

途上国の一般的租税回避否認規定（GAAR）の課題とわが国への示唆

—新興国を中心に—

青山 慶二*

要 約

一般的租税回避否認規定（GAAR）は、主として所得課税の領域において、課税要件の充足を回避する人為的なスキームに対抗する役割を期待して導入・適用される立法技術である。従って、判例法主義の国であるか制定法主義の国であるかを問わず、その導入・適用事例は、財源における所得課税の重要性が高く、かつ人為的なスキームの潜在的ユーザーである高額納税者や大型企業による経済活動が活発に行われる国であるのが通常である。そのような観点から開発途上国を観察すると、①社会資本の整備が遅れ貧困問題や極端な格差問題から脱却できないままの多くの途上国では、依然として税制・執行の焦点は関税・消費税あるいは源泉徴収を中心とした所得課税など少数の納税者との接触で済ませる徴税システムに依存していること、②所得の正確な把握は広大な地下経済の存在のため困難であること、③一方で、BRICSを中心とする新興国では、グローバル化の急速な進展の中で所得課税の重要性が再認識され、移転価格やCFC税制などの広義の個別的否認規定と併せて、GAARの整備が近年急速に進んでいること、が観察されている。

本稿では、新興国で採用されつつあるGAARの適用事例を検証して、我が国での導入に際して参考となる知見を得ることを目的とするものである。

本稿で取り上げた4国（インド、中国、ブラジル、南アフリカ）中では、GAAR適用に関する承認パネルの設置などで工夫がみられるインドと西欧並みの制度整備を行っている南アフリカが、我が国が立法を検討する際の参考になるものと考えられる。

4か国を個別に検討すると、まず、伝統的に制定法主義のブラジル及び判例法主義のインド及び南アフリカでは、いずれも厳格な租税法規の解釈方針の伝統の下で限定的な取引否認が裁判所で認められてきたものの、21世紀に入りグローバル経済の主たるプレーヤーとして多国籍企業の租税計画に対応する必要性に直面し、いずれも近代的なGAARの立法化に踏み切っている。ただし、3国とも具体的な適用ガイダンスの策定に手間取り、残念ながら十分な判例比較に耐えるようなGAAR解釈指針の集積は見られない。ただし、南アフリカでは英連邦の先行国（豪、ニュージーランド等）の立法実績を積極的に参照しており、また、インドでは株式の間接譲渡問題をも含めて外資撤退のリスクに直面したことなどからGAARの施行自体が延期されているものの、承認パネルの仕組みなど我が国が参照すべき制度設計が散見されている。

他方、行政国家の特色が強い中国は、2007年の国際取引を念頭に置いたGAAR制定後、精力的に通達レベルでガイダンスを作成しているが、適用事例は株式の間接譲渡が主体でまだ対象の広がりを見せていないようである。ただ、その適用には既存条約との整合性で

* 早稲田大学大学院会計研究科教授

疑問が呈されており、中国当局も新条約では GAAR との抵触がないことを条約に確認する規定を置くものが増えてきている。

我が国は、GAAR の立法化の是非を検討するに当たり、ベンチマークすべきものは先進国モデルとなることは当然としても、租税法主義の下での GAAR のガイダンスの重要性等については新興国の経験からも学ぶべきものがあると考えます。

キーワード：租税回避防止規定、途上国税制、租税条約

I. 本稿の目的

GAAR は、主として所得課税の領域において、課税要件の充足を回避する人為的なスキームに対抗する役割を期待して導入・適用される立法技術であると理解されている。従って、判例法主義の国であるか制定法主義の国であるかを問わず、その導入・適用事例は、財源における所得課税の重要性が高く、かつ人為的なスキームの潜在的ユーザーである高額納税者や大型企業による経済活動が活発に行われる国であるのが通常である。そのような観点から開発途上国を観察すると、①社会資本の整備が遅れ貧困問題や極端な格差問題から脱却できないままの多くの途上国では、依然として税制・執行の焦点は関税・消費税あるいは源泉徴収を中心とした所得課税など少数の納税者との接触で済ま

せる徴税システムに依存していること、②一方で、BRICS を中心とする新興国では、グローバル化の急速な進展の中で所得課税の重要性が再認識され、移転価格や CFC 税制などの広義の個別的否認規定と併せて、GAAR の整備が近年急速に進みつつあることが観察されている。

なお、新興国における GAAR の整備は OECD/G20 で取組まれた BEPS プロジェクトの提言をも反映して、今後更に拡大するものと予測される。

本稿では、新興国のうち、インド、中国、ブラジル、南アフリカの 4 か国での GAAR の適用事例を検証して、我が国での導入に際して参考となる知見を得ることを目的とするものである。

II. 途上国にとっての GAAR

II-1. 途上国の税制整備

20 世紀後半に独立を達成し国家建設に乗り出したアジア、アフリカ等の開発途上国は、先進国からの政府開発援助や国際金融機関の支援の下に、インフラを整備し経済開発の実をあげてきた。20 世紀末のアジア、ロシア、ブラジ

ルなどの金融危機を経て、国連は改めて 2000 年のミレニアムサミットや 2002 年のメキシコのモンテレイで開かれた国連開発資金国際会議での合意（モンテレイ宣言）において、開発資金の自己調達のための税制及び税務執行の確立に向けた国際支援も開発のための主要な手段で

あると定め、先進国からの更なる貢献を求めている¹⁾。途上国の財政の基盤をなす税制及び税務執行の整備・確立のための協力は、二国間に加えて、IMFやOECDなどの国際機関による知的支援としても実行され、国連・税の専門家委員会での国連モデル条約の改定作業等もその一環として進められている²⁾。

II-2. 途上国所得課税税制の特徴

多国籍企業によるグローバル経営が拡大する中で、近年、途上国は単なる1次産品や原材料の供給地の役割を超えて、製造・販売・研究など多国籍企業のバリューチェーンの中での実質的な拠点としての重要性を増してきている。

従来、途上国では外資の直接投資に依存した経済開発が行われる構造ゆえに、そのための下請機能を果たす国内プロパーの経済においては、規模の零細さや記帳をベースとした経営慣行が未成熟であるため、いわゆる公表統計に計上されない地下経済の規模の大きさが指摘され、そのため収支計算をベースとする所得課税の立法・執行は相対的に困難な状況にあるとみなされてきた³⁾。従って、関税・消費税への税収依存が高いという一般的傾向に加え、所得課税においても、各種支払に対する源泉徴収機能に大きく依存する等、課税執行コストが相対的に低い方式が採用されている⁴⁾。シェアの小さい所得課税の主たる納税者は、当該国に投資を行う多国籍企業や、国内の少数の富裕者であるが、前者についてはこれまでのところ、①事業に関する情報量の課税当局と納税者の間での非対称性、②当該国における国内法・条約両面での国際課税ルールの未成熟、③執行担当官の能力不足などにより、BRICS等の新興国を除い

て満足のいく課税がみられているとは言い難い状況にあるとみられてきた。

また、後者の国内富裕者層については、賄賂等の腐敗防止が必ずしも徹底されずまた地下経済の比率が高いことなどから、十分な所得捕捉ができていないという点が指摘されている。

従って、このような環境を背景とする途上国の所得課税の特色は、①給与・利子・配当・使用料など支払段階で少数の大規模納税者に源泉徴収義務を課する源泉徴収制度への大きな依存と、②帳簿に基づく収益計算を規定上は課税ベース決定の原則と定めつつ、みなし所得率課税など推計課税方式の広範な普及の2点に集約されよう。そのような所得課税方式の下では、取引当事者間に介在する詳細な契約及びそれに基づき発生する権利義務をベースとした収益・費用計算を帳簿に従い計算することを前提とする所得課税法制下で、意図的な租税回避に対応する目的で取引を否認・或いは引直し、本来の合理的な取引の下で仮想取引の収支計算ルールに従って所得を再計算することを内容とする近代的なGAARは、仮に立法化されていたとしても十分な利用領域は保障されず、従って、我が国でのGAAR導入に当たって参考となる経験値をそこから得られる可能性は低いと考えられる。ただし、グローバル経済の中で新たな製造基地或いは巨大な消費市場として進化を遂げつつあるBRICSをはじめとした新興国では、事業が生み出す所得に対する源泉地国としての税収確保への関心の高まりから、GAAR及びそれと類似する適用メカニズムを持つ移転価格税制への関心が高まり、それらの立法・適用に関して大きな発展を遂げつつある。

1) “Monterrey Consensus” (2002.3) www.un.org/esa/ffd/overview/index.htm より

2) Michael Lennard, “The Purpose and Current Status of the United Nations Tax Work” (2008.1) *Asia-Pacific Tax Bulletin* P. 24

3) Dr. Lothar Bublitz, “Legal Basics of Combating Tax Avoidance and Tax Evasion in South-East Asia” (University Hamburg (2014) P. 1) ここでは、GDPに占める地下経済の比率をベトナム15.1%、タイ48.2%と推定している。

4) Paulo Rosenblatt, “General Anti-avoidance Rules for Major Developing Countries” (Kluwer International (2015)) P. 14

II-3. 本稿の焦点

以上の通り、途上国ではGAARが有効に機能する環境が一般的には整っていないことから、本稿では、網羅的リサーチを避けBRICSを中心とした特定国のGAARの立法・執行状況を観察する。国別の分析の中では、立法過程などで我が国で参照すべき事柄はないか⁵⁾、また、そのようなGAARの適用リスクにさらされている日系企業の直面する困難を参照し

て⁶⁾、GAARの制度設計や執行過程で、我が国として反面教師にすべき事項はないかも併せて検証するものである。

なお、本件リサーチにおいては、2015.10に公表されたOECD/G20による「税源浸食・所得移転（BEPS）プロジェクト報告書を踏まえた検討も有意義となることが予想されるため⁷⁾、BEPS報告書の途上国GAARへの影響に関する予備的考察も追加している。

III. 主要な新興国のGAARの分析

III-1. インド

新興国の中で、Rule of Lawの伝統の下、直近時点でGAARの立法化を実現したインドを最初に取り上げる。インドは日本企業の進出が拡大しておりすでに移転価格など個別租税回避否認規定（SAAR）の分野で日系企業との課税紛争が伝えられていることに加えて、GAAR導入が海外からの直接投資にかかる租税回避事案への解決策として議論されてきた経緯があり、途上国型のGAARを観察する場合の一つの典型とも位置づけられるからである。

III-1-1. 租税回避行為否認に関する従来の判例法

インドはイギリス植民地であった経緯から判例法重視の国であり、GAAR導入前にも裁判所

が認めるGAAR法理が存在していた。新しいGAAR規定については、今後その解釈・適用に関し判例が蓄積されていくと思われるが、ここでは、後述するGAAR立法の制定に影響を及ぼしたと考えられる主要判例をまず概観する。

（1）2003年Azadi Bachao Andolan事件最高裁判決

過去の国際租税協会（IFA）年次総会で大きく紹介された判例であり、厳格な条約の法的自制解釈の手法を用いて、条約の便益を目的とした外資のトリートメントショッピング行動を認めることとなった最高裁判例である⁸⁾。インド司法のこのような解釈態度は英本国の判例以上に外形重視であり、英国の有名なWestminster法理がまだ生き続けていると評価されてもいる⁹⁾。

5) 本稿の新興国のGAARの制定適用条項及び判例の紹介に際しては、各国の条文・判決文のほか、IBFDの研究者 Cesare Silvani氏（Jones Day ミラノ法律事務所所属）によるIFAのリサーチペーパー“GAARs in Developing Countries”（2013.10.23）を参照している。その抄訳については、青山「途上国における一般的租税回避否認規定（GAAR）」（租税研究776号）P.225参照

6) 新興国における本邦企業の課税リスクについては、経済産業省貿易振興課による委託研究レポート「新興国における税務人材の現状と課税事案への対応について」（EY税理士法人、2015.3）を参照している。

7) 2015.10公表のBEPS最終報告書では、行動6（租税条約の濫用防止）の中で国内法のGAARに相当する主要目的テスト（PPT）の採用がオプションとして提起されているほか、行動12（タックスプランニングの開示）でも開示された租税計画に対する対応策としてGAARに言及されている。

8) Union Of India And Anr vs Azadi Bachao Andolan And An (2003) 263 ITR 706 (SC)。本件は、下級審であるデリー-High Courtでは、租税条約は本来二重非課税を許容するものではないとして原告の主張であるインドの課税権の存在を認めていた。IFA Cahiers, Vol. 89a, India Country Report, P. 387

事実関係は、インド・モーリシャス条約の株式譲渡に関する源泉地課税権否認条項と、トリートイショッピングの関係が争点になり、課税庁がモーリシャス法人の居住証明書の内容を基に源泉地課税権を行使しなかったところ、住民訴訟が提起され、原告は条約の明文規定はなくてもトリートイショッピングを発生させる取極めは否認できると主張した。これに対し、インド最高裁は、厳格な法的自制解釈指針を示し、特典制限（LOB）条項がない限りは、条約に濫用防止機能はないと判断したものである（また、条約は国内法に優先するので、LOB 条項を持たない条約下では法人格否認などの国内法上の濫用防止法理も適用される余地がないと判断している。）併せて、判示中では、途上国にとってトリートイショッピングは「必要悪」で

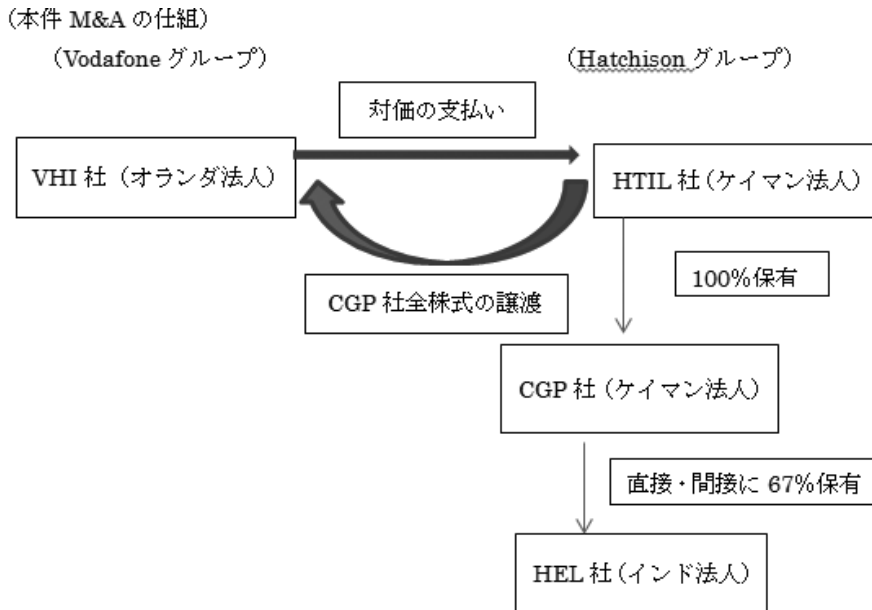
あり、外資導入の誘因として機能しているとも評価している。

この判決は、特定の締約国納税者の取引に対し、条約規定と国内法の租税回避否認規定の適用が競合する場合には、①条約が常に優先すること、②条約自体に LOB 条項や受益者条項などの租税回避否認のメカニズムが規定されていない限り、第 3 国納税者による条約ただ乗りを防げないことを宣言した点で、その後のインドの条約締結ポリシーにも影響を及ぼしている¹⁰⁾。また、BEPS プロジェクトにおける行動 6「条約の濫用防止策」の原点ともいべき判決と位置づけられている。

（2）2012 年 Vodafone 事件最高裁判決

本件事案も、最近の IFA で大きく取り上げられた最高裁判決であり¹¹⁾、第 3 国に所在する持株

A. 事実の概要



9) Shome レポート (“Final Report on General Anti Avoidance Rules (GAAR) in Income Tax Act, 1961”) P. 20 では、インド裁判所は厳格な法的アプローチを採っており、目的的解释を好まないとまとめている。本判決は、条約における LOB 条項の必要性を当局に喚起させるとともに、GAAR の必要性も当局に認識させた代表判例と位置づけられよう。

10) Majumdar Prasad, IFA Cahiers (Volum. 95A, 2010) P. 377 最近ではインドも LOB 条項の採用をポリシーとしている。

会社株式の譲渡による所得が、当該持株会社の傘下にあるインド法人の持分の譲渡に当たるとして課税した当局に対し、判例法上のGAAR（実質課税の原則や法人格否認の法理）は当該行為の仮装性や租税回避性を当局が立証しえた場合に限られると判示し、納税者を勝訴させた判決である。当該取引の事実関係は上図のとおりであった。

B. 判決要旨等

長文にわたる判決文中から、判例法上のGAARとの関係に言及した箇所には焦点を当てて、その法律構成をまとめると以下のとおりである。

判決の最初の部分で、本件は条約蹂躪に係るものではなくGAARの概念に関する事例であるとまず位置づけている。そして、インド法人を現実に支配している非居住者企業が組織形態あるいは法形式の濫用により合理的な事業目的もなく間接譲渡を行い、その結果租税回避あるいは源泉税の回避をもたらすときには、歳入庁は、当該取極めの形式や非居住の持株会社の活用による嫌疑対象となる行為を無視し、経済的実質に従い株式の譲渡を再構築して、現実の支配非居住企業に税を課することができるとしている。

他方、判例法上のGAARである上記法理を適用する場合においては、歳入庁は嫌疑対象の取引が仮装であるかまたは租税回避であることを、取引をとりまく事実と状況に基づき立証しなければならず、それが成功した場合に初めて実質課税の原理や法人格否認の法理が適用できるとし、本件では当局による立証が尽くされていないとして、納税者勝訴の判示を行った¹²⁾。

なお、傍論であるが、本件判決では条約蹂躪を論じる際にはより形式主義的態度を採るべきとしている。すなわち、Azadi事件判決の判旨に沿って、条約便益の制限は条約によって明示されねばならず、LOB条項等の規定が明示されていない条約では解釈でトリートメント防止機能を認めることはできないことを再確認している。

(3) インドの判例に対するコメント

A. 日本の判例

我が国最高裁は、厳密な意味において、租税回避行為があったときに一般的否認規定がない状況下で取引の否認が可能かどうかについて、明示的な判断を下していないとされている¹³⁾。課税処分の認容を行う場合にも、個別条文の解釈適用（フィルムリース事件判決）、当該課税減免制度の濫用（りそな外税控除事件判決）等を理由とした個別判断を行っており、判例法としての租税回避行為否認論を正面から取り上げその判断を下したものは見当たらない。その背景には、個別否認規定の解釈を超えた司法ベースでの租税回避否認の法理の創造は、実質的に立法機能に代替するものであり、課税要件規定の専門性に関する立法当局の裁量権を容認したS.60の大島訴訟大法廷判決に抵触するとの判断が根底にあるとも考えられる。

B. インドの判例との比較

それに対して、判例法主義のインドでは、一般的な司法上の租税回避否認法理の適用基準を、個別判例を通じて条約（上記判例（1））及び国内法（上記判例（2））の解釈原理とし

11) Vodafone Int'l Holdings B.V. vs Union of India, [2012] 341ITR 1 (SC). なお、IFAでの取り上げは2014 Mumbai Congress, Seminar C (Indirect Transfer of Assets) の Proceedings 参照

12) Salvani 氏の IFA 論文では、インド最高裁は、実質課税原則へのアプローチと条文のより厳格で形式的な解釈を捨て去ることへの不安の間で揺れているように見えると評価している。更に、仮装行為と実質課税の原則が混同されている（仮装行為はより狭いカテゴリーを通常は指す）点を指摘したあと、取引が租税回避である場合に実質課税の原則が適用できるとする場合に何が租税回避取引を構成するかが明らかでないこと批判している。もっぱら租税目的で行われたかどうかのみ判断すると、租税回避取引には、禁止されていないが税額を軽減ないしはゼロにするあらゆる取引や取極を含んでしまうことになってしまうとの批判である。

13) 金子宏「租税法（20版）」P. 125

て明示した。ここで取り上げた主要判例は、いずれも文言解釈を基礎とした伝統的な保守的解釈指針に忠実なものであり、その後の司法判断においても追認され、いずれも当局が敗訴している¹⁴⁾。その保守的な結論の是非は措くとして、これら判例を契機として一般的租税回避否認規定についての立法部局によるイニシアティブがスタートし、2013年の法案議決にまでたどり着いたものである。

税の紛争をめぐる司法・立法・行政の役割分化の中で納税者にとっての予測可能性の確保を図るためには、3者間の綿密な協働関係が必要と考えられるが、この点でインドの事例は司法判断を契機に立法が整備されたという意味で、近代司法国家の面目躍如と評価することもできよう。

C. Silvani 論文の指摘

なお、この点に関して前述した Silvani 論文では、インド最高裁の納税者勝訴を導き出す過程における次の2つの判断要素に批判的に着目している。

1つ目は、取極めの人為性の有無の判断に当たっての投資への参加・撤退のタイミングの問題である。最高裁は、持株構造が当初からあったのか又は株式譲渡の直前に発生したのが重要としているが、同氏は、手慣れた多国籍企業や税務アドバイザーは、投資の当初から緻密に出口戦略を立てているとして、最高裁の解釈基準の甘さを指摘している。

2つ目は、納税者の税目的と事業目的の比重に関する最高裁の寛容さである。裁判所は、タックスヘイブンを迂回する投資の事業目的が税目的よりも小さいとしても、マルチのスキームが有効であるとした。「多国籍企業がオフショアの金融センターに魅力を感じるのには、当該投資に対しより魅力的な便宜性を与えるためという

のが主たる理由である」との判断は、投資家のオフショア経由の税動機を軽視していると批判している。

ただし同氏も、最高裁が課税当局による突然のルール変更を認めないとする法的確実性に沿った判断を下したことは評価しており、インド課税当局が投資の源泉がモーリシャスでなく別のところにあることを知りながら従来それを放置していたとして投資家を保護した Azadi 判決の表現を引用した最高裁を支持している。

これらに見られるのは、裁判所の自制であり、インドのコモンローの伝統であるともいえる。LOB 各項やルックスルー規則の導入は立法政策の選択に委ねられているのであり、それを国内法や条約に取り込むかどうかは憲法上政府の任務である。最高裁は「法的確実性は法の支配の中核をなし、確実性と安定性は財政制度の基本的基礎を形作っている」と宣言して、多くの国際税務の専門家からの喝采を受けた判決を締めくくっている。

以上のインドの判例は、いずれも GAAR 制定以前のものであるが、これらの判示内容が、立法された GAAR の具体的な判断基準の設定にも影響を及ぼしたと推測される。

（4）Vodafone 事件判決後の間接譲渡にかかる判例

なお、Vodafone 事件後に、株式の間接譲渡を課税する国内法改正（SAAR に相当）が行われたが、改正法に基づく株式の間接譲渡に関する措置（譲渡の意味の遡及的変更）の適用については、条約をオーバーライドできないとして適用を拒否した下記 High Court 判決が注目されている¹⁵⁾。

14) 国内法関連の裁判例としては、配当落株の譲渡による租税回避事例につき事業目的が認定され当局が敗訴した Walfart Share & Stock Brokers P. Ltd. 事件最高裁判決があり、条約解釈にかかる裁判例としては、2013年インド最高裁 Sanofi Pasteur Holding 事件判決があり、いずれも課税当局の否認を判決は認めず、納税者を勝訴させている。

**（参考）2013年 Sanofi Pasteur Holding 事件
Andhra Pradesh High court 判決**

A. 事実の概要

フランス法人2社により組成された中間法人S社（フランス法人）を通じてインド法人株式を保有している状況下で、当初のフランス法人2社が第三者であるフランス法人にS社株式を譲渡したもの。同2社がインド課税当局に対し、キャピタルゲイン非課税の事前ルーリングを求めたところ、事前ルーリング局は、印仏条約14条の下でインドにキャピタルゲインの課税権があると判断したのに対し納税者が出訴し、High Courtは納税者の主張を認めた事例である。

B. High Court 判決の要旨

本件はVodafone事件と異なり租税条約の案件であり、GAARそのものではないが、再度インドの裁判所が、租税回避否認規定の当局による濫用に対してセーフガードの役割を果たし、外国投資家のマルチ階層でのスキームを無視することには極めて消極的であることを示した事案として、注目を浴びた。

本判決では、中間法人であるSPVが十分な経済実態を有するための閾値は相対的に低いことを確認している。すなわち、判決中では、繰り返しSPVの事業目的は事業子会社への投資のための便宜供与であると認定している。従って、SPVが全くの導管でない限り法人格否認は行われずインド裁判所は事業目的テストを満たしていると判断するように観察される。なお、当局にとって弱みとなったのは、フランスのジョイントベンチャーを解散時に否認しようとしたことであり、それ以前の利益配分には異議を唱えていなかった点である。従って、裁判所は再びVodafoneと同じ趣旨の判決を下した。加えて、裁判所は、所得税法2条（47）に従ってVodafone判決対応で立法化された株式の間

譲渡に関する措置（譲渡の意味の遡及的変更）の適用については、条約をオーバーライドできないとして適用を拒否している点が注目される。

Ⅲ－1－2. 法令上のGAAR

（1）立法の経緯

上記のような判例動向の下で、2009年以来インド政府はGAAR立法化を企画してきたが、以下のような紆余曲折を経て、ようやく2017年から施行される見込みとなった。

2009年歳入法案で直接税法典にGAAR導入の意向が初めて提案された（1961インド所得税法の改正を予定）。

2010年8月最初の具体的なGAARが直接税法典案の中身として公表された。ただし、直接税法典案はその後ペンディングのまま放置され、その後2012年歳入法案において詳細なGAAR立法を従来の所得税法典（1961）に付加する予定と政府は発表した。

2012年歳入法案で詳細なGAAR法案が所得税法10章Aとして正式に提案された。その立法趣旨では、①従来裁判所により判例法のルールとして援用されてきた実質主義（Substance over form）の法理について、経済的実質に着目するものと法的実質に着目するものに分かれて解釈が定着しておらず、巧妙な租税回避スキームの防止に役立たなくなっていたこと、及び、②最近のアグレッシブな租税計画や居住者に対する不透明な低税率課税の法域の存在、更には資本の移転に鑑みると、現行の緩和されたインドの法人税率の下では、課税ベースの浸食に備える必要が高いことが強調されていた¹⁶⁾。しかし、その後Vodafone事件最高裁判決（2012）を受けた間接株式譲渡課税の遡及適用改正¹⁷⁾への批判とも相まって、GAARの導入に関して海外投資家を中心とした大きな批判を

15) Sanofi Pasteur Holding SA v. Dept of Revenue [2013] 30 taxmann.com 222 (AP) 参照。

ただし本件は現在最高裁に上告中。

16) India, Finance Bill 2012, Memorandum explaining provisions relating to direct taxes, Section H: General Anti-Avoidance Rule (GAAR)

引き起こし¹⁸⁾、ファンドのインドからの逃避が警告されるなど外国投資家からの抗議活動が活発化した。

そこで、歳入法案の緩和化を図る改革案検討のために首相の下にGAARの適用に関するガイダンス等を検討する「Shome委員会」(次項(2)で詳説)¹⁹⁾が同年7月設立され、同年10月パブリックヒアリングも経て、同委員会は2012法案に対する改善勧告レポートを公表した。

同委員会の勧告を広範に反映した2013年歳入法では、GAARを規定した所得税法第10章Aの施行を2015.4.1と発表した。その後、2013年9月には財務省によるGAAR規則が公表されている(2つのセーフハーバーの規定:金額基準及び外国機関投資家による事前許可による株式譲渡の制度)

更に、2015年2月の予算演説で、歳相はGAAR施行の更に2年延長(施行日は2017.4)とその際、GAARについては遡及的適用は予定されていないことを発表した。

(2) GAAR条項の構成

A. 2012年歳入法で提案された否認要件の概要等²⁰⁾

a. 実体要件

GAARを規定する所得税法第10A章(95条から102条)は、まず95条において「納税者の取極めは本章の規定により、許容されない租税回避取極めとされ、その結果の課税が決定される。」と規定している。許容されない租税回避取極めは、同法96条により、いわゆる二分枝テストで定義されており、すなわち、①税利益獲得が取極めの主たる目的又は主たる目的の一つである場合であって、かつ、②納税者の取極

めについて次の4つの特殊事情のいずれかが見出される場合であるとしている。

- i) 独立第三者間では通常設けられないような権利・義務が創設されていること
- ii) 直接的または間接的に所得税法の条項の不正利用或いは濫用の結果をもたらしていること
- iii) 商業的実体がないか、97条の下で商業上の実態がないとみなされていること
- iv) 真正な目的上は通常採用されない手段或いは方法で取極めが契約され或いは実行されること

なお、更に上記iii)の「商業上の実態を欠くとみなされる」取極めについては、所得税法97条が次の3つのケースを列挙している。

- i) 取極めの実質または効果が、全体として個々の取引段階または取引部分と相違するか整合性を持っていないこと
- ii) 取極めに、迂回融資、協力者(accommodating parties)、相殺や相互に打ち消しあう効果を有する要素、1人以上の者を通じて取引が遂行され、当該取引の主要事項であるファンドの価値、所在地、所有権、または支配権が仮装されているもの、のいずれかが含まれているもの
- iii) 取極めに当事者の一方のために税便益を得ること以外の実質的な商業上の目的を有しない当事者の資産、取引、住所地の配置が含まれていること

以上の要件に合致して「許容されない取極め」と認定された場合には、課税庁には以下の措置を取ることを認めている(所得税法98条)。

- i) 取極めの無視或いは取極めの複数のステップの結合

17) この所得税法改正についても、GAAR法案を審査したShome委員会が改正の勧告を行っている。参照“Final Report on General Anti Avoidance Rules (GAAR) in Income-tax Act, 1961 Expert Committee (2012)” P. 36

18) 2013年9月のIFA年次総会では、インドのGAARの施行に対する懸念が大きく取り上げられた経緯が認められている。

19) 前掲注9)参照。なお、委員会の構成はShome博士を議長とし、他に3名の高級実務専門家(保険規制委員会の委員、国立財政政策研究所の委員、及び内国歳入庁税制担当次官)をメンバーとしている。

20) 前掲注16)の歳入法案コメントを参照している。

- ii) 関係する当事者の無視或いは結合
- iii) 所得や費用の当事者間での配分
- iv) 取極めが規定する当事者の居住地、取引地及び資産所在地の再構成
- v) 事業体或いは資産・負債、資本取引・損益取引の再構成

b. 手続要件

GAAR を発動するための手続要件は、承認パネルに事前に付託するという以下の通りの手続きが整備された。

- i) 歳入庁直接税総局の査定官は GAAR を発動する際には同部のコミッショナーに事案を付託しなければならない。付託を受けたコミッショナーは対象納税者からヒアリングを行い、その結果納税者の回答に満足できず GAAR を発動すべきと認定した場合には、更に「承認パネル（Approving Panel）」に事案を付託しなければならない。ただし、納税者がコミッショナーからの照会に対して異議を唱えず或いは回答しない場合には、コミッショナー自らが、当該取極めが許容できないものであるかどうかを判断しなければならない。
- ii) 承認パネルはコミッショナーからの付託受付後 6 月以内に処分を出さなければならない。その際には、提出資料の審査及び追加的な照会を行ったうえで、許容されない取極めかそうでないかの結論を下す。
- iii) 査定官は、許容されない取極めであるとの決定を得た場合、その結果に従った課税処分を算定する。GAAR 発動による処分が決定された場合の最終確定通知は、コミッショナーの承認を経た後、査定官から納税者に伝達される。そして、そのような確定通知に対する最初の不服申し立ては、不服審判所に申し出なければならない。
- iv) コミッショナー及び承認パネルに付託されている期間については査定を除斥期間の

対象外とする。

- v) 承認パネルのメンバーは、内国歳入庁直接税総局の理事会によって選定され、少なくともコミッショナー級以上の官職にある 3 名以上のメンバーで構成される。
- vi) パネルの手続き及び機能については政省令で規定されることとし、直接税総局理事会は GAAR 規定の適用に関する要件や手続きを前もって規定しておかねばならない。

B. Shome 委員会の提言による主な修正点

法案の提出は、前述したとおり株式の間接譲渡に関する遡及立法と同時であったこともあり、海外の投資家や税務専門家から多くの批判的な意見が表明された。政府はこれに応えるべく、法案に対する多くの意見について利害関係人とのコンサルテーションを実施し、併せて法案自体が作成を命じていた GAAR 適用のためのガイダンスを起草するという使命を高名な税務専門家である Shome 博士を座長とする専門家委員会（通称「Shome 委員会」）に付託した。同委員会は、わずか 3 月で最終報告書をまとめて政府に提出したが、政府は内容を審査しその勧告のほとんどを反映した改正案を 2013 年に歳入法案として提案し、採択されている。Shome 委員会勧告を反映した主な改正点は、以下のとおりである²¹⁾。

- a. 「許容されない租税回避行為」の主観要件は、「主たる目的或いは主たる目的の一つ」から単に「主たる目的」と改正したこと
- b. 「商業上の実態を欠くとみなされる」取極めについては、所得税法 97 条の 3 つのケースに次のケースを追加して 4 ケースとしたこと
 - 取極めが、獲得される税便益に帰せられる効果を別とすれば、その当事者のビジネスリスクやネットのキャッシュフローに意味のある効果を有していないこと

21) Statement of the Finance Ministers on GAAR, (PRESS RELEASE, DATED 14-1-2013)

- c. 査定官はGAARを発動する前にそれを必要とする理由を納税者に書面通知しなければならず、また、納税者には取極めが許容されないものではないことを証拠立てる機会が保障されるべきとしたこと
- d. 承認パネルの構成を以下の3人とする体制に改定したこと

座長は高等法院の裁判官経験のある者とし、外二人のうち1名は、歳入庁直接税総局の首席コミッショナークラスの職員で、もう一人は所得税、事業会計、国際取引実務等に特別な知識を有する学界の専門家とする

（注）Shome委員会の勧告では、承認パネルの構成は5人とし、座長を元高等法院判事、内国歳入庁より2名のコミッショナークラス、外部から2名の専門家となっていた。

- e. 承認パネルの決定を体现した指令については、課税当局のみならず納税者も拘束すること
 - f. 直接税法典案公表日（2010.8）以前に行われた投資については、執行の猶予期間が設けられること
 - g. GAARが発動される閾値は、税便益が3,000万ルピー以上の取極めとすること
 - h. GAARとSAARの双方が適用可能な時は、どちらか一方のみ適用すること
- （注）Shome委員会の勧告では、両者が競合する場合はSAARを適用すべきと指摘していた。

C. 我が国への示唆

インドのGAARは、立法のスタート時点で当局にとってアゲインストの環境下で制度設計が行われた。その背後には、モリシャス条約の活用を巡る海外投資家のインド市場での株式譲渡や、Vodafone事件判決に見られるようなインド株式の権益を海外当事者間での持株会社株式の間譲渡により源泉地での課税を免れるといういわゆるBEPS状況があり、このよう

なインバウンド投資型租税回避に対する有効な処方箋としてGAARの出番を期待する執行環境があったとみるべきであろう。Rule of lawの下での判例法に頼るGAARでは、英国のWestminster法理に始まる文理解釈の伝統を持つインドでは、グローバルビジネスにかかる巧妙な租税回避に対応できないとのフラストレーションがあったと思われる。

翻って我が国も、租税法律主義の精緻な理論に基づく紛争解決の伝統の下で、裁判所が積極的に立法意思を付度して目的論的解釈を行い、租税回避行為を否認するという経験は少なかった。我が国はインバウンド・アウトバウンドの国際取引のみならず、国内取引についてもタックスシェルター商品の跋扈の中で制定法によるGAARのニーズは高まっていると考えられ、この点で、直近で展開されているインドのGAAR立法過程は、我が国のGAAR立法を検討する際には、良きモデルになると考えられる。

ここでは比較法により以下の3点が指摘できると考える。

a. 2分岐テストの採用

米国をはじめとした先進国の多くは、GAARによる租税回避否認対象について主観要件と客観要件を組み合わせた認定基準（2分岐テスト）を採用しており、インドもそれら先例に即した判断枠組みを採用している。そして、2015.10公表のBEPS最終報告書では、行動3（CFC税制のベストプラクティス）がカテゴリーアプローチで資本・無形資産にかかるモバイルな所得を合算対象所得として着目しているほか、行動8～10（移転価格税制）でもキャッシュボックス法人が介在した場合のリスクと資本への所得配分に注目していること、更には行動6（租税条約の濫用）では、租税回避の意図からスタートするPPT（主たる目的テスト）と客観的なメルクマールで判別するLOB条項が並列する形で推奨されていることからみると、国内法のGAARの標準型が一つのモデルとしてBEPSの各提言に至る議論に

も生かされているように思われる。

そうであるとすれば、我が国がGAAR導入を検討する場合にはその骨格として2分岐テストは必須と考えられる。

b. GAARとSAAR（個別的否認規定）の関係

インドでも納税者の予測可能性の観点から、SAARの要件とGAARの要件が重複して充足した場合の両者の適用関係が問題視され、まずShome委員会はそのようなケースではSAARの適用を優先すべきと勧告した²²⁾。しかし、最終的な政府案では、どちらか一方のみを適用と指摘するだけで、両者の間に優先順位を付していない。

私自身も、グローバルビジネスが急速に展開する中で、租税法律主義の厳格な要請を守って租税回避の否認に当たりSAARに法的に優先的なステータスを与え続けることには、疑問を覚える。移転価格税制における基本3法優先から最適手法ルールへの変更の沿革は、状況は異なるものの、ダイナミックな事業実態の推移に税法の規定の適用を縦割のヒエラルキーで強制することの限界から生まれたものとも考えられる。だからと言って著者はSAARの規定する要件を軽視するという趣旨の意見に与するものでもない。SAARは立法に際して、できる限りGAARのお世話にならなくてもよいように立法すべきであり、その立法趣旨に合致する以上は当然SAAR適用可能性の検証が、納税者のみならず課税当局においても先行するものと考えられる。しかし、法の欠缺を埋める役割のGAARはその性格上常にSAARのバックストップとしての役割が期待されるものであり、両者の間に厳格な法的優先度を付すこととした場合には、GAARの機能の自己否定になりかねないと懸念される。従って、インドの選択は適切であると考えられる。

c. 納税者の予測可能性や権利を尊重したGAAR適用の手続き

インドにおける「承認パネル」の機能や構成に関する提案は、我が国においても十分参考になるものと考えられる。まず、GAARは従来と同族会社、組織再編、連結納税、帰属主義という我が国における先行立法事例に比べてはるかに広い分野をカバーするものであり、①事前に基本通達のような形で網羅的なガイダンスを設けることはほとんど不可能と思われること、②課税庁にとっても帰属主義や無形資産にかかる移転価格算定など最近の実質主義的な課税法理の広がりの中で、調査担当者にこれ以上過度の負担（複雑な適用要件該当性の判断）を強いることなくGAARの適切な運用を図るためには、承認パネルのような事前の紛争解決方式が導入されることが望ましいと考えられるからである。我が国もGAARを導入する場合にはパネルを設定し、取極めの経済的性格や法的性格についての客観的な検討を行って、GAARの適用可能性についてできるだけ公平な判定を担保すべきである。

d. パネルの構成

パネルメンバーには、事案の専門性に鑑み外部専門家の活用がmustであり、そのうえで判定の公平さを担保するためパネルメンバーの数的構成にも配慮することが求められる。

ただし、この分野について我が国は従来極めて経験が少ない。唯一類似するものとして、租税条約上の相互協議の潤滑化の観点で一部の条約に導入されている仲裁条項の機能があげられる。仲裁パネルについてもいろいろバリエーションがありうるが、我が国が合意している両当局が選定した仲裁人により第3者を議長として選定する3人による多数決仲裁人構成は²³⁾、OECDも例示するところであり、今回のインドの承認パネル（議長が裁判官であり残り2人

22) Shome report, P. 7では「SAARが適用される要件や事情の下では、GAARは当該要件の検討に出勤してはならない」と勧告している。

23) 例として、2010年12月締結「所得に対する租税に関する二重課税の回避及び脱税の防止のための日本国政府と中華人民共和国香港特別行政区政府との間の協定第二十四条5に係る実施取決め」

を官・民の専門家で担当）とほぼ類似した構成になる。ただ、取扱う事案の数が異なるので、仲裁パネルが事案ごとの選考で事件が終われば解散というアドホックな存在で構わないのに対し、承認パネルは少なくとも常設でかつ恒久的な事務局のサポートがなければ機能しない。インドがそのような観点からメンバー構成や事務局の設置を求めたことは適切と考えられる²⁴⁾。

ただし、インドのように課税庁の現職高級管理者がメンバーとなった場合には、恒久的事務局の運営が役所主導になる可能性があり課税庁の影響力からの中立性について納税者の信頼を損ねるリスクがあることにも留意する必要がある。もちろん我が国でも国税不服審判所が法曹資格者、会計士、税理士等外部人材の活用を広げており、国税局調査部には金融業の先端取引の経験者が採用されるなど、専門家の人事交流が進展していることは、承認パネルのような官・民混合組織の運営についてそれほど懸念する必要がないとも考えられる。

いずれにしても、インドのパネルはGAAR条項についての恣意的な解釈を防止し納税者に予測可能性を保証する仕組みとして、合理性のあるモデルの一つと考えられる。

Ⅲ-2. 中国

中国では、2007年の企業所得税の創設に合わせてGAARの立法化がスタートしており、一定の適用経験を経ている国と位置づけられる。ただ、残念ながら税務訴訟になるケースは報告されておらず、司法判断を経た解釈論は展開されていない。ただし、日系企業にとっては近年最大の直接投資先でもあったことから、GAARの適用に関する関心は極めて高い状況

にある。本稿では、中国当局が内部通達等で明らかにした適用ガイダンスを検証するとともに、当局により紹介されている匿名の課税事例を検討する。

Ⅲ-2-1. 法令上のGAAR

2007年に中国は内資・外資の法人課税を統合する新企業所得税法の創設に際し、GAARとSAARs（CFC税制、過小資本税制及び移転価格税制）を同時に導入した。移転価格税制、CFC税制、過少資本税制等のSAARsが41～46条に規定された直後に、GAARは同法47条として規定されており²⁵⁾、その配置場所からは、前置されたSAARを潜り抜けてきた租税回避行為を捕捉するいわゆる“Catch All”条項と位置づけられ、更には、中国税法におけるGAARが国境を越えた取引を念頭に置いたものであることをうかがわせている。すなわち、47条は、納税者が課税所得金額を減少させる結果となる合理的な事業目的を有しない取引でかつSAARがカバーしない取引を行った場合に、課税当局は合理的な方法で更正できると規定している。ここには、合理的と非合理的な事業目的という区分があるが、司法による法解釈の実績が少ない中国では、その最終判定権者は実質的に行政機関に任されることが多い。

また、立法権との関係でも、中国の税法に関する詳細規定の立法権限は実質的に行政庁（国家税務総局）に帰属しており、厳密な意味での「立法府の独立」が体现されているとは言い難い状況と観察されている²⁶⁾。

ところで、47条は、「企業が合理的な事業目的を持たない取極めを締結し、その結果課税所得や税額が削減された場合には、課税当局は調

24) 承認パネルは直接税総局に1つ以上設置でき、任期は1年（3年まで延長可能）としている。Memorandum explaining provisions relating to direct taxes (Finance Bill 2013)

25) Houlu Yang, "IFA Cahiers, Vol. 95A (2010))P. 211 なお、以下の中国GAARの法令関係の記述は、断りなき限り本資料を参照している。これらのSAARとGAARは第6章「特別税務調整」規定としてまとめられている。

26) 前掲注25) P. 210 なお、中国のBranch ReporterであるYang氏の表現を借りれば、「中国課税当局による条約適用の不明確な方針と、将来における国内法への遵法性への懸念が、納税者の予測可能性と確実性を阻害し、二重課税を発生させる可能性がある」としている。

整を行うための合理的な手法を適用することができる」という一般原則を宣言した条項である。条文はそれ自体曖昧であって、合理的な事業目的を欠くと課税当局が判断した場合にどの措置を取るべきなのかを決める基準は書き込まれていない。2007年12月に国務院は企業所得税法の施行令を発出したが、そこでは、合理的な事業目的を欠く場合とは、主たる目的が租税の減少、回避、繰延である取引を指すとしている²⁷⁾のみである。これは必ずしも明確とは言えず個別事案についての主観的な査定リスクを引き下げるものではなかった²⁸⁾、その後、より下位の立法形式である国家税務総局通達の法形式で具体的なガイダンスが発出された。

Ⅲ-2-2. 通達による補足

GAARの導入以後、中国は特に非居住者に焦点を当て、租税回避と条約蹂躪を防止する方向で規則を制定し執行を強化してきた。その一環として国家税務総局はGAARの執行に関して重要なガイドラインを通達として順次公表した（主なものは2009.1.8 Guo Sui Fa 2009 No. 2 通達）。

同通達第10章は、GAARの基本原則を執行する基本的枠組みを定めている。特に同92条は、当局が租税インセンティブの濫用、条約の濫用、法人形態の濫用、タックスヘイブンの利用、さらには真正な事業目的を持たないその他の取極めの利用を企てる企業に対し、GAARを適用すべきとしている。さらに、同93条では、税務担当官は実質主義（substance-over-form）アプローチを採り、当該取極めの法的形式、タイミング、それを構成する諸段階、それぞれの相互関係、当該取引の前後における当事者の財務上及び税務上のポジションの変動を考慮すべきとしている。最後に同94条は、課税当局が租税回避取極めを検出した時には、経済的実質に即してそれを再構成しなければなら

ないと規定している。経済的実質を欠く事業体の場合には、この再構成により中国税法上は法人格が無視されることになる。これらのガイドラインは、きわめて広範なものであり、納税者に残されている防御は、有効な事業目的の存在を証明するしかないことになるとみられている。

2009年公表の条約上の受益者概念を解釈した通達（Guo Shui Han2009, No. 81）でも、実質主義の原則が強調され、特に、受益者は所得の経済的所有者であり、実質的な事業運営に従事していなければならないとされている。

真正な事業目的の判断は、その後、事業再編及びM&A取引に関する2009年、2010年の通達でも繰り返し規定されている。中でも、特に、非居住者扱いは、事業再編に合理的な事業目的があり、事業再編の主要目標が税の軽減や繰延でない場合に限り認められるとしている。

ところで、2009年12月の通達698号において、国家税務総局は、実質主義アプローチを非居住者による株式の間接譲渡に対しても適用することを明らかにするとともに、この件に関して非居住者に報告義務を課した。すなわち、中間の持株会社がもっぱら租税回避目的のため設立され事業目的や商業活動を欠いている場合には、当局はGAARを発動し、そのような事業体は無視することができ、実態に基づいて当該キャピタルゲインに関する源泉徴収を行うことを確認したのである。その概要は以下の通り。

（参考）株式の間接譲渡に関する通達 Guo Shui Han (2009) No. 698 の6条

海外の投資家が、濫用的な組織形態或いは他の同様な取極めによって、中国の居住法人の株式を間接的に譲渡し、合理的な事業目的なく企業所得税の納付義務を回避した場合には、中国の課税当局は、当該株式の譲渡取引の事実をその経済的実質に即して再決定し、租税回避目的で利用されたオフショアの持株会社の存在を無

27) 国務院企業所得税法執行令第120条

28) 各国がOECD及び国連モデルの下で、条約に導入を考慮する主たる目的テストの表現ぶりと近いものであり、ガイダンスによる敷衍が必要な内容と考えられる。

視することができる。

すなわち、オフショアの譲渡人が直接中国居住法人の株式を譲渡したとみなし、当該譲渡人に発生した譲渡益については、中国で10%の源泉徴収に服させる。

なお、GAARの発動が租税条約と抵触するのではないかとの懸念に関し、中国の最近の条約政策として、中国当局が条約をオーバーライドしてGAARを適用できることを明示する条項を、租税条約に含める傾向が増えてきている²⁹⁾。2007年のGAARの導入以来、中国は条約の濫用は国内法の濫用とみなす国々(OECD1条コメンタリー9.2)の一員となったといえよう³⁰⁾。

III-2-3. GAARに関係すると目される課税事例の検討

中国では訴訟事案となった課税が報告されていないので、GAARの適用事例については課税当局が公開した情報に頼るほかない。開示されたもののほとんどは、外国法人等による株式譲渡事案に係るものである³¹⁾。

(1) GAAR制定前の2事例(Xingjiang事例及びChongqing事例)

前者はバルバドス法人による中国法人株式の譲渡、後者は、シンガポール法人による中国法人株式の譲渡に起因する譲渡益課税を国家税務総局が行ったものである。いずれも、新企業所得税法が施行される以前の事案であり、更正の

理由は外国法人が実質を欠いているとして、中国国内源泉所得として譲渡益課税を行ったものとみられている。すなわち、両ケースは不文法である濫用防止ルールを採用して決定されたと受け止めるほかないであろう³²⁾。

(2) GAAR立法化及び698号通達発出後の株式の間接譲渡事案(Fujian事例)

それまで形式重視であった国家税務総局は、インドと同様の株式間接譲渡事案について、GAAR立法により明らかに実質主義に基づく課税方針に転換した。インターネットなどを通じた情報公開を参照すると、実質主義に基づく事実認定が全国で積極的に展開されていることが分かる。その代表例としてのFujian課税事例は次のとおりである。

この事案は香港株主(個人)による中国法人の株式価値の間接譲渡事案であった。香港・中国租税条約では25%の株式保有が譲渡所得の源泉地課税権の閾値とされているが、納税者は自己保有の2法人(香港法人)を通じた中国法人株式の保有率はそれぞれが25%以下で閾値を下まわるため課税対象にならないとしていたものを、GAARを適用し、実質保有割合を勘案して課税したものである。

本件については、保有率の解釈、受領者概念と受益者概念の区分、企業所得税法の下で企業に対してのみ認められているGAAR条項の個人納税者までの拡張適用の可否などの、諸論点が指摘されている³³⁾。

29) 前掲注25)P. 210, P. 229 中国が締結する条約では、単なるGAARではなくOECDモデル条約1条コメンタリーパラ9.2の趣旨を体した「一般条項」を取り入れるものも増えている(例:シンガポール、香港、メキシコ、チェコ条約等)

30) 中国は途上国で唯一JITSIC (Joint International Tax Shelter Information Center)に加盟しているメンバー国であり、BEPSプロジェクトへの意欲的な参加など、租税回避対策の関心は極めて高い。

31) 前掲注25) P. 222-228

32) 一方、中国のこの更正処分を肯定的に解釈するものとして、British Tax Review, "Kevin Holmes" 論文による「国家税務総局の査定には、法の濫用法理の適用という合法性のある根拠が認められる。GAAR未成立の時に法の濫用法理を適用すること、事後にGAARを立法化してそのアプローチを形式化することの間には一貫性の欠如はない」がある。前掲注5) 青山P. 233

33) 前掲注5) Silvani 論文P. 29 (青山翻訳「租税研究」776号P. 234)

Ⅲ－２－４．中国の事例及び立法化プロセスについてのコメント

比較法の観点から中国の GAAR 形成過程を観察すると、必ずしも我が国の参考になる部分が多いとは言えそうにない。税法にかかる立法・行政の機能が実質的に行政部門に片寄せされた中国の状況下では、執行の恣意性に対するけん制は働きにくく、かつ、法解釈内容の透明性も判決等の資料なしでは確認しがたいと考えられる。しかし、BEPS プロジェクトで、条約濫用防止のための処方箋として提案・承認された特典制限条項（LOB）と主要目的テスト（PPT）の選択による対応への議論には中国も参加しており、今後 GAAR と共通するテストを内包する PPT の適用方針について OECD/G20 ベースで共通の理解が進めば、株式の間接譲渡課税に関する限りは、国際的にモニタリング可能な課税内容の開示が中国当局から行われることが期待できよう。

一方、我が国企業は中国での事業活動を活発化する過程で、現在は専ら移転価格などの SAAR 対応が中心であると伝えられているが、今後 M&A や出口戦略の利用の過程で、問題になる間接譲渡の課税に直面するリスクは高まることが予想される。その場合に、従来移転価格や PE 認定における中国の課税を批判的に検証し、ある意味で我が国にとっての反面教師としてきた経験が、この分野でも繰り返されることになる可能性もある。

いずれにしても、これからは日系企業に対して発生が予測される GAAR の実際の適用事例について、納税者から見た場合には新たな二重課税リスクへの対応の観点から、我が国税制当局から見た場合には GAAR を導入した場合の

合理的適用ガイダンス検討の材料として、詳しい分析が必要となろう³⁴⁾。

Ⅲ－３．ブラジル

Ⅲ－３－１．法令上の GAAR

ブラジルは、現在法令上の GAAR を有していないとされるが、2001 年に導入された内国歳入法典 116 条が GAAR であると指摘する文献や判例は見受けられる³⁵⁾。116 条は次のとおり定めている。

「行政庁は、課税要件事実の発生或いは納税義務を構成する要素の本質を隠ぺいする目的で行われた法律行為或いは事業活動については、普通法により定められる手続に従い、無視することができる。」

しかし、この条文の適用の前提である後段にある「普通法により定められる手続（課税当局による適用の具体的な要件、ガイダンス及び手続を内容とする）」が当分の間立法化されなかったもので、まず、116 条のみでは課税当局は GAAR として発動しようがないという問題が判例で確認されているようである。また、同条の前半部分についても、私法上無効ないわゆる通謀虚偽表示に対する税法の当然の適用ポリシーを定めたもので、そもそも GAAR と位置づけられるものかとの疑問も寄せられている³⁶⁾。

しかし、手続規定が未施行とはいえ、2001 年の 116 条導入は課税当局に勇気を与えることとなり、租税審判所（CARF）³⁷⁾も、それまでの権利濫用、事業目的理論、Substance over form 法理を採用しなかった厳格な制定法解釈の伝統的ポリシーを脱却し、取引の経済的目的及び法的原因を検証する立場に変更したといわれている³⁸⁾。すなわち、他国で採用された租税

34) なお、中国の間接譲渡税制に関しては、租税条約との抵触の可能性の観点から関心が高まっている。この論点を中国の実務家の目から批判的に解説するものとして、青山「海外論文紹介（Qiguang Zhou, “The Relationship between China’s Tax Treaties and Indirect Transfer Anti-avoidance Rule”）」（租税研究 785 号）P. 397

35) Heleno Taveira Torres, “IFA Cahiers, Vol. 95A” P. 149

36) 前掲注 5) Silvani (青山) P. 229

37) 財務省の下に設置された不服審判機関で「税務監理審議会」とも訳されている。

38) 前掲注 35) P. 154

回避行為否認のための解釈やアプローチ（事業目的法理、ステップ取引原理、法形式の濫用等）に依拠して、租税目的の取引に対しよりアグレッシブにチャレンジするようになったと指摘されているのである。ただし、それらの処分では、あたかも116条が白地小切手のように使われて課税の根拠とされているため、ブラジルにおける租税計画をめぐる法的不安定性を悪化させ、どの要素が納税義務を決定づけているのか見極めることを困難にしているとも指摘されている³⁹⁾。すなわち、仮装行為否認規定により類似している116条は、文理上、納税者の本来の法的効果意思を無視して課税当局に再構築することまで許容しているとは解釈できないし、仮装行為の否認はGAARに頼らずとも課税当局や租税審判所は私法上の仮装・隠ぺい法理を適用できると考えられるからである。従って、裁判においては、後述するように、厳格な税法解釈の伝統に従い課税処分が棄却される例が散見されている。

なお、ブラジルで、GAARについては制定法が必要とされたと考えるもう一つの理由は、歳入法についての税制研究所の改正案（第3条）がGAARの導入を提案している点である。その提案内容は、以下の要件が満たされた場合に租税回避行為を否認できるとしている。

- ・税の便益があること
- ・当該行為や契約には税以外の理由が存在しないこと

改正案3条2項は、当該行為等が納税者の資産や組織体に影響を及ぼす場合には、租税以外の理由があるとみなすとしており、更に、3条3項は、私法が納税者に対し複数の法形式の選択を認めている場合には、節税目的のみによって行われたとしても、課税上それを否認できないとしている。

Ⅲ-3-2. 判例

ブラジル税制は、ブラジルの連邦制憲法を根拠とする強固な租税法主義の原則に立脚している。従って多くの著者は、租税回避行為を制限する理論（例えば法の濫用やfraus legis）は、ブラジル税制では一般的には適用されないとしてきた⁴⁰⁾。税務査定において課税当局は、経済的な解釈余地をもたず、課税要件の法的記述に完全に従うべきとする規律であり、納税者の裁量に対する唯一の制限は、詐欺、仮装及び脱税（fraud, simulation and evasion）のみであるとするとするものである。

ただし、116条の導入後は、租税審判所（CARF）は、取引の経済目的或いはその法的原因を検証する方針の採用へ、舵を切っている。

まず、上級CARFのHering事件判決（2009年）では、課税の空白は適切な立法措置によって埋めることができるのであり、ブラジル課税当局は、歳入法116条に手続法が制定されていない状況下では、法的仕組みを無視する権限を有していないとした。次に、具体的なGAARの適用事例を、前記のSilvani論文での紹介⁴¹⁾を参照して検証してみよう。

（1）Focom事件等判決

A. 事実の概要

取引は欠損会社が黒字会社を合併するといういわゆる逆さ合併事案である。休眠会社で繰越欠損金を有するF社は、稼働中のファクタリング会社FF社を買収し、純粋持株会社となった。これに対し、課税当局は、①F社によるFF社の買収は仮装行為であること、②真実の取引は、FF社によるF社の買収の逆さ合併であること、③その仕組みを用いないと、F社の繰越欠損金の活用は不可能であったのが取引の理由であること、を認定して116条に基づき繰越欠損金の相殺を否認する課税処分を行った。

39) 前掲注5) Silvani (青山) P. 229

40) 前掲注35) P. 149

41) 前掲注5) Silvani (青山) P. 229-232

B. 租税審判所（CARF）の判決

順合併を取るか逆さ合併を取るかは、納税者の選択肢の範囲内であり仮装行為にはあたらずとして、納税者を勝訴させた。ただし、116条が手続規定を伴って本格的に施行されると否認されるであろう旨を、付記している点に特徴がある。

ただし、CARFは2007年に同様なケース（Klabin事件判決）においては逆の結論を出しており、両判決の事実の差は、前者が、買収法人の法人名と定款の変更等が合併前に行われたのに対し、後者では合併後の行われた（Klabin事件）という点であった。しかし、Klabin事件判決の後、CARFは別件でFocom事件のスタンスに戻っている。

なお、連邦地裁では、同様の逆さ合併の別の事件において課税庁の処分を認めたが、その理由は合併で生き残った法人は法律上吸収された法人の方であり、合併には真実の事業目的がないと理由づけたものであった。

（2）その他のGAARの適用を認めなかった判決

A. Kiwi Boats事件判決

元々単一法人であったものが分割によりそれぞれが小規模法人優遇特例の適用を受けていた2法人（同一場所で、同一事業に従事）について、課税庁が、実質的に単一法人の事業と認定して116条により課税を行った。CARFは納税者を勝訴させたが、その際の論拠は、課税当局の否認は、私法上仮装隠べいが認められる場合に限るとし、本件はそれに当たらずとしたものである。

B. Banco Santander事件判決

買収の際ののれん相当部分の対価の5年償却制度を利用した租税計画への課税処分をめぐる事件である。民営化されたかつての国有銀行の買収者がスペイン法人（外国法人）であり、そのままではのれんの償却特例の適用資格がないため、ブラジルの中間持株会社を介在させて買収した事例である。課税庁は更正処分を行った

が、その理由は、スペイン法人がブラジルに創設した持株会社はSPVにすぎず、本件逆さ合併にはのれん部分の国内償却を可能にすること以外の目的は見いだせないとする116条の適用であった。

CARFは納税者を勝訴させたが、その理由は、持株会社が特定の目的のために設立されたものであるとしても、課税を引き起こす要件を隠べい仮装するような仮装行為を実行するために設立されたSPVとは認定できないというものであった。

C. Telemar事件判決

これもブラジルの国営電信会社の民営化に伴う株式買収事件であり、上記（1）の事件と同様に逆さ合併の形式がとられた。課税庁は116条を適用して更正処分を行ったが、その理由は、本件逆さ合併は、税のメリットのみを目的とした仮装行為であり濫用的なものであって、控除は認められないとするものである。これに対し、CARFは納税者を勝訴させたが、その判断の中で、「課税庁は仮装行為を否認できるが、仮装の概念を拡大し法律制度の枠内で行われた合法的な行為を主観的な解釈によって否認してはならない。更に、116条の適用が可能になっていたと仮定しても、本件では適用できない」とし、併せて、116条は真のGAARではなく仮装行為否認規定であるとの分析を示した。

Ⅲ-3-3. ブラジルの立法化プロセスおよび判例についてのコメント

ブラジルは制定法主義の下で、厳格な文理解釈を中心とした税法解釈の伝統を長い間保ってきている。その中で誕生した内国歳入法典116条は、まず構造的に通常のGAARのように不当な租税回避全般をカバーする規定ぶりとはなっておらず、むしろ私法上も無効である仮装行為に限った適用要件であるかのような体裁であった。従って、新法に基づき課税庁がチャレンジした116条適用案件は、そのほとんどが租税審判所等で当局敗訴の結果を見ている。

我が国も、憲法が保障する租税法律主義の下、厳格な課税要件規定の解釈を原則としており、ブラジルの伝統に近いと考えられる。従って、ブラジルの経験からは、GAARは法律条文としての整備に留まらず、その具体的な適用ガイドランスの構築に力を入れることで、納税者の予測可能性を保障し、かつ裁判所での最終的な解釈の統一を可能にするとの教訓を得ることができであろう。

ところで、ブラジルのGAARを論じる際には、関連するSAARである移転価格税制についても付言する必要があるであろう。ブラジルの移転価格税制は、「国連移転価格マニュアル」第10章に国別立法例の一つとして特記されているが、比較対象企業の利益率を個別に探索するOECDモデルではなく、業種別に法定の独立企業間利益率を定めてそれに基づく申告を求める制度となっている⁴²⁾。このような仕組みの移転価格税制は、法定利益率の設定如何では、実質的にGAARと同じ機能を果たすことになる懸念される。すなわち、法定利益率が真実の独立企業間利益率に比べて高く設定された場合には、納税者の比較対象取引を参照した申告を一律に（課税庁の不当かどうかの裁量判断による引き直しではなくではなく、法定率による引き直しで）否認する効果を持つからである。今後我が国からの進出が拡大すると思われるブラジル税制のモニタリングの重要性は、大きいと考えられる。

Ⅲ－4. 南アフリカ

Ⅲ－4－1. 法令上のGAAR

南アフリカのGAARは1941年という早い時期に導入されている。その後の改正を経た2006年改正の現行法（所得税法80A条）では、否認対象取引である「許容されない租税回避取極め」を、次の2分岐テストを充足する場合と規定し、その取扱いについて詳細な規定を

定めている。2分岐テストの内容は英連邦国として英国の影響を強く受けており、以下の通り最近導入されたインドの法制とほぼ同等なものとなっていた。

ただし、改正当時の立法当局の文書からは、OECD諸国と同様の国内取引を主な適用対象としたGAAR改正の動機（ハイブリッド商品への対応等）が指摘されており⁴³⁾、本稿で取り扱った他の3か国が主としてインバウンドの投資にかかる租税回避をGAAR適用の主眼としていることとは、GAAR立法の背景が異なるように見える。たとえば、後述する改正前の当局の敗訴事案への対抗策を意識して、「仮に当該取極めが全体としてみれば純粋に商業上の動機で行われたとしても、当該取極めの1部分に対してGAARを適用することが可能である」としている点は南アフリカのGAARの特徴として注目すべきと思われる⁴⁴⁾。

(1) 2分岐テストの構造

所得税法80A条が規定する2分岐テストの内容は、英連邦諸国と同様の構成を採っており、以下の通り前述のインドの所得税法第10章Aとバラレルである。

(a) 当該取極めの唯一又は主たる目的が税務便益を得ることであり、かつ (b) 以下の汚れた要素のいずれかを具有していること

- ① 真正な目的上では通常採用されない手段或いは方法で取極めが契約され或いは実行されること
- ② 独立第3者間では通常設けられないような権利・義務が創設されていること
- ③ 直接的または間接的に、所得税法の条項の不正利用或いは濫用の結果をもたらしていること
- ④ 商業的実体を全体として或いは部分的に欠いていること

なお、2分岐テストの(a)については、

42) 青山慶二「国連モデル条約に基づく2012年移転価格マニュアルについて」（租税研究765号）P. 275

43) South Africa, Ministry of Finance, “Budget Tax Proposal, 2005/6” P. 16

44) この点を指摘するものとして、前掲注4) Silvani, P. 47

2006年の改正により「取極め自体の目的」に関しては客観的に認定することとされ、当事者の主観的目的如何は重要ではないとされている。

更に、2分岐テストの（b）④における『商業的実体を欠く取極め』については、同法80C条が、「一方当事者に実質的な税務利益をもたらしながら、当該当事者の事業リスク或いは純キャッシュフローに実質的な影響を及ぼさないもの」と定義づけている。

（2）立証責任

更に、立証責任に関する規定としては80G条が設けられており、そこでは、取極めの一方当事者が税務利益を現実享受する場合には、まず当該当事者は「唯一又は主たる目的が税務利益を得ることにある租税回避取極めに関与したものとみなされる」ことになり、そうでないことを主張する当事者にその旨の立証責任が課されている。

（3）課税庁の否認権限

上記（1）の条件に合致すると課税庁が認定した場合には、課税庁は処分の際に事実を以下の通り認定できるとしている（同80B条）。これらについても前述のインドの法制と同様の構成を採っている。

- ①取極めの一部について無視したり他と結合したりあるいは再構築する
- ②関連協力者の存在を無視する
- ③複数の関連者を単一の納税者と見なす
- ④取引関連者間でグロス所得、資本の受取又は発生及び費用やリベートを再配分したり再構成する
- ⑤許容されない租税回避取極めは、あたかも締結されずあるいは実行されないもの等と見なす

（4）2006年GAAR改正の焦点

2006年改正の討議文書⁴⁵⁾では、Westminster

法理の亡霊に取りつかれ真面目な納税者が犠牲になってきた原因である1959年以降改正が見送られてきた旧103条がついに改正されたと宣言するとともに、改正されたGAARは「強いGAAR」であるとともに「納税者の予測可能性を高めるGAAR」に生まれ変わったと歳入庁は説明している。なお、当該討議文書では他の英連邦国とのベンチマーキングを詳細に実施しており、中でもカナダ、オーストラリア、ニュージーランドのGAARへの接近の姿勢が以下のとおり随所にみられた。

- i) 対象スキームの属性である非通常性（abnormality）の判断について、限定的ではない諸要素をリストアップしたこと
 - ii) 租税回避の目的テストでは、事実関係に照らして客観的に判断すべきとしたこと
 - iii) 103条は大きなスキーム中の一部分に対しても適用できること
 - iv) GAARはSAARの代替としても課税庁は行使できることを確認したこと
 - v) 過少申告に至ったプロモーターと納税者に対する新しいペナルティを導入したこと
- （注）その後2011年の税制改正では英国及び米国並みの租税回避スキームの開示義務を、プロモーター及び納税者に課している。この開示義務については、2015.10公表のBEPS最終報告書の行動12において、ベストプラクティスとして勧告されている。

Ⅲ-4-2. GAARに関する主要判例

南アフリカはコモンローの国家として租税回避に対しても複数の判例を蓄積してきているが、裁判所が実質主義（Substance over form）法理を適用する場合には、あくまで法的実質があるかどうかで判断しているようである。また、裁判所のアプローチは、まず実質主義での否認が可能かどうかを検証し、それが駄目である場合にGAAR援用を認めるとの手順を踏んでいる。

45) “Discussion Paper on Tax Avoidance” SARS (2005.11)

ただし、GAARに関する判例は必ずしも一貫性を持っているとは言えない状況にあった。

以下には、そのことを示す2事例を紹介する。

（1）Conhage (Pty) Ltd. 事件判決⁴⁶⁾

本判決は、2006年のGAAR改正の大きな原因となった判決であると広く知られている。

A. 事実の概要

本件は典型的なセールアンドリースバック取引で、南ア税制にキャピタルゲイン課税が導入されていない時期の事案である。Conhage社は新たな設備投資のため銀行借入れを申し入れたが、銀行はこれを断り同社にセールアンドリースバック取引を勧めた。同取引を選択すれば、同社はキャピタルゲイン課税に服することなくレンタル料の損金算入が可能となるメリットが認められるからである。課税庁は同社の支払レンタル料の損金算入について、実質主義及びGAARを援用して否認したところ訴訟となった。

B. 判決要旨

判決では、まず当局による当事者の取極めをローンとみなす主張を退けた。次に、納税者の本件取極めの唯一の目的は税負担の縮減にあり、同社にファイナンスのニーズがあったことは本件では斟酌されるべきでないとの当局の主張についても、同社にはファイナンスの実際のニーズがあり、本件の税務便益はその歓迎される副産物に過ぎないと判示した。

裁判所によれば、本件事業目的を達成するために取りうる方策は納税者に複数あり、そのうち税負担の少ない方を選択する権利は認められるということである。

（2）NWK Ltd. 事件判決⁴⁷⁾

本判決も、偽装行為の理論と実質主義の間の

垣根を外したとして批判され、2006年改正のきっかけの一つとされている。

A. 事実の概要

本件は偽装された複雑なローン取引と先物取引について課税庁が否認して訴訟となったものである。

B. 判決要旨

裁判所は、まず傍論として、取極めが偽装かどうかの判断は、締約条項に従って取極めを実行させる意図があるかどうかで判断すべきではないとのGAARの解釈基準を示した。そこで、本件ローン及び先物契約の商業上の実質とビジネスの意義を検証したうえで、当該取引の目的がただ脱税することにある場合には、裁判所はそれを偽装のものとして無視しなければならないと判示した。

Ⅲ-4-3. 南アフリカの立法化プロセスおよび判例についてのコメント

BRICSの一員であり、かつ最近GAARに関する抜本的改正を行った新興国として南アフリカを取り上げた。しかし、上記の分析で明らか通り、南アフリカのGAAR改定のプロセスはGAAR適用を認めた判例蓄積は少ないものの、他の3カ国とは異なりほとんど先進国モデルであるといえる。特に、租税回避スキームのプロモーター及び納税者の双方に開示義務を課し、厳しいペナルティを課す措置などは、BEPSでもベストプラクティスとして推奨されているところであり、我が国においても参照すべき点があると思料される。

46) CIR v. Conhage (Pty) Ltd.1999 (4) SA1149 (SCA) 61SATC391

Lynette Oliver "IFA Cahier Vol. 95A (2010)" P. 720

47) Commissioner for SARS. v. NWK Ltd. 2011 (2) SA67 (SCA)

IV. 結論

インド、中国、ブラジル及び南アフリカの各新興国における GAAR 立法の沿革と適用事例を概観したことにより、以下の事実が明らかとなった。

まず、制定法主義のブラジル及び判例法主義のインドや南アフリカでは、いずれも厳格な租税法規の解釈方針の伝統の下で限定的な取引否認が裁判所で認められてきたものの、21 世紀に入りグローバル経済の主たるプレーヤーとして多国籍企業等の租税計画に対応する必要性に直面し、いずれも GAAR の立法化に踏み切っている。ただし、3 国とも具体的な適用ガイドランスの策定に手間取り、残念ながら司法による GAAR の解釈理論の集大成といえるほどの判例蓄積は見られていない。特に、インドでは株式の間接譲渡問題をも含めて外資撤退のリスクに直面したことなどから、GAAR の施行自体が延期されている。

一方、行政国家の特色が強い中国は、2007 年の GAAR 制定後、精力的に通達レベルでガイドランスを作成しているが、適用事例は株式の間接譲渡が主体でまだ対象の広がりを見せていないようである。ただ、その適用には既存条約との整合性で疑問が呈されており、中国当局も新条約では GAAR との抵触がないことを条約に確認する規定を置くものが増えてきている。

我が国は、GAAR の立法化の是非を検討するに当たり、ベンチマークすべきものは先進国モデルとなることは当然としても、租税法律主義の下での GAAR のガイドランスの重要性については新興国の経験から学ぶべきものもあると考える。本稿では直近の改正作業であるインドの立法過程について特に詳しく検証し、我が国への示唆となりうる内容を抽出した。そこでは、インドの承認パネルの検討に見られるように、納税者の予測可能性を確保するための施策とい

う GAAR 整備の上での必要条件について、具体的な知見を得ることができた。これらの検討内容は、我が国にとって参考となる面が大きいと思われる。

更に、投資者として長年新興国で課税問題に直面してきた日系企業納税者の立場からは、これらの国における GAAR 適用のリスクについては、ブラジルに見られる移転価格のみなし利益率課税や、各国に蔓延している安易な PE ののみなし利益率課税など、その適用効果が GAAR と同等のものと位置づけられうる課税制度と同様なものであり、同等の問題関心を持って真剣に対処する必要があると考えられる。特に 2015.10 の BEPS 最終報告書では、BEPS のリスクへの対処に当たって新興国等を勇気づける多くの施策（GAAR と手法を同じくする実体法面の措置のみならず、国別報告書などのグローバルビジネスの経営情報へのアクセスなど手続面の改善を含む）がもたらされた。国内法の租税回避否認規定の射程範囲はすでに CFC 税制の拡大などにより国際取引にも及んでいるが、各国における GAAR の整備が進展すれば、今後ともより広範囲なカバレッジを達成するものと予測される。

いずれにしても、GAAR 適用の結果として高まらざるを得ない二重課税リスクについては、移転価格や PE 課税は BEPS 最終報告書（行動 14）でも指摘するように相互協議の有効化での対応が検討されているものの、GAAR の場合は目下のところ基本的に国内の救済制度に頼るほかない。事前・事後の双方にまたがる国内紛争解決システムの充実が GAAR 導入に当たって要請される所以である。

参 考 文 献

- Cezare Silvani (2013), *GAARs in Developing Countries*, IFA Research Paper IFAweb-site: www.ifa.nl/Document/Research%20Papers/IFA.
- Paulo Rosenblatt (2015), *General Anti-avoidance Rules for Major Developing Countries* KluwerLaw International
- Indian Government (2012), "Final Report on General Anti Avoidance Rules (GAAR) in Income-tax Act, 1961", Expert Committee
- South African Revenue Service (2006), "Discussion Paper on Tax Avoidance"
- Finance Bill 2012, 2013 (Indian Government)
- OECD (2015), "BEPS Final Report" 2015.10
- Jinji Wei (2014), "Notable Developments in China's Income Tax Treaties" 2014.7 Tax Note International
- Dr. Lothar Bublitz (2014), "Legal Basics of Combating Tax Avoidance and Tax Evasion in South-East Asia" University Hamburg
- Houlu Yang (2010), "Cahiers, Vol. 95A, IFA"
- South Africa, Ministry of Finance (2005), "Budget Tax Proposal, 2005/6"
- 青山慶二「国連モデル条約に基づく2012年移転価格マニュアルについて」『租税研究』765号
- 青山慶二「途上国における一般的租税回避否認規定（GAAR）」『租税研究』776号
- EY 税理士法人「新興国における税務人材の現状と課税事案への対応に関する調査」（2015.3）（経済産業省平成26年度委託調査）
www.meti.go.jp/policy/external_economy/toshi