

# オーストラリア所得税法における 一般的租税回避否認規定

酒井貴子

(大阪府立大学経済学研究科准教授)

## 目 次

### はじめに

#### I オーストラリアにおける租税回避の意義と租税回避対処策

- 1 オーストラリアにおける租税回避の意義
- 2 オーストラリアGAAR現行条文
- 3 その他の租税回避対処策

#### II オーストラリアGAAR旧規定(260条)の概要とその問題点

- 1 1981年改正前のGAARの概要
- 2 旧規定(260条)について示された判例法理

#### 3 旧規定(260条)の問題点

#### III 現行GAARのリーディングケースによる解釈

- 1 1981年改正後のGAAR(Pt IVA)の概要
- 2 「スキーム」の特定
- 3 「課税上の利益」の特定…近年の法改正を参考に
- 4 目的テストの判定
- 5 現行GAARへの批判

むすびにかえて

### はじめに

2015年10月BEPS行動計画が示され、企業や各国もそれにどう応じるか注目されている。租税回避への対処には、それぞれのタイプに応じて、様々な対処が検討されているところ、最も概括的なものとしては、一般的否認規定(General Anti-Avoidance Rule, GAAR)をあげることができる。GAARは、「租税回避に対して、課税庁が、これを否認することを認める最終手段たるルール」<sup>(1)</sup>である。GAARの導入は世界的潮流の一つといえ、より良いGAARの導入に向けての指南さえみられる<sup>(2)</sup>。特に注目されるのは、オーストラリア所得税法(Income Tax Assessment Act, ITAA)におけるGAARといつてよい<sup>(3)</sup>。オーストラリ

アのGAARは、制定法上比較的明確な基準を定めて運用されているので<sup>(4)</sup>、各国がGAARを創設する際に模範とされているからである<sup>(5)</sup>。また、同国では租税回避に対してGAARが大いに活用される傾向にあるといえ、欧米諸国のうち、最もGAARに依拠した税制を備えているとも評される<sup>(6)</sup>。本稿は、同国のGAARを紹介・検討する。

(1) GAARは、「通常の租税法の用語や解釈にしたがってはいるが、許容されない租税回避行為の実務を打ち倒すため、課税庁によって発動される最終手段たる規定」とされ、本稿ではこれを要約した。Christophe Waerzeggers & Cory Hiller, *Introducing a General Anti-Avoidance Rule (GAAR)*, 1 Tax Law IMF Technical Note 1 (2016) (サンプルGAAR適用事例が検討される)。

(2) Id.

本稿では、まずオーストラリアにおける租税回避の意義および租税回避対処策を確認したうえで、次に同国のGAARの位置づけおよび沿革等について適用事例等を参考に考察し、さらに現行GAARの適用を巡る問題について考察を行う。最後には、上記考察から、わが国の租税回避対処策に関連して得られる示唆についても触れたい。

## I オーストラリアにおける租税回避の意義と租税回避対処策

### 1 オーストラリアにおける租税回避の意義

租税回避は、ITAAにおいて定義されてい

ない。オーストラリアにおいても租税回避の定義は論者によって様々であるとされる。ここでは同国における主要テキストや法改正の際の立法資料を手がかりに租税回避の意義、および、GAARの対象として考えられている租税回避を大まかに掴んでおきたい<sup>(7)</sup>。

租税回避は、最も短くは「法律を破ることなく租税を回避する技術 (the art of dodging tax without actually breaking the law)」と紹介される<sup>(8)</sup>。租税回避は、適法なものと認識されていることから、脱税とは違うことが分かる<sup>(9)</sup>。租税回避と節税の区別については、簡単でないと一般に捉えられている<sup>(10)</sup>。租税回避と節税は、不当性、人為性、あるいは、商

(3) 同国では、フリンジベネフィット課税法およびGST法においても、それぞれ若干の文言の違いはあるものの同様なGAARが設けられている。See s. 67 of Fringe Benefit Tax Act 1986, div. 165 of Good and Service Tax Act 1999. また印紙税、賃金税、地税を課す州法にもGAARがある。See generally Rachel Anne Tooma, *Legislating Against Tax Avoidance*, 227-254 (2008, IBFD) (後半部分で、各種GAARを比較し、ドイツなどにある統一GAARの導入を提案、検討されている。)。本稿で検討の対象とするオーストラリアのGAARは、ITAAにおけるGAARとする。See e.g., K. Sadiq et al., *Principles of Taxation Law* 708 (Thomson Reuters, 2016).

(4) 最近の研究によると、GAARは4つに分類される。第一は、課税庁が、租税回避目的の取引を特定し、仮定の取引に基づき税額を計算し直すもの、第二は、法形式ではなく取引の経済的実質に対して法の解釈適用を要請するもの(例、IRC s.7701(o))、第三は、法の濫用の法理に基づく判例上のもの、第四は、合法だが法の趣旨に反するような制定法上の濫用モデルに対処するものである。典型的なGAARは、第一に挙げたものと考えられ、オーストラリアのGAARもここに含まれる。Richard Krever, Ch.1 General Report: GAAR, GAARs-A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World, 4 (IBFD, 2016)。なお、同書の

部分紹介文献として、参照、今村隆「Michael Langら編集『一般否認規定—BEPS後の世界における租税制度の重要な要素の一つ』」租税研究809号336頁(2017年)。

(5) See e.g., Peter Harris, *Fair in Love but not Taxation: the English Origins of the Australian General Anti-Avoidance Rule-Part I*, *Bulletin of Inter'l Tax.* 65 (2007)。

(6) Jeffrey Waincymer, *The Australian Tax Avoidance Experience and Responses: A Critical Review*, *Tax Avoidance and The Rule of Law* 247 (IBFD, 1997)。

(7) その当時流行った税負担軽減策によっても異なる。例えば、1975年におけるアスプレイ報告書は、租税回避を「所得分散によって、その分散がなければ、適用されたであろう税率での課税を免れる行為」と定義した。Taxation Review Committee, *Full Report* (Parl Rep No 136, 1975)。租税回避の対処策としてのGAARを検討する際、その国ではどのようなものが租税回避として理解されているかをみるのが有用である。Waincymer, *supra* note 6, at 249。

(8) Cooper, Krever, and Vann, *Income Taxation* 7th ed. *Commentary and Materials*, 998 (Thomson Reuters, 2016) cited G.S.A. Wheatcroft, *The Attitude of the Legislature and the Courts to Tax Avoidance*, 18 *M.L.Rev.* 209 (1955)。

業上の動機や効果といった点のみによる区別が指摘されるが<sup>(9)</sup>、前者が、法の文言のみに沿うものであるのに対し、後者は、法の文言だけでなく法の趣旨に沿うものであるという点が最も特徴的な違いと解されている<sup>(10)</sup>。ただ、GAARがあることから、租税回避と節税との違いは、許容されない租税回避 (unacceptable tax avoidance) と、許容されるタックス・プランニング (permitted tax planning) という区分けに置き換え議論されることが多い<sup>(11)</sup>。このうち、前者がGAARの適用対象と捉えられ、その範囲画定に注目が集まってきたからである。後者はGAARを含む租税回避否認規定によって否認されない税負担軽減であって、合法的な租税回避と言い換えられたりもする<sup>(12)</sup>。

また、租税回避の概念に関連して、頻繁に引用され参考とされているのは、現行GAARが立法された1981年税制改正に際して、財務省長官がGAARの適用対象となるものに言及した声明である。それによると、租税回避の多義性が強調されたうえで、「今回の法案は、租税回避の手段が、あからさまで (blatant)、人為的で (artificial)、不自然な (contrived) 取引を抑えるべきであるという方針を実施することを求めるものだが、通常の事業活動に

おける取引を対象とするのであって、同法案により、納税者が合法的にその取引関係をアレンジすることで様々な機会を利用するようなものに対して、不必要な抑制をかけるものではない。」と述べられ、また、租税回避は、「特定の課税上のアドバンテージを得ることを唯一の又は主な目的として実施された行為が関係する」という点についても言及された<sup>(13)</sup>。主要テキストでは、上記の内容も踏まえ、租税回避とは、「課税上の利益を得ることを主な目的として、あからさまで人為的、かつ、不自然な手段で、合法的に租税を減少させる行為」であるとまとめられている<sup>(14)</sup>。

オーストラリアにおける租税回避の概念については、脱税との違いとしてそれが合法であること、節税との違いとして法の趣旨から逸脱するものであることを指摘することができる。その概念は、實際上GAARの適用により否認されるものとして注目された場合には、特に1981年改正後、課税上の利益を得ることを目的としたあからさまで人為的不自然な取引による租税回避が阻止されるべきと考えられていることが分かる<sup>(15)</sup>。特に、課税上の利益を得る目的というところは、I 2に後述するとおり、GAARの適用対象の判定にあっても

(9) G.T. Pagone, *Tax Avoidance in Australia*, 5-6 (Federation press, 2010). そこに掲げられたいくつかの裁判例でも同様に脱税と租税回避との比較的確な違いが指摘されてきた。

(10) Robin Woellner *et. al.*, *Australian Taxation Law*, 1390-1391 (26th ed., Oxford). *See also* Waincymer, *supra* note 6, at 249.

(11) Waincymer, *supra* note 6, at 250.

(12) Woellner, *supra* note 10, at 1391.

(13) Cooper, *supra* note 8, at 998-999. 攻撃的なタックス・プランニング (aggressive tax planning) と、攻撃的でないタックス・プランニング (non-

aggressive tax planning) などと区別されることもある。Tooma, *supra* note 3, at 17.

(14) 節税といっても意味はほとんど変わらないと考えられる。Cooper, *supra* note 8, at 999.

(15) By the Treasurer John Howard, in the Second Speech, Hansard, House of Representatives, 2682, 2683 (27 May 1981).

(16) Cooper, *et. al.*, *supra* note 8, at 999. また1981年改正時にも、このような租税回避がGAARの対象となることが確認されている。Explanatory Memorandum, Income Tax Laws Amendment Bill (No 2) 1981 (Cth) 2.

要求される要素の一つである。

## 2 オーストラリアGAAR現行条文

### (1) 租税回避対処策としてのGAARの位置づけ

オーストラリアでは、租税回避の対処策として、実体法上、個別否認規定 (specific anti-avoidance rules, SAARs)<sup>(17)</sup>、対象特定否認規定 (targeted anti-avoidance rules, TAARs)<sup>(18)</sup>、および、一般否認規定 (GAAR)がある。これらがいずれも適用可能なときには前二者が順番に優先して適用される<sup>(19)</sup>。GAARは、租税回避対処策として最終手段 (the last resort) と位置付けられ<sup>(20)</sup>、適用に際しては、他の条文の規定の制限を受けない圧倒的な権限 (paramount force) がある<sup>(21)</sup>。また、GAAR適用の際SAARsやTAARsとの重複適用は妨げないと解される<sup>(22)</sup>。

### (2) オーストラリアGAAR現行条文

現行GAARは、ITAA 1936年第IV編Aの

177条に規定され、そのうち、177条A (定義)、177条B (他規定との関係)、C (課税上の利益)、D (スキーム)、E (課税庁の権限)をメインとする。これらはまとめて、通称Part IVA (あるいはpt IVA) と呼ばれる<sup>(24)</sup>。

コアとなる規定は、177条Dである。「本編の適用対象となるスキーム (scheme) は、当該スキームを実施するにあたり、その者が(a)当該スキームに関連して課税上の利益 (tax benefit) を関連納税者 (relevant taxpayer) に得させること、または、(b)当該スキームに関連して課税上の利益を関連納税者および取引の相手方の納税者 (又はその他の納税者) に得させること、のいずれかの目的 (purpose) を持っていたと結論付けられる場合である。当該スキームを実施した者が、関連納税者か、あるいはその他の納税者かは問わない。」と定められる。

上記条文のキーワードであり、適用上重要な要素は、「スキーム」、「課税上の利益」、お

(17) ただし、租税回避の定義に当たり、租税回避の意図に触れられることが珍しいわけではない。なお、端的には、取引の性質と租税回避目的というものがGAAR適用に当たり重視されていると評価されている。Graeme S. Cooper, *International Experience with General Anti-Avoidance Rules*, 54 SMU.L.Rev. 83, 98-99 (2001).

(18) 例えば、前払いスキームに対するITAA1936の82条KJがある。前払いスキームとは、ある支出が実際の支出でも資本の性質も有さない場合には控除を認めないというものである。例えば、A氏は、T社から100,000ドルを借り入れ、すぐに70,000ドルの利息の前払いを行う。その後、37,000ドルで元本の支払いを受け取る権利をX社から取得する。X社は、100,000ドルを支払い、70,000ドルと37,000ドルの支払いを受けられたので、利益が7,000ドル上がる。A氏の方は、7,000ドル多く支払うだけで、70,000ドルの控除を得られる。現行では、一定要件を満たすとここでの支出全てが否認され

る。See e.g., Woelner *et. al.*, *supra* note 10, at 1399-1400.

(19) 多くがGAARを定めた条項である177条の一部として導入されている。

(20) S. 177B(4) of ITAA1936.

(21) See also Explanatory Memorandum, *supra* note 16, at 9-10. See also Richard Krever and Peter Mellor, *Australia GAARs - An emerging trend in the tax landscape*, GAARs - A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World, 45, 53 (2016, IBFD).

(22) S. 177B(1) of ITAA1936. See also Explanatory Memorandum, *supra* note 16, at 8.

(23) Futuris Corp. Ltd. [2010] FCA 935 (子会社上場に向け組織再編を行った際にSAARs適用により生じた課税上の利益に対するGAARの適用が争われた事例)。

(24) See e.g., K. Sadiq *et. al.*, *supra* note 3, at 719.

よび、「目的」の3つである<sup>25)</sup>。以下、これら各要素の規定を確認する。

「スキーム」は、177条A(1)において、次のように定義される。すなわち、「(a)明示的になされたか否か、法的な手続きによって強制執行可能であるか否かにかかわらず、あらゆる合意 (agreement)、取決め (arrangement)、了解 (understanding)、約束 (promise)、又は、企て (undertaking)、(b)あらゆるスキーム (scheme)、計画 (plan)、提案 (proposal)、行動 (action)、一連の行動 (course of action) 若しくは行為 (conduct)。」である<sup>26)</sup>。

「課税上の利益」は、177条C(1)において、次のものを意味するとされる。すなわち、「(a) 当該スキームが実施されていない場合、ある年度の課税所得の金額に算入される又は合理的に算入されると予想される場合において、その年度の課税所得の金額に算入されなかった金額、または、(b) 当該スキームが実施されていない場合、ある年度の課税所得から控除されなかった又は控除されると合理的に予想されえない場合において、その事業年度の課税所得の金額から納税者によって控除された金額」(以下、省略)などである。課税上の利益には、課税繰延の利益なども含まれ、租税負担を軽減するいかなる要素も含まれると解される<sup>27)</sup>。したがって、課税上の利益の範囲はかなり広いといえるが、177条C(2)は、その範囲に限定を加える。同条項によると、ITAAにおいて明確に納税者の選択が認められている場合、その選択により得られる課税上の利益は、177条Dの対象としないとされる。例えば、いくつかの償却方法のうち、納税者の有利な方法を選択するといったとき、その方法により得られる課税上の利益についてはGAARが及ばないことが分かる<sup>28)</sup>。

177条A(5)において、「特別の目的で実施されたスキーム又はスキームの一部とされているものは、その特定の目的が支配的な目的 (dominant purpose) であるようにして実施されたスキームと解釈されるものとする。」と規定されている。課税上の利益を得るための支配的な目的なのかの判定のことを本稿では目的テストと呼ぶ。目的テストの判定は、177条D(2)に定められたスキームについての8つの項目を検討することで客観的に導き出されねばならない。すなわち、(a)スキームが開始された又は実施された方法、(b)スキームの形式と実質、(c)スキームが開始された時期と実行された期間の長さ、(d)GAARの適用がなければスキームによって達成されえた税法上の結果、(e)スキームからもたらされた(中略)納税者の経済的変化、(f)スキームからもたらされた納税者と関連ある者の経済的変化、(g)開始又は実施されたスキームに関する納税者にとってのその他効果、および、(h)納税者と(f)に言及された者とのあらゆる関係の性質、である。

177条Dが適用されることになると、177条Fのもとで、課税庁が課税処分を行うこととなる。すなわち、177条Fは、「本編を適用するスキームに関連納税者によって、本条がなければ得ている又は得たであろう課税上の利益がある場合、国税庁長官は、以下のことを行いうる。すなわち、(a)当該納税者の課税所得に算入されていない金額に属する課税上の

<sup>25)</sup> Cooper, *et. al.*, *supra* note 8, at 1012.

<sup>26)</sup> 177条D(5)では、スキームがオーストラリア国内でなされたかを問わないとされる。

<sup>27)</sup> Woellner *et. al.*, *supra* note 10, at 1428.

<sup>28)</sup> Explanatory Memorandum, *supra* note 16, at 11.

利益の場合、当該納税者の課税事業年度の課税所得に全部または一部を含めるべく決定すること。(b)当該納税者の課税事業年度に関連する控除に属する課税上の利益の場合、当該納税者の課税事業年度に関連する控除の全部または一部を認めないこと。(以下略)」と規定する。

以下、上記各規定を特に言及する場合には各規定を挙げて説明するが、177条Dに定められた項目を充足して177条Fが適用される場合については、本稿では便宜的にGAARの適用があるという風に呼ぶ。

### 3 その他の租税回避対処策

#### (1) GAARの規定の中のTAARs

オーストラリアGAARは上述のとおり177条に規定されているが、そのうちの一部(177条EA, 177条EB, 177条D)は、厳密にはTAARsに分類しうる<sup>(29)</sup>。TAARsには、177条EAのようにGAARがかつて適用されたスキームに対処したものもあるが<sup>(30)</sup>、そうでないものもある。存在の明確になった租税回避に対してはGAARでの対処ではなくSAARsやTAARs

の制定による対応が明確化されている。ここではTAARsの一つとして、GAARに2015年に加えられたMAAL(Multinational Anti-Avoidance Law, MAAL)を簡単にみておこう。

オーストラリアは、2015年にMAALを追加する改正を行った<sup>(31)</sup>。MAALは、外国法人による租税回避を懸念し、迅速な対処の必要性からBEPS行動計画の最終公表に先立った対策の制定である<sup>(32)</sup>。そこで狙いとされた租税回避は、アドビ事件における事業再編後の状態に近い<sup>(33)</sup>。オーストラリア子会社がオーストラリア国内でオーストラリアの顧客に対しサポート的サービスを提供するも、ネットを通じての製品売買等の主要機能(利益の厚い部分)については税率のより低いところに所在する国外(例えば、シンガポール)の関連法人(オーストラリア国内に恒久的施設を有さない)がなすことで、製品販売に係る利益がオーストラリア国外に計上されるというものである<sup>(34)</sup>。このような租税回避に対して、MAALは、一定の要件を満たすときに、課税庁がこの関連法人がオーストラリア国内に恒久的施設を持つものとして同国の税を課すこととされる<sup>(35)</sup>。

(29) 各種TAARsの紹介として、参照、Woeller *et al.*, *supra* note 10, at 1436-1438.

(30) 例えば、177条EAは、Franking Credit Schemes(インピューテーション方式のもと法人段階で課された租税が還付してもらえ権利の付いた配当を受け取り、その後、配当後価値で株式を売却し、また、法人段階での租税が還付してもらえ権利の付いた配当を受け取れる同株式を同数買戻し、配当を受け取ることで、還付を二回受け取るスキーム)に対処する規定である。See *e.g.*, Woellner *et al.*, *supra* note 10, at 1436-1437.

(31) Sec. 177DA of ITAA 1936. ただし、MAALは、GAARの適用を制限するものではないとされる。Explanatory Memorandum to Tax Laws Amendment (Combatting Multinational Tax

Avoidance) Act 2015, at para 3.9.

(32) *Id.*, at para 1.7. 背景としてさしあたり参照、本庄資「オフショア世界の話(44)～オーストラリアは多国籍企業の租税回避を止めることができるか?～」国際税務36巻4号142頁(2016年)。

(33) 東京高判平成20年10月30日税資258号順号11061。

(34) Antony Ting *et al.*, Effects of Australia's MAAL and DPT on Internet-Based Businesses, 83-2 Tax Note Int'l 145, 146-147 (2016).

(35) MAAL施行後1年で(2017年から)、海外迂回税(Diverted Profit Tax, DPT)の導入も予定されている。これは、一定の方法で計算された所得金額に、法人税とは別に新しく40%で税を課すものである。See *id.*, at 148.

MAALは、オーストラリアGAARの一部の改正ではあるが、その適用対象は、世界規模事業体 (significant global entities, SGE) とされ限定的である<sup>36)</sup>。実際、狙い撃ち課税で、30社くらいが適用対象になるといわれる<sup>37)</sup>。MAALに取り込まれた目的テストは、117条(A)(5)と異なる。すなわち、MAALの方は、“dominant”ではなく、“principal”を用いられた<sup>38)</sup>。どちらも「主な」とか「主要な」という意味を持つが、後者は前者よりも緩和されたとされる<sup>39)</sup>。MAALは、グローバルに活動する大企業に対するもので、オーストラリアだけでなく、他国の税負担軽減にも関わっているという意味で、目的テストも広くとらえる必要があるからと説明される<sup>40)</sup>。

ここではMAALしか取り上げていないが、オーストラリアにおけるTAARsとGAARのおおまかな比較をしておくと、当然ではあるが、前者の方が適用対象をより具体化している一方、程度に違いはあるものの目的テストが双方で採用されているということが挙げられる。

## (2) 法解釈による租税回避の否認

法解釈を通じて租税回避が阻止される場合があることについても、ここで言及しておく。課税要件 (SAARsを含む) の適用を逃れるような税負担軽減行為について、文理解釈が原則的であったが、制限的に目的論的解釈もまたなされる場合がある<sup>41)</sup>。11でみたように、租税回避が法の趣旨からの逸脱した行為による税負担軽減であるとするなら、GAARがなくても、目的論的解釈で対処できるのではないかという主張がある<sup>42)</sup>。

特に、オーストラリアにおいては、法解釈法 (the Acts Interpretation Act) 15条AAおよびABが、その適用場面は制限されているものの、目的論的解釈を行うことができることを規定する。また、英国における租税回避に対する判例法理がオーストラリアの裁判例において適用されるかについては議論されてきたところ<sup>43)</sup>、裁判所は、GAARの存在を、英国の判例法理を無視する言い訳として使ってきた<sup>44)</sup>。オーストラリアではGAARがあることによって、租税回避に対しては、SAARs

36) 世界規模事業体の親会社の一事業年度の所得金額が10億オーストラリアドル以上であることが判定基準の一つとなっている。S. 960-555 of ITAA 1997.

37) See Explanatory Memorandum, *supra* note 31, at para 6.66.

38) See s. 177DA(1)(b)(i) of ITAA1936.

39) Waerzeggers *et.al.*, *supra* note 1, at 9.

40) *Id.*

41) Cooper *et.al.*, *supra* note 8, at 1002-1011. 注60に後述の通り、選択の法理により当時のGAARが使えなくなった80年代に目的論的解釈が採用されるようになっていった。

42) Waincymer, *supra* note 6, at 254. 租税回避の阻止は、目的論的解釈によっても可能であり、目的論的解釈は、GAARとの論理的な区別は難しく、GAARの適用範囲を狭める効果を持つとされる。

Peter Harris, Australia's General Anti-Avoidance Rule: Part IVA Has Teeth But Are Some Missing?, B.T.R. 1998, 2, 124, 127.

43) See *e.g.*, Peter Harris, The Ramsey Principle: Does It Now Apply in Australia?, 17(2) U.Q.L.J. 204 (1993).

44) Harris, *supra* note 5, at 65. 英国のRamsey原則の適用を拒絶した裁判例として参照、John v. FCT, [1988] 166 CLR 417, 434 (「制定法上のGAARの存在がRamsey原則といった判例法理の採用の余地を残さない。」と述べられた。)。但し、同判決がRamsey原則を誤って解釈したとの指摘がある。Harris, *supra* note 42, at 126-127. なお、Ramsey原則については、参照、渡辺徹也『企業取引と租税回避』第1章(中央経済社、2002年)(初出、1992年)。

やTAARsで対処される以外はGAARが主に使われている。

## II オーストラリアGAAR旧規定(260条)の概要とその問題点

現行GAARの基本的概略は、I 2の如くであるが、その適用が実際にどのような場合になされ、どのようなことが問題とされたのかを検討する必要がある。ここでは、旧規定から現行法への改正経緯について、旧規定適用事件判決から導かれた判例法理を中心に概観する<sup>45)</sup>。これらは、現行法の考察のための一素材となる。

### 1 1981年改正前のGAARの概要

オーストラリアのGAARは、ニュージーランドGAARの影響を受け<sup>46)</sup>、1915年所得税法53条に設けられた<sup>47)</sup>。同法53条においては、所得税の発生を変更することを目的としたいかなる取引も完全に無効とされる旨が定められ

ていた<sup>48)</sup>。文言だけを読めば、課税庁の判断によりすべての契約に適用されうるという無制限な適用が可能で、また、その効果が所得税に限られていなかったことから、とてつもなく広範囲なものであった。このような曖昧な内容のGAARは、1936年所得税法260条において、適用の効果の対象が所得税に限定されたものの、ほぼそのまま引き継がれ<sup>49)</sup>、同様な批判にさらされた<sup>50)</sup>。

### 2 旧規定(260条)について示された判例法理

#### (1) 断定テスト(The Predication Test)

Newton事件は、株主に対する配当に係る課税を軽減しようとしたことに対して260条の適用が争われた事案である<sup>51)</sup>。株主Xらに直接配当した場合の重い課税を回避するため、A社は定款を変更し配当権を設定して、Xらはその配当権をB社に譲渡したのに対して、課税庁は、260条を適用して、XらがAから直接配当を受けたとして課税処分を行った。下

45) オーストラリアGAARの邦語先行研究として旧規定から現行規定までの詳細等については、参照、今村隆「オーストラリア一般否認規定の研究」駿河台法学24巻1・2号203頁(2010年)。

46) 正確には、タスマニアやヴィクトリア州での地方における租税賦課の法律を経由したとされる。See Peter, *supra* note 5, at 66. なお、1915年所得税課税開始時からGAARを有していたため、GAAR導入前後の議論というのは特に見当たらない。

47) S. 53 of ITAA1915. その由来は、1910年の土地税課税法に遡るとされ、また、ニュージーランドのGAARの影響を大きく受けたとされる。S. 63 of the Land Tax Assessment Act 1910. Peter Harris, Fair in Love but not Taxation: the English Origins of the Australian General Anti-Avoidance Rule-Part II, *Bulletin of Inter'l Tax.* 109, 119 (2007 Mar.).

48) 同条文言からは、所得税が減少する場合にも適用され得たと指摘される。Krever, *et. al.*, *supra*

note 21, at 46.

49) 同規定は次のように定められていた。「本規定の施行の前後であるか、また、書面と口頭のいずれであるかに関係なく、あらゆる契約、合意、あるいは取決めが、直接的であれ、間接的であれ、下記の目的ないし効果を持っている場合には、国税庁長官に対し、あるいは本法のもとでの手続きとの関係上、完全に無効となる。(a)所得の発生を変更させるとき、(b)所得税負担の軽減・回避を可能にするとき、(c)本法により課された債務を逃れたり回避したりするとき、(d)所得税法の執行を阻害するとき。」本規定における(c)項は、脱税を意味すると考えられ、租税回避との区別が当時いかに考えられていたかについては注意を要する点、付言しておく。

50) See G.T. Pagone, *supra* note 9, at 24-26.

51) Newton v. Federal Commissioner of Taxation (FCT), (1958) 98 CLR 1.

級審では納税者勝訴の判断がなされたが<sup>52)</sup>、枢密院においては原審が破棄された。Denning 卿の法廷意見が注目される。それによると、260条における租税回避の目的が個人の動機や個人の租税回避をしたいという願望に係るものでないとしたうえで、「当該取引 (arrangement) が、その条項の範囲内にあるためには、租税を回避するような特別な方法で実施されたということを、実施された行為全体を見ることで、断定できなければならない。もしそう断定できず、しかし、租税を回避する手段として必ずしも明言することなく、通常の事業や家族の取引に照らして説明できると認識しなければならないなら、その取引は、その条項の射程にはない。」と述べられた。

枢密院におけるこのような判断は、断定テストと呼ばれる。断定テストは、ある取引が260条の適用を受けるかの判断において、その取引の客観的に確定可能な目的が租税回避であったと確定しうることを、要求するものである。この断定テストのあてはめの際、問題となった取引における関係者の実際の動機や目的への追求 (主観客観を問わず) は、必要ではなかったという点が重要である<sup>53)</sup>。断定テストは、その取引そのものの目的を客観的に見るという前提の下で、問題とされたその取引が、租税を回避するようなその特別な方法によって実施されたものとして断定的に説明されるかをみる<sup>54)</sup>。II 3で後述の通り、この考え方は、現行GAARの目的テストに受け継が

れているといえる。

## (2) 選択の法理 (The Choice Principle)

その後出てきた260条への異なる解釈たる選択の法理が、断定テストを実質的に弱体化させ、その結果、1981年GAAR改正へつながった。背景には、実際、租税法自体が多くの税額減少を与える規定や優遇措置を有しており、採用する取引により異なる課税上の結果が得られることを考慮して納税者が取引形式を選択しうる状況にあるなかで、これらから260条の適用対象となるものとならない取引の区別をいかにして行うかというところに、260条適用の難しさがあつたことがあげられる<sup>55)</sup>。

Keighery 事件は、公開会社になることで閉鎖会社に適用される留保金課税を免れたことに対する260条の適用が争われた事案である<sup>56)</sup>。原告法人Xは、当時閉鎖会社に適用された留保金課税を免れるために、償還可能な優先株を発行することで公開会社となったことに対して、課税庁が260条を適用した。高等法院は、次のように判示した。すなわち、留保金課税を定めた規定の「趣旨は、それが定める税負担を負うか、あるいは、その業務を支配できる者の数を増やすかの選択を納税者に提示することである。後者を選択することは、同条によって課される租税を回避することでも、その法律の運用を妨げることでもない。…」とされ、本件における課税庁の260条の適用が退けられた<sup>57)</sup>。このような判断は、選択の

52) Newton v. FCT, [1957] 96 VLR 577.

53) G.T. Pagone, *supra* note 9, 26-27.

54) G.T. Pagone, Part IVA: The General Anti-Avoidance Provisions in Australian Taxation Law, 27 Mel. U. L. Rev. 770, 772-773 (2003).

55) G.T. Pagone, *supra* note 9, at 31.

56) WP Keighery Pty Ltd v. FCT (1957) 100 CLR 66.

57) *Id.*, at [22]. また、断定テストに関して、「閉鎖的法人が公開法人になったことを見て、それが留保金課税を回避するためになされたとも誰も断定できない。」とされた。*Id.*, at 9.

法理とまとめられる。同法理によると、本件では法人組織の変更が留保金課税を避けるためだけに行われたかもしれないが、納税者の選択によって租税の負担を免れるような取引を行い得るし、それを妨げるように260条が適用されてはならないということになる。選択の法理の背後にある考え方は、厳格な文理解釈である。選択の法理は、後の裁判例でも徐々に拡張しながら採用され続け<sup>68)</sup>、事実上260条を骨抜きにしたとされる<sup>69)</sup>。

### 3 旧規定（260条）の問題点

以上のとおり、選択の法理の登場およびその拡張的な発展により、260条は事実上力を失っていた<sup>60)</sup>。だが、選択の法理だけでなく、そもそも、同条の下で、課税庁長官がなし得たのは、要件を満たす取引を無効とすることだけであったということも問題とされた<sup>61)</sup>。実際、課税庁側には、仮定の取引に基づき課税

をするといったような引き直し課税の権限はないことが裁判所によって指摘されていた<sup>62)</sup>。課税庁が租税回避に係る取引を無効とするだけでなく、税を課すために、起こったであろう、あるいは、起こらなかった事実に基づき課税できる法的仕組みが必要であった<sup>63)</sup>。

このように260条が有効でない中、1970年代に起こった租税回避への反感の気運から、1981年改正では、選択の法理を打ち破り、課税庁に取引の再構成を認める新たな立法が求められた<sup>64)</sup>。断定テストの方は、特に、177条Dに取り込まれたという見方がされ<sup>65)</sup>、GAARの考え方として今なお重要性をもち続けていると理解されている<sup>66)</sup>。一方、旧規定（260条）に妥当するとされた選択の法理は、1981年改正後におけるGAARの適用に影響しないと解されている<sup>67)</sup>。

58) See e.g., *FCT v. Cridland*, [1977] 140 CLR 330 (租税優遇措置を利用した租税回避を選択の法理のもと認められた事例)。

59) 課税に関係ない必要性から行われる予定の取引が、課税上の利益のために変更された場合に260条が有効であるとする、先行取引の法理 (the antecedent transaction principle) も他の裁判例で示された。See e.g., *Mullens v. FCT* (1976) 135CLR 290。

60) では現行GAARが有効になる前までの間、租税回避への歯止めが全くなかったかというところではない。SAARsの適用が争われた事件判決においては、それまでの厳格な法解釈から、目的論的解釈へと移行する傾向が指摘されている。See e.g., *Woeller et al.*, *supra* note 10, at 1395。

61) 1981年の立法資料は、260条の問題点を整理している。Explanatory Memorandum, *supra* note 16, at 2。

62) *War Assets Pty Ltd v. FCT* (1954) 91 CLR 53, at [18] (余剰の軍需資材を買える権利を外国の会

社Mに譲渡して行使させ、その資材をMが売却することで、オーストラリアでの課税を免れたことに260条が適用されたが退けられた。)

63) *G.T. Pagone*, *supra* note 9, at 36。

64) *Id.*, at 2。背景において、1970年代に流行した“bottom of the harbor” (プロモーター指導の下、租税が確定する前に法人Aがその有する資産を新設法人に売却し、法人所得に係る税金を支払わないという手法 (法人Aは破産会社のような状態に置かれる) で、新設法人がまたそのAがやっていた事業を継続する。なお、当時キャピタルゲイン課税はなかった。1980年に刑事罰の対象とされることで阻止された。) といわれる手法が横行し、税務行政への信頼が低下したことが改正への機運となったと指摘される。*Waincymer*, *supra* note 6, 248。

65) *Pagone*, *supra* note 9, at 3。GT *Pagone*, *supra* note 54, at 779。

66) *Id.*, at 775。

67) See *Spotless*, *infra* note 98, at 404。

### Ⅲ 現行GAARのリーディングケースによる解釈

#### 1 1981年改正後のGAAR (Pt IVA) の概要

1981年改正において、現行GAAR (pt IVA) が立法された。I 2(2)で確認したとおり、その重要な要素は、「スキーム」、「課税上の利益」、および、「目的」の3つである。以下では、リーディングケースに基づき、「スキーム」の特定をメインとしつつも各要素の基本的理解を確認したうえで、「課税上の利益」の確定と目的テストについて掘り下げて考察する。

#### 2 「スキーム」の特定

##### (1) Peabody 事件判決

1981年改正によりGAARが立法されてから約10年も経って初めてその適用が争われ、高等法院で判断されることになった。Peabody 事件判決<sup>68)</sup>が示した「スキーム」、「課税上の利益」、および、「目的」の各要素についての判断は、GAARの適用を理解するうえでの基礎となろう。Peabody 事件の事実関係はやや複雑であるが、概略を以下に説明する。

Peabody 事件は、短期保有株式譲渡益のキャピタルゲイン課税を免れようとしたスキームに対するPtIVAの適用が争われた事案である<sup>69)</sup>。本件において、原告納税者たるPeabody 夫人とその2人の子供(Pら)は、Peabody 家の家族信託の受益者である。この家族信託の受託者であるTEP Holdings社(T社)は、Peabody 夫妻が全株式を保有する会社である。T社のPeabody 家信託は、コンクリート強化剤の製造業者であるPozzolan社グループ(PO社)の株式を62%保有していた。残りの38%は、非関連者であるKleinshmidt氏(K)

が保有していた。PO社発行済み株すべてのうち半分を(オーストラリア証券取引所上)市場開放したいとの計画が持ち上がり、K氏はPO社株の売却に応じた<sup>70)</sup>。だが、K氏の有するPO社株を購入し、市場へ売却するということになれば、Peabody 家信託の受益者では、26条AAAのもとキャピタルゲイン課税(購入後12か月以内の資産の売却についてはキャピタルゲイン課税がなされていた)の負担を負うことから、次のような方策が採られた。

すなわち、T社が休眠会社(shelf company)であったLoftway社(L社)を買い取り、L社にK氏のPO社株式を購入させた。その際、資金は、Westpac銀行にL社が償還可能優先株を発行することでおこなわれた(借入れを行った場合における支払利息が、配当として取り扱われた)。その後、L社が購入したK氏のPO社株式は権利や価値の制限されたZクラスの株式(一種の優先株)に転換され、T社が有するPO社株式に100%の価値が移動し、その半分が株式市場に売られた(その結果、所有が継続して、キャピタルゲイン課税につながらなかった)。

課税庁は、この一連の取引に対してGAARを適用し、Peabody 夫人に対し、K氏からPO社株を直接購入した後市場に売却したという想定で課税処分(キャピタルゲイン課税)を行った。

<sup>68)</sup> FCT v. Peabody, (1994) 181 CLR 359. Waincymer, *supra* note 6, at 285.

<sup>69)</sup> 比較的分かり易い評釈として、参照、Jolie Cassidy, Peabody v. FCT and Part IVA, 5-2 Rev. L. J. 197 (1995).

<sup>70)</sup> 市場開放後Kが受け取ると合意された売却価格が目論見書で公表されれば、市場に出回る株式の価格も高くなりすぎることもまた懸念された。Peabody, *supra* note 68, at [4].

主な争点となったのは、次の3点である。

(i) スキームは何を意味するか（全体の一部だけを取り出して、適用対象となるスキームとできるか）、(ii) 課税上の利益はどう計算されるか、(iii) 主な目的はどのように決定されるか、である。それぞれみておく。下級審では判断が分かれたことから、高等法院（上告審）の判断が注目された。

(i) スキームは何を意味するか（全体の一部だけを取り出して、適用対象となるスキームとできるか）

課税上の利益としてキャピタルゲイン課税に関係するスキームは全体（株式の公開の計画から実際に株式市場で売却するまで）の一部に関係すると考えられる。この点について、高等法院は、次のように判示した。すなわち、GAARは、「スキームがスキームの一部を含むとは規定されていないところ、スキームの極めて広い定義にもかかわらず、スキームそのものではない、スキームの一部分だけを構成する一連の状況を想像することは可能である。」そして、そのことは、その状況が「全ての現実的な意味づけを奪われることなく、それ自身で自立（stand on its own）可能でないという場合が起ころう。その場合において、それらの状況が、177条Dや177条Aにおいて規定された条文があるからというだけで、スキームの一部ではない、一つのスキームを構成するということが、我々の見解において、採ることができない。177条Dの下で問題となる目的が、スキームの一部だけを実施した者の177条A(5)における主な目的足りうるという事実は、スキームの一部が、それ自身一つのスキームとみなされうるといふには不十分である。もちろん、そのことは、もしスキームの一部がある一つのスキームそのものとし

て特定されうるならば、おそらく、課税庁長官は、より広い意味でのスキームだけでなく、それ（より広い意味でのスキームの一部）にも依拠することから、妨げられるということの意味しない。」と述べられた<sup>(71)</sup>。高等法院は、スキームがあるスキームの一部となりうる可能性があることについて、このような回りくどい言い方をした。上記からは、適用対象となるスキームは、それ自体で自立可能であって、スキーム全体の一部であってもよいことが示されたと解されている。

(ii) 課税上の利益はどう計算されるか

177条Cは課税上の利益について定めるが、「納税者の課税所得に算入されたであろう金額」または、「算入されたと合理的に予測される金額」をどのように決定するかが問題となる。高等法院は、原審において「単なる可能性（mere possibility）」ではなく「合理的な蓋然性（reasonable probability）」のある予測でなければならないとされたことに同意し、その予測に当たっては、合理的なものとして十分に信頼しうるものでなければならないとした<sup>(72)</sup>。このような解釈を当てはめるにあたって、裁判所は、本件で課税庁が主張したように、PO社株をK氏から直接に購入したかというところをそうは考えられないとしたのであって、というのも、K氏の保有したPO社株の調達資金については信託受益者であるPらでは無理があったことと、Pらが受益者として信託から株式売却益に係る利益を得ることが未決定であったということとがあったからである<sup>(73)</sup>。

(71) Peabody, *supra* note 68, at [28].

(72) Peabody, (1993) FCA74, at [39].

(73) *Id.*, at [65-68]. L社が現実にはPらであれば課税上の利益を受けていたかもしれないが、そのことは十分に課税庁らによって証明されていないとされた。

(iii) 主な目的はどう決定されるか（目的テスト）

高等法院は、上記のようにスキームのとらえ方について、全体スキームのうちの一部と捉える可能性もあるとしながら、課税上の利益の予測が十分でないという点をもってGAARの適用を退けているから、目的テストについて特に言及したわけではないが、控訴審が次のように述べた点が注目される<sup>(74)</sup>。すなわち、あるスキームによって課税上の利益を得させることが「主な目的」であったかの判断には、177条D(b)に8つの項目が検討されねばならない。これらの要素は網羅的なものであって、特定要素に特定項目があてられるべきではなく、その「主な目的」の判定のために検討されねばならず、その際、納税者が主観的な他の理由でそのスキームを行ったと主張するということは考慮されない<sup>(75)</sup>。したがって、納税者が内心でどんなことを思っているとも関係がなく、納税者の目的がそれら要素に関連して確定された目的こそが問題となることが確認された<sup>(76)</sup>。主な目的の認定に当たっては、スキームを実施した納税者や関連する者の主観的な目的を裁判所は考慮する必要はないとされ、問題となった目的は、法に定められた8つの項目によって客観的に決定されると確認された。このことは、後の裁判例においても繰り返し言及された<sup>(77)</sup>。

(74) なお、控訴審は、スキームを広くとらえ、その主な目的が商業上のものであると認定している。Id., at [68].

(75) Id., at [42]. See also *Eastern Nitrogen Ltd. v. FCT* (2001) 46 ATR 474.

(76) Cooper, *et. al.*, *supra* note 8, at 1013.

(77) Spotless, *infra* note 98, at 423. Consolidated Press Holdings (1999) FCA 1199 at [85]. Hart, *infra* note 84, at [55].

(78) G.T. Pagone, *supra* note 9, at 39.

(2) スキームの特定

GAARの適用の対象となるスキームの意義は、260条において対象となった取引等よりも広い概念であるとされる。そこで、問題とされてきたのは、スキームの特定である<sup>(78)</sup>。GAARの適用は、課税上の利益と「関連して」スキームが行われている場合である。一般的傾向として、納税者の側ではスキームを広くとらえ、目的の認定がしにくいようにするのに対して、課税庁の側では、スキームを狭くとらえることで、目的の認定が比較的容易であるようにしようとするのが指摘されている<sup>(79)</sup>。Peabody事件判決において、回りくどい言い回しではあったが、スキームは広く定義され、かつ、その一部を適用対象となる一部とすることについてはそれが自立可能な限り結局問題ないとされたことから、その後、GAARの適用対象として何がスキームとされるかが重要な問題となることはないと評価されている<sup>(80)</sup>。スキームのとらえ方は課税上の利益の確定や目的テストの成否に関わるものであり重要である<sup>(81)</sup>。Peabody事件判決で課税庁は敗訴したが、スキームの特定に関する解釈という点では、課税庁の狙い通りの解釈が引き出されたのかもしれない。そこで本稿ではひとまずスキームの確定が上記の意味で重要であるという指摘にとどめ、以下、課税上の

(79) K. Sadiq *et. al.*, *supra* note 3, at 270.

(80) G. Cooper, *The Emerging High Court Jurisprudence on Part IVA*, Tax Specialist, Vol. 9, No. 5, pp. 273-289, 2006 ; Sydney Law School Research Paper No. 06/09. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=919480>

(81) See *e.g.*, Maurice Cashimere, *The Interrelation of Scheme and Purpose under Part IVA*, 1(2) eJITaxR 6 (2003).

利益の特定と目的テストの検討に移る。

### 3 「課税上の利益」の特定…近年の法改正を参考に

#### (1) 課税上の利益の特定

GAARの租税回避対処策としての有効性の是非は、その租税回避により税負担が軽減された分、すなわち、課税上の利益を課税対象に取り込むというメカニズムがうまく機能しているかにある。1981年改正で廃止された260条は、そもそもこのメカニズムを有しておらず、租税回避対処策として有効ではなかった。

177条Fのもと、歳入庁長官によって問題となったスキームに関連して納税者が得た課税上の利益の全部または一部が確定され否認される。課税上の利益の額は、例えば、177条C(1)(a)において、問題となるスキームが実施されていないければ、ある年度の課税所得の金額に算入したであろう金額、または、合理的に算入されたと予想される金額の2つが定められている。これにより、2種類の仮定の取引に基づく金額<sup>82)</sup>との比較がなされる。すなわち、(i)納税者が実際に行ったスキームによる課税上の結果とスキームがなかったならば生じたであろう課税上の結果との比較、(ii)納税者が実際に行ったスキームによる課税上の結果とスキームがなかったならば起こったであろうと合理的に予測される課税上の結果との比較である<sup>83)</sup>。次の事例をみよう。

Hart事件は、いわゆる Spilt-Loan Arrangementといわれる手法（自宅購入のた

めの借入を事業資金のための借入と組み合わせることで後者に係る支払利子の控除を増やす）に対するGAARの適用が争われた事案である<sup>84)</sup>。Hart夫妻は自宅Aを借入資金により購入し居住していたが、別の居宅Bを購入し住み込むとともに、Aを賃貸にまわした。B購入資金としては、さらに298,000ドルを借り入れており、202,888ドルはBの購入のためのもの（自宅借入）とし、95,112ドルは賃貸収入をもたらす投資用資産たるAのもの（投資資産借入）とした。同夫妻は、自宅借入分の元金については早く完済したが、投資資産借入分については、元金返済を遅らせることで、それに係る支払利子を控除し続けた。課税庁はこれにGAARを適用した。

高等法院は、課税庁を勝訴させたが、その際課税上の利益について述べた次の内容が混乱を引き起こした。すなわち、「177条D(2)に列挙された8項目から目的についての結論を導く際、他にどんな可能性があったかの考察が必要とされる。Hill判事が述べたように、実施されたスキームが明らかに課税上の利益という目的だけによって説明可能ということは、2つの目的（私用と投資用）のための資金借入が実施される他の方法があるということになる。そしてさらに、借入れの他の方法は、あまり課税上の利益をもたらさなかったということが想定される<sup>85)</sup>。」この点、こうした考察から、納税者が、課税上の利益がなければ、そもそもスキームも着手がなかったといった場合に課税上の利益の算定ができな

82) “alternative postulate” とか “counterfactual” と呼ばれる。

83) なお、これら2つは代替的なものと解されている。See Peabody, *supra* note 68, at [44].

84) FCT v. Hart, [2004] HCA 26.

85) Id., at [66]. なお、高等法院は、富を増大させるという商業上の目的がありつつも、スキームを実施した者の主な目的は、その者らが課税上の利益を得ることであったという課税庁の主張については問題なしとした。Id., at [58].

いという主張を行うことが懸念された<sup>86)</sup>。

1981年当時177条C以外に規定がなく、納税者の行ったスキームがないとすることだけなので具体性がない、また、特に上記(ii)では広大無辺 (unbounded) な課税がなされるのではないかという懸念があった<sup>87)</sup>。

## (2) 2013年改正と課税上の利益

上記のような問題があることから、2013年改正では、課税上の利益の計算についてより具体的に定める177条CB(2)と177条CB(3)が追加された。すなわち、前者は、問題となるスキームが行われていなければ生じたであろう課税上の結果かを決定する際、仮定の取引は、実際に起こったかまたは存在した状況等だけでなければならないことを定める。後者は、問題となるスキームが行われていなければ生じたと合理的に予測されえた税負担かどうかを決定する際、仮定の取引が、そのスキームを実施する代わりに取られたであろう合理的な選択肢 (a reasonable alternative) でなければならないことを定める<sup>88)</sup>。いずれも実際には起こらなかった仮定の取引を基礎とすることを明確にする。両者は性質が異なり、各内容から「消滅アプローチ」と「再構成アプロ

ーチ」と呼ばれる。前者によれば税法が適用できるような状況とならない場合に、後者が適用される<sup>89)</sup>。

「消滅アプローチ」と「再構成アプローチ」は、立法資料において次の設例でそれぞれ説明された<sup>90)</sup>。単純化してしておく。前者の適用例は、控除項目が前倒して発生し、将来のどこかで所得を受け取るように仕組みられたスキームを行った場合に、そのスキームについてはなかったものとしてその控除項目を否認するというものである。比較されているのは、スキームが行われた場合と、行われなかった場合の課税上の効果である。後者の適用例は、Hart事件と似ていて、自宅と賃貸に供する別荘のために借入れを行い、元金返済は自宅むけの借入れになされていく一方で、控除可能な利息の支払いは別荘の分についてなされ、控除できない自宅向けの借入れに係る利息の支払いが最小化するように取決めを行った場合である。GAARの適用の際、この取決めがスキームとして完全に消滅したとされたならば、借入れが全く起こらなかったことになり、細かな対応ができない。そこで、再構成アプローチでは、合理的な選択肢として、上記の例では、借入を2つ行いそれぞれに通常の契約

<sup>86)</sup> Woeller, *supra* note 10, at 1426. なお、この点、Peabody事件判決は、そのスキームが行われていなければあったであろう事柄についての予測がGAARの適用には関わってくることを指摘していたし、その点、後述のⅢ4(2)でみるSpotless事件判決では、他の国への投資が様々に検討され、その結果、選択されたのが納税者の実施したスキームであったため、問題は起こっていない。

<sup>87)</sup> G. Cooper, *Australia's GAAR Comes Alive in the Courts*, 62-7 *Tax Notes Int'l* 559, 563 (2011). 例えば、課税庁によって提示された仮の取引が行われたならば、多くのコストを引き起こ

すことが予想され、納税者の選択肢からはそもそも外れるというような場合や、納税者の意図しない結果を引き起こすような場合もあることが指摘された。Explanatory Memorandum, *Tax Laws Amendment Bill 2013 (Cth)*, 14.

<sup>88)</sup> 最も合理的な選択肢 (the most reasonable alternative) とは定められていないことに注意である。Woellner, *supra* note 10, at 1425. 同時に設けられた細則として、*See* s.177C(4) of ITAA1936.

<sup>89)</sup> Explanatory Memorandum, *supra* note 87, at 11, 13.

<sup>90)</sup> *Id.*, at 19-21.

条件で元本の返済と利息の支払いを行った場合の課税上の結果が比較の対象となる。

再構成アプローチは、租税に関係のない結果を達成するスキームに関連して課税上の利益を特定するのに有効な方法である。上記の場合において、スキームを単に消滅させるだけでは、租税に関係のない結果と不一致な内容となるからである。

#### 4 目的テストの判定

##### (1) 目的テストの基本的内容

目的テストの判定は、本稿 I 2 で示したとおり、177条Dに定められた8つの項目を検討することで客観的に導き出されねばならない。8つの項目について、それぞれみていくとスキームとそれを巡る事情を網羅するものである<sup>91)</sup>。大まかに分類すると、前3項目は、どのようにスキームが実施されたか、次の4項目はスキームの効果、最後は、納税者と相手方との関係性をみるという内容である<sup>92)</sup>。目的テストの判定にあたって、裁判所は納税者の主観までも検討することを要求されることはなく<sup>93)</sup>、また、8項目以外の要素は考慮されることはないが必ずしもすべての要素が考慮されねばならないわけではないと解されている<sup>94)</sup>。

GAAR適用において「スキーム」「課税上の利益」「目的」という3つの重要な要素のう

ち、「目的」に係る目的テストの判定が予測困難とされるが、最も重要性が高いとされる<sup>95)</sup>。I 1で言及したとおり、立法時、GAARのターゲットは、「あからさまで、人為的で、不自然な取引」による租税回避であって、通常の事業活動等における取引ではないということが強調された<sup>96)</sup>。通常の事業活動等における取決めをGAARから適用除外とするため、取引の性質等を精査する目的テストが、機能することが期待されている<sup>97)</sup>。

以下、目的テストに関して争われた事例をみる。なお、上記8項目のどれに該当したかといった議論は便宜上ここでは省く。

##### (2) 商業上の目的の存在

目的テストの判定に際して、納税者の行ったスキームが課税上の利益を得ること以外の目的を有する場合、どのように判断されるべきかという問題がある。

Spotless事件は、Peabody事件判決に次いでGAARの適用が争われ、また、目的テストに焦点があてられた事案でもある<sup>98)</sup>。本件において、4000万ドルの余剰資金を有した法人Xは、その資金の投資先にオーストラリアカクック島かで迷ったが、投資利息に対する税負担を考慮し、利回りは低いが源泉税の安いカクック島への投資（金融会社の投資スキームを

<sup>91)</sup> 各項目の内容については、さしあたり次を参照、Woeller *et. al.*, *supra* note 10, 1433-1435.

<sup>92)</sup> Australian Taxation Office (ATO), Practice Statement Law Administration (PSLA), 2005/24.

<sup>93)</sup> Peabody, *supra* note 68, at [42].

<sup>94)</sup> Hart, (2004) HCA 26, at [92].

<sup>95)</sup> See *e.g.*, Graeme Cooper, The Role and Meaning of 'Purpose' in Statutory GAARs, Sydney Law School Research Paper No. 16/22,

16 (March 20, 2016). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2752276> (last visited Nov. 15, 2016). See also Explanatory Memorandum, *supra* note 16, at 8.

<sup>96)</sup> 立法資料においても同様な指摘がされた。Explanatory Memorandum, *supra* note 16, at 2.

<sup>97)</sup> Explanatory Memorandum, *supra* note 16, at 12.

<sup>98)</sup> FCT. v. Spotless Service Ltd., (1996) 186 CLR 404.

通じて)を決定した。リターンとして得た利息がクック島の源泉所得に当たるとして、オーストラリアの所得としては申告しなかった<sup>99)</sup>。これに対して、課税庁は、上記利息に係る課税を免れたとして、GAARを適用した<sup>100)</sup>。

下級審は本件におけるGAARの適用を退けたが<sup>101)</sup>、高等法院は、原審を破棄し、課税庁を勝訴させた。特に、主な目的がどのように決定されるかについて、原審は、Xの投資が商業上の目的をも持つことに重きが置かれたと解したが、高等法院は、商業上の目的と課税上の利益を得る目的が本件の投資にあったことを見て、誤った二項対立(false dichotomy)と断じた。高等法院は、177条A(5)の適用上、「様々な目的の中で何が『主な(dominant)』であるかを特定する」ことの必要性を指摘し、この「主な」の解釈について、「支配的、優勢な、あるいは、最も影響力のある(ruling, prevailing, or most influential)」と意味されるとした<sup>102)</sup>。そのうえで、本件では、課税後のリターンの最大化が図られた点、課税上の利益を得るのが主な目的であると解された<sup>103)</sup>。

Spotless事件判決の考え方は租税回避目的と商業上の目的が競合するような事例にも採用されている。RCI事件は、海外子会社による多額の配当の支払いがその子会社の株式売却前に行われたという事案である<sup>104)</sup>。本件で

は、納税者はオーストラリア国内で資金を必要としており、配当を得て投資を行えば、同国内で発生していた損失と相殺できるということから配当を促したということで、海外の子会社に配当させた目的はオーストラリアでの所得が幾分増えるということにあったとされる。しかし、課税庁の主張によると、配当を得たことでその子会社の株式売却時におけるキャピタルゲインが減るのであって、そのことが配当させた目的であったとされる<sup>105)</sup>。したがって、本件における子会社に配当させ株式を売却するという一連のスキームにおいては、2つの衝突する目的が存在することになる。裁判所は、証拠を精査したうえ、結局海外の子会社への投資から撤退するということがあって、そこから、税負担を軽減させることが、より影響力のあるものと判断した。

### (3) スキームの範囲と目的

177条F(1)に示される課税庁の権限は、スキームに関連する課税上の利益を否認することが含まれる。そこでは、スキームをいかに特定するかが重要である。スキームの特定の判断ミスが課税上の利益の範囲だけでなく、目的テストにも関係するからである<sup>106)</sup>。

British American Tobacco事件は、法人グループ内でのキャピタルゲインとキャピタルロスの相殺に関わる事案である<sup>107)</sup>。本件では、

99) 1986年までは国外所得免除方式が採用されていた。See ITAA s. 23(a).

100) オーストラリアへの投資の方が利率も高く、クック島への投資の方が不利に見えるが、オーストラリアへ投資した場合の税引き後利益とクック島へ投資した場合の税引き後利益では、後者の方が高い。高等法院は、税引き前の利益で比較すれば、クック島への投資が不合理であることも触れられた。

101) FCT v. Spotless Service Ltd., (1995) 95 ATC 4775. 下級審の判断が選択の法理への再来であるとして批判する意見として、参照、John Passant, Tax Avoidance in Australia: the return of the ghost?, B.T.R. 1996, 4 453.

102) Spotless (1996) 95 ATC, at 5206.

103) Id., at 5210.

104) RCI Pty Ltd v. FCT, [2010] FCA 939.

法人Xが、値上がり資産Aを譲渡する計画をしていた。そこで、利用可能なキャピタルロスを有する法人Qの法人グループPが、法人Xの株式を全株取得し法人グループPに加入させた後、Aを法人Qに譲渡（内部取引、Roll over）させ、Aをグループ外部へと売却した。そこで、法人グループ外部への資産譲渡により法人Qに発生したそのキャピタルロスとその有するキャピタルゲインを相殺させることで、Xを通じて法人Qに課税上の利益が生じた<sup>(106)</sup>。課税庁は、GAARを適用し、法人Xにキャピタルゲインが生じたとして課税した。目的テストの判定においては、一連の流れ（スキーム）の中で、資産がどのように譲渡されたかという点に焦点があてられ、裁判所は、法人Xが資産の売却を内部取引したうえで外部に売却したという広くとらえられたスキームから、主な目的が課税上の利益を得させることにあったという結論を導き出している。

Ⅲ 2(2)で見た通り、目的テストの関係で課税庁はスキームを狭く捉える傾向があるが、本件では、納税者はスキームを狭くとらえようとしたのに対して、課税庁は広くとらえよ

うとした。

#### (4) 誰の目的か

目的テストは、関連納税者らに課税上の利益を得させる目的が、スキームが実施された時にスキームを実施した者（関連納税者であるかは問われない）に存在したかを問うが、そこではスキーム実施者の主観を探る必要はないと強調されてきた。ただ、実際、租税回避の目的が強いことこそが、あからさまで人為的、かつ、不自然な手段につながるから、租税回避につながるスキームを実施した者のより主観的な目的を見つけてこれを阻止すべきと考える方がむしろ自然である<sup>(107)</sup>。しかし、目的テストにおいて主観をみることにについては、断定テストでは含まれなかったこと、操作可能性のあること、内心の自由があることから、採用されなかったと考えられる<sup>(108)</sup>。あるいは、客観的に判断することで、主観に迫ろうということかもしれない<sup>(109)</sup>。そこで、目的テストの対象についての興味深い指摘のあった裁判例をみておこう。

Orica事件は、グループ内部貸付けにより

(106) 本件では、配当と子会社株式売却とが一つのスキームとするかについても争われた。両者は7か月も離れていて、配当自体が偶然である可能性も指摘されたが、裁判所は、両者の関連性および証拠（子会社売却が「チェルシー計画」とされていて関連付けられていた）から肯定的にとらえられた。Id., at [109].

(106) Cashimere, *supra* note 81, at 8.

(107) British American Tobacco Service Ltd. v. FCT [2009] FCA 1550.

(108) 法人グループ内部で資産譲渡の後、外部に売却された場合、資産売却損益は、内部売却法人（the originating company）と外部売却法人（the recipient company）の間でいずれが認識するか選択しうる。S. 126-55 of ITAA1997. また資産の売

却がPグループ参加前から契約が取り交わされていたが、グループ参加後まで引渡し引き伸ばされていた。Id., at [77-78].

(109) GAAR Study: Report by Graham Aaronson QC, London, para 5.13 (2011). 参照、岡村忠生「租税回避研究の意義と発展」同著者編『租税回避研究の展開と課題』299, 318頁（ミネルヴァ書房, 2015年）。

(110) ATO, *supra* note 92, at para 8.

(111) Cooper, *supra* note 93, at 11. 実際、Spotless事件判決では、関連納税者の主観的な目的が実際には検討された」と指摘するものがある。Martin Watts, Part IVA of the Income Tax Assessment Act After Spotless – A Brave New World?, 72 Australian L.J. 303, 308 (1998).

生じた利子控除に対してGAARの適用により否認した事例である<sup>(112)</sup>。まず法人グループ内の親会社であるOFL社がOEH社に金銭を貸し付け、次に、OEH社は、その資金を赤字の米国法人O USSIに出資をして、償還可能な優先株の発行を受ける。さらに、O USSI社出資を受けた資金をOFL社に貸付ける。この結果O USSI社は、受取利息を受けて赤字と相殺でき、また、OFL社は、支払利子控除を受けることができる。課税庁はOFL社に対しGAARを適用した。裁判所はこれを肯定したが、その際、目的テストに関して、次の点が言及された。

「到達されるべき結論は、本条項によって対象とされた者の一人が要件となっている目的を有したということについての証拠の認定ではなく、問題となったスキームの参加者の実際の目的や動機に関わらず、要件となっている目的が、客観的な基準の分析によってその者らの一人にあるはずだということである<sup>(113)</sup>。」

ここでは8項目から客観的にスキームを実施した者の目的について判定することの意味が、結局は、実際にスキームを行った生身の人間の実際の目的を認定することにはなっていないという点が指摘されている<sup>(114)</sup>。このことから、あるスキームに課税上の利益が偶然あった場合で、また、偶然にも、取引の性質から客観的に租税回避の目的があると判断されてしまう場合、どう救済されるのかという問題がありうるかもしれない<sup>(115)</sup>。

## 5 現行GAARへの批判

最後に、上記の考察と絡め補足的に現行GAARに対する批判について、まとめる。

第一に、目的テストが有効に機能しているかである。Ⅲ 4(1)でみたとおり、現行GAARでは、目的テストが重要な役割を果たすことが予定されている。目的テストは、法定された8項目により客観的に判断される。このことは、Ⅲ 4での考察から、オーストラリアGAARが明確な基準を持つとして言われることの一つの理由であろうが、判定にあって、スキームの範囲のとらえ方に左右されることがあり、また、商業上の目的があることだけでは、目的テストを免れないことが示された。しかし、現行GAARに受け継がれたとされる断定テストの考え方からは、商業目的が租税回避目的と比肩する程度に存在していれば、そのスキームは、目的テストを免れたと考えられることから、現状行き過ぎではないかと指摘しうる<sup>(116)</sup>。また、納税者は何か取引を行う場合、商業上の目的を持っているものであって、なおかつ、税負担（いわば、コスト）の少ない方法を選ぶことが経営判断として求められているところ、多くのスキームには課税上の利益が伴うと考えられる中で、商業上の目的が優勢であったか否かについて、そもそも裁判官が判断できるかが疑問とされる<sup>(117)</sup>。このように目的テストには多くの批判がある<sup>(118)</sup>。

第二に、比較的明確な基準を持つと評され

(112) *Orica Limited v. FCT* [2015] FCA 1399.

(113) *Id.*, at [19].

(114) 主観と客観の中間が探られているともいえる。  
Coopers, *supra* note 95, at 12.

(115) Waerzeggers, *supra* note 1, at 7. また、課税上の利益をなんら考慮しなかった人にもGAARの適

用がありうると指摘される。Cashimere, *supra* note 81, at 10.

(116) Watts, *supra* note 111, at 308.

(117) Justin Dabner, The Spin of a Coin in Search of a Workable GAAR, 3(3) *J. Australian Tax.* 232, 236 (2000).

てはいても、GAARが適用上、各要素に多くの推定に基づく課税を強要することである。例えば、Ⅲ3でみたように、課税上の利益の確定にあつては、例えば、課税上の利益を否認して課税処分を行う場合のその内容も、結局は、実際に行われた取引と、合理的に想定された仮定の取引の推測との比較に基づいて行われる場合もある。GAARは、合法的に得られた実際の取引に基づく課税上の利益を、実際には行われなかった推測にもとづく課税を行う権限を課税庁に与えるものである<sup>(118)</sup>。また、Ⅲ4(4)でみたように、目的テストの対象において、それが客観的に行われることから、推測上の人の目的となっていることも触れた。GAARの適用について予測可能性が問題となる。

第三に、GAARそのものというより、その代替についての検討が十分でないという指摘もある。オーストラリアでは、所得税導入以来GAARを備え、それが租税回避への最終手段として依拠されてきたのであって、導入の是非に関わる議論はみあたらない。現行GAARが阻止することを求められているのは、Ⅰ1に言及したように、課税上の利益を得ることを主な目的として、あからさまで人為的、かつ、不自然な手段で、合法的に租税を減少させる行為であるが、換言すれば、法の予定しない攻撃的な租税回避ともいえる。

一般に、GAARの特別な役割は、主要な課税要件規定(SAARsを含む)が、その趣旨を達成できなかったときに、その条文の有効性を確保することにあると説明されることがある<sup>(119)</sup>。しかし、実際GAARの適用が争われた事例では、問題となった課税要件規定についての目的論的解釈などではなく、GAARの文理解釈に基づく適用がされている<sup>(120)</sup>。目的テスト判定での8つの項目のリストアップは、課税要件規定の目的論的解釈を超えて判断する手段を与えるものと批判される<sup>(121)</sup>。そうしたことを考えた場合、Ⅰ3(2)で見た法解釈法がGAARに置き換えられることも検討されるべきではないかという指摘もある<sup>(122)</sup>。

むすびにかえて

本稿は、オーストラリアのGAARについての基本的事項を概観するとともに、大量にある裁判例のうちいくつかの主要な裁判例を部分的に紹介しているに過ぎず、結果ささやかな資料にとどまる。ここでは、まず、上記考察についての簡単なまとめを行い、次に、今後の課題となりうるものに触れ、最後に、わが国における租税回避の概念と租税回避の対処策に対して参考になるかもしれないことを示して、むすびにかえたい。

オーストラリア所得税法におけるGAARは、旧規定(260条)が判例法理により使えな

(118) Cooper, *supra* note 95, at 4. Spotless判決後、ほとんどのタックス・プランニングがGAARの適用対象となると非難されている。Dabner, *supra* note 117, at 235-236.

(119) そもそもGAARの適用対象となるスキームによって、納税者は、課税上の利益を合法的に得ているということに注目されねばならない。G.T. Pagone, *supra* note 9, at 19.

(120) G.T. Pagone, *supra* note 9, at 8.

(121) 明確かとはかく、GAARの目的論的解釈の方がより健全な結果をもたらすのではないかと考えられよう。See Dabner, *supra* note 117, at 236. But see Cooper, *supra* note 8, at 1008.

(122) Judith Freedman, *Interpreting Tax Statutes*, 123 *Law Quarterly Review* 53, 81 (2007).

(123) See e.g., Waincymer, *supra* note 6, at 254. このあたりの詳しい検討は他日に期する。

いものとなった後、改正により改善が進められ、GAARの実効性を確保することに注意が払われてきた。現在では、はじめに述べたとおり、より明確な基準を備えたものとして評価されている。しかし、明確な基準を備えたとはいえ、現行GAARは、Peabody事件とそれ以降の事件判決にみられたように、適用のための各要素について様々な類推や解釈の範囲のあるもので曖昧さがある。確かに、このようなことは、オーストラリアのGAARに特殊なことではなく、GAARの適用が事前には認知されていなかった租税回避に対処するために設けられたものであって、おのずとその適用対象範囲を広げておく必要があるものであり、必然的な結果といえるかもしれない<sup>(124)</sup>。GAARの適用は、歳入庁の判断で、その適用そのものおよびその引き直し課税がなされ、それを争う形で事後的に問われる。

実際GAARの適用は最終手段であって、また、その適用を受けた場合には、納税者だけでなく、争われた場合には、課税庁及び審査機関にも大きな負担のかかるものであることから、その判断は慎重になされねばならない。

オーストラリアでは、課税庁が、GAARの適用に当たり一貫性を持たせるため、GAAR適用のガイダンスを公表し、その際設置されたPanelにおいて事前審査が行われている<sup>(125)</sup>。これら手続的な制度と合わせての考察や、さらには、比較法的視点からの考察についても必要性を感じている<sup>(126)</sup>。今後の課題としたい。

ひるがえって、わが国には一般的否認規定はなく<sup>(127)</sup>、その導入の是非や要非などが時折議論されている<sup>(128)</sup>。オーストラリアの租税回避の概念やGAARを検討してみた後、現状気になるのは租税回避の目的の扱いである。わが国では、租税回避の概念を述べるとき、租税回避の意図や目的があることについては、言及されてこなかった<sup>(129)</sup>。租税回避に対処する規定として同族会社の行為計算否認規定を上げるなら、そこでも適用対象が租税回避の意図を持っているかもまた問われてこなかった<sup>(130)</sup>。しかし、ヤフー事件最高裁判決に示された法人税法132条の2の不当性判断基準は、その判断枠組みにおいて、概ね、(i)法人の行為計算における不自然さと、(ii)税負担軽減以外の事業目的の有無を考慮し、その上で、(iii)

(124) Id., at 249. Tooma, *supra* note 3, at 26–27.

(125) ATO, *supra* note 92, at paras.12–33. ATO, PSLA, 2000/10 [1]. See also G.T. Pagone, The Australian GAAR Panel, GAAR Conference, London, 10 Feb. 2012.

(126) また、抑止力強化のためGAARに特化された加算税もある。GAARが適用された場合その適用による増差税額に対して50%の加算税が関連納税者に課されるが、その関連納税者の取った立場が同納税者にとって合理的なものであると同納税者が証明した場合には、25%にまで減額される。Sch. 1, s. 286–145, 286–160 of Taxation Administration Act 1953. ここでの減額要件も不明確であり、紛争要因となりうる。

(127) 過去における導入の議論として、参照、昭和36

年7月5日政府税調答申「国税通則法の制定に関する答申（税制調査会第二次答申）」。

(128) 最近のものとして、さしあたり参照、森信茂樹編『税制特集IV—BEPSと租税回避への対応』ファイナンシャル・レビュー126号（2016年）。岡村忠生「一般的租税回避否認規定について—否認理論の観点から」ジュリスト1496号44頁（2016年）。なお、脱稿後、長門貴之「分野を限定しない一般的否認規定（GAAR）と租税法律主義」ファイナンシャル・レビュー129号169頁（2017年）に触れた。

(129) 参照、清永敬次『税法（新装版）』44頁（ミネルヴァ書房、2013年）。

(130) 参照、徳地淳他「判批」ジュリスト1497号80、85頁（2016年）。

組織再編税制を利用して税負担を減少させることを意図したものであって、(iv)組織再編税制に係る各規定の本来の趣旨および目的から逸脱する大要でその適用を受けるもの又は免れるものと認められるか否かという観点が重視される<sup>(131)</sup>。当該事件判決考察については紙幅の都合上省略するが<sup>(132)</sup>、特に上記に示された不当性要件のうち(iii)について、租税負担減少の意図が挙げられている。これは、端的にいうと、租税回避の意図というものが不当性

要件の判定にあたり考慮されるということであろう。租税回避の意図が、不当性判断に当たって、(i)と(ii)や(iv)とのバランスにおいて、今後どのように判断されるか、また、どのように実務に影響するか、さらには租税回避の概念を変容させるものになるかなど興味深い。ただ、オーストラリアでの目的テストの議論からは、租税回避の目的（あるいは意図）を考慮することが必ずしも有用でないことが分かる。慎重な扱いが必要であろう<sup>(133)</sup>。

(131) 最判平成28年2月28日民集70巻2号242頁。本件の評釈は多数あり、紙幅の都合上、ここでは省略する。

(132) 若干の考察として、参照、拙稿「GAAR（一般的否認規定）についての基礎的考察—IMF NoteにおけるサンプルGAARと目的テストを素材として—」租税研究808号88頁（2017年）。

(133) なお、日豪租税条約にはすでにPPTテスト（principal purpose test, PPT、一般に「主要目的テスト」と呼ばれる）が導入されている（同条約

10条11、11条10、および、23条を参照）。オーストラリアでの目的テストに関する裁判例の考察は参考となりうる。なお、PPTについては、参照、一高龍司「第5章 租税条約の濫用防止に関するBEPS最終報告書」『グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方』57頁（21世紀政策研究所、2016年）、緒方健太郎「BEPSプロジェクト等における租税回避否認を巡る議論」『フィナンシャル・レビュー』126号198頁（2016年）。