

国際的租税回避否認規定により もたらされる国内的二重課税

東京大学大学院法学政治学研究科教授

中里 実

はじめに

この東京大会では、増井教授が租税条約の解釈について報告を昨日してくださいました。条約の解釈に関しては、ウィーン条約法条約がございまして、これは基本的に国際法の世界ですから、租税の人間にとってなじみが薄く、非常にテクニカルなところがありまして、これについて本格的にきちんとしませんでしたと、国際法の人から相手にされません。条約の解釈ですから、やはり国際法の方法論を借りて解釈する話です。今まで税務ではこうやっていたからということで、国際法のことを考えずに議論するわけにはいきません。条約の解釈についてウィーン条約法条約はご覧のとおり文理解釈が基本であり、これはもう当たり前の話なのですが、それすらも税務の世界に届いているかどうかわからなかったような状況の時代もありましたが、だんだん状況が変わってきております。

2日目の今日は、私が今度は条約の解釈ではなくて、国際的な租税回避否認をめぐる国内法の解釈というのか、問題点について多少のことを述べ、そして、岡村先生が午後から包括的な濫用防止規定についてお話します。アメリカで



の立法の動向が日本に大きな影響を及ぼすと思いますので、今回のこの報告は注目をしているところでは。これが全部まとまればかなりの方向性になるのだと思います。ただ、私の今日申し上げることはあまりそんな大した内容のことでもなくて、普段疑問に思っていることを漠然と述べることにとどまります。

今年の7月6日に生保年金の最高裁判決が出まして、実務に重大な影響を及ぼすような判決が、出たわけです。今、主税局も国税庁も生命保険会社もいろいろところが対応に追われて大変なのではないかと思います。いつも念頭に置くようにしているのですが、理屈が通ってい

ることと実務が動くことの両方を常にわれわれは考えないと、租税の問題というのは結論が下せません。理屈だけ通すのであればある意味それはできますし、実務が動くだけであればそれはそれでできるのですが、その両方のバランスの中に真実があるような気がします。

生保年金については、いろいろな方がいろいろな論文を発表なさっています。11月に「ジュリスト」に生保年金の判決についての特集号が出るようになっております。そこで私は割引現在価値の求め方について、いろいろ数字を使って年金の種類ごとにこれはこうで、これはこうでということをやって、二重課税の調整措置について、理論的にはこうだという方法から、現実的にはこれでないと動かないという方法まで4つの方法を提案しております。そのときに今のようなことを非常に濃厚に思ったわけです。理屈も通っていなければいけない、しかし、実務が動かなければいけないという、この状況の中でどうしたらいいのかということだと思います。

それ以前もそうですが、特に司法制度改革以降、裁判所がいろいろな面でポジティブになっていらっしゃるのではないかと思えます。このこと自身、とてもいいことではないかと思えます。日本は法律による行政の原理で動く司法国家ですから、その中で裁判所の役割というのが非常に重要な意味を持ってくるということです。裁判所の役割が強くなると、逆に言いますと行政庁の位置というのが、少し相対的には低下するかもしれません。これは悪くなるということではなくて、今まで司法部が比較的沈黙していたことに対して、司法部がより発言をするようになると、行政部の方はどうしてもその影響を受けることが起こってくるのではないかと思います。これは租税法だけではなくて、刑事法等でも同様の傾向がでてくるかもしれません。行政不服審査法の改正、国税通則法の改正等も、いつ、どういう方向で行われるのかわかりませんが、そういうことも出てき

ていますから、これから予断を許さない状況だと思うのです。

ただ、1つだけ言えるのは、司法の役割が非常に強くなってきています。租税法の世界は税務の感覚ですずっと動いてきたわけですが、司法の役割が強くなってきて、裁判所や或いは弁護士先生の先生、法務省、そういうところの法的な感覚というのが、今までも強かったわけですが、もっともっと影響力を増していく。その中で現実のプレーヤーである国税と納税者両方が、税務の感覚、これは当然わかっていなければいけない常識の世界なのですが、それだけではなく、プラスアルファで司法をにらんだ対応というのを迫られるということなのです。

私たちの感覚ですと、会計的にこうであるから通達とかを見てこうなっている、日常というのはこれでないと動かないわけです。それは実務が動くということですが、それに対してさらに、実務はそうかもしれないけれども、裁判所でそれがもつのかという視点を入れなければいけなくなる。これが理屈の方が重要になってくるということの意味です。司法制度改革の中で実務の重要性と法律理論の重要性というのが、両方ともバランスを取らなければいけないことになってきたわけです。会計事務所で行政手続法とか言われても、感覚が違うと思いますから困るかもしれません。でも、優秀な会計事務所や税理士事務所の先生方は、問題なくクリアされると思うのですが、発想は多少転換を求められるのではないかと思います。

そういう前置きの中で、現実の問題についてお話をすることになります。

I. 租税回避否認規定の問題点

実務の感覚がどうであるかはさておき、理屈の世界では租税回避が行われた場合には、租税回避否認規定がなければ租税回避否認は行えないというのは、これは裁判所に行ったらそうなのだろうと思います。それを覆すことは多分で

きないだろうと思うわけです。ところが、租税回避否認規定があれば何でもできるかという問題が次に起こってきています。しかし、租税回避否認規定がなければ否認できないのだけれども、租税回避否認規定があった場合にどの程度否認ができるかという問題について、あまり今までは議論されてこなかったのです。なぜかという、租税回避否認規定がないにもかかわらず否認しようという動きをめぐって、否認規定がなければ駄目だという段階で議論がとどまっていたわけです。租税回避否認規定があった場合にそれがどの範囲で及ぶかに関してまでは、まだ十分に議論が行っていなかったというのか、そういう状況があったのではないかと思うわけです。

それが裁判所の動き、法務省の動き、それから、弁護士の先生方、例えば山田二郎先生とか、今村隆先生とか、ご出身は裁判所だったり、法務・検察だったりするわけですが、それぞれの信念でもってご活躍になって、少しずつ方向性に変化してまいりました。この中で、租税回避否認規定があるから、ではそれを適用したら問題は解決だということではないことが、だんだん個別の事例を通じて明らかになってきたのではないかと思うわけです。国税は当然それに対して対応するわけです。その問題についてごく簡単に述べたいと思います。

1. 一般的租税回避否認規定

まず、一般的租税回避否認規定、これを入れようという動きが一部では非常に強いわけです。一般的租税回避否認規定が入ると、何かと便利だとか当局の方はお思いになるかもしれませんが、ただ、そう簡単な話なのかということをちょっとお話ししたいということです。これは、岡村先生の午後のお話と関連するわけで、岡村先生は、アメリカの濫用防止規定、これは否認規定とちょっと違いますが、についてしかるべくお話をなさると思います。岡村先生の先生である清永先生、租税回避否認の法理でもって学

会に重要な貢献をなさった方、その方の正統の後継者である岡村先生ですから、これはしかるべく非常に論理的なお考えをお持ちだと思うのです。この点について、ここで申し上げたいのは、一般的租税回避否認規定を設けると問題はすべて解決してしまうのだという、こういう感覚を持っている実務家の方はいらっしゃると思うのですが、もしいるとしたら、それは多分誤解なのではないかということです。

漠然とした規定を持つことは、何も持っていないのと実は同じだということがあるわけです。何も持っていないのと同じというよりも、例えば立証責任のところで多少の変化があるということはあるのかもしれません。立証責任と言うと話が違ってきますが、何となく攻めと守りが転換されるという傾向があるかもしれませんが、実質のポイントはあまり変わらないのではないかと思います。これは法律家であれば、一般的規定があったからといって世の中はそうそう変わるわけではないことがすぐわかるのではないかと思います。民法1条があってもなくても恐らく結論は変わらないと思うのです。民法1条を廃止したら、信義誠実の原則がなくなり、世の中が変わってしまうというものではないのだと思うのです。一般条項と一般的租税回避否認規定を一緒にしていいのかどうかも謎ですが、一般的な規定というのは、非常に効力において限定されたものであるということは、われわれは認識しなければいけないわけです。

従って、一般的租税回避否認規定を設けたところで、現実にはなかなかこれは機能しにくいのではないかと。護摩札を張っておくと問題がすべて解決すると仮に思って、一般的租税回避否認規定を作るとしたら、それは当局がそういう動きを示したとしても、当局にとってあまり助けにはならないのではないかという気がするわけです。ドイツの一般的租税回避否認規定も現実にはあまり適用されていない。ごく例外的には適用される場合もあると思うのですが、その

ようにごく例外的な場合には一般的租税回避否認規定がなくても、恐らく裁判所は同じような結論を出すはずなのです。それが裁判所というもので、司法部が強くなれば余計そうなるのではないかと考えています。

(1) 租税回避の定義

租税回避の定義ですが、これは学問上の定義なので、別に法律上の定義というわけではありませんが、私法上の形成可能性の濫用だということです。同じ経済目的を達成するのに際しても、いろいろな私法上のアレンジメントが可能で、その中で笑ってしまうほど面倒くさい、迂遠な、迂回的なことをやると租税回避だという、ほとんど定義になっていないような定義です。アメリカの感覚では、笑いだしてしまうようなわざとらしいものを租税回避と呼ぶのだそうです。本当かうそか知りませんが、アメリカの大学の先生からそう聞きました。何でここまでやるかということが行われていたら、それは租税回避なのだというこのようです。

(2) 私法上の権利濫用

租税回避が私法上の権利濫用と一緒にのかという問題が起こってくるわけです。イコールだと言っているのではなくて、イコールなのかということなのです。権利濫用という概念は、いろいろこれはあると思うのですが、基本的には私法上の概念です。私たちが知っている権利濫用の一番重要な事件は、大審院の宇奈月温泉事件です。何か土地を買ったら、隅っこの方に温泉の配管か何かがなされていて、わざとそれについてクレームを付けるためにこの土地を買って、これをどけろと言った。隅っこの方にちょっと何かが通っていたからといって、別に大きな問題はないだろう。しかし、所有権は絶対だと考えれば、法律上はこれはどけろと言えるはずなのですが、そんなことを言ったって仕方がないではないかということで、大審院がもち出したのが、権利濫用の法理です。それは権利濫

用だと。権利濫用というのは民法上恐ろしい効果を持っています。無効です。それから、場合によっては不法行為になる。多分不法行為になる場合が多いのではないかと思います、不法行為になり得る話ですから、私法上の権利濫用というのは相当強烈なものです。

権利濫用というのはこのように私法上の概念なのですが、租税回避も基本的に同様と解せるか。租税回避も基本的に権利濫用と同じものと解せるかどうかという問題が起こってくるわけです。一部の研究者の中には、租税回避というのは権利濫用だから、租税回避否認規定がなくても否認ができるのだとおっしゃっている方もいらっしゃるようですが、これは何かの誤解ではないかと私は思っています。民法上の権利濫用はかなり強烈な話なのです。通常の租税回避の中で、民法上の権利濫用にまで当たるようなもの、私法上の権利濫用、本来の権利濫用に当たるようなものはそれほどないのではないかなと思うわけです。そうすると、権利濫用の法理と租税回避とを結び付けて、租税回避は否認規定がなくても否認できるのだと考えるのは、もちろん両者は発想的には似ているところがあると思うのですが、ちょっと短絡的ではないか。別にそういう議論をなさっている方を批判するというのではなくて、もうちょっと考えてみてもいいのではないかという気がするわけです。

結局、租税回避というのは、権利濫用そのものでない場合が多いのではないかな、私法上の権利濫用にならない場合が多いのではないかなと思っています。もちろんなる場合もあるのでしょうが、そういう場合にはもう言わずもがなで、否認規定がどうのという問題以前に、私法上の権利濫用のごとき強烈な租税回避がなされたら、これは無効ですから、それが無効なことを前提として課税をすればいいので、これは私法上のアレンジメントとして無効なのですから、租税回避否認規定がなくても否認したのと同様の課税ができるのは当たり前です。私法上無効だと考えればいいわけです。

そうではなくて、私法上の権利濫用までいかない、私法上の形成可能性の濫用、この濫用というのが微妙ですが、本当の意味の権利濫用と同じ意味での濫用という言葉では多分ないのだと思うのですが、それが行われた場合にどうなるかということです。租税回避が権利濫用そのものであるとすれば、私法上無効になってしまうから否認規定は要らない。しかし、私法上の権利濫用とまでは言えないような租税回避については、これは私法上は無効と言えないわけですから、特別な立法を使って対応するという事ではないかと思っております。

フィルムリース事件というのが、限りなく私法上の権利濫用に近かったのではないかと私は思っています。当時の租税訟務課長は今村隆先生ですが、いろいろ議論をさせていただきました。これは私法上の権利濫用だから、私法上無効となる可能性はありうると私は思っていたが、やはりあれだけ強烈なものであっても、裁判所がそれを正面から認めてくれるかどうかという点は、なかなかそう簡単ではない。裁判所は結局はそういう認め方ではなくて、所有権が移転していないから減価償却を否定するという判決を出した。これは裁判所の非常に賢明な判断だったのではないかと思います。そうすると私法上の権利濫用に当たるような租税回避で無効になってしまうものは、多分あるとは思いますが、そんなに多くはない。そうではないものの、そこまで行かないものが多いのだという話だと思います。

(3) 租税法独自の権利濫用

権利濫用であれ、それから、権利濫用までいかない普通の租税回避であれ、それは私法上の話です。租税回避というのは私法上の形成可能性の話ですから、租税法の話と違うとは言いませんが、基本的には私法上の話なのです。それとは全然別に租税法独自の権利濫用に近いものもないわけではないのです。恐らくそれが外国税額控除事件だったのではないかと。租税法

上の権利濫用というのは何か変な言い方ですが、私法上の権利ではなくて、69条の外税控除の権利という制度が濫用されたという、これは私法上の権利濫用とは多分違う話なのです。権利濫用という言葉は使っていませんが、最高裁は、賢明にも、濫用という言葉を使って、69条を限定解釈したのです。

(4) 一般的租税回避否認規定における

具体的指針の必要性

そういうふうに租税回避の概念を突き詰めて考えていくと、これはこれでどう考えていったらいいのだろうか。そのときに民法を無視して、あくまでも租税法の問題としてだけ考えることができるかといったら、私はできないと思っています。民法の議論と連動させながらいろいろ考えていく中で、今、一応の位置付けを申し上げたわけです。私法上の権利濫用になるもの、そこまで行かない租税回避、それから、租税制度の濫用、その3つを一応分けたわけですが、別にそれが正しいと言っているわけではなくて、そういう細かな議論というのを、これから多分若い世代の研究者の方々なり、或いは国税の方々なり、裁判所関係の方々なりがなさる必要があるのではないかとということです。一緒にくたで租税回避で終わりという時代は多分過ぎてしまったのでしょうか。

そういう中で一般的租税回避否認規定を入れたとしても、租税回避の概念自体が何だかよくわかっていないわけですから、その否認規定を入れたとしても、非常に漠としたものになるわけです。これはもうなかなか具体的な適用は困難な場合が非常に多いのではないかと思います。

一般的否認規定を置いたときには、不可避免的に、その一般的否認規定を具体的に適用するための指針が必要になってきます。では、それはどうするのか。通達で設けるといっても、通達で設けたところを裁判所が採用してくれるとは限らないわけです。一般条項というのはあってもなくても裁判所は似たようなことをやってく

れると考えれば、裁判官の良心に委ねられるところがあるのではないかという気がするわけです。これは租税回避で一般的な否認規定に当たるような話だから否認するという、要するに私法上の形成可能性の濫用を課税上無視して、通常の私法上のアレンジメントがなされたものとして課税する、すなわち、私法上のアレンジメントを無視して課税環境を考えることを裁判所がやる場合ということは、一般的否認規定があれば、ごく特殊な場合にはもちろんあると思うのですが、具体的にそれがどうであるかに関しては、結局は裁判所であれこれと議論をせざるを得ないということです。

一般的否認規定があれば、具体的に裁判所で議論をし、裁判所がこれは租税回避だと認定すれば否認が行われる点では、国税にとっては大進歩です。それまで一般的否認規定がない状況では、裁判所で議論をしても否認規定がないから駄目だということで否認が認められないわけですから、認められるようになっただけ大進歩なのですが、認められる場合というのはそんなに多いかというとそうではなくて、裁判所で個別具体的議論をして、やっと例外的に認められるということなのではないかという気がするわけです。一般的否認規定があるから、青色申告に何条を根拠として否認と書いてしまえばそれで済むかといったら、そんな話ではないのです。それ以前にもっと裁判官を説得する何か実質的な議論が必要だということではないかと思うのです。

何か著しく租税負担を減少させれば、全部租税回避だということで否認を認めるほど、裁判所は甘くないのではないかと思っているわけです。一般的租税回避否認規定はある場合には、裁判官を説得できればそれが適用されることによって、租税回避を否認できるという点では進歩であり、その点でないよりはいいのだけれども、あったからといってその規定の解釈についてはなかなか難しい問題があるということ、これはもう認識しなければいけないわけです。要

するに、ゴマ札ですべての問題を解決するわけにはいかないということです。

2. 個別的租税回避否認規定

(1) 個別的租税回避否認規定

では、個別的に租税回避否認規定はどうかということなのですが、これは具体的な取引を念頭に置いて、こういう場合には課税しますと書いてあるわけです。それを租税回避否認規定ということで、われわれがそういう性格付けで説明しているだけです。条文はこういう場合には課税すると書いてあるだけです。それを否認規定と考えなければそこまでののですが、やはりできた経緯を考えると否認規定なわけです。細かい議論をしていると否認できないから、こういう場合には形式的基準でもってもう一緒に課税してしまおうというのが、個別的な租税回避否認規定です。

そうすると、どういう欠点があるかということ、何か一般的租税回避否認規定よりも個別的租税回避否認規定の方がいいというのが学説上の議論ですが、個別的租税回避否認規定には当然欠点があるわけです。それは形式的な一定の要件に当てはまると課税されてしまうのではないかと、つまり形式的だということなのです。実質的な基準がなく、例えば組合その他を使って不動産所得の赤字が出た場合には、その赤字は使えない。別に租税回避をしようがしていまいが、組合等を使って不動産所得の赤字が出ると使えないというのは、強烈な立法です。何ら悪さをしていなくて、ここまで引けて当然ではないかというのが引けないとなってしまうのです。それをわれわれは当然だと思っているわけです。しかし、本当にそうなのかというのが、常々疑問に思っていることです。

今、所得税法、法人税法に対応させる形で租税特別措置法の条文を、六法全書の編集の過程で割り振るという作業をしていますが、年中、改正がありますし、なかなか大変です。その措置法の中に、租税特別措置法41条の4の2の規

定を置いた場合に、それですべて済んでしまうと考えるのはなぜかという、措置法にあるのだから、これで終わりと思ってしまうからでしょう。でも、本当にそうなのでしょう。これは後でまた詳しく申し上げますが、法人税法なら法人税法があって措置法がある。所得税法なら所得税法があって措置法がある。両者は、一般法と特別法の関係に立っているわけです。

ところが、税務の方というのは、私もそうですが、租税特別措置法の解釈をするときには、租税特別措置法だけを解釈して、一般法である所得税法なり、法人税法なりとの関係は考えないことが多いわけです。つまり、措置法にそうなっていれば課税してしまう。これはタックスヘイブン対策税制や移転価格税制でも同じことですが、措置法でそうなのだからいいではないか。だから、措置法ではっきり課税すると書いていなくても、形式的要件から措置法だけ見ていると非課税にはできない、だから課税だとやってしまうわけですが、本当にそれでいいのでしょうか。措置法に明文で課税すると明らかにされてない場合は、一般法に戻るという感覚が措置法の解釈にはないのですが、それは正しい解釈方法なのでしょうか。

私たち法学部で一番最初に習うことは、一般法と特別法ということです。特別法というのは、特別に定めた限りにおいてのみ一般法に優位するわけです。何か特別法に定めると一般法の規定がなくなってしまうわけではありません。特別法に明確に定められた限りにおいて一般法に優先するわけですから、課税を決める、課税を拡大する租税特別措置法の条文については、課税することが明確に読み取れなければ課税できないという一般法に戻るはずだというのは常識的だと思うのです。

何よりもこれはご当局も認めているところですが、租税特別措置法が非課税規定だとしたら、非課税規定に厳格に当てはまらなないと、原則である一般法の課税に戻るということを当局はやっていますよね。租税特別措置が課税を減免す

るものである場合には、そこに明確に書いていない限りは一般法である所得税法、法人税法に戻って課税する。しかし、タックスヘイブン対策税制や移転価格税制のような課税を重くする措置法の場合には、そこに明確に書いていなくても、一般法に戻らないというのが、これはちょっと裁判所で通るかということなのです。それが正しいかどうかは私が言えるほど影響力のある立場にはありませんが、裁判所で通るかかどうかという議論があるのではないと思うわけです。

そうすると、租税回避否認規定が措置法に仮にあった場合（国際的な租税回避の場合には、租税回避否認規定というのは多くの場合に措置法にあるわけです）、この措置法の規定というのは、一般法と特別法の関係で考えた場合に、そこで明確に課税と書いていない場合に、非課税に戻らないで措置法だけで解釈してしまって、措置法の解釈の問題としてここは明確には書いていないけれども、措置法だけを見て課税なのだと言ってしまうといいのかということは、突き詰めるとそう簡単ではないのです。個別具体的に見ていくと、いろいろな問題が起こってくるのではないかと思います。つまり、個別的租税回避否認規定の形式的基準によって、本来課税する必要のない行為についてまで課税が行われてしまう可能性があるとするれば、それを個別具体的に救済するのは、いつもとは言いませんが、司法の役割だし、裁判所はそういう場合にそれを救済するだけの高い見識をもった組織になっているのではないかと考えています。

生保年金の判決を見ますと、それが実務にどんな影響を及ぼすかということを、裁判所は当然わかっていてあえてなされたのではないかと思います。実務は混乱しますが、しかし、そうであってもそうだという。これは、あの判決に賛成・反対というのはいろいろな立場があると思うのですが、最高が踏み出してこう言ったことの意味は大きいのです。今の最高裁はかなり力強く司法の尊厳というのか、それを前面に

押し出す形で判決を下しているのではないでしょう。

去年の夏から今年の夏まで十何件か、最高裁の判決が租税法で出ていますが、納税者勝訴が半数以上なのではないかと思うわけです。これはなかなか強烈でして、別に国税が悪いわけでも何でもないわけですが、要するに司法として言うべきことは言っておこうという気構えがそこから感じられるわけです。法律家というのは、裁判所の方であれ、法務省の方であれ、検察庁の方であれ、内心は1つですから、両側に分かれていますが、しかし、どこかでリーガルマインドというのがあって、それはやはり感覚として共有されているのではないかと思います。この法律家としての良心というのが、中立的な立場で前面に出ているのが今の裁判所ではないかと思っています。

そうすると、租税回避否認規定であるにもかかわらず、租税回避でもないのに否認してしまうのは許されるのかという問題が当然に出てまいります。いや、そんなものは、例えばタックスヘイブン対策税制について、措置法の中に特に非課税だと書いていなければ課税されるのだというのは、措置法だけ読めばおそらくそうなのかもしれません。でも、それは措置法が特別法であるということを忘れた議論ではないかと思うわけです。特に租税回避否認規定があって、租税回避でないことが行われている場合に、それが形式的要件から言うと適用されてしまう。それはそのまま放置していいのか。形式的な条文がある以上、一定程度は放置せざるを得ない。それはそうかもしれません。しかし、ごく例外的な場合に、租税回避でないものまで否認されてしまうのはおかしいのではないかと。そういう場合には、一般法である所得税法なり、法人税法なりに帰って、非課税となってもいいのではないかという議論は、法律家の論理から言えば、個別具体的に何がそれに当たるかはともかく、そうむちゃくちゃではないということが言えます。100%違っているとまで言われるような議

論ではないということだけはおわかりいただけると思うのです。もちろん、個別具体的にどうであるかはまた別な話です。

3. 法人税法22条2項と私法上の法律構成

(1) 自動車会社の事案

ついでに後の議論にも関係してくる話なので、最近の事例も込みの話で申し上げますと、22条2項、これもなかなか微妙です。22条2項というのは別に租税回避否認規定ではないわけです。それにもかかわらず、22条2項については、なかなか強烈なことが行われるわけです。ここで客観的な時価なるものがあるということで、課税が行われてしまうことがあります。

最近の事例で申し上げますと、某自動車会社の旧商法の375条の事案があります。これは強制減資の事案です。当事者が低い価格で強制減資を決めたと課税庁は考えました。旧商法の375条の規定によると、これは一定の限度額、例えば100なら100という限度額が条文上375条から出てくるわけです。その100よりも低い金額で当事者は契約を結んで減資を行いました。それに対して国税は100を大幅に超える、例えば700とか、800とかの金額で減資が行われたものと認定して、課税を行ったわけです。この、商法375条が100と決めていたのに、700とか800を認定して課税処分をしていいのかという話だけを考えると、商法違反の課税処分が許されるかという問題のように一見思えるわけです。

でも、これは課税処分が商法違反とか、そういう話とはちょっと違う、もちろん関連はしてきますが、そういう話ではなくて、90でも80でもいいですが、当事者が100よりも下の金額で合意した、この当事者の合意が課税上認められるかどうかという、租税法における契約の尊重の話ではないかと思っています。明文の規定がないにもかかわらず、当事者の結んだ契約上の金額を否定して課税をすることは、当事者の結んだ私法上のアレンジメントにおける金額を否定し

て課税をするわけですから、租税回避の否認ということになります。とにかく私法を無視して課税をする。それには租税法上の根拠条文が必要です。まして、商法375条を上回る金額をもって処分をしようというのですから、これは法律上の根拠が必要です。法律上の根拠があれば、別に商法の375条の100なら100という限界を超えて処分したって全然構わないわけです。しかし、そのような根拠条文が存在するかどうかというのがここでの問題です。

もちろん、当事者の100以下での、例えば90なら90でのアレンジメントが、これが民法上無効だというのであれば、かなりの処分ができると思うのです。しかし、これが有効だとしたときに、その契約を無視した課税ができるかという問題についてどう考えるかは、微妙です。その場合に、法人税法22条2項でいくのか、株式の問題ですから61条の2でいくのか。22条2項とは違って61条の2には、例えば対価という言葉が使われているので、これをどう解釈するかとか、いろいろな問題が起こってくるのです。いずれにせよ一番の問題は、当事者が私法上有効な形で取り決めた価格を無視した課税は、許されるのかという問題なのだと思うのです。そして、もちろん、場合によると思うのですが、そういう課税処分が許されない場合というのは当然あるのではないかという気がいたします。

新聞報道等でしか知りませんからそれ以上は言えませんが、この事案について事実を詳細に把握すれば、恐らく2つの議論、国税のような議論も可能かもしれませんが、このような処分は許されないという議論も当然に可能性ではないか。どちらが勝つかはこれは裁判所次第になるのではないかと考えているわけです。

(2) 新株発行の事案

それから、今までは私法上の合意の話だけしてきたわけですが、価格についてどうかという問題に行ってみましょうか。例えば新株の有利発行というのがなされた場合、有利であるかど

うかという問題に関しては、何か例えば受贈益課税の関係で、有利発行がなされていて、時価で見てそれが有利発行かどうかが決まって、その差額について例えば受贈益課税とか、寄付金課税がなされるということ、これにはいろいろな論点がありますが、今は1つの論点だけ申し上げます。当事者が例えば100という金額で新株を発行した。これは有利か不利かということに関して、課税庁が22条2項で受贈益課税を行うとして、事後的に判断できるかという問題が起こってくるわけです。そんなの当たり前ではないかというのが、多分税務の感覚だと思うのです。22条2項から見て、そういう言葉は使っていないかもしれませんが、適正な時価で処分してしまっても何の問題もないではないかという考え方は成り立つと思うのです。

しかし、これは会社法の構造を無視した議論だと言わざるを得ません。ご承知のとおり、会社法にはあまりこれを広げて考えるわけにはいきませんが、経営判断原則というのがございます。取締役会が一定の判断をした場合に、それが取締役の裁量権の範囲内であれば、それを裁判所は基本的に認容して、例えば株主代表訴訟でもって役員に責任を負わせないというのが経営判断原則です。経営判断原則という言葉が重要なのではなくて、これは役員には経営上の裁量が当然あるだろうと。それを認めるかどうかという裁量を裁判所が持っているわけで、司法裁量を否定することはできませんから、裁判所の司法の裁量の範囲内で、これはもう別にあのときはあれで仕方がなかったのだと言え、これは代表訴訟で役員が負けることはありません。

それから、会社法上、取締役には第三者責任というのがございます。例えば債権者等の第三者に対する責任においても、アメリカの判例などでは経営判断原則が効いてきます。日本でも経営判断原則と呼ぶかどうかはともかく、取締役がやったことが、裁量の範囲内であって、裁判所もそれをオーケーだとした。そうしたら、第三者責任はないということです。この第三者

責任においても一種の経営判断原則が効いて取締役が守られるわけです。要するに会社の判断が守られるわけです。

これは商法の有名な先生に聞いたのですが、この第三者に国税庁は含まれるかと私は聞きましたら当然含まれるということでした。ということは、国税庁が、役員が経営判断の下に一定の裁量の範囲内でちゃんとしたことをやって、そして、裁判所もそれを認めたら、事後的に国税がこれについてあれこれ言って課税処分をすることはできない場合もあり得ることを、例外的だとは思いますが、認めざるを得ないのではないのでしょうか。そういう解釈が正しいのかどうかわかりませんが、私は今そう考えているわけです。

特に、価格については、レックス・ホールディングスの事件、これは株式の買取請求の価格の問題ですが、株式の価格が適正なものであったかどうかは、取締役会が内部的に決められた一定の手続きに従い、外部のいろいろな専門家の意見を聞いて評価した、例えば監査法人等の意見を聞いて評価をして、一定の手続きに従ってやった場合には、これは一応認められるとされました（平成21年5月29日最高裁決定）。裁判所の裁量を認めるということは、その前提としての取締役の裁量がそこにあるはずですから、その決めた価格は適正なものです。だとすれば、有利発行であるかどうか、取締役会がそこで一定の手続きに従い、外部の意見を聞きながら決めた価格であれば、それを不適切であるということで、これに対して、適正な時価ということで事後的に22条を使って課税処分を打てるかどうかですが、できる場合もあると思うのですが、できない場合もあるのではないかなと思うわけです。

③ 租税法と会社法

このように商法の話というのは、通常は租税法とのかかわりでは計算規定のことばかりが出てくるのですが、計算規定以外のいろいろなと

ころが商法と絡んできます。租税法と私法の議論では民法だけ出てくる場合が多かったわけですし、商法は出てきたとしても会社の計算のところだけだったわけですが、会社法の今のような部分が、租税法との関係で問題になる時代がきているのではないかと思います。先ほどの自動車会社の事案とか、新株発行の事案、これはいっぱいあると思うのですが、そう思うわけです。

これは緻密な議論が必要なので、そう簡単なお話ではないと思いますが、課税庁は客観的な時価なるものを天から降ってきたものとして、事後的な判断でもって課税処分を貫徹できるかと考えるわけにはいかないかもしれません。多分、課税庁はもっと緻密に考えていると思うのですが、会社法の議論さえ必要になってくると思うわけです。

やっとはじめにが終わりました。

Ⅱ．国際的租税回避否認規定の位置付け

1．租税回避が行われていない場合にも租税回避否認規定は適用できるか

次に、国際的租税回避否認規定の位置付けです。これも「はじめに」の繰り返しになりますが、租税回避否認は不自然な私法上の法形式の利用が行われた場合に、通常の法形式が用いられたかのように見て課税関係を考えることです。つまり、あるべき姿に戻すということです。あるべき姿がこれだったとして、租税回避が行われると税額が引き下げられるわけです。これに対して、あるべき姿まで戻すのが租税回避否認です。これが学問上の定義です。では、租税回避が、これがあるべき税額で、租税回避が行われてこんなに低くなったのを、処分でこのあるべき額よりも上回った場合に、これは租税回避の否認だと言えるか。この差額については、あるべき姿よりも上回る部分については租税回避

の否認ではないわけです。ついでにいただきますという話です。これは程度の問題ですから、一定程度はいいのかもしれませんが、範囲内ですから、裁判所の判断としていいとされる場合もあると思うのですが、あるべき税額がここまで下げられたときに、処分により例えばあの天井まで届いてしまったらどうかと。これはいくら何でもやりすぎだろうと考えるのが裁判所ではないかと思うわけです。何でもそうですが、程度問題ですから、あまり形式的な要件からいってそれでいいのだといつもなるわけではないでしょう。形式的な要件でこの条文を適用した結果、本来あるべき姿よりも超えて、100倍も税金がかかったと。それだって形式的な条文を形式的に適用しただけだから別に問題ないと仮にすれば、裁判官はそれはやはりなかなか認めてくださらないのではないかと。要は程度問題なのです。あまり法律の学者が程度問題で鉛筆をなめるような議論をするのはどうかと思うのですが、裁判所というのはそれを許すほど甘い組織ではないと思うのです。

そうすると課税庁は、形式的な要件に合致しているから、それでいいのだと安心することはできないし、納税者の方もいくら何でもこれはひどいのではないかという場合には、しかるべく理論武装は可能ではないか。それは租税回避の否認をはるかに越えているのではないかといえる場合もあるのではないのでしょうか。いや、条文には租税回避の否認とは書いていないと。こういう場合には課税しろと書いてあるだけだから課税したのだ。これでどこまで済むかという話なのです。法律に常にはありませんから、例外のない規則はないわけで、必ず何らかの例外的な取り扱いが出てくるわけです。それが法律の法律たるところです。

これは公共政策大学院等で授業をしていると、法律専攻以外の学生がとまどうわけです。「何だ、そのあいまいなのは。どうやって判断するのだ」「いや、われわれにはリーガルマインドというのがこの辺に埋め込まれているんだ」と

言うと、「数式で示せ」といわれるわけです。とまどう人の気持ちもわかります。わかるのですが、裁判官がどう行動するかに関しては、やはりあまり極端だったらそれは通らないのでしょう。宇奈月温泉事件を見ればわかるとおりです。形式論理を追求しても、あまり極端な場合には駄目だということになるわけです。どういう場合に駄目になるかということ、いわく言い難いわけで、個別具体的に判断するしかないとしか言いようがないわけですが、課税庁も形式に乗ったからすべていいのだとは言いきれないところがあるのではないかと。それがどういう場合か知りませんが、そういう例外的な場合があるのではないかということは認めざるを得ないのではないかと思います。要するに否認というのは懲罰ではありませんから、あるべき姿に戻せばいいのですが、それをちょっと越える場合もあるかもしれません。しかし、天井まで行ってしまうとなると、これはちょっと問題だということです。

さらに今の問題を一般的に述べると、租税回避が行われていない場合にも、租税回避否認規定を適用できるのか。あるべき姿以上に課税できるのかという話です。租税回避が行われていなくても課税が行われてしまうことは、形式基準を用いる以上、一定程度はもちろん不可避ですが、それでも程度問題なのではないかということです。

2. 形式的否認規定の形式性をどこまで貫くか

ただ、課税庁は程度問題を考えて、ここではちょっとあまり極端だから課税をやめておくという、そういう裁量は課税庁にはないわけです。そうすると、課税庁は法律を肅々と形式主義で解釈して、処分を打つしかありません。課税庁がけしからんというのは、これも違うわけです。課税庁はやらざるを得ないのです。それをちょっとこの辺はいいのかとさじ加減で処分を遠慮するような課税庁では、これは逆に困るわけで

す。ただ、課税庁がそういう処分を形式主義に基づいてした場合に、裁判所がどうするかというときに、課税庁が負ける場合もあり得る。それは課税庁が悪いわけではない。行政部の義務と司法部の義務が違うから起こることなので、どちらが勝ったとか負けたとかいうよりも、日本国の法律制度が円滑に機能していることなのではないかと思えてならないわけです。

形式的否認規定の形式性をどこまで貫くのか。この問題は、結局裁判所が個別具体的に判断せざるを得ないということです。今のようなことを論文で、理論として書くことは非常に難しいのですが、過去の判例を見てこうだという議論を組み立てることはできるかもしれません。ケースロー（case law）というのか、判例法のようなものが何か出てくるのです。絶対に否認できないような言いすぎですが、例えば外税控除の事案（平成17年12月19日最高裁判決等）の場合には、法人税法69条からいうと、外税控除をやはり認めなければいけなかったのかもしれない。それを別の理由をつけて認めなかったわけです。そういう納税者が極端なことをやった場合に、形式的にこれはもう当然課税できないだろうといった場合にも、あまりひどいと裁判所は何らかの事を見つけて出してくるわけです。では、逆に課税庁のやっていることがあまりに極端だと、裁判所というのはどちらの味方でもありませんから、納税者が極端に形式性を追求した場合も、課税庁が極端に形式性を追求した場合も、やはりあまり程度がすぎるとそこには限界線が引かれる。それが司法国家の意味だし、裁判というのはそういうものなのではないでしょうか。そういう裁判の制度を信頼するという考え方の下で日本国憲法はできているわけです。

この前、非常にびっくりしたのですが、消費税の免税事業者、1,000万円、昔は3,000万円ですか、あれを支払額で判断をすることに対する批判を聞きました。これは対価なのですから当たり前だという判決（平成17年2月1日最高裁

判決）が、3,000万円だった時代に出されているわけです。これについてある講演会で言われたのですが、「この最高裁の判決は間違っている」と言われました。「いや、法律家が最高裁の判決を間違っていると断言するというのはなかなかできることではない」、日本国憲法の下で最高裁の出した結論が、法律の解釈として正しいという前提の下にわれわれは動いているわけで、それに賛成とか、反対とかというのはもちろんあると思うのです。この判決の射程範囲はここまでだとか、こうするとこは不都合が起これるということは言っているのですが、「間違っている。自分の方が正しい」というのは、なかなかもってそう簡単に言えるものではありません。

そのことをおっしゃった方は法律関係の方ではないので、これは法律学の jurisdiction の外ですから、最高裁の判決が間違っていると言っても別にいいのですが、私が法科大学院の授業で「この最高裁の判決は間違っている。自分の論理の方が正しい」と言ったら、或いは、学生から非難を受けるかもしれません。もちろん、別の考えもあり得ることは言っていると思うのですが、そういうことです。

3. 形式性を重視することは 実質性を放棄すること

形式性を重視するということは、実質性を放棄することだということです。ここに問題があるわけです。それ故に、実質性を放棄することは、一般的な否認規定を否定することだと述べたのです。例えば、課税庁が、個別的租税回避否認規定については形式性を追求することがあり得ます。その場合に、形式的にこうなのだから、実質的に租税回避に当たるかどうか、そんなものは判断する必要がない。形式的要件に当てはまればそれでいいのだと、個別的否認規定については言い、他方で一般的否認規定も必要だとその方が言っているとします。すると、一般的な否認規定というのは形式的ではありません

んから、実質的な審査が必要なのです。こちらでは形式的な審査を放棄して、実質的な審査が可能だというのは、これは矛盾なのです。だから、個別的否認規定の形式性を強調する方は、一般的否認規定を欲しがってはいけないのかもしれない。そんなことを言うと批判を受けそうですが、そこには何らかの矛盾がありそうです。その辺がなかなか微妙な問題です。

4. 裁判所における社会通念の判断

結局、そうすると落としどころは何か。これは社会通念です。もちろん、何でも社会通念で判断するというわけにはいかないのですが、興銀税務訴訟（平成16年12月24日最高裁判決）が貸し倒れの判断基準を社会通念だと述べましたが、あれは非常に賢い判決でした。これは何を意味するかというと、裁判所が判断しますということを行っているわけです。貸し倒れの判断基準について、納税者も課税庁もあまり張り切らなくて結構です、裁判所が社会通念で判断しますということです。社会通念といったってアンケートを取るわけではありませんから、裁判所が社会通念だと言うのが社会通念ですから、要するに裁判所が判断するという意味です。裁判所が判断すると言わずに、社会通念という言葉なのです。だから、新株発行の価格が妥当かどうかとも社会通念だし、租税回避がない場合に否認規定を発動できるかどうかとも社会通念だしという、事実認定以外に社会通念がどこまで拡大できるのかわかりませんが、この社会通念というのはキーワードなのではないかと思うわけです。

Ⅲ. 国際的二重課税と国内的二重課税

次に「国際的二重課税と国内的二重課税」で、今日の本論に入っていきます。国際的二重課税の排除措置は、それなりに存在します。これに対して、国内的な二重課税があちこちで起こ

っていて、それについては放置されている場合があるわけです。しかし、措置法限りの措置でもって国内的二重課税が惹起される場合に、一般法である所得税法、法人税法に帰らずに、措置法だけ見て、形式的にそれはそうなのだから、国内的二重課税があったって別にいいのだと言えるかという問題は、これは結構深刻な問題ではと思えてなりません。もちろん法人と株主のいわゆる経済的二重課税、すなわち法人段階の課税と株主段階の課税という、経済的二重課税は容認されているのですが、それ以外の国内的な二重課税を租税回避否認規定によってあえて作り出すことができるのかという問題です。

もっと言いますと、単に措置法に形式的にあてはまりうるというだけの理由で、所得のないところに所得を創出することが許されるのかという問題です。所得のないところに所得を作り出して、形式的にやむを得ないというのであれば、裁判所というのは世の中で役割を果たしていないことになってしまいますし、それほど日本の裁判所は甘い存在ではありません。国税が形式性を追求するのは、これはこれで職務上やむを得ない。そうすると、一定の処分について裁判所が国税と別の判断を下すこともあり得るのではないかと。もちろん、例外的にです。いつもそうだなんていうことはないのです、例外的なことを言っているわけです。

Ⅳ. 移転価格課税によりもたらされる国内的二重課税

個別的な否認規定の形式性の追求によって、国内的二重課税が惹起される場合として、「移転価格にもたらされる国内的二重課税」が考えられます。外国の子会社から受け取った配当と、当該会社に対する移転価格課税の適用の関係ということですが、これは前に租研でお話をしました（中里実「移転価格課税と他の課税との二重課税—外国子会社配当益金不算入制度導入の影響」租税研究720号、2009年10月）が、移転

価格課税が行われた後に配当が支払われた場合には、これは益金を加算しないという措置が行われているわけです。しかし、逆に、配当が行われた後に移転価格課税がなされている場合も当然あるのですが、この場合にも救っていいのではないかと、前にこの租研の大会で申し上げたことがあります。なぜかという、国内的な二重課税が惹起されるからだという、ただそれだけのことなのです。

ほかにも例えば移転価格課税とタックスヘイブン対策税制の両方適用される場合というのはそんなにないと思いますが、仮にあったとしたらそこで二重課税が起り得ますから、その回避をどうしたらいいのかという問題があります。会社段階と株主段階以外の国内的な二重課税が、タックスヘイブン対策税制とか、移転価格税制の適用によって惹起される場合に、それをどの程度放置できるのか、場合によっては引っ込めなければいけないのかということに関しては、常に形式主義だけで押し通すことは多分難しいのではないと思うわけです。私がそう思うというよりも、裁判所がそれを許さないのではないかと私が予想しているということです。

私は立法当局でも、公的な解釈権限を持っている者でもありませんから、こういう解釈が正しいなんていうことをそう軽々しく言えるわけではありませんし、言ったところで誰も聞いてくれません。ただ、裁判所がこうなのではないかという予想はある程度できますし、その予想する際に外国でこうなっているからこうだとか、理論的にこうだからこうだということは、多分、学者というのはそういうことを言うのが仕事だと思いますので、それは言っているのだと思うのです。自分が正しいというのは、なかなかそういうトレーニングは受けていないので、自分の言っていることは正しくて、ほかの人の言っていることは間違っているというのは、あまり法律の研究者の態度ではないのかもしれない。こういう考え方もあり得るのではないかと、裁判所だったらこうではないかというのを予想する

ことがここでのポイントだと思います。

V. タックスヘイブン対策税制によりもたらされる国内的二重課税

1. タックスヘイブン子会社からの配当と合算課税の関係について

次に、タックスヘイブン対策税制によりもたらされる国内的二重課税ですが、タックスヘイブン子会社からの配当と、タックスヘイブン対策税制による合算課税との関係について、これも前に書いたことがあります（中里実「デフレ下の法人課税改革」(有斐閣)）が、合算課税が行われた後に配当がなされた場合には、これは条文の定めがありますから二重課税が排除されます。といっても、その条文の定めには期限が付いていますから、期限後は国内的二重課税を放置していいのだということです。しかし、これはタックスヘイブン対策税制の中で放置していいと明文で書いてあるわけですから、政策論としてはともかく、ある意味これは仕方がないわけです。これに対して裁判で文句を言っても仕方がないわけです。

ただ、今、現実の問題になっている事件がありまして、株式の譲渡益課税の後に合算課税がなされたという事案があるわけです。大阪の方で議論されている事案ですが、タックスヘイブン対策税制の合算課税が、株式の譲渡益課税の後になされた場合があります。ここであまりその詳しい事案について触れる時間はありませんが、大阪のシンガポールとの絡みでのタックスヘイブン対策税制の事案ですから、ご興味のある方は見ていただきたいと思います。これは譲渡益課税の後に合算課税がなされていて、所得のないところに所得が作り出されている感を否めないわけです。恐らくこの場合には、合算課税が否定される可能性もあるのではないかと考えています。

いずれにせよ、国内的な二重課税の話について

ては、そんなに簡単にこんな当たり前ではないとか、二重課税の何が悪いのかということではできないのではないかと考えています。大阪のタックスヘイブン対策税制の最高裁での議論について、非常に注目しています。これは個人の事案と法人の事案の両方があるのですか。詳しいことはよくわかりませんが、割と興味深い判決が出る可能性はあるのではないかと考えています。

2. タックスヘイブン子会社の 日本支店の課税と合算課税の関係

それからさらに、タックスヘイブン子会社の日本支店の課税と合算課税の関係というのが、大きな問題になるのではないかと考えています。日本法人がタックスヘイブンに、例えばケイマンに子会社を作ったとします。このケイマンの子会社は単なるペーパーカンパニーで実体も何もないというのは言いすぎですが、とにかくタックスヘイブン子会社です。そのタックスヘイブン子会社の支店が日本国内にあり事業活動を行っている。そうするとこれは実体があるのです。タックスヘイブンには実体がないですが、支店は日本で立派に例えばビルを持つなり、借りるなりして営業をしている。こういう例は結構あります。本店はタックスヘイブンの弁護士事務所のロッカーの中のファイルだけれども、支店は立派であるという場合です。

そうすると、これは実体がないのかあるのか、タックスヘイブンでは実体がないけれども、日本では実体があるので、法人というのは一体と考えると、本店の実体はないが、全体としては実体のある法人です。それは日本法人だと事実認定ができてしまえばいいのですが、なかなかそうはいかないわけです。こういうふうに本店はペーパーだけれども、日本支店が十分な事業活動をやっていて、かなり稼いでいるという場合に、この日本支店というのは、外国法人の日本支店です。1号外国法人で、1号所得等を得ているわけですから、当然のことですが、外国

法人に対する法人税の課税を受けるわけです。これは当たり前のことです。

ところが、この外国法人税の課税を受けた、税引き後の所得というのは支店・本店一体ですから、留保所得ということです。法人の内部に留保される、本店に送ってもいいわけですが、別に送らなくてもいいのでしょうか。留保所得になります。そうすると、タックスヘイブン対策税制が適用されて、タックスヘイブンの子会社の所得が株主である親会社の所得に合算されると、先ほどの外国法人税との関係で、国内的な二重課税が起こってしまうわけです。もちろん、それは二重課税ではない、1つは外国法人という子会社レベルでの課税で、もう1つは、親会社に対する課税だから、納税義務者が違うからこれは二重課税ではないのだということが、どこまで言えるかということです。

タックスヘイブン対策税制というのは、昔の改正税法のすべての解説を私は見てみましたが、子会社の所得を親会社に対して課税するとはっきり書いてあります（昭和53年のタックスヘイブン対策税制導入時の資料を調べ直したところ、法案立案担当者の解説において、タックスヘイブン対策税制により親会社において合算課税される所得は、子会社の所得そのものであるということが、直接に記述されている（「昭和53年度版 改正税法のすべて」タックスヘイブン対策税制の導入、156頁））から、それはまぎれもなく子会社の所得に対する課税なのです。納税義務者が親会社なだけです。改正税法のすべてが正しいと仮定すればですが。だとすると、今の二重課税はどうなのですか、許されるのでしょうかという問題が残ってくるわけです。

こういう場合に、日本に対して払った税金を外国税額控除するという通達がございます。租税特別措置法関係通達66の6-20（外国法人税の範囲）がそれで、「措置法第66条の7第1項及び措置法令第39条の14第2項第1号に規定する外国法人税の額には、特定外国子会社等が法第138条又は所得税法第161条に規定する国内源

泉所得に係る所得について課された法人税、所得税及び法第38条第2項第2号に掲げるものの額を含めることができる。」と定めています。

日本も、確かに、本店所在地国であるタックスヘイブンから見て外国だから外国税額控除なのだというのですが、何か制度自体が微妙な感じがします。また、この通達の適用範囲も制限されていますし、控除限度額の問題もあります。

タックスヘイブン対策税制の趣旨・目的、それから、いろいろあるのだと思いますが、そういうのを考えた場合に、こんな場合にまで課税する必要があるものなのかどうかということは、きちんと裁判所が考えると思うのです。国税はもちろん形式要件に当てはまる以上は、それで処分せざるを得ないと思うので、これをいいとか、悪いとか言っても、担当者に気の毒というものです。しかし、裁判に行ったときに、ではそれが通るかと言われたら、なかなか……。特別法としてのタックスヘイブン対策税制で、そんな場合にまで課税することが要求されているのでしょうか。一般法に帰るということは無視してしまっているのでしょうか。要するに租税回避があった場合に課税するという制度を用いて、租税回避ではない場合に国内的二重課税をあえて惹起してまで課税する必要があるのでしょうか。つまりそういう場合に課税しなくていい場合もありうるのではないのでしょうか。特別法だけで判断して本法に戻らないという扱いがどこまで許されるかということに関して、形式論理だけで押し切ってくれるほど、裁判所は甘くはないと思うのです。

何しろ最高裁の判決に割引現在価値という言葉が使われる世の中なのです。私は7月6日の判決が出たときに、これは実務が混乱するかと、ということで、国税庁なり、主税局は大変なのではないか思ったのと同時に、ついに、「金融取引と課税」という本や「キャッシュフロー・リスク・課税」という本で、租税法におけるファイナンス理論の適用に関して検討を行った私の考え方が、もはや異端とはいえなくなったとい

うことで、一種の感動を覚えました。最高裁判決が現在価値とか、割引とか、そういう言葉を使ってくれたと。長年私が単純なモデルを使ってキャッシュフローとか、リスクとか、現在価値とかやってきましたが、ああいう感覚で論文を書いても、法律学の議論として最高裁で認められる時代が来たのだという点においては、率直に喜びました。

だから、今度の「ジュリスト」の特集には数値例を多く出します。ただ、「ジュリスト」では、モデルは文字式ではなく、数学アレルギーの方にも受け入れられるように、全部整数で書いてあります。ある先生が、中里の数字のモデルは小数点以下の扱いが不正確であるという批判を書かれたそうですが、わざとわかりやすく概数に丸めているのですから、あまり先生方は細かいことを言わないでください。小数点以下が間違っているのではないかと、小数点以下何位まで書かなければいけないという、そういうやばなことは、そんなのは大人同士の了解だと思っていますから、先生方はそれで批判されることはないと思いますが、よろしく願いいたします。実は、文字式で書くよりも、丸めた整数で書く方が大変な場合も少なくないのです。

いずれにせよ、国内的二重課税は相当問題だと思っています。具体的な問題が起こりつつあるのではないかという話も聞いているので、ちょっと興味を持っているところです。

VI. 配当益金不算入

1. 法人と株主との二重課税と国際的二重課税の関係

それから、配当の益金不算入です。法人と株主との二重課税の問題と、国際的二重課税の問題というのは、分けなければいけないのです。外国法人からの受取配当の益金不算入というのは、両方をいっぺんに済ませているわけですから、源泉税は別として、法人段階と株主段階の課税

と国際的二重課税の排除の話をもつて全部やっ
てしまっているわけで、非常にシンプルでいい
制度だと思いますが、ここに何か問題が複雑化
させる要因が含まれているような気がします。
ものの考え方としてどうなのか、私もよくわ
からないのですが、法人と株主段階の二重課税の
基本構造を守りつつ、でも、国際的二重課税と
して排除してしまっているわけですが、そちら
が先で、後が国際的二重課税の排除の話なのか、
よくわかりません。先に受取配当の益金不算入
で、それから配当について先方で課された外国
法人税について直接外国税額控除、これが後で
すから、順番としてはそういう順番になるのか
もしれませんし、混乱します。国際的な話と国
内的な話をいっぺんに済ませているところから
いろいろ問題が出てきます。すると、両者がず
れてくる場合がありますのではないかと思います。

2. 例外としてのタックスヘイブン 対策税制

タックスヘイブン対策税制は受取配当益金不
算入の例外ということになっていますが、これ
も何でタックスヘイブンの場合だけ例外なのか。
向こうでの税率が低いからということなのでしょう
が、なかなか微妙な問題が起こってきます。
移転価格との関係で、これも前に租研の大会で
お話をしました（前掲参照）が、受取配当の益
金不算入は入ったけれども、移転価格で別途課
税強化するのだということが仮にあったとして、
それが理論的に妥当かどうか、私は必ずしも妥
当ではないと思っています。そこは見解の対立
が起こるだろうということを申し上げておきま
したが、具体的な問題がいつ起こるのかはちょ
っとわかりません。

配当益金不算入についてもうちょっといろい
ろとお話しようと思っていたのですが、混乱す
るだけですから、ここではパスいたしたいと思
います。

3. 外国法人の本店から日本の支店へ の資産の移入

もう1つついでに触れたいのが、これは全然
関係ない話で、国内的二重課税の話ではないの
ですが、外国法人の支店が事業用資産を持っ
ていたという場合です。事業用資産でなくてもい
いのですが、例えばアメリカの本店から日本の
支店に資産を移したときに、支店での帳簿価格
がどう付くかという話がありまして、これは私
はある税理士の先生と意見が違ってびっくりし
たものです。私がどちらであったかということ
はここでは重要ではないのですが、棚卸資産と
かだったら、持ち込み（移入）のときの金額で
もって日本支店に計上されるわけです。株式だ
ったらどうなるかと、いろいろな問題を考え
ると興味深い問題が出てきます。例えばアメ
リカで100で取得したものが持ち込みのときに300
であるときに、支店に100で帳簿に載せるのか、
300で載せるのかというのは、なかなか微妙な
問題です。法人税法施行令188条に、棚卸資産
については持ち込みのときの価額と書いてあり
ますが、事業用資産については条文を見ても書
いていないわけです。株式とかだったらどうす
るのだという問題です。1つの考え方は、100
で向こうで買ったものをこちらに持ち込むとき
に、別に日本で課税されていないのだから、100
のままでもいいのではないかという考え方があるの
です。200について課税するかどうかは、外国
の話ですから日本は関係ないわけです。これに
対して、本店と支店とできるだけ独立な関係者
として見るという発想だとすれば、これは300
で載せていいのではないかという気がするの
です。

私はそう思うのですが、どうも「根拠もない
のに何でそんなことを言うのだ」という考え方
も強そうです。これに対しては、こちらも「根
拠もないのになぜそんなことを言うのだ」と同
じことを言いたいわけですよ。「いや、実務
はそうだ」「根拠のない実務は根拠がないので

はないか」ということで、これは水かけ論になってしまうわけです。私は実務を知りませんからおかしなことを言っているのかもしれませんが、今の問題というのは割と深刻な話を引き起こすわけです。それがさらに複雑化すると、日本法人のタックスヘイブン子会社の支店に資産を本店から持ち込むときの話が出てきたら、何が何だかわからなくなってしまうことがあります。だから、ついでに mention したのです。

いろいろな解説書を読んでも何も書いていないところを見ると、あまり考えてこなかったのではないか。いや、国税が考えていないはずはない、何か考えているはずだ、といういずれの推測も成り立ち得ます。どこにも書いていない。では、どうしたらいいのだろうという、この辺は謎としてここにとどめておきたいと思います。

Ⅶ. まとめ

1. 外国子会社との調整の2方法

最後のまとめのところですが、外国子会社と日本の親会社との利益の調整の問題というのは2つあって、連結法と持分法です。利益を合算する方法と株式保有に応じて配当やキャピタルゲインとして処理する方法です。これは連結に理論的に2種類あるというのと全く一緒です。合算してしまう方法と持分法と両方あるということです。外国子会社と日本の親会社との関係については、常に2つの調整がありうるのですが、この2つの方法が法人と株主との間の二重課税の話と、国際的な二重課税の話のそれぞれについてどう適用されるかに関して、どの程度正確に、議論されてきたのかという点について、疑問があります。抽象論として議論することはできませんし、今まであまりにも抽象的なことを言っているのだからわかりにくいと思いますが、後で個別の事例でもお考えになりながら考えていただきたいのです。なかなか整理されきっていない話がいっぱいあるということです。

生保年金でも二重課税という言葉がいろいろなところで使われますが、人によって意味することが違うわけです。資産税と所得税の二重課税、それから、所得税内部での二重課税もあります。貯蓄の二重課税と経済学の人をよく言いますが、稼いだ所得に課税され、税引き後の所得から生まれる利子にも課税されるということです。これは二重課税という言葉を使うよりも時間選好という言葉を使った方が正確です。二重課税には違いないので、何か悪いことのように聞こえてしまいがちですが、それ自体は所得税の本質なので悪いとかいいとか言ってもはじまりません。そういう話とか、キャピタルゲインの話とか、いろいろな二重課税が複層的に出てきて、今の生保年金の判決の後を受けて、どんな場合に判決の射程を及ぼすのかということで、いろいろな方がいろいろなことを言っているのです。

ただ、私は本当にこれを突き詰めて考えてみたのですが、自分が正しいという自信があるわけではありませんが、あれと同じような扱いが出てくる場合というのは、実はあまりないのではないか、いや、そんなことないだろうとおっしゃる方もいらっしゃるかもしれませんが、後で「ジュリスト」を読んでみてください、そういう気がします。もちろん、年金の場合もありますし、学資保険とか、何かそういうものについては同様の扱いが必要です。要するに元本があってそこから運用益が生まれるわけです。相続時に元本というか、何か資産があるわけです。それについて相続税が課される。元本の運用益についてだけ課税がされればいいのだけれども、運用益と一緒に元本も払い出される場合に、その元本にも課税してしまうから二重課税になるわけです。なぜ元本も課税されてしまうかというと、減価償却のようなメカニズムがないからでしょう。

生保年金だって相続時にはいっぱい価値があったのが、1回払い出しをすると現在価値が落ちます。2回払い出しをするとさらに現在価値



が落ちます。この現在価値の落ちた分というのは、いわゆる減価償却資産の減価償却と同じですから、その分を引くということをあの判決は言っているわけです。したがって、減価償却が認められている資産だったら、二重課税にならない。このような考え方で100%カバーしているかどうかはともかく、減価償却の認められている資産だったら二重課税にならないというのが私の出した結論です。そして、生保年金のように、元本の払い出しにまで完全に所得税の課税が及ぼされているような資産はなかなかないのです。

1つ、2つ考えたのは、個人の発明家がぼつと何か思いついて、趣味的な発明で経費をいっぱいかけて発明したのだけれども、この経費が事業所得の経費等として落とされていないという場合です。所得も何もないので経費どころで

はなく、申告も何もしていないような人がお金をいっぱい使って、特許権を生み出して死んだ。そうすると、自家創出の取得価格ゼロの特許権ですから、減価償却はないです。でも、相続したときに、例えば1億円なら1億円に対して相続税がかかるわけです。しかし、減価償却はない。通常は買ってくれば減価償却は特許権についてはありますが、今の場合にはないわけです。相続税がかかって、それからの収益に対して、だんだん価値が減っていくのですから、その減価償却なしに所得税がかかるということになります。しかし、そういう場合はその他に一体現実にあるだろうか。

定期借地権がそうだという話もあるのです。定期借地権を使って事業をしているとします。権利金部分について償却を認めておりません。でも、期限がありますからどんどん定期借地権

は減っていくわけですから、償却を認めないとおかしいではないかと言うのですが、最後に権利金部分を全額落とせるのです。最後に落としてしまったら、それが妥当かどうかはともかく一応落としているのではないかということで、あまり問題はないのではないかというのが私の結論なのですが、「いや、そんなことはない。無限に広がるのだ。株式もそうだし、債券もそうだし、特許権もそうだ」といろいろなことをおっしゃる方がいるのですが、あれがそんなに広がることはないだろうと今のところ思っているわけです。しかし、その話を今日はしにきたのではないのです。

2. 2つの方法の調整

二重課税という言葉が定義されずに、私どももそうなのですが、あまりにも安易に使われてしまう結果としていろいろな混乱が生ずるということです。この混乱を排除するために国際的な二重課税、国内的な二重課税、法人段階と株主段階の二重課税、それから、先ほど言った時間選好の問題の二重課税というふうに、いろいろ分けてみようというのが実は今日一番言いた

かったことです。国内的二重課税という言葉はあまり使わないですが、国内的二重課税があるのは事実で、これを無視してしまって形式論理で課税してしまうことでいいのか。二重課税という言葉に世論は敏感かもしれません。いかにも悪いことのように聞こえるではないですか。しかし、本当はそんなことを言ったって仕方がない場合もあります。どうしても避けられないものがあるし、所得税の制度というのはそもそも時間選好の問題の存在を前提としてできているわけです。貯蓄の二重課税を、それを悪いと言ってしまったら仕方がないのです。いかにも二重課税と言うと、よくないことをしているように聞こえます。裁判所の方はそれで動くとは思いますが、何となくそういうことがあるのです。しかし、国内的二重課税について、当局は二重課税が起こっても形式論でいくしかない。それでいらっしゃる以外ないと思うのですが、何というか、理論武装をよほど国税の方は国税の方でしていただき、納税者は納税者の方で別途理論武装をしていただくことが必要なのではないかと思っています。

以上で終わりにさせていただきます。

国際課税を巡る潮流



●参加者（五十音順）

筑波大学大学院ビジネス科学研究科教授

駿河台大学法科大学院教授

税理士法人トーマツパートナー

財務省主税局参事官

青山 慶二
今村 隆
福島 節子
横山 正

司会 早稲田大学大学院ファイナンス研究科教授

渡辺 裕泰

討論中に言及されている資料は、巻末「資料117頁～168頁」に掲載されています。

はじめに

(渡辺) それでは、パネルディスカッション「国際課税を巡る潮流」をはじめさせていただきます。

パネリストはこちらの4人の方々です。パネリストの方はそれぞれ組織に所属されているわけですが、ここでは各組織の代表ということでご意見を述べていただくわけではなくて、個人としての資格でご発言をいただくということにご留意をいただきたいと思います。従いまして、このパネルでもお名前は肩書なしのさん付けで呼ばさせていただきますので、どうぞよろしくお願いいたします。

今日のこのパネルディスカッションは2部構成になっております。第1部は、「最近の税制改正と国際課税ルールの変遷」ということで、昨年来、外国子会社配当益金不算入制度の導入、あるいは外国子会社合算税制の見直し、それから、移転価格税制の見直し、そういうことが行われております。また、今年の7月にはOECDの移転価格ガイドラインが改訂されました。これらにつきましてその内容とか、影響等について議論をしたいと思っております。

第2部は、「租税条約ネットワークの拡充」についてです。2年前の9月15日にリーマンショックが起きまして、それ以来情報交換をめぐりまして国際的な議論が非常に活発化いたしております。また、財務省の参事官室を中心にして、非常に熱心に我が国の租税条約ネットワークの拡充、改訂が行われております。それから、相互協議につきましても、うまくいかない場合に仲裁制度を導入しようということがOECDから言われていましたが、日本が最近結んだ租税条約の中にもそういうものが入ってきているようですので、そのあたりを議論したいと思っております。以上の2部構成です。

それでは、第1部の「最近の税制改正と国際課税ルールの動向」についてのディスカッショ



ンをはじめさせていただきます。最初に横山さんからご説明をいただきまして、その後、今村さん、青山さん、福島さんからご意見を頂戴し、さらに横山さんからお三方の意見、質問等に対するご説明なり、お答えなりをいただくと、そういう順番で進めさせていただきたいと思います。

まず、横山さん、よろしくお願いいたします。

I. 最近の税制改正と 国際課税ルールの動向

1. 国際課税をとりまく環境と課題

(横山) ご紹介いただきました横山でございます。

まず、最近の「税制改正と国際課税ルールの動向」についてです。経済取引の国際化、グローバル化、企業の海外進出形態の複雑化・多様化といった中で、我が国をはじめ各国・地域の課税当局の課税管轄権をまたぐような取引や企業活動が拡大しております。各国・地域の課税当局は、これらの取引や企業活動に対して独自の租税制度を作って執行を行っているわけですから、もちろん国際的な協調の動きはあるものの、二重課税の問題が生じたり、また、課税の空白が生じ得ます。国際課税上の課題はこのような問題に関しまして、国とか地域の間の課税管轄

権をどう調整するか。具体的には二重課税をどう排除するかとか、いかに課税の空白を作らないかということです。特に近年、さらなる経済成長、活性化のために健全な経済交流促進の必要性が高まっておりまして、これと整合的な国際課税のあり方が求められています。それと同時に各国の財政需要とか、税の公平性に鑑みまして、国際的租税回避に対してきっちり対応していく重要性も高まっています。

しかしながら、先ほど申し上げたように課税管轄権を越える、管轄権が競合する、そういう性格上、国際経済取引の拡大、実態の変化により、国際課税における課題への対応が困難化しております。また、昨日午前、増井教授が貴重なお話をされましたとおり、国際課税に対応するインスティテュションとしては、国内法とか、租税条約、あとは国際慣習法、こういうものが密接にかかわっております。国内法のみで解決できない特殊性も、私たち当局にとって課題への対応を複雑化させていると言えます。

本日はこのような国際課税上の課題について当局として近年どのように取り組んできたか、また、国際的にはどう努力が行われているか、そういうことを中心にお話しして、併せて我が国の国際課税分野における今後の方向性についても若干お話させていただければと存じます。

2. 国際課税の基本的考え方

それでは、我が国の国際課税の基本的な3つの考え方について、お手元の**国際課税資料の1（資料編119頁）**をご覧くださいと思います。この矢印に書いてございますように、3つの基本的な考え方は、「我が国の適切な課税権の確保」「我が国経済の活性化」「国際的な二重課税の調整」です。その考え方をイメージ的に見ていただきますと、下の天秤の図にございますとおり、「我が国の適切な課税権の確保」と「我が国経済の活性化」、この両方を天秤にかけてバランスを取りながら考えなくてははいけな



い。課税権の確保とか、租税回避行為の抑止にあまり力点を置きすぎると、納税者の方の負担とか、経済取引への影響が大きくなり、経済取引を阻害して経済効率性を損ねるということになりかねないですし、片や租税回避というものも防止しなければならないということです。しかも、それを執行管轄権をまたぐような事業形態、取引形態がどんどん拡大・変化していく中で行うというので、これはまさに私たちにとってチャレンジングな任務です。

ですから、私ども国際課税分野で立法の企画立案のお手伝いをする者としてしましては、常にこの天秤を頭に置きながら国際課税制度のあり方を考えているところです。これから平成21年度税制改正、22年度改正をご説明いたしますが、このような文脈を踏まえてお聞きいただければご理解されやすいのではないかと考えております。

3. 外国子会社配当益金不算入制度

それでは、平成21年度改正に関して、最初に外国子会社配当益金不算入制度の導入について、**国際課税資料7**をご覧くださいと思います。平成21年度改正におきまして、外国子会社から親会社たる内国法人への配当に関する二重課税排除方式につきまして、画期的な改正を行いました。従来我が国の居住者、内国法人につきましては、国内源泉所得、国外源泉所得の両方、

つまり全世界所得に対して課税しつつ、国外源泉所得に関して外国に支払われた税額については、原則外国税額控除ということで、我が国で支払うべき税額の範囲内で控除することにより二重課税を排除してきました。

我が国の居住者、内国法人自身の国外所得に関して自身が外国に支払った税額につきまして、我が国で二重課税排除のために調整が行われるのが、いわゆる直接外国税額控除です。また、外国子会社からの配当につきまして、当該子会社が外国で支払った税額のうち、親会社の受取配当に対応する部分について二重課税の調整を行うのが間接外国税額控除というものです。

内国法人につきまして、全世界所得を課税の対象とする一方、二重課税排除方式としましては、基本としては外国税額控除制度、これまでどおりの制度を基本とするのですが、外国子会社からの配当に限りまして課税を免除する、要するに国外所得を免除するという制度が導入されました。つまり、間接外国税額控除制度を廃止して、内国法人である親会社の所得の計算上、外国子会社からの配当を益金として算入しない、外国子会社配当益金不算入制度を導入いたしました。

この制度改正の背景としまして、**国際課税資料7**の下方のグラフに示されている状況がありました。つまり、2001年度から2007年度におきまして、海外子会社からの受取配当フローにつきましては徐々に増えておりました。2.2倍ということなのですが、片や外国子会社の方にためられる内部留保につきましては、これを大幅に上回って26.5倍となっております。毎年、外国子会社の利益のうち、内部留保に回されるのが我が国へ還流されるよりも上回っていたという事情がございます。

外国税額控除方式につきましては、資本輸出を行う日本から見まして一定の条件が満たされれば、国内または外国といったように、我が国企業の投資先の判断につきまして、我が国の法人税が中立になるという意味で、資本輸出中立

性が保たれる。つまり、全世界所得に対する法人の実効税率というものは、国内に投資しても、海外に投資しても同じということがメリットとされているのですが、この前提はあくまでも外国子会社からの配当が每期全額還流されて、課税の繰延べが行われないことです。

しかしながら、実態を見ますとこのグラフに表れているように、相当部分が外国子会社に留保されてしまうということで、この前提が崩れてしまっていたということです。これにつきましては、全世界所得に課税する一方、間接外国税額控除方式という二重課税排除を行うシステムでは、我が国よりも法人実効税率の低い輕課税国にある子会社からの配当について、日本に配当する際に、我が国との税率の差分だけ、追加的に我が国で課税されてしまうことが一因であるという指摘がございました。

このような中、外国子会社が獲得する利益を配当の形で、必要な時期に、必要な金額を我が国に還流してもらい、それを設備投資や、研究開発、雇用等幅広く多様な分野で使っていただく。そういうことによって我が国の成長の源泉の1つにできないかという考え方が出てきました。そこで、外国子会社配当益金不算入によって、国内への還流自体の意思決定に対して税制が中立となるよう環境整備を図ったところでした。また、間接外国税額控除制度を廃止しましたので、制度が簡素化されて、納税者である内国法人にとりましては、事務負担の軽減も図られたところでした。

この制度は平成21年4月1日以後開始される事業年度において、外国子会社から受け取る配当について導入されたわけですが、統計的に見ますと21年4月から22年の3月の還流額を前年同期比で見ますと、約5,000億円増えたという統計上のデータもあります。しかし、外国子会社から内国法人へ配当として還流される額につきましては、税だけではなくいろいろな要素が影響を与えると考えられますので、税制改正による国内還流への影響というものの分析はそう

簡単ではないと思っております。その影響については、今後慎重な検証が必要であると思っております。

4. 外国子会社合算税制

(1) 外国子会社合算税制の概要

次に、外国子会社合算税制（いわゆるタックスヘイブン税制）の見直しです。国際課税資料の9をご覧くださいと思います。外国子会社合算税制は、我が国の企業が、税負担の著しく低い、これはいわゆるトリガー税率以下の外国にある子会社等を通じて国際取引を行うことによって、結果的に我が国での税負担を不当に軽減、回避することを防止する制度です。

その概要は、端的に申し上げますと、一定の要件を満たす外国子会社の所得に相当する金額について、親会社たる我が国の内国法人の所得とみなしまして、それを当該内国法人の所得に合算して課税するというものです。ただし、子会社が税負担の著しく低い外国にあるとしても、それが実体ある事業を行っているということであれば、言い換えますと、我が国の税負担を不当に軽減・回避する以外の意味で、事業に経済合理性があると考えられる場合には、その子会社の所得相当額のすべてを合算課税の対象としない、これは今回の税制改正前なのですが、そういう適用除外基準を設けております。

この合算課税につきましては、トリガー税率が、今回の税制改正前は25%以下だったのですが、これに該当し、かつ、適用除外基準に該当しない場合に、この外国子会社の所得全体、といっても親会社の持ち株比率が100%でない場合は持ち株比率に応じた所得ですが、これに相当する金額、それ自体が合算課税の対象になります。一方、トリガー税率に該当しない、もしくは該当したとしても、適用除外基準を満たす場合には全く合算されない、という意味で、外国子会社という経済主体に着目して親会社の所得に合算するか否か、要するにオール・オア・ナッシングという、そういういわゆるエンティ

ティ・アプローチ（entity approach）を採用していました。つまり、所得の種類で合算するか否かというアメリカ的なインカム・アプローチ（income approach）というものは加味しておりませんでした。

(2) 外国子会社合算税制の見直し

次に、国際課税資料10をご覧くださいと思います。外国子会社合算税制の見直しのポイントといたしましては、1.トリガー税率の引下げ、2.適用除外基準の見直し、3.資産性所得に対する課税等の3点ですが、その概要と見直しの背景をご説明したいと思います。

〔トリガー税率の引下げ〕

次の国際課税資料12をご覧ください。そもそも、この税制の適用に当たって、当初はタックスヘイブン国をリスト形式で判定しておりました。平成4年にそのリスト形式をやめまして、トリガー税率25%という判定形式に変えました。その後、我が国の企業が進出するアジア地域を含めまして、世界的に法人実効税率は低下してきております。特に、近年、アジア諸国の法人税率も下がってきておまして、中国、マレーシア、ベトナム、韓国等、日本企業がよく進出している進出先についても、国際課税資料12の一番下の方で示されていますように、25%以下となっております。

このように外国で事業を行う我が国の法人の子会社は、トリガー税率には該当してしまうのですが、実際は、中国等において実体のある活動を行っている企業も多くあります。そのため、結局は、合算課税に至らないにもかかわらず、トリガー税率に該当するかどうかというのをまず判定するための事務作業が必要ということと、該当した場合に適用除外基準を満たしていることを示すための事務作業も必要であり、企業側で申告に当たって相当の事務負担になっていたというご指摘がございました。

これを背景にいたしまして、トリガー税率につきましては25%以下から20%以下に引下げま

した。一般的な法人実効税率で見れば、中国、マレーシア、ベトナム、韓国等は、入り口からしてタックスヘイブン税制の対象から外れることになりました。ただし、この判定基準というのは、その国の一般的な実効税率ではなく、各子会社が実際にどのくらいの実効税率で負担をしているかに基づいて行われることとなります。

〔適用除外基準の見直し〕

第2に、**国際課税資料13**をご覧ください。EUをはじめとしまして地域経済圏の形成が進行する中で、日本の親会社から見て、1つの子会社が、同じ地域内の孫会社の持ち株会社として統括機能を発揮する、また、地域内で物流統括機能を発揮するというように、地域統括会社、ミニ本社として孫会社を統括する形で事業展開が行われるようになってきております。

イメージについては、この資料で描いてあるポンチ絵のとおりです。従前の適用除外基準ですと、これらの統括会社は適用除外基準を満たしていないという扱いになっておりました。しかしながら、経済の実態、企業展開の実態を踏まえまして、適用除外基準を緩和いたしました。事業の実体を伴っていると認められる統括会社、これは具体的には事業持株会社、物流統括会社の2つの類型なのですが、その所得について資産性所得を除きまして、合算課税の対象外とするようにいたしました。これにあわせて従前の人件費10%相当額を控除する措置については廃止いたしました。

〔資産性所得に対する課税等〕

最後の3点目ですが、これはかなり新しい要素なのですが、いわゆる資産性所得への課税です。**国際課税資料14**をご覧くださいと思います。ポートフォリオ株式・債券の運用による所得、使用料等につきましては、親会社から子会社への付け替えが容易であろう、租税回避のリスクも比較的高かろうという指摘がありました。このため、トリガー税率に該当する子会社の資産性所得相当額につきましては、親会社の所得として合算することになりました。つまり、

トリガー税率に該当し、かつ、適用除外基準を満たさない場合、言い換えれば、この税制上トリガー税率に該当してしまい、事業の実体があると判定されない場合は、その子会社の所得相当額はすべて合算です。トリガー税率に該当するが、適用除外基準を満たしており、つまり、事業の実体があるとされても、資産性所得相当額だけは合算対象にするということで、従来のオール・オア・ナッシングの純粋なエンティティ・アプローチを修正いたしました。所得の種類にも着目いたしまして、トリガー税率に該当する場合は、適用除外基準を満たす場合も資産性所得相当額のみは合算するという、インカム・アプローチも加味した、いわば日本型ハイブリット・システムを導入いたしました。

この3点は、要するに国外に進出する企業の事業形態の変化とか、諸外国における税負担の動向に対応いたしまして、トリガー税率を引き下げ、適用除外基準の緩和も行って、目指すところとしては、我が国の企業の国際競争力の維持を図る一方、租税回避を一層的確に防止する観点から、資産性所得については課税上の扱いを見直したというものです。

この改正は、先ほど冒頭の天秤で申し上げますと、経済の実態を踏まえまして、我が国の経済、活力の維持に配慮するとともに、租税回避のリスクに対応すべく措置を行ったという、まさに天秤のバランスを取りながら行ったものです。

5. 移転価格税制の見直し

次に、移転価格税制の見直しについてご説明いたします。**国際課税資料17**をご覧くださいと思います。企業の予見可能性の確保や、税務執行の透明性、円滑化の観点から、従来、通達で定められている内容を省令化すること等によりまして、独立企業間価格の算定上考慮すべき事項とか、価格算定文書の範囲の明確化を図りました。

具体的には、第1に、独立企業間価格の算

定・検証に当たりまして、国外関連者との間の取引価格の交渉過程等を検討する場合、特に留意すべき事項等を国税庁の通達である移転価格事務運営要領において、明確化いたしました。これについては、合弁会社（これは内資と外資50%、50%の場合も含みますが）についての独立企業間価格を検証する場合、特に配慮すべき点について、移転価格事務運営要領、要するに通達に盛り込まれたところ です。

第2に、移転価格調査における納税者の協力が得られない場合に推定課税を行える規定が租税特別措置法の第66条の4第6項にあるのですが、独立企業間価格を算定するために必要と認められる書類等として、調査時に提出または提示が求められているものについて、従来、国税庁の通達で規定しておりましたが、これを省令で明確に位置付けることにいたしました。

(1) 移転価格税制における価格算定文書の範囲

具体的な中身は、国際課税資料19です。左の移転価格事務運営指針、これが従前の通達です。右側が今度明確化することになった省令です。左右で若干文言の違いはございますが、求められる趣旨の中身に相違はないと考えていただいで結構です。こういう形で明確化を図りました。

(2) 非居住者・外国法人に対する公社債の利子に係る課税

その次に、国際課税資料21をご覧くださいと思います。これは非居住者等が受ける振替社債等の利子等の非課税措置に係る改正です。振替社債等というのは、電子化されて証券保管振替機構での振替制度の対象となる公社債等です。

海外投資家から我が国金融資本市場への投資の促進を図って、我が国の市場活性化のために租税特別措置が取られたということです。そのポイントといたしましては、シャドーのかかった改正事項の3点です。

我が国の国債、地方債は、現在国内でしか発

行されておられません。この利子は、内国法人、居住者（国内投資家）向けについては課税されておりますが、海外投資家に対して支払われる利子については既に非課税措置が設けられております。国内で発行される社債については、国内外投資家に対する利子について課税されておりますが、国外で発行される社債（民間国外債）については、海外投資家が買うことが前提となっていますが、その海外投資家に支払われる利子について、時限付きで非課税となっております。今度の22年度改正では、第1に、国内で発行される社債等につきまして、海外投資家に対する利子については、非課税制度が3年の時限措置で新たに設けられることとなりました。

第2に、公社債等についての非課税適用手続きについて簡素化を図りました。

第3に、民間国外債の利子非課税制度につきましては、従来適用期限があったものを撤廃して、恒久化いたしました。

(3) 情報交換についての国内法整備

次に国際課税資料23です。海外当局との情報交換についての国内法整備を図らせていただきました。税務当局間の情報交換については、第2セッションでより焦点を当ててご説明させていただきたいのですが、ここでは22年度改正の中身のみご説明させていただきたいと思います。

税務当局間の情報交換の重要性に鑑みまして、近年、各国で情報交換を行う前提として租税条約や当局間の取極といった国際約束を積極的に締結する動きが加速化しております。我が国でもこのような流れを受けまして、租税条約、また、それに加えて行政取極の締結によりまして、情報交換ネットワークを迅速に拡充するとともに、より効率的、円滑に情報交換を実施するために、国内法を整備いたしました。

そのポイントといたしましては、資料の中央にある【改正事項】ですが、第1に、条約だけではなく、行政当局間の合意、取極により情報を交換できるようにしました。第2に、情報提

供が行われる場合の条件を明確化したということによって、情報交換ネットワークの拡充の確保が図られるとともに、情報交換の実務の円滑化も図られることになりました。

6. OECD 移転価格ガイドラインの改訂

次に OECD の移転価格ガイドラインの改訂についてご説明したいと思います。その内容については**国際課税資料25、26**をご覧くださいと思います。この改訂につきましては、本年の7月に同理事会で了承されました。

第1に、独立企業間価格の算定方式の適用順位の見直しです。従前の移転価格ガイドラインでは、移転価格算定方式の位置付けとしまして、いわゆる利益法は、伝統的な算定方法である基本三法に劣後するものと位置付けられておりました、あくまでも基本三法が利用できない場合に限ってラストリゾートとして使えると位置付けていました。しかし、無形資産に係る取引のウェートの高まりとか、基本三法を適用する際の公表データの入手可能性の限界等を背景といたしまして、実務上、利益法適用の必要性が高まる中で、今回の見直しではこういうヒエラルキーと申しますか、適用の優先順位を廃止いたしまして、事案の状況に応じた最適な算定方法を選択することとしまして、その選択プロセスで考慮する点として、4つの点を新たに盛り込むこととなりました。

第2に、比較可能性分析についても明確化することといたしまして、要は納税者側の負担にも考慮しつつ、必要な検証と情報についての傾向、ガイダンスが示されました。

第3に、レンジについては比較可能性を高めることによって、レンジが適切に使用されるよう、その使用についての指針が追加されました。なるべく異常値については外すなどの内容でございます。

第4に、事業再編につきまして企業グループ内における機能、資産、リスクの再配分自体を、

移転価格税制の対象となる取引として観念することとなりました。つまり、企業内グループにおいて、機能、資産、リスク、こういうものの国境を越えた移転を伴いつつ事業再編が行われておりますが、そのような移転については、取引が行われたものと観念いたしまして、その対価が独立企業間価格であるのかないのかという検証が行われるということです。

この移転価格ガイドラインの見直しを踏まえて、我が国としても必要な法制面での手当てにつきまして、今後、税制調査会で検討が行われていくことと存じますし、それを踏まえて国税庁におかれても運営指針等の必要な見直しを図られていくことになるかと思います。

7. 恒久的施設（PE）の帰属所得に関する検討

次に、**国際課税資料の27**をご覧ください。これにつきましては細かく申し上げますが、PEの帰属所得の計算につきまして、本年7月、独立企業間原則を厳格に適用する、OECDで承認されたアプローチ、いわゆる AOA（Authorized OECD Approach）を反映した OECD モデル条約の改定が承認されました。これを踏まえて我が国としてどのような対応が必要であるかといった点については、今後の検討課題と承知しております。

8. 今後の国際租税政策の方向性

今後の国際租税政策の方向性ですが、これにつきましては**国際課税資料24**をご覧くださいと思います。これは、政府に置かれました税制調査会で昨年末にまとめられました平成22年度税制改正大綱です。その第3章「改革の方向性」というところを書いてあるのですが、大きく言って2つあるかと存じます。

1つ目としては適切な課税・徴収の確保の観点からクロスボーダーで活動を行う者の適切な課税の確保や、国外資産等に係る情報の的確な把握、企業活動活性化のための税務執行に係る



ルールの明確化、適正化を図るための具体的な策を検討することです。

2つ目としては、租税条約については国際課税を巡る状況等を勘案しつつ、ネットワークの迅速な拡充に努めるということです。この国際課税につきましては、本年6月に閣議決定されました新成長戦略の行程表の中にも、国際課税上の措置というものが幾つか盛り込まれておりまして、経済成長等の視点を踏まえながら国際課税の問題を考えていくこととなると存じます。

9. 国際課税小委員会

最後に、国際課税小委員会、これは政府税制調査会に設置された小委員会ですが、その直近の動きについて簡単にご紹介申し上げます。現在、税制調査会に神野東京大学名誉教授を委員長といたします専門家委員会が置かれておりまして、その下に国際連帯税を含む国際課税の分野に関する諸課題に係る、理論的、学術的な側面について検討を行うために、中里東京大学教授を座長といたしまして、8名の有識者からなる国際課税小委員会が設けられております。去る9月6日に第1回会合が開催されております。

この委員会では、第一に、国際連帯税を巡る国際的な動向の整理等を行うとともに、第二に、企業活動の国際化等を踏まえた国際課税のあり方、国際的租税回避の防止に向けた今後の課題について議論を行っていただくこととなっております。

ります。まだ検討を開始されたばかりですので、その詳細をご紹介することはできませんが、今秋を目途に一定の取りまとめを行っていただく方向と承知しております。以上です。

(渡辺) 横山さん、どうもありがとうございます。限られた時間の中で、過去の改正について、てんびんのバランスを取りながらやっているのだというお話、それから、それぞれの改正について、どういう考え方の基にこれを行ったのかということを要領良くご説明いただきまして、誠にありがとうございました。

それでは、ただ今のご説明等について、パネリストの皆さんからご質問、ご意見を頂戴したいと存じます。今村さん、青山さん、福島さんの順でお願いいたします。それではまず、今村さん、お願いいたします。

Ⅱ. 税制改正と国際課税ルールの動向についての意見、質問

〔外国子会社合算税制の資産性所得〕

(今村) わかりやすいご説明をどうもありがとうございました。私の方から何点かご質問したいのですが、まず外国子会社の配当益金不算入につきましては、これはかなり議論されていきますので省略します。

次の外国子会社合算税制の見直しにつきまして、特に資産性所得に対する合算課税という点が非常に興味深いので、この点についてご質問させていただきたいのです。本日の午前中（東京大会第2日報告1）の中里先生のお話にもありましたが、タックスヘイブン税制の規定は、個別否認規定なわけで、適用除外要件とかいろいろ設けていますが、中里先生が形式基準ではないのかというご批判をされていました。しかしながら、最近出ましたグラクソ事件の最高裁判平成21年10月29日判決は、日本のタックスヘイブン税制につきまして、実質的に合理的かどうか、そこまで審査しているのです。それで適用

除外要件が合理的だということと、もう1つは、タックスヘイブン税制を適用したときに外税控除を認めていることの2点で合理性があるということで適法だとしております。形式基準というだけでは駄目で、中身の合理性も問題になると私も思っております。そういう観点で見たときに、今回の改正は、非常に私としては賛成でありまして、統括子会社については経済合理性があるということでタックスヘイブン税制から外し、一方で資産性所得については、実体基準や所在地国基準を満たしても合算するということで、より租税回避の否認の趣旨が明確になって、合理性がより高まったと思っております。そういうことを前提に質問したいわけです。

ご報告の国際課税資料14（資料編132頁）を見ていただきますと、私が質問したい点は、資産性所得の合算課税の場合の具体的な要件として、どういう資産性所得かということで、例えば保有割合10%未満の株式等の配当にかかる所得とか、債券の利子とか、いろいろ書いてありますが、これと従来からあった事業基準、いわゆる持ち株基準と比較した場合に、大体挙げられている項目はほぼ同じだと思うのですが、ただ、資産性所得の場合には少し限定されています。例えば株式につきましても取引所または店頭における株式等の譲渡に限るとか、こういう限定が付いているわけです。租税回避の否認規定という趣旨からすると、持ち株基準については外国に子会社を設けてやる合理性がないではないかということで、持ち株基準で適用されるということになっていると思うのです。その考え方を徹底すれば資産性所得の場合も同じ基準でいいのではないかという疑問が生じるのです。そこをまずお聞きしたいというのが1つです。

〔OECD 移転価格ガイドラインの 最適方法の考え方〕

次に2点目です。移転価格の関係で、税制の見直しで文書化の問題は当然だと思いますが、興味があるのはOECD 移転価格ガイドラインが出されたことに伴いまして、今後どうなっ

いくのか。いわゆる基本三法中心の方法ではなくして、すべての方法が対等になってしまうわけです。そういう場合に今後どうなっていくのだろうかということでお聞きしたいわけです。

OECD 移転価格ガイドラインで何が最適かということで、国際課税資料26の1番目の○のところで、基本三法が中心だというのは廃止するとした上に、「さらに選択プロセスにおける考慮すべき点として、イ、各方法の長短所、ロ、取引の性質、機能分析を踏まえた方法の適切さ、ハ、情報の入手可能性、ニ、比較可能性の程度の4つを挙げていて、これを考慮して何が最適かを考慮するのがOECD 移転価格ガイドラインの立場のようです。非常に抽象的な考慮要素なので、今後、我が国にもこういう最適方法のルールを導入することになろうかと思いますが、今度どう考えていけばいいのか、そこらあたりを教えていただければと思います。

〔移転価格税制の立法化〕

あともう1つは、移転価格税制について我が国で裁判例が4つほどありますが、やはり基本三法あるいは「基本三法に準ずる方法」についても、課税要件や立証責任が非常に問題となっているわけです。ここあたりも今後の問題としてぜひ何か立法化しないと、今日の中里先生のお話で、司法が積極的にやっていくべきだというお話もありましたが、さすがに事実上の推定だけでは非常に難しく、何らかの立証責任等についての立法化が必要ではないのかというのが私の意見なのです。その点どのようにお考えかというのが小さな2つ目です。

〔事業再編における立法化〕

最後が移転価格の関係でもう1つ問題が、同じく国際課税資料26の一番下に書かれております事業再編も移転価格の対象にすることです。例えばこれまで親会社と子会社間でバイ・セルで取引引きしていたのを事業再編して問屋形式に契約を変えたとき、我が国で移転価格税制を適用する場合には契約の引き直し、問屋形式の実質は、元どおりの売買ではないのか



という引き直しも必要な場合があるかと思うのです。そこあたり、我が国に事業再編についての移転価格税制を適用するに当たって、契約の引き直しの立法化が必要だと思えるのかどうか、以上お聞きしたいと思います。

(渡辺) 今村さん、どうもありがとうございました。

それでは次に、青山さん、よろしくお願いします。

〔今後の税制改正〕

(青山) それでは、私の方からも横山さんのご説明された税制改正と国際課税ルールの全体の動向の総論の部分についての質問と、それから、後半部分で個別の問題として、移転価格にかかる質問に分けて申し上げたいと思います。

最近の税制改正についての詳しいご説明の中で、特に我が国の適切な課税権の確保というものと、経済交流の活性化が必要であるという2本立てでのご説明は、非常にわかりやすく承りました。現に21年、22年改正というものがそのラインで行われてきて、特に外国子会社合算税制において日本型ハイブリットというご説明をされましたが、エンティティベースだけではなく、仮に適用除外基準を満たしていても投資所得については対象にするのだということで、租税回避に対する備えもきちんとされたところ

は、非常に前向きな方向での進展ではないかと考えております。

私が1つ総論のところでお伺いしたいのは、併せて移転価格も改正しました、ポートフォリオ所得についての投資の自由化についての改正もしましたというご説明でしたが、外国子会社の配当といわゆる外国子会社合算税制についてはこれで一段落だと思いますが、移転価格についてはまさにOECDで新ガイドラインが出ましたので、まだこれからの国内法改正というのがより重要になってくるのではなからうかと思っています。

もう1つ、見落としてはいけないと思っておりますのが、21年、22年の改正は主として我が国からのアウトバウンドの経済活動に対する課税の適正化という観点での改正だったと思います。もちろん21年、22年の改正がインバウンドの投資、ここでインバウンドと申し上げているのはポートフォリオではなくて、むしろ我が国で本格的な事業活動を展開しようとする外資系企業を対象として、より使いやすい税制のインフラになるのかどうかという観点での日本の税制の見直しということです。確かに少子高齢化で日本のマーケットが縮小して外に出ていく投資について、税制を整備しなければいけない必要性がより高いのはわかりますが、もう1つ、やはり日本の中における経済活動を活性化するという意味では、インバウンドの投資に対する税制を充実することも重要だと思います。そういう観点では、実は21年の外国子会社配当非課税制度というのは、日本にいわゆる地域拠点を設ける多国籍企業、日本に例えば持株会社の機能を果たす法人を設立して、アジアで事業を展開したいという企業にとっても大変魅力のある制度だったと思います。そういった意味のPRというものはあまり今までされてこなかったのではないかと思います。

そういったことで考えますと、ポートフォリオ投資だけではなくて、実物投資を日本に呼び込むための税制改正という位置付けで、今後さ

らに主税局として何かお考えの税制改正がおありであれば教えていただければと思っています。その際には、恐らく日本で事業をやるための投資となりますと、日本での例えば事業体課税のあり方、たとえば、パススルーシステムが認められる事業体を更に拡充すべきかどうかといったことも含めて、事業体課税の整備の問題にも及んでくると思いますので、このあたりについてのお考えを伺えればというのが1点目です。

〔OECD 移転価格ガイドラインと立法面、行政面の対応〕

2点目の移転価格のところは、これはもう今村さんの方からもかなりコメントがございましたが、やはり OECD のガイドラインの下で、一番大きいのは最適手法ルールだと考えておりますし、その最適手法ルールに基づく国内法の改正が必要であると考えます。今までも移転価格税制は法令が担当する部分と、それからいわゆる事務運営指針等の通達でもって具体的な執行方針を明らかにしていく部分との役割分担が、これは我が国だけではなくて、国際法的にも例えば OECD のガイドラインというものがものすごく解釈指針として意味を持っていたことを見ましても、役割分担ができています。今回の新ガイドラインの改訂を受けて国内法上どのような法令面、通達面での改正が行われるのかについて、概要の方針がございましたらお聞かせいただきたいというのが1点です。

それからもう1つ、これは最適手法原則を採用することになってきますと、一見しますとまず納税者が申告しますので、納税者のイニシアチブがより高まったということになろうかと思われます。先ほどの今村さんの質問にもございましたように、何が最適なのかについて明確なガイダンスがないと、当然のことながら納税者側と当局側からのこれが最善だということについての主張が交錯して、緊張感が高まることが予測されます。そういったことで申し上げますと、当局にとっても最適手法の立証をめぐる、いわゆるコンプライアンスコストというものが

高くなってくるわけです。そうしますと現在の基本三法、そして、それ以外の法というヒエラルキーが付いている下でも、いわゆる第三者取引の調査権限やシークレットコンパラブルの問題については、かなり議論を呼んで参りました。もしヒエラルキーがなくなって、本当に最適手法の原則が適用されることとなったときに、今申し上げたような調査権限、あるいはシークレットコンパラブルの活用というものが、またより緊張感を持って受け止められるのではないかと思います。このようなところについては、立法面だけではなく執行にもかかわる問題なので、横山さんのみでお答えいただける質問ではないかもしれませんが、立法面・行政面でどのような対応が考えられるのかに関して、納税者の予測可能性や制度の透明性を高める観点も踏まえてお答えいただければと思います。以上です。

（渡辺） 青山さん、どうもありがとうございます。

それでは、福島さん、よろしく願いいたします。

〔移転価格税制の見直しの影響と移転価格ガイドラインの改定に伴う動向〕

（福島） 私からは、実務家の視点でコメントを述べさせて頂き、ご質問をするという形で進めさせていただきます。4点ほどありまして、はじめの2つが今回の税制改正に伴っての文書化に向けて企業の方々が実務上どのように動きは始めているかに関することです。後の2つが、OECD 移転価格ガイドラインの改訂に関連して実務面での危惧を持っていること等を含めてご質問をさせていただければと思います。

税制改正に伴う、企業の動きといたしましては、何らかの形でやはり調査対応として文書を作っていく、文書をそろえていこうとされ、準備に入っている段階です。必ずしも海外で作成済みのドキュメンテーションを本社に集めて対



応をするということばかりではありません。具体的には今まではグローバルで一定のポリシーに基づいて、海外の各グループ会社がドキュメンテーションを作っているという状況でないケースがやはり散見され、本社主導の対応が不可欠との認識を持ちはじめられています。海外で作成済みのドキュメンテーションは本社の移転価格の考え方を反映することはもちろんですが、ドキュメンテーションを義務化されている国での税務対応ということがどうしても主になり、移転価格の算定方法、取引の切り出しの仕方等についても現地対応という傾向にあったところでした。今回の税制改正により、本社の方で統一的な移転価格のポリシーに基づいてモジュールを作り、いわゆる文書化のひな型を作り、そのひな型の中に例えば販売会社のひな型、製造会社のひな型、研究開発のひな型、そして、将来的にはそういったひな型を基に海外での文書化を作るのが合理的なのではないかという流れがやはり出てきております。しかし、既に海外で多数のドキュメンテーションを作成されている企業もたくさんありまして、そういったところでの整合性という観点で我われ今かなりチャレンジを感じているところです。

そういう中の論点のひとつは移転価格算定方法です。日本は基本三法優先ということですが、海外でも同じような優先順位かと言いますと、必ずしもそういうところがない

ところもあります。今年、改正された OECD 移転価格のガイドラインにあります最適法 (best method、most appropriate method) を使いなさいという国も多くあります。今回、OECD 移転価格ガイドラインの改正で、基本三法の優先順位を高める方向でない方向が出ているということであれば、できればそういった方向で国内法の見直しについても検討いただけるのが望ましいと思っております。この点について検討状況の情報をもし共有いただければ、伺わせていただきたいと思います。

〔税制改正と50%未満の出資関連企業の整合性〕

第2点といたしましては、50%未満の出資関連企業においても移転価格上、問題になり得るような実質的な支配があるのかについては、いろいろな観点から事実関係を確認した上で調査のときに検討しなさいという形になっております。文書化を作成する、もしくは日本で文書化を作成する際に、そういったいわゆる合併、もしくは一部出資の会社をどう見るのか、いわゆるコントロールしているか考えるのか、していないか考えるのかというところの基準をかなり明確にしていく必要が出てくるかと思えます。しかも、海外では日本と同じような国外関連者基準ではなく、国によっては20%台の持分割合で国外関連者の基準を切っているところもありますし、そういったところとの整合性について、何か今回の改正に伴っていろいろご検討をいただいていたのであれば、お話しいただければと思っております。

この点、重要性が高いと感じておりますのは、日本の主たる自動車メーカー、電機メーカー、いわゆる一般のメーカー企業では最近やはりジョイントベンチャー、いわゆる合併形態での事業が非常に増えていることがあります。電気自動車の技術とか、カーナビ等で共同で事業をはじめるとか、従来は国内で販売ルートを多く確保されていて、海外の販路がそれほど重要性が

高まっていなかった企業においては、海外の企業を一部買収することによって海外の新規市場での販路を広げていこうという流れが出ております。そのようなケースでは、必ずしも100%でない、もしくは50%の持ち分さえも持たない会社に投資されるところも今後増えてくる、円高もありますのでさらにそういう傾向が出てきていると思います。こういったところで国外関連者の定義についてお話を伺わせていただければと思っております。

〔移転価格ガイドラインとインバウンド投資〕

残りの2つは、OECDの移転価格ガイドラインの件についてになります。まず1点目がやはり事業再編についての動きが非常に気になっております。我われは、先ほど青山さんもおっしゃっておられたインバウンドとアウトバウンドの両方をいろいろお手伝いをさせていただいておりますが、日本企業が海外に出て、海外である国からある国へ機能を移してリスクを移すとか、事業再編をする状況は頻繁に起きております。いわゆる事業のシンプル化、コスト削減を考えての事業再編、リスクの集中化、シェアードサービスの会社をつくったりとか、いろいろなことが起きております。

今度逆を言えば、日本に來ているインバウンドの企業は、グローバルなコストセービングの観点から、いろいろなサービス、もしくは機能・リスクを日本から一部海外に移さざるを得ないというような状況も出ております。そういったところで両方のケースでの事前確認申請も出ていると思います。今年夏にOECD移転価格ガイドラインの9章が出まして、国内法制度の整備もありますが、今後やはり国同士が協調していただかないと企業活動に影響するということです。危惧しておりますのが、ビジネス上の必要性で組織再編を行った時の課税に関する不確実性が高まることに不安を感じているところがあります。

〔Global Formulary Apportionment について〕

最後に、今回のガイドラインの中に「Global

Formulary Apportionment」という、全世界的定式配分と訳されている考え方についてのコメントが書かれています。これはカリフォルニア州のユニタリータックスというのをもしご存じであれば概念が簡単におわかりいただけたと思うのですが、要するに全世界で所得を幾ら稼いでいるかの課税所得の総額を計算し、各国への配分の基準を決めて、その基準に基づいて各国で分ければいいではないかとする考え方です。要するに稼いでいるものに色づけはできないのだから、合理的に按分され二重課税にならないければどこで課税されてもいいのではないかという根本的な企業としての考え方が根本にあります。特に今回のガイドラインではこの考え方に批判的、後ろ向きな意見が出ております。

従前はアメリカは全世界的定式配分の考え方に対して批判的な意見を述べていたと記憶しているのですが、最近米国の連邦下院の歳入委員会で公聴会があり、アメリカからかなり無形資産が国外に出ていたり、R&Dのアクティビティが国外に出ていくところも反映し、一部にはそういった意見をサポートするような学識経験者からの意見が出て、税務当局の意見は、以前より多少あいまいな表現になってきているように感じられるようにも聞いております。

こちら辺について、何か日本の方でも今回のガイドラインの件がありますので、ご検討いただいているようであればお話を伺わせていただければというのが、私の4点目になります。以上です。

（渡辺） 福島さん、どうもありがとうございます。ありがとうございました。

それでは、今のお三方のご意見、ご質問につきまして、横山さんの方からどうぞ発言ください。

〔外国子会社合算税制の特定事業と資産性所得〕

（横山） ありがとうございます。先生方から

誠にごもっともなご質問をどうもありがとうございます。先生方のご質問の中で若干重複するものは併せてお答えさせていただきたいと思えます。

第1点目は今村先生の外国子会社合算税制の見直しに関連しまして、適用除外基準の判定上の特定事業の範囲と、資産性所得の種類として特定所得を生じる事業、この定義との間で、若干カバレッジが違うのではないのか、後者の方が狭いのではないのかというご指摘をいただきました。

これは誠にそのとおりでして、最初の方の特定事業の範囲というのは、基本的には課税上の理由だけで、そのほかの経済合理性がなくても、日本から海外へ行き得るだろうという観点から、主たる事業が移動しやすいし、かつ、そういうものが主であれば、これはエンティティとしてやはり合算課税の対象にすべきではないかという哲学で設けられたものです。

片や後者の方は、要するに資産性所得というもので、例えば主たる事業は先ほど申しました適用除外基準でいえば、実体があると認められるのだけれども、少なくともここは非常に付け替えが容易なので、事業実体があったとしても、ここだけは合算されますというところなのです。より後者の方が限定的になるというのは、そういう目的に照らしてという整理だと思います。

あと、先ほど先生がおっしゃられたように、例えば上場株式等に限るとか、そういう限定を付けていますのは、やはりこれは納税者の方のコンプライアンスコストからしても、当局からしても、後でいろいろ検証するときに非上場株とかそういうものまで含めるというのは、結構大変です。それを親会社とか子会社の方で情報を収集して申告するのは非常に大変だとか、そういうことを総合的に勘案してこういう相違が生じたものです。

〔OECD 移転価格ガイドラインの最適法について〕

2番目の OECD 移転価格ガイドラインの改

訂による最適法の導入につきまして、いろいろご指摘が先生方からございました。このガイドラインを作るに当たっては、我が国当局もきちんと OECD の議論に関与していますし、また、産業界等のご意見も踏まえてやってきているので、中身については私ども十分にインボルブされております。しかし、この改訂は、本年7月にまだ採択されたばかりでして、具体的にこれをどう実施していくかにつきましては、どこまでを国内法等で手当しなければいけないか、どこからどこまでを国税庁の例えば通達等で行うかについては、まさに私ども走りながら考えているところです。

この改訂については、関係省庁からもこれに関連した税制改正要望も出ておりますから、今後の税調で扱われることになると思います。先ほど申しましたが、国際課税資料24（資料編142頁）にあります、今後の国際課税の「改革の方向性」という中で、執行ルールの明確化というものが求められています。そういう観点からどういう基準をもって最適とすることについては、先ほどご指摘もありましたが、事案の状況に応じて最も適切な方法という4つの柱がガイドラインにございます。4つの柱については、同ガイドラインでも相当詳細に書いていますが、それでもまだ不明確な部分があり得るとすれば、それはいろいろ産業界のご意見なども踏まえつつ、執行ルールを整備していく、また、各国の経験も踏まえて、その後、適切に見直していく努力を通じてルールの具体化・明確化が図られていくのではないかと、そのように思っております。

〔移転価格税制における事業再編の扱いについて〕

次の移転価格税制における事業再編の扱いについてですが、これについての法的な問題点とか、これをどう法律に引き直すのかとか、これをどういう執行ルールでやるかについて、まさにこれから検討しなくてはいけないところだと思います。その中で、例えば今村先生方のご指

摘になったように、契約の引き直しについてどう考えるのか、そういうところも当然論点になると思います。そういうことを踏まえながら検討させていただくことになります。最適法の話に戻りますが、立証責任の話は非常に重要な論点だと思います。こういう論点も踏まえながら検討させていただくということであろうかと思えます。

〔移転価格ガイドラインの明確化について〕

移転価格ガイドラインの関係で、福島先生がおっしゃった文書化の件ですが、これは各国で区々になっているところがございます。各国当局は、自国の法制に基づいて行うので、どうしても区々になるところはあると思うのです。これにつきましては、基本的には各国で定められた義務に従っていただかなければいけないのは当然なのですが、いろいろ執行を行っていく上で、また問題点があればガイドラインの明確化ということが図られていくのかもしれない。

〔税制改正と50%未満の出資関連企業の整合性〕

もう1点、福島先生からご質問があった持ち分について、50%未満のものが増えているとか、そういうことでいろいろご指摘がございました。日本の移転価格税制というのは基本的に、形式基準として、持ち分50%以上のものを移転価格の検証の対象としておりますが、実質基準もあります。私の認識といたしましては、基本的に形式基準というのは非常に重要でして、例えば50%、50%の場合を含む共同出資のケースにつきましては、22年度改正において、国税庁の執行ルール、要するに通達で、一般論ですが、独立企業間価格の算定上、特に考慮すべき事項を明確化するという見直しが行われたところです。

なお、50%未満の場合はどうなるのかについては、そういうご指摘の問題ももちろんあるというのは認識しつつ、今後どういう問題があるかについていろいろ考え、必要なものについては対応していくということなのだと思います。

〔Global Formulary Apportionment について〕

Global Formulary Apportionment についての OECD の議論ですが、これにつきましては、OECD の方でもやはり移転価格ガイドラインの見直しにおいて議論になっております。これは、独立企業原則というのは、基本的に先進国に有利な移転価格の決め方のルールである、むしろ Global Formulary Apportionment 方式で、一定の部分は途上国が取れるようにした方がいい、途上国の執行能力を超えている、というご批判も途上国等からございます。その中で、独立企業原則についても一応検討を行いまして、以前から Global Formulary Apportionment につきましては否定されているわけですが、今度のガイドラインでは、あらためて否定することを確認したということで、これは直さないこととなったと承知しております。

ただ、アメリカにおいて、またこういう Global Formulary Apportionment の議論が出てきているというのは、似たようなところはあるかもしれないのですが、やや途上国とは違った側面もございまして、無形資産が諸外国にアメリカから出ていく中で、ALP（独立企業原則）でやるよりも、Global Formulary Apportionment で一定部分はやはりアメリカの所得として落とす方式の方がやりやすいのではないかと、恐らくそういう観点からこういう議論が出ているのではないかと思います。ただし、米議会公聴会におきましても、アメリカの当局側の方がおっしゃっているのは、やはり OECD のスタンダードは ALP であり、OECD 加盟国といった先進国においては ALP でやるのだから、アメリカだけが Global Formulary Apportionment ということになれば、二重課税が生じ得るということで、ALP でいくべきだということです。いずれにせよ、OECD としては、ALP を、今回の改訂作業の中で再確認したという状況です。

〔移転価格ガイドラインとインバウンド投資〕

最後の青山先生のインバウンド投資に向けた税制改正について、いろいろご指摘がございま

した。私どもとして当然アウトバウンドだけではなくて、インバウンドの投資促進についてもいろいろ考えていかななくてはいけない。それはすべからく税で行われるべきことではないのですが、そういう視点も踏まえながら、今後いろいろ税制について考えていかななくてはいけないのかと存じております。

国際課税の分野につきましては、これまでも租税条約のネットワークの拡充とか、22年度改正で対応したところもありますし、また、本年6月には新成長戦略で、日本に立地する企業の国際競争力と外資系企業の立地促進が挙げられていて、法人実効税率について、課税ベースの拡大も前提なのですが、見直しを行うことも視野に入っております。いずれにしろ青山先生のご指摘も非常に重要だと思います。そういうことを念頭に置きながら私どもも企画立案のお手伝いをさせていただきたいと思っております。

(渡辺) 横山さん、どうもありがとうございます。

それでは今の横山さんのご発言、ご説明に代わしまして、さらに追加的に何かご発言をなさりたい方がいらっしゃいましたらどうぞ。

〔移転価格評価法におけるレンジについて〕

(青山) では1点だけ、今の議論で出ていなかったところで、移転価格のガイドラインの中ではレンジについての議論もかなり前のバージョンに比べると詳しくなりました。これはそもそも比較対象取引に関してコレクティブなコンパブルというのがない場合があって、それについて統計的な手法も含めてどう対応するのかという形で具体的なコメントが増えたと思います。レンジについてまずご検討する予定の対象の項目の1つになるのかどうか、次に、仮に国内法で検討するとすればどういった点が問題になるか、このあたりについて教えていただければと思います。

(横山) ここのレンジの部分につきましてどう対応するかというのは、基本的には今後議論していくことになるので確たることは申し上げられないのですが、OECD ガイドラインにおいて、より詳細なというか、実践的な指針というものが示されておりますので、これは当然当局の方でも、産業界の方でも検討されていると思います。

具体的にどう対応するかにつきましては、我が国における運用の実態というのも見つ、当然に予見可能性とか、透明性の確保というものは必要ですので、産業界や関係する省庁から、いろいろご意見も伺いながら考えていきたいと存じております。

(渡辺) それではこの辺で第1部を終わりにしたいと思っております。これまでの改正もさることながら、今年7月に承認されましたOECD 移転価格ガイドラインの改訂、これについては今後、我が国の移転価格税制にも非常に大きな影響を与えることになるだろうと思っております。どういう法制度になるのか、あるいはどういう執行になるのか、皆様とともに注目してまいりたいと存じます。

移転価格ガイドラインにつきましては、租研の方からガイドラインの改訂案についての本が出版されておりますし、「租税研究」には宮武先生のご講演の内容が載っております。第9章の事業再編については、まだ日本語版がディスカッションドラフト部分しか出ておりませんが、そういうものも参考にいただければと存じます。

それでは、第2部の方に入らせていただきます。「租税条約ネットワークの拡充」ということにつきまして、最近の国際的な情報交換をめぐる議論、あるいは条約の拡充、改訂、あるいは仲裁の話、その辺をまず横山さんからご説明をいただきたいと存じます。よろしくお願いいたします。

Ⅲ. 租税条約ネットワークの拡充

1. 租税回避を巡る国際的な議論の動向

(横山) ありがとうございます。ご説明申し上げます。お手元の国際課税資料29(資料編147頁)をご覧ください。国際課税におきまして、言うまでもなく税務当局間の情報交換が租税の回避や脱税を防止するインフラとして重要な役割を持っております。この情報交換につきましては、二国間の租税条約等や多国間徴収共助条約、こういったものに基づいて各国の税務当局間で行われております。なお、多国間徴収共助条約については本日はご説明いたしません、日本はまだ徴収共助の面でいろいろ論点がございます。未加盟でして、今後検討が必要だと思っております。

近年、情報交換の分野で大きな進展がございますので、まずその進捗状況についてご報告をさせていただきたいと思います。2008年の秋以降、いわゆるサブプライム問題に端を発して、世界的に金融資本市場が動揺、混乱し、また、危機になったという中で、金融システムの安定化の観点から、いわゆるタックスヘイブンへの不透明な資金の流れが国際的に問題視されるようになりました。これを背景として、昨年4月のG20ロンドンサミットを契機に、国際基準に則り、税務当局間で納税者に関する情報交換を行うことについて、従来いわゆるタックスヘイブンといわれてきた国や地域を含めて、各国・地域が国際基準にコミットする動きが加速しております。

(1) G20ロンドンサミットのメッセージ

G20ロンドンサミット首脳宣言でいわれていることをかいつまんで申し上げますと、すべての国・地域に国際基準の遵守を求めまして、これに非協力的な国・地域に対して制裁を行う用

意があるという、かなり強烈なメッセージです。この国際基準とは、当局間の情報交換に関するOECDの基準でして、2005年に改訂されたOECDモデル租税条約第26条に示されているものです。その具体的な規定については、国際課税資料32にございます。

その改訂のポイントといたしましては、国際課税資料29の中央の(注)のところに書いてございますが、金融機関が所有する情報を交換する、いわゆる銀行機密を理由に情報交換を行わないことは否定される。また、自国の課税利益がなくても情報を入手し交換をするというものです。これについて、日本は全く問題はありません。

(2) ピア・レビュー

また、これらの国際的な議論の流れを受けまして、透明性及び情報交換に関するグローバル・フォーラムにおきまして、OECD加盟国や、いわゆるタックスヘイブンといわれる国・地域をはじめとしまして、90カ国強の国・地域が参加して、税に関する透明性、情報交換について、各参加国・地域が法制度の整備状況や実施状況の両面にわたりお互いに審査をし合う「ピア・レビュー」を行うこととなっています。ピアというのは同僚といったような意味でして、要するに対等な立場でお互いがお互いを審査し合うということになっております。

(3) 国際基準の遵守状況

このような国際基準の遵守に非協力的な国・地域に対する国際的な目は益々厳しくなってきたことを受けまして、以前はタックスヘイブンといわれていた国・地域も、姿勢としては国際基準にコミットする方向になっております。

具体的には国際課税資料38を見ていただきたいと思います。これは英語で誠に恐縮なのですが、ごく簡単にご説明します。これはOECD事務局がその時点で利用可能な情報に基づきまして、自身の責任で作ったものです。左側の表

が2009年の4月現在、右側が2010年の9月現在です。どちらの表につきましても3段表で上段、中段、下段となっております。一番上の段が、国際基準を実質的に遵守している国・地域、中央の欄が、遵守についてコミットしているけれども、実質的には実施していない国・地域。一番下が、そもそも遵守していないし、コミットすらしていない国・地域となっております。

左右の表の同じ欄を比較しますと、左の表の一番下のボトムのコミットしていない国・地域というのは、右の表の中央や一番上の方に上方遷移しております。また、左の表の中央にある、コミットはしているのだけれども、実質的には実施していない国・地域も、右の表を見ると、相当数が一番上の欄へと上方遷移しております。つまり、遵守状況につきましても相当進捗が見られることがわかります。要するにこの表を見る限りは、公然と国際基準にコミットしていないという国はないことになります。

具体的なデータで申し上げますと、昨年4月のロンドンサミット以降、本年6月下旬までに署名された情報交換協定数は、世界で500近く増加したといわれております。これは国際的な動向を踏まえた大きな進捗であると考えております。

ただし、先ほどのOECDの遵守状況の表から見られますように、遵守にコミットする国・地域が増えてきていること、また、情報交換協定数が増えていること自体は一定の前進なのですが、それが形式的なものであって、実体が伴っていなければ絵に描いた餅になってしまいます。従って、先ほどのグローバル・フォーラムにおいて、ピア・レビューを通じて、情報交換に関する制度面だけではなく、実際にしっかりと執行面でやっているかどうかの検証を行っていくこととなっております。作業日程としては、本年3月から本格的にピア・レビューを開始しておりますが、2014年前半を目途に審査作業を終えることとしております。

我が国もピア・レビュー作業を進める中核的

組織の副議長を務めておりまして、積極的にこの作業に貢献しているところです。

2. 我が国の租税条約のネットワークの現状

次に、我が国の租税条約のネットワークの現状についてご説明申し上げます。国際課税資料44をご覧ください。我が国の租税条約は現在48ありまして、59カ国・地域に適用されています。条約数と適用国・地域数に相違がございますが、これは、旧ソ連とか旧チェコスロバキアとの条約については、その後分離独立した国が旧条約を継承していることなどによるものです。例えば、ウクライナ、ベラルーシといった地域につきましては旧ソ連との条約を継承しておりますので、条約よりも適用地域・国の方が多くなっております。

この世界地図を見てもおわかりのとおり、我が国の租税条約ネットワークは、地理的なカバレッジの点ではもう相当広がってきております。

(1) 投資交流の促進

国際課税資料43の下段に日本の対外直接投資残高でみたベスト20を掲げております。それを見ていただくとわかるのですが、我が国の直接投資残高に占める割合は、既存の租税条約ネットワークで見ても既に9割弱をカバーしております。シャドーのところは既にカバーしている地域です。白い部分はまだカバーしていないのですが、基本合意をしている香港、ケイマンまで含めれば、現在でも既に約95%以上をカバーしております。この意味で、経済的な結び付きの観点からはかなり網羅してきていると言えます。

ただし、租税条約のカバレッジや必要性を考える場合には、スタティック（静態的）だけではなくダイナミック（動態的）、要するに今は経済的な結び付きがあまり強くなくても、租税条約を結ぶことによってさらに経済的な結び付きが強まるとの視点も踏まえる必要があります。

(2) 租税条約交渉の現状

国際課税資料45を見ていただくと、平成16年の日米租税条約改正以降、相当のペースで既存の条約の改正、あるいは新規の条約を締結することを通じまして、我が国が租税条約ネットワーク拡充に努めてきたことがおわかりになると思います。この租税条約につきまして、その内容からして、税当局である財務省も当然に関係しているのですが、あくまでも条約ですので、政府内でいいますと、主管は外務省となります。

(3) 基本的な租税条約交渉の流れ

国際課税資料44の一番下の、「(参考)」と書いてある囲み欄をご覧ください。租税条約締結に向けた流れが書いてあります。条約交渉開始、基本合意、署名、国会承認、公文の交換、発効・公布ということで、先ほど申した「基本合意」というのは左から2番目となります。この条約交渉開始以降は、外務省が主管で行うこととなります。

条約交渉、これを正式交渉と私たちは言いますが、それに至る前段階として、まず、税務当局間で非公式な意見交換や協議を行って、相手国の法制とか条約についてのポリシースタンスについて理解を深めます。それで条約交渉を開始できる程度にまで論点を当局間で狭めていき、論点を整理することになります。そして、外務省を含めた外交交渉である条約交渉の開始にこぎ着けると、交渉を経て、条約の中身・サブスタンスについてまず基本合意を行います。その後、条文を精査して署名を行います。それから、国会の承認をいただいて、公文の交換、発効・公布ということになります。

公表につきましては、基本合意、署名といった節目で行われることとなりますので、基本的には基本合意以降が公表されます。ただし、条約交渉開始について外交上の観点から公表されることもあれば、公表されないこともあるということになっています。

署名につきましては、両国の政府間で条約の

案文について合意したという意味での署名ですから、その後、両国での議会の承認手続きが当然必要になりますが、条約の条文が確定したということなので、この時点で具体的な条文が公表されることになります。

(4) 租税条約の概要

次に租税条約の概要を申し上げます。国際課税資料42にOECDモデル租税条約の概要がございます。基本的にこれを踏まえて実際の租税条約が作られておりますので、基本的な構成はここに書いてあるとおりです。

その主な内容は3つあります。1番目としては、二重課税の調整です。具体的には、源泉地国で課税できる所得の範囲の確定があります。例えば、事業所得については、支店等の活動で得た所得のみに課税するとか、配当、利子、使用料といった投資所得については、源泉地国における税率の上限（キャップ）を設定するというものです。また、発生した二重課税の排除方式として、例えば、外国税額控除方式とするのか、国外所得免除方式とするのかです。2番目としては、脱税、租税回避への対応です。例えば、税務当局間の納税者情報の交換です。3番目、その他としては、税務当局間における相互協議です。その中に、後でご説明しますが、仲裁制度も含まれます。これに加えて、徴収共助とか、内外無差別待遇などがございます。

租税条約は、租税に関して国会承認を必要とする条約形式での国際的な取極ということであり、必ずしも以上3つのすべての要素をカバーしなければならないというわけではありません。これらすべて、あるいは大部分カバーしておりますものについて、私どもは、フルパッケージの租税条約と呼んでおります。その一部のみを主体とするものについては、ミニ租税条約とも呼ぶことができるかもしれません。

例えば本年8月に発効した、日・バミューダ租税協定については、情報交換規定に加え、年金とか、学生や政府職員の所得といった個人の

所得についてのみ課税権の配分規定を設けております。逆に言いますと、租税回避リスクを考慮いたしまして、法人の所得については課税権の配分規定を設けておりません。従って、これは情報交換を主体としたものです。この意味で日・バミューダ租税協定につきましては、情報交換を主体としたミニ租税条約と呼ぶことができるかもしれません。

このモデル条約の概要を見ていただきますと、本日最初にお話をした天秤の考え方がここにも当てはまることがお分かりかと存じます。私どもが外務省とともに租税条約の交渉に参画するに際しては、このような観点を念頭に置きつつ、その中身等を考えていくこととなります。

(5) 租税条約交渉に当たっての主要な要素

それでは、より具体的に、私どもが我が国の租税条約の交渉に参画するに当たっての主要な要素を3つ申し上げますと、1つ目は、両国間の経済交流の深度を踏まえて、二重課税の調整とか、情報交換の必要性です。また、2つ目は、投資所得に対する相手国の税率の水準とか、他国企業との間の競争条件、投資環境の整備の必要性です。3つ目は、既に租税条約がある場合につきましては、現行の条約に改正すべき事項があるかないかです。最後の点につきましては、例えば、投資所得の限度税率について、現行の条約のものが高い場合には引き下げるというものです。これは先ほど申し上げました日米租税条約が典型的なものでして、これが先進国型のモデルです。

情報交換につきましては、例えば、新しいスイスとの条約については、情報交換規定を盛り込むようなものとなっていますし、ルクセンブルクとの条約につきましては、もともと情報交換規定自体はあったのですが、銀行機密は否定されていませんでしたので、銀行機密を否定するものとなっています。この主要な要素の中には、相手国の要望も入りますが、当然にして、実際に海外で事業展開をされている、あるいは、

これから展開されようとしています実業界のニーズも入ります。それらを踏まえつつ、外交面も合わせて考えて交渉していくこととなります。

(6) 投資交流の促進

国際的な投資交流とか技術の利用を一層促進する観点から、**国際課税資料**43の上段の表にありますとおり、OECDモデルからさらに進化させ、投資所得に対する源泉地国の課税を大幅に軽減いたしました日米租税条約を我が国のモデルとして租税条約の交渉を行っております。具体的には、OECDモデルと日米租税条約を比較していただければお分かりになると思いますが、例えば、日米租税条約では、配当の一般についてOECDモデルの15%より低い10%にしているとか、親子間でもOECDモデルは5%なのに対し、免税または5%というようにしております。

また、同じ表の一番下の段にあります、新興国向けの条約の1つである日ブルネイ条約をOECDモデル、日米租税条約と比較していただくとわかるのですが、新興国等については、源泉地国でなるべく税収確保をしたいというところがあって、日米に比べればより高い限度税率となっております。なお、古い条約につきましては、限度税率が高いものが結構ございます。

(7) 今後の租税条約ネットワークの拡充

我が国として、今後とも租税条約ネットワークの拡充を行っていく必要があると考えますが、具体的に、租税条約ネットワーク拡充は、既存の条約の見直しと、租税条約がない国・地域との新規条約等の締結を通じて行われることとなります。既存の条約の見直しにあたっては、投資所得について限度税率を引き下げていく方向となると思います。加えて、情報交換、条約上の特典の濫用防止等の観点から条文の見直しを図っていくこととなると思います。経済交流が進んでいる国・地域については、既にかなり条

約を締結していますので、新規にこれから条約を締結する国・地域となりますと、経済的な結び付きを動態的に考えて、今はあまり経済交流がないのだけれども、今後を期待して、例えば資源外交の一環として資源国についても検討していく必要もあろうかと思えます。また、我が国にとって情報交換の必要性という観点も考えていく必要もあります。前のセッションで情報交換をめぐる最近の国際的な議論との関係で申し上げたように、従来いわゆるタックスヘイブンといわれがちな国・地域とも、情報交換を主体とした取極を結んでいくべきだという国際的な動向もあります。この中で、私どもとしましても、限られたマンパワーの中でいろいろな要素を総合的に勘案して、外務省とご相談しながら広い意味での租税条約ネットワークの拡充に努めていこうとしている次第です。

なお、いわゆる租税条約につきましては、〇〇条約という名前と、〇〇協定という両方の名称がありますが、我が国の既存の条約等については、名称が異なるだけで、これはすべて国会承認条約で、法的な性格には何ら変わりはありません。相手国との関係で、英語で Convention という言葉で結ぶこととなれば「条約」と訳すし、Agreement という名称で結ぶこととなれば「協定」と訳しているだけです。

3. 日・オランダ租税条約

既存の条約の見直しの例で、直近のものとして、本年8月25日に署名されました、日・オランダ租税条約を例にご説明いたしたいと思えます。国際課税資料46-1をご覧くださいと思います。その中で直近の大きな進捗として、相互協議にかかる仲裁制度が盛り込まれていますので、これについてもご説明いたします。

(1) 改正のポイント

日・オランダ条約の改正のポイントは、国際課税資料46-2にあります。1つ目として、投資所得については、日英条約並みに限度税率

を引き下げています。これは日米よりも微妙に配当所得の免税要件について緩いので、若干進んでいると言えるのかもしれませんが。いずれにせよ、限度税率を引き下げたり、免税範囲を拡大しておりまして、投資交流の促進に向けた配慮をしております。

2つ目として、一方、第三国の居住者とか、自国居住者による免税といった条約上の特典を濫用するという恐れも増大しますので、濫用防止措置を設けております。

3つ目としては、二重課税排除のための税務当局間の協議、これは相互協議ですが、それに関して仲裁手続きを盛り込んでいます。これについては後ほどご説明いたします。

4つ目としては、日蘭間で課税上の取り扱いが異なる団体、要するにパススルーエンティティについて規定を創設しました。また、皆さんご存じの方が多いかもしれませんが、我が国の匿名組合契約を利用したオランダ側の居住者と法人に関しましては、匿名組合契約に基づく利益の分配金というものが、両国間で二重非課税状況になっていた問題につきましては、我が国で課税することを妨げないということで穴を埋めました。

(2) 相互協議にかかる仲裁制度の導入

次に、相互協議にかかる仲裁制度の導入についてご説明いたします。日・オランダ条約の改正につきましては、我が国の租税条約の歴史の中でもかなり画期的でして、税務当局間の相互協議に関しまして仲裁制度が初めて導入されました。税務当局間の相互協議につきましては、我が国においては国税庁の国際担当審議官がこの任に当たっております。経験者であられる青山先生の前でご説明するのも僭越なのですが、仲裁規定のない現行条約のような相互協議の規定ですと、そもそも相互協議に期間制限がございませんので、論理的には相互協議を開始してから最大限どのくらい期間がかかるかがわかりませんし、結果的に最終的に合意ができるにせ

よ、相当の期間がかかるかもしれない。また、最終的に合意に至らない場合は、結局、納税者の所得に対する二重課税が排除されないの、相互協議に相当の時間がかかった上に、さらにその後国内の救済手続きに移らざるを得ないということで、納税者側にいろいろな意味での負担がかかるということで、仲裁制度の導入を望む強いご希望が産業界からもあったところです。

この租税条約の仲裁規定につきましては、多くの国で法的な問題、検討課題があったといわれていまして、OECDでも検討が行われました。その結果、2008年7月には、OECDモデル租税条約第25条に仲裁規定が付け加えられました。コメンタリーにも仲裁の手続きに関する合意のひな型が追加されました。これを契機にしまして、仲裁規定を入れる動きが国際的により広まったということで、日蘭租税条約についても導入されることになりました。

日蘭条約の具体的な規定の中身については、**国際課税資料47**をご覧くださいと思います。まず左側から見ていただきたいのですが、左側の図のA国で課税処分①が、税務当局から親会社に対して行われるとします。条約の規定にこれが適合しないと認める納税者が自己の居住国であるA国の税務当局に対して②の相互協議の要請を行います。要請を受けたA国の税務当局がB国の税務当局に対して相互協議の申し入れを行って、相互協議③が開始される仕組みとなっております。この相互協議が開始されてから2年以内に当該事案について解決、つまり、二重課税排除に向けて両当局間で合意できない場合であって、かつ納税者が要請をされる場合には、両当局間で解決されずに残った事項、要するに、5つの論点があって、4つは解決したけれども1つ未解決というものについて、その部分だけが仲裁に付されることとなります。

仲裁に当たっては仲裁委員会が組成されて、仲裁判断が検討されることとなります。一番下の図で委員長らしき女性が中央にいらっしやって、2人の男性が並んでいます、これが

仲裁委員会のイメージです。この仲裁委員会というのは、例えばオランダのハーグとか、世界のどこかにある恒久的な組織ではございません。その事案ごとに設けられるアドホックな組織として、仲裁委員会は国際租税に関する事項について、専門的知識とか経験を有する3名の仲裁人から構成されます。この3人がどう任命されるのかと申しますと、まず両当局が1人ずつ任命します。次に、その任命された2名がさらに3人目たる委員長を仲裁人として任命します。すべての仲裁人は、締約国、つまり、日本、オランダの税務当局の現役の職員であってはいけません。仲裁にかかる事案にこれまで関与した者であってもいけません。費用負担については、当局が任命した者については、その当局が負担し、それ以外の共通費用については、両当局で折半することになります。

右側に移りますが、仲裁判断については3人の仲裁人の単純多数決によって決められます。ですから、必ず決められます。2票以上の票が入った方に決まるということです。

次に、資料の右側の図をご覧ください。仲裁判断については、条約上の義務として、両当局が拘束されます。仲裁判断が示されますと、この仲裁判断を忠実に踏まえた上での具体的な課税関係の合意①が両当局間で行われ、納税者に対して、その合意の通知②が行われます。通知を受けた納税者の方が、この合意を受諾するか否かについては自由であります。もしも受諾が行われる場合には、この合意が実施されることとなります。

この仲裁制度の導入により、相互協議の開始とともにストップウォッチがともかく動きだしますので、2年たっても両当局間で合意に至らない場合は、納税者が仲裁の申し立てさえすれば仲裁手続に移行します。この仲裁では、基本的に2年以内に判断が示されますので、納税者から見れば、相互協議が開始されて2年経っても両当局間で合意できないため、仲裁の申請を即時に行った場合には、4年というスパンで見れ

ば二重課税が確実に排除されるということになります。期間の意味でも結果の意味でも、納税者にとっての予見可能性というものは大きく高まりますし、救済の確実性も担保されることで、納税者の利便性に大きく資するものと考えております。

今後とも既存の租税条約の改正交渉や、フルパッケージ型の新規の租税条約締結交渉に当たっては、その中身についての交渉パッケージのバランスを図る上で、仲裁制度の導入が1つの検討ポイントになると考えております。

最後ですが、いずれにいたしましても、今年の税制改正大綱に述べられていますように、今後とも政府としては租税条約のネットワークの拡充に努めていこうということになっております。以上です。

(渡辺) 横山さん、どうもありがとうございます。実業界のニーズも踏まえて租税条約ネットワークを非常に精力的に拡充していただいていることがよくわかりました。従来は条約を結ばないということにしていましたタックスヘイブンとの間でも、ミニ条約というものをお考えになって、どんどんやっておられる姿がよくわかりました。また、ここ数年話題になっております仲裁についても、日蘭租税条約で初めて入った中身は何かということのご説明を、初めて伺ったような気がいたします。ありがとうございました。

それでは、お三方から順次ご意見、ご質問等をいただきたいと思います。最初に今村さん、よろしく願いいたします。

Ⅳ. 租税条約ネットワークの拡充 についての意見、質問

〔納税者の保護〕

(今村) 非常に興味深いお話をありがとうございました。まず、私の方から最初は、情報交換をめぐる問題についてご質問したいのです。

ミニ条約なり、情報交換協定ということではいろいろな国、特にタックスヘイブンといわれているような国とも、そういう条約なり協定を結ぶというのは非常にいいことだと思います。そこでちょっと幾つか確認させていただきたいのです。我が国の納税者の立場に立ったときに、情報交換協定を結ぶなり条約を結んだ場合に、我が国の国税側の情報を提供する場面もあるわけです。そういう場合に守秘義務の問題とか、日本の納税者の保護の問題についてどのように考えられているのかという質問です。

具体的には、OECD モデル条約26条2項は、情報交換をする場合の守秘義務について、当該締約国が入手した情報と同様に秘密として取り扱うということで、提供者側の基準でいっていると思います。我が国の国税の守秘義務というのは非常に厳しくて、例外の場合も非常に限られているわけです。それが我が国の納税者として見た場合には、情報交換協定で相手国に提供された場合に、相手国の守秘義務が緩くて、我が国の納税者の企業の情報がそちらで漏れてしまうことがあるのではないかという懸念なのです。そこあたりをどのようにお考えなのか。特にOECD モデル条約26条2項に対して我が国は意見を述べたりしていますので、そこあたりの現時点でのお考えをお聞きしたいのが1点目です。

〔情報提供と「情報あさり」への対応〕

それと次にもう1つは、昨日の増井先生のご講演でもお話されていましたが、いわゆる「情報あさり」ということでFishing expeditionですが、相手国から情報提供を求められて、それが非常に包括的な情報あさりみたいな要請がなされた場合には、我が国としてはどのような方針なり、そこあたりどういようご検討をされているのかというのがお聞きしたい点であります。

〔仲裁判断の公表〕

もう1つ、仲裁制度の問題です。日蘭租税条約で仲裁制度が我が国で初めて導入されたのは非常に画期的なことだと思います。仲裁制度に

ついでいろいろまたお聞きしたいわけですが、どうも日蘭租税条約の実際の実施取り扱いについて、既に何か最近公表されたと聞いております。具体的に日蘭租税条約の仲裁の手続きの場合に、納税者としてちょっと気になるのが、仲裁決定が公表されるのかどうかです。公表についてどのような方針なのかそこあたりをお聞きしたいと思います。

〔仲裁決定不受諾の場合〕

さらに、先ほど国際課税資料47（資料編167頁）でご説明がありましたが、仲裁委員会で仲裁決定がなされた後、あくまでも納税者がこれを受諾する場合には両締約国がその仲裁決定に拘束されるわけです。受諾しなかった場合、多分ほとんどないかと思いますが、もう1回振り出しに戻って一から相互協議をやり直すのか、それとも何か仲裁決定がせっかく出ているわけですから、納税者としては最低限その保証は事実上あるというふうに、最低限それ以上の相互協議はないと考えていいのかどうか、そこあたりをお聞きしたいと思います。以上です。

（渡辺） ありがとうございます。

それでは、青山さん、お願いいたします。

〔情報交換規定と実施体制〕

（青山） 私からは、1つは情報交換についてです。情報交換規定自体はどの国とも同じようなモデルに従って締結されると思いますが、その実施の中身については、経済取引の緊密さあるいはその貿易投資量の相互交流のいかんによってニーズがかなり違ってくると思います。OECDではその中で最も進んだ形では、例えば同時調査あるいは合同調査まで含めた議論もされているやに伺っております。この情報交換の新しいスタンダードに基づいて、我が国が情報交換規定の下でどのレベルまで具体的な実施体制を組むのかということです。これは必ずしも立法にかかる話だけではないのでなかなかお答えづらいかもしれませんが、もしスタンスが

おわかりでしたらお伺いしたいのが1点目です。

〔途上国との条約交渉の対処方針〕

それから、2つ目は、条約ネットワークの拡大についてです。先ほど資源外交も含めていろいろなところとやっていて、最近の締結事例を拝見しますと、途上国との新しい条約が随分増えてきているということです。途上国は先ほどの移転価格ガイドラインのところでの話でもございましたが、今、アジアの途上国も大変な経済力を付けてきていますし、その中で租税条約の持つ機能、課税権の配分ということで申し上げますと、源泉地国としての課税権をできるだけ確保したいという要望が強いわけです。そうしますと、いわゆる途上国・先進国間の条約のモデルである国連モデルに従った条約交渉における主張というものがどうしても強く出てくるのではないかと。そうしますと、我が国は今までOECDモデルに従った日本型モデルをベースとした条約交渉のスタンスをお持ちになっておられたわけですが、途上国との条約交渉が増えるに従って、そのような国連モデル型の条約スタンスの国との交渉の対処方針は変わってくるのかどうか、そのあたりについてお聞かせいただける範囲でお願いしたいというのが2点目です。

〔仲裁制度の運用方針〕

3点目は仲裁ですが、仲裁につきましては、後ほど詳しい実施方法についてご説明いただけるかもしれませんが、1つは諸外国がどんどん条約面で仲裁制度を入れてきております。しかし、別途いろいろ情報を取りますと、必ずしも条文が増えるほどには実際に仲裁が行われた実績報告というのは上がってきておりません。そうすると、これは議論の中でも言われていますが、仲裁規定というのは、相互協議自体を促進して相互協議がうまく回るようにするという効果がより大きいのではないかと考えられます。そういったことも含めて、これから具体的な仲裁についての運用方針について、一般적으로お話を承れればと思います。以上です。

(渡辺) 青山さん、ありがとうございました。
それでは、福島さん、よろしく願いいたします。

〔仲裁制度の期待〕

(福島) 私の方からは、仲裁制度に関して、こういった1つの例ができたことを非常に歓迎しているということから、まずお話をさせていただければと思います。現状、無形資産にかかわる移転価格課税、それから、今後は事業再編にかかわる移転価格課税、こういった大型の課税が生じることが予想されます。また、なおかつ各国の財政状況は非常に厳しい状況ということになりますと、当然のことながら相互協議での解決がなかなか難航しかねない状況になってきます。こういった中でやはり企業としては、仲裁という、何らかの形で期間を限り、最終的な結論を出していただける。いわゆる相互協議の合意不成立ということがなく解決できるような制度が、セーフティネットという形であるというのは非常に心強いところです。1つの条約に限らず、もっと広げていただきたいというところがあります。

また、もう1つは、最初の方で青山さんもおっしゃっていましたが、逆の立場でインバウンドという、いわゆる私どもの方でいろいろ企業さんの対応をさせていただいている中で、例えば典型的にこの地域（リージョン）の外資系のヘッドクォーターというのは、今、シンガポール、香港といったあたりが非常に多くなっております。そういったいわゆるリージョンのヘッドクォーターを置く場所として日本が、税率のことがちょっとあるのですが、それ以外の制度として非常に制度が整ってきているとすると、租税条約のネットワークが非常に広がっていることと、それから、仲裁規定が、何らかの形で移転価格課税があった場合に、そういったものの解決策があるということは非常に心強いものになります。

私どもが現状をいろいろな国と移転価格の問

題について対応させていただいている中で、ちょっと先行きが見えないような国との状況もありますが、仲裁規定合意の優先順位が高くはなりにくい国であっても、幾つかネットワークを広げていく、要するに流れを作っていくことで、お互いにこういった仲裁制度を活用することに意味があると考えます。大型課税があり得るところからどんどんネットワークを広げていくと、やはりそのネットワークというのは、より幅広く、そういったネットワークに入っていかなるを得ない流れができてくれば、より企業さんにとって今後の活動がしやすくなってくのではないかと考えております。そういった意味でも今回の日蘭租税条約でこういった規定が入り、また、当然それが活用されることがもう1つの状況になってきます。

企業サイドの事情を申し上げますと、最近は移転価格の課税、特に大型があった場合にはどうしてもステークホルダーの方々への説明ということで、こういった状況でこういった課税が起きたということはある程度開示しているケースも増えてきております。それが相互協議を申立てられると発表されていらっしゃる場合には、相互協議の状況、それから、その最終的な結果がどうなってきたかというのは、必要な対応をきちんと行なっているということを説明する上で求められる情報になります。特に最終的に合意に至るという保証があるかどうかというのは、非常に重要なポイントになってきております。こういった租税条約の中で相互協議がうまく機能していることを示すと同時に、仲裁制度が入り、また、その制度が実際に運用され、事実として制度が活用されて、結果が出てきているというあたりが目に見えてくると、ますます企業の国外、グローバルの活動に関して非常に力強いものになるのではないかと考えております。

〔仲裁制度の各国間の温度差〕

そういったことを含めて、租税条約の中に仲裁制度を入れるという交渉を進めておられると

思うのですが、各国間でやはり温度差があると思います。この件についてはやはりそういったニーズを感じていらっしゃる企業が多い国とそうでない国では違いがあると思いますが、そういった温度差も感じておられるのかどうか。もし、何らかのコメントをいただければ助かります。

(渡辺) 福島さん、どうもありがとうございます。ありがとうございました。

それでは、横山さん、今のお三方のご意見、ご質問等について、どうぞご発言ください。

〔情報交換と守秘義務〕

(横山) ありがとうございます。まず、今村先生のご質問で、情報交換協定と守秘義務との関係なのですが、我が国の租税条約や、情報交換協定といわれるいわゆる条約ですが、情報提供の相手国に対し、交換される秘密情報について、それを秘密として取り扱う、そういう義務を負わせる、といった守秘義務の規定をすべての条約に盛り込んでおります。ただし、相手国がどの程度の守秘義務を負うかということについては、基本的には条約の内容や、さらには相手国の国内法の規定内容によって決まるものでして、一義的にこの水準というように決まるものではございません。

しかしながら、我が国が提供する情報の秘密というものが、相手国で侵害されることがないように相手国の秘密保護法制等、さまざまな事情を考慮する必要があります。そういう中で、例えばそもそも相手国と条約を結ぼうとする場合に、条約上の義務にするのか、行政協定上の義務にするのか。条約と行政協定の違いは、条約の場合であれば国内法をオーバーライドして義務をかけることが可能ですが、行政協定の場合だと、相手の国会までは縛ることができないので、行政当局間での協定ということになるかと思いますが、そのような義務にするのか。条約上の義務の場合に、具体的にはどういう書

きぶりにするのか。行政協定の場合だったかどうかという書きぶりにするのか。そういう点も含めて、適切な条約ないし行政協定となるように、総合的に勘案して交渉を進めていくことが必要となると思います。その中で解決策がないということであれば、なかなか締結は難しいということになります。

なお、先生がご指摘のとおり、相手国の秘密保護法制が不十分である場合に、条約の一方の締約国が、その法令に基づいて得た情報と同様に秘密として取り扱うとの限定を付すと、相手国において十分な秘密保護が図られなくなる。要するに相手国の秘密保護の程度が問題となるような場合には、それと同等に扱われると困るということで、そういう場合にはこのような限定を外すというのは合理的だと考えております。

いずれにしろ私どもといたしましては、相手国の秘密保護法制等の事情を考慮せずに一律に特定の条約のポリシーを持って臨むのではなくて、相手国の個々の状況に応じて、秘密が侵害されないように、国際的取極をそもそも結ぶのか否か、結ぼうとする場合の取極のレベルを条約にするのか、行政協定にするのか、さらに、規定ぶりを具体的にどうするのか、こういうことを総合的に勘案してまいりたいと思っております。

〔情報提供〕

2 番目は、やはり今村先生のご質問で、Fishing expedition の件です。この論点につきましては、国際的にも問題点は認識されておりました、ご存じのように OECD モデルの第26条のコメンタリーでは、「foreseeably relevant」、要するに「関連すると予見できる」、というような基準が示されており、一定の歯止めはかかっているわけです。ただ、その relevant というものがどの程度の relevancy を必要としているのか。情報漁りにならないためには、情報提供の要請者がどの程度、納税者の情報の特定をすればいいのか、これは OECD の中でも温度差がございます。



例えば、近年まで銀行機密を持っていたような国につきましては、比較的高い特定性を求めて、それが無い限りにおいては情報漁りだ、問題だということになります。片やアメリカや北欧のような国については、それに比べると特定性のレベルがそれ程高くなくても Fishing expedition に当たらないのだということになります。そういう議論が OECD の中でございまして、具体的な例に基づき、こういう場合はどうなのか、そういう議論をまさにやっているところ です。

ちなみに我が国につきましては、私どもが聞いているところでは、禁止されている Fishing expedition のようなものが生じていると伺っておりません。つまり、そういうものを外国から要求されたり、逆に日本からも要求しているということは聞いておりません。ご参考までに日米租税条約とか、日英租税条約につきましては、同じように関連性の部分につきまして、条約できっちり規定を設けているところ です。また、例えば、先ほど申しました日・バミューダ情報交換協定につきましては、情報提供の要請者が、

要するにバミューダから見れば日本ですが、調査の対象となる納税者を特定する事項や情報を被要請者が保有等していると認める根拠などを提供することを求めています。こういうことによって情報漁りの防止が担保されているところです。

〔仲裁判断の公表〕

仲裁について3人の先生からいろいろご質問をいただきました。まず、今村先生からいただいた仲裁判断の公表についてですが、条約上は、相互協議を行っていく上での先例的価値を有さないという扱いとなっております。先生がご指摘されているのは、ほかの納税者にとって先例的価値があるのではないのか、そういう趣旨でのご質問だと存じます。この点につきましては、条約を実際に実施するに当たっての実施取極を国税庁とオランダ当局との間で結んでおります。これによりますと、仲裁判断について公表すべきか否かにつきましては、事案ごとに判断することになっております。つまり、日蘭の税務当局と納税者のすべてが合意すれば公表されることとなっています。

〔仲裁決定不受諾の場合〕

仲裁条項について、これも今村先生のご質問なのですが、仲裁を受諾しない場合にはどうなってしまうのかということです。先ほどの図にもございますが、もし、納税者の方が仲裁手続を申請されて、仲裁手続が行われ、二重課税は確実に排除されることとなると思いますが、その結果（仲裁判断を忠実に踏まえた上での具体的な課税関係についての両当局間の合意①）が「気に食わない」ということであれば、仲裁手続を含め、相互協議手続はそこで終わることとなります。あとは、不服の残る納税者の方のほうで、裁判等の国内での救済措置に移行していただくことになろうかと思えます。

〔仲裁制度の効果〕

仲裁制度についてどういう効果があるのかということなのですが、これについてはいろいろ青山先生がご紹介になったようなご指摘もありまして、私がお聞きする限りでは、実際に仲裁に移行した例があまりないとのこと。その理由の1つとして聞いたことがあるのは、やはり仲裁手続が置かれることによって、むしろ仲裁に至る前に当局間で合意するという、そういうインセンティブが強くなるということです。要するに、必ずしも使うことに意味があるのではなくて、手続が存在すること自体にも意味があるということです。

〔仲裁制度への期待〕

福島先生からの相互協議についての期待ということで、租税条約ネットワークがもっと広がり、その租税条約のネットワークの中でさらに仲裁規定が入れば、国際的に展開される企業にとっても役立つというのは、全くそのようなことであろうかと存じております。

私たちも仲裁制度の導入というのは、納税者の方々にとり、法的安定性とか予測可能性に資するので、企業のグローバル活動のために、企業の活路のために有益な環境整備と考えております。ということで、私たちとしては条約の見直しの際には、この仲裁条項を入れることも1

つの検討課題として交渉に臨むことになろうかと思っております。

なお、仲裁規定の導入に向けての外国の温度差についてですが、いろいろな国がございまして、先進国は基本的に仲裁規定を入れることにポジティブだと思います。ただし、国際課税上の問題が起きている新興国の中には、自分たちがある意味でかなり大胆な課税を行って、そこで仲裁人が出てきて、ちょっと大胆過ぎるのではないのかということで、それが修正されるような判断を示されることについて、必ずしも好ましいと思わない国もあるかもしれません。そういう意味で、新興国については、一般的に仲裁制度の導入には慎重なスタンスということを承知しております。

ただし、この租税条約というのはパッケージでございますので、仲裁条項を入れるのか、入れないのか。入れることのコスト、入れないことのコストというのは全体のパッケージの中で考えていきますので、条約のパッケージをどう組むか、そういう外交交渉の中で決まってくるものだと存じております。

〔情報交換〕

次に、青山先生から2つご質問がありました。1つ目は、情報交換協定締結後の合同調査等の執行当局間の協力ですが、情報交換のより積極的な活用のあり方について、国際的に議論が行われていると承知しております。また、情報交換の一形態であるのかもしれないのですが、お互いに調査を同時にやる、ないしは、合同で入って情報交換が行われるということについては、法的な論点についてもいろいろ議論がありましようし、そういうことを踏まえて国税庁の方でも検討をされていると承知しております。いずれにせよ、先行する諸国の経験というものもありましようから、そういうものを横にらみで見つつ、国税庁で検討が行われているものと承知しております。

〔途上国との条約交渉の対処方針〕

最後に青山先生からご質問がありました、途

上国との条約交渉において、片や私たちはOECDモデルを基本的としたスタンス、向こうは、場合によっては国連モデルに基づいて、より源泉地国の課税権を認めるというスタンスで条約交渉に臨む、ではどうするのですかということについてなのですが、基本的にこれも全体のパッケージを考えつつ交渉するものです。やはり経済的な重要性とか外交上の重要性・必要性を考え、いろいろ全体のパッケージで考えた場合に、この途上国と結ぶ必要があるとなった場合、OECDモデルに則ったスタンスで押してみても、相手が国連モデルで譲らなければ、結局は条約自体が結べないこともあり得ます。その辺は、ギブ・アンド・テイクで、全体的にバランスの取れたパッケージとなるべく、総合的に判断して、個々の状況に柔軟に対応していくという方針であると思います。以上でございます。

おわりに

(渡辺) 横山さん、どうもありがとうございます。今の横山さんのご説明等に対しまして、何かご意見はよろしいですか。それではちょうど時間でございますので、これで第2部を終了させていただきたいと思います。

我が国の租税条約ネットワークは、どんどん拡充をしております、大変目覚ましいことだと思います。今、片方でFTA(自由貿易協定)が注目されておりますが、同じように租税条約もやはり我が国の経済にとっても非常に重要なものですので、さらに拡充されていくことを望みたいと思います。仲裁制度も初めての例として導入されました。これが今後どういうことになっていくのか、一緒に注目をしてまいりたいと思います。

それでは、本日の討論会「国際課税を巡る潮流」をこれで終わりにさせていただきます。ご協力大変ありがとうございました。

米国の新しい包括的濫用 防止規定について

京都大学大学院法学研究科教授

岡村 忠生

I. はじめに

京都大学の岡村忠生と申します。本日は、第62回租税研究大会で報告をさせていただき、大変光栄に存じます。

本日の報告は、アメリカ合衆国で本年（2010年）3月30日に成立いたしました「包括的濫用防止（租税回避否認）規定」General Anti-Abuse Rule, General Anti-Avoidance Rule, GAAR 内国歳入法典7701条（o）と、関連する罰則規定をご紹介します、その意味と日本への示唆について、お話ししたいと思います¹。

A. 報告の概略

報告をはじめに当たりまして、最初に全体の概略を述べておきます。お手元の資料「米国の新しい包括的濫用防止規定について（以下資料といいます。本誌157頁～169頁に掲載）」の「はじめに」「新しい否認規定」をご覧ください。



1. 内国歳入法典7701条（o）

この「包括的濫用防止規定」は、長い歴史を持つ米国の連邦所得税において初めて導入されたものであり、その意味で大変注目されるものです。ただ、その立法そのものは、オバマ政権が大変苦勞をした「健康保険および教育の調整に関する法律」（H. R. 4872, the Health Care and Education Reconciliation Act of 2010）の一部（Sec. 1409. Codification of Economic Substance Doctrine and Penalties）に組み込まれた形で行われました（資料1頁）。標題は、Codification of Economic Substance Doctrine and

1 本稿は、第62回租税研究大会（東京大会）第2日報告2の録音原稿を、加筆修正したものである。

Penalties、経済的実質主義の明確化とそれに伴う罰則規定と訳しておきます。

この種の立法に対しては、それまでから慎重論や反対論が実務家²や企業団体³、専門職団体⁴、学界⁵、それに歳入庁関係者⁶などからもあがっていましたが⁷、今回、特に猛反対があったとかいったことはなかったと思います。この法律についての研究論文や実務解説記事は、現在のところ、数点程度公表されています⁸。

この規定、内国歳入法典7701条(o)は、一言で言えば、これまで判例法の中で集積してきた「実質主義(Economic Substance Doctrine)」といわれる考え方を確認したものです。それだけに過ぎません。したがって、立法したからどうなるのだ、何が変わるのだ、といわれると、(ほぼ)何も変わらない、ということになります。これまでの判例法もしくは判例法理についてのひとつの理解、その中で最も一般的だと思われる理解を確認したということにすぎない、ということになります。この点は、包括的否認規定を立法する意味として、後ほど論じます。

2. 罰則の厳格化

では今回の立法に取り立てて意味がないのか、といいますと、そうではありません。この7701条(o)自体は従来の判例法の確認したということなのですが、この7701条(o)という規定を基礎とする罰則が、整備・強化され、厳格化しているのです。つまり、7701条(o)による「否認」(と一応言うことにしますが)は従来の判例法を用いた場合と(ほとんど)変わらないけれども、それに引掛かった場合の罰則金、すなわち、日本の加算税に近い性質を持つ「正確さに関する罰則金(Accuracy Related Penalty)」が、従来より重くなっているわけです。

さらに、この罰則金は、後に述べます内国歳入法庁に対する取引の開示(disclosure)と密接に関連しています。簡単に言えば、開示をしていなかった取引については、罰則が重くなるわけです。40%で課すことができるようにしています。これまで日本を含む外国企業は、移転価格税制の適用を受けた場合に、この Accuracy Related Penalty によって痛い目に遭うこ

2 See, e. g., Steptoe & Johnson Attorneys Repeat Their Plea for Noncodification of Economic Substance Doctrine, 2005 TNT 220-20.

3 See, e. g., Tax Executives Institute, TEI Urges Rejection of the Economic Substance Provisions in the Senate Farm Bill, 2008 TNT 51-40.

4 ニューヨーク州法律家協会の意見である。Letter from Erika W. Nijenhuis, Chair, New York State Bar Association, to Senate Finance Committee Chair Max Baucus, D-Mont., and ranking minority member Chuck Grassley, R-Iowa, and House Ways and Means Committee Chair Charles B. Rangel, D-N. Y., and ranking minority member Dave Camp, R-Mich. (Sept. 22, 2009), 2009 TNT 182-25.

5 See, e. g., Dennis J. Ventry Jr., Save the Economic Substance Doctrine From Congress, 118 Tax Notes 1405 (2008).

6 See, e. g., Crystal Tandon, Economic Substance Codification Would Create More Problems Than it Solves, Says Korb, 118 Tax Notes 777 (2008).

7 Mark J. Silverman & Amanda P. Varma, The Future of Tax Planning: From Coltec to Schering-Plough, 126 Tax Notes 341, 354 (2010).

8 2010年10月15日現在。本稿が参照したものとして、Monte A. Jackel, Dawn of a New Era: Congress Codifies Economic Substance, 127 Tax Notes 289 (2010) ; Martin J. McMahon Jr., Living with (and Dying by) the Codified Economic Substance Doctrine (June 11, 2010). University of Florida Levin College of Law Research Paper. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1623822> ; Martin J. McMahon Jr., Living With the Codified Economic Substance Doctrine, 128 Tax Notes 731 (2010) ; Amy S. Elliott, Practitioners Blast Economic Substance Guidance, 128 Tax Notes 1212 (2010) ; Jeremiah Coder, News Analysis: Living With GAAR Lite ?, 127 Tax Notes 1187 (2010) ; Zoe Prebble & John Prebble, The Morality of Tax Avoidance, 43 Creighton L. Rev. 693(2009-2010) ; Lee A. Sheppard, Economic Substance Codification: Did We Do The Right Thing ?, 2010 TNT 196-2.

とがあったのではないかと思います、今後は、経済的実質を欠くと言われると、それだけの重い罰則金がかかってくるわけです。このところはひとつ十分に注意してかかる必要があると思います。

B. この報告の目的

次に、本日の報告の目的について述べます。背景から説明をしなければならないので少し長くなりますが、ご容赦下さい。

1. 「租税回避」と「否認」

さて、以上のように、今回の立法の特徴をごく大まかに述べましたが、これだけでも、既にいくつかの疑問のようなものが、皆様に生じているのではないかと思います。これまで、少なくとも日本では「租税回避」というのは、脱税ではないとされてきました。すなわち、租税回避とは、課税要件規定（その規定を充足すれば納税義務が発生します、という課税のための要件を定めた規定）を充足することを回避する行為であり、結果として、課税要件を充足しない行為である、と考えられてきました。したがって、租税回避の「否認」とは、課税要件を充足しなくても充足したことにしちゃいましょう、という課税になります。充足したと「擬制」をして課税をするのです。要件の充足はありません。ここが大切です。

このことから、課税要件は法律で決めなさい、という租税法律主義の下で、そもそも、そのような「否認」すなわち擬制による課税ができるのか、という議論が長らく行われてきました。租税回避の「回避」というのは、課税要件の充足を回避することであり、充足してしまえば、言い換えれば回避することに失敗すれば、もはや租税回避ではなく、脱税の問題になります。ここには、おそらく異論の余地はないと思います。

2. 実質主義とグレゴリー判決

そうすると、この7701条(o)という規定は、果たして、日本で議論されてきた「租税回避の否認」をする規定、否認規定といえるのかどうかは疑問になります。むしろ、そうではなく、もともと米国では、課税要件の解釈や事実の認定、要件へのあてはめについて、「実質主義(Economic Substance Doctrine)」という考え方が支配しており、この規定はこれを確認しただけではないのか、と見られるわけです。租税法の解釈適用においては、他の法分野と同様、法規の文言を単に形式的機械的に扱うのではなく、そこに込められた意味や対象となる事実が生じた背景を十分に考え、その場その場において合理的な結論が導出されるように、必ずしも法規の文言にとらわれない運用をしなければならない、それが、ほんとうの意味で法規に忠実な解釈適用である、これが、実質主義という考え方だと思います。実質主義といいますと、その適用例として、しばしばグレゴリー事件が登場します、

グレゴリー事件がどんな事件だったかと申しますと、イブリン・グレゴリー夫人(Evelyn F. Gregory)が、ある同族会社の株式を持っていて、その同族会社の主な資産は、大きく値上がりした優良企業の株式でした。イブリンは、何とか値上がりした株式をなるべく税負担が軽い形で自分の手にしたい。今は会社の中に入っていますが、それを自分のものにしたいと考えたわけです。いろいろなやり方があったわけですが、イブリンのアドバイザーなる人が言い出したやり方は、次のようなものでした。まず、この同族会社が、ほんの一瞬だけ子会社をつくります。これはエイブリル(Averill)という会社なのですが、ちょうどイブリンという名前とエイブリルという子会社の名前が対応していて、とてもかわいらしい名前の子会社をつくるのです。子会社エイブリルを一瞬だけつくって、エイブリルに値上がりした上場株式を同族会社から現物出資として移転します。同時に、エイ

ブリルの株式をスピノフし、イブリンが取得する。このスピノフは、日本での適格分割型分割に相当する取引で、日本では適格要件が満たせませんが、アメリカでは当時、適格分割型分割に該当しました。そして、一瞬だけつくったエイブリルという会社を直ちに解散する。エイブリルを解散しますと、日本なら会社に清算分配に係る譲渡損益課税、株主にはみなし配当課税があるのですが、アメリカでは、前者は適格なのでありませんし、株主にもみなし配当の規定がないので、株主は低率のキャピタル・ゲイン課税のみを受けて、清算分配を取得することになります。イブリンは、値上がりした上場株式を、キャピタル・ゲイン課税のみによって取得し、時価の取得価額を付けることができました。普通だったら、通常所得である配当として課税される同族会社の中で生じた利益が、イブリンの下でのキャピタル・ゲイン課税だけで済んだという、一種の税負担軽減行為だったわけですね。

第一審は納税者を勝訴させましたが、控訴審では、高名な Learned Hand 裁判官が次のように述べて、国側勝訴の判決をしました。「文(sentence)の意味は、それを構成する単語ひとつひとつの意味には止まらない。それは、メロディーの美しさが、単音(note)の美しさに止まらないのと同じである。そして、どれだけ(ルールが)精緻化されても、全体が見渡せるところ、全てが一体として創造されたところへの回帰は、決して不必要にはならない。」。実質主義についての含蓄に富む判決文であると思います。もちろん、連邦最高裁も控訴審判決を認容しました。

実質主義をどう理解するかは、米国でもいろいろと議論のあるところですね。しかし、いずれの理解を取るにしても、7701条(o)という規定が設けられたのは、日本とは異なる風土の中であることを銘記すべきであり、この規定は、前述した意味での租税回避に対する包括的否認規定とは言い切れないこと、このことをまず念頭に置いて下さい。

3. 広義の「否認」

もっとも、租税回避という言葉は、近年、その意味が広がり、拡散してきたように思います。先に述べたような古典的で厳密な意味での租税回避を認めて、つまり、課税要件が充足されていないことを認めた上で、擬制によって課税をしようという処分や裁判例よりも、むしろ、その前の段階での「否認」、すなわち、課税要件の充足がある、という処分や裁判例が、注目を集めていると思います。やり方としては、課税要件規定の解釈、または、要件事実の認定によることになります。

課税要件規定の解釈については、たとえば、今述べた控訴審と上告審のグレゴリー判決は、実質主義によって、納税者の立場(申告内容)を認めなかった、その意味で「否認」をした、と理解するのが、アメリカでは普通だと思いますが、しかし、結果を後から見ると、スピノフについての組織再編成規定の適用範囲の問題であると理解することも可能です。この事件の事実関係は、規定の適用範囲を越えていたのだという解釈が、アメリカにもあります。法律要件の方を絞ることによって、課税要件規定の適用があるというやり方で否認をすることはできません。問題となるのは、その要件を絞るのが、どんなときで、どこまで絞るのか、といったことになるのでしょうか。それは、普通の(税負担軽減ではない)場合とは違う特殊な実定法解釈なのか、それとも、普遍的にそういう解釈をしている(一般的な税法の解釈原理がある)のか、ということも、考えていいのかもしれませんが。

要件事実の認定については、課税要件規定が、私法上の行為(たとえば売買、交換などの契約)を対象に規定されているという立場を取る場合には、私法上の行為に対する(私法上の?それとも税法から見た?)評価を変えれば、課税要件に包摂されていなかった行為も包摂できます。これが、私法上の(事実認定または法律構成による)否認といわれるやり方です。

いずれの方法も、広い意味での「租税回避」、

というのが何のことなのかが難しいのですが、とりあえず、結果として課税要件の充足があることになるものを含む「租税回避」について、その否認のために、税法の解釈なり事実認定(私法上の法律構成に対する評価)なりをする、というのであれば、つまり、そうではない場合とは異なる特別な課税要件規定の解釈なり要件事実の認定なりをするのであれば、そこで論理的に欠けているポイントは、では、それほどのような場合ですか、広義の租税回避とそうでないもの(節税)を、どうやって区別するのですか、ということになります。

私は個人的には、このあたりが非常に胡散臭いというか、およそ論理になっていない、と昔から思っているのですが、今日、7701条(o)という規定を紹介したり検討することのひとつの意義として、どのような場合にこの規定が適用されるのか、その要件を見ることがあるのではないかと思います。

一般に、形式上は実定法の要件をクリアするけれども、それをそのまま認めると、著しく不合理な結果となる、ということは、およそ言語を用いた法的ルールの記述では、必ず生じうると思います。これは、自然界の法則、たとえば万有引力の法則とか、三平方の定理とか、とは異なります。人間が言語を用いてルールを記述するには限界があり、どうしても意を尽くせない部分が出てくるのだらうと思います。税法のルールに関して、納税者の有利な方向にそういうことが起こった場合、課税庁からは、当然、何らかの例外的な処理をしたいという要求が出てくるでしょう。このことは、日本もアメリカも共通です。アメリカについて、一体どんな場合にそれが認められるのかを見ることには、意味があると思います。これから説明するよう、7701条(o)の対象となるかどうかの判断は、たとえば刑事罰の対象となる猥褻かどうかとい

った人の感覚に頼った主観的なテスト、これをSmell Test(においをかぐテスト)といいます。が、こういうものではありませんし、あつてはならないと思います。もし、今述べた日本での広義の租税回避論が、Smell Testによって否認対象を判断しているのだとすると、7701条(o)の要件を見ることには、意味があると思います。

4. 租税回避と学問的真理

さらにまた、次のようなことについても、7701条(o)を見ながら、考えてみるといいのかもかもしれません。租税回避は法の濫用である、法律回避、脱法行為であるともいわれますが、一体何が濫用されているのか、私法なのか税法なのか、ということ、さらにまた、しばしば主張される法の欠缺の議論、この場合には税法の課税要件規定の欠缺だと思いますが、その欠缺を補充できるとすると(できない、という考え方ももちろんあります)、それを誰がやるのか、裁判所が考えられますが⁹⁾、7701条(o)は、立法府の関与や制定法と判例法の関係について、考えさせると思います。

もう少し、やや蛇足ですが、この際ですから、日ごろ考えていることを言わせていただきますと、日本で租税回避ということを議論しているのは一体なぜなのかということであらためて考えてみる必要もあるのではないかと考えています。租税回避については、昭和30年代から随分いろいろな議論をやってきたわけですが、では、一体何を学問してきたのかということも問われているように思います。否認の可否であるとか、あるいは方法論について学問をやってきたのでしょうか。もしそうなら、租税回避の否認についての予測可能性は、かつてより果たして高まっているのでしょうか。税法学会もいやしくも学問である以上、客観性や普遍性を求められると

9 谷口勢津夫「税法における裁判による法創造論序説—ドイツにおける最近の議論の紹介」税法学563号233頁(2010年)。

思います。つまり、自然科学の実験のように、誰がやっても同じやり方をする限りは同じ結論が出る、ということではなければなりません。学問的真理は、個人の主観によってねじ曲げることはできないはずです。そうだとすると、これまで、租税回避を果たして学問としてとらえてきたのかどうか、頭の隅に置いた方がいいように思います。人間という生物は単体では生存できないため、共同生活を営む、そのために言語を発達させ、約束やルールでお互いを拘束する、さらに、国家や正義、公平といったことをひとりひとりがそれぞれに観念したりする、その中でルールを回避する現象が生じたとき、人々がどんな風に反応するか、というのが租税回避の議論です。人間とルールの有様を、もっと突き放して観察することも、必要ではないかと思います。

以上、長くなりましたが、前置きであります。

Ⅱ. 7701条 (o) とは

A. 経済的実質主義の明確化 (Clarification of Economic Substance Doctrine)

それでは、7701条 (o) の説明に参ります。**資料2 (本誌158頁)** の「Ⅱ. 7701条 (o) とは」というところです。7701条 (o) という規定のタイトルは、経済的実質主義の明確化 (Clarification of Economic Substance Doctrine) となっています。もともと、7701条というこの条文全体が、内国歳入法典の定義規定、日本では所得税法や法人税法などの第2条に相当する条文です。この定義規定のひとつの項、(o) 項として、

つまり、定義をする規定として、実質主義を入れたわけです。

しかし、では、この規定を入れたことによって何か変わったのかというと、冒頭で述べたとおりで、具体的には、**資料の12**にあるように、§ 7701 (o) (5) (C) が Determination of Application of Doctrine Not Affected、と書いてあります。Not Affected、つまり、実質主義というドクトリンの適用に関して、本条は影響を与えないとわざわざ規定をしているわけです。要するに何も変えないということを、わざわざ立法したという、何か禪問答のような話になっているわけです。

実質主義の内容自体についても、この項の(5)(A) が経済的実質または事業目的を欠いた場合に租税利益 (tax benefit) を与えないというコモン・ロー上の原則 (the common law doctrine) だ、と述べており、このことから、この法規定がなくても変わらないと考えられます。

そうすると、この立法に一体どんな意味があるのかが、問われるだろうと思います。経済的実質主義の「明確化」といっても、この部分では、特に何かを説明しているとか、言い換えているとか、つまり、言語としての明確化ということはありません。

もともと、アメリカでは、この種の包括的否認規定の立法が何度も組上に載せられながら立ち消えになってきた歴史があります¹⁰。その理由のひとつは、こうした規定は法文として記述できないのではないか、または、すべきではないのではないか、という慎重論にありました¹¹。しかも、その慎重論は、課税庁側から聞こえてくることもあったのです¹²。税負担を回避しよ

10 従来の議論について、Philip R. West, Antiabuse Rules and Policy: Coherence or Tower of Babel?, 118 Tax Notes 1161 (2008), 一高龍司「タックス・シェルターへの米国の規制と我が国への応用可能性」フィナンシャル・レビュー84号63頁、75-78頁 (2006年)、松田直樹「実質主義と法の濫用の法理—租税回避行為の否認手段としての潜在的有用性と限界」税務大学校論叢55号1頁、51-59頁 (2007年)。

11 岡村忠生「租税回避行為の規制について」税法学553号185頁、205-213頁 (2005年)。

うとする納税者の立場に立てば、課税庁はこんな場合に否認ができます、という否認規定が設けられると、じゃあ、そうでない場合には否認できないのですね、ということになり、否認規定をさらに回避するようなスキームが編み出されることになる、言い換えれば、包括的否認規定は、否認に関する一種の安全地帯ルール、セーフ・ハーバーとして作用する（のではないか）という懸念もありました¹³。そのような見方は、今回の7701条（o）についても、当てはまらないわけではありません。そのことは、この後、説明します。

ただ、なかなか苦勞して立法をしているところもあって、例えば冒頭にある適用要件の部分、資料にある7701条（o）（1）ですが、適用要件はこうです。“In the case of any transaction to which the economic substance doctrine is relevant.”、とこう書いてあるのです。要件は、“relevant”（関連がある）、これだけです。“relevant”だったら当てはめると言っているわけです。こんなものは、何も言っていないと同じです。関係あると思えば当てはめますという、それだけの話なのです。およそこんな法律なんて見たことがないというコメントが挙がっているのですが¹⁴、このぐらいの非常に緩いつくり方をしているわけです。およそ実質的な要件を決めずに適用を認めていることから窺われるように、否認規定の「回避」という懸念に配慮した立法になっていると思います。

この規定は、日本での否認規定（たとえば法

人税法132条）の「不当に減少させる結果」といった要件はもちろん、日本での広義の「租税回避」も要件とはしていません。ドイツのAO 42条のような「濫用（Missbrauch）」も要件にありません。こう見ると、この規定は、何か特別な場合だけではなく、どんな場合にも適用される普遍的な規定であり、実質主義はそうした法原理だということになるでしょう。ここは、日本においてよく言われる、（広義の）否認を限定的なものにすべきだという考え方とは違うのです。ただ、実際の適用がどうなるかは、今後を見てゆく必要があります。

いずれにしても、この規定の立法に意義があったとすると、それは、議会、立法府が、判例法の現状を確認したということになると思います。立法府が出てきているわけです。

そうすると、このことからある種の弊害みたいなことも考えられます。いったん制定法化してしまうと、その後、コモン・ローあるいは判例法としての否認法理の発展はどうなるのかということが出てくるわけです。つまり、今後、否認法理、判例法理が発展するの阻害する結果にならないか、という問題です。これも、後ほど、少し日本との関係で議論をしたいと思います。

B. 二分肢テスト

1. 2つの要件

資料「B. 二分肢テスト」にいきます。この二分肢テスト（two prong test）こそが7701条

12 たとえば、歳入庁の首席法律顧問であった Donald Korb も、実質主義は事案に依拠する程度が高いとして、立法に反対していた。Allen Kenney, KORB Speculates on Codification of Economic Substance Doctrine, 105 Tax Notes 932 (2004). また、前掲注6。

13 2002年のことであるが、アメリカ法律家協会（American Bar Association）の租税部（Tax Section）は、経済的実質主義の制定法化に反対していた。その反対理由が、広範で柔軟な裁判所による評価を、明示的で包括的な制定法によって置き換えることは、経済的実質主義を著しく弱めてしまう、ということにあったことは、興味深い。ABA Tax Section Questions Economic Substance Provisions in H. R. 5095, 2002 TNT 178-12.

14 Jeremiah Coder, Alexander Addresses Determination Of Economic Substance Relevance, 127 Tax Notes 1076, 1077 (2010) (A remark by David P. Hariton of Sullivan & Cromwell LLP). 歳入庁も、具体化を拒絶している。Notice 2010-62, 2010-40 IRB 411.

(o) の中心であり、それはまた、これまでの判例法のひとつの立場、それは最も一般的な立場ですが、これを議会が確認したと評価することができます。

二分肢テストとは、ふたつの要件のいずれもが満たされなければならないというテストです。その要件として、(A) その取引によって、税負担軽減以外に、納税者の経済的ポジションが有意味に変化すること、(B) 納税者に、税負担軽減以外に、その取引を行う相当の(substantial) 目的があること、のふたつが求められています。前者は客観面、後者は主観面に関するテストです¹⁵。

このうち (A) には、注目すべきことがあります。商品としてのタックス・シェルターを考えればよく理解できるのですが、汎用性、つまり、何も変わらない(税負担のみ減少する) ことが、いろいろな人や企業に買ってもらうためには大切になります。意味のある取引は何もしなくていい、ただ税負担だけを減少させようとするところが特徴であり、そうできれば理想的なシェルターになります。たとえば、リース税制改正前のセール・リースバックで、形式的な所有だけは移すが、目的物に対する利用の権限や実態、危険負担は変わらない、といった場合を考えてください。

この点は、日本の租税回避の定義とは違うところです。日本の租税回避の定義では、ある経済的効果を達成しつつ、つまり、何か経済的ポジションを変えながら、それに伴う税負担を通常のあり方、立法者が考えていたあり方よりは減少させる、できれば全然なくしてしまうことを租税回避と呼んでいたわけです。タックス・シェルターは、そういうものではありません。ある取引で発生する税負担を減少させる、という発想でなく、何もないところから損失を作り出すように持っていくます。これははるかにア

グレッシブかつテクニカルであり、そのスジの専門家(プロモーター) がつくって販売しているのです。

(B) は、主観的といっていますが、納税者を尋問して心の中を探るというわけではなくて、客観的資料の中からそう言えるかを判断します。

2. Conjunctive Test

さて、このふたつの要件は、どちらもが満たされねばならない、これを英語で Conjunctive といいますが、両方揃わなければなりません。ただ、どちらのために両方必要なのか、つまり、否認するためなのか、否認されないためなのかについては、裁判例によって違いがありました。否認のために Conjunctive を求めると、否認されないためには、どちらかでよいという意味の Disjunctive test になります。資料2 (本誌158頁) の注1から3に、タックス・シェルターに関するいずれも有名な裁判例を、どちらの考え方で判決されたか、あるいは、どちらとも言い切れない考え方で判決されたのかに分けて掲載してあります。たとえば、この後で紹介をします Coltec という判決(資料2・注1の最初) は、経済的実質主義を敷衍した重要な判決ですが、二分肢テストを conjunctive に適用しています。しかし、そうではない判決もあり、7701条(o)の立法は、このような裁判例間の対立を、立法で解決したと評価されています。ただ、先に述べましたように、入り口のところでは何も変えていないよ、とも言っていますし、それに、三権分流の考え方から、議会がどこまで裁判所に口を出せるか、といったことも気になりますので、様子を見た方がいいのかもしれない。

なお、既に日本でも紹介されているのですが¹⁶、三分肢テストというものを、裁判例の中には採用したのがあります。資料4のEというと

15 岡村忠生「税負担回避の意図と二分肢テスト」税法学543号3頁(2000年)。

16 松田前掲注10。

ころです。7701条(o)の立案段階では、取引がその目的との関係で合理的な手段といえるかどうかという「合理的手段テスト」を含めた三分肢テストを採用しようという動きがありました。しかし、裁判例の多数は二分肢テストでしたし、事業目的の中に取り込めるのではないかという考え方もあったことなどから、法律には入りませんでした。ですから、その意味では、合理的手段を取ることは要求されていないことになります。

3. 「取引」の観察単位

それからもう一点、これも指摘されていることですが、このConjunctiveかDisjunctiveかという問題より、むしろ、取引をどう把握するか、その把握の単位というか、経済的効果なり事業目的なりを判断するひとつの取引のまとまりとは何か、取引をどう観察するのか、という問題の方が、重要ではないかと思われます。納税者も課税庁も、一連の取引の中から適当に都合のよいところを切り出せば、あるいは、都合のよいように取引をまとめれば、それぞれ言いたいことが言えることになってくるわけです。ですから、その取引とは何かという問題、これは非常に難しいですが、大切だと思います。

このことに関連して、資料12(本誌168頁)で、7701条(o)の規定の(5)定義の特則の最後(D)に、「取引とは一連の取引を含む。The term “transaction” includes a series of transactions.」と書いてあることにも注意してください。これは、いわゆる段階取引の法理(step transaction doctrine)のことを言っているのです。段階取引の法理というのは、相互依存関係などがある複数の取引(といっても、単数の取引とは何かははっきりしないところもあるのですが)は、ひとまとめにするという取引の観察方法です。

グレゴリー事件でも、一連の取引の中で、出発点から到達点に向かう一連の取引(組織再編成)の中で、結果にとって意味のないごく一時的な取引または状況を課税上無視するという処理をしました。エイプリルというかわいらしい名前の子会社が一瞬だけできましたが、このことは無視しましょう、エイプリルという会社はなかったことにしましょう、こういう理由付けをしたからです。これは、段階取引の法理の萌芽的なものと考えられます¹⁷。

また、資料4・Dの1には、所得税規則§1.6011-4(b)(1)という規定をあげています。これは、条文番号からも分かりますように、7701条(o)に関する規則ではないのですが、7701条(o)での「取引」の語は、この規則の意味で使われていると思います。そして、その下線部の最後、“plan”(計画)という語に注目してください。一連の取引とは、ひとつの計画にしたがったものであり、計画によって仕切られるわけです。刑法で習った目的的行為論を思い起こす方もいらっしゃると思います。

プラン(計画)という言葉は、特にアメリカの法人税法の世界では、かなり重要でやや特別な意味を持っている言葉です。さまざまな組織再編成の課税繰延の要件の中で、ひとつのプランに従って組織再編成が行われたかどうかということが、しばしば制定法の文言として出てきています。

この背景にあるのは、現物出資(組織再編成の基本パーツです。)についての次のような課税繰延要件です。いま、何人もの人たちが現物出資をして会社をつくるとします。このときアメリカの課税繰延の要件というのは、その何人もの人たちの出資をひとつのまとまったものとして、その結果8割以上の支配を獲得することなのです。351条という規定です。ひとつのまとまりのある出資というのは一体何です

17 岡村忠生「グレゴリー判決再考—事業目的と段階取引—」税大論叢40周年記念論文集86頁(2008年)。

かと言われると、それはまとまった株主たち、これは個人でもよくて、非関連でも全然構わないのですが、こういう人たちがひとつのまとまりと評価できる形で現物出資を一斉に行うことなのです。この要件があるので、取引をまとめて観察する必要が生じます。一斉といっても、日本の分割型分割みたいにその1日で、ということではありません。何日以内とかは決まっていませんし、決めようともしません。私も、そんなことは決めない方がいいと思います。こういうのが、コモン・ロー的発想なのでしょう。

日本でも、やはりこのような考え方を入れておかないと、たとえば、含み益資産は適格組織再編の対価にして課税を繰り延べて移転し、含み損資産は組織再編成の相手と売買契約をして損を出して譲渡する、みたいなことが行われれば、どうするのでしょうかね。

4. Coltec 判決

さて、資料2（本誌158頁）の注1にあげた Coltec という裁判例があります。この裁判例は、7701条（o）についての立法資料¹⁸にも出てくる有名なものですので、少し紹介させていただき、タックス・シェルターと二分肢テストについて考えることにします。Coltec 事件では、Coltec 本社がその子会社のひとつを売却し、大きな利益を得たのですが、その裏側で、その連結子会社のふたつが、アスベスト訴訟を受けていました。大体10万件くらいのアスベスト訴訟の被告になっていて、もし訴訟に負ければ、というよりたぶん負けるのですが、そうなると3億7,500万ドルくらい損害賠償債務が発生するだろうと予測されていました。被告は別法人の子会社ですが、アメリカでは、この種の連結グループにおいては、ベール・ピアシングというのですが、ベールというのは何かを隠すベール、ピアスというのは、耳などに穴を開けるピ

アスのことで、ベール・ピアシングというのは、そのベールを突き刺す、つまり、日本でいうところの法人格否認の一部になるかと思います。要するに連結子会社がそのような不法行為債務を持っていた場合には、連結親会社も賠償をしなければならない可能性が高く、この事件は間違いなくそうだろうといわれていました。

このような背景で、ある大手会計事務所が、次のような節税策を売り込みました。それは、以下の3つのステップからなる取引で、Coltec 社は、税負担回避を目的のひとつとして（と認定されています）、これに乗りました（事案は少し簡略化します）。① Coltec 社は、休眠状態にある子会社のひとつを、損害賠償処理のための特別な目的の会社とします。この事件では、ペンシルベニア州にあった休眠炭坑会社を、Garrison 訴訟処理会社という名前に変えました。② Coltec 社は、条件付債務（contingent liability）（敗訴した場合に Coltec 社も負うことになる損害賠償債務、約375百万ドル）と、その金額に見合う時価総額の資産（主に別の子会社が振り出した手形）を、Garrison 社に出資しました。このとき、Coltec 本社における Garrison 株の取得価額は、条件付債務がない場合の金額になります。ここが、このスキームのポイントです。③ Coltec 社は、Garrison 株を第三者に売却する。もちろん、対価はごく僅か（50万ドル）でした。こうして Coltec 社は大きな損失を発生させ、それを使って先に述べた子会社株式売却益を相殺し、残りの損失は繰り越して将来使えるようにした、というわけです。

これを否認した課税庁は、3つの理由を述べました。第1は、Garrison 株の取得価額は375百万ドルにならない、という債務出資に関する制定法課税要件の解釈論、第2は、債務出資に関する個別的濫用防止規定の適用、そして第3に、経済的実質主義による否認です。

18 H. R. Rep. 111-443, 111th Cong. 2 d Sess. at 292-297.

これに対して、第一審では、第1の解釈論は納税者の言い分が通り、また、第2の個別否認規定も、本件には効果がないと解釈されました。そして、興味深いのは第三の主張に対する判示です。経済的実質主義は、憲法違反だといっています。これだけはっきりした判決は始めて見ましたので、資料2（本誌158頁）の注の1行目の後ろから2行目の括弧書きの中にそのまま引用しました。

控訴審では、第1、第2の点はやはり納税者の主張が認められましたが、第3の経済的実質主義については、課税庁の主張が認められ、課税庁が勝訴しました。裁判所は、経済的実質主義とは、経済的実質を欠く取引は、たとえ歳入法典の文言に従っていたとしても課税上無視される、と明確に述べています。裁判所は、代表的な多くの先例を引用しながら、また、有名な権威ある体系書を参照しながら、経済的実質主義は確立した判例法理であり、裁判所はこれに従わなければならないと述べ、原審を厳しく批判しています。経済的実質主義は、税法の法律目的を実現するための裁判所の努力の成果であり、連邦最高裁は、裁判所が制定法の目的を達成するためにその文言を踏み越えたとしても、それは権力分流を侵したことにはならない、と判示していると述べています。

この控訴審の判決文は、「制定法の目的」や「連邦議会の意図」といった語を繰り返しています。規定の文言には書かれていない議会の意図、立法の目的を、少なくともこの事件の裁判官達ははっきり理解している、という一種の自信が読み取れるように思います。この点は、日本とは違うのでしょうか。日本では、特に委員会段階での国会自身が作成した立法資料があまり整備されておらず、立法の趣旨目的などがはっきりしないこと、これはしばしば指摘されてきました。こうしたものがないのに、果たして日本でできるのか、議会ではなく行政機関が立法の趣旨目的を語れるのか、という問題がひとつ指摘できます。

しかし、さらに深い問題は、もし日本で経済的実質主義を用いるのであれば、それだけの深い理解をもって税法の解釈適用ができる裁判官が必要になりますので、これをどうやって育ててゆくか、という点にあるのではないかと思います。経済的実質主義は、表面的に事実を法にあてはめても合理的な結論が出ない場合に、そのような通常の解釈適用を越えたところで作用する原則です。これはかなり高等なテクニックであり、使い方を間違えば、法治主義や法の支配が侵害されてしまいます。ですから、経済的実質主義を使ってゆくためには、税法、少なくとも所得課税に関する法律全体を通じるような考え方、原理原則といったものを、それがあのかないのかを含めて十分に理解している必要があります。法曹養成の過程で税法について十分に時間をかけた深い勉強をさせておかないと、裁判官になって他の事件もやりながら税法を勉強するというのでは、経済的実質主義のようなことには不安感が出て、裁判所はなかなか乗ってこないかもしれません。租税事件を扱う裁判官には、課税庁やタックス・シェルターのプロモーターと同じレベルが求められているのではないのでしょうか。この点は、司法による法創造をいう場合も同じだろうと思います。

C. 課税前利益の可能性

7701条(o)に戻ります。資料12の原文では、(2)Profit Potential、すなわち、利益獲得可能性のところですが。経済的実質の有無の判断において、これまでの多くの裁判例や学説は、課税前に利益が生じうるかどうかを重視してきました。最初から課税前の利益が生じ得ないが、課税後であれば利益が出るような取引、つまり、もっぱらタックス・ベネフィットを享受するだけの取引であれば、経済的実質はない、と判断されるわけです。ただ、その逆、つまり、課税前利益の可能性があれば実質はあることになるかという、そうは言い切れません。このことを、この(2)の部分の規定では、「考慮をする (taken

into account)」という言い方で表現しています。ただ、判例法と比べて内容をある程度明確化しており、課税前利益と課税後利益の現在価値を比較したとき、課税前利益が十分に (substantial) 見込まれること、と定義しています。

課税前利益に関して、従来の判例は、**資料3 (本誌159頁)** 中程に掲げたように、(1)納税者が主張する租税以外の利益が、実は得られていない、(2)取引には、利益を獲得する可能性がない、(3)リスクと利益獲得可能性はあるが、十分ではない、(4)租税以外の利益が得られる合理的可能性があればよい、といったことを延べ、否認の根拠としています。これらは裁判例の大まかな傾向を示すもので、必ずしも明確に区分できるわけではありませんが、7701条 (o) は、これらの中では(3)、つまり、十分な (substantial) 課税前利益を求める立場になっています。ちょっとだけでは駄目だというわけです。

これを先の Coltec 事件で見ますと、納税者は、Garrison 訴訟処理会社の設立には、Coltec 社の企業価値を高め、Coltec 社を潜在的債務から解放するという経済的目的があったと主張したのですが、控訴裁判所は、前者の企業価値については、Garrison の設立自体についてはそう言えるが、Garrison に条件付債務を引き継がせたことはそれとは別である、としました。これは、先に少し触れましたが、経済的実質主義を適用する場合の観察の対象となる取引またはその単位の問題だと思います。後者の潜在的債務を避けることについては、新たな子会社に債務を移転しても、法人格否認 (veil-piercing) が働く可能性は変わらないだろう、と判決は述べています。これが、レジュメの(1)として書きました、納税者が主張する租税以外の利益が実は得られていない、ということです。

ただ、これには別の見方も可能です。すなわち、アスベスト訴訟による潜在的債務の移転という「取引」だけを他から分離し、課税上、無視したという見方です。このように見ることができるとすると、この否認方法は、グレゴリー

事件の控訴審が、スピンオフによって子会社をごく一時的に設立したことを、課税上無視した否認方法と類似していることになります。

日本で現物出資という、多分ひとつの取引であって、そこに出資される種々の資産および負債、これらをひとまとめに観察するのだろうと思います。ところが、この控訴裁判所は、債務と流動資産を区別し、流動資産を突っ込んだのはいいけれども、債務を突っ込んだことは区別し、そこに経済的実質はない、と言ったのです。非常に興味深いところですし、我々にはなかなか理解の難しいところではあるかと思います。

課税前利益の算出に当たっては、地方税や外国税のこと、また、税務に関する会計上の利益のこともあるのですが、大筋の話ではないので、省略いたします。ただし、こういったところは、従来の裁判例では必ずしも明らかになっていなかったところですから、明確化するというところでは意味のあるところだろうと思います。日本企業との関係で言うと、外国税の扱いについては規則が出ることになっていますから、注目する必要のあるところかもしれません。

しかし、同時に、行政規則が、これまで判例法として発展してきたものを、こうやって固定できるのかという問題もあります。仮に行政規則でこうだと決めたとしても、裁判所が実質主義によってそれをさらに上書きし、行政規則ではセーフだけれども、やはりアウトだ、と言いかもしれません。そういうものが実質主義ですので、注意する必要があります。

D. コモン・ロー

資料4の「D. 諸定義」では、この法律にコモン・ローという語が登場するのが興味深いところです。コモン・ローというのは、判例によってケース・バイ・ケースに積み重ねられてきた不文法を一般には言うと思います。米国は、法の支配が貫徹した法治主義国だと思われていますが、それは特定の個人 (独裁者) だけの判

断で国のあり方を決めたり人々に義務を課したりしない、という意味においてそうだ、ということで、国の統治では、司法裁判が日本よりずっと前面に出てきています。制定法の持つ地位が、ドイツや日本よりは低いということもできます。たとえば、一部の州では、いわゆる罪刑法定主義が貫徹されておらず、コモン・ローによる処罰、つまり、明文の法規定がなくても刑罰を科すことが認められています。刑法は民商法とともに州の法律で、州の裁判所が裁判をします。大半の州では、州裁判所の主要な裁判官を選挙で選んでいることが背景にあると思います。

連邦所得税は、もちろん制定法に基づく制度ですが、7701条 (o) (5) (A) がこうしてコモン・ローといっているのは、経済的実質主義は制定法化できない、あるいは、すべきではない、という判断を示しているのだと思います。ひるがえって日本では、法律が命令、すなわち行政立法に細部を委ねることは認められていますが、裁判所に実質主義に関する判断をまかせてコモン・ローを形成する、というような制度ができるかどうか、ということになると、いろいろと課題が出てくるように思います。

資料4（本誌160頁）の個人（家事）取引の除外については省略しますが、歳入法典で trade or business という場合、趣味などで日本の雑所得が生じるような場合も含んでいます。

Ⅲ．罰則

そこで、資料5の罰則に参ります。はじめの方で申しましたように、ここは、今回の立法ではっきりと変わったところであり、立法の狙いであったといえるでしょう。実務への影響が大きく、いろいろと懸念が生じているところです。

A. 行政罰（加算税）の制度

1. 正確さに関する罰則金

(Accuracy Related Penalty, § 6662)

まず、日本でいう加算税に相当する行政罰について、説明します。

①賦課要件と責任

日本では、ある程度機械的に過少申告加算税を課しますが、米国では、要件を決めて課しています。資料5にその代表的な要件を記しましたが、(1)の懈怠やルールの意図的な無視のところは、ある程度責任主義的、つまり、納税者に故意または過失といった責められる事情があるかどうかを問うものになっています。課税庁が、日本よりも納税者の側に踏み込んできている感じがします。資料13に条文をあげておきましたが、懈怠や無視についても、6662条 (c) に定義を置いています。

続いて、(2)は増差税額が大きい場合、(3)は資産等の評価が大きく誤っている場合ですので、これらの要件自体は、結果だけにに基づいています。やはり資料13を見ていただくと、増差税額が大きいとされる境界や、ここでは省きましたが、評価の誤りが大きいとされる要件（200%以上）が規定されています。この評価の誤りについては、移転価格税制について特則があり、注意しなければならないところです。罰則金の賦課は、増差税額（underpayment）の20%が原則ですが、一定の過大評価に基因する場合は40%（§ 6662 (h)）になります。

②免除軽減要件（§ 6662）

要件が機械的に見える(2)と(3)ですが、実は、免除または軽減要件がやや複雑に規定されています。まず、(2)については、(i) 納税者の行った課税上の取扱に「相当の根拠（substantial authority）」があるか、または、(ii) その項目が申告書等で適切に開示（adequately disclosed）されるとともに、納税者がそのように

扱ったことに合理的理由 (reasonable basis) がある部分に帰せられる増差税額については、罰則金が免除されます。

はじめの方の「相当の根拠」に関して、弁護士など専門家のオピニオン・レターが利用されてきました。専門家の意見が尊重されるのは、判断の第三者性ということがあると思いますが、1970-80年代の個人タックス・シェルターでは、オピニオン・レターが濫用気味に使われたと言われています。そのことから、タックス・シェルターであれば、まず、法人については上記の軽減免除の適用はありません。また、個人についても、(ii) 開示の方の免除は適用されず、また、(i) 「相当の根拠」による免除についても、それが認められる可能性が50%を超えると合理的に確信したことが要求されることになっています。

③タックス・シェルター

興味深いのは、繰り返し「タックス・シェルター」と述べていることから分かりますように、「タックス・シェルター」が定義されて用いられていることです。すなわち、パートナーシップその他のエンティティ、投資の計画 (plan) もしくは取引 (arrangement)、または、その他計画もしくは取引であって、その主要な目的を連邦所得税の回避または遁脱 (evasion or avoidance of federal income tax) におくもの、となっています。これは、非常に広く漠然として要件で、もし日本でこんなことを法律にしようとする、たぶん内閣法制局に待ったを掛けられるのではないかと想像します。

もっとも、話が少し脇にそれますが、たとえば暴力団対策法やストーカー規制法といった法律では、非常にオープンな、言い換えれば厳密さのない要件を規定しています。こうした法律は、暴力団やストーカーに対する国民的な厳しい警戒意識と、これらの法律によって強い権限を与えられた警察に対する信頼があってはじめて立法できたのだと思います。タックス・シェ

ルターについても、暴力団と同じように根絶しなければならぬという厳しい認識と、その規制に当たる国税庁に対する納税者の幅広い信頼が必要であり、これらを今後どのように醸成するかがひとつの課題だろうと思います。そんな風に考えますと、たとえば米国の罰則適用も、今申しましたように、デスクローズした人、つまり、協力してくれる人については、適用しない形になっているわけです。デスクローズがあれば取引相手がわかり、プロモーターなどを把握できるわけです。

先ほどは司法による法創造、裁判所による否認法理の形成、といったことを言いましたが、しかし、現在の日本の租税手続では、課税処分がないと何も動かないわけですから、まず、課税庁がアクションを起こさなければならないわけです。日本で否認規定をつくったとき、この「しなければならない」というのが、不作為は許されない、という意味になってくるのかどうか問題です。今日の警察が暴力団に向き合う姿勢はそうなのですが、国税庁についても、同じようなことを考えておく必要があると思います。

しかも、タックス・シェルターの否認は、暴力団対策とは異なり、今も述べました「法創造」、つまり、行政立法の側面があることに注意が必要です。多くの課税処分は裁判所までは行きませんから、課税庁または不服審判所の判断が最終的なルール、つまり法になります。従来の行政立法についての考え方を、多少は変えることになるのかもしれませんが、いずれにしても、大きな責任が国税庁にかかってくるように思います。そのようなやり方をするかどうかは、日本の国としての判断になるのでしょう。

④合理的理由による免除 (§ 6664 (c))

話を免除要件に戻します。6662条における免除は以上の通りですが、さらに、別の条文である6664条 (c) に免除規定が置かれています。この免除は、原則としてタックス・シェルター

の場合も適用され、また、先に述べた評価が大きく誤っている場合についても、一部を除いて適用されます。この免除は、合理的理由による例外的免除 (Reasonable Cause Exception) といわれるもので、過少申告に合理的理由 (reasonable cause) があり、納税者が誠実に (in good faith) 行動したと認められる部分に係る過少申告額には、罰則が適用されないことになります。このように罰則とその免除によって、できるだけ効果的に納税者を誘導しようとしているわけです。

2. 指定取引 (Listed Transaction)、

要報告取引の罰則 (Reportable Transaction) (§ 6662A)

少しややこしくなっていますが、さらに、タックス・シェルターを念頭に置いた罰則が、6662A 条として2004年に設けられています。この規定の対象となるのは、指定取引 (Listed Transaction)、何だか指定暴力団みたいですが、そういう潜在的に悪質な取引で歳入庁長官があらかじめ指定した取引と、要報告取引 (Reportable Transaction)、これも歳入庁長官が租税回避または脱税の可能性があると判断し、規則が取引情報の開示を要求する取引類型に属する取引、すなわち、取引の主要な目的が租税回避または脱税にある取引、このふたつが対象になっています。そして、これらの取引によって生じた課税所得の過少部分に最高税率を乗じた金額を基準に、取引が制定法の要求に従って適切に開示報告されていれば20%、それがなければ30%の罰則金が課されます。なお、この罰則を適用された場合、公開会社は有価証券報告書にその旨を記載しなければならないことになっています。さらに、非開示そのものに対する罰則もあって、\$ 10,000 (自然人) または \$ 50,000、指定取引では \$ 100,000 (自然人) または \$ 200,000 となっています。タックス・シェルターに対する戦いは、ここでは、報告をさせるという方法を採用しているわけです。なお、先に

述べた合理的理由による例外的免除は、この6662A 条による罰則金にも適用されます。

この規定で注目されるのは、指定取引、要報告取引として、歳入庁が一定の取引類型をあらかじめ特定していることです。つまり、先回りをして、穴を塞いでいるわけです。そのふさぎ方は、報告をさせるという方法です。否認ではありません。否認できないかもしれないけれど、それでも報告義務は課しているわけです。また、否認できた場合の罰則を、報告していなければ重くしています。このあたり、先の例に戻ると、暴力団員だから、という理由だけで身柄を拘束して身体的自由を奪うことはできませんが、暴力団員かどうかは、警察がきっちりと把握しておく、ということになります。こういうことが租税の世界で起こっていると理解していただければいいのではないかと思います。

米国の罰則金制度、かなりややこしかったですが、特徴をあげるとすると、要件を定め、善良な納税者については罰則を免除すること、また、指定された取引を報告させ、報告を軽減要件としていることです。

B. 改正による罰則と 経済的実質との連携

1. 新たな要件の追加 (§ 6602 (b) (6))

さて、ここまででだいぶお疲れになったと思いますが、今回の立法による罰則の改正については、ここからが本題です。経済的実質主義を規定した7701条 (o) の立法と同時に、この規定の対象となった経済的実質を欠く取引については、罰則金賦課と免除の適用が大幅に厳格化されました。すなわち、7701条 (o) に規定する経済的実質を欠くとき、または、これに類する規定の要件を満たせないときは、20%の加算税を課するという規定が、6662条 (b) (6) として設けられました。資料13 (本誌169頁) の上から3分の1ほどに線が引いてあります。それだけなら、これまでと変わらないのですが、この要件に基づく罰則金については、6662条の免除



規定も6664条の免除規定も、適用が完全に排除されています。

2. 経済的実質を欠く非開示取引への重課

今、実務家達が一番悩んでいる問題は、このような経済的実質を欠く取引で否認された場合に、もし開示がなければ、これを Non-disclosed Non-economic Substance Transactions といいますが、経済的実質がなく、かつ、開示もなければ、罰則金の率が2倍の40%になります。40%という税率、日本では、仮装隠ぺいによる重加算税の感覚だと思います。そうすると、経済的実質があるかないかわからないような取引については、基本的に申告書で開示をしておく

ことにした方がいいのか、それとも、それはむしろ適当ではないと考えるのか、あるいは、どこまでのどういった開示をしておくのが適当かというところに迷いが生じます。まだ3月31日に法律ができたばかりで、開示に関するルーリングもこの9月13日にあまり当たり障りのないものがひとつ出たばかりということもあり¹⁹、実務家と歳入庁の間でいろいろな綱引きが行われ、文献が散見されるところです²⁰。

19 Notice 2010-62, 2010-40I. R. B. 411.

20 Monte Jackal, Public Comments vs. Private Letter Rulings: Which Is Preferable?, 129 Tax Notes 1415 (2010) ; Jeremiah Coder, Understanding Taxpayers' Problems, 129 Tax Notes 275 (2010).

Ⅳ. 分析

A. 法の変化と不変化

それでは、余った時間で、米国の議論の紹介や検討をしておきたいと思います。資料7（本誌163頁）の「分析」のところでは、

1. 立法（制定法化）による効果

まず、この立法（制定法化）による効果ですが、議会から税務行政、裁判所、租税専門家へのメッセージ（経済的実質主義の積極的適用を支持）や、議会による裁判例の追認といった側面があると思います。また、いくつかの点、例えば現在価値で課税前利益を見ましようとか、あるいは、外国税をどうしますかといったところは明確化したわけです。

しかし、ひょっとするとそういったことを全部ひっくり返すような裁判例が出てくるかもしれないし、それをやったからといって憲法に違反するかというと、多分そうではないだろうと思います。そうすると、今回の立法によって予見可能性が上がったと言われると、向上したとは素直には言えないし、むしろ向上させないことを狙ったという穿った見方をすることもできるかもしれません。

また、「経済的実質」の概念も変わっていないのですが、ただ、二分肢テスト（Conjunctive Test）で統一されたこと、「合理的手段」（三分肢）が除外されたことには、意味があると思います。これで見通しがよくなったこともたしかですが、しかし、今後の判例法の発展に杵をはめてしまったのではないかと考えられます。

今後は、“transaction” “meaningful change” “substantial” ‘といった概念を巡って問題が出

てくると思います。とりわけ重要となるのは、取引の把握の仕方、経済的実質に則した観察の方法です。

2. 意図された租税利益

次に、議会が意図的に与えた租税利益をどのように扱うのが問題となっています。どういふことかという、国が一種の隠れた補助金（租税歳出）として租税を使う場合です。経済的実質がないのがわかっているけれども、ある特定の行為を納税者にさせたいので、その分については税金を安くしようという規定があり、納税者が事業上の目的も何もなく、また課税前利益も出ないけれども、しかし、そういう租税優遇措置を求めて食い付いたときに、それを否認するのかという問題です。委員会報告書は、議会が明示的に与えた租税利益については、7701条（o）は適用しないとしているのですが、制定法には規定されませんでした。

3. The Angel List（不適用取引のリスト）

これに関連して、いわゆる The Angel List、すなわち、歳入庁に対して、この規定の不適用となる取引をリストにして出せ、とか出さない、といった押し問答が出てきています²¹。立法関係資料には、一定の取引類型については適用なし、とはっきり書かれているのです。資料の7から8にかけて掲載しました。

しかし、財務省、歳入庁は、リストの確認に否定的です。理由は、今回の立法の趣旨から、規則で判例法・慣習法を動かさないことにあります。さらに、時間の関係で説明を省略しますが、資料の8下からの「C. 問題となる領域」も、実務からは適用除外とすべきであるといわれている領域です。

ここにあげた裁判例などを丁寧に見ていくと、

21 Amy S. Elliott, Practitioners Blast Economic Substance Guidance With No Angel List, 2010 TNT 177-1 ; Amy S. Elliott, Practitioners Skeptical of IRS Assurances on Economic Substance Relevance, 2010 TNT 133-2.

経済的実質主義、少なくとも7701条 (o) の規定したような実質主義はこれまで問題とされていなかったような領域があることが分かります。それを今回明確化してくれという要望は、非常にもっともではないかと思います。

B. 罰則と開示要請

繰り返しになりますが、開示要請と罰則は、今回の改正で明確に変わった部分です。**資料8** (本誌164頁) の「B. 罰則と開示要請」に書きました Announcement2010-9 (2010年の9番目のアナウンスメントの意味) ですが、これは、納税者が申告におけるポジション (所得計算に当たっての考え方) を課税庁に認めてもらえるかどうか、自信がないということがあったら、そのことを申告で明らかにしなさい、というアナウンスメントです。

少し脇にそれますが、さらに重い問題としてFIN48があります。これは、財務諸表において、タックス・リスク (否認の可能性と増差税額の積) を明らかにすることを、アメリカの会計基準が要求しているのです。たとえば、当社はこういうリースをやっています、しかし、リースではなくて金融だとされるかもしれません、その可能性と増加する税額の積を財務諸表上で潜在的債務として書きます、ということです。これがなぜ問題にされているかというと、課税庁がそれを見て、調査や処分と端緒とするからです。

これは独り言ですが、外資系の日本企業は米国での財務上の連結対象になっていますから、日本でのタックス・リスクについても、アメリカにおいてこのFIN48による評価と公表が行われています。

V. おわりに

最後に、以上のことから、今後、学問的に検討した方がいいのではないかとと思われる課題について、簡単に述べさせていただきます。

まず、租税法における法の存在形態、すなわち制定法と不文法の問題があると思います。経済的実質主義が「法」であるとする、制定法や行政規則のような成文法は何ができるのか、経済的実質主義を育ててきた判例法の発展がこれからどうなるのかが、アメリカでは問題です。経済的実質主義が、制定法として (判例法以外の形態で)、果たして存在し得るのかを考えてみる必要があると思います。また、仮に経済的実質主義を制定法によって固定したとしても、また別の不文法が出てくるかもしれません。

次に、これに関連して、法の欠缺と創造の問題についても、検討が必要ではないかと思います。租税回避は法の欠缺 (本来あるべき要件が欠けていること) が原因であり、その否認は法の創造 (欠けている課税要件を補充すること) であるという理解があります。そのように考えますと、欠缺かどうかを、誰がどのように判断するのか、という議論になり、議会が衆議によって判断して法律をつくる、ということになるはずですが、しかし、それだけではうまく行かない場合があるという認識に立つのであれば、議会における衆議以外のどんな方法で欠缺を判断し、課税要件を補充する法律以外の何を創造するのが問題になります。

欠缺の判断において、法の濫用を考えるのであれば、何が濫用されているのが問題になります。判断や法創造の主体についても、日本では、行政の役割をよく見る必要があります。行政庁の判断が、多くの場合、裁判所まで行かずに確定してしまうからです。オーストラリアで包括的否認規定の運用に Screening Panel と呼ばれる第三者機関を入れたりしていることなどからは、専門家による第三者的な判断についても、調べてみるといいのかなと考えたりします。

創造する「法」とは何かも、行政と裁判所の関係を考えながら、検討していくことになると思います。アメリカの経済的実質主義が学問の対象になっているのは、裁判官が、先例拘束の下で制定法や行政規則と同様に先例をきちんと

調べて引用しながら判決を下しているからです。そうでないと、法的不安定だけが生じ、判例法理が育たないと思います。行政については、指定取引や要報告取引が背景にあり、これも罰則によって担保された「法」です。日本でも、実定法やその授権を受けた行政立法とは異なる「法」がイメージされることになるのでしょうか。また、そのとき、国会が何をするのかも、7701条（o）の立法を見ていると、興味深いところ

です。

最後に、日本は租税法律主義の国ですから、その中で否認をどう考えてゆくかも課題になります。アメリカが経済的実質主義を使う場面で、日本はどんなふうにしているのかは、興味深いと思います。

大変拙い報告でしたが、以上で終わらせていただきます。ありがとうございました。

資料

米国の新しい包括的濫用防止規定について

岡村 忠生（京都大学）

I. はじめに

A. 新しい否認規定

「健康保険および教育の調整に関する法律」

H.R. 4872, the Health Care and Education Reconciliation Act of 2010

内国歳入法典7701条(o)等の新設（2010年3月30日成立）

Sec. 1409. Codification of Economic Substance Doctrine and Penalties

米国ではじめての「包括的濫用防止（租税回避否認）規定」（?）

General Anti-Abuse Rule, General Anti-Avoidance Rule, GAAR

経済的実質主義の考え方を制定法として確認

判例法の制定法化

従来と差異はない（?）

罰則の厳格化

20%または40%の加算税 (Accuracy Related Penalty)

B. この報告の目的

「租税回避」とは？

Smell Test?

私法の乱用？

法の欠缺？

司法（私法）による法創造？

「租税回避」を議論するのは、なぜか？

「租税回避」について、何を学問してきたのか？

否認の可否、方法？

予測可能性は高められたか？

II. 7701条(o)とは

A. 経済的実質主義の明確化 (Clarification of Economic Substance Doctrine)

(明確化できるか? 立法できるのか?)

§7701(o)(5)(c)---Determination of Application of Doctrine Not Affected

これまでの判例法の確認を、議会（委員会）が行う。

適用要件・・・”any transaction to which the economic substance doctrine is relevant”

B. 二分肢テスト

1. 2つの要件

二分肢テストの客観面(A)と主観面(B)

(A) その取引によって納税者の経済的ポジションが有意味に変化すること

商品としてのタックス・シェルター

汎用性・・・何も変わらない（税負担のみ減少する）ことが重要

(B) 納税者にその取引を行う相当の(substantial)目的（税負担軽減以外）があること

2. Conjunctive Test

従来の判例

(1) 取引が否認されないためには、両者が満たされなければならないとする判例

⇔ Disjunctive Test （どちらかでよい）

Coltec判決などは¹、Disjunctive Testを明確に否定

(2) いくつかの（主要）裁判例は、否認のためには両者ともを欠くことを要請²

否認についてConjunctive

(3) より的確な要素を考慮すべきとの裁判例³

これら裁判所間の対立を、立法で解消

しかし、むしろ重要な問題は、取引の把握のされ方（把握の単位）

税負担軽減効果がある取引を区別して取り出せば、否認できる。

¹ Coltec Industries, Inc. v. United States, 454 F.3d 1340 (Fed. Cir. 2006), *rev'g* 62 Fed. Cl. 716 (2004)(where a taxpayer has satisfied all statutory requirements established by Congress, as Coltec did in this case, the use of the "economic substance" doctrine to trump "mere compliance with the Code" would violate the separation of powers). *See also* Pasternak v. Commissioner, 990 F.2d 893, 898 (6th Cir. 1993); Klamath Strategic Investment Fund v. United States, 568 F.3d 537, (5th Cir. 2009).

² Rice's ToyotaWorld v. Commissioner, 752 F.2d 89, 91-92 (4th Cir. 1985); IES Industries v. United States, 253 F.3d 350, 358 (8th Cir. 2001)

³ ACM Partnership v. Commissioner, 157 F.3d at 247; James v. Commissioner, 899 F.2d 905, 908 (10th Cir. 1995); Sacks v. Commissioner, 69 F.3d 982, 985 (9th Cir. 1995).

C. 課税前利益の可能性

否認されないための必要条件ではない。2つのテストでの考慮要素。

内容はある程度明確化

課税前の利益と課税後の利益の現在価値を比較したとき、課税前の利益が十分に (substantial) 見込まれること

従来判例は、租税以外の利益として、何を求めてきたか。

= 何を否認してきたのか。

(1) 納税者が主張する租税以外の利益が、実は得られていない⁴。

(2) 取引には、利益を獲得する可能性がない⁵。

(3) リスクと利益獲得可能性はあるが、十分ではない⁶。

(4) 租税以外の利益が得られる合理的可能性があればよい⁷。

(3)の立場で統一

地方税も考慮

外国税は、場合によっては費用扱い

規則に委任（未制定）

会計上の利益（メリット）は考慮しない⁸。

エンロン事件では、タックス・シェルター取引について、財務会計上のメリットが主張された⁹。

⁴ Coltec Industries v. United States, 454 F.3d 1340 (Fed. Cir. 2006).

⁵ Knetsch, 364 U.S. at 361; Goldstein v. Commissioner, 364 F.2d 734 (2d Cir. 1966).

⁶ Goldstein v. Commissioner, 364 F.2d at 739-40; Sheldon v. Commissioner, 94 T.C. 738, 768 (1990)

⁷ Rice's Toyota World v. Commissioner, 752 F. 2d 89, 94 (4th Cir. 1985); Compaq Computer Corp. v. Commissioner, 277 F.3d 778, 781 (5th Cir. 2001); IES Industries v. United States, 253 F.3d 350, 354 (8th Cir. 2001); Wells Fargo & Company v. United States, No. 06-628T, 2010 WL 94544, at *57-58 (Fed. Cl. Jan. 8, 2010).

⁸ See American Electric Power, Inc. v. United States, 136 F. Supp.2d 762, 791-792 (S.D. Ohio 2001), *aff'd*, 326 F.3d 737 (6th Cir. 2003); Wells Fargo & Company v. United States, No. 06-628T, 2010 WL 94544, at *59 (Fed. Cl. Jan. 8, 2010).

⁹ See, e.g., Joint Committee on Taxation, Report of Investigation of Enron Corporation and Related Entities Regarding Federal Tax and Compensation Issues, and Policy Recommendations (JSC-3-03) February, 2003 ("Enron Report"), Volume III at C-93, 289.

D. 諸定義

1. 「取引」(transaction)とは？

「取引」に対して規定が適用される。

「連続した取引を含む」とのみ規定

段階取引の法理(the step transaction doctrine)を含意

Coltec判決との関係

規則での考え方(Reg. § 1.6011-4(b)(1)) (Reportable transactionsに関して)

The term transaction includes all of the factual elements relevant to the expected tax treatment of any investment, entity, plan, or arrangement, and includes any series of steps carried out as part of a plan.

2. 経済的実質主義

Common Law Doctrine として定義？

3. 個人（家事）取引の除外

事業または所得獲得のための取引に限定

4. Determination of Application of Doctrine Not Affected

経済的実質の有無の判断のあり方・・・立法がなかったのと同じ？

“in the same manner as if this subsection had never been enacted”

E. 合理的手段テスト(Reasonable Means Test)

法案段階では、三分肢テスト¹⁰

Disjunctiveな二分肢テストによる国敗訴判決の影響

取引が（税負担軽減以外の）目的との関係で合理的な手段であること

事業目的テストの一部との理解（JCT報告書の脚注）は、後に削除

¹⁰ 従来の議論について、一高龍司「タックス・シェルターへの米国の規制と我が国への応用可能性」フィナンシャル・レビュー84号63頁、75-78頁（2006年）、松田直樹「実質主義と法の濫用の法理－租税回避行為の否認手段としての潜在的有用性と限界－」税務大学校論叢55号1頁、51-59頁（2007年）。

III. 罰則

A. 行政罰（加算税）の制度

1. 正確さに関する罰則(Accuracy Related Penalty, §6662)

賦課要件を規定

- (1) Negligence or disregard of rules or regulations.
- (2) Any substantial understatement of income tax.
- (3) Any substantial valuation misstatement under chapter 1.

など

増差税額(underpayment)が対象

原則20%、一定の過大評価に基因する場合は40%(§6662(h))

(2)の免除・軽減要件（タックス・シェルターの場合は不適用）

納税者の行った課税上の取扱に相当の根拠(substantial authority)がある。

または

その項目が、申告書等で適切に開示 (adequately disclosed) され、かつ、納税者がそのように扱ったことに合理的理由(reasonable basis)がある。

合理的理由による免除(Reasonable Cause Exception, §6664(c))

過少申告に合理的理由(reasonable cause)があり、納税者が誠実に(in good faith)行動した場合

タックス・シェルターの場合も適用

租税専門家の分析・意見を納税者が信じた場合

納税者のポジションが認められる確率が50%を超える場合

2. 指定取引(Listed Transaction)、要報告取引の罰則(Reportable Transaction)(§6662A)

対象取引(§6707A(c))

指定取引・・・歳入庁長官が租税回避取引として指定したもの

要報告取引・・・歳入庁長官が租税回避または脱税の可能性があると判断し、規則が取引情報の開示を要求する取引類型に属する取引

= 取引の主要な目的が租税回避または脱税にある取引 (§6707A(b)(2))

これらの取引によって生じた過少税額(understatement amount)が対象
過少となった所得に最高税率を乗じた金額

開示された取引・・・20%

適切な開示のない取引・・・30%

公開会社は、この罰則の適用をSEC報告書に記載しなければならない。

なお、非開示に対する罰則(§6707A)

\$10,000 (自然人) または\$50,000

指定取引では\$100,000 (自然人) または\$200,000

合理的理由による免除の厳格化

開示のない取引には免除不適用

納税者がその扱いが適切であることを合理的に信頼したことを要求

Disqualified tax advisor, Disqualified opinion

B. 改正による罰則と経済的実質との連携

1. 新たな要件の追加 (§6662(b)(6))

§7701(o)に規定する経済的実質を欠くとき、または、これに類する規定の要件を満たせないとき

20%の加算税

増差税額(underpayment)を対象

2. 経済的実質を欠く非開示取引への重課 (§6602(i))

(Non-disclosed Non-economic Substance Transactions)

加算税率を40%とする。

経済的実質を欠く非開示取引

課税上の取扱に関連する事項が申告書またはその添付書面において適切に開示されていない取引で、§6602(b)(6)の適用を受けるもの

3. 合理的理由(Reasonable Cause)による免除の不適用 (§6664(d)(2))

§6602(b)(6)の適用を受けた取引には、この免除を不適用

IV. 分析

A. 法の変化と不変化

1. 立法（制定法化）による効果

議会の税務行政、裁判所、租税専門家へのメッセージ（積極的適用）

議会による裁判例の追認

予見可能性は向上したか。

2. 「経済的実質」の概念は変わっていない。

二分肢Conjunctive Testで統一

ただし、“transaction” “meaningful change” “substantial”といった概念は、制定法の解釈問題として浮上。

「合理的手段」（三分肢）の除外

「合理的手段」の要請に対して厳しい批判

タックス・プランニングの余地は残る。

3. 意図された租税利益

委員会報告書は、議会が明示的に与えた租税利益については、§7701(o)は適用しないとしている。

しかし、制定法には規定されなかった。

4. The Angel List（不適用取引のリスト）

立法段階で議論され、立法関係資料に残されたが¹¹、規定はされなかった。

規定による制定が求められているが、財務省、歳入庁は否定的。

立法の趣旨から、規則で判例法・慣習法を動かさないことが理由

求められている理由は、経済的実質を欠けば罰則があるから。

立法段階で、適用がないとされた領域

(1) 借入か自己資本か

¹¹ JCX-18-10, “Technical Explanation of the Revenue Provisions of the ‘Reconciliation Act’ of 2010, as Amended, in Combination With the ‘Patient Protection and Affordable Care Act,’” 152-153 (Mar. 21, 2010); JCX-11-10, “Technical Explanation of the Revenue Provisions Contained in the American Workers, State and Business Relief Act of 2010, as Passed by the Senate on March 10, 2010,” 189-190 (Mar. 11, 2010).

- (2) 国外投資（事業体を国内に置くか国外か）
- (3) 法人の設立、組織再編成のための取引、一連の取引
- (4) 関連法人の利用（§482、その他個別規定について問題とならない場合）

B. 罰則と開示要請

改正で明確に変わった部分

「罰則」（行政罰、加算税）の位置付け、日本との差異

責任主義的要素

取引の開示

租税専門家の責任

処罰要件と開示

Announcement 2010-9¹²

納税者が不明確と考える課税上の立場を歳入庁に開示させる。

FIN48¹³も問題となり得る。

C. 問題となる領域¹⁴

従来は認められてきたが、Conjunctive Testを文字通りに適用すると否認の可能性

求められる「実質」に程度の差があるのではないか？（前掲 The Angel List）

1. 所得の実現（課税時期）

Cottage Savings連邦最高裁判決¹⁵

「実現」の判断について、経済的実質主義の適用を排除

2. 法適用の要件を充足するための取引

子会社完全清算(§332)

株式取得を資産取得とみなす規定(§338)

¹² 2010-7 IRB 408.

¹³ FASB Interpretation No. 48, Accounting for Uncertainty in Income Taxes, an interpretation of FASB Statement No. 109 (2006).

¹⁴ Monte A. Jackel, Dawn of a New Era: Congress Codifies Economic Substance, 127 Tax Notes 289, 297-98 (2010). §7701(o)についての論文としては、さらに、McMahon, Martin J., Living with (and Dying by) the Codified Economic Substance Doctrine (June 11, 2010). University of Florida Levin College of Law Research Paper. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1623822>

¹⁵ Cottage Savings Association v. Commissioner, 499 U.S. 554 (1991).

3. 出資と分配

分配について、経済的実質を要求しない租税裁判所判決¹⁶

出資について、要求する判決¹⁷

4. DebtとEquity

選択は自由と考えられる¹⁸。

5. 外国法人と内国法人

§7874などの個別規定があることから、7701(o)の適用はない（のではないか）。

6. 法人の設立、組織再編成

The Angel Listにはあるが、Coltec判決からは、取引の観察単位が問題

7. §304取引

株式譲渡に対する「みなし配当」的課税

個別規定がある場合の7701(o)の適用問題

8. 外国税額控除

外国税を費用とすべき場合について、規則に明示的委任

国敗訴の影響・・・Compaq判決¹⁹、IES判決²⁰

9. パートナースhip持分取得価額

§752による取得費引継

10. 導管的取引

Northern Indiana判決²¹、UPS判決²²

¹⁶ Countryside Limited Partnership v. Commissioner, T.C. Memo. 2008-3.

¹⁷ Caruth v. United States, 688 F. Supp. 1129 (D. Ct. 1987), *aff'd*, 865 F.2d 644 (5th Cir. 1989).

¹⁸ Kraft Foods Co. v. Commissioner, 232 F.2d 118 (2d Cir. 1956).

¹⁹ Compaq Computer Corp. v. Commissioner, 277 F.3d 778 (5th Cir. 2001).

²⁰ IES Industries, Inc. v. United States, 253 F.3d 350 (8th Cir. 2001).

²¹ Northern Indiana Public Service Corp. v. Commissioner, 115 F.3d 506 (7th Cir. 1997).

²² United Parcel Service of America v. Commissioner, 254 F.3d 1014 (11th Cir. 2001).

V. おわりに

租税法における不文法

制定法としての経済的実質主義はあり得るか。

法の欠缺と創造

どのように判断するのか？

法の濫用・・・私法の濫用か、税法の濫用か？

判断の主体

行政庁の役割

指定取引、要報告取引

罰則・開示との連動

加算税と免除（機械的賦課でよいのか）

オーストラリアのGAAR Screening Panel

専門家の役割

何を創造するのか？

租税法律主義の意義

条文

I.R.C. §7701. Definitions

(o) Clarification of Economic Substance Doctrine-

(1) APPLICATION OF DOCTRINE- In the case of any transaction to which the economic substance doctrine is relevant, such transaction shall be treated as having economic substance only if--

(A) the transaction changes in a meaningful way (apart from Federal income tax effects) the taxpayer's economic position, and

(B) the taxpayer has a substantial purpose (apart from Federal income tax effects) for entering into such transaction.

(2) SPECIAL RULE WHERE TAXPAYER RELIES ON PROFIT POTENTIAL—

(A) IN GENERAL- The potential for profit of a transaction shall be taken into account in determining whether the requirements of subparagraphs (A) and (B) of paragraph (1) are met with respect to the transaction only if the present value of the reasonably expected pre-tax profit from the transaction is substantial in relation to the present value of the expected net tax benefits that would be allowed if the transaction were respected.

(B) TREATMENT OF FEES AND FOREIGN TAXES- Fees and other transaction expenses shall be taken into account as expenses in determining pre-tax profit under subparagraph (A). The Secretary shall issue regulations requiring foreign taxes to be treated as expenses in determining pre-tax profit in appropriate cases.

(3) STATE AND LOCAL TAX BENEFITS- For purposes of paragraph (1), any State or local income tax effect which is related to a Federal income tax effect shall be treated in the same manner as a Federal income tax effect.

(4) FINANCIAL ACCOUNTING BENEFITS- For purposes of paragraph (1)(B), achieving a financial accounting benefit shall not be taken into account as a purpose for entering into a transaction if the origin of such financial accounting benefit is a reduction of Federal income tax.

(5) DEFINITIONS AND SPECIAL RULES- For purposes of this subsection—

(A) ECONOMIC SUBSTANCE DOCTRINE- The term “economic substance doctrine” means the common law doctrine under which tax benefits under subtitle A with respect to a transaction are not allowable if the transaction does not have economic substance or lacks a business purpose.

(B) EXCEPTION FOR PERSONAL TRANSACTIONS OF INDIVIDUALS— In the case of an individual, paragraph (1) shall apply only to transactions entered into in connection with a trade or business or an activity engaged in for the production of income

(C) DETERMINATION OF APPLICATION OF DOCTRINE NOT AFFECTED- The determination of whether the economic substance doctrine is relevant to a transaction shall be made in the same manner as if this subsection had never been enacted.

(D) TRANSACTION- The term “transaction” includes a series of transactions.

I.R.C. §6662. Imposition of accuracy-related penalty on underpayments

(a) Imposition of penalty.--If this section applies to any portion of an underpayment of tax required to be shown on a return, there shall be added to the tax an amount equal to 20 percent of the portion of the underpayment to which this section applies.

(b) Portion of underpayment to which section applies.--This section shall apply to the portion of any underpayment which is attributable to 1 or more of the following:

- (1) Negligence or disregard of rules or regulations.
- (2) Any substantial understatement of income tax.
- (3) Any substantial valuation misstatement under chapter 1.
- (4) Any substantial overstatement of pension liabilities.
- (5) Any substantial estate or gift tax valuation understatement.

(6) Any disallowance of claimed tax benefits by reason of a transaction lacking economic substance (within the meaning of section 7701(o)) or failing to meet the requirements of any similar rule of law.

- (7) Any undisclosed foreign financial asset understatement.

(c) Negligence.--

For purposes of this section, the term "negligence" includes any failure to make a reasonable attempt to comply with the provisions of this title, and the term "disregard" includes any careless, reckless, or intentional disregard.

(d) Substantial understatement of income tax.--

(1) Substantial understatement.--

(A) In general.--For purposes of this section, there is a substantial understatement of income tax for any taxable year if the amount of the understatement for the taxable year exceeds the greater of--

- (i) 10 percent of the tax required to be shown on the return for the taxable year, or
- (ii) \$5,000.

(e) Substantial valuation misstatement under chapter 1.--

(f) Substantial overstatement of pension liabilities.--

(g) Substantial estate or gift tax valuation understatement.--

(h) Increase in penalty in case of gross valuation misstatements.--

(i) INCREASE IN PENALTY IN CASE OF NONDISCLOSED NONECONOMIC SUBSTANCE TRANSACTIONS.

(1) IN GENERAL. — In the case of any portion of an underpayment which is attributable to one or more nondisclosed noneconomic substance transactions, subsection (a) shall be applied with respect to such portion by substituting '40 percent' for '20 percent.

(2) NONDISCLOSED NONECONOMIC SUBSTANCE TRANSACTIONS. — For purposes of this subsection, the term ‘nondisclosed noneconomic substance transaction’ means any portion of a transaction described in subsection (b)(6) with respect to which the relevant facts affecting the tax treatment are not adequately disclosed in the return nor in a statement attached to the return.

(3) SPECIAL RULE FOR AMENDED RETURNS.— In no event shall any amendment or supplement to a return of tax be taken into account for purposes of this subsection if the amendment or supplement is filed after the earlier of the date the taxpayer is first contacted by the Secretary regarding the examination of the return or such other date as is specified by the Secretary.

(j) Undisclosed foreign financial asset understatement.--

I.R.C. § 6664. Definitions and special rules

(c) Reasonable cause exception for underpayments.--

(1) In general.--No penalty shall be imposed under section 6662 or 6663 with respect to any portion of an underpayment if it is shown that there was a reasonable cause for such portion and that the taxpayer acted in good faith with respect to such portion.

(2) EXCEPTION. — Paragraph (1) shall not apply to any portion of an underpayment which is attributable to one or more transactions described in section 6662(b)(6).

(d) Reasonable cause exception for reportable transaction understatements.--

(1) In general.--No penalty shall be imposed under section 6662A with respect to any portion of a reportable transaction understatement if it is shown that there was a reasonable cause for such portion and that the taxpayer acted in good faith with respect to such portion.

(2) EXCEPTION. — Paragraph (1) shall not apply to any portion of a reportable transaction understatement which is attributable to one or more transactions described in section 6662(b)(6).
