

## 論 説

# 組織再編税制の濫用規制のゆくえ

—— 濫用防止ルールの是非を中心に ——

小塚真啓

(岡山大学法学部准教授)

### 目 次

- I はじめに
- II 濫用防止ルールを巡るアメリカ法の議論—それは天使か、それとも悪魔か
  - 1 濫用防止ルールとは何か
  - 2 濫用防止ルールはなぜ有用か
  - 3 濫用防止ルールに対する実務・アカデミズムの評価・態度
- III 非課税法人分割制度における濫用防止ルール—準則か、それとも規準か—
  - 1 検討の意義
  - 2 ベイルアウト防止ルールの概要
  - 3 模索するベイルアウト防止ルール
- IV 残された課題—結びに代えて

### I はじめに

「租税請願庁が明言したように、制定法の表現の密度が上がるほど、その解釈の余地が減少するという点に疑うべき余地は存在しない。だが、文の意味は、メロディが個々の音符そのものでないのと同様に、それぞれの単語の意味そのものではないし、〔制定法の文言が〕どれほど具体化されたとしても、どのような事態にも対応可能な手段の必要性が失われることは決してないであろう。」

Helvering v. Gregory, 69 F.2d 809, 810-

811 (2nd Cir. 1934)

冒頭の一文は、Learned Hand裁判官が意見を述べたGregory控訴審判決<sup>(1)</sup>の一節であり、制定法の解釈にあたって、その趣旨・目的を考慮することの妥当性および不可避免性を説いたものだといわれる<sup>(2)</sup>。Hand裁判官は、この一節を踏まえ、アメリカ連邦所得税の、組織再編成 (reorganization) に関する課税ルール (以下、「組織再編税制」という<sup>(3)</sup>) の趣旨・目的を、「事業の遂行に不可欠な理由で、事業の継続にとって好ましいとして遂行

(1) Helvering v. Gregory, 69 F.2d 809, 810-811 (2nd Cir. 1934). なお、本稿では、Gregory事件の事案や判決などを大雑把に指す表現として“Gregory”を用いる。他の事案や判決についても同様とする。

(2) Boris I. Bittker & Lawrence Lokken, FEDERAL TAXATION OF INCOME,

ESTATES AND GIFTS ¶4.2.2 (制定法に明白な意味 (plain meaning) があることは決してないという見解の代表格であると指摘)。

(3) 本稿は「組織再編税制」という用語をアメリカ法・日本法共通で用いるが、文脈から明らかである場合には「アメリカの」「日本の」というような修飾子は用いない。

されるもの〔である組織再編成〕を課税が阻害しないようにすることだと理解し、その帰結として「株主が税を免れるため〔に行われた問題のスピンオフ（spin-off）〕は“組織再編成”と考えられる取引の一つではない」と結論付けた<sup>(4)</sup>。また、Hand裁判官が示した結論や理由付けについて、連邦最高裁のSutherland裁判官は、「原审判決の理由付けには、付け加えるべきところがほとんどない」として、これを全面的に承認した<sup>(5)</sup>。本稿は、課税ルールの濫用の防止を企図して、課税ルールの趣旨・目的を重くみる、このような法解釈の態度<sup>(6)</sup>について、組織再編成に関する日本の所得税や法人税などの課税ルール（組織再編税制）の濫用規制が向かうべき姿や同税制の現状（がどのように評されるべきものか）を明らかにするための手がかりが得られるのではないかという動機から、考察を行おうとするものである。

このような動機からGregoryに特徴的に現れた発想に本稿が改めて着目する意義としては、日本の組織再編税制の建付けがそれらと

酷似したものになっていることを指摘しておきたい。すなわち、同税制は、合併などの組織再編行為があった場合に、一定の要件の下で、実現した損益に対する課税を繰り延べたり、繰越欠損金額などの租税属性を引き継がせたりする課税ルールを中核としつつ、合併などの組織再編行為に起因して「〔所得税や法人税などの〕負担を不当に減少させる結果」が生じる場合には所轄税務署長が行為計算の否認を行えるものとして設計されたが（所税157条4項、法税132条の2など）、これらの一般的否認規定<sup>(7)</sup>について、日本の最高裁は、ヤフー・IDCF事件において、「組織再編税制に係る各規定の本来の趣旨及び目的から〔の〕逸脱」（傍点著者）という同税制の（各規定の）濫用を防止するための規定という位置付けを付与したのであり<sup>(8)</sup>、Gregoryにはいわば80年以上前にこれらを取ったと述べている点があるのである。また、Gregoryは、事業目的の法理（business purpose doctrine）と呼ばれる判例法上の否認法理の起源<sup>(9)</sup>でもあって、同原理からは、その後の紆余曲折を経て、

(4) Helvering v. Gregory, 69 F.2d at 810-811.

(5) Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465, 469-470 (1935), *aff'g* 69 F.2d 809 (2d Cir. 1934).

(6) Randolph E. Paul, Motive and Intent in Federal Tax Law *in* SELECTED STUDIES IN FEDERAL TAXATION SECOND SERIES, at 255, 292 (1938).

(7) この用語法は金子宏『租税法〔第22版〕』（弘文堂、2017年）487-489頁に倣った。

(8) 最判平成28・2・29民集70-2-242および最判平成28・2・29民集70-2-470参照。これらの判決については、組織再編税制の趣旨・目的に反する濫用があり、かつ、①問題の行為計算の不自然性、②問題の行為計算を行うことの合理的な理由となる事業目的等の不存在、③税負担減少の意図の存在、という3要素も充足していることを当該一般

的否認規定の適用要件とした、と理解するのが最も自然であろう。小塚真啓「判批」ジュリ1505号214頁（2017年）参照。

(9) 事業目的の法理などの起源としてのGregoryについては、日本法の議論でも既に優れた紹介や検討が数多く存在する。近年のものとしては、たとえば、岡村忠生「グレゴリー判決再考」『税務大学校論叢40周年記念論文集』83頁、98-115頁（2008年）、本部勝大「経済的実質主義の制定法化に関する一考察(1)―アメリカ連邦所得税における議論を中心として」名古屋大学法政論集263号401頁、409-414頁（2015年）、渡辺・後掲注(11)137-145頁（1996年）、金子・前掲注(7)131-132頁参照。また、下級審レベルではあるが、日本の裁判所がGregoryと事業目的の原理との関係について言及したこともある。大阪地判平成13・5・18訟月48-5-1257参照。

やはり判例法上の否認法理である経済的実質主義の法理 (economic substance doctrine) も生じたが<sup>10)</sup>、この経済的実質主義の法理の要件と、先述のヤフー・IDCF事件最高裁判決で示された一般的否認規定の適用要件との間にも共通項は多く、この点からも同法理の起源である *Gregory* に着目する意義があろう。

もっとも、*Gregory* で具体的に現れた問題、すなわち、バイルアウト (“bail-out”)<sup>11)</sup> やブストアップ (“bust-up”)<sup>12)</sup> の達成を主たる動機 (motive) として、スピノフなどの法人分割 (corporate division) に関する課税ルール (以下、「非課税法人分割税制」という) が

利用されたと推認される場合に、それらの文言に合致している以上その適用を認めるか、あるいは何らかの追加的な制約を措定するかという難問を解決する手段として、*Gregory* の発想が積極的に用いられてきたかということ、事はそれほど単純ではない。

バイルアウトのための利用が (少なくとも文言上は) 可能であるという非課税法人分割税制の脆弱性については、組織再編成の一環としてスピノフが実施されたとしても (株主段階において) 株式の分配の非課税を認めないというやや乱暴なやり方で最初の対応<sup>13)</sup> が行われた後、1951年の改正法の下で、非課税

(10) Bittker & Lokken, *supra* note 2, ¶ 4.2.2. もっとも Hand 裁判官も *Gregory* を税負担軽減以外の目的を要求する一般的な法理と直ちに理解したわけではない。See *Chisholm v. Commissioner*, 79 F.2d 14, 15 (2nd Cir. 1935) (法人設立の意図の欠如に着目と理解); *Fairfield S. S. Corp. v. Commissioner*, 157 F.2d 321, 323 (2nd Cir. 1946) (制定法の条項はその趣旨・目的の観点から解釈されるべき); *Commissioner v. Transport Trading & Terminal Corp.*, 176 F.2d 570, 572 (2nd Cir. 1949) (もっぱら課税を回避する動機のみから行われる取引は含まれない)。Transport Trading における Hand 裁判官の *Gregory* の理解、すなわち、【およそ全ての課税ルールの解釈適用にあたり、場合によってはその適用のために事業目的が要求される】との事業目的の法理を見出したという理解は他と組み合わせられて経済的実質主義の法理 (economic substance doctrine) が形成された。詳しくは、本部・前掲注(9)参照。

(11) バイルアウト (“bail-out”) は、本来、倒産や破綻の危機に瀕している企業や (とある国の) 経済社会の救済を目的とした経済的支援を意味するが、詳細はⅢで触れる。また、非課税法人分割を利用したバイルアウトの問題に関する日本の先行研究としては、渡辺徹也「法人分割と租税回避—アメリカ法を参考として」『企業取引と租税回避』(中央経済社、2002年) 121頁 (初出1996年) 参照。

(12) ブストアップ (“bust-up”) の本来の意味は、グ

ループやカップルの喧嘩別れであるが、アメリカ法の議論では、法人納税者が損益を認識することなく資産を他に譲渡する取引を総称する際に用いられる (ブストアップ取引, “bust-up” transactions)。See e.g. Michael L. Schultz, *The Evolution of The Continuity of Interest Test, General Utilities Repeal and The Taxation of Corporate Acquisition*, 80 *Taxes* 229, 248-250 (2002)。また、非課税法人分割を利用するブストアップ取引については、渡辺徹也「企業組織再編税制に関する濫用とその規制—分割税制における法人課税を中心に—」『企業組織再編成と課税』(弘文堂、2006年) 189頁 (初出2001年)、連結申告 (consolidated return) を利用したのものに関する先行研究としては、酒井貴子「サン・オブ・ミラー・トランザクションとLDR」『法人課税における租税属性の研究』(成文堂、2010年) 164頁 (初出2007年) 参照。なお、*Gregory* ではブストアップが争点化しなかったが、租税請願庁の第一審判決が下されたのは1932年で、*General Utilities* において連邦最高裁が非清算分配でも法人段階で損益不認識となることを確認したのが1936年であるから (*General Utilities & Operating Co. v. Helvering, Commissioner*, 296 U.S. 200 (1935))、*Gregory* において内国歳入庁や米国財務省がブストアップ (も) 争点化しなかったのは矛盾というべきであろう。

法人分割の有用性を唱える強い声に後押しされて上記非課税の復活が図られた際には、法人段階での事業目的が不可欠という *Gregory* の要請とは別に、(組織再編成に係る)他の損益不認識ルールにはない独自の要件がベイルアウト防止の趣旨で設けられた<sup>(13)</sup>。さらに1954年の歳入法典の新編纂の際には、組織再編成に係る非課税規定から分離独立する形で法人分割に係る非課税規定 (I.R.C. § 355) が新たに設けられ、これらの独自の非課税の要件は、スピノフ以外の法人分割取引—スプリットオフ (split-off) およびスプリットアップ (split-up) —にも及ぶものとなってその適用範囲が広がっただけでなく、その内容も見直され、より詳細なものとなった<sup>(14)</sup>。

また、非課税法人分割税制には、ブストアップ取引とも呼ばれる、法人資産の非課税譲渡の手段としても利用可能という本質的な脆

弱性が存在する。この脆弱性は連邦所得税では長らく GU 原則 (General Utilities Doctrine) が妥当していたために目立たなかったが、1986年の内国歳入法典の新編纂の際にいわゆる GU 原則廃止 (*General Utilities Repeal*)<sup>(15)</sup>が断行された結果、その重要性を急伸させたのである<sup>(16)</sup>。とはいえ、この脆弱性への対処も、基本的には *Gregory* の手法ではなく、非課税法人分割税制を認める I.R.C. § 355 に個別規定を設ける方向で進められている<sup>(18)</sup>。

翻って日本法の議論をみると、法令の趣旨・目的に依拠して「租税回避」に対処することへの警戒感・忌避感は、実務だけでなくアカデミズムにも根強く存在する。その典型例としては、谷口勢津夫の議論<sup>(19)</sup>を挙げることができようが、類似の問題意識を示す論者は他にも数多い<sup>(20)</sup>。こうした議論の傾向<sup>(21)</sup>や、先に触れた *Gregory* 以降の非課税法人分割税制

(13) *Compare* Revenue Act of 1934, § 112, 48 Stat. 680, 704-706 (1934) *with* Revenue Act of 1932, § 112, 47 Stat. 169, 196-198 (1932). *See also* H.R. Rep. No. 704, 73d Cong., 2d Sess., *reprinted in* 1939-1 (Part 1) C.B. 554, 564. この改正を中身の無い形だけのもの (empty gesture) と批判する当時の論稿として、*see e.g.* Milton Sandberg, *The Income Tax Subsidy to Reorganizations*, 38 *Colum. L. Rev.* 98, 119-120 (1938) (スピノフでなくスプリットアップを用いれば改正前と同様に非課税である)。

(14) *Internal Revenue Code of 1938*, § 112(b)(11), *added by* Revenue Act of 1951, § 317, 65 Stat. 452, 493-494 (1951).

(15) *Internal Revenue Code of 1954*, § 355, 68A Stat. 4, 113 (1954).

(16) GU 原則および GU 原則廃止については、たとえば、岡村忠生「法人清算・取得課税におけるインサイド・ベシスとアウトサイド・ベシス」論叢148巻5・6号193頁、215-218頁(2002年)や小塚真啓「組織再編成における課税関係の継続と断絶」岡法

65巻3・4号319頁、341-355頁(2016年)参照。

(17) *E.g.* Eric M. Zolt, *The General Utilities Doctrine Examining the Scope of the Repeal*, 819, 830-831 (1987).

(18) 日本語による優れた紹介として、渡辺・前掲注(12)202-240頁参照。

(19) 谷口勢津夫「ヤフー事件東京地裁判決と税法の解釈適用方法論—租税回避アプローチと制度(権利)濫用アプローチを踏まえて—」税研30巻3号20頁、25-26頁(2014年)。

(20) たとえば、明石英司=岡村忠生=渡邊直人=岩品信明「座談会 東京地裁平成26年3月18日判決の検討」税務弘報62巻7号18頁、29-31頁(2014年)参照。

(21) ヤフー・IDCF 事件最高裁判決は前掲注(8)のように理解するのが自然で合理的と考えるが、類似の理解を示す論者はあまりみられない。たとえば、岡村忠生「判批」WLJ 判例コラム77号3-4頁(2016年)や谷口勢津夫「同族会社税制の沿革及び現状と課題」税研32巻6号34頁、41-42頁(2017年)参照。

の濫用規制の流れからすると、濫用の類型などに応じて個々具体的に個別規定を整備していく筋こそが、アメリカ法から学び、日本法が進むべき道であって、法令の趣旨・目的を参照する解釈がある程度は容認する筋を取る理は存在しないと考える向きもあろう<sup>22</sup>。

しかしながら、濫用防止ルール (anti-abuse rules)<sup>23</sup>の是非を巡る近年のアメリカ法の議論を追っていくと、組織再編税制や非課税法人分割制度のような法制度の濫用防止を目指して個別規定のみを充実させるのも、実は不自然な凸凹した道のりであること、また、その方法では、結局のところ望ましい結果になかなか到達できない可能性すらあることがみえてくる。そこで、次のⅡでは、濫用防止ルールに関するアメリカ法の議論状況を、シカゴ大ロースクールのDavid A. Weisbachが1999年に公表した“Formalism in the Tax Law”と題された論文(以下、「形式主義論文」という)を中心に据えて素描し、濫用防止ルールによる対処が基本的には好ましいといえるのは何故であるのかを、Ⅲ以降の検討の前提として探っていくことにしたい。

## Ⅱ 濫用防止ルールを巡るアメリカ法の議論—それは天使か、それとも悪魔か

### 1 濫用防止ルールとは何か

「濫用防止ルール (anti-abuse rules)」の意義につき、Weisbachは形式主義論文において「政府の側にのみ、制定法や財務省規則の文言の上書きを認めるルール (rules) であり、制定法や財務省規則の目的 (purposes) に反する態様によって税負担を減少させることを主たる目的の一つとする取引を納税者が行う、あるいは納税者が仕組む場合には、制定法や規則の規定の文理上との合致は当該取引について認められるとしても、政府が“理に合った (reasonable)” 課税結果を追求することを可能にするもの」(傍点引用者)と定義する<sup>24</sup>。その典型例は、サブチャプターKとその下で公布された財務省規則の解釈適用について、サブチャプターKの趣旨 (intent) に沿ったものであることを要求するTreas. Reg. § 1.701-2であるが、ある1つの条項のみを対象とするルールの場合であっても、同様の趣旨であればこれに含まれることとなる。

他方、Weisbachが形式主義論文で注目する、より本質的で最も重要な濫用防止ルールの特長は「同ルールが準則 (rules) を規準

<sup>22</sup> たとえば、渡辺・前掲注(12)265頁参照。

<sup>23</sup> 「濫用防止ルール」の意味などについては、後掲注<sup>24</sup>と対応する本文の記述を参照。

<sup>24</sup> David A. Weisbach, Formalism in the Tax Law, 66 U. Chi. L. Rev. 860, 860 (1999). Weisbachは形式主義論文において“rules”という用語に2つの異なる意味、すなわち、制定法や財務省規則、あるいは判例法などの形をとって存在する法規範、という意味と、法規範のうち、内容が事前に (ex ante) 確定する準則 (rules) であ

る—内容が事後 (ex post) に確定する規準 (standards) ではない—という意味で用いているように思われる。なお、前者の意味での“rules”と後者の意味での“rules”および“standards”をそれぞれ「ルール」、「準則」および「規準」とする和訳は、長谷部恭男『憲法とは何か』(岩波書店、2006年)71-72頁、142-143頁およびH.L.A.ハート(長谷部恭男訳)『法概念〔第3版〕』(筑摩書房、2014年)435-437頁に倣った。

(standards) に置き換えるものである点」である<sup>25)</sup>。また、政府のみが規定を無視できるとするものであること、納税者の行為がどのような趣旨・目的のものであったのかを重視することも、不可欠の特長とまではいえませんが、濫用防止ルールに認められる重要な特長であると Weisbach は指摘する<sup>26)</sup>。

## 2 濫用防止ルールはなぜ有用か

次に、Weisbach が形式主義論文において、濫用防止ルールが有用である、とりわけ、他の手法との比較において優位性が認められるとの主張をどのように展開しているのかをみていくことにしたい。それは、ごく簡単にいえば<sup>27)</sup>、濫用防止ルールを用いることで、メリットがデメリットを上回る形で、税法をそれなりに (reasonably) シンプルなものとすることができ、過度の複雑性を回避できるというものであり、ハーバード大学ロースクールで教鞭をとった Stanley S. Surry が、財務次官補 (Assistant Secretary of Treasury Department) の職を辞した直後に公表した論文において指摘していたことでもある<sup>28)</sup>。Weisbach は、Surry の、おそらくは経験に基

づく上記の知見が厚生経済学 (公共経済学) の見地からも正当化されうること、すなわち、個別規定でなく濫用防止ルールを用いることにより、所与の条件の下では社会厚生が最大化することを示そうとするのである。

Weisbach は、その際の実例として、ミキシング・ボウル取引 (“mixing bowl” transactions) への対処を挙げる<sup>29)</sup>。ミキシング・ボウル取引とは、最もプリミティブな形では、ある納税者 A が自身の資産 A's を、もう一人の納税者 B が自身の資産 B's をそれぞれパートナーシップに出資し、その直後に A は当該パートナーシップから B's の分配を、B は当該パートナーシップから A's の分配をそれぞれ受けるというものであり<sup>30)</sup>、その経済実質は A's と B's との交換と同じである<sup>31)</sup>。それにもかかわらず、出資および分配の非課税 (I.R.C. § 721, I.R.C. § 731) の適用があるとなれば、所得が実現する場合に課税することを原則とする実現ルールは無意味化してしまう。そこで、実現ルールを維持しようとする限り、何らかの対処が要請されるどころ、実際、そのような対処は一定のミキシング・ボウル取引を売買とみなすことを中心とする個別規定

<sup>25)</sup> Weisbach, *supra* note 24 at 861. 準則と規準との区別の意義に関しては前掲注<sup>24)</sup>参照。

<sup>26)</sup> Weisbach, *supra* note 24 at 862. なお、「曖昧な準則 (fuzzy rules) を生み出すもの」という別の表現 (*Id.* at 875-877) の存在が示唆するように、Weisbach の問いは、濫用防止ルールそれ自体が準則であるか、あるいは規準であるかではなく、その対象となる課税ルールに事後においてのみ定まる部分を導入すべきか否かであることに注意を要しよう。換言すれば、濫用防止ルールとは、①濫用とされる取引については文言では合致する課税ルールでもその適用が排除される、②どのような取引をどのような基準で濫用と判断するかは裁判所などの事後の判断に委ねられる、という2つの

要請を満たすように課税ルールが運用されるべきことを立法者が事前に宣明したものと理解されるのであり、濫用防止ルールと事業目的の法理などとは、いずれも①および②の要請を宣明するものである点で共通するものの、そのような宣明が前者では事前に、後者では事後になされている点では異なるのだといえよう。

<sup>27)</sup> Weisbach, *supra* note 24 at 861-862.

<sup>28)</sup> Stanley S. Surry, Complexity and the Internal Revenue Code: The Problem of the Management of Tax Detail, 34 *Law & Contemp. Probs.* 673, 707 n.31 (1969).

<sup>29)</sup> Weisbach, *supra* note 24 at 861-862.

の整備によって行われてきた<sup>30)</sup>。だが、Weisbachは、以下で整理する分析に基づき、これらは個別規定の整備でなく濫用防止ルールの整備を通じて対処されるべきであったし、今からでもそのような対処に移行するべきだと主張するのである。

Weisbachは、まず、個別規定の整備と濫用防止ルールの創設との間での、ミキシング・ボウル取引に対する対処の方法の選択を一般化するところから議論を始める<sup>31)</sup>。すなわち、現実に採用された前者の手法は、売買とみなされる一定のミキシング・ボウル取引と通常の出資・分配とを区別するための基準を、納税者が取引を実行する前の事前 (ex ante) のタイミングで財務省規則の形式で公布する、いわゆる準則 (rules) によるものであるのに対し、後者の代替的な手法は、ミキシング・ボウル取引のうち一定のものを、濫用、ある

いは濫用的な税負担回避行動であるとして、サブチャプターKの文理解釈を行わないものであるが、どのような取引が対象外となるのかは、取引実行後の事後 (ex post) の時点での個別具体的な判断に委ねられるから、いわゆる規準 (standards) によるものと整理される。その上で、Weisbachは、このような準則と規準との間の法形式の選択に関する経済分析を行ったものとして高名な、Louis Kaplowが1992年に公表した“Rules versus Standards”論文 (以下、「準則・規準論文」という)<sup>34)</sup>の判断枠組みをベースとして、規準としての濫用防止ルールが準則としての個別規定に一般論として優位することを示しているのである。

しかし、Weisbach自ら、形式主義論文の中で明言してもいるように、【濫用防止ルールは、準則でなく規準であるが故に、一般論と

30) 現実の巧妙なミキシング・ボウル取引の一つとしては、May Department Stores (以下May社)が実行したものが知られている。See Louis S. Freeman and Thomas M. Stephens, Using a Partnership When a Corporation Won't Do: The Strategic Use and Effects of Partnerships to Conduct Joint Ventures and Other Major Corporate Business Activities, 68 Taxes 962, 986 (1990). パートナーシップ課税における出資や分配に関する基本文献としては、高橋祐介『アメリカ・パートナーシップ所得課税の構造と問題』(清文社, 2008年) 92-148頁, 203-322頁参照。See also Laura E. Cunningham and Noel B. Cunningham, THE LOGIC OF SUBCHAPTER K, at 12-24, 220-239 (West Academic Publishing, 5th Ed. 2016). GU原則廃止については、前掲注16)参照。

31) 本文中より多少は手の込んだミキシング・ボウル取引の例としては、see Christian M. McBurney, Mixing-Bowl Transactions and the Partnership Disguised Sale Regulations, 70 Taxes 123, 123-124 (1992).

32) I.R.C. § 704(c)(1)(b) and Treas.Reg. § 1.704-1; I.R.C. § 707(a)(2)(b) and Treas. Reg. § 1.707-4,-5; I.R.C. § 737 and Treas. Reg. § 1.737-1,-5. これらの個別規定の説明としては、see Gregory J. Marich and Barksdale A. Hortenstine, Comprehensive Guide to Interpreting and Living with The Rules Governing Disguised Sales of Property, 110 Tax Notes 1421 (2006). なお、ミキシング・ボウル取引に対する根本的な対処としては、出資と分配のいずれか一方でしか実現した損益の不認識を認めないという手段が論理的には考えられ、それが等閑視されていることに違和感を覚える向きもあろう。だが、サブチャプターKの趣旨・目的の一つとして、パートナーシップの出入りを可能な限り課税の機会としないことがあるといわれており (e.g. Cunningham & Cunningham, *supra* note 30 at 220), そのような大原則との抵触ゆえに最初から排除されてしまっているように思われる。

33) Weisbach, *supra* note 24 at 863-865.

34) Louis Kaplow, Rules Versus Standards: An Economic Analysis, 42 Duke L.J. 557 (1992).

して（準則である）個別規定に優位する】という同論文の結論は、Kaplowの準則・規準論文の判断枠組みからストレートに出てくるものではない。なぜなら、準則・規準論文においてKaplowが企図したのは、【法たる命令（legal commands）はどの程度が準則として公布されるべきで、どの程度が規準として公布されるべきかを経済的に分析すること】なのであり<sup>35)</sup>、同論文がそこでの分析によって導いた中核的な知見は、準則あるいは規準が用いられるべき程度がどのように決定されるのか、ということであったからである。そして、準則・規準論文においてKaplowが述べるところによると、【準則と規準との間で好ましさは、ある内容の法を準則で公布する場合の社会的な純便益と、規準で公布する場合の社会的な純便益との比較で決まる相対的なものであって<sup>36)</sup>、さらに、そのような社会的な純便益の多寡は、法の内容や法の対象（たる行為）の頻度などの、個別具体的な状況に左右される要素に依存して決まる】ことになる<sup>37)</sup>。

このようなKaplowの主張によれば、ミキシング・ボウル取引のような法制度の濫用の対処を準則、規準のいずれで行うべきであるのかは、当該取引が経済社会でどのように遂

行されているのか、遂行しているのはどのような納税者か、といった様々な要素に依存して決まるはず、という結論になりそうにみえる。だが、Weisbachは上記のKaplowの分析枠組みに基本的に依拠しつつも、規準たる濫用防止ルール（準則たる個別規定に対する）優位性という、より具体的な法則を見出すのである。このような相違は一体どこから、どのような理由によって出てきたのであろうか。

その理由は、ルールを準則という形式で定めるか、それとも規準という形式で定めるかという選択の問題、換言すれば、ルールの内容の確定のタイミングを事前と事後のいずれにするかという問題と、当該法はどのような内容のものとして確定すべきかという問題とは、それぞれ別個独立のものであって、両者の間に必然的な関連性が存在するわけではないというKaplowの想定は、少なくとも税法においては成り立つものではないとして、Weisbachが拒絶する点に求められよう<sup>38)</sup>。要するに、Weisbachは、ルールの形式を準則または規準のいずれか一つに選択した時点で、当該ルールの内容の決定につき、一定の制約が、少なくとも税法の場合には生じてしまう

35) Kaplow, *supra* note 34 at 557, 559. なお、Kaplowは「法たる命令（legal commands）」を指して「法（law）」という用語を用いると脚注で述べており（*Id.* at 559-560 n.2）、H.L.A. Hartがハート・前掲注②4第2-4章で退けたJohn Austinの法命令説を前提とした記述であるように思われる。しかし、法命令説の下では、課税上の取扱いの特定に使用される—たとえば、「ミキシング・ボウル取引」のような—ことばの定義やその判断基準が直接には分析の対象とならないばかりか、チェック・ザ・ボックス規則のような、納税者の選択を正面から認める規定を分析できないように思

われるから、不適切であろう。これに対し、Hartの理解によれば、ルールが法秩序の核心だとされつつも、ことばの定義なども（ルール以外の要素として）法秩序に含まれる（解説として、ハート・前掲注②4437-439頁参照）。したがって、法命令説でなくHartの法の概念を前提とする方が、準則と規準との間での選択を分析する上も適切というべきであろう。

36) Kaplow, *supra* note 34 at 562-563.

37) Kaplow, *supra* note 34 at 563-564.

38) Weisbach, *supra* note 24 at 865-867.

と主張するのであるが、その根拠としては、①税法の形式を準則とし、当該税法の内容を事前に定めようとする場合には、その時点で一般的でない取引であるとの理由で当該税法の対象から外すことができないという点、および、②形式は異なるが経済実質は酷似する取引群を準則で規律しようとする場合には、規準で規律しようとする場合と比較して、課税上の取扱いの非連続的な差異を納税者の意思決定の前に生じさせる蓋然性が高く、死重損失が相対的に多く生じやすいという点の2つが指摘される<sup>39)</sup>。

これら2つの点が、規準たる濫用防止ルールが準則たる個別規定に優位するという形式主義論文の結論の実質的な根拠であるといえよう。そして、その具体的な内容を、ミキシング・ボウル取引を例に説明すれば以下の通りになる。

まず、①は準則たる税法と規準たる税法では省略可能な内容に相違があるとの趣旨とも理解できるが、それが意味するところについては、一定のミキシング・ボウル取引を、出資や分配というパートナーシップ取引でなく売買とみなす個別規定が整備される前のサブCHAPTER Kの時代を想起されたい<sup>40)</sup>。すなわち、そうした個別規定は1954年歳入法典の制定時では全く未整備であったが<sup>41)</sup>、その背景には、その当時においては、ミキシング・ボウル取引が広く実行される状況にはなく、将来実行されることの予測すらほぼ皆無であった

ことがあると想像される。したがって、ミキシング・ボウル取引（正確には、将来そのように命名されることとなる、出資と分配を組み合わせたパートナーシップ取引）を売買とみなすルールが一切設けられなかったことは、社会的な便益に見合わない社会的なコストの発生を回避できたという点において、その当時のみ<sup>42)</sup>の判断としては、準則に基づく対処を正しく行うものだった。なぜなら、資産の売買や交換に経済的に近いパートナーシップ取引をそれ以外のパートナーシップ取引と区別し、それぞれに異なる課税上の取扱いを精緻に定めることは、すべてのパートナーシップ取引を一括りにしてしまう場合と比較して、税制の経済効率性を高め、社会厚生を改善する方向に作用すると考えられる一方で、精緻な準則の策定などには相当のコストが伴うとも予想されるところであって、実行されるものがほとんどない取引に精緻なルールを定めても、コストが便益を超えて増すばかりと思われるからである<sup>43)</sup>。

しかしながらその後の出来事にも目を向けるなら、1954年歳入法典制定時の上記判断を肯定的に評価することは極めて困難であろう。ミキシング・ボウル取引を巡る状況は、1984年改正法までの間に大きく変化し、同法の成立の時点では広く実行されるようになっていたが<sup>44)</sup>、そのような状況を招いた大きな原因として、ミキシング・ボウル取引とその他のパートナーシップ取引とを区別しないサブチャ

(39) Weisbach, *supra* note 24 at 867. See also David A. Weisbach, An Economic Analysis of Anti-Tax-Avoidance Doctrines, 4 American Law and Economics Review 88, 104-105 (2002).

(40) Weisbach, *supra* note 24 at 869-870.

(41) *E.g.* Marich & Hortenstine, *supra* note 32,

III - A.

(42) See Kaplow, *supra* note 34 at 579-580 (行動の頻度が高いほど法の背後の規範を反映する意味がある). See also Weisbach, *supra* note 24 at 866.

(43) See H.R. Rep. No. 861, 98th Cong., 2d Sess., at 860.

プターK中の準則の存在があったことは、疑念を差し挟む余地がほとんどない明白な事実であろうからである<sup>44)</sup>。もっとも、このことは、1954年の当時において、一定のミキシング・ボウル取引を売買とみなすルールを設けておくべきであった、換言すれば、より複雑な準則を整備しておくべきであったことを、(少なくとも直ちには)意味しない。なぜなら、1954年当時のミキシング・ボウル取引への対処が、準則ではなく規準で行われていたとすれば、すなわち、パートナーシップに係る出資や分配を緩やかな要件で非課税とする制定法の趣旨・目的に反するパートナーシップ取引には当該制定法は適用しない、といった内容の濫用防止ルールを別途設ける形で行われていたとすれば、ミキシング・ボウル取引の大半は実行されることがなかったように思われるし、そもそも取引が行われないのであるから、ミキシング・ボウル取引をパートナーシップ取引から除くルールも不要となってサブチャプターKの複雑化も回避されたと考えられるのである。

また、いま一つの実質的な根拠である②については、ミキシング・ボウル取引を課税上どのように取り扱うべきかという問いについて、線引きの問題として把握することが前提にされているといえよう。すなわち、上記の問いは、売買や交換という典型的な課税取引を一方の極に、非課税取引であるパートナーシップに対する出資やパートナーシップからの分配を正反対の極にそれぞれ見立てて、そ

れらの極の間の連続的な多種多様なパターンの取引群の間にどのように線を引き、中間的な取引群のどれを、どの程度、どちらの極に分類するべきなのかという問いであるとWeisbachは考えているように思われる。そして、この問いが「線引き問題 (line-drawing problems)」と呼ばれるものであること、その問題の解決の指針は、形式主義論文とほぼ同時に公表された“Line Drawing Doctrine and Efficiency in the Tax Law”論文(以下、「線引き論文」という)<sup>45)</sup>における仔細な検討の結果、【死重損失が最少という意味で最も経済効率的な線引きをすべき】という内容であったことはよく知られているが、Weisbachは、この形式主義論文においては、【規準による線引きの方が準則による線引きよりも一般に死重損失が少なくなる】と主張するのである<sup>46)</sup>。

もっとも、似通った取引群の間での非連続的な課税上の取扱いに起因する死重損失は線引きを準則で行う場合よりも規準で行う場合の方が少ないというWeisbachの主張は、決して絶対的なものではなく、あくまで傾向の指摘にとどまることには注意すべきであろう。たとえば、ミキシング・ボウル取引に対処するためとして規準たる濫用防止ルールが整備され、その後にサブチャプターKの趣旨・目的に反する疑いがあるパートナーシップ取引が実行され、その結果、裁判所が売買として取り扱うべきであるとの判断を終局的に下したという場合を想定すると、裁判所が判示し

44) Weisbach, *supra* note 24 at 869. なお、Weisbachは当初一般的でなかった不自然な取引が後に一般化してしまう税法分野の傾向の原因として、税法の形式主義とその脆弱性を利用することを厭わない文化の存在を指摘する。See *Id.* at 869-

870.

45) David A. Weisbach, Line Drawing, Doctrine, and Efficiency in the Tax Law, 84 Cornell L. Rev. 1627, 1627-1631 (1998).

46) Weisbach, *supra* note 24 at 872-875.

た区別の規準が、売買・交換と出資・分配との間にある中間の取引群を連続的に取り扱うものであるとは考え難いであろう。実際、Weisbachも「規準に内容を付与する裁判所や行政庁の方が、準則に内容を付与する連邦議会や行政府よりも線引き問題を回避する能力が高い訳ではない」ことを認める<sup>(47)</sup>。しかし、準則による線引きが常に納税者の意思決定に先立って事前に行われるのとは異なり、規準による線引きが納税者の意思決定に先立つのは、裁判所や行政庁が判断した後に納税者が意思決定する場合に限られるし、判断を下す前に納税者がその内容を予測し、その予測に基づいて意思決定をする可能性を考慮にいれたとしても、それには一定以上の不確実性が伴うはずであるから、予測した非連続的な取扱いが租税裁定 (tax arbitrage) に用いられる頻度は相当に低下することが予想される。したがって、あくまで大まかな傾向にとどまるものの、規準を用いる場合の方が、準則を用いる場合と比較して死重損失が減少するとの想定には合理性が認められるであろう。

### 3 濫用防止ルールに対する実務・アカデミズムの評価・態度

2では、濫用防止ルールの理論的な評価の内容を確認したが、アメリカ連邦所得税に係るアカデミズムや実務は、現実の濫用防止ルールに対し、どのような態度を示し、あるいは、どのような評価を下しているのだろうか。以下、濫用防止ルールの必要性や課題の解明という本稿の主たる関心事を深掘りする助けになりそうな範囲で、ごく大雑把に確認していく。

まず Weisbach による評価であるが、個々具体的な濫用防止ルールの評価をはっきりと

述べた箇所は形式主義論文の中には見当たらない。もっとも、同論文には濫用防止ルールが適切なものとなるための条件を明示した箇所もあり、そのような諸条件は、①課税ルールの簡素化を促すよう設計されていること、②簡素な課税ルールが甚だしい弊害を生じさせる場合に限定して用いられるべきこと、③甚だしい不確実性 (uncertainty) を生じさせないこと、④課税ルールの濫用を効果的に防止すること、以上4点に整理することができよう<sup>(48)</sup>。これら4条件の間での優先劣後の関係などは明らかではないが、これらがすべて満たされるものがあるとすれば、それこそ、最も適切な濫用防止ルールと Weisbach が考えるものなのだ、とはいえよう。

Weisbach は、Treas. Reg. § 1.701-2については、特に①の条件との関連で具体的な言及も行っている。すなわち、同条項は、ミキシング・ボウル取引に対処する I.R.C. § 707(a)(2) (b) などの個別規定の整備が繰り返された後に、それらとの重複適用がある形で設けられたものであるため恐ろしく複雑なものとなっており、不確実性の高い状況が生じるおそれがあることが問題であると指摘し、「複雑な〔パートナーシップ課税〕ルールの廃止と引換えに提案される方がより良かったのではないかと Weisbach は述べる<sup>(49)</sup>。

また、具体的なルールを念頭に置くものではないが、④の条件との関連で、未だプリミティブな段階にとどまってはいるものの<sup>(50)</sup>極めて興味深い分析を Weisbach が展開していることにも注目すべきであろう。それはタック

(47) Weisbach, *supra* note 24 at 873.

(48) Weisbach, *supra* note 24 at 882-883.

(49) Weisbach, *supra* note 24 at 882.

ス・シェルター取引を株式投資などのリスク投資と見立てた経済分析であって、整理すると次のようになる<sup>50</sup>。①タックス・シェルター取引の管理を担う税務マネージャは、実効税率と（税務調査後に判明する）真の実効税率が事前予想の実効税率を上回るリスクとを、それぞれリターンとリスクとして持つ。②濫用防止ルールは、実効税率の低下を目的に遂行されたことが明らかな取引のリスクを高めるように作用する（と考える）。③リスク・リターンの数値が判明している取引の数が十分に多いなら、特定の取引にだけ適用を認めるよう限定的な形で導入された濫用防止ルールは、十分な効果を発揮できないであろう。④なぜなら、税務マネージャは、タックス・シェルター取引のポートフォリオを調整することにより、当該濫用防止ルールが導入される前のリスク・リターンを維持できるからである<sup>51</sup>。このことは、株式投資のポートフォリオのマネージャが、たとえば、IBM株のリスクが急上昇した場合において、そのポートフォリオを調整するのと全く同じである。⑤そし

て、以上を前提に、Weisbachは「濫用防止ルールの整備は、税法それ自体に濫用防止の原理（anti-abuse principles）を読み込む形で行われるべきである。なぜなら、税法のあらゆる規定に暗黙の濫用防止ルールが組み込まれるなら、どの取引でもリスクが上昇するため、税務マネージャはポートフォリオを組み換えられないからである」と結論付けるのである。

他方、②および③の条件は、どういった課税ルールがどのような場合にあるときに濫用防止ルールが用いられるべきとWeisbachが考えているのかを明らかにするもので、同ルールの中身について直接向けられたものではないが、④の条件の具体化として提示された【濫用防止ルールの適用対象は、同ルールを効果的なものとするために、絞らない方が好ましい】との指針と緊張関係に立つものとして重要であろう<sup>52</sup>。具体的には、Weisbachは、②の条件との関連では<sup>53</sup>、納税者の行動に形式だけにとどまらない実態を伴う変化があるような場合—たとえば、婚姻状態の有無の年の最終日だけ参照した判断や耐用年数の集積的

50) Weisbachは、American Law and Economics Review誌に掲載されたWeisbach, *supra* note 39において、判例法上の否認法理を対象に、より精緻な経済分析を展開したが、本文で紹介した分析は同論文では扱われていない。しかし、タックス・シェルター取引と株式投資などの他のリスク投資との差異を相対化し、後者の枠組みを用いて分析することは、ヒトの判断能力の限界、すなわち、合理的経済人の仮定が現実にはあまり妥当しない可能性への留意が必要ではあろうが、極めて示唆的で説得力に富む。この方向性の研究をさらに進める余地は—たとえば、理論モデルなどを整備することによる分析の精緻化や、合理的経済人の仮定を緩めた行動経済学の知見の反映など—大きいように思われる。

51) Weisbach, *supra* note 24 at 883-834.

52) 課税に反応して納税者が行う（と想定される）ポートフォリオ調整としては、理想的所得税がリスク・リターンに対して課税できないという主張の根拠として指摘されるポートフォリオ調整が先ずは想起されよう。See e.g. Alvin C. Jr. Warren, How Much Capital Income Taxed under an Income Tax Is Exempt under a Cash Flow Tax, 52 Tax L. Rev. 1, 7-9 (1996). Weisbachが対応する本文で述べているポートフォリオ調整がこれとどのような関係にあるのかは不明であるが、いずれにせよ主張の具体化には同程度の数理モデルなどによる精緻化が必要であろう。

53) Weisbach, *supra* note 24 at 884 (濫用防止の原理を適用の是非を裁判所は判断できないかもしれない)。

54) Weisbach, *supra* note 24 at 882-883.

決定一には、濫用防止ルールが発動するべきではないとし、③の条件との関連では<sup>55)</sup>、何を目的としているのかがはっきりしない課税ルールが適用対象となる場合に不確実性が増す蓋然性が高いとするが、その意味するところは、仮に、一貫して見出しうるものがないとすると、事後に決定される内容が、判断を行う者、行う機会ごとに異なったものとなる可能性があるということであろう。なお、Weisbachは、はっきりとした目的がない（可能性がある）課税ルールのカテゴリとして、法人所得税を例示していること一しかし、「〔法人所得税の課税ルールには目的がないという〕主張が仮に正しいとすると（もっとも私にはそれが正しいか判断がつかないが）」と反語的な表現を用いており、どちらかといえ、この主張は誤りであると直感しているのではないかとの推認が働きそうでもあること一も注目される。

Weisbachによる評価は概ね以上であるが、できるだけシンプルな課税ルールと濫用防止ルールとの組み合わせを推奨している点は、日本の組織再編税制の建付けが同様の組み合わせといえそうなものであることも踏まえると極めて興味深いものといえるし、濫用防止ルールの（好ましい）使用条件に関する指摘も、日本法の議論にとって示唆するところが多いといえよう。ただ、それらの検討は今後の課題とすることとし、以下では（濫用防止ルールをも包摂する広い意味での）課税ルールに対するWeisbachの評価やその態度への、アメリカ法の実務・アカデミズムの反応に注目してみたい。なぜなら、Weisbachの課税ルール一より正確には、課税ルールの集合たる税法の体系、あるいは法の体系というべきであろうか一に対する評価は、

そのための基準が外在的であること、すなわち、課税ルールが良き政策実現の手段である（はずである）ことのみに着目して、また、良し悪しの基準として厚生経済学（公共経済経済学）を採用して行われている点に最大の特徴があるのであって、こうした特徴を持つ議論がアメリカ法でどのように受け止められているのかを知ることは、日本法で類似の議論を行う場合のゆくえを占う上で極めて重要であると考えられるからである。

そして、そうした知見を得る上で格好の出発点であるように思われるのがMark P. Gergenの“The Common Knowledge of Tax Abuse”論文（以下、「共通知論文」という）<sup>56)</sup>である。Gergenは、共通知論文において、Weisbachの濫用防止ルールの分析や議論のスタイルを「今日の税法アカデミズムの業績の大半と同様に法に外在的な観点をとるものであって、課税ルールについての主張（claims about tax law）であるが課税ルールの主張（claims of tax law）ではない」と指摘するが<sup>57)</sup>、Weisbachは、政策実現の手段である点に着目して課税ルールについて言及していたのであるから、実には的確な指摘であるといえよう。また、Gergenは、草案の段階でパートナーシップ課税の実務から数多くの批判を受け、大幅な修正を経た上で最終規則となったが<sup>58)</sup>、なお評判が良好とはいえないTreas. Reg.

<sup>55)</sup> Weisbach, *supra* note 24 at 883.

<sup>56)</sup> Mark P. Gergen, The Common Knowledge of Tax Abuse, 54 S.M.U. L. Rev. 131, 132 (2001).

<sup>57)</sup> Gergen, *supra* note 56 at 132.

<sup>58)</sup> See Department of Treasury, Subchapter K Anti-Abuse Rule, T.D. 8588, 60 Fed. Reg. 23, 24 (1995) (批判の内容を紹介). See *Id.* at 24-25 (批判への対応を紹介).

§ 1.701-2<sup>59</sup>について、「意図的な侵害は許容されないが、課税結果を動機とせず、経済的実質も存在する行動の副産物としての違反はありえるという意味で、意図しない侵害は許容する税法規範」を提示するものであって、「濫用防止ルールは、所得計算に誤りが生じさせることを知りつつも、執行の効率化のために、通常許容される課税ルールを納税者が濫用することを抑止し、課税ルールを簡素化する」との理由から、実務・アカデミズムは一致して濫用防止ルールを賞賛すべきとも主張する<sup>60</sup>。

このようにGergenがTreas. Reg. § 1.701-2を課税ルールの簡素化の可能性などを理由に擁護する点に着目すると、Weisbachとスタンスを同じくするもののようにもみえる。しかし、Gergenは、帰結主義的なWeisbachの濫用防止ルールの正当化に賛同する一方で、準則でなく税法の一般原則（general principles of tax law）に依拠すべきことを唱えるAlan Gunnのような立場<sup>61</sup>に対する反論を「課税ルールの主張」として次のように行う。

Gergenの理解するところによれば、濫用防止ルールのような規準はGregoryから脈々と続く伝統的な法であり、完全なものとはいえないものの、基本的には良き法律家によってうまく運用されてきた<sup>62</sup>。その一方、Alan Gunnが重視する税法の一般原則については、パートナーシップ持分の譲渡や出資あるいは分配があっても、所得・損失の移転などがな

るべく起きず、起きても解消させるように制度が発展してきた一方で、分配に起因する乖離の調整の実施の有無は基本的に納税者の選択に委ねるという建付けが採用され続けているというように、原則が見いだし難い場合も多い。このようにして、Gergenは一般原則のみによる判断を棄却し、規準による判断を擁護し<sup>63</sup>、更に、規準の擁護を曖昧な理由や消極的な理由のみで終わらせることはせず、Weisbachの形式主義論文も引用しながら、Gergen自身の「課税ルールについての主張」として、持分譲渡や分配時による調整済基準価格の乖離の調整の有無について納税者の選択に委ねつつ、濫用防止ルールで不備をカバーするという建付けを擁護するのである<sup>64</sup>。

Gergenの共通知論文はごく短いものであって、規準としての課税ルールを内在的に擁護する「課税ルールの主張」には曖昧なところが多く、説得力に欠けるところがあることは否めない。しかし、Gergenはその弱点を外在的な「課税ルールについての主張」を挙げることで補っているものであり、このことは「課税ルールの主張」を行う論者にとって「課税ルールについての主張」が相容れないものではなく、互いに補完可能なものであることを明らかにしているといえるであろう。しかしながら、濫用防止ルールに対するWeisbachの分析や議論の性格—それが「課税ルールについての主張」であって「課税ルールの主張」

59) E.g. Alan Gunn, The Use and Misuse of Antiabuse Rules: Lessons from the Partnership Antiabuse Regulations, 54 S.M.U. L. Rev. 159, 166-167 (2001) (この規則は納税者に何の手がかりも与えずに“濫用的”取引を再構成する権限を内国歳入庁長官に与えてしまっているし、濫用的取引の定義も一般的過ぎ、何も無いよりは若干は

良い程度に過ぎない)。

60) Gergen, *supra* note 56 at 132.

61) Gergen, *supra* note 56 at 138.

62) Gergen, *supra* note 56 at 133-134, 136-138.

63) Gergen, *supra* note 56 at 140.

64) Gergen, *supra* note 56 at 142-143.

でないこと—が暗黙にしか示されていないのは、無用な誤解を招く恐れがある欠点というべきであるかもしれない。

そうした誤解が実際に起きてしまったようにみえるのが、著名な実務家の Michael L. Schler が *Tax Law Review* 誌上で Weisbach に対して寄せた “Ten More Truths About Tax Shelters” と題するコメント論文における次の一節である<sup>65)</sup>。すなわち、Schler は、別の機会に発表された Weisbach 論文の中の、形式主義論文中の濫用防止ルールに対する分析と議論を要約した箇所<sup>66)</sup>について、「〔この箇所において〕 Weisbach は、具体的なルールであらゆる状況をカバーする必要性が濫用防止ルールの存在によって減じるということを根拠に、濫用防止ルールの目的は税法の複雑さを減じることにありと描写した」という理解を示した上で、「効果的な濫用防止ルールによって複雑な税法の必要性が減じる可能性があるのはその通りであろうが、濫用防止ルールの究極的な目的は、諸取引の課税結果を連邦議会の意図に沿うようにすることであろう」と異論を唱えるのであるが、このやり取りは、Schler が Weisbach の分析と議論を一実際には「課税ルールについての主張」であるにもかかわらず—「課税ルールの主張」として間違っ

作用するか否かにしかなく、濫用防止ルールの目的とは一体何かという「課税ルールの主張」に連なる問いについて Weisbach は特段関心を持っていないと考えられるからである。もちろん、Weisbach の関心が「課税ルールの主張」にはないことを Schler が的確に認識した場合にどのような態度をとるのかは全く不明であるが、既に触れたように、Gergen が「課税ルールの主張」に独自の意義を見出しつつも、「課税ルールについての主張」にも意義を見出して自説を強化していたことを考えれば、Schler についても同様の可能性が全くなかったとは考え難い。濫用防止ルールの必要性や役割、その効果などの見解について Schler と Weisbach との間に相違はほとんどなく、僅かな相違部分も補完関係にあるようにみえること<sup>67)</sup>も踏まえると、意思疎通が不調に終わるリスクはまさに百害あって一利なしであるから、課税ルールに対する Weisbach の分析や議論に言及したり、活用したりする際には、法学者にとって馴染み深い「課税ルールの主張」と異なることを明示することが極めて重要であるといえよう。

### Ⅲ 非課税法人分割制度における濫用防止ルール—準則か、それとも規準か—

#### 1 検討の意義

Ⅱ では Weisbach の形式主義論文を主たる素材の対象として、濫用防止ルールが他の課

<sup>65)</sup> Michael L. Schler, Ten More Truths About Tax Shelters: The Problem, Possible Solutions, and a Reply to Professor Weisbach, 55 *Tax L. Rev.* 325, 380 (2002).

<sup>66)</sup> David A. Weisbach, Ten Truths about Tax Shelters, 55 *Tax L. Rev.* 215, 247-248 (2002). 同

論文は *Tax Law Review* 誌が 2001 年 5 月に開催した “Symposium on Corporate Tax Shelters” で用いられた報告論文であり、前掲注<sup>65)</sup>の Schler 論文はこの Weisbach 論文に対するコメント論文であった。

<sup>67)</sup> *E.g.* Schler, *supra* note 65 at 383.

税ルールを含めた法制度全体の中でどのように作用しうるものかを検討した。その結果明らかになったことをごく簡単に（やや乱暴に）まとめれば、【濫用防止ルールは、規準の要素を課税ルールに導入するものであって、納税者が形式的な要件に基づく課税ルールを濫用するのを事前に抑止するから、対処すべき課税ルールの濫用は減少し、結果、課税ルールの複雑化が抑止される可能性がある】といえる。しかし、IIで具体的に扱った課税ルールは主にパートナーシップ課税の領域のもので、本稿が最も関心を持つべき組織再編税制や非課税法人分割制度のもの—日本の組織再編税制に対応する領域—ではないため、IIの分析や議論を日本の組織再編税制にどのように当てはめていけばよいか具体的なイメージを描きにくいことは否定し難い。

そこでIIIでは、非課税法人分割制度におけるベイルアウト防止ルールについて、【内容が準則か、それとも規準か】という観点からごく初歩的な検討を加える。非課税法人分割制度でみられる濫用防止ルールの対象はベイル

アウトに尽きないが、プストアップ取引に対処しようとするルールは極めて複雑でイメージを掴むという目的には不向きであるから、本稿ではベイルアウト防止ルールに限定し、他は別の機会に検討することとしたい。

## 2 ベイルアウト防止ルールの概要

非課税法人分割制度を定めるI.R.C. § 355は、組織再編税制の諸規定と共にサブチャプターC（のパートIII）で規定されており、内国歳入法典の中でも最も複雑な規定の1つと思われるだけでなく、改正される頻度も高いが<sup>68)</sup>、本稿で扱うベイルアウト防止ルール<sup>69)</sup>は比較的簡素かつ安定している。まず制定法上のルールとして、①I.R.C. § 355(a)(1)(b)による仕掛要件（“device” restriction）、②I.R.C. § 355(b)による積極事業要件（“active business” limitation）、③I.R.C. § 355(a)(1)(d)による分配要件（“distribution” requirement）が要求されているほか、判例法上のルールとして、④事業目的（business purpose）および⑤投資利益継続性（continuity of interest）が存在し

68) MS Word 2016の「文字カウント」機能で数えると、2017年9月時点で、I.R.C. § 355を構成する単語数は4515語であり、この数は定義規定のI.R.C. § 368を構成する単語数の2353語を遥かに上回る。なお、パートIII内でその後に続くのは1545語のI.R.C. § 351であって、その直後に1534語でI.R.C. § 357が続き、さらに後ろには1018語のI.R.C. § 362…と続く。また、GU原則廃止後は改正される頻度も高く、1990年の改正でI.R.C. § 355(d)が追加されたのを皮切りに、1997年の改正、2006年の改正、2015年の改正でそれぞれI.R.C. § 355(e); (g); (h)が追加されている。See Omnibus Budget Reconciliation Act of 1990, 104 Stat. 1388, 1388-460-463 (1990); Taxpayer Relief Act of 1997, 111 Stat. 788, 914-918 (1997); Tax Increase Prevention and Reconciliation Act of 2005, 120

Stat. 345, 358-361 (2006); Consolidated Appropriations Act, 2016, 129 Stat. 2242, 3090 (2015).

69) E.g. Howard E. Abrams, Richard L. Doernberg and Don A. Leatherman, FEDERAL CORPORATE TAXATION, at 319-329 (West Academic Publishing 7th, 2013); Douglas A. Kahn, Jeffrey H. Kahn, and Terrence G. Perris, PRINCIPLES OF CORPORATE TAXATION ¶ 8.06-8.09 (Thomson Reuters, 2010). 日本語では、たとえば、渡辺・前掲注(11)145-167頁および渡辺・前掲注(12)196-199頁参照。また1954年の内国歳入法典の新編纂以前の変遷は前掲注(13)に対応する本文を参照。なお、制定法上のルールの英語表記はAbrams et al., *supra*に倣った。

ていなければいけないとされる。そして、【内容が準則か、それとも規準か】という観点から配列しなせよ

[準則] ③>②>①>⑤>④ [規準]

と書くことができよう<sup>(70)</sup>。なお、上記ペイルアウト防止ルールの適用の有無が問題となるのは、そもそも非課税法人分割制度の損益不認識の取扱いの対象である場合だけだが、そうした要件の内容は本稿の目的と直接には関わらないため、ここでは取り扱わない。

また、ペイルアウトについても、非課税法人分割制度やそれ以外の文脈の両方で、先行研究が豊富に存在するが<sup>(71)</sup>、その意義を一言でまとめれば、【取引の形式に着目してはじめて現金・現物の非清算分配と区別できる、その経済実質は非清算分配と変わらない取引の遂行を通じて非清算分配としての取扱いを回避すること】となろう。たとえば、*Gregory* では、納税者の Evelyn F. Gregory (以下、「E」という) が United Mortgage Corporation (以下、「U社」という) の発行済株式を100パ

ーセント保有し、さらにU社が上場企業の Monitor Securities Corporation (以下、「M社」という) 株式を保有しているという状況において、EがM社株式を外部に売却して手元で現金化することを望んだが、このようなEの希望を実現する自然なルートとしては、①U社がM社株式を外部に売却して代金を受領し、その代金をEに分配するか、②U社がM社株式を分配し、EがM社株式を売却して代金を受領するかの2通りが考えられる。しかし現実には③U社が Averill Corporation (以下、「A社」という) を100パーセント子会社として設立してM社株式をA社に現物出資し、直後にU社がA社株式のすべてをEに現物分配し、さらにその直後にEがA社を解散して清算分配として残余財産たるM社株式を受領した上で、M社株式を外部に売却して代金を受領するというルートがとられた。そのような迂遠かつ極めて不自然な③のルートを選んだのは、①または②のルートを選んだ場合には、Eによる現金またはM株式の受領は非

(70) たとえば④は「分配法人が分配直前に有していた“被支配法人”の株式および証券類のすべてを分配する〔こと〕という公布という事前の時点で明確な意味を原則と要求するものであるから、準則としての性格はかなり強く、②も分配の前後で要求される「積極的事業活動の遂行 (active conduct of a trade or business)」の意味は、「事業活動」や「遂行」に曖昧さを残しつつも、制定法上の定義を通じて公布時点でかなり明確であったといえよう。他方、判例法上のルールの場合に規準の性格が強いのも当然ではあるが、⑤における「投資利益」や「継続」の意味については、④で要求される「事業目的」との比較において、その範囲が明らかに狭いし、*Pinellas*以降の判例を通じて、社債は原則として「投資利益」に入らないが、優先株式は入るといように、(一貫性があるとは決していえないものの) 外延も徐々にはっきりしてきたといふべきであろう。なお、「投資利益」や「継続」の

意味の外延が固まる過程の紹介や検討についての日本の先行研究としては、渡辺徹也「アメリカ組織再編税制における投資持分継続性原理」同『企業組織再編成と課税』(弘文堂、2007年) 55頁(初出2001年) 参照。また、小塚・前掲注⑩324-330頁も参照。

(71) 非課税法人分割制度の文脈であれば、渡辺・前掲注⑪133-134頁参照。また、組織再編税制・非課税法人分割制度以外の文脈であれば、渡辺徹也「みなし配当課税と租税回避」『企業取引と租税回避』(中央経済社、2002年) 209頁(初出1996年) 参照。なお、アメリカ法における分配は、法人やパートナーシップなどの清算に伴うものか否かで清算分配と非清算分配とに区別され、特に株主人間では後者の非清算分配について配当か、それともキャピタルゲインかという区別が問題となる建付けであることに注意されたい。

清算分配として扱われ、EはU社のE&Pの範囲で配当課税を受けることとなるが、③のルートを選び、組織再編税制の適用が認められるなら、EによるA社株式の受領は利益不認識ルールの対象となるのでEはこの段階で配当課税を受けず、さらに、EによるM社株式の受領も清算分配として取り扱われ、M社株式の時価とA社株式の調整済基準価格との差額の利益について課税を受けるだけで済むという理由からであったと考えられる。

しかし、ここで注目すべきなのは、Eが①～③のルートのうちいずれを選んだかに依存して課税ルールを変えられるということは、適切な課税ルールを決めるために何を観察の対象に含めるかという大本の判断において、一連の取引が行われる前の状況と後の状況だけでなく、その間にある取引段階（series of step）も観察対象に含めるという決定が暗黙裡になされていることであろう。すなわち、もし仮に、課税上の取扱いを決する上での我々の観察の事象が一連の取引が行われる前の状況と後の状況だけであるとすると、我々は①～③のルートをいずれも同じものと認識してしまうから、我々はEが①～③のルートのいずれを選択したのかを捨象してEに適用する課税ルールを決定することとなろう。このことは、X・Y軸のみからなる二次元空間の存在が、我々のようなX・Y・Z軸からなる三次元空間の存在がZ軸上で移動してもこれを認識できず、二次元空間の彼・彼女にとっては止まったままに見えるはずということと同じである。

これに対し、現実の我々は①～③のルートに対応してそれぞれ課税ルールを用意しているが、このことは、我々が、一連の取引の前の状況と後の状況のみを観察するという判断

を下さず、前の状況と後の状況の間に存在する取引段階も観察するという判断を下したということの意味する。また、取引段階も観察するという態度決定が①～③の間での課税上の取扱いの差異の前提であるということは、取引段階の観察を全部または一部やめれば、①～③の間での課税上の取扱いの差異もその限りで消滅するはずということであり、Gregoryから取引段階の全部または一部を無視する法理を見出そうとする立場<sup>72)</sup>は、取引段階に対する観察の態度を部分的に修正しようとする試み（の一例）とも理解されよう。

なお、少なくともこの局面における経済実質に着目するのであれば、Eが①～③のルートのいずれを選んだのかによって、Eが負うべき税負担の額は影響を受けるべきではない。Eが①～③のいずれを選ぼうと、その選択はEの取引後の経済状況に違いをもたらないからである。それにもかかわらず、その選択を重視し、負担額に影響を与えることを許すのはまさに形式主義というべきであろう。そして、ペイルアウトでは、このような意味での形式主義が濫用されているのであるが、形式主義が上記のような態度決定の産物であるとすれば、その撤回により濫用の可能性も消滅するはずであり、実現主義から時価主義への移行はその一形態と位置付けることができよう。しかし、逆に言えば、時価主義をとらずに実現主義をとり続け、かつ、取引段階を観察の対象とし続ける限り、濫用の可能性をなくすことはできないということになる。

<sup>72)</sup> William D. Andrews and Alan L. Feld, FEDERAL INCOME TAXATION OF CORPORATE TRANSACTIONS, at 146 Note 5 (Little Brown & Co Law & Business, 3rd Ed. 1994).

### 3 模索するベイルアウト防止ルール

*Gregory*におけるベイルアウト（の試み）を改めて示せば、①M社の非清算分配という取引を遂行する場合にはEの利益認識を要求する課税ルール（Revenue Act of 1928, § 115 (a)）しか存在しないが、②U社によるA社の設立、M社株式の現物出資、A社株式の非清算分配という一連の取引を遂行し、これが組織再編成に該当する場合には利益不認識となる課税ルール（Revenue Act of 1928, § 112 (g)）が存在するという差異<sup>73)</sup>を利用するものだったといえる。しかし、そのような差異に意味があると想定するなら、次のような見方もできる。すなわち、§ 115(a)という課税ルールが適用対象として想定しているAという取引と、§ 112(g)という課税ルールが適用対象として想定しているBという取引とは経済実質が異なるが、§ 112(g)という課税ルールが簡素すぎるため、*Gregory*で遂行された②のような、経済実質はAだが形式はBといった取引も文言上は引っかけになってしまう、換言すれば、§ 112(g)を字句通り適用すると、②がAあるいはその派生としてではなく、Bあるいはその派生として扱われるという構造が利用されている、という見方である<sup>74)</sup>。

なお、Bの典型としては、*Rockefeller*で配当課税の有無が問題となったスピノフがしばしば指摘される。このスピノフは、原油の生産・仕入れ・販売とパイプラインによる原油の輸送を業とするPrairie Oil & Gas Company（以下、「PO社」という）が、州際通商委員会（Interstate Commerce Commission）と連邦取引委員会（Federal Trade Commission）という異なる連邦政府部門の監督を同時に受ける可能性に直面したこ

とに伴い、これを解消することを目的に、新しく設立されたPrairie Pipe Line Company（以下、「PP社」という）にパイプライン事業を構成する資産をPP社株式と引換えに譲渡し、PP社株式を直ちにPO社株主に按分的に分配したというものであって、事業上の必要性を満たすための典型的な組織再編成といえるものであったが、当該スピノフが実施された時点のRevenue Act of 1913では組織再編成税制が制定法において整備されていなかった。そのため、*Rockefeller*では、当該スピノフによって株主に（配当という）所得が生じるか否かが問題となったところ、連邦最高裁はPitney裁判官の意見に基づき、当該スピノフを判例法上の組織再編成にはあたらないと判断し、株主に対する課税を肯定した<sup>75)</sup>。

しかし、連邦最高裁が*Rockefeller*で判決を下したのとほとんど同時に、連邦議会は、スピノフは原則として配当課税の対象という*Rockefeller*の内容と整合させることが困難な内容を含むRevenue Act of 1921を制定した。この1921年の改正と*Rockefeller*との間にある不整合は、具体的には、組織再編成というものに対する見方にある。すなわち、*Rockefeller*では組織再編成といえども所得は実現するのが原則であって、そうである以上は課税するのは当然という姿勢が打ち出されたが、他方において、Revenue Act of 1921では今日の組織再編税制の直接の祖といえる諸規定が初めて規定され、組織再編成は株主や法人の所得

<sup>73)</sup> Revenue Act of 1928, § 112(g),(i)(1)(b), 45 Stat. 791, 818 (1928).

<sup>74)</sup> Andrews & Feld, *supra* note 72 at 145 Note 3.

<sup>75)</sup> *Rockefeller v. United States*, 257 U.S. 176 (1921).

の実現をもたらすものではあるかもしれないが、積極的に課税の対象とすべきものではない—したがって、原則として組織再編に係る損益は不認識とする—という態度が打ち出されたのである。

もっとも、Revenue Act of 1921の組織再編成の定義の規定振りはスピノフを想定したのになっておらず、損益不認識のルール適用対象も組織再編成に伴う旧株式と新株式との交換に限定されていたから<sup>76)</sup>、*Rockefeller*の内容とRevenue Act of 1921とが直接に衝突していたわけではない。だが、スピノフは法人分割を実行するための唯一のやり方ではなく、スピノフにおける非清算分配を清算分配に変更したスプリットアップ (split-up) であれば、経済実質はスピノフとほとんど変わらないにもかかわらず、完全清算分配に伴って株主は旧株を手放すこととなってRevenue Act of 1921で定められた組織再編成に係る損益不認識規定の要件を満たすことができたから<sup>77)</sup>、*Rockefeller*のスピノフについて株主に所得が生じたものとして課税することは「形式を極端に強調して株券に生じた変化に対して税を課すこと」という性格が強いものとなってしまったのである。

そして、おそらくはこのことも要因となって、Revenue Act of 1924の制定の際に、組織

再編税制はスピノフも対象とするかたちで、抜本的に改正されることとなった<sup>78)</sup>。しかしながら、サブチャプターKの整備がミキシング・ボウル取引の存在を想定せずになされたと考えられたのと同様に、この改正においても、連邦議会はスピノフを専ら*Rockefeller*で行われたようなものと考えてしまい、②のようなベイルアウト取引を想定しなかったのであろう。それ故、連邦議会は、明文の濫用防止ルールなしに、②の取引やその派生が文言上は容易に該当してしまい得る素朴な内容の利益不認識ルールを制定してしまい、その結果、*Gregory*においてベイルアウトの試みを招くことになってしまったのである。

Iでも触れたように、連邦議会は、1951年の改正でようやく、*Gregory*がきっかけとなって廃止されてしまった上記の利益不認識ルールを復活させたが、その際、仕掛要件および積極事業要件と類似のベイルアウト防止ルールを付加した。また、連邦議会が1954年の内国歳入法典を新たに編纂した際には、ベイルアウト防止ルールを現在と同じ内容のものに整えると同時に、非課税法人分割税制を組織再編税制から分離独立させ、スピノフとそれ以外の法人分割であるスプリットアップおよびスプリットオフ (split-off) の両方を同一のベイルアウト防止ルールに服させるもの

(76) Compare Revenue Act of 1921, § 202(c)(2), 42 Stat. 227, 230 (1921) with Revenue Act of 1928, § 112(i), 45 Stat. at 818. Compare also Revenue Act of 1921, § 202(c) with Revenue Act of 1928, § 112(g).

(77) Roswell F. Magill, Notes on the Revenue Act of 1924 Income Tax Provisions, 24 Colum. L. Rev. 836, 845 (1924). *Rockefeller*でのスプリットアップは、たとえば、①PO社はPO2社・PP社を新たに設立、PO2社・PP社に原油事業の資産とバ

イブライン事業の資産を譲渡、引き換えにPO2社株式、PP株式を取得。②PO社は解散、残余財産PO2社株式とPP社株式とを清算分配して消滅ということが考えられよう。

(78) Magill, *supra* note 77 at 845-846 (1924年の組織再編税制の改正の背景にはスピノフが含まれない欠陥を正す趣旨があった)。Compare Revenue Act of 1924, § 203(b)(2),(c),(h)(1) 42 Stat. 227, 256-257 (1924) with Revenue Act of 1921, § 202(c)(2), 42 Stat. at 230.

とした。

しかし、これら一連の改正がベイルアウト防止の建付けを改めたことについては、その正当性について次のような疑問が生じよう。すなわち、非課税法人分割税制が簡素な課税ルールのみで出発してしまったのは確かに良くなかったが、その状況は、*Gregory*において連邦最高裁が（後に事業目的の法理と呼ばれるようになる）濫用防止法理の存在を宣明したことで大きく転換し、その後は、簡素な課税ルールで非課税法人分割制度の過度の複雑化を回避しつつ、簡素さが濫用されるリスクはそのような濫用防止の法理によって補うという建付けに変化していたのではないか<sup>79)</sup>。これらの改正、特に、1954年の改正は、規準の典型であった濫用防止の法理を、どちらかといえば準則としての性格が強い積極事業要件にかなりの部分において置き換え、ベイルアウト防止の主たる担い手として導入するものだったようにみえるが、その結果、非課税法人分割税制が機能不全に陥った可能性はないか、「壊れていないものは直すな（“If it ain't broke, don't fix it”）」の格言に反するものだった可能性はないか、と。

こうした疑問は、Weisbachの課税ルールの

経済分析の知見を踏まえれば、むしろ当然に出てくるものであるように思われる。紙幅の限りもあり、本稿において十分な答えを出すことはできないが、著名なケースブックのAndrews & Feldが非課税法人分割制度におけるベイルアウト防止の変遷に触れたコメントは、先の疑問に対する肯定的な回答の傍証となりうるもののように思えるので、やや長くなるが、これを引用し<sup>80)</sup>、本稿のまとめに移ることとしたい。

「I.R.C. § 355の下での最初の財務省規則<sup>80)</sup>は、良い分割と悪い分割との区別のためにI.R.C. § 355(b)の積極事業要件を最重視するものだった。その財務省規則が頼りにした要素（key element）が、単一の事業の分割をおよそ不適格にするという、独立した複数事業（separate businesses）〔の存在〕であった。当該規則は主に、独立した複数事業〔の存在〕を単一の独立した複数側面（separate aspects of a single business）から区別するための数多くの具体例と基準から構成されるものだった。」（第11章A「独立した複数事業」冒頭部分）

「*Coady*<sup>82)</sup>は〔非課税法人分割制度の〕趣旨を考えれば、納税者の勝利が当然の事案とい

79) 連邦議会が1934年の改正でスピントフに関して行ったのは利益不認識ルールの廃止だけであり、同改正以後でも、それ以外の法人分割（スピントフおよびスプリットアップ）で組織再編成に該当するものに係る旧株式と新株式との交換には損益不認識ルールの適用の余地が残され、実際、ベイルアウトの危険が大きい按分的な法人分割は問題なく組織再編成に該当すると考えられていた。See e.g. *Green v. Commissioner*, 1 T.C.M. (CCH) 297 (1942)（按分的スプリットアップで組織再編成に係る損益不認識ルールの対象と判断）。したがって、1934年の改正後も *Gregory* と類似のベイル

アウト取引がスプリットアップとして実行しうる状況が継続していたのであり、それにもかかわらず、その当時繁茂した事実はないようであり、*Gregory*の法理が効力を発揮していたと考えるのが妥当であろう。

80) Andrews & Feld, *supra* note 72 at 619, 626, 644. なお本稿上の脚注は全て著者付加。

81) Department of Treasury, Proposed Rule Making, 19 Fed. Reg. 8237 (1954); T.D. 6152, 20 Fed. Reg. 8875 (1954).

82) *Coady v. Commissioner*, 33 T.C. 771 (1960), *aff'd*, 289 F.2d 490 (2nd Cir. 1961).

えよう。なぜなら、〔対立する株主間での〕所有の分離が事業の継続に必要なことは自明な事案であったからである。さらにいえば、*Coady*はベイルアウト (disguised dividend) のケースでもなかった。なぜなら、*Coady*が保有する分配法人株式は100パーセント償還されたからである。…〕(第11章A「独立した複数事業」注記(1))

「*Coady*を踏襲したものとして*Marett*<sup>83)</sup>がある。*Marett*で問題となったのは、新たに操業した工場の単純なスピノフである。その会社は唯一の顧客に自社製品を販売し、当該顧客は自身の名で再販売していた。新たに操業した工場は、別の顧客向けの製品を区別して製造するためのものだった。」(第11章A「独立した複数事業」注記(2))

「1989年にはI.R.C. § 355の下での新しい財務省規則が制定された<sup>84)</sup>。当該財務省規則では、I.R.C. § 355(b)が分割前の複数の事業が別々に存在することを要求するという発想が明示的に放棄され、*Coady*および*Marett*が設例(4)および設例(5)として取り入れられたのである。当該規則における積極事業要件の主たる役割は、事業活動と投資活動とを区別し、操業期間が5年に満たない事業で用いられていた資産のスピノフに非課税取扱いを認めないこととされている…。」(第11章A「独立した複数事業」注記(4))

「1989年に制定されたI.R.C. § 355の下での新しい財務省規則は、*Rafferty*<sup>85)</sup>と*King*<sup>86)</sup>の立

場を踏襲して、積極事業要件よりも事業目的要件と仕掛要件を重視している。…」(第11章B「目的、仕掛、そして積極事業」注記)

#### IV 残された課題—結びに代えて

日本税法学会が2017年6月に第107回大会の場で開催した「シンポジウム—租税回避をめぐる法的諸問題」に参加した際に、本稿著者の頭に浮かんだのは次の疑問である。「一般的否認規定をめぐる日本法の議論は論者によって前提が大きく異なるためか、ひどく錯綜しているように見える。だが、ここまで錯綜してしまうのはなぜだろうか？なぜそこまで前提が異なってしまうのだろうか？」

本稿の直接の端緒は、*Gregory*においてHand裁判官が組織再編税制の趣旨・目的を重視した事実を知り、その点にヤフー・IDCF事件最高裁判決との類似性を“発見した”ことにあるが、そもそも*Gregory*に改めて取り組もうとしたのは上記疑問が頭から離れなかったためであった。日本の一般的否認規定(法税132条の2など)も濫用防止ルールのカテゴリに含まれると考えられるから、本稿IIで詳しく紹介したWeisbachの分析枠組みは一般的否認規定をめぐる日本法の議論を解きほぐす上でも有用であるに違いない。本稿それ自体の議論や分析はごくごく初歩の段階にとどまるが、今後さらに研鑽を続けて議論の精度を高め、上記の疑問を過去のものにできるような高水準の議論を展開したい。その意味で、

<sup>83)</sup> United States v. Marett, 325 F.2d 28 (5th Cir., 1963).

<sup>84)</sup> Department of Treasury, Corporate Separations, 42 Fed. Reg. 3866 (1977) (Proposed Reg. § 1.355-1-4); Department of Treasury, Corporate Separations, 54 Fed. Reg. 283 (1989)

(Treas. Reg. § 1.355-3).

<sup>85)</sup> Rafferty v. Commissioner, 452 F.2d 767 (1st Cir. 1971).

<sup>86)</sup> King v. Commissioner, 458 F.2d 245 (6th Cir. 1972).

本稿のきっかけとなったシンポジウム直後の『税法学』に掲載の機会を得たことは望外の幸運であった。

そこで、以下では、本稿を執筆する中で、認識はしつつも、紙幅や時間的制約から取り組めなかった課題を2つほど提示しておくことにする。

第1は、Ⅱで紹介と検討を行った、Weisbachによって提示された課税ルールの経済分析をさらに発展させることである。そもそも、このWeisbachの分析は、Kaplowの分析をベースとしつつも、課税ルールの分析においては、納税者が事前に示された課税ルールの内容に典型的に反応すること、すなわち、納税者は税負担を最小化すべく取引の形態を工夫する一般的な傾向があることを分析の枠組みに取り込んだことにより、Weisbach独自の新たな境地を切り拓いたものということができようが、分析を一層豊かにしうる改善の途は、ゲーム理論などを利用した厳密な理論モデルの形成、近接領域である「脱税（tax evasion）の経済分析」や不完備契約論との接合<sup>87)</sup>、「課税ルールについての主張」と「課税

ルールの主張」とを直接に架橋する理論枠組みの構築<sup>88)</sup>など、数多く、それこそ無数に存在するはずであろう。

第2は、より現実的かつ堅実な課題であるが、課税ルールの経済分析に本格的に取り組むことである。本稿Ⅲではアメリカの非課税法人分割税制を素材とする分析を試みたが、ペイルアウトの問題に対象を絞ったにもかかわらず、十分な議論にすることができなかった。課税ルールの経済分析の視点からすると場当たりのともいべき準則ベースの改正を近年繰り返し続けている<sup>89)</sup>同税制は、日本の組織再編税制にとって“最良の”お手本と考えられるが、そのようなアメリカ法の模索から学ぶ必要性および緊急性は、平成29年度の改正で、非課税スピノフがやや拙速に“解禁”されたことでますます高まっているようにみえる。Ⅲの分析を足掛かりとしたより包括的で緻密な研究をなるべく早く行い、公表することを誓って筆をおくこととしたい。

（本研究はJSPS科研費15K16922の助成を受けたものである。）

87) ゲーム理論を用いた租税回避の経済分析は、たとえば、藤谷武史が行っているが（藤谷武史「租税法における『不確実性』と『法の支配』の制度的意味」論ジュリ10号74頁（2014年）参照）、形式主義論文への言及は分析とは別の傍論部分で行われるにとどまり、Weisbachの課税ルールの経済分析の組み込むは未だ行われていないようにみえる。なお、「脱税の経済分析」などとの接合という課題の着想は、藤谷・前掲74-76頁の指摘に負う。

88) Weisbachは、形式主義論文中の濫用防止ルールの有用性を主張した箇所の冒頭で、名宛人を明示しないもの、おそらくは「課税ルールの主張」を行う論者に向けて、「〔規準たる課税ルールをおよそ容認しないということは〕憲法上の権利の大

半が規準に基づく法領域であることや、刑罰が裁判官の裁量に依存する可能性を踏まえれば、我々の納税義務は我々の憲法上の権利や刑罰より高度な確実性を備えるべきという奇妙な主張だといわざるをえない」と述べる。See Weisbach, *supra* note 24 at 875-876. しかし、憲法上の権利もゲーム理論の枠組みで分析しうることを踏まえれば、「課税ルールの主張」もそれと同様にゲーム理論の枠組みに載せられるのではないかと。また、歴史研究なども踏まえつつ「課税ルールの主張」をより精緻化し、「課税ルールについての主張」を取り込むという逆の途もありえるのではなかろうか。

89) 前掲注(68)で確認したI.R.C. § 355の肥大化傾向はその傍証といえるであろう。