

法人税法上の包括的な租税回避否認規定の

適用をめぐる実務上の問題点

平成 29 年 3 月 15 日

日本公認会計士協会

目 次

	頁
I はじめに	1
II 租税回避総論～裁判例から見る租税回避行為の否認に係る法的構成の概要	3
1. 「租税回避」の意義について	3
2. 裁判例から見る租税回避行為の否認に係る法的構成の概要	6
(1) 租税回避行為の否認に係る法的構成の概要	6
(2) 事実認定による否認－仮装行為	7
(3) 個別規定の解釈（による否認）	8
(4) 個別否認規定	10
(5) 行為計算否認規定及び一般否認規定	11
(6) 明文なき租税回避行為の否認の可否	11
3. 一般否認規定（GAAR）について	13
III 現行の行為計算否認規定に関する近時の裁判例と実務上の留意点	14
1. IBM 事件	14
(1) 事案の概要	14
(2) 争点	16
(3) 当事者の主張	16
(4) 裁判所の判断	20
(5) 検討	24
(6) 実務上の留意点	28
2. ヤフー事件	29
(1) 事案の概要	29
(2) 争点	30

(3) 当事者の主張	30
(4) 裁判所の判断	32
(5) 検討	36
(6) 実務上の留意点	47
(7) まとめ	47
3. IDCF 事件.....	49
(1) 事案の概要	49
(2) 争点	51
(3) 当事者の主張	51
(4) 裁判所の判断	53
(5) 検討	57
(6) 実務上の留意点	60
4. まとめ	62
IV <補論 1> BEPS プロジェクト等の動向と我が国における対応状況.....	64
1. 国際的租税回避行為の現状	65
2. BEPS プロジェクト最終報告書.....	69
(1) BEPS プロジェクト発足と制度設計のアプローチ	69
(2) BEPS 最終報告書の概要	69
3. 我が国における BEPS 最終報告書への対応	73
(1) 外国子会社合算税制 (Controlled Foreign Company Rules : CFC 税制) の強化 (行動計画 3)	75
(2) 義務的開示制度 (行動計画 12)	78
4. おわりに	79
V <補論 2> 一般否認規定に関する考察	81
1. 一般否認規定導入の必要性和懸念	81
2. 英国の一般否認規定	83
(1) 対象となる取引等	84
(2) 一般否認規定の必要性	84
(3) ガイダンスの公表	85
(4) 対抗措置 (否認) に関する手続規則 (schedule 43)	85
(5) 裁判所又は租税審判所における手続 (211 条)	86
(6) DOTAS について	87
3. 我が国における一般否認規定導入の検討	87

I はじめに

本報告書は、「法人税法上の包括的な租税回避否認規定の適用をめぐる実務上の問題点」という諮問について、当協会の会員が行う税務実務において参考とされるべく、近時の「租税回避」の否認に関する議論の概要並びに「法人税法上の包括的な租税回避否認規定」に係る裁判例の動向及び当該裁判例に基づく実務上の留意点を取りまとめるとともに、かかる「包括的な租税回避否認規定」に関する今後の議論の参考とされるべく、BEPS プロジェクト等の動向と我が国における対応状況並びに一般否認規定の導入に関する議論を紹介する¹。

近時、法人税法 132 条（同族会社の行為又は計算に係る否認規定）の適用の可否が争点とされた IBM 事件（東京地判平成 26 年 5 月 9 日判タ 1415 号 186 頁、東京高判平成 27 年 3 月 25 日判時 2267 号 24 頁、最決平成 28 年 2 月 18 日判例集未登載）や法人税法 132 条の 2（組織再編成の行為又は計算に係る否認規定）の適用の可否が争点とされたヤフー事件（東京地判平成 26 年 3 月 18 日訟月 60 卷 9 号 1857 頁、東京高判平成 26 年 11 月 5 日訟月 60 卷 9 号 1967 頁、最判平成 28 年 2 月 29 日民集 70 卷 2 号 242 頁）及び IDCF 事件（東京地判平成 26 年 3 月 18 日判時 2236 号 47 頁、東京高判平成 27 年 1 月 15 日裁判所ウェブサイト、最判平成 28 年 2 月 29 日民集 70 卷 2 号 470 頁）を始めとして、注目すべき「法人税法上の包括的な租税回避否認規定」に係る裁判例（司法判断）が出ており、これに伴い「租税回避」の否認に関する議論が活発になっている。

実務上、企業や個人が行った取引等につき租税回避行為として、行為計算の否認が問題となることは少なくなく、租税専門家としては、関連する重要な裁判例や議論を踏まえながら適正に税務実務（助言等を含む。）を遂行する必要がある。そこで、本報告書では、まず、「Ⅱ 租税回避総論～裁判例から見る租税回避行為の否認に係る法的構成の概要」で、いわゆる「租税回避」の意義について若干の検討をした上で、裁判例で用いられた主な否認構成を整理している。その上で、「Ⅲ 現行の行為計算否認規定に関する近時の裁判例と実務上の留意点」で、法人税 132 条に係る IBM 事件の控訴審判決及び法人税法 132 条の 2 に係るヤフー・IDCF 事件最高裁判決につき、それぞれの裁判所の判断の概要とそれに基づく実務上の留意点をまとめている。

また、参考（補論）として、上記の国内法上の議論のみならず、国際的には、OECD（経済協力開発機構）の租税委員会（以下「OECD 租税委員会」という。）において、BEPS（Base Erosion and Profit Shifting：税源侵食と利益移転）（以下「BEPS」という。）プロジェクトを始めとする国際的租税回避（主に、「二重非課税」や「価値創

¹ なお、日本公認会計士協会は、平成 26 年 9 月に、租税調査会研究報告第 29 号「組織再編等に係る会社と株主との取引をめぐる税務上の論点整理」においても、当時の法人税の包括的な否認規定に関する裁判例を参考資料として紹介した。

造の場と納税の場の乖離」) 防止の取組が進められており、我が国においてもその勧告に対応した税制改正への取組が行われているため、「Ⅳ <補論 1> BEPS プロジェクト等の動向と我が国における対応状況」では、近年の BEPS プロジェクト等の動向と我が国における対応状況をまとめ、さらに、我が国においても、一般否認規定を導入することの是非が議論されているため、「Ⅴ <補論 2> 一般否認規定に関する考察」で、諸外国における一般否認規定の導入状況や我が国における導入の是非や課題等について整理している。

Ⅱ 租税回避総論～裁判例から見る租税回避行為の否認に係る法的構成の概要

租税専門家が、納税者が行う（又は行った）取引に係る税務上の助言を適切に行い、又は税務調査に的確に対応するためには、当該取引に係る税務処理が、課税当局により、いかなる場合に、どのような方法で否認され得るのか、納税者が課税当局による更正処分等の取消しを求めたとき、裁判所はいかなる判断をする可能性があるのか、という点を、あらかじめ十分に把握しておかなければならない。

とりわけ、租税専門家として、税務裁判例（事案の概要、争点、当事者の主張、裁判所の判断における事実認定及び課税要件等の解釈・適用）を把握し、実際に取り扱う事案とその裁判例とが、事実関係や法令解釈においてどのような異同が存するのかを分析し、それに基づき、取引検討段階や税務調査段階で、当該事案に関し、いかなる事実に関する又は法的な主張を行い、それを支えるためにいかなる証拠資料を作成・管理するかということを早期の段階で検討しておくというアプローチは、今後、適切な税務上の助言や調査対応を行う上で、ますます重要になるものと考えられる。

ここでは、近時、「租税回避」行為に関連する裁判例（IBM 事件の東京高裁判決（東京高判平成 27 年 3 月 25 日、最決平成 28 年 2 月 18 日上告不受理決定により確定）やヤフー事件及び IDCF 事件の最高裁判決（いずれも最判平成 28 年 2 月 29 日）等を含む。）が複数公表されているため、まず、いわゆる「租税回避」の意義について若干の検討をした上で、近時の裁判例に見られる主な否認構成を整理する。なお、以下の整理は一つの考え方であり、裁判例の射程や位置づけについて異なる整理も考え得ることに留意されたい。

1. 「租税回避」の意義について

我が国の租税法上、「租税回避」という法令上の用語及び定義は存在しない。それゆえ、実務上、「租税回避」という用語の意義については、各納税者、課税当局それぞれにおいて認識は異なるように思われ、OECD 租税委員会で進められている BEPS プロジェクトを始めとする租税回避防止取組に係る文脈（ここでは、各国の税制に着目し、所得に対して無税又は名目的課税しか行われぬ軽課税国等に所得を移転させる国際的租税回避行為が想定されている。）でも、国内法上の議論で用いられる「租税回避」の意義とは異なる視点で捉えられている²ように思われる（後

² OECD 租税委員会議長の浅川財務官は、財務省の広報誌である「ファイナンス」2015 年 11 月号で「多国籍企業は、価値創造の場ではなく軽課税国において所得を生み出すことが可能となっており、そのような多国籍企業の所得に対して伝統的な国際課税ルールを機械的に適用する場合、『二重非課税』や『価値創造の場と納税の場のかい離』が生じるおそれがある。このような伝統的な国際課税ルールでは対応しきれない『二重非課税』や『価値創造の場と納税の場のかい離』に対し、各国の税務当局は、これまで独自に対抗策を試みてきたが、一国のみでグローバルに展開する多国籍企業の租税回避を防止することには限界がある。」として BEPS プロジェクト後の新たな国際課税ルールの導入を示唆している。また、森信茂樹「フィナンシャル・レビュー」財務省財務総合政策研究所・平成 28 年第 1 号（第 126

記「IV <補論 1> BEPS プロジェクト等の動向と我が国における対応状況」参照)。

このように「租税回避」という用語の意義は一義的ではないものの、例えば、法人税法 132 条、132 条の 2、132 条の 3 等は「租税回避」行為の否認規定とされていることから、一つの考え方として、これらの規定で否認されるべき行為又は計算の範囲との関係で、「租税回避」行為とは何かという観点から検討するアプローチが考えられる。そこで以下では、まず「租税回避」の意義に係る代表的な見解を整理する。

講学上、いわゆる脱税、節税、租税回避のそれぞれの意義は、以下のように整理されている(金子宏「租税法〔第 21 版〕」126 頁)。

- ・脱税 : 課税要件充足の事実を秘匿する行為
- ・節税 : 租税法規が予定しているところに従って税負担の減少を図る行為
- ・租税回避 : 租税法規が予定していない異常な法形式を用いて税負担の減少を図る行為

講学上、「租税回避」の意義については、以下のような見解がある。

- ・金子宏教授の見解 : 「租税回避」とは、
「私法上の選択可能性を利用し、私的経済取引プロパーの見地からは合理的理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、結果的には意図した経済的目的ないし経済的成果を実現しながら、通常用いられる法形式に対応する課税要件の充足を免れ、もって税負担を減少させあるいは排除する。」ことであるとし、私法上の法形式の選択可能性の濫用をいうものとしている³。
- ・谷口勢津夫教授の見解 : 「租税回避」とは、
「課税要件のうち①課税を根拠づける要件(積極的課税要件)については、その要件の充足回避による租税負担の適法だが不当な軽減または排除、②課税を減免する要件(消極的課税要件)については、その要件の充足(対応する積極的課税要件の充足回避)による租税負担の適法だが不当な軽減または排除」⁴であるとし、上記金子教授の「租税回避」の意義よりも広く、「法律行為による租税回避(私法上の選択可能性の濫用)だけでなく、例えば住所

号) 2016 年 3 月、6 頁は、「BEPS の議論では、異常かどうかではなく、経済実態とかけ離れているかどうかが問題」と指摘している。

³ 金子宏『租税法〔第 21 版〕』125 頁(弘文堂 2016)

⁴ 谷口勢津夫『税法基本講義〔第 5 版〕』62 頁(弘文堂 2016)。また、税研 177 号 20 頁(2014)で、同教授は、課税の減免を充足するタイプの租税回避に関し、当該制度の基礎となるはずの実際上の取引形式を課税上無視し「通常の法形式」に引き直すことによって、当該制度の適用を否定する「租税回避アプローチ」と制度の趣旨・目的に反する場合(濫用と評価される場合)に対して法定された濫用規制要件の適用によって、当該制度の適用を否定する「制度(権利)濫用アプローチ」が存在するとしている(下線は筆者ら)。

の移転のような事実行為による租税回避……をも、その射程内に取り込むものである」(下線は筆者ら。以下同じ。)⁵としている。

- ・今村隆教授の見解：「租税回避」とは、

「私法上は、その法形式どおりに有効であるが、(1) 租税法上の便益を得るのが主たる目的であってこれ以外の事業目的その他合理的目的がほとんどなく、(2) 当該租税法規の趣旨・目的に反するにもかかわらず、租税上の便益以外の経済上の利益を得る見込みが極めて少ないか又は経済上の地位に意味のある変動を生じさせるものでないことから経済実質を欠く行為を行い、これによって、その法形式に対応する課税要件の充足を免れ又は課税減免規定の要件を充足させ、もって税負担を減少させ又は排除すること」⁶であるとし、租税回避の定義は、理論上は「租税法規の濫用」(なお、ここでの「濫用」の意味は、「権利濫用」との意味ではなく、法の濫用との意味である)⁷としている。)であり、その本質は、「租税法規の要件を定める規定の文言には形式的には反しないが、当該租税法規の趣旨・目的に反すること」⁸であるとする。

上記は講学上の「租税回避」の意義に係る代表的な見解であるが、その意義又は概念の広狭には相違がある。すなわち、上記の代表的な見解の中でも、金子教授の見解は、私法上の選択可能性に着目し、私法上の法形式の選択可能性を濫用することを「租税回避」行為と捉えているのに対し、谷口教授は、課税要件の充足の有無という点に着目し、私法上の選択可能性の濫用のみならず、課税要件に含まれる事実行為による租税回避もその射程に取り込まれるとしており、より広い概念と捉えている。今村教授は、私法上の法形式の濫用や課税要件の充足の有無という点よりも、課税根拠規定及び課税減免規定の趣旨・目的に着目し、その趣旨・目的に反するか否かは経済実質の有無をも考慮すべきとしており、金子教授や谷口教授の見解よりも「租税回避」の概念をより広く捉えているように思われる。

このように講学上「租税回避」の意義に係る様々な見解があるものの、従来は、金子教授の見解が有力に支持されており、実務においても比較的広く浸透していたと思われる。それゆえ、実務上「租税回避」として否認され得る行為等に該当するか否かは、私法上の選択可能性を利用して、通常用いられない異常な法形式を用い

⁵ 谷口・前掲注4) 63頁

⁶ 今村隆『租税回避と濫用法理—租税回避の基礎的研究—』49頁(大蔵財務協会 2015)

⁷ 今村教授は、今村・前掲注6) 5頁にて、「権利濫用は、19世紀のドイツやフランスで発展した法理であり、権利行使に名を借りた不法行為が問題となったものである。」とし、一方、「法の濫用の法理は、ローマ法以来の法理であり、形式的に法規の要件に当てはまらないようにして、実は当該法規の趣旨に反するような行為をすることを意味しており、法に対する詐欺という意味で *fraus legis* の法理として扱われた問題である。」とする。

⁸ 今村・前掲注6) 49頁

て、税負担の軽減又は免除のメリットを享受しているか否か、さらには、租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められるか否かという点に着目して、検討がなされることが多かったように思われる。しかしながら、後に詳述する、ヤフー事件控訴審判決及び IBM 控訴審判決における裁判所の判断を受けて、「租税回避」概念についての再考に係る議論が活発化しており、実務においても、このような議論に注目しつつ、「租税回避」の意義が、従来に比してより広く捉え得ることを念頭に、慎重にプランニング等を行う必要がある（後記「Ⅲ 現行の行為計算否認規定に関する近時の裁判例と実務上の留意点」参照）。

2. 裁判例から見る租税回避行為の否認に係る法的構成の概要

(1) 租税回避行為の否認に係る法的構成の概要

我が国における課税は、(a)課税要件事実を認定した上で、(b)その認定された課税要件事実 zu 租税法の個々の規定を適用して、行われる。納税者が税務申告により意図した税効果を課税当局により否定されることを「否認」という（なお、「否認」という用語は法令上定義のある用語ではないため、多義的なものであるが、ここで用いる「否認」は、いわゆる租税回避行為の否認を含む、納税者が行った税務申告の内容が課税当局により否定されるという 広義の否認の意味で用いる。）。その方法としては、大きく分けて、以下の三つの場合が考えられる。

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

「租税回避」行為の否認に、上記のいずれの場合を含むかは、1で述べた「租税回避」の意義と密接に関わるところである⁹が、1の「租税回避」の意義に係る金子教授の見解に従えば、「租税回避」行為は私法上の法形式の選択可能性を濫用することと解され、かかる意味での「租税回避」行為の否認は(iii)の場合に限られることになる（狭義）。もっとも、ここでは、このような講学上の「租税回避」行為の否認に関する見解を念頭に置きながら、より 広義の意味での「否認」に係る法的構成として裁判所が採用した類型を整理することとしたい。

⁹ 「租税回避」行為の否認は、「租税回避」の意義の捉え方により、考え方が異なる。例えば、金子教授は、「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」（金子・前掲注3）127頁）とし、谷口教授は、「課税要件法の欠缺を補充する規定を、補充的課税要件規定あるいは代替的課税要件規定といい、これが租税回避の否認規定」（谷口勢津夫『租税回避論』11頁（清文社 2014））であるとしている。

裁判例では、以下のとおり様々な否認構成が採られている（(iv)については争点）。

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

(2) 事実認定による否認—仮装行為

事実認定による否認とは、納税者がその税務申告の前提として行ったと主張する私法上の行為又は取引が、真の事実や法律関係を隠ぺいしないし秘匿して、見せかけの事実や法律関係を仮装する（すなわち、当事者の効果意思と表示に齟齬が存する。）「仮装行為」である場合は、「特段の規定をまつまでもなく、課税要件事実は外観や形式に従ってではなく、実体や実質に従って認定されなければならないことの、当然の論理的帰結」として、仮装された事実や法律関係ではなく、隠ぺいしないし秘匿された事実や法律関係に従って課税が行われなければならないとするものである¹⁰。ただし、「真実に存在する法律関係からはなれて、その経済的成果なり目的なりに即して法律要件の存否を判断することを許容するものではないことに注意する必要がある。」¹¹

このような構成による否認が認められた事案として、ヴァージン・エンターテイメント事件控訴審判決（東京高判平成 21 年 7 月 30 日訟月 56 卷 7 号 2036 頁）がある。

当該事案では、日本法人 X 社が、債務超過にあるグループ会社のスイス法人 B 社に保有株式を売却し、B 社が同株式を第三者である C 社に転売したことを前提に、確定申告したところ、X 社から B 社への株式譲渡は譲渡益課税回避のための仮装行為であるとして更正処分されたため、その取消しを求めた。この事案で、納税者である X 社は、X 社と B 社との間の株式譲渡契約書①及び B 社と C 社との間の株式譲渡契約書②が作成されており、これらの契約に基づく株式譲渡①及び株式譲渡②がなされたと主張したが、裁判所は、株式譲渡契約書①及び株式譲渡

¹⁰ 金子・前掲注 3) 141 頁

¹¹ 金子・前掲注 3) 139-140 頁

契約書②は譲渡益課税を免れるために作成された通謀虚偽表示（民法 94 条 1 項）による契約であるから、株式譲渡①及び株式譲渡②は「偽装行為」であり、真の当事者の意思は、X 社から C 社に対する株式譲渡であると認定して、納税者 X 社の主張を排斥し、課税当局による更正処分は適法であると判断した。

(3) 個別規定の解釈（による否認）

① 税法の個別規定（課税要件規定）の解釈

裁判例の中には、税法の個別規定の解釈等で解決を図った事案もある。

例えば、映画フィルムリース事件最高裁判決（最判平成 18 年 1 月 24 日民集 60 巻 1 号 252 頁）は、民法上の組合又はその組合員が、映画に関する所有権その他の権利を真実に取得したものではなく、各契約書上、単に組合員の租税負担を回避する目的の下に、組合が本件映画の所有権を取得するという形式、文言が用いられたにすぎないとして、課税当局により、納税者が申告した当該映画に関する減価償却費の損金算入が否認された事案であるが、最高裁は、「本件映画は、本件組合の事業において収益を生む源泉であるとみることはできず、本件組合の事業の用に供しているものということとはできないから、法人税法 31 条 1 項にいう減価償却資産に当たるとは認められない。」と判示して、法人税法 31 条 1 項所定の「減価償却資産」の解釈により当該事案の判断をした¹²。

このように個別の規定の解釈により、租税回避事案を解決した裁判例として、オープンシャホールディング事件判決（最判平成 18 年 1 月 24 日集民 219 号 285 頁〔破棄差戻し〕、東京高判平成 19 年 1 月 30 日訟月 53 巻 10 号 2966 頁〔確定〕）では、法人税法 22 条 2 項所定の「取引」の解釈により、米国デラウェア州リミテッドパートナーシップ事件判決（最判平成 27 年 7 月 17 日民集 69 巻 5 号 1253 頁）では、租税法上の「法人」の解釈により、それぞれの更正処分を適法とする判断したものが存する。

② 課税減免規定の縮小・限定解釈（制度濫用論）

上記①とは異なる観点から、租税法の規定の縮小・限定解釈により、課税減免規定の適用を認めないとした判例（外国税額控除事件最高裁判決（最判平成 17 年 12 月 19 日民集 59 巻 10 号 2964 頁（りそな銀行事件最高裁判決）、最判平成 18 年 2 月 23 日訟月 53 巻 8 号 2461 頁（UFJ 銀行事件最高裁判決））が存する。

この事案の概要は次のとおりである。銀行業を営む内国法人である X と C 社

¹² この事件が生じた後の平成 17 年に、責任限度が実質的に組合財産の価額とされている場合、組合等損失額のうち出資の価額を超える部分の金額を損金の額に算入しないこととする等の税制改正が行われている（租税特別措置法 67 条の 12 他）。

及びB社との間で、Xの外国税額控除の余裕枠を利用して源泉税の負担を軽減する目的で、XのB社に対するローン契約とXのC社からの預金契約を締結した。本件取引によって、C社は、クック諸島における源泉税の支払いを免れるという利益を得る。Xは、手数料を取得する一方、手数料を上回る額のクック諸島における源泉税相当額を負担することとなり、取引自体によっては損失を生ずるが、我が国で外国税額控除を受けることによって最終的には利益を得ることができる。これに対し、課税庁Yは、外国税額の控除は認められないとして、更正処分等を行ったため、納税者Xがその処分取消しを求めた事案である。この事案に関して、最高裁は、以下のとおり判示した。

「法人税法 69 条の定める外国税額控除の制度は、……同一の所得に対する国際的二重課税を排斥し、かつ、事業活動に対する税制の中立性を確保しようとする政策目的に基づく制度である。」「ところが、本件取引は、全体としてみれば、本来は外国法人が負担すべき外国法人税について我が国の銀行である X が対価を得て引き受け、その負担を自己の外国税額控除の余裕枠を利用して国内で納付すべき法人税額を減らすことによって免れ、最終的に利益を得ようとするものであるということが出来る。これは、我が国の外国税額控除制度をその本来の趣旨目的から著しく逸脱する態様で利用して納税を免れ、我が国において納付されるべき法人税額を減少させた上、この免れた税額を原資とする利益を取引関係者が享受するために、取引自体によっては外国法人税を負担すれば損失が生ずるだけであるという本件取引をあえて行うというものであって、我が国ひいては我が国の納税者の負担の下に取引関係者の利益を図るものというほかない。」「そうすると、本件取引に基づいて生じた所得に対する外国法人税を法人税法 69 条の定める外国税額控除の対象とすることは、外国税額控除制度を濫用するものであり、さらには、税負担の公平を著しく害するものとして許されないというべきである。」

上記の外国税額控除事件最高裁判決は、一定の政策目的等を実現するために導入された課税減免規定の解釈・適用に当たり、当事者がかかる減免規定を受けることのみを目的として事業目的のない不自然な取引を行った場合、規定の限定解釈をし、その適用を否定したもの（「法律上の根拠がない場合に否認を認める趣旨ではなく、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。」）と解されている^{13 14}。もっとも、かかる限定解釈をいかなる場合に、

¹³ 金子・前掲注 3) 130-131 頁。

¹⁴ UFJ 銀行事件最高裁判決はりそな銀行事件最高裁判決と類似の事件であるが、りそな銀行事件最高裁判決の判示のうち「そうすると……」以下の部分につき、「本件各取引は、外国税額控除の制度を濫用するものであり、これに基づいて生じた所得に対する外国法人税を法人税法 69 条の定める外国税額控除の対象とすることはできないというべきである。」と判示している。谷口勢津夫教授は、UFJ 銀行事件最高裁判決について、「外国税額控除の制度を濫用する」に対応する主語が、「これに基づいて生じた所得に対する外国法人税を法人税法 69 条の定める外国税額控除の対象とすること。」であれば、同判決は、

いかなる要件の下で行うことができるのかという点につき必ずしも明確ではないため、租税法律主義の観点から、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旨の指摘がなされている¹⁵。

(4) 個別否認規定

個別否認規定として、実質所得者課税（法人税法 11 条）、移転価格税制（租税特別措置法 66 条の 4）、タックス・ヘイブン対策税制（租税特別措置法 40 条の 4、66 条の 6）、過小資本税制（租税特別措置法 66 条の 5）、過大支払利子税制（租税特別措置法 66 条の 5 の 2）（法人税法 22 条や 37 条も否認規定として用いられることがある。）等がある。

このような個別否認規定と法人税法 132 条、132 条の 2 等の行為計算否認規定との関係については、①租税法律主義に基づく法的安定性や予測可能性を重視して、個別否認規定は、一定の租税回避の場面を想定して具体的な要件を設けた上で、その要件を充足する限り否認されると定めているのであるから、同様の租税回避の場面において、個別否認規定の要件を充足しない場合には、行為計算否認規定を適用して否認をすることは許容されない（新しい租税回避の類型が生み出されるごとに、立法府は迅速にこれに対応し、個別の否認規定を設けて問題の解決を図るべき）とする考え方や、②課税の公平性や中立性を重視して、行為計算否認規定は、個別否認規定では対応できない租税回避の類型に対応できるように設けられたものであるから、個別否認規定により防止しようとしている租税回避の類型であっても、（その典型的な類型から外れるがゆえに）個別否認規定の要件を充足しない場合は、なお行為計算否認規定は適用され得るとする考え方がある（ヤフー・IDCF 事件最高裁判決では、専ら法人税法 132 条の 2 の適用の可否のみを検討し、個別否認規定との関係について触れられていないことから、後者の見解を前提としているように思われる。）。この点については、後記「Ⅲ 現行の行為計算否認規定に関する近時の裁判例と実務上の留意点」及び「Ⅴ ＜補論 2＞一般否認規定に関する考察」を参照されたい。

りそな銀行事件最高裁判決と同じく制度濫用アプローチを採用したと解されるが、その主語が「本件各取引は」となっていることからすると、同判決は、租税回避アプローチ（筆者ら注：外国税額控除制度をその趣旨・目的に反して利用することではなく、同制度の要件をその趣旨・目的に反して充足する取引を行うという、私法上の選択可能性の濫用として、「通常の取引」に引き直すというアプローチ）を採用したものとして解することができるように思われると述べられている。谷口勢津夫「租税回避と税法の解釈適用方法論—税法の目的論的解釈の「過形成」を中心に—」岡村忠生編『租税回避研究の展開と課題』17 頁（ミネルヴァ書房 2015）

¹⁵ この事件が生じた後の平成 13 年に、内国法人が納付した外国法人税ではあっても、通常行われない取引に基因して生じた所得に対して課される外国法人税については、外国税額控除の対象としないこととする税制改正が行われている（法人税法 69 条 1 項。武田昌輔編著『DHC コメントール法人税法 2』4281 の 2（第一法規 1979）〔最終加除：2016〕）。

(5) 行為計算否認規定及び一般否認規定

我が国には以下のとおり、法人税法上、特定の状況における行為計算否認規定がある。

- ・ 同族会社の行為・計算否認規定（法人税法 132 条）
- ・ 組織再編成の行為・計算否認規定（法人税法 132 条の 2）
- ・ 連結法人の行為・計算否認規定（法人税法 132 条の 3）
- ・ 恒久的施設帰属所得の行為・計算否認規定（法人税法 147 条の 2）

近時、同族会社の行為計算否認規定である法人税法 132 条の適用の可否及び組織再編成の行為計算否認規定である法人税法 132 条の 2 の適用の可否が争われた以下の裁判例が出ており、いずれも各規定の「不当に」の解釈に関する判示をしていることから、これらの裁判例を仔細に検討し、その判断における規範及び当てはめの内容を理解しておくことが、今後、他の事案において、これらの規定の適用の可否を検討する上で、重要である。そのため、後記「Ⅲ 現行の行為計算否認規定に関する近時の裁判例と実務上の留意点」にて、各判決の事案の概要、争点、当事者の主張、裁判所の判断をまとめ、各判決が有する問題点や各判決の内容を踏まえた実務上の留意点について検討している。

（法人税法 132 条の適用の可否が争点とされた最近の注目訴訟事案）

・ IBM 事件

（自己株式取得によるみなし配当と譲渡損計上の可否）（東京地判平成 26 年 5 月 9 日（請求認容：納税者勝訴）、東京高判平成 27 年 3 月 25 日（控訴棄却：納税者勝訴）、最決平成 28 年 2 月 18 日（不受理：納税者勝訴））

（法人税法 132 条の 2 の適用の可否が争点とされた訴訟事案）

・ ヤフー事件

（繰越欠損金の引継ぎの可否）（東京地判平成 26 年 3 月 18 日（請求棄却：納税者敗訴）、東京高判平成 26 年 11 月 5 日（控訴棄却：納税者敗訴）、最判平成 28 年 2 月 29 日（上告棄却：納税者敗訴））

・ IDCF 事件

（資産調整勘定の計上の可否）（東京地判平成 26 年 3 月 18 日（請求棄却：納税者敗訴）、東京高判平成 27 年 1 月 15 日（控訴棄却：納税者敗訴）、最判平成 28 年 2 月 29 日（上告棄却：納税者敗訴））

(6) 明文なき租税回避行為の否認の可否

学説¹⁶及び近時の裁判例においては、租税法律主義の下では、法令上の明文の

¹⁶ ここでは、前述の「租税回避」の意義に関して金子教授の見解に立つ場合における「租税回避行為の否認」を想定している。金子・前掲注 3）129 頁は、「租税法律主義のもとで、法律の根拠なしに、当事者の選択した法形式を通常用いられる法形式にひきなおし、それに対応する課税要件が充足されたものとして取り扱う権限を租税行政庁に認めることは、困難である。」「法律の根拠がない限り租税回避行為

租税回避行為否認規定の適用がない限り、当事者の選択した法形式を通常用いられる法形式に引き直して、それに対応する課税を行うこと（租税回避行為の否認）は許されないと解されている（最判平成 23 年 2 月 18 日判タ 1345 号 115 頁（以下「武富士事件」という。）の須藤正彦裁判官の補足意見、東京高判平成 11 年 6 月 21 日判タ 1023 号 165 頁〔最決平成 15 年 6 月 13 日税資 253 号順号 9367 にて上告不受理決定がなされ確定〕（以下「相互売買事件」という。）、名古屋高判平成 17 年 10 月 27 日税資 255 号順号 10180〔控訴棄却により確定〕も同旨）。

- 相互売買事件

（東京高判平成 11 年 6 月 21 日、最決平成 15 年 6 月 13 日上告不受理決定〔確定〕）

「最終的には本件取引の法形式として売買契約の法形式が採用されるに至った以上、いわゆる租税法律主義の下においては、法律の根拠なしに、当事者の選択した法形式を通常用いられる法形式に引き直し、それに対応する課税要件が充足されたものとして取り扱う権限が課税庁に認められているものではない」

- 武富士事件

（東京高判平成 20 年 1 月 23 日判タ 1283 号 119 頁、最判平成 23 年 2 月 18 日〔確定〕）

「このような方法による贈与税回避を容認することが適当でないというのであれば、法の解釈では限界があるので、そのような事態に対応できるような立法によって対処すべきものである。」^{17 18}

このような観点からも、我が国の租税法に、いわゆる一般否認規定（General Anti-Avoidance Rule 又は General Anti-Abuse Rule : GAAR¹⁹）を導入すること

の否認は認められないと解するのが、理論上も実務上も妥当」である、としている。

¹⁷ 同事件の最高裁判決の補足意見で、須藤正彦裁判官は「個別否認規定がないにもかかわらず、この租税回避スキームを否認することには、やはり大きな困難を覚えざるを得ない。ただし、憲法 30 条は、国民は法律の定めるところによってのみ納税の義務を負うと規定し、同法 84 条は、課税の要件は法律に定められなければならないことを規定する。納税は国民に義務を課するものであるところからして、この租税法律主義の下で課税要件は明確なものでなければならず、これを規定する条文は厳格な解釈が要求されるのである。明確な根拠が認められないのに、安易に拡張解釈、類推解釈、権利濫用法理の適用などの特別の法解釈や特別の事実認定を行って、租税回避の否認をして課税することは許されないというべきである。」と述べている。

¹⁸ 平成 15 年度税制改正により、日本国籍を有する個人が贈与により財産を取得した時において日本に住所を有しない場合でも、贈与をした者が当該贈与前 5 年以内のいずれかの時において日本に住所を有していたことがある場合は、贈与された資産の所在を問わず贈与税の対象となる、と改正され、本件のようなケースでは（受贈者が日本国籍を離脱しない限り）贈与税が課されるよう、法的な手当てがなされた。

¹⁹ 森信・前掲注 2）8 頁によれば、「各国の GAAR を分類すると、米国の『事業目的アプローチ』（筆者ら注：General Anti-Avoidance Rule）と、欧州諸国の『法の濫用アプローチ』（筆者ら注：General Anti-Abuse Rule）とに区分される。」

の是非が議論されているところである（後記「V ＜補論 2＞ 一般否認規定に関する考察」参照）。

3. 一般否認規定（GAAR）について

我が国の現行法上、通則的な一般否認規定（GAAR）は存在しない。我が国においても、昭和 36 年に、「国税通則法の制定に関する答申及びその説明」が税制調査会から提示された際に、一般否認規定の導入が検討されたが、当時の政治的経済的背景から導入には至らなかった²⁰。

しかしながら、近時、諸外国で GAAR の導入が進んでいるところ、我が国において GAAR の導入が遅れば、国際的な課税環境の公平性という点で後れを取るとして、GAAR の導入を推す意見もある。また、2 (6) で述べたとおり、現行法の下では、学説上も裁判例上も、明文なき租税回避行為の否認は認められないと解されているため、課税の公平性を強調する論者は、個別否認規定や既存の否認法理で多様な租税回避行為に対応することには限界があり、租税回避の否認を行うための立法上の手当て（すなわち、GAAR の立法措置）が必要であると主張する。このように GAAR の導入の是非に関する議論も活発化しているため、後記「V ＜補論 2＞ 一般否認規定に関する考察」参照）では、GAAR 導入の是非に関する議論の整理をしている。

²⁰ 武田・前掲注 15) 951 の 4

Ⅲ 現行の行為計算否認規定に関する近時の裁判例と実務上の留意点

「法人税法上の包括的な租税回避否認規定」として、法人税法は 132 条（同族会社の行為・計算否認規定）、132 条の 2（組織再編成の行為・計算否認規定）等設けている。近時、これらの規定の適用の可否を争った IBM 事件とヤフー・IDCF 事件が相次いで確定したため、事案の概要やポイントを整理し、実務上の留意点を述べる。

1. IBM 事件

- ・ 東京地判平成 26 年 5 月 9 日（請求認容：納税者勝訴）
- ・ 東京高判平成 27 年 3 月 25 日（請求認容：納税者勝訴）
- ・ 最決平成 28 年 2 月 18 日（不受理：納税者勝訴）

参照条文：法人税法（平 18 法 10 号改正前）23 条 1 項、24 条 1 項、61 条の 2 第 1 項、法人税法 132 条 1 項

(1) 事案の概要

有限会社アイ・ビー・エム・エイ・ピー・ホールディングス²¹（以下「納税者」という。ただし、判決文中の記載は除く。）は、米国 IBM の国際的経営戦略の一環として、米国 IBM の完全子会社である IBM World Trade Corporation（以下「米国 WT」という。）と日本アイ・ビー・エム株式会社（以下「日本 IBM」という。）との間に中間持株会社として設けられ、米国 WT から日本 IBM の発行済株式の全部を 1 兆 9,500 億円で購入した²²（本件株式購入）。納税者が、平成 14 年 12 月、平成 15 年 12 月及び平成 17 年 12 月の 3 回にわたり、保有する日本 IBM 株式を発行法人である同社に自己株式取得という形で代金総額約 4,298 億円（1 株当たりの譲渡価額は本件株式購入における取得価額と同額）で譲渡し（本件各譲渡）、日本 IBM の利益を（最終的には米国に）還流したところ、納税者に合計で 4,000 億円もの株式譲渡損が発生し、欠損金を計上することになった。これは、本件各譲渡により日本 IBM から交付を受けた譲渡代金からみなし配当の額を控除した額を譲渡対価の額とし、これと譲渡原価の額との差額が譲渡損失額と計算される一方、みなし配当の額は受取配当益金不算入の取扱いを受けるためである。その後、納税者は、平成 20 年から日本 IBM を連結子法人とする連結納税を開始したが、

²¹ 納税者には、専任の役員及び使用人はおらず、また、固有の事務所も有していない（第 1 審判決文）。

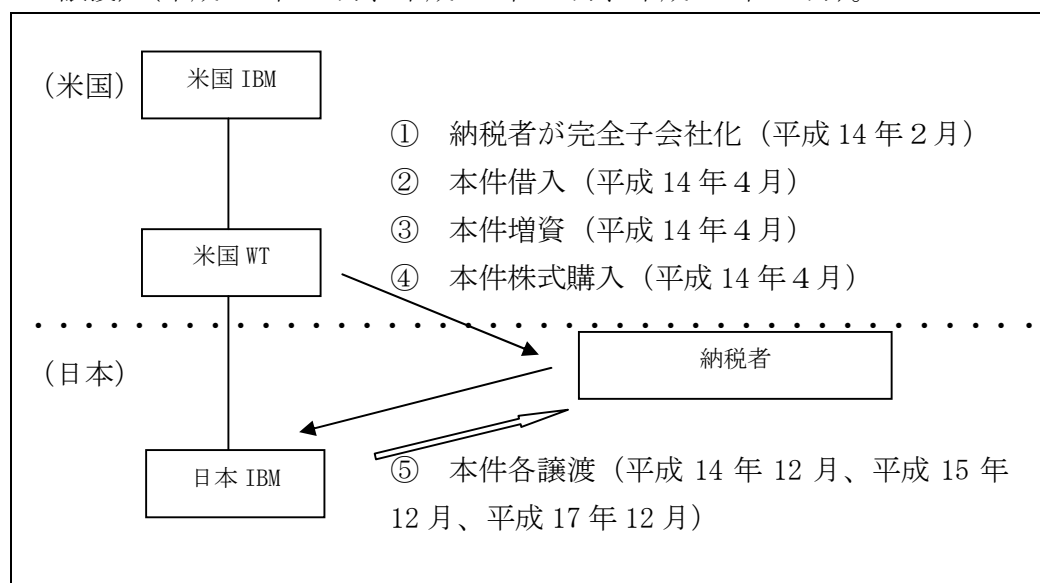
²² 米国 WT が納税者に行った日本 IBM 株式の売却は、米国税制上、チェック・ザ・ボックス規制により内部取引として取り扱われたようである。米国のチェック・ザ・ボックス規制においては、自動的に法人と取り扱われる事業体（我が国の株式会社もこれに含まれる。）に該当しない事業体は、構成員課税（いわゆるパススルー課税）を選択することが可能とされており、その場合は、米国における法人税額の計算上、当該事業体は、持分等の保有者から独立した法人とはみなされず、課税上はあたかも持分等の保有者の支店であるかのように扱われる。その結果、当該事業体と持分等の保有者との間の取引は内部取引（本支店間取引）として扱われて課税はされない（第 1 審判決文）。

納税者の繰越欠損金が連結欠損金として、日本 IBM の所得と通算され、結果として納付すべき法人税が大幅に減少することになった。これに対し、所轄税務署長が、この中間持株会社化から自己株式の取得までの行為を「一連の行為」と捉え、この一連の行為により法人税の負担を不当に減少したとして、法人税法 132 条 1 項に基づき、上記株式譲渡損を否認し、株式譲渡損の発生がなかったものとして増額更正処分（以下「本件更正処分等」という。）を行った。本件は、納税者が、法人税法 132 条 1 項を適用する要件を満たさずになされた違法なものであるとして、本件更正処分等の取消しを求めた事案である。

< 事件の前提となる一連の行為 >

本件において所轄税務署長が主張した「一連の行為」の概要は以下のとおりである。

- ① 米国 IBM の完全子会社である米国 WT が納税者を完全子会社とする（平成 14 年 2 月）。
- ② 納税者が米国 WT から金銭消費貸借契約により金銭を借り入れる（本件借入）（平成 14 年 4 月）。
- ③ 納税者が米国 WT を引受先として増資を行う（本件増資）（平成 14 年 4 月）。
- ④ 納税者が米国 WT から日本 IBM 株式を全て取得し、中間持株会社となる（本件株式購入）（平成 14 年 4 月）。
- ⑤ 納税者が日本 IBM に対して同社株式（自己株式）を一部譲渡する（本件各譲渡）（平成 14 年 12 月、平成 15 年 12 月、平成 17 年 12 月）。



< 中間持株会社設置前後の課税関係 >

米国 IBM グループにとって、日本 IBM の利益の還流に関する課税関係については、

納税者を中間持株会社として設置する前後で、税額控除や所得の分類等の点で以下のような変化が生じることになる。控訴審判決によると、米国 IBM グループでは、外国税額についても直近の事業年度で調整の対象とされず、直ちには国際的二重課税が解消されない状況であったようである。しかし、中間持株会社設置後は、納税者が税額控除を受けることができ、また、納税者から米国 WT への資金の還流を借入金返済として行うことにより、二重課税は解消できたものと思われる。

なお、日本における株式譲渡損益課税は、譲渡収入から譲渡原価を控除することにより計算されるところ、「譲渡収入」は、譲渡対価から法人税法 24 条 1 項に基づき、配当とみなされた額を控除して計算される（法人税法 61 条の 2 第 1 項 1 号）一方、「譲渡原価」は、譲渡した有価証券に係る帳簿価額とされる（同 2 号）。したがって、一株当たりの取得価額と同額の譲渡対価で自己株式取得として譲渡した場合、譲渡に関する実質的な損得は生じないにもかかわらず、税務上の計算においては、みなし配当の額と同額の譲渡損失が生じることになる。

時期	金銭の配当	自己株式の取得
中間持株会社 設置前 (日本→米国)	源泉徴収あり (当時の租税条約で 10%) (米国での外国税額控除に制限あり) 配当所得	源泉徴収あり (20%) (米国での外国税額控除に制限あり) 配当所得
中間持株会社 設置後 (日本→日本)	源泉徴収あり (20%) <u>税額控除</u> 配当課税	源泉徴収あり (20%) <u>税額控除</u> 配当課税 + <u>株式譲渡損益課税</u>

(2) 争点

本件における主たる争点は、本件各譲渡による譲渡損失額が納税者の所得金額の計算上、損金の額に算入されたことによる法人税の負担の減少が、法人税法 132 条 1 項にいう「不当」なものと評価することができるか否かである。

(3) 当事者の主張

① 納税者の主張

ア. 不当性要件について

「法人税法 132 条 1 項の「法人税の負担を不当に減少させる結果」とは、否認対象である行為又は計算が経済的合理性を欠いている場合、すなわち当該行為又は計算が異常ないし変則的であり、かつ、租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められる場合であって、当該行為又は計算に基づき課税所得を計算した場合の法人税額が、合理的経済人であれば選

択したであろう行為又は計算に置き換えて課税所得を計算した場合の法人税額と比較して少額になる場合を指すものと解すべきである。控訴人の主張は、法人税法 132 条 1 項の適用範囲を過度に拡大して、税務署長に包括的、一般的、白地的な課税処分権限を付与するに等しく、租税法律主義に違反するというべきである。

すなわち、「独立当事者間の通常取引と異なる」ことを主張立証しさえすれば、具体的な意味で「経済的合理性を欠く」ことを主張立証する必要がなくなるというのであれば、税務署長は、「純粋経済人の行為又は計算として不合理、不自然なもの」という不当性を基礎付ける事実の立証負担なしに不当性を認定し得ることになる。しかし、租税回避行為の是正という法人税法 132 条 1 項の趣旨等に照らしても、そのような税務署長の立証負担を軽減するような解釈は許されない。また、何が非同族会社であるがゆえになし得ない行為に当たるかを一義的に判断することは困難であるから、「独立当事者間の通常取引と異なる。」という基準は、最高裁昭和 53 年判決がいう「客観的」な基準とはいえない。仮に、僅かでも独立当事者間の通常取引と異なる場所があれば、取引における取引価格その他の経済的条件が具体的に経済的合理性を欠くか否かの検討を要せず、また、その差異がどれほど重要なものであるかを吟味せずとも、同項の適用が可能になるとすれば、同項の適用範囲を過度に拡大することになる。そのような解釈は、課税庁の立証負担を不当に緩和し、否認されるべきでない行為を適用対象とするもので租税法律主義に違反する。」

イ. 本件一連の行為が独立当事者間の通常取引と異なるもので経済合理性を欠くものであるかどうかについて

「本件一連の行為のうち、本件各譲渡以外の各行為は、米国 IBM によって企画され、①日本における米国 IBM グループを成す会社を全て持株会社である被控訴人（納税者）の下に統合すること、②被控訴人を米国 IBM が精力的に行っていた事業買収取引における日本の受皿会社とすること、③被控訴人をして資金のより効率的な配分を行う機能を担わせること及び④被控訴人をして日本において新規事業を行う場合の受皿会社とすることという四つの目的で、日本に被控訴人を中間持株会社として設置する日本再編プロジェクトの実行行為として行われたから、各取引が相互に牽連関係にあることは当然である。他方、本件各譲渡は、日本再編プロジェクトの企画実行とは関係なく、日本 IBM が各事業年度における株主への利益還元のための個別の判断に基づき自己株式取得を決定した際に、株主であった被控訴人が応じた結果としてされた取引である。日本 IBM は、平成 9 年から自己株式取得による利益還元を行っており、被控訴人が株主になった後に行われた自己株式取得

もその延長線上で行われたものである。したがって、日本再編プロジェクトによる組織再編（米国 WT による被控訴人の持分取得、本件増資、本件株式購入及び本件融資）と本件各譲渡が一体として行われなければ意味がないというような主張は、根拠のない決めつけである。

また、被控訴人を中間持株会社とする組織再編により日本 IBM の株主が変更された結果、外国法人であった旧株主（米国 WT）と異なり、内国法人である新株主（被控訴人・納税者）が日本 IBM から受けた配当に課される源泉所得税の縮減という税効果は、日本 IBM の利益還元が、配当で行われる場合でも、みなし配当が計算される自己株式取得又は有償減資で行われる場合でも同じである。本件各譲渡がされなかったとしても源泉所得税については同じ効果が生じる以上、被控訴人を中間持株会社として設置した後にされた本件各譲渡が、被控訴人が主張するような本件税額圧縮を目的とする本件一連の行為として一体的に評価されるべき理由は全くない。」

さらに、本件融資、本件増資、本件株式購入及び本件各譲渡という各取引は、いずれも控訴人が言うような独立当事者間の通常の取引と異なるものではないと主張した。

② 課税庁の主張

ア. 不当性要件について

「法人税法 132 条 1 項が、同族会社についてのみ行為又は計算の否認を認めているのは、同族会社関係にない法人間においては通常なし得ないような行為又は計算が、同族会社関係にあるがために容易に行われることにより、当該同族会社の法人税の税負担が減少する結果となれば、当該同族会社は、同族会社でない法人に比して税負担を免れることとなり、それが税負担公平の観点から不当と認められるためと解される。

そうすると、法人税法 132 条 1 項の「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があるとき」とは、同族会社の行為又は計算が経済合理性を欠く場合をいい、当該行為又は計算が、独立当事者間の通常の取引とは異なり、それによって当該同族会社の益金が減少し、又は損金が増加する結果となる場合には、特段の事情がない限り、経済合理性を欠くというべきである。」

イ. 本件一連の行為が独立当事者間の通常取引と異なるもので経済合理性を欠くものであるかどうかについて²³

「本件一連の行為（米国 WT による被控訴人の持分取得、本件増資、本件融資、本件株式購入及び本件各譲渡）は、本件税額圧縮の実現のために一体的に行われたものであり、その結果、被控訴人は、本件税額圧縮を実現しただけでなく、本件各譲渡により巨額の有価証券譲渡に係る譲渡損失額を計上し、法人税の負担が減少したのである²⁴。このような結果は、本件一連の行為を構成する個々の行為を一体的に行ったからこそ得られたものであり、各行為は互いに他の行為の前提となっているから、本件一連の行為を一体として行わなければ意味がないものである。そのため、本件一連の行為が独立当事者間の通常取引と異なり全体として経済合理性を欠くのであれば、本件一連の行為を構成する本件各譲渡を容認した場合には、被控訴人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というべきである。そして、これらの行為を一連のものとして組み合わせて実行することができたのは、米国 IBM 及び米国 WT が、その完全子会社である被控訴人（納税者）及び日本 IBM の意思決定を自由になし得たからであり、本件一連の行為は、独立当事者間の通常取引とは異なったものであって、全体として経済的合理性を欠くというべきである。

また、本件一連の行為を個別的に見ても、被控訴人が米国 WT や日本 IBM との間において同族会社関係にあったからいずれも実現し得たものであり、独立当事者間の通常取引とは明らかに異なるものであって、経済的合理性を欠く。」

「本件一連の行為を容認することは、税負担の公平という法人税法 132 条 1 項の趣旨に反する。」

²³ 第 1 審において国は、①被控訴人を中間持株会社としたことに正当な理由ないし事業目的があったとはいえないこと、②本件一連の行為を構成する本件融資は、独立した当事者間の通常取引とは異なるものであること及び③本件各譲渡を含む本件一連の行為に租税回避の意図が認められることを主張したのに対し、原判決は、上記①ないし③のいずれも評価根拠事実も認定し難いとして、本件各譲渡を容認して法人税の負担を減少させることが、法人税法 132 条 1 項にいう「不当」なものと評価されるべきであると認めるには足りない旨判示した。そこで国は、控訴審においては、上記①及び③の主張を撤回した上で本文記載の主張を行っている。

²⁴ 仮に、この国の主張が認められた場合、正常な行為・計算に引き直すことになるが、国は、第 1 審において、「全体として通常あるべき行為に引き直すとすれば、そもそも原告（納税者）の存在自体を否定するとともに、原告が米国 WT から日本 IBM の株式を譲り受けたという事実（本件株式購入）と原告が日本 IBM に同社の株式を譲渡したという事実（本件各譲渡）否認すべきであるとも考え得る。しかし、そのような引き直し計算をすることは、実際に行われた行為形式とのかい離があまりにも大きく、本件各譲渡に係る事業年度以降において、私法上有効に存在する行為形式を前提としてされる原告の納税義務の適正な履行について支障が生じるおそれがある。したがって、本件各譲渡のみを税務上なかったものとする引き直し計算が合理的で適法である」と主張している。具体的には、本件各譲渡の譲渡対価相当額を子会社株式の簿価に加算するとともに、株式譲渡損を消去し、差額の子会社株式の譲渡原価相当額を受取配当として追加計上（同時に益金不算入）すべきとする。その結果、日本 IBM が自己株式の取得ではなく配当を行ったのと同じ結果となるように更正されることになる。

(4) 裁判所の判断

控訴審は以下のとおり判示した。

① 法人税法 132 条 1 項の不当性の意義及び解釈

「法人税法 132 条 1 項は、税務署長は、内国法人である同族会社（同項 1 号）に係る法人税につき更正又は決定をする場合において、その法人の行為又は計算で、これを容認した場合には法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるものがあるときは、その行為又は計算にかかわらず、税務署長の認めるところにより、その法人に係る法人税の課税標準若しくは欠損金額又は法人税の額を計算することができる旨を定めている。

これは、同族会社が少数の株主又は社員によって支配されているため、当該会社の法人税の税負担を不当に減少させる行為や計算が行われやすいことに鑑み、税負担の公平を維持するため、当該会社の法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められる行為又は計算が行われた場合に、これを正常な行為又は計算に引き直して当該会社に係る法人税の更正又は決定を行う権限を税務署長に認めたものである。このような法人税法 132 条 1 項の趣旨に照らせば、同族会社の行為又は計算が、同項にいう「これを容認した場合には法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」か否かは、専ら経済的、実質的見地において当該行為又は計算が純粋経済人として不合理、不自然なものと認められるか否かという客観的、合理的基準に従って判断すべきものと解される（最高裁昭和 53 年 4 月 21 日第二小法廷判決・訟月 24 卷 8 号 1694 頁（最高裁昭和 53 年判決）、最高裁昭和 59 年 10 月 25 日第一小法廷判決・集民 143 号 75 頁参照）。そして、同項が同族会社と非同族会社の間の税負担の公平を維持する趣旨であることに鑑みれば、当該行為又は計算が、純粋経済人として不合理、不自然なもの、すなわち、経済的合理性を欠く場合には、独立かつ対等で相互に特殊関係のない当事者間で通常行われる取引（独立当事者間の通常の取引）と異なっている場合を含むものと解するのが相当であり、このような取引に当たるかどうかについては、個別具体的な事案に即した検討を要するものというべきである。

被控訴人（納税者）は、同族会社の行為又は計算が経済合理性を欠く場合とは、当該行為又は計算が、異常ないし変則的であり、かつ、租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められる場合であることを要する旨主張する。

しかし、法人税法 132 条 1 項は、否認の要件として、同族会社の「行為又は計算で、これを容認した場合には法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められる。」ことを求めているにとどまり、その文理上、否認対象となる

同族会社の行為又は計算が、租税回避目的でされたことを要求してはいない。……当該行為又は計算が経済的合理性を欠くというためには、租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められること、すなわち、専ら租税回避目的と認められることを常に要求し、当該目的がなければ同項の適用対象とならないと解することは、同項の文理だけでなく上記の改正の経緯にも合致しない。」

② 本件一連の行為が独立当事者間の通常取引と異なるもので経済合理性を欠くものであるかどうかについて

ア. 本件一連の行為が、独立当事者間の通常取引と異なるものであり、経済的合理性を欠くとの控訴人（国）の主張について

「2002 年（平成 14 年）頃、米国 IBM においては、税額控除の繰越しが多額〔括弧内省略〕になっており、外国税額についても直近の事業年度で調整の対象とされず、直ちには国際的二重課税が解消されない状況にあった。」

「米国 WT が日本の納税義務者として負担する源泉所得税額は、被控訴人（納税者）が日本 IBM の中間持株会社となった後は、その前と比較して大きく減少し、米国 IBM にとっては、日本における源泉所得税の負担を軽減し、国際的二重課税が直ちに調整されないという事態を改善する結果となった。このことは、被控訴人を中間持株会社として設置すること（日本再編プロジェクト）の財務面の目的として、米国 IBM において当初から計画されていたことであった。」

「被控訴人を中間持株会社とすること、すなわち、本件各譲渡以外の本件一連の行為（米国 WT による被控訴人の持分取得、本件増資、本件融資及び本件株式購入）は、日本 IBM から米国 IBM への利益還元に係る日本の源泉所得税の負担を軽減すること、すなわち、控訴人（国）が主張する本件税額圧縮の実現も重要な目的として、米国 IBM が決定した計画に従って実施されたものであることが明らかである（なお、上記認定は、本件税額圧縮という目的の当不当を評価するものではない。）。

しかし、本件各譲渡が、本件税額圧縮の実現のため、被控訴人の中間持株会社化（米国 WT による被控訴人の持分取得、本件増資、本件融資及び本件株式購入）と一体的に行われたことを認めるに足りる証拠はない。

すなわち、被控訴人が中間持株会社となった後は、被控訴人が日本 IBM から利益の還元を受ける方法として、配当を受けるとしても、又は自己株式の取得による金銭の交付を受ける（本件各譲渡）としても、いずれの方法によっても、米国 WT（ひいては米国 IBM）が負担する日本の源泉徴収税額が、それより前と比較して大きく減少することは同じであり〔上記（ア）（え）及び（お）のとおり〕、被控訴人が日本 IBM から利益の還元を受ける方法とし

て自己株式の取得による金銭の交付（本件各譲渡）の方法によることが、本件税額圧縮という目的を実現するために必要であったわけではない。」

「そうすると、本件各譲渡が、本件税額圧縮（米国 IBM グループが日本国内において負担する源泉所得税額を圧縮しその利益を米国 IBM に還元すること）の実現のため、被控訴人の中間持株会社化（米国 WT による被控訴人の持分取得、本件増資、本件融資及び本件株式購入）と一体的に行われたという控訴人の主張は、本件全証拠によっても認めることができないというほかない。」

イ. 本件一連の行為が全体として独立当事者間の通常取引と異なるものであり、経済的合理性を欠くとの控訴人の主張について

「本件各譲渡とそれ以外の本件一連の行為とは、その主体（本件各譲渡は被控訴人と日本 IBM。米国 WT による被控訴人の持分取得は米国 WT と G 社であり、本件増資、本件融資及び本件株式購入は米国 WT と被控訴人である。）、時期（本件各譲渡は平成 14 年、平成 15 年及び平成 17 年の各 12 月。米国 WT による被控訴人の持分取得は平成 14 年 2 月であり、本件増資、本件融資及び本件株式購入は同年 4 月である。）及び内容が異なる上、上記アのとおり、本件税額圧縮という共通目的の実現のために一体的に行われたという控訴人の主張事実も認められない以上、本件一連の行為について、全体として経済的合理性を欠くかどうかを判断することが相当であるということとはできない。」

ウ. 本件各譲渡がそれ自体で独立当事者間の通常取引と異なるものであり、経済的合理性を欠くとの控訴人の主張について

「そもそも、控訴人は、本件各譲渡が独立当事者間の通常取引と異なる」と主張しているのにもかかわらず、独立当事者間の通常取引であれば、どのような譲渡価額で各譲渡がされたはずであるのかについて、何ら具体的な主張立証をしていない。控訴人の主張は、本件各譲渡における譲渡価額の当否を問題にするのではなく、専ら、米国 IBM グループにおける親子会社関係にあった被控訴人と日本 IBM との間でなければ本件各譲渡をすることはできなかったという意味で、独立当事者間の通常取引と異なると主張するものと解したとしても、上記（い）及び（う）に説示したところからすれば、日本 IBM と親子会社関係にない独立当事者の内国法人であれば、取得価額と同じ譲渡価額で日本 IBM による自己株式の取得に応じるという取引があり得なかったと認めることもできないというべきである。」

「以上によれば、被控訴人がした本件各譲渡が、それ自体で独立当事者間の通常取引と異なるものであり経済的合理性を欠くとの控訴人の主張は、採用することができない。」

エ. 本件一連の行為を容認することが租税負担の公平維持という法人税法 132 条 1 項の趣旨に反するとの控訴人の主張について

「控訴人は、被控訴人に計上された約 3995 億円の有価証券譲渡に係る譲渡損失額は、法律の規定により計算上発生したみせかけの損失²⁵であり、本件一連の行為を容認することは、法人税法 132 条 1 項の趣旨に反する旨主張する。

しかし、……本件各譲渡事業年度において被控訴人に多額の譲渡損失及び欠損金が生じたのは、本件各譲渡に法人税法の規定を適用した結果であって、これをもって見せかけの損失であるという控訴人の主張は、その故に直ちにその計上を否定すべきというものであれば、法律上の根拠を欠くものであって採用の余地はない。」

オ. まとめ

「以上のとおり、本件各譲渡が、本件税額圧縮の実現のため、それ以外の本件一連の行為（米国 IBM による被控訴人の持分取得、本件増資、本件融資及び本件株式購入）と一体的に行われたという控訴人の主張を採用することができないから、本件一連の行為が、独立当事者間の通常取引と異なり全体として経済的合理性を欠くのであれば、本件一連の行為を構成する本件各譲渡を容認した場合には、被控訴人の法人税の負担を「不当に」減少させる結果となるとする控訴人の主張は、その前提を欠くもので失当であり、また、被控訴人がした本件各譲渡が、それ自体で独立当事者間の通常取引と異なるものであり経済的合理性を欠くとの控訴人の主張も認められない。そうすると、本件各譲渡による有価証券の譲渡に係る譲渡損失額が本件各譲渡事業年度において被控訴人の所得の金額の計算上損金の額に算入されて欠損金額が生じたことによる法人税の負担の減少をもって、法人税法 132 条 1 項にいう「不当」なものと評価することはできないというべきである。」

²⁵ 控訴審において国は、「被控訴人に計上された約 3995 億円の有価証券譲渡に係る譲渡損失額は、本件一連の行為に、法人税法上のみなし配当の規定（24 条 1 項）、受取配当の益金不算入規定（23 条 1 項）及び有価証券の譲渡損益計算規定（61 条の 2 第 1 項）を形式的に当てはめた結果算出されたものであり、被控訴人が実際に行った営業活動によって生じた損失ではなく、法律の規定により計算上発生した見せかけの損失である。日本における IBM グループは、日本における個人、法人の税負担により整備されたインフラ等を前提に事業活動を行い、平成 20 年 12 月連結期から平成 23 年 12 月連結期までの間に、日本国内において約 5006 億円もの利益を上げたにもかかわらず、本件一連の行為により被控訴人に発生した約 3995 億円の有価証券譲渡に係る譲渡損失額を計上して、法人税の負担を軽減させた。これは、IBM グループが、応分の税負担を拒否したに等しく、本件一連の行為を容認することは、税負担の公平という法人税法 132 条 1 項の趣旨に反する。」と主張していた。

(5) 検討

① 不当性要件について

ア. 経済合理性基準の内容は拡張されたか？

従来の通説的見解によれば、法人税法 132 条 1 項の不当性要件は、本件納税者が主張するとおり当該行為又は計算が純経済人の行為として不合理・不自然なものである場合（以下「経済合理性基準」という。）を言い、具体的な適用においては「当該行為又は計算が異常ないし変則的であり、かつ、租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められる場合」を言うと言われている²⁶。しかし、控訴審は、不当性要件について、これまでの裁判例²⁷が示してきたとおり経済合理性基準によるとしながらも、その具体的な適用においては、「独立当事者間の通常取引と異なっている場合を含むものと解するのが相当であり、このような取引に当たるかどうかについては、個別具体的な事案に即した検討を要する。」と判示した。当該判示は、いわゆる「パチンコ平和事件」における第 1 審判決と同様の判断と言え²⁸、また学説上も「同族会社の行為計算の否認規定について、租税回避の場合だけでなく、独立当事者間の正常取引と異なる取引がされた場合も、その射程に含まれる、とする見解も有力になっている。」²⁹とされている。

しかし、当該判示は、「独立当事者間の通常取引と異なっている場合」（独立当事者間基準）と述べるだけで、その判断枠組みを示していないことから、研究者及び実務家からは、本判決によって不当性要件の範囲が広がるのではないかといったことが懸念されていた³⁰。この懸念に対して、独立当事者間

²⁶ 金子・前掲注 3) 478 頁

²⁷ 東京高判昭和 26 年 12 月 20 日行裁例集 2 巻 12 号 2196 頁、東京高判昭和 49 年 10 月 29 日行裁例集 25 巻 10 号 1310 頁、福岡高宮崎支判昭和 55 年 9 月 29 日行裁例集 31 巻 9 号 1982 号など。

²⁸ 所得税法の規定ではあるものの、法人税法 132 条 1 項と同じ同族会社の行為計算否認規定である所得税法 157 条 1 項の不当性要件について争われた事件で、東京地判平成 9 年 4 月 25 日判時 1625 号 23 頁は、「経済活動として不合理、不自然であり、独立かつ対等で相互に特殊な関係にない当事者間で通常行われるであろう取引と乖離した同族会社の行為又は計算により、株主等の所得税が減少するときは、不当と評価されることになるが、所得税の減少の程度が軽微であったり、株主等の経済的利益の不発生又は減少により同族会社の経済的利益を増加させることが、社会通念上相当と解される場合においては、不当と評価するまでもないと解すべきである」と判示している（なお、控訴審の東京高判平成 11 年 5 月 31 日訴月 51 巻 8 号 2135 頁も同様の判断をしている。最判平成 16 年 7 月 20 日判時 1873 号 123 頁では争点になっていないため判断は示されていない。）。なお、「具体的な経済的合理性を判断する上では、当該行為又は計算が同族会社であるがゆえに容易になし得るような、非同族会社間における通常取引とは異なる取引であるか否かによって判断しているものが見受けられる」として、幾つかの裁判例を挙げているものがある（関根英恵訟月 61 巻 1 号別冊 222 頁。最判昭和 59 年 10 月 25 日集民 143 号 75 頁の原審である福岡高判昭和 55 年 9 月 29 日行裁例集 31 巻 9 号 1982 頁、東京地判平成元年 4 月 17 日訴月 35 巻 10 号 2004 頁、最判平成 6 年 6 月 21 日訴月 41 巻 6 号 1539 頁の第 1 審である福岡地判平成 4 年 5 月 14 日税資 189 号 513 頁）。これらには取引価額、特に個人の所得税法の適用が問題となったものが多い。

²⁹ 谷口・前掲注 4) 70 頁

³⁰ 谷口勢津夫「租税回避否認規定に係る要件事実論」（伊藤滋夫編『租税訴訟における要件事実論の展開』295 頁（青林書院 2016）、谷口勢津夫「租税回避を巡る最近の動向・課題」税研 188 号 10 頁、今村隆

基準の考え方は、同族会社でなければ通常行われたい行為又は計算により、税負担の減少という結果が生じた場合に、「当該結果が社会通念上相当と解されるような特段の事情が認められる場合には、「不当」とは評価されないものであるから、経済合理性を欠くか否かを問わず、課税庁が当該行為又は計算を否認できることとはならない。」との反論が示されている³¹。独立当事者間基準は、同規定が同族会社であるがゆえに容易になし得るような取引を対象とするものであると考えると、理解しやすい面があるものの、現実の取引について、(取引価額に係る場合³²は別論、特にそれ以外の場合において)独立当事者間の通常の取引の範囲内のものかどうか、また、社会通念上相当と解されるかどうかの判断は、困難な場合も多いものと考えられ、判断基準として機能しない局面も少なくないものと思われる³³。ゆえに、納税者の予測可能性を害しないものかどうかについて疑問の余地がないわけではない。

以上の状況から考えると、法人税法 132 条 1 項の不当性要件に関する控訴審の判示、とりわけ独立当事者間基準が経済合理性基準においてどのような法的位置付けであるのか、さらには独立当事者間基準が具体的にいかなる場合にどのような形で適用され得るのかという点について、今後の同条項の不当性要件に係る司法判断を注視する必要がある。

イ. 不当性要件に納税者の租税回避の意図は必要か？

控訴審判決においては、不当性要件に納税者の租税回避の意図を要求するものかどうかについても議論された。この点について、同判決は、租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められること、すなわち、専ら租税回避目的と認められることを常に要求し、当該目的がなければ同項の適用対象とならないと解することは、同項の改正の経緯等から考えると採

「ヤフー事件及び IBM 事件最高裁判断から見えてきたもの（下）」税務弘報 64 巻 8 号 45 頁（2016）、朝長英樹「検証・IBM 事件高裁判決〔第 2 回〕」T&A master595 号 10 頁（2015）

³¹ 関根・前掲注 27）231 頁

³² ただし、独立当事者間の通常の取引と異なるというためには、課税当局側において、合理的な独立当事者間価額について主張立証しなければならないが、「独立当事者間の取引であれば、どのような取引価額であったのかを具体的に算定することは、一般的には相当困難があるように思われる」との指摘もある（入谷淳「ヤフー、IBM 事件後の課税実務」税務弘報 64 巻 1 号 56 - 57 頁（2016））。

³³ なお、控訴審は、独立当事者間基準を充足するかを判定する上で譲渡価額に着目しているが、その判断過程において、「益金に算入されないみなし配当の額がそのまま譲渡に係る譲渡損失額となって所得の金額の計算上損金の額に算入され、課税所得を打ち消すことになるから、被控訴人のように日本 IBM の親会社であるという関係にない独立当事者の内国法人であっても、取得価額と同一の譲渡価額で日本 IBM の自己株式の取得に応じる取引をすることは、十分あり得たといえることができる。〔そのことは、平成 22 年法律第 6 号による改正後の法人税法 23 条 3 項が、自己株式として取得が予定されている株式を取得した場合における当該株式に係るみなし配当の額に同条 1 項の受取配当等の益金不算入の規定を適用しないこととしたこと（完全支配関係がある発行人による自己株式の取得には適用が除外されている。）からも窺える。〕」と判示している。かかる判示からすれば、経済合理性の判断において、税効果を考慮することについて肯定的に判断したとも見ることができる。このことについては今後、諸外国における考え方との相違を含めて議論されることが予想される。また、上記判示のなかの括弧書きの記載から法人税法 23 条 3 項に係る税制改正が本件高裁の判断に影響を与えた可能性もうかがえる。

り得ないものとしている。したがって、不当性要件の解釈において、租税回避の意図は必ずしも必要ないとも考えられている³⁴。もっとも、当該判示は、不当性要件に「専ら租税回避目的と認められること」（下線は筆者らによる。）を要求するものではないこと（言い換えれば、とってつけたような事業目的があるということのみをもって不当性要件を充足しないとは言えないこと。）を指摘するにすぎず、これを超えて、正当な理由ないし事業目的が存在すると認められる場合にまで、不当性要件を充足すると解するものではないと考えられる³⁵。

② 自己株式取得取引における経済合理性基準の適用について

IBM 事件において、納税者は、日本 IBM に対して、同社株式を取得価額と同額で譲渡（自己株式の取得）したものの、税務上の受取配当と株式譲渡損失の計算により、結果として株式譲渡損を損金に算入して、課税所得の計算を行った。この点、納税者は、取得価額と同額で譲渡を行ったものであるから、株式譲渡損には経済的実質はないと言える³⁶。しかも、同社株式の譲渡の前後を通じて、納税者と日本 IBM の完全支配関係に変化は生じてもない。そこで、控訴人はこの点につき、見せかけの損失であるとして、法人税法 132 条 1 項の趣旨に反すると主張した。

これに対し、控訴審は、納税者に「多額の譲渡損失及び欠損金が生じたのは、本件各譲渡に法人税法の規定を適用した結果であって、これをもって見せかけの損失であるという控訴人（国）の主張は、その故に直ちにその計上を否定すべきというものであれば、法律上の根拠を欠くものであって、採用の余地はない。」と排斥している。

当該部分を含め国側の主張が排斥された理由は、概要、①株主への利益還元の方法として配当によるか自己株式取得（本件各譲渡）によるかは任意に選択できるものと考えられること³⁷、②また、納税者が行った中間持株会社化（税

³⁴ 徳地淳＝林史高「最高裁時の判例」ジュリスト 1497 号・ヤフー事件最高裁調査官解説 87 頁（2016）。ただし、同稿は続けて「法 132 条 1 項における上記解釈の当否はさておき」とも述べている。また、金子・前掲注 3）478 頁において、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認められるか否かを第 2 の基準とし、従来から「3 つの基準をあげてきたが、第 3 の基準（租税回避の意図があったか否かの基準）は、第 2 の基準の主観的側面であり、いわば繰り返しであるから、この版以降は削除する。」とされている。

³⁵ 次節で説明するヤフー事件における不当性要件に係る目的の考え方につき、徳池＝林史前掲注 34）86 頁を参照。

³⁶ 岡村忠生「BEPS と行為計算否認 (2)」税研 181 号 75 頁（2015）。

³⁷ 配当ではなく自己株式取得を選択したこと、税目的以外の理由がない場合、その選択を租税回避に当たるとするのかという指摘がある（小塚真啓「非正常配当の否認可能性についての一考察」岡山大学法学会雑誌 64 巻 3・4 号 104 頁（2015））。なお、納税者は、旧商法上配当時期の制約があったため、IBM グループ全体として資金移動及び資金利用の効率化を図るため、「米国 IBM が希望するタイミングで速やかに利益還元を行えるようにすべく、……平成 9 年以降毎年、定時株主総会において自己株式取得に必要な枠取りの決議をしていたものの、米国 IBM が利益還元を必要としていなかった年には……自己株式の取得を行っていない。そして、会社法の施行により配当時期の制約が撤廃された以降は、……自己

額控除の適用を受けること。)と本件各譲渡とを一連の行為とみなし、本件各譲渡が利益還元に係る源泉所得税の圧縮のために行われたという主張や本件各譲渡に際して、(独立当事者間の通常取引であればどのような譲渡価額で各譲渡がされていたはずであるのかについて、何ら具体的な主張立証を行うことなく)当初決定されていた譲渡価額が事後的に修正されたこと等をもって、本件各譲渡それ自体も独立当事者間の通常取引とは異なるという主張が受け入れられなかったこと³⁸、③平成13年度に改正されたみなし配当の計算に係る規定の趣旨目的は必ずしも明確ではない³⁹ことから、本件において株式譲渡損失が計上されることは法人税法の規定が適用されたものと考えすることはむしろ自然とも考えられること等を挙げている。

この点につき、研究者や実務家において、経済的実質のない損失により生じた税負担の減少であるにもかかわらず、なぜ「不当」と評価されなかったのか、国の主張方針や内容は適切であったのかという観点で検討を加えた評釈が出されている(第1審での主張に対するものも含む。)⁴⁰。それらの評釈においては、(ア)連結親法人に対する一定の損失の持込みを制限する法人税法60条の3の規定の趣旨・目的から、経済的実体のない損失を連結納税⁴¹の欠損金として連結子法人となった完全子法人の所得と通算することを否認する可能性⁴²、(イ)配当ではなく自己株式取得を選択したことを否認する可能性⁴³、(ウ)みなし配当に関する平成13年度改正の趣旨・目的⁴⁴から適当でない「結果」(自己株式の

株式の取得をしていない。」と説明している(第1審判決文)。

³⁸ 今村・前掲注30)49頁も同旨と思われる。

³⁹ 財務省の解説によると「法人がその活動により稼得した利益を還元したと考えられる部分の金額の有無や多寡は、本来、株主等の株式の帳簿価額とは関係ないことから、平成13年度改正によりこの帳簿価額を基準とする取扱いは廃止されました(中尾睦ほか「改正税法のすべて〔平成13年度版〕)。」とされている。この意味について、「法人税法24条1項の規定の帳簿価額基準を廃止する改正は、みなし配当制度について、理論的に正しい仕組みとするとともに、法人段階における重複課税(株式発行法人の所得に対する課税と法人株主の株式譲渡益に対する課税という重複課税)を排除するという受取配当益金不算入制度の創設の趣旨・目的により一層沿う仕組みとすること」という説明がなされている(朝長英樹「検証・IBM事件高裁判決〔第3回〕」T&A master596号9頁(2015))が、「自己株式譲渡をめぐる株式譲渡取引における株式譲渡によるキャピタルゲイン課税の調整とまでの理由は明確でない。」とする意見もある(今村・前掲注30)51頁)。

⁴⁰ 岡村・前掲注36)76頁、今村・前掲30)頁

⁴¹ 本件について、法人税法132条又は同132条の3のいずれも適用される可能性があることが指摘されている(岡村・前掲注36)ほか)。その場合、税務署長は、両規定の不当性要件が異なることから、主張する内容に応じていずれの規定に基づき否認するかを選択できることになるものと思われる。

⁴² 岡村忠生「BEPSと行為計算否認(3)」税研182号69頁以下(2015)。本件において欠損金額が生じたのは、米国WTが納税者を完全子会社化した日後であることから、特定支配日において「少なくとも含み損失資産を保有することと同程度には、X(納税者)に株式譲渡損失が生じる蓋然性があったと考えられる」とする(同72頁)。

⁴³ 小塚・前掲注37)102頁。「日本IBM社は、連結納税開始直前に問題となった自己株式の取得をいずれも上回る規模の配当を実施したようであり、利益還流を大規模に行う限り、配当という形式ではなく、自己株式取得という法形式を選ぶ課税以外の事情の存在は希薄であったことが窺われる。」とする。

⁴⁴ 朝長英樹税理士は、平成13年度改正の趣旨・目的を朝長・前掲注39)に記載のとおり述べた上で、「課税を受けずに株式の帳簿価額を引き上げることによって、……実際には生じていないはずの損失を計上

買取という行為による欠損金の発生又は連結納税による欠損金の発生) になっていると主張することにより、法人税法 132 条の 3 を適用してみなし配当の益金算入を行って連結納税の時の「計算」を否認する可能性⁴⁵などが指摘されている。

なお、本件各譲渡後の平成 22 年改正により、自己株式取得を予定して取得した株式に基因して実施された自己株式の取得については、みなし配当を益金不算入としないものとされている（法人税法 23 条 3 項）⁴⁶。しかし、平成 22 年改正後においても本規定が「予定」されていたものに限られることや、完全支配関係がない場合の取扱いなどの点は未解決である。故に、今後も、個別事案において、自己株式取得に伴うみなし配当の益金不算入と譲渡損益の計上（特に譲渡損失の損金算入）の可否について、改めて議論となることが予想される。

(6) 実務上の留意点

IBM 事件東京高裁判決においては、不当性要件に係る判断基準として、経済合理性基準を採用すべきことが示され、さらに、その具体的な適用場面において、「独立当事者間基準」が含まれることが示された。この判断は必ずしも一般的なものとは考えられてはいないようであるが、「パチンコ平和事件」等の裁判例でも見受けられた見解でもあることから、留意すべきである。特に、同族会社間におけるスキームを立案する場合や取引価額について様々な考え方が存在し得る場合には、税務当局からは独立当事者間基準に沿って評価されることがあることは念頭に置くべきであろう。また、正当な理由や事業目的の検討においては、事業目的さえあれば否認されないであろうと考えることは適当ではなく、その取引を行う正当な理由または事業目的等の合理性をあらかじめ検討しておくことも重要である。さらに、これらの判断に当たって、本件では、国側の主張において、一連の行為といった括りによって、かなり広範な取引を捉えて検討されていることについても、我が国税法におけるステップ・トランザクション法理の採否という観点から、今後検討が必要となるであろう⁴⁷。

させることとなったりすることで、課税所得を減少させる結果となるものは、課税上の弊害があると言わざるを得ず、認めるわけにはいかない。」とする（同 12 頁）。

⁴⁵ 朝長英樹「IBM 事件が残した課題と今後の実務への影響」T&A Master633 号 4 頁（2015）

⁴⁶ 岡村教授は、この改正の結果、「予定」があるものについて益金不算入を否定したことから、経済的実質のない損失により生じた税負担の減少は、「不当」と判断することは制約を受けたとされている（岡村・前掲注 36）76 頁）。

⁴⁷ 中里実ほか「租税訴訟における法務と税務のギャップ（上）」NBL1055 号 12 頁〔吉村政穂発言〕（2015）

2. ヤフー事件

- ・ 東京地判平成 26 年 3 月 18 日（請求棄却：納税者敗訴）
- ・ 東京高判平成 26 年 11 月 5 日（控訴棄却：納税者敗訴）
- ・ 最判平成 28 年 2 月 29 日（上告棄却：納税者敗訴）

参照条文：法人税法（平 22 法 6 号改正前）132 条の 2、法 57 条、
同法施行令（平 22 政令 51 号改正前）112 条 7 項 5 号

(1) 事案の概要

ヤフー株式会社（以下「納税者」という。ただし、判決文中の記載は除く。）は、平成 21 年 2 月 24 日、ソフトバンク株式会社（以下「SB」という。）から、SB の完全子会社であったソフトバンク IDC ソリューションズ株式会社（以下「IDCS」という。）の発行済株式全部を譲り受けた（以下「本件買収」という。）ため、納税者と IDCS との間には特定資本関係（改正前の法人税法 57 条 3 項）が生じた。その翌日の平成 21 年 2 月 25 日、納税者を存続会社、IDCS を消滅会社とする吸収合併契約を締結し、同年 3 月 30 日に当該合併の効力が生じた（以下「本件合併」という。）。なお、本件買収の約 2 か月前の平成 20 年 12 月 26 日、存続会社である納税者の代表取締役が IDCS の副社長に就任（以下「本件副社長就任」という。）していた。

そこで、納税者は、本件合併は法人税法 2 条 12 号の 8 の適格合併に該当し、本件副社長就任により法人税法施行令 112 条 7 項 5 号⁴⁸に定める特定役員引継要件を満たし、かつ、事業の相互関連性要件（同項 1 号）も満たすとして、法人税法 57 条 2 項の規定に基づき、IDCS の未処理欠損金額 542 億円を納税者の欠損金額として引き継ぎ、平成 20 年 4 月 1 日から平成 21 年 3 月 31 日までの事業年度の法人税確定申告書で当該欠損金の全額を損金の額に算入した。

これに対し、課税庁は、本件買収、本件合併及び本件副社長就任等の一連の行為は、特定役員引継要件を形式的に満たしてはいるものの、IDCS の未処理損失金額を納税者の欠損金額とみなして損金の額に算入することを目的とした異常なしいし変則的なものであるため、法人税法 132 条の 2 を適用し、未処理欠損金額 542 億円を損金の額に算入しない旨の更正処分（以下「本件更正処分等」という。）を行った。

本件は、納税者が本件更正処分等を不服として争った事案である。

なお、本件は、法人税法 132 条の 2 が平成 13 年度税制改正によって創設されて初めて適用され争われた事案であり、かつ、最高裁において初めて法人税法 132 条の 2 の課税要件である「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められること」の解釈が示された事案である。

⁴⁸ 当時の法人税法施行令 112 条 7 項 5 号の規定は 49 頁に記載している。

(2) 争点

本件においては、「その法人の行為又は計算」の解釈⁴⁹等、複数の争点があるが、本稿で取り上げる争点は、「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められること」、いわゆる不当性要件及び当該不当性要件に対する当てはめに限るものとする。

なお、第1審及び控訴審においては、法人税法 132 条の2と個別否認規定である同法 57 条2項（同法施行令 112 条7項5号）との重畳適用の可否についても争点となっていたが⁵⁰、最高裁においては当該争点について審理判断されてはいない。単に判断されていないだけであるのか、又は、上告受理申立て理由から除外されたのかについては不明であるが、本件について法人税法 132 条の2が適用されていることから、最高裁は、重畳適用されることを当然の前提としているものと推測される。

(3) 当事者の主張

① 納税者の主張

納税者は、不当性要件の解釈につき、①「租税回避行為」の意義⁵¹、②課税要件明確主義、予測可能性等の観点及び法人税法 132 条1項との文言の同一性等の観点より、以下のとおり主張した。

法人税「法 132 条の2の「法人税の負担を不当に減少させる」の要件は、私的経済取引プロパーの見地から合理的理由があるか否か、すなわち経済人の行為として不合理・不自然な行為又は計算か否かという観点から判断されるべきである。

そして、純経済人の行為として不合理・不自然とは、行為が異常ないし変則的で、かつ、租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しない場合をい

⁴⁹ 「その法人の行為又は計算」につき、最高裁は、更正又は決定を受ける法人の行為又は決定に限られるものではなく、「次に掲げる法人」の行為又は計算、すなわち、同条各号に掲げられている法人の行為又は計算を意味するものと解するのが相当」と判示した。

⁵⁰ 第1審及び控訴審において、納税者は、個別否認規定が対象としている取引については、専ら当該個別規定の適用が検討されるべきであり、仮に個別否認規定が想定している取引に対して法人税法 132 条の2が重畳的に適用され得るとしても、「個別否認規定が想定している取引の否認は、原則として、現実に発生した具体的な事実を対象に、法 57 条3項のような個別否認規定の適用による否認に委ねられるべきであって、法 132 条の2は、租税負担の公平の観点からみて看過し難い具体的な不当性がある場合に限り、発動される規定と解すべきである。そして、そのような具体的な不当性がある場合とは、前記のとおり、納税者の行為が純経済人の行為としての不合理・不自然であること、より具体的には、行為が異常ないし変則的で、かつ、租税回避以外に正当な事業目的ないし理由がないことを意味すると解すべきである。」と主張していた。

⁵¹ 租税回避行為とは、「私法上の選択可能性を利用し、私的経済取引プロパーの見地からは合理的理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、結果的には意図した経済的目的ないし経済的成果を実現しながら、通常用いられる法形式に対応する課税要件の充足を免れ、もって税負担を減少させ、あるいは排除すること。」という金子宏教授の意義を根拠としている。金子・前掲注3) 125頁

うと解すべきである。」

そして、不当性要件への当てはめについて、納税者は以下のとおり主張した。

「特定役員が、特定役員として職務執行するというその就任の目的に従って（主観面）、実際にも会社の経営の中枢に関与し特定役員として職務執行しており、合併後も被合併法人から承継した事業の中枢に関与している客観的事実が存在する（客観面）ならば、その就任は、経済社会において通常行われている正常な行為であるとともに、特定役員として職務執行する意思を伴った行為であり、正当な理由ないし事業目的も伴っているものであるから、異常ないし変則的で、かつ、租税回避以外に正当な事業目的ないし理由がない行為、すなわち純経済人の行為として不合理・不自然な行為であるとは到底評価できず、法 132 条の 2 の解釈適用上「不当」と評価する余地はないものと解される。」

② 課税庁の主張

課税庁は、不当性要件の解釈につき、法人税法 132 条の 2 が、組織再編成を租税回避の手段として濫用されるおそれがあることから、これを防止するため個別の租税回避防止規定を設けるとともに、法人税法 132 条とは別に新たに創設されたことを根拠として、以下のとおり主張した。

「具体的には、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はこれに当たると解すべきである。すなわち法 132 条の 2 は、個別の否認規定により対処することを想定していなかった租税回避の事態に対処するのみならず、適格作り（適格外し）や個別規定の要件作り（要件外し）等、課税減免等に係る規定ないし制度の逸脱・濫用があった場合に、そのような行為を許さないこととして適正な課税を行う否認規定なのである。」

そして、不当性要件への当てはめについて、課税庁は以下のとおり主張した。

「特定役員引継要件が、合併の前後の合併法人と被合併法人の事業の状況を対比していることからして、相当程度の期間、被合併法人の経営に携わる重要な地位に就いて、同法人が持つ独自の強みを築き上げることに貢献した者（すなわち、合併後も被合併法人の持つ独自の強みを体現していると見ることのできる者）が、合併後も特定役員に就任して経営に参画することで、合併前後の双方の特定役員が共同で事業を継続して営むことを想定したものであると捉えなければならない。更にいえば、特定資本関係の発生前において、被合併法人等が独自の事業を営む中で、被合併法人等の特定役員として常務に従事し、その事業を体現する者でなければ、特定役員引継要件が想定する特定役員とはいえないと解すべきである。」

(4) 裁判所の判断

① 控訴審判決

アー 1. 不当性要件の解釈

「上記(1)及び(2)のとおり、①法 132 条の 2 は、組織再編税制の導入と共に設けられた個別否認規定と併せて新たに設けられた包括的否認規定であること、②組織再編税制において個別否認規定を設けることに加えて包括的否認規定が設けられた趣旨は、組織再編成の形態や方法は複雑かつ多様であり、ある経済的効果を発生させる組織再編成の方法は単一ではなく、同じ経済的効果を発生させ得る複数の方法があり、これに対して合理的な理由がないにもかかわらず異なる課税を行うこととすれば、租税回避の温床を作りかねないという点などにあることが認められる。そして、組織再編税制に係る個別規定は、特定の行為や事実の存否を要件として課税上の効果を定めているものであるところ、立法時において、複雑かつ多様な組織再編成に係るあらゆる行為や事実の組み合わせを全て想定した上でこれに対処することは、事柄の性質上、困難があり、個別規定の中には、その想定外の行為や事実がある場合において、組織再編成税制の趣旨・目的及び当該個別規定の趣旨・目的に照らし、当該個別規定のとおり課税上の効果を生じさせることができるという状況が生じる可能性があるものも含まれているということができ、このような場合においても適正な課税を行うことができるように包括的な否認規定を設ける必要があり、そのために法 132 条の 2 が設けられたことは前記(2)ウ判示のとおりである。」

「以上のような法 132 条の 2 が設けられた趣旨、組織再編成の特性、個別規定の性格などに照らせば、同条が定める「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」とは、(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（最高裁昭和 50 年（行ツ）第 15 号同 52 年 7 月 12 日第三小法廷判決・裁判集民事 121 号 97 頁、最高裁昭和 55 年（行ツ）第 150 号同 59 年 10 月 25 日第一小法廷判決・裁判集民事 143 号 75 頁参照）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税制の趣旨・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解することが相当である。このように解するときは、組織再編成を構成する個々の行為について個別にみると事業目的がないとはいえないような場合であっても、当該行為又は事実が個別規定を形式的に適用したときにもたらされる税負担減少効果が、組織再編成全体としてみた

場合に組織再編税制の趣旨・目的に明らかに反し、又は個々の行為を規律する個別規定の趣旨・目的に明らかに反するときは、上記(ii)に該当するものというべきこととなる。」(下線は筆者ら)

アー 2. 予測可能性との関係 (租税法律主義)

「しかるところ、法 132 条の 2 は、上記 (ii) のとおり、税負担減少効果を容認することが組織再編税制の趣旨・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に限り租税回避行為に当たるとして否認できる旨の規定であると解釈すべきものであり、このような解釈は、納税者の予測可能性を害するものではないから、これをもって租税法律主義に反するとまではいえないというべきである。」(下線は筆者ら)

イ. 当てはめ

「以上のとおり、本件合併時における E 氏以外の被合併法人である b 社の役員はいずれも、経営者として本件買収前の b 社の事業を担っていたが、本件合併後、合併法人である控訴人の役員に就任する事業上の必要性がないものと認められ、その就任が予定されず、実際にも就任していないのである。そして、E 氏が、本件買収前の b 社を代表して業務上の行為を行ったことを認めるに足りる証拠はなく、本件提案前から本件合併前後を通じて合併法人である控訴人の代表取締役であり、本件副社長就任後の b 社における E 氏の職務内容は、本件提案に沿った本件買収及び本件合併の実現や本件合併後の事業に関するものに限られ、これらの職務内容に関する b 社の経営判断の形成については、E 氏が本件副社長に就任することなく、本件買収・本件合併の相手方の代表取締役としての上記判示の影響力を行使することによって、実現に困難があったと認められないばかりでなく、本件副社長就任から本件買収までの期間は 2 か月と短く、非常勤で、代表権も、部下や専任の担当業務もなく、本件買収前の b 社の経営に実質的に参画していたものとは認められないのであり、E 氏の本件副社長就任は、b 社及び控訴人のいずれにとっても、控訴人の法人税の負担を減少させるという税務上の効果を発生させること以外に、その事業上の必要は認められず、経済的行動としていかにも不自然・不合理なものと認めざるを得ないのであって、本件副社長就任の目的が専ら控訴人の法人税の負担を減少させるという税務上の効果を発生させることにありと認められ、仮に上記目的以外の事業上の目的が全くないとはいえないものと認定する余地があるとしても、その主たる目的が、控訴人の法人税の負担を減少させるという税務上の効果を発生させることにあったことが明らかであると認められることはいずれも前判示のとおりである。これらの点を総合すれば、E 氏が本件買収時に b 社の役員であり、本件合併時にその取締役副社長であることによっても、本件合併において、双方

の経営者が共同して合併後の事業に参画しており、経営の面からみて、合併後も共同で事業が営まれているとは認められず、b 社の上記未処理欠損金を控訴人の欠損金とみなしてその損金に算入することは、法 57 条 3 項及び施行令 112 条 7 項 5 号が設けられた趣旨・目的に反することが明らかであると認められる。」

② 最高裁判決

ア. 不当性要件の解釈

「組織再編成は、その形態や方法が複雑かつ多様であるため、これを利用する巧妙な租税回避行為が行われやすく、租税回避の手段として濫用されるおそれがあることから、法 132 条の 2 は、税負担の公平を維持するため、組織再編成において法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められる行為又は計算が行われた場合に、それを正常な行為又は計算に引き直して法人税の更正又は決定を行う権限を税務署長に認めたものと解され、組織再編成に係る租税回避を包括的に防止する規定として設けられたものである。このような同条の趣旨及び目的からすれば、同条にいう「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」とは、法人の行為又は計算が組織再編成に関する税制（以下「組織再編税制」という。）に係る各規定を租税回避の手段として濫用することにより法人税の負担を減少させるものであることをいうと解すべきであり、その濫用の有無の判断に当たっては、①当該法人の行為又は計算が、通常は想定されない組織再編成の手順や方法に基づいたり、実態とは乖離した形式を作出したりするなど、不自然なものであるかどうか、②税負担の減少以外にそのような行為又は計算を行うことの合理的な理由となる事業目的その他の事由が存在するかどうか等の事情を考慮した上で、当該行為又は計算が、組織再編成を利用して税負担を減少させることを意図したものであって、組織再編税制に係る各規定の本来の趣旨及び目的から逸脱する態様でその適用を受けるもの又は免れるものと認められるか否かという観点から判断するのが相当である。」（下線は判決文）

イ. 当てはめ

法人税法施行令 112 条 7 項 1 号の事業関連性要件及び同 5 号の特定役員引継要件は、「同項 2 号から 4 号までの事業規模要件等が充足されない場合であっても、合併法人と被合併法人の特定役員が合併後において共に合併法人の特定役員に就任するのであれば、双方の法人の経営の中枢を継続的かつ実質的に担ってきた者が共同して合併後の事業に参画することになり、経営面からみて、合併後も共同で事業が営まれているとみることができることから、同項 2 号から 4 号までの要件に代えて同 5 号の要件（特定役員引継要件）で足りるとされたものと解される。」

「(2)……本件副社長就任が、法人税の負担の軽減を目的として、特定役員引継要件を満たすことを意図して行われたものであることは、上記一連の経緯のほか、a社と上告人の各担当者の間で取り交わされた電子メールの「税務ストラクチャー上の理由」等の記載（前記第1の3(5)）に照らしても明らかというべきである。

(3) そして、本件においては、①本件副社長就任は、本件提案が示された後に、a社の代表取締役社長であるdの依頼を受けて、上告人のc及びb社のfがこれを了承するという経緯で行われたものであり、上記依頼の前からb社と上告人においてその事業上の目的や必要性が具体的に協議された形跡はないこと、②本件提案、本件副社長就任、本件買収等の行為は平成21年3月31日までに本件合併を行うという方針の下でごく短期間に行われたものであって、cがb社の取締役副社長に就任していた期間もわずか3か月程度であり、本件買収により特定資本関係が発生するまでの期間に限ればわずか2か月程度にすぎないこと、③cは、本件副社長就任後、b社の取締役副社長として一定の業務を行っているものの、その業務の内容は、おおむね本件合併等に向けた準備やその後の事業計画に関するものにとどまること、④cは、b社の取締役副社長となったものの、代表権のない非常勤の取締役であった上、具体的な権限を伴う専任の担当業務を有していたわけでもなく、b社から役員報酬も受領していなかったことなどの事情が存する。

これらの事情に鑑みると、cは、b社において、経営の中枢を継続的かつ実質的に担ってきた者という施行令112条7項5号の特定役員引継要件において想定されている特定役員の実質を備えていたということはできず、本件副社長就任は、本件合併後にcが上告人の代表取締役社長の地位にとどまってさえいれば上記要件が満たされることとなるよう企図されたものであって、実態とは乖離した上記要件の形式を作出する明らかに不自然なものというべきである。

また、本件提案から本件副社長就任に至る経緯（上記①）に照らせば、b社及び上告人において事前に本件副社長就任の事業上の目的や必要性が認識されていたとは考え難い上、cのb社における業務内容（上記③）もおおむね本件合併等に向けた準備やその後の事業計画に関するものにとどまり、cの取締役副社長としての在籍期間や権限等（上記②及び④）にも鑑みると、本件副社長就任につき、税負担の減少以外にその合理的な理由といえるような事業目的等があったとはいえない。

(4) 以上を総合すると、本件副社長就任は、組織再編成を利用して税負担を減少させることを意図したものであって、適格合併における未処理欠損金額の引継ぎを定める法57条2項、みなし共同事業要件に該当しない適格合

併につき同項の例外を定める同条3項及び特定役員引継要件を定める法人税法施行令112条7項5号の本来の趣旨及び目的を逸脱する態様でその適用を受けるもの又は免れるものと認められるというべきである。

そうすると、本件副社長就任は、組織再編税制に係る上記各規定を租税回避の手段として濫用することにより法人税の負担を減少させるものとして、法132条の2にいう「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」に当たると解するのが相当である。所論の点に関する原審の判断は、以上の趣旨をいうものとして是認することができる。」（下線は判決文）

(5) 検討

① 不当性要件における控訴審判決と最高裁判決との解釈の違いについて

控訴審判決においては、まず法人税法132条の2の趣旨・目的を認定し、その趣旨・目的に基づいて、従前、法132条等において解釈されていた、①「取引が経済的取引として不自然・不合理である場合」（以下「経済合理性基準」という。）に加え、②「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税制の趣旨・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」（以下「趣旨目的基準」という。）も含むと解釈していた。

そして、当該解釈に対し、納税者が租税法律主義に反すると主張したことに対して、「しかるところ、法132条の2は、上記(ii)のとおり、税負担減少効果を容認することが組織再編税制の趣旨・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に限り租税回避行為に当たるとして否認できる旨の規定であると解釈すべきものであり、このような解釈は、納税者の予測可能性を害するものではないから、これをもって租税法律主義に反するとまではいえないというべきである。」（下線は筆者ら）と判示して、租税法律主義には反しないとしていた。しかしながら、「明らか」であるか否かは、極めて主観的な判断であるため、そもそも判断者によって区々になるおそれがあり、納税者の予測可能性を担保しない点で問題がある。

また、当該解釈に対しては、「租税法規の趣旨・目的の法規範化」⁵²であり、「租税法律主義とは真っ向から抵触するいわゆる経済的実質主義への「先祖返り」とみるべきものであろう。」⁵³等との厳しい批判もなされていた。

これに対し、最高裁判決は、不当性要件につき、「法人の行為又は計算が組織再編成に関する税制（以下「組織再編税制」という。）に係る各規定を租税

⁵² 谷口・前掲注14) 28頁

⁵³ 谷口・前掲注14) 36頁

回避の手段として濫用することにより法人税の負担を減少させるものであることをいうと解すべき」(以下「濫用基準」という。)とした上で、濫用の有無について、「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」との判断基準を明らかにした⁵⁴。

当該最高裁判決においても、組織再編成税制に係る各規定の趣旨・目的は判断要素に含まれてはいるものの、不当性要件の判断基準の充足性を考慮すべき事情として、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⁵⁵を具体的に例示しており、不当性要件の解釈上、予測可能性の面で一定の歯止めがかかったものと評価できる(なお、具体的な当てはめにおいては、依然問題が残る点については、後述する。)

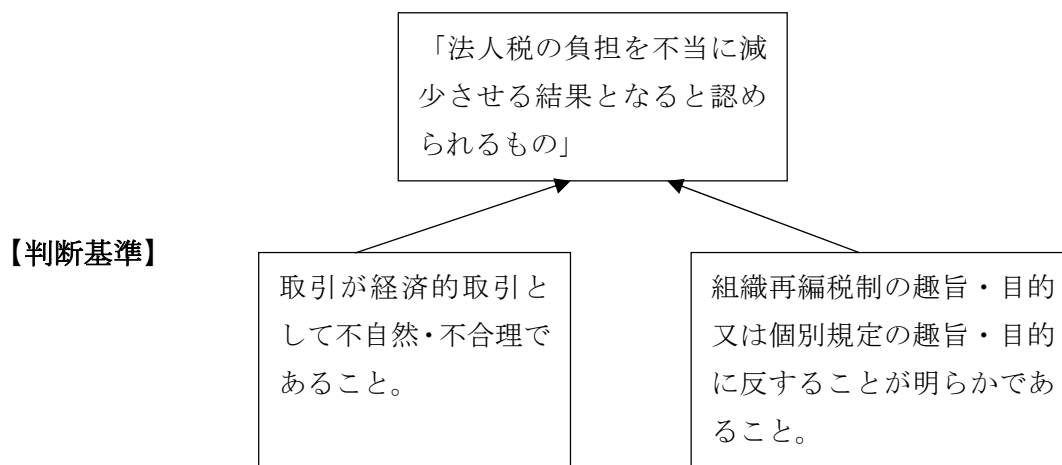
このように、最高裁判決は、控訴審判決において定立された不当性要件と比べ、より客観性のある判断基準によって不当性要件を判断すべきであるとの態度を示した点で、評価できる。

本件の控訴審判決及び最高裁判決における不当性要件の判断構造を図を表すと、それぞれ【図1】及び【図2】のとおりとなる。

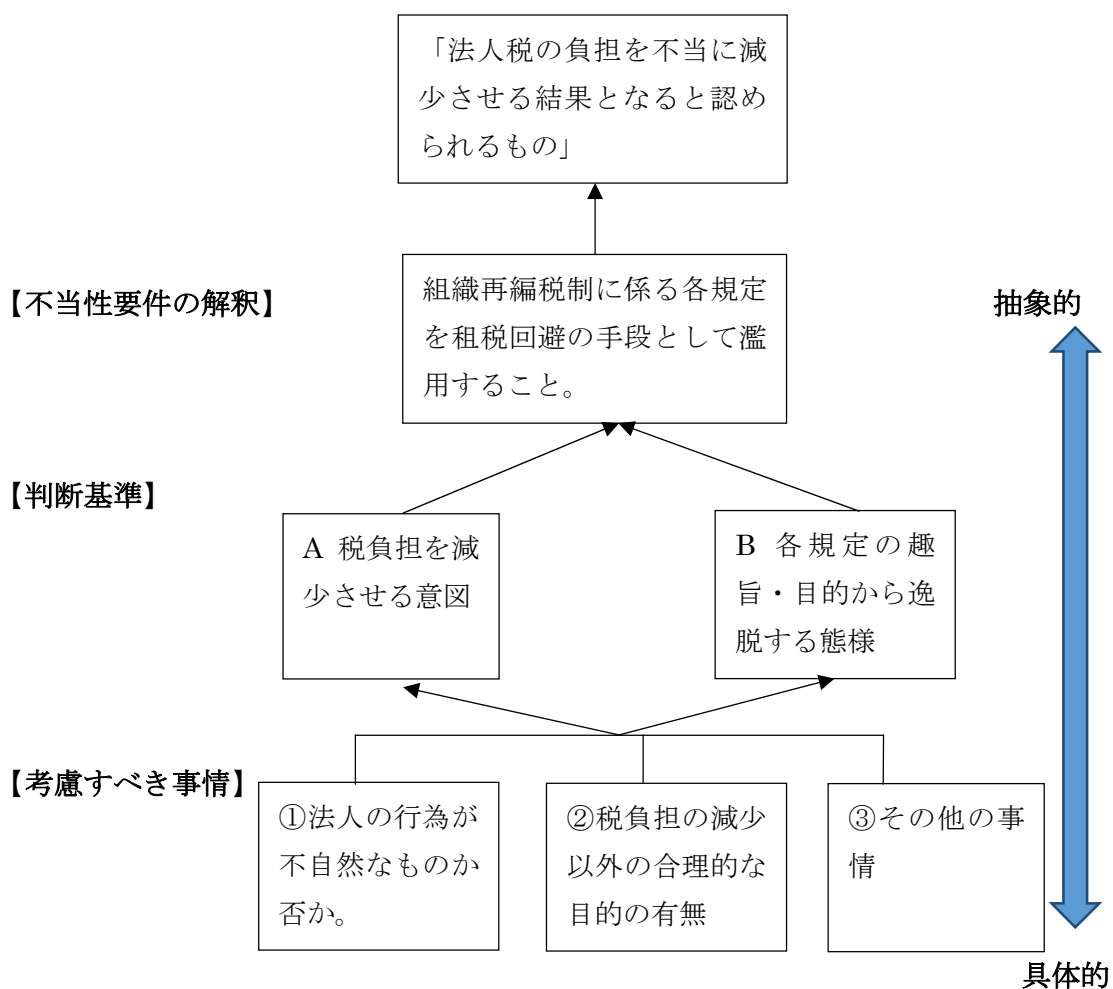
⁵⁴ 外国税額控除事件最高裁判決(Ⅱ. 租税回避論～裁判例で用いられた否認に係る法的構成の概要 8-10 頁参照)においても「我が国の外国税額控除制度をその本来の趣旨目的から著しく逸脱する態様で利用して納税を免れ」ることは、「外国税額控除制度の濫用するものである。」と判示しており、いずれも制度の濫用を根拠として形式的に要件に該当する取引に対し要件該当性を否認する点で共通している。もっとも、外税控除事件においては、一般的否認規定が不存在であるにもかかわらず個別規定を趣旨目的によって否認したものであることから、濫用該当性の判断については最高裁判決における不当性要件充足の程度よりもより厳しく判断されるべきである。この点につき、渡辺徹也教授も、「したがって、それぞれの最高裁の見解において、種類の異なる濫用基準の存在を肯定するとしても、当然、前者の場合(一般的否認規定の存しない場合)の濫用のほうが、厳しく判断されるべきである。」としている。渡辺徹也『法人税法 132 条の 2 にいう不当性要件とヤフー事件最高裁判決(下)』商事法務 2113 号 24 頁(2016)。

⁵⁵ 当該事情につき、徳地＝林・前掲注 34) 86 頁は、「本判決は、上記①及び②等の事情を『……考慮した上で』としている。このような言い回しは、濫用の有無の判断に当たっては、上記①及び②等の事情を必ず考慮すべきであるという趣旨が含意されているものと考えられ、さらにその趣旨を推し進めると、①行為・計算の不自然性と、②そのような行為・計算を行うことの合理的な理由となる事業目的等の不存在は、単なる考慮事情にとどまるものではなく、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のではなかろうか。」としている。(下線は筆者ら)

【図1】 控訴審における不当性要件の判断構造



【図2】 最高裁判決における不当性要件の判断構造



以下、【図2】に示した不当性要件の判断基準及び考慮すべき事情について、若干の検討を加える。

② 最高裁判決における不当性要件の判断基準及び具体的な事情について

ア. 不当性要件の判断基準について

前述のように、最高裁判決は、不当性要件の判断基準の一つとして、「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」であること（租税回避の意図）を要求している⁵⁶。

上記判示上、「専ら税負担を減少させることを意図したもの」とはされていないため、他に事業目的があったとしても、当該判断基準に該当することにはなる（下線は筆者ら）。しかし、一方で、考慮すべき事情として、税負担の減少以外に合理的な理由となる事業目的等があるか否かが挙げられている（【図2】の②）ことを鑑みれば、税負担を減少させる目的が併存していたとしても、それだけで当該判断基準に該当することにはならない。

よって、最高裁判決における「税負担を減少させる意図」とは、税負担の減少の目的があり、かつ、合理的な事業目的等がない場合を意味しているものと推測される⁵⁷。

イ. 具体的事情について

最高裁判決においては、判断基準該当性を判断するための具体的な事情のうち、「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。」が例示として挙げられている。

この点、控訴審判決では、法人税法 132 条の同族会社の行為計算否認における解釈と同様に、経済合理性基準（取引が経済的取引として不合理・不自然であるか否か。）を不当性要件の一つとしていたが、「不自然」というキーワードの共通性に着目すると、上記①の事情は経済合理性基準に対応するものと考えられる⁵⁸。もっとも、最高裁判決では、経済合理性基準とは異なり、

⁵⁶ 最高裁判決が租税回避の意図を要求している点につき、徳地＝林・前掲注 34) 87 頁は、「法 132 条の 2 は前述のような立法趣旨の下で制定された規定であることから、制度の濫用という概念を中心に解釈すべきであり、制度の濫用と評価するためには行為者に一定の主観的要素が必要であるとの常識的な考えを基礎として、租税回避の意図を要求したものと考えられる。また、第 1 審及び原審が採用した趣旨目的基準に対しては、納税者の予測可能性を害し、租税法律主義の趣旨に反するなどという強い批判があったところ、本判決は、濫用の有無の判断において租税回避の意図を要求することにより、上記の批判に対応したとみることも可能であろう。」としている。

⁵⁷ この点につき、徳地＝林・前掲注 34) 86 頁も、行為・計算の不自然さ（異常性・変則性）の程度との比較や税負担の減少目的との主従関係に鑑み、行為・計算の合理性を説明するに足りる程度の事業目的等が存在するかどうかという点を考慮する考え方を採用する旨明らかにしたものと考えられよう、としている。

⁵⁸ 最高裁判決における二つの考慮事情につき、徳地＝林・前掲注 34) 85 頁は、「これらの考慮事情は、経済合理性基準の具体的な内容に係る通説的な見解とされている『（行為・計算が）異常ないし変則的で租税回避以外に正当な理由ないし事業目的が存在しないと認められる場合』（括弧内略）に含まれる二つの要素を、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づけたものとい

「経済的取引」という文言を使用していない。おそらく、法人税法 132 条の同族会社の行為計算否認の場合と異なり、法人税法 132 条の 2 が対象とする組織再編成の場合には、本件のような特定役員の就任というガバナンス上の行為を、「経済的」観点から検討することに無理があるからであろう。

③ 控訴審及び最高裁における各当てはめについて

以上検討したとおり、不当性要件の解釈及び判断基準等については、最高裁判決は控訴審判決よりも客観性のある要件等を定立したものと評価できる。

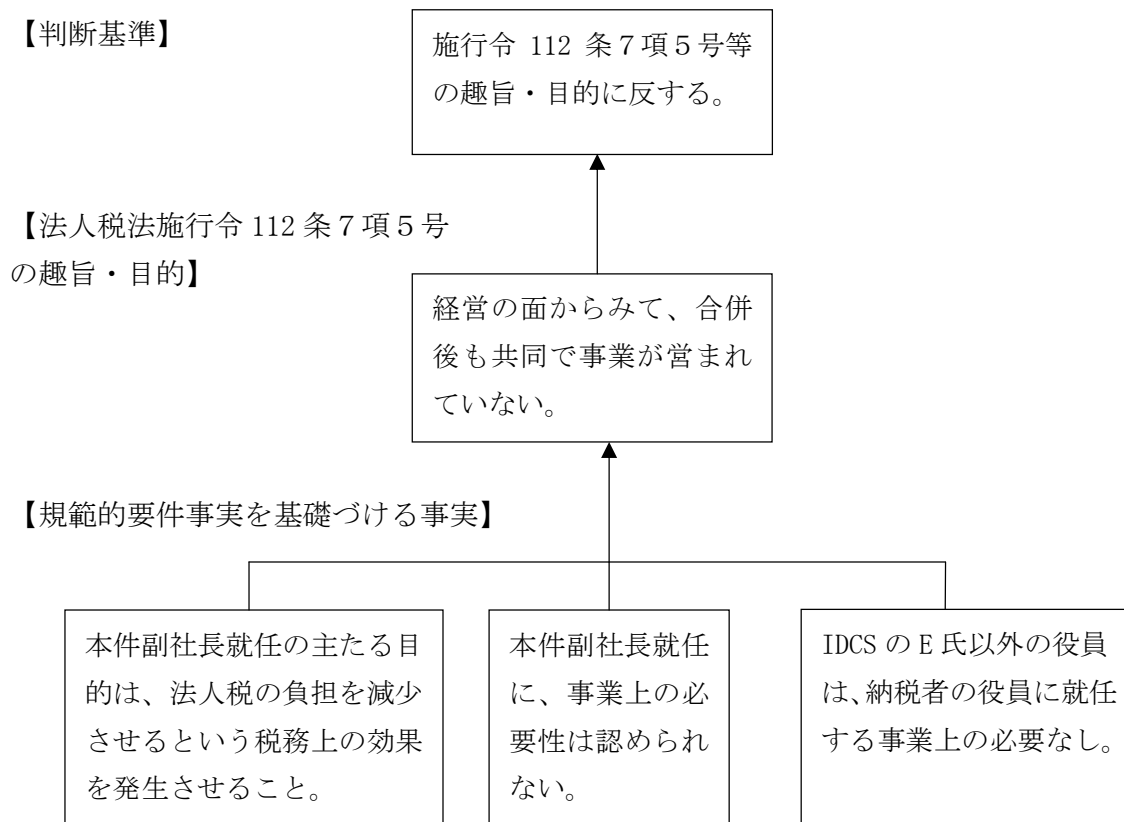
このように、最高裁判決と控訴審判決における規範が異なることは明らかである。もっとも、最高裁判決と控訴審判決は、いずれも不当性要件を満たすと判断された点で同じであるため、控訴審判決と最高裁判決の当てはめをそれぞれ検討した上で、両者の実質的な差異の有無につき、以下、検討する。

ア. 控訴審判決における当てはめ

控訴審判決では、電子メールの記載内容、E 氏の本件副社長就任から買収までの期間が 3 か月と短いこと、E 氏が IDCS を代表して業務上の行為を行ったと認める証拠がない等の認定事実から、E 氏の IDCS への本件副社長就任の主たる目的は、法人税の負担を減少させるという税務上の効果を発生させることであり、その他の事業上の必要性がないことを認定し、かつ、IDCS の役員が合併後の納税者の役員に就任する必要がないと判断されていたとの認定から、法人税法施行令 112 条 7 項 5 号等の趣旨目的である「経営の面からみて、合併後も共同で事業が営まれていること」に明らかに反すると判断し、不当性要件該当性を肯定した。

なお、控訴審判決における当てはめの判断構造の概略を図にすると、【図 3】のとおりとなる。

【図 3】 控訴審における当てはめ



イ. 最高裁判決における当てはめ

最高裁判決では、電子メール等により、本件副社長就任が、法人税の負担軽減を目的としていたことを認定し、E 氏の副社長就任期間、IDCS における権限及び業務内容等より税負担減少以外に合理的な事業目的があったとは言い難いとし、かつ、当該 E 氏の副社長就任期間、権限及び業務内容等に照らせば、施行令 112 条 7 項 5 号において想定されている実質を備えてはいないと判断し（つまり、合理的な事業目的がないとの認定と、法人税法施行令 112 条 7 項 5 号において想定されている実質を備えてはいないとの認定は、ほぼ同じ事実を基礎としているということ。）、これらの事情に照らし、本件副社長就任は、税負担を減少させる意図したものであって⁵⁹（【図 2】の A に該当）、法人税法施行令 112 条 7 項 5 号の趣旨・目的を逸脱する態様で適用を受けるものである（【図 2】の B に該当）と認定し、その結果、本件副社

⁵⁹ なお、租税回避の意図（「組織再編成を利用して税負担を減少させる意図」）の認定につき、徳地＝林・前掲注 34）87 頁は、「客観的な事情から租税回避の意図があると認められれば足りると考えられ、前述の考慮事情の①及び②において、法人の行為・計算が不自然であり、かつ、租税回避以外にその合理的な理由となる事業目的が存在しない場合には、上記の租税回避の意図の存在を推認し得るのが通常であると解されよう。したがって、上記の意図を立証するに当たっては、必ずしも担当者の供述やメールなどといった上記目的を直接立証し得る証拠が必要となるわけではないと考えられる。」としている。

長就任は、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当たると判断した。

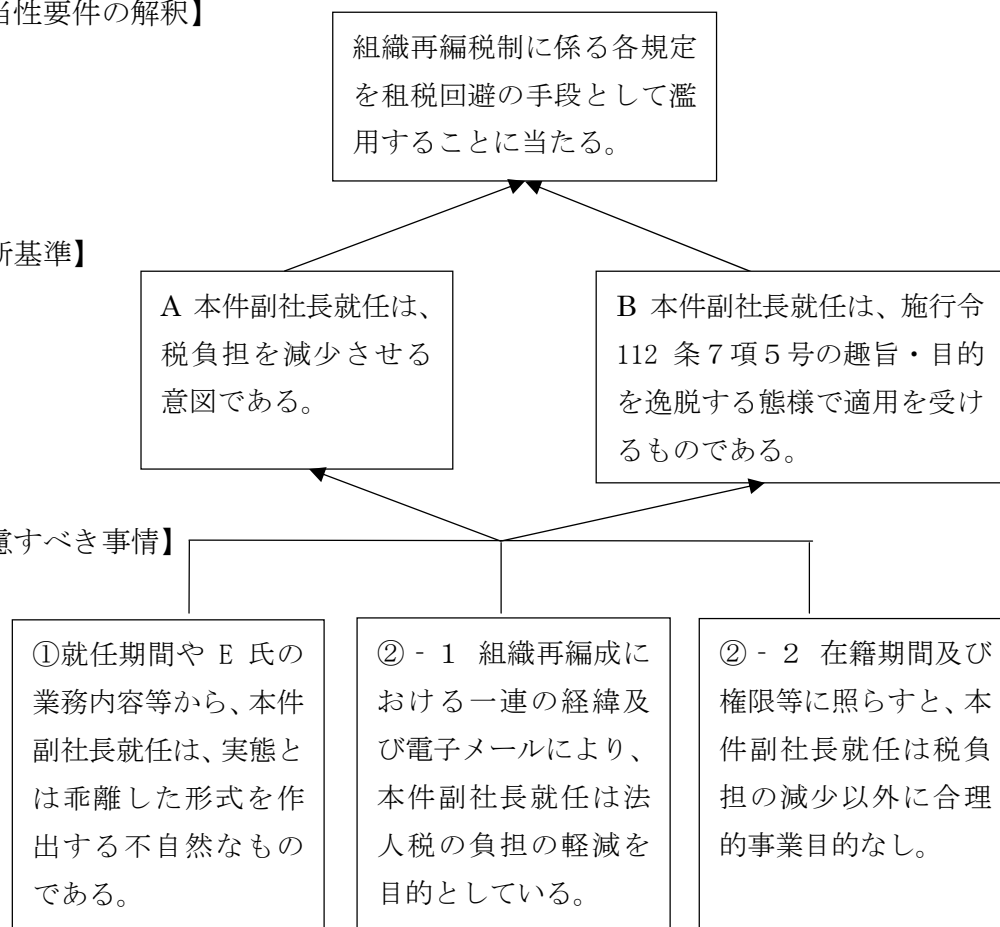
最高裁判決における当てはめの判断構造の概略を図にすると、【図4】のとおりとなる。

【図4】最高裁判決における当てはめ

【不当性要件の解釈】

【判断基準】

【考慮すべき事情】



なお、【図4】の考慮すべき事情の①は、【図2】の考慮すべき事情の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。」）に対する当てはめであるが、当該当てはめにおいて認定された「実態」とは、既に認定した「経営の中枢を継続的かつ実質的に担ってきた者」という施行令112条7項5号の特定役員引継要件において想定されている特定役員の実質」としており、よって、最高裁判決は、法人税法施行令112条7項5号の趣旨目的を当該「実態」に織り込むことで、不当性要件の判断

基準の一つである「組織再編税制に係る各規定の本来の趣旨及び目的からの逸脱」の有無を判断しているものと評価できる。

ウ. 控訴審判決と最高裁判決における当てはめの比較

以上検討したところによれば、控訴審判決においても、最高裁判決においても、不当性要件該当性を判断する基礎事実はほぼ同じである。最高裁は、法律問題のみを扱い、事実問題には原則として触れない法律審である以上、当然のことではある。また、両判決とも不当性要件を満たすとの結論は同じであるため、両判決の差は、認定事実をどのように評価し、どの規範に当てはめているかという点で生じることになる。

この点、前述のように、控訴審判決と最高裁判決の規範は形式的には異なるため、両判決の当てはめは異なるはずである。しかし、最高裁における考慮すべき事情のうち「法人の行為が不自然なものか否か。」（【図2】の①）は、控訴審判決における不当性要件の一つである経済合理性基準と実質的に同じであると考えられ、また、本件副社長就任の法人税法施行令 112 条 7 項 5 号の趣旨目的との関係では、最高裁は、前述のとおり法人税法施行令 112 条 7 項 5 号の趣旨目的（「経営の中枢を継続的かつ実質的に担ってきた者という法人税法施行令 112 条 7 項 5 号の特定役員引継要件において想定されている特定役員の実質」）を当該「実態」に織り込むことで、不当性要件の判断基準の一つである「組織再編税制に係る各規定の本来の趣旨及び目的からの逸脱」の有無を判断していることから、当てはめの段階においては、結局、控訴審判決と同様に経済合理性基準及び趣旨目的基準によって判断しているものと評価できるものと思われる⁶⁰。

以上のように、最高裁判決は、不当性要件の解釈については、不当性要件の判断基準及び考慮すべき事情として客観的な要件を定立してはいるものの、本件における具体的な当てはめにおいては、結局、経済合理性基準と趣旨目的基準によって判断しているものとも評価でき、実際の当てはめの場面においては、控訴審判決と実質的な違いはないものと考えられる。

④ 個別規定の趣旨目的を判断要素とすることによる問題

ア. 問題意識

最高裁判決においても、組織再編税制の趣旨目的が不当性要件の判断要素となっており、本件の地裁判決以降議論されていた問題は依然として残されたままである。すなわち、我が国では立法資料が乏しく、租税法規の趣旨・目的が必ずしも明らかではなく、租税法律主義が空洞化する等の問題点が指

⁶⁰ 一般的に、具体的な事実を判断基準に当てはめる場合、当該事実を最下位に位置する具体性の高い判断基準に当てはめて、それに対し一定の評価を加えて最上位の判断基準（＝要件事実）への該当性を判断するため（最高裁判決も同様の形式となっている。）、最下位の判断基準が実質的な判断要素となる。

摘されていた。

例えば、岡村忠生教授は、以下のように、本件における趣旨の認定が不適切であること、日本においては趣旨の認定が困難であること及び趣旨に基づく解釈は、租税法律主義が空洞化するおそれがあると指摘する。

「2つの判決は（筆者ら注：本裁判の判決と後述するIDCF事件判決のこと。）、多くの箇所、当時財務省主税局において組織再編税制の立案に携わった方の見解に依拠しています。その中には、公的に公表されていたものだけでなく、財務省外で行われた講演の記録のようなものまで含まれています。しかし、他方で、法132条の2の立法理由に関して当時の主税局長が行った国会答弁は全く無視されており、当時の税制調査委員から提出された意見書についても、具体的内容を取り上げずに、「採用することができない。」と一蹴しています。私は、本件は文言解釈により判断することができるので、趣旨・目的に基づく解釈は不要であり、すべきでないと思いますが、もし趣旨を勘案するのであれば、そして、法令以外のソースから趣旨を汲み取るのであれば、より公的な見解、あるいは、組織においてより大きな責任を負う立場にある人の見解を重視すべきであると思います。

また、趣旨を用いるのであれば、立法理由などの十分な資料を徴すべきことは言うまでもありませんが、そのとき、おそらく裁判所は、そのような客観的資料がないことに気づくはずで、実際、他の先進諸国と比べて、日本の立法資料は著しく乏しいのです。そうすると、趣旨・目的といっても、結局は、裁判官個人の考え方や感じ方になってしまい、法律だけが納税義務を課することができるという租税法律主義が空洞化する恐れがあります。このことから、趣旨や目的に基づく解釈は、なるべく控えるべきだと思います。」

⁶¹（下線は筆者ら）

また、田中治教授も、我が国において、税法の立法趣旨が法の立法時には必ずしも明確ではないことを指摘する。

「規定の「趣旨・目的」を重視するという解釈手法は、法解釈の手法としてあり得る方法であるが、税法の領域においては、可能な限り文理解釈を重視すべきである。また、わが国においては、税法の立法趣旨が何かは、法の立法時には必ずしも明確ではない。たとえば、しばしば言及される各年版の「税制改正のすべて」は、立法の後、立案担当者が解説したものであり、また、立案担当者の解説が文字どおりの立法者意思と言ってよいかは疑問である。あるいは、本件（筆者ら注：ヤフー事件のこと）の事案については、立案担当者が立法の前後において示した言説と本件紛争に際して示した

⁶¹ 岡村忠生「組織再編成と行為計算否認(1)」税研177号79頁(2014)

見解との間には乖離があるとする指摘もある。」⁶²（下線は筆者ら）

イ．控訴審判決及び最高裁判決における特定役員引継要件の趣旨目的の違い

そして、実際、以下のように、特定役員引継要件の趣旨目的についても、最高裁判決における認定と控訴審判決における認定とは一致していない⁶³。

【控訴審判決】

「そして、規模要件（施行令 112 条 7 項 2 号）等が充足されず、大規模な会社が多額の未処理欠損金額を有する小規模な会社を合併する場合であっても、一般に、合併法人のみならず、被合併法人の特定役員が合併後の合併法人の特定役員に就任するのであれば、双方の経営者が共同して合併後の事業に参画しており、経営面からみて、合併後も共同で事業が営まれていると評価でき、被合併法人の未処理欠損金額の引継ぎを認めても課税上の弊害が少ないことから、被合併法人の未処理欠損金額の引継ぎを制限する法 57 条 3 項を適用せずに、その制限なく、同条 2 項によるその引継ぎを認めることとしたものであり、施行令 112 条 7 項 5 号の定める特定役員引継要件は、双方の経営者が共同して合併後の事業に参画しており、経営面からみて、合併後も共同で事業が営まれていると評価できるための指標として定められたものと解すべき」

【最高裁判決】

「これに対し、上記②の各要件は、同項 2 号から 4 号までの事業規模要件等が充足されない場合であっても、合併法人と被合併法人の特定役員が合併後において共に合併法人の特定役員に就任するのであれば、双方の法人の経営の中枢を継続的かつ実質的に担ってきた者が共同して合併後の事業に参画することになり、経営面からみて、合併後も共同で事業が営まれているとみることができることから、同項 2 号から 4 号までの要件に代えて同項 5 号の要件（特定役員引継要件）で足りるとされたものと解される」（下線は筆者ら）

以上の判示のとおり、最高裁判決では、控訴審判決と比較すると、法人税法施行令 112 条 7 項 5 号趣旨目的の認定において、特定役員の意味につき、双方の法人の経営の中枢を継続的かつ実質的に担ってきた者との実質的な意味合いを付加している。

しかし、特定役員とは、条文の文理上、「社長、副社長、代表取締役、代表執行役、専務取締役若しくは常務取締役又はこれらに準ずる者で法人の経営に従事している者」としか定められておらず、よって、当該文言から、特

⁶² 田中治「租税回避否認の意義と要件」岡村忠生編著『租税回避研究の展開と課題』64 頁（ミネルヴァ書房 2015）

⁶³ 控訴審判決及び最高裁判決のいずれの判示においても、判示された趣旨目的の箇所に証拠が摘示されていないため、いずれの趣旨目的も証拠によって認定されたものではないことが推測される。

定役員は「法人の経営に従事している者」が含まれることは読み取れても、「経営の中枢を継続的かつ実質的に担ってきた者」であることまで想定されていたということまでは、必ずしも読み取れない。（下線は筆者ら）

また、第1審の判決において認定されているように、立法担当者らは「企業組織再編成に係る税制についての講演録集」において、「共同事業を行うための分割の要件の一つに、役員の引継ぎの要件がありますが、具体的な任期の目安はあるのでしょうか。」との質問に対し、「法令上、具体的な任期や期間が示される予定はありません。課税の特例の適用を受けるために短期間だけ役員とするといったような不自然、不合理なものは別として、通常の法人と役員との関係を念頭におき、判断されるべきものと考えられます。」と回答しているように、組織再編後における役員の任期を問題としてはいたものの、合併前における特定役員の任期について議論はなされていない。さらに、法人税法施行令 112 条 7 項 5 号が規定された立法経緯から見ても、特定役員の実質について、これほど実質的な意味を考慮していたかは疑問である。本件のようにあえて特定役員を作出するような場合でなくとも、「経営の中枢を継続的かつ実質的に担ってきた者」という実態がないとも評価し得る特定役員（例えば、新任の場合）が、合併後の会社に役員として参画した場合には、法人税法 132 条の 2 によって否定されてしまうことにもなりかねない。

以上により、最高裁判決における法人税法施行令 112 条 7 項 5 号趣旨目的の認定は、その根拠が明らかではなく、当該認定の妥当性にはやや疑問が残る⁶⁴。

ウ. 小括

以上をまとめると、最高裁判決は、法人税法 132 条の 2 の不当性要件の内容を「組織再編税制における各規定の濫用」と解する以上、個別規定の趣旨目的からの逸脱を不当性要件の判断要素とすること自体には論理的整合性はある。そして、法令の趣旨目的が一義的に明らかな場合には、個別規定の趣旨目的から逸脱する態様の有無によって判断することは、予測可能性の観点からの問題は少ないものと考えられる⁶⁵。しかし、実際には、我が国の場合、立法資料は著しく乏しく、個別規定の趣旨目的が明らかではない場合又は抽象的な趣旨目的にとどまるような場合が多いが、このような場合においても（このような場合には、課税庁又は裁判所によって立法趣旨がそれぞれに認定されるリスクがある。）、客観的な根拠もないまま趣旨目的を認定（解釈）の上、個別規定の趣旨目的からの逸脱を判断要素とすることは、予測可

⁶⁴ この点につき、渡辺徹也教授も、「後から『本来の趣旨及び目的を逸脱する』といわれても、納税者にとっては、行為の時にそれが明らかでなければ意味がない。」としている。渡辺・前掲注 54) 28 頁

⁶⁵ もっとも、趣旨目的からの逸脱の程度は主観的な判断とならざるを得ず、多くの事案の集積がなされるまでは予測が困難な点が残ることにはなる。

能性の点から問題なしとは言えない⁶⁶。

＜法人税法施行令（平 22 政令 51 号改正前）112 条 7 項 5 号＞

適格合併に係る被合併法人の当該適格合併の前における特定役員（社長、副社長、代表取締役、代表執行役、専務取締役若しくは常務取締役又はこれらに準ずる者で法人の経営に従事している者をいう。以下この号において同じ。）である者のいずれかの者（当該被合併法人が当該適格合併に係る合併法人と最後に支配関係があることとなつた日前（当該支配関係が当該被合併法人となる法人又は当該合併法人となる法人の設立により生じたものである場合には、同日。以下この号において同じ。）において当該被合併法人の役員又は当該これらに準ずる者（同日において当該被合併法人の経営に従事していた者に限る。）であつた者に限る。）と当該合併法人の当該適格合併の前における特定役員である者のいずれかの者（当該最後に支配関係があることとなつた日前において当該合併法人の役員又は当該これらに準ずる者（同日において当該合併法人の経営に従事していた者に限る。）であつた者に限る。）とが当該適格合併の後に当該合併法人（当該適格合併が法人を設立するものである場合には、当該適格合併により設立された法人）の特定役員となることが見込まれていること。

(6) 実務上の留意点

最高裁判決では当然の前提とされているように、個別規定の要件を形式的に充足していたとしても、法人税法 132 条の 2 の重畳適用によって個別規定の要件該当性が否認される場合があるため、その点には留意すべきである。

また、組織再編取引を行うに際し、税務当局により法人税法 132 条の 2 に該当すると認定されるリスクを軽減するためには、税務当局を説得するに足る検討段階での証拠化が重要なポイントになる。例えば、税負担の減少以外の合理的な目的が存在することを、取締役会の議事録等によって明らかにしておくこと等が考えられる。

(7) まとめ

以上のとおり、本件の最高裁判決によって、不当性要件の判断基準及び判断構造が示されたことは一定の意義がある。しかしながら、最高裁の判断構造等にお

⁶⁶ 一般否認規定（特に、取引が法律の趣旨・目的に反しているかどうかで税効果が判断される「法の濫用アプローチ」を採用する場合）の導入に際しては、「租税法規の立法に際して、立法趣旨の明確化を図っていることが重要である。国会での税法審議の際、法案趣旨説明がなされるが、漠然とした趣旨ではなく、個別の立法趣旨を明確にする方向での工夫が必要となる」との提言がある。森信茂樹「BEPS と租税回避への対応— 一般的否認規定の整備を」租税研究 803 号 135 頁（2016）

いても、個別規定の趣旨目的は重要な判断要素であることには変わりないところ、我が国においては、立法資料は著しく乏しく、個別規定の趣旨目的が明らかではない場合又は抽象的な趣旨目的にとどまるような場合が多い。そのため、かかる最高裁判決で示された不当性要件の規範によっても、納税者にとって不当性要件該当性の判断は容易ではなく、予見可能性が十分に担保されているとはいえないと言わなければならない。最高裁判決で示された不当性要件の判断基準及び判断構造が有効に機能するには、税法の各規定の趣旨目的の明確化を図ることが今後の重要な課題であり、そのためには、立法過程における議論の明確化を図り、各規定の趣旨を立法府において明示するよう、意識的な対応が求められるところである。

なお、本事案は、副社長就任期間が余りにも短期的であったことなど、本件副社長就任の主な目的が、IDCS の未処理損失金額の損金算入のための要件を具備することであったことは証拠上明らかであったことから、趣旨目的の曖昧さを考慮に入れたとしても、結論的に不当性要件を満たすとの判断がなされたことについて批判は少ないものと思われる。

3. IDC F 事件

- ・ 東京地判平成 26 年 3 月 18 日（請求棄却：納税者敗訴）
- ・ 東京高判平成 27 年 1 月 15 日（控訴棄却：納税者敗訴）
- ・ 最判平成 28 年 2 月 29 日（上告棄却：納税者敗訴）

参照条文：法人税法（平 22 法 6 号改正前）132 条の 2、（平 22 法 6 号改正前）2 条 12 号の 11、62 条の 8、法人税法施行令（平 22 政令 51 号改正前）4 条の 2 第 6 項 1 号

(1) 事案の概要

株式会社 IDC フロンティア（本件における納税者で、以下「IDCF」という。）は、平成 21 年 2 月 2 日、ソフトバンク株式会社（以下「SB」という。）の完全子会社であったソフトバンク IDC ソリューションズ株式会社（以下「IDCS」という。当時、未処理欠損金額は 666 億円であった。）から、新設分割⁶⁷（以下「本件分割」という。）により設立された（【図 1】＜本件分割・本件譲渡 1＞の①）。

IDCS は、同年 2 月 20 日、SB が議決権の 42.1%を有するヤフー株式会社（以下「ヤフー」という。）に IDCF の発行済株式の全てを 115 億円で譲渡した（以下「本件譲渡 1」という。）（【図 1】＜本件分割・本件譲渡 1＞の②）。

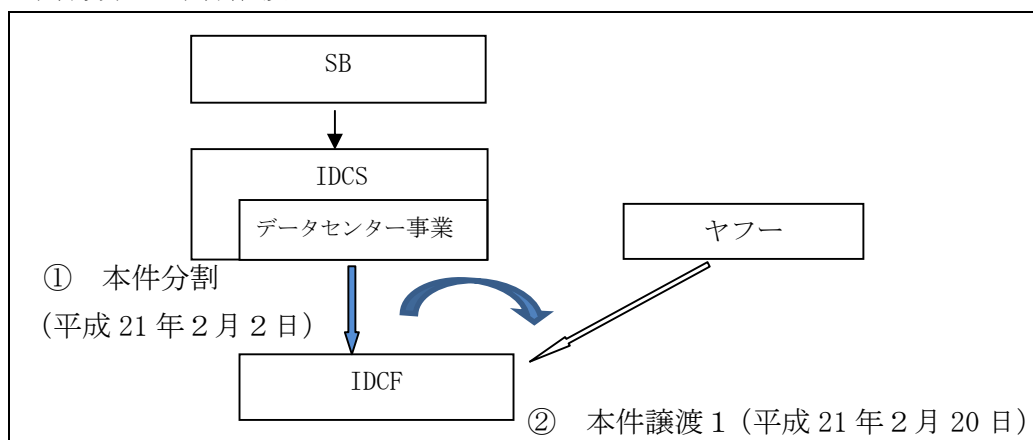
SB は、同年 2 月 24 日、ヤフーに IDCS の発行済株式の全てを 450 億円で譲渡した（以下「本件譲渡 2」という。）（【図 1】＜本件譲渡 2・本件合併＞の③）。

ヤフーは、同年 3 月 30 日、ヤフー（本件譲渡 1 後における IDCF の完全親会社）を合併法人、IDCS（本件譲渡 1 直前における IDCF の完全親会社）を被合併法人とする吸収合併（以下「本件合併」という。）を行った（【図 1】＜本件譲渡 2・本件合併＞の④）。

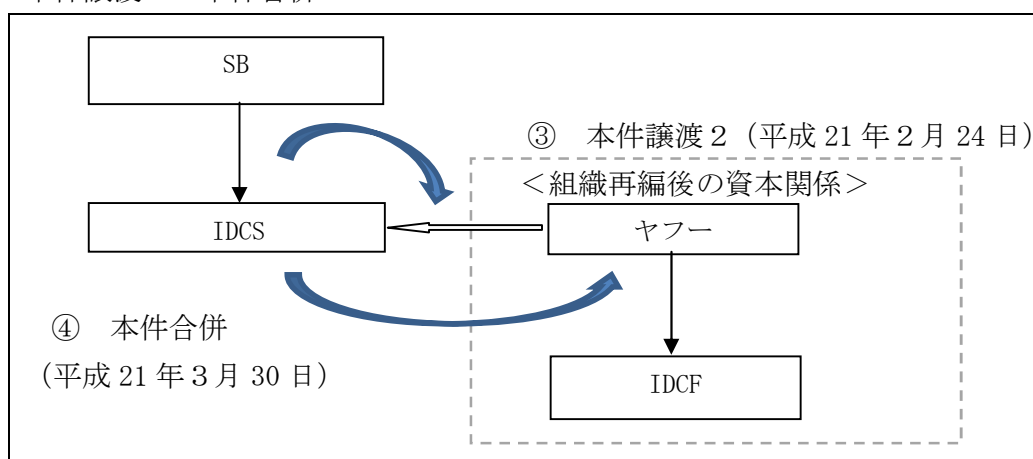
⁶⁷ データセンターの営業・販売及び商品開発に係る事業（以下「データセンター事業」という。）に関する権利義務（①IDCS の流動資産、②データセンター事業に係る契約、③事業に属する知的財産権等、④従業員との間の労働契約）を新設分割により新たに設立する IDCF に承継し、それ以外の資産（データセンターを構成する不動産）や契約上の地位（データセンターの賃貸借、建設、運用、保守及び施設管理に関する事業に関する契約）は、IDCS に残された（控訴審判決文）。

【図 1】 本件の概要

< 本件分割・本件譲渡 1 >



< 本件譲渡 2・本件合併 >



IDCF は、本件各事業年度（平成 21 年 2 月から同 24 年 3 月 31 日までの間の 4 事業年度）に係る各法人税の確定申告に当たり、本件分割は、本件分割の時点で本件譲渡 1 が見込まれていたことから法人税法施行令 4 条の 2 第 6 項 1 号に規定する要件⁶⁸を満たさないため、法人税法 2 条 12 号の 11 の適格分割に該当しない

⁶⁸ 当時の法人税法施行令 4 条の 2 第 6 項 1 号は以下のとおり。「分割前に当該分割に係る分割法人と分割承継法人（当該分割が法人を設立する分割（以下この号において「新設分割」という。）で二以上の法人が行うもの（第 8 項までにおいて「複数新設分割」という。）である場合にあっては、当該分割法人と他の分割法人）との間にいずれか一方の法人が他方の法人の発行済株式等の全部を直接又は間接に保有する関係（以下この号において「当事者間の完全支配関係」という。）があり、かつ、当該分割後に当該分割法人と分割承継法人との間に当事者間の完全支配関係が継続すること（当該分割後に当該分割法人を被合併法人とする適格合併を行うことが見込まれている場合には当該分割後に当該分割法人と分割承継法人との間に当事者間の完全支配関係があり、当該適格合併後に当該適格合併に係る合併法人と当該分割承継法人との間に当事者間の完全支配関係が継続することとし、当該分割後に分割承継法人を被合併法人とする適格合併を行うことが見込まれている場合には当該分割の時から当該適格合併の直前の時まで当該分割法人と分割承継法人との間に当事者間の完全支配関係が継続することとする。以下この号において同じ。）が見込まれている場合（当該分割が新設分割で複数新設分割に該当しないもの（以下この項及び次項において「単独新設分割」という。）である場合にあっては、当該分割後に当該分割法人と分割承継法人との間に当事者間の完全支配関係が継続することが見込まれている場合）における

分割（非適格分割）であるとして、法人税法 62 条の 8 第 1 項の資産調整勘定の金額（100 億円）が生じたとして、同条 4 項及び 5 項に基づき当該資産調整勘定の金額から所定の金額を減額し、損金に算入した。これに対し、課税当局は、実質的に適格分割としての実態を有する本件分割の計画において、本件分割を意図的に非適格分割とすることにより、法人税の負担を減少させる効果を得ることを目的として本件譲渡 1 を組み込んだ行為は、組織再編税制の趣旨・目的に鑑みて、異常ないし変則的なものであり、法人税法 132 条の 2 の規定に基づき、資産調整勘定の金額は生じなかったものとして所得金額を計算する更正処分等を行った。

本件は、IDCF が、本件更正処分等は違法なものであると主張して、更正処分等の取消しを求めた事案である。

(2) 争点

本件における争点は、①法人税法 132 条の 2 の意義（争点 1）：不当性要件の解釈及びその法人の行為又は計算の意義と②本件計画（ヤフーと IDCS の間で IDCF 株式の譲渡を行う計画）を前提とした分割承継行為を法人税法 132 条の 2 の規定に基づき否認することができるか否か（争点 2）であるが、ここでは前述のヤフー事件と同様に、不当性要件について検討することとする。ただし、規範部分についてはヤフー事件と同様の判示がなされているため、ここでは当てはめの部分についてのみ検討することとする。

(3) 当事者の主張

当事者の主張を要約すると次のとおりとなる。

① 納税者の主張

本件分割により IDCS から IDCF が分社化されたそもそもの主目的ないし理由は、分割により繰越欠損金のない法人を新設して、IDCF が将来上場を行う可能性を担保したことにある。また、IDCS 株式譲渡に先立って、IDCF 株式の譲渡を行うことで、買収後直ちに IDCF をヤフーの直接子会社とすることができるため、一時的にも孫会社となることでの事業上の不都合が生ずるおそれを回避し、事業上のメリット（ア：事業展開の観点（サービス運営上、極めて重要な会社であり、孫会社とするよりも一般的に信用を得やすい。）、イ：情報セキュリティの観点（強固で統一的な情報セキュリティ管理を行う必要性が極めて高い会社である。）、ウ：社内システムへのアクセス（ヤフーの社内システムへのアクセス権限は直接子会社に限られている。））を達成することができるという点で、このスキームはヤフーにも好都合であった。

株式譲渡が「異常ないし変則的」か否かは、通常の M&A・組織再編成取引に

当該分割法人と分割承継法人との間の関係（次号に掲げる関係に該当するものを除く。）」

において一般的に行われているスキームとの比較により判断されるべきである。

「異常ないし変則的」でない他のスキーム（分割型分割）を選択した場合にも本件分割は非適格分割となり得たのであるから「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たとはいえない。」。なお、原告株式譲渡を前提とする本件分割に係る分割承継行為は、(a)適格要件や資産等超過差額に係る法令の個別規定の文言が当然に予定している行為であるとともに、(b)異常ないし変則的とは言えず、私的経済取引としての合理性を有する行為であると言えるから、「節税」にはほかならない。

② 課税庁の主張

実質的に、分割後に当事者間の完全支配関係又は同一者による完全支配関係が継続する分割であるにもかかわらず、特段の事業上の必要のない取引を行うことによって、法人税法上、「非適格分割」としての規定の適用を受けることが容易に許されるとすれば、組織再編成において実態に合った課税を行うため、資産等の移転が形式のみで実質においては、まだその資産等を保有していることができるものであるとき、すなわち、移転資産等に対する支配が継続している場合には、その譲渡損益の計上を繰り延べて従前の課税関係を継続させるという法 62 条の 2 及び 62 条の 3 の趣旨は没却されることになる。分割において、分割法人が期限切れ間近の未処理欠損金額を有していた場合、分割後も、実質的に当事者間の完全支配関係又は同一者の完全支配関係が維持されるにもかかわらず、それが「非適格分割」と扱われることによって、未処理欠損金額と相殺される分割法人の分割益に対応する形で、分割承継法人に資産調整勘定が新たに生じることとなる。

本件譲渡 2 ないし本件合併後の後に、IDCF、IDCS 及びヤフーの間で、当事者間の完全支配関係ないし同一者による完全支配関係が継続している状況に鑑みれば、本件分割は、IDCF、IDCS 及びヤフーの間での完全支配関係を実質的に継続することを計画して行われたものであることは明らかであり、これは正に、実質的には「適格分割」に該当する分割について、「非適格分割」の形式を作出したものというほかない。

本件における一連の組織再編成は、分割前の IDCS が行っていたデータセンター事業を一括して SB からヤフーに譲渡するというものであるが、本件分割前は、その設備を所有する IDCS が一体としてデータセンター事業を行っていたところ、これをデータセンター設備を所有する法人（IDCS）とデータセンターの営業等を行う法人（IDCF）に分けた上で、データセンター設備を所有する法人を譲渡する 4 日前にあえてデータセンターの営業等を行う法人を譲渡しなければならない事業上の必要性があるとは、およそ考えられない。形式的に

見れば、IDCS（同社が吸収合併された後はヤフー）と IDCF という別個の法人間で業務委託契約を締結している形態を取っているが、経済的・実質的に見れば、本件分割以降、本件譲渡 1 から本件譲渡 2 までのあらかじめ計画された 4 日間を除いては、IDCS（同社が吸収合併された後はヤフー）と IDCF の双方の法人は、完全支配関係にあるグループ内の法人として、一体となってデータセンター事業を継続しているものと評価できる。このようなことが当初から計画されていた本件の実態に鑑みれば、本件分割後においても、IDCS の移転資産等に対する同社（同社が吸収合併された後は合併法人であるヤフー）の支配が継続することが見込まれていたことは明らかである。

本件譲渡 1 は、本件分割が非適格分割であるかのような外形を作出することにより、平成 21 年 3 月期で期限切れとなる平成 14 年 3 月期において発生した未処理欠損金額約 124 億円を IDCS においてもれなく利用するとともに、IDCF に資産調整勘定を生じさせ、これを 5 年間にわたって減額し損金の額に算入することで、IDCF の法人税の負担を減少させるために計画されたものである。

IDCF の法人税の負担を減少させる結果を生じさせた IDCF の行為又は計算、すなわち、実質的に適格分割としての実態を有する本件分割の計画において、本件分割を非適格分割とすることにより、IDCF の法人税の負担を減少させる効果を得ることを目的として、本件譲渡 1 を組み込んだ行為は、上記で述べた種々の事実を総合勘案すれば、組織再編税制の趣旨・目的に鑑みて、不合理・不自然な行為又は計算に該当するか否かという基準に照らして、法人税法 132 条の 2 における「不当」な税負担の減少をもたらす行為又は計算と評価されなければならない。

(4) 裁判所の判断

① 控訴審判決の当てはめ

控訴審は、完全支配関係継続見込み要件を定めた、法人税法施行令 4 条の 2 第 6 項 1 号の趣旨・目的について以下のとおり判示した。

組織再編成により資産を移転する前後で経済実態に実質的な変更がないと考えられる場合には、課税関係を継続させるのが適当と考えられることから、組織再編成の一つである会社分割があった場合において、「移転資産に対する支配」が分割後も継続していると認められるものについては、移転資産の譲渡損益の計上を繰り延べることにしたものと解される。分割の時点で、分割後に当事者間の完全支配関係等が継続することが見込まれていれば、「移転資産に対する支配」が継続していると認められることから、そのような分割を適格分割として取り扱うものとしたと解される。そうすると、法人税法施行令 4 条の 2 第 6 項に言う「見込まれている」とは、当事者間の完全支配関係等が継続す

ることが具体的に予定されていることを言うことができる。しかし、組織再編成の形態や方法は複雑かつ多様であり、ある経済的効果を発生させる組織再編成の方法は単一ではなく、同じ経済的効果を発生させ得る複数の方法があることに照らすと、局所的に見ると「当事者間の完全支配関係」の継続の見込みがないと判定される（すなわち、非適格分割であるとされる）事実関係があるとしても、当該分割を含む組織再編成の組み合わせ方や組織再編成に係る具体的な事情次第では、一連の組織再編成を全体として見ると「移転資産に対する支配」が継続していると評価すべき場合（すなわち、適格分割であるとすべき場合）が生じ得るのであり、このような場合にも、局所的な判定を貫徹するとすれば、課税上の公平を実現することができないおそれがあるということができる。

完全支配関係継続見込み要件については、当該要件が局所的に見て充足されない場合であっても、それによる課税上の効果が明らかに不当であるという状況が生じる可能性があることを前提に規定されたものであるというべきであるから、組織再編成の組み合わせ方や組織再編成に係る他の具体的な事情を総合考慮すると、分割の前後を通じて「移転資産に対する支配」が継続しているということができ、同号の趣旨・目的に明らかに反すると認められるときは、法人税法 132 条の 2 の規定により、完全支配関係継続見込み要件が充足されないことの原因となっている行為又は計算を否認することができると解すべきである。

そして、控訴審は、本件に係る具体的な事情から、以下の事実を認めている。

一連の組織再編成に係る計画の全体について、①株式上場計画は SB の反対で実行されなかったこと、②本件提案に沿った内容の組織再編成が行われたこと、③本件分割の効力が発生した当時において、本件提案に沿ってヤフーが IDCF の株式全部及び IDCS の株式全部を譲り受けた上で、IDCS を合併することがほぼ確実に実現する見込みがあったとすることができるから、IDCF は分割の時点から本件譲渡 1 の時点までは IDCS の完全子会社であり、本件譲渡 1 の時点でヤフーの子会社になることにより IDCS との間の「当事者間の完全支配関係」は一時的に切断されるが、その約 1 か月後である本件合併の時点からは、ヤフーが IDCS を吸収合併して IDCF を完全子会社とすることにより、ヤフーとの間で「当事者間の完全支配関係」が生じることを予定するものであったとすることができる。したがって、「当事者間の完全支配関係」が一時的に切断されるが短期間のうちに復活することが予定されているものであり、一連の組織再編成の計画を全体として見ると、IDCS の分割は、実質的に見て、分割会社による「移転資産に対する支配」が継続する内容のものであると評価すべき場合であることは明らかである。

また、本件分割自体について見ると、④本件分割それ自体、IDCS として事業上の必要性に疑問があるもので、SB グループ全体で繰越欠損金を有効利用するという目的が優先されたものであったと評価することができること、⑤ヤフーにおいても、IDCF の株式上場を実行する具体的な計画が含まれていないことから、本件分割の態様は、IDCS にとって、事業上の必要性よりも、SB グループ全体での租税回避の目的を優先したものであるとの評価を免れないことは明らかである。

さらに、本件譲渡 1 を行うこと自体の事業上の必要性を見ると、⑥旧 IDCS にとっても、ヤフーにおいてもデータセンター設備を保有する会社の譲渡を行う数日前に、データセンターの営業等を行う会社の譲渡を行うことにつき、何らかの事業上の意義があるとは評価し難い。また、⑦ヤフーが IDCS に対して本件譲渡 1 の対価として支払った 115 億円は、その後、ヤフーが IDCS を合併することでヤフーに戻る事となっており、本件譲渡 1 に係る独自の対価の支払があるとは評価できない。これらの点からすれば、本件譲渡 1 を行うこと自体の事業上の必要性は、極めて希薄であったことは明らかである。

加えて、⑧本件提案がされた目的の一つは、IDCS の未処理欠損金額を余すことなく処理することにあつたこと、他方、⑨本件買収及び本件合併に当たり、SB とヤフーとの間では、税務上、資産調整勘定の計上ないし償却が認められるかどうかについて明示的な検討が行われるなど、一連の組織再編成に關与する法人は、資産調整勘定の計上が認められない可能性が相当程度あることを認識していたといふことができる。

以上のような本件における諸事情を総合考慮すると、分割後に本件譲渡 1 を行うという計画（本件計画）を前提とした分割行為は、局所的に見れば完全支配関係継続見込み要件を充足しないものではあるものの、それによりもたらされる税負担減少効果を容認することは、完全支配関係継続見込み要件を定めた法人税法施行令 4 条の 2 第 6 項 1 号が設けられた趣旨・目的に反することが明らかであるといふことができる。また、他の組織再編手法との比較をするだけでは組織再編成の実質的な性質決定をすることはできないと言ふべきであり、当該事案における組織再編成の方法を前提として、その具体的な事情を基礎として検討を行うほかはないと言わざるを得ない。

② 最高裁判決

ア. 組織再編税制の基本的な考え方について

組織再編税制の基本的な考え方は、実態に合った課税を行うという観点から、原則として、組織再編成により移転する資産及び負債（以下「移転資産等」という。）についてその譲渡損益の計上を求めつつ、移転資産等に対す

る支配が継続している場合には、その譲渡損益の計上を繰り延べて従前の課税関係を継続させるというものである。

法 2 条 12 号の 11 の適格分割については、分割による資産等の移転に譲渡損益を発生させず、帳簿価額による引継ぎをしたものとして譲渡損益の計上を繰り延べるものとされている（法 62 条の 2、62 条の 3。なお、適格分割においては譲渡損益が発生しないため、資産調整勘定の金額の損金算入等について定める法 62 条の 8 は適用されない。）。法人税法施行令 4 条の 2 第 6 項が、法 2 条 12 号の 11 イに規定する適格分割の要件として、分割後に分割法人と分割承継法人との間に当事者間の完全支配関係等が継続することが見込まれていることを必要としているのは、当該分割の時点で、当該分割後に当事者間の完全支配関係等が継続することが見込まれていれば、移転資産等に対する支配が分割後も継続すると認められることによるものと解される。

イ. 本件計画を前提とした分割承継行為について

前記事実関係等によれば、本件の一連の組織再編成に係る行為である本件分割、本件譲渡 1、本件譲渡 2 及び本件合併は、平成 22 年 3 月期以降は損金に算入することができなくなる IDCS の未処理欠損金額のうち約 100 億円を上告人（IDCF）の資産調整勘定の金額に転化させ、上告人（IDCF）においてこれを以後 60 か月にわたり償却し得るものとするため、平成 21 年 3 月 30 日までのごく短期間に計画的に実行されたものである。

そして、上記のとおり IDCS に約 100 億円の譲渡益を発生させ、IDCF に同額の資産調整勘定の金額を発生させるためには、本件分割が当事者に譲渡損益を生じさせる非適格分割である必要があったことから、本件では、本件分割をあえて非適格分割とするため、分割後に分割法人と分割承継法人との間に当事者間の完全支配関係が継続することが見込まれているという法人税法施行令 4 条の 2 第 6 項 1 号の要件を満たさないこととなるように、IDCS と IDCF との当事者間の完全支配関係を一時的に断ち切るものとして、本件分割と本件譲渡 2 の間に本件譲渡 1 を行う計画が立てられ、そのとおりに実行されたものと見ることができる。

本件の一連の組織再編成を全体として見れば、IDCS による移転資産等の支配は本件分割後も継続していると言えるのであって、本件分割は適格分割としての実質を有すると評価し得るものである。その上、仮に本件分割後に本件譲渡 1 が行われなくとも、本件譲渡 2 と本件合併により、ヤフーによる IDCS の吸収合併と IDCF の完全子会社化は実現されたのであり、本件譲渡 1 が行われたのは本件譲渡 2 の僅か 4 日前であり、本件合併の約 1 か月前であることなどからすると、そもそも本件譲渡 1 を行う事業上の必要性は希薄で

ある上、本件譲渡 1 の対価である 115 億円が本件譲渡 2 及び本件合併によりいずれヤフーに戻ることが予定されていたことなども考慮すると、本件譲渡 1 を行うことにつき、税負担の減少以外に事業目的があったとは考え難い。

したがって、本件計画を前提とする本件分割は、平成 22 年 3 月期以降は損金に算入することができなくなる IDC の未処理欠損金額約 100 億円を IDC の資産調整勘定の金額に転化させ、IDC においてこれを以後 60 か月にわたり償却し得るものとするため、本来必要のない本件譲渡 1 を介在させることにより、実質的には適格分割と言うべきものを形式的に非適格分割とすべく企図されたものと言わざるを得ず、本件計画を前提とする点において、通常は想定されない組織再編成の手順や方法に基づくものであるのみならず、これにより実態とは乖離した非適格分割の形式を作出するものであって、明らかに不自然なものであり、税負担の減少以外にその合理的な理由となる事業目的等を見いだすことはできない。

以上を総合すると、本件計画を前提とする本件分割は、組織再編成を利用して税負担を減少させることを意図したものであって、適格分割の要件を定める法 2 条 12 号の 11 イ及び法人税法施行令 4 条の 2 第 6 項 1 号、適格分社型分割につき譲渡損益の計上の繰延べを定める法 62 条の 3 並びに資産調整勘定の金額の損金算入等について定める法 62 条の 8 の本来の趣旨及び目的を逸脱する態様でその適用を受けるもの又は免れるものと認められると言ふべきである。

そうすると、本件計画を前提とする本件分割は、組織再編税制に係る上記各規定を租税回避の手段として濫用することにより法人税の負担を減少させるものとして、法人税法 132 条の 2 にいう「法人税の負担を不当に減少させる結果となると認められるもの」に当たると解するのが相当である。

(5) 検討

IDC 事件については、第 1 審、控訴審及び最高裁判決のいずれにおいても国側勝訴、つまり法人税法 132 条の 2 の規定に基づき、資産調整勘定の損金算入の否認⁶⁹が認められている。不当性要件に係る検討については、前述のとおりヤフー事件の検討と同様であるため、以下では、控訴審判決及び最高裁判決における具体的な当てはめについて検討する。

⁶⁹ 本件における引き直しについては、IDC の本件計画（ヤフーと IDC の間で本件譲渡 1 を行うという計画）を前提とする分割行為を否認し、本件計画を前提としない分割に引直し、資産調整勘定が生じなかったものとしたものと思われる。

① 控訴審判決における当てはめ

控訴審判決では、一連の組織再編成の計画を全体として見ると、IDCS の分割は、「当事者間の完全支配関係」が一時的に切断されるが短期間のうちに復活することが予定されているものであること、本件分割自体が事業上の必要性よりも租税回避の目的を優先したものであるとの評価を免れないこと、本件譲渡 1 を行うこと自体事業上の必要性は希薄であったこと及び資産調整勘定の計上が認められない可能性が相当程度あることが認識されていたことが認められる。これらの諸事情を総合考慮すると、本件分割は、実質的に見て、分割会社による「移転資産に対する支配」が継続する内容のものであると評価すべき場合であることは明らかであり、分割後に本件譲渡 1 を行うという計画（本件計画）を前提とした分割行為は、完全支配関係継続見込要件を定めた法人税法施行令 4 条の 2 第 6 項 1 号が設けられた趣旨・目的に反することが明らかであると言える。

控訴審判決における当てはめの判断構造の概略を図にすると【図 2】のとおりとなる。

【図 2】 控訴審における当てはめ

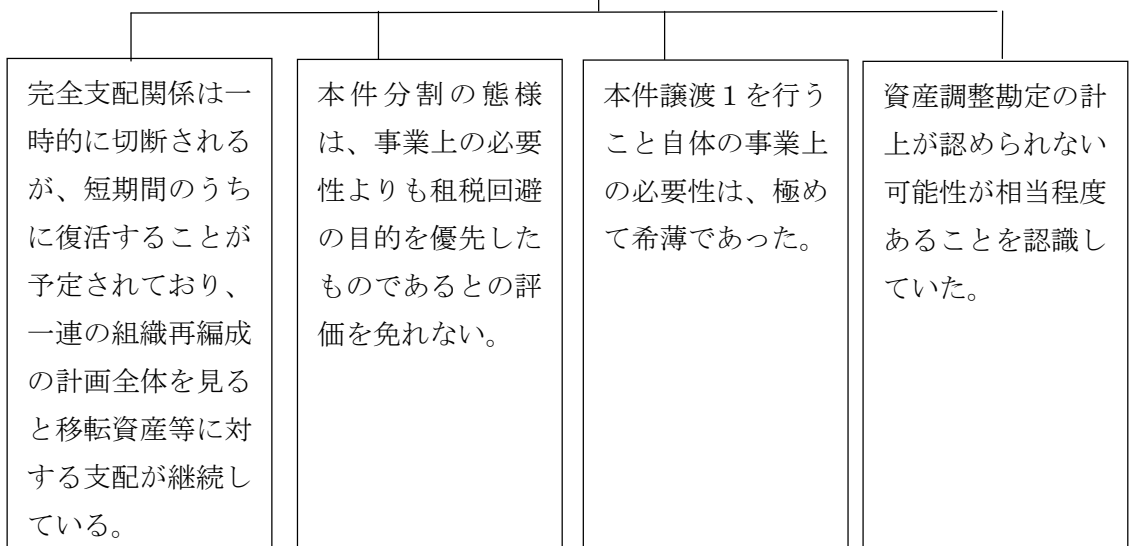
【判断基準】

施行令 4 条の 2 第 6 項 1 号の完全支配関係継続見込み要件を定めた規定の趣旨・目的に反する。

【法人税法施行令 4 条の 2 第 6 項 1 号の趣旨・目的】

実質的にみて、分割の前後を通じて移転資産に対する支配が継続していると評価すべき。

【規範的要件事実を基礎づける事実】



② 最高裁判決における当てはめ

最高裁判決では、本件の一連の組織再編成全体として見れば移転資産等の支配は本件分割後も継続していることなどを認定し、本件計画を前提とする本件分割は、実質的には適格分割と言うべきものを形式的に非適格分割とするべく企図されたものと判断した。すなわち、最高裁判決は、本件計画を前提とする本件分割は、①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、②法人税法 2 条 12 号の 11 イ等の組織再編税制の各規定の本来の趣旨及び目的を逸脱する態様でその適用を受けるもの又は免れるものとして、組織再編税制に係る各規定を租税回避の手段として濫用するものであると判断した。

最高裁判決における当てはめの判断構造の概略を図にすると、【図 3】のとおりとなる。

【図 3】最高裁判決における当てはめ

【不当性要件の解釈】

組織再編税制に係る各規定
を租税回避の手段として濫
用することに当たる。

【判断基準】

A 本件計画を前提とす
る本件分割は、税負担を
減少させる意図である。

B 本件譲渡 1 を介在させることにより、実質的
には適格分割と言うべきものを非適格分割する
べく企図されたもので各規定の趣旨・目的を逸
脱する態様で適用を受けるものである。

【考慮すべき事情】

期限切れとなる未処
理欠損金額を余すこ
となく活用するため、
IDCF に 100 億円の資
産調整勘定の金額を
発生させること等を
ごく短期間に計画的
に実行されたもので
ある。

本件分割をあえて非
適格分割とするため、
完全支配関係を一時
的に断ち切るものと
しているが、本件の一
連の組織再編成全体
として見れば、移転資
産等の支配は本件分
割後も継続している。

本件譲渡 1 が実行さ
れなくても、完全子会
社化は実現されたこ
と等から本件譲渡 1
を行うことにつき、税
負担減少以外に事業
目的等があったとは
考え難い。

なお、平成 22 年税制改正前においては、支配関係は最上位の支配者によることが明らかにされていたところ、本件でヤフーの 42.1%の議決権を有していた SB の立場から見れば、SB は IDCS 及び IDCF を手放したものと見るができるが、本件では、誰の立場からの支配かということよりも、本件譲渡 1 を介在させたことの不自然性に着目した司法上の判断がなされたものと言える。

(6) 実務上の留意点

① 濫用の有無の判定について

最高裁は、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ものであるかどうかの判断にあたっては、「当該行為又は計算が、組織再編成を利用し

て税負担を減少させることを意図したものであって、組織再編税制に係る各規定の本来の趣旨及び目的から逸脱する態様でその適用を受けるもの又は免れるものと認められるか否かという観点から判断するのが相当」と判示した。さらに、特に IDCF 事件においては、「本件一連の組織再編成を全体として」みることにより、本件分割を「適格分割としての実質を有すると評価」した。しかし、そもそも各規定の本来の趣旨及び目的が必ずしも明確でないこともあり、行おうとする取引について、該当する各規定の本来の趣旨・目的から逸脱しているか否かを判断することが難しいケースもあるものと考えられる。実務上は、取引の経緯や目的等の事実関係を的確に把握し、かかる事実関係を踏まえて、慎重に検討する必要がある。さらに、個々の取引に関する経済合理性や妥当性だけでなく、一連の取引の観点からの検討や、そもそも一連の取引として捉える範囲についても検討が必要になる場合があることには留意すべきである。

② 適格外しと不当性要件について

組織再編成により移転する資産等は、時価移転（非適格）が原則であり、一定の要件を満たす場合のみ、簿価移転（適格）として取り扱うこととされる。IDCF 事件は、本来、適格組織再編成であるものを非適格組織再編成とすること（適格外し）により資産調整勘定を計上するものであったと判断されたが、この適格外しは結果的に立法時から想定されていた法人税法132条の2の適用場面とされている⁷⁰。このように本来原則的取扱いとされる時価取引に対しての否認事例が生じたことで、本来の時価移転のケースにおいても取引の不自然性がないか、税負担減少以外の事業目的等がないかの検討が必要となる。

⁷⁰ 徳地淳＝林史高「最高裁時の判例」ジュリスト 1497 号・IDCF 事件最高裁調査官解説 96 頁

4. まとめ

「Ⅲ 現行の行為計算否認規定に関する近時の裁判例と実務上の留意点」では、「租税回避」行為に関連する裁判例であり、かつ法人税法 132 条や 132 条の 2 といった行為計算否認規定の適用の可否が争点とされた、IBM 事件の東京高裁判決（東京高判平成 27 年 3 月 25 日、最決平成 28 年 2 月 18 日上告不受理決定により確定）並びにヤフー事件及び IDCF 事件の最高裁判決（いずれも最判平成 28 年 2 月 29 日）のそれぞれについて、事案の概要、争点、当事者の主張、裁判所の判断をまとめ、理論的な検討とともに実務上の留意点等の検討を行った。

いずれの事件も各規定の「不当に」（不当性要件）の解釈が主に問題となったものであるが、当該要件自体が抽象的な要件であるがゆえに、その解釈も抽象的なものとどまる。しかしながら、租税専門家が、納税者が行う（又は行った）取引に係る税務上の助言を適切に行い、又は税務調査に的確に対応するためには、当該取引に係る税務処理が、課税当局により、いかなる場合に、どのような方法で否認され得るのか（特に法人税法 132 条や 132 条の 2 が適用され得るのか。）、納税者が課税当局による更正処分等の取消しを求めたとき、裁判所はいかなる判断をする可能性があるのか、という点を、あらかじめ十分に把握しておかなければならない。このように専門家として適切な対応を取るためには、IBM 事件高裁判決並びにヤフー事件及び IDCF 事件の最高裁判決で、法人税法 132 条所定の「不当に」という要件及び同法 132 条の 2 所定の「不当に」という要件について、それぞれどのような判断枠組みが示され、どのように事案に当てはめられたかという点を十分に検討しておく必要があると考えられる（特に、実務家としては、否認規定を含む個別規定を形式的に充足するとしても、132 条の 2 等の行為計算否認規定が適用され得ることと十分に留意する必要がある。）。

もちろん、これまで検討してきたとおり、いずれの判決における不当性要件の判断枠組みや判断基準自体に問題点が存すると思われ、今後の検討課題は残されている（特に、法人税法 132 条の不当性要件に係る判断については、今後の司法判断を注視する必要がある。）が、実務家としては、まずは上記各判決で示された判断枠組み、すなわち、IBM 事件東京高裁判決においては、いわゆる経済合理性基準（独立当事者間基準を含む。）、ヤフー・IDCF 事件最高裁判決においては、濫用基準を基礎としつつも、実質において経済合理性基準の通説的見解（①当該法人の行為又は計算が、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。）を取り込んだ基準が示されているため、かかる基準を念頭におきながら、個別具体的な事案において、当てはめを試み、リスク判断を行い、依頼者に適切な助言を行うべきであろう。とりわけ、法人税法 132 条に係る IBM 事件東京高裁判決は、経済合理性基準に独立当事者間基準を含むとしていることから、行為等の不自然さ及び合

理的な事業目的等の有無のみならず、取引価額等が問題になるなど、独立当事者間取引を観念できる場合には、独立当事者間基準を充足するか否かをあらかじめ慎重に検討しておくべきであろう。また、法人税法 132 条の 2 の適用の可否については、ヤフー・IDCF 事件最高裁判決が示したとおり、行為等の不自然さ及び合理的な事業目的等の有無のみならず（趣旨及び目的が明らかではないという課題はあるものの）、規定の趣旨及び目的を可能な限り確認し、その趣旨及び目的からの逸脱がないかという観点からの検討を行っておくことが重要であろう。

IV <補論 1> BEPS プロジェクト等の動向と我が国における対応状況

租税回避については、我が国における議論のみならず、国際的にも OECD 租税委員会等を中心に、租税回避防止の取組が行われている。そこで、まずは、近時における国際的取組の状況について、主に政府税制調査会で議論された資料に基づいて簡単に触れておく。

OECD は、多国籍企業等による国際的租税回避行為に対して、OECD 租税委員会（CFA : Committee on Fiscal Affairs）を中心とした取組や OECD 税務長官会議（FTA : Forum on Tax Administration）での税務行政に係る情報交換の実施等による国際的な対応を行ってきた。OECD における中心的なテーマとしては、多国籍企業が BEPS（Base Erosion and Profit Shifting（税源浸食と利益移転））により、軽課税国に利益が留保され、居住地国又は源泉地国のいずれにおいても課税がなされない、いわゆる二重非課税が生じているという観点から、国際的租税回避行動が問題視されたものである。

特に、OECD 租税委員会は、①BEPS プロジェクトや②税の透明性と情報交換に関するグローバル・フォーラムによる提案を行ってきた。まず、BEPS プロジェクトについては、G7 及び G20 での支持と協力を得て、OECD/G20 BEPS プロジェクトとして強力に推進されてきた。次に、グローバル・フォーラムについては、いわゆるタックス・ヘイブンを含む各国の情報交換の法制・執行の両面からピア・レビュー（相互審査）を行うことにつき合意がされた。そして、2010 年 3 月に米国で「外国口座税務コンプライアンス法（FATCA）⁷¹」が成立したことを受け、グローバル・フォーラムは、2013 年 11 月に「自動的情報交換グループ」を設立し、2014 年 2 月には非居住者に係る金融口座情報を税務当局間で自動的に交換するための国際基準である共通報告基準（CRS : Common Reporting Standard）を公表している。

さらに、近時においては、企業の社会的責任の一環としての納税義務を明確化した「OECD コーポレート・ガバナンス原則」や「OECD 多国籍企業行動指針」の見直しが行われている。以上のような OECD 租税委員会等の活動状況を踏まえつつ、以下、①国際的租税回避行為の現状、②BEPS プロジェクト最終報告書、③我が国における BEPS プロジェクト最終報告書への対応を説明する。なお、OECD 等における「租税回避」との用語は、「アグレッシブ・タックス・プランニング」、「タックスプランニング」、「節税」を含むものであり、本研究報告において検討した我が国における議論とは必ずしも一致していないことに留意が必要である⁷²。

⁷¹ 米国市民による外国金融機関の口座を利用した脱税を防止する目的で、米国居住者の海外銀行口座の情報の提供を金融機関に義務付ける法律のこと。

⁷² 本庄資「濫用的国際租税回避の防止規定の必要性」租税研究 796 号 173 頁（2016）

1. 国際的租税回避行為の現状

リーマンショック後の世界的な景気低迷により、各国の財政状況が悪化したことを受け、各国がより多くの税負担を求めている中で、欧米を中心とする多国籍企業が、国際的な税制の隙間や抜け穴を利用したタックス・プランニングを行うことにより、その活動実態に比して著しく低い租税負担にとどまる、いわゆる二重非課税の問題が広く知られることとなり、大きな社会問題となった⁷³。粗い試算ではあるが、グローバルな法人税収の逸失は、全世界の法人税収の4%から10%、すなわち毎年1,000億ドルから2,400億ドルと見積もられている⁷⁴。その背景には、企業が調達、清算、販売、管理等の拠点をグローバルに展開して、電子商取引も急増するなど、グローバルなビジネスモデルの構造変化が進む中で、この構造変化に各国の税制や国際課税ルールが追いつかず、多国籍企業の活動実態とルールの間にずれが生じていたことが指摘されている⁷⁵。

以上を裏付けるものとして、1995年から2014年までの20年間における「国際課税を取り巻く経済環境の構造変化⁷⁶」に関する分析（平成28年5月26日税制調査会会議資料）がある。これによれば、上記期間において世界全体の名目GDPは約2.5倍に拡大したが、中国、インド等の新興国・途上国の名目GDPは、世界全体の名目GDPの伸びを上回るペースで拡大した。その結果、世界経済に占める新興国・途上国の割合は2割から4割に拡大した。また、クロスボーダーの直接投資残高は、過去20年間で約11倍に、世界全体の名目GDP比では約10%から約50%に拡大し、投資実施国と投資受入国に係る構造変化も同時に生じた。具体的には、1995年時点では、対GDP比で相対的に高い対内直投（投資受入）残高を有していた国は主として資源国、対外直投（投資実施）残高を有していた国は先進国であり、また、直投受入・実施の残高が各国のGDPを上回ることはなかった。しかし、2014年においては、経済規模の小さな国・地域が主要な対内直投受入国、対外直投実施国として資産・負債両建てで名を連ねるとともに、その額は名目GDPを遥かに上回る規模に達している。

さらに、過去30年間、オフショア・センター⁷⁷の銀行拠点は、ほぼ一貫して世界最大の対外負債（預金等）残高を有しており、2015年3月現在、4.3兆ドルの預金等を域外から受け入れている。また、大きな経済的付加価値の源泉である知的財産等の国境を越えた使用料の受取額は、過去20年間で約7倍に拡大した。オランダ

⁷³ 浅川雅嗣「BEPSプロジェクトの軌跡と展望」会計・監査ジャーナル28巻4号57頁（2016）

⁷⁴ 平成27年10月23日税制調査会（第24回総会）議事録4頁

http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/zeicho/2015/_icsFiles/afieldfile/2016/02/15/27zen24kai.pdf

⁷⁵ 田中琢二＝青山慶二「[新春座談会]BEPS行動計画について」租税研究796号7頁〔田中琢二発言〕（2016）

⁷⁶ 平成28年5月26日税制調査会（第7回国際課税ディスカッショングループ）会議資料〔平28.5.26際D7-1〕<http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/discussion1/2016/28dis17kai.html>

⁷⁷ BISの定義に基づき、当該国の経済規模に不釣り合いな規模の非居住者との外貨建て取引を行っている金融セクターを有する国・地域を指すとされている。

及び英国では、自国居住者がほとんど特許を出願しておらず、研究開発費の対 GDP 比も他の主要国と比して低水準であるにもかかわらず、世界トップレベルの知的財産使用料受取国となっているとの分析結果もある。

以上のことから、国際的な経済環境の構造的な変化として、企業がグローバルに活動していることに加えて、グローバル経済のプレイヤーとして途上国が台頭してきていること、導管地を通じた活動が増加していること及び知的財産の重要性が高まっていること等が指摘されている。そして、この指摘は、対内・対外直接投資残高の上位国の投資優遇税制⁷⁸に誘引され、「実質的な経済活動とは関係の薄い第三国」を導管のように経由するクロスボーダー取引の拡大傾向を裏付けるものと言える。

なお、直投経由地となる第三国は、法人税の表面税率だけを見れば決して軽・無課税国ではない場合もあるが、様々な税制を組み合わせることで、第三国を経由しない場合に比べ、企業・投資家の実質的な税負担を相当程度軽減できる⁷⁹仕組みが可能となる。単に所得を軽課税国に移転させるのではなく、各国の投資優遇税制を織り込んだ複雑な仕組みを組成し、全世界ベースでの所得に対する税負担軽減を図るという点が、大規模多国籍企業による国際的租税回避行動の特徴と言える。

⁷⁸ 投資優遇税制の例として、直接投資先である関連会社からの配当や、当該関連会社の株式譲渡益は非課税とする資本参加免税、知的財産権から生じる利益への法人税を軽減するパテントボックス税制、自国から非居住者に支払われる配当の源泉非課税とする支払配当源泉免税等がある。

⁷⁹ 平成 28 年 5 月 26 日税制調査会（第 7 回国際課税ディスカッショングループ）議事録 3 頁 - 5 頁
http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/discussion1/2016/__icsFiles/afieldfile/2016/07/11/28dis17kai.pdf

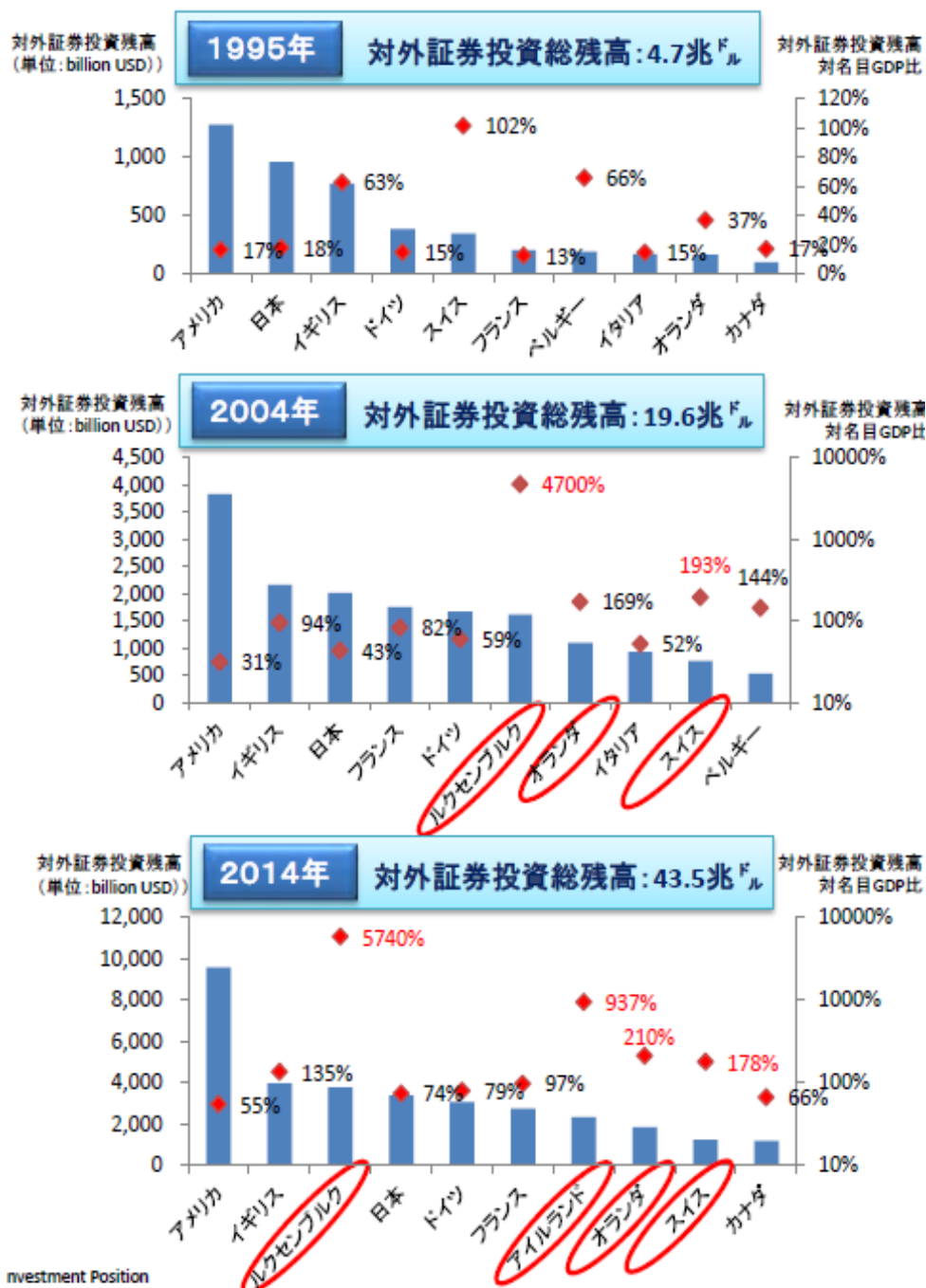
なお、会議資料〔平 28. 5. 26 際 D7-1〕 9 頁も参照

<http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/discussion1/2016/28dis17kai.html>

【対内証券投資受入残高上位 10 か国・地域の顔ぶれの変化（1995 年-2014 年）】



【対外証券投資実施残高上位 10 か国・地域の顔ぶれの変化（1995 年-2014 年）】



【出典：平成 28 年 5 月 26 日税制調査会（第 7 回国際課税ディスカッショングループ）会議資料〔平 28.5.26 際 D7-1〕 16-17 頁】

2. BEPS プロジェクト最終報告書

(1) BEPS プロジェクト発足と制度設計のアプローチ

多国籍企業のグループ会社間での自由な機能移転や無形資産・資本の移動は、価値創造の場ではなく軽課税国において所得を生み出すことを可能とし、伝統的な国際課税ルール適用では「二重非課税」や「価値創造の場と納税の場のかい離」が生じることとなったため、これらの問題に対処するために、OECD 租税委員会、2012 年 6 月に BEPS プロジェクトをスタートさせた。

その後、2013 年 7 月には「税源浸食と利益移転 行動計画 (Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting)」(以下「BEPS 行動計画」という。)を公表し、OECD と G20 の共同プロジェクトとして OECD/G20 BEPS プロジェクトを発足させ、BEPS 対策措置を効率的に実現させるための体制整備を進めることになった。

BEPS 行動計画は、①国境を越えて事業を展開する企業活動に係る国内の課税ルールの整合性の確保 (Coherence : 整合性)、②企業行動の実態に即した課税ルールの再構築 (Substance : 実質性)、③透明性があり、確実で、予測可能性のある国際課税ルールの策定 (Transparency : 透明性)、という三つの目的に沿って、OECD・G20 以外の諸国の参加も得て約 2 年間、勧告案が検討され、最終的に、BEPS 最終報告書が合意文書として公表された。

(2) BEPS 最終報告書の概要

BEPS プロジェクトは、諸課題の解決に向けた 15 の行動計画をまとめた最終報告書が、2015 年 10 月にペルーで開催された G20 財務大臣会合に提出され、同年 11 月にトルコで開催された G20 サミットにおいて首脳宣言の中で支持され、プロジェクトとして一応の終了を見た。

BEPS 最終報告書に取りまとめられた 15 の行動計画は、①価値創造の場での課税という観点からの国際課税原則の再構築 (行動計画 1～10)、②各国政府・グローバル企業の活動に関する透明性の向上 (行動計画 11～13) 及び③企業の不確実性の排除と予見可能性の確保 (行動計画 14、15)、の大きく三つの柱に分類することができる⁸⁰。

そして BEPS 最終報告書は、各行動計画の規範性、すなわち各国にコミットメントを要請するレベルとして、三つのカテゴリー (①ミニマム・スタンダードの提示 : 最低基準として採用を求めるもので、内容が具体的であることから規範性が最も高いとされる項目、②共通アプローチの提示及び既存の課税ルールの見直し : 各国の法制間の不調和を統一する方向を示すもの及び「経済活動・価値創造の場」へ課税権を与える理念である、③ベストプラクティスの提示 : 各国の既存制度間にばらつきが多く、統一施策に誘導することが困難と考えられる項目であ

⁸⁰ 浅川・前掲注 73) 57 頁

り、最も規範性が弱いカテゴリー)⁸¹を設けて、対応する国内法の整備を各国に委ねている。

なお、BEPS 最終報告書においては、租税回避対抗措置としての一般否認規定の整備そのものは掲げられていない。

⁸¹ 青山慶二「BEPS プロジェクト最終報告書の総括と今後の展望」21 世紀政策研究所編『グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方』4 頁（2016） <http://www.21ppi.org/pdf/thesis/160707.pdf>

【BEPS 最終報告書の概要】

行動計画		勧告内容	規範性	我が国の対応
1	電子商取引課税	電子商取引等の電子経済に対する直接税・間接税の課税上の課題への対応	課題の提示のみ	消費税については平成 27 年度税制改正で対応済み
2	ハイブリッド・ミスマッチ取極めの効果の無効化	複数国間における税務上の取扱いの差異（ハイブリッド・ミスマッチ）の効果を無効化するため、国内法上・租税条約上で措置	共通アプローチ	平成 27 年度税制改正で対応済み
3	外国子会社合算税制の強化	軽課税国等に設立された外国子会社を使った BEPS を有効に防止するため、適切な外国子会社合算税制を設計	ベストプラクティス	平成 29 年度税制改正で対応予定
4	利子控除制限	相対的に税負担の軽い国外関連会社に過大に支払われた利子について損金算入を制限するルールを検討	共通アプローチ	与党の平成 29 年度税制改正大綱補論で、中期的に取り組むべき事項に位置付け
5	有害税制への対抗	各国優遇税制の有害性を経済活動の実質性から判定するための新基準及び制度の透明性を高めるための新基準を検討	ミニマム・スタンダード	既存の枠組みで対応
6	租税条約の濫用防止	条約漁り（第三国の居住者が不当に条約の特典を得ようとする行為）を始めとした租税条約の濫用を防止するため、OECD モデル租税条約の改定及び国内法の設計	ミニマム・スタンダード、既存の課税ルールの見直し	租税条約の拡充（含行動計画 15）の中で対応
7	恒久的施設（PE）認定の人為的回避の防止	PE 認定の人為的な回避に対処するため OECD モデル租税条約の PE の定義について修正	既存の課税ルールの見直し	租税条約の拡充（含行動計画 15）の中で対応

行動計画		勧告内容	規範性	我が国の対応
8-10	移転価格税制と価値創造の一致	以下の対応策を講じるため、OECD 移転価格ガイドラインの改訂等を検討 行動計画 8：適正な移転価格の算定が困難である無形資産を用いた BEPS への対応策 行動計画 9：グループ内企業に対するリスクの移転、過度な資本の配分等によって生じる BEPS の防止策 行動計画 10：その他移転価格算定手法の明確化や BEPS への対応策	既存の課税ルールの見直し	与党の平成 29 年度税制改正大綱補論で、中期的に取り組むべき事項に位置付け
11	BEPS 関連のデータ収集・分析方法の確立	BEPS による法人税収の逸失規模について、データの評価・指標の抽出・分析方法を策定		
12	義務的開示制度	プロモーター及び利用者が租税回避スキームを税務当局に報告する制度（義務的開示制度）	ベストプラクティス	与党の平成 29 年度税制改正大綱補論で、中期的に取り組むべき事項に位置付け
13	移転価格税制に係る文書化	共通様式に基づいた多国籍企業情報の報告制度	ミニマム・スタンダード	平成 28 年度税制改正で対応済み
14	相互協議の効果的実施	租税条約に関連する紛争を解決するためのより実効的な相互協議手続	ミニマム・スタンダード	対応済み
15	多国間協定の開発	世界で約 3,000 本以上ある二国間租税条約に BEPS 対抗措置を効率的に反映させるための多国間協定		多国間協定の策定に参加の意向を表明

2016 年 6 月の OECD 租税委員会京都会議において、BEPS プロジェクトは、より多くの国・地域が参加できるよう、「包摂的取組み」と呼ばれる取組が開始され、残された課題について対応するとともに、各国の BEPS 合意の実施状況を相互監視することが合意されている。

3. 我が国における BEPS 最終報告書への対応

我が国において、行動計画 2（ハイブリッド・ミスマッチ取極めの効果の無効化）及び行動計画 13（移転価格税制に係る文書化）への対応は、それぞれ平成 27 年度税制改正（外国子会社配当益金不算入制度の見直し）及び平成 28 年度税制改正（多国籍企業の企業情報の文書化）により手当されている。

今後国内法による改正が見込まれる項目としては、行動計画 3（外国子会社合算税制の強化：平成 29 年度税制改正で対応予定）、行動計画 4（利子控除制限過大支払利子税制）、行動計画 8-10（移転価格ルール）、行動計画 12（義務的開示制度）がある。しかし、欧米企業に比べて我が国の多国籍企業は、実効税率のマネジメントに対して積極的ではないと言われている⁸²ことから、今後の国内法制化に当たっては、企業にとって過度の事務負担とならないこと、他国の多国籍企業との国際競争力維持に配慮することが経済界から要望されている⁸³。

⁸² 例えば、平成 28 年 5 月 26 日税制調査会・前掲注 79) 議事録 15 頁を参照。

⁸³ 日本経済団体連合会「BEPS プロジェクトを踏まえた今後の国際課税に関する提言」（2016）
<http://www.keidanren.or.jp/policy/2016/024.html>

また、日本租税研究協会が行った租研会員へのアンケートにおいても、「国際課税原則の新たな導入により、納税者や行政当局に過度な事務負担や費用負担を負わせないように十分配慮した制度とすべき」との意見が 63.5%、「国際課税については、不明確、不透明な分野が多いことから、日本企業が国際的な経済活動に活発に取り組めるように、予測可能で法的安定性のある制度にすべき」という意見が 54.5%となっている（日本租税研究協会「税制についての租研会員の意見調査結果」租税研究 804 号 68 頁（2016））。

【BEPS の勧告と我が国の対応】

	BEPS 勧告	我が国の改正の方向	経済界の要望（経団連要望書）
行動計画 3	「価値が創造されたところで税金を払うべき」という原則から ・所得が生じた場所で経済実体がある場合、所得の生じた源泉地（子会社所在地）国での課税を優先する（能動的所得）。 ・投資活動のリターン等、可動性が高く、実際に所得が生じた場所ではなくとも所得を得られたであろう（＝経済実体がない）場合、最終的にリスクを負っている支配株主の居住地（親会社所在地）国での課税を優先する（受動的所得）。	日本の現行の「外国子会社合算税制」は、「トリガー税率」及び「適用除外基準」により、課税の有無が「all or nothing」で決まってしまうことから、外国子会社の所得の中に受動的所得が含まれていても日本で課税できないケースが生じる。したがって、日本としては、国際的な潮流を踏まえ、現行制度を抜本的に見直した上で、具体的に制度をどこまで変更するか、検討が必要である。	制度の抜本的な見直しの必要性については、既存の日本の制度におけるCFC（合算対象となる海外子会社）の適用判断の簡便性や納税者・課税当局の事務負担の軽減等のメリット、ビジネス実態に則していない適用除外基準等に基因する過剰合算（オーバーインクルージョン）、又は過少合算（アンダーインクルージョン）などのデメリットとの比較を含め、十分な検討を行うことが重要である。
行動計画 4	一定の所得を生み出すために通常必要な資金調達コストを超える規模で利払いを行っている企業については、超過分の利子（EBITDA比率（10～30％）の範囲で各国が設定）の損金算入を否認する。	日本の「過大支払利子税制」の閾値は現在 50％であり、厳格化が必要。また、適用対象や特別ルール等についても本勧告を踏まえた検討が必要である。	現行の我が国の制度に比べ、厳しい内容が勧告されると見込まれるが、企業の実態を踏まえた適切な利子控除限度額の水準を設定するとともに、企業のキャッシュマネジメント機能に対して十分に配慮することが必要である。

	BEPS 勧告	我が国の改正の方向	経済界の要望（経団連要望書）
行動計画 8～10	「価値が創造されたところで税金を払うべき」との原則を踏まえ、無形資産を中心に、「価値創造の場」と「所得が生じる場」とが一致するよう「移転価格ガイドライン」を整備する。	無形資産を用いた BEPS に対抗する「所得相応性基準」や IGS（Intra Group Services：グループ内役務提供サービス）の費用・収益を対応させる措置等の導入可能性についての検討が必要である。	無形資産の定義その他適用条件の明確化を含め、慎重な検討が必要。リスクの支配についても重要性基準を設け、移転価格分析が過度に複雑化しないことが望ましい。
行動計画 12	「企業の活動に関する透明性向上」の観点から、プロモーター及び利用者が租税回避スキームを税務当局に報告する制度（義務的開示制度）を勧告、これにより、租税回避行為をけん制・抑止するとともに、新たな租税回避スキームに速やかに対応できる。	勧告の内容を踏まえ、義務的開示制度の導入の可否を検討する必要がある。	他の開示ルール（事前ルーリング制度、協力的コンプライアンス等）との関係について十分に整理し、タックス・プランニングの報告義務を我が国においても導入する場合には、報告義務をプロモーターに課すべきである。

ここでは、今後国内法による改正が見込まれる項目のうち、行動計画 3（外国子会社合算税制の強化）については平成 29 年度税制改正で対応が予定されていること、また、行動計画 12（義務的開示）についてはプロモーターとなり得る会員にとって関心事であると思われることから、その概要を紹介する。

（1）外国子会社合算税制（Controlled Foreign Company Rules：CFC 税制）の強化（行動計画 3）

BEPS 最終報告書では、CFC ルールについて、現状において各国にばらつきがあ

り、また、各地域によりルールが多様であることを認めた上で、CFC 税制に関し以下の方法を提示の上で、六つの構成要素について複数の方式が勧告されている（パラグラフ 2）。また、この勧告は、特定の制度の採用が義務付けられるのではなく、ベスト・プラクティスの方式（最も規範性が弱いカテゴリー）によるものである。

六つの構成要素のうち最も重要なものは対象所得の定義に関するもので、(a) 合算所得の特定方法と (b) 合算に関する考え方が問題となる。

(a) 合算所得の特定方法としては、(ｱ)CFC の稼得する所得の性質ごとに合算対象か否かを判断する類型分析、(ｲ)CFC が実質的な経済活動を行っているか否かを判断する実質分析、(ｳ)CFC の所得のうち、アクティブな事業を行うために利用した資産に投下された資本を基に算出する通常所得を超える部分を合算対象とする超過利潤分析の三つが示されている。

(b) 合算所得の特定方法に関する考え方としては、(ｱ)所得・取引単位で合算を判断するインカムアプローチ（トランザクショナルアプローチ）と、(ｲ)事業体単位で判断するエンティティアプローチがある。合算所得の特定方法として類型分析をベースとすれば、合算の考え方としてはインカムアプローチに、また、合算所得の特定方法として実質分析をベースとすれば、合算の考え方はエンティティアプローチになると整理される⁸⁴。

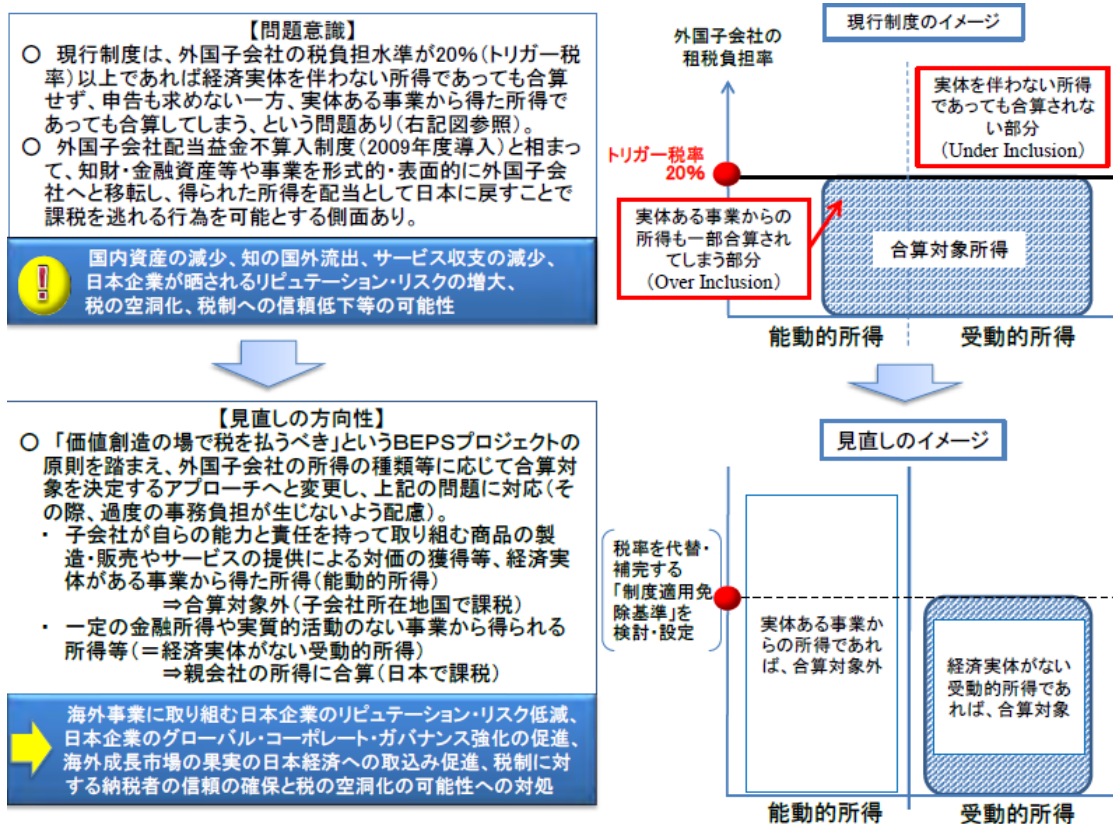
我が国の CFC 税制は、エンティティアプローチをベースとしつつも、適用除外基準を満たす場合であってもインカムアプローチにより資産性所得を合算するハイブリッド型となっている。現状制度については、以下の図にあるとおりトリガー税率を上回る外国関係者が一律適用除外としている一方で、適用除外判定により実体ある企業が合算課税されてしまうことへの対応を検討することが課題とされ、BEPS 最終報告書の内容を踏まえ、平成 29 年度税制改正で見直すこととされた。

現行の CFC 税制を見直す視点として、①所得が生じた場所で実質的な経済活動が行われている場合（能動的所得）には合算しない、②実質的な事業活動を伴わない資本・知的財産の提供等のみで所得を得られる場合（受動的所得）には原則として合算するということが示されている。その際の留意点として、租税回避リスクを効果的に抑えつつ、過度な事務負担を生じさせないよう制度適用免除基準を設けること、能動的所得と受動的所得の判定のために超過利潤アプローチを検討すること及び健全な事業活動を行う外国子会社の企業の活動を意図せずして阻害することがないよう外国子会社の実態を把握することなどが挙げられている⁸⁵。

⁸⁴ 田中＝青山前掲注 75) 13 頁 - 14 頁。

⁸⁵ 税制調査会「『BEPS プロジェクト』の勧告を踏まえた国際課税のあり方に関する論点整理」（2016）

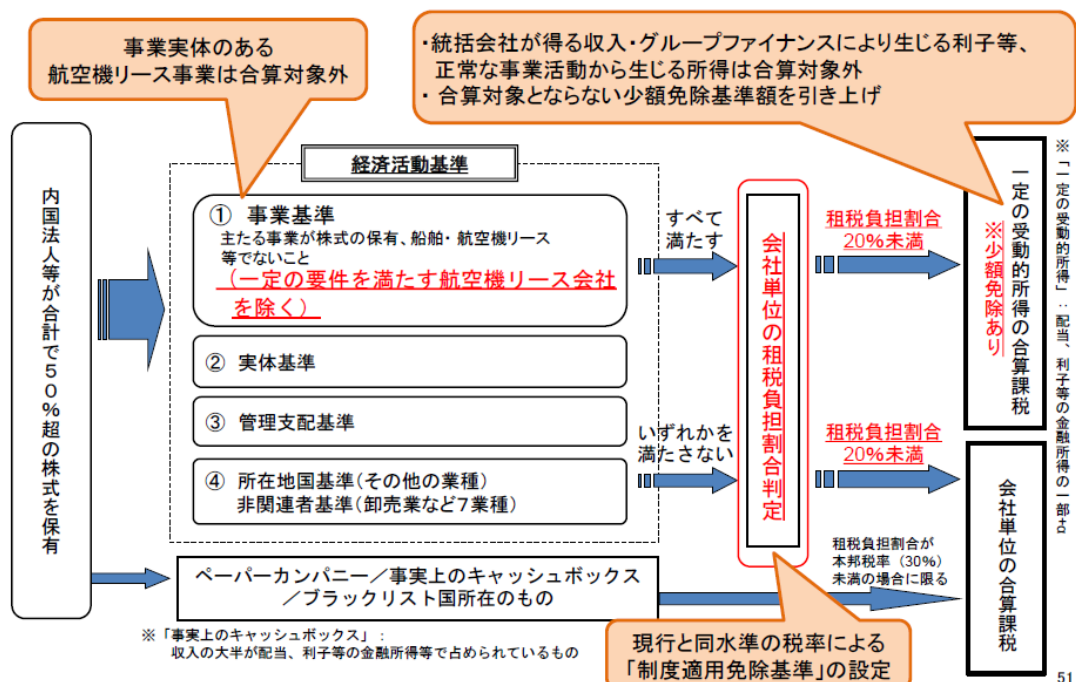
【外国子会社合算税制 見直しの方向性】



【出典：平成 28 年 10 月 25 日税制調査会（第 5 回総会）会議資料〔総 5-4〕 7 頁】

平成 29 年度税制改正では、合算課税の所得を、①会社単位の合算制度、②特定の外国関係会社（ペーパーカンパニーやキャッシュ・ボックス、情報交換協定のない地域に所在する会社）に係る会社単位の合算課税制度、③一定所得の部分合算課税制度、の三つに区分して計算し、納税者の事務負担軽減措置として、それぞれの適用においては、子会社の居住地国の租税負担割合の基準を設けて、制度適用免除基準としている。

【改正後の外国子会社合算税制の全体像】



【出典：平成 28 年 12 月 8 日経済産業省経済産業政策局企業行動課「経済産業関係：平成 29 年度税制改正について」51 頁】

(2) 義務的開示制度（行動計画 12）

BEPS 最終報告書では、潜在的な租税回避スキームに係る情報を速やかに入手し、当該スキームやその利用者・プロモーターを適時に把握し、かつ、利用等の抑止力が働くことを目的として、納税者が租税回避スキームを税務当局に報告する義務的開示制度の立案等が勧告されている（パラグラフ 12）。その検討過程では、既に同趣旨の制度を導入している米国、英国、カナダ、アイルランド、南アフリカ、ポルトガル、イスラエル及び韓国の経験が参考とされたようである⁸⁶。

当該勧告内容は、主に、(a)義務的開示制度のない諸国が租税回避スキーム等の情報を速やかに収集する体制を構築するために、開示義務者、開示内容、開示手続等の項目について複数の選択肢を提示し、各国が自国の法体系の下で最適な様式を選択することを認めること（モジュラー方式）、及び(b)各国の税務当局間において義務的開示制度で収集された情報を交換する枠組みに関するものである。なお、当該勧告は、特定の制度の採用が義務付けられるのではなく、ベスト・プラクティスの方式によるものである。

義務的開示制度として盛り込むべき内容は、まず、(ア)開示義務者としては、プロモーター及び納税者の両方とするか、又はプロモーター若しくは納税者のい

⁸⁶ 税制調査会・前掲注 85) 6 頁

ずれかとするか、また、(イ)開示対象取引としては、閾値を設けず一定の開示基準（ホールマーク）を設けて当該基準に該当するものを対象とするか、閾値テスト（租税便益を用い、租税回避かどうかを判定）及び開示基準に合致する全ての取引を対象とするか、さらに、(ウ)開示基準としては、守秘義務や成功報酬の定めがあるスキーム等を包括的に対象とするか、損出しスキームやリーシング・アレンジメント等の特定の濫用的な取引を対象とするか等がある⁸⁷。なお、義務的開示制度は、一般否認規定と相互補完関係にあるとし、当該制度により開示された租税回避スキームに対して一般否認規定により税務当局が直ちに対処することを可能とし、同時に義務的開示制度の抑止効果を高めることができると考えられている（パラグラフ 35）。

この点につき、我が国においては、BEPS 最終報告書における前述の議論を踏まえ、政府税制調査会は、「開示対象取引の基準設定に当たっては、制度目的を効果的に達成しつつ、過剰な事務負担等をプロモーター及び納税者に与えないよう、何らかの客観的な基準を用いて開示対象となるスキームを特定する」ことなどに留意しつつ、既存の情報開示制度との関係を含めて検討すべきとしている⁸⁸。また、義務的開示制度は一般否認規定と相互補完にあり、義務的開示制度により開示された租税回避行為に対して、直ちに一般否認規定により税務当局が処分することで、抑止効果が高められるという考えについては⁸⁹、一方で「少なくとも、GAARの導入がMDR(義務的開示制度)導入の前提とは言えないことは間違いない。」との説明もある⁹⁰

以上のとおり、我が国において義務的開示制度を導入するに当たっては、既存の情報開示制度との関係性を検討しつつ、税務当局が取引情報を得る必要性と納税者のコンプライアンスコストとのバランスについて検討することが重要になると思われる。

4. おわりに

以上見たとおり、租税回避防止への国際的な取組として、BEPS プロジェクトが新たな国際的な課税ルールの中核を提供し、G20 の主要なアジェンダとなったことは、高い評価を与えられるべきであろう。

しかしながら、有害税制の審査基準を整備し、法制度の改正により二重非課税を排除し課税していくことは、所得の源泉地国の課税権の発動を強制することであり、

⁸⁷ 経済産業省委託調査報告書「BEPS を踏まえた各国動向及び日本企業の対応に関する調査（TMI 綜合法律事務所）」145 頁（2016）

http://www.meti.go.jp/policy/external_economy/toshi/kokusaisozei/2015report.html

⁸⁸ 税制調査会・前掲注 85) 6 頁

⁸⁹ 平成 28 年 10 月 25 日税制調査会（第 5 回総会）会議資料〔平 28.10.25 総 5-4〕17 頁

⁹⁰ 緒方健太郎「BEPS プロジェクト等における租税回避否認をめぐる議論」フィナンシャル・レビュー126 号 221 頁（2016）

行き過ぎた開示義務の強制は、投資先国の課税権を強化する一方で、企業の国際競争力を削ぐことにもなり得る。税制における司法制度が未発達な国においては、新たな開示制度の導入や一般否認規定の立法化は、投資国としての不確定要因を高めることには留意すべきであろう。

BEPS 最終報告書に基づく我が国の税制改正においても、自国企業の国際競争力の維持の観点と、外国企業の国内投資への影響も考慮の上、バランスの取れた制度の構築が検討されることが望まれる。

V <補論 2>一般否認規定に関する考察

「Ⅲ 現行の行為計算否認規定に関する近時の裁判例と実務上の留意点」で検討した IBM 事件・ヤフー事件及び「Ⅳ <補論 1>BEPS プロジェクト等の動向と我が国における対応状況」で検討した国際的動向に係る議論等を受けて、我が国においても一般否認規定（GAAR）の整備を検討すべきという見解が示されている⁹¹。それらの見解の中で特定の一般否認規定の在り方が示されているわけではないが⁹²、その背景には、英国の 2013 年財政法における包括型濫用対抗規則やドイツの租税基本法 42 条のような規定が想定されているものと思われる⁹³。そこで本章においては、近時において議論されている一般否認規定の内容、その必要性及び検討すべき課題について、一般否認規定を 2013 年に設けた英国の状況を参考に確認しておきたい。

1. 一般否認規定導入の必要性和懸念

近時において、一般否認規定（GAAR）を設けることが望ましいとする主張が散見されるようになったが、当該論者の根拠は以下のとおりである。

①近時の租税訴訟において、法律上の規定なく個別規定を否認することは、予見可能性や法的安定性を害するという理由で課税処分が取り消された場合があることを挙げ、租税回避の要件を明確にした租税回避否認規定の不存在がその原因であるとされること、また、②税負担の公平性、③企業の競争条件の公平化、④税収確保及び⑤優秀な人材が租税回避の分野に投入されることが人的資源上の無駄を生じさせている、ことなども挙げられている⁹⁴。

しかし、一般否認規定は、その性質上、否認要件が一般的・抽象的にならざるを得ず、課税要件の解釈等について税務当局による拡大解釈や恣意的な運用のおそれが否定できない。この点は昭和 37 年度税制改正において、国税通則法に租税回避行為の禁止等の規定の創設が見送られた理由でもある⁹⁵。また、一般否認規定を設けるとい

⁹¹ 森信・前掲注 2）5 頁、阿部泰久「包括的租税回避否認規定創設に対する経済界の考え」フィナンシャル・レビュー 126 号 174 頁（2016）、本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討」租税研究 799 号 161 頁（2016）ほか。

⁹² 阿部・前掲注 91）では主に経済合理性を判断基準とする具体的提案がなされている。

⁹³ ドイツの租税基本法 42 条は、「法の形成可能性の濫用により、租税法律を回避することはできない。租税回避の防止のための個別租税法律の規定の要件が充足される場合には、当該規定によって法効果が決定される。それ以外の場合において、第 2 項に規定する濫用が存在するときは、租税請求権は、経済事象に適合する法的形成をした場合に成立するのと同じく成立する。」とする。谷口勢津夫『租税回避論』262 頁（清文社 2014）

⁹⁴ 森信・前掲注 2）。なお、G7 各国のうち GAAR のない国は我が国のみであるが、BEPS 最終報告書において GAAR を設けることは盛り込まれなかったため、GAAR の導入は BEPS 最終報告書による拘束力があるわけではないものの、国際的な状況も踏まえた議論が必要になるものと思われる。また、「現場担当官に根拠規定がないまま租税回避行為があったという事実認定を行い、これに課税すべしとしてその判断を一任することは租税法律主義に反する恐れがあるだけでなく、担当官にとってかなりの精神的負担になっている」との指摘がある。川田剛『節税と租税回避』379 頁（税務経理協会 2009）

⁹⁵ 荒井勇ほか編『国税通則法精解 平成 28 年改訂』26 頁（大蔵財務協会・2016）を参照。

うことで問題が解決するわけではなく、仮に一般否認規定を導入しても、否認の要件は一般的・抽象的にならざるを得ず、その解釈・適用をめぐる法的紛争が生ずるため、問題はやはり司法的な対応に委ねざるを得ない⁹⁶、との批判もある。

これに対して、一般否認規定導入を積極的に認める理由として、個別否認規定だけでは訴訟等に至る徴税コストが増大することを挙げる論者もいる⁹⁷。当該主張の根拠を検証すべく、国税庁が毎年公表している「国税庁レポート⁹⁸」の資料編にある法人に関する税務調査統計、海外取引に関する調査及び異議申立て等の件数に関する調査データを用いて、平成 17 年から平成 26 年までの 10 年間の動向（表 1 ないし表 4 参照）を見ると、そこからは、法人全般の申告漏れの所得額及び追徴税額がいずれも減少傾向にあることが分かる（表 1）。これらの減少は、平成 23 年以降の調査件数の減少⁹⁹によることが原因と推測される（表 2）。一方、海外取引に関して、不正による申告漏れ件数及び所得額がともに増加傾向にある（表 3）が、これは個別否認規定を適用した処分の効果であると評価することもできる。そして、権利救済の状況（表 4）からは、平成 17 年当時と比較し、異議申立て、審査請求及び訴訟のいずれもが減少しており、これらのデータを見ると「個別否認規定だけでは訴訟等に至る徴税コストが増大する。」との主張を必ずしも裏付ける結果とはなっていないように思われる¹⁰⁰。加えて、今日の我が国には、1970 年代以降の米国で見られたように、タックスシェルターの増加やそれによる国民の税制への信頼の低下といった深刻な事態は生じていないとの指摘もある¹⁰¹。

⁹⁶ 中里実『タックスシェルター』183 頁（有斐閣 2002）

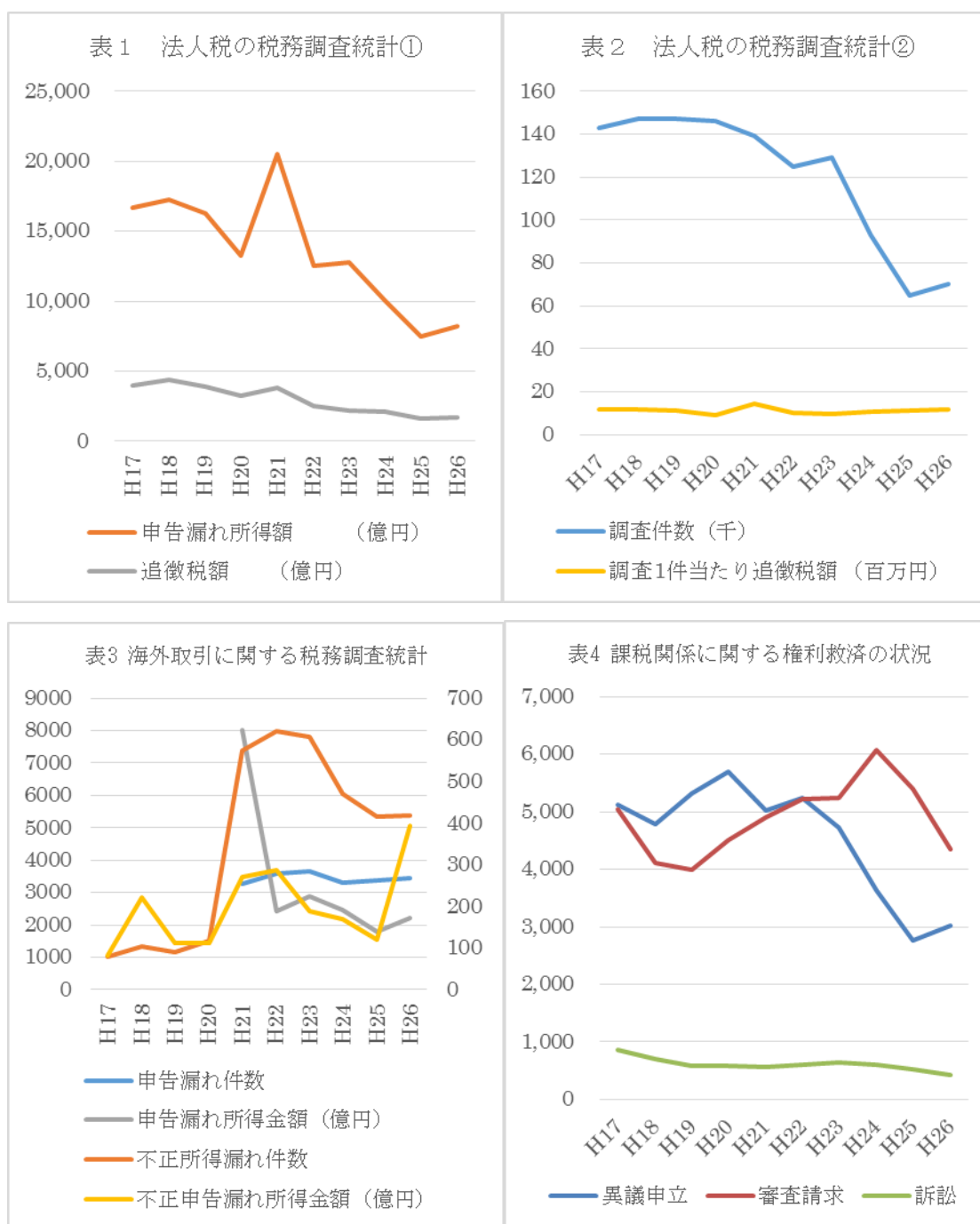
⁹⁷ 松丸憲治「租税回避に対する法人税法 132 条等の行為計算否認規定のあり方」税大論叢 51 号 426 頁（2006）

⁹⁸ <https://www.nta.go.jp/kohyo/katsudou/report/report.htm>

⁹⁹ 平成 23 年税制改正により、課税処分をする場合には白色申告についても理由付記が必要となったことが、調査件数減少の原因であるものと推測される。

¹⁰⁰ なお、「昭和 30 年代当時、税務調査等による処分のうち異議申立や不服審査で取消された件数が毎年 1 万 5 千件以上もあった。」とのことであり、国税通則法における租税回避行為の禁止等の規定の創設が提案された昭和 36 年当時からは状況が大きく異なるとの見解もある。岡直樹「英国のアーロンソン報告書と GAAR」フィナンシャル・レビュー 126 号 128 頁（2016）

¹⁰¹ 岡村忠生「一般的租税回避否認規定について—否認理論の観点から」ジュリスト 1496 号 49 頁-50 頁



2. 英国の一般否認規定

我が国における一般否認規定導入の是非をめぐり、一般否認規定を導入した諸外国における議論の状況を根拠とするものも多く見受けられるため、ここでは、英国の2013年財政法第5編における包括型濫用対抗規則（Finance Act 2013 Part5 General Anti-Abuse Rule）の運用上の議論等について検討する。

そこで、まず、従来から租税法規の厳格解釈が求められる傾向が強い英国の租税回

避に対する対抗措置制度の概要を説明する。

当該制度の特徴は三つあり、①一般否認規定の対象となる取引を「濫用」(Abuse)としたこと、②ガイダンスが公表されていること及び③アドバイザリーパネルが設けられ、裁判所等に尊重義務を課していることである。一般否認規定導入の基礎となったアーロンソン報告書¹⁰²によると、対象となる取引が「濫用」に限定されたのは、「広範囲に適用される一般否認規定 (General Anti-Avoidance Rule)」は、「英国の産業競争力や真っ当なタックス・プランニングを損なうことになる可能性があり、これを避けようとするのであれば、予測可能性を担保する等のため事前確認制度 (クリアランス) を併せて整備する必要がある」が、これは「納税者にとっても当局にとっても事務負担を強いるものであり、また、HMRC (英国内国歳入関税庁) に何が真っ当なタックス・プランニングに該当するかについての事実上の裁量権を与えることになるから¹⁰³」であった。

英国では、これに加え、租税回避に対する対抗措置制度として、タックスプロモーターに対する情報開示義務の規定も存在する (Disclosure of Tax Avoidance Schemes : DOTAS)。

以下、それぞれの対抗措置制度のポイントにつき説明する。

(1) 対象となる取引等

英国の一般否認規定は、包括型濫用対抗規則 (General Anti-Abuse Rule) である (206 条)。具体的には、「濫用的な租税取極めがあった場合、当該取極めから生じたであろう租税利益 (tax advantage) は調整 (adjustments) により対抗される。」(209 条 1 項) とする。当該「濫用的な租税取極め」とは、以下の状況等を総合的に考慮したとき、ある租税取極め (tax arrangements) が適用される租税規定との関係において合理的な一連の行為 (a reasonable course of action) であると、次のことから考えることができない場合をいう。(207 条 2 項)

- ① 当該取極めの結果が、当該規定が立脚する原則 (principles、明示的か黙示的かを問わない。) や当該規定の政策目的と矛盾していないかどうか。
- ② そのような結果を達成するためのステップが、一つないしそれ以上の仕組みられた又は通常とは異なるステップを含んでいないかどうか。
- ③ 当該取極めが、当該規定の不備を利用することを意図したものであるかどうか。

(2) 一般否認規定の必要性

アーロンソン報告書によれば、目に余る租税回避に対する嫌悪感が広く企業関

¹⁰² 岡・前掲注 100) 107 頁以下。また、本稿は同稿を参考にした。

¹⁰³ 岡・前掲注 100) 114 頁。

係者や実務家の間にある（パラグラフ 4.6～4.10）中で、英国の裁判所で顕著であった「租税法規の厳格な文言解釈と二義的に解釈可能な場合、納税者有利に解釈する原則の存在は、租税回避の試みを許すことにつながった。」（パラグラフ 3.8～3.13）との指摘があるが、また一方では、「濫用的なスキームを阻止するために裁判所がいくつかの事件では租税法規の拡張解釈をいとわなかったとする批判」（パラグラフ 3.12～3.13）があったことから、紛争事件に相当程度の不確実性が生じることになったため、「濫用的なスキームに特に的を絞った GAAR は、拡張解釈のリスク及びこれが引き起こす不確実性を軽減する。」（パラグラフ 1.7）と考えられたものであった。また、一般否認規定を設けることで、法の抜け穴が生じることをおそれる余り租税法規が複雑・膨大になることを防ぎ、将来的に税法の簡素化につながることも期待されていたようである¹⁰⁴。

(3) ガイドランスの公表

一般否認規定の解釈・適用について説明する GAAR ガイドランス¹⁰⁵については、内国歳入関税庁（HMRC：HM Revenue and Customs）が作成するが、定期的にアドバイザリーパネルによってレビューされることになっている。

ガイドラインの構成は以下の五つであるが、実際の運用面でのポイントは Part E に記されている。

Part A - purpose and status of the guidance

Part B - summary of what the GAAR is designed to achieve and how it operates to achieve it

Part C - specific points

Part D - Examples

Part E - GAAR procedure

(4) 対抗措置（否認）に関する手続規則（schedule 43）

HMRC の職員は、別表 43（schedule 43）の手続を完了しない限り、本条の規定に基づく対抗措置等の手続をとることができないとされている（209 条 6 項）。別表 43 の手続の概要は以下のとおりである。

① HMRC の納税者への通知義務（パラグラフ 4、5）

対抗措置としての調整がなされるべきであることを文書により通知することが必要となる。また、当該通知文書に、租税取極めや租税利益の特定、当該調整を要する理由及び当該調整方法を提示し、さらに、納税者が 45 日以内に文書に

¹⁰⁴ 岡・前掲注 100) 114 頁

¹⁰⁵ General Anti Abuse Rule (GAAR) guidance (Approved by advisory Panel with effect from 30 January 2015)
<https://www.gov.uk/government/publications/tax-avoidance-general-anti-abuse-rules>

より陳述を行うことができる旨を伝えることが必要とされる。

② HMRC のアドバイザーパネルへの事案の付託義務（パラグラフ 5～11）

HMRC は、当該調整を行う場合、当該事案を GAAR アドバイザーパネルに付託し、当該調整を行うことについての意見を聞かなければならない。なお、アドバイザーパネルは、事案ごとに 3 名のサブパネルを構成し、付託事案の検討を行う。アドバイザーパネルのメンバーには課税庁の代表は含まれていない¹⁰⁶。

(5) 裁判所又は租税審判所における手続（211 条）

① HMRC の義務

HMRC は、包括的濫用対抗規則に関する裁判所又は租税審判所（裁判所等）の審理において、濫用的な租税取極めが存在すること及び対抗措置としての調整が妥当で合理的であることを立証しなければならない。

② 裁判所等の義務

裁判所等は、包括的濫用対抗規則に関する決定を行う場合には、対応する HMRC のガイダンスのうち、GAAR アドバイザーパネルにより承認されたもの及び GAAR アドバイザーパネルの意見（別表 43 パラグラフ 11 参照）を考慮する必要がある。ただし、「GAAR アドバイザーパネルの判断が裁判所の決定に優越するとか、法的拘束力を持つといったことを意味」¹⁰⁷するものではない。

ガイドラインでは、Part E の第 4 項で納税者の納税者権利保護手続の一つとして、アドバイザーパネル制度について説明されている。納税者は原則として自身の判断により、当該行為が一般否認規定の要件を充足しているか否かを判断しなければならない¹⁰⁸が、国税長官の指名により構成される独立の組織であるアドバイザーパネルも重要な役割を果たす。その役割は、当該行為が組み込まれている又は外されていることによって一連の合理的な行為としてみなすことができるか否か（the entering into or carrying out of which cannot reasonably be regarded as a reasonable course of action）に関する意見を、HMRC と納税者の双方に提供すること¹⁰⁹である¹¹⁰。アドバイザーパネルから提供される意見に法的な拘束力はない¹¹¹ことから、納税者がその意見に同意できない場合には司法手続によって争うことになる。

¹⁰⁶ 岡・前掲注 100) 122 頁

¹⁰⁷ 岡・前掲注 100) 120 頁

¹⁰⁸ HM Revenue and Customs (HMRC) General Anti Abuse Rule (GAAR) guidance (Approved by the Advisory Panel with effect from 30 January 2015 B15

¹⁰⁹ HM Revenue and Customs (HMRC) General Anti Abuse Rule (GAAR) guidance (With effect from 30 January 2015 – not subject to Advisory Panel approval) Part E – E4.2

¹¹⁰ 同 E4.3 もう一つの役割は、上記ガイダンス Part A から D に関し、承認手続をとることである。

¹¹¹ 同 E4.2.9

(6) DOTAS について

英国では、2004 年に、節税商品販売業者等による租税回避スキームの義務的開示制度（Disclosure of Tax Avoidance Schemes : DOTAS）が導入された。この制度は、一定のタックスプロモーターが結果として節税となるスキームをクライアントに提案しようとする時、又は、納税者が独自に節税となるスキームを導入しようとする際に税務当局に開示義務を課すことで行き過ぎた節税スキームに対して抑止力効果を期待するものである。

3. 我が国における一般否認規定導入の検討

租税法律主義による予測可能性・法的安定性を重視する立場からは、「新しい租税回避の類型が生み出されるごとに、立法府は迅速にこれに対応し、個別の否認規定を設けて問題の解決を図るべき」¹¹²と主張され、一方で、納税者の行う経済取引が租税法律主義における解釈論だけでは租税行政上かえって公平性を欠くとする立場からは、「立法論として、英米が採用している租税回避の可能性がある取引について報告義務を課すことや一般否認規定の導入を検討する上で意味がある。」¹¹³との主張がなされている。

先にも述べたが、昭和 36 年に租税調査会が「国税通則法の制定に関する答申及びその説明」を提示した際に、国税通則法に一般否認規定を取り込むことが想定されていた。そこでは、「租税回避行為を防止するためには、各税法において、できるだけ個別的に明確な規定を設けるよう努めるものとするが、諸般の事情の発達変遷を考慮するときは、このような措置だけでは不十分であると認められるので、上記の実質課税の原則の一環として、租税回避行為は課税上これを否認することができる旨の規定を国税通則法に設けるものとする。なお、立法に際しては、税法上容認されるべき行為まで否認する虞れないよう配慮するものとし、たとえば、その行為をするについて他の経済上の理由が主な理由として合理的に認められる場合等には、税法上あえて否認しない旨を明らかにするものとする。」として、一般否認規定の導入には納税者の予測可能性を担保しつつも、個別規定だけでは課税の公平性を維持できないとする考え方を明らかにしたが、当時の政治的経済的な背景から実現せず、その後も、判例や学説が十分でなく、また、納税者の課税に係る理解が深まっていないとの判断から法制化されることはなかった。

近時、経済活動が国際化複雑化しており、特に海外取引に関しては、各国の経済環境及び課税ルールも異なることから、個別否認規定だけでは対応が困難である状況も増加する可能性がある。そのため、不正取引等租税回避を意図した経済活動を制限するという抑止力的な効果を期待する意味で、一般否認規定の導入が俎上に載

¹¹²金子・前掲注 3) 129 頁

¹¹³今村・前掲注 6) 7 頁

せられることは考え得る。

しかしながら、その場合も、以下の点に留意して慎重に検討すべきであろう。すなわち、①最近において一般否認規定を導入した英国においても、一般否認規定の対象とする取引を租税利益以外の明確な目的がない「濫用」に該当する行為に限定したように、抑止的に規制する範囲は狭く限定されるべきであり、②立法過程で議論されたことを含め制度の趣旨目的はこれまで以上に明確であるべきであり¹¹⁴、③一般否認規定の条文だけでなく、納税者の予見可能性を担保するガイドライン等の整備や英国で導入された中立的なアドバイザリーパネルの設置など、当該経済活動を阻害又は萎縮させない制度も同時に創設する必要があるだろう。

¹¹⁴ 山川=岩品=吉村「企業の BEPS 対応を語りつくす（前）」税務弘報 64 巻 10 号 141 頁（山川博樹発言）（2016）