外の株主の変遷について、自社側で把握できないということも起こり得る。本規定によれば、「内国法人である特定関係子法人の設立の時から特定支配日までの期間を通じて」「特定関係子法人の発行済株式又は出資の総数等の割合が90%以上であること」を証する必要があるため、特定関係子法人の設立から一時でも特定関係子法人の発行済株式等の割合が90%以上であることを証すること

¹⁹⁸ 吉岡伸朗＝木村浩之「「ソフトバンク税制」の実務ポイント—子会社からの配当と子会社株式の譲渡を組み合わせた租税回避税制への対応—」税務弘報 68 卷 8 号 (2020 年) 125 頁は、本規定の創設を、「いわばパッチワーク的な改正であり、制度全体の理論的な整合性が図れていない」と評価している。

¹⁹⁹ Joint Venture (ジョイント・ベンチャー) の略称。合弁企業ともいう。

ができない場合、本来適用免除を受けられる法人について、書類の保存要件を満たさないことにより適用免除が認められないなど、実務的な混乱が生じることが予想される²⁰⁰。

ロ) 海外子会社の買収後に稼得した利益剰余金の取り扱い

本規定の趣旨は、買収した海外子会社に配当を行わせることによるその海外子会社株式の価値減少の防止であるため、買収後に海外子会社が稼得した利益剰余金から行われる配当については、株式簿価切下げの対象とならないよう手当てがされている²⁰¹。ただし、買収後に海外子会社が稼得した利益剰余金の判定計算は、「その配当に係る決議日前に最後に終了した事業年度の貸借対照表に計上されている利益剰余金の額」を基準に行われることから、その配当を行う事業年度の配当実施前に稼得した利益剰余金はこの判定計算上の利益剰余金に含まれず、実態としては買収後に稼得した利益剰余金からの配当であっても、本規定上は買収後に稼得した利益剰余金として取り扱われない。

たとえば、①配当に係る決議日前に最後に終了した事業年度の貸借対照表に計上されている利益剰余金の額が 100、②配当を行う事業年度の配当前に稼得した利益剰余金が 200、③配当の額が 130 の場合²⁰²、130 の配当はその事業年度中に稼得した 200 の利益剰余金から支払われているため、本規定の趣旨に照らすと、株式簿価切下げの対象とはならないが、本規定によれば、③配当の額 130 が①配当に係る決議日前に最後に終了した事業年度の貸借対照表に計上されている利益剰余金の額 100 を超過するため、その超過する 30 (100-30) の部分につき、株式簿価切下げの対象となってしまう。海外子会社の買収直後に、含み益のある資産を譲渡し、譲渡益を原資に期中配当を行うような場合、前事業年度末時点の利益剰余金にはその資産譲渡益が含まれていないことから、本規定の適用免除基準を満たさず、株式簿価切下げの対象となることも考えられるが²⁰³、本規定の趣旨を鑑みると、海外子会社買収後に稼得した利益剰余金についても判定計算の基礎に含めるべきであろう。上述のケースでは、本規定の趣旨に則った配当であっても株式簿価切下げの影

²⁰⁰ b)に掲げる書類についても保存要件が定められているが、財務会計上の期末利益剰余金が判定基礎であるため期末の貸借対照表を保存すればよく、a)に掲げる書類に比して、書類の保存要件を満たすことは困難ではない場合が多いと思われる。

²⁰¹ 法人税法施行令 119 条の 3 の 7 項二

²⁰² 特殊支配日は配当に係る決議日前に最後に終了した事業年度以前であることを前提とする。

²⁰³ 吉岡＝木村・前掲注 (198) 131 頁

響を受けてしまい、切り下げられた株式簿価の部分について二重課税となるリスクが生じることとなる。

第2款 小括

本節では、近年の国際的租税回避が行われた事案とそれに対する個別的否認規定の創設による対抗措置について概観したが、本事案を契機に創設された特定支配配当の簿価減額規定は、規定そのものの複雑さに加え、書類の保存要件により納税者の事務負担が増加することや規定の趣旨にそぐわない条文構成が確認されるなど、「パッチワーク的な」改正であるという印象を受ける。

本事案のような新たな類型の国際的租税回避スキームには、新たな個別的否認規定を創設して対抗するのが租税法律主義の下での基本原則である。本事案についても、その基本原則に則って本規定が創設されたが、個別的否認規定の創設では新たな類型の国際的租税回避スキームに対して適時の対抗が困難であることに加え、本規定については、適用免除基準を細かく定めることで条文が複雑になったことや納税者の事務負担増加を招くことになったことについて、租税法律主義下で新たな類型の国際的租税回避スキームへの対応の限界を示唆する結果となったのではないかと考える。すなわち、今後、納税者による取引がますます複雑化・国際化する現代社会において、あらゆる税法の抜け道を防ごうとすると、税法が複雑にならざるを得ず²⁰⁴、また、新たな類型の租税回避スキームが発見されたとして、当該スキームに対抗する個別的否認規定の創設までには時間及び人的資源という意味での多大なリソースが必要となり、租税回避スキームに対する個別的否認規定の創設が追いつかない可能性がある²⁰⁵。本事案の詳細が新聞報道レベルでしか明らかにされていないことに加え、わが国には一般的租税回避否認規定が導入されていないため、一般的租税回避否認規定の適用により本事案が防止できた可能性、換言すると、個別的否認規定を創設する必要がなかった可能性について検証を行うことは困難であるが、本事案及び本事案に対して創設された個別的否認規定は、改めてわが国で一般的租税回避否認規定の必要性について議論を行うための有意義な材料となると思われる。

²⁰⁴ 複雑化する個別的否認規定の一例として、創設以降、毎年のように細かな改正が加えられる外国子会社合算税制が挙げられる。

²⁰⁵ 立法者の負担に加え、複雑化する税制をキャッチアップする納税者の負担増加も懸念事項として挙げられる。

第4節 わが国における一般的租税回避否認規定の導入提言

第1款 筆者の立場

以下に掲げる理由から、わが国においても一般的租税回避否認規定を導入すべきと考える。

(1) 新たな類型の租税回避スキームへの対抗の必要性

わが国では、租税法律主義の下、租税回避行為に対しては、個別的否認規定を創設することで対抗しているが、新しい類型の租税回避行為に対しては適時の対抗ができず、結果として多額の課税逃れを看過してしまっている²⁰⁶。本章第3節で述べたように、最近の国際的租税回避事案では、この原則的な対応により新しい個別的否認規定が設けられたが、結果として非常に複雑かつ場当たりの制度が創設され、納税者間の租税公平性がゆがめられたように思われる²⁰⁷。

金子宏教授は、租税法律主義の観点から、一般的租税回避否認規定の欠点として、「否認の要件は一般的・抽象的にならざるを得ないから、……法的安定性・予測可能性が害されるおそれ大きい。」と指摘しており、一方でこの点について、個別的否認規定によれば、「それぞれの回避行為のパターンに対応して否認の要件を具体的且つ明確に定めることが可能であり、法的安定性ないし予測可能性が害されるおそれはそれだけ少なくなる。」²⁰⁸と述べている。さらに、個別的否認規定の欠点として、「立法によって否認規定が設けられるまでは、租税回避は黙過されることになる」こと、「否認の要件が具体的であるだけに、それに該当するのを避けることは比較的容易であって、否認要件の外側の安全地帯に新たな租税回避が生み出されやすい」こと等を指摘している²⁰⁹。これらは金子宏教授が40年以上前に発表した論文における指摘であるが、当時に比べ、納税者による取引がますます複雑化・国際化する現代社会においては、個別的否認規定の欠点として、「新

²⁰⁶ 事案によっては一千億円単位に上るものも散見される。

²⁰⁷ 森信茂樹「BEPSと租税回避への対応——一般的否認規定の整備を」租税研究803号(2016年)133頁によれば、オックスフォード大学のフリードマン教授は、英国がGAAR導入に至った直接のきっかけとして、「個別否認規定での対応では、租税法規が複雑になりすぎてかえって公平性がゆがめられること、課税当局と経済界の双方に疑心暗鬼が生じることから、経済取引の安定性を確保する目的でGAARの導入を行った。」と述べており、わが国も正に当時の英国と同じ状況にあるといえるように思われる。

²⁰⁸ 金子・前掲注(162)26頁

²⁰⁹ 金子・前掲注(162)26頁

たな類型の租税回避スキームに適時に対抗しきれない」という趣旨の指摘が追加されるように思われる。すなわち、本章第3節で述べたような最近の国際的租税回避事案を鑑みても、改めて個別的否認規定の創設による原則的な対応を見直す時期に差し掛かっているといえる。

(2) 国際的な政治的アジェンダ

第3章第2節で述べたとおり、わが国を除くG7諸国はGAARを導入している。わが国も参加するOECDのBEPSプロジェクトでは、GAARの導入は提言されていないものの、EU加盟国は2016年の租税回避対策指令によりGAARの導入を求められるなど、GAARの導入が国際的な潮流であることは否定できない。森信茂樹教授は、「グローバル経済の中で、G7中わが国だけがGAARを導入していないことへの問題意識を持つ必要がある。」²¹⁰と述べ、一般的租税回避否認規定導入が必要であることの理由として、「グローバル経済の下で企業の競争条件を公平化していくこと（レベルプレイングフィールド）の重要性」²¹¹を指摘している。特に米国多国籍企業は、租税へのコスト意識が強く、グローバルレベルでの税負担軽減の機会を模索している。税務コスト削減に積極的な多国籍企業では、各国及び地域の税率差や租税条約、税制の間隙を突いたアグレッシブなタックス・プランニングが行われることが少なくないが、わが国だけが国際的な潮流にそぐわず一般的租税回避否認規定を導入しない場合、それらの多国籍企業にとってわが国がターゲットとなり、わが国における租税回避行為を放置及び助長する結果となり得る。これらの多国籍企業は各国の大手法律事務所や大手会計事務所を通じて、合法的なタックス・プランニングの機会創出を日々窺っており、わが国が一般的租税回避否認規定を導入していないことを利用して、わが国において国際的な租税回避行為を行う可能性も否定できないといえる。

本庄資教授は、「国際的に政治的アジェンダとなったBEPS対応について、……日本が先導的役割を果たすと期待されるなか、G7, G20のなかで、一般的否認規定の導入については、日本は明らかに立遅れの感が強いので、一般的租税回避否認規定導入に対する日本の姿勢は、「ポストBEPS」における日本の対応としてのシンボルとして、これらの主要国

²¹⁰ 森信・前掲注(207)133頁

²¹¹ 森信・前掲注(207)134頁

からの注目の的になるかもしれない。」「我が国だけが BEPS プロジェクト前のいわば旧式の租税法律主義による実質課税の克服とか税法の目的論解釈の拒否を声高に蒸し返す学者グループの声を OECD 租税委員会議長国として、又は 2016 年 G7 議長国として、日本代表に発言させるようなことができるだろうか。仮に日本がそのようなことを発言すれば、国内ではともかく、G20/OECD の BEPS プロジェクトに対する抵抗者として国際的に孤立するおそれがあるのではなかろうか。」「G7 各国が GAAR を導入しているなかで、日本のみ GAAR 以外の方法で、国際的な枠組みで新しい国際課税ルール構築をする各国の努力に劣らない努力をすることを納得させることができるか。」²¹²と述べ、わが国が国際的な政治アジェンダである GAAR 導入に関して、他国と足並みを揃えないことで、国際社会から孤立してしまう可能性について言及している。たしかに、わが国も参加する BEPS プロジェクトでは、GAAR の導入は提言されていない。しかし、本庄資教授が指摘するように、「BEPS プロジェクトは、各国が二重非課税や価値創造の管轄と納税の管轄の乖離に対し各国独自のユニラテラルな対策を取ることがすでに多国籍企業のグローバルな租税回避を防止する対策としては限界にきており、伝統的な国際課税ルール（二重課税の調整、課税権の配分）の機能不全を自覚して新しい国際課税ルール（二重非課税の防止と価値創造の完結への課税権の配分）を構築することが必要であると認めて」²¹³おり、このような枠組みにおいて、各国が GAAR の導入をはじめ、国内法の整備を進める中で、BEPS プロジェクトを主導してきたわが国がこの国際的合意を無視することは難しいのではないだろうか。

第2款 一般的租税回避否認規定導入慎重論への反論

(1) 租税法律主義の観点

一般的租税回避否認規定を導入すべきでないという慎重論のうち、主要な論点は、日本国憲法 84 条における租税法律主義の観点からの問題意識によるものであるところは、既に本章第 1 節で述べたとおりである。

昭和 36 年の国税通則法制定時に税制調査会が提出した税制調査会第 2 次答申の別冊は、一般的租税回避否認規定を立法する必要性について、「租税回避行為に対する立法の

²¹² 本庄・前掲注（89）192-196 頁

²¹³ 本庄・前掲注（89）196 頁

在り方としては、上記……のように、各税法において個別的、具体的に規定を設けることが望ましいものであることはいうまでもない。たしかに立法者は、現にある事例に限らず予想される事例についてあらゆる事例を予見し、いかなる経済発展の形態をも想定して、すべての場合につき、しかも個別的、具体的に明文規定を設けようということは無理というべきであろう。もっともこれに対しては、そのような事態が現実が発生したつど、所要の立法をすればよいという議論もあろう。もちろん、このようにして、漸次具体的な規定が整備保管されてゆくことは、それ自体必要な事であり、望ましいことである。しかし、立法における上記のような限界を考えるときは、税法において規定が欠けていることに乗じて、ためにする納税者が私法上許された形式を濫用することにより不当に租税を回避し又は軽減することがいかなる場合にもありうるわけで、このような場合に、これを黙過してよいとすることは負担の公平を生命とする税法のとるべき態度とはいえないであろう。」(下線筆者)²¹⁴と述べている。当時の議論から60年近くを経た現代においても、ここに述べられているような事案が発生していること、また、租税法律主義の下での原則的な対応である個別的否認規定の創設では新たな類型の租税回避スキームへの対抗への限界があることは本章第3節で述べたとおりである。金子宏教授は、新たな類型の租税回避スキームに対して個別的否認規定の創設で対抗しきれない場合の納税者間の租税公平性の確保について、「迅速に個別的否認規定が設けられるのであれば、その黙過される件数はそれほど多くはならない」²¹⁵と指摘する。しかしながら、令和2年度税制改正のような場当たりの改正が繰り返されれば、税制はさらに複雑なものとなることに加え、納税者の事務負担も増加の一途を辿ることとなることは想像に難しくなく、結果として、租税法律主義の本来の機能である法的安定性及び予測可能性²¹⁶の確保が脅かされかねない。

鈴木久志教授が述べるとおり、わが国における一般的租税回避否認規定導入の是非に関する議論は、導入慎重論の主要な論点である租税法律主義と導入積極論の主要な論点である租税公平主義のいずれが重要なのかという点に集約されるように思われる²¹⁷。租税法律

²¹⁴ 国税通則法の制定に関する答申の説明(答申別冊)11・12頁

²¹⁵ 金子・前掲注(162)27頁

²¹⁶ 金子・前掲注(13)80頁

²¹⁷ 鈴木・前掲注(39)80頁。大野・前掲注(52)585頁も同様の見解を示しており、「同様の経済的利益を享受している者の間では、租税負担も同様であるべきである」という租税公平主義の理念と、「あいまいな内容の規定を租税法に置くべきでない」という租税法律主義の理念の対立である旨を述べている。

主義と租税公平主義はいずれも憲法に定められている租税法の基本原則であり、これらの優劣を論じたうえでわが国における一般的租税回避否認規定導入の可否を決するのは適切ではアプローチではないものの、少なくとも両者の利害を比較衡量したうえで、わが国における一般的租税回避否認規定導入の可否を論ずる必要があると考える²¹⁸。そういった観点では、租税法律主義を重視するあまり、特に国境を超えた経済取引について、看過できないレベルの租税回避行為が横行した結果、本来租税法律主義と同等に守られるべき租税公平性が害されている現状を鑑みると、一般的租税回避否認規定の導入によって租税法律主義と租税公平主義のバランスを保つ必要があると考える。また、金子宏教授は、一般的租税回避否認規定の欠点として、「否認の要件は一般的・抽象的にならざるを得ないから、……、法的安定性・予測可能性が害されるおそれが大きい」²¹⁹と指摘しているが、一般的租税回避否認規定を導入する際の法定安定性及び予測可能性の確保については、本款(2)で述べる英国の取組みが参考になるであろう²²⁰。

(2) 課税当局による権限の濫用の観点

一般的租税回避否認規定の導入により、課税当局の権限が増大し、課税当局がその権限を濫用的に行使した結果、納税者の経済活動にオーバーキルが生じるという指摘がある²²¹。これは、一般的租税回避否認規定の性質上、取引に対する明確な課税要件が定められず、その発動要件が曖昧化、抽象化せざるを得ないという問題から、課税当局が新しい類型の租税回避スキームに対して漏れなく一般的租税回避否認規定を適用し、課税の強化を図るという懸念である。たしかに一般的租税回避否認規定の発動要件が曖昧であれば、課税当局による課税の権限が強化・濫用の懸念が生じるが、この点における手当てについては G7 諸国の中では比較的最近 GAAR を導入した英国の取組みが参考となる。

²¹⁸ 金子・前掲注(162) 31 頁は、「……租税回避行為の否認の問題は、法的安定性ないし予測可能性と公平負担原則との対立の問題として議論されるのが普通であるが、この二つは、ともに租税法の永遠の課題であり、一方の犠牲において他方を保護するのは不適當であって、その両立が図られなければならない。」と述べている。

²¹⁹ 金子・前掲注(162) 26 頁

²²⁰ 英国の租税法の問題点として、その体系が複雑かつ何十条もの個別的否認規定が存在しており、租税の専門家でない者にとっては、非常に分かりにくいものであることが挙げられていたが、GAAR を導入することで、個別的否認規定は必要以上に増やさず、GAAR に委ねられるものは GAAR で対応することで、租税法の簡素化の実現が期待されていた。

²²¹ 森信・前掲注(48) 12 頁

英国では、2013年のGAAR導入に際し、2013年4月にHMRCがGAAR Guidance（以下、「ガイドンス」という。）を公表している。ガイドンスはPart A-Part C²²²、Part D²²³、Part E²²⁴から構成され、Part A, B, C及びDはGAAR諮問委員会の承認を得ているため、裁判所及び審判書の判断を拘束し²²⁵、法源としての機能を有する²²⁶。ガイドンスの主たる目的は、①専門家以外にも、GAARの目的が達成されるための設計及び運用に関する広範な概要を示すこと²²⁷、②GAARの解釈と適用関係を補助すること²²⁸、の2つである。ガイドンスはHMRC及びHMRCから独立したGAAR諮問委員会²²⁹管理の下、定期的に更新され、誰しものが参照できる状態でHMRCのウェブサイトに掲載される²³⁰。ガイドンスには、GAARの適用要件である、対象となる税目²³¹、租税取決めの意義²³²、納税者にとってのセーフガード²³³等が説明されている。さらに、英国のGAARの大きな特徴として、課税当局によるGAARの濫用的な適用を防ぐための様々な手続的制約を設けていることが挙げられ、GAARの適用は、HMRCが指定した課税当局職員によって行われなけ

²²² HM Revenue and Customs (HMRC) General anti-abuse rule (GAAR) guidance (Approved by the GAAR Advisory Panel with effect from 11 September 2020): PART A - Purpose and status of this guidance; PART B - Summary of what the GAAR is designed to achieve and how it operates to achieve it; PART C - Specific points (2020)

<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/916667/gaar_parts_a_b_c_2020.pdf>（最終閲覧日：2021年1月31日）

²²³ HM Revenue and Customs (HMRC) General anti-abuse rule (GAAR) guidance (Approved by the GAAR Advisory Panel effect from 11 September 2020): PART D - Examples (2020)

<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/916666/gaar-part-d-2020.pdf>（最終閲覧日：2021年1月31日）

²²⁴ HM Revenue and Customs (HMRC) General anti-abuse rule (GAAR) guidance (With effect from 11 September 2020. This part is not subject to GAAR Advisory Panel approval): Part E - GAAR procedure (2020)

<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/916665/gaar_part_e_2020.pdf>（最終閲覧日：2021年1月31日）

²²⁵ 2013年財政法211条2項。また、2013年財政法211条1項は、HMRCが濫用的な仕組み取引の存在及びこれに対する課税処分が公平、公正なものであることを立証することを規定している。

²²⁶ 矢内一好「英国型一般否認規定（GAAR）の検証—GAARパラドックスについて—」租税研究789号（2015年）335頁

²²⁷ HMRC・前掲（222）4 [A2]

²²⁸ HMRC・前掲（222）4 [A3]

²²⁹ 2013年財政法附則43及びHMRC・前掲(224) 29 [E4]

²³⁰ HMRC・前掲（222）4 [A6]

²³¹ HMRC・前掲（222）8 [B9]

²³² HMRC・前掲（222）9 [B10][B11]

²³³ HMRC・前掲（222）9 [B10][B12]

ればならないことや GAAR 諮問委員会の審理が必要とされることが説明されている²³⁴。

GAAR 諮問委員会は、HMRC コミッショナーが指名した複数の弁護士等の実務家から構成される独立機関であり²³⁵、納税者を保護することを主な目的とする²³⁶。GAAR 諮問委員会の主たる機能は、①付議に対する意見の通知、②ガイダンスの承認、の 2 つであり²³⁷、実質的に裁判所及び審判書の判断を拘束するガイダンス承認を管掌することから、英国における GAAR 適用において非常に重要な役割を有している。

英国以外にも、フランスの権利濫用禁圧諮問委員会、カナダの GAAR 委員会等、課税当局による権限の濫用を監視する第三者委員会を設置している国が存在するが、わが国に一般的租税回避否認規定を導入する際にも、このような第三者による諮問委員会を設ける等の制度設計により、課税当局の権限濫用を抑制する仕組みの構築が可能となるのではないだろうか。

第3款 一般的租税回避否認規定の導入に際する考慮事項

(1) 課税要件明確主義

鈴木久志教授は、一般的租税回避否認規定導入慎重論に対し、「昨今の議論として、一般的租税回避否認規定の導入に対する消極的な意見に見られるような「規定が抽象的なものとなる」ことから、課税要件明確主義に反し、予測可能性や法的安定性を阻害するといった指摘や「課税当局に膨大すぎる否認権限を与えるおそれがある」といった指摘に対しては、対象となる租税回避行為について、明文による規定を定めることや、ガイダンスとして公表することなどによって対応が可能であることなど、導入に対し消極的な意見が危惧するような点に関しては、全て対応が可能なものと考えられる。」²³⁸と反論している。本節第 2 款でも同様の反論を述べたところであるが、課税要件明確主義に則った規定であるためには、一般的租税回避否認規定の発動基準を明確にする必要があると考えられる。この点、鈴木久志教授は、否認規定が発動する要件として、①取引、取決めといった取引等に該当するものであって、②その取引等が「当該国税の負担を免れ又は減少させることを主たる目的として行われたと認められる」ものであり、更に、③その取引等が「当該国

²³⁴ HMRC・前掲 (222) 11 [B14]

²³⁵ HMRC・前掲 (224) 29 [E4.1.1]

²³⁶ HMRC・前掲 (224) 29 [E4.1.3]

²³⁷ HMRC・前掲 (224) 29 [E4.1.4]

²³⁸ 鈴木・前掲 (39) 85 頁

税の負担を不当に減少される結果となると認められるもの」である場合の3要件を提唱している²³⁹。これらの要件について、たとえば、①の「取引等」の定義をどのように定めるのか、②の「主たる目的」及び③の「不当に」をどのように判断するのか等について議論の余地はあると思われる。一般的租税回避否認規定を導入した場合、こういった課税要件が明確化されず、予測可能性・法的安定性が損なわれるというのが、一般的租税回避否認規定導入慎重論の主たる論拠であることは既に述べたとおりである。この点については、英国のGAARが参考になるであろう。英国のGAARでは、対象となる「取引等」の定義について、「取決め (arrangements) は、すべての状況について考慮を払った場合に、租税上の便益を得るのが当該取決めの主たる目的又は主たる目的の1つであると合理的に結論することができるときには、『租税取決め (tax arrangements)』である。」²⁴⁰としている(2013年財政法207条1項)。さらに、適用される租税法規の規定との関係において合理的な一連の行為と合理的に考えることができない場合に、濫用的 (abusive) な取引としてその取引等が否認の対象となる(2013年財政法207条2項)。これに加え、租税取決め (tax arrangements) が濫用的 (abusive) であることを示す場合として、「当該取決めのもたらす課税上の所得、利益又は譲渡益の金額が、経済目的のそれより相当程度少ない場合」及び「当該取決めのもたらす租税上の控除又は損失が、経済目的のそれより相当程度大きい場合」といった基準を示している(2013年財政法207条4項)。このように、一般的租税回避否認規定の条文上、用語の定義や基準を明文化できれば、課税要件明確主義に反しない形式で、一般的租税回避否認規定を導入できるのではないかと考える。

(2) 第三者委員会による監視機能及びその透明性の確保

本節第2款(2)では、英国の取組みを中心に、ガイダンス及び第三者委員会の設置によって、課税当局の権限濫用を抑制する仕組みの構築が可能となることを述べた。しかしながら、ガイダンスを管掌する第三者委員会の意見や決定が不透明であれば、期待される抑止機能が果たせない、もしくは抑止機能を果たしたことが納税者から確認することができないといえる。この点、英国では、本節第2款で述べたとおり、ガイダンスは誰しもが参照できる状態でHMRCのウェブサイトに掲載されることに加え、特定の事案に対する

²³⁹ 鈴木・前掲(39)95頁

²⁴⁰ 今村・前掲(29)261頁

GAAR 諮問委員の見解が取りまとめられて HMRC のウェブサイトに掲載される²⁴¹。このように、英国では、ガイダンス及び GAAR 諮問委員会の見解の透明性を確保することにより、以降の租税回避行為への対処法を示している。わが国においても、課税当局の権限濫用を抑制する仕組みの一部としてガイダンス及び第三者委員会を設置する場合、情報の透明性を確保することで、その判断や効果を可視化しつつ、一般的租税回避否認規定を導入できるのではないかと考える。

第5節 小括

本章では、わが国におけるこれまでの一般的租税回避否認規定導入に関する議論を概観し、近年の具体的な国際的租税回避事案から、現在の個別的否認規定の創設による租税回避行為への対抗措置の限界について論じた。その結果、筆者の立場として、わが国においても、G7 諸国と同様に一般的租税回避否認規定を導入し、新たな類型の租税回避スキームへの対抗を推し進めるべきであると結論付けた。

また、一般的租税回避否認規定の導入による法的安定性・予測可能性の確保については、2013 年に GAAR を導入した英国の事例を取り上げ、ガイダンスの作成及び第三者委員会の設置により一定の対応が可能である旨を述べた。

一般的租税回避否認規定を導入することによるその他の懸念事項²⁴²はあるものの、従来の個別的否認規定の創設による租税回避行為への対抗の限界を鑑みると、ガイダンス等による手当てを前提に、わが国に一般的租税回避否認規定を導入することで、納税者間の租税公平性が向上し、わが国における租税回避行為への対抗に関する問題が、現状に比して解消の方向に向かうのではないかと考える。

²⁴¹ HMRC GAAR Advisory Panel opinions

<<https://www.gov.uk/government/collections/tax-avoidance-general-anti-abuse-rule-gaar>> (最終閲覧日：2021 年 1 月 31 日)

²⁴² たとえば、大野・前掲注 (52) 581 頁は、一般的租税回避否認規定が、何らかの「不当性」を理由に一定の行為を「否認」して課税をする場合、納税者の「本来の」所得額等がいくらかになるのかを計算しなければならない点を指摘している。

おわりに

本論文では、主に、①新たな類型の租税回避スキームへの対抗の必要性、②国際的な政治アジェンダの観点から、わが国における一般的租税回避否認規定の必要性について論じたうえで、一般的租税回避否認規定導入に対する主たる反対意見である、①租税法律主義との不整合、②課税当局による権限の濫用の恐れ、について反論を試みた。租税法律主義との不整合について、わが国では、法律の根拠に基づかない否認は許されず、その性質上、明確な課税要件が置かれない一般的租税回避否認規定は租税法律主義に反し、法的安定性・予測可能性が確保されないとされている。しかしながら、第4章第3節で述べたとおり、最近の国際的租税回避事案に伴い新設された特定支配配当の簿価減額規定は、非常に複雑かつ場当たりの、不必要に納税者の負担を増加させたと評価でき、現在の個別的否認規定の創設による租税回避行為への対抗の限界を示唆していると考えられる。また、課税当局による権限の濫用の恐れについては、2013年7月にGAARを導入した英国の取組みを参考とし、ガイダンスの作成及び第三者委員会の設置により、一定程度抑制が可能となるのではないかと考える。

国際的な観点では、租税回避という用語の定義について、あらためて議論が必要であろう。わが国における通説と、EU及びOECDによる租税回避の定義には重要な乖離が確認されており、今後、わが国における租税回避の議論が国際社会の合意に受け入れられない可能性が考えられる。また、2012年頃から英国における米国系多国籍企業の課税逃れの報道等に端を発し、BEPSプロジェクトの公表を経て今日に至るまで、多国籍企業の租税回避行為に対しては、世界的に厳しい視線が向けられている。その最中でも、一部の米国系多国籍企業は、税務コストを削減するため、各国及び地域間の法の網目をすり抜けるような積極的なタックス・プランニングを立案・実行しているように思われる。このようなタックス・プランニングが国際的租税回避行為に発展する例は枚挙に暇がないが、多国籍企業にとって国際的租税回避行為のターゲットは世界中の国及び地域であり、そこには当然ながらわが国も含まれる。G7諸国をはじめ、多くの国及び地域はすでにGAARを導入しているが、わが国だけが一般的租税回避否認規定を導入しない場合、それらの多国籍企業にとってわが国がターゲットとなり、わが国における租税回避行為を放置及び助長する結果となり得ると考える。EUではGAARの導入が義務付けられるなど、一般的租税回避否認規定の導入は国際的な政治アジェンダとなりつつあることから、国際的協力の観点から

も、あらためてわが国における一般的租税回避否認規定の導入を真剣に議論することが求められるだろう。

参考文献

<書籍>

1. Murray, Rebecca, Tax Avoidance 3rd edition, Sweet & Maxwell (2016)
2. 居波邦泰『国際的な課税権の確保と税源浸食への対応—国際的二重非課税に係る国際課税原則の再考—』(中央経済社、2014年)
3. 今村隆『課税訴訟における要件事実論 (改訂版)』(日本租税研究協会、2013年)
4. 今村隆『現代税制の現状と課題・租税回避否認規定編』(新日本法規、2017年)
5. 今村隆『租税回避と濫用法理—租税回避の基礎的研究—』(大蔵財務協会、2015年)
6. 岡村忠夫『租税回避研究の展開と課題』(ミネルヴァ書房、2015年)
7. 金子宏『租税法 [第23版]』(弘文堂、2019年)
8. 川田剛『節税と租税回避』(税務経理協会、2009年)
9. 川田剛=徳永匡子『OECDモデル租税条約コメンタリー逐条解説 [第4版]』(税務研究会出版局、2018年)
10. 清永敬次『税法 [新装版]』(ミネルヴァ書房、2013年)
11. 谷口勢津夫『租税回避論—税法の解釈適用と租税回避の試み—』(清文社、2014年)
12. 谷口勢津夫『税法基本講義 [第6版]』(弘文堂、2019年)
13. 中里実『タックスシェルター』(有斐閣、2002年)
14. 中里実=太田洋=伊藤剛志『BEPSとグローバル経済活動』(有斐閣、2017年)
15. 藤枝純=遠藤努=角田伸広『デジタル課税と租税回避の実務詳解』(中央経済社、2019年)
16. 本庄資『アメリカン・タックスシェルター—基礎研究—』(税務経理協会、2007年)
17. 本庄資『国際課税における重要な課税原則の再検討 上巻』(日本租税研究協会、2014年)
18. 本庄資『国際課税における重要な課税原則の再検討 中巻』(日本租税研究協会、2016年)
19. 本庄資『国際課税における重要な課税原則の再検討 下巻』(日本租税研究協会、2017年)
20. 本庄資編著『国際課税ルールの新しい理論と実務—ポスト BEPS の重要課題—』(中央経済社、2017年)
21. 本庄資『国際的租税回避—基礎研究—』(税務経理協会、2002年)

22. 本庄資『国際的脱税・租税回避防止策』（大蔵財務協会、2004年）
23. 本庄資『租税回避防止策—世界各国の挑戦—』（大蔵財務協会、1998年）
24. 増井良啓＝宮崎裕子『国際租税法〔第4版〕』（東京大学出版会、2019年）
25. 松田直樹『租税回避行為の解明』（ぎょうせい、2009年）
26. 本部勝大『租税回避と法—GAARの限界と解釈統制—』（名古屋大学出版会、2020年）
27. ハッ尾順一『租税回避の事例研究〔七訂版〕』（清文社、2017年）
28. 矢内一好『一般否認規定と租税回避判例の各国比較』（財務詳報社、2015年）

<論文・判例評釈>

1. Heather Self, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, *British Tax Review* No.2 (2013)
2. Helen Lethaby, Aaronson's GAAR, *British Tax Review* No.1 (2012)
3. Judith Freedman, GAAR as a process and the process of discussing the GAAR, *British Tax Review* No.1 (2012)
4. Kevin Holland, Sarah Lindop, Fatimah Zainudin, Tax Avoidance: A Threat to Corporate Legitimacy? An Examination of Companies' Financial and CSR Reports, *British Tax Review* No.3 (2016)
5. Lord Robert Reed, Anti-Avoidance Principles Under Domestic and EU Law, *British Tax Review* No.3 (2016)
6. Timothy Lyons, The financial crisis, tax avoidance and an EU GAAR, *British Tax Review* No.2 (2013)
7. 青山慶二「途上国の一般的租税回避否認規定（GAAR）の課題とわが国への示唆—新興国を中心に—」*フィナンシャル・レビュー*126号（2016年）
8. 浅川雅嗣「BEPS プロジェクトの軌跡と展望」*会計・監査ジャーナル* 28巻4号（2016年）
9. 伊藤剛志「一般的租税回避否認規定の適用が争われた裁判例—IBM事件とヤフー／IDCF事件」*ジュリスト* 1496号（2016年）

10. 居波邦泰「2013年2月12日公表 OECD 報告書”Addressing Base Erosion and Profit Shifting” 「税源侵食と利益移転への対応」(仮訳)」租税研究 763号(2013年)
11. 今村隆「Avi-Yonah 教授の『国際法としての国際課税』を読んで」日本大学法科大学院・法務研究 16号(2019年)
12. 今村隆「Michael Lang ら編集「一般否認規定—BEPS 後の世界における租税制度の重要な要素の一つ」」租税研究 809号(2017年)
13. 今村隆「英国における General Anti-Abuse Rule 立法の背景と意義」租税研究 773号(2014年)
14. 今村隆「行為計算の否認規定をめぐる紛争」税法学 577号(2017年)
15. 今村隆「制定法上の一般否認規定：英連邦諸国からの英国に対する教訓」租税研究 724号(2010年)
16. 今村隆「租税回避とは何か」税務大学校論叢 40周年記念論文集(2008年)
17. 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(2006年)
18. 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 686号(2006年)
19. 今村隆「租税回避の意義と G8 各国の対応」フィナンシャル・レビュー126号(2016年)
20. 今村隆「米国における最近の国際的租税回避に対する議論の状況」租税研究 768号(2013年)
21. 今村隆「ヤファー事件及び IBM 事件最高裁判断から見てきたもの(上)—IBM 事件は租税回避か?」税務弘報 64 卷 8号(2016年)
22. 今村隆「ヤファー事件及び IBM 事件最高裁判断から見てきたもの(下)—IBM 事件は租税回避か?」税務弘報 64 卷 8号(2016年)
23. 太田洋「ヤファー・IDCF 事件最高裁判決の分析と検討」税務弘報 64 卷 6号(2016年)
24. 太田洋「ヤファー事件控訴審判決の分析と検討」税務弘報 63 卷 3号(2015年)
25. 太田洋「ユニバーサル・ミュージック事件 東京地裁判決の分析と検討〈上〉」月刊国際税務 39 卷 11号(2020年)

26. 太田洋「ユニバーサル・ミュージック事件 東京地裁判決の分析と検討〈下〉」月刊国際税務 39 卷 12 号 (2020 年)
27. 太田洋=増田貴都「ユニバーサルミュージック事件 東京高裁判決の分析と検討〈上〉」月刊国際税務 40 卷 10 号 (2020 年)
28. 太田洋=増田貴都「ユニバーサルミュージック事件 東京高裁判決の分析と検討〈下〉」月刊国際税務 40 卷 11 号 (2020 年)
29. 大野雅人「EU の一般的濫用対抗規定 (GAAR)」租税研究 807 号 (2017 年)
30. 岡直樹「英国のアーロンソン報告書と GAAR」フィナンシャル・レビュー126 号 (2016 年)
31. 岡村忠生「一般的租税回避否認規定について—否認理論の観点から」ジュリスト 1496 号 (2016 年)
32. 岡村忠生「租税回避行為の規制について」税法学 553 号 (2005 年)
33. 金子宏「租税法と私法—借用概念及び租税回避について—」租税法学会編『租税法と私法』租税法研究第 6 号 (1978 年)
34. 川上マチ「租税回避包括的否認規定導入国における—考察—オーストラリアを中心に—」租税資料館賞第 20 回 (2011 年)
35. 緒方健太郎「BEPS プロジェクト等における租税回避否認をめぐる議論」フィナンシャル・レビュー126 号 (2016 年)
36. 川田剛「GAAR の補強策、代替案としての租税回避商品の開示、登録制度」フィナンシャル・レビュー126 号 (2016 年)
37. 小塚真啓「法人税法 132 条の 2 の不当性要件の意義とその判断枠組み—ヤフー事件」ジュリスト第 1505 号 (2017 年)
38. 酒井克彦「我が国における租税回避否認の議論」フィナンシャル・レビュー126 号 (2016 年)
39. 酒井貴子「GAAR (一般的否認規定) の基礎的考察—IMF Note におけるサンプル GAAR と目的テストを素材として—」租税研究 808 号 (2017 年)
40. 鈴木久志「租税回避行為の否認についての—考察—我が国の租税法へ一般的租税回避否認規定を導入することの必要性を中心に—」税大論叢 94 号 (2018 年)
41. 佐藤正勝「国際的租税回避行為等の類型及び対応策—米国のタックス・ヘイブン税制との比較を中心として—」税大論叢 22 号 (1992 年)

42. 高橋岳央＝御田啓宝「令和 2 年度税制改正 国際課税関係の改正について」月刊国際税務 40 巻 8 号 (2020 年)
43. 高橋里枝「一般的租税回避否認規定の対象領域と実効性—英連邦諸国の経験からの一考察—」租税資料館賞第 24 回 (2015 年)
44. 武井知佐「国際的租税回避に対抗する法人税制についての一考察—BEPS 対抗策と包括的租税回避否認規定の導入を中心に—」租税資料館賞第 23 回 (2014 年)
45. 谷口勢津夫「租税回避の法的意義・評価とその否認」税法学 577 号 (2017 年)
46. 徳池淳＝林央高「判解」ジュリスト 1497 号 (2016 年)
47. 中川一郎「国税通則法答申の批判 (三)」税法学 130 号 (1961 年)
48. 中里実「租税回避の概念は必要か」税研 128 号 (2006 年)
49. 中里実「タックス・シェルターからタックス・コンプライアンスへ—会社法と租税法の融合の必要性」ジュリスト 1496 号 (2016 年)
50. 長戸貴之「分野を限定しない一般的否認規定 (GAAR) と租税法律主義」フィナンシャル・レビュー第 129 号 (2017 年)
51. 日本公認会計士協会「法人税法上の包括的な租税回避否認規定の適用をめぐる実務上の問題点」租税調査会研究報告第 32 号 (2017 年)
52. 日本税法学会「国税通則法制定に関する意見書」税法学 131 号 (1961 年)
53. 宮崎裕子「一般的租税回避否認規定—実務家の視点から〈国際的租税回避への法的対応における選択肢を納税者の目線から考える〉」ジュリスト 1496 号 (2016 年)
54. 本庄資「濫用的国際租税回避の防止規定の必要性—BEPS プロジェクト勧告に伴う国内法改正と GAAR 導入の是否認論議を中心に—」租税研究 796 号 (2016 年)
55. 森信茂樹「BEPS と租税回避への対応—一般的否認規定 (GAAR) の整備を—」フィナンシャル・レビュー126 号 (2016 年)
56. 森信茂樹「BEPS と租税回避への対応—一般的否認規定の整備を」租税研究 803 号 (2016 年)
57. 八ツ尾順一「「伝家の宝刀」は租税法律主義の例外 行為計算否認規定とは何か」税務弘報 67 巻 13 号 (2019 年)
58. 矢内一好「英国型一般否認規定 (GAAR) の検証—GAAR パラドックスについて—」租税研究 789 号 (2015 年)
59. 矢内一好「租税回避と対抗策」商学集志 86 巻 4 号 (2017 年)

60. 矢内一好「日本への導入が見込まれる義務的開示制度と一般否認規定のポイント 100
（その 9-12）第 8 部 一般否認規定（GAAR）とコモンロー」税務事例 52 巻 6-9 号
（2020 年）
61. 矢内一好「日本への導入が見込まれる義務的開示制度と一般否認規定のポイント 100
（その 13-14）第 10 部 英国における GAAR」税務事例 52 巻 10-11 号（2020 年）
62. 山本守之「ユニバーサルミュージック事件の最高裁判決はどうか」税務事例 52
巻 10 号（2020 年）
63. 吉岡伸朗＝木村浩之「「ソフトバンク税制」の実務ポイント―子会社からの配当と子
会社株式の譲渡を組み合わせた租税回避税制への対応―」税務弘報 68 巻 8 号（2020
年）
64. 吉村政穂「最近の裁判例に見る租税回避否認規定の課題」租税研究 846 号（2020
年）

<その他>

1. 経済産業省「日本企業の海外展開を踏まえた国際課税制度の在り方に関する研究会」
2. 財務省「平成 29 年度税制改正の大綱」
3. 財務省「令和 2 年度税制改正の大綱」
4. 財務省「BEPS 行動計画に関する最終報告書の公表についての財務大臣談話」
5. 内藤景一郎他『令和 2 年版改正税法のすべて』（大蔵財務協会、2020 年）