

包括的租税回避行為の否認か？

— 三越事件の見直し —

木村弘之亮

(前慶應義塾大学法学研究科教授)

目 次

- I はじめに
- 1 問題の所在
 - 2 民法404・405条（利息規定）の意義
 - 3 法的意味の利息
 - 4 租税法の領域における各種利息の例
 - 5 複利を定める課税通達は憲法84条違反か
- II 東京地判昭和46年3月31日
- 1 納税者の法律構成
 - 2 第一審の事実認定
 - 3 裁判官による新たな法律構成
- III 東京高判昭和47年4月25日
- IV 最三判昭和49年9月20日
- 1 租税回避行為の包括的否認を黙示に肯定
 - 2 法的意味の利息と「通常の利率」
 - 3 裁判官は、当事者に代わり、金銭消費貸借契約を再構成
 - 4 相続5年後、譲渡時に譲渡所得税を
- V 結語
- 1 本件当初契約時後に、所得税法はみなし譲渡規定などを追加
 - 2 原処分庁の職権濫用を防御するための、規定の必要性
 - 3 裁判官による法律構成権（形成権）の濫用を防止するための、規定の必要性
 - 4 租税回避行為の包括的否認規定の必要性
 - 5 包括的租税回避行為を防止する否認規定案の提言

I はじめに

1 問題の所在

利子自由の原則を民法404条は採用する。取引当事者が単利による約定利息に同意する場合には、単利の約定利率が、そして、約定利息について約さない場合には、場合によっては、単利の法定利息がそれぞれの契約内容となる。

ところが、「いわゆる三越事件⁽¹⁾」では、所轄租税行政庁の長及び受訴裁判所の裁判官（これらを以下「法適用者」という。）は単利

の約定利息を排斥し、複利の利回りを付設する。

その上、法適用者は、当事者による法律構成を否定し、そして（保証金の消費寄託）と全く異なる法律構成（貸付金の金銭消費貸借）を形成し、事実認定をなし、課税をなす。その思考方法に正当な根拠はあるだろうか。通謀虚偽表示に隠れた秘匿行為、租税回避行為の否認、事実認定による否認、複利通達規定

(1) 植松守雄「租税判例研究 相続財産の価額から控除すべき金銭債務の評価方法」税務事例7巻12号（1975年）6-10頁（8頁：租税専門家の間でいわゆる“三越事件”として有名である）。

による課税など、多くの重要問題が同事件に含まれている。

これまで、同事件の同裁判例について、多数の研究が公表されている。本稿は、新たに、保証金消費寄託及び永久債の観点から、同事件を見直すことにする。

そうすると、(法律根拠のない)課税強化通達に基づく行政活動及び司法活動は、憲法84条及び30条の定める「法律」の根拠を欠く範囲において、法適用者の権限濫用が顕現するであろう。

納税者のみならず法適用者もまた包括的租税回避行為(法規定の想定しない節税を含む。)について、税法上権利濫用として規制を受けるべきことを明らかにする。権利の濫用がこれらに共通している。

本事案に係る判例・裁判例を金融数学のアプローチを用いて法的に明瞭に分析するため、あらかじめ民法の関係規定及び基礎概念などを説明する。

2 民法404・405条(利息規定)の意義

改正前民法404条1項は、単利の法定利率(これを民事法定利率という。)を定め、また、約定利息も原則として単利で運用されている。個別債権に適用される法定利率は、利息が最初に生じた時点の法定利率である(改正民法404条1項)。利息が最初に生じた時点とは、利息の最初の支払日ではなく、利息の発生する初日である。利息の発生する初日は、消費貸借の場合、通常、金銭交付の日である(改正民法589条2項)⁽²⁾。もっとも、改正前民法

405条は約定により複利で利息を計算する解釈の途を開いている。改正前民法405条が前条の特則として複利を当時規定していた。

(1) 民法404条は、単利の利息自由原則を前提

民法404条は単利の利息自由の原則を前提に規律している。場合によっては、法定利率を以て規律し(民法404条。供託法3条・供託規則33条⁽³⁾)、さらに、約定利率の上限については利息制限法による制限利率又は公序良俗の制約を超えない。約定利率の下限について民法は制約を付加していない。これを約定利率についての利息自由の原則という。利息自由の原則とは、利息及びその利率を任意の様式で合意する法的可能性をいう⁽⁴⁾。

民法404条1項が予定している利息自由のシステムにおいて、当事者が利率を約定しないとき、場合によっては単利の法定利息であり、第2項が単利の法定利率を定める。民法は、複利の強要を法定しておらず、むしろ複利の禁止は原則として債務者保護の側面を二つもっている(日本民法の母法であるドイツ民法248条⁽⁵⁾1項⁽⁶⁾)。1は、つけ込み悪用の阻止の法思想と利子の透明性の法思想である。2は、元本の一定割合による利子債務についてのあらかじめの明確な規定及び継続的な支払いという判断基準をカナリス教授(ミュンヘン大学)⁽⁷⁾が主唱し、これにドイツ連邦通常裁判所は従っている。民法405条がその特則を定めている。

利子明瞭性の実質的原則及び法的明瞭性の観点からも⁽⁸⁾、後掲最三判昭和49年9月20日及

(2) 田原睦夫(座長)債権法研究会(編)『詳説 改正債権法』(金融財政事情研究会 2017年)53頁。

(3) 年利、1.2%、昭和53年法務省令4号当時。2021年には、供託金利息は、年利0.0012%。

(4) Wessels, Peter, Zinsrecht in Deutschland und England – Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Duncker & Humblot Berlin 1992,S.37.

びその下級審判決は、見直さなければならぬのではなからうか。

(2) 民法405条（複利）は、債務者保護のための法解釈

改正前民法405条が重利⁹⁾（これを以下「複利」という。）を定めていた。複利とは、弁済期に達した利息（直ちに支払われないものは、未実現の利息を意味する。）を元本に組み入れて、これを元本の一部として利息を付することをいう（組み入れ複利，利子の利子）。弁済期に達した利息を元本に組み入れないで、これを独立した元本として利息を生じせしめる場合（独立複利）は、同条にいう複利ではない。複利は、債務者にとって、過酷な負担となりうるので、これを禁止又は制限する立法

例が多い（例、フランス民法1154条、ドイツ民法248条1項。債務者保護のための規定）。しかし、日本民法405条は複利について禁止や制限を課していない（債権者保護のための規定¹⁰⁾）。民法405条の法律要件が満たされると、組み入れ（複利）の意思表示によって、組み入れ（複利）の効果が生じる。ただし、債務者保護のため、利息制限法は広く規制を付加している。なお、複利には、契約による約定複利と法律規定による法定複利がある¹¹⁾。

民法405条は、一定の要件の下での約定複利契約及び法定複利の可能性を認めた規定である。民法405条及び特別法所定の要件が満たされたときに、債権者が組み入れ権を取得し、債務者に対する組み入れ（複利）の意思表示によって生ずる複利である。法律上当然に生

(5) ドイツ民法248条（複利）

〔第1項〕弁済期の到来した利息で未払のもの（＝期末における未実現の利息fallige Zinsen）がさらに利息を生み出す為これを元本に組み入れるとの、あらかじめ行われた約定は、無効（nichtig）とする。

第2項 〔第1文〕貯蓄銀行、金融機関及び銀行事業所有者は、預金から、弁済期の到来した利息で〔当該預金者に〕支払われていないもの〔＝期末における未実現の利息〕が、利息を生み出す新たな預金と看做されることをあらかじめ約することができる。〔第2文〕金融機関により与信された貸付金（・消費貸借・ローン）の金額について利付債（・利付債券）をその所有者に発行する権利を有する金融機関は、かかる貸付金の場合に、未払利息に対する利息をあらかじめ約定することができる。

欧州諸国の民法、例えば、ドイツ民法248条は、原則として、金融機関以外の私人間における取引において、複利を禁止する。例外として、金融機関は、複利での預貯金を認められる他、金融機関が与信する貸付金については利付債券を発行する権利を有する金融機関は、未払い利息に対する利息をあらかじめ約定できる。

(6) Schmidt, Karsten, Das „Zinszinsverbot“ – Sinnwandel, Geltungsanspruch und Geltungsgrenzen –, JZ 1982,829-835 (833).

(7) Canaris, Claus-Wilhelm, Der Zinsbegriff und seine rechtliche Bedeutung, NJW 1978, 8991-1898 (1892).同所によれば、利子とは、「利益や売り上げに依存せず、時間経過に依存する、資本〔元本〕の使用の可能性に対する（金銭又はその他の代替物により支払われる）報酬（対価）をいう。このように、カナリス教授は、利子の概念を、利子の収益ではなく、貨幣の時間的価値にアクセントを置いて定義する。

(8) Schmidt, aaO.(6), 829-835 (830).

(9) 林良平（編）『注解 判例民法 債権法 I』（初版 青林書院 1987年）29頁（日本の私法では、複利を特に禁止していないので、〔改正前〕民法405条などの法律規定による場合（法定複利）のほか、利息制限法の範囲内では自由に複利を生じる旨を契約できる（約定複利）。

(10) 平井宣雄『債権総論』（弘文堂 1985年）27-28頁。

(11) 奥田昌道『債権総論（上）：現代法学全集 18 I』（筑摩書房 1982年）53-54頁。

ずる複利ではない。

欧州諸国の民法が複利を原則禁止して、債務者保護を図っていることと比較すると、民法405条（複利）の規定は、債権者保護を図っており、立法論的に問題がある。したがって、解釈論としては、できる限り債務者の保護になるように法解釈すべきである¹²。

3 法的意味の利息

(1) 利息は資本使用の対価

利息は、資本（元本）の使用に対して、時間経過（これを以下「継続期間」ともいう。）に応じて金銭又はその他の代替物により債務者が支払う報酬（対価）として定義されており、利率は、債務総額に占める一定の予定定

められた割合の形で表現される^{13,14,15,16}。ドイツ通常裁判所¹⁷は元本の「使用」を、明確に固定「資本」の交付、引渡し（Überlassung,Hingabe）の対概念として対置している。これにより、「使用」のメルクマールを狭く理解さるべきことを明らかにしている。けだし、資本（元本）使用の価値は、その使用可能性の継続期間に決定的に依存しており、したがって、その継続期間は反対給付 [= 利息] の算定基礎にとっても根本的に重要だからである¹⁸。

日本民法404条は、当事者が予め約した利率を以て利息を借主に請求することを求めている。

法的意味での利息を生ずる最も普通の場合は、金銭の消費貸借（改正前民法587条）及び消費寄託¹⁹（改正前民法666条、改正民法666

12) 平井・前掲注(10)28頁；中井美雄『債権総論講義』（有斐閣 1996年）108頁。

13) Canaris, aaO.(7),NJW 1978, 1891-1898 (1891).

14) イギリスの法的意味における利息（Interest）定義も、ドイツのそれとそれほど異ならない。すなわち、a sum payable in respect of the use of another sum of money, called the principal.Osborn, Perey G: Osborn's Concise Law Dictionary, 7. ed., London 1983, item "interest". Wessels, Peter, Zinsrecht in Deutschland und England - Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Duncker & Humblot Berlin 1992,S.37 f より引用。

15) 奥田・前掲注(11)50-51頁（「利息債権とは、利息の支払いを目的とする債権である。利息は流動資本としての元本から生ずる収益として、その額と期間に比例して一定の利率によって支払われる金銭その他の代替物である。……しかし、法律上は、利息は、元本たる金銭その他の消費物の使用の対価として、元本額と使用期間に応じて、一定の利率により支払われる金銭その他の代替物である」と解される。」（下線強調は木村）；林・前掲注(9)27頁。

16) 類旨、中井・前掲注(12)106頁。

17) BGH NJW 1979, 805 (806); NJW 1979,540 (541); NJW 1979,2089 (2090). Schmidt, aaO. (6),829-835 (831, FN 37)に掲げられた判例及び文

献)。

18) Canaris, aaO.(7),NJW 1978,1892.

19) 債権法実務研究会（編）『最新 債権法の実務』（加除式 追録1-2, 新日本法規 2019年）882頁（消費寄託契約の典型例は、預貯金契約である。しかし、これには限られない。）、885頁（改正前民法においては、消費寄託については、消費貸借の規定が準用されており、期限の定めがある消費寄託における受寄者からの期限前の返還についてはいつでもできるものの（改正前民法666条1項・591条2項）、期限の利益の放棄により相手方の利益を害することはできない（改正前民法136条2項）と解されていた。）、881頁（消費寄託については、目的物（寄託物）の処分権を受寄者に移転するという点で他の寄託と異なり、むしろ、受寄者が受寄物を自由に消費することができ、これと同質・同量の物の返還義務を負うのみであるという点で消費貸借と類似する。このため、消費寄託は、寄託の規定と併せて、消費貸借の規定を準用する。消費寄託は、目的物（の価値）を寄託者が自ら保管する危険を回避し〔又は受寄者が確実に賃貸物件（例、貸付宅地）を回収するための保証金を自ら保管し〕ようとするをその目的とする。これに対し、消費貸借は、借主がその目的物を利用することをその目的とする。〕〔……〕内加筆は木村。

条)である²⁰⁾。

単利での利息に関する民法の規定は、金銭消費貸借のみならず消費寄託²¹⁾についても適用されうる。

最後に、法定利率は、遅延利息(複利)を定める場合に基準とされるほか、生命侵害による損害賠償額(逸失利益)算定の際の中間利息の場合にも基準とされる²²⁾。

法的意味における利息は流動資本の使用の対価であるので、固定資本すなわち土地、建物、機械などの使用の対価である地代、賃料などから峻別される²³⁾。

(2) 利息は再投資収益(利回り)にあらず

債務者の投資収益に対する資本収益権は利息債権から識別されるべきである。利息は、予め定められた一定の割合で表現されるからである²⁴⁾。

以上を要するに、利息は、資本の使用の可能性に対する対価で、利益や売り上げに依存せず、時間経過(継続期間)に依存する、金銭又はその他の代替物で弁済されうるものとして定義される²⁵⁾。

4 租税法の領域における各種利息の例

(1) 配偶者居住権等の評価における法定の複利現価率

相続税法23条の2(配偶者居住権等の評価)1項3号²⁶⁾は、その委任する財務省令において複利現価率を用いている。すなわち、相続税法施行規則第十二条の四(法定利率による複利の計算で現価を算出するための割合)の規定は、順を追って数式を展開すると、次の通りである(下線強調は木村)。

$$FV = PV * (1+i)^n, \quad \text{公式 1}$$

$$PV = FV / (1+i)^n, \quad \text{公式 2}$$

これにFV=1を代入する。

$$DFn = 1 / (1+i)^n \quad \text{公式 3}$$

iに[現行民法404条の]法定利率0.03を代入する。

$$PV = 1 / (1+0.03)^n$$

FVは将来価値を、PVは現在価値を、iは利率を、そしてnは期数を指す。財務省令で定める割合(DFn)は、複利現価率(これを、現在価値ファクター(Present-Value Factor)、割引係数(Discount Factorともいう。))を指す^{27),28)}。

配偶者居住権の存続年数²⁹⁾(n)には、厚生労働省の作成に係る完全生命表に掲げる年齢

20) 奥田・前掲注(1)51頁；中井・前掲注(2)106頁。

21) 村田渉(編)『事実認定体系 3—契約各論編一』(新訂 第一法規 2019年)278頁(竹内努執筆)によれば、消費寄託は、預貯金契約に限定されない。

22) 中井・前掲注(2)109頁。

23) 奥田・前掲注(1)51頁。

24) Canaris, aaO.(7), NJW 1978,1891；奥田・前掲注(1)50-51頁。

25) Canaris, aaO.(7), NJW 1978,1892.

26) 相続税法23条の2(配偶者居住権等の評価)改正注記：本条…追加[平成31年3月法律6号]

27) 木村弘之亮『HP12cによるときめきひらめき金融数学』(増補第2版 パレード 2010年)086頁。

28) 同旨、武田昌輔(監修)『DHCコンメンタール相続税法 第2巻』(加除式コメ相522 第一法規 2021年)2325の4頁。

及び性別に応じた配偶者の平均余命を代入する²⁹⁾。期数nは配偶者の平均余命を含意するからである。

相続税法22条の2第1項3号が明文を以て指定する複利計算が、ここで適用されている。

(2) 永久債の公式と現在価値

(i) 永久アニュイティの現在価値

特に重要なアニュイティの形態のひとつには、永久アニュイティ(perpetuity perpetual annuity)がある。永久アニュイティは、永久に続く、一定のキャッシュフローまたは支払の流列をいう。

設例

年利10%の銀行預金から、毎年100,000円を永久に受け取り続けるというキャッシュフローは、考える事例である。それには、当初にいくら預金しておく必要があるでしょうか。毎年10万円が永久に受け取れる年金型の投資が、永久アニュイティです。このアニュイティの現在価値はいくらか。はじめにいくら投資すればよいか？

解：1,000,000円

100万円を預金すれば、年末に110万円になっている。ここから10万円を引き出しても、

29) 配偶者居住権の存続期間は、原則として配偶者の終身の間とされている。ただし、遺産分割協議等により別の期間を定めることも可能とされる(民法1030条)。

30) 完全生命表については、武田・前掲注28)2325-2325の3頁。

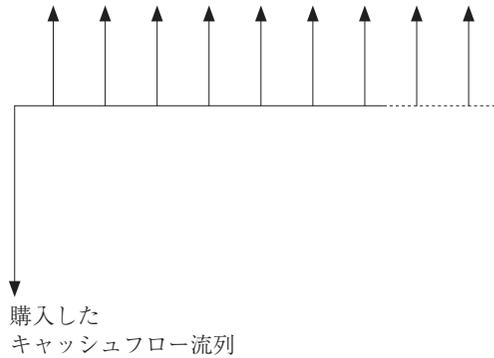
31) 参照、ツヴィ・ボディ、ロバート・C・マートン(原著)大前恵一朗(訳)『現代ファイナンス論—意思決定のための理論と実践』(改訂版 ピアソン・エデュケーション 2001年)162頁。

はじめの100万円にもどり、この繰り返しが、金利10%であり続ける限り、永続する³⁰⁾。

解法：

ステップ1：キャッシュフロー・ダイアグラムを描く。

キャッシュフローの際限なき流列



ステップ2：n年間毎期末に受け取るアニュイティの現在価値を通常アニュイティの現在価値に代入する。

通常アニュイティの現在価値

$$PV = \frac{PMT}{i} \left(1 - \frac{1}{(1+i)^n} \right) \quad \text{数式 1}$$

PMT = 定期支払額

PV = 現在価値

i = 1 期間当たり利率

n = 期数

数式(1)を変形し、

$$PV = PMT * \frac{1 - \frac{1}{(1+i)^n}}{i} \quad \text{数式 2}$$

$$= PMT * \frac{1 - (1+i)^{-n}}{i}$$

$$= 100000 * \frac{1 - \frac{1}{(1+0.1)^n}}{0.1}$$

1.1 分の 1 を何乗かしていくと、

$$\frac{1}{(1+0.1)^n} \text{ は } 0$$

に近づくであろう。そうすると、PVは、100万円（将来価値）を10%（年利率）で割った値 $\left(100000 * \frac{1}{0.1}\right)$ に近づいていく³²。

数式3

$$\lim_{n \rightarrow \infty} \left\{ 1 - (1 + 0.10)^{-n} \right\} = 1$$

$$PV_{\infty} = \lim_{n \rightarrow \infty} PV_n = \frac{100000}{0.1} = 1000000$$

以上の数式から、永久アニュイティの現在価値を求める公式は、至って簡易に表現される。

(ii) 永久債の現在価値

第3ステップに移行する。永久債のような永久アニュイティの場合、期数が限定されていないため、将来価値を計算することはできない³³。しかし、その現在価値は計算できる。定期支払額PMT，現在価値PV，利率iの関係は、次の通り、簡易な公式に変形される。

永久アニュイティの定期支払額：

$$PMT = PV * i \quad \text{公式4}$$

永久アニュイティの現在価値：

$$PV = \frac{PMT}{i} \quad \text{公式5}$$

永久アニュイティの利率：

$$i = \frac{PMT}{PV} \quad \text{公式6}$$

例えば、公式5にPMT=129万、i=1%を代入すれば、PV=1億2900万となる。この数式は、本件永久債の現在価値はつねに1億2900万円であることを含意する。経過利子をも考慮に入れなくてすむ。契約自由の原則が私法において妥当している。

以上のように、永久債の利息は、単利で表現でき、定期支払額は一定額で、そして、その現在価値は当初の預け金（保証債務＝消費寄託額）で表現される。民法404条は利息が合理的である限り、利息自由の原則を許容しているから、永久債の利息についても許容される。最二判昭和53年10月20日³⁴もまた、中間利息控除の方法としてホフマン式かライブニッツ式かいずれの方式でも不合理でないと判断している（同判例の引用する最二判昭和37年12月14日・民集16巻12号2368頁）。

(3) 小括

利息自由の原則における約定単利の原則と法定単利の特則（民法404条）並びに例外としての約定複利（民法405条）と法定複利（例、相続税法23条の2、24条1項1号ハ）が成文法により明文を以て規定されている。当事者が約定利息を約していない場合には、法律が法定の単利又は法定の複利を明確に規定することは可能であろう。利息自由の原則はこのように私法においても相続税法においても保障されている。課税強化を意図する通達が、

32) たとえば、参照、小林道正『ファイナンス数学の基礎』（朝倉書店 2000年）52頁以下。

33) Toy, Norman, Introduction to Financial Math using the HP 17 B/ 19B calculator and 17 B II, Adkins Matchett & Toy Ltd, 1998,2006,pp.41-43 (Perpetuities).；木村・前掲注27140-142頁。

34) 最二判昭和53年10月20日民集32巻7号1500頁＝

集民125号531頁＝判タ371号60頁＝判時908号22頁・損害賠償請求上告事件（一部破棄自判，一部棄却／確定）。参照，公益財団法人 日弁連交通事故相談センター東京支部（編）『民事交通事故訴訟・損害賠償算定基準（上）』（第50版 2021年 公益財団法人 日弁連交通事故相談センター東京支部）191頁。

法定利息と異なる通達利息、しかも、通達複利を定めるとすれば（傍丸強調は木村）、それは通達課税の是認を帰結し、租税法主義、殊に課税要件法定主義に明確に反する。

本事案にあっては、通達複利課税の能否は、複利計算の各種方法に先立つ、初歩的な、しかし基本的な問題提起である。この問いを手始めに、法適用者の権利濫用（職権濫用）、納税者の権利濫用の問題が次々に露呈する。この問題群に照らし、こうした両者の権利濫用を防止する対抗規範についても、本稿は考察する。

5 複利を定める課税通達は憲法84条違反か

「昭和二六年一月二〇日付直資一ノ五国税庁長官、国税局長通達二〇九（無利息債務の評価）があり、（……）、右通達によれば、無利息債務の評価については「弁済期にいたるまでの正常金利により課税時期における複利現価の額をもつて債務の金額とする」と定められていた。もつとも、右通達は富裕税にかかる財産の評価に関するものであるが、昭和三七年四月二七日付直資六五「昭和三七年分の相続税等に適用する財産の評価基準について」と題する国税庁長官、国税局長通達により、昭和三七年中に課税原因の発生する相続税（または贈与税）にかかる財産の評価についても適用されることになつていて、当時各国税局長が定めていた相続税の財産評価基準は後に昭和三九年四月二五日付直資五六国税庁長官通達によつて設定された相続税財産評価に関する基本通達の別表六と全く同一の複利表を掲げていたのである。」（本事案の第一審判決）（下線強調は木村）

だがしかし、国税庁は、基本通達（法令解釈通達）「第3節 定期金に関する権利」のう

ち、既往通達の整理において、第215(1)の定めによって、以下に列記する通達を、経過的に取扱う場合を除いて廃止している³⁵。

- イ 昭和26年1月20日付直資1-5「富裕税財産評価事務取扱通達」
- ロ 昭和26年1月25日付直資1-12「国税局資産税課長及び富裕税係長会議において協議しまたは指示した事項について」
- ハ 昭和26年2月5日付直資1-13「富裕税財産評価に関する指示事項について」
- ニ 略
- ホ 昭和26年11月8日付「借地権割合（貸宅地評価減割合）基準送付について」

本事案の下級審判決は、後日、廃止された上記の通達を適用して、紛争を解決した。

この通達廃止は、従前の複利課税通達の違憲性及び適用違憲を考慮に入れて行われたのであろうか。国民の権利義務に直接影響を及ぼす通達規定は、そもそも違憲・違法であり、法律規定が本来必要である（比較参照、相続税法23条の2（複利年金現価率）、24条³⁶1項1号ハ（複利年金現価率））。

もつとも、本件上告審は、根拠規定を相続税法24条（有期定期金及び終身定期金）に変更するに至っている。

³⁵ www.nta.go.jp/law/tsutatsu/kihon/sisan/hyoka_new/08//08.htm 2021日7月17日現在

³⁶ 附則〔平成二二年三月三十一日法律第六〕第三十二条第1項：新相続税法第二十四条の規定は、平成二十三年四月一日以後に相続若しくは遺贈又は贈与により取得する定期金給付契約に関する権利に係る相続税又は贈与税について適用し、同日前に相続若しくは遺贈又は贈与により取得した定期金給付契約に関する権利に係る相続税又は贈与税については、なお従前の例による。

しかしながら、本事案はもとより無利息債務でも定期金債務でもない。後述のように、永久償型の保証金消費寄託を焦点とする紛争である。

II 東京地判昭和46年3月31日

東京地判昭和46年3月31日³⁷⁾は、事実認定によって、虚偽表示仮装を否認している。租税回避行為の否認と通謀虚偽表示の識別が不十分であった時期の裁判例である。

1 納税者の法律構成

(1) 基礎事実

納税者Xの父〔以下、訴外甲という。〕は、1954（昭和29）年1月28日訴外乙社との地続きの甲所有宅地〔以下、本件土地又は本件宅地という。〕に、訴外乙との間で（更新可能な）地上権を設定し〔民法265条、借地法1条〕、存続期間は60年〔借地法2条1項〕³⁸⁾、（増額しない）地代年129万円を約定した。

他方、訴外乙は訴外甲に対し金銭債権1億2900万円を（増額しない）利息年129万円（金銭債権の1%）、〔第1期の〕契約期間5年、ただし、当事者の一方の申出によって延長でき〔借地法2条1項・5条1項・2項に即応〕、その期限の利益は双方のために存する旨の約定で預け入れた〔保証金〕。訴外乙はこの預入金を担保するため本件宅地に抵当権〔民法369条〕を設定し仮登記した。（〔……〕内加筆は木村。）

本件預入金に係る消費寄託契約〔これを以

下「保証金消費寄託契約」ということがある。〕の特徴は元本の減少がなく、毎期末に一定額の利息の支払いに認められる。民法上、土地の売買契約は成立していない。

以上のように、本件の一連の契約は有効かつ適法に実施され、当事者にとって法的にも経済的にも有用であり、もとより通謀虚偽表示ではない。

その後、1962（昭和37）年本件相続が開始し、Xは遺産を相続し、被控訴人Y税務署長に対し相続税を申告した。Xは、本件宅地を貸宅地として更地価格の10%にて評価すると共に、上記1億2900万円の債務（＝保証債務）をも相続している旨を1セットとして申告した。

(2) 本件保証金は、本件宅地の明渡し時における原状回復請求、予備的に立退料請求に備えての預かり金

保証金は、慣習として、無利息又は低金利であり、貸宅地の返還を確実にするため借地人から土地貸主に支払われる。訴外甲がその金員を本件土地明渡し時にはじめて訴外乙に返還する旨を約する。訴外甲にとって、その金員は借地法（大正10年制定）に昭和16年に追加規定された正当事由（4条1項但書。借地借家法6条）に基づく明渡請求時に原状回復を求めるときの保証金³⁹⁾の性格を有し、予備的には実務上宅地貸主が本件金員を保証金として宅地借主からあらかじめ受領しておくことにより、立退料相殺権として機能する〔以

37) 東京地判昭和46年3月31日民集28巻6号1189頁＝行集22巻3号408頁＝判時638号63頁・相続税の更正処分取消等請求事件・三越事件〔判批：樋口哲夫・税理15巻10号（1972年）107-112頁〕。

38) 平成4年7月31日以前に設定された借地権は、

旧借地法2条1項1文・2項が適用される。

39) 権利金でなく保証金を検討するものに、高橋貴美子「金銭債務の評価について—最高裁昭和49年9月20日判決の論理上の問題点と弊害—」税務事例50巻1号（2018年）46-52頁。

下、保証金⁴⁰⁾という。]。借地借家法は、原則として、借主が社会的に経済的に貸主に比し劣位にあることを前提とするところ、特殊例外的に借主が社会的に経済的に貸主に比し圧倒的優位にある場合には、同法の適用は法律の目的に反しよう。この場合、保証金の返還請求権の放棄と借地権の消滅の対価等としての要素を有する立退料の支払いが一種の相殺関係にある。本事案にあっては、本件宅地の借主（訴外乙）が大規模株式会社であり、他方、本件宅地の貸主（訴外甲）は地元地権者の個人であり、訴外乙は訴外甲に比し社会的に経済的に圧倒的優位にある。そのため、圧倒的優位にある者が借地法の適用を主張しがたいといわなければならない（けだし、権利濫用）。このような保証金の性格を有する金銭貸付契約（より正しくは、消費寄託契約⁴¹⁾）の締結は、法的にも経済的にも合理的な理由はある。他方、訴外乙にとって、保証金たる金銭債権を担保するための抵当権の設定（みよ、本不動産登記簿）は法的にも有意義である。したがって、本件預入金は、元利均等返済や

元本均等返済などによって満期日に至るまでに完済されるわけではない。けだし、訴外甲・乙は元利均等返済や元本均等返済について約定していないからである。

本件保証金は第1期の弁済期限を5年とするが、少なくとも、借地権の第1期解約期限の60年の間（借地法1条・2条1項1文）、訴外甲と相続人Xは、本件宅地が明け渡されるまで保証金を確保することができる。

さらに、借地権の第2期解約期限の30年以上無制限（借地法5条1項・2項）について合意は当初の契約時にもとより成立すべくもないが、訴外乙は本件宅地の上に堅固な建物（恒久的建物）を建造するので、借地権の更改契約を期待しているものと解される。さらに、借地権の第2期以降の解約期限に並行して、保証金の期限は永続しうる⁴²⁾。そのほか、訴外甲は当該保証金の毎年1%、129万円を利息として訴外乙に支払う。

したがって、訴外甲とXにとって、本件借入金契約は、当該保証金としての保証債務であり永久債^{43),44)}と同一の機能を有する。訴外甲

40) 判決が表示する「元本」の法的性格については、保証金契約（保証金消費寄託）か又は金銭消費貸借による貸付金かは争いがある。Xは保証金説をとる。

41) 原告の弁護士は、消費寄託契約の理論を明確には援用せず、金銭消費貸借と金銭消費寄託との識別を明確にしていない。そのため、原告側の主張は法律論として脆弱であった、評されうる余地があろう。

42) 消費寄託は、預貯金契約に限定されない（改正前民法666条、改正後民法666条3項）。平成29年改正前民法666条は、消費寄託について消費貸借の規定を包括的に準用した（1項）。その上で、寄託物の返還期限を定めなかったときは、寄託者はいつでも返還を請求できると規定していた（2項）。村田・前掲注②1278頁（竹内努執筆）。ただし、堅固な建物の所有を目的とする地上権設定に伴う、保証金消費寄託契約の場合、その保証金

の返還の時期は、借地法2条、5条1項・2項の制約を受ける。したがって、原告の弁護士は、堅固な建物の所有を目的とする地上権設定契約をなす（借地法2条1項、5条1項・2項）一方、他方で、本件保証金の第1期返還期限を5年と陳述するなど誤解を招くようなことをせず、保証金の返還期限について本件宅地の明渡し日と明確に約しておけば、不必要な紛争は予防しえたであろう。法適用者から釈明を求められていれば、弁護士は本件保証金について利息自由の原則と永久債の仕組みを釈明しえたであろう。

43) 永久債の公式は、Toy・Fn.(33),pp.41-43 (Perpetuities)；木村・前掲注②140-143頁；ツヴィ＝マートン・前掲注③1162頁。アニユイティ（年金, annuity）の形態の一つに、永久アニユイティ（perpetuity, perpetual annuity）がある。永久アニユイティは、永久に続く、一定のキャッシ

は、本件借地の明渡しを受けるまでの間、保証債務につき毎年利息129万円を訴外乙に支払う。本件借宅地が明け渡されない限り、保証契約は永久に継続する（永久債）。ただし、Xは正当事由のある場合（借地法4条1項1文）に、本件宅地の明渡しを請求し原状回復を求めるとき本件保証金を以てこれに充当することができる。

(3) 抵当権設定時の借入金は保証金の性格を有する消費寄託であり、単利の生ずる永久債「甲が右各契約を締結した当時、地上権設定の対価たる権利金はその所得区分を不動産所得とされ、譲渡所得におけるような半額課税の取扱いを受けられなかつたため、世上土地所有者は地上権の設定につき権利金を受領する代りに金銭を借入れ、または保証金、敷金の預託を受ける形式で地上権者から金銭を受領していたものであるが、それだからといって、右金銭授受の契約が虚偽偽装であつたわけではない。」[訴外甲は1954（昭和29）年一月二八日その所有の東京都〔……に所在する〕宅地二七六平方メートルにつき訴外乙に対し存続期間を向う六〇年とし、地代を年一二九万円としその増額をしないこととする旨の約で地上権を設定するとともに、訴外乙から一億二、九〇〇万円を弁済期は向う五年後とし貸主、借主のいずれか一方の申出により延長することができる、その期限の利益は双方のために存することとし、利息は年額一二九万円と

する旨の約で借入れ〔た。〕（下線強調及び四角括弧囲いは木村）

訴外乙からの借入金契約の継続期間は「弁済期を向こう5年後」と約しているが、加えて、「貸主、借主のいずれか一方の申出により延長することができ、その期限の利益は双方のために存する」と約している。実質的に、弁済期の期限はないに等しい（前述）。本件金銭受領を巡る金融工学は、消費寄託に係る永久債とその利息の仕組みを難なく説明することができる。複利契約も結んでいない。訴外甲・Xは、金銭消費貸借を原因とする債務を訴外乙に負っていないのであるから（みよ、本件不動産登記簿）、元利均等返済や元本均等返済により元利を訴外乙に対し償還するとは考え難い。単に、当事者は、民法404条の原則規定により、単利で約定利息を約している。

この脈絡において、裁判官は本件宅地にかかる地上権の継続期間60年（借地法2条1文）と一致させて、保証金の弁済期を60年と認定してしまっているが、借地法5条に徴し、その事実認定は大いに疑問である。

(4) 消極的相続財産については相続の現況と本件宅地の譲渡取引

相続税法は、取得した積極的相続財産については相続時及び消極的相続財産については相続の現況をそれぞれ基準時とする。被相続人の死亡後5年を経過したときの出来事（すなわち、本件宅地の譲渡）を「相続の現況」

ユフロー又は支払の流列を指す。

(44) 1819年にイギリス政府は、ナポレオン戦争で生じた同政府の負債を整理するために（整理公債の略語）と呼ばれる債券を発行した。これは永久債（Never-ending bonds）に該当する。それは未だに現存する。発行されたコンソール債1枚は、毎

年額面に対し一定額4.00ポンドを永久に支払うというものである。木村・前掲注⑦142頁。

本件にあつては、借地権契約の期限後に訴外乙がその明け渡しに応じない場合、訴外甲は引き続き永久に毎年129万円を訴外乙に請求しうる利息債権を保有する。

のもとで理解することは、可能な語義の範囲を超えている。

第一審説示によれば、

借地権（1億2900万円）＋底地（6900万円）
＝1億9800万円

しかし、被相続人の死亡後5年を経過したときの市場（殊に、高度商業地区）では、底地権のみでは6900万円にならない（「コーヒーマップと皿」の不動産鑑定理論）。市場性減価がある。

このため、説示の等式は、地主Xの譲渡承諾料を考慮に入れて、相続の現況を徒過した市場における、本件宅地の所有権譲渡価格＝（借地権＋底地）＋譲渡承諾料＝1億9800万円と修正されるべきであろう。保証金として預かっている金員1億2900万円は、1967（昭和42）年3月1日、本件宅地を訴外乙に譲渡した代金の一部に充てられるかもしれない。他方、訴外乙が本件宅地をXに明け渡せば、Xはその金員を全額返却しなければならない義務を負っている。したがって、消極的相続財産である相続債務は、相続の現況においては、永久債の元本、すなわち1億2900万円である。

(5) 保証金は、原則として債務控除しうる消極的相続財産

保証金は、本件宅地の明渡しを確実にするための預り金である。本件のように借用金契約の形をとる消費寄託契約は永続性のある継

続的契約であるから、宅地に係る保証金消費寄託契約の場合、契約期間中にその保証債務の債務者に相続が生じる可能性はありうる。保証債務について相続が生じた場合、保証金等を含め一切の権利義務は相続人に承継される。

この場合、保証金は相続税の課税標準の計算上、原則として債務控除されることとなる⁴⁵⁾。

本件保証金は永久債の道具を用いており、毎期末に一定額の利息が支払われる。このため、毎期首において現在価値は常に1億2900万円である（既述）。その金額が債務控除の額となる。

「課税は、原則として、私法上の法律関係に即して〔正しくは、則して〕行われるべきである。⁴⁶⁾」⁴⁷⁾ けだし、租税法は、様々な経済活動又は経済事象を課税の対象としているが、それら活動や事象は一次的に基盤法たる私法その他法の一般原則に則して規律されているからである。そのため、税法上の事実認定は、原則として私法上の事実関係に則して行われるべきである（「私法による規律の原則⁴⁷⁾」⁴⁸⁾。私法による規律の原則から離れる場合には、特則のルールが遵守されなければならない。

2 第一審の事実認定

(1) 当事者の主張

(i) 原告の主張

「一 原告ら（これを以下「X」という。）

45) 東京地判令和1年11月19日税資269号順号13342・相続税更正処分等取消請求事件（棄却）。「同〔相続税〕法13条1項1号による債務控除がされる被相続人の債務は、成立が認められ、かつ、被相続人の死亡時までには消滅しておらず、債権者から履行が求められることが確実に認められるものであることを要すると解すべきである。」。

46) 類旨、金子宏『租税法』（第23版 弘文堂 2019

年）129頁。東京地判平成20年11月27日判時2037号22頁（ファイナイト再保険契約事件）。

47) 山本洋一郎＝鳥飼貴司「税理士のための税務争訟講座 第2回―勝訴のコツを聞いた現場から」月刊税務QA2014年6月66-74頁（66頁）。

48) 山本＝鳥飼・前掲注47)66頁；金子・前掲注46)138頁。

は訴外甲が昭和三七年一月七日死亡したので、その遺産を共同して相続し、昭和三八年五月七日被告に対し課税財産価額を各原告につきそれぞれ別表申告欄記載の金額として相続税の申告をした。[改行]ところが、被告はXに対し昭和四一年五月二日付をもつて右相続税について課税財産価額を各原告につきそれぞれ別表更正欄記載の金額とする旨の更正処分を[した]。……

二 しかしながら、右更正処分には次のような瑕疵が……ある。[改行] すなわち、右相続における被相続人訴外甲はその生前の昭和二九年一月二八日株式会社乙（以下、訴外乙という。）から一億二、九〇〇万円を借り受けた事実があるので、Xは右相続税の申告においては右借入による債務を各原告につきそれぞれ左の金額に分割して課税財産から控除した。

原告 X 1 [訴外甲の配偶者] 一、五〇〇万円

同 X 2 から

同 X 5 まで 略

しかるに、被告[所轄税務署長]は右借入金債務を相続開始時には四〇九万余円と評価すべきであるとして、右更正処分においてXの債務控除額をそれぞれ左の金額に更正した。

原告 X 1 四七万余円（一、四五二万余円減）

同 X 2 から

同 X 5 まで 略

しかし、右のように相続開始時確実に存在した相続債務を評価減すべき法令上の根拠は全くないのであつて、右更正処分にはその限度で瑕疵がある。」

以上の如く、Xは、訴外乙から借入金債務合計1億2900万円を受け、相続開始時確実に

存在した相続債務を評価減すべき法令上の根拠は全くないと主張する。その理由は、係争借入金債務は保証債務の性格を有するからである。これを察するに、保証債務額（現在価値PV）、単利（1%, i）、期限（n。更新無制限）が係争借入金債務の内容であり、したがって、消費寄託契約だからである。

(ii) 被告の主張

〔請求原因に対する答弁〕

原告主張事実のうち、一の事実は認める。同二の事実は被告がなした相続債務の評価減に法令上の根拠がなく、したがって原告主張の各処分に瑕疵があるとの点を除き、すべて認める。

(抗弁一処分の理由)

一 訴外甲と訴外乙との間に締結されたX主張の金銭消費貸借契約[もっとも、Xらの主張は保証金預かりを内容とする消費寄託契約である。争点]は租税負担回避のためになされた通謀による虚偽仮装のものであつて無効であるから[もっとも、Xは有効、適法な契約で実施されていると主張]、これによつてXに対する相続税の課税財産価額から控除すべき相続債務が生じたということはできない。

その間の消息は次のとおりである。

……右金銭に関する契約当事者の真意は、むしろ訴外甲から訴外乙に対する地上権設定の対価として授受する趣旨にあつたものであり、これをあえて消費貸借の目的として授受する趣旨の契約に仮装したのは訴外甲が負担すべき所得税（当時は不動産所得）を回避する目的に出たものと解されるのである[もっとも、この段落は、Xの主張と異なる。]。

そして、訴外甲の相続人たるX自身がそのことを十分認識していることは次の事実から明らかである。Xは[昭和三七年一月七日

相続開始後5年経過後、昭和四二年三月一日右土地を訴外乙に売渡し、その代金の額としては底地の代価として見積つた六、八九六万六、〇九九円に借地権の代価として訴外甲が訴外乙から借受金名義で受領した一億二、九〇〇万円を加えた計一億九、七九六万六、〇九九円の更地価格としたうえ、訴外甲が受領した右金員をもつて右代金のうち借地権の代価相当分が支払われたものとして取扱つたが、訴外甲が訴外乙のため右土地に地上権を設定した当時、右土地の近辺において借地権は更地価額の九割に及ぶ価額で取引されていた[もっとも、この段落における被告の主張は、四則演算の点で首尾一貫しないうえ、「コーヒーカップと皿」の不動産鑑定理論を無視、さらに、譲渡承諾料も無視。]

二 仮に、訴外甲と訴外乙との間の消費貸借契約が有効であるとしても[ただし、消費貸借契約について、Xの主張と異なる。]、これによる相続債務について被告がなした評価減には次のような**根拠が存した**。

(一) 相続税法二二条は相続により取得した財産の価額から控除すべき債務の金額はその時の現況による旨を規定しているが、右相続債務は前述のように少くとも地上権の存続中(地上権設定の日から向う六〇年間)は返済の必要を生じないものと認められるから [二重下線箇所では、Y側が本件借入金をして金銭消費貸借契約でない事実を自白している。]、弁済期を訴外甲について生じた相続開始の五一年後(右地上権存続期間から右相続開始までの八年一〇月を控除した残)たるものとして算定するのが相当である。そして、弁済期未到来の債務の評価は弁済期未到来の債権の評価と同様、券面額から弁済期までの中間利息を控除して算定すべく、その利率は相続税

の関係では一般に年八分を相当とする[もっとも、ここでいう中間利息は、私法上も相続税法上も定められていない新規の概念であり、その利回り、したがって、右利率と前記相続債務の約定利息の利率との差たる年七分による期間五一年の複利現価率〇・〇三一七二六[この脈絡において、複利現価率の適用を許容する規定を相続税法は定めていない。比較参照、相続税法23条の2・24条1項1号ハ]を右債務の元本一億二、九〇〇万円に乗じて算出した四〇九万二、六五〇円をもつて右債務の相続開始時における現況による金額となすべきである[ただし、相続開始時における控除しうる債務の現在価値は、争点。]

(二) 略。[改行]そして、複利現価の算定に際し控除すべき中間利息の利率として年八分を相当とするのは**預金運用利廻り及び貸付運用利廻り**[これを本稿では「利回り」という。]を考慮した場合正常金利が年八分であることに根拠があるが、その妥当性は相続税法二四条が将来給付を受けるべき有期定期金及び終身定期金に関する権利の評価方法につき基本的には年八分の複利現価によつて算出することを規定している点からも裏付けられる(……)](各種下線強調及び太字強調は木村)

しかし、既述のように、相続税法23条の2に定める複利現価率は、[現在の]法定利率、年3分である。このように、複利現価率がたとえ適用されとしても、その利率は統一されているわけではない。

(iii) 原告の反論

もっとも、訴外甲・乙は権利金の授受ではなく、本件宅地の明渡し時に返還すべき保証金の預かりを約しており、被告主張のように、**消費貸借の目的**として授受する趣旨の契約に仮装しておらず、むしろ、Xは今日周知の消

費寄託契約を有効・適法に実施している。Xは、保証債務たる相続債務の金額について相続開始時の現況では、1億2900万円と評価されるべきであり、相続不動産（本件宅地）の評価は、相続時における財産評価通達により評価されるべきだと主張する。

(2) 小括

納税者は、金銭消費契約ではなく、保証金預かり契約（保証金消費寄託契約）を締結したとの事実関係を主張する。

課税庁は、訴外乙が本件保証金の資金につき融資を受けるため金融機関に提出したであろう取締役議事録等を横目調査などにより、違法収集し、相続後の本件宅地の譲渡取引を見込んで課税に及んだのであろうか。相続開始5年後における本件宅地の譲渡取引を、法適用者が見込んで、相続開始時の現況として把握し、課税に及んでいるのであろうか。証拠の違法収集の禁止原則が、日本租税法と判例では、軽視されているのであろうか。本事案における隠れた問題点であろう。

3 裁判官による新たな法律構成

(1) 裁判官は、自ら相応と思料する一連の法律関係に代置する権限を有するか

それにも拘わらず、第一審判決⁴⁹は、「[同金員]を借入れる旨の金銭消費貸借契約を締結し、訴外乙から同額の金銭を受領したこと、Xが前記相続税申告において右契約により相続債務が発生した」と事実認定している。当事者の主張と裁判官の判断は次の通りである。

〔第四 Xの主張（抗弁に対する答弁）

一 被告主張の一の事実中、訴外甲と訴外乙

との間に締結された金銭消費貸借契約における約定及び金銭授受の事実並びに右契約と同時に被告主張の内容の地上権及び抵当権設定の契約が締結されたこと、当時、訴外乙及び訴外甲がそれぞれ被告主張のような経済的事情に置かれていたこと、[訴外甲の相続人] Xと訴外乙との間に被告主張の土地売買契約が締結され、訴外甲が訴外乙から受領した金銭をもつて右売買代金の内払がなされたものとして取扱われたことは認めるが、その余の事実はすべて否認する。

訴外甲が右各契約を締結した当時、地上権設定の対価たる権利金はその所得区分を不動産所得とされ、譲渡所得におけるような半額課税の取扱いを受けられなかつたため、世上土地所有者は地上権の設定につき権利金を受領する代りに金銭を借入れ、または保証金、敷金の預託を受ける形式で地上権者から金銭を受領していたものであるが、それだからといって、右金銭授受の契約が虚偽偽装であつたわけではない。』（下線強調及び四角囲み括弧は木村）⁵⁰。

49) 東京地判昭和46年3月31日民集28巻6号1189頁＝行集22巻3号408頁＝判時638号63頁・相続税の更正処分取消等請求事件・三越事件〔判批：樋口・前掲注37107-112頁〕。

50) 通謀虚偽表示の事実が被告によって具体的に証明されたならば、その上で、通謀虚偽表示の裏に隠匿されている行為（これを隠匿行為または秘匿行為という。）とその法的効果について法適用者が法律関係をあらためて形成しうることは、民法94条1項の法解釈として許容されると思料する。木村弘之亮〔判批〕ノウハウ等譲渡契約が通謀虚偽表示だと立証されなかった事例—平成17.9.29名古屋地判〕ジュリスト1378号（2009年）199-204頁。

東京高判平成11年6月21日高民集52巻26頁＝訟務月報47巻1号184頁・岩瀬事件（一部取消認容、一部棄却／上告受理申立、不受理決定）。本件取引の法的性質について、「1 本件取引に関しては、

引用した「……右売買代金の内払がなされたものとして取扱われたことは認めるが、その余の事実はすべて否認する。」という巧緻な言い回しは、注意深さを欠く法律家をして、原告が金銭消費貸借契約はじめ土地売買契約や売買代金の内払を自白したと誤導する。すなわち、原処分庁によって金銭消費貸借契

約・土地売買契約及び右売買代金の内払として「取扱われたこと」を原告は受動形で認めているのであって、能動形で積極的に自白しているわけではけっしてない。

にもかかわらず、裁判官は、「訴外甲が生前の昭和二十九年一月二八日訴外乙との間において一億二、九〇〇万円を借入れる旨の金銭消

本件譲渡資産の譲渡及び本件取得資産の取得について各別に売買契約書が作成されており、当事者間で取り交わされた契約書の上では交換ではなく売買の法形式が採用されている……。

2 もっとも、右の事実関係からすれば、亡甲ら〔その相続人X1とX2を含む。〕にとっても訴外乙社にとっても、本件取引においては、本件譲渡資産の譲渡あるいは本件取得資産の取得のための各売買契約は、それぞれの契約が個別に締結され履行されただけでは、両者が本件取引によって実現しようとした経済的目的を実現、達成できるものではなく、実質的には、本件譲渡資産と本件取得資産とが亡甲らの側と訴外乙社の側で交換されるとともに、亡甲らの側で代替建物を建築する費用、税金の支払に当てる費用等として本件差金が訴外乙社側から亡甲らの側に支払われることによって、すなわち右の各売買契約と本件差金の支払とが時を同じくしていわば不可分一体的に履行されることによって初めて、両者の本件取引による経済的目的が実現されるという関係にあり、その意味では、本件譲渡資産の譲渡と本件取得資産及び本件差金の取得との間には、一方の合意が履行されることが他方の合意の履行の条件となるという関係が存在していたものと考えられるところである。

さらに、本件取引における本件譲渡資産の譲渡価額あるいは本件取得資産の取得価額も、その資産としての時価等を基にして両者の間の折衝によって決定されたというよりも、むしろ、国土法〔国土利用計画法の略称〕の制約〔国土法の定めにより、本件譲渡資産を不勸告価額以上で売却することは許されないという制約〕の下で許容される本件譲渡資産の譲渡額の上限額を前提として、本件取引により亡甲ら側で代替物件を取得した上に税金を支払ってもなお利益のある額となるように亡甲ら側で計算して本件譲渡資産を構成する各資産

ごとに割り振るなどして算定した金額を、訴外乙社側でも受け入れて、前記のとおり額と決定したものであること〔本件強行規定違反と公序良俗違反を潜脱する各契約成立の事情A〕が認められる。

これらの事実関係からすれば、亡甲ら側と訴外乙社との間で本件取引の法形式を選択するに当たって、より本件取引の実質に適合した法形式であるものと考えられる本件譲渡資産と本件取得資産との補足金付交換契約の法形式によることなく、本件譲渡資産及び本件取得資産の各別の売買契約とその各売買代金の相殺という法形式を採用することとしたのは、本件取引の結果亡甲ら側に発生することとなる本件譲渡資産の譲渡による譲渡所得に対する税負担の軽減を図るためであったことが、優に推認できるものというべきである。

3 しかしながら、本件取引に際して、亡甲らと訴外乙社の間でどのような法形式、どのような契約類型を採用するかは、両当事者間の自由な選択に任されていることはいうまでもないところである〔契約自由の原則〕。確かに、本件取引の経済的な実体からすれば、本件譲渡資産と本件取得資産との補足金付交換契約という契約類型を採用した方が、その実体により適合しており直截であるという感は否めない面があるが、だからといって、譲渡所得に対する税負担の軽減を図るという考慮から、より迂遠な面のある方式である本件譲渡資産及び本件取得資産の各別の売買契約とその各売買代金の相殺という法形式を採用することが許されないとすべき根拠はないものといわざるを得ない〔私法上の効力≧税法上の効力。節税の許容〕。（下線強調、太字強調及び〔……〕内加筆は木村）

木村弘之亮「節税と租税回避の区別の基準」小川英明・松沢智・今村隆（編）『新・裁判実務大系18 租税争訟』（改訂版 青林書院 2009年）319-374頁。

費貸借契約を締結し、訴外乙から同額の金銭を受領したこと、Xが前記相続税申告において右契約により相続債務が発生したとし、これを各原告につきそれぞれX主張の前掲金額に分割して課税財産価額から控除したことは当事者間に争いが無い。」（下線強調は木村）と事実認定する。

しかし、この事実認定については、訴外甲と訴外乙が金銭消費貸借契約を締結したか否かは、まさに争点であり、当事者は保証債務として消費寄託契約を締結している。

同判決にいう「金銭消費貸借契約」や「相続債務」という事実認定は、当事者Xの主張と本登記簿記載事項に照らせば、裁判官の巧妙な言い回しと意図的なミスリーディングな認定であると解するほかない（裁判官の倫理性）。このように、裁判官は、私人の有効・適法に成立させ実施している法律行為を、事実認定によって否認している⁵¹⁾。

このように、本裁判官は「当事者間に争いが無い」と事実認定する一方、あたかも通謀虚偽表示が立証された後、隠匿行為による法律関係として「金銭消費貸借契約」を法律構成し直し、かつ、通常利息と称して通達利息を以て約定利息に置き換えているに等しい。

裁判官が本事案で通謀虚偽表示を認定していないとすれば、これは、明文の法律要件を示すことなく、裁判官がこのような租税回避行為の包括的否認（節税行為を含む。）をなしうる規範を定立しているに等しいとも評価されえよう。あるいは、裁判官は、法的根拠や権原も示すことなく、単に事実認定による否認を行っている。むろん、通達利息を定める課税強化通達が裁判官に権原を付与することはありえない。相続税法24条の規定は本事案に適用されえない。

(2) 保証債務に係る返還期限

上記保証契約の期間は、本件宅地における借地権設定契約の解約日まで継続する（控訴審判旨）。本件借地権契約の第1期解約日である60年後に（借地法2条1項）、訴外甲及び相続人らが訴外乙に明け渡しを求め、訴外乙がこれに応じて明け渡す場合には、借地権契約の存続期間60年の満了に対応して、上記保証契約は解約される。

しかし、60年後に訴外乙が本件宅地を明け渡さず、Xが更新を承諾する場合には、上記保証契約は、本件宅地借地権に係る第2期解約日を付設して更新されることになろう（借地法5条）。借地法はその更新の回数について制限を加えていない（借地法5条2項）。返還期間に制限のない永久債としての保証契約の利率は、当初の契約どおり、1%であり続ける。

永久債のような永久アニュイティの場合、期数が限定されていないため、将来価値を計算する必要はない⁵²⁾。しかし、その現在価値は計算できる。定期支払額PMT、現在価値PV、利率*i*の関係は、次の通り。

永久アニュイティの現在価値：

$$PV = \frac{PMT}{i} \quad \text{公式5}$$

永久アニュイティの利率：

$$i = \frac{PMT}{PV} \quad \text{公式6}$$

例えば、公式5にPMT=129万、*i*=1%を代入すれば、PV=1億2900万となる。この数

⁵¹⁾ 比較参照、最判平成23年2月18日訟月59年3号864頁＝判タ1354号115頁＝判時2111号3頁。谷口勢津夫『租税回避論』（清文社 2014年）214～215頁。

⁵²⁾ 木村・前掲注⑦140 - 142頁；Toy・Fn.(33),pp.41-43 (Perpetuities)。

式は、本件永久債の現在価値はつねに1億2900万円であることを含意する。

公式6は、定期支払額PMTの利息が複利でなく単利で以て支払われることを含意する。

訴外甲が訴外乙から受け取っている1億2900万円は、前叙のとおり、3つの機能を有する。1は、本件宅地の明渡し時における原状回復を確実にする担保機能である。2は、本件宅地の立退料請求に備えての預かり金を訴外甲が訴外乙から受け取るという消費寄託の機能である。3は、期限を定めない・定期支払額（利息）を生ずる金銭債務（永久債）の機能である。

ところが、第一審裁判官は、当事者の法律構成した保証金と消費寄託契約とのハイブリッド金融道具とは全く異なり、金銭消費貸借契約として法律構成を独自に形成し直す。

しかし、当事者が契約自由の原則に基づき適法に締結している永久債とその利息に係る消費寄託契約（という法律構成）と異なり、裁判官は、これを否認し、さらに、全く異なる法律構成を再構成し形成しうる権限を法律の明文規定によって付与されているであろうか。その法律要件（大前提）と法律効果（結論）とについて、第一審裁判官は、明確に説示し判示すべきであったであろう。契約当事者は、裁判官が説示するような通謀虚偽表示をせず、本件不動産登記簿に徴する限り、当該契約を有効・適法かつ誠実に実施している。

裁判官は、当事者の法律構成した保証債務のための永久債と消費寄託を否認すべき理由を明らかにし、これを金銭消費契約として別意に法律構成しうる権限・権能を明らかにすべきであった。

保証債務とその利息について審理することもなく、一方的に複利の金銭消費貸借契約と

判断し認定しうる権限は、どのように正当化されうるであろうか。複利計算を定める課税強化通達に根拠を求めているのではなからうか（課税要件法定主義に違反）。このような裁判官の判断は裁判権、形成権の濫用であり、正当な裁判を受ける権利の侵害である。

永久債とその利息についての金融商品の基礎知識を欠いた裁判官（及び原処分庁の税務署長）が、本件保証金契約を金銭消費貸借契約と断じ、事実誤認を行った、と判断するほかない。けだし、訴外甲とXは、訴外乙からの消費寄託1億2900万円の保証債務に対し毎年129万円の利息を訴外乙に支払っているだけだからである。また、訴外甲は60年後に債務1億2900万円を零（ゼロ）にまで每期返済すべく、元利均等返済をなすべき債務を訴外乙に負っていないし、訴外甲やXは現実にもそのような償還金を訴外乙に支払っていないからである。

Ⅲ 東京高判昭和47年4月25日

本件控訴審の東京高判昭和47年4月25日⁵³は、一方で、「同族会社の行為計算の否認（法人税法一三二条、所得税法一五七条、相続税法六四条）のほか一般的に租税回避の否認を認める規定のないわが税法においては、租税法律主義の原則から右租税回避行為を否認して、通常の取引形式を選択しこれに課税することは許されないとところというべきである。」（判旨1）と判示し（下線強調は木村）、他方で、相続債務中の金銭債務が低利率である場合には、通常の利率による利息相当額から現実に支払う低利率による利息額を控除した差額を、なお経済的利益として享受しうるのであるから、債務の元本額から通常の利率と現実に支払う利率との差によって算出された中

間利息を控除した残額をもって現在の債務の評価額とするのが相当である、と判示する(判旨2)。

本控訴審裁判官は、判旨1において、「租税回避の否認を認める規定が一般的にない場合には、租税行政庁は、租税回避行為を否認して、通常取引形式を選択しこれに課税することは許されない」という規範を定立する。他方、裁判官は、判旨2において、約定利率を引き直し「通常の利率」概念を優先して新規の中間利息を生み出そうとする。

判旨1にて定立された規範は、判旨2において覆されている。

IV 最三判昭和49年9月20日

1 租税回避行為の包括的否認を黙示に肯定

最三判昭和49年9月20日⁵³の裁判官は、控訴審判旨1と異なり、「法律の根拠なき限り、租税回避行為の否認をなしえない」という定型句を用いない。けだし、裁判官は、控訴審の裁判官が犯した論理矛盾を見逃さなければならず、その定型句に制約されない旨を黙示に、しかし、力強く意思表示しているからである。

このような租税回避行為の包括的否認を黙

53 東京高判昭和47年4月25日民集28巻6号1200頁＝行集23巻4号238頁・相続税の更正処分取消等請求控訴事件・三越事件(棄却。1：同族会社の行為計算の否認の外、一般的に租税回避行為の否認を認める規定のない我が税法においては、租税法律主義の原則から、租税回避行為を否認して通常取引形式を選択し、これに課税することは許されない。2：相続債務中の金銭債務が低利率である場合には、通常の利率による利息相当額から現実に支払う低利率による利息額を控除した差額を、なお経済的利益として享受するのであるから、債務の元本額から通常の利率と現実に支払う利率との差によって算出された中間利息を控除した残額をもって現在の債務の評価額とするのが相当である[判批：中川一郎・シュトイエル124号(1972年)1-12頁(11頁：権利濫用についても言及)；岡本弘嗣・シュトイエル126号(1972年)13-17頁(17頁：高裁判決の計算式は誤りと指摘。)；松沢智・税務弘報21巻1号(1973年)62-71頁]。

54 最三判昭和49年9月20日民集28巻6号1178頁＝集民112号595頁＝判タ313号252頁＝判時757号60頁＝金融法務事情738号36頁・相続税の更正処分取消請求上告事件＝三越事件(破棄差戻/差戻。1：「一 ……ただ、控除債務については、その性質上客観的な交換価値なるものがないため、交換価値を意味する「時価」に代えて、その「現況」により控除すべき金額を評価する旨定められているものと解される。」したがって、控除債務が弁済

すべき金額の確定している金銭債務の場合であっても、右金額が当然に当該債務の相続開始の時における消極的経済価値を示すものとして課税価格算出の基礎となるものではなく、あたかも金銭債権につきその権利の具体的内容によつて時価を評価するのと同様に、金銭債務についてもその利率や弁済期等の現況によつて控除すべき金額を個別的に評価しなければならぬのであり、かくして決定された控除すべき金額は、必ずしも常に当該債務の弁済すべき金額と一致するものではない。[改行][……]控除債務の金額を評価する趣旨は前記のとおりであり、……、所論のあげる弁済すべき金額の確定していない債務の評価についていえば、評価の対象となる債務は確実と認められるものにかぎる([相続税]法一四条一項)のであるから、右のような弁済額未確定の債務は、弁済すべきことが確実と認められる金額の限度で法二二条にいう取得財産の価額から控除すべき債務として評価の対象となるものであり、そのような金額の債務として評価した結果により、控除すべき金額がきまることとなるのである。」2：「二 そこで、弁済すべき金額が確定し、かつ、相続開始の当時まだ弁済期の到来しない金銭債務の評価について考えると、その債務につき通常の利率による利息の定めがあるときは、その相続人は、弁済期が到来するまでの間、通常の利率による利息額相当の経済的利益を享受する反面、これと同額の利息を債権者に支払わなければならない、彼此差引き

示に肯定する先例が、本判例後、数多くの裁判例に繰り返し影響を与えている。

2 法的意味の利息と「通常の利率」

利息は、資本の使用の可能性に対する対価であり、利益や売りに依らず、継続期間に依存する、金銭又はその他の代替物で弁済されうるものとして定義される⁵⁵⁾。利息は元本（資本）の使用に対する報酬（対価）であって、その資本の再投資による投資収益や投

下資本収益率を意味しない⁵⁶⁾。

単利での利息に関する民法の規定は、金銭消費貸借のみならず消費寄託についても適用されうる。本件寄託契約（借用金契約、保証金契約、預り金契約とも表記）は、返済期限を定められておらず、実質的には、本件宅地の明渡し時に返済される約となっている。これは典型的な永久債の形での消費寄託契約である。利息自由の原則（民法404条）のもとで永久債型の消費寄託契約の利率が1%に設定

されることとなるから、右利息の点を度外視して、債務の元本金額をそのまま相続開始の時ににおける控除債務の額と評価して妨げない。これに対し、約定利率が通常の利率より低い場合には、相続人において、通常の利率による利息と約定利率による利息との差額に相当する経済的利益を弁済期が到来するまで毎年留保しうるることとなるから、当該債務は、右留保される毎年の経済的利益の現在価値の総額だけその消極的価値を減じているものというべきであり、したがって、このような債務を評価するときは、右留保される毎年の経済的利益について通常の利率により弁済期までの中間利息を控除して得られたその現在価値（なお、右中間利息は複利によつて計算するのが経済の実情に合致する。）を元本金額から差し引いた金額をもつて相続開始の時ににおける控除債務の額とするのが、相当である。通常の利率より低利の債務を負担する関係は、これを経済的にみれば、一方において、通常の利率による債務を負担すると同時に、他方において、通常の利率による利息と約定利率による利息との差額に相当する給付を毎年受けるのと同様であつて、この場合には、債務の元本金額をそのまま控除債務の額と評価する反面、右の毎年受けるべき給付については、その現在価値を取得財産の価値に算入し、両者の差引きによつて課税価格を算出することとなるが、先に述べた低利の債務の評価減ということは、経済的には、右のような各別の評価による差引計算を債務そのものの評価として行うことにはかならない。」3：「三 これを本件についてみるに、原判決（その引用する第一審判決を含む。以下同じ。）によれば、上告人らの被相続人であるAは、昭和二九年一月二八日

株式会社訴外乙から一億二九〇〇万円を利息年一分の約定で借り入れ、同三七年一月七日その弁済期までなお五一年を残して死亡し、本件相続が開始したが、当時の通常の利率は、金融市場の趨勢からみて年八分とするのが相当であつた、というのである。そうすると、上告人らは、右相続債務につき年一分の約定利息を支払つてもなお、弁済期までの五一年間毎年借入額の七分（通常の利率と約定利率との差）である九〇三万円相当の経済的利益を留保しうるることとなるので、これについて年八分の複利計算により五一年間の中間利息を控除した現価を元本金額から差し引くと、一八三五万三三六五円となることが計算上明らかであるから、これをもつて相続開始の時ににおける本件債務の評価額とすべきである。」（各種下線強調及び四角括弧囲いは木村）[判解：佐藤繁「相続税の課税価格の算出上控除すべき弁済期未到来の金銭債務の評価方法」法曹時報28巻7号（1975年）1245-1251頁，判批：金子宏「相続税の課税価格の算出上控除すべき弁済期未到来の金銭債務の評価方法」法学協会雑誌95巻8号（1978年）1405-1412頁（1410-1411頁：相続人にとって利回りは金利と異なり、弁済期までの運用益をみるべきであり、複利計算を行うべきである。）][コメント：本件では利回りではなく利息が問題であつて、論理のすり替えが玉稿で見られる。]桜井四郎「債務の評価」別冊ジュリスト120号112頁；桜井四郎「債務の評価」別冊ジュリスト79号118頁；高橋・前掲注(39)46頁注1に掲げる裁判例とその本文)。

⁵⁵⁾ Canaris, aaO.(7)NJW 1978,1892.

⁵⁶⁾ 奥田・前掲注(11)50-51頁。

されている。この低利は、契約継続期間の超長期に亘じて、その利率が低減するという通常の金融経済理論に合致する。仮に、税法の観点から異常に低廉であるときには、民法の規定を回避する行為であり否認さるべきだと評価しうる⁵⁷⁾。この場合、約定利息ではなく、法適用者は単利の法定利率に代置すれば、法的意味の利息を規定する民法404条にも反せず、シンプルに解決しうるであろう。

本件にあつては、消費寄託の1形態である永久債の利息が問題であり、金銭消費貸借の利息が問題ではない。Xは、預かり金を元利均等方式などで弁済を一切行わない点で、金銭消費貸借を行っていないからである。

複利で元利均等返済されない、単利による保証金（消費寄託）について複利現価率の適用は合理的だと誰しも（ことに金融工学の有識者も）賛同しえないであろう。

3 裁判官は、当事者に代わり、金銭消費貸借契約を再構成

裁判官は、当事者の形成した法律構成に代えて、全く別な法律関係を再構成している。

(1) 裁判官による金銭消費貸借の再構成

裁判官は、判旨1を以て、当該金銭債務が永久債（保証債務）の形での金銭消費寄託という法的性質から、金銭消費貸借という法的性格に転換する。将来価値、満期に至る期数、複利での利率を既知数として、複利現価率（現在価値ファクター、割引係数ともいう。）を用いて相続時における現在価値に割り引こう（割り戻そう）とする⁵⁸⁾。

当事者が私法上、有効かつ適法な法律行為を実行している場合であっても、租税法の観点から、当事者がその権利自由を濫用し、以

て、その者について総税負担（節税を含む）が正義（事物の正義）に適っていないときには、その限りにおいて、法適用者は、租税法上、係争の法律構成を否認し、相応の法律関係を再構成しうる場合もあろう。そのため、上告審の裁判官は、永久債としての消費寄託契約とその期限を、金銭消費貸借契約や継続期間60年などに再構成しうる法的根拠を明確にしなければならぬであろう。あるいは、自らそのような権限を判例によって爾後形成する必要がある（判例法の形成）。

または、そのような再構成がどうしても必要ならば、当事者による法律構成に代えより相応な法律関係を再構成しうる権限を、法律は明文の規定を以て規定すべきであろう。

法適用者もまた、納税者と同じく、権利（例、裁判権、更正権）を濫用してはならない。

(2) 裁判官は、単利の約定利率や法定利率を上回る、複利の通常利率を付設

上告審の裁判官は、既述のとおり、約定利率（1%）や法定民事利率（5%、当時）を上回る通常利率⁵⁹⁾（8%）を付設する。通常利息の付設こそが、租税回避行為の否認を象徴しており、約定利息に代替する法律構成の好例である。

裁判官は、判旨2において、次のように判断する。すなわち、

「相続税の課税価格の算出において、相続開

⁵⁷⁾ Canaris, aaO.(7), NJW 1978, 1892-1982. なお、ドイツ租税通則法42条は、租税回避行為の否認規定を定めている。

⁵⁸⁾ 最三判昭和49年9月20日。

⁵⁹⁾ 通常利息の利率について裁判例のばらつきにつき、樋口・前掲注⁵⁷⁾112頁（注）。

始の当時まだ弁済期の到来していない金銭債務の約定利率が「通常の利率より低い場合には、その利率差によって留保される毎年の経済的利益について通常の利率により弁済期までの中間利息を控除してえられたその現在価値を元本金額から差引いた金額をもって相続開始の時における控除債務の額とするのが相当である。」(下線強調及び四角括弧囲いは木村)

上告審の裁判官もまた、「約定利率が通常の利率より低い場合」という副文(フレーズ)を以て、(節税を含む)租税回避行為を否認する場合における一つの判断基準を定立する。上告審のいう通常利率は、元本(資本)の再投資に基づく収益率を指しており、法的意味における利息ではない。裁判官は、利息のもとで、元本の使用の対価として正しく理解せず、元本(資本)の再投資に基づく利回り(第一審判決の表現によれば「預金運用利廻り及び貸付運用利廻り」)と判断する。

しかし、利息は元本(資本)の使用に対する報酬(対価)であって、その資本の再投資による投資収益や投下資本収益率を意味しない⁶⁰⁾。この通常の利率は資本の再投資から生ずる収益率を意味しており、法的意味の利息と異なる。

契約当事者は、民法404条の原則規定に基づき単利の約定利率を付設しているにも拘わらず、裁判官は、法的意味にいう利息でない、再投資収益率(利回り)を以て、通常の「利息」と説示する⁶¹⁾。

また、当事者は、民法405条(複利)ではなく、民法404条による単利の利息自由システムに基づき本件保証債務の利息を約定しており、かつ、契約期間が長いから、自ずと金融経済理論どおり低利を付設している。

さらに、同裁判官は判旨2において、「(なお、右中間利息は複利によつて計算するのが経済の実情に合致する。)」を挿入して、本件金銭債務について複利計算を求める。しかし、件の「中間利息」概念は経済の実情に合致しないばかりでなく⁶²⁾、本件金銭債務の利回りは、法的意味における利息と異なり、再投資収益率(利回り)を意味することは既に説明した。

(3) 約定利息が通常の利息よりも低い場合における規範を定立か

裁判官は、判旨2において、「相続税の課税価格の算出において、相続開始の当時まだ弁済期の到来していない金銭債務の約定利率が通常の利率より低い場合には、その利率差によって留保される毎年の経済的利益について通常の利率により弁済期までの中間利息を控除してえたその現在価値を元本金額から差引いた金額をもって相続開始の時における控除債務の額とする。」との規範を定立しようとした。

だがしかし、裁判官が永久債とその利息についての金融工学(本稿I・4・(2))を理解しようともせず、新たな「中間利息」概念を独創するなどして法律構成の形成権を濫用したのでは、上記の定立した規範から説得力がこぼれ落ちよう。けだし、Xが、預かっている保証金を第三者(某不動産管理会社)に再投資して、投資収益を稼得する場合、その投資利回り(これが「通常の利息」に相当する。)

60) 奥田・前掲注(11)50-51頁。

61) Canaris, aaO.(7), NJW 1978, 1891-1898 (1891); 奥田・前掲注(11)51頁; 中井・前掲注(12)106頁。

62) 高橋・前掲注(39)46頁以下。

の高低に拘わらず、その稼得所得は配当所得または雑所得として所得課税に服する。その結果、裁判官の定立した規範は、二重課税を引き起こし、説得力を欠く。万一、稼得所得がゼロならば、投資利回りは0%であろう。

4 相続5年後、譲渡時に譲渡所得税を

Xは、相続後5年を経過して、訴外乙に対し本件宅地の譲渡承諾を行い、譲渡価額と保証金との差額が決済されている。その時に、所轄税務署長は、Xに対し譲渡所得を算定し、譲渡課税処分を適法に行うことができるし、行うべきである。他方、訴外乙の所轄税務署長は、それに対応して、課税を適法に行うことができる。

課税庁が、訴外乙が本件保証金の資金につき融資を受けるため金融機関に提出したであろう取締役議事録等を横目調査などにより、違法収集し、相続後の本件宅地の譲渡取引を見込んで課税に及んだのであろうか。だが、もしそうだとすると、違法収集した証拠をYは裁判所に提出しているか否かは、判然としない。

V 結語

1 本件当初契約時後に、所得税法はみなし譲渡規定などを追加

本件の当初契約時〔1954〕昭和29年11月28日〕後に、所得税法はみなし譲渡規定などを〔1959〕昭和34年に追加規定している⁶³。

低廉譲渡に基因するみなし譲渡所得課税の規定（所得税法59条、所得税法施行令169条）は、契約当事者が、契約自由の原則のもとにおいても、その自由と法的形成権を濫用して、不動産譲渡契約による法律構成からその譲渡

益に対する所得税を不当に軽減する場合に限って、適用される。

他方、契約当事者が、堅牢な建物所有を目的とする地上権設定とその後の円滑な明渡しを企図して、金銭貸付（より正しくは、保証金消費寄託）を担保するための抵当権設定と「永久債」の形による保証金契約を有効かつ適法に実行している場合にまで、所得税法59条は、相続税事案に適用されるべきでない。永久債の利息は単利で約定されており、民法404条に違反しない。相続税法や所得税法が金銭貸付（保証金消費寄託契約）の利息を複利にせよと規定しているわけでもなく、まして、約定利率や法定利率を超えなければならないと定めていない。

以上、本稿は、法律の濫用ではなく、納税者ではなく法適用者による権利の濫用（職権濫用）が問われている事案を考察した。

2 原処分庁の職権濫用を防御するための、規定の必要性

法適用者による職権（形成権）の濫用防止が、目前の課題である。行政手続及び租税行政手続において、国民（例、納税者）は、原処分庁の職権濫用による事実認定及び行政行為を防御するため、不利益処分には先だち、一定の要件の下で、聴聞権を行使できなければならない（憲法・行政手続法）。

法律改正されるまでの間、公正な手続保障を規定する基本権保障の体系のもとにおいて、

⁶³ 植松・前掲注(1)8頁。植松は、本件における地上権設定と金銭消費貸借に係る契約は確かに特殊異例であると指摘し（8頁）、9頁以下において、複利現価率等について説明する。しかし、本不動産登記簿に徴し、契約当事者（訴外乙）は金銭貸付と金銭消費貸借とを明確に識別している。

憲法適合解釈が本事案においても適用されなければならない。さもなければ、職権濫用は防止しえないであろうし、何よりも国民の権利は侵害され続けるであろう。

3 裁判官による法律構成権（形成権）の濫用を防止するための、規定の必要性

法律の根拠もなく、裁判官が、当事者の形成した法律構成に代えて、新たな法律構成を形成する権利（職権）を濫用することの無いよう、これを防止する法律規定が必要である。

4 租税回避行為の包括的否認規定の必要性

租税回避行為の包括的否認の法律規定は、納税者の権利自由の濫用防止のためだけではなく、むしろ法適用者（例、税務職員及び裁判官・国税不服審判官）の権利濫用を防止するためにも必要である。本稿は、とりわけ法適用者による形成権（法律構成権）の濫用によって、永久債とその保証金機能について理解せず、そして永久債の形をとる保証金消費寄託契約を否認して、単利の約定利息に代え複利の通常利回りを付設することにより、更正処分取消請求を棄却している。この脈絡において、職権濫用防止のための法律要件とその判断基準の制定が必要である。

本最三判昭和49年9月20日の裁判官は、控訴審の場合と異なり、「法律の根拠なき限り、租税回避行為の否認をなしえない」という定型句を退け、租税回避行為の包括的否認を黙示に肯定していると解される。租税回避行為の包括的否認規定は、納税者のみならず法適用者による権利の濫用防止にも資するものでなければならない。

法律の規定がない場合には、公民（ここでは納税者）の権利自由の濫用を防止する目的

を実現するため、そして、法適用者による形成権（法律構成権）や事実認定権の濫用を防止するため、立法府のみならず、裁判官もまた、租税回避行為の包括的否認のための規範と判断基準を定立すべきであり、定立しようと解する。

5 包括的租税回避行為を防止する否認規定案の提言

本稿に先だち、別稿⁶⁴において、最二判平成17年12月19日⁶⁵・外国税額控除余裕枠利用（大和銀行＝りそな銀行）の位置づけと評価が詳細に試みられ、その結論がいわゆる内在説（目的論的縮減、俗に限定解釈）により制度濫用論として明らかにされている。この内在説では、法適用者の職権濫用を抑制し難い。

最三判昭和49年9月20日及びその下級審は、適用された数式を初め、間違いなく、不評であり、合理的理解の範囲を超えていた⁶⁶。本稿は、同判決及び下級審判決を理解しうる水準に位置づけ直している。

第2次大戦後、ドイツ連邦共和国は、ボン基本法のもとで、1977年ドイツ行政手続法と同様に、1977年租税通則法を制定し、これによって、国に対する国民の権利を明確に創定するに至った。ところが、1977年租税通則法はその42条において、前身の法条の表現をほぼそのまま継承した。このため、同条は、権利の濫用ではなく、法律の濫用という表現形式をいまだに用いている。

しかし、同条は、この表現形式にみる法律の濫用（若しくは制度の濫用）というよりむしろ、実質的には、権利の濫用を諫め禁止し

⁶⁴ 木村弘之亮「第3章 権利濫用」木村弘之亮＝酒井克彦（編）『租税正義と国税通則法総則』（信山社 2018年）83－195頁。

ているのである。法的形成権・法律構成の選択権、契約の自由は租税法においても濫用されてはならないのである。権利・自由の濫用は、国民と国との間における双方向の信頼保護の原則の成立を前提としており、所与の経済取引に不相応な法律構成が選択（形成）され、その結果、不相応に税負担が軽減される場合には、信頼保護の原則が毀損され、それに対応して、その範囲において法適用者は、権利・自由の濫用を租税法上認識しうる。

これと類似して、税法上の便益が、所与の経済取引に不相応な法律構成が選択（形成）され、その結果、租税法の想定する以上の税法上の便益が不相応に騙取される場合にも、信頼保護の原則が毀損され、それに対応して、その範囲において法適用者は、権利自由の濫用を租税法上認識しうる。

同様に、租税法の想定する税法上の便益が

不相応に法適用者により侵害され、その結果、不相応に税負担が加重される場合にも、信頼保護の原則が毀損され、それに対応して、その範囲において法適用者は、法適用者（例、租税行政庁）による権利の濫用を租税法上認識しうる。

日本国憲法が要請する実質的法治国原則及び実質的租税法律主義のもとにおいて、信頼保護の原則、権利濫用の禁止、平等原則という憲法価値を衡量した結果、以下に、租税回避行為の包括的否認規定私案を提示して、本稿を閉じることとしたい。法律の濫用ではなく権利の濫用が、同私案では問題とされている。その限りにおいて、同私案は1977年ドイツ租税通則法42条の規定を根底から法思想上革新している。けだし、主権在民・国民主権を標榜する日本国憲法の下において、国民（公民）が行政法・租税法の領域において国（そ

65) 最二判平成17年12月19日平成15年（行ヒ）第215号・民集59巻10号2964頁＝訟月53巻8号2447頁＝判時1918号3頁＝判タ1199号174頁・外国税額控除余裕枠利用（大和銀行＝りそな銀行）事件（破棄自判）←大阪高判平成15年5月14日民集59巻10号3165頁＝税資253号順号9341←大阪地判平成13年12月14日民集59巻10号2993頁＝税資251号順号9035頁。

前掲最二判は、「税法外の理由（事業目的）」と「税法上の理由（国際的二重課税の排除と税負担の公平に対する著しい侵害）」とを峻別し、実定税法に明文の規定のない「事業目的」に加重せずに判断を行っている。比較参照、谷口・前掲注5)27－32頁。

最二決平成17年12月19日平成14年（行ツ）219号／平成14年（行ヒ）第257号税資255号順号10242は「租税法律主義の見地からすると、租税法規は、納税者の有利・不利にかかわらず、みだりに拡張解釈したり縮小解釈することは許されないと解される。」と説示する。「みだりに拡張解釈したり縮小解釈することは許されない」ことは、正義なき法

実証主義が犯した無限解釈論を採らない以上、適切である。かえって、憲法84条の要請する実質的租税法律主義は正義を法理念としており、その下で法適用者は、制定法の目的に適合するように目的論的法解釈を施す。法適用者は、制定法の目的を実現すべく目的に適合するように体系的に首尾一貫して法文の語義の可能な限界内で縮小解釈しうる。

もっとも、最二決平成17年12月の採る内在説は、その実、目的的解释へと失墜する虞がある。それを阻止するために、包括的租税回避防止規定にドイツ租税通則法42条は改正されているのである。

66) 金子・前掲注54)1408頁（判旨疑問）；高橋・前掲注69)46頁以下；熊本敬一郎・シュトイエル156号（1975年）1－7頁（6－7頁：判旨一部疑問）；櫻井博行「無利息債務の相続評価—最判昭和49年9月20日を題材にして—」青山ビジネスローレビュー6巻1号（2016年）1頁（9頁：殊に「現況」につき判旨疑問）；その差戻審判決について、植松・前掲注(1)9－10頁。

の行政庁) に対して対等の権利を享有するからである。そして、その権利の濫用が租税法上責問されるからである。

第1項：[第1文] 法律構成の選択権を濫用して、税負担を回避することはできない。[第2文] 租税回避を防止するための個別税法における規定の構成要件が満たされた場合には、当該規定による法律効果を優先しなければならない。[第3文] それ以外の場合には、第2項又は第3項に規定する濫用が見られるとき、当該経済取引に相応な法律構成がなされたとすれば成立するであろうと同様の納税義務が成立する。

第2項：[第1文] 相応な法律構成と比較して法律の想定していない租税法上の便益を納税者又は第三者にもたらす、そうした法律構成を納税者が選択する場合に、濫用が見られる。[第2文] 納税者が当該選択した法律構成について、諸事情の全体像に照らして税法外の理由を立証する場合は、その限りでない。

第3項：[第1文] 法律上明確に定められない法律構成又は法律上予測し難い法律構成を法適用者が形成し、その結果、相応な法律構成の場合と比較して納税者又は第三者に不利益をもたらす場合にも、濫用は見られる。[第2文] 第1文により生じた損害請求権及び

原状回復請求の時効は、その事実が明らかになった時から、進行する。[第3文] 第1文に規定する法適用者とは、国税庁、国税局、国税不服審判所及び税務署の所轄長並びに所轄裁判所の裁判官をいう。

前掲第1項ないし第3項は、租税法の領域において、納税者(居住者、非居住者)の権利濫用の防止のみならず、法適用者の権利濫用(職権濫用)から防御することをその目的とする。当事者が形成した有効かつ適法な法律構成で、かつ、経済的合理性のある取引事例に対して、法適用者は、当事者の理性的な法律行為を否認して、あらたな事実認定や法律構成の形でその権利を濫用すべきではない。不正義が世に跋扈累積しないよう原状回復の手立てが必要である(第3項第2文)。

最後に、本稿は、納税者の権利濫用のみならず、とりわけ法適用者の権利濫用(職権濫用)を防御するため、租税回避防止規定案⁶⁷⁾提言している。

追記：木村弘之亮「租税正義—追悼 ティプケ・クラウス—」TKC会報2021年10月号24-29頁

⁶⁷⁾ 比較参照、2007年12月20日公布、同年12月29日施行、2008年度改正税法によるドイツ租税通則法42条。