

## 「分野を限定しない一般的否認規定(GAAR)」と租税法律主義<sup>\*1</sup>

長戸 貴之<sup>\*2</sup>

### 要 約

本稿では、近年、改めて導入が主張されている租税回避（濫用）行為の一般的否認規定（General Anti-Avoidance (or Abuse) Rule, GAAR）について、国際的な議論及び我が国におけるこれまでの議論を整理しながら、仮に導入されるとした場合の位置づけや留意点について検討を行う。

結論として、第一に、先行研究には、我が国租税法への GAAR 導入を、BEPS プロジェクトや「アグレッシブな税務プランニング（aggressive tax planning, ATP）」についての国際的な租税政策の動向と論理的に関連づけて主張するものがあるが、そのような関連づけは必ずしも精確ではないこと、第二に、我が国の租税回避行為の否認に関する議論を再整理すると、先行研究による「遅れている」との評価は行き過ぎであること、を論じる。そこから、仮に我が国でも GAAR 導入が検討されるとしても、それにより否認が認められやすくなることを当然の前提とすべきではなく、実質的に同一基準を採用していると理解する余地のある既存の行為計算否認規定の解釈論や判例法理の整理・明確化の意味合いで「分野を限定しない一般的否認規定」として導入する可能性があることを述べる。併せて、検討の中で導かれた GAAR の制度設計上の論点を補足的に指摘する。

キーワード：租税回避行為の否認、ATP、GAAR、道徳性、協力的コンプライアンス、BEPS、EU、限定解釈の法理、ヤフー・IDCF 事件

## I. はじめに

租税法律主義（憲法 84 条）について考えるにあたって、租税回避行為の否認の議論を無視することはできない。なぜならば、「税負担の公平」の見地を根拠に租税回避行為の否認が行

われれば、租税法律主義の歴史的・沿革的な意義である行政権による恣意的課税からの国民の保護及びその現代的機能である法的安定性と予見可能性の確保<sup>1)</sup>が実質的に脅かされかねない

\* 1 本稿の執筆にあたっては、2016 年 7 月 23 日開催の本特集の準備研究会参加者から有益なコメントを賜った。厚く御礼申し上げます。また、本稿は、2015 年度公益財団法人全国銀行学術研究振興財団の助成研究の研究成果である。ここに記して感謝する。

\* 2 学習院大学法学部准教授。

1) 金子（2016）73-75 頁。

からである。

本稿では、近年、改めて導入が主張されている租税回避（濫用）行為の一般的否認規定（General Anti-Avoidance (or Abuse) Rule, GAAR）について、国際的な議論及び我が国におけるこれまでの議論を整理しながら、仮に導入されるとした場合の位置づけや留意点について若干の検討を行う。なお、本稿は抽象的なGAARの導入自体の当否は論じない。

結論からいえば、第一に、先行研究には、我が国租税法へのGAAR導入を、BEPSプロジェクトや「アグレッシブな税務プランニング（aggressive tax planning, ATP）」についての国際的な租税政策の動向と論理的に関連づけて主張するものがあるが、そのような関連づけは必ずしも精確ではないこと、第二に、我が国の租税回避行為の否認に関する議論を再整理すると、先行研究による「遅れている」との評価は行き過ぎであること、を論じる。そこから、仮に我が国でもGAAR導入が検討されるとしても、それにより否認が認められやすくなることを当然の前提とすべきではないことを主張し、（手続的整備の点を除けば）実体面では実質的に同一基準を採用していると理解する余地のある既存の行為計算否認規定の解釈論や判例法理の整理・明確化の意味合いで「分野を限定しない一般的否認規定」として導入する可能性があるこ

とを述べる。併せて、GAARを租税法律主義と整合的に制度化していくためには、司法府の判断に資する立法資料の充実が強く求められることや、BEPSプロジェクトを踏まえたGAARの制度設計論としては、「二重非課税」を標的にするかという論点があることを指摘する。

本稿の構成は以下の通りである。まず、我が国における租税回避の議論が「国際的に遅れている」との先行研究の主張を紹介した上で、国際的な議論と我が国における議論それぞれに係る検討事項を設定する（Ⅱ）。次に、国際的な議論について、OECD/G20及びEUの取組みにおいて照準が当てられているATP概念を中心に検討し、ATP概念はGAARの標的となる（＝否認が認められる）「租税回避」の概念とはその意味内容や、概念の目的及び役割に違いがあることを明らかにする（Ⅲ）。続いて、我が国における租税回避行為の否認に関する学説（とりわけ金子宏教授の学説）や判例法理を整理した上で、それらが一元的に説明できることや、国際的な議論と方向性を同じくする点があることを明らかにする。そこから、仮にGAARが導入されるとしても、実体法面では、既に機能的にGAARと重なると評価できる既存学説・判例法理との関係を踏まえる必要があることを論じる（Ⅳ）。最後に全体をまとめる（Ⅴ）。本稿は2016年9月末時点の情報に基づく。

## Ⅱ. 検討事項の設定：我が国における近年のGAAR導入論

近年、我が国では、OECD租税委員会による「税源浸食と利益移転（Base Erosion and Profit Shifting, BEPS）」プロジェクトとの関連性を主張して我が国租税法にもGAARを導入すべきであるとの議論（以下「GAAR導入論」という。）がなされている。ここでは、そのよ

うなGAAR導入論のうち、いくつかの主要な見解を取り上げ、その理論構成を確認した上で、そのような見解を評価するために検討を要する事項を抽出する。

森信（2016）の主張<sup>2)</sup>は、GAAR導入論に位置づけられよう。以下、その主張の要旨をまと

2) 森信（2016）5-7頁。

める。まず、我が国における租税回避に関する議論は、BEPSプロジェクトにおける租税回避に関する議論との関係で「国際的に遅れている」との認識が示される。そこで「国際的に遅れている」と評価される我が国における租税回避の議論としては、金子宏教授の議論<sup>3)</sup>が念頭に置かれている。そのような評価の根拠には、①租税減免規定の充足による税負担減少の場合が含まれていない、②「通常用いられない法形式」の判断が容易ではない、といった点が挙げられる<sup>4)</sup>。そして、「わが国の租税回避議論のレベルをBEPSと合わせなければBEPSの勧告を適切に受け止めることができない」として、特に租税条約の濫用防止に関する行動6及びアグレッシブな税務プランニングの義務的開示に関する行動12との関係が指摘される。そして、これらの行動計画において示された勧告を具体的な対応策として議論する場合に、「GAARの導入されていないわが国では、勧告をどう具体的に受け止めるのかといった点で問題が生じてくる」との危惧が示され、GAARの整備に向けた議論が必要であるとの問題提起がなされる。

また、本庄（2016a）<sup>5)</sup>においても、類似の見解が示される。すなわち、我が国における伝統的な租税回避の概念が、BEPSプロジェクトにおけるそれと比べ乖離しているとの認識が示された上で、特に、BEPSプロジェクトにおいて議論の対象となっているいわゆる「アグレッシブな税務プランニング（ATP）」への対応策の一つとしてGAAR導入の必要性を主張しているように読める。

このように、近年のGAAR導入論は、①BEPSプロジェクトをはじめとする国際的な議論と比較して、②我が国の租税法における租税回避の定義や租税回避行為の否認に関する議論が「遅れている」との認識に立ってGAARの導入を主張するもの<sup>6)</sup>と理解できる。かかるGAAR導入論の当否を判断するためには、①BEPSプロジェクトをはじめとする租税回避を巡る国際的な議論と②我が国における租税回避行為の否認に関する議論を精確に踏まえる必要があり、これらの点を本稿の検討事項として設定する。

### Ⅲ. 国際的な議論におけるATPとGAARの関係

本章では、まず、国際的な議論におけるATPとGAARの関係を踏まえるために、OECD（Ⅲ-1.）及びEU（Ⅲ-2.）における議論を俯瞰する。続いて、これらの国際的な議論の背後にある税務に関する企業の社会的責任やコーポレートガバナンス、道徳性といった議論とGAARとの関係について述べる（Ⅲ-3.）。

#### Ⅲ-1. OECD

租税回避を巡る国際的な議論を理解するためには、まずOECD（及び金融危機後はOECD/G20<sup>7)</sup>）における議論を参照することが有益である。そして、OECDにおける租税回避に関する議論を精確に踏まえるためには、BEPSプロジェクトのみでなく、それ以前に先行してい

3) 金子（2016）125-133頁。詳細には金子（1978）。

4) 今村（2015）3頁〔初出2015〕、18-21頁〔初出2008〕も参照。

5) 本庄（2016a）504-526頁。本庄（2016b）も参照。

6) 今村（2016a）もこの立場に位置づけられる。

7) 金融危機後にはOECDのプロジェクトがG20による支持を得る形で一部の発展途上国も含めた政治的正統性の調達が試みられている。See Christians（2010）。

た「協力的コンプライアンス (Co-operative Compliance)」の枠組みにまで目を向ける必要がある。特に、BEPS プロジェクトにおいて対応が議論されている ATP 概念<sup>8)</sup>について、租税回避 (tax avoidance) 概念との異同に着目して検討し、果たして ATP が GAAR の適用によって中心的に対応されるべきものとして議論されているのかという点に注意する。

### Ⅲ-1-1. 「協力的コンプライアンス」の文脈における ATP 概念

#### (1) ATP 概念の定義

OECD が ATP 概念を用いるようになったのは、2006 年に開催された税務長官会議 (Forum on Tax Administration) の第 3 回会合でのソウル宣言において、「ATP ディレクトリの拡充」が唱えられ、ATP という語は直接用いないが、「受け入れがたい租税負担最小化の取決めへの懸念」が示された<sup>9)</sup>のが発端だとされる。そして、その成果物の一つとして公表された租税仲介者の役割に関する OECD (2008) では、商品化された ATP の急速な広がりへの対応策が論じられ、議論の対象とする ATP の範囲が同定された。そこでは、ATP とは、「維持できる (tenable) が、意図しない、また、予期しない税収上の帰結を有する税務ポジションを伴うプランニング」と「税務申告における重要事項につき法に従っているか不確実性があることを公に開示することなしに納税者にとって有利な税務ポジションをとること」とされた<sup>10)</sup>。

ここで注目すべきは、ATP 概念については、

「維持できる」、すなわち、ATP に該当するからといって直ちに GAAR などによって租税回避行為の否認を受けるわけではないことが前提とされているようにも理解しうる概念として用いられていることである。その後、ここでの ATP 概念が直接引用される<sup>11)</sup>などして、近年における協力的コンプライアンスの枠組み<sup>12)</sup>へとつながっている。

#### (2) ATP 概念の役割：「正当な税務プランニング」の概念の限定

協力的コンプライアンスの文脈で用いられるようになった ATP 概念の役割については次のような Carrero & Seara (2016) の分析がある<sup>13)</sup>。すなわち、ATP 概念は、法の字句には従うが、法の本質 (the spirit of the law) には従わない (違法まがいの) 税務プランニングを新たに ATP と分類することで、既存の「租税回避 (tax avoidance)」概念の修正や濫用防止規定の射程<sup>14)</sup>の再定義をすることなく、「正当な税務プランニング」の概念を限定するために道具的に用いられているというのである。協力的コンプライアンスでは、課税庁に対して情報提供などの点で協力的な大企業に対して税務調査の頻度を減らすといった取り扱いがなされるため、事実上、(その当否はともかく<sup>15)</sup>) 「正当な税務プランニング」の範囲が狭まる機能が期待できることによろう。そして、ここでの ATP 概念は、GAAR によって対応すべきとは考えられていないものとして構成されていることが明らかであろう。

8) 緒方 (2016) 197 頁は、ATP 概念について租税回避概念への依拠を慎重に回避し、BEPS プロジェクトにおける ATP の概念については、「結果としての BEPS」をもたらす「行為としての BEPS」を ATP の一部として整理することで BEPS と ATP を互換的な概念として検討を進めている。

9) OECD (2006)。

10) OECD (2008), at 10-11.

11) *E.g.*, OECD (2010), at 13.

12) OECD (2013a)。同報告書の紹介として、増井 (2015)。

13) *See* Carrero & Seara (2016), at 213-214.

14) ここでは、回避 (avoidance) と濫用 (abuse) の語の厳密な使い分けは問題とせず、広く GAAR の適用対象となるものと理解されている。

15) 参照、吉村 (2011) 40-41 頁、増井 (2015) 341 頁。

### Ⅲ-1-2. BEPS プロジェクトの文脈における ATP 概念

#### （1）BEPS プロジェクトにおける ATP 概念

BEPS プロジェクトの直接の対象はその名称の通り BEPS であるが、ATP も対応されるべき対象の一つとされている<sup>16)</sup>。特に、行動11及び12では、当初から ATP に関する適時の情報収集の必要性が強調されていた<sup>17)</sup>。そこでは、ATP 概念が明示的に定義されているわけではないが、協力的コンプライアンスについても透明性を高める手法として併記されており、両者の関連性が意識されている。

GAAR との関係では、特に行動12の最終報告書において、GAAR は、義務的開示制度の下で明らかになった租税回避（tax avoidance）へ、課税庁に直接に対応していく権能を提供するものであると指摘されるなど、両者の相互補完関係が述べられている。そして、GAAR 導入論はこの点をもって、その主張の根拠とするであろう。しかし同時に、同報告書は、同じ箇所、義務的開示制度の目的は、課税庁に GAAR によって租税回避だと分類される取引から収集される情報以外にも、より広い租税政策及び税取りリスクに関する情報を提供するものであり、したがって、義務的開示制度の対象となる「報告対象スキーム（reportable scheme）」の定義は、GAAR によりカバーされる租税回避スキームよりも広がるであろうし、税務プランニングの観点からはアグレッシブ又は高リスクであるとみられる取引もカバーすべきであるとされている<sup>18)</sup>。このような最終報告書の書きぶりからは、ここでも ATP 概念が、GAAR の適用により否認されるべきとは直ちにはいえないものを含む概念とされていることがわかる。

#### （2）ATP 概念の役割：国際的な協調を呼びかけるための指導原理

BEPS プロジェクトの文脈における ATP 概念の役割について、Carrero & Seara (2016) は、協力的コンプライアンスにおけるのとはやや異なる性格を読み取る<sup>19)</sup>。すなわち、ATP 概念は、協力的コンプライアンスにおける道具的な用い方とは異なり、従来の国際課税における重要規範の修正を正当化するための概念的基礎とされるべく用いられており、そのため、法の精神に従っているかどうかという観念は、解釈論の観点から一種の“BEPS-GAAR”として理解されるべきものではなく、むしろ新たな国際課税規範の基礎を構成するものであるという。そして、BEPS プロジェクトにおいて、ATP 概念は、国際課税制度を一新する、より一貫性・整合性のある枠組みを正当化し構築するために、現行制度の一部をなす機能不全・抜け穴・不整合を説明するために用いられているという。

また、Dourado (2015) も同様に、ATP については、直ちに GAAR によって対応できるわけではないものと理解している<sup>20)</sup>。そして、BEPS プロジェクトでは、GAAR によって否認されるべき対象である租税回避（tax avoidance）や濫用（abuse）と、それとは区別される ATP の双方に照準が当てられているとする。特に、行動2がその典型であるように、ATP によりもたらされる各国税制の差異やミスマッチを利用した二重非課税の排除まで目的にしている点や、行動12が租税回避や濫用とは区別されるアグレッシブなものまで含めて開示の対象としている点を指摘して、両概念を峻別するのである<sup>21)</sup>。ここでも、ATP 概念は、新たな国際租税政策と国際的な協調への呼びか

16) OECD (2013b), at 13.

17) *See id.* at 14, 22.

18) OECD (2015b), para35.

19) Carrero & Seara (2016), at 213-214.

20) Dourado (2015), at 48.

21) *See id.* at 49-50.

けと関連した、必ずしも否認されるわけではない税務プランニングも包含する（漠然とはしているが）包括的な概念<sup>22)</sup>として理解されているのである。

以上のような分析から、ATP概念が、GAARによる否認という対応には限界があるものの、国際的な協調による立法対応が必要とされるものまで包含し、むしろこちらを中心とする、より広い基礎概念として用いられていることが明らかになる。

### Ⅲ－１－３. GAARとBEPSプロジェクトの関係

#### (1) BEPSプロジェクトとGAAR

Ⅲ－１－１. 及びⅢ－１－２. の分析からは、ATPへのGAARによる対応を声高に主張することは、少なくともOECDの議論を精確に踏まえたものとはいえないことが明らかになる。だが、GAAR導入論は、BEPSプロジェクトにおけるGAARへの言及をもって、その主張の根拠とするであろう。

しかし、そもそも、BEPSプロジェクトの最終報告書においては、その膨大な分量にもかかわらず、GAARへの明示的な言及は限られており、その言及もBEPSプロジェクトと既存の国内法上の措置との関係を述べる文脈のものとして理解できる<sup>23)</sup>。このことから、少なくとも、BEPSプロジェクトはBEPSやATPに対して、GAARによる対応を中心的なものとは考えていないことがうかがえる<sup>24)</sup>。また、BEPSプロジェクトにおける、かかるGAARの位置

づけは、既に国内法にGAARを導入していた各国において、BEPSやATP対策としてのGAARの実効性に限界があることを踏まえたものと理解することも不可能ではない。この点について興味深いのは、しばしばGAAR導入論が紹介するイギリスのGAARについて、それがBEPS対策として導入したものではなく、また、国内法のGAARが租税条約濫用をはじめとするBEPSへの対抗策の役割を果たすものでもないことが強調されていること<sup>25)</sup>である。

他方で、BEPSプロジェクトを受けて国内法のGAARに反映させた国には、MAAL (Multinational Anti-Avoidance Law) を導入したオーストラリアの2015年改正<sup>26)</sup>がある。これは、単独主義的な対応であり、既存のGAAR (Part IV A) の中に「大規模多国籍企業」を対象とする「分野を限定した一般的否認規定」<sup>27)</sup>を導入したものとみることができる。具体的には、PE (Permanent Establishment) への所得帰属を人為的に回避するスキームなどを念頭に、否認の要件として、行動6で示された文言を参考に、税負担の減少を「主要な目的とする又は複数の主要な目的の中に含む」場合であれば足りるとしており、「唯一又は支配的な目的」であることを要求する既存のGAARよりも発動要件が緩和されている点<sup>28)</sup>が注目される。また、税負担減少目的の中に、自国だけでなく外国の税額の減少を目的とする場合も含めている点もBEPSが各国の税制の不調和を利用する性格のものであることに対応したものとみることができる。

22) See *id.* at 44.

23) *E.g.*, OECD (2015a), para54, 59, OECD (2015b), para35. 参照、吉村 (2016) 211 頁は、国内法上の措置を尊重するものと分析する。

24) See Carrero & Seara (2016), at 216.

25) See Freedman (2016), at 742, 759. イギリスがBEPS対策として迂回利益税 (Diverted Profits Tax, DPT) を単独主義的に導入したことは周知のとおりである。

26) See The Parliament of the Commonwealth of Australia House of Representatives (2015). さらに、DPT 導入も検討されている。

27) 用語につき、Ⅳ－１－２.

28) 但し、行動6で「主要な目的の一つ」とされるのは、具体例までみればより限定的 (緒方 (2016) 205 頁、一高 (2016) 71-72 頁) であることには注意を要する。

このように、BEPSプロジェクトとGAARの導入は必ずしも一対一で対応しているわけではない。また、BEPSプロジェクトとGAARを関連づけたオーストラリアにおいても、むしろBEPSの問題を生じさせる多国籍企業へと対象を絞って既存のGAARを補強するという形をとり、既存のGAARの対象分野を限定して強化する方向での改正をしている点が注目される。

## （2）行動6（租税条約の濫用防止）

行動6の最終報告書では、最低基準として、租税条約において、①LOB（Limitation on Benefits、特典制限条項）及びPPT（Principal Purpose Test、主要目的テスト）の双方、②PPTのみ、③LOBを中心としつつ導管取決め（conduit financing arrangements）対応規定による補完、のいずれかを定めることが勧告された<sup>29)</sup>。この点をもって、GAAR導入論は国内租税法へのGAAR導入を主張することは前述の通りである。しかし、行動6ではあくまで租税条約中に上記3つのいずれかを定めることを求めているのであり、国内法へのGAAR導入を求めているわけではない。国内租税法へのGAAR導入は、租税条約中に上記規定を設けることが困難な場合に、PPTの暫定的な代替措置<sup>30)</sup>として考慮される可能性があるにすぎない。

ところで、PPTは、納税者の目的によって租税条約の特典享受を否定する規定であることから、議論の文脈によってはGAARとの類似性が指摘される<sup>31)</sup>。仮にGAAR導入論が租税

条約におけるPPTまで含む概念としての“GAAR”導入を唱えているとしても、その場合、我が国が締結している租税条約の中には、既に、新日独租税協定21条8項のようにPPTを導入したものや、日英租税条約をはじめとするPPTに親和的な規定が導入されているものが少なくないことに注意を要する<sup>32)</sup>。すなわち、PPTを含む意味でのGAARは既に我が国が締結した租税条約に導入されているのである。したがって、国内法にGAARがないことをもって「勧告の受け皿がない」と主張することには疑問がある。

## （3）行動12（ATPの義務的開示）

既述の通り、行動12の義務的開示制度の対象となるATPには、GAARによって否認されるものとそうでないものの双方が含まれる。したがって、行動12でのGAARへの言及をもってGAAR導入論の論拠とするには弱い。むしろ、義務的開示制度については、ATPに関する早期の情報収集やプロモーターへの抑止に資する制度として理解し、個別的否認規定導入の迅速化を助ける機能を果たすもの<sup>33)</sup>と位置づけるべきであるように思われる。

また、義務的開示制度とGAARの補完関係については、GAARを導入していない我が国においても、同族会社の行為計算否認規定（法人税法（以下「法」という。）132条）をはじめとする「分野を限定した一般的否認規定」や判例法理が存在するため、それらとの関係を考察することがより重要であることを指摘できよう（IV-1-2.）。

29) OECD(2015a), at 10.

30) 緒方(2016)206頁は、すべての二国間条約にPPTが整備されるまでの間、GAARで代替するアプローチは検討する価値があるとする。このような提案は考慮に値するものの、PPTの導入に応じない国（例えばアメリカ）があれば、③の選択肢をとる余地があろう。参照、一高(2016)73頁（③はアメリカの現状と政策に合致すると理解）。

31) E.g., Taboada(2015), Lang(2014), at 663-664. なお、国内法でのGAARの経験があるために、LOBよりもPPTを好む国が相当数あることが想定される。しかし、そのことと、行動6の勧告を受けて我が国国内法にもGAARを導入すべきとの議論との間には懸隔があろう。

32) 参照、一高(2016)59-60頁。なお、PPT条項の厳密な意味につき、宮崎(2016)439-445頁。

33) 参照、緒方(2016)221頁。

### Ⅲ-1-4. 小括

以上の検討から、OECDにおけるATP概念の用いられ方には、①協力的コンプライアンスの文脈において、「正当な税務プランニング」の範囲を限定するため、法的には否認されるわけではないものの、望ましくない税務プランニングという新たな類型を作るための道具的な概念として用いられる場合と、②BEPSプロジェクトの文脈において、国際租税政策の変化と協調を呼びかけ、個別の立法対応を促すための指導原理として用いられる場合があることが明らかになった。そして、GAARはBEPSプロジェクトにおいて、必ずしも中心的な対応策として位置づけられているわけではない。むしろ、既に国内法上GAARが導入されている国においてさえGAARによっては十分に対応できない問題があるからこそ、BEPSプロジェクトでは国際協調による個別の対応が検討されているのだと理解できることが明らかになった。したがって、OECDの議論（特にBEPSプロジェクト）を直接に援用してGAAR導入論を唱えることには疑問がある。

## Ⅲ-2. EU

### Ⅲ-2-1. EUにおけるATP概念

#### (1) 2012年12月6日欧州委員会勧告

EUにおいては、2013年2月のOECD(2013b)公表前から、独自に多国籍企業のATPへの対応が議論されてきた。具体的には、2012年12月に欧州委員会から勧告が出された<sup>34)</sup>。そこではATPについて、「ATPは、租税負担減少のために税制の技術性や2つ以上の税制間のミスマッチを利用することにその本質がある」とされた(para(2))。同勧告では、ATPのクロスボーダーの側面や、資本及び人の可動性増大のために、各国の租税法令による対応が難しくなっているとの認識が示され

(para(3))、そして、域内市場の機能増進のために全てのEU加盟国がATPに対して共通の一般的なアプローチをとることを促す必要性が意識されている(para(4))。特に納税者が二重非課税(double non-taxation)を通じて租税上の利益を得るプランニングへの対応が必要とされ(para(7))、租税条約への一回課税(subject-to-tax)条項の導入が勧告された(para3)。さらに注目すべきは、EU共通のGAAR導入についても具体的に勧告されている点である(para4)。この点は、OECDとは明確に異なる。

Dourado(2015)<sup>35)</sup>によれば、EUにおけるATP概念も、EU法上、「完全なる人為的取決め(wholly artificial arrangements)」の基準(以下「『完全なる人為性』の基準」という。)<sup>36)</sup>によって加盟国の国内法を通じた基本的自由への制約が認められる「租税濫用(tax abuse)」よりも広いものと理解されている。特に、ATPの本質とされるところの、各国税制の技術性やミスマッチの利用は当然には租税回避(tax avoidance)や濫用(abuse)とは観念されないことが指摘されている。

そして、当該勧告におけるATP概念は、そのような各国租税法令の差異(legal gap)を利用するもので、かといって直ちにはGAARの適用によって対応されるわけではないものまで包含する概念として用いられていると理解されるのである。ここでも、ATP概念は、BEPSプロジェクトでのそれと同様、各加盟国の集合的な立法対応を呼びかけるための包括的な概念として用いられていると分析されている。

#### (2) OECDとの違いを見出す見解

その一方で、EUにおけるATP概念についてはOECDとの違いも指摘されている。Carrero & Seara(2016)<sup>37)</sup>は、EUにおける

34) Commission Recommendation of 6.12.2012 on aggressive tax planning, C (2012) 8806 final.

35) See Dourado (2015), at 48-49.

36) Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue C-196/04 [2006] ECR- I-7995.



ATP概念は、OECDにおけるよりも広いものだとする。すなわち、OECDにおけるATP概念には、（必ずしも厳密に定義されているわけではないものの）基本的には純粋に税負担減少目的で経済的実質を欠くものは含まない<sup>37)</sup>。これに対し、EUにおいては、純粋に税負担減少目的の人為的なものと、必ずしもそうではなく、人為的でなくても加盟国間の税の協調がないがゆえに生じる二重非課税を利用するものの双方を含むという。そして、欧州委員会の勧告は、租税濫用の法的概念には必ずしも収まらない「人為的にBEPSを生じさせる行動」全体をカバーするために法人租税回避の概念を高めようとする試みだと評価している。

さらに、同論文は、道具主義的な観点からは、EUにおけるATP概念の利用は、OECDにおけるよりも広い目標を追求するものであるとする<sup>38)</sup>。具体的には、各加盟国が一回課税条項とEU共通のGAARを導入することを勧告した点を挙げる。この点は、OECDが、少なくともBEPSプロジェクトでは、ATP概念をテコにして“BEPS-GAAR”のようなものに頼るのではなく、個別具体的な手段によって対応しようとしたことと対照的である。但し、前述のように、OECDにおいても協力的コンプライアンスの文脈では、ATP概念によって、「正当な税務プランニング」の範囲を事実上狭めようとするという、より道具主義的な用い方をしている点ではEUと共通すると分析している。

### III-2-2. EU-GAARの提案

EUにおいてEU共通のGAAR（以下「EU-GAAR」という。）を加盟国が国内法上導入することが提案された点はBEPSプロジェクト

との大きな違いであり、GAAR導入論を評価するために国際的な議論を踏まえようとする本稿の目的からは注目する必要がある。

#### (1) 2012年12月6日欧州委員会勧告

提案されたEU-GAARは、個別的な濫用防止規定ではATPへの対応として不十分であるから、GAARによる対応を要するとの認識を前提にするが、同時に、各加盟国が異なるGAARを採用することによる複雑性を回避するために、EU加盟国で共通のGAARを採用すべきであるとの構想による（para（8））。また、同勧告は、合併指令・親子会社指令・利子及び使用料指令といった既存の指令には及ばない（para（9））。

提案されたEU-GAARのひな型の具体的な文言は以下である。

「課税を回避することをそのきわめて重要な（essential）目的として行われた人為的な取決め又は一連の人為的な取決めで、租税利益につながるものは無視されるものとする。国家の当局はその経済的実質を参照しつつ、これらの取決めを課税上取り扱うものとする」（para4.2）

ここでの「きわめて重要な」とは、「他の目的がせいぜい無視できるほど（at most negligible）」の場合とされた（para4.6）。また「商業的実質（commercial substance）」を欠く場合は「人為的」とであるとされ、その際の考慮要素も示された（para4.4）<sup>40)</sup>。さらに、「課税を回避する」とは、納税者の主観的意図とは関係なく、規定の趣旨目的に反する場合とされた（para4.5）。

しかし、このような提案に対しては、EU-GAARのEU域内における統一的な運用の難

37) See Carrero & Seara (2016), at 215-216.

38) この点については、協力的コンプライアンスの文脈におけるATP概念にはGAARにより否認されるものは含まれないといやすいであろうが、BEPSプロジェクトにおいては、行動12における義務的開示制度とGAARとの補完性の記述をはじめ、GAARにより否認されるものが含まれないとまではいえないため、厳密には、GAARによる否認という形で対応にそれほど比重が置かれていないものと理解しておくのが適当であろう。

39) See *id.* at 216.

しさの指摘をはじめ消極的な見方が多かったように見受けられる<sup>41)</sup>。

## (2) 2015年1月親子会社指令へのGAAR導入

2015年1月には、EU域内にある親子会社間の配当への非課税などを定める親子会社指令(2011/96/EU)を改正する指令が出され(2015/121)、共通の最低限の濫用防止ルールとして同指令に、一種の「分野を限定した一般的否認規定」が導入された。背景には、2013年のBEPSプロジェクトの始動を受け、ハイブリッド借入れを通じた二重非課税に対応すること、親子会社指令へのGAAR導入が検討されるようになったという経緯があった。そして前者については、2014年7月にハイブリッド対抗規定(同指令4条(1)(a))が導入されていたところ、遅れて2015年1月に同指令にGAARが導入された。具体的には、「加盟国はこの指令の趣旨又は目的に反する租税上の有利な取り扱いを受けることを主要な目的又は主要な目的の一つとして行われ、あらゆる関連する事実及び状況に鑑みて実態がない取決め又は一連の取決めに対してこの指令上の特典を認めないものとする」(1条(2))とされた。加盟国への勧告にとどまった2012年12月6日勧告とは異なり、この指令改正によって加盟国は、2015年12月末日までに同指令を実施するため

の各国法令を整備していくものとされた<sup>42)</sup>。

## (3) 2016年EU租税回避対策指令

2016年1月28日には、EU租税回避対策指令が提案された<sup>43)</sup>。これは、EUにおける租税回避対策パッケージ<sup>44)</sup>の中の一つで、BEPSプロジェクト最終報告書の勧告のEU域内における統一的な実施と、再興が提案されるCCCTB(Common Consolidated Corporate Tax Base)の構想を促すためのものである。同指令の提案の中の一つに、法的拘束力のあるEU-GAARの導入提案があった<sup>45)</sup>。これは、親子会社指令へのGAAR導入が、同指令上の特典の否定を導くのとどまるのに対し、より広範に法的拘束力のある分野を限定しない一般的否認規定を導入する提案である。かかる提案は、基本的にはあくまで個別具体的な立法対応を中心としていたBEPSプロジェクトを超える側面を有すると評価できる<sup>46)</sup>。

この提案では、税務プランニングスキームの発展が目覚ましく、適時に必要な個別の対応規定を整備することが困難であるという事情から、濫用的なスキームに対するGAARの有用性が述べられた<sup>47)</sup>。そして、具体的な提案においては、EU域内では「完全なる人為性」の基準を満たす場合のみ各国国内法上のGAARの適用が正当化されるとの前置きの上、国内の

40) 具体的には、(a) 取決めを構成する個々のステップの法的性質が、取決め全体としての法的実質と一致しない場合、(b) 取決め又は一連の取決めが合理的な事業上の行動として期待されるのとは異なる様式で実施される場合、(c) 取決め又は一連取り決めが相互に打ち消しあう効果を有する要素を含む場合、(d) 締結された取引がその性質上循環的な場合、(e) 取決め又は一連の取決めが、大きな租税利益をもたらすが、当該納税者によって引き受けられる事業リスク又はキャッシュフローに反映されない場合、(f) 期待税引き前利益が、期待租税利益に比べ取るに足らない場合、である。

41) See Platform for Tax Good Governance of the European Commission (2014). See also, Franz (2015).

42) 既存の国内法上のGAARや条約上の濫用防止規定との関係などの詳細は、Debelva & Luts (2015).

43) Proposal for a Council Directive Laying down Rules against Tax Avoidance Practices that Directly Affect the Functioning of the Internal Market, COM (2016) 26 final.

44) 他には、租税条約へのPPT導入等の勧告、行政共助指令の改訂、EU域外戦略に関するコミュニケーションからなる。See Dourado (2016).

45) 他には、利子控除制限規定、出国税、switch-over条項、CFC税制、ハイブリッド・ミスマッチ対応規定に関する提案がなされた。

46) See Dourado (2016), at 442.

47) COM (2016) 26 final, at 9.

場合と、EU域内の場合、さらには第三国との関係の場合のいずれにおいても統一的に適用される必要があることが述べられた<sup>48)</sup>。

そして、同指令の条文提案では、「そうでなければ適用されていたはずの規定の趣旨又は目的に反する租税上の有利な取り扱いを受けることをきわめて重要な（essential）目的として行われた実態のない（Non-genuine）取決め又は一連の取決めは、法人税額の計算上、無視するものとする。」（7条1項第1文）とされた。そして、「実態がない（non-genuine）」とされるのは、経済的実質を反映した正当な商業上の理由がない場合であるとされ（同条2項）、否認された場合には、国内法の定めに従い法人税額が計算されるものとされた（同条3項）。

かかる提案に対しては、2012年12月6日勧告でなされたのと同様、各国既存の国内法上のGAARとの関係や言語の違いを指摘する批判<sup>49)</sup>もあった。

2016年6月17日にEU経済・財務相理事会（ECOFIN）での議論を経て修正案<sup>50)</sup>が提示され、これが指令（2016/1164）として成立した。この指令により各国は2018年末までに国内法上の措置を設けることが求められる。ここでの修正案では、「完全なる人為性」の基準への明示的言及がなくなったほか、GAAR適用の要件が「主要な目的又は主要な目的の一つ」へと緩和されている点（6条1項）が目立つ。後者についてはBEPSプロジェクトの行動6におけるPPTの提案との関連性を想起させる。

#### （4）考察

EUでは、EU-GAARの具体的提案がなされた点で、OECDと比べGAARへの期待が大きいことは確かであろう。しかし、状況としては、既に国内法レベルでGAARを有している加盟

国が多い中、その適用に関し統一的な運用がなされることが望ましいために、EU-GAARが提案されたとみることができ。それに対して、やはり既存の国内法上のGAARとの関係性の点でEU-GAARの提案が批判されたという構図をみてとれる。したがって、OECDに比べGAARに大きな比重が置かれているEUの議論状況からしても、BEPSやATPへの対抗手段として、我が国租税法へのGAAR導入を過度に強調することには慎重であってよいように思われる。

#### Ⅲ-2-3. 小括

以上の検討からは、次のようにまとめられる。すなわち、EUにおけるATP概念は、二重非課税を利用する点に着目しており、直ちにGAARの適用により対応されるわけではないものまで包含する概念とされている。そして、各加盟国の集合的な立法対応を呼びかけるための包括的な概念として用いられている点で、BEPSプロジェクトにおけるATP概念と類似する。他方、EUにおいては、ATPへの対応策として、EUレベルで共通のGAAR導入のための方向性が模索された点が、OECDにおける議論の方向性とは異なっている。但し、EU-GAARが導入されたといっても、それが具体的にうまく機能するかについては懐疑的な見方がある。また、EU特有の背景として、既にGAARを国内法上導入している国が多い中、各国ばらばらの運用がBEPSプロジェクトのEU域内における統一の実施を妨げるおそれがあることへの懸念がある点にも注意を要する。したがって、EUにおける議論を援用してGAAR導入論を唱えることには慎重であってよい。

48) *Id.* at 12-13.

49) Navarro et al. (2016), at 124-125.

50) Proposal for a Council Directive laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market – Outcome of ECOFIN meeting, 17 June 2016, 2016/0011 (CNS). なお、switch-over 条項には批判もあり（*e.g.*, Dourado(2016) at 441-442）、提案から外れた。

### Ⅲ-3. CSR・税務ガバナンスの議論と GAAR

これまでみてきたような、OECDやEUにおけるATP概念を利用したプロジェクトの背景には、近年活発化してきた税務に関する企業の社会的責任(CSR)やコーポレートガバナンス(tax corporate governance)、さらには税務に関する道徳性(tax morality)といった、租税「法」という形式によらないという意味で(国や課税庁との関係では)ソフトな手法(ソフトロー)によるATPへの対応策を模索する一連の国際的動向<sup>51)</sup>がある。そして、GAAR導入論を、そのような動向の影響を受けたもの一つに位置づけることもできよう。そこで、これらの議論の動向とGAARとの関係について租税法律主義の観点から簡単に指摘しておく。

ソフトローによる手法の最大の特徴は、それが「法」によらずに納税者の行動(ここでは税負担減少のための行動)に影響を及ぼそうとする点である。この特徴をいかに評価すべきかについては、次のように考えられる。

まず、租税法律主義の観点からは、納税者は国会が定めた法に従っているのであれば、自らの税負担を最小化するために自由に行動できるのが(それを権利というかはともかく)基本だと考えられる。また、株式会社の基本的構造について、経営者は株主の利益を最大化するために行動することが終局的には企業価値最大化につながり、企業の利害関係者の利益にかなうものと想定されることが多い。それゆえ、このような想定に従えば、CSRの一貫として社会において企業が負うべき税負担を当然に想定する主張をしたり<sup>52)</sup>、株主の利益ひいては企業価値最大化に必ずしもつながらない形での「税務に関するコーポレートガバナンス」を強調したり

することは、租税法律主義や株式会社の基本構造との間で不整合を生じかねない。そうすると、これらと整合的に解すれば、納税者たる企業の経営者は、会社ないし株主の利益にかなう場合のみ、必ずしも租税「法」に基づくものではない税務に関するCSRやコーポレートガバナンスを会社法上の注意義務(会社法330条、民法644条)履行の一形態(例えば、税務に関する内部統制体制の構築)として、自らの行動規範に取り入れればよいということになる。このように解することで、道徳性ではなく、あくまで法による(私法的)統制の枠組み<sup>53)</sup>での議論が担保される。

このような視座からは、税務に関するCSRやコーポレートガバナンスによって、企業による税負担減少のための行動を抑制することが正当化される局面として、次のような場合が考えられる。すなわち、そのような行動が、企業を大きな風評(reputation)リスクにさらすことで結果的に企業価値を毀損したり、それが経営者と株主との間のエージェンシー問題が存在することのシグナリングとして機能したりする局面である<sup>54)</sup>。そして、このように局面を限定するのであれば、税負担減少のみを目的とする行動が社会厚生を低下させることは否めない以上<sup>55)</sup>、それらを協力的コンプライアンスのようにソフトローの形で執行していくことや、BEPSプロジェクトのように各国の立法の機運を生じさせるためのテコとすべく標榜することは、ときに効果的であり、租税法律主義との不整合を回避することも十分に可能であろう。

その一方で、風評リスクにさらされやすい業界のみが税務に関する不道徳性を責められやすくなる不公平さの点や、税務調査の軽重を決め

51) See generally Christians (2014), Panayi (2015) ch.1, Carrero & Seara (2016). 我が国でも、吉村 (2008)、小山 (2014)、小山 (2015)、岩崎・川島 (2016)、中里 (2017 予定) など研究が進みつつある。なお、包括的な検討は別の機会に譲る。

52) E.g., Avi-Yonah (2014).

53) この視点を明示するものとして、中里 (2017 予定)。

54) 吉村 (2008) 182-188 頁。

55) Weisbach (2002).

る基準如何によっては、事実上、課税庁との関係で納税者の行動が決定されかねない点<sup>56)</sup>、政治的な主張に流された立法及び法解釈による過剰規制がもたらされ、厚生損失を生じさせる点も考慮すべきである。したがって、税負担減少行動に対して、税務に関するCSRやコーポレートガバナンスを主張し、必ずしも（課税庁との関係では）法によらない形で制度的に実施していくことは、税負担額の決定について最終的な司法による判断を受ける機会が残されていることを当然の前提としつつ<sup>57)</sup>、制度設計の観点から、それが、税負担減少のための行動に全て個別の否認規定によって対応していく場合と比べ、より効果的か否かにより評価されるべきことにならう<sup>58)</sup>。

そして、GAARについては次の点に留意すべきである。すなわち、GAAR（さらには判例法理による否認）の適用は、事前の立法段階で

個別具体的に規定された租税法令（ルール）の解釈が尽きたところで、事後的な司法による法内容の形成によって納税者の選択した行動に課税することになるという性格（スタンダード）を有する<sup>59)</sup>ことは否めない。したがって、その最終的な適用に関して司法による判断を受ける機会が残されているといっても、実質的な法内容の形成主体が立法府ではなく司法府となる傾向がある点で、租税法律主義の定めた権限分配構造<sup>60)</sup>と相克を生じうる。この点を意識すれば、GAARという抽象的な法規範の解釈を通じて、立法府による具体的決定過程を実質的には迂回・回避しつつ、各人により判断が大きく異なり、政治的決定という正統化の過程を経ない道徳性の観念を、裁判所限りで法規範化して執行していくことには、租税法律主義の観点から疑問がある（IV-2-2）<sup>61)</sup>。

## IV. 我が国における「租税回避行為の否認」の議論の現況

本章では、GAAR導入論によれば「遅れている」と評価される我が国の租税回避の議論について検討し、そのような評価は行き過ぎだとの結論を導く。この結論を導くにあたっては、特に、我が国租税法令の中に既にある行為計算

否認規定の解釈や限定解釈に関する判例法理（特に、最判平成17年12月19日民集59巻10号2964頁<sup>62)</sup>。以下「最判平成17年」という。）といったものの一元性に着目して分析する。

56) 参照、岡村（2011）159-160頁。

57) 協力的コンプライアンスにおいても、最終的な司法判断による決着の機会が確保されていることが前提条件とされている。See OECD（2013a）, at 49. 増井（2015）339-341頁も参照。

58) 他方、Carrero & Seara（2016）, at 224-225は、「正当な税務プランニング」の範囲を限定するといった基礎的変更を生じさせるようなことは、ATP概念の創出といったソフトローを通じて行うのではなく、立法により行うことが重要であるとする。

59) See generally Weisbach（1999）.

60) 権限分配構造に着目した一般的否認規定の分析として、藤谷（2014）。

61) これに対し、Freedman（2004）は、道徳性やCSRを、（法的安定性（certainty）を犠牲にしつつ）一般的濫用防止原理（General Anti-Avoidance Principle）の法定という形でバックアップすることで納税者の行動規範に変化をもたらすことを主張していた。この点は、GAARの立法により法的安定性が担保されるとのアーロンソン報告書の論理とは異なる。但し、彼女も、個別規定の趣旨目的を立法段階で明確化しておくことの必要性を強調している点では、道徳性やCSRを法的に補強することをかなり意識しており、結論としては本稿との違いは程度問題ということになるかもしれない。

#### Ⅳ－１．伝統的通説及び既存の判例法理

##### Ⅳ－１－１．清永説

我が国における租税回避行為の否認に関する議論の中で伝統的通説の一つに位置づけられるのが、清永敬次教授の議論である<sup>63)</sup>。清永教授は、「租税回避」の概念についてドイツのヘンゼルの定義を参考にしつつ、「税法上通常のものと考えられている取引形式を選択せず、それとは異なる取引形式を選択することにより、通常取引形式を選択した場合と同一またはほぼ同一の経済的効果を達成しながら、租税上の負担を軽減又は排除すること」と定義した<sup>64)</sup>。そして、同族会社の行為計算否認規定は租税回避の否認規定であるとの理解をたびたび示している<sup>65)</sup>。

他方、次に述べる限定解釈に関する金子説の一般論や最判平成17年に対する清永教授の理解は明らかでない。清永教授は、租税法令の解釈の一般論として、基本的には厳格な解釈が要請されるとしつつ、「文言だけからはある解釈問題のきめ手を導きだせず、文言だけからはいくつもの解釈の可能性が考えられるような場合等においては、当該法条の趣旨・目的を参酌して解釈をしなければならない」<sup>66)</sup>とするが、最判平成17年については、趣旨・目的的理解について見解が分かれる可能性を指摘するのみで明示的な当否は述べていないのである<sup>67)</sup>。

##### Ⅳ－１－２．金子説

ここでは、もう一つの伝統的通説に位置づけられよう金子教授の議論について、法132条・132条の2の不当性要件及び限定解釈が認められるための要件<sup>68)</sup>が実質的に重なり、広い意味での租税回避行為の否認の議論を一元的に説明できるとの仮説（以下「金子説の一元性」という。）を提示する。

###### （１）租税回避に係る一般論：ドイツ法由来

金子教授も、金子（1976）で、厳密な意味での「租税回避（tax avoidance, Steuerumgehung）」の概念については、清永教授と同様ドイツのヘンゼルの定義によりつつ、「私法上の選択可能性を利用し、私的経済取引プロパーの見地からは合理的理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、結果的には意図した経済目的ないし経済成果を実現しながら、通常用いられる法形式に対応する課税要件の充足を免れ、よって税負担を減少させあるいは排除すること」とした<sup>69)</sup>。さらに、「租税回避があった場合に、当事者が用いた法形式を租税法上は無視し、通常用いられる法形式に対応する課税要件が充足されたものとして取り扱うこと」を「租税回避行為の否認」と呼んだ<sup>70)</sup>。そして、一般論として解釈による租税回避行為の否認は否定するという態度決定がなされたのであった<sup>71)</sup>。

62) 最判平成18・1・24民集60巻1号252頁〔フィルムリース事件〕も経済的減価償却よりも優遇されているという意味での政策性を持つ規定について限定解釈による解決が図られたと解する余地がある。

63) 清永教授の議論の丹念な分析として、岡村（2015c）300-306頁。

64) 清永（1995）369頁〔初出1967〕。清永（2013）42頁も参照。

65) 清永（1995）385頁〔初出1982〕、413-415頁〔初出1985〕等。

66) 清永（2013）35頁。

67) 清永（2013）36頁。

68) 限定解釈により問題となっている法令の適用がなくなるのであるから、厳密には「要件」という言葉遣いは適切でないかもしれないが、どういう場合に限定解釈がなされるかの基準という意味で「要件」との言葉を用いる。

69) 金子（1976）105頁。

70) 金子（1976）106頁。

71) 金子（1976）107頁。それ以前には、金子（2010）21-23頁〔初出1966〕、金子（1972）で肯定する可能性も示していたが、金子（1975）58-60頁では否定説の立場が示された。この経緯につき参照、金子ほか（2012）65-67頁。

## （2）租税回避行為の否認の一類型としての限定解釈の法理：アメリカ法由来

金子教授の租税回避行為の否認の議論は、厳密な意味での「租税回避」に限定されない点、さらには、「広い意味での租税回避の問題」への対応方法について判例法理との関係で一元的に説明できる点にその特徴がある。以下、これらの点を敷衍していく。

1978年公表の「租税法と私法——借用概念及び租税回避について——」と題された論文（以下「金子（1978）」という。）では、「広い意味での租税回避の問題」として「税負担は、私人が経済的意思決定を行なうに当って考慮しなければならない最も重要なファクターの一つであるが、納税者の側には、自己の意思決定を租税制度にアジャストさせ、その税負担が最も少なくなるような法形式ないし取引形式を選択する傾向がある」ことが議論の対象とされる。金子（1978）は、まず、上記の厳密な意味での「租税回避」の定義を示したのち、「租税回避という言葉を広い意味で用いておくことにする」として議論を展開する<sup>72)</sup>。そして、解釈による否認は否定しつつも、「法規の趣旨・目的に即した解釈、すなわち目的論的解釈の結果として、否認を認めたのと全く同じことになる場合がありうる」としてアメリカのグレゴリー判決、さらには「事業目的の原理（business purpose doctrine）」を紹介する。そこから同論文は、のちに政策目的規定の限定解釈による「否認」といわれる議論<sup>73)</sup>の基礎となる見解として、グレゴリー判決の用いた解釈技術につい

て、「わが国でも用いる余地があると思われる」と述べるのである<sup>74)</sup>。また、金子（2016）では、外国税額控除制度の濫用を認めた最判平成17年及び類似事件の最判平成18年2月23日判タ1206号172頁について、「法律上の根拠がない場合に否認を認める趣旨ではなく、外国税額控除制度の趣旨・目的にてらして規定の限定解釈を行った例であると理解しておきたい」とされている<sup>75)</sup>。但し、「租税法主義の趣旨からして、この限定解釈の法理の適用については、十分に慎重でなければならない」という重要な留保が付されている<sup>76)</sup>。

では、限定解釈の法理は租税法解釈の一般論の中ではどのように位置づけられるか。金子（2016）では、租税法解釈の一般論として、「租税法は侵害規範（Eingriffsnorm）であり、法的安定性の要請が強くはたらくから、その解釈は原則として文理解釈によるべきである」が、「文理解釈によって規定の意味内容を明らかにすることが困難な場合に、規定の趣旨目的に照らしてその意味内容を明らかにしなければならないことは、いうまでもない」とされている<sup>77)</sup>。さらに、租税特別措置（政策税制）に関する規定の解釈については、「原則として文理解釈によるべきであるが、必要に応じて規定の趣旨・目的を勘案すべきである。その場合には規定の立法趣旨の参照が必要になることが多いであろう」とされている<sup>78)</sup>。

金子説を理解する上で注意すべきは、限定解釈の法理の議論で念頭に置かれる、租税減免規定の「趣旨、目的に適合しないにもかかわらず、

72) 金子（2010）401頁〔初出1978〕。金子説が、広い意味での租税回避の問題と厳密な「租税回避」の概念を分けたことの指摘として、岡村（2015c）307-308頁。

73) 中里（2002）225-238頁〔初出1999, 2000〕。

74) 金子（2010）404-409頁。

75) 金子（2016）131頁。また、最判平成18年について、その匿名解説は最判平成17年の事案と同様の取引について同様の理由により外税控除の対象とすることが否定されたものと理解している。この理解は、ヤフー・IDCF事件最高裁判決（IV-1-2.（4）B）の調査官解説にも引き継がれている。下級審判決であるが、限定解釈の法理の適用を認めた例として、大阪高判平成14・6・14判タ1099号182頁。

76) 金子（2016）131頁。

77) 金子（2016）115-116頁。

78) 金子（2016）117頁。

税負担の減免のみを目的として、その取引を形の上でこれらの規定の鑄型に当てはまるように仕組みあるいは組成して、それらの規定の適用を図る例」についても、「租税回避の1つのタイプである」と整理されるということが、近年の『租税法』の改訂によって明確化された点である<sup>79)</sup>。このように、厳密な意味での租税回避の中に、租税減免規定の充足により税負担を減少させる場合も含めて議論している点は、金子説における「租税回避」概念のもととなったヘンゼルの定義について同様の議論が展開されている<sup>80)</sup>ことと比べても、バランスのとれたものだと評価できる。金子説の場合は、厳密な意味での「租税回避」についてはドイツの学説に依りつつ、適宜、アメリカの判例法理を借り、自らの議論枠組みに適切に接合したものの<sup>81)</sup>と評価できる。

前述のように、金子教授は、最判平成17年を、限定解釈の法理が認められたものであるとの理解を示している。確かに学説上、これとは異なる理解も有力に主張されているが<sup>82)</sup>、最判平成17年の調査官解説は、グレゴリー判決の影響を受けつつ限定解釈が行われたものと理解しているように読め<sup>83)</sup>、最高裁もこれに近い考えではないかと推察される<sup>84)</sup>。

### (3) 同族会社等の租税回避行為の一般的否認規定としての法132条1項

次に、同族会社等の行為計算否認規定(法132条1項)に関する金子教授の理解を確認する。金子(1978)では、租税回避への対応方法として、(分野を限定しない)一般的否認規定を設ける方法と、個別的否認規定ないし対処規定を設ける方法を比較した場合、後者による方が、法的安定性の要請と公平負担の要請を同時に満たしうる点で合理的だと評価されている<sup>85)</sup>。この点で、GAARに相当する「分野を限定しない一般的否認規定」への消極的評価がうかがえる。

その一方で、金子(1976)の当初より、租税法における不確定概念について論じる文脈で、税負担の公平の観点から不確定概念利用の不可避性と必要性を認めており、同族会社等の行為計算否認規定を例に、同規定が憲法84条から導かれる課税要件明確主義には反さないと理解が示されていた<sup>86)</sup>。

法132条1項の「不当」の要件(以下「不当性要件」という。)の解釈として、金子(2016)<sup>87)</sup>は裁判例の中から2つの異なる傾向を読み取る。すなわち、①非同族会社では通常なしえないような行為・計算、すなわち同族会社なるがゆえに容易になしうる行為・計算がこれにあたるとする傾向と、②純経済人の行為として不合理・不自然な行為・計算がこれにあた

79) 金子(2015a)129頁、金子(2016)130頁。近年の『租税法』改訂が改説ではなく「明確化」であることは、租税回避について論じる金子(1978)が、あえてグレゴリー判決に言及して限定解釈の法理の基礎となる議論を展開していることや、近年における改訂以前の座談会での発言からうかがえる。参照、金子ほか(2012)72頁(「グレゴリー判決は、一種の否認だとみることもできるわけです。」)[金子宏発言]。

80) 谷口(2014a)8-9頁〔初出2010〕。

81) 参照、金子ほか(2012)72頁。

82) 特定の文言(例えば「納付」)について、限定解釈がなされた形跡が見当たらない点が指摘される(谷口(2014a)58-59頁〔初出2007〕、岡村(2016b)39頁)。但し、限定解釈による「否認」では、特定の文言の限定解釈によらない手法も主張されていた。参照、中里(2002)234-236頁。

83) 杉原(2008)997-999頁。

84) 最高裁が、「取引自体によっては外国法人税を負担すれば損失が生ずるだけであるという本件取引をあえて行う」ことに着目している点は、まさに事業目的の有無を問題としているものと読める。

85) 金子(2010)409-412頁。

86) 金子(1976)73-74頁。のちに最判昭和53・4・21訟月24巻8号1694頁は憲法84条に反さないとした。

87) 以下の記述は、金子(2016)477-478頁。



ると解する傾向である。このうち、抽象的な基準としては、②を採用し、「ある行為または計算が経済的合理性を欠いている場合」に否認が認められるとしており、これがいわゆる「経済合理性基準」と呼ばれるものである。

ここでの「経済的合理性を欠いている場合」については、「それが異常ないし変則的で、租税回避以外にそのような行為・計算を行ったことにつき、正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められる場合」であり、「独立・対等で相互に特殊な関係のない当事者間で行われる取引とは異なっている取引には、それにあたと解すべき場合が多いであろう」としている<sup>88)</sup>。この規定の解釈・適用上問題となる主要な論点として挙げられるのは、「①当該の具体的な行為計算が異常ないし変則的であるといえるか否か、および②その行為・計算を行ったことにつき租税回避以外に正当な理由ないし事業目的があったとみとめられるか否か」である<sup>89)</sup>。

金子説における法132条1項の不当性要件の解釈について、グレゴリー判決や限定解釈の法理との関係に目を向けてみる。まず、「②正当な理由ないし事業目的」に着目しているが、この「事業目的」はグレゴリー判決の“business purpose”を想起させ、また、「正当な理由」については、限定解釈の法理の適用において、事業目的がなくても、租税減免規定の趣旨・目的

に沿う充足という「正当な理由」があれば「否認」されないことと平仄が合う。また、限定解釈において趣旨・目的から逸脱するような態様というのは、「①異常ないし変則的」と評価されるのが通例であろう。こうしてみると、法132条1項で否認が認められるための要件と、限定解釈の法理において効果において「否認」が認められたのと同じとなるための要件は、実質的には重なってきていると理解することも不可能ではない。

#### （4）組織再編成に係る租税回避行為の一般的否認規定としての法132条の2

##### A. ヤフー・IDCF事件下級審判決

平成13年度税制改正において、組織再編成の導入を機に、組織再編成に係る行為計算否認規定（法132条の2）が設けられた。同規定の不当性要件の解釈については、長らく、「同族会社の行為・計算の否認の場合と同様に、公平な税負担と法的安定性の2つの価値の対立と緊張関係を軸として種々の議論が展開されていくであろう」として今後の事例の蓄積を待つ姿勢が示されていた<sup>90)</sup>。そして、法132条の2の不当性要件の解釈について初めて最高裁の判断が示されたのが、ヤフー・IDCF事件最高裁判決であった<sup>91)</sup>。

もともと同事件では、原告の主張する法132

88) なお、この記述は『租税法』の第17版以来の記述である。初版である金子（1976）238頁及びその補正版（1981）では、「独立・対等で相互に特殊関係のない当事者間の行為または計算（アメリカの租税法で arm's length transaction（独立当事者取引）と呼ばれるもの）と異なる場合」と記述されていた。1988年刊行の第2版以来第16版までは、「それが異常ないし変則的で租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められる場合のみでなく、独立・対等で相互に特殊関係のない当事者間で通常行われる取引（アメリカの租税法で arm's length transaction（独立当事者間取引）と呼ばれるもの）とは異なっている場合をも含む」とされていた。なお、この基準のうち、前者を形式上否定し、後者を採用した判示として東京高判平成27・3・25判時2267号24頁〔IBM事件〕がある。同判決の前者を否定する傍論部分は、控訴人の主張を受け、「正当な理由ないし事業目的が存在しない」ことが要件とならない旨を判示する（32頁）が、この部分は、「正当な理由ないし事業目的が存在しないこと」を専ら主観的な要件と解し、「租税回避の意図」と同視しているように読める点で疑問である。正当な理由ないし事業目的の存否は、客観的な経済合理性の判断で問題になる要件である。

89) なお、第17版以降掲げられていた③租税回避の意図は、②の繰り返しだとして削除された。もともと初版以来第16版までは不要としていた。

90) 金子（2016）470頁。

91) 最判平成28・2・29民集70巻2号242頁〔ヤフー事件最高裁判決〕、最判平成28・2・29民集70巻2号470頁〔IDCF事件最高裁判決〕。

条についての金子説を基礎とした経済合理性基準と、被告(国)の主張する制度濫用基準<sup>92)</sup>という対立図式があった。最高裁判決について理解するためには、そこに至る第一審判決<sup>93)</sup>、控訴審判決<sup>94)</sup>の判断を確認しておくことが重要である(以下、不当性要件に係る解釈はヤフー事件、IDCF事件で共通するため、ヤフー事件を引く)。

不当性要件の解釈につき、東京地判は、「(i) 法132条と同様に、取引が経済的取引として不自然・不合理である場合<sup>95)</sup>」(=経済合理性基準)のほか、「(ii) 組織再編成に係る行為の一部が、組織再編成に係る個別規定の要件を形式的には充足し、当該行為を含む一連の組織再編成に係る税負担を減少させる効果を有するものの、当該効果を容認することが組織再編成の趣旨・目的又は当該個別規定の趣旨・目的に反することが明らかであるものも含む」と判示していた。かかる判示のうち、特に(ii)に対しては、限定解釈の法理との共通性が意識され、制度趣旨・目的自体を法規範化するものであって租税法律主義(特に課税要件法定主義)と緊張関係を生じると批判され、判断基準の改善が提案されていた<sup>96)</sup>。

かかる学説の批判を意識してか、東京高判は、東京地判の上記一般論や、経済合理性基準と制度濫用基準という対立図式は維持しつつも、制度濫用基準のあてはめにおいて、経済合理性基準をとる場合と実質的な判断手法を接近させた<sup>97)</sup>。

このような下級審の判断に対して、金子教授

は、特に法132条の2を包括的否認規定と呼ぶことについて、次のようにその用語法を批判した<sup>98)</sup>。

「一般的否認規定と呼んだ場合にも、問題となっている種類の組織再編制度の趣旨・目的および個別の規定の趣旨・目的に照らして、この規定を適用すべきかどうか判断されるのであって、その適用規準が判決が挙げている第1の規準(筆者注:経済合理性基準)に限定されるわけではない。したがって、一般的否認規定という概念の代わりに包括的否認規定という概念を用いたからといって、この規定の適用範囲が広がるわけでも、狭くなるわけでもない」。

この記述からは次のような推論ができる。すなわち、組織再編税制も、例外的に課税繰延や租税属性の引継を認める一種の政策税制に位置づけられ、規定の趣旨・目的を参照しつつ、その適用範囲が決められる。そして、政策税制のうち、租税減免規定の政策目的に反する充足については、租税回避の一つのタイプと分類され、限定解釈の法理によって効果において「否認」される余地がある。しかし、組織再編成に係る行為又は計算については法132条の2が設けられ、その役割を担う。これにより、法132条の2の解釈と限定解釈の法理が重なってくる。そして、(3)で述べたところによれば、法132条と限定解釈の法理<sup>99)</sup>の要件は実質的に重なってくる。そうすると、法132条・132条の2及び限定解釈の法理に関する要件を、租税回避

92) 被告主張によれば、「組織再編税制における各個別規定の趣旨・目的に鑑みて、ある行為又は計算が不合理又は不自然なものとして認められる場合をいい、租税回避の手段として組織再編成における各規定を濫用し、税負担の公平を著しく害するような行為又は計算と評価できる場合」とされる。

93) 東京地判平成26・3・18判時2236号25頁〔ヤフー事件一審判決〕、東京地判平成26・3・18判時2236号47頁〔IDCF事件一審判決〕。

94) 東京高判平成26・11・5訟月60巻9号1967頁〔ヤフー事件控訴審判決〕、東京高判平成27・1・15裁判所HP〔IDCF事件控訴審判決〕。

95) 最判昭和52・7・12裁判集民事121号97頁、最判昭和59・10・25裁判集民事143号75頁を参照している。

96) 谷口(2014b)、吉村(2014)。

97) 詳細は、長戸(2016)。

98) 金子(2016)472頁。金子(2015b)も参照。

への対処方法という観点から一元的に説明できるとの仮説が導かれる。この仮説を補強しうるのがヤフー・IDCF事件最高裁判決である。

#### B. ヤフー・IDCF事件最高裁判決

ヤフー・IDCF事件最高裁判決は、一般論として、法132条の2の「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」とは、組織再編税制に係る各規定を租税回避の手段として濫用することにより法人税の負担を減少させるものであることをいうとし、その濫用の有無の判断に当たって、「①当該法人の行為又は計算が、通常は想定されない組織再編成の手順や方法に基づいたり、実態とは乖離した形式を作出したりするなど、不自然なものであるかどうか、②税負担の減少以外にそのような行為又は計算を行うことの合理的な理由となる事業目的その他の事由が存在するかどうか等の事情を考慮した上で、当該行為又は計算が、組織再編成を利用して税負担を減少させることを意図したものであって、組織再編税制に係る各規定の本来の趣旨及び目的から逸脱する態様でその適用を受けるもの又は免れるものと認められるか否かという観点から判断するのが相当である」とした。

この判示について、調査官解説<sup>100)</sup>は、法132条の2の立法資料からうかがえる立法趣旨に照らし、制度濫用基準の考え方を採用する旨を明確に示したものと理解する。特に経済合理性基準を、組織再編成については、「そもそも純経済人（特殊な利害関係のない一般的な経済人）の行為として自然かつ合理的な組織再編成とは何かという議論の出発点からその審理判断に困難を来し、その不当性を適切に判断し得ない場合もあり得る」として、表向きは排した。

だが、その一方で、「濫用の有無の判断に係る考慮事情」として挙げられた上記①、②を「特に重視して考慮すべきである旨をいうもの」と解し、経済合理性基準の具体的な内容に係る金子説で挙げられる2つの要素を、「組織再編成の場面に即して表現を修正し、特に重要な考慮事情として位置付けたものであり」、「制度濫用基準の考え方を基礎としつつも、その実質において、経済合理性基準に係る上記の通説的見解の考え方を取り込んだものと評価」できるとの理解を示した。これは、経済合理性基準を排斥する論拠を自ら弱めるものである。

加えて、「観点」を述べたにとどまる最高裁の判示に対しては、課税庁に行政裁量を与えることになりかねないとの批判<sup>101)</sup>もありうる。ところ、上記①、②の事由を「必ず考慮すべきであるという趣旨が含意されて」おり、「実質的には法132条の2の不当性要件該当性を肯定するために必要な要素であるとみることができる」との見方を示して、最高裁の判示を限定的に解している。このような説明は、法132条の2の不当性要件に関して、一審段階での両当事者の主張に対応する経済合理性基準か制度濫用基準かという対立図式<sup>102)</sup>にわざわざのって、法132条との解釈の違いを強調する実質的な意味は果たしてあるのだろうか、との疑問を抱かせる。さらに、調査官解説は、「制度の濫用」の意味内容について、最判平成17年を参考にする姿勢も示しており、限定解釈の法理と法132条の2の不当性要件も実質的に重なってくることを意識させる。

以上のような最高裁判決の書きぶり及び調査官解説の示す理解自体が、少なくとも一般論としては、実質的に金子説の一元性を前提にしつつ（又は三者を整然と区別できないまま）、経

99) 後者は政策税制に関するものである点で違いがあるものの、租税回避行為を効果において「否認」する点では両者は共通する。

100) 以下は、徳地・林（2016）84-87頁。

101) 岡村（2016a）。

102) 東京高判が制度濫用基準のあてはめにおいて「事業上の必要」を重視していた点で実質的にかかる対立図式は崩れていたと思われる。

済合理性基準と制度濫用基準という対立図式に引きずられて最高裁判決が下されたことの現れとみることができるのではない<sup>103)</sup>。

#### (5) 「分野を限定しない一般的否認規定」としてのGAAR

以上より、清永説と同様にドイツのヘンゼルを基礎とした伝統的通説である金子説は、そこにアメリカのグレゴリー判決の事業目的の原理を接合することで、租税回避否認規定であるとされる法132条・132条の2の不当性要件と、効果において否認されたのと同じになるにすぎない限定解釈の法理の要件を一元的に説明できる学説を構築し、それが最高裁にも受け入れられているのが現況であるとの分析がありうる。

そして、このうち法132条・132条の2は、「分野を限定した一般的否認規定」と性格づけられる<sup>104)</sup>。他方、限定解釈の法理は、「分野を限定した一般的否認規定」が存在しない分野において、政策目的に基づく租税減免規定であれば、租税回避行為の否認の機能を果たす。このようにみると、我が国租税法には、制定法としてのGAARはないが、「分野を限定した一般的否認規定」と判例法理により、効果において否認できるか、という実体法面ではGAARと類似の機能を果たす仕組みが備わっていると評価できる。そして、このような現況は、特に判例法理が極めて限定的な場合にのみ「否認」を認めるものと理解される<sup>105)</sup>ことによって、制定法としてのGAARが導入された場合に危惧されていると推測できる。

#### Ⅳ-2. 現況の評価とGAAR導入を検討する場合の留意点

##### Ⅳ-2-1. 我が国の租税回避の議論は「遅れている」のか？

以上のような金子説及び最高裁判決の理解を前提とした場合、果たして我が国の租税回避の議論はGAARを導入している諸外国に比べ「遅れている」と評価されるべきものであろうか。また、仮に我が国へのGAAR導入が検討される場合には、いかなる方向性が意識されるべきであろうか。

まず、「遅れている」との評価の論拠に挙げられる租税減免規定の充足による税負担減少の場合については、既にみたように、金子説でも「租税回避の1つのタイプである」とされる<sup>106)</sup>から、批判は当たらない。

また、「通常用いられない法形式」の判断が容易でないとの批判については、論者自身が、「不自然性」を必要的な考慮事情の一つとしたヤフー・IDCF事件最高裁判決の判断基準について、好意的に評価している<sup>107)</sup>ことから、果たして正当な批判だったのか疑わしい。諸外国のGAARと比較した場合も、紙幅の関係で詳細に論ずることはできないが、例えば我が国でもしばしば紹介されるイギリスのGAARのように、何らかの形で「異常性ないし変則性」と類似の判断基準を取り入れているものがある点<sup>108)</sup>では金子説と共通しており、違いは程度問題にすぎないとみることができよう。また、「異常性ないし変則性」を組み込むことは、租税回避行為の否認の結果、「通常用いられる法形式」に対応する課税要件が充足されたものとし

103) なお、徳地・林(2016)87頁は、上記①、②を満たす場合には、租税回避の意図の存在を推認し得るのが通常であるとしており、金子(2016)478頁の記述と整合的である。前掲注89も参照。

104) 金子(2015b)。

105) 前掲注76及びそれに対応する本文も参照。

106) 前掲注79及びそれに対応する本文。

107) 今村(2016b)63頁。

108) アーロンソン報告書では、「濫用」の判断のために異常な取引であるかを審査することとしており、制定されたGAARでも、適用対象を画する「租税取決め(tax arrangements)」が「濫用的(abusive)」であるかの判断の考慮要素に異常性を置いている(岡(2016)119頁,129頁,137頁)。ドイツにつき、谷口(2014a)273-274頁。

て取り扱う」という効果を導くのに適している。否認の効果を決定する際に、問題となった租税回避行為がなければ、納税者がいかなる行為をしていたかを想定することによって、否認による引き直し後の課税が決定されることが多いからである<sup>109)</sup>。現にオーストラリアでは、否認される租税回避行為をしていなければ、納税者は「何もしていなかった」から「租税利益 (tax benefit)」はないとの抗弁が出されることがあり<sup>110)</sup>、これに対して他の国にはみられない形で2013年に引き直しの方法を法定する対応がなされたことはよく知られている<sup>111)</sup>。このように、租税回避の概念に「通常用いられない法形式」を組み込むことは、その効果との関係で、「法の支配」を意識する外国の議論<sup>112)</sup>と平仄が合う側面もある。

以上から、我が国の租税回避の議論を「遅れている」と評価するのは行き過ぎであるように思われる。諸外国と我が国との違いは、我が国には制定法に「分野を限定しない一般的否認規定」としてのGAARがない点であり、これにより確かにGAARパネル等の手続面では違いを生むものの、実体面に関する解釈論のレベルでは諸外国と方向性を同じくする部分が相当にあると評価することも不可能ではないだろう。そして、仮にもGAARの導入が検討される場合には、現況の分析を改めて重視すべきであり、GAAR導入により否認が認められる範囲が広がることを前提とした議論を展開すべきではない。

#### Ⅳ-2-2. 批判学説からの示唆

とはいうものの、本稿によれば「金子説の一元性」によって整合的に説明できると分析される判例法理に対しては、学説から有力な批判がある。

まず、谷口勢津夫教授<sup>113)</sup>は、限定解釈と制度（権利）濫用アプローチを明確に峻別した上で、最判平成17年を後者によるものと分類し、租税法律主義の下では許容されないと論じており、また、ヤフー事件東京地裁判決を機に、改めて「租税法規の趣旨・目的的法規範化論」を「目的論的解釈の『過形成』」であると批判する。

岡村忠生教授も、最判平成17年に対して、裁判所が立法資料等を参照せずに法の趣旨・目的を語っていると批判する<sup>114)</sup>。また、ヤフー事件最高裁判決に対しても、実質的に経済的観察法をとって課税庁に行政裁量を与えているとの批判や、最判平成17年のような著しい濫用ではない事案だったにもかかわらず否認が認められたとの批判をしている<sup>115)</sup>。

これらの見解は、判例法理について厳密な意味での租税回避を否認したものではないとの理解を前提としており、本稿とは判例法理の理解を若干異にする。しかし、これらの見解からうかがえるのは、租税法令の趣旨・目的に基づく解釈に対する消極的な姿勢であり、確たる立法資料によらずに、趣旨・目的に基づく解釈をすることの危険性を適切に指摘するものである。この点は金子説でも意識されているが<sup>116)</sup>、より強い警戒を抱くものと理解できよう。

この点からは、仮にGAARの導入が検討さ

109) IMF 研究員によるテクニカル・ノートやGAARの比較法研究プロジェクトでは、GAARの成功のために、仮定的事実の重要性が強調されている。See Waerzeggers & Hiller (2016) at 3, Krever (2016) at 11.

110) Cooper (2011).

111) 今村 (2015) 448-449 頁。ヤフー事件について、この点を問題視するものに、岡村 (2016a)。

112) Cooper (2013) at 268 (GAARによる課税が擬制に基づく課税上である以上、引き直しによる課税は、法の支配に服する事項だと論じる)。なお、2000年代に入って以降、金子教授は租税法律主義をルール・オブ・ローの観念の中に位置づけて論じている点でも親和的である。参照、金子 (2010) 117 頁 [初出2008]、Kaneko (2016)。

113) 谷口 (2015)。

114) 岡村 (2016b)。

115) 岡村 (2016a)。

116) 前掲注76及びそれに対応する本文。

れる場合、租税法令の趣旨・目的が明確でないにもかかわらず、否認が認められるようなことは許されないということを明確化する仕組みが必要と思われる。特に、諸外国でも強調されており<sup>117)</sup>、我が国でも従来から指摘されてきたことであるが、GAAR導入のための前提条件として租税立法にあたっての立法資料をより制度的に充実させていくための方策が必要不可欠となろう<sup>118)</sup>。また、仮に十分な立法資料の存在が認められなければ、裁判所は、(無意識的にせよ) 道徳性の観念に影響を受け(Ⅲ-3.)、趣旨・目的を措定<sup>119)</sup>した判決を下してしまうことを控えるべきであろう。

#### Ⅳ-2-3. BEPS プロジェクトとの関係

最後に、GAAR導入論とBEPSプロジェクトとの関係について一点付言する。GAAR導

入論は、BEPSプロジェクトとGAARを論理的に関連付けるが、GAAR導入を考えるにあたって真にBEPSプロジェクトと関係する点として次のような点があろう。それは、国際的な議論について検討した際に言及したように、「二重非課税」や「外国の税額減少」をGAAR(やPPT)の射程に入れるかという点である。「二重非課税」については、既にIBM事件を通じて提案された<sup>120)</sup>。

しかし、BEPSプロジェクトは諸国に協調を呼びかけ、BEPSやATPに対する個別的対応を基調とするものであることは既述の通りである。個別的規定によるのではなく、国内法上のGAARによって単独主義的に<sup>121)</sup>BEPS対策を行うことには慎重であってよいのではないか。各行動計画での提案との関係を踏まえる必要がある。

## V. 結語

本稿では、近年のGAAR導入論を紹介しつつ、我が国の租税回避の議論が「国際的に遅れている」との評価を検証し、必ずしもそうとはいえないとの結論を導いた。

念頭に置かれる「国際的」な議論を検討した結果、OECD及びEUにおいて対応が議論されているATPは、GAARによっては否認されず、したがって、GAARによる対応が中心的なものと考えられているわけではないものを包含することを明らかにした。また、国際的な議論の背景には、GAARという法の適用によってではなく、税務に関するCSR・コーポレートガバナンスといった国や課税庁との関係で

は、ソフトな手法によって納税者の税負担減少行動に働きかけていく潮流があることを明らかにした。そして、かかる道徳性の側面を有するソフトローの潮流がGAARの解釈に反映されることは厳格に避けられるべきだと論じた。

また、「遅れている」と評価される我が国の租税回避の議論を再検討した結果、我が国の租税回避行為の否認に関する判例法理の現況は、「金子説の一元性」を基礎に説明する余地があり、この現況を、諸外国のGAARに関する議論と比べて「遅れている」と評価するのは行き過ぎであると結論づけた。併せて、仮にGAAR導入が検討される場合には、立法資料

117) Freedman (2014) at 168, Avi-Yonah & Pichhadze (2016).

118) 例えば、個別的否認規定がセーフ・ハーバー規定となるかは明示されるべきだろう。

119) 参照、谷口(2015) 29-37頁。

120) 岡村(2015b)。

121) 参照、吉村(2016) 211頁。

の充実が不可欠であることや、BEPS対策を意識して「二重非課税」等をGAARの標的とす

るかが論点となりうることを補足的に論じた。

## 参 考 文 献

- 一高龍司(2016)「租税条約の濫用防止に関するBEPS最終報告書」21世紀政策研究所『グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方』pp.57-86。
- 今村隆(2015)『租税回避と濫用法理』大蔵財務協会。
- 今村隆(2016a)「租税回避の意義とG8各国の対応」フィナンシャル・レビュー126号pp.17-46。
- 今村隆(2016b)「ヤフー事件及びIBM事件最高裁判断から見えてきたもの(上)」税務弘報64巻7号pp.54-63。
- 岩崎政明・川島いずみ「コーポレートガバナンスとタックスコンプライアンス」日税研論集67号pp.219-275。
- 岡直樹(2016)「英国のアーロンソン報告書とGAAR」フィナンシャル・レビュー126号pp.107-140。
- 緒方健太郎(2016)「BEPSプロジェクト等における租税回避否認をめぐる議論」フィナンシャル・レビュー126号pp.196-225。
- 岡村忠生(2011)「租税法主義とソフトロー」税法学563号pp.141-162。
- 岡村忠生(2015a)「組織再編成と行為計算否認(2)」税研179号pp.65-71。
- 岡村忠生(2015b)「BEPSと行為計算否認(3)」税研182号pp.68-75。
- 岡村忠生(2015c)「租税回避研究の意義と発展」『租税回避研究の展開と課題』ミネルヴァ書房。
- 岡村忠生(2016a)「租税回避否認への柔らかな対応」WLJ判例コラム第77号。
- 岡村忠生(2016b)「租税法規の限定解釈」租税判例百選〔第6版〕pp.38-39。
- 金子宏(1972)「私法上の取引と租税法」山内一夫・雄川一郎編『演習行政法』良書普及会。
- 金子宏(1975)「所得税とキャピタル・ゲイン」租税法研究3号pp.40-62。
- 金子宏(1976)『租税法〔初版〕』弘文堂。
- 金子宏(2010)『租税法理論の形成と解明(上)』有斐閣。
- 金子宏(2015a)『租税法〔第20版〕』弘文堂。
- 金子宏(2015b)「租税法における概念構成」税研182号p.14。
- 金子宏(2016)『租税法〔第21版〕』弘文堂。
- 金子宏・中里実・佐藤英明・吉村政穂(2012)「座談会 金子宏先生に聞く(第1回)租税法の解釈・適用、租税法と私法」法律時報84巻4号pp.64-74。
- 清永敬次(1995)『租税回避の研究』ミネルヴァ書房。
- 清永敬次(2013)『税法〔新装版〕』ミネルヴァ書房。
- 小山浩(2014)「税務に関する取締役の会社法上の責任の検討」商事法務2054号pp.34-44。
- 小山浩(2015)「会社法からみた税務上のコーポレートガバナンス・コンプライアンス」租税研究789号pp.232-254。
- 杉原則彦(2008)「最判解」『最高裁判所判例解説民事篇〔平成17年度〕』法曹会。
- 谷口勢津夫(2014a)『租税回避論』清文社。
- 谷口勢津夫(2014b)「ヤフー事件東京地裁判決と税法の解釈適用方法論」税研177号pp.20-30。
- 谷口勢津夫(2015)「租税回避と税法の解釈適用方法論」岡村忠生編著『租税回避研究の展開と課題』ミネルヴァ書房。
- 徳地淳・林史高(2016)「最判解」ジュリスト1497号pp.80-90。
- 中里実(2002)『タックスシェルター』有斐閣。

- 中里実 (2017 予定) 「アグレッシブな租税回避と会社法」法学新報 123 卷 11=12 号掲載予定。
- 長戸貴之 (2016) 「法人税法 132 条の 2 の適用が肯定された事例」ジュリスト 1490 号 pp. 135-138。
- 藤谷武史 (2014) 「租税法における『不確実性』と『法の支配』の制度的意味」論究ジュリスト 10 号 pp. 74-83。
- 本庄資 (2016a) 「濫用的国際租税回避の防止規定の必要性」『国際課税における重要な課税原則の再検討 中巻』日本租税研究協会。
- 本庄資 (2016b) 「国際課税における重要な課税原則の再検討 (第 19 回) 国際課税において実質課税の強化 (国内法化) を促す OECD/G20 BEPS プロジェクトの合意・勧告」租税研究 799 号 pp. 148-201。
- 増井良啓 (2015) 「OECD, Co-operative Compliance: A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance (2013)」租税研究 783 号 pp. 334-341。
- 宮崎裕子 (2016) 「国際租税法における要件事実論」伊藤滋夫・岩崎政明編『租税訴訟における要件事実論の展開』青林書院。
- 森信茂樹 (2016) 「BEPS と租税回避への対応」フィナンシャル・レビュー 126 号 pp. 5-16。
- 吉村政穂 (2008) 「リスク要因としての税」租税研究 705 号 pp. 176-189。
- 吉村政穂 (2011) 「コンプライアンス確保に向けた租税行政手法の共通化」ソフトロー研究 18 号 pp. 29-47。
- 吉村政穂 (2014) 「『不当に減少』とその判断基準としての経済合理性」税務弘報 62 卷 7 号 pp. 58-64。
- 吉村政穂 (2016) 「BEPS によって何が変わったか」租税研究 799 号 pp. 205-218。
- Avi-Yonah, R. (2014), "Corporate Taxation and Corporate Social Responsibility", *New York University Journal of Law & Business*, Vol.11 No.1, pp. 1-29.
- Avi-Yonah, R. & A. Pichhadze (2016), "GAARs and the Nexus between Statutory Interpretation and Legislative Drafting: Lessons for the U.S. from Canada", *Accounting, Economics and Law - A Convivium*, Vol 6.
- Carrero, J. & A. Q. Seara (2016), "The Concept of 'Aggressive Tax Planning' Launched by the OECD and the EU Commission in the BEPS Era: Redefining the Border between Legitimate and Illegitimate Tax Planning", *Intertax*, Vol.44 Issue 3, pp. 206-226.
- Christians, A. (2010), "Taxation in a Time of Crisis: Policy Leadership from the OECD to the G20", *Northwestern Journal of Law and Social Policy*, Vol.5, pp. 19-40.
- Christians, A. (2014), "Avoidance, Evasion, and Taxpayer Morality", *Washington University Journal of Law and Policy*, Vol.44, pp. 39-59.
- Cooper, G. (2011), "Predicting the Past: The Problem of Finding a Counterfactual in Part IVA", *Australian Tax Review*, Vol.40 Issue 3, pp. 185-200.
- Cooper, G. (2013), "Taxation by Analogy", *Australian Tax Review*, Vol.42 Issue 4, pp. 255-268.
- Debelva, F. & J. Luts (2015), "The General Anti-Abuse Rule of the Parent-Subsidiary Directive", *European Taxation*, Vol.55 No.6, pp. 223-234.
- Dourado, A. P. (2015), "Aggressive Tax Planning in EU Law and in the Light of BEPS: The EC Recommendation on Aggressive Tax Planning and BEPS Action 2 and 6", *Intertax*, Vol. 43 Issue 1, pp. 42-57.
- Dourado, A. P. (2016), "The EU Anti Tax Avoidance Package: Moving Ahead of BEPS?", *Intertax*, Vol. 44 Issue 6 & 7, pp. 440-446.
- Franz, T. (2015), "The General Anti-Abuse Rule Proposed by the European



- Commission”, *Intertax*, Vol.43 Issue 11, pp. 660-672.
- Freedman, J. (2004), “Defining Taxpayer Responsibility: In Support of a General Anti-Avoidance Principle”, *British Tax Review*, No.4 pp. 332-357.
- Freedman, J. (2014), “Designing a General Anti-Abuse Rule: Striking a Balance”, *Asia-Pacific Tax Bulletin*, Vol.20 Issue 3, pp. 167-173.
- Freedman, J. (2016), “United Kingdom” in M. Lang (ed), *GAARs: A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*, IBFD.
- Kaneko, H. (2016), “Rule of Law and Japanese Tax Law” (金子宏「ルール・オブ・ローと日本の租税法(抄訳)」税研185号 pp. 102-114) .
- Krever, R. (2016), “General Report: GAARs”, in M. Lang (ed), *GAARs: A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*, IBFD.
- Navarro, A., L. Parada, P. Schwarz (2016), “The Proposal for an EU Anti-avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, *EC Tax Review*, Vol. 25 No.3, pp. 117-131.
- OECD (2006), “Third Meeting of the OECD Forum on Tax Administration, 14-15 September 2006 Final, Seoul Declaration”.
- OECD (2008), *Study into the Role of Tax Intermediaries*, OECD Publishing.
- OECD (2010), *A Framework for a Voluntary Code of Conduct for Banks and Revenue Bodies*, OECD Publishing.
- OECD (2013a), *Co-operative Compliance: A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance*, OECD Publishing.
- OECD (2013b), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.
- OECD (2015a), *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing.
- OECD (2015b), *Mandatory Disclosure Rules, Action 12 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing.
- Panayi, C. (2015) *Advanced Issues in International and European Tax Law*, Hart Publishing.
- The Parliament of the Commonwealth of Australia House of Representatives (2015), Tax Laws Amendment (Combating Multinational Tax Avoidance) Bill 2015, Explanatory Memorandum.
- Platform for Tax Good Governance of the European Commission (2014), Discussion Paper on General Anti-Abuse Rules (GAAR).
- Taboada, C. P. (2015), “OECD Base Erosion and Profit Shifting Action6: The General Anti-Abuse Rule”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 69 Issue 10, pp. 602-608.
- Waerzeggers, C. & C. Hillier (2016), “Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR)”, *Tax Law IMF Technical Note 2016/1*, IMF Legal Department.
- Weisbach, D. (1999), “Formalism in the Tax Law”, *University of Chicago Law Review*, Vol.66, pp. 860-886.
- Weisbach, D. (2002), “Ten Truths About Tax Shelters”, *Tax Law Review*, Vol.55, pp. 215-254.