

Trust Forum Foundation

金融取引と課税（4）

トラスト未来フォーラム研究叢書

平成28年7月

公益財団法人 トラスト未来フォーラム

はしがき

公益財団法人トラスト未来フォーラムで開催されている「金融取引と課税研究会」の第四回目の報告書が出来上がった。

この研究会は、公益財団法人トラスト未来フォーラムのご援助で、中堅・若手の租税法研究者が集まって、毎回、その興味をもっている研究テーマについて報告をし、それについて、信託の実務家の方も交えて全員で議論するというものである。

テーマについては、信託以外にも、金融取引や国際課税等の分野のものも含めて広く設定し、自由に報告・議論するというスタイルをとっているために、特に、若手の研究者にとっては、自分の新しい考えをぶつけ合う格好の場となっている。

このように活発な議論を自由に戦わせることのできる研究の場を提供していただいているという点について、公益財団法人トラスト未来フォーラムには、心より感謝申し上げたい。特に、平田誠一副理事長には毎回の研究会にご出席いただいております、有益なコメントを頂戴しており、感謝の気持ちでいっぱいである。

このようなご厚意を無駄にしないように、今後とも研究にまい進していきたい。

平成28年2月16日

中里 実

目 次

| | |
|--|-----|
| はしがき (中里 実) | i |
| 法人事業税の外形標準課税資本割における持株会社の扱い (中里 実) | 1 |
| 国外源泉所得の受け皿規定 (増井良啓) | 17 |
| 分析道具としてのCBIT・BEITの理念的モデル (浅妻 章如) | 39 |
| 「みなし相続財産」と信託 (瀧 圭吾) | 61 |
| 出国税以前 (瀧 圭吾) | 75 |
| 英国における法人該当性判断をめぐる動揺 ——Anson事件最高裁判決 (吉村 政穂) | 93 |
| 租税法による〈外部規範の参照〉の規範構造に関する試論 (藤谷 武史) | 105 |
| 退職貯蓄を巡る法政策と行動経済学 : Bubb & Pildes (2014) に関する研究ノート (神山 弘行) | 127 |

金融取引と課税に関する研究会 委員名簿

| | | | |
|-----|-------------------|-------------------|-----|
| 委員長 | 中里 実 (なかざと みのる) | 東京大学大学院法学政治学研究科 | 教授 |
| | 増井 良啓 (ますい よしひろ) | 東京大学大学院法学政治学研究科 | 教授 |
| | 測 圭吾 (ふち けいご) | 神戸大学大学院法学研究科・法学部 | 教授 |
| | 浅妻 章如 (あさづま あきゆき) | 立教大学法学部 国際ビジネス法学科 | 教授 |
| | 吉村 政穂 (よしむら まさお) | 一橋大学大学院国際企業戦略研究科 | 准教授 |
| | 藤谷 武史 (ふじたに たけし) | 東京大学社会科学研究所 | 准教授 |
| | 神山 弘行 (こうやま ひろゆき) | 一橋大学大学院法学研究科・法学部 | 准教授 |

(順不同、敬称略)

法人事業税の外形標準課税資本割における 持株会社の扱い

中 里 実

目次

はじめに

一 外形標準課税における資本割導入の経緯

二 資本割における持株会社特例について

1 法人事業税資本割の持ち株会社特例の立法趣旨

2 持株会社特例の計算式における帳簿価格の解釈

3 現行の地方税法通達の不合理性

三 資本割の計算における「発行済株式」の解釈

1 地方税法第72条の21第3項第2号の「発行済株式」の数

(1) 「発行済株式」の数の形式解釈もたらす不合理性

(2) 規定の趣旨・目的に照らした「発行済株式」の数の実質解釈

2 地方税法第72条の21第3項第2号の「発行済株式」の数の意義

(1) 「発行済株式」の数を「経済的な出資割合」と解釈すること

(2) 優先株式の転換条項を考慮し、転換後の新普通株式を基準とする可能性

(3) 旧普通株式を基準とする可能性

3 まとめ

おわりに

はじめに

本稿においては、法人事業税の外形標準課税資本割における持株会社特例に関する二つの実務上の問題点について、理論的観点から検討を加える。いずれも、かなり個別的であり、細かなものなのかもしれないが、外形標準課税の資本割を持株会社に適用する際の困難を指摘することにより、「資本割」という制度の問題点が浮かび上がるであろう。

一 外形標準課税における資本割導入の経緯

昭和 24 年のシャウプ勧告は、事業税は「事業及び労働者がその地方に存在するために必要となってくる都道府県施策の経費」を負担する税であるとして、事業の生み出す所得ではなく附加価値を事業税の課税標準とすべき旨を勧告した。これを受けて、昭和 25 年に附加価値を課税標準とする事業税が法制化された（これが、世界初の附加価値税である¹が、根強い反対運動の結果としてその施行は延期され、結局、一度も施行されることなく昭和 29 年に廃止された。もっとも、その廃止後も、シャウプ勧告が指摘した、事業活動と地方公共団体の行政サービスとの応益関係に着目して事業に課される税であるという事業税の本来の性格に鑑み、事業の所得ではなく附加価値を事業税の課税標準とするいわゆる外形標準課税の導入は、地方税制における重要課題の一つとして、税制調査会において継続的に検討が行われてきた。

その延長線の中で、平成 11 年 7 月に出された、税制調査会の「地方法人課税小委員会報告」が、外形標準課税の導入を提唱した。次いで、平成 12 年 7 月の税制調査会の中期答申「我が国税制の現状と課題——21 世紀に向けた国民の参加と選択——」は、「都道府県の基幹税目である法人事業税への外形標準課税の導入は、地方分権を支える安定的な税源の確保、応益課税としての税の性格の明確化、税負担の公平の確保、経済の活性化、経済構造改革の促進等の重要な意義を有する改革です。このため、外形標準課税については、景気の状態等を踏まえつつ、早期に導入を図ることが必要です。」と述べるに至った。これは、これまでの長年の検討を踏まえ、税制調査会として、法人事業税への外形標準課税の導入

に向けて一歩踏み出すことを対外的に宣言したものであった。

この税制調査会の中期答申を受けて、平成12年11月、旧自治省は、初めて外形標準課税の具体的な案を公表した。旧自治省案は、所得基準と外形基準を2分の1ずつ併用するものであり、「事業規模額」すなわち「収益配分額（報酬給与額+純支払利子+純支払賃借料）+単年度損益」を外形基準とするものであったが、これでは給与に対する負担が過重になりすぎる等の反対論も根強く、平成13年度税制改正における実現は一旦見送られた。しかし、その後、総務省は、旧自治省案に対して各方面から寄せられた意見を踏まえ、平成13年11月に外形標準課税の新たな具体案を示した。この総務省案は、旧自治省案で2分の1だけ導入することとした外形基準の部分について、旧自治省案における「事業規模額」に相当する「付加価値額」を基本としつつ、それでは給与に関する負担が高くなりすぎるのでそれを緩和するために「資本等の金額」による課税方式を補完的に併用するものであった。

平成13年12月の税制調査会の答申「平成14年度の税制改正に関する答申」は、総務省案について、

「資本等の金額は、中期答申において望ましい外形基準とされた4類型の1つであり、法人の事業活動の規模をある程度示すとともに、担税力を示す面も有するものである。これにより、法人事業税全体に占める報酬給与額に係る部分の割合が大幅に下がることとなった。また、大法人と中小法人との税負担割合を変えずに税率が一本化され、『雇用安定控除』も不要となるなど、担税力に配慮しつつ、課税の仕組みが簡素化されており、『薄く・広く・公平な課税』という考え方を堅持しつつ、各方面から寄せられた意見を取り入れて、工夫された案となっている。」（強調・中里）

と評価している。

総務省案は、平成14年度税制改正では法制化されなかったが、翌平成15年度税制改正において、資本金1億円超の法人を対象として、外形基準の割合を4分の1とするといった修正を経て、法制化されることとなり、現在に至っている。このような外形標準課税導入の経緯から、「資本等の金額」を外形基準として取り込むことを外形標準課税の具体的な制度案として初めて提案したのは、旧自治省案ではなく、総務省案であったことが分かる。

二 資本割における持株会社特例について

1 法人事業税資本割の持株会社特例の立法趣旨

平成13年における総務省案の作成過程における当局の説明によれば、「資本等の金額」を外形基準として取り込むことの理由は、旧自治省案に対して賃金への課税ではないかという批判があることから、外形基準のうち報酬給与額（賃金）を含む「付加価値額」が占める割合を減らし、代わりに「資本等の金額」を外形基準として併用する方向で検討中であるということであったと、記憶している。すなわち、「資本等の金額」は、平成12年7月の政府税制調査会の中期答申においても、望ましい外形基準の一つとされており、法人の事業活動の規模をある程度示すとともに、担税力を示す面も有することから、法制化の際にも外形基準として取り込むこととしたいということであった。

その際、持株会社については、もし持株会社と子会社の「資本等の金額」の合計額を課税標準とすると持株会社と子会社が営む事業に対する二重課税が生じてしまうために、持株会社の「資本等の金額」から総資産に占める子会社の割合分を控除するという特例を設ける方向で検討中であるという説明であったが、私は、「資本等の金額」を外形基準として取り込む場合は、結果として、持株会社と子会社が営む事業に対する二重課税が生ずるとどまらず、理論的にはグループ会社が営む事業に対する多重課税が生じうるために、特に慎重な配慮が必要であろうと考えていた。

すなわち、①「資本等の金額」が100である会社がある事業を営む場合と、②同じ会社が80の出資を行って「資本等の金額」が80である子会社を設立し、その子会社において同じ事業を営むこととする場合とを比較すると、いずれの場合も同じ事業活動を営んでいる以上、本来、応益課税としての事業税の負担額は同額とされるべきであろう。しかしながら、「資本等の金額」を何らの配慮もせずに課税標準として採用すると、①の場合、課税標準が100であるのに対し、②の場合は、課税標準の合計が $100+80=180$ となり、その結果、子会社に出資した金額分に対して二重に課税されることになる。このシンプルな親子会社の例を、親・子・孫会社等々を含む多数の会社がグループ会社を構成して事業を営む場合に拡張すると、「資本等の金額」を機械的に課税標準として採用した場合、理論的にはグループ会社が営む事業に対する多重課税が生じることが容易に理解されよう。

このように「資本等の金額」は、確かに、法人の事業活動の規模をある程度示すとともに、担税力を示す面も有することからすれば、外形基準の一つとして有用ではあるのかもしれないが、グループ会社が営む事業についての「資本等の金額」の採用については、当然のこととして、多重課税を排除する観点から一定の配慮が必要である。そうしなければ、事業活動の規模が同じであるにもかかわらず、グループ会社が営む事業に対しては多重に課税されることになるため、事業活動の規模に応じて地方公共団体の公共サービスの経費を負担させるという、シャープ勧告が指摘した事業税の応益課税としての性格に相反することになるからである。

現行の持株会社の特例は、一定の持株会社のみ適用される措置であるという点で割り切りの多い制度ではあるが、その趣旨は、つきつめれば、持株会社と子会社が営む事業に対する二重課税を排除するためであり、グループ会社が営む事業に対する多重課税を排除する観点から一定の配慮をしたものと理解すべきである。

2 持株会社特例の計算式における帳簿価額の解釈

ところで、現行の持株会社特例の計算式によれば、持株会社については、要するに、持株会社の「資本金等の額」に「総資産の帳簿価額」のうち「特定子会社株式の帳簿価額」の占める割合を乗じて計算した金額を持株会社の「資本金等の額」から控除するということになっている。そして、計算式の分母の「総資産の帳簿価額」は、法文上、貸借対照表に計上されている会計上の帳簿価額とされているため（地方税法 72 条の 21 第 5 項 1 号）、分子の「特定子会社株式の帳簿価額」は、当然に、会計上の帳簿価額とされることになる。そして、このことは、次のように、前述の持株会社特例の立法趣旨から説明することができる。

すなわち、仮に「資本金等の額」が 100 であり総資産も 100 である持株会社が 80 の出資を行って「資本金等の額」が 80 である特定子会社を設立し、当該特定子会社において事業を営むとした場合、持株会社が自ら同じ事業を営む場合と比較すると、当該特定子会社に出資した 80 に対する二重課税が生ずることになる。そのため、持株会社の「資本金等の額（100）」に「総資産の帳簿価額（100）」のうち「特定子会社株式の帳簿価額（80）」の占める割合を乗じて計算した金額である $100 \times 80 / 100 = 80$ を、持株会社の「資本金等の額」

から控除することとして、80に対する二重課税を排除しているのである。

このように考えると、持株会社特例の計算式の、分母の帳簿価額と分子の帳簿価額のベースが同一でないとしたならば、総資産のうちに特定子会社株式の占める割合を正確に計算して、二重課税を排除することができないことが分かる。したがって、法文上、分母の帳簿価額が会計上の帳簿価額とされている以上、分子の帳簿価額も会計上の帳簿価額であると解釈すべきである。

もし、分母の帳簿価額が会計上の帳簿価額であるにもかかわらず、分子の帳簿価額は税務上の帳簿価額であるとする、特定子会社株式の帳簿価額について税務上の調整を加えたために、税務上の帳簿価額が会計上の帳簿価額よりも大きい場合は、必然的に二重課税を過剰に排除していることになる²。逆に、税務上の帳簿価額が会計上の帳簿価額よりも小さい場合は、必然的に二重課税が残存してしまうことになる³。いずれにせよ、持株会社と子会社が営む事業に対する二重課税の排除という、持株会社特例の立法趣旨に反する不合理な結果が生じることになる。そして、そのような結果は、シャープ勧告が指摘した事業税の応益課税としての性格にも反するものといえることができる。

3 現行の地方税法通達の不合理性

以上から、持株会社特例の計算式の分子である「特定子会社株式の帳簿価額」は、分母の「総資産の帳簿価額」と同様に、会計上の帳簿価額と解釈されるべきであることがわかる。

ところが、この点について、現行の、地方税法の施行に関する取扱いについて（道府県税関係）第3章第2節（以下「地方税法通達」という。）4の6の8柱書は、「法第72条の21第5項第2号に規定する帳簿価格は税務上の帳簿価格⁴によること。」と定めているが、前述した持株会社特例の立法趣旨に鑑みれば、これは何らかの誤解に基づく記述であるといわなければならない。

前記地方税法通達4の6の8柱書は、外形標準課税が導入された平成15年度税制改正から5年後の、平成20年の通達改正時に追加されたものである⁵。この通達改正の経緯については、必ずしも詳しいことは分からない。そのため、なぜこのような通達改正が行われたかについては、推測の域を出ないが、おそらくは、法人税法において受取配当から控

除される負債利子を計算するための計算式における帳簿価額の考え方を、事業税の持株会社特例についてもそのまま参照したためなのではないかと思われる。

すなわち、法人税法上、(借入金を用いて株式を取得している場合に、利子の損金算入と、配当の益金不算入の二重のメリットを与えるのを防止するために) 益金不算入とされる受取配当から控除される負債利子を計算する目的で、「負債利子の額」に、「総資産の帳簿価額」のうち「株式の帳簿価額」の占める割合を乗じて計算した金額を計算することとされている(法人税法施行令 22 条 1 項及び 2 項)。そして、この計算式の分母の「総資産の帳簿価額」は、法文上、貸借対照表に計上されている会計上の帳簿価額とされているが(法人税法施行令 22 条 1 項 1 号及び 2 項 1 号)、分子の「株式の帳簿価額」は税務上の帳簿価額と解されている。そのため、前記地方税法通達においては、持株会社特例の計算式と法人税法上の控除負債利子の計算式とが形式的に似ていることから、持株会社特例の計算式における分子の帳簿価額も税務上の帳簿価額とすべきものと速断したのではなかろうか(もちろん、これは単なる推測にすぎない)。

もっとも、法人税法上の控除負債利子の計算式においては、株式について会計上評価損益を認識するために会計上の帳簿価額と税務上の帳簿価額に齟齬が生じる場合には、計算式の分母の総資産に含まれる当該株式の帳簿価額を税務上の帳簿価額になるように調整することとされている(法人税法施行令 22 条 1 項 1 号ニ及びへ)。その場合、計算式の分子・分母ともに、当該株式の帳簿価額は税務上の帳簿価額とされ、帳簿価額のベースが一致するため、分子の帳簿価額を税務上の帳簿価額とすることには合理性が認められる⁶。

ところが、事業税の持株会社特例の計算式においては、持株会社が 50% 超の株式を保有する特定子会社株式については、そもそも計算式の分母における帳簿価額調整の対象外とされているため(地方税法施行令 20 条の 2 の 19 第 4 号及び 6 号)、法人税法における場合とは異なり、会計上の帳簿価額と税務上の帳簿価額に齟齬が生じた場合に、計算式の分母の総資産に含まれる特定子会社株式の帳簿価額を税務上の帳簿価額になるように調整する余地はない。したがって、その場合、常に計算式の分母・分子における特定子会社株式の帳簿価額のベースに齟齬が生じることになり、持株会社と子会社が営む事業に対する二重課税(又は二重課税の過剰排除)が生じることになってしまう。

このように、前記地方税法通達 4 の 6 の 8 柱書が「法第 72 条の 21 第 5 項第 2 号に規定する帳簿価格は税務上の帳簿価格によること。」と定めているのは、前述した持株会社特例

の立法趣旨に反する誤りなのではないかと思われ、早急にこの点については是正することが必要なのではないかと考える。

三 資本割の計算における「発行済株式」の解釈

1 地方税法第72条の21第3項第2号の「発行済株式」の数

(1) 「発行済株式」の数の形式的解釈のもたらす不合理性

やや繰り返しになるが、そもそも、法人事業税にいわゆる外形標準課税が導入された趣旨は、前述のように、法人の事業活動の規模に応じて薄く広く負担を求めるという課税負担の公平性の確保にあるとされている⁷。そして、給与等への過重負担を排除するために、当該「事業活動の規模」を示す一つの指標として「資本等の金額」（現行法においては「資本金等の額」。以下、同じ。）を採用したものが、いわゆる「資本割」である。

しかしながら、株式等の保有を通じて子会社の事業活動を「支配」することを目的とする持株会社については、当然のことながら、自らが行う事業活動に比して「資本等の金額」が多額なものとなる場合が多いことから、形式的に「資本等の金額」を課税標準とした場合、事業活動の規模に比して過大な課税負担を生ずる⁸ことになる。

そこで、このような不都合を解消するために、持株会社については、課税標準である「資本等の金額」から、総資産の帳簿価額のうち「特定子会社」の株式等の帳簿価額が占める割合に相当する金額を控除する制度（地方税法第72条の21第3項）が導入されている⁹。

このような法人事業税（外形標準課税）の資本割及び持株会社特例の立法趣旨に鑑みれば、納税者に、その事業活動の規模を超えた、過大な課税負担を負わせることのないよう、持株会社特例の適用対象となり得るところの、子会社の事業活動を「支配」することを目的とする「持株会社」に該当するか否か（即ち、子会社の事業活動を「支配」しているか否か）に関する判断に際しては、慎重且つ公正な対応がされなければならないのではなかろうか。

この点、近年の商法改正及び会社法制定の結果、特に、種類株式を発行している会社においては、その種類株式毎に株式の「出資単位（大きさ）」が異なり得ることに留意する必要がある。すなわち、このように種類株式の種類毎の出資単位に不均衡が生じている状況

下においては、「発行済株式」の形式的・名目的な数は、もはや子会社の事業活動に対する「支配」関係を表章しているものとは言えず、そうであるとすれば、それは、もはや持株会社特例の適用対象となり得るか否かの判断基準としては適切に機能するものでないといえよう。

従って、仮に、上記のような事情を無視して、単純に「発行済株式」の形式的な数のみを基準として持株会社特例の適用の有無を判断するものとするならば、法人の「事業活動の規模」に応じて公平な課税負担を求めるという外形標準課税の本来の趣旨にそぐわないだけでなく、持株会社の「支配」機能に着目して、「事業活動の規模」を超えた過度な課税負担を是正しようとする持株会社特例規定の立法趣旨に反し、不合理な面があることを認めざるを得ない。

(2) 規定の趣旨・目的に照らした「発行済株式」の数の実質解釈

前記のとおり、地方税法第72条の21第3項第2号の「発行済株式」の数の意義につき、その文理のみに基づいた形式的な解釈を行うと、却ってその立法趣旨から逸脱した課税が行われてしまう場合が生ずる。そこで、このような場合、当然のことながら、立法で対応することが本来の道筋であるが、たとえ現行法のままであるとしても、形式的な解釈の結果としてあまりに不合理な結果がもたらされるような場合においては、解釈論の問題として、規定の本来の趣旨・目的に照らして、当該規定を実質的に解釈することも考えられるのではなかろうか。少なくとも、その可能性について検討を加えることが無意味であるとは思われない。

すなわち、前記の持株会社特例の趣旨からすれば、持株会社特例の適用の有無を判断するに当たっては、対象となる法人が子会社の事業活動に対して有する支配力に着目して判断を行うことが考えられる。たとえば、種類株式毎の価値及び出資単位に著しい不均衡がある場合など、「発行済株式」の形式的な数のみでは事業活動に対する支配力を適正に判断することができないような特段の事情が存する場合には、同項の「発行済株式」の数の意義につき、それを単なる形式的な数と解するのではなく、当該規定の趣旨に照らして、「発行済株式」の数の意義を柔軟に解することによって実質的な事業活動に対する「支配」力の有無を判断し、これにより持株会社特例の適用の有無を判断してはどうであろうか。以下では、このような解釈の可能性について考えてみたい。

このように「発行済株式」の数の意義を柔軟に解することは、これを形式的に解することにより生じ得る、納税者の事業規模を超えた過度な課税負担を是正することを可能とし、却って、外形標準課税制度及び持株会社特例が目的としている課税の公平性（課税負担の公平性）の実現に資すると考えられる。

2 地方税法第72条の21第3項第2号の「発行済株式」の数の意義

ここでは、地方税法第72条の21第3項第2号の「発行済株式」の数の意義については、前記のように、外形標準課税である資本割の課税標準に関して持株会社特例を設けた趣旨に照らして実質的に解するとした場合の具体的な考え方について、具体例に即して述べておくこととする。

(1) 「発行済株式」の数を「経済的な出資割合」と解釈すること

持株会社が普通株式と優先株式の2種類の種類株式を発行しているとしよう。この場合、例えばスクイーズ・アウトの実行により、多くの場合に、普通株式（新普通株式）と（無議決権）優先株式の価値及び出資単位は著しく不均衡な状況となり、「発行済株式」の数を形式的にカウントするのみでは、持株会社の子会社の事業活動に対する「支配」関係の有無を適正に判定することはできないこととなるような事態が生じうる。

しかし、このような場合においては、持株会社の事業実態に鑑みれば、むしろ、その保有する資産の大部分は、子会社発行に係る株式で占められ、持株会社は、子会社を支配・管理することのみを目的とする純粋持株会社としての機能を有するに過ぎないといえよう。したがって、そのような場合、当該持株会社は、持株会社特例が、事業活動に比して過大な課税負担になるとして、立法当時からその適用対象として想定していた「持株会社」に該当すると考えても特に問題はないのではなかろうか。

従って、解釈としてはやや強引であるが、そのような場合、たとえば、持株会社の子会社の事業活動に対する「支配」関係を適正に判断し得るように、「発行済株式」の数の意義については、持株会社特例の趣旨に照らして、以下のように、実質的な解釈をする余地があるのではなかろうか。

この点、タックス・ハイブン対策税制における「特定外国子会社等」の判定に関する裁

判例であるが、持株会社特例と同様に子会社の「支配」関係を判定する「発行済株式」の解釈が問題となった事例において、大阪高等裁判所（大阪高判平成5年7月22日判タ855号284頁。上告なく確定。）は、同税制の立法趣旨を、「本来、当該内国法人に配当として分配されるべき子会社の所得について分配を実現させるだけの支配力がありながら、海外子会社に留保所得として蓄積している点を租税回避とみて是正すること」〔傍点と太字は筆者による。以下同じ。〕と解した上で、この趣旨から、「支配関係の有無は形式上、名目上のものではなく、子会社の収益や資産を実質的に支配し得る地位の有無という観点から判定されなければならない」として、同税制における「発行済株式」の解釈に当たり、立法趣旨から実質解釈すべきである旨判示しており、持株会社特例に関する上記見解と同様の思考様式を採用している。

そして、同高裁判決は、上記のタックス・ヘイブン対策税制の趣旨に基づく考慮に加えて、租税特別措置法第66条の6が「発行済株式に限らず、出資金額までも判定の基準に加えていることにかんがみると」、「発行済株式等」とは、「外国関係会社を支配し得る単位化された物的持分としての法的地位を指すものと解するのが相当である」と判示している¹⁰。

したがって、事業税における持株会社特例においても、上記高裁判決で問題となったタックス・ヘイブン対策税制と同様に、会社の「事業活動」に対する「支配」に着目して、その適用の可否を判断することが考えられる。また、租税特別措置法第66条の6と同様、地方税法第72条の21第3項第2号は、「発行済株式に限らず、出資金額までも判定の基準に加えていること」（強調、筆者）に鑑みると、上記高裁判決と同様に、同号の「特定子会社」に該当するか否かの判定に当たっても、同号所定の「発行済株式」を「会社を支配し得る単位化された物的持分としての法的地位」と読み替えて解釈することが考えられる。より、具体的には、上記のとおり、本件のように種類株式を発行する会社においては、種類株式毎に株式の価値及び出資単位が異なることからすれば、「単位化された物的持分としての法的地位」の割合とは、通俗的な意味における法人に対する「経済的な出資割合」と解すべきであるという考え方も、少なくとも理論的には成立し得よう。

なお敷衍するに、法人税法上、「資本金等の額」は種類株式毎に区分されていることから（種類資本金額。法人税法施行令第8条第2項）、この種類資本金額を利用することで、種類株式毎及び株主毎の「経済的な出資割合」を算定し、各株主による出資対象会社の事業

活動に対する「支配」関係を判断することは、実務的にも十分可能であり、上記解釈は、必ずしも非現実的な取扱いを求めるものではないといえるかもしれない。

(2) 優先株式の転換条項を考慮し、転換後の新普通株式を基準とする可能性

上記のように、地方税法第72条の21第3項第2号の「発行済株式」の数の意義については、「経済的な出資割合」と解する考え方も存在しうるが、たとえかかる解釈が採り得ないとしても、たとえば、以下のような解釈を採用することも可能かもしれない。

即ち、優先株式に新普通株式への転換条項（取得請求条項）が付されているような場合、当該条項に従って優先株式が全て転換されると、当該優先株式が、多数の新普通株式に転換されることがある。

ところで、種類株式を発行している株式会社においては、種類株式毎に株式の出資単位（大きさ）が異なる場合が多いため、単純に「発行済株式」の形式的な数のみで、会社の事業活動に対する「支配」関係の有無を判断することはできないといえよう。したがって、例えば、優先株式の新普通株式への転換条項が付されている場合においては、当該優先株式が転換された場合の新普通株式の数を「支配」関係の判断において用いることで、いわば「支配」関係の判断を行う土俵を揃えることができるのではなかろうか。その結果、実質的に同一種類（即ち、同じ「大きさ」ないし「出資単位」）の「発行済株式」の数をを用いることで、むしろ、適正に「支配」関係の判断をなし得るものと考えられる。

このように、適正に「支配」関係の判断を行うために、優先株式に付されている転換条項を考慮して、新普通株式と優先株式を同一の基準（新普通株式の数）に合わせるべく、地方税法第72条の21第3項第2号の「発行済株式」の数の意義を実質的に解釈することも、合理的な解釈なのではないかと考えられる。

(3) 旧普通株式を基準とする可能性

さらに、たとえば、少数株主の締出しのため、スクイーズ・アウト実行前に発行されていた旧普通株式が全部取得条項付種類株式に変更され、それが、全部取得条項付種類株式1株につき多数の新普通株式に、極端な割合で、「転換」されたような場合について考えてみよう。

この場合、仮に株式の種類に拘わらず、「発行済株式」の形式的な数に着目する見解に

立ったとしても、地方税法第72条の21第3項第2号の「特定子会社」の判定においては、「発行済株式」の数は、実質的には旧普通株式であると解し、且つ「発行済株式の総数」もこれを前提として算定することで、当該判定を行うこともありうるかもしれない。

3 まとめ

スクイーズ・アウト実行の結果、発行済普通株式（新普通株式）の数と優先株式の数には大きな差異が生ずる場合がある。かかる状況の下、仮に、「発行済株式」の数の意義を形式的に解釈して、持株会社特例を適用せずに課税するとすれば、かかる課税は、外形標準課税及び持株会社特例を定めた地方税法第72条の21第3項の趣旨に反し、不合理なものとなってしまふであろう。

そもそも、持株会社特例の立法当時には、今日のように株式の出資単位（大きさ）がその株式の種類毎に異なるような事態や多様な種類株式が幅広く利用されることは想定されていなかったのであり、このように想定し得ない状況が生じた場合には、当該規定の本来の趣旨・目的に照らして解釈することが考えられる。従って、「発行済株式」の数の意義を柔軟に解して「特定子会社」の判定を行うべきなのではなかろうか。

おわりに

外形標準課税の資本割は、給与等に対する過重負担をやわらげるために設けられたものであるが、個別具体的な場合における制度設計に多少雑なところがあり、その結果として、いくつかの具体的な問題が発生してきていると考えられる。

持株会社特例は、立法技術上、難しい技術的問題を包含する制度であるが、仮に、今後、外形標準課税の範囲を広げるということであれば、本稿で指摘したような問題点については相応の対応が必要となると思われる。

[注]

- 1 もっとも、それは、現在多くの国で採用されている間接税タイプの附加価値ではなく、企業課税タイプ・直接税タイプの附加価値税であった。
- 2 例えば、特定子会社株式の税務上の帳簿価額が100であるとすると、持株会社の「資本金等の額(100)」に「総資産の帳簿価額(100)」のうちに「特定子会社株式の帳簿価額(100)」の占める割合を乗じて計算した金額である $100 \times 100 / 100 = 100$ を、持株会社の「資本金等の額」から控除することになる。このため、二重課税の対象とされた金額(80)よりも大きい金額(100)を控除してしまうことになり、二重課税の過剰排除が生じる。
- 3 例えば、特定子会社株式の税務上の帳簿価額が60であるとすると、持株会社の「資本金等の額(100)」に「総資産の帳簿価額(100)」のうちに「特定子会社株式の帳簿価額(60)」の占める割合を乗じて計算した金額である $100 \times 60 / 100 = 60$ を、持株会社の「資本金等の額」から控除することになる。このため、二重課税の対象とされた金額(80)よりも小さい金額(60)しか控除できないことになり、 $80 - 60 = 20$ に対する二重課税が残存してしまう。
- 4 原文のまま。
- 5 追加された当時は、4の6の7柱書であった。
- 6 なお、株式について会計上の帳簿価額と税務上の帳簿価額に齟齬が生じているにもかかわらず、控除負債利子の計算式における分母の総資産に含まれる株式が税務上の帳簿価額になるように調整されない場合には、法人税法上は、解釈により柔軟に調整する取扱いが認められている。石田昌朗「持株会社における受取配当等の益金不算入の計算における控除する負債利子等の額の計算」『国税速報』6118号(2010年5月)6頁参照。
- 7 柴崎澄哉ほか『平成15年版改正税法のすべて』(大蔵財務協会、2003年)756頁。
- 8 前掲・柴崎760頁。
- 9 旧税制調査会では、資本金の額を課税標準とする外形標準課税を導入した場合に、子会社の管理だけの機能を持っている持株会社について、資本金の額を外形標準の受益の尺度である事業活動規模として捉えられるのか疑問がある旨の指摘がなされ(平成14年10月29日開催の旧税制調査会第32回総会議事録所掲の室町特別委員・中里特別委員発言)、総資産に占める子会社の持株の割合が一定程度のものについての対策を講じるとの方向が示されている(同所掲の木内都道府県税課長発言)。
- 10 国税不服審判所裁決平成13年12月21日(裁決事例集No.62 293頁)も同旨。

(なお、本橋執筆後に、東京地裁平成26年2月28日判決、及び、東京高裁平成26年7月18日判決が出されたが、本稿ではふれていない。)

国外源泉所得の受け皿規定

増 井 良 啓

目 次

- I はじめに
- II 平成 26 年度税制改正による「国外源泉所得」の概念の積極的な定義
- III 日本の租税条約との対応関係
- IV 日本法の変遷——日米租税条約との関係を中心に

I はじめに

平成 26 年度税制改正は、外国税額控除における「国外源泉所得」の概念を積極的に定義した。同時に、「国外源泉所得」の意義に関して、租税条約と国内法の相互関係を明確にするための受け皿規定を法律に設けている。

本稿では、この受け皿規定に注目し、改正の意義を検討する。II で、A「課税権分配条項の受け皿規定（法人税法 69 条 4 項 15 号）」と B「源泉読み替えの受け皿規定（法人税法 69 条 7 項）」のふたつの基本的類型があることを指摘し、相互の関係を整理する。III で、ふたつの受け皿規定と租税条約との対応関係に論を進め、租税条約相手国と日本国の間の所得源泉の認定をめぐるミスマッチをいかに防止できるかを示す。IV で、視野を拡大し、改正に至るまでの日本法の変遷を、日米租税条約の規定との関係を中心にして、簡単にあとづける（IV）。

本稿の基準時は 2016 年 1 月 1 日である。法人税法 69 条に関する平成 26 年度税制改正はこの時点では未だ施行されていない。しかし以下、法令引用は特に断らない限り同改正を反映した規定による。

II 平成 26 年度税制改正による「国外源泉所得」の概念の積極的な定義

1 外国税額控除の改正

平成 26 年度税制改正は、国際課税の基本原則を帰属主義に改め、「承認された OECD アプローチ」を先進的な形で盛り込んだ¹。同時に、外国税額控除について、重要な改正を行った。まず、居住者・内国法人の外国税額控除について、「国外源泉所得」の概念を積極的に定義した（所税 95 条 4 項、法税 69 条 4 項）。また、恒久的施設を有する非居住者・外国法人について外国税額控除を創設し²、そこでも「国外源泉所得」の概念を積極的に定義した（所税 165 条の 6 第 4 項、法税 144 条の 2 第 4 項）。本稿では、このうち、内国法人の外国税額控除を念頭において検討する。

内国法人が外国政府に外国法人税を納付する場合、控除限度額の枠内で外国税額控除を利用できる（法税 69 条 1 項）。控除限度額を定める算式において重要な役目を果たすのが国外源泉所得の概念である（法税令 141 条の 2 第 1 項）。平成 26 年度税制改正は、この国外源泉所得について、「国内源泉所得以外の所得」と定義する従来のやり方に代えて、これを積極的に定義することとした（法税 69 条 4 項）。その趣旨について、立案担当者は次のように述べている³。

「内国法人の外国税額控除に係る控除限度額の計算における国外源泉所得は、外国法人課税における国内源泉所得の概念を借用し、この国内源泉所得の範囲を明らかにすることにより、その反対概念としての国外源泉所得をとらえ、国内源泉所得以外の所得をいうこととされてきました（旧法 69 ①、旧法令 142 ③）。

今回の改正により国内源泉所得である国内事業所得の範囲が恒久的施設帰属所得とされることから、国外源泉所得である国外事業所得についても同様に国外事業所等帰属所得として積極的に定義した上で内部取引の認識や移転価格課税に相当する調整を行うことが適当と考えられ、また、『国内源泉所得以外の所得』という規定の下での国外源泉所得の範囲に不明確さがあったことから、国外源泉所得の範囲について『国内源泉所得以外の所得』という規定の仕方を改め、積極的に『国外源泉所得』を定義することとされました（法 69 ④）。」

こうして、国外源泉所得は、16 種類に区分して定められた（法税 69 条 4 項 1 号から 16 号）。16 の区分のうち、中心的な位置を占めるのが、国外事業所等帰属所得である（同項 1 号）。国外事業所等帰属所得に該当する所得は、原則として他の各号所定の所得（同項 2 号から 13 号、16 号）には含まれないものとされ（法税 69 条 5 項）、国外事業所等帰属所得への該当性が優先する。これには例外があり、法人税法 69 条 4 項のうち 14 号と 15 号に対しては、1 号の国外事業所等帰属所得の優先が規定されていない。15 号はすぐあとに述べる租税条約の受け皿規定であるから、租税条約の規定との関係で 15 号に該当すれば、1 号に当たるかどうかとは無関係に、国外源泉所得に該当することになる。

2 所得源泉の判定における相手国と日本国との食い違い

さて、所得の源泉をどう判定するかについて、各国の国内法上のルールが食い違うこと

がある。たとえば、日本の法人税法の観点からすると日本に源泉があり、相手国の税制上は当該相手国に源泉がある、といった具合に、所得源泉をめぐる認定のミスマッチが生ずる場合である。所得の源泉に関する各国のルールが統一されておらず、各国でルールの執行機関が異なる以上、このような食い違いが生ずることは現実には避けられない。

所得源泉の判定において相手国と日本国との間でミスマッチがある場合、外国税額控除の適用に支障が出てくる。いま、日本の内国法人が相手国に進出して所得を稼得し、相手国の課税を受ける例で考えてみよう。日本の法人税法上、外国税額控除には控除限度額があり、その上限を決める要素となるのが当期の「国外源泉所得」の金額である。そのため、相手国が自国内に源泉のある所得であると判定して課税を行い、同一の所得につき日本国が「国外源泉所得」にあたらないと判定すれば、外国税額控除の限度額が縮減され、その分だけ国際的²二重課税を排除できないことになる。

このような結果を避けるためには、日本国と相手国の当局が話し合っ³て、当該所得の源泉地がどこであるかについて、共通の見解に至ることができればよい。そのための法的ツールが、二国間租税条約である。租税条約は、所得の種類に応じて、相手国が源泉地国として課税できるか否かを定める。また、相手国が条約に従って課税する場合に、日本国が居住地国として外国税額控除を行うことで、国際的²二重課税を排除することを定める。具体的案件について条約の規定に適合しない課税が問題になる場合、権限のある当局間の相互協議により、解決に至るよう努力するための手続も設けている。

このようにして、租税条約の定めが日本の国内法としての外国税額控除と接点をもつことになる。

3 租税条約と国内法の関係を取り持つ受け皿規定

(1) 2つの受け皿規定

この観点から注目すべきは、租税条約との関係を意識して、法人税法がいくつかの受け皿規定を設けてきたことである。このような受け皿規定の変遷はIVで後述するが、平成26年度税制改正はこれを国外源泉所得との関係で整備した。改正後の法人税法69条において、国外源泉所得に関して租税条約のルールを国内法上受け止めるための受け皿規定としては、特に2つの規定が基本的である。

(2) 法人税法 69 条 4 項 15 号

第 1 の基本的な受け皿規定は、法人税法 69 条 4 項 15 号である。この規定は、次のものを国外源泉所得としている（下線は増井による。以下同じ）。

「第 139 条第 1 項（租税条約に異なる定めがある場合の国内源泉所得）に規定する租税条約（以下この号及び第 7 項から第 9 項までにおいて『租税条約』という。）の規定により当該租税条約の我が国以外の締約国又は締約者（第 8 項及び第 9 項において『相手国等』という。）において租税を課することができることとされる所得のうち政令で定めるもの」

この規定は、内国法人が租税条約相手国で所得を稼得する場合を念頭に置いている。そして、下線を引いた部分からわかるように、租税条約の規定によって相手国等において「租税を課することができることとされる所得」を国外源泉所得としている。ここに「政令で定めるもの」は、「同号に規定する相手国等において外国法人税が課される所得」のことである（法税令 145 条の 12）。それゆえ、相手国等において租税を課することを当該租税条約が許容しており、かつ、相手国等の国内法で外国法人税が課される所得が、15 号にいう国外源泉所得に該当することになる。

ここで、租税条約の規定によって「租税を課することができることとされる」という表現は、Ⅲ 3 で後述するように、課税権を締約国間に分配するルール、すなわち分配ルール（distributive rule）のことを意味している。そこで、この受け皿規定のことを、本稿では以下、A「課税権分配条項の受け皿規定」と呼ぶことにしよう。

(3) 法人税法 69 条 7 項

これに対し、第 2 の基本的な受け皿規定は、法人税法 69 条 7 項である。この規定は、次のように定めている。

「租税条約において国外源泉所得（第 1 項に規定する国外源泉所得をいう。以下この項において同じ。）につき前 3 項の規定と異なる定めがある場合には、その租税条約の適用を受ける内国法人については、これらの規定にかかわらず、国外源泉所得は、その異なる定めがある限りにおいて、その租税条約に定めるところによる。」

この規定は、内国法人が租税条約相手国で所得を稼得する場合を念頭に置いた規定である。下線を付した箇所が示すように、国外源泉所得について租税条約が日本の国内法と異なる定めをおく場合に、この規定が働く。そしてその場合、租税条約上の所得源泉ルール

が国内法に優先することを定めている。従って、法人税法 69 条 4 項から 6 項までの定めによれば国外源泉所得に当たらない場合であっても、租税条約の異なる定めが適用される結果として、国外源泉所得に当たる結果になることがある。逆に、法人税法 69 条 4 項から 6 項までの定めによれば国外源泉所得に当たる場合であっても、租税条約の異なる定めが適用される結果として、国外源泉所得に当たらない結果になることも、この規定の文理上は排除されていない。

ここで、租税条約において国外源泉所得につき「異なる定めがある場合」というのは、租税条約において所得の源泉（source）について定めがある場合のことを意味する。そのような場合、法人税法 69 条 4 項から 6 項までの定めではなく、租税条約上の異なる定めを読み替えて、国外源泉所得に当たるかどうかを判定する。この受け皿規定のことを、本稿では以下、B「源泉読み替えの受け皿規定」ということにする。

(4) 両者の関係

以上をまとめると、次のようになる。

- ・ A「課税権分配条項の受け皿規定」法人税法 69 条 4 項 15 号
- ・ B「源泉読み替えの受け皿規定」法人税法 69 条 7 項

それでは、両者の適用関係は、どのように考えるべきか。この点については、規定の次の表現が重要な指針を示している。すなわち、B「源泉読み替えの受け皿規定」は、「租税条約において国外源泉所得……につき前 3 項の規定と異なる定めがある場合（法税 69 条 7 項）」に適用される。そして、ここにいう「前 3 項の規定」には、A「課税権分配条項の受け皿規定」（法税 69 条 4 項 15 号）が含まれる。それゆえ、B の受け皿規定は、A の受け皿規定による国外源泉所得の定めと「異なる定め」がある場合について適用される、という関係にある。

ほとんどの場合、課税権分配条項の受け皿規定による定めは、条約上の国外源泉所得に関する定めと一致するであろう。相手国に租税を課することを許容するというときには、その国に所得の源泉がある場合が通常である。租税条約が源泉地国に課税権を配分している以上、所得源泉に関する当該条約上の定めがそれと「異なる定め」を置くという状況は、にわかには想定しがたい。

こうして、A「課税権分配条項の受け皿規定」が働いて国外源泉所得とされることにな

ると、すでにその段階で相手国と日本国との間の源泉をめぐるミスマッチは解消する。そして、その結果は、B「源泉読み替えの受け皿規定」と異なることがほとんどであろう⁴。

(5) 以下の叙述の目標

以下では、これら2つの受け皿規定、すなわち「課税権分配条項の受け皿規定」と「源泉読み替えの受け皿規定」が、日本の租税条約のいずれに対応し、どのように機能するかを見ていくことにする。

4 補説・その他の受け皿規定

なお、本稿では検討の対象としないが、租税条約との相互関係について定める他の受け皿規定として、平成26年度税制改正は、法人税法69条8項と9項を設けた。

- ・ 法人税法69条8項。2010年OECDモデル租税条約7条に準拠する「新型」の事業所得条項ではなく、無形資産の内部使用料と金融機関以外の一般事業会社の内部利子を認識しない「旧型」の事業所得条項が適用される場合を念頭に置いて、その場合には旧型条約のルールが法人税法69条4項1号のルールを上書きすることを定める。
- ・ 法人税法69条9項。内国法人の国外事業所等が単純購入非課税の定めのある租税条約の相手国に所在する場合、法人税法69条4項1号の恒久的施設帰属所得に関し、単純購入非課税の扱いとする規定である。

これらは実務上重要である。なぜなら、現在のところ、日本国の締結した租税条約のほとんどが2010年OECDモデル租税条約7条に準拠した「新型」の事業所得条項を有しておらず、限定的な範囲でのみ内部取引を認識したり、単純購入非課税の定めを置いたりしているからである。これらの受け皿規定については、「承認されたOECDアプローチ」をめぐる国際的動向を踏まえ、別途の検討を要する⁵。

ちなみに、これも本稿の範囲外になるが、恒久的施設を有する外国法人に関する外国税額控除についても、一言しておく。恒久的施設を有する外国法人に関する受け皿規定は、以上に述べた内国法人に関する受け皿規定と比較すると、次の点で規定振りが異なってい

る。内国法人についての A「課税権分配条項の受け皿規定」(法税 69 条 4 項 15 号)に相当する規定や、法人税法 69 条 8 項と 9 項に相当する規定は、恒久的施設を有する外国法人に関する外国税額控除については、存在しない。準用されているのは、内国法人についての B「源泉読み替えの受け皿規定」(法税 69 条 7 項)に相当する受け皿規定のみである(法税 144 条の 2 第 5 項)。

Ⅲ 日本の租税条約例との対応関係

1 租税条約上の二重課税排除条項

日本国の締結した二国間租税条約は、情報交換を主目的とする協定を除けば、例外なく二重課税排除条項を有している。これらの二重課税排除条項は、①日本国が居住地国として二重課税を排除する場合と、②相手国が居住地国として二重課税を排除する場合の両方について定めている。①日本側については OECD モデル租税条約 23 B 条に準拠しており、②相手国側については同 23 A 条か 23 B 条のいずれかに準拠している。

租税条約上の二重課税排除条項の細かな規定ぶりには、いくつかのバリエーションがある。それは、次の事情を反映している。条約締結相手国の中には、国外所得免除方式を採用している国もあれば、外国税額控除方式を採用している国もある。また、条約交渉における相手国は、所得の源泉について明示的な規定を盛り込むことを主張するかもしれないし、そのような規定の挿入に消極的であるかもしれない。このような事情を反映して、二重課税排除条項の規定振りは、必ずしも一様ではない。

以下では、①日本国が居住地国として外国税額控除を行う場合にひとまず視野を限定した上で、日本の租税条約例を通覧してみよう。その場合、租税条約の二重課税排除条項における国外源泉所得に関する規定の仕方は、いくつかのパターンに分かれる。ここでは、分類の基準として、Ⅱで述べた 2 つの受け皿規定のいずれに対応するか、という観点から検討する。叙述の便宜上、先に B「源泉読み替えの受け皿規定」に対応する条約例をみて、しかるのち、A「課税権分配条項の受け皿規定」に対応する条約例をみる。

なお、ここでの叙述は、所得源泉に関する租税条約の特定の規定が国内法上直接適用可能であって、当該規定との関係では受け皿規定が単なる確認的規定であるという可能性を

排除するものではない。確認的規定であれ、創設的規定であれ、条約の定めを優先することでミスマッチを解消するという結論に至る道筋を示すことが、本稿の課題である。条約の直接適用可能性の論点については、受け皿規定が十分に整備されていなかった平成 23 年改正以前の法状態について IV で述べる際に、簡単に言及する。

2 「源泉読み替えの受け皿規定」に対応する条約例

「源泉読み替えの受け皿規定」（法税 69 条 7 項）に対応する典型例が、租税条約の二重課税排除条項がみなし源泉規定を置く場合である。みなし源泉規定を明記する例は、アメリカ合衆国、アラブ首長国連邦、連合王国、オーストラリア、オランダ、カザフスタン、クウェート、サウジアラビア、スイス、ブルネイ、ポルトガル、香港との間の二国間租税条約である。

たとえば、日米租税条約 23 条 1 は、その最後の文で、「この 1 の規定の適用上、日本国の居住者が受益者である所得でこの条約の規定に従って合衆国において租税を課されるものは、合衆国内の源泉から生じたものとみなす（shall be deemed to arise from sources in the United States）。」と定める。つまり、租税条約が合衆国に課税権を分配しており、条約上の分配ルールに従って合衆国で課税される所得は、合衆国源泉の所得であるとみなすのである。租税条約のこの規定が適用され、「租税条約において国外源泉所得……につき前 3 項の規定と異なる定めがある場合（法税 69 条 7 項）」に該当する場合、租税条約の異なる定めを読み替えて、日本の法人税法上も国外源泉所得に該当するものと判定する。その結果、所得源泉をめぐる日米間のミスマッチは解消されることになる。

2006 年米国モデル租税条約 23 条 3 は、上と同様のみなし源泉規定を有している。その意味で、日米租税条約 23 条 1 の上のみなし源泉規定は、現在の米国の租税条約締結ポリシーに合致している。これに対し、2014 年 OECD モデル租税条約 23 B 条にも、2011 年国連モデル租税条約 23 B 条にも、上記のようなみなし源泉規定が存在しない。

日本の租税条約の二重課税排除条項において、みなし源泉規定を設ける例はむしろ少数である。設ける場合であっても、条約相手国に応じて細かな差異がある。たとえば、日加条約 21 条のそれは片面的であり、日本源泉とみなす規定のみが存在し、カナダ源泉とみなす規定は存在しない。逆に、日スイス条約 23 条は、スイス源泉とみなす規定を置くが、日

本源泉とみなす規定を置いていない。別の意味で包括的なみなし源泉規定が日豪条約 22 条であり、居住地国の外国税額控除との関係で相手国に源泉ありとみなすだけでなく、源泉地国の課税との関係で自国の源泉ありとみなしている。やや特殊な例が日愛条約 24 条 3 であって、アイルランド個人居住者が連合王国内の源泉から取得する所得は、英国で所得税を課税されない場合、アイルランド源泉所得とみなしている。このように、租税条約の上でみなし源泉規定を置くかどうかについては、相手国との交渉によってさまざまなパターンがある。課税権を分配したからといって、自国か相手国に源泉があることを必ずしも明示的に合意したというわけではないのである。

3 「課税権分配条項の受け皿規定」に対応する条約例

「課税権分配条項の受け皿規定」(法税 69 条 4 項 15 号)は、租税条約の二重課税排除条項がみなし源泉規定を置いていなくとも、条約が当該所得に関する課税権を相手国に分配していれば、国外源泉所得と判定する。

たとえば、日印租税条約 23 条には、日米租税条約 23 条 1 のようなみなし源泉規定がない。日印条約 23 条 3(a)は、日本国の居住者が「この条約の規定に従ってインドにおいて租税を課される所得」をインドにおいて取得する場合に、日本国に外国税額控除による救済を与える義務があるとしている。ここで、「この条約の規定に従ってインドにおいて租税を課される所得」は、日印条約 6 条から 22 条までに分類されている。その一例として、日印条約 13 条の譲渡収益についていえば、各項に定める不動産 (13 条 1)、恒久的施設 (同 2)、株式 (同 3)、船舶航空機 (同 4) の譲渡によって取得する収益に対して、源泉地国に課税を許容しており、それ以外の譲渡収益については居住地国にのみ排他的に課税権を分配している (同 5)。しかも、日印 13 条のこれらの規定は、所得の源泉について明示的に定めることなく、単に「租税を課することができる」と定めるのみである。

この場合に、法人税法 69 条 4 項 15 号が対応する。すなわち、租税条約の規定によりインドにおいて「租税を課することができることとされる所得」のうち、インドにおいて「外国法人税が課される所得 (法税令 145 条の 12)」が、日本の法人税法との関係で国外源泉所得とされるのである。

より正確に言えば、この例については、上記の「課税権分配条項の受け皿規定」(法税 69

条4項15号)を待つまでもなく、「国外にある資産の譲渡により生ずる所得として政令で定めるもの(法税69条4項3号)」として国外源泉所得にあたる場合がありえよう。政令は、国外にある不動産や、一定割合以上の保有に係る株式について、それらの譲渡益を国外源泉所得としているからである(法税令145条の5)。また、国外事業所等の事業用資産の譲渡益についても、国外事業所等帰属所得(法税69条4項1号)として国外源泉所得にあたる可能性がある。これらの場合には、日印条約の適用を問題にすることなく、日本の法人税法の適用のみで、当該所得が国外源泉所得に該当するという結論を導くことができる。

このことを踏まえて、「課税権分配条項の受け皿規定」が他の規定にはない独自の機能を果たす場合を、上の例に即してより厳密に言い換えれば、次のすべてを充たす場合ということになる。

- ・ 日本の法人税法69条4項に列挙する国外源泉所得(第15号を除く)に該当しない。
- ・ インドの国内法上はインド国内に源泉があるとされ、インドがその所得に対して課税する。
- ・ 租税条約上、みなし源泉規定を欠く二重課税排除条項(日印23条1)があり、源泉に関する定めを明記することなしに課税権をインドに分配する(日印13条)。

日印条約のこの例において、日印の両政府は、所得源泉について条約上の統一的なルールに合意した上で約束を交わしたものではない。しかし、一定の譲渡収益に対する課税権をインドに分配し、その際、所得源泉についてはインドの国内法に委ねたのが、日印条約の13条である。そうであるからこそ、インドとしては、「この条約の規定に従って」租税を課することが条約上許容されている。そして、「この条約の規定に従って」インドが課した租税につき、日本は居住地国として外国税額控除を与えることを約束した。二国間租税条約の規定に示されたこのような状況を上記の「課税権分配条項の受け皿規定」が受け止めて、インド側の見解を受け入れる方向で日印間の所得源泉をめぐる食い違いを解消し、もって国際的二重課税を解消するのである。

4 源泉地国の課税に関する条約上のソースルールの位置づけ

「課税権分配条項の受け皿規定」のルートでいくのか、「源泉読み替えの受け皿規定」の

ルートでいくのか、やや判断に迷う場合がある。判断に迷う場合とは、租税条約の二重課税排除条項にみなし源泉規定がない場合であって、別の条項では所得の源泉が条約上明示されている場合である。

具体例で考えよう。一方で、先述したように、日印租税条約 23 条にはみなし源泉規定がない。他方で、使用料等に関する 12 条 6 の第 1 文は、「使用料及び技術上の役務に対する料金は、その支払者が一方の締約国又は当該一方の締約国の地方政府、地方公共団体若しくは居住者である場合には、当該一方の締約国内において生じたものとされる (shall be deemed to arise)。」と定め、債務者主義によって所得源泉を判定することを明らかにしている。

この場合、「課税権分配条項の受け皿規定」が対応するか、それとも、「源泉読み替えの受け皿規定」が対応するか、考え方が分かれうる。

一方で、「源泉読み替えの受け皿規定」が対応するという説は、次のように考える。法人税法 69 条 4 項 9 号は使用地主義を定めているが、条約は債務者主義を定めている。よって、「国外源泉所得につき前 3 項と異なる定めがある場合 (法税 69 条 7 項)」に該当する。このことは、日印条約 12 条 6 が源泉地国側についての定めであって、居住地国側の定めではないとしても、同様にあてはまる。したがって、国内法上の使用地主義を条約上の債務者主義 (= 「異なる定め」) に読み替えて、国外源泉所得に当たるかどうかを判定する、という考え方である。

他方で、「課税権分配条項の受け皿規定」が対応するという説は、法人税法 69 条 7 項の適用範囲を限定的に読む。規定の文理からすると、同項は、法人税法 69 条 4 項 15 号を含むところの「前 3 項と異なる定めがある場合」についてのみ適用される。したがって、4 項 15 号が適用される場合には、7 項の出る幕はない、と考えるのである。また、別の角度からの限定として、法人税法 69 条 7 項は、租税条約の二重課税排除条項における居住地国側のみなし源泉規定に対応するものであって、日印条約 12 条 6 のような源泉地国側で所得源泉に関する定めには対応していない、と立論することもできる。

この例については、いずれの説をとっても結論は変わらない。もっとも、「異なる定め」という規定の文理や、法人税法の全体において 69 条の置かれた体系的 position (居住地管轄に基づく内国法人課税に関する規定であること) からして、「課税権分配条項の受け皿規定」に対応させることで内外ミスマッチを解消すべきであろう。すなわち、「源泉読み替えの

受け皿規定」である 69 条 7 項は、あくまで、「課税権分配条項の受け皿規定」である 69 条 4 項 15 号と「異なる定め」がある場合にのみ適用されるものと解される。

5 租税条約非締結国との間の関係

このようにして、租税条約締結国との間において、相手国が条約に従って源泉地課税を行っている限り、日本の外国税額控除の適用上、当該所得は国外源泉所得とされ、国際的二重課税の排除に資する結果が得られる。平成 26 年度税制改正は、国外源泉所得の概念を積極的に定義し、しかも、2 段構えで受け皿規定を整備することによって、ミスマッチによる不都合を避けている。

そうなると、外国税額控除との関係で相手国と日本国の間で所得源泉のミスマッチが残るのは、条約非締結国との間の関係ということになる。日本国が二国間租税条約を締結していない国は、実はかなりある。たとえば、カンボジア・ラオス・ミャンマーなどこれからの発展が見込まれる国だけでなく、現在のところ台湾のような先進国もそうである（平成 28 年度税制改正で国内法上手当てをおく予定）。日本企業のこれらの国々への進出にあたって、外国税額控除の働きを円滑にすべきであるというニーズは、一定程度存在するとみてよいだろう。解決のためには、①現地国政府への民間レベルの働きかけ、②マルチ税務行政執行共助条約の情報交換を通じた政府レベルの働きかけ、③開発援助の多国間枠組を通じた働きかけ、④租税条約の新規締結などにより、源泉地の認定をめぐる食い違いを小さくしていく努力が必要である。

IV 日本法の変遷——日米租税条約との関係を中心に

1 視野の拡大

一歩進んで視野を拡大し、この論題に関する日本法の変遷をあとづけてみよう。第二次大戦後の日本の国際課税の発展に大きな影響を与えたのは、日米租税条約である。そこで、日米租税条約との関係を中心に、外国税額控除における所得源泉のミスマッチをどう解決してきたかについて、その変遷をみていくことにする。

2 1954年日米所得税条約と1971年日米租税条約

日本国がはじめて締結した所得税条約は1954年日米所得税条約であり、その13条は所得の源泉について条約上の定めを置いていた⁶。そして、租税条約に所得源泉ルールを置くという規定振りは、1971年日米租税条約に引き継がれた。

1971年日米租税条約6条は、8項目の所得につき条約上の所得源泉ルールを定め、それら以外の所得については各締約国の国内法に委ねた。そして、二重課税排除条項である5条において、日米双方の外国税額控除の適用上、「所得の源泉の決定にあたっては、6条に定める規則を適用する」と定めていた。このように、租税条約上所得源泉ルールを明示した上で、それを外国税額控除との関係でも用いていた。5条と6条をあわせて読むと、この当時から、日米租税条約は、今日のみなし源泉規定に相当するルールを置いていたことになる。

3 米国モデル租税条約の変遷

この点に関する米国モデル租税条約の規定には、やや興味深い変遷がある。1977年モデルや1981年モデルには全面的なみなし源泉規定が含まれていた。ところが、1996年モデルでそれが脱落した。1996年米国モデル租税条約が、1981年モデルの23条(3(a))のみなし源泉規定を取り入れなかったことに対しては、「二重課税問題の解決から一步退いた」とする批判的なコメントが当時からなされていた⁷。その後、2006年米国モデル租税条約で全面的なみなし源泉規定が復活した。

1981年米国モデル租税条約のみなし源泉規定について、日本側では、やや消極的な論評があった。小松芳明教授の1995年の書物は、この規定が、条約上源泉地国で課税された所得は源泉地国で発生したものと取り扱う点が、「きわめて形式的な基準」であると評価していた⁸。そして、「早い者勝ち的な弊害は否定できず、もとより、こうした取扱いを実施に移すに当たっては、相手国との協議が必要となる。」と指摘していた⁹。引用したところからわかるように、やや距離を感じさせる叙述になっている。実際、先に見たように、日本の条約例で、二重課税排除条項にみなし源泉規定を設けるのはむしろ少数であった。引用文において、実施にあたって「相手国との協議が必要となる」というくだりは含蓄が深

く、相互協議や交換公文によるすりあわせを待つてはじめて機能するという趣旨にも読める。もっとも、同じ著者は、「外国税額控除限度額の算定の際の国外所得は、国内法に規定する所得の源泉ルールによるのではなく、本条約第6条に規定する所得の源泉ルールに基づいてその範囲が定められる」と解説していた¹⁰。必ずしもそう明記しているわけではないが、この解説は、日米条約の所得源泉ルールが国内法上直接に適用されることを前提としているように思われる。これが実務上の取扱いであったことは想像に難くないが、十分な証拠は筆者の手元にない。

これに対し、1991年に公表された米国法律家協会の定評ある研究は、租税条約が源泉地国に対して第一次的課税権を分配した所得について、居住地国は一般的に救済を与えるべきであると勧告していた¹¹。注目されることとして、この勧告は、租税条約の規定が明示的に源泉ルールを定めていなくても、居住地国が源泉地国のルールに従うべきであると述べていた¹²。ただし、注意すべき点として、この勧告自身が、既存の米国の実務から一步踏み出る勧告であるというコメントを付している。ここからは、条約上明示的な所得源泉ルールを置かない場合に居住地国が源泉地国の判定を受け入れるという考え方が、既存の米国の実務で確立したものではなく、むしろそこから一步を踏み出す革新的なものであったという事情がうかがえる。

4 2004年日米租税条約23条1のみなし源泉規定

2004年署名の日米租税条約は、所得源泉についてわざわざ独立の条項を設ける従来のやり方に代えて、それぞれの所得について必要に応じて源泉ルールを置く、という方針に切り換えた。そうであっても、二重課税排除条項においてのみなし源泉規定をおく方針に変化はない。すなわち、「この1の規定の適用上、日本国の居住者が受益者である所得でこの条約の規定に従って合衆国において租税を課されるものは、合衆国内の源泉から生じたものとみなす。」と定めている（日米23条1末文）。

こののみなし源泉規定に関して、当時、日本側の条約交渉担当官は、次の例の解決を念頭に置いて、以下のように解説していた¹³。

「たとえば、我が国の法人の米国支店が、我が国の銀行に預金をし、その利子を受け取った場合、当該利子は我が国の国内法上国内源泉所得とされるところ（法法138④）、これに

ついて合衆国は第7条の規定に従い米国支店に帰属する所得として課税することができる。このような場合に生ずる二重課税に対処するため、本条約では、相手国に課税権が認められる所得については、国内法上の取扱いのいかんにかかわらず外国税額控除の対象とすることができるように、合衆国源泉の所得とみなす旨の規定を置くことにした。従って、かかる所得は、法人税法139条ないしは所得税法162条の規定を介し、外国税額控除の控除限度額の計算上、国外所得として取り扱われることとなる。」

簡単に図示すると次のようになる。



この解説の最後の文は、法人税法139条の規定を介して国外所得として取り扱われると述べている。当時の法人税法139条は、国内源泉所得に関する源泉地の置換え規定であり、租税条約上の源泉地に関する定めが当時の法人税法138条の定めと異なる場合、条約上の源泉ルールに置き換える受け皿規定である。平成26年度税制改正前、国外源泉所得は「国内源泉所得以外の所得」という形で消極的に定義されていた。そこで、国内源泉所得に関する国内法の定めが条約上の異なる定め置き換わると、それに伴って「国内源泉所得以外の所得」も条約上の所得源泉ルールに置き換わる、と解釈しているものと思われる。結論としてはこれで差し支えないのであるが、「国内源泉所得以外の所得」に関する置換え規定を法人税法に用意することなしに、国内源泉所得に関する139条の規定を介して置換えを導いているところが、ややわかりにくい。むしろ、日米租税条約23条1末文のみなし源泉規定が直接に適用される帰結として国外所得として取り扱われる、という理由付けによって、同じ結論を導くべきではなかったかと考える。

ちなみに、当時念頭に置かれていたこの例は、平成26年度税制改正により、日米租税条約23条1のみなし源泉規定の適用場面ではなくなった。なぜなら、法人税法は、国外事業所等帰属所得を、国外源泉所得のひとつとして積極的に定義したからである。上の例で、日本法人の米国支店が、邦銀に預金をし、その利子を受け取った場合、当該利子は、国外事業所等に帰属するものとして、国外源泉所得にあたることがほとんどであろう（法税95条4項1号）。そうなると、日本の法人税法上の所得源泉ルールによっても、当該利子は国外源泉所得とされる。つまり、帰属主義への移行に伴って国外源泉所得の定義を整備した

結果、租税条約上のみなし源泉規定の発動を待つまでもなく、この例では日米間のミスマッチが消失したのである。

なお、さらに付言すると、上記の条約交渉担当官による解説は、日米租税条約 23 条 1 のみなし源泉規定は、あくまで日本の外国税額控除の計算上、所得の源泉地国を明らかにするものであると述べている¹⁴。この規定は、そもそも日本の課税上所得として認識しないものを所得として認識する趣旨の規定ではない、というのである。理にかなった考え方であり、同旨は平成 26 年度税制改正後においても同様に妥当する。

5 同時期の米国租税条約締結ポリシー

2004 年日米租税条約 23 条 1 のみなし源泉規定は、この時期に米国の租税条約締結ポリシーが変化しつつある動きを、先取りするものであった。

ニューヨーク州弁護士会租税部会の最近の研究によると、米国の締結した租税条約において、二重課税排除条項の源泉に関する定めは、①条約相手国が課税を許される所得を明示的に相手国源泉とする全面的なみなし源泉規定 (blanket resourcing rule)、②一定の場合にそうする限定的なみなし源泉規定、③外国税額控除を制限する国内法に服する (subject to) 限りでそうするみなし源泉規定に大別される¹⁵。2004 年日米租税条約 23 条は①のタイプに属し、同研究が推奨する①全面的なみなし源泉規定を置く米国の条約例に含まれる。①のタイプの二重課税排除条項を有する米国の他の条約例としては、中国、英国、カナダ、ドイツとの租税条約がある。

そして、先に 3 で述べたように、1996 年米国モデル租税条約では、それまであったみなし源泉規定が脱落していた。その後、2006 年米国モデル租税条約になって、全面的なみなし源泉規定が復活した。

この動きに照らしてみると、2004 年に日米租税条約の署名がされた時点で、同時期の米国モデル租税条約 23 条にはみなし源泉規定が脱落していた。にもかかわらず、日米租税条約 23 条はそれを採用した。そしてその 2 年後になって、2006 年米国モデル租税条約で、全面的なみなし源泉規定が復活したことになる。

6 平成 23 年度税制改正

このように、日米租税条約の二重課税排除条項はみなし源泉規定を置いてきたから、日米間の所得源泉をめぐるミスマッチについては解決の道筋が与えられていた。しかし、このようなみなし源泉規定を持たない租税条約のほうが、日本の条約例の多数であった。この中で、平成 23 年度税制改正は、当時の法人税法施行令 142 条 4 項 3 号を導入し、解決の道筋をつけた。

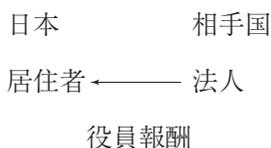
同号は、国外源泉所得に係る所得に該当するかどうかに関するルールであり、次のように定めていた。その後、平成 26 年度税制改正で廃止された規定である。

「法第 139 条（租税条約に異なる定めがある場合の国内源泉所得）に規定する条約（以下この号、第 8 号及び次条第 3 項において「租税条約」という。）の規定により当該租税条約の我が国以外の締約国又は締約者（以下この号、第 8 号及び次条第 3 項において「条約相手国等」という。）において租税を課することができることとされる所得（当該租税条約の規定において法第 69 条第 1 項から第 3 項までの規定による控除をされるべき金額の計算に当たって考慮しないものとされるものを除く。）で当該条約相手国等において外国法人税が課されるものについては、国外源泉所得に係る所得に該当するものとする。」

この規定の趣旨について、立案担当者は次の例をあげて解説している¹⁶。

「例えば、条約相手国等の法人の役員であるわが国の居住者が、わが国で役員としての役務提供を行い、役員報酬を受け取る場合、その役員報酬は、その役員の居住地であるわが国において課税されます。また、……役員報酬につき法人の所在地国において課税を認めた租税条約では、その法人の所在地国である条約相手国等においても、その役員報酬について課税することができます。このような場合に生ずる二重課税については、その役員の居住地国であるわが国において外国税額控除により調整すべきものと考えられます。」

図示しておこう。



つまり、租税条約で相手国に課税を認めた以上、日本国が居住地国としての義務として、外国税額控除を与えるべきである、というポリシーを国内法上採用したのである。

ここで、日米租税条約 23 条 1 のように条約上の二重課税排除条項でみなし源泉規定を明記する場合には、この例の役員報酬は国外源泉所得に該当し、外国税額控除の控除限度額が設定されて二重課税が排除される。ところが、租税条約にそのようなみなし源泉規定（下の引用文では「源泉地の置換え規定」と表現している。）を欠く場合、問題が生ずるといふ¹⁷。いわく、

「源泉地の置換え規定を設けていない租税条約を締結している条約相手国等との間では、国内法上、わが国で役務提供が行われたことに基づいて受けるその役員報酬は『国外源泉所得』に該当しないことから、外国税額控除の控除限度額が設定されず、わが国において外国税額控除を受けることができませんでした。」

そこで、このような状態を克服するために、租税条約で相手国等に課税を認めた所得について、国外源泉所得に該当するものとして外国税額控除の対象とした。これが、立案担当者による説明である。この説明によると、平成 26 年度改正前の法人税法施行令 142 条 4 項 3 号は創設的規定であり、平成 23 年度税制改正以前は国外源泉所得に該当していなかった所得を国外源泉所得にしたものと位置づけられる。

これに対しては、同号を確認的規定と位置づける説が展開されていた¹⁸。この説は、租税条約の解釈として、課税を認めた規定の存在をもって黙示に相手国等に源泉地を定めたものと読み込む。そして、その規定が直接適用されると構成することで、国外源泉所得ありという結果をもたらす。この説においては、平成 26 年度改正前の法人税法施行令 142 条 4 項 3 号は、租税条約が黙示的に定めたことを確認する規定であることになる。この説は平成 26 年度改正前に発表されたものであるが、そのままそっくり、改正後の法人税法 69 条 4 項 15 号についても、同様にして確認的規定であると位置づけることになるものと思われる。

7 平成 26 年度税制改正

このような変遷を経て、平成 26 年度税制改正がなされた。冒頭から何度も述べているように、この改正は、国外源泉所得の概念を積極的に定義し、租税条約との関係では、「課税権分配条項の受け皿規定」と「源泉読み替えの受け皿規定」という二段構えの受け皿規定を整備した。

以上の流れの延長線上に位置づけるならば、「源泉読み替えの受け皿規定」は、従来の国内源泉所得に関する置換え規定（法税 139 条）と類似の規定を、国外源泉所得について新たに設けたものである（法税 69 条 7 項）。そして、「課税権分配条項の受け皿規定」は、平成 26 年度改正前の法人税法施行令 142 条 4 項 3 号を引き継ぐものであって、法人税法本体のレベルで正面から国外源泉所得の定義の中に取り込んだものである（法税 69 条 4 項 15 号）。

こうして、平成 26 年度税制改正後においては、条約相手国が自国に所得源泉ありとして源泉地国として課税する場合、その所得に対する課税を当該条約が許容している限り、日本国は居住地国として外国税額控除を与える際に、その所得を国外源泉所得として扱わなければならない。法人税法 69 条 4 項 15 号が創設的規定であるか確認的規定であるかは、この結論に違いをもたらさない。

その意味で現行法上はほとんどの場合について、理由付けの巧拙の問題にとどまるが、本稿では、2 つの受け皿規定の性質について、次のように考えておきたい。

まず、租税条約の規定が所得源泉を明示している場合、国内法上、それを直接に適用することが可能である。したがって、法人税法 69 条 7 項の「源泉読み替えの受け皿規定」は、かかる租税条約との関係において、条約の明示する所得源泉ルールを確認的に国内法上取り込む性質のものとして解される。この点については、国内源泉所得に関する所得税法 162 条 1 項第 1 文の性質と同様に考えればよい¹⁹。

これに対し、租税条約の規定の文言に所得源泉ルールを明示していない場合には、何らかの理由があつて明示しなかった、あるいは、相手国との交渉で合意ができなかった、などの理由があるかもしれない。そして、所得源泉について条約の規定が明示しない場合には、条約規定の直接適用によって源泉地の置換えができるほどに明確であるといえるかについては、議論の余地がある。そこで、そのような場合についても、条約相手国の源泉ルールを居住地国として受け入れたのが、法人税法 69 条 4 項 15 号の「課税権分配条項の受け皿規定」であると考えられる。すなわち、同号は、租税条約の規定が分配ルールと所得源泉ルールを書き分けていることを前提とした上で、相手国に課税権を分配する所得を国外源泉所得とみなすための創設的規定であると解しておきたい。この解釈は、租税条約の解釈として文理から出発するという基本線²⁰に忠実に、法的安定性を重視するものである。

[注]

- 1 この改正に関する論説は多いが、立案担当者による簡潔な解説として、陣田直也・岡野泰大・安河内誠・山田博志「国際課税原則の帰属主義への見直し」ジュリスト1468号44頁(2014年)。
- 2 増井良啓「支店外国税額控除の設計」トラスト60『金融取引と課税(3)』23頁(2014年)。
- 3 大蔵財務協会『平成26年版改正税法のすべて』756頁(2014)。
- 4 この点については、矢向孝子弁護士から、日豪租税条約の議定書7との関係で、PE帰属所得の場合に本文AとBで結果が異なる場合が想定されるとのご教示をいただいた。その場合、Bの規定の適用範囲を限定解釈して、Aによっていったん国外源泉所得になると判定したら、もはやBを適用して国外源泉所得でなくなる(すなわち外国税額控除の限度額が縮減される)と判定する余地はないと考えるべきかどうかが問題になろう。この点については、Ⅲ4の本文の記述も参照。
- 5 平成26年度税制改正直前における検討として、井上康一＝仲谷栄一郎「租税条約とAOA化後の国内税法の交錯(上)(下)－PEに帰属する所得の算定をめぐる－」国際税務33巻9号126頁、10号110頁(2013年)。AOA導入の簡単な概観として、Yoshihiro Masui, Introduction of AOA into Japan's Domestic Law, Bulletin for International Taxation, Vol.69, No.9, 510 (2015)。
- 6 増井良啓「租税条約の発展－1954年日米所得税条約をめぐる覚書」金子宏編『租税法の発展』139頁(有斐閣、2010年)。
- 7 Richard L. Doernberg and Kees van Raad, The 1996 United States Model Income Tax Convention: Analysis, Commentary and Comparison 193 (Kluwer 1997)。
- 8 小松芳明『逐条研究日米租税条約〔第2版〕』53頁(税務経理協会、1995年)。
- 9 小松・前掲注8・53頁。
- 10 小松・前掲注8・60頁。
- 11 American Law Institute, Federal Income Tax Project, International Aspects of United States Income Taxation II, Proposals of the American Law Institute on United States Income Tax Treaties 235 (ALI, 1991)。
- 12 ALI, supra note 11, at 235。
- 13 浅川雅嗣『コンメンタール改訂日米租税条約』210頁(大蔵財務協会、2005年)。
- 14 浅川・前掲注13・211頁。
- 15 New York State Bar Association Tax Section, Report on Treaty Re-sourcing Rules, Report No. 1313, 2-3 (November 24, 2014)。
- 16 大蔵財務協会『平成23年版改正税法のすべて』499頁(2011年)。
- 17 大蔵財務協会・前掲注16・500頁。
- 18 井上康一＝仲谷栄一郎『第2版租税条約と国内税法の交錯』407頁以下(商事法務、2011年)。
- 19 増井良啓「租税条約におけるプリザベーション条項の意義」税務事例研究102号39頁、57頁(2008年)。
- 20 増井良啓「租税条約の解釈と国内法——文理解釈の基本に立ち戻って」日本租税研究協会『税制改革の課題と国際課税の潮流』4頁(2010年)。

分析道具としてのCBIT・BEITの
理念的モデル

浅 妻 章 如

目 次

- 1 序
- 2 資産投資の所得課税における実現主義と法人所得課税の存在理由
- 3 資産投資の所得課税
 - 3.1 実現時に課税しつつ時価主義と同様の課税結果を達成するための遡及的調整
 - 3.2 毎年擬制的に課税し最後に調整する手法：time value と bet との区別
- 4 投資家・事業体の所得課税：CBIT・BEIT
 - 4.1 debt/equity の区別とその諦め
 - 4.2 Hansen: CBIT 2.0 提案の紹介
 - 4.3 所得課税モデルとしての CBIT 1.9
 - 4.4 消費課税モデルとしての CBIT 2.1 との比較
 - 4.5 Kleinbard: BEIT 提案の紹介
 - 4.6 所得課税モデルとしての BEIT 1.9
 - 4.7 消費課税モデルとしての BEIT 2.1
 - 4.8 補遺：CBIT 1.9 と BEIT 1.9 のモデル比較
 - 4.9 CBIT と BEIT の比較
 - 4.10 補遺：簡略化モデル再掲
- 5 CBIT・BEIT モデルの応用
 - 5.1 これまでの応用
 - 5.2 少しずつ課税し少しずつ basis を調整する課税手法のメリット

1 序

金融所得課税理論及びCBIT・BEIT (comprehensive business income tax・business enterprise income taxation) の発想に魅了され、信託受益権複層化、広告課税、及びGoogle等の租税回避への対策について、応用を試みてきた(または試みている)(第5章)が、紙幅の制約からCBIT・BEITの紹介及びモデル化について簡略化せざるをえなかったため、CBIT・BEITの紹介及び理念的モデル化をすることが本稿の目的である。本稿は、CBITまたはBEITを現実の租税制度に導入せよとまで主張するものではない。CBIT・BEITが現実の租税制度に導入されるか未知数であるが、モデル化したCBIT・BEITは少なくとも租税問題に関する分析道具として役立つと期待している。

本稿では、断りのない限り、税引前無リスク収益率(risk free rate of return)を年3%と想定している¹。割引率及びtime value of money(金銭の時間的価値)も同様であると想定している。最判平成22年7月6日民集64巻5号1277頁の事案における年2.54%という利回り²はそこそこ信頼できる値であろうという考えからの想定である。しかし、無リスク収益率の考え方にも様々なものがあり³、年3%の想定が正しいか自信はない。しかし数値があったほうが或る程度の感覚を掴むことに役立つため、とりあえず年3%と想定している。断りのない限り、個人所得税率は40%、事業体税率(法人税率等)を30%と想定する。

本稿の構成は次の通り。第2章で資産投資の所得課税における実現主義の正当化理由と法人所得課税の存在理由が構造的に似ていることを見る。第3章で、資産投資の所得課税に関する実現主義の弊害を矯正する手法を見る。第4章で、株主・会社関係に代表される投資家・事業体関係についてのCBIT・BEITの理念的モデル化を図る。第5章で、CBIT・BEITの理念的モデルの応用について述べる。本稿では「 』』を引用のために用い、【 】を区切りの明確化のために用いる。

2 資産投資の所得課税における実現主義と法人所得課税の存在理由

実現主義の正当化理由と法人所得課税の存在理由は構造的に似ている⁴。前年末に買った土地が今年末に値上がりしたとして、包括的所得概念（所得＝消費＋純資産増加）の理想に照らせば、値上がり益は実現の有無を問わず課税されるべきであるものの、毎年土地の値上がり益を把握することは執行上煩雑・困難であるし、土地を売ったわけではなく現金がないかもしれない土地所有者に所得課税を迫っても納税資金調達の困難が生じる⁵。

同様に、前年末に会社を設立し、当該会社が今年末迄にそれなりに利益を上げた場合、包括的所得概念の理想に照らせば株主に株価上昇という形で潜在的に所得が発生しているが、上場株式はともかく閉鎖会社株式についてまで毎年値上がり益を把握することは執行上煩雑・困難であるし、現金がないかもしれない株主に所得課税を迫っても納税資金調達の困難が生じる。株主への課税は配当受領時または株式譲渡時まで待つ代わりに、会社段階で法人税を課しておくことが、法人所得課税の存在理由となる。

3 資産投資の所得課税

3.1 実現時に課税しつつ時価主義と同様の課税結果を達成するための遡及的調整

本章は、橋本慎一郎論文⁶・Shuldiner 論文⁷等から得た示唆を元にしてている。

前述のように実現主義課税の正当化理由が存在するとはいえ、実現主義課税による弊害も無視しがたい。典型的にはロックイン効果により効率的な資源配分が阻害される⁸。そして、実現主義と同様のタイミングで課税しつつ、時価主義課税と経済的に同様の課税結果を達成する課税方法は既に考案されている。

例えば第4年度末に1万が支払われる債券があるとし、これを第0年度末に $8885 (= 10000 / 1.03^4)$ で購入したとする。単純に実現主義を適用し第4年度末に1万が払われたところで課税するとすると、第4年度末に差額1115の所得が発生し、税率40%の仮定なの

で446を納税し、税引後で669の所得が残る（税引後元利残額は9554となる）。

毎年課税されるとすると、第0年度末8885で買った債券について第1年度末に $8885 \times 0.03 = 267$ の所得が発生し、107を納税し、税引後所得は160となり、第1年度末の税引後元利残額（再投資可能額）は9045となる。同様のことを第4年度末迄繰り返すと $8885 \times 1.018^4 = 9542$ となり、前段落より不利となる。

第0年度末に税引前収益率年3.05%の投資プランを8885で買ったとしても、毎年課税されるとすると $8885 \times (1 + 0.0305 \times 0.6)^4 = 9553$ となり、前々段落より税引前収益率が高くても課税後の結果は不利となる。

第4年度末迄課税のタイミングを遅らせるにしても、毎年課税されるのと同じ課税結果を達成するために、第0年度末に8885のbasisであったものが第4年度末に10000となったという情報から、 $10000 / 8885 = 1.03^4$ という税引前年収益率を算出し、毎年3%の収益が発生したという前提で第4年度末に課税するという擬制的計算手法が考案されている。第1年度末に267の所得が発生したと擬制し、107の納税義務が発生したと擬制し、実際に納税するのが第4年度末であるので、第4年度末に $107 \times 1.03^3 = 117$ の納税義務を課す。同様に、第2年度末に $8885 \times 1.018 \times 0.03 = 271$ の所得が発生したと擬制し、109の納税義務が発生したと擬制し、実際に納税するのが第4年度末であるので、第4年度末に $109 \times 1.03^2 = 115$ の納税義務を課す。同様に、第3年度末に $8885 \times 1.018^2 \times 0.03 = 276$ の所得が発生したと擬制し、110の納税義務が発生したと擬制し、実際に納税するのが第4年度末であるので、第4年度末に $110 \times 1.03 = 114$ の納税義務を課す。同様に、第4年度末に $8885 \times 1.018^3 \times 0.03 = 281$ の所得が発生し112の納税義務が発生する。結局第4年度末に合計 $117 + 115 + 114 + 112 = 458$ の納税義務が発生し、税引後元利残額は9542となるので、前々段落と同様に毎年課税されたのと同様の結果を達成できる。なお、本段落の計算は面倒であるので、 $10000 / 8885 = 1.03^4$ という税引前年収益率を算出したのち、 $8885 \times (1 + 0.03 \times 0.6)^4 = 9542$ が税引後元利残額となるように $10000 - 8885 \times (1 + 0.03 \times 0.6)^4 = 458$ の税負担を第4年度末に課すということによい。

前段落は年単位の複利計算を前提にしているが、月単位・週単位・日単位の複利計算を前提にすることも不可能ではないし、無限分割無限複利計算もできる。 $\ln(10000 / 8885) = 0.11822$ より、 $8885 \times e^{0.11822 \times 0.6} = 9538$ となるように、第4年度末に462の納税義務を課せばよい⁹。無限分割無限複利計算によれば年単位の複利計算よりも税負担が少し重くなる。

3.2 毎年擬制的に課税し最後に調整する手法：time value と bet との 区別

3.1 節では第 0 年度末に買い第 4 年度末に売る場合を念頭に置いていたが、第 1 年度末・第 2 年度末においていつ所得が発生するか分からず政府としては売る時まで課税を待てない¹⁰ということがあるかもしれない。

毎年の時価評価の煩を避けつつある程度の税収を得るために、納税者が毎年税引前無リスク収益率と同等の収益を稼いでいるという前提で課税するという手法が考案されている。税引前無リスク収益率と同等の収益を擬制しておくならば納税者にとって課税繰延は有利にならない。

例えば第 0 年度末に 10000 の資産を買った納税者について、第 1 年度末の時点で当該納税者がいつ幾らの所得を稼ぐか見通しが立たなくとも、とりあえず税引前無リスク収益率相当の 3% の所得（time value of money としての所得、すなわち 300）を稼いだと擬制し、120 の納税義務を課す、ということになる。その代わりに、第 1 年度末に basis を 10000 から 10300 に上げておく。第 2 年度末に例えば 11000 で当該資産を売ったならば、1000 ではなく調整後 basis との差額 700 を第 2 年度の所得とし、280 の税を課せばよい。より正確には、第 2 年度末にも $10300 \times 0.03 = 309$ の所得（time value of money としての所得）を擬制し、11000 と 10609 との差額 391 を bet（博打）に係る所得として考えればよい。

第 0 年度末に 10000 の資産を買った納税者が、第 5 年度末に 15000 で当該資産を売った場合、第 1 年度末から第 4 年度末に毎年 3% の収益を擬制して課税し、 $15000 - 10000 \times 1.03^4 = 3745$ を第 5 年度末の所得として課税すればよい（或いは、第 5 年度末の time value of money の所得として $10000 \times (1.03^5 - 1.03^4) = 338$ を、bet の所得として $15000 - 10000 \times 1.03^5 = 3407$ を認識し課税するといってもよい）。

3.1 節及び本節の計算手法は、資産の値上がり益（または値下がり損）課税についてのみならず、株主・会社の関係（より一般的には投資家・事業体の関係）における課税についても、応用できる。

4 投資家・事業体の所得課税：CBIT・BEIT

4.1 debt/equity の区別とその諦め

会社が株主に配当 (equity) を支払っても会社の所得計算上控除が認められない一方、会社が社債権者・銀行等の貸付人に利子 (debt) を支払うと会社の所得計算上控除が認められるという debt/equity の区別が一般的である¹¹。しかし、なぜこうした区別があるのかについて、「法人を自然人になぞらえ」る見方以外、理由は見えてこない¹²。そして、近時の学説においては、debt/equity の区別によらず、time value/bet の区別による課税手法の考察が主流といえる¹³。

アメリカ財務省¹⁴が提案した CBIT は、debt/equity の区別を諦め、debt についても支払利子の損金算入を認めず、代わりに配当・利子受領者の手元で課税しないとするものである。また、法人形態のみならず組合や信託や個人事業も含めた事業体を（法人税の……事業体税のというべきか）課税対象とする。Hasen¹⁵が提案した CBIT 2.0 は元々の CBIT の改善を図っており、配当・利子受領者の手元でも少し（個人所得税率と事業体税率の差）課税するというものである。debt を equity 側に揃える発想といえる。

equity を debt 側に揃える発想として、ACE は、支払配当の損金算入（但し time value 相当分）を認めるというものである¹⁶。Kleinbard が提案した BEIT¹⁷は、投資家個人が事業体（やはり法人形態のみならず組合や信託や個人事業も含める）を通じて得る利益を normal return（通常収益。time value に相当）と extraordinary return（超過収益。bet 損益に相当）に区分し、time value 部分を個人段階課税とし、bet 部分を事業体段階課税とし、事業体は debt/equity の区別に拠らず time value 部分を控除することが認められる（CO-CA：cost of capital allowance）とするものである。

4.2 Hasen: CBIT 2.0 提案の紹介¹⁸

事業体税率 30%、個人所得税率 40%とする。事業体（法人、組合、信託、個人事業者を含む）が第 1 年度末に税引前利益 14,286 を稼いだとする。事業体段階で 4286 を納税する。

第 1 年度末に事業体が所有者（debt/equity の区別をしないので株主・社債権者を区別し

ない) たる投資家個人に事業体段階税引後の1万を分配したとすると、投資家個人段階で1429の追加課税($1 - 1 \div 0.7 \times 0.6 = 14.29\%$)が発生する¹⁹。投資家が投資家段階税引後8571を税引前無リスク収益率年3%の年複利で3年間運用すると、第4年度末に $8571 \times 1.018^3 = 9042$ となる。

第1年度末に事業体が分配せず、課税繰延戦略をとるとする。第4年度末に事業体段階で $1万 \times 1.021^3 = 10,643$ となり、これを投資家に分配した際に投資家に14.29%の追加課税をすると、 $10,643 \times 0.8571 = 9122$ となり、即時分配(前段落)より有利となるという問題が生ずる。

CBIT 2.0は、投資家が1年以内に事業体に再投資した場合、投資家段階の控除を認めることで、課税繰延モデルと同等扱いにすることを目指す。実質的にtime valueへの課税がなくなり、所得課税ではなく消費課税となるという(但し次節参照)。

4.3 所得課税モデルとしてのCBIT 1.9

無制限の投資額即時控除が消費課税となるところ、CBIT 2.0は控除に1年以内の再投資という制限を付すため、Hasen自身はCBIT 2.0を消費課税と位置付けているものの、正確には所得課税と消費課税の折衷と位置付けるべきであろう。理念的整理のため、CBIT 2.0より所得課税に近いモデルをCBIT 1.9と呼び、CBIT 2.0より消費課税に近いモデルをCBIT 2.1と呼ぶことにする。

time valueとbetに区分する考え方を参照しつつ、個人所得税率40%と、事業体税率30%と、time valueとしての税引前無リスク収益率(年3%)と、【初期投資額】と【投資持分処分価格²⁰】の情報だけで課税関係を考えられるようなモデルを考える。後述の通り、所得課税のためには、分配がなくても第1年度末に投資家に所得の発生を擬制することが理想であるが²¹、事業体から分配される前は投資家には分からないかもしれない。投資家には分からないというよりも、(投資家には分かるかもしれないが)【投資家に課税しようとする課税庁が正確な情報を把握できない】といった方がよいかもしれない。CBIT 1.9モデルとして第4年度末課税における遡及的調整を考える。

CBIT 1.9 即時解散モデル——投資家個人が第0年度末に333,333を投資し、第1年度末

に事業体が税引前利益 14,286（無リスク収益より 4286 多い）を稼ぎ、第 1 年度末に事業体が解散したとする（第 1 年度末に投資家が投資持分を時価で譲渡した、でもよい）。事業体税引後利益 1 万に投資家段階 14.29% 追加課税をした残額は 8571 となる。第 4 年度末まで無リスク運用したとすると税引後残額は $(333,333 + 8571) \times 1.018^3 = 360,702$ となる。

CBIT 1.9 課税繰延モデル——第 1 年度末に事業体が解散せず、事業体税引後利益 1 万を事業体元本に足して、343,333 を第 2 年度初から第 4 年度末まで無リスク運用し、第 4 年度末に事業体が解散したとする。事業体段階では $343,333 \times 1.021^3 = 365,421$ となる。事業体が第 1 年度初から第 4 年度末まで無リスク運用したと仮定した額 $333,333 \times 1.021^4 = 362,227$ は time value 部分であり、 $365,421 - 362,227 = 3193$ は bet 部分である。事業体を介さず投資家自身が第 1 年度初から第 4 年度末まで無リスク運用していたならば $333,333 \times 1.018^4 = 357,989$ が税引後残額となっていた筈であるため、事業体を介した本設例の場合 time value 部分について $333,333 \times (1.021^4 - 1.018^4) = 4239$ の追加課税をし、bet 部分について $3193 \times 14.29\% = 456$ の追加課税をする。投資家段階税引後残額は $365,421 - 4239 - 456 = 360,726$ となる。

即時解散モデルは所得課税の徹底であり、参照基準となる。課税繰延モデルは参照基準より 24 有利である。これは個人所得税率より事業体税率が低いために課税繰延が有利となるためである。個人所得税率が 20% の場合、課税繰延モデルの方が 32 不利となる。

第 1 年度事業体税引前利益が 5714（無リスク収益より 4286 少ない）である場合、課税繰延の方が 24 不利となる。個人所得税率が 20% ならば課税繰延の方が 32 有利となる。

CBIT 1.9 課税繰延モデルは、所得課税徹底を志向しているものの、前 2 段落のように参照基準と比べて少し有利不利が発生することは否めない。時価主義が困難という制約下で、事業体段階で bet 益が生じたならば課税繰延戦略をとり、bet 損が生じたならば即時解散戦略をとることが、納税者にとって有利となる（個人所得税率の方が高い場合）という歪みは、完全には除去しがたい。所得課税徹底のためには時価主義（第 1 年度末に投資家段階で事業体段階の利益を把握する）が要請される²²。時価主義が困難という制約下で、CBIT 1.9 は、課税繰延の影響を完全にではないが或る程度除去しようとする試みであると位置付けられる。

4.4 消費課税モデルとしての CBIT 2.1 との比較

CBIT 1.9 として所得課税に近づけるモデルを考えると、投資家が以前 555,555 の前引後賃金を稼ぎ、40% (222,222) の税を納めており、税引後 333,333 を事業体に投資したということになる。

CBIT 2.1 として消費課税に近づけるモデルを考えると、無制限の投資額即時控除を認めることになる。投資家が 333,333 の前引後賃金を稼ぎ、事業体に 333,333 投資したら、別の課税所得から 333,333 が控除されるというモデルになる。別の所得との通算はややこしいので、投資家が 555,555 の税引前賃金を稼ぎ、事業体に 555,555 投資したら、結局課税所得が 0 になると考えてもよい。

CBIT 2.1 では初期投資額が CBIT 1.9 と比べ $1/(1-0.4) = 1.667$ 倍となるという説明でもよい。なお、投資家段階で控除を認めても、事業体段階で time value の控除ができないまま課税され続けるため、time value 部分への課税が完全になくなる訳ではない。CBIT 2.1 は 2.0 より消費課税に近いが、消費課税の徹底とまではいえない。

4.5 Kleinbard: BEIT 提案の紹介

BEIT 提案においては、投資家が事業体（法人、組合、信託、個人事業者を含む）を通じて得る利益を normal return（通常収益）と extraordinary return（超過収益）に区分する²³。本稿では、用語法を揃えるため、通常収益を time value に相当する所得とし、超過収益を bet 損益に相当するとしておく。BEIT は、time value を投資家段階課税とし、bet 損益を事業体段階課税とする。事業体は、debt/equity の区別によらず time value 部分を控除する（COCA: cost of capital allowance）。

全体としては time value を課税ベースに含むため所得課税の体系であるが、事業体段階を見ると time value を控除するため消費課税となると説明される。組織再編税制による課税繰延を廃止し、資産移転時に全て含み損益を認識させるという提案もしている。ロックイン効果の問題が生じそうに一見思えてしまうが、time value の控除が認められるため事業体段階ではロックイン効果は生じない、と説明される。

投資家は debt/equity を問わず毎年 time value 部分を所得として認識し、その分 basis

を毎年引上げ、金融資産（社債であれ株式であれ）売却時に投資家段階の bet 損益を認識し、益は軽減税率（10～15%）課税とし、損は他の所得から控除できるものとする。【実現主義の弊害の矯正】及び【法人税・個人所得税の統合】を同時に達成する課税体系の一つのあり方といえる。

BEIT の国際的適用として、外国直接投資とポートフォリオ投資に分けて論じられている。

アメリカ企業の外国直接投資（FDI: foreign direct investment）については、外国関連会社も含んだ全世界的連結納税（worldwide consolidation）を通じて full inclusion（外国支店・子会社等を通じて得た収益を全て毎年アメリカの課税所得に含める）を達成することを志向している。どこで稼ごうとアメリカでの課税を受けるため移転価格問題が減少する、としている。time value の控除（COCA）を認めるため、利子費用が国内事業に係るものであるか外国事業に係るものであるかの判定が不要となる、としている。

外向きポートフォリオ投資家（outbound foreign portfolio investor）たるアメリカ居住者等（resident and citizen）²⁴は、time value について課税を受けるとする。他方、内向き（inbound）ポートフォリオ投資家たる非居住外国人（non-resident foreigner）は非課税とし、bet 損益がアメリカの事業体段階で課税されるにとどまるとする。

4.6 所得課税モデルとしての BEIT 1.9

Kleinbard 自身は BEIT を全体として所得課税の体系に属する（time value に課税するため）と位置付けているが、理念型を把握するために若干 Kleinbard 自身の提案と異なる計算をする必要が出てくる。そこで、BEIT の発想を CBIT 1.9 モデルに当てはめたものを、元々も BEIT との区別のため、BEIT 1.9 と呼ぶことにする。

BEIT 1.9 課税繰延モデル (bet なし)——理念型を把握するため、bet 損益がないモデルを先に考える。事業体は bet 損益が 0 なので 4 年間非課税²⁵のまま $333,333 \times 1.03^4 = 375,169$ まで増やして解散する。投資家は、第 1～第 4 年度末に順に 10000、10180、10363、10550 の time value 所得を認識する²⁶。投資家の basis は $333,333 \times 1.018^4 = 357,989$ となっているが、第 4 年度末解散に伴う受領分配額 375,169 との差額である 17,180 を所得として認識し

てはいけない。第1～第4年度末の4000、4072、4145、4220の税負担の第4年度末換算の実質的負担は $4000 \times 1.03^3 + 4072 \times 1.03^2 + 4145 \times 1.03 + 4220 = 17,180$ であり、これをbasisに足してから受領分配額との差額を求めるべきであり、 $375,169 - (357,989 + 17,180) = 0$ がbet部分の損益となる。bet損益がないのであるから、【事業体段階での $333,333 \times 1.03^4$ のbasis増】と、【投資家段階での $333,333 \times 1.018^4$ のbasis増に投資家段階租税負担を加算したもの】が釣りあう。

BEIT 1.9 課税繰延モデル (betあり)——第1年度初の事業体の資本等が333,333であり、第1年度末の事業体税引前利益が14,286である場合、COCAとして1万を控除し、事業体の課税所得は4286であり、税額は1286であり、事業体税引後利益13000を事業体元本に足し、事業体段階のbasisに1万を足す²⁷。第2～第4年度に事業体がtime value 同等分を稼いだとすると、第2年度末の税引前利益は $(333,333 + 13000) \times 0.03 = 10390$ となり、COCAは $(333,333 + 10000) \times 0.03 = 10300$ となり、課税所得は90となり、税額は27となり、事業体税引後利益10363を事業体元本に足し、basisに10300を足す。第3年度末の税引前利益は $(333,333 + 13000 + 10363) \times 0.03 = 10701$ となり、COCAは $(333,333 + 10000 + 10300) \times 0.03 = 10609$ となり、課税所得は92となり、税額は28となり、事業体税引後利益10673を事業体元本に足し、basisに10609を足す。第4年度末の税引前利益は $(333,333 + 13000 + 10363 + 10673) \times 0.03 = 11021$ となり、COCAは $(333,333 + 10000 + 10300 + 10609) \times 0.03 = 10927$ となり、課税所得は94となり、税額は28となり、解散して、 $(333,333 + 13000 + 10363 + 10673) + 11021 - 28 = 378,362$ を分配する。

投資家段階では $378,362 - (357,989 + 17,180) = 3193$ がbetに係る益として認識され、事業体税率と個人税率との差14.29%の税を課すとすると²⁸、 $3193 \times 0.1429 = 456$ を納税し、第4年度末の経済実質的な税引後残額は $378,362 - (17,180 + 456) = 360,726$ となり、CBIT 1.9 課税繰延モデルと一致する（代数による計算式は4.8節）。

4.7 消費課税モデルとしてのBEIT 2.1

4.4におけるのと同様、投資家の投資額の控除を認めないものがBEIT 1.9であり、所得課税に近い。一方、投資額の控除を認める（投資額を $1 / (1 - 0.4) = 1.667$ 倍とすることがで

きる) 場合を BEIT 2.1 と呼ぶこととする。こちらは消費課税に近づく。

4.8 補遺：CBIT 1.9 と BEIT 1.9 のモデル比較

念のため代数による計算式を書く。個人所得税率を t_p (40%) とし、事業体税率を t_e (30%) とし、time value としての税引前無リスク収益率 (年 3%) を r とし、time value との差としての bet 部分の収益率を b とし、初期投資額を I とする。

CBIT 1.9 即時解散モデル——投資家個人が第 0 年度末に I を投資し、第 1 年度末に事業体が税引前利益 $I(r+b)$ を稼ぎ、第 1 年度末に事業体が解散したとする。事業体税引後利益 $I(r+b)(1-t_e)$ に投資家段階追加課税 $(1-(1-t_p)/(1-t_e))$ をした残額は $I(r+b)(1-t_p)$ となる。第 4 年度末まで無リスク運用したとすると税引後残額は①となる。

$$\textcircled{1} I\{1+(r+b)(1-t_p)\}\{1+r(1-t_p)\}^3 = I[\{1+r(1-t_p)\}^4 + b(1-t_p)\{1+r(1-t_p)\}^3]$$

CBIT 1.9 課税繰延モデル——第 1 年度末に事業体が解散せず、事業体税引後利益を事業体元本に足して、第 4 年度末まで無リスク収益率と同等の稼ぎを得て、第 4 年度末に事業体が解散したとする。事業体段階では $I\{1+(r+b)(1-t_e)\}\{1+r(1-t_e)\}^3 = I[\{1+r(1-t_e)\}^4 + b(1-t_e)\{1+r(1-t_e)\}^3]$ となる。事業体が第 1 年度初から第 4 年度末まで無リスク運用したと仮定した $I\{1+r(1-t_e)\}^4$ は time value 部分である。差額②は bet 部分である。

$$\textcircled{2} I[\{1+r(1-t_e)\}^4 + b(1-t_e)\{1+r(1-t_e)\}^3] - I\{1+r(1-t_e)\}^4 = Ib(1-t_e)\{1+r(1-t_e)\}^3$$

投資家が第 1 年度初から第 4 年度末まで無リスク運用していたならば $I\{1+r(1-t_p)\}^4$ が税引後残額となっていた筈であり、time value 部分について投資家段階追加課税 $(I[\{1+r(1-t_e)\}^4 - \{1+r(1-t_p)\}^4])$ をした後の残額は③となり、bet 部分について投資家段階追加課税をした後の残額は④となる。

$$\textcircled{3} I\{1+r(1-t_p)\}^4 - I[\{1+r(1-t_e)\}^4 - \{1+r(1-t_p)\}^4] = I\{1+r(1-t_p)\}^3$$

$$\textcircled{4} Ib(1-t_e)\{1+r(1-t_e)\}^3[1 - \{1-(1-t_p)/(1-t_e)\}] = Ib(1-t_p)\{1+r(1-t_e)\}^3$$

比較——即時解散モデルは所得課税の徹底であり、参照基準なる。

課税繰延と即時解散との差は③+④-①=⑤となる。

$$\textcircled{5} Ib(1-t_p) [\{1+r(1-t_e)\}^3 - \{1+r(1-t_p)\}^3]$$

数値を代入すると課税繰延モデルが 24 有利である。

$t_p=20\%$ の場合、課税繰延は 32 不利である。

$b=-1.2858\%$ 、 $t_p=40\%$ を代入すると、課税繰延が 24 不利である。

$b=-1.2858\%$ 、 $t_p=20\%$ を代入すると、課税繰延が 32 有利である。

BEIT の発想を CBIT 1.9 課税繰延モデルに当てはめる（即時解散モデルは CBIT 1.9 と同じである）。

BEIT 1.9 課税繰延モデル ($b=0$)——bet 損益がない ($b=0$) モデルを先に考える。事業体は bet 損益が 0 なので 4 年間非課税のまま⑥まで増やして解散する。

$$\textcircled{6} I(1+r)^4$$

投資家は、第 1～第 4 年度末の第 n 年度末に $I\{1+r(1-t_p)\}^{(n-1)}r$ の time value 所得を認識する。第 4 年度末の投資家の basis は CBIT 1.9 即時解散モデル同様に $I\{1+r(1-t_p)\}^4$ (=③) となっているが、⑥-③が bet 損益ではない。第 1～第 4 年度末の税負担の第 4 年度末換算の実質的負担は⑦である。

$$\begin{aligned} \textcircled{7} & Ir t_p(1+r)^3 + I\{1+r(1-t_p)\} r t_p(1+r)^2 + I\{1+r(1-t_p)\}^2 r t_p(1+r) + I\{1+r(1-t_p)\}^3 r t_p \\ & = Ir t_p [(1+r)^3 + \{1+r(1-t_p)\} (1+r)^2 + \{1+r(1-t_p)\}^2 (1+r) + \{1+r(1-t_p)\}^3] \end{aligned}$$

bet 損益は⑥- (③+⑦) として求める。⑥-③=⑦であり、当然 bet 損益は 0 である。

$$\begin{aligned} \textcircled{6} - \textcircled{3} & I(1+r)^4 - I\{1+r(1-t_p)\}^4 = I(1+r)^4 - I[1 + 4r(1-t_p) + 6r^2(1-t_p)^2 + 4r^3(1-t_p)^3 + r^4(1-t_p)^4] \\ & = I(1+r)^4 - I[(1+r)^4 + 4r\{(1-t_p)-1\} + 6r^2\{(1-t_p)^2-1\} + 4r^3\{(1-t_p)^3-1\} + r^4\{(1-t_p)^4-1\}] \\ & = Ir[4t_p + 6r\{1-(1-t_p)^2\} + 4r^2\{1-(1-t_p)^3\} + r^3\{1-(1-t_p)^4\}] \\ & = Ir t_p [4 + 6r(2-t_p) + 4r^2(3-3t_p+t_p^2) + r^3(4-6t_p+4t_p^2-t_p^3)] \\ & = Ir t_p [(1+3r+3r^2+r^3) + \{1+(2+1-t_p)r + (1+2-2t_p)r^2 + (1-t_p)r^3\} + \{1+(1+2-2t_p)r + (2-2t_p+1-2t_p+t_p^2)r^2 + (1-2t_p+t_p^2)r^3\} + \{1+3(1-t_p)r + 3(1-2t_p+t_p^2)r^2 + (1-3t_p+3t_p^2-t_p^3)r^3\}] \\ & = Ir t_p [(1+r)^3 + \{1+r(1-t_p)\} (1+r)^2 + \{1+r(1-t_p)\}^2 (1+r) + \{1+r(1-t_p)\}^3] = \textcircled{7} \end{aligned}$$

BEIT 1.9 課税繰延モデル ($b \neq 0$)——第1年度末の事業体税引前利益が $I(r+b)$ であり、第2～第4年度に事業体が time value 同等分を稼いだとする。

第1年度末、事業体段階で COCA として Ir を控除し、課税所得は Ib であり、税額は $Ib t_e$ であり、事業体段階税引後利益 ($I\{r+b(1-t_e)\}$) を事業体元本に足し、 Ir を事業体 basis に足す。

第2年度末の税引前利益は $I\{1+r+b(1-t_e)\}r$ となり、COCA は $I(1+r)r$ となり、税額は $Ib(1-t_e)rt_e$ となり、事業体元本は $I\{1+r+b(1-t_e)\}(1+r) - Ib(1-t_e)rt_e = I[(1+r)^2 + b(1-t_e)\{1+r(1-t_e)\}]$ となり、事業体 basis は $I(1+r)^2$ となる。

第3年度末の税額は $I[(1+r)^2 + b(1-t_e)\{1+r(1-t_e)\} - (1+r)^2]rt_e = Ib(1-t_e)\{1+r(1-t_e)\}rt_e$ となり、事業体元本は $I[(1+r)^2 + b(1-t_e)\{1+r(1-t_e)\}](1+r) - Ib(1-t_e)\{1+r(1-t_e)\}rt_e = I[(1+r)^3 + b(1-t_e)\{1+r(1-t_e)\}^2]$ となり、事業体 basis は $I(1+r)^3$ となる。

第4年度末の税額は $I[(1+r)^3 + b(1-t_e)\{1+r(1-t_e)\}^2 - (1+r)^3]rt_e = Ib(1-t_e)\{1+r(1-t_e)\}^2rt_e$ となり、解散して⑧を分配する。

$$\begin{aligned} \text{⑧ } & I[(1+r)^3 + b(1-t_e)\{1+r(1-t_e)\}^2](1+r) - Ib(1-t_e)\{1+r(1-t_e)\}^2rt_e \\ & = I[(1+r)^4 + b(1-t_e)\{1+r(1-t_e)\}^3] \end{aligned}$$

投資家段階では③+⑦=⑥が time value 部分である。bet 損益は⑧-(③+⑦)=⑧-⑥ = $Ib(1-t_e)\{1+r(1-t_e)\}^3 = \text{②}$ となり、CBIT 1.9 の bet 損益と一致し、投資家段階追加課税後の bet 損益は④となる。第4年度末換算の経済実質的な投資家段階租税負担は⑦+(②-④)であるから、経済実質的な残額は⑧-{⑦+(②-④)}であり、⑧-(③+⑦)=②より⑧-⑦-②=③に留意すると、⑧-{⑦+(②-④)}=③+④となり、CBIT 1.9 課税繰延モデルと一致する。

4.9 CBIT と BEIT の比較

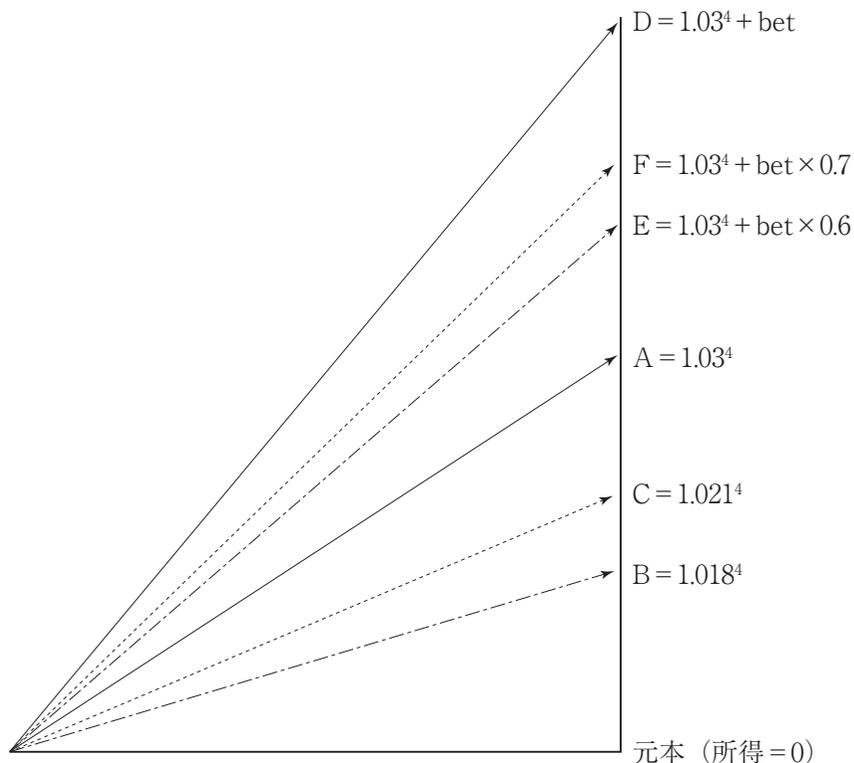
time value 課税の有無で所得課税か消費課税かという軸が形成される²⁹。また、time value について投資家段階課税を優先するか事業体段階課税を優先するかという軸が形成される。元々の BEIT は、事業体段階で time value を控除する点で消費課税的であるが、投資家段階で time value に課税するので、所得課税寄りといえよう。なお、4.5 の BEIT と比べ、4.3 で見た CBIT 1.9 における事業体段階課税と投資家段階課税との調整はやや複雑に

見えるが、4.6 で見たように理想型としての BEIT 1.9 を考えると、4.5 の BEIT は bet に係る益の軽税率課税・損の控除容認という形で簡素化しているにすぎず、理想型として CBIT が BEIT より複雑になるという話ではないことが分かる。

| | 投資家段階課税優先 | 事業体段階課税優先 |
|------|-----------|------------------------|
| 所得課税 | BEIT 1.9 | CBIT 1.9 |
| 消費課税 | BEIT 2.1 | CBIT 2.1 ³⁰ |

4.10 補遺：簡略化モデル再掲

CBIT・BEIT の理想的課税のイメージ図



CBIT・BEIT について簡略化したモデル（浅妻・注 33）を再掲する。

第 0 年度末に 1 を投資して time value のみの収益を稼ぐ場合、課税がなければ 4 年後に図の $A = 1.03^4$ となる。投資家個人が毎年 40% で課税されると、4 年後に $B = 1.018^4$ となる。事業体を通じて投資し毎年 30% で課税されると、4 年後に $C = 1.021^4$ となる。包括的所得概

念に適合的な所得課税の理想としては $B=1.018^4$ が目標となる。

理念型の CBIT として、debt/equity の区別を問わず、A 点と C 点との差額部分 ($1.03^4 - 1.021^4$) が事業体段階で課税される。第 4 年度末に事業体が解散するなどして個人に分配された場合、C 点と B 点との差額部分 ($1.021^4 - 1.018^4$) が個人段階で課税されることが、所得課税の理想である。

理念型の BEIT として、debt/equity の区別を問わず、A 点と C 点との差額部分は事業体段階で課税されない。第 4 年度末に事業体が解散するなどして個人に分配された場合、A 点と B 点との差額部分 ($1.03^4 - 1.018^4$) が個人段階で課税されることが、所得課税の理想である。

次に bet 部分がある場合を考える。図では bet がプラスの益である場合を想定している。課税がなければ $D=1.03^4 + \text{bet}$ となる。所得課税の理想としては、D 点と E 点との差額部分 ($\text{bet} \times 0.4$) を課税すべきである。

bet 部分については、CBIT と BEIT³¹ との差はない。D 点と F 点との差額部分 ($\text{bet} \times 0.3$) が事業体段階で課税され、F 点と E 点との差額部分 ($\text{bet} \times 0.1$) が個人段階で課税されることが、所得課税の理想である。

5 CBIT・BEIT モデルの応用

5.1 これまでの応用

信託受益権の課税について、(CBIT・BEIT の比較ではないが) time value/bet の区別に関する議論を参照しつつ、納税者側からも課税庁側からも操作しにくい課税手法を開発する余地がある、と論じたことがある³²。

広告等の事業活動を念頭に置き、CBIT 1.9 と CBIT 2.1 の比較或いは BEIT 1.9 または BEIT 2.1 の比較を通じて、所得課税型と消費課税型を比較しやすくなる、と論じたことがある³³。

Google 等が採用していると言われる所謂 Double Irish & Dutch Sandwich について、アメリカ法人とアイルランド（またはバミューダ）法人との間の費用分担契約によりアメリカの税源がどのように浸食されているか、CBIT・BEIT の発想を借用することでイメージ

しやすくなる、と論じたことがある³⁴。費用分担契約の租税法の観点からの主な問題は移転価格問題であるが³⁵、仮にアイルランド（またはバミューダ）法人（資金提供者）がアメリカ法人（事業活動遂行者）に arm's length price としての対価を支払っていたとしても、投資家が事業体に出資するモデルと比べると time value 及び bet 損益部分がアメリカの税源から失われること、投資家が事業体に金銭貸付をするモデルと比べても bet 損益部分がアメリカの税源から失われることが、見えてくる。

私は CBIT・BEIT に魅力を感じているが、現実に採用されるかについてはよく分からない。しかし、CBIT・BEIT の紹介だけでなく、その理念型としてのモデルを CBIT 1.9、CBIT 2.1、BEIT 1.9、BEIT 2.1（名称はもっととっつきやすいものにした方が良くもしいれないが）として作っておくことで、time value 部分の課税が問題であるのか bet 損益部分の課税が問題であるのか、また国家間で税源がどのように配分されるべきかといった議論がしやすくなると期待している。

5.2 少しずつ課税し少しずつ basis を調整する課税手法のメリット

time value への課税を確実にする方向への課税手法の開発は、time value 課税・非課税の影響が大きいことを強調する傾向にあった³⁶。しかし、time value そのものはあまり量的に大きくないのではないかと（所得課税と消費課税の理論上の違いは量的にあまり大きくないのではないかと）という研究もある³⁷。それでも本稿が CBIT・BEIT に惹かれるのは、time value が量的に小さいとしても、debt/equity という非効率な線引きと異なり操作しにくい線引きをもたらしてくれるかもしれないことへの期待と、次段落で述べるように操作の誘因を小さくしてくれるかもしれないことへの期待があるからである。

現実に CBIT・BEIT が採用されるか分からないと述べたが、BEIT のように投資家側で time value に相当する見なし所得に少しずつ課税し少しずつ basis 調整をしておくという課税手法は、前節のような理論的探求においてのみならず、現実にも応用可能なのではないかと期待している。なぜなら、少しずつ課税し少しずつ basis を調整しておくことで、実現等のイベント時の課税上の効果が小さくなるからである。また、未実現課税の困難として時価評価の困難と納税資金調達の困難が言われていたが、みなし課税であれば時価評価の困難は回避できるし、納税資金調達の困難も小さくなる。時価評価の困難の代わりに

basis 調整の面倒臭さが入ってくることになるが、ソフトウェアを活用すれば basis 調整計算自体は容易であろう。そして、実現時の課税上の効果が小さくなれば、ロックイン効果を和らげることが期待できる。これは、納税者側から見ても課税庁側から見ても、実現をめぐる操作をする誘因を削ぐことにも繋がる。

また、納税者側の納税申告の誘因よりも還付申告の誘因の方が強いことに着目し、実態より少し多めを狙って見なし課税をしておき、納税者に還付申告させる税制を構築するのがよいのではないか、といった提案もある³⁸。これは中小企業課税を念頭に置いているが、この発想自体は中小企業課税にとどまらず、大企業課税や個人投資家課税にも応用の効く発想であろう。

本節ではメリットばかり述べたが、time value に相当する所得を（見なしとはいえ）どう算出するかという問題は残るし、見なし所得が time value を食い違っていればその隙を突いた租税回避が現れることも防げないであろう。しかし、デメリットが予測できるにしても、現行法のように実現主義課税を原則としてロックイン効果等に振り回されたり実現の有無をめぐる激しく訴訟等で争ったりするよりは、納税者側・課税庁側双方にとって、お互い神経をあまりすり減らさずに済む税制構築に向かっていけるのではないか、という期待がある。

[注]

- 1 Thomas J. Brennan, Perils of Partial Mark-to-Market Taxation (<http://ssrn.com/abstract=2313214>) at 15-16 は無リスク収益率を年 3.5%、株式投資収益率を年 11%としている。
- 2
$$\sum_{i=0}^9 \frac{230}{(1+0.0254)^i} = 2059.88$$
- 3 John R. Brooks II, Taxation, Risk, and Portfolio Choice: The Treatment of Returns to Risk Under a Normative Income Tax, 66 Tax Law Review 255, at 291-293 (2013).
- 4 増井良啓「組織形態の多様化と所得課税」租税法研究 30 号 1 頁以下、12 頁 (2002)、Daniel Shaviro, The Economics of Tax Law (January 1, 2014), in Oxford Handbook of Law and Economics, edited by Francesco Parisi, Forthcoming (<http://ssrn.com/abstract=2380898>) 21 頁以下参照。
- 5 納税者が無リスク収益率と同じ利率で借金することができるならば、納税資金調達の困難は実現主義課税を基礎づける理由とならない。
- 6 橋本慎一郎「OID ルールのデリバティブへの拡張」国家学会雑誌 118 巻 5=6 号 600 頁 (2004)。
- 7 Reed Shuldiner, General Approach to the Taxation of Financial Instruments, 71 Texas Law Review 243 (1992).
- 8 中里実他編著『租税法概説 2 版』120-121 頁 (有斐閣、2015、浅妻章如執筆)。
- 9 Jeff Strnad, Periodicity and Accretion Taxation: Norms and Implementation, 99 Yale Law Journal 1817 (1990); Stephen B. Land, Defeating Deferral: A Proposal for Retrospective Taxation, 52 Tax Law Review 45 (1996). (神山弘行の教示に感謝)
第 0 年度末に 8885 で買った資産が第 4 年度末に 5000 で売却された場合、損失に対する還付を擬制すると、 $\ln(5000 / 8885) = -0.57493$ より、 $8885 \times e^{-0.57493 \times 0.6} = 6293$ となるように、第 4 年度末に 1293 を還付すれば、損益について対称的な扱いとなる。
- 10 国債を発行すればよい筈であるが、国債を無リスク収益率で発行できない危機的な財政状況かもしれない。尤もそこまで危機的な財政状況であれば本稿におけるような理念的モデルに照らした考察など政治的に吹っ飛ぶであろうけれども。
- 11 Cf. The Board of Taxation (Australia), Review of the Debt and Equity Tax Rules (25 March 2014) (http://www.taxboard.gov.au/content/Content.aspx?doc=publications_and_media/media_releases/047.htm).
- 12 吉村政穂「出資者課税——「法人税」という課税方式(二)」法学協会雑誌 120 巻 3 号 508 頁、511 頁以下 (2003) 参照。
- 13 本稿は CBIT・BEIT を紹介するが、より広い考察として、神山弘行「法人課税とリスク」金子宏／中里実／J. マーク・ラムザイヤー編『租税法と市場』321 頁 (有斐閣、2014) 参照。CBIT・ACE (allowance for corporate equity) の対比として Institute for Fiscal Studies, MIRRLEES REVIEW: TAX BY DESIGN (Oxford University Press, 2011) Chapter 17 Taxing Corporate Income; Ruud A. de Mooij & Michael P. Devereux, An applied analysis of ACE and CBIT reforms in the EU, International Tax and Public Finance (2011) 18: 93-120 参照。
- 14 Treasury Department, Report of the Department of the Treasury on Integration of the Individual

- and Corporate Tax Systems: Taxing Business Income Once (1992).
- 15 David Hasen, CBIT 2.0: A Proposal to Address US Business Taxation, 140 Tax Notes 909 (August 26, 2013) 参照。脱稿後、David Hasen, The Reinvestment Deduction: A Modest Proposal to Reform the Taxation of Business Income, 18 Chapman Law Review 49 (2014) に触れた。
 - 16 ベルギー等では ACE が導入されている。校正時にアントワープ控訴審 2016 年 1 月 12 日判決 (2014/AR/1776) (人為的に出資額を増やした場合でも擬制利子控除可とする) の報道に触れた。
 - 17 Edward D. Kleinbard, Designing an Income Tax on Capital, in Aaron, Burman & Steuerle, ed., TAXING CAPITAL INCOME 165-205 (The Urban Institute Press: Washington DC, 2007); Edward D. Kleinbard, Rehabilitating the Business Income Tax, (http://www.hamiltonproject.org/papers/rehabilitating_the_business_income_tax1/) (2007).
 - 18 紹介にあたり数値を変えた。
 - 19 利子・配当を問わず分配受領者段階で課税しないとしていた元々の CBIT とは異なる。
 - 20 CBIT 2.0 は分配受領時に 14.29% の追加課税をしているが、事業体が事業体段階税引後利益を全て分配したか分からないとすると、後述の BEIT 同様、投資家にとっては投資持分 (やはり debt/equity の区別をしないので株式も社債も含む) 処分時に bet 損益を計算する方が容易であろう。
 - 21 未受領期間経過利子計上として法基通 2-1-24 のような考え方もありうる。
 - 22 タックスヘイヴン対策税制 (CFC 税制、外国子会社合算税制ともいう) を、【国内株主・軽課税国法人の関係】のみならず、国内完結の場合も含め【投資家・事業体の関係】一般に適用することが、所得課税徹底の理念型ということである。国際課税・国内課税の対比について 測圭吾「タックス・ヘイヴン対策税制と同族会社の留保金課税の共通性」中里実・太田洋・伊藤剛志・北村導人『タックス・ヘイヴン対策税制のフロンティア』203 頁 (有斐閣、2013) 参照。
 - 23 鈴木将覚・日経新聞 2013 年 11 月 14 日経済教室は、「正常利潤」と「超過利潤」に対する課税の効果の違いとして解説している。
 - 24 アメリカ特有の事情として、アメリカの citizen は非居住者であってもアメリカの全世界所得課税に服する。国籍離脱者について Michael E. Mooney, Leaving on a Jet Plane: The U.S. Tax Consequences of Expatriation, 69 Tax Notes International 1067 (March 18, 2013) (紹介: 一高龍司「悲しみのジェット・プレーン: 米国における国籍離脱の課税上の帰結」租税研究 769 号 190 頁 (2013. 11)) 等参照。citizenship 課税をやめるべきかについて、Michael S. Kirsch, Revisiting the Tax Treatment of Citizens Abroad: Reconciling Principle and Practice, 14 Florida Tax Review 117 (2014) (<http://ssrn.com/abstract=2346458>) 等参照。
 - 25 Kleinbard 提案は、事業体段階の COCA 分の basis up を認めてないが、理念型を把握するため、投資家が time value 分の擬制所得について課税されるならば事業体段階での time value 分への課税は要らないという考え方が当てはまるように basis up を認める。
 - 26 Kleinbard 提案では第 1~第 4 年度末に順に 10000、10300、10609、10927 の time value 所得を認識するとしているが、理念型を掴むため、参照基準としての CBIT 1.9 即時解散モデルに合わせる。
 - 27 bet 損益の有無に関わりなく basis up を前段落の計算と揃える。COCA として 1 万が控除されてい

- るからといって 4286 しか basis up を認めないのでは事業体段階でのその後の COCA が過小に算出されてしまうし、14286 の basis up を認めるとその後の COCA が過大に算出されてしまう。
- 28 Kleinbard 提案では bet 益について 10~15%の軽減課税、bet 損について通常所得からの控除という簡素化された仕組みであった。
- 29 CBIT 1.9 や BEIT 1.9 が投資額の time value 部分に課税することは、投資額を所与とした財産税といえる。
$$Irt_p = I \times 0.03 \times 0.4 = I \times 0.012$$
であり、将来永遠に time value に課税することは
$$\sum_{k=1}^{\infty} \left(\frac{Irt_p}{(1+r)^k} \right) = It_p$$
より投資額 I に対する t_p での課税と等しい。
本稿のモデルは、(初期投資額控除の有無による初期投資額の違いには言及しているものの)消費と貯蓄との選択に税が与える影響を考慮してないので、所与の投資額に対する課税が lump-sum tax (一括税)として作用しているから効率的であるかのような印象を与えてしまう。しかし、投資額に対する課税が貯蓄と消費との選択において非効率をもたらしうることを本稿は否定しようとするものではない。
- 30 支出税 (expenditure tax) や X-Tax も事業体段階で課税し投資家段階で課税しない類型(ただし X-Tax は投資額控除ではなく受領利子等非課税)といえる。中里実他編著『租税法概説 2 版』238-239 頁(有斐閣、2015、神山弘行執筆)参照。累進的消費課税として Daniel N. Shaviro, Replacing the Income Tax With a Progressive Consumption Tax, 103 Tax Notes 91 (April 5, 2004) も参照。
- 31 BEIT は、事業体段階課税において time value 部分だけ控除を認める。
- 32 浅妻章如「信託税制研究：英国事例 (Astall 事件及び Mayes 事件) の紹介と金融所得課税モデルの応用」租税研究 769 号 156-189 頁 (2013.11)。
- 33 浅妻章如「広告と無形資産とタイミングと課税権配分」金子宏/中里実/J. マーク・ラムザイヤー編『租税法と市場』340 頁以下、343 頁 (有斐閣、2014)。
- 34 浅妻章如「Google 等の租税回避の対抗策における移転価格以外の課題」小泉直樹・田村善之編『中山信弘古稀記念論文集 はばたき——21 世紀の知的財産法』1025 頁 (2015、弘文堂)、浅妻章如「知的財産等の移転価格問題と time value of money 等の移転」租税研究 772 号 206-229 頁 (2014.2)。
- 35 本稿は移転価格問題 (arm's length price 算定の問題) が重要でないと言わんとするものではない。
- 36 Strnad・注 9 等。
- 37 増井良啓『租税法入門』165 頁 (有斐閣、2014)、Joseph Bankman & Thomas Griffith, Is the Debate Between an Income Tax and a Consumption Tax a Debate About Risk? Does it Matter?, 47 Tax Law Review 377 (1992)。
- 38 Kathleen DeLaney Thomas, Presumptive Collection: A Prospect Theory Approach to Increasing Small Business Tax Compliance, 67 Tax Law Review 111 (2013) 等を参照し、脱稿後、浅妻章如「信託等を通じた資本所得課税・資産移転課税において納税者・課税当局間の紛争の種・程度を和らげる試み」信託研究奨励金論集 36 号 149 頁 (2015) を書いた。

「みなし相続財産」と信託

渕 圭 吾

目 次

1 はじめに

2 互酬的信託は自益信託か？

* United States v. Estate of Grace, 395 U. S. 316 (1969)

3 信託設定によって移転する財産の範囲はどこまでか？

* United States v. O'Malley, 383 U. S. 627 (1966)

4 受益者指名権または収益に関する権利を留保していると言えるか？

* Unites States v. Byrum, 408 U. S. 125 (1972)

5 若干の考察

1 はじめに

アメリカ合衆国において、信託 (trusts) は家族内の財産承継のための手段として、富裕層によって広く用いられている。信託が広く用いられる理由の一つは、租税制度にある。アメリカの主要な租税として、所得税 (income tax) と遺産税 (estate tax) があるが、信託を利用することで、遺産税の負担を一定程度まで回避することが可能なのである。

日本においては、アメリカと比べると、家族内の財産承継の手段としての信託の利用頻度は低い。それは、おそらく、現在のところ、信託よりも税制上有利な手段、例えば、生命保険、株式会社、従業員持株制度、等が利用可能であることに起因する¹。しかし、日本においても、信託にはそれを使わない場合と比べると節税効果がある。長期的に見れば、日本においても、他の手段が使えなくなった場合に、信託が家族内の財産承継の手段として信託が頻繁に用いられる可能性はある。

一般的に言って、なぜ、租税制度との関係で、信託を用いることは有利なのだろうか。それは、次のような理由による。日本法概念を使って説明すると、税制のうち、個人に対する課税、すなわち所得税及び相続税は、個人の保有する財産の総体や、そこから生じる一定期間における所得に対して、累進税率での課税を行っている²。このため、財産やそこから生じる所得の人的帰属が重要になる³。ところが、信託を利用することによって、信託財産を構成する財産の人的帰属が柔軟ないし曖昧になる。もともと委託者が所有していた財産の所有権が受託者に移転し、受託者は受益者のためにその諸権限を行使する。その際、信託契約の内容によっては、委託者が引き続きなんらかの形で、信託財産を構成する個々の財産、あるいはそこから生じる経済的価値の帰趨について、コントロールを及ぼすことが不可能ではないからである。

もっとも、とにかく相続税の負担を軽減したいのであれば、他にもっと優れた手段がある。推定相続人に対する贈与である。確かに、贈与に対しては、相続税の補完税である贈与税が課税される⁴。しかし、そのことを考慮してもなお、比較的少額の贈与を継続的に行うことが相続税の負担を軽減するための極めて有効な手段である。

贈与ほどの節税効果がないにもかかわらず信託が利用されるのは、贈与の場合と異なり、信託を利用すると、委託者が信託財産へのコントロールを維持したまま、相続税の負担を

軽減することが可能だからである。富裕層の人々は、確かに、相続税の負担を軽減したいと考えている。しかし、彼らは、同時に、少なくとも生きている間は（場合によっては、死んでからも）自分が築き上げた財産の帰趨を自分でコントロールしたいと考えている。信託を使うことによって、相続税との関係で、また、彼自身の債権者との関係では、財産を手放してしまったということにしつつ、実際には、財産を引き続きコントロールすることができるのである。

以上のような事情は日米で共通であるが、アメリカでは、遺産税との関係で、信託の設定を通じた財産移転を税法上は容認しないこととする規定が存在する⁵。委託者が他益信託を設定したとしても、それにより財産が委託者から離れてしまった、と簡単に認めないのである。むしろ、委託者が信託財産へのコントロールを継続している限りにおいて信託財産は委託者の下にとどまっていると、遺産税との関係では、みなされる。そして、委託者の死亡時に、この信託財産も（日本法の用語を用いて言えば）「みなし相続財産」として、相続税の課税対象となるのである。

「みなし相続財産」とされる要件は内国歳入法典で定められている。正確さを犠牲にして大まかに説明すると次のようになる。まず、2035条によれば、被相続人（decedent）死亡前3年以内に贈与された財産は、遺産（gross estate）に含まれるとみなされる⁶。次に、2036条によれば、被相続人が収益（income）を受け取る権利または収益を受け取る者を指名する権利を留保しているような移転の対象となった財産も、遺産に含まれるとみなされる。2037条によれば、信託財産の価値の5パーセントを超える価値を有する復帰権的権利（reversionary interest）を被相続人が有している等の一定の条件を満たした場合に、信託財産の全体が遺産に含まれるとみなされる。2038条によれば、被相続人が設定していた撤回可能信託の信託財産は、遺産に含まれるとみなされる。2039条a項によれば、被相続人がその死亡までは受け取ることができ、それ以降は別の者が受け取ることができるような年金契約にかかる権利も、遺産に含まれるとみなされる。

以上のように、アメリカの内国歳入法典は、信託を利用した家族内の財産承継に対して、信託設定時に贈与税を課すことのみで満足せず、むしろ、「みなし相続財産」に含めることによって遺産税を課そうとしてきた。その理由は、伝統的に、贈与税よりも遺産税の方が精確に被相続人の遺産の価値を把握する租税であったということにある。もっとも、現在ではこれら二つの租税はかなりの程度統合されているから、遺産税の課税にこだわる理由

はないのかもしれない。

さて、「みなし相続財産」としての課税との関係では、個々の信託設定によって、信託財産が委託者の下にとどまっているのか、それとも、(委託者以外の) 受益者に移転してしまっただのか、ということが問題となる。そして、この点に関して、多くの判例が存在する。本稿では、それらを紹介することを通じて、アメリカにおいて信託が家族内での財産承継にどのように使われてきたのか、示してみたい⁷。

2 互酬的信託は自益信託か？

* **United States v. Estate of Grace, 395 U. S. 316 (1969)**

本判決は、遺産税負担回避のために設定されたいわゆる互酬的信託 (reciprocal trust) の信託財産が「みなし相続財産」となる条件を明らかにした、1969年の合衆国最高裁判所の判決である。

大富豪であるジョセフ・グレース (Joseph P. Grace)⁸は、1908年にジャネット (Janet) と結婚し、婚姻中に、彼の財産の一部を妻ジャネットへと移転していた⁹。

1931年12月15日、ジョセフは、次のような内容の信託 (Joseph Grace trust) を設定した。信託財産は、有価証券及び不動産に対する持分である。受託者はジョセフ、彼の甥、及び第三者である。彼らは、信託財産からの収益 (income) を受益者であるジャネットに彼女の生涯にわたって分配することとされており、また、信託財産の元本 (principal) を受託者の多数決によってジャネットに分配することができるとされていた。ジャネットは、彼女の死亡時に残余財産を分配する方法について指図する権限を有していた。1931年12月30日、ジョセフが設定したのと全く同じような内容の、ジャネットを委託者、ジョセフを受益者とする信託が、ジャネットによって設定された (Janet Grace trust)。これらの信託の設定は、1932年から施行される予定の新しい贈与税の適用を避けるために行われた。

ジャネットは1937年に死亡し、Joseph Grace trust は終了した。ジャネットの遺産に関する遺産税の申告において、Janet Grace trust に対して遺産税が課税されるかどうかの問題となったが、別件を含む課税庁との合意により、同信託の55%の価値が遺産に含められるということになった。

ジョセフは、1950年に死亡した。ジョセフの遺産に関する遺産税の申告において、遺言

執行者は、Joseph Grace trust を遺産に含めず、また、Janet Grace trust についてもジョセフは権利取得者指名権 (power of appointment) を有しないという理由で遺産に含めなかった。これに対して、内国歳入庁長官は、両信託はいわゆる互酬的信託であるから、Janet Grace trust については遺産に含まれる、として課税処分を行った。遺言執行者は課税処分に従って約 36 万ドルに利息を加えた額を納税した後、この額についての還付請求訴訟を請求裁判所に提起した。請求裁判所は、遺言執行者の請求を認容した。

最高裁判所 (マーシャル裁判官が法廷意見を執筆) は、原審である請求裁判所の判決を取り消して、課税処分は有効であると判断した。

判決は、「被相続人が生涯権を維持しているような一定の移転済み財産が遺産に含まれる (certain transferred property in which a decedent retain[s] a life interest [i]s to be included in his gross income)」と規定していた 1939 年内国歳入法典 811 条 c 項 1 号 B (現在の内国歳入法典 2036 条) の目的が、「実質的に遺言による移転 (transfers that are essentially testamentary)」を遺産に含めることにあるという。

この規定については、1940 年の合衆国第二巡回区控訴裁判所による Lehman 判決¹⁰に由来する「互酬的信託の法理 (doctrine of reciprocal trusts)」が存在する。同法理によれば、交差的に設定された二つの他益信託は二つの自益信託と認定され、上記規定によりその信託財産が遺産に含まれる。問題は、同法理が適用されるための要件である。Lehman 判決では、二つの信託の設定における因果関係が決定的であるとされていた。本件 (Estate of Grace) の原審 (多数意見) では、二つの信託の間の対価 (consideration) 性が要件とされ、本件ではこの要件は満たされていないと判断されていた。これに対して、原審における反対意見は、多数意見が主観的意図 (subjective intent) に重きを置きすぎていると批判して、二つの信託に関連性がある (interrelated) ならば当事者の主観的意図にかかわらず上記法理の適用を認めるべきであると論じていた。

判決は、原審の多数意見の考え方が Lehman 判決の文言に忠実であることを認めつつも、原審の反対意見に与する。

「当事者の信託設定にあたっての主観的意図を強調することは、とりわけ彼らが同一の家族の構成員である場合には、連邦遺産税法の正しい適用に対する重大な妨げとなる。」

「[当裁判所の先例で示された] これらの観察は互酬的信託の状況に適用される場合にはとりわけ重みを有する、と我々は考える。第一に、主観的意図の探求は、とりわけ家族内

での移転においては、極めて危険である (perilous)。本件は、当事者の死後に 30 年以上前の信託設定時に彼らが何を考えていたのか決定することが、事実上、不可能であることを示している。第二に、このような信託のアレンジメントは、本当は租税回避目的で (for tax-avoidance purposes) 設定された可能性が高い。また、たとえ遺産税回避の動機が存在しなかったとしても、本件での委託者 (the settlor) は、彼の財産を手放すふりをしつつ、真の・客観的意味において経済的利益 (economic interest) を維持していた。最後に、通常一つの家族の構成員であるような信託の委託者たちが他の信託との対価的交換 (a bargained-for-exchange) として信託を設定したと想定することは、現実的ではない。伝統的な法的意味における約因 (consideration) は、このような家族内移転には通常関与しない。」

「このような理由に基づき、我々は、互酬的信託の法理の適用は、それぞれの信託が他方の対価 (a *quid pro quo*) として設定されたという認定に依存しない、と判示する。」「むしろ、我々は、互酬的信託の法理の適用は、[(1)] 両信託が関連していること (that the trusts be interrelated)、及び、[(2)] このアレンジメントが、お互いにとっての価値の限りで、委託者に、自らを生涯受益者とする信託を設定した場合とほぼ同様の経済的地位を与えること (that the arrangement, to the extent of mutual value, leaves the settlors in approximately the same economic position as they would have been in had they created trusts naming themselves as life beneficiary)、という要件のみが必要であると判示する。」

「この基準を本件にあてはめると、Janet Grace trust の財産の価値を連邦遺産税法上、被相続人の遺産に含めなくてはならないことは、明白であると考えられる。二つの信託に関連性があることは争われていない。両信託は条件がほとんど同じであるし、ほとんど同時に設定された。実際、これらは被相続人によって考案され実行された単一の取引 (single transaction) の一部であった。信託における移転が、お互いにとっての価値の限りで、各当事者に以前と同じ客観的な経済的地位を与えたことも、明らかである。実際、夫婦間の移転において予想されるように、各当事者の財産に対する実質的な地位は全く変わらなかったようである。移転された諸財産が性質において異なっているということは、応答とは言えない。遺産税との関係では、経済的価値が唯一の意味のある基準だからである。ジョセフ・グレースの遺産は、彼の妻の信託の価値の限りで減少しないままであり、それゆえ、この信託の価値の分、彼の遺産の価値を増加しなくてはならない。」

3 信託設定によって移転する財産の範囲はどこまでか？

* **United States v. O' Malley, 383 U. S. 627 (1966)**

本判決は、「みなし相続財産」として遺産に含まれる「財産」の範囲に関する、1966年の合衆国最高裁判所の判決である。

1949年に亡くなった、エドワード・ファブリス (Edward H. Fabrice) は、1936年と1937年に、娘たちと妻を受益者とする合計5つの撤回不能信託 (irrevocable trusts) を設定していた。ファブリス自身は、これらの信託の3人の受託者のうちの1人であった。受託者らは、信託財産から生じた収益を受益者に分配する (pay trust income to the beneficiary) か、収益を分配せずに信託元本に加える (accumulate the income) かについての、裁量を有していた。

内国歳入庁長官は、1939年内国歳入法典 811 条 c 項 1 号 B (ii) 及び d 項 1 号 (それぞれ、現在の 2036 条及び 2038 条に対応する) に基づいて、当初の信託財産 (元本) 及びその後に留保された収益の両方をファブリスの遺産に含める課税処分を行った。ファブリスの遺言執行者であるオマリー (Charles E. O' Malley) は、租税を支払った上で、支払った税額相当額の還付を求めて出訴した。第一審 (連邦地裁) は、当初の信託財産 (元本) を遺産に含めることは認めたと、その後に留保された収益は遺産に含めるべきではない、と判断した。控訴審では、後者の点のみが争われ、やはり、遺産に含めるべきではないとの判決が下った。そこで、国が最高裁判所にサーシオレイライを求めたところ、認められた。

最高裁判所 (ホワイト裁判官が法廷意見を執筆) は、信託設定後に留保された収益をも遺産に含めるべきであると判断して、原判決を取り消した。

判決によれば、本件事案に 1939 年内国歳入法典 811 条 c 項 1 号 B (ii) が適用されるかどうか判断するためには、次の二点について検討しなくてはならない。第一に、「ファブリスが、『財産またはそこからの収益を占有または享受することのできる者を指名する』権限を維持していたか」。第二に、「[課税庁が] 遺産に含めようとしている財産、すなわち信託元本のうち留保された収益から成る部分は、ファブリスによる以前の [= 信託設定時の] 移転の対象だったのか」。

本件では、ファブリスは、他の受託者とともに、指名する権限を確かに有していた (383 U. S. 630-632)。

それでは、ファブリスは、信託元本に付加された収益を「移転した (transferred)」と言えるのか。原審と異なり、判決は、この点を肯定する。「ファブリスが本件信託を設定した時点において、彼は移転した財産に関する全ての権利を有していたが、その主たる側面は、財産によって生み出される現在及び将来の収益に対する権利 (his right to the present and future income produced by that property) であった。信託の設定によって、収益を収益受益者に分配する、または、収益を留保して信託の残余権者にためにとっておく権利を除いて、彼は収益に対するあらゆる権利を失った。例えば、彼は、もはや収益を自分自身に対して分配する、あるいは、収益を受益者以外の者に対して分配することができなくなった。さらに、現在問題となっている元本への付加について言えば、彼の維持した収益を分配または留保する権限を行使して、留保することを選択し、信託財産への付加を行ったのである。それゆえ、信託元本の収益 [の組み込み] による増加は、当初の移転及び留保権限の行使により、ファブリス自身に帰することができる。信託設定前、ファブリスは、財産に対する権利と [財産からの] 収益に対する権利の全てを有していた。死亡時までには、彼は、元本に付加された留保収益に対する権限と支配の全てを、そこからさらに生じた収益を扱う権限を除いて、手放した。それぞれの留保収益からの信託元本への付加については、ファブリスは、明らかに 811 条 c 項 1 号 B (ii) によって要求されている『移転 (transfer)』を行っていた。同条の下では、ファブリスが維持していた収益に対する権限が、当初の信託元本を彼の遺産に含めるための要件を十分に満たす。元本に付加された留保収益も同じ権限に服するのだから、同様に遺産に含められる。」

4 受益者指名権または収益に関する権利を留保していると言えるか？

* *Unites States v. Byrum*, 408 U. S. 125 (1972)

本判決は、閉鎖会社 3 社の株式を信託財産として撤回不能信託を設定した委託者がこれらの株式に関する共益権を留保していた場合において、委託者の死亡時の遺産税の課税に際して、1976 年改正前の内国歳入法典 2036 条 a 項に基づいて信託財産たる株式の価値が遺産に含められるかどうかという問題に関する、1972 年の合衆国最高裁判所の判決である。

被相続人バイラム (Milliken C. Byrum) は 1958 年に、委託者として、閉鎖会社 3 社の株

式を信託財産とする撤回不能信託 (irrevocable trust) を設定した。受益者は彼の子供たちであり、信託財産からの収益を彼らの学費等に充てることが予定されていた。また、受託者は、委託者・受益者とは独立の関係にある銀行 (Huntington National Bank) であり、信託財産の管理につき広汎な権限を有していた。もっとも、一定の権限は委託者に留保されていた。具体的には、(1) 信託財産である非上場株式に係る議決権の行使、(2) 信託財産の売却または移転を承認しない権限、(3) 投資及び再投資を承認する権限、及び (4) 受託者の変更権、である。(408 U. S. 126-127)

バイラムが亡くなった 1964 年時点で、彼は、直接の株式保有と上記信託を通じた株式保有を通じて、3 社の普通株式を 71 パーセント以上保有していた。

バイラムの死後、その遺言執行者 (Marian A. Byrum) は、上記信託の信託財産たる株式を遺産に含めずに遺産税の申告を行ったが、内国歳入庁長官は、これらの株式も内国歳入法典 2036 条 a 項に従って遺産に含められるべきであるとの考えに基づいて課税処分を行った。遺言執行者は、課税処分から従って租税を納付した後、この租税相当額の還付を求めて連邦地裁に出訴した。連邦地裁も、また、控訴審も、遺言執行者の主張を認めた。

最高裁判所 (パウエル裁判官が法廷意見を執筆) もまた、遺言執行者の主張を認めた (ただし、ホワイト裁判官の反対意見があり、これに、プレナン裁判官とブラックマン裁判官が同調している)。

国側の主張は、第一に、バイラムが受益者指名権を維持しているため内国歳入法典 2036 条 a 項 2 号に基づいて信託財産たる株式が遺産に含められる、ということである。また、そうでないとしても、第二に、バイラムは株式に関するコントロールを保つことにより、内国歳入法典 2036 条 a 項 1 号に言う「財産の享受 (the … enjoyment of … the property)」を維持しているため、信託財産たる株式が遺産に含められる、という。

第一の主張に対して、判決は、次のように言う。「最初に我々が認めるべきは、当裁判所が、委託者が信託財産を管理する権限を維持していることのみをもって (solely because the settlor retained the power to manage trust assets)、信託財産が委託者の遺産に含められるべきであると判示したことはない、ということである。むしろ、当裁判所の *Reinecke v. Northern Trust Co.* 判決¹¹ 以来、委託者が広い管理権限 (broad power of management) を維持していることは必ずしも生前信託 (*inter vivos trust*) を連邦遺産税に服させるわけではない、ということが認識されてきた。」本件で、委託者の維持していた権限は、類似の

事案で信託財産を遺産に含めないとされたような先例における権限と同一である。

また、内国歳入法典 2036 条 a 項 2 号は、受益者を指名する「権利 (right)」と言っているが、「権利」とは、確認可能な権限であって法的に執行可能な権限 (an ascertainable and legally enforceable power) のことをいう。本件においてバイラムの有していた権限は、支配株主としての地位を利用して会社役員に影響を与え信託への配当を行わせるというものであって、同条項にいう「権利」とは言えない。信託からの収益の分配に関する権限は、あくまで受託者 (銀行) が有していた。

国側は、バイラムが「権利」と同視できるような事実上の地位 (*de facto position*) を有していたと主張する。しかし、認定事実によると、バイラムが「権利」と同視できるほどの支配権を有していたとまでは言えない。

こうして、第一の主張は退けられる。また、第二の主張についても、バイラムが議決権をコントロールしていることは移転された財産の享受とは言えないとして、退けられた。

5 若干の考察

アメリカ法は、一定の要件を満たす信託財産を「みなし相続財産」として、遺産税の課税対象に含めている。この結果、贈与税より精確に設計されている遺産税の適用範囲がその分広がることになる。委託者 = 被相続人が信託設定時点において信託財産が実質的に受益者に移転してしまったと認識し、この認識に基づいて贈与税の納税を行っていたとしても、委託者の死亡時に、改めて (すなわち、事後的に)、信託財産が実質的に委託者のもとにとどまっていたのかそれとも受益者に移転してしまっていたのか、法的評価が行われるのである。

これに対して、日本法では、事情が異なる。相続税法 19 条の適用される場合 (相続開始前 3 年以内に贈与があった場合) を除くと、相続税と贈与税の適用は二者択一であり、「信託の効力が生じた時」 (相続税法 9 条の 2 第 1 項) が委託者の死亡時と同時であれば相続税、それ以前であれば贈与税の適用があるということになる。そして、委託者の死亡前に「信託の効力が生じた」と言えるならば、その時点で受益者等は「当該信託に関する権利」の贈与を受けたものとして贈与税の納税義務を負う。

既に発表した論文で指摘したように¹²、日本法の文脈でも、贈与税よりも精確に設計されている相続税を通じて納税義務を確定させることが望ましく¹³、そのためには、委託者について相続が開始するまで、信託財産を構成する資産が委託者に帰属するとみなして課税関係を考えるべきである。しかし、上記論文ではそのような課税ルールの具体的な仕組みについて述べていなかった。実は、本稿で紹介したアメリカ法のように、一定の要件を満たす信託財産を「みなし相続財産」とすれば、贈与税の出番を限定しつつ、相続税の課税を通じた適正な富の再分配が可能となると考えられる。もちろん、本稿で紹介したアメリカ最高裁判例が明らかにしたように、「みなし相続財産」となるかどうかについて争いの余地があることは確かであるが。

* 本稿は、2014年11月17日に学習院大学法学部の「特殊講義・信託法」（山下純司教授ほかによるオムニバス講義）において話した内容に基づいている。

[注]

- 1 潤圭吾「民事信託をめぐる相続税・贈与税課税のタイミングと『受益者等』の範囲について」学習院大学法学会雑誌 48 巻 1 号 37 頁 (2012 年)；潤圭吾「民事信託と相続税・贈与税に関する研究ノート」トラス 60 研究叢書『金融取引と課税 (2)』35 頁 (2012 年)。
- 2 潤圭吾「所得の構成要素としての純資産増加」金子宏・中里実・マーク・ラムザイヤー編『租税法と市場』92 頁 (有斐閣、2014 年)。
- 3 潤圭吾「所得課税における帰属 (tax ownership) をめぐる研究動向」学習院大学法学会雑誌 45 巻 1 号 173 頁 (2009 年)；潤圭吾「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』200 頁 (有斐閣、2007 年)。
- 4 潤圭吾「贈与税の位置づけ」税研 171 号 26 頁 (2013 年)。
- 5 以下、便宜上、私法上の財産の帰属と異なる帰属を税法が擬制している (すなわち、「否認」である) と説明する。ただし、正確に言うと、以下に紹介する様々な信託 (さらに、委託者の債権者による執行を免れることを目的とする資産保全信託 (asset protection trust) と呼ばれる信託も存在する。矢向孝子「Asset Protection Trust」トラス 60 研究叢書『外から見た信託法』35 頁 (2010 年) 参照) については、委託者の望むとおりの法効果が (委託者の債権者との関係で) 私法上認められない ことが少なくないはずである。こうした場合において、「みなし相続財産」としての税法上の取り扱いは、私法上の法関係に従ったものであって、「否認」ではない。
- 6 同様の規定として、相続税法 19 条参照。
- 7 以下の判例の紹介にあたっては、Bittker & Lokken, Federal Taxation of Income, Estates and Gifts (Current Through 2014), ¶ 126.3 を参考にした。
- 8 W.R. グレース社 (W. R. Grace and Company) のオーナー兼社長だった人物である。http://en.wikipedia.org/wiki/Joseph_Peter_Grace,_Sr.
- 9 以下の事実関係の説明は、395 U. S. 317-320 に基づく。
- 10 Lehman v. Commissioner, 109 F. 2 d 99 (1940).
- 11 Reinecke v. Northern Trust Co., 278 U. S. 339 (1929).
- 12 潤・前掲注 1 (学習院大学法学会雑誌)、48-51 頁。
- 13 現行の贈与税の意義と問題点については、潤・前掲注 4 参照。

出国税以前

浏览 圭 吾

目 次

- 1 はじめに
- 2 国籍に基づく課税の意義と機能
 - (1) 国籍に基づく課税の登場
 - (2) 国籍に基づく課税の機能とその限界
- 3 内国歳入法典 877 条
 - (1) エリザベス・テイラーの国籍放棄
 - (2) 1966 年国外投資家税法 (the Foreign Investors Tax Act of 1966) の制定
 - (3) 内国歳入法典 877 条の規定とその制定理由
 - (4) 877 条に関する裁判例
 - (5) 20 世紀末以降の法改正

1 はじめに

アメリカ法は、基本的には、納税義務の範囲を拡張的に設定することにより、法人格内部における国際的資産移転の問題に対処してきた¹。しかし、近年、このような態度には変化が見られ、いわゆる出国税 (Exit Tax) が導入された。本稿では、出国税によって課税の対象となるような、納税義務者自身が全世界所得 (worldwide income) への課税を受ける地位を喪失する場面における発生済みでありながら未実現の所得 (主として、未実現のキャピタル・ゲイン) を念頭に置いて、伝統的にアメリカではこうした所得についてどのような手段で課税が行われてきたのか示すことにする²。それにより、なぜアメリカが従来、出国税なしで済んでいたのか (あるいは、出国税がなかったのうまくいっていなかったのか)、ということが明らかにできれば幸いである。

以下、まず、アメリカ法が全世界所得課税を受ける (ドイツ流に言えば、無制限納税義務を負う) 納税義務者の範囲を他国のように「居住者」で一元的に判断するのではなく、これに加えて「国籍 = 市民権 (citizenship)」をも用いて判断してきたことを指摘する [2]。

続いて、国籍に基づく課税では不十分であり、さらに国籍離脱 (expatriation) に対処するための制度である内国歳入法典 877 条が制定された経緯を紹介し、その後の法改正についてもごく簡潔に言及する [3]。

2 国籍に基づく課税の意義と機能

(1) 国籍に基づく課税の登場

アメリカ合衆国憲法第 16 修正 (1913 年) の後の最初の所得税に関する規定である 1913 年関税法 (An Act to Reduce Tariff Duties and to Provide Revenue for the Government, and for Other Purposes) 第 2 編 (Section II) は、その A 第 1 部 (A, Subdivision 1.) で次のように定めていた。

「国内あるいは国外に居住するあらゆる合衆国国民 (citizen) 及び合衆国国民以外の合衆国に居住するあらゆる者 (person) に対して前暦年にあらゆる源泉 (all sources) から生じ

た (arising or accruing) 全純所得について、以下の例外を除いて、毎年当該所得の 1 パーセントの租税が、賦課 (levied)、査定 (assessed)、徴収 (collected)、支払 (paid) されなければならない。国外に居住する者が合衆国内で所有するあらゆる財産 (all property) 及び合衆国内で営まれるあらゆる事業・交易あるいは職業 (business, trade or profession) からの全純所得についても、同様の租税が毎年、賦課、査定、徴収、支払されなければならない。」

このように非居住者である合衆国国民に対してその全世界所得について所得税の納税義務を課すという世界的にも珍しい制度は、1864 年法の 116 条にその起源を有する³。この仕組みは、Pollock v. Farmers' Loan & Trust Company, 157 U.S. 429 (1895) 及び合衆国憲法第 16 修正を経て「所得税」というものの意味合いが変わってきたにもかかわらず、第 16 修正後の所得税法にも受け継がれてきた。

なぜ、非居住者である合衆国国民も全世界所得についての納税義務を負うのか。この点については、立法時の資料には特に言及がなく、1921 年歳入法 210 条に関する 1924 年の合衆国最高裁判所判決、Cook v. Tait⁴において、初めて本格的に論じられることとなった。

アメリカ合衆国の国籍を有するがメキシコのメキシコ市に居住しドミサイルのある⁵ クック (George W. Cook) という人物が、メリーランド地区の内国歳入徴収官 (Collector of Internal Revenue for the District of Maryland) であるテイト (Galen L. Tait) を相手取って、支払うべきこととされた約 1,200 ドルの租税のうちすでに支払った分割払いの第 1 回目の約 300 ドルの返還を求めて出訴した。

第一審のメリーランド連邦地裁 (ローズ (John Carter Rose) 裁判官が法廷意見を執筆) は、原告・クックの請求を退けた⁶。原告の主張の主たる論拠は、州外財産に対する課税がデュー・プロセスなき財産のテイキングにあたるとした最高裁の Union Refrigerator Transit Co. v. Kentucky, 199 U. S. 194 (1905)⁷ にあった。しかし、裁判所は、州による州外州民の保護と連邦による外国国民の保護の程度に違いがあることを強調した。

最高裁判所 (マッケナ (McKenna) 裁判官による法廷意見) は、次のように、連邦議会の課税権に関するものとして問題を設定する。「合衆国に生まれた市民 (a native citizen) であって、所得稼得時にメキシコ市に恒久的に居住しドミサイルがある者が受領した所得 (メキシコ所在の不動産及び動産からの所得) に対して、議会は租税を課す権限 (power) を有するかどうか。」

そして、まず、ある国民が非居住者であって彼の所得を生む財産も国外にあるときは、憲法上及び国際法上、課税権の行使が許されない、という原告の主張を検討する。確かに、United States v. Goellet, 232 U. S. 293 (1914) は、非居住者でドミサイルも外国にある合衆国国民が国外に所有するヨットへの課税を認めなかった。しかし、同判決はあくまで制定法の解釈としてそのような結論を導いたのであり、むしろ、同判決は（本判決で問題になっている所得税に先行する）かつての所得税について外国にドミサイルがある者への課税が許されると述べていた。

次に、判決は、州の課税権と連邦の課税権が同列に論じられない旨を述べた United States v. Bennett, 232 U. S. 299 (1914) を確認する。州の課税権はその領域に限定されるのに対して、国家の課税権にはそのような制約がない、と同判決は述べていた。同判決は、国外財産は合衆国からの便益を得ていないのではないかという主張も退けていた。この点に関する同判決の判示事項を本判決は次のように言い換えている。

「言い換えると、政府はその本性において、国民及びその財産に対してそれがどこであろうと便益を与える（benefit）のであって、それゆえこの便益を完全なものにする権限を有している、という原則が宣言された。さらに別の言い方とすると、課税権の基礎は、財産の場所に依拠するわけではなく、国民のドミサイルに依拠するわけでもない。むしろ当該国民の国民としての合衆国に対する関係及び合衆国の国民としての当該国民に対する関係に依拠している。この関係の帰結として、課税される合衆国生まれの国民のドミサイル、あるいは彼の所得が生み出される財産の所在（situs）が外国であろうと、課税は合法である（政府は租税を課す権限を有する）ということになる。」（265 U. S. 56）

このように、Cook v. Tait 判決は、国籍すなわち政治的帰属自体を課税の根拠とする⁸というよりも、むしろ、納税義務者の得る何らかの利益・便益が課税権行使を正当化する理由として存在するという前提に立った上で、所得税が人に対する租税であり、非居住者であるアメリカ国民といえども国家からの利益を得ているということに課税の正当性を見出していると考えられる。

(2) 国籍に基づく課税の機能とその限界

国民（citizen）であれば全世界所得課税を受けるという制度の下では、居住者ではなく

なっても国民である限り納税義務の範囲が基本的には変わらないということになる。そうすると、全世界所得を受ける地位を失うためには国籍を捨てる必要があるわけで、こうした地位の喪失によって未実現の所得が課税されないままになるという事態がそもそも発生しにくい。このように、国籍に基づく課税は、居住者の全世界所得に対する課税を貫徹するための防禦壁としての役割を果たしていると言える。

もっとも、所得税に加えて遺産税の負担があることをも考えると、人によっては、アメリカ国籍に伴う様々な便益を喪失するとしてもなお、アメリカ国籍を喪失することは租税負担の面で合理的な選択となりうる。ここでは、そのような選択を行った納税者に関する事例として、Hay v. Commissioner, 145 F. 2d 1001 (1944) を見てみよう。

もともと英国籍を有していた原告・ヘイ (William C. Hay) は 1918 年にアメリカ合衆国に帰化し、(カリフォルニア州法に基づく) 法人形態で建築資材製造業を営んでいた。1930 年にヘイは法人が有していた全事業を譲渡し、法人名をヘイ・リミテッド (William C. Hay, Ltd.) へと変更した。ヘイは、ヘイ・リミテッドを通じて株式・債券への投資を行っていたが、彼の死亡後にかかるアメリカ遺産税の負担を考えて、1936 年に、彼自身及び彼の財産をバハマ諸島ナッソーに移す計画を立てた。

まず、ヘイは、1936 年にカナダに居住地を移し、翌 1937 年 6 月にはアメリカ国籍を放棄してイギリス国籍を取得した。翌月、彼はロサンゼルス経由でナッソーに行き、そこで家を借りて居住を始めた。8 月にはナッソーでコロニアル・リミテッド (Colonial Trust Company, Ltd.) という会社を設立し、彼はヘイ・リミテッドの全株式をこの会社に現物出資した。その後、アメリカ合衆国が(とりわけ資産保有目的の会社 (holding companies) の) 剰余金 (surplus) に課税する旨の立法を行う可能性があることに鑑み、ヘイは、12 月にヘイ・リミテッドを解散させ、その資産 (銀行預金と株式) をコロニアル・リミテッドに移転した。

本件では、もともとヘイ・リミテッドが保有していた株式の取得価額が 32,500 ドルであったのに対して、その時価は 1937 年時点で 200 万ドルに達しており、差額分のキャピタル・ゲインに対する連邦所得税の課税が問題となった。第四巡回区連邦控訴裁判所 (ソーパー (Morris Ames Soper) 裁判官が法廷意見を執筆) は、8 月に行われた取引と 12 月に行われた取引が一体のものであるという事実認定に基づいて、原告・ヘイに対する課税を認めた。しかし、もしこのような事実認定が行えなかったとしたら、12 月に行われた取引

によって実現したキャピタル・ゲインは国外源泉所得であって課税権は及ばないという結論になっていた可能性もある。

次に、*Dillin v. Commissioner*, 56 T. C. 228 (1971) では、もともとテキサス州に住んでいたデイリン (William N. Dillin) という人物が (節税目的で) アメリカ国籍を放棄してバハマに移住した後に、アメリカ国籍を有している時点で行った人的役務の対価を受け取り、この対価へのアメリカ連邦所得税の課税の可否が問題となった。

原告・デイリンは 1958 年に、アルゼンチンにおける原油掘削に関する情報をアメリカの原油掘削会社に提供し、その対価として、(1963 年 8 月にアメリカ国籍を放棄した直後の) 1963 年 10 月から 1965 年 11 月にかけての分割払いで合計 66 万ドルを受領した。一回目として支払われた 26 万ドル余への課税の可否が、本件では問題となっている。

第一の争点は、デイリンが本件所得に関して非居住外国人 (a nonresident alien) であったと言えるかということである。この点につき、租税裁判所は、この時点でデイリンはアメリカ国籍を有効に放棄しており、非居住外国人であったと認定している (56 T. C. 242)。なお、彼が現金主義 (the cash receipt method of accounting) を採用していることから、所得稼得時点すなわち役務提供時点ではなく、対価を受領した時点 (1963 年 10 月) において、納税者としての属性を判断すべきであるとしている (56 T. C. 241)。

第二の争点は、役務提供の対価として受領した金員の所得の源泉地である。判決は、役務提供の対価に関する所得の源泉地は役務提供地によって決まるという一般論を提示した後、本件ではデイリンによる役務提供はアメリカ合衆国内で行われたと認定して、国内源泉所得として課税の対象となるという結論を導いた。

このように、本件では結果として課税が認められているものの、裏を返せば、本件は人的役務の提供をアメリカ合衆国外で行っているような人々にとって節税のためにアメリカ国籍から離脱するインセンティブの大きさを示している。

3 内国歳入法典 877 条

(1) エリザベス・テイラーの国籍放棄

1965 年 1 月 9 日のニュー・ヨーク・タイムズ紙は、女優のエリザベス・テイラー (Eliza-

beth Taylor, 1932-2011) がアメリカ国籍を放棄しようと考えている、と報じた⁹。ロンドンからのこの記事では、アメリカ人の両親のもとロンドンで生まれ、英米両方の国籍を維持していた彼女が、なぜこのタイミングでアメリカ国籍を放棄しようとしたのか、その理由については述べられていない。しかし、翌日の同紙の匿名記事は、彼女の国籍放棄の理由が租税負担にあることを伝えている¹⁰。非居住アメリカ国民の国外源泉所得への課税が重くなることに鑑みて、国外源泉所得へ課税されないようにするために、アメリカ国籍を放棄するというのである。

(2) 1966年国外投資家税法 (the Foreign Investors Tax Act of 1966) の制定

エリザベス・テイラーが恐れていた増税は、1966年の国外投資家税法 (FITA) に含まれていた、内国歳入法典 877 条の導入によるものだった¹¹。

1963年10月2日、ケネディ大統領は財務次官 (the Under Secretary of the Treasury) のファウラー (Henry H. Fowler) を議長とする特別委員会 (task force) に対して、アメリカ企業が国外投資家から資金調達することを容易にするための手法を提案することを求めた。ケネディ大統領は翌月、暗殺によって命を落としたが、後任のジョンソン大統領が前任者の特別委員会への依頼を確認した。そして、1964年4月27日に、特別委員会からの報告書がジョンソン大統領へ提出された¹²。この報告書に基づきつつ、議会での審議を経て、非居住外国人の得る国内事業に関連しない国内源泉所得に対する課税は、一定額以上の所得の場合に累進税率での課税を行う従来の制度から、30パーセントという定率での課税へと変更された。そうすることで制度が単純になるばかりではなく、国外投資家からの投資を呼び込める、という狙いが、議会と財務省にはあった。もう少し立ち入った説明をするならば、自然人に対してその全世界所得 (居住者、アメリカ国民) ないし国内源泉所得 (非居住外国人) について累進税率で課税していくという大原則を維持しつつも、国外投資家からの投資を呼び込むという政策目的を達成するために、国外投資家 = 非居住外国人からの投資所得 (国内事業に実質関連しない所得) について 30パーセントという低い税率での課税にとどめる、という選択をしたのである¹³。

もともと、議会も財務省も、このような制度変更により、もともと全世界所得課税に服

している非居住アメリカ国民にとって、国籍を放棄することで30パーセントの定率課税という租税優遇措置の恩恵に与る誘因が生じてしまうことに、気がついていた。非居住アメリカ国民によるアメリカ企業への投資は既に十分な水準で行われていたとすると、投資の水準が増えるわけでもないのに単に減税の恩恵を与えることには意味がない。そこで、内国歳入法典に877条が設けられた¹⁴。

(3) 内国歳入法典877条の規定とその制定理由

最初に、制定当初の内国歳入法典877条の規定を見てみよう¹⁵。この規定は、国外投資家税法（1966年11月13日）の103条f項に基づいて、従来の876条と877条の間に設けられた（従来の877条は878条へと繰り下げ）。

〔第877条：租税回避のための国籍離脱（Expatriation to Avoid Tax）〕

(a) 総説（In General）：1965年3月8日以降、課税年度終了直前の10年の期間においてアメリカ国籍を喪失した非居住外国人である個人は、当該喪失の主たる理由の一つが本節またはB節に基づく（under this subtitle or subtitle B）租税を回避することでない場合を除いて、当該課税年度において、b項に基づいて、本条の適用がない場合に871条に基づいて課される額を同項に基づいて計算される額を超える場合に限り、課税される。

(b) 代替税（Alternative Tax）：a項に規定する非居住外国人である個人は、課税年度において、〔以下（1）、（2）の例外を除いて〕1条または1201条b項の規定に従い課税される。（1）総所得（gross income）は872条a項（本条c項で修正されたもの）に規定する総所得に限る。（2）〔総所得からの〕控除（deductions）はそれが本条において規定される総所得に関連する（connected）場合にまたその限度で認められるが、1212条b項に規定されている資産損失の繰り越し（capital loss carryover）は認められない。また、控除の適正な配分及び配賦（proper allocation and apportionment）は財務長官またはその委任を受けた者により規定される規則（regulations）の規定に基づくものとする。

(2) 段落の控除との関係では、873条b項の控除が許される。また、（営利目的の取引から生じた、事業（trade or business）と関連しない損失についての）165条c項2号により認められる損失の控除も許されるが、これは当該取引が利益をもたらしたとしたらその利益が本条のもとで総所得に含まれるような場合に限る。

(c) 源泉に関する特則 (Special Rules of Source) : b 項との関係では、以下の総所得の諸項目 (items of gross income) が国内源泉として取扱われる。(1) 財産の売却 (Sale of Property) : アメリカ合衆国内に所在する財産 (株式・債務を除く) の売却または交換からの利得 (gains)。(2) 株式・債務 (Stock or Debt Obligations) : 内国法人の発行した株式、あるいはアメリカ合衆国の個人・法人 (persons)、合衆国、州またはその政治的構成要素ないしコロンビア特別区の債務の、売却または交換からの利得。

(d) 一定の理由による国籍喪失についての例外 (Exception for Loss of Citizenship for Certain Causes) : a 項は、[改正後の] 移民国籍法 (Immigration and Nationality Act) 301 条 b 項、350 条、355 条の適用によりアメリカ合衆国国籍を喪失した非居住外国人には適用されない。

(e) 立証責任 (Burden of Proof) : 財務長官またはその委任を受けた者が、ある個人のアメリカ国籍の喪失は、本条がなかったとしたら課税年度において彼の得たはずの所得 (probable income) に対する租税を相当程度減らした (substantial reduction) はずであると信じるのが合理的であることを示す (establishes) 場合には、この課税年度について国籍喪失の主たる理由の一つが本節または B 節に基づく (under this subtitle or subtitle B) 租税を回避することでないことを立証する責任はこの個人にある。」

内国歳入法典 877 条の制定理由につき、議会資料では次のように説明されている¹⁶。

「法案は、非居住外国人の所得で国内事業の遂行と実質的に関連していないもの (which is not effectively connected with the conduct of a trade or business within the United States) について累進課税を廃止することにより (また、後述の非居住外国人の遺産に対する遺産税の税率の軽減により)、一定の個人に対してアメリカ国籍を放棄して外国に移動することを促進 (encourage) するかもしれない。前述のように、そのようにすることにより、国籍離脱者 (an expatriate) は彼のアメリカ源泉投資所得 (his U. S. investment income) に対する累進税率を回避する (また、場合によっては、遺産税も回避する)。」

877 条について注目すべきことの一つは、動産の売却・交換からの所得について、一般的に採られている基準¹⁷とは異なり、財産の所在地を源泉地とするルールを採用しているということである。

なお、この規定は 1966 年 12 月 31 日以後に始まる課税年度から適用されるとされていた。

(4) 877 条に関する裁判例

ここでは、内国歳入法典 877 条に関する裁判例をいくつか見ていく。

まず、Kronenberg v. Commissioner, 64 T. C. 428 (1975) は、マックス・クロネンバーグ (Max Kronenberg) という人物が 1967 年 2 月 23 日にアメリカ国籍を離脱して、翌 2 月 24 日に彼がほとんどの株式を保有する法人の清算における配当 (distributions in liquidation)¹⁸ を受けたという事例に関して、国籍喪失の主たる目的の一つが租税回避にあったと認定した、租税裁判所の判決である。

クロネンバーグは 1922 年にスイスで生まれており、1949 年にはアメリカ合衆国に移住し、さらに 1955 年にはアメリカ国籍を取得したが、スイス国籍も維持していた。彼は、アメリカで雲母 (mica) 輸入業を会社形態で営んでおり、1960 年には Polymica & Insulation Co. (PIC) というコネチカット州に基づく法人を設立した。1966 年から翌年にかけて、彼は、PIC 社の雲母輸入業をマーシャル (Marshall) という人物に譲渡し、清算時点では PIC 社の資産は全て金融資産であった。

クロネンバーグは、1967 年 1 月 1 日から 2 月 21 日までの所得につき居住者として、同年 2 月 22 日から 12 月 31 日までの所得につき非居住者として、それぞれ連邦所得税の申告を行っていた。いずれの申告にも、PIC 社の清算における配当は含まれていなかった。内国歳入庁長官は、不足額の通知 (notice of deficiency) において配当が課税対象に含まれるとした。

租税裁判所判決 (シンプソン (Simpson) 裁判官が執筆) は、本件の主たる問題が、PIC 社の清算における配当がアメリカの所得課税の対象となるかどうかにあると述べる。

クロネンバーグ (原告) の主張は、内国歳入法典 871 条 a 項 2 号に基づいて、課税年度における滞在期間が短いので、非居住者と扱われ、PIC 社からの配当は課税対象にならない、というものであった。これに対して、被告・内国歳入庁長官は、871 条 a 項 2 号の適用はなく、むしろ、877 条に基づいて原告に当該配当についての納税義務が生じる、と主張した。このため、租税裁判所は、原告の国籍喪失時に租税回避 (to avoid U. S. income taxes) 目的が存在していたか、ということを検討する。

租税裁判所は、原告の活動を細かく認定した結果、「彼の国籍離脱の主たる理由の少なくとも一つは、彼が 1966 年 12 月に初めて知った租税上の有利性 (tax advantage) を確保

することにあった」と述べ、原告に 877 条が適用されると結論づけた。

Crow v. Commissioner, 85 T. C. 376 (1985) は、租税条約と内国歳入法典 877 条の関係が問題となった事案に関する、租税裁判所の判決である。

原告 (Tedd N. Crow) と被告・内国歳入庁長官との間では、以下の事実につき争いはない。

原告は、もともとアメリカ合衆国の国民であり、居住者でもあった。原告は、1978 年 11 月 20 日にカナダに転居し、同 24 日にはアメリカ国籍を放棄した。米国籍放棄の主たる目的は、アメリカ合衆国による租税を回避することにあった。そして、米国内に恒久的施設を有しない非居住者となった。カナダへの転居時、彼はある米国法人の発行済株式の全てを保有していた。1978 年 12 月 1 日に、原告は株式を売却し、対価として 20 年間で 6,366,000 ドルを支払うという内容の約束手形 (note) を受領した。

原告は、上記取引について何ら連邦所得税の申告を行わなかった。これに対して、被告・内国歳入庁長官は、1978 年度に長期キャピタル・ゲインが、またそれ以降の年度につき (内国歳入法典 483 条に基づき) 帰属利子相当額が、それぞれ課税の対象となるという見解に基づき、課税処分を行った。

アメリカ合衆国がキャピタル・ゲインに対して課税できるかどうかは、米加租税条約と内国歳入法典 877 条の関係をどのように考えるかに依存する。

米加租税条約 8 条は、非居住者の得たキャピタル・ゲインについて、この非居住者が恒久的施設を有している場合を除いては、源泉地国による課税を認めていない。本件原告はアメリカ合衆国から見て非居住者であり恒久的施設を有しないから、本件においてキャピタル・ゲインに対してアメリカ合衆国が課税することはできないということになりそうである。原告は、まさにこのように主張していた。

これに対して、被告・内国歳入庁長官は、米加租税条約 17 条、すなわち、セイヴィング条項を梃子にして、内国歳入法典 877 条に基づく納税義務を原告に及ぼそうとしていた。

内国歳入庁の立場は、Rev. Rul. 79-152 において既に示されていたものであり、次のようなものであった。セイヴィング条項は、アメリカ合衆国がその国民 (citizens) に対して租税条約がなかったとしたら行使できるはずの課税権を維持するものである。内国歳入法典 877 条は、国籍に基づく課税を行うものである。それゆえ、セイヴィング条項に基づいて、

877 条によるキャピタル・ゲインへの課税が可能である。

米加租税条約 17 条の条文に即して言えば、「国民 (citizens)」に、租税回避目的で国籍離脱した元国民も含む、というのが、内国歳入庁の立場である (85 T. C. 380)。

租税裁判所判決 (コーエン (Cohen) 裁判官による意見) は、米加租税条約 17 条の文言のみならず、その目的、歴史および文脈をも検討する。そして、そこに言う「国民」は、現在の国民のみを指す、ということ进行らかにする。

まず、1942 年米加租税条約締結当時の関連文書は、セイヴィング条項が以前の米加租税条約 (1936 年-1941 年) と同様にアメリカ合衆国による国民への課税権の留保を目的としていたことを明らかにしている (85 T. C. 381)。17 条が非居住外国人に適用されることは、想定されていなかった。

次に、アメリカからの国籍離脱者についてカナダが利害関係を持つことがないはずだという被告の主張は、877 条の適用があるとカナダではそれによる税額分外国税額控除を認めなくてはならないから、カナダには利害関係がある、として退けられる (85 T. C. 382-383)。

被告は、さらに、租税目的での国籍離脱を防止する (to prevent tax-motivated expatriation) という 877 条の目的を達成するためにセイヴィング条項を限定解釈すべきことを主張する (85 T. C. 384)。しかし、そのような解釈は 877 条の文言に反する上、立法時の財務省による草案の説明において租税条約に抵触する場合には 877 条の規定 (に対応する草案の規定) が適用されないことがはっきり述べられていた (85 T. C. 387)。下院歳入委員会の報告書においても、(後法優先ではなく) 当時存在していた条約の規定が優先することが明らかにされていた。877 条と抵触することがもっとも明白な規定は米加租税条約 8 条だったので、まさにこの条約の規定との関係で 877 条を適用しないと考えられていたと解さざるを得ない (85 T. C. 387-388)。サリー財務次官補も、条約優先の見解を示していた (85 T. C. 389)。

被告は Rev. Rul. 79-152 への敬讓を求めるが、この主張も退けられている。他方、帰属利子相当額が課税の対象となるという被告の主張は是認された。

その後、アメリカは租税条約で元国民もセイヴィング条項の対象に含める方針を採用した。US モデル租税条約 (1996 年) 1 条 4 項¹⁹を参照されたい²⁰。

(5) 20世紀末以降の法改正

1996年の医療保険の相互運用性と説明責任に関する法律（the Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996: HIPAA）において、877条に関する3点の大きな改正が行われた²¹。

第一に、一定の所得又は資産を有する者について、租税回避目的があることを推定することとした。第二に、国籍離脱者のみならず、長期間の居住者としての地位を放棄した者も、877条の対象に含めた。第三に、従来から課税の対象とされていた国内源泉所得に加えて、外国法人の株式の売却益も課税対象に含めた。

同年、不法移民改革及び移民責任法（the Illegal Immigration Reform and Immigration Responsibility Act of 1996: IIRIRA）の制定に際し、リード（Reed）下院議員の提案に基づいて移民国籍法212条が改正され、元アメリカ合衆国民である外国人につき、租税回避目的でアメリカ国籍を離脱したものと司法長官が認定した場合に、入国を認めないことができるとされた²²。

2004年の米国雇用創出法（the American Jobs Creation Act of 2004）においては、租税回避目的という主観的要件が廃止され、客観的な基準のみとなった。この時、のちの2008年改正と同様のみなし譲渡課税を含む法案が上院を通過したが、両院協議会（conference）でこの部分は外された。2006年にも同様の経過があった²³。

2008年のHeroes Earnings Assistance and Relief Tax Act of 2008により、内国歳入法典877A条が制定された。無制限納税義務を課す人的範囲を拡張する従来の方針を改め、国籍離脱時に（即時に）のみなし譲渡課税を行うという方針が示されたのである。この規定については、次のような立法理由が示されている²⁴。

「委員会〔引用者注：下院歳入委員会（the Committee on Ways and Means）〕は、アメリカ合衆国の国民および長期間の居住者が、他のところに住むためにアメリカ合衆国を物理的に離れる権利だけではなく、国籍を放棄するあるいは居住をやめる権利をも有することを認めている。委員会は、アメリカ国民および長期間の居住者が国籍を放棄するあるいは居住をやめることを止める為に内国歳入法典が使われるべきだとは思わない。しかし、委員会は同時に、内国歳入法典がそのようなことをするための税制上の誘因（a tax incentive for doing so）を与えるべきだとも思わない。言い換えると、できる限り、国籍を放棄

する、あるいは、長期間の居住をやめるという個人の決定は、租税と中立的（tax-neutral）であるべきである。」

以上のような居住者に対する課税を確保するための諸方策にもかかわらず、租税負担軽減のために国籍を離脱する者はなお存在する。2012年5月16日及び同18日のブルームバーグの記事は、フェイスブック創業者の一人、サヴェリン氏が出国税を払ってもなお国籍離脱を敢行することを伝えている。

[注]

- 1 淵圭吾「取引・法人格・管轄権 (4)」法学協会雑誌 127 巻 10 号 1529 頁 (2010 年)、1579 頁以下〔第 4 章第 3 節〕参照。
- 2 アメリカ法の現状については、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——」税務大学校論叢 65 号 1 頁 (2010 年) がある。
- 3 最初に所得税が導入された 1861 年法 49 条では、課税の対象は居住者の所得と非居住者の国内財産からの所得に限られていた。以下につき、高橋祐介「相続税・贈与税の租税回避と立法的対処の限界」岡村忠生編著『租税回避研究の展開と課題』(ミネルヴァ書房、2015 年) 153 頁〔157 頁以下〕も参照。
- 4 Cook v. Tait, 265 U. S. 47 (1924).
- 5 淵・前掲注 1、1565 頁〔第 4 章第 2 節第 2 款〕では「居住」と訳した。
- 6 Cook v. Tait, 286 F. 409 (1923).
- 7 淵・前掲注 1、1566 頁、1571 頁註 71 参照。
- 8 政治的帰属に基づく課税については、既に、セリグマンによる批判が存在していた。淵・前掲注 1、1572 頁以下〔第 4 章第 2 節第 3 款〕参照。
- 9 Anthony Lewis, Elizabeth Taylor Seeking to End U.S. Citizenship, The New York Times, Jan 9, 1965, page. 8. この記事は、Charles I. Kingson, International Taxation, 1998, at 30 で紹介されている。
- 10 Elizabeth Taylor Still U.S. Citizen: Officials Term Her Use of British Passport Legal, The New York Times, Jan 10, 1965, page. 71.
- 11 以下の叙述は、Crow v. Commissioner, 85 T. C. 376 (1985) に大きく依拠している。ただし、明らかな誤りについては訂正した。
- 12 Report to the President of the United States from the Task Force on Promoting Increased Foreign Investment in United States Corporate Securities and Increased Foreign Financing for United States Corporations Operating Abroad.
- 13 なお、日本法に関する、中里実ほか編『租税法概説 [第 2 版]』(有斐閣、2015 年) 278~282 頁(「事業」と「恒久的施設」をめぐる日本法の変遷)〔淵圭吾〕も参照。
- 14 内国歳入法典 877 条に関する先行研究として、岡村忠生 = 岩谷博紀「国外移転に対する実現アプローチと管轄アプローチ」岡村忠生編『新しい法人税法』(有斐閣、2007 年) 285 頁〔300 頁以下〕、高橋・前掲注 3〔159 頁以下〕。
- 15 1 Legislative History of H.R. 13103, 89 th Congress, Foreign Investors Tax Act of 1966, Public Law 89-809 (1967), 15-16.
- 16 H. Rept. No. 1450, 89 th Cong., 2 d Sess. (1966), 1966-2 C. B. 982-983; S. Rept. No. 1707, 89 th Cong., 2 d Sess. (1966), 1966-2 C. B. 1078-1079.
- 17 第 4 章第 3 節第 2 款参照。
- 18 この訳語は、田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、1991 年) 264 頁に従っている。
- 19 1996 年版は以下の通り。Notwithstanding any provision of the Convention except paragraph 5 of

this Article, a Contracting State may tax its residents (as determined under Article 4 (Residence)), and by reason of citizenship may tax its citizens, as if the Convention had not come into effect. For this purpose, the term "citizen" shall include a former citizen or long-term resident whose loss of such status had as one of its principal purposes the avoidance of tax (as defined under the laws of the Contracting State of which the person was a citizen or long-term resident), but only for a period of 10 years following such loss.

2006年版は以下の通り。Except to the extent provided in paragraph 5, this Convention shall not affect the taxation by a Contracting State of its residents (as determined under Article 4 (Resident)) and its citizens. Notwithstanding the other provisions of this Convention, a former citizen or former long-term resident of a Contracting State may, for the period of ten years following the loss of such status, be taxed in accordance with the laws of that Contracting State.

20 See Bittker & Lokken, *Federal Taxation of Income, Estates and Gifts*, ¶ 66.1, note 7.

21 以下の整理は、次の文献に負う。William L. Dentino & Christine Manolakas, *The Exit Tax: A Move in the Right Direction*, 3 *William & Mary Law Review* 341 (2012), 358-364. William L. Dentino, *Expatriating to Avoid Taxes: Does IRC Section 877 Curb the Abuse?*, 45 *Tax Notes International* 991 (2007) にもほとんど同じ記述がある。

22 Dentino & Manolakas, *supra* note 21, 367-369.

23 Bittker & Lokken, *supra* note 20, ¶ 66.1 A, note 1.

24 HR Rep. No. 431, 110 th Cong., 1 st Sess. 113.

英国における法人該当性判断をめぐる動揺
——Anson 事件最高裁判決

吉 村 政 穂

目 次

- 1 はじめに
- 2 Anson 事件
 - (1) 事案の概要
 - (2) 下級審の判断
 - (3) 最高裁判決
 - (4) 評価
- 3 結語

(参考) Memec plc v. IRC. [1998] STC 754 (CA)

1 はじめに

平成 27 年 7 月 17 日、長らく争われ、解決が待たれていたデラウェア州法を準拠法とする LPS (Limited Liability Partnership) の法人該当性について、ようやく最高裁による判断が示された¹。同 LPS に関しては、下級審段階では、「我が国の租税法上の法人も、その準拠法によって法人とする（法人格を付与する）旨を規定されたものをいうと解すべき」と言及しつつ「外国の法令に準拠して組成された事業体が我が国の租税法上の法人に該当するか否かについては、より実質的な観点から、当該事業体を当該外国法の法令が規定する内容を踏まえて我が国の法人と同様に損益の帰属すべき主体（……）として設立が認められたものといえるかどうかを検証する必要がある〔る〕」（下線筆者）という判断基準が示す系統（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）と、「権利義務の帰属主体」を判断基準とする系統（東京高判平成 25 年 3 月 13 日訟月 60 卷 1 号 165 頁および大阪高判平成 25 年 4 月 25 日税資 263 号（順号 12208））とで判断が分かれていたのである。

最高裁は、「ある組織体が権利義務の帰属主体とされることが法人の最も本質的な属性であ〔る〕」と判示し、損益の帰属主体という基準ではなく、権利義務の帰属主体性を中心に法人該当性を判断することを明らかにした²。今後、こうした選択を行った最高裁判決に関する議論が深められていくものと思われる³。

本稿は、同判決の論理を直接分析の対象にするものではなく、同時期にイギリスで下された、奇しくもアメリカの事業体（デラウェア州法を準拠法とする LLC）の法人該当性に関する最高裁判決の内容を紹介することを意図している⁴。同判決の下級審では、権利義務の帰属主体性から離れて、損益の帰属主体を観念することの妥当性が争われ、各審級の判断は分かれた。当該最高裁判決に対する評価も定まっていない状況であるが、こうした議論を紹介することには意味があると考えた。

2 Anson 事件

(1) 事案の概要

本件では、1997-98 年度から 2003-04 年度の各課税年度における Anson 氏の税額算定上、下記米国税が外国税額控除の対象となるか否かが争われた。

(図表 1) Anson 事件・数値例

| | | | |
|-------|----|------|----|
| 米国 | | 英国 | |
| 45 ↑ | | ↑ 22 | |
| 100 → | 55 | → | 33 |

Anson 氏は、英国居住者であり、かつ通常の居住者 (ordinarily resident) である⁵が、ノンドミサイルとして申告を行っていた。米国租税法上は非居住者として扱われている。同氏がデラウェア州法準拠 LLC を通じて稼得した利益額について、当該 LLC が米国租税法上パス・スルーの取扱いを受けるため、米国においては構成員である Anson 氏に対して租税が直接課されていた。また、Anson 氏はノンドミサイルであるものの、当該 LLC を通じた利益額のすべてを英国に送金していたため、その全額が英国において課税対象とされていた。そのため、当該利益額に対する米国税について、英米租税条約による二重課税救済条項の適用を主張し、外国税額控除の対象となることを求めた。

仮に当該米国税が外国税額控除の対象として認められない場合には、(外国税額控除を通じた二重課税調整がなく) 当該 LLC を通じた利益については米国および英国の課税を重畳して負担することになり、税引後利回りは大きく低下する (図表 1 参照)。

争いを生じた原因となったのは、Memec 事件 (その概要は参考として掲げた) に基づく既存の法人該当性判断⁶に従った場合、当該 LLC は英国税法上の法人に該当し⁷、結果として、(パス・スルー課税によって Anson 氏が負担している) 当該米国税の納付主体が当該 LLC として認識される点にあった。

(2) 下級審の判断

簡易裁判所 (First-tier Tribunal) 段階⁸

審判所は、LLC の柔軟性を指摘し、「我々が関心を有するのは、この特定のデラウェア LLC (SPLLC) の利益に関して救済条項が適用されるか否かという点にあることをまず強調しておく」と述べる。その上で、「問題は、英国税が『同一の利益または所得を参照して計算された』ものであるか、それとも配当相当のものに対する課税が行われたのかという点にある。本件 LLC が透明か不透明かを問うことは、同じ問いかけを行う方法たり得るかもしれないが、我々は、条約の文言を適用することが望ましいと考えている」と判示した。つまり、二重課税救済条項の適用の前提として、当該 LLC が透明であることが要求されているわけではないとの理解を示したものと考えられる。

上級裁判所段階⁹

上級裁判所においては、このように条約の解釈問題と位置付けた簡易裁判所の判断枠組が明確に斥けられた。

「資産に対する所有持分 (proprietary interest) なくして、LLC によって稼得された利益に対する所有があると言うことはできないように思われる。なぜならば、当該『利益』は、資産として保有されるであろうもの以外の何かであることはないからだ。」(利益に対する権利 (entitlement)、資産に対する所有権は存在し得るかもしれないが、当該利益は所有の対象になるわけではない。)

「米国において課税されたものは、租税法上は (選択によって) 構成員に帰属させられるとしても、法的にも、実際にも、また実質的にも、LLC の利益であった。構成員は、当該会社の利益に相当する現金等価物と見ることができるだけ現金に対する権利を有するが、彼らが受け取るものは同一のものというわけではない。」(あくまで契約上の権利である) 「LLC はすべてを所有し、利益に対応する金額を構成員に対して払い出し、そして (このために) その利益を保持することはできない。しかし、当該利益は LLC のものなのであ [る]」。

控訴院段階¹⁰

控訴院段階では、「ある者が、双方の法域にて同一の利益または所得に対して課税がなされたか否かを判定するにあたっては、双方の法域における当該利益または所得の源泉 (source) が同一であるか否かが重要なテストとなる。」とした上で、Memec 事件においては、英国法人の所得源泉を特定することが問題として重視され、匿名組合が「透明」か否か——匿名組合契約にしたがって英国法人に分配された配当について、直接当該英国法人に支払われたのと同等に扱うことができるか——が争われたという理解を示す。

「納税者が一定の契約上の取決めに基づいて事業体の利益を享受することとなった場合、当該納税者は、その他の源泉から得た利益に対する権利を確保する仕組みではなく、当該契約が実際に当該利益の源泉であることを示さなくてはならない。これは一般的に、当該利益に対する財産的権利 (proprietary right) を示さなくてはならない。」

「事業体の構成員が、利益が生じた時点から当該利益への権利を有することを示すためには、その者は当該利益の価値に対応する資産への持分 (interest) を有することを示す必要がある。これは、必然的に所有持分 (proprietary interest) となるだろう。」

その上で、LLC の利益が構成員には帰属しないとの原審の判断は維持されると判示した。これに対して、本質的な問題（米国の課税と同一の所得を参照して課された英国税か？）から乖離して検討をしているという批判が最高裁判所により加えられている。

(3) 最高裁判決

最高裁判所は、Memec 事件を「本件は 23 条 (2)(b) に基づく救済の請求に関するものではない」と位置付けた上で、23 条 (2)(a) の通常の意味にしたがえば、①英国における課税および②アメリカにおける課税を検証し、③「それぞれの局面における利益または所得を比較し、それらが同一であるかを決定することが必要である」として論点を整理する。

「第 1 に、当該 LLC 構成員の権利は、LLC 法およびこれに付随した LLC 合意によって生じる点に留意することが重要である。第 2 に、その合意は LLC と構成員との間の契約ではない。LLC はその当事者ではなく、合意に定められた項目および LLC 法の規定に基づき、それによってもたらされるものである。……簡易裁判所の結論によれば、……デラウェア法の下では、当該構成員は LLC の営む事業によって生み出された利益の取

り分を、その発生と同時に自動的に取得する (entitled) ののである。その後の分配に先行し、およびそれから独立している。」

上級裁判所の見解に対しては、「概念上、利益と資産は異なる」という簡易裁判所の認定を引いて、これを批判している。また、この点は、事実認定の問題ではないとした点にも批判を加えている。その上で、次のように結論づけた。

「そうすると、Anson 氏が、(何らかの意味で) LLC にいったん帰属 (vested) した利益の移転を受けるのではなく、彼に配賦される利益の持分に関する権利を得る (entitled) のだとすれば、彼のアメリカにおける『所得発生』は、当該利益のうち彼の持分であったことになる。そして、当該所得は、英国に送金された範囲で英国法に基づく課税に服することになる。……Anson 氏の英国での納税義務は、そのためアメリカにおいて課されたのと同じの所得を参照して算定されたものである。したがって、23 条 (2)(a) による救済が与えられる。」

(4) 評価

上の通り、裁判所においては、複数要素の総合考慮ではなく、利益に対する権利に焦点を絞った判断枠組が示されたように見える。そのため、本件最高裁判決の射程をめぐって混乱を生じることとなった。

直接は二重課税救済 (課税対象所得の同一性) に関する判断ではあったものの、LLC に関する実務上の取扱い (不透明 (opaque) 扱い) が変更される可能性が示されたという受け止めも見られた。仮に法人該当性の判断枠組が変更されるとすれば (米国 LLC が外国会社ではなく透明扱いされることとなれば)、例えば、(英国) 法人出資者にとっては、米国 LLC を通じた事業について、分配時課税および配当免税の恩恵を失う懸念を生じさせることになる。また、英国に対するインバウンド投資にあたって米国 LLC を用いている場合には、租税上の考慮がスキームの再検討を要請するかもしれない。

これに対して、Anson 事件最高裁判決については、問題状況に応じたアプローチの違いという見方も存在する。すなわち、Memec 事件はパートナーシップ相当性の判定であったのに対して、Anson 事件最高裁判決では、「同一の所得」であるか否かが問われ、LLC 法および LLC 合意 (設立文書) を精査した上での結論が示された。

内国歳入庁は、次のような見解を示し¹¹、最高裁判決が事例判決にすぎず、かつ二重課税救済条項に関する判断であることを重視した理解を公にしている。そのため、実務上の取扱いが変更され、大きな混乱を招く事態は避けられたものの、最高裁判決はいわゆるハイブリッド事業体の多面的な性格に改めて光を当てるものになったといえよう。

「慎重に検討した結果、当該判決は当該事件で認定された事実特有のものであると結論した。このため、グループ構成の中で米国 LLC が会社として扱われてきている場合には内国歳入庁は当該米国 LLC を会社として扱い続けるし、米国 LLC 自体が事業を営んでいると扱われてきたならば、内国歳入庁は当該米国 LLC が事業を営んでいるという扱いを続けるものとする。

また、米国 LLC が株式資本を発行しているものとして扱うべきか否かにつき、現行のアプローチを継続することを提案している。二重課税救済を請求し、Anson 事件判決に依拠する個人については、事例ごとに考慮するものとする。」

3 結語

冒頭に掲げた通り、日本の最高裁判決は、次のように述べて、権利義務の帰属主体性を重視することを明らかにしていた。

「外国法に基づいて設立された組織体が所得税法 2 条 1 項 7 号等に定める外国法人に該当するか否かを判断するに当たっては、まず、より客観的かつ一義的な判定が可能である後者の観点として、①当該組織体に係る設立根拠法令の規定の文言や法制の仕組みから、当該組織体が当該外国の法令において日本法上の法人に相当する法的地位を付与されていること又は付与されていないことが疑義のない程度に明白であるか否かを検討することとなり、これができない場合には、次に、当該組織体の属性に係る前者の観点として、②当該組織体が権利義務の帰属主体であると認められるか否かを検討して判断すべきものであり、具体的には、当該組織体の設立根拠法令の規定の内容や趣旨等から、当該組織体が自ら法律行為の当事者となることができ、かつ、その法律効果が当該組織体に帰属すると認められるか否かという点を検討することとなるものと解される。」

さらに、デラウェア州法について、「同法は、リミテッド・パートナーシップにその名義

で法律行為をする権利又は権限を付与するとともに、リミテッド・パートナーシップ名義でされた法律行為の効果がリミテッド・パートナーシップ自身に帰属することを前提とするものと解され[る]』という理解を示し、「州 LPS 法の定め等に鑑みると、本件各 LPS は、自ら法律行為の当事者となることができ、かつ、その法律効果が本件各 LPS に帰属するものということができるから、権利義務の帰属主体であると認められる」と評価した。

これは、本稿で紹介した Anson 事件最高裁判決が、構成員の権利に注目して結論を導いたことと対照的である。このような違いが生じた要因は、日本の最高裁判決が、「複数の者が出資をすることにより構成された組織体が事業を行う場合」には、その事業により生じた利益または損失の帰属は、「別異に解すべき特段の事情がない限り」、当該組織体がわが国の租税法上の法人に該当するか否かに左右されるという理解をとった点に求めることができよう。このような理解が日本法の理解として正しいのか、また（仮にその理解が正しいとして）日英の裁判所の態度の違いについて、さらに検討を深めていきたい。

(参考) Memec plc v. IRC, [1998] STC 754 (CA)

Memec 事件では、ドイツ匿名組合を通じて得た所得の課税上の取扱いが争われた。英国法人（有限責任会社）Memec は、ドイツ居住者である有限会社（GmbH）の全持分を直接・間接的に有していた。当該有限会社は、同じくドイツ居住者である 2 つの事業子会社の 100% 持株会社であった。

当該事業子会社は営業税（地方税）および法人税（連邦税）を納付し、税引後利益から当該有限会社に対して配当を支払う。この際、当該事業子会社は源泉徴収納付義務を負うが、当該有限会社段階において当該法人税等の負担はインピュテーション調整を受けるとともに、当該源泉税は税額控除を受ける。さらに当該有限会社から Memec への配当支払にあたって源泉税を納付することが義務付けられる。

1985 年、Memec は、（裁判所の認定によれば）上記税負担の軽減を主たる目的として、自らを匿名組合出資、当該有限会社を営業者とする匿名組合契約を締結し（対象は上記事業子会社の株式保有業であり、実質的に当該有限会社の全事業に相当すると認定されている）、当該契約に基づく出資に対して当該匿名組合契約に係る年間利益の 87.84% の支払を受ける権利を得た。ドイツ法上、当該有限会社は事業資産の所有権を保持し、当該事業資産から生じた所得は発生時に当該有限会社の所有に帰する。これに対して、Memec は匿

名組合出資者であり、当該資産に対する持分を有していない。また、ドイツ法上、匿名組合には法人格は認められていない。

当該匿名組合出資契約に基づく分配金の額は、当該有限会社の各事業年度末に確定し、当該有限会社の社員が計算書類を確定することによって分配可能となるものとされた。当該分配金は当該有限会社の事業に係る課税所得から控除され、当該有限会社段階における税負担を軽減することができた。しかしながら、従来は英国税の範囲内で外国税額控除が認められていたところ、この当該有限会社段階での課税が回避された結果として、当該事業子会社が納付した営業税について十分な救済を受けることができなくなる可能性が生じた。外国税を納付した外国会社（overseas company）から受領した配当については間接税額控除の対象とされていた（1988年法 801 条）が、当該匿名組合は会社ではなく、当該事業子会社によって負担された営業税については、①当該事業子会社によって支払われた配当が Memec に直接支払われたと認識されるか、または② Memec が受領した当該匿名組合契約の分配金が当該有限会社による配当と認識されない限りは、英国税に対する税額控除の対象にならないと考えられた。

内国歳入庁（および特別委員）は、上記匿名組合出資について受領した所得について、当該匿名組合出資契約に基づく権利について生じたものであって、当該事業会社の配当支払を受けるものではなく、当該事業子会社が納付した営業税について、国内法または英独条約に基づく税額控除を受けることはできないと判断した。

ここでは、当該匿名組合の透明性に関して、高等法院がどのような判断枠組を示したのかについてののみ取り上げる。

「本件において判断を示すべきは、イングランド法またはスコットランド法におけるパートナーシップが透明と扱われる性質を検討し、その上で、当該匿名組合が法人税法上同様に扱われるべきか否かを決定するために、それらの性質が当該匿名組合によってどの程度共有されているか、またはいないのかを検証しなければならない。」

「イングランド法パートナーシップ（リミテッド・パートナーシップ含む）が透明に扱われる理由は難しくなく、当該パートナーが（彼ら自身または代理人たる他のパートナーを通じて）共同して（in common）事業を営み、当該事業を所有し、かつ当該パートナーシップ資産および利益に対する受益持分を有している。当該パートナーとパートナーシップ利益との間にパートナーシップが法的主体（legal entity）として介在するので、

スコットランド法パートナーシップが透明扱いされる理由はやや明白でないかもしれないが、実質的には (in substance) 当該利益に対する当該パートナーの地位はイングランド法パートナーシップと同様であると認識することができる。その利益は共同して事業を営む当該パートナーによって稼得され、同様に共有され、当該事業および資産に対する直接の所有は否定されるものの、間接的には認められ、パートナーの債権者が差し押さえることのできる、それらに対する間接持分を有している。

匿名組合は、独立した法的主体ではないという点でイングランド法パートナーシップと類似しているものの、イングランド法およびスコットランド法パートナーシップとは多くの面でことなっている。裁判官は、当該事業子会社の持分またはそれらの持分について生じる配当につき、当該有限責任会社〔Memec〕はコモンローまたは衡平法上の所有権 (proprietary right) を欠くことを決定的な要素と考えた。……」

この引用部分からわかるように、裁判所は、英国内における透明扱いされる類似事業体が透明扱いされる根拠を探究し、透明扱いされる事業体が有する性質を具えているか否かを検討することによって、課税上透明に扱うことができるかどうかを決定するアプローチが採用されている。つまり、高等法院は、ドイツ匿名組合がイングランド法上「パートナーシップ」に該当するか否かは考慮せず、国内税法において課税上透明に扱われている事業体と同じように、匿名組合が課税上透明に扱われるべきか否かを判断した。

[注]

- 1 最高裁平成 27 年 7 月 17 日判決（平成 25 年（行ヒ）第 166 号）。
- 2 もっとも、その基準を導く論理は下級審と大きく異なっている。さしあたり吉村政穂「判批」税務弘報 63 卷 12 号 100 頁（2015 年）参照。
- 3 例えば、岡村忠生「判批」ジュリスト 1486 号 10 頁（2015 年）。
- 4 Anson v HMRC, [2015] UKSC 44 (1 Jul 2015).
- 5 George Anson 氏は、Boston を拠点とする PE 投資ファンド HarbourVest Partners に勤務していた。
- 6 英国歳入関税庁は、次のような要素を総合的に考慮して判断することを明らかにしている。See, HMRC's International Manual at INTM 180010.
 - a. 当該外国事業体が持分を有する者とは区別された法的実在 (legal existence) を有しているか？
 - b. 当該事業体が、株式資本 (share capital) またはそれに準ずるものを発行し、これと同様の機能を果たしているか？
 - c. 当該事業体単独または持分を有する者と共同で営む事業が、当該事業体と分離され、区別されるかどうか？
 - d. 当該事業体に持分を有する者が、利益の発生とともに分配を受ける権利を有するか、または、分配を受ける利益の額が、当該利益の発生した事業年度の終了後に当該事業体またはその構成員による利益分配の決定に依存するものか？
 - e. 当該事業の遂行にあたって負担した債務について責任を負うのは誰か？当該事業体か、または持分を有する者か？
 - f. 当該事業の用に供する資産が、実質的に当該事業体に帰属するか、それとも持分を有する者に帰属するか？上掲要素のうち、c および d に特に注意が払われることが明記されている。また、設立準拠法となった外国商事法および内部構造を参照し、外国租税法上の性質決定は考慮されない。
- 7 HMRC's International Manual at INTM 180030.
- 8 Mr Swift v HMRC [2010] UKFTT 88 (TC).
- 9 HMRC v Anson [2011] UKUT 318 (TCC).
- 10 Anson v HMRC [2013] EWCA Civ 63.
- 11 HMRC, Revenue and Customs Brief 15 (2015): HMRC response to the Supreme Court decision in George Anson v HMRC (2015) UKSC 44 (25 Sep. 2015).

租税法による〈外部規範の参照〉の
規範構造に関する試論

藤 谷 武 史

目次

- 1 問題設定——租税法における「外部規範」の参照
 - (1) 本稿の問題意識
 - (2) 鍵となる概念の定義
- 2 租税法律主義の射程？
 - (1) 岡村「租税法律主義とソフトロー」論文の問題提起
 - (2) 中里「制定法の解釈と普通法の発見」論文による擁護
 - (3) 両者の比較
 - ① 共通点——私法の動態的把握
 - ② 対立点——租税法律主義の理解
 - (4) 近代と現代、2つの租税法律主義？（試論）
- 3 租税法による〈外部規範の参照〉の規範構造
 - (1) 「外部規範の参照」と単なる「事実上の概念の取り込み」の区別
 - (2) 照 > のあり方を決定する租税法律の構造
 - (3) 「外部規範の参照」論——暗黙の停職規則の解釈論的導出
 - (4) 会計基準の〈参照〉について
 - (5) 外国公法の〈参照〉？
- 4 租税立法者による〈外部規範の参照〉の許容性？
- 5 結びにかえて

1 問題設定——租税法における「外部規範」の参照

(1) 本稿の問題意識

本稿は、租税法の規範内容定立に際して、租税法令以外の規範（後述するように、「法」規範に限定されない）が参照される法現象——本稿ではこれを「外部規範の参照」と呼ぶ——に着目し、我が国租税法秩序の下での、その規範構造を明らかにしようとするものである¹。

このような問題設定が意味を持つのは、第一義的には、日本の租税法秩序（立法・判例・行政実務）が比較法的に見て²かなり厳格な租税法律主義（特に、租税立法者を拘束する憲法規範としての課税要件法定主義）の原理に立脚しており、租税立法者が租税法令の内部に自己完結的な規定を置かず「外部」の規範にその内容充填を委ねることは、少なくとも何らかの説明ないし正当化を要する現象であると考えられていることによる³。他方、現実の租税法を虚心に眺めれば、租税法令が自己完結的でないことはむしろ常態であると指摘されているし⁴、課税要件法定主義が現実に妥当している範囲やその内実についても根本的再検討の必要性が指摘されていること⁵も考えれば、租税立法準則との関係でのみ「外部規範の参照」を問題にすることは、租税法学者の理論的関心はさておき、いささか議論の実益に乏しい、との批判もありそうである。

これに対して本稿は、租税法令における「外部規範の参照」の枠組みが、解釈論上の含意を有することを主張する（租税法解釈方法論としての「外部規範の参照」論）。すでに日本の租税法は、特に私法概念を念頭に、租税法令の内部にあって他とは異質な——従って解釈論上も別異の取扱いを要求される——概念としての「借用概念」が存在する、との議論を知っている⁶が、本稿は、（日本の）私法に限らず⁷、外国私法⁸、会計基準⁹、国内行政法令¹⁰、外国租税法¹¹、国際的なソフトロー¹²、社会通念¹³といった、様々な「外部」の規範（その中には〈法〉とは言いがたいものも含まれる）が租税法の解釈適用において「参照」された近時の事案をも包摂しうる理論枠組みの提示を目指すものである¹⁴。とりわけ、租税法律主義が立法準則のみならず租税法令の解釈方法を導く原理として機能すると解される¹⁵日本法において、租税立法が「外部」規範を参照する規定を持つとすれば（後述するように、参照の有無それ自体が解釈によって決すべき対象となることに注意）その規定は

どのように解釈すべきか、という問題には、租税法理論の観点から一定の見通し——「租税法と私法」論を「複数の法が併存・競合する場合の法の選択」問題と捉える中里教授の近時の所説¹⁶に示唆を受けつつ、これをさらに発展させるものとなろう——を示しておく必要がある。

(2) 鍵となる概念の定義

なお、本論に先立って、本稿に言う「外部」「規範」「参照」についてそれぞれ定義しておく必要がある。まず「外部」とは、「〈ハードローとしての租税法令〉以外の全て」を指す。これは上に述べた本稿の問題設定からは容易に了解されよう。

次に「規範」とは、「妥当／不当の判定基準（コード）を備えた自己参照的システムの一部を構成し、当該システムが及ぶ人的・事物的領域（jurisdiction）において自身の妥当を要求する命題」を指す¹⁷。〈法〉はまさにこうした性質を備えた（全体としての）システム（＝法秩序）であり（個々の）命題（＝法規範）であるが、この定義には、専門家共同体の規約（例えば会計基準）、さらには金銭¹⁸のようなものも含む。2点付言する。

第1に、「システム」の類比は、①システム内部ではこれら規範が単なるデータではなく相互に参照し自律的に展開していく性質を有していること、にも関わらず、②或るシステム a の内部で妥当する規範（会計基準、A国法）は、 a のjurisdictionの外に在る別のシステム β （日本法）から観察すればただの事実やデータに過ぎず、 a の規範（の一部）を規範として受容する β 自身の規範（最広義の抵触規範というべきもの）を経て初めて β 内部においても一定の規範的地位が与えられること、の2点に注意を喚起するためである。あらゆる法規範が、それに先立って（自らの外側に）存在する事実や概念を（必要に応じ自ら定義した上で¹⁹）前提とせざるを得ないことは自明であるところ、本稿が問題とする「外部規範の参照」がこれとは異なる含意を持つのは、まさに或る法秩序 β が a の規範を「自分以外の規範システム（ β から見た a ）において規範としての（＝自己内部で相互参照し自律的に展開する）性質を持つもの」として（単なる事実やデータとしてではなく）扱う（法秩序 β において適用する）場面に関わるからである。

第2に、租税法の解釈で多くの場合問題となるのは（例えば借用概念論がそうであるように）規範というよりは（その構成要素たる）「概念」である。しかし上記説明が示すよう

に、「概念」は当該システムの内部にあって規範と密接に結びついて動的に発展するのであり（例えば、民法上の「贈与」概念は、贈与という規範として論じられるのではなく、贈与に関わる諸規範の適用の中で帰納的に意味を変容させていく）、この点を捉えるためには「概念」の背後にある規範を（そのシステム論的特性とともに）認識するのが妥当であろう。

法分野としての抵触法は一国の法秩序全体についてまさにこうした（いわば当該法システム外部に開かれた「窓」「受容体 (receptor)」としての）機能を中心的に担っているが、租税法の内部にも暗黙の抵触規範が存在していると考えられる²⁰、というのが本稿の主張の中心部分ということになる。したがって、本稿における「参照」とは、まさに α （における規範）と β （における規範）の繋がり方の具体的態様を総称する概念ということになる。

2 租税法律主義の射程？

本稿は、租税法律主義という日本租税法の磁場の下で、租税法令が外部規範を参照する現象をどのように理解できるか、という問いに答えようとするものである。そこで、まずは租税法律主義がこの文脈で如何なる意味を持ちうるか、先行業績を手がかりに検討する。

(1) 岡村「租税法律主義とソフトロー」論文の問題提起

租税法律主義を真剣に捉え直すことを通じて、直接には「租税法と私法」論に対して、しかし本稿の論題である「外部規範の参照」一般をも同時に射程に収める、批判を提起したのが、岡村忠生教授の「租税法とソフトロー」論文²¹である。同論文は、租税「法令以外のところ」から持ち込まれ、課税要件・租税手続に影響を与える様々な概念（私法・会計基準・通達等）の存在に着目する。岡村教授は、「完備性のある課税要件を作ることは不可能」であり、「法令以外のところ」からの「概念の持ち込み」も不可避であるが、それが租税法律主義を掘り崩す懸念を強調し、法令以外のところ「から持ち込まれようとする概念や主義主張をどのようにコントロールするかが検討課題」であると強調する。基本原理に

立ち返ることで、従来等閑視されてきた問題を鋭く抉り出す同論文の慧眼には、感服せざるを得ない。

本稿の観点から特に注目したいのが、同論文が改めて定式化する租税法律主義の意義（理解）である。岡村教授は、租税法律主義の機能として通常強調される予測可能性や法的安定性にとどまらない、「自律的な個人としての人々が、代表者を通じて税負担のあり方を審議し、決定する立法上の原則」としての重要性を強調する²²。このことは、同論文が租税法令の行為規範的側面を重視するように思われる²³こととも平仄が合っているが、租税法律主義（特に課税要件法定主義²⁴）の民主主義的側面²⁵を特に強調したものと言えよう。このような考え方からは、会計基準や通達のような法としての性質を有しないものももちろんのこと、実質的には裁判所の判例が形成する私法も、（租税法律主義が）「立法過程で国民全体が代表を通じて議論することを求める」課税要件に持ち込まれることも、否定的に解されることになる²⁶。

（2）中里「制定法の解釈と普通法の発見」論文による擁護

以上の岡村論文の鋭い批判に対して、（時系列としては前後するが）最も根源的なレベルで租税法の私法準拠を擁護するのが、中里実教授の「制定法の解釈と普通法の発見」論文²⁷である。同論文は「複数の法の競合」として租税法律（制定法）と私法（普通法）の関係を捉える視点に立ち、その間での法選択ルールとして「租税法と私法」論を再定位する。その上で、「特別法と一般法」に関する法原理を援用し、「制定法に明文の定めのない限り、制定法が劣後する」「制定法がどこまで普通法を変更しているかは、制定法の明文の定めの有無で判断すべき」との指針を示す。この指針に従えば、租税法が明文の定義でこれを修正している場合を除き、課税要件に含まれる私法概念は、一般法＝私法における意味に解釈すべき、という借用概念論の統一説の考え方が導かれる、ということになる。

そして、岡村教授においては私法概念の租税法令への持ち込みを警戒すべき根拠とされた租税法律主義は、中里教授においては租税の歴史的特殊性（議会の承認によって限定付けられた例外的存在としての租税という出発点）を現代の我々に想起させるものであるが故に、制定法＝租税法律の文理解釈・厳格解釈（議会の明示的承認を超えた課税の禁止）を基礎付ける論拠となる。岡村教授が危惧した、課税要件に取り込まれた私法が課税の拡

大（例えば租税回避の否認）のために目的論的に解釈される事態は、中里教授の理論枠組みでは想定されていない。というのも、「複数の法の競合」という枠組みによれば、私法は租税法と競合する法としての自律性をなお維持しており、租税法律に書き込まれたからといって直ちに租税法律の構成要素になってしまうわけではないからである²⁸。

(3) 両者の比較

「租税法と私法」論を巡り、両教授の所説は一見すると正面から衝突するように見えるが、むしろ興味深いのは、両者の意外な共通点と、（隠れた）真の対立点、である。

① 共通点——私法の動態的把握

まず、共通点としては、両教授はいずれも「私法」を静態的なものとは捉えていない、ということである。上述したように中里教授においてこの点は明らかと思われるが、岡村教授においても、私法が（特に商慣習や取引慣行の裁判規範への取込みを通じて）立法者の予想を超えて発展していくことを²⁹、（まさに租税法律主義との緊張関係を孕む要因として）捉えている。私法は（それが個別の立法によるか、判例の蓄積によるかはともかく）自己参照的に発展する「システム」であり³⁰、参照元（租税法）において、あたかも標本箱の蝶のごとく（例えば参照を行う立法の時点での概念内容によって）固定してしまえるものではない³¹。

② 対立点——租税法律主義の理解

しかし、このような性質を有する「私法」を租税法令が「借用」することについての評価は、正反対である。岡村教授がその租税法律主義理解に基づきこの「借用」を否定的に解することは紹介したとおりであるが、中里教授における租税法律主義と「借用」の関係はどう理解されるであろうか。この点、中里・前掲論文では、租税法律主義については歴史的特殊性の他には詳しく述べるところはないが、同論文が隠そうとしない、法曹によって作られた法＝普通法への信頼や、政治的妥協の産物としての制定法に対する警戒心（の表れとしての制定法の厳格解釈）³²からすると、私法概念が租税法に取り込まれ、私法の考え方に従って解釈されたとしても、そのことが直ちに法の根源に関わる（例えば、個人の自律性の侵害といった）問題を生じさせるとは考えられていないと推論することができる。

さらに敷衍するならば、岡村教授の所説は（おそらくフランス革命を一つの頂点とする

ところの) 近代主権国家の「立法」を重視する系譜に属し、中里教授の所説はこれに対して「近代以前から存在し、近代を超えて存続する法」の系譜への親和性を表明したものと
言えよう³³。また、岡村教授の租税法理解が、侵害規範・行為規範としての側面を重く見て、
いわば「公法としての租税法」の側面を強調するのに対して、中里教授は、同論文におけ
る「取引については常に租税法と私法がともに適用され(る)」³⁴との指摘のほか、「取引法
としての租税法」³⁵、「租税債権」の強調³⁶といった一連の論述が示すように、むしろ(公法
という枠の中ではあるが) 国家と私人が法律の下で債権者・債務者として対立し合う債権
法の枠組み³⁷で捉えようとしているのではないかと思われる。

(4) 近代と現代、2つの租税法律主義? (試論)

以上に述べた点をさらに展開すると、租税法律主義に関する以下の[A] [B] 2つの理念
型の存在を指摘することができる。もちろん、これは思考の整理のための補助線に過ぎな
い。

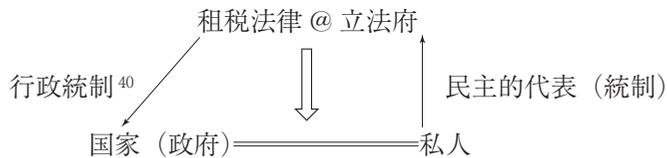
[A] 伝統的な租税法律主義の理解——第一の考え方(おそらくこちらが今なお通説的な理
解であると思われるが)は、国民が代表機関である議会を通じて租税法律を制定すること
の意味を、個々の国民が(代表者を媒介して) 国家との間で課税に「同意」を与えること
(あるいは国家という抽象概念を介在させないとすれば、他の国民との間のいわば組合規
約の改定に類する合同行為)にあると見る。これを便宜上、**〈同意〉モデル**と呼ぶことにし
よう。

この考え方は、〈民主主義=自己決定・自己統治〉の側面を強調し、本来財産権と緊張関
係に立つ租税について、〈同意ゆえに財産権侵害ではない〉という説明ができる点におい
て好都合である。もっとも、一年税主義を維持している(例えばフランスのような) 国家
であればともかく、永久税主義に移行した日本において、過去の立法者を通じた「同意」
に拘束され続けるという擬制には苦しい面があることは否めない³⁸。ともあれ、この考え
方に拠れば、課税の実質部分の全ては代表者を通じた審議と議決=法律に基づかねばなら
ず、代表機関たる議会以外への実質的決定の委任は(たとえそれが裁判所であっても) 許
されない、ということになる。

[B] 現代国家における租税法律主義の変容?——これに対して、第2の考え方は、立法府

の議決と納税者の自立的決定と間には懸隔がありすぎる（自己決定の擬制はもはや成り立たない）ことを重視し、制度原理上はそれでも相対的に最も高い民主的応答性・答責性を有することが期待される立法府は、国家（その実体的構成要素としての政府）を統制する任務を負うべきであるとする。これを第1のモデルとの対比上、**〈統制〉モデル**と呼ぶことにする。統制モデルの下では、租税法律はもはや国民と国家の「同意」ではなく、国家（政府）の課税権行使を統制するための客観法として存在する³⁹と理解される。

租税法律主義の〈統制〉モデルの概念図



この考え方の下でも、課税の根拠は法律に基づかなければならないが、その狙いは国家（政府）による課税権を統制しその合理的な（＝公益に即した）行使を促すことにあり、そのためには、租税法律関係の一方当事者たる国家（政府）が自らに都合よく課税ルールを制定・改変することが警戒されねばならない。事実、こうした理解は、課税要件法定主義を特に課税要件設定を行政に委任することを禁止するルールとして捉える伝統的な理解⁴¹とは親和的である。他方、——本稿の「外部規範の参照」からはこちらが重要であるが——合理的な課税のために必要な範囲で、租税法律関係に対して中立的な規範作成主体に課税要件の内容充填を委ねることは、その中立性が（国家または私人の）私的利益に侵蝕されない制度的措置を施した上であれば、必ずしも禁止されない、ということになる。立法が委任する先が特定の利益主体に還元されない「システム」（例えば私法）であればむしろ都合がよい、とさえ言えるかもしれない^{41a}。もちろん、このような考え方に対しては、法治主義一般の問題とは区別された租税法律主義の特殊な意義が見失われるのではないか、との批判が予想される⁴²ところではある。

なお、[A]、[B] いずれの立場をとっても、実際にはさほど差が出るわけではない。しかし、「なぜ／どこまで立法者が決めなければならないのか」の理由づけが異なり、それが本稿の主題との関係では重要な意味を持つのであり、上記の試論はその限りで思考の整理に役立つ、ということになる。

3 租税法による〈外部規範の参照〉の規範構造

本節では、租税法による〈外部規範の参照〉の規範構造を定式化した上で（→（1）～（3））、その解釈論上の帰結について検討を加える（→（4）・（5））。

（1）「外部規範の参照」と単なる「事実上の概念の取り込み」の区別

本稿が問題とする「外部規範」は、1（2）における定義が示すように、自律的なシステムの要素として動態的發展に開かれているものに限定される。代表的な例としては、自国および外国の私法、会計基準等が挙げられる。

法的安定性を重視すべき租税法律において、こうした「外部規範」を課税要件規定の一部とすることが行われるのは、複雑な現代の経済社会に租税立法が対応する上でほとんど不可避の手段であるからに他ならない。これは、各国の租税法が企業所得算定要件の定立において会計基準を参照した際の動機⁴³や、課税物件（所得）の基礎をなす「何らかの経済的成果」をもたらす前提としての私法という説明⁴⁴などによって示されるところである。租税法は、複雑な市場取引・企業活動を（それが実現した所得や消費といった経済的事象をそのまま課税要件に取り込むことが困難であるために⁴⁵）、私法や会計基準を媒介として把握しようとするが、これら外部規範が「媒介」として機能しうるのは、取引関係の規律や企業利潤の算定について日々事例を蓄積し、システム内部での具体例の参照を通じて、（特に専門家のコミュニケーションを通じて）インクリメンタルな形で発展する可能性に開かれており、自らを up-to-date なものとして機能させるために租税法が関心を有するのまさにその展開した先の規範や概念だからであるからである。

これに対して、単なる事実上の概念とは、そうした動態的な展開が想定されず、立法段階で理解された通常の意味が存続すると想定されるものである。

ここで微妙な問題を孕むのが、科学技術に関わる基準や概念が参照される場合である。租税法においても（特に様々な政策税制において）科学技術上の概念を課税要件に取り込む例がある⁴⁶。自然科学・工学も、各々が固有の学知システムとして、内部での基準に従った相互参照を通じて不断の知識更新を行っている。従って例えば「その時点での○△工学

の最新の技術基準を満たすもの」といった課税要件を設定すれば、租税法は（○△工学という）外部規範を参照していることになる（いわゆる動的参照⁴⁷）が、例えばエコカー減税にかかる基準については省エネ法上の「平成×□年基準」、という形の参照がなされている。この場合、ある外部規範システムのある一時点での知識水準や基準を静的な「事実」として租税法が取り入れているに過ぎない。

(2) 〈参照〉のあり方を決定する租税法律の構造

前項の説明が示すように、「外部規範の参照」と単なる「事実上の概念の取り込み」の区別は、参照先の規範・概念の性質や構造のみならず、参照元たる租税法律の構造にも依存している。そして、まさにこの構造を明らかにするのが、本稿の主張する（解釈方法論としての）「外部規範の参照」の理論枠組み、ということになる。

確かに租税法律の内部には、法の適用に関する通則法4条～43条「準拠法に関する通則」に規定されたような明文の抵触規則は存在しない。しかし、特に租税法律主義をこのレベルで作用する立法準則と捉えることで、解釈によって暗黙の抵触規則を解明する必要があることを論証することができる。すなわち、租税法律主義の下で文理解釈の要請が強く働く⁴⁸租税法が、それを読む者に外部規範の参照を想起させかねない概念⁴⁹を課税要件中に用いた以上、むしろ動的〈参照〉の推定が働き、法的構造＝租税法に内在する実質の意味での抵触規則を明らかにする必要がある（解釈の結果、例えば明示された条文の構造等を論拠に、かかる動的参照の可能性が排除されれば、単なる「事実上の概念」として解釈すれば良い）、ということである。

(3) 「外部規範の参照」論——暗黙の抵触規則の解釈論的導出

租税法による「外部規範の参照」構造はどのように明らかにされるか。そして、そのような構造の特定が、租税法令の解釈問題上、如何なる意味を持つか。いずれについても、抵触法学の考え方から有益な示唆を得ることができる。

確かに、国際私法の教科書によれば、課税管轄権によってその適用範囲を画される租税法令＝課税要件法は、他の公法規範と同様、「法規からのアプローチ」⁵⁰を採るものと説明

される。そこでは抵触法的処理の可能性は存在しないかのように思える。しかし、前掲2(3)②で論じたように、課税要件法を公法上の債権債務関係を規律する法として捉える立場からは、課税要件法を「法定債権を発生させる実質法規範」と捉え（その準拠法は公法ゆえに常に日本法、という点では通説と同様）、ただしその内部に小さな単位法律関係を内包する構造を採っている、と見ることは、国際私法の通説的立場とも必ずしも矛盾しないように思われる⁵¹。

例えば、所得税法33条は、「譲渡所得とは、資産の譲渡（中略）による所得をいう」と規定する。この点線部分は、所得税法の他の条文（5条・7条・22条・36条等）とともに納税義務＝租税債務を生じさせる実質法規範であるが、「資産の譲渡」という単位法律関係の認定については別途準拠法を觀念しうる構造（＝〈参照〉構造）を採っている、と見ることは不可能ではないように思われるし⁵²、裁判例も（疑問の残る判示を伴うとは言え⁵³）一般論としてはこのような課税要件上の法的事実の存否が（日本の国際私法を経由して）準拠法たる外国私法に依拠して決定されることを否定するものではないと思われる。そして、このような構造理解によれば、国際私法における準拠外国法解釈の方法⁵⁴に従って、単位法律関係については本問題の準拠法（租税法）の解釈方法を持ち込まず、単位法律関係の準拠法（日本または外国私法）に内在的な解釈方法に従って、（租税法の解釈適用の前提としてこの単位法律関係を審理する）裁判所が解釈を行うべき、ということになる。これは「租税法と私法」の関係について私法関係準拠主義が説くところと合致する⁵⁵。

ただし、借用概念論に関する先行業績が指摘するように、当該租税法令が実際にそのような〈参照〉構造を採っているかどうかは、当該規定の解釈によって（＝先立って）決定する必要がある。しばしば挙げられる例であるが、所得税法60条1項が「居住者が次に掲げる事由により取得した……所有していたものとみなす。」と規定し、その1号に「一 贈与、相続（以下略）」と規定するが、この「贈与」は私法上の贈与一般ではない（＝私法を準拠法として「贈与」概念を解釈する必要がない）という結論が、所得税法の構造から解釈論上導かれる⁵⁶。とはいえ、私法システム内在的な動態的發展に開かれた「贈与」概念でないにせよ、社会的意味も含めた（genericなカテゴリーとしての）「贈与」が指示されていることから、文理解釈の要請はなお及ぶ（統一説の意味での「借用概念」でないことが、直ちに「固有概念」として柔軟な解釈を正当化するわけではない）⁵⁷。

(4) 会計基準の〈参照〉について

従来、私法概念と並んで、租税法令における位置づけが問題とされてきたのが、会計基準の〈参照〉である。とりわけ、租税法令（法人税法 22 条 4 項）自体が、別段の定めがあるものを除いて「一般に公正妥当と認められる会計処理の基準」を〈参照〉する、という構造を採っていることから、理論的⁵⁸にも解釈論上⁵⁹も難しい問題を惹起してきた。

しかし、本稿の枠組みからすれば、「別段の定め」を伴わない〈参照〉の場合には、租税立法が参照先の動態的な規範を読み込んで課税要件の一部とすることを指定しているのであるから、そこに租税法上の「公正妥当」を（明文の規定なく）読み込むことはできない、というのが租税法律自身の規範構造の指示するところである、と結論される。これは会計基準に対する法人税法の優位性という問題とは全く無関係であることに注意を要する。あくまでも、文理解釈が支配する租税法律の構造に照らして、当該規定の解釈によって、実質の意味における抵触規則を見出し、それに従った構造的解釈を行うべき、ということになる。

同様に、租税法によって参照されたからといって、参照先の会計基準が租税法の一部として租税法と同様の厳格解釈に服する、ということになってしまうわけではない。ところが、東京地判平成 24 年 11 月 2 日は、当該事案には金融商品実務指針 105 条の適用がないという（それ自体は妥当な）認定から、実務指針も租税法令と同様に厳格解釈されるべきであり、明文で認められていない以上は許容されていないと解されるから、納税者の会計処理は法人税法 22 条 4 項に反して違法である、と結論してしまった（控訴審で取消）。これも、本稿が提示するような租税法律が〈ある種の自律性・動態性・伸縮性を持った固有の規範体系を参照する〉という規範構造、およびそれを踏まえて〈をあたかも準拠法指定された外国法を解釈するように＝参照先の論理に従って、「解釈」することが求められる〉という解釈論上の帰結が及ぶことが理解されていれば防ぎ得た誤りということになる。

(5) 外国公法の〈参照〉？

他方で、公法の属地主義の原則からすると、外国公法を「規範」として租税法が〈参照〉することは、少なくとも国際私法の枠組みからは許されない。この点、外国税額控除にお

ける「外国法人税」⁶⁰や法人税法 55 条 3 項 1 号・3 号の「罰金・課徴金」は、いずれも単なる「事実としての概念」として課税要件に取り込まれていると考えるのが妥当である。このような場合には、前掲 (3) で述べた解釈方法論は妥当せず、日本租税法の観点からの（もちろん、文理解釈の原則の下、条文構造に根拠を求められる限りにおいて）実質的判断が許容されると解されよう（とは言え、comity の観点からの配慮はあり得るであろう）。

4 租税立法者による〈外部規範の参照〉の許容性？

既に述べたとおり、“Moving Targets”を捕捉し課税の世界に取り込むのが課税要件の機能である以上、動的なものはその性質に従って動態性に開かれた要件として設定する方が適切であるとは言える。ここに（本稿の意味における）〈外部規範の参照〉の合理性が見いだせる。

もっとも、そこに岡村教授の指摘する租税法律主義との緊張関係があることは否定できない。これに対して本稿では、2 (4) において租税法律主義についての 2 つの理念型を提示し（おそらく現実はこの両者の折衷的なものと思われるが）、少なくとも理解 [B] においては、〈外部規範への参照〉が、立法者による決定（に仮託される納税者の自己決定）の契機とは異なる観点から正当化の余地があることを示した。

他方で、この理解 [B] を採用したとしてもなお、〈外部規範〉に委ねるべきではない本質的部分ないし局面はやはり存在する。そのようなものとして、①裁判所が解釈によって一義的な解を導くことのできない「正解のない」問題としての実体租税政策判断に関わる部分⁶¹に加えて、②参照先の〈外部規範〉が特定のバイアスを帯びる可能性がある場面、を指摘することができる。租税法律主義の理解 [B] によれば、「租税法律関係に対して中立的な規範作成主体に課税要件の内容充填を委ねることは、その中立性が（国家または私人の）私的利益に侵蝕されない制度的措置を施した上であれば、必ずしも禁止されない」ということになる。例えば、会計基準を法人税法が参照する際の「別段の定め」は、会計基準に委ねることができない場面を具体的に列挙して租税法律が自ら定めを置いたものと解することもできるかもしれない。

なお、今後検討を要するもう一つの〈参照〉類型として、前節 3 (5) で触れた「外国公

法の参照」を挙げることができるように思われる。先日最終報告書が公表された BEPS プロジェクトは、(今後の趨勢を見極める必要があるものの) 関連する動向⁶²とも相俟って、既存の国際租税法秩序の構成原理を根本から変動させる可能性を秘めている。本稿の関心との関係では、とりわけ BEPS 行動 2「ハイブリッド・ミスマッチ取極めの無効化」において要求される、外国租税法の適用状況に自国租税法の適用を連動させる規範（いわゆる linking rule）が興味深く指摘できる。詳細な検討は別稿に委ねざるを得ないが、相手国の課税処分の有無を単に事実として認識して機械的にルールを発動するのみならず、相手国の課税の適否までも（BEPS プロジェクトの指針を手がかりに？）解釈論的に判断せざるを得ない場面は容易に想像ができるところ、このような場合に相手国の課税判断を〈参照〉してしまうことには、かなりの問題がありそうである。他方で、BEPS プロジェクトは課税判断の抵触は OECD が示した共通の基準に従えば回避できると考えているようにも思われるが、何らかの紛争解決手続は必要とされよう。

5 結びにかえて

以上、本稿は文字通りの「試論」として、租税法の解釈・適用の基本構造に関わる諸問題に見通しを利かせるための「補助線」を提示することを試みた。この仮説の成否および有用性は具体的事案への適用を通じて検証するより他はないが、時間と能力の制約もあり、この小論では能くなしえなかった。近い将来、その缺を補うことを自らの宿題として、ひとまず筆を擱くこととする。

【付記】

本稿は、基盤研究 (B) (平成 25-27 年度)「租税法規範の国際的な抵触とその調整 (研究課題番号: 25285014) (代表・横溝大) の研究成果の一部である。

[注]

- 1 本稿の執筆に当たっては、渋谷雅弘「租税法規による他の法令への準拠」（2014年4月26日租税法研究会報告）、中里実「租税法とヨーロッパ史」（2014年10月18日租税法研究会報告）から特に強い示唆を得た。
- 2 比較法的側面については、拙稿「租税法律主義の比較制度分析」フィナンシャル・レビュー 129号（2016年刊行予定）で検討を加える予定である。
- 3 岡村忠生「租税法律主義とソフトロー」税法学 563号 141頁（2010年）は、租税法律主義に羈束されるはずの租税法（租税立法者）が、国会が制定する租税法律及びその「適正な委任」の範囲内の命令以外の「法令以外のところ」に課税要件に関する重要な規定を委ねている（しかもそれに従って実務が運用される）ことがなぜ許容されるのか、と鋭く問題提起する。本稿の動機の一つは岡村教授のこの問題提起への応答を試みることにある。
- 4 増井良啓「租税法の形成における実験——国税庁通達の機能をめぐる一考察」中里実編『政府規制とソフトロー』185頁（2008年）、渡辺智之「不完備契約としての租税法」フィナンシャル・レビュー 69号（2003年）153頁。
- 5 佐藤英明「裁判例にみる課税要件法定主義」フィナンシャル・レビュー 129号（2016年刊行予定）。
- 6 最近のものに限っても、金子宏『租税法〔第20版〕』（弘文堂・2015年）117頁、中里実＝弘中聡浩＝淵圭吾＝伊藤剛志＝吉村政穂（編）『租税法概説〔第2版〕』（有斐閣・2015年）46－49頁〔増井良啓執筆〕、渋谷雅弘「借用概念解釈の実際」金子宏編『租税法の発展』（2010年）39頁、岡村忠生＝渡辺徹也＝高橋祐介『ベーシック税法〔第7版〕』（有斐閣・2013年）41頁以下〔借用概念論に懐疑的な立場を示す〕等を挙げるができる。
- 7 租税法令中の国内私法からの借用概念の解釈が争われた事案については、渋谷・前掲注6論文が主要な裁判例を網羅しており、同論文の参照を乞う。
- 8 東京高判平成22年5月27日判時2115号35頁（ファイナイト再保険事件）、最判平成27年7月17日（デラウェアLPS課税事件）など。
- 9 東京高判平成25年7月19日裁判所ウェブサイト（ビックカメラ不動産流動化）、東京地判平成24年11月2日（オリックス銀行住宅ローン債権流動化；控訴審判決東京高裁平成26年8月29日は未公表）、平成26年4月23日金法2004号107頁（武富士過払金・不当利得返還請求訴訟）。
- 10 東京高判平成14年2月28日訟月48巻12号3016頁（租税特別措置法上の「改築」という要件の意義と、建築基準法における特殊な用法との関係）、最判平成22年4月13日民集64巻3号791頁（長期譲渡所得の特別控除額の特例の適用と都市計画法56条の解釈）。
- 11 最判平成21年12月3日民集63巻10号2283頁（損保ジャパン／ガンジー島事件）〔いわゆるデザイナー・レート・タックスと「外国法人税」の意義〕。
- 12 最判平成21年10月29日判決民集63巻8号1881頁（グラクソ事件）〔租税条約解釈におけるOECDコメンタリーの位置づけ〕。
- 13 最判平成16年12月24日民集58巻9号2637頁（興銀貸倒損失事件）、最判平成20年9月12日判タ1281号165頁（ペット葬祭業）。

- 14 従って立法準則としての「外部規範の参照」論については、本稿4で暫定的な議論を行うものの、本格的な検討は別の機会に委ねざるを得ない。なお、上に述べた事案のうち、LPS 課税事件、損保ジャパン事件については既にそれぞれ立法的対応（措法41条の4の2+措令26条の6の2、法税令141条3項3号）がなされている。解釈論において外部規範参照がどのように扱われるか、が立法的対応（立法技術）の問題と密接に結びつくことは言うまでもない。
- 15 中里実ほか『租税法概説』41頁以下〔増井良啓執筆〕。
- 16 中里実「制定法の解釈と普通法の発見（上）・（下）」ジュリスト1368号131頁、1369号107頁（2008年）。さらに、同「企業課税における課税所得算定の法的構造（1）～（5・完）」法協100巻1号・3号・5号・7号・9号（1983年）にも、通底する問題意識の萌芽を見いだすことができる。
- 17 明らかにこれはルーマンのシステム理論を意識したものであるが、厳密にそれに従うものではない。さしあたり参照、ニクラス・ルーマン（土方昭監訳）『法と社会システム』（新泉社・1983年）。
- 18 参照、中里実「法・言語・貨幣——ソフト・ローの観点からの研究ノート」金融研究23巻3号（2004年）。
- 19 仲野武志「内閣法制局の印象と公法学の課題」北大法学論集61巻6号183頁（2012年）は、立法実務において「条文を組み立てる上で土台となり、より根柢的には法と社会との関わり方を示すものでもある定義規定」の重要性を強調する（194頁）。
- 20 実定法上も、会社法823条（外国会社に対する他の法律の適用関係）のような実例を見出すことができる。さらに、理論的レベルの指摘ではあるが、公法における抵触法的処理の可能性を探るものとして、斎藤誠「グローバル化と行政法」磯部力他編『行政法の新構想Ⅰ行政法の基礎理論』（有斐閣・2011年）339頁（348-361頁）、原田大樹「国際的行政法の発展可能性——グローバル化の中の行政法（1）」自治研究88巻12号（2012年）80頁（84-87頁）。これに対して、横溝大「行政法と抵触法——グローバル化の中の行政法（1）」自治研究89巻1号（2013年）128頁は、抵触法学の立場からこのような行政法学の新たな試みに賛意を表しつつも、具体的類型に即した検討の必要性（134頁）、斎藤論文・原田論文が念頭に置く「外国行政法の適用、外国行政行為の承認という問題と、抵触法的理念との間の差異」、「すなわち、如何なる法秩序の法や国家行為に対しても、平等に、且つ（相互主義的ではなく）一方的に受け入れるというのが抵触法の基本理念である。だが、行政法の扱う領域は、個別領域毎に各国における制度的相違の大きさや各国国家機関の間の相互信頼の度合いが異なっているように見受けられる」（136頁）と指摘する。
- 21 岡村・前掲注3。
- 22 岡村・同上162頁。
- 23 例えば、「法の指令の認知」という項目の立て方と刑事法との比較（145-146頁）、課税要件を回避しようとする納税者のインセンティブやこれを前提とした立法者のインセンティブに関する詳細な分析（149-151頁）、（通達等の）ソフトローが遵守されるメカニズムの分析（157-159頁）など、随所に窺われる。
- 24 佐藤英明「租税法律主義と租税公平主義」金子宏編『金子宏編『租税法の基本問題』60頁は課税要件法定主義が従来の学説によって「非常に強固な原則として扱われて」きたことを指摘する。

- 25 増井良啓『租税法入門』（有斐閣・2014年）9頁。
- 26 岡村・前掲論文156-157頁（さらに、岡村忠生「Limited Partnershipの法人性（3）」税研174号（2014年）74頁、岡村＝渡辺＝高橋『ベーシック税法〈第7版〉』41頁以下〔岡村忠生執筆〕（特に42頁・50頁）。前掲論文でその実質的理由として挙げられているのが、「租税法主義は、課税要件を設けるために私法を作る場合とは異なる特別な要件を課している。また、課税要件に関する法令は、私法とは異なり、厳格な解釈が求められている。私法を用いて否認を行うこと、言い換えれば、私法によって課税要件を画すことは、租税法主義を根本的に掘り崩す行為である。納税義務に関する法の指令の認知プロセス、私法の影響から保護されなければならない。」（157頁）という説明である。
- もっとも、「課税関係を私法上の法律関係に依拠させようとする主張」（谷口勢津夫教授のいう「私法関係準拠主義」を指すものと思われる）は、私法概念や契約関係を（租税法の適用の前提であることは切り離して）あくまでも私法の枠内で解釈することを命じるものであり（谷口勢津夫「司法過程における租税回避否認の判断構造」租税法研究32号（2004年）53頁、租税回避の否認のために手段的に解釈することは許されない。この理解を前提に、さらに2点指摘しておく。
- ①許されないといっても柔軟に解釈しうる私法には歯止めがないではないか、というのが岡村教授の批判の趣旨と思われるが、私法の常識に照らして「租税法解釈の動機によって歪められた」私法概念や契約の解釈とそうでない解釈は、民事裁判官であれば判別可能であると思われる。逆にそれも信用できないのであれば、租税法主義が租税法令の解釈に際して要求するところの文理解釈が「日本語の通常の意味」によって羈束されるということもまた信用できないことになる（参照、拙稿「租税法令の解釈方法——ホステス報酬源泉徴収事件」『最新租税基本判例70』（日本税務研究センター・2014年）22頁（25頁））。
- ②「私法上の否認のような個人としての自律性に反する概念の持ち込み」（岡村・前掲論文161頁）が、私法の論理に拠らない租税法に固有の動機によるものであれば、確かに「自律性に反する」と言えよう。しかし、本来個人の自律性を根本的な原理とする民法（それに比べれば、代表機関を通じた法律制定という「擬制された同意」による自律性は、所詮「擬制」に過ぎないことに注意）においてすら、自分の選択した法律構成や契約解釈が裁判官によって当然に維持されることは「自律性」の内容に登録されていない。「契約解釈による『否認』」は裁判官が当事者の選択した法律構成を私法の論理に即して斥けるというそれ自体かなり例外的な場面を指す概念と解される（参照、拙稿「判批（大阪高判平成12年1月18日訟月47巻12号3767頁の解説）」租税法研究29号（2001年）165頁）。
- 27 中里・前掲注16。
- 28 前掲注26も参照。
- 29 岡村・前掲注3論文143頁（注7）。
- 30 なお、金子宏『租税法』第13版と同・第14版の間で、借用概念の定義に変更が加えられている（第13版：「ほかの法分野で用いられ、すでにはっきりとした意味内容を与えられている概念」→第14版「他の法分野で用いられている概念」）が、これもこうした（私法の、あるいは借用概念の）動態

- 的理解とは親和的であると思われる。
- 31 この性質の故に、「租税立法者が他の法分野（特に私法）における確立した意味内容を前提に（それを取り込む意図で）課税要件に借用概念を取り込んだ（から租税法律主義に違反しない）」という説明は困難に逢着する（参照、岡村・前掲注3、143頁注7）。
- 32 中里・ジュリ 1368号 133-137頁。
- 33 この点は、民主主義社会における法曹の位置づけという大きな問題に関わるが、ここでは論点の指摘にとどめる。
- 34 中里・ジュリ 1368号 132頁。
- 35 中里他・前掲注15、1-2頁〔中里実執筆〕。
- 36 中里実「租税債権の私法的構成」『租税の複合法的構成（村井正先生喜寿記念）』（清文社・2012年）151頁。なお、佐藤英明「『租税債権』論素描」金子宏編『租税法の発展』は、戦前の「公法上の債権」論と戦後の租税「債権」論の断絶を指摘する。両者はもとより議論の位相を異にするものであり、対立関係にあるものではない。
- 37 拙稿「租税法 国家と市場、公法と私法の交わる場所」南野森編『法学の世界』（日本評論社・2013年）198-209頁（202頁）では、租税法律主義（債務関係説的理解）の下、国家の課税権は租税法律の制定行為につきており、その要件充足を以て租税債権が成立する（課税処分によって成立するのではないのが原則）、という説明を加えた。
- 38 なお、「現行法の積極的改正措置なし＝黙示の承認あり」という論理は、法律制定過程が現状維持に強くバイアスを有する建て付けとなっていること（参照、拙稿「財政システムと立法」西原博史編『立法学のフロンティア2——立法システムの再構築』（ナカニシヤ出版・2014年）83頁以下）に照らして、正当化としては不十分であると思われる。
- 39 このような捉え方は、日本国憲法第7章「財政」（※その中に憲法84条も含まれる）に定められた国会の権能を「財政統制」の枠組みに位置づける憲法学説（例えば長谷部恭男『憲法〔第6版〕』（新世社・2014年）、）にも親和的であるほか、租税法律が（他の法律とは異なり）もともと歳出予算の承認と結びついた個別の課税承認であったものが独立したものであって、本来は予算議決と表裏をなす議会の財政権（財政統制権）に属する特殊な性質を有するとの指摘（中里実「憲法上の借用概念と通貨発行権—憲法が前提とする憲法外の法概念・法制度」長谷部恭男他編『現代立憲主義の諸相（高橋和之先生古稀記念）』（有斐閣・2013年）641頁）とも結びついている。
- 40 「行政統制の手段としての法律」と「一般的法規範定立形式としての法律」の違いについて参照、拙稿「統治における立法の位置——公法学の観点から」日本法哲学会編『法哲学年報2014：立法の法哲学——立法学の再定位』（有斐閣・2015年）33頁。
- 41 佐藤・前掲注24。
- 41a このような私法観（非政治的・中立的システム）自体がリーガル・リアリズムの観点からはナイーブなものとして批判されることは当然想定される。尤も、租税法学は、公権力（課税権）の統制に関心を寄せる一方で、この方面については殆んど関心を払ってこなかった、と言えるのではないか。
- 42 この点、最大判平成18年3月1日民集民集60巻2号587頁（旭川国保料事件）が租税法律主義を

侵害留保原理の延長線上に位置づけてしまったことの意味を真剣に考える必要があるかもしれない。批判として山本隆司『判例から探究する行政法』12頁。他方、宍戸常寿「憲法学のゆくえ3-1 イントログクシオン」法律時報86巻11号(2014年)92-93頁は、上記判示を「いささか記時錯誤のうらみがあるが」としつつも、憲法学としては「さも当然のごとく受け止められてきた」(し、今さらどうしようもない)、と指摘した上で、「法律形式による代表者の「決定」にすべてが包含されねばならないというフィクションに固執することは、憲法解釈論としてももはや生産的ではないように思われる」と述べた上で、本稿筆者が上記最判の評釈(租税判例百選〈第5版〉2頁)において論じた「議会の(法律・条例による)決定と(予算等による)統制とが適切に配置され、全体として民主的コントロールの水準が担保されているかについて裁判所が審査すべき」との指摘を肯定的に引用する。

- 43 中里・前掲法協論文。
- 44 瀧圭吾「租税法と私法の関係」学習院大学法学会雑誌44巻2号(2009年)29頁。なお、同論文30頁は、ソフトローによって経済的成果が支えられる場合も含めて「私法」と捉えている。
- 45 渋谷・前掲論文54頁。
- 46 例えばエコカー減税を定めた租税特別措置法90条の12(この具体例は2014年12月の租税法研究会の席上での佐藤英明教授のご教示に負う)など。あるいはガイアックス事件(最判平成18年6月19日判時1940号120頁)で問題となった「炭化水素」など。
- 47 山本隆司「日本における公私協働」稲葉馨=亘理格『行政法の思考様式』(青林書院・2008年)171頁(194-195頁)では、公法原理に照らして疑義のある「動態的引照(dynamische Verweisung)」の例として、安全基準の検査・検定等を行う民間登録機関の登録要件をISO/IEC基準をそのまま参照する例(薬事法23条の7第1項1号)が挙げられている。
- 48 参照、拙稿・前掲注37(『法学の世界』解説)206頁(ゲームのルールとしての租税法)。
- 49 語の通常の意味に従った解釈=文理解釈の要請からして、私法で一般的に用いられている概念については、少なくとも私法を全く無視して解釈するということとはあり得ない。しかしそこから当該概念の私法上の意義を参照する前に、まず当該概念がどのような意味や趣旨で用いられているか(〈参照〉されているか)を、実定租税法の文言と構造に照らして、しかしそれのみによって、明らかにしなければならない。これも文理解釈の要請である(租税法令解釈における文言と趣旨の関係については、平成22年3月2日民集64巻2号420頁(ホステス報酬源泉徴収事件)が準則を明らかにした)。参照、渋谷・前掲「借用概念」論文(特に40頁と54頁)。
- 50 中西=北澤=横溝=林『国際私法』15-16頁は、「法的问题と、それに適用される準拠法を結びつける」方法には2つあるとして、「実質的法規範から出発して、この法規は国際的なケースにおいて、はたしていかなる場合にまで適用されるのかと考えていく」ものを「法規からのアプローチ」として、「具体的な法律関係から出発して、この問題を解決する法秩序として、A国、B国、日本から、いずれの国(正確には法域)が選ばれるべきであるかと考える」方法である「法律関係からのアプローチ」と対比している。
- 51 課税権の発動は確かに国家主権の中核に属し、抵触法の発想からは最も遠い。しかし、課税権の発

動にも、①課税要件規定の定立（立法作用）に尽きており後は法定債務と同様に解することができる場面（参照、拙稿・前掲37）と、②申告納税方式を原則とする日本の租税法の下では課税要件の充足によって成立することを原則とする税額を（規範上も、件数という意味での事実上も）例外的に課税行政のイニシアティブで確定・更正する課税処分の発動、の2つの場面を分けて考える必要があるのではないか。そして、課税訴訟がその本質において法定債権債務関係の不存在確認訴訟（と不当利得返還請求訴訟）だと解する余地があるとすれば、(①は勿論のこと②の場面においても)むしろ租税法は公法の中でも抵触法的処理に馴染みやすい分野ということすらできるかもしれない。もっとも、(本稿冒頭で指摘した租税法律主義もそうであるが)この申告納税方式が原則であるということを前提とした立論も多分に日本租税法に idiosyncratic な議論であり、国際的な場面で理解される可能性は低いと思われる。我々租税法学者が今後議論する上で、避けては通れない問題である(意図は必ずしも明らかではないが、後述する LPS 課税事件最高裁判例における「国際的な法制の調和の要請」への言及も参照)。

52 淵・前掲44にいう「取引の前提となる私法」である。

53 前掲注8・東京高判平成22年5月27日(ファイナイト再保険事件)は、一般論として課税関係の前提となる契約の準拠法についての当事者の指定が尊重されるとしつつ、「租税回避行為の有無が争点となる事案においては」[[法適用通則]法42条の適用により、外国法の適用を排除し、国内公序である日本の私法を適用すべきである」と判示した。同判示に対する抵触法学からの批判として参照、横溝大「判批」ジュリ1449号134頁(2013年)。

54 参照、石黒一憲『国際私法[第2版]』(新世社・2007年)271頁以下、山田鎌一『国際私法[第3版]』(有斐閣・2004年)133頁以下。

55 なお、本稿筆者は、デラウェア LPS 課税事件についても本文と同様の解釈論的構造による処理が妥当と考え、同事件の東京高裁判決の評釈にてその旨を示唆したことがあるが(拙稿「デラウェア州法に準拠して組成されたりミテッド・パートナーシップの「法人」該当性」ジュリスト1470号(2014年7月)103頁、最高裁判決(最判平成27年7月17日)の採るところとはならなかった。この最高裁判決は①「組織体が日本法上の法人との対比において我が国の租税法上の納税義務者としての適格性を基礎付ける属性を備えているか否かとの観点から判断することが予定されている」との枠組みを示した上で、この「属性の有無に即して、当該組織体が権利義務の帰属主体とされているか否かを基準として判断することが相当であると解される」として日本税法基準によることとしつつも、他方で②「諸外国の多くにおいても、その制度の内容の詳細には相違があるにせよ、一定の範囲の組織体にその構成員とは別個の人格を承認し、これを権利義務の帰属主体とするという我が国の法人制度と同様の機能を有する制度が存在することや、国際的な法制の調和の要請等を踏まえると、外国法に基づいて設立された組織体につき、設立根拠法令の規定の文言や法制の仕組みから、日本法上の法人に相当する法的地位が付与されていること又は付与されていないことが疑義のない程度に明白である場合には、そのことをもって当該組織体が所得税法2条1項7号等に定める外国法人に該当する旨又は該当しない旨の判断をすることが相当であると解される。」(下線は本稿筆者)とも述べており(しかも実際には②の外形的基準が①よりも先に適用される)、事案処理の具体的妥当

性においては優れるものの、②によって「外国法人」の内容は相手国法制次第という不確実性をむしろ（外国私法準拠説よりも正面から）認めてしまったとも言える。この意味で、（日本税法基準説、日本私法基準説、外国私法準拠説が学説上鼎立する中で）最高裁判決に理論的に期待されていた規範構造の解明という点ではむしろ謎を深めた、とも評価できる。同判決についての本格的な検討は、他日を期したい。

56 最判昭和 63 年 7 月 19 日判時 1290 号 56 頁（浜名湖競艇場用地事件）。

57 「座談会 金子宏先生に聞く（第 1 回）」法律時報 84 巻 4 号（2012 年）70 頁の金子発言・佐藤発言。

58 中里・前掲注 16 法協論文。

59 例えば、最決平成 6 年 9 月 16 日刑集 48 巻 6 号 357 頁（株式会社エス・ヴィ・シー事件）は、脱税工作費の損金算入を「公正処理基準」に違反すると読み込むことで否定したが、学説上は疑義も呈されている。

60 米英間の事案であるが、この点で興味深いものとして、PPL Corp. *et al.* v. *Commissioner*, 569 U.S. (2013) がある。See also, Charles E. McLure, Jr., U.S. Supreme Court Rejects Form over Substance in Determining Creditability of Foreign Tax, *Bulletin for International Taxation*, October 2013, p. 555.

61 これは課税要件明確主義における「不確定法概念」の許否の限界付けにおいて通説が採用する基準である。参照、金子宏『租税法（第 20 版）』79-80 頁。

62 増井良啓「非居住者にかかる金融口座情報の自動的交換——CRS が意味するもの」論究ジュリスト 14 号（2015 年）218-223 頁。

退職貯蓄を巡る法政策と行動経済学：
Bubb & Pildes (2014) に関する研究ノート

神 山 弘 行

目次

- 1 はじめに：本稿の対象と問題意識
- 2 Bubb & Phildes (2014) による退職貯蓄政策に関する分析
 - 2-1 概要
 - 2-2 BLE の知見と Bubb & Phildes (2014) の問題意識：科学的視座と政策の乖離？
 - 2-3 行動経済学と法に関する総論的考察
 - 2-4 各論：退職貯蓄を巡る政策
 - 2-4-1 概要
 - 2-4-2 新古典派経済学の視点
 - 2-4-3 BLE の視点
 - 2-4-4 退職貯蓄政策に対する BLE のアプローチ
 - 2-4-5 BLE アプローチの限界
 - 2-4-6 より完全な BLE アプローチへの提言
- 3 若干の考察
 - 3-1 近年の研究動向
 - 3-2 リバタリアン・パターナリズムと租税法
- 4 結びに代えて

1 はじめに：本稿の対象と問題意識

本稿は、私的年金（企業年金及び個人年金）を中心とした退職貯蓄政策を題材として、Bubb & Pildes (2014)¹における考察を踏まえつつ、租税立法政策における行動経済学の規範的運用の可能性について、検討を加えるものである。

行動経済学の法制度設計への規範的利用については、リバタリアン・パターナリズム (libertarian paternalism) を巡る一連の議論が存在する²。そこで本稿では、Bubb & Pildes (2014) を題材として、租税法分野における行動経済学を活用した規範的分析の可能性とその限界点について、導入的検討を行う。

本稿の直接的な検討対象は上記の通りであるが、背後に存在するより大きな学術的関心は、行動経済学のレンズを通じた租税法の規範的分析 (normative analysis) について、退職貯蓄政策の分野に限定せず、より包括的かつ体系的な考察を加えることにあり、本稿は今後の本格的分析のための研究ノートとして位置づけられる³。まず、[2] において Bubb & Pildes (2014) の分析を概観した上で、続く [3] で若干の考察を加えることとした。

2 Bubb & Pildes (2014) による退職貯蓄政策に関する分析

2-1 概要

Bubb & Pildes (2014) の特徴は、次の3点にある。第1点目は、Behavioral Law and Economics (以下、BLE と呼ぶ) に対する外在的批判ではなく、内在的問題点とその改善可能性について検討を加える点である。第2点目は、事実解明的分析 (positive analysis) よりも、規範的分析及びそれに立脚する現実の法政策に関する分析を主眼としている点である。第3点目は、現実の政治過程における、BLE の誤用ないし濫用について分析を加えている点である。

Bubb & Pildes (2014) は、導入部分、総論部分、3つの各論部分及び結語部分から構成されている。総論部分では、行動経済学と法の関係について考察を加えている。各論部分

では、①退職貯蓄 (retirement savings)、②消費者金融 (consumer credit)、そして③燃料経済 (fuel economy) について検討を加えている。本稿では、導入部分及び総論部分と退職貯蓄〔各論①〕を対象に、以下でその概要を紹介することとしたい。

2-2 BLE の知見と Bubb & Phildes (2014) の問題意識：科学的視座と政策の乖離？

Bubb & Phildes (2014) は、行動経済学の視点が現実の政策に活用されている実例として、次のような例をあげている⁴。

米国では、オバマ大統領が、2011年の大統領令 (Executive Order) において、関係行政機関に対して、各種規制において「公衆の選択の自由 (freedom of choice for the public)」を考慮するように指示をしている⁵。そこでは、警告 (warnings) や適切なデフォルト・ルール (appropriate default rule) も政策手段として念頭に置かれている。これに加えて、政府部門における BLE の活用対象を拡大するために Behavioral Insights Team の創設も試みられている⁶。

英国では、2010年にキャメロン首相の下で Behavioral Insights Team (通称 Nudge Unit) が創設され、消費者行動や環境保護の分野における活躍が期待されていた⁷。なお、2015年4月時点で、同チームは英国政府及び Nesta (英国の慈善団体) の支援を受ける社会目的法人 (social purpose company) として運営されている⁸。

EU では、欧州委員会 (European Commission) による 2013年報告書 (Applying Behavioral Sciences to EU Policy-Making⁹) において、EU の政策に行動経済学を組み入れるための一般的枠組みを提供している点も紹介されている¹⁰。さらに、OECD では、行動主義的発見に基礎づけられたいくつかの推奨・勧告を行っているというのである¹¹。

その上で、Bubb & Phildes (2014) は、BLE を現実の政策に用いる際の問題として次の点を指摘している¹²。行動経済学の社会科学的見地からは、選択肢を制限すること (limit of choice) や強制 (mandate) が望ましい局面がある¹³。しかし、BLE 論者は、広範な選択の余地を残す (choice-preserving) ソフトな規制手法を提唱するものの、ソフトな規制手法とハードな規制手法 (≒強制等) の費用便益分析をしていないというのである¹⁴。

Bubb & Phildes (2014) の基本スタンスは、現実の政策では、政治的実現可能性と、選

択の自由に対する哲学的コミットメントにより、BLE が本来推奨する政策とは異なる政策に流用されていることに鑑みて、社会科学の知見から、BLE の支配的な活用法に警鐘を鳴らし、より適切な BLE の使い方を提唱するというものである¹⁵。同論文は、支配的な BLE が抱える問題として次の点を指摘している¹⁶。

第1の問題点は、議論の対象の人為的な切り捨て (artificial truncation) であり、直接強制などの伝統的な規制手法を政策オプションから排除して議論を進めているという点である¹⁷。すなわち、伝統的な BLE 論者は、オプト・アウト (opt-out) と強制 (mandate) の効果の比較衡量を十分に行わずに、デフォルト・ルール及びオプト・アウトを推奨する傾向にあるというのである¹⁸。その正当化事由として、個々人の選好には多様性があるため、(パターナリスティックな観点から) 最適な選択肢をデフォルト・ルールとして設定しつつ、選択の余地を残すためにオプト・アウトを認めることが望ましいと唱えられてきた¹⁹。しかし、Bubb & Phildes (2014) は、このようなデフォルト・ルールとオプト・アウトが主張される場合、社会厚生をどのように最大化するべきかという実証的判断に基づくものではなく、政治的又は哲学的なプリ・コミットメント (precommitment) を反映していることが多いと指摘をする²⁰。もしも、オプト・アウトの仕組みが導入された場合、デフォルトから外れる選択をする個人が、適切な個人なのか又は不適切な個人なのかがよくわからないというのである——例えば、企業が戦略的に行動する場合、本来はオプト・アウトすべきではない人までそちらに誘導される恐れがある²¹。現実には、デフォルト・ルールに従い、オプト・アウトを選択する個人が殆どいない場合、オプト・アウトは形式的には存在するが、実質的には強制と同様の機能を果たしているとの指摘をする²²。

第2の問題点は、規制手法がどのように人々の行動に影響を与えているかについて、適切に評価していないという点である²³。同論文は、BLE 論者がオプト・インとオプト・アウトのどちらが望ましいかという議論に始終していると指摘した上で、むしろ、どの水準で強制とデフォルト・ルールを配分するのが適切かを論じるべきとの主張を展開している²⁴。例えば、退職給付 (retirement benefit) の制度設計において、BLE 論者はオプト・アウトの実効数が少ないことをもって正当性を立証するもの (vindication) であるかのように主張するものの、このような主張は強制・義務の設定水準が最適である場合にしか妥当しないと指摘する²⁵。そのため、退職貯蓄プランへの自動加入という BLE の政策上の功績も、実は貯蓄を増加させるという最終目的を達成するのに逆効果になっている恐れがあるとい

うのである。

2-3 行動経済学と法に関する総論的考察

Bubb & Phildes (2014) は、行動経済学と法に関して、次のような総論的考察を展開している²⁶。まず、BLE は、より現実に即した人間行動に関するモデルを取り込むことで、社会科学志向の法学者及び政策志向の社会学者による分析を劇的に改善させる可能性を秘めているというのである²⁷。

新古典派経済学において、市場が完備かつ完全競争の状態にあれば、政府の役割は再分配のみであり、市場の失敗が存在しかつ政府介入により状況が改善する場合に、初めて政府介入が正当化されることになる²⁸。新古典派経済学の枠組みの下では、個人と企業が合理的に行動することが前提とされてきた。

これに対して、行動経済学は合理的経済人の前提をより現実的な人間の行動様式に置き換えることにより、規制に関する規範的理論について、次の点で変革をもたらす可能性があるというのである。第1に、古典的なパターンリズム論とは異なり behavioral market failure——個人が合理的に最適な意思決定を行えないことに起因する新たな市場の失敗——という新しい概念を導入することができるかもしれないというのである²⁹。第2に、伝統的な市場の失敗は、個人の誤った選択により、新古典派経済学が予見するほどひどくはない可能性があるというのである³⁰。第3に、伝統的経済学が予見する政策効果と現実の効果が乖離する可能性があるというのである³¹。第4に、新古典派経済学の分析枠組みのもとでは、従来、軽視されてきた政策手段（例えばデフォルト・ルールの活用）について、現実にはより大きな効果をもたらしてくれる可能性を示唆してくれるというのである³²。

2-4 各論：退職貯蓄を巡る政策

Bubb & Phildes (2014) は、上述の一般論を展開した上で、3つの各論分野——①退職貯蓄、②消費者金融、③燃料経済——について BLE の観点から検討を加えている。以下では、租税政策と最も関連が深い①退職貯蓄を巡る点に関して、そのエッセンスを紹介した上で、若干の検討を加えることとしたい。

2-4-1 概要³³

米国は、1935年のSocial Security Act以降、IRAや401(k)に代表される様々な租税優遇措置を通じた貯蓄促進策を導入してきた。伝統的な退職貯蓄の柱は、公的年金に該当するSocial Securityと雇用主提供のDBプランが主体であった³⁴。その後、1970年代後半から1980年代前半以降、DBプランからDCプランへと大きな転換を向かえることとなった³⁵。

Bubb & Phildes (2014)は、Social Security及びDBプランは、労働者に選択・意思決定の余地がほぼ存在しないという点に着目すると半強制的貯蓄としての側面もあったと指摘している³⁶。一方、DCプランでは、個人は①貯蓄の適正水準、②適切な投資先、③適切な貯蓄取り崩しの水準について、意思決定を求められるようになったことに起因して、この分野がBLEの主たる適用分野として成長してきた旨の指摘をしている³⁷。そして、BLEの知見を活用したことの具体的な成果として、DCプランへの加入をオプト・イン（原則非加入としつつ加入の自由を認める方式）からオプト・アウト（原則加入としつつ離脱〔非加入〕の自由を認める方式）への転換を推奨した点を挙げている³⁸。

Bubb & Phildes (2014)は、このようなBLEアプローチに内在する次の3つの問題点を指摘している³⁹。第1の問題点は、BLEが「選択の自由」を保持することに主眼を置くばかりに、退職貯蓄の制度設計におけるデフォルト・ルールが、どの程度、実質的な強制として機能しているかについて十分に認識していないという点である⁴⁰。その結果、最適な水準のデフォルト・ルールの設定に関して十分な検討が行えないだけでなく、問題を拡大させている恐れがあるというのである。自動加入により参加率は上昇しているものの、全体的な退職貯蓄率を減少させてしまう旨を指摘している⁴¹。

第2の問題点は、BLEが強制を排除し、「選択の自由」を保持することに固執するあまり、行動科学（behavioral science）が提示する政策の選択肢について十分に検討がされていないという点である⁴²。BLEはオプト・アウトを推奨するものの、何故、人々がオプト・アウトを選択するかの理由について十分な検討を加えていないというのである⁴³。実証研究には、オプト・アウトを選択する個人は非合理的な理由に基づくことがある傾向を指摘するものもあり、そのような傾向が全体的に強いのであれば、最適な政策手段が、オプト・アウトの選択余地を認める事ではなく、強制加入ということになりうる旨を指摘する⁴⁴。さらに、BLEに関して、退職貯蓄の運用ポートフォリオについて選択の自由を認めること

に寄与していると主張されることがあるものの、実証研究では、(投資の素人である労働者よりも) 専門家が構成したポートフォリオの運用実績の方が良いとの強い結果も示されており、Bubb & Phildes (2014) は、そのような結果を踏まえた場合、強制加入の DC プランの方が退職向け貯蓄率向上につながるのではないかと疑問を投げかけている⁴⁵。

第3の問題点は、BLE が「選択の自由」を保持する観点から、401 (k) や IRA などの範囲内で活用されてきたため、そもそもどのような種類の租税インセンティブが適切なのかという観点からの検討には活用されてこなかったという点である⁴⁶。私的年金への租税優遇措置(租税支出)の規模は、72億ドルの規模であるが、「1ドルの租税支出当たり、1セント程度の貯蓄増加の効果しかない」と結果を示す実証研究もあるように、費用効率性の観点からの検討が必要である旨を指摘する⁴⁷。

ここで注意しなければならない点は、上記の問題点が、BLE そのものに内在する問題ではなく、むしろ BLE の社会科学的知見を政治的に利用しようとする立場に起因しており、両者の関係にこそ問題が内在しているという点だということである⁴⁸。そして、同論文は、新古典派経済学と BLE の視点の違いを以下のように概観した上で、退職貯蓄政策に対する BLE のアプローチとその限界を分析している。

2-4-2 新古典派経済学の視点

新古典派経済学の視点については、次のように述べている⁴⁹。退職貯蓄の問題を考えるにあたって、新古典派経済学では個人がライフサイクルを通じて労働と消費に関して合理的な意思決定を行うこと——ライフサイクル仮説——を前提にしている。そして、伝統的には退職貯蓄政策に関して「市場の失敗」による正当化がなされてきた。すなわち、私的年金は長生きに対する保険であるところ、長生きする自信がある個人が年金保険を購入することにより、私的年金市場における「逆選択」が発生する。このような情報の非対称性により、私的健康保険と同様に市場が上手く機能しないため、市場の失敗を改善するために強制加入年金としての Social Security が正当化されることになる。新古典派経済学の分析枠組みの下では、その他の退職計画に関しては、個人は合理的に行動することが想定されているため、政府による介入は不要ということになる。

2-4-3 BLEの視点⁵⁰

これに対して Bubb & Phildes (2014) は、上記の新古典派経済学的な説明が現実の Social Security の設立に全く役立っていなかったと点と、現実の退職貯蓄政策はパターンリズムの観点からなされてきた点を指摘する⁵¹。例えば Kotlikoff (1987) は、放置しておくの家計は不十分な貯蓄と保険加入しか行わない点を主張している。また、実証研究のマジョリティは、多くの家計の退職貯蓄が不十分である傾向を提示している。Munnell (2012) によると、51%の家計が不十分な退職貯蓄との試算をしている。

これらの指摘は、ライフサイクル仮説が示すように、個々人が合理的に消費水準を平準化できていない可能性を示唆しているというのである。考えられる原因として次の2点を指摘している⁵²。

第1の原因として、合理的な選択肢を理解しつつもそれを実行できない「限定的意思 (bounded willpower)」が考えられるというのである⁵³。これは、個人の意思決定における割引率が一定ではなく、hyperbolic な割引率を用いているのではないかとの分析が提示されている⁵⁴。Labison (2007) によれば、人々は、近い将来は年40%の割引率を適用しているのに対して、遠い将来には年4%の割引率を適用しているとされる。また、Gustman & Steinmeier (1999) によれば、DBプランを持っている家計の方が、そうでない家計よりも退職貯蓄が多い傾向にあるとの指摘をしている。

第2の原因として、そもそも合理的な選択肢を見つけられない「限定合理性 (bounded rationality)」があげられる。例えば、Lusardi & Olivia (2007) と Lusardi & Olivia (2011) の調査によると、①3分の1の個人が複利計算ができず、②半分以上の個人が分散投資よりも単独株式への投資がリスクが高いことを理解しておらず、③40%の個人しか、自身の Social Security の受取額について予測できないという結果が出ているというのである⁵⁵。

2-4-4 退職貯蓄政策に対する BLE のアプローチ⁵⁶

Bubb & Phildes (2014) は、Social Security にはほとんど選択の余地がないため、BLE による分析・提言が適格 DC プランに集中してきたと指摘する⁵⁷。BLE が提示する2つの処方箋として①デフォルト・ルールの変更と、② DC プランにおける選択の改善がある。前者①の代表例は、原則自動加入かつオプト・アウトを認める仕組みや、Save More Tomorrow 口座のように個人がオプト・アウトしない限り自動的に拠出額が時間経過とともに上昇し

ていく仕組みの導入である⁵⁸。後者②の代表例は、2006年のPension Protection Act〔PPA〕の立法過程においてBLEの知見が活用されたように、401(k)プランに自動加入させる場合に、一定の規制基準を満たした投資内容をデフォルト・ルールに設定することを推奨することである⁵⁹。

2-4-5 BLEアプローチの限界⁶⁰

Bubb & Phildes (2014)は、上記のBLEのアプローチが、退職貯蓄に関する近年の租税優遇措置が、政策目的を十分に達成できていないという点を十分に反映しておらず、本来であればより根本的な改善が必要であると主張する⁶¹。そして、BLEアプローチが抱える問題点として、次の3点を指摘している。

① 選択という幻想

第1の問題は、「選択という幻想 (illusion of choice)」である。BLEの背後には、Sunstein教授が提唱するNudgeに代表されるリバタリアン・パターンリズム（又はソフトなパターンリズム）という哲学的立場が存在していることが多い。しかし、Bubb & Phildes (2014)は、デフォルト・ルールの影響を活用することについて、選択の余地を残していると主張しつつも、実質的には劣化型の強制 (poorly designed mandates) としてしか機能していないと主張する⁶²。

例えば、DCプランのデフォルト・ルールがオプト・インからオプト・アウトに変更された際に、大きく参加率が変化するとの実証研究がある⁶³。この傾向について、新古典派経済学では上手く説明できないのに対し、BLEアプローチからの典型的解釈として、デフォルト・ルールの設定によって個人の選択の自由を確保しつつ、貯蓄できない個人が貯蓄できるように上手く誘導できているという理解が提示されてきた⁶⁴。

これに対して、Bubb & Phildes (2014)は、現実の退職貯蓄率は減少している点を指摘している⁶⁵。退職貯蓄率が減少している理由として、オプト・インの下では加入者の「拠出率」が高かったのに対して、オプト・アウトの下では「加入率」は上昇してもデフォルト・ルールに従う個人の習性により——デフォルトの拠出率が低いいため——「拠出率」が低下してしまう点をあげている⁶⁶。「自動加入かつオプト・アウト」にデフォルト・ルールを変更することは、「潜在的な非加入者」をデフォルトの拠出率で加入させる効果があるのと同時に、「潜在的な加入者」の拠出率をデフォルトの拠出率に抑制してしまう効果がある

というのである⁶⁷。これに加えて、Madrian & Shea (2001) の分析に依拠する形で、投資対象の選択に関する問題も指摘している。自動加入プラン（オプト・アウト）の下では、加入者の約 75% が全額を MMF（≒債券運用）に回しており、加入者の約 24% が株式も組み込んでいるのに対して、オプト・インの下では、全額を MMF で運用する加入者は 5% の参加者のみであり、加入者の約 92% が株式も投資対象に組み込んでいるというのである⁶⁸。

Bubb & Phildes (2014) は、BLE アプローチが、最適な（又は誘導すべき）貯蓄水準は何かという視点から政策形成を展開していない点を批判している。そして、デフォルト・ルールの利用がリバタリアン・パターンリズムではなく、パターンリズムであることを認識した上で議論をするべきであると主張した上で、そのような議論を展開することは（政治家にとって）BLE の政治的魅力——リバタリアンの仮面を被ることができる政治的利点——を削ぐことになる点を指摘している⁶⁹。理論的には、最適なデフォルト・ルールに関する議論を深めるべきであるとしつつも、Bubb & Phildes (2014) は、BLE を利用した政策手法を「リバタリアン」的であるとか、「選択の余地を残している」というラベルを貼ることにより、実質的には強制として機能しうるデフォルト・ルールの影響を曖昧にしまうことで政策的失敗が惹起される可能性があるという警鐘を鳴らしている⁷⁰。

② デフォルト・ルールと強制の比較

第 2 の問題は、——自動加入かつオプト・アウトが導入されている場合——オプト・アウトした個人にとって、その選択が「最適な選択」なのかという点である。この点に関して、Bubb & Phildes (2014) は、十分な実証研究が存在しないため、確固たる実証的な根拠を発見することができず、オプト・アウトした個人は、既存資産が多いというよりは、加入者よりも金融機関を信頼していない傾向にあるとする実証研究もあるとしている⁷¹。

2-4-6 より完全な BLE アプローチへの提言⁷²

Bubb & Phildes (2014) は、上述の BLE アプローチの欠点を指摘した上で、行動科学の知見を退職貯蓄政策により広く適用するために幾つかの提言をしている。

第 1 の提言は、最適な退職貯蓄制度の設計に関するものである。行動科学の知見を退職貯蓄の制度設計に適切に反映させるためには、実証研究により裏付けられた人間の行動様式に関するモデルから議論を出発させ、——適切な貯蓄率、適切な投資選択、そして適切

な貯蓄の取り崩しという退職貯蓄に関する各段階において——社会厚生を最大化させるためにどのような政策手段（明示的強制やデフォルト・ルールの活用など）のセットが望ましいのかを考察する必要があると主張している⁷³。制度設計の際に重要になる点は、①プログラムへの参加にどのようなルールを用いるか、②どのような貯蓄率を（明示的であれ黙示的であれ）強制するか、③退職貯蓄の資産・投資構成に個人の選択の幅をどの程度認めるか、④退職時に保有している資産・貯蓄のうちどの程度の割合を（一括払方式ではなく）強制的に年金方式で受け取らせるかという点だということである⁷⁴。これらの議論の一部は、事実解明的分析（positive analysis）の領域において議論の進展が期待されるとしつつ、上記の議論を進展させるためにより根本的かつ困難な課題は、規範的分析（normative analysis）の領域であると述べている。「社会厚生（social welfare）」の視点から望ましい制度設計を考察する際に、どのような貯蓄配分が適切かを検討する前提として、個人の福利（well-being）をどのように捉えるかという問題がある。BLEの知見が示すように、個人がバイアス等により限定合理的な存在であるとすれば、個人の顕示選好——現実は何を選択しているかという情報——から、個人の福利を推測することはできない。そこでは、個人の「真の福利（true well-being）」⁷⁵を反映している規範的選好（normative preference）をどのように計測するかが（学術的には）大きな問題として立ちはだかることになる⁷⁶。

第2の提言は、より大きな改革に向けたものである。オバマ政権は、Social Securityの維持コストを削減するべく、給付開始年齢の引き下げや、物価スライドの指標をCPIからchained CPI（C-CPI; 商品カテゴリ間での代替効果を考慮）⁷⁷に変更することで将来の給付額上昇を抑制しようと試みている⁷⁸。一方で、2014年予算において、新たなタイプのIRA（my RA: my Retirement Account）の導入を提唱するなど任意加入制度の拡充方針を打ち出している⁷⁹。このような米国政府の方針に対して、Bubb & Phildes（2014）は、もしもSocial Securityのような強制的貯蓄制度の方が、IRAに代表される租税優遇措置（租税支出）よりも効率的な政策手段であれば、Social Securityへの公的支出を削減するよりも、より効果が見込めない任意加入制度への租税支出を縮減するべきであるとの主張を展開している⁸⁰。

第3の提言は、強制加入制度のDCプランに関するものである。Bubb & Phildes（2014）は、BLEを利用する政策担当者が、任意加入のDCプランにおけるデフォルト・ルールの機能に注目しすぎるが故に、強制加入DCプランの可能性・有用性を見逃していると指摘

をする⁸¹。米国において、1981年以前は、雇用主拠出のみのDCプランが主流であったところ、1981年以降、401(k)に従業員の課税前拠出が認められるようになり、DBプランからDCプランへの移行と同じ時期に、DCプランも強制加入制度から任意加入制度へと転換していったというのである。現行の内国歳入法典の枠組みでも、雇用主レベルでの強制加入DCプランを採用・導入することは可能であるが、雇用主サイドに導入をするインセンティブがないというのである⁸²。そこでBubb & Phildes (2014)は、雇用主提供(労使折半)のDCプランへの租税支出を再編することで、Social Securityの補完的制度として、連邦政府が提供する強制的個人年金を導入することができるかもしれないとの提言をしている⁸³。

3 若干の考察

3-1 近年の研究動向

神山(2011)においては、事実解明的分析を中心に議論を展開したところ、それ以降の研究の動向として、事実解明的分析だけでなく、規範的分析も含めて、行動経済学の知見を租税立法政策に活用しようとする一連の研究が少なからぬ数存在している⁸⁴。経済学者のみならず、租税法研究者による論攷も公刊され始めており、引き続き世界的な研究動向を注視するとともに、——このような研究の進展を受ける形で——各国政府が現実にとどのような局面でBLEアプローチを採用しているのかの実体的把握を進める必要がある。

本稿で紹介したBubb & Phildes (2014)は、(伝統的な)BLEアプローチの光と影を巧みに分析している。行動経済学に代表される行動科学の新たな知見を立法政策論に応用することで、従来の新古典派経済学を基軸とする分析では上手く扱えなかった事象や看過されてきた問題構造に新たな視点から光を当てる、換言すれば、直感や経験則による議論ではなく実証・実験結果を踏まえたより客観的な分析を可能にする道を拓くというという学術的成果をあげつつあると評価できよう。しかし、Bubb & Phildes (2014)が繰り返し指摘するように、我々は、BLE自体の学術的価値と、現実の立法政策過程においてBLEを利用した「BLE的政策」——BLEアプローチに基づく政策——を慎重に区別する必要がある。Bubb & Phildes (2014)の最大の功績は、この点を具体的な法政策の事例に即して、明ら

かにした点にあると考えられる。現実の政策決定過程において、BLEの純粋な学術的知見から乖離する形で、政策立案者⁸⁵にとって都合のよい形で「つまみ食い」的にBLEの知見が活用——場合によっては誤用ないし濫用——される可能性が少なくないことを示唆していると考えられる。例えば、Bubb & Phildes (2014) は、退職貯蓄政策に関して、オプト・アウトの制度設計が、選択の自由を確保しているかのような外観を呈しつつも実質的には強制〔≒劣化型強制〕として機能している可能性が高い点を指摘し、社会厚生最大化の観点から、他の選択肢も含めて検討を加えるべき旨を主張していた。

筆者は、これまで、行動経済学の分析枠組みを租税法研究に導入する際に、事実解明的分析の局面においては有用性があると考えてきたが⁸⁶、今後は、規範的分析への応用も含めて租税法研究者の視点から検討を加える必要があると考える。規範的分析に行動経済学の知見を応用することについて、慎重であるべきと考えるが、既に米国、英国、EUやOECDにおいてBLEアプローチが明示的又は黙示的に租税政策の形成に影響を与えはじめていることに鑑みれば、(規範的分析に際し行動経済学の知見を取り込むことについて)過度に謙抑的態度を貫くことは、むしろ現実の法政策過程から乖離した(的外れな)分析・考察しかできなくなる可能性を高めることにつながりかねない。

行動経済学の知見を、どのような形で現実の租税政策に取り込むべきか(又は取り込むべきではないのか)については、別途慎重な検討を要するものの、欧米の政策立案現場において行動科学の知見が積極的に活用されている潮流に対して——どのような危険が内包しているかという検討も含む形で——新たな発見も含め、継続的に研究を深めることが肝要ではないだろうか。

3-2 リバタリアン・パターナリズムと租税法

Bubb & Phildes (2014) において検討の対象となっている(伝統的な)BLEアプローチは、リバタリアン・パターナリズムの立場と密接に関連している。

リバタリアン・パターナリズムは、Sunstein & Thaler (2003) や Thaler & Sunstein (2009) によって提唱されてきた立場である⁸⁷。これは、対立しうる立場であるリバタリアンとパターナリズムの双方の側面を有する立場である。すなわち、リバタリアン・パターナリズムには、「人は一般に自分がしたいと思うことをして、望ましくない取り決めに拒

否したいのなら、オプト・アウト（拒絶の選択）の自由を与えられるべき⁸⁸」という「選択の自由」の確保を志向する【リバタリアンの側面】と、「人々がより長生きし、より健康で、よりよい暮らしを送れるようにするために、政策が人々の行動に影響を与えようとするのは当然⁸⁹」という【パターナリズムの側面】の双方が併存している——そして現実の法制度設計においても併存可能という立場である。

このような政治思想的な両面性があるため、米国においては、リバタリアンとの親和性が高い共和党と、パターナリズムとの親和性が高い民主党の双方が「相乗り」を可能にする政治的仕組みとして、BLE アプローチが多用される傾向にあるのかもしれない⁹⁰。とりわけ、民主党のオバマ政権と、連邦議会の下院の過半数を占める共和党の間で、（純粋な自由主義的政策や純粋なパターナリズム的政策と比較して）双方にとって合意しやすい選択肢を提供してくれるため、BLE アプローチが——まだ学術的に検討を重ねる必要がある場合でも——重宝されている可能性にも留意しなければならない。

このような政治的プロセスにおける BLE の誤用又は濫用の可能性を捨象したとしても、リバタリアン・パターナリズムの立場には、どのような問題点が内包されているのであろうか。リバタリアン・パターナリズムに対する、リバタリアンの立場からの応答として、例えば、森村(2008)は次のような見解を述べている。本稿との関係で重要な部分について、紹介をしておきたい。

.....

デフォルト・ルールやフレーミングや正面きった示唆・助言といった手段によって計画者が人々に影響を与えることは、それ自体としては人々の自由を侵害するものではない。私はリバタリアンとして、自由を古きよき消極的自由の意味で理解する。それは外的強制の欠如であって、影響の欠如ではない。リバタリアニズムは人に積極的な選択を行うように強制するものではない。それは人々が自主独立の人である自由と同様に、依存的である自由をも認める⁹¹。

.....

以上のように、森村(2008)は、リバタリアン・パターナリズムのリバタリアンの側面を認めつつも、（オプト・アウトを認めるような）柔らかなパターナリズムが常に許されるわけではないと主張をする⁹²。一つの例として、（伝統的に個人的な自由が尊重されるべきと

される) 信教の自由をあげている。

.....

宗教や道徳的信念のような世界観について政府が中立的であるべき理由は、個人的自由だけに限られない。法やその他の公的制度は、たとえ強制力を行使しなくても、権威をもってある活動を非難し別のある活動を称揚するという、重大な象徴的機能あるいは宣言的機能を持つ。しかもそれは税金という公金を用いてそうするのである。よくあるように、宗教のような論争的な事柄やデリケートな事柄に対して政府が取るべきアプローチは、何もしないこと、つまり自由放任である⁹³。

.....

森村 (2008) は、上記のような考慮が信教の自由に限らず、より世俗的領域——飲食や喫煙の分野——にも当てはまると主張する⁹⁴。以下での主張は、国家介入による象徴的機能や宣言的機能の理由付けから反対をするというよりも、主に個人的自由の観点からなされていると解される。

.....

実際、我々の周囲を見渡せば、多くの人々にとっては宗教よりも食べ物や飲み物の好みの方が重要な関心事である。ST [筆者注: Sunstein & Thaler (2003) のこと] はこの領域における人々の価値観の多様性への十分な感受性を持っていないように思われる。確かにほとんどすべての人間にとって、長寿と健康は価値あるものだろう。しかし人生において大切なのはそれだけではない。健康によくないある種の料理のもたらす喜びは、美食家にとって少くも寿命が延びることよりも大きな価値があるかもしれない。同じようなことは、健康と長寿に導かないようなライフスタイルをとっている他の人々についても言える。公的な計画者は、不健康と考えられる習慣や危険だと考えられる活動から人々を引き離そうとする際に自分の態度が僭越ではないかと反省すべきである⁹⁵。

.....

さらに、森村 (2008) は、Sunstein & Thaler (2003) への反対として、彼らが「限定合理性 (実践上の不合理)」を誇張しているのではないかとの疑問を呈している。不合理とみな

される行動様式の中にも合理的でありうるものもある例として、次のように述べている⁹⁶。

.....

私はSTと違って時間選好 *time preference* あるいは時間的割引それ自体に何ら不合理なものがあるとは思えない…。それは他人の利益よりも自己利益を重視することが不合理でないと同様である。近未来の私の自己は遠い将来の私の自己よりもずっと密接に現在の私に結びついているのだから、現在の私の観点からは近未来の私の利害の方が遠い将来の私の利害よりも重要である。私はここで、生存において重要なのは人格の同一性それ自体ではなくて異なった時点の自己の間の心理的な関係であるというデレク・パーフィットの主張に個人的に賛成する…。しかしながら急いで付け加えたいが、私は遠い将来の自己や他の人々を近未来の自己と同じ程度に尊重することを必ずしも不合理だと主張しているわけではない。そのような配慮のパターンもまた合理的でありうる。〈合理的な行動のコースはただ一つしか存在しないのではなくて、複数の合理的な行動のコースがあってそれらは互いに両立しない〉ということは完全に可能である。私の主張は単に、時間選好は利己的行動と利他的行動の両者と同様に合理的でありうるということだけである⁹⁷。

.....

上記の主張は、個人が意思決定をするに用いる割引率（ここでは、時間選好率）の非整合性——例えば *hyperbolic discount rate*——に関するものである。伝統的なBLEアプローチの下では、個人の貯蓄に関する時間的に非整合的な意思決定を改善するべく、退職貯蓄政策に関する各種提言を行ってきたという側面がある⁹⁸。森村（2008）によれば、時間的に非整合的な意思決定さえも、当該個人にとっては合理的でありうるというのである。

この問題は、上述の〔2-4-6〕で触れた個人の「真の効用」ないし「真の福利（*well-being*）」を誰がどのように判断するべきかという、規範的選好（*normative preference*）に関する各論的議論として位置づけることが可能かもしれない。リバタリアンの立場——少なくとも森村教授の立場——から眺めると、立法者や計画者⁹⁹が一方的に規範的選好を決定すべきではないということになる。

純粋なリバタリアンの視点から眺めると、いわゆる「リバタリアン・パターンリズム」

や「BLE アプローチ」は、基本理念としてリバタリアンの側面を有してはいるものの、現実の法制度設計において活用される時はパターンリズムの色彩が強くなってしまっているということかもしれない。立法者又は計画者が、社会厚生最大化の観点から、退職貯蓄を増加させるべく私的年金等において「自動加入及びオプト・アウト」という制度を導入した場合、リバタリアンからすると、それは「リバタリアンの仮面を被ったパターンリズム」として映るのかもしれない。

上記の指摘にもかかわらず、もし仮に（強権的パターンリズムよりは相対的に望ましいという理由などから）リバタリアン・パターンリズムの立場を擁護するとしても、その限界には注意が必要であろう。例えば、保険市場や年金市場（長寿に対する保険）のように、情報の非対称性や逆選択が存在する場合、公的年金市場や公的健康保険制度にまでオプト・アウトを認めてしまうと、——新古典派経済学が指摘しているように——制度全体が機能不全に陥る恐れがある¹⁰⁰。

純粋なリバタリアンの立場を貫けば、国家による市場への介入（及び私的経済活動や個人の意思決定への介入）は最小限にならざるを得なくなってしまう。厚生経済学の枠組みのもと効率性と公平性の双方を追求する場合には、——社会厚生関数における分配的正義¹⁰¹に代表される各種パラメーターの値次第ではあるが——純粋なリバタリアンとは異なる判断枠組みを用いる可能性も出てくる¹⁰²。少なくとも、BLEの知見を導入して租税法制度や各種法制度の改善を試みる場合に、社会厚生最大化という厚生主義的アプローチを基盤にしているのであれば、——純粋なリバタリアンに対しても説得的な議論を展開しようとするならば——それは自由の側面を残しつつもパターンリズムの色彩が強い点に留意した上で、規範的分析を進める必要があるだろう。

4 結びに代えて

法と経済学（法の経済分析）のレンズを通して法制度を分析する際には、事実解明的分析と規範的分析を区別することが重要である。筆者は、行動経済学の視点を租税法及び関連法分野の事実解明的分析に導入することに関して、一定の意義があると考えてきた。行動経済学のレンズを通じて分析をしてみることで、伝統的な新古典派経済学のレンズでは

見落とされてきた諸構造や暗黙の前提に光を当てる契機となるとともに、(新古典派経済学では上手く説明できない個人の行動様式について) 法学者が実践的経験や直観によって議論してきた個人の諸行動について、より客観的・体系的に素描できる契機を提供してくれると思われる。

一方で、現実の租税立法政策に直接的な影響を及ぼしうる規範的分析に行動経済学の知見を導入すること——極端に言えば一部の行動経済学の知見を根拠として新たな租税制度の導入ないし既存の租税法制度の修正を行うこと——については、慎重に検討を進めていく必要がある。しかしながら、近年の欧米諸国では、行動経済学の知見を活用する形で、様々な政策提言および現実の政策形成がなされつつある。この傾向は、日本の租税法制度の制度設計にも何らかの影響を与える可能性がある。そこで本稿では、立法政策(とりわけ退職貯蓄政策)に関する BLE アプローチの限界を指摘し、かつ改善点を提示している Bubb & Phildes (2014) を概観することで、規範的分析のための準備的作業を行った。加えて、BLE アプローチをリバタリアン・パターナリズムという角度から眺める場合、どのような問題が内在しているかについても若干の検討を加えた。

行動経済学を規範的分析に援用する際には、オプト・アウトを活用する場合でも実質的な強制として機能する側面が否定できず、「最適な政策」という観点から、他の政策選択肢との比較衡量が必要になってくる。さらに、オプト・アウトが実質的な強制として機能する可能性がある場合に、「規範的選好」を誰がどのように観念するかについて、より慎重な検討が必要であるといえよう。これらの点について、引き続き検討を進めていくこととしたい。

[注]

- 1 Rayn Bubb & Richard H. Pildes, *How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why*, 127 HARVARD LAW REVIEW 1593 (2014) [thereafter, Bubb&Pildes(2014)].
- 2 See, e.g. Cass R. Sunstein & Richard H. Thaler, *Libertarian Paternalism Is Not an Oxymoron*, 70 (4) CHICAGO. L. REV. 1159 (2003); CASS R. SUNSTEIN, *LAWS OF FEAR: BEYOND THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE* (Cambridge University Press, 2005) [邦語訳: 角松生史・内野美穂監訳『恐怖の法則: 予防原則を超えて』(勁草書房・2015年)]; RICHARD H. THALER & CASS R. SUNSTEIN, *NUDGE: IMPROVING DECISIONS ABOUT HEALTH, WEALTH, AND HAPPINESS* (REVISED & EXPANDED ED. 2009); CASS R. SUNSTEIN, *WHY NUDGE?: THE POLITICS OF LIBERTARIAN PATERNALISM* (Yale University Press, 2014).
- 3 行動経済学の実証的分析 (positive analysis) については、例えば、神山弘行「租税法と『法の経済分析』－行動経済学による新たな理解の可能性」金子宏他編『租税法の発展』315頁(有斐閣・2011年)参照。また、行動経済学のレンズを通じた租税法の規範的分析 (normative analysis) については、別稿(「租税法と行動経済学(仮)」『現代租税法講座第1巻』(日本評論社)所収予定)の公刊を予定している。
- 4 Bubb & Phildes, *supra* note 1, at 1595-1596.
- 5 Exec. Order No. 13563, 3 C.F.R. 13563 (2011) は、次のように述べている(下線部は筆者)。
Sec. 4. Flexible Approaches. Where relevant, feasible, and consistent with regulatory objectives, and to the extent permitted by law, each agency shall identify and consider regulatory approaches that reduce burdens and maintain flexibility and freedom of choice for the public. These approaches include warnings, appropriate default rules, and disclosure requirements as well as provision of information to the public in a form that is clear and intelligible.
- 6 Bubb&Phildes (2014), *supra* note 1, at 1595-1596.
- 7 *Id.*, at 1596.
- 8 英国政府の Web サイト参照 <https://www.gov.uk/government/organisations/behavioural-insights-team>
なお、Behavioral Insights Team はその Web サイトにおいて、具体的な成果として次のものを列挙している。<http://www.behaviouralinsights.co.uk/about-us> (last visited May 13, 2015) .
個人年金への自動加入方式の導入により大企業従業員の貯蓄率を 61% から 83% に上昇させた。
租税の納付率を 5% 超増加させた。
- 9 Available at, <http://ftp.jrc.es/EURdoc/JRC 83284.pdf>
- 10 Bubb & Phildes (2014), *supra* note 1, at 1596.
- 11 *Id.*
- 12 *Id.*
- 13 *Id.*
- 14 *Id.*, at 1596-1597.
- 15 *Id.*, at 1610.

- 16 Id., at 1597-1600.
- 17 Id., at 1597-1599.
- 18 Id., at 1598.
- 19 Id.
- 20 Id.
- 21 Id., at 1598-1599.
- 22 Id.
- 23 Id., at 1599.
- 24 Id.
- 25 Id.
- 26 Id., at 1601-1607.
- 27 Id., at 1601-1602.
- 28 Id., at 1602.
- 29 Id., at 1603.
- 30 Id.
- 31 Id.
- 32 Id., at 1603-1604.
- 33 Id., at 1607-1610.
- 34 Id., at 1607. 米国の年金制度の変遷については、吉田健三『アメリカの年金システム』（日本経済評論社・2012年）が詳しい。なお、近年の動向及び制度的課題については、神山弘行「諸外国の年金制度（1）アメリカの年金制度」信託 261 号 140 - 158 頁（2015 年）参照。
- 35 なお、1975 年以降の企業年金における DB プラント及び DC プランの基金数、加入者数、基金の資産額、拠出額、支払額などの推移については、神山・前掲注（34）146 - 150 頁参照。
- 36 Bubb&Phildes, *supra* note 1, at 1607.
- 37 Id.
- 38 Id., at 1608.
- 39 Id., at 1608-1610.
- 40 Id., at 1609.
- 41 Bubb & Phildes (2014) は、典型的な自動加入制度の下では、デフォルトの拠出水準を 3% としているものの、多くの労働者はオプト・インであれば 3% 超の拠出を行う傾向があるとする実証研究〔Madrian&Shea (2001)〕を引用している。Id., at 1609, fn. 33.; Brigitte C. Madrian & Dennis F. Shea, *The Power of Suggestion: Inertia in 401(k) Participation and Savings Behavior*, 116 Q.J. ECON. 1149 (2001).
- 42 Bubb&Phildes, *supra* note 1, at 1609.
- 43 Id.
- 44 Id.

- 45 Id.
- 46 Id., at 1610.
- 47 Id.
- 48 Id.
- 49 Id., at 1610-1611.
- 50 Id., at 1611-1614.
- 51 Id., at 1611-1612.
- 52 Id., at 1612-1613.
- 53 Id. 例えば「将来のために多く貯蓄をしたい…でも今は美味しい料理を食べたいので、今日からではなく来年から貯金をする…」という思考パターンである。
- 54 Hyperbolic discounting と租税法の関係については、神山・前掲注 (3) 321-322, 329 頁参照。
- 55 Bubb & Pildes, *supra* note 1, at 1613.
- 56 Id., at 1614-1615.
- 57 Id., at 1614.
- 58 Id.
- 59 Id., at 1615. なお、Pension Protection Act は、ERISA の非差別原則に対するセイフハーバー規定も規定している。Id.
- 60 Id., at 1616-1632.
- 61 Id., at 1616.
- 62 Id.
- 63 Madrian & Shea (2001) によると、オプト・インのもとでは、401 (k) への参加率が37%だったところ、オプト・アウトに変更したら参加率は81%に上昇したとの結果がでている。Id., at 1617; Madrian & Shea, *supra* note 41.
- 64 Bubb & Pildes, *supra* note 1, at 1617.
- 65 Madrin & Shea (2001) の調査によると、自動加入プランのデフォルト拠出率は3%で、労働者の65%がデフォルトの拠出率3%を利用しているのに対して、労働者の20%が拠出率を3%以上に設定しているというのである。一方、オプト・インの下では、労働者の29%が拠出率を3%以上に設定しているという調査を例にあげて議論を展開している。Bubb & Phildes, *supra* note 1, at 1618; Madrian & Shea, *supra* note 41.
- 66 Bubb & Phildes, *supra* note 1, at 1618.
- 67 Id., at 1618. この点に関して、自動加入かつオプト・アウトの制度設計において、拠出率が低いことが問題であれば、デフォルトの拠出率をやや高めに設定することが考えられるかもしれない。その場合のデメリットとして、デフォルトの拠出率を変更しない個人にとって、現在の消費（及びそこから得られる効用）が過度に減じられてしまう恐れがある点には留意をしなければならない。
- 68 Id.; Madrian & Shea, *supra* note 41, at 1151.
- 69 Bubb & Phildes (2014), *supra* note 1, at 1621.

70 Id., at 1624.

71 Id., at 1626, fn.106.

72 Id., at 1632-1637.

73 Id., at 1632-1633.

74 Id., at 1633.

75 租税法の制度設計と所得・効用・福利に代表される重要概念との関係については、神山弘行「租税立法政策論における所得・効用・福利《研究ノート》」論究ジュリスト6号178-182頁(2013年)参照。また、幸福分析(happiness research)の租税法研究への潜在的影響については、David Weisbach, *What Does Happiness Research Tell Us About Taxation?*, in *LAW AND HAPPINESS*, 293-324 (E.Posner & R.Sunstein ed., The University of Chicago Press, 2010)も参照。

76 Bubb&Phildes, *supra* note 1, at 1633. 規範的選好の問題について、筆者らは、現実世界において制度設計者や政策決定者は規範的判断を(政治的決断として)既に行っていることから、規範的選好を決定することにもなう諸問題を暗黙のうちに決着をつけている旨を指摘している。Id.

77 米国労働統計局 Web サイトでは、C-CPI-U について、下記のように解説している(下線部は筆者)。
http://www.bls.gov/dolfaq/bls_ques 2.htm

Traditionally, the CPI was considered an upper bound on a cost-of-living index in that the CPI did not reflect the changes in consumption patterns that consumers make in response to changes in relative prices.

Since January 1999, a geometric mean formula has been used to calculate most basic indexes within the CPI; this formula allows for a modest amount of substitution within item categories as relative price changes.

The geometric mean formula, though, does not account for consumer substitution taking place between CPI item categories. For example, pork and beef are two separate CPI item categories. If the price of pork increases while the price of beef does not, consumers might shift away from pork to beef. The C-CPI-U is designed to account for this type of consumer substitution between CPI item categories. In this example, the C-CPI-U would rise, but not by as much as an index that was based on fixed purchase patterns.

With the geometric mean formula in place to account for consumer substitution within item categories, and the C-CPI-U designed to account for consumer substitution between item categories, any remaining substitution bias would be quite small.

78 Bubb & Phildes, *supra* note 1, at 1633-1634.

79 この my RA は、2014 年 1 月にオバマ大統領が提言し、それを受ける形で 2014 年 12 月 15 日に米国財務省が最終規則 (final regulation) を公刊している。See, Federal Register vol. 79, No.240 (Dec. 15, 2014) [31 CFR Part 347].

具体的な制度は、Roth IRA の枠組みを使いつつ、財務省が発行する新型の退職貯蓄債 (retirement savings bonds) ——同債券においては、従来は連邦職員のみが利用可能であった Government Se-

curities Investment Fund (G Fund) において適用されている利率が保証されている——に投資することになる。本制度は、拠出額が 15,000 ドルを超えるか、又は加入年数が 30 年を超えるまで利用することができ、利用後は残高を民間金融機関に移管し、市場で利用可能な金融商品に投資することとされている。Id.

80 Bubb & Phildes, *supra* note 1, at 1634. DC プラン等への租税支出は合計 72 億ドルに上るのに対して、Social Security 改革による節減は 25 億ドルに過ぎない点もあわせて指摘をしている。Id.

81 Id., at 1635.

82 Id., at 1635-1636.

83 Id., at 1636. この改革提言は、既存の IRA や 401 (k) を再編して、Social Security のような強制加入制度に変更することを意味している。

84 E.g. David Gammage & Darien Shanske, *Three Essays On Tax Salience: Market Salience and Political Salience*, 65 TAX L. REV. 19 (2011); Brian Galle, Carrots, Sticks, and Salience, 67 TAX L. REV. 53 (2013); Bubb & Pildes, *supra* note 1; Edward J. McCaffery, *Behavioral Economics and the Law: Tax*, in OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW, 599 (Eyal Zamir & Doron Teichman ed., Oxford University Press, 2014); Cass R. Sunstein, *Nudge. Gov: Behaviorally Informed Regulation*, in OXFORD HANDBOOK OF BEHAVIORAL ECONOMICS AND THE LAW, 719 (Eyal Zamir & Doron Teichman ed., Oxford University Press, 2014); Brigitte C. Madrian, *Applying Insights from Behavioral Economics to Policy Design*, 6(1) ANNUAL REVIEW OF ECONOMICS 663 (2014); Connor Clarke & Edward Fox, *Perceptions of Taxing and Spending: A Survey Experiment*, 124 YALE LAW JOURNAL 1252 (2015); Raj Chetty, *Behavioral Economic and Public Policy: A Pragmatic Perspective*, 105(5) AER 1 (2015); Saurabh Bhargava & George Loewenstein, *Behavioral Economics and Public Policy 102: Beyond Nudging*, 105(5) AER 396 (2015); Gary Lucas Jr. & Slavisa Tasic, *Behavioral Public Choice and the Law*, 118 WEST VIRGINIA L. REV. (forthcoming); 國枝繁樹「行動経済学と金融税制」『金融税制と租税体系』193 頁 (日本証券経済研究所・2014 年)。

なお、これらの代表的な論攷については、現在、別稿において検討・分析を加える予定であり、本稿では紹介に留めておく。

85 ここでの政策立案者という用語は、政治家や行政官のみならず、各種の公的会議を通じて彼らにアドヴァイス等をする有識者も含めた意味で用いている。

86 神山・前掲注 (3) 332-336 頁参照。

87 See, Sunstein&Thaler (2003), *supra* note 2; Thaler&Sunstein (2009), *supra* note 2.

88 大垣昌夫・田中沙織『行動経済学』235 頁 (有斐閣・2014 年)。

89 同上・235 頁。

90 この点については、渋谷雅弘教授よりご指摘をいただいた。記して感謝申し上げます。

91 森村進「研究ノート：キャス・サンスティーンとリチャード・セイラーの『リバタリアン・パターンリズム』」一橋法学 7 卷 3 号 1087, 1090-1091 頁 (2008 年)。

92 同上・1091 頁。

- 93 同上・1092頁。
- 94 同上・1092-1093頁。
- 95 同上・1092-1093頁。
- 96 同上・1093-1094頁。
- 97 同上・1094頁。
- 98 神山・前掲注(3) 321-322頁参照。
- 99 ここでは、議会によって制定される公的な法制度のみならず、市場における私的主体による各種の私的誘導なども広く含めるために「計画者」という用語を用いる。
- 100 瀬戸山晃一「法的パターンリズム論の新展開(二)：非強制的なりバタリアン・パターンリズム論の含意と法規制」*阪大法学* 64巻2号73、85-86頁(2014年)参照。
- 101 厚生経済学の枠組み自体から、論理内在的に、分配的正義に関する特定の構想が導かれるわけではない。この点については、外在的に与えられる価値判断という位置づけにしておいて、パラメーターを設定し、適宜数値を変動させることで、功利主義からロールズの格差原理まで幅広く対応できるような枠組みを提供している。See, e.g., LOUIS KAPLOW, *THE THEORY OF TAXATION AND PUBLIC ECONOMICS*, 41-48, 377-378 (Princeton University Press, 2008).
- 102 リバタリアンの立場は、分配的正義の問題とどのような関係にあるのであろうか。この点に関して、例えば森村(2013)は、「平等」という御旗の下での富の再分配には反対しつつも、困窮した個人に対してなされる(最低限の生活を営めるようにするための)分配的政策については、好意的な立場を表明している。森村進「分配的平等主義を批判する」同『リバタリアンはこう考える——法哲学論集——』153、154頁(信山社・2013年)参照〔初出、一橋法学6巻2号605頁(2007年)〕参照。

(不許複製・禁無断転載)

〔非売品〕

平成28年7月15日印刷

平成28年7月15日発行

金融取引と課税（４）

発行 ©公益財団法人 トラスト未来フォーラム

東京都千代田区大手町2-1-1

Tel. 03-3286-8480 (代表)

<http://www.trust-mf.or.jp/>

印刷：(株) デイグ