タックス・シェルターへの米国の規制と我が国への応用可能性

一高　龍司*

要　　約

本稿の目的は，租税回避に対する米国司法上及び立法上の対処の考察から，我が国での立法論上及び解釈論上の示唆を得ることである。米国における租税法解釈の基本的態度及び要件事実認定に当たっての私法との距離を確認した上で，米国租税回避判例法理の展開と近時の立法動向の整理・考察を通じ，この目的に接近した。近時の最高裁判決は，公平性を犠牲にするとは考えられない外国税額控除制度を政策税制と解して限定解釈を求め，組合経由の映画フィルムリースの事案では，未稼働とは認定されない映画フィルムを「事業の用に供していないもの」と解し，租税便益を否定した。文理解釈原則を揺さぶる最高裁のかかる姿勢を所与とすれば，効果的な対抗手段のあり方よりは，非文言解釈の限界を踏まえた租税法律主義の要請に適う対処の仕方を改めて問うことに意義があると考える。

米国では，我が国の租税法律主義の機能は，直接的には連邦憲法修正第５条のデュー・プロセス条項に求められるが，経済的実体的デュー・プロセスに関する司法府の消極姿勢を反映して，遡及立法の争点を除けば，租税法律主義の内在的要請に匹敵する法理について正面から争う連邦租税判例は発見できない。「法の支配」若しくは三権分立の要請から，あるべき租税法の解釈原則として文言解釈を演繹する議論も近時有力に主張され，連邦最高裁判所における一定の影響力が指摘されてはいるものの，事案ごとの妥当な解決を目指すコモンロー裁判の伝統から，立法経過ないし立法意図を含む文脈に重きを置いた非文言解釈が支持される傾向が強く，かかる解釈が，裁判所による法創造の源泉を提供している。米国でも，要件事実の認定レベルで，私法を根拠とする法律構成のやり直しはあり得ないわけではないが，一般的否認法理としての判例法理の発達により，そのような立論による否認の実益が少ない。

租税回避否認のための主な判例法理には，実質主義，事業目的の法理，見せかけ取引法理，段階取引法理，経済的実質主義があり，いずれも Gregory 判決が根源的判例又はオーソリティと位置づけることが可能である。従って，適用範囲も重複的で類似し，肝心な所について曖昧である。近時，とりわけ注目されているのが経済的実質主義であるが，その意味するところも裁判例・法案・学説ごとに相違が見られる。それでもそれは，「濫用的取引からの租税便益を否定すべく働く最も客観的な司法創造法理」，或いは「納税者と内国歳入庁によって最も容易に，客観的に，かつ一貫して適用されるもの」との評価（米財務省）も見られる。99年頃から，裁判例を精査しつつ，要件の明確化を通じた同主義の制定法化が試みられてきており，最近では，その適用対象取引を限定する方向も打ち出され，租税法律主義的な観点からは問題の少ない提案も見られるようになっている。同主義の要件が，我が国で一般に理解されている一般的否認法理の要件と顕著に相違する部分は，取

＊　京都産業大学法学部助教授

引参加前後での経済的地位の変動という客観的要件と，conjunctive 分析の採用である。同分析の機能に照らしてみると，少なくとも，適用対象を明示しない同分析は，我が国への応用は困難と考える。

我が国において同種の立法的対応を検討する際の課題として，どのような租税回避の仕組みが存在する（してきた）かに関する情報収集，租税回避の温床となる制度上の歪みの発見と除去，租税回避の流布により喪失した税収及び課税の公平に関する定量的分析，ペナルティ及び開示を含む手続的対処の可能性の吟味，を挙げた。向かうべき方向は，租税法律主義の要請を満たした上で，法の趣旨に即した租税便益の供与を達成することである。そのためには，中・長期的な目標として，立法資料の充実とその積極的開示が望まれる。

Ⅰ．はじめに

本稿の目的は，租税回避に対する米国司法上及び立法上の対処の考察から，我が国での立法論上及び解釈論上の示唆を得ることである。先行研究の多い課題であるが[1]，以下では，米国における租税法解釈の基本的態度及び課税要件事実認定に当たっての私法との距離を確認した上で，米国租税回避判例法理の展開と近時の立法動向の整理・考察を通じ，この目的に接近したい。

近時の最高裁判決は，公平性を犠牲にするとは考えられない外国税額控除制度を政策税制と解して限定解釈を求め（最判平成18年２月23日），組合経由の映画フィルムリースの事案では，未稼働とは認定されない映画フィルムを「事業の用に供していないもの」と解し（最判平成18年１月24日），租税便益を否定した。文理解釈原則を揺さぶる最高裁のかかる姿勢を所与とすれば，効果的な対抗手段のあり方よりは，非文言解釈の限界を踏まえた租税法律主義の要請に適う対処の仕方を改めて問うことに意義があると考える。

Ⅱ．米国租税法解釈適用の基礎

Ⅱ－１．合衆国憲法上の要請

合衆国憲法上，「何人もデュー・プロセスによらずして生命，自由もしくは財産を剥奪されない。何人も，正当な補償なしに私的財産を公共の用のために収用されない。」（修正第５条）とされる。そして，「合衆国の債務を支払い，共同の防衛及び一般的福祉のために支出する目的で，税，関税，賦課金及び消費税（taxes, duties, imports, and excises）を課し徴収すること」（第１条第８節第１項）を連邦議会の権限とした[2]。我が国の憲法84条と同旨の条文はないが，租税法律主義に内在する民主主義的要請及び自

１）例えば，金子（1978）；岡村（1995）；岡村（2000）；中里（2002）；渡辺（2002）；渕（2003）；本庄（2003）；岡村（2005）；森信（2005）等がある。

２）連邦憲法上の財政・租税に関する定めについては，Dam（1977）が参照できる。

由主義的要請，行政府の恣意性からの保護，さらに連邦税に関する租税公平主義の要請は，デュー・プロセス（以下，DP と略す）条項が根拠となる[3]。もっとも，現在では，社会経済立法には強い合憲性の推定が認められ，財産権・経済的自由は殆ど最高裁の保護を受けていない[4]。経済的実体的 DP の最盛期に厳しく憲法適合性が審査された時期でさえ，裁判所は，連邦所得税を監視するために DP 条項を用いることは決してなかったという[5]。なお，「すべての関税，賦課金及び消費税（all duties, imports, and excises）は，合衆国を通して均一でなければならない」（第１条第８節第１項）が，連邦所得税にはこの「均一性（uniformity）」要件は機能していない[6]。

租税法律主義の構成原理に対応する米国法上の法理としては，授権法理（delegation doctrine），あいまい性ゆえに無効の法理（void–for–vagueness doctrine），私権剥奪法（bills of attainder）の禁止，事後法（ex post facto legislation）の禁止，権限踰越（ultra vires）の法理等が含まれるが，これらのうちで，事後法の問題[7]を除けば，現に連邦租税が DP 条項違反かどうかの争点を正面から扱う裁判例は発見できない[8]。財務省規則への委任の問題に関しても，「現在の最高裁判所では，授権法理の現代的な意味が大きいとは考えられていないようである。このことの租税法に対する意義は，かなり自由度のある規則制定権限の財務省への委任という昨今の立法技術が司法の審査に耐えうるであろう，ということである[9]」。学説には，むしろ制定法であまりに詳細な規定を置くことで，却って，連邦憲法上認められている租税政策過程における執行府の動態的役割（連邦憲法第２条第３項）を連邦議会が奪いかねないという意味で，憲法上の問題点を指摘するものすらある[10]。恐らく，かかる主張の基礎には，行政国家としての米国の現実を見据えた上で，立法府は，制定法上専ら立法の目的と，その実施のための戦略を規定するのみとし，細目としての準則は，執行府による定立に委ねるべき旨の考え方[11]がある。

いずれにせよ米国は，制定法では基本的に個別的否認規定（その要件自体は一般的であるが）の積み重ねによって対処してきているのであり，一般的な租税回避否認の法理は，判例法理として展開されてきたものである。かかるある種の不一致に対しては，立法府による「法の支配」への信念が，司法府の法創造によって崩されているという見方もできるのではないか，という疑問が生じる。この疑問は，事件ごとのコモンロー裁判のあり方を問う大きな問題に通ずる。Vanistendael 教授は，かかる判例法理の発展につき，「事実と準則の解釈において，良識（common sense）が重要な役割を果たすというコモンローの法的分析の伝統と恐らく関わりがある[12]」と指摘する。そして，このような疑問に対する立場の相違が，以下の如く，租税法解釈の基本姿勢を二分している。

３）See Rubin（1989), 407 ; Simon（1991), 1048－1049. 松井（2000）130頁・註４（Bolling v. Sharpe, 347 U.S. 497（1954）を参照）。
４）松井（2000）６頁。
５）Bittker & Lokken（1999），１–28. See also Bittker（1987), 11－12.
６）See Cahn（1943), 800－801 ; Bittker（1987), 11.
７）Bittker & Lokken（1999），１–31 to １–35. 高橋（2003），85頁以下参照。
８）これらの法理に関する文献については，See Rubin（1989), 370, n. ４.
９）Simon（1992), 248.
10）See Simon（1991), 1021－1039.
11）Rubin（1989). See Simon（1991), 1015　n. 33.
12）Vanistendael（1997), 144.

Ⅱ－２．租税法解釈のあり方をめぐる議論

米国租税法解釈の立場の違いは，１）立法経緯や立法意図（より広義には文脈）を重視する立場（意図主義ないし目的主義）と，２）文言解釈を重視する立場（文言主義）に大別できる[13]。いわゆる「明白な意味（plain meaning）」アプローチは，概して用語が曖昧でないときに利用され，裁判所は，立法経緯等よりも，文言それ自体の意義に依拠すべしとされる。この解釈方法は，文言主義の考え方と密接に関連している[14]。ただし，租税法を刑罰又は没収に関する法律と同視する厳格解釈の実務は，19世紀を通じて全盛であったが，今日では殆ど支持されていない[15]。逆に，所得税上の控除項目であれば，それは「立法上の恩恵（legislative grace）[16]」とされ，納税者に対し厳格に解釈される傾向さえある[17]。

一般に，租税法の文脈に限らず，個別事案ごとのコモンローのアプローチをとる裁判官は，文言それ自体よりも立法意図を条文から発見することが裁判所の使命であると考え，他方，文言主義者は，そのような解釈方法は，裁判所に過大な法創造権限を与えるものであり，法の支配が，裁量の支配に転換されかねないと懸念する[18]。現職の連邦最高裁判所判事では，Stevens 判事と Scalia 判事が，それぞれ前者と後者の代表格と目されている[19]。無論，租税回避否認法理を含む判例法理は，意図主義の下でより生成・発展しやすい。現に，86年の Scalia 判事の任命以後，連邦最高裁判所は実質主義を根拠とする判決を下していないとされ，下級裁判所における非文言主義の優位との対立が示唆される[20]。のみならず，同判事の考えに強く影響を受けた下級審の租税判決も出てきている[21]。このような司法府のある種の勢力変更も，近時の一般的否認規定の制定法化を促している。次段落で，Scalia 判事の議論を手短に要約する。

米国の司法制度においては，連邦最高裁判所の判決は，その結果のみならず分析方法までもが判例として従われるため，裁判所が，その分析を事実に即して行うか，それとも原理的に行うかで，将来の事件への影響力を自由に決めることができる。後者がより大きな法創造的効果を発揮する[22]。一般化された法準則には，将来の予測可能性に資する利点はあるものの，あらゆる事実に完璧に適合するわけではないから，事実に即した分析に基づく判決を行っておくことで，将来の裁判に裁量を残しておく[23]。これが，事案ごとに判断するコモンロー・アプローチの利点であり，法創造は小さくなる[24]。とはいえ，実際には，このような判断も，裁判官は基準がなければ下しようがない。かといって，恣意的な判決を抑制するために判決で準則を打ち立てるべきというのは矛盾であり，裁判官が，生の事実から準則を創造することもできず，「連邦議会又は連邦憲法の定める文言（text）の中

13）See Caron（1994）539－540.
14）Heen（1997）, 772.
15）Bittker & Lokken（1999）, 4 –25 to 4 –26.
16）Interstate Transit Lines v. Commissioner, 319 US 590, 593（1943）（citations ommited）.
17）Bittker & Lokken（1999）, 4 –26.
18）Popkin（1992）, 1134（citing Kaiser Aluminum & Chem. Corp. v. Bonjorno, 494 US 827, 857（1990）（Scalia, J., concurring））. 文言主義に関する研究として，平川（2005）参照。
19）See Popkin（1992）, 1133－1140.
20）Madison（2003）, 699－702.
21）See, e.g., Coltec Indus. v. United States, 62 Fed. Cl. 716（2004）. See Joint Committee on Taxation（2005）, 16.
22）Scalia（1989）, 1177.
23）Scalia（1989）, 1177.
24）Scalia（1989）, 1179.

に，その何らかの根拠を発見せねばならない。…非常に曖昧で一般的な文言ですら，何らかの正確かつ原則的内容を与えられないことは滅多になく，それがまさに，裁判所の創造の本質である[25]」。もっとも，これは，上訴裁判所が，状況全体に照らして判断すること（totality of the circumstances approach）を要求するものではない。それは事実の発見に足を踏み入れているに過ぎず，そのような考慮は，第一次的に立法府が行うものである[26]。問題の性質が許す限り，憲法上の要請である法の支配（rule of law），準則による法（the law of rules）が拡張されるべきであり，上訴裁判所の裁判官は，事実発見と法解釈との区別を意識せねばならない[27]。法解釈においては，文言に客観化された立法者の意図を発見すべきであって，その実際の意図や主観的な意図ではない。これが，民主主義の理念に支えられた権力分立の要請に適う解釈である[28]。

もし制定法の解釈に関する Scalia 判事の著作だけを読めば，これ以外にどんな解釈方法がありうるのかと思うかもしれない[29]と言われるように，正論に聞こえる（文言の強調は，租税法に特に向けられたものではない）。もっとも，文言主義者は，連邦最高裁判所において多数派というわけではない[30]。立法者意図の発見を重視する立場からは，文言主義は大陸法的なアプローチと映る[31]。Popkin 教授によれば，コモンローにおける法律用語は有機的であり，本文の経緯，現代の価値観そして適用する事実を含む文脈の豊富な概念作用から意味を取り込むものであって，この有機的・文脈的性質は，立法者の定めた一般準則が，裁判を通じて発展していくことを要求しており，裁判所の法創造の機能へと繋がるのである[32]。他にも，文言主義に批判的な研究成果あるいは意図主義的な立場を取る議論は少なくない[33]。意図主義者は，概して，立法意図の発見作業は，文言を越えうると見ている。そしてその越えうる範囲に関し，委員会報告書等の立法経過をどの程度の重視した解釈をすべきか，制定法全体の構造（広い意味での文脈[34]）をどの程度考慮するか，といった点に論議が深められている[35]。ただし非文言主義の強調と立法経緯の重視とは必ずしも一致しない。例えば，制定法には過度に詳細な準則を書くべきではないとの立場からは，委員会報告書への過剰な依存は，選挙されない立法府職員によって執行府や裁判所の手を縛るのを認めることとなり，憲法上許されないと指摘[36]される。

なお，学説において，我が国における借用概念と固有概念の区分に若干類似するものとして，当該制定法それ自体の用語と，外界から取り入れた用語の区別が指摘されることがある[37]。これには批判的見解もあり[38]，このような区分自体が，租税法解釈における一般的了解事項であるとは考え難い。

25）Scalia（1989），1183.
26）Scalia（1989），1183.
27）Scalia（1989），1187.
28）Scalia（1997），17.
29）Madison（2003），703.
30）Heen（1997），773.
31）Popkin（1992），1134（citation ommitted）.
32）Popkin（1992），1171（references omitted）.
33）See e.g., Zelenak（1986）；Livingston（1991）；Popkin（1992）；Geier（1995）；Livingston（1996）；Heen（1997）.
34）See e.g., Zelenak（1986），637.
35）See generally Caron（1994），531－554.
36）Simon（1992），256.
37）Isenbergh（1982），879.
38）Smith（1999），9 .

Ⅱ－３．要件事実の認定と私法

特に，州ごとに相違しうる私法上の評価を通すのかが問題となるところ，この点も立法者意図に従う旨を述べる Note[39]は存するものの，その在り方について踏み込んでいる研究は少ない。要件事実の認定と法の解釈との区別の必要性は，例えば，Paul 氏による古典的書籍[40]で論じられていた。それによれば，事実が争われている租税回避のケースにおける問題の本質は，納税者が行ったと主張することを真に行ったか，取引の各段階を実際に当該納税者は経たのか，であり，答えが肯定であれば，租税回避は成功とされる[41]。そのためには，動機とは関わりなく，納税者が選択した法形式に従った帰結を，将来も，利益と不利益を含めて受容しているのかという点をクリアせねばならない[42]という。また，1943年の Cahn 論文は，原則として，歳入長官が州法上の無効を主張しても，裁判所は，履行済みの取引の効力を認めるが，裁判例を参照しつつ，より広く，取引の性質決定を攻撃するために，歳入長官が既履行売買に関し詐欺防止法に依拠することが許される場合もあると述べる[43]。

この問題は，近時，取引の「構成のやり直し（restructuring）」等を行いうるのか，という問題の下に議論される[44]。そこでは，契約解釈に関する「口頭証拠の法則（parol evidence rule）」に従い，課税庁も（納税者も）最終的に有効に成立した合意に含まれない当事者の交渉の証拠や事前の理解を持ちこむことを禁じられるのか，という問題提起も見られる[45]。契約解釈をするために，課税庁が当事者の過去の交渉や理解の証拠を提出する場合には，問題となるのは州法上の合意の法的効力であるから，口頭証拠法則が適用可能な州法の下で，事前合意の議論の使用が認められるかどうかを判断すべきであるとされる[46]。このような議論の延長線上で考えれば，租税回避への対処を，法律構成のやり直しによって達成しようとする範囲では，やはり州の契約法が関わってこよう。例えば，通謀虚偽表示による対処との比較で興味深いのは，詐欺的譲渡（fraudulent conveyance）等との関係であるが，州法と連邦所得税法との結合には慎重な議論[47]も見られる。いずれにせよ，判例法理があるため，要件事実の認定に限定して租税回避に対処する必要性は乏しい。

39）Note（1959），1351. 現に，過去の州裁判所の判断が，租税裁判では無視される例に言及されている。See Note（1959），1351, n. 12.

40）Paul（1937），130－153.

41）Paul（1937），130－131.

42）Paul（1937），136－141.

43）Cahn（1943），819－820. ただし，そこで参照されている裁判例は，夫婦間の対価が賭け金で契約が州法上違法であり強制力を有しないがゆえに，夫から妻への対価の支払いを贈与であると認定し，損失の控除を認めなかった Calston v. Burnet 事件（59 F. 2 d 867（App. D. C. 1932）），州法上，妻が夫と契約することを許容していなかったところ，妻から夫への融資に関し夫が妻に支払った利子の控除可能性が争点となり，先例を引きつつ，契約が履行済みであり詐欺が明らかでなければ，夫の所得の計算上，その控除可能性が許容されると判示した Shapiro v. Commissioner 事件（29 B.T.A. 1012（1934））等である。

44）See Bittker & Lokken（1999），4 –59 to 4 –83；Hariton（1999），238－241.

45）Bittker & Lokken（1999），4 –60. 口頭証拠の法則とは，契約締結以前の証拠を書面によるものも含めて排除する原則であり，契約解釈の名の下に意味の持込み・押しつけをできるだけ避けようとする態度の表れであると理解することができる。樋口（1994），158－159頁参照。

46）Bittker & Lokken（1999），4 –76 to 4 –77.

47）Moore（1989），701, n. 205. 事業上のものではないが，離婚の州法上の評価が絡む興味深い裁判例として，Boyter v. Commissioner, 668 F. 2 d 1382（4th Cir. 1982）がある。

Ⅲ．判例法理の展開

Ⅲ－１．概説

米国の判例法理の展開を知る上で，Gregory判決は根源的な基礎を提供している。同判決は，事業目的の法理（business purpose test）[48]のみならず，実質主義（substance–over–form doctrine）[49]，見せかけ取引法理（sham transaction doctrine）[50]，さらに経済的実質主義（economic substance doctrine）[51]に関する根源的判例と目される。それを段階取引法理（step transaction doctrine）のオーソリティと見ることも可能である[52]。ここから，各法理の共通的，重複的性格が見て取れる。Gregory後の連邦最高裁の主要判例には，Knetch判決及びFrank Lyon Co．判決等が含まれる。

Ⅲ－１－１．Gregory v. Helvering（293 US 465（1935））

非認識の分割型新設分割と清算分配（株主に長期譲渡所得課税）を通じ，移転資産の含み益に係る譲渡所得とその分配に係る配当所得への二重課税を回避し，一回限りの長期譲渡所得課税で済ませようとした事案である。1928年歳入法第112条(g)は，「再編成（reorganization）の計画の遂行において」なされた「再編成の当事者たる法人の株主へ」分配された株式等に関する非認識規定であり，ここでの「再編成」該当性が争点である。第一審租税訴願庁（27 BTA 223（1932））は，文言主義的なアプローチから，納税者を勝訴させたが，第二巡回区連邦控訴裁判所（69 F. 2d 809（2d Cir. 1934））のLearned Hand裁判官は，意図主義的な解釈をとり，「これらのすべての段階は真実のもの（real）であるが，唯一の欠陥は，取引が，いずれか又は両方の会社の事業の遂行の一部ではなく，それ故見せかけ（sham）と見られる」と判示し，原審を覆した。連邦最高裁判所（293 US 465（1935））のSutherland判事も同様に，意図主義の解釈の下で，「判断すべき問題は，租税の動機とは離れて，行われたこと（what was done）が制定法の意図したことであったかどうかである」とし，本件取引は，「制定法の明白な意図の外にある」と判示した。

Ⅲ－１－２．Knetsch v. Unites States（364 US 361（1969））

受取金利2.5％の繰延年金貯蓄債を保険会社から購入するために，支払金利3.5％のノンリコースの手形で当該保険会社に支払った経済的には不合理な投資であるが，手形の金利が12月に１年分まとめて支払われ，その金額を控除することによる課税繰延のメリットのみで成り立つスキームであった。しかも，前払金利分が当該保険会社から追加融資されていたことから，年金支払いの基礎となる金額も実際には僅かであった。39年歳入法典23条(b)及び54年歳入法典163条(a)にいう「債務（indebtedness）に関し当該課税年度に支払われ又は生じたすべての利子」該当性が争点である。

連邦最高裁判所における争点は，「債務」該当性，見せかけ（sham）か，後の歳入法典264条(a)(2)の改正の立法意図如何であった。Brennan判事は，Gregory判決の「行われたこと（what was done）」の基準に照らし，実際の支出（前払金利－追加融資額）で何を得たかを問う中で，追加の融資により年金・保険金支払いの基礎と

48）Bittker & Lokken（1999），4 –45.
49）See Moore（1989），662；Olson（1995），819；White Paper（1999），47.
50）Moore（1989），660；Fuller（1963），366（citing Helvering v. Minnesota Tea Co., 296 U.S. 378, 385（1935））.
51）Patton（2002），509（citing Isenbergh（1982），866）.
52）Bittker & Lokken（1999），4 –52.

なる正味金額が小さく，将来の満期保証額は虚構（a fiction）になっており，「税額を減じること以外には彼の受益的権利に目に見える影響を与えなかった」「なぜなら，租税の減額以上にはこの取引から［納税者が］実現する実質を有するものは何も存しなかったことが明白であるからである。」「租税以外の実質を伴う（with non-tax substance）一回払いの保険料の年金取決めは，あっておかしくない，しかし，今回の取決めは見せかけ（sham）である。」と判示した。なお，立法的対処が必要とする Douglas 判事（他２判事が同調）の反対意見がある。

Ⅲ－１－２．Frank Lyon Co. v. United States（435 US 561（1978））

リースバック取引の買主（貸主）である納税者（X）の減価償却費及び第三者からの借入金に係る支払利子の控除可能性が主な争点で X が勝訴した事件である。課税庁は，X は導管に過ぎず，一連の取引を金融取引として控除を否定した。売主（借主）は州銀行で，建設中の本部建物等に関し，州法上の利払い上限の規制があり，さらに銀行の不動産投資に適用される連邦準備制度理事会の事前承認が受けがたいことが判明したことから，リースバックを考案し，規制当局の承認を受けた。州銀行と X は，この建物の売買・リース契約とともに，土地のリース契約も締結した（土地リースの契約期間は建物リース期間よりもかなり長かった）。建物賃料は，X の元利弁済額と完全に一致していた。リース期間中，銀行には建物の購入選択権があり，行使価格は X の借入金未弁済額と初期投資額（６％複利を加算）の合計であった。適用条文は，54年歳入法典167条（減価償却）と同163条(a)（利子控除）である。第一審で X 勝訴，第二審がこれを覆していた。

連邦最高裁判所の Blakmun 判事は，形式的に所有権を移転しても譲渡人が重要な支配を及ぼしている限り，所有権に帰する課税の発生は移転しない旨述べ，「この実質主義（substance–over–form）を適用するに際し，連邦最高裁判所は，当事者の採用する特定の形式ではなく，取引の客観的な経済的実体（objective economic realities）を検討してきた」ことを確認した。そして，州・連邦の規制の存在，納税者の実質的なリスクの負担，土地のリース賃料債務は残る点，納税者が建物を自由に処分できる点，分散投資という動機など，数多くの事実を列挙し，「事業上又は規制上の現実によって余儀なくされた，租税回避の特徴によってのみ形成されるのでない経済的実質を有する真の多数当事者取引がある場合には，政府は，当事者が行った権利義務の配分を尊重すべきである。」と判示した（White 判事，Stevens 判事の反対意見がある）。

このケースは明文の用語の解釈を正面から争ったというより，課税上融資取引として扱う旨の課税庁の主張が容れられなかった事案と解される。事実密着型の判決文になっているのは，この点を反映していると思われる。

Ⅲ－２．各法理の概要と展開

Ⅲ－２－１．実質主義（substance-over-form）

納税者の選択した取引の形式と実質とが食い違い，それにより課税上の帰結が相違する場合には，この判例法理に基づき，実質すなわち「取引の客観的な経済的実体」（Frank Lyon 判決）に従って，租税法上取引の性質決定をやり直して課税されることになる。一般的な司法実務では，他の法理と組み合わせてこの法理に言及されるとされるが，裁判所の混乱から有用な一般的概念を抽出するのは不可能に近いとされる[53]。

Ⅲ－２－２．見せかけ取引（sham transaction）

第11巡回区連邦控訴裁判所の Johnson 裁判官によれば，「見せかけ取引法理に基づけば，裁判所と歳入長官は，取引の形式を越えて観察しなければならず，…もし，取引の形式は制定法の控除の要件に合致するが，当該取引は，形式が表示する事実上の実質又は経済的実質を欠く

53）See Bittker & Lokken（1999），4 –35 to 4 –37.

ならば，当該取引と関連して生じる費用又は損失は控除しえない[54]。」この法理も漠然としており，Knetsch 判例，Frank Lyon 判例における言及の仕方を見ても，「実質を有しない取引」の言い換え，あるいは結果の命名[55]ではないかと思われる。タックス・シェルター（以下，TS と略記する）白書は，この法理に特別の説明を加えておらず，これが法理（doctrine）と呼ぶに値するかどうか微妙であると述べる論者もある[56]。文言主義的な立場をとる Isenbergh 論文は，「『見せかけ取引』法理は，名称が決定要因ではないということ以上の何ものでもない」といい，それが事実問題であることを示唆した上で[57]，租税法に限らず「あらゆる法に共通する考え方」であるとする[58]。だが，Gregory 事件で Learned Hand 裁判官が，「真実のもの（real）であるが，…見せかけ（sham）」と述べており，これに Knetsch の判旨を合わせて読む限り，私法上有効な法形式がもたらす帰結に納税者が現に従っていても，見せかけと評価される場合があることになる（この場合は明らかに仮装より広い）。この法理の排除と他の法理による代替を主張する学説[59]もある。

この概念の下位範疇も提唱される。例えば，第11巡回区連邦控訴裁判所の Johnson 裁判官は，Kirchman v. Commissioner 事件において，裁判所が見せかけ取引に関し二つの基本的なタイプを識別してきたと述べ[60]，その第一が，「事実において見せかけ（shams in fact）」であり，これは「決して生じない取引」であって，「書面上創出されたが決して生じなかった取引」であるとする。他方，「実質において見せかけ」とは，「実際に生じた取引であるが，形式が表示する実質を欠く取引」であり，Gregory 事件で問題となったのは，後者であると指摘するが，これに関しオーソリティの引用はない。上述の Isenbergh 論文の「見せかけ」が「事実において見せかけ」に，Learned Hand 裁判官の「見せかけ」が「実質において見せかけ」にそれぞれ対応すると考えて大過はないであろう。

なお，Kirchman 判決において，幾つかの下級裁判所が，「見せかけ」かどうかを，経済的実質主義と事業目的という二つの基準に焦点を当てて判断したことが指摘される[61]。例えば，Rice's Toyota World Inc. v. Commissioner 事件[62]（中古コンピュータのリースバック。買主はその購入資金も売主から nonrecourse 手形と recouse 手形を振り出して調達していた。）で，第 4 巡回区連邦控訴裁判所は，Frank Lyon 判決の要請を，事業目的と経済的実質の二段階で（disjunctive 分析（後述）として）捉え，それぞれに関し，納税者（買主／貸主）の利益動機と利益の合理的可能性という基準で検討を加えた[63]。そして，主観的にも客観的にも租税以外の利益に動機づけられていないとして取引を見せかけとする租税裁判所の判断を支持した。減価償却費については，nonrecourse 債務に係る金額は，「真実には（truly）コンピュータに投

54）Kirchman v. Commissioner, 862 F. 2 d 1486, 1490（11th Cir. 1989）.

55）sham に対する先行研究上の訳語は統一を欠く。例えば，「仮装」（浅沼（1969）40頁，本庄（2003）180頁），「不真正」（岡村（1995）354頁），「虚偽」（岡村（2000）13頁，渕（2003）104頁），「偽装」，「見せかけ」（川田（2002）54頁）などである。渡辺（2002）140頁注60の指摘を参照。本稿では，この概念の曖昧さ，拡張性も考慮して「見せかけ」と訳出した。

56）Comment（2002）, 506.

57）Isenbergh（1982）, 865.

58）Isenbergh（1982）, 865.

59）Moore（1989）, 660.

60）Kirchman v. Commissioner, 862 F. 2 d 1486, 1492（11th Cir. 1989）.

61）862 F. 2 d at 1492.

62）752 F. 2 d 89（4 th Cir. 1985）, aff'g in part, rev'g in part, 81 T.C. 184（1983）. 岡村（2000）20－22頁参照。

63）752 F. 2 d at 91－92.

資されなかった」が故に，また，recouse 手形に係る部分も，「手形は財産への投資を表していなかった」が故に，否定された[64]。また，利子に関し，recourse 債務は経済的実質があるとして，その利子控除が許容されている（この点は租税裁判所判決[65]を覆した）。このような判断の前提として，１）「見せかけ取引法理」の下で，一連の取引のうち経済的実質を有する部分とそれがない部分とに区分が可能であり[66]，２）Frank Lyon 判決の示唆として，租税回避が動機であっても，経済的実質があれば，取引は否認されない[67]という理解がある。recourse 債務の利子控除の許容は，利益の合理的可能性のみでは説明し難い部分である。

Ⅲ－２－３．段階取引法理（step transaction doctrine）

この法理の下で，二以上の形式上は別の取引段階が，実質上は，統合され，相互依存的であり，かつ特定の最終目標に焦点が絞られていれば，まとめられて一つの取引として取り扱われる場合がある[68]。リーディングケースとして参照されるのは，Court Holding Co. 事件の連邦最高裁判所判決[69]である。納税者たる法人は，係争年度においてその発行済株式のすべてを二人の個人（夫婦）株主に保有されており，当該法人の唯一の資産である建物の販売について，その賃借人等と交渉し，販売の条件等について口頭で合意したが，結局この合意は文書化されず，当該法人に生じる多額の所得税負担を回避することのみを目的として，当該法人は清算して株式を償還し，当該建物を当該株主に移転するという「清算配当（liquidating dividend）」を宣言し，実施された。そして当該個人株主から，当該賃借人の姉（妹）に，事前の口頭合意と同様の条件で建物が譲渡された。この譲渡の１ヶ月半前に法人に支払っていた対価が，この購入代価の一部に充当された。歳入長官は，譲渡所得に関する当時の歳入法典22条の下で，当該法人から直接当該賃借人の姉（妹）に資産が譲渡されたものとして扱うべく更正処分を行った。租税裁判所[70]は，課税処分を支持したが，第五巡回区連邦控訴裁判所[71]がこれを覆した。だが，連邦最高裁判所は以下のごとく判示して，租税裁判所の判断を支持した。「租税負担は，取引の実質に依拠する。…取引は，全体として見られなければならず，交渉の開始から販売の完了までの各段階が関連性を有する（relevant）。ある者による販売は，権原を移転する導管として別の者を利用することで，租税目的上当該他の者による販売に変容され得ない。納税義務の変動のみを目的として存在する単なる形式主義によって，取引の真の性質の隠蔽を許容することは，連邦議会の租税政策の効果的な執行に重大な害をもたらす」。

段階取引法理に関し，裁判所は三基準を発展させてきた[72]。まず，最終結果基準（end result test）は，「直線の道の終わりにある所与の結果は，迂遠な道（devious path）に従って到達したからといって異なる結果となるものではない[73]」という Minesota Tea Co. 連邦最高裁判

64）「減価償却は，財産の所有権ではなく，むしろ財産に対する投資によって根拠づけられる」と述べる裁判例（Estate of Franklin v. Commissioner, 544 F. 2 d 1045, 1049（9 th Cir. 1976）（citation omitted）等を参照している。

65）Rice's Toyota World, Inc., v. Commissioner, 81 T.C. 184（1983）.

66）752 F. 2 d at 96.

67）752 F. 2 d at 96.

68）Bittker and Lokken（1999）, 4 –48.

69）Commissioner v. Court Holding Co., 324 U.S. 331（1945）.

70）Court Holding Co. v. Commissioner, 2 T.C. 531, 537－539（1943）.

71）Court Holding Co. v. Commissioner, 143 F. 2 d 823, 824－825（5 th Cir. 1944）

72）以下の三要件に関する記述は，Knight & Knight（1991）, 100－103に依る。

73）Minnesota Tea Co. v. Helvering, 302 U.S. 609, 613（1938）.

決の言及を反映している。相互依存基準（interdependence test）によれば，個々の取引が，「一つの取引がもたらす法的関係は一連の取引の完遂がなければ実りのないものとなってしまうほどに相互関連的である[74]」かどうかが検討される[75]。最後に，拘束的関係基準（biding commitment test）は，「もし，ある取引が『第一段階』であると性質決定されるならば，後の段階を経る拘束的関係が存するに違いない」と述べる Commissioner v. Gordon 連邦最高裁判決[76]が根拠と目されている。段階取引法理は，その不明確さゆえに多くの懸念をもたらしてきたが，その脅威は弱まっているとされる[77]。

Ⅲ－２－４．事業目的法理（business purpose doctrine）

Learned Hand 裁判官は，「Gregory v. Helvering の法理は，商業上又は産業上の取引を記述する租税制定法上の文言を解釈するに当たり，…課税逃れ以外に動機がなく開始された取引は含まないと理解すべきことを意味しているのである[78]」と，後の判決で述べている。つまり，取引に課税逃れ以外の目的が必要であるということである（複合的動機又は目的の要求）。この法理への最大の批判が，専ら納税者の意図や目的という主観的問題に依拠している点に向けられる[79]。加えて，第一の目的（the primary purpose）が必要か，それとも主たる目的の一つ（a primary purpose）で足りるのか，という程度問題の不確実性も指摘される[80]。54年歳入法典が，主たる目的が租税回避でないこと等を，租税便益の要件として条文上少なからず取り込んだ。これは事業目的法理を立法化したものと解することもでき[81]，程度問題の指摘は，そのような具体的な条文[82]の解釈にも当てはまる。文言主義的立場からは，Gregory 判決の応用性自体に疑問が提起される[83]。近時，連邦請求裁判所は，経済的実質主義の継続的な有効性に疑問を呈し，「『歳入法典の遵守に過ぎないもの』を打ち負かすべく『経済的実質』主義を使用することは，三権分立に反する[84]」と述べている点が目をひく。

Ⅲ－２－５．経済的実質主義（economic substance doctrine）

経済的実質主義の意義について，TS 白書は，「この法理の下で，内国歳入庁は，取引の経済的実質が，得られる租税便益に比して重要でないならば，当該租税便益を否定することができる[85]」と説明する。学説では，例えば，Smith 論文は，それを事業目的の法理と同視し又はこれが発展してきたものと捉えており，主観的な動機と客観的な経済的実質のいずれもが考慮されるという[86]。この両者の組み合わせとしてこ

74）Redding v. Commissioner, 630 F. 2 d 1169, 1177（7 th Cir. 1980）（citation omitted）, cert. denied, 450 U.S. 913（1980）.
75）See Kingth & Knight（1991）, 102, n. 85.
76）Commissioner v. Gordon, 391 U.S. 83, 96（1968）.
77）Knight & Knight（1991）, 107.
78）Commissioner v. Transport Trading & Terminal Corp., 176 F 2 d 570, 572（2 d Cir. 1949）, cert. denied, 338 US 955（1950）.
79）See e.g., Moore（1989）, 679－680.
80）Moore（1989）, 680.
81）Summers（1961）, 39.
82）現行法上は，例えば，269条，269A 条，302条，306条，355条，357条，367条，453条，467条等に，このような個別否認規定が見られる。See Gustafson（1997）, 356－357.
83）Isenbergh（1982）, 868－870.
84）Coltec Industries, Inc. v. United States, 62 Fed Cl. 716, 756（2004）.
85）White Paper（1999）, 56.

の法理を説明するのが支配的である[87]。Hariton論文は，1）租税に動機づけられた一揃いの別個の取引から便益が生じ，2）これらの取引が，それを行わない場合との比較において納税者の経済的地位（租税上の帰結を除く）に有意義な変動をもたらさず，かつ，3）租税便益それ自体が，それを生じさせる客観的準則に照らし不合理であり，かつ正当と認められないものであること，という三要件を満たす場合に，租税便益が否定されるとした[88]。

経済的実質法理を採用した裁判例の一つに，ACM Partnership v. Commissioner 第三巡回区連邦控訴裁判所判決[89]がある。本件で狙われたのは，不確定割賦譲渡に関する準則（歳入法典453条）の下で，売却の対価として不確定支払を受ける資産の帳簿価額を，その支払期間にわたり定額的に（本件では6分の1ずつ）割り当てる当時の財務省規則（Temp. Treas. Reg. §15a. 453－1(c)）であり，期間の最初の年度に多額の利益を生じさせ，後に含み損が実現していく仕組みが利用された。単純化して言えば，損失を利用したい会社(C)（の子会社）が，タックス・ヘイブンの法人パートナー（外国銀行が設立）等とともにパートナーシップ（ACM）を組成し，当該ACMが，出資を受けて保有していた預金を使って債券(A)（175百万ドル）を取得し，この債券(A)を，LIBORに依拠する不確定支払債券(B)（現在価値35百万ドル）と現金（140百万ドル）を対価に金融機関へ譲渡して（この資金で，金利低下による(C)のリスク等を考慮して(C)発行済の長期固定金利債券を取得した），当初，多額の利益を生み出し（現金部分が一度に計上されるため），持分に応じその大部分をタックス・ヘイブンのパートナーに配賦するが，このパートナーは後に持分を償還し，或いはそれを(C)に譲渡したため，(C)が殆どすべての持分を取得することとなり，ACMによる不確定債券の売却から生じた残りの譲渡損失を受けることとなって，過去の譲渡所得と繰戻通算した，というものである。租税裁判所[90]は，この損失の控除を否定する処分を支持した。

第三巡回区連邦控訴裁判所は，経済的実質主義の下で，主観的な事業上の動機と，客観的な経済的実質の両方が検討されるとしたが，「経済的見せかけの調査のこれらの別個の側面は，『堅固な二段階の分析』の独立した基準を構成するのではなく，むしろ，租税上の帰結とは別に，租税目的上尊重されるべき十分な実質を当該取引が有しているかどうかの分析を特徴づける関連ある要素を表しているのである[91]」とした。そして，本件では，この両方の意味で，「租税目的上尊重されるべき十分な経済的実質を有しなかった[92]」とする租税裁判所の結論を支持した。まず，客観的な経済的帰結については，債券(A)の取得価額と同額の対価で譲渡し[93]，債券(A)の取得から生じる利息は，その取得の直前まで有していた預金の利息と大差なかった[94]とする租税裁判所の認定を挙げ，「全体として取引の連続を検討すれば，…これらの取引は，ACMの正味の経済的地位に対し名目的で付随

86）Smith（1999），1.

87）See Comment（2002），509. 但し，主観的要素を入れるかどうかは異論もある。Id. See also, Joint Committee on Taxation（2002），3. See generally, Bankman（2000）.

88）Hariton（1999），241.

89）157 F. 3 d 231（3 rd. Cir. 1998），cert. denied, 526 U.S. 1017（1999）. 渕（2003）105－113頁参照。

90）73 T.C.M.（CCH）2189（1997）.

91）157 F. 3 d at 247（citations omitted）. なお，パートナーシップに対する濫用防止準則（Treas. Reg. §1. 701－2）は，本件係争年度後の94年5月12日以後の取引に適用される。See 157 F. 3 d at 247, n. 29.

92）157 F. 3 d at 248.

93）157 F. 3 d at 249.

94）157 F. 3 d at 249.

的な影響しか有しなかった[95]」と判示した。要するに，当初の預金（140百万ドル部分）が，無意味な取引（債券Ⓐの取得と譲渡）を通じて現金に変化しただけで，経済的地位に変動がなかったと認定されている。そして取引の真の性格は，（預金の）35百万ドルで概ね同額の不確定支払債券Ⓑを購入したものであったとされた[96]が，これは上述の定額割当てルールの適用要件に該当しない。また，資産の交換に関し損失が認められたCottage Savings判決[97]は，24日の間に取得と譲渡が同額で行われて会計上作り出された「幻の損失（phantom loss）」が問題の本件とは区別され[98]，これらから客観的要件は充足しないと判示された。次いで，主観的要件については，１）暫定的投資（債券Ⓐの取得），２）利子率リスクに対するヘッジ（債券Ⓑの取得は，Ⓒ発行の債券取得に対するリスクヘッジであったとする主張），３）予想利益性，に区分して検討された。１）について，「[債券Ⓐ]への短期的投資は，…不確定割賦販売の租税上の利益の追求によって動機づけられていた[99]」とする租税裁判所の結論を支持した。２）に関し，Ⓒ債券の取得は，Ⓒ自身の固定利率に関係するリスクを減少させるが，債券Ⓑの取得は，逆にACMのリスクを高めており，ACMが主張する目的（リスクヘッジ）をむしろ害する[100]とした。つまり租税以外に目的のある取引とそうでない取引とは区別され，前者の存在が後者を正当化することはないということである[101]。３）についてもACMが税引前の経済的帰結に考慮を払わずに取引が計画・実施されたとして，この主張も排斥した[102]。

Ⅳ．判例法理制定法化の試み

Ⅳ－１．2000年改正へ向けた動き

近時注目すべきは，1999年頃から活発化している経済的実質主義の制定法化の動向である[103]。

まず，2000年改正に関する財務省の一般的否認規定追加提案の現状認識と理由は以下のごとくであった[104]。歳入法典269条は，会社の支配を取得する際の簿価引継ぎに関する個別否認規定であるが，納税者が意義ある他の目的を主張すると，これへの反論が実務上困難である。また，経済的実質を欠く取引に対しては，事業目

95）157 F. 3 d at 250.

96）157 F. 3 d at 250－251.

97）499 U.S. 554（1991）. 本件は，貯蓄金融機関の納税者による住宅ローン債権の交換取引に係る損失が，歳入法典1001条の下での実現損失とされ，165条(a)の損失として控除可能かどうかが争点である。歳入長官は，1001条(a)の解釈基準である「重要な相違（materially different）」があるかどうかは，譲渡資産と取得資産とが経済的実質において相違することを要すること，また，165条(a)の下での損失の控除は，損失が経済的実質を欠く場合には許容されない旨を主張したが，前者の主張については特に判断を示さず，また後者の主張については，その依拠する判例が区別されるべきものとして，容れられず，損失の控除が許容されている。

98）157 F. 3 d at 251－252.

99）157 F. 3 d at 255.

100）157 F. 3 d at 255－256.

101）See Joint Committee on Taxation（1999）, 195.

102）157 F. 3 d at 257.

103）See generally New York State Bar Association Tax Section（2000）: McMahon（2002）; McMahon（2003）; Jackel（2004）.

104）See Department of the Treasury（1999）, 97.

的法理と経済的実質主義を取り入れた規則（例えば，財務省規則§１.701－２）で対処しているが，殆ど税引前の経済的利益が見込まれない取引において租税便益を主張するケースも出てきている。そこで,「租税回避取引（tax avoidance transaction）」で取得された各種控除を否認する権限を財務長官に与える規定の追加が提案された[105]。要約すれば，予測税引前利益と予測租税便益とを現在価値ベースで比較して，前者が重要でないとされれば，租税回避とされて，否認されうるというのである[106]。主観的要素は，納税者に操作されやすいとして排除されていた[107]。

もっとも，このような提案は，政府に過大な裁量を認め，納税者への指針を欠く曖昧な規定であるとの批判を受けた[108]。TS 白書は，これらの批判を踏まえた分析の結果[109]，租税回避の定義を含め財務省提案を若干修正した（これが翌年の改正提案に反映された）[110]。また，下院 Dogget 議員による,「非経済的租税属性」の否認（歳入法典7701条(m)の挿入）のための法案[111]も提出されたが，両院合同課税委員会は，ペナルティの強化と開示の促進を含む手続面での対応を勧告し，包括的否認規定の導入は，正当な事業活動との区別が困難であるとして，勧告されなかった[112]。

Ⅳ－２．2001年改正に向けた試み

財務省は，翌年の改正に際し，経済的実質主義に基づく包括的な否認規定の導入を提案した[113]。個別の立法改正は，制定法を複雑化させ，納税者とプロモーターに報酬を与え続ける事後的対処に過ぎず，裁判所での解決は，コストがかかり判例法理の適用も裁判所ごとにばらつきがあるといった状況において，立法的解決の必要性を説き[114]，中でも経済的実質主義を採用する理由として，それが「濫用的取引からの租税便益を否定すべく働く最も客観的な司法創造法理」であり,「納税者と内国歳入庁によって最も容易に，客観的に，かつ一貫して適用されるもの」と述べた[115]。そして，提言は，まず，前年の改正提案で「租税回避」とされた前述の定義と同旨の取引からの租税便益を否認するとした[116]。次いで，金融取引に関しては,「資金の提供を受ける納税者の租税便益の現在価値が，資金提供者の税引前利益又は収益の現在価値を超過する程度が重要である」場合に否認されるという提案を加えた[117]。この提案には，判例法理を適切に反映しておらず，利益を生まない取引というだけで租税便益が否定されかねず[118]，主観的要件を欠き，さらに「合理的に予測される税引前利益」の解釈が不明と批判された[119]。

下院 Dogget 議員の経済的実質主義に基づく法案[120]（7701条(m)の挿入等）は,「(I)取引が納

105）Department of the Treasury（1999), 97－98.
106）Department of the Treasury（1999), 96.
107）White Paper（1999), 97.
108）See New York State Bar Association（1999), 897－899.
109）See White Paper（1999), 96－103.
110）See White Paper（1999), 103－105.
111）Abusive Tax Shelter Shutdown Act of 1999, H.R. 2255, 106th Cong., 1 st Sess.
112）Joint Committee on Taxation（1999a), 2.
113）See Department of the Treasury（2000), 124－126.
114）Department of the Treasury（2000), 125.
115）Department of the Treasury（2000), 125.
116）Department of the Treasury（2000), 126.
117）Department of the Treasury（2000), 126.
118）New York State Bar Association Tax Section（2000), 944－945.
119）New York State Bar Association Tax Section（2000), 944－945.

税者の経済的地位を（連邦所得税の効果とは別に）意味ある態様で（in a meaningful way）変動させ，かつ，(Ⅱ)納税者は，かかる取引に参加する実質的な（substantial）租税以外の目的（non-tax purpose）を有し，かつ，当該取引がかかる目的を達成するのに合理的な手段である」という二要件（実質的には三要件）を満たす場合に，当該取引は経済的実質がある（否認されない）とされた。加えて，特別準則として，納税者が利益獲得可能性に依拠する場合でも，「(Ⅰ)当該取引から合理的に予測される税引前利益の現在価値が，当該取引が尊重されれば認められるであろう予測正味租税便益の現在価値との関係で実質的（substantial）であり，かつ，(Ⅱ)取引から合理的に予測される税引前利益が無リスクの利益率を超過する」という二要件を満たす場合のみ，経済的実質があるものとされた。さらに，租税無差別当事者（tax–indifferent parties）（米国で課税されない者等）が絡む取引には厳しい対処が提案された。合同課税委員会は，手続面での対応の強化を選好する姿勢を変えておらず，「よく発達した判例法が十分に存するように思われる[121]」としていた。

Ⅳ－３．2002年改正へ向けた試み

2002年のある法案[122]は，歳入法典7701条(m)において，「経済的実質主義の明確化等」と題し，その定義を行うものであり，前述 Dogget 法案に比して簡素な構成である。この提案では，租税便益と税引前利益を現在価値ベースで比較するという要件が消え，Dogget 法案同様，conjunctive 分析（つまり両方充足すれば否認されない）が採用され，それと disjunctive 分析（一方でも充たせば否認されない）のいずれであるかに関する巡回区ごとの連邦控訴裁判所の判断の不一致を解消しようとした[123]。

Ⅳ－４．2003年以降の動向

その後，経済的実質主義の制定法化の提案を含む法案が続いたが，同主義の立法化は見送られてきている[124]。ある合同課税委員会報告書[125]を見る限り，上述の2002年法案の内容と本質的な相違は発見できない。租税回避対処規定は増税策の一つと目されることが関係しているのかもしれない。

Ⅳ－５．2005年両院合同課税委員会報告書以後

2005年１月の合同課税委員会スタッフの手に成る報告書[126]は，上院財政委員会委員長の要請を受けて，租税コンプライアンスの改善と租税支出の改革のための選択肢を提示すべく作成された。提示された選択肢の一つが「TS の性質を有する特定の取引に対する調査基準の明確化」である。その中で，経済的実質主義を適用対象取引（財務長官に取引の追加の裁量はある）に限定して適用するという新しい提案を行った。本提案は，一方で，巧妙になる租税回避に対する効率的な対応の必要性，経済的実質主義の不明確性（この法理の妥当性それ自体に対し批判的な裁判例の出現を含む）による予防的効果の減退等を考慮しつつも，他方で，適用対象取引（TS の特徴を有し，かつ裁判所がこの法理の適用が妥当であると考えてきたもの）の限定により，司法府の柔軟な対応を阻害する可能性と，曖昧な要件の下でのこの法理の拡張的な適用に対する懸念に応えようとしたものである[127]。上

120）Abusive Tax Shelter Shutdown Act of 2001, H.R. 2520, 107th Cong., 1 st Sess. 岡村（2005）206－208頁参照。
121）Joint Committee on Taxation（2000）, 22.
122）American Competitiveness Act of 2002, H. R. 5095, 107th Cong., 2 nd Sess. その技術的説明として，See generally, Joint Committee on Taxation（2002a）.
123）Joint Committee on Taxation（2002a），6 .
124）See generally Gravelle（2005）.
125）Joint Committee on Taxation（2004）.
126）Joint Committee on Taxation（2005）.

述 Dogget 法案の２要件を中核的内容としつつも，主観的要件からは「合理的な手段」の要件が除かれており，提案意図は，租税以外の目的が「実質的な（substantial）」ものであることを要する点に関し，租税以外の目的と，納税者の通常の事業又は投資活動との合理的関係を求めている[128]。

この報告書の後にも，法案の提出は続いている。例えば，Thomas 下院議員法案[129]では，経済的実質を有する取引の要件は，Dogget 法案の２要件（実質３要件）で構成される。そこには適用対象取引の限定もない。

Ⅴ．手続的対処

Ⅴ－１．報告対象取引の開示

手続的対処には，2004年の改正で簡素化された開示とペナルティの準則が含まれる[130]。

報告対象取引の遂行に関する重要な助言者（material advisor）は，５万ドル（自然人が租税便益を受ける場合）又は25万ドル（その他の場合）を超過する総所得を直接・間接に稼得する場合には，取引を同定し説明する情報，租税便益に関する情報，その他財務長官が定める情報を，財務長官に申告せねばならない（歳入法典6111条(a)(b)）。ここで報告対象取引（reportable transactions）とは，財務長官が租税回避又は逋脱の潜在性を有すると判断するが故に，申告書にその情報が含まれるべき取引（歳入法典6707 A 条）であり，指定取引，秘密取引，契約上の保護を伴う取引，損失取引，財務会計との重要な乖離のある取引，短期間資産保有取引，（例外項目）がある（Treas. Reg. §１. 6011－４(b)）。指定取引（listed transactions）とは，報告対象取引のうち，申告目的上租税回避取引として財務長官が具体的に示す取引と同じか実質的に類似するもの （(Treas. Reg. §１. 6011－４(b)(2)）であり，401(K)加速控除等７項目が指定されている[131]。なお，報告対象取引の重要な助言者は，全ての報告対象取引に関し，助言の他方当事者の身元その他規則で要求される情報を含むリストを７年間維持し，財務長官の要請に応じて調査に供さねばならない（歳入法典6112条）。

Ⅴ－２．ペナルティ

上記歳入法典6111条(a)の申告を期限までに行わないか，又は虚偽若しくは不完全な情報の申告を行う場合には，１）５万ドル，又は，指定取引の場合には，２）a）20万ドル若しくはb）申告日前に指定取引に関し提供した助言等につき稼得した総所得の50％（意図的な不作為又は行為の場合は75％）のいずれか大きい金額，のペナルティが課される（歳入法典6707条(a)(b)）。また，上記歳入法典6112条のリスト維持を要求される者が，財務長官の要請後20営業日内にリストをその利用に供さねば，合理的な理由のない限り，当該20営業日後，１日当たり１万ドルのペナルティが課される（歳入法典6708条）。さらに，重要な事項につき虚偽又は不正の（false or fraudulent）仕組みであることを知る又は知りうべき販売者等には，１）1,000ドル，又は

127）Joint Committee on Taxation（2005）, 20－21. 取引類型ごとの説明については，See Joint Committee on Taxation（2005）, 22－28.

128）Joint Committee on Taxation（2005）, 21. 客観的要件では，投資者にリスクがない循環金融が疑わしい取引例として言及されている。Joint Committee on Taxation（2005）, 22.

129）Tax Relief Act of 2005, H.R. 4297, 109th Cong.，2 d Sess.

130）これらについては，岡村（2005）192－205頁参照。

131）http : //www.irs.gov/retirement/article/0,,id＝119551,00.html）で入手可能（2006年６月25日確認）。

２）その販売から稼得される総所得の100％，のいずれか小さい金額の追加ペナルティが仕組みごとに課される（歳入法典6700条）。加えて，１）指定取引，及び２）主たる目的が租税回避又は脱税である報告対象取引（指定取引を除く）については，増差税額の20％のペナルティが課され（歳入法典6662A 条(a)，(b)），さらに，歳入法典6664(d)(2)(A)の要件（適切な開示）を満たさない報告対象取引については，ペナルティは増差税額の20％から30％に増額される（歳入法典6662A 条(c)）[132]。

Ⅵ．我が国での規制のあり方

Ⅵ－１．一般的否認規定消極論と経済的実質主義

我が国での解釈適用上，租税回避に「仮りに，否認を認める場合には，おそらく，その要件として，(1)当事者が選択した取引形式が異常であること，(2)そのような異常な取引形式を選択したことにつき租税回避以外には正当な理由が認められないこと，の二つが必要であるということになる[133]」。一般的否認規定でも，これらが典型的な要件になると考えられるので，これらを，前記2005年報告書における経済的実質主義の二要件と比較してみたい。概ね，(1)が客観的要件，(2)が主観的要件に匹敵する。

まず，(1)に関し，経済的実質主義は，取引参加前後の経済的地位の比較を行っている。汎用性ある租税回避商品としての属性の反映であろうが，この点だけをとれば，概して射程範囲を狭める方向に働く。(2)に関し，「租税回避以外の正当な理由」と「実質的な租税以外の目的」という要件は，客観的な事実から納税者の「目的」が合理的に推認される範囲では，適用不能な要件とは言えまい。問題は，租税以外の目的が「実質的な（substantial）」ものであるかどうかである。2000年報告書は，納税者の通常の事業又は投資活動との合理的関係を求める。

次に，disjunctive 分析（金子説引用部分。正確には否定文と肯定文を入れ替えた上で否認されない要件と読み替える必要がある。）か conjunctive 分析（2005年報告書）かという違いがある。否認規定としては後者のほうが強力である。両要件は元来「堅固な二段階の分析」の独立した基準を構成するのではないし，論理的に両分析に優劣を付けるのも困難である。そこで，conjunctive　分析の提案趣旨[134]とは別に，ここではその機能を考えてみたい。具体的には，(A)客観的要件充足・主観的要件不充足，(B)客観的要件不充足・主観的要件充足，の場合に，両分析の結果に差が出る。

(A)において，conjunctive 分析なら取引の前後で納税者の経済的地位は変動している租税回避にも否認が及びうる。経済的実質主義の下での客観的要件は上述のように限定的であるが，conjunctive 分析によりそこでの限定は意味を失う。

より重要なのは(B)の方であり，納税者は租税便益に一切関心がない場合でも，取引参加前後で偶然に経済的地位に変化がなければ，conjunctive 分析の下で租税便益が否認されかねない。だが，かかる否認が不合理であることは自明であるし，2005年提案中の「例外」（7701条(n)(3)

132）歳入法典6662A に基づくペナルティは正当な理由があれば課されない（6664条(d)(1)）が，報告対象取引については，それが適切に開示されていることが条件（歳入法典6664(d)(2)(A)）とされる。

133）金子（1978）19頁。

134）Dogget 法案における conjunctive 分析選好の理由・背景につき，岡村（2005）210－211頁参照。

(B)) で多くは救済されよう。むしろ，主観的要件の充足の主張への反論という困難な作業から課税庁を解放し，客観的要件の不充足さえ説明できれば，あたかも否認に値する租税回避の意図が推認されるかのような効果を持ちうることが重要であろう（事業目的法理の強化の側面）。少なくとも適用対象取引の限定のない conjunctive 分析の採用は，我が国にはなじみ難いと考える。

このように見てくると，2005年提案における対象取引の限定がいっそう重いものに思えてくる。それでも，我が国で同様の否認規定の導入を検討する前に，少なくとも以下の課題があると考える。

Ⅵ－２．我が国における課題の整理

第一に，我が国で，どのような租税回避の仕組みが利用されている（されてきた）かの情報収集が必須である。米国の制定法化の議論は，裁判例等を精査して方向性を定めてきている。租税回避の温床となる制度上の歪みを発見する作業にも繋がる。第二に，そのような歪みの是正を，第一次的な対処と位置づけるべきである。事実上，特定の納税者のための優遇措置であるがその趣旨が不明であるものについては，可能な限りこれを除去するのが広義の特別措置の整理にも繋がり望ましい。第三に，租税法律主義に基づく予測可能性・法的安定性という要請との調和をどう図るかが問題となる。租税回避商品によって失われる税収と犠牲になる租税公平主義の要請がどの程度なのか，従来の事後的な個別対応ではなぜ足りないのかを，具体的・定量的に示す必要がある。第四に，仮に租税回避に関し看過し得ない状況にあることが明らかになったとして，ペナルティ強化と情報開示を含む手続的対応の可能性の吟味が必要である。課税当局の情報収集が促進される。両院合同課税委員会も手続的対応を選好してきた。一般的否認規定の不利益が，納税者一般に及びうることと比較すれば，適切な情報保護の下で，租税回避の重要な助言者又は利用者に限定して一定の不利益を甘受させる制度の方が合理的かもしれない。最後に，中長期的な対処として，立法資料の充実が必要である。文理解釈には当然限界がある。憲法84条以下は，憲法83条が言明する財政民主主義の具体化であり[135]，国の財政に対する国会のコントロールという基本原則の財政収入面での現れが租税法律主義である[136]ならば，立法者意思を重視した解釈も，租税公平主義の要請と併せて考えれば，我が国の憲法の否定するところではない。立法資料の充実とその積極的開示を通じて，納税者の法的安定性と予測可能性を高めた上であれば，法の支配の要請に適った意図主義的な解釈の余地を，我が国で広げられるのではないか。具体論には，租税立法過程に関する本格的な研究成果が不可欠であろう。

Ⅶ．おわりに

我が国において，租税法律主義の要請と法の趣旨に即した租税便益の供与の両立を追求すべきである。本稿では，米国法の考察から示唆を得て，この点を論じた。

135）佐藤（1995），179頁
136）伊藤（1995），477頁

参 考 文 献

浅沼潤三郎「1032ネッチ対合衆国事件（租税回避に関するアメリカ連邦最高裁判所判例(9)）」税法学219号39頁（1969）.

伊藤正己『憲法（第３版）』（弘文堂・1995）.

岡村忠生「タックス・シェルターの構造とその規制」法学論叢136巻４・５・６号269頁（1995）.

岡村忠生「税負担回避の意図と二分肢テスト」税法学543号３頁（2000）.

岡村忠生「租税回避行為の規制について」税法学553号185頁（2005）.

金子宏「租税法と私法」租税法研究６号１頁（1978）.

川田剛監修・ホワイト＆ケース外国法事務弁護士事務所＝神田橋法律事務所執筆「租税回避行為の否認と租税法律主義との関係について（その１）」月刊税務事例34巻７号54頁（2002）.

佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院・1995）.

高橋祐介「租税法律不遡及の原則についての一考察」総合税制研究11号76頁（2003）.

中里実『タックス・シェルター』（有斐閣・2002）.

樋口範雄『アメリカ契約法（アメリカ法ベーシックス１）』（弘文堂・1994）.

渕圭吾「アメリカにおける租税回避否認法理の意義と機能(1)」学習院大学法学会雑誌38巻２号91頁（2003）.

平川雄士「わが国裁判所の租税回避問題における役割」中里実・神田秀樹編著『ビジネス・タックス』420頁（有斐閣・2005）.

本庄資『アメリカン・タックス・シェルター―基礎研究－』（税務経理協会・2003）.

松井茂記『アメリカ憲法入門（第４版）』（有斐閣・2000）.

森信茂樹「米国の法人タックス・シェルター問題とわが国へのインプリケーション」国際税制研究15号24頁（2005）.

渡辺徹也『企業取引と租税回避』（中央経済社・2002）.

Bankman, Joseph, The Economic Substance Doctrine, 74 S. Cal. L. Rev. 5 (2000).

Bittker, Boris I., Constitutional Limits on the Taxing Power of the Federal Government, 41 Tax Law. 3 (1987).

Bittker, Boris I. and Lawrence Lokken, Federal Income Taxation of Income, Estates, and Gifts (3 d ed.) (1999).

Cahn, Edmond N., Local Law in Federal Taxation, 52 Yale L. J. 799 (1943).

Caron, Paul L., Tax Myopia, or Mamas Don't Let Your Babies Grow Up to Be Tax Lawyers, 13 Va. Tax Rev. 517 (1994).

Comment, Treasury Regulation § 301.6111－2T and the Economic Substance Doctrine: A Plea for Certainty in the Tax Law, 39 Hous. L. Rev. 499 (2002).

Dam, Kenneth W., The American Fiscal Constitution, 44 U. Chi. L. Rev. 271 (1977).

Department of the Treasury, General Explanations of the Administration's Revenue Proposals (1999).

Department of the Treasury, The Problem of Corporate Tax Shelters: Discussion, Analysis and Legislative Proposals (cited as "White Paper") (1999).

Department of the Treasury, General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2001 Revenue Proposals (2000).

Fuller, Hoffman F., Business Purpose, Sham Transactions and the Relation of Private Law to the Law of Taxation, 37 Tul. L. Rev. 355 (1963).

Geier, Deborah A., Interpreting Tax Legislation: The Role of Purpose, 2 Fla. Tax Rev. 492 (1995).

Gravelle, Jane G., CRS Reviews Revenue–Rasing Proposals of the 108th Congress, 2005 TNT 38－68 (2005).

Gustafson, Charles H., The Politics and Practicalities of Checking Tax Avoidance in the United States, in Tax Avoidance and the Rule of Law, edited by Graeme S. Cooper, 349－376 (1997).

Hariton, David P., Sorting out the Tangle of Economic Substance, 52 Tax Law. 235 (1999).

Heen, Mary L., Plain Meaning, the Tax Code, and Doctrinal Incoherence, 48 Hastings L. J. 771 (1997).

Isenbergh, Joseph, Musings on Form and Substance in Taxation, 49 U. Chi. L. Rev. 879 (1982).

Jackel, Monte A., For Better or For Worse : Codification of Economic Substance, 2004 TNT 96－33 [Part 1 of 2] (2004).

Joint Committee on Taxation, Study of Present–Law Penalty and Interest Provisions as Required by Section 3801 of the Internal Revenue Service Retructuring and Reform Act of 1998 (Including Provisions Relating to Corporate Tax Shelters, July 22, 1999.

Join Committee on Taxation, Description and Analysis of Present–Law Tax Rules and Recent Proposals Relating to Corporate Tax Shelters (JCX－84－99), November 10, 1999a.

Joint Committee on Taxation, Testimony of the Staff of the Joint Committee on Taxation Concerning Interest and Penalties and Corporate Tax Shelters Before the Senate Committee on Finance, March 8, 2000 (JCX－23－00), March 7, 2000.

Joint Committee on Taxation, Background and Present Law Relating to Tax Shelters (JCX－19－02), March 19, 2002.

Joint Committee on Taxation, Technical Explanation of H.R. 5095 (the "American Competitiveness Act of 2002") (JCX－78－02), July 19, 2002a.

Joint Committee on Taxation, Description of the "Highway Reauthorization and Excise Tax Simplification Act of 2004" (JCX－5－04), January 29, 2004.

Joint Committee on Taxation, Options to Improve Tax Compliance and Reform Tax Expenditure (JCS－02－05), January 27, 2005.

Knight, Ray A. and Lee G. Knight, Substance Over Form : The Cornerstone of Our Tax System or a Lethal Weapon in the IRS's Arsenal ?, 8 Akron Tax J. 91 (1991).

Livingston, Michael, Congress, the Courts, and the Code : Legislative History and the Interpretation of Tax Statutes, 69 Tex. L. Rev. 819 (1991).

Livingston, Michael, Practical Reason, "Purposivism," and the Interpretation of Tax Statutes, 51 Tax L. Rev. 677 (1996).

McMahon, Martin J., Jr., Economic Substance, Purposive Activity, and Corporate Tax Shelters, 94 Tax Notes 1017 (2002).

McMahon, Martin J., Jr., Beyond a GAAR : Retrofitting the Code to Rein in 21st Century Tax Shelters, 98 Tax Notes 1721 (2003).

Madison, Allen D., The Tension between Textualism and Substance–over–Form Doctrines in Tax Law, 43 Santa Clara L. Rev. 699 (2003).

McMahon, Martin J., Jr., Beyond a GAAR : Retrofitting the Code to Rein in 21st Century Tax Shelters, 98 Tax Notes 1271 (2003).

Moore, Karen Nelson, The Sham Transaction Doctrine : An Outmoded and Unnecessary Approach to Combating Tax Avoidance, 41 Fla. L. Rev. 659 (1989).

New York State Bar Association Tax Section, Comments on the Administration's Corporate Tax Shelter Proposals, 83 Tax Notes 879 (1999).

New York State Bar Association Tax Section, Treasury's Proposals to Codify the Economic Substance Doctrine, 88 Tax Notes 937 (2000).

Note, The Role of State Law in Federal Tax Determinations, 72 Harv. L. Rev. 1350 (1959).

Olson, Pamela, Some Thoughts on Anti–Abuse

Rules, 48 Tax Law. 817 (1995).

Patton, Stewart, Treasury Regulation § 301.6111－2T and the Economic Substance Doctrine: A Plea for Certainty in the Tax Law, 39 Hous. L. Rev. 499 (2002).

Paul, Randolph E., Studies in Federal Taxation: Taxation without Misrepresentation (1937).

Popkin, William D., An "Internal" Critique of Justice Scalia's Theory of Statutory Interpretation, 76 Minn. L. Rev. 1133 (1992).

Rubin, Edward L., Law and Legislation it the Administrative State, 89 Colum. L. Rev. 369 (1989).

Scalia, Antonin, The Rule of Law as a Law of Rules, 56 U. Chi. L. Rev. 1175 (1989).

Scalia, Antonin, Common–Law Courts in a Civil–Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Law, in A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law, 3 (Amy Gutmann ed. 1997).

Simon, Karla W., Congress and Taxes: A Separation of Powers Analysis, Miami L. Rev. 1005 (1991).

Simon, Karla W., Constitutional Implications of the Tax Legislative Process, 10 Am. J. Tax Pol'y 235 (1992).

Smith, Robert Thornton, Business Purpose: the Assault upon the Citadel, 53 Tax Law. 1 (1999).

Summers, Rovert S., A Critique of the Business Purpose Doctrine, 41 Or. L. Rev. 38 (1961).

Vanistendael, Frans, Judicial Interpretation and the Role of Anti–Abuse Provision in Tax Law, in Tax Avoidance and the Rule of Law, edited by Graeme S. Cooper, 131－154 (1997).

Zelenak Lawrence, Thinking about Nonliteral Interpretation of the Internal Revenue Code, 64 N. C. L. Rev. 623 (1986).