租税資料館賞受賞論文集

第 23 回（2014 年）

下巻

公益財団法人 租税資料館

租税資料館賞　第 23 回入賞作品

●上　巻

論文の部

「外国子会社合算税制の課税上の問題についての一考察―税制の交錯から生じる問題点を中心に―」
稿　者　羽島　和宏　氏
（東京国税局調査第一部主任国際調査審理官付徴収官／筑波大学大学院　院生）・・・・・・上巻（35）

「公売促進に向けた一提言」
稿　者　山本　茂　氏　（東京国税局徴収部特別国税徴収官）・・・・・・・・・・・・・・・上巻（91）

租税資料館奨励賞の部

「法人税法におけるファイナイト保険の課税問題」
稿　者　大貫　貴博　氏　（亜細亜大学大学院　院生）・・・・・・・・・・・・・・・・・・上巻（179）

「法人税法６９条における外国法人税の範囲の検討―最高裁判決を踏まえた法解釈枠組みの明確化―」
稿　者　小野村　敬子　氏　（兵庫県立大学大学院　院生）・・・・・・・・・・・・・・・上巻（233）

「寄附金税制に関する一考察―「寄附金控除の年末調整制度化」を中心として―」
稿　者　上村　大輔　氏　（千葉商科大学大学院　院生）・・・・・・・・・・・・・・・・・上巻（329）

「複数の組織再編等の組み合わせによる租税回避とその否認―取引の一体的把握の是非をめぐって―」
稿　者　川端　一真　氏　（福岡大学大学院　院生）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・上巻（435）

●中　巻

「消費税の課税に関する一考察―社会保険診療に対する非課税措置といわゆる「損税」について―」
稿　者　金原　俊輔　氏　（千葉商科大学大学院　院生）・・・・・・・・・・・・・・・・・中巻（3）

「無利息融資課税―貸手における所得計上の法理―」
稿　者　倉橋　秀典　氏　（早稲田大学大学院　院生）・・・・・・・・・・・・・・・・・・中巻（131）

「企業集団税制における損失控除問題に関する一考察―適格現物分配を題材として―」
稿　者　小池　正幸　氏　（立命館大学大学院　院生）・・・・・・・・・・・・・・・・・・中巻（195）

「法人課税信託（自己信託等）を利用した租税回避への対応
　―米国連邦税法のビジネス・トラスト及び外国信託への取扱いを参考として―」
稿　者　小森　悠一郎　氏　（名古屋経済大学大学院　院生）・・・・・・・・・・・・・・・・・中巻（267）

「法人税法２２条４項（公正処理基準）の解釈」
稿　者　阪田　大作　氏　（筑波大学大学院　院生）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・中巻（357）

●下　巻

「国際的租税回避に対抗する法人税制についての一考察
　―ＢＥＰＳ対抗策と包括的租税回避否認規定の導入を中心に―」
稿　者　武井　知佐　氏　（名古屋経済大学大学院　院生）・・・・・・・・・・・・・・・・・下巻（3）

「わが国の居住者等による二重非課税についての租税条約の濫用の防止
　―租税条約等実施特例法の観点からの防止策の検討―」
稿　者　谷口　友一　氏　（名古屋経済大学大学院　院生）・・・・・・・・・・・・・・・・・下巻（121）

「信託を利用した証券化と課税
　―複層化された受益権につきpass-through debt certificatesを参考に―」
稿　者　西浦　真平　氏　（関西大学会計専門職大学院　院生）・・・・・・・・・・・・・・・下巻（213）

「ハイブリッド・エンティティに係る課税問題についての考察」
稿　者　平　慎之佑　氏　（立命館大学大学院　院生）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・下巻（265）

「所得税制の課税単位に関する一考察」
稿　者　船橋　充　氏　（関西大学大学院　院生）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・下巻（317）

「譲渡所得課税における所得の認識基準に関する研究―課税のタイミングを中心に―」
稿　者　山本　直毅　氏　（専修大学大学院　院生）・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・下巻（395）

国際的租税回避に対抗する法人税制についての一考察

―ＢＥＰＳ対抗策と包括的租税回避否認規定の導入を中心に―

武井 知佐

【論文要約】

情報化社会の進展は、我々の社会に種々の恩典を齎したが、一方で企業が国際的租税回避スキームを利用する余地をも生じさせることとなった。

現行の国際的租税回避スキームは各国の税制の差異を利用しているため、各国毎の租税回避防止規定では対応することが困難な状況となっている。

「このような租税回避を合法的だという理由で看過し続けても良いのだろうか」という点に疑問を感じたのが、本論文のテーマを選択するに至った理由である。

第 1 章では国際的租税回避の歴史を概観した上で、税源浸食の実態につき米国議会、英国議会及び OECD のレポートからの検討を行った。また代表的な租税回避スキームであるグーグルのダブル・アイリッシュ＆ダッチ・サンドイッチスキーム、シンガポール子会社の利用による租税回避につき検討を行った。

これら検討により、現行の国際的租税回避は各国の居住地国概念の相違、納税義務者の定義及び範囲規定、タックス・ヘイブン税制、ロイヤルティの取扱い、移転価格税制及びその差異を巧みに利用したものであり現行の国際税制で対抗することは難しい点、また我が国においてもシンガポールをはじめとする軽課税国を利用した国際的租税回避が行われつつある実態が明らかとなった。

第 2 章では、国際的租税回避の実態を踏まえ、我が国の現行税制の問題点につき、租税回避の射程、居住地国概念、外国子会社合算税制を中心として検討を行った。

租税回避の射程については、金子宏教授、本庄資教授、清永敬次教授、田中二郎教授による先行研究及びグレゴリー判決を手掛かりとして、形式論、目的論の両面から検討を行った。我が国の有力説は形式論を採用している。しかし、現行の国際的租税回避スキームは合法的な形式を保持しつつ租税を回避するものが中心であり、形式論の観点のみでは租税回避と判断できない。このような現状を鑑みると、目的論の視点からの検討も今後は必要となってくると思われる。

居住地国概念については、我が国が外国子会社配当益金不算入制度の導入により全世界所得課税から領土主義課税へと移行しつつある点につき指摘を行った上で、領土主義の問題点について検討を行った。

外国子会社合算税制の適用除外要件の検討では、実体基準では業種により物理的施設をその判断基準とすることは困難であるといった問題点を指摘した。また、事業基準及び非関連者基準については、軽課税国に統括会社を設置することによる国際的租税回避スキームに対し、我が国の外国子会社合算税制が十分に機能しないケースが想定される点につき検討を行った。

第 3 章においては、国際的租税回避に対する国際的な取組みとして、EU 及び OECD の議論を基に検討を行った。

EU アクションプラン及び OECD の BEPS アクションプランでは、国際的租税回避に対

抗するためには包括的な対応が必要であり各国が協調して租税回避を防止する必要性が強調されており、これまでの各国毎の租税回避防止策、租税回避否認策よりも一歩進んだ取組みが提示されている。本論文では、国際的租税回避に対抗するための国際的な動きにつき考察を行った。

第 4 章においては、国際的に協力して租税回避に対抗しようとする潮流の中、我が国の法人税法においても新たなる租税回避防止規定、租税回避否認規定の制定に向けた検討を行うべきではないかとの観点から、包括的租税回避否認規定導入の可能性を中心として、外国子会社合算税制の見直し、居住地国概念の相違を利用した租税回避に対する租税条約の見直しにつき検討を行った。

多国籍企業を中心とした国際的租税回避による税源浸食の実態は看過できないレベルに達しており、我が国においても今後包括的租税回避否認規定導入を初めとする抜本的な租税回避防止策を打ち出す必要性があると考える。

目　　　次

はじめに　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　1

第１章　国際的租税回避の現状と税源浸食の影響　・・・・・・・・・・・・・・・・・・　9

第１節　国際的租税回避とその防止策の歴史的変遷　・・・・・・・・・・・・・・・・　9

第１項　タックス・ヘイブンの萌芽　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　9
第２項　タックス・ヘイブンの繁栄と国際的租税回避防止規定の制定・・・・・・　10
第３項　新たな形式のタックス・ヘイブンの勃興と OECD 租税回避防止
プロジェクト　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　11
第４項　小括　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　12

第２節　国際的租税回避による税源浸食　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　13

第１項　個別企業（マイクロソフト、ヒューレットパッカード、アップル）の
租税回避スキームと税源浸食の実態―米国議会の公聴会からの検討―・　13
第２項　個別企業（スターバックス、グーグル、アマゾン）の租税回避スキーム
と税源浸食の実態―英国議会の公聴会からの検討―　・・・・・・・・・・　16
第３項　世界的な税源浸食の実態―OECD の「税源浸食と利益移転への対応に
関する報告書」からの検討　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　18
第４項　小括　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　19

第３節　租税回避スキームの実態　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　19

第１項　ダブル・アイリッシュ＆ダッチ・サンドイッチスキームの実態　・・・・20
第２項　シンガポール子会社の利用による租税回避　・・・・・・・・・・・・・・　22
第３項　小括　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　26

第２章　我が国の現行税制と国際的租税回避の可能性　・・・・・・・・・・・・・・・　28

第１節　租税回避の射程　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　28

第１項　租税回避と節税、脱税との境界　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　28
第２項　通常の形式ではない（異常な）形式による租税回避　・・・・・・・・・　31
第３項　経済的実質でとらえることが可能か　・・・・・・・・・・・・・・・・・　32
第４項　取引の目的からの判断　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　34
第５項　小括　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　36

第２節　居住地国概念　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　36

第１項　全世界所得課税か領土主義課税か　・・・・・・・・・・・・・・・・・・　36
第２項　領土主義課税の問題点　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　39
第３項　居住地国課税と源泉地国課税　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　42
第４項　領土主義と国際的租税回避スキーム　・・・・・・・・・・・・・・・・・　43
第５項　小括　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　44

第３節　外国子会社合算税制　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　45

第１項　外国子会社合算税制の創設　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　45
第２項　現行の外国子会社合算税制　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　47
第３項　外国子会社合算税制の歴史的変遷と特徴　・・・・・・・・・・・・・・・　47
第４項　適用除外要件における問題点　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　50
第５項　小括　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　56

第３章　国際的租税回避に対するEU及びOECDの取組み　・・・・・・・・・・・・　58

第１節　EUの取組み　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　58

第１項　EUアクションプランの概要　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　58
第２項　EUアクションプランの具体的内容　・・・・・・・・・・・・・・・・・・　60
第３項　小括（EUアクションプランに関する考察）　・・・・・・・・・・・・・　65

第２節　OECDの取組み　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　66

第１項　OECDのBEPSアクションプランの概要　・・・・・・・・・・・・・・・・　66
第２項　OECDのBEPSアクションプランの具体的内容　・・・・・・・・・・・・・　68
第３項　小括（OECDのBEPSアクションプランに関する考察）　・・・・・・・・　72

第 4 章　国際的租税回避に対抗する我が国の法人税制　・・・・・・・・・・・・・・・　75

第 1 節　包括的租税回避否認規定導入の検討　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　75

第 1 項　租税回避否認規定導入の必要性　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　75
第 2 項　各国の包括的租税回避否認規定（GAAR）の導入状況　・・・・・・・・・　78
第 3 項　各国の包括的租税回避否認規定（GAAR）の内容　・・・・・・・・・・　79
第 4 項　包括的租税回避否認規定の導入方法　・・・・・・・・・・・・・・・・・　81
第 5 項　一般的、包括的、個別的租税回避否認規定の検討　・・・・・・・・・・　83
第 6 項　各国の GAAR の射程と我が国の包括的租税回避否認規定の射程　・・・　85
第 7 項　アグレッシブ・タックス・プランニングの定義及び射程　・・・・・・・　88
第 8 項　具体的な包括的租税回避否認規定案　・・・・・・・・・・・・・・・・・　91

第 2 節　外国子会社合算税制の見直し　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　92

第 1 項　統括会社を利用した租税回避と適用除外基準の再考　・・・・・・・・・　92
第 2 項　事業形態の変化と実体基準及び管理支配基準　・・・・・・・・・・・・　93

第 3 節　居住地国概念の差異による租税回避とその防止策　・・・・・・・・・・・　95

第 1 項　居住地国概念の差異による租税回避に対する防止策の必要性　・・・・・　95
第 2 項　租税条約による居住者及び居住地国概念　・・・・・・・・・・・・・・　96

第 4 節　小括　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　99

おわりに　・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・　102

はじめに

1.研究の目的

情報化社会の進展は、我々の社会に種々の恩典をもたらすとともに、様々な場面において取捨選択の幅を広げることとなった。個人においては、インターネットその他の電子媒体により、様々な情報を取得し、それらを比較し、自分にとってより良い選択を検討することが可能となった。また企業においても、情報化社会の進展は国際化、企業形態の複雑化など様々な影響を齎した。膨大な情報を迅速に取得、処理し、比較検討することは今や企業経営において重要な要素の一つとなっている。

しかし一方で、企業において選択の幅が広がったことは、国際的な租税回避を選択する余地をも生じさせる結果を齎した。

租税には、公共サービスの資金の調達、富の再分配、景気調整[1]といった重要な役割がある。しかしながら企業によっては税負担を単なるコストとして認識し、また多国籍企業においては、税負担の低さを企業努力によるものとし、投資家へのアピール材料として認識する動きも認められることとなった。

実際、2010 年 10 月 21 日付の米国大手メディアブルームバーグのグーグルの海外収入に対する税率が 2.4%に抑えられているとの記事[2]が大きな話題となり、また 2012 年 10 月 15 日付のロイター通信社のスターバックスの租税回避に関する記事[3]は英国においてスターバックスの不買運動等にまで発展する社会問題となった。

しかしながら、これら国際的な租税回避は法律に抵触せず合法的に行われることが多く、どれだけ多くの税源が浸食されようと、税法上それを阻止又は防止するには困難な現状となっている。というのも、各国の税制はそれぞれ制度制定に至る歴史的な背景、経済事情等が異なるため、課税要件となる納税義務者、課税物件、課税物件の帰属、課税標準、税率等といった諸規定がほとんどの国で異なるものとなっており、その差異が国際的な税のループホール（抜け穴）を生じさせる一因となっているためである。そしてこれらのループホールを見つけ出し利用することによって、国際的な

---

1 金子宏『租税法〔第十八版〕』（弘文堂、2013）1-8 頁参照。

2 ブルームバーグの記事の中で、グーグルは IRS(米国内国歳入庁)との 3 年間にもわたる交渉の末、子会社へのロイヤルティの売却価格の承認を受け、さらにダブリンの子会社、バミューダで管理されたアイルランド子会社、オランダの子会社を経由することにより、税率を 2.4%にまで抑えたことが紹介されている。「Google 2.4% Rate Shows how 60Billion Lost to Tax loopholes」(Bloomberg,2010-10-21)

3 ロイターの記事では、スターバックスは英国で過去 30 億ポンド以上の売上があったのに対して、わずか 860 万ポンドほどの税を納税したのみであり、またここ 3 年間においては 12 億ポンドの売上に対して税を納付していない現状が報告されている。「Special Report：How Starbucks avoids UK taxes」(Reuters,2012-10-15)

租税回避が行われる仕組みとなっている。

これらの租税回避行為について、合法的であるという理由で、看過し続けてもよいのだろうか。

前述のスターバックスの記事が出た翌月、英国及びドイツの財務相は多国籍企業に対して租税回避を行わないよう共同声明を発表するとともに、翌年 2 月には、英国、ドイツ、フランスの 3 カ国は他の G20 諸国に対し、多国籍企業の租税回避を阻止するよう求めた[4]。

このような国際的な流れの中、G20 は OECD（Organisation for Economic Co-operation and Development：経済協力開発機構。以下「OECD」という）に租税回避防止に関する研究報告を要求し、OECD は 2013 年 2 月、「税源浸食と利益移転への対応に関する報告書[5]」を発表した。

OECD はこの報告書の中で、特に規制すべき租税回避であるアグレッシブ・タックス・プランニングについて、各国が協調して対抗する必要性を訴えている。

OECD はこれまでにも長年にわたり、国際的租税回避について検討を行い、報告書を発表してきたが、多国籍企業の国際的租税回避に対しては、必ずしも有効な措置とはなっていなかった。

OECD の「税源浸食と利益移転への対応に関する報告書」では、「国際課税と合意された国際基準に対する国内法は、価値の移転を行うものとしての知的財産の重要性の高まり及び情報通信技術の絶え間ない発展により特徴付けられるグローバルな納税者の環境、というよりもむしろ、国境を越えた経済についての統合度がより低い経済環境を基礎としている[6]」と述べられている。

今回の OECD の動きは国際的租税回避に対する制度を見直し国際的に協調してアグレッシブ・タックス・プランニングに対抗しようとするものであり、これまでの各国ごと、又は租税条約ごとの租税回避対抗策から一歩進んだ抜本的な改革となっている。

---

4 「UK, Germany, France Urge G-20 to tighten Global Tax Rules」(Bloomberg,2013-2-16)

5 「Addressing Base Erosion and Profit Shifting」(OECD,2013)

「Base Erosion and Profit Shifting(税源浸食及び利益移転)」を略して BEPS と称される。

当該報告書については、居波邦泰氏「税源侵食と利益移転への対応（仮訳）」『租税研究 2013-5』(日本租税研究協会、2013)の 196-241 頁に詳細が報告されている。また、本庄資教授「陳腐化した国際課税原則を見直し新しい国際課税原則を構築する必要性―OECD の BEPS 対策税制の始動を中心として―」『税大ジャーナル第 21 号』（国税庁、2013）では、OECD の BEPS への対応を中心として、EU、米国における BEPS への対抗策及び今後の展望についての詳細な検討が行われている。

6 OECD　前掲注(5)

このような国際的な流れの中で、我が国の法人税制は、巧妙に計画された国際的租税回避に現状において対抗できているのであろうか、という点に興味を持ち、今回の論文を作成するに至った。

本論文においては、我が国の現行税制の問題点について検討を行うとともに、EU及びOECDでの議論を踏まえ、国際的にも重大な問題となっている国際的租税回避に対して、我が国法人税制が対抗するためにはどのような方策を採るべきかについての一考察を行うことを目的とする。

2.研究の概要

第1章では、まず国際的租税回避の歴史的な変遷について概観した。

租税回避は、税の歴史の変遷とともに形態を変化させ、その租税回避の形態に合わせてまた租税回避防止規定も変化している。

本論文では、19世紀後半以降の米国のニュージャージー州、デラウェア州等の優遇措置の制定に端を発した初期の租税回避、1950年代以降のアンティール、バハマ等の低税率又はゼロ税率であるタックス・ヘイブンの繁栄とそれに対抗するための米国のサブパートFをはじめとする国際的租税回避防止規定の制定、また1980年代以降のベネルックス（ベルギー、オランダ、ルクセンブルク）、香港、シンガポールに代表される、無形資産、利子、配当等の特定の分野に対しての課税上の優遇措置を利用した新たな形の租税回避の勃興とその租税回避防止を目的としたOECDの動きについて概観した上で、現在の複雑な国際的租税回避スキームに至る変遷につき検討を行った。

また、上記歴史的変遷を概観した上で、国際的租税回避スキームによる税源浸食の実態について、個別事例としてのマイクロソフト、ヒューレットパッカード、アップルの税源浸食の実態を米国議会レポートより、またグーグル、スターバックス、アマゾンの税源浸食の実態を英国議会レポートよりそれぞれ明らかにした上で、グローバルな視点からの世界の税源浸食の実態につき、OECDの「税源浸食と利益移転への対応に関する報告書」から検討を行った。

上記検討結果、推計という概念が含まれるものの、多国籍企業が行っている国際的租税回避による税源浸食の額は多額に上ることが明らかとなった。

併せて、国際的租税回避スキームとして、代表的なグーグルのダブル・アイリッシュ＆ダッチ・サンドイッチスキームと、アジアにおける典型的な租税回避スキームとしてのシンガポール子会社の利用につき、検討を行った。

これらスキームの検討により、現行の国際的租税回避スキームは各国の居住地国概念の相違、納税義務者の定義及び範囲規定、タックス・ヘイブン税制、ロイヤルティの取扱い、移転価格税制及びその差異を巧みに利用したものであり現行の国際税制で対抗することは難しい点、また我が国においてもシンガポールをはじめとする軽課税国を利用した国際的租税回避が一部行われつつある実態が明らかとなった。

第 2 章では、第 1 章で検討を行った国際的租税回避の実態を踏まえ、我が国の現行税制につき、租税回避の射程、居住地国概念、外国子会社合算税制を中心として検討を行った。

「租税回避」という言葉は近年メディア等にもしばしば登場し、様々な場で取り上げられるようになったが、「租税回避」という用語は、我が国の法人税法上定義がなされておらず、租税回避の射程をどの範囲に置くのかというのは未だ重要な課題となっている。

本論文においては、金子宏教授、本庄資教授、清永敬次教授、田中二郎教授による先行研究及びグレゴリー判決を手掛かりとして、形式論、目的論の両面から、租税回避の射程につき検討を行った。

租税回避の射程について、我が国の有力説は形式論を採用している。

確かに、形式からの判断、つまり通常の形式とは異なる形式を採用する課税主体及び取引についてはその異なる形式が課税要件の充足を回避しかつ租税負担を軽減させる結果となる場合には租税回避の射程に入る、という判断基準は、租税回避を判断する上で重要な基準であると考える。

しかしながら、現行の国際的租税回避スキームは合法的な形式を保持しつつ租税を回避するものが中心であり、形式論の観点のみでは租税回避と判断できない課税主体及び取引が増えている現状を鑑みると、「租税回避行為を目的としている」といった判断基準、また「税法の予定しない、又は税法の意図に合致しない」といった判断基準をもつ目的論の視点からの検討も今後は必要となってくると思われる。

特に、OECD における無形資産の移転価格ガイドラインにおける経済的帰属の検討、EU における経済的帰属説を採用した GAAR[7]（General anti-avoidance rules、以下「GAAR」）導入についての勧告等の動きを鑑みると、経済的帰属説の検討については、我が国においても行うべき時期が到来していると考える。

次に、国際的租税回避に利用される居住地国概念に関する検討として、我が国が平成 21 年度税制改正による外国子会社配当益金不算入制度の導入により、領土主義課税の国またはハイブリッドの国になった[8]との観点から、領土主義の問題点について検討を行うとともに、我が国の税制が国際的租税回避スキームに対して必ずしも対抗できていない点につき検討を行った。

領土主義は居住地国概念の差異による国際的な税のループホールを拡大させる。こ

---

[7] GAAR は一般に General Anti-avoidance rules を指すが、 英国のように General Anti- abuse rules とする地域もある。我が国においては、一般的租税回避否認規定又は包括的租税回避否認規定と訳される。

[8] 本庄資『オフショア・タックス・ヘイブンをめぐる国際課税』（日本租税研究協会、2013）639 頁。

のような国際的不課税（利益がどの国でも課税されない）スキーム[9]による税源浸食への影響は重大であり、居住地国概念の差異を利用した国際的租税回避への対抗策は、喫緊に取り組むべき課題であると考える。

また、我が国の租税回避防止規定である外国子会社合算税制については、適用対象法人、外国関係会社、特定外国子会社等の適用対象国の判定、適用対象金額といった各項目について規定の歴史的変遷及び特徴を概観した上で、特に適用除外要件につき、検討を行った。

外国子会社合算税制は、昭和 53 年度の創設の趣旨として「正常な海外投資活動を阻害しないため、所在地国において独立企業としての実体を備え、かつ、それぞれの業態に応じ、その地において事業活動を行うことに十分な経済合理性があると認められる海外子会社等は適用除外とする[10]」旨が挙げられている。

当該趣旨に基づき制定されたのが事業基準及び適用除外要件であり、外国子会社合算税制適用の要否の判断基準として事業基準が、また経済的合理性の判断基準として、４つの適用除外要件（実体基準、非関連者基準又は所在地国基準、管理支配基準）が設けられた。

本論文においては、まず実体基準では、平成 25 年 5 月 29 日の東京高等裁判所（以下「東京高裁」）において卸売業を行うシンガポール子会社が使用していた机一台分のレンタルスペースが、その法人が業務を行うには十分な規模であり実体基準を満たしているものと判断された事件[11]を例に挙げ、コンピューターの小型化、携帯化が進む中、業種によっては、物理的施設をその判断基準とすることは今後、困難な状況が生ずる可能性をも抱えているといった問題点を指摘した。

また、事業基準及び非関連者基準については、平成 22 年度税制改正により海外に所在する 2 以上の被統括会社を統括する統括会社に対しての優遇税制が導入されたことにより、第 1 章において検討を行ったシンガポールをはじめとする軽課税国に統括会社を設置することによる国際的租税回避スキームに対し、資産性所得概念の導入により一定の租税回避防止を行うことはできるものの、我が国の外国子会社合算税制が十分に租税回避防止規定として機能しない場面が想定される点につき検討を行った。

さらに、管理支配基準においては、自ら事業の管理、支配等を行っていることの判定は、株主総会及び取締役会等の開催、役員としての職務執行、会計帳簿の作成及び保管等が行われている場所並びにその他の状況を勘案の上行うものとする（租税特別措置法基本通達(以下「措通」)66 の 6-16）とされていたが、近代化、情報化に伴う企業環境の変化に伴いテレビ会議等が普及したことにより、株主総会の開催地が本店所

---

9 本庄資「陳腐化した国際課税原則を見直し新しい国際課税原則を構築する必要性―OECD の BEPS 対策税制の始動を中心として―」『税大ジャーナル第 21 号』(国税庁、2013）3 頁。

10「昭和 53 年度の税制改正に関する答申」（税制調査会、1977）

11　東京地裁平成 24 年 10 月 11 日、東京高裁平成 25 年 5 月 29 日。（判例集未登載）

在地国以外の場所で行われていること、及び事業計画の策定に当たり内国法人と協議した事実をもって、管理支配基準を満たさないことにはならないという点が租税特別措置法関係通達において示された事実に鑑み、新たな管理支配基準の策定の必要性が生じている点につき、指摘を行った。

第 3 章においては、国際的租税回避に対する国際的な取組みとして、EU 及び OECD の議論を基に検討を行った。

2012 年 3 月、欧州理事会は、EU 評議会及び委員会に対して、租税詐欺(tax fraud)及び脱税(tax evasion)に対する対策を改善する具体的な方法を開発するよう命じ、同年 4 月、欧州議会は、この対応策に関する決議を採択した。

EU は 2012 年 6 月 27 日、最初の対応として、「6 月のコミュニケーション」(the "June Communication") を採択し、また 2012 年 12 月 6 日、EU は「EU アクションプラン[12]」を発表した。この EU アクションプランにおいて、EU は国際的租税回避に対抗するためには、包括的な対応が必要であり、EU 内における統一基準を設けるなど、各国が協調して国際的租税回避を防止する必要性を強調している。

EU アクションプランでは国際的租税回避防止のため、34 項目の目標が掲げられているが、本論文においては、当該 34 項目を(1)国際的租税回避（租税回避、租税詐欺、脱税）関連、(2)執行協力及び情報交換、(3) VAT（付加価値税）関連、(4)変性アルコール関連、(5)納税者番号制度、(6)納税者コンプライアンス関連、 (7)税制の標準化の 7 項目に区分した上で、既存制度の活用及び改正、当面の対応策としての新制度の導入、短期間で実施される取組み（2013 年中)、中期間で実施される取組み（2014 年まで)、長期間で実施される取組み（2014 年を超えて）に分類して検討を行った。

また、OECD においては、2013 年 2 月 12 日、「税源浸食と利益移転への対応に関する報告書」により、国際的租税回避に対抗する包括的なアクションプラン（行動計画）を早急に作成する必要が明示され、2013 年 7 月 19 日、OECD の「BEPS アクションプラン[13]」が公表された。

本論文では、OECD が掲げる 15 のアクションプランにつき、それぞれ個別に検討を行った上で、国際的租税回避に対抗するための国際的動きにつき考察を行った。

第 4 章においては、第 1 章における国際的租税回避の実態、第 2 章における我が国の現行税制とその問題点、第 3 章における EU 及び OECD における国際的租税回避への対抗策に関する検討を基に、国際的租税回避に対抗できる我が国法人税制の構築に

---

12 「Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion」(European Commission,2012)

13「Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting」（OECD,2013）

向けての考察を行うこととした。

国際的租税回避は、複雑化、また巧妙化し、第 2 章において検討を行ったように、我が国の法人税法は必ずしも国際的租税回避に有効に機能しないケースが想定される。

第 4 章では第 3 章の EU 及び OECD における国際的租税回避を防止するための方策についての議論、及び世界各国の租税回避防止規定、租税回避否認規定導入の動きといった国際的潮流を踏まえて、我が国における包括的租税回避否認規定導入の可能性を中心として、外国子会社合算税制の見直し、居住地国概念の相違を利用した租税回避に対する租税条約の見直しにつき検討を行った。

多国籍企業をはじめとする国際的企業においては、税負担を限界にまで軽減する競争が加速化している。このような状況に対し、本庄資教授は「国際的タックス・プランニングでは、「税の競争」（tax competiton）において各国がオファーする「魅力的な税制」（attractive tax regime）を最大限に利用してグローバル税負担を最小化する（実効税率を引き下げる）ため、法人を含む多様な事業体とその所有連鎖を創り、それらのグループ内部取引によって企業グループ全体の利益を最大化するように、SA（分離課税）と ALP（独立企業原則）を操り、費用・損失を高税国に、利益を軽課税国に付けるようその利益・費用・損失の帰属する法的主体（legal entities）の法形態とそのロケーションを選択することが、ビジネス界の常識になっている[14]」と述べ、警鐘を鳴らしている。

国際化し、また複雑化したタックス・プランニングに対しては、現行の我が国の法人税法及び国際租税法では対抗できない現状を認識した上で、国際的に協力して租税回避に対抗しようとする潮流の中、我が国法人税法においても新たなる租税回避防止規定、租税回避否認規定の制定に向けた検討については、積極的に取り組むべきであると考える。

また国際的租税回避対抗策として、本論文では特に外国子会社合算税制、居住地国概念及び租税回避否認規定を中心に検討を行ったが、現行の国際的租税回避スキームは複雑化しており、防止策、対抗策を検討するにあたっては、複数の制度につき複合的に検討を行う必要がある。

本論文においては検討を行うことができなかったが、EU 及び OECD のアクションプランにおいても問題点及び検討の必要性が指摘されている移転価格税制、無形資産、デジタル経済課税、情報交換制度、ハイブリッド・インスツルメントへの対応といった問題は、今後深い検討が必要な課題であると考える。

本論文は一側面からの検討となっているが、多国籍企業を中心とした国際的租税回

14 本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討(第 1 回)―領土主義課税（Territorial　Taxation）原則の再検討―」『租税研究 2013-3』（日本租税研究協会、2013）201 頁。

避による税源浸食の実態は看過できないレベルに達しており、我が国現行税制では対抗しきれない国際的租税回避の防止策につき一側面からでも検討を行うことは、意味があるものであると考える。

第１章　国際的租税回避の現状と税源浸食の影響

第１節　国際的租税回避とその防止策の歴史的変遷

租税回避行為自体は特殊な行為ではない。税という義務が生じた場合、人がそれから逃れたいと思うのはさほど不自然なことではない。従って、税の歴史はそのまま租税回避の歴史、と捉えることもできる。こういった意味では、租税回避行為は蓋然的なものであるといえよう。

しかしながら、近年の多国籍企業をはじめとする複雑な租税回避スキームによる税源浸食の国際的影響は、看過できないレベルに達していると考える。

租税回避は税の歴史の変遷とともに、また形態も変化し、またその租税回避の形態に合わせて租税回避防止規定も変化してきた。

本節では特に、本論文の対象としている国際的租税回避及びその防止規定についての歴史的変遷を概観する。

第１項　タックス・ヘイブンの萌芽

国際的租税回避としてのタックス・ヘイブンの萌芽は 19 世紀後半に遡る。

米国において、ニュージャージー州、デラウェア州などが州法により租税の優遇措置を制定し、法人を誘致する手法が採られた。これらの州は、現在においても米国国内のタックス・ヘイブンと位置づけられており、全米フォーチュン 500 の半分超がデラウェアに登録している[15]。

1930 年代には、英国がバミューダ諸島、バハマ等の植民地を利用して低税率のタックス・ヘイブン領を作り上げていった。その背景には、自国に有利な植民地を作り上げたいという英国の思惑とともに、低税率国の側でも、雇用創出状況や政府収入が増加するなど、発展途上国が OFC（オフショア金融センター）になるベネフィットがあるということが広く認識され、経済成長のエンジンになると考えられ、他のカリブ海の管轄においても、オフショアセンターを作ろうという動きが高まってきたという歴史がある[16]。

また、2 度の世界大戦も、タックス・ヘイブンの利用を増長させる要因となった。

---

[15] 本庄資　前掲注(8)、564 頁。
[16] 本庄資　前掲注(8)、154 頁。

米国では、第 2 次世界大戦の間、個人所得税の最高税率は 90%を超え[17]、英国においても 80%を超える高税率となったことは、タックス・ヘイブンの利用を後押しする結果となった。当時は、タックス・ヘイブンの利用は、複雑な租税回避スキームではなく、低税率国に子会社を設置するといった原始的なものであった。

一方、米国において、脱税・租税回避防止規定を最初に導入したのは、1937 年の歳入法（the Revenue Act of 1937）にまで遡る。

当時の大統領はルーズベルトであり、米国では戦争の資金調達等のために税率が上昇し、それに伴い租税回避行為も横行することとなった。

当初の議論においては、同族会社の行為計算否認、不動産の現物出資、費用化のタイミングによる脱税又は租税回避といった国際的というよりむしろドメスティックなものが中心であり、また脱税と租税回避とが厳密に区別されることなく一体として論じられている[18]ことが特徴として挙げられる。しかしながらこの頃、既に国際的な租税回避の動きが始まっていたのは、前述したとおりである。

第 2 項　タックス・ヘイブンの繁栄と国際的租税回避防止規定の制定

1950 年代に入ると、節税及び租税回避を目的としたタックス・ヘイブンの利用が活発となってくる。

タックスシェルターの事例としてまず紹介されるのが、1950 年代に始まる蘭領アンティール条約を利用した金融取引である[19]。

アンティールの他、当時、パナマ、リヒテンシュタイン、バハマ、あるいはカナダがタックス・ヘイブンとして利用されて[20]おり、タックス・ヘイブンを利用する会社とそうでない会社との格差が指摘されていた。

そこで、国際的租税回避に対抗する制度の必要性が高まってきた。

租税回避への対策税制の大きな転換点となったのは、1962 年の米国におけるサブパート F の制定である。

ケネディ大統領により提唱された同制度は、いまや世界的に広く普及したタックス・ヘイブン対策税制の原型[21]であり、軽課税国に子会社等を設置することにより課税の繰延べを図る行為を防止する規定となっている。

---

17 本庄資　『国際的脱税・租税回避防止策』（大蔵財務協会、2004）410 頁。
18 渕圭吾　「外国子会社合算税制の意義と機能」『フィナンシャル・レビュー2009-5』(財務省財務総合政策研究所、2009) 76 頁。
19 青山慶二「トリーティショッピングの歴史の再検討と最近の課題について」『フィナンシャル・レビュー2006-7』(財務省財務総合政策研究所、2006)119 頁。
20 渕圭吾　前掲注(18)、79 頁。
21 本庄資　前掲注(8)、109 頁。

米国に続いて、ドイツ(当時の西ドイツ)も 1972 年に「対外取引課税法」（Aussensteuergesetz）を導入し、同年にカナダが「国外発生資産所得条項」（Foreign accrual property income）の改正で対策を図った。また、1978 年に日本が「租税特別措置法」66 条で、1980 年にフランスが「租税一般法」229B 条（Article 209B of CGI）で、さらに英国が「1984 年財政法」（1984 Finance act）6 章でそれぞれタックス・ヘイブン対策税制を打ちだした[22]。

サブパート F に始まり、全世界に広がったタックス・ヘイブン対策税制は一定の成果を収めたが、一方、ヨーロッパにおいてはベネルックス（ベルギー、オランダ、ルクセンブルク）、アジアにおいては香港、シンガポールをはじめとした新たな租税回避が勃興し始めた。

第 3 項　新たな形式のタックス・ヘイブンの勃興と OECD 租税回避防止プロジェクト

新たな租税回避として台頭してきたのは、無形資産、利子、配当等の特定の分野に対しての課税上の優遇措置を利用した租税回避である。

ヨーロッパ、アジア等においては、国としての税率は高税率を保ち、かつ優遇税額控除、みなし費用制度等を利用して特定分野の課税の対象となる課税範囲を狭くする又は控除する費用を拡大することにより、企業の実際の税負担が低くなるよう設定し、それをアピールポイントとして外国法人の誘致を促すといった租税政策を行う国が台頭し始めた。法定税率は高税率なので、この方法を用いると、タックス・ヘイブン対策税制の対象国から外れることができる。

特に無形資産を対象とした税制上の優遇措置はパテント・ボックス[23]と呼ばれ、税の引下げとともに、企業の活性化、国際的競争力の強化、法人誘致の材料等として、各国の検討課題となっており、近年、英国及び中国においてもパテント・ボックス制度が導入されている。

租税回避防止の面では、OECD は 1996 年より「有害な税の競争」（Harmful Tax Practice）プロジェクトを立ち上げた。

OECD では、「1996 年に有害税制プロジェクトが始まったときには、多くの加盟国自身が有害税制もしくは優遇税制を持っていましたので、まず加盟国内での優遇

22　西野万里「企業の国際的租税回避と租税政策」『明大商学論叢』（明治大學商學研究所、1994）25 頁。

23 英国では、2013 年 4 月よりパテント・ボックス制度が施行された。わが国においても、日本経済団体連合会からパテント・ボックス制度の導入が要請されており、検討されている。「平成 25 年税制改正に関する提言」（日本経済団体連合会、2012）

税制をやめさせよう、というのが有害税制の主要な仕事の一つ[24]」であったと認識されているように、無形資産等を利用した手法も租税回避の一形態として認識され、2000 年のタックス・ヘイブン・リストには載らなかったものの、有害な税制を有する国として、ベルギー、オランダ、ルクセンブルクなどが名前を連ねている。

しかしながら、前述のパテント・ボックスを代表とする税の優遇措置に対して、「有害な税の競争」プロジェクトは抜本的な解決策を打ち出すには至っておらず[25]、結果、このような高税率を維持し、かつ課税範囲を縮小させる租税回避には現在においても、国際的な対応ができていない現状にある。

このような現状の中、多国籍企業を中心とした国際的租税回避はますます活発化しているが、現行の国際課税ルール及び各国の租税回避否認規定では、複雑なスキームにより合法的な体裁を備えている国際的租税回避に十分に対抗することが困難な状況となっており、2012 年 12 月には EU が、2013 年 7 月には OECD がそれぞれ深刻な問題を引き起こしている国際的租税回避に各国が協調して取り組むためのアクションプランを打ち出し、国際的租税回避への対抗策につき、検討を行っている現状にある。

第 4 項　小括

このようにタックス・ヘイブンの歴史を振り返ってみると、税があるところ租税回避も存在し、またその租税回避に対抗すべく防止規定を設けると、それに対応して租税回避も形態を変化させる、といった事実が浮き彫りとなってくる。

また、租税回避の萌芽ともいえる時期から存在した米国のニュージャージー州やデラウェア州の租税回避、英国植民地を中心として栄えたタックス・ヘイブン地などが廃ることなく現在でもタックス・ヘイブンとして存在し続けている点は、現在の租税回避政策が十分ではない結果であるといえよう。

---

[24] 荒木知「国際課税の最近のトピック：OECD におけるタックスヘイヴンプロジェクトを中心に」『租税研究 2009-8』(日本租税研究協会、2009)123 頁。

[25] 旧大蔵省主税局の国際租税課長として OECD 租税委員会のメンバーとなり、タックス・ヘイブン対策税制の創設及び対策にたずさわった志賀櫻氏は、『タックス・ヘイブンー逃げていく税金』（岩波新書、2013）において、1996 年の「有害な税の競争」プロジェクトの問題点として、タックス・ヘイブンの判断基準として当初検討されていた税負担が低いという点が除かれ、結果情報交換と透明性の欠如だけに絞られた点、中国の特別行政区マカオと香港がリストから外された点、プログレス・レポートは 35 の国と地域をリストアップしていたにもかかわらず、主権国家の思惑により、ブラックリストに挙げられたのは 30 の国と地域であった点、12 カ国ルールにより、12 以上の国と租税情報交換協定を結べばブラックリストから外すというルールにより、実効性に乏しい協定であっても 12 カ国以上と協定を締結することによりブラックリストから外れるルールを作った点、を挙げている。

また、現在では、古くからのタックス・ヘイブンであるデラウェア州等、20 世紀半ばに台頭してきたケイマンをはじめとする旧植民地型のタックス・ヘイブン、そしてヨーロッパのパテント・ボックスに代表される新興勢力であるタックス・ヘイブンを複合的に利用したスキーム型の租税回避が多国籍企業をはじめとして広がっている。

つまり、「世界規模で展開される「魅力的な税制」（attractive tax regimes）の競争が歯止めなく続くなか、表面的な法定法人税率引下げ競争だけでなく、実効税率（effective tax rate:ETR）引下げのため各国が「課税ベース」（tax base）縮小化の競争を行っている状況[26]」を多国籍企業が巧みに利用しているのである。

第 2 節においては、このような国際的租税回避による税源浸食の実態につき検討を行うとともに、第 3 節において、実際の租税回避スキームについて検討を行うものとする。

第 2 節　国際的租税回避による税源浸食

税源浸食の現状を明らかにすることは、容易なことではない。租税回避による税収の損失の検討を行うには、「もし、租税回避が行われていなかったら」という仮定が前提となるため、どうしてもそこに推計という概念が含まれることとなるためである。

しかしながら、ギリシア、イタリア等で財政危機が生じ、各国において税収の確保が困難となっている現状において、OECD、EU、米国議会、英国議会においては、多国籍企業の租税回避が税源浸食の一因であるとの指摘がなされている。

実際、米国議会、英国議会が多国籍企業の租税回避の実態を把握すべく行った公聴会においては、多国籍企業の国際的租税回避の実態及びスキームの一端が明らかとなった。

本論文においては、米国議会における公聴会、英国議会における公聴会、及び OECD の「税源浸食と利益移転への対応に関する報告書」より国際的租税回避による税源浸食の影響について考察を行うものとする。

第 1 項　個別企業（マイクロソフト、ヒューレットパッカード、アップル）の租税回避スキームと税源浸食の実態―米国議会の公聴会からの検討―

米国では、2012 年 9 月 20 日及び 2013 年 5 月 21 日に、米国上院国土安全保障政

[26] 本庄資　前掲注(14)、200 頁。

府問題委員会の調査小委員会[27]において、多国籍企業における利益移転及び米国税制に関して、第 1 回及び第 2 回公聴会[28]をそれぞれ実施した。

第 1 回公聴会では、マイクロソフト及びヒューレットパッカード、第 2 回公聴会ではアップルにおける国際的な租税回避の実態の解明ため、利益移転及び米国への資金還流に関するタックス・プランニングについての調査及び検討が行われた。

第 1 回公聴会では、まず、様々な租税回避のスキームがオフショア・タックス・ヘイブンへの利益移転及び米国課税の回避に繋がった点につき言及した上で、このような米国の損失が財政赤字の一つの重要な原因であり、他の米国国民の税負担を増加させる要因となっていると指摘している。そしてこのような多国籍企業の租税回避がどのように行われているかの最初のケーススタディとして、マイクロソフトとヒューレットパッカードにつき検討を行うものと述べられている。

具体的な租税回避の手法として、マイクロソフトは、マイクロソフトアイルランド（Microsoft Ireland)、マイクロソフトシンガポール（Microsoft Singapore)、マイクロソフトプエルトリコ（Microsoft Puerto Rico）の 3 社に知的財産権を売却することにより低課税国に利益を集中させるスキームを利用し、またヒューレットパッカードはベルギーの子会社（the Belgian Coordination Center “BCC”)とケイマンの子会社 （the Compaq Cayman Holding Corp “CCHC”)を利用した、新たなローンプログラム[29]を利用することにより、米国の課税を回避しつつ米国に資金が還流できるスキームを利用している点が明らかとなった。

このスキームにより、マイクロソフトアイルランドはマイクロソフト本社に 28 億ドル支払い、一方で 90 億ドルの収入を得、マイクロソフトシンガポールは 12 億ドルを支払い 30 億ドルの収入を得たこととなり、差額の 80 億ドルはマイクロソフト本社からオフショアに利益が移転されたこととなると報告されている。

また、販売権の譲渡により、2011 年には、米国におけるマイクロソフトの売上の 47%は、マイクロソフトプエルトリコにシフトしたと言及されている。

---

[27] Permanent Subcommittee on Investigations of the Committee on Homeland Security and Governmental Affairs United States Senate

[28] 「Offshore Profits Shifting and U.S. Tax Code-part1」(Permanent Subcommittee on Investigations,2012-9-20)「Offshore Profits Shifting and U.S. Tax Code-part2」(Permanent Subcommittee on Investigations,2013-5-21)

[29] 「staggered loan program」又は 「alternating loan program」と呼ばれるプログラムである。いずれの四半期末にまたがることなく年間全体を通じて連続的な流れのあるローンプログラムを利用することにより、米国の課税を逃れオフショアからの利益の還流が可能となるスキームである。

小委員のデータでは、2011年のマイクロソフトアイルランドの実効税率は5.76%、マイクロソフトシンガポールの実効税率は2.74%、マイクロソフトプエルトリコの実効税率は1.02%である。

これらの事実より、マイクロソフトが調査対象となった2009年、2010年、2011年の3年間で回避した税は45億ドルに上ると試算されている。

また、同3年間にオフショアのパッシブインカム[30]に対する税で課税が繰り延べられているものは、マイクロソフトで210億ドル、グーグルで242億ドル、アップルで354億ドルを超えるとの報告がなされた。

第2回公聴会においては、アップルの国際的租税回避についての調査及び検討が行われた。

具体的な租税回避スキームとして、アイルランドに所在するアップルオペレーションズ・インターナショナル（Apple Operations International、以下「AOI」）、アップルセールスインターナショナル（Apple Sales International、以下「ASI」）、アップルオペレーションズヨーロッパ（Apple Operations Europe、以下「AOE」）という3社のオフショア企業を利用する手法が紹介されている。

公聴会の報告書によると、AOIはアップルの租税回避戦略の頂点に位置しているが、アイルランドと米国の居住地国概念の差異を利用し、世界中どの国の課税上の居住者とならないエンティティであると主張しており、実際過去5年間、いずれの国の法人税も納めていない。

また、ASIは、ヨーロッパ、中東、アフリカ、インド、アジアのアップルの知的財産の経済的権利を保持しており、ASIはアイルランドに法人税を納めているが、アイルランド政府と交渉を行い、アイルランドの法定税率12.5%に対し、2%未満と非常に少額の納税となっている。

AOEはAOIとASIとの間に位置し両者を繋ぐエンティティであるが、やはり世界中どの国の課税上の居住者ともなってはいない。

アップルは、これらアイルランド子会社に知的財産権の一部を独立企業間価格ではなくコスト・シェアリング契約[31]により移転することにより、オフショアに利益を移転している。

---

30 パッシブインカム（Passive income）とは本業以外の事業から得られる所得であり、一般に投資所得等の資産性所得をいう。

31 「コスト・シェアリング契約とは、複数の参加企業が、新規に開発をする無形資産に係る特定の権利・利得を見返りとして、その研究コストを配分する取決めのことである。米国企業は、コスト・シェアリング契約を利用することで、軽課税国にある開発には何ら携わっていない関連子会社等に開発コストを分担させるだけで、開発した無形資産からの利得をこれら関連子会社に配分させることができることになる」居波邦泰「米国のコスト・シェアリング契約に係る移転価格訴訟の考察―ザイリンクス事案及びベリタス事案―」『税大ジャーナル第16号』（国税庁、2011）183頁。

結果、2009 年から 2012 年までの 4 年間の間に、ASI はアップルに R&D[32]のシェア費として約 50 億ドル支払い、同期間に ASI は 740 億ドルの利益を得た点が公聴会において明らかとなった。

また、AOI は 2009 年から 2012 年までの間に世界中の他のアップル子会社から配当金で 300 億ドルを受け取っており、これはアップルの世界全体の純利益の 30%を占めているが、AOI は前述した通り、法人税をいずれの国にも納めていない。

これらの事実により、第 2 回公聴会では、アップルが 4 年間で 440 億ドルの租税回避を行ったと試算されている。

第 2 項　個別企業（スターバックス、グーグル、アマゾン）の租税回避スキームと税源浸食の実態―英国議会の公聴会からの検討―

2012 年 11 月、英国議会においても、スターバックス、グーグル及びアマゾンの租税回避に関する公聴会[33]が開かれた。

スターバックスに関しては、株主への報告書には英国において 15%の利益を得ており、英国でのスターバックスの活動は成功していると報告されているにもかかわらず、英国で活動している 15 年間の内、2006 年を除く 14 年間については損失を計上しており、直近 3 年間は法人税を納めていないことが明らかとなった。

スターバックスの英国での利益を海外に移転する手法としては、英国スターバックス（UK　Starbucks）がスターバックスの知的財産権を持つオランダ子会社に対して 4.7%(直近までは 6%)のロイヤルティを支払い、さらにオランダ子会社がスイス子会社に対して 20%上乗せした価格でコーヒー豆を購入した上で英国スターバックスへ売却する方法、及び英国スターバックスからの米国スターバックスへの非常に高利率の利息の支払といった方法が指摘されている。

スターバックスはオランダと特別な租税協定を締結しており、またスイスは持株会社、管理会社については全州で、プリンシバル会社[34]については一部の州で優遇税制[35]があり、これら低税率国に収益を集約することにより租税回避を行っているものと考えられる。

---

32 Research and development（研究開発）

33 「HM Revenue &Customs: Annual Report and Accounts2011–12Nineteenth Report of Session 2012–13」（Authority of the House of Commons London,2012-12）

34 スイスの統括会社。「Attractive Location for Japanese Investors Switzerland-Gate to Europe-日系企業に有利なロケーション　スイス-ヨーロッパへのゲイトウエイ」（PwC,2011）においては、プリンシバル会社は優遇税制の申請を行うことにより、通常 8-10%の実効税率となることが、紹介されている。

35 JETRO　HP「スイス　税制」 http://www.jetro.go.jp/world/europe/ch/invest_04/ 参照。

また、アマゾンについては、2011 年の英国での販売高は 33.5 億ポンドであったにも関わらず、2011 年の英国アマゾン（Amazon.co.uk）で計上された売上高は 2 億ポンドに留まっている。一方、同 2011 年、ルクセンブルクに拠点を置く会社（Amazon EU Sarl）は 91 億ユーロの売上高を計上しており、英国での販売の大部分がルクセンブルクにおいて売上高として計上されている事実が明らかとなった。アマゾンは、同年の英国での 2 億ポンドの売上に対し英国での納税額は 180 万ポンド、またルクセンブルクでは 91 億ユーロの売上に対し 820 万ユーロの納税に留まっている。またルクセンブルクに拠点を置くアマゾンヨーロッパホールディングテクノロジーズ SCS(Amazon Europe Holding Technologies S.C.S：以下「AEHT」)は 2011 年の利益約 3 億ユーロに対して納税を行っていない事実が確認された。

アマゾンの手法としては、AEHT にコスト・シェアリング契約によりウェブサイトの所有権等の無形資産を移転した上で、売上自体を各国において計上せず低課税国であるルクセンブルクに所在する AEHT にまとめて計上するスキームの利用が報告されている。

アマゾンは各国に PE 認定を受けない施設を設置することにより源泉地国課税を免れ、低課税国に所在する法人にまとめて売上を計上する手法を利用している。

これは、恒久的施設（以下「PE[36]」という。）認定の問題にも関連する。我が国においては、2009 年、アマゾン米国本社が我が国に PE を保有しているものとして、東京国税局がアマゾン米国本社に 140 億円の追徴課税を行ったが、2010 年の日米相互協議により同追徴課税が取り消されている[37]。

アマゾンはそれ以降も各国で税務調査を受けており、同社は 2011 年 4 月に、計 15 億 US＄（1,350 億円）の追徴課税リスクを抱えていることを開示してい[38]ることからも、PE 認定を利用したアグレッシブ・タックス・プランニングについては、今後の検討の必要な課題の一つであると考える。

また、グーグルは、ダブル・アイリッシュ＆ダッチ・サンドイッチスキームという有名な租税回避のスキームにより租税回避を行っている。

スキームの詳細については、第 3 節において詳述するが、この手法により、2011 年においては、英国で 3.96 億ポンドの売上があったにも関わらず、納税額は 600 万ポンドとなっている。

---

[36] Permanent Establishment

[37] 三村琢磨　HP「2013 年 2 月：Amazon.com に対する移転価格課税と訴訟」 http://www.cosmos-international.co.jp/library/13-2.html 参照。

アマゾンの PE 認定に関しては、我が国の追徴課税は取消となったが、アマゾンは 2012 年 11 月に IRS より約 20 億ドルの所得更正及び約 2.3 億ドルの追徴税額支払を命じられ、同年 12 月に同課税処分の取消を求め米国裁判所に提訴している。

[38] 三村琢磨　前掲注(37)　HP 抜粋。

第 3 項 世界的な税源浸食の実態―OECD の「税源浸食と利益移転への対応に関する報告書」からの検討

米国議会及び英国議会においては、前述のとおり個別の多国籍企業を対象として税源浸食の実態につき検討が行われた。一方、OECD においては 2013 年 2 月の「税源浸食と利益移転への対応に関する報告書」において、全世界において BEPS がどれほどの規模でどれほどの問題を引き起こしているのかについて統計的なのデータからの検討を試みている。

同報告書では、ETR（実効税率）のデータに基づく値はいくつかの要因を加味したものであり、既存の研究では、非常に低い ETR が納税者のアグレッシブ・タックス・プランニング戦略の結果であるのか、又はインセンティブを促進する政府の政策（例えば特定の固定資産の割増償却など）の成果であるのか、の指標を示すことはできていない、としながらも、一貫して測定された ETR は原則として BEPS が実際に行われているかどうかの有用な指標を提供することができる、として多国籍企業の実効税率に関する研究者の研究成果の一部を紹介している。

同報告書では税源浸食に関する研究として米国商務省経済分析研究局の研究[39]では、2006 年の米国多国籍企業の親会社の平均実効税率は 22.8%、非米国企業の米国関連会社の平均実効税率が 28.8%であるのに対し外国関連会社の平均実効税率は 14.6%に留まっていると報告されている。

また、2005 年から 2009 年までのデータに基づく米国商務省経済分析研究局の研究（マークル及びザッケルフォード、2011）では、高税率国に本部がある多国籍企業の ETR の中央値は、低税率国に本部がある多国籍企業の ETR の中央値のおおよそ 2 倍になる[40]という結果が報告された。

また、利益移転に関する研究として、754 の多国籍企業（金融機関を除く）の法人税につき分析を行った 2012 年のグルーベルトの研究報告[41]では、多国籍企業の所得の内、海外所得の占める割合は 1996 年には 37.1%であったものが 2004 年には 51.1%に増加し、また海外所得の内、本国に還元されないものの割合は 1996 年には 17.4%であったものが、2004 年には 31.4%にまで増加しているとの結果が報告された。

---

39 Daniel R. Yorgason 「Collection of data on income and other taxes in surveys of U.S. multinational enterprises」 （U.S. Department of Commerce Bureau of Economic Analysis,2009-10）

40 OECD 前掲注(5)

41 Harry Grubert 「Foreign Taxes and the Growing Share of U.S. Multinational Company Income Abroad: Profits, Not Sales, are Being Globalized」（Office of Tax Analysis working paper, 2012.2）

第 4 項　小括

本節においては、税源浸食の実態について、個別の多国籍企業の実例、及び包括的な視点の両面から検討を行った。

税源浸食の実態の検討により導き出された数値は推計を含むものであるが、米国議会、英国議会及び OECD の資料から、租税回避により税源が浸食されている実態が明らかとなった。

また、EU の行動計画は、EU のタックス・ギャップが毎年 1 兆ユーロ（脱税 8500 億ユーロ、租税詐欺 1500 億ユーロ）に達していると推計[42]している。

このような議会資料及び OECD 及び EU の検討データは、多国籍企業が行っている国際的租税回避による税源浸食の額は莫大であり、世界的規模での税源浸食の遠因ではなく直接の要因の一つであるという OECD 及び EU の指摘を裏付けるものであった。

大規模な税源浸食結果、税収を得るべき所に税収が流れず、一方、大企業、資本家をはじめとする一部の者に資金が流れるといういびつな形態は、各国の財政危機を生み出し続けている。

次節においては、このような税源浸食を引き起こす多国籍企業の具体的な国際的租税回避のスキームについて、検討を行うものとする。

第３節　租税回避スキームの実態

現在、国際的な租税回避地としては、ゼロ税率又は低税率を設定しているケイマン、バハマといった旧植民地による純粋なタックス・ヘイブンの他、企業誘致等を目的とし、一つのジャンルに特化して課税範囲の縮小を図る、パテント・ボックス税制をはじめとした優遇税制を有するベネルックス、オフショア金融センターとしての香港など、様々な特徴を持ったタックス・ヘイブンが出現している。この背景には、税制優遇策により企業を誘致し、雇用の創出、自国企業の国際競争力の保護といった税収以外の利益の確保を目的とした各国の租税政策があり、税制優遇策や法人に対する税率のダンピングを各国が競っている現状がある。

---

[42] 本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第 3 回）―居住ベース課税原則と源泉ベース課税原則の再検討―」『租税研究 2013-7』(日本租税研究協会、2013)249 頁。

このような各国の動きを利用して発達したのが国際的租税回避スキームである。

本論文においては、多国籍企業において広く使用されている例としてのグーグルにおけるダブル・アイリッシュ＆ダッチ・サンドイッチスキームの手法につき検討を行った上で、アジアにおける国際的租税回避に利用されているシンガポールの統括会社を利用した租税回避スキームについて、それぞれどのような税制及び税制の差異を利用して租税回避が行われているのかにつき検討を行うものとする。

第１項　ダブル・アイリッシュ＆ダッチ・サンドイッチスキームの実態

1980 年代後半に「ダブル・アイリッシュ（Double Irish)」という税スキームを生んだパイオニアのひとりはアップルである[43]、とも言われている。ダブル・アイリッシュは目新しいスキームではないが、現行国際租税法においても租税回避の否認を行うことが困難なスキームであり、前述の 2010 年のブルームバーグによるグーグルの記事からも分かるように、現在においても多国籍企業において利用され続けている典型的な租税回避スキームである。

では、どのようにしてこのスキームにより租税回避が行われているのだろうか。

グーグルのダブル・アイリッシュ＆ダッチ・サンドイッチスキームは、４社の企業を利用して行われる。グーグル本社（米国)、バミューダ管理のアイルランド法人 A、アイルランドに所在するアイルランド法人 B、そしてオランダの導管法人 C である。

バミューダの法人税率は 0%であり、米国の連邦法人税率は 35%、アイルランドの法人税率は 12.5%、オランダの法人税率は 25%である[44]。

租税回避の基本的仕組みは単純で、低税率国において利益を計上し、高税率国において費用を計上することを目的とする。従って、租税回避を行う場合、米国の利益をバミューダの利益として計上する方法が最も効率的である。

まずグーグルは、3 年間にわたる IRS[45]（米国内国歳入庁）との交渉の末、APA[46](米国における事前確認制度)により、バミューダのアイルランド法人 A に海外の販売に関するロイヤルティを移転する移転価格の合意を受けた。これにより、莫大な額であったとも予測されるロイヤルティの移転に対しては一度に課税が行われるが、将来的な利益に対する税率を低く抑える効果は計り知れない。

ここで、もしバミューダにグーグルの海外販売の実際の拠点を移すことができた

43 「How Apple Sidesteps Billion in Taxes」(New York Times,2012-4-28)
44 「Taxation of Corporate and Capital Income(2013)」(OECD,2013)参照。
45 Internal Revenue Service
46 Advance Pricing Agreement

のであれば､アイルランド法人 B､及びオランダの導管法人 C の存在は不要である。

しかしながら、バミューダのインフラ等の理由から、数千人を要する実際の拠点をバミューダに設置することは現実的ではない。

そこで、アイルランド法人 B の存在が必要となる。グーグルはアイルランドのダブリンに所在するアイルランド法人 B において 2 千人超の雇用を行い、海外収益の 80%超をこのアイルランド法人 B において計上している。

ここで注目すべきは米国の居住地国概念とチェック･ザ･ボックスという制度[47]である。米国において、バミューダが管理するアイルランド法人は登記上の所在地であるアイルランド法人として認識される。また、チェック・ザ・ボックス制度を利用することにより、バミューダのアイルランド法人 A とダブリンのアイルランド法人 B は一体とみなすことが可能である。

アイルランド法人 B は数千人の雇用を行い、事業活動を行っていることから、これによりアイルランド法人 A、B ともに、サブパート F 条項の適用除外となることができるのである。

一方、アイルランドの税制においては、実質管理支配地にて判断を行うため、バミューダが管理するアイルランド法人 A はバミューダ法人、ダブリンのアイルランド法人 B はアイルランド法人として認識される。従って、アイルランド法人 B に売上げを計上したままの状態になると、アイルランド法人 B に対して、12.5%のアイルランド法人税が課されることとなる。

47　チェック・ザ・ボックス制度とは、「組織の実質を個別に判断する方式に代わり、独立した主体とみなされる外国事業体を、「当該法人」（Per se corporation）と「適格組織」（Eligible entity）とに分け、後者について納税者が、米国税務上当該外国事業体を法人として取り扱うかパートナーシップとして取り扱うかを選択できる方式（チェックザボックス規則、財務省規則 301.7701 条)」である。「外国事業体課税のあり方について」『租税調査会研究報告第 6 号（中間報告)』(日本公認会計士協会、2002) 8 頁より抜粋。

チェック・ザ・ボックス制度では納税者が一定の外国事業体を法人又はパートナーシップのどちらとして取り扱うかにつき選択適用できるため、前述のグーグルの租税回避スキームをはじめ、国際的租税回避に利用されている例が報告されている。本田光宏「ハイブリッド事業体と国際的租税回避について」『フィナンシャル・レビュー 2006-7』(財務省財務総合政策研究所、2006) 102 頁、では、「米国においては、1996 年 12 月に、チェック・ザ・ボックス規則を制定して，個々の事業体の課税上の取扱いを、パートナーシップ、法人又は支店として選択できることとした結果、ハイブリッド事業体（ハイブリッド・エンティティー）と呼ばれる、国によって課税上の取扱いを異にする事業体を容易に実現することが可能となっている。こうしたハイブリッド事業体は、事業体についての課税上の取扱いや所得の性格の相違、租税条約の規定がハイブリッド事業体に十分には対応していないこと等を利用して、国際租税の分野ではタックス・プランニングの一環として広く利用されてきているところである」として同制度が租税回避に利用される問題点につき述べられている。また、増井良啓「米国両議院税制委員会の所得移転事例研究を読む」『租税研究 2010-12』(日本租税研究協会、2010)においても、チェック・ザ・ボックス制度の問題点が検討されている。

そこで、アイルランド法人 B はバミューダ管理のアイルランド法人 A に、利益に近い額のロイヤルティの対価を支払うことにより、アイルランド法人税の課税を抑える手法が採られる。

この場合、アイルランドにおいては、バミューダ法人は外国法人であり、そのままロイヤルティの対価を支払うと、アイルランドの源泉税の対象となる。

そこでさらに、オランダの導管法人 C の存在が必要となる。オランダの国内法及びアイルランドーオランダ間の租税条約ではロイヤルティに対しては源泉税は課されない。この法人を通すことにより、アイルランド法人 B からバミューダ管理のアイルランド法人 A へと支払が行われ、結果、アイルランド法人 A においてグーグルの海外の大部分の収益が計上されることになる。しかしながら前述の通り、バミューダのアイルランド法人 A の法人税率は 0%である。そしてその結果が前述の、グーグルの海外収益に対する 2.4%という税率へとつながるのである。

この手法は、各国の居住地国概念の相違、納税義務者の定義・種類と範囲の規定（納税義務者の種類を選択できるチェック・ザ・ボックス制度もここに含まれる）、タックス・ヘイブン税制、ロイヤルティの取扱いを巧みに利用したものであり、現行法においては、否認することが困難なスキームとなっている。

第 2 項　シンガポール子会社の利用による租税回避

次に、アジアにおける国際的租税回避の例として、シンガポール法人を利用した租税回避について検討を行う。

英国の植民地であったシンガポールは、公用語の一つが英語[48]であり、古くからヨーロッパ及び米国のアジアのビジネスの拠点として、活用されていた。

また、税制面においても、低税率[49]、所得税の属地主義の採用、その他外国企業の誘致や産業振興を図る目的で様々な優遇措置が設けられて[50]おり、アジアのビジネスハブとしてのシンガポールの活用が進んでいる。前述の米国議会においては、マイクロソフトのアジアビジネスの拠点としてのマイクロソフトシンガポールを利用した国際的租税回避についての報告がなされている。

同じアジア圏に位置する我が国においても、租税回避又は節税を考慮し、シンガポールに法人を設置する手法が実務家を中心に検討されている。

---

48 シンガポールの公用語は、マレー語、中国語、英語、タミール語の 4 言語である。

49 2013 年現在、法人税率は 17%であり、香港の 16.5%と並び、アジア諸国の中でも低税率国となっている。
JETRO　HP「シンガポール　税制」
http://www.jetro.go.jp/world/asia/sg/invest_04/　参照。

50 前掲注(49)　JETRO　HP。

では、実際にシンガポールを利用した国際的租税回避スキームとしては、どのような手法が考えられるのだろうか。

本項では、我が国の法人がシンガポールに子会社を設置した場合を例に挙げ、検討を行うこととした。我が国の法人がシンガポールに会社を設置する方法としては、大別すると、事業プラットフォームの設置、持株会社化、統括会社化、事業本社化[51]といった方法が挙げられる。

本論文においては、それぞれの方法につき個別に租税回避の可能性及び問題点を検討した。

1.事業プラットフォームの設置による租税回避

外国法人が我が国において活動を行う場合、又は我が国の法人が外国において活動を行う場合、源泉地国と所在地国の課税権の配分が問題となる。

これにつき判断の指標となるのが OECD モデル租税条約第 5 条及び第 7 条の PE に関する規定であり、同第 5 条において PE の定義を定めた上で、同第 7 条 1 項において、PE を通じて他方の締約国内で事業を行う場合に当該他方の締約国において課税が行われる所謂「PE なければ課税なし」の原則と、PE に帰せられる利得に対して課税が行われる「帰属主義の原則」が定められている。

我が国とシンガポール間の租税協定も、OECD モデル租税条約に準じたものとなっており、日星租税協定第 5 条において、恒久的施設とは、事業を行う一定の場所であって企業がその事業の全部又は一部を行っている場所をいう[52]、とした上で、PE 認定の除外規定として、日星租税協定第 5 条 4 項において、商品の展示・保管・引渡しのみを目的とした施設及び情報収集のみを目的とした施設については PE に含まれないものとされている。

事業プラットフォームの設置は、この PE 認定の除外規定を充足する施設を設置することにより、源泉地国課税を免れる手法である。

ただし、我が国の法人税率はシンガポールの法人税率より高い水準であるため、シンガポールにおいて事業プラットフォームを設置することにより源泉地国課税を免れるよりむしろ、PE 認定を受けシンガポールにおいて課税を受ける方が有利なケースの方が多いと想定される。

---

51 服部基之「シンガポールを活用した統括会社における税務戦略」『国際税務 2013-7』(国際税務研究会、2013) 37-46 頁参照。

52 外務省 HP「所得に対する租税に関する二重課税の回避及び脱税の防止のための日本国政府とシンガポール共和国政府の間の協定（略称）シンガポールとの租税（所得）協定」2010 頁、参照。
http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/A-H7-2003_1.pdf

実務においても、事業プラットフォームの設置については、市場開拓、情報収集等様々な目的を基に行われるが、拠点設置等の費用を考慮した場合、「この段階では、ほとんど低税率のメリットはなく、事業上のメリットと設置・運営コストの比較により設置の意思決定がなされる[53]」との説明もあり、我が国法人がシンガポールに事業プラットフォームを設置したことにより、国際的租税回避が行われる余地は現状においては少ないものと考えられる。

事業プラットフォームの設置による租税回避については、前述のアマゾンのケースのように、多国籍企業が売上を計上する子会社を軽課税国に設置した上で諸外国に PE 認定を受けない事業プラットフォームを設置することにより多額の租税回避を行う事例が生じているが、この場合、シンガポールに事業プラットフォームを設置するよりむしろ、低税率国であるシンガポールに外国子会社又は統括会社を設置し、売上が発生する他の第三国に事業プラットフォームを設置するスキームが想定される。当該スキームについては、後述の「3.統括会社化の設置による国際的租税回避」において検討を行うものとする。

2.金融持株会社化による租税回避

我が国においては、平成 22 年度税制改正において、外国子会社合算税制の事業基準及び適用除外要件の内、非関連者基準の改正が行われ、2 以上の被統括会社に対して統括業務を行う統括会社については事業基準を満たすものとされることとなった。

従って、例えば日本の親会社 X がシンガポールに金融持株会社である子会社 A を設立し、さらにアジア子会社 B、アジア子会社 C をシンガポール子会社 A が統括した場合、A は外国子会社合算税制の事業基準を満たすこととなり、他の適用除外要件を満たすことにより、外国子会社合算税制の適用除外となることが可能である。

シンガポール子会社 A においては、シンガポール法人税が課されるが、シンガポール経済開発庁（EDB）により、金融統括会社に対して、一定の要件を満たせば、金融関連活動からの収益に係る法人税率を 5%もしくは 10%まで減免するインセンティブプランが制度化されている[54]。

また、我が国の法人税法においては、平成 21 年度税制改正において外国子会社配当益金不算入制度が導入されたため、シンガポール子会社 A から我が国親会社 X への資金還流も、配当という形をとれば、95%部分に対しては税がかからない。また、シンガポール子会社 A に資金をプールし、親会社 X に貸付金という形で資金を

53 服部基之　前掲注(51)、 39 頁。
54 服部基之　前掲注(51) 、40 頁。

還流した場合は、親会社 X の借入利子を我が国の法人税法上における支払利子として X の損金に算入することが可能となる。

このようなスキームを利用し、シンガポールに金融持株会社である子会社 A を設立することにより、我が国親会社 X が例えばアジア子会社 B 及び C に対して直接資金の貸付けその他の金融活動を行うよりもはるかに租税負担が軽減されるスキームの利用が想定される。

3.統括会社化による租税回避

在シンガポール日系企業では、地域統括機能の設置は 2000 年代後半以降急増[55]し、特に過去（5 年程度）における地域統括機能の方向性については、「地域統括機能を強化した」が 51.9%(40 社)と過半を超えている一方、「地域統括機能を縮小した」はわずかに 5.2%(4 社)にとどまっている[56]ことからも、シンガポールにおける日系企業の地域統括化は進んでおり、また今後も進み続けると考えられる。

我が国の法人税法においては、平成 22 年度税制改正において、外国子会社合算税制の適用除外要件の卸売業における非関連者基準の判定上、当該統括会社に係る被統括会社を除外して、販売取扱金額又は仕入取扱金額の 50%超を判定することとされた。

従って、改正以前に適用除外要件を満たさないものとされてきた、取引のほとんどを関連会社のみと行う外国子会社（卸売業）についても、統括会社としての機能を果たしている場合、外国子会社合算税制の適用除外となることが可能となった。

その上、シンガポールでは、シンガポール経済開発庁（EDB）により、地域統括会社の場合には、法人税率を法定の 17%から 15%、国際本部の場合には、5%または 10%に引き下げる投資インセンティブ制度が設けられている[57]。

従って、海外において 2 以上の子会社（子会社 B、子会社 C）を有する日本の親会社 X がシンガポールに子会社 A を設立し、当該シンガポール子会社 A が子会社 B、子会社 C を統括した場合、A は外国子会社合算税制の事業基準、及び非関連者基準を容易に満たすことが可能となり、他の適用除外要件を満たすことにより、外国子会社合算税制の適用除外となることが可能となる。

統括業務の対価として子会社 B、子会社 C の収益をシンガポール子会社 A へと移転させることにより、子会社 B、子会社 C の収益は外国子会社合算税制の適用を受けることなく、低税率のシンガポールの課税対象所得とすることができる。

このような租税回避又は節税スキームを利用した場合、我が国の親法人 X はシン

55 「第 3 回在シンガポール日系企業の地域統括機能に関するアンケート調査　報告書」（JETRO、2012）6 頁。
56 JETRO 前掲注(55)、 7 頁。
57 服部基之　前掲注(51) 、42-43 頁。

ガポールに統括会社を設置しない場合に比して、負担税額が少なくなり、国際的租税回避行為が行われる余地が生ずると考えられる。

4.事業本社化による租税回避

事業本社化とは、本社機能又は事業の全部又は一部を既存の、又は新たに設立した海外子会社に移転する手法である。現物出資の方法を採ることもある。

前述の統括会社化は、日本企業の場合、統括会社から傘下のグループ会社へ統括関連の業務報酬を請求できていないケースが多く、また、報酬請求する場合にも、統括会社のコストを回収することに主眼がおかれるため、コストに一定マージンを加えた金額のみを請求している[58]ケースも多く、節税又は租税回避としての効果が限定的であるのに対して、事業本社化は一定の事業の損益を丸ごと低税率国に移転、集中することが可能であり、租税回避を行う余地が大きい手法である。特に、無形資産を含む事業機能の移転については、多額の租税回避につながる余地が残されている。

前述のマイクロソフトの例にもあるように、事業本社化により、欧米系企業が、シンガポールの低税率を活用するため、あえて拠点のリストラクチャリングやオペレーションの変革を短期間で行い、シンガポール拠点に損益を集中化させることに注力[59]している現況を鑑みると、我が国においても、租税回避の手段としてのシンガポールの事業本社の利用が今後ますます増えることが予想される。

現に、我が国においても、一部の企業においては経営トップのシンガポールをはじめとする海外移住、本社機能、事業の一部海外移転等の動き[60]がみられることからも、事業本社化による租税回避に対抗するための防止策の検討は今後必要な課題であると考える。

第 3 項　小括

本節においては、国際的な租税回避の代表的なスキームとして、グーグルのダブル・アイリッシュ＆ダッチ・サンドイッチスキームを、またアジアにおける国際的

58　服部基之　前掲注(51)、43 頁。
59　服部基之　前掲注(51)、43 頁。
60　日本経済新聞（2012 年 9 月 2 日）では、三菱商事が金属資源事業本社のシンガポール移管を発表したとの記事が紹介されているほか、朝日新聞（2013 年 6 月 10 日）では HOYA 社長のシンガポール移住、また三井化学、日本郵船、パナソニック、三菱商事がシンガポールに本社機能や事業の一部を移管した実態が紹介されている。

租税回避として、シンガポール子会社を利用したスキームについて検討を行った。

ダブル・アイリッシュ＆ダッチ・サンドイッチスキームは各国の居住地国概念の相違、納税義務者の定義及び範囲規定、タックス・ヘイブン税制、ロイヤルティの取扱い、移転価格税制及びその差異を巧みに利用したものであり、各国の税制に差異が生じている以上、現行法において、否認することが困難である点が指摘される。

本庄資教授は、国際的租税回避につき、「国際的タックス・プランニングが合法化される原因は、各国における課税要件の一つである各種のエンティティの納税義務に係るルールの差異と所得の帰属ルールの差異が存在することによるところが大きい[61]」とその原因を分析した上で、国際的に共通したルールの必要性を掲げている。

多国籍企業を中心としたタックス・スキームによる税源浸食の影響は深刻であり、当該スキームに対する対抗策を策定することは必須であると考える。

またシンガポール子会社を利用した租税回避については、特にシンガポールに統括会社を設置する手法、事業の一部又は全部をシンガポール子会社に移転する手法により、我が国の法人についても、国際的租税回避を行う余地が残されている点について指摘を行うとともに、実際に我が国の一部の法人がシンガポールに本社機能、事業の一部を移管しつつある実態について言及した。

これらスキームは租税回避の一事例に過ぎず、実際には様々な形態の租税回避スキームが存在すると言われている。

このように多種多様、また各国の税制に対しオーダーメイドとも言われる国際的租税回避に対し、我が国の法人税法はどのような問題点を抱えているのであろうか。

次章においては、特に外国子会社合算税制を中心として、我が国の租税回避防止規定につき、検討を行う。

61 本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第 4 回）―BEPS に対応するための所得帰属原則（Income Attribution Principle）の再検討―」『租税研究 2013-9』(日本租税研究協会、2013)323 頁。

第２章　我が国の現行税制と国際的租税回避の可能性

第１章においては、国際的租税回避の歴史的な流れとその特徴及び実際の租税回避のスキームについて検討を行った。

その結果、実際の国際的租税回避においては、各国の居住地国概念の相違、納税義務者の定義・種類と範囲の規定、タックス・ヘイブン対策税制、ロイヤルティの取扱い、移転価格税制その他優遇税制などを巧みに利用したものが所謂タックス・スキームとして用いられている現状が明らかとなった。

第２章においては、租税回避の射程について考察した上で、特に国際的租税回避に広く利用されている居住地国概念の相違及び我が国のタックス・ヘイブン対策税制である外国子会社合算税制について、現行の我が国法人税法においてこれらの取扱いがどう定められており、そこに問題点はないのかについて、検証を行うものとする。

第１節　租税回避の射程

第１項　租税回避と節税、脱税との境界

「租税回避」という言葉は近年メディア等にもしばしば登場し、様々な場で取り上げられるようになったが、「租税回避」という用語は、税法上定義がなされておらず、租税回避の射程をどの範囲に置くのかというのは未だ重要な課題となっている。

租税回避について議論をする時において、議論を行う一方の者と他方の者との間で、租税回避の定義が異なっている場合、その議論自体が成立しなくなる可能性をも有している。従って本論文においては、まず租税回避の定義及び射程を検討することとした。

最初に検討すべき課題としては、租税回避（tax avoidance）と脱税（tax evasion）、及び節税（tax saving）との境界が挙げられる。

金子宏教授は租税回避について、「租税回避は、一方で、脱税と異なる。脱税が課税要件の充足の事実を全部または一部秘匿する行為であるのに対し、租税回避は、課税要件の充足そのものを回避する行為である。他方、それは、節税とも異なる。節税が租税法規が予定しているところに従って税負担の減少を図る行為であるのに対し、租税回避は、租税法規が予定していない異常な法形式を用いて税負担の減

少を図る行為である[62]」と述べている。

この定義は、租税回避と脱税、節税とを区別し、整理するために非常に優れた定義であると考えるが、同時に租税回避の問題をも指摘したものとなっている。

つまり、脱税は課税要件事実を秘匿、隠ぺいするという行為を行うことによりなされるため、その行為を法によって裁くことが可能であるが、租税回避は課税要件の充足を回避する行為であるため、その回避行為自体を法によって裁くことが難しい点が指摘される。また、節税と租税回避は共に合法的であるため、脱税と租税回避よりもその境界の判定が難しいといった問題点が挙げられる。

一方、田中二郎教授は、「租税回避行為というのは、迂回行為や多段階行為によって租税負担を不当に軽減・回避しようとする行為である[63]」と簡潔に述べており、租税回避行為の判断基準として通常の形式ではない「迂回行為」、「多段階行為」を租税回避の射程として捉えている。

また、清永敬次教授は、租税回避は「税法上通常のものと考えられている法形式（取引形式）を納税者が選択せず、これとは異なる法形式を選択することによって通常の法形式を選択した場合と基本的には同一の経済的効果ないし法的効果（以下単に「経済効果」という。）を達成しながら、通常の法形式に結びつけられている租税上の負担を軽減又は排除するという形をとる[64]」と定義した上で、租税回避と脱税との差異につき、「租税回避は、課税要件の充足を避けること、換言すると、納税義務の成立を阻止することであるが、租税逋脱（脱税）は成立した納税義務の履行を妨げるものである点で、両者は基本的に異なるものである。また、手段の上からも、両者は異なる。すなわち、租税逋脱は、「偽りその他不正な行為」によってなされるが、租税回避のための行為は「偽りその他不正な行為」には該当しないと解される。したがって、租税回避行為が処罰の対象となることはない[65]」と述べている。

まず脱税と租税回避の境界としては、金子宏教授、田中二郎教授、清永敬次教授が述べているように、前者が不正行為であり違法であるのに対し、後者は合法的な行為であると捉えることができる。

一方で、租税回避と節税その他の行為との境界に関しては、金子宏教授が、租税法規が予定していない、という目的論からの判断基準と通常の形式ではない（異常な）形式を用いる、という形式論からの判断基準とを挙げているのに対し、田中二郎教授及び清永敬次教授は、通常の形式ではない（異常な）形式という点のみを判

62 金子宏　前掲注(1)、122-123 頁。
63 田中二郎『租税法〔第３版〕』（有斐閣、1990）178 頁。
64 清永敬次『税法〔新装版〕』（ミネルヴァ書房、2013）42 頁。
65 清永敬次　前掲注(64) 、44 頁。

断基準として採用している。

特に、清永敬次教授は、「租税回避の概念要素として租税回避の意図を含めるかどうかについては、結果として生ずる租税負担の軽減ないし排除が負担公平の見地から問題となるのであって、回避意図があるかどうかは重要でないから、租税回避の概念としては租税回避の意図を含めないのが適切であろう[66]」と述べており、目的論による判断基準は適切ではないとの意見を明らかにしている。

これは、納税者の租税回避の意図という主観的要素を判断基準とすることが、法的安定性、また租税法律主義の観点から適切ではないとの観点からの判断であると考えられるが、グレゴリー判決をはじめとする事業目的の法理は国際的にコンセンサスを得ていることもまた事実である。

OECD においても、最も重要な租税回避否認規定の一つとして、GAAR が挙げられているが、GAAR は、「例えば経済的実質又は事業目的の欠如した取引の状況に対し、過度の租税上の利益の可能性を制限又は否認する制度[67]」であると述べられており、OECD においては現行法において対抗できない国際的租税回避に対しては、経済的実質を考慮した目的論の判断による租税回避否認制度の導入が奨励されている。

本庄資教授は、「近年の OECD における利益の PE 帰属に関する AOA の経済的帰属の理論や移転価格ガイドラインにおける無形資産の帰属に関する経済的帰属の理論、投資所得に係る租税条約の特典を享受できる”beneficial owner”概念などとの整合性[68]」といった立場から、OECD では経済的帰属概念が重視されてきており、「我が国の通説ともいえる法律的帰属説は、国際的コンセンサスともいうべき OECD の所得帰属ルールから乖離してきたことに注意しなければならない[69]」として我が国の通説である法律的帰属説につき問題点を指摘している。

このような観点から、今後、立法論を含めた租税回避行為の防止策の検討にあたっては、形式論のみでなく、経済的実質を考慮した目的論の立場からの検討も必要であると考える。

個別の案件が租税回避に該当するか否か、租税回避行為は許されるか否か、また許される租税回避と許されざる租税回避が存在する場合その境界をどこに設定するのか、については非常に議論の分かれる問題であるが、本章第 2 項以降においては、まず形式論及び目的論の立場から「租税回避の射程」についての検討を行った上で、第 4 章において、あらためて「法で制限すべき租税回避の射程」についての考察を行うものとする。

---

66 清永敬次　前掲注(64)、 44 頁。

67 OECD　前掲注(5)　General　anti-avoidance rules or doctrines, which limit or deny the availability of undue tax benefits, for example, in situations where transactions lack economic substance or a non-tax business purpose

68 本庄資　前掲注(61)、286 頁。

69 本庄資　前掲注(61)、286 頁。

第２項　通常の形式ではない（異常な）形式による租税回避

まず、形式論による判断、つまり租税回避を行う主体又は取引が「通常の形式ではない（異常な）法形式を用いたものであるのかどうか、についての検討を行いたい。

異常か正常か、を判断基準として採用した場合、大多数の者が行う形式のものを正常とし少数の者が行うものを異常な形式なものとして判断すると、大多数の多国籍企業が同様の租税回避行為を行った場合にそれが正常な形式のものであるとの判断となってしまう。また、現代では、様々な非典型契約や複合契約が使われるようになり、また、スワップ等のデリバティブ取引も使われていて、このような契約で対象となっている経済目的を達するにあたり、何が通常の契約であるかを断定することが極めて困難となっている[70]現状もある。

従って、形式による判断においては、「異常な」というよりむしろ「通常の形式ではない」点を基準とすべきではないかと考える。

「通常の形式ではない」という判断基準については、田中二郎教授が述べている「迂回行為」、「多段階行為」を一つの指標とする考え方がある。

例えばエンロンは、様々な租税回避スキーム[71]を利用するために多数の子会社を設立した。

エンロンの租税回避については、米国議会のエンロン・レポート[72]において詳述されているが、その中で、エンロングループの申告納税者数が 1997 年には連邦合計で 1002 社であったものが、わずか 3 年後の 2000 年には 2486 社と 2 倍以上に膨れ上がっている実態が明らかになった。

このような事業の実態のない多数の子会社を設立する租税回避スキームに対しては、形式による租税回避の判定が比較的容易である。

しかしながら、多段階行為により判断する段階取引の法理では、エンロンのようなスキームに対しては有効であるが、子会社が少数であり、かつ例えばスターバッ

---

70 今村隆「租税回避とは何か」『税務大学校論叢 40 周年記念論文集』（国税庁、2008）24 頁。

71 本庄資教授は、『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）『国境に消える税金』（税務経理協会、2004）において、エンロンにおける租税回避の実態について詳細な研究を行っている。エンロンは、「プロジェクト・コンドル」「プロジェクト・トーマス」「プロジェクト・テレサ」など名づけられた様々な租税回避を行うために迂回行為、多段階行為を行うための多数の子会社を設立したが、後にこれら子会社は損失飛ばし、損失隠しに利用されることとなり、最終的にエンロンは崩壊した。

72 「Report of　Investigation of Enron Corporation and Related Entities Regarding Federal Tax and Compensation issues, and Policy Recommendations Volume I: Report」（Joint Committee on Taxation Senate Committee on Finance,2003-2）

クスの例のように租税を回避しつつも一定の事業をも行っているスキームに対抗することは難しい。

また、段階取引の法理の難点として、岡村忠生教授は、「「最終的」と「一時的」の区分が明らかでなく、「問題となった取引を構成する全ての段階」とはどこまでをいうのか、つまり、どの範囲の取引を対象とするのかが明らかでないことが挙げられる[73]」点について指摘をしている。

そこで、租税回避に当たるか否かを判断する上で、「通常の形式であるかどうか」を形式論の立場から判断することは有効であるが、形式論のみでは判断ができない租税回避スキームも存在するため、目的論の立場からの検討も併せて行うべきであるとの視点から、第 3 項及び第 4 項においては、目的論からの検討を行うこととした。

第 3 項　経済的実質でとらえることが可能か

目的論の立場から検討する際に、一つの指針となるのが、米国のグレゴリー判決である。

この判決は、日本の裁判例[74]に直接引用された点で、米国裁判例としては得意な影響力を持っている[75]判決であり、租税回避の射程を考える上で非常に有用な基準を示唆してくれるものである。

グレゴリー判決では、租税回避として否認するための基準として「事業目的（business purpose）」を挙げている。この事業目的の法理は、①形式でなく経済的実質でとらえた上で、②事業目的が実質的にはない又は租税回避をその目的としている点を租税回避の判断基準としている。

経済的実質に着眼し、その目的を判断基準とすることは、形式を仮装した租税回避行為に対する否認の手段として合理的な方法であると考える。ただしここで注意が必要なのは、日本と米国との税制の差異である。

米国では事業目的の法理により、私法上の形式に関わらず経済的実質により判断を行うことが可能であるが、これは米国において、連邦制がとられているところ、私法については、原則として州法にゆだねられ、州によって私法の適用が異なることにより、連邦税の適用が異なることになるのでは不公平となる[76]という背景が存

---

73 岡村忠生「グレゴリー判決再考―事業目的と段階取引―」『税務大学校論叢 40 周年記念論文集』（国税庁、2008）127 頁。

74 大阪地判平成 13 年 12 月 14 日民集 59 巻 10 号 2993 頁、大阪高判平成 15 年 5 月 14 日民集 59 巻 10 号 3165 頁、大阪高判平成 16 年 7 月 29 日金融・商事判例 1201 号 33 頁。

75 岡村忠生　前掲注(73)、86 頁。

76 今村隆　前掲注(70)、 25 頁。

在するのである。そのため、米国では、租税回避を判断する基準として事業目的の法理を採用し、私法上の形式に関わらず経済的実質により判断することが可能である。

しかしながら、我が国は米国のような法構造ではなく、また我が国は実質所得者課税を原則としているが、有力説は、「経済的帰属説をとると、所得の分割ないし移転を認めることになりやすいのみでなく、納税者の立場からは、法的安定性が害されるという批判がありうるし、税務行政の見地からは、経済的に帰属を決定することは、実際上多くの困難を伴う[77]」、との理由から、法律的帰属説が妥当であるとの見解を示している。従って、租税回避行為を否認する立場を採る場合、その判断基準として経済的実質を採用することは、ハードルの高い作業となると想定される。

しかしながら、移転価格ガイドラインにおける無形資産に対する経済的帰属の検討、また経済的帰属を考慮した GAAR の各国における導入状況を鑑みると、「我が国の通説ともいえる法律的帰属説は、国際的コンセンサスともいうべき OECD の所得帰属ルールから乖離してきた[78]」との指摘があるように、我が国において経済的帰属説につき検討を行わないということは、むしろ不自然となってきたと考える。

本庄資教授は、法律的帰属説の問題点について、「法律的帰属説を利用すると、ある者が法人である場合、(ⅰ)米国のような法人税の累進税率の適用を回避するために行われる法的な「法人の分割」による利益分割、(ⅱ)高税国の法人から軽課税国に設立した外国子会社へのさまざまな取引による利益移転、(ⅲ)軽課税国の法人から高税国の親会社または子会社へのさまざまな取引による費用・損失の移転、(ⅳ)各国の法人の居住地国の判定基準の差異を利用した非居住法人への国外所得の帰属、(ⅴ)ハイブリッド事業体と導管国（a conduit country）の中間持株会社（intermediate holding company）または導管法人（conduit company）の利用による源泉地国課税の回避と軽課税国への利益移転、などを私法上合法的に行うことができる[79]」点を挙げている。

このような観点から、複雑な租税回避スキームを用い、合法的に租税回避を行う現行のタックス・プランニングに対しては、法律的帰属説ではその対抗策として限界があり、経済的実質による判断の必要性が高まっていると考える。

また、課税の公平性の確保といった観点からも、経済的実質につき検討を行う必要性を掲げる意見がある。

吉良実教授は実質課税主義は、「税法が「法」としていわゆる「租税正義」を貫くためのものであり、特に経済的実質主義が是認されるゆえんは、租税は元来経済的な負担であり、かつ多くの場合経済現象に対して課されるものであるから、その

77 金子宏　前掲注(1)、165-166 頁。
78 本庄資　前掲注(61)、286 頁。
79 本庄資　前掲注(61)、287 頁。

経済的な負担の公平・平等を保障するためには…（中略）…法形式よりは経済的実質の考慮が必要である[80]」と述べている。

OECD の「税源浸食と利益移転への対応に関する報告書」においては、多国籍企業の税源浸食の実態について、フォーチュン 500 の企業から選択した 280 の米国企業について調査を行ったところ、平均実効税率は約 18.5%であり、約 4 分の 1 の企業が 10%以下の実効税率である一方、同数の企業が 35%の連邦実効税率の支払をしたと述べられており、租税回避を行う企業とそうでない企業との税負担の不平等が明らかにされた。

実効税率が低さについては、企業の業績の低迷等による理由も考えられるが、第 1 章において米国議会及び英国議会において報告が行われた多国籍企業の租税回避の実態を鑑みると、租税回避により実効税率を引き下げている企業が多数に上るであろうことは想像に難くない。

また、本庄資教授も、「クロス・ボーダーで営業している企業で洗練された租税専門家を利用するものは BEPS の機会を利用することができるので、大部分の営業を国内で行う企業に比較して意図せざる競争上の有利性を得るという「課税の公平性」の問題がある[81]」として、租税公平主義の観点から BEPS の問題点を指摘している。

現行の国際的租税回避スキームは、合法的な形式を擁しているものが多く、法律的帰属説ではこれら巧妙なスキームに対抗することは困難なケースが増加している。

租税回避を行う法人と行わない法人間における課税の公平性の確保、といった観点からも、経済的実質での判断については検討を行う必要が生じていると考える。

第 4 項　取引の目的からの判断

目的論での判断を行う場合、事業目的が実質的にはない、又は租税回避を目的としている、という判断基準の検討が必要となる。

法人の事業目的は、その法人が決定するものであり、そこには恣意性が介入する余地が多分に含まれている。従って、例えば租税回避を主たる目的として設立したにも関わらず、法人側が「利益を追求するために設立したが、利益が出ず、結果租税が減少することとなった」、と主張した場合、課税庁側がそれを覆すのは困難な場合も多いことが想定される。

---

80 吉良実『実質課税論の展開』（中央経済社、1980）70 頁。

81 本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第 5 回）―BEPS に対応する OECD の行動計画とその問題点―」『租税研究 2013-12』(日本租税研究協会、2013)130 頁。

グレゴリー判決においては、法人設立後6日で清算、というケースであったため、事業目的の不在を理由としやすかったが、租税回避を目的として法人を買収してその元来事業も継続している場合などでは、この事業目的の不在を理由に租税回避を否認することは難しいと考える。

従って、法人の事業目的を検討することは有用であるが、それのみを否認の拠所とすべきではないと考える。

そこで、「租税回避を目的としているかどうか」という納税者又は個別取引の目的だけでなく、「租税法規が予定しているかどうか」という税法の目的からの判断が考えられる。

本庄資教授は、「租税回避（tax avoidance）は、税法上の選択可能な法形式の中から税法の予定しない法形式を選択し、結果として意図した経済目的を達成しながら税法が予定した法形式について定める課税要件に抵触することを免れ、ひいては税負担を減少させ又は排除する行為[82]」であると述べている。

また、OECDにおいても、1977年1月に租税回避及び脱税に関する作業部会を設置して調査研究を行い、1980年報告書"Tax Evasion and Tax Avoidance"において租税回避を「立法の意図に合致しない租税軽減行為」と定義[83]している。

「納税者（租税回避行為の主体）又は取引の目的」に比べ、「税法の目的」を租税回避の判定の指標とすることは、恣意性が介入する余地が少ない点からも、安定性があると考える。

一方この基準にも問題点はあり、租税法規が予定しているかどうかという点をどこまで解釈できるのか、という点については難しい問題が残されている。税法は様々なケースに対応できるよう簡潔に定められる必要があるが、一方、簡潔すぎる規定はえてしてその解釈の幅を広げることとなる。従って行間をどこまで読み取ることが許されるかという解釈論の問題も生ずるであろう。

しかし、税法の予期する所、目的とする所、を基準とすることは国際的コンセンサスもあり、例えば他の租税回避防止規定である特典制限条項においても、受益者すなわち所得が実質的に帰属する者に対してのみ条約の特典が適用される[84]、つまり恩典はそれを受けるべき者のみに与えられるもの、という受益者概念が根底に流れている点を鑑みると、税法が予定しない目的のために税法の恩典を受ける行為は防止されるべきである、との視点は租税回避の射程の判断基準として有効であると考える。

---

82 本庄資『国際租税法―概論―』（大蔵財務協会、2012）509頁。

83 本庄資　前掲注(82)、525頁。

84 中山清「租税条約の特典制限条項（LOB）」『フィナンシャル・レビュー2006-7』(財務省財務総合政策研究所、2006) 142頁。

第 5 項　小括

租税回避の定義を定めることは容易ではない。

特に節税と租税回避とは共に合法的であるため、その境界をどこに置くのかについては、議論の分かれるところである。

本論文においては、形式論及び目的論の両面から検討を行った。

複雑な租税回避スキームを用い、合法的に租税回避を行う現行のタックス・プランニングに対しては、法律的帰属説ではその対抗策として、限界がある。

GAAR の導入、無形資産における経済的帰属の検討などの国際的な経済的実質主義の導入の動きを鑑みると、我が国においても経済的帰属説について導入の検討を行うべきであると考える。

このような観点から、租税回避の射程については、形式論の立場から「通常の形式とは異なる形式」を採用する課税主体及び取引については、その異なる形式が課税要件の充足をのがれかつ租税負担を軽減させる結果となる場合には租税回避の射程に入るとした上で、形式論の観点からは租税回避であると判断することが困難である課税主体及び取引についても、目的論の立場から、「租税回避行為を目的としている」又は「税法の予定しない、又は税法の意図に合致しない」課税主体及び取引で租税負担を軽減させるものについて、租税回避の射程に含まれるものと解すべきであるとの結論に至った。

しかしながら、租税回避の全てを租税回避否認規定の射程とすべきか、それとも租税回避の内、特に一定の範囲を租税回避防止規定又は租税回避否認規定の射程とすべきかについては、さらに検討が必要な課題であると考える。

当該課題については、第 4 章 国際的租税回避に対抗する我が国法人税制、において、改めて検討を行うものとする。

第 2 節　居住地国概念

第 1 項　全世界所得課税か領土主義課税か

国際課税の課税方式は、大きく分けて 2 種類の方法がある。

居住者又は内国法人に対して、全世界の所得に対して課税を行う全世界所得課税方式と、課税権を国内に留め、国外の所得に対しては課税権を持たないものとして取り扱う領土主義課税方式である。

我が国の法人税法において、居住者及び内国法人は、人的管轄権に基づき、無制

限納税義務者としてその全世界所得に対して課税され（居住地国課税）、非居住者及び外国法人は、物的管轄権に基づき、制限納税義務者としてその国内源泉所得のみに対して課税される（源泉地国課税）[85]。

従前においては、前記規定により、我が国においては全世界所得課税を採用しており、かつ外国税額控除規定により、控除方式により国際的二重課税を排除する形式となっていた。

しかしながら、我が国においては、平成 21 年度税制改正により外国子会社配当益金不算入制度が採用されることとなった。

外国子会社配当益金不算入制度とは、内国法人が外国子会社から受ける剰余金の配当等の額がある場合には、当該剰余金の配当等の額から当該剰余金の配当等の額に係る費用の額に相当するものとして政令で定めるところにより計算した金額を控除した金額は、その内国法人の各事業年度の所得の金額の計算上、益金の額に算入しない（法人税法第 23 条第 1 項）制度であり、当該制度により、親会社である内国法人によってその持株割合の 25%以上を 6 カ月以上保有されている外国子会社から受ける配当については、その 95%が益金不算入となる。

これにより、外国子会社の利益のうち、95%[86]までの部分については、課税の対象となることなく親会社である内国法人に還元することができる。従って、内国法人の国外所得の内、95%までの部分については我が国の課税権が及ばないこととなった。

このことは、何を意味するのであろうか。

外国子会社配当益金不算入制度導入の理由として、平成 21 年度の税制改正に関する答申においては、「我が国の適切な課税権の確保と、経済活動に対する配慮や我が国経済の活性化とのバランスを保つ必要がある[87]」とした上で、「我が国経済の活性化の観点から、我が国企業が海外市場で獲得する利益の国内還流に向けた環境整備が求められる[88]」と述べられている。

制度導入について、金子宏教授は「外国子会社の所得をできるだけわが国の親会社に配当させ、有効に利用させたいという産業政策的考慮に由来するものである[89]」と述べており、また増井良啓教授は、「学説の多くは、…（中略）…国外資金の日

85　本庄資　前掲注(82)、35 頁。
86　「オーストラリア、オーストリア、カナダ、チェコ、デンマーク、エストニア、フィンランド、ハンガリー、アイスランド、オランダ、ニュージーランド、ポルトガル、スロバキア、スペイン、スウエーデン、トルコ、英国およびロシアは 100%とするが、ノルウエーは 97%とし、ベルギー、フランス、スロベニア、スイスおよび日本は 95%としている」本庄資　前掲注(14)、201 頁。
87　「平成 21 年度の税制改正に関する答申」（内閣府税制調査会、2008)7 頁。
88　前掲注(87)、7 頁。
89　金子宏　前掲注(1)、467 頁。

本への還流を促進する、という趣旨を読み込んでいる[90]」と指摘していることからも、その導入は租税上の理由よりもむしろ国際経済力の確保にあることが読み取れる。これはいわば、政策上の理由によるものであったと換言することができる。

このような背景を持ちながらも、この制度は我が国の国際課税方式の根本でもあった全世界所得課税方式の転換を齎すものであった。

外国子会社配当益金不算入制度の導入による影響について、金子宏教授は「全世界所得課税主義ないし資本輸出中立性（capital export neutrality）の原理に大きな修正を加えたことは、たしかである。…（中略）…全世界所得主義を基本的に維持すべきか、それとも所得源泉地課税主義ないし資本輸入中立性（capital import neutrality）の原理に全面的に移行すべきか、の問題に今後どのような影響を与えるかが注目される（全面的に移行することはないと思われる）[91]」と述べており、全世界所得課税という原則は変わらないものの、その一部分について大規模な修正が行われたとの見解を表している。

また、その修正部分について、増井良啓教授は、「日本の税制は、全世界型とテリトリアル型という異なる考え方を、場面によって使い分けている。全世界型を体現するのが、内国法人が外国支店で稼得する所得に全世界所得課税を及ぼすルールや、外国子会社合算税制などである。これに対し、テリトリアル型をとるのが、外国子会社配当益金不算入制度やタックス・スペアリング・クレジットである[92]」として、我が国の制度が全世界所得課税と領土主義課税との混合制度であると述べている。

また、上記の考え方を一歩進めたものとして、本庄資教授は「平成 21 年度改正で外国子会社配当益金不算入制度が導入された。結果、日本は領土主義課税の国またはハイブリッドの国になった[93]」とした上で、我が国を通じて租税回避が行われる可能性につき警鐘を鳴らしている。

国外での稼得所得の内 95%部分まで課税権が及ばない現状においては、全世界所得課税方式を純粋に維持できていると主張することは困難であると考える。

本論文においては、我が国は純粋な全世界所得課税方式ではなく、課税制度が全世界所得課税から領土主義課税とのハイブリッド、それもかなり領土主義よりのハイブリッドへと移行したとの立場から、それがどのような租税回避を引き起こすのかにつき、検討を行うものとする。

90　増井良啓「外国子会社配当の益金不算入制度は何のためにあるか」『村井正先生喜寿記念論文集　租税の複合法的構造』（清文社、2012）204 頁。
91 金子宏　前掲注(1)、468 頁。
92 増井良啓　前掲注(90) 、213 頁。
93 本庄資　前掲注(8)、 639 頁。

第 2 項　領土主義課税の問題点

領土主義では国境（territorial limits）を超えて課税権を及ぼさない[94]ものとされている。従って、内国法人についても、国外において稼得した利益に対しては国が課税権を放棄したこととなる。我が国は純粋な領土主義課税ではなく、全世界所得課税と領土主義課税とのハイブリッドへ移行していることは前述した。これにより、外国子会社の国外所得については全所得ではないものの、その 95%もの部分につき課税権を放棄した形となっている。

これによりまず想定される問題は、国際的不課税[95]が生ずる可能性が新たに生まれた点である。

居住性の判断基準についての規定は、各国様々であるが、「設立準拠法主義」（法人がどこの国の法律に基づいて設立されているか）又は「本店所在地（登録）主義」（法人が本店をどの国に置いているか、あるいは、どの国に登録しているか）及び「管理支配地主義」（法人が実質的に管理支配されている場所がどこにあるか）などの考え方によって判断されている[96]。

我が国は、内国法人の判定基準を「国内に本店又は主たる事務所を有する法人（法人税法第 2 条）」としており、本店所在地主義を採用している。一方、米国では設立準拠法主義が採用され、また英国においては、管理支配地主義が採用されている。

「設立準拠法主義」、「本店所在地（登録）主義」、「管理支配地主義」の中でも、その詳細は各国様々であり、定款に記載された法的所在地や取締役会等を判断基準とする国[97]もある。

---

94 本庄資　前掲注(82)、74 頁。

95 特に二カ国間取引についてどちらの国においても課税されない取引又はエンティティを、OECD においては「double non-taxation」として、重要な問題であると指摘している。我が国においては、「国際的二重不課税」又は「国際的二重非課税」として論じられることが多い。どちらの国の納税義務をも負わない取引又はエンティティを「国際的二重不課税」、どちらの国においても税制上の非課税対象となる取引又はエンティティを「国際的二重非課税」として区別する方法も考えられるが、複雑な租税回避スキームにおいては、取引が多国間に及び、また不課税、非課税どちらをも利用する手法が利用されているため、本論文においては、より広い定義として「国際的不課税」を使用することとした。（注記においては、原文のままとする。）「国際的不課税」という用語については、本庄資　前掲注(9)、3 頁において「国際的不課税（利益がどの国でも課税されない）」と述べられている。

96 原省三「国際課税のあり方と今後の課題について」『税務大学校論叢 54 号』(国税庁 2007)558 頁。

97 例えばマレーシアでは、企業は、事業の管理および統制がマレーシアで行われていれば、居住者とみなされる。最低 1 回の取締役会議が実際にマレーシアで開催され、かつ当該会議の開催を記録した議事録があれば、通常、マレーシア内国歳入庁（「IRB」）は、当該企業をマレーシアの税務上の居住者であるとみなすものとされている。

JETRO　HP「マレーシア　税制」参照。

http://www.jetro.go.jp/world/asia/my/invest_04/

このように居住性の判断基準が各国異なっている状況下においては、例えばA国親法人がB国において外国子会社を作った場合において、Bの国内法においては当該外国子会社がB国の内国法人に該当しない場合も想定される。

第1章におけるグーグルの例においても、バミューダが実質管理する外国子会社が、米国においては設立準拠法主義によりアイルランド法人として認定されるとともに、アイルランドにおいては管理支配地主義によりバミューダ法人と判断されるといった実例が生じている。

特に領土主義課税の場合、国外源泉所得に対する課税を放棄（我が国の場合は、その95%部分に対して放棄）しているため、国際的不課税という結果を引き起こす可能性が否定できない。

国際的租税体系を構築するにあたって、このような問題点には、どう対応するべきであろうか。

最も理想的な解決策は、全ての国における居住性の判断基準の統一である。しかしながら、居住性の判断基準の統一は、各国の課税権につき大規模な変動を齎すため、現時点においては、統一基準の導入は実際的ではない。

EUにおいてCCCTB[98]（共通連結法人税課税標準）の導入が検討されており、公式配分方式[99]（FA：Formulary　Apportionment ）の導入により、全世界において

---

98 A proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base の略。

EUでは、2011年3月16日に提案が行われ、2012年4月19日に採択されたが、27カ国全ての賛成を得ることは困難との見方もあり、未だ適用時期については未定である。しかしながら、EUにおいてFAへの動きがあることは事実である。CCCTB指令の概要として、JETRO「EUのCCCTB（共通連結法人税課税標準）指令案の概要と今後の見通し」（JETRO,2012）では、「①グループ会社のEU内の課税利益を共通の方法で計算の上、連結し、一本の申告書を作成、グループ代表会社が申告を行う、②連結された利益は、一定の方法で加盟国に配分され、それぞれの加盟国の法人税が課される、③本制度を利用する、しないは任意であるが、利用する場合は、条件を満たすEU内の全グループ会社、恒久的施設を連結しなければならない、④法人税率は各加盟国が決める」と説明されている。また、EUのCCCTBの導入に関しては、青山慶二「EUにおける共通統合法人税課税ベース指令案の予備的考察」『筑波ロー・ジャーナル11号』（筑波大学、2012）において検討が行われている。

99 公式配分方式（FA）とは、複数の国において活動を行う企業、グループ会社及び恒久的施設を一の企業とみなしてその全世界所得に対して課税を行い、当該複数の国に税を配分する方式である。一方、我が国をはじめ世界的には分離会計（SA：Separate Accounting）方式により各国において所得を算定した上で、移転価格税制等により調整が加えられる課税方式が主流であり、OECDはFAの導入には否定的である。しかしながら、注(89)において述べたように、EUにおいてCCCTB（共通連結法人税課税標準）の導入に向けた動きが進んでおり、また多国籍企業の租税回避への対抗策として非常に有効であるFAの導入に関しては、今後深い検討が必要な課題であると考える。FAの導入に関する検討として、本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第2回）－公式配分方式（Formulary　Apportionment　method）の再検討―」

統一の課税体系及び課税基準を採用する可能性については、今後検討されるべきであると考えるが、現状においてはまず租税条約において国際的不課税に対する対応を行うべきではないだろうか。

現行の租税条約の多くは、二国間条約が中心であるが、二国間条約における「締約国」及び「他の締約国」の概念は、当事者である当該二つの国の居住者概念によりそれぞれ判断されることとなっている。そしてこれら条約締約国において居住者概念に差異があり、国際的不課税が生ずる場合においても、条約においてその差異による国際的なループホールを修正するような租税回避防止規定が定められていない。

従って、このような居住性の判断基準の相違による国際的不課税に対しては、現行の租税条約では不十分であると考える。

現在、OECD 加盟国（34 カ国）のうち 26 カ国[100]が領土主義課税を導入し[101]ており、今後も国際的競争力確保等の理由からますます各国が領土主義課税の方向へと進む中[102]、各国間の居住性の判断基準の相違による国際的不課税に対しては、新たな租税回避対抗策を検討する必要があると考える。

『租税研究、2013-5』(日本租税研究協会、2013)では、米国の NAFTA(North American Free Trade Agreement：北米自由貿易協定）での FA 制度の導入に係る議論及び EU の CCCTB 導入議論から、FA 及び SA のメリット、デメリットにつき検討を行った上で、「SA ではロケーションごとに所得と費用を人為的に割り当てる必要を生じるので、租税回避の機会がふんだんに生じるが、FA では所得と費用の源泉のロケーションを決める複雑さを排除できるので、所得を軽課税国に移転する租税誘因を排除することになる」として、FA に関する議論及び検討の必要性につき言及している。また、居波邦泰氏も、「国際的事業再編と源泉地国の課税権の確保」『租税研究 2013-5』（日本租税研究協会、2013)において、EU の CCCTB 及び世界における FA 導入の可能性についての検討を行っている。

100 青山慶二「外国子会社配当益金不算入制度の考察」(元永和彦教授追悼論文集、2009)102 頁、では、2009 年において「外国子会社配当につき益金不算入制度を採用している国は、OECD 加盟 30 か国中、欧州大陸諸国を中心に現在 21 カ国に及び、既に数的には多数派を形成している」と述べられており、領土主義が国際的にも増えている現状が窺える。

101 本庄資　前掲注(14)、201 頁。

102 本庄資　前掲注(14)、201 頁では、領土主義を導入した国として、「オーストラリア、オーストリア、ベルギー、カナダ、チェコ、デンマーク、エストニア、フィンランド、フランス、ドイツ、ハンガリー、アイスランド、イタリア、ルクセンブルク、オランダ、ニュージーランド、ノルウエー、ポルトガル、スロバキア、スロベニア、スペイン、スウエーデン、スイス、トルコ、英国、ロシア、日本」が挙げられている。また、OECD 加盟国で全世界所得課税を導入している国として、「チリ、ギリシャ、アイルランド、イスラエル、韓国、メキシコ、ポーランドおよび米国の 8 カ国」が挙げており、「OECD 加盟国のなかで全世界所得課税原則を採用する国はいまやこのように少数派になっている」点につき指摘がなされている。

第 3 項　居住地国課税と源泉地国課税

国際社会の中で各国がいかに自国の課税権を確保するのかについてしのぎを削っている現状において、課税権をどこまで及ぼすか、換言すると、ある所得が生じた場合にそれに対して居住地国課税をとるか源泉地国課税をとるかについては、非常に難しい問題となっている。

全世界所得課税は、居住地に課税権を認める課税方式であり、その論拠としては、居住者が国家から利益を受けているという利益説があげられる[103]。

つまり、ある国の居住者が国外で利益を稼得した場合においても、その居住者は自国のインフラストラクチャー等から恩恵を受けているのであるから、それに対して税を納めるべきであるという考え方である。これは、例えば国外のみから所得を得ている者を想定すると、理解しやすいだろう。

一方で、居住地管轄の根拠となる課税原則も利益原則で説明可能である[104]。

ある者が国外で利益を稼得するにあたっては、国外の交通手段、郵便その他公共設備等を利用することは十分に考えられる。これらを利用して利益を得た者が負担すべきである、という考え方に立脚すれば、源泉地にその課税権を認めるべきであるという主張も成り立つ。

内国法人が国外で所得を稼得した場合、又は外国法人が国内で所得を稼得した場合、上記主張がどちらも成り立つのであれば、課税権の配分、つまり前述の公式配分方式（FA）が理論上は望ましいと考えられるが、公式配分方式（FA）は、各国の課税権に直接影響を及ぼす課税方式であるため、導入のハードルは現時点においては高いものとなっている。

現行の居住地国課税及び源泉地国課税については、OECD モデル租税条約第 6 条から 8 条、第 10 条から 13 条、第 15 条から 22 条において、所得を 15 種類に区分し、それぞれの特徴に応じて①原則源泉地国課税されるもの（不動産所得（同第 6 条）など）、②源泉地国において制限的に課税されるもの（配当（同第 10 条）など）、③原則居住地国課税されるもの（使用料所得（同第 12 条）など）、④PE の有無により源泉地国または居住地国課税となるもの（事業所得（同第 7 条）に所得を分類した上で、課税権の振分けを行っている。

上記利益説の考え方からは、一種の割切りとも取られかねないが、所得の種類により課税権を判断することは、法的安定性の面からも優れており、また実務的にも負担の少ない制度となっている。また、所得の種類とその性質に応じて課税権を振

103 藤井保憲「国外所得課税・国外所得免税の正当化と執行上の問題点」『国際課税の理論と実務　73 の重要課題』（大蔵財務協会、2011）429 頁。
104 土屋重義「居住地国課税と源泉地国課税の理論と政策」『国際課税の理論と実務 73 の重要課題』（大蔵財務協会、2011）322 頁。

り分けることは源泉地、居住地のどちらか一方を有利に取り扱う規定に比して公平性がある点も長所として挙げられる。

また、このような所得による振分制度、つまり租税条約上の所得分類とは、法的二重課税の排除のための締約国間の課税権の配分の規定[105]として捉えることも可能である。

OECD の所得分類にあたっては、不動産の譲渡等、源泉地国との関係が強いものについては源泉地国課税とし、事業所得にあたっては、PE の有無を基準に源泉地国課税又は居住地国課税にその課税権を振り分けているため、総合的にみると自動的に課税権の配分が行われていると考えることもできる。

しかしながら、外国子会社配当益金不算入制度の導入により、半ば領土主義課税への移行が進んだ我が国においては、OECD モデル租税条約による所得の種類による課税権の振分けの機能が有効に機能しない場合が想定されることとなった。

例をあげると、我が国の内国法人 a が B 国において所得を稼得した場合、我が国と B 国において OECD モデル租税条約に準拠した租税条約を締結していたならば、所得分類に応じて課税権の振分けが行われる形となっていた。しかしながら、外国子会社配当益金不算入制度の導入により、内国法人 a が B 国に子会社 b を設立して同様の所得を稼得し内国法人 a に配当としてその所得を還元した場合、b へ還元される所得はその所得の種類のいかんを問わず、95%までが課税の対象外となることとなった。

そこでは、すべての所得が配当所得に置き換えられ、源泉である所得分類による課税権の振分けは機能しない。特に、外国子会社をゼロ・タックスの国に設置した場合にはこの所得の変換による租税回避が危惧される。

これに対しては、平成 22 年度税制改正において、外国子会社合算税制の中で一定の資産性所得を合算税制の対象とする制度が設けられたが、これは外国子会社の所得の内、一部分のみを対象としたものであるため、未だ検討が必要な課題となっていると思われる。この点については、第 3 節外国子会社合算税制の適用除外要件の中で、改めて検討を行うものとする。

第 4 項　領土主義と国際的租税回避スキーム

第 3 項において検討したように、我が国は外国子会社配当益金不算入制度により、全世界所得課税から領土主義課税へ一部移行しつつある。

これは、租税条約による配当の源泉地国免税の規定や EU における「参加免税」

105 関口博久「所得概念と所得分類」『国際課税の理論と実務　73 の重要課題』（大蔵財務協会、2011）219 頁。

（participation exemption）制度の利用と結合してゼロ・タックス・スキームを可能にする[106]可能性をも生じさせることとなった。

第 1 章においては、我が国が低税率国であるシンガポールに子会社を設置する手法につき検討を行ったが、反対に諸外国にある親法人が我が国に子会社を設置する事例がこれに相当する。

つまり、我が国との租税条約において、配当につき免税とされる米国、英国などの親法人が我が国に中間持株会社を作り、さらに目的の国にその中間持株会社の子会社を設立する。そして子会社の稼得した所得を我が国の中間持株会社に配当させ、我が国の中間持株会社が親法人に配当を行うスキームの利用などである。

米国、英国と租税条約を締結していない国に子会社を設立した場合と当該スキームを利用した場合では、トータルでの負担税額が抑えられる結果が生ずるケースが考えられることから、我が国の領土主義への移行については、我が国に子会社を設置するスキームを利用した国際的租税回避の可能性をも生み出したと考えられる。

第 5 項　小括

第 2 節においては、我が国の居住地国概念について、課税方式の移行、領土主義の問題点、居住地国と源泉地国の課税権の配分、国際的租税回避スキームの可能性といった観点から検討を行った。

まず、我が国は従前は全世界所得課税を原則としてきたが、平成 21 年度の外国子会社配当益金不算入制度の導入により、全世界所得課税と領土主義課税とのハイブリッドへと移行しつつある現状を踏まえた上で、領土主義課税によると、居住地国概念の差異による国際的不課税が生ずる可能性が拡大される点につき、検討を行った。

国際的不課税による税源浸食の影響は重大であり、喫緊に検討すべき問題である。

これに対しては、公式配分方式（FA）の導入に関する議論も行うべきであると考えるが、当面の対応としては租税条約の改正の必要であると考える。具体的な対応策については、第 4 章において検討を行うものとする。

また、外国子会社配当益金不算入制度を適用した場合、所得の変換が行われ、居住地国と源泉地国との間で適正な課税権の配分を阻害する可能性があるという問題点につき検討を行った。

全世界所得課税を基本原則としつつ外国子会社配当益金不算入制度を有する国では、合算される CFC の利益を配当またはみなし配当とするとき、課税することはできなくなるおそれがあり、また、領土主義課税の国や資本参加免税制度をもつ国で

106 本庄資　前掲注(8)、639 頁。

は内国法人の国外所得（外国子会社配当）に課税することはできなくなるおそれがある[107]といった問題点が想定される。

このような観点から、領土主義に移行しつつある我が国においては、CFC ルールである外国子会社合算税制を強化し、国際的租税回避防止及び租税回避否認につき更なる検討の必要性が高まっていると考える。

また、領土主義課税とのハイブリッドとなった現行税制においては、外国法人が我が国に中間持株会社を設立し、外国子会社配当益金不算入制度を利用して租税回避を行うスキームも想定される。

このような観点からも、我が国の CFC ルールである外国子会社合算税制について、租税回避防止規定として有効に機能しているのかにつき検討を行う必要があると考える。

第 3 節　外国子会社合算税制

第 1 項　外国子会社合算税制の創設

1.創設の趣旨

全世界に先駆けて、タックス・ヘイブン対策税制として米国においてサブパート F が制定されたのは 1962 年である。続いて、ドイツ、カナダ、日本、フランス等がそれぞれタックス・ヘイブン対策税制を打ち出した。

我が国では、1978 年に租税特別措置法第 66 条において外国子会社合算税制が導入された。

「昭和 53 年度の税制改正に関する答申」において、制度導入の趣旨は次のように述べられている。

「近年、我が国経済の国際化に伴い、いわゆるタックス・ヘイブンに子会社等を設立し、これを利用して税負担の不当な軽減を図る事例が見受けられる。このような事例は、税負担の公平な見地から問題のあるところであり、また、諸外国においてもこれに対処するための立法措置が講じられていることを考えると、我が国においても…（中略）…立法措置を講ずることが適当である[108]」

このように、課税の公平性を維持するという税制上の必要性から、諸外国にならって、外国子会社合算税制が導入されたもの考えられる。

107　本庄資　前掲注(61)、316 頁。

108　前掲注(10)

また、タックス・ヘイブン対策の特別規定が制定される以前において、軽課税国の便宜置籍法人で業務遂行がわが国の親会社によって主宰されているものに対してこれを適用し、同法人の収益をわが国の親会社の収益に合算して課税した例[109]が生じていたことからも、国際的な租税回避に対抗するため、外国子会社合算税制を立法化する必要性が生じていたと考えられる。

2.昭和 53 年導入当時の外国子会社合算税制

昭和 53 年度の導入時における外国子会社合算税制は、以下(ｲ)から(ﾆ)の通りである。

(ｲ) いわゆるタックスヘイブンに所在する海外子会社等に留保された所得のうち、その持ち分に対応する部分を親会社の所得に合算して課税することとする。
(ﾛ) いわゆるタックスヘイブンとしては、法人税が全くないか若しくは我が国法人税に比しその実効税率が著しく低い国又は国外源泉所得を非課税としている国等を対象とする。
(ﾊ) その所得が合算課税の対象となる海外子会社等の範囲については、内国法人又は居住者が全体として発行済株式総数（出資総額）の 50%を超える株式（出資）を直接又は間接に保有する海外子会社等とする。ただし、税負担の不当な軽減を防止するというこの制度本来の趣旨にかんがみ、少額の持分を保有するにすぎない株主は合算課税の対象外とする。
(ﾆ) 正常な海外投資活動を阻害しないため、所在地国において独立企業としての実体を備え、かつ、それぞれの業態に応じ、その地において事業活動を行うことに十分な経済合理性があると認められる海外子会社等は適用除外とする[110]。

外国子会社合算税制は、昭和 53 年の導入時より現在に至るまで、税制の対象国、適用除外要件などにつき数度の改正が行われてきたが、その骨格は変わらない。

つまり、内国法人が軽課税国に一定の要件に該当する子会社を作った場合、その子会社の留保所得を内国法人の所得と合算して課税を行うことにより、軽課税国を利用した租税回避行為を防止する規定である。

なお、一定の要件に該当する子会社とは、タックス・ヘイブンに所在する外国子会社で、内国法人又は居住者にその発行済株式等の 50%超を直接又は間接的に保有される法人をいう。

109　清永敬次『租税回避の研究』（ミネルヴァ書房、1995）298 頁。
110　『昭和 53 年　改正税法のすべて』（大蔵財務協会、1978）156-157 頁。

第 2 項　現行の外国子会社合算税制

現行法人税法では、内国法人が、外国関係会社のうち特定外国子会社等に該当するものの株式又は出資の 10%以上を有する場合には、適用対象金額（当該特定外国子会社等の所得金額に一定の調整を加えたもの）をその内国法人の所得の金額の計算上、益金の額に算入する（租税特別措置法、以下「租特」66 条の 6）ものとされている。

外国関係会社とは、外国法人で、その発行済株式又は出資の総数又は総額のうちに内国法人並びに特殊関係非居住者が有する直接及び間接保有の株式等の数の合計数又は合計額の占める割合が百分の五十を超えるもの(租特 66 条の 6 ②一)をいい、特定外国子会社等とは、本店又は主たる事務所の所在する国又は地域におけるその所得に対して課される税の負担が本邦における法人の所得に対して課される税の負担に比して著しく低いもの（租特 66 条の 6 ①）をいう。

外国子会社合算税制は、昭和 53 年の創設以来、各国との租税規定の協調という立場から、また我が国の租税政策上の理由から、度々改正が行われてきた。

本論文では、外国関係会社、特定外国子会社等の判定基準、適用除外基準、といった項目ごとにどのような改正が行われてきたかにつき概観した上で、我が国の外国子会社合算税制の特徴につき検討を行う。

第 3 項　外国子会社合算税制の歴史的変遷と特徴

1.適用対象法人

適用の対象となる法人は、外国関係会社のうち特定外国子会社等に該当するものの株式又は出資の 10%以上を有する内国法人をいう。(租特 66 条の 6①)

適用対象法人の判定の基礎となる株式等の保有割合は、創設当初は 10%であったが、平成 4 年の税制改正により、5%に引き下げられた。

その後、平成 22 年度の税制改正により再び 10%に引き上げられた。

2.外国関係会社

外国関係会社とは、外国法人で、その発行済株式等のうちに内国法人並びに特殊関係非居住者が有する直接及び間接保有の株式等の合計数の占める割合が 50%を超えるものをいう。(租特 66 条の 6 ②)

外国関係会社の判定の基礎となる株式等については、昭和 53 年創設当初は「株式又は出資」であったが、無議決権株式の発行による租税回避を防止するため、平成 4 年の税制改正により、議決権も加えられた。

また、平成 17 年度の税制改正において、外国関係会社の判定の基礎となる内国法人及び特殊関係非居住者の中に、内国法人の役員等が追加され、また平成 20 年度の税制改正により、内国法人の役員等が支配する法人が追加[111]されることとなった。

3.特定外国子会社等の適用対象国の判定

特定外国子会社等とは、外国関係会社のうち、本店又は主たる事務所の所在する国における税の負担が本邦における税の負担に比して著しく低いものをいう。(租特 66 条の 6 ①)

昭和 53 年創設当初は、ブラック・リスト方式により特定の国又は地域を「軽課税国等」として告示する[112]方式が採用されていた。この方式は適用指定対象国が明示されているため、法的安定性、また執行面からは優れていたが、世界各国で度々行われる税率の改正に都度対応して指定対象国の見直しを行う必要があると言った問題点も抱えていた。

指定対象国又は地域は、創設当初は 27 カ国であったが、昭和 54 年度、昭和 63 年度税制改正により増加し、41 カ国又は地域となった。

その後、平成 4 年度税制改正により、対象国又は地域を指定するブラック・リスト方式から、税率が 25%以下となる国又は地域すべてを対象とする方式へと変更が行われた。

これにより、指定対象国又は地域を随時見直す手続が不要となるとともに、リスト方式ではカバーしきれなかった軽課税国を当該税制の対象とすることができるようになった。

この 25%というトリガー税率は、各国の税の引下げ傾向及び我が国の段階的な税率の引下げ等により、平成 22 年度の税制改正により 20%に引下げられた。

なお、この方式は税率を判断基準とするため、課税ベースを縮小するような租税政策を持つ国には対抗することができない点が問題点として残されている。

111 導入の趣旨として、「内国法人の役員が支配する法人は、内国法人による支配が及ぶという点で内国法人が直接支配する法人と同等であり、課税上も同様に取り扱うべきである」点が述べられている。「平成 20 年度税制改正の解説」(財務省、2008) 514 頁。

112 本庄資　前掲注(82)、396 頁。

4.適用対象金額（適用対象留保金額[113]）

平成 17 年度改正においては、内国法人の特定外国信託に係る所得の課税の特例が創設されるとともに、適用対象留保金額の計算において、特定外国信託に係る適用対象留保金額規定の整備が行われた。また、一定の要件を満たす特定外国子会社等[114]については、適用対象留保金額から人件費の 10%相当額を控除する規定が設けられた。

また、平成 21 年度税制改正において外国子会社配当益金不算入制度が導入されたことに伴い、特定外国子会社等が支払う剰余金の配当等の額は、適用対象金額の計算上、控除しないこととなった。（租特 66 の 6①②二）この外国子会社配当益金不算入制度の導入は、第 2 節において前述したとおり、国際的租税回避が行われる余地を拡大した。

そこで、平成 22 年度税制改正においては、租税回避行為を一層的確に防止する観点から[115]、一定の資産性所得については、親会社の所得に合算して課税することとなった。

一定の資産性所得とは、①剰余金の配当等の額、②債券の利子の額の合計額、③債券の償還金額、④株式等の対価の額、⑤債券の譲渡の対価の額、⑥特許権、実用新案権、意匠権若しくは商標権又は著作権の使用料、⑦船舶又は航空機の貸付けによる対価の額をいい、いずれも費用の額を控除した残額が合算の対象となる。（租特 66 条の 6 ④）

外国子会社合算税制への資産性所得概念の導入は、外国子会社配当益金不算入制度による国際的租税回避の防止に一定の効果があると考える。

しかしながら、合算の対象となる資産性所得は上記一定のものに限られるため、未登録の無形資産、保険に係る所得等を利用した租税回避の余地は未だ残されている[116]。

同制度の導入により、我が国の外国子会社合算税制は、法人アプローチ（エンティティアプローチ）から一部所得アプローチ（インカムアプローチ）に移行したと

113　適用対象留保金額は、平成 21 年度税制改正により、適用対象金額と改正された。
114　事業基準、実体基準、管理支配基準のすべてを満たす特定外国子会社等をいう。
115　「平成 22 年度税制改正の解説」（財務省、2010）489 頁。
116　保井久理子氏は、一定の資産性所得の範囲について、英国、米国制度と我が国の制度との比較研究を行った上で、特許権等の対象範囲を広げ、また保険や貸付金の利子も一般的に租税回避に利用されやすい所得と考えられることから制度の対象とすることが必要であると指摘している。「外国子会社合算税制における新しい概念について－資産性所得を中心として－」『税務大学校論叢 71 号』（国税庁、2011）

捉えることもできるが、両アプローチの長所、短所の議論[117]も含めて、資産性所得については、今後、所得の範囲を拡大する等の検討も行われるべきであると考える。

第 4 項　適用除外要件における問題点

適用除外要件としては、管理支配基準、実体基準、非関連者基準又は所在地国基準の 4 つの要件が挙げられており、原則としては、上記全ての要件を満たす場合に外国子会社合算税制の適用除外となることができる。

また、適用除外の例外規定として、事業基準が設けられている。

前述したとおり、昭和 53 年度の外国子会社合算税制創設時において、「正常な海外投資活動を阻害しないため、所在地国において独立企業としての実体を備え、かつ、それぞれの業態に応じ、その地において事業活動を行うことに十分な経済合理性があると認められる海外子会社等は適用除外とする[118]」旨が趣旨として挙げられており、当該趣旨に基づき制定されたのが、適用除外基準及び事業基準である。

外国子会社合算税制の適用を免れたい法人側においては、適用除外要件をいかに満たすかが実務上重要なポイントとなっており、適用除外基準を満たすための租税回避行為が行われる危険性に対抗するため、適用除外要件については度々税制改正により変更が行われてきた。

一方で、経済的実質を備えた会社について、租税回避防止規定である外国子会社合算税制が必要以上に適用されることがないようにといった視点からも、外国子会社合算税制についての見直しは行われてきた。

1.事業基準

我が国の外国子会社合算税制は、軽課税国に子会社を設置することにより、国際的な租税回避を行うことを防止するために設けられた制度であり、軽課税国に子会社を設置した場合においても、それが正常な事業活動を行うためであるとの判断が行われた場合には、外国子会社合算税制の適用を除外する規定が設けられている。そのための判断基準として設けられたのが、適用除外要件である。

---

117 伴忠彦氏は、外国子会社合算税制の合算方式が、否認の判断を取引又は所得の種類により判定する所得アプローチ（インカムアプローチ）ではなく、対象となる法人単位で判定する法人アプローチ（エンティティアプローチ）であった点につき、メリット、デメリットを検討した上で、法人アプローチの枠組みの中で一部所得(事業)アプローチを取り入れる制度の提案をしている。実際に平成 22 年度税制改正により、外国子会社合算税制に資産性所得概念が導入された。「外国子会社合算税制における合算方式と適用除外基準の再考」『税務大学校論叢 63 号』（国税庁、2009）

118　前掲注(110)、157 頁。

しかしながら、株式等若しくは債券の保有、工業所有権その他の技術に関する権利、特別の技術による生産方式若しくはこれらに準ずるもの若しくは著作権の提供又は船舶若しくは航空機の貸付け（以下「特定事業」という。）を主たる事業とするものについては、その性格からしてわが国においても十分行い得るものであり、その地に所在することについて積極的な経済的合理性を見出すことは困難である[119]とした理由から、適用除外とならない旨が定められていた。これを事業基準という。

平成 22 年度の税制改正により、株式等の保有を主たる事業とする特定外国子会社等の内、一定の要件を満たす統括会社は、租税回避目的で設立されたものとして捉えるのではなく、その地において事業活動を行うことに十分な経済合理性があるものと評価することが適当である[120]ものとして、適用除外の除外規定である事業基準から除かれることとなった。つまり、適用除外要件を満たす場合に、外国子会社合算税制の適用を受けないことができることとなった。

同制度の導入により、第 1 章において検討を行ったように、シンガポールといった軽課税国に統括会社を設置することによる租税回避が行われる可能性が拡大されることとなった点が、問題点として指摘される。

2.実体基準

実体基準とは、外国子会社が、事務所、事業所、店舗、工場その他の固定施設を有しているという物理的条件をもって判断を行う基準である。外国税制ではメールボックス・カンパニー、ドミサイル・カンパニー、ベース・カンパニーなどが認められている[121]場合もあるが、この実体基準により、物理的拠点を持たない所謂ペーパーカンパニーを規制することができるものとされていた。

しかしながら、今日の情報化社会の進展により、事業を行うために必ずしも一定規模以上の物理的施設が必要のないケースも生じている。

平成 25 年 5 月 29 日の東京高裁の裁判例[122]（シンガポール法人に対する外国子会社合算税制の適用除外要件に関する裁判）においては、卸売業を行うシンガポール子会社が使用していた机一台分のレンタルスペースが、その法人が業務を行うには十分な規模であり、実体基準を満たしているものと判断された。

コンピューターの小型化、携帯化が進む中、業種によっては、物理的施設をその判断基準とすることは今後、困難な状況が生ずる可能性をも抱えていることが、この裁判例により浮き彫りとなったとも考えられる。

119　前掲注(115)、494 頁。
120　前掲注(115)、494 頁。
121　本庄資　前掲注(82)、 410 頁。
122　前掲注(11)

ケイマン、デラウェアなどでは、一つのビルに数千、数万の企業が登録されているケース[123]もあるが、上記裁判例を鑑みると、このような施設が登録企業の物理的施設として認定される可能性は、今後高くなると想定される。純然たるペーパーカンパニーを防止する観点から実体基準を残しつつも、実体基準において判定が難しい法人については、管理支配基準その他基準において、租税回避防止を図る必要性が高くなると考えられる。

3.非関連者基準又は所在地国基準

外国子会社合算税制の適用除外要件を満たすためには、卸売業、銀行業、信託業、金融商品取引業、保険業、水運業、航空運送業については、非関連者基準を、それ以外の業種については所在地国基準をそれぞれ満たさねばならない。

非関連者基準とは、当該法人の主たる取引の内に関連者[124]以外の者との取引の占める割合が 50%を超えることを基準[125]としている。

---

123 「How to stop companies and people dodging tax, in Delaware as well as Grand Cayman」(economist,2013-2-16)当該記事では、ケイマンにある有名な「Ugland House」と呼ばれるビルは 18,000 もの企業の所在地となっている点、また人口 917 千人であるデラウェア州は 945 千社の企業の所在地となっている実態を紹介している。

124 関連者とは、a.特定外国子会社等に係る連結法人との間に連結完全支配関係がある他の連結法人 （租税特別措置法施行令、以下「措令」39 の 17⑦一）b.特定外国子会社等に係る内国法人の発行済株式等の 50%超を有する者（措令 39 の 17⑦二）**c.**特定外国子会社等に係る連結法人の発行済株式等の百分の五十を超える数又は金額の株式等を有する者（措令 39 の 17⑦三）d.特定外国子会社等に係る租特第 40 条の 4 第 1 項各号、第 66 条の 6 第 1 項各号又は第 68 条の 90 第 1 項各号に掲げる者が当該特定外国子会社等に係る間接保有の株式等を有する場合における当該間接保有の株式等に係る前条第 3 項第 1 号に規定する他の外国法人又は同項第 2 号に規定する他の外国法人及び出資関連外国法人 （措令 39 の 17⑦四）e.特定外国子会社等と政令で定める特殊の関係のある者（措令 39 の 17⑦五）をいう。

125 非関連者基準とは、次に掲げる業種に応じ、それぞれに掲げる基準とする。a.卸売業　棚卸資産の販売取扱金額のうちに関連者以外の者との間の取引に係る販売取扱金額の合計額の占める割合が 50%を超える場合（措令 39 の 17⑧一）b.銀行業　受入利息の合計額のうちに関連者以外の者から受けるものの合計額の占める割合が 50%を超える場合（措令 39 の 17⑧二）c.信託業　信託報酬の合計額のうちに関連者以外の者から受けるものの合計額の占める割合が 50%を超える場合（措令 39 の 17⑧三）d.金融商品取引業　受入手数料の合計額のうちに関連者以外の者から受けるものの合計額の占める割合が 50%を超える場合（措令 39 の 17⑧四）e.保険業　収入保険料の合計額のうちに関連者以外の者から受けるものの合計額の占める割合が 50%を超える場合（措令 39 の 17⑧五）f.水運業又は航空運送業　船舶又は航空機の運航又は貸付による収入金額の合計額のうちに関連者以外の者から受けるものの合計額の占める割合が 50%を超える場合（措令 39 の 17⑧六）

一方、所在地国基準[126]とは、主たる事業を行っている場所が本店所在地であるかどうかにより判断を行う基準である。

所在地国基準は、所在地国において独立企業としての実態を備え、かつ、それぞれの業態に応じ、その地において事業活動を行うことに十分な経済合理性があると認められる場合には外国子会社合算税制の適用対象としないという外国子会社合算税制の趣旨に沿った規定であるが、卸売業、金融業、保険業等は製造業等に比べ、大規模施設等を必要とする可能性が少なく、よって法人の所在地を比較的容易に軽課税国移転し、当該法人業務を当該所在地国で行うことによる租税回避を行う余地が残されている点を考慮し、関連者のみを取引先とした法人を便宜的に国外に設置し、これを利用して租税回避を行うことを防止するために非関連者基準が置かれたと考えられる。

特に水運業、航空運送業については、船所有会社をパナマ、リベリア等に置くことにより、租税回避を行う便宜置籍の問題[127]があった。船所有会社は、船自体は大洋上にあり、所有、リース等の業務を行う場所は、比較的容易に場所を移すことが可能であり、軽課税国にて実際の業務を行えば、所在地国基準を満たすことができるため、これに対抗する措置が必要であった。

非関連者基準の適用対象法人は、取引の 50%超を関連者以外の者と行わなければ外国子会社合算税制の適用除外となることができないため、便宜的に子会社を国外に設置、又は親会社を国外に移転することによる租税回避に対抗することができる。

しかしながら非関連者基準については、平成 22 年度税制改正により改正が行われ、卸売業を主たる事業とする統括会社については、非関連者基準の判定上、当該統括会社に係る被統括会社を除外して、販売取扱金額又は仕入取扱金額の 50%超を判定することとされた。これにより、グループ企業などで被統括会社を中心として取引

---

126 所在地国基準とは、特定外国子会社等の主たる事業が次の各号に掲げる事業のいずれに該当するかに応じ当該各号に定める場合とする。 **a.**不動産業　主として本店所在地国にある不動産（不動産の上に存する権利を含む。以下この号において同じ。）の売買又は貸付け（当該不動産を使用させる行為を含む。）、当該不動産の売買又は貸付けの代理又は媒介及び当該不動産の管理を行っている場合 **b.**物品賃貸業　主として本店所在地国において使用に供される物品の貸付けを行っている場合 **c.**第八項各号及び前二号に掲げる事業以外の事業主として本店所在地国において行っている場合（措令 39 の 17⑫）

127「便宜置籍船とは税金や人件費の削減を目的に外国籍で登録した船舶をいい、FOC（Flag of Convenience）と略されている。これは、戦後に起こった特殊な現象で、世界の各国の船主が、税金の安い、もしくは所得税の全然かからない国へ船籍を移してもっぱら資本の蓄積を図り、あわせて国際安全法規、定員法、最低賃金制等の制約から逃れて、運航経費を極度に切り詰め、その面からも利益の増加を図ることを狙ってタックス・ヘイブンへ生産手段である船の籍を移す、という現象である。」高安満「タックス・ヘイブン税制と実質所得者課税の関係－便宜置籍船会社の留保金課税と損益通算－」『税務大学校論叢 54 号』（国税庁、2007）490-491 頁。

を行う統括会社などについては、これまで非関連者基準により、外国子会社合算税制の適用対象となっていたものが、外国子会社合算税制の適用除外基準である非関連者基準を満たすこととなった。

統括会社の導入の理由としては、平成 22 年度税制改正の解説において、「地域経済圏に展開するグループ企業の商流を合理化するいわゆる物流統括会社の活用が、グループ企業の収益の向上に寄与している実状に鑑みれば、そうした物流統括会社には経済合理性があるものと評価することが適当である[128]」と述べられている。

確かに、経済の成長及び国際的な経済競争力を税制が妨げるべきではないと考えるが、事業基準における株式保有統括会社、及び非関連者基準における卸売業の統括会社の概念の導入は、香港、シンガポール等に統括会社を設置することによる租税回避を行う余地をも生み出したことは否定できない。

製造業等に比べ大規模設備が不要であり、海外に法人を設立、又は移動しやすい卸売業、金融業、保険業等に対する非関連者基準の判定を緩く設定し、その他の法人の判定基準はそのままという状態は、前者に対する優遇措置ともとられかねない。

グローバルに事業を展開する大企業は海外に統括会社を設置し外国子会社合算税制の適用を受けず、一方、中小の輸出企業は海外における収益についても本邦において課税を受け、若しくは海外に事業所等を設けても 2 以上の外国子会社の統括を行うほどの規模でない法人においては外国子会社合算税制の適用を受けるといった制度は、公平性の観点からも、妥当ではないと考える。

また、非関連者基準の対象となる法人は、所在地国基準は満たす必要がない規定となっており、非関連者基準、管理支配基準及び実体基準を満たせば、所在地国基準を満たさずとも外国子会社合算税制の適用対象外となる点にも、検討が必要であると考える。

また、非関連者基準を適用するのか、所在地国基準を適用するのかについては、事業を明記した上で線引きが行われるが、この点に関しても問題点は存在する。

事業の判定は、措通 66 の 6-17（事業の判定）において、原則として日本標準産業分類（総務省）の分類を基準として判定する旨が示されるとともに、同第 66 の 6-8（主たる事業の判定）において、外国関係会社が 2 以上の事業を営んでいるときは、そのいずれが主たる事業であるかは、それぞれの事業に属する収入金額又は所得金額の状況、使用人の数、固定施設の状況等を総合的に勘案して判定するものとされている。日本標準産業分類は事業の内容に応じた詳細な産業分類が行われており、それに依拠した事業の判定は、法的安定性及び執行面からも優れている。

しかしながら、海外の事業を我が国の産業分類により判断した場合、明確に判断を行うことが困難な事業も存在する。

128　前掲注(115)、495 頁。

特に、非関連者基準、所在地国基準においては、事業の種類により適用除外要件が異なるため、主たる事業の判定の結果により、外国子会社合算税制の適用を受ける場合と受けない場合に分かれる法人がでてくる。

特に来料加工の問題[129]に関してはこの非関連者基準を適用するのか、所在地国基準を適用するのかについての事業の判定が主たる論点となっているが、そもそも、事業の判定により結果がオールオアナッシングとなるような規定の構造自体に問題があると考えることもできる。

来料加工の問題については、経済的実質があるにも関わらず、外国子会社合算税制の適用対象となってしまうとの批判もある。

このような観点からは、租税回避を防止した上で、正常な海外投資活動を阻害しないためその地において事業活動を行うことに十分な経済合理性があると認められる海外子会社等には適用しないとした外国子会社合算税制の趣旨を鑑み、かつ非関連者基準への統括会社概念の導入による外国子会社合算税制の不適用枠の拡大を考慮し、事業分類による非関連者基準又は所在地国基準の判定よりもむしろ外国子会社合算税制の趣旨に合致した所在地国基準を標準的に適用した上で、海外に事業拠点を移すことにより租税回避を行う可能性の高い業種については、非関連者基準も併せて適用する等の措置を行う可能性も検討すべきではないかと考える。

4.管理支配基準

管理支配基準とは、外国子会社が、主たる事業を行うに必要と認められる事務所、事業所、店舗、工場その他の固定施設を有し、かつその事業の管理、支配及び運営を自ら行っているものであるかどうかを外国子会社合算税制の適用除外の判断基準とする規定である。（租特 66 条の 6 ③）

この自ら事業の管理、支配等を行っていることの判定は、株主総会及び取締役会等の開催、役員としての職務執行、会計帳簿の作成及び保管等が行われている場所並びにその他の状況を勘案の上行うものとするとされている。（措通 66 の 6-16）

しかしながら、租税特別措置法関係通達において基準とされた株主総会、取締役会等の開催地については、「ＩＴ化の進展により本社役員と現地スタッフがグローバルにテレビ会議や電話会議で迅速に意思決定を行う時代に、企業の業務遂行形態の

129「 来料加工とは、委託加工の一形態であり、一般には、外国法人が中国側に原材料を無償で提供し、中国側では外国法人の指示に基づいて製品の加工を行い、加工後の製品はすべて外国法人に引き取られ、その対価として外国法人から中国側に対して加工賃が支払われることを約する取引とされている。」橋本秀法「来料加工とタックスヘイブン税制」『税務大学校論叢 52 号』（国税庁、2006）356-357 頁。この来料加工に関係する裁判例としては、東京地判平成 21 年 5 月 28 日及び東京高判平成 23 年 8 月 30 日、東京地判 24 年 7 月 20 日などがある。（いずれも判例集未登載）

変化にあわせた執行の見直しも検討課題になると考えられる[130]」との指摘もあり、株主総会の開催地が本店所在地国以外の場所で行われていること、及び事業計画の策定に当たり内国法人と協議した事実をもって、管理支配基準を満たさないことにはならない点が同通達においても明記されることとなった。

また、会計帳簿の作成及び保管についても、今日業務のアウトソーシングが進み、実際に事業を行っている場所とは別の場所にて作成が行われるケースも想定される。

このような事実から、実際には株主総会及び取締役会の開催地、帳簿の作成場所等に依拠した規定では今日の業務形態に適合しなくなってきた点を考えると、新たな判断基準の策定が求められると考える。

第 5 項　小括

第 3 節においては、我が国の外国子会社合算税制につき、まず創設の趣旨及び歴史的変遷を確認した上で、現行の外国子会社合算税制の問題点につき、特に適用除外要件の規定を中心に検討を行った。

適用除外要件の内、実体基準の検討においては、コンピューターの小型化、携帯化が進む中、業種によっては、物理的施設をその判断基準とすることは今後、困難な状況が生ずる可能性をも抱えていることが、明らかとなった。

また、平成 22 年度税制改正により、海外に所在する一定の統括会社については、従来事業基準において外国子会社合算税制の対象となるものと判断されていたものについても、適用除外要件を満たすことにより外国子会社合算税制の適用除外となることができるようになり、また非関連者基準においても一定の統括会社については、適用除外要件が緩和されることとなった。

これにより、我が国の法人が第 1 章において検討を行ったシンガポール等の軽課税国に外国子会社を設置することによる租税回避の可能性が拡大した点が問題点として指摘される。

また、管理支配基準においては、テレビ会議や業務のアウトソーシングが進み、実際に事業を行っている場所の判断基準が現行法と実情とでは合わないケースが想定される。

従って、新たな基準の策定により管理支配地を判断する必要性が生じていると考えられる。

このような検討から、我が国の外国子会社合算税制については、新たな基準の導

130 「国際課税制度の主要論点について～中間的な議論の整理～」（国際課税研究会、2009）9 頁。

入の検討が行われるべきであると考える。

その場合の指標としてまず考慮すべきは、課税の公平性の観点から租税回避行為を防止するとともに、事業活動を行うことに十分な経済合理性があると認められる海外子会社等は適用除外とする、という外国子会社合算税制の趣旨であると考えるが、この「十分な経済的合理性」の判断については、さらなる検討が必要であると思われる。

また、我が国の外国子会社合算税制を検討する上で、上記検討とともに重要となるのは、他の諸外国税制との整合性であり、国際的租税回避スキームが各国税制の差異を利用して行われることを考慮すると、我が国法人税制と諸外国税制との整合性の確保は必須であると考える。

次章においては、国際的租税回避スキームへの共通した対抗策に関する EU 及び OECD の議論及び検討について研究を行い、また第 4 章においては、当該議論及び検討を基に、国際的に協調した租税回避防止策の策定に向けて、我が国法人税制にいかに構築してゆくのかにつき、検討を行うものとする。

第３章　国際的租税回避に対するＥＵ及びＯＥＣＤの取組み

第１章にて述べたように、近年、脱税だけではなく合法的な国際的租税回避が多国籍企業を中心として報告されており、社会問題となっている。

国際的租税回避は、決して新しいものではなく、このような国際的租税回避を防止する取組みも従前から行われていたが、これまでは各国毎の取組みが中心であり、各国の税制の差異を利用したタックス・スキームに対しては必ずしも有効な対策とはなっていなかった。このような現状を受け、EU 及び OECD において、2012 年及び 2013 年から、それぞれ新たに国際的に協調して国際的租税回避に対抗する動きが生まれた。

第１節　ＥＵの取組み

2012 年 3 月、欧州理事会は、ＥＵ評議会及び委員会に対して、租税詐欺(tax fraud)と脱税(tax evasion)に対する対策を改善する具体的な方法を開発するよう命じ、同年４月、欧州議会は、この対応策に関する決議を採択した。

2012 年 6 月 27 日には、最初の対応として、「6 月のコミュニケーション」(the “June Communication”) を採択した。この「6 月のコミュニケーション」は、2012 年末のアクションプランに対する準備として発表されたものである。

そして 2012 年 12 月 6 日、EU は「EU アクションプラン[131]」を発表した。

EU アクションプランにおいて、EU は国際的租税回避に対抗するためには、包括的な対応が必要であり、EU 内における統一基準を設けるなど、各国が協調して国際的租税回避を防止する必要性を強調している。

第１項　EU アクションプランの概要

EU アクションプランにおいては、種類及び目標期間を区切って、以下 34 の取組みの検討が行われた。

第Ⅰ：既存制度の活用及び改正

・行政執行の連携のための新しいフレームワーク

[131] European Commission　前掲注(12)

・貯蓄所得に対する税のループホールの閉鎖
・租税詐欺防止案と税務協力協定
・VAT[132](付加価値税)詐欺に対する緊急対策メカニズム
・VAT のリバース・チャージ方式の選択適用
・EU の VAT のフォーラム

第Ⅱ：当面の対応策としての新制度の導入

・第三国に対し課税問題に関する優良ガバナンスの最低基準の適用の奨励勧告
・アグレッシブ・タックス・プランニングに関する勧告
・租税の優良ガバナンスのためのプラットホームの創設
・有害な企業課税及びその関連領域の改善
・ヨーロッパの納税者番号制度
・課税分野での情報交換用の標準様式
・完全又は部分的変性アルコールに対する EU の変性

第Ⅲ：短期間で実施される取組み（2013 年中）

・親会社・子会社指令の修正
・EU 法令中の濫用防止規定の再検討
・国際的なフォーラム及び EU の IT ツールにおける自動的情報交換基準の推進
・ヨーロッパの納税者規約
・他の執行機関との協力の強化
・調査のための外国職員の立合と同時管理の推進
・VAT の分野での行政執行の協力の二国間協定のために第三国との交渉を始めるための評議会からの承認取得

第Ⅳ：中期間で実施される取組み（2014 年まで）

・自動的情報交換のためのコンピューター化されたフォーマットの開発
・EU 納税者番号制度の利用
・IT 手段の合理化
・マネーフローを追跡するためのガイドライン
・リスクマネージメント、特にコンプライアンスリスクマネージメント技術の強化
・直接税に対する EUROFISC[133]の拡張

[132] Value Added Tax

・全加盟国でのワンストップショップアプローチ[134]の創設
・自発的開示プログラムを含む動機づけインセンティブの開発
・租税のポータルサイトの開発
・行政罰と刑事罰の調整の提案
・EU 標準税務調査ファイル（SAF-T）の開発

第Ⅴ：長期間で実施される取組み（2014 年を超えて）

・熟練調査官の専門チームによる合同調査のための方法論
・各国データベースへの相互間の直接アクセスの開発
・全種目の税に対応した執行協力用の単一の法制度の策定

第 2 項　EU アクションプランの具体的内容

前述の 34 の取組みにつき、本論文においては、(1)国際的租税回避（租税回避、租税詐欺、脱税）関連、(2)執行協力及び情報交換、(3)VAT（付加価値税）関連、(4)変性アルコール関連、(5)納税者番号制度、(6)納税者コンプライアンス関連、(7)税制の標準化、とその目的ごとに 7 種類に分類した上で、それぞれの内容につき、検討を行った。

(1)国際的租税回避（租税回避、租税詐欺、脱税）関連

EU アクションプランでは、国際的租税回避に関しては、既存制度の活用及び改正として①貯蓄所得に対する税のループホールの閉鎖、及び②租税詐欺防止案と税務協力協定につき検討が行われた。

具体的には、①国境を超える貯蓄所得に対する課税権確保のため、第三国との税制合意に対して変更を求める交渉権限を委員会に与える点につき、評議会の採択を求めるとともに、②EU 加盟国及びリヒテンシュタイン内において租税詐欺防止及び税務協力協定の署名、締結を行う点について検討を行っている。

---

[133] EUROFISC とは、加盟国の税務当局間で VAT 脱税を検出するネットワークシステムである。2010 年に立ち上げられた。JETRO HP「欧州委、VAT 課税制度の改革を提案(EU)」（JETRO,2011）参照。
http://www.jetro.go.jp/world/europe/eu/biznews/4eead6cfb94d8

[134] JETRO　前掲注(133)、参照。ワンストップショップ（OSS）制度は、多数の加盟国の消費者に対してサービスを提供している場合、それぞれの加盟国で登録・申告しなければならないという事務負担を軽減するため、一つの登録加盟国を選択して一括して申告し、登録加盟国がその徴収した税を他の加盟国に分配する仕組みである。

次に、当面の対応策として、③第三国に対し課税問題に関する優良ガバナンスの最低基準の適用の奨励勧告、④アグレッシブ・タックス・プランニングに関する勧告、⑤租税の優良ガバナンスのためのプラットホームの創設、⑥有害な企業課税及びその関連領域の改善、につき検討が行われた。

具体的には、③最低基準に従わない法管轄（一般的にタックス・ヘイブンと考えられる）により潜在的かつ事実上のダメージが与えられたことに鑑み、同法管轄に対し、ブラック・リストへの掲載、租税条約の一時停止、再交渉、締結を含む措置を行う「ツールボックス（toolbox)」の採用の勧告を各加盟国に行うとともに、最低基準の勧告に従った第三国に対しては、税務当局に支援を行うための専門家を派遣する、④アグレッシブ・タックス・プランニングについては、社会的責任の原則に反しているとの立場から、具体的かつ共通のアクションを起こす必要があり、特に国際的不課税を解決するため、租税条約に条項を含むことの検討を行う、⑤アグレッシブ・タックス・プランニング及び租税問題に対応するため、専門家により構成されたプラットホームを設立する、⑥企業課税のための行動規範（Code of Conduct for business taxation）での議論に推進力を与える緊急の行動が必要であり、国際的不課税の許容によるアグレッシブ・タックス・プランニングへの機会の提供に対する取組み、さらに税収を減らす海外移住者及び資産家に対する租税制度の強化を行う、といった検討を行っている。

短期間で実施される取組み（2013 年中）としては、⑦親会社･子会社指令の修正、⑧EU 法令中の濫用防止規定の再検討が挙げられている。

具体的には、⑦ハイブリッド・ローン、ハイブリッド事業体に関する法管轄の差異への解決策につき、国際的不課税への取組みを防止しない形で親会社・子会社指令の修正を行い、さらに⑧利子・ロイヤルティ指令、合併指令及び親会社・子会社指令の濫用防止規定の見直しを行うこととしている。

また、中期間で実施される取組み（2014 年まで）としては、⑨マネーフローを追跡するためのガイドラインの作成、⑩リスクマネージメント、特にコンプライアンスリスクマネージメント技術の強化、が挙げられており、⑨租税詐欺及び脱税スキームへの取組みとして、税務当局によるマネーフロー情報（例えばクレジットカード、オフショア銀行口座情報）へのアクセスを改善し、重要な取引の追跡を行うガイドラインを開発し、⑩国境を超える租税リスク及び詐欺行為に対する取組み、及び納税者の高レベルでのコンプライアンスの確保を全加盟国が誓約する重要性につき検討を行っている。

(2)執行協力及び情報交換

執行協力及び情報交換については、まず、既存制度の活用及び改正として、①執行協力のための新しい枠組み（フレームワーク）を採用することにより、特に情報

交換の強化により十分かつ効果的な実施及び適用の確保を訴えている。

次に当面の対応策として、②課税分野での情報交換用の標準様式につき、要請に基づく情報交換、自発的情報交換、通知書、回答書の標準様式を採用した指令（2011/16/EU）の標準様式を規定する施行規則を採択し、すべての EU 言語での IT プリケーションを開発し、2013 年 1 月 1 日から利用開始する旨が記載された。

また、短期間で実施される取組み（2013 年中）としては、③国際的なフォーラム及び EU の IT ツールにおける自動的情報交換基準の推進、④他の執行機関との協力の強化、⑤調査のための外国職員の立合と同時管理の推進、が挙げられている。

具体的には、③税制分野の執行協力の指令（2011/16/EU）の下、自動的情報交換のために IT フォーマットの開発を OECD と密接に取り組み、さらに自発的情報交換及び回答書のために開発された e フォーム（e-Forms）を支持するよう OECD に要求する、④他の執行機関、司法及び社会保障関係当局、欧州警察機構等とも EU 政府機関の支援を利用した情報交換強化を行うことにより、マネーロンダリング、犯罪ネットワークの識別及び排除にも貢献する、⑤短期間での調査及び将来的な合同調査の可能性を鑑みると外国職員の立合いを促進することは必須であり、加盟国の税制において当該立合いを妨げない点を確認する点につき、検討が行われている。

また、中期間で実施される取組み（2014 年まで）としては、⑥自動的情報交換のためのコンピューター化されたフォーマットの開発、⑦IT 手段の合理化、⑧租税のポータルサイトの開発が挙げられている。

具体的には、⑥雇用、役員報酬、生命保険、年金、不動産からの所得及び不動産所有権に関する自動的情報交換のための新しいフォーマットの開発、⑦迅速かつ効率的な情報交換を可能にする IT ソリューションの開発、⑧ヨーロッパ租税関連ポータルサイト[135]を改良し、国境を超える租税情報アクセスを改善する、ことを目標としている。

長期間で実施される取組み（2014 年を超えて）としては、⑨熟練調査官の専門チームによる合同調査のための方法論の検討が挙げられている。これは、様々な租税を含んだ合同調査を行うため、まずは既存の同時調査からの経験を元に再検討すべき課題として挙げられている。

(3) VAT（付加価値税）関連

EU が現在抱えている問題である VAT 関連については､緊急性が高いものであり、既存制度の活用及び改正として、①VAT 詐欺に対する緊急対策メカニズムの採用、②VAT のリバース・チャージ方式の選択適用、③EU の VAT のフォーラムの開催、の 3 項目が挙げられている。

135 ”Tax on EUROPA” web portal

①の緊急対策メカニズムが採用された場合、一時的な特例に関する権限が加盟国に与えられるとともに、②詐欺行為、カルーセル詐欺[136]に対応するためリバース・チャージ方式[137]の適用を全加盟国において可能としている。また、③VAT 制度が詐欺行為を受けやすいことを鑑み、VAT フォーラムの開催の必要性を述べている。

次に、短期間で実施される取組み（2013 年中）としては、④VAT の分野での行政執行の協力の二国間協定のために第三国との交渉を始めるための評議会からの承認取得を挙げており、実効性を鑑み、VAT 分野での執行協力のためフレームワークを義務付けることを目的として、第三国との二国間協定交渉のための承認が絶対に必要であると掲げている。

また、委員会は VAT に対する EUROFICS の結果を評価した上で、中期間で実施される取組み（2014 年まで）として⑤直接税に対する EUROFISC の拡張を掲げており、VAT 分野だけでなく直接税の分野においても EUROFICS を拡張することを目標としている。

(4)変性アルコール関連

変性アルコール問題に関しては、当面の対応策として、完全又は部分的変性アルコールに対する EU の変性、を掲げ、2012 年 12 月までに取扱いの変更が採択される予定であるが、これは EU 共通の定式化を図ることを目標とするものであり、これにより行政負担の軽減、製造コストの軽減が期待されるものである。

(5)納税者番号(TIN[138])制度

納税者番号の分野では、既存制度の活用及び改正として、ヨーロッパの納税者番号[139]に対応したオンラインシステムの構築が EU レベルでの納税者番号の統合へのステップとして、自動的情報交換にも貢献するものであると述べている。

---

136 VAT の繰延支払方式による課税タイミングのずれを利用し、カルーセル（回転木馬）のように取引を行うことにより missing trader と呼ばれる納税者が納税を逃れる詐欺である。
具体的には、繰延支払方式における輸入品に対する課税のタイミングが流通の第一段階まで遅れ、その前に輸入品に対する税還付が可能であることを利用する。
「みずほレポート　ボーダーコントロールのない VAT」（みずほ総合研究所、2010)8-10 頁参照。

137 リバース・チャージ方式とは、納税義務を売り手ではなく買い手に課す方式であり、カルーセル詐欺に対応することが可能であるが、一方でサービスのクロスボーダー取引への対応の困難性等の問題点も指摘されている。
前掲注(136)、4-10 頁参照。

138 tax identification numbers

139 ”TIN on EUROPA”

また、中期間で実施される取組み（2014 年まで）としては、EU 納税者番号[140]の利用を掲げており、EU 納税者番号を独立した EU 番号とするのか、各国の既存の国内納税者番号を利用するのかにつき、検討を行うものとしている。

(6)納税者コンプライアンス関連

短期間で実施される取組み（2013 年中）としてはヨーロッパの納税者規約を挙げ、納税者の権利及び義務に関してより透明性を確保するため、EU 委員会は 2013 年初めに納税者規約に関する公開の協議を開始するものとしている。

また、中期間で実施される取組み（2014 年まで）としては、インターネットホームページ等を通じて、各国の執行協力体制を広く周知するガイドラインを作成することにより、納税者のインセンティブを開発することに資するよう検討を行うものとしている。

(7)税制の標準化

前記(1)から(6)までの取組みは、現行における税制の問題点に対する対応であるとともに、EU における税制の標準化に対する布石としての役割もあり、最終的には、中期的、長期的取組みとして次の①から⑤のアクションを行うことにより、EU において税制を統一してゆく方向性を打ち出している。

中期間で実施される取組み（2014 年まで）としては、①全加盟国でのワンストップショップアプローチの創設、②行政罰と刑事罰の調整の提案、が挙げられている。

具体的には、①あらゆるタイプの租税に対応したワンストップショップを全ての加盟国において創設することを目的とし、最初のステップとして直接税の分野において国境を超えることによる障害に関する公開協議を 2012 年に開催し、また 2012 年 12 月にはそのフォローアップとして FISCALIS ワークショップの場で議論を行う。また、②委員会は行政罰及び刑事罰を含め、あらゆるタイプの租税犯罪の定義を調整するための研究を行う必要があり、2011 年 9 月 20 日のコミュニケーション[141]で公表された原則に従い、EU 法との統合を図るものとする。

また、長期間で実施される取組み（2014 年を超えて）としては、③EU 標準税務調査ファイル（SAF-T）の開発、④各国データベースへの相互間の直接アクセスの開発、⑤全種目の税に対応した執行協力用の単一の法制度の策定、が掲げられている。

具体的には、③通信、放送、電子サービスにおいてミニワンストップショップ

140 EU tax identification numbers

141「Towards an EU Criminal Policy ：Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law」（European Commission,2011）

（mini One Stop Shop）を開発中であり、また、④VAT 分野での相互直接アクセスの適用を参考として、直接課税分野にも加盟国相互においてデータベースでの直接アクセスを可能にする方法を開発することとしている。

また、最終的に、⑤法的、また実務的観点から、すべての租税の執行協力のための EU における単一の法手段の実用可能性について､研究を行うものとしている。

第 3 項　小括（EU アクションプランに関する考察）

EU アクションプランにおいては、EU の当面の問題点である VAT についての迅速な対応とともに、国際的租税回避への対抗策についても、実効性を鑑みた具体的対応につき検討が行われている。

結論において、特に、租税詐欺（tax fraud）と脱税（tax evasion）については、多方面から協調して対応する必要があり、アグレッシブ・タックス・プランニングについては、緊急に対応を要する問題であると述べられており、現行の税制において対抗ができないアグレッシブ・タックス・プランニングについては、これを防止するための取組みが重要である点につき強調している。

国際的租税回避による問題が生じている分野としては、アグレッシブ・タックス・プランニングの他、最低基準に従わない法管轄、国境を超える貯蓄所得、ハイブリッド・ローン及びハイブリッド・事業体、デジタル財及びサービス、利子及びロイヤルティ、企業再編、が挙げられており、その対応策として、特に執行協力及び情報交換の重要性､IT 等を駆使した情報の共有化及び将来的な EU 内における統一した税制の確立への取組みが掲げられている。

特に注目をしたいのは、対応策としての執行協力及び情報交換の分野である。

情報交換においては､現在進行中である VAT 脱税を検出するネットワークである EUROFISC システムを評価・分析した上で、直接税の分野まで拡大することにより、全ての税目に対応した自動的情報交換を推進するものとし、そのための IT ツール及び情報交換フォーマットの作成を行うものとしている。

情報交換の分野においては、納税者及び税務当局の管理コスト等を鑑みたツールの作成が必要であり、またターゲットとする情報の種類及び分量をどこに定めるのかといった具体案、さらにそのツール及び情報の国際的な統一化が必要となってくるが、EU アクションプランにおいては、IT ツールの開発及び具体的なフォームの作成を行うものとしており、フォーム及び情報交換手段の開発は、我が国において、移転価格の文書化規定をより有効的に行うための対応策の検討においても非常に参考となると思われる。

ただし、EU アクションプランの問題点としては、現在 EU 内で行われている特定の所得に対する優遇税制、税額控除等に対する処置について、明らかな対応策が

明示されていない点が挙げられる。

今後、アグレッシブ・タックス・プランニングの定義を明確化し、国際的租税回避に利用される税制優遇策については、EU 加盟国においても、それを許容すべきではないといった確固たる対応が必要となってくると思われる。

第２節　ＯＥＣＤの取組み

第１項　OECD の BEPS アクションプランの概要

第１章で述べたように多国籍企業のグローバル化は国際的租税回避を生じさせる余地をも生み出し、英国、米国その他の国の議会においても、国際的租税回避が問題視される中、OECD においては、2013 年 2 月 12 日、OECD 報告書「税源浸食と利益移転への対応に関する報告書[142]」が公表された。

同報告書では、国際的租税回避が税源浸食を引き起こしている現状を利用可能なデータから分析した上で、各国毎ではなく、包括的なアクションプラン（行動計画）が必要であり、かつ迅速に対応する必要があるものとして、2013 年 6 月の会合で承認する最初のアクションプランを 6 か月以内に作成する旨が記されている。

このような流れを受け、OECD の「BEPS アクションプラン[143]」が 2013 年 7 月に公表された。

当該アクションプランにおいては、まず第 1 章イントロダクションにおいて、グローバル化は我々に恩恵をもたらすと同時に、国境を越えた活動は税源浸食及び利益移転をも引き起こす点を指摘している。国境を越えた活動、特に多国籍企業（ MNE[144])のグローバル活動及びデジタルサービス分野においては、タックス・プランナーが、合法的なタックス・プランニングの境界を識別し、利用することによるアグレッシブ・プランニングが増加している点、及びそれにより世界規模で税収が不足している点につき、言及している。

第 2 章背景においては、1920 年代以降、国際課税の分野においては、国際的二重課税に対する措置の検討は行われてきたが、一方で、各国の税制及び租税条約の差異を利用した国際的不課税が生じている点につき述べられている。また、ゼロ税率、低税率自体が問題なのではなく、課税所得が生ずる活動から課税所得を人為的に低課税国へと分離させる行為に問題がある点を指摘している。

また、租税回避に対抗するためには、国際的に協力し、一致した行動を行う必要

142 OECD　前掲注(5)
143 OECD　前掲注(13)
144 Multinational enterprise

性につき、述べている。

第 3 章では、具体的な行動計画、期限、方法について述べられている。

まず、行動計画として、以下の 15 の行動計画を挙げている。

・デジタル経済課税への取組み
・ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの影響の緩和
・CFC ルール[145]の強化
・利子控除その他金融支払による税源浸食の制限
・透明性と実質の観点からの有害な税の慣行に対する効果的な対応
・条約の濫用の防止
・PE の地位の人為的回避の防止
・無形資産
・リスクと資本
・他のハイリスク取引
・税源浸食及びそれに対する取組みを集計、分析する方法の確立
・納税者へのアグレッシブ・タックス・アレンジメントの開示の要求
・移転価格の文書化の再検討
・紛争解決の体系の効率化
・多国間協定の開発

行動計画の期限としては、12 か月から 18 か月以内（有害な税の慣行及びハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメント、条約濫用、無形資産の移転価格、移転価格の文書化、デジタル経済の分野）、2 年以内（CFC ルール、利子控除、PE 地位の人為的回避、無形資産の移転価格、リスク、資本その他のハイリスク取引、有害な税の慣行のデータ収集、情報開示の義務化規則、紛争解決）、2 年以上を要する可能性のあるもの（二国間条約の変更、金融取引の移転価格、多国間協定の開発）に分けて結果を配信すべきこととしている。

また、アクションプランの方法として、(ⅰ)包括的で有効なプロセス、(ⅱ)効率的なプロセス、(ⅲ)ビジネス界、市民団体との協議の重要性、の三点を掲げ、それぞれ、(ⅰ)非加盟国、開発途上国との連携、(ⅱ)迅速な遂行及び期限内の結果の公開、(ⅲ)経済産業諮問委員会（BIAC）、労働組合諮問委員会（TUAC）、民間の組織、シンクタンクとの協議の必要性を掲げている。

[145] Controlled Foreign Corporation rules

第 2 項　OECD の BEPS アクションプランの具体的内容

OECD の BEPS アクションプラン第 3 章では、以下の問題点及び対応策が掲げられている。

(1)デジタル経済課税への取組み

包括的なアプローチにより、直接税及び間接税の双方を考慮した上でデジタル経済の課税上の困難性への対応策を開発する。

検討すべき課題としては、現行の国際的なルールの下での税制の結合性の不足による不課税、デジタル製品・サービスの価値の帰属、新しいビジネスモデルによる所得の属性、関連するソース・ルールの適用、国境を越えたデジタル財やサービスの供給に係る VAT 及び GST[146]の効果的な徴収、が挙げられる。

(2)ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの影響の緩和

ハイブリッド証券及びハイブリッド事業体の影響（例えば国際的不課税、二重控除、長期繰延）を緩和するため、国内税制ルールの設計に関するモデル条約を策定し、勧告を行う。これは、ハイブリッド証券及びハイブリッド事業体が不当に条約特典を受けることがないよう保証する OECD モデル租税条約の改定、国内法の規定による適用除外及び支払控除の不認識の防止、所得不算入の利益（CFC ルール又は同様のルールの下で課税対象とならない利益）に対する不算入否認規定、他の管轄での控除可能所得につき国内法での控除否認規定の創設、複数国にわたる取引に適用する場合必要であれば課税権の振分けに関するガイダンスを設けること、が挙げられる。また、これは支払利子控除制限、CFC ルール、トリ―ティショッピングの研究との間で調整が図られる必要がある。

(3)CFC ルールの強化

OECD において達成されていない重大な問題の一つの領域が CFC ルールであり、税源浸食及び利益移転に関する懸念材料の一つは非居住納税義務者の創出、つまり外国関連会社を通じて国内企業の所得を移転する可能性である。

CFC ルールは多くの国で導入されているが、必ずしも包括的に税源浸食及び利益

146 Goods and Services Tax の略。商品及び物品に課される税であり、消費税、物品サービス税、商品サービス税等を指す。

移転を防止できてはいない。CFC ルールの設計に関して各国に勧告を行う。

(4)利子控除その他金融支払による税源浸食の制限

BEPS の懸念材料の一つとして、過度の支払利子控除が挙げられる。
支払利子控除を考慮する他、特に移転価格税制における債務保証取引、デリバティブ取引、キャプティブ保険その他の金融取引を考慮する必要がある。
過度の支払利子控除、所得免税、課税繰延所得のための関連当事者間及び第三者間の債務、支払利子の利用による税源浸食の防止のための効果的な手段を勧告する。

(5)透明性と実質の観点からの有害な税の慣行に対する効果的な対応

1998 年、OECD は低税率競争に関して「有害な税の慣行に関する報告書」を公表した。
しかしながら今日では、無形資産、金融取引といった特別なタイプの収入に対する法人税率の引下げがより多く行われており、有害な税の慣行に関するフォーラムを開催し、より効果的な解決策を開発するものとする。
課税の透明性を向上させるため、自発的情報交換の義務化といった優遇税制に対処するルール作りなど、有害な税の慣行に対する作業を刷新する。
これは包括的なアプローチで行われ、OECD 非加盟国とともに、既存の枠組みの改定及び追加につき検討を行うものとする。

(6)条約の濫用の防止

低税率国の外国関係会社、導管会社を利用した、二カ国間条約における第三国の介入は、利益移転のスキームにつながる。
条約濫用は BEPS の懸念事項の中でも最も重大なもののひとつであり、所得が帰属する活動及び所得配分の方法につき国内及び国際租税ルールを改正する必要がある。
不適切な条約特典の付与を防止するため、国内ルールの設計に関してモデル条約を策定し、勧告を行う。
国際的不課税については、租税条約が使用されることを意図していない点を明確化すべきである。

(7)PE の地位の人為的回避の防止

代理店の利用及びコミッショネア契約、また準備・補助的活動等により、PE 認

定の除外となることを目的とした人為的租税回避行為が行われる可能性がある。

特に多国籍企業においては、PE の認定除外となる準備・補助的活動を行うものであると認められるため、事業体を細分化するかもしれない。

従って、濫用防止のため、PE の定義を更新する必要がある。

これは、利益の帰属の問題にも関連する。

(8)無形資産

移転価格税制は、各国に多国籍企業の稼得利益を配分する役割を果たす。

多くの場合、移転価格税制は、多国籍企業の利益を効率的かつ効果的に配分するが、他の実例では、しかしながら、多国籍企業は移転価格税制を利用又は誤った使用法により、所得をそれが生ずる経済活動から分離させ低税率の場所へ移転させる。

無形資産においては、無形資産の広範かつ明確な定義の採用、無形資産の移転及び使用に伴う利益が資産価値の創出に従って適切に付されること、評価が困難な無形資産の移転のための移転価格税制及び特別措置の策定、費用分担契約に関するガイダンスの更新、により無形資産の移転による税源浸食及び利益移転を防止するための制度を策定する。

(9)リスクと資本

リスク移転又は過度の資本割り当てによる税源浸食及び利益移転を防止するための制度を策定する。

これは、契約によりリスクの移転又は資本の割当を行ったという理由のみで不適切な利益を帰属させない移転価格税制及び特別措置の採用を含む。

開発すべき制度は、利益と資産の創出との間での整合性が必要となる。

(10)他のハイリスク取引

第三者間では起こらない又は非常に例外的にしか発生しない取引による税源浸食及び利益移転を防止する移転価格税制及び特別措置を開発する。これには、①取引を再分類できる形式の明確化、②グローバルなバリュー・チェーン（value chain：価値連鎖）の中での移転価格税制の明確化（特に利益分割法）、③管理手数料及び本社経費といった税源を浸食する共通の種類の支払に対して防止する措置を策定する、といった対応が含まれる。

(11)税源浸食及びそれに対する取組みを集計、分析する方法の確立

租税の透明性を確保するための情報交換の透明性は、国際的フォーラムにおいて検討されている。

しかし、税源浸食及び利益移転の防止については、包括的なアプローチが必要であり、BEPS の防止におけるデータ収集は改善されるべきである。

「税源浸食と利益移転への対応に関する報告書」では、活動及び投資により価値が生み出される場所と課税所得が報告される場所との間に隔たりがあるという研究及びデータがあると指摘されている。BEPS を監視し、追加研究を行うとともに、BEPS のためにとった措置についてもその有効性、経済的影響を監視、評価する必要があり、BEPS のデータの集計、分析についてはその方法論を確立する必要がある。

方法としては、BEPS の経済規模の分析、経済的影響の監視及び評価を行うとともに、既存のデータを評価し、また集計すべき新しいデータの識別を行う。これは、集計データ（FDI、国際収支データ等）及びミクロレベルのデータ（財務諸表、税務申告書等）の双方により行われる。

データの集計、分析は情報の機密性及び税務当局及び企業の管理コストをも考慮する必要がある。

(12)納税者へのアグレッシブ・タックス・アレンジメントの開示の要求

企業の経営戦略に関する包括的な情報を税務当局が入手することは困難である。しかし、ターゲットを絞った情報の取得は、リスクのある領域を迅速に識別するためには不可欠である。そのための方法は、全世界において一貫性を有するとともに、各国のニーズ及びリスクをも考慮したモジュール方式を採るものとする。

アグレッシブ又は濫用的取引を把握するためには、「タックス・ベネフィット」において広い定義を用いる。

アグレッシブ又は濫用的取引のアレンジメント又は事業体についての義務的開示ルールの設計を勧告する。義務的開示ルールを有する国は増えているため、その経験を活かし、税務当局及び企業の事務コストをも考慮して行うものとする。

(13)移転価格の文書化の再検討

移転価格税制における重大な問題として、納税者と税務当局の情報の非対称性が挙げられる。これは、独立企業原則を損なうとともに、BEPS が生ずる機会を増大させる。税務当局は、納税者のグローバルなバリュー・チェーンの全体像を把握することが困難である。

そこで、移転価格税制における文書化を再検討する必要がある。

開発すべき制度としては、多国籍企業がすべての関係国政府に、所得、経済活動、納税額に関するグローバルな配分を共通の様式により提出するルールが含まれている。

(14)紛争解決の体系の効率化

BEPS への対抗策においては、ビジネスのための確実性及び予測可能性をも確保する必要がある。そのためには、相互協議（MAP[147]）の有効性を改善する必要がある。

条約関連の紛争を相互協議により解決することを妨げる障害、例えば多くの条約に仲裁の用意がない点、一定の場合に相互協議、仲裁を利用することができない点、に対応するための解決策を開発する。

(15)多国間協定の開発

アクションプランの実施のために、革新的な方法を検討する必要がある。

アクションプランは、国内法の規定に関する勧告のほか、OECD モデル租税条約の変更及び移転価格ガイドラインの変更を伴う。具体的には、条約濫用防止条項の導入、恒久的施設の定義の変更、移転価格税制の変更、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに関連した条項の条約への挿入などである。

OECD モデル租税条約の変更は、二国間租税条約の改正がなければ有効とはならない。しかしながら条約数は膨大に上り、条約毎の改正は、非常に長い過程がかかる可能性がある。そこで、多国間協定が有効となる。

管轄が BEPS の研究で開発された施策を実施し二国間租税条約を改正することができるようにするため、多国間協定の開発と関係する税法及び国際公法を分析する必要がある。この分析に基づいて、関係国は国際租税問題への革新的なアプローチを提供する多国間協定を開発する。

第 3 項　小括（OECD の BEPS アクションプランに関する考察）

OECD の BEPS アクションプランは、EU アクションプランよりも、より租税回避対策に特化したプランとなっており、EU アクションプランにおいては言及され

147 Mutual Agreement Procedure　国際的二重課税を排除する目的で、租税条約の相互協議条項により、当事者国双方の政府間で行われる協議をいう。

ていなかった無形資産、PE の地位の人為的回避、資本分野における租税回避、条約の濫用等といった問題が提示されている。

特に、アグレッシブ・タックス・プランニングに対しては、CFC ルールを強化するとともに、各国の CFC ルールのみでは多国籍企業のアグレッシブ・タックス・プランニングに対抗できていない現状を考慮し、アグレッシブ・タックス・プランニングを特定、集計し、現状における経済的影響を研究するのみならず、企業サイドに対し、アグレッシブ、又は濫用的タックス・プランニングの情報開示を義務化するといった、これまでの租税回避防止策よりも一歩進んだ対策が検討されている。

まず重要となるのは、企業に対し、どの情報をどういった形式で、またどれだけの情報量を要求するのか、といった点であり、当該企業のグローバルな経済活動の全体像を把握するためにはどういった情報を開示させるのか、その範囲によって、このアクションプランが租税回避防止策として有効に機能するのか、又は防止しきれずループホールが放置されたままとなるのか、結果が分かれるものとなるだろう。

またその形式（フォームの作成、IT の利用法など）の開発にあたっては、納税者及び税務当局の管理コストをも考慮する必要がある。

さらに、情報開示を義務化した場合、情報開示に対する奨励策、又は情報非開示に対する罰則の研究も必要となり、企業のタックス・コンプライアンスの向上も含めた方策が必要となると考えられる。

特に企業の情報開示の義務化とそれに対応した制度の開発については、例えば情報開示フォームの作成及び奨励、又は罰則規定の策定は、国際的租税回避をどこまで防止できるのか、といった防止策の有効性に最も影響を及ぼすものであるため、既存の申告書の活用も含め、慎重に検討を行うべき課題であると考える。

また、租税回避防止規定については、OECD の BEPS アクションプランにおいては、EU のように将来的な制度の統一化までを図るものとは述べていないが、OECD において包括的な租税回避防止制度を策定した上で、各国は OECD モデル租税条約に従って条約改正を検討するものとし、その意味で租税条約における制度の共通化を図ることを目標としている。

OECD は各国の CFC ルールについても、各国に対して見直し及び強化を勧告しているが、各国が協力して国際的ループホールを防ぐには、各国における CFC ルール及び包括的租税回避否認規定については国際的に整合性の採れたものとする必要がある。

第 2 章において述べたように、我が国の CFC ルールである外国子会社合算税制をはじめとする国際的租税回避防止規定は、一定の効果はあるものの、必ずしも国際的租税回避によるループホールを防ぎきれてはいない現状を鑑みると、CFC ルールの強化のほか、現行税制では対処しきれないアグレッシブ・タックス・プランニングについて、OECD の取組みと歩調を合わせ、国際的租税回避に対抗するための

新たな租税回避否認規定導入の検討を行うといった積極的な租税回避対抗策の検討を行う必要があると考える。

本庄資教授は、「各国は、片務的に国内法で一般的租税回避否認規定、包括的租税回避否認規定または個別的租税回避否認規定を制定してきたが…（中略）…このような租税回避防止規定の差異や解釈の余地によって、回避する方法が生み出されるに至った。そのため、このようなアグレッシブ・タックス・プランニング（ATP）に対処するには、各国ばらばらの対処では効果がないと判断され、国際協調によって包括的に全体として統合された対応が必要であるとの認識がEUやOECDでも高まっている[148]」と述べ、CFCルールを強化するのみでなく、各国が協調して国際的租税回避に対抗する必要性が国際的に高まっている点につき指摘を行っている。

このような現状に鑑み、我が国においても国際的に各国と協力し、税制の差異による国際的ループホールを生じさせぬような税制を構築することは、最も重要な課題であると考える。

第4章においては、我が国の法人税制において具体的にどのような国際的租税回避防止策を講じればよいのかにつき、検討を行うものとする。

148 本庄資　前掲注(61)、339頁。

第４章　国際的租税回避に対抗する我が国の法人税制

第３章では､国際的租税回避に対抗するための EU 及び OECD の動きにつき検討を行った。EU 及び OECD においては、近年、国際的租税回避に対抗するための新たな取組みが強化されている。特にアグレッシブ・タックス・プランニングをはじめとする国際的租税回避についてはどのようなケースが現行法において対応できないのかにつき徹底的に究明し、これを阻止、防止するためのアクションプラン（行動計画）が策定され、活発な議論が行われている。

EU 及び OECD の「税源浸食と利益アクションプランにおいては、各国毎の租税回避防止規定では対抗できない国際的租税回避につき、国境を越えた協力体制の必要性が強調されており、各国に国際的租税回避に対抗するための税制の整備を勧告している。

上記の検討から、我が国においても、現行法人税法において対抗できない租税回避に対しては、法の改正又は制定による対抗策の検討が必要であると考える。

特に、OECD の「税源浸食と利益移転への対応に関する報告書」において、導入をしていない諸国に対して導入の検討及び勧告がなされている包括的租税回避否認規定である GAAR は、ドイツ、オランダ、アイルランド、ポーランド、オーストラリア、ニュージーランド、カナダ、中国、韓国、香港、シンガポール、マレーシア、スリランカ、インドネシア、カナダ、ブラジル、南アメリカにおいて既に導入されている制度であり、2013 年 7 月には英国においても GAAR が導入された。

国際的租税回避に対抗するための包括的租税回避否認規定導入については、OECD の勧告もあり、世界的に今後ますます導入が加速するものと推測される。

こうした世界各国の情勢を鑑みると、我が国においても包括的租税回避否認規定の導入につき検討を行うべき機は熟していると考える。

第４章においては、包括的租税回避否認規定導入の検討を中心に、第２章において問題提起を行った外国子会社合算税制の改正及び居住地国概念の相違による国際的租税回避の防止策につき検討を行うものとする。

第１節　包括的租税回避否認規定導入の検討

第１項　租税回避否認規定導入の必要性

租税回避否認規定の制定の必要性については、我が国においてもしばしば議論されてきた。

例えば昭和 36 年政府税制調査会答申においては、「税法おいては、私法上許された形式を濫用することにより租税負担を不当に回避し又は軽減することは許されるべきではないと考えられている。このような租税回避行為を防止するためには、各税法において、できるだけ個別的に明確な規定を設けるよう努めるものとするが、諸般の事情の発達変遷を考慮するときは、このような措置だけでは不充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[149]」と述べられており、当時において既に国際的租税回避に対する否認規定の必要性が認識されていた。

しかしながら租税回避否認規定はその後制度制定に至ることはなかった。

制度制定に至らなかった点につき、酒井克彦教授は、「昭和 36 年政府税制調査会答申は批判に晒されたのであるが、その批判の中心は、実質課税の原則に対するものや、それとの関係で議論された課税権の濫用であったといえるのではなかろうか。…（中略）…租税回避否認規定を全面的に批判するというものではなく、その一般性あるいは抽象的な要件ゆえに、税務当局における濫用を危ぶむ意見が多かったようである[150]」と述べている。

実質課税の原則に対する反対意見として、北野弘久教授は「経済的観察法とか実質課税の原則とかいうことから、これが否認を認める場合には、権力の恣意的濫用から納税者をまもることができない。それは租税法律主義の法的安定性、予測可能性の要請に反する[151]」と述べている。

確かに、安易な包括的租税回避否認規定の導入は、課税庁及び納税者双方にとって無用な混乱を引き起こし、法的安定性及び予測可能性をも脅かす可能性が生ずる。また、抽象的な包括的租税回避否認規定は、結局のところ司法に判断を委ねる結果をも齎しかねない。

中里実教授は、「一般的否認規定を設けたからといって問題がすべて解決するわけではないこともまた事実である。否認規定をつくる立法技術には限界があり、その点から見て、一般的な否認規定は、あってもなくとも同じことである場合が少なくないのではなかろうか。つまり、一般的否認規定が存在したとしても、その解釈・適用をめぐる法的紛争が生ずるから、問題はやはり司法的な対応にゆだねられるはずである[152]」と述べている。

しかしながら、本当に包括的租税回避否認規定又は一般的租税回避否認規定の存

---

149 昭和 36 年 7 月 5 日付答申「国税通則法の制定に関する答申（税制調査会第二次答申）」（政府税制調査会、1961）

150 酒井克彦「租税回避否認規定の提案と問題点(1)」『税大ジャーナル第 9 号』（国税庁、2008）9 頁。

151 北野弘久「税経通信 26 巻 3 号」（税務研究会、1971）9 頁。

152 中里実『タックスシェルター』（有斐閣、2011）183-184 頁。

在は無用だろうか。

名古屋地裁平成 16 年 10 月判決の裁判例[153]では、国側敗訴の判決となったが、判旨の中で、「もっとも、特段の合理的理由がないのに、通常は用いられることのない法的手段・形式を選択することによって、所期の経済的効果を達成しつつ、通常用いられる法律行為に対応する課税要件の充足を逃れ、税負担を減少させあるいは排除する場合には、租税回避行為としてその有効性が問題となり得るが、前記の租税法律主義の観点からは、このような場合であっても、当該法的手段、形式が私法上は有効であることを前提としつつ、租税法上はこれを有効と扱わず、同一の経済目的を達成するために通常用いられる法的手段、形式に対応する課税要件が充足したものとして扱うためには、これを許容する法律上の根拠を要すると解すべきである」と述べられている。

当該判旨では、税法において租税回避否認規定が整備されていた場合は司法において否認できるケースに対しても、現行税法においては否認することができない可能性が示唆されている。

また、松田直樹教授は、「包括的否認規定の否認機能の大きさは、諸々の要因に左右されることから、その対抗策としての有用性について、一義的に明確な判断を下すことは必ずしも容易ではないが、包括的な否認原則を立法化することによって、その否認機能が高まる蓋然性はあると言えよう[154]。」と述べた上で、立法化に伴うアナウンス効果や租税回避行為への関与の牽制効果をも指摘している。

このような観点からも、また国際的租税回避に対して現行の法人税制においては必ずしも有効に否認又は防止が行われていない現状からも、国際的租税回避に対する包括的租税回避否認規定の導入の検討は必要であると考える。

我が国においては、一般的な否認規定として、同族会社の行為計算否認規定（法人税法 132 条）、組織再編に係る行為計算否認規定（法人税法 132 条の 2）、連結法人に係る行為計算否認規定（法人税法 132 条の 3）、があるが、同族会社等、組織再編、連結法人に係る行為計算以外の行為計算については、個別的否認規定に抵触しない限り、租税回避と認められるものについても、税法において否認することは非常に難しい。

しかしながら、国際的な動向に目を向けると、EU においては EU 法令中の濫用防止規定の再検討が行われ、OECD においては各国に国内法での否認規定の創設を勧告するといった国際的租税回避への対抗策が推し進められており、世界各国において国際的租税回避に対する否認規定が制定される中、現行法のみで国際的租税回

153 名古屋地裁平成 16 年 10 月 28 日判決（判例集未登載）いわゆる航空機リース事件。
154 松田直樹「実質主義と法の濫用の法理―租税回避行為の否認手段としての潜在的有用性と限界－」『税務大学校論叢 55 号』（国税庁、2007）127 頁。

避に対抗すべきである、との考えを固持していると、いつの間にか我が国だけが取り残されるといった可能性も否定できない。

米国のようにコモンローの国家においては、司法において租税回避を否認することが可能であるが、租税法律主義を原則とする我が国においては、やはり租税回避否認規定の導入の検討を行う時期が到来していると考える。

第 2 項　各国の包括的租税回避否認規定（GAAR）の導入状況

租税回避否認規定の歴史は古く、ドイツの一般的租税回避否認規定は、古くは 1919 年のライヒ租税基本法第 5 条（Reichsabgabenordnung.5）に導入がなされ、その後 1931 年及び 1934 年の改正を経て、1977 年に新たに制定された租税基本法で第 42 条（Abgabenordnung.42）にその規定が置かれている[155]。

また、オーストラリア及びニュージーランドも租税回避否認規定は古くから導入され、1900 年にニュージーランド、1915 年にオーストラリアにおいて所得税法において包括的租税回避否認規定が導入された。導入の経緯につき、今村隆教授は、「いずれの一般否認規定も、元々はオーストラリアやニュージーランドにおける土地税（land tax）を地主が借主との契約で逃れようとするのを防ぐことに淵源を有して[156]」いたと指摘している。

現在、包括的租税回避否認規定（GAAR）を導入している国としては、ドイツ、フランス、カナダ、アイルランド、オランダ、オーストラリア、ニュージーランド、中国、香港、シンガポールなどが挙げられる。

一方、コモンロー原則の国である米国、英国は租税回避の判断については判例及び裁判例に拠るところが大きく、包括的租税回避否認規定は導入されていなかったが、2013 年、英国においても包括的租税回避否認規定が導入された。

また、アジアにおいても近年、包括的租税回避否認規定（GAAR）の導入に向けた動きが進んでおり、中国をはじめ、香港、インドネシア、韓国、マレーシア、ネパール、シンガポール、スリランカは包括的租税回避否認規定（GAAR）を導入している。また、インドにおいても、2016 年に包括的租税回避否認規定が導入される予定である[157]。

---

155 居波邦泰「タックス・シェルターに対する税務行政のあり方 －日本版 LLP への対応を考慮に入れて－」『税務大学校論叢 52 号』（国税庁、2006）549-550 頁。

156 今村隆「オーストラリア一般否認規定の研究」『駿河台法学第 24 巻第 1・2 合併号』（駿河台大学、2010）203 頁。

157 Kiyoshi Nakayama「General Anti-Avoidance Rules in Asian Countries」（IMF Fiscal Affairs Department,2013）参照。

第 3 項　各国の包括的租税回避否認規定（GAAR）の内容[158]

(1)オーストラリア

所得税法における GAAR 導入は 1915 年であるが、現在の GAAR 規定は 1981 年に 1936 年所得税法賦課法（Income Tax Assessment Act、以下「ITAA36」ともいう。）を改正して、第Ⅳ編 A(所得税を減少させるスキーム)を追加し、目的テスト（purpose test）を中心とする新しい一般否認規定[159]として制定された。

1981 年の GAAR 導入（改正）の要因としては、1970 年代後半の租税回避スキームの増加に対する社会的な圧力と国家の予算確保の必要性が挙げられている。

GAAR 導入は、明らかであり意図的な、また不自然なアレンジメントに対抗するためであるが、一方で納税者が合法的に税務上利用可能な機会を活用することによる通常の商取引を阻害しないようにすることも示されている。

GAAR 適用の判断基準は、①スキームであること、②スキームに関連付けられた税務上の利益があること、③スキームが税務上の利益を得ることを主な目的として締結されたものであること、である。

立証責任は納税者側にあり、スキームによる不足税額の 50%の罰則規定がある。

また、税務上の利益が、協定、宣言、通告等による付与、又は選択権の行使に帰属するものである場合、GAAR の適用除外となる規定がある。

(2)ドイツ

包括的租税回避否認規定の導入の歴史は古い。現行の GAAR は 2008 年に制定（改正）されたが、納税者は納税義務を最小限に抑えるために彼らの税務をオーダーする権利を保持している一方で税は濫用的な行動によって回避されるべきではないとの立場から、納税者が税を最小にするための業務を命ずることができるという司法原則を制限するといった意図を有している。

GAAR 適用の判断基準は、①租税を回避する明確な意図があること、②その経済的目的からは不適切である合法的なアレンジメントであること、③アレンジメント利用のための他の経済的又は正当な理由がなく、また非課税でないこと④選択したアレンジメントであり税制上のより有利な結果を有していること、である。

立証責任は税務当局側にあり特別な罰則規定及び GAAR の適用除外規定はない。

---

158 「Tax Controversy and　Dispute Resolution Alert Preventing-Managing-Resolving Tax Audits and Disputes Worldwide」(PwC,2012)を参考として作成した。

159 今村隆　前掲注(156)、203-204 頁。

(3)カナダ

現行の GAAR は 1988 年に導入された。

所得税法の既存の規定は明らかな租税回避のアレンジメントに対処するには不十分であるという財務省の検討により導入された制度であり、正当な目的又は同族取引を妨害することなく、濫用的、また意図的な租税回避スキームを抑止又は予防することを目的としている。

GAAR 適用の判断基準は、①租税回避取引であること、②租税回避取引と関連付けられた税効果があること、③濫用的な租税回避の意図があること、である。

立証責任は、納税者側、税務当局側双方にあり、誤用又は濫用以外で税制の趣旨、意図、目的を阻害しないものについては、GAAR 適用の除外規定がある。

連邦としての罰則規定はないが、ケベック州は GAAR を適用し、納税者が取引を開示しておらず、発見された場合は罰則規定がある。

(4)中国

中国では、2008 年に GAAR が導入された。

多国籍企業によって使用されるストラクチャーを保持してキャピタルゲインに対する源泉税を回避し、租税条約を濫用する懸念から、意図的租税回避を防止するために設計された。

GAAR 適用の判断基準は、①アレンジメントであること、②合理的な商業目的のないアレンジメントであること、③アレンジメントの結果、課税総所得又は課税所得の減少があること、である。

立証責任は納税者側にあり、中国の平均利率に 5%上乗せした特別な利子課税といった罰則規定がある。

(5)米国

米国は英国と同様、コモンローの国である。英国においては、2013 年に GAAR が導入されたが、米国において GAAR は導入されていない。しかしながら、2011 年、エコノミック・サブスタンス・ドクトリン(economic substance doctrine)が制定された。エコノミック・サブスタンス・ドクトリンは、裁判所によって判断されていた経済的実質による判断を法制化したものであり、司法上の GAAR(Judicial GAAR)を法制化したという意味では、GAAR 導入に近い効果を持つと考えられる。

判断基準としては、①形式上の実質（substance over form）、②事業目的（business purpose）、③擬制取引（sham transaction）、④ステップ取引（step transaction）、⑤経済的実質（economic substance）が挙げられる。

罰則としては、不足税額の 40%のペナルティ規定が導入されている。

各国において GAAR 導入の経緯、意図、立証責任及び罰則等の諸規定は様々であるが、「包括的」又は「一般的」租税回避否認規定であるからといって、租税回避行為を全て否認するという規定ぶりではなく、租税回避に該当する行為の内、濫用的と認められるもの、又は事業目的基準等から判断して否認すべきと認められるものを GAAR の射程として捉えている。

我が国における包括的租税回避否認規定の導入の検討にあたっては、GAAR の対象射程をどの範囲で設定するのかが非常に重要な問題となると思われる。

また、立証責任に関しては、我が国の現行法を鑑みると税務当局側に立証責任が課される可能性が大きいため、GAAR の射程の検討においては、税務当局側に立証責任が課された場合に現実的に機能する制度とする必要があると考える。

第 4 項　包括的租税回避否認規定の導入方法

包括的租税回避否認規定を導入するにあたっては、既存の税法の改正、又は新たな規定の創設、という手法が想定される。

我が国においては、一般的な否認規定として、同族会社の行為計算否認規定（法人税法 132 条）、組織再編に係る行為計算否認規定（法人税法 132 条の 2）、連結法人に係る行為計算否認規定（法人税法 132 条の 3）、があるが、このうち、同族会社の行為計算否認規定については、これを同族会社のみを対象とした包括的租税回避否認規定であるのか、非同族会社をも対象とした租税回避否認規定として広く解釈するのかについては、議論が対立している。

金子宏教授は、「非同族会社については、その行為・計算の否認を認める規定がないから、その行為・計算が経済的合理性を欠いている場合であっても、それを否認することは認められないと解すべきである[160]」として、同族会社の行為計算否認規定を非同族会社に対しては認めない立場を採っている。

また、清永敬次教授も、「わが国において租税回避をかなり一般的に否認することを認める規定として、同族会社の行為計算の否認に関する規定があるが、この規

[160] 金子宏　前掲注(1)、444 頁。

定は同族会社についてのみ定めている規定であり、立法論は別として、同族会社以外の場合は、そのための特別の規定がない限り、租税回避の否認をなすことは許されない[161]」と述べている。

一方、田中二郎教授は、同族会社の行為計算否認規定につき、「現行の規定は多分に沿革的なものであって、近時の判例に見られるように、非同族会社についてこのような規定がないからといって、経済的合理性を無視した不自然な行為計算をとることにより法人税等を軽減・回避したような場合には、その行為計算の否認が許されるべきである[162]」として、法人税法 132 条を、非同族会社をも対象とした租税回避否認規定とする立場を採っている。

また、松沢智教授は、同族会社の行為計算否認規定につき、「同族会社の行為計算のみが否認の対象とされるとすれば、はたして同族会社と非同族会社を明確に区分することが否認規定の適用上不公平を生じないかどうか。しかも非同族会社においても租税回避行為の行われる蓋然性は少なくなく…（中略）…両者を特に区別する合理的根拠に乏しいともいえよう[163]」として、同族会社のみを対象とした包括的租税回避否認規定のあり方に疑問を呈している。

我が国への包括的租税回避否認規定の導入方法としては、一つにこの同族会社の行為計算否認規定を同族会社以外にも対象を広げる方法が考えられる。

この手法を利用した場合、非同族会社の租税回避行為の否認につき法的根拠が与えられるため、上記の議論につき、ある程度の解決を図ることができるであろう。

また、既存税法の改正となるため、関係諸税法との調整においては、新制度を導入するよりも負担が減少することが予想される。

しかしながら、同族会社の行為計算否認規定の対象範囲の拡大、といった方法は一方で問題もある。

法人税法 132 条は、「税務署長は、次に掲げる法人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」との規定であるが、この行為又は計算につき、「法人税の負担を不当に減少させる」といった抽象的な内容のみを示した規定となっており、租税回避否認規定としては不十分で

161 清永敬次　『税法〔第 7 版〕』（ミネルヴァ書房、2011）43-44 頁。
162 田中二郎　前掲注(63)、180 頁。
163 松沢智『新版租税実体法〔補正第 2 版〕』（中央経済社、2003)33 頁。

あるとの指摘[164]もある。

各国において、租税回避の否認の対象とする租税回避の射程をどこに定めるのか、といった点につきあらゆる方面から議論が行われている中、このような抽象的な規定の改正により、巧妙な租税回避スキームに対抗することは、困難であると思われる。

我が国において包括的租税回避否認規定を導入する場合は、やはり新制度を設立し、否認する租税回避の射程を明確にする必要があると考える。

第 5 項　一般的、包括的、個別的租税回避否認規定の検討

租税回避否認規定の制定にあたっては、租税回避行為全てを対象とする方法、もしくは租税回避行為の内さらに一定の範囲を対象とする方法が考えられる。

租税回避行為全てを対象とする場合は、包括的否認規定よりも範囲の広い一般的租税回避否認規定、と捉えることも可能であろう。

前者のメリットとしては、租税回避行為全てを対象とするため、上手く機能すればかなり広範囲の租税回避行為を防止することができる点、租税回避行為内において否認規定の対象となるものとならないものを設定したことによる不平等、不公平を防止することができる点が挙げられる。

一方で、デメリットとしては、租税回避行為全てを対象とするため、規定が抽象的とならざるを得ず、租税法規のみで租税回避の射程を明確に示すことが困難であることが挙げられる。

一方、後者のメリットとしては租税回避否認の対象とする射程を前者に比べて明確に示すことが可能である点が挙げられる。

デメリットとしては、租税回避行為の内一定の範囲のみを否認の対象とするため、当該範囲の設定に明確な根拠がなければ、租税回避行為間での不平等、不公平を引き起こす可能性がある点が挙げられる。

我が国においても、包括的租税回避否認規定、又は一般的租税回避否認規定の必

---

164 日本税理士会連合会の「租税回避についての諮問に対する答申―平成 9 年度諮問に対する答申―」日本税理士会連合会、1998)4 頁、では、「租税法律主義は、経済取引に対する法的安定性と予測可能性を保証するためのものであり、…（中略）…その意味では、現行の同族会社の行為計算の否認規定は不適切であり、個別具体的な否認規定を明文化することで租税回避行為の問題に対処することが適当である」と述べられている。

要性及びその導入に関しては、しばしば議論[165]が行われてきたが、一方で、その導入に関しての問題点についても採り上げられてきた。

松田直樹教授は、租税回避否認規定の必要性を述べた上で、「租税法律主義の下、裁判所も最近は殆ど認めていない経済的実質主義に基づく課税を可能にするような包括的否認規定は、その適用面でのハードルも高いものとなることが想定される[166]」と述べている。

包括的又は一般的租税回避否認規定導入への反対意見としては、北野弘久教授の「租税回避行為の一般的否認の考え方が許されるならば、人々の法的安定性・法的予測可能性が極度に侵され、憲法の租税法律主義は事実上崩壊してしまう[167]」といった意見、及び前述の中里教授の「一般的否認規定が存在したとしても、その解釈・適用をめぐる法的紛争が生ずる[168]」といった意見が代表的なものとして挙げられるが、これらは租税回避否認規定を広義なものとして捉えた一般的租税回避否認規定に対する反対意見としての性質が強い。

一方で、北野弘久教授は、租税回避行為に対して法が存在しない場合、それを容認するわけではなく、「ある租税回避行為を容認することが不合理であると考えるならば、当該租税回避行為を禁止する個別の否認規定を設ければ足りる[169]」と述べており、また、金子宏教授も、「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であろう[170]」と述べ、否認すべき租税回避行為に対抗する個別的租税回避否認規定の重要性を認めている。

---

165 包括的又は一般的租税回避規定の我が国への導入に関する検討として、居波邦泰「タックス・シェルターに対する税務行政のあり方 －日本版 LLP への対応を考慮に入れて－」『税務大学校論叢 52 号』(国税庁、2006)、松田直樹「実質主義と法の濫用の法理―租税回避行為の否認手段としての潜在的有用性と限界－」『税務大学校論叢 55 号』(国税庁、2007)、酒井克彦「租税回避否認規定の提案と問題点(1)」『税大ジャーナル第 9 号』(国税庁、2008)、白木康晴「裁判例における租税回避行為否認理論の研究」『税大ジャーナル第 17 号』(国税庁、2011) などがある。また本庄資教授は、立法上の対策として「租税回避に対する一般的否認規定、包括的否認規定及び個別的否認規定などの実体法のみならず、続法で次のような措置を講ずる必要がある」として、納税者番号制度の導入、質問検査権の強化、第三者通報制度の活用その他の具体的な措置につき検討を行っている。
本庄資　前掲注(82)、527 頁参照。

166 松田直樹　前掲注(154)、129 頁。

167 北野弘久『現代法講義〔三訂版〕』(法律文化社、2001) 24 頁。

168 中里実　前掲注(152)、184 頁。

169 北野弘久　前掲注(167)、24 頁。

170 金子宏　前掲注(1)、125 頁。

しかしながら、第１章において検討を行ったように、近時の国際的租税回避行為はそれを行う企業の実態に応じて様々な形態、スキームを利用して行われており、その全ての事例に対応した個別的租税回避否認規定を制定することは困難であると考えられる。

そこで、一般的租税回避否認規定と個別的租税回避否認規定の中間に位置する包括的租税回避否認規定を設け、同族会社の行為計算否認規定のような抽象的な規定ではなく、司法の判断に拠らなくとも判断できる明確性を維持し、かつ複合的なスキームを利用した国際的租税回避行為に対応できる汎用性を備えた租税回避否認規定の構築を行うことが望ましいと考える。

また、各国において導入が進む GAAR(General Anti-Avoidance Rules)は、General の邦訳が「一般的」であることから、「一般的租税回避否認規定」と訳されることも多いが、全ての租税回避行為を対象とするのではなく、租税回避行為の内、規制すべき、又は否認すべき特定のものを２股テスト、又は３股テスト[171]により抽出して否認を行う形式のものが主流となっており、そういった意味では、「一般的」というより「包括的」としての性質を持つものであると考えられる。このような観点からも、我が国における「包括的租税回避否認規定」の導入は国際的な GAAR 導入の潮流に沿ったものとなると考えられる。

第６項　各国の GAAR の射程と我が国の包括的租税回避否認規定の射程

我が国の包括的租税回避否認規定の導入にあたってはその射程をどこに定めるのかが重要な問題となる。

その一つの指標として、EU 及び OECD が各国に導入を勧告している GAAR 制度がある。

各国の GAAR の対象となる租税回避の判定は、それぞれ次の 2～4 要件（2 股、3 股又は 4 股テスト）を満たす場合に対象となると定められている。

①オーストラリア

・スキームであること
・スキームに関連付けられた税務上の利益があること
・スキームが税務上の利益を得ることを主な目的として締結されたものであること

[171] 前掲注(154)において、松田直樹教授は米国における実質主義の 2 股テスト、3 股テストにつき、深い考察を行っている。

②ドイツ

・その経済的目的からは不適切である合法的なアレンジメントであること
・選択したアレンジメントであり、税制上のより有利な結果を有していること
・租税を回避する明確な意図があること
・アレンジメント利用のための他の経済的又は正当な理由がなく、また非課税でないこと

③カナダ

・租税回避取引であること
・租税回避取引と関連付けられた税効果があること
・濫用的な租税回避の意図があること

④中国

・アレンジメントであること
・アレンジメントの結果、課税総所得又は課税所得の減少があること
・合理的な商業目的のないアレンジメントであること

⑤ブラジル

・人為的な取引であること
・租税回避のみを唯一の目的として締結された取引であること

⑥香港

・取引であること
・税務上の利益を付与する効果があること
・税務上の利益を得ることを唯一の目的とした、又は主たる目的とした取引であること

⑦アイルランド

・租税回避アレンジメントであること
・税制上の優遇が得られていること
・税制上の優遇を得ることが主要な目的であること

⑧オランダ

・合法的な取引であったこと
・租税の効果が、租税の目的に反していること
・租税回避が取引の主要な目的であること

⑨シンガポール

・アレンジメントであること

・アレンジメントに基づく租税上の優遇があること

・アレンジメントの目的又は効果が納税義務の変更、回避、減額であること

各国において規定ぶりは様々であるが、まず、第 1 の要件として、アレンジメント（arrangement）又はスキーム（scheme）であること、租税回避取引であること、といった作為的、又は人為的な取引を指定しているものが多い。

また、第 2 の要件としては、当該取引等により、税制上の利益を得る、又は税務上の優遇を受けるといった税務上の何らかの利益を納税者が受けている点がほとんどの国において挙げられている。

第 3 の要件は各国において様々であるが、これは 3 つの類型に分類することができると考える。

第 1 の類型は、オーストラリア、香港、ブラジルのように納税者の主たる目的が税務上の利益を得るためであること、又は税務上の利益を得ることを唯一の目的としたものであること、又は租税回避を唯一の目的としたものであること、といった取引の目的を租税回避又はそれによる税制上の優遇、に限定したものであり、この類型であると対象となる租税回避の範囲はかなり狭くなると考えられる。

第 2 の類型は、ドイツ、中国のように他に経済的正当な理由がない、又は合理的商業目的がないといった点からの判断基準による規定であり、第 1 の類型に比べやや租税回避の範囲がやや広くなると考えられる。

第 3 の類型は、オランダの、租税の効果が租税の目的に反していること、といった租税の目的をも勘案した租税回避の規定であり、租税回避の範囲を広く解釈したものである。

我が国への GAAR の導入にあたっては立証責任が税務当局側となる可能性が高いことから、第 1 の類型を採用した場合、税務当局において納税者の主たる目的、又は唯一の目的が税務上の利益であったことを証明することは、困難であるケースが想定され、執行上の困難が予測される。

一方、第 3 の類型は、租税の目的といった概念を立法化する困難性を鑑みると、現時点においては規定が抽象的とならざるを得ず、同族会社の行為計算否認規定に対する批判の例にあるような不確定概念、抽象的概念に対する批判及び弊害が起こる可能性が否定できない。

このような点を鑑み、また外国子会社合算税制の「十分な経済合理性がある外国子会社は適用除外とする」という適用除外要件との整合性を考慮すると、第 2 類型による、他に経済的正当な理由がない、といった規定の導入が現行法において最も適当であるのではないかと考える。

しかしながら、第 3 の類型にある「法の目的とするところ」については、OECD において、租税回避を「立法の意図に合致しない租税軽減行為」と定義[172]していることからも、法令において抽象的な規定となっていても、その他関係諸規則等においてその範囲を明確化することにより導入を行う方法の採用の可能性については、今後検討を行うべき余地があると考える。

第 7 項　アグレッシブ・タックス・プランニングの定義及び射程

我が国の法人税法に国際的租税回避否認規定を導入するにあたっては、各国における GAAR の検討の他、現在 EU 及び OECD においてその防止策についての検討が行われているアグレッシブ・タックス・プランニングの定義、射程についても、検討を行う必要性があると考える。

OECD は、「BEPS アクションプラン」において、特に現行国際租税法において否認を行うことが困難であるアグレッシブ・タックス・プランニングの問題点につき言及するとともに、各国が協調してこれに対抗する必要性を訴えている。

しかしながら、「BEPS アクションプラン」及びその前に公表された「税源浸食と利益移転への対応に関する報告書」においては、アグレッシブ・タックス・プランニングを明確に定義化してはいない[173]。

その理由としては、、第 6 項において検討を行った通り、各国における GAAR をはじめとする租税回避否認規定の射程が異なっており、OECD においてアグレッシブ・タックス・プランニングについて厳密な定義を設けると、全ての加盟国の租税回避否認規定との間で整合性を図ることが困難となる、といった理由が想定される。

今後、OECD において BEPS への対抗策に関する議論及び法制定といったアクションが行われる中で、その対象となるアグレッシブ・タックス・プランニングについては何らかの定義が必要となると考えられるが、前述の観点からは、OECD のアグレッシブ・タックス・プランニングの射程は、汎用性の高いもの、言い換えるとやや抽象的なものとなる可能性が高いと考えられる。

次に、OECD におけるアグレッシブ・タックス・プランニングの射程であるが、納税者へのアグレッシブ・タックス・アレンジメントの開示の要求に関する検討の中で、アグレッシブ・タックス・プランニングの射程として、OECD はアグレッシブ又は濫用的な取引、アレンジメント又はストラクチャーをその対象としている点を示している。

---

172 本庄資　前掲注(82)、525 頁。

173 本庄資教授は、前掲注(81)110 頁、において「G8、G20、EU 及び OECD で ATP による BEPS の問題を盛んに議論するようになったが、実を言えば、ATP の確立した定義はない」と述べている。

これは、第 6 項で検討を行った GAAR の第 1 類型に該当する。

またこれら取引を捕捉するため租税上の利益（tax benefit）につき広い定義を使用して探索する、と述べられている。

租税上の利益（tax benefit）を広く定義することは、租税回避否認規定の汎用性を高めるとともに、租税回避の射程を拡大することを意味し、それは否認又は防止する規定の強化にもつながる。我が国の租税回避否認規定の検討においても、OECD が租税上の利益（tax benefit）を広く定義すると示していることは、租税回避否認規定の射程を広く捉えようとする動きが国際的にあるものとして、考慮しなければならないと考える。

また EU におけるアグレッシブ・タックス・プランニングの定義であるが、「EU アクションプラン」においてもアグレッシブ・タックス・プランニングに関する明確な定義は示されておらず「EU においても ATP[174]について「勧告」をしているが、ATP の定義はない[175]」とされている。

しかしながら、OECD 加盟国は各国多種多様な税制を有しているのに対し、EU は第 3 章において検討を行ったように、EU 内において税制の統一化を目標の一つとしており、アグレッシブ・タックス・プランニングの射程にに関しては、OECD よりもより具体的に示されている。

EU の射程としては、まず租税詐欺（tax fraud）、及び脱税（tax evasion）が含まれている[176]点が挙げられる。

さらに、2012 年 12 月に公表された EU アクションプランに伴う EU 委員会からの勧告[177]では、規制すべき対象としてのアグレッシブ・タックス・プランニングは、納税義務の低減を目的として、ある税制、又は 2 つ若しくはそれ以上の数の税制間

---

174 Aggressive Tax Plannning の略。

175 本庄資　前掲注(81)、110 頁。

176 Tax fraud 及び tax evasion については、EU の「Combating tax fraud and evasion」（Commission contribution to the European Council,2013）において次のように説明されている。

Tax fraud is a form of deliberate evasion of tax which is generally punishable under criminal law. The term includes situations in which deliberately false statements are submitted or fake documents are produced. 租税詐欺は刑事法の下で一般的に処罰される税金の意図的な脱税の一形態である。この用語は、意図的に虚偽の申告書が提出され、また偽の文書が生成される状況が含まれる。

Tax evasion generally comprises illegal arrangements where liability to tax is hidden or ignored, i.e. the taxpayer pays less tax than he or she is legally obliged to pay by hiding income or information from the tax authorities. 脱税は一般的に納税の義務が隠され又は無視される、すなわち納税義務者が所得や情報を税務当局から隠すことにより、法的な支払義務より少ない税を払うといった違法なアレンジメントが含まれる。

177「Commission Recommendation of 6.12.2012 on aggressive tax planning」(European Commission,2012)

の差異を利用することで構成されている[178]、と述べられている。また、タックス・プランニングの構造はこれまで以上に複雑であり、国際的立法府が頻繁に反応するためには不十分であり、特別な租税回避否認規定は、多くの場合、成功した新規のアグレッシブ・タックス・プランニングの構造に追いつくには不十分であることが判明しており、共通の濫用防止規則の加盟国による採択を勧めることが適当であると述べた上で、租税回避否認規定の射程につき、以下の通り示している。

(1)人為的な個別及び一連のアレンジメントで主要目的が課税の回避で租税上の利益につながるものは否認される。税務当局は、経済的実質（economic substance）を参考に税務上これらのアレンジメントを取り扱う。

(2)アレンジメントとは取引、スキーム、行動、オペレーション、合意、了解、約束、引受、イベントをさし、経済的実質を欠く場合には、人為的とみなされる。

(3)人為的かどうかの判断基準は、以下の基準である。

①アレンジメントの全体としての法的性格と個々のステップの法的性格が異なっていること
②個別又は一連のアレンジメントが、合理的な企業行動であると思われる通常の方法を用いないこと
③個別又は一連のアレンジメントが、互いに相殺する効果をもつこと
④循環取引であること
⑤個別又は一連のアレンジメントの結果、納税者のビジネス上のリスクやキャッシュフローに反映されることのない重要な租税上の利益があること
⑥予想税引前利益が、予想される税務上の利益に比して軽微であること

EU は OECD に比べかなり具体的にアグレッシブ・タックス・プランニングの射程を定義している。この点につき、本庄資教授は、「ATP については、EU ではまず「ミスマッチ・アレンジメント」にターゲットを定めて EU 共通の GAAR 導入を提案しているが、OECD の行動計画では GAAR について EU 提案のような明確な条文化まで行くか、注目される[179]」と述べている。

我が国において包括的否認規定を導入する場合、OECD のように広く範囲を定め、

178 European Commission　前掲注(177)　Aggressive tax planning consists in taking advantage of the technicalities of a tax system or of mismatches between two or more tax systems for the purpose of reducing tax liability.
179本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第 6 回）―アグレッシブ・タックス・プランニングに利用される国際課税ルールの特定とその問題点―」『租税研究 2014-2』(日本租税研究協会、2014) 140 頁。

かつ汎用性の高い規定とするのか、EU のように範囲を絞って明確化するのかについては、検討が必要な課題であると考える。

第 8 項　具体的な包括的租税回避否認規定案

第 1 項から 7 項においては、我が国において包括的租税回避否認規定が必要であるとの立場から、各国の GAAR 規定及び EU 及び OECD における検討から、GAAR の具体的な導入方法、GAAR の射程等につき検討を行った。

我が国において GAAR を導入する場合、OECD のように租税回避の射程を広くとりつつ、汎用性の高いものとする方法も考えられるが、汎用性の高い規定は抽象的とならざるを得ず、同族会社行為計算否認規定に対する批判等の歴史を鑑みると、各国の GAAR 規定、及び EU の GAAR 導入の検討における規定のように、租税回避の射程を明確化する必要があると考える。

特に第 6 項において検討を行った各国の GAAR 規定における 2～4 要件によるいわゆる 2 股（又は 3 股、4 股）テストにおける判断基準の導入は、国際的整合性、といった観点からも検討の必要があると考える。

我が国に包括的租税回避否認規定を導入する場合、第 6 項で検討を行った第 1 の要件については、スキームであること、アレンジメントであること、とするよりむしろ、「取引であること」又は「行為計算であること」とした方がより広い概念となり、かつスキーム及びアレンジメントの範囲に関する論争を避けることができると考える。

アレンジメント、スキーム、といった用語を使用しないこととする場合、「取引」又は「行為計算」に「人為的な」という形容詞を加えるかどうかの検討が必要となる。

我が国においては、立証責任が税務当局側にあるものとされる可能性が高い[180]ことから、この「人為的な」という用語を加えた場合、立証を行うことが困難となる場面が想定される。

このような観点から、あえて「取引」又は「行為計算」とした方が、租税回避否認規定として機能すると考える。

第 2 の要件である税負担の軽減については、各国の GAAR 規定及び EU の GAAR 導入案との整合性、また我が国の同族会社行為計算否認規定等の個別的租税回避否

[180]我が国においては、立証責任は原則として税務当局側にあるものとされているが、第 3 項において記したように、オーストラリア、中国でじは立証責任は納税者側にあり、カナダでは税務当局、納税者双方が立証責任を負う。今後、我が国の立証責任の在り方については、租税回避否認規定の射程とともに、検討を行うべき課題であると考える。

認規定との整合性も考慮すると、必要不可欠な基準であると考える。

また、第3の要件については、立証責任が税務当局側となる可能性が高いことから、第1の要件と同様、租税回避の射程をある程度広く設定しなければ、否認規定として機能しないと考える。

上記の検討及び個別的租税回避否認規定との整合性を考えると、包括的租税回避否認規定の具体案としては、法人税法において、「税務署長は、法人に係る法人税につき更正又は決定をする場合において、次のいずれかに掲げる行為又は計算で、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」とした上で、行為又は計算につき、①租税負担の軽減を目的とした取引に係る行為計算否認であること、②　①を除くほか、他に経済的正当な目的がない取引に係る行為計算であること、とした規定が考えられる。

この場合の経済的正当な目的の判断基準については、さらに法人税法関係諸法令において、経済的実質を現行の外国子会社合算税制のように形式的に判断するのではなく、今後のOECD及びEUの租税回避防止規定をも考慮にいれ、実質主義の観点から判断できるような基準の導入に向けた法整備を行う必要性があると考える。

第2節　外国子会社合算税制の見直し

第1項　統括会社を利用した租税回避と適用除外基準の再考

我が国が平成22年度税制改正により、外国子会社合算税制に統括会社概念を導入したことにより、海外に統括会社を設置することによる租税回避の可能性が増大したことは、第2章において述べたとおりである。

現在、世界各国は、税収確保を行いつつ自国企業の経済活動の活性化及び国外企業の誘致を目的とした軽減税率をはじめとする税制緩和をも実施する、といった二つの相反する目的のため難しい選択を迫られており、我が国もその例外ではない。

資本主義国である我が国にとって、経済活動の保護は確かに非常に重要な意味を持つ。租税法は正常な経済活動を阻害すべきではない。

しかしながら、このような国の政策を利用し、負担すべきである税を著しく軽減、又は回避するような法人の経済活動をも保護する必要があるのだろうか。

外国子会社合算税制において、2以上の外国子会社を統括する外国子会社は、平成22年度税制改正以前であれば、まず当該子会社は非関連者基準により関連者以外との取引が50%を超える場合は合算税制の対象となった。

しかし、税制改正により、被統括会社との取引を除いて50%基準の判定を行うこととなったため、関連会社である被統括会社との取引が中心である外国子会社に対しては取引基準がほとんど判断基準としての効力を及ぼさないこととなった。

多国籍企業の国際的租税回避のうちマイクロソフトシンガポールをはじめとするいくつかの例は、海外における統括会社を利用したものである。

このような企業に対しても、外国子会社合算税制の優遇制度ともとれる統括会社に対する適用除外基準を採用すべきであろうか。

企業の経済活動の保護、といった観点から海外に所在する一定の要件を満たす統括会社に対して外国子会社合算税制の適用除外基準の一部を緩和することに異存はないが、統括会社を利用した租税回避が実際に報告されている以上、租税回避が行われていないかどうかを判定する新たな判断基準が必要であると考える。

このような租税回避に対しては、第1節において検討を行った、包括的租税回避否認規定の導入は有効であると考えるが、実質主義の観念をも取り入れた包括的租税回避否認規定を導入するにあたっては、外国子会社合算税制においても、実質主義を一部取り入れた適用除外基準の導入又は改正につき、検討を行うべきではないだろうか。

外国子会社合算税制が、個別的租税回避否認規定であることを鑑みると、租税回避否認規定の判断の対象となる取引については、まず外国子会社合算税制により租税回避否認を行うかどうかを検討した上で、外国子会社合算税制の適用対象とならない取引についても、包括的租税回避否認規定により判定を行うという2段階のシステムの構築が考えられる。

こうした場合においても、外国子会社合算税制において統括会社に該当するというだけで、非関連者基準及び事業基準を簡単に満たすことができる状況は好ましくないと考える。

外国子会社合算税制においても、租税回避取引につき適用除外基準が正常に作用するシステムを構築した上で、さらに外国子会社合算税制において判断ができない取引につき包括的租税回避否認規定で二重にチェックを行う、という慎重な判定が今後の租税回避と疑わしき取引については、必要となると考える。

第2項　事業形態の変化と実体基準及び管理支配基準

近年、科学技術の進歩により建物設備、機械装置、器具備品等の小型化、軽量化が進み、また情報化の進展に伴い、小型コンピューターが1台あれば世界中のあらゆる情報にアクセスできる、といった環境の中、企業の形態も大きく変化してきた。

このような流れを受け、外国子会社合算税制における実体基準、管理支配基準の

判断基準も見直しが進められてきた。

実体基準とは、外国子会社が、事務所、事業所、店舗、工場その他の固定施設を有しているという物理的条件をもって判断を行う基準であるが、第 2 章において述べたように、机一台分のレンタルスペースが法人が事業を行うのに十分な規模であり、実体基準を満たしていると判断された裁判例もあり、物理的条件をもって、外国子会社合算税制の対象とするのか適用除外とするのかを判断することが困難なケースが、今後増えるものと予想される。

また、管理支配基準においては、以前は、形式的な取締役会、株主総会等の場所、書類の保管場所等を判断の基準としていた。しかしながらテレビ会議の普及、業務のアウトソーシング等の発達により、役員会議、株主総会の場所も管理支配の判断基準とならないとの通達の見直しがなされた今日において、管理支配基準は、正常に判断機能を果たしていると断言することは、困難であると考えられ、新たな判断基準の策定が求められると考える。

現行の実体基準及び管理支配基準は、施設の有無、株主総会等の所在地、といったどちらもいわば形式面での判断基準である。租税回避の防止、牽制といった面からは、形式面、特に物理的施設等により判断を行う重要性はあり、必要な基準であると考えるが、これらは形式基準である実体基準として一本化しても問題が生じる可能性は少なく、また機能的であると考える。

一方、これら形式的基準が租税回避を目的とした一定の法人にとっては形骸化する恐れがあることからも、形式面以外の判断、つまり経済的実質に基づいた新たな判断基準の導入について、検討を行う余地があると考える。

管理支配基準はそもそも、事業の管理、支配及び運営を自ら行っているものであるかどうかを判断する基準である。つまり、実際に管理支配を行っている者が誰であるかを特定するための基準として機能すべきであると考える。

実際に管理支配を行っている者、つまり「真の支配者（beneficial owner[181]）」の特定にあたっては、形式面だけでは限界があることは、第 2 章においても述べたとおりである。従って、管理支配基準において、経済的実質を考慮した判断基準を導入する方法が考えらえる。

経済的実質の導入にあたって、最も重要な点は租税回避否認の射程をどこに定めるかである。

外国子会社合算税制における管理支配基準における経済的実質による判断は、個

[181] beneficial owner　については、本庄資「所得帰属と beneficial owner 受益所有者概念」『国際課税の理論と実務　73 の重要課題』（大蔵財務協会、2011）、今村隆「租税条約における beneficial owner の定義とその範囲」『租税の複合法的構成―村井正先生喜寿記念論文集』（清文社、2012）において、経済的実質をも考慮した bebeficial owner 概念につき、検討が行われている。

別的租税回避否認規定である外国子会社合算税制が包括的租税回避否認規定に優先すること、また執行における事務負担、裁判の可能性等を考慮すると、包括的租税回避否認規定に比べ射程を狭くし、明らかに租税回避と認められるものにその射程を限定する方法が考えられる。

OECD 及び EU におけるアグレッシブ・タックス・プランニングの射程、各国の GAAR の判定要素等を考慮した上で包括的租税回避否認規定の射程より範囲を狭め、明らかに租税回避と認められるものとして、例えば①その法人を介す場合と介さない場合とで取引の実態が変わらないと判定できる場合には、真の支配者は他におり租税回避が主たる目的であると判断を下せるようにすること、②また、①以外の場合でも経済的合理性に乏しい場合、また濫用的アレンジメントと認められる場合には、管理支配基準の適用対象とできること、といった判断基準が考えられる。

また、包括的租税回避否認規定と外国子会社合算税制の双方において経済的実質による判定要素が導入された場合、両者の関係についても検討を行う必要がある。

外国子会社合算税制が租税特別措置法に規定されていること、個別的租税回避否認規定は包括的租税回避否認規定より優先されること、を考慮すると、包括的租税回避否認規定を法人税法において制定し、判定の対象となる取引が生じた場合、まず明らかに租税回避と認められるものについて租税特別措置法に規定された外国子会社合算税制において判断を行い、判断のつかない取引については、法人税法に規定した包括的租税回避否認規定により再度判定を行うといった二重の租税回避防止規定、租税回避否認規定の構築は、巧妙な租税回避スキームに対して一定の効果をあげるものと考えられる。

また包括的租税回避否認規定はその重要性の高さ、関係諸税法に及ぼす影響力、各国における GAAR の法制定状況等を鑑み、また同族会社等の行為計算否認を初めとする一般的租税回避否認規定が法人税法本法において定められていることからも、我が国において包括的租税回避否認を導入するに当たっては、法人税法本法において定めた上で、関係諸法令において実質主義による判定基準を導入する方法が望ましいと考える。

第 3 節　居住地国概念の差異による租税回避とその防止策

第 1 項　居住地国概念の差異による租税回避に対する防止策の必要性

各国の居住地国概念の差異を利用した国際的租税回避から生ずる税源の浸食への対応は、いまや世界的にも最重要課題の一つである。

例えば第 1 章において検討を行ったアップル社の事例では、世界中どの国の課税上の居住者とならないエンティティである AOI （Apple Operations International）

は 2009 年から 2012 年までの間に世界中の他のアップル子会社から配当金で 300 億ドルを受け取っており、これはアップルの世界全体の純利益の 30%を占めているが、AOI はいずれの国の法人税をも納めていない事実が判明した。米国の第 2 回公聴会では、AOI を含むアップル社は全体で 4 年間に 440 億ドルの租税回避が行われたと試算されており、我が国の税収約 92 兆円と比較しても、居住地国概念の差異を利用した租税回避による税源浸食の影響は深刻であることが推察される。

最も理想的な解決法は、差異が生じないよう居住地国概念につき世界統一基準を設けることであるが、各国において税制成立に至る歴史的背景が異なり、また居住地国概念という根本的基準を変更することは各国の関係諸税法との調整の上で種々の問題が生ずる可能性が大きい。また各国の課税権の範囲に大きな変動を齎す可能性があるため、現状において各国の居住地国概念を統一することは困難であると言わざるを得ない。

しかしながら、居住地国概念の差異を利用した租税回避による税源浸食への影響は、看過することはできないほど深刻なレベルに達しており、統一基準の制定が困難である以上、それ以外の方法により対抗する必要があると考える。

本庄資教授は、「居住ベース課税と源泉ベース課税の両方から逃れることができる「国際的不課税」「課税の真空状態」を創出するスキームが出現し、有効な対策が打たれないまま放置され、租税法律主義や国際的二重課税の排除・防止のための租税条約が、逆に「国際的不課税」を作り出す道具に使われている[182]」と述べている。

世界的に領土主義化が進む中、居住地国概念の相違を放置することは、租税回避を行う温床を提供し続けることにもなりかねない。

各国の居住地国概念の相違に対する防止策は、喫緊に取り組むべき課題であると考える。

第 2 項　租税条約による居住者及び居住地国概念

OECD モデル租税条約第 4 条では、条約の適用上、「一方の締約国の居住者」とは、当該一方の締約国の法令の下において、住所、居所、事業の管理の場所その他これらに類する基準により当該一方の締約国において課税を受けるべきものとされる者[183]と規定されている。

また、日米租税条約第 4 条では、条約の適用上、「一方の締約国の居住者」とは、当該一方の締約国の法令の下において、住所、居所、市民権、本店又は主たる事務

182 本庄資　前掲注(42)、248 頁。

183 川端康之『OECD モデル租税条約 2008 年版（所得と財産に対するモデル租税条約）』（日本租税研究協会、2009）24 頁。

所の所在地、法人の設立場所その他これらに類する基準により当該一方の締約国において課税を受けるべきものとされる者[184]と規定されており、米国では個人においては市民権を有する者、また法人においては設立準拠法主義が採用されているため、市民権、法人の設立場所という概念が付け加えられているものの、OECD モデル租税条約に準拠した規定となっている。また米国以外の他国と我が国との租税条約についても、居住者の定義は、同様の規定ぶりとなっている。

ここで、問題となるのは、居住者が、「当該一方の締約国の法令の下において課税を受けるべきものとされている者」と定義されている部分である。

我が国と米国の国内法における居住者の定義が異なるように、世界各国の国内法における居住者の定義は異なっている。

OECD モデル租税条約第 4 条、またそれに準拠した条約では、居住者概念はそれぞれの締約国の法令によって定められたものとされており、居住者概念に相違がありどちらの居住者概念からも外れるエンティティ、特に個人以外のエンティティについての規定が不十分である。

個人の居住者については、OECD モデル租税条約第 4 条第 2 項において以下のように定められている。

イ)当該個人はその使用する恒久的住居が存在する締約国の居住者とみなす。その使用する恒久的住居を双方の締約国内に有する場合には、当該個人は、その人的及び経済的関係がより密接な締約国（重要な利害関係の中心がある締約国）の居住者とみなす。

ロ)その重要な利害関係の中心がある締約国を決定することができない場合又はその使用する恒久的住居をいずれの締約国にも有しない場合には、当該個人は、その有する常用の住居が所在する締約国の居住者とみなす。

ハ)その常用の住居を双方の締約国内に有する場合又はこれをいずれの締約国にも有しない場合には、当該個人は、当該個人が国民である締約国の居住者とみなす。

ニ)当該個人が双方の締約国の国民である場合又はいずれの締約国の国民でもない場合には、両締約国の権限のある当局は、合意により当該問題を解決する[185]。

個人においては、米国、我が国を初め全世界所得課税を採用している地域が多く、また上記 OECD モデル租税条約第 4 条においても、住所をいずれの国にも有しない場合についての制度があることから、低課税国又はゼロ課税国の居住者となることにより租税回避を行うことは可能ではあるが、居住者概念の差異を利用した租税回

184 本庄資　前掲注(82)、739 頁。
185 川端康之 前掲注(183)、24 頁。

避については一定の制度規定による防止効果がある[186]と思われる。

しかしながら、法人については、OECD モデル租税条約第 4 条第 3 項において、「双方の締約国の居住者に該当する者で個人以外のものについては、その者の事業の実質的管理の場所が所在する締約国の居住者とみなす[187]」、との規定があるのみである。

また、「実質的管理の場所」に対する説明として、OECD モデル租税条約第 4 条第 3 項パラ 21 では「ある法人等が複数の国で居住者として課税に服することは、実際には稀であろう。しかし、例えば一方の国が登録に重要性があると考え、他方の国が事業の実質的管理の場所に重要性があると考える場合には、もちろんあり得る。そこで法人等の場合にも、優先権に関する特別の準則が規定されなければならない[188]」として、二重課税の場合の課税権をどちらの国に与えるのかの根拠規定として OECD モデル租税条約第 4 条第 3 項を捉えており、どちらの国の居住者にもならないエンティティに対する説明はない。

また、実質的管理の場所についても、「実質的管理の場所とは、当該実体の全体としての事業の活動において必要となる、重要な経営上及び商業上の決定が実質的に行われる場所である。実質的管理の場所を決定する際には、一切の関連する事実と状況を検討しなければならない[189]」とした曖昧な規定であり、例えば我が国のように実質的管理の場所を居住者の定義としていない国において、OECD モデル租税条約第 4 条第 3 項がどこまで有効か、といった点については、疑問を感じざるを得ない。

こうした条約における法人の居住者概念の差異、また当該差異に対する条約及び法令がないことを利用したのがアップルに代表されるどの国の居住者にもならないエンティティであり、当該エンティティに対して OECD 租税条約第 4 条に準拠した租税条約における居住者概念では対抗することは困難な現状となっている。

OECD のレポート「税源浸食と利益移転への対応に関する報告書」においても、「各国の国内税制の相互間の影響は、二重課税をもたらすと同時に、当該相互間の影響は、何処においても課税が行われない国際的不課税（"double non-taxation"）を生じさせる隙間をもまた生み出した[190]」と述べられており、居住地国概念の相違

---

186 個人において租税回避の問題が生じていないわけではなく、むしろ富裕層を中心として租税回避への動きが高まっている。本論文は法人の国際的租税回避を中心として検討を行っているため、富裕層の問題は取り上げないが、法人の国際的租税回避への対抗策とともに、個人の国際的租税回避への対抗策の検討も行う必要性が高まっている。

187 川端康之 前掲注(183)、24 頁。

188 川端康之 前掲注(183)、75 頁。

189 川端康之 前掲注(183)、75 頁。

190 OECD 前掲注(5) The interaction can also leave gaps, which result in an item of income not being taxed anywhere thus resulting in so called "double non-taxation".

による国際的不課税への対応の必要性を示している。

各国間の居住者、また居住地国概念の差異は、我が国の税制のみで対応することは困難であるため、条約により、居住者概念の差異による間隙を租税回避に利用されないよう規制する必要があると考える。

OECD の BEPS アクションプランにおいても、国際的不課税を防止するため、二国間又は他国間条約の改正の必要性につき検討が行われており、今後条約の改正の検討が行われるものと思われる。

居住地国概念の差異による間隙を利用した租税回避に対抗するためには、世界中の全ての国の協力が必要であり、一か所でも綻びが生じているとその綻びを利用されてしまう。

我が国のみが要請に応じた条約改正に即座に応ずることができず、その綻びを生じさせてしまうことのないよう、世界の潮流に常に目を向けるとともに、率先して租税回避に対抗する条約及び制度制定を行うことができるよう、OECD その他国際機関と協力国際的租税回避に対しては断固としてこれを防止、阻止できる租税制度の構築に向けて努力するべきであると考える。

また、「世界中どの居住者にも該当しない」エンティティに対して条約の改正により税を課する場合において、締約国又は一方の締約国が我が国である場合には、国内法においては納税義務者に該当しない者に対して税を課するケースが生ずる可能性も想定される。

条約と国内法の関係では、金子宏教授が述べているように、「租税条約が、国内法と異なる定めをなしている場合に、租税条約の定めが優先して適用されるべきことは、いうまでもない[191]」というのが通説であるが、条約の制定にあたっては、居住者概念及び居住地国概念という租税法の基本概念に関する改正となるため、今一度国内法と租税条約との関係に対しても深い検討を行う必要があると考える。

第 4 節　小括

第 4 章においては、包括的租税回避否認規定の導入の可能性を中心として、現行の外国子会社合算税制の問題点とその改正について、また居住地国概念の差異を利用した租税回避に対抗するための条約の改正の必要性について検討を行った。

包括的租税回避否認規定の創設の必要性については、我が国においてもしばしば議論が行われてきたが、包括的租税回避否認規定では実質主義による判断が必要となるため、法的安定性、予測可能性、納税者保護、立法技術の限界等の理由からの反対意見があり、未だ導入には至っていない。

191 金子宏　前掲注(1)、104 頁。

しかしながら、国際的な潮流に目をむけると、OECD では包括的な租税回避否認規定の制定を各国に勧告し、また GAAR は英国、ドイツ、フランス、カナダ、オーストラリア、中国、香港、シンガポールをはじめ世界各国において既に法制化されており、OECD の勧告に伴う GAAR 導入の動きは今後ますます進むものと思われる。

包括的租税回避否認規定は OECD においても国際的租税回避に有効であるとされており、また規定導入により、租税回避に対する抑止効果も働くものと期待される。

我が国においても、各国の GAAR 規定及び OECD、EU の包括的租税回避否認規定に対する検討を踏まえ、否認規定の射程を明確に示した上で、制度導入に向けての検討を行うべきであると考える。

また、現行法の外国子会社合算税制の適用除外要件に関する問題点としては、一つは実体基準及び管理支配基準における形式的判断基準が、今日の情報化、業務のアウトソーシング化に対応することにより、有効に機能しない状況が生まれつつある点が挙げられる。

実体基準は、固有施設を有しているかを判断基準としているが、近時の裁判例ではレンタルスペースも事業を行うに必要な施設として判断が下されたことから、固有施設を判断基準とする実体基準が有効に機能しない、また基準としての意味をなさない状況が生ずるのではという疑問が生ずる。

また、管理支配基準は、事業の管理、支配及び運営を自ら行っているかどうかを判断基準としているが、事業の管理運営を自ら行っているかどうかの判定については、株主総会の場所、帳簿書類の保管場所、といった物理的側面からの判断となっていた。

このような物理的側面からの判断は、情報化、業務のアウトソーシング化に伴う企業環境の変化に伴い企業の実態に沿った有効な判断基準とならないといった理由から、通達により判断基準としなくてもよい旨が示された。

このような点から、現行の管理支配基準は、実際の事業の管理、支配及び運営を自ら行っている、ことを判定する基準としては、非常に脆弱であると考える。

物理面、形式面からの判断基準も必要であるので、現行の管理支配基準における物理面からの判断基準は、「実体基準」の中に組み入れた上で、「管理支配基準」においては、実際に支配を行っている者、真の支配者（beneficial owner）の特定を目的とした、経済的実質による判断基準を組み入れる検討を行う必要があると考える。

また、居住地国概念においては、OECD モデル租税条約第 4 条に準拠した現行の条約においては、条約の締約国及び他の締約国の居住地国概念に相違がある場合においても、特に法人において、その相違による差異に対処するための制度、条約の規定が存在しない、といった問題が生じている。

居住地国概念の差異については OECD も問題視しており、今後、当該差異を利用したアグレッシブ・タックス・プランニングに対抗するための条約の改正がOECD 主導のもと、進められることが想定される。

国際的課税体系のループホールを利用した租税回避に対抗するためには、一カ国でもその綻びが生じている場合、それを利用されることにより有効に作用しなくなる恐れがある。

その綻びが我が国において生じないよう、条約の改正その他国際的租税回避に対抗するための諸規定の整備については、積極的な検討及び迅速な実行が望まれる。

おわりに

「租税回避」「タックス・ヘイブン」については、近年メディアでもしばしばとりあげられ、税に携わる者以外にとっても、よく耳にする言葉となった。

特に、2011 年から 2012 年にかけて話題となった、アマゾン、アップル、マイクロソフト、スターバックス等多国籍企業の租税回避は、英国におけるスターバックス不買運動にまで発展し、また EU 及び OECD においても、アグレッシブ・タックス・プランニングに対抗するための新たな取組みが始まることとなった。これら国際的租税回避及びそれに対抗する動きは、我が国のメディアでも紹介されてきたが、諸外国の企業のことであり、どちらかといえば対岸の火事的な扱いをするメディアも少なからずいたように感ずる。

しかしながら、GDP 世界第 4 位、国内企業が多数海外に進出し、また諸外国企業が多数国内で事業を行う我が国にとって、国際的租税回避問題は、決して「対岸の火事」として済ませることはできない。

EU、OECD をはじめ諸外国が国際的租税回避の防止に向けて発展的な改革を進める中、我が国だけが現行税法を固持し、国際的潮流から取り残され、結果我が国が租税回避に対する国際課税体系のいわば「綻び」となり、租税回避に利用される事態とならぬよう、我が国においても積極的な税制改正に関する検討及び迅速な法改正に向けての対応の検討が必要であると考える。

本論文においては特に、多国籍企業を中心とした国際的租税回避の現状及びその対抗策について検討を行った。

推計値ではあるが国際的租税回避による世界的な税源浸食の影響は重大であり、すでに看過できないレベルに達している。また現行の国際的租税回避は、国際課税制度、各国の国内法及び租税法間の差異を利用する合法的なものが多く、現行の国際租税制度及び各国の国内法では必ずしも有効に国際的租税回避に対抗できない現状が明らかとなった。このような点を鑑みると、立法による対抗策につき検討が行われるべきであると考える。

また、外国子会社合算税制を中心とした我が国の法人税法の検討においては、多国籍企業を中心として発達した複合的な租税回避スキームに対して我が国の法人税制は必ずしも有効に機能していないケースが想定されることも明らかとなった。

このような国際的租税回避に対抗するためには、国際的に整合性の採れた新たな取組みが必要である。

OECD 及び EU による検討及び取組み、また国際的租税回避対抗策として有効な租税回避否認規定である GAAR 規定の各国の導入状況などを鑑みると、我が国において

も包括的租税回避否認規定の導入につき検討を行う時期が到来しているのではないかと考える。

包括的租税回避否認規定を我が国に導入するのにあたっては、実質主義を税法に一部取り入れることに対する反対意見も予想される。

過去においても経済的実質を考慮した実質主義の導入の必要性に関しては様々な検討が行われてきたが、未だ我が国においては経済的実質主義の導入には至ってはいない。

しかしながら、租税回避及び租税回避否認規定の歴史的変遷の検討により明らかとなったように、租税回避は歴史の変遷とともにその形態を変え、それに応じてまた租税回避防止規定の変更も行われてきた。

本庄資教授が述べているように、「現行の国際課税ルールでは多国籍企業によるBEPSに手の施しようがないとすれば、そのような時代遅れの現行国際課税ルールを見直し、最近の多国籍企業のビジネス・モデルに適切に対応できる新しい国際課税ルールの構築に努めざるをえなくなろう[192]」という観点からは、国際的租税回避に対抗するための我が国法人税制の構築のための新たな法人税法の創設は、当然の帰着であると考える。

国際化、情報化による経済環境の変化、OECD、EU 及び世界各国の租税回避対抗策に関する検討を鑑み、5年先、10年先の税制を見据えた場合、我が国において実質主義の導入、包括的租税回避否認規定の導入、は決して机上の空論ではなく、喫緊に検討を行うべき重要な課題となってきていると考える。

また、本論文は、「現行の国際的租税回避に対して、我が国が迅速に対応を行うにはどのような方策が必要だろうか」という観点から、検討を行った。

莫大な税源浸食の現状を目の当たりにし、これらが放置し続けられてきた状況を鑑みると、これらに対抗するための制度制定は必要かつ迅速に行う必要があると考える。

一方で、「理想的な国際課税の構築」という視点に立つと、5年後、10年後の世界だけでなく、50年後、100年後の未来の世界及び子孫のために我々がなすべきこと、をも併せて考えるべきであると考える。

そういった意味で、本論文においては検討を行うことができなかったが、全世界標準課税体系、公式配分方式、といった課税体系の検討も今後必要な課題であると考える。

「今の我々のためではなく、将来のために今何ができるのか」といった視点からの課税体系の構築が、今後の国際課税制度の構築にあたっては必要ではないか、という言葉を持って、結語とさせて頂きたい。

---

192 本庄資　前掲注(42)　249頁。

【参考文献】

岡村忠生『新しい法人税法』（有斐閣、2007）
岡村忠生『法人税法講義〔第 2 版〕』（成文堂、2006）
金子宏『租税法〔第十八版〕』（弘文堂、2013）
金子宏、佐藤英明、増井良啓、渋谷雅弘『ケースブック租税法第 3 版』（弘文堂、2011）
金子宏『租税法の基本問題』（有斐閣、2007）
川田剛『国際課税の理論と実務〔第 4 巻〕タックス・ヘイブン対策税制、過小資本税制』（税務経理協会、2010）
川端康之『OECD モデル租税条約 2008 年版（所得と財産に対するモデル租税条約）』（日本租税研究協会、2009）
北野弘久『現代法講義〔三訂版〕』（法律文化社、2001）
吉良実『実質課税論の展開』（中央経済社、1980）
清永敬次『税法〔新装版〕』（ミネルヴァ書房、2013）
清永敬次『税法〔第 7 版〕』（ミネルヴァ書房、2011）
清永敬次『租税回避の研究』（ミネルヴァ書房、1995）
志賀櫻『タックス・ヘイブンー逃げていく税金』（岩波新書、2013）
田井良夫『国際的二重課税排除の研究』（税務経理研究会、2010）
田中二郎『租税法〔第 3 版〕』（有斐閣、1990）
谷口勢津夫『税法基本講義〔第 3 版〕』（弘文堂、2012）
中里実『タックスシェルター』（有斐閣、2011）
本庄資『オフショア・タックス・ヘイブンをめぐる国際課税』（日本租税研究協会、2013）
本庄資『国際租税法―概論―』（大蔵財務協会、2012）
本庄資『国際課税の理論と実務　73 の重要課題』（大蔵財務協会、2011）
本庄資『移転価格税制執行の理論と実務』（大蔵財務協会、2010）
本庄資『租税条約の理論と実務』（清文社、2008）
本庄資、藤井保憲『法人税法　実務と理論』（弘文堂、2008）
本庄資『米国マネーロンダリング』（税務経理研究会、2006）
本庄資『国境に消える税金』（税務経理研究会、2004）
本庄資『国際的脱税・租税回避防止策』（大蔵財務協会、2004）
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）
本庄資『国際的租税回避―基礎研究―』（税務経理協会、2002）
本庄資『ゼミナール国際租税法』（大蔵財務協会、2002）
増井良啓、宮崎裕子『国際租税法〔第 2 版〕』（東京大学出版会、2011）
増井良啓、宮崎裕子『結合企業課税の理論』（東京大学出版会、2002）
松沢智『新版租税実体法〔補正第 2 版〕』（中央経済社、2003）
水野忠恒『租税法〔第 5 版〕』（有斐閣、2011）
八ッ尾順一『租税回避の事例研究』（清文社、2005）
矢内一好『解説　改正租税条約』（財経詳報社、2007）
『図表でみる世界の主要統計 OECD ファクトブック(2011-2012 年版)』（明石書店、2012）

『OECD 国際経済統計ハンドブック』（明石書店、2010）

【参考論文】

青山慶二「国際事業再編と源泉地国の課税権の確保」『租税研究 2013-5』（日本租税研究協会、2013）
岡村忠生「グレゴリー判決再考―事業目的と段階取引―」『税務大学校論叢 40 周年記念論文集』（国税庁、2008）
勝野成紀「外国事業体課税に関する最近の論点整理と今後の方向性」『租税調査会研究報告第 26 号』（日本公認会計士協会、2012）
北野弘久「税経通信 26 巻 3 号」（税務研究会、1971）
酒井克彦「租税回避否認規定の提案と問題点(1)」『税大ジャーナル第 9 号』（国税庁、2008）
白木康晴「裁判例における租税回避行為否認理論の研究」『税大ジャーナル第 17 号』（国税庁、2011）
関口博久「所得概念と所得分類」『国際課税の理論と実務　73 の重要課題』（大蔵財務協会、2011）
高安　満「タックス・ヘイブン税制と実質所得者課税の関係－便宜置籍船会社の留保金課税と損益通算－」『税務大学校論叢 54 号』（国税庁、2007）
武内良樹「国際課税の諸問題」『フィナンシャル・レビュー2006-7』（財務省財務総合政策研究所、2006）
田近栄治「日本の法人税をどう設計するか―課税ベースの選択と国際化への対応―」『フィナンシャル・レビュー2011-1』（財務省財務総合政策研究所、2011）
土屋重義「居住地国課税と源泉地国課税の理論と政策」『国際課税の理論と実務　73 の重要課題』（大蔵財務協会、2011）
中山清「アジア諸国における一般的な租税回避否認規定について」『租税研究 2013-6』（日本租税研究協会、2013）
中山清「租税条約の特典制限条項（LOB）」『フィナンシャル・レビュー2006-7』（財務省財務総合政策研究所、2006）
西野万里「企業の国際的租税回避と租税政策」『明大商学論叢』（明治大學商學研究所、1994）
橋本秀法「来料加工とタックスヘイブン税制」『税務大学校論叢 52 号』（国税庁、2006）
服部基之「シンガポールを活用した統括会社における税務戦略」『国際税務 2013-7』（国際税務研究会、2013）
原省三「国際課税のあり方と今後の課題について」『税務大学校論叢 54 号』（国税庁、2007）
伴忠彦「恒久的施設の範囲に関する考察―AOA の導入と人的役務に係る PE」『税務大学校論叢 67 号』（国税庁、2010 年）
伴忠彦「外国子会社合算税制における合算方式と適用除外基準の再考」『税務大学校論叢 63 号』（国税庁、2009）
藤井保憲「国外所得課税・国外所得免税の正当化と執行上の問題点」『国際課税の理論と実務　73 の重要課題』（大蔵財務協会、2011）
藤井保憲「使用地主義と債務者主義」本庄資『租税条約の理論と実務』（清文社、2008）

渕圭吾「外国子会社合算税制の意義と機能」『フィナンシャル・レビュー2009-5』(財務省財務総合政策研究所、2009)
本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第 6 回）―アグレッシブ・タックス・プランニングに利用される国際課税ルールの特定とその問題点―」『租税研究 2014-2』(日本租税研究協会、2014)
本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第 5 回）―BEPS に対応する OECD の行動計画とその問題点―」『租税研究 2013-12』(日本租税研究協会、2013)
本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第 4 回）―BEPS に対応するための所得帰属原則(Income Attribution Principle)の再検討―」『租税研究 2013-9』(日本租税研究協会、2013)
本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第 3 回）―居住ベース課税原則と源泉ベース課税原則の再検討―」『租税研究 2013-7』(日本租税研究協会、2013)
本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第 2 回）－公式配分方式（Formulary Apportionment method）の再検討―」『租税研究、2013-5』(日本租税研究協会、2013)
本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討(第 1 回)―領土主義課税（Territorial Taxation）原則の再検討―」『租税研究 2013-3』(日本租税研究協会、2013)
本庄資「陳腐化した国際課税原則を見直し新しい国際課税原則を構築する必要性―OECD の BEPS 対策税制の始動を中心として―」『税大ジャーナル第 21 号』(国税庁、2013)
本庄資「所得帰属と beneficial owner 受益所有者概念」『国際課税の理論と実務 73 の重要課題』(大蔵財務協会、2011)
本庄資「日本におけるタックス・ギャップ縮小戦略の設計図―米国のタックス・ギャップ研究と対策を中心として－」『租税研究 2007-8』(日本租税研究協会、2007)
本庄資「米国のタックス・シェルターについて」『租税研究 2005-9』(日本租税研究協会、2005)
本田光宏「ハイブリッド事業体と国際的租税回避について」『フィナンシャル・レビュー2006-7』(財務省財務総合政策研究所、2006)
増井良啓「外国子会社配当の益金不算入制度は何のためにあるか」『村井正先生喜寿記念論文集 租税の複合法的構成』(清文社、2012)
増井良啓「米国両議院税制委員会の所得移転事例研究を読む」『租税研究 2010-12』(日本租税研究協会、2010)
増井良啓「国際課税ルールの安定と変動―租税条約締結によるロック・イン」『税大論叢 40 周年記念論文集』(国税庁、2008 年)
松田直樹「外国子会社益金不算入制度の創設の含意―移転価格と租税回避への影響に関する考察を中心として－」『税務大学校論叢 63 号』(国税庁、2009)
松田直樹「国際投資等に係る税制のあり方－主な諸外国における最近の動向･趨勢を踏まえて－」『税務大学校論叢 59 号』(国税庁、2008))
松田直樹「実質主義と法の濫用の法理―租税回避行為の否認手段としての潜在的有用性と限界－」『税務大学校論叢 55 号』(国税庁、2007)
松田直樹「租税回避行為への対抗策に関する一考察―租税回避スキームの実態把握方法の検討を中心として－」『税務大学校論叢 52 号』(国税庁、2006)

保井久理子「外国子会社合算税制における新しい概念についてー資産性所得を中心としてー」『税務大学校論叢 71 号』（国税庁、2011）
山﨑登「課税庁からみた国際的租税回避否認についての研究ノートー３つの最高裁判決から学ぶ国際的租税回避への対応―」『税務大学校論叢 52 号』（国税庁、2006）

【海外論文】

Daniel R. Yorgason 「Collection of data on income and other taxes in surveys of U.S. multinational enterprises」（U.S. Department of Commerce Bureau of Economic Analysis,2009-10）
Harry Grubert 「Foreign Taxes and the Growing Share of U.S. Multinational Company Income Abroad: Profits, Not Sales, are Being Globalized」（Office of Tax Analysis working paper, 2012.2）
Harry Grubert & Rosanne Altshuler「Corporate Taxes in the World Economy Reforming the Taxation of Cross-Border Income」（U.S. Treasury Department ,2006-12）
Jane G. Gravelle「CRS Report for Congress Reform of U.S. International Taxation Alternatives」
（Congressional Research Service,2012-12）
Reuvens.Avi-Yonah &Yaron Lahav「The Effective Tax Rate of the largest US and EU Multinationals」（Michigan Law Review, 2011-10）

【参考資料】

「平成 25 年度税制改正の解説」（財務省、2013）
「平成 24 年度税制改正の解説」（財務省、2012）
「平成 23 年度税制改正の解説」（財務省、2011）
「平成 22 年度税制改正の解説」（財務省、2010）
「平成 21 年度税制改正の解説」（財務省、2009）
「平成 20 年度税制改正の解説」（財務省、2008）
「平成 19 年度税制改正の解説」（財務省、2007）
「平成 18 年度税制改正の解説」（財務省、2006）
「平成 17 年度税制改正の解説」（財務省、2005）
「OECD 税源浸食と利益移転(BEPS)行動計画」（日本租税研究協会、2013）
「平成 25 年税制改正に関する提言」（日本経済団体連合会、2012）
「平成 21 年度の税制改正に関する答申」（内閣府税制調査会、2008）
「昭和 53 年　改正税法のすべて」（大蔵財務協会、1978）
「昭和 53 年度の税制改正に関する答申」（税制調査会、1977）

「国税通則法の制定に関する答申（税制調査会第二次答申）」（政府税制調査会、1961）
「平成 25 年税制改正に関する提言」（日本経済団体連合会、2012）
「国際課税制度の主要論点について～中間的な議論の整理～」(国際課税研究会、2009)
「「租税回避について」の諮問に対する答申―平成 9 年度諮問に対する答申―」（日本税理士会連合会、1998)
「外国事業体課税のあり方について」『租税調査会研究報告第 6 号（中間報告)』（日本公認会計士協会、2002）
「みずほレポート　ボーダーコントロールのない VAT」（みずほ総合研究所、2010）
「EU の CCCTB（共通連結法人税課税標準）指令案の概要と今後の見通し」（JETRO、2012）
「第 3 回在シンガポール日系企業の地域統括機能に関するアンケート調査　報告書」（JETRO,2012）

【海外資料】

「Taxation of Corporate and Capital Income(2013)」(OECD,2013)
「Addressing Base Erosion and Profit Shifting」(OECD,2013)
「Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting」(OECD,2013)
「Harmful Tax Competition An Emerging Global Issue(OECD,1998)
「Communication from the Commission to the European Parliament and the Council - An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion」(European Commission,2012)
「Commission Recommendation of 6.12.2012 on aggressive tax planning」(European Commission,2012)
「Combating tax fraud and evasion」（Commission contribution to the European Council,2013）
「Towards an EU Criminal Policy ：Ensuring the effective implementation of EU policies through criminal law」（European Commission,2011）
「Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code-Part2」（Permanent Subcommittee on Investigations,2013-5-21）
「Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code-Part1」（Permanent Subcommittee on Investigations,2012-9-20）
「HM Revenue &Customs: Annual Report and Accounts2011-12Nineteenth Report of Session 2012–13」（Authority of the House of Commons London,2012-12）
Kiyoshi Nakayama「General Anti-Avoidance Rules in Asian Countries」（IMF Fiscal Affairs Department,2013）

「Report of　Investigation of Enron Corporation and Related Entities Regarding Federal Tax and Compensation issues, and Policy Recommendations Volume I: Report」(Joint Committee on Taxation Senate Committee on Finance,2003-2)
「Tax Controversy and Dispute Resolution AlertPreventing-Managing-Resolving Tax Audits and Disputes Worldwide」(PwC,2012)
「Attractive Location for Japanese Investors Switzerland-Gate to Europe 日系企業に有利なロケーション　スイス-ヨーロッパへのゲイトウエイ」(PwC,2011)

【参考記事】

「How to stop companies and people dodging tax, in Delaware as well as Grand Cayman」(economist,2013-2-16)
「UK, Germany, France Urge G-20 to tighten Global Tax Rules」(Bloomberg,2013-2-16)
「Google 2.4% Rate Shows how 60Billion Lost to Tax loopholes(Bloomberg,2010-10-21)
「Special Report：How Starbucks avoids UK taxes」(Reuters,2012-10-15)
「How Apple Sidesteps Billion in Taxes」(New York Times,2012-4-28)
日本経済新聞（2012 年 9 月 2 日）
朝日新聞（2013 年 6 月 10 日）

【参考 HP】(全て最終確認日：2014 年 3 月 24 日)

JETRO　HP「シンガポール　税制」http://www.jetro.go.jp/world/asia/sg/invest_04/
JETRO　HP「マレーシア　税制」　http://www.jetro.go.jp/world/asia/my/invest_04/
JETRO　HP「スイス　税制」　http://www.jetro.go.jp/world/europe/ch/invest_04/
JETRO　HP「欧州委、VAT 課税制度の改革を提案(EU)」(JETRO、2011)
http://www.jetro.go.jp/world/europe/eu/biznews/4eead6cfb94d8
外務省 HP「所得に対する租税に関する二重課税の回避及び脱税の防止のための日本国政府とシンガポール共和国政府の間の協定（略称）シンガポールとの租税（所得）協定」
http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/A-H7-2003_1.pdf
三村琢磨　HP「2013 年 2 月：Amazon.com に対する移転価格課税と訴訟」
http://www.cosmos-international.co.jp/library/13-2.html

わが国の居住者等による二重非課税についての租税条約の濫用の防止

―租税条約等実施特例法の観点からの防止策の検討―

谷口 友一

わが国の居住者等による二重非課税についての租税条約の濫用の防止
―租税条約等実施特例法の観点からの防止策の検討―

要約

谷口　友一

本論文は、わが国の居住者等による二重非課税についての租税条約の濫用の防止から租税条約実施特例法の観点からの防止策の検討を行った。租税回避は、いくつかの学説があるが、本論文において、本庄資教授は、税法上意図しているか意図していないかを重要として述べている[1]。これにより、本論文は、租税条約の意図ないし目的となる投資交流の促進を図るための二重課税の排除、租税回避、脱税、条約の濫用の防止から租税条約の濫用を見た。本論文では、租税条約の濫用を租税回避及び脱税につながる行為に対して租税条約の意図していない状況として扱った。そのため、本論文において、その租税条約の濫用の一つとしてトリーティ・ショッピングを扱った。トリーティ・ショッピングは、一般的に二国間条約である租税条約の定める特典を本来享受することのできない第三国の居住者がこの条約上の特典を享受する目的でその条約の締約国のいずれかの国に子会社を設立してその居住者になりすまして目的を達成することである 。しかし、本庄資教授は、トリーティ・ショッピングは、条約相手国以外の第三国居住者による租税条約の特典の利用の防止に関する議論が一般的であるが、自国の源泉所得に対する自国課税の減免を図るために条約相手国の居住者に成り済ますという議論についても必要になる[2]、と述べている。このことから、トリーティ・ショッピングは、本論文において、本来、租税条約の特典を享受することのできない居住者が租税条約の特典を得ることとしている。又、本論文のはじめに、二重非課税については、領土主義課税原則における国際的二重非課税について扱っている。これらのことから、自国の居住者による租税条約締約相手国の居住者に成り済ますことによって国際的二重非課税が生ずるのではないだろうか、これを本論文の問題提起とした。

領土主義課税原則における国際的二重非課税は、どのような場合に生じるのか。本論文では、想定事例においてこれを述べた。その想定事例から、法人のみについて、領土主義課税を採用している国との取引について二重非課税となることを明らかにした。又、この想定事例では、租税条約の濫用、トリーティ・ショッピングに該当するかどうかを考察した。本論文では、想定事例のような国際的二重非課税は、租税条約の意図ないし目的であ

---

1 本庄資、田井良夫、関口博久『国際租税法―概論―』509 頁（一般財団法人　大蔵財務協会、2012 年）参考。

2 本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第 6 回）～アグレッシブ・タックス・プランニングに利用される国際課税ルールの特定とその問題点～」、租税研究　2014、2、772 号　150 頁（2014 年）参考。

る投資交流の促進を図るための二重課税の排除、租税回避、脱税、条約の濫用の防止から逸脱した行為として、これを本論文における租税条約の濫用とした。又、本論文では、租税回避かどうかの判断の規定又は否認規定がなく、租税条約の濫用に該当し、その租税条約相手国の居住者が、自国の居住者による居住者であるとするならば、これを自国の居住者によるなりすまし行為としてトリーティ・ショッピングに該当するのではないだろうかと考えた。

本論文では、上記についてLOB条項と租税条約等実施特例法の手続から防止策を検討した。その検討策として、わが国において、立証責任が通説により課税庁側にあるならば、想定事例のような、租税条約相手国に子会社を設立した場合に、その子会社が実際に事業を行っているかどうかを立証する手続を納税者側に課す必要性があるのではないだろうか。このような特別な措置を租税条約等実施特例法において講ずる必要性がある。又、LOB条項の規定がなければ想定事例のような国際的二重非課税が簡単に生じることになってしまうと考えられるため、LOB条項をわが国として積極的に取り入れるべきではないだろうか。

目次

目次 i
はじめに 1
第１章 租税回避と租税条約に関する定義及び非居住者の取扱い 8
第１節 租税回避 8
第２節 租税条約の特典と濫用～トリーティ・ショッピング～ 9
第１項　租税条約 9
第２項　租税条約の特典 １１
第３項　租税条約の濫用 １２
第４項　トリーティ・ショッピング １６
第５項　トリーティ・ショッピングの諸問題 １８
第６項　トリーティ・ショッピング防止規定の必要性 ２０
第７項　特典制限条項（LOB 条項）の意義 ２１
第３節 非居住者の取扱い ２４
第１項　居住者等の定義と判定基準 ２４
(1) 租税条約における居住者の定義 ２４
(2) わが国における居住者の判定基準 ２６
(3) 米国における居住者の判定基準 ２７
(4) 居住者の判定基準における諸問題 ２８
第２項　わが国と米国の非居住者に対する租税制度 ３０
(1) 非居住者又は外国法人に対する租税～わが国の場合～ ３１
(2) 非居住者又は外国法人に対する租税～米国の場合～ ３３
第３項　わが国と米国の相違～ ３６
第２章 租税条約を利用した租税回避事例 ３６
第１節 実際に起こった事例 ３７
第１項　米国におけるオランダ領アンティールとの租税条約を利用した事例 ３７
第２項　わが国におけるオランダとの租税条約を利用した事例 ３８
第２節 OECD における二重非課税の方法 ３９
第３節 問題提起 ４２
第３章 わが国の居住者等が外国子会社を設立して条約特典を利用する可能性 ４３
第１節 想定事例の設定～自国の居住者等による租税条約の濫用～ ４４
第１項　想定事例における条約相手国 ４４
第２項　想定事例における方法論 ４５
第３項　想定事例の枠組み ４６
第２節 わが国と米国の場合における想定事例 ４７
第１項　わが国の場合の想定事例 ４７
第２項　米国の場合の想定事例 ４８
第３項　日米間の場合における想定事例 ４９
第３節 想定事例からの考察 ５０
第１項　租税条約の濫用に該当するかどうか ５０

第２項　　トリーティ・ショッピングに該当するかどうか ５２
第３項　　わが国における防止策の適用について ５３
第４章 わが国の租税条約等実施特例法における濫用防止策の検討～米国と比較して～ ５４
第１節 租税条約の適用を受けるための手続～わが国と米国の場合～ ５４
第１項　　わが国における租税条約の適用～租税条約等実施特例法～ ５４
第２項　　米国における租税条約の適用について ５６
第２節 わが国及び米国の租税条約の適用に関する手続の相違 ５８
第３節 想定事例からわが国の租税条約等実施特例法における防止策の検討 ６１
おわりに　６５
参考文献・資料 ６８
参考文献 ６８
雑誌論文 ６９
参考資料 ７１
参考海外資料 ７１
参考 URL ７２
参考資料～租税条約に関する届出書　様式 10～ ７２
参考資料～特典条項に関する付表（米） ７２
参考資料～特典条項に関する付表（仏） ７２
参考資料～Form W-8BEN～ ７２
参考資料～Form 8233～ ７２
参考資料（租税条約に関する届出書・特典条項に関する付表の記載事項） ７２
参考資料（租税条約及び IRC） ７４
１、日米租税条約第４条５項 ７４
２、日米租税条約第４条６項 ７５
３、OECD モデル租税条約第３条１項（a） ７６
４、IRC864(b)(2)(A) ７６
５、IRC864(b)(2)(B) ７６
６、IRC864(b)(2)(C) ７７
７、IRC864(b) ７７
８、IRC864(b)(1)(A) ７７
９、IRC864(b)(1)(B) ７８
１０、IRC864(c)(4)(A) ７８
１１、IRC864(c)(4)(B) ７８
１２、IRC871(a)(1) ７９
１３、IRC871(a)(1)(A) ８０
１４、IRC871(b) ８０
１５、IRC871(h)(1) ８０
１６、IRC882(a) ８０
１７、IRC7701 条（b）（1） ８１
１８、IRC7701 条（b）（3）（A） ８１

１９、IRC7701 条（b）（4） ８２
２０、IRC7701 条（b）（6） ８３

凡例

ATP・・・・・・・Aggressive Tax Planning
BEPS・・・・・・・Base Erosion and Profit Shifting：税源浸食と利益移転
CFC・・・・・・・Controlled Foreign Company：外国子会社合算税制
ECOSOC・・・United Nations Economic and Social Council：国連経済社会理事会
IRC・・・・・・・Internal Revenue Code：内国歳入法典
IRS・・・・・・・Internal Revenue Service：内国歳入庁
LLC・・・・・・・Limited Liability Company：有限責任会社
LOB条項 ・・・・Limitation on benefits：特典制限条項
OECD・・・・Organisation for Economic Cooperation and Development：経済協力開発機構
PE・・・・・・permanent establishment：恒久的施設
租税条約等実施特例法・・・租税条約の実施に伴う所得税法、法人税法及び地方税法の特例等に関する法律
租税条約等実施省令・・・租税条約等の実施に伴う所得税法、法人税法及び地方税法の特例等に関する法律の施行に関する省令
法人税法・・・・・・・・法法
所得税法・・・・・・・・所法

はじめに

わが国は、租税条約のネットワークを拡大し、2013年10月末までにおいて、60条約78か国地域適用の租税条約[1]を締約している。この租税条約の意図ないし目的は、①国際的二重課税の排除、②課税権の配分、③国際的な租税回避及び脱税の防止、などである[2]。①に関しては、グローバル化の発展に伴い各国間において国際取引[3]が活発に行われている。それにより、その取引に対する課税が、居住地国と源泉地国において、生ずる。そのため、国際的二重課税が生ずることで、その取引に対して、膨大な課税が課されることになる。その膨大な課税により、各国間の投資交流等の障害になることから二重課税を排除する必要がある。②に関して、この二重課税を排除するには、各国の課税権の配分が重要となる。租税条約では、その課税権の配分を当該所得に対して減免又は免税という規定で行っている。例えば、OECDモデル租税条約の利子に関する規定では、「一方の締約国の居住者である法人が他方の締約国の居住者に支払う利子に対しては、当該他方の締約国において租税を課することができる（第11条1項）。」として、「1の利子に対しては、当該利子が生じた締約国においても、当該締約国の法令に従って租税を課することができる。その租税の額は、当該利子の受益者が他方の締約国の居住者である場合には、当該利子の額の10%を超えないものとする。両締約国の権限ある当局は、合意により、この制限の実施方法を決定する（第11条2項）。」と規定している。③に関して、租税回避については、脱税のように犯罪行為又は不正行為と違い、税法の規定が予定しない行為により、課税の減免を受けることである。この租税回避の定義は、明確にされておらず、いくつかの学説もある。本庄資教授は、「租税回避（tax avoidance）は私法上の選択可能な法形式の中から税法の予定しない法形式を選択し、結果として意図した経済目的を達成しながら税法が予定した法形式について定める課税要件に抵触することを免れ、ひいては税負担を減少させ又は排除する行為であり、各国の取扱いも一様ではない[4]。」と述べている。こういった租税回避及び脱税を防止する規定が、租税条約に含まれる。

租税条約は、上述したように投資交流の促進から国際的二重課税の排除、租税回避の防止等のために各国において、様々な国と締約している。しかし、この租税条約における問題が生ずる。第1に各国において新たに制定された法律が、租税条約に違反するのではないか[5]、第2に

---

1 財務省HP　http://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/international/182.htm　参照。
2 本庄資『租税条約』11頁（税務経理協会、2000年）。
3 国が違う互いの者が、国境を超えて行う取引。
4 本庄資、田井良夫、関口博久『国際租税法―概論―』509頁（一般財団法人　大蔵財務協会、2012年）。
5 水野忠恒『国際課税の理論と課題　二訂版』11頁（税務経理協会、2005年）

租税条約の解釈[6]について、第3に租税条約の濫用についてである。第1については、租税条約オーバーライド[7]の問題である。第2については、租税条約に規定される用語等の解釈の相違の問題である。これら2つの問題については、本論文の問題点から除き、第3の租税条約の濫用について述べる。この租税条約の濫用について、明確な定義がない。OECDにおいて、条約の濫用は、間接的な法律違反としている[8]。当然、そういった違反は、特定の状況下を踏まえ違反かどうかを決定される。これは、各国の国内法に従い、国の当局が判断する[9]。このことから、条約の濫用の定義は、各国により違う。本論文では、下記にて述べるが、OECDにおいて、条約の濫用を、特定の行為の結果として条約の矛盾が生じる状況を指す[10]。つまり、条約の濫用は、特定の行為により本来意図した状況と違い、意図していない状況を濫用としている。それにより、本論文では、租税回避及び脱税につながる行為に対して租税条約の意図していない状況を租税条約の濫用として扱う。その租税条約の濫用において、その租税条約の濫用の一つとされるトリーティ・ショッピングに関する問題がある。トリーティ・ショッピングは、二国間条約である租税条約の定める特典を本来享受することのできない第三国の居住者がこの条約上の特典を享受する目的でその条約の締約国のいずれかの国に子会社を設立してその居住者になりすまして目的を達成することである[11]。このトリーティ・ショッピングを防止する規定として、租税条約において規定されるLOB条項がある。LOB条項は、租税条約の適用を受ける居住者に対して、適格な居住者であるかどうか要件を設けて制限する規定である。

上述したように、租税条約について、二重課税の排除、トリーティ・ショッピングの問題がある。しかし、最近、OECDにおいて、2013年2月12日に出された報告書「Addressing Base

---

6 二国間条約は異なる二国税制の結合の上に一つの課税ルールを設定する合意であるから内容につき解釈を統一すべく努める必要がある。
（本庄資『国際租税法　四訂版』50頁（財団法人　大蔵財務協会、2005年））

7 国際的な条約上の義務に明らかに反する効果を生ずることを意図する国内立法をいう。
（本庄資・他　前掲注4　46頁）

8 United Nations ”Economic and Social Council” Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters「Abuse of tax treaties and treaty shopping」11頁pr19（2005年）「The existence of a treaty abuse implies an in direct violation of the law, contrary to its goal and objectives.」「条約濫用の存在は、それらの目標と目的に反して、間接的な法律違反を暗示する。」

9 United Nations 前掲注8 11頁pr19「Such a violation can only be determined after taking into account the specific circumstances of a particular case. In general, a treaty abuse is determined by national authorities under their domestic law and according to their legal tradition.」「そのような違反は、特定のケースの特定の状況を考慮した後に決定されることができる。一般に、条約濫用は、それらの国内法とそれらの法的慣行に従っているもとで当局によって決定する。」

10 United Nations前掲注8 11頁pr21「Treaty abuse, on the contrary, refers to situations in which the result of a certain operation is in contradiction with the treaty.」「条約濫用は、それどころか特定の活動の結果は条約で矛盾する状況に言及する。」

11　本庄資・他　前掲注4　555頁。

Erosion and Profit Shifting」において、二重非課税[12]について言及されている[13]。それにより、二重非課税は、どのような場合に発生するのだろうか。二重非課税が発生する場合は、第1に全世界所得課税原則における国際的二重非課税、第2に領土主義課税原則における国際的二重非課税、第3に居住者に関する定義の差異による国際的二重非課税、第4にエンティティ分類の差異による国際的二重非課税である[14]。第1について、例えば、米国では設立準拠法主義により内国法人（domestic corporation）か否かを判定するので、国外所得を稼得する法的主体（legal entity）を外国法に準拠して設立するだけで、実際には米国で経営管理支配を国内で行っていても、米国の課税権から離脱できる。この点は、本店所在地主義により内国法人か否かを判定する日本でも同様に、国外所得を稼得する法的主体の本店を国外に置くだけで、実際には日本で経営管理支配を国内で行っていても、日本の課税権から離脱できる[15]。第2について、領土主義課税原則の下では、（ｉ）内国法人は本店が直接取得する国外所得、海外支店等を通じて取得する国外所得、および（ii）外国子会社を通じて取得する国外所得のすべてに対し課税されない。したがって、源泉地国で当該国外所得に課税されない場合には国際的二重非課税となる[16]。第3について、最近になりアップルの事例が明らかになった。そのことにより、例えば、経営の場所のみで居住法人の判定を行うアイルランドに子会社を設立し、その経営を米国で行う場合、（ｉ）準拠法設立主義の米国からみると、この子会社はアイルランド法により設立されているので、外国法人（foreign corporation）であり、その第三国源泉所得には課税できず、（ii）経営の場所のみで居住法人の判定をするアイルランドからみると、この子会社は米国で管理支配されているので、非居住法人（non-resident corporation）であり、その第三国源泉所得には課税できない。したがって、第三国源泉所得が帰属する「アイルランドで設立された法人で米国で実質管理支配されるもの」は、少なくともアイルランドと米国か

---

[12] 源泉地国の免税・課税制限と居住地国の国外所得免税・課税繰延との組合せにより、結果として合法的に国際的二重非課税または国際的不課税を享受することができる。これは、意図しないで国際的二重非課税となる場合もあるが、国際的タックス。プランニングにより故意に国際的二重非課税を享受する場合がある。
（本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第6回）～アグレッシブ・タックス・プランニングに利用される国際課税ルールの特定とその問題点～」、租税研究　2014、2、772号　173頁（2014年）。）

[13] OECDは二重課税を排除するための基準を策定してきており、そして、この目標の達成は保障されるべきであり、一方で、同様に二重不課税を防止するための取組みが展開される。
（居波邦泰「国際的課税権の確保とBEPS（税源浸食と利益移転）への対応」、月刊　税務事例　第45巻第9号通巻528巻　67頁（2013年）。）
この二重不課税について、居波邦泰氏は、「double non-taxation」の訳語であるとして、「国際二重非課税」の訳語も用いられているとしてる。

[14] 本庄資　前掲注12　144～147頁　参照。

[15] 本庄資　前掲注12　145頁。

[16] 本庄資　前掲注15　145頁。

らみて課税することのできない「幽霊法人（ghost corporation）となる[17]。第4について、日本の株式会社は米国では「当然法人」（per se corporation）とされるが、それ以外の法人Aは「選択適格事業体」（eligible entity）とされ、米国のチェック・ザ・ボックス規則で「法人課税」を選択しない限り、課税上パートナーシップとして扱われる。Aは、自分でアジアにおける事業と米国における事業を行えば日本で全世界所得課税を受けるので、米国にLLCを設立し、LLCを通じてこれらの事業を行うことにするとき、LLCは米国州法により設立される私法上の法人であるから日本では課税上法人として扱うという立場をとるため、LLCは日本では外国法人とされ、そのアジア源泉所得にも、米国源泉所得にも課税することができず、米国では法人課税を選択しない限り、LLCはパートナーシップとして扱われ、米国ではLLCの株主（パートナー）Aに対しパススルー課税することができるが、Aが米国で法人課税を選択しない限り、外国パートナーシップとして扱われるので、米国はアジア源泉所得（米国の国外源泉所得）には課税することができない。したがって、AがLLCの事業を米国外（アジア）の事業に限定した場合には、Aは日本はもとより米国でも全く課税されないということになる[18]。本論文では、第2における領土主義課税原則における国際的二重非課税を扱う。

上述したことから、本論文では、租税条約を利用した二重非課税について述べる。この二重非課税については、領土主義課税原則によって生ずる国際的二重非課税を生ずることについて述べるが、どのような場合に生ずるのか。本論文では、租税条約の「明示なき所得」の規定を利用した場合を用いる。租税条約の「明示なき所得」の規定は、例えば、OECDモデル租税条約において、「一方の締約国の居住者の所得（源泉地を問わない。）であって前各条に規定がないものに対しては、当該一方の締約国においてのみ租税を課することができる。（第21条1項）」と規定している。つまり、明示なき所得の規定は、源泉地国課税を放棄し、居住地国課税のみを認める規定である。この規定と居住地国が領土主義課税を採用している場合、領土主義課税により国外源泉所得に対して課税されず、租税条約における明示なき所得の規定による源泉地国課税の放棄の規定により二重非課税が生ずることになる。本論文では、このスキームについて述べる。又、本論文では、このスキームに対して、トリーティ・ショッピングついて述べる。トリーティ・ショッピングは、第三国の居住者が、租税条約の特典を租税条約締約国の居住者になりすますことで得ることを言う。しかし、トリーティ・ショッピングが、第三国の居住者のみのことであろうか。本庄資教授は、「トリーティ・ショッピングは、これまで

[17] 本庄資　前掲注12　146頁。
[18] 本庄資　前掲注12　147頁。

「条約相手国以外の第三国居住者による租税条約の特典の利用の防止」のみを念頭に置く議論が主流になっているが、ATPについては、「条約当事国の居住者が自国の源泉所得に対する自国課税の減免を図るために条約相手国の居住者に成り済ますことの防止」も念頭に置くことも必要になるであろう[19]。」と述べている。つまり、トリーティ・ショッピングは、第三国の居住者に限らず、自国の居住者による租税条約締約国である相手国の居住者に成り済ますことについて考える必要性について述べている。それにより、本論文では、トリーティ・ショッピングを本来租税条約の特典を享受することのできない居住者が租税条約の特典を得ることとして述べる。これらのことから、本論文では、自国の居住者による二重非課税についての租税条約の濫用について述べる。又、本論文では、これをわが国において防止する観点からトリーティ・ショッピング防止規定であるLOB条項の適用を受けるため及び租税条約の適用の手続からこれを租税条約等実施特例法について述べる。租税条約等実施特例法については、手続に関する規定のみを扱う。又、その他の規定については、本論文において、主旨からはずれるため扱わない。上述したことから、自国の居住者が、租税条約締約相手国の居住者に成り済ますことによって国際的二重非課税が生ずるのではないだろうか、これを本論文の問題提起として考える。

本論文では、わが国との比較として米国を扱う。米国では、1986年の米国税制改正以前まで、オランダ領アンティールとの租税条約を利用した租税条約の濫用としてトリーティ・ショッピングが横行していた。そのため、米国では、租税条約を締約する際に、上院外交関係委員会の審議において、「委員会は米国はいつでもできるかぎりトリーティ・ショッピングの機会を抑制する政策を堅持すべきだと信じ、財務省が条約の適用を調整できる許容範囲を駆使してトリーティ・ショッピングによる濫用を十分抑制するようにルールを適用すべきであると信じている」との明瞭な方針でこの課題に取り組んでいる[20]。このことから、米国では、LOB条項を規定しない租税条約は認めないことになっている。それにより、米国では、トリーティ・ショッピングに関する議論が進んでいるため、米国をわが国の比較対象として取り扱う。

上述したように自国の居住者が領土主義課税を採用している当該租税条約相手国の居住者に成り済ますことによる国際的二重非課税という状況は、どのようなスキームにより成立するのであろうか。本論文では、このスキームとして、その自国の居住者を一般的に法人として扱われる株式会社とし、その株式会社が、当該国の租税条約相手国に株式会社である子会社を設立

[19] 本庄資　前掲注12　150頁。
[20] 本庄資『国際的脱税・租税回避防止策』685頁（財団法人　大蔵財務協会、2004年）。

し、その自国の居住者となる株式会社の利益を、その子会社に送るという取引を行う。その送る利益をどのような形式で送るかについては、上述したように源泉地国課税の放棄の規定である租税条約の規定である明示なき所得により利益を送ることとする。これにより、租税条約の規定により源泉地国において課税されず、又領土主義課税によって居住地国において課税されないことで国際的二重非課税が成立する。本論文では、この形式のスキームを取り扱う。当然、法人となる事業体は、株式会社以外にもあるが、本論文では扱わない。又、このスキームがトリーティ・ショッピングに該当するかどうかについて、上述したように本論文において、トリーティ・ショッピングは、一般的な第三国の居住者に限らず、自国の居住者による租税条約相手国の居住者に成り済ますことを考え、本来租税条約の特典を享受することのできない居住者が租税条約の特典を得ることとしている。下記にて述べるが、租税条約の意図ないし目的にとって、最も重要なことは、投資交流の促進を図るための二重課税の排除である。本論文で扱う明示なき所得の規定である源泉地国課税の放棄は、本来、二重課税の排除を目的として規定されている。そのため、国際的二重非課税のために利用されるものではないことから、本論文で扱うスキームによる国際的二重非課税は、本論文における租税条約の濫用であると考えられる。又、スキームにおいて当該租税条約相手国に設立した子会社が租税回避を目的に設立されたとするならば、本来租税条約の特典を享受することのできない居住者が租税条約の特典を得ているとしてトリーティ・ショッピングに該当するのではないだろうかと考えられる。これらのことから、本論文では、わが国の租税条約等実施特例法における手続からこのスキームの防止策を検討する。その際、本論文の主旨からはずれるため、詳しくは述べないが、立証責任についても触れる。

本論文の研究方法として、上述したスキームを想定事例という枠組みで述べ、当該国としては、わが国及び上述した米国を想定する。その当該租税条約相手国を詳しくは第3章にて述べるが、想定事例における租税条約相手国は、法人に対してのみ領土主義課税を採用し、わが国と米国とLOB条項を含む租税条約を締約しているフランスと全世界所得課税を採用し、米国とLOB条項を含む租税条約を締約し、わが国とはLOB条項を含まない租税条約を締約しており、最近、明かされたアップルの事案で出てきたアイルランドを使う。上述したことから、想定事例は、このスキームを述べる。本論文では、この想定事例から租税条約の濫用、トリーティ・ショッピングに該当するかどうかを考察し、租税条約等実施特例法から、その防止策を検討する。

第1章では、本論文における問題提起を明らかにするため、租税回避、租税条約、租税条約

の特典と濫用、トリーティ・ショッピングに関することについて述べる。又、租税条約を扱うにあたり居住者について述べる必要があるため、租税条約における定義とわが国及び米国の居住者の判定基準を述べる。さらに、租税条約相手国の居住者は、当該国にとって非居住者であるため、その非居住者に対するわが国と米国の取扱を述べる。第2章では、租税条約の濫用としてトリーティ・ショッピングに該当するとされた実際に起こった事例をいくつか述べる。又、これらを踏まえ、問題提起を明らかにする。第3章では、上述したように想定事例を述べる。それにより想定事例が、租税条約の濫用、トリーティ・ショッピングに該当するかどうかの考察を行う。第4章では、想定事例からその防止策として、租税条約等実施特例法の適用について述べる。その際、比較として米国における租税条約に関する届出書とわが国における租税条約に関する届出書を比較し、わが国の租税条約等実施特例法からの防止策を検討する。

第１章　租税回避と租税条約に関する定義及び非居住者の取扱い

第１節　租税回避

納税者が税を軽減しようとする場合に考えられるケースとして、3つの可能性がある。それは、節税、租税回避及び脱税である。節税（Steuerersparung）とは、税法の定めるところに従って税負担の軽減を図ること[21]をいう。脱税は、節税と違い違法行為により税を免れるため、犯罪として立証された場合、刑罰を受けることになる。

租税回避については、節税と脱税の間に位置付く。つまり、租税回避は、合法であるか違法であるか、非常に曖昧である。そのため、租税回避の定義は、いくつかの学説に分かれている。本庄資教授は、「どの国もあらゆる私的経済活動の法形式を網羅するような課税要件を法定することは立法技術の面からも不可能に近い。そこで、私法上の選択可能な法形式の中から、税法の予定しない、常識を破る法形式を選択して、結果としては意図した経済目的を達成しながら、税法の予定した法形式について定める課税要件に抵触することを免れひいては税負担の減少又は排除をもたらすことがある。これを租税回避という[22]。」と述べている。金子宏教授は、「租税回避（tax avoidance）は私法上の選択可能な法形式の中から税法の予定しない法形式を選択し、結果として意図した経済目的を達成しながら税法が予定した法形式について定める課税要件に抵触することを免れ、ひいては税負担を減少させ又は排除する行為であり、各国のも一様ではプロパーの見地からは合理的理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、結果的には意図した経済目的ないし経済的成果を実現しながら、通常用いられる法形式に対応する課税要件の充足を免れ、もって税負担を減少させあるいは排除することを、租税回避（tax avoidance、Steuerumgehung）という[23]。」と述べている。水野忠恒教授は、「租税回避、つまり法形式を濫用して不当に税負担を軽減したり、事業目的もなく、通常用いられない取引を選択すること[24]。」と述べている。

本庄資教授は、税法上意図しているか意図しないかを重要としている。金子宏教授は、通常であるか異常であるかを重要としている。水野忠恒教授は、不当であるかどうかを重要としている。

節税とは、上述したように、税法の定めに従い経済目的を達成する。租税回避は、税法の予定していない法形式から税法の意図している経済目的を達成する。一見すれば節税と租税回避

---

21 本庄資『国境に消える税金』30頁（税務経理協会、2004年）。
22 本庄資　前掲注20　102頁。
23 金子宏『租税法　第18版』121頁（引文堂、2013年）。
24 水野忠恒『租税法　第5版』26頁（有斐閣、2011年）。

において、租税回避は脱税のように見える。しかし、節税が合法であるように、租税回避も合法である。つまり、租税回避は、合法的に行われるため、節税という見方もできる。節税と租税回避の違いは、上述した学説から、税法が意図しているか、通常か異常であるか、不当であるかで判断される。しかし、課税の減免行為が、通常か異常であるかどうか判断するために、どういった場合を通常ないし異常とするのかが、わが国において規定されていない。不当についても同じである。通常を法形式に従って行われた取引の結果として節税とするならば、法形式に従わず行われた取引が異常となる。法形式に従わず行われた取引は、租税回避又は脱税とも捉えることができる。しかし、租税回避は、法の抜け穴、法又は規定の齟齬による課税の減免を達成するため、否認規定がなければ合法となる。そのため、通常と異常かどうか、不当であるかどうかという租税回避の定義の学説では、法の抜け穴、法又は規定の齟齬による課税の減免については、節税となってしまうのではないだろうか。

税法上意図しているかどうかの学説では、税法の規定の目的ないし意図した取引の結果として課税の減免を達成した場合、節税となり、税法の規定の目的ないし意図していない取引の結果として課税の減免を達成した場合、租税回避となる。つまり節税は、立法の意図が「課税上自由な領域」を設定することである場合に、その規定により税負担の軽減を試みることであって、その行為は立法の意図に合致するものであるが、租税回避は、立法の意図が「課税する領域」を設定することであり、課税要件を設定したつもりであったが、不完全な用語などにより必要かつ十分な課税要件を設定できなかった場合に「立法上の抜け穴」を利用し、立法の意図に反して課税要件の充足を回避することであって、形式的には違法な行為といえないが、「立法上の抜け穴」の利用が複雑かつ人為的な脱法行為または税法の潜脱を暗示するものである[25]。これにより、節税、租税回避、脱税の定義をはっきりと分けることができるため、本論文では、税法上意図しない取引により課税の減免を達成することを租税回避とする。

第２節　租税条約の特典と濫用～トリーティ・ショッピング～

第1項　　租税条約

国際取引が行われたことにより発生する互いの課税ベースの争いにより国際取引における課税は、国内取引における課税と比べ、多くの税金を支払う。これは、国際取引においても、国内取引と同じように、各国の国内法に従い課税されるからである。そのため、国際的二重課税、二重居住者、脱税等の障害が生まれる。このような障害を防ぐことで、自国の国際取引が

[25] 本庄資　前掲注21　30頁。

円滑に行うように、各国では、自国の国内法の整備、外国との租税条約の締結などを行っている。又、租税条約は、二国間の健全な投資・経済・人的交流の促進のため[26]であり、その障害となる二国間の課税紛争を解決し、各国の課税権を確保するための国際的税務協力を促進するため に必要である。わが国は、平成25年10月末までにおいて、60条約78か国地域適用の租税条約を締約している[27]。租税条約の意図ないし目的に関して、OECDモデル租税条約のコメンタリーでは、「二重課税条約の主要な目的は、国際的二重課税を排除することによって、財や役務の交換並びに資本及び人の交流を促進することにある。さらに租税回避及び逋脱を防止することもまた、租税条約の目的である[28]。」と述べている。本庄資教授は、「租税条約の役割は、①国際的二重課税の排除、②課税権の配分、③国際的な租税回避及び脱税の防止、などである。租税条約の主たる目的については、国際的二重課税の排除であるとする説と重複する課税権の配分とする説がある[29]。」と述べている。金子宏教授は、「租税条約においては、二重課税を排除するための実体的諸規定（当事国の課税権の範囲と制限・二重課税の排除の方法等）がその中心をなしているが、その他に、租税回避を防止することを目的とする情報交換に関する規定、自国の納税者を保護するための相互協議の規定等が設けられている[30]。」と述べている。浅川雅嗣氏は、「租税条約は、そもそも2つの大きな政策目的を有している。第1に、・・・外国と我が国との二重課税のリスクをできる限り軽減することによって、投資交流の促進を図ること・・・第2に、租税回避や、条約の濫用を防止するための種々の措置を講ずることである[31]。」と述べている。つまり、租税条約の意図ないし目的は、投資交流の促進を図るための二重課税の排除、租税回避、脱税、条約の濫用の防止である。そのため、租税条約は、租税回避、脱税のために利用されるものではない。

国際的に2つのモデル租税条約がある。OECDモデル租税条約と国連モデル租税条約である。OECDモデル租税条約は、OECD租税委員会により作成されたモデル租税条約である。OECDモデル租税条約は、先進国に向けたモデル租税条約である。又、このモデル租税条約は、居住地国課税を原則としており、経済力が対等な先進国間では相互主義の原則で国際取引の円滑

---

26 本庄資・他　前掲注4　42頁。
27 60条約78か国地域適用の内、二重課税の回避、脱税及び租税回避等への対応を主たる内容とする条約（租税条約）51条約62か国地域適用、租税に関する情報交換を主たる内容とする条約8条約8か国地域適用、税務行政執行共助条約（わが国を除いた29か国のうち、わが国と二国間条約を締結していない国8か国）である。
（財務省HP　前掲注1　参照。）
28 川端康之監訳『OECDモデル租税条約　2010年版　簡略版』56頁　pr7（社団法人日本租税研究協会、2011年）。
29 本庄資『租税条約』11頁（税務経理協会、2000年）。
30 金子宏　前掲注23　456頁。
31 浅川雅嗣『コンメンタール改訂　日米租税条約』3頁（財団法人　大蔵財務協会、2005年）。

化のため相互に源泉地国としての課税を抑制する[32]。国連モデル租税条約は、国際連合ECOSOCにより作成されたモデル租税条約である。国連モデル租税条約は、発展途上国に向けたモデル租税条約である。又、このモデル租税条約は、経済力格差を背景として資本・技術・サービスの輸出国と輸入国という関係にある先進国と発展途上国との間の租税条約で相互主義に基づいて源泉地国課税の減免を規定することは実質的にみると源泉地国である発展途上国に一方的に課税権の放棄を強いる結果になる点を考慮してOECDモデル租税条約を下地にしてこれに必要な修正を加えている[33]。

この租税条約は、ウイーン条約法条約により、租税条約を締結した合意を守らなければならない。しかし、締結した租税条約が国内に対して法的効力を有するかという問題がある。そのことから、各国が、国内法と租税条約の法的効力を規律している。わが国では、日本国憲法において、「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。（第98条2項）」と規定している。又、第7条1号において、天皇は、内閣の助言と承認により、国民のために、憲法改正、法律、政令、及び条約を公布すること（日本国憲法第7条1号）と規定しており、解釈上、条約の規定は、国内に法的効力を有するとしており租税条約も同様としている[34]。又、租税条約が、国内法と違う規定を定める場合において、租税条約の規定が優先して適用される[35]。しかし、解釈のため違う解釈ができるだろうが、本論文の主旨からはずれるため、これ以上は述べない。米国では、租税条約は自動的に効力をもつとされるが、上院と下院の「すれ違い」により条約は上院の承認と批准書の交換により国内法としての効力をもつが、国内法の制定に係る下院は条約の締結にかかわらない[36]。又、歳入に影響を与える条約と国内法のいずれかが優先するとは定められていない[37]。

第2項　　租税条約の特典

租税の特典は、わが国の租税法、租税条約等において明確に規定されていない。そのため、何が特典であるかという判断はできない。一般的に租税の特典は、免税、減免などといったものである。当然、特典に関する定義が定まっていないため、租税条約の特典は、優遇税制などによるあからさまな租税における特典以外にも、本来特典に成りえない規定により、結果的に

---

[32] 本庄資・他　前掲注4　42頁。
[33] 本庄資・他　前掲注4　43頁。
[34] 谷口勢津夫『租税条約論―租税条約の解釈及び適用と国内法―』28頁（清文社、1999年）　参照。
[35] 金子宏　前掲注23　104頁　参照。
[36] 本庄資・他　前掲注4　47頁。
[37] 本庄資・他　前掲注36。

租税の特典に繋がることもあり得る可能性がある。例えば、居住者と非居住者の規定である。わが国では、居住者は全世界所得課税のため、国内外源泉所得に対して課税され、非居住者は国内源泉所得のみが課税される。つまり、居住者と非居住者のどちらに区分されるかによって課税所得の範囲が変わることで租税の特典につながる可能性がある。これについては、本論文の主旨と、はずれてしまうため除く。

租税条約は、前述したように二重課税等の防止や締結している国同士の国際取引を促進するために各国が数々の外国と締結している。その租税条約には、締結国同士の投資等を促進するために配当、利子、使用料に係る源泉地国の課税に対する大幅な税率の軽減により課税の減免が規定されている。それ以外にも、租税条約には、「明示なき所得[38]」がある。「明示なき所得」の規定は、課税の減免といった特典ではなく、課税権の放棄の規定である。例えば、日米租税条約の「明示なき所得」の規定は、「一方の締約国の居住者が受益者である所得（源泉地を問わない。）で前各条に規定がないものに対しては、当該一方の締約国においてのみ租税を課することができる。（日米租税条約第21条1項）」である。つまり、明示なき所得の規定は、配当、利子、使用料等の規定にない所得に対して源泉徴収することができない規定である。それにより、課税権は居住地国でのみ認められることになる。この規定は、租税条約の特典となる可能性がある。

第3項　　租税条約の濫用

1950年代からスイスの低税率とその租税条約網を利用するため中間会社をスイスに設立し税負担の減少を図ることが流行したが、諸外国から批判され、第三国居住者によるスイス条約の適用を「条約の濫用」として制限した。この制限は、①中間会社を通じる利得の他国への移転の制限、及び②中間会社における利得の留保の制限であった[39]。これが、租税条約の濫用[40]のはじまりである。OECDでは、1963年に条約の不正使用（improper use of conventions）が条約と国内法のすれ違いから生じる租税回避ないし脱税（fiscal evasion）の問題と明らかにした。それにより、1977年のOECDモデル租税条約では、これを制限した。

---

[38] 日本の税法で定める「国内源泉所得」について租税条約に別段の定めがない場合には、「明示なき所得」として取り扱われる。9号所得（事業の広告宣伝のための賞金）、10号所得（生命保険契約等に基づく年金等）、11号所得（定期積金の給付補填金等）、12号所得（匿名組合契約に基づく利益の分配）は、租税条約において特に明示規定が設けられていない場合には、「明示なき所得」として取り扱われる。
（本庄資・他　前掲注4　325、326頁。）

[39] 本庄資・他　前掲注11。

[40] 本稿では、「濫用」という用語について、英語の「abuse」を濫用として用いる。

上記でいう条約の濫用については、明確な定義はない。OECDでは、条約の濫用について、明確な定義がないが、幅広く対処しなければならない[41]としている。又、条約の濫用は、間接的な法律違反としている[42]。当然、そういった違反は、特定の状況を踏まえて決定される。これは、各国の国内法に従い、国の当局が判断する[43]。このことから、条約の濫用の定義は、各国により違う。又、条約の濫用は、一般的に納税者が、法律を回避しようとする状況を指すことに使われる。しかし、締約している国が他の締約している国の条約の特典を得ることについても考慮に入れなければならない[44]。これを踏まえ、条約の濫用は、特定している濫用の法的な結果について確定していること及び濫用の存在を示す実体を特定する際に、納税者による濫用と条約を締約している国の濫用の場合、濫用の存在を決めるのに用いられる規制の枠組みを識別しなければならない[45]。この考え方は、租税条約の濫用も同義として進められる。さらに、OECDでは、租税条約の濫用を2つのアプローチで見ている。それは、国内法の濫用ではなく条約自体の濫用と見るアプローチと国内法の規定の濫用と見るアプローチである。いずれのアプローチも各国の租税条約の濫用の考え方の見方を表したものである。いずれのアプローチも国は、条約の濫用を構成する取極がなされた場合には、二重課税条約の特典を与える必要はない[46]、としている。

OECDは、1977年のモデル租税条約で条約の不正使用についてこれを制限した。2003年において、その条約の不正使用に関して変化があった。それは、具体的に4つに分類された。そ

---

41 United Nations前掲注8 11頁pr18「Representatives noted that although a precise definition of the term "treaty abuse" is not available, there is a broad recognition that treaty abuses exist and must be dealt with.」「その「条約濫用」の語の正確な定義は、使えないが、条約濫用が存在して対処されなければならない幅広い認知がある点に代表は注意しました。」

42 United Nations前掲注8 。

43 United Nations前掲注9 。

44 United Nations前掲注8 11頁pr20「Normally, the term treaty abuse is used to refer to situations in which the taxpayer is seeking to circumvent the law. But consideration should also be given to cases in which one of the contracting States takes advantage of the good faith of the other contracting State to the Treaty by making a future amendment to its laws or by administrative practices that lead to significant losses of resources of the other contracting State.」「通常、条約濫用の語は、納税者が法律を回避しようとしている状況に言及するのに用いられる。しかし、考慮は、それらの法の将来の改正案をする又は、他の締約している国の資産の重要な損失につながる経営上の実践によって、他の条約締約国の正直を利用する締約国の一つのケースを示されなければならない。」

45 United Nations前掲注8 11頁pr20「The two situations, abuse by the taxpayer and abuse by the contracting State, should be distinguished in the framing of the rules used to determine the existence of the abuse, in identifying the bodies that would declare the existence of an abuse and in establishing the legal consequences of identifying an abuse.」「2つの状況（納税者による濫用と締約国による濫用）は、濫用の存在を示す主体を特定する際と濫用を確認する法的重要性を設ける際に、濫用の存在を決定するのに用いられる規則のフレーミングで区別されなければならない。」

46 川端康之　前掲注28　57頁　pr9.4。

れは、①租税条約にある特定のanti-abuse rules、②トリーティ・ショッピングと濫用の他の形式を対処するために条約に含まれる条項、③租税条約と国内法との間の相互作用、④租税条約で管理された外国のCFCルールの互換性である。この4つについては、OECDモデル租税条約のコメンタリーは次のように述べている。①に関しては、租税条約の条項には、特定の状況に対する防止規定が設けられている。例えば、「受益者」の概念の導入、タックス・ヘイブンに設立した法人又は有害な優遇措置から便益を受ける法人にある事案の事実と状況を入念に検討すると子会社の実質的管理の場所がいうところの居住地国には存在せず、親会社の居住地国に存在し、その結果、当該子会社を国内法上も条約上も親法人居住地国の居住者である場合に租税条約の特典を拒否することができること[47]と「PEがなければ課税せず」という原則に従う規定のことである。②に関しては、両締約国が交渉において意図していなかった租税条約の特典を得るために導管法人が利用される形式やトリーティ・ショッピングに対する規定である。③に関しては、国際的二重課税、二重居住者に関する防止規定である。④に関しては、国の従属外国法人の規定と租税条約が抵触しないという解釈についての規定である。又、条約の不正使用において、上述したようにOECDでは、脱税についても条約の不正使用の問題としている。条約を利用することによる脱税とは、租税条約の特典を得るために、当該国の法人が、租税条約の相手国の法人の株式を保有すると租税条約相手国の課税当局に虚偽の申告をすることなどの場合である。本論文では、脱税についての議論を主旨としていないため除く。

何をもって租税条約の濫用とするのか、これについては、明確な規定はない。ドイツでは、連邦政府がタックス・ヘイブン報告書において「ドイツ連邦共和国における課税及び他方の締約国における課税が真に差別的な負担として感じられる場合に、租税条約上の利益を限定しつづけなければならない」という要請をしており、この要請に反する租税条約の利用に関して租税条約の濫用としている[48]。この「真の差別的な負担」は、国際的二重課税が存在しない場合に、租税条約上の各課税減免請求権を利用して租税負担の軽減又は排除を図ることは許容されない、ということを意味すると解される[49]。つまり、租税条約の濫用は、国際的二重課税の調整とする租税条約の意図からはずれることとしている。EUの視点から、村井正教授は、「締約国の一方または双方で経済活動を展開する納税者（ここでは、第三国に居住する納税者も含めて考える）が、租税条約上の課税減免請求権の租税負担減免効果にのみ着目して、租税条約上の課税減免請求権を国際的二重課税の排除のためではなく、単に自己の租税負担の軽減また

[47] 川端康之　前掲注28　58頁　pr10、10.1　参照。
[48] 谷口勢津夫　前掲注34　243、244頁　参照。
[49] 谷口勢津夫　前掲注34　243頁。

は排除のために行使すること・・・このような納税者の行為を、租税条約上の権利の濫用すなわち租税条約の濫用・・・つまり、租税条約の濫用とは、租税条約それ自体が本来予定していないような租税条約の利用をいう[50]。」と述べられている。租税条約の濫用については、別の視点からも見る。

米国では、タックス・シェルター[51]について、「濫用的タックス・シェルター」というIRSによる造語がある。濫用的タックス・シェルターとは、投資家が取得するタックス・ベネフィットが議会の意図したタックス・ベネフィットを超える一定の投資または取引[52]である。つまり、濫用は、特定の取引により米国の議会が意図していない状況として見る。又、OECDにおいて、条約の濫用は、特定の行為の結果として条約の矛盾が生じる状況を指す[53]としている。つまり、OECDは、特定の行為により本来意図した状況と違い、意図していない状況を濫用としている。

上述したように、どういったことを濫用とするのか、それぞれの視点から考え方の根底が異なる。本論文では、EUの視点である権利の濫用について、本論文の主旨からはずれるため、EUの視点である権利の濫用からの租税条約の濫用は扱わない。

米国の濫用的タックス・シェルターの定義、OECDから濫用を特定の行為に対して本来意図した状況と違い、意図していない状況を濫用とすると、租税条約の濫用は、特定の行為に対して租税条約の意図した状況に反する状況を指す。このことから、租税条約の濫用は、前節で述べた租税回避と同義のように考えられる。しかし、租税条約の濫用と租税回避を同義として見るならば、矛盾が生ずる。租税条約の不正使用による行為が、当該国の国内法、租税条約の規定により禁止されている場合、脱税として扱われる。しかし、その行為が、禁止されていない場合、租税回避として扱われる。つまり、租税条約の濫用が、租税回避と同義として見ると、脱税となる租税条約の不正使用に対して、租税条約の濫用とならないことになる。OECDでは、租税条約の不正使用に対して租税回避ないし脱税（fiscal evasion）の問題として捉えている。このことから本論文において、租税条約の濫用は、租税回避及び脱税につながる行為に

---

50 村井正『国際租税法の研究』151頁（法研出版、1990年）。

51 投資における持分の売却の申出に関してなされた説明から当該投資の売却の申出日後に終了する5年のいずれの年の末日においても投資家のタックス・シェルター割合が2対1より大きくなるであろうと何人も合理的に推測できる投資であって、①連邦もしくは州の証券法に基づき登録を要し、②連邦もしくは州の証券規制当局に通知することを要する登録の免除により売却され、または③相当の投資に該当するものをいう。（本庄資『アメリカン・タックスシェルター』3頁（税務経理協会、2003年）。）

52 本庄資　前掲注51　11頁。

53 United Nations前掲注8 11頁pr21「Treaty abuse, on the contrary, refers to situations in which the result of a certain operation is in contradiction with the treaty.」「条約濫用は、それどころか、特定の活動の結果に条約で矛盾する状況に言及する。」

対して租税条約の意図していない状況を租税条約の濫用として扱う。

第4項　　トリーティ・ショッピング

前項において、OECDでは、条約の不正使用を4つに分類した。その内の1つとして、トリーティ・ショッピングについて述べている。本論文では、第２章にて述べる問題提起からトリーティ・ショッピングを扱う。

租税条約には、前項で述べた二重課税等の防止、締結国同士の国際取引を促進することを目的に各国が外国と租税条約を締結している。そのため、租税条約には、魅力的な特典がいくつか含んでいる。その特典の一つ[54]として、配当、利子、使用料の課税の減免がある。この特典は、源泉地国の源泉徴収税が免税又は免除されるため、自国民ならびに締結国外の第三国の居住者にとって魅力的な特典である。この第三国の居住者は、本来、締結国外の居住者であるため当該国の締結された租税条約の特典を与えられない。しかし、第三国の居住者は、当該国の居住者になりすまし、当該国の租税条約の特典を得る行為を行う。つまり、二国間条約である租税条約の定める特典を本来享受することのできない第三国の居住者がこの条約上の特典を享受する目的でその条約の締約国のいずれかの国に子会社を設立してその居住者になりすまして目的を達成することである[55]。これが、一般的に「トリーティ・ショッピング」と呼ばれている[56]。

このトリーティ・ショッピングが利用されるようになったのは、1950年代のスイスの低税率とスイスが締結していた租税条約の特典により税負担の減少を第三国の居住者が利用したことがはじまりである。この条約の濫用は、諸外国の批判を受け、これを制限した。米国では、1986年の米国税制改正以前まで、オランダ領アンティールとの租税条約を利用したトリーティ・ショッピングが横行していた。さらには、米国とカナダとの租税条約を利用したトリーティ・ショッピングもあった。

OECD租税委員会は、1977年OECDモデル租税条約コメンタリーで条約の濫用（条約上の軽減及び国内法の特別措置の特典を受けようとする動き）が増えるといい、1986年「導管会社」（conduit company）及び「ベースカンパニーによる条約の不正利用についての検討の成

---

54 他の租税条約の特典として、外国税額控除などの手続きのわずらわしさを回避、税額控除することができないリスクの回避などである。（関口博久「トリーティ・ショッピング対策としての特典制限条項―新日米租税条約の締結を契機として―」、国士舘大学大学院政経論集（8）127頁(2005年)　参照。）

55 本庄資・他　前掲注11。

56 トリーティ・ショッピングの明確な定義はない。

果を公表し、1987年「国際的租税回避と脱税」の報告書を公表している[57]。このOECDの報告書では、トリーティ・ショッピングの類型を2つ紹介している。1つは、「直接導管会社（direct conduit company)」と呼ばれるものである。これは、租税条約を締結した国外の第三国の居住者が、その租税条約の特典を得るために、当該国に子会社を設立し、当該国の居住者として租税条約の特典を得る方法である。例えば、A国の居住者aからA国と租税条約を締結していないC国の居住者cに対して、金銭の貸付が行われたとする。居住者cは、その貸付に対して、居住者aに利子を支払うことになる。当然、租税条約を締結していないことから、その利子は、C国の国内法に従い源泉徴収される。この場合は、利子に対して25％を源泉徴収することとする。この源泉徴収税を減免又は免税するために、居住者cがA国と租税条約を締結しているB国に子会社を設立したとする。この子会社は、居住者bとする。その金銭の貸付は、居住者aから居住者bに対して行う。居住者bが居住者aに支払う利子は、A国とB国で締結している租税条約に従い、減免又は免税される。つまり、C国の居住者cは、源泉徴収が減免又は免税しつつ金銭の貸付が行えたことになる。次は、「飛び石（stepping stone)」と呼ばれるものである。これは、源泉地国と居住地国との間に受取利子が非課税、支払利子が損金算入とする国に中間会社等を設立し、中間会社等に投資所得その源泉地国に投資所得をすることで、発生する利子等が損金算入となり、さらに中間会社等を通り居住地国にその利子を移転するという方法である。例えば、A国の居住者aが租税条約を締結していないB国の居住者bに投資しようとした場合、居住者bから居住者aに支払う利子は、B国の国内法に従い源泉徴収される。この場合は、利子に対して25％を源泉徴収することとする。この源泉徴収税を減免又は免税するために、居住者aはA国と租税条約を締結しており、受取利子に対して非課税としているC国に子会社を設立したとする。この子会社は、居住者cとする。しかし、居住者cが居住者bに投資をしたとしてもB国の25％の源泉徴収は減免又は免税することはできない。そこで、居住者aは、さらにB国と租税条約と締結しており、支払利子を損金算入とするD国に子会社を設立する。この子会社は、居住者dとする。居住者cが居住者dに金銭の貸付を行う。その金銭を使い、居住者dが居住者bに投資を行う。居住者bから支払われる利子は、B国とD国と締結している租税条約により減免又は免税される。その支払われる利子が投資額の10％とする。最初に行った居住者cから居住者dに行った金銭の貸付に対する利子は、居住者dから居住者cに支払う。その際、居住者dは居住者bから受け取った投資額の10％の利子の9.5％分を居住者cに支払う。それにより、D国では、支払利子が損金算入されることから、0.5％分の課税が発

[57] 本庄資・他　前掲注11。

生することになる。C国では受取利子を非課税としていることから、課税は発生しない。居住者cはその受取利子分の金銭を居住者aに貸付を行う。その際、居住者aから居住者cに支払われる利子は、A国とC国の租税条約により、A国の源泉徴収税は減免又は免税される。さらに、C国では、受取利子を非課税としていることから、課税は発生しない。結果として、課税は、A国とC国の租税条約の規定とB国とD国の租税条約の規定される源泉徴収分とD国の利子0.5分の課税しか発生しない。租税条約が免税規定だった場合、D国の課税しか発生しない。

これらのように、トリーティ・ショッピングは、トリーティ・ショッピングの類型から条約締約国外の第三国の居住者による当該条約締約国の居住者になりすまし、とされている。しかし、OECDにおいて、トリーティ・ショッピングは、居住者が租税条約上における合法的な受益者でなく租税条約の特典を得ることを指す[58]としている。つまり、トリーティ・ショッピングは、第三国の居住者に限らず、本来、租税条約の特典を享受することができない居住者が租税条約の特典を得ることとしている。これにより、本論文では、トリーティ・ショッピングを本来、租税条約の特典を享受することのできない居住者が租税条約の特典を得ることとする。

第5項　　トリーティ・ショッピングの諸問題

前項から租税条約の濫用は、租税回避及び脱税につながる行為に対して租税条約の意図していない状況を指す。トリーティ・ショッピングは、本来、租税条約の特典を享受することができない居住者が租税条約の特典を得ることを指す。租税条約は、条約締約国間の居住者に対して適用されるものであり、第三国のような本来、特典を享受できない居住者に対して適用されるものではない。又、租税条約は、租税回避及び脱税として利用されるものではない。そのため、トリーティ・ショッピングは、租税条約の濫用の一つであると考えられる。

このトリーティ・ショッピングは、前項で述べたように租税条約締結国の居住者になりすまし租税条約の特典を得ることが問題となる。この問題は、3つ考えられる。①「直接導管会社」と「飛び石」のような形態のトリーティ・ショッピングは、国内法又は租税条約によって禁止規定がない場合、合法として扱われる。第三国の居住者が、国際的な税負担の減少のために、第三国の締結していない租税条約や第三国との租税条約よりも有利な租税の減免を定める租税条約を、このような中間会社を通じて不当に利用する行為が、国際的な脱税か租税回避か、と

[58] United Nations前掲注8 11頁pr21「Treaty shopping relates to situations in which an individual benefits from a treaty without being the legitimate beneficiary of it.」「トリーティ・ショッピングは、その合法的な受益者であることなく条約から利益を得る状況に関するものである。」

いう問題[59]がある。又、わが国に対する租税条約上の課税減免請求権が、第三国の居住者によって利用される場合、わが国が、当該第三国の居住者によっていわばタックス・ヘイブンとして利用されることになる。この場合、わが国への第三国からの投資が増大するかもしれないが、それに応じた税収が確保されないことになる[60]という問題もある。これらの問題点は、第三国の居住者が、租税条約の特典を不当に利用する行為が問題となる。そういった行為が、国際的脱税や租税回避となるのか。又、合法であり、外国からの投資が増大するが、税収が確保できないという問題が引き起こされる。②トリーティ・ショッピングの防止規定であるLOB条項の緩和規定である”derivative benefits[61]”の問題がある。LOB条項は、租税条約締約国の居住者になりすます問題に対して、制限を設ける規定である。つまり、LOB条項は、租税条約の特典を得ることができる適格な居住者であるか判断する条項である。このLOB条項には、トリーティ・ショッピングの問題とは別の問題がある。それは、租税回避等のために租税条約の特典を得ようとしていない企業に対しても制限を受ける可能性があることである。その問題に対して、一部の国では、租税条約のLOB条項の中に”derivative benefits”に関する条項を入れている[62]。”derivative benefits”とは、LOB条項により適格な居住者ではないとされた企業に一定の要件を満たした場合、租税条約の特典を得る権利が与えられることである。つまり、”derivative benefits”はLOB条項に隙間を作り、LOB条項が機能している状況では、この ”derivative benefits”により改善される[63]。しかし、”derivative benefits”は、租税条約に規定されており、その規定に定める要件に租税回避を目的として満たすことで条約の濫用が行われ

---

59 本庄資「租税回避防止規定―特に「トリーティ・ショッピング」防止規定について」、租税研究1999・9　86頁（1999年）。

60 村井正　前掲注50　162頁。

61 わが国では、派生的受益基準と呼ばれる。

62 わが国の租税条約の一部に、この” derivative benefits” に関する条項を設けている。日蘭租税条約において、「一方の締約国の居住者である法人は、適格者に該当しない場合においても、他方の締約国内から取得する第10条3、第11条3、第12条、第13条又は前条に定める所得に関し、7以下の同等受益者が当該法人の議決権の75パーセント以上に相当する株式を直接又は間接に所有し、かつ、当該法人がこれらの規定により認められる特典を受けるためにこれらの規定に規定する要件を満たすときは、これらの規定により認められる特典を受ける権利を有する。（第21条3項）」と規定している。日米租税条約では、規定されていない。

63 Richard L.Reinhold ”What is tax treaty abuse ? Is treaty shopping an outdated concept ? ” 、The Tax Lawer vol53 No3 spring 664頁（2000年）「In recent years , treaty LOB provisions have become increasingly complex and detailed , and in some cases quite restrictive . At the same time , some features of the provisions - particularly the exemption for public companies and so-called " derivative benefits " provisions - create potential gaps in the coverage of LOB rules . In circumstances in which LOB provisions might properly apply , it would seem that their functioning could be improved .」「近年、全く制限する若干のケースで条約のLOB条項は、ますます複雑で詳述されるようになります。同時にその条項の特例は、特に株式会社のための免除と「デリバティブベネフィット」の条項は、LOB規則の範囲で潜在的隙間をつくる。LOB条項がきちんとあてはまるかもしれない状況では、それらが機能することが改善されることができたようである。」

る問題が引き起こされる。③トリーティ・ショッピングでは、第三国の居住者による居住者のなりすましが問題視される。しかし、トリーティ・ショッピングの問題点が、第三国の居住者だけであろうか。2006年の「Letter of submittal」において、当時のブッシュ大統領が、「既存の条約は租税の回避を目的とする市民権のロスした元市民に対して課税することは米国を守る[64]。」と述べている。又、米国の租税条約のanti-treaty shoppingの条項が、条約締約国の居住者によって支配される企業に対して条約の特典を制限する条項を含んでいる[65]、と指摘されている。このことから米国では、自国の居住者による租税回避行為に対して防止する意思がある。又、OECDでは、トリーティ・ショッピングを第三国に限らず、本来、租税条約の特典を享受することができない居住者により租税条約の特典を得ることを指している[66]。つまり、OECDは、自国の居住者による租税条約の濫用について言及している。それにより、トリーティ・ショッピングの問題点は、自国の居住者による租税条約の濫用についても問題ではないかと考えられる。さらに、本庄資教授は、「トリーティ・ショッピングは、これまで「条約相手国以外の第三国居住者による租税条約の特典の利用の防止」のみを念頭に置く議論が主流になっているが、ATPについては、「条約当事国の居住者が自国の源泉所得に対する自国課税の減免を図るために条約相手国の居住者に成り済ますことの防止」も念頭に置くことも必要になるであろう[67]。」と述べている。

本論文では、下記にて述べる問題提起から自国の居住者が租税条約の濫用を行っている可能性について述べるため、上記の3つの問題点から、③の問題点を扱う。

上記の問題により、当該国の課税ベースが浸食される。それにより、トリーティ・ショッピングは防止する必要がある。これについては、以下に述べる。

第6項　　トリーティ・ショッピング防止規定の必要性

租税条約は、締約国間の投資交流の促進や二重課税及び租税回避等の防止することを目的に

---

64 Roverts & Holland Collection “Legislative history of united states tax convention”volume2 William S.Hein&Co.,Inc. Buffalo, New York 388頁（2006年）「The existing Convention preserves the US right to tax former citizens whose loss of citizenship had , as one of its principal purposes , the avoidance of tax.」「市民権の喪失が、その重要な目的の1つとして、税の回避をした元市民に課税するのは正しいため米国は既存の慣例を保存します。」

65 Roverts & Holland Collection “Legislative history of united states tax convention”volume4 William S.Hein&Co.,Inc. Buffalo, New York 1012頁（1993年）「Most recent U.S. treaties contain a provision that limits the use of the treaty to corporations controlled by persons who are residents of the treaty partner .」「大部分の最近の米国の条約は、条約協力国の居住者である者によって、支配される会社に条約の使用を制限する条項を含みます。」

66 United Nations前掲注58を参照。

67 本庄資　前掲注19　150頁。

締結される。当然、投資交流の促進や二重課税の防止するために規定される租税条約の特典は、締約国同士の居住者、第三国の居住者に対して非常に魅力的である。どの国もその国内法によって自国の居住者の範囲を自由に決定することができるが、どの者（a person）もまた各国の国内法に定める居住者の要件に合わせてどの国の居住者になるかを自由に選択することができる。したがって第三国の居住者も、全世界規模でどの国の居住者になることが世界的租税負担の最小化のために世界で2000余に及ぶ租税条約ネットワークをより有利に活用できることになる[68]。つまり、個人や法人は、他国に租税条約の特典が得られるようにその国の居住者として外国子会社等を設立することで、租税条約の特典を得ることができる。それにより、租税条約の特典を得ることを目的とする者と通常の業務を目的とする者の場合が、発生する。そのため、トリーティ・ショッピングを防止することは非常に難しい。　又、トリーティ・ショッピングは、前項で述べたように、様々な類型を使い租税条約の特典を得ようとする。当然、特典を得ようとする企業からすれば、法律等により禁止されておらず、合法的な手段で租税条約を利用することは経済活動を行う企業として当然と考える[69]。しかし、租税条約は国際的二重課税の防止又は排除を主たる目的とし、脱税・租税回避の防止や各国の適正課税を実現するための国際協力や納税者の権利の救済をその目的とする二国間条約であって、国際的租税回避の道具に使われるべきものではない[70]。

国際的な防止の努力は、主としてOECDでの論議を通じて行われ、報告書にまとめられている。その要旨は、(1) 租税条約のもつ他の目的がたまたまこれを悪用する者がいるからといいう理由のみで丸ごと締結を封じることはできないこと、(2) OECD加盟国のような高い税の国でさえ特定の租税回避のためにいくらでも利用されること、(3) 従って、個別の租税条約において条約上の特典を第三国居住者には与えないという規定を加える必要があること、である[71]。

第7項　　特典制限条項（LOB 条項）の意義

前項で述べたトリーティ・ショッピング防止規定としてLOB条項が、規定されている条約

---

[68] 本庄資『新日米租税条約　解釈研究』68頁（税務経理協会、2005年）。
[69] 法人は、どの国の法令により設立するか、実質管理支配地又は本店等所在地をどの国とするかは、企業が選択できる。また、・・・企業立地条件を比較検討して親会社の設立地、子会社以下の関連会社の設立地を決定することができる。その場合に、税負担の軽減という観点から租税条約網の利用の可否を重視して関連会社の設立地を選択するものもある。（本庄資『国際的租税回避　基礎研究』353頁（税務経理協会、2002年）。）
[70] 本庄資　前掲注29　237頁。
[71] 本庄資　前掲注20　656頁。

がある。LOB条項は、租税条約の特典を適格な居住者に対して与えるために、一定の要件を定め、その租税条約の特典を与える適格な居住者かどうかを判断する規定である。このLOB条項は、1977年の米国モデル租税条約において初めて規定された。この規定は、1950年代に米・オランダ領アンティール租税条約を利用したトリーティ・ショッピングが流行したことにより、これを制限するために規定された。この時のLOB条項は、「投資又は持株会社条項」として規定されており狭いものであったが、1996年米国モデル租税条約では、公開会社基準、支配・課税ベース浸食基準、能動的事業基準、権限ある当局による認定を導入し、2006年米国モデル租税条約において改訂し、現在に至る[72]。わが国において、LOB条項が、初めて規定されたのは、2004年の日米租税条約の改訂により規定された。その後、英国・オーストラリア・オランダ・スイス・フランス・ニュージーランド・スウェーデンとの租税条約においてLOB条項の規定が導入された。

このLOB条項は、2つに分類される。それは、包括的LOB条項（comprehensive LOB provisions）と制限的LOB条項（restrictive LOB provisions）である。包括的LOB条項は、すべての所得に対して適用され、源泉地国免税、課税の減免を対象とする。制限的LOB条項は、一部の所得に対して適用され、源泉地国免税のみを対象とする。米国では、LOB条項に対して、これが欠如する条約の締結をしないように上院外交関係委員会が厳しくチェックしている[73]。つまり、米国では、LOB条項がない租税条約は、締約しないということである。現在、米国では、米・ポーランド租税条約以外の租税条約に対してLOB条項が規定されている。その米国におけるLOB条項は、すべて包括的LOB条項として規定されている。わが国において、日米租税条約におけるLOB条項は、包括的LOB条項である。しかし、それ以外のLOB条項を規定した租税条約では、制限的LOB条項としている。

包括的LOB条項と制限的LOB条項における規定の違いは、わが国と包括的LOB条項を規定する米国と制限的LOB条項を規定する英国間の租税条約の規定から見る。日米租税条約におけるLOB条項は、「一方の締約国の居住者で他方の締約国において所得を取得するものは、この条約の特典を受けるために別に定める要件を満たし、かつ、次の（a）から（f）までに掲げる者のいずれかに該当する場合に限り、各課税年度において、この条約の特典（この条約の他の条の規定により締約国の居住者に対して認められる特典に限る。以下この条において同じ。）を受ける権利を有する。ただし、この条約の特典を受けることに関し、この条に別段の定めが

[72] 今村隆「租税条約におけるLOB条項の意義と問題点―我が国の視点からみた同条項の考察―」、日本法学　第79巻第2号　日本大学法学研究所　5頁（2013年）参照。
[73] 本庄資　前掲注59　89頁。

ある場合は、この限りでない（第22条1項）。」である。この規定は、所得を限定しておらず、租税条約における特典の源泉地国免税、課税の減免を対象としていることがわかる。日英租税条約におけるLOB条項は、「一方の締約国の居住者であって他方の締約国において第7条、第10条3、第11条3、第12条、第13条又は前条に定める所得、利得又は収益を取得するものは、2に規定する適格者に該当し、かつ、これらの規定により認められる特典を受けるためにこれらの規定に規定する要件を満たす場合に限り、各課税年度又は賦課年度において、これらの規定により認められる特典を受ける権利を有する。ただし、これらの規定により認められる特典を受けることに関し、この条に別段の定めがある場合は、この限りでない（第22条1項）。」である。この規定から、LOB条項が適用される所得を第7条（事業所得）、第10条3（配当）、第11条3（利子）、第12条（使用料）、第13条（譲渡収益）、第21条（明示なき所得）としている。配当、利子に関しては、通常では、軽減税率による規定であるが、一定の要件を満たす場合に源泉地国課税の免除となる規定を表す。それ以外の所得は、すべて源泉地国課税の免除となる規定である。それは、米国を除く英国以外のLOB条項を規定する租税条約においても同じである[74]。

わが国におけるLOB条項は、居住者に対する適格性を、適格者基準、能動的事業活動基準、権限ある当局の認定、派生的受益基準（derivative benefits）、多国籍企業本拠基準により判定される。適格者基準は、租税条約締約国の居住者となる者に対して、租税条約に規定されるLOB条項に規定される者に該当することで、租税条約の特典を与える基準である[75]。能動的事業活動基準は、適格者基準に該当しない場合でも、所得が一定の要件を満たすことで租税条約の特典を受けることができる。一定の要件は、居住者が居住地国内において営業又は事業の活動に従事していること、当該所得が当該営業又は事業の活動に関連又は付随して取得されるものであること及び当該居住者が、租税条約の特典を受けるために別に定める要件を満たすことである。能動的事業活動基準は、これら3つの要件に該当することで、適格者基準に該当しない場合であっても租税条約の特典を与える基準である。権限ある当局の認定は、適格者基準、能動的事業活動基準を満たさない場合であっても、租税条約締約国の権限ある当局が、締約国の法令又は行政上の慣行に従い、当該居住者の設立、取得又は維持及びその業務の遂行が、租

74 租税条約は、締約国同士の交渉により規定が決まるため、国ごとに若干の違いはあるが、制限的LOB条項である一部の所得に適用し、源泉地国課税の免除を対象としている。

75 日米租税条約では、個人、地方政府、地方公共団体、日本銀行、連邦準備銀行、法人（一定の要件を満たすもの）、第4条（居住者）1項（c）に規定する者、年金基金（一定の場合に限る）、個人以外の者（一定の要件を満たすもの）に対して規定される。（日米租税条約第22条1項）

税条約の特典を受けることを主たる目的の一つとしていないことを当局が認定した場合に、その租税条約の特典を与えるものである。派生的受益基準は、LOB条項を規定する一部の租税条約に規定されている。派生的受益基準は、主にEU加盟国との租税条約に規定されている[76]。前項で述べたが、派生的受益基準は、租税条約締約国にとって第三国の居住者であったとしても、第三国と源泉地国との租税条約の特典と同じ特典を受ける場合、一定の要件を満たすことで、第三国の居住者に対して同等受益者として、租税条約の特典を与える基準である。多国籍企業本拠基準は、LOB条項を規定する一部の租税条約に規定されている[77]。その基準は、当該居住者が、適格者に該当しない場合で、LOB条項の対象となる所得に対して一定の要件に該当する場合に、その租税条約の特典を与える基準である。

第３節　非居住者の取扱い

第1項　　居住者等の定義と判定基準

本論文では、次章にて述べる問題提起として、自国の居住者による租税条約相手国の居住者になりすますことによる租税条約の濫用の問題に対して考察を行う。そのため、国内法に定める居住者基準が重要となる。又、「居住者」でなければ条約の特典を享受することができないという意味で、トリーティ・ショッピング防止の観点から「居住者」概念は重要である[78]。そのため、本項では、わが国における居住者基準とトリーティ・ショッピングの議論が進んでいる米国における居住者基準について述べる。

租税条約上の居住者に関する規定は、個人と法人を含む規定となっている。しかし、わが国の国内法の居住者と非居住者の区分は、個人について行われている。法人の場合は、内国法人と外国法人を区分している。つまり、租税条約の居住者は、内国法人も含んでいる。そのため、租税条約における居住者についても述べる。

(1) 租税条約における居住者の定義

租税条約の規定には、前節で述べた租税条約の特典に関する規定がある。その租税条約の特典の適用対象者に関する規定が必要である。多くの国が基準にしているモデル租税条約であるOECDモデル租税条約と国連モデル租税条約において、その適用対象者は、締約国同士の

[76] わが国の租税条約では、フランス、スイス、オランダに規定される。
[77] わが国の租税条約では、スイス、オランダに規定される。
[78] 本庄資・他　前掲注4　243頁。

「居住者」に対して、租税条約の特典を得ることができると規定する[79]。つまり、租税条約の特典は、互いの締約国の居住者に対して与えられる。そのため、居住者基準の規定は、租税条約の適用上、非常に重要である。

この「居住者」（resident）という概念には、個人と法人が含まれ、居住地国で無制限納税義務を負う者とされる。その基準は、条約の「居住者」又は「課税上の住所」を定める条項において定められるがその定義は各国の国内法に定めるところに委ねている[80]。OECDモデル租税条約第4条において、「一方の締約国の居住者」の定義や二重居住者の振分けについて規定される。一方の締約国の居住者の定義は、「当該一方の締約国の法令の下において、住所、居所、事業の管理の場所その他これらに類する基準により当該一方の締約国において課税を受けるべきものとされる者（当該一方の締約国及び締約国の地方政府又は地方公共団体を含む。）をいう。ただし、一方の締約国の居住者には、当該一方の締約国内に源泉のある所得又は当該一方の締約国に存在する財産のみについて当該一方の締約国において租税を課される者を含まない。（OECDモデル租税条約第4条1項）」とされる。つまり、租税条約の特典を与える居住者は、当該国の法令において居住者とされ、当該国で課税される者である。又、これは、当該国を源泉とする所得しかない場合を除く。

居住者の定義を各国の国内法に委ねていることで、各国の居住者基準の違いから二重居住者が生ずることになる。その二重居住者の振分けをOECDモデル租税条約では、個人では、恒久的住居、重要利害関係の中心、常用の住居、国籍により判定し、法人では、実質的管理支配地により[81]二重居住者の振分けを行っている。これらの居住者基準により二重居住者の振分けができなかった場合、権限のある当局の合意により判定される。

租税条約の適用対象者には、第三国の居住者は含まれていない。そのため、第三国の居住者が租税条約を利用することは認められない。しかし、第三国の居住者が当該国の居住者として、租税条約を利用することができる。その場合、前節で述べたトリーティ・ショッピングの問題が生ずる。この問題を述べるにあたり、居住者の概念は重要である。

上述したように、各国の居住者基準の違いから二重居住者となり、その振分け基準が、その当該国との租税条約により規定している。わが国が締約している租税条約においても、当然規定されている。しかし、LOB条項がある租税条約とLOB条項がない租税条約において、居住

[79] OECDモデル租税条約と国連モデル租税条約の第１条に「この条約は、一方又は双方の締約国の居住者である者に適用する。」と規定している。
[80] 本庄資　前掲注6　237頁。
[81] 本庄資　前掲注6　238頁　参照。

者の概念が若干の違いがある。前者及び後者ともに、OECDモデル租税条約、国連モデル租税条約を基準に居住者の定義、二重居住者の振分け基準が定められている。居住者の定義は、各国における居住者基準に依拠して規定されている。又、二重居住者の振分け基準は、若干の違いはあるが、OECDモデル租税条約、国連モデル租税条約による振分け基準に依拠している。そのため、それぞれの租税条約において、居住者の定義、二重居住者の振分け基準が違う。しかし、LOB条項がある租税条約とLOB条項がない租税条約において、居住者の定義、二重居住者の振分け基準以外の違いがある。LOB条項がある租税条約では、居住者の定義、二重居住者の振分け基準に加えて、租税条約における課税の減免といった特典が適用される所得に対して一方の締約国から他方の締約国に送金又は他方の締約国において受領された部分に適用される規定と特定の受益者等に対して特典の適用、不適用について規定されている。例として、それは、日米租税条約第4条5項[82]6項[83]において、規定されている。

これらの規定は、LOB条項のない租税条約において規定されていない。

租税条約における居住者は、個人、法人等を含んでいる。例として、それは、OECDモデル租税条約第3条1項（a）[84]である。しかし、下記で述べるわが国と米国の居住者の判定には、個人と法人を居住者と非居住者に区分しているものと区分していないものがある。

(2) わが国における居住者の判定基準

（1）で述べたように、租税条約の適用対象者は、各国の国内法により居住者となる者である。わが国の国内法において居住者とは、個人の場合、国内に住所を有し、又は1年以上の居所を持っている個人をいう（所法第2条3号）。又、非居住者は、居住者以外の個人をいう（所法第2条5号）。内国法人の場合は、国内に本店・主たる事務所を持つ法人をいう（所法第2条6号）。外国法人は、内国法人以外の法人をいう（所法第2条5号）。居住者には、非居住者以外にも非永住者という範囲がある。非居住者は、居住者以外であるため、国内に住所を持たない、又は1年以上の居所を持たない個人である。非永住者は、「居住者のうち、日本の国籍を有しておらず、かつ過去10年以内において国内に住所又は居所を有していた期間の合計が5年以下である個人をいう。」（所法第2条4号）である。これらから、わが国の居住者基準において重要なのは住所である。東京高判昭和59年9月25日月報31巻4号901頁は、「所得税法上の『住所』とは、個人の生活の本拠、すなわちその者の社会生活上の諸問題を処理する拠点となる地をい

[82] 参考資料（租税条約及びIRC） 1　参照。
[83] 参考資料（租税条約及びIRC） 前掲注82　2　参照。
[84] 参考資料（租税条約及びIRC） 前掲注82　3　参照。

うものであり、船員の場合は、配偶者その他生計を一にする親族が居住し、あるいはその者が勤務外の期間中通常滞在する地が右『住所』に該当する」旨を判示している[85]。居住者と非居住者の課税範囲は、所得税法第7条において、居住者は全世界所得課税であり、非居住者は国内源泉所得のみ課税となる。全世界所得課税は、所得の源泉地が国内外問わず課税される。国内源泉所得は、所得の源泉地が国内による場合のみ課税される。それにより、居住者は無制限納税義務者とし、非居住者を制限納税義務者と呼ばれる。

内国法人の場合は、国内に本店・主たる事務所を持つ法人をいう（所法第2条6号)。外国法人は、内国法人以外の法人をいう（所法第2条7号)。法人に関して、内国法人か外国法人かに関する分類は、設立準拠法主義、所在地基準、経営の中心基準、主たる事業活動基準、支配基準、主たる事務所・本店基準、住所基準、状況基準など[86]の方法があり、各国により異なる。わが国の場合は、国内に本店・主たる事務所を有する法人を内国法人とする。つまり、法人は、主たる事務所・本店基準により内国法人と外国法人を、無制限納税義務者か制限納税義務者に区分している。

(3) 米国における居住者の判定基準

米国では、国籍基準を採用しており米国市民は、米国内外を問わず、全世界所得について米国所得税を課される 。つまり、米国市民は、居住者、非居住者を区分せず、無制限納税義務者として全世界所得に課税される。米国のIRCにより設立された法人に対しても全世界所得に課税される（IRC61条)。米国の市民とは、合衆国で出生又は帰化し、その管轄権に服する一切の者をいう（規則1.1-1（c))。又、米国市民は、世界中のどこにいたとしても保護され、いつでも再入国し、経済システムに参加する権利を有する[87]。市民権が与えられていない者は、米国において外国人として扱われる。その外国人に対しては、居住者と非居住者に区分される。居住者に区分された場合、無制限納税義務者として全世界所得に課税される。非居住者に区分された場合、制限納税義務者として国内源泉所得のみに課される。

租税法上、米国の市民であるかどうかの判定は、難しくない。しかし、居住の判定に関しては、困難である。米国は、居住の判定に関して、個人と法人を分けて判定している。IRC7701条（b）において、個人の場合は、3つの基準による居住の判定を行っている。それは、永住

85 金子宏　前掲注23　462頁。
86 本庄資・他　前掲注78。
87 リチャード・L・ドーンバーグ、川端康之監訳『アメリカ国際租税法』清文社　15頁（清文社、2001年)。

のため合法的に認められる暦年の間の米国の法定定住者[88]（lawful permanent resident）（グリーン・カード基準等)、実質的存在基準、外国人の第1年度の居住者の選択[89]である。IRC7701条（b）では、主に実質的存在基準を中心に規定されている。実質的存在基準は、一定の基準を満たす場合に外国人を居住者として扱う。一定の基準は、個人がその暦年の間に少なくとも31日間、米国に存在していることとその個人が、以下の日数の合計が今年と2つ前の暦年等しい又は183日以上米国に存在していることである[90]。外国人の第1年度の居住者の選択は、当該個人が連続31日間、かつ当該31日の連続した滞在期間の初日から始まる一年間のうち75%以上合衆国に滞在した場合には、外国人が利用可能な居住に関する第一年度の特別選択を行うことができる[91]規定である（IRC7701条（b）（4）[92]）。

法人の場合、米国のIRCにより設立された法人の居所の判定は、上記で述べた設立準拠法主義により判定される。そのため、米国のIRCにより設立されているため居住の判定は、容易である。しかし、その実体が法人かどうかの判定に関して、米国において、法人又はその他の事業体は、州法により設立されるため、州ごとに法人要件等が違う。又は、米国の租税法上の法人概念として、IRCによって出資者から独立した存在として扱われる法人を社団、株式会社、保険会社を含むものと定義される[93]。又、米国では、「チェック・ザ・ボックス[94]」の規定により、その実体を分類している。当然法人以外の事業体はその選択により課税上「法人」又は「パートナーシップ」として扱われることとし、この選択をしない場合にはパートナーシップとして扱われる[95]。

（4）居住者の判定基準における諸問題

国際課税において各国の採用する課税原則は、その人的管轄権に基づく全世界所得課税原則とその属地管轄権に基づく領土主義課税（国外所得非課税・国内所得のみ課税）原則に大別される[96]。それらは、前者を属人主義、後者を属地主義という。これについて、本庄資教授は

---

88 参考資料（租税条約及びIRC）前掲注82　２０　参照。
89 参考資料（租税条約及びIRC）前掲注82　１７　参照。
90 参考資料（租税条約及びIRC）前掲注82　１８　参照。
91 リチャード・L・ドーンバーグ　前掲注87　17頁。
92 参考資料（租税条約及びIRC）前掲注82　１９　参照。
93 長谷部啓「外国事業体と国際課税を巡る問題―各国租税法上の法人概念の相違に起因する諸問題を中心として―」、税務大学校論叢（59）154頁（2008年）参照。
94 チェック・ザ・ボックスの規定は、株式会社のように自動的に法人課税の対象となる事業体を個別に列挙し、それ以外の事業体については、法人課税又は構成員課税のいずれかを納税者が選択できる規定である。
（長谷部啓　前掲注93 155頁。）
95 本庄資・他　前掲注4　81頁。
96 本庄資編著『国際課税の理論と実務　73の重要課題』、本庄資「居住者概念」財団法人　大蔵財務協会　161頁（財団法人　大蔵財務協会、2011年）。

「課税管轄権における属人主義のあり方としては、国籍基準で、所得の源泉地を問わず、すべての国民（または市民）に対し全世界所得に課税権を及ぼすいわゆる「市民課税」が本来の属人主義による課税といえるが、実際は、多くの国は、属地主義により自国の領域内に住所または居所等を有する人を「居住者」とし、自国の居住者の全世界所得（所得の源泉地を問わず）に課税権を及ぼす「居住者課税」を行っている。国家が国籍を有しないが領域内に居住する「居住者」（いわゆる居住外国人）に領域内で発生した所得のみならず領域外で発生した所得に対して課税権（所得に着眼すると域外適用の問題がある）を及ぼすことが正当化されるかという議論の余地がある[97]。」と述べられている。本来の属人主義は、国籍により自国の国民であるかを判断し、すべての国民に対して全世界所得に課税される。しかし、大半の国では、属地主義で言われる自国において住所又は居所等を有する人を居住者として、自国の居住者に対して全世界所得に課税している。つまり、国内源泉所得のみを課税する属地主義とすべての国民に対して全世界所得課税により課税する属人主義が合わさっている。それにより国籍のない自国の居住者の課税権は全世界所得課税か国内源泉所得のみかという問題がある。又、居住者の判定基準が各国において様々である。そのため、一の者が、二重居住者になる場合がある。OECDモデル租税条約のコメンタリーでは、「ある個人がその恒久的住所をA国に有し、同所ではその妻子が生活しているとする。彼はB国に6箇月を超えて滞在し、B国の立法に従い、滞在期間の経過により、当該B国の居住者として租税を課される。そこで、両国が、彼は無制限納税義務を有すると主張する[98]。」と例示している。この二重居住者の問題に関連して二重課税の問題がある。この問題については、租税条約により二重居住者の振分けに関する規定がある。OECDモデル租税条約第4条2項において、4つの振分け基準が規定されている。それは以下の通りである。

① 当該個人は、その使用する恒久的住居が存在する締約国の居住者とみなす。その使用する恒久的住居を双方の締約国内に有する場合には、当該個人は、その人的及び経済的関係がより密接な締約国（重要な利害関係の中心がある締約国）の居住者とみなす。
② その重要な利害関係の中心がある締約国を決定することができない場合又はその使用する恒久的住居をいずれの締約国にも有しない場合には、当該個人は、その有する常用の住居が所在する締約国の居住者とみなす。

[97] 本庄資　前掲注96　161、162頁。
[98] 川端康之　前掲注28　80頁　pr6。

③　その常用の住居を双方の締約国内に有する場合又はこれをいずれの締約国にも有しない場合には、当該個人は、当該個人が国民である締約国の居住者とみなす。

④　当該個人が双方の締約国の国民である場合又はいずれの締約国の国民でもない場合には、両締約国の権限のある当局は、合意により当該事案を解決する。

（川端康之監訳『OECDモデル租税条約　2010年版　簡略版』（社団法人日本租税研究協会、2011年）24頁）

①から③までの規定は、恒久的住居、重要な利害関係の中心、常用の住居、次いで国籍を掲げている[99]。④の規定は、二重国籍、無国籍等の場合に関する規定である。二重国籍、無国籍等の場合に関する規定は、権限ある当局の合意により判定する。しかし、二重居住者の問題の他にも、この④の規定による問題がある。④の規定は、二重国籍、無国籍によりどちらの居住者とするのかの判断を権限ある当局により判断されるが、両締約国の権限ある当局のうち、どちらの当局で判断されるのか、一方の締約国の権限ある当局の判断を他方の締約国の権限ある当局が受け入れるのか、又、多国間租税条約の場合による多重国籍の場合の判断をどうするのか。これらの問題があるのではないだろうか。

本論文では、自国の居住者による租税条約の濫用を見るため、二重居住者による二重課税の問題、二重国籍、多重国籍、無国籍に関する問題は、本論文の主旨からはずれるため扱わない。

第2項　　わが国と米国の非居住者に対する租税制度

前項で述べた自国の居住者が、租税条約締約国において居住者として法人を設立することにより、租税条約の特典を得る行為を行った場合、租税法においてどのような取扱いが行われるのか。この行為は、租税条約の特典を得ることができる当該締約国の居住者と相手締約国の居住者との取引である。つまり、この行為が、一方の締約国における居住者とその締約国側から見た非居住者との取引である。本項では、わが国の、非居住者に対してどのように課税が行われているのかを見る。又、本論文では、トリーティ・ショッピングの議論が進んでいる米国に焦点を当てるため米国の、非居住者に対してどのように課税が行われているのかを見る。

[99] 本庄資　前掲注96　165頁。

(1)　非居住者又は外国法人に対する租税～わが国の場合～

わが国における課税は、個人の場合、居住者と非居住者に分類して課税される。法人の場合は、内国法人と外国法人に分類して課税される。非居住者と外国法人は、一定の規定による国内源泉所得に対して課税される（所法第164条、法法第141条）。

１　非居住者に対する課税

非居住者については、所得税法第164条に規定された区分に従い総合課税[100]又は分離課税[101]される。その総合課税される非居住者は以下の通りである[102]。

① 国内に支店、工場その他事業を行う一定の場所（1号PE[103]）を有する非居住者

② 国内において建設、据付け、組立てその他の作業又はその作業の指揮監督の役務の提供（「建設作業等」という。）（2号PE[104]）を1年を超えて行う非居住者（①に該当する者を除く。）

③ 国内に自己のために契約を締結する権限のある者その他これに準ずる者で政令に定めるもの（「代理人等」という。）（3号PE[105]）を置く非居住者（①に該当する者を除く。）

④ 恒久的施設を有しない非居住者（①から③までに掲げる非居住者以外の非居住者）

①の非居住者に対しては、すべての国内源泉所得に総合課税される。②の非居住者に対しては、所得税法第161条1号から3号までの国内源泉所得、4号から12号までの国内源泉所得のうち非居住者が国内において行う建設作業等に係る事業に帰せられるものに総合課税される。③

---

100 他の所得と合計して累進税率を適用する課税（岡村忠生『法人税法講義　第2版』5頁（成文堂、2006年）。

101 特定の種類の所得を他の種類の所得と合算せず、分離して課税（金子宏　前掲注23 182頁。）

102 本庄資・他　前掲注4　96、97頁から示す。

103 ①支店、出張所その他の事業所若しくは事務所、工場又は倉庫（倉庫業者がその事業の用に供するものに限る。）、②鉱山、採石場その他の天然資源を採取する場所、③その他事業を行う一定の場所で①、②に掲げる場所に準ずるもの（所得税法施行令第289条1項、法人税法施行令第185条1項）。

104 建設、据付け、組立てその他の作業又はその作業の指揮監督の役務の提供（建設作業等）で1年超えるもの（所得税法第164条1項2号、法人税法第141条2号）。

105 ①非居住者、外国法人のために、その事業に関し契約を締結する権限を有し、かつこれを常習的に行使する者、②非居住者、外国法人のために、顧客の通常の要求に応ずる程度の数量の資産を保管し、かつ、当該資産を顧客の要求に応じて引き渡す者、③専ら又は主として一の非居住者等のために、常習的に、その事業に関し契約を締結するための注文の取得、協議その他の行為のうちの重要な部分をする者（所得税法施行令第290条、法人税法施行令186条）。

の非居住者に対しては、所得税法第161条1号から3号までの国内源泉所得、4号から12号までの国内源泉所得のうち非居住者が国内においてその代理人等を通じて行う事業に帰せられるものに総合課税される。④の非居住者に対しては、所得税法第161条1号及び1号の3の国内源泉所得のうち国内にある資産の運用若しくは保有又は国内にある不動産の譲渡により生ずるもの並びに2号及び3号の国内源泉所得に総合課税される[106]。分離課税される非居住者は以下の通りである[107]。

① 上記②建設作業等を1年を超えて行う非居住者又は上記③代理人等を置く非居住者
② 上記④恒久的施設を有しない非居住者

①の非居住者に対しては、所得税法第161条4号から12号までに掲げる国内源泉所得のうち建設作業等に係る事業又は代理人等を通じて行う事業に帰せられるもの以外のものに分離課税される。②の非居住者に対しては、所得税法第161条4号から12号までに掲げる国内源泉所得に対して分離課税される[108]。

上記の非居住者の課税対象である国内源泉所得は、14の所得[109]に分類されている。それぞれの所得に合わせて、その14の所得ごとに総合課税と分離課税に分けている。

２　外国法人に対する課税

外国法人については、法人税法第141条に規定された区分に従い課税される。その課税される外国法人は以下の通りである。

① 国内に支店、工場その他事業を行う一定の場所（1号PE）を有する外国法人
② 国内において建設、据付け、組立てその他の作業又はその作業の指揮監督の役務の提供（建設作業等）（2号PE）を1年を超えて行う外国法人
③ 国内に自己のために契約を締結する権限のある者その他これに準ずるもので政令で定めるもの（代理人等）（3号PE）を置く外国法人

106 本庄資・他　前掲注4　96、97頁　参照。
107 本庄資・他　前掲注4　97頁から示す。
108 本庄資・他　前掲注4　97頁　参照。
109 ①事業所得、資産所得、その他の国内源泉所得②民法組合等の外国組合員が受ける利益の配分③土地等の譲渡対価④人的役務の提供事業の対価⑤不動産賃貸料等⑥利子等⑦配当等⑧貸付金利子⑨使用料等⑩給与、退職手当等⑪事業の広告宣伝⑫生命保険等⑬定期積金等⑭匿名組合等の利益の分配（所得税法第161条）。

④　①から③に掲げる外国法人以外の外国法人

（法法第141条1号～4号）

①の外国法人に対しては、すべての国内源泉所得[110]に課税される。②の外国法人に対しては、法人税法第138条1号から3号までに掲げる国内源泉所得、4号から11号までに掲げる国内源泉所得で外国法人が国内において行う建設作業等に係る事業に帰せられるものに課税される。③の外国法人に対しては、法人税法第138条1号から3号までに掲げる国内源泉所得、4号から11号までに掲げる国内源泉所得で外国法人が国内においてその代理人等を通じて行う事業に帰せられるものに課税される。④の外国法人に対しては、法人税法第138条1号に掲げる国内源泉所得のうち国内にある資産の運用若しくは保有又は国内にある不動産の譲渡により生ずるもの、2号及び3号に掲げる国内源泉所得に対して課税される。

(2)　非居住者又は外国法人に対する租税～米国の場合～

米国において、非居住者、外国法人（以下、非居住者等）の課税区分は、2つに分類する。米国は、米国内で営業又は事業を行う非居住者に対して実質的に関連した純所得に対して課税される。この所得に対して米国では、米国の居住者と同じ方法で課税される[111]。以下に営業又は事業とその営業又は実質的に関連した所得について述べる。

1　営業又は事業

何が営業又は事業にあたるかの指針は殆ど見あたらない[112]。受動的な投資活動は営業又は事業の水準に達するものではない[113]。そのため、非居住者等に対する課税は、IRC871（a）（1）（A）[114]に規定される利子等を米国源泉より非居住者である個人から受け取る場合については課税されないと規定されるIRC871（h）[115]を除き、課税期間ごとに米国源泉の所得に対して30%の税率が課される[116]。つまり、米国において、非居住者等は、国外源泉所得に対し

110 ①事業所得、資産所得、その他の国内源泉所得②人的役務の提供事業の対価③不動産賃貸料等④利子等⑤配当等⑥貸付金利子⑦使用料等⑧事業の広告宣伝⑨生命保険等⑩定期積み金等⑪匿名組合等の利益の分配（法人税法第138条）
111 前掲注82　１４，１６　参照。
112 リチャード・L・ドーンバーグ　前掲注87　25頁。　IRC864(b)参照。
113 リチャード・L・ドーンバーグ　前掲注112。
114 参考資料（租税条約及びIRC）前掲注82　１３　参照。
115 参考資料（租税条約及びIRC）前掲注82　１５　参照。
116 参考資料（租税条約及びIRC）前掲注82　１２　参照。

ては課税されないが、国内源泉所得に対しては、通常の30%の税率で課税される。又、米国の居住者から支払われる利子等を米国における非居住者等が受け取った場合、通常の30%の税率又は免税又は減税で源泉徴収課税される。非居住者等が、米国に居住するブローカー（resident broker)、委任代理人（commission agent)、管理人（custodian)、他の独立代理人（other independent agent）により、株又は証券（stocks or securities)、商品（commodities）を取引する場合、米国では、これを営業又は事業として国内源泉所得として取扱う場合がある[117]。その非居住者等が、米国内にある事務所等により株又は証券、商品を取引する場合には、営業又は事業として国内源泉所得として取り扱う[118]。又、非居住者が、米国内で行われる棚卸資産の販売も米国内で行われる営業又は事業として国内源泉所得として取り扱う[119]。非居住者等が米国内で人的役務の提供を行った場合、一定の要件に該当しなかった場合、営業又は事業として国内源泉所得として取り扱う場合がある。一定の要件とは、①非居住者等が一時的に米国にいる間に人的役務の提供が行われ、②その米国にいる期間が米国の課税期間内のうち90日以下であり、③その人的役務の提供による報酬は3000ドルを超えず、④その非居住者が米国内で取引又は事業を従事していない場合において、営業又は事業として国内源泉所得として取り扱わない[120]。

２　実質的に関連した所得

非居住者等が、営業又は事業を米国内で行う場合、実質的に関連した所得に対して、米国の居住者と同じ方法で課税される。一般に、外国法人が米国内で営業または事業に従事する場合、すべての米国源泉所得は、米国事業と実質的に関連するものとして取り扱われ、内国法人と同じ税率で課税される[121]。これは、非居住者についても同じである。非居住者等は、米国内で行った営業又は事業で実質的に関連した所得である米国内源泉所得に対して課税され、米国外源泉所得は課税されない。しかし、米国外源泉所得の内、米国内で行った営業又は事業で実質的に関連した所得である米国内源泉所得として取り扱われる場合がある[122]。外国に所在する無形資産のリースもしくはライセンスの積極的な遂行または当該無形資産の持分から受け取る賃貸料及び使用料（これには、外国に所在する無形資産の使用、もしくは使用の権利に係る賃

117 米国内の居住者も該当する。
118 参考資料（租税条約及びIRC）前掲注82　４～６　参照。
119 リチャード・L・ドーンバーグ　前掲注87　26頁　参照。
120 参考資料（租税条約及びIRC）前掲注82　７～９　参照。
121 本庄資『アメリカ法人税法講義』672頁（税務経理協会、2006年)。
122 参考資料（租税条約及びIRC）前掲注82　１０　参照。

貸料および使用料、ならびに当該資産の売却からの収益または損失が含まれる。)、米国内の銀行業、金融業または類似の事業の積極的な遂行から生ずる配当、利子または株式、債券もしくは債務証書の売却または交換からの収益または損失、米国で事業を行う外国生命保険会社および損害保険会社の米国事業に帰属すべき所得、それら以外の所得または収益に相当する所得[123]（IRC(c)(4)(B)[124]）の場合である。しかし、外国所得が納税者が議決権の50%超を所有する外国法人が支払う配当、利子もしくは使用料である場合またはそれがサブパートF所得である場合、当該外国所得は、米国内の営業または事業の積極的な遂行と実質的に関連するものとみなされない[125]。

上述した非居住者等の米国外源泉所得が米国内源泉所得として扱われる場合において、これを実質的に関連したものとして取り扱うためには、米国内に当該所得の帰属すべき事務所または事業を行う一定の場所（恒久的施設）を有する必要[126]がある。非居住者等の代理人等の事務所または事業を行う一定の場所は、当該代理人が外国法人の名で交渉し、契約を締結する権限を有する。これを常習的に行使する場合、当該代理人が、外国法人のために常習的に注文に応ずる商品の在庫を有する場合、又、当該代理人が営業もしくは事業の通常の過程で活動する独立代理人（an independent agent）である場合を除き、米国事務所（U.S. office）とみなされない。外国法人が米国事務所を有する場合であっても、米国事務所が外国所得の稼得のために重要な要素でなかったこと、当該所得が米国事業の通常の活動から生じなかったこと、当該所得が米国事業の活動に適正に配分されなかった場合、外国源泉所得は、米国事務所に帰属するものではない[127]。

上記から米国における非居住者等に対する課税は、米国外源泉所得に対しては課税されず（一定の場合、米国内源泉所得として取り扱う。)、米国内源泉所得に対して、米国の市民又は居住者と同じ方法で課税される。この米国内源泉所得は、米国内で営業又は事業を行い、実質的に関連した所得である。又、米国における非居住者等に対する課税は、米国外源泉所得を米国内で営業又は事業として取り扱う場合がある。ブローカー等による取引、株等の取引、棚卸資産の販売、一定の要件に該当しなかった人的役務の提供の場合等に関して、米国において営業又は事業として取り扱う。又、米国外源泉所得が米国内源泉所得として取り扱う場合、米国内に当該所得の帰属すべき事務所又は事業を行う一定の場所を有する必要がある。

---

123 本庄資　前掲注121　672、673頁。
124 参考資料（租税条約及びIRC）前掲注82　１１　参照。
125 本庄資　前掲注121　673頁。
126 本庄資　前掲注125。
127 本庄資　前掲注121　673頁　参照。

第3項　　わが国と米国の相違～

わが国における非居住者等に対する課税は、PEを有する非居住者等に対して、それぞれに分類されたPEに、所得税法、法人税法に規定する国内源泉所得に対して課税される。つまり、わが国において、非居住者がPEを有していなければ課税されない。国際課税関係においては、「PEなければ課税無し。」という原則がある。この原則は、要するに恒久的施設がない場合には原則として事業所得について課税しないというもので、国際間における確立したルールとなっている[128]。

米国における非居住者等に対する課税は、非居住者等の米国源泉所得に対して米国の居住者等と同じ方法で、通常の30%の税率で課税される。その米国内源泉所得は、営業又は事業に実質的に関連した所得である。米国外源泉所得が米国内源泉所得として扱われるためには、PEを有していることを必要としている。

非居住者等に対する課税は、わが国と米国も非居住者等を制限納税義務者として国内源泉所得のみに課税される。しかし、わが国の規定では、その非居住者等がPEを有していなければ課税することができない。米国では、PEの概念は用いられていない[129]。PEの概念を利用する場合は、米国外源泉所得を米国内源泉所得として取り扱う場合に用いられる。つまり、わが国では、PEを有していなければ課税されることはない。しかし、米国では、PEの有無を問わず、営業又は事業に実質的に関連した所得であった場合に課税される。

本章では、租税回避、租税条約の特典と濫用、トリーティ・ショッピング、LOB条項、居住者の定義と判定基準、わが国と米国の非居住者に対する租税制度について述べた。次章では、実際に起きた租税条約を利用した租税回避事例を述べる。又、OECDでは、2013年2月12日に出された報告書においてBEPSにおいて国際的二重非課税について述べられた。それにより、次章はでは、OECDにおける、その国際的二重非課税となる方法を述べ、本論文における問題提起を行う。

第２章　租税条約を利用した租税回避事例

第1章では、租税条約、租税条約の特典と濫用、居住者等に関することについて述べた。本章では、租税条約の濫用として扱われた事例を述べる。

わが国において、国際的に起こっている課税問題は、経済産業省の「新興国における課税問

128 永峰潤『非居住者・非永住者課税』24頁（税務経理協会、2000年）。
129 米国のIRC上、PEの概念を用いられていないが、租税条約においてPEの概念を用いている。

題の事例と対策」においていくつか述べられている。例えば、インドに子会社を持つわが国の企業が、親会社の取次業務を担っているにすぎず、リスクを負っていないとしてPE認定された。又、課税問題は、資本関係のないインドの法人と契約を締結し、インド内の販売を行っていた。しかし、この資本関係のないインドの法人が、わが国の企業の契約獲得に貢献しているとして、わが国の企業のPEとして認定された。これらは、PEとして認定されたことにより、PEに帰属している所得として現地の課税対象となる[130]。こういった課税紛争による事例がある。しかし、本章では、条約を利用した租税回避の事例について述べるため、上述した課税紛争による事例については述べない。又、本章では、租税条約を締約する上で必ずトリーティ・ショッピング防止規定を定めることを方針とする米国[131]における事例とわが国において実際に起こった事例について述べる。さらには、2013年2月12日に出されたOECDの報告書「Addressing Base Erosion and Profit Shifting」において二重非課税となる方法を述べる。又、本論文では、BEPSに関する議論、事例の評釈を目的としていないため、方法、事例の類型のみ述べる。これらのことを述べた上で、本章では、本論文の問題提起を行う。

第１節　実際に起こった事例

第1項　　米国におけるオランダ領アンティールとの租税条約を利用した事例

租税条約の濫用が、問題となったのは、1950年代のスイスの低税率とスイスが締結していた租税条約の特典により税負担の減少を第三国の居住者が利用したことがはじまりである。米国では、1986年の米国税制改正以前まで、オランダ領アンティールとの租税条約を利用した租税条約の濫用としてトリーティ・ショッピングが横行していた。オランダ領アンティールとの租税条約を利用した事例について、米国の企業が、戦後の資金旺盛によるユーロダラーを導入しようとする際に課される利子に対する源泉課税を回避するためにオランダ領アンティールの中間金融会社を利用したものである。類型として、米国の企業Xが、外国投資家に対して資金調達のために又ユーロダラーを導入するために社債を発行する場合、直接外国投資家に対して社債を発行し、外国投資家に対して利子を支払うと、米国において30%源泉徴収課税される。この源泉徴収課税を回避するためには、オランダ領アンティールに金融子会

130 経済産業省『新興国における課税問題の事例と対策』8頁（2013年）。
131 上院外交関係委員会の審議において、「委員会は米国はいつでもできるかぎりトリーティ・ショッピングの機会を抑制する政策を堅持すべきだと信じ、財務省が条約の適用を調整できる許容範囲を駆使してトリーティ・ショッピングによる濫用を十分抑制するようにルールを適用すべきであると信じている」との明瞭な方針でこの課題に取り組んでいる。
（本庄資　前掲注20　685頁。）

社Yを設立することで回避する。アンティールにおいて設立された金融子会社Yは、アンティールの税制上、利潤税の税率は2.4～3%が課される。一般法人では、利潤税の税率は27～34%である。このアンティール金融子会社Yが外国投資家に社債を発行し、資金調達を行う。その金融子会社Yから外国投資家に支払う利子において、アンティールにおける源泉徴収は免税となる。さらには、その金融子会社Yからの貸付金という形式で米国企業Xに資金を送る。米国企業Xは金融子会社Yに対して貸付金による利子を支払う。この利子において、米・アンティール租税条約の規定により米国における源泉徴収は免税となる。アンティールでは、受取利子から支払利子の差額を留保することができる[132]。つまり、源泉地における課税の免除、利子受領者の居住する締約国での実行税率減免の享受、最終受益者に利子受益者から支払われる場合の源泉徴収の減免[133]が達成される。この事例は、トリーティ・ショッピングにおける飛び石方式による事例である。

第2項　　わが国におけるオランダとの租税条約を利用した事例

わが国において、日蘭租税条約を利用した事例がある。A国の法人aが、オランダに法人bを設立する。又、その法人bがわが国の法人cと匿名組合契約を結ぶ。法人aが、法人bに出資を行う。さらには、法人bから法人cに匿名組合契約による出資を行う。それにより、法人bが、匿名組合員、法人cを営業者とする。法人cは、その出資から利益を獲得し、その利益を匿名組合契約により法人bに対して分配する。又、法人bは法人aからの出資による配当を法人aに送る。法人cから法人bに対する利益の分配を日蘭租税条約の明示なき所得の規定により源泉地国課税が放棄されるので、わが国において課税されない。又、オランダでは、投資促進のため海外からの配当所得を非課税としている。それにより、法人bは、オランダにおいて課税されない[134]。この事例は、二重非課税とA国の法人aによるトリーティ・ショッピングなどの問題がある。当時は、匿名組合員が10名以下の場合は源泉徴収されることはなかったが、現在では、わが国おいて源泉徴収課税することができるため、この事例に対しては対策が講じられたと言える[135]。

---

132 この事例において参照したのは、矢内一好「米国租税条約の研究―租税条約と国内法の関連―」、税務大学校論叢（19）（1989年）、青山慶二「トリーティショッピングの歴史の再検討と最近の課題について」、ファイナンシャル・レビュー　84号（2006年）である。

133 青山慶二「トリーティショッピングの歴史の再検討と最近の課題について」、ファイナンシャル・レビュー　84号　120頁（2006年）参照。

134 この事例に関して、わが国において「日本ガイダント事件」と呼ばれる事例がある。

135 関口博久　前掲注54　129頁　参照。

第２節　OECD における二重非課税の方法

今日、OECDでは、2013年2月12日に出された報告書「Addressing Base Erosion and Profit Shifting」からBEPSに関する議論が盛んに行われている。その議論では、国際的二重非課税について述べられている。

その報告書においては、各国の国内法の齟齬を利用することによって二重課税を引き起こす。しかし、同様に二重非課税が生ずる可能性があると述べられている。又、その報告書は、投資交流の促進、二重課税の防止、課税権の配分といった調整を行うことに用いる租税条約から源泉地国及び居住地国で減税等又は非課税という形式から特典を得ている可能性があるとしている。

そのOECDの報告書では、低課税又は非課税を達成する方法を5つ示している。第1には、外国会社の低課税の支店である。会社は、表面上高い課税の管轄権に設立することができる。しかし、会社は、低課税制度を受ける外国支店を通してローン（licences or services）を提供することによって受けた所得に対して低い実効税率を達成することができる。一般に本社が設立される国で、その国内法上又は二重租税条約上で本社は、外国支店の免除制度を操作する。このことは、支店における低課税は数々の方法で達成することができる。①支店のある国が所得に対して低税率又はゼロ税率を課する。②本社のある国とは異なり、支店のある国は、外国会社の課税プレゼンスをつくることのような十分に重要ではないとして、その中で経済活動を見る。③本社のある国とは異なり、支店のある国が、支店の資本にみなし利子控除を与える[136]。第2には、ハイブリッド・エンティティである。高課税国で、ただ機能する金融（若しくは、IP）会社の段階での低課税は、ハイブリッド・エンティティ―を用いることにより達成することができる。ハイブリッド・エンティティ―は、ある国で課税対象者として取り扱う。しかし、他の国では「透明である」として取り扱う（すなわち、他の国でエンティティ―の利益又は損失がメンバーの段階で、課税又は控除される。）。例えば、B国で設

[136] OECD ”Addressing Base Erosion and Profit Shifting” 40頁（2013年）、「A company can be set up in what is ostensibly a hign tax jurisdiction , but can achieve a low effective tax rate on the income received by providing loans (licences or services) through a foreign branch that is subject to a low-tax regime. In genera-l, this requires that the country in which the “ head office “ is set up operates an exemption system for foreign branches , either under domestic law or under double tax treaties. The low-tax in the branch can be achieved in different ways：(ⅰ) the country of the branch levies a low or zero tax rate on the income ;(ⅱ) unlike the country of the head office , the country of the branch regards the activities carried on there in as not being sufficiently significant to create a taxable presence of the foreign company ;(ⅲ) unlike the country of the head office , the country of the branch gives a deduction for deemed interest on the branch’s capital .」

立されたエンティティーが、A国のその親会社からローンを受けたと仮定する。B国のエンティティーは、A国で透明であるように取り扱われる。しかし、B国では、透明でないように取り扱われる。この取扱いのミスマッチが、A国（しかし、その国が受領者の段階の所得はないものとみなす。）で課税されない支払で、B国で控除を要求することをグループで認められる。エンティティーの取扱いが、2つの国で逆であるとしたら、この状況で、二重課税が起こることになることを考慮に入れなければならない[137]。第3には、ハイブリッド金融商品と他の金融取引である。類似した結果は、ハイブリッド商品を用いることにより達成することができる。これは、通常、負債に関連がある特徴を示す。しかし、同様に、通常、資産に関連がある特徴を示す。A国の会社が、B国の会社により発行された金融商品を購入すると仮定する。A国の税法上、商品は、資産として取り扱われる。ところが、B国の課税目的で商品は、負債商品として取り扱われる。その商品の下での支払は、B国の税法上、会社のための控除可能な利子費用と考える。しかし、それに相当する受領額が、A国の課税目的により配当として取り扱われる。したがって、その中では免除となる。キャプティブ保険又はデリバティブを含んでいる他の金融取引において、ある国で控除可能な支払が、他の国で控除されないことで類似した結果を起こることとなる[138]。第4には、導管会社である。所得を生ずる資産（すなわち、ファンド又はIP）の所有者が、低課税管轄にある。その事実は、所得を、他の国から生ずるケースのほとんどにおいて、源泉地国の課税権が、いくつかの租税条約により制限さ

[137] OECD　前掲注136「Low taxation at the level of a finance (or IP) company that operates purely in hign-tax countries can be achieved through the use of hybrid entities .A hybrid entity is an entity that is treated as a taxable person in o-ne country but as " transparent " in another country (I,e, in the other country the profits or losses of the entity are taxed deducted at the level of the member) .For example , assume that an entity organized in Country B receives a loan from its parent company in Country A .The entity in Country B is treated as non-transparent in Country B while it is treated as transparent in Country A .This mismatch in treatment allows the group to claim a deduction in Country B for a payment that is not taxed in Country A (because that country sees no income at the level of the recipient) .It should be kept in mind that double taxation-n could occur in this situation if the treatment of the entity had been inversed in the two countries .」

[138] OECD　前掲注136　40、41頁「Similar results can be achieved through the use of hybrid instruments .This are financial instruments that present features typically connected with debt but also features typically connected with equity . Assume that a company in Country A buys financial instruments issued by a company in Country B .Under Country A's tax laws , the instrument is treated as equity , whereas for Country B's tax purposes the instrument is regarded as a debt instrument .Payments under the instrument are considered to be deductible interest expenses for the company under Country B tax law while the corresponding receipts are treated as dividends for Country A tax purposes and therefore exempt therein .Other financial transactions including those involving captive insurance or derivatives can give rise to similar outcomes of payments being deductible in one country , but not being taxed in another country .」

れていないということを意味する。又、源泉地国との条約を有する国の間に導管会社を置くことは、納税者に条約の特典を要求することを認めるだろう。この課税の減免となる。さらに、もし、導管会社のある国が、その国内法上、特定のアウトバウンドの支払に対する源泉徴収において適用されない、又はその国で源泉地の源泉徴収税の控除を規定し、所得が生ずる資産の所有者のいる国と条約を有している。そのため、所得は、源泉地のすべての課税なしで所得が生ずる資産の所有者に送金することができる。所得が低課税管轄で所得が生ずる資産の所有者への支払に対応する控除によって相殺されるため、導管会社のある国でファンド又はIPからの所得の課税は生じない[139]。第5には、デリバティブである。特定のデリバティブ商品は、国境を超える支払についての源泉徴収税の縮小又は排除するために使用するかもしれない。例えば、フォワード又は金利スワップのように、デリバティブ契約の手数料は、経済的に利子の支払に代わる。それで、関連した国内法は、これらの支払を源泉地の課税の対象としないこと又は二重租税条約が源泉地で所得に課税することを妨げる。そのため、源泉地における源泉徴収税を回避されるであろう[140]。第1から第3に関しては、資金調達において、低課税又は非課税を達成するための方法である。又、第4から第5に関しては、源泉地国における課税において適切な租税条約の特典を要求する。又、デリバティブ支払のような特定の所得が、源泉地において課税されないときに、間に中間エンティティーを通すことで課税の減免を達成する方法である。

[139] OECD　前掲注136　41頁「The fact that the owner of the income-producing asset（ I,e funds or IP ）is located in a low-tax jurisdiction means that in most cases where income is derived from other countries the taxing rights of the source State will not be limited by any double tax treaty .The interposition of a conduit company located in a State that has a treaty with the source State may allow the taxpayer to claim the benefits of the treaty , thus reducing or eliminating tax at source .Further , if the State of the conduit company applies no withholding tax on certain outbound payments under its domestic law or has itself a treaty with the State of the owner of the income-producing asset that provides for the elimination of withholding tax at source , the income can be repatriated to the owner of the income -producing asset without any tax at source .Taxation of the income from the funds or IP in the State of the conduit company does not take place , since the income will be offset by a corresponding deduction for the payments to the owner of the income-producing asset in the low-tax jurisdiction .」

[140] OECD　前掲注139「Certain derivative instruments may be used to reduce or eliminate withholding taxes on cross-border payments .For example , fees for derivative contracts , such as forwards or interest rate swaps , may economically replace interest payments and thus avoid withholding tax at source , either because the relevant domestic law does not subject these payments to tax at source or because the relevant double tax treaty may prevent the country from taxing the income at source .」

第３節　問題提起

前章では、租税回避、租税条約について、居住者について、前節において、実際に起こった租税回避事例とOECDにおける二重非課税の方法について述べた。本節では、上記を踏まえ、本論文の主旨である自国の居住者等における二重非課税についての租税条約の濫用に沿って、本論文の問題提起をする。

租税条約は、締約国同士の投資交流の促進、国際的二重課税、租税回避等を防止するために各国が交渉を行い、締約される条約である。その租税条約の適用対象者は、各国の国内法により居住者となるために者に適用される。又、租税条約には、投資交流の促進から多くの特典が含んでいる。その特典は、課税の減免などの特典である。こういった特典は、第三国の居住者にも非常に魅力的である。当然、租税条約は締約国同士の居住者に対して特典を与えるものであり、第三国の居住者に特典を与えるものではない。そのため、第三国の居住者が、当該租税条約を利用しようとして、締約国の居住者になりすますことによる租税条約の濫用が起こる。しかし、これらの特典の魅力は、第三国の居住者に限らない。前章で述べたトリーティ・ショッピングの3つの問題点の1つとしては、自国の居住者による租税条約の濫用である。自国の居住者にとってもこれらの特典は魅力である。自国の居住者であるならば、租税条約の適用を受けることになったとしても問題はない。しかし、租税条約の居住者である企業が、税負担を軽減できる租税条約の特典を利用しないことを考えるだろうか。筆者は、自国の居住者による租税条約の濫用が起こりえるのではないか、という問題意識を持ち、本論文の問題の所在とする。

自国の居住者等による租税条約の利用は、租税条約の適用対象者であるため、問題はない。しかし、その自国の居住者等が、租税条約締約相手国の居住者として外国子会社を設立することで、租税条約の濫用が起こりえる可能性がある。それは、租税条約締約相手国の居住者となる設立した外国子会社に、利益を送った場合である。その場合は、どのような形式で利益を送るのか、それにより国内法、租税条約により規定が異なる。配当という形式で利益を送る場合、国内法、租税条約についても源泉徴収が認められている。しかし、配当、利子、使用料等以外の形式で利益を送った場合、租税条約の規定では、「明示なき所得」として扱われる。租税条約における「明示なき所得」の規定は、居住地国課税となっている[141]。つまり、源泉徴収せず、その利益を受け取る租税条約締約相手国で課税されることになる。それにより、自国では、課税ができない。又、租税条約締約相手国が、領土主義課税であった場合、国外源泉所得につ

[141] 一部の租税条約では、源泉徴収を認めている租税条約がある。

いては、課税権を放棄しているため、課税されない。つまり、二重非課税が生じることになる。そのため、本論文における租税条約の特典は、明示なき所得により得られる特典を用いる。これにより、二重非課税が、租税条約の濫用として起こりえるのではないだろうか。

上述した自国の居住者等における租税条約の利用が、租税条約の濫用となるならば、これもトリーティ・ショッピングに該当すると考えられるのではないだろうか。トリーティ・ショッピングは、前章で述べたように、一般的に第三国の居住者による租税条約締約国の居住者になりすますことで、その租税条約の特典を得ることを指す。しかし、OECDにおいて、トリーティ・ショッピングを、居住者が租税条約上における合法的な受益者でなく租税条約の特典を得ることとしている。このことから、トリーティ・ショッピングは、第三国に限らず、租税条約における合法的な受益者でない居住者による租税条約の濫用と考えられる。それにより、自国の居住者が、その租税条約相手国の居住者になりすますことによる租税条約の濫用を、トリーティ・ショッピングに該当するのではないだろうか、と考え、自国の居住者による租税条約締約相手国の居住者に成り済ますことによって国際的二重非課税が生ずるのではないだろうか、これが、本論文の問題提起として考える。

これらのことは、租税条約の目的である二重課税、租税回避等の防止から、逸脱した行為であり、防止する必要性があると考える。次章では、想定事例においてスキームの枠組みを述べ、その想定事例からわが国とトリーティ・ショッピングの議論が進んでいる米国を使い、その利用可能性を考察する。又、その想定事例が、租税条約の濫用、トリーティ・ショッピングに該当する場合、トリーティ・ショッピングの防止規定である租税条約のLOB条項、租税条約等実施特例法の手続により、この租税条約の濫用を防止することができるか考察する。

第３章　わが国の居住者等が外国子会社を設立して条約特典を利用する可能性

第1章では、租税回避、租税条約に関すること、居住者に関すること、国内法上の非居住者等に対する課税の取扱いと実際に起こった事例等について述べた。本章では、本論文の問題点である自国の居住者による租税条約の濫用による利用可能性について想定事例を使い、そのスキームの枠組みを見る。その想定事例からトリーティ・ショッピングに該当するのか、トリーティ・ショッピングに該当する場合は、トリーティ・ショッピング防止規定であるLOB条項により防止することができるのか、考察を行う。

第１節　想定事例の設定～自国の居住者等による租税条約の濫用～

第1項　　想定事例における条約相手国

次節にて想定事例を述べるが、その想定事例における相手国の設定について、本項では述べる。

最初に述べたように、想定事例では、わが国とトリーティ・ショッピングの議論が進んでおり、租税条約のanti-treaty shoppingの条項に条約締約国の居住者によって支配される企業に対して条約の特典を制限する条項を含む米国を使う。そのため、本論文では、わが国及び米国と租税条約を締約している国を考える。当然、わが国と米国では、租税条約を締約している国の数が違う。又、わが国と米国では、その租税条約の内容も異なる。しかし、米国において、LOB条項を含まない租税条約は、締約しないという条約ポリシーに基づき、租税条約を締約している。そのため、わが国のLOB条項を規定している租税条約相手国8か国と違い、米国は、租税条約のほぼ全てにLOB条項が規定されている。このことから、想定事例における条約相手国は、わが国及び米国との租税条約においてLOB条項を含んでいる国とわが国及び米国との租税条約において、わが国とはLOB条項を規定しておらず、米国において規定されている国を考えなければならない。

又、条約相手国が領土主義ないし国外源泉所得に対して免税等の規定がある国であり、その当該国との租税条約において明示なき所得の規定がある租税条約でなくてはならない。しかし、明示なき所得の規定には、3つの形式で規定されている。第1には、居住地国課税のみを規定している租税条約、第2には、居住地国課税とPEに帰属した所得の場合、明示なき所得の規定を認めない規定を含んでいる租税条約、第3には、第2の規定に加え、一定の場合に明示なき所得に対して源泉地国課税を認めている租税条約である。わが国の租税条約相手国において明示なき所得の規定がある国は、エジプト、オーストリア、スリランカ以外の締約国である。第1と第2に関して、租税条約における明示なき所得の規定では、支払者の国内にPEを有し、そのPEを通じた所得である場合に源泉地国課税を放棄する規定は適用されない規定がある。そのため、課税は、源泉地国においてPEとなる場所を有することで源泉地国において課税することができる。しかし、そのPEに関する規定がない租税条約がある。その締約国は、アイルランド、ザンビア、スペイン、チェッコスヴァキア、デンマーク、ドイツ、フィンランド、ブラジル、ベルギー、ルーマニアである。これらの締約国では、PEの有無を問わず、源泉地国課税を放棄する。又、第3に関して、源泉地国課税を認めている規定を含んでいる締約国は、米国（一定の場合、5%）、イスラエル、インド、オーストラリア、カナダ、サウジアラビア、

シンガポール、スウェーデン、タイ、中国（一定の場合、源泉地国のみ課税）、トルコ、ノールウェー、バングラデシュ、パキスタン、ブルガリア、マレーシア、南アフリカ、メキシコ、ルクセンブルク、クウェート、ニュージランドである。それら以外の締約国では、源泉地国課税を放棄する規定となっている。つまり、源泉地国課税を認める規定を含んでいる締約国以外は、この明示なき所得の規定により源泉地国課税を放棄される可能性がある。米国において、源泉地国課税を認めている規定を含んでいる締約国は、バングラデシュ、バルバドス、中国、エストニア、インド、ジャマイカ、日本、マルタ、タイである。PEに関する規定がない締約国は、ハンガリー、カザフスタン、メキシコ、ニュージランドである。これらのことから、明示なき所得の規定は、源泉地国課税を認めているかどうかにより差がある。そのため、想定事例では、源泉地国課税を認めていない国を考える。

上述したことから、わが国及び米国との租税条約においてLOB条項を含んでいる国とわが国及び米国との租税条約では、わが国においてLOB条項を規定しておらず、米国において規定されている国であること。又、明示なき所得では、源泉地国課税を認めていない国を考える。当然、想定となる国が多く存在する。しかし、想定事例における租税条約相手国は、わが国及び米国においてLOB条項を規定している国であり、領土主義課税を採用している「フランス」と、わが国において、LOB条項を規定しておらず、米国においてLOB条項を規定している国であり、最近になってアップルの事案で利用された「アイルランド」を想定事例における条約相手国として考える。

第2項　　想定事例における方法論

想定事例では、先に単純な枠組みを述べ、わが国と米国ごとに想定事例を見る。本論文の問題点である自国の居住者による租税条約の濫用が、どの場合に起こり得るのか。又、その租税条約の濫用が租税回避に該当するのかが重要となる。そのため、スキームが成り立つためには、2つの目的を達成しなければならない。それは、居住地国及び源泉地国の課税の減免の目的である。その目的が達成されたとして、それが合法であれば問題はない。この点については、本論文の主旨からはずれるため、述べない。そのため、本論文では、スキームにより、居住地国及び源泉地国において課税の減免の目的が租税条約の濫用により達成されたスキームを租税回避スキームとして扱う。又、各国において、二重課税の防止する制度としてCFCルールを規定している国が多くある。想定事例では、わが国、米国及びフランスにおいてCFCルールが規定されている。しかし、全世界所得課税、領土主義課税ごとに、そのCFC

ルールの趣旨が異なる[142]。又、その課税方式も異なるため、本論文においてCFCルールについては、扱わない。さらに、租税条約における居住者及び当該国における居住者等に関して、前章で述べたように、居住者等には、個人と法人等を含んでいる。そのため、想定事例では、租税条約の適用を受ける居住者を個人か法人等を含むことになる。個人又は法人等によりその取扱いの違いがある。特に法人等に関しては、各国において取扱いに違いがある。わが国の場合、法人の定義がなく、私法上の概念に依拠しているため、その判断等を巡り争訟事案[143]も生じている。この議論については、論文の主旨からはずれるため、扱わない。そのため、想定事例における租税条約の適用を受ける居住者を一般的に法人として扱われる株式会社として扱う。

上述したことを踏まえ、本論文では、想定事例における自国の居住者による租税条約の濫用に関するスキームを考える。

第3項　　想定事例の枠組み

想定事例の単純な枠組みとして、租税条約を締約しているA国とB国があるとして、A国の内国法人である株式会社aが、B国の内国法人である株式会社aの子会社である株式会社a'を設立したとする。そのA国のaが、B国のa'に租税条約上の明示なき所得として利益を送るとする。この類型から各国の国内法、租税条約の規定により課税が生ずることとなる。例えば、B国が、居住者等に対して国外源泉所得のすべてに対して課税されない領土主義課税を採用しているとする。A国のaからB国のa'に明示なき所得としての利益を送った場合の課税において、支払者であるaに対してA国の課税は、租税条約の規定により課税権が決まる。一般的に明示なき所得に対する源泉徴収の規定は、居住地国課税のみを認める規定である[144]。そのため、課税は、

---

142 米国におけるCFCルールの趣旨を米国税を逃れるために課税繰延制度を利用する国外所得に対する課税としている。フランスにおけるCFCルールの趣旨を国外所得の租税回避とその本国償還の免税の二重利用の防止としている。
（本庄資「陳腐化した国際課税原則を見直し新しい国際課税原則を構築する必要性―OECDのBEPS対策の始動を中心として―」、税大ジャーナル　21号　46頁（2013年）参照。）

143 長谷部啓　前掲注93　140頁。

144 OECDモデル租税条約第21条1項では、「一方の締約国の居住者の所得（源泉地を問わない。）であって前各条に規定がないものに対しては、当該一方の締約国においてのみ租税を課することができる。」となっている。
国連モデル租税条約においてもOECDモデル租税条約と同じ規定が設けられているが、源泉地国課税も認めている規定もある。
国連モデル租税条約第21条3項において、「1及び2の規定にかかわらず、一方の締約国の居住者の所得のうち、他方の締約国内において生ずるものであって前各条に規定がないものに対しては、当該他方の国において租税を課することができる。」である。
わが国の租税条約は、すべてOECDモデル租税条約、国連モデル租税条約に規定される条項となっている。

源泉地国において課税されない。つまり、A国のaからB国のa'に明示なき所得としての利益を送った場合、その明示なき所得の源泉地は、A国であるため租税条約の規定において課税されず、居住地であるB国でのみ課税される。しかし、課税は、B国において領土主義課税を採用しているためすべての国外源泉所得に対して課税されない。これにより、A国及びB国共に課税することができないため、租税回避スキームが成り立つ2つの要件を満たすことになる。つまり、このスキームにおいて、二重非課税が生ずることになる。

上述した想定事例を踏まえ、本論文では、具体的にわが国と米国に当てはめて以下に述べる。

第２節　わが国と米国の場合における想定事例

第1項　　わが国の場合の想定事例

前節の想定事例において、A国をわが国として、わが国における内国法人である株式会社aが、わが国と租税条約を締約している株式会社aの子会社とするB国における内国法人の株式会社a'を設立する。わが国では、居住者に対して無制限納税義務者として全世界所得課税、非居住者に対して制限納税義務者として国内源泉所得のみに課税する。又、居住者の判定基準は、個人の場合、国内に住所を有し、又は1年以上の居所を持っていること、内国法人の場合、国内に本店・主たる事務所を持つこと（主たる事務所・本店基準）により判定している。

わが国のaが、B国のa'に対して明示なき所得[145]として利益を送る。この場合のわが国の課税は、当然、わが国とB国の租税条約の規定に従い課税権が配分される。それでは、前節の想定事例における条約相手国として示したフランス[146]をB国として見る。フランスは、基本的課税原則として、領土主義課税を採用している。しかし、個人の場合は、全世界所得課税となる。又、内国法人の判定に関しては、管理支配地主義と設立準拠法主義の併用方式となっている。本項では、わが国とフランス間における想定事例を考えるため日仏租税条約を用いる。日仏租税条約において、明示なき所得の規定は、「一方の締約国の居住者が受益者である所得（源泉地を問わない。）であって前各条に規定がないものに対しては、当該一方の締約国においての

---

145 わが国の国内法上、明示なき所得として扱われるのは、日本の税法で定める「国内源泉所得」について租税条約の別段の定めがない場合には、「明示なき所得」として取り扱われる。個人の場合も法人の場合も、国内源泉所得の規定のうち事業の広告宣伝、生命保険等、定期積み金等、匿名組合等の利益の分配に関する所得において、租税条約において規定されていない限り、「明示なき所得」として取り扱われる。
（本庄資・他　前掲注4　325頁　参照。）

146 フランス会社法により組織される事業体において、株式会社（société anonyme:SA）、有限会社（société à responsabilité limitée:SARL）、簡略型株式会社（société par actions simplifiée:SAS）、合名会社（société en nom collectif:SNC）、合資会社（société en commandite simple:SCS）、株式合資会社（société en commandite par actions:SCA）に対して、すべて法人格を有する。
（長谷部啓　前掲注93　162頁　参照。）

み租税を課することができる。（日仏租税条約第22条1項）」としている。その他にもPEに実質的に関連する際に関する規定（第22条2項）、導管取引に対する規定（第22条4項）と租税回避等を目的とした場合の制限（第22条5項）について規定されている。これにより、わが国の内国法人aからフランスのa'に明示なき所得として利益を送った場合、源泉地国課税の放棄から、わが国では、この明示なき所得に対して課税することができず、フランスでのみ課税される。しかし、a'は、フランスにおける内国法人であり、個人ではないため領土主義課税により国外源泉所得に対して課税されないため、フランスにおいても課税することができない。これにより、わが国とフランスにおいて二重非課税が生ずる。

B国をアイルランドに置き換えた場合については、どうであろうか。アイルランドは、基本的課税原則として、全世界所得課税を採用している。又、内国法人の判定は、経営の中心基準によることになっている。本項では、わが国とアイルランド間における想定事例についても考えるため、日・アイルランド租税条約を用いる。日・アイルランド租税条約において、明示なき所得の規定は、「一方の締約国において生ずる他方の締約国の居住者の所得で前諸条に明文の規定がないものに対しては、当該他方の締約国においてのみ租税を課することができる。（第23条）」としている。それ以外の規定はない。これにより、わが国のaからアイルランドのa'に明示なき所得として利益を送った場合、源泉地国課税の放棄から、わが国では、この明示なき所得に対して課税することができず、アイルランドでのみ課税される。アイルランドは、内国法人に対して、全世界所得課税を採用していることから国外源泉所得に対して課税が生ずる。そのため、アイルランドにおいては、二重非課税が生ずることはない[147]。

第2項　　米国の場合の想定事例

A国を米国として、米国における内国法人である株式会社aが、その株式会社aの子会社として米国と租税条約を締約しているB国の内国法人となる株式会社a'を設立する。米国では、米国市民に対して居住者、非居住者を区分せず、無制限納税義務者として全世界所得に課税される。米国のIRCにより設立された法人に対しても全世界所得に課税される（IRC61条）。その居住者の判定基準は、設立準拠法主義を採用している。

米国の内国法人aからB国のa'に対して明示なき所得として利益を送る。その場合、当然、米国とB国の租税条約の規定に従い課税権が配分される。それでは、前節の想定事例における

147 アイルランドによる二重非課税は、本論文で扱う明示なき所得による二重非課税は生じないが、最近のアップルの事案から居住者の判定基準を利用することによって二重非課税が生じることが明かにされた。

条約相手国として示したフランスをB国として見る。本項では、米国とフランス間における想定事例を考えるため、米仏租税条約を用いる。米仏租税条約において、明示なき所得の規定は、「一方の締約国の居住者の所得（源泉地を問わない。）で、この規定の前条に規定がないものに対して、は、当該一方の締約国のみ課税対象にすることができる[148]。（第22条1項）」としている。その他にもPEに実質的に関連する際に関する規定（第22条2項）がある。これにより、米国のaからフランスの子会社a'に明示なき所得として利益を送った場合、源泉地国課税の放棄から、米国では、この明示なき所得に対して課税することができず、フランスでのみ課税される。しかし、a'は、フランスにおける内国法人であり、フランスでは、個人に対して全世界所得課税を採用しているが、法人に対しては領土主義課税を採用しているため国外源泉所得に対して課税されない。これにより、米国とフランスにおいて二重非課税が生ずる。

B国をアイルランドに置き換えた場合については、どうであろうか。本項では、米国とアイルランド間における想定事例についても、考えるため米・アイルランド租税条約を用いる。米・アイルランド租税条約において、明示なき所得の規定は、米仏租税条約と同様に「一方の締約国の居住者の所得（源泉地を問わない。）で、この規定の前条に規定がないものに対して、は、当該一方の締約国のみ課税対象にすることができる。（第22条1項）」としている。その他にもPEに実質的に関連する際に関する規定（第22条2項）がある。これにより、フランスの場合と同様に、米国では源泉地国課税の放棄から課税されず、アイルランドでのみ課税される。しかし、わが国とアイルランドの場合と同様に、アイルランドは、居住者等に対して全世界所得課税を採用しているため、二重非課税が生ずることはない。

第3項　　日米間の場合における想定事例

前項では、わが国の場合と米国の場合の想定事例について述べた。それでは、わが国と米国間において行われた場合はどうであろうか。わが国の内国法人となる株式会社aが米国に子会社として米国の内国法人となる株式会社a'を設立する。本項では、わが国と米国間における想定事例を考えるため、日米租税条約を用いる。そのaからa'に明示なき所得として利益を送った場合は、日米租税条約第21条1項「一方の締約国の居住者が受益者である所得（源泉地を問わない。）で前各条に規定がないものに対しては、当該一方の締約国においてのみ租税を課することができる。」により源泉地国課税を放棄し居住地国でのみ課税される。しかし、日米租

148 米仏租税条約第22条1項「Items of income of a resident of a Contracting State wherever arising , not dealt with in the foregoing Articles of this convention shall be taxable only in that State .」

税条約では、一定の場合、源泉地国において課税が認められる規定がある[149]。その規定が認められなかった場合は、わが国において源泉徴収することができない。米国では、そのa'が米国の居住者の判定基準である設立準拠法により内国法人となった場合、米国において全世界所得に課税することができる。つまり、租税条約における明示なき所得の規定は、完全に源泉地国課税を放棄していないため、源泉徴収課税が発生する。又、この源泉地国課税の放棄されることになったとしても米国では、全世界所得課税を採用している[150]ため、この想定事例において、二重非課税が生ずることはない。

米国の内国法人となる株式会社bがわが国に子会社として米国の内国法人となる株式会社b'を設立した場合に、bからb'に明示なき所得として利益を送った場合はどうであろうか。日米租税条約第21条1項の規定により源泉地国である米国では課税されず、居住地国であるわが国において課税される。当然、b'が内国法人になった場合、全世界所得課税により課税することができる[151]。これにより、想定事例における、二重非課税が生ずることはない。

第３節　想定事例からの考察

第1項　　租税条約の濫用に該当するかどうか

前節で述べた想定事例が、租税条約の濫用に該当するかどうか考察を行う。想定事例では、わが国及び米国から明示なき所得として利益をフランス及びアイルランドに送った場合に、当該租税条約の明示なき所得の規定から居住地国課税のみで課税されることから、フランス及びアイルランドで課税される。しかし、フランスでは、領土主義課税を採用していることから二重非課税が生じる、又、アイルランドでは全世界所得課税を採用していることから二重非課税が生じない。このことから、その租税条約相手国が、領土主義課税を採用していることで二重非課税が生ずることになる。しかし、このスキームでは、全く法の抜け穴の利用や違法性がない。そのため、外国に子会社を設立することは、グローバルな時代である今日で世界中の企業

149 日米租税条約第21条3項「その他の所得の支払の基因となった権利又は財産について考慮した場合において、1に規定する一方の締約国の居住者と支払者との間又はその双方と第三者との間の特別の関係により、当該その他の所得の額が、その関係がないとしたならば当該居住者及び当該支払者が合意したとみられる額を超えるときは、この条の規定は、その合意したとみられる額についてのみ適用する。この場合には、支払われた額のうち当該超過分に対しては、当該その他の所得が生じた締約国において当該超過分の額の5%を超えない額の租税を課することができる。」

150 米国は、基本的課税原則が全世界所得課税であるが、課税繰延を認めることで全世界所得課税と領土主義課税のハイブリッド全世界所得課税となっている。この議論は本論文の主旨からはずれるため触れる程度に留める。

151 わが国は、基本的課税原則が全世界所得課税であるが、外国子会社配当益金不算入制度を規定したことで、全世界所得課税と領土主義課税のハイブリッド全世界所得課税となっている。前脚注と同様、本論文の主旨からはずれるため触れる程度に留める。

との競争から、当たり前のように行われており、何ら問題はない。さらに、外国に子会社を設立することで、その国の国内法が適用される。想定事例では、課税原則となる全世界所得課税又は領土主義課税である。当然、各国間の取引においても、国内法及び租税条約の規定が適用される。租税条約を締約していない国同士の場合、国内法の規定が適用される。これらのことから、本論文における想定事例は、国内法及び租税条約の規定の穴（定義の規定がないことによる解釈の多義等）を利用したスキームではなく、その国内法及び租税条約の規定の通りに行っている。つまり、想定事例におけるスキームは合法的な節税スキームと考えられる。しかし、このスキームは、節税スキームと言えるのだろうか。第1章で述べた租税条約の意図ないし目的は、投資交流の促進を図るための二重課税の排除、租税回避、脱税、条約の濫用の防止である。想定事例におけるスキームは、二重非課税が生ずることになる。そのため、この二重非課税という状況を租税条約の意図ないし目的に加味されているかどうかが重要となると考えられる。租税条約の意図ないし目的にとって、最も重要なことは、投資交流の促進を図るための二重課税の排除である。例えば、A国の居住者から全世界所得課税を採用しているB国の居住者に利子を送った場合、A国において源泉徴収課税が行われ、B国において利子所得として課税される。これにより、二重課税が発生する。こういった二重課税を排除するために、租税条約では、課税権の配分を行っている。又、想定事例では、投資交流ではないが、各国との交流の促進を図るように、租税条約において、課税権の配分を行っている。明示なき所得の規定では、源泉地国課税を放棄し居住地国においてのみ課税される規定である。つまり、明示なき所得の規定は、源泉地国課税を放棄することで二重課税の排除を行っている。又、想定事例から明示なき所得による二重非課税という状況が、租税条約の意図ないし目的に加味されているかの判断として、各租税条約において、二重非課税の排除を設けているかどうかにより判断されると考えられる。OECDモデル租税条約では、租税条約の意図ないし目的を投資交流の促進を図るための二重課税の排除、租税回避、脱税の防止としている。しかし、二重非課税の排除する規定として、「1の規定は、一方の締約国の居住者が取得する所得若しくは所得する財産について他方の締約国がこの条約の規定の適用により租税を免除する場合又は当該所得について第10条2若しくは第11条2の規定を適用する場合には、当該所得又は財産については、適用しない（OECDモデル租税条約第23条（A）4項）。」と規定している。OECDモデル租税条約コメンタリーでは、二重非課税の状況を一般的な問題の特別な一面としている。しかし、OECDモデル租税条約コメンタリーは、二重課税の排除の方法の一つである免除方式の規定の中に二重非課税の排除に対する規定を設けている。これにより、租税条約内に二重非課税の排除に関

する規定の有無により二重非課税という状況が、租税条約の意図ないし目的から逸脱した状況であるかどうかを判断することが望ましいのではないだろうか。想定事例では、日仏租税条約とフランスにおける領土主義課税を利用したスキームにおいて二重非課税の状況が生ずることを述べた。日仏租税条約の規定の中には、二重非課税の排除に関する規定がないため、租税条約の意図ないし目的から逸脱した状況であり、租税条約の濫用に該当すると、本論文において考えられる。

第2項　　トリーティ・ショッピングに該当するかどうか

前節で述べたように、想定事例では、当該租税条約において二重非課税の排除に関する規定がない場合、租税条約の意図ないし目的から逸脱した状況である。本論文では、租税条約の濫用と考えられるとした。想定事例では、わが国又は米国の内国法人aがフランスに子会社a'を設立し、租税条約の明示なき所得の規定の特典を得ている。この想定事例が、トリーティ・ショッピングに該当するかどうかの考察を行う。

第1章で述べたように、本論文では、トリーティ・ショッピングを第三国の居住者に限らず、本来、租税条約の特典を享受することができない居住者が租税条約の特典を得ることとしている。これにより、想定事例における、わが国又は米国の内国法人aが、本来、租税条約の特典を享受することができない居住者かどうかにより、この想定事例が、トリーティ・ショッピングに該当するかどうかが判断されることになる。企業は、外国に子会社を設立することについて、何ら問題はない。又、自国の居住者が、租税条約相手国の国内法に従い子会社を設立することで、租税条約の特典を得ることが可能である。そのため、自国の居住者による租税条約相手国に設立した子会社が、租税回避を目的として設立された子会社かどうかが重要となる。想定事例において、日仏租税条約における明示なき所得の規定には、「その他の所得の支払の基因となる権利又は財産の設定又は移転に関与した者がこの条の特典を受けることを当該権利又は財産の設定又は移転の主たる目的の全部又は一部とする場合には、当該その他の所得については、この条の規定（4項を除く）を適用しない（第22条5項）。」としている。この規定は、その他所得の支払の基因となる権利又は財産の設定又は移転に関与した者が、租税回避を目的としている場合において、明示なき所得の規定を適用しない。つまり、想定事例のわが国とフランス間の場合、租税回避を目的にフランス内に子会社a'の設立によるスキームは、明示なき所得の規定が適用されない。つまり、明示なき所得の規定が適用されるには、租税回避を目的としているかどうかをどのように判断するかにより適用される。わが国に関して、租税回避を目的と

しているかの判断に関する規定はない。米国に関して、実際に事業を行なっているかどうかにより判断されるグレゴリー判決のように判断される[152]。それにより、想定事例から、わが国とフランス間のスキームに関しては、租税回避を目的としているかの判断に関する規定がないことから、想定事例におけるスキームが成り立つ可能性がある。想定事例のように、二重非課税という状況が、租税条約の濫用に該当し、なおかつ二国間における取引でその相手が租税条約相手国に設立した子会社による場合において、租税回避に該当するならば、自国の居住者による租税条約相手国の居住者のなりすましではないだろうか。当然、租税回避かどうかの判断の規定が有る場合は、その租税回避に対する否認規定がなくてはならない。又、租税回避かどうかの判断の規定が無い場合は、その租税回避に対する否認規定があったとしても、防止することはできないのではないだろうか。つまり、租税回避かどうかの判断の規定と否認規定があることにより防止することができると考えられる。このことから、租税回避かどうかの判断の規定又は否認規定がなく、租税条約の濫用に該当し、その租税条約相手国の居住者が、自国の居住者によるなりすましであるとするならば、これは、トリーティ・ショッピングに該当するのではないだろうか。本論文では、これをトリーティ・ショッピングに該当するものと考える。

第3項　　わが国における防止策の適用について

トリーティ・ショッピングは、本来、租税条約の特典を得ることができない居住者が、その特典を得ることである。こういった行為に対して、租税条約は国際的二重課税の防止又は排除を主たる目的とし、脱税・租税回避の防止や各国の適正課税を実現するための国際協力や納税者の権利の救済をその目的とする二国間条約であって、国際的租税回避の道具に使われるべきものではない[153]。想定事例において、本論文では、これを租税条約の濫用に該当し、又、トリーティ・ショッピングに該当すると考えた。そのトリーティ・ショッピングを防止する規定は、租税条約に規定されるLOB条項である。このLOB条項は、1977年の米国モデル租税条約に初めて規定された[154]。この時のLOB条項は投資、持株会社に関することであった。1996年の米国モデル租税条約で公開会社基準、支配・課税ベース浸食基準、能動的事業基準、

[152] 米国は、コモン・ローの国であるため、裁判による判決は、規定となる。グレゴリー判決は、ボクシング選手でスウェーデンの居住者が、米国での試合における報酬を受けることによる、源泉徴収課税を回避するために、スイスに法人を設立し、米国の課税を回避したヨハンソン事案において、スイス法人を実質的に事業を行なっていないことから、米国で課税を行う判決のことである。

[153] 本庄資　前掲注29　237頁。

[154] 1977年に米国モデル租税条約において規定されるに至ったのは、1950年代から米国の企業がヨーロッパなどの第三国の企業から資金を調達する際に米国―オランダ領アンティール租税条約を利用するトリーティ・ショッピングが横行したため、租税条約上においてこれを制限した。

権限ある当局による認定について導入した。2006年の米国モデル租税条約でこれについて改訂している[155]。OECDモデル租税条約について、LOB条項の規定はない。しかし、LOB条項については、OECDモデル租税条約の第1条のコメンタリーのパラ20において言及している。わが国では、LOB条項を初めて導入したのは、2004年に改正された日米租税条約において規定された。そのLOB条項の規定を定めるにあたり、わが国では、「租税条約等実施特例法」を制定した。それ以前は、各条約の締結のつど個別に法律を制定した[156]。租税条約等実施特例法は、次章にて詳しく述べるが、租税条約の適用に関する手続について規定されている。つまり、わが国において、LOB条項の規定を適用するための手続に関する規定が、租税条約等実施特例法において規定されている。それにより、想定事例のスキームを防止するために、租税条約等実施特例法に規定される手続により、このスキームを防止ができるか。これについては、次章にておいて述べる。

第４章　わが国の租税条約等実施特例法における濫用防止策の検討～米国と比較して～

第１節　租税条約の適用を受けるための手続～わが国と米国の場合～

第1項　　わが国における租税条約の適用～租税条約等実施特例法～

わが国は、昭和29年に米国と最初の租税条約を締結し、以後積極的に租税条約網を拡大していきた[157]。わが国では、2013年10月末までにおいて、60条約78か国地域適用の租税条約を締約している。その中で、2004年において日米租税条約を改正し、それに伴い租税条約の特典となる免税及び減税等を拡大したことで、わが国は、初めてLOB条項を規定した。こういった規定が導入されたことで国内法における整備がなされた。それが、「租税条約等実施特例法」である。租税条約等実施特例法は、用語の意義、投資所得に対する源泉徴収税率の特例、投資所得又は譲渡収益の申告納税に係る税の軽減、投資所得又は譲渡収益に対する地方税の特例、二重居住者の取扱い、租税条約に基づき協議等で地方税に係るものに関する手続、相手国

155 ①日米租税条約では、支配基準を、間接支配の場合の中間者に特に限定がないのに対し、2006年モデル租税条約では、中間者が居住者であることとの要件が付加された。
②課税ベース浸食基準において、日米租税条約では、支払の相手方が、単に、「いずれの締約国の居住者にも該当しない者」とされているのに対し、2006年モデル租税条約では、「個人又は公開会社等の適格者に当たらず、いずれの締約国の居住者にも該当しない者」とされている。
（今村隆　前掲注72　論説11頁　参照。）

156 本庄資・他　前掲注4　353頁。

157 本庄資・他　前掲注4　230頁。

の租税の徴収、実施規定などが定められている[158]。それ以前は、個別の租税条約ごとに規定されていた。つまり、租税条約等実施特例法は、租税条約の適用に関する手続等について規定されている。

租税条約実施特例法において、配当・利子・使用料・その他これらに準ずるものに対する源泉徴収に係る所得税の税率の特例等に対する規定がある（租税条約等実施特例法第3条の2第1項[159]）。その規定は、わが国が源泉となる所得から配当・利子・使用料・その他これに準ずるものの支払を受ける租税条約を締約している相手国の者が、その相手国の国内法に基づき居住者とされる者に対して、租税条約に規定する制限税率を上記の法律の規定[160]する税率以上である場合を除いて、適用するということである。又、租税条約等実施特例法第3条の2第2項の規定では、租税条約が免税の規定を定めている場合、上記の法律の規定は適用されない。上記の規定から、租税条約実施特例法では、わが国と租税条約を締約している国の居住者に対して支払う配当・利子・使用料・その他これに準ずるものに関して、租税条約の規定する減免を受けることができる規定が定められている。これにより、明示なき所得が規定される租税条約において、日米租税条約では、源泉地国課税を放棄する規定に加え、一定の場合に源泉地国課税を認め限度税率を規定しているため、この規定の適用を受ける。つまり、租税条約等実施特例法第3条の2第2項の規定から免税規定に関しては、租税条約の規定により源泉地国において課税権を放棄しているため、日米租税条約及び一定の場合、明示なき所得において源泉地国課税を認める規定を含む租税条約以外の租税条約における明示なき所得の規定は、租税条約に規定

158 本庄資・他　前掲注156。

159 「相手国居住者等が支払を受ける配当等（租税条約に規定する配当、利子若しくは使用料（当該租税条約においてこれらに準ずる取扱いを受けるものを含む。）又はその他の所得で、所得税法 の施行地にその源泉があるものをいう。以下同じ。）のうち、当該相手国居住者等に係る相手国等との間の租税条約の規定において、当該相手国等においてその法令に基づき当該相手国居住者等の所得として取り扱われるものとされるものであって限度税率を定める当該租税条約の規定の適用があるものに対する同法第百七十条 、第百七十九条若しくは第二百十三条第一項又は租税特別措置法第三条第一項 、第八条の二第一項、第三項若しくは第四項、第九条の三、第九条の三の二第一項、第九条の六第二項から第四項まで、第四十一条の九第一項から第三項まで、第四十一条の十第一項若しくは第四十一条の十二第一項若しくは第二項の規定の適用については、当該限度税率が当該配当等に適用されるこれらの規定に規定する税率以上である場合を除き、これらの規定に規定する税率に代えて、当該租税条約の規定により当該配当等につきそれぞれ適用される限度税率によるものとする。（租税条約実施特例法第3条の2第1項）」

160 所得税法では、「分離課税に係る所得税の税率（第170条）」、「外国法人に係る所得税の税率（第179条）」、「徴収税額（第213条）」である。また、租税特別措置法では、「利子所得の分離課税等（第3条1項）」、「私募公社債等運用投資信託等の収益の分配に係る配当所得の分離課税等（第8条の2第1、3、4項）」、「上場株式等の配当等に係る源泉徴収税率等の特例（第9条の3）」、「上場株式等の配当等に係る源泉徴収義務等の特例（第9条の3の2第1項）」、「外国特定目的信託の利益の分配又は外国特定投資信託の収益の分配に係る課税の特例（第9条の6第2～4項）」、「懸賞金付預貯金等の懸賞金等の分離課税等（第41条の9第1～3項）」、「定期積金の給付補てん金等の分離課税等（第41条の10第1項）」、「償還差益等に係る分離課税等（第41条の12第1、2項）」である。

する減免を受けることができる規定の適用がない。

租税条約の適用を受けるためには、配当・利子・使用料の支払を受けるわが国と租税条約を締約している相手国の居住者が、わが国の国内法に基づく届出書を国税庁長官に提出する。わが国では、その手続に関して、租税条約実施特例法[161]、その施行令[162]、省令に規定される。主に、手続に必要な届出書は、「租税条約に関する届出書」、「特典条項に関する付表」である[163]。その届出書の記載事項は、省令に規定されている[164]。その規定から、国税庁では、租税条約に関する届出書の様式を定めている。又、わが国と租税条約を締約している相手国との租税条約において、LOB条項が規定されている。その適用を受ける場合は、手続の一つとして特典条項に関する付表を添付しなければならない。租税条約に関する届出書の様式は、租税条約に規定される所得ごとに分類されている。そのため、本論文上において、明示なき所得を扱っているため、所得税法における9号所得（事業の広告宣伝のための賞金）、10号所得（生命保険契約等に基づく年金等）、11号所得（定期積金の給付補填金等）、12号所得（匿名組合契約に基づく利益の分配）は、租税条約において特に明示規定が設けられていない場合には、明示なき所得として取り扱われる。その場合には、様式10「所得税法第161条第3号から第7号まで、第9号、第11号又は第12号に掲げる所得に対する所得税及び復興特別所得税の免除」の租税条約に関する届出書を用いる。

第2項　　米国における租税条約の適用について

米国では、租税条約の特典を受けようとする場合、米国において定められたFormを提出しなければならない。IRSは租税条約に規定される源泉徴収の免除について、「もし、米国とreduced rate、特定の所得の源泉徴収の免除を受ける相手国の租税条約ならば、相手は、条約の特典の適用を受けるため、相手のforeign statusの所得の支払者に通知しなければならない。一般に、相手はForm W-8BENを提出することによって免除する。源泉徴収のreduced rateは、一定の場合の外国人の場合だけ租税条約上の源泉徴収のreduced rateを要求するW-8BENを提出する外国人に適用される。一定の場合は、米国の納税者番号がある、条約国

161 「前各項の租税条約に基づく認定を受けようとする者は、財務省令で定めるところにより、その者の氏名又は名称及び住所、認定を受けることができるとする理由その他の財務省令で定める事項を記載した申請書に財務省令で定める書類を添付して、国税庁長官に提出しなければならない（第6条の2第6項）。」

162 租税条約実施特例法施行令第5条では、租税条約実施特例法第6条の2第6項の規定を受ける必要がなくなった場合の規定である。

163 特典条項に関する付表は、締約している租税条約にLOB条項が規定されており、その適用を受ける場合に添付する。

164 参考資料（租税条約に関する届出書・特典条項に関する付表の記載事項）参照。

の居住者、所得の受益者、もしエンティティーであるならばIRC第894条内の所得、LOB条項を含む条約の適用があることである[165]。」と述べている。つまり、米国では、Form W-8BEN「米国の源泉徴収税の受益者の外国のステータス（foreign Status）の証明書[166]」において租税条約の特典の適用を受けようとする場合に提出される届出書である。Form W-8BENは、当該所得の受益者で租税条約の特典を得るために提出するForm 8233「居住していない外国人の独立したPersonal Servicesの報酬の源泉徴収の免除[167]」において、交付送達に対する報酬（compensation for personal services）でない所得に関して外国ステータス（foreign Status）か条約の特典のみ適用する場合等に、Form 8233を提出せず、このForm W-8BENを提出することになっている。Form W-8BENの内容は、受益者の識別（Identification of Beneficial Owner)、租税条約の特典の適用（Claim of Tax Treaty Benefits)、概念上の主要な契約（Notional Principal Contracts)、証明（Certification）である。受益者（beneficial owner）の識別は、8つの項目がある。それは、①個人か組織の名前②会社か組織の国③受益者のタイプ④永住地の住所等⑤メールアドレス⑥米国の納税者番号⑦外国税の識別番号⑧番号である。租税条約の特典の適用は、2つの項目がある。それは、①5つのチェック項目において適用されるものにチェックする項目②租税条約において適用される源泉徴収の税率とその租税条約の条項の記載項目等である。概念上の主要な契約は、米国内にあるPEに実質的に関連しない所得の概念上の主要な契約か確認する報告書を提示するか提示したかをチェックする項目である。証明は、このFormに記載するすべてを確認し偽装していないという宣誓についての項目である。

---

[165] IRS ”Claiming Tax Treaty Benefits” http://www.irs.gov/Individuals/International-Taxpayers/Claiming-Tax-Treaty-Benefits
「If a tax treaty between the United States and your country provides an exemption from, or a reduced rate of, withholding for certain items of income, you should notify the payor of the income (the withholding agent) of your foreign status to claim the benefits of the treaty. Generally, you do this by filing Form W-8BEN, Certificate of Foreign Status of Beneficial Owner for United States Tax Withholding (PDF) with the withholding agent. A reduced rate of withholding applies to a foreign person that provides a Form W-8BEN claiming a reduced rate of withholding under an income tax treaty only if the foreign person provides a U.S. Taxpayer Identification Number (TIN) (except for certain marketable securities) and certifies that: "It is a resident of a treaty country; "It is the beneficial owner of the income; "If it is an entity, it derives the income within the meaning of Section 894 of the Internal Revenue Code (it is not fiscally transparent); And "I-t meets any limitation on benefits provision contained in the treaty, if applicable.」

[166] Certificate of Foreign Status of Beneficial Owner for United States Tax Withholding

[167] Exemption From Withholding on Compensation for Independent (and Certain Dependent) Personal Services of a Nonresident Alien Individual

第２節　わが国及び米国の租税条約の適用に関する手続の相違

前節のわが国と米国における租税条約の適用に関する相違は、提出する届出書の項目から相違がある。本論文において、わが国の租税条約における明示なき所得の適用を受けようとするために提出する租税条約に関する届出書は、前節の規定により定められた項目を様式に記載する。租税条約に関する届出書（様式10）では、適用を受ける租税条約に関する事項、所得の支払を受ける者に関する者に関する事項で①その氏名又は名称、②個人の場合、住所又は居所・国籍、③法人その他の団体の場合、本店又は主たる事務所の所在地・設立又は組織された場所・事業が管理支配されている場所④租税条約の規定を受ける所得につき居住者として課税される国及び納税地⑤日本国内のPEの状況の項目と所得の支払者に関する事項で①その氏名又は名称②住所（居所）又は本店（主たる事務所）の所在地③日本国内のPEの状況と所得の支払者から支払を受ける所得で租税条約の規定を受けるものに関する事項とその他参考となるべき事項について記載する[168]。又、租税条約に関する届出書（様式10）は、代理人によって提出する場合の記載事項もある。米国において、租税条約の適用を受ける場合に提出するW-8BEN[169]では、受益者（beneficial owner）の識別において、前節で述べた項目である①個人か組織の名前②会社か組織の国③受益者のタイプ④永住地の住所等⑤メールアドレス⑥米国の納税者番号⑦外国税の識別番号⑧番号である。又、W-8BENは、租税条約の特典の適用について、5つの項目をチェックする形式となっている。それら5つの項目は、(a) 受益者が米国間の租税条約の相手国の居住者であるか (b) 上記の項目で米国の納税者番号を述べているか (c) 受益者が個人でない場合、条約の特典を受ける所得かどうか、LOBを扱う条約の条項の要件を満たすか (d) 受益者が個人でない場合、外国法人の取引かビジネスで米国からの利子、外国法人から受領される配当で条約の特典を受けているか (e) 受益者が、総額500,000ドルで暦年を超える期間に受け取られる源泉徴収を要件としてForm8233を提出しているか、セクション267(b)か707 (b) の所得の支払う義務がある者が関連するか、についてあてはまるものにチェックする。又、W-8BENは、当該租税条約において適用される条項とそれによる税率を記載する。さらに、概念上の重要な契約について、米国内のPEに実質的に関連しない概念上の重要な契約を確認する際、それについて報告書を提出した、提出するかどうかについてのチェック項目がある。又、上述した項目に対して偽装していない宣誓に関する項目がある。

上述では、わが国と米国の租税条約の適用を受ける際に提出する届出書の記載項目を述べた。

168 参考資料（租税条約に関する届出書　様式10）http://www.nta.go.jp/tetsuzuki/shinsei/annai/joyaku/annai/pdf2/259.pdf 参照。
169 参考資料（W-8BEN）http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/fw8ben.pdf 参照。

わが国と米国との相違は、第1に受益者についてみられる。受益者については、納税義務における課税要件の納税義務者にあたる者への所得の帰属に関することである[170]。受益者は、ある種類の所得について誰が納税義務者であるかが必ずしも明白であるといえない場合が生ずるのは、各国法制の複雑化と各種スキームに用いられる法技術により法形態と経済的実態が異なる取引の仕組みについて、法形態に着目するか経済的実態に着目するかによってその答えが異なる状況を生ずるからである[171]。本論文では、受益者については論文の主旨からはずれるためこれ以上述べない。わが国では、受益者ではなく所得の支払を受ける者として述べられている。米国の受益者の項目では、受益者のタイプの項目において13の項目がある。そこには、1, Individual 2,Corporation 3,Disregarded entity 4,Partnership 5,Simple trust 6, Grantor trust 7,Complex trust 8,Estate 9,Government 10,International organization 11,Central bank of issue 12,Tax-exempt organization 13,Private foundationとなっている。わが国では、支払を受ける者のタイプについて分類されていない。又、第2には、米国のチェック項目についてである。わが国の届出書の場合、支払を受ける者の名称及び国、所得の種類、支払者の名称等についての記載である。米国は、それに加え上述した5つの項目に対してチェックすることになっている。又、米国は、調査の際に情報を提示するかどうか、虚偽の記載をしていないという宣誓についてチェックする項目を設けている。このことから、米国では、租税条約が適用される源泉徴収に対して厳しいチェック体制が伺える。

わが国と米国の租税条約の適用を受ける際に提出する届出書の記載項目において、相違があるが、わが国と米国において、租税訴訟が起きた際の立証責任[172]の所在についても相違がある。わが国では、租税訴訟において、納税者か課税庁のいずれかに立証責任があるとして2つの見解がある。第1の見解は、行政行為の公定力を根拠として、処分が違法であることについ

---

170 受益者について、国内法における所得の帰属と租税条約における受益者の概念がある。本庄資「所得帰属とbeneficial owner　受益所有者概念」本庄資編著2011『国際課税の理論と実務　73の重要課題』財団法人　大蔵財務協会において、ゼネラルレポーターJoanna C.Wheelerが受益者を取り上げる3つの理由を述べているとして紹介されている。①所得についてどの者が納税義務を負うかを決定するという基礎問題②所得について条約の特典を請求することができる者を決定するために、ある者への所得の帰属が必要である。条約の特典を受ける資格は、国内法に基づく納税義務者であることに伴うことがしばしばであるが、常にではない。③片務的にせよ、所得について二重課税の救済を受ける資格がある者が誰であるかを決定するためには、ある者への所得の帰属が必要である。各場合について各国ルールが一致しない範囲がある。
（本庄資　前掲注96、本庄資「所得帰属とbeneficial owner　受益所有者概念」249、250頁。）

171 本庄資　前掲注170　249頁。

172 訴訟において裁判所がある事実の存否につき、そのいずれとも確認できない場合に、その結果として判決において、その事実を要件とする自己に有利な決算効果の発生または不発生が認められないことになる当事者の一方の危険または不利益である。
（青柳達郎「税務訴訟における証明責任論の再構成」、税務大学校論叢17号　329頁（1986年）。）

ては原告が全面的に立証責任を負うとする考え方である。第2の見解は、租税確定処分の取消を求める訴訟が、債務不存在確認訴訟と実質を同じくすることに着目して、この場合にも民事訴訟の通説である法律要件説に従って立証責任が配分されるべきであるとする考え方である[173]。この点については、租税行政庁が確定処分を行うためには、課税要件事実の認定が必要であるから、原理的には第2の見解が正当であり、課税要件事実の存否および課税標準については、原則として租税行政庁が立証責任を負う[174]こととしている。つまり、立証責任は、課税庁側にあるとしている。立証責任については、国税通則法第116条第1項に規定されている[175]。米国において、IRSは、不足税額通知の前に、留保収益税に基づく不足税額の賦課の意図を通知書で納税者に通知しなければならない（IRC534、規則1.534-1～1.534-3）。納税者は、この通知から30日以内に理由書をもって収益留保の合理性を立証する場合、IRSは法人がその事業上の合理的な必要の限度を超えて収益を留保しているか否かという争点について、租税裁判所で立証責任を負う（IRC534（c））。IRSは、納税者の理由書に記載された留保の理由でその根拠を示す十分な事実によって裏付けられるものについてのみ立証責任を負う（ Vuono-Lione,Inc.,24TCM506,CCH Dec.,27,339（M））が、納税者が主張するそれ以外の理由についての立証責任は、納税者が負担する（J.H.Rutter,81TC937,CCH Dec.,40,658）[176]。米国の租税裁判所規則には立証責任に係る規定として「Rule142 Burden of Proof」が置かれており、米国では租税事案に係る立証責任について明文による規定がなされている[177]。その規定は「(a) 原則－ 立証責任は、法律による別段の定め又は租税裁判所の別途判断がない場合には、原告（納税者）が負うものとする。ただし、答弁書での抗弁において、新しい争点の提出、不足税額の増額及び積極的抗弁（affirmative defenses） をする場合には、立証責任は被告（IRS） が負うものとする。 (b) 不正行為（Fraud）－ 脱税する意図での不正行為の問題を含んでいる事案については、その問題に関して立証責任は被告（IRS）

173 金子宏　前掲注23　914頁。
174 金子宏　前掲注23　915頁。
175 「国税に関する法律に基づく処分（更正決定等及び納税の告知に限る。以下この項において「課税処分」という。）に係る行政事件訴訟法第３条第２項（処分の取消しの訴え）に規定する処分の取消しの訴えにおいては、その訴えを提起した者が必要経費又は損金の額の存在その他これに類する自己に有利な事実につき課税処分の基礎とされた事実と異なる旨を主張しようとするときは、相手方当事者である国が当該課税処分の基礎となった事実を主張した日以後遅滞なくその異なる事実を具体的に主張し、併せてその事実を証明すべき証拠の申出をしなければならない。ただし、当該訴えを提起した者が、その責めに帰することができない理由によりその主張又は証拠の申出を遅滞なくすることができなかつたことを証明したときは、この限りでない（国税通則法116条第１項）。」
176 本庄資　前掲注121　456頁
177 居波邦泰2007「移転価格事案の訴訟に係る対処等の検討―米国の判例等を踏まえて」、税務大学校論叢(54)　388頁（2007年）

が負うものとし、立証責任は明瞭かつ説得力を持つ証拠により立証されなければならない（〔Rule142 Burden of Proof（立証責任）〕[178]。」となっている。つまり、立証責任は、納税者側にあるとしている。本論文では、立証責任について、主旨からはずれるため、これ以上言及しない。これらのことから、租税訴訟が生じた際、その立証責任をわが国では、課税庁側、米国では、納税者側にあるとしている[179]。

第３節　想定事例からわが国の租税条約等実施特例法における防止策の検討

前節のことから、本節では、自国の居住者による租税条約の濫用としてトリーティ・ショッピングとなる二重非課税とした想定事例において、わが国の租税条約等実施特例法において防止策を検討する。

想定事例を本論文では、トリーティ・ショッピングに該当するとして考えた。トリーティ・ショッピングに該当した場合に、その防止規定であるLOB条項が規定されることで防止することができる。そのため、防止するには、租税条約の適用を受け、LOB条項の適用を受ける必要がある。想定事例では、領土主義課税を採用しているフランスとの租税条約の規定における明示なき所得を利用した二重非課税を取り上げた。第1章で述べたように日米租税条約以外のLOB条項を規定している租税条約は、一部の所得に対して適用され、源泉地国免税のみを対象とする制限的LOB条項としている。日仏租税条約における、一部の所得は、事業所得、配当・利子・使用料（源泉地国課税のみの規定)、明示なき所得である。そのため、LOB条項の適用を受ける手続が必要となる。その場合は、わが国において租税条約に関する届出書に加え特典条項に関する付表[180]を提出することになる。その付表は、LOB条項における適格性の基準である適格者基準、能動的事業活動基準、権限ある当局の認定、派生的受益基準（derivative benefits）のいずれかに従い作成される。特典条項に関する付表（仏）において、適格者基準では、個人、適格政府機関、公開会社の内のいずれかにチェックすることで租税条

178 居波邦泰　前掲注177。
179 アメリカの事前価格合意制度では、納税者が独立企業間価格の算定方法を提案し、更に納税者とその国外関係者との取引に関して独立企業間実績値をもたらすものであることを示すデータなどを提出することとなっており、納税者に立証責任を負わせている。日本の場合は、立証責任は課税庁側にあるため、特に大企業の場合には膨大な資料からの独立企業間価格の算定となり、法執行上に限界があるのではないだろうか。また、日本の現行税制では、課税庁が納税者に独立企業間価格の算定のため必要と認められる書類及び帳簿の写しの提示又は提出を求めたにもかかわらず、遅滞なくこれを提示しなかった場合の罰則については、質問検査に対する不答弁、検査拒否、偽りの記載をした帳簿書類の提出等に対しての10万円以下の罰則が科せられるのみである（租税特別措置法第66条の4第12項）
（田井良夫『国際的二重課税の排除の研究―外国子会社配当免除制度への転換の検討を中心として―』96、97頁（税務経理協会、2010年）。）
180 LOB条項が規定される租税条約を締約している国ごとに分類されている。

約の特典を得る、適格者基準に該当しない場合、派生的受益基準（derivative benefits）により一定の場合に同等受益者として租税条約の特典を得る、派生的受益基準に該当しない場合、能動的事業活動基準により、居住地国において事業を従事しているかをチェックすることで租税条約の特典を得る、能動的事業活動基準に該当しない場合、権限ある当局の認定により租税条約の特典を得る。これらの基準に当てはまった場合、LOB条項の規定は、この届出書等を提出しその認定を受ける。それにより、LOB条項の規定により租税条約の特典得る適格居住者として、想定事例における二重非課税が成立する。つまり、租税条約相手国の居住者が、LOB条項により適格居住者であるとするならば二重非課税となる。そのため、これを防止するためにLOB条項により適格居住者でないとする必要がある。しかし、LOB条項は、その租税条約相手国に子会社を設立した場合、その子会社が租税回避目的による設立かどうかを区別することが困難であるとしている。そのため、租税回避目的でない子会社に対しては、当然、租税条約の特典を与え、租税回避目的の子会社に対しては租税条約の特典を与えないように区別する必要がある。租税回避目的かどうかについて、米国では、グレゴリー判決等により実際に事業を行っていない子会社に対して、租税回避目的の子会社としている。しかし、わが国では、グレゴリー判決等と異なり租税回避目的の子会社かどうかを判断していない。想定事例において、フランスに子会社を設立した際、その子会社が租税回避目的のペーパーカンパニーであるとした場合、米国では、グレゴリー判決等判例法理で実際に事業を行っていないとしてこれを否認できる。しかし、わが国では、グレゴリー判決等により租税回避目的かどうかの判断ができないため、想定事例のような二重非課税が成立する可能性がある。しかし、LOB条項により適格居住者の判断を行うため、実際に事業を行っていない居住者であったとしても、LOB条項により、想定事例のわが国とフランス間における二重非課税を防止できる可能性がある。逆に言えば、想定事例では、LOB条項の規定がない日・アイルランド租税条約の利用によって全世界所得課税であるアイルランドとわが国との取引による二重非課税が生じないだろうとしている。しかし、わが国の租税条約締約国でLOB条項のない領土主義課税を採用している国においては、想定事例のような二重非課税を簡単に通してしまうのではないだろうか。

わが国と米国の租税条約の適用に関する届出書の相違として、わが国では、「所得の支払を受ける者」としており、米国では、それを「受益者」として述べている。租税条約の受益者の概念として、OECDモデル租税条約では、租税条約の濫用を防止するため、真実の受領者が誰であるかをはっきりするためにその概念が導入されている。それにより、条約の特典を得ることのできない者であった場合は、条約の特典の適用を否認できることとしている。そのため、

受益者の概念は非常に重要である[181]。このことから、わが国と米国との意識の差が出ているのではないだろうか。又、米国の租税条約の適用に関する届出書であるW-8BENでは、受益者を13のタイプの内どれに該当するか、納税者にチェックさせている。しかし、わが国では、個人と法人その他の団体にのみ区分をしており、必ずしもその実体が米国に比べはっきりしないのではないだろうか。又、租税条約に関する届出書では、わが国と米国との相違において、はっきり違う項目がある。それは、米国の　Form W-8BENに記載される当局が求める情報の提供に協力する項目と提出するW-8BENに記載される項目に対して虚偽記載がないことの宣誓に関する項目である。わが国の租税条約に関する届出書に記載する項目は、租税条約等実施特例法により規定された項目のみを記載することになっている。それにより、米国では、当局が租税条約の適用において、必要な情報を提示しなければならないという項目にチェックをしているため、納税者に対して当局が必要な情報を引き出すことが可能である。わが国には、下記にて述べる立証責任が課税庁にあるためかそういった項目がない。そのため、納税者から租税回避かどうかの判断に対する情報を引き出すことができない。そのため、わが国においては、租税回避かどうかの判断が難しいのではないだろうか。

想定事例のような事案に対して租税訴訟が起きた場合において、その立証責任についても相違がある。前節で述べたように、現在では、わが国において、通説として立証責任を課税庁にあるとしている。又、米国では立証責任を納税者にあるとしている。例えば、租税訴訟において、想定事例におけるフランスに設立した子会社が租税回避を目的に設立されたかどうかが、争点となった場合、その立証責任をわが国では課税庁、米国では納税者によって立証しなくてはならない。

上述した、わが国の租税条約相手国に設立した子会社がペーパーカンパニーのような租税回避を目的に設立された法人かどうかの判断、LOB条項の有無、租税条約に関する届出書の項目の相違、立証責任の所在から米国と比べてわが国においては、想定事例のような自国の居住者によって領土主義課税を採用している当該租税条約相手国に租税条約に規定される明示なき所得による二重非課税を防止することが難しいのではないだろうか。又、第3章で述べたように、想定事例のような二重非課税が、本論文上における租税条約の濫用であるとして、その意図ないし目的からはずれているとしたなら、これを防止しなくてはならないではないだろうか。そのため、これを防止するために、わが国は、租税条約等実施特例法における手続において納

[181] 本庄資編著『租税条約の理論と実務』、田中佳織「租税条約の適用対象」清文社　196頁、2008年　参照。

税者側から米国のように情報の提供を促す項目を設ける必要がある。又、わが国において、立証責任が通説により課税庁側にあるならば、想定事例のような、租税条約相手国に子会社を設立した場合に、その子会社が実際に事業を行っているかどうかを立証する手続を納税者側に課す必要性があるのではないだろうか。このような特別な措置を租税条約等実施特例法において講ずる必要性がある。又、LOB条項の規定がなければ想定事例のような国際的二重非課税を簡単に生じることになってしまうと考えられるため、LOB条項をわが国として積極的に取り入れるべきではないだろうかと、考える。

おわりに

本論文は、わが国の居住者等による二重非課税についての租税条約の濫用の防止から租税条約実施特例法の観点からの防止策の検討を行った。租税回避は、いくつかの学説があるが、本論文において、本庄資教授の「どの国もあらゆる私的経済活動の法形式を網羅するような課税要件を法定することは立法技術の面からも不可能に近い。そこで、私法上の選択可能な法形式の中から、税法の予定しない、常識を破る法形式を選択して、結果としては意図した経済目的を達成しながら、税法の予定した法形式について定める課税要件に抵触することを免れひいては税負担の減少又は排除をもたらすことがある。これを租税回避という[182]。」から税法上意図しているか意図していないかを重要として述べている。これにより、本論文は、租税条約の意図ないし目的となる投資交流の促進を図るための二重課税の排除、租税回避、脱税、条約の濫用の防止から租税条約の濫用を見た。本論文では、租税条約の濫用を租税回避及び脱税につながる行為に対して租税条約の意図していない状況として扱った。そのため、本論文では、その租税条約の濫用の一つとしてトリーティ・ショッピングを扱った。トリーティ・ショッピングは、一般的に二国間条約である租税条約の定める特典を本来享受することのできない第三国の居住者がこの条約上の特典を享受する目的でその条約の締約国のいずれかの国に子会社を設立してその居住者になりすまして目的を達成することである[183]。しかし、トリーティ・ショッピングは、第三国の居住者に限らず、自国の居住者によって当該租税条約相手国の居住者に成り済ますこともトリーティ・ショッピングの定義に含めるべきではないだろうか。本庄資教授は、「トリーティ・ショッピングは、これまで「条約相手国以外の第三国居住者による租税条約の特典の利用の防止」のみを念頭に置く議論が主流になっているが、ATPについては、「条約当事国の居住者が自国の源泉所得に対する自国課税の減免を図るために条約相手国の居住者に成り済ますことの防止」も念頭に置くことも必要になるであろう[184]。」と述べている。このことから、トリーティ・ショッピングは、本論文において、本来、租税条約の特典を享受することのできない居住者が租税条約の特典を得ることとしている。又、本論文のはじめに、二重非課税については、全世界所得課税原則における国際的二重非課税、領土主義課税原則における国際的二重非課税、居住者に関する差異による国際的二重非課税、エンティティ分類の差異による国際的二重非課税の4つから領土主義課税原則における国際的二重非課税について扱っている。これらのことから、自国の居住者による租税条約締約相手国の居住者に成り済ますこ

182 本庄資　前掲注20　102頁。
183 本庄資・他　前掲注11。
184 本庄資　前掲注12　150頁。

とによって国際的二重非課税が生ずるのではないだろうか、これを本論文の問題提起とした。

領土主義課税原則における国際的二重非課税は、どのような場合に生じるのか。本論文では、想定事例においてこれを述べた。想定事例では、租税条約を締約しているA国と領土主義課税を採用しているB国があるとして、A国の内国法人である株式会社aが、B国の内国法人である株式会社aの子会社である株式会社a'を設立したとする。そのA国のaが、B国のa'に租税条約上の明示なき所得として利益を送るとする。この類型から各国の国内法、租税条約の規定により課税が生ずることとなる。A国のaからB国のa'に明示なき所得としての利益を送った場合の課税において、支払者であるaに対してA国の課税は、租税条約の規定により課税権が決まる。一般的に明示なき所得に対する源泉徴収の規定は、居住地国課税のみを認める規定であるため、源泉地国において課税されない。つまり、A国のaからB国のa'に明示なき所得としての利益を送った場合、その明示なき所得の源泉地は、A国であるため租税条約の規定において課税されず、居住地であるB国でのみ課税される。しかし、B国において領土主義課税を採用しているためすべての国外源泉所得に対しては、課税されない。これにより、A国及びB国共に課税することができないため、二重非課税が生ずるスキームを取り上げている。そのA国がわが国及び米国を当てはめ、その租税条約相手国をフランス及びアイルランドに当てはめた。その想定事例から、法人のみについて、領土主義課税を採用しているフランスにおいて二重非課税となることを明らかにした。又、この想定事例では、租税条約の濫用、トリーティ・ショッピングに該当するかどうかを考察した。本論文では、想定事例のような国際的二重非課税は、租税条約の意図ないし目的である投資交流の促進を図るための二重課税の排除、租税回避、脱税、条約の濫用の防止から逸脱した行為として、これを本論文における租税条約の濫用とした。又、本論文では、租税回避かどうかの判断の規定又は否認規定がなく、租税条約の濫用に該当し、その租税条約相手国の居住者が、自国の居住者による居住者であるとするならば、これを自国の居住者によるなりすまし行為としてトリーティ・ショッピングに該当するのではないだろうかと考えた。その想定事例のような国際的二重非課税を本論文では、トリーティ・ショッピングに該当すると考えた。これらを防止するため、本論文では、LOB条項と租税条約等実施特例法の手続から防止策を検討した。その検討策として、わが国において、立証責任が通説により課税庁側にあるならば、想定事例のような、租税条約相手国に子会社を設立した場合に、その子会社が実際に事業を行っているかどうかを立証する手続を納税者側に課す必要性があるのではないだろうか。このような特別な措置を租税条約等実施特例法において講ずる必要性がある。又、LOB条項の規定がなければ想定事例のような国際的二重非課税が簡単に生じること

になってしまうと考えられるため、LOB条項をわが国として積極的に取り入れるべきではないだろうかと、考え、これを本論文の結論とする。

本論文では、他の二重非課税の生ずる状況、租税条約の濫用、最近のBEPSの議論、想定事例における株式会社以外の事業体による扱い、租税条約等実施特例法の手続以外の規定について、居住者の定義等の問題、受益者概念、LOB条項について、明示なき所得以外の所得による取扱い、立証責任に関する議論、本論文において扱った米国、フランス、アイルランドの詳しい税制に関して、述べなかったが、これらについては、本論文をより発展させていくため、今後の研究課題として研究をしていきたい。

参考文献・資料

参考文献

浅川雅嗣『コンメンタール改訂　日米租税条約』（財団法人　大蔵財務協会、2005年）

岡村忠生『法人税法講義　第2版』（成文堂、2006年）

金子宏『租税法　第18版』（引文堂、2013年）

川田剛『新日米租税条約を読む』（税務経理協会、2004年）

川田剛『移転価格税制』（税務経理協会、2010年）

川端康之監訳『OECDモデル租税条約　2010年版　簡略版』（社団法人日本租税研究協会、2011年）

木村引之亮『租税法学』（税務経理協会、1999年）

小松芳明『租税条約の研究』（有斐閣、1973年）

小松芳明『逐条研究　日米租税条約』（税務経理協会、1991年）

酒井克彦『所得税法の論点研究―裁判例・学説・実務の総合的検討―』（財経詳報社、2011年）

斉藤奏『国際会計と国際課税』（税務経理協会、1995年）

田井良夫『国際的二重課税の排除の研究―外国子会社配当免除制度への転換の検討を中心として―』（税務経理協会、2010年）

谷口勢津夫『租税条約論―租税条約の解釈及び適用と国内法―』（清文社、1999年）

中島正義『1986年米国税制改革法の解説』（社団法人　日本租税研究協会、1986年）

中野百々造『外国税額控除』（税務経理協会、2008年）

永峰潤『非居住者・非永住者課税』（税務経理協会、2000年）

藤本哲也『国際租税法』（中央経済社、2005年）

本庄資『アメリカの租税条約』（大蔵省印刷局、1997年）

本庄資『租税条約』（税務経理協会、2000年）

本庄資『国際租税計画―わが国企業の外国課税の重要問題―』（税務経理協会、2000年）

本庄資『国際的租税回避　基礎研究』（税務経理協会、2002年）

本庄資『アメリカン・タックスシェルター』（税務経理協会、2003年）

本庄資『国際的脱税・租税回避防止策』（財団法人　大蔵財務協会、2004年）

本庄資『国境に消える税金』（税務経理協会、2004年）

本庄資『国際租税法　四訂版』（財団法人　大蔵財務協会、2005年）

本庄資『新日米租税条約　解釈研究』（税務経理協会、2005年）

本庄資『アメリカ法人税法講義』（税務経理協会、2006年）

本庄資『アメリカの租税政策』（税務経理協会、2007年）

本庄資編著『租税条約の理論と実務』（清文社、2008年）

本庄資『アメリカ法人税制』（社団法人　日本租税研究協会、2010年）

本庄資編著『国際課税の理論と実務　73の重要課題』（財団法人　大蔵財務協会、2011年）

本庄資、田井良夫、関口博久『国際租税法―概論―』（一般財団法人　大蔵財務協会、2012年）

本庄資『オフショア・タックス・ヘイブンをめぐる国際課税』（公益社団法人　日本租税研究協会、2013年）

水野忠恒『国際課税の理論と課題　二訂版』（税務経理協会、2005年）

水野忠恒『租税法　第5版』（有斐閣、2011年）

村井正『国際租税法の研究』（法研出版、1990年）

矢内一好『租税条約の論点』（中央経済社、1997年）

矢内一好『現代米国税務会計史』（中央大学出版部、2012年）

矢内一好『改正租税条約のすべて』（財経詳報社、2013年）

渡辺淑夫『法人税法』（中央経済社、2012年）

リチャード・L・ドーンバーグ、川端康之監訳『アメリカ国際租税法』（清文社、2001年）

雑誌論文

青柳達郎「税務訴訟における証明責任論の再構成」、税務大学校論叢　17号　324～356頁（1986年）

青山慶二「トリーティショッピングの歴史の再検討と最近の課題について」、ファイナンシャル・レビュー　84号　116～133頁（2006年）

居波邦泰「移転価格事案の訴訟に係る対処等の検討―米国の判例等を踏まえて」、税務大学校論叢(54)　195～488頁（2007年）

居波邦泰「国際的課税権の確保とBEPS（税源浸食と利益移転）への対応」、月刊　税務事例第45巻第9号通巻528巻　56～68頁（2013年）

今村修「租税法の解釈についての一考察（福岡高裁平成21年7月29日判決の研究）」、千葉商大論叢　48（2）171～186頁（2011年）

今村隆「租税条約におけるLOB条項の意義と問題点―我が国の視点からみた同条項の考察―」、日本法学　第79巻第2号　日本大学法学研究所　論説1～33頁（2013年）

黒木祥次「租税回避行為に関する一考察」、九州国際大学大学院法政論集　13　133～174頁

（2011年）
進藤直義「租税法律主義とタックス・コモン・ロー「法人格否認の法理」」、NUCB journal of economics and information science　56(2)　99～112頁（2012年）
関口博久「トリーティ・ショッピング対策としての特典制限条項―新日米租税条約の締結を契機として一」、国士舘大学大学院政経論集（8）　125～152頁（2005年）
高藤奈央子「タックス・ヘイブンを利用した脱税及び租税回避行為への対策～日・バミューダ租税協定の概要と国会論議～」、立法と調査　2010・9　No308　16～24頁（2010年）
丹波巌「《研究ノート》法の解釈」、国際関係学部紀要　34　77～93頁（2005年）
中山清「租税条約の特典制限条項（LOB）」、ファイナンス・レビュー　84号　134～151頁（2006年）
長谷部啓「外国事業体と国際課税を巡る問題―各国租税法上の法人概念の相違に起因する諸問題を中心として一」、税務大学校論叢（59）139～243頁（2008年）
原武彦「非居住者課税における居住性判定の在り方―出国税（Exit Tax）等の導入も視野に入れて一」、税務大学校論叢（65）1～129頁（2010年）
本庄資「租税回避防止規定―特に「トリーティ・ショッピング」防止規定について」、租税研究　1999・9　77～90頁（1999年）
本庄資「国際的租税回避におけるアコモデーション・パーティ・スキームとその防止策」、租税研究　2006・8　87～110頁（2006年）
本庄資「オフショア事業・投資拠点とオフショア・タックス・ヘイブンとの間に介在する「導管国（a conduit country）」をめぐる国際課税―実効税率引下げ競争に利用されるサンドイッチ・スキーム」、税大ジャーナル　17　2011、10　1～44頁（2011年）
本庄資「陳腐化した国際課税原則を見直し新しい国際課税原則を構築する必要性―OECDのBEPS対策の始動を中心として一」、税大ジャーナル　21号　35～77頁（2013年）
本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第6回）～アグレッシブ・タックス・プランニングに利用される国際課税ルールの特定とその問題点～」、租税研究　2014、2、772号（132～189頁）
松田直樹「外国子会社配当益金不算入制度創設の含意―移転価格と租税回避への影響に関する考察を中心として一」、税務大学校論叢（63）1～187頁（2009年）
矢内一好「米国租税条約の研究―租税条約と国内法の関連―」、税務大学校論叢（19）33～103頁（1989年）

参考資料

ドイツ租税通則法《Abgabenordnung(AO)》

『平成 24 年度　租税条約関係法規集』公益財団法人　納税協会連合会（2012 年）

『抜本的税制改革と国際課税の課題[（社）日本租税研究協会　第63回租税研究大会記録]』社団法人　日本租税研究協会（2011年）

財務省『平成24年度税制改正大綱（案)』(2012年)

財団法人　大蔵財務協会『平成16年版　改正税法のすべて』(2004年)

経済産業省『新興国における課税問題の事例と対策』(2013年)

参考海外資料

OECD ”REPORT ON THE ATTRIBUTION OF PROFITS TO PERMANENT ESTABLISHMENTS”（2006 年）

OECD “THE GRANTING OF TREATY BENEFITS WITH RESPECT TO THE INCOME OF COLLECTIVE INVESTMENT VEHICLES” (2010年)

OECD ”OECD`s Current Tax Agenda” (2012年)

OECD ”OECD MODEL TAX CONVENTION：REVISED PROPOSALS CONCERNING THE MEANING OF ‘BENEFICIAL OWNER‘ IN ARTICLES 10,11 AND 12” (2012年)

OECD ”Addressing Base Erosion and Profit Shifting” (2013年)

IBFD ”Clarification of the meaning of ‘Beneficial Owner‘ in the OECD Model Tax Convention Response from IBFD Research Staff” (2011年)

Richard L.Reinhold ”What is tax treaty abuse ? Is treaty shopping an outdated concept ? ”、The Tax Lawer vol53 No3 spring (2000年)

Roverts & Holland Collection ”Legislative history of united states tax conventions” volume4 William S.Hein&Co.,Inc. Buffalo, New York（1993年）

Roverts & Holland Collection ”Legislative history of united states tax conventions” volume2 William S.Hein&Co.,Inc. Buffalo, New York（2006年）

United Nations ”Economic and Social Council” Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters「Abuse of tax treaties and treaty shopping」(2005年)

参考 URL

http://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/international/182.htm　財務省HP

http://www.irs.gov/Individuals/International-Taxpayers/Claiming-Tax-Treaty-Benefits　IRS HP

参考資料～租税条約に関する届出書　様式 10～

http://www.nta.go.jp/tetsuzuki/shinsei/annai/joyaku/annai/pdf2/259.pdf

参考資料～特典条項に関する付表（米）

http://www.nta.go.jp/tetsuzuki/shinsei/annai/joyaku/annai/pdf2/266.pdf

参考資料～特典条項に関する付表（仏）

http://www.nta.go.jp/tetsuzuki/shinsei/annai/joyaku/annai/pdf2/268.pdf

参考資料～Form W-8BEN～

http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/fw8ben.pdf

参考資料～Form 8233～

http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f8233.pdf

参考資料（租税条約に関する届出書・特典条項に関する付表の記載事項）

＜租税条約に関する届出書＞

① 当該相手国居住者等配当等 の支払を受ける者の氏名、国籍及び住所若しくは居所又は名称、本店若しくは主たる事務所の所在地及びその事業が管理され、かつ、支配されている場所の所在地

② 当該相手国居住者等配当等の支払を受ける者の当該相手国居住者等配当等に係る当該相手国等における納税地及び当該支払を受ける者が当該相手国等において納税者番号を有する場合には、当該納税者番号

③ 当該相手国居住者等配当等につき当該租税条約の規定に基づき租税の軽減又は免除を受けることができる事情の詳細

④　　当該相手国居住者等配当等の支払者の氏名及び住所若しくは居所又は名称及び本店若しくは主たる事務所の所在地

⑤　　次に掲げる場合の区分に応じ、それぞれ次に掲げる事項

1、当該相手国居住者等配当等である配当（租税条約に規定する配当（当該租税条約においてこれに準ずる取扱を受けるものを含む。）で、国内にその源泉があるものをいう。以下第二条の五までにおいて同じ。）の支払を受ける場合　当該配当に係る株式（投資信託及び投資法人に関する法律（昭和二十六年法律第百九十八号）第二条第十四項に規定する投資口を含む。以下第二条の五までにおいて同じ。）、出資、基金又は受益権の銘柄又は名称、種類及び数量並びにその取得の日

2、当該相手国居住者等配当等である利子（租税条約に規定する利子（当該租税条約においてこれに準ずる取扱を受けるものを含む。）で、国内にその源泉があるものをいう。以下第二条の五までにおいて同じ。）で債券に係るものの支払を受ける場合　当該債券の種類、名称、額面金額及び数量並びにその取得の日

3、当該相手国居住者等配当等である利子で債券に係るもの以外のものの支払を受ける場合　当該利子の支払の基因となった契約の締結の日、契約金額及び契約期間並びに当該契約期間において支払われる当該利子の金額及びその支払期日

4、当該相手国居住者等配当等である使用料（租税条約に規定する使用料（当該租税条約においてこれに準ずる取扱いを受けるものを含む。）で、国内にその源泉があるものをいう。以下第二条の五までにおいて同じ。）の支払を受ける場合　当該使用料の支払の基因となった契約の締結の日及び契約期間並びに当該契約期間において支払われる当該使用料の金額及びその支払期日

5、当該相手国居住者等配当等であるその他の所得（租税条約に規定するその他の所得で、国内にその源泉があるものをいう。以下第二条の五までにおいて同じ。）の支払を受ける場合　当該その他の所得の種類、金額、支払方法、支払期日及び支払の基因となった契約の内容

6、当該相手国居住者等配当等の支払を受ける者が国税通則法第百十七条第二項の規定による納税管理人の届出をしている場合には、当該納税管理人の氏名及び住所又は居所

7、その他参考となるべき事項

（租税条約等実施省令第2条第1項1号～7号）

＜特典条項に関する付表＞

① 当該相手国居住者等の氏名、国籍及び住所若しくは居所又は名称、本店若しくは主たる事務所の所在地及びその事業が管理され、かつ、支配されている場所の所在地

② 当該相手国居住者等の当該申告対象国内源泉所得（当該租税条約の特定規定に基づき所得税又は法人税の軽減又は免除を受けるものに限る。以下「条約適用所得」という。）に係る当該租税条約の相手国等における納税地及び当該相手国居住者等が当該相手国等において納税者番号を有する場合には、当該納税者番号

③ 特典条項の適用を受けることができるとする理由の詳細

④ 当該条約適用所得につき当該租税条約の特定規定に基づき租税の軽減又は免除を受けることができる事情の詳細

⑤ 当該条約適用所得の種類

⑥ 当該条約適用所得の支払者の氏名及び住所若しくは居所又は名称及び本店若しくは主たる事務所の所在地（当該支払者が多数に上り、各支払者についてこれらの事項を記載することが困難な事情がある場合には、その事情及びこれらの事項に代わるべき事項の詳細）

⑦ 当該相手国居住者等が国内において事業を行っている場合にはその事業の概要

⑧ 当該相手国居住者等が国税通則法第百十七条第二項の規定による納税管理人の届出をしている場合には、当該納税管理人の氏名及び住所又は居所

⑨ その他参考となるべき事項

（租税条約等実施省令第9条の2第1項1号～9号）

参考資料（租税条約及びIRC）

1、日米租税条約第４条５項

「この条約の規定に従い一方の締約国が他方の締約国の居住者の所得に対する租税の率を軽減し、又はその租税を免除する場合において、当該他方の締約国において施行されている法令より、当該居住者が、その所得のうち当該他方の締約国に送金され、又は当該他方の締約国内で受領された部分についてのみ当該他方の締約国において租税を課することとされているときは、その軽減又は免除は、その所得のうち当該他方の締約国に送金され、又は当該他方の締約国内で受領された部分についてのみ適用する。」

２、日米租税条約第４条６項

「この条約の適用上、(a) 一方の締約国において取得される所得であって、(ｉ) 他方の締約国において組織された団体を通じて取得され、かつ、(ii) 当該他方の締約国の租税に関する法令に基づき当該団体の受益者、構成員又は参加者の所得として取り扱われるものに対しては、当該一方の締約国の租税に関する法令に基づき当該受益者、構成員又は参加者の所得として取り扱われるか否かにかかわらず、当該他方の締約国の居住者である当該受益者、構成員又は参加者（この条約に別に定める要件を満たすものに限る。）の所得として取り扱われる部分についてのみ、この条約の特典（当該受益者、構成員又は参加者が直接に取得したものとした場合に認められる特典に限る。）が与えられる。(b) 一方の締約国において取得される所得であって、(ｉ) 他方の締約国において組織された団体を通じて取得され、かつ、(ii) 当該他方の締約国の租税に関する法令に基づき当該団体の所得として取り扱われるものに対しては、当該一方の締約国の租税に関する法令に基づき当該団体の所得として取り扱われるか否かにかかわらず、当該団体が当該他方の締約国の居住者であり、かつ、この条約に別に定める要件を満たす場合にのみ、この条約の特典（当該他方の締約国の居住者が取得したものとした場合に認められる特典に限る。）が与えられる。(c) 一方の締約国において取得される所得であって、(ｉ) 両締約国以外の国において組織された団体を通じて所得され、かつ、(ii) 他方の締約国の租税に関する法令に基づき当該団体の受益者、構成員又は参加者の所得として取り扱われるものに対しては、当該一方の締約国又は当該両締約国以外の国の租税に関する法令に基づき当該受益者、構成員又は参加者の所得として取り扱われるか否かにかかわらず、当該他方の締約国の居住者である当該受益者、構成員又は参加者（この条約に別に定める要件を満たすものに限る。）の所得として取り扱われる部分についてのみ、この条約の特典（当該受益者、構成員又は参加者が直接に取得したものとした場合に認められる特典に限る。）が与えられる。(d) 一方の締約国において取得される所得であって、(ｉ) 両締約国以外の国において組織された団体を通じて取得され、かつ、(ii) 他方の締約国の租税に関する法令に基づき当該団体の所得として取り扱われるものに対しては、この条約の特典は与えられない。(e) 一方の締約国において取得される所得であって、(ｉ) 当該一方の締約国において組織された団体を通じて取得され、かつ、(ii) 他方の締約国の租税に関する法令に基づき当該団体の所得として取り扱われるものに対しては、この条約の特典は与えられない。」

３、OECD モデル租税条約第３条１項（a）

「「者」には、個人、法人及び法人以外の団体を含む。」、OECDモデル租税条約第4条1項「この条約の適用上、「一方の締約国の居住者」とは、当該一方の締約国の法令の下において、住所、居所、事業の管理の場所その他これに類する基準より当該一方の締約国において課税を受けるべきものとされる者（当該一方の締約国及び当該一方の締約国の地方政府又は地方公共団体を含む。）をいう。・・・」

４、IRC864(b)(2)(A)

「(i)In general Trading in stocks or securities through a resident broker, commission agent, custodian, or other independent agent.(ii)Trading for taxpayer's own account Trading in stocks or securities for the taxpayer's own account, whether by the taxpayer or his employees or through a resident broker, commission agent, custodian, or other agent, and whether or not any such employee or agent has discretionary authority to make decisions in effecting the transactions. This clause shall not apply in the case of a dealer in stocks or securities.」

「（ｉ）一般に、在住ブローカーを通して、株か証券をトレーディング、エージェント、管理人か他の独立したエージェントに権限を与える。（ii）そのような従業員かエージェントが業務を生じる際に決定する自由裁量の権限があるか否かを問わず、エージェント、管理人、他のエージェントに権限を与える在住ブローカーを通して、納税者か従業員によって、納税者の所有する利益のための株か証券のトレーディング、納税者の所有する口座のトレーディング。この条項は、株か証券の取扱業者の場合にあてはまらない。」

５、IRC864(b)(2)(B)

「(i)In general Trading in commodities through a resident broker, commission agent, custodian, or other independent agent.(ii)Trading for taxpayer's own account Trading in commodities for the taxpayer's own account, whether by the taxpayer or his employees or through a resident broker, commission agent, custodian, or other agent, and whether or not any such employee or agent has discretionary authority to make decisions in effecting the transactions. This clause shall not apply in the case of a dealer in commodities.(iii)Limitation Clauses (i) and (ii) shall apply only if

the commodities are of a kind customarily dealt in o-n an organized commodity exchange and if the transaction is of a kind customarily consummated at such place.」
「（ｉ）一般に、在住ブローカーを通して、商品をトレーディング、エージェント、管理人か他の独立したエージェントに権限を与える。（ii）そのような従業員かエージェントが業務を生じる際に決定する自由裁量の権限があるか否かを問わず、エージェント、管理人、他のエージェントに権限を与える在住ブローカーを通して、納税者か従業員によって、納税者の所有する利益のための商品をトレーディング、納税者の所有する口座のトレーディング。この条項は、商品の取扱業者の場合はあてはまらない。（iii）商品が組織化された商品取引所で慣例上仲間に入れられる種類であり、その場所で慣例上に完成される種類の業務である場合だけ制限条項（ｉ）か（ii）は、あてはまる。」

６、IRC864(b)(2)(C)

「Subparagraphs (A)(i) and (B)(i) shall apply only if, at no time during the taxable year, the taxpayer has an office or other fixed place of business in the United States through which or by the direction of which the transact-ions in stocks or securities, or in commodities, as the case may be, are effected.」
「サブパラグラフ（A）（ｉ）と（B）（ii）は課税期間でない場合だけあてはまり、株か証券の業務又は、場合によっては業務が生じた商品の方向によって、納税者がオフィスか米国内でビジネスの他の場所がある。」

７、IRC864(b)

「For purposes of this part, part II, and chapter 3, the term "trade or business with in the United States" includes the performance of personal services within the United States at any time within the taxable year, but does not include-」
「このパート、パート2とキャプチャー3の条項のため「米国内の取引かビジネス」の用語は、いつでも課税期間で米国内で交付伝達のパフォーマンスを含む、しかし、以下は含まない。」

８、IRC864(b)(1)(A)

「for a nonresident alien individual, foreign partnership, or foreign corporation, not engaged in trade or business within the United States, or」

「居住していない外国人、外国パートナーシップか外国法人、従事していない米国内で取引かビジネス、又は」

９、IRC864(b)(1)(B)

「for an office or place of business maintained in a foreign country or in a possession of the United States by an individual who is a citizen or resident of the United States or by a domestic partnership or a domestic corporation, by a nonresident alien individual temporarily present in the United States for a period or periods not exceeding a total of 90 days during the taxable year atond whose compensation for such services does not exceed in the aggregate $3,000.」

「ビジネスのオフィス又は場所は、そのサービスが全体で3,000ドルを超えないのに対して、米国の市民か居住者である個人、内国パートナーシップか内国法人、期間から米国内で一時的に現れる居住していない外国人かだれかの報酬で課税期間内で合計90日以下により外国か米国で継続した。」

１０、IRC864(c)(4)(A)

「Except as provided in subparagraphs (B) and (C), no income, gain, or loss from sources without the United States shall be treated as effectively connected with the conduct of a trade or business within the United States.」

「サブパラグラフ（B）と（C）に定める場合を除き、米国源泉による所得、利得か損失は、米国内で取引かビジネスの方法と実質的に関連があるように扱わない。」

１１、IRC864(c)(4)(B)

「Income, gain, or loss from sources without the United States s-hall be treated as effectively connected with the conduct of a trade or business within the United States by a nonresident alien individual or a foreign corporation if such person has an office or other fixed place of business within the United States to which such in come, gain, or loss is attributable and such income, gain, or loss-(i) consists of rents or royalties for the use of or for the privilege o-f using intangible property described in section 862 (a)(4) derived in the active conduct of such trade or

business; (ii) consists of dividends, interest, or amounts received for the provision of guarantees of indebtedness, and either is derived i-n the active conduct of a banking, financing, or similar business within the United States or is received by a corporation the principal business of which is trading in stocks or securities for its own account; or (iii) is derived from the sale or exchange (outside the United States) through such office or other fixed place of business of personal property described in section 1221 (a)(1), except that this clause shall not apply if the property is sold or exchanged for use, consumption, or disposition outside the United States and an office or other fixed place o-f business of the taxpayer in a foreign country participated materially in such s-ale. Any income or gain which is equivalent to any item of income or gain described in clause (i), (ii), or (iii) shall be treated in the same manner as such item for purposes of this subparagraph.」

「米国源泉からの所得、利得又は損失は、その所得、利得又は損失が起因性でその所得、利得又は損失が（ｉ）（ii）（iii）で、者が米国内のオフィスかビジネスの他の場所を持つならば、居住していない外国人が外国法人により米国内で取引かビジネスの方法で実質的に関連したように扱われる。（ｉ）その取引又はビジネスの実行中の方法で引き出されたセクション862（a）（4）で記述された無形資産を使用している特権の使用のための使用料が特許権からなる。（ii）配当、利子か派生した米国内で銀行に預け中、融資しているか類似したビジネス、自己の勘定で株か証券のトレーディングを主要なビジネスとする会社により受けられた債務の保証の条項で受け取られた統計からなる。（iii）資産が使用のため売られた、交換された消費が、米国外の性質と物質的にその販売で参加した外国で納税者のオフィス又はビジネスの他の場所ならばこの条項は、あてはまらないが、動産のオフィスかビジネスの他の場所を通して、セクション1221（a）（1）で記述された販売か交換から由来する。:（ｉ）（ii）か（iii）の条項で記述された所得又は利得のいくつかのアイテムと同等の所得又は利得は、このサブパラグラフの目的のそのアイテム同様にみなされた。」

１２、IRC871(a)(1)

「Except as provided in subsection (h), there is hereby imposed for each taxable year a tax of 30 percent of the amount received from sources within the United States by a nonresident alien individual as-」

「サブセクション(h)に定める場合を除き、それらは、これにより、下記の外国人によって米国源泉から受領された総額の30%の各課税期間に課される。」

１３、IRC871(a)(1)(A)

「interest (other than original issue discount as defined in section 1273), dividends, rents, salaries, wages, premiums, annuities, compensations, remunerations, emoluments, and other fixed or determinable annual or periodical gains, profits, and income」

「利子（セクション1273で定められるoriginal issue discount以外)、配当、使用料、給料、賃金、保険料、年金、補償、報酬、手当、他の一定であるか決定できる年間であるか周期的な利得、利益、所得」

１４、IRC871(b)

「A nonresident alien individual engaged in trade or business within t-he United States during the taxable year shall be taxable as provided in section 1 or 55 on his taxable income which is effectively connected with the conduct o-f a trade or business within the United States.」

「米国課税期間でトレードかビジネスに従事した非居住外国人は、アメリカ合衆国内でトレードかビジネスの管理と実質的に関連する課税所得でセクション1か55の条項により課税対象となる。」

１５、IRC871(h)(1)

「In the case of any portfolio interest received by a nonresident individual from sources within the United States, no tax shall be imposed under paragraph (1)(A) or (1)(C) of subsection (a).」

「米国源泉から居住していない個人によって受け取られる少しのポートフォリオ利子の場合、課税はパラグラフ（1）（A）かサブセクション（a）の（1）（C）上で課されない。」

１６、IRC882(a)

「A foreign corporation engaged in trade or business within the United States

during the taxable year shall be taxable as provided in section 11, 55, 59A, or 1201 (a) on its taxable income which is effectively connected with the con-duct of a trade or business within the United States.」

「米国課税期間でトレードかビジネスに従事している外国法人は、米国内でトレードかビジネスの管理と実質的に関連がある課税所得で、セクション11、55、59Aか1201（a）の条項により課税対象となる。」

１７、IRC7701条（b）（1）

「For purposes of this title (other than subtitle B)- (A) Resident alien An alien individual shall be treated as a resident of the United States with respect to any calendar year if (and only if) such individual meets the requirements of clause (i), (ii), or (iii): (i) Lawfully admitted for permanent residence Such individual is a lawful permanent resident of the United States at any time during such calendar year. (ii) Substantial presence test Such individual meets the substantial presence test of paragraph (3). (iii) First year election Such individual makes the election provided in paragraph (4).」

「このタイトル（他のサブタイトルB以外）（A）在留外人のため　そのような個人（ｉ）（ii）又は（iii）条項の必要条件を満たすならば、外国人がどんな暦年に関する米国の居住者としてでも扱われます。（ｉ）永久の住居のために合法的に認められたその個人が、そのような暦年の間のどんな時間で米国の法定定住者です。（ii）相当な存在テストのその個人がパラ（3）の相当な存在テストを満たす。（iii）1回目の選挙年のその個人がパラ（4）で選挙が示されるようにする。」

１８、IRC7701条（b）（3）（A）

「Except as otherwise provided in this paragraph, an individual meets the substantial presence test of this paragraph with respect to any calendar year (herein after in this subsection referred to as the "current year") if- (i) such individual was present in the United States on at least 31 days during the calendar year, and (ii) the sum of the number of days on which such individual was present in the United States during the current year and the 2 preceding calendar years (when multiplied

by the applicable multiplier determined under the following table) equals or exceeds 183 days:・・・」

「このパラグラフに別途規定された場合を除き、（ｉ）その個人が少なくとも31日暦年で米国で存在した、（ii）その個人が米国で今年が2つ前の暦年（以下測定される適用できる乗数を掛け算される。）で183日を超えるか等しいならば、個人がどんな暦年（このサブセクションで以下「今年」と呼ばれる。）に関して、このパラグラフの相当な存在テストを満たす。」

１９、IRC7701条（b）（4）

「(A) An alien individual shall be deemed to meet the requirements of this subparagraph if such individual-(i) is not a resident of the United States under clause (i) or (ii) of paragraph (1)(A) with respect to a calendar year (hereinafter referred to as the "election year"),(ii) was not a resident of the Unit-ed States under paragraph (1)(A) with respect to the calendar year immediately preceding the election year,(iii) is a resident of the United States under clause (ii) of paragraph (1)(A) with respect to the calendar year immediately following t-he election year, and (iv) is both-(I) present in the United States for a period of at least 31 consecutive days in the election year, and (II) present in the United States during the period beginning with the first day of such 31-day period and ending with the last day of the election year (hereinafter referred to as the "testing period") for a number of days equal to or exceeding 75 percent of the number of days in the testing period (provided that an individual shall be treated for purposes of this subclause as present in the United States for a number of days during the testing period not exceeding 5 days in the aggregate, notwithstanding his absence from the United States on such days).(B) An alien individual who meets the requirements of subparagraph (A) shall, if he so elects, be treated as a resident of the United States with respect to the election year.(C) An alien individual who makes the election provided by subparagraph (B) shall be treated as a resident of the United States for the portion of the election year which begins on the 1st day of the earliest testing period during such year with respect t-o which the individual meets the requirements of clause (iv) of subparagraph (A).(D) The rules of subparagraph (D)(i)

of paragraph (3) shall apply for purposes of determining an individual's presence in the United States under this paragraph.(E) An election under subparagraph (B) shall be made on the individual's tax ret-urn for the election year, provided that such election may not be made before the individual has met the substantial presence test of paragraph (3) with respect- to the calendar year immediately following the election year.(F) An election once made under subparagraph (B) remains in effect for the election year, unless r-evoked with the consent of the Secretary.」

「(A) もし、個人が、(ⅰ) 暦年 (以下「選挙年」と記載する。) に関するパラグラフ (1) (A) の (ⅰ) か (ⅱ) の条項下で米国の居住者でない (ⅱ) 選挙年にすぐに先行している暦年に関するパラグラフ (1) (A) 下で米国の居住者でなかった (ⅲ) すぐ選挙年後の暦年に関するパラグラフ (1) (A) の (ⅱ) の手順下でアメリカ合衆国の居住者である (ⅳ) (Ⅰ) 選挙年で少なくとも31日連続間米国でプレゼント、そして (Ⅱ) 31日の期間の最初の日で始めている期間、日数同等か異例の試験期間 (全体で5日を超えていない試験期間の間の日数のための米国に存在するように個人がこの項のために扱われるならば、そのような日の米国からの彼の不在にもかかわらず) で日数の75%のために選挙年の最終日で終わりで米国でプレゼントで両方ならば外国人がサブパラグラフの必要条件を満たすと考えられます。(B) サブパラグラフ (A) の必要条件を満たす外国人は、彼が選挙ならば、選挙年に関する米国の居住者として扱われる。(C) 個人がサブパラグラフ (A) の条項 (ⅳ) の必要条件を満たすその年の間に最も初期の試験期間の1日目の日に、始まる選挙年の部分のための米国の居住者として、サブパラグラフ (B) において定める選挙をする外国人は、扱われる。(D) このパラグラフ下で米国で個人の存在を決定することのためにパラグラフ (3) のサブパラグラフ (D) (ⅰ) の原則は、あてはまる。(E) 個人が選挙年の後、すぐ暦年に関して、パラグラフ (3) の相当な存在テストを満たす前にそのような選挙がなされないかもしれないならば、サブパラグラフ (B) の下の選挙は、選挙年の間、個人の所得申告に関してなされます。(F) 秘書の同意で取り消されない限り、かつてサブパラグラフ (B) の下でなされる選挙は、選挙年の間結果のままである。」

２０、IRC7701 条 (b) (6)

「For purposes of this subsection, an individual is a lawful permanent resident of

the United States at any time if- (A) such individual has the status of having been lawfully accorded the privilege of residing permanently in the United States as an immigrant in accordance with the immigration laws, and (B) such status has not been revoked (and has not been administratively or judicially determined to have been abandoned). An individual shall cease to be treated as a lawful permanent resident of the United States if such individual commences to be treated as a resident of a foreign country under the provisions of a tax treaty between the United States and the foreign country, does not waive the benefits of such treaty applicable to residents of the foreign country, and notifies the Secretary of the commencement of such treatment.」

「このサブセクションの目的は、個人が、以下の場合米国の法定定住者とする。（A）その個人が、出入国管理法による移民として米国に永久に住む権利を合法的に与えられたことによる資格を持っている場合（B）その資格が取り消されなかった場合。そのような個人が米国の法定定住者を取りやめる場合は、以下の場合による。米国と外国の間の租税条約の規定により外国の居住者として扱われた場合、外国の居住者に適用されるその条約の特典を放棄しない場合、その処理の開始の長官に通知する場合。」

信託を利用した証券化と課税

―複層化された受益権につき

pass-through debt certificates を参考に―

西浦 真平

論文要旨

本稿は、信託を利用した証券化において、複層化された受益権の税法上の性質決定(classification)に関する研究である。この場合の税法上の問題の 1 つに、信託財産から生じる所得の帰属という論点がある。この論点については、先行研究が存在する。先行研究では、所得の帰属の判定に際し、受益権の範囲を考慮する必要があるとされる。税法上、受益権は法人税法 2 条 21 号に定める有価証券に該当する。従って、現行税法は受益権の優先劣後等について全く考慮していない。しかし、受益権が複層化された場合、各受益権の中にその経済的実質をみて受益権として取り扱うべきでないものの混入の可能性がある。先行研究も、その点を指摘する。具体的には、米国で債券として性質決定される受益権である pass-through debt certificates（以下 PDC という）を紹介し、所得の帰属の問題を考える際、我が国でも債券として性質決定すべき受益権の範囲について検討する必要があるとされる。但し、先行研究では PDC の紹介に留まり、その詳細は検討されていない。そこで、本稿は、米国法を分析することによって複層化された受益権の性質決定を研究し、受益権が複層化された場合の上記帰属問題における解決の一助とすることを目的とした。

第 1 章では、複層化された受益権の我が国の現行税法上の取扱いと、我が国で初めて受益権の複層化が問題となった判例を概観したところ、わが国の現行税法は、受益権の複層化に対する個別規定を有していないことがわかった。判例では課税所得金額の算出にあたり、一般条項である法人税法 22 条 4 項が争点となったが、同条文が依拠する会計基準それ自体が複層化に十分対応できていないことも明らかとなった。このように、現行税法ではその対応に限界があるため、立法的解決が望ましいと考えられる。

第 2 章では、PDC が債券として性質決定される考え方を考察した。PDC とは、REMIC ルール（I.R.C.§860D）の適用を受けない信託の受益権であるが、連邦法人税法上債券として扱われることを意図されるものをいう。その考察の結果として、大きく 2 つの点が挙げられる。第一は、複層化された各受益権を区分して扱い、優先受益権を債券として性質決定することである。第二は、受益権を債券として性質決定する際に二つの考え方があることである。二つの考え方とは、私法上の法形式の性質を重視する考え方と、経済的実質を重視する考え方である。後者の適用にあたっては、「受益権と債券の経済的実質の類似性」と「受益権と信託財産の断絶」という二つの要素が、債券と性質決定する重要な根拠とされている。

以上の比較法分析を踏まえて、第 3 章では我が国への示唆を検討したところ、最も重要な点は、上記米国法の取り扱いを参考にして、我が国においても受益

権の規定を検討し、立法化する必要があるという点である。確かに PDC の取り扱いはI.R.C本法ではなくrulingで規定されているが、証券化の分野で我が国より先行する米国がそのような取り扱いをしていることには、相応の意味があると考えられる。また、証券化の対象資産によっては、その私法上の法形式の性質を重視した他の税法上の規定が適用される(例えばI.R.C.§860D)。つまり、PDCは経済的実質を重視する局面に適用されているのが現状である。従って、我が国に立法化するとした場合に考慮すべきとすれば、以下の 2 点が考えられるのではなかろうか。第一は、私法上の法形式の性質を重視する考え方と経済的実質を重視する考え方の 2 つの考え方を参考として、証券化の対象資産によってどちらを用いることが課税上望ましいかを検討する必要があることである。第二は、後者の考え方を我が国で採用する場合には前述した二つの要素が必要となることである。

以上の示唆から、本稿の結論として、受益権を性質決定する具体的な方法は、債券として性質決定すべき受益権の定義を法人税法2条21号とは別に設けることである。ただし、実際にどのように受益権の定義を定めるのかについては、今後さらに検討すべき課題である。

―目次―

はじめに・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・ 5

第１章　我が国における課税上の取扱い
1-1　信託を利用した証券化・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・7
1-2　我が国の証券化に関する課税・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・11
1-3　我が国現行法上の限界・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・12
1-4　問題提起・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・22

第２章　米国における課税上の取扱い
2-1　米国の証券化に対する課税の沿革・・・・・・・・・・・・・・・・・・23
2-2　pass-through debt certificates の考え方・・・・・・・・・・・・・32
2-3　pass-through debt certificates の考え方を具体化した ruling ・・37

第３章　我が国への示唆
3-1　米国からの知見・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・39
3-2　我が国における検討と今後の課題・・・・・・・・・・・・・・・・・・41

おわりに ・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・45

＜参考文献一覧＞・・・ ・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・48

はじめに

本稿は、信託[1]を利用した証券化において複層化された受益権[2]の税法上の性質決定（classification）に関する研究である。証券化において、金融機関は住宅ローン債権やクレジットカード債権等を信託し、その信託に係る契約に基づいて優先劣後等に複層化された受益権を発行するとする。当該金融機関は（最）劣後受益権のみを保有し、残りの優先受益権等を投資家に売却することにより、投資家から資金調達する。本稿は、このような証券化が行われた場合、優先劣後等に複層化された受益権を税法上どう性質決定するべきかという研究である。

証券化は有用な金融技術であるにもかかわらず、関連する税法上の規定が不明確であることや、実態に即した課税が行われていないこと、などの問題が指摘されている。そのため、我が国では諸外国と比べて証券化はあまり使用されず、税制の整備状況によって取引が阻害されている虞がある[3]と言われている。そして、証券化に関する税法について、既に様々な問題点が具体的に指摘されている[4]。証券化に関する税法についての具体的な問題点の 1 つに優先劣後等に複層化された受益権についての取扱いが挙げられている[5]。本稿ではこの問題を扱う。その理由として、従来から指摘されていた証券化に関する複層化された受益権に関する税法上の不明確な取り扱いが裁判という形で表面化し、訴訟中である[6]こと、また、証券化において複層化された受益権に関する課税の明確化を求める税制改正の要望が実際になされている[7]ことにより、その対応が早急に求められているからである。

ところで、証券化における複層化された受益権について税法上の取扱いが不明確な点に関しては、信託財産から生じる所得を複層化された受益権を有する

---

[1] 四宮和夫『信託法増補版』（有斐閣・1979）3 頁～5 頁において、信託とは「ある者（委託者）が法律行為（信託行為）によって、相手方（受託者）に財産権（信託財産）を帰属させつつ、同時に、その財産を、一定の目的（信託目的）に従って、社会のためにまたは自己若しくは他人－受益者－のために、管理処分すべき拘束を加えるところに成立する法律関係ということになろう」とある。

[2] 四宮・前掲注 1・28 頁において「受益権（狭義）は一般に受託者に対する債権とされるが、実質的には信託財産に対する債権であり、また、それを基本としつつ信託財産（構成物）に対する物的相関関係を有する物的権利でもある」とある。

[3] 西村総合法律事務所『ファイナンス法大全（下）』（商事法務・2003）15 頁参照。

[4] 高橋正彦『証券化の法と経済学』（NTT 出版株式会社・2009）215 頁～246 頁参照。

[5] 高橋・前掲注 4・236 頁～238 頁参照。

[6] 東京地判平成 24 年 11 月 2 日裁判所 HP 参照（平成 22 年（行ウ）第 693 号）。

[7] 社団法人　信託協会「平成 22 年度改正に関する要望」1 頁～2 頁参照 http://www.shintaku-kyokai.or.jp/data/pdf/z22.pdf。金融庁「平成 22 年度税制改正（租税特別措置）要望事項」において、「施策の必要性…優先劣後構造等の質的に分割されている信託受益権の課税関係については、明確となっておらず、信託利用者が課税額を予め算出できない状態となっていることから、緊急に明確化する必要がある」とある http://www.cao.go.jp/zei-cho/youbou/pdf/fsa/22y_fsa_k_24.pdf。

各受益者[8]にどのように帰属させるかという所得の帰属の論点がある。我が国では法人税法 12 条において、受益者が信託財産を有するものとみなして、所得を帰属させると定めている。また、受益権は、法人税法 2 条 21 号の有価証券に含められている。従って、私法上の法形式が受益権であるものは、税法上有価証券に該当し、かつ、受益権保有者は信託財産を有するものと見做して扱われることになる。

しかし、証券化において優先劣後等に受益権が複層化された場合、各受益権を保有する受益者をすべて同等に扱うことは適切ではないと考える。なぜなら、優先受益権、劣後受益権等に複層化された受益権は、私法上の法形式としては受益権であるが、その権利内容に違いがあり、税法上受益権として性質決定することが適切ではない受益権の混入の可能性があるからである。つまり、複層化された各受益権の中には信託財産を有しているように見做すことが適切でない受益権が含まれている虞があると考える。

そこで、本稿は証券化において受益権が複層化された場合に信託財産から生じる所得の帰属の問題を考える上で、各受益権がどのような性質を持つのか、という受益権の性質決定について研究し、所得を帰属させるべき受益者を明確にすることに役立てることを目的とする。この論点については後述する先行研究において、一つの方策が示されている。本稿はその先行研究をさらに押し進めるものである。

本論文の構成としては、まず、第一章において、受益権の複層化を説明し、我が国の複層化された受益権に関する現行税法上の扱いと、上記判例を取り上げて我が国の現行税法の限界を述べた後、本稿の問題提起を行う。次に、第二章において、本稿のテーマである複層化された受益権の性質決定について、債権を裏付けとした証券化の発祥の地であり[9]、その歴史が古く[10]、我が国よりも制度設計が進んだ米国における課税上の取扱い[11]について考察する。最後に、第三

---

[8] 信託法 2 条 6 号において「受益者とは受益権を有する者をいう」とある。

[9] 遠藤幸彦「証券化の歴史的展開と経済的意義―米国を中心に―」（フィナンシャル・レビュー 51号・1999）86頁参照。

[10] 佐藤英明『信託と課税』（弘文堂・2000）81 頁～82 頁において「1970 年代後半から 1980 年代のはじめにかけてのアメリカにおける金利の上昇は、主として住宅用の不動産モーゲッジを担保に金銭の貸出しをしていた中小の金融機関の収益を圧迫した。なぜなら、アメリカにおいては慣習的に、不動産モーゲッジは固定金利が原則とされていたのに対し、その貸出資金源たる預金は主として短期の預金として集められ、その金利が上昇していったため、その両者の間で利鞘を稼ぐのが困難になっていったからである」とあり、このことが原因で米国の証券化が始まった一方、我が国は、川北英隆『証券化―新たな使命とリスクの検証』（金融財政事情研究会・2012）35 頁において、1994 年のオートローン債権を裏付けとする ABS のユーロ円債、もしくは 1996 年以後における ABS の国内発行が国内証券化第一号と考えるのが適切であるとしている。したがって、我が国よりも明らかに米国の証券化の歴史は長く、その経験も多いといえる。

[11] 中里実「セキュリタイゼイションと課税」（日税研論集 41 号・1999）249 頁参照。

章において、比較法分析の結果から、我が国への示唆を述べることで、研究の成果を示し、結びとする。

第１章　我が国における課税上の取扱い

1-1　信託を利用した証券化

受益権の複層化を説明する上で、まず、信託を利用した証券化の仕組みを簡単に説明する。証券化[12]とは、そのままの形では取得する買受人を見いだしにくい資産が生むキャッシュ・フローや、資産を集合化することによって生み出されるキャッシュ・フローを、資本市場の参加者である投資家の需要に応じて組み直し、投資するにふさわしい投資商品を作り出すスキームのことである[13]。証券化を行う理由として、原資産提供者にとっては、低利による資金調達・資産のオフバランス化・資産の有効活用などのメリットがあること[14]、投資家にとっては、多様な投資ポートフォリオの実現[15]・エージェンシー問題の解消[16]などのメリットがあることが挙げられる。証券化の最大の特徴は、証券から発行体の信用リスクを隔離し、資産そのものの信用リスクのみに基づく資金調達を可能にすることである[17]。資産は運用主体等と切り離され、その資産のキャッシュ・フローのみに対する投資として構成されることになる[18]。また、信用補完措置[19]や倒産隔離措置[20]を施すことにより資金調達する原資産提供者にとって低利の資金調達手段[21]、資金提供者である投資家にとってリスクの低い投資商品[22]を実現できる。

信託を利用した証券化とは、資産を信託することにより組成される信託受益

---

[12] 岡内幸策『証券化入門〔第２版〕』（日本経済新聞社・2004）12 頁では、「証券化という言葉は、流動化の過程で証券を発行した場合の総称としての位置づけから脱し、流動化とほぼ同義に使用されることが増えてきました」とある。

[13] 西村総合法律事務所・前掲注３・６頁参照。

[14] 久禮義継『流動化・証券化の会計と実務〔第４版〕』（中央経済社・2008）５頁参照。高橋・前掲注４・９頁～15 頁、27 頁～30 頁参照。

[15] 西村総合法律事務所・前掲注３・７頁参照。

[16] 川北・前掲注 10・６頁参照。

[17] 渡辺裕泰『ファイナンス課税〔第２版〕』（有斐閣・2012）141 頁では、「証券化は、資産自体の信用力に応じた資金調達を行うものであり、従来の資産保有者であるオリジネーターの信用リスク、倒産リスク等からＳＰＶが独立している必要がある」という。

[18] 佐藤・前掲注 10・92 頁参照。

[19] 久禮・前掲注 14・11 頁によれば、「証券化商品の魅力を高め、低利を実現するためにリスクを下げること。倒産や貸倒など原資産からの資金の回収が困難となった場合に、投資家に対する元利金の支払いを補填するような措置」とある。

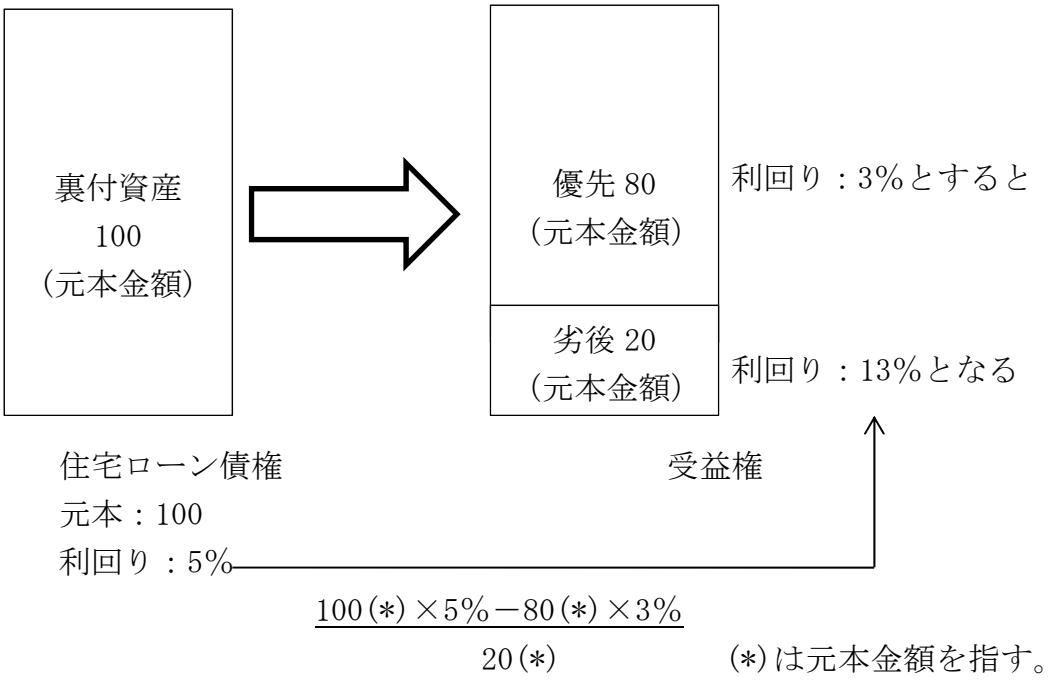
[20] 渡辺・前掲注 17・141 頁も参照。

[21] 高橋・前掲注４・９～11 頁参照。

[22] 高橋・前掲注４・12～13 頁参照。

権を直接投資家に販売する方式である[23]。債権の証券化は、多くの場合、大量の債権群を一括して証券化の器に譲渡し、大数の法則を利用した安定したパフォーマンスを引当てとして、投資家から資金を調達する方法が用いられている[24]。

図１：トランシェ構造[25]



「優先受益権に裏付資産からの収益が優先的に配分され、損失は劣後受益権が負担することになる。また、先に優先受益権から償還されるので、回収期間が相対的に優先受益権の方が短く、劣後受益権の方が長くなる。劣後受益権は裏付け資産のリスクを負担するハイリスク・ハイリターンの商品である。」

さて、受益権の複層化とは、様々な投資家のニーズに合わせるため行われるだけでなく、原資産のリスクをある程度分散できるため、信用補填措置としても機能するものである[26]。具体的には、トランシェ構造（図１参照）といわれる１つの原資産（プールされた原資産の意味）に対して、リターンとリスクの異なった複数の受益権を発行する仕組みのことである[27]。それらの受益権に対して支払われるキャッシュ・フローの源泉は、複数の受益権を発行したとしてもＳＰ

[23] 西村総合法律事務所・前掲注３・15 頁参照。
[24] 西村総合法律事務所・前掲注３・17～18 頁参照。
[25] 図１については、田淵直也『証券化のすべて』（日本実業出版・2012）88 頁参照。
[26] 川北・前掲注 10・15 頁参照。
[27] 川北・前掲注 10・14 頁参照。

Ｅ[28]が保有する原資産であるから、その原資産がどのようなキャッシュ・フローを生み出すのかが、トランシェ構造を有する受益権全体としてのキャッシュ・フローの制約条件となる[29]。トランシェ構造を有する受益権全体としてのキャッシュ・フロー合計は、原資産から発生するキャッシュ・フロー合計と一対一で対応しなければならない[30]。このような制約はあるものの、その制約を満たしている限り、キャッシュ・フローをどのように振り分けるかは自由である。そこで、原資産から発生するキャッシュ・フローを「優先的に配分されるトランシェ」と「優先的に配分されるトランシェに十分にキャッシュ・フローを配分した残りから配分されるトランシェ」とに分けるのである[31]。

ところで、複層化された優先・劣後受益権に関する取扱いについて現行税法上、明文の規定はない[32]。現行税法上、優先劣後構造の受益権はもともと想定されていなかったと推測され、こうした問題に関するルールは、きわめて不明瞭になっているといわざるを得ない[33]。この結果、信託を利用した証券化スキームの組成は事実上制約され、また、実際の取引と税制との整合性が十分に確保できないといった問題も生じている[34]。証券化の枠組みにおいては、原資産を信託という器に移す[35]ことからすべてが始まり、次にこれら対象資産から生じるキャッシュ・フローを優先劣後関係のあるいくつかの階層に切り分ける[36]ことになるが、リスクの高い（最）劣後部分を外部の第三者に販売[37]することは事実上困難であり、実際には多くの場合、原資産を提供した者ないしその関係者によってこれらは保有[38]されることが多い[39]。その意味で、法形式上は資産をいったん売却したとはいえ、経済的にはその価値・リスクは（最）劣後部分の保有という形を通じて、結局は原資産を提供した者から完全には移転していないのではないかという懸念が常に存在し、現在でもその基準をどこに求めるべきであるかは問題である[40]。

---

[28] SPE とは、久禮・前掲注 14・7 頁において「特定目的事業体（Special Purpose Entity）の略であり、流動化の対象とされる特定の資産を、譲渡人等から分離し、当該資産に存するリスクとリターンのみを明確にし、資産の信用力のみに依拠した資金調達を達成するために不可欠の事業体のことをいいます」とある。
[29] 川北・前掲注 10・15 頁参照。
[30] 川北・前掲注 10・14 頁参照。
[31] 同上。
[32] 高橋・前掲注 4・237 頁参照。
[33] 同上。
[34] 同上。
[35] 図 2 参照。
[36] 同上。
[37] 図 3 参照。
[38] 図 3、図 4 参照。
[39] 西村総合法律事務所・前掲注 3・301～302 頁参照。
[40] 同上。

図２：信託設定（優先劣後に複層化された受益権の発行）

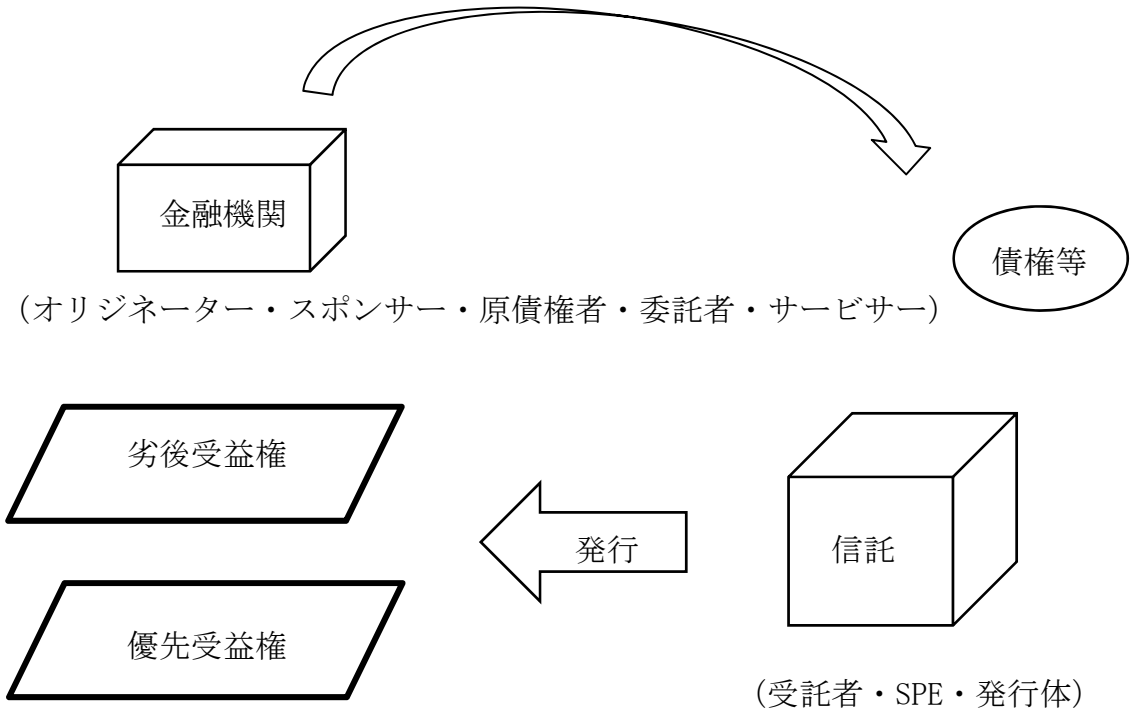


図３：資金調達

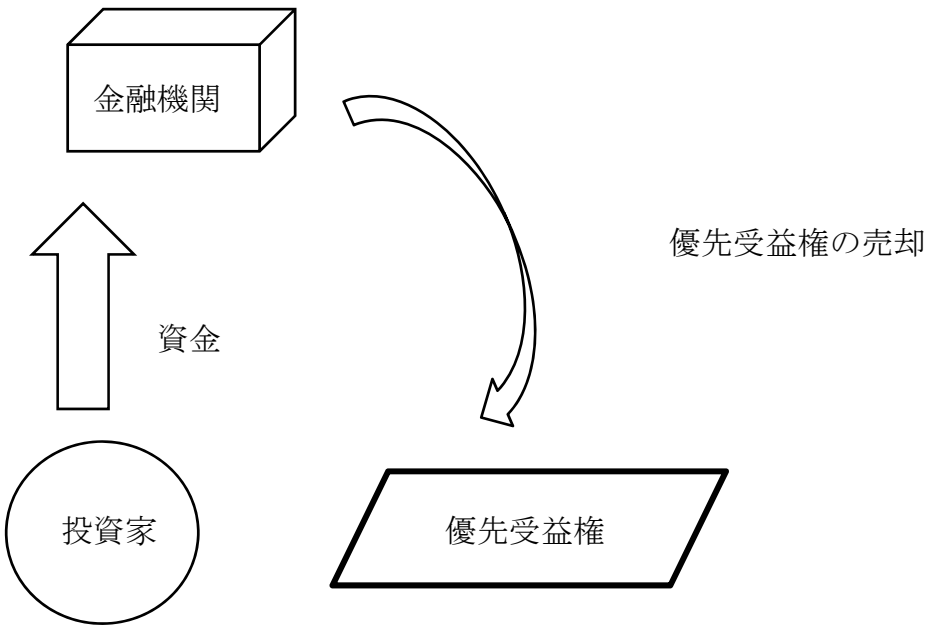
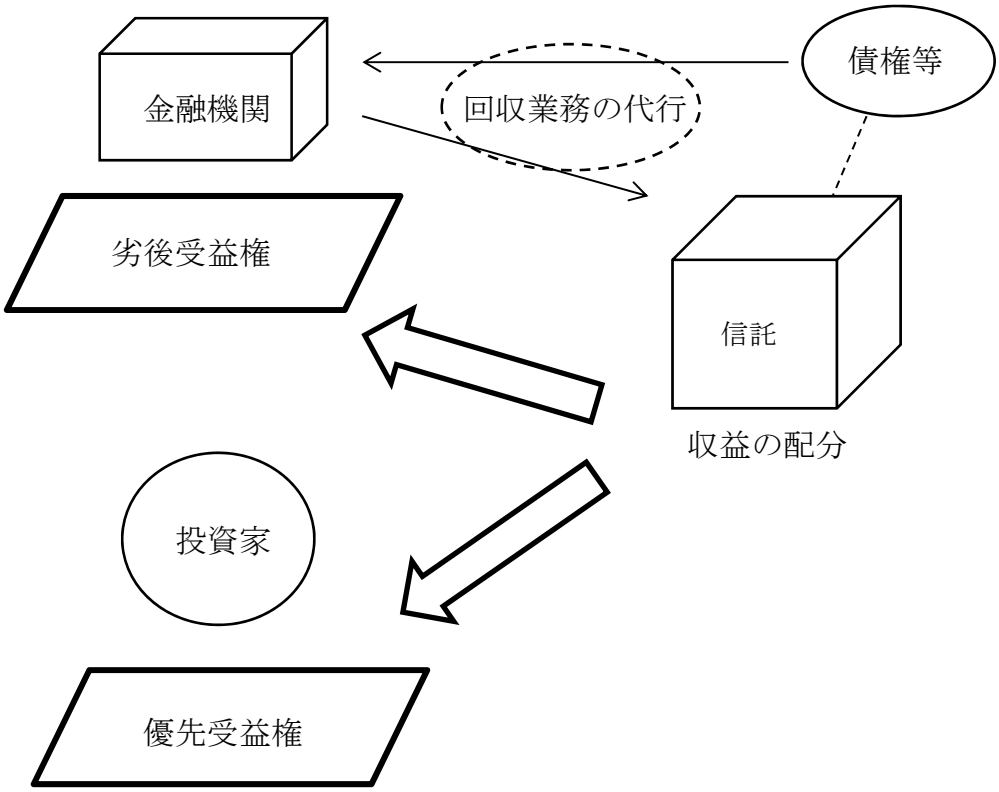


図４：債権の回収と受益権への配分



1-2　我が国の証券化に関する課税

1-1 でも述べたが、我が国の法人税法上、証券化における受益権の複層化の取扱いに関する明文の規定はない。そのため、複層化された受益権に係る課税の取扱いは、我が国の現行税法の一般的な規定に従うものと考えられる。

まず、信託を利用した証券化における所得の帰属については、原則として受益者段階課税[41]に該当し、受益者に所得が帰属する[42]。すなわち、法人税法 12 条によって、受益者は信託財産に属する資産及び負債を有するものとみなし、かつ、その信託財産に帰せられる収益及び費用は、その受益者の収益及び費用と

[41] 占部裕典『信託課税法』(清文社・1999)32 頁において「受益者課税について、その立法趣旨は、信託財産は信託法上は受託者が有するものであるけれども、その所得は実質的には受益者に帰属するのであるから経済的実質からみれば受益者はその信託財産を所有しているのと同一の利益を収めているといえることから、受益者が信託財産を所有しているものと見做して課税することとしている。また、受益者が信託財産を所有することからその所得に課税し、さらに後に受益者に配分されたときに所得を課税すれば、二重課税が生ずることも結果的にはその理由にもなっている」とある。

[42] 国税庁「平成 19 年度　信託税制の改正のあらまし」(国税庁 HP・2007) 3 頁参照 http://www.nta.go.jp/shiraberu/ippanjoho/pamph/sonota/shintaku.pdf。

みなし、法人税法が適用されることとなる[43]。所得の帰属に関して詳しくは後述する。

次に、課税所得金額の算定については、法人税法上別段の定めがないものは企業会計の基準に従って処理されることとされている[44]。従って、複層化された受益権に関する所得金額は企業会計の処理に従って算定されることとなる[45]。

このように、我が国の現行税法上、信託を利用した証券化については、所得の帰属として、受益者が信託財産を有するものとみなして課税関係を考えることになる。そこで、信託を利用した証券化を考察すると、劣後受益権を保有する金融機関等の受益者については、信託財産を有しているようにみなして課税関係を考えることができよう。しかし、優先受益権等を保有する投資家等の受益者については、資産の債務不履行リスク等から実質的に隔離されている[46]ため、これらの受益者が信託財産を有しているとみなすことは適切でないと考える。このような劣後受益権等と優先受益権等との性質の違いにも関わらず、我が国の現行税法上、これらを区別する規定はなく、法人税法 2 条 21 号において有価証券として同等に取扱われている。したがって、我が国の現行法上、実態に即した課税が行われているとは言い難い[47]。

1-3　我が国現行法上の限界

ここで、複層化された受益権についての課税が問題となった判例を取り上げ、現行税法の限界と証券化における受益権の複層化の問題の所在について確認する。なお、本稿の複層化された受益権の性質決定という論点がこの判例の争点と直接つながっているわけではないが、証券化における受益権の複層化が問題となった初めての事件であり、受益権の複層化に関する問題について本稿の論点を説明する上での足掛かりとするため、ここで取り上げておきたい。本事件の概要は、以下の通りである。

銀行業務や信託業務等を目的とする株式会社（原告）は、自らの保有する住宅ローン債権について信託契約を利用して新たな金融商品（信託受益権）を創設し、それを投資家に売却した。原告は、優先的に元本が償還される優先受益

---

[43] 吉村政穂「受益権が複層化された信託に対する課税ルールに関する一考察」（金融庁金融研究センター　ディスカッションペーパー　2012－1・2012）3 頁参照。

[44] 法人税法 22 条 4 項。

[45] 金子宏『租税法〔第 18 版〕』（弘文堂・2013）295 頁参照。

[46] 東京地判平成 24 年 11 月 2 日裁判所 HP 参照（平成 22 年（行ウ）第 693 号）・前掲注 6 の判旨においても、「信託受益権を優先と劣後に分割して、劣後受益権を自らが保有する場合は、優先受益権については価値の高いものとして第三者に売却することで資金調達を円滑に行うことを企図すると共に、その反面として、劣後受益権は、リスクを負担するなど金融商品としての価値が低いものとなるため市場に出さず自ら負担するものであると解される」と優先受益権と劣後受益権の経済的な性質の違いを指摘する。

[47] 高橋・前掲注 4・236 頁～237 頁参照。

権と、優先受益権の元本が全額償還された後に初めて元本が償還される劣後受益権の２種類の信託受益権を創設し、前者を投資家に売却すると共に、後者を原告が保有した(図 5 参照)。原告は、当該劣後受益権による収益配当金の一部のみが法人税法上の益金の額に該当する、として確定申告を行った。これに対し、所轄税務署長（被告）は、上記劣後受益権の収益配当金は、すべて法人税法上の益金の額に含まれるとして、法人税更正処分、及び、過少申告加算税の賦課決定処分を行った。

争点は、原告が劣後受益権の収益配当金の会計処理につき、金融商品会計実務指針 105 項[48]の適用があるものとして、同項の「受取利息」に相当する「買入金銭債権利息額」と同項の「元本の回収」に相当する「買入金銭債権償還額」とに区分し、前者のみを収益に計上する処理を行ったことについて、それが法人税法 22 条 4 項に定める「一般に公正妥当と認められる」会計処理に該当するか否か、という点である。

この点について、原告は、劣後受益権を信託契約によって取得したことが、金融商品会計実務指針 105 項にいう「債権の支払日までの金利を反映して債権金額と異なる価額で債権を取得した場合」に該当すると主張した。

一方、被告は、当該劣後受益権が、金融商品会計実務指針 291 項[49]により、新

[48] 金融商品会計に関する実務指針 105 項（債務者の信用リスクを反映した債権の取得価額と償却原価法)「債権の支払日までの金利を反映して債権金額と異なる価額で債権を取得した場合には、取得時に取得価額で貸借対照表に計上し、取得価額と債権金額との差額（以下「取得差額」という。）について償却原価法に基づき処理を行う。この場合、将来キャッシュ・フローの現在価値が取得価額に一致するような割引率（実効利子率）に基づいて、債務者からの入金額を元本の回収と受取利息とに区分する。償却原価法の適用については利息法によることを原則とするが、契約上、元利の支払いが弁済期限に一括して行われる場合又は規則的に行われることとなっている場合には、定額法によることができる。なお、債権の取得価額が、債務者の信用リスクを反映して債権金額より低くなっている場合には、信用リスクによる価値の低下を加味して将来キャッシュ・フローを合理的に見積もった上で償却原価法を適用する」。

[49] 金融商品会計に関する実務指針 291 項（金融資産の信託受益権の保有者の会計）「金融商品会計基準は合同運用を除く金銭の信託のうち、運用を目的とするものについてのみ会計処理を定めている。本報告では、金銭の信託についての指針を第 97 項から第 99 項で示し、有価証券の信託に関する指針を第 78 項で示した。しかし、信託される金銭資産は多様であり、金銭でも有価証券でもない金融資産（貸付金、保証金等）の信託受益権の評価方法を示す必要がある。その場合、信託を実体のある事業体として考えるのか、信託財産構成物の直接保有を擬制するのかが論点となる。企業が自ら保有する金融資産を委託者兼受益者として信託した場合のように、信託受益者が単独の場合には、受益者が信託財産構成物を直接保有する場合と同様の評価方法によって受益権を評価することが適切である。また、受益者が複数であっても、受益権の性質が単一であれば、信託財産に対する持分に応じて信託財産構成物を直接保有する場合と同様の評価方法によって受益権を評価することが適切と考えられる。他方、受益者が多数の場合には、信託財産の部分的直接保有を擬制した評価が困難な場合も考えられる。このような場合には、信託を実体のある事業体とし、その持分に投資しているものとした評価を行うこととした。企業が自ら保有する金融資産を信託するとともに、信託受益権を優先と劣後に分割し、その劣後受益権を自ら保有して優先受益権を第三者に譲渡する場合、優先受益権を売却処理するためには、優先受益権が消滅の認識要件を満たして譲渡される必要がある。また、その際に自らが保

たな金融資産の購入としてではなく、信託した金融資産である本件各債権の残存部分と評価されるべきであるから、金融商品会計実務指針 105 項は適用されないと主張した。

東京地裁は、原告が信託契約によって、委託者[50]である原告が受託者[51]に譲渡した住宅ローン債権を､受託者において優先と劣後の２つの信託受益権に分け、原告がその劣後受益権を保有するに至った場合が、金融商品会計実務指針 105 項の要件に該当する場合かどうかを以下のように判断し、原告の請求を棄却した。

金融商品会計実務指針 105 項は、「債務者からの入金額」を実効利子率に基づいて「元本の回収」と「受取利息」とに区分する旨定めているが、本件各劣後受益権は、そもそも原告が保有していた住宅ローン債権の債務者が債務不履行になったり破産したりした場合のリスクを引き受けることによって本件各優先受益権の金融商品としての価値を高めることに１つの重要な意味がある。それゆえに本件各劣後受益権は、本件各優先受益権に対する信託元本の償還及び信託収益の配当がされた後に信託元本の償還及び信託収益の配当が得られることになっているのである。このような本件各劣後受益権は、そもそも金融商品会計実務指針 105 項が想定する「債権の支払日までの金利を反映し」た債権ではない。そして、本件各劣後受益権を「元本の回収」と「受取利息」に分けることはおよそ同項が予定するものではない。

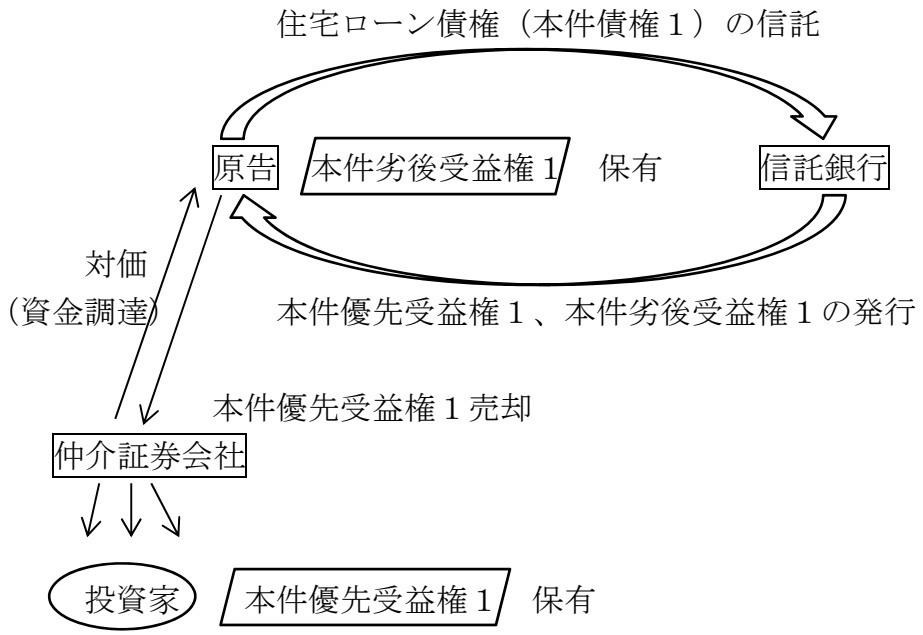
以上のことから、東京地裁は、原告が本件各劣後受益権の収益配当金の会計処理につき、金融商品会計実務指針 105 項の適用があるものとして、同項の「受取利息」に相当する「買入金銭債権利息額」と同項の「元本の回収」に相当する「買入金銭債権償還額」とに区分し、前者のみを収益に計上する処理を行ったことは適法な会計処理とはいえないと判断した。

有する劣後受益権は、新たな資産の購入としてではなく、信託した金融資産の残存部分として評価する必要がある。なお、信託の連結の要否及び金融資産以外の信託財産（例えば、不動産）に係る信託受益権売却の委託者にとっての会計処理は本報告の対象外である」。

[50] 信託法２条４号において「委託者とは、次条各号に掲げる方法により信託をする者をいう」とある。なお、信託法３条には、３つの信託の方法が規定されている。

[51] 信託法２条５号において「受託者とは、信託行為の定めに従い、信託財産に属する財産の管理又は処分及びその他の信託の目的の達成のために必要な行為をすべき義務を負う者をいう」とある。

図 5：判例



上記判例の東京地裁の判断について識者によって幾つかの意見が述べられている。それらを紹介した上で、私見を述べ、現行税法の問題点を示したい。

本件判例の論点について、多くの識者は、当該判決に対して否定的である。その理由として、まず、日本公認会計士協会という民間団体が定めた金融商品会計実務指針の取扱いが法人税法 22 条 4 項にいう「一般に公正妥当と認められる会計処理の基準」に該当するか否かの判断がなされていないことが指摘されている[52]。次に、識者の意見の中でもっとも多く主張されている意見は、東京地裁が適法とはいえないと判断した原告の会計処理の方がむしろ適切ではないかという意見である。原告の会計処理が適切であるという識者の意見の根拠は様々であり、適正な期間損益という観点から適切であること[53]、金融商品会計実

[52] 吉村政穂「批判」「租税判例速報　受益権に係る収益配当金についての会計処理が問題となった事例」（ジュリスト 1451 号・2013）9 頁参照、浅妻章如「批判」「債権流動化における信託受益権者の元本充当・益金算入の振り分け（金融商品会計実務指針 105 項の償却原価法）の是非に関する東京地判平成 24 年 11 月 2 日評釈」（立教法学 87 号・2013）91 頁参照、品川芳宣「批判」「＜判例解説＞金融商品（信託受益権）に係る収益配当金の収益計上時期」（TKC 税研情報 22 巻 5 号・2013）54～55 頁参照、同「批判」「金融商品(信託受益権)に係る収益配当金の収益計上時期」（税研 172 号・2013）100 頁参照。

[53] 秋葉賢一「批判」「債権流動化における劣後受益権に関する収益認識―東京地判平成 24 年 11 月 2 日判決」（税務弘報 61 巻 4 号・2013）136 頁参照、片岡義広・永井利幸「批判」「債権流動化における劣後受益権の収益配当金に係る会計処理―東京地裁平成 24 年 11 月 2 日判決について」（企業会計 65 巻 10 号・2013）55 頁参照、中澤栄仁「批判」「債権流動化取引で譲渡人が保有する劣後受益権の会計処理:「償却原価法」を適用すべきか否か」(旬刊経理情報 1341 号･2013)

務指針の文言の解釈によって適切であること[54]、経済的実質を分析した結果適切であること[55]、といったものが挙げられる。また、東京地裁は原告が行った会計処理が適法ではないということの根拠を明示しているが、その一方で課税庁が行った処理が適法であるということの根拠は示してはおらず[56]、複層化された受益権についての取扱いは明確とは言い難い。

そもそも、このように東京地裁が下した判断に、多くの識者が疑義を唱える状況は、やはり我が国の現行税法上、受益権の複層化を想定した規定が十分に明確ではないことに起因すると考えられる。会計においても、証券化における金融機関から信託への債権等の資産の移転を売却として扱うかどうかの判断など明確とは言えない部分が多く[57]、受益権の複層化についての規定が現時点においては十分とはいえない。

所得の算定について、我が国の税法には租税法律主義[58]の考え方があり、課税する際には必ず税法に依拠しなければならないため[59]、法人税法 22 条 4 項に従って、会計基準の適用により課税を行う東京地裁や評釈する識者の姿勢は正しい[60]。しかし、そもそも証券化における受益権の複層化が会計上も想定されていない、若しくは、不十分であるならば、現行税法に依拠して会計基準を適用することは適切とはいえない。不十分な企業会計に一任することは、税法自体も不十分であると考えられる。

以上のように、本件判例から、我が国における信託を利用した金融債権の証券化の取引における所得金額の算定の論点に関して、合意のとれた明確な税法上の取扱いが統一されていないという現状がわかった。

さらに、本件判例において、会計処理を中心に所得の算定の論点について議論されているが、所得の帰属の論点については触れられていない。東京地裁、及び、その判断に疑義を唱える識者たちの主張は、本件劣後受益権が信託受益権であるという前提を欠いていると考えられる。すなわち、劣後受益権は、信

---

50 頁参照。

54 吉村・前掲注 52・9 頁参照、浅妻・前掲注 52・91 頁～92 頁参照、秋葉・前掲注 52・137 頁～138 頁参照、片岡・永井・前掲注 53・53 頁～54 頁参照。

55 浅妻・前掲注 52・94 頁～99 頁参照。

56 浅妻・前掲注 52・93 頁参照。

57 例えば、秋葉賢一「信託を利用した流動化スキームと会計問題」(金融研究 17 巻 4 号・1998)173 頁において「資産のオフ・バランス化の問題において、信託受益権を優先劣後に分割する実務が採られるため、信託受益権の売却をもって信託財産そのものが売却されるものとみなすこれまでの考え方が当てはまらなくなる」と指摘されている。また、柴健次「金融資産の証券化と資産の認識」（會計 139 巻・1991）849 頁～850 頁において、「債権譲渡取引の法的形式とその実体」が明白でない場合の問題が指摘されている。

58 金子・前掲注 45・71 頁参照。

59 同上。

60 金融商品会計実務指針が法人税法 22 条 4 項にいう「一般に公正妥当と認められる会計処理の基準」に該当することを前提として、ここでは述べている。

託契約によって作りだされた信託財産に対する請求権を表章する信託受益権である。そのため、税法上は信託受益権として扱われるべきである。しかし、本件判例では、金銭債権であることを前提に企業会計基準の適用をめぐり議論されている。

所得の帰属の問題として、信託受益権を保有する信託の受益者は、信託財産に属する資産及び負債を有するものとみなし、かつ、当該信託財産に帰せられる収益及び費用は当該受益者の収益及び費用とみなして法人税法を適用するべきである。にもかかわらず、本件判例においては、所得の帰属については全く触れられず、劣後受益権から生じる収益すなわち所得の算定方法について議論され、その収益及び所得は劣後受益権を保有する金融機関に当然に帰属するものとして扱われている。

ここで、劣後受益権を保有する金融機関に所得を帰属させることが法人税法12 条に照らして適切かどうかは議論されていない。また、劣後受益権を保有する金融機関についての所得の帰属が議論の余地なく適切であったとしても、優先受益権を保有する投資家に優先受益権から生じる所得を帰属させることが法人税法 12 条に照らして適切であるかどうかは議論されていない。この点についても、考慮すべきである。なぜなら、受益権が複層化された場合において、劣後受益権と優先受益権では性質が異なるため、各受益権保有者の中で、信託財産を保有していると見做すことができない者が含まれている可能性が考えられるからである。

そこで、本稿では、所得の帰属が不明確、又は、実態に即していないという点について論点として取り扱っていきたい。

税法上、帰属とは、納税義務者と課税物件との結び付きを言う[61]。そして、課税物件とは、課税の対象となる物であり、物的要素ないし物的側面である[62]。ここで、所得税及び法人税の課税物件は所得である[63]。課税物件の帰属、すなわち所得の帰属が確定しない限り、課税所得計算は完結しないから、その果たすべき役割は重要である[64]。所得の帰属について、一般には明確である[65]。例えば、個人の給与所得については労務を提供した者に帰属し、譲渡による所得については資産を売却した資産の所有者の所得とされる[66]。所得の帰属について特に問題となるのは、名義と実体、形式と実質とが一致しない場合である[67]。法人税法

[61] 岡村忠生・渡辺徹也・高橋裕介『ベーシック税法　第 7 版』（有斐閣・2013）29 頁参照。
[62] 同上。
[63] 同上。
[64] 村井正「課税物件の帰属　―実質所得者課税、信託、法人成り―」（税経通信 43 号・1988）136 頁参照。
[65] 水野忠恒『租税法　第 5 版』（有斐閣・2011）293 頁参照。
[66] 同上。
[67] 金子・前掲注 45・165 頁参照。

11 条及び所得税法 12 条において実質所得者課税の原則が定められている。これは、所得の帰属を定める規定であり、資産又は事業から生ずる収益の法律上帰属すると考えられる者が単なる名義人であって、その収益を享受せず、その者以外の者がその収益を享受する場合には、その収益は、これを享受する者に帰属するものとして法人税法及び所得税法を適用するという規定である[68]。

実質所得者課税の原則の意義について二つの見解があり得る[69]。一つは、課税物件の私法上の帰属につき、その形式と実質が相違している場合には、実質に即して帰属を判定すべきである、という趣旨にこれらの規定を理解する考え方である[70]。これを法律的帰属説と呼ぶことができる[71]。もう一つは、これらの規定は、課税物件の私法上の帰属と経済実質上の帰属が相違している場合には、経済実質上の帰属に即して課税物件の帰属を判定すべきことを定めたものである、と解する立場である[72]。これを経済的帰属説と呼ぶことができる[73]。これらの規定が「収益の享受」というような経済的な表現を用いている点からすると経済的帰属説が正しいように見えるし、名義人というような表現を用いている点からすると法律的帰属説が正しいようにも見える[74]。文理的には、どちらの解釈も可能である[75]。しかし、経済的帰属説をとると、所得の分割ないし移転を認めることになりやすいのみではなく、納税者の立場からは、法的安定性が害されるという批判がありうる[76]。また、税務行政の見地からは、経済的に帰属を決定することは、実際上多くの困難を伴う、という批判がありうる[77]。その意味で、法律的帰属説が妥当である[78]。

信託については、その所得の帰属をめぐり、個別の規定が置かれている[79]。すなわち、所得税法及び法人税法は、実質課税原則を具体化した個別規定として、信託財産に帰せられる収入、支出の帰属規定を持っているのである[80]。

所得税法 13 条 1 項、法人税法 12 条 1 項は、信託の受益者（受益者としての権利を現に有するものに限る。）は当該信託の信託財産に属する資産及び負債を有するものとみなし、かつ、当該信託財産に帰せられる収益及び費用は、当該

---

[68] 水野・前掲注 65・294 頁参照。
[69] 金子・前掲注 45・165 頁参照。
[70] 同上。
[71] 同上。
[72] 同上。
[73] 同上。
[74] 同上。
[75] 同上。
[76] 金子・前掲注 45・166 頁参照。
[77] 同上。
[78] 同上。
[79] 水野・前掲注 65・298 頁参照。
[80] 村井・前掲注 64・138 頁参照。

受益者の収益及び費用とみなしてこれらの法律の規定を適用するとしている。原則として、信託財産から生ずる収入及び支出は受益者に帰属する。いわば、信託を導管とみて、その所得を、受益者に直接帰属されるものである[81]。

受益者課税信託は、委託者の特定財産を受託者に移転し、その財産を一定の目的のために管理・処分させ、これから得られる利益を受益者に受けさせる契約であり、信託財産の所有権は委託者から受託者に移転する[82]。したがって、そこから生ずる所得は法律上受託者に帰属する[83]。しかし実際には、受託者は信託財産を自己の固有財産とは区別して管理し、一定の信託報酬を受けるのみで、それを差し引いた信託利益の全部は受益者に支払われ、あるいは将来特定されるべき受益者のために積み立てることとされている[84]。そのため、この場合には、所得の法律上の帰属を無視し、経済上の帰属に即して受益者に課税しようというのが、この規定の趣旨である[85]。逆に、このような経済的帰属説を採用したのと同様の結果となる特別規定を置いているということは、その前提となる原則である実質所得者課税の原則は、法律的帰属説の内容として理解されていると考えられる[86]。この点も、実質的所得者課税の原則の規定を、法律的規則説に従って理解すべきであると考える際の重要な根拠である[87]。

信託財産から生ずる収入及び支出に関する帰属について、この擬制規定が法定されていなければ、実質所得者課税に関する一般規定が適用されることとなるであろうが、その場合には、擬制規定のように帰属を確定させることは困難である[88]。信託は一定の目的を設定した上で、委託者が自己の財産権を受託者に移転するものであるが、これを法形式に従って観察すれば、信託財産の所有権は受託者であり、信託財産の運用益は受託者に帰属し、したがって受託者に課税されるはずである[89]。しかしながら、所得課税法においては、信託財産の運用益を誰が享受するかが重要であるから、受益者を収益の享受者とみなすこととなり、これは実質所得者課税の原則からの帰結として説明できる[90]。

我が国の信託税制は、信託財産の受益者に実質的に帰属するものとの評価を基礎とした受益者課税、いわば実質主義的受益者課税を一貫とした原則として

---

[81] 水野・前掲注 65・300 頁参照。
[82] 金子・前掲注 45・167 頁参照。
[83] 同上。
[84] 同上。
[85] 同上。
[86] 佐藤英明『スタンダード所得税法　第 2 版』(弘文堂・2011)271 頁参照。
[87] 佐藤・前掲注 86・272 頁参照。
[88] 村井・前掲注 64・138 頁参照。
[89] 村井・前掲注 64・138 頁～139 頁参照。
[90] 村井・前掲注 64・139 頁参照。

きた[91]。このような受益者課税を原則とする税制において、受益者が多数の場合に、その受益権が転々と譲渡されうるようなときには、信託財産が受益者に所有されていると擬制する受益者課税の原則の適用が困難となり、何らかの意味でこの原則の修正が必要となる[92]。

以上のように、信託について、実質所得者課税の考え方を基礎として、原則として受益者に対して課税されてきたことがわかった。ここで、課税される受益者についてさらに考察していきたい。

所得税法及び法人税法において受益者は、受益者としての権利を現に有する者に限ると限定されているものの、受益者についての定義は示されていない[93]。したがって、信託法に規定する受益者が、受益者としての権利を現に有している場合に受益者になると考えられる[94]。そのため、信託法上の受益者のうち、一定の権利・権限を有する者が所得税法上「受益者とみなして」課税されると考えられる[95]。

信託法に規定する受益者とは、委託者が信託の利益を与えようと意図した者、又は、彼らの権利を継承した者たちであり、受益権者と呼ばれるにふさわしい地位を持つ者である[96]。受益権者と呼ばれるにふさわしい地位とは、信託財産の元本又は収益に対する権利（狭義の受益権）を基本として、信託財産の管理を要求する権利及びそれらの権利を確保し信託財産ないし受益者自身の利益を守るための諸権利（広義の受益権）を有している地位のことである[97]。受益権は、信託行為の定めにより、別段の定めがある場合を除いて、受益者として指定された者が当然に取得するものである[98]。信託において、信託財産の名義人は受託者であるが、信託財産に関する実質的権利を有するのは受益者である[99]。受益者は、信託の利益を享受する者であり、受益者が信託に関して有する様々な権利の総体が受益権である[100]。受益権は、信託財産からの給付を受領する権利（受益債権）とこれを確保するための様々な権利からなり、個別の信託における各受益権の具体的な内容や形態は信託行為によって自由に定めることができる[101]。つまり、受益権とは、受益債権及びこれを確保するために信託法に基づいて、受

---

91 佐藤英明「信託税制の沿革―平成 19 年改正前史」（日税研論集 62 号・2011）34 頁参照。
92 同上。
93 喜多綾子「信託税制における受益者課税の問題点」（税法学 568 号・2012）42 頁参照。
94 同上。
95 水野忠恒「受益者等課税信託（個人信託）の課税問題」（日税研論集 62 号・2011）71 頁参照。
96 喜多・前掲注 93・42 頁参照。
97 同上。
98 同上。
99 矢向孝子「受益権の発生・帰属時期」（金融・商事判例 1261 号・2007）74 頁参照。
100 同上。
101 同上。

託者その他の者に対し、一定の行為を求めることができる権利を指す[102]。

以上のように、簡潔に言えば、受益者とは受益権を有する者であり、受益権とは受益債権及びこれを確保するための諸権利をいう。しかしながら、信託を利用した金融債権の証券化において受益権が複層化された場合には、信託法における権利としての受益権と受益権を表章した証券としての受益権を、明確に区別しておく必要があると考える。金融機関と投資家に売却される劣後受益権と優先受益権は、投資家への売却という取引を円滑に実現するために、受益権を可視化する必要性から、受益権としての権利を紙に印字して証券という形をとっている。受益権の証券化については、改正前の信託法の解釈論において、受益者が不明確となり、その権利行使が不適当となることを理由に、信託法の原則としては受益権を受益証券として証券化することができないとする説や、受益権を指証券化することは、個別信託を前提とする改正前信託法のもとでは、違法とは言えないにしても不適当であるという説があった[103]。そこで、現実には、貸付信託法、投資信託及び投資法人に関する法律、資産の流動化に関する法律の特別法の下、受益権の証券化が図られてきた[104]。しかし、最近は、証券化を認める特別法が無い場合でも、民法・商法の理論上、不都合を生ずることのないような条件を信託行為で定め、信託契約の重要事項を証券に記載するなどの手当てを施しさえすれば、受益権の証券化を許容する見解が主張されていた[105]。このような流れを受け、改正後信託法では、受益証券の発行につき、「受益証券発行信託の特例」に関する規定を設け、信託行為において定めるところにより、受益証券を発行する旨を定めることができることとした（改正後信託法 185 条 1 項）[106]。なお、受益権の有価証券化については、受益証券発行信託の受益証券は、「信託法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律」19 条において、証券取引法上の有価証券（証券取引法 2 条 1 項 7 号の 5）、金融商品取引法の当該部分の施行後は、同法上の有価証券（金融商品取引法 2 条 1 項 14 号）として位置づけられることとなった[107]。また、受益証券の発行されない受益権についても、金融商品取引法上の有価証券とみなされることになった（金融商品取引法 2 条 2 項柱書前段、1 号）[108]。

本稿では、このような受益権を証券という形にしたものを、以下で受益証券と呼び、受益債権とそれを確保するための諸権利という信託法上の受益権（以

---

[102] 中村康江「受益権の権利とその保護」（金融・商事判例 1261 号・2007）80 頁参照。
[103] 渡辺宏之「受益権の性質」（金融・商事判例 1261 号・2007）87 頁参照。
[104] 同上。
[105] 同上。
[106] 同上。
[107] 同上。
[108] 同上。

下、受益権という。）と区別することにする。

ここで、一般に、金融債権の証券化における受益権が複層化とは、権利の内容に応じて、劣後受益権、メザニン受益権、優先受益権等の異なる階層の受益証券が発行される。そして、それらの受益証券のうち、リスクの高い劣後受益証券を引き続き金融機関が保有し、残りの受益証券等を投資家に売却する。しかしながら、ここで、投資家に売却される優先受益証券や金融機関が引き続き保有する劣後受益証券は、形式的には優先受益権や劣後受益権という名称を付与されているが、それは、証券化スキーム上、投資家への売却を可能とするために、信託に係る何らかの権利を証券として表章したものであって、それがただちに信託法上の受益権であって、その保有者が信託法上の受益者とされるべきではない。つまり、証券化における受益権の複層化とは、文字通り信託法上の受益権が複層化されていると当然に考えるべきではなく、形式的に複数の自益証券が発行されることをいう。そこで、異なる数種の受益証券の内容をそれぞれ吟味斟酌して、信託財産から生じる所得を帰属させるべきか受益証券かどうかの判断、つまり、その受益証券を保有している者を受益者と見做せるかどうかの判断を行う必要があると考える。

法人税法及び所得税法の実質所得者課税の原則を基礎とした、信託における受益者課税の考え方からは、受益者＝信託法上の受益権を有する者＝受益証券を保有する者、である場合には、受益証券を保有する者に所得を帰属させるべきである。しかし、受益者＝信託法上の受益権を有する者≠受益証券を保有する者、すなわち、信託法上の受益権≠受益証券である場合には、この考え方によって、受益証券保有者に所得を帰属させることは適切ではない。そして、債権の証券化によって、受益権が複層化され、数種の異なる階層の受益証券が発行された場合には、その受益証券保有者の一部に、信託財産から生じる所得を帰属させることが適切ではない者、すなわち受益者ではない者が含まれていると考える。

ここで、我が国には、信託受益権に関して、受益者に、信託財産を有する者と見做して所得を帰属させるべき、という条文しかない。そのため、受益権が複層化され異なる階層の受益証券が発行されたような場合に、複層化された受益証券を保有する者のうち所得を帰属させるべき受益者には該当しない者を排除する規定がない。したがって、現行税法の解釈によって、複層化された受益権に係る信託財産から生ずる所得を受益者に実態に即して適切に帰属させることは困難であるという限界がある。

1-4　問題提起

我が国の現行税法には限界があり、条文の解釈によって解決できないのであれば、立法により解決することが考えられる。受益権の複層化における所得の

帰属に対応する立法論については、すでに先行研究がなされている。

特に吉村政穂氏は、受益権が複層化されて異なる階層の受益証券が発行された場合における信託財産から生じる所得の帰属の問題について研究されている。この問題への対応について、第一段階として、複層化された優先受益証券や劣後受益証券のように、権利内容の異なるそれぞれの受益証券のうち、信託財産を有すると見做すことができない受益証券の保有者を区別し、信託財産を有すると見做すことができる受益者を明確にすることを指摘する[109]。第二段階として、明確となった受益者とそれ以外の各受益証券保有者の間で、取引を擬制し、課税関係を考えることが望ましいと指摘する[110]。そして、その第一段階の受益証券保有者の区別について、受益証券保有者を「信託財産保有受益者」（信託財産との結び付きが強固な受益証券）と「その他の受益者」（信託財産との結び付きが希薄な受益証券）に区別する規定を置くことを提言している[111]。その際、例えば米国法で受益証券を債券として性質決定することが明示的に認められている例を取り上げ、債券として取り扱われるべき受益証券の範囲を検討することが適当であると主張する[112]。

以上の先行研究によれば、信託財産から生じる所得の帰属の問題を考える上で、その第一段階として受益証券保有者を区別して信託財産を有すると見做すことのできない受益証券保有者を区分し、信託財産を有すると見做すことができる受益者を明確にする必要があると主張されている。そこで、本稿では、所得の帰属を考える上で、複層化された受益権の税法上の性質決定を研究する。信託財産を有すると見做すことができる受益者を明確にするためには、信託財産の所有持分を表章する受益証券を明確にすることが、まず必要であると考えるからだ。債券として性質決定するべき受益証券の範囲を研究することは、受益証券が信託財産の所有持分を表章するかどうかを判断する上で役立つと考えられる。そこで、吉村氏の先行研究の中で主張されている債券として取り扱われるべき受益証券の範囲の検討を本稿ではさらに押し進めることにする。

第２章　米国における課税上の取扱い

2-1　米国の証券化に対する課税の沿革

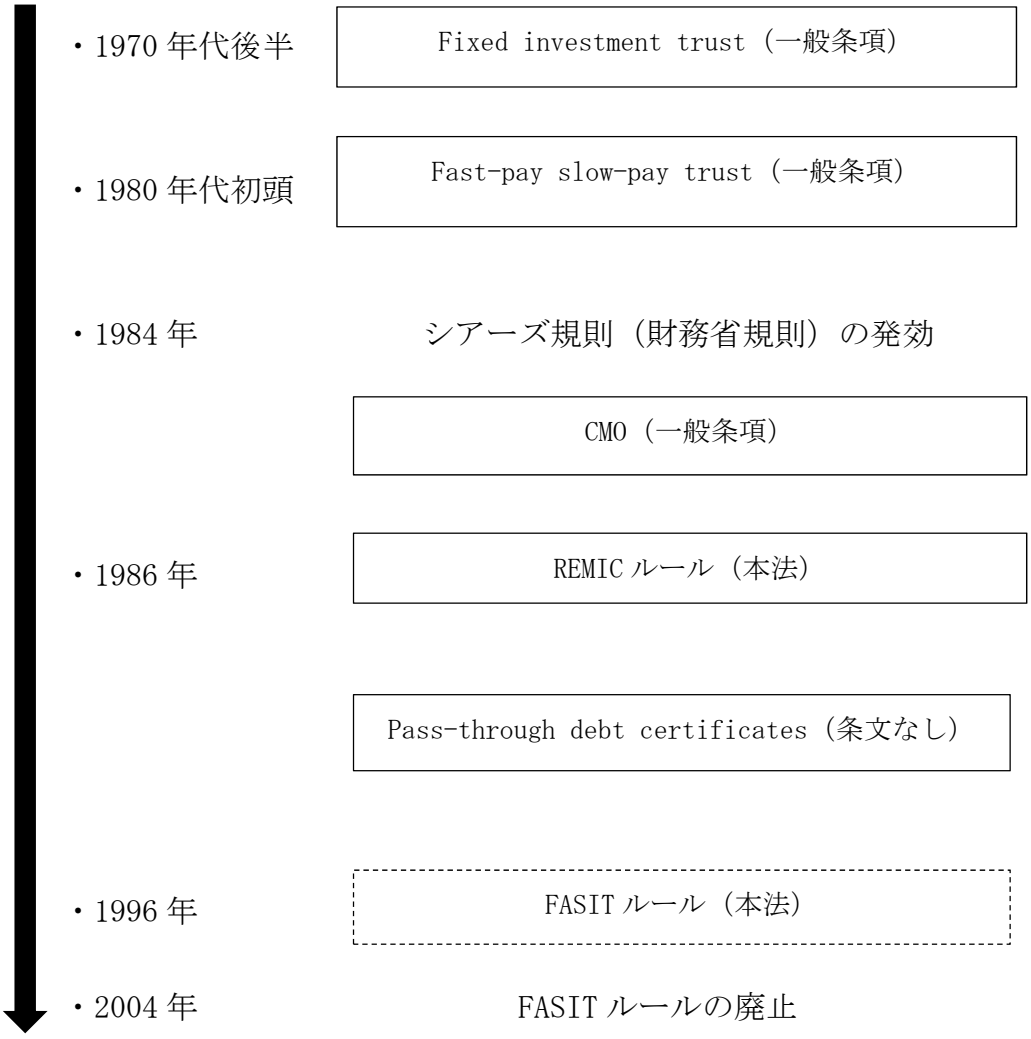
証券化における複層化された受益権の税法上の性質決定を研究する上で、吉村氏の先行研究において紹介のみされていた、米国法で債券として性質決定する pass-through debt certificates[113]の考え方は参考になると考える。そこで

---

[109] 吉村・前掲注 43・23 頁参照。
[110] 同上。
[111] 吉村・前掲注 43・19 頁参照。
[112] 吉村・前掲注 43・23 頁参照。
[113] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, “*Federal Income Taxation of Securitization*

以下、本稿において pass-through debt certificate について考察していく。Pass-through debt certificates を理解するために、ここではまず、米国における証券化スキームの概要と課税の沿革を考察する。なお、図 6 は米国の証券化スキームの変遷について、簡単に示したものである。

図 6：米国の証券化の変遷



Transactions and Related Topics 4th", Frank J.Fabozzi Associates,at 1334(2011)において「REMIC ルールによらない信託の所有持分を表章する信託証券ではあるが、米国連邦法人税法上、デットとして扱われることを意図されるもの」をいう。

証券化は、米国において 1970 年代の初頭から、住宅ローン抵当権[114]の証券化を政府が促進したことにより活発に行われるようになった[115]。証券化に関する税法は、税法の一般条項と、二種類の税法上の本法の規定（1986 年の REMIC ルール[116]と 1996 年の FASIT ルール[117]）、さらに詳細な財務省規則の制定及び改訂等を通じて何年にもわたって発展してきた[118]。

証券化において、国内の発行体にとって考慮すべき租税として、発行体が法人と性質決定された場合に課される米国連邦法人税がある[119]。この米国の法人税は、発行体が法人（課税される団体）ではなく、信託や組合（課税されない団体）に性質決定されるか、あるいは、発行体が投資家に対して控除可能な支払利息を支払う債券(デット)として扱われる証券を発行することで回避できる[120]。従って、発行体の性質決定と、発行する証券の債券（デット）と所有持分（エクイティ）の線引きが、証券化における税法上の主たる論点として、証券化実務の中で位置づけられてきた[121]。

1970 年代後半における初期の証券化のタイプは、投資権限の制約された fixed investment trust を利用したもので、政府によって保証された個人の住宅ローン抵当権の固定されたプールの所有持分を表章する受益証券を投資家が保有するというものであった[122]。1970 年に、内国歳入庁(Internal Revenue Service. 以下、IRS)は住宅ローン抵当権をプールする信託をそれ自体が事業を行わないように投資権限を制限した上でグラントートラスト（grantor trust）[123]として扱う ruling を発行し、その信託は実質的に課税上無視され、投資家は信託財産

---

114 神田秀樹「アメリカにおける不動産の証券化に関する法的諸問題」金子栄作ほか『不動産の証券化』（東洋経済新報社・1988）183 頁において「モーゲッジ（mortgage）とは、法律上厳密にいうと担保物件としての抵当権のことであるが、モーゲッジという用語は一般に抵当権付貸付債権（例えば我が国における住宅ローン債権）（mortgage loan）の意味で用いられる場合が多い」とあり、住宅ローン抵当権もこの用語をさしている。

115 中里・前掲注 11・250 頁参照。

116 Real Estate Mortgage Investment Conduits の略称である。内国歳入法典(Internal Revenue Code.以下、I.R.C という）§860D.

117 Financial Asset Securitization Investment Trusts の略称である。I.R.C§§860H-860L.

118 NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION, *Report On Securitization Reform Measures*, Report#1024, at 1-2 (2000).

119 NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION,*supra* note 118,at 6.

120 NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION,*supra* note 118,at 7.

121 *Id.*

122 NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION,*supra* note 118,at 8.

123 松永和美「米国の信託税制について」（信託 238 号・2009)30 頁において、グランターとは信託の委託者として説明され、同論文の 48 頁においてグランター・トラスト・ルールの説明として「所得課税上、信託のグランター（一定の場合には受益者等）が所有者として扱われる。内国歳入法 671 条は、グランターが所有者として扱われる場合には、信託に対する所得、控除及び税額控除の各項目はその割合に応じて、グランターの課税所得および税額控除の計算に算入することを規定している」とある。

である住宅ローン抵当権をあたかも直接所有しているように扱われた[124]。

1980 年代初頭においては、抵当権を直接所有しているような fixed investment trust を利用した pass-through 型の証券化について、元本の早期弁済、すなわち、期限前償還[125]という不都合が生じたため、fast-pay、 slow-pay trust タイプの証券化が行われるようになった[126]。

このタイプは、住宅ローン抵当権プールの所有持分を表章する受益証券を、償還日の異なる複数の階層に分類するものである[127]。例えば、受益権を A、B、C、D の四つの階層に分けて設定し、プールからの資金の流入がまず A の元本回収に充てられ、A の元本が全て回収されて初めて、B、C へと進み、最終の D は C までの元本が全て回収されてから初めて元本の回収を受けられるというものであり、これによって、長期の資金運用を望む投資家は D の階層の受益証券を保有することで、早期弁済のリスクをある程度回避することができた[128]。しかし、このタイプでは、短期間に元本を回収できる A の利息の金利は低く設定され、反対に、長期間にわたって元本の回収を留保される D の利息の金利は高く設定されることになる[129]。これにより、信託が受け取る住宅ローン抵当権からの受取額と、信託が受益権に支払う支払額との間に不一致が生じ、信託に一時的な架空

---

[124] NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION, *supra* note 118, at 8-9.

[125] 期限前償還・早期償還の不都合については、中里・前掲注 11・261 頁において、以下のように述べられている。「担保となっている住宅ローン債権等の繰上償還が行われると、MBS もそれだけ早く retirement をむかえるので、投資家は、その投資対象である MBS がキャッシュ・フローをもたらす期間について不確定なまま投資を行うという点である。しかも、資産プールに対する持分権を表章する MBS においては、すべての投資家が平等に扱われる結果として、担保となっている住宅ローン債権の繰上返済のリスク（prepayment risk）もすべての投資家が平等にかかえることになる」。また、佐藤英明「資産流動化と課税　アメリカ法の概観」（租税法研究 24 号・1996）93 頁においても、「機関投資家が住宅用不動産モーゲッジの早期償還に伴うリスクを嫌い、これに対応して上述の fixed investment trust たる発行者が異なる償還期日を持つ複数の受益権を発行した」とある。さらに、横川太郎「アメリカにおける証券化の進展と金融不安定性」（政治経済学通信 vol.5・東京大学大学院経済学研究科柴田ゼミナール　ディスカッションペーパー集・2008）38 頁では、「期限前償還が発生すると、投資家は本来の投資計画を修正せざるを得なくなってしまう。投資家は金利の上昇時により有利な金融商品に投資を行いたいと考えるが、期限前償還が減少することで新たな投資に用いることのできるキャッシュ･フローが想定より減少してしまう。逆に金利低下時には、パス・スル―証券の利回りが魅力的となるため、なるべく長い期間保有したいと考えるが、期限前償還によりキャッシュ・フローが増加してしまう。その場合、新たなキャッシュ・フローの運用先を探さなければならないが、金利が低下する中で、従前の証券に匹敵する利回りを得ようとすればリスクが高まり、低リスクの運用を行おうとすれば利回りが低下するというジレンマに陥ってしまうのである。このような事態が、1970 年代末の急激な金利上昇の後、1982 年以降に今度は急激な金利低下が引き起こされたことで生じたのである。これは証券化市場を拡大していく上での一つの障害であるといえ、証券化の進展のためには、この問題をクリアできる構造を持つ証券の発行が必要であった」という。

[126] 佐藤・前掲注 10・83 頁参照。

[127] 同上。

[128] 同上。

[129] NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION, *supra* note 118, at 10.

損益（phantom income and loss）[130]が生じることとなった[131]。

そこで、1984 年に、新たに発効されたシアーズ規則[132]と一般的に呼ばれる財務省規則によって、fast-pay slow-pay trust のような所有持分が複層化された受益証券を発行する信託は、架空損益を租税回避に悪用することを防ぐために、原則的に信託としてではなく事業体として法人課税の対象とされることとなった[133]。ただ、証券化において、発行体自体が課税されることは、証券化の目的を大きく阻害することになるため、発行体自体への法人課税を回避しながら複層化された受益証券を発行しうる代替的な方法が行われるようになった[134]。

それが、CMO[135]である[136]。この証券は、法人である発行体が原債権を裏付け資産として発行する債券であり、原債権を証券化する金融機関はこれを投資家に売却する[137]。したがって、投資家が保有する CMO は原債権によって担保された発行体に対する債権を表章する債券ということになる[138]。この場合、発行体から投資家の保有する CMO への支払いは、法人の債券に係る支払利息として損金に算入されるので、原債権から受け取る受取額をすべて投資家の保有する CMO に支払う限り発行体において課税の対象となる所得が発生せず、実質的に法人課税を回避することができた[139]。

しかし、この方法にも問題があった。まず、会計上発行体が財務諸表におい

---

130 架空損益については、林麻里子「信託のパス・スルー課税について－FASIT 導入に至るまでの米国導管制度を参考に－」（金融研究 20 巻 1 号・2001）219 頁～221 頁を参照。

131 NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION,*supra* note 118, at 10.

132 林・前掲注 130・219 頁～221 頁において、シアーズ規則の趣旨として以下のように述べられており、架空損益が課税上問題となることが説明されている。「(ロ) シアーズ・レギュレーションの趣旨～中略～もっとも、複層化が制限された実質的な理由として、多くの論者が指摘していることは、複層化によって信託の活動が法人の事業と類似するものになるからではなく、それにより所得を恣意的に配分し、課税の繰延べや回避が可能になるからというものである。これは受益権が複層化されるといわゆる「仮想損益（phantom income and loss)」が生じるという問題である。すなわち、受益権が満期の異なる複数のものに分割されている場合、信託財産から生ずる利率が一定であるのに対し、償還期限の異なる受益権の利率は通常長期のものであればあるほど利率が高くなることから、信託期間の初期においては、信託財産の受取利子が分配される支払利子を上回り、所得が発生する一方、ある時点以降は支払利子が受取利子を上回ることになるなど、みかけ上の損益が発生する。受益権が複層化された信託が租税法上の信託とは扱われないこととなったのは、みかけ上の収益を受け取る受益権を非課税主体に保有させ、みかけ上の損失を受け取る受益権を、それと所得を通算できる主体に保有させることなどを通じて、信託をタックス・シェルターとし得ることが問題視されたことによる」。

133 佐藤・前掲注 10・83 頁参照。

134 佐藤・前掲注 10・83 頁～84 頁参照。

135 Collateralized Mortgage Obligation と一般に呼ばれるものの略称である。

136 Linda Beale,David S.Miller&Paul Wysocki,”an overview of the U.S federal income tax treatment of collateralized debt obligation transaction”,*Journal of Taxation of Financial Institutions*,(2001)において CMO について詳しい説明が述べられている。

137 佐藤・前掲注 10・84 頁参照。

138 同上。

139 同上。

て金融機関の連結子会社とされると、金融機関は発行体が発行している CMO を保有する投資家に対する多額の債務を財務諸表に開示しなければならなかった[140]。一方、税法上では反対に、発行体が金融機関の子会社に該当しなければ連結申告ができず、発行体の CMO の利子支払後の残余所得が課税されてしまうのである[141]。そのため、会計上と税法上の両方の便益を受けるために、発行体として法人ではなく、信託[142]が用いられることになった[143]。

ところが、発行体に法人ではなく信託を用いることになると、別の問題が生じた[144]。それは、信託である発行体の CMO が債券として性質決定されるためには、一定の要件が必要[145]であり、その要件が満たされないと、CMO が所有持分として性質決定される（債券として性質決定されない）可能性があったことである[146]。CMO を保有する投資家が信託を通じて住宅ローン抵当権を直接所有しているとみなされた場合、前述のシアーズ規則によって所有持分の複層化とみなされ、発行体が法人として課税の対象となってしまう[147]。さらに、CMO が債券として性質決定されないため、CMO を保有する投資家への支払額が損金算入できなくなるため、発行体が実質的に法人課税を受けることになる[148]。これらは全て、証券化の効率性を著しく阻害するものであった[149]。

そこで、1986 年、複層化された受益証券を発行しても法人課税を受けない住宅ローン抵当権プールの発行体の創設と証券化を妨げない合理的な課税を実現するために、REMIC ルールが立法された[150]。REMIC ルールの基本的な特徴は、発行体の受動的性格を維持するための強い規制と、合理的な課税の確保のための様々な措置、そしてそれらと引き換えに、発行体である REMIC 自体には原則として課税されないという点にある[151]。REMIC は発行体として住宅ローン抵当権の

---

140 NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION, *supra* note 118, at 10.

141 佐藤・前掲注 10・84 頁参照。

142 具体的には Owner’s Trust と呼ばれる信託が用いられ、この種の信託はシアーズ規則の対象とならず、信託には課税されないものである。詳しくは、小野傑「REMIC―米国における不動産証券化の仕組みと税法上の取扱い―」金子栄作ほか『不動産の証券化』(東洋経済新報社・1988) 128 頁～131 頁を参照。

143 NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION, *supra* note 118, at 13.

144 小野・前掲注 142・131 頁参照。

145 一定要件が必要である理由について、佐藤・前掲注 10・85 頁において「発行体の「債券」保有者たる投資家が真実に発行体の債権者であるとして課税関係が決定されるためには、発行体が投資家とは異なる独立の利益を有していることが必要だという内国歳入庁の考えを示すものと考えることができる」とある。

146 佐藤・前掲注 10・84 頁参照。

147 小野・前掲注 91・127 頁参照。

148 佐藤・前掲注 10・85 頁参照。

149 同上。

150 NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION, *supra* note 118, at 13.

151 佐藤・前掲注 10・86 頁参照、また、Thomas J. Biafore & Dabid R. toricker, ” Servicing Securitized Loans-More Tax Issues Are Involved Than Meet the Eye”, *Journal of Financial Institutions*(2000)において REMIC の一般的な仕組みについて説明されている。

固定されたプールを保有し、正規権（regular interest）と残余権（residual interest）を発行する[152]。また、REMIC は、保有する資産を売却することは出来ず、通常、REMIC の発行する証券に対する支払をするために必要な資産しか保有することを許されない[153]。さらに、REMIC が設立された後は、新たに資金調達等をすることも許されない[154]。このように、REMIC の権限は厳しく規制され、REMIC は、住宅ローン抵当権のプールと必要最低限の資産のみを保有し、住宅ローン抵当権からの受取額を受益証券に支払う単純な vehicle として定められている[155]。

REMIC は二つのタイプの受益証券、すなわち、正規権と残余権を発行することができる[156]。正規権は、元本の弁済と、固定または変動利率の利息の支払いが受けられる一般的な債券の性質に類似したものでなければならない[157]。正規権は、I.R.C.§860（a）以下で、受益権という私法上の法形式に関係なく、REMIC が発行する債券として性質決定される[158]。正規権が通常の債券として性質決定されるのは、REMIC の発行体としての「導管性」による[159]。発行体として受動的性格を維持するために強い規制が行われるため、REMIC の保有する住宅ローン抵当権の所得の性格がそのまま正規権に伝えられていると考えるわけである[160]。一方、残余権は、単一種類しか発行できず[161]、残余権には住宅ローン抵当権からの受取額と正規権に支払う支払額が一致しないために生じる差額が架空損益として配分される[162]。残余権に架空損益を配分し、それに対して課税するため、発行体である REMIC は課税されない[163]。残余権に対する課税は、残余権を納税義務のない投資家に譲渡することによって回避されるのではないかという懸念があるため、REMIC ルールはこれらを禁止するための様々な対応策を定めている[164]。

1986 年の REMIC ルールが立法され、部分的修正等が行われてきたものの[165]、住宅ローン抵当権の証券化を巡る課税問題は一応の解決を見ることになる[166]。しかし、その少し前から、住宅ローン抵当権以外の債権を巡り同様の問題が生じてきた[167]。各種の金融債権を種類ごとに集め、住宅ローン抵当権の場合と同様に

---

[152] NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION, *supra* note 118, at 13.
[153] NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION, *supra* note 118, at 14.
[154] *Id.*
[155] *Id.*
[156] *Id.*
[157] NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION, *supra* note 118, at 15.
[158] *Id.*
[159] 佐藤・前掲注 10・88 頁参照。
[160] 同上。
[161] NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION, *supra* note 118, at 15.
[162] *Id.*
[163] 小野・前掲注 142・146 頁参照。
[164] NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION, *supra* note 118, at 15.
[165] Michael Orchowski,”Recent IRS Guidance on Modifications of Commercial Mortgage Investment Conduits and Fixed Investment Trusts“, *Civic Research Institute*(2011).
[166] 佐藤・前掲注 10・91 頁参照。
[167] 同上。

証券化する ABS[168]において盛んに扱われるようになってきたクレジットカード債権や、自動車ローン債権についてである[169]。沿革的には、1986 年の REMIC ルールの立法当時は、住宅ローン抵当権以外の債権にも同様の問題が生じる可能性は認識されていた[170]。ただ、当時は住宅ローン抵当権の証券化が極めて重要な考慮対象であったのに対して、それ以外の債権の証券化はまだ萌芽的だったため、REMIC ルールを立法して住宅ローン抵当権の分野で、債権の証券化と課税についての経験を積むべきであるという認識があった[171]。そのため、立法化が先送りされたと見ることができる状況であった[172]。

このような状況のもと、クレジットカード債権の証券化に用いられていた証券が pass-through debt certificates である。Pass-through debt certificates を用いた証券化では、会計上の優位性[173]を得るために、信託が利用され、発行体が発行する証券は信託受益権である[174]。しかし、税法上は債券として性質決定された[175]。注目すべき点は、私法上は受益権である受益証券を債券として性質決定することを定めた税法上の規定がない点である[176]。クレジットカード債権の証券化を行った当事者が受益証券を債券として性質決定して申告していたことを課税庁が黙認、もしくはいくつかの個別の事例についてのみ納税者が受益証券を債券として性質決定することを認める ruling を発行していたに過ぎなかった[177]。この pass-through debt certificates については、後述する。

上述のように、住宅ローン抵当権の証券化については、REMIC ルールが整備されていたが、それ以外の債権については、法定の制度が未整備のままであった[178]。

そこで、1996 年に議会は、新たに証券化に関する立法に踏み切った[179]。それが、FASIT ルール[180]である[181]。FASIT ルールは一見、REMIC ルールの「金融債権版」のような内容である[182]。この FASIT ルールによって、住宅ローン抵当権以外

---

168 Asset Backed Security（資産担保証券）と一般に呼ばれるものの略称である。
169 佐藤・前掲注 10・91 頁参照。
170 佐藤・前掲注 10・92 頁参照。
171 同上。
172 同上。
173 単体上も連結上も貸借対照表から債権をオフ・バランスして、財務指標を向上させることができる。
174 NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION,*supra* note 118,at 19.
175 *Id.*
176 James M. Peaslee & David Z. Nirenberg,*supra* note 113,at 181.
177 *Id.*
178 横川・前掲注 125・53 頁参照。
179 佐藤・前掲注 10・93 頁参照。
180 旧 I.R.C§§860H-860L 参照。
181 Mark H.Leeds & Terence B.Meyers,”IRS Release Financial Asset Securitization Invstment Trust Proposed Regulations”,*Journal of taxation of Financial Institutions*(2000).
182 佐藤・前掲注 10・93 頁参照。

の債権についてもREMICルールと同様の取扱いができるようになった[183]。FASITは、複数の正規権（regular interest）を発行することができ、正規権は税法上債券として性質決定される[184]。また常に、課税を受ける内国法人が保有しておくべき単一の所有的受益権(ownership interest)を発行しなければならない[185]。FASITの資産と負債は、所有的受益権を保有する内国法人の資産と負債とみなされる[186]。当該所有的受益権を保有する法人は、FASITの課税所得（資産からの総所得から、正規権への利息と他の付随的な費用を控除できる）を配分され、その所得は他の非関連事業やグループ法人の損失と相殺できない[187]。FASITは、資産内容を変更する権限を持ち、何度でも繰り返し正規権を発行できる[188]。

FASITルールとREMICルールは非常に類似した規定であるが、両者を比べると、いくつか相違点がある[189]。FASITルールは、REMICルールに比べて発行体の「導管性」への規制が弱く、より事業的な活動が可能になったと評価することができる[190]。FASITルール制定の基礎となった1996年の小規模事業雇用保護法(Small Business Job Protection Act of 1996)によると[191]、議会は不都合な課税の結果を伴うことなく財務会計上の便益を実現し、証券化を促進させることを明確に意図し、FASITルールを導入した[192]。しかし、実際にはFASITルールの運用はうまくいかず[193]、その後、2001 年のエンロン破綻の際に租税回避のために利用さ

---

183 同上。

184 NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION, *supra* note 118, at 23.

185 *Id.*

186 *Id.*

187 *Id.*

188 *Id.*

189 佐藤・前掲注10・97頁参照。

190 同上。

191 Edward Sair, ”FASIT Primer”, *American Institute of Certified Public Accountants* (1997).

192 NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION, *supra* note 118, at 24.

193 FASITルールが廃止された経緯として、横川・前掲注125・53頁において「実際には、内国歳入庁によるレギュレーションの公表と法規の明確化が為されていない状態であり、FASITが施行される1997年9月1日にはそれが間に合いそうにもなかった…略…。そのため、FASITの利用はIRSのガイドライン策定待ちとなり、極めて低調な状態が続くこととなる。問題は譲渡人に対する課税であった。FASITでは資産の譲渡が課税対象の売買となり、譲渡人は譲渡と同時に収益を認識する必要があった。また、その際に債権譲渡に伴うロスは計上できないものとされていた。そして、譲渡される資産の価値は予め規定されており、金融資産の場合その現在価値は、キャッシュ・フローをAFR(Applicable Federal Rate)の120%で割り引いたものとされていた。このことはロスを計上できないだけではなく、所得が実現してない場合も課税される可能性が存在することを示していた。また、FASITの制度の持つ金融資産の入れ替えが可能であるということが、「最高のローンを劣悪な裏付け資産へと置き換える明らかなインセンティブ」…略…が存在しているという指摘もあった。そして、IRSによるガイドラインが漸く登場するのが2000年2月である。このような遅れが生じた背景には、FASITが最低賃金法(minimum-wage bill)の付録として制定されており、IRSがガイドライン策定に熱心でなかったことや急いで法律を制定してために十分なガイドラインを作るのに余計にかかったことなどが

れたことが問題視され2004年に廃止された[194]。

2-2　pass-through debt certificatesの考え方

米国の証券化の変遷を辿ってみると、I.R.C.本法の規定としてREMICルールからFASITルールへと立法化が進んでいったが、FASITルールは失敗した。そして、REMICルールもFASITルールも使えない状況の中、クレジットカード債権の証券化に対して、実務上行われ課税庁も黙認していたものがpass-through debt certificatesである。Pass-through debt certificatesの私法上の法形式は、信託が発行する受益権である。pass-through debt certificatesを税法上債券として性質決定することは、我が国の受益権の複層化に伴い発行される受益証券の性質決定を検討する上で、参考になると考える。そこで、以下pass-through debt certificatesを債券として性質決定する考え方を考察する。

REMICルールの主な有用性の1つは、私法上の法形式は信託受益権であるものを税法上債券として性質決定することが実現できたことである[195]。しかし、クレジットカード債権は住宅ローン抵当権に比べて、満期までの期間が短く、流動性が高い[196]。一方で、発行体が発行する受益証券のうち、投資家が保有する受益証券の償還期間は、クレジットカード債権の償還期間よりも長い期間である[197]。そのため、クレジットカード債権を証券化する場合には、投資家の保有する受益証券が償還されるまでの期間中、既存のクレジットカード債権の償還と新規のクレジットカード債権への再投資を繰り返さなければならず、発行体の保有する信託財産の内容が流動的に入れ替わることになる[198]。したがって、発行体は、信託財産の内容を変更する権限を持つ必要があった[199]。しかしながら、発行体の権限を厳しく制限するREMICルールは、クレジットカード債権の証券化に適用できなかった[200]。そこで、クレジットカード債権の証券化において広く用いられたのがPass-through debt certificatesである[201]。

Pass-through debt certificatesの特徴は、私法上の法形式が信託受益権で

指摘されている…略…。しかし、3年という年月をかけて作られたガイドラインもBond Market Associationに不明瞭さを指摘されており、先述の利益認識の問題も残ることから市場はこのもう新しくない仕組みに対し次第に興味を失っていったようである。実際、法律の施行された1997年9月1日から2000年までにFASITを利用した証券化はおおよそ3件しかなされなかった。」とある。

194 横川・前掲注125・57頁参照。

195 James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 181.

196 *Id.*

197 *Id.*

198 *Id.*

199 *Id.*

200 *Id.*

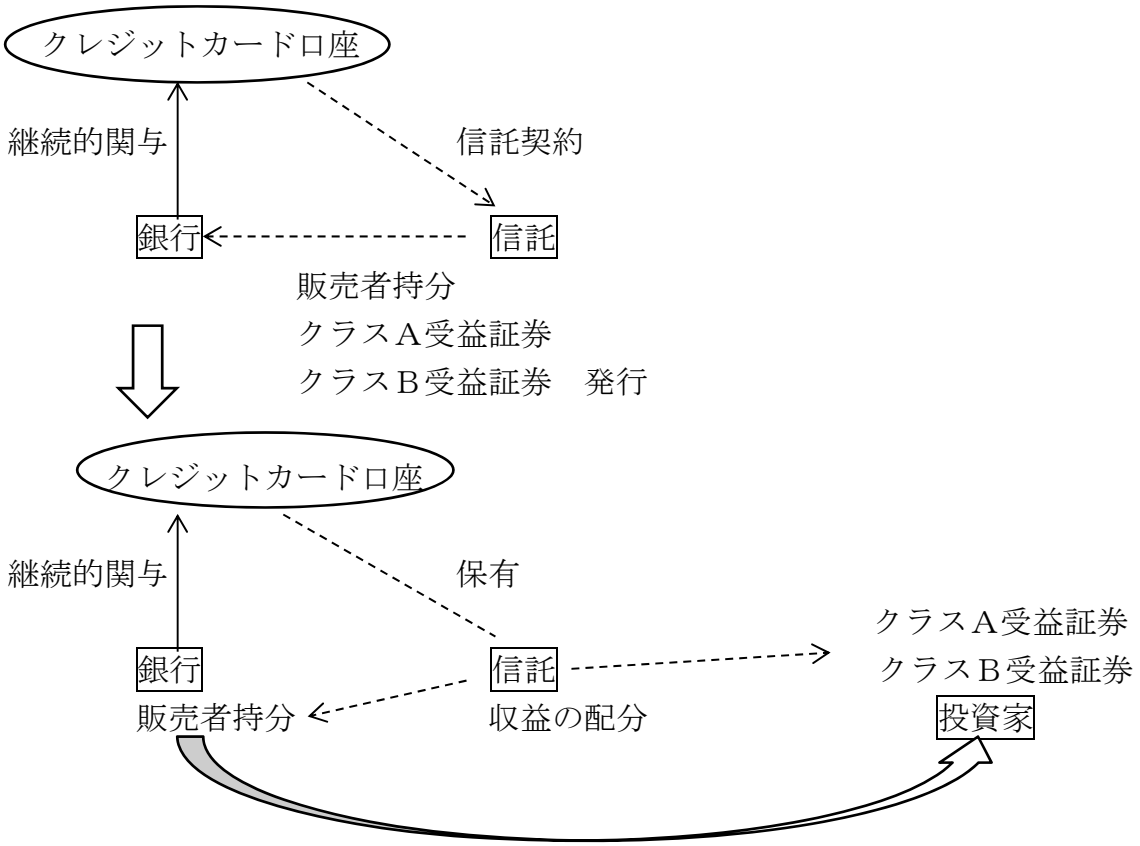
201 *Id.*

あるにもかかわらず税法上債券として性質決定し課税されることである[202]。IRSは、pass-through debt certificates の存在を認識し、それらが債券として税法上性質決定されていることも認識していた[203]。しかし、現在まで、個別のruling を除き、pass-through debt certificates に関する立法や他の行政上の分析(analyses)はなされてこなかった[204]。

ここで、pass-through debt certificates を用いたクレジットカード債権の証券化が、どのようなものであるかを概観することにする。

図７：クレジットカード債権の証券化

「①銀行が信託を設定し、口座を指定してクレジットカード債権を信託に売却する。②当該信託は、クラス A 及び B というクラスの受益証券と販売者持分（seller interest）と呼ばれる受益証券を発行する。クラスＢは、クラスＡに権利内容で劣後する。③銀行はクラス A 及び B の元本額を固定する目的で、販売者持分を保有する。④クラス A 及び B を投資家に売却する。⑤クレジットカード債権の回収業務等は、引き続き銀行が行う[205]。」



[202] *Id.*
[203] *Id.*
[204] *Id.*
[205] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 183－186.

Pass-through debt certificates を用いたクレジットカード債権の証券化取引は、図 7 のような取引である。販売者持分は、債務不履行の発生に際して、クラスA及びBの受益証券に対して劣後しているわけではない[206]。しかしながら、実務において銀行は、クレジットカード債権の債務不履行による損失を、自らが受け取る超過スプレッド（excess spread）[207]で負担することを通じて、予想されるこれらの損失を実質的に負担する[208]。クラスA及びBの受益証券の元本額は、期間を通じて一定であり、元本の償還に応じて減少していくのに対し、販売者持分は新規クレジットカード債権への再投資や既存クレジットカード債権の償還に応じて元本額が変動する残余部分である[209]。販売者持分に、架空損益が配分され課税される[210]。これによって、信託への課税は回避される[211]。投資家に売却されたクラスA及びBの受益証券は、税法上債券として性質決定される[212]。これらの債券として性質決定される受益証券が pass-through debt certificates と呼ばれるものである。Pass-through debt certificates の追加発行、投資家への販売促進、クレジットカードサービスの提供、進行中のクレジットカード債務者からの回収業務などは、証券化取引後も銀行が事業として引き続き履行する[213]。以上が、pass-through debt certificates を用いたクレジットカード債権の証券化の概略である。

Pass-through debt certificates を用いた証券化において、pass-through debt certificates を債券として性質決定するのは、いかなる考え方に基づくものであるのか、その考え方を見ていきたい。それは、(1)pass-through debt certificates が一般的な債券と類似していること(2)信託財産と pass-through debt certificates との関係が断絶していること、すなわち、pass-through debt certificates 保有者が信託財産を直接保有しているとは考えられないこと、という大きく二つの要素を有する場合、pass-through debt certificates を債券として性質決定できるとする考え方である[214]。

これら二つの要素を順に説明していく。まずは、(1)一般的な債券との類似性についてである。Pass-through debt certificates と一般的な債券との経済的

---

[206] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 186.
[207] クレジットカード債権からの資金の総額の内、クラスA及びBそれぞれの受益権に対する分配金の額を超える部分をいう。
[208] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 186.
[209] *Id.*
[210] グランタートラストとしての扱いが維持され、委託者に課税される。
[211] グランタートラストとしての扱いが維持され、信託には課税されない。
[212] NEW YORK STATE BAR ASSOTIATION TAX SECTION, *supra* note 118, at 19.
[213] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 186.
[214] *Id.*

性質の類似点は、いくつか挙げられる[215]。それは、元本金額が固定され、満期日が定められていること、利息の支払いが予め定められた固定利率や指数連動利率によって定期的に行われること、債務不履行等のリスクを負担していないこと、である[216]。また、pass-through debt certificates が債券ではない証券（エクイティ証券）の特徴を持っていないことも挙げられる[217]。例えば、法人の株式は、債券ではなく典型的なエクイティ証券である[218]。株式は、配当の支払いがすべての債権者の利息の支払いに劣後すること、配当の支払いについて又は株式の払戻しについての資金の源泉が限定されていること、株式に対して配当するかどうかは取締役の裁量であること、事業への経営参加権があること等の特徴を持っている[219]。債券として性質決定されるためには、これらのエクイティ証券が持つ特徴を有していないことも必要であり、Pass-through debt certificates はこのような特徴を有していない[220]。

ただし、優先劣後構造の特徴としてクラス B の pass-through debt certificates の格付けが十分ではなく、債務不履行等のリスクを負担しているのではないかという疑問が生じる[221]。そこで、一般的に私法上の法形式が信託受益権であるものを税法上債券として性質決定することを容認するためには、その受益証券がシングル A、もしくは、それ以上の高い格付けを得ることが必要であるとされている[222]。なぜなら、債券と性質決定されるには、高い安全性が求められるからである[223]。図 7 では、クレジットカード債権の証券化におけるクラス A 及び B の pass-through debt certificates は高い信用力を有している[224]。なぜなら、強力な支払保証措置がとられているからである[225]。例えば、クレジットカード債権の証券化において、クラス A 及び B の pass-through debt certificates に対する利息の支払や元本の償還に疑義を生じさせるような事態が発生した場合、その保有者は早期償還の権利を有している[226]。そして、早期償還の権利の行使に際して、発行体はその支払義務を無制限に負っている[227]。以上から、pass-through debt certificates は一般的な債券と経済的性質が類似し

---

[215] *Id.*
[216] *Id.*
[217] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 200.
[218] *Id.*
[219] *Id.*
[220] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 185.
[221] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 187.
[222] *Id.*
[223] *Id.*
[224] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 200.
[225] *Id.*
[226] *Id.*
[227] *Id.*

ていると考えられることになる。

次に、(2)信託財産と pass-through debt certificates との関係の断絶についてである。債券として性質決定されるためには、信託財産と pass-through debt certificates との関係が断絶している必要がある[228]。クレジットカード債権の証券化において、pass-through debt certificates が投資家に売却された後も、銀行はクレジットカード債権の回収業務を引き続き行い、クレジットカード債権に対する管理支配を維持している[229]。クレジットカード債権の回収業務の事業リスクは銀行に集中しており、信託財産であるクレジットカード債権の債務不履行による損失発生の影響も pass-through debt certificates を保有する投資家に及ぶことはない。また、クレジットカード債権の証券化の仕組みにおいて、銀行は販売者持分を保有することを義務付けられている[230]。なぜなら、信託財産であるクレジットカード債権の流動性が高いからである[231]。このこともまた、信託財産と pass-through debt certificates との関係が断絶していることを示している[232]。Pass-through debt certificates は、シアーズ規則の対象となる上述した fast-pay 受益証券とよく似ている[233]。そのため、Fast-pay 受益証券は、信託に対する債券として取り扱われるべきであると議論されることがある（特に債務不履行による損失発生の影響等から隔離されている場合）[234]。しかし、それらが債券として取り扱われることはない[235]。その理由は、「明らかに」私法上の法形式と矛盾しているとは言えないからである[236]。Fast-pay 受益証券は、信託財産をそのまま反映した所有持分である[237]。債券は、債券の発行体に対する請求権であり、通常発行体が保有する財産とは全く異なるものである[238]。Fast-pay 受益証券の場合、信託財産は流動性の低い固定的な住宅ローン抵当権のプールである[239]。そのため fast-pay 受益証券は、信託財産である固定的な住宅ローン抵当権のプールと密接にリンクしている[240]。固定的な住宅ローン抵当権のプールを反映した fast-pay 受益証券は、これらの住宅ローン抵当権のプールの直接的

---

[228] *Id.*
[229] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 185.
[230] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 187.
[231] *Id.*
[232] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 200.
[233] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 199.
[234] *Id.*
[235] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 194.
[236] *Id.*
[237] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 199.
[238] *Id.*
[239] *Id.*
[240] *Id.*

な所有持分としてみることができる[241]。そのためシアーズ規則は、fast-pay 受益証券を所有持分として扱う（債券として扱わない）ことを要求する[242]。その受益証券が所有持分として扱われるのは、受益証券と信託財産との関係が密接だからである[243]。対照的に、クレジットカード債権の証券化においては、信託財産であるクレジットカード債権と受益証券である pass-through debt certificates との間に、直接的な関係は一切ない[244]。

以上、二つの要素を有する pass-through debt certificates を用いたクレジットカード債権の証券化の仕組みを全体として見ると、pass-through debt certificates は、機能的には銀行に対する債券である[245]。クレジットカード債権の証券化において、銀行は主として、クレジットカード債権に係る経済的なリスクを負担し、同時に、クレジットカード債権からの経済的便益を享受している[246]。クレジットカード債権の証券化取引の経済的実質は、投資家へのクレジットカード債権の部分的な売却というよりむしろ、投資家からの資金の借入である[247]。証券化の主な目的は、資金調達と財務会計上の便益を実現することである[248]。この事実は、FASIT ルールを定めた議会においても理解されていた[249]。個別の ruling においても、信託財産の内容が当該信託のスポンサーである銀行に対する請求権のみによって構成されている場合や、受益権に対する支払の源泉が銀行によって保証され、又は、実質的に銀行に対する債権として把握できる場合には、pass- through debt certificates のような受益権を債券として性質決定するべきことが示されてきた[250]。

2-3　pass-through debt certificates の考え方を具体化した ruling

Pass-through debt certificates の取り扱いは、いまだ立法化されておらず、個別の事例について幾つかの ruling が示されているだけである[251]。そこで、2-2 のリサーチによって、得られた pass-through debt certificates を債券として性質決定する考え方が、ruling においてどのように具体化されているのかを

---

[241] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 200.
[242] *Id.*
[243] *Id.*
[244] *Id.*
[245] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 186.
[246] NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION, *supra* note 118, at 24.
[247] *Id.*
[248] *Id.*
[249] *Id.*
[250] James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, *supra* note 113, at 186
[251] 本稿で取り上げるもの以外として、Rev.Rul.61-181;1961-2C.B.21「ロサンゼルスメトロ交通局設備の信託証券のシリーズ A から支払われた「配当」が「利息」として扱われた事例」、Rev.Rul.73-122;1973-1C.B.66「資本増強の目的でニューヨーク株式取引所が発行した劣後債が明確に債券であるとされた事例」、Rev.Rul.85-119;1985-2C.B.60「銀行持株会社の発行する証券（転換社債）にかかる定期的な支払が「利息」として扱われた事例」などがある。

検証する。

例えば、revenue-ruling 76-265[252]「公共建築物の建設事業のために、米国政府機関と銀行との取り決めのもと、銀行が発行した信託受益権がデットとして取り扱われた事例」がある。取引の概要は、米国の政府機関が公共建造物の建設事業を行うに際し、銀行に建設事業及び、それに付随する資産を信託し、銀行が投資家に信託の受益証券を売却することで資金を調達し、米国政府機関の指示のもと、建設事業を行い、かつ、受益証券保有者に利息や元本の支払をするというものである。同 ruling では、銀行が投資家に売却した受益証券は、結果的に米国に対する債券として税法上性質決定された。その理由は、受益証券が自由に流通可能であること、30 年以内に買い戻されること、利息が定期的に支払われること、支払義務が米国によって保証されていること、その受益証券の発行目的が建設事業と余剰金の米国国債の運用のみに定められていること、取引全体をみるとこのような取り決めにおける銀行が単なる米国の代理人にしか過ぎず、その経済的実質が受益証券保有者による米国への資金貸付取引と考えられること、による。

また、revenue-ruling 97-3[253]「小規模事業投資会社（以下、SBICs という）が発行した債券を小規模事業連盟（以下、SBA という。）が信託した後、投資家に売却されたその信託契約に係る信託受益権が債券とされた事例」がある。取引の概要は、まず、SBICs が SBA に対して債券を発行して資金調達する。次に、SBA が SBICs から受け取った債券を集めてプールし、それらを信託した後、投資家に受益証券を売却する（証券化する）というものである。同 ruling では、投資家に売却された受益証券は、税法上 SBA の債券として性質決定された。私法上の法形式は SBICs が発行した債券を SBA が信託し、その受益証券を投資家が保有しているという構図である。しかし、投資家が保有する受益証券を通じて、SBICs が発行する債券を直接保有しているとは考えられないとした。その理由は、あらかじめ定められた変動利率により四半期ごとに定期的に利息が支払われること、10 年以内に償還されることが予め定められていること、受益証券への支払について保証されていること、保証する機関が米国の独立した信用力の高い機関であること、信託財産からの収益の発生と受益権に対する収益の支払のタイミングが一致していないこと、による。そして、それらのすべての事実と状況に基づいて、その経済的実質は、受益証券が発行体である SBA に対する資金の貸付であるとして、当該受益証券は債券として税法上性質決定された。

これらの ruling は、あくまで個別事例であって、その事例にのみ適用される行政上の解釈にすぎない。しかし、それぞれの事例について受益証券が債券と

[252] Rev.Rul.76-265;1976-2C.B.448.
[253] Rev.Rul.97-3;1997-1C.B.9.

して性質決定される理由を列挙し、結果的に税法上債券として性質決定されている。そして、その理由はpass-through debt certificatesを債券として性質決定する際の二つの要素として挙げられたものと非常に類似していることが確認できた。

第３章　我が国への示唆

3-1　米国からの知見

第 2 章において、所得の帰属を考えるため複層化された受益権の税法上の性質決定を研究する上で、米国の証券化に関する税法上の取扱いの沿革をリサーチした。

我が国の税法が、信託が発行する受益証券をすべて信託受益権として同様に扱い、異なる階層の受益証券を区別しないのに対して、米国においては、信託が発行する受益証券のうち、一部を信託受益権としてではなく、税法上債券として取り扱うことがわかった。

そして、米国においてpass-through debt certificatesを中心に受益証券を債券として性質決定する考え方を考察した。

その結果として、第一に、米国の証券化において、優先受益証券は債券として性質決定されてきたこと、第二に、受益証券を債券として性質決定する際には二つの考え方があることがわかった。

まず、第一について。受益権が最初に複層化されたFast-pay slow-pay trustタイプ以前の証券化においては、金融機関が発行体である信託に資産を移転した信託財産である金銭債権は、受益証券を保有する投資家が直接所有していると課税上認識されていた。ところが、CMO以後の証券化においては、信託財産である金銭債権を受益証券保有者である投資家が直接所有しているというよりもむしろ、金融機関が投資家からの資金調達を実現するために、所有する債権を担保として、投資家から資金を借り入れている取引と課税上認識された。米国の CMO 以後の債権の証券化は、優先劣後等に受益権を複層化し、金融機関が引き続き保有する受益証券と、投資家に売却される受益証券が明確に二分された。そして、そのことは基本的に、証券化の対象となる資産が住宅ローン抵当権であっても、クレジットカード債権であっても同じであった。REMIC ルール、pass-through debt certificates、FASITルールを用いた方法はいずれも、投資家の保有する受益証券を信託受益権という私法上の形式にかかわらず、税法上債券として性質決定した。投資家の保有する受益証券を債券として性質決定することとなった背景には、シアーズ規則によって複層化された受益権を発行する信託が法人課税の対象とされたこと、会計上の規定と税法上の規定の相違があり納税者が会計上と税法上の双方の便益を享受することを目的としていたこ

と等が挙げられる。その結果として、証券化取引の課税上の認識としても、金融機関が発行体である信託に債権を売却し、投資家が受益権を通じて信託財産である債権を直接所有する取引としてではなく、金融機関が債権を担保として投資家から資金調達するという取引となった。当該認識は、債権の債務不履行のリスクが金融機関に集中していることや、投資家が担保となった債権と関係なく利息の支払いや元本の償還を受けること、信託財産である債権が償還されるタイミングと受益権が償還されるタイミングが異なることなど、取引の個々の要素を個別に積み重ねていく中から導かれたものと考えられる。

次に、第二について。証券化取引の経済的実質はともかく、私法上の法形式が受益権であるものを税法上債券として性質決定するためには、その矛盾を克服する必要があった。そこで、REMIC ルールが立法され、pass-through debt certificates が利用され、また、失敗したものの FASIT ルールの立法が試みられた。つまり、CMO 以後の証券化において、投資家の保有する優先受益証券等は、税法上債券として性質決定されてきた。しかし、信託の受益証券を税法上債券として性質決定する際の考え方については統一されていなかったと考える。具体的には、私法上の法形式が信託受益権であるものを税法上債券として性質決定するための考え方は、大きく異なる二つのパターンに分けられるのではないか。それは、REMIC ルールと FASIT ルールに共通する考え方と、pass-through debt certificates を債券として性質決定する考え方である。

REMIC ルールと FASIT ルールが正規権を債券として税法上性質決定する考え方は、金融機関による債権を担保とした投資家からの資金調達という取引の経済的実質よりも、債権を発行体に売却し投資家による受益証券の保有を通じた信託財産である債権の直接所有という私法上の法形式の性質を重視した考え方である。一方で pass-through debt certificates を債券として性質決定する考え方は、逆に、金融機関による債券を担保とした資金調達という取引の経済的実質を重視した考え方である。

まず、前者の考え方から説明する（図 8 参照）。REMIC と FASIT が発行した正規権と呼ばれる受益証券を税法上債券として性質決定したのは、正規権を発行体に対して資金を貸し付けていることを表章する債券と考えているからではない。信託財産である債権を直接保有していると考え、住宅ローン抵当権やクレジットカード債権の債務者に対する債券として考えているのである。その根拠として、REMIC ルールやそれを発展させた FASIT ルールは、発行体の権限を厳しく制限し、信託財産を固定し、投資家の保有する正規権と信託財産の直接的なつながりを維持しようとしているからである。

次に、後者の考え方を説明する（図 9 参照）。pass-through debt certificates が債券として性質決定されるのは、投資家の保有する pass-through debt

certificates が一般的な債券と同様の経済的性質を有し、金融機関によって保証されており、pass-through debt certificates を保有する投資家が信託財産である債権を直接所有しているとは考えられないからである。むしろ、正規権の発行体に対して資金を貸し付けていることを表章する債券として考えられるからである。こう考えられる理由は第 2 章 2-2 で述べた通りである。

図８：私法上の法形式の性質を重視する考え方

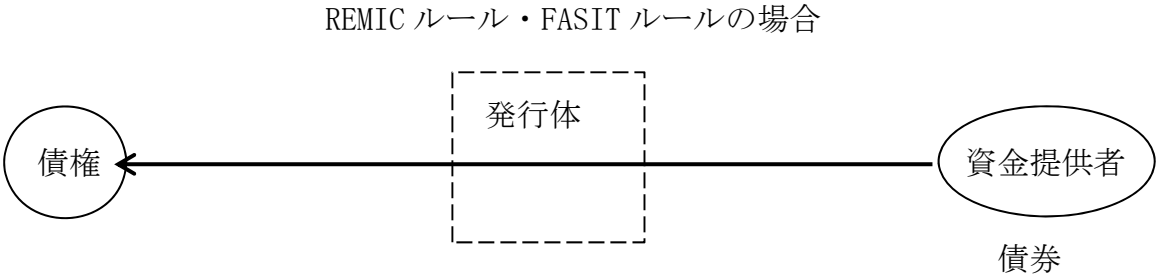
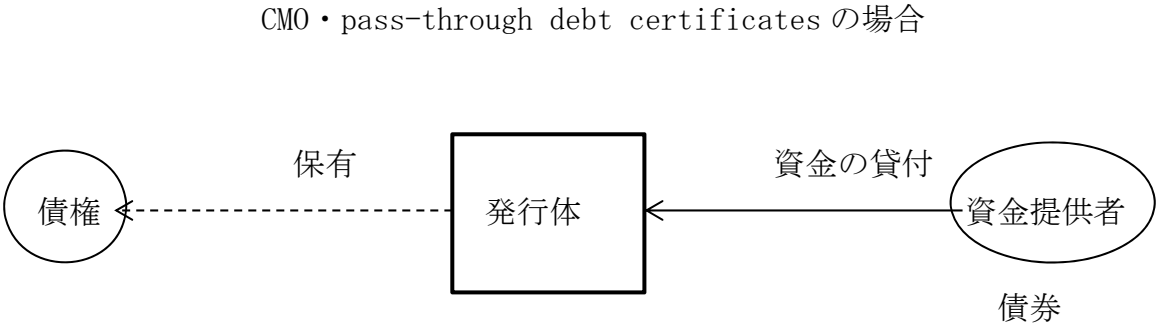


図９：経済的実質を重視する考え方



3-2　我が国における検討と今後の課題

米国からの知見が我が国に示唆することは、受益証券を債券として性質決定する考え方を参考にして、我が国の信託受益権の規定を検討する必要があるということである。そして、適切な信託受益権の規定を置くことで、受益証券の区別し、受益証券保有者の中で、信託財産から生じる所得を帰属させるべき受益者を選別して所得の帰属を明確にし、法人税法 12 条に適切に対応した課税を実現することに役立たせることができるということである。

証券化における受益権の複層化について、我が国の税法及び企業会計の規定は不十分である。そのことに起因して生じる課税の取扱いが不明確な点の 1 つとして、信託財産から生じる所得を受益権保有者にどう帰属させるのかという論点がある。先行研究では、その問題に対応するための第一段階として受益証

券保有者を区別することによって、信託財産から生じる所得を帰属させるべき受益者を明確にする必要があると指摘する。そして、信託財産から生じる所得を、明確となった受益者に帰属させるのである。その受益者が、信託財産を有するものと見做せる者であれば、法人税法 12 条と整合的である。したがって、信託財産から生じる所得の帰属の取扱いを明確にするためには、まずは受益証券所有者を区分して、その中から信託財産を有していると見做すべき受益者を決定する必要がある。ここで、受益者と受益証券を保有する者とは密接に関わっていると考えられるため、信託財産を有するものと見做すことができる受益者を明確にするために、受益証券の性質決定を考えることは重要である。そのため、信託受益権の規定を検討するということは、証券化において受益権が複層化され異なる階層の受益証券が発行された場合に信託財産から生じる所得の帰属が課税上不明確であるという問題を解決するための第一段階である受益証券保有者の区別、すなわち信託財産から生じる所得を帰属させるべき受益者の明確化の検討も意味している。

そこで、信託財産から生じる所得を帰属させるべき受益者を明確にするために、受益証券の中で債券として性質決定すべきものを区分する規定を検討することを提言する。ただし、米国の税法において、投資家の保有する受益権を債券として性質決定することとした出発点は、シアーズ規則の影響や米国の会計基準と税法との相違の存在によるものであったことに留意すべきである。我が国には、シアーズ規則は存在しないし、法人税法第 22 条第 4 項が適用される場合、税法は企業会計に依拠するため、証券化における売却処理や連結の範囲等の判断基準について会計と税法で差違は生じない。米国の税制と我が国の税制は異なるため、米国の考えをそのまま我が国において取り入れることは適切でない。しかし、出発点は異なるものの、我が国において実務上行われている証券化取引自体は米国を後追いしている部分が多いため、証券化取引に対する課税のあり方については、米国のそれは参考となりうる。したがって、米国法の受益証券を債券として性質決定する考え方を参考とすることは可能である。

我が国で複層化された受益証券の中で、債券として性質決定するべきものを区分する規定を検討し、信託財産から生じる所得を帰属させるべき受益者を明確にする際に考慮すべきことを以下にまとめてみたい。第一は、債券として性質決定するべき受益証券の区分の規定を検討する際には、経済的実質を重視する考え方と私法上の法形式の性質を重視する考え方の二つがあり、どちらを用いるのが適当かを考える必要があることである。第二は、経済的実質を重視する考え方を用いて債券として性質決定するべき受益証券の区分の規定を検討する際には大きく二つの要素があることである。

まず、第一について、債券として性質決定するべき受益証券の区分を検討す

る際に、経済的実質を重視する考え方と私法上の法形式の性質を重視する考え方の二つの考え方がある。そのどちらの考え方を採用するかは慎重に判断する必要がある。その際の基準の 1 つとして、証券化の対象となる債権の特徴によってどちらの考え方を採用するかを判断することが考える。例えば、住宅ローン債権のように期間が長く固定的な債権を証券化する際には、信託財産と受益証券との直接的な関係を維持することが可能であるため、私法上の法形式の性質を重視する考え方が適切である。一方で、クレジットカード債権のように期間が短く流動的な債権を証券化する際には、経済的実質を重視する考え方が適切である。なぜなら、発行体に権限を与える必要があるクレジットカード債権の証券化において、発行体の権限を制限して受動性を高め、信託財産と受益証券との直接的なつながりを維持する私法上の法形式の性質を重視する考え方と整合的でないからである。

次に、第二について、経済的実質を重視する考え方を採用して債券として性質決定すべき受益証券を規定する際には、(1)受益証券と債券の経済的性質が類似していること(2)信託財産と受益証券との関係が断絶していること、という大きく二つの要素を考慮することが望ましい。付け加えると、我が国の税法において、信託財産から生じる所得の帰属に関して、実質所得者課税の原則を具体化した個別規定が置かれ、経済的帰属説が支持される場合があるなど、他の所得の帰属に比べてより緩やかに所得の帰属をとらえることとしている。したがって、経済的実質を重視する考え方であっても、信託財産から生じる所得の帰属に関しては、適用できる可能性が他の所得の帰属と比較して高いと考える。

最後に債券として性質決定するべき受益権の区分を規定する方法として、具体的には、法人税法 2 条 21 号の定義規定に、債券として性質決定するべき信託受益権の定義を別に定めることが考えられる。受益権が複層化されて発行された場合に、各受益証券を税法上一様に取扱うこととなる根本的な原因は、税法上受益権が法人税法 2 条 21 号の有価証券に含められているからである。私法上の法形式が受益権であれば、優先受益権であれ、劣後受益権であれ、すべて同様に受益権となる。このことは、受益証券保有者である受益者の区分においても強く影響している。したがって、まずは、法人税法 2 条 21 号の定義規定から見直す必要があるのではなかろうか。

そしてさらに、債券として性質決定されるべき受益証券の範囲の規定を適切に置くことができた場合には、証券化において受益権の複層化によって異なる階層の受益証券が発行された場合に、信託財産から生じる所得を帰属させるべき受益者の範囲を明確にすることに役立たせることができると考える。私見ではあるが、具体的に説明すると、受益証券を債券として性質決定する二つの考え方を参考にして、受益者を決定する際に、二通りが考えられるであろう。

まず、私法上の法形式を重視する考え方を用いて複層化され異なる階層の受益証券を発行するような金銭債権の証券化が行われた場合を考える。この場合、信託は、単なる導管に過ぎず、金銭債権の性質をそのまま投資家の保有する受益証券に伝達される。つまり、優先受益権を保有する投資家が信託を通り抜けて、金銭債権を直接的に保有していると考えることができる。そのため、法人税法 12 条に従って、信託財産を有するものと見做すことができる者は優先受益権を保有している投資家であろう。したがって、優先受益権を保有する投資家を受益者とすることが適切であると考える。

一方、経済的実質を重視する考え方を用いると、受益証券が債券として性質決定されるのは、投資家の保有する優先受益権が、劣後受益権を保有する金融機関に対して資金を提供し、当該金融機関に対する債権を表章する債券であると考えているためである。つまり、投資家は、信託財産である金銭債権の貸倒リスク等を負担せず、定期的な利息を受け取り、満期日が予め決められているような、金融機関に対する債券を保有していという実質を重視しているからである。したがって、投資家は信託財産である金銭債権を有していると考えられない。このような場合には、優先受益権を有する投資家を、信託財産を有している受益者として、捉えるのは適切ではない。信託財産である金銭債権のリスクを負担し、それらの管理支配を継続して行っている劣後受益権を有する金融機関等が信託財産を有するものと見做すことができる受益者であるとすることが適切である。金融機関は、保有する金銭債権を利用して投資家から低利で資金調達を実現し、金融債権を簿外処理すること等の便益を享受している。したがって、信託財産から生じる所得は、金融機関等の劣後受益権を有する者を受益者とし、帰属させるべきであると考える。

ただし、実際にどのように受益権の定義を置くかについてはさらに検討すべきであり、さらに、明確となった受益者にどのように所得を帰属させるのかについても、今後の課題であろう。本稿では、あくまでも、受益証券の性質決定を検討することで信託財産から生じる所得の帰属の論点における受益者の範囲の明確化にいくらか貢献することを目的としたものである。

本稿では、複層化された受益権の課税上の論点の一部について解決の方向性可能性を見出すべく、分析を試みてきた。しかし、証券化やそれに伴う受益権の複層化について議論すべきことが多く残っている。残された既存の論点についてさらなる検討を重ねることが必要であると考える。

おわりに

本稿では、証券化において複層化された受益権の税法上の性質決定に関する研究を行った。証券化において複層化された受益権について税法上の取扱いが

不明確な点として、信託財産から生じる所得を受益権の複層化に伴い発行された受益証券を有する各受益証券保有者にどのように帰属させるか、という所得の帰属の論点がある。我が国では法人税法 12 条において、受益者は信託財産を有するものとみなして所得を帰属させると定めている。そして、受益権は、法人税法 2 条 21 号の有価証券に含められている。従って、私法上の法形式が受益権であるものは、税法上すべて同様に信託財産を有するものと見做して扱われることになる。しかし、証券化において、優先受益権等や劣後受益権に複層化されて発行された受益証券については、私法上の形式は受益権であるが、その権利内容は異なる。にもかかわらず、現行税法上はそれらを区別することなく受益権として性質決定される。証券化において受益権が複層化され異なる階層の受益証券が発行された場合に、信託財産から生じる所得の帰属の問題を考える上で、各受益証券がどのような性質を持つのか、という受益証券の性質決定について研究することを本稿の目的とした。

まず、本稿の目的である複層化により発行された受益証券の性質決定についての研究を始めるにあたり、我が国の複層化された受益権に関する税法に限界があることを示し、我が国における受益権が複層化された証券化取引を具体的に説明するために、初めて実際に、複層化された受益権に関する訴訟が行われた事件を紹介した。事件の内容としては、優先受益権と劣後受益権とに複層化された受益権のうち、金融機関が保有していた劣後受益権に対する金銭の支払いに関する課税上の所得金額の算定について争われた事件である。そして、この事件を分析した結果、やはり我が国の複層化された受益権に関する現行税法は不十分なものであることがわかった。特に、判例では論点とはされていなかった所得の帰属の論点について不十分であることがわかった。

つぎに、本稿の研究を進める上で、本稿の論点となる受益権が複層化された場合に、信託財産から生じる所得の帰属についての先行研究を調べた。先行研究において、すでに方策が示されていたため、本稿はその先行研究をさらに押し進めるものとした。先行研究では、信託財産から生じる所得の帰属の問題を考える上で、その第一段階として受益証券所有者を区別して信託財産を有しているとは考えられない受益証券保有者を区分し、信託財産から生じる所得を帰属させるべき受益者を明確にする必要があることが主張されていた。その際、先行研究の中で紹介のみされていた債券として取り扱われるべき受益証券の範囲の検討を本稿では研究対象とした。

債券として取り扱われるべき受益証券の範囲を検討する際に、米国の証券化において、債券として扱われる受益権である pass-through debt certificates が用いられていることが、先行研究において示されていた。そこで、証券化の歴史が古く、我が国よりも証券化に関する税法の取扱いについて豊かな経験を

持つ米国について、証券化に対する課税の沿革と pass-through debt certificates を中心に、比較法分析をすることとした。そして、第 2 章において、複層化された受益権の税法上の性質決定を探るために、米国の証券化に関する税法の取扱いの変遷、さらに、米国の pass-through debt certificates を中心に受益証券を債券として性質決定する考え方を考察した。

その結果、第一に、米国において優先受益権は債券として性質決定されてきたこと、第二に、受益証券を債券として性質決定する際に二つの考え方があることが分かった。具体的には、私法上の法形式の性質を重視する考え方と、経済的実質を重視する考え方である。

これらの米国からの知見が我が国に示唆することは、米国の受益証券を債券として性質決定する際の考え方を参考にして、我が国の信託受益権の規定を検討する必要があるということであった。

信託財産から生じる所得の帰属の取扱いを明確にするためには、まずは受益証券所有者を区分して、その中から信託財産を有すると見做すべき受益者を決定する必要がある。そこで、信託財産から生じる所得を帰属させるべき受益者を明確にするために、我が国において受益権の規定を検討し、受益証券のうち、債券として性質決定すべきものを区分する規定を検討することを提言した。そして、我が国の複層化された受益権のうち、債券として性質決定するべきものを区分する規定を検討する際に考慮すべきことを示した。第一に、債券として性質決定するべき受益証券の区分の規定を検討する際には、経済的実質を重視する考え方と私法上の法形式の性質を重視する考え方の二つがあり、どちらを用いるのが課税上望ましいかを検討する必要があること、第二に、経済的実質を重視する考え方を用いて債券として性質決定するべき受益証券の区分の規定を検討する際には大きく二つの条件があることである。

最後に債券として性質決定するべき受益証券の区分を規定する方法として、具体的には、法人税法 2 条 21 号の定義規定に、債券として性質決定するべき受益権の定義を別に定めることを提言した。受益権が複層化された場合に、各受益権を税法上同様に取扱うこととなる根本的な原因は、税法上受益権が法人税法 2 条 21 号の有価証券に含められているからである。私法上の法形式が受益権であれば、優先受益権であれ、劣後受益権であれ、すべて同等の受益権となる。このことが、受益証券保有者である受益者の区分にも影響している。したがって、まずは、法人税法 2 条 21 号の定義規定を検討する必要があるのではなかろうか。そして、規定を置くことができれば、受益証券保有者の中で、信託財産から生じる所得を帰属させるべき受益者を選別する考え方について、私見を示した。具体的には、私法上の法形式を重視して受益証券を債券として性質決定する場合においては、優先受益権を保有する投資家等が信託財産から生じる所

得を帰属させるべき受益者とすることが適切である。一方で、経済的実質を重視して受益証券を債券として性質決定する場合においては、劣後受益権を保有する金融機関等を受益者として扱い、信託財産から生じる所得を帰属させることが適切である。ただし、実際にどのように受益権の定義を置くかについてはさらに検討すべきであり、今後の課題であろう。

本稿では、複層化された受益権の課税上の論点の一部について解決の方向性を見出すべく分析を試みてきた。しかし、証券化やそれに伴う受益権の複層化について議論すべきことが多く残っている。残された課題について、今後さらなる検討を重ねることが必要であると考える。

＜参考文献一覧＞

【書籍】

1. 佐藤英明『信託と課税』(弘文堂・2000)
2. 高橋正彦『証券化の法と経済学』(NTT 出版株式会社・2009)
3. 金子宏『租税法〔第 18 版〕』(弘文堂・2013)
4. 水野忠恒『租税法　第 5 版』(有斐閣・2011)
5. 四宮和夫『信託法増補版』(有斐閣・1979)
6. 占部裕典『信託課税法』(清文社・1999)
7. 佐藤英明『スタンダード所得税法　第 2 版』(弘文堂・2011)
8. 岡村忠生・渡辺徹也・高橋裕介『ベーシック税法　第 7 版』(有斐閣・2013)
9. 渡辺裕泰『ファイナンス課税〔第 2 版〕』(有斐閣・2012)
10. 西村総合法律事務所『ファイナンス法大全（下)』(商事法務・2003)
11. 久禮義継『流動化・証券化の会計と実務〔第 4 版〕』(中央経済社・2008)
12. 川北英隆『証券化―新たな使命とリスクの検証』(金融財政事情研究会・2012)
13. 岡内幸策『証券化入門〔第 2 版〕』(日本経済新聞社・2004)
14. 田淵直也『証券化のすべて』(日本実業出版・2012)

【外国文献】

1. NEW YORK STATE BAR ASSOCIATION TAX SECTION, Report On Securitization Reform Measures, Report#1024(2000)
2. James M. Peaslee & David Z. Nirenberg, “Federal Income Taxation of Securitization Transactions and Related Topics 4th”, Frank J.Fabozzi Associates,at 1334(2011)
3. Linda Beale,David S.Miller&Paul Wysocki,”an overview of the U.S federal income tax treatment of collateralized debt obligation transaction”,Journal of Taxation of Financial Institutions,(2001)
4. Thomas J.Biafore & Dabid R.toricker,”Servicing Securitized Loans-More Tax Issues Are Involved Than Meet the Eye”,Journal of Financial Institutions(2000)
5. Michael Orchowski,”Recent IRS Guidance on Modifications of Commercial Mortgage Investment Conduits and Fixed Investment Trusts “, Civic Research Institute(2011)

6. Mark H.Leeds & Terence B.Meyers,”IRS Release Financial Asset Securitization Invstment Trust Proposed Regulations”,Journal of taxation of Financial Institutions(2000)
7. Edward Sair,”FASIT Primer”,American Institute of Certified Public Accountants (1997)

【雑誌・紀要】

1. 吉村政穂「受益権が複層化された信託に対する課税ルールに関する一考察」（金融庁金融研究センター　ディスカッションペーパー　2012－1・2012）
2. 小野傑「REMIC―米国における不動産証券化の仕組みと税法上の取扱い―」金子栄作ほか『不動産の証券化』（東洋経済新報社・1988）
3. 中里実「セキュリタイゼイションと課税」（日税研論集 41 号・1999）
4. 佐藤英明「資産流動化と課税　アメリカ法の概観」（租税法研究 24 号・1996）
5. 横川太郎「アメリカにおける証券化の進展と金融不安定性」（政治経済学通信 vol.5・東京大学大学院経済学研究科柴田ゼミナール　ディスカッションペーパー集・2008）
6. 水野忠恒「受益者等課税信託（個人信託）の課税問題」（日税研論集 62 号・2011）
7. 佐藤英明「信託税制の沿革―平成 19 年改正前史」（日税研論集 62 号・2011）
8. 林麻里子「信託のパス・スルー課税について－FASIT 導入に至るまでの米国導管制度を参考に－」（金融研究 20 巻 1 号・2001）
9. 喜多綾子「信託税制における受益者課税の問題点」（税法学 568 号・2012）
10. 秋葉賢一「信託を利用した流動化スキームと会計問題」（金融研究 17 巻 4 号・1998）
11. 秋葉賢一「債権流動化における劣後受益権に関する収益認識―東京地判平成 24 年 11 月 2 日判決」（税務弘報 61 巻 4 号・2013）
12. 吉村政穂「租税判例速報　受益権に係る収益配当金についての会計処理が問題となった事例」（ジュリスト 1451 号・2013）
13. 浅妻章如「債権流動化における信託受益権者の元本充当・益金算入の振り分け（金融商品会計実務指針 105 項の償却原価法）の是非に関する東京地判平成 24 年 11 月 2 日評釈」（立教法学 87 号・2013）
14. 品川芳宣「＜判例解説＞金融商品（信託受益権）に係る収益配当金の収益計上時期」（TKC 税研情報 22 巻 5 号・2013）
15. 品川芳宣「金融商品(信託受益権)に係る収益配当金の収益計上時期」（税研 172 号・2013）

16. 片岡義広・永井利幸「債権流動化における劣後受益権の収益配当金に係る会計処理―東京地裁平成 24 年 11 月 2 日判決について」（企業会計 65 巻 10 号・2013）
17. 村井正「課税物件の帰属　―実質所得者課税、信託、法人成り―」（税経通信 43 号・1988）
18. 矢向孝子「受益権の発生・帰属時期」（金融・商事判例 1261 号・2007）
19. 中村康江「受益権の権利とその保護」（金融・商事判例 1261 号・2007）
20. 渡辺宏之「受益権の性質」（金融・商事判例 1261 号・2007）87 頁参照
21. 中澤栄仁「債権流動化取引で譲渡人が保有する劣後受益権の会計処理:「償却原価法」を適用すべきか否か」（旬刊経理情報 1341 号・2013）
22. 柴健次「金融資産の証券化と資産の認識」（會計 139 巻・1991）
23. 神田秀樹「アメリカにおける不動産の証券化に関する法的諸問題」金子栄作ほか『不動産の証券化』（東洋経済新報社・1988）
24. 遠藤幸彦「証券化の歴史的展開と経済的意義―米国を中心に―」（フィナンシャル・レビュー51 号・1999）
25. 松永和美「米国の信託税制について」（信託 238 号・2009）

【ホームページ】

1. 社団法人　信託協会
   http://www.shintaku-kyokai.or.jp/data/pdf/z22.pdf
2. 国税庁
   http://www.nta.go.jp/shiraberu/ippanjoho/pamph/sonota/shintaku.pdf

ハイブリッド・エンティティに係る
課税問題についての考察

平 慎之佑

「ハイブリッド・エンティティに係る課税問題についての考察」

事業者が事業を行う場合、どのような形態を利用するかは事業者の選択に任されており、典型的には、法人形態や組合形態を採ることが考えられる。法人形態で事業を行う場合はいわゆる団体課税が適用されるのに対し、組合形態で事業を行う場合はいわゆるパス・スルー課税が適用される。

ある事業体に対する課税上の取扱いは国によって異なる。一方の国で団体課税され、他方の国でパス・スルー課税される事業体のことを一般的にハイブリッド・エンティティという。なお、源泉地国でパス・スルー課税され、居住地国で団体課税される事業体をレギュラー・ハイブリッド・エンティティ、源泉地国で団体課税され、居住地国でパス・スルー課税される事業体をリバース・ハイブリッド・エンティティと呼ぶ。

ハイブリッド・エンティティを通じて所得を得た場合、その所得の人的帰属が抵触することにより、二国間の租税条約の適用にも齟齬が生まれる。

本稿では、ハイブリッド・エンティティに係る租税条約の適用の齟齬について、我が国が締結する租税条約における望ましい調整規定のあり方を探ることを目的とする。

第 1 章では、我が国の現行の事業体課税を概観し、ハイブリッド・エンティティから生じる問題を明らかにした。

第 2 章では、OECD での議論を中心に、人的帰属の抵触と租税条約の適用上の問題について論じた。OECD は、原則として、ハイブリッド・エンティティに対する条約の適用を考えるにあたり、源泉地国は、自国内で生じた所得につき租税条約の特典を請求する者の居住地国の扱いを考慮すべきと指摘する。

第 3 章では、米国と我が国の調整規定を比較し、我が国の調整規定の課題を指摘した。現在の日本型の規定には、事業体から構成員への直接の支払に対する条約適用の有無が定められていないが、米加租税条約ではリバース・ハイブリッド・エンティティに限り、直接の支払部分について規定が置かれている。また、日蘭租税条約 4 条 5 項(c)は、事業体が第三国に所在する場合に、構成員の居住地国だけでなく、第三国でも事業体がパス・スルー課税されることを、条約適格を認める要件としている。この規定は、租税条約の特典が二重に享受されうる問題に対処出来る可能性が有る。

第 4 章では、これまでの分析から、我が国が締結する租税条約におけるハイブリッド・エンティティに関する調整規定の、望ましいあり方を検討した。

まず、基本的な考え方は、OECD が指摘するように、源泉地国は、租税条約の特典を請求する者の居住地国における扱いを考慮し、二ヶ国間の場合には、リバース・ハイブリッド・エンティティから構成員への直接の支払に対し、条約の適用が認められないことを明確化すべきであることを指摘した。

三ヶ国間の場合については、構成員に対して条約適格を認める要件として、条約の二重特典を防ぐため、事業体の所在地国においても事業体をパス・スルー課税するという点を

加えることを提案した。さらに、この要件を満たしているか否かを明確にするため、事業体の所在地国と源泉地国の間で、租税に係る情報交換規定を有する条約を締結している場合に限るという点を要件に加えることを提案した。

ハイブリッド・エンティティは、所得の帰属が抵触することで租税条約の適用にも齟齬が生じる。本稿では、このようなハイブリッド・エンティティに係る租税条約の適用上の齟齬について、我が国と米国の租税条約を比較し、我が国の租税条約における規定の望ましいあり方を検討した。

目次

序章　はじめに

第１章　事業体の課税とハイブリッド・エンティティの問題点
　１－１　外国事業体についての裁判の増加
　１－２　我が国の納税義務者制度と事業体の課税
　　１－２－１　我が国の事業体について
　　１－２－２　外国の事業体についての我が国での取扱い
　１－３　現行制度におけるハイブリッド・エンティティの問題点

第２章　国際的な人的帰属と条約適用上の問題―OECD の議論を中心に―
　２－１　所得の人的帰属
　２－２　パートナー・シップについて
　　２－２－１　パートナー・シップにおける人的帰属
　　２－２－２　パートナー・シップに対する条約の適用
　２－３　ハイブリッド・エンティティについて
　　２－３－１　ハイブリッド・エンティティに係る人的帰属の抵触
　　２－３－２　ハイブリッド・エンティティに対する条約の適用

第３章　ハイブリッド・エンティティに係る租税条約上の調整規定
　３－１　条約における規定の必要性
　３－２　米国における調整規定の変遷
　　３－２－１　国内法における調整規定
　　３－２－２　租税条約における調整規定
　３－３　我が国の租税条約における規定
　３－４　各条約の比較と日本型の規定の課題

第４章　ハイブリッド・エンティティに対する望ましい課税のあり方の検討

終章　おわりに

はじめに

事業者が事業を行う場合、どのような形態を利用するかは事業者の選択に任されており、典型的には、法人形態や組合形態を採ることが考えられる。これらの事業形態だけでなく、さまざまな事業体が事業に用いられ、どのような事業体を用いるかにより課税上の取扱いが異なる。法人形態で事業を行う場合、当該法人に対し法人税が課される、いわゆる団体課税が適用される。これに対し、組合を用いて事業を行う場合には、組合は課税上無視され、その構成員に対して課税される、いわゆるパス・スルー課税が適用される。

さまざまな事業体を、団体課税の対象として取扱うか、パス・スルー課税の対象として取扱うかは、国によって基準や考え方が異なる。我が国が外国事業体をどのように取扱うかについては、ニューヨーク州のリミテッド・ライアビリティー・カンパニー（Limited Liability Company、以下、「LLC」という。）やデラウェア州のリミテッド・パートナーシップ（Limited Partnership、以下、「LPS」という。）などの法人該当性が争われた裁判の判決が多く出されている。それらの判決では、裁判所によって法人該当性を判断するための基準が異なり、判断が分かれている。これに対し、裁判で問題となったLLCやLPSの所在地国である米国では、チェック・ザ・ボックス規則により、納税者が事業体に対する課税上の取扱いを選択することができる。

このように、日米の制度を見ただけでも、事業体に対する課税上の取扱いは国によって様々である。そうすると、同じ事業体に対する課税上の取扱いが、国によって異なるということが起こりうる。国によって課税上の取扱いが異なる事業体のことを、一般的にハイブリッド・エンティティという。

ある事業体が、A国では団体課税の対象とされるのに対し、B国ではパス・スルー課税の対象とされるハイブリッド・エンティティの場合、この事業体が行う事業から生ずる所得を誰が得たと考えるか、つまり所得を誰に帰属させるのかが、A国とB国において異なることになる。そして、事業体を用いて国境を越えた投資や取引を行う場合には、当該事業体が行う事業から生ずる所得について、二国間で締結している租税条約が適用される可能性がある。しかし、当該事業体が国ごとに課税上の取扱いが異なるハイブリッド・エンティティであった場合、所得の人的帰属が抵触することにより、二国間で締結している租税条約の適用に齟齬が生まれる。

本稿では、ハイブリッド・エンティティに係る租税条約の適用の齟齬について、我が国が締結する租税条約における望ましい調整規定のあり方を探ることを目的とする。

第1章では、我が国における納税義務者制度と事業体に対する課税を概観し、ハイブリッド・エンティティから生じる問題を明らかにする。第2章では、OECDでの議論を中心に、人的帰属の抵触と租税条約の適用上の問題について論じる。第3章では、米国における調整規定と我が国の租税条約における調整規定を比較し、我が国の租税条約における調整規定の課題を指摘する。第4章において、我が国が締結する租税条約におけるハイブリッド・エンティティに関する調整規定の、望ましいあり方を検討する。

第１章　事業体の課税とハイブリッド・エンティティの問題点

１－１　外国事業体についての裁判の増加

我が国では、2007 年以降、外国の事業体についての裁判が相次いでいる[1]。それらの裁判はいずれも、外国の事業体が我が国の租税法における「法人」に該当するか否かという点が争点となっている。外国事業体が我が国の税法上「法人」に該当するか、という点に関して初めて司法判断を下したとされるのは、米国ニューヨーク州で設立された LLC についての、2007 年の東京高裁判決[2]である[3]。裁判所はその判決の中で、LLC の法人該当性を判断するため①訴訟当事者になること、②法人の名において財産を取得し処分すること、③法人の名において契約を締結すること、④法人印（corporate seal）を使用することという 4 つの基準を挙げている。

これらの基準に、ニューヨーク州法及び LLC の実態を照らし合わせて、結論として、当該 LLC が我が国の税法上「法人」に該当する、と判断した。実務上も、米国 LLC について、我が国では外国法人として扱うこととされた[4]。

2010 年以降は、米国デラウェア州の LPS について、法人該当性が争われた裁判が多く出されている。LPS の裁判では、それぞれの裁判所の判断結果が異なっている。

このように、多くの事件で争われていることから、外国の事業体に関して、問題は多く残されているといえる。上述の裁判で争われたような我が国における外国事業体の性質決定の問題は、そのうちの一つである。

本稿では、事業体の取扱いに関する問題として、各国で課税上の取扱いが異なる事業体に着目する。事業体を課税上どのように取扱うかは各国の国内法によるため、ある同一の事業体について、A 国と B 国で取扱いが違うといった事態が起こりうる。このような事業体から生じる課税問題について、どのような課税のあり方が望ましいのかを考察する。

１－２　我が国の納税義務者制度と事業体の課税

１－２－１　我が国の事業体について

事業者が、新たに事業を行おうとする場合にどのような事業体を用いるかについては、

---

1 大阪地判平成 22 年 12 月 17 日判時 2126 号 28 頁。
東京地判平成 23 年 7 月 19 日税資 261 号順号 11714。
名古屋地判平成 23 年 12 月 14 日税資 261 号順号 11833。
名古屋高判平成 25 年 1 月 24 日裁判所ウェブサイト。
東京高判平成 25 年 3 月 13 日裁判所ウェブサイト。
大阪高判平成 25 年 4 月 25 日裁判所ウェブサイト。

2 さいたま地判平成 19 年 5 月 16 日訟月 54 巻 10 号 2537 頁。
東京高判平成 19 年 10 月 10 日税資 257 号順号 10798。

3 大澤麻里子「米国 LLC の「法人」該当性」租税判例百選［第 5 版］（有斐閣、2011）44 頁。

4 法人税基本通達 9－5－5 解説（平成 21 年 12 月 28 日付課法 2－5 ほか 1 課共同「法人税基本通達等の一部改正について」（法令解釈通達）の趣旨説明）。

多くの選択肢がある。例えば、株式会社を設立する、合同会社のような持分会社を設立する、他の事業者との共同事業として任意組合のような組合形態を採るなどの方法が考えられる。我が国には他にも多くの事業形態が存在し、事業者がどのような形態を採るかは、基本的に事業者の自由である。しかし、事業体によってそれぞれ課税上の取扱いが異なっており、事業者としては、どの事業体を採るのかを決定するにあたり、どのように課税されるかという面が一つの大きな判断材料になる。そこで、まず、我が国における現行法の納税義務者制度と事業体に対する課税上の取扱いを概観する。

我が国の税法上、原則、納税義務者となるのは法人と個人である（所得税法 5 条、法人税法 4 条)。「法人でないものは個人」という考え方[5]を、一般的に法人と個人の二分法と呼ぶ[6]。我が国の所得課税は、原則、法人と個人の二分法をベースにしている。

我が国の税法には、法人そのものについて定義した規定はないため、ある事業体が「法人」に該当するかどうかがしばしば問題となる[7]。税法上の法人の意義は、別の意義に解するべきことが明らかな場合を除き、私法上におけるものと同じ意義に解するべきであるとされる[8]。つまり、我が国の税法上、法人に該当するか否かは、私法上、法人格を有するか否かにより決定されているということができる[9]。そうすると、民法、会社法などの個別の立法において法人格を与えられているあらゆる法人（公共法人を除く。）は、税法上も法人に該当し、法人税の納税義務者となるため、法人税が課される[10]（法人税法 4 条)。このような課税上の取扱いのことを団体課税と呼ぶ[11]。

これに対し、民法上の組合は、私法上、法人格をもたないため、税法上の法人にも該当せず、法人税の納税義務を負わない。そこで、組合という事業体自体は法人税法上無視され、その構成員に対して課税が行われることになる[12]。このように、事業体の段階で課税の対象とせず、その構成員に対して課税を行う取扱いのことを、パス・スルー課税と呼ぶ[13]。

---

[5] 森信茂樹「多様な事業体と税制を考える（下)」資本市場 212 号（2003）9 頁、佐藤英明「新しい組織体と税制」フィナンシャル・レビュー65 号（2002）93 頁。

[6] 佐藤・前掲注 5・95 頁、宮本十至子「納税義務者」村井正編『入門国際租税法』(清文社、2013）55 頁。

[7] 宮本・前掲注 6・55 頁。

[8] 佐藤・前掲注 5・94 頁、東京高裁・前掲注 2

[9] 人格のない社団等も法人税の納税義務者となっていることから、法人税の納税義務が私法上の法人格の有無と必ずしも連動していないとも考えられるが、佐藤先生はこの点につき、「民事法上の実質的な法人格の拡大に法人税法が対応したものであると考えられる。」と述べておられる。佐藤・前掲注 5・95 頁。

[10] 渕圭吾「法人税の納税義務者」金子宏編『租税法の基本問題』(有斐閣、2007）418 頁、佐藤・前掲注 5・94 頁。

[11] 宮本・前掲注 6・60 頁、森信茂樹「新しい事業体と組合税制」フィナンシャル・レビュー69 号（2003）131 頁

[12] 佐藤・前掲注 5・95 頁。

[13] 増井良啓「多様な組織体をめぐる税制上の問題点」フィナンシャル・レビュー69 号(2003) 99 頁、川端康之「pass-through と pay-through－SPV の観点から」国際税制研究 8 号(2002) 268 頁。

ただし、特定目的会社（Special Purpose Company, 以下、「SPC」という。）は、私法上法人格を持つため、課税上団体課税の対象となるが、配当可能利益の 90%を超える額を配当すること等を要件に、その支払配当を損金の額に算入できるという、特殊な課税を受ける（租特 67 条の 14、租特令 39 条の 32 の 2)。このような損金算入方式の課税はペイ・スルー課税と呼ばれる[14]。

法人と個人の二分ではなく、別の課税方法が採られる事業体も存在する。その例としては、匿名組合が挙げられる。

匿名組合は、商法で定められる契約の一つである（商法 535 条以下)。匿名組合の課税上の取扱いとしては、営業者が匿名組合員に分配する利益の額を、当該営業者のその組合事業に係る所得の金額の計算上必要経費もしくは損金の額に算入することとされている（所得税基本通達 36・37 共－21 の 2、法人税基本通達 14－1－3)。

匿名組合の課税方法をどのように分類するのかについては、論者によってさまざまな意見がある。例えば、水野教授は、現実の分配に着目して課税の対象から除外することから、ペイ・スルー課税であるとする[15]。しかし、増井教授は、「いったん営業者に帰属した所得がなぜペイ・スルーの扱いを受けることになるのか、その根拠が必ずしも明らかではない」とする[16]。つまり、営業者の所得となったものを匿名組合員に分配したとしても、それは所得の処分に過ぎず、所得計算上控除することはできないのではないか、ということである[17]。この点について、経済的実質課税の原則から、匿名組合事業により生じる損益は匿名組合員に直接帰属するものであり、当該損益について営業者は納税義務者とならないため、任意組合と同様のパス・スルー課税と考えることもできる[18]が、増井教授は、匿名組合の課税ルールの構造として、匿名組合を共同事業として捉えるという考え方を提案している[19]。つまり、匿名組合という事業体を観念し、この事業体は、財産の帰属に関しては営業者のものであるが、税法上の損益配賦に関する限りは営業者と匿名組合員の間で権利が分有されていると考えるのである（図 1[20]）[21]。このように考えると、事業体段階では課税の対象とならず、事業から生ずる所得を利害関係者にパス・スルーする、という構造と捉えることができる。このことから、匿名組合の課税ルールは任意組合と同様の構造を持

---

14 増井・前掲注 13・99 頁、平川征雄「事業形態の多様化と課税方式の検討（下)」税務弘報 61 巻 10 号（2013）158 頁、川端康之「SPV をめぐる課税のあり方－所得課税を中心に－」租税法研究 30 号（2002）66 頁。

15 水野忠恒『租税法　第 5 版』（有斐閣、2011）344 頁。

16 増井・前掲注 13・119 頁。

17 増井・前掲注 13・119 頁。

18 永沢徹監修、さくら綜合事務所編著『[第 4 版] SPC&匿名組合の法律・会計税務と評価―投資スキームの実際例と実務上の問題点』（清文社、2010）531 頁。

19 増井・前掲注 13・120 頁。また、水野教授も、匿名組合員が営業者の営業について監視権を有することから、匿名組合は経済的には共同事業とみることができるとしている（水野・前掲注 15・343 頁)。

20 図は、増井・前掲注 13・120 頁を参考に作成。

21 増井・前掲注 13・120 頁。

つと考えることができる[22]。したがって、本稿においても、匿名組合の課税方法をパス・スルー課税として考えることとする。

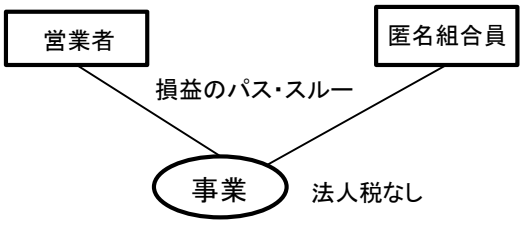


図1 匿名組合のイメージ

普通法人、任意組合、匿名組合、及びSPCの課税上の取扱いを表にまとめると以下のようになる。

表１　我が国の事業体に対する課税上の取扱い

事業体	課税方法
普通法人	団体課税
SPC	ペイ・スルー課税
任意組合	パス・スルー課税
匿名組合	パス・スルー課税

なお、本稿では、事業体の範囲を、団体課税及びパス・スルー課税を受けるものに限ることとし、ペイ・スルー課税を受ける事業体は対象外とする。

1－2－2　外国の事業体についての我が国での取扱い

以下では、外国における事業体について、我が国ではどのような取扱いがされるのかをみていく。

国境を越えた取引が増加している今日では、例えば、我が国の居住者が、外国の事業体に対して投資をすることは十分に考えられる。この場合、我が国がその外国事業体を団体課税の対象と見るか、パス・スルー課税の対象と見るかによって、投資をしている我が国の居住者に対する課税が変わってくる。つまり、団体課税の対象であれば、その事業体が我が国居住者に対して利益の分配を行った時点で、当該居住者に対して課税をすることになる。一方、パス・スルー課税の対象であれば、その事業体自体が事業により所得を得た時点で、原則として、我が国の居住者に対し、その所得のうち当該居住者の持分に対応す

[22] 増井・前掲注13・120頁。

る部分について課税をすることになる。このように、我が国の居住者が外国の事業体に対して投資を行った場合、我が国としては、その外国事業体がどのような課税を受けるべき事業体であるかを判断する必要がある。

我が国では、外国事業体に対して、課税上どのような取扱いをするのかについて、明確な規定は置かれていない。そのため、1－1 で述べたような外国の事業体の法人該当性が争われる裁判が多く起こっているのである。

ある事業体を課税上どのように取扱うかは国によって異なるため、例えば、源泉地国では事業体に団体課税を適用するのに対して、事業体の所在地国ではパス・スルー課税を適用するという事態が起こりうる。このように、各国で課税上の取扱いが異なる事業体を、ハイブリッド・エンティティという[23]。

なお、ハイブリッド・エンティティは、その課税関係によって二つに分けられる。源泉地国においてパス・スルー課税を受け、構成員の居住地国で団体課税をうけるものをレギュラー・ハイブリッド・エンティティといい、源泉地国において団体課税を受け、構成員の居住地国でパス・スルー課税をうけるものをリバース・ハイブリッド・エンティティという[24]。

1－3　現行制度におけるハイブリッド・エンティティの問題点

ハイブリッド・エンティティは、国家間で事業体の性質決定が異なることから、国際的な二重課税や課税の空白という問題が生じる原因となりうる[25]。これは、ハイブリッド・エンティティに係る所得が、どの者に帰属するのかという点に問題があると考えられる。

このような、外国事業体の性質決定の齟齬に関する問題は、以前から存在していたはずであるが、この問題が特に強く意識されたのは、1996 年に米国がチェック・ザ・ボックス規則[26]を導入してからであるとされる[27]。米国ではチェック・ザ・ボックス規則により、限定的に列挙された当然法人と呼ばれる事業体を除く適格事業体について、パス・スルー課税を受けるか、団体課税を受けるかを納税者が選択することができる[28]。チェック・ザ・

---

[23] 高橋祐介「パートナーシップと国際課税」フィナンシャル・レビュー84 号（2006）84 頁。

[24] Arthur B. Wiilis, John S. Pennell & Philip F. Postlewaite, Partnership Taxation ¶ 21.02[4], at 21-17 to 21-18（6 th ed. 1997 & 2006 Supp. No.1）, 高橋・前掲注 23・87 頁、川端康之「租税条約における受益者の意義と機能」碓井光明他編『公法学の法と政策（上)』（有斐閣、2000）383 頁

[25] 増井良啓「投資ファンド税制の国際的側面―外国パートナーシップの性質決定を中心として―」日税研論集 55 号（2004）93 頁、Roger F. Pillow, et al., “Simplified Entity Classification under the Final Check-the-Box Regulations”, Journal of Taxation, April 1997, at 197.

[26] Trea. Reg§ 301.7701-1 to 3.

[27] 増井・前掲注 25・94 頁、渡邉幸則「チェック・ザ・ボックス規則について」碓井光明『公法学の法と政策（上)』（有斐閣、2000）593 頁。

[28] 枡田淳二「アメリカの Check-the-Box Regulations～パートナーシップ課税の自由選択

ボックス規則は外国の事業体にも適用があり、我が国の事業体の場合、株式会社は当然法人に指定されている[29]ためチェック・ザ・ボックス規則による選択ができないが、その他の事業体はチェック・ザ・ボックス規則の適用を受けることができる。例えば、任意組合は、前述のように我が国においてはパス・スルー課税を受けるものとされるが、チェック・ザ・ボックス規則に従い、米国の課税上、団体課税の取扱いを選択することができる。なお、チェック・ザ・ボックス規則の適用が認められる事業体についてチェック・ザ・ボックス規則による選択をしなかった場合には、デフォルトルールとして、パス・スルー課税を受けることとなる[30]。

このように、外国の事業体にもチェック・ザ・ボックス規則の適用があることで、納税者がハイブリッド・エンティティを容易かつ意図的に作ることができる[31]。そして、それが生み出す課税の空白を利用して税負担を減少させる、いわゆる租税裁定取引に利用できることになるのである[32]。

事業体を通じて国境を越えた投資や取引を行う場合には、当該事業体に係る所得に対して租税条約の適用を考慮する場合がある。本稿では、ハイブリッド・エンティティに係る租税条約の適用の齟齬について、我が国が締結する租税条約における望ましい調整規定のあり方を考察する。

～」国際商事法務 26 巻 1 号（1998）15 頁、平野嘉秋「米国内国歳入法上の企業分類における新規則『チェック・ザ・ボックス規則』（上）」国際税務 17 巻 11 号（1997）13 頁、本庄資「各国における企業形態の選択－パートナーシップと有限会社（LLC）－」租税研究 606 号（2000）102 頁、伊藤公哉『アメリカ連邦税法（第 4 版）所得概念から法人・パートナーシップ・信託まで』（中央経済社、2009）497 頁。

[29] Trea. Reg§ 301.7701-2(b).

[30] Trea. Reg§ 301.7701-3(b)(1).

[31] 本田光宏「ハイブリッド事業体と国際的租税回避について」フィナンシャル・レビュー 84 号（2006）102 頁、本田光宏「ハイブリッド事業体と租税条約－米国のアプローチについて－」税研 121 号（2005）119 頁。

[32] 高橋・前掲注 23・88 頁、増井良啓「組織形態の多様化と所得課税」租税法研究 30 号（2002）23 頁、平野嘉秋「米国内国歳入法上の企業分類における新規則『チェック・ザ・ボックス規則』（下）」国際税務 17 巻 12 号（1997）19 頁、栗原克文「ハイブリッド・エンティティと国際課税問題」長崎大学経済学部研究年報 24 号（2008）2 頁。また、「財務省と内国歳入庁は、おそらく国内の問題に焦点を当てすぎたことで、新しいルールにより米国の多国籍企業が高課税国から低課税国へ所得を移転することがかなり容易になることを予測していなかった」として、チェック・ザ・ボックス規則に対する批判的な評価が見られる（Martin A. Sullivan, “Tax Amnesty International: Relief for Prodigal Profits”, Tax Notes Magazine, Vol.99, 2003, at 607.）。

第 2 章　国際的な人的帰属と条約適用上の問題－OECD の議論を中心に－

2－1　所得の人的帰属

所得の人的帰属とは、所得課税における課税要件の一つである[33]。課税要件とは、それが充足されることによって納税義務の成立という法律効果を生ずる法律要件のことであり、各租税に共通する課税要件は、納税義務者、課税物件、課税物件の帰属、課税標準および税率の 5 つである[34]。所得税や法人税などの所得課税においては、課税物件は所得であり、所得が個人や法人等の者に帰属した場合に納税義務が成立し、その者を納税義務者として課税する。そのため、所得課税については、課税物件の帰属は、所得の人的帰属ということができるのである。そして、そのような仕組みを持つ所得課税に当たっては、所得の人的帰属は中心的な課税要件の一つと言える[35]。

しかし、所得の人的帰属の考え方は国によって異なる。典型的には、所得について、法律的帰属説を重視する国と、経済的帰属説を重視する国が存在することが挙げられる[36]。このように、国によって所得の人的帰属が異なることを、人的帰属の抵触という。所得の人的帰属が抵触することは、同一の所得を異なる者に帰属させるということであり、同一の所得について、複数の者が納税義務者となる事態が起こる。そうすると、国際的な二重課税や課税の空白が生じる可能性があり、国際課税の局面では、所得の人的帰属の抵触は深刻な問題であるとされる[37]。

そこで、本章では、国境を越えて事業体に投資を行ったときの所得の人的帰属と、条約の適用について、その事業体に対する取扱いが国家間で同じである場合（ピュア・エンティティ）と、異なる場合（ハイブリッド・エンティティ）に分けて論じることとしたい。

この点については、OECD の租税委員会が 1999 年に出した報告書[38]（以下、「パートナーシップ報告書」という）の中で、様々な事例を用いて詳しく説明している。また、パートナーシップ報告書で検討された内容が、現在の OECD モデル租税条約のコメンタリーに多く反映されている[39]。したがって、次節からは、OECD での議論を中心に検討する。

---

33 金子宏『租税法　第 18 版』（弘文堂、2013）142 頁。
34 金子・前掲注 33・142 頁。
35 金子宏「所得の人的帰属について－実質所得者課税の原則－」金子宏著『租税法理論の形成と解明（上)』（有斐閣、2010）524 頁。
36 松田直樹他「第 61 回 IFA 総会―主なテーマを巡る議論の評釈と論考―」税大ジャーナル 6 号（2007）148 頁。
37 増井良啓「第 61 回 IFA 大会の報告―所得の人的帰属の抵触を中心として―」租税研究 700 号（2008）80 頁。
38 OECD, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnership :Issues in International Taxation No.6, 1999.　日本語訳として、古賀明監訳『OECD モデル租税条約のパートナーシップへの適用』（日本租税研究協会、2000)。
39 宮本十至子「租税条約の構造」村井正編『入門国際租税法』（清文社、2013）197 頁。

2−2　パートナーシップについて

2−2−1　パートナーシップにおける人的帰属

ここでは、国境を越えてパートナーシップの事業に投資をし、所得を得るケースを考える。

まずは、A 国、B 国ともにパートナーシップに団体課税を適用する場合を考える（図 2）。

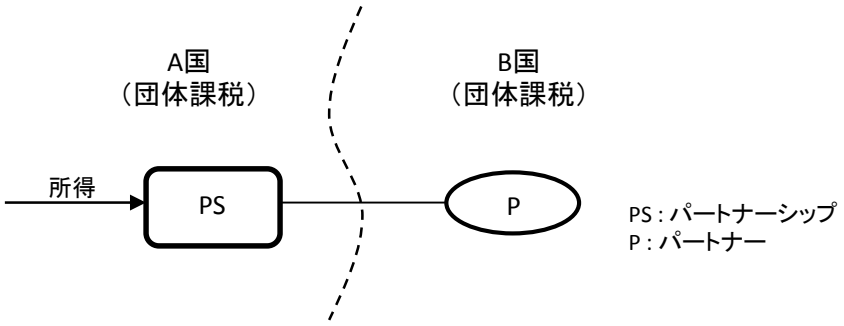


図2　パートナーシップの人的帰属（団体課税）

これは、単純に、B 国の居住者が外国法人である A 国の法人に投資した場合と同じである。この場合、A 国、B 国ともに、パートナーシップの事業から取得した所得をパートナーシップに帰属させる。したがって、A 国はパートナーシップが所得を取得した時点で、パートナーシップに対し法人課税をする。また、B 国は、パートナーシップがその所得を B 国居住の構成員であるパートナーに分配した時点で、パートナーに対し配当に係る所得として課税することになる。

次に、A 国、B 国ともに、パートナーシップにパス・スルー課税を適用する場合を考える（図 3）。

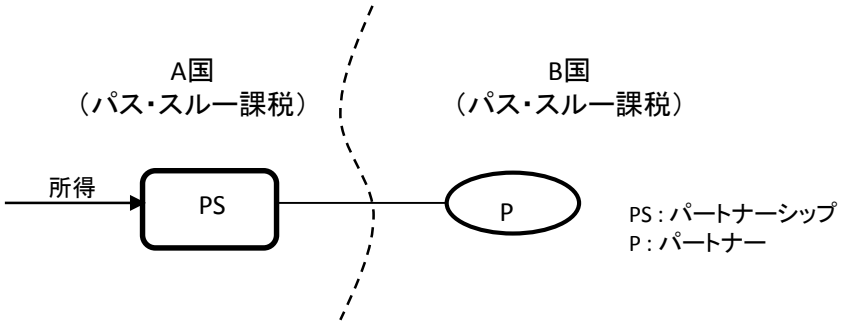


図3　パートナーシップの人的帰属（パス・スルー課税）

この場合、A 国、B 国はともに、パートナーシップの事業から取得した所得を構成員であるパートナーに帰属させる。つまり、パートナーが A 国源泉の所得を直接取得したとみるのである。したがって、A 国は、パートナーシップを通じて所得を取得した時点で、国内法の規定に従い、自国の国内源泉所得に当たる場合には、源泉地国課税を行うことが考えられる。そして、B 国も、パートナーシップを通じて所得を取得したタイミングをもって、パートナーに対し課税を行うことになる。

このように、パートナーシップを課税上どのように扱うのかによって、所得の人的帰属が変わることがわかる。以下では、このような事業体に対する租税条約の適用を考えるにあたり、所得の人的帰属が条約の適用にどのように影響するのかを述べる。

2−2−2　パートナーシップに対する条約の適用

まず、OECD モデル租税条約では、条約の適用対象を次のように規定している。

「この条約は、一方又は双方の締約国の居住者である者に適用する。」（モデル条約 1 条）

この規定から、「者」は「居住者」よりも広い概念であることがわかる。そして、条約の適用を受けるためには、いずれかの締約国の「者」であり、かつ「居住者」であることが要件であることがわかる[40]。まずは「者」についてであるが、モデル条約は「者」を次のように定義する。

「『者』には、個人、法人及び法人以外の団体を含む。」（モデル条約 3 条 1 項(a) ）

また、「法人」について、次のように定義している。

「『法人』とは、法人格を有する団体又は租税に関し法人格を有する団体として取り扱われる団体をいう。」（モデル条約 3 条 1 項(b)）

モデル租税条約コメンタリーでは、「者」という用語について定めた 3 条 1 項(a)の定義は網羅的ではなく、非常に広い意味で用いられるものであるとされている[41]。そして、(b)に定める「法人」という用語の定義から考えると、「者」には、法人格を与えられたものではないが、租税に関し法人格を有する団体として取り扱われる事業体が含まれることになる[42]。

---

[40] 増井良啓・宮崎裕子『国際租税法　第 2 版』（東京大学出版会、2011）205 頁、本庄資『租税条約の理論と実務』（清文社、2008）193 頁。
[41] OECD, Commentary on the Articles of the 2010 OECD Model Income and Capital Tax Convention, July 22, 2010, Art. 3, para. 2.
[42] *Id.,* Art. 3, para. 2.

パートナーシップ報告書では、これらの「者」及び「法人」の用語の定義に関するコメンタリーを分析している。そして、報告書では、パートナーシップが「者」に該当するか否かについて、次のように述べられている。

「委員会としては、パートナーシップは第3条に示された定義の意味において、『者』とすべきである、との結論に達している。パートナーシップが法人の定義に該当し、又は法人以外の団体であることを理由として、多くの国において･･･パートナーシップは第3条の意味における『者』とみなされるであろう。[43]」

つまり、パートーシップは「法人」であり、あるいは法人でなかったとしても「法人以外の団体」であり、いずれにしてもモデル条約3条1項(a)に規定する「者」に含まれるということになる。この結論から、第3条のコメンタリー[44]に、パートナーシップが条約上の「者」に該当する旨が明示された。

次に「居住者」についてであるが、モデル条約は「居住者」を次のように定義する。

「条約の適用上、『一方の締約国の居住者』とは、当該一方の締約国の法令の下において、住所、居所、事業の管理の場所その他これらに類する基準により当該一方の締約国において課税を受けるべきものとされる者をいう。」（モデル条約4条1項）

この「課税を受けるべきもの」とは、所得が人的に帰属するものを指すと考えられる。つまり、所得が誰に帰属するかにより、「課税を受けるべきもの」に該当するか否かが決まるということである。パートナーシップに係る所得の人的帰属については、前述のように、パートナーシップが団体課税を適用された場合には、所得はパートナーシップに帰属するが、パス・スルー課税が適用された場合には、所得はパートナーシップには帰属せず、その構成員に帰属することになる。

そして、第1条のコメンタリーでは、以下のような記述がある。

「パートナーシップが法人としての扱いを受け、又は法人と同様の方法で課税される場合には、･･･当該パートナーシップは当該パートナーシップに租税を課する締約国の居住者に該当することになる。もっとも、ある国においてパートナーシップが課税上トランスパレント（パス・スルー課税）として取り扱われる場合には、当該国においてパートナーシップは『課税を受けるべきもの』に該当しないので、この条約の適用上、居住者とすることはできない。[45]」（括弧内筆者加筆）

---

[43] OECD, *supra* note 38, at 12.　日本語訳として、古賀・前掲注38・8頁。
[44] OECD, *supra* note 41, Art. 3, para. 2.
[45] *Id.*,Art. 1, para. 5.

つまり、パートナーシップが団体課税を受ける場合は条約の適用を受け、パス・スルー課税を受ける場合には条約の適用を受けられないということである[46]。

この点についても、パートナーシップ報告書の中で検討されている。同報告書では、「第4条の現行文言の枠内では、反論の余地はほとんどない」として、コメンタリーの内容が正しいものであると結論づけている[47]。

そして、この点について明確にするため、第1条のコメンタリーに、「パートナーシップについて条約の適用が否定された場合には、パートナーが、パートナーシップの所得に対する持分について、それが居住地国の課税上パートナーに帰属させられる限度において、居住地国が締結する条約のメリットを享受することができる」という旨の文言を追加している[48]。

以上のことから、所得の人的帰属は租税条約の適用対象を決めるにあたり、重要な役割を果たすことがわかる。事業体が課税上、団体課税を受けるかパス・スルー課税を受けるかによって、所得の人的帰属が変わり、それにより条約の適用にも違いが出てくるのである。

ここまで、特にパートナーシップを用いて各国の取扱いが同じである場合を見てきたが、以下では、ハイブリッド・エンティティについて、所得の人的帰属の抵触と、条約の適用関係を検討する。1−3 で述べたように、米国がチェック・ザ・ボックス規則を導入したことで、パートナーシップに限らず様々な事業体がハイブリッド・エンティティとなる可能性が拡大しているのであるが、引き続きパートナーシップ報告書に基づいて検討を進めるため、便宜上、次節でも事業体の具体例としてパートナーシップを用いることとする。

2−3　ハイブリッド・エンティティについて

2−3−1　ハイブリッド・エンティティに係る人的帰属の抵触

ここではハイブリッド・エンティティが起因となる人的帰属の抵触がどのような場面で発生すると考えられるかを述べる。

また、パートナーシップ報告書で紹介されている事例を用いて、ハイブリッド・エンティティに係る人的帰属の抵触と、そこから生じうる国際的な二重課税や課税の空白の問題を検討する。

まず、事例1では、パートナーシップが所在地国Aで設立され、パートナーP1、P2がB国に居住している場合を想定する。このパートナーシップは、A国ではパス・スルー課税さ

---

46 川田剛他『OECD モデル租税条約コメンタリー逐条解説』（税務研究会出版局、2009）19 頁。

47 OECD, *supra* note 38, at 14.　日本語訳として、古賀・前掲注 38・10 頁。

48 OECD, *supra* note 41, Art. 1, para. 5.

れ、B 国では団体課税の対象とされるハイブリッド・エンティティである。パートナーシップは A 国で使用料を得ている[49]（図 4）。

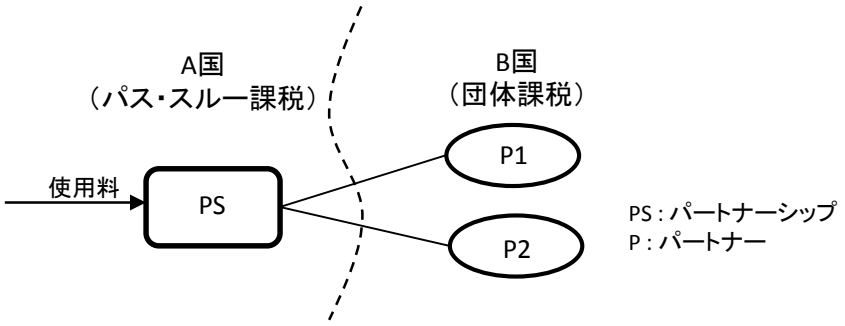


図4　ハイブリッド・エンティティの人的帰属（事例1）

この場合、A 国の国内法では、パートナーシップはパス・スルー課税を受けるのであるから、A 国源泉の使用料は B 国の P1、P2 が直接得たものとして、A 国はパートナーシップの所得として課税するのではなく、源泉地国としての課税を行うと考えられる。つまり、A 国は使用料を P1、P2 に帰属させていることになる。

これに対し、B 国の国内法では、パートナーシップは団体課税を受ける事業体であるため、パートナーシップが使用料を得た段階では、B 国はこの使用料に対して課税を行わない。パートナーシップが B 国居住の P1、P2 に利益の分配を行った時点で、B 国は P1、P2 に対し課税を行うこととなる。つまり、B 国は、使用料をパートナーシップに帰属させているのである。

このように、A 国と B 国でパートナーシップの取扱いが異なることにより、使用料という所得の人的帰属の抵触が引き起こされてしまう。この例では、パートナーシップからパートナーに対する実際の利益の分配の時期を遅らせることで、課税の繰延を図ることができると考えられる。

次に、事例 2 では、次のようなケースを考える。

パートナーシップが所在地国 A で設立され、パートナーP1、P2 が B 国に居住している。このパートナーシップは、A 国では団体課税され、A 国ではパス・スルー課税の対象とされる。つまり、事例 1 における A 国と B 国のパートナーシップの取扱いが逆転しているというものである。事例 1 と同様、パートナーシップは A 国で使用料を得ている[50]（図 5）。

[49] OECD, *supra* note 38, at 26.　日本語訳として、古賀・前掲注 38・21 頁。
[50] *Id.*, at 47.　日本語訳として、古賀・前掲注 38・43 頁。

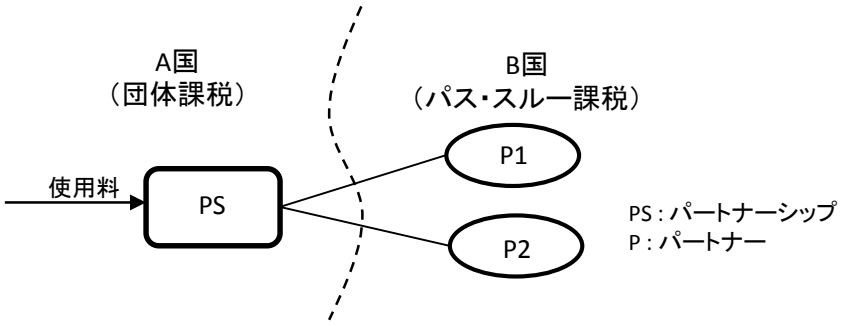


図5　ハイブリッド・エンティティの人的帰属（事例2）

この場合、A 国の国内法では、使用料はパートナーシップが得たものと捉え、A 国はパートナーシップに対し法人課税をする。つまり、A 国は使用料をパートナーシップに帰属させているのである。

一方、B 国の国内法では、パートナーシップはパス・スルー課税の対象であるため、使用料は P1、P2 が得たものであるとして P1、P2 に対して課税する。つまり、B 国は使用料をパートナーである P1、P2 に帰属させている。

この例においても、事例 1 と同じく A 国と B 国において所得の人的帰属が抵触しているが、この例では、パートナーシップが使用料を得た段階で、A 国は自国のパートナーシップに、B 国は自国のパートナーにそれぞれ課税することとなり、国際的二重課税が生じる。これは、所得の人的帰属の抵触が原因となって国際的二重課税が生じる典型的なケースであるといえる。

次の事例 3 では、事例 2 における使用料を、費用に置き換えた例を考えてみる。つまり、パートナーシップを通じて行った事業において、費用を支出している場合を想定している（図 6）。

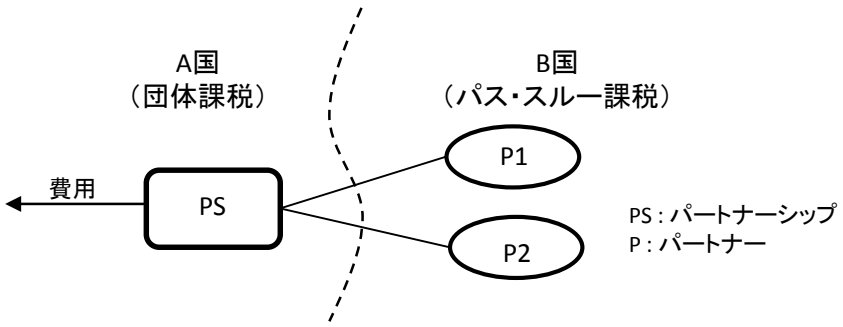


図6　ハイブリッド・エンティティの人的帰属（事例3）

この場合は、事例 2 と同じく、A 国は費用を自国のパートナーシップに帰属させ、B 国は費用を自国のパートナーP1、P2 に帰属させる。ここでは、費用の人的帰属が抵触するこ

とにより、A 国と B 国において費用が二度認識されることとなり、課税の空白が生じる。人的帰属の抵触が国際的な課税の空白を生み出す典型的なケースと言える。

このように、ある事業体が二国間で取扱いの異なるハイブリッド・エンティティであった場合、損益の人的帰属の抵触は様々な状況で生じることとなる。そして、人的帰属の抵触は、国際的な二重課税や課税の空白の原因となる可能性があることがわかる。特に課税の空白に関しては、防止規定などの整備が充分でない場合、納税者が意図的にハイブリッド・エンティティを作り出し、租税裁定取引に利用しようと考えることもありえよう。しかし、ハイブリッド・エンティティが原因となる二重課税の問題と課税の空白の問題は、表裏の関係にあることが多い。典型的には、図 5、6 の事例のように、パートナーシップの事業を通じて、利益が出るか損失が出るかということのみによって問題が逆転するのである。

そして、2－2－2 でも述べたように、所得の人的帰属は租税条約の適用関係を決めるにあたって重要である。そこで以下では、国によって所得の人的帰属が異なるハイブリッド・エンティティの場合、租税条約の適用がどのようになるのかを検討する。

2－3－2　ハイブリッド・エンティティに対する条約の適用

ハイブリッド・エンティティについての租税条約の適用については 2－2－2 で挙げたパートナーシップの例と同じく、パートナーシップ報告書の中で検討されている。ここでは、報告書の中で取り上げられている事例のうちの一つで、条約上の適用関係が複雑となる、三ヶ国にまたがるケースを考える。後述するように、租税委員会は、この事例を検討するにあたり、この報告書の中でも中心となる考え方を導いており、この事例は特に詳しく見ておく必要がある[51]。

この例では、パートナーシップが所在地国である X 国で設立され、パートナーである P1、P2 は居住地国 B 国に居住している。パートナーシップは A 国源泉の使用料を得ている[52](図 7)。

[51] 増井・前掲注 25・102 頁。
[52] OECD, *supra* note 38, at 20.　日本語訳として、古賀・前掲注 38・16 頁。

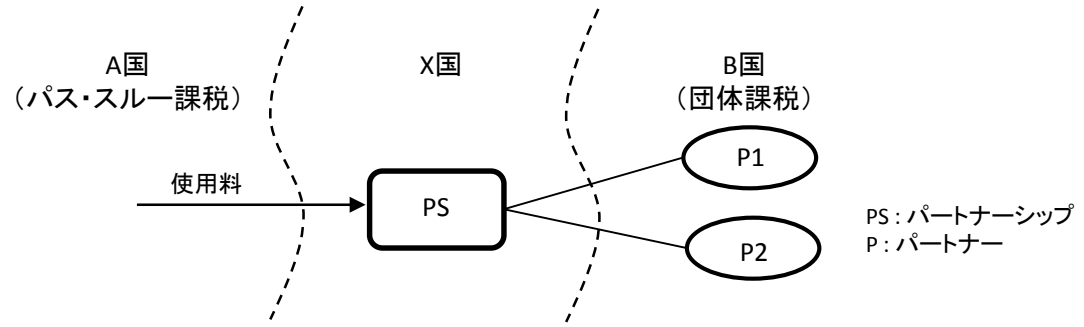


図7 ハイブリッド・エンティティに係る条約適用上の問題

この場合も、前述した二国間の例と同じく、所得の帰属が国によって異なる。源泉地国である A 国の国内法では、P1、P2 に所得を帰属させる。A 国はそれを前提に AB 租税条約を適用しようとするが、B 国の国内法では、P1、P2 に所得は帰属しておらず、条約上の居住者ではないことになる。したがって、A 国は、この所得について AB 租税条約上の特典を与える必要はないことになる[53]。

この結果について、パートナーシップ報告書の中では、現行の条約及びコメンタリーが、パートナーシップの取扱い上発生する問題の多くに対応しておらず、条約の規定を文字通りに適用するとこのような結果になってしまうことを指摘している。そして、このような結果を回避するためには、条約の枠組みの中で、望ましい解決を図ることができるか、できるとすればそれはどのような方法かを決める必要があるとした[54]。

そこで、パートナーシップ報告書では、上記のような結果に対する解決策の一つとして、ある条約適用上の原則について言及している。

その原則とは、「源泉地国がパートナーシップがらみの案件で条約を適用する際、自国内で生じた所得が、納税義務者が居住者として租税条約上のメリットを主張する国でどのような取扱いを受けるかを条約適用上の事実関係の一部として考慮しなければならない[55]」というものである。パートナーシップ報告書では、この原則の考え方が条約の構成上内在するものと考えられている。そして、その原則は、同報告書における考え方の基本になっていると思われる。

この原則を図 7 の例に当てはめると、源泉地国である A 国は AB 租税条約上のメリットを主張する B 国の P1、P2 が、B 国においてどのような取扱いをされているかをみることになる。すると、B 国では所得を P1、P2 には帰属させていないため、やはり源泉地国は、B 国の P1、P2 に対して AB 租税条約上の特典を与えるべきではないことになる。その理由として、パートナーシップ報告書では、源泉地国が、自国の租税債権を縮小する義務は、他方の締約国の居住者が課税を受ける体制にあるという前提の上に成り立つと述べてい

[53] *Id.*, at 20.　日本語訳として、古賀・前掲注 38・16 頁。
[54] *Id.*, at 20, 21.　日本語訳として、古賀・前掲注 38・16, 17 頁。
[55] *Id.*, at 21.　日本語訳として、古賀・前掲注 38・17 頁。

る[56]。この場合にはその前提が存在しないため、源泉地国が自国の租税債権を縮小する必要はないということである。

第3章　ハイブリッド・エンティティに係る租税条約上の調整規定

本章では、ハイブリッド・エンティティを通じて得る所得について、実際の租税条約でどのような規定が置かれているのかをみていく。

その前にまずは、租税条約上に何ら規定がなかった場合にどのような問題が起こるのかについて、実際の裁判を取り上げて検討し、条約によって規定する必要性を明らかにする。

3−1　条約における規定の必要性

ハイブリッド・エンティティに関する条約上の調整規定がないことにより、ハイブリッド・エンティティを通じて得る所得の取扱いが問題となった外国の判決として、TD Securities 事件[57]を紹介する。事件の概要は以下の通りである（図8[58]）。

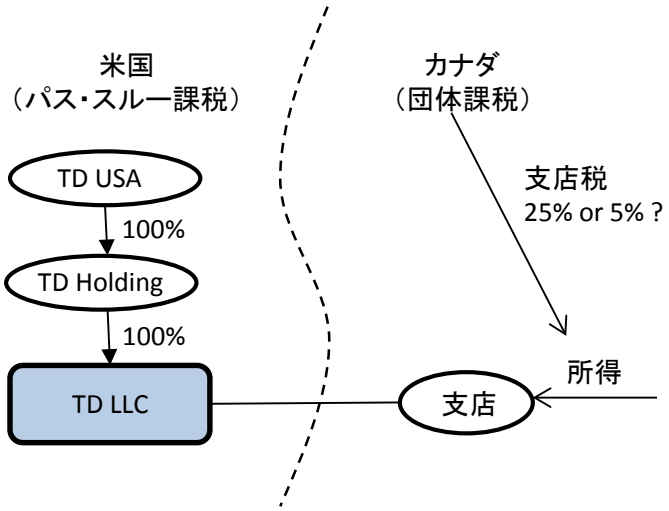


図8　TD Securities事件の概要

米国法人の TD Holding Ⅱ Inc.（以下、「TD Holding」という。）が米国に LLC（以下、「TD LLC」という。）を設立し、TD LLC の支店がカナダに所在している。TD Holding は TD LLC の唯一のパートナーであり、TD Holding は米国法人である Toronto Dominion Holding (USA) Inc.（以下「TD USA」という。）の完全子会社である。カナダの課税当局

[56] *Id.*, at 21.　日本語訳として、古賀・前掲注 38・17 頁。
[57] TD Securities (USA) LLC v The Queen, 2010 TCC 186.
[58] 図は、吉村政穂「ハイブリッド事業体・取引を利用したスキームをめぐる課税上の問題―LPS の『法人』該当性に関する裁判例を手掛かりに―」租税研究 755 号（2012）251 頁、Joanna Wheeler, *The missing keystone of income tax treaties*, IBFD, 2012, at 136 を参考に作成。

は米国の LLC を法人として扱うが、TD LLC は米国のチェック・ザ・ボックス規則による選択を行っておらず、同規則のデフォルトルール [59]により、米国ではパス・スルー課税を受けることとなっていた [60]。

カナダは国内税法において、「支店税」についての規定を置いている。カナダの支店税とは、外国法人がカナダの支店を通じてカナダで事業を行う場合、当該カナダ支店において得られた所得について、通常の法人税が課された上で、税引き後所得に対し、25%の税率で課されるものである [61]。支店税が導入された理由は、外国法人がカナダで事業を行う際に、子会社形態を採る場合と支店形態を採る場合との課税上の中立性を確保するためであるとされている [62]。つまり、支店を通じて得た所得は本店の所得と合算されるが、それを、子会社が所得を親会社へ配当した場合と課税上同じように取り扱うことを目的としている。そこでカナダでは、支店を通じて得た所得に対して、配当に対する税率と同じ 25%の支店税を課すものとしているのである。

また、カナダの国内法では、カナダ支店を通じて事業を行う外国法人の居住地国とカナダとの租税条約において、配当に対する源泉徴収税率が 25%よりも低い税率に設定されていた場合、条約自体が国内法の税率を下げるものでない限り、支店税の税率も同じように下げられることを規定している [63]。TD Securities 事件当時の米加租税条約では、米国居住者が、条約上の「一方の締約国の居住者」に該当する場合には、当該米国居住者のカナダ支店に対してカナダが課する支店税の税率は 5%まで引き下げられることが明確に規定されていた。

支店税に対する条約適格は、支店を通じて得た所得が誰に帰属するかによって判断されるものであると考えられる。これを TD Securities 事件に当てはめると、カナダの国内法は、支店を通じて得た所得を TD LLC に帰属させるのに対して、米国の国内法は当該所得を TD LLC の親会社である TD Holding に帰属させることになるため、条約の適用に齟齬が生まれることになるのである。

原告である TD LLC は、TD LLC 自身が「一方の締約国の居住者」に該当すると主張し、2005 年及び 2006 年のカナダ支店を通じた所得に対する支店税について、税率の引き下げという条約上の特典を要求した。

これに対しカナダの課税当局は、TD LLC が米国において「課税を受けるべきもの」に当たらず、したがって米国の居住者に当たらないため、租税条約の適用はないという前提で、25%の支店税を課税した。

このことから、この事案における争点は、TD LLC が米加租税条約 4 条 1 項に規定する

---

[59] Trea. Reg§301.7701-3(b)(1).
[60] *Supra* note 57, para.15.
[61] CANADA INCOME TAX ACT AND APPLICAATION RULES PartXIV sec.219(1).
[62] *Supra* note 57, para.9.
[63] CANADA INCOME TAX ACT AND APPLICAATION RULES PartXIV sec.219.2.

「一方の締約国の居住者」に該当するか否かである[64]。そして、TD LLC はカナダの居住者でないことが明らかであるため、問題は、TD LLC が米国の居住者に該当するか否かという点に絞られることになる[65]。

この事案に対しカナダの裁判所は、次のように判断した。

「米国は、内国歳入法典（以下、「IRC」という。）の規定により、TD LLC の全世界所得に対して課税する。しかし、米国によって課税を受けるのが、TD LLC ではないということが問題である。課税を受けるのは TD LLC ではなく TD Holding である。IRC は、TD LLC の所得について、そのメンバーである TD Holding に対して包括的に課税することを規定している。その所得は TD USA の納税申告書に合算され、TD USA は TD LLC に対して税額を請求する[66]。」

「このようなケースにおいては、TD LLC の所得が米加租税条約の特典を享受すべきことは明らかである。カナダ源泉の所得の全てが米国で課税されるにもかかわらず、米加租税条約の特典が受けられないというのは説得力を持たない[67]。」

このことから、「TD LLC は米加租税条約上、米国の居住者であり、TD LLC が直接その税を支払うのではないが、IRC の規定により包括的に米国で課税を受けるべきものである」と結論づけた[68]。つまり、この事案では、TD LLC のメンバーが TD Holding のみであり、さらに、TD Holding が米国における居住者であるため、TD LLC の所得の全てが、米国で課税されているということがポイントになったと考えられる。

この TD Securities 事件は旧米加租税条約におけるものであり、前述のように、当時の条約には、ハイブリッド・エンティティに関する規定がなかった。現在は、米加租税条約 4 条に修正が加えられ、TD Securities の事例に対応する規定が置かれている。米加租税条約の改正については後に詳述する。

この事件では、我が国の国内法では採用していない支店税に関する租税条約上の特典が問題となった。

しかし、あくまでも争点は TD LLC が租税条約の特典を受けられるか否かであり、租税条約にハイブリッド・エンティティに関する規定がなかった場合、我が国においても他の税目について、同じような問題は起こり得るものと考えられる。

例えば、図 8 のカナダを日本に置き換え、TD LLC が日本源泉の使用料を受け取っていたとする。TD LLC は米国では図 8 と同じようにパス・スルー課税を受けるが、我が国で

---

64 *Supra* note 57, para.1., Joanna Wheeler, *supra* note 58, at 136, Matias Milet, "Hybrid Foreign Entities, Unconcern Domestic Categories：Treaty Interpretation Beyond Familiar Boundaries", Canadian Tax Journal, Vol.59, No.1, 2011, at 51.
65 *Supra* note 57, para.1.
66 *Id.,* para.96.
67 *Id.,* para.97.
68 *Id.,* para.101.

は、実務上、米国の LLC を法人として扱うこととされている[69]ため、この場合も TD LLC が条約上の「課税を受けるべきもの」に該当するか否かが問題となる。したがって、我が国においても、ハイブリッド・エンティティを通じて得る所得について、条約適格の有無を租税条約により明確にする必要があると言える。

そこで、以下では、各国が導入しているハイブリッド・エンティティに関する租税条約上の調整規定について検討していく。

3－2　米国における調整規定の変遷

米国は、1997 年に国内法においてハイブリッド・エンティティに関する規定を導入し、その後、いくつかの国との租税条約においても、ハイブリッド・エンティティに関する調整規定を導入した。米国がハイブリッド・エンティティに関する調整規定を導入した租税条約としては、例えば、1997 年の米国・南アフリカ租税条約（以下、「米南ア租税条約」という。）をはじめとして、2001 年の米英租税条約、2003 年の日米租税条約、2006 年の米国モデル条約、2007 年の米加租税条約、2009 年の米仏租税条約、2013 年の米国・スペイン租税条約（以下、「米西租税条約」という。）等がある。このように、米国は、ハイブリッド・エンティティに関する問題について、いち早く対応に乗り出している。

そこで、以下では、米国の国内法及びこれらの租税条約を取り上げ、米国のハイブリッド・エンティティに関する規定の変遷についてみていく。

3－2－1　国内法における調整規定

米国では、1997 年の税制改正において、租税条約の適用について定めた IRC§894 に、「ハイブリッド・エンティティを通じた一定の支払に対する条約の特典の否認」と題された(c)項が追加された。(c)項(1)では、外国の者が、米国においてパートナーシップとして扱われる（もしくはパス・スルー課税が適用される）事業体を通じて得た所得について、一定の条件が満たされた場合には、当該外国の者は、IRC の規定によって課されるいかなる源泉税についても条約上の軽減税率を適用する資格を有さないことを規定している。一定の条件とは、次の通りである。

(A)その所得項目が、当該外国の租税法上、その者の所得として扱われていないこと
(B)パートナーシップを介して取得した所得項目につき、当該条約が条約適用に関する規定を含んでいないこと
(C)その外国が、当該事業体からその者に対するその所得項目の分配につき租税を課していないこと

[69] 法人税法基本通達 9－5－5 解説。

この規定が適用されるケースとしては次のようなものが考えられる[70]。

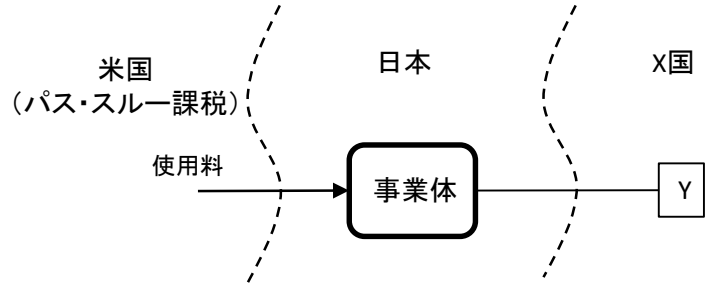


図9　IRC894における条約の適用の可否

この事例では、Y が「外国の者」に当たり、日本に所在する事業体が米国においてパス・スルー課税される。したがって、上記の(A)～(C)の条件が満たされた場合には、Y は日米租税条約における特典を受けられない。また、米国・X 租税条約が締結されていたとしても、Y はその条約における特典も受けられない。

§894 では、(c)項(1)が適用されない場合に、(c)項(2)で Trea. Reg§1.894-1(d)に委任する規定を置いている。規則 1.894-1(d)の題目は、「事業体によって受け取られる所得に関する特別規定」とされ、4 つのルールが定められている。そのルールは、次の通りである[71]。

①米国でパス・スルー課税される事業体が受け取る所得について課される租税に対し条約の適用があるのは、その所得が条約締約国の居住者によって取得された場合に限る。
②その場合、所得が取得されるのは、事業体と構成員のいずれか、あるいはその両方によってである。
③事業体に支払われる所得がその事業体によって取得されたものとされるのは、事業体の居住地国の法律上、事業体がパス・スルー課税されていない場合である。
④事業体に支払われる所得がその事業体の構成員によって取得されたものとされるのは、構成員の居住地国の法律上、構成員がパス・スルー課税されず、かつ、事業体がパス・スルー課税されている場合である。

この規定は、どの国の性質決定を規準とするかを明らかにしたものとして、重要である[72]。特に、③、④の規定から、事業体を通じて支払われる米国源泉の所得については、米国が

[70] 増井・前掲注 25・96 頁。
[71] Trea. Reg§1.894-1(d). 訳は、増井・前掲注 25・98 頁参照。
[72] 増井・前掲注 25・99 頁。

事業体をパス・スルー課税している場合であっても、事業体やその構成員の居住地国における性質決定を規準とする、という考え方を基にしていることが読み取れる[73]。

このように、米国は、国内法において、ハイブリッド・エンティティを通じた支払に対する一定のルールを定めた。

3－2－2　租税条約における調整規定

(1)米南ア租税条約

米南ア租税条約では、1997 年の改正において、パス・スルー課税を受ける事業体に関する規定が導入された[74]。

この規定において想定されているケースは次のようなものが考えられる。

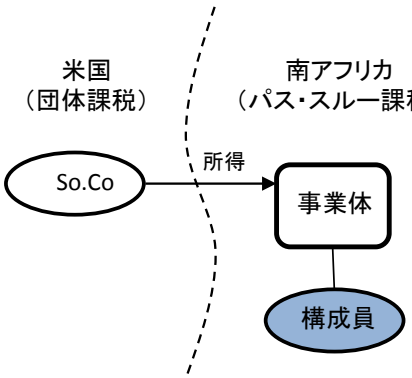


図10　米南ア租税条約の事例①

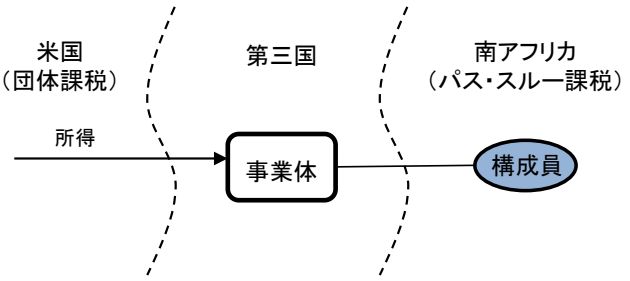


図11　米南ア租税条約の事例②

図 10、11 の場合には、南アフリカに居住する構成員が、南アフリカの税法において構成員の所得として扱われる部分について所得を得たものとされると考えられる。図 10、11 において、米国と南アフリカの位置関係は反対でも同じ結果となる。なお、図 10 における So.Co.は南アフリカの法人である。

米南ア租税条約 4 条 1 項(d)につき、米国財務省の技術的説明[75]（Technical Explanation、以下、「TE」という）において、米国の見解として、次のように述べられている。

図 10、11 のような結果は、源泉地国が、事業体に対し、構成員の居住地国と異なる取扱いをしたとしても変わらないとしている。したがって、4 条 1 項(d)の規定は、ハイブリッド・エンティティを想定した規定であると考えられる。

さらに、TE では、図 10、11 のようなケース以外に、規定の適用があるケースとして、次のようなものを挙げている。

---

[73] 増井・前掲注 25・99 頁。

[74] 1997 United States-South Africa Income Tax Convention, Art.4(1)(d).

[75] 1997 United States-South Africa Income Tax Convention, Technical Explanation, Art.4(1)(d).

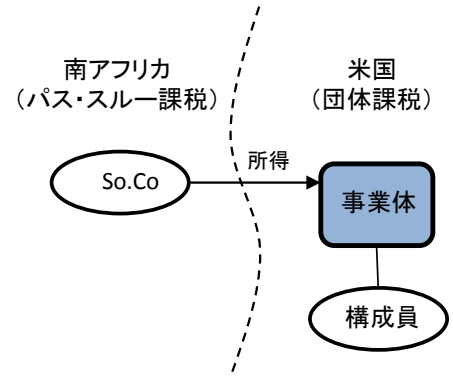


図12　米南租税条約に係るTEの事例①

この例は、米国における事業体の取扱いが団体課税の場合である。この場合には、事業体が所得を得たものとされると説明されている。

また、TE では、事業体の所在地国が米国、南アフリカもしくはそれ以外の第三国のいずれであっても、上記の結果が得られると述べられている。TE では、その例として、次のようなケースを挙げている。

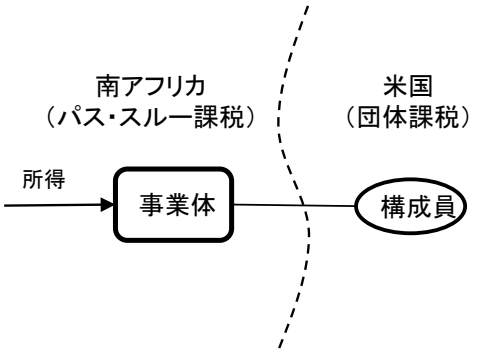


図13　米南租税条約に係るTEの事例②

この例は、南アフリカに所在する事業体を通じて南アフリカ源泉の所得を取得しており、事業体の構成員が米国に居住している場合を想定している。米国は事業体を団体課税の対象としている。

この場合には、南アフリカが事業体をパス・スルー課税していたとしても、構成員の居住地国である米国において事業体を団体課税していることから、所得は、構成員によって取得されたものとはみなされない。

4 条 1 項(d)の条文において、事業体が団体課税される場合については言及されていないため、TE で挙げられている図 12、13 のケースに対して 4 条 1 項(d)の適用があるとするのは、米国独自の見解であると考えられる。

このように、米南ア租税条約において、ハイブリッド・エンティティを通じて取得した所得に対する租税条約の適用について、一定の明確化が図られた。

⑵米英租税条約

米英租税条約では、2001 年の改正において、ハイブリッド・エンティティに関する規定が導入された[76]。米英租税条約では、当該規定は 1 条 8 項に置かれているが、規定の文言は米南ア租税条約 4 条 1 項(d)と同様である。

そして、米英租税条約の TE[77]における 1 条 8 項の説明で挙げられている事例は、米南ア租税条約の TE における 4 条 1 項(d)のものと同様である。

したがって、米英租税条約では、米南ア租税条約と同様の規定が置かれており、想定するケースも米南ア租税条約と同じであることがわかる。

⑶日米租税条約

日米租税条約では、2003 年の改正においてハイブリッド・エンティティに関する規定が 4 条 6 項に導入された。4 条 6 項は、個別のケースを(a)から(e)まで 5 つ挙げ、それぞれについて条約適格の有無を定めるというスタイルをとっている。以下で 4 条 6 項の内容をみていくが、(a)から(e)のケースをそれぞれ第 1～第 5 のケースとする。

・第 1 のケース（4 条 6 項(a)）

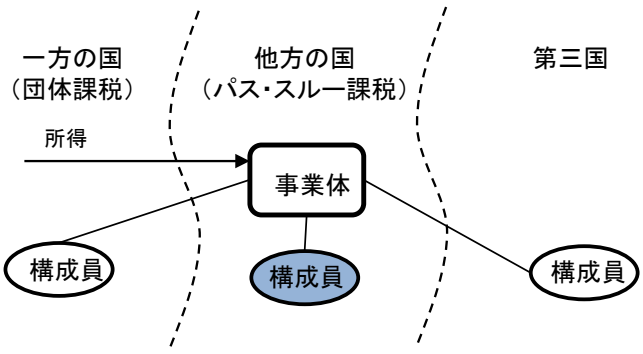


図14 第1のケースのイメージ図

第 1 のケースは図 14 のようなものである。

---

[76] 2001 United States-United Kingdom Income Tax Convention, Art.1(8).
[77] 2001 United States-United Kingdom Income Tax Convention, Technical Explanation, Art.1(8).

一方の締約国から他方の締約国の事業体を通じて取得される所得で、当該事業体がその所在地国である他方の締約国においてパス・スルー課税を受ける場合には、当該事業体が源泉地国である一方の締約国では団体課税を受ける場合であっても、当該所得のうち、他方の締約国の居住者である当該事業体の構成員が取得部分についてのみ、条約の特典が与えられる。

なお、第三国において事業体をパス・スルー課税とするか団体課税とするかは、日米租税条約の適用上は無関係である。

・第 2 のケース（4 条 6 項(b)）

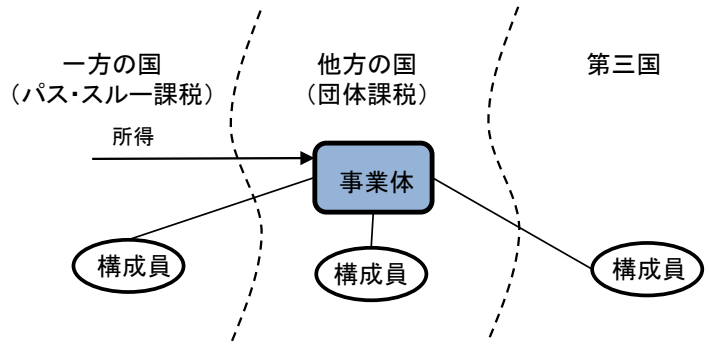


図15　第2のケースのイメージ図

第 2 のケースは、源泉地国、居住地国などの位置関係は第 1 のケースと同様であるが、一方の締約国と他方の締約国における事業体の取扱いが逆転している。つまり、第 2 のケースは、一方の締約国から他方の締約国の事業体を通じて取得される所得で、当該事業体がその所在地国である他方の締約国において団体課税を受ける場合を規定している。

このケースでは、事業体が源泉地国である一方の締約国でパス・スルー課税を受ける場合であっても、取得される所得全体に条約の特典が与えられる。

なお、第三国が事業体をパス・スルー課税とするか、団体課税とするかは、日米租税条約の適用上、無関係である。

・第 3 のケース（4 条 6 項(c)）

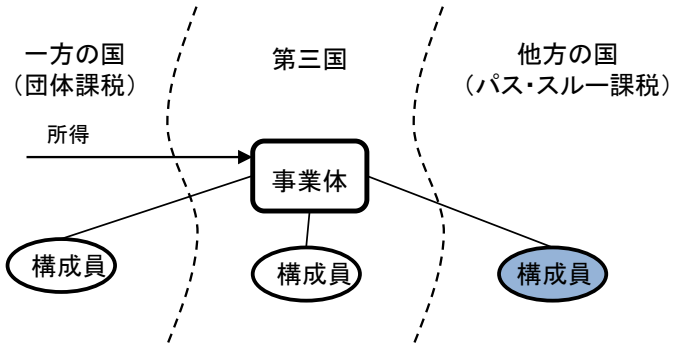


図16　第3のケースのイメージ図

第 3 及び第 4 のケースは、源泉地国、事業体の所在地国、事業体の構成員の居住地国が三ヵ国にまたがっているケースを想定している。

第 3 のケースは、一方の締約国から第三国の事業体を通じて取得された所得で、当該事業体が他方の締約国でパス・スルー課税を受ける場合には、源泉地国である一方の締約国で団体課税を受ける場合であっても、当該所得のうち、他方の締約国の居住者である当該事業体の構成員が取得する部分について、条約の特典が与えられる。

・第 4 のケース（4 条 6 項(d)）

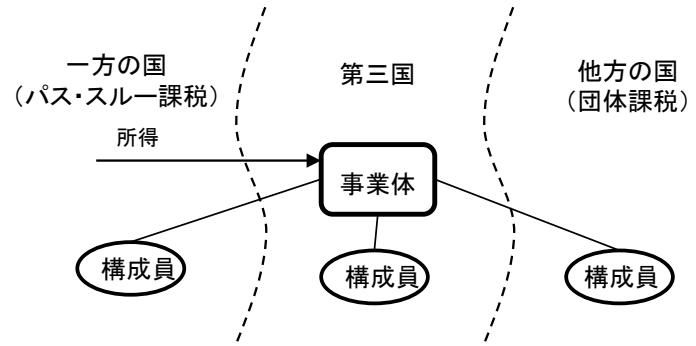


図17　第4のケースのイメージ図

第 4 のケースは、第 3 のケースと同じく三カ国にまたがる状況であるが、一方の締約国と他方の締約国における事業体の取扱いが第 3 のケースとは逆転している。つまり、第 4 のケースは、一方の締約国から第三国の事業体を通じて取得される所得で、当該事業体が他方の締約国で団体課税を受ける場合について規定している。

この場合には、当該所得には条約の特典は与えられない。

・第 5 のケース（4 条 6 項(e)）

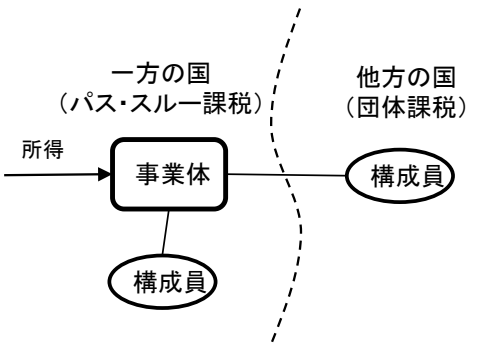


図18 第5のケースのイメージ図

第 5 のケースが想定するのは、一方の締約国からその国の事業体を通じて取得される所得で、当該事業体が他方の締約国で団体課税を受けるケースである。この場合には、条約の特典は与えられない。

このように、日米租税条約では、ハイブリッド・エンティティを通じて取得する所得について、5 つのケースを挙げ、それぞれの条約適格の有無を定めており、日米租税条約以前にハイブリッド・エンティティに関する規定を導入した米南ア租税条約や米英租税条約とは規定ぶりが異なる。そして、日米租税条約 4 条の規定は、それ以前に締結された米国の租税条約の中でおそらく最も広範囲な規定であるとされている [78]。

(4)米国モデル租税条約

2006 年の米国モデル条約制定において、ハイブリッド・エンティティに関する規定が盛り込まれた [79]。これ以前の米国モデル条約には、これに類する規定はない [80]。

米国モデル条約 1 条 6 項の文言は、米南ア租税条約 4 条 1 項(d)や米英租税条約 1 条 8 項と同様である。1 条 6 項の規定の趣旨は、米国モデル条約の TE[81]で次のように述べられている。

1 条 6 項は、パートナーシップ、特定の遺産財団、信託のような、パス・スルー課税を受ける事業体から生ずる問題に対処する規定である。なぜなら、このようなパス・スルー課

[78] Cope Charles, Chan, David F., “An Analysis of the New Japan-United States Income Tax Treaty”, Tax Notes International, Vol.32, 2003, at 1121. 日米租税条約 4 条 6 項については、浅川雅嗣『コンメンタール改訂日米租税条約』（大蔵財務協会、2005）55～61 頁、宮本・前掲注 6・62 頁参照。

[79] 2006 United States Model Income Tax Convention, Art.1(6).

[80] 矢内一好「租税条約におけるハイブリッド事業体の取扱い」国際税務 29 巻 5 号（2009）81 頁。

[81] 2006 United States Model Income Tax Convention, Technical Explanation, Art.1(6).

税を受ける事業体について別々の国が異なる取扱いをする場合、二重課税や課税の空白のリスクがあるからである。6 項の目的は、このような事業体を利用する投資家がその事業体を通じて得る所得について、居住地国で課税されるにもかかわらず条約の特典の要求が妨げられる、また、居住地国で課税を受けないにもかかわらず条約の特典を要求するといった、技術的な問題を排除することである。

このように、米国モデル条約 1 条 6 項は、ハイブリッド・エンティティを想定した規定であると考えられる。

さらに、米国モデル条約の TE における 1 条 6 項の説明で用いられている事例は、米南ア租税条約及び米英租税条約の TE のものと同様である。

したがって、米国モデル条約におけるハイブリッド・エンティティに関する規定と、その規定が想定するケースは、米南ア租税条約、米英租税条約と同様であることがわかる。

⑸米加租税条約

米加租税条約では、2007 年の議定書による条約改正の際、4 条 6 項、7 項にハイブリッド・エンティティに関する調整規定が導入された[82]。米加租税条約 4 条 6 項及び 7 項の規定は以下のとおりである。

4条　居住者

6.　所得、利益、利得の金額は、次の場合には一方の締約国の居住者が得たものとみなす。

(a)その者が、一方の締約国の税法において、事業体を通じてその金額を得たものとみなされ（他方の締約国の居住者となる事業体を除く）、かつ、

(b)その事業体が一方の締約国の法律においてパス・スルー課税を受けるために、一方の締約国の税法におけるその金額の取扱いが、その者が直接その金額を得たときのそれと同じになる場合

7.　所得、利益、利得の金額は、次の場合には一方の締約国の居住者が得たもの又は支払われたものとはみなさない。

(a)他方の締約国の税法において、その者が一方の締約国の居住者ではない事業体を通じてその金額を得たものとみなされるが、その事業体が一方の締約国においてパス・スルー課税を受けないために、一方の締約国の税法におけるその金額の取扱いが、その者が直接その金額を得たときのそれと同じでない場合、もしくは、

(b) 他方の締約国の税法において、その者が他方の締約国の居住者である事業体から、その金額を受領したものとみなされるが、その事業体が一方の締約国の法律においてパス・ス

[82] 2007 United States-Canada Income Tax Convention, Protocol, Art.2(2).

ルー課税を受けるために、一方の締約国の税法におけるその金額の取扱いが、その事業体が一方の締約国においてパス・スルー課税を受けないときのそれと同じでない場合

このように、米加租税条約におけるハイブリッド・エンティティに係る所得に関する調整規定は、条約の適格がある場合とない場合に分け、それぞれを 6 項及び 7 項で規定するという形になっている。そして、4 条 6 項及び 7 項が追加されたときの議定書に係る TE[83]では、6 項と 7 項が適用されるケースについて、いくつかの例を挙げて説明がされている。なお、TE の中では、4 条 6 項及び 7 項の規定において、一方の締約国が構成員の居住地国、他方の締約国が源泉地国という前提であることが明確に述べられている。

まず、6 項については、条約適格がある場合として次のような例を挙げている。

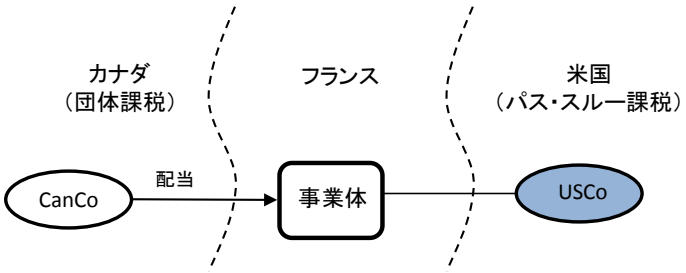


図19 米加租税条約の事例①

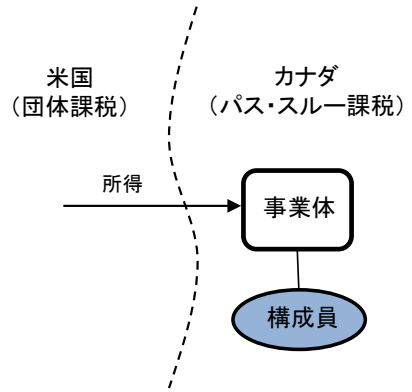


図20 米加租税条約の事例②

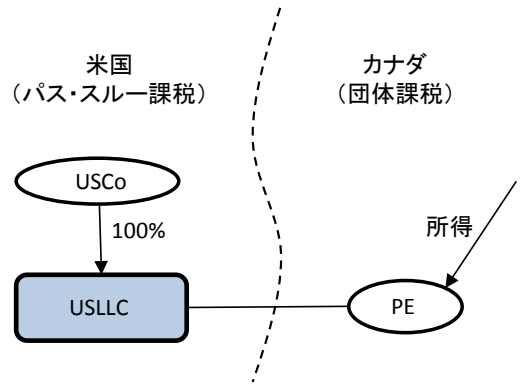


図21 米加租税条約の事例③

図 21 で挙げられているケースは、先に紹介した TD Securities 事件におけるケースと同じものである。つまり、TD Securities 事件では、図 21 でいう USLLC の条約適格性が争

83 2007 United States-Canada Income Tax Convention, Protocol, Technical Explanation, Art.2(2).

われたのであるが、4 条 6 項の導入によって、USLLC に条約適格があることが明確化されたのである。

次に、4 条 7 項であるが、7 項の規定はさらに(a)と(b)に分かれており、どちらかを満たす場合には条約適格がないことを定めている。7 項(a)について TE の中で挙げられている事例は次のようなものである。

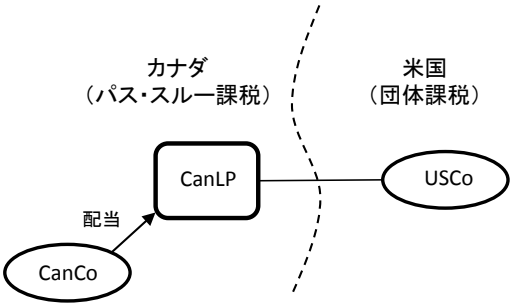


図22 米加租税条約の事例④

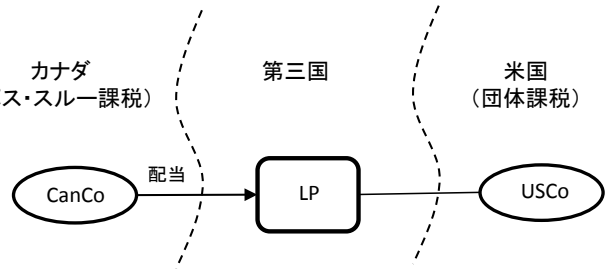


図23 米加租税条約の事例⑤

事例④では、米国の税法上、CanCo からの配当に対する取扱いは、このケースの場合とそれを USCo が直接受け取った場合では異なることになるため、7 項(a)が適用され、この配当に対して条約の適格はないということになる。そして、これは、事業体である CanLP が第三国にあったとしても同じ結果になるとしている。それを表したのが事例⑤である。

規定の内容と事例からわかるように、4 条 7 項(a)は、源泉地国でパス・スルー課税され、構成員の居住地国で団体課税される、いわゆるレギュラー・ハイブリッド・エンティティについて、条約適格が認められないケースを規定している。

次に、4 条 7 項(b)については TE の中で次のような事例が挙げられている。

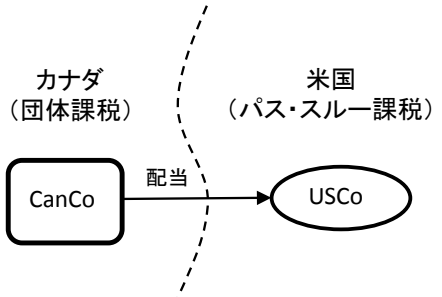


図24 米加租税条約の事例⑥

これは、カナダの国内法上、USCo が CanCo からの配当を受け取っていると取扱われている例である。米国の税法上、CanCo は無視されるため、CanCo から USCo への支払いは

認識されない。しかし、米国の税法上、CanCo を団体課税の対象とした場合には CanCo から USCo への配当であると扱うため、取扱いが異なることになる。したがって、7 項(b)が適用され、条約の適格はないものとされる。なお、ここでは配当としているが、これが利子や使用料の支払いであっても、同じ結果になると説明されている。

米加租税条約 4 条 7 項では、(a)で「団体を通じて取得（through）」される所得について規定しているのに対し、(b)では、「団体から得た（from）」所得について規定しており、(b)の規定は、図 24 のように事業体から構成員への実際の支払いが想定されていることが明らかである。

また、4 条 7 項(b)は、源泉地国で団体課税され、構成員の居住地国でパス・スルー課税される、いわゆるリバース・ハイブリッド・エンティティについて、条約の適格が認められないケースを規定している。

このように、米加租税条約 4 条 7 項では、(a)でレギュラー・ハイブリッド・エンティティを通じて取得する所得について、(b)でリバース・ハイブリッド・エンティティから構成員への支払いについて、それぞれ条約適格が認められないことを規定している。

そして、7 項(a)では、事業体を通じて取得する所得について、7 項(b)では、事業体から得る所得について、条約適格が認められない場合を規定している。ただし、7 項(a)でも、明文では規定していないものの、事業体から構成員への実際の分配の取扱いが考慮されている。例えば、図 20 において、CanLP を通じて取得する所得は、CanCo からの配当であり、この配当について、4 条 7 項(a)は条約適格を認めない、つまり、配当に対する軽減税率などの条約上の特典を与えないと規定している。したがって、この配当に対しては、カナダの国内法に従って課税がされることになる。一方で、CanLP が構成員である USCo に実際に利益を分配した際には、カナダは CanLP をパス・スルー課税の対象としているため、この分配を認識しない。つまり、CanLP から USCo への配当として源泉税が課されることはない。このように、事業体から構成員への支払に対して源泉税が課されない代わりに、事業体を通じて取得する所得に対しては条約上の特典を認めないこととしているのである [84]。

(6)米仏租税条約

次に、米仏租税条約におけるハイブリッド・エンティティに関する調整規定をみていく。米仏租税条約では、2009 年の議定書による改正の際に、4 条 3 項においてハイブリッド・エンティティに関する調整規定が設けられた [85]。米仏租税条約 4 条 3 項の規定は以下のとおりである。

---

[84] Pwc, *Tax Memo Fifth Protocol to the Canada-U.S. Income Tax Treaty—Reflections*, October 3, 2007, at 8

[85] 2009 United States-France Income Tax Convention, Protocol, Art.I(4).

4 条　居住者

3. この条約の適用上、一方の締約国の国内法においてパス・スルー課税を受け、次に掲げる国で設立または組織された事業体を通じて得た所得、利得については、当該一方の締約国の税法上、当該一方の締約国の居住者の所得として取り扱われる部分についてのみ、当該居住者が得たものとみなす。

(a)当該一方の締約国、または

(b)当該所得、利得の源泉地国との間で、脱税の防止という観点から条約又は協定における情報交換に関する規定に同意している国

(a)の規定は両締約国である二ヶ国間のケースを想定していると考えられる。つまり、一方の締約国で事業体が組織され、一方の締約国において当該事業体をパス・スルー課税の対象とする場合には、一方の締約国の居住者の所得とされる部分について条約の適格を認めている。これには、日米租税条約 4 条 6 項(a)のケースが該当する。

また、条文では条約適格がある場合のみを定めているが、議定書の TE[86]には、4 条 3 項(a)の規定から、条約適格がない場合として、次のような例が挙げられている。

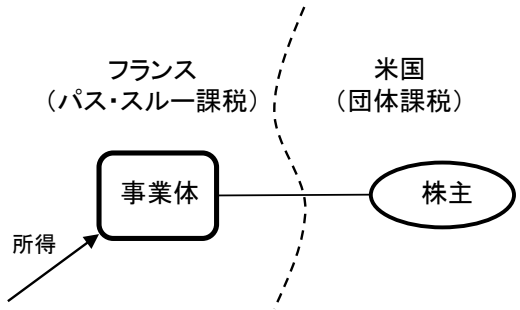


図25　米仏租税条約の適用がない場合

また、4 条 3 項(b)の規定は、第三国において事業体を組織した場合を想定している。これは、日米租税条約 4 条 6 項(c)のケースと同じであるが、米仏租税条約では、源泉地国と事業体が所在する第三国の間で、情報交換の規定に対する同意があるときに限り条約適格を認めている。したがって、TE で例として取り上げられているが、源泉地国と第三国の間に情報交換規定がない場合には、4 条 3 項は適用されない。

86 2009 United States-France Income Tax Convention, Protocol, Technical Explanation, Art.I(4).

(7)米西租税条約

米西租税条約では、2013 年の改正においてハイブリッド・エンティティに関する規定が導入された[87]。その規定は、1 条 6 項に設けられているが、内容は米仏租税条約 4 条 3 項と同様である。

ここまで、米国の租税条約の中で、ハイブリッド・エンティティに関する規定が導入されているものとして、米南ア、米英、日米、米国モデル、米加、米仏、米西租税条約をみてきた。

米南ア、米英、米国モデル租税条約では、TE の解説から、広範なケースに対して調整規定が適用される可能性があることがわかる。しかし、TE で挙げられているケースには条文から読み取れないものも含まれており、それらのケースに対する条約の適用は、米国独自の解釈と考えられる。

その点、日米租税条約の調整規定では、米南ア、米英、米国モデル租税条約において米国独自の解釈がされているケースについても明文により定めており、他の条約に比べ、広範な規定であると考えられる。

以下では、我が国が締結する租税条約における、ハイブリッド・エンティティに関する規定をみていく。

3－3　我が国の租税条約における規定

我が国が最初にハイブリッド・エンティティに係る調整規定を導入したのは、日米租税条約である。日米租税条約は、1971 年に改正が行われて以降、約 30 年ぶりとなる 2003 年に全面的な改正が行われた。2003 年の改正では、投資所得に関する源泉地国課税の大幅軽減や、それに伴い、第三国居住者の本条約濫用による租税回避行為を防止するための特典制限条項（LOB 条項）の導入など、大きな改正が数多く見られる[88]。そして、そのうちの一つとして、ハイブリッド・エンティティへの条約適用の明確化を図る規定が盛り込まれた[89]。

この規定の内容は、3－2 でみたためここでは省略するが、規定の趣旨としては、次のような説明がされている。

例えば、ある事業体が、源泉地国では法人として扱われ、事業体の所在地国ではパス・スルー事業体として扱われるハイブリッド・エンティティであった場合、当該事業体は、所在地国では居住者に該当せず、源泉地国では相手国の居住者に適用があるとされる条約の特典を受けられないこととなる[90]。このような事態は、租税条約の大きな政策目的であ

---

87 2013 United States-Spain Income Tax Convention, Protocol, Art.I.

88 浅川・前掲注 78・4, 13 頁、矢内一好『詳解　日米租税条約』（中央経済社、2004）24, 25 頁。

89 浅川・前掲注 78・13 頁。

90 浅川・前掲注 78・55, 56 頁、矢内一好『解説　改正租税条約－新日米租税条約以後の動

る投資交流の促進に反することになりかねないため、日米租税条約 4 条 6 項では、ハイブリッド・エンティティを通じて所得が取得される場合でも、一定の範囲で条約の特典が及ぶように条約の適用関係を個別的かつ具体的に定めることを目的としている[91]。

そして、日米租税条約 4 条 6 項の基本的な考え方は、ハイブリッド・エンティティを通じて所得を取得する場合には、原則として、その所得を取得する者の居住地国においてその事業体を課税上どのように取り扱うかを基に、源泉地国における課税を減免するというものである[92]。源泉地国が居住地国の課税上の取扱いを受け入れるという考え方は、前述のように、パートナーシップ報告書で示された原則に合致するものである。したがって、この点について、パートナーシップ報告書の影響を受けた規定であると説明されている[93]。

日米租税条約 4 条 6 項の導入当初は、多様な事業体自体の課税や、多様な事業体を通じて取得する所得に対する構成員の課税について、日本の国内法での整備が急務とされるなかで、租税条約において二ヶ国間におけるハイブリッド・エンティティの課税に関する一定のガイドラインを示すものとして、その意義は大きいとされている[94][95]。また、日米両締約国の事業体だけでなく、3－2 でみた日米租税条約の規定における第 3 のケースや第 4 のケースなど、第三国における事業体を通じて取得する所得に対する適用に関しても言及している点は評価できるとされている[96]。

2003 年の日米租税条約改正以降、我が国が締結する租税条約のうち、いくつかの条約について、日米租税条約 4 条 6 項に類似する規定が導入された。具体的には、2006 年に日英租税条約、2007 年に日仏租税条約、2008 年に日豪租税条約、2010 年に日・スイス租税条約（日瑞租税条約）、2010 年に日蘭租税条約、2012 年に日・ニュージーランド租税条約（日新租税条約）において、ハイブリッド・エンティティに係る規定が導入されている。それらの租税条約における規定は、日米租税条約と同様、特定のケースを列挙し、それぞれのケースについて条約の適格の有無を定めるという形になっている。そこで、以後、日本型

向』（財経詳報社、2007）42 頁。

91 浅川・前掲注 78・56 頁。

92 浅川・前掲注 78・56 頁、関口博久「わが国の今後の租税条約のあり方－ハイブリッド・エンティティへの対応を中心として－」税務会計研究 20 号（2009）359 頁、長谷部啓「外国事業体と国際課税を巡る問題－各国租税法上の法人概念の相違に起因する諸問題を中心として－」税大論叢 59 号（2008）224 頁、川田剛『新日米租税条約を読む』（税理財務協会、2004）82 頁、駒木根祐一「課税方式別に見た事業体（パススルー型 ハイブリッド型）の取扱い」旬刊経理情報 1048 号（2004）13 頁、白木康晴「外国事業体をめぐる課税上の問題について―アメリカのリミテッド・パートナーシップを中心に―」税大ジャーナル 15 号（2010）66 頁。

93 浅川雅嗣、宮武敏夫他「Forum 日米租税条約改定の意義と今後の課題」国際税制研究 12 号（2004）59 頁。

94 本庄資「新日米租税条約の適用･解釈に関する問題点について」国際税制研究 14 巻（2005）99 頁。

95 日本公認会計士協会「新日米租税条約のポイントと実務上の課題」租税調査会研究報告第 12 号（2004）9 頁。

96 日本公認会計士協会・前掲注 95・9 頁。

の規定における特定のケースには、3−2 でみた日米租税条約 4 条 6 項における第 1～第 5 のケースの呼び方を使用する。ただし、日本型の規定の中には、5 つのケースのうち一部が規定されていないものや、同じケースでも若干規定が異なるものがあり、条約によって規定の内容が異なる [97]。そこで、以後、日本の租税条約におけるハイブリッド・エンティティに関する調整規定を、まとめて「日本型の規定」と呼ぶ。日本型の規定を整理すると以下の表のようになる。

なお、以下の表では、租税条約において該当するケースの条約適格の有無が規定されている場合を○、規定されていない場合を×として表している。

表 2　日本型の規定の比較

条約 / ケース	日米(2003) 日豪(2008) 日新(2012)	日英(2006) 日瑞(2010)	日仏(2007)	日蘭(2010)
第 1	○	○	○	○
第 2	○	○	○	○
第 3	○	×	×	○（注 2）
第 4	○	×	×	○
第 5	○	○	○（注 1）	○

注 1：事業体の所在する一方の締約国における事業体の取扱いも考慮されることとされており、一方の締約国においてパス・スルー課税され、他方の締約国において団体課税される場合には、条約の特典は与えられない。

注 2：事業体が所在する第三国における事業体の取扱いも考慮することとされており、第三国及び他方の締約国においてパス・スルー課税される場合には、他方の締約国に居住する構成員の所得として扱われる部分について、条約の特典が与えられる。ただし、事業体の所在地国が一方の締約国と租税に係る実効的な情報の交換に関する規定を有する条約を締結している場合に限る。

表 2 から、日本型の規定は、想定するケースの種類によって類型化すると、大きく 2 つに分けられることがわかる。

一つは、日米をはじめ、日豪、日新、日蘭租税条約のような第 1 から第 5 のケースのすべてについて規定しているものである。

もう一つは、日英、日瑞、日仏租税条約のような、第 1、第 2 及び第 5 のケースについて

[97]『租税条約の解説　日本・オーストラリア租税条約』（日本租税研究協会、2009）6, 7 頁、『租税条約の解説　日仏租税条約』（日本租税研究協会、2009）7, 8 頁、『租税条約の解説　日本・スイス租税条約　日本・オランダ租税条約』（日本租税研究協会、2011）9, 10, 140, 141 頁、『租税条約の解説　日英租税条約』（日本租税研究協会、2009）8, 9 頁。

のみ規定しており、第3、第4のケースのように、事業体が第三国に所在するケースについては規定していないものである。ただし、日仏租税条約は、表2の注1にあるように、第5のケースについて、他の条約とは若干異なる規定となっている。

日仏租税条約以外の条約では、第5のケースについて、他方の締約国の国内法で、事業体が団体課税の対象となった場合に条約の適用がないものとしている。それに対し、日仏租税条約4条6項(c)では、他方の締約国が事業体をどのように取扱うかだけではなく、その事業体が所在する一方の締約国における事業体の取扱いについても考慮することとしている。つまり、他方の締約国においては団体課税の対象とされ、一方の締約国ではパス・スルー課税の対象となるハイブリッド・エンティティである場合に限り、条約の適用がないものとしている。

日仏租税条約4条6項(c)に定められたケースに対する租税条約の適用については、パートナーシップ報告書でも検討されている。報告書において、OECD租税委員会は、第5のケースの場合、事業体の所在地国が所得への課税に条約上のメリットを与える必要はないとしている[98]。その理由としては、次のように考えられる。構成員は居住地国に居住しているが、居住地国事業体を団体課税の対象とすることから、居住地国の国内法上、課税を受けるべきものではない。つまり、租税条約上の居住者ではない。一方、居住地国の国内法上、事業体は同国の納税義務者とはならず、租税条約上、居住地国の居住者にはならないからである[99]。

このパートナーシップ報告書の検討結果は、日仏租税条約4条5項(c)の内容と一致している。

日本型のうち日仏租税条約以外の条約における第5のケースでは、事業体が他方の締約国において団体課税の対象とされることのみが要件となっているが、事業体の所在する一方の締約国においても同様に団体課税の対象とされた場合、事業体が所得を得た時点の課税関係は一方の締約国内で完結し、租税条約の適用の問題は生じない。したがって、日仏租税条約4条6項(c)の規定は、通常の日本型における第5のケースのうち、租税条約の適用の問題が生ずるケースに限定して定められたものと考えられる。

よって、第5のケースについては、日本型の規定の中で、日仏租税条約が最も要件が明確にされていると言える。

また、表2の注2にあるように、日蘭租税条約では、第3のケースについて他の日本型の規定とは異なる規定が置かれている。日米、日豪、日新租税条約における第3のケースでは、他方の締約国において事業体をパス・スルー課税の対象とした場合に、当該他方の締約国に居住する構成員の所得として取り扱われる部分について条約の特典が与えられる旨が規定されている。

---

[98] OECD, *supra* note 38, at 26.　日本語訳として、古賀・前掲注38・22頁。
[99] *Id.,* at 26.　日本語訳として、古賀・前掲注38・22頁。

これに対し、日蘭租税条約 4 条 5 項(c)では、他方の締約国及び事業体が所在する第三国において、当該事業体をパス・スルー課税の対象とする場合には、当該他方の締約国に居住する構成員の所得として取扱われる部分について条約の特典を与えることとしている。つまり、日蘭租税条約では、他方の締約国だけでなく、第三国においても事業体をパス・スルー課税の対象とすることが要件とされているのである。

それでは、なぜこのような規定になっているのだろうか。このケースについても、OECD のパートナーシップ報告書で検討されている[100]。そこでは、同じ所得について、租税条約上の特典が二重に与えられることが指摘されている。つまり、第 3 のケースにおいて、仮に、事業体の所在地国である第三国が当該事業体を団体課税の対象としていた場合には、当該事業体は、源泉地国と第三国との間の租税条約上の特典を受ける立場にある。そして、他方の締約国に居住する構成員もまた、一方の締約国と他方の締約国との間の租税条約上の特典を要求する。したがって、同一の所得に対する源泉地国の課税権が、二つの条約によって制限されることになるのである。この場合、どちらの租税条約を適用すべきかが問題となるのである。

これに対し、第三国もパス・スルー課税の対象としていた場合、事業体は課税を受けるべきものに当たらず、条約の特典を要求することはない。仮に第三国にも構成員がいた場合には、この構成員が、第三国と一方の締約国との間の租税条約上の特典を要求する可能性はあるが、条約の特典が与えられるのは、居住地国の国内法によって当該構成員の所得とされる部分のみであるから、少なくとも同じ所得について二つの条約の特典が与えられることはない。

租税条約の二重特典の問題については、日米租税条約の課題としても指摘されていた[101]が、日蘭租税条約 4 条 5 項(c)は、構成員の居住地国に加えて事業体の所在する第三国においても、事業体をパス・スルー課税することを要件とすることにより、租税条約の二重特典の問題に対処できる可能性がある。さらに、日蘭租税条約 4 条 5 項(c)には、事業体が所在する第三国と、源泉地国との間に、租税に係る実効的な情報交換に関する規定を有する条約が締結されている場合に限るという要件がある。つまり、第三国の事業体などについて情報が得られない場合には、条約の適用がないことを明確にしている。

したがって、第 3 のケースについては、日本型の規定の中で、日蘭租税条約が最も進んでいると言える。

3－4　各条約の比較と日本型の規定の課題

以下では、米国の租税条約における規定と日本型の規定を比較し、日本型の規定に残された課題を指摘する。

3－2、3－3 でみたように、我が国の租税条約では、特定のケースを列挙してそれぞれの

---

100 *Id.,* at 29.　日本語訳として、古賀・前掲注 38・25 頁。

101 本庄資『新日米租税条約解釈研究－基礎研究－』（税務経理協会、2005）268 頁。

条約適格の有無を定めているのに対し、米国の租税条約では、要件を挙げて、それに当てはまるケースについて条約適格の有無を定めている。言い換えれば、我が国の租税条約では、一つの規定に対して当てはまるケースは一つであるが、外国の租税条約では、一つの規定にいくつかのケースが含まれる場合がある。そこで、米国の租税条約が規定するケースを、日本型の規定の第 1～第 5 のケースに当てはめ、まとめると表 3 のようになる。ただし、表 3 において条約に規定されていると分類するものは、条文から規定の適用があることが明らかであるものに限定し、TE の中で挙げられている事例のうち、米国独自の見解であると考えられるものについては、表 3 では、規定されていないものに分類する。

なお、以下の表では、租税条約において該当するケースの条約適格の有無が規定されている場合を○、規定されていない場合を×として表している。また、前述のように、米加租税条約では、事業体から構成員への実際の支払いについての規定を置いているため、表 3 では、第 1～第 5 のケースに加え、事業体から構成員への支払いについての欄を設けた。

表 3　米国の租税条約における規定が想定するケース

条約 / ケース	日米(2003)	米南ア(1997) 米英(2001) モデル(2006)	米加(2007)	米仏(2009) 米西(2013)
第 1	○	○	○	○
第 2	○	×	×	×
第 3	○	○	○	○（注 1）
第 4	○	×	○	×
第 5	○	×	○	○
実際の支払	×	×	○	×

注 1：源泉地国と、事業体が所在する第三国との間に、脱税の防止という観点から情報交換に関する規定についての同意がある場合に限り、条約の適格が認められる。

表 3 から、外国の租税条約の規定に含まれるケースは、米加租税条約の例外を除き、日本型の第 1 から第 5 のケースのいずれかに当てはまることがわかる。このことから、日本型の規定は、特定のケースを限定して列挙するという規定ぶりにも関わらず、考えられうるケースの多くについて規定していると考えられる。

表 3 の比較で最も注目すべきは、米加租税条約において、事業体から構成員への支払いについての条約適格の有無が規定されている点である。

日本型の規定における第 1 のケースから第 5 のケースはいずれも、「団体を通じて（through an entity）」取得される所得を対象としている。つまり、事業体を通じて行う事業によって得た所得については、租税条約の適格の有無を、そのケースごとに明確に規定している。しかし、事業体が構成員に対して実際に支払いをした場合の、その支払につい

ては想定されていない。構成員が、事業体の所在地国とは別の国の居住者であった場合、事業体からの実際の支払が、租税条約上どのように取り扱われるのか、現行の日本型の規定では明らかにされていない。

この点において、米加租税条約の規定は、日本型よりも進んでいるものと言える。ただし、米加租税条約において、直接の支払部分の規定があるのは、リバース・ハイブリッド・エンティティの場合のみである。レギュラー・ハイブリッド・エンティティの場合には、事業体の所在地国は、構成員への直接の支払に対して源泉税を課さないため、条約適格の問題が生じない。レギュラー・ハイブリッド・エンティティについては、直接の支払部分について源泉税が課されない代わりに、米加租税条約 4 条 7 項(a)で、レギュラー・ハイブリッド・エンティティを通じて取得する所得に対し、条約適格を認めない、つまり、条約上の特典を与えないと定めている。

また、米国の租税条約には、第三国との租税条約との選択適用の問題や、租税条約の二重特典の問題について明確化している規定はない。前述のように、日蘭租税条約の規定は、第三国との租税条約との選択適用の問題、租税条約の二重特典の問題に対処できる可能性があり、この点においては、日本型の規定が、米国の租税条約における規定よりも進んでいるものと言える。

次章では、この比較を基に、我が国が締結する租税条約におけるハイブリッド・エンティティに係る調整規定の望ましいあり方を探りたい。

第 4 章　ハイブリッド・エンティティに対する望ましい課税のあり方の検討

本章では、これまでの分析を基に、我が国が締結する租税条約におけるハイブリッド・エンティティに関する調整規定の望ましいあり方を検討する。

まずは、ハイブリッド・エンティティに関する規定として基本となる二ヶ国間における取扱いについて考える。

二ヶ国間のケースとしては、次の 3 つがある。

それは、一方の締約国源泉の所得で、他方の締約国に事業体及びその構成員が居住し、他方の締約国において事業体がパス・スルー課税される第 1 のケース、反対に他方の締約国において事業体が団体課税される第 2 のケース、及び、一方の締約国に所在する事業体を通じて一方の締約国源泉の所得を取得し、他方の締約国において事業体が団体課税される第 5 のケースである。これらのケースについては、現在の日本型の規定や、米国の租税条約における規定をみても、源泉地国が条約の特典を主張する納税義務者の居住地国における取扱いに合わせるという、OECD で提案された原則に従った規定となっている。このことから、我が国が締結する租税条約における規定として、事業体を通じて取得する所得については、この原則をベースに、条約適格の有無を定めるべきである。

そして、現在の日本型の規定には、事業体の所在地国と構成員の居住地国が異なる場合の、事業体から構成員への直接の支払に対する条約適格の有無について、何ら定めがない。

レギュラー・ハイブリッド・エンティティの場合には、事業体の所在地国は事業体をパス・スルー課税の対象とするため、事業体が構成員に支払をしても、その支払に対して源泉税を課さない。したがって、レギュラー・ハイブリッド・エンティティの場合には、直接の支払部分について条約適格の問題は生じない。しかし、リバース・ハイブリッド・エンティティの場合には、事業体の所在地国は事業体を団体課税の対象とするため、構成員への支払に対して源泉税を課すことが考えられる。そのため、リバース・ハイブリッド・エンティティの場合には、直接の支払部分について、条約適格の問題が生じる。そこで、米加租税条約を参考に、リバース・ハイブリッド・エンティティの場合の事業体から構成員への直接の支払部分については、条約適格を認めないことを明確化すべきである。

次に、三ヶ国間の場合を考える。三ヶ国間のケースとしては、次の 2 つがある。

それは、第三国に所在する事業体を通じて一方の締約国源泉の所得を取得し、他方の締約国において事業体がパス・スルー課税される第 3 のケースと、第三国に所在する事業体を通じて一方の締約国源泉の所得を取得し、他方の締約国で事業体が団体課税される第 4 のケースである。これらのケースについても、日本型の規定や、米国の租税条約における規定において、源泉地国が条約の特典を主張する納税義務者の居住地国における取扱いに合わせるという、OECD の原則に従ったものとなっている。我が国においては、条約によって、三ヶ国間のケースを想定していないものもあるが、租税条約における規定の望ましいあり方として、三ヶ国間におけるケースを規定することは必要であると考える。

そして、三ヶ国間のケースのうち、第 3 のケースでは、租税条約の二重特典の問題や事業体の所在する第三国との租税条約との選択適用の問題が生じうる。我が国の租税条約では、日蘭租税条約 4 条 5 項(c)の規定が、この問題に対処できる可能性がある。そして、本稿で検討した米国の租税条約には、これらの問題に対処しうる規定は見られなかった。

このことから、第 3 のケースについては日蘭租税条約 4 条 5 項(c)の規定を参考に、構成員の居住地国だけでなく、事業体が所在する第三国においても事業体がパス・スルー課税される場合に限り、条約の適格を認めるとするべきである。さらに、この要件を満たすか否かを明確にするため、源泉地国と第三国との間に、租税に係る情報の交換に関する規定を有する条約を締結していることを要件に加えるべきである。

おわりに

ここまで、ハイブリッド・エンティティに係る租税条約上の問題に対する検討を行ってきた。

まず、我が国における事業体に対する課税について概観した。我が国の所得課税は、原則として法人と個人の二分法をベースにしており、事業体に対する課税方法は、事業体自体に法人税が課される団体課税と、事業体が課税上無視され、その構成員に対して課税されるパス・スルー課税がある。本稿では、A 国では団体課税され、B 国ではパス・スルー課税されるハイブリッド・エンティティに着目した。ハイブリッド・エンティティは、国に

よって課税上の取扱いが異なることから、所得の帰属に齟齬が生じ、二重課税や課税の空白などの問題が生じることを指摘した。

次に、事業体に対する租税条約の適用について、OECD での詳細な議論を分析し、所得の帰属と、租税条約の適用関係について明らかにした。そして、ハイブリッド・エンティティに係る所得の帰属の抵触と、それに伴う租税条約の適用上の齟齬について論じた。OECD は、ハイブリッド・エンティティに対する条約の適用を考えるにあたり、源泉地国は、自国内で生じた所得につき租税条約の特典を請求する者の居住地国の扱いを考慮すべきという原則を示した。

租税条約の適用上の齟齬が実際に問題となった事例として TD Securities 事件を取り上げ、租税条約における調整規定の必要性を明確にした。

国内法でもハイブリッド・エンティティについての条約上の取扱いを規定している米国に着目し、米国におけるハイブリッド・エンティティに関する規定の変遷について整理した。その上で、我が国の租税条約におけるハイブリッド・エンティティに関する規定を類型化した。日本型の規定は、特定の 5 つのケースについて、それぞれ条約適格の有無を定めるというスタイルを採っている。第三国に所在する事業体を通じて一方の締約国源泉の所得を取得し、他方の締約国において事業体がパス・スルー課税される第 3 のケースについては、複数の租税条約の特典を二重に享受する問題や、事業体の所在する第三国との租税条約との選択適用の問題が生じる可能性がある。日蘭租税条約 4 条 5 項(c)は、構成員の居住地国だけでなく、第三国においても事業体をパス・スルー課税することを要件に加えている。さらに、第三国と源泉地国との間に、租税に係る情報の交換に関する規定を有する条約を締結していることを要件に加えている。日蘭租税条約 4 条 5 項(c)は、これらの要件により、条約の二重特典や選択適用の問題に対処できる可能性があることを示した。

そこで、米国の租税条約における規定を、日本型の規定と比較、類型化した。その結果、米加租税条約において、リバース・ハイブリッド・エンティティに限り、事業体から構成員への直接の支払については、条約適格が認められないことが明確化されていることがわかった。しかし、日本型の規定では、事業体から構成員への直接の支払に対する条約適格については定められていない。また、米国の租税条約では、先に述べた租税条約の二重特典の問題や、第三国との租税条約との選択適用の問題について対処する規定はみられなかった。

これらの分析を踏まえ、我が国が締結する租税条約におけるハイブリッド・エンティティに関する調整規定として望ましいあり方を検討した。

まず、基本的な考え方として、OECD が提案するように、源泉地国が、租税条約上の居住者として条約の特典の適用を要求する納税義務者の居住地国の取扱いに合わせるものとする。

そして、二ヶ国間のケースでは、リバース・ハイブリッド・エンティティから構成員への直接の支払については、条約適格がないことを明確化すべきであることを提案した。

また、三ヶ国間の場合についても検討した。第 3 のケースについては、租税条約の二重特典の問題に対処するため、構成員に対して租税条約の適格を認める要件として、構成員の居住地国だけでなく、事業体の所在する第三国においても事業体をパス・スルー課税するという点を加えることを提案した。さらに、この要件を満たすか否かを明確にするため、事業体の所在地国である第三国と源泉地国との間で、租税に係る情報の交換に関する規定を有する条約を締結している場合に限るという点を、要件に加えることを提案した。

一方の国で団体課税され、他方の国でパス・スルー課税されるハイブリッド・エンティティは、所得の帰属が抵触することで租税条約の適用にも齟齬が生じる。本稿では、このようなハイブリッド・エンティティに係る租税条約の適用上の齟齬について、我が国と米国の租税条約を比較し、我が国の租税条約における規定の望ましいあり方を検討した。

参考文献リスト

和文献

《雑誌論文》

・浅川雅嗣、宮武敏夫他「Forum 日米租税条約改定の意義と今後の課題」国際税制研究 12 号（2004）

・大澤麻里子「米国 LLC の「法人」該当性」『租税判例百選［第 5 版］』（有斐閣、2011）

・金子宏「所得の人的帰属について－実質所得者課税の原則－」金子宏著『租税法理論の形成と解明（上）』（有斐閣、2010）

・川端康之「pass-through と pay-through－SPV の観点から」国際税制研究 8 号（2002）

・川端康之「租税条約における受益者の意義と機能」碓井光明他編『公法学の法と政策（上）』（有斐閣、2000）

・川端康之「SPV をめぐる課税のあり方－所得課税を中心に－」租税法研究 30 号（2002）

・栗原克文「ハイブリッド・エンティティと国際課税問題」長崎大学経済学部研究年報 24 号（2008）

・駒木根祐一「課税方式別に見た事業体（パススルー型 ハイブリッド型）の取扱い」旬刊経理情報 1048 号（2004）

・佐藤英明「新しい組織体と税制」フィナンシャル・レビュー65 号（2002）

・白木康晴「外国事業体をめぐる課税上の問題について―アメリカのリミテッド・パートナーシップを中心に―」税大ジャーナル 15 号（2010）

・関口博久「わが国の今後の租税条約のあり方－ハイブリッド・エンティティへの対応を中心として－」税務会計研究 20 号（2009）

・高橋祐介「パートナーシップと国際課税」フィナンシャル・レビュー84 号（2006）

・田中佳織「租税条約の適用対象」本庄資『租税条約の理論と実務』（清文社、2008）

・日本公認会計士協会「新日米租税条約のポイントと実務上の課題」租税調査会研究報告第 12 号（2004）

・長谷部啓「外国事業体と国際課税を巡る問題－各国租税法上の法人概念の相違に起因する諸問題を中心として－」税大論叢 59 号（2008）

・平川征雄「事業形態の多様化と課税方式の検討（下）」税務弘報 61 巻 10 号（2013）

・平野嘉秋「米国内国歳入法上の企業分類における新規則『チェック・ザ・ボックス規則』（上）」国際税務 17 巻 11 号（1997）

・平野嘉秋「米国内国歳入法上の企業分類における新規則『チェック・ザ・ボックス規則』（下）」国際税務 17 巻 12 号（1997）

・本庄資「新日米租税条約の適用・解釈に関する問題点について」国際税制研究 14 巻（2005）

・本庄資「各国における企業形態の選択－パートナーシップと有限会社（LLC）－」租税研究 606 号（2000）

・本田光宏「ハイブリッド事業体と国際的租税回避について」フィナンシャル・レビュー

84 号（2006）
・本田光宏「ハイブリッド事業体と租税条約－米国のアプローチについて－」税研 121 号（2005）
・増井良啓「多様な組織体をめぐる税制上の問題点」フィナンシャル・レビュー69 号（2003）
・増井良啓「第 61 回 IFA 大会の報告―所得の人的帰属の抵触を中心として―」租税研究 700 号（2008）
・増井良啓「投資ファンド税制の国際的側面―外国パートナーシップの性質決定を中心として―」日税研論集 55 号（2004）
・増井良啓「組織形態の多様化と所得課税」租税法研究 30 号（2002）
・枡田淳二「アメリカの Check-the-Box Regulations～パートナーシップ課税の自由選択～」国際商事法務 26 巻 1 号（1998）
・松田直樹他「第 61 回 IFA 総会―主なテーマを巡る議論の評釈と論考―」税大ジャーナル 6 号（2007）
・森信茂樹「多様な事業体と税制を考える（下）」資本市場 212 号（2003）
・森信茂樹「新たな事業体と組合税制」フィナンシャル・レビュー69 号（2003）
・矢内一好「租税条約におけるハイブリッド事業体の取扱い」国際税務 29 巻 5 号（2009）
・吉村政穂「ハイブリッド事業体・取引を利用したスキームをめぐる課税上の問題―LPS の『法人』該当性に関する裁判例を手掛かりに―」租税研究 755 号（2012）
・渡邉幸則「チェック・ザ・ボックス規則について」碓井光明『公法学の法と政策（上）』（有斐閣、2000）

《書籍》
・浅川雅嗣『コンメンタール改訂日米租税条約』（大蔵財務協会、2005）
・伊藤公哉『アメリカ連邦税法（第 4 版）所得概念から法人・パートナーシップ・信託まで』（中央経済社、2009）
・川田剛他『OECD モデル租税条約コメンタリー逐条解説』（税務研究会出版局、2009）
・川田剛『新日米租税条約を読む』（税理財務協会、2004）
・金子宏『租税法　第 18 版』（弘文堂、2013）
・古賀明監訳『OECD モデル租税条約のパートナーシップへの適用』（日本租税研究協会、2000）
・永沢徹監修、さくら綜合事務所編著『［第 4 版］SPC&匿名組合の法律・会計税務と評価―投資スキームの実際例と実務上の問題点』（清文社、2010）
・本庄資『新日米租税条約解釈研究－基礎研究－』（税務経理協会、2005）
・増井良啓・宮崎裕子『国際租税法　第 2 版』（東京大学出版会、2011）
・水野忠恒『租税法　第 5 版』（有斐閣、2011）

・村井正編『入門国際租税法』（清文社、2013）
・矢内一好『詳解　日米租税条約』（中央経済社、2004）
・矢内一好『解説　改正租税条約－新日米租税条約以後の動向』（財経詳報社、2007）
・『租税条約の解説　日本・オーストラリア租税条約』（日本租税研究協会、2009）
・『租税条約の解説　日仏租税条約』（日本租税研究協会、2009）
・『租税条約の解説　日本・スイス租税条約　日本・オランダ租税条約』（日本租税研究協会、2011）
・『租税条約の解説　日英租税条約』（日本租税研究協会、2009）

《判決》
・大阪地判平成 22 年 12 月 17 日判時 2126 号 28 頁。
・東京地判平成 23 年 7 月 19 日税資 261 号順号 11714。
・名古屋地判平成 23 年 12 月 14 日税資 261 号順号 11833。
・名古屋高判平成 25 年 1 月 24 日裁判所ウェブサイト。
・東京高判平成 25 年 3 月 13 日裁判所ウェブサイト
・大阪高判平成 25 年 4 月 25 日裁判所ウェブサイト。
・さいたま地判平成 19 年 5 月 16 日訟月 54 巻 10 号 2537 頁。
・東京高判平成 19 年 10 月 10 日税資 257 号順号 10798

洋文献
《雑誌論文》
・Cope Charles, Chan, David F., “An Analysis of the New Japan-United States Income Tax Treaty”, Tax Notes International, Vol.32, 2003.
・Martin A. Sullivan, “Tax Amnesty International: Relief for Prodigal Profits”, Tax Notes Magazine, Vol.99, 2003.
・Matias Milet, “Hybrid Foreign Entities, Unconcern Domestic Categories：Treaty Interpretation Beyond Familiar Boundaries”, Canadian Tax Journal, Vol.59, No.1, 2011.
・OECD, Commentary on the Articles of the 2010 OECD Model Income and Capital Tax Convention, July 22, 2010
・OECD, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnership :Issues in International Taxation No.6, 1999.
・Roger F. Pillow, et al., “Simplified Entity Classification under the Final Check-the-Box Regulations”, Journal of Taxation, April 1997.
・1997, United States- South Africa Income Tax Convention, Technical Explanation.
・2001, United States- United Kingdom Income Tax Convention, Technical Explanation.
・2006, United States Model Income Tax Convention, Technical Explanation.
・2007, United States- Canada Income Tax Convention, Protocol, Technical Explanation.

・2009, United States- France Income Tax Convention, Protocol, Technical Explanation.

《書籍》

・Arthur B. Wiilis, John S. Pennell & Philip F. Postlewaite, *Partnership Taxation* ¶ 21.02[4]at 21-17 to 21-18（6 th ed. 1997 & 2006 Supp. No.1）

・Joanna Wheeler, *The missing keystone of income tax treaties*, IBFD, 2012

《判決》

・TD Securities (USA) LLC v The Queen, 2010 TCC 186

所得税制の課税単位に関する一考察

船橋　充

所得税制の課税単位に関する一考察
論文要旨

本稿は、所得税制の課税単位に関する研究を行ったものである。課税単位には、個人単位課税と世帯単位課税とがあるが、現在わが国では個人単位課税のもとで所得税を算出している。個人単位課税では個人間の公平性が満たされるが、世帯間の公平性が満たされないという問題が生じる。世帯間の公平性を満たすためには、世帯単位課税を採用することが必要である。また、給付付き税額控除のような所得保障を税制を通じて考えるのであれば、世帯単位課税を選択することが必要である。そこで本稿では、課税単位を世帯単位課税に変更したときに税負担額がどの様に変化するかシミュレーションを行い、その効果について考察を行った。

本稿では、課税単位を世帯単位課税にしたときの税負担額について『平成 21 年全国消費実態調査』(総務省)を用いてシミュレーションを行った。また、共稼ぎ世帯と片稼ぎ世帯の比率については、『労働力調査年報』(総務省)を用いて 1.36：1.00 と計算し、税収計算に用いた。

本稿で用いた世帯単位課税は二分二乗方式であり、世帯の担税力を世帯主とその配偶者のそれぞれの給与収入額から給与所得控除と社会保険料控除を差し引いた残額を合算した所得としている。その所得から 2 人分の基礎控除(38 万円)を行い、その控除後の残額を世帯の課税所得として、その額に 2 分の 1 を乗じた額に税率を適用することとしている。配偶者(特別)控除については、二分二乗方式によって配偶者を考慮していることから一切考慮していない。

担税力の基準について以上の通り前提をおき、本稿でのシミュレーションでは、まず現行の税率を用いて課税単位を世帯単位課税にしたときの税収を計算した。そこで求められた税収と現行制度である個人単位課税のもとでの税収とを比較することによって、減収額を算出し、税収中立的な世帯単位課税となるよう、税率表を現行のものから全体的に 1.16 倍することが必要であるとの結果を得た。次に、その結果を踏まえ、新しい税率表のもとで算出される税負担額が個人単位課税のもとで算出される税負担額と比べてどの様に変化するかについて考察を行っている。

シミュレーションの結果から、税率表を全体的に 1.16 倍することによって、共稼ぎ世帯であろうと片稼ぎ世帯であろうと年間収入階級が 800 万円未満の世帯で増税となり、それ以上の世帯では減税となる傾向が明らかになった。

ここまでは、平均のデータを用いていることから、稼得割合が異なる世帯間での比較が行われていない。そこで本稿では、稼得割合を定めて税負担額の変化についてもシミュレーションを行っている。その結果、年間収入階級に関わらず、世帯主とその配偶者の稼得割合が近づくにつれて増税となるという結果が得られた。

世帯単位課税では世帯間の公平性が満たされる。本稿のシミュレーションで得られた結果を受けて、個人単位課税と世帯単位課税のどちらを選択するかについては本稿の検討課題も含めて今後も議論が必要である。本稿で示したシミュレーションにもとづき、世帯単位課税（二分二乗方式）に変更するのであれば、現行の所得税法の規定の見直しが必要である。したがって本稿では、所得税法上の見直すべき箇所を指摘することによって論を結んでいる。

所得税制の課税単位に関する一考察

目　次

はじめに・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・1
第１章　所得税の概要
　第１節　所得税の意義・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・4
　第２節　所得概念・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・9
　第３節　わが国の所得税について・・・・・・・・・・・・・・・・・・・11
　　第１項　所得税の現状
　　第２項　所得税の算出
　　第３項　所得税負担率の国際比較
　　第４項　所得税の課税最低限
　　第５項　所得税の納税義務者と課税単位
第２章　課税単位論
　第１節　課税単位の類型・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・22
　第２節　課税単位の選択がなぜ問題となるか・・・・・・・・・・・・・・24
　第３節　わが国の課税単位をめぐる議論の変遷・・・・・・・・・・・・・31
第３章　世帯単位課税への移行による効果
　第１節　担税力の基準・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・35
　第２節　データ及び現行制度にもとづく所得税額の算出・・・・・・・・・41
　第３節　世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの所得税負担・・・・・45
　第４節　個人単位課税に対して税収中立的な二分二乗方式・・・・・・・51
　第５節　稼得割合の異なる夫婦間での税負担・・・・・・・・・・・・・61
　　第１項　個人単位課税のもとでの所得税負担
　　第２項　世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの所得税負担
おわりに・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・・67
参考文献一覧
参考資料一覧

はじめに

本稿は、所得税制の課税単位に関する研究を行ったものである。課税単位には、個人単位課税と世帯単位課税とがあるが、わが国をはじめ多くの国で個人単位課税が採用されている。個人単位課税では個人間の公平性が満たされるが、世帯間の公平性が満たされないという問題が生じる。世帯間の公平性を満たすためには、世帯単位課税を採用することが必要である。また、給付付き税額控除のような所得保障を税制を通じて考えるのであれば、世帯単位課税を選択することが必要である。

そもそも所得税制上、課税単位が問題となるのは累進的な所得課税のもとで税負担を求めているためである。つまり、所得が高まればより高い負担率で課税する累進的な所得課税のもとで、個人単位課税によって税負担額を求める場合、同じ家族構成で、合計した世帯所得が等しい世帯の間では、税負担額が異なる可能性が生じるのである。

個人間の公平性を重視する個人単位課税のもとでは、世帯間の公平性を満たすことができない。つまり、同じ家族構成で合計した世帯所得が等しい世帯の間で税負担額が異なるならば、世帯間の公平性を満たすことができない。したがって、世帯間の公平性を満たすためには、累進的な所得課税を変えない限り、課税単位の変更が必要となる。本稿では、課税単位を世帯単位課税に変更することによって税負担額がどの様に変化するか、シミュレーションを行うことによって明らかにするものである。

本稿の構成は以下の通りである。第１章では、所得税の概要について述べている。第１節で所得税の意義を明らかにし、第２節で所得概念について整理をしている。また、第３節では、わが国の所得税についてその現状と算出方法について整理をし、所得税負担率の国際比較を行っている。そして、所得税の納税義務と課税単位については、わが国では個人としている規定を確認している。

第２章では、課税単位について述べている。第１節では課税単位の類型について整理をし、諸外国の課税単位については *Taxing Wages*（OECD）を用いて整理をしている。また、世帯単位課税の合算分割方式（二分二乗方式）と合算非分割方式の違いについて論じ、合算非分割方式であっても税率表の刻みとな

る金額を二倍にすることによって、税率を変えずに二分二乗方式と同じ税負担額にすることができることを述べている。第２節では、課税単位の選択がなぜ問題となるのかについて論じている。個人間の公平性か世帯間の公平性か、どちらを重視するのかによって選択する課税単位が変わるのであるが、これはわが国をはじめ多くの国で累進的な所得課税を用いていることが原因である。そこで、課税単位を選択する際の基準について、ミードレポート及びオルドマン＝テンプルの原則を参照し、公平性についての検討を行った。第３節では、課税単位についてわが国で行われてきた議論の変遷について、主に政府税制調査会において出されたものについて整理をしている。

第３章では、世帯単位課税のシミュレーションとその結果についての考察を行っている。第１節では、担税力の等しい世帯について同様に課税する場合の担税力をどの様に測るのかという担税力の基準について定めている。第２節では、本稿で行うシミュレーションで用いるデータについて整理をし、現行の個人単位課税のもとでの税負担額を算出している。第３節及び第４節では、世帯単位課税についてシミュレーションを行って税負担額を算出している。共稼ぎ世帯と片稼ぎ世帯の比率を『労働力調査年報』（総務省）を用いて求め、税負担額の合計額、すなわち税収を算出する際に用いている。税収算出にあたっては、まず現行の税率を用いて、世帯単位課税に変更したときに得られる税収を求めた。そこで求めた税収が、個人単位課税のもとで得られる税収に対して中立的なものであるよう、全体的に税率をどの程度引き上げれば良いかを求めている。引き上げ後の税率表をもとに、世帯単位課税のもとで税負担額を算出し、現行の個人単位課税のもとでの税負担額からどの様に変化するのか、その効果について考察をしている。シミュレーションの結果から、税率表を全体的に 1.16 倍することによって、共稼ぎ世帯であろうと片稼ぎ世帯であろうと年間収入階級が 800 万円未満の世帯で増税となり、それ以上の世帯では減税となる傾向が明らかになった。

ここまでは、稼得割合の異なる夫婦間での税負担の変化については見ることができなかったため、第５節で、稼得割合の異なる夫婦間での税負担の変化についてもシミュレーションを行っている。シミュレーションによって、世帯主とその配偶者の稼得割合が近づくほど増税となる結果が得られた。そのうえで、

世帯の課税所得が等しい世帯が等しく課税される世帯単位課税に変更するのであれば、所得税法上の整備が必要である。したがって、最後に所得税法上の見直すべき箇所についても言及し、論を結んでいる。

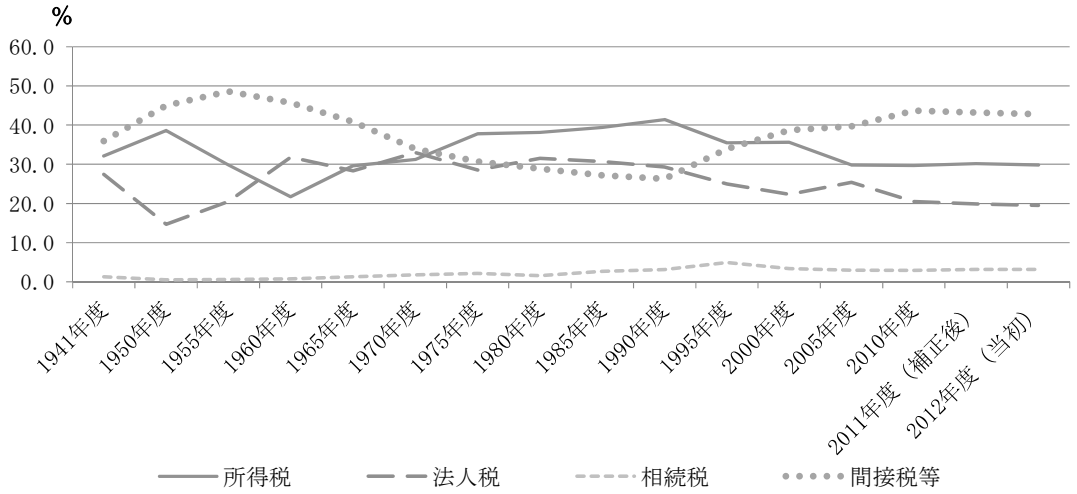
第１章　所得税の概要

第１節　所得税の意義

経済活動において所得を発生する主体は個人と法人であり、ほぼ全ての国で所得課税が実施されている。わが国では、個人所得課税として所得税がある。本節では所得税の意義について､所得税の目的及び効果という視点から述べる。

日本国憲法では「国民は、法律の定めるところにより、納税の義務を負ふ。」と定められており[1]、所得税に限らず課税が行われる目的は財源の調達である。

図１－１：わが国における所得税収（構成比）の累年比較



備考）・2010 年度以前は決算額であり、2011 年度は補正後予算額、2012 年度は予算額である。

・財務総合政策研究所（2012）『財政金融統計月報 第 722 号』、参照。

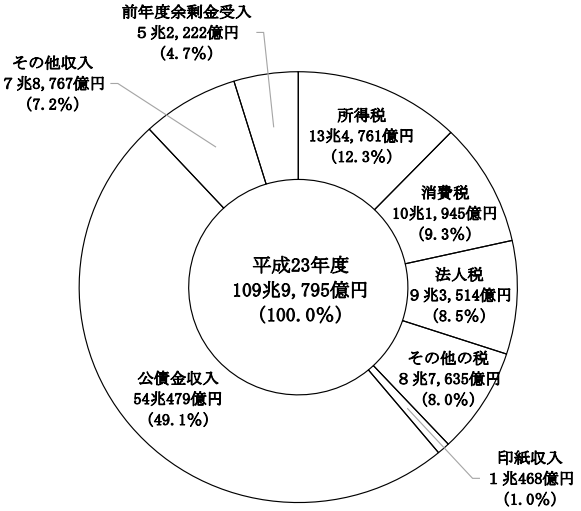
わが国では図１－１から分かるように､1990 年頃から税収に占める所得税収の比率は低下しているが､それでも約 30%で国税収入の重要な基幹となっている。2011 年分の所得税収は 13 兆 4,000 億円であり[2]、その内、源泉所得税額は 12 兆 8,477 億円である[3]。このことから、所得税収の約 95%が源泉徴収によっていることがわかる。また、同年の源泉徴収税額の内訳をみると、給与所得が

[1] 日本国憲法 第 30 条、引用。
[2] 財務総合政策研究所（2012）『財政金融統計月報 第 722 号』、参照。
[3] 国税庁（2011）『国税庁統計年報』、参照。

９兆６億円と源泉徴収税額の約 70%を占めており[4]、国税収入のうち給与所得によるものが最も多いことがわかる。

また、財政規模に対する所得税の規模については図１－２に示している。平成 23 年度決算で、歳入の約 50%を公債金収入で賄っており、約 40%が租税及び印紙収入である。その中でも所得税は、わが国の歳入の 12.3%を賄っている。これは公債金収入に次ぐ規模であり、租税及び印紙収入では最も高い比率であることから、わが国の財政規模に対する所得税の規模は重要な大きさであるといえる。

図１－２：わが国の財政規模と所得税の関係



出所）財務省 HP『平成 23 年度 一般会計歳入・歳出決算の概要』、引用。

https://www.mof.go.jp/budget/budger_workflow/account/fy2011/ke2411.htm

（2013 年 12 月 11 日、現在。）

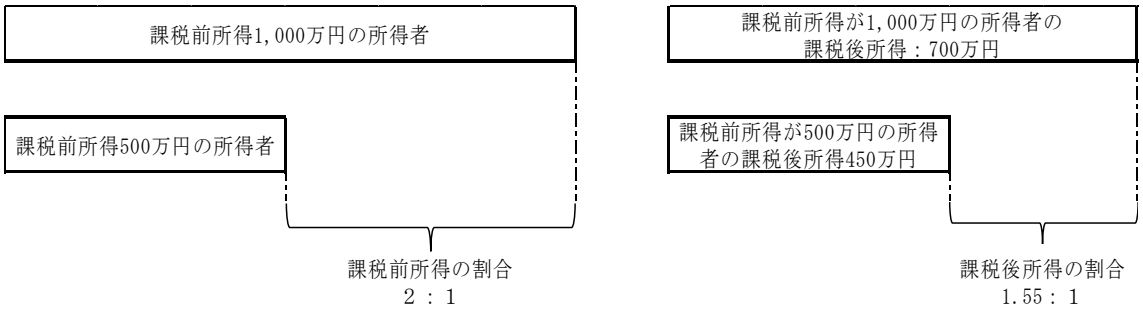
備考）数値は、平成 23 年度一般会計の歳入決算額である。

累進構造をもつ所得税は所得の再分配効果をもっている。例えば、図１－３で示すように、課税前所得が 1,000 万円の所得者と課税前所得が 500 万円の所得者がいる場合、その割合は２対１である。ここで、1,000 万円の所得者に 30%、500 万円の所得者に 10%の税率で所得税を課した場合、1,000 万円の所得者の

[4] 国税庁（2011）『国税庁統計年報』、参照。

課税後所得は 700 万円となり、500 万円の所得者の課税後所得は 450 万円になる。その結果、課税後所得の割合は 1.55 対 1 で、課税前よりも所得の不平等が縮小する。所得税が累進構造であるのは税負担の公平性を確保するためであり、累進課税によって負担を課したことによって不平等を縮小する効果をもっているのである。

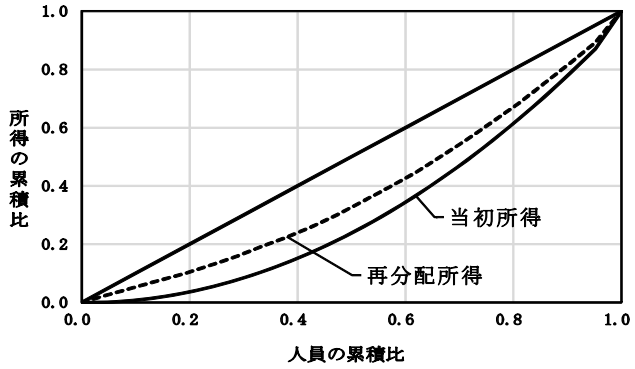
図１－３：所得税の所得再分配効果



ここで、所得再分配効果の具体的な数値を、『所得再分配調査報告書』（厚生労働省）をもとに検討する。ここでは所得の差を図る指標としてジニ係数を用いる[5]。ジニ係数とは、所得がどの程度高所得者層に集中しているかを示す指標

[5] ジニ係数を算定するためには、ローレンツ曲線と呼ばれる曲線を求める必要がある。なぜならばジニ係数は、均等分布線とローレンツ曲線で囲まれた面積が、均等分布線以下の三角形の面積に対してどの程度の比率があるかを求めるものであるためである。ローレンツ曲線は、横軸に所得の低い順から並べた人員の累積比をとり、縦軸にそれに対応する所得の累積比をとる。図１－４では、2008 年のデータを用いてローレンツ曲線を描いている。図中の 45 度線が均等分布線とよばれるもので、仮に所得の差が全くなければ均等分布線と同じ線を描き、均等分布線に近い状態であればあるほど所得の差が小さいことを示す。図中では、実線が当初所得のローレンツ曲線であり、点線が再分配所得のローレンツ曲線である。このローレンツ曲線を見ても、点線のローレンツ曲線の方が均等分布線に近づいており、所得の再分配効果があるといえる。

図１－４：2008 年におけるローレンツ曲線



備考）厚生労働省（2010）『平成 20 年 所得再分配調査報告書』、参照。

である。その値は０から１の間をとり、１に近いほど所得が高所得者層に集中していることを示す。表１－１は、1996 年から 2008 年までのジニ係数を示したものである。どの調査年でも、再分配所得のジニ係数が当初所得のジニ係数より低くなっていることがわかり、公的負担と給付が再分配の効果があることがわかる。また、当初所得のジニ係数から再分配所得のジニ係数を差し引き、当初所得のジニ係数で除した値、すなわち再分配によってどの程度ジニ係数が改善されたかを示す再分配係数は、2008 年で 29.3%とこの期間の中で最高の改善度となった。

表１－１：わが国における所得再分配にかかるジニ係数の推移

調査年	当初所得 A	再分配所得 B	再分配係数 (A-B)/A
1996	0.4412	0.3606	18.3%
1999	0.4720	0.3814	19.2%
2002	0.4983	0.3812	23.5%
2005	0.5263	0.3873	26.4%
2008	0.5318	0.3758	29.3%

出所）厚生労働省（2010）『平成 20 年 所得再分配調査報告書』、引用。

備考）・当初所得とは、雇用者所得、事業所得、農耕・畜産所得、財産所得、家内労働所得及び雑収入並びに私的給付（仕送り、企業年金、生命保険金等の合計額）の合計額をいう。

・再分配所得とは、当初所得から税金、社会保険料を控除し、社会保障給付（現金、現物）を加えたものである。

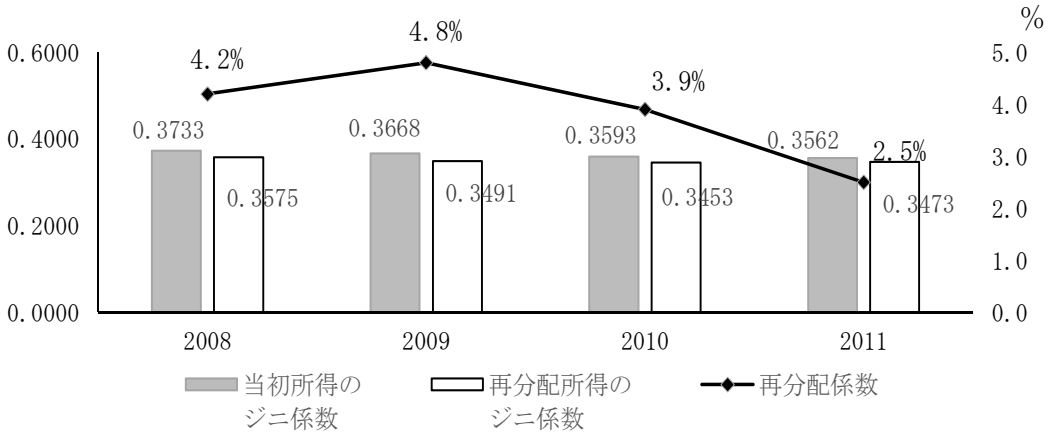
この調査には、所得税以外の租税や社会保障による効果も反映されているため、改善された度合いの全てが所得税によるものではない。そこで所得税の改善度を、『民間給与実態統計調査』（国税庁）にもとづいて計算すると、図１－５の通りにまとめられる。

当初所得は、当該調査に記載されている給与総額を用い、再分配所得は、給与総額から同じく記載のある税額を差引いたものである。

図１－５によれば、2010 年の再分配所得のジニ係数は、2009 年の再分配所得のジニ係数よりも低く、前年より再分配後の所得の差が縮まっていることがわかるが、2010 年の再分配係数は 2009 年の再分配係数よりも低下し、改善の

度合いは 2010 年の方が低いといえる。

図１－５：所得税の再分配効果の推移



備考）国税庁（各年版）『民間給与実態統計調査』を用いて算出。

また、累進構造をもつ所得税は経済安定化機能ももつ。わが国の戦後の税制の基礎となったシャウプ勧告では、税制は他の目的に反しない限り安定的作用をはたらかせるべきであるとし、その目的の達成のためにシャウプ勧告では、経済の安定に自動的に貢献する税制の必要性と、その方法として累進的な所得税制が重要な役割を担うべきと勧告している[6]。累進構造をもつ所得税が経済の安定化機能をもつということの意味は、例えばインフレ期には、名目所得が高まるにつれ適用される税率も高まるため、過度な投資や消費を抑制するはたらきをもつ。過度な投資や消費が抑制できればインフレーションの抑制になる。また反対に、不況期で極度に所得が低くなった場合でも、所得が低下したことにより、適用される税率が低くなるので可処分所得の減少を抑えるはたらきをもち、デフレーションを回避することに繋がる。シャウプ勧告では、この経済安定化機能を累進的な所得税制によって構築すべきであるとの見方を示している。

[6] GHQ（1949）p.19、参照。

第２節　所得概念

所得税には、その所得の源泉や性質に応じて分類し、所得の種類ごとに課税する分類所得税と、全ての所得を合算したうえで、一つの累進税率表を適用することによって課税する総合所得税とがあり、わが国では、総合所得税を原則としている。わが国では税制上、所得を 10 種類に分類していたり、分離課税を認めていたりするが、分類した後に最終的には所得を合算することを原則としており、また分離課税も例外的に認めているにすぎないことから、完全ではないものの総合所得税によっているといえる。総合所得税については、包括的所得概念とよばれる所得概念が用いられる。そこで本節では、課税ベースとしての所得をどの様にして測るかについて検討する。

金子（2011）によれば、「真の意味における所得（real income）は、財貨の利用によって得られる効用と人的役務から得られる満足を意味するが、これらの効用や満足を測定し定量化することは困難であるから、所得税の対象としての所得を問題にする場合には、これらの効用や満足を可能にする金銭的価値で表現せざるをえない。」[7]とあり、本稿でもこの考え方に従う。つまり、所得を財やサービスの消費からの効用を金銭価格で表したものとする。財やサービスの消費は、実際に消費する金銭価格を測る場合と、その消費に必要な金銭を新たに得た収入額を測る場合とがある。以下では、所得を消費面から測る場合と収入面から測る場合とにわけ、それぞれの所得の捉え方についてみる。

まず、所得を消費面から測る場合、各人の収入のうち、財やサービスの購入に充てられた場合のその購入した価格をもって所得とする。この場合、財やサービスを購入したその消費額を消費者に申告させ消費税を納税させる方法がある。この方法を用いていた国（インド、スリランカ）もあったが、すぐに廃止されている。その理由は、税務当局が消費者の消費額を捕捉することが困難を極めたことが大きい。その後、消費の価格をどの様に測るかについては、ミードレポートで検討がなされ、その中では貯蓄は所得の範囲から外れている。つまり、消費を C、収入を Y とし、貯蓄を S とすると、

$$C = Y - S$$

[7] 金子（2011）p.173、引用。

と表される。ミードレポートで検討されたこの方法によれば、前述した、消費額を消費者に申告納税させる方法で生じた、税務当局が消費者の消費額を捕捉しなければならないという問題も、収入額と貯蓄額の捕捉に置き換えることができる。ただし、毎年の貯蓄額（資産残高）を税務当局が捕捉することは実際には困難で、ミードレポートで示された支出の定義を用いた課税はこれまでに実施されたことはない。

所得を収入面から測る場合、所得は各人が得た収入額であり、取得型所得概念ともいわれる。各人が得た収入額の範囲の捉え方には、所得源泉説とよばれるものと包括的所得概念とよばれるものとの２つがある[8]。所得源泉説では、所得を規則的・反復継続的に得たものだけに限定し、偶発的・一時的に得たものは所得に含まないとみなされる。包括的所得概念では、所得を包括的に捉えており、規則的・反復継続的に得たもの以外にも、偶発的・一時的に得たものも所得に含められる。この偶発的・一時的に得た所得としては、例えば、株や土地等の値上り益であるキャピタル・ゲインがあげられ、包括的所得概念のもとではこれも所得に含まれる。同様に、帰属所得についても所得に含まれることになる。帰属所得とは、例えば、農家の自家消費がこれにあたる。米を生産する農家を想定すると、農家は収穫した米を市場を通して売却することにより所得を得ることができる。一方で、農家が収穫した米を自身で消費することもできる。この様に、自身が収穫した米を自身で消費した場合、それは自分で自分に売却し所得を得たと考えることができ、これを帰属所得とよぶ。給与所得者の場合、配偶者が行う家事サービスは、世帯主がその配偶者に対価を支払って家事サービスを購入していると考えれば、その配偶者に所得が発生していることになる。この帰属所得は、規則的・反復継続的に発生するのであれば所得源泉説のもとでも所得として捉えられ、包括的所得概念のもとでは規則的・反復継続的に発生していなくても所得として捉えられる。

包括的所得概念[9]は、シャンツ、ヘイグらによって二時点間の経済力の増加と定義されている。ここに、所得を Y、消費を C、期間の始めにおける資産の価格を A_0、期間の終わりにおける資産の価格を A_1 とすれば、包括的所得概念で

[8] 所得源泉説と包括的所得概念については、藤田（1992）、金子（2011）が詳しい。
[9] 以下、藤田（1992）pp.18-19 を参照する。

は所得は、

$$Y = C + A_1 - A_0 \quad (1)$$

と表される。この定義は所得を使用あるいは処分した側面、すなわち流出した側面から捉えている。しかし日常的に所得とは、流入した側面から捉えられる。そこで、シャンツらが定義した所得概念が流入面から捉えた場合でも説明できることを示す。賃金を W、利子を I、贈与を G、そして所有している資産の値上がり額、又は値下がり額を Z としたとき、流入面から捉えた所得、すなわち期間の終わりにおける資産の価格は、

$$A_1 = A_0 + W + I + G + Z - C \quad (2)$$

と表される。（２）式を（１）式に当てはめると、

$$Y = C + A_0 + W + I + G + Z - C - A_0$$

となり、

$$Y = W + I + G + Z \quad (3)$$

となる。このとき、（１）式と（３）式の左辺はともに所得 Y であるから、（１）式＝（３）式すなわち、

$$Y = C + A_1 - A_0 = W + I + G + Z$$

と表され、シャンツらが定義した所得概念は流入面、すなわち源泉面からも同じく捉えることができる。

所得の捉え方については、消費面から捉えて課税することが実際に困難であることから、どの国においても収入面から捉えており、本稿でも所得は収入面から捉えるものとする。また所得の範囲については、偶発的・一時的なものであっても、それは所得者の担税力を高めることになると考えられることから、わが国ではこれまで一般的に包括的所得概念が支持されている[10]。

第３節　わが国の所得税について

第１項　所得税の現状

第１節で述べたように、わが国の所得税は、給与所得からの税収が 70％を占

[10] 近年では、北欧諸国を中心に資本所得に分離課税を行い、その他の所得は合算して累進税率表を適用する、いわゆる二元的所得税がその広まりを見せている。

めている。その給与所得者の納税者比率は図１－６の通り、2011 年分で給与所得者の 84%が納税者であり、1990 年頃から、1998 年を除いてその割合は常に 80%を超えている。

図１－６：わが国における給与所得者の納税者比率



備考）国税庁（2011）『民間給与実態統計調査』、参照。

上述のように、所得税にはその源泉によって区分して課税する分類課税と、全ての所得を合算して課税する総合課税がある。わが国では第二次世界大戦後のシャウプ勧告により、所得を包括的に捉えることによる総合課税が原則となった。わが国の所得税制は、所得税法第 23 条から第 35 条までの規定によって所得を①利子所得、②配当所得、③不動産所得、④事業所得、⑤給与所得、⑥退職所得、⑦山林所得、⑧譲渡所得、⑨一時所得、⑩雑所得の 10 種類に分類しているが、最終的にはすべての所得を合算し、一つの累進税率表を適用することを原則とする、総合課税を採用している。しかし、総合課税であっても、利子所得の源泉分離課税に代表されるように、総合課税が完全に実現しているわけではない。また、未実現のキャピタル・ゲインや帰属所得については原則として課税の対象から除外されている。この点については、これらを所得から除外することを容認しているのではなく、課税が困難であることから除外されているものであり、所得である以上、課税ベースに含まれるべきである。帰属所得を例にとると、所得税法では、「居住者がたな卸資産（これに準ずる資産として政令で定めるものを含む。）を家事のために消費した場合又は山林を伐採し

て家事のために消費した場合には、その消費した時におけるこれらの資産の価額に相当する金額は､その者のその消費した日の属する年分の事業所得の金額、山林所得の金額又は雑所得の金額の計算上、総収入金額に算入する。」[11]としており、事業者が仕入れたたな卸資産を自家消費した場合は、その資産の価額を収入金額に算入する規定であって、帰属所得が所得を構成する規定になっている。

第２項　所得税の算出

ここでは、所得税の納税義務者と税額が最も多い給与所得を例にその計算方法を説明する。給与所得は給料として支払いを受けた額（収入額）とイコールではなく、収入から経費額を差し引いた後の額が給与所得の額となる。つまり給与所得は、

給与所得＝給与収入－経費

と計算される。給与所得については、経費を概算額で求めることが認められており、それが給与所得控除額である。表１－２は、平成 24 年の給与所得控除額を求めるための控除率表である。ここで世帯主の給与収入が 750 万円であった場合、給与所得は、

750 万円－（180 万円×40%+（360 万円－180 万円）×30%）+

（660 万円－360 万円）×20%+（750 万円－660 万円）×10%）

＝555 万円

と計算される。

表１－２：給与所得控除の控除率表

給与収入金額	控除率
180万円以下	40% ※65万円に満たない場合は65万円
180万円超　360万円以下	30%
360万円超　660万円以下	20%
660万円超　1,000万円以下	10%
1,000万円超	5%

備考）所得税法 第 28 条。

[11] 所得税法 第 39 条、引用。

なお、給与所得控除額を超える経費がある場合には、概算額ではなく実際の経費を算出して給与収入から差し引く特定支出控除も認められている[12]。しかし、特定支出控除の対象となる範囲が限定的であることや、林（2002）が指摘するように、現行の給与所得控除の水準が高いことにより適用できる者が少ないと考えられる[13]。平成23年の税制改正で、平成25年分より特定支出控除の対象となる範囲が拡充されたため、これまでに比べれば適用される者が増加すると推測できるが、特定支出控除の適用対象者を広げることは、確定申告を行う者を増加させることにつながり、徴税コストが増加するおそれもある。

所得税の算出においては、ここで計算された給与所得がそのまま税率を適用する課税所得とはならず､種々の目的によって定められた所得控除を差し引き、その残額が課税所得となる。つまり、

課税所得＝給与所得－所得控除

と計算される。

所得控除の目的と控除項目は、以下のように大別できる。

① 課税最低限を保障するためのもの：基礎控除、配偶者控除、配偶者特別控除、扶養控除

② 担税力の減殺を考慮するためのもの：雑損控除、医療費控除

③ 社会政策上の要請によるもの：社会保険料控除、生命保険料控除、地震保険料控除、寄付金控除、小規模企業共済等掛金控除

④ 個人的事情を考慮するためのもの：寡婦（夫）控除、障害者控除、勤労学生控除

これをモデルケース[14]に当てはめると、基礎控除（38万円)、配偶者控除（38万円)、扶養控除（38万円と63万円）[15]、社会保険料控除（750万円×10%）

[12] 所得税法 第57条の2では、特定支出控除の対象を、①通勤費、②移転費、③研修費、④資格取得費、⑤帰宅旅費の5つのみを定めている。

[13] 林（2002）では、給与所得獲得のための経費を5分位階級別に推計しており、何れの階級においても経費割合は6％から8％であると推計している。（林（2002）p.121、参照。）

[14] ここでは、世帯主のみが給与所得者である片稼ぎ世帯で、高校生と大学生の扶養者がいる夫婦子2人世帯をモデルとしている。

[15] 扶養控除は、扶養親族の年齢によって控除額が変わる。
① 一般の控除対象扶養親族（扶養親族が16歳以上）・・・38万円
② 特定扶養親族（扶養親族が19歳以上23歳未満）・・・63万円
③ 老人扶養親族で納税者と同居している場合（扶養親族が70歳以上）・・・58万円
④ 老人扶養親族で納税者と同居していない場合（扶養親族が70歳以上）・・・48万円

を給与所得から差し引く。そして社会保険料控除については、以下の表１－３の通り財務省が公表している簡易計算表に当てはめて計算することとする。

表１－３：財務省による社会保険料控除の簡易計算表

給与収入金額	割合	加算額
900万円以下	10%	―
900万円超　1,500万円以下	4%	540,000円
1,500万円超	―	1,140,000円

出所）財務省 HP『所得税の課税差最低限の内訳及び算出方法』、引用。

http://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/income/043.htm

（2012 年 11 月 11 日、現在。）

したがってモデルケースの場合、課税所得は、

555 万円－（38 万円+38 万円+38 万円+63 万円（750 万円×10%））

＝555 万円－252 万円

＝303 万円

となり、ここで表１－４の累進税率表を適用する。

195 万円×5%+（303 万円－195 万円）×10%

＝20 万 5,500 円

これから、二重課税排除を目的とした配当控除や外国税額控除といった税額控除項目を控除して世帯主の税額が決定される。これらの税額控除がなければモデルケースの世帯主の税額は 20 万 5,500 円となる。

表１－４：所得税の税率表

所得金額	限界税率
195万円以下	5%
195万円超　330万円以下	10%
330万円超　695万円以下	20%
695万円超　900万円以下	23%
900万円超　1,800万円以下	33%
1,800万円超	40%

備考）所得税法 第 89 条。

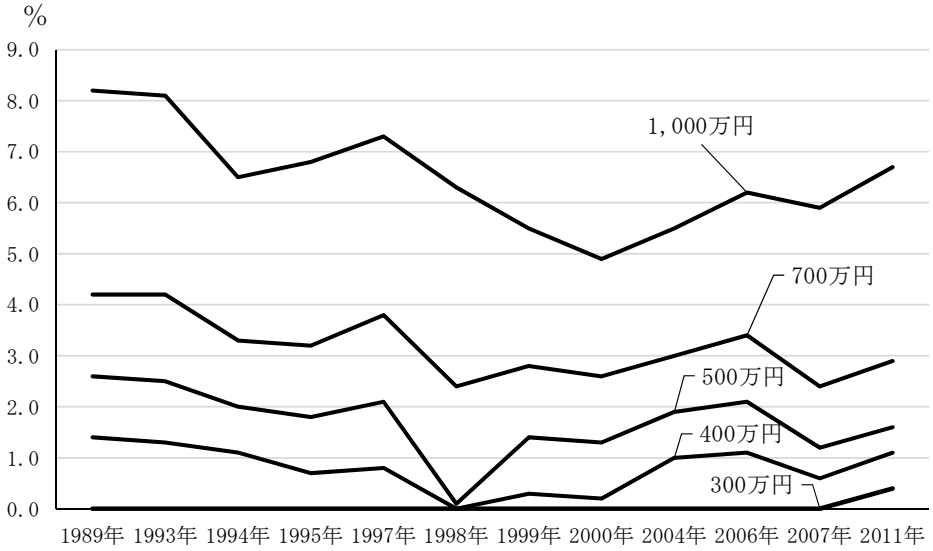
第３項　所得税負担率の国際比較

前項のモデルケースの税額、20 万 5,500 円を給与収入で除した所得税負担率は 2.74%となる。平成に入って以降のわが国の所得税負担率は図１－７でその推移を示している。これを見ると、年間給与収入額が 700 万円までの世帯では概ね 4.0%までの負担率で推移しており、2011 年では、3.0%未満である。また、この他に３つの変動があげられる。１つ目の変動は、1998 年の負担率の低下である。これは定額減税が実施されたことに起因する。この減税は、給与所得者については源泉徴収される税額を減少させる方法で実施され、所得税につき給与所得者本人に対して１万 8,000 円、その配偶者や扶養親族に対してはそれぞれ 9,000 円の減税がなされた[16]。年間給与収入額が 400 万円である者（夫婦子２人世帯）の税額は 1997 年には３万 3,000 円であったが、1998 年の定額減税で４万 5,000 円の減税がなされたため、1998 年の税負担額は０円であり、所得税負担率も０％となっている。２つ目の変動は、2007 年の負担率の低下である。これは所得税から住民税への税源移譲によるもので、所得税額を減額し、その分を住民税額に移譲するものである。そのため、所得税額及び所得税負担率は下がっているが、住民税と合わせれば負担の変化はない。３つ目の変動は、2011 年の負担率の上昇である。これは、扶養控除に係る制度改正に伴うものである。この改正では、15 歳未満の年少扶養親族に対する１人当たり 38 万円の所得控除と、16 歳以上 19 歳未満の１人当たり 63 万円のうち、上乗せ部分の 25 万円の所得控除が廃止されたものである[17]。したがって、単身者世帯や夫婦のみ世帯では所得税負担率の変化は見られない。

[16] 1998 年の定額減税は、所得税と個人住民税合わせて２兆円の規模で実施された。なお、個人住民税の減税額は、勤労者に対しては 8,000 円、その配偶者や扶養親族に対してはそれぞれ 4,000 円である。

[17] 2010 年４月１日に施行された、子ども手当の支給に伴って廃止されたものである。子ども手当では、中学校修了までの子ども（15 歳未満）一人につき、月額で１万 3,000 円がその子どもの扶養者に支給されるものである。この支給に係る所得制限は設けられていなかった。

図１－７：わが国の所得税負担率の推移

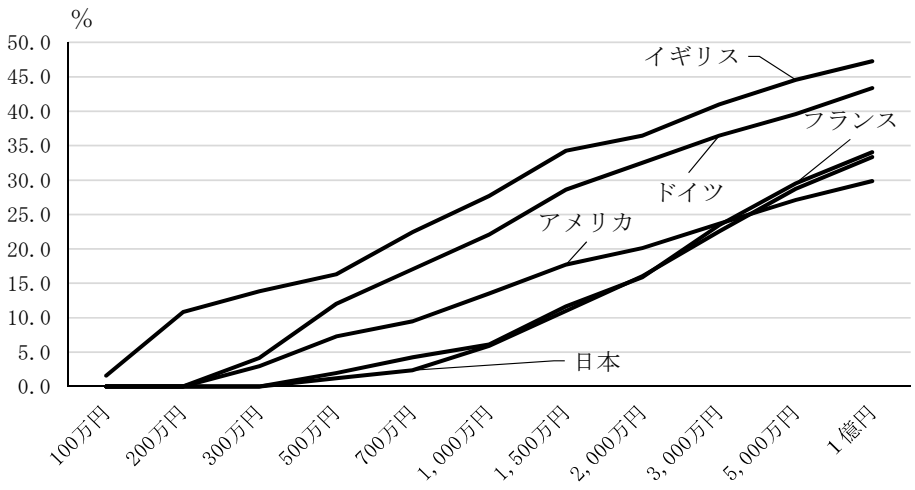


備考）・財務総合政策研究所（2012）『財政金融統計月報第 722 号』、参照。

・夫婦子２人の世帯の年間給与収入額に対する所得税負担率を示している。

わが国の所得税負担率は以上のような推移をしてきたが、現在の負担の状況を諸外国と比較したものが図１－８である。イギリスでは、年間給与収入額が 200 万円の世帯で所得税負担率が 10%を超えている。また、年間給与収入額が 1,000 万円までの世帯でみても、日本とアメリカ、イギリス及びドイツとの所得税負担率は大きく異なっており、日本はフランスと近い値をとっている。

図１－８：わが国と諸外国の所得税負担率の比較



備考）・財務総合政策研究所（2012）『財政金融統計月報 722 号』、参照。

・各国とも、夫婦子２人の世帯の年間給与収入額に対する所得税負担率を示している。

・邦貨換算レート：１ドル 78 円、１ポンド 123 円、１ユーロ 106 円（基準外国為替相場及び裁定外国為替相場：平成 23 年 11 月中における実勢相場の平均値）。

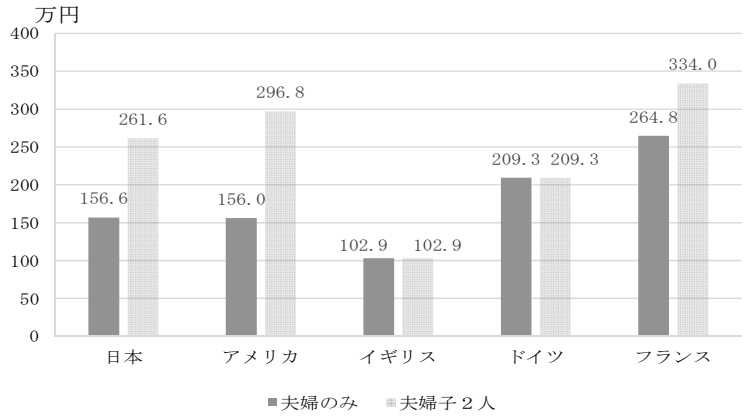
第４項　所得税の課税最低限

所得税の算出の際に用いる基礎控除や配偶者控除、扶養控除といった人的な所得控除は、課税最低限を構成している。課税最低限は、最低生活費を担税力とはみなさず、課税の対象から除外するために設けられているものである。基礎控除は年額 38 万円であるが、この控除額を最低生活費として生計を立てることは難しい。しかし、給与所得者には給与所得控除が認められており、最低でも 65 万円を控除することができる。したがって、単身者の場合には基礎控除と併せて 103 万円が課税最低限となる。また、扶養親族がある場合には、その数に応じて課税最低限が変化する。

わが国の課税最低限を諸外国の課税最低限と比較すると図１－９のようになり、これだけを見ると諸外国と比べて特別低水準でもなければ高水準でもないように見える。夫婦子２人の世帯では、１人は特定扶養親族に該当し扶養控除の適用を受けることができるが、もう１人は 13 歳としており、扶養親族に該

当しない子としていることから、扶養控除の適用対象外である。しかし、扶養控除の適用対象外ではあるが、その子が 13 歳であることから児童手当の支給対象者となる[18]。児童手当の支給額は 13 歳（中学生）であれば月額 1 万円であり年間 12 万円の支給を受ける。年間 12 万円の支給を、最低税率の 5 %で割り戻せば、課税最低限は 240 万円となる。つまり、児童手当として受ける年間 12 万円の給付は課税最低限を 240 万円分増加させることになる。これを現在のわが国の課税最低限である 261 万 6,000 円に加算すれば、501 万 6,000 円となる。これを諸外国の課税最低限と比較すれば、夫婦子 2 人の世帯の課税最低限は突出して高いことがいえる。

図 1 － 9 ：わが国の課税最低限と諸外国の課税最低限



出所）財務省 HP『所得税の課税最低限及び税額と一般的な給付の給付額が等しくなる給与収入の国際比較』、参照。

https://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/income/028b.htm

（2013 年 4 月 3 日、現在。）

備考）・日本の子 2 人の場合、1 人が特定扶養親族に該当する子とし、もう 1 人は 13 歳とし扶養親族に該当しない子である。

・邦貨換算レート：1 ドル 80 円、1 ポンド 127 円、1 ユーロ 102 円（基準外国為替相場及び裁定外国為替相場：平成 24 年（2012 年）5 月中における実勢相場の平均値）。

[18] 2012 年 3 月までは、子ども手当てであったが、2012 年 4 月より児童手当となり、中学校修了までの国内に住所を有する児童が支給対象となる。

第５項　所得税の納税義務者と課税単位

わが国の現行の制度は、原則として個人の所得を包括的所得概念によって把握しており、納税義務者は個人としている。そこでこれより、わが国の所得税制が定める納税義務者について概観し、所得税を課す単位について検討する。

所得税の納税義務者について、所得税法では、「居住者は、この法律により、所得税を納める義務がある。」[19]と規定している。そして居住者とは、「国内に住所を有し、又は現在まで引き続いて一年以上居所を有する個人をいう。」[20]と規定されている。しかし、住所及び居所に関しては所得税法上の定めがないことから、民法上の借用概念で判断することとなり、それを受けて、所得税法基本通達２の１では、「法に規定する住所とは各人の生活の本拠をいい、生活の本拠であるかどうかは客観的事実によって判定する。」としている。客観的事実については、社会的結びつきや経済的結びつきによって個別に判定される。所得税法第５条２項では、非居住者についても、国内源泉所得を有するとき、所得税を納める義務がある旨の規定がなされている。非居住者とは、居住者以外の個人を指しており、国内源泉所得は、日本国内に源泉がある所得であり、たとえば国内において行う事業から生じた所得や、国内にある資産の運用などから生じた所得をいう。

納税義務者である居住者及び非居住者は、ともに個人と規定されている。しかし、納税義務者が個人と規定されている場合であっても、税負担額の算出の単位である課税単位も個人であるとは限らない。つまり、納税義務が個人であっても、課税単位が世帯であることもあり得る。シャウプ勧告による改正前のわが国の所得税法では、世帯の所得を合算して所得税額を算出するが、所得税を各個人の所得額に按分して各個人が納税をする旨、規定していた。つまり、課税単位は世帯であったが納税義務者は個人であった。現在のわが国の所得税法では、「居住者に対して課する所得税の額は、次に定める順序により計算する。」[21]という規定があり、このことから、所得税は居住者個人に対して課して

[19] 所得税法 第５条１項、引用。
[20] 所得税法 第２条３項、引用。
[21] 所得税法 第 21 条１項、引用。

いることが分かる[22]。しかし、税額計算をする単位である課税単位には世帯を単位として課税する世帯単位という類型もあり、どちらかが絶対的に正しいものとして存しているわけではない。そこで、次章より課税単位の概要をみて、わが国の課税単位に関する研究をすすめていく。

[22] 非居住者についても、所得税法第 164 条 1 項で、「非居住者に対して課する所得税の額は、次の各号に掲げる非居住者の区分に応じ当該各号に掲げる国内源泉所得について、次節第一款（非居住者に対する所得税の総合課税）の規定を適用して計算したところによる。」という規定があり、居住者と同じく、所得税が非居住者個人に対して課していることが分かる。

第２章　課税単位論

第１節　課税単位の類型

前章では、所得税の意義や所得概念について検討し、わが国の所得税について概観した。そこでは、所得税の算出について、所得税の額を居住者に対して課すると規定しているわが国の所得税法に則っていた。しかし、所得税を算出するにあたり、その計算の単位を個人とすることが絶対的に正しいものではない。個人単位課税では個人間の公平性は満たされるが、世帯間の公平性は満たされない。世帯間の公平性を満たすためには、世帯単位課税を採用する必要がある。また、給付付き税額控除のような所得保障を税制を通じて考えるのであれば、世帯単位課税を選択することが必要である[23]。

次節で所得税制のもとでなぜ課税単位が問題となるかを検討するが、そのために、まず本節で課税単位の類型を整理する。

所得税の課税単位には２つの類型が存在する。１つは、世帯の所得を合算して税額を算出する世帯単位である。もう１つは、個人の所得に対して税額を算出する個人単位である。

世帯単位課税では、世帯の所得を合算した後、その所得を分割する方式と分割しない方式とにわかれる。前者を合算分割方式といい、後者を合算非分割方式という。また、合算分割方式の場合、分割する除数を夫婦２人とすれば、二分二乗方式となり、子供まで含めればＮ分Ｎ乗方式となる。わが国では個人単位課税が選択されているが、諸外国で選択されている課税単位は表２－１で示したように一様ではない。

[23] 個人単位課税のまま給付付き税額控除を導入すると、例えば、所得のない被扶養者も給付の対象になる可能性が生じる。したがって、世帯として給付を受ける対象となるのかどうかの判定が必要となり、そのためには世帯単位課税の選択が必要である。林（2011）では「すべての所得を包括的に捉えるとともに、世帯単位でのシステムの構築が必要となる」と述べている。（林（2011）pp.217-218、引用。）

表２－１：諸外国で選択されている課税単位

個人単位を採用している国：24ヵ国			
オーストラリア	デンマーク	日本	スロベニア
オーストリア	フィンランド	韓国	スウェーデン
ベルギー	ギリシャ	メキシコ	トルコ
カナダ	ハンガリー	オランダ	イギリス
チリ	アイスランド	ニュージーランド	イスラエル
チェコ	イタリア	スロバキア	ポーランド
世帯単位を採用している国：５ヵ国			
エストニア	合算非分割方式	ポルトガル	二分二乗方式
フランス	N分N乗方式	スイス	複数税率表を用いる
ルクセンブルク	二分二乗方式		
個人単位と世帯単位との選択制の国：５ヵ国			
ドイツ	世帯単位は二分二乗方式による	アメリカ	世帯単位は二分二乗方式により、複数税率表を用いる
アイルランド	世帯単位は複数税率表を用いる	スペイン	世帯単位は合算非分割方式による
ノルウェー	世帯単位は合算非分割方式による		

備考）OECD(2011)各国の課税単位を示す各ページ、鎌倉（2009）p.110、参照。

世帯単位課税の合算分割方式である二分二乗方式は前述の通り、夫婦の所得を合算した所得を二分する。その二分した所得に対して税率を適用して算出された税額を二倍することで世帯の税額とするものである。これに対して世帯単位課税の合算非分割方式は、世帯人員の所得を合算した金額に対して税率を適用して算出された税額を世帯の税額とするものである。この方式は二分二乗方式と異なり、複数の稼得者がいる場合には課税所得が高まり累進的な税率表が適用されるために税負担も重くなる。しかし、これは二分二乗方式で適用されている税率をそのまま適用した場合であって、税率が適用される課税所得の区分を変えることで、二分二乗方式で算出される税額と同じ税額にすることができる。例えば表２－２と表２－３は、二分二乗方式で求めた税額と、合算非分割方式で求めた税額を示している。二分二乗方式の課税所得と限界税率を基準に、合算非分割方式では、課税所得の区分を二倍に設定し、限界税率は二分二乗方式のものをそのままにすることで同じ税負担額になる。

表２－２：二分二乗方式による税額（単位：万円）

課税所得	100	200	300	400	500	600	700	800	900	1000
二分	50	100	150	200	250	300	350	400	450	500
限界税率	10%	10%	10%	10%	15%	15%	15%	15%	30%	30%
税額	5	10	15	20	27.5	35	42.5	50	65	80
二倍	10	20	30	40	55	70	85	100	130	160

備考）限界税率は以下の通りに設定している。

課税所得 200 万円以下 10%

課税所得 200 万円超 400 万円以下 15%

課税所得 400 万円超 30%

表２－３：合算非分割方式による税額（単位：万円）

課税所得	100	200	300	400	500	600	700	800	900	1000
限界税率	10%	10%	10%	10%	15%	15%	15%	15%	30%	30%
税額	10	20	30	40	55	70	85	100	130	160

備考）限界税率は以下の通りに設定している。

課税所得 400 万円以下 10%

課税所得 400 万円超 800 万円以下 15%

課税所得 800 万円超 30%

Ｎ分Ｎ乗方式は、二分二乗方式と同様に合算分割方式ではあるが、例えばＮ分Ｎ乗方式を採用しているフランスでは、家族除数制度が用いられており、子どもを 1/2 としてカウントしている。夫婦と子ども３人の世帯での世帯所得が 1,000 万円であった場合、その所得を 2.5 で除した所得、すなわち 400 万円に税率を乗じる。そしてその税額を再び 2.5 で乗じて世帯の所得税額とするものである。この制度では、世帯所得が同じでも除数であるＮが多くなればなるほど所得税額が低くなり、子どもの数が多くなればなるほど税負担が軽くなる。

本節では、課税単位の類型について整理をしたが、次節では、所得税制のもとでなぜ課税単位が問題となるかについて論じる。

第２節　課税単位の選択がなぜ問題となるか

所得税において課税単位が問題となるのは、わが国のような個人単位課税の

もとでは、同じ家族構成で、合計した世帯所得が等しい世帯の間で、税負担額が異なる可能性が生じるためである。所得税負担を求める際、世帯間の公平性を重視すれば世帯単位課税、個人間の公平性を重視すれば個人単位課税が選択されることになる。

個人単位課税であっても、所得税が比例税であれば、すなわち所得の増加に対応して税負担が比例して増える税率構造であれば、個人単位課税のもとでも合計所得が等しい世帯の税額は同じになる。また、世帯の所得が増えても税負担率に変化はない。したがって、比例税である場合は課税単位の問題は生じない。しかしわが国をはじめ一般的には、所得が高まればより高い負担率で課税する、累進的な所得課税を導入している。そのため、課税単位をどの様に選択するかの問題が生じる。

これまで見てきた通り、現在のわが国では個人単位課税が採用されているが、所得税制が創設されたときから個人単位による課税がなされていたわけではない。わが国でも第二次世界大戦までは、世帯の所得に対して課税する世帯単位課税が採られており、シャウプ勧告によって個人単位課税へと移行している。もっとも、林（2002）によれば、「個人単位課税になったとはいえ、当時はまだ、所得を稼得しているのが世帯主のみであるケースが多く、所得を算出する単位として世帯を用いても個人を用いても大差はなかった。」[24]とされている。その様ななかでも、シャウプ勧告が個人単位課税を導入するよう勧告した理由は、以下の４つにまとめられる[25]。

① 累進税率のもとでは、所得を合算することはより高い税率を適用されることになり、それが税負担の不公平な分配であるため。
② 税負担の増大は、人為的に世帯を分解する理由となるため。
③ 納税義務者が実際に同世帯、同居しているかどうかを把握することは実際に困難であり、不公平であるため。
④ 税額を決定したあと、その世帯の税額を世帯員に按分することは煩雑であるため。

このシャウプ勧告を受けてわが国では個人単位課税が導入されたが、わが国

[24] 林（2002）pp.108-109、引用。
[25] GHQ（1949）pp.73-74、参照。

だけでなく諸外国においても、世帯単位課税から個人単位課税へと移行する動きが見られた。その背景については、林（2002）によると、

① 所得が家ごとではなく個人ごとに発生するようになったこと。

② 給与を得て働く者の中で女性の数が増加したこと。

③ 個人の尊重意識が高まったこと。

とまとめられる[26]。

課税単位を具体的にどの様な基準で選択するか、その基準についてはミードレポートを参照する。それによると、課税単位の選択をする際の基準は、次の８点にまとめられる[27]。

① 結婚をするかしないかの選択は、税の影響を受けてはならない。

② 等しい経済力をもつ世帯は、等しく課税されなければならない。

③ 税が世帯構成員の勤労に対するインセンティブを鈍くさせてはならない。

④ 世帯内での財産所有等に関する取り決めについては、複雑な税体系が影響を及ぼしてはならない。

⑤ 勤労所得であろうと資産所得であろうと、世帯間の公平は保たれなければならない。

⑥ 同一生計である２人は、単身の２人より生活費が安価になり、それゆえ担税力はより高くなければならない。

⑦ 課税単位の選択によって大きな税収ロスを引き起こしてはならない。

⑧ 課税単位の選択は、納税者の理解や税務当局の管理のためにできるだけ簡素なものでなければならない。

これらがミードレポートで示された、課税単位を選択する際の基準である。これらの基準には、現代の租税原則である公平・中立・簡素が取り入れられている。しかし、累進構造をもつ所得税制では、これら８つの基準がすべて満たされる状態はなく、互いに矛盾する基準が存在する。例えば、①の基準では個人単位課税が選択される。未婚の２人が結婚した場合、結婚前の２人の所得税はそれぞれに算出されるために、２人の合計税額は結婚によって変化しないためである。一方、世帯単位課税であれば、両者の所得が合算して課税されるた

[26] 林（2002）pp.107-108、参照。
[27] J.E.Mead(1978) pp.377-378、参照。

め、２人の稼得割合によっては、結婚前と比べて合計の税額が変化する可能性がある。したがって①の基準では、個人単位課税が選択される。②の基準では世帯単位課税が選択される。世帯単位課税のもとでは、世帯主とその配偶者の稼得割合に関わらず、世帯の税負担は等しくなるのに対して、個人単位課税では合計所得が同じであっても両者の所得の稼得割合が異なれば税負担の合計額には違いが生じる。したがって②の基準では、世帯単位課税が選択される。

以上の通り、矛盾する基準が存在するため全ての基準を満たすことは出来ないことから、どの基準を優先させるかを決定しなければならない。その決定についても、絶対的な優劣があるわけではなく、その時代の社会的要請を考慮して決定されるべきである。本稿では課税単位について、世帯間の課税の公平性の観点から論じる。したがって、ミードレポートの基準の中でも②の、等しい経済力をもつ世帯は、等しく課税されなければならない、という基準を踏まえて次章より分析を行う。

ミードレポートで示されている経済力は“resources”という単語で、帰属所得を含めたすべての所得が含まれることになる。また、配偶者や扶養者といった世帯構成員を考慮して課税しなければならない。つまり、同じ所得をもつ世帯であっても、世帯人員が異なると経済力は異なり、等しい課税をうけるべきではない。

また、課税単位に関する原則として知られている、オルドマン＝テンプルの原則によれば、以下の３つの基準が提示されており、いずれも現代の租税原則でいう公平性に着目したものである。

「① 片働き夫婦は、同じ所得の共働き夫婦より多くの税を負担する。
② 共働き夫婦は､合算して同じ所得の単身者２人より多くの税を負担する。
③ 単身者は、同じ所得をもつ片働き夫婦と同じかそれ以上の税を負担する。」[28]

①の基準では、片稼ぎ世帯の帰属所得を考慮した結果、同じ所得の共稼ぎ世帯よりも片稼ぎ世帯の方が多く税を負担するべきとしている。②の基準は、共同生活に伴う規模の経済を考慮したものである。単身者２人では、それぞれに家をもち、それぞれに生活経費がかかるが、共稼ぎ世帯の場合、同じ家に住ん

[28] 大田（1994）p.188、引用。

でいることから家賃や水道光熱費などの生活経費が単身者２人分よりも少なくて済む。したがって単身者２人よりも多くの税を負担するべきとしている。③の基準は、規模の経済がはたらいたからといって、それは１人分の生活経費より少なくなることはないから、単身者世帯は、同じ所得をもつ片稼ぎ世帯と同じかそれ以上の税を負担することが公平であるとしている。

前述の通り、課税単位には世帯単位と個人単位が存在するが、世帯間の公平性と個人間の公平性は同時に満たされないことを表２－４を用いて確認する。単純化のために、表中の所得は税率を乗じる前の課税所得とし、各控除については一切考慮していない。なお、税率については表１－４で掲げたわが国の現行のものを用いている。

表２－４：ケース世帯別の税負担額（単位：円）

世帯の状況	共稼ぎ世帯a	共稼ぎ世帯b
世帯主の所得	5,000,000	7,000,000
配偶者の所得	5,000,000	3,000,000
世帯の所得	10,000,000	10,000,000
世帯の税負担額（二分二乗方式）	1,745,000	1,745,000
世帯の税負担額（合算非分割方式）	1,764,000	1,764,000
世帯主個人の税負担額	572,500	974,000
配偶者個人の税負担額	572,500	202,500
個人の税負担額合計	1,145,000	1,176,500

表２－４は、世帯の所得の合計額が 1,000 万円である２組の夫婦の税負担を個人単位課税、並びに世帯単位課税（二分二乗方式）及び世帯単位課税（合算非分割方式）のそれぞれのもとで算出したものを比較したものである。世帯間の公平性を重視する世帯単位課税のもとでは、二分二乗方式であろうと合算非分割方式であろうと、それぞれの方式のもとでは共稼ぎ世帯 a と共稼ぎ世帯 b の世帯の税負担合計額は同じになる。二分二乗方式では世帯の所得を二分して税率を乗じ、合算非分割方式では世帯の所得に税率を乗じることから、合算非分割方式の方が適用される税率が高くなり、二分二乗方式に比べて税負担額も高くなる。それでも、それぞれの方式のもとでは世帯で同じ所得をもつ世帯の税負担額は同じになる。一方、個人間の公平性を重視する個人単位課税のもとでは、両世帯の税負担は共稼ぎ世帯 a＜共稼ぎ世帯 b になる。これは、累進税

率のもとでは所得が高まれば適用される税率も高くなるためである。このように、世帯間の公平性と個人間の公平性のいずれを重視するかによって、各世帯（個人）の税額は異なった結果となり、累進課税のもとでは、両者を同時に達成することはできない。

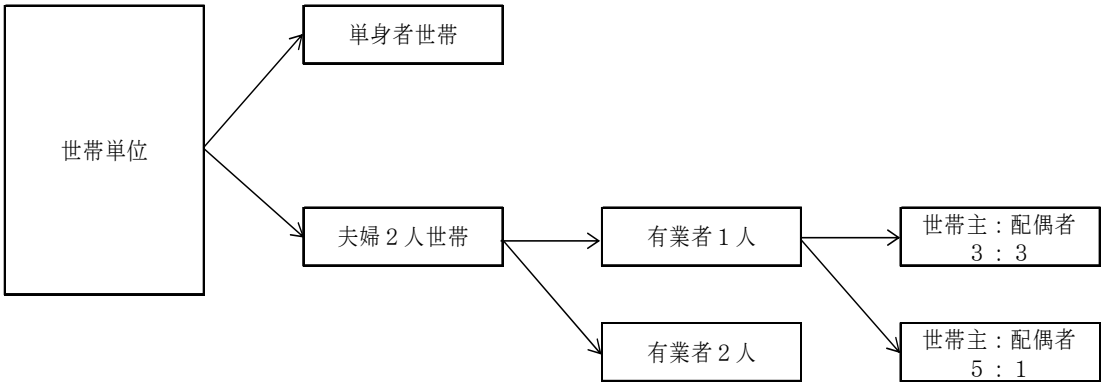
望ましい課税単位について林（2002）では、課税単位をめぐる考慮すべき基準が複数あることをあげ、「どれかの基準を満たすために望ましい課税単位は世帯とすべき、というような１対１の関係を見いだすのも非常に難しい」[29]とし、その理由について、「個人単位であっても控除制度を利用することで世帯を考慮することは可能であるし、世帯単位であっても所得を分割することで複数の稼得者がいるのと同じ扱いをすることができるからである。」[30]とされている。現在のわが国では、個人単位課税をベースに、配偶者控除や扶養控除といった控除制度を利用することによって世帯を考慮している。また、世帯単位課税をベースに所得を分割するというのは、前述した合算分割方式である二分二乗方式やＮ分Ｎ乗方式が当てはまる。

これまで述べてきた様に、所得税額は世帯を構成する人員や個人の扶養状況についても考慮したうえで求められる必要がある。ここでは、世帯単位課税について、オルドマン＝テンプルの原則を参考に、下記の通り３つに場合を分け世帯の年間収入が同じときの公平性についての検討を行う[31]。

① 単身者世帯と夫婦２人世帯
② 有業者１人世帯と有業者２人世帯
③ 世帯主の所得とその配偶者の所得が同じ（３：３）世帯と異なる（５：１）世帯

[29] 林（2002）p.112、引用。
[30] 林（2002）p.112、引用。
[31] ここでの①の場合は、オルドマン＝テンプルの原則の②共働き夫婦は、合算して同じ所得の単身者２人より多くの税を負担する、と③単身者は、同じ所得をもつ片働き夫婦と同じかそれ以上の税を負担する、の２つの原則を参考とし、ここでの②の場合は、オルドマン＝テンプルの原則の①片働き夫婦は、同じ所得の共働き夫婦より多くの税を負担する、を参考としている。また、ここでの③は本稿で新たに加えたものである。

図２－１：世帯単位課税で公平性を検討する際の場合分け



まず、①単身者世帯と夫婦２人世帯との比較をする。同じ担税力をもつ世帯が等しく課税されることを満たすためには、同じ所得をもつ世帯であって、かつ、世帯を構成する人員も同じでなければならない。例えば、所得が 1,000 万円の単身者世帯と同じ所得を得る夫婦２人世帯が同じ税を負うのは適当ではない。なぜならば、単身者世帯より夫婦２人世帯の方がかかる生活費が多くなり、その分担税力が低下すると考えられるからである。

次に②有業者１人世帯と有業者２人世帯との比較をする。①のケースとの違いは、どちらの世帯も夫婦２人世帯という点である。つまり、①のケースとは異なり世帯を構成する人員は同じである。したがって、世帯の所得が同じであり、世帯を構成する人員も同じであるから、帰属所得を考慮の外におけば、負担する税額も同じであることが公平な状態であることになる。

最後に③世帯主とその配偶者の稼得割合が３：３の世帯と、世帯主とその配偶者の稼得割合が５：１の世帯との比較をする。この両世帯も、世帯の所得と世帯の構成人員は同じである。しかし、配偶者がフルタイムで働く共稼ぎ世帯と配偶者がパートで働く共稼ぎ世帯という、配偶者の就業形態の違いがある。世帯主とその配偶者の稼得割合が異なるため、それぞれの稼得割合での帰属所得を測ることが必要であるが、②のケースと同じく、帰属所得を考慮の外におけば、世帯の所得と世帯の構成人員は同じであるから、負担する税額も同じであることが公平な状態であることになる。

ここで検討している就業形態が異なる夫婦間の公平性については、藤田（1992）でも検討がなされている。それによれば、「帰属所得を無視する立場

においても、共稼ぎに伴う家事関連費の負担増を収入獲得のための一種の経費とみなして、特別の控除を認めるべきだという見解がある。」[32]とされている。つまり、世帯主とその配偶者の稼得割合が３：３の世帯の方が世帯主とその配偶者の稼得割合が５：１の世帯よりも共稼ぎに伴う家事関連費の負担は増えると考えられるということになる。したがって上述の見解を当てはめれば、世帯主とその配偶者の稼得割合が３：３の世帯は、家事関連費の負担増に伴って特別な控除を受けるため、世帯主とその配偶者の稼得割合が５：１の世帯よりも税負担は軽くなるべきである。しかし、この特別な控除を認める根拠となる家事関連費の負担も、配偶者の所得が高い世帯の方がより多くの費用がかかるとは一概には決められない。例えば、世帯主とその配偶者の稼得割合が５：１の世帯の方が世帯主とその配偶者の稼得割合が３：３の世帯に比べて家事関連費の負担は少ないと述べられているが、世帯主とその配偶者の稼得割合が５：１の世帯が世帯主とその配偶者の稼得割合が３：３の世帯と同様の家事関連費を費やしていることも考えられ、その世帯の選好によるところがあるから、帰属所得と同様、本稿ではこの特別な控除について言及することはしないものとする。

第３節　わが国の課税単位をめぐる議論の変遷

わが国の課税単位が個人単位であることは既に述べたが、課税単位をめぐる議論は繰り返し行われており、本節では、わが国で行われた課税単位に関する議論の変遷を概観する。

1986年２月の政府税制調査会専門小委員会では、課税単位について、その見直しを議論する理由を次の４点にまとめている[33]。

① 専業主婦の夫の稼得に対する貢献を評価する方策が必要なのではないかという考えが出されたため。

② 中堅所得層の負担の緩和のために二分二乗制を導入してはどうかという考えが出されたため。

[32] 藤田（1992）p.50、引用。
[33] 税制調査会 専門小委員会（1986）p.93、参照。

③ 事業所得者と給与所得者との間に生じている負担のアンバランスに対して対応する必要があるのではないかという考えが出されたため。

④ パートに出ている主婦の所得が一定額を超えた場合に、世帯全体の可処分所得が減少する断層減少を解消する方策が必要なのではないかという考えが出されたため。

①については、妻の夫に対する内助の功を税制上、二分二乗方式の導入によって評価、反映すべきであるとの主張がされている。表２－５では、同じ所得を稼得する場合で、世帯単位課税（二分二乗方式）による税負担額と個人単位課税による税負担額をそれぞれ算出している。単純化のため、所得は税率を乗じる前の課税所得とし、各控除については一切考慮していない。なお、税率については表１－４に掲げたわが国の現行のものを用いている。それによれば、所得が 1,000 万円の場合、世帯単位課税（二分二乗方式）では 114 万 5,000 円の税負担額となるが、個人単位課税では 176 万 4,000 円の税負担額となる。したがって、二分二乗方式を導入すると、個人単位で課税された場合に比べて税負担額は低くなることが確かめられる。しかし政府税制調査会専門小委員会では、「合算分割制を採用する場合には、片稼ぎ世帯と共稼ぎ世帯との負担のバランスの見地から、専業主婦の帰属所得の取扱について検討する必要がある。」[34]としている。これは、専業主婦の帰属所得を金銭価格で評価し、世帯の所得に含めるか、あるいは、それに見合う所得を共稼ぎ世帯の所得から控除しなければ均衡を失してしまうと指摘している。

表２－５：二分二乗方式と個人単位課税との税負担（単位：円）

二分二乗方式課税による税負担額		
	世帯主	配偶者
①所得	10,000,000	0
②世帯の所得	10,000,000	
③二分	5,000,000	
④二分（千円未満切捨）	5,000,000	
⑤税額	572,500	
⑥二倍	1,145,000	
⑦二倍（百円未満切捨）	1,145,000	

個人単位課税による税負担額		
	世帯主	配偶者
①所得	10,000,000	0
②税額	1,764,000	0
③税負担額の合計	1,764,000	

[34] 税制調査会 専門小委員会（1986）p.93、引用。

②については、二分二乗方式を導入すれば税負担の軽減が可能であるという主張である。表２－５の通り、個人単位課税によって算出された税額は二分二乗方式によって算出された税額よりも多くなっている。しかしこれは、現行の税率表が個人単位を前提に作られたものであり、二分二乗方式を導入するにあたっては、適当な税率表に見直されることになることから、現行の税率表を用いた場合に見込まれる軽減が必ずしも見込まれるわけではないと指摘している。

③については、事業所得者が、青色専従者給与として配偶者に給与の支払いという形で所得分割を可能にしており、給与所得者との税負担のアンバランスを主張するものである。これに対しては、「所得課税の税率構造自体の累進度を緩和する等の方向で、対応していくことが適当であると考える。」[35]としている。

④については、配偶者控除の適用が、配偶者の給与収入が 100 万円を超えた時点で無くなってしまうことに問題があった。すなわち、世帯主の給与収入が同じであっても、配偶者の給与収入が 100 万円であれば、配偶者控除の適用ができるが、配偶者の給与収入が 101 万円であればその控除は全額なくなり、後者の方が課税所得は高くなり、可処分所得が減少してしまうという問題を指摘したものである。この問題に対しては、世帯単位課税の合算分割方式を導入することで解消され、専門小委員会では評価に値するとしているが、「いわゆる「パート問題」は、各世帯類型に普遍的な問題というよりは、給与収入が 90 万円（現行）の近傍にある共稼ぎ主婦を有する世帯に限定された問題であり、この問題の解決を主たる目的として課税単位の変更を議論することは適当でない。」[36]として、その結果として、配偶者特別控除が導入されることとなり、課税単位そのものの変更には至らなかった。

その後、2005 年６月の政府税制調査会基礎問題小委員会の『個人所得課税に関する論点整理』が公表され、次の２点をあげている[37]。

① 配偶者との関係について、配偶者控除制度の見直しが必要であること。

② 子育て支援との関係について、子どもを生み育てることについての政策的支援を税制上考慮する必要があること。

これら２点についてそれぞれ検討する。①については、現状の個人単位課税

[35] 税制調査会 専門小委員会（1986）p.98、引用。
[36] 税制調査会 専門小委員会（1986）p.95、引用。
[37] 税制調査会 基礎問題小委員会（2005）pp.8-9、参照。

のもとで配偶者を有している場合、担税力が減殺されることを理由として所得控除を行っているが、この考え方について小委員会は、「夫婦のあり方や配偶者の家事労働の経済的価値もあること等から、改めて検討する必要がある。」[38]としている。また、配偶者に関しては二分二乗方式の導入についても検討されており、それによれば、所得が高まるにつれて専業主婦の世帯は税負担額が低くなることを指摘している。②については、個人単位課税で、子どもを養うことは担税力を減殺しているとし、扶養控除として所得控除を認めている。これらの観点から小委員会は、課税単位について「わが国では、戦後の家族制度の改正を背景に個人単位課税とされて以降、課税単位としては個人単位が維持されてきており、基本的にはこの制度が適当である。」[39]とまとめている。

以上の変遷をまとめると、わが国では課税単位の見直しについての議論はされているが、いずれも個人単位課税が支持されており、控除制度の創設、改正によって世帯構成員を考慮する方法が採られていた。そして現在も個人単位課税をベースに諸控除によって家族構成員を考慮する方法がとられているが、次章では、課税所得が等しい世帯を等しく課税する世帯単位課税を採ったときに税負担がどのように変化するかについてのシミュレーションを行う。

[38] 税制調査会 基礎問題小委員会（2005）p.8、引用。
[39] 税制調査会 基礎問題小委員会（2005）p.9、引用。

第３章　世帯単位課税への移行による効果

第１節　担税力の基準

これまでに論じた様に、個人単位課税のもとでは稼得割合が異なる２組の世帯は、合計で同じ所得をもっていても税負担は異なる。これは、累進的な所得課税を導入していることが原因であった。累進的な所得課税を変更しないのであれば､稼得割合に関わらず同じ所得をもつ世帯が同じ税を負担するためには、課税単位を変更する必要がある。そこでこの章では、わが国の所得税を世帯単位課税に変更することを想定し、その効果を明らかにするためにシミュレーション分析を行う。

税率表をそのままにすれば、合算非分割方式であれば共稼ぎ世帯の税負担が上昇するため、全体の税収は増加するのに対して、二分二乗方式であれば、片稼ぎ世帯若しくは世帯主とその配偶者の稼得割合に差がある世帯では、税負担が低下するため全体の税収は減少する。そのため、所得税収を変化させないことを条件とすれば、いずれの方式でも課税単位の変更に合わせて税率表を調整する必要がある。本稿のシミュレーションでは、世帯主とその配偶者の稼得割合が同じ世帯を基本に検討する。つまり、この共稼ぎ世帯の負担の変化をできるだけ抑えるために、二分二乗方式の世帯単位課税への移行を想定する。

わが国の所得税制を前提として、課税単位を世帯（夫婦）に変更して二分二乗方式を適用していくためには、給与所得者である世帯主とその配偶者のどの金額を二分二乗するかという問題がある。言い換えると、経済力（担税力）の等しい世帯主とその配偶者について同様に課税する場合の経済力を何で測るかということである。具体的には、世帯主とその配偶者の給与収入と所得控除後の課税所得のいずれの金額を世帯の経済力とするかである。

世帯主とその配偶者の給与収入を合算する場合、世帯主とその配偶者の稼得割合に関わらず、世帯で同じ給与収入額をもつ世帯は等しく課税されることとなる。現行制度である個人単位課税のもとでは、世帯主とその配偶者の給与収入額を合計した世帯の給与収入額が同じであっても、世帯主とその配偶者の稼得割合が異なれば世帯の所得金額と税額は異なる。それは、給与収入額を基準として控除額を算出する給与所得控除が存在するためであり、また適用される

税率の違いが存在するためである。世帯（夫婦）の経済力を、合計した給与収入額ととらえる場合、所得金額の算出に用いられる給与所得控除をどのように扱うかという問題が生じる。現行の給与所得控除は、稼得者ごとに算出され、その給与収入額の水準に応じて割合が異なるように（収入に対する割合が下がるように）設計されている。したがって、給与収入の合計額が同じであっても、世帯（夫婦）間での稼得割合の違いによって給与所得控除の合計額が異なることになり、合計した給与収入額が等しい世帯（夫婦）でも、所得金額の合計額には差が生じてしまう。合計した給与収入額が等しい世帯（夫婦）が同じ給与所得控除となるためには、２つの方式がある。

１つは、合計した給与収入額に対して給与所得控除を適用する方式である。表３－１は、合算した給与収入額が 1,000 万円で世帯主とその配偶者の稼得割合が異なる（６：０と３：３）夫婦の給与所得控除額を求めたものである。現行と同じ給与所得控除表を適用すると、それぞれ 220 万円の給与所得控除額となり、所得金額は 780 万円となる。世帯単位課税（二分二乗方式）では、この所得金額をもとに世帯の税額を算出する。世帯（夫婦）の給与収入額に対して給与所得控除を適用すれば、給与収入の合計額の等しい世帯（夫婦）は同等に課税することができる。ただし、この方式をとると、片稼ぎ世帯については、現行の個人単位課税のもとでの給与所得控除の水準となるが、世帯主とその配偶者のそれぞれに給与収入がある世帯（夫婦）の場合は、世帯（夫婦）としての給与所得控除の水準は引き下げられることになる。

表３－１：世帯主とその配偶者の年間給与収入を合算する場合の給与所得控除額と所得金額の計算（単位：円）

	世帯主	配偶者
①年間給与収入	10,000,000	0
②世帯の年間給与収入	10,000,000	
③給与所得控除	2,200,000	
④所得金額	7,800,000	

	世帯主	配偶者
①年間給与収入	5,000,000	5,000,000
②世帯の年間給与収入	10,000,000	
③給与所得控除	2,200,000	
④所得金額	7,800,000	

備考）表中の③給与所得控除の算出については、わが国の現行制度のものを用いている。

もう１つの給与所得控除の適用方法は、表３－２で示されているように、給与収入額を合算した後、その２分の１の額に給与所得控除を適用して所得金額

を求める方式である。世帯（夫婦）としての給与所得控除額はその２倍の金額になり、給与収入の合計額が等しい世帯（夫婦）に対しては同等の課税が実現される。この方式をとれば、現行の個人単位課税のもとで、同じ額の給与収入を得ている世帯（夫婦）にとっては、給与所得控除の状況は変わらないが、世帯主とその配偶者の稼得割合に違いがある世帯（夫婦）にとっては、給与所得控除の総額が拡大されることになる。

表３－２：世帯主とその配偶者の年間給与収入を合算する場合の給与所得控除額と所得金額の計算（世帯主とその配偶者の稼得割合が３：３のときに個人単位課税のもとで算出したときのものと同一となるように計算した場合）（単位：円）

稼得割合が３：３の世帯（個人単位課税）		
	世帯主	配偶者
①年間給与収入	5,000,000	5,000,000
②給与所得控除	1,540,000	1,540,000
③所得金額	3,460,000	3,460,000
（所得金額合計）	6,920,000	

稼得割合が６：０の世帯（世帯単位課税、二分二乗方式）		
	世帯主	配偶者
①年間給与収入	10,000,000	0
②世帯の年間給与収入	10,000,000	
③二分	5,000,000	
④給与所得控除	1,540,000	
⑤世帯としての給与所得控除（④×２）	3,080,000	
⑥所得金額（②－⑤）	6,920,000	

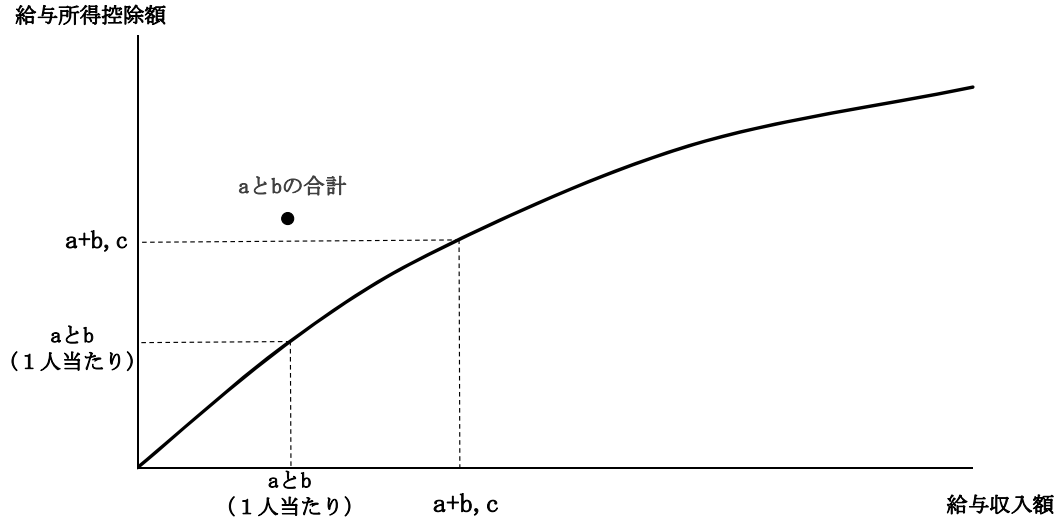
稼得割合が３：３の世帯（世帯単位課税、二分二乗方式）		
	世帯主	配偶者
①年間給与収入	5,000,000	5,000,000
②世帯の年間給与収入	10,000,000	
③二分	5,000,000	
④給与所得控除	1,540,000	
⑤世帯としての給与所得控除（④×２）	3,080,000	
⑥所得金額（②－⑤）	6,920,000	

備考）表中の給与所得控除の算出については、わが国の現行制度のものを用いている。

ここで、給与所得控除について検討を加える。図３－１を用いて、世帯として同じ給与収入額を稼得する共稼ぎ世帯（世帯主とその配偶者の稼得割合を３：３とし、図中でａとｂと示す。）と、片稼ぎ世帯（図中でｃと示す。）を想定する。ａとｂの稼得する給与収入額は同じであるから、それぞれで求められる給与所得控除額も同じである。両者の合算した給与所得控除額は図中のａとｂの合計である。片稼ぎ世帯の給与収入額は共稼ぎ世帯の世帯で稼得する収入額と同じであるから、ａとｂを２倍したｃであるが、給与所得控除額はａとｂの合計より低い額となる。給与収入額が２倍になっても給与所得控除額が２倍になるわけではない。つまり、給与収入額が２倍になっても、それに伴って新たに発生する経費も２倍になるわけではない。共稼ぎ世帯で、世帯の給与収入額を基準に給与所得控除額を決定するということは、a+b=c ということであり、つまり片稼ぎ世帯と同じ給与所得控除額にするということである。しかし、世

帯主とその配偶者の稼得割合が３：３の共稼ぎ世帯では、それぞれが同じ給与収入額を稼得しているのであり、片稼ぎ世帯が稼得するｃと同じ意味ではない。

図３－１：給与収入と給与所得控除の関係



給与所得控除は給与所得を獲得するための必要経費という性格があると解釈される[40]。給与の獲得は個人個人のもとで行われるものであり、給与所得控除がその給与を獲得するための必要経費と解釈するのであるから、給与を獲得する個人毎にその経費を算出するべきである。したがって稼得割合が異なる世帯主とその配偶者に対して、合算した収入が同じであることを理由に給与所得控除の額を同様にするべきではない。世帯主とその配偶者の稼得割合が異なる世帯であれば、給与所得控除額も異なった額であるべきである。したがって、給与所得控除の性質を考えれば、世帯主とその配偶者の年間収入額を合算する方法は採るべきではない。

[40] 給与所得者の必要経費の実額控除を認めないことは憲法に反しているとして争ったいわゆる大島訴訟では、給与所得控除の性質として以下の４つをあげている。
① 給与所得を獲得するための必要経費であること。
② 所得間の捕捉率格差の調整であること。
③ 源泉徴収による早期納税の金利調整であること。
④ 給与所得が他の所得に比して担税力が弱いこと。
この点について林（2002）では、④については客観的な根拠があるわけではないとし、③については源泉徴収による早期納税の金利分が大きなウエイトを占めることはないと指摘し、②については、給与所得者の捕捉率が他の所得者のそれより低くても給与所得者の捕捉率を低下させることが認められることではないとし、したがって給与所得控除の根拠は①の給与所得を獲得するための必要経費であると捉えられると述べている。（林（2002）pp.115-117、参照。）

給与所得控除と同様に、各個人の給与収入の額によって決まる所得控除として社会保険料控除がある。この社会保険料控除は、ほぼ給与収入に比例して算出されるが、上限も設定されており、正確に全ての給与収入に比例的になっているわけではない。そこで、以下のシミュレーションでは世帯（夫婦）の経済力としては、世帯主とその配偶者のそれぞれの給与収入額から給与所得控除と社会保険料控除を差し引いた金額（以下、「社会保険料控除後所得」とする。）を用いることにする。

次に、現行制度である個人単位課税のもとでの基礎控除と配偶者（特別）控除について、世帯単位課税（二分二乗方式）のシミュレーションをするにあたりそれぞれの取り扱いについて検討を加える。

まず、基礎控除の取り扱いについて検討する。基礎控除とは、次に述べる配偶者控除と並んで人的控除と呼ばれるものであり、第１章第３節第２項で述べた通り、課税最低限を保障するためのものである。課税最低限は、最低生活費を担税力とはみなさず、課税の対象から除外するために設けられているものである。したがって、課税単位を変更したとしても基礎控除を廃止すべきではなく、現状を維持すべきである。しかしながら、世帯主とその配偶者の課税所得を合算する二分二乗方式で、かつ課税所得までを現行制度である個人単位課税と同じ方法で計算すると、次の問題が生じる。

図３－２：基礎控除の有無と世帯の課税所得との関係

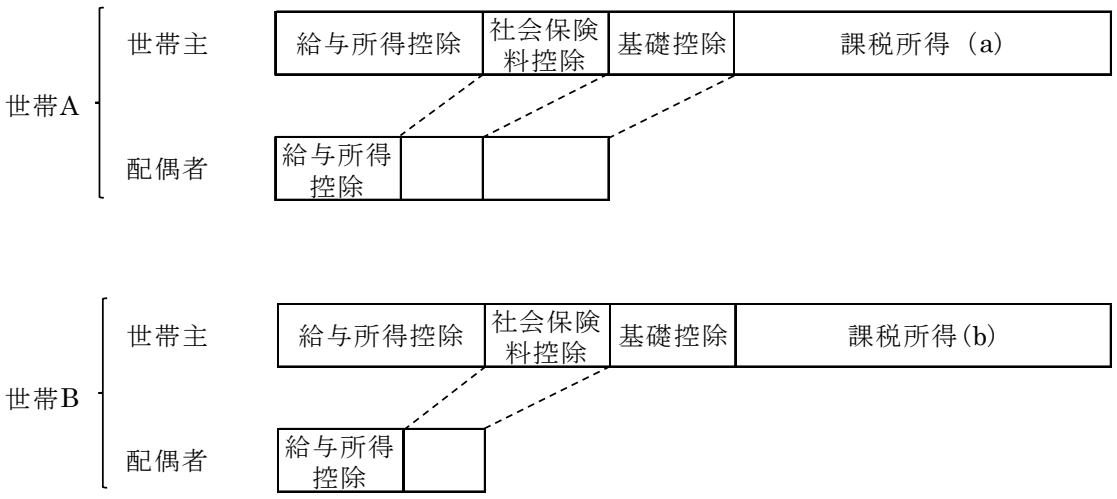
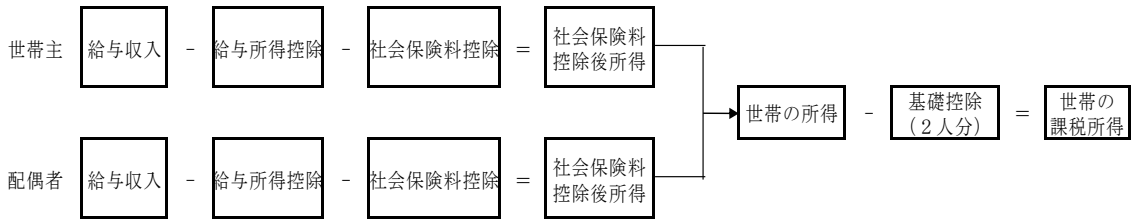


図３－２では、２つの世帯の世帯主とその配偶者の課税最低限と課税所得を示している。世帯Ａの世帯主と世帯Ｂの世帯主は同じ給与収入があり、課税最低限も同じであって課税所得も同じである。それぞれの配偶者については、世帯Ａでは、給与所得控除、社会保険料控除、基礎控除のそれぞれの額を合算した金額が配偶者の給与収入額と同じになる場合である。世帯Ｂでは、給与所得控除と社会保険料控除のそれぞれの額を合算した金額が配偶者の給与収入額と同じになる場合である。二分二乗方式であっても、課税所得までを現行制度である個人単位課税と同じように計算すると、世帯Ａも世帯Ｂも同じ課税所得（a=b）となり、世帯の税負担額も同じになる。しかし、世帯Ｂの配偶者には基礎控除が含まれておらず、前述の通り課税単位を変更しても基礎控除を廃止すべきではないことから、世帯単位課税（二分二乗方式）でも、基礎控除は世帯主とその配偶者の両者について行う必要がある。したがって本稿でも、基礎控除は世帯主とその配偶者の社会保険料控除後所得を合算した後に行うこととする。

配偶者（特別）控除は、個人単位課税のもとで世帯主の扶養対象としての構成人員を考慮するために設けられているものである。二分二乗方式では、世帯主とその配偶者の所得を合算しそれを２で除していることで世帯の構成人員については考慮がなされている。したがって世帯単位課税のもとで配偶者の最低生活費を保障するための控除は扶養者としての配偶者控除ではなく、配偶者自身の基礎控除であるため、本稿でも二分二乗方式のもとで税負担額を算出するうえでは配偶者（特別）控除は一切行わないこととする。

以上の想定のもと、本稿で行う世帯単位課税（二分二乗方式）を用いた際の課税所得を算出するまでの流れを示したものが図３－３である。なお本稿では、世帯主とその配偶者のそれぞれの社会保険料控除後所得を合算したものを「世帯の所得」とする。また、「世帯の所得」から世帯主とその配偶者の２人分の基礎控除を差し引いた残額を「世帯の課税所得」とする。

図３－３：本稿で用いる世帯単位課税（二分二乗方式）を用いた際の課税所得を算出するまでの過程



次節では、世帯単位課税（二分二乗方式）を採ったときの税負担についてのシミュレーションを行うにあたっての基礎データの説明を行い、現行制度にもとづいて所得税額を算出する。

第２節　データ及び現行制度にもとづく所得税額の算出

本章第３節では、わが国の所得税制において、世帯の所得が等しい世帯を等しく課税する世帯単位課税制度を採ったときに、税負担が現行制度からどのように変化するかについて、扶養親族がいない夫婦２人世帯を前提にシミュレーションを行う。本節では、その基礎的なデータを示すとともに、現行の個人単位課税のもとでの所得税額を算出する。

分析で用いる基礎データは、『平成 21 年全国消費実態調査』（総務省）の第２表「年間収入階級・年間収入十分位階級別１世帯当たり１か月の収入と支出」のうち、年間収入階級別のデータ及び、第 57 表「子供の数、年間収入階級別１世帯当たり１か月間の収入と支出」のデータである。前者のデータは、世帯主が勤労者でその配偶者が有業者である世帯のものであることから共稼ぎ世帯のデータとして用い、後者のデータは、夫婦と未婚の子供のみの世帯で世帯主のみが有業者の世帯のものであることから片稼ぎ世帯のデータとして用いてシミュレーションを行う。なお、シミュレーションを行うにあたって、想定している世帯は給与所得以外の所得はないものとする。

上記の基礎データを用いた現行制度のもとでの所得税負担額の算出手順は以下の通りである。

①「勤め先収入」は、基礎データの「世帯主の勤め先収入」又は「世帯主の配偶者の勤め先収入」の額を用いる。

②「年間勤め先収入」は、上記「勤め先収入」の額を 12 か月分した額とする。

③「給与所得控除」は、表１－２の給与所得控除の控除率表に上記「年間勤め先収入」の額を当てはめて算出する。

④「合計所得金額」は、上記「年間勤め先収入」の額から上記「給与所得控除」の額を控除して算出する。

⑤「基礎控除」は 38 万円である[41]。

⑥「配偶者控除」は 38 万円である[42]。なお、配偶者の「合計所得金額」の額が 38 万円超 76 万円未満の場合は、表３－３の通り、配偶者特別控除を適用する[43]。

表３－３：配偶者特別控除の額

配偶者の合計所得金額	配偶者特別控除の額
38万円超 40万円未満	38万円
40万円以上 45万円未満	36万円
45万円以上 50万円未満	31万円
50万円以上 55万円未満	26万円
55万円以上 60万円未満	21万円
60万円以上 65万円未満	16万円
65万円以上 70万円未満	11万円
70万円以上 75万円未満	6万円
75万円以上 76万円未満	3万円
76万円以上	0円

備考）所得税法 第 83 条の２。

⑦「社会保険料控除」は、表１－３の簡易計算表に、上記「年間勤め先収入」の額を当てはめて算出する。

⑧「課税所得」は、上記「合計所得金額」の額から上記「基礎控除」、「配偶者控除」、及び「社会保険料控除」の額を控除して算出する。

[41] 所得税法 第 86 条、参照。
[42] 所得税法 第 83 条、参照。
[43] 所得税法 第 83 条の２、参照。

⑨「課税所得（千円未満切捨)」は、上記「課税所得」の額に千円未満の端数がある場合は、これを切り捨てて算出する[44]。

⑩「税額」は、表１－４の所得税の税率表に上記「課税所得（千円未満切捨)」の額を当てはめて算出する。

⑪「税額（百円未満切捨)」は、上記「税額」の額に百円未満の端数がある場合は、これを切り捨てて算出する[45]。

上記の基礎データを用いた年間収入階級別の共稼ぎ世帯の所得税負担額の算出過程が表３－４である。

表３－４：個人単位課税のもとでの共稼ぎ世帯の所得税負担額の算出（単位：円）

年間収入階級	300万円未満		300万円以上400万円未満		400万円以上500万円未満		500万円以上600万円未満		600万円以上800万円未満	
稼得者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者
①勤め先収入	164,529	51,308	219,293	60,500	258,662	74,645	295,977	84,605	357,494	99,148
②年間勤め先収入 (①×12ヶ月)	1,974,348	615,696	2,631,516	726,000	3,103,944	895,740	3,551,724	1,015,260	4,289,928	1,189,776
③給与所得控除	772,304	615,696	969,455	650,000	1,111,183	650,000	1,245,517	650,000	1,397,986	650,000
④合計所得金額 (②−③)	1,202,044	0	1,662,061	76,000	1,992,761	245,740	2,306,207	365,260	2,891,942	539,776
⑤基礎控除	380,000	0	380,000	76,000	380,000	245,740	380,000	365,260	380,000	380,000
⑥配偶者控除	380,000	0	380,000	0	380,000	0	380,000	0	260,000	0
⑦社会保険料控除	197,435	0	263,152	0	310,394	0	355,172	0	428,993	0
⑧課税所得 (④−(⑤+⑥+⑦))	244,609	0	638,910	0	922,366	0	1,191,034	0	1,822,950	159,776
⑨課税所得 (千円未満切捨)	244,000	0	638,000	0	922,000	0	1,191,000	0	1,822,000	159,000
⑩税額	12,200	0	31,900	0	46,100	0	59,550	0	91,100	7,950
⑪税額 (百円未満切捨)	12,200	0	31,900	0	46,100	0	59,500	0	91,100	7,900

[44] 国税通則法 第118条、参照。
[45] 国税通則法 第119条、参照。

年間収入階級	800万円以上1,000万円未満		1,000万円以上1,250万円未満		1,250万円以上1,500万円未満		1,500万円以上2,000万円未満		2,000万円以上	
稼得者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者
①勤め先収入	423,892	124,164	472,509	165,199	502,733	244,989	563,928	301,340	675,163	358,370
②年間勤め先収入 (①×12ヶ月)	5,086,704	1,489,968	5,670,108	1,982,388	6,032,796	2,939,868	6,767,136	3,616,080	8,101,956	4,300,440
③給与所得控除	1,557,341	650,000	1,674,022	774,716	1,746,559	1,061,960	1,876,714	1,263,216	2,010,196	1,400,088
④合計所得金額 (②−③)	3,529,363	839,968	3,996,086	1,207,672	4,286,237	1,877,908	4,890,422	2,352,864	6,091,760	2,900,352
⑤基礎控除	380,000	380,000	380,000	380,000	380,000	380,000	380,000	380,000	380,000	380,000
⑥配偶者控除	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
⑦社会保険料控除	508,670	148,997	567,011	198,239	603,280	293,987	676,714	361,608	810,196	430,044
⑧課税所得 (④−(⑤+⑥+⑦))	2,640,693	310,971	3,049,076	629,433	3,302,957	1,203,921	3,833,709	1,611,256	4,901,565	2,090,308
⑨課税所得 (千円未満切捨)	2,640,000	310,000	3,049,000	629,000	3,302,000	1,203,000	3,833,000	1,611,000	4,901,000	2,090,000
⑩税額	166,500	15,500	207,400	31,450	232,900	60,150	339,100	80,550	552,700	111,500
⑪税額 (百円未満切捨)	166,500	15,500	207,400	31,400	232,900	60,100	339,100	80,500	552,700	111,500

上記の基礎データを用いた年間収入階級別の片稼ぎ世帯の所得税負担額の算出過程が表３－５である。

表３－５：個人単位課税のもとでの片稼ぎ世帯の所得税負担額の算出（単位：円）

年間収入階級	200万円未満		200万円以上300万円未満		300万円以上400万円未満		400万円以上500万円未満		500万円以上600万円未満	
稼得者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者
①勤め先収入	149,430	0	220,073	0	271,103	0	317,749	0	364,282	0
②年間勤め先収入 (①×12ヶ月)	1,793,160	0	2,640,876	0	3,253,236	0	3,812,988	0	4,371,384	0
③給与所得控除	717,264	0	972,263	0	1,155,971	0	1,302,598	0	1,414,277	0
④合計所得金額 (②−③)	1,075,896	0	1,668,613	0	2,097,265	0	2,510,390	0	2,957,107	0
⑤基礎控除	380,000	0	380,000	0	380,000	0	380,000	0	380,000	0
⑥配偶者控除	380,000	0	380,000	0	380,000	0	380,000	0	380,000	0
⑦社会保険料控除	179,316	0	264,088	0	325,324	0	381,299	0	437,138	0
⑧課税所得 (④−(⑤+⑥+⑦))	136,580	0	644,526	0	1,011,942	0	1,369,092	0	1,759,969	0
⑨課税所得 (千円未満切捨)	136,000	0	644,000	0	1,011,000	0	1,369,000	0	1,759,000	0
⑩税額	6,800	0	32,200	0	50,550	0	68,450	0	87,950	0
⑪税額 (百円未満切捨)	6,800	0	32,200	0	50,500	0	68,400	0	87,900	0

年間収入階級	600万円以上800万円未満		800万円以上1,000万円未満		1,000万円以上1,250万円未満		1,250万円以上1,500万円未満		1,500万円以上	
稼得者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者
①勤め先収入	431,224	0	509,541	0	618,140	0	777,626	0	887,891	0
②年間勤め先収入 (①×12ヶ月)	5,174,688	0	6,114,492	0	7,417,680	0	9,331,512	0	10,654,692	0
③給与所得控除	1,574,938	0	1,762,898	0	1,941,768	0	2,133,151	0	2,232,735	0
④合計所得金額 (②−③)	3,599,750	0	4,351,594	0	5,475,912	0	7,198,361	0	8,421,957	0
⑤基礎控除	380,000	0	380,000	0	380,000	0	380,000	0	380,000	0
⑥配偶者控除	380,000	0	380,000	0	380,000	0	380,000	0	380,000	0
⑦社会保険料控除	517,469	0	611,449	0	741,768	0	913,260	0	966,188	0
⑧課税所得 (④−(⑤+⑥+⑦))	2,322,282	0	2,980,144	0	3,974,144	0	5,525,100	0	6,695,770	0
⑨課税所得 (千円未満切捨)	2,322,000	0	2,980,000	0	3,974,000	0	5,525,000	0	6,695,000	0
⑩税額	134,700	0	200,500	0	367,300	0	677,500	0	911,500	0
⑪税額 (百円未満切捨)	134,700	0	200,500	0	367,300	0	677,500	0	911,500	0

第３節　世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの所得税負担

本節では、前節で示した基礎データをもとに、世帯主とその配偶者の課税所得を合算する世帯単位課税（二分二乗方式）を導入した場合の所得税負担を算出し、前節で求めた現行の個人単位課税にもとづいて算出した所得税負担と比較する。

基礎データを用いた世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの所得税負担額の算出手順は以下の通りである。

①「勤め先収入」は、基礎データの「世帯主の勤め先収入」又は「世帯主の配偶者の勤め先収入」の額を用いる。

②「年間勤め先収入」は、上記「勤め先収入」の額を 12 か月分した額とする。

③「給与所得控除」は、表１－２の給与所得控除の控除率表に上記「年間勤め先収入」の額を当てはめて算出する。

④「合計所得金額」は、上記「年間勤め先収入」の額から上記「給与所得控除」の額を控除して算出する。

⑤「社会保険料控除」は、表１－３の簡易計算表に、上記「年間勤め先収入」の額を当てはめて算出する。

⑥「社会保険料控除後所得」は、上記「合計所得金額」の額から上記「社会保険料控除」の額を控除して算出する。

⑦「世帯の所得金額」は、世帯主とその配偶者のそれぞれの上記「社会保険料控除後所得」の額を合計して算出する。

⑧「基礎控除」は、一人につき 38 万円である[46]。

⑨「世帯の課税所得」は、上記「世帯の所得金額」の額から上記「基礎控除」の額を控除して算出する。

⑩「二分」は、上記「世帯の課税所得」の額を２で除して算出する。

⑪「二分（千円未満切捨)」は、上記「二分」の額に千円未満の端数がある場合は、これを切り捨てて算出する。

⑫「税額」は、表１－４の所得税の税率表に上記「二分（千円未満切捨)」の額を当てはめて算出する。

⑬「二倍」は、上記「税額」の額に２を乗じて算出する。

⑭「二倍（百円未満切捨)」は、上記「二倍」の額に百円未満の端数がある場合は、これを切り捨てて算出する。

なお、社会保険料控除後所得の算出までの過程と課税所得に適用する税率表は現行と同じものとする。上記の基礎データを用いた年間収入階級別の共稼ぎ世帯の所得税負担額の算出過程が表３－６である。

[46] 所得税法 第 86 条、参照。

表３－６：世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの共稼ぎ世帯の所得税負担額の算出

（単位：円）

年間収入階級	300万円未満		300万円以上400万円未満		400万円以上500万円未満		500万円以上600万円未満		600万円以上800万円未満	
稼得者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者
①勤め先収入	164,529	51,308	219,293	60,500	258,662	74,645	295,977	84,605	357,494	99,148
②年間勤め先収入（①×12ヶ月）	1,974,348	615,696	2,631,516	726,000	3,103,944	895,740	3,551,724	1,015,260	4,289,928	1,189,776
③給与所得控除	772,304	615,696	969,455	650,000	1,111,183	650,000	1,245,517	650,000	1,397,986	650,000
④合計所得金額（②－③）	1,202,044	0	1,662,061	76,000	1,992,761	245,740	2,306,207	365,260	2,891,942	539,776
⑤社会保険料控除	197,435	0	263,152	0	310,394	0	355,172	0	428,993	0
⑥社会保険料控除後所得（④－⑤）	1,004,609	0	1,398,910	76,000	1,682,366	245,740	1,951,034	365,260	2,462,950	539,776
⑦世帯の所得	1,004,609		1,474,910		1,928,106		2,316,294		3,002,726	
⑧基礎控除	760,000		760,000		760,000		760,000		760,000	
⑨世帯の課税所得（⑦-⑧）	244,609		714,910		1,168,106		1,556,294		2,242,726	
⑩二分	122,304		357,455		584,053		778,147		1,121,363	
⑪二分（千円未満切捨）	122,000		357,000		584,000		778,000		1,121,000	
⑫税額	6,100		17,850		29,200		38,900		56,050	
⑬二倍	12,200		35,700		58,400		77,800		112,100	
⑭二倍（百円未満切捨）	12,200		35,700		58,400		77,800		112,100	

年間収入階級	800万円以上1,000万円未満		1,000万円以上1,250万円未満		1,250万円以上1,500万円未満		1,500万円以上2,000万円未満		2,000万円以上	
稼得者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者
①勤め先収入	423,892	124,164	472,509	165,199	502,733	244,989	563,928	301,340	675,163	358,370
②年間勤め先収入（①×12ヶ月）	5,086,704	1,489,968	5,670,108	1,982,388	6,032,796	2,939,868	6,767,136	3,616,080	8,101,956	4,300,440
③給与所得控除	1,557,341	650,000	1,674,022	774,716	1,746,559	1,061,960	1,876,714	1,263,216	2,010,196	1,400,088
④合計所得金額（②－③）	3,529,363	839,968	3,996,086	1,207,672	4,286,237	1,877,908	4,890,422	2,352,864	6,091,760	2,900,352
⑤社会保険料控除	508,670	148,997	567,011	198,239	603,280	293,987	676,714	361,608	810,196	430,044
⑥社会保険料控除後所得（④－⑤）	3,020,693	690,971	3,429,076	1,009,433	3,682,957	1,583,921	4,213,709	1,991,256	5,281,565	2,470,308
⑦世帯の所得	3,711,664		4,438,508		5,266,878		6,204,965		7,751,873	
⑧基礎控除	760,000		760,000		760,000		760,000		760,000	
⑨世帯の課税所得（⑦-⑧）	2,951,664		3,678,508		4,506,878		5,444,965		6,991,873	
⑩二分	1,475,832		1,839,254		2,253,439		2,722,482		3,495,936	
⑪二分（千円未満切捨）	1,475,000		1,839,000		2,253,000		2,722,000		3,495,000	
⑫税額	73,750		91,950		127,800		174,700		271,500	
⑬二倍	147,500		183,900		255,600		349,400		543,000	
⑭二倍（百円未満切捨）	147,500		183,900		255,600		349,400		543,000	

上記の基礎データを用いた、年間収入階級別の片稼ぎ世帯の所得税負担額の

算出過程が表３－７である。

表３－７：世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの片稼ぎ世帯の所得税負担額の算出

（単位：円）

年間収入階級	200万円未満		200万円以上300万円未満		300万円以上400万円未満		400万円以上500万円未満		500万円以上600万円未満	
稼得者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者
①勤め先収入	149,430	0	220,073	0	271,103	0	317,749	0	364,282	0
②年間勤め先収入（①×12ヶ月）	1,793,160	0	2,640,876	0	3,253,236	0	3,812,988	0	4,371,384	0
③給与所得控除	717,264	0	972,263	0	1,155,971	0	1,302,598	0	1,414,277	0
④合計所得金額（②－③）	1,075,896	0	1,668,613	0	2,097,265	0	2,510,390	0	2,957,107	0
⑤社会保険料控除	179,316	0	264,088	0	325,324	0	381,299	0	437,138	0
⑥社会保険料控除後所得（④－⑤）	896,580	0	1,404,526	0	1,771,942	0	2,129,092	0	2,519,969	0
⑦世帯の所得	896,580		1,404,526		1,771,942		2,129,092		2,519,969	
⑧基礎控除	760,000		760,000		760,000		760,000		760,000	
⑨世帯の課税所得（⑦-⑧）	136,580		644,526		1,011,942		1,369,092		1,759,969	
⑩二分	68,290		322,263		505,971		684,546		879,984	
⑪二分（千円未満切捨）	68,000		322,000		505,000		684,000		879,000	
⑫税額	3,400		16,100		25,250		34,200		43,950	
⑬二倍	6,800		32,200		50,500		68,400		87,900	
⑭二倍（百円未満切捨）	6,800		32,200		50,500		68,400		87,900	

年間収入階級	600万円以上800万円未満		800万円以上1,000万円未満		1,000万円以上1,250万円未満		1,250万円以上1,500万円未満		1,500万円以上	
稼得者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者
①勤め先収入	431,224	0	509,541	0	618,140	0	777,626	0	887,891	0
②年間勤め先収入（①×12ヶ月）	5,174,688	0	6,114,492	0	7,417,680	0	9,331,512	0	10,654,692	0
③給与所得控除	1,574,938	0	1,762,898	0	1,941,768	0	2,133,151	0	2,232,735	0
④合計所得金額（②－③）	3,599,750	0	4,351,594	0	5,475,912	0	7,198,361	0	8,421,957	0
⑤社会保険料控除	517,469	0	611,449	0	741,768	0	913,260	0	966,188	0
⑥社会保険料控除後所得（④－⑤）	3,082,282	0	3,740,144	0	4,734,144	0	6,285,100	0	7,455,770	0
⑦世帯の所得	3,082,282		3,740,144		4,734,144		6,285,100		7,455,770	
⑧基礎控除	760,000		760,000		760,000		760,000		760,000	
⑨世帯の課税所得（⑦-⑧）	2,322,282		2,980,144		3,974,144		5,525,100		6,695,770	
⑩二分	1,161,141		1,490,072		1,987,072		2,762,550		3,347,885	
⑪二分（千円未満切捨）	1,161,000		1,490,000		1,987,000		2,762,000		3,347,000	
⑫税額	58,050		74,500		101,200		178,700		241,900	
⑬二倍	116,100		149,000		202,400		357,400		483,800	
⑭二倍（百円未満切捨）	116,100		149,000		202,400		357,400		483,800	

現行制度のもとで算出される所得税負担は表３－８の通りである。なお、表中の世帯分布数は、基礎データの「世帯分布数（１万分比）」の値を用いており、本節では共稼ぎ世帯と片稼ぎ世帯の比率は１：１であるものとし、総税収は、合計２万世帯のものである。

表３－８：個人単位課税のもとで計算した所得税負担（単位：円）

年間収入階級		共稼ぎ世帯									
		世帯主					配偶者				
以上	未満	(1)年間収入	(2)税負担額（１世帯当たり）	(3)世帯分布数（１万分比）	(4) (2)*(3)	(5) 税負担率 (2)/(1)	(1)年間収入	(2)税負担額（１世帯当たり）	(3)世帯分布数（１万分比）	(4) (2)*(3)	(5) 税負担率 (2)/(1)
－	300万円	1,974,348	12,200	226	2,754,421	0.62%	615,696	0	226	0	0.00%
300万円	400万円	2,631,516	31,900	651	20,764,111	1.21%	726,000	0	651	0	0.00%
400万円	500万円	3,103,944	46,100	1,113	51,300,785	1.49%	895,740	0	1,113	0	0.00%
500万円	600万円	3,551,724	59,500	1,340	79,734,656	1.68%	1,015,260	0	1,340	0	0.00%
600万円	800万円	4,289,928	91,100	2,565	233,633,013	2.12%	1,189,776	7,900	2,565	20,260,162	0.66%
800万円	1,000万円	5,086,704	166,500	1,832	305,020,692	3.27%	1,489,968	15,500	1,832	28,395,320	1.04%
1,000万円	1,250万円	5,670,108	207,400	1,220	252,985,418	3.66%	1,982,388	31,400	1,220	38,301,553	1.58%
1,250万円	1,500万円	6,032,796	232,900	622	144,789,799	3.86%	2,939,868	60,100	622	37,363,104	2.04%
1,500万円	2,000万円	6,767,136	339,100	361	122,437,550	5.01%	3,616,080	80,500	361	29,065,829	2.23%
2,000万円	－	8,101,956	552,700	71	39,432,948	6.82%	4,300,440	111,500	71	7,955,082	2.59%
合計		47,210,160	1,739,400	10,000	1,252,853,393	3.68%	18,771,216	306,900	10,000	161,341,051	1.63%

年間収入階級		片稼ぎ世帯									
		世帯主					配偶者				
以上	未満	(1)年間収入	(2)税負担額（１世帯当たり）	(3)世帯分布数（１万分比）	(4) (2)*(3)	(5) 税負担率 (2)/(1)	(1)年間収入	(2)税負担額（１世帯当たり）	(3)世帯分布数（１万分比）	(4) (2)*(3)	(5) 税負担率 (2)/(1)
－	200万円	1,793,160	6,800	109	740,442	0.38%	0	0	109	0	0.00%
200万円	300万円	2,640,876	32,200	559	17,986,981	1.22%	0	0	559	0	0.00%
300万円	400万円	3,253,236	50,500	1,529	77,236,705	1.55%	0	0	1,529	0	0.00%
400万円	500万円	3,812,988	68,400	1,728	118,205,623	1.79%	0	0	1,728	0	0.00%
500万円	600万円	4,371,384	87,900	1,788	157,173,453	2.01%	0	0	1,788	0	0.00%
600万円	800万円	5,174,688	134,700	2,207	297,259,347	2.60%	0	0	2,207	0	0.00%
800万円	1,000万円	6,114,492	200,500	1,172	234,887,602	3.28%	0	0	1,172	0	0.00%
1,000万円	1,250万円	7,417,680	367,300	612	224,722,925	4.95%	0	0	612	0	0.00%
1,250万円	1,500万円	9,331,512	677,500	201	135,944,035	7.26%	0	0	201	0	0.00%
1,500万円	－	10,654,692	911,500	96	87,513,068	8.55%	0	0	96	0	0.00%
合計		54,564,708	2,537,300	10,000	1,351,670,180	4.65%	0	0	10,000	0	0.00%

備考）各所得税負担額は、表３－４及び表３－５で求めた金額である。

課税単位を世帯単位（二分二乗方式）に変えたときの所得税負担は表３－９の通りである。なお、表中の世帯分布数は、基礎データの「世帯分布数（１万

分比)」の値を用いている。

表３－９：世帯単位課税（二分二乗方式）のもとで計算した所得税負担（単位：円）

年間収入階級		共稼ぎ世帯					年間収入階級		片稼ぎ世帯				
以上	未満	(1)年間収入	(2)税負担額（１世帯当たり）	(3)世帯分布数（１万分比）	(4) (2)*(3)	(5) 税負担率 (2)/(1)	以上	未満	(1)年間収入	(2)税負担額（１世帯当たり）	(3)世帯分布数（１万分比）	(4) (2)*(3)	(5) 税負担率 (2)/(1)
－	300万円	2,590,044	12,200	226	2,754,421	0.47%	－	200万円	1,793,160	6,800	109	740,442	0.38%
300万円	400万円	3,357,516	35,700	651	23,237,579	1.06%	200万円	300万円	2,640,876	32,200	559	17,986,981	1.22%
400万円	500万円	3,999,684	58,400	1,113	64,988,413	1.46%	300万円	400万円	3,253,236	50,500	1,529	77,236,705	1.55%
500万円	600万円	4,566,984	77,800	1,340	104,258,088	1.70%	400万円	500万円	3,812,988	68,400	1,728	118,205,623	1.79%
600万円	800万円	5,479,704	112,100	2,565	287,489,141	2.05%	500万円	600万円	4,371,384	87,900	1,788	157,173,453	2.01%
800万円	1,000万円	6,576,672	147,500	1,832	270,213,526	2.24%	600万円	800万円	5,174,688	116,100	2,207	256,212,399	2.24%
1,000万円	1,250万円	7,652,496	183,900	1,220	224,320,243	2.40%	800万円	1,000万円	6,114,492	149,000	1,172	174,554,877	2.44%
1,250万円	1,500万円	8,972,664	255,600	622	158,901,987	2.85%	1,000万円	1,250万円	7,417,680	202,400	612	123,833,161	2.73%
1,500万円	2,000万円	10,383,216	349,400	361	126,156,532	3.37%	1,250万円	1,500万円	9,331,512	357,400	201	71,714,241	3.83%
2,000万円	－	12,402,396	543,000	71	38,740,891	4.38%	1,500万円	－	10,654,692	483,800	96	46,449,613	4.54%
合計		65,981,376	1,775,600	10,000	1,301,060,821	2.69%	合計		54,564,708	1,554,500	10,000	1,044,107,494	2.85%

備考）各所得税負担額は、表３－６及び表３－７で求めた金額である。

ここで、個人単位課税のもとでの所得税負担と比較したとき、共稼ぎ世帯では、低所得者層で増税となり高所得者層で減税となる。片稼ぎ世帯では、低所得者層の税負担は変化せず、高所得者層が減税となる。全体の税負担すなわち税収は､共稼ぎ世帯と片稼ぎ世帯がそれぞれ１万世帯ずつあるものとした場合、個人単位課税のもとでは約 27 億 6,590 万円、世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでは約 23 億 4,510 万円となる。したがって、約４億 2,080 万円の減収となる。課税単位の変更によって減収となる原因は、世帯単位課税（二分二乗方式）では世帯の課税所得を二分するため適用される税率が低くなることである。

今、税率を適用する直前の課税所得に対する累進的な課税モデルについて図３－４を用いて想定する。ある世帯の稼得者 A と B について、課税所得が a である A と課税所得が b である B の所得税額は、個人単位課税のもとでは、A が x、B が y、合計した所得税額は x+y である。世帯単位課税（二分二乗方式）を用いると、両者の課税所得の合計を二分した(a+b)/2 に税率を乗じ、それを二倍したこの世帯の所得税額は z と計算される。個人単位課税で計算した世帯

の所得税額は x+y、世帯単位課税（二分二乗方式）で計算した世帯の所得税額は z であり、その関係は、x+y＞z となる。世帯単位課税（二分二乗方式）を用いると、課税所得を二分することから算出される所得税額も個人単位課税で計算した各個人の所得税額の合計額よりも低い税額となる。

図３－４：個人単位課税と世帯単位課税の税負担額の違い

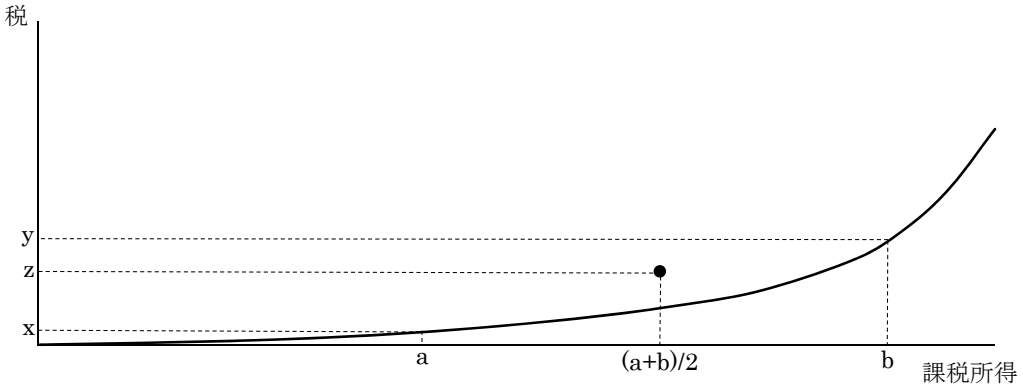


表３－９で示したように、税負担が変わらない階級が存在しているのは、世帯単位課税（二分二乗方式）の世帯の課税所得が個人単位課税の課税所得の２分の１であり、かつ適用される限界税率が同じであるためである。世帯単位課税（二分二乗方式）では、世帯の課税所得を二分しているが、税率を適用した後の金額を二倍していることから、世帯単位課税（二分二乗方式）の世帯の課税所得が個人単位課税の課税所得の２分の１であり、かつ適用される限界税率が同じであれば、世帯の税負担額は同じ額となる。

また、全体として減税となるのは、現行制度である個人単位課税を前提とした税率表を用いているからであり、同程度の所得税負担額となるように税率表を変更することができる。そこで、次節では、全体としての所得税負担額、すなわち税収が同程度となるような税率表の設定を試みる。

第４節　個人単位課税に対して税収中立的な二分二乗方式

前節までに明らかになったことは、世帯間の公平性を確保するために世帯単

位課税（二分二乗方式）を用いると、税率表を現行のままとすれば、高所得者層の減税の影響が強く表れ、全体として減収となることである。課税単位を変更しても、同程度の税収を確保できるよう、税率を調整することは可能である。そこで本節では、個人単位課税のもとで見込まれる税収と同程度の税収が見込まれる世帯単位課税（二分二乗方式）でも税率表を作り、税負担の変化を見ることにする。

前節までに用いた基礎データにある世帯数は、共稼ぎ世帯も片稼ぎ世帯も1万分比で表されている。これにもとづいた税収は、共稼ぎ世帯も片稼ぎ世帯も１：１の比率で存在することが前提となる。しかし実際には、各世帯は１：１の比率で存在しているわけではなく、実際の比率に合わせた税収を算出しなければ、課税単位の変更に伴う税収の減少を正確に測ることはできない。そこで、『平成 21 年労働力調査年報』（総務省）を用いて共稼ぎ世帯と片稼ぎ世帯の比率を算出すると、その比率は表３－10 の通り、1.36：1.00 と計算される。

表３－10：共稼ぎ世帯と片稼ぎ世帯の比率（単位：世帯）

共稼ぎ世帯	片稼ぎ世帯	合計
12,290,000	9,070,000	21,360,000
57.54%	42.46%	100.00%
1.36	1.00	比率

備考）・共稼ぎ世帯とは、夫婦ともに非農林業雇用者の世帯としている。
・片稼ぎ世帯とは、夫が非農林業雇用者で、妻が非就業者（非労働力人口及び完全失業者の合計）の世帯としている。
・総務省（2010）『労働力調査年報』、参照。

上記の結果から、本稿では共稼ぎ世帯と片稼ぎ世帯の比率を 1.36：1.00 として再度、個人単位課税と世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの税収をそれぞれ計算し、その差額をもって全体の減収額とする。各年間収入階級の所得税負担額と、全体の税収は表３－11 及び表３－12 の通りである。なお、税収の算出上、１世帯当たりの税負担額に乗じる世帯数は、共稼ぎ世帯が１万 3,600 世帯、片稼ぎ世帯が１万世帯である。

表３－11：個人単位課税のもとで計算した所得税負担（単位：円）

年間収入階級		共稼ぎ世帯									
		世帯主					配偶者				
以上	未満	(1)年間収入	(2)税負担額（１世帯当たり）	(3)世帯分布数（１万分比）	(4) (2)*(3)	(5) 税負担率 (2)/(1)	(1)年間収入	(2)税負担額（１世帯当たり）	(3)世帯分布数（１万分比）	(4) (2)*(3)	(5) 税負担率 (2)/(1)
－	300万円	1,974,348	12,200	307	3,746,012	0.62%	615,696	0	307	0	0.00%
300万円	400万円	2,631,516	31,900	885	28,239,191	1.21%	726,000	0	885	0	0.00%
400万円	500万円	3,103,944	46,100	1,513	69,769,068	1.49%	895,740	0	1,513	0	0.00%
500万円	600万円	3,551,724	59,500	1,823	108,439,132	1.68%	1,015,260	0	1,823	0	0.00%
600万円	800万円	4,289,928	91,100	3,488	317,740,897	2.12%	1,189,776	7,900	3,488	27,553,821	0.66%
800万円	1,000万円	5,086,704	166,500	2,491	414,828,141	3.27%	1,489,968	15,500	2,491	38,617,635	1.04%
1,000万円	1,250万円	5,670,108	207,400	1,659	344,060,169	3.66%	1,982,388	31,400	1,659	52,090,112	1.58%
1,250万円	1,500万円	6,032,796	232,900	845	196,914,127	3.86%	2,939,868	60,100	845	50,813,821	2.04%
1,500万円	2,000万円	6,767,136	339,100	491	166,515,068	5.01%	3,616,080	80,500	491	39,529,528	2.23%
2,000万円	－	8,101,956	552,700	97	53,628,809	6.82%	4,300,440	111,500	97	10,818,911	2.59%
合計		47,210,160	1,739,400	13,600	1,703,880,614	3.68%	18,771,216	306,900	13,600	219,423,829	1.63%

年間収入階級		片稼ぎ世帯									
		世帯主					配偶者				
以上	未満	(1)年間収入	(2)税負担額（１世帯当たり）	(3)世帯分布数（１万分比）	(4) (2)*(3)	(5) 税負担率 (2)/(1)	(1)年間収入	(2)税負担額（１世帯当たり）	(3)世帯分布数（１万分比）	(4) (2)*(3)	(5) 税負担率 (2)/(1)
－	200万円	1,793,160	6,800	109	740,442	0.38%	0	0	109	0	0.00%
200万円	300万円	2,640,876	32,200	559	17,986,981	1.22%	0	0	559	0	0.00%
300万円	400万円	3,253,236	50,500	1,529	77,236,705	1.55%	0	0	1,529	0	0.00%
400万円	500万円	3,812,988	68,400	1,728	118,205,623	1.79%	0	0	1,728	0	0.00%
500万円	600万円	4,371,384	87,900	1,788	157,173,453	2.01%	0	0	1,788	0	0.00%
600万円	800万円	5,174,688	134,700	2,207	297,259,347	2.60%	0	0	2,207	0	0.00%
800万円	1,000万円	6,114,492	200,500	1,172	234,887,602	3.28%	0	0	1,172	0	0.00%
1,000万円	1,250万円	7,417,680	367,300	612	224,722,925	4.95%	0	0	612	0	0.00%
1,250万円	1,500万円	9,331,512	677,500	201	135,944,035	7.26%	0	0	201	0	0.00%
1,500万円	－	10,654,692	911,500	96	87,513,068	8.55%	0	0	96	0	0.00%
合計		54,564,708	2,537,300	10,000	1,351,670,180	4.65%	0	0	10,000	0	0.00%

備考）各所得税負担額は、表３－４及び表３－５で求めた金額である。

表３－12：世帯単位課税（二分二乗方式）のもとで計算した所得税負担（単位：円）

年間収入階級		共稼ぎ世帯					年間収入階級		片稼ぎ世帯				
以上	未満	(1)年間収入	(2)税負担額（１世帯当たり）	(3)世帯分布数（１万分比）	(4) (2)*(3)	(5) 税負担率 (2)/(1)	以上	未満	(1)年間収入	(2)税負担額（１世帯当たり）	(3)世帯分布数（１万分比）	(4) (2)*(3)	(5) 税負担率 (2)/(1)
－	300万円	2,590,044	12,200	307	3,746,012	0.47%	－	200万円	1,793,160	6,800	109	740,442	0.38%
300万円	400万円	3,357,516	35,700	885	31,603,107	1.06%	200万円	300万円	2,640,876	32,200	559	17,986,981	1.22%
400万円	500万円	3,999,684	58,400	1,513	88,384,242	1.46%	300万円	400万円	3,253,236	50,500	1,529	77,236,705	1.55%
500万円	600万円	4,566,984	77,800	1,823	141,791,000	1.70%	400万円	500万円	3,812,988	68,400	1,728	118,205,623	1.79%
600万円	800万円	5,479,704	112,100	3,488	390,985,231	2.05%	500万円	600万円	4,371,384	87,900	1,788	157,173,453	2.01%
800万円	1,000万円	6,576,672	147,500	2,491	367,490,395	2.24%	600万円	800万円	5,174,688	116,100	2,207	256,212,399	2.24%
1,000万円	1,250万円	7,652,496	183,900	1,659	305,075,531	2.40%	800万円	1,000万円	6,114,492	149,000	1,172	174,554,877	2.44%
1,250万円	1,500万円	8,972,664	255,600	845	216,106,702	2.85%	1,000万円	1,250万円	7,417,680	202,400	612	123,833,161	2.73%
1,500万円	2,000万円	10,383,216	349,400	491	171,572,884	3.37%	1,250万円	1,500万円	9,331,512	357,400	201	71,714,241	3.83%
2,000万円	－	12,402,396	543,000	97	52,687,612	4.38%	1,500万円	－	10,654,692	483,800	96	46,449,613	4.54%
合計		65,981,376	1,775,600	13,600	1,769,442,716	2.69%	合計		54,564,708	1,554,500	10,000	1,044,107,494	2.85%

備考）各所得税負担額は、表３－６及び表３－７で求めた金額である。

個人単位課税のもとで算出される税収は、共稼ぎ世帯が約 19 億 2,330 万円、片稼ぎ世帯が約 13 億 5,170 万円であり、合計で約 32 億 7,500 万円となる。一方、世帯単位課税（二分二乗方式）のもとで算出される税収は、共稼ぎ世帯が約 17 億 6,940 万円、片稼ぎ世帯が約 10 億 4,410 万円であり、合計で約 28 億 1,350 万円となる。課税単位を個人単位から世帯単位（二分二乗方式）へ変更したとき、全体で約４億 6,150 万円の減収となる。

世帯単位課税（二分二乗方式）を用いて、個人単位課税の場合と同じ税収を確保するためには、税率表を全体的に引き上げることが必要である。具体的には、現行の各段階の税率を 1.16 倍（個人単位課税のもとでの税収/世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの税収＝約 32 億 7,500 万円/約 28 億 1,350 万円≒1.16）することで達成される。現行の税率表に 1.16 倍した税率表が表３－13 である。

表３－13：現行の税率表を 1.16 倍した税率表

所得金額		限界税率
	195万円以下	6%
195万円超	330万円以下	12%
330万円超	695万円以下	23%
695万円超	900万円以下	27%
900万円超	1,800万円以下	38%
1,800万円超		46%

備考）表中の限界税率については、小数点以下を四捨五入している。

表３－13で示した税率表と基礎データを用いた、世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの共稼ぎ世帯の所得税負担額の算出過程が表３－14である。

表３－14：世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの新税率表を用いたときの共稼ぎ世帯の所得税負担額の算出（単位：円）

年間収入階級	300万円未満		300万円以上400万円未満		400万円以上500万円未満		500万円以上600万円未満		600万円以上800万円未満	
稼得者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者
①勤め先収入	164,529	51,308	219,293	60,500	258,662	74,645	295,977	84,605	357,494	99,148
②年間勤め先収入（①×12ヶ月）	1,974,348	615,696	2,631,516	726,000	3,103,944	895,740	3,551,724	1,015,260	4,289,928	1,189,776
③給与所得控除	772,304	615,696	969,455	650,000	1,111,183	650,000	1,245,517	650,000	1,397,986	650,000
④合計所得金額（②－③）	1,202,044	0	1,662,061	76,000	1,992,761	245,740	2,306,207	365,260	2,891,942	539,776
⑤社会保険料控除	197,435	0	263,152	0	310,394	0	355,172	0	428,993	0
⑥社会保険料控除後所得（④－⑤）	1,004,609	0	1,398,910	76,000	1,682,366	245,740	1,951,034	365,260	2,462,950	539,776
⑦世帯の所得	1,004,609		1,474,910		1,928,106		2,316,294		3,002,726	
⑧基礎控除	760,000		760,000		760,000		760,000		760,000	
⑨世帯の課税所得（⑦-⑧）	244,609		714,910		1,168,106		1,556,294		2,242,726	
⑩二分	122,304		357,455		584,053		778,147		1,121,363	
⑪二分（千円未満切捨）	122,000		357,000		584,000		778,000		1,121,000	
⑫税額	7,320		21,420		35,040		46,680		67,260	
⑬二倍	14,640		42,840		70,080		93,360		134,520	
⑭二倍（百円未満切捨）	14,600		42,800		70,000		93,300		134,500	

年間収入階級	800万円以上1,000万円未満		1,000万円以上1,250万円未満		1,250万円以上1,500万円未満		1,500万円以上2,000万円未満		2,000万円以上	
稼得者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者
①勤め先収入	423,892	124,164	472,509	165,199	502,733	244,989	563,928	301,340	675,163	358,370
②年間勤め先収入（①×12ヶ月）	5,086,704	1,489,968	5,670,108	1,982,388	6,032,796	2,939,868	6,767,136	3,616,080	8,101,956	4,300,440
③給与所得控除	1,557,341	650,000	1,674,022	774,716	1,746,559	1,061,960	1,876,714	1,263,216	2,010,196	1,400,088
④合計所得金額（②－③）	3,529,363	839,968	3,996,086	1,207,672	4,286,237	1,877,908	4,890,422	2,352,864	6,091,760	2,900,352
⑤社会保険料控除	508,670	148,997	567,011	198,239	603,280	293,987	676,714	361,608	810,196	430,044
⑥社会保険料控除後所得（④－⑤）	3,020,693	690,971	3,429,076	1,009,433	3,682,957	1,583,921	4,213,709	1,991,256	5,281,565	2,470,308
⑦世帯の所得	3,711,664		4,438,508		5,266,878		6,204,965		7,751,873	
⑧基礎控除	760,000		760,000		760,000		760,000		760,000	
⑨世帯の課税所得（⑦-⑧）	2,951,664		3,678,508		4,506,878		5,444,965		6,991,873	
⑩二分	1,475,832		1,839,254		2,253,439		2,722,482		3,495,936	
⑪二分（千円未満切捨）	1,475,000		1,839,000		2,253,000		2,722,000		3,495,000	
⑫税額	88,500		110,340		153,360		209,640		323,850	
⑬二倍	177,000		220,680		306,720		419,280		647,700	
⑭二倍（百円未満切捨）	177,000		220,600		306,700		419,200		647,700	

表３－13で示した税率表と基礎データを用いた、世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの片稼ぎ世帯の所得税負担額の算出過程が表３－15である。

表３－15：世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの新税率表を用いたときの片稼ぎ世帯の所得税負担額の算出（単位：円）

年間収入階級	200万円未満		200万円以上300万円未満		300万円以上400万円未満		400万円以上500万円未満		500万円以上600万円未満	
稼得者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者
①勤め先収入	149,430	0	220,073	0	271,103	0	317,749	0	364,282	0
②年間勤め先収入 （①×12ヶ月）	1,793,160	0	2,640,876	0	3,253,236	0	3,812,988	0	4,371,384	0
③給与所得控除	717,264	0	972,263	0	1,155,971	0	1,302,598	0	1,414,277	0
④合計所得金額 （②－③）	1,075,896	0	1,668,613	0	2,097,265	0	2,510,390	0	2,957,107	0
⑤社会保険料控除	179,316	0	264,088	0	325,324	0	381,299	0	437,138	0
⑥社会保険料控除後所得 （④－⑤）	896,580	0	1,404,526	0	1,771,942	0	2,129,092	0	2,519,969	0
⑦世帯の所得	896,580		1,404,526		1,771,942		2,129,092		2,519,969	
⑧基礎控除	760,000		760,000		760,000		760,000		760,000	
⑨世帯の課税所得 （⑦-⑧）	136,580		644,526		1,011,942		1,369,092		1,759,969	
⑩二分	68,290		322,263		505,971		684,546		879,984	
⑪二分 （千円未満切捨）	68,000		322,000		505,000		684,000		879,000	
⑫税額	4,080		19,320		30,300		41,040		52,740	
⑬二倍	8,160		38,640		60,600		82,080		105,480	
⑭二倍 （百円未満切捨）	8,100		38,600		60,600		82,000		105,400	

年間収入階級	600万円以上800万円未満		800万円以上1,000万円未満		1,000万円以上1,250万円未満		1,250万円以上1,500万円未満		1,500万円以上	
稼得者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者
①勤め先収入	431,224	0	509,541	0	618,140	0	777,626	0	887,891	0
②年間勤め先収入 （①×12ヶ月）	5,174,688	0	6,114,492	0	7,417,680	0	9,331,512	0	10,654,692	0
③給与所得控除	1,574,938	0	1,762,898	0	1,941,768	0	2,133,151	0	2,232,735	0
④合計所得金額 （②－③）	3,599,750	0	4,351,594	0	5,475,912	0	7,198,361	0	8,421,957	0
⑤社会保険料控除	517,469	0	611,449	0	741,768	0	913,260	0	966,188	0
⑥社会保険料控除後所得 （④－⑤）	3,082,282	0	3,740,144	0	4,734,144	0	6,285,100	0	7,455,770	0
⑦世帯の所得	3,082,282		3,740,144		4,734,144		6,285,100		7,455,770	
⑧基礎控除	760,000		760,000		760,000		760,000		760,000	
⑨世帯の課税所得 （⑦-⑧）	2,322,282		2,980,144		3,974,144		5,525,100		6,695,770	
⑩二分	1,161,141		1,490,072		1,987,072		2,762,550		3,347,885	
⑪二分 （千円未満切捨）	1,161,000		1,490,000		1,987,000		2,762,000		3,347,000	
⑫税額	69,660		89,400		121,440		214,440		289,810	
⑬二倍	139,320		178,800		242,880		428,880		579,620	
⑭二倍 （百円未満切捨）	139,300		178,800		242,800		428,800		579,600	

表３－16：世帯単位課税（二分二乗方式）のもとで新税率を用いて計算した所得税負担

（単位：円）

年間収入階級		共稼ぎ世帯					年間収入階級		片稼ぎ世帯				
以上	未満	(1)年間収入	(2)税負担額（１世帯当たり）	(3)世帯分布数（１万分比）	(4) (2)*(3)	(5) 税負担率 (2)/(1)	以上	未満	(1)年間収入	(2)税負担額（１世帯当たり）	(3)世帯分布数（１万分比）	(4) (2)*(3)	(5) 税負担率 (2)/(1)
－	300万円	2,590,044	14,600	307	4,482,932	0.56%	－	200万円	1,793,160	8,100	109	881,997	0.45%
300万円	400万円	3,357,516	42,800	885	37,888,319	1.27%	200万円	300万円	2,640,876	38,600	559	21,562,033	1.46%
400万円	500万円	3,999,684	70,000	1,513	105,940,016	1.75%	300万円	400万円	3,253,236	60,600	1,529	92,684,046	1.86%
500万円	600万円	4,566,984	93,300	1,823	170,039,849	2.04%	400万円	500万円	3,812,988	82,000	1,728	141,708,496	2.15%
600万円	800万円	5,479,704	134,500	3,488	469,112,521	2.45%	500万円	600万円	4,371,384	105,400	1,788	188,465,096	2.41%
800万円	1,000万円	6,576,672	177,000	2,491	440,988,475	2.69%	600万円	800万円	5,174,688	139,300	2,207	307,410,743	2.69%
1,000万円	1,250万円	7,652,496	220,600	1,659	365,957,923	2.88%	800万円	1,000万円	6,114,492	178,800	1,172	209,465,852	2.92%
1,250万円	1,500万円	8,972,664	306,700	845	259,311,132	3.42%	1,000万円	1,250万円	7,417,680	242,800	612	148,550,847	3.27%
1,500万円	2,000万円	10,383,216	419,200	491	205,848,176	4.04%	1,250万円	1,500万円	9,331,512	428,800	201	86,041,036	4.60%
2,000万円	－	12,402,396	647,700	97	62,846,715	5.22%	1,500万円	－	10,654,692	579,600	96	55,647,366	5.44%
合計		65,981,376	2,126,400	13,600	2,122,416,059	3.22%	合計		54,564,708	1,864,000	10,000	1,252,417,511	3.42%

備考）各所得税負担額は、表３－14及び表３－15で求めた金額である。

新税率を適用した場合の所得税負担を示した表３－16から、合計税収は、共稼ぎ世帯が約21億2,240万円、片稼ぎ世帯が約12億5,240万円であり、合計で約33億7,480万円となる。現行制度である個人単位を用いたときの共稼ぎ世帯と片稼ぎ世帯の合計した税収が、約32億7,500万円であったので、現行の税率表を1.16倍することによって、現行制度である個人単位課税のもとで算出される税収に対して中立的な世帯単位課税制度が構築される。課税単位を変更することによって生じる減収は、税率表を表３－13の通りにすることで解消される。次に年間収入階級別の税負担の変化を表３－17で示した。

表３－17：課税単位の変更に伴う年間収入階級別の税負担額の変化（単位：円）

年間収入階級		共稼ぎ世帯					
以上	未満	(1)年間収入額	(2)税負担額（１世帯当たり）	(3)世帯分布数（１万分比）	(4) (2)*(3)	増減税の判定	増減税額（１世帯当たり）
－	300万円	2,590,044	14,600	307	4,482,932	増税	2,400
300万円	400万円	3,357,516	42,800	885	37,888,319		10,900
400万円	500万円	3,999,684	70,000	1,513	105,940,016		23,900
500万円	600万円	4,566,984	93,300	1,823	170,039,849		33,800
600万円	800万円	5,479,704	134,500	3,488	469,112,521		35,500
800万円	1,000万円	6,576,672	177,000	2,491	440,988,475	減税	−5,000
1,000万円	1,250万円	7,652,496	220,600	1,659	365,957,923		−18,200
1,250万円	1,500万円	8,972,664	306,700	845	259,311,132	増税	13,700
1,500万円	2,000万円	10,383,216	419,200	491	205,848,176	減税	−400
2,000万円	－	12,402,396	647,700	97	62,846,715		−16,500
合計		65,981,376	2,126,400	13,600	2,122,416,059	—	80,100

年間収入階級		片稼ぎ世帯					
以上	未満	(1)年間収入額	(2)税負担額（１世帯当たり）	(3)世帯分布数（１万分比）	(4) (2)*(3)	増減税の判定	増減税額（１世帯当たり）
－	200万円	1,793,160	8,100	109	881,997	増税	1,300
200万円	300万円	2,640,876	38,600	559	21,562,033		6,400
300万円	400万円	3,253,236	60,600	1,529	92,684,046		10,100
400万円	500万円	3,812,988	82,000	1,728	141,708,496		13,600
500万円	600万円	4,371,384	105,400	1,788	188,465,096		17,500
600万円	800万円	5,174,688	139,300	2,207	307,410,743		4,600
800万円	1,000万円	6,114,492	178,800	1,172	209,465,852	減税	−21,700
1,000万円	1,250万円	7,417,680	242,800	612	148,550,847		−124,500
1,250万円	1,500万円	9,331,512	428,800	201	86,041,036		−248,700
1,500万円	－	10,654,692	579,600	96	55,647,366		−331,900
合計		54,564,708	1,864,000	10,000	1,252,417,511	—	−673,300

共稼ぎ世帯では、年間収入階級が 800 万円未満の世帯で増税となる。1,250 万円以上 1,500 万円未満の世帯でも増税となるが、これは限界税率が関係している。前述の通り、世帯単位課税（二分二乗方式）で高所得世帯が減税となるのは、世帯の課税所得が二分された後に税率が適用されることから、高所得世

帯が適用を受ける限界税率が下がるためである。ここで 1,250 万円以上 1,500 万円未満の世帯についてみると、個人単位課税のもとでの世帯主の課税所得は 330 万 2,000 円であり、限界税率 20%が適用される課税所得は 2,000 円であって、その税額は 400 円である。配偶者の課税所得は 120 万 3,000 円であり、適用される限界税率は５％である。世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの税率を適用する世帯の課税所得を二分した額は、225 万 3,000 円であり、適用される限界税率は 12%である。さらに、この税率を適用したあとの金額を二倍した金額を世帯の税額としている。個人単位課税のもとで限界税率 20%が適用される所得が低いこと、及び世帯単位課税のもとで税率適用後の額を二倍していることから増税となっており、この階級の全ての世帯が増税となるわけではない。共稼ぎ世帯では全体の傾向として高所得世帯が減税となるといえる。

片稼ぎ世帯でも、年間収入階級が 800 万円未満の世帯で増税となりそれ以上の世帯では減税となっており、片稼ぎ世帯でも高所得世帯が減税となる傾向がある。また、共稼ぎ世帯と片稼ぎ世帯を比較すると、片稼ぎ世帯の方が全体として減税となることから、高所得片稼ぎ世帯の税負担が軽くなる。税率を変更しなければ図３－４で確認したように、世帯単位課税（二分二乗方式）に変更しても増税となる世帯はない。しかし税率を変更した場合は、増税となる世帯が存在することになる。

図３－５：共稼ぎ世帯の税負担の変化

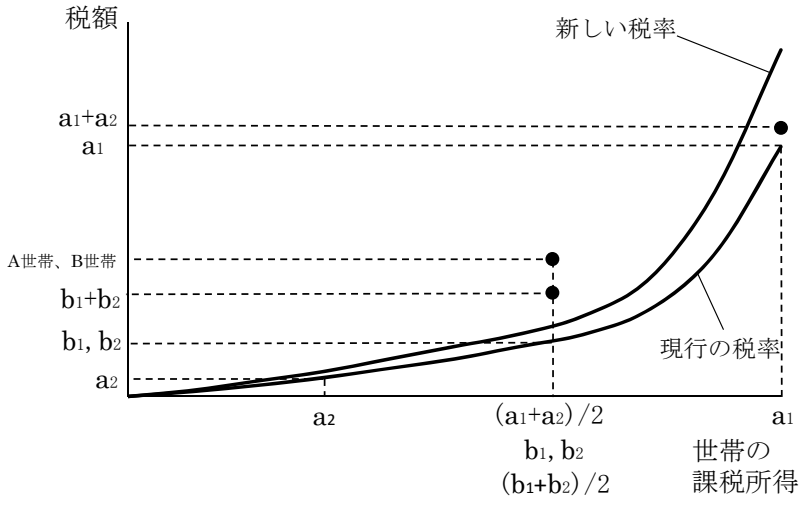


図３－５は、共稼ぎ世帯の税負担の変化について図示したものである。A 世帯は世帯主とその配偶者の稼得割合が、世帯主＞配偶者である世帯であり、B 世帯は世帯主とその配偶者の稼得割合が、世帯主＝配偶者である世帯である。A 世帯における世帯の課税所得とそれに対応する税額を a1 と a2 で示している。個人単位課税のもとでの両者の税負担額の合計は a1+a2 となり、世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの税負担額は、A 世帯と示したところとなる。この場合、A 世帯は課税単位の変更によって減税となる。一方、B 世帯における世帯の課税所得とそれに対応する税額を b1 と b2 で示している。個人単位課税のもとでの両者の税負担額の合計は b1+b2 となり、世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの税負担額は B 世帯と示したところとなる。この場合、B 世帯は課税単位の変更によって増税となる。

図３－６：片稼ぎ世帯の税負担の変化

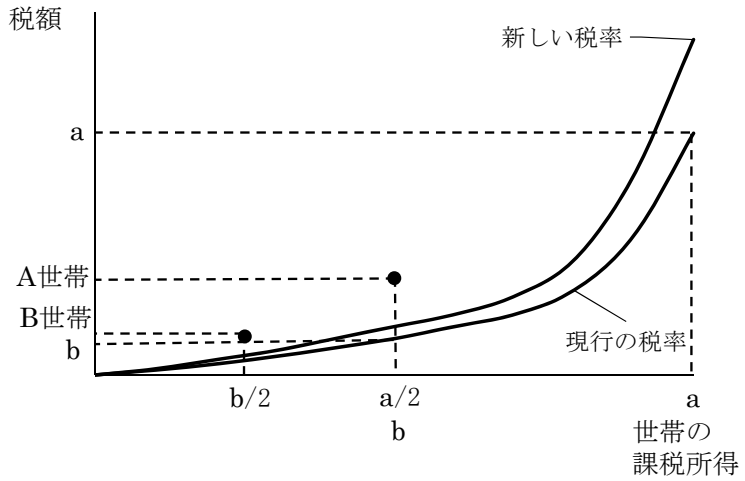


図３－６は、片稼ぎ世帯の税負担の変化について図示したものである。A 世帯も B 世帯も世帯主のみが稼得者であるが、A 世帯の世帯主が B 世帯の世帯主よりも２倍の課税所得をもつ世帯主である。A 世帯における世帯の課税所得とそれに対応する税額を a と示している。個人単位課税のもとでの税負担額は a であり、A 世帯の税負担額も a である。世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの税負担額は、A 世帯と示したところとなる。この場合、A 世帯は課税単位

の変更によって減税となる。一方、B 世帯における世帯の課税所得とそれに対応する税額を b と示している。個人単位課税のもとでの税負担額は b であり、B 世帯の税負担額も b である。世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの税負担額は、B 世帯と示したところとなる。この場合、B 世帯は課税単位の変更によって増税となる。

以上のことから、共稼ぎであれば世帯主とその配偶者の稼得割合に、片稼ぎ世帯であれば世帯主の年間収入額にそれぞれ応じて減税となるか増税となるかが決定する。共稼ぎ世帯では、世帯主とその配偶者の稼得割合が乖離するにつれて減税となる。片稼ぎ世帯では、世帯主の年間収入額が高い世帯で減税となる。本章で行ったシミュレーションでは、その減税となるか増税となるかの境目が、共稼ぎ世帯でも片稼ぎ世帯でも年間収入階級が 800 万円となったものである。

前述の通り、共稼ぎ世帯では世帯主とその配偶者の稼得割合が乖離するにつれて減税となる。しかしこれまでのシミュレーションで用いた基礎データでは、共稼ぎ世帯の世帯主とその配偶者の稼得した額は、平均の値であったため稼得割合の違いによる税負担額の変化について詳細に見ることができなかった。そこで次節では課税単位の変更による税負担の影響について、稼得割合の異なる夫婦間で比較し検討する。

第５節　稼得割合の異なる夫婦間での税負担

第１項　個人単位課税のもとでの所得税負担

本節では、世帯の年間給与収入が同じで世帯主とその配偶者の稼得割合の異なる世帯を設定し、現行の課税単位である個人単位課税のもとで算出される所得税負担額と、社会保険料控除後所得を合算する二分二乗方式の世帯単位課税のもとで、表３－13 で示した新税率表を適用したときに算出される所得税負担額を算出し、世帯主とその配偶者の稼得割合が異なる世帯別に所得税負担がどの様に変化するかを検討することで、課税単位の変更による所得税負担の影響について考察する。

そのために本項では、現行の課税単位を用いた場合に算出される所得税負担

額を示す。第２項では、表３－13で示した新税率表を適用した場合の所得税負担額を、世帯単位課税（二分二乗方式）をもとに算出する。使用するデータは、前章で共稼ぎ世帯の税負担額を算出したものと同じく『平成21年全国消費実態調査』（総務省）の第２表「年間収入階級・年間収入十分位階級別１世帯当たり１か月の収入と支出」のうち、年間収入階級別のデータを用いる。ここでは最も世帯分布数が多い、年間収入階級が600万円から800万円の世帯について、下記の通り稼得割合をケース１からケース４まで設定し、現行の課税単位である個人単位を用いた場合の所得税負担額を示す。

ケース１：稼得割合が世帯主とその配偶者で６：０の場合

ケース２：稼得割合が世帯主とその配偶者で５：１の場合

ケース３：稼得割合が世帯主とその配偶者で４：２の場合

ケース４：稼得割合が世帯主とその配偶者で３：３の場合

個人単位課税のもとで税負担額を算出すると、それぞれのケースの世帯で表３－18の通りとなる。

表３－18：個人単位課税のもとで算出される世帯主とその配偶者の稼得割合別の税負担額（単位：円）

	稼得割合 世帯主：配偶者 ６：０		稼得割合 世帯主：配偶者 ５：１		稼得割合 世帯主：配偶者 ４：２		稼得割合 世帯主：配偶者 ３：３	
年間収入階級	600万円以上800万円未満		600万円以上800万円未満		600万円以上800万円未満		600万円以上800万円未満	
稼得者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者
①年間収入	6,925,000		6,925,000		6,925,000		6,925,000	
②年間収入 （稼得割合配分後）	6,925,000	0	5,770,833	1,154,167	4,616,667	2,308,333	3,462,500	3,462,500
③給与所得控除	1,892,500	0	1,694,167	650,000	1,463,333	872,500	1,218,750	1,218,750
④合計所得金額 （②－③）	5,032,500	0	4,076,667	504,167	3,153,333	1,435,833	2,243,750	2,243,750
⑤基礎控除	380,000	0	380,000	380,000	380,000	380,000	380,000	380,000
⑥配偶者控除	380,000	0	260,000	0	0	0	0	0
⑦社会保険料控除	692,500	0	577,083	0	461,667	230,833	346,250	346,250
⑧課税所得 （④－（⑤+⑥+⑦））	3,580,000	0	2,859,583	124,167	2,311,667	825,000	1,517,500	1,517,500
⑨課税所得 （千円未満切捨）	3,580,000	0	2,859,000	124,000	2,311,000	825,000	1,517,000	1,517,000
⑩税額	288,500	0	188,400	6,200	133,600	41,250	75,850	75,850
⑪税額 （百円未満切捨）	288,500	0	188,400	6,200	133,600	41,200	75,800	75,800

表３－18に掲げた各世帯が、課税単位を変更することによって、税負担がどのように変化するのかを次項で検討する。

第２項　世帯単位課税（二分二乗方式）のもとでの所得税負担

本項ではまず、前節で掲げた稼得割合別のケース世帯を用いて、世帯単位課税（二分二乗方式）のもとで所得税負担額を算出する。次に前節で算出した個人単位課税のもとでの所得税負担との関係を考察し、課税単位の変更によってどの程度、所得税負担が変化するか、稼得割合の違いによってどの様な違いがあるかを検討する。世帯単位課税（二分二乗方式）によるケース世帯別の所得税負担額は、表３－19の通りである。

表３－19：世帯単位課税のもとで算出される世帯主とその配偶者の稼得割合別の税負担額（単位：円）

	稼得割合 世帯主：配偶者 ６：０		稼得割合 世帯主：配偶者 ５：１		稼得割合 世帯主：配偶者 ４：２		稼得割合 世帯主：配偶者 ３：３	
年間収入階級	600万円以上800万円未満		600万円以上800万円未満		600万円以上800万円未満		600万円以上800万円未満	
稼得者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者	世帯主	配偶者
①年間収入	6,925,000		6,925,000		6,925,000		6,925,000	
②年間収入 （稼得割合配分後）	6,925,000	0	5,770,833	1,154,167	4,616,667	2,308,333	3,462,500	3,462,500
③給与所得控除	1,892,500	0	1,694,167	650,000	1,463,333	872,500	1,218,750	1,218,750
④合計所得金額 （②－③）	5,032,500	0	4,076,667	504,167	3,153,333	1,435,833	2,243,750	2,243,750
⑤社会保険料控除	692,500	0	577,083	0	461,667	230,833	346,250	346,250
⑥社会保険料控除後所得 （④－⑤）	4,340,000	0	3,499,583	504,167	2,691,667	1,205,000	1,897,500	1,897,500
⑦世帯の所得	4,340,000		4,003,750		3,896,667		3,795,000	
⑧基礎控除	760,000		760,000		760,000		760,000	
⑨世帯の課税所得 （⑦－⑧）	3,580,000		3,243,750		3,136,667		3,035,000	
⑩二分 （⑨/２）	1,790,000		1,621,875		1,568,333		1,517,500	
⑪二分 （千円未満切捨）	1,790,000		1,621,000		1,568,000		1,517,000	
⑫税額	107,400		97,260		94,080		91,020	
⑬二倍 （⑫×２）	214,800		194,520		188,160		182,040	
⑭二倍 （百円未満切捨）	214,800		194,500		188,100		182,000	

ここで、課税単位を変更したことにより、税負担がどのように変化するかを表３－20で示す。

表３－20：個人単位課税と世帯単位課税（二分二乗方式）のもとで算出される税負担額

（単位：円）

個人単位						
	世帯主			配偶者		
稼得割合	（1）年間収入額	（2）税負担額	（3）所得税負担率（2）／（1）	（1）年間収入額	（2）税負担額	（3）所得税負担率（2）／（1）
６：０	6,925,000	288,500	4.17%	0	0	0.00%
５：１	5,770,833	188,400	3.26%	1,154,167	6,200	0.54%
４：２	4,616,667	133,600	2.89%	2,308,333	41,200	1.78%
３：３	3,462,500	75,800	2.19%	3,462,500	75,800	2.19%

世帯単位					
稼得割合	（1）年間収入額	（2）税負担額	（3）所得税負担率（2）／（1）	増減税の判定	増減税額（１世帯当たり）
６：０	6,925,000	214,800	3.10%	減税	−73,700
５：１	6,925,000	194,500	2.81%		−100
４：２	6,925,000	188,100	2.72%	増税	13,300
３：３	6,925,000	182,000	2.63%		30,400

課税単位を個人単位課税から世帯単位課税(二分二乗方式)へ変更したとき、世帯主とその配偶者の稼得割合が６：０の世帯と５：１の世帯が減税となり、それ以外の世帯は増税､特に稼得割合が３:３に近づくほど増税額は高くなる。課税単位を世帯単位課税（二分二乗）に変更することは、前章で検討したように、片稼ぎ世帯の税負担が軽くなる。

このように、世帯主とその配偶者の稼得割合が３：３に近づくにつれて増税額が高くなる傾向は､他の階級でもいえるかどうかを検討する。表３－21では、個人単位課税から世帯単位課税（二分二乗方式）に変更した場合の税負担額の変化額を示したものである。世帯主とその配偶者の稼得割合が３：３の世帯では、すべての階級で増税となる。他の階級をみると、世帯主とその配偶者の稼得割合に関わらず、年間収入階級が500万円未満の世帯では増税となる。年間収入階級が500万円以上の世帯では、世帯主とその配偶者の稼得割合が６：０の世帯、すなわち片稼ぎ世帯は減税となっていることから、前節で検討したように、高所得片稼ぎ世帯の税負担が軽くなる。

表３－21：課税単位の変更に伴う年間収入階級別の税負担額の変化（単位：円）

年間収入階級	世帯主とその配偶者の稼得割合			
	6：0	5：1	4：2	3：3
300万円未満	4,800	2,400	8,500	10,900
300万円以上　400万円未満	11,900	8,300	23,200	10,100
400万円以上　500万円未満	18,500	19,400	15,600	15,800
500万円以上　600万円未満	-3,800	34,700	21,800	21,600
600万円以上　800万円未満	-73,700	-100	13,300	30,400
800万円以上　1,000万円未満	-217,600	-132,200	12,800	48,400
1,000万円以上　1,250万円未満	-324,000	-232,300	-35,400	78,800
1,250万円以上　1,500万円未満	-364,100	-179,800	29,200	127,200
1,500万円以上　2,000万円未満	-651,300	-228,800	160,400	201,100
2,000万円以上	-1,058,600	-485,000	91,300	373,000

表３－21をみると、世帯主とその配偶者の稼得割合が３：３に近づくにつれて増税額が高くなるという傾向は全体として見られるものではないが、世帯主とその配偶者の稼得割合が３：３の世帯がどの階級においても増税となることに変わりはない。

しかし、高所得世帯が減税となる場合でも税率表の調整を行うことは可能である。すなわち、増税となる階級までは税率を現行のままとし、合計の税収が減ることにならないよう、減税となる階級の税率を引き上げることは可能である。そして、本稿で検討した世帯単位課税（二分二乗方式）は、世帯主とその配偶者の稼得割合に関わらず世帯の課税所得が等しい世帯が等しく課税され、世帯の公平性が保たれることとなる。課税単位を世帯単位課税（二分二乗方式）に変更する場合、次の５点のわが国の現行の所得税法を変更する必要がある。

第一に、所得税法第２条第３号に定める居住者の定義について、個人と定めている箇所を単身者又は夫婦に変更する。第二に、所得税法第 21 条に定めている所得税額の計算の順序、所得税法第 86 条に定めている基礎控除及び所得税法第 89 条に定めている税率を適用する所得のそれぞれの規定について、居住者が夫婦である場合には、両者のそれぞれの給与収入額から給与所得控除と社会保険料控除を控除した残額を合算した額に、２人分の基礎控除を行った残額に２分の１を乗じたものが税率を適用する所得となるように変更する。また、居住者が夫婦である場合には、税率を適用した額を２倍したものを所得税額とするよう変更する。第三に、所得税法第 83 条に定める配偶者控除の規定を削除する。第四に、所得税法第 83 条の２に定める配偶者特別控除の規定を削除

する。第五に、所得税法第 89 条に定める税率表について、居住者が夫婦である場合には、表３－13 で掲げた税率表を適用する旨の規定を追加する。

以上の様に変更することによって、本稿で検討した世帯単位課税（二分二乗方式）とすることができ、これにもとづいて課税を行えば、現行の個人単位課税では満たされなかった世帯間の公平性を満たすことが可能となる。

おわりに

本稿では、所得税制の課税単位に関する研究として、わが国の課税単位を個人単位課税から世帯単位課税に変更したときに税負担がどの様に変化するのか、シミュレーションを行い考察した。

シミュレーションでは、共稼ぎ世帯と片稼ぎ世帯との比率を『労働力調査年報』（総務省）を用いて決定し税収計算に用いた。また、現行の税率のまま世帯単位課税（二分二乗方式）に移行することは減収となることから、個人単位課税に対して税収中立的な世帯単位課税（二分二乗方式）となるような税率表を決定した。その税率表をもとにして、税負担額を算出すると、共稼ぎ世帯でも片稼ぎ世帯でも年間収入階級が 800 万円未満の世帯で増税となり、それ以上の世帯で減税となる傾向を明らかにすることができた。

しかし本稿で行ったシミュレーションは世帯主とその配偶者の２人世帯を対象としたものである。すなわち、扶養親族がいる場合の検討については行っていない。扶養親族がいる場合、その親族の考慮の方法についての検討が必要である。これには、本稿で取り上げた二分二乗方式を基礎に、扶養親族については所得控除を行う方法と、N 分 N 乗方式を用いて扶養親族を除数に含める方法とが考えられる。それぞれのシミュレーションを行い、税負担の変化について示す必要がある。その結果を踏まえたうえで、世帯単位課税へ移行する場合の所得税法の変更が求められる。

以上の検討課題は残るものの、本稿で行ったシミュレーションは、世帯単位課税へ移行した場合の税負担額の変化とその傾向を明らかにすることができた。二分二乗方式を用いた場合、現行税率表のもとでは減収となると指摘されるが、本稿では全体的に税率を 1.16 倍に引き上げることで減収が解消されるということを明らかにしている。また、引き上げ後の税率にもとづいて算出した税負担額について、現行の個人単位課税のもとで算出される税負担額との変化の傾向としては、世帯主とその配偶者の稼得割合が近づくにつれ税負担が増えるという傾向も明らかにした。また、年間収入階級が 800 万円未満の世帯が増税となり、それ以上の世帯が減税となる傾向も、年間収入階級が 800 万円未満の世帯を現在と同程度の税負担にし、それ以上の世帯を増税となるように税率表を

変更することができる。

世帯単位課税は世帯間の公平性を重視するものである。また、本稿で述べているように、課税単位は、個人か世帯のいずれかが望ましいものであるというものではなく、常に現行のものが適しているかどうかについては、議論をし続ける必要がある。したがって、上述の検討課題を明らかにしつつ、世帯単位課税に移行した場合の税負担のシミュレーションを行いその効果について検討することによって、わが国の課税単位の議論の一助になるよう今後も努力が必要ではあるが、本稿はその第一歩として、本稿で検討した世帯単位課税（二分二乗方式）にするために必要な５点のわが国の現行の所得税法の変更すべきところをあげている。

第一に、所得税法第２条第３号に定める居住者の定義について、個人と定めている箇所を単身者又は夫婦に変更する。第二に、所得税法第 21 条に定めている所得税額の計算の順序、所得税法第 86 条に定めている基礎控除及び所得税法第 89 条に定めている税率を適用する所得のそれぞれの規定について、居住者が夫婦である場合には、両者のそれぞれの給与収入額から給与所得控除と社会保険料控除を控除した残額を合算した額に、２人分の基礎控除を行った残額に２分の１を乗じたものが税率を適用する所得となるように変更する。また、居住者が夫婦である場合には、税率を適用した額を２倍したものを所得税額とするよう変更する。第三に、所得税法第 83 条に定める配偶者控除の規定を削除する。第四に、所得税法第 83 条の２に定める配偶者特別控除の規定を削除する。第五に、所得税法第 89 条に定める税率表について、居住者が夫婦である場合には、表３－13 で掲げた税率表を適用する旨の規定を追加する。

以上の様に変更することによって、本稿で検討した世帯単位課税（二分二乗方式）とすることができ、これにもとづいて課税を行えば、現行の個人単位課税では満たされなかった世帯間の公平性を満たすことが可能となる。

【参考文献】

・飯野 靖四（1982）「所得税における「妻」の座の取り扱い」『季刊 社会保障研究』第 18 巻 第２号．pp.184-197.

・大田 弘子（1994）「女性の変化と税制―課税単位をめぐって―」野口 悠紀雄 編『税制改革の新設計』日本経済新聞社．pp.185-219.

・岡村 忠生（1999）「所得税改革と課税最低限」『税経通信』第 54 巻 第 12 号．pp.17-27.

・奥谷 健（2006） 「扶養にかかる人的控除と社会保険料負担」『島大法学』第 49 巻 第４号．pp.139-174.

・貝塚 啓明（1985）「二分二乗制の是非と妻の座」『税経通信』第 40 巻 第 10 号．pp.25-29.

・鎌倉 治子（2009）「諸外国の課税単位と基礎的な人的控除―給付付き税額控除を視野に入れて―（資料）」『レファレンス』第 706 号．pp.103-130.

・金子 宏（1996a）『所得税の理論と課題』税務経理協会．

・金子 宏（1996b）『課税単位及び譲渡所得の研究』有斐閣．

・金子 宏（2011） 『租税法（第 16 版）』弘文堂．

・岸 昌三 （2004）「所得税の納税単位問題」『追手門経済・経営研究』第 11 巻．pp.1-5.

・佐々木 潤子（1997）「所得税法における課税最低限と最低生活費（一）」『民商法雑誌』第 117 巻 第１号．pp.35-73.

・税理士法人トーマツ編（2008）『欧州主要国の税法（第２版）』中央経済社．

・武田 公子（2011）「個人所得課税をめぐる諸論点」『立命館経済学』第 59 巻 第６号．pp.277-294.

・都村 敦子（1992）「税制および社会和尚制度における家族の取り扱い―家族の変容・労働の変容への対応―」金森 久雄・島田 春雄・伊部 英男 編『高齢化社会の経済政策』東京大学出版会 pp.183-250.

・都村 敦子（2002）「家族政策の国際比較」国立社会保障・人口問題研究所 編
『少子社会の子育て支援』東京大学出版会．pp.19-46.
・中村 良広（2013）『所得税改革―日本とドイツ―』税務経理協会．
・橋本 恭之・鈴木 善充（2012）『租税政策論』清文社．
・林 宏昭（1999）「所得税の控除制度と課税単位のあり方について」
『総合税制研究』第４号．pp.156-178.
・林 宏昭（2000a）「所得税改革の視点」『総合税制研究』第８号．pp.135-155.
・林 宏昭（2000b）「課税最低限と税率構造」『税経通信』
第 55 巻 第 12 号．pp.86-93.
・林 宏昭（2001）「所得税の課税単位に関する論点と国際比較」
『国際税制研究』第６号．pp.96-102.
・林 宏昭（2002）『どう臨む、財政危機下の税制改革』清文社．
・林 宏昭（2011）『税と格差社会』日本経済新聞出版社．
・藤田 清（1992）『所得税の基礎理論』中央経済社．
・水野 忠恒（2003）「所得控除と憲法問題」『日税研論集』第 52 号．pp.25-89.
・御船 洋（1998）「課税単位の選択と経済厚生」『商学論纂』第 39 巻
第５・６号．pp.149-170.
・宮島 洋（1986）『租税論の展開と日本の税制』日本評論社．
・森信 茂樹 編著（2008）『給付つき税額控除』中央経済社．
・Cathal O'Donoghue and Holly Sutherland (1999), "Accounting for the family in European income tax systems" *CAMBRIDGE JOURNAL OF ECONOMICS,* pp.565-598.
・Donald B. Mash (1943), "The Taxation of Imputed Income" *Political Science Quarterly,* pp.514-536.
・GHQ (1949), *REPORT ON JAPANESE TAXATION BY THE SHOUP MISSION,* GENERAL HEADQUARTERS SUPREME COMMANDER FOR THE ALLIED POWERS.
・J.E.Meade (1978), *THE STRUCTURE AND REFORM OF DIRECT TAXATION,* THE INSTITUTE FOR FISCAL STUDEIS.

・Joseph A. Pechman and Gary V. Engelhardt (1990), “The Income Tax Treatment of the Family: An International perspective” *NATIONAL TAX JOURNAL*, pp.1-22.
・LIAM MURPHY & THOMAS NAGEL (2002), *The Myth of Ownership: Taxes and Justice,* OXFORD UNIVERSITY PRESS.
・OECD(2012), *Taxing Wages 2011,* OECD Publishing.

【参考資料】

・厚生労働省（2010）『平成 20 年 所得再分配調査報告書』
・厚生労働省（2011）『平成 22 年人口動態統計』
・国税庁（各年版）『民間給与実態統計調査』
・国税庁（2011）『国税庁統計年報』
・財務省 HP『所得税の課税差最低限の内訳及び算出方法』
http://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/income/043.htm
（2012 年 11 月 11 日、現在。）
・財務省 HP『国民経済に占める財政の役割（国際比較）』
http://www.mof.go.jp/budget/fiscal_condition/basic_data/201104/index.htm
（2013 年 4 月 3 日、現在。）
・財務省 HP『所得税の課税最低限及び税額と一般的な給付の給付額が等しくなる給与収入の国際比較』
https://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/income/028b.htm
（2013 年 4 月 3 日、現在。）
・財務省 HP『平成 23 年度 一般会計歳入・歳出決算の概要』
https://www.mof.go.jp/budget/budger_workflow/account/fy2011/ke2411.htm
（2013 年 12 月 11 日、現在。）
・財務総合政策研究所（2012）『財政金融統計月報第 722 号』
・政府税制調査会 専門小委員会（1986）「政府税制調査会 専門小委員会報告（１）課税単位に関する専門小委員会報告」『ファイナンス』第 22 巻 第 1 号. pp.93-98.

・政府税制調査会（1994）「今後の税制のあり方についての答申―「公正で活力ある高齢化社会」を目指して―」『租税研究』第 531 号．pp.118-128.
・政府税制調査会 基礎問題小委員会（2005）『個人所得税に関する論点整理』
・総務省（2010）『平成 21 年労働力調査年報』
・総務省（2012）『平成 21 年全国消費実態調査報告（第 6 巻）特定世帯編』
・総務省（2012）『家計調査年報 平成 23 年版』
・総務省 HP『地方税に関する統計等 市町村税課税状況等の調』
http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/jichi_zeisei/czaisei/czaisei_seido/ichiran09_11.html（2013 年 7 月 10 日、現在。）
・日本経済再生本部（2013）『日本再興戦略―JAPAN is BACK―』

譲渡所得課税における所得の認識基準に関する研究

―課税のタイミングを中心に―

山本 直毅

譲渡所得課税における所得の認識基準に関する研究

―課税のタイミングを中心に―

山本直毅

論文要旨

個人の担税力の測定指標である「所得」に対する課税は、1年間という一定期間における適正な所得を測定し、課税されなければならない。この適正な所得を算定するには、納税者の得た利益を正確に評価し、適正に評価された利益を適当な期間に帰属させなければならない。所得をいつ、課税対象に取り込むのかという問題は、所得課税制度の根幹に関わる問題である。しかし、所得の「認識」の基準である「実現」概念は、租税法上の最も重要な概念の一つであるにも関わらず、実定法上に存在しない概念である。ゆえに、所得がいつ「認識」されるかが不明瞭となり、権利確定は取引形態により多様化し、より理解し難いものとなる。

本稿では、個人の譲渡所得の年度帰属の問題、すなわち、譲渡所得の課税のタイミング(認識)に問題の焦点を当てた。本稿の課税のタイミングの問題では譲渡所得を構成する譲渡収入金額をいつの年度の所得に計上するかという収入計上の時的基準を問題とした。

租税公平主義の要請が反映された課税要件および賦課・徴収手続きを法定すべきことを租税法律主義は、要請する。租税法律主義の本質は国家の恣意的課税から国民の財産と自由を保護し、その結果、法的安定性と予測可能性が確保することである。急速に発展し複雑化する経済事象の中で、各種の経済取引により租税法律関係がいかに構成されるのかを、国民が、取引時点において正確に予測できることの重要性は、ますます増している。租税法律主義の機能である法的安定性と予測可能性が確保できるのであれば、それは結果として、租税法律主義に寄与することとなる。筆者の問題意識は、この点に集約されている。

本稿の目的は、譲渡所得に対する課税のタイミング、すなわち、譲渡所得の認識の基準および計上基準に関する問題を整理することにあった。多様化する我が国の実現概念について、アメリカ租税法はいかなる対応しているか、この比較法的手法により研究することにより、我が国の今後の譲渡所得課税のあり方に示唆を得ることができると思料した。検討は以下のとおり行った。

まず、我が国における譲渡所得の認識の基準である「実現」をめぐる問題を

整理した。所得税法では、「収入」より導出される「実現原則」と譲渡所得の認識の基準としての「実現」とは異なる。その結果、法 33 条 1 項を根拠とする増加益清算課税説と法 33 条 3 項を根拠とする譲渡益所得説という考え方の違いが生じることが確認できた。学説および判例の動向を検討したところ、「実現」の事実認定規範である権利確定主義は、「実現」を、いかなるものと解すかにより、その認識時点は異なってしまうことが明らかにできた。

アメリカ法では、原則として「実現」が、課税対象たる所得の要件であるに止まらず、内国歳入法典に「実現」の語を用い法定し、「認識」と「不認識」という概念により、「実現」した所得の課税所得の算入可否を決している。原則として、資産の売却または交換により実現した利得は「認識」され、「認識」された時に、課税のタイミングが到来することが確認できた。

アメリカ法の認識構造との比較で、基本的に課税時期は、納税者の経済取引が異なるから多様なものとなるが、日本法の問題の原因は実定法により「認識」の基準が法定されていないところにあることが明らかになった。現状、譲渡所得課税制度の下では、不合理な取扱いがあるとしても、契約解釈に問題がない限り、その課税上における不合理な取扱いの是正を図ることはできない。合理的な課税関係を構築することができないことを理由に法解釈を曲げることは許されず、課税の対象から除外することも許されない。租税法律主義の下では、法律の根拠なしに法律の文言を無視したり、法文自体を空文化したり、異なる意味を付加する等の恣意的課税をすることは許されない。

以上のことから、譲渡所得の課税(計上)の時期を明確にするためには、国民の代表である国会の承認を経た法律によって規律すべきである。したがって、「認識」の基準を実定法により法定し、法的に統制が加えられていくべきであり、所得の認識概念としての「実現」に関する規定を、少なくともアメリカ法の手法にならって法定化し精緻化すべきことを指摘して本稿の結論とした。

譲渡所得課税における所得の認識基準に関する研究

―課税のタイミングを中心に―

山本　直毅

目次

はじめに

第１章　譲渡所得の意義と課税のタイミング
　第１節　所得概念の整理―所得の意義
　　(ⅰ)所得の意義
　　(ⅱ)包括的所得概念の実現原則
　第２節　譲渡所得に対する課税の意義と法的構造
　　(ⅰ)譲渡所得課税の意義―譲渡所得課税の趣旨
　　(ⅱ)譲渡所得に対する課税の繰延べと平準化措置
　　(ⅲ)譲渡所得課税の法的構造―資産の範囲と譲渡の範囲
第２章　譲渡所得の課税のタイミングをめぐる学説と判例の動向
　第１節　譲渡所得の課税のタイミングの問題整理
　　(ⅰ)譲渡所得課税における実現原則と実現主義の整理
　　(ⅱ)みなし譲渡課税規定の立法趣旨と所得税法 33 条の位置づけ
　第２節　課税のタイミングをめぐる学説の動向
　　(ⅰ)権利発生主義
　　(ⅱ)実現の判定原則としての権利確定主義
　第３節　課税のタイミングをめぐる判例の動向
　　(ⅰ)個別判例の検討
　　(ⅱ)小括
第３章　アメリカ合衆国における譲渡所得課税と実現概念
　第１節　アメリカ合衆国における譲渡所得課税

(ⅰ)所得の意義と実現
(ⅱ)譲渡所得課税の法的構造
第 2 節　実現の概念と認識の概念
(ⅰ)所得の「実現」と「認識」の関係
(ⅱ)繰延べの取扱い
第 4 章　譲渡所得の実現と認識基準
第 1 節　アメリカ租税法と我が国の租税法との譲渡所得課税の異同
第 2 節　我が国の譲渡所得課税をめぐる問題点

結論

はじめに

所得課税制度は、租税負担の公平を実現する上で最も重要な制度である。所得課税を行うためには、個人の「所得」を担税力の測定指標とするから、一定期間における適正な「所得」(虚偽ではない真実の所得)を測定しなければならない。この適正な所得を算定するには、納税者の得た利益を正確に評価し、その適正に評価された利益を適当な期間に帰属させなければならない。したがって、所得課税制度では、「所得の年度帰属」と「所得の評価」は、必要不可欠の要素ということができる。

とりわけ、「所得の年度帰属」の問題、いわゆる「所得」をいつの時点(timing)で課税の対象に取り込むのが最も妥当かという問題は、所得課税制度の根幹にかかわる重要な問題である。所得税法は、所得源泉の性質や発生の態様によって担税力が異なることを前提に所得区分を設け、各種所得について、それぞれの担税力に応じた計算方法および課税方法を定めている。そのため、所得源泉によってその所得の発生時点が異なり、いつの時点で課税の対象に取り込まれるのかも異なるものといえる。一方で、所得源泉によって担税力が異なるのであるから、その計算過程は異なるものの、いずれの所得源泉についても、(総)収入金額から費用等を差引き純所得を算出することを定める。

所得の認識・測定のプロセスは、原則として効用や満足が、ある経済取引によって外部から納税者に何らかの経済的価値が流入したことによって、「未実現の利得」が「実現した利得」へと変化し、この経済的価値を金銭的価値に結び付け評価し、所得を客観的に測定する過程を意味する。いつ「所得」を課税の対象に取り込むのかという「認識」の基準は、「実現」した利得であるか「未実現」の利得であるか、すなわち「実現」によって判定される。「実現」という概念は、いつの時点で課税対象たる所得になるのか、課税の対象となる金額、課税の対象となる者を画定する機能を有しているといわれる。我が国における課税のタイミングは、「実現」概念によって決してきた。しかし、「実現」概念は租税法におけるもっとも重要な概念の一つである(所得の認識概念という意味で)にも関わらず、実定法上に存在しない概念である。

本稿の目的は、譲渡所得に対する課税のタイミングすなわち、譲渡所得の認識の基準、および、計上基準に関する問題の状況を整理することにある。なお、日本の問題状況を整理するうえで有益と思われるアメリカの譲渡所得を認識する「実現」概念についても検討に含める。比較法の研究は、我が国の問題状況を解決するうえで有益な示唆を得るものと考えるからである。

譲渡所得に対する課税は、租税制度の歴史において所得税法上最も多くの論点が存在し、頻繁に紛争が生じやすい領域である。その一つとして譲渡所得に対する課税のタイミングの問題がある。譲渡所得は、「実現主義」の産物といわれ、譲渡所得の課税のタイミングは、「実現」の時と理解される。実定法上に存在しない概念であるゆえに、上記の「認識」過程と異なり、譲渡所得課税における課税のタイミングが、いつ、どのよ

うな時に課税所得に算入されるのかが不明確となる結果を招来させる。ゆえに、譲渡所得に対する課税のタイミングは、所得課税の解釈・適用の場面で必ずしも画一的に運用されていないというきらいがある。さらに、厳格に画一的に取扱われないことにより、所得の「実現」時点は、より曖昧なものとなり課税実務において混乱が生じていることが現状である。

しかし、租税法は法であるから、その究極の目的は正義の実現にある。租税正義は日本国憲法の価値秩序によって具体化され、租税正義の実現は立法原理である租税公平主義によって図られる。租税正義を実現するためには、租税公平主義と租税法律主義の両輪が相互に機能しなければならないことはいうまでもない。租税法律主義は、租税公平主義の要請を受け、体系化された法を規定すべきことを命じている。これは、租税法律主義の本質が、国家の恣意的課税を阻止し、国民の自由と財産権を保護することに求められる。租税法律主義の要請を受け、課税要件および租税の賦課徴収手続が法定される結果、納税者の予測可能性と法的安定性の確保に資することとなる。もし、納税者の予測可能性および法的安定性が確保されていないのであれば、それは結果として租税法律主義の形骸化に繋がる[1]ことになる。筆者の問題意識はこの点に集約される。以上の問題意識の下で、本稿は、譲渡所得課税の意義、課税のタイミングの問題点を明らかにした上で、租税法律主義の観点から検討する。

本論文の構成は、以下のとおりである。まず、第 1 章と第 2 章では、我が国における譲渡所得に対する課税のタイミングである「実現」をめぐる問題の整理をする。第 1 章では、所得の意義およびそれを制限する「実現原則」を整理し、譲渡所得に対する課税のタイミングとしての「実現」の確認を行う。第 2 章では、「実現」概念を整理したうえで実定法上のみなし譲渡規定を歴史的に考察し、譲渡所得における課税のタイミングとの位置づけを確認する。そして、「実現」の判定原則としての権利確定主義をめぐる学説の変遷、個別判例の検討を通して、譲渡所得に対する課税のタイミングが「実現主義」を判定するものであるかを確認する。第 3 章と第 4 章では、我が国の譲渡所得に対する課税のタイミングの問題の解決に示唆を受けるために、アメリカ租税法との比較法研究を行う。第 3 章では、アメリカ租税法における所得の「実現」をめぐる重要判例、キャピタル・ゲイン課税の「実現」を整理し、所得の「実現」と「認識」の関係を検討し、課税所得がどのように算入されるのかを明らかにする。第 4 章では、アメリカ租税法におけるキャピタル・ゲイン課税の特徴を踏まえたうえで、我が国における譲渡所得に対する課税のタイミングの問題点の指摘をする。最後に、租税法律主義の観点から課税のタイミングについて検証する。

[1] 増田英敏『リーガルマインド租税法〔第 4 版〕』1 頁以下(成文堂、2013)。

第１章　譲渡所得の意義と課税のタイミング

一般に、所得の年度帰属の問題は、課税のタイミング(時期)の問題を意味するものとされてきた。すなわち、すべての所得は認識の基準である「実現」と同時に課税対象たる所得となることから、所得の年度帰属の問題は、所得の「実現」判定の問題であるとされてきたが、どの年度に実現した所得が帰属(所得とある年度の結びつき)すべきなのかという問題と所得がいつ(ある一時点において)実現したのかという問題は区別して論じられるべきである[2]。本稿においては、ある一年度に帰属するという「年度帰属」という文言を用いず、いつの時点において所得を課税すべきか(課税所得に算入すべきか)、という意味で課税のタイミング(以下、「課税のタイミング」という用語の他に、随時「計上時期」、「課税時期」、「認識」を用いる)という言葉を用いることとする[3]。

課税のタイミングが検討される前提として、何が所得とされ、何が所得ではないのかが明らかでなければ、納税者はその「所得」を計上すべき(所得ではないから計上しない)かの判断が困難となり、租税行政庁は合法性の原則の下、その「所得」に課税すべき(所得ではないから課税しない)かの判定が困難となる。すなわち、所得の範囲を横の関係として捉えた場合に、課税のタイミングは縦の関係となり、密接相互に関連し不可分の関係にあるといえるからである。以下では、課税のタイミングを検討する上で重要な「所得」の意義を確認することとする。

第１節　所得概念の整理―所得の意義

(ⅰ)所得の意義

所得の意義および範囲を理解するにあたっては、租税法に内在する原理を確認することが必要不可欠である。

租税は、国民の間に担税力に応じて公平に分配されなければならない。これは、租税正義[4]の名の下に一般的に承認されている租税公平主義の要請である[5]。すなわち、租

---

[2] 田中治教授は、「所得がどの年分に実現したかという問題と、その実現した所得をどの年分に帰属させるかという問題は、論理的には、別の次元にある」(田中治「過年度分の遡及的支給と年度帰属」税務事例研究 113 号(2010))と述べられている。

[3] 中里実教授は租税実体法の側面から、「租税法において収益や費用の年度帰属を議論することの真の意味は、そのこと(筆者注：時間の問題、例えば費用収益対応原則等の会計学的技術)自体にあるのではなく、経済的効果に着目すれば、実は、課税のタイミングを決定することにある」(中里実「所得概念と時間―課税のタイミングの観点から―」金子宏編『所得課税の研究』129 頁以下(有斐閣、1991))と述べられている。

[4] 増田・前掲注(1)・1 頁。増田英敏教授は「租税法は法であるから、その目的は正義の実現にあ」り、租税法の立法原理は租税正義の実現を図るということにあると述べられ、また租税正義の重要性について、租税正義は「人々を幸福に導く価値概念である」(同書・1 頁以下)とれている。したがって、租税公平主義と租税法律主義の両輪が相互に機能し、租税

税公平主義とは、「税負担は国民の間に担税力に即して公平に分配されなければならず、各種の租税法律関係において国民は平等に取り扱われなければならないという原」理であり、「内容的には、『担税力に即した課税』(Taxation according to ability to pay, Besteuerung nach Leistungsfähigkeit)と租税の『公平』(equity, Gleichheit)ないし『中立性』(neutrality)を要請する」[6]ものである。一般的に担税力とは、「租税を負担する経済能力」や「租税の支払い能力」と解されている[7]。

租税公平主義は、立法の側面において租税負担公平の原則として機能し、租税正義の実現すなわち担税力に応じた課税を実現するための立法原理と位置付けられている[8]。立法原理である租税公平主義を直接的に命ずるのは、憲法 14 条 1 項の「法の下の平等」規定である。憲法 14 条の求める「平等」は形式的・画一的に国民全員を取り扱う「絶対的平等」ではなく、合理的理由なくして差別することを禁ずる、実質的な国民各自の差異に着目した「相対的平等」である[9]。

そして、租税公平主義の求める「公平」とは、ひとつは「水平的公平(Horizontal equity)」であり、等しい状況にある者を等しく取り扱うことを意味し、いまひとつは、「垂直的公平(Vertical equity)」であり、異なる状況にある者を異なって取り扱うことを意味する[10]。租税公平主義の求める担税力に応じた課税とは、水平的公平と垂直的公平が不可分に結びつくことにより実現することができる[11]。

租税法は、いくつもの個別税法の総称であるが、このうち個人に対する所得税(以下、「所得税法」という用語の他に、随時「法」という文言を用いる)は、租税公平主義の

が担税力に応じて平等に分配することができ、租税負担能力に応じて公平に課税されるとしたなら、人々の幸福は実現するということができる。

5 金子宏「租税法における所得概念の構成」同編『所得概念の研究』1 頁以下(有斐閣、1995)(初出：法学協会雑誌 83 巻 9・10 号 (1966)、85 巻 9 号(1968)、92 巻 9 号(1975))。

6 金子宏『租税法〔第 18 版〕』81 頁(弘文堂、2013)。

7 税負担の配分の方法には、利益説と能力説があるが、現在では能力説が採用されている。能力説とは、各人が税負担を負担することのできる能力(担税力)に応じて負担するという考え方である(岡村忠生「第一章租税と法」岡村忠生ほか著『ベーシック租税法〔第 7 版〕』5 頁(有斐閣、2013)、金子・前掲注(5)・1 頁参照)。このほかに「担税力」とは、各人の「経済的富裕度」、「全体的生活レベル」(金子宏「税制と公平負担の原則―所得税を中心として―」同編『所得課税の法と政策』3 頁(有斐閣、1996)参照)、「資力」(玉國文敏「違法所得課税をめぐる諸問題(3)」判例時報 750 号 9 頁(1974))とされる。

8 増田・前掲注(1)・17 頁以下参照。

9 最大判昭和 60 年 3 月 27 日民集 39 巻 2 号 247 頁。

10 増井良啓教授は、「恣意的な差別的課税の禁止という意味を、水平的公平の中に見出すべきである」(増井良啓「租税法における水平的公平の意義」碓井光明ほか編『公法学の法と政策(上)』173 頁(有斐閣、2000)、増井良啓「〔序論 2〕租税法における公平」法学教室 356 号 134 頁以下(2010)参照)と述べられている。

11 金子・前掲注(7)・2 頁以下。シャウプ勧告で知られるシャウプ博士は、水平的公平を誰もが合意できるいう意味で、「コンセンサス基準」とし、垂直的公平は税負担率に差異が生じることから「コンフリクト基準」と称している(増田・前掲注(1)・21 頁)。

要請に最も合致した租税である[12]とされている。所得税法は、租税公平主義の要請を実現するために、その構造の中に所得区分、人的諸控除および累進税率を設けることにより、実質的な個人の租税負担能力に即した公平な税負担の分配を可能にするものである。

所得税法は、課税物件の範囲を、「すべての所得」と定めている(所得税法 7 条 1 項)が、課税物件としての「所得」が何を意味するものなのか、つまり「所得」の概念について法は、明文の規定を設けて意味を定義していない。本節においては、「所得」概念における通説的見解に基づいて「所得」の意義を整理する。

「所得」の概念は理論的には、真の意味における所得(real income)と解され、これは財貨の利用から得られる効用(utility)ないし人的役務から得られる満足(satisfaction)の流入(inflow)を意味する[13]。しかし、効用や満足ないし便益を測定し、定量化することは不可能であるから、真の意味における所得を金銭的価値と結びつけて表現せざるを得ないこととなる[14]。したがって、真の意味における所得を測定することのできる金銭的価値に換算し、指標化したものが「所得」と観念されているのである。

このように「所得」の概念は、人の心理的満足であるから、所得税法の課税の対象は個人の心理的満足であることが確認できる。しかし、個人の心理的満足は、客観的に把握することはできず、それを同じ物差しで測ることは不可能である。この理由から、所得税法は「所得」を金銭的価値に結び付けて、「所得」を測定しこれに応じた課税を可能としている。

「所得」を金銭で把握する場合に、その構成の仕方には二つの「所得」類型が存在する。一つは、消費(支出)型所得概念(consumption or expenditure type concept of income)であり、いま一つは、取得(発生)型所得概念(accrual type concept of income)である[15]。各国の租税制度においては、一般的に後者が採用され[16]、取得型所得概念を

---

12 人々の担税力を示す主要な標識としては、消費・財産・所得の三者があり、なかでも所得は最もよく担税力に応じた課税の要請に適合するとされている(金子・前掲注(5)・3 頁以下参照)。伝統的に、所得税法と消費税法の選択は「公平」か「効率」かの選択として捉えられ、取得型所得概念を批判する消費型所得概念を主張する論者からは、課税のタイミングは一つの批判の対象とされてきた(藤谷武史「所得税の理論的根拠の再検討」金子宏編『租税法の基本問題』289 頁以下(有斐閣、2007)参照)。

13 金子・前掲注(5)・13 頁以下参照。

14 水野忠恒『租税法〔第 5 版〕』134 頁（有斐閣、2011)。谷口勢津夫教授は、真の意味における所得を「心理的所得」(谷口勢津夫『税法基本講義〔第 3 版〕』192 頁(弘文堂、2012))とされ、岡村忠生教授は、「自然人としての心理的満足」(岡村忠生「第 2 章　個人への所得課税」岡村忠生ほか著『ベーシック税法〔第 7 版〕』60 頁(有斐閣、2013))と述べられている。

15 ヘイグは、実体のない心理的事実(intangible phychological factors)を「一定期間(during a given period)に使用された財・サービス(the goods and services utilized)の金銭的価値(money-worth)と考えるか、または一定期間に受け取った金銭それ自体と金銭を使った取引なしに(without a money transaction)に直接受け取った(are received directly)財・サービスの金銭的価値を補足する(supplemented)と考える」(Kevin Holmes, The Concept of Income A multi-disciplinary analysis,at 59 (2001))方法を提案している。消費型所得概念

採用する場合には、二つの考え方が存在する。

その第一は、制限的所得概念(所得源泉説)といわれる特定の源泉から生ずる利得のみが所得を構成する考え方[17]で、原資の維持(preservation of source)の基準の他に、さらに何らかの基準を加えるものである。つまり、制限的所得概念は、納税者の得る経済的利得のうち、利子・配当・地代・利潤・給与等、反復的・継続的に生ずる利得のみが「所得」を構成し、一時的偶発的・恩恵的利得を「所得」の範囲から除外する見解である[18]。

これに対して、第二の考え方である包括的所得概念は、すべての利得が所得を構成すると観念し、原資の維持の基準の他には何ら基準を加えずに、包括的に所得を構成する見解である。つまり包括的所得概念とは、「人の担税力を増加させる経済的利得はすべて所得を構成することになり、したがって、反復的・継続的利得のみでなく」[19]、キャピタル・ゲインのような一時的・偶発的・恩恵的利得も「所得」を構成する[20]考え方である[21]。これは、純資産増加説（または純財産増加説）とも呼ばれる考え方であり、ある一定の源泉から生じた「所得」のみで担税力を把握しようとするのではなく、すべての「所得」を把握して担税力に応じた公平な課税の観点を重視する見解である[22]。通説的見解[23]は、包括的所得概念を支持している。包括的所得概念の背後にある考え方は、

は、各種の収入のうち、効用ないし満足の源泉である財貨や人的役務の購入に充てられる部分のみを所得と観念し、取得型所得概念は、各人が収入等の形で新たに取得する経済的利得を所得と観念する(金子・前掲注(6)・176 頁以下参照)。

16 金子・前掲注(5)・13 頁以下、金子・前掲注(6)・176 頁以下。

17 谷口勢津夫教授は、ドイツにおいては市場所得説(Markteinkommenstheorie)(市場で稼得された所得のみを所得税の対象として捉える)が、通説的位置を占めるに至っていると述べられている(谷口勢津夫「市場所得説と所得概念の憲法的構成―パウル・キルヒホフの所説を中心に―」碓井光明ほか編『公法学の法と政策(上)』467 頁以下(有斐閣、2000)参照)。

18 金子・前掲注(5)・16 以下、金子・前掲注(6)・177 頁以下参照。金子宏教授は、原資の維持の基準と他の基準(例えば、継続性)を加えた所得源泉説をその基準ごとに類型化されておられる(金子・前掲注(5)・16 頁以下)。

19 金子・前掲注(6)・178 頁。

20 渕圭吾「相続税と所得税の関係―所得税法 9 条 1 項 16 号の意義をめぐって」ジュリスト 1410 号 14 頁（2010）。

21 これに対し、消費型所得概念は、「所得の金額から貯蓄および投資に充てた金額と借入金の返済額とを控除し、それに借用借入金ならびに貯蓄および投資のとりくずし(dis-saving)を加算するという方法(加算法)で計算される」(金子宏「所得税の課税ベース―所得概念の再検討を中心として―」同編『所得概念の研究』163 頁(有斐閣、1995)(初出：租税法研究 17 号 1989))と制限的に解されていることから、金子宏教授は、もし、消費型所得概念を採用するのであれば、公平負担の観点から、すべての消費を課税の対象としなければならないとする包括的消費概念を主張されておられる。同旨の見解として、中里実「所得の構成要素としての消費―市場価格の把握できない消費と課税の中立性―」金子宏編『所得課税の研究』67 頁(有斐閣、1991)参照。

22 清永敬次『税法[新装版]』82 頁(ミネルヴァ書房、2013)。

23 金子・前掲注(6)・176 頁以下参照、清永・前掲注(22)・82 頁以下参照。水野(忠)・前掲注(14)・137 頁以下参照。

「公平負担の原則であり、総合所得税の理念である」[24]とされている。

純資産増加説を唱えたアメリカのヘンリー・サイモンズ(Henry Simons)は、「所得」を「(1)消費によって行使された権利(rights exercised in consumption)の市場価値(the market value)と、(2)期首と期末の間における(between the beginning and end of the period)財産権(property rights)の蓄積価値の変化(the change in the value of the store)の合計(algebraic sum)」[25]と定義づけ、一定期間における消費と純資産価値の増加の和とする[26]。したがって、課税の対象となる「所得」とは、一時的・偶発的・恩恵的利得はもちろんのこと、未実現の利得、帰属所得、不法な所得を含めすべての経済的利得を課税の対象とすることになる[27]。

また、仮にこの課税物件としての所得を法的に把握するとした場合には、合法に得た自由に処分しうる利益のみに課税をし、不法に得た自由に処分しうる経済的利得は所得として構成することができないこととなってしまう。このように不法に得た所得に課税できないとしたならば、公平負担の見地からはなはだしく均衡を失することになる[28]。

---

[24] 金子宏「所得概念について」同編『租税法理論の形成と解明　上巻』422 頁(有斐閣、2010)(初出：税経通信 25 巻 6 号(1970))。

[25] Henry C. Simons, Personal Income Taxation, 50 (1938, 6th Impression 1970).中里実教授は、その都度定期的に価格に着目し評価して、値洗いが行われることから、「時価主義的に定義されている」(中里実「みなし譲渡と時価主義」『譲渡所得の課税』日税研論集第 50 号 96 頁(2002))と述べられ、時価主義が包括的所得概念の定義そのものにさかのぼる根本的な考え方であり、忠実であるとされている。また、木村弘之亮教授は包括的所得概念の構成要素の一つとしての消費は、「純資産(富)が増加した期間と異なる期間においてその所得が消費されていることを指しているわけではなく、一期間内において増加した財産のうち、生活のため消費した部分を指しており」(木村弘之亮「所得税法における包括的所得概念と発生主義の接点―包括的所得概念は実現主義を排斥するか―」税法学 562 号 47 頁(2009))、その消費は、事業所得者(事業主)が棚卸資産等を自家消費する場合の消費を指すと述べられている。

[26]ドイツにおいてゲオルク・シャンツ(Georg Schanz)は所得の概念を「所得 Eincommen は、一定期間における純財産純増 Reinvermögenszugang(Zugangvon Reinvermögen)である」(清永敬次「シャンツの純資産増加説(二完)」税法学 86 号 19 頁(1958))と捉えている。金子宏教授は、シャンツの定義とサイモンズの定義は「表現は異なるが同じ」(金子・前掲注(5)・24 頁以下参照)とされが、谷口勢津夫教授は、純資産増加説には、会計学的な利益計算の観点から二つのタイプがあるとされ、シャンツの主張する純資産増加説は、「収支計算」を前提とするものであり、損益法に依拠するものであり、未実現の利得を含むサイモンズの主張する純資産増加説は、財産法に依拠するもので異なるものであるとされている。すなわち、「『財産増加』は損益法に対応し、『財産増価』は財産法に対応することができるということができ、さらには純財産増加説について損益法型純財産増加説(Reinvermögenzszugangstheorie)と財産法型純財産増加説(Reinvermögenszuwachstheorie)との区別を観念することができよう」(谷口勢津夫「税制における担税力の意義」税研 119 号 35 頁(2005))と述べられている。なお、シャンツの純資産増加説について詳細に検討されている論文として、清永敬次「シャンツの純資産増加説(一)」税法学 85 号 7 頁(1958)、同・同条・15 頁)を参照されたい。

[27] 金子・前掲注(5)・46 頁以下参照。

[28] 金子宏「テラ銭と所得税―所得の意義、その他の所得税法の解釈をめぐって―」同編『租

したがって、課税物件としての「所得」は、経済的に把握するというべきであろう[29]。

ここで重要なことは、「所得税は、所得に対する課税ではなく、それぞれの所得に即して人に課される租税なのであ」[30]り、特定の物や対象に即した概念ではなく、人に即した観念である[31]。事業からの収益、土地の賃貸料、預金の利子、労働の対価等は、所得であることに間違いはないがそれは実は所得の現象形態であって、それらが特定の人に帰属しその担税力を増加させる点に所得の意義がある[32]。

(ⅱ)包括的所得概念と実現原則

租税公平主義の要請を受け、所得税法における「所得」は収入金額のうち原資を超える部分のみが所得という包括的所得概念に伝統的な純所得課税(net income)の考え方を採用している。利子所得から雑所得（所得税法 23～35 条）のいずれの所得についても、また収入金額の通則においても、その金額を「収入金額」または「総収入金額」と規定している。このことは、「所得税法が所得を収入(receipts)という形で観念していること、すなわち収入―経済的価値の流入―を所得の要素と考えていることを意味するのであって、そこでは未実現の利得＝保有資産の価値の増加益は原則として所得の範囲から除外されていると解さざるを得ない」[33]とされ、原則として実現した所得に対して課税がされなければならないことを法が定めている[34]。

税法理論の形成と解明　上巻』435 頁(有斐閣、2010)。

[29] 玉國文敏「違法所得課税をめぐる諸問題」(4)判例時報 755 号 14 頁(1974)。このほかに、同・前掲注(7)・9 頁以下、(5)判例時報 761 号 7 頁以下(1975)、(6)判例時報 764 号 9 頁以下(1975)、(7)判例時報 767 号 7 頁以下(1975)、(8・完)判例時報 770 号 13 頁(1975)も併せて参照。

[30] 金子・前掲注(5)・29 頁。

[31] 金子・前掲注(5)・27 頁以下参照。

[32] 金子・前掲注(5)・29 頁参照。包括的所得概念が所得税法において採用されていることは、実定法上の構造からも明らかにすることができる。所得税法は、納税者が得た所得をその源泉ないし性質に応じて 10 種類に区分し分類している(所得税法 21 条 1 項 1 号、所得税法 23 条～35 条)。その中には、一時的・偶発的・恩恵的利得をも「所得」とし(同法 34 条 1 項)、一時所得を含む 9 つの源泉に該当しない「所得」は、雑所得(同法 35 条 1 項)に該当すると定め、発生源泉を問わずすべて課税の対象とする包括的所得概念を採用していることが確認できる。さらに、所得税法 36 条 1 項括弧書きは、所得を構成する利得は、現金等の形式に囚われることなく金銭以外の経済的利益、現物給付、債務免除益といった経済的利益も課税の対象とすることを明確にしている(増田英敏「紛争予防税法学　第(13 回)　譲渡所得課税と紛争予防」TKC460 号 60 頁(2012)以下、増井良啓「債務免除益をめぐる所得税法上のいくつかの解釈問題」(上)ジュリスト 1315 号 192 頁以下(2006)、(下)ジュリスト 1317 号 268 頁以下(2006)参照)。

[33] 金子・前掲注(24)・426 頁、増井良啓「譲渡所得課税における納税協力」日税研論集第 50 号 126 頁(2002)。

[34] 実現を経済的価値の流入があった時点と捉える見解として、増井良啓「租税法入門第 8 回〔所得税 5〕収入金額」法学教室 362 号 125 頁(2010)、伊川正樹「譲渡所得とその課税および実現主義―増加益清算課税説と譲渡益清算課税説の対立点」越智敏裕ほか編『行政

つまり、所得税法は各種所得が「収入」と定めているのは、発生したいずれかの所得(未実現の利得)が、外部からの、何らかの経済的価値が流入することをもって、所得の算定要素とすべきことを命じているのである。このように、実定法上、各種所得は、金銭その他の換価可能な経済的価値の流入があったときに「実現」すると解されている[35]。

この「実現原則」は、真の意味における所得(real income)が、外部から納税者に何らかの経済的価値が流入したことで、未実現の利得(unrealized gain)が実現した利得(realized gain)へと変化し、所得の大きさを計れるようなったことをもって課税所得(taxable income)となると理解することができよう。反対に「未実現の利得(unrealized gain)」とは、資産の価値が値上がっただけで資産の形に何らの変化もない場合をいう[36]。したがって、純資産増加説の観点から、確かに資産の値上り益が未実現の利得として発生していたとしても、現実に、納税者に何らかの経済的価値の流入があり実現した利得にならなければ課税することはできないとこととなる[37](以下、「実現原則」という)。

包括的所得概念に制限を加える「実現原則」を採用し、原則として未実現の利得を除外しているのは、一般的に以下の理由によるものと指摘される[38]。

第一に、執行上の便宜である。これは、包括的所得概念の観点からは、納税者の担税力の増加をきたすものはすべて所得と構成されるが、すべての資産につき毎年一回ずつ評価を行い評価益及び評価損を算定しなければならないこととなる。これをすべて租税行政庁[39]が行うとするならば、厖大な数のしかも多種多様な資産について正確な評価を

と国民の権利』475 頁(法律文化社、2011)。清永敬次教授は、「実現」について直接定義はされていないが「定期預金、株式等の金融資産を取得した場合に、贈与者・被相続人等に生じている未実現の利子、配当その他の所得は、その実現段階(収入金額があったとされる段階)において、資産の取得者につき課税されるということである」(清永・前掲注(22)・102 頁注記(5))という文脈にて用いられている。谷口勢津夫教授は、具体的に実現とは、「金銭その他の換価可能な経済的価値の、外部からの流入をいう」(谷口(勢)・前掲注(14)・196 頁)とされ、渡辺徹也教授は、「実現があれば収入金額が生じる」(渡辺徹也「実現主義の再考―その意義および今日的な役割を中心に―」税研 147 号 72 頁(2009))とされている。その根拠を「収入」に求める見解に対し、岡村忠生教授は、実定法に基づいて課税ができるようになる時点を「実現」とし、その根拠を 36 条 2 項に規定する「享受」とされる(岡村忠生「所得の実現をめぐる概念の分別と連接」法学論叢 166 巻 6 号 103 頁(2010))。

35 伊川・前掲注(34)・475 頁。

36 佐藤英明教授は、未実現の利得についても直接定義されておられる（佐藤英明『スタンダード所得税法〔補正 2 版〕』15 頁(弘文堂、2011))。

37 例えば、自家用の土地や家屋等を所有していることによって享受できるサービスや経済的利益である帰属所得(imputed income)は、現行法において所得を「収入」という形で規定しているから、原則として「実現」した利得のみを課税所得として捉えて、帰属所得のような未実現利得は、一応課税対象より除外しているものと考えられている(畠山武道＝和渡辺充『新版　租税法』81 頁注記＊(青林書院、2000))。

38 譲渡所得という所得区分は、納税協力上の考慮によるところが多い(増井・前掲注(33)・126 頁)。

39 「租税行政庁」とは、一般的には税務署長・税関長等の納税者に対して租税の確定および徴収に関する各種の処分を行う権限を与えられているものをいう。本稿においては、よ

行わなければならない。また、当該評価をめぐって租税行政庁の執行を複雑にし、租税徴収費用等の増加ないし税務執行上の混乱が生じるという実際的理由がある[40]。

第二に、納税者への配慮である。たとえば、未実現の譲渡所得に課税するのであれば、納税者は納税資金を捻出するために、当該資産の売却を強いることになり、市場での現金化が困難な資産や、事業に使用しているため売却できない資産の場合、別に納税資金を用意しなければならなくなる。仮に資産評価をすることとした場合に、全資産について取得価格と前年度までの評価額を調べて毎年申告するのは、技術的および量的に相当の困難を招来し、納税者にとって負担であるといわなければならない[41]。

第三に、伝統的な会計慣行の影響である。企業会計は、企業の株主その他の利害関係者に適正な期間損益および財政状態を算定し、表示することを目的とする。そして、企業財政の安全性と企業の健全な維持発展を重視するところから、将来の不測の事態に対応するために予想される損失は計上してもよいが、将来の不確実性に対処し、利益の社外流失を抑制するために予想される利益は計上してはならないという「保守主義の原則」[42]が尊重されている[43]。

以上のような理由から、立法者が未実現の利得に対する弊害を考慮し、実際の租税制度においては、実現した利得に対して課税することとしたのである。しかし、前述したように包括的所得概念は人の担税力を増加させる利得を課税の対象としているのであるから、未実現の利得も所得を構成し、「所得」としての性質を失うものではない。したがって、「実現した利得のみを所得税の課税の対象とするのか、それとも未実現の利得をも所得税の対象に加えるかは、立法政策の問題である」[44]とされるべきである。

未実現の利得に対する課税は、実定所得税法が、所得を算定するうえで所得の構成要素として「収入」という形で所得を捉えていることから例外的に立法によって課税されるものである[45]。課税対象とされる「所得」は包括的に構成されているのに対し、未実

り広い意味でとらえ、国または地方公共団体の租税の確定と徴収を行うための行政組織である「租税行政組織」を意味することとする。

40 金子・前掲注(24)・427 頁、渡辺徹・前掲注(34)・73 頁。

41 金子・前掲注(24)・426 頁、田中治「キャピタルゲイン課税―税法学からの問題提起―」日本租税法理論学会編『キャピタルゲイン課税』78 頁(谷口書房、1993)、渡辺(徹)・前掲注(34)・63 頁。

42 企業会計原則第一の六は、保守主義の原則を定め、「企業の財政に不利な影響を及ぼす可能性がある場合には、これに備えて適当に健全な会計処理をしなければならない」と定めている。

43 黒澤清編『会計学』102 頁(青林書院、1956)、広瀬義州『財務会計(第 11 版)』150 頁以下(中央経済社、2012)、桜井久勝『財務会計講義＜第 13 版＞』64 頁以下(中央経済社、2012)、加古宜人『財務会計概論〔第 9 版〕』22 頁以下(中央経済社、2010)、金子宏「所得の年度帰属―権利確定主義は破綻したか―」同編『所得概念の研究』65 頁(有斐閣、1995)(初出：日税研論集 22 巻(1993))。

44 金子・前掲注(5)・66 頁。

45 田中(治)・前掲注(41)・78 頁。

現利得への課税は例外的にされるのであるから、課税所得に算入される所得は原則として「実現」原則によって制限が加えられている[46]ということができよう。

しかし、認識の基準としての「実現」概念は実定法上にない概念であることから、実際に何を示すもので、どのような経済事象をもって「実現」というのか、多くの問題が生じることはいうまでもない[47]。

ところで、所得税法は所得区分を設けそれぞれの担税力に応じた計算方法、課税方法を定めている(法 21 条 1 項 1 号)。所得区分は、租税公平主義の要請を受けて所得の性質と発生の態様に応じて担税力が異なることを前提とするものであるから、それぞれの担税力に応じた計算方法および課税方法を定めているのである[48]。したがって、同じ「収入」という言葉から導き出される「実現」原則の経済事象も、すべての所得をまとめて同じ一つの経済事象の認識の基準を決め、その時に課税するとしたのでは、その所得の発生の態様と性質に応じて区別するという利点を活かすことができなくなってしまう。

ゆえに筆者は、それぞれの所得に応じた「実現」の経済事象を捉えて課税対象に取り込むべきであると考える。本稿においては、以下のとおり、10 種類の所得源泉のうち譲渡所得を研究対象とし具体的な所得の課税のタイミングについて検討する[49]。なぜなら、第一に租税制度の歴史において譲渡所得に対する課税は、所得税法上最も多くの論点が存在し、頻繁に紛争が生じやすいからである。第二に、譲渡所得は課税のタイミングによって他の所得と区別されていることから実現主義の産物といわれ[50]、譲渡所得の

---

46 岡村・前掲注(34)・103 頁(2010)。

47 岡村忠生教授は、「実現主義は、所得の課税時期について、納税資金の確保と、収入金額の算定を市場取引によって客観的に担保すべきことを根拠として要請されるものである」(岡村忠生「所得分類論」金子宏『第 2 巻　所得税の理論と課題〔二訂版〕』48 頁(税務経理協会、2001))とされている。

48 租税法実務では所得区分に関する紛争は絶えない。例えば、会社から従業員にストック・オプションを与えられ、この権利行使益が給与所得に該当するのか、それとも一時所得に該当するのかを巡っては、多くの訴訟が提起された。通達の取扱いの変更等についても、争われたが最判平成 17 年 1 月 25 日判決民集 59 巻 1 号 64 頁は、給与所得に該当するとしている。

49 所得税法上の所得区分には、二つの切り分け軸が存在する。第 1 は、伝統時に所得を生み出す「原資産(物的所得分類)」に着目した分類である。第 2 は、「実現(人的所得分類)」に由来する分類である(増井良啓「〔所得税 4〕所得税の仕組み」法学教室 360 号 113 頁以下(2010))。物的分類は、利子所得のような預金利子の受取りという取引だけによって所得分類を行うことができるのに対し、人的分類は古書の売却という取引だけでは所得分類は不可能であり、取引の背後の事情や納税者の人的要素を観察する必要がある。

50 所得区分による分類は、所得源泉に基づくものと実現主義に基づいて分類する二つの区別の仕方がある。譲渡所得における実現の重要性を増井良啓教授は、「いまここに、株をもっている人がいたとする。その人が、配当を 100 受け取る。同時に、配当落ちにより、株価が下がる。いくら下がるかは状況によるが、ここでは 100 下がったとする。このとき、この人の経済的にみた所得はゼロである。100 のキャッシュを受け取ったが、株の資産価値が 100 だけ下がったからである。しかしながら、現行所得税法の下では、100 がキャッシュ流入の形で『実現』したとみて配当所得に課税する、他方、株価の値下がり分 100 につ

課税のタイミングを決定する認識の基準は、「実現」の時だからである。

第 2 節　譲渡所得に対する課税の意義と法的構造

我が国における譲渡所得は、所得課税制度上、多くの問題を抱え、譲渡所得に対する課税のタイミングをめぐる議論も多く蓄積されている。譲渡所得課税をめぐる問題点を大別すると①それを課税の対象とすべきかという原理的問題[51]、②譲渡所得の意義と範囲に関わる事項(所得区分の問題、換言すれば他の所得類型との限界をどのように画するのかという法律解釈上の問題)、③譲渡所得の金額を確定させる要素である総収入金額、取得費[52]、そして譲渡費用の意義と範囲[53]、④それをどのように補足するのかという租税行政上の問題に至るまで数多くの問題が存在する[54]。

以下では、譲渡所得に対する課税理論および譲渡所得課税における課税のタイミングを整理した後に、譲渡所得の起因となる「資産の譲渡」の範囲および「実現」について検討する。

（ｉ）譲渡所得の意義―譲渡所得課税の趣旨

いては、『未実現』であるため、控除を繰延べる、つまり、配当というインカム・ゲインのみを切り出して課税し、未実現の譲渡損を繰延べるというのが、配当所得と譲渡所得の区分を意味する」(増井・前掲注(33)・126 頁)と述べられ、実現主義を失くし、所得の発生した時点で課税することを原則とした場合には、譲渡所得の類型は消滅することを述べておられる。

[51] 譲渡所得が、①そもそも貨幣価値の下落、物価上昇による資産価値の名目的増加にすぎないから、それに課税するのは不合理ではないかという問題、②譲渡所得に対して課税すると資産の移転が妨げられて投資活動や経済発展に影響を与えてしまうという冷結効果(freezing effect)・封じ込め効果(look-in effect)の問題がある。

[52] 岡村忠生教授は、「外的条件による価値変化を譲渡所得すると、取得費とはそのような外的条件の影響を受ける対象であるから、資産の取得方法や使用収益といった主観的事情とは無関係に、客観的価格により把握されねばならない」と述べられ、主観的事情によって生じた費用については、取得費には含まれず、資産の客観的価格のみが取得費に含まれるとされている(岡村忠生「譲渡所得課税における取得費について(三)・完」法学論叢 135 巻 5 号 13 頁(1994))。

[53] 岡村忠生教授は、所得税法の体系では、必要経費の範囲を所得税法上の意味を超えて広く「所得を得るために必要な支出」、あるいは、「各種所得の金額を計算するうえで控除を認められる経費」と捉えた上で各種所得金額を説明するのが常であり、いずれの所得種類においても、収入金額から控除を認められることを前提としていることを批判されている。すなわち所得税法の定める「所得金額の計算の通則」においておかれた同法 36 条～38 条のうち、「全ての各種所得の金額を通じて適用されるのは、収入金額の 36 条のみで、必要経費に関する 37 条の適用は不動産・事業・山林・雑の各所得に限られ(26、27、35 条)、38 条は譲渡所得のみについての控除項目の規定である」(岡村忠生「譲渡所得課税における取得費について(一)」法学論叢 135 巻 1 号 18 頁脚注(9)(1994))と述べられている。

[54] 増田・前掲注(32)・57 頁、金子宏「所得税とキャピタル・ゲイン」同編『課税単位及び譲渡所得の研究』89 頁(有斐閣、1996)(初出：租税法研究 3 号(1975)。

我が国の所得税法第 33 条 1 項は、譲渡所得を「資産の譲渡(…略)による所得をいう」と定義した上で、法 33 条 3 項は譲渡所得の金額を「譲渡所得の金額は、(…略)それぞれその年中の当該所得に係る総収入金額から当該所得の起因となつた資産の取得費及びその資産の譲渡に要した費用の合計額を控除し、その残額の合計額(…略)から譲渡所得の特別控除を控除した金額とする」と定め、第 22 条 2 項 2 号は第 33 条 3 項 1 号に定める長期譲渡所得(その資産の取得の日以後 5 年以内に譲渡された所得)の平準化措置として 2 分の 1 課税を採用している。このように譲渡所得は、一定の条件を満たすことによって資産性所得重課という原則から離れ、軽課措置が取られている[55]。

譲渡所得金額の算定において「総収入金額」と定めているのであるから譲渡所得においても上述の「実現原則」を採用しているものと解することができる。譲渡所得が実現原則を採用しているのであれば、納税者に経済的価値の流入があったときに課税所得に算入するのであるから、資産の譲渡よって「対価」または経済的価値の流入したときに課税のタイミングが到来すると解することができる。しかし、判例は譲渡所得を、「資産の譲渡」によって得る「対価」とは理解していない[56]。

判例によれば法 33 条 1 項にいう譲渡所得に対する課税は以下のように説明されている。譲渡所得に対する課税の趣旨が争われた著名な判例である最高裁昭和 43 年 10 月 31 日判決[57](以下、「榎本家事件最高裁判決」という)は、「譲渡所得に対する課税は、…(略)、資産の値上りによりその資産の所有者に帰属する増加益を所得として、その資産が所有者の支配を離れて他に移転するのを機会に、これを清算して課税する趣旨のものと解すべき」であるとし、この資産の増加益に対して課税することが譲渡所得課税の本質であると判示している[58]。このような判例の考え方を増加益清算課税説といわれ、今日の判例通説となっている[59]。

---

[55] 所得税法上、「所得」は、勤労性所得(給与所得・退職所得等)、資産性所得(利子所得・配当所得・不動産所得・山林所得・譲渡所得等)、資産勤労結合所得(事業所得)の 3 種類に大別される(所得税法 23～35 条)。このうち、資産性所得が最も担税力が大きく、勤労性所得が最も担税力が小さいと考えられている。すなわち、所得区分規定は、担税力が異なることを前提に所得区分を設け、原則として資産性所得に対しては税負担を重く(以下、「資産性所得重課」という)、勤労性所得に対しては税負担を軽く(以下、「勤労性所得軽課」という)、という考え方を採用している

[56] 所得分類のあり方として、物的分類には利子所得や配当所得が存するが、法 33 条 1 項が物的な規定のされ方であるにもかかわらず「実現」方式を採用することから人的分類と物的分類が、錯綜し衝突する結果となっている(岡村・前掲注(47)・51 頁以下)。

[57] 最判昭和 43 年 10 月 31 日集民 92 号 797 頁以下参照。

[58] キャピタル・ゲイン課税の理論的根拠を純資産増加説に求めることは広く認められており、純資産増加説が所得としての担税力を見出すのは資産の保有期間中に発生した値上り益である(福家俊朗「土地の公共性と租税の法理の相克―土地問題と租税制度をめぐる法理論的課題―」法政論集 143 号 16 頁(1992)、占部裕典「土地の譲渡による所得区分―所得税基本通達 33－4、33－5 及び二重利得法の検討―」『租税法の解釈と立法政策Ⅰ』33 頁以下(信山社、2002)参照)。

[59] 金子・前掲注(6)・221 頁、水野(忠)・前掲注(14)・203 頁、増田英敏「紛争予防税法学 (第

譲渡所得の本質は、キャピタル・ゲイン(capital gains)(以下、「キャピタル・ゲイン」という言葉の代わりに、随時「譲渡所得」という言葉を用いる)であり、これは「所有資産の価値の増加益のこと」である[60]。したがって、譲渡所得課税とは資産の譲渡による「対価」を「譲渡所得」と観念するのではなく、その資産の所有者に帰属するキャピタル・ゲイン(所有資産の価値の増加、換言すれば保有資産の含み益、過去の値上り分)を「所得」として、その「資産の譲渡」によって顕在化した利得に対する課税である[61]。

我が国において、キャピタル・ゲインへの課税は、譲渡によって「実現した(realized)」段階でその利得に対して課税する[62]ものと理解されている[63]。つまり、譲渡所得に対する課税とは、「(資産を)手放した人(こと)」[64]への課税である。保有資産の移転、すなわち、ある資産の所有者の帰属の変更である「実現」の時点は課税のタイミングを決する重要な役割を果たしている。なぜなら、資産の移転の時期は、増加益清算課税説においては清算時点であり、この機会を逃せば、保有期間中の未実現のキャピタル・ゲインに対して課税をすることができない[65]。したがって、譲渡所得課税においては、資産の帰属の変更、すなわち認識の基準である「実現」は根幹といっても過言ではない。

以下では、譲渡所得をめぐる課税のタイミング、すなわち、認識の基準である「実現」を具体的に明らかにするため、課税繰延(Tax deferral)とはどのような制度なのか整理していく。

---

14 回) 譲渡所得課税と紛争予防(2)」TKC463 号 67 頁、佐藤(英)・前掲注(36)・83 頁。

60 金子・前掲注(54)・89 頁以下参照、佐藤(英)・前掲注(36)・81 頁。例えば、土地や有価証券の所有期間中の値上り益を挙げることができる。なお、本稿ではキャピタル・ロスについては検討しない。

61 増田・前掲注(59)・66 頁、佐藤(英)・前掲注(36)・83 頁、水野(忠)・前掲注(14)・203 頁。

62 課税のタイミングの問題すなわち、実現の問題は課税標準の枠組みの中で議論される(谷口勢津夫「税法における所得の年度帰属―税法上の実現主義の意義と判断枠組み―」税法学 566 号 287 頁(2011))。

63 金子宏「譲渡所得の課税」同編『租税法理論の形成と解明 上巻』626 頁(有斐閣、2010)(初出:日税研論集 50 号(2002))

64 佐藤(英)・前掲注(36)・83 頁。譲渡所得課税は、資産を手放した者への課税であるから、資産の所有者が形式的な名義人であって、実質的に別の者がこの資産を自由に支配し処分できる場合には、形式的な所有者へ譲渡所得課税を行うのではなく、実質的な所有者へ譲渡所得課税されなければならないという所得の人的帰属の問題、すなわち、実質所得者課税の原則(所得税法 11 条)を意味するものと思われる。したがって、課税物件(所得)とその人的帰属(実質的に支配している者)は相互密接に関連するのは、租税法が侵害規範であるからこそ真に所得を得ている者へ課税されるべきである。なお、課税物件と課税物件の人的帰属を検討されている文献として、谷口勢津夫「所得の帰属」金子宏編『租税法の基本原則』179 頁以下(有斐閣、2007)を、他人名義株式に係る譲渡所得の人的帰属と実質所得者課税の原則の問題を検討される文献として、岩﨑政明「他人名義株式に係る配当所得・譲渡所得の帰属」税務事例研究 33 号 43 頁以下(1996)を参照されたい。

65 譲渡所得課税の趣旨については、増加益清算課税説と譲渡益所得説の対立がある。譲渡益所得説については後述する。

(ⅱ)譲渡所得に対する課税の繰延べと平準化措置

現行法では、有価証券及び土地・建物等の譲渡益に対してのみ[66]、譲渡所得の課税繰延の制度[67]が設けられている[68]。譲渡所得に対する課税は、他の所得と比較した場合、多くの特別措置が講じられており、特別措置の形態には、一般に、①課税除外(exclusion)、課税繰延(deferral)、特別の控除[69]、分離課税があるが、現行法の下では、とりわけ有価証券の譲渡益に2種類の特別措置が、土地・建物等の譲渡益にその時に応じた政策目的実現のために種々の特別措置が、採られている[70]。とりわけ、課税繰延の制度について整理する。

課税繰延の制度とは、「国庫補助金等の総収入金額不算入の制度や、収用補償金で代替資産を取得した場合に資産の譲渡がなかったものとする制度のように、ある所得を当面は課税の対象から除外するが、それによって取得した財産の取得価格をその金額だけ減額することによって、当面失った税収を後に回復する制度」[71]とされるように、課税繰延の制度は、「課税所得を構成するもののうち、ある所得を課税の対象から除外した上で課税の延期を行い、後の課税年度において除外した所得を課税する制度」[72]である[73]。

---

66 土地については、当初地価の上昇を止め、地価を安定させることを目的として、長期譲渡所得は軽課し、短期譲渡所得は重課するために平準化措置が設けられたが、その後、土地のバブル崩壊を受けて、土地取引の活性化する目的のために、長期および短期とも税負担が軽減されることとなった。有価証券については、株式の譲渡所得を把握することが困難で執行上不公平が生じ、株式投資並びに株式の譲渡を奨励して健全な株式市場を育成するため課税除外されていたが、他の資産性所得との平等取扱いの見地から、課税の対象とされるが、株式の譲渡所得の名寄せが実際上困難であることから、分離課税とされた(西本靖宏「譲渡所得課税のあり方」金子宏編『租税法の発展』106頁(有斐閣、2010)参照)。

67 所得税法58条の交換特例を素材にして、課税繰延規定を検討する文献としては、浅妻章如「値上り益課税適状時期―所得税法58条・法人税法50条の交換特例をきっかけに―」金子宏編『租税法の基本問題』377頁以下(有斐閣、2008)参照。

68 所得税法57条の4は株式交換に係る譲渡所得の課税繰延を、法58条は固定資産の交換の場合における譲渡所得の特例を、それぞれ規定している。知的財産権の譲渡には、課税繰延の制度、立法による特別措置(優遇措置)は、ほとんど講じられていない。また、「法58条にいう固定資産は限定列挙であり(1項1号)、知的財産権はこの譲渡にいう固定資産に含まれない」(谷口智紀『知的財産権取引と課税問題』65頁(成文堂、2013))とされている。

69 譲渡所得の特別控除は種々の政策的見地から増額される(増田・前掲注(1)・134頁)。

70 現行租税特別措置法の概要については、金子・前掲注(6)・239頁以下参照。

71 金子・前掲注(6)・162頁。

72 谷口(智)・前掲注(68)・64頁以下。

73 納税者と租税行政庁の利害関係については、第一に、金銭的時間価値(time value of money)との関係で、「一、〇〇〇万円の税額を現時点で納付する代わりに五年後、十年後または十五年後に納付することとした場合に」(金子・前掲注(43)・285頁)、利子率相当分の利益が納税者に流入するとされる。第二に、累進税率の下では、所得の平準化(分割)をしたほうが納税者に有利であり、逆に租税行政庁は、所得をできるだけ多く計上させ、高い累進税率を適用させることで多額の租税歳入を確保することができる。第三に、納税者は、減税(増税)が予定されている場合には、タイミングを減税後(増税前)にずらしたほうが有利であり、租税行政庁は、減税(増税)の場合タイミングを早める(遅らせる)ほうが有利である

純資産増加説の観点から説明すると、譲渡所得の発生は資産を取得した時点から生じることとなる。したがって、資産を手放さずに保有している限りでは毎年未実現のキャピタル・ゲインは発生しているため、これを評価し(以下、「値洗い」という)、その評価益をその年の所得として課税すべきことになる（以下、この方式を「時価主義」[74]という)[75]。しかし、その値上り益は未実現の利得(unrealized gain)であるから、未実現の利得には原則として課税しないとする立法政策上の考え方により課税は繰り延べられる[76]。

このように、譲渡所得に対する課税は、課税繰延の制度を用いることで純資産増加説の範囲から除外し、未実現のキャピタル・ゲインは、課税所得の対象から除外される。課税の対象から除外された所得は、次回以降の課税のタイミングで課税されるのであるから、永遠に所得に対して課税をしないのではなく、今回の課税のタイミングでの譲渡所得に対する課税は延期されたに過ぎないこととなる[77]。この点に課税繰延の制度の特徴があるといえる[78]。

(水野(忠)・前掲注(14)・239 頁以下参照)。

74 西本靖宏教授は、一般的に譲渡所得課税の一番の理想的な形は、「実現原則を廃止して毎年全資産におけるキャピタル・ゲインを評価して課税すること」(西本・前掲注(66)・112 頁)であるが、そのようなことは執行上困難であるため、「実現原則を維持しつつも、一部、未実現利得のキャピタル・ゲインに対しても譲渡所得課税の対象範囲を広げることであろう」(同書・113 頁)とされている。忠佐市教授は、時価主義課税方式を「毎年査定説」とされ、実現主義課税方式を「譲渡時課税説」とされ、さらに毎年査定説の課税対象とする所得を「発生所得説」、譲渡時課税説の課税対象とする所得を「実現所得説」と区別されている(忠佐市『課税所得の概念論・計算論』163 頁(大蔵財務協会、1980))。

75 実は、包括的所得概念を採るならば、譲渡所得に限らずあらゆる所得について、この説明が妥当するのかもしれない(渕圭吾「所得課税における年度帰属の問題」金子宏編『租税法の基本問題』204 頁注記 11)(有斐閣、2007))。

76 増田・前掲注(59)・66 頁、佐藤(英)・前掲注(36)・82 頁。

77 谷口(智)・前掲注(68)・65 頁。課税繰延をすることにより、納税者に便益をもたらすものと指摘され(中里・前掲注(3)・135 頁以下参照) 、未実現のキャピタル・ゲインが、譲渡の時点まで課税が繰延べられることから、金子宏教授は、各種の所得が発生の年の内に直ちに課税されることから、公平負担の観点から、「租税の延納の場合に利子税が課されるのと同様に、この場合にも利子税を課す必要がある」(金子・前掲注(43)・285 頁注記(一))とされる。しかし、「税率が一定かつ繰延べられた租税を他の投資(課税を繰延べなかった場合の投資)と同率の(税引後)収益率で運用される限り、課税を繰延べようが繰延べまいが納税者にとって租税負担額の割引現在価値は同一という事実」(神山弘行「課税繰延の再考察」金子宏編『租税法の基本問題』251 頁(有斐閣、2007))があるとされるように、国庫または納税者の一方のみの視点からでは一概にも利益と不利益を論ずることはできない。

78 谷口(智)・前掲注(68)・65 頁。物的課税除外は各年度の課税所得の名目額の合計が減らされるものであり、課税繰延の制度は、各年度の名目額の合計が同じで課税が延期されるものである。法律的観点からは異なる制度であるが、課税繰延は、納税者に対して繰延べられた税額の利子分の利益を与える措置として非難されることが多い。このことについて、中里実教授は、「課税繰延が、実質的に(部分的にではあれ)課税除外と同じ経済的効果を有するに他ならない」(中里実「第 2 章課税のタイミング第 1 節　課税繰延の利益」同著『金融取引と課税―金融革命下の租税法―』16 頁(有斐閣、1998)(初出：税研 40・41 号(1992))

したがって、譲渡所得に対する課税は課税繰延べの制度が用いられることから、所有者がその資産を手放すとき(実現時点)まで課税を行うことができない。譲渡所得課税における「資産の譲渡」時点は、繰延べられてきた譲渡所得への最後の機会(課税のタイミング)であり、この「実現」の時点は課税のタイミングを画定する機能を果たしているのである。

増加益清算課税説に課税繰延べを意識してあてはめると、資産の値上りにより(ある一年度において資産の値上り益に対する課税のタイミングは到来するが所有者が資産を手放すというタイミングまで課税を繰延べられる)、その資産の所有者に帰属する増加益(適正な課税のタイミングを繰延べられてきた未実現の利得)を所得とし、年々蓄積(bunching effect)されてきた未実現の利得が、その資産が所有者の支配を離れて他に移転するのを機会に(今までの課税のタイミングを繰延べられてきた未実現の利得が今回の手放されたタイミングで)一挙に実現するから、これを清算して課税するものということができる。

繰延べられてきた未実現の利得が一挙に実現し、これに対して課税するのでは、一年間にキャピタル・ゲインは少しずつ値上りしてきたにも関わらず、高い累進税率が適用され税負担が加重になってしまう[79]。このような弊害を是正する措置として、実現したキャピタル・ゲインに対し平準化措置(averaging device)[80]をとる必要がある。我が国では、一定期間を超えて所有している資産の譲渡益(長期譲渡所得)について、資産の所有年数に関わりなく、その一定割合を課税の対象から除外する定率課税除外方式が採用されている[81]。

このことから、課税繰延制度と譲渡所得課税における認識の基準である「実現」との関係を論じたが、譲渡所得課税が、未実現の利得であっても毎年値洗いされ課税する時価主義方式を採用するのであれば、このような平準化措置をとる必要はないことになる[82]。

以下では、保有期間中に年々繰延べられてきた未実現のキャピタル・ゲインを「未実現

と述べられている。

79 もっとも、保有期間中の一時点において土地の価格が高騰する場合もあれば、一時点においては土地が下落する場合がある。

80 土地と有価証券の増加益を統計資料を用いてその規模を推計しその上に立って、譲渡所得課税の原理的問題について詳細に検討する文献として、金子宏「キャピタル・ゲイン課税の改革―問題点の原理的検討―」同編『課税単位及び譲渡所得の研究』288 頁以下(有斐閣、1996)参照。なお、平準化方式の類型について詳しく紹介され、独自の平準化方式を主張されている(同書・302 頁以下参照)。

81 金子・前掲注(63)・303 頁。

82 西本・前掲注(66)・99 頁。渕圭吾教授は、課税方式の選択については、「特定物、とりわけ市場性のない資産であるほど、実現主義(筆者注:本稿における実現主義)に拠るしかない。逆に、種類物、その中でも市場での取引が容易な資産ほど(言い換えれば、金銭に近い資産ほど)、時価主義に適合的である」(渕・前掲注(75)・207 頁)とされ、資産の性質と課税の方式の相性が重要であることを述べられている。

だから課税(計上)しない」、所有者が資産を手放した時点を「実現」、資産が手放されても課税しない場合を「実現したが、計上しない(または課税しない)」ものと捉えて考察していく。

（iii）譲渡所得課税の法的構造－資産の範囲と譲渡の範囲

譲渡所得における課税のタイミングを整理するには、譲渡所得の起因となる「資産の譲渡」が「何を」示すものなのかが明らかにされなければならない。例えば、納税者が経済的価値を得た場合には、納税者の支払う租税負担額は、どの所得区分に分類されるかによって納税金額の多寡が生じる。納税者にとっては、当該所得がいずれの所得区分に分類される[83]かは、極めて重要な問題であり、租税法実務上では実質[84]と実定法(形式)[85]の側面から譲渡所得区分をめぐる紛争が絶えない。

「資産の譲渡」は、増加益清算課税説を根底に据えていることから、その範囲は広範に理解されている。とりわけ、「譲渡」の範囲は、譲渡所得に対する課税のタイミングを決する重要な概念である。以下では、法 33 条 1 項の定める「資産の譲渡」の範囲を整理していく。

①　「資産」の範囲

譲渡所得の起因となる「資産」とは、譲渡性のある(他人に移転可能な)財産権をすべて含む概念で、動産・不動産はもとより、借地権、無体財産権、許認可によって得た権

---

83 譲渡所得の起因となる「資産の譲渡」の範囲は、その所得が保有者の意思によらない外部的条件の変化(たとえば「物価の高騰、環境や社会情勢の変化に起因し」(東京高裁昭和 48 年 5 月 31 日判決税資 70 号 200 頁)たものによって生じた資産の値上りであり、かつ、その譲渡が一時的・散発的に譲渡していることがその範囲に属することとなるとされる(水野(忠)・前掲注(14)・221 頁以下、小林栢弘「判批」租税判例百選第 3 版 62 頁以下 (1992)参照)。

84 たな卸資産(または準たな卸資産)とする目的で購入したわけではなく、長年固定資産として保有していたものを何らかの理由により所有目的を変更させ、所有者自身の人的努力と活動(personal efforts and activities)によって当該資産に資産価値を増加させ(新たな付加価値をつけ)て譲渡する場合に、その全体を一律に事業所得または雑所得として課税することは、所得の実体に即した課税とはいえない。そこで、形式的に課税を行うのではなく実質を見るべきであるとする金子宏教授は、「所有目的の変更の時点を基準として、それ以前の増加益は譲渡所得として取扱い、それ以後の増加益(付加価値)は事業所得または雑所得として取り扱」(金子宏「譲渡所得の意義と範囲―二重利得法の提案を含めて―」同編『課税単位及び譲渡所得の研究』238 頁(有斐閣、1996)(初出：法曹時報 30 巻 5 号(1978)、31 巻 3 号(1979)、31 巻 7 号(1979)、32 巻 6 号(1980)))うとする二重利得法(dualgains treatment)が有力に主張されている。現行所得税法基本通達 33－3 においては、譲渡所得に対応する年数がおおむね 10 年を超していなければならず、金子宏教授の提唱された二重利得法ではその期間は長期譲渡所得と同様の 5 年とされている。

85 占部裕典教授は、通達や裁判例によって既に是認されている二重利得法や基本通達の解釈が所得税法上に規定されていない以上、租税法規の厳格解釈の原理、すなわち租税法律主義に違反の疑いが強いことを説示されておられる(占部・前掲注(58)・28 頁以下参照)。

利や地位、「法律的な「所有」に限らず実際にそれを支配しているもの(こと)」[86]などが広く含まれる[87]。

このことは、所得税基本通達 33-1 が「譲渡所得の起因となる資産とは、法第 33 条第 2 項各号に規定する資産及び金銭債権以外の一切の資産をいい、当該資産には、借家権又は行政官庁の許可、許可、割当て等により発生した事実上の権利も含まれる。」と定めていることから、実務上でもこのように解されている[88]。

譲渡所得の起因となる資産についてはこのように広範に解されているが、所得税法 33 条 2 項 1 号に定める「たな卸資産」および「準たな卸資産」と「営利を目的として継続的に行われる資産の譲渡」、同法 33 条 2 項 2 号に定める「山林の伐採又は譲渡による所得」はその範囲から除かれている[89]。

② 「譲渡」の範囲

次に、譲渡所得の発生の原因となる「譲渡」とは、学説・判例においては以下のように理解されている。すなわち、「譲渡」とは、有償・無償を問わず、譲渡所得の起因となる「資産」を移転させる一切の行為[90]を指す概念で、売買や交換はもとより、競売、公売、収用、物納、代物弁済、現物出資等が、それに含まれる[91]。「譲渡」には、「資産」の移転による対価が無償による移転も含む概念であるから、贈与(民法第 549 条)によっ

---

86 佐藤(英)・前掲注(36)・84 頁。

87 金子・前掲注(6)・226 頁、佐藤(英)・前掲注(36)・84 頁。なお、「『資産』という概念は一種の固有概念であると解すべき」(金子・前掲注(6)・226 頁)であるとされる。固有概念とは、他の法分野においては用いられていない税法固有の概念である。反対に、他の法分野で用いられている「住所」といった概念は、他の法分野から借用しているという意味で借用概念と呼ばれている。佐藤英明教授は譲渡所得課税趣旨から、資産とは、「値上り(または値下がり)するような『何か』」(佐藤(英)・前掲注(36)・83 頁)がすべてこれに該当すると説明されている。最高裁平成 18 年 6 月 30 日(税資 256 号順号)判決の是認する名古屋地裁平成 17 年 7 月 27 日(判タ 1204 号 136 頁)判決は、資産とは「一般にその経済的価値が認められて取引の対象とされ、資産の増加益の発生が見込まれるすべての資産を含む」とする。

88 所得税法 33 条の本法に明文の規定がないにも関わらず、通達によって金銭債権を譲渡所得の起因となる資産から除外している。なお、金銭債権が譲渡所得の起因となる資産に該当しないとする見解に疑問を呈する見解として、増田英敏「判批」ジュリスト 1339 号 182 頁(2007)、金子・前掲注(63)・628 頁、三木義一＝大森健「判批」三木義一ほか編『〔租税〕判例分析ファイルⅠ　所得税法編』246 頁(税務経理協会、2006)。

89 金子宏教授は、資産の譲渡による所得の分類について「所有者の意思によらない外部的条件の変化に起因する資産の増加は、譲渡所得にあたり、所有者の人的努力と活動の起因する資産の増加は事業所得や雑所得にあたる」(金子・前掲注(6)・230 頁以下)と述べられ、営利を目的とした反復継続的な資産の譲渡は譲渡所得の範囲から除外されるとする。

90 最判昭和 50 年 5 月 27 日民集 29 巻 5 号 641 頁以下参照。以下、最判昭和 50 年 5 月 27 日判決を「名古屋医師財産分与事件最高裁判決」という。

91 金子・前掲注(6)・226 頁、佐藤(英)・前掲注(36)・85 頁。名古屋地裁平成 17 年 7 月 27 日・前掲注(87)・136 頁は、「譲渡」とは、「有償無償であるとを問わず、一般に所有権その他の権利の移転を広く含むもの」としている。

て、資産に対する所有などの支配を他人(その資産の所有者以外の者)に引き継がせる行為も含まれる[92]。

これに対し、「納税者の担税力を考慮するとともに、実定法上の具体的構造を重視すべきだとして、譲渡所得の内容は、抽象的な保有期間中の値上り益ではなく、現実の収入金額から取得価格を控除した譲渡差益を意味するべきであって、課税は、対価を伴う有償譲渡に限定すべきである」[93]という有力な譲渡益所得説がある。譲渡益所得説は、上述した「実現原則」の考えを反映したものであり、法 33 条 1 項の「資産の譲渡」を有償譲渡に限ったものと解し、その直接の根拠規定は 33 条 3 項である。

現在、最高裁は、譲渡所得課税の趣旨について増加益清算課税説から譲渡益所得説へ一定程度の傾斜を示しているとも考えられるが、最高裁は、なお増加益清算課税説を支持している[94]。

増加益清算課税説を採用する譲渡所得課税制度の下では、「実現原則」は、納税者や租税行政庁の実際的な都合に合わせて所得が実現する時点まで課税をしないこととしているが、譲渡所得における課税のタイミングはこの実現原則における「実現」と異なるものを意味するのであろうか。

佐藤英明教授は、増加益清算課税説について、資産を手放すことと、例えば対価を得ることなく資産を手放した場合は、その「増加益分」のキャピタル・ゲインが実現することは異なることを前提に、「実現」とは「発生した所得が別のもの(または具体的な何か)に形を変えて所得の大きさを計れるようになること」[95]を意味するとされる[96]。佐藤英明教授の見解は、通説的見解に沿う「実現原則」と資産の譲渡について述べるもので

---

92 佐藤(英)・前掲注(36)・85 頁。

93 田中(治)・前掲注(41)・69 頁、大塚正民「みなし譲渡に関するシャウプ勧告とアメリカ税制との関連(2・完)」税法学 307 号 10 頁(1976)、水野武夫「譲渡担保と譲渡所得課税」北野弘久編『判例研究日本税法体系 3』(学陽書房、1980)、竹下重人「譲渡所得課税の二、三の問題点」シュトイエル 100 号 108 頁以下(1970)、伊川正樹「譲渡所得課税における『資産の譲渡』」税法学 561 号 4 頁(2009)。

94 佐藤(英)・前掲注(36)・92 頁以下、113 頁以下参照。最高裁平成 18 年 4 月 20 日(集民 220 号 141 頁)判決は、「所得税法上、抽象的に発生している資産の増加益そのものが課税の対象となっているわけではなく、原則として、資産の譲渡により実現した所得が課税の対象となっているものである。そうであるとすれば、資産の譲渡に当たって支出された費用が所得税法３３条３項にいう譲渡費用に当たるかどうかは、一般的、抽象的に当該資産を譲渡するために当該費用が必要であるかどうかによって判断するのではなく、現実に行われた資産の譲渡を前提として、客観的に見てその譲渡を実現するために当該費用が必要であったかどうかによって判断すべきもの」と判示し収入金額から取得費および譲渡費用を差し引いて残った金額が譲渡所得であるとしている。

95 佐藤(英)・前掲注(36)・18 頁。

96 金子宏教授は、実現主義について定義されておらず、譲渡所得につき、「所得税法は、資産の譲渡により収入として実現したキャピタル・ゲインに対してのみ課税する」(金子・前掲注(6)・231 頁)と述べられ、資産を譲渡のタイミングで収入として実現したキャピタル・ゲインに課税するとされる。

ある。

これに対して、譲渡所得における「実現」を「移転」した時点と捉える見解として岡村忠生教授は、「保有する資産の価格変動については、それが譲渡されるときをまって課税の対象とする」[97]こととされる。譲渡所得における課税のタイミングは、納税者が資産を手放した時に課税のタイミングが到来することを示すものである。ここで、強調されなければならないことは、所得の「実現原則」と譲渡所得における課税のタイミングにおける「実現」は異なるということである。

上記の二つの見解は、実現時点が異なり見解が相違しているように見えるが、有償譲渡に限っては、整合性のとれているものである。通常、自己の保有する資産を他者に移転させる場合には売買契約によることが想定される。この場合には、「実現原則」における「実現」と譲渡所得に対する課税のタイミングとしての「実現」は、乖離することはない。しかし、譲渡所得課税制度の採用する増加益清算課税説の下では、「実現原則」の要件を充たさない場合であっても、課税のタイミング、すなわち、認識の基準として「実現」はするのである。例えば、贈与契約による無償の資産の移転の場合には、確かに課税のタイミングにおける「実現(資産の譲渡)」があったといえるが、外部からの経済的価値の流入がないのであるから、「実現原則」の要件を充たさないことになる。

このように同じ「実現」という表現が用いられるものの、「実現」の法的機能が異なるために問題が生じる場合がある[98]。特に譲渡所得の認識の基準としての「実現」が明らかでなければ、具体的な認識時点を明瞭にすることができない。増加益清算課税説と譲渡益所得説との大きな違いは、所得の発生時点をいつの時点と理解するかである。譲渡所得課税の理論は、保有する資産の価格変動については、それが譲渡した時点を「実

---

97 岡村・前掲注(14)・65 頁、同旨の見解として、水野(忠)・前掲注(14)・203 頁・増井良啓「転々譲渡と所得税(2)」税務事例研究 37 号 74 頁(1997)。なお、税制調査会「我が国の現状と課題―21 世紀に向けた国民の参加と選択―答申」113 頁(2000 年 7 月 14 日)では、「譲渡所得は、資産の譲渡により生じる所得であり、譲渡価額から取得費等を控除して算出されますが、所有資産のキャピタルゲイン(価値の増加による利益、増価益)について、資産の譲渡により、それが実現される機会を捉えて課税するものです。包括的な所得の考え方からは、未実現のキャピタルゲインも経済的価値であるため、課税ベースとしての所得に含めるべきものであるとされますが、キャピタルゲインを時価評価、発生主義で捉えて、未実現の所得に課税することは容易でないことから、主要国と同様に、課税は所得の実現時に行われています。このため、毎年生じる資産価格の値上がり益について、譲渡時まで課税が繰り延べられている面があります。したがって、譲渡など資産の移転があれば、この機会を捉えて実現されたキャピタルゲインに対して適正に課税することが公平の確保などの観点から必要です」(http://www.cao.go.jp/zeicho/tosin/zeichof.html、2014 年 1 月 11 日最終閲覧)と述べ、「実現」が「譲渡など資産の移転」とされていること、未実現の所得とは毎年の期末に時価によって算定された値上り益であることが確認できる。

98 キャピタル・ゲイン課税における「実現」を有償移転を要件としない増加益清算課税説と有償移転を要件とする譲渡益所得説の対立が生じることとなる(首藤重幸「第 7 章　キャピタル・ゲイン課税をめぐる諸問題」水野正一編『第 5 巻　資産課税の理論と課題〔改訂版〕』150 頁(税務経理協会、2005))。

現」とする見解[99](増加益清算課税説)と現実的な経済的価値の流入(獲得)をもって「実現」とする見解(譲渡益所得説)が対立している。

しかし、所得の基本理念たる包括的所得概念に照らせば、現実的な経済的価値の獲得を経て担税力の発生[100](実現)と考える「実現」(有償)と「未実現」(無償)を区別せずに、納税者の得るキャピタル・ゲインは納税者が資産を取得したときから発生があると解すべきである。したがって、「経済的な利得の現実的獲得とは切り離して所得の発生(＝担税力の増加)をみる」[101]前者の考え方の方が、租税公平主義の要請に合致する[102]ものと考えられる。したがって本稿では、通説判例の増加益清算課税説の立場から整理することとする。

我が国における譲渡所得の認識の基準は「実現」によって決してきた。納税者および租税行政庁は、増加益清算課税説を採用する譲渡所得課税制度が、いつの時点で課税所得に算入される「実現」なのかが区別されなければいけない。しかし、課税の機会(タイミング)としての「実現(譲渡)」と所得の「実現原則(発生した所得が何らかの別の経済的価値に形を変えて測定できる状態)」が同時に到来する場合もあれば、それらが乖離する場合があるため、どちらの「実現」が用いられているのかを納税者および租税行政庁は明瞭に区別することができるであろうか。

「実現」が実定法上にはない不明確な概念であることに起因して、譲渡所得課税における所得の認識の基準が不明瞭になり、混乱を招来させている。「実現原則」の理由付けは、譲渡所得の課税のタイミングとしての「実現」と整合的であったにもかかわらず、現在では、「実現原則」と譲渡所得の認識の基準としての「実現」は、乖離したものとなっている。このように「実現」という文言の中では、譲渡所得の認識の基準としての「実現」と所得の「実現原則」との言葉が入り混じり、所得をいつの時点において課税するのかが不明確となっている。

認識の基準としての「実現」を一つにまとめて論じてしまうと譲渡所得の認識基準の問題はより複雑になってしまうため、次章では、譲渡所得の実現時点、つまり課税のタイミングの「実現」とその他の実現とを区別し、その基準の判断構造について検討する。

---

99 岡村・前掲注(14)・65 頁。

100 西本・前掲注(66)・105 頁。

101 西本・前掲注(66)・104 頁、伊川・前掲注(34)・477 頁。

102 金子宏教授は、水平的公平(horizontal equity)の観点から「キャピタル・ゲインも利得者の担税力を増加させることは否定できず、しかもそれは、財産所得(unearned income)ないし不労所得(labor income, earned income)として、勤労所得よりも高い担税力をもって」(金子・前掲注(54)・91 頁)おり、垂直的公平(vertical equity)の観点からは、高額所得者の手に集中していることから「それに対する累進税率の適用を排除することになり……累進税率のもつ再分配機能をそれだけ弱めることになる」(同書・91 頁)と述べられ、公平負担の見地から、担税力に応じた課税を実現するためには必要であるとされている。

第２章　譲渡所得の課税のタイミングをめぐる学説と判例の動向

第１節　譲渡所得の課税のタイミングの問題整理

譲渡所得に対する認識の基準は、実現または未実現という「実現」の枠組みの中で議論されてきた。すなわち、所得は実現した時点で課税される(認識される)という「実現」の枠組みの中で課税のタイミングが決せられている(未実現の場合には課税されない)。

租税法律主義によって統制される租税法では、実定法に存在しない「実現」概念の枠組みの中で課税のタイミングが決せられることによって、租税法律主義の機能である納税者の予測可能性と法的安定性が確保できていないのが現状である。通常の一般的な国民の感覚では、「譲渡」の典型は売買であることから、譲渡所得が課税されるとは思えないタイミングで課税される場合があり、国民の意識から遠ざかるほど課税のタイミングを判断することが困難になる。種々の「実現」と譲渡所得課税のタイミングにおける「実現」とが交錯することで、何が譲渡所得の認識の基準なのかを区別することができず、納税者は所得をいつ計上すればよいのかが困難となる。

かくして、本稿ではこのような不明確な「実現」概念を区別し、「実現」の具体的基準を考察する。本節では、譲渡所得課税における課税のタイミングとしての「実現」概念の整理と課税のタイミングをめぐる我が国の状況を整理する。以下では、譲渡所得の課税のタイミングが資産の譲渡によって「実現」したときであるから、混乱を避けるために譲渡所得における認識の基準としての「実現」と実現原則の「実現」概念を整理していく。

(ⅰ)譲渡所得課税における実現原則と実現主義の整理

譲渡所得課税において「実現」の概念は、重要な役割を果たしている。なぜなら、譲渡所得課税制度では増加益清算課税説が採られ、「実現」時点を基準として所得区分を設け、その「実現」のときに課税すべきことを命じているからである。しかし、「実現」概念は実定法に規定されておらず、租税法に限らず多種多様な場面で用いられる言葉でもある。譲渡所得課税における「実現」について、どの時点を「実現」とし課税のタイミングが到来すると捉えているのかを整理するためには、譲渡所得の認識の基準としての「実現」概念とその他の「実現」が区別されなければならない。

「実現」概念の意義について、金子宏教授は、2通りの意味を持っていると述べておられる。第一に、「実現した利益のみが所得であり、未実現の利益は課税の対象から除外されなければならない、という意味の実現」があり、第二に「企業会計の世界において成立し妥当性を認められてきた収益の年度帰属に関するコンベンション―すなわち企業会計上の収益計上基準―の集合を意味する概念」として用いられているとされ、納税者に経済的価値の流入があった場合における「実現」と、課税のタイミングにおける

「実現」とを区別しておられる[103]。

また、木村弘之亮教授は、「原則として資産の流入の蓋然性(資産に対する経済的処分力の獲得の実現の蓋然性)と資産の流出の実現の蓋然性(資産に対する経済的処分の喪失の実現の蓋然性)」[104]とされ、納税者の自由に処分しうる経済的利得と納税者の自由に処分しうる経済的利得の消失の「実現」、つまり利得および損失の「実現」があることを述べておられる。

そして、渕圭吾教授は、所得課税における実現主義は、いくつもある課税方式の一つであり、「資産の帰属が変更するタイミングで、その時点での資産の評価額を課税所得に反映させるという仕組み」[105]であり、上記の「実現主義の変種として、(利子、配当、賃料、知的財産権の使用料のように)資産の一部が金銭に転化するタイミングで、かつその限りにおいて課税所得に反映させる」という果実方式があるとされ、課税のタイミングにおける「実現」には、資産の所有者が変更するタイミングで課税することを「実現」とする場合と、何らかの納税者の経済的利得が金銭に転化し所得の大きさを計れるようになった時点を「実現」とする場合について区別しておられる[106]。

谷口勢津夫教授は、所得の人的帰属と所得の年度帰属を分けて論じられ、「実現」を年度帰属判定基準として位置づけた上で、所得の実現は、「所得の処分可能性を確実にしたものにしたことによる所得の人的帰属の確定を意味する」[107]とされ、所得と納税者が確実に結びつくであろう蓋然性の高まった時点の「実現」と所得の年度帰属における本来課税されなければならない時点の「実現」とを結び付けて述べられている。

そして、岡村忠生教授は、課税時点、人的帰属、および、所得概念は一つの「実現」という言葉で連接点を持つことを述べられている[108]。

---

103 金子・前掲注(43)・283 頁。さらに、金子宏教授は会計学では、(上記、金子宏教授の第一の実現の意味において)未実現の利益を収益の範囲から除外するために発生主義という言葉の代わりに実現主義という言葉が用いられることから、所得税法においても、発生は実現と同義に理解されなければならないと述べられている。すなわち、会計学における発生主義には、なんらかの経済的利得の発生の事実を意味する場合が多いため、会計学上ではそれを補完する原則として不確実な(納税者の手許に入るのか分からない)所得を除外するという実現主義は、税法における実現主義と同じであるから、これを読み替えて租税法においても同義に実現主義と理解されなければならないとされている(同書・283 頁)。

104 木村弘之亮『租税法学』216 頁(税務経理協会、1999)。

105 渕・前掲注(75)・206 頁。

106 これを「広義の実現主義」(渕・前掲注(75)・206 頁注記 17)とされている。

107 谷口(勢)・前掲注(62)・293 頁以下、谷口(勢)・前掲注(64)・181 頁以下参照。

108 岡村忠生教授は、「課税時点に関しては、引渡しや権利確定、管理支配基準が通常用いられる。人的帰属に関しては、実質所得者課税の原則における「享受」(所法一二条、法法一一条)、所得概念については(総)収入金額(所法三六条一項)や収益(法法二二条二項)、さらに譲渡(所法三三条一項、法法二二条二項)、収入(三六条一項)、享受(所法三六条二項)、取引(法法二二条二項)の概念が問題となる。しかし、課税時期、人的帰属、所得概念を連接する概念としては所得の実現以外には見出せないだろう」(岡村・前掲注(34)・9 頁注記⑤)と述べられている。所得税法において、所得の経済的把握と法律的把握の問題は歴史的に展

このように「実現」は、所得概念としての「実現(所得概念を制限するもの)」、所得と人的帰属の「実現(人と所得の結びついた時点)」、課税時点における「実現(課税のタイミング)」と密接な関連を持つが、その意義が区別されずに論じられてきた。このうち、本稿の研究対象である譲渡所得課税は、課税のタイミングとしての「実現主義の産物」[109]といわれ、この実現時点はこの課税制度では根幹といえる役割を果たしている。

ここで、「実現原則」と譲渡所得の認識の基準としての「実現」を区別するために、本稿において「実現原則」は、広く第三者との経済取引で、外部からの経済的価値の流入、または、所得が何らかの金銭的価値に変化したことによって測定することができる状態となった(実現した金額)、納税者が経済的価値の所得を自由に処分しうる状態(所得の人的帰属の実現)、配当・利子所得等の所得の課税(計上)されなければいけない時点(課税のタイミングにおける実現)を指すものとする。そして、「実現主義」は、譲渡所得における課税のタイミング(認識の基準)、すなわち、人と資産の帰属の変更(資産を手放した)の時点とする[110]。このように区別した場合には、譲渡所得課税制度における法 33 条 1 項、59 条 1 項、60 条 1 項はどのように位置づけられるのであろうか。以下、歴史的観点からこれらの「実現」の意義を探るとともに、課税のタイミングの観点から上記 3 つの規定を位置付けていきたい。

開されてきた。課税物件としての「所得」は、経済的に把握され、これに対し、所得の人的帰属の問題は、法律的に把握されている。人的帰属を法律的に把握する理由として金子宏教授は「経済的帰属に即した帰属の判定を認めると権力の乱用に対する歯止めが利かなくなり、法的安定性と予測可能性が害されることになりやすい。これは、納税者の権利保護の観点から危険なことであり、ルール・オブ・ローの精神からみて由々しい問題である」(金子宏「所得の人的帰属について」同編『租税法理論の形成と解明　上巻』542 頁(有斐閣、2010)(初出：自由と正義 58 巻 1 号(2008))とされ、租税法律主義を重視する立場を明らかにされている。そして、リーガル・テストとして権利確定主義が原則的に採用されている課税のタイミングも法律的に把握されていると考えることができるだろう。

109 譲渡所得という類型は、資産の譲渡を契機として課税するタイミングを決していることから「実現主義の産物」(増井・前掲注(33)・126 頁)といわれる。

110 本稿において「主義」と「原則」の区別は、譲渡所得課税においては課税のタイミングは根幹であるため、「主義」は非常に強固な原則であるという意味で用い、「原則」とは課税のタイミングを含めた実現を意味し、柔軟な原則として用いる。このような「主義」と「原則」の区別は、佐藤英明「租税法律主義と租税公平主義」金子宏編『租税法の基本問題』55 頁以下(有斐閣、2007)から示唆を得たが佐藤英明教授のように明確な区別ができなかった。なぜなら、課税要件法である所得税法は、単純に事業からの収益や土地の賃貸料、預金の利子、労働の対価等に課税を行うものではなく、それらが特定の人に帰属し担税力を増加させる点に対し課税を行うからである。所得課税は特定の物や対象に即した「所得」に対する課税ではなく、それぞれの「所得」に即して「人」に課されるものであるため、「所得」と「人」とを切り離して論じることはできず、所得の人的帰属における「実現」がなければ、課税のタイミングは到来することはない。したがって、譲渡所得課税のタイミングにおける「実現主義」は、「課税物件の人的帰属」における「実現」と区別することはできない。

(ⅱ)みなし譲渡所得課税規定の立法趣旨と所得税法 33 条の位置づけ

現行の所得税法は、「実現原則」を採用し、納税者の純資産の増加した段階であっても、未実現の時点では課税することはできず、第三者との経済取引等において外部からの経済的価値の流入があり、「実現」しなければ課税することができないことを前提とする。したがって、租税法は法であるから、経済的に把握されている譲渡所得を法的観点から、いつのどのような条件が揃った時点で課税すべきかは、租税法上の最も重要な点であり、立法によって調整されなければ、大きな問題となる[111]。

一般的に未実現の利得に対する課税を行う規定は、「実現原則」の例外と位置付けられている[112]。未実現の利得に対する課税は、公平負担の見地[113]から未実現の利得に対する税務執行上の困難性や納税者の負担を強いてもなお実現されるべきであるとする、より大きな法的価値が具体的に存在することによって正当化される[114]とされる。

法 59 条 1 項は、「実現原則」の例外であり未実現利得に対する課税と解されているが、課税のタイミング、すなわち、「実現主義」における「実現」していない状態を指すのであろうか。そうであるならば、課税のタイミングの観点からは法 59 条 1 項は、「実現主義」における未実現のキャピタル・ゲインに対する取扱いとなり、増加益清算課税説の例外と位置づけられることとなる。つまり、課税のタイミングをもみなしているということである[115]。本稿では、とりわけ所得税法 59 条 1 項(所得税法 59 条 1 項を以下、「法 59 条」または「みなし譲渡」ともいう)および 60 条 1 項を法 33 条 1 項の「実現主義」の観点から、位置づける。

譲渡所得に対する課税には、実現したキャピタル・ゲイン(実現した金額)に対して課税する原則的な考え方と相反して著しく低い価格または無償で実現した(課税のタイミング)キャピタル・ゲインに対しても課税するという「贈与等の場合の譲渡所得」という例外的措置規定が定められている。これは、限定承認に係る相続もしくは遺贈、法人

---

111 未実現の利得または帰属所得に課税するか否かは、立法政策の問題である。この点については第一章を参照されたい。

112 所得税法 39 条は、居住者がたな卸資産等または山林を家事のために伐採して時価消費した場合に、その消費したときにおける時価に相当する金額を総収入金額に算入することを定め、同法 40 条は、居住者の所有するたな卸資産等が、一定の要件に該当する贈与、遺贈、著しく低い価格による譲渡をした場合に、その資産の時価に相当する価格を総収入金額に算入するとする。所得税法 41 条は、農業を営む居住者が農作物を収穫した場合には、収穫した時における当該農作物の価格に相当する金額を総収入金額に算入すると定めている。

113 武田昌輔『DHC コンメンタール所得税法』4296 頁(第一法規、加除式)。

114 田中(治)・前掲注(41)・78 頁。

115 渡辺徹也教授は、所得税法は実現原則を採用していることを前提に経済的価値の流入がない法 59 条 1 項は「課税のタイミングに関して所得税法 33 条 1 項の特例であり、②(筆者注：実現した金額の範囲、実現した人)実現利得に関して」の特例と位置付けられている(渡辺(徹)・前掲注(34)・73 頁以下)。

に対する著しく低い価格[116]による譲渡や贈与は、時価[117]によって譲渡したものとみなされる[118]。さらに、59 条 2 項は個人間のみなし譲渡規定に該当する場合の譲渡者の損(実現した譲渡損)出しを禁止している。

一方で、所得税法 59 条のみなし譲渡課税と表裏の関係にある所得税法 60 条の取得費の引継ぎ(課税繰延べ)[119]は、みなし譲渡規定に該当しない個人間における贈与、限定承認以外の相続または遺贈、低額譲渡については、資産の取得者は譲渡者の取得価格を引継ぎ、課税繰延べを受け、譲受者が譲渡する際に前所有者の保有期間の値上り益まで含めて、課税される仕組みとなっている[120](同法 60 条 1 項)。また、同法 60 条 2 項では、59 条 1 項に該当する行為によって資産を移転した場合には含み益は清算されるため、時価で取得した者とされる。

それでは、みなし譲渡規定と取得費の引継ぎ規定は、法 33 条 1 項にいう「実現主義」と、どのような位置づけになるのであろうか。もし、上記二つの規定が 33 条 1 項における「実現主義」と異なる課税のタイミングで課税していることが明らかであれば、譲渡所得に対する認識の基準は、「実現主義」を採用していないということになる。そうであるならば、所得課税制度の原則に戻り、譲渡所得に対する課税のタイミングは、「実現原則」を採用しているということになる。すなわち、法 33 条 1 項における譲渡所得の課税のタイミング、すなわち、「実現」は、有償・無償を問わず一切の資産の移転ではなく、外部からの経済的価値の流入の時点において課税のタイミングが到来することとなる[121]。したがって、判例にいう増加益清算課税説は間違った法理論を構築してい

---

116 ここに著しく低い価格とは、譲渡所得の基因となる資産の譲渡の時における価額の二分の一に満たない金額である(所得税法施行令 169 条)。

117 神戸地裁昭和 59 年 4 月 25 日(税資 136 号 221 頁)判決では、「所得税法五九条一項にいう「その譲渡の時における価額」(時価)とは、当該譲渡の時における客観的交換価値(市場価値)、すなわち、自由市場において市場の事情に十分通じ、かつ、特別の動機を持たない多数の売手と買手とが存在する場合に成立すると認められる価格であると解すべきである」と判示している。

118 みなし譲渡規定は、所得税法が実現原則を採用していることと対比すれば、未実現の利得に対して課税することから、所得税法が強制的に価格を擬制したとみなしているということができる。中里実教授は、みなし譲渡規定を実現の機会を広げるという意味で、一種の「時価主義」とされ、「逆にいうならば、時価主義そのものが、すべて一種のみなし『実現』であると考えることもできる」(中里・前掲注(25)・115 頁以下)と述べられている。

119 無償の譲渡についてどのような制度を作るかは、「無限の課税繰延の危険性」と「納税者の理解・実際的事情」にどのように配慮するのか、ということによって決まるものであるとされている(佐藤(英)・前掲注(36)・132 頁)。

120 水野(忠)・前掲注(14)・219 頁、佐藤(英)・前掲注(36)・129、119 頁以下参照。みなし譲渡と課税繰延は、資産の譲渡者と取得者の関係に着目したものであるから、有形資産取引のように可視的に把握・確認することができるものと同様に、知的財産権のような目には見えない無物体の無形資産取引であっても、法 59 条に該当しない個人間での贈与、限定承認を除く相続・遺贈があるときには、譲渡者には譲渡所得課税の課税繰延がなされる(谷口(智)・前掲注(68)・66 頁参照)。

121 例えば、竹下重人氏は法 59 条のみなし譲渡規定には 33 条 1 項は不適用とされなければ

るということができるだろう。

増加益清算課税説が採用される譲渡所得課税制度では、資産の移転によってキャピタル・ゲインは実現するのであるから、このときに課税のタイミングは到来し、実現したキャピタル・ゲインに課税しなければならないはずである。それとも、譲渡所得課税は、キャピタル・ゲインが顕在化した「実現した金額」があるときを課税のタイミングとするのであろうか。そうであるとするならば、法 59 条 1 項は課税のタイミングも擬制しているということになる。さらに、法 60 条 1 項によって取得費の引継ぎ規定の場合でも、譲渡所得の起因となる資産の移転をした場合であっても実現しないこととなるから、そもそも、この規定は必要なくなる。この疑問を解決することを目的として以下では、現行に至るまでの譲渡所得課税の変遷を概観し、法 33 条 1 項の射程およびみなし譲渡規定と取得費の引継ぎ規定の位置づけを確認したい。

「シャウプ勧告は、戦後日本の租税体系の原点に位置している」[122]といわれる[123]。昭和 22 年に始まった税制の基本的転換の試みは、シャウプ勧告[124]に基づく、公平な税制の確立を最大の目的として税制の全面的改革[125]によって完成された。中でも、所得税法は日本の制度において最も重要な租税であるとして、キャピタル・ゲインを含めて課税対象となる所得の範囲を広く構成することを勧告[126]し、雑所得という類型(旧所得税法 9 条 1 項 10 号)を新たに設け、総合累進所得税の考え方を強く打ち出した。これは、納税義務者の担税力を増加させる利得はすべて所得として課税の対象とするという考え方を示しており、包括的所得概念を採用したものと考えられる[127]。

公平な税制の観点からは、戦前の譲渡所得課税制度は、理由なく譲渡所得に対する課

---

59 条 1 項の存在意義がなくなるとされ(竹下重人「判批」租税判例百選第 2 版 77 頁(1983))、これを推考すれば譲渡益所得説の考え方が導出される。

122 大塚正民「みなし譲渡制度に関するシャウプ勧告とアメリカ税制との関連(1)」税法学 306 号 19 頁(1956)。

123 シャウプ税制の三本柱としては、包括的な所得税を中心とした租税体系の確立、青色申告制度の導入などの申告納税制度の整備、地方財政の充実であり、その理念としては、「直接税を中心に据えた恒久的、安定的かつ近代的な税制を構築、確立する」(森信茂樹「抜本的税制改革以後の税制とシャウプ税制」租税法学会編『シャウプ勧告 50 年の軌跡と課題』租税法研究第 28 号 35 頁以下(有斐閣、2000))ことであった。

124 シャウプ勧告とは、昭和 24 年の「シャウプ使節団日本税制報告書」の通称である。

125 吉岡健次「第一編　シャウプ勧告の本質―その現代的意義―」吉岡健次ほか著『シャウプ勧告の研究』32 頁(時潮社、1984)。

126 金子宏「シャウプ勧告と歴史的意義」租税法学会編『シャウプ勧告 50 年の軌跡と課題』租税法研究第 28 号 15 頁(有斐閣、2000)。日本経済新聞社『税制の改革　シャウプ勧告全文』107 頁以下(1949)。

127 金子・前掲注(5)・48 頁以下。制限的所得概念を採用していた所得税法は、シャウプ勧告によって所得を広く構成することとしたことにより、「法人(筆者注：に対する所得課税)と個人(筆者注：に対する所得課税)の所得概念は観念的には一致したものとなった」(渡辺淑夫『法人税法<平成 24 年度版>』115 頁(中央経済社、2012))と述べられている。

税のみを優遇することは許されるべきではない[128]ことを述べ、シャウプ勧告において譲渡所得課税制度は税制改革[129]の重要な柱であるとされている[130]。

シャウプ勧告では、譲渡所得および損失に関する重要な部分として、「生前中たると死亡によるを問わず、資産が無償移転された場合、その時までにその財産につき生じた利得または損失は、その年の所得税申告書に計上しなくてはならないということである。このことは、所得税を何代にもわたってずるずるに後らせることを防止する上において重要である」[131]とし、贈与または死亡時に実現した金額がないからといって、課税をしないことは納税者に無制限に譲渡所得を免れさせることを防止するために必要であることを述べている。

譲渡所得は理論的には資産価値の増加を毎年査定し、課税するとされるが、これは実

---

128 従前の規定である昭和 22 年法は、譲渡所得の課税標準を総収入金額から当該資産の取得価格、設備費、改良費、譲渡に関する経費を控除した後に、この金額の 10 分の 5 に相当する金額に対して税を課することとして、譲渡所得金額を算定し半額に対してのみ課税していた。二分の一課税が採用された論拠は必ずしも明らかではないが、「一時所得の中には長期間の資本、労力などの蓄積の結果になるものが多いことは事実であるし、所得の額も比較的大きいのが通例であって、そのため効率の累進税率の適用を受けることともなるので、負担の緩和を図る意味から、所得の半額を総合することとされたのである」(日本租税研究会(松隈秀雄監修)『戦後日本の税制』8 頁(東洋経済新報社、1959))と述べ、平準化措置として採用されていた。我が国の譲渡所得課税の当時の現状について、シャウプ勧告では「譲渡所得を全額課税し、譲渡損失を全額控除するものでなければ、近代的累進所得税を有効なものとすることはできない。現行法の規定では、譲渡所得の 50%しか課税所得に算入されていない。これは愚劣にも、思惑的投資に特恵を与えるものであって、正常な利子、配当または法人組織化されていない営業の正常な利潤という形で果実を生ずるような投資を犠牲としているものである」(大蔵主税局編『REPORT ON JAPANESE TAXATION BY THE SHOUP MISSION シャウプ使節団日本税制報告書　VOLUME I　一巻』91 頁、併せて日本経済新聞社「税制の改革　シャウプ勧告全文」107 頁以下(1949)も参照)として、譲渡所得とその他の所得との間に実質的な経済上の差異は存在しないにも関わらず、譲渡所得に対してのみ不自然な差別を認めることは公平の見地から許されるものではないとされている。
昭和 22 年法の譲渡所得および課税標準の条文については、大塚・前掲注(122)・23 頁以下注記⑮、⑯)参照した。

129 シャウプ勧告を受け譲渡所得課税制度は、①キャピタル・ゲインを全額課税するとともにキャピタル・ロスを全額他の所得から控除すること、②変動所得として、数年間に平均して課税する方式を適用すること、③利得に対する無制限の課税繰延を防止するため、贈与者または被相続人に対する「みなし譲渡」課税を行うこと、④インフレーションへの対策として、資産再評価を行うこと、といった内容を提案している(田中(治)・前掲注(41)・66 頁、高木勝一「シャウプ勧告とその具体的展開―所得税を中心として―」日本租税理論学会編『戦後 50 年と税制』33 頁(谷沢書房、1996)。

130 大蔵主税局編「付録 B の D」『REPORT ON JAPANESE TAXATION BY THE SHOUP MISSION シャウプ使節団日本税制報告書　APPENDIX　付録　VOLUMEⅢ　三巻』B12 頁(1949)、大蔵主税局編「付録 B の D」『税制改革シャウプ勧告の詳解　別冊付録』21 頁(大蔵財務協会、1949) 。本稿においては、前者の資料を参照する。

131 大蔵主税局編・前掲注(128)・92 頁。

際には困難であるから、以下のように所得が現金化または何らかの金銭的価値として尺度を測定することのできる状態を「実現」とし、贈与および相続を未実現取引と捉えた上で、課税が無制限に延期されることを阻止する規定の必要性が説かれている。すなわち、「増加する所得に対する厳格な課税理論に従えば、納税者の資産の市場価値の一年内の増加額は、毎年これを査定し課税すべきものとなる。しかし、これは困難であるので、実際においては、かかる所得は、納税者がその資産を売却して、所得を現金または他のより流通的な資産形態に換価した(筆者傍点)(筆者注：realizes(実現した))場合に限って、課税すべきものとされている。この換価(筆者傍点)(筆者注：realization[132](実現))が適当な期間内に行われている限り、課税は僅かに延期されたにすぎず基本原則の重要性は何ら害されはしない。しかし、資産所得の算定を無制限に延期すれば、納税者は本来ならば課せられるべき税負担の相当部分を免れることができるから、無制限の延期は防止する必要がある。これを防止するもっとも重要な方法の一つは、資産が贈与または相続によって処分された場合に、その増加を計算して、それを贈与者または被相続人の所得に算入せねばならないものとすることである」[133]としている[134]。

そして、昭和25年に旧所得税法(昭和25年法律第71号)5条の2に、「山林所得又は譲渡所得とみなされる資産の移転又は譲渡」と題し、シャウプ勧告を忠実に反映した規定が創設されている。これは、現行59条1項の前身規定であるが、現行法とは大きく異なり、「相続、遺贈又は贈与の時において、その時の価格により…(略)…資産の譲渡があつたものとみなしてこの法律を適用する」とし、さらに「著しく低い対価で…(略)…資産の譲渡があつた場合においては、その譲渡の時における価格により、資産の譲渡があつたものとみなしてこの法律を適用する」と規定されていた[135]。みなし譲渡規定の創設の経緯を斟酌すれば、みなし譲渡規定は無償(著しく低い価格)の資産の移転行為によって譲渡所得に対する課税の無期限の延期による課税漏れを防止することにより、

---

132 シャウプ勧告の付録BのD譲渡所得の筆者引用部分のrealizeに渡辺徹也教授は、「実現」との訳語をあてられ(渡辺(徹)・前掲注(34)・64頁)、大蔵省主税局は「換価」(大蔵主税局編・前掲注(130)・B12頁)という訳語をあてられている。なお、本稿においては、大蔵主税局編・前掲注(130)・B12頁の訳語を用いている。この点については、大塚正民氏も、「英文原文では“this realization”となっている。したがって、この場合も『この換価』というよりは、むしろ『かかる実現』と訳したほうがいいように思われる」(大塚・前掲注(93)・11頁注記⑯)と述べられている。なお、シャウプ博士は、シャウプ勧告の序文において、英文と日本語の「対照上相違が生じた場合は、英文によるべきである」(大蔵主税局・前掲注(128)・ⅳ頁)と述べられている。

133 大蔵主税局編・前掲注(130)・B12頁。

134 なお、シャウプ勧告において、みなし譲渡規定を設けることは、納税者が実現(売却または交換)(広義の実現原則)させずに、贈与や死因移転によって譲渡所得を免れる傾向を改善させ、実現しなかった(経済的流入がない)場合でも、資産の増加益に対して課税することで課税の繰延べを防ぐ効果を持つとともに、「何れにせよ早晩納めなければいけない」(大蔵主税局・前掲注(130)・B13頁)と述べ、金銭の時間的価値についても視野に入れられている。

135 武田・前掲注(113)・4294頁参照。

課税の公平を図ることを目的[136]として創設された規定であり、総収入金額に対する特例措置ということができる。

それでは、みなし譲渡規定は、どのような時点を実現と捉えて、未実現のキャピタル・ゲインに対する課税をなすこととしたのであろうか。シャウプ勧告において、大蔵主税局は、「実現」を「換価」と捉え、資産が売却されて金銭的流通価値に換価されたときと捉えていたようである。したがって、売買または交換、つまり認識の基準として「実現原則」を前提にしているものと解される[137]。

榎本家事件最高裁判決は、みなし譲渡規定の趣旨を「対価を伴わない資産の移転においても、その資産につきすでに生じている増加益は、その移転当時の右資産の時価に照らして具体的に把握できるものであるから、同じくこの移転の時期において右増加益を課税の対象とするのを相当と認め、資産の贈与、遺贈のあった場合においても、右資産の増加益は実現されたものとみて、これを前記譲渡所得(筆者注：現行所得税法 33 条の定める譲渡所得)と同様に取り扱うべきものとしたのが同法五条の二の規定(筆者注：昭和 48 年度改正前の現行におけるみなし譲渡規定であり、現行法と異なりその射程は個人間の贈与等も含みその課税の対象は広く構成されている)なのである。されば、右規定は決して所得のないところに課税所得の存在を擬制したものではなく、またいわゆる応能負担の原則を無視したものともいいがたい。のみならず、このような課税は、所得資産を時価で売却してその代金を贈与した場合などとの釣合いからするも、また無償や低額の対価による譲渡にかこつけて資産の譲渡所得課税を回避しようとする傾向を防止するうえからするも、課税の公平負担を期するため妥当なものというべきであり、このような増加益課税については、納税の資力を生じない場合に納税を強制するものとする非難もまたあたらない」[138]と述べ、キャピタル・ゲインは、その資産の過去の値上り益であるから、すでに生じていることを前提として、無償(著しく低い価格)による資産の移転時点も未実現のキャピタル・ゲインの顕在化する時点であるとしている。すなわち、みなし譲渡の時点は資産の移転時点(実現主義)であり、未実現のキャピタル・ゲインに課税するタイミングはこの時に到来する。しかし、現行法 33 条 1 項の規定が、「譲渡」に含まれる資産の移転には、どのようなものがあるのかは、明らかにされていない。

このようにみなし譲渡規定は、法 33 条の譲渡所得課税と同様に、資産の移転時期(実

136 増田英敏「判批」ジュリスト 1308 号 230 頁(2006)。

137 吉良実教授は、「所得税法は、所得の計算にあたり、所有資産の値上り等により増加した部分の価値をその都度評価し、その評価益をその年度の所得に計上することはできず、そのかわりに当該資産が売却等されて、その値上がり等による増加益が現金化その他の物に換価されて実現されたときに、初めてその年分の収入、つまり譲渡所得として計上し、課税の清算を行うという建前をとって」(吉良実「判批」租税判例百選 83 頁(1968))おり、みなし譲渡規定が制定される前までは、無償の譲渡、著しく低い価格による譲渡等による租税回避行為に対処することができずに、担税力に応じた課税ができなかったことを述べられている。

138 最判昭和 43 年 10 月 31 日・前掲注(57)・797 頁以下。

現主義)に課税対象たる所得となるが、贈与・遺贈等の場合には価格は実現しないため金銭的価値に結び付けないと所得を評価できず課税することができない。そのため、みなし譲渡規定は、例外的に価格の実現があったものとして、みなし譲渡課税をするものであり、「実現原則」の例外として未実現利得への課税を是認している(実現原則の「みなし実現」[139]規定)。したがって、みなし譲渡規定は「時価」によって価格が実現したことを擬制する規定であって、課税のタイミングを擬制する規定ではない。

しかし、シャウプ勧告により導入されたみなし譲渡所得課税制度は、以下の理由に縮小されていった[140]。その理由とは、①みなし譲渡課税が技術的に複雑すぎ、執行に対して心理的抵抗を生み困難であったこと、②税務職員にも納税者にも理解が得られなかった[141]こと、③資本蓄積が優先されたことなど等、実情に合わない部分が改正されていった[142]とされている[143]。

---

139 中里・前掲注(25)・106 頁。譲渡益所得説に立てば、所得税法 33 条 1 項にいう「資産の譲渡」とは対価の受入れを伴う有償譲渡のみを指すことから、法 59 条 1 項は課税のタイミングとしての実現主義および収入金額の実現の要素を読み込むこととなる(伊川正樹「譲渡所得における実現の意義と譲渡所得の性質」名城法学 62 巻 2 号 19 頁(2012))。

140 しかし、シャウプ勧告による譲渡所得課税制度は、その後徐々に縮小を始め、①みなし譲渡課税は、相続人に対する遺贈の場合について不適用とされ(昭和 27 年法律第 53 号)、②包括的遺贈が廃止となり(昭和 29 年法律第 52 号の改正)、③相続人に対する死因贈与の場合についても不適用(昭和 33 年法律第 100 号の改正)となった。そして、個人に対する贈与、遺贈および死因贈与並びに低額譲渡について、納税者の選択により、贈与者等が税務署長に対し「贈与等に関する明細書」を提出し、この適用を受けない旨の申し出があったときは適用されないという、みなし譲渡課税が納税義務者の選択制となり(昭和 37 年法律第 44 号の改正)、限定承認に係る相続および包括的遺贈の場合についてみなし譲渡が復活することとなった(昭和 40 年法律第 33 号の改正)。現行におけるみなし譲渡所得課税規定は、昭和 48 年法律第 8 号の改正において選択制を廃止し、法人に対する贈与・遺贈・定額譲渡、限定承認に係る相続および包括的遺贈の場合に限られることとなった(渋谷雅弘「シャウプ勧告における所得税―譲渡所得を中心として―」租税法研究第 28 巻 71 頁以下(1999)参照)。

141 もっとも、「専門家から見れば今日格別新しいことではなくなったかもしれませんが、納税者にとっては当時からいぶかれてたことは何時までたっても全く同じ状態にあるはずです。こんなふうに平均的な常識人がいぶかって理解できないような課税というのは、よほど慎重にすべきである、というより、絶対にしてはならないことであって、このみなし譲渡の理論というのは現実の税制論としてよほどの問題だろう」(大島隆夫＝西野襄一『所得税法の考え方・読み方〔第 2 版〕』27 頁(大島氏発言部分)(税務経理協会、1986))とされる。

142 みなし譲渡の選択制度の廃止理由については、「①納税者がその不適用を欲しているにもかかわらず、その不適用を選択するための要件である贈与等に関する明細書の自主的な提出は少なく、ほとんど税務当局の通知によってその提出が行われている状況にあること、②個人間の贈与は、親族間で行われることが通常であり、相続の場合と同様に画一的に取得価格引継方式に変更しても、取得価格の確認等について特に生じない」(武田・前掲注(113)・4295 頁)と認められたことであった。

143 植松守雄編著『五訂版　注解所得税法』221 頁(大蔵財務協会、2011)。大島氏は、「資産の毎年の増加益を所得というかどうかは言葉の定義づけのもんだいであつて、水掛論にすぎないが、それが課税に値するのかどうかといえば担税力という点からみて否定的に解せざるを得ないのであつて、増加は単に将来における所得の発生を予想させるものにすぎな

みなし譲渡課税の縮小過程の中心的な問題は、課税のタイミングである。すなわち、「昭和 27 年の改正で、相続時の『みなし譲渡』課税は、重い相続税の上にさらに負担を加重する結果になり、しかも現実に金銭化されないのに所得として課税することは、納税者のみならず課税庁にも理解しにくい」[144]とされ、相続および相続人に対する遺贈による財産の移転については、みなし譲渡課税を行わないこととし、相続人または受遺者に被相続人の取得費を引き継がせ、実際に資産が処分され所得が実現するまで課税が延期されることとなった[145]。

我が国の相続税は遺産取得税方式を採用し、相続または遺贈を起因として取得したときに相続税の納税義務が発生することになり、みなし譲渡課税がなされる場合には相続税と譲渡所得が同時に課税される結果をもたらす[146]。親族間における相続や贈与が多かったことから、一時に多額の課税が行われることにより、納税資金の不足という問題が深刻化した結果、みなし譲渡課税規を改正しつつ、その穴を補うかのように昭和 27 年から取得費の引継ぎ規定が徐々に導入され、この取得費の引継ぎ規定は、昭和 48 年から原則としてみなし譲渡規定の適用をやめ、現行のように法人に対する遺贈や限定承認に係る相続等と例外的な場合を除いては、課税が延期され受贈者等が譲渡した場合にまとめて課税されるものとされている[147]。

したがって、法 60 条の取得費の引継ぎの時点は、資産の譲渡により実現が到来したが、課税のタイミングを延期しているため、「実現したが課税しない(計上しない)」という取扱いをする譲渡所得課税における課税のタイミングの例外規定であるということができる。また、譲渡所得に対する課税のタイミングを画定する「実現」の観点から

い。もちろん担保価値の増加は現実に発生するので、その資産を担保に供して借入する場合、所有者は増加益を享受しているわけであるが、そうかといつて借入の必要をもつていない大部分の所有者一般に対して増加益課税をすることは甚だしい無理がある」(大島隆夫「判批」税経通信 39 巻 15 号 9 頁(1989))と述べられ、みなし譲渡所得課税の制度の縮小理由は、制度自体に無理があったこととされる。

144 植松・前掲注(143)・656 頁。榎本家事件最高裁判決の第一審判決(浦和地裁昭和 39 年 1 月 29 日行裁例集 15 巻 1 号 15 頁以下)は、「所得税において資産の値上り益自体を所得と考え、資産が無償で贈与されたような場合にまでこれに課税するという課税理論は、納税者の立場からみれば常識的に納得し難いものがあることは想像に難くない」ことから、昭和 37 年の所得税法の改正において、一定の条件の下、みなし譲渡規定の適用を除外する規定を置いたと述べている。

145 未実現利得に対する課税および帰属所得に対する課税は、包括的所得概念に基づく観念的な利得に対する課税理論と、一般人の持つ「利得」というものに対する常識との乖離を埋めねばならず、理論が「常識」に先行して課税しようとすると、それは「常識」に合致せずに批判を受けることとなる(岩﨑政明「未実現利得・帰属所得に対する所得課税」税務事例研究 110 号 44 頁(2009))。

146 みなし譲渡課税においては、稼得に対する所得税賦課のタイミングが、移転に対する相続税・贈与税賦課のタイミングと一致する(渋谷雅弘「相続・贈与と譲渡所得課税」日税研論集第 50 号 147 頁(2002))。

147 武田・前掲注(113)・4314 以下。

は、「その者が引き続きこれを保有していたものとみなす」と規定していることから「(実現主義の)みなし未実現規定」であるということができよう。

シャウプ勧告によって導入されたみなし譲渡規定は、現行においてはその様相を変え個人への贈与に関して原則(実現原則の未実現利得への課税)と例外(金銭的価値に交換されて測定できるようになるまでは個人間の贈与に関しては課税を繰延べる)が逆転した状態になっている[148]。

みなし譲渡規定は以上概観した通り、無償による譲渡や著しく低い価格によって租税負担を不当に軽減し、譲渡所得に対する課税を回避する行為を防止するために特別に置かれたものであり[149]、取得費の引継ぎ規定は、みなし譲渡課税されることにより、相続税と所得の課税のタイミングが二重に重なることから、納税者の資金不足等を考慮して創設された規定である[150]。みなし譲渡規定は、法 33 条 1 項と同様に資産が移転という「実現」事象が生じたときに課税のタイミングが到来するものであるが、法 60 条 1 項の規定は、「資産の譲渡」という実現事象が生じた(課税のタイミングが到来した)ものの例外的に課税(計上)しないとする不認識(課税所得に算入しない)規定であるということができる[151]。

法 33 条 1 項の規定と、みなし譲渡規定および法 60 条 1 項の規定は以下のように理解することができる。

第一に、譲渡所得課税制度における法 33 条 1 項における一般規定は有償無償を問わず資産が移転した時点を実現として、法 33 条は、未実現の値上り益が顕在化した経済的利得に対する課税である。これに対し、無償による資産の移転の場合には、キャピタル・ゲインは実現した(課税のタイミングの到来)にも関わらず、譲渡所得の顕在化した経済的利得が存在しないためにそれを測定することができない。このように測定することができない場合にみなし譲渡規定は、時価によって価格を擬制して法 33 条に落とし込み、取得費等を控除し純所得を算出する特例規定であり法 59 条 1 項は総収入金額に対する法 33 条の例外であると位置づけることができるからである。

第二に、法 33 条 1 項および法 59 条 1 項、法 60 条 1 項の規定は、課税のタイミングに関しては、資産の移転を契機としてその取扱いを定めている。すなわち、資産の帰属の変更を契機としつつも、納税者の経済的取引の態様に応じてそれぞれの法規適用しているのであるから、増加益清算課税説を基礎としていることは明らかである。したがっ

---

148 岡村忠生「収入金額に関する一考察」法学論叢第 158 巻第 5・6 号 206 頁(2006)。

149 金子・前掲注(5)・75 頁、佐藤(英)・前掲注(36)・129 頁。

150 ただし、これは決して二重課税、換言すれば相対的重課ではなく、せいぜい同時課税と呼ぶべきものである(渋谷・前掲注(146)・147 頁)

151 田中治教授は、みなし譲渡所得課税を説明する上で増加益清算課税説は最も適合的な考え方であるが、みなし譲渡所得課税の趣旨と法 33 条 1 項の譲渡所得課税の趣旨とは区別されるべきであって、譲渡所得課税の本質が増加益清算課税説であるとすることは相当でないと批判されている(田中治「租税訴訟において法の趣旨目的を確定する意義と手法」伊藤滋夫編『租税法の要件事実』138 頁(日本評論社、2011))。

て、法 33 条 1 項から導き出される増加益清算課税説は、みなし譲渡規定、取得費の引継ぎ規定の前提とされている。

第三に、法 59 条と法 60 条の関係はみなし譲渡の適用の観点から表裏一体の関係である。したがって、法 59 条 1 項と同様に課税のタイミングを擬制するものではないが、法 59 条 1 項が適用されることによって、相続等との課税のタイミングが二重に重なるという弊害を排除するために、例外として法 60 条 1 項は資産の譲渡によって実現するものの、課税のタイミングを次回に延期する規定である不認識規定(課税所得に算入しない)ということができる。したがって、譲渡所得は実現したが、納税者の資金不足のために計上しないという例外措置をとっているということができる。

以上、譲渡所得における課税のタイミングの観点から実定法上の規定の位置づけを明らかにした。法 33 条 1 項における課税のタイミングの時期とみなし譲渡規定は、認識の基準としての「実現主義」であり、法 60 条 1 項における経済事象は実現主義と同じであるが、法律の規定により実現の時期を変更していることを確認することができた。その結果、法 33 条 1 項から導かれる増加益清算課税説は、法 33 条 1 項、法 59 条 1 項および法 60 条 1 項の規定を前提とするものである [152]。以下では学説および判例がいつの時点において課税(計上)のタイミングが到来するものと解し、どのような判断構造によって、実現したものと捉えているのかを確認していく。

第 2 節　課税のタイミングをめぐる学説の動向

我が国における所得の「認識」の問題、すなわち、課税のタイミングに関する問題は、権利確定主義の問題として議論されてきたといっても過言ではない。権利確定主義は、取引によって、その対価を収受すべき権利が確定した時点をもって所得の実現を判定する基準である。しかし、権利確定主義の中身はその所得の性質や発生の態様によって権利確定の時期が様々である。所得税法は、所得をその源泉に応じて区分しているのであるから、権利確定主義の中身を一つに絞る必要はない [153]。したがって、以下では他の所得の計上基準を判定する権利確定主義と譲渡所得における課税のタイミングにおける権利確定主義を区別し譲渡所得における権利確定主義のみに絞って検討する。

---

152 みなし譲渡規定の創設時においては、実現は経済的価値の流入が前提にあることは明らかである。しかし、本稿においては課税のタイミングの観点から譲渡所得課税を考察することを目的としているため、この点については省略した。譲渡益所得説は、創設当時の譲渡所得課税には整合的な見解である。また、歴史的考察では 59 条 2 項および 60 条 2 項を含めて考察することはできなかったが、法 59 条および法 60 条の関係については、増井良啓「所得税法 59 条と 60 条の適用関係」税務事例研究 96 号 37 頁以下(2007)を参照されたい。

153 所得の性質に応じて所得の計上時期を検討されている文献として、田中治「事業所得における収入金額の年度帰属」税務事例研究 29 号 33 頁以下(1996)、同「不動産所得の意義とその年度帰属」税務事例研究 42 号 53 頁(1988)参照。

所得に対する課税は、私法上の行為によって現実に発生している経済的効果に即して行われるものであるから、租税法の課税対象とする経済的取引は第一義的には私法によって規律されている[154]。したがって、租税法律主義の機能である予測可能性および法的安定性を確保するためには、資産の「譲渡」のように資産の帰属の変更も第一次的に私法によって規律されているのであるから、所得税法上に別段の定めのない限り私法の帰属の変更に基づいて判断されなければならない[155]。しかし、所得の計上時期には権利確定主義という原則が存在しているのであるから、私法に依拠しつつも税法独自の「確定時点」が存在することはいうまでもない。譲渡所得における資産の移転の時期はいつの時点であると解されているのであろうか。

譲渡所得に対する課税のタイミングは所有権が基準であると考えられている[156]。学説の変遷は大きく分けて、権利発生主義と権利確定主義の二つが存在する。両者とも所有権の移転を基準とし私法関係に依拠するものではあるが、前者は、所有権移転契約が締結された時点を「実現」と解する、つまり契約効力発生時に課税のタイミングが到来とする説である。後者は、所有権移転契約が締結された後の確実と解される時点を実現と解する、つまり契約効力発生後のいくつかある段階のうち一つの時点を捉えて課税のタイミングが訪れるとする説である。以下では、権利発生主義を概観した後に、権利確定主義を整理していく。

(ⅰ)権利発生主義

権利発生主義は、現行の民法における通説・判例[157]の取る立場と同様の考え方で、売買契約(債権契約)の時に所有権も移転し、資産(物権)の譲渡があったものとする。

---

154 金子・前掲注(6)・117 頁。このような見解に対して、渕圭吾教授は金子宏教授は経済上の帰属を明示的には観念しておらず、「むしろ法律上(私法上)の帰属に判断が一元化され、これが経済上の帰属と一致すると考えられているように思われる」(渕圭吾「租税法と私法の関係」法学会雑誌 44 巻 2 号 25 頁以下(2009))とされ、租税法における所得の計上時期は私法へ依存していることを述べられている。

155 中里実「タックス・シェルターと租税回避否認」税研 83 号 65 頁(1999)、このような租税法と私法の関係を、谷口勢津夫教授は、「私法関係準拠主義」(谷口勢津夫「司法課程における租税回避否認の判断構造―外国税額控除余裕枠利用事件を主たる素材として―」租税法研究 32 号 60 頁以下(2004))とされ、占部裕典教授は、「私法関係絶対前提説」(同「最近の裁判例にみる「租税回避行為の否認」の課題―実体法的・証拠法的視点から―」税法学 553 号 277 頁(2005))と述べられている。

156 渕・前掲注(75)・208 頁以下。

157 民法における学説・判例の通説は、契約時説である(最判昭和 33 年 6 月 20 日民集 12 巻 10 号 1585 頁、最判昭和 38 年 5 月 31 日民集 17 巻 4 号 588 頁、最判 40 年 11 月 19 日民集 19 巻 8 号 2003 頁、末弘嚴太郎『物権法　上巻』63 頁(有斐閣、1922)、我妻栄著有泉亨補訂『新訂　物権法(民法講義Ⅱ)』61 頁(岩波書店、1983)。すなわち、「最初に行われる売買契約(債権契約)の時に所有権も移転する、と考える説で」(近江幸治『民法講義Ⅱ　物権法〔第 3 版〕』56 頁(成文堂、2009))、原則として、契約の成立時と同時に債権関係の発生と物権変動(所有権移転)が生じるとされている、

民法における物権変動は、民法 176 条が「物権の設定及び移転は、当事者の意思表示のみによって、その効力を生ずる」と定め、意思主義を前提としている。そのため、物権の変動を生じさせる合意と債権を生じさせる合意とは区別せずに、所有権は債権の効力として移転する[158]と考える立場で、契約時説と呼ばれる。ただし、①当事者の意思表示を尊重するという立場であるため、例外的に売買の対象である物が不特定、または他人の物を売買する契約のように直ちに所有権を移転することができない場合には、その弊害が除去された場合に移転する[159]とし、②当事者が積極的に所有権移転時期を明示する別段の特約がなされた場合には、その具体的取引の内容に即して所有権が移転するという見解である[160]。

戦前において、田中勝次郎博士は、法人所得の計算上の所得の取扱いについて権利義務の発生に着目して所得を計上すべきと述べられ、個人所得については現金収入時点、または債権の弁済期到来時点において所得を計上すべきとされている[161]。すなわち、純資産増加説を採用する法人所得に関しては、純資産の得喪時期つまり、債権の取得時において計上すべきとされ、具体的に資産の取得とは所得の発生であるとされている[162]。

したがって、権利発生主義は、所有権の移転を目的とする債権契約成立の時に債権が発生し、その時点に所得を計上[163]するものである[164]。

その後、昭和 22 年法では現行法の収入金額に関する通則の原型ともいえる旧所得税

---

158 我妻栄ほか『民法 1　総則・物権法　第三版』280 頁(勁草書房、2009)。

159 最判昭和 35 年 3 月 22 日民集 14 巻 501 頁、最判昭和 33 年 6 月 24 日民集 14 巻 8 号 1528 頁。

160 近江・前掲注(157)・56 頁。

161 田中勝次郎『所得税法精義〔改訂版〕』168 頁以下(厳松堂書店、1936)。

162 戦前においては、個人所得に対する課税は所得源泉説を採用していたため、弁済期到来主義または現金主義によるものとされている。弁済期到来主義については、「債権の発生を以て直ちに収入とするのではなく、弁済期到来したるとき始めて収入とする主義」(田中(勝)・前掲注(161)・218 頁)とされ、現金主義については、「現実の収入の時点」(同書・220 頁)をもって計上するとしつつも、権利発生主義と弁済期到来主義の欠点については、現実に収入金として納税者に帰属するか否かが不確定のものも収入金額として計上することとし、現金主義については、すでに請求権が発生している場合においても、現実の収入のない場合には所得を計上する必要はなく、このことはすでに法律上認められている請求権を無視することであって理論とは結びつけないこと、課税技術上の困難性にきらいがあるとされている。

163 清永敬次「権利確定主義の内容」税経通信 20 巻 11 号 94 頁(1965)。

164 戦前においては、法人税法における収益計上基準は権利確定主義(権利発生主義)であるという見解が散見されるが、個人所得の計上基準については、あまり意識されていなかったようである。戦前の所得の計上時期については、碓井光明「『収入金額』『収益』の計上時期に関する権利確定主義についての若干の考察～その生成と展開」税理 21 巻 10 号 5 頁以下(1975)、植松守雄「収入金額(収益)の計上時期に関する問題―「権利確定主義をめぐって―」租税法研究 8 号 37 頁、51 頁以下(1980)、忠・前掲注(74)・383 頁以下を参照されたい。

法 10 条が定められた。同条は、収入金額または総収入金額は、「その収入すべき金額」または「その収入すべき金額の合計額」と定め、戦後、国税庁が昭和 26 年に発遣した旧所得税法基本通達 194 は、「収入金額とは、収入すべき金額をいい、収入すべき金額とは、収入する権利の確定した金額」[165]をいうものとしている。昭和 26 年基本通達は、各種所得ごとに収入金額の権利確定時期について詳しい執行基準を定めたことにより、「権利の確定」という文言が世に登場し、「権利確定主義」という言葉が用いられるようになったのである [166]。所得をいつ計上すべきかについては、権利確定主義を用いることとし、その適用にあたっては個別的基準(執行基準)を各種所得ごとに定めている [167]。

国税局の見解では、山林所得については「所得の発生時期」と題して、「所有権が移転するときに所得が発生する」としつつも、譲渡所得については、「所有権その他の財産権の移転する時に、収入金額が確定する」としている [168]。権利確定主義が通達によって採用された後においても、所得税基本通達の示した権利確定主義の中身は、戦前に田中勝次郎博士が提唱された契約が成立して代金債権等が発生した時を基準とする権利発生主義と異なることはなかったようである [169]。

課税のタイミングについては、民法 555 条を前提とする法的基準であって「私法上権利が確定する時期としていくつかの段階を刻むことができるが、税法は原則として契約成立の最初の段階を押さえているが、例外としてより以後の段階によることを認めた

---

165 旧所得税法基本通達 194、旧同通達 194～204 の定める計上時期の特徴については、植松・前掲注(164)・36 頁以下参照。なお、旧基本通達の内容を確認することはできなかったが、事業所得は原則契約効力の発生の時、譲渡所得は、原則「所有権その他の財産権の移転の時」(同書・37 頁)、利子・不動産・給与所得は支払日、配当・退職所得は受給権発生の時、一時所得は収入時、雑所得は、内容に応じ各種所得の基準を準用することとされている。

166 国税当局による解説書の中では、旧基本通達 194 は、「収入金額とは収入すべき金額をいい、(法 10)、収入すべき金額とは、収入する権利の確定した金額をいう。したがつて、その年中に収入すべき権利の確定した金額は、たとえまだ現実に現金の収入がなくてもその年の収入金額に算入される。これは、いわゆる権利確定主義によつているのである」(大蔵省主税局編『ファイナンス・ダイジェスト 10/改正国税詳解〔昭和 26 年度版〕』112 頁(大蔵財務協会、1951))とされている。

167 各種所得について、収入すべき金額が何時確定するかについて、利子所得については、その支払期、配当所得については、株主総会の日または収益分配の約定日、不動産・給与所得については、契約により支払いの定められているものについては、支払期、定められていないものについては支払いを受けた時、事業所得については、原則として契約効力の発生の時、退職所得については原則として退職の時、一時所得については、その収入を受けた時、雑所得については、その所得の内容に準じて各種所得の計上時期を準用するとしている(大蔵省・前掲注(166)・114 頁以下)。

168 大蔵省・前掲注(166)・118 頁以下。

169 資産の売買による財産権の移転した状態をいうのであれば、契約効力発生日基準あるいは所有権移転基準を意味しており、権利発生主義という方が適切である。(植松・前掲注(164)・43 頁、谷口(勢)・前掲注(62)・272 頁)。

ものにすぎない」[170]と理解され、「資産の売買による損益については、契約効力発生日基準あるいは所有権移転基準を意味していた」[171]ということができる。しかし、この昭和 27 年当時においては、実現主義と権利確定主義(ここでは、権利発生主義)は結び付けて考えられておらず、権利確定主義は税法に内在する計上原則であると考えられていた[172]ようである[173]。

権利発生主義を採用することの弊害としては、第一に納税者の意思の認定が困難であるという問題がある。民法における契約時説は、当事者の意思を尊重するという立場であるため、外部(例えば租税行政庁)からは認識しがたい[174]。第二に、所有権移転契約をした際に、別段の特約がされた場合には、その契約に即して所有権の移転を判断するため、納税者の課税のタイミングに関する恣意性を排除することが困難である。

(ⅱ)実現の判定原則としての権利確定主義

基本通達によって権利確定主義が打ち出された後、会計学側からの批判[175]や税法学側からは権利確定主義は破綻したか[176]とされながらも、現行の租税法においては、統

---

170 黒澤清＝湊良之助「企業会計と法人税法―調整実務から損益計算まで―」121 頁(日本勢研究会、1955)。

171 谷口(勢)・前掲注(62)・272 頁。谷口勢津夫教授は、権利発生主義を「財産法型権利確定主義」、現行における権利確定主義を「損益法型権利確定主義」と区別されておられる。

172 佐藤孝一教授は、権利確定主義を税法上の重要な計算原理と位置づけ、「財貨又は役務の受渡に伴う権利義務の発生という事実に基づいて損益計算を行うもの、すなわち、権利義務確定の時に損益が発生したものとみなす」(佐藤孝一「調整意見書の根本思想」企業会計 4 巻 8 号 20 頁以下(1952))ものであるとされ、権利確定主義は純資産増加の有無を決する基準としても用いられていることを述べられている。

173 権利確定主義の現代までの変遷については、谷口(勢)・前掲注(62)・267 頁以下を参照されたい。

174 租税法における主観的意思説と客観的事実説の対立については、例えば、東京高判平成 20 年 2 月 28 日判タ 1278 号 163 頁、最判平成 23 年 2 月 18 日集民 236 号 71 頁、増田英敏「判批」TKC 税研情報 18 巻 2 号 1 頁以下(2009)、増田英敏「判批」TKC 税研情報 20 巻 5 号 1 頁以下(2011)参照。

175「経済安定本部企業会計基準審議会中間報告　税法と企業会計原則との調整に関する意見書　小委員会報告」会計 62 巻 1 号資料 119 頁以下(1952)、「税法と企業会計原則との調整に関する意見書(小委員会報告)」税経通信 7 巻 14 号付録(1952)。なお、『税制調整意見書』の記載の仕方は異なるが、会計と税経通信の内容は同じである。税制調整意見書の補足文献として、黒澤清「会計と課税所得」企業会計 4 巻 13 号 4 頁(1952)、田中勝次郎「税法と企業会計原則との調整意見書を読みて」企業会計 4 巻 10 号 71 頁以下(1952)も合わせて参照、黒沢清「会計原則と税法との調整に関する基本的見解」産業経理 12 巻 7 号 9 頁以下(1952)、黒澤清「会計原則と税法との調整意見書の主張」企業会計 4 巻 8 号 8 頁以下(1952) 湊良之助「税務会計における発生主義の解釈」税経通信 7 巻 11 号 96 頁以下(1952)、青木倫太郎「発生主義と権利確定主義」会計第 66 巻臨時増刊 3 号 52 頁以下(1952)参照。なお、権利確定主義に対する批判とされるが、その内容は権利発生主義に対する批判であり、権利確定主義は「純資産増加基準」とも批判されている。

176 忠佐市「権利確定主義の発想批判」税経通信 19 巻 7 号 48 頁以下(1964)、忠佐市「権利

一的にかつ確実性の観点から法的分析の道具として権利確定主義は、現在においても妥当する原則であるとされる。権利確定主義はその後、「権利発生」を重視する立場から、「権利確定」を重視する段階へ移行し発生主義のうち権利確定主義が採用されていると考えられるようになった[177]。

すなわち、所得の計上時期に関する原則としては、現金主義(cash method)[178]と発生主義(accrual method)[179]の二つがあり、我が国においては、発生主義が通説の立場である[180]。発生主義が採用されている理由は一般に以下の理由によるものである。第一に、今日の経済社会においては信用取引が支配的であるため現金主義の下では一年間の所得の算定が不正確になり、その実態に合わないとされる。第二に、現金主義の下では、納税者が所得のタイミングを操作することができ、恣意的な課税の繰延べや所得の分割などの、租税負担を回避する操作が行われやすいこととなり、課税の公平を害しかねないこととされる。

そして、権利確定主義の根拠条文である現行所得税法 36 条 1 項は、その年分の各種所得の金額の計算上収入金額とすべき金額(または総収入金額)に算入すべき金額は、別段の定め[181]があるものを除き、その年において「収入すべき金額」とする旨を定めている。判例および通説は、「収入すべき金額」を、現金主義ではなく発生主義を採用しているものと解し、現行所得税法における発生主義は、上述のように会計学において「発生」の意味は(未実現の利益への課税を行わないという意味で[182])「実現」と同義に解さ

確定主義からの脱皮」税経通信 20 巻 11 号 65 頁以下(1965)、忠佐市「権利確定主義の提言」税経通信 35 巻 12 号 2 頁以下(1980)参照。

177 筆者の調査したうち、実現主義と権利確定主義を結びつけて主張されている注目すべき見解として、吉國二郎「税務における収益計上基準の理論」産業経理 16 巻 10 号 144 頁以下(1956)を参照されたい。

178 現金主義は現金収受時という一つの事実を基準とする。

179 経済取引に応じて、何らかの客観的基準を用いて費用・収益を発生主義は計上しようとするものである。したがって、現金主義は現金収受時という一つの事実を基準とするのと比べると、発生主義は山林所得・譲渡所得においては引渡基準、不動産所得においては支払日基準等とそれぞれの所得の発生態様に応じて異なるが、担税力に応じた課税の実現という観点から所得区分規定が設けられている趣旨を考慮すればそれぞれの会計処理基準が異なることは適切であると考えられる。

180 田中二郎『租税法〔第三版〕』502 頁(有斐閣、1990)、金子・前掲注(6)・260 頁、水野(忠)・前掲注(14)・240 頁、増田・前掲注(1)・151 頁、中里実ほか編『租税法概説』99 頁以下(有斐閣、2011)、佐藤(英)・前掲注(36)・225 頁以下。なお、いつから発生主義が採用されるようになったのかは明らかではない。昭和 38 年税制調査会答申では「税法は、期間損益の決定のための原則として、発生主義のうちいわゆる権利確定主義をとるものといわれている」(税制調査会「所得税法及び法人税法の整備に関する答申」15 頁(1963))としている。

181 所得税法 36 条 3 項は、「支払いを受けた金額」とし、所得税法 67 条は「収入した金額」をもってその年の収入金額と定め、現実に利得を得たという事実を基準とし現金を収受した時点で計上する現金主義を採用している。

182 発生の事実の認識にあたっては、主観的判断の介入する余地が多分に存在するという危険性があり、不確実な収益(未実現利得)の計上を排除する保守主義の原則からも容認するこ

れるべきだとされている。

「実現原則」は、未実現利益に課税しないという法原則にとどまり、収入の年度帰属に関しては具体的指針を示していない[183]ため、この実現原則を判定するにあたって、具体的には、収入すべき権利の確定した時点、すなわち、権利確定主義[184]によるべきであるとされてきた[185]。これは、収入がなくとも「収入すべき権利の確定した」金額は、徴税政策上の技術的見地から[186]すべて権利の確定したときを捉えて課税することを示すものである。原則として、権利確定主義によりいつ実現したのか判定すべきである[187]が、権利の確定という法的基準が機能不全に陥る場合は、例外的に管理支配基準が適用されることとしている[188]。

それでは、譲渡所得の認識の基準としての「実現」はどのように解されているのであろうか。譲渡所得の「実現」を判定するにあたっては、他の所得と異なり譲渡所得においては「対価」に着目して権利の確定を判断するものではなく、「資産の譲渡」に着目して権利の確定が判断されなければならない。したがって、「実現原則」ではなく「実現主義」の判定としての権利確定主義を以下整理する。

譲渡所得の実現を判定する権利確定主義は、目的財産の引渡によって相手方は同時履行の抗弁権を失い、それと同時に、譲渡者の代金請求権は確定的なものとなるから、資産の引渡の時に所得は実現する[189]という事実認定規範[190]である[191]。例えば、売買契約

とはできないため、収益の計上基準については、実現主義が採用されている(加古・前掲注(43)・145 頁。

183 金子・前掲注(43)・283 頁。

184 権利確定主義とは、「外部との世界との間で取引が行われ、その対価を収受すべき権利が確定した時点をもって所得の実現時期」(金子・前掲注(43)・284 頁)とする考え方である。

185 最判昭和 40 年 9 月 8 日刑集 19 巻 6 号 630 頁、最判昭和 49 年 3 月 8 日民集 28 巻 2 号 186 頁、金子・前掲注(6)・261 頁、清永・前掲注(22)・100 頁、水野(忠)・前掲注（14）・240 頁、佐藤(英)・前掲注（36）・225 頁以下、谷口(勢)・前掲注(62)・285 頁以下参照。

186 最判昭和 49 年 3 月 8 日・前掲注(185)・186 頁以下。

187 岡村忠生教授は、実現原則を判定する権利確定主義は、「未実現利益に対する課税はほぼ排除されている」(岡村・前掲注(47)・48 頁)と述べられている。

188 金子・前掲注(43)・304 頁。

189 金子宏教授は、「「無条件請求権説」(unconditional claim of right doctrine)」(金子・前掲注(43)・300 頁以下)と呼称されている。清永敬次教授は、「権利の確定というからには、『発生』しただけでは不十分で確定しなければならない」、「発生ではなく、確定をいうのであれば、契約目的物を相手方に引渡すことによって、すなわち、売主が自己の給付義務を履行することによつて相手方が同時履行の抗弁権を失つたとき、売主の代金支払を受くべき権利は一層確実となるのであるから、その時に権利が確定したといってもよいのである」(清永・前掲注(163)・93 頁)とされ、権利発生主義と権利確定主義を区別すべきことを述べられている。

190 酒井克彦「所得税法の論点研究―裁判例・学説・実務の総合的検討―」314 頁(財務詳報社、2011)、谷口(勢)・前掲注(62)・289 頁。玉國文敏教授は、「権利確定主義は、課税所得を認定するための基準を述べたものではなく、課税所得の年度帰属を決定するための便宜的な基準にすぎ」ず、「利得に対する権利が確定したとしても、現実に経済的利益が生じな

(民法 555 条)においては、売買は、当事者の一方がある財産権を相手方に移転することを申込み、相手方がこれに対しその代金支払を支払うことを受諾したとき(権利発生主義・契約効力発生時)に、資産の譲渡があったとみるのではなく、譲渡所得の起因となる目的財産の引渡債務の履行時に、相手方は同時履行の抗弁権を失い、それと同時に、譲渡者の代金請求権は無条件のものとなるから、資産の引渡の時に実現するとみる考え方である。したがって、売買契約の場合、権利の確定時というのは譲渡者の資産の引渡時点でその対価を収受すべき権利が確定的なものとなり、この時点に課税のタイミングが到来することになる。

しかし、譲渡所得における「実現」は有償譲渡すなわち、常に双務契約であるとは限らない。現行の譲渡所得課税制度(法 33 条、59 条 1 項、60 条 1 項)では、無償による移転もその射程に含まれるのであるから、片務契約である贈与等の場合には、口頭による贈与と書面による贈与が考えられるが、口頭による贈与の場合には取消し得る(民法 550 条)ため、贈与については贈与者の意思によってその贈与する意思が現れている書面を受贈者に交付し有効に贈与契約が成立したものを前提とした場合と口頭による贈与とを同じ基準で判断すべきこととなる。

口頭の贈与による場合であれば、履行が完了したときに取消すことができなくなるのであるから、確実に所有権が移転するということができる。書面による贈与契約の場合には、その契約効力発生と同時に贈与者は受贈者に目的物を移転すべき義務を負うことになるが、この時点を権利の確定というのであれば、権利発生主義となんら変わらない。したがって、贈与契約の履行の完了時すなわち、所有権移転登記や引渡のあった時点が確定的に移転したものと解するのが妥当である [192]。このように所有権を基準とした場合には、贈与は売買契約と同じ実現の判定、すなわち、権利確定主義によって判断することができるだろう。

金子宏教授は、譲渡所得の課税のタイミングについて、いくつかありうる所有権移転の時期のうち、引渡しまたは登記の時点が権利の確定ないし所有権の移転のもっとも明白で争いのない時点であり、税務行政にとって契約効力発生の時点または所有権移転の事実を最もよく把握しうるから、安全性・確実性・統一性の観点から実務においても執

い場合には、所得は最初から発生しなかったものとして取り扱われるべきである」(玉國・前掲注(7)・15 頁)と述べられている。

191 不動産所得ではあるが、金子宏教授の主張される無条件請求権説に近似する判断枠組みを用い、納税者の義務の履行が完了しているのか否かに着目して判断する裁判例として、最判平成 10 年 11 月 10 日集民 190 号 145 頁の控訴審(福岡高判平成 8 年 10 月 31 日行裁例集 47 巻 10 号 1067 頁)および第一審(那覇地判平成 6 年 12 月 14 日行裁例集 47 巻 10 号 1094 頁)の判決を参照されたい。当事案を検討される評釈として、佐藤英明「判批」重判平成 10 年度(ジュリ臨増 1157 号)31 頁以下（1999)、田中治「判批」税研 106 号 81 頁以下(2002)、石島弘「判批」民商雑誌 121 巻 4・5 号 179 頁以下(2000)、山田二郎「判批」判例時報 1555 号 185 頁以下(1996)、高須要子「判批」判タ臨増 978 号 232 頁(1998)参照。

192 来栖三郎「契約法」233 頁(1965)。

行上の基準として実現を引渡の時点までずらしているとされている[193]。確かに実務においても、現行における所得税基本通達(36－12)は、資産の引渡があった日に収入すべき金額を計上するとし[194]一般的に譲渡の時点は引渡時点とし、納税者の選択によって契約時に計上できるともされている[195]。

この見解は、所有権移転を基準[196]としつつも、単に契約の時点のみを所有権移転の時期として硬直的に解するのは妥当でなく、その取引態様に応じるとしつつも、統一的に納税者を取り扱うべく確実といえる最後の時点を基準として引渡しの時に実現したものと解していることが確認できる。平等取扱原則の観点からも、租税行政庁が納税者を統一的に取扱いをするにあたっては、一つの基準が必要であり、それは根拠のない基準ではなく、法的基準として権利確定主義が存在しているということができる。

私法の分野においても、民法 176 条を原則としつつも、特約が決められた場合においては「判例は実質的には、代金支払い・引渡・登記時説に立っていると理解されつつある」[197]とされるように、所有権の移転は、物件契約の外部的徴表、すなわち、代金の支払い・引渡し・登記などの時に移転する時に[198]確実に移転すると解されるようにな

---

193 金子・前掲注(43)・299 頁。

194 ただし納税者の選択により、当該資産の譲渡に関する契約効力発生の日により総収入金額に算入して申告があったときは、これを認めるとする。昭和 26 年所得税法基本通達は昭和 45 年に改正され、その内容は現行と変わりはない。昭和 45 年所得税法基本通達については、和田正明『権利確定主義についての一考察―資産の譲渡・贈与を中心として―』税大論叢 9 号 13 頁以下(1975)。

195 さらに所得税法基本通達 36－12(注)は、資産の移転の事実に関する例として、土地の譲渡の場合における所有権移転登記に必要な書類等の交付を挙げている。

196 我妻・前掲注(158)・310 頁、岡村・前掲注(34)・105 頁、法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典[第 4 版]』599 頁(有斐閣、2012)、新村出編『広辞苑　第 6 版』1388 頁(岩波書店、2008)。なお、金子宏ほか編『法律学小辞典[第 4 版補訂版]』(有斐閣、2012)には、「譲渡」の意義は記載されていない。杉村章三郎博士監修の『税務用語辞典』(出典は不明)では、「税法は『資産の譲渡による所得』と定義している。この概念規定は所有権の移転を意味しているにとどまることは明らかで、譲渡の理由、動機、態様、方法、譲渡の相手方又は対価の有無等はすべて問うところではない。したがって普通の販売はもちろん、売却、競売、公売、交換、寄付、贈与、相続現物出資、担保流れ、物納、さては強制的に譲渡を余儀なくされる場合までおよそ自己の所有にかかる資産が自己以外の者(家族をも含めて)の手に移る限り、すべて譲渡である」(吉良実「財産分与の課税問題(2)」税法学 331 号 29 頁(1978))とされている。

197 近江・前掲注(157)・58 頁。

198 物権の独自性(契約の意思表示のほかに別個独立の意思表示(物権行為))を必要とする物権行為時説に末川博『物権法』63 頁以下(日本評論社、1956)参照、さらに、物権の独自性を否定する立場から同じ理論を導く見解がある。有償説(代金支払い時説)は、物権変動は、その契約効力として行われるもので、代金支払い等はその効力の完成のための事実行為にすぎず、所有権の移転は有償契約の本質である対価的牽連性＝同時履行の抗弁権から導かれるのであって、所有権に対応するものは代金であるから、代金支払い時に所有権が移転するとする見解(川島武宜『新版　所有権法の理論』222 頁以下(岩波書店、1997))。さらに、物権の独自性と物権変動時期は相伴う必要はないとし、引渡し・登記・代金支払いのうち、

ってきたが、未だ判例変更には至っていない[199]。

このように、私法でも、所有権の移転を引渡し、所有権移転登記、代金引渡しにおいて確実に移転したと解する説が現行における権利確定主義に近いものと考えられる[200]。しかし、納税者の資産の移転に先行して資産を取得する予定の者が現金を先に支払った場合は権利確定したものということはできないであろう[201]。また、契約効力発生以前に所有権の外部的徴表として、所有権移転契約の効力発生の前に資産の引渡しおよび代金の受領が完了し、自ら申告した場合には管理支配基準を適用すべき[202]こととなることが、管理支配基準に対しては、36 条 1 項から、解釈によって権利確定主義が導き出され、もう一つを解釈によって導き出すのは困難である[203]とする見解と、自主占有が基準であるから権利確定主義の一つの内容に含まれるとされている[204]とさまざまであるが、法的安定性や予測可能性の担保の観点から批判されることがあるのはいうまでもない[205]。

何れか先にされた時であるとする代金支払い・引渡し・登記時説がある(舟橋諄一『法律学全集 18　物権法』87 頁(有斐閣、1960))。

199 近江・前掲注(157)・58 頁。

200 同時履行の抗弁権に加え、植松守雄氏は「代金額『確定』している」ことも必要であると述べられている(植松・前掲注(164)・43 頁)。

201 来栖・前掲注(192)・52 頁。

202 管理支配基準とは、「利得者の管理支配(control)の下にはった場合に実現した」(金子・前掲注(43)・302 頁以下)と見る考え方であり、無効な利得の場合や権利確定主義が状況に適応しない場合に適用すべきであるとされている。

203 谷口勢津夫教授は、「収入すべき金額」という一つの要件から 2 つの規範を定立することは、法解釈上困難であるされ、権利確定主義および管理支配基準を事実認定基準と位置付けられたうえで、「所得の実現」を主要事実、収入すべき権利の確定や収入の管理支配を間接事実、とする判断枠組みを示し、所得の実現は所得の人的帰属の確定を意味するとの見解を示しておられる(谷口(勢)・前掲注(62)・293 頁以下)。

204 松沢智教授は、「一定の事実状態が継続している場合に、法は権利が如何にあるべきかではなく現に在る占有管理状態を尊重するのも法の目的であり、法の保護すべきであるから(占有権(民法 180 条)、準占有(同 205 条))、従って、かかる考えに立脚し、若しくは準用して一定の経済的効果(利得)を支配管理する継続された事実状態があれば、所有権(本権)の有無を基準とせずに、その準占有、占有権の取得を法的基準としてとらえることもできるのではないのだろうか」(松沢智『新版　租税実体法(補正第 2 版)―法人税法解釈の基本原理―』110 頁以下(中央経済社、2003))と述べられている。同旨の見解として、渕・前掲注(75)・213 頁以下。

205 田中治「税法における所得の年度帰属――権利確定主義の論理と機能」經濟研究 32 巻 2 号 195 頁以下(1986)。田中治教授は、「収入すべき金額」という文言のみで、通説的見解が現金収受の時点を完全に排除しているかは明らかでないことから、直ちに現金主義を排除することは妥当かと疑問を呈されておられる(田中(治)・同書・194 頁)。また、現金の収受の時点も、それが合理的である限り収入金額の一つと考えることができるとして、現金主義を計上時期に含めることを肯定する見解として、渡辺伸平「税法上の所得をめぐる問題」司法研究報告書第 19 輯第 1 号 67 頁以下(1967)参照。もっとも、法人の場合と異なり、個人の場合には、すべての納税者および所得区分を設けていることからすべての所得を通じて発生主義を貫徹することは、実際問題として困難である(金子・前掲注(43)・283 頁)。

我が国における譲渡所得の「実現主義」は、現金主義を排斥していることが明らかであるのみで、権利確定主義さらに管理支配基準が適用される(する)場合を想定しなければならない。実現という所得の認識の基準の中では、原則として権利確定主義が採用されているが具体的事案に即した確定事象については未だ不明確なままである。しかし、本稿においては一つの指標として、「実現」判定のリーガル・テストである権利確定主義の立場に立ち整理を試みる。

なぜなら、納税者の取引は一様に同じ取引を行わず、かつ平等取扱いの観点からは画一的に取扱わなければならいから、納税者と租税行政庁の実際的便宜の観点からは何らかの法的基準がなければ所得を計上(課税)することができないからである。したがって、引渡し(または所有権移転登記)のような確実に最後の時点[206]において計上させることが安全であり、確実であると思われる。以下では、「譲渡」について所得税法はなんら定義規定を置いていないから、譲渡所得における所得の実現時期(狭義の実現主義)は、所有権を移転する意思をもって契約をし、目的物を現実に手渡す時点または登記の時点に権利が確定的になったものと解し検討していく。

本節では、譲渡所得における「実現主義」の判定原則としての権利確定主義を整理したが、従来から権利確定主義は「対価」や「債権」に着目するものと解されているが、譲渡所得の実現判定の場合には、贈与等の無償による移転が存在することから所有権移転を基準とし、異質であることが確認できた。我が国においては、実現と未実現のみで議論され、さらに「実現」の枠組みの中で所得の認識の基準が決定されている。実際に納税者や租税行政庁の観点からは、他の所得と同じ「実現」という用語の枠組みの中で、所得の認識の基準に差異があることを区別することは困難であると思われる。

さらに、後述するように実際には、譲渡所得は実現していないにも関わらず、所有者の帰属の変更を認める場合や、ある時は所有権により判断され、ある時は所有権から離れて判断される場合があり、譲渡所得に対する課税のタイミングの問題はますます理解し難いものとなってしまっている[207]。裁判所による判断を概観することによって、司法における判断基準と課税理論との整合性を確認することができるため、以下では個別判例を確認していく。

第3節　課税のタイミングをめぐる判例の動向

本節では、これまでの議論を踏まえた上で譲渡所得が「実現」した場合に、いかなる事実に基づいて課税(計上)されているのか、また、「実現原則」と「実現主義」が区別されているのか代表判例を確認していくこととする。

---

206 植松・前掲注(164)・106頁。

207 課税のタイミングの法原則は、「もともと法律において明定されていなければならない筋合いのもの」(北野弘久『現代企業税法論』77頁(岩波書店、1994))と述べられている。

以下で確認する裁判例を詳細に観察すると、ある時は形式に基づいて課税のタイミングを判定している場合があり、ある時は実質に基づいて課税のタイミングを判定している場合がある。また、実質的に資産の帰属の変更がないにも関わらず、未実現のキャピタル・ゲインが実現したと解する場合や、形式的には資産の移転はあるが、実現しないと解される場合があり、さらには同じ譲渡所得という一つの類型であるにも関わらず、納税者の選択に委ねる場合もあり、税法上、所有権者に資産を帰属させないことがほとんど異論なく行われているのである [208]。このように譲渡所得に対する課税は、判例によって資産を移転させる一切の行為が「実現」であると解されているため、「実現」概念の枠組みの中で課税のタイミングが決せられているために、その「実現」の判定が最終的には裁判所に委ねられられてしまっているのである。

このような事態から「実現」の事実認定規範である権利確定主義(所有権移転基準)が画一的に用いられず、課税のタイミングに関する理論と実務が乖離し、所得の計上(課税)時期がより不明確なものとなってしまっているのである。上述した学説において権利確定主義は所有権移転を基準としているため、所有権の引渡しの時点(所有権の移転が明らかでないものは所有権移転登記時)において、未実現のキャピタル・ゲインが実現するものとして、裁判例を整理していく。

所得の計上時期については、昭和 40 年代に入って最高裁が権利確定主義に基づく判断を示し、これが確立した判例 [209]とされることになった [210]。ほぼ同時期に示された譲

---

[208] 渕・前掲注(75)・209 頁。渕圭吾教授は、寄託契約(民法 657 条)、消費貸借契約(民法 587 条)、消費寄託契約(民法 666 条)、信託(信託法 3 条)、譲渡担保、所有権留保とファイナンス・リースについて、整理され、担保物権の場合にのみ所有権の帰属から離れて判断していることを指摘されておられる。

[209] その契機となった判例は、権利確定主義のリーディング・ケースと一般的にみられており事業所得における脱税事件に関するものである。本件においては、不動産の売買および仲介業を業とする被告人(以下「Y」とする)が、事業を営む顧客 X(以下、「X」とする)の土地家屋の売却および代替地の購入依頼を受け、X 自らが売主となって X の所有する土地建物の売買契約を昭和 33 年 12 月 29 日に事業を営む Z(以下、「Z」とする)と締結し、同日手付解約金 2000 万円を受領し、昭和 34 年に土地建物の譲渡期日を昭和 34 年 7 月 31 日に残金の支払いおよび所有権移転登記とすることとした(後日協議内容は変更しうることとしている)。他方で、昭和 34 年 2 月 6 日に Y は、X の所有する土地との交換契約を締結し、Z との協議を申し出て同年 2 月 7 日から分割払いすることに同意を得て、同年 3 月 3 日に Y の所有権移転登記を経由せずに Z に所有権移転登記を済ませ、同年 9 月 15 日に支払いを終えた。Y は売買に係る収入金額を昭和 34 年に申告したが、これを昭和 33 年分の所得とした場合には公訴時効が完成することから昭和 33 年分の所得と主張している。第一審(名古屋地判昭和 39 年 3 月 31 日税資 49 号 266 頁)判決は、現行 36 条 1 項が現金主義を採ることなく、収益発生を認識し得る事実の存在に着目する発生主義を採用していることを前提に、「合理的な課税をはかる見地から、具体的事情に応じて、課税に値する経済的利益を得たとするのに最も妥当な事実をとらえ、これを標準として決すべき」とし、Y は、昭和 33 年 12 月 29 日に「契約を締結したことにより、民法上、株式会社竹中工務店(筆者注：Z)に対する代金債権を取得し、且つ将来右代金の一部に充当さるべき手付金二、〇〇〇万円をも取得しているのであるが、同年中には株式会社竹中工務店に対し右土地の所有権移転登記

渡所得の計上時期に関する最高裁昭和40年9月24日判決(民集19巻6号1688頁)[211]は、「資産の譲渡によつて発生する譲渡所得についての収入金額の権利の確定時期は、当該資産の所有権その他の権利が相手方に移転する時である」として、旧所得税基本通達202と同じ考え方を採用し、私法に依拠して当該資産の所有権移転時点を判断している。しかし、この判決においては、資産の譲渡によって譲渡所得が初めて発生するのか、資産の譲渡の以前から未実現のキャピタル・ゲインが発生しているのかは明らかにされていない。また、実現と権利確定主義を結びつけて判断されていないが、資産の移転時に譲渡所得を計上するということについては今後の判決と相違はない。

及び引渡を履行していないのみならず、同年中には、右土地は株式会社篠田商会の所有に属したままで被告人の取得するところとなつていなかつたのであるから、かかる段階においては、右土地売却による利益は未だ確実性を欠き、被告人は課税に値する経済的利益を得たということができず、被告人が買主たる株式会社竹中工務店に右土地の所有権移転登記及び引渡を履行した昭和三四年度において、始めて、被告人の右土地売却による利益は示実なものとなり、被告人は課税に値する経済的利益を得たものと認定するのが相当」としている。これに対し、控訴審(名古屋高判昭和39年11月9日刑集17巻7号685頁)は、「解約手附を授受した売買契約上の代金債権等の権利は、このように不確実なものである。しかし、右の代金債権も、双方が契約を解除せずかつ一方が契約の履行に着手するという事実があれば、双方が叙上の解除権を喪失して、確実なものとなる。したがつて右の代金額は、特別事情のない限り、右の事実があつた時に、代金収入として売主の収入すべき権利の確定した金額となるとみるのが相当である。そして双方が契約を解除しないで本件契約は存続し、昭和三四年二月七日に至つて竹中工務店は、被告人の申出に同意し、分割弁済の方法により、本件契約にもとづく代金の一部弁済として一〇〇〇万円を支払つた。その時に竹中工務店が契約の履行に着手したといい得ることは、多言を要しない。…(略)…不動産物権の移転が当事者の意思表示のみによつて効力を生じ、登記がその物権移転の対抗要件にすぎないことならびに第三者所有不動産の売買が可能であることは、所論のとおりである。そして右物権移転の時期は原則として意思表示すなわち契約の効力発生の時である。ただし、特約その他の特別事情が存するときはこの限りでない。本件のように第三者所有不動産の売買契約の場合には、その契約締結後売主が第三者から右不動産の所有権を取得すると同時に、その所有権は当然に買主に移転するとみるべき」とし、原審とは異なる判断を示すものの昭和34年に所得を計上すべきことは第一審と同様の判断を下している。最判昭和40年9月8日(前掲注(185)・630頁以下)判決は、原審を是認し「所得税法10条1項にいう収入すべき金額とは、収入すべき権利の確定した金額をいい、その確定時期は、いわゆる事業所得にかかる売買代金債権については、法律上これを行使することができるようになつたときと解するのが相当である」との判断を示し、旧所得税法基本通達194が、事業所得における所得の計上時期について「収入すべき金額の基礎となつた契約の効力発生の時」とするが、これに依拠せず、所有権に着目して判断を下している。本件を検討するものとして、植松守雄「判批」租税判例百選104頁(1968)。

[210] 谷口(勢)・前掲注(62)・285頁。

[211] 本件は、抵当権実行のためのいわゆる任意競売(担保権の内容を実現させる換価行為)に関する事案であり、競落人は目的不動産の所有権を承継取得するものであるから、譲渡所得に該当するとされた。最高裁は、「任意競売における所有権移転の時期は競落代金納付の時と解するのが相当である」とし、競売法の判例(大判昭和7年2月29日民集11巻697頁)に従い、「任意競売における所有権移転の時期は競売代金納付の時とするのが相当である」と判示している。

①最高裁昭和 43 年 10 月 31 日判決－個人間贈与に対する課税

最高裁が、譲渡所得課税の趣旨について増加益清算課税説を明確に示すようになったのは、最判昭和 43 年 10 月 31 日判決(榎本家事件)からである[212]。本件は、原告(控訴人・上告人)[213]が、相続により取得した宅地、山林および家屋を、その親族に贈与した(所有権移転登記も完了している)として、昭和 37 年所轄税務署長により旧所得税法 5 条の 2 第 1 項(現行所得税法 59 条)に基づき、当該贈与から生ずる譲渡所得に対する昭和 35 年分の所得税並びに無申告加算税の賦課決定処分を受けた[214]。

本件における争点は、現実に経済的利得(金銭)を受領していないにも関わらず、譲渡所得課税を行うことの適否である。さらに、納税者は、相続財産を放棄する予定であったが種々の理由から、形式的に相続したものであってその資産の所有の実体はないと主張するが、納税者以外の者が実際にその資産を占有していたという事実までは立証していない。

第一審および控訴審[215]は、贈与による所有権移転登記の手続がなされていることを認定し資産の帰属の変更があったことを述べている。そして最高裁[216]は、上述したように贈与に対する譲渡所得課税を肯定する前提として、譲渡所得課税の本質が増加益清算課税説であり、増加益清算課税説は、資産を手放した者に対し課税をなすという資産の帰属者の変更を契機として未実現のキャピタル・ゲインに対する清算課税の時期を決すべきものであって、この機会において納税者は所得を計上すべきであることを述べ、控訴審の判断を是認する。

しかし、これに続けて判例は、法 33 条だけで課税できる無償の譲渡[217]には、どのよ

---

212 鳥飼貴司「譲渡所得学説と租税裁判―いわゆる『学説』と裁判例の関係性を中心に―」鹿児島大学法学論集 46 巻 1 号(2012)。

213 注目すべき見解は、榎本家第一審判決(浦和地判昭和 39 年 1 月 29 日・前掲注(144)・15 頁以下)であり、「結局当該資産が、有償にせよ、無償にせよ、その所有者の支配を脱して他へ譲渡される際従来の増加益が実現(筆者注：価格の実現)し、又は実現されたとみなされ(筆者注：価格の実現)これに課税されるのであつて、譲渡(筆者注：課税のタイミング)に際し対価を得たか否かは課税の対象としての資格を左右するものではない」と述べ、課税のタイミングは、有償・無償を問わないものとている。第一審判決を検討する文献として、波多野弘「判批」シュトイエル 36 号 19 頁(1965)、吉良・前掲注(137)・82 頁以下、藤田良一「判批」税経通信 33 巻 14 号 99 頁(1978)を参照されたい。

214 本件の課税対象は、昭和 35 年分の所得であるため、この当時のみなし譲渡の対象となるのは、個人間における相続または贈与および低額譲渡の場合(相続人に対する遺贈、包括的遺贈、相続人に対する死因贈与の場合を除き)に時価によって譲渡があったものとして課税される。

215 東京高判昭和 40 年 9 月 10 日税資 41 号 1004 頁。

216 最判昭和 43 年 10 月 31 日・前掲注(57)・797 頁以下。

217 現行所得税法 60 条 1 項 1 号にいう「贈与」には贈与者に経済的利益を生じさせる負担付贈与は含まないと解されている(最判昭和 63 年 7 月 19 日税資 165 号 340 頁)。

うな資産の譲渡があり、その収入金額をどう算定するのかを区別せずに増加益清算課税説という理論を持ち出し、課税時期(実現した譲渡所得)と課税所得の範囲(実現した譲渡所得金額)の問題を一概に述べてしまったのである[218]。このようなことから、収入金額算定の方法としても増加益清算課税説が用られることによって、増加益清算課税説と譲渡、増加益清算課税説と法 33 条の収入金額および法 59 条の価格の擬制との関係が入り混じってしまったのであるが[219](この点については、第 2 章第 1 節を参照されたい)、この点は指摘するに留まる[220]。

このように、増加益清算課税説を採用する法 33 条 1 項は、「譲渡」という機会がなければ課税ができず、所有者が資産を保有し続けている場合には、単に含み益が生じている段階での課税はないという点で、資産の「譲渡」の時点は課税のタイミングを決する経済事象であるということが確認できる[221]。しかし、譲渡所得における同じ資産の譲渡の中でも所有権移転の契約時点に計上する見解も存在すれば、贈与のような場合には登記時点において計上することとなり、納税者や租税行政庁の観点からみれば、どちらが正しい計上時期なのかが明らかではない[222]。このような混乱は、実現と未実現の枠組みの中で権利発生主義(私法における契約時説)と権利確定主義(税法における権利確定主義)が議論されることから来る帰結であろう。

②最高裁昭和 47 年 12 月 26 日判決－割賦弁済に対する課税

---

218 岡村忠生教授は、「この理由付けには飛躍があるように思われる。譲渡所得の発生と、その課税時期(譲渡の時、発生した所得のどこまでを認識するのか、即ち、収入金額をどう算入するのか)とは、全く異なる次元に属する問題としてはっきり区別されるべきであり、課税のためには課税時期についてルールが必要であるということは言うまでもない」(岡村忠生「判批」租税判例百選第 3 版 61 頁(1992))とされている。同旨の見解として、大塚・前掲注(93)・9 頁以下参照。このように収入金額と課税時期を一重に論じることで、増加益清算課税説と譲渡益所得説の対立が生じることとなる(竹下・前掲注(93)・111 頁、大塚・同書・10 頁)。

219 例えば、後述の財産分与に対する譲渡所得課税の判例は、分与財産の時価を収入金額とし、同じく後述する負担付贈与の場合には、時価以下であった負担の額をそのまま収入金額とする。

220 山林所得においても、榎本家事件判決と同様の論理が採用されている(最判昭和 50 年 7 月 17 日訟月 21 巻 9 号 1966 頁)。

221 渡辺(徹)・前掲注(34)・65 頁。

222 農地同士の交換契約に関する事例である東京高裁昭和 44 年 7 月 14 日(税資 57 号 169 頁)判決は、本件土地に農地法上の許可が昭和 36 年中になされているとしても、後日取消されているのであるから、「土地の権利移転の効力はそのとき直ちに生じたものではなく、昭和三七年中本件取得土地（一）について被控訴人に対する権利移転につき前記新許可があつたときはじめてその効力を生じたというべきである。そして、所得税法旧第一〇条一項にいう収入すべき金額とは収入すべき権利の確定した金額をいい、譲渡所得についての権利確定の時期は法律上譲渡の効力が生じたときであると解すべきであるから、それは本件譲渡土地（一）についてもまた昭和三七年度であるといわなければならない」として、譲渡所得の課税のタイミングは契約効力発生時であるとしている。

本事案は、割賦弁済土地譲渡事件[223]と呼ばれ、原告(原告・被控訴人・上告人)の所有する不動産を訴外 T 社に売り渡し、代金は即日手付金を受領するとともに、残金は同月から毎月分割して支払う旨約し、同日本件不動産の所有権移転登記を了した。本件では、不動産が割賦弁済の方法で購入された場合に初年度において売却代金のすべて(納税者が実際に受け取った代金を超えて売買代金の全額)について課税することができるのか否かが争われたものである[224]。

控訴審判決[225]は、増加益清算課税説に立ち譲渡所得における資産の譲渡について「所得税法の前示規定(筆者注：現行法 36 条)は、金銭収入だけでなく権利による収入をも「収入すべき金額」に含んでいることから明らかなように、譲渡の対価(これは金銭である)を現実に取得したときでなく、譲渡の対価を取得しうる権利(これは代金債権である)を取得したときをもつて、譲渡所得発生の時としている」とし、納税者が未だ対価を受け取っていないとしても所得税法 36 条は権利確定主義を採用しているのはあきらかであるから、代金債権取得の時に権利は確定しこの時点において譲渡所得を計上すべきであると判示している。控訴審判決においては、「対価」その他の債権に着目して判定していることが確認できる。

最高裁は榎本家事件最高裁判決を踏襲[226]し、控訴審の判断を是認したうえで増加益清算課税説を採用する譲渡所得課税の下では、累進税率の下で年々蓄積され繰延べられてきた資産の増加益が所有者の支配を離れるのを機会に一挙に実現したものとすることによる束ね効果を緩和するために、半額課税と特別控除が採用されていることを述べ

---

223 最判昭和 47 年 12 月 26 日民集 26 巻 10 号 2083 頁以下。

224 課税の対象となった所得は、昭和 33 年の所得で、前述した榎本家事件同様に納税者によるみなし譲渡の選択制は導入されていない。本件第一審判決は(熊本地判昭和 38 年 2 月 1 日民集 19 巻 4 号 380 頁以下)は、権利確定主義(権利発生主義)を採用し、金銭、物、権利を取得できる地位、すなわち、権利を取得した時をもって損益発生の時点の時としているとし譲渡所得の課税のタイミングは到来するとしつつも、公平負担の見地から所得の実体に即応して、権利確定主義(権利発生主義)の適用を緩め更に、現実主義による方が妥当であると考えられる場合には、現実主義によるべきであるとし、納税者の主張を容認し現金収入した金額に対して毎年課税することとしている。この見解に対し、清永敬次教授は賛成の立場から、権利確定主義を常に適用することは妥当でなく、現金収入主義によれば、各年度において譲渡されたものと見ることができるから、各年度において特別控除を受けられると述べられている(清永敬次「判批」シュトイエル 14 号 4 頁以下(1963))。

225 福岡高判昭和 41 年 7 月 30 日民集 19 巻 4 号 364 頁以下。控訴審の控訴人の主張では、事業所得における割賦販売基準が適用される場合は、契約の成立の時に販売商品の所有権や経済的利益の移転とは解し得ないことに基づいて採用されているが、本件においては、譲渡契約によって代金債権が発生し、資産の移転が完了しているため、これを特別に取扱えば課税の公平を害すると述べている。しかし、この取り扱いは、法に基づくものではなく、通達において定められた取扱いであった(小塚真啓「判批」租税判例百選第 5 版 74 頁(2011))。

226 渡辺徹也「判批」租税判例百選第 4 版 75 頁(2005)。

ている。そして、「代金の支払方法が長期にわたる割賦弁済によるときは、特定の年度に集中して課税することなく、割賦金の支払またはその弁済期毎にその都度資産の譲渡があるとみて、当該弁済期等の属する年度毎に個別的に課税すべきであるとする見解は、とうてい採用し難いのである。もつとも、割賦払いの期間が長期にわたるときは、売主は、初年度において現実に入手した代金額が過少であるにもかかわらず、より多額の納税を一時的に必要とすることになるわけで、これはもとより好ましいことではないが、前述のように、年々に蓄積された増加益が一挙に実現したものとみる制度の建前からして、やむをえないところといわなければならない」とし、譲渡所得が資産の譲渡時に「一挙に実現したとみることによる納税の困難は、徴税当局との関係において、事実上の徴収の猶予等、納付方法の緩和によるほかないというに帰着する」と述べ、年々蓄積されてきた未実現のキャピタル・ゲインは、譲渡によって実現しこの実現したキャピタル・ゲインの課税のタイミングは、この「資産の譲渡」の時点であるから、納税者の納税資金の有無は譲渡所得の実現時においては無関係であるとしている。さらに、このような課税のタイミングと納税の資金確保の困難性は、法が資産の譲渡時点において譲渡所得が実現することとしているから、この例外は立法によって解決されるべき[227]ことを判示している[228]。

最高裁は、当該資産の所有権が買主に「確定的に移転」した日(売買契約の成立の日・所有権移転登記の日)がその移転時であると述べるにとどまり、具体的な権利の確定がどちらの行為をしたかについては明示していない[229]。この翌年、不動産および建物の売買契約につき引渡時に所有権が移転する旨の契約があったものとして認定された特約付き売買契約に関する判決が確定している[230]。

---

227 現行所得税法 132 条は延払条件付譲渡にかかる所得税額の延納について規定し立法によってこの問題は解決されている。

228 清永敬次教授の批判は、納税資金の調達の困難性の観点から、権利確定主義の批判に向いており、権利確定主義については、売買契約の効力発生をもって権利の「確定」というのは無理があるとして、弁済期到来時点において、確定とすべきと述べられ言葉の上だけの権利確定主義に疑問を呈しておられる(清永・前掲注(224)・20 頁以下参照、清永敬次「判批」民商法雑誌 69 巻 1 号 166 頁以下(1973)参照)。

229 田中(治)・前掲注(205)・190 頁。

230 最判昭和 48 年 6 月 28 日税資 70 号 564 頁。最高裁は棄却し、名古屋高判昭和 46 年 9 月 29 日(税資 63 号 604 頁)を是認している。本事案においては、所有権移転の時期が売買契約成立の時か、引渡しの時点であるのかについて争われた。本件売買契約は、X(原告・控訴人・上告人)と訴外 A との間で締結されたものであり、代金が完済された時に所有権移転登記をする旨の売買契約を結んだものであるが、代金が完済されるまで X はその土地・建物に住み、代金が完済されたものの近隣地の所有者と境界線についての争いがあったために所有権移転登記をなすことができなかった。旧所得税法法基本通達 202 は、譲渡所得の起因となる資産の譲渡の時期が明らかでない場合には契約成立の時によると定め、原告はこれに従った。裁判所は、「本件土地の売買契約が成立した昭和三五年三月ごろから、控訴人夫妻が新築家屋に寝泊りするようになつた時点（前述のとおり昭和三五年暮と認められる。）までは約一〇か月前後、また控訴人の家族が転居した時点（昭和三六年二月ごろで

③最高裁昭和 50 年 5 月 27 日判決―財産分与に対する課税

本事案[231]では、離婚に際して、夫が妻に財産分与として移転した不動産(控訴審において適法に認定された事実では、この資産は夫の特有財産である)[232]に対する譲渡所得課税の可否が問題になった。課税の対象となったのは、昭和 42 年の所得である。榎本家事件最高裁判決と割賦弁済土地譲渡事件と異なり、みなし譲渡の選択制導入後の事件であり、かつ、現行法と異なり一定の手続きをなした個人間贈与に対して一律に課税をしないとしていた[233]。

第一審[234]は、財産分与による資産の移転を無償行為と捉えた上、離婚調停の成立後の所有権移転登記に着目し、その所有権移転登記がなされたことをもって資産の譲渡があったことを認定しているのに対し、控訴審[235]においては、財産分与による資産の移転を有償行為と捉え、慰謝料その他の債務の履行として本件不動産の所有権移転手続きをする旨の調停が成立していることを認定し、資産の譲渡があったとする。

最高裁は、割賦弁済最高裁判決を引用し、譲渡所得課税の本質が増加益清算課税説にあることを述べ、控訴審の判断を是認している。そして、「所得税法三三条一項にいう「資産の譲渡」とは、有償無償を問わず資産を移転させるいつさいの行為をいうものと解すべきである。そして、同法五九条一項(昭和四八年法律第八号による改正前のもの)が譲渡所得の総収入金額の計算に関する特例規定であつて、所得のないところに課税譲渡所得の存在を擬制したものでないことは、その規定の位置及び文言に照らし、明らかである」とし、譲渡所得に対する課税は、それまで繰り延べられてきた未実現のキャピタル・ゲインに対して、課税のタイミングが訪れたのを機会に清算して課税するもので

あることにつき、当事者間に争いがない。）までは一年近くをそれぞれ経過しているのに、その間控訴人と瀬口との間で、控訴人が本件土地およびその地上建物を使用するについての対価に関しなんらかの約定がなされた事跡のうかがわれないことからしても，売買契約成立と同時にその所有権が瀬口(筆者注：訴外 Y)に移転したものでないことが推認される。（三）　そして、前記認定の事実によれば、控訴人は、本件土地の代金が支払われればこれをもつて他の土地を買い入れて転居先の建物を建築するつもりであつたため、これが完成するまでは本件土地およびその地上建物に居住する必要があつたことは明らかであり、…(略)…結局本件土地の売買契約においては、控訴人がこれを瀬口に引き渡した時点において所有権が移転する旨の特約があつたとみるのが相当である。」と、特約があったことを認定した上で家族全員が建物から転居した時点において引渡しも確定的なものとなり、その時に所有権の移転があったとすべきであると判示している。

231 最判昭和 50 年 5 月 27 日・前掲注(90)・641 頁以下。

232 原告側は、上告審まで譲渡所得の本質は譲渡差益であるとし譲渡益所得説に立つ主張していた。なお、本件原告代理人は竹下重人氏である。

233 この点については、本稿のみなし譲渡所得課税規定の立法趣旨と所得税法 33 条の位置づけを参照されたい。

234 名古屋地判昭和 45 年 4 月 11 日民集 29 巻 5 号 649 頁以下。

235 名古屋高判昭和 46 年 10 月 28 日民集 29 巻 5 号 655 頁以下。

あるから、その実現の機会は、有償・無償を問わずに資産を移転させる一切の行為であるとしている[236]。

本判決において、所得税法 33 条 1 項の定める資産の譲渡とは有償無償を問わずに資産を移転させる一切の行為をいうと判示した点であるが、この点に関しては榎本家事件最高裁判決、割賦弁済土地譲渡事件での論理を踏襲したに過ぎない[237]。本件においては、妻に移転された土地は、X の特有財産であると認定されており、移転された資産から得ていた未実現のキャピタル・ゲインは X に帰属するものである。したがって、形式的には X の所有していた土地は、離婚した元妻に移転されたことをもって資産の帰属先が変更することとなるから未実現のキャピタル・ゲインは実現するということができよう。

本件では、課税のタイミングについては問題よりも、むしろ、キャピタル・ゲインが「実現」したときに、それをどのように評価すべきかという「測定」の問題である。譲渡所得課税制度は、本稿におけるように実現主義を充足したときに未実現のキャピタル・ゲインは実現するが、これに課税するためには、何らかの経済的価値と結びつけて課税がなされなければならない。この点について、最高裁は、「夫婦が離婚したときは、その一方は、他方に対し、財産分与を請求することができる（民法七六八条、七七一条）。この財産分与の権利義務の内容は、当事者の協議、家庭裁判所の調停若しくは審判又は地方裁判所の判決をまつて具体的に確定されるが、右権利義務そのものは、離婚の成立によつて発生し、実体的権利義務として存在するに至り、右当事者の協議等は、単にその内容を具体的に確定するものであるにすぎない。そして、財産分与に関し右当事者の協議等が行われてその内容が具体的に確定され、これに従い金銭の支払い、不動産の譲渡等の分与が完了すれば、右財産分与の義務は消滅するが、この分与義務の消滅は、それ自体一つの経済的利益ということができる。したがつて、財産分与として不動産等の資産を譲渡した場合、分与者は、これによつて、分与義務の消滅という経済的利益を享受したものというべきである」と判示している。

名古屋医師財産分与請求権事件最高裁判決には、長年にわたり離婚に伴う財産分与に

---

[236] 割賦販売弁済土地譲渡事件と名古屋医師財産分与事件の判決だけは、現行 33 条にいう「資産の譲渡」とは、有償無償を問わず資産を移転させる一切の行為と判示している。これに対して、榎本家事件判決は、対価の受入れを伴う場合の規定として、現行所得税法 33 条を、対価を伴わない場合の規定として現行 59 条の規定をいうとしている（清永敬次「判批」租税判例百選第 2 版 70 頁(1983)）。

[237] 石井健吾「判解」法曹時報 30 巻 11 号 158 頁以下(1978)。所得税法 33 条 1 項は、無償譲渡をも含むものであるのかを巡って、譲渡益所得説に立つ立場の論者からは、対価の受入れを伴わない無償譲渡であるから 33 条に該当しないと批判されている(竹下・前掲注(93)・110 頁以下、吉良・前掲注(196)・ 32 頁以下、大塚・前掲注(93)・10 頁以下)。これに、対し法 33 条 1 項には、無償譲渡も含まれる見解として石井・同書・159 頁、伊藤義之「判批」税務弘報 23 巻 10 号 129 頁以下(1975)。また、法 33 条と法 59 条が対等な関係にあり、増加益清算課税説の目的を二つの規定をもって達成しているとする見解もある(浅沼潤三郎「判批」民商法雑誌 77 巻 2 号 124 頁(1977))。

おける譲渡所得課税の適否が、議論される。離婚に伴う財産分与制度には、3 つの性質があり、婚姻中に蓄積された夫婦共通財産の清算および離婚後の扶養を目的とし、離婚に対する損害賠償は上記 2 つの性質とは別の性質のものであるが、これに含まれるとされている [238]。この場合に、離婚に対する損害賠償の意味として、つまり慰謝料としての財産分与がなされる場合、および扶養料としての財産分与がなされた場合には、慰謝料または扶養債務の履行として自己の財産を妻に移転するのであるから、それによって財産の時価相当額の債務が消滅する [239]。損害賠償としての財産分与を行った場合には、未実現のキャピタル・ゲインが、その土地の時価相当額に顕在化されるため、財産分与義務者に資産の時価相当額の経済的価値の流入があったものと解される [240]。

それでは、清算の意味での財産分与はどのように解すべきなのであろうか。民法 762 条 1 項は、夫婦別産制を原則とし、婚姻前の夫婦一方の特有財産および婚姻中に自己の名で得た特有財産(単独所有財産)を認め、夫婦のいずれかに属するかが明らかでない場合には共有財産と推定することとしている。財産分与には、資産の「名義は夫婦の一方に属するが実質的には共有に属するとなすべきものであって、婚姻中に夫婦が協力して取得した住宅その他の不動産、共同生活の基金とされる預金、株券などで夫婦の一方の名義」[241]なっているものに対しては、これをその実体に着目して清算を請求することができる [242]。

この清算の意味での財産分与の場合には、資産の譲渡に当たらないとする見解 [243]は、「婚姻継続中に蓄積された財産は、夫婦のいずれの名義になっていても、実質的には夫婦の共有と見るべきものである。したがって、夫の名義となっている財産に対して、妻は潜在的な持分をもっていると考えてよい。夫婦共有財産の清算の意味における財産分与は、この潜在的持分に着目し、潜在的持ち分に応じて共有財産を分割する手続きにほ

---

238 最判昭和 31 年 2 月 21 日民集 10 巻 2 号 124 頁。最判昭和 46 年 7 月 23 日判決(民集 25 巻 5 号 805 頁以下)は、「財産分与がなされても、それが損害賠償の要素を含めた趣旨とは解せられないか、そうでないとしても、その額および方法において、請求者の精神的苦痛を慰藉するには足りないと認められるものであるときには、すでに財産分与を得たという一事によつて慰藉料請求権がすべて消滅するものではなく、別個に不法行為を理由として離婚による慰藉料を請求することを妨げられないものと解するのが相当である」とし、財産分与とは別に不法行為による損害賠償請求権を認めている。

239 南博方「判批」家族法判例百選第四版 49 頁(1988)。金子宏教授は、慰謝料債務の消滅の場合には法 33 条に該当し、離婚後の扶養のために財産が分与される場合には、贈与にあたると解されている(金子・前掲注(54)・102 頁)。

240 大阪高判平成 4 年 9 月 2 日税資 192 号 379 頁。

241 我妻栄『親族法』102 頁以下(有斐閣、1961)。

242 我妻栄ほか『民法 3　親族法・相続法　第二版』110 頁以下(勁草書房、2009)参照。

243 清算の意味での財産分与であっても資産の譲渡に該当する見解として樋口哲夫氏は、慰謝料名義の支払いを避けて財産分与名義を用いることも少なくなく、しかも、「課税庁に清算部分と他の要素を識別させることは甚だ酷な結果を招来し、事実上課税を免れさせることにもなりかねない」(樋口哲夫「租税判例研究第 48 回」税理 17 巻 4 号 139 頁(1974))と述べられている。

かならないと考えられる。とするならば、この場合、形式的には、夫の所有する財産が妻に移転するように見えても、その実質は、妻の潜在的権利を顕在化させ、それを正式に妻に帰属させることであるから、そこには資産の譲渡は存在しない」[244]とされる[245]。

この見解は、担税力に応じた課税の観点からは重要な指摘である。なぜなら、未実現のキャピタル・ゲインは資産の所有者に帰属するものであるから、その資産が共有財産であるなら離婚前には夫と妻の両者に未実現のキャピタル・ゲイン(ここでは 2 分の 1 ずつ享受しているものとする)は帰属しているはずである。仮に、この共有財産の名義が夫であって、清算の意味での財産分与がなされ妻に移転したものとする。この場合に夫から、妻への資産の譲渡がなされるのは 2 分の 1 のみであるから、夫の未実現のキャピタル・ゲインが実現するのは、2 分の 1 である。それならば、上記の例で慰謝料としての財産分与はないものとして、中核的な意味での扶養および清算の意味として財産分与がなされた場合には、2 分の 1 は妻の持ち分であるから、妻は自分の持ち分をそのまま引き続き所有するのであるから、そこに資産の移転すなわち実現はない。したがって、実質的な未実現のキャピタル・ゲインの帰属者は 2 分の 1 が夫であるから、これを超えて時価によりキャピタル・ゲインが実現したとした場合には所得のないところに課税をすることになり、租税公平主義に反することとなり、妻にそれまで発生していたキャピタル・ゲインに対しては課税できないこととなる。

この点につき金子宏教授は、「形式的には、夫の所有する財産が妻に移転するように見えても、その実質は、妻の潜在的権利を顕在化させ、それを正式に妻に帰属させることであるから、そこでは資産の譲渡は存在しないと解すべきではなかろうか」[246]と述べられている。しかし、この点については疑問が残る。租税法律主義は、資産の譲渡の時

---

244 金子・前掲注(54)・102 頁以下。

245 本判決については、財産分与の慰謝料、扶養、清算の性質に応じた区別がされておらず、問題があり、財産分与につき、慰謝料、扶養、清算のそれぞれの性質に応じて、資産の譲渡を決すべきとする見解として、大塚正民「判批」税理 19 巻 4 号 170 頁以下(1976)、吉良・前掲注(196)・36 頁以下、同上「財産分与の課税問題―津田論文を読んで―」シュトイエル 200 号 4 頁(1978)、林仲宣「判批」税 64 巻 174 頁(2009)、佐藤義行「判批」判例時報 792 号 144 頁以下(1975)を参照されたい。また、本件と同様に一方の特有財産を財産分与した際に譲渡所得が課税されるとした事例として、最判昭和 53 年 2 月 16 日判決(集民 123 号 71 頁)がある。山田二郎教授は、「夫婦別産制の下で実質的共有財産を認めるうるか否かの問題」(山田二郎「判批」判タ 370 号 34 頁以下(1979))とされ、民法上の法律効果の有無が問題であるとされる。

246 金子・前掲注(54)・102 頁以下。なお、共有の法的性質については見解が分かれる。各共有は各自一個の所有権を有し各所有権が一定の割合において抑制し合って、その内容の総和が一個の所有権の内容と等しい状態とする説として、末弘・前掲注(157)・408 頁、舟橋・前掲注(198)・375 頁、我妻・前掲注(157)・320 頁。一個の所有権が各共有者に量的に分属する状態だと解する説として、末川・前掲注(198)・308 頁、があるが、具体的な適用についてはほとんど差異がないとされ、持分権の処分については一個独立の所有権である(舟橋・同書・375 頁、我妻・同書・319 頁以下)から、個人がこの所有権を放棄したときには資産の移転があるといえる。

点において課税要件を充足し、租税債権および納税義務が発生するのであるから、資産の譲渡は実現したといわざるを得ない。ただし、財産分与義務の消滅をもって時価による譲渡所得課税をすることについては、特別の規定失くして妻の課税を免除するものであり、夫の得るキャピタル・ゲインを超えて課税することになる。我が国においては、財産分与によって、譲渡所得が発生したときにそれをどのように評価すべきかという問題が残されているといわざるを得ない。この点については指摘するに留まる。

本件最高裁判決は財産分与としてされた資産の譲渡が譲渡所得課税(33 条 1 項)の対象になるのかどうかの問題について、始めて最高裁がこれを積極的に解すべき旨を判示したものである。財産分与としてされた資産の譲渡が譲渡所得課税の対象となることは、判例上確定した解釈であるといえよう [247]。しかし、財産分与を無償譲渡として課税しないことは不合理であり、また、財産分与義務の消滅から一概に時価として課税することは許されるべきことではない [248]。現在の課税実務は一般の納税者の意識とは相当に食い違うため、何らかの是正措置が必要であるといわざるを得ない [249]。

④最高裁昭和 60 年 4 月 18 日判決―農地の移転に対する課税

本件は、X(原告・控訴人・上告人)は、昭和 43 年中に本件各土地(A、B)の売買契約を締結し、同年中に右契約に基づき各売買代金の全額を収受した上、これにつき旧租税特別措置法 38 条の 6 の規定による事業用資産の買換えの場合の特例を受けるべく、その収入金額を譲渡所得の総収入金額に算入して確定申告したところ、税務署長 Y(被告、被控訴人、被上告人)は本件各農地は一部が事業のように供されていなかったとして特例の適用を否認し、更正処分をなした [250]。そこで、X は本件譲渡所得が昭和 43 年分に帰属するとした右申告および処分は誤りであり、譲渡所得の計上時期は農地法所定の知事の許可があった日であるとして、右処分の取消しを求める訴えを提起した。本件、A 土地については、昭和 46 年中に、土地については昭和 45 年中に知事に許可があった

---

247 大阪高判昭和 55 年 2 月 19 日(税資 110 号 238 頁)(なお、本件上告審(最判昭和 56 年 1 月 19 日税資 116 号 1 頁)は、棄却されている)判決は、名古屋医師財産分与判決を引用した後、「土地所有権の交換による譲渡所得の発生は交換による土地所有権の移転（原則として意思表示により移転がある。）によつて生ずるものである（被控訴人主張の引渡を要するものではない)」とし、譲渡所得における引渡基準を排し権利発生主義を支持している。

248 岡正晶「譲渡所得課税と『財産分与』の実務」税務事例研究 19 巻 58 頁(1994)。

249 財産分与契約に際して租税負担に関する動機の錯誤が契約の無効原因となると判示したものとして、最判平成元年 9 月 14 日集民 157 号 555 頁。前記最高裁判決の差戻し控訴審(東京高判平成 3 月 14 日判時 1387 号 62 頁)は、通常一般人では財産分与によって譲渡所得課税がなされることは、理解し難いとする。要素の錯誤が認められなかったものとして、東京高判昭和 62 年 12 月 23 日判時 1265 号 83 頁がある。

250 この点について、譲渡土地は、農耕の用に供されていないから事業用資産の買換えの特例は適用されず、譲渡代金については仮装隠ぺいしており重加算税は適法であると最高裁まで維持されている。

が、代金は全額昭和 43 年中に受領している[251]。

知事の許可前に収受した農地の譲渡代金の課税のタイミングに関する名古屋高裁昭和 56 年 2 月 27 日判決[252]は、「旧所得税法がいわゆる権利確定主義を採用したのは、課税に当って常に現実収入のときまで課税することができないとしたのでは、納税者の恣意を許し、課税の公平を期しがたいので、徴税政策上の技術的見地から、収入の原因となる権利の確定した時期をとらえて課税することにしたものであることにかんがみれば、農地の売買について農地法所定の知事の許可のある前であっても、すでに契約に基づき代金を収受し、所得の実現があったとみることができる状態が生じたときには、その時期の属する年分の収入金額として所得を計算することは違法ではないというべきである。本件農地売買契約においても、控訴人は右売買契約に基づき本件係争年中に代金を取得しているのであるから、未確定とはいえこれを自己の所得として自由に処分することができるのであって、右金員の取得により、既に右契約が有効に存在する場合と同様の経済的効果をおさめているわけである。従って税法上は右代金の取得により所得が実現されたものとしてこれに対し課税しても違法とはいえない」とし、控訴審判決の判断について最高裁昭和 60 年 4 月 18 日判決[253]も、「昭和四三年四月ないし一一月に原判決別表番号１、２の各農地の譲渡契約を締結し、同年中に右契約に基づき各譲渡代金の全額を収受した上、これにつき当時の租税特別措置法三八条の六の規定による事業用資産の買換えの場合の特例の適用を受けるべく、その収入金額を譲渡所得の総収入金額に算入して、同年分の所得税の確定申告をしたことが明らかである。かかる事実関係の下においては、右各農地の譲渡について、昭和 43 年中に農地法所定の知事の許可がなされていなくても、同年中に譲渡所得の実現があつたものとして、右収受した代金に対し課税することができる」と述べ、その判断を是認している。

農地の譲渡については、農地法の規定により都道府県知事の許可がなければ所有権移転の効力は生じないものと解されるが、大阪高裁昭和 55 年 10 月 29 日判決[254]は、納

---

251 土地 A については、4 月 21 日頃から 5 月 20 日頃までの 3 回に分けて収受し、土地 B については、11 月 5 日頃から 12 月 15 頃までに 3 回に分けて収受している。

252 名古屋高判昭和 56 年 2 月 27 日訟月 27 巻 5 号 1015 頁以下。なお、控訴審では名古屋地裁昭和 54 年 1 月 29 日(税資 104 号 56 頁)判決をそのまま是認している。

253 最判昭和 60 年 4 月 18 日訟月 31 巻 12 号 3147 頁以下。最高裁は、原審と異なり事実関係を判示するにあたり、上告人が同年中に譲渡代金の全額を収受したことのほかに、その譲渡所得の総収入金額に算入して確定申告をしたことを適示している。

254 大阪高判昭和 55 年 10 月 29 日訟月 27 巻 2 号 412 頁以下。本事案において不動産売買契約は、昭和 44 年 12 月 30 日に、農地法所定の許可は、昭和 46 年 8 月頃に、所有権移転登記については昭和 44 年 9 月になされている。所轄税務署長は、昭和 46 年分の所得として認定し通知したところ、納税者は昭和 44 年に譲渡したものとし、租税特別措置法 38 条の 6 の適用を求めたが、所轄税務署長は同法 38 条の 6 を適用せずに昭和 44 年分の所得として更正処分及び過少申告加算税をなした。大阪高裁は、農地における譲渡所得の課税のタイミングについて、「清算の基準時点は、原則として資産が確定的に所有者の支配を離れ他に移転する時期、即ち資産の引渡があった日によるが、農地の場合は農地法所定の譲渡

税者の選択によって、農地の売買契約締結の日、農地の許可または届け出の効力が生じた日、農地の引渡しのあった時点のいずれかを譲渡所得の計上時期とすることが許される旨の判示もなされている。

本件では、以前まで私法上の法律関係に依拠して所有権移転に着目して判断されてきたにもかかわらず、納税者の自由に処分しうる経済的利益、すなわち所得の人的帰属の観点から譲渡所得が生じたものと解している[255]。農地法所定の知事の許可が行われていないにも関わらず、税法上では納税者の選択の適用を認めることは許されるのであろうか。農地の譲渡につき、知事または農業委員会の許可が必要である場合には、現実の引渡しと代金の受領が行われていたとしても、許可があるまでは、保有資産の所有権の移転はあったとはいえない[256]はずである。譲渡所得の起因となる資産の移転とは、引渡し時点であると解されるが、これは、債権契約の効力発生後の引渡し時点のはずである。農地の譲渡の場合にのみ、資産の譲渡時点を選択することが許されるべきではない。

なお、この他にも土地を譲渡し、手付金の受領は完了しているが、農地法所定の知事の許可が得られた年に所有権は移転しその時に計上するものとされている[257]。本判決では、権利確定主義を「実現原則」に結び付けて、契約効力発生以前の現金収受に基づき、譲渡所得の「実現」があったことを認定している。譲渡所得における所得の「実現」を、「実現原則」または「実現主義」と解するかにより譲渡所得の課税のタイミングは

の許可又は届出により譲渡の効力が生じた日と引渡のあった日のいずれか遅い日によるべきものである。しかしながら、納税者の選択によって経済的実質的に資産の増加益を現実に享受した時期である農地の譲渡契約締結の日、及び前示譲渡の許可又は届出の効力が生じた日、又は農地引渡の日のいずれかをもって資産の増加益の清算時点として譲渡所得税の課税時期とし、その増加金額を所得税法三六条一項のその年において収入すべき金額に算入することは許されてよいのであって、所得税基本通達において納税者が右のいずれかの日により申告があったときは右の選択を認める旨規定しているのも、この趣旨において是認できる」としつつも、本件では、控訴人(原告、上告人)が農地の譲渡契約時であると主張していたにも関わらず、途中で農地法所定の譲渡の届け出により効力が生じたと主張したために、「本件第四回口頭弁論において、これを急拠撤回して昭和四六年分の譲渡所得であると主張することは、正義に反し、かつ租税の公平負担に著るしく悖る行為であって、租税法の分野においても認められる信義則ないし禁反言の原則に照らし許されないものである」とし昭和 44 年分の所得とし退けられている。なお、最判昭和 40 年 4 月 5 日判決(税資 145 号 2 頁)も上告を棄却している。

255 谷口(勢)・前掲注(62)・293 頁は、「所得の年度帰属判定規範としての実現主義と所得の年度帰属判定に関する課税適状論とは、根本的には、所得の処分可能性を確実に自分のものとしたことによる所得の人的帰属の確定を前提とし、これを基準にして所得の年度帰属を判定する」という考え方に基づいて決定されると述べられている。

256 金子・前掲注(6)・261 頁。

257 割賦弁済土地請求権事件と異なり、土地を分割し、さらに、所有権移転時期を、甲土地については昭和 43 年に乙土地については昭和 44 年にずらし、さらに乙物権の代金を昭和 43 年に受領する旨の売買契約を締結した事案(名古屋高判昭和 49 年 1 月 17 日訟月 20 巻 6 号 154 頁以下)においては、「私的自治としての合理的な経済目的からなされた私法上の行為として許される」と判示している。

異なる帰結を生み出すこととなる。資産の帰属の変更がないにも関わらず、裁判所の判断によって課税のタイミングをずらすことは、納税者の予測可能性と法的安定性を害す行為である。

(ⅱ)小括

本章では、「実現」概念を整理したうえで、実定法上のみなし譲渡規定を歴史的に考察し、譲渡所得における課税のタイミングである「実現」の位置づけを確認した。その結果、譲渡所得課税における「実現主義」は、「収入」という文言から導かれる「実現原則」とは異なり、その他に、損失の「実現」、「実現した金額」、納税者と所得の帰属としての「実現」、課税のタイミングとしての「実現」等が存在することが確認できた。

法 33 条 1 項と法 59 条 1 項および法 60 条 1 項について歴史的観点から、考察し、法 33 条 1 項の「実現主義」の視点から位置づけた。法 33 条 1 項および法 59 条 1 項は、「実現主義」を充足したときに課税のタイミングが到来するのに対し、法 60 条 1 項は、「実現主義」という経済事象は生じるものの例外として、課税を繰延べるとする規定であると位置づけた。

シャウプ勧告によって導入された現行 33 条 1 項の規定は、「実現」を換価と捉えており、それは「実現原則」に通ずるものである。しかし、榎本家事件最高裁判決を契機として、名古屋医師財産分与請求権事件で、譲渡所得の課税のタイミングは、「実現原則」と完全に乖離してしまったことが確認できた。その原因は、租税回避行為の防止するために制定された法 59 条 1 項の存在である。みなし譲渡規定は、法 33 条 1 項と同様に「資産の譲渡」によってキャピタル・ゲインが「実現」する。「実現主義」を充足しても課税をするにあたっては、所得を金銭的価値に結び付けなければならないため、収入金額が時価により実現したものとみなす、収入金額に対する特例である。しかし、みなし譲渡規定の射程が個人間における贈与等にも及ぶため、これらの資産の移転に際しても、相続税の課税のタイミングが到来するため、課税のタイミングが重なることにより、納税者は一時に多額の納税資金を用意しなければならない。このような弊害を考慮して、法 60 条 1 項が創設された。

そして、「実現主義」の判定原則としての権利確定主義をめぐる学説の変遷および個別判例の検討を通して、譲渡所得に対する課税のタイミングの交錯を整理した。我が国の譲渡所得の課税のタイミングは権利確定主義という実現を判定する原則の中で、所有権の移転を基準として判断されてきたことが確認できた。譲渡所得では、「実現」と結びつけられる以前は権利発生主義によって判断されていたが、「実現」と結びつけられて判断されるようになってからは、私法に依拠しながらも、税法独自の事実認定規範として用いられるようになった。「実現原則」の判定として用いられる権利確定主義が、「対価」その他の債権に着目して判断されるのに対し、譲渡所得では、所有権を基準と

「物」の移転に着目して判断されているその判断構造が全く異質なものとなっている[258]。この結果、権利確定主義は、実現原則の判定や実現主義の判定としても用いられるため、その中身は弾力性に富み納税者からは理解し難いものとなる。判例は、譲渡所得の「実現主義」を、有償・無償を問わずに資産を移転させる一切の行為と解している。しかし、裁判例においては、形式的(実質的)に資産を移転させる行為を「実現」と判定する場合[259]もあれば、形式的に資産が移転した場合においても実質的には資産は移転しないと判定するものもある[260]。さらに、所有権移転契約の効力発生以前におい

---

258 東京高判平成元年1月30日訟月35巻6号1129頁は、「資産の譲渡に基づく収入金額は、当該資産の所有権その他の権利が相手方に移転した日の属する年分の総収入金額に計上すべきものである（もつとも、所得税法の採用するいわゆる権利確定主義は、いまだ現実収入の時以前においても所得が実現したものとして課税できることを認めたものであつて、現実収入後の計上を認めるものではないから、右の計上時期は、譲渡代金完済時より遅れることはない。）。(…略)本件土地売買契約は、昭和四九年七月三一日に成立したものであるが、右の契約時においては、本件土地売買契約の請求権保全の仮登記及び一〇〇〇万円の手付金の支払が行われたのみで、土地の引渡、所有権移転登記手続、代金支払はすべて後日に持ち越され、しかも代金不払いの場合には契約解除されることも特約された上、亡重治郎(筆者注：原告、被控訴人)もそれによる所得を当該年の譲渡所得として申告もしなかつたのであるから、右契約において本件土地の所有権が移転するのは、右の契約時ではなく、その履行行為である土地の引渡、所有権移転登記手続、代金支払のいずれかがされた時とする黙示の特約がされたものと認めるのが相当である。しかして、前示のとおり、本件土地の売買代金は昭和五一年七月一七日ころに完済され、そのころ本件土地の引渡がされたものと認められる(…略)から、そのころ本件土地の所有権が移転し、その譲渡による所得の実現があつたものというべきであり、したがつて、右の所得は、昭和五一年分の所得に計上すべきものである」と判示し、私法上の所有権移転を基準としつつも、税法における権利確定主義に依拠し、引渡し、所有権移転登記、代金支払のいずれかがなされた時に「実現」があったものとされ、実務においても用いられている。

259 譲渡担保の所有権は、譲渡担保権者に属すのかについて現在の通説では、譲渡担保が債権担保を目的としているにすぎないことを重視して、譲渡担保権者を完全な所有権者とせず、また、設定者にも目的物についての何らかの物権が帰属するとされる(道垣内弘人『担保物権法　第3版』299頁(有斐閣、2008))。

260 担保目的の資産の移転に際して、譲渡担保の場合には、所有権が形式的に譲渡担保権者に移転するが、この所有権の移転は債務の担保の目的とする限度にとどまり、その契約時において、その資産が所有者の支配を離れ、その所有者の下でその資産の値上り益は具体化したものとはいえず、これは資産の譲渡には該当しないと解されている。そして、所有者が資産の受戻しが不可能になったときが実現であると解されている(東京地判昭和49年7月15日行集25巻7号861頁、東京地判昭和50年12月25日税資83号786頁、浦和地判昭和56年9月28日判例時報1035号47頁)。譲渡担保についての譲渡所得課税の適否について、肯定説は形式に着目し、否定説は実質に着目し(金子宏「譲渡担保と所得税」山内一夫＝雄川一郎編『演習　行政法』282頁(良書普及会、1980))、完全に所有権が移転した、または、確定的に移転したことをもって課税すべきとする。これに対し、譲渡益所得説に立ち、譲渡担保の設定時には「譲渡益」は実現しないと解する見解として、水野(武)・前掲注(93)・81頁、課税要件法である租税法は第一次的には私法によって規律されているのであるから、両法域間の乖離は最小限にすべきだとし、増加益清算課税説に立ちつつも、譲渡担保に対する譲渡所得課税を否定的に捉えるものとして、村井正「譲渡担保と租税裁判例」日本税法学会創立30周年記念祝賀税法学論文集448頁以下(1981)。なお、譲渡担保に

て、権利確定主義が機能不全に陥る場合には、管理支配基準を適用する場合も存在することを確認することができた。管理支配基準による「実現」の判定は、まさに「実現原則」を判定するものである。

このように我が国においては、資産を移転させる一切の行為によって「実現」するとする法解釈があり、実際の問題としてはその射程が広すぎるという問題がある[261]。しかし、資産の移転に該当する取引を法の射程から外すために、裁判所は実質的に判断する場合や資産の譲渡に該当させるために形式的な判断を下している[262]。このように、我が国における実定法上に存在しない「実現」概念の枠組みの中で課税(計上)のタイミングが議論されることによって、譲渡所得課税のタイミングは不明確なものとなってしまっているのが現状である。以下では、我が国における譲渡所得をめぐる課税のタイミングの問題の解決の示唆を得るうえで、アメリカ租税法との比較法研究を行うことは有益であると考える。

対する譲渡所得課税は、当該物権の売買契約が、実質的に売買なのか、それとも譲渡担保に該当するのかの事実認定または私法上の法律構成の問題であるといえよう。

[261] 植松守雄「キャピタル・ゲイン課税の問題点」金子宏編「第2巻　所得税の理論と課題〔2訂版〕」202頁(税務経理協会、2001)。

[262] 譲渡所得の起因となる資産としてゴルフ会員権がある。ゴルフ会員権を手放す行為には、市場を通じて譲渡する場合と市場を通さずに退会の手続きを経由して預託金の返還を求める行為とがある。そうすると、退会は会員権を譲渡する際の合理的選択の一つであるから、「手続的側面からは譲渡と退会は異なるが、退会は実質的に譲渡の一形態」(増田・前掲注(88)・182頁)といえる。

第 3 章　アメリカ合衆国における譲渡所得課税と実現概念

戦後、日本の税制は、シャウプ勧告を受けてアメリカ租税法の影響を大きく受けてきた。アメリカ合衆国における課税要件法、すなわち、内国歳入法典は、日本に比べて格段に多く規定されている。アメリカ合衆国における譲渡所得課税制度の問題を、我が国の譲渡所得課税制度の差異を考慮せずに、その議論を我が国の議論に組みこむことはできない。制度上の差異があることを認めつつも、共通する問題に対する解決手法や議論が存在するのであれば、その問題を明らかにすることによって、アメリカ租税法での手法を我が国の租税法にトレースすることが可能となるはずである。

第 1 節　アメリカ合衆国における譲渡所得課税

(ⅰ)所得の意義と実現

現行のアメリカ連邦税は、1986 年内国歳入法典(Internal Revenue Code of 1986)に基づいて課税されている [263]。内国歳入法典は、個別税法と通則税法を統合し、単一の租税法典とする方式(「単一租税法典方式」)を採用し、実体法や手続法に関する多くの条文が規定されている [264]。アメリカ合衆国において所得税(income tax)は、個人に対する租税(個人所得税(personal or individual income tax))と法人に対する租税(法人所得税(corporate income tax))の両者を含む概念として用いられる [265]。

所得税法の法源として最高位に存在するのはアメリカ合衆国(連邦)憲法修正 16 条(以下、「憲法修正 16 条」とする)であり、1913 年に制定されたものである。憲法修正 16 条は、「連邦議会(The congress)は、いかなる源泉から生じたものかを問わず(from whatever source derived)、各州の間に配分することなく(without apportionment among the several States)、また国勢調査または人口算定に準拠することなしに、所得に対して賦課徴収する権限を有する(power to lay and collect taxs on incomes)」 [266]と

---

263 大塚正民『キャピタル・ゲイン課税制度―アメリカ連邦所得税制の歴史的展開』2 頁以下(有斐閣学術センター、2007)。1939 年に永続的制定法として内国歳入法典(第一次内国歳入法典)が制定され、その後連邦議会は新しい歳入法、あるいは、租税改革法を制定した場合には、その内容はすべて内国歳入法典を追加的改定をすることとし、1954 年に 1954 年内国歳入法(第二次内国歳入法典)が、さらに 1986 年に 1986 年内国歳入法典(第三次内国歳入法典)が制定されている。同書は、アメリカの譲渡所得課税をめぐる歴史的経緯を網羅的に検討されている邦語の文献である。

264 谷口(智)・前掲注(68)・123 頁。

265 金子・前掲注(6)・175 頁以下。内国歳入法典は、まず 10 のサブタイトル(SUBTITLE)に分類され(SUBTAITLE A~J)、このうち、サブタイトル A(SUBTITLE A―INCOME TAXES)には所得税に関する規定が置かれている。

266 U.S. Constitution Amendment XVI.

定め、合衆国連邦議会(政府)の課税権を認めている[267]。

米国で、はじめて制定された恒久的連邦所得税法である 1913 年歳入法(Revenue Act of 1913)は、総合累進所得税を採用しており、その採用理由については、「下院歳入委員会が、『所得税は、課税における正義の要請に対応するものである。消費税は、個人の担税力によってではなく、課税物品の消費によって決定されている。しかし、所得税は、個人の担税力に応じて課されるのであり、税負担の公平(equality of tax-burdens)を最大限に保障する」と述べ、総合累進所得税を採用することによって公平な税負担の配分を保障することを明らかにしている[268]。アメリカ合衆国では、所得課税制度は、納税者の担税力に応じた課税を最大限に実現することを保障するものであると捉えられていることが、確認できる。

ところで、我が国の憲法と異なり、米国における憲法修正 16 条はその規定の文言の中に「所得」の語を用いている。また、米国では 1913 年歳入法制定以後、「所得」の意義と範囲について規定し、現行における 1986 年内国歳入法典(以下、「内国歳入法典」と用いた場合には、1986 年内国歳入法典を指すものとする)にも、「所得」の意義が規定されている[269]。すなわち、内国歳入法典 61 条(a)項は、「本サブタイトル(所得課税)の中に別段の定めがあるものを除き(Except as otherwise provided in this subtitle)、総所得(gross income)とは、次の項目を含め(including the following items)(しかしそれに限定されることなく(but not limited to))、いかなる源泉から生じたものであるかを問わず、すべての所得(all income from whatever source derived)を意味する」[270]と規定している[271]。

---

267 石村耕治『アメリカ連邦財政法の構造』8 頁(法律文化社、1995)。

268 金子・前掲注(5)・43 頁。

269 その後の所得税制度を全面的に改正した 1939 年内国歳入法典(Internal Revenue Code of 1939)(1954 年内国歳入法典(Internal Revenue Code of 1954)も同様である)も、実質的にこの規定を受け継ぎ続けて現在の内国歳入法に至る(金子・前掲注(5)・43 頁以下)。

270 I.R.C.§61(a).内国歳入法典 61 条(a)は、所得の種類ないし源泉として事業(business)から生じた総所得、財産取引(dealing in property)から生じた総所得、利息(Interest)、賃貸料(Rents)、ロイヤリティ(Royalties)、配当(Dividends)、年金(Annuities)等、15 項目を列挙したうえで、規定されていない所得についてもその範囲を限定することなく含むものとされている。キャピタル・ゲインについて、サイモンズは、財産の処分より前から、保有している資産から生じる(一年間における)キャピタル・ゲインは僅かではあるが確かに所得であると述べている。See, Simons, supra note 25, at 151.

271 チャプターA は、再分割され、サブチャプターB(SUBCHAPTER B.COMOUTATION OF TAXABLE INCOME,§61～291)には課税所得を決定するのに必要な規定がある。各年度の納税者の連邦所得税額は、適切な課税ベース(appropriate tax base)に適切な税率(appropriate tax rate)を適用することによって算出される構造となっている。「課税ベースは、『課税所得』を意味し、課税所得は総所得(gross income)から内国歳入法典上認められる控除(deduction)を差し引いて算定される。一定の制定法上の「税額控除」(tax credits)が認められる場合には、課税所得に税率を適用して算出された税額から直接に控除(税額控除)を差引いて最終的な所得税額が算出される」(谷口(智)・前掲注(68)・129 頁)こととなる。

憲法修正 16 条および内国歳入法典 61 条(a)項は、「いかなる源泉から生じたものであるかを問わず」と定め、所得の範囲を限定することなく、すべての所得に対して課税する旨を定めていることから、包括的所得概念を採用していることが確認できる [272]。ヘンリー・サイモンズが定式化したとおり、一定期間の所得の消費と純資産の増加の和が所得となり、キャピタル・ゲインのような一時的・偶発的・恩恵的利得を含めて人の担税力を増加させる経済的利得はすべて所得を構成することと解されている [273]。

しかし、アメリカ租税法では、実際には所得が「実現」したか否かが、課税対象たる所得を構成するのか否かが、決定されている。かつて、連邦最高裁判所において、「実現」に依拠して、株式配当は憲法修正 16 条の意味における所得ではなく、所得は「実現」しなければ課税対象たる所得を構成しないと判示した有名な Eisner v. Macomber 事件判決 [274]があるためである [275]。「実現(realization)」が、所得の要素であるのか否かという問題は、所得を狭く構成するのか、それとも包括的に構成するのかという、課税される「所得」の範囲の問題に直結する。以下では、「実現」と所得の関係について整理していくため、Macomber 事件判決を検討する。

1916 年内国歳入法では、明文ですべての株式配当を所得として課税の対象とする旨を規定した。Macomber 事件の争点は、この規定の合憲性、つまり、株主の受領した株式配当が所得税の課税対象となるのか否かである。

Macomber 事件で、連邦最高裁判所は「資本・労働もしくは両者の結合から生ずる利得(gain derived from capital, from labor, or from both combined)」 [276]であるとしつつも、この定義には本質的な問題があり、重要なことは利得(gain)という言葉ではなく、「資本から生ずる(derived from capital)」という言葉であるとする。すなわち、「ここ(資本から生じた、あるいは、資本から生じた利得)に本質的問題がある。すなわち、資本

---

[272] 谷口智紀准教授は、憲法修正 16 条および 61 条(a)の下における「所得」に課税する上での前提条件として、「納税者の管理可能な経済的地位における客観的に測定可能な、そして限定のある価値の向上」(谷口智紀「第 6 章　アメリカ合衆国における所得の実現要件」同著『知的財産取引と課税問題』150 頁(成文堂、2013)(初出:税法学 565 号 127 頁以下(2011)))が憲法の要請する必要要件であると述べられている。

[273] 課税物件としての「所得」の概念については、第 1 章第 1 節を参照されたい。アメリカ法における違法所得に対する課税および判例の変遷については、玉國文敏「違法所得課税をめぐる諸問題」(1)判例時報 744 号 16 頁以下(1974)、(2)判例時報 748 号 11 頁以下(1974)を参照されたい。

[274] Eisner v. Macomber, 252 U.S. 189 (1920). Macomber 事件判決を検討する文献として、金子・前掲注(5)・1 頁以下、金子宏「アメリカの連邦所得税における『株式配当』の取扱い」『所得概念の研究』189 頁以下(有斐閣、1995)(初出 ; 租税法研究 1 号(1973))、岡村忠生「マッコンバー判決再考」税法学 546 号 49 頁以下(2001)、石島弘「第 2 編課税物件　第 7 章所得―所得概念―第 1 節税法の所得概念における実現概念」同著『課税権と課税物件の研究』144 頁以下(信山社、2003)(初出 ; 甲南大学法学第 18 巻 1 : 2 号併合(1978))、谷口(智)・前掲注(272)・153 頁以下。

[275] 渡辺(徹)・前掲注(34)・70 頁。

[276] 252 U.S. at 207.

の増殖たる利得(a gain accruing to capital)でも、投資における価値の成長ないし増加(a growth or increment of value in investment)でもなく、財産から発生し(proceeding from the property)、資本から分離され(severed from the capital)、そして引き出されて入ってくる(coming in being "derived")利得、利益、何らかの交換価値、すなわち、それを受け取る者の分離した(separate)利用・利益および処分のために受領されまたは引き出された利得、利益、何らかの交換価値、それが財産から生ずる所得なのである」[277]と判示して、憲法修正 16 条が、いかなる源泉から生じたものであるかを問わず所得に対しても賦課徴収しうる旨を定めたのは、これを簡潔に表現したものであって、利得が資本から分離して実現することが所得の本質的要素であると明示した [278]。Macomber 事件判決の実現要件は、ある資産に対する利益の同一性を判断する基準が、私法上の権利変動であったことを確認し、実現概念を私法上の法律関係に依拠させたことにある [279]。

この判決について、金子宏教授は、「租税理論および租税法理論の見地からは、実現が所得概念の要素であり、実現した利得のみが所得を構成する、という原理を確立した判決としてきわめて重要な意味を」[280]持つと述べられ、本判決の意義は、「実現」が租税法上の所得概念の要素であると判示した点にあるとされる。すなわち、Macomber 事件判決は、課税対象たる「所得」は包括的に構成されるのではなく(この場合未実現の利得は所得に含まれない)、実現した利得に限って課税対象たる所得として構成されることを判示したのである。このように解される場合、「実現」を判定するにあたっては、資本から利得が「分離」しているのか、または、資本から引き出された利得であるのか否かによって決せられ、具体的には私法(州法)上の権利変動があったか否かであり、この基準に該当した実現した利得のみが課税対象たる「所得」となることとなる [281]。

その後、「実現」が憲法修正 16 条の要請であるとされた時期も存在した [282]が、Macomber 事件判決以降の判例法の動向からは、Macomber 事件判決の明らかにした命題と形式的一貫性が維持されてはいるものの、その後の判例法では「実現」の概念が

---

277 252 U.S. at 207.

278 金子・前掲注(5)・58 頁以下。

279 岡村・前掲注(274)・546 頁。アメリカ合衆国において取引を規律するのは基本的には州法である。州法と内国歳入法典の関係については、渕圭吾「所得課税における帰属(tax ownership)をめぐる研究動向」法学会雑誌 45 巻 1 号 173 頁以下(2009)参照。

280 金子・前掲注(5)・60 頁。さらに、谷口智紀准教授は、「総合的な主眼の下で判断を下した点」にも意義があることを付加され、Macomber 判決後の所得の実現要件について検討され、実現の重要性は継続していることを述べられている(谷口(智)・前掲注(272)・159 頁)。

281 岡村忠生教授は、Macomber 事件判決のいう「実現」を「納税者の価値変動は、その資産の価値変動は、その資産に対する納税者の関係が変化しない限り、実現されることはない」(岡村・前掲注(274)・52 頁以下)とされ、この関係の変化は、財産権の変動を基準として用いるもので「法的変動基準」(同書・53 頁)ということができると述べられている。

282 渡辺徹也「損益不認識の意味と課税繰延の効果」『企業組織再編成と課税』7 頁(弘文堂、2006)(初出;『公法学の法と政策(上)』(金子宏先生古希記念論集)(2000))。

著しく拡大され、希釈化されたものとなっている[283]。すなわち、土地の賃貸借契約において、賃借人が建築した建物が契約終了と同時に賃貸人に帰属する旨の契約をした場合に、契約解除時における建物の時価相当額が賃貸人の所得となるか否かを争点としたHelvering v. Brunn事件[284]において、原告は当該土地の価値を増加させたかもしれないが、このような価値の増加は、納税者が財産に加えた改良と同様に、当該土地が譲渡された場合にのみ所得となると主張し、返還された資産の増加した経済的利得は資産から生じた(derived)ないし実現した(realized)利得ではないとする。

これに対し連邦最高裁判所は、「経済的利得が(economic gain)が必ずしも所得として課税の対象となるわけではない(not always taxable as income)、ということは正しいが、利得の実現(the realization)が資産の売却(sale of an asset)から生ずる現金(cash)の形をとる必要はないということは、決着ずみのことである。利得(gain)は、財産の交換(exchange of property)、納税者の債務の弁済(payment of the taxpayer's indebtedness)、負担の免除(relief from a liability)その他の取引の完了(completion of a transaction)から生ずる利益の結果(occur as a result)として生じうる。利得が取引において納税者の受領した財産の価値の一部である(portion of the value of property)という事実は、その実現を否定するものではない(does not negative its realization)。本件では、取引の結果として、被上告人(筆者注：納税者)は、その価値を確認できる金額だけ増加させた新しい建物がその上に建築された土地の返還を受けたのである。利得を生み出した改良(improvement begetting the gain)を、最初の資本から(from original capital)分離(sever)できなければならないということは、課税対象となる利得の認識(gain recognition of taxable gain)にとって必要でない。もしそれが必要であるなら、所得は財産の交換からは生じない。しかし、交換による利得は常に課税の対象となる所得として認識されてきたのである」[285]とし、経済的利得が常に必ず課税の対象となるわけではない[286]が、常に資産の売却等の取引による経済的利得が現金等の形をとる必要はなく、経済的利得が取引において納税者の財産の価値の一部を形成するという事実は、実現していないということはできず、その確認できる増加価値も「実現」した所得として課税の対象となることを判示している。

連邦最高裁判所は「実現」概念を用いて、実現した利得のみが所得を構成するという形式を採りつつも、賃借人の建築した建物に由来する価値の増加益は、資本(土地)から

---

283 金子・前掲注(5)・72頁。

284 Helvering v. Bruun, 309 U.S. 461 (1940).Bruun事件判決を検討する邦語の文献としては、金子・前掲注(5)・67頁以下、谷口(智)・前掲注(272)・142頁以下参照。

285 309 U.S. at 469.

286 61条(a)にいう「総所得」には、実現したすべての「所得」が含まれるわけではない。連邦議会は、様々な政策的理由(課税することによる弊害や課税除外する利点)に基づいて、「総所得」の範囲から、贈与(gift)等を除外する規定を設けている。See, Marvin A. Chirelstein, Federal Income Taxation, 11, (11th ed. 2009).

本件建物の分離の要件を否定し(売却等によって資産を手放し、さらに現金等を受領することを要件としない)、原告の保有する資産の価値が増加したことに着目している。そして、第三者との経済取引を通じて、経済的価値が流入してきたことを根拠として実現があった[287]ものと解している[288]。現在では、Macomber 判決の採用する厳格な実現概念の考え方は事実上使われていないとされている[289]。

アメリカ租税法では、「現在でも、未実現の利得は、例外的に課税の対象とされているにすぎない。しかし、これは、主としては、行政的便宜の考慮によるものであって、今日では、実現は所得概念の要素ではない、という考え方が支配的であり、公平負担の要請、租税回避の防止、その他の政策的必要性がある場合には、未実現の利得に対しても所得税を課すべきである、という考え方が強い」[290]とされ、「実現」は所得概念そのものを修正する要素ではないとされる。したがって、「実現」は所得概念という課税対象の範囲を制限するものではなく、包括的所得概念を前提としつつも、所得課税を取り巻く環境等の行政的実行可能性の乏しさを理由として課税方法に修正を加えるものにすぎない[291]ものである。

憲法修正 16 条上の「所得」には、未実現であるから所得を構成しないのではなく、未実現であるから不確実な所得は除外すべきであるとする伝統的な会計理論の影響および税務行政上、すべての資産を把握し評価するという執行の困難性から除外されたものである[292]。つまり、米国における所得税法では、保有している資産の含み益や値上り益のような未実現利得や帰属所得は、「行政的実行可能性(administrative feasibility)」が乏しいという理由[293]を前面に押し出すことから、原則として課税していないだけであり、未実現の利得を課税の対象とするのか否かは立法政策の問題である[294]。

しかし、上記のように解した場合でも「実現」の重要性が無価値になったものと解するのは妥当ではない。「実現」概念は、「課税所得を特定するための便宜的概念」[295]としてアメリカ租税法にでは現在でも、その重要性は存続し、未実現の利得を課税の対象とする場合には、特段の規定を定めなければならない[296]。実際に内国歳入法典 475 条[297]

---

287 本件においては資産の処分における taxable event に該当するとしている。taxable event については後述する。

288 金子・前掲注(5)・68 頁。アメリカ合衆国の財産法においては、建物は独立の不動産ではなく、土地の一部である(同書・68 頁)。

289 渡辺(徹)・前掲注(282)・9 頁、谷口(智)・前掲注(272)・130 頁。もっとも、現行 305 条は株式配当に対する非課税という原則を維持している。

290 金子・前掲注(5)・73 頁。

291 渕圭吾「取引・法人格・管轄権(4)」法学協会雑誌 127 巻 10 号 1550 頁(2010)。

292 金子・前掲注(5)・65 頁。

293 金子・前掲注(5)・70 頁。

294 未実現の利得が原則として課税対象から除外されている理由については第1章を参照されたい。

295 石島・前掲注(274)・154 頁。

296 渕・前掲注(291)・1553 頁。

や 1256 条に規定される時価評価(mark-to-market)のように、適用対象を一定の取引に限定しているものではあるが、未実現の利得に課税する(みなし実現)規定が存する [298]。もし、「実現」が憲法上の要請であれば、これらの規定は違憲を免れないが、内国歳入法典の構造からも、「実現」は憲法上の要請ではなく、行政執行上の不備、伝統的な会計理論、納税者への配慮 [299]から導かれる原則である [300]。

したがって、憲法修正 16 条および法 61 条(a)項の「所得」は、人の担税力を増加させるすべての利得が所得を構成すると包括的に解されているが、行政的実行可能性の観点から原則として実現した利得に対して課税を行うこととし、公平負担の見地から許容すべきでない未実現の利得に対しては、立法を通じて所得課税を行うことができるものと解されるべきである [301]。

（ⅱ）譲渡所得課税の法的構造

アメリカ租税法では、原則として「所得」の実現が課税対象となる所得の要件であるから、アメリカ合衆国における譲渡所得はいつ実現し、その所得はいつ課税されるのかを確認することは、課税のタイミングを検討するにあたっては必然である。以下では、アメリカにおける譲渡所得課税の法的構造を整理する。

サブチャプターO(Gain or Loss on Disposition of Property)には、財産の処分から生ずる利得と損失についての規定が定められ、パート I には、利得と損失の金額(amount)の確定と「認識(recognition)」[302]に関する事項が定められている。1001 条(a)項 [303]は、利得と損失の算定(Computation)方法について、以下のように規定している。すなわち、「財産の売却またはその他の処分(sale or other disposition)による利得の金額は、実現金額(amount realized)が利得(gain)を算定する場合のセクション 1011 に定める調整取得価格(adjusted basis)を超過(excess)する金額とし、損失の金額は、損失(loss)を算定する場合のセクション 1011 に定める調整取得価格が実現金額を超過する金額とする」

---

297 例えば、457 条(a)では、事業者が、課税年度の最終日に棚卸資産として有する証券を市場で売却したとみなして課税される旨が規定されているが、渡辺徹也教授は「みなし実現規定」(同・前掲注(34)・70 頁)と述べられ、この場合にはタイミングおよび価格の実現がみなされているという意味で用いられていると思われる。

298 渕・前掲注(291)・1553 頁、渡辺(徹)・前掲注(34)・70 頁。

299 石島・前掲注(274)・148 頁。

300 渡辺(徹)・前掲注(282)・9 頁。

301 I,R.C.§63(a).内国歳入法典 61 条(a)項は、所得概念に伝統的な純所得課税(net income)の考え方を、採用していることが確認できる。

302 認識(recognition)については、次節を参照されたい。

303 I.R.C.§1001. 財務省規則 1.1001‐1(a)(Treas. Reg. §1.1001-1(a))によれば、サブタイトル A の別段の定めを除いて、保有資産が、現金に転換する(conversion)、または種類(kind)または程度(extent)において実質的に異なっている(differing materially)他の資産と交換されることによって実現した損益が、所得または損失として扱われることになる旨を規定している。

とし、資産の売却その他の処分(譲渡)[304]から生ずる利得は、実現金額から資産の調整取得価格を控除した額[305]とし、内国歳入法典 61 条(a)項(3)号の「資産の取引により生じる利得」の意味を明らかにしている[306]。さらに、1001 条(a)項の実現金額(amount realized)について 1001 条(b)項は、「財産の売却またはその他の処分による実現金額は、受領した現金(received money)と受領した(現金以外の(other than money))財産の適正な時価(fair market value)との合計額(sum)とする」と定め、財産の処分により受領した経済的利得は実現金額であるとする。このため、「未実現の資産の価値増加(unrealized appreciation)は課税所得(正確にいえばその前提たる総所得)にカウントされない」[307]こととなる。資産を売却して現金その他の経済的利得を受領した場合には「実現」したとされるが、単に名目上の資産の価格の高騰は実現したということはできない[308]。

したがって、財産の含み益は納税者の処分によって実現した金額(amount realized)が課税所得に反映されることになり、資産の処分による経済的価値の流入を必要とすることを示している。現行の内国歳入法典では、財産の処分によって実現した金額(amount realized)が総所得に算入されることとなる。しかし、財産の処分はすべて譲渡所得として取り扱われ課税されることにはなっていない。なぜなら、サブチャプター P(SUBCHAPTER P.CAPITAL GAINS AND LOSSES)には、資産取引によって生じるキャピタル・ゲインまたはロスに関する規定が定められており(§1201～1298)、総所得のうち普通所得(ordinary income)と譲渡所得(capital gains)を区別して取り扱っている[309]からである。

アメリカ租税法では、普通所得と譲渡所得の区別を除いては、所得はいかなる源泉から生じた利得であっても区別されず等しい取扱いを受ける[310]。なぜ、譲渡所得は普通所得と区別されているのかというと、譲渡所得は、長期にわたる資産の所有によって蓄積されたキャピタル・ゲインが一挙に実現するため、通常の累進税率が適用されると一年間の値上りは僅かであるにもかかわらず、過重な税負担を強いると考えられているた

---

304 渡辺徹也教授は、disposition に「譲渡」との訳語をあてられ(渡辺(徹)・前掲注(34)・69 頁)、さらに、石島弘教授は、我が国における資産の「譲渡」に、アメリカ合衆国における資産の「譲渡」が該当するとされる(石島・前掲注(274)・126 頁)。

305 多くの場合、財産の取得のうち取得価格の調整が行われるが、大きく分けると以下のように調整され調整取得価格とされる。①通常行われる調整は、減価償却であり、②資本的支出を加算して財産価格を増加させるために調整が行われる場合、③財産の一部が処分される場合には、処分割合に応じて、取得価格を調整するものがある(水野忠恒「譲渡所得の取得価格」日税研論集 67 頁(2002))。

306 渕・前掲注(291)・1560 頁注記(26)。

307 渕・前掲注(291)・1544 頁。

308 See, Marvin A. Chirelstein, supra note 286 at 11.

309 John K. Mcnulty, Daniel J. Lathrope, Federal Income Taxation of Individuals in a Nutshell, 434, (8th ed. 2012).

310 金子・前掲注(84)・114 頁。

めである。また、譲渡所得に重課すると資産の流通性が阻害される(lock-in effect)おそれがある[311]とも考えられており、これらの二つの理由から、重い税負担を緩和するための措置として、平準化措置(averaging device)[312]が講じられている[313]。

この平準化措置を受けるためのキャピタル・ゲインについて内国歳入法典 1222 条は、「資本資産(capital assets)の売却または交換(sale or exchange)による利得」と定義し、キャピタル・ゲインが資本資産の売却または交換から得られる利得であることを規定している。したがって、譲渡所得課税の平準化措置を受けるためには、第一に、当該資産の売却が 1221 条に定める「資本資産(capital asset)」の「売却または交換(sale or exchange)」に該当する必要がある。

次に、納税者の所有する資本資産が、保有期間 1 年を超えるのか否かによって、長期譲渡所得(long-term capital gain or loss)と短期譲渡所得(short- term capital gain or loss)に区別され、結果として純長期譲渡所得が残った場合には平準化措置を受けることができることとなる。以上のことから、譲渡所得に該当するためには当該財産の売却が①資本資産であること、②売却または交換であることが要件であり、長期譲渡所得に該当し平準化措置を適用されるためには、上記①、②の要件に加え、資本資産の保有期間が 1 年を超えていなければならない[314]。

また、普通所得と譲渡所得を区別するために内国歳入法典 1221 条[315]は、譲渡所得に該当するための基準である「資本資産」概念について以下のように規定している。

---

311 金子・前掲注(84)・115 頁、大塚・前掲注(263)・45 頁以下。

312 I.R.C. §1222. 純長期キャピタル・ゲインには、軽減税率が適用され(I.R.C. §1(h).)、純短期キャピタル・ゲインが残った場合には、通常所得と同様の税率が適用される(I.R.C. §1.)。See, Marvin A. Chirelstein, supra note 286, 2, 365. 近時の長期キャピタル・ゲイン税率の改正については、Gary M. Thomas(赤松晃訳)「2011 年における米国勢税制改革に関する議論の現状報告」租税法研究第 40 巻 32 頁(2012)参照。

313 邦語のアメリカ合衆国における譲渡所得課税の計算構造については、谷口智紀「第 7 章特許権移転取引の譲渡所得該当性の判断の法構造をめぐる日米比較～所得税法 33 条と内国歳入法典 1235 条の比較研究を中心に～」同著『知的財産権取引と課税問題』185 頁以下(成文堂、2013)(初出；専修大学法研論集 50 号(2012))、伊藤公哉『アメリカ連邦税法(第 4 版)所得概念から法人・パートナーシップ・信託まで』127 頁以下(中央経済社、2009)を参照されたい。

314 さらに要件を付加するのであれば、短期譲渡所得(損失)・長期譲渡所得(損失)をそれぞれ法律の指示に従い相殺した後に純譲渡所得(net long-term capital gain)が残らなければならない。このように長期譲渡所得の優遇措置を受けるためには、３要件を充足しなければならないが、例外的にこの３つの要件を充足しなくとも、「資本資産」とみなして長期譲渡所得の優遇措置が受けられる場合がある(I.R.C.§1235.)(谷口(智)・前掲注(313)・192 頁以下参照)。内国歳入法典 1235 条を詳細に検討される文献として、同書・168 頁以下を参照されたい。

315 I.R.C.§1221.アメリカ合衆国における 1221 条にいう「資本資産」概念を検討する文献としては、金子・前掲注(84)・113 頁以下、増田英敏『納税者権利保護の法理』199 頁以下(成文堂、1997)、伊川正樹「譲渡所得の起因となる「資産」概念―増加益清算課税説の再考―」名城法学 57 巻 1・2 合併号 141 頁以下(2007)、谷口(智)・前掲注(313)・168 頁以下。

すなわち、1221 条(a)項は「資本資産(capital assets)という用語(term)は、納税者によって保有される財産(property)で(納税者の業務や事業(trade or business)に関連するかどうかを問わず(whether or not connected))、以下のものを除く財産を意味する」と定め、「資本資産」そのものの概念を積極的に定義せず、「資本資産」を納税者によって保有されるすべての財産と広く定めたうえで、例外を除くというように「消去法的規定方法」を採用している[316]。

そして、「資本資産」の範囲から除外するものを、「(1)納税者の業務上の在庫(stock in trade)、または課税年度末に納税者の手元にあるとすれば当然たな卸資産に含まれたであろう種類の他の財産、または納税者の業務または事業の通常の過程において、主として顧客に売上げるためのに納税者によって保有される財産

(2) 納税者の業務または事業に使用され、かつ 167 条において規定された減価償却の対象となる性質を有する財産、または納税者の事業に使用される財産

(3) 以下の者によって保有される著作権、文学的、音楽的または芸術的文章、手紙または備忘録、または類似の財産

(A) 自身の個人的努力がかかる資産を創設する納税者

(B) 手紙、備忘録、または類似の資産の場合においては、そのような財産を用意し、作り出した納税者

(C) (A)または(B)に示された納税者の手元にあるそのような財産の取得価格(basis)の全部または一部と関連させて売上げまたは交換による利得を確定する目的のために、自分でそのような財産の取得価格を決定することができる納税者

(4)…(略)」[317]と規定し、すべての資本資産から除外規定に該当する資産を除くこととしており、「保有期間や事業との関連性は全く度外視されていること」が注目される[318]。

「資本資産」概念が、消去法的規定方法を採用している場合には、当該規定の財産の法律上の範囲の解釈・適用に集約されるのであるから、資本資産に該当するのか否かという問題は、そのほとんどがこの除外規定の解釈について争われ[319]、その導き出された法解釈に該当するか否かという問題は事実の問題である。したがって、資本資産に該当するためには、除外規定に該当するための要件の抽出と、それに該当しないための具体的事実が必要である[320]。

判例法の動向は、「資本資産概念の限定および除外資産要件の拡張という傾向」[321]が

---

316 増田・前掲注(315)・202 頁。

317 I.R.C. § 1221(a).

318 増田・前掲注(315)・202 頁。

319 増田・前掲注(315)・203 頁。増田英敏教授は、1221 条(a)項(1)～(5)号の資本資産から除外される資産要件の法解釈について網羅的に検討されている(同書・203 頁以下)。

320 金子・前掲注(84)・131 頁。金子宏教授は、1221 条(a)項(1)号の規定を中心として、譲渡の態様によって普通所得に該当するのか譲渡所得に該当するのかを検討されている(同書・129 頁以下)。

321 伊川・前掲注(315)・166 頁。「資本資産」概念を狭く捉え除外規定を広く解釈するもの

あり、連邦議会が譲渡所得に対する優遇的取扱いを認めた相当の期間を経て発生した価値の値上りの実現が、典型的に関連する状況に限定されるとの趣旨に合致するように限定的に解釈され、また、除外される資産の要件は、議会の立法目的に沿うように柔軟に広く解釈されている[322]。

もっとも、アメリカ租税法において連邦議会は「資本資産」概念を一義的に明確にすることは困難であるとしても、「資本資産」概念を明確化するために判例法の解釈に依存するだけでなく、租税回避や課税上の取扱いなど適宜解決が必要な問題に対しては、連邦議会自ら新たに除外規定を定め、立法するという方法により明確化を図っている[323]。

アメリカ合衆国において譲渡所得課税を受けるためには「資本資産」概念に該当するか否かが、そもそもの前提条件である。これに対し、財産の「処分」は譲渡所得のみに限定されることなく、普通所得にも通ずる概念であることが確認できる。以下では、財産の処分によって実現した所得はいつ課税するのか、さらに所得はいつ実現するのかを確認する。

第２節　実現の概念と認識の概念

（ｉ)所得の「実現」と「認識」の関係

アメリカ租税法では、譲渡所得課税の優遇措置を受けるための要件は、①資本資産の

として、例えば、将来、安定した価格により商品を供給することを目的として法人の契約した先物商品契約による先物商品の売却が 117 条(a)項の規定に定める「たな卸資産」に該当するか否かが争われた Corn Products Refining Co. v. Commissioner (Corn Products Refining Co. v. Commissioner, 350 U.S. 46(1955).)事件において、連邦最高裁判所は、掛けつぎ取引(hedging)が、117 条(a)項の中に正確な文言の範囲内にはない。しかし、「117 条の資本資産の規定が、連邦議会が立法目的(purpose of Congress)を損なう(defeat)ほどに広く適用されてはならない(must not be so broadly applied)。議会は、企業の日常的な事業活動(everyday operation of a bussiness)から生じた利益または損失は、キャピタル・ゲインまたはロスよりもむしろ通常所得または損失と考慮される(considered)ことを意図した(intended)。…(略)…このセクション(117 条)は内国歳入法典の通常の課税要件(tax requirement)の例外であるから、資本資産の定義は狭く適用されなければならず(must be narrowly applied)、例外(exclusions)は広く解釈されなければならない(must be interpreted)。これは、基本的な立法目的(basic congressional purpose)を効果あらしめるために必要なこと(necessary to effectuate)である。裁判所は、117 条の“資本資産”という用語を常(always)に狭く解釈してきた(construed)」(350 U.S. at 51.)と判示して、明文上は除外規定に該当しない場合でも、連邦議会の立法趣旨・目的から例外規定を広く解釈し、資本資産概念は狭く解されることを述べている。本判決を検討する邦後の文献として、金子・前掲注(84)・132 頁、増田・前掲注(315)・212 頁以下。大塚・前掲注(263)・81 頁以下、伊川・前掲注(315)・163 頁以下、谷口(智)・前掲注(313)・189 頁以下。

322 伊川・前掲注(315)・163 頁以下、谷口(智)・前掲注(313)・190 頁。

323 谷口(智)・前掲注(313)・190 頁以下。例えば、1221 条(3)項は、1950 年歳入法により追加改正されたものである。

「売却または交換」、②「資本資産」、③「保有期間が 1 年を超える」を充足しなくてはならない。しかし、1001 条(a)項および(b)項は、財産の「処分」による所得の計算方法について定めているが、譲渡所得として課税所得に算入される財産の移転とは、「売却または交換」である。我が国における「実現主義」の観点からすれば、財産を「処分」した時点に、所得は実現するにも関わらず、アメリカ合衆国における課税所得となる利得は、原則として「売却または交換」から生ずる利得となっているのである。例えば、財産を贈与した場合には、当然資産の「処分」に該当した場合には実現することは明らかであるが、アメリカ租税法では何もなかったこととする取扱いがなされる [324]。つまり、実現した所得であってもすべてが課税所得に反映されるわけではないのである。

アメリカ合衆国では、譲渡所得に該当する所得が課税所得に反映させられるためには、実現した利得または損失が租税法上において「認識」されなければならない。「認識」とは「実現」した所得を課税所得に算入することを意味する。

内国歳入法典 1001 条(c)項は、「本サブタイトルに別段の定めがある場合を除いては、本セクションに基づいて財産の売却または交換から生じた利得または損失として算定された金額の全額が認識される(shall be recognized)」と規定して、1001 条(a)項の財産(資本所得、普通所得は区別されていない)の売却または交換によって実現した利得(損失)は別段の定めがない限り認識する [325]としている。これが、アメリカ租税法における所得の「認識(recognition)」(実現した利得または損失を課税所得算入する)の一般原則である。このように、アメリカ租税法では所得の「実現」と「認識」という概念を用い、二段階に分けて区別し [326]、所得が実現した段階と、その実現した所得を課税所得に算入するのか否かという段階を別の問題として捉えている。

したがって、課税のタイミング、すなわち所得を「認識」するか否かの問題以前に、その所得がいつ実現したのかという前提条件が明らかにされなければならない。1001 条(a)項は、資産の処分による利得と定めているが、資産を「処分」した場合に所得はすべて実現するのであろうか。

Helvering v. Horst 事件 [327]では、争点を所得の実現の問題としたうえで、「実現(realization)」を「課税に適する事件(taxable event)」と捉えどのような経済事象が、実現に該当するのかという点について判断している。

本件当時(1934 年)のアメリカ合衆国では、財産を贈与した場合に、贈与者の取得価格は引継がれず、贈与時の時価が受贈者の取得価格であるとされていた。そのため、財産の所有者は、それを有償譲渡する代わりに近親者に無償で贈与し、近親者の手で有償譲

---

[324] 渕・前掲注(291)・1554 頁。

[325] 大塚正民氏は「recognition」に「当期計上＝認識」という訳語をあてられている(同・前掲注(263)・27 頁)。

[326] 大塚・前掲注(263)・27 頁。

[327] Helvering v. Horst, 311 U.S. 112(1940). Horst 事件判決を検討する邦語の文献としては、金子・前掲注(5)・69 頁以下、岡村・前掲注(34)・116 頁。

渡することによって、贈与者の所有期間中の増加益に対する課税を完全に回避することができた[328]。Horst 事件では、社債券を所有する父親が、社債券に付随する利子クーポン(毎期の社債利子の支払いを受けるため、社債券から切りとって引渡す利札)を利子支払期の期日直前に切り離して、息子に贈与し、息子が利子を受領した。

Horst 事件の争点は、その息子がクーポンと引換えに受け取った社債利子を父親の所得として課税することができるか否かが争われた。納税者は、そのクーポンは利札自体が完全に受渡し(換金)できる独立した金融証券であって、利札は贈与によって、社債券から分離され、利札は受贈者が所有しているから、贈与者の支配から利札が自由になり無条件に贈与者の財産となる旨を主張し、社債券の利札によって得られる利息は息子に帰属するものであるから、社債券に潜在的に発生した利子(利子相当額の増加益)は父親の所得ではないとする。

連邦最高裁判所は、「もちろん、すべての経済的利得が課税の対象となるわけではない。歳入法典(revenue laws)は、始めから、所得の“実現(realization)”を、それを受領する権利の取得(acquisition)よりは、むしろ課税に適する事件(taxable event)として定義しているものと解釈されてきた(have been interpreted)。しかし、判例(decisions)および規則(regulations)は、一貫して(consistently)、現金または財産の受領は、現金受領基準(cash receipts basis)を用いている納税者にとって、所得の実現の唯一の特徴ではない(not the only characteristic)として承認してきた(recognized)。納税者が、所得の支払を金銭または財産で受領しなくても(does not receive)、すでに彼(筆者注：贈与者)に発生している経済的利益の成果を獲得する(obtains the fruition)最後の手段がとられたときには(when the last step is taken)、実現が起こりうるのである(realization may occur)。…利得は実現するまで課税の対象とならないという決まり(rule)は、所得を受領する権利によって示される経済的利得を十分に享受した(fully enjoyed)納税者が、それを自ら受領しなかったという理由で課税を免れることができる(can escape taxation)ことを、意味するものとは一度も考えられてこなかった(never been taken to mean)。この決まりは、行政的便宜(administrative convenience)を基礎に置いているのであって、所得の享受(enjoyment)の最後の段階(final event)―通常は受領まで納税者に課税の延期をする(only one of postponement of the tax)にすぎず、その享受が、納税者自身による金銭または財産の受領以外の何らかの事件(some event)によって完了した(consummated)場合に、課税を免除するものではない(not one of exemption from taxation)。…(略)、原告(donor)は利札(coupons)の移転によって、自ら利子を受領する可能性を排除した(precluded any possibility)が、それにもかかわらず、その行為により、家族の一員に対する価値ある贈与(gift)として、利子の支払を獲得した(procured payment of the interest)のである。金銭または財産の支出(expenditure)によってのみ得られる満足を獲得するために行う(to procure a satisfaction)経済的利得(economic

[328] 金子・前掲注(5)・64 頁、岡村・前掲注(34)・126 頁以下。

gain)―所得を受領する権利(the right to income)―のような利用は、所得の享受であると思われる(would seem to be the enjoyment)。原告は、現実に金銭を受領していないけれども、…利札の処分(coupons of the disposition)から金銭に代わる価値を得ているのである。経済的利益の享受は、彼が自ら利子を受領したのとまったく同様に実現しているのである。…所得を処分する権利(The power dispose of income)は、所得を有するのと同じ(equivalent of ownership of it)である。所得の支払を他の者に対して行わせることは、それを行使する者による所得の享受であり、したがって、所得の実現である」[329]と判示している。

本判決は形式的には、課税所得たる所得となるためにはその利得が「実現」しなければならないとするが、支払期が未到来の社債利子請求権を家族に移転し、これを家族が行使することにより、息子の権利行使に伴って発生する満足に着目して所得の「実現」を認定している [330]。Horst 事件判決当時、内国歳入法典には、我が国のように贈与した場合のみなし譲渡規定(時価による実現金額の算定規定)が存在せず、現行法のように取得価格の引継ぎ規定も制定されていなかったことから、父親は、容易にそれまでの保有益に対する課税を逃れることができるものと考えていた。連邦最高裁判所が Horst 事件で防止しようとしたことは、まさにこの結果であり、資産性所得を有する高額所得者は容易に所得を分散し課税を逃れることを防いだのである [331]。

Horst 事件判決は、利札の贈与(移転)という事実によって経済的利得を獲得する最後の手段 [332]がとられ、(本事案では近親者に贈与したものであるから)実質的に利札から得られる所得は贈与者に帰属し、これを息子に価値ある経済的価値として移転したことにより、現実に現金を受領していなくとも経済的価値の流入(増加益の実現)があったこものと解することができるから、贈与によって近親者に資産を移転させる行為は、課税所得を構成することを判示している [333]。したがって、本件では「所有期間中に価値の増

---

329 311 U.S. at 115.

330 金子・前掲注(5)・70 頁。

331 岡村・前掲注(34)・117 頁。

332 アメリカ租税法における普通所得の課税のタイミングも「実現」によって画定されている。資産の処分による所得は、「実現」のみならず「認識」されなければ課税のタイミングは到来しない。所得の認識については後述する。発生主義会計における課税のタイミングについて検討されている文献として、中里実「企業課税における課税所得算定の法的構造」((一)法学協会雑誌 100 巻 1 号 50 頁以下(1983)、(二)法学協会雑誌 100 巻第 3 号 1 頁以下(1983)、(三)法学協会雑誌 100 巻 5 号 83 頁以下(1983)、(四)法学協会雑誌 100 巻 7 号 89 頁以下(1983)、(五・完)法学協会雑誌 100 巻 9 号 1 頁以下(1983))、神山弘行「租税法における年度帰属の理論と法的構造」(一)法学協会雑誌 128 巻 10 号 1 頁以下(2011)、(二)法学協会雑誌 128 巻 12 号 194 頁(2011)、(三)法学協会雑誌 129 巻 1 号 99 頁以下(2012)、(四)法学協会雑誌 129 巻 2 号 135 頁以下(2011)、(五・完)法学協会雑誌 129 巻 3 号 153 頁以下(2012))、倉見智亮「米国連邦所得税における所得の課税適状時期―全事象基準における『権利確定』の概念の解釈―」税法学 564 号 21 頁以下(2010)参照。

333 岡村・前掲注(34)・117 頁。

加した資産の贈与や、そのような資産の所有者の死亡も、資産価値の増加によって表現される経済的価値の実現を意味する」こととなり、これらの機会に経済的価値に所得税を課すこととなる[334]。

アメリカ租税法では、資産の処分すなわち「移転」のみで課税に適する事件に該当するのか否かを判断しているわけではなく[335]、資産を処分した者に経済的価値が流入したのか否かも要件としていることが、確認できる。しかし、キャピタル・ゲイン課税の適用を受けるためには資産は処分されていなければならない。したがって、キャピタル・ゲイン課税において、資産の帰属者の変更は「課税に適する事件」のひとつの要件であるといえよう。

このことは、Bruun 事件判決でも明らかにされている。すなわち、「実現」を「課税に適する事件」[336]として捉え、納税者の積極的な方法により予期する将来の稼得の流入を変える取引から、客観的に測定できる確実な利得を測定する、または確定することにより算定される経済的便益と負担の移転は、「所得」として課税の対象となる[337]ということを明らかにしている。しかし、実際に、「課税に適する事件」に該当するという場合でも、内国歳入法典に「認識」するという規定が存在しなければ、必ずその時点で課税するという取扱いはなされないのである。キャピタル・ゲインへの課税は、以下のような構造になっている。

まず、資本利得(または損失)は、課税に適する事件に該当するのか否かによって、実現した利得と未実現の利得に分類される。次に、実現した利得は課税に適する事件に続いて、認識または不認識されることになる。未実現の利得は、前述した通り立法によっ

---

334 金子・前掲注(5)・71 頁。もっとも、米国で贈与(資産の無償による移転)は、一般的に課税に適する事件に該当しない、すなわち、課税のタイミングを意味するものではないことには注意が必要である。

335 課税に適する事件に含まれる行為と含まれない行為を整理されているものとして、渕・前掲注(291)・1554 頁以下を参照されたい。裁判所は実現要件を法概念として精緻化し、それが後に財務省規則が「全事象基準(all events test)」と呼ぶものになった(李昌熙(増井良啓訳)「実現主義の盛衰」江頭憲治郎＝増井良啓編『市場と組織』261 頁(東京大学出版社、2005))。財務省規則 1.451‐1(a)(Treas. Reg. §1.451-1(a)は、発生主義の会計処理の場合には、その収入を得る権利が確定し(fix the right to receive)、その金額を決定しうるすべての事象(all the events)が生じたときにその収入を総所得に算入することができる旨を定めている。

336 金子宏教授は、taxable event に「課税に適する事件」(金子・前掲注(5)・69 頁)との訳語をあてられ、同教授の訳語を参考にしている。「実現」概念に言及する近時の重要判例に、Cottage Savings v. Commissioner, 499 U. S. 554(1991).がある。本稿では実現損失に関しては検討していないため、取り上げない。Cottage Savings 事件判決は実現に関する重要判例であるため、同判決の検討は別稿で論じることとする。Cottage Savings 事件判決を検討する邦語の文献として、伊川正樹「譲渡所得課税における財産の交換―アメリカ合衆国連邦最高裁判所 Cottage Savings 判決を題材に―」名城法学 52 巻 1 号 22 頁以下(2002)、岡村・前掲注(274)・49 頁以下を参照されたい。

337 谷口(智)・前掲注(272)・161 頁、166 頁。谷口智紀准教授は、課税に適する事件のこの要件に該当するものは実現した利得として課税所得たる所得となるが、この考え方は、必ずしもすべての事例に妥当しないと述べられている(同書・161 頁)。

て課税するのかそれとも、実現を待って課税することとなる[338]。

Horst 事件判決以後も贈与は未実現取引と考えられているから、贈与時点では課税せずに、贈与者の取得価格が受贈者の取得価格に引き継がれ[339]、受贈者が資本利得を実現させる行為によって移転した際に「認識」するのかという判断がなされることとなる。また、相続や遺贈による資産の移転は贈与と同様に未実現取引とされているが、遺贈を含む死亡を契機とする資産の移転については、新規取得方式[340]を採用し、個人(decedent)から相続・遺贈により取得した資産の取得価格(basis)は、その相続・遺贈時の公正市場価格(fair market value)とされている。贈与における資産の移転の取扱いと比較すると、遺贈や相続による資産の移転の場合には、それまで所有していた時の保有利得(未実現利得)はなかったものとされているということができる[341]。それでは、課税に適する事件に該当するとした場合には、すべて認識するのであろうか。

(ⅱ)繰延べの取扱い

実現した利得または損失は、原則として課税所得に算入され、「認識」されることとなる。1001 条(c)項は、別段の定めがある場合を除いて(Except as otherwise provided in this subtisle)資産の売却または交換による利得を原則として認識する旨を定めている。

そして例外的(別段の定めとして)に、実現した所得または損失を「不認識(nonrecognition)」とする定めがある場合には、課税所得の計算上に算入されないとする取扱いする。例えば、1031 条[342](a)項は、「事業用(business)または投資用(investment)に保有されている資産が、事業用または投資用のいずれかで保有されている同種の資産とのみ交換される(such property is exchanged solely)場合には損益は認識しない(no gain or loss shall be recognized)」と規定し、同種資産の交換取引によって実現した利

---

338 See, Reuven Avi-Yonah, Nicola Sartori, Omri Marian, GLOBAL PERSPECTIVE ON INCOME TAXATION LOW, 90, (2011).

339 I.R.C.§1015(a). ただし、同条では、贈与者の保有期間中に生じた潜在的なキャピタル・ロスが受贈者には引き継がれることを制限している。贈与による資産の移転に関する損失の引継ぎの歴史的経緯については、大塚・前掲注(263)・59 頁を参照されたい。

340 水野忠恒「所得税と相続税の交錯―非課税もしくは課税繰り延べとされる所得」ジュリスト 1020 号 154 頁以下(1993)参照。相続・贈与等により資産が移転される場合の課税方式については、渋谷・前掲注(146)・160 頁以下を参照されたい。一般に、新規取得方式は「step-up basis」とされ、取得価格の引継ぎは「carryover basis」とされている(大塚正民「譲渡所得課税における「取得価格の引き継ぎ制度」の日米比較」青山法務研究論集創刊号 146 頁(2010))。See, Reuben S. Avi- Yonah, Nicola Sartori, Omri Marian, supra note 338 at 41.

341 102 条(I.R.C.§102.)は、贈与および相続による資産の移転から生ずる利得は、総所得に含まない旨の非課税とする取扱いを定めている。See, id at 41. この他に、課税に適する事件に含まれないものとして、共有財産の分割、合有財産担保があり、課税に適する事件に含まれるものとして、資産の売却、交換、現物出資、附合(bruun 事件判決)、離婚時の夫婦の財産の清算等がある(渕・前掲注(291)・1554 頁以下)。

342 I.R.C.§1031.

得または損失を課税所得に算入しないとする「不認識」規定が定められている。したがって、理論的には、「課税に適する事件」に該当する事業用資産の交換取引を行った場合に、未実現のキャピタル・ゲインは実現するが、「不認識」規定により課税所得に算入されず、譲渡した資産の取得価格は新しく取得した資産に引き継がれることにより、財産の潜在的な未実現のキャピタル・ゲインは維持されることになる[343]。

このように、不認識規定(nonrecognition provision)が存する場合に、納税者が今年度の課税所得に財産から生ずる利得や損失を算入したいと望み、不認識の規定があるにも関わらず、当該不認識規定に該当する行為によって所得(または損失)を実現させた場合には、その実現した所得(または損失)は、納税者の意思に関わりなく課税所得に算入することを許されない[344]。

しかし、「不認識」規定によって実現した利得(または損失)を課税所得に算入しないことは、この実現利得に対する課税を永久に免除する(forgiveness)(または実現損失を課税所得から控除することを永久に認めない)、または非課税とするものではない[345]。「実現」した所得(realized income)は、「認識」(recognition)または「不認識」(nonrecognition)とされる場合に分けられるが、不認識の場合にはその実現した時点では、課税を行わず(今回のタイミングで課税をしない)に、次回の財産の「実現」の時点まで、当該利得または損失を課税所得に算入するのを「繰延べる」ことを意味する[346]。したがって、何度所得を実現させたとしても、すべて不認識に該当する行為によって所得を実現させた場合には、課税は「認識」されるまで繰り延べられることとなる。すなわち、「不認識」の規定は、今回の実現のタイミングではなく次回の実現のタイミングにおいて課税をなそうとする「課税繰延べ規定」であるということができる[347]。

内国歳入法典には、実現した損益を認識しない多くの不認識(課税繰延べ)規定が存在する[348]。

ところで、我が国における離婚に伴う財産分与に対する譲渡所得課税は現在でも議論

---

343 阿部雪子「固定資産の交換の特例―アメリカ連邦所得税制における同資産の交換の規定との比較法的考察―」拓殖大学経営学経理研究 77 号 68 頁(2008)。

344 渡辺(徹)・前掲注(282)・6 頁。

345 阿部・前掲注(343)・68 頁。

346 谷口(智)・前掲注(272)・143 頁。

347 水野忠恒教授は、「nonrecognition」に「課税繰り延べ」という訳語をあてられている(同『アメリカ法人税法の法的構造―法人取引の課税理論―』24 頁(有斐閣、1988))。

348 個人所得課税に関する課税繰延規定の例としては、内国歳入法典 351 条(法人に対する資産の移転の場合の課税の繰延べ)、354 条(事業組織再編成における現物出資に関する資産の移転の場合の課税の繰延べ)、721 条、731 条および 732 条(パートナーシップへの現物出資および現物清算の場合の課税の繰延べ)、1031 条(事業または投資において同種の目的に用いられる財産の交換の場合の課税の繰延べ)、1033 条(選択により同様の用途に用いられための、収用等で自己の意思によらない財産の移転の場合の繰延べ)、1034 条(居住用財産の買換えがなされる場合の課税の繰延べ)、1041 条(夫婦間の資産の移転の場合の課税の繰延べ)などがある。

され続けていることは、周知のとおりである。アメリカ合衆国では、共有財産の分割は「課税に適する事件」に該当しない。同様に、共有財産として保有する目的のために、ある程度の統制することから、独立の立場で資産を所有しつつも目的物の分割を禁じられている合有財産権(joint tenancy)を共有財産権(tenancy in common)へ転換することも、「課税に適する事件」に該当しない[349]。財産が共有財産と認定される限り、共有財産の配分は、一方の者から他方への者への資産の処分(dispotition)ではなく、自己の財産についての権利確認と考えられている[350]ため、原則として譲渡所得に対する課税の問題は生じないこととなる。

これは財産分与についても同様である。共有財産制を採用する州では、既得権に基づく財産の分割であるとして非課税であるものとされる。他方で、夫婦別産制を採用する州で、ある者の固有財産を離婚に際して相手方に分与した場合には譲渡所得課税は是認されつつも、譲渡益の算定には問題があるものとして消極的に解されていた。しかし、1930 年代当初から配偶者の一方の持つ固有財産を、離婚に際して相手方に財産分与として譲り渡した場合の譲渡所得課税の適否[351]が問題視され、1940 年代には現物資産の財産分与が行われた場合には、その時に時価で譲渡されたものとして譲渡所得課税を行うことが、下級審判例の支持を得て確立したものとなっていた[352]。

この点が問題視され、1960 年には、従来の課税実務のとおり一方の固有財産を離婚に伴い相手方に夫婦財産の清算(marital property settlement)する行為は、「課税に適する事件」であるが、財産分与の対価として、夫が得たのは妻の夫に対する婚姻上の権利(marital right)であって、この権利を評価することは不可能であることから、譲渡所得課税を行うことはできないとされていた[353]。その 2 年後に、デラウェア州で離婚に伴う財産分与として、夫の固有財産(Specifically)である株式(stock)を妻に移転(transaction)した場合の譲渡所得課税の適否を争点とした Davis v. United States 事件判決[354]がある。

本件では、1955 年に確定した離婚判決に基づき、夫名義の株を妻に譲渡する旨の財産分与契約が(marital settle)が行われた。

納税者は、財産分与によって譲渡(disposition)したものは、二人の共同所有権(co-owners)の共有物の分割(division of property)に類似するものである(comparable)

---

349 渕・前掲注(291)・1555 頁。

350 小石侑子「アメリカにおける離婚と税金―家族法を起点として―」人見康子＝木村弘之亮編『家族と税制』60 頁(1998)。

351 小石侑子「離婚と税金―譲渡所得課税をめぐって―」杏林社会科学研究 7 巻 2 号 9 頁(1991)。

352 佐藤英明「第 2 章　財産分与と alimony trust をめぐる課税問題」同著『信託と課税』204 頁(弘文堂、2000)(初出：ジュリスト 1102 号 110 頁以下(1966)、ジュリスト 1103 号 134 頁以下(1996))。

353 佐藤(英)・前掲注(352)・204 頁。

354 Davis v. United States, 370 U.S. 65(1962).

から、非課税取引である(nontaxable)と主張し、課税庁は、上記の株式の移転は独立した財産分与義務(independent legal obligation)の解放(release)との交換(exshange)と同視できるものであるから、課税することができる(taxable)と主張する[355]。

これに対し連邦最高裁判所は、財産分与による資産の移転は、「課税に適する事件」に該当するか否か、また、もし該当するのであれば結果として課税利得はいくらになるのかという、二つの段階に分けて判断を下している[356]。最高裁は、この夫婦が離婚したデラウェア州法で、夫名義の財産に対して婚姻中の妻は何らの処分権限等を持たず、財産分与によって与えられるべきものは、離婚裁判所が「合理的(reasonable)」と考えた範囲(extent)で決定されることになっているという点に着目して、このような法制の下での財産分与は共有物の分割というよりも夫の人的債務(husband's obligations)に近い性格のものであり、1960 年に財産分与が「課税に適する事件」であるものと認定していることを前提に、次のように判示している。いわく、「裁判所の財産分与に関する取扱いは、課税に適する事件(taxable event)であることは決定したものであり(Having determined)、The Court of Claims の積み上げた(balked)納税者によって実現させた課税利得の測定(measurement)という要点に戻る。1001 条(a)項は、財産の売却または処分から得られる課税利得は、『実現金額が調整取得価格を超過した価格』と定義する。1001 条(b)項はその実現金額を、さらに、『受領した現金と受領した(現金以外の)財産の公正市場価格(the fair market value of these marital rights)の合計額』 と定義する。当該事案では(In the instant case)、その『受領した財産』は、妻の未確定な婚姻上の権利からの解放である(the release of the wife's inchoate marital rights)。 The Court of Claims は,第六巡回控訴審裁判所(the Court of Appeals for the Sixth Circuit)の後、それらの婚姻上の権利の公正市場価格を算定する方法がないことが分かり、かくして納税者によって実現した課税利得 (the taxable gain realized by the taxpayer)を確定することは不可能であると認めたのである。私たちは、この結論が誤り(erroneous)であると信じている。(筆者注：連邦最高裁判所が)思うに、この当事者(筆者注：夫婦)(the parties)は、独立当事者として(at arm's length) 行動した(acted)と考えられねばならず、妻の婚姻上の権利(marital rights)はそれが交換される財産の価格と同価値である(to be equal)と判断したと想定されなければならない(must be assumed)。これに対する反対の証拠(evidence)はない。…(略)、このことは、the Court of Claims が、その価格(the value)は、『二つの独立した財産の交換取引は、実際どちらの財産も同等、または、同価値と推定される ("of the two properties exchanged in an arms-length transaction are either equal in fact, or are presumed to be equal")』と判断したように、財産分与は、保有する財産の交換が実行されたものであると是認され、直ちに価値を確認する必要はない(Absent a readily ascertainable value)) 。…(略)…、離婚協議(divorce

355 370 U.S. at 69.
356 370 U.S. at 67.

negotiations)と財産分与(the property settlements)において、そこから生ずる感情(emotion)、緊張(tension)、そして実際上の必要性から、それ(筆者注：離婚協議と財産分与)が弱められるという議論が多くなされていることが確認されなければならない。しかしながら、その(筆者注：財産分与に対する譲渡所得)課税を無視する(ignore)結果となるよりも、むしろ一度譲渡することは課税に適する事件であると認められているのであるから、実現した利得におおよそ等しいとする規定を作ることの方が租税法規の一般的な目的および構造からは最も整合的である(more consistent)。」[357]

本判決では、夫が財産分与の対価で得た「妻の権利」は彼が妻に渡した財産の時価と等価であるという結論を導いている。Davis 事件判決では、デラウェア州法に基づいて財産に対する共有所有権が認められてないと説示したが、それは、適用される州法に応じて結論が変わりうる可能性を有していた。その結果として、夫婦共有財産制の州法の下では、離婚に伴う財産分与の均等分割が課税の対象にならないのに対して、夫婦別産制を採用する州法の下で、同様の財産分与が行われた場合には、財産分与が課税の対象となるという不均衡をもたらした[358]。また、Davis 事件判決の論理によれば、財産分与をした場合に夫の譲渡所得が実現したのであるから、それと同時に妻にも夫に対する婚姻上の権利を移転させることにより譲渡所得が発生し、その金額は分与された資産の時価相当が収入金額となり夫に手渡した妻の婚姻上の権利の取得価格との差額が実現したことを示すものである[359]。

このような問題を残したまま Davis rule は存続[360]し、1984 年に様々な経緯の後に連邦議会は、配偶者または離婚に伴う財産の移転について次のように規定を新設した。すなわち、1041 条[361]は、「(a)総則―ある個人から下記の者(または下記の者を受益者(trast for benefit)とする)に対する財産の移転(transfer of property from individual to)からは、いかなる利得、そして損失も認識されない(shall be recognized)ものとする

(1)配偶者(spouse)、または、

(2)旧配偶者(former spose)、ただし、その財産の移転が離婚に伴うものである場合に限る。

(b)財産の移転は贈与として取り扱う；譲受者(transferee)は移転者の取得価格(transferor's basis)を引き継ぐ―前サブセクション(a)に定める財産の移転の場合に、

(1)本サブタイトルの(a)項の目的上、移転された財産は、受領者が贈与によってこれを取得したものとして取り扱う(shall be treated as acquired)、そして、

(2)移転された財産の譲受者にとっての取得価格(the basis of the transferee)は、

---

357 370 U.S. at 71.

358 佐藤(英)・前掲注(352)・205 頁。

359 佐藤(英)・前掲注(352)・206 頁。

360 Davis 事件後の判例法の展開と法改正の経緯については、小石・前掲注(351)・11 頁以下、同・前掲注(351)・60 頁以下参照。

361 I.R.C. § 1041.

移転者の調整取得価格(adjusted basis of the transferor)とする。

(c)離婚に伴う財産の移転(incident to divorce)―上記のサブセクション(a)項(2)号の目的上、その財産の移転が離婚に伴うものである場合とは、下記の場合をいう。

(1)その財産の移転が婚姻解消(marriage ceases)日から 1 年以内に行われた場合、または、

(2)その財産の移転が婚姻の解消に関連している場合。…(略)」と改正して、離婚に伴う財産分与だけでなく、夫婦(前夫婦)間のあらゆる資産の移転が行われる場合にも、当該夫婦の一方の所有する資産の移転により実現した利得(損失)は、認識されないことを内国歳入法典上で明記した。また、夫婦(前夫婦)間における資産の移転の場合に、当該資産を移転された譲受者が、取得価格を引き継ぐ(保有期間は通算される)ことで、夫婦間の資産の移転に対する譲渡所得課税を繰延べることとしている。アメリカ租税法では、法 1041 条を立法することによって、Davis 事件判決を放棄し、離婚に伴う財産分与に対する譲渡所得課税の問題は解決された。

この改正の立法趣旨は、夫婦は単一の経済単位であるという事実を、所得税に反映させること、財産の所有名義に関わらず、当事者の意識では「共有」することを目的としている場合の、Davis 事件判決が適用されるという課税の罠を失くすこと、および、夫は財産分与について申告せず、かつ妻がその資産を譲渡するときには取得価格を財産分与の時価まで引き上げて申告するというような、制度の悪用により政府が二重の損失を被る余地を減らすことの三点が挙げられている[362]。

以上のように、アメリカ租税法では、離婚に伴って一方の配偶者の所有する特有財産が他方の配偶者に財産を移転した場合に、当該財産の移転に係る利得が実現し、利得が課税所得に算入されるという Davis 事件判決の判例法理により、これに対して譲渡所得課税が行われていた。その後、法 1041 条が新設、改正されることによって、実現した利得が課税所得の計算に算入されるとする Davis 事件判決(一般原則)を放棄し、修正する例外規定できた[363]。当該規定によって、財産分与により実現した利得は、租税法上では「不認識」とされ、当該所得は課税所得の計算上算入しないという取扱いをする。そして、当該財産に係るキャピタル・ゲインに対する譲渡所得課税は、財産分与によって資産を譲受した配偶者に取得費を引継ぐ(保有期間は通算される)ことにより、当該財産を譲受した者が認識される処分行為を行うまで繰延べられることとなる。

以上、本章ではアメリカ租税法における譲渡所得の課税のタイミングについて整理した。

---

362 大塚正民「財産分与の税務―日米比較」税法学 566 号 144 頁以下(2011)、佐藤(英)・前掲注(352)・211 頁以下。

363 佐藤(英)・前掲注(352)・211 頁、谷口(智)・前掲注(272)・145 頁。

第 4 章　譲渡所得の実現と認識基準

前章までに、我が国における所得に対する課税のうち、譲渡所得に対する課税のタイミングを決する認識の基準と、アメリカ租税法における所得のうち譲渡所得に対する課税のタイミングの認識の基準について整理できた。以下では、これまでの検討を踏まえ、本稿の主題である譲渡所得の課税のタイミングの法的基準について改めて検討する。

第 1 節　アメリカ租税法と我が国の租税法との譲渡所得課税の異同

我が国における譲渡所得課税は、長期譲渡所得に該当するのか否かに関わらず、「資産の譲渡」に該当し、かつ法 33 条 2 項に規定する譲渡所得の範囲から除外される資産に該当しないものであれば、譲渡所得として課税される。譲渡所得課税制度は、増加益清算課税説を採用し、「実現」によって、その所得を課税(計上、課税所得に算入)するのかを決し、「未実現」によって課税(計上、課税所得に算入)しないとする取扱いをする。

増加益清算課税説は、ある一年度において、ある者の保有する資産の値上り益に対する課税のタイミングは到来するが、所有者が資産を手放すというタイミングまで課税を繰延べ、資産を手放すまでに年々蓄積された増加益がその資産の所有者が資産を手放したという「実現主義」を充足したときに、その繰延べられてきた利得が一挙に「実現」し課税するものと解されている。

我が国では、課税のタイミングは古くから実定法上にない「実現」という文言の枠組みの中で議論され、実現した場合には課税(計上)し、未実現の場合には、課税(計上)しないと理解されてきた。しかし、実定法上の「収入」から解釈によって導き出される「実現原則」は、譲渡所得における「実現主義」と異なり、「譲渡」から導かれる課税のタイミングとしての「実現」[364]となり、異質なものとなっている。

譲渡所得における「実現主義」は、判例に拠れば資産を移転させる一切の行為と解するが、その一切の行為が何を示すものなのかが複雑かつ不明瞭なものとなってしまい、実際にどのような資産の移転行為が「実現主義」に該当するかは明らかではない。そして、実務や裁判例では必ずしも形式的な一切の移転する行為が「実現主義」として画一的に取扱われてはいない。最終的には裁判所にその「実現」の判断が委ねられ、実質的に事実認定を行う場合や形式的に事実認定を行う場合があり、「実現」の判定は個別具体的な事例によって異なるというのが現状である。具体的には形式的に「資産の譲渡」といえる場合でも実際の占有移転(引渡し)を重視する場合や契約上は「資産の譲渡」に該当するものといえるが、実質的に契約の目的を考慮することによって、「実現」しな

364 岡村忠生教授は、譲渡所得における資産の「譲渡」を実現と呼ぶのか否かは、用語の選択の問題であるとされる(岡村・前掲注(34)・104 頁)。

いと判断されている。

現在の認識の基準としての「実現」の取扱いは、一般的な国民の意識からはかけ離れており、いつ課税のタイミングが到来するのかが理解し難いものとなっている。このような結果、譲渡所得という一つのカテゴリーにあるにも関わらず、租税行政庁や納税者の観点からは課税のタイミングが理解し難く、納税者の予測可能性と法的安定性を阻害する結果を招いている。

さらに、我が国では「実現」概念が議論される以前から、実定法上の文言から解釈によって導出される判例上確立された事実認定規範である権利確定主義によって、いつ課税(計上)のタイミングが到来するのかといった激しい議論が戦後からなされてきた。課税のタイミングを判定する原則が確立したものであるとしながらも、その原則が未だ明文化されずに、僅かに例外的な課税のタイミングに関する規定が定められているのみである。現行通達では、その計上のタイミングを納税者に選択させる場合を設け、何を基準として「実現」を決しているのかが、より不明確なものとなってしまっている。

一方で、アメリカ租税法では、所得分類のあり方が相当に異なり「所得」は普通所得と譲渡所得に区別されるのみである。日本国憲法と異なり、アメリカ合衆国憲法修正16 条には「所得」の文言を用いるだけでなく、内国歳入法典では「所得」の範囲を定義し、所得とされる経済的利得を列挙しつつも、列挙された所得以外も所得を構成するものとし、包括的所得概念を採用している。しかし、アメリカ租税法でも、実際には「所得」が実現したか否かによって課税の対象が決定されている。また、判例によって未実現の利得は所得を構成しないと判示した Macomber 事件判決が存在し、「実現」概念は憲法上の問題とされていた。我が国の「実現」がソフトローと捉えられている [365]のに対し、「実現」が憲法上の要請であると捉えられていた時期もあるのである。

現在のアメリカ租税法では、憲法上の要請と考えられていた「実現」概念は、行政的便宜の考慮によるものと解され「所得」の範囲を何ら制限するものではない。そして、連邦最高裁判所は正面から判例変更を行うことはないが、「実現」の概念は著しく拡大され厳格な「実現(資本からの分離)」は現在では要請されていない。現在では、連邦議会の課税権の行使は、最大限に行使されるものであり、制定法上の総所得の範囲から除外を規定する議会の立法がある場合を除き、総所得の範囲は、裁判所の自由な裁量に委ねられている [366]。

しかし、納税者の所得は原則として「実現した所得」が課税所得に算入され、未実現の利得に対する課税は特段の規定が立法されなければならない。ゆえに、「実現」の要請は、確かに Macomber 事件判決当時よりも弱まったといえるが、今なおその重要性は持続している。　アメリカ租税法では、我が国と同様に未実現利得に課税する規定がない限り、「実現」した所得が課税の対象となる。「実現」概念は所得概念を制限するも

[365] 岡村・前掲注(34)・100 頁。
[366] 谷口(智)・前掲注(272)・165 頁。

のではないが、原則として課税の対象たる所得の要件となっている。

アメリカ租税法で、長期キャピタル・ゲインとして平準化措置の優遇的取り扱いを受け譲渡所得課税がされるためには、①「売却または交換」、②「資本資産」、③「1 年を超える保有」の 3 要件を充足しなければならない。これは、内国歳入法典 1222 条が、譲渡所得課税の優遇的取扱いを受けるための 3 要件を規定していることから、少なくとも文言上は、我が国における法 33 条 1 項の定める「資産の譲渡」より範囲が狭いということができる。ただし、アメリカ租税法における「資本資産」概念は、判例は「資本資産」概念の限定および除外資産要件の拡張という傾向はあるものの、「資本資産」概念を明確化するため、連邦議会自ら租税回避の防止や課税上の取扱いについては、新たに除外規定を設け、立法によって解決することにより法的統制を加えている。

我が国の譲渡所得との共通点として、内国歳入法典 1221 条は、その「資本資産」の範囲を広く規定し消去法的に棚卸資産を除外する仕組みや、譲渡収入から譲渡減価を控除する計算方法、純長期譲渡所得に対する平準化措置も共通している。軽減の方法も、時期により、利益の一部割合の控除または税率の軽減が用いられているので、日本の所得税法または租税特別措置法による軽課との共通性が認められ、束ね効果がキャピタル・ゲイン軽課の根拠とされることも、共通しているということができよう[367]。

しかし、アメリカ租税法では、すべての資本資産の処分(移転)が「実現」と捉えられているのではなく、「課税に適する事件(taxable event)」に該当しなければならない。「実現」について、内国歳入法典 1001 条は、キャピタル・ゲインを財産の売却またはその他の処分による利得とし、売却その他の処分により実現した金額が調整取得価格を超過する金額とする旨定め、未実現のキャピタル・ゲインは所得に含まれていない。これは、実現金額(外部からの経済的価値の流入)を必要とすることを示すものである。したがって、資本資産を処分した者に外部からの何らかの経済的価値の流入がなければ「実現」しない[368]。Bruun、Horst 両事件の判決では、「課税に適する事件」に該当するのか否かは、資産の処分に該当するか否かという要件の他に、資産を処分した者に対して、経済的価値の流入(獲得)があったのかを判定している[369]。

さらに、内国歳入法典には「認識(recognition)」という概念があり、認識規定がなければその実現時(課税に適する事件該当時)に課税(計上)のタイミングが到来し課税されるとする取扱いはなされない。「認識(recognition)」は、「実現」した所得を課税所得に

---

367 岡村忠生「資産概念の二重性と譲渡所得課税」法学論叢 170 巻 4・5・6 号 216 頁(2012)。

368 渡辺徹也教授は、アメリカ法における実現とは何かを手放して、その代わりに別の資産をもらったことを指すことを前提として、「未だ実現に至らない状態(未実現の状態)として、資産を手放さず保有し続ける(第一類型)、資産を手放すが、その代わりに取得した物がない(第二類型)、資産を手放して、それと実質的に異ならない物を取得する(第三類型)」(渡辺(徹)・前掲注(34)・70 頁)と未実現取引の三類型を挙げられている。

369 例えば、資産の交換契約の場合に、我が国では当然に実現したものと解されているが、アメリカ租税法では、交換される財産が実質的に異なる場合に限り、資産の処分として取り扱われる。

算入することを意味し、原則として「実現」した所得は「認識」される。「実現」した所得が「認識」された時に、課税(計上)のタイミングが到来することとなるが、例外的に、「不認識(nonrecognition)」(課税繰延べ)規定がある場合には、「実現」した所得は、課税所得に算入されず、次回のタイミングが到来するまで課税が繰延べられる。しかし、「所得」を認識する前提として、必ず「所得」が実現しなければならない[370]。したがって、所得を認識するにあたって、所得の「実現」は必要不可欠な要件である。

アメリカ租税法で、課税のタイミングが到来するためには、「実現」と「認識」の二つの要件を充足しなければ課税所得に反映されない[371]。また、もし所得が実現しても、「不認識」とする規定が存在した場合には納税者が課税所得に算入することは許されない。このようにアメリカ租税法では、所得の「実現」という問題と所得の「認識(課税のタイミング、計上時期)」の問題を分けて別次元の事柄として捉えている。

我が国では、「実現」を唯一の所得の認識の基準とすることから、実現したのか、未実現なのかという「実現」の枠組みの中で課税(計上)のタイミングが判断されるのに対し、アメリカ租税法で、「実現」は、所得に対する絶対的な課税(計上)のタイミングではなく、実現と判断されても連邦議会により立法された「認識」するという規定がなければならないのである。納税者のある資本資産の売却または交換によって実現した所得が制定法上「認識」すると取扱われても、その納税者の資産の処分に対し課税すべきことが、不適当であると連邦議会が判断した場合には、新たに「不認識」の規定を設け、その資産の処分に対する課税を繰延べ、次回の課税のタイミングに課税する方法で問題を解決し法的に統制を加えている。我が国の離婚に伴う財産の分与者に対する譲渡所得課税は、判例上確立したものとなっており、このことは、アメリカ租税法でも同様にDavis 事件判決によって財産の分与者に対する課税は、「課税に適する事件」であるとされていた。しかし、連邦議会による立法によって「不認識」規定が設けられ、課税を繰延べると取扱うことによって、現在、この問題は解決されている。

これまでの検討から、アメリカ租税法の課税のタイミングの特徴として以下のことをいうことができる。第一に、内国歳入法典 1001 条には、「実現」という文言を用いて規定するのみならず、「実現した金額」を受領した金額と受領した金銭以外の資産の時価であると定義しているため、未実現の資産の増加益は課税所得から除外されている。アメリカ租税法では、無償による資産の譲渡は原則として実現しないものと解され、「課税に適する事件」に該当するためには、資産の処分および経済的価値の獲得を要件とする。贈与による資産の処分は、未実現取引と考えられ、無償で資産を移転させ課税逃れを防止するための措置として、内国歳入法 1015 条は、譲渡時点における譲渡者の取得価格は、譲受者の取得価格に引き継ぐとする取扱いをしている。

---

370 アメリカ租税法における「実現」概念と「認識」概念は、租税法における重要な専門技術的用語である。See, William A Klein Joseph Bankman, Daniel N. Shaviro, Stark, Federal Income Taxation, 27(13th ed. 2003).

371 See, Marvin A. Chirestein, supra note 286 at 303-304.

第一の特徴に付随して、第二に、アメリカ租税法における「実現」概念は、法によって具体化されることにより、その意義が明らかにされている。そして、アメリカ租税法における「実現」概念は、我が国の「実現原則」と共通するものということができよう[372]。すなわち、「課税に適する事件」は、単に所有者の帰属の変更のみで「実現」を判定するのではなく、資産の処分という要件の他に、外部からの経済的価値の流入を必要の要件とする。このことから、譲渡所得における「実現」を比較すれば、アメリカ法における「実現」よりも我が国における「実現」の方が幅広いものであるということができる[373]。我が国では、「実現」を「資産の譲渡」、つまり「実現主義」を判断し、所有権移転の契約効力が発生しかつ資産の引渡し(または登記)のみならず、「実現原則」も併用することから、外部からの経済的価値の流入も捉え「実現」を判定するからである。このように、我が国で「実現」が広く捉えているのは、「実現原則」を採用するのか、「実現主義」を採用するのか、それとも併用するのかということが実定法により明らかにされていないことに起因する。

第三に、譲渡所得に該当する利得または損失は「実現」するのみならならず、その損

372 例えば、資産の交換の場合には我が国においては当然に実現主義であると考えられているが、アメリカ租税法においては、交換される財産が実質的に異なる場合に限り、資産の処分としてとしてキャピタル・ゲインが「実現」したものとして取り扱われる。

373 キャピタル・ゲインの定義の仕方には二つの類型がある。発生型(accrual model)によれば、金銭の中(または増加益が等価(its equivalent))に転化した(converted)たかどうかに関わらず(regardless of whether)、キャピタル・ゲイン(またはロス)は、資産の価格の増加(減少)と定義される。実現型(realization model)によれば、キャピタル・ゲインまたはロスは、資産の処分(disposition) (または何らかの他の “実現” 事象(“realization” event))によって出現する(emerging)利得(損失)と定義される。Reuben S. Avi- Yonah, Nicola Sartori, Omri Marian, supra note 338 at 88. この定義に従えば、我が国における譲渡所得は、未実現のキャピタル・ゲインも、資産の譲渡により実現される以前から所得が生じるものと解されている。ゆえに、「発生型」のキャピタル・ゲインを採用しているということができる。また、我が国のキャピタル・ゲイン課税は、個人間における有償譲渡の場合には、その実現した金額に、それまで繰り延べられてきた未実現のキャピタル・ゲインが顕在化し、資産の譲渡という「実現主義」によって生じた実現利得に対して課税をすることから、「実現型」も採用しているということができる。したがって、増加益清算課税説を採用する我が国の譲渡所得課税制度は、「発生型」と「実現型」の双方を用いるものであるが、実現した経済的利得が必ずしも必要でないのであるから、「実現主義」に該当する場合には、課税繰延規定が存在しない限り、課税所得に算入されるという「発生型」のキャピタル・ゲインが色濃くにじみ出ているものである。譲渡所得課税に対する課税のタイミングは、有償無償を問わず一切の資産を移転させる行為という「実現主義」に該当するのか否かによって課税所得への算入の可否を決している。一方で、アメリカ租税法では、内国歳入法典 1221 条および 1 条(h)項において平準化措置を採用している(理由等)ことから、「発生型」のキャピタル・ゲインを採用しているということができる。他方で、内国歳入法典 1001 条に、キャピタル・ゲインを実現金額と捉え、総所得の中に未実現のキャピタル・ゲインをカウントしないとする取扱いをしていることから、未実現のキャピタル・ゲインはその存在を実定法上はないものとされ、キャピタル・ゲインを「実現型」として捉え、「発生型」のキャピタル・ゲインと「実現型」のキャピタル・ゲインが区別されている。

益が「認識」されなければならない(認識された段階において課税される)。アメリカ租税法では、認識する以前に、譲渡所得は実現しなければならず、キャピタル・ゲインに対する課税のタイミングは、「実現」および「認識」を要件とする。連邦裁判所が、「課税に適する事件」に該当すると判断した場合には、その実現した所得を課税所得に反映させるのか、させないのかという「認識」・「不認識」の段階へ移行することとなる。実現した所得は原則として「認識」されるが、実現した所得を認識すると取扱われる場合には、その実現した所得は、今回の課税のタイミングで課税される(実現した損失は控除の対象となる)こととなり、この時点で納税者は所得を計上しなければならず、租税行政庁はその所得を課税しなければならない。「不認識」と取扱われる場合には、納税者は実現した所得を計上することができず (実現した所得を計上したくても所得を計上することは許されない)、今回の課税は延期されることとなる。租税行政庁は、内国歳入法典上に「不認識」とする規定がある場合には、納税者に対して課税を行うことは許されない。このように、アメリカにおいては損益の「実現」と「認識」という概念を用いて、それぞれはっきり区別し別の段階のものとして捉えている。

我が国における「実現」は、課税(計上)のタイミングであり、国民の代表者である国会の判断によって課税繰延べと取扱う規定によって除外される経済事象に該当しなければ、すべて課税所得に算入される。また、我が国における認識の基準は、実定法上に存在しない「実現」によって判断され、法律による「認識」の規定は何ら設けられていない。その結果、判例は「実現」を判定する原則として権利確定主義のみならず管理支配基準を用いて実現を判断する場合がある。管理支配基準が適用されるような場面があることを意識している点で、アメリカ法における課税のタイミングよりも、我が国における課税のタイミングの方が、所得の課税のタイミングの問題を幅広く捉えている[374]ということができよう。

以上のアメリカ租税法の特徴を踏まえたうえで、我が国における譲渡所得課税における問題点を指摘したい。

第 2 節　我が国の譲渡所得課税をめぐる問題点

我が国における譲渡所得課税のタイミングにおける問題は、以下の 3 つの点を指摘することができる。第一に、譲渡所得における課税のタイミング(認識時点)が、実定法上に存在しない「実現」概念の枠組みの中で判定されてきたことである。我が国における課税のタイミングとしての「実現原則」と「実現主義」が、はっきり区別されていないという結果を招来させている。

我が国における譲渡所得課税は、資産の保有期間中にその所有者に増加益が「発生」し、その増加益への課税が年々繰延べられることにより「蓄積」し、譲渡のタイミング

374 渕・前掲注(75)・200 頁。

でそれが所得として「実現」し、その「実現」を契機として譲渡所得への課税(計上)のタイミングが到来(認識)する[375]。譲渡所得は、課税のタイミング、すなわち「実現主義」を根幹として所得区分が設けられたものである。もし、譲渡所得課税における「実現主義」を排斥し、包括的所得概念に忠実な時価主義課税を採用することになれば譲渡所得という所得類型はその存在意義を失くす。

そして、「実現原則」は、租税行政の実行可能性、伝統的な会計慣行、納税者の資金調達の困難性を考慮した包括的所得概念を制限し、外部からの経済的価値の流入があったときに課税所得に算入する所得の要件である。通常、納税者の資産を他者に移転させる場合には、「収入」概念から導出される「実現原則」と「譲渡」概念から導出される「実現主義」は乖離することがない。ところが、増加益清算課税説を採用する譲渡所得課税制度の下では、無償による資産の移転においても譲渡所得は「実現(認識)」する。ゆえに、このような場合に「実現原則」と「実現主義」の問題は顕在化する。

本稿では、譲渡所得課税における所得の認識基準としての「実現」は、「実現原則」と譲渡所得の「実現主義」は別個のものであり、譲渡所得に関しては、増加益清算課税説という法技術によって、譲渡所得課税制度が構築されているのであるからその課税のタイミング(実現)は異質なものであるとの視点から考察してきた。しかし、裁判例における納税者の主張の多くは「実現原則」の視点からなされる。その理由は、法 33 条 3 項は「総収入金額」と規定しているからである。

「実現原則」と「実現主義」の対立は、未実現利得に対する課税の観点からも説明することができる。一般的に、「実現原則」の例外(未実現利得への課税)の代表例として「みなし譲渡規定」があるとされてきた。譲渡所得に対する課税のタイミングにおける「実現主義」の観点からは、みなし譲渡課税は「実現」した所得に対する課税であり課税のタイミングを擬制したものではない。ところが、「実現原則」の観点からは、これは収入金額を擬制する特例措置でありこの規定が存在しなければ、現実に納税者に外部からの経済的価値の流入がないのであるから未実現利得に対する課税であり、かつ同条の適用がなければ課税のタイミングは到来しない。このように、「実現」を何と捉えるかにより、課税のタイミングは大きく異なり、「実現原則」を課税のタイミングと捉えた場合には結論が異なるものになることは、言うまでもない。

第二に、租税法上・私法上にも存在しない包括的な「譲渡」概念の使用である。我が国における資産の「譲渡」は、私法に規定されている文言を借用した概念でもなく、また租税法上にも定義規定が存在しないのであるから、固有概念であることも明らかになっていない[376]。譲渡所得の起因となる資産の「譲渡」、すなわち、「実現主義」に該当す

---

375 繰延べられてきたキャピタル・ゲインに対して具体的に利子税を課すべきかが主張される(例えば、金子・前掲注(80)・302 頁)が、もし、利子税を課すこととなれば、キャピタル・ゲインは「発生」ではなく、「享受」しているものと解すことができるから、「実現原則」の要件も満たすこととなる。

376 私法上の多種多様な経済取引が「譲渡」に該当することから、譲渡所得の起因となる資

る行為には、いかなる行為が該当し、いかなる行為が該当しないのか、譲渡所得として認識される「実現主義」は不明確なままである。

我が国における譲渡所得は、物的側面、つまり、物の経済取引に着目して所得区分を設けられ、「譲渡」の時点は課税のタイミングと捉えられている。そして、資産を手放す以前から、キャピタル・ゲインが生じると解されている。譲渡所得は、このように経済的に把握されることによって、納税者に外部からの経済的価値の流入を問わずに、資産を手放す一切の行為がすべて「実現主義」とされる。通常、租税法律主義の統制下にある租税法は、ある所得に課税することが不合理であったとしても、その課税の取扱いは、法によって是正されなければならない。しかし、現行の譲渡所得に対する課税のタイミングは、実質または形式的に事実を審査することにより、最終的には裁判所の自由な裁量に委ねられている。経済的に把握されている所得を法的観点から、いつのどのような条件が揃った時に課税すべきかは立法により調整が図られなければならない。

租税法律主義の統制する租税法の下では、譲渡所得課税における法 33 条 1 項における「譲渡」概念を「実現原則」の観点から、縮小解釈することは許されず、法 33 条 3 項における「収入」概念を「実現主義」の観点から、存在しないものとすることは許されない[377]。現状、資産の譲渡における課税上の不合理な取扱いがあるとしても、契約解釈に問題がない限り、その課税上における不合理な取扱いの是正を図ることはできない[378]。本稿で検討した離婚に伴う財産分与に対する譲渡所得課税の問題では財産分与の法的性質が実質または形式の側面から議論されてきたが、この事実認定の問題は、私法上の法律関係(契約解釈)をいかに構成すべきかという問題である[379]。合理的な課税関

産の「譲渡」は、固有概念の一種と解してよいとする見解として、岩﨑政明「譲渡所得課税における「資産の譲渡」の意義」税務事例研究 98 号 34 頁(2007)。

377 藤田宙靖教授は、法律留保の原則の妥当範囲について、「授益的・不利益的を問わず、およそ公権力の行使たる行政活動には法律の根拠が必要、とするのが」(藤田宙靖『第四版行政法 I (総論)【改訂版】』56 頁(青林書院、2005))、最も妥当であるとされる。また、塩野宏教授は、明治憲法および日本国憲法の下でも、一般に国民の「自由と財産を侵害するについてはそれぞれ個別の法律の制定を待たなければならないというのは確立された原理である」(塩野宏『行政法 I [第 5 版補訂版]行政法総論』74 頁(有斐閣、2013))とされ、法律の留保の範囲は多少の差異はあるが、国民の自由と財産を侵害する行為についてはそれぞれ個別の法律を制定しなければならないことは一致したものであると述べられている。芝池義一教授は、補助金の交付のような受益的な活動は、税の減免措置と同様の効果を果たし、行政計画のような非侵害的活動についても、国民の税金の利用し、間接的に国民の権利利益に影響を及ぼすのであるから「原則としてすべての公行政には法律の授権が必要とみるのが適切」(芝池義一『行政法総論講義〔第 4 版〕』48 頁(有斐閣、2003))であるとされる。

378 杉村章三郎『租税法』(日本評論社、発行年不明)、田中(二)・前掲注(180)・74 頁。最大判昭和 30 年 3 月 23 日民集 9 巻 3 号 336 頁は、「租税を創設し、改廃するのはもとより、納税義務者、課税標準、徴税の手続はすべて前示のとおり法律に基いて定められなければならない」と判示している。

379 谷口智紀「アメリカにおける知的財産の譲渡をめぐる問題～課税のタイミングの問題を中心に～(1)」専修法研論集 46 号 25 頁(2010)。

係を構築することができないことを理由に法解釈を曲げることは許されず、課税の対象から除外することも許されない。租税法律主義の下では、法律の根拠なしに法律の文言を無視したり、法文自体を空文化したり、それとは異なる意味を付け加えるなどの恣意的解釈をすることは許されない[380]。

しかし、本稿における考察から明らかなように、経済的に把握される譲渡所得を法的観点から解決が図られないことにより、結果として、譲渡所得課税制度の採用する「実現主義(増加益清算課税説)」と「実現原則(譲渡益所得説)」の対立を生じさせ、認識される「資産の譲渡」が、どのような行為なのかを不明確にさせている。増加益清算課税説という課税理論が通常一般人の「譲渡」の感覚から離れた結果を招来させ、不合理な取扱いが実務に定着してしまったのであれば、割賦弁済土地譲渡事件最高裁判決で判示されたように、「実現主義」の支配から除外されるためには、それは立法によって不認識規定や延納措置を設けて改善されなければならない[381]。

第三に、法 36 条 1 項の「収入すべき金額」という文言から解釈によって権利確定主義と管理支配基準の二つの規範を導き出してきたことである。本稿では、とりわけ、権利確定主義を検討した。現行においても「実現」を判定する事実認定規範として権利確定主義が妥当すると判例、通説は解している。しかし、認識の基準としての「実現」を如何に理解するかにより、権利確定主義の判定するその物差しが異なることになる。権利確定主義の判断が源泉によって異なることは必然であるが、その権利確定主義の中身は弾力性に富んだ存在となりその判定基準が不明瞭となる。

解釈によって導かれる権利確定主義の判定する「実現」は、その「すべき」の文言の前に存する各種所得に定める「収入」である[382]。すなわち、この「収入」から導出される「実現原則」は外部からの経済的価値の流入があった時点に課税所得に算入する(課税(計上)のタイミング)とするものである。この収入の有無は、「実現原則」によって判定されることから、有償譲渡、双務契約を前提とするものであるが、実際には譲渡所得における「実現主義」とは有償・無償であるかを問わず、双務・片務も問わないことを前提とするものである[383]。

---

380 中川一郎編「税法学体系(全訂増補版)」69 頁(ぎょうせい、1977)、田中(二)・前掲注(180)・84 頁、金子・前掲注(6)・112 頁、清永・前掲注(22)・35 頁、北野弘久『税法学原論〔第 6 版〕』95 頁(青林書院、2011)、松沢智『租税法の基本原理』124 頁(中央経済社、1983)、木村・前掲注(104)・109 頁、増田英敏『租税憲法学　第 3 版』395 頁(成文堂、2008)。

381 我が国における課税繰延の規定は、固定資産の交換の特例(所得税法 58 条)、贈与等の場合の譲渡所得課税の特例(所得税法 60 条)、事業用資産の買換えの特例(租税特別措置法 37 条)居住用資産の買換えの特例(所得税法 36 条の 2)等がある。

382 会計学においても、現金主義および発生主義、実現主義ははっきりと区別されていないようである。田中(治)・前掲注(205)・167 頁は、実現主義の最狭義の理解として実現主義と現金主義は同一のものであるとする見解を紹介されている。

383 事業所得者、法人における商品の販売については引渡基準が採用されるが、これは「反復、継続的に行われる商品売買に係る販売収益に関しては、当該商品の所有権の移転等を

「権利確定主義」は、租税法が法であることから、所得の計上基準としてのリーガル・テストとして、私法上の債権債務関係に依拠させたうえで、私法上の権利の発生よりも後に統一的、画一的に取扱い、「確実」性の観点から、私法上の契約効力発生よりも後の時点を捉えて、税法独自の確定時期を設け、課税のタイミングを決するものである[384]。「実現原則」を判定する権利確定主義には「対価(その他の経済的価値)」が必要不可欠なものである。「対価」を基準とする権利確定主義の下では、原則として未実現の利得は除外されている。

これに対して、譲渡所得課税における権利確定主義の判定する「実現主義」は、「実現原則」とは異なり、そもそも「対価」等は問題とならない。譲渡所得課税における「実現」は異なるもので、その事実認定を行う法的分析の道具も異にする。譲渡所得課税の「実現主義」を判定する権利確定主義は所有権の移転に着目し、確実に資産が移転するとする客観的に確認することができる時点、すなわち、引渡しまたは登記のときに確実に移転するものとしている。

裁判所は、所有権の移転に着目して所得の計上時期を決することとなるが、形式的な資産の移転に着目して計上させる場合もあれば、実質に着目して計上させる場合もあり、実質的に考察してみた場合には実質的に所有権が移転したとは言えない場合においても、資産の譲渡があったものと解される場合がありその計上時期を決することが困難となっているのが現状である。

以上のように、我が国では、「未実現」と「実現」で所得の計上時期の判断がなされ、「実現」という抽象的な概念の枠組みの中で、所得の認識の基準が決せられてきた。「収入」から導き出される「実現原則」と譲渡所得における「実現主義」とは区別されなければならない。しかし、同じ「実現」という文言の中では、その態様が違うことが租税行政庁や納税者の観点から明瞭に区別することができるのであろうか[385]。

重視する法的基準よりも商慣習や当該商品の物的な移動が重視」(品川芳宣「棚卸資産」日税研論集 22 号(1992))されたためである。しかし、事業所得における引渡基準と譲渡所得における引渡基準は、「実現」を如何に解するか、すなわち、物の移転か、外部からの経済的価値の流入か、で法的基準が異なるといえる。

[384] しかし、課税実務では、統一的、画一的な事実を捉えて課税するのではなく、複数の何らかの事実の「発生」をもって課税のタイミングを決してきた事実がある。田中治教授は、基本通達は私法上の所有権移転基準という法律関係によるのではなく、現実に利得を収受し、それを支配管理しているという事実関係によって判断している場合もあるため、原則として資産の引渡によるべきことを批判される(田中(治)・前掲注(153)・35 頁)。基本通達は、納税者の選択によって、契約効力発生日または所有権移転登記書類の交付時に計上することを認めるのみならず、代金決済後の引渡し時に計上することは認めない旨を定める。

[385] 実定法上の不確定概念については、金子宏「租税法の基本原則」同編『租税法理論の形成と解明　上巻』47 頁(有斐閣、2010)(初出 : 税経通信 25 巻 6 号(1970))、増田・前掲注(1)・27 頁、谷口(勢)・前掲注(14)・39 頁を参照。大阪地判昭和 44 年 3 月 27 日訴月 15 巻 6 号 721 頁は、「課税要件明確の原則も租税法律主義の一内容であつて、不確定概念をもつて課

確かに、「実現」という概念は実定法上に存在しないものであるから、譲渡所得に限らず、他の所得の課税のタイミングを「実現」という一つの用語で判定することは便利である。また、ある納税者における資産の譲渡の時には権利確定主義によって資産の移転を把握し、この原則が機能不全に陥る納税者の取引においては管理支配基準を用いることができ複雑多義にわたる経済取引に柔軟に対応することができるものといえよう。

これまで、裁判所は標語のように「納税者の恣意を許し、課税の公平を期し難いので、徴税政策上の技術的見地から、収入の原因となる権利が確定した時期を捉えて課税する」[386]ものとし、権利確定主義は租税公平主義の観点からその支持を受けてきたものといえよう。しかし、その結果として、「実現」は各種所得に応じて、それぞれの機能を果たすことにより、所得の計上時期は、譲渡所得課税制度の下では異質なものになっている。権利確定主義は、収入すべき金額の確定した金額をいうものと解されているにも関わらず、譲渡所得課税では、収入金額(対価、債権等)から、離れてその判断が行われることとなる。そうすると、収入金額の「認識」は可能とはいえず、測定することが不可能となる。「測定」とは、収入金額の大きさを確定することであり、課税のタイミングが到来したとしても、実現したキャピタル・ゲインが測定できなければ納税者の適正な所得に対し課税をすることができないという問題が残る。

税要件を定めたり、その運用に当つて自由裁量を行つたりするのは、極力避けねばならない。しかし租税法律主義の機能は経済生活の安定と予測可能性にあるのであるから、その機能が実質的に阻害されない限り、公平負担の原則からみて、不確定概念をもつて課税要件を定めることが、絶対に許されないものというべきではない」とする。実定法上に存在しない「実現」は、この不確定概念には該当しない。

386 例えば、最判昭和 53 年 2 月 24 日民集 32 巻 1 号 43 頁。このような、裁判所の見解に対して、田中治教授は、裁判所は「納税者の主張する時点で収入金額の計上を認めると、如何なる意味で、納税者の恣意を許し、課税の公平を損なうかについて、個別的、具体的検討を行って」(田中治「租税行政の特質論と租税救済」芝池義一ほか編『租税行政と権利保護』29 頁以下(ミネルヴァ書房、1995))おらず、さらに、権利確定主義および管理支配基準という二つの基準が導出される結果、納税者の法的安定性を不安定にさせる根本的な原因は、明文の規定を欠いていることを指摘しておられる。

結論

本稿の目的は、譲渡所得がいつ課税所得に算入されるのかという課税のタイミングの問題について検討することにあった。基本的に課税のタイミングは、経済取引が異なることから多様かつ不明確なものとなるが、その原因は実定法により「認識」の基準が法定されていないところにあることが、アメリカ租税法の認識構造との比較において明確にすることができた。

とりわけ、本稿で検討した「実現」概念は、課税のタイミングだけでなく、所得の人的帰属、課税物件としての所得、「実現原則」等で多用されることよって、譲渡所得の課税のタイミングとしての「実現」と交錯することとなり、譲渡所得の「実現」概念が不明確になることから、譲渡所得の課税のタイミングの観点から我が国における譲渡所得課税をめぐる「認識」の基準の問題点を明らかにした。

第 1 章では、「実現原則」と譲渡所得に対する課税のタイミングとしての「実現」を整理した。譲渡所得は、ある資産の所有者に帰属する資産の値上り益であるから、譲渡所得は課税要件を充足する以前から「発生」している未実現の利得である。譲渡所得課税の本質が増加益清算課税説と理解される現行制度の下では、納税者の保有する資産を譲渡する行為は「実現事象」であり、繰延べられてきた未実現のキャピタル・ゲインの「実現」時点である(課税(計上)のタイミング)。しかし、包括的所得概念を制限する「実現原則」の理由付けは、執行上の便宜、納税者への配慮、伝統的な会計慣行であったにも関わらず、増加益清算課税説を採用することによって、譲渡所得課税における「実現」時には外部からの経済的価値の流入は不必要となる。

その結果、「実現」という文言の中では、譲渡所得の課税のタイミングとしての「実現」と所得の「実現原則」があり、所得をいつの時点において課税するのかが不明確なものとなる。このことから、法 33 条 1 項を根拠とし「実現主義」を採用するものと解する増加益清算課税説と法 33 条 3 項を根拠とし「実現原則」を採用するものと解する譲渡益所得説の対立があることを確認した。

第 2 章では、譲渡所得における認識の基準としての「実現」概念を整理するために、譲渡所得の課税のタイミングである「実現」を「実現主義」とし、「実現原則」と区別した。「実現主義」の観点からは、法 33 条 1 項および法 59 条 1 項における課税のタイミングは同じ「実現主義」であり、法律により、例外的に法 60 条 1 項における取得費の引継ぎに該当する場合には、課税が繰延べられるため、「実現主義」の例外となる。

また、「実現主義」の判定原則としての権利確定主義をめぐる学説および個別判例を検討した。「実現」と結びついて判定される以前は、権利発生主義によって判定し、「実現」を判定するための基準と理解されるようになってからは、私法に依拠しながらも、納税者の画一的処理、行政的便宜、確実性の観点から権利発生後の物の引渡し、所有権移転登記の時点において、権利は確定する。しかし、「実現主義」としての権利確定主

義が個別判例においても用いられているのかを整理したところ、「実現原則」の判定原則として「対価」に着目して権利確定を判断する場合があり、必ずしも「実現主義」は貫徹されていない。裁判所は実質に着目し権利の確定を判定する場合と形式的に権利の確定を判定する場合があり、最終的な「実現」の判定は裁判官の自由な判断に委ねられ、「実現主義」の範囲を縮小する結果を招いている。さらに、権利確定主義の例外として、「実現原則」としての管理支配基準が用いられることにより、納税者が資産を手放していないにも関わらず、譲渡所得の課税のタイミングが到来し納税者の予測可能性および法的安定性を阻害する結果を招いている。

このように、我が国における所得の「認識」の基準に関する問題は、実定法上に存在しない「実現」概念の枠組みの中で議論されることにより、譲渡所得課税のタイミングはより不明確なものとなり、何を「実現」と解するかにより権利確定主義は、その態様を変えるという問題を招来させている。

第 3 章では、我が国における譲渡所得に対する課税のタイミングの問題の解決に示唆を受けるためにアメリカ租税法を検討した。アメリカ租税法では、Macomber 事件判決を契機に、「実現」概念が用いられるようになり、Horst 事件判決では、「実現」を「課税に適する事件」と捉えた上で、資産の処分によって経済的価値の流入があったことをもって「実現」したことを認定している。「実現」の重要性は、現在でも持続し、原則として課税所得たる所得の要件とされることが確認できた。

さらに、アメリカ租税法には、実定法上に「実現(realize)」の語を用い「実現」概念を明らかにするだけでなく、「認識(recognition)」という概念があり、これは「実現」した所得をこの時点において、課税所得に算入するのか、または、課税所得に算入しないのかを決する。原則として、資産の売却または交換により実現した利得は「認識」され、「認識」された時に、課税(計上)のタイミングが到来する。例外的に、「不認識(nonrecognition)」規定がある場合には、「実現」した所得は、課税所得に算入されず、次回の課税のタイミングが到来するまで課税が繰延べられる。このようにアメリカ法では、所得の「実現」という問題と所得の「認識(課税のタイミング、計上時期)」の問題を別の段階の事柄であるものとして分けて捉えている。

第 4 章では、アメリカ租税法におけるキャピタル・ゲイン課税の特徴を踏まえたうえで、我が国における譲渡所得に対する課税のタイミングの問題点を指摘した。アメリカ租税法の特徴としては、第一に、内国歳入法典上で「実現」概念を用いて規定し、その具体的意味を明らかにしたうえで、「未実現のキャピタル・ゲイン」と「実現したキャピタル・ゲイン」を区別し、未実現のキャピタル・ゲインを排除していること、第二に、キャピタル・ゲインの「実現」を、我が国における「実現原則」によって判断していること、第三に、「実現」した所得は、「実現」の段階から、「認識」・「不認識」の段階へ移行しているということが挙げられる。アメリカ租税法に比べ、我が国における譲渡所得課税における課税のタイミングの問題点は、第一に、実定法上にない「実現」概念の

枠組みの中で譲渡所得の「認識」の問題が議論され、「認識」の段階と「実現」の段階が、はっきり区別されない結果、課税のタイミングとしての「実現」が不明確となり交錯すること、第二に、租税法上に意義を規定しない「譲渡」概念を用いて「実現主義」を採用し、経済的に把握されている譲渡所得の課税のタイミングを決することにより、一般通常人の感覚と乖離が生まれるばかりでなく、私法関係との乖離が生じること、第三に、「実現原則」と「実現主義」の併用により、管理支配基準をも事実認定規範として導出できてしまうことを指摘した。

最後に、本稿における検討から以下の結論が導出できる。

譲渡所得課税では、「実現主義」と「実現原則」の対立が存在し、何を認識の基準としての「実現」とするかにより、譲渡所得の課税のタイミングが異なることとなる。我が国における課税のタイミングをめぐる問題には、明確な認識の基準が法定されていないところにあった。明確に認識の基準が法定されていないがために、取引形態により譲渡所得の認識基準が多様性を持つとの評価さえある。

課税のタイミングの問題は、例外規定が法定されるだけで、その原則たる法規定が実定法上用意されていないところに問題が存在する。実現概念は多様性を持つことから、その結果、課税のタイミングに混乱をもたらす。

このような問題を解決するため、立法論としてアメリカ租税法を参考に以下のように規定すべきである。第一の解決方法として、我が国における譲渡所得に対する課税の認識の基準として、国民の視点から、原則として「認識」される「譲渡」とはどのような行為なのかを法定すべきである。「実現主義」に該当する行為が明らかでないとしても、「認識」概念を用いて「認識」される行為が明らかにされることにより、「認識」される行為と「不認識(課税の繰延べ)」とされる行為を明確に区別することができる。その結果、予測可能性と法的安定性を確保することができ、合法性の原則を堅持する租税行政庁と適正な申告納税を行う納税者間の紛争は回避される。

所得の「認識」の基準を規定した場合には、その認識基準に従って課税のタイミングを画定すべきである。その際には、「実現」と「認識」を別の段階として捉え、「実現」を権利確定主義によって判定した後に、実定法上の「認識」の段階で課税すべきかを決するべきである。そして、政策的に課税を繰延べる必要のある領域があれば、それに対しては「不認識(課税繰延べ)」に関する規定を置くことで対処すべきである。その場合に、なぜ「不認識」と取り扱われるのかについては、政策上の理由とその目的を明示する必要がある。

第二の解決方法として、予測可能性・法的安定性を確保するために、内国歳入法典に定められている「実現金額」のように、その内容に関する規定を実定法上に置くべきである[387]。「実現」は重要な概念であることは明らかであるが、実定法上の用語ではない。ゆえに、これを実定法に取り入れると同時に、その内容を明らかにする定義規定を置く

[387] 渡辺(徹)・前掲注(34)・76 頁。

ことで、予測可能性および法的安定性が確保されるべきである。我が国における課税のタイミングの問題は、不明確な「実現」概念の多用である。

しかし、包括的所得概念を採用し所得の範囲を広く経済的に把握してきたことは明らかであるものの、時価主義方式による課税を行わずに、納税者の考慮、租税行政庁の執行可能性、伝統的な会計慣行を配慮するものとして、確かに「実現」原則は存在しているのである。我が国の課税のタイミングを決する「実現」概念は、実定法に規定されているものではないために、譲渡所得における「実現主義」は、「実現原則」から乖離するという結果を招来させる。そして、「実現」概念は多義的なものとなり、納税者および租税行政庁の譲渡所得の課税(計上)のタイミングの予測可能性は著しく阻害されている。

租税法律主義の本質は国家の恣意的課税から国民の財産権を保障するために、課税要件および賦課・徴収手続を法定することを命じその結果として、国民の予測可能性および法的安定性が確保されるのである。ますます複雑化する経済取引の中で租税法律主義の機能である予測可能性と法的安定性は重要視されている。とりわけ、複雑化する経済事象の中で国民は、いかなる経済取引により租税法律関係がいかに構成されるのかを取引時点において正確に予測できることの重要性は、ますます増している。我が国における課税のタイミングは、実定法上に存在しない「実現」概念によって画定しているため、納税者および租税行政庁の予測可能性を阻害する。

現代における経済取引は急速に発展し、金融商品取引、電子商取引に象徴されるように、我々の予想をはるかに超え多様化・複雑化している。私人間における経済取引は第一義的には契約自由の原則の支配する私法によって規律され、課税要件法である租税法は、第一義的に私法によって規律されている経済取引を課税の対象としている。ゆえに、納税者の予測可能性と法的安定性を確保するためには、原則として私法上の法律関係に即して行われるべきである。しかし、私法と租税法との間に乖離が生じるのことがあるのであれば、それは解釈や事実認定によって是正するのではなく、租税法は強行法規であるのだから立法に拠って対処すべきである。納税者のある資産の譲渡が「認識」されることが不適当であるとされる場合には、それは国民の代表者である国会の判断によって、租税法上に不認識規定を設けてその実現した所得に対する課税を繰延べることで問題を解決し法的に統制を加えていくべきである。

今後、所得の「実現」の問題はさらに広い視野にわたって議論が行われることが期待される。現状、我が国における課税のタイミングの問題は、判例の蓄積を待つか、立法に拠る解決を待つほかない。譲渡所得の「実現」では、「実現」概念は「収入」という文言から離れ、「譲渡」を判定することとなっている。そうすると、収入金額の「認識」は可能とはいえず、測定することが不可能となる。課税のタイミングが到来したとしても、キャピタル・ゲインが測定できなければ納税者の適正な所得に対する課税をすることができないという問題が残る。

本稿の検討により、「実現原則」を採用する所得については、外部からの経済的価値の流入があり、それを「測定」することを前提として、「認識」するというプロセスであるのに対し、増加益清算課税説を採用する譲渡所得課税制度における課税のタイミングは、収入金額があってこれを計上するのではなく、既に発生したキャピタル・ゲインが課税のタイミングの時点で「認識」され、その可視的に把握することのできない既に発生し実現したキャピタル・ゲインを何らかの経済的価値に結び付けて「測定」することとなるから、「認識」と「測定」が別の段階で捉えられるということになる。したがって、「測定」が「認識」よりも後の段階で行われることになれば、恣意的課税の温床となりかねない。なぜなら、課税のタイミングが到来したという確固たる理論により、なんら担税力の増加とはいえない場合であったとしても、何らかの経済的価値に無理に結びつけ適正な評価がなされないまま課税されるという問題が包含されているからである。

以上のことを指摘し、本稿の結びにかえたい。

租税資料館賞論文集　第 23 回（2014 年）下巻

平成 27 年 2 月 1 日発行

発行所　　公益財団法人　租税資料館

発行者　　諸岡　健一

〒164-0014　東京都中野区南台 3-45-13

電話　03-5340-1131

FAX　03-5340-1130

Email: sozeishiryokan@nifty.com

http://www.sozeishiryokan.or.jp