論　説

経済的実質主義の制定法化に関する一考察(2･完)
－アメリカ連邦所得税における議論を中心として－

本　部　勝　大

1 はじめに
1.1 研究の背景
1.2 問題の所在
2 経済的実質主義の構造
2.1 判例法理の発展
2.1.1 Gregory v. Helvering 事件
2.1.2 Knetsch v. United States 事件
2.1.3 Frank Lyon Company v. United States 事件
2.1.4 Rice's Toyota World, Inc. v. Commissioner 事件
2.1.5 ACM Partnership v. Commissioner 事件
2.1.6 Compaq Computer Corporation v. Commissioner 事件
2.1.7 Coltec Industries, Inc. v. United States 事件
2.2 小括　（以上、本誌 263 号）
3 制定法化までの経緯と議論
3.1 制定法化の経緯
3.1.1 2000 年改正への動き
3.1.2 2001 年改正への動き
3.1.3 2002 年から 2004 年の改正への動き
3.1.4 2005 年の両院合同租税委員会報告以降の法案
3.2 Health Care and Education Reconciliation Act of 2010
3.2.1 条文の内容
3.2.2 制定法化の評価
3.2.3 制定法化以降の判決
3.3 小括
4 おわりに　（以上、本号）

3 制定法化までの経緯と議論

3.1 制定法化の経緯

2.2 で述べたとおり、経済的実質主義は、裁判所において、一般的否認規定として機能する判例法理として定着した。一方、連邦政府および連邦議会は、2000 年頃からこの経済的実質主義を制定化することに取り組み始めた。

なぜ経済的実質主義を制定法化する必要があったかの理由については、「なぜ経済的実質主義か」と「なぜ制定法化が必要か」の二段階に分けて説明する必要がある。

まず、「なぜ経済的実質主義か」という問題については、アメリカにおいて、タックス･シェルターの急増に伴い、個別立法での対処が困難となったため、ルールの間隙を埋める一般的否認規定が必要だったという背景がある。その中でも、経済的実質主義は、「納税者と内国歳入庁によって最も容易に、客観的に、かつ一貫して適用される」[1] として、客観性に優れていたため、タックス・シェルターへの対抗策として取り上げられることとなった。

次に、「なぜ制定法化が必要か」、いいかえれば「なぜ判例法理のままではいけないのか」という問題については、当時、判例法理としての経済的実質主義が二つの問題点を抱えていたことが背景にある。

第一に、裁判所において、文理解釈を重視し、経済的実質主義の適用を否定する傾向が生まれていたことである。その発端は、1986 年に連邦最高裁判所判事に文理解釈を重視する Scalia 判事が任命されたことにあるとされる [2]。現実に、任命以後、連邦最高裁判所は経済的実質主義を適用した判決を下さなくなった [3]。また、下級審においても、前述の Coltec 事件連邦請求裁判所判決のように、同判事の考えに強く影響を受け、経済的実

1）　Department of the Treasury, General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2001 Revenue Proposals, 125（2000）, *available at* http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/General-Explanations-FY2001.pdf.
2）　一高龍司「タックス･シェルターへの米国の規制と我が国への応用可能性」フィナンシャル・レビュー 84 号 63 頁、66 頁（2006）。
3）　同上。

質主義の適用を否定する判決が現れていた。そのため、急増するタックス・シェルターへの対抗策が必要と考える連邦政府および連邦議会は、立法によって経済的実質主義の適用を積極的に認める必要性があったと考えられる。

第二に、判例法理としての経済的実質主義の適用に関して、裁判所ごとに見解の差異があったということである。これは、上述の通り、連邦最高裁が経済的実質主義を適用した判決を下さなくなったため、裁判所ごとの差異を司法的に統一する機能が失われたことが影響していると考えられる。この裁判所ごとの差異の問題は、さらに（1）経済的実質の有無に関する二つの要件の関係、(2)「税負担の軽減以外に納税者が受ける利益」の解釈、(3）企業会計上のベネフィットの取扱い、および（4）外国税の取扱い、の四点に分けられる。

まず、(1）経済的実質の有無に関する二つの要件の関係であるが、これは、経済的実質が存在するか否かを判断する二つの要件の関係の理解が、裁判所によって異なっていたということである。連邦議会の両院合同租税委員会（Joint Committee on Taxation）[4] によれば、裁判所のアプローチは、①二つの要件を同時に充足しなければ取引が税法上認められないとする conjunctive test、②二つの要件のいずれかを充足すれば足るとする disjunctive test、③経済的実質および事業目的の存在は、経済的実質の有無を決定する一要素にすぎないと捉えるものの三つが存在した[5]。両院合同租税委員会による分類では、第五、第六巡回区は conjunctive test を採用

4）「Joint Committee on Taxation」については、「両議院税制委員会」（増井良啓「米国両議院税制委員会の対外直接投資報告書を読む」租税研究 708 号 203 頁（2008））、「両院合同課税委員会」（松丸憲司「租税回避に対する法人税法 132 条等の行為計算否認規定のあり方」税務大学校論叢 51 号 387 頁、429 頁（2006））、「両院合同租税委員会」（総務省行政評価局「租税特別措置等に係る政策評価に関する政策効果等の分析手法等に関する調査研究―報告書―」12 頁（2011））など、様々な訳語があるが、本稿では、原語により忠実と思われる「両院合同租税委員会」の訳を用いる。

5）Staff of Joint Committee on Taxation, Description of Revenue Provisions Contained in the President's Fiscal Year 2010 Budget Proposal Part Two: Business Tax Provisions, 36（2009）.

し[6]、第四、第八巡回区は disjunctive test を採用し[7]、第九、第十巡回区は二分肢テストを経済的実質主義分析の中の一要素と捉えるアプローチをとっていたとされる[8]。ただし、この分類は、分類する者の判決の解釈によって内容が異なる場合があり、たとえば、Arthur Acevedo 教授による分類[9]では、第七、第八および第十一巡回区が conjunctive test を採用し[10]、対照的に、第二、第四および D.C 巡回区が disjunctive test を採用し[11]、残りの巡回区は二分肢テストを経済的実質主義分析の中の一要素としてとらえていたとされる[12]。

次に、(2)「税負担の軽減以外に納税者が受ける利益」の解釈であるが、Knetsch 事件連邦裁高裁判決が示した「税負担の軽減以外に納税者が受ける利益」の解釈についても裁判所ごとに差異がみられたということである。両院合同租税委員会によれば[13]、一部の裁判所は、納税者が特定の取引構造により得られると主張する経済的利益が、事実上その構造によっては得

6）　両院合同租税委員会は、根拠となる判決として Pasternak v. Commissioner, 990 F.2d 893, 898（6th Cir. 1993）、Klamath Strategic Investment Fund v. United States, 568 F. 3d 537（5th Cir. 2009）を挙げる。*See* Staff of Joint Committee on Taxation, *supra note 5*, at 36, n.84.

7）　両院合同租税委員会は、根拠となる判決として Rice's Toyota World, Inc. v. Commissioner, 752 F.2d 89, 91-92（4th Cir. 1985）、IES Industries v. United States, 253 F.3d 350, 358（8th Cir.2001）を挙げる。*See* Staff of Joint Committee on Taxation, *supra note 5*, at 36, n.85.

8）　両院合同租税委員会は、根拠となる判決として ACM Partnership v. Commissioner, 157 F.3d 231, 247（3d Cir. 1998）、James v. Commissioner, 899 F.2d 905, 908（10th Cir. 1995）, Sacks v. Commissioner, 69 F.3d 982, 985（9th Cir. 1995）を挙げる。*See* Staff of Joint Committee on Taxation, *supra note 5*, at 36, n.86.

9）　Arthur Acevedo, "*Abusive Tax Practices: The 100-Year Onslaught on the Tax Code*", 17 Barry L. Rev. 179, 199（2012）.

10）Acevedo 教授は、根拠となる判決として Yosha v. Commissioner, 861 F.2d 494, 501-502（7th Cir. 1988）、*IES Industries., Inc*., 253 F. 3d at 353、United Parcel Service of America, Inc. v. Commissioner, 254 F.3d 1014,1018（11th Cir. 2001）を挙げる。*See* Arthur Acevedo, *supra note 9*, at 199.

11）Acevedo 教授は、根拠となる判決として DeMartino v. Commissioner, 862 F.2d 400, 406（2d Cir. 1988）、*Rice's Toyota World*, 752 F.2d at 91-92、Horn v. Commissioner, 968 F.2d. 1229, 1237-38（D.C. Cir. 1992）を挙げる。*See* Arthur Acevedo, *supra note 9*, at 199.

12）Acevedo 教授は、*ACM Partnership*, 157 F.3d at 247-48、Merryman v. Commissioner, 873 F.2d 879, 881（5th Cir. 1989）、Rose v. Commissioner, 868 F.2d 851, 853-54（6th Cir. 1989）、Casebeer v. Commissioner, 909 F.2d 1360, 1363-64（9th Cir. 1990）、Dewees v. Commissioner, 870 F.2d 21（1st Cir. 1989）を例示する。*See* Arthur Acevedo, *supra note 9*, at 199.

13）Staff of Joint Committee on Taxation, *supra note 5*, at 37-38.

られないことを根拠にタックス・ベネフィットを否認するのに対し[14]、他の裁判所は、問題の取引が利益獲得可能性（profit potential）を欠くことを根拠にタックス・ベネフィットを否認するとされる[15]。

そして、(3) 企業会計上のベネフィットの取扱いであるが、これは、二分肢テストで納税者の主観面をテストする際に、税負担の軽減から生じる企業会計上のベネフィットを得ることは、有効な租税以外の目的といえるか否かということである。少なくともひとつの裁判所は、税負担の軽減から生じた企業会計上のベネフィットを租税以外の目的とは認めないと結論づけた[16]。しかし、別の裁判所では、企業会計の取扱いを重視する判決があったため、納税者が、この判決に基づき、税負担の軽減から生じた企業会計上のベネフィットを租税以外の目的として認めるように主張することがあった[17]。

最後に、(4) 外国税の取扱いであるが、これは、取引が外国税額控除の対象となる外国税の納付を含む場合、取引の課税前利益を算定する際に、当該外国税も費用として控除するか否かの問題である[18]。例えば、上述2.1.6の Compaq 事件では、第一審の租税裁判所は、外国税を費用として控除することで、納税者の取引課税前利益のない取引として経済的実質を認めなかったのに対し、第二審の控訴裁判所は、外国税を控除することを認めず、課税前利益がある取引と判断しており、同一事件でも判断に差異が現れている。

以上から、タックス・シェルターが急増し、その対抗策である経済的実質主義への需要が高まっていたにも関わらず、その適用が制約されかねな

14）両院合同租税委員会は、例として Coltec Industries, Inc. v. United States, 454 F.3d 1340（Fed. Cir. 2006）を挙げる。*See* Staff of Joint Committee on Taxation, *supra note 5*, at 37.

15）両院合同租税委員会は、例として Knetsch v. United States, 364 U.S. 361（1960）および Goldstein v. Commissioner, 364 F.2d 734（2d Cir. 1966）を挙げる。*See* Staff of Joint Committee on Taxation, *supra note 5*, at 37.

16）両院合同租税委員会は、例として American Electric Power, Inc. v. United States, 136 F. Supp. 2d 762, 791-92（S.D. Ohio 2001）, *aff'd*, 326 F.3d.737（6th Cir. 2003）を挙げる。*See* Staff of Joint Committee on Taxation, *supra note 5*, at 38.

17）両院合同租税委員会は、例として、Enron が、Frank Lyon 事件最高裁判決を根拠に、税負担の軽減から生じた企業会計上のベネフィットを租税以外の目的として認めるように主張した事実を挙げる。*See* Staff of Joint Committee on Taxation, *supra note 5*, at 38, note 96.

18）Staff of Joint Committee on Taxation, *supra note 5*, at 38.

い背景が存在したことがわかる。そのため、制定法化によって裁判所における経済的実質主義の適用に正統性を与え、さらに、経済的実質主義の具体的な要件を統一することで法理の適用を促すために、判例法理の制定法化が試みられることとなったのである。

このような背景から始まった経済的実質主義の制定法化であるが、1999年の財務省による提案から2010年のHealth Care and Education Reconciliation Act of 2010（H.R. 4872）成立まで、実に約10年の歳月を要した。この間、多数の法案が連邦議会に提出され、上院・下院両議会および両院合同租税委員会の報告書といった立法資料も多数公表されている。以下、これまで提出された法案を整理し、立法資料を検討することで、制定法化に至るまでの経緯を明らかにする。

3.1.1 2000年改正への動き

1999年2月、財務省は「General Explanations of the Administration's Fiscal Proposals」を発出し、タックス・シェルターに対する租税回避否認規定の制定を提案した。提案の理由としては、法人向けタックス・シェルターが急増しているにもかかわらず、現行の租税回避対策規定が現在のタックス・シェルターのスキームに十分対応できていないことが挙げられている[19]。具体的な提案は、経済的実質主義の制定法化よりも、租税回避否認規定としての側面が強く、「租税回避取引（tax avoidance transaction）」で取得された控除や税額控除を否認する権限を財務長官に与える規定を追加することを内容とした。この「租税回避取引」は、合理的に期待される課税前利益と合理的に期待される純タックス・ベネフィットを現在価値ベースで比較し、前者がわずかである取引と定義されており[20]、経済的実質主義の客観的テストのみが採用されている。主観的テストが採用されなかったのは、納税者に容易に操作されるためとしている[21]。また、この規定は、連邦議

19）Department of the Treasury, General Explanations of the Administration's Proposals, 97（1999）, *available at* http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/General-Explanations-FY2000.pdf.

20）*Id*. at 98.

21）Department of the Treasury, The Problem of Corporate Tax Shelters—Discussion, Analysis and Legislative Proposals, 97（1999）, *available at* http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/ctswhite.pdf.

会が予定したタックス・ベネフィットに対しては適用されない[22]。

このような提案に対しては、ニューヨーク州法曹協会（NYSBA）の租税部会から、納税者への指針を欠き、政府に対し過大な裁量を認める曖昧な規定であるとの批判が加えられた[23]。また、アメリカ法曹協会（ABA）の租税部会は、財務省の案よりも、経済的実質主義自体を明確化することが適切であると主張した[24]。

これらの財務省案への批判に対応して、民主党の Lloyd Doggett 下院議員らが、「Abusive Tax Shelter Shutdown Act of 1999（H.R. 2255）」[25] を連邦議会に提出した。この法案はアグレッシブかつ濫用的なタックス・シェルターへの対策を目的とし、①取引が有意味に納税者の経済的ポジションを変更し、かつ、②取引から合理的に期待される潜在的利益が、請求されたタックス・ベネフィットに対して、現在価値ベースで相当程度に存在しない限り、所得税の計算上、当該取引から生じた控除、損失または税額控除を「経済性を欠く租税属性（noneconomic tax attribute）」として考慮しないものと定めていた。このテストは、財務省案が財務長官に否認の権限を与えたことに対し批判が浴びせられた点を考慮し、経済性の有無について、財務長官の認定に依拠せず、裁判所が判断する形をとっている[26]。また、規定の適用除外についても、財務省案が、「連邦議会が予定したタックス・ベネフィット」としか述べていなかったのに対し、本法案は一定の税額控除（例えば、内国歳入法典 42 条の低所得者用住宅税額控除など）について明文で適用除外を設け、さらに、その他のタックス・ベネフィットについても財務省規則による適用除外を認めている。

この法案も、経済的実質主義の制定法化であると明確には述べていないものの、経済性の有無に関するテストが、経済的実質主義の法理の客観的テストと同様のものを採用しており、また、次項のタックス・シェルター白書で分析されるなど[27]、後の法案に影響を与えている。なお、この法案

22）Department of the Treasury, *supra note 19*, at 96.
23）New York State Bar Association Tax Section, *Comments on the Administration' s Corporate Tax Shelter Proposals*, 83 Tax Notes 879（1999）.
24）Department of the Treasury, *supra note 19*, at 96.
25）Abusive Tax Shelter Shutdown Act of 1999, H.R. 2255, 106th Cong.（1999）. 1999 年 6 月 17 日下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。
26）Department of the Treasury, *supra note 19*, at 103.
27）Department of the Treasury, *supra note 19*, at 102-103.

の内容については、後に同一文言の条文が含まれた法案が複数提出された（H.R 2488 に対する Charles B. Rangel 下院議員の修正案[28]および H.R. 3874[29]）ものの、全て成立には至らなかった。

以上の財務省提案および法案に対し、両院合同租税委員会は、タックス・シェルターへの対抗策を分析した報告書の中で、正当な事業活動と不適切な租税回避を区別することが困難であることを理由に懸念を表明し、制裁の強化や取引開示の促進という手続面での対処を行うように勧告した[30]。

3.1.2 2001 年改正への動き

1999 年 7 月、財務省は「The Problem of Corporate Tax Shelters—Discussion, Analysis and Legislative Proposals」と題するタックス・シェルター白書を公表した。この白書は、急増する法人向けタックス・シェルターの現状とこれまでの対策を分析した上で、従来の、適用範囲の狭い機械的なルールの制定によるタックス・シェルター対策を改め、より一般的なアプローチが必要であると述べている。そして、そのアプローチの一つとして、初めて経済的実質主義の制定法化を公式に示した。

この白書を踏まえ、財務省は 2000 年 2 月に「General Explanations of the Administration's Fiscal 2001 Revenue Proposals」を発出し、経済的実質主義の制定法化を提案した[31]。提案の理由としては、個別立法は潜在的に納税者とプロモーターに報酬を与える事後的な措置に過ぎず、裁判所での解決はコストがかかり、判例法理の適用も裁判所ごとに差異があることから、一般的規定の立法による解決が必要であることを挙げている[32]。また、そ

28）Financial Freedom Act of 1999, H.R. 2488, 106th Cong.（1999）. 1999 年 7 月 13 日下院へ提出。H.R. Rep. 106-248, 106th Cong., 1st Sess.（1999）at 9-64 に、民主党の Rangel 下院議員による当該法案の修正案（H.Amdt. 338）が掲載されており、前掲注（25）の H.R. 2255 とほぼ同一文言の条文（§810）が組み込まれている。

29）Small Business Tax Relief Act of 2000, H.R. 3874, 106th Cong.（2000）. Rangel 下院議員らが 2000 年 9 月 3 日下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。条文の文言は、前掲注（25）の H.R. 2255 とほぼ同一である。

30）Staff of Joint Committee on Taxation, Appendix II to JCX-82-99: Description and Analysis of Present-Law Tax Rules and Recent Proposals Relating to Corporate Tax Shelters, 2（1999）, *available at* http://www.jct.gov/x-84-99.pdf.

31）Department of the Treasury, General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2001 Revenue Proposals, 124（2000）, *available at* http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Documents/General-Explanations-FY2001.pdf.

32）*Id*. at 125.

の中でも経済的実質主義の制定法化が選ばれたのは、それが「濫用的取引からのタックス・ベネフィットを否認するために機能する最も客観的な判例法理」であり、「納税者と内国歳入庁によって最も容易に、客観的に、かつ一貫して適用される」ものであるためと述べている[33)]。

財務省の提案は、前年と同様に取引の課税前利益と連邦所得税の純軽減額を現在価値ベースで比較した上で、前者が後者と比してわずかであれば、租税回避取引として否認するものである[34)]。これは、判例により形成された経済的実質主義の二つの要件のうち、客観的要件を制定法化しようとするものといえる。その一方で、経済的実質主義の二つの要件のうち「事業目的」（主観的要件）については前年と同様に要件とはしなかった。また、金融取引については「資金を調達する納税者のタックス・ベネフィットの現在価値が、資金提供者の課税前利益または収益の現在価値を相当程度超える場合」には、否認されるとの特別規定を設けた。

以上の財務省案に対しては、ニューヨーク州法曹協会（NYSBA）の租税部会から、主観的要件を欠いているためにコモン・ロー上の法理を適切に反映していない上、利益の生じない取引という点のみをとらえてタックス・ベネフィットが否認される恐れがあり、さらに、「合理的に予測される課税前利益」の具体的な内容が不明確であるとの批判がなされた[35)]。

その後提出された法案（H.R. 2520[36)]、S. 2339[37)]）は、財務省案への批判を踏まえ、経済的実質の定義を改めた。これらの法案では、「経済的実質を有する取引」とは、①当該取引により、（連邦所得税の効果とは別に）納税者の経済的ポジションが有意味に変化し、かつ、②当該取引を行う際に、納税者が相当程度の租税以外の目的を有し、かつ、当該取引が当該目的を達成するための合理的な手段であるものとしている。したがって、取引が経済的実質を有すると認められるためには、客観的要件と主観的要件の両

33）*Id*.
34）*Id*. at 126.
35）New York State Bar Association Tax Section, “Treasury’s Proposals to Codify the Economic Substance Doctrine”, 2000 TNT 157-41（2000）.
36）Abusive Tax Shelter Shutdown Act of 2001, H.R. 2520, 107th Cong.（2001）§101. 2001 年 7 月 17 日、民主党の Lloyd Doggett 下院議員が下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。
37）Tax Haven and Abusive Tax Shelter Reform Act of 2002, S. 2339, 107th Cong.（2002）§101. 2002 年 4 月 26 日、民主党の John F. Kerry 上院議員が上院へ提出。条文の内容は前掲注（36）の H.R. 2520 と同様である。

方を充足することが必要となる（conjunctive test）。このテストは、主観的要件の中で「目的と照らして合理的な方法」であることを要求していることから、三分肢テストと呼ばれる。租税評論家の Lee A. Sheppard によると[38]、①の「納税者の経済的ポジションが有意味に変化」という文言は、ACM Partnership 事件控訴裁判所判決の文言をベースとし、②の条項は、同事件租税裁判所判決の定義に基づいているとされる。以上のことを踏まえると、①および②の部分は判例法の制定法化と位置づけられる[39]。

さらに、法案は、特別規定として、納税者が利益獲得可能性に依拠する場合、(I) 当該取引から合理的に期待される課税前利益の現在価値が、当該取引が税法上認められれば得られるであろう期待純タックス・ベネフィットの現在価値との関係で相当程度であり、かつ、(II) 取引から合理的に期待される課税前利益が無リスクの利回りを超過する場合にのみ、経済的実質があるとされた。

また、法案は、上記（I）（II）の課税前利益を決定する際に外国税を費用とみなすと定めている。これは、3.1 で述べたように、Compaq 事件などで問題となった、外国税の取扱の差異を解決するものであると考えられる。また、特別規定として非課税主体（tax indifferent parties）との一定の資金調達取引が税法上認められないと定めている。これは当時問題となった ACM Partnership 事件のスキームで争われた点に対処するものと考えられている[40]。また、リースに関する減価償却費控除、税額控除の利益について、期待純タックス・ベネフィットに算入しないと定める。この特別規定により、リース取引については、経済的実質がないとして否認される可能性は無くなるとされる[41]。

この時点では、両院合同租税委員会は以下の通り述べ、経済的実質主義の制定法化に消極的な姿勢をとっていた。「制裁規定の明確化および強化は、租税実体法（substantive tax law）の改正がなされない限り不十分であると考える者がいる。両院合同租税委員会のスタッフは、コモン・ロー上の法理を含む、現行法による実体的ルール（substantive rule）は、タックス・

38）Lee A. Sheppard, *Drafting Economic Substance*, 92 TAX NOTES 1258, 1261（2001）.
39）岡村忠生「租税回避行為の規制について」税法学 553 号 185 頁、207 頁（2005）。
40）同上。
41）同上。

シェルターのアレンジメントを評価する際に法人が考慮する、よく発展した十分な法典（body of law）を定めていると考える。問題は、内国歳入庁が取引を否認するのに必要な道具を欠くことでも、各納税者がコモン・ロー上の法理に無関心と言いうることでもない。（中略）問題は、経済的観点から、納税者が現行法の下で、取引を実行することに経済的リスクがほとんどないと結論付ける可能性があることである」[42]。すなわち、現行法の問題は、否認規定が無いことではなく、現行法がタックス・シェルターに対する十分な加算税（penalty）を持たないために、経済的にシェルターを抑止することができないことにあるとした。その上で、法人向けタックス・シェルターへの対抗策として、タックス・シェルターの定義を明確化すること、タックス・シェルターの開示・登録制度を整備すること、加算税（penalty）を強化すること、取引を開示していれば加算税の率を減じることを推奨した[43]。

3.1.3 2002 年から 2004 年の改正への動き

2002 年提出の法案のうち、「American Competitiveness and Corporate Accountability Act of 2002（H.R. 5095）」[44] は、「経済的実質主義の明確化」と題し、その定義を行うものであるが、課税前利益とタックス・ベネフィットを現在価値ベースで比較するという要件が消え、前年の H.R. 2520 と比べて簡潔な条文となっている。また、「（3）財務省規則」で「財務長官は、このサブセクションの目的を達成するために適切な財務省規則を制定するものとする。そしてそれは、このサブセクションの非課税主体に関する取引に対する適用についての財務省規則を含む」と定められ、規定の内容について財務省規則への委任が行われている。

この法案に対して、アメリカ法曹協会（ABA）の租税部会から反対意見が示されているが、その理由付けは、「経済的実質主義が、我々の税制

42）Staff of Joint Committee on Taxation, Testimony of the Staff of the Joint Committee on Taxation Concerning Interest and Penalties and Corporate Tax Shelters Before the Senate Committee on Finance, 22（2000）, *available at* http://www.jct.gov/x-23-00.pdf.

43）*Id*. at 23-26.

44）American Competitiveness and Corporate Accountability Act of 2002, H.R. 5095, 107th Cong.（2002）§101. 2002 年 7 月 11 日、共和党の William M. Thomas 下院議員らが下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。

の誠実性を維持するのを助けるという必要不可欠な役割は、広範かつ柔軟な司法上の評価を明示的かつ包括的な制定法で置き換えることによって深刻に弱められる」[45] ということであった。すなわち、租税回避否認の機能を果たす判例法理自体は承認しつつも、制定法化に対して慎重論が唱えられたのである。なお、当時の Bush 政権における財務省・内国歳入庁幹部も、この立場の慎重論に与しており [46]、Bush 政権下では財務省による経済的実質主義の制定法化の提案は一度もなされなかった。

その他の 2003 年提出の法案 [47]（S. 135、S. 414、S. 476、H.R. 2 および S.

45）Herbert N. Beller, *ABA Tax Section Questions Economic Substance Provisions in H.R.5095*, 2002 TNT 178-12（2002）.

46）例えば、財務次官補の Olson は、制定法化により、判例法理が硬直化し、柔軟性を弱めること、適用対象が拡大する一方、判例法理の及ぶ範囲が狭くなる、内国歳入庁の執行が複雑になり、調査を遅らせる可能性を理由に、反対意見を表明していた。Samuel Thompson, *Coming in from the "cold":The Case for ESD Codification*, 2003 TNT 102-33（2003）. さらに、内国歳入庁の主席法律顧問 Korb も、経済的実質はケース・バイ・ケースで判断されるべきであるとし、立法化に反対していた。Kenney Allen, *Korb Speculates on Cordification of Economic Substance Doctrine*, 2004 TNT 217-2（2004）.

47）2003 年提出法案の詳細は以下の通りである。

① Dayton Fair Tax Cut Act, S. 135, 108th Cong.（2003）. 2003 年 1 月 9 日、民主党の Mark Dayton 上院議員が上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。

② Economic Recovery Act of 2003, S. 414, 108th Cong.（2003）§501, 2003 年 2 月 14 日、民主党の Thomas A. Daschle 上院議員が上院へ提出。

③ CARE Act of 2003, S. 476, 108th Cong.（2003）§ 701.2003 年 2 月 27 日、共和党の Chuck Grassley 上院議員が上院へ提出。

④ Jobs and Growth Tax Relief Reconciliation Act of 2003, H.R. 2, 108th Cong.（2003）. 2003 年 2 月 27 日、共和党の William M. Thomas 下院議員らが下院へ提出。下院通過後、上院の修正案（下記⑤の S.1054）で制定法化条項の導入が提案されるも、両院協議会において導入は見送られた。ただし、両院協議会の報告書は、「両院協議会は、この上院の修正条項を採用しないとして合意した」とだけ述べ、導入を見送った理由は明らかにしていない。H.R. Rep. 108-126, 108th Cong., 1st Sess.（2003）at 49.

⑤ Jobs and Growth Tax Relief Reconciliation Act of 2003, S. 1054, 108th Cong.（2003）§301. 2003 年 5 月 13 日、共和党の Chuck Grassley 上院議員が上院へ提出。経済的実質主義の制定法化条項を含み、上記④の H.R.2 に対する上院の修正案とされたが、上述の通り両院協議会において導入は見送られた。

⑥ Abusive Tax Shelter Shutdown and Taxpayer Accountability Act of 2003, H.R. 1555, 108th Cong.（2003）§101. 2003 年 4 月 2 日、民主党の Lloyd Doggett 下院議員らが下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。

⑦ Taxpayer and Fairness Protection Act of 2003, H.R. 1661, 108th Cong.（2003）. 2003 年 4 月 8 日、民主党の Rangel 下院議員らが下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。

⑧ Jobs and Growth Reconciliation Tax Act of 2003, H.R. 2046, 108th Cong.（2003）§311. 2003 年 5 月 9 日、民主党の Rangel 下院議員らが下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。

1054、H.R. 1555、H.R.1661、H.R. 2046、S. 1072、H.R. 2286、H.R. 2615、S. 1409、S. 1436、S. 1637、S. 1937 および H.R.3650、H.R. 3655）ならびに、2004 年提出の法案[48]（S. 2155、S. 2210、H.R. 4520、S.2558、H.R. 4997）は、

---

⑨ Safe, Accountable, Flexible, and Efficient Transportation Equity Act of 2004, S. 1072, 108th Cong.（2003）§5611. 2003 年 5 月 15 日、共和党の Dianne Feinstein 上院議員らが上院へ提出、76 対 21 で上院を通過後、H.R.3550, 108th Cong. に対する上院の修正案とされたが、採用には至らず法律とはならなかった。

⑩ Working Families Tax Credit Act of 2003, H.R. 2286, 108th Cong.（2003）§211. 2003 年 6 月 2 日、民主党の Rangel 下院議員らが下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。

⑪ Rebuild America Act of 2003, H.R.2615, 108th Cong.（2004）§1101. 2004 年 4 月 22 日、共和党の Jerry F. Costello 下院議員らが下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。

⑫ Rebuild America Act of 2003, S. 1409, 108th Cong.（2003）§1101. 2003 年 7 月 15 日、民主党の Dianne Feinstein 上院議員らが上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。

⑬ Sales Tax Equity Act of 2003, S. 1436, 108th Cong.（2003）§201. 2003 年 7 月 21 日、民主党の Bill Nelson 上院議員らが上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。

⑭ Jumpstart Our Business Strength（JOBS）Act, S. 1637, 108th Cong.（2003）. 2003 年 9 月 18 日、共和党の Chuck Grassley 上院議員らが上院へ提出。上院財政委員会における修正で §401 が追加され、92 対 5 で上院を通過した。しかし、後掲注（48）③の H.R.4520 に関する両院協議会において制定法化条項の採用が見送られた。両院協議会の報告書は、「両院協議会は、この上院の修正案を採用しないとして合意する」とだけ述べ、見送った理由を述べていない。H.R. Rep. 108-755, 108th Cong., 2d Sess.（2004）at 669.

⑮ Tax Shelter Transparency and Enforcement Act, S. 1937, 108th Cong.（2003）§101. 民主党の Max Baucus 上院議員らが 2003 年 11 月 24 日上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。

⑯ Tax Shelter Transparency and Enforcement Act, H.R. 3650, 108th Cong.（2003）§101. 2003 年 11 月 25 日、民主党の Rahm Emanuel 下院議員が下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。

⑰ Progressive Tax Act of 2003, H.R. 3655, 108th Cong.（2003）§221. 2003 年 12 月 8 日、民主党の Dennis J. Kucinich 下院議員らが下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。

48）2004 年提出法案の詳細は以下の通りである。

① Growing Our Manufacturing Employment（GoME）Act, S. 2155, 108th Cong.（2004）§301. 2004 年 3 月 2 日、共和党の Susan M. Collins 上院議員らが上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。

② Tax Shelter and Tax Haven Reform Act, S. 2210, 108th Cong.（2004）§301. 2004 年 3 月 12 日、民主党の Carl Levin 上院議員らが上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。

③ American Jobs Creation Act of 2004, H.R.4520, 108th Cong.（2004）. 2004 年 6 月 4 日、共和党の William M. Thomas 下院議員らが下院へ提出、上院の修正案（前掲注（47）⑭の S.1637）に制定法化条項が含まれたが、前掲注（47）⑭で述べた通り、両院協議会において採用が見送られた。

④ HeLP America Act, S. 2558, 108th Cong.（2004）§701. 2004 年 6 月 22 日、民主党の Tom Harkin 上院議員が上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。

⑤ Fiscally Responsible Family Tax Relief Act of 2004, H.R. 4997, 108th Cong.（2004）§301. 2004 年 7 月 22 日、民主党の Charles W. Stenholm 下院議員らが下院へ提出、

概ね従前の法案と同様の構造でるが、法案によっては部分的に異なる条項・文言が採用されている。

まず、S. 1637 は、「(1) 一般ルール」の「(A) 総論」が、「裁判所が、このタイトルの目的上、取引（または一連の取引）に経済的実質主義の法理が関連すると決定する場合において、当該取引（または一連の取引）は、このパラグラフの要件が充足される場合にのみ経済的実質を有するものとする」と定める。この条項は、取引が「一連の取引」を含むことを明らかにした点と、「経済的実質主義が関連する」ことを規定自体の適用の前提としていることを特徴とする。この条項は、3.3 で後述するように、2010 年に最終的に制定された Health Care and Education Reconciliation Act of 2010 も採用している。

また、H.R.1555 は、「(3) (C) 実質的な租税以外の目的」として、経済的実質の主観的テスト適用の際に、「企業会計上のベネフィットを達成する目的は、当該企業会計上のベネフィットの源泉が所得税を減ずることである場合、取引が実質的な租税以外の目的を有しているかどうか決定する上で考慮されないものとする」と定める。すなわち、企業会計上のベネフィットを得ることが目的であっても、それが税負担の軽減から生じたものであれば、租税以外の目的としては考慮されないとするものである。これは、3.1 で挙げた裁判所の差異を解決するための特別規定であり、最終的に、後述する Health Care and Education Reconciliation Act of 2010 も採用した。

一方、S.414 は、「(5) 財務省規則」として、「財務長官は、このサブセクションの目的を達成するために適切な財務省規則を制定するものとする。当該財務省規則は、このサブセクションの適用除外を含みうる」との条項を定める。前段は従来と同じであるが、後段については、この規定自体の適用除外を認める権限を財務長官に委ねており、適用対象が包括的であるこの規定に一定の制約をかけている。この条項は、法案を提出する議員らの広い支持を集め、S.414 以降に提出された法案のほとんどが採用している。ただし、3.3 で後述するように、Health Care and Education Reconciliation Act of 2010 は、このような財務省規則への委任を認める条項を採用しなかった。

同日下院歳入委員会へ回付。

なお、2003 年に公表された上院財政委員会の報告書は、経済的実質主義を制定法化する改正の理由として、「財政委員会は、多くの納税者が高度に技術的な税法条項の相互作用に依拠する租税回避取引に従事していることを懸念する。これらの取引は、通常、連邦議会によって予期されなかった驚くべき結果をもたらす。取引が税法上認められるかどうかは、それが十分な経済的実質を有していたかどうかに依拠する。財政委員会は、これらの取引を扱う際に、裁判所が、いくつかの事件で、連邦議会の意図と矛盾する結論に達していることを懸念する。加えて、財政委員会は、取引が経済的実質を有するか決定する際に、納税者が居住する巡回区によって異なる法的基準に服する懸念する。したがって、財政委員会は、取引が経済的実質を有するか決定する際に利用する適切な基準を裁判所に示す必要がある」と述べている[49]。「連邦議会の意図と矛盾する結論」が、具体的にどの判決を指しているかは報告書に明示されていないが、納税者を逆転勝訴させた Compaq 事件控訴裁判所判決を指すのではないかと示唆されている[50]。また、この報告書には、連邦議会が裁判所に対して指示を与えるという基本的な姿勢が見られる点も指摘されている[51]。

3.1.4 2005 年の両院合同租税委員会報告以降の法案

2005 年 1 月、両院合同租税委員会は、経済的実質主義の制定法化に対する従来の消極姿勢を改め、適用対象取引が限定された経済的実質主義の制定法化を提案する新しい報告を発表した[52]。

この報告は、立法の理由として、厳格なルール・ベースの税制はあらゆる取引を全て事前に規定することはできないため、タックス・シェルターに対処するために経済的実質主義のような租税回避対策の基準が必要であると述べる[53]。さらに報告書は、司法の問題に立法が立ち入ることは、事

49） Staff of Senate Committee on Finance, 108th Cong, Jumpstart Our Business Strength（JOBS）Act, 85-86（2003）, *available at* http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CRPT-108srpt192/pdf/CRPT-108srpt192.pdf.
50） 岡村・前掲注（39）209 頁、脚注 157。
51） 岡村・前掲注（39）210 頁。
52） Staff of Joint Committee on Taxation, Options to Improve Tax Compliance and Reform Tax Expenditures, Part I 14-30（2005）, *available at* http://www.jct.gov/s-2-05.pdf.
53） *Id*. at 18.

案ごとに問題を解決する裁判所の柔軟性を阻害するおそれがあること、ルールが広範になり過ぎ、これまで問題とされなかった事案にまで裁判所や内国歳入庁がこの法理を適用するかもしれないこと、といった問題点を考慮している。その上で、タックス・シェルターの性質を有する特定の取引形式に適用対象を絞り、なおかつ裁判所がこの法理の適用を妥当と判断するものに限定することで、このような懸念を払拭し、当該法理の立法による明確化を図ろうとしている。

この報告が適用対象とする取引は、(1) 納税者が後に損失のリスクを減らす相殺ポジションを有し、タックス・ベネフィットがポジションの課税繰り延べから生じる取引、(2) 損失を創出または増加させる、もしくは利益を減少させる基準価格と公正な市場価格間の差異を帰結するように設計される取引、(3) 公正な市場価格で納税者（または関係者）によって売却される場合に、その一部が連邦所得税上認識されない資産の利益を創出または増加するように設計される取引、(4) 連邦所得税上、非課税主体（tax-indifferent party）に任意の期間で所得をもたらし、それがその期間で取引に関してそのような主体に帰結する経済的所得を大きく超過するように設計される取引、(5) 納税者が、45 日未満しか保有しなかった（棚卸資産、売掛金もしくは証券市場で取引される株式または有価証券以外の）資産を処分する取引、(6) 内国歳入法典により認められるが、会計報告上は認められない控除または損失を帰結するように設計される取引の六つであり[54]、財務長官は財務省規則により適用対象取引を追加または削除する権限を有するとしている[55]。

そして、経済的実質主義の適用要件については、適用対象取引に対し裁判所が経済的実質主義を適用することが妥当と判断する場合において、①当該適用対象取引により納税者の経済的ポジションが、有意味に変化し、かつ、②当該適用対象取引を行うに当たり、納税者が相当程度の租税以外の目的を有するときは、当該適用対象取引は経済的実質を有するものとする[56]、と定めている。この提案は、①は、従来の法案と大きな差異はないが、②の主観的要件において、「合理的な方法」を要求しない二分肢テストを

54）*Id*. at 19-20.
55）*Id*. at 20.
56）*Id*. at 18.

採用していることが特徴である。

しかし、その後提出された法案（2005 年提出法案[57]）につき、H.R. 2625、H.R. 2828、S. 1565、H.R.4297 および S.2020、S. 2045 および H.R. 4370、H.R 4939。2006 年提出法案[58]）につき、H.R. 5176、S. 1321、S. 3738 および H.R.

57）2005 年提出法案の詳細は以下の通りである。
① Abusive Tax Shelter Shutdown and Taxpayer Accountability Act of 2005, H.R. 2625, 109th Cong.（2005）§101. 2005 年 5 月 25 日、民主党の Lloyd Doggett 下院議員らが下院へ提出、同日下院歳入委員会を含む諸委員会へ回付。
② New Apollo Energy Act of 2005, H.R. 2828, 109th Cong.（2005）§832. 2005 年 6 月 9 日、民主党の Jay Inslee 下院議員らが下院へ提出、同日下院歳入委員会を含む諸委員会へ回付。
③ Tax Shelter and Tax Haven Reform Act of 2005, S. 1565, 109th Cong.（2005）§301. 2005 年 7 月 29 日上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。
④ Tax Increase Prevention and Reconciliation Act of 2005, H.R. 4297, 109th Cong.（2005）. 2005 年 11 月 10 日、民主党の Carl Levin 下院議員らが下院へ提出。下院通過後、共和党の Chuck Grassley 上院議員らによる修正案（S. Amdt. 2708）で制定法化条項（§511）の追加が提案されたものの、両院協議会において制定法条項の導入が見送られた。両院協議会の報告書は、「両院協議会は、上院の修正条項を採用しないとして合意する」とだけ述べ、導入を見送った理由を明らかにしていない。H.R. Rep. 109-455, 109th Cong., 2d Sess.（2006）at 225.
⑤ Tax Relief Act of 2005, S. 2020, 109th Cong.（2005）§511. 2005 年 11 月 16 日、共和党の Chuck Grassley 上院議員らが上院へ提出 、64 対 33 で上院は通過したが、後に上記④ H.R.4297 に対する上院の修正案（S. Amdt. 2708）とされ、上述の通り両院協議会で制定法条項の導入は見送られた。
⑥ Health Care for Hybrids Act, S. 2045, 109th Cong.（2005）§201. 2005 年 11 月 17 日上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。提案者の 1 人は民主党の Barack Obama 上院議員である。
⑦ Health Care for Hybrids Act, H.R. 4370, 109th Cong.（2005）§201. 2005 年 11 月 17 日、民主党の Jay Inslee 下院議員らが下院へ提出、同日下院財政委員会を含む諸委員会へ回付。法案の内容は上記⑥の S.2045 と同一である。

58）2006 年提出法案の詳細は以下の通りである。
① Emergency Supplemental Appropriations Act for Defense, the Global War on Terror, and Hurricane Recovery, 2006, H.R 4939, 109th Cong.（2006）. 民主党の Kent Conrad 上院議員による修正案（S. Amdt. 3715）の §8101 に、経済的実質主義の制定法化が含まれる。
② Fair Flat Tax Act of 2006, H.R. 5176, 109th Cong.（2006）§221. 2006 年 4 月 25 日、民主党の Rahm Emanuel 下院議員が下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。
③ Telephone Excise Tax Repeal and Taxpayer Protection and Assistance Act of 2006, S. 1321, 109th Cong.（2006）§801. 2006 年 6 月 28 日、共和党の Rick Santorum 上院議員らが上院へ提出。
④ Nonitemizer Real Property Tax Deduction Act of 2006, S. 3738, 109th Cong.（2006）§3. 2006 年 7 月 26 日、民主党の Max Baucus 上院議員らが上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付
⑤Nonitemizer Real Property Tax Deduction Act of 2006, H.R. 6122, 109th Cong.（2006）§3. 2006 年 9 月 20 日、民主党の Rush Holt 下院議員らが下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。
⑥ Export Products Not Jobs Act, S. 3777, 109th Cong.（2006）§201. 2006 年 8 月 2 日、民主党の John F. Kerry 上院議員が上院へ提出、同日上院財政員会へ回付。

6122、S. 3777。2007 年提出法案[59] につき、S. 96、S. 347、S. 592、S. 681、S. 1111、S. 1151、H.R. 1920、H.R. 2136、H.R. 2345、S.1508、S.1626、H.R.3395）は、この報告書を受け入れなかった。これらの法案は、報告書以前の法案とほぼ同じ文言を用いており、適用対象取引の限定と、二分肢テスト導入を排除した。

適用対象取引の限定については、最終的に制定された Health Care and Education Reconciliation Act of 2010 においても採用されることなく終わった。その一方で、二分肢テストについては、2007 年に提出された「Food, Conservation, and Energy Act of 2008（H.R. 2419）」に対する上院の修正案（S.Amdt. 3499）[60] および「Heartland, Habitat, Harvest and Horticulture Act of

---

59）2007 年提出法案の詳細は以下の通りである。
① Export Products Not Jobs Act, S. 96, 110th Cong.（2007）§201. 2007 年 1 月 4 日、民主党の John F. Kerry 上院議員が上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。
② Minimum Wage Act of 2007, S. 347, 110th Cong.（2007）§211. 2007 年 1 月 22 日、共和党の George V. Voinovich 上院議員が上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。
③ GoMe Act, S. 592, 110th Cong.（2007）§4. 2007 年 2 月 14 日、共和党の Susan M. Collins 上院議員が上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。
④ Stop Tax Haven Abuse Act, S. 681, 110th Cong.（2007）§401. 2007 年 2 月 17 日、民主党の Carl Levin 上院議員らが上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。
⑤ Fair Flat Tax Act of 2007, S. 1111, 110th Cong.（2007）§321. 2007 年 4 月 16 日、民主党の Ron Wyden 上院議員が上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。
⑥ Health Care for Hybrids Act, S. 1151, 110th Cong.（2007）§201. 2007 年 4 月 18 日上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。提案者は Barack Obama 上院議員である。
⑦ Health Care for Hybrids Act, H.R. 1920, 110th Cong.（2007）§201. 2007 年 4 月 18 日、Jay Inslee 下院議員が下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。法案の内容は、上記⑥の S.1151 と同一である。
⑧ Stop Tax Haven Abuse Act, H.R. 2136, 110th Cong.（2007）§401. 2007 年 5 月 3 日、民主党の Llyod Doggett 下院議員らが下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。
⑨ Abusive Tax Shelter Shutdown and Taxpayer Accountability Act of 2007, H.R. 2345, 110th Cong.（2007）§101. 2007 年 5 月 16 日、民主党の Llyod Doggett 下院議員らが下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。
⑩ Clean Energy Production Tax Incentives Act of 2007, S. 1508, 110th Cong.（2007）§204. 2007 年 5 月 24 日、民主党の Byron L. Dorgan 上院議員が上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。
⑪ Responsible Fatherhood and Healthy Families Act of 2007, S. 1626, 110th Cong.（2007）§204. 2007 年 6 月 14 日、民主党の Evan Bayh 上院議員らが上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。
⑫ Responsible Fatherhood and Healthy Families Act of 2007, H.R. 3395, 110th Cong.（2007）§204. 2007 年 8 月 3 日、民主党の Danny K. Davis 下院議員らが下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。法案の内容は上記⑪の S.1626 と同一である。

60）Food, Conservation, and Energy Act of 2008, H.R 2419, 110th Cong.（2007）. 2007 年 5 月 24 日下院へ提出。民主党の Ron Wyden 上院議員が提出した修正案（S.Amdt. 3499）の §12511 に、経済的実質主義の制定法化条項が含まれる。

2007（S. 2242）」[61] が初めて採用し、これ以降に提出された法案[62]（H.R. 4351、H.R.5790、S. 3162、H.R. 6595、H.R.7174、H.R. 3200、S. 506 および

61） Heartland, Habitat, Harvest, and Horticulture Act of 2007, S. 2242, 110th Cong.（2007）§ 511. 2007 年 10 月 25 日、民主党の Max Baucus 上院議員が上院へ提出。

62） 法案の詳細は以下の通りである。

① AMT Relief Act of 2007, H.R. 4351, 110th Cong.（2007）§ 211. 2007 年 12 月 11 日、民主党の Rangel 下院議員らが下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。226 対 193 で下院は通過するも、法律とはならなかった。

② Universal Homeowner Tax Cut Act of 2008, H.R. 5790, 110th Cong.（2008）§ 211. 2008 年 4 月 15 日、民主党の Bill Foster 下院議員が下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。

③ MADE in the USA Tax Act, S.3162, 110th Cong.（2008）§ 311. 2008 年 6 月 19 日、共和党の George V. Voinovich 上院議員が上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。

④ Middle Class Tax Fairness Act of 2008, H.R. 6595, 110th Cong.（2008）§ 209. 2008 年 7 月 24 日、民主党の Timothy J. Waltz 下院議員らが下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。

⑤ James Zadroga 9/11 Health and Compensation Act of 2008, H.R.7174, 110th Cong.（2008）§ 301. 2008 年 9 月 27 日、共和党の Carolyn B. Maloney 下院議員らが下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。

⑥ America's Affordable Health Choices Act of 2009, H.R. 3200, 111th Cong.（2009）. 2009 年 7 月 14 日、民主党の John D. Dingell 下院議員らが下院に提出したが、類似の法案である後掲注（66）の H.R.3962 に取って代わられた。

⑦ Stop Tax Haven Abuse Act, S. 506, 111th Cong.（2009）§ 401. 2009 年 3 月 2 日、民主党の Carl Levin 上院議員らが上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。

⑧ Stop Tax Haven Abuse Act, H.R. 1265, 111th Cong.（2009）§ 401. 2009 年 3 月 3 日、民主党の Lloyd Dogget 下院議員らが下院へ提出、同日下院歳入委員会を含む諸委員会へ回付。法案は上記⑦の S.506 と同一である。

⑨ Responsible Fatherhood and Healthy Families Act of 2009, S. 1309, 111th Cong.（2009）§ 202. 2009 年 6 月 19 日、民主党の Evan Bayh 上院議員らが上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。

⑩ Unemployment Compensation Extension Act of 2010, H.R. 4213, 111th Cong.（2009）. 2009 年 12 月 7 日、民主党の Rangel 下院議員が下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。下院通過後、2010 年 3 月 1 日に民主党の Max Baucus 上院議員が提出した修正案（S.Amdt. 3336）の § 421 で経済的実質主義の制定法化が提案されたが、採用には至らなかった。

⑪ A bill to amend the Internal Revenue Code of 1986 to provide a temporary payroll increase tax credit for certain employers, S. 2955, 111th Cong.（2010）§ 231. 2010 年 1 月 26 日、民主党の Russell D. Feingold 上院議員が上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。

⑫ Bipartisan Tax Fairness and Simplification Act of 2010, S. 3018, 111th Cong.（2010）§ 411. 2010 年 2 月 23 日、民主党の Ron Wyden 上院議員が上院へ提出、同日上院財政委員会へ回付。

⑬ American Business Competitiveness Act of 2010, H.R.5962, 111th Cong.（2010）§ 411. 2010 年 7 月 28 日、民主党の Daniel B. Maffei 下院議員が下院へ提出、同日下院歳入委員会へ回付。具体的な経緯は不明であるが、Health Care and Education Reconciliation Act of 2010 成立後にもかかわらず、7701 条（p）として経済的実質主義の制定法化を提案するものである。法案の内容は 7701 条（o）とほぼ同一であるが、規定の適用除外について財務省規則への委任を認める点が異なる。

H.R.1265、S.1309、H.R. 3962、S. 2955、S. 3018、H.R.5962）は 1 件[63]を除き、全て二分肢テストを採用することとなった。

このうち、2007 年に提出された H.R. 4351 は、二分肢テストと、納税者が利益獲得可能性を利用する場合の特別規定を採用している。また、従来の法案が定めていた、リース等一定の取引に対する特別規定や適用除外を採用せず、企業会計上のベネフィットおよび外国税に関する特別規定を置くのみとなっている。すなわち、3.1 で述べた現在の判例法理における裁判所間の差異を統一することのみに集中しているといえる。このような条文の構造および文言は、これ以降に提出された法案のほとんどが踏襲している。さらに、最終的に制定された Health Care and Education Reconciliation Act of 2010 も、財務省規則への委任規定が無いことを除き、全く同じ条文を採用している。したがって、この頃にはすでに、（少なくとも法案を提出する議員らの間では）条項の内容に関して、二分肢テストと、利益獲得可能性のテストを採用し、問題点として認識された裁判所間の差異を解決する以上の特別規定は置かないとの見解が固まっていたものと見られる。

3.2 Health Care and Education Reconciliation Act of 2010

2009 年に民主党の Barack Obama が大統領に就任すると、経済的実質主義の制定法化は、いわゆる「オバマケア（ObamaCare）」関連法案の一部としても提案されるようになった。最終的に 2010 年 3 月に成立した Health Care and Education Reconciliation Act of 2010[64] も、オバマケアの関連法案であった。

この法案は、オバマケアの中核となる法律である Patient Protection and Affordable Care Act[65]をめぐる問題を解決することを目的としていた。2009 年 11 月 7 日、下院は、オバマケア法案として、Affordable Health Care for

63）Julia Carson Responsible Fatherhood and Healthy Families Act of 2009, H.R. 2979, 111th Cong.（2009）§ 204 . 民主党の Danny K. Davis 下院議員が、2009 年 6 月 19 日に下院へ提出、同日下院歳入委員会を含む諸委員会へ回付。この法案は、2007 年以降で唯一、三分肢テストを採用している。

64）Health Care and Education Reconciliation Act of 2010, Pub. L. 111–152, 124 Stat. 1029. このうち、経済的実質主義の制定法化は、1409 条で定められている。

65）Patient Protection and Affordable Care Act, Pub. L. 111–148, 124 Stat. 119.

America Act（H.R. 3962）[66] を 220 対 215 で可決した [67]。この下院の法案は、連邦政府による公的保険（public option）の導入と、経済的実質主義の制定法化を含むものであり、これらは Obama 大統領がかねてから主張してきた内容であった [68]。一方、上院は、下院の議論とは別に、独自の法案を企図した。上院は、オバマケアとは無関係な歳入関連法案として下院で可決された Service Members Home Ownership Tax Act of 2009（H.R. 3590）[69] を、上院回付後に全面的に修正し（S. Amdt. 2786）[70]、オバマケア法案の Patient Protection and Affordable Care Act として 2009 年 12 月 24 日に 60 対 39 で可決した [71]。この上院の法案は、連邦政府による公的保険（public option）の導入と経済的実質主義の制定法化を採用していないなど、下院の法案と比べて消極的な内容となっている。すなわち、この時点で、下院と上院で異なる内容の法案が可決される状況が生まれた。

こうした中、2010 年 1 月、民主党の Edward M. Kennedy 上院議員の死去に伴う補欠選挙で、共和党の Scott Brown 候補が当選したため、上院の構成が民主党 57（＋民主党と会派を組む無所属 2）対共和党 41 となった。当時の上院では、共和党がオバマケアに反対し、フィリバスター

66）Affordable Health Care for America Act, H.R. 3962, 111th Cong.（2010）. 2010 年 3 月 17 日、民主党の John D. Dingell 下院議員らが下院へ提出。§562 に経済的実質主義の制定法化条項を含む。

67）その内訳は、民主党下院議員 219 名および共和党下院議員 1 名が賛成、共和党下院議員党 176 名および民主党下院議員 39 名が反対であった。

68）Barack Obama 大統領は、経済的実質主義の制定法化に積極的な立場をとる。実際、前掲注（57）⑥の S.2045 および前掲注（59）⑥の S.1151 など、Obama 大統領自身、上院議員時代に制定法化を提案している。いずれの法案も、医療保険制度改革を内容とするものであり、Obama 大統領が医療保険制度改革とその財源の一部としての経済的実質主義の制定法化をセットで考えていることが伺われる。さらに、Bush 政権下では見送られていた財務省による制定法化の提案が、Obama 政権下の 2010 年に再開されていることからも、Obama 政権の積極姿勢が見て取れる。

69）Service Members Home Ownership Tax Act of 2009, H.R. 3590, 111th Cong.（2009）. 2009 年 9 月 17 日、民主党の Rangel 下院議員が下院に提出。その主な内容は、軍人等の住宅税額控除（housing tax break）に関する内国歳入法典の改正であった。

70）合衆国憲法 1 条 7 節は、歳入関連法案について下院の先議権を認めている。そこで、上院は、先に下院で可決された歳入関連法案の H.R.3590 を、上院の意向に沿ったオバマケア法案に全面的に書き替えるという手段をとったと考えられる。

71）その内訳は、民主党上院議員 58 名全員および民主党と会派を組む無所属上院議員 2 名が賛成、共和党上院議員 33 名が反対、共和党上院議員 1 名が棄権であった。

（filibuster）[72] を行っていたが、このとき、民主党はフィリバスターの終結に必要な 60 議席を失ったため、上院において共和党に譲歩せざるを得なくなった。そこで、Obama 大統領は、下院法案の上院通過を諦め、ひとまず、既に上院を通過していた H.R 3590 を成立させ、後の立法で改正する道を選ぶこととなった。

そして、上記の経緯で成立した Patient Protection and Affordable Care Act を改正する法案として、2010 年 3 月 17 日に審議が始まったのが、本稿が研究対象とする Health Care and Education Reconciliation Act of 2010（H.R.4872）である。H.R.4872 は、その名の通り、reconciliation（調整）のための法案である。reconciliation は、Congressional Budget and Impoundment Control Act of 1974[73] で定められた、予算に関する特別な手続きであり、上下両院の決議で、授権された委員会（authorizing committee）に対し、予算案の達成に必要な現行法の規定の変更を指示するものである [74]。この指示に基づき、委員会が現行法を変更する法案を取りまとめ、上下両院で審議が行われるが、reconciliation のプロセスにおいては、審議の迅速化のため、上院における討論時間が 20 時間に制限されている [75]。これはすなわち、上院の少数派がフィリバスターによる遅延戦術をとり得ないことを意味する。Obama 大統領および民主党は、reconciliation のこの特徴を利用して、共和党のフィリバスターを半ば強引に封じ、大統領に同調する民主党議員のみの賛成によって H.R.4872 を通過させたのである [76]。H.R.4872 は、大統

72）一般には、「議事妨害」と訳される。Bryan A. Garner et al., Black's Law Dictionary 10th Edition, 746（2014）による「fillibuster」の説明では、「遅延戦術、とりわけ、立法活動を妨害するために行われる、冗長で、しばしば無意味な演説」を意味し、「フィリバスターは、討論の権利が通常は無制限であり、総議員の 3 分の 2 の討論終局決議（cloture）によってのみフィリバスターを終了させられるアメリカ連邦議会の上院では一般的である」とされる。ただし、現在では上院規則（Rules of Senate）22 条により、cloture の要件は総議員の 5 分の 3（すなわち 60 名）以上に緩和されている。

73）Congressional Budget and Impoundment Control Act of 1974, Pub. L. 93–344, 88 Stat. 297.

74）渡瀬義男「ブッシュⅡ政権下の財政と連邦議会 ―レーガン政権以降の財政運営比較の試み」レファレンス 59 巻 12 号 53 頁、65-66 頁（2009）。

75）Congressional Budget and Impoundment Control Act of 1974, §301（e）（2）, 2 U.S.C. §641（e）（2）.

76）H.R.4872 は、まず、3 月 21 日に下院を 220 対 211 で通過した。賛否の内訳は、賛成が民主 220、反対が共和 175 および民主 32 であった。

次に、3 月 25 日午後 2 時、上院を 56 対 43（棄権 1）で通過した。賛否の内訳は、賛成が民主 55 および無所属 1、反対が共和 40 および民主 3、棄権が共和 1 であっ

領の署名を経て 3 月 30 日に成立した。このように、10 年に及ぶ経済的実質主義の制定法化の試みは、共和党の抵抗を封じた強硬なプロセスによって、わずか 2 週間で達成されることとなった。

以下、条文の内容を検討するが、その分析の内容および順序については、主として 1.2「問題の所在」で述べた岡村忠生教授の論考に依拠する。

3.2.1 条文の内容

7701 条（o）は、「経済的実質主義の明確化（Clarification of economic substance doctrine）」と題し、経済的実質主義の適用を明確化するものである[77]。

本条文の冒頭にある 7701 条（o）（1）は、以下のように適用要件を定める。

> （1）経済的実質主義が関連する取引の場合、その取引は、以下の場合のみ経済的実質を有すると扱われるものとする。

したがって、経済的実質主義の適用要件は、経済的実質主義が「関連する」かどうかのみである。このような緩い定め方となっているのは、否認規定の「回避」という懸念に配慮し、セーフ・ハーバーを生じさせないためのものと分析されている[78]。実際、法令および行政実務により従来尊重されてきた一定の基本的な事業取引に対する適用除外は、成文化されなかった[79]。また、3.1.3 で述べたとおり、連邦議会へ提出された法案のほとんどが、適用除外について財務省規則への委任を認めていたが、この法律

た。

最後に、同日午後 9 時 2 分、上院の修正案が、下院を 220 対 207（棄権 3）で通過した。賛否の内訳は、賛成が民主 220、反対が共和 175 および民主 32、棄権が共和 2 および民主 1 であった。

77）Staff of Joint Committee on Taxation, General Explanation of Tax Legislation Enacted in the 111th Congress, 380（2010）.

78）岡村忠生「米国の新しい包括的濫用防止規定について」（社）日本租税研究協会第 62 回租税研究大会記録　138 頁、144 頁（2010）。

79）Staff of Joint Committee on Taxation, *supra note 77*, at 380 では、該当する基本的取引として、（1）企業を、負債と資本のいずれかで設立するかの選択、（2）外国投資を行うために外国法人または内国法人を用いることの合衆国民の選択、（3）SubchapterC により法人組織を構築するまたは組織再編成を行う取引または一連の取引に参加することの選択、（4）482 条の独立当事者間基準および他の適用可能な概念が充足される場合に、関連当事者を利用することの選択の四つが例示されている。

は、そのような条項も削除している。また、初期の法案には、リースなど、具体的な取引を意識した詳細な特別規定が多数挿入されていたが、制定法化された 7701 条（o）については、その種の特則が減らされている。内国歳入庁も、2010 年に発遣した Notice 2010-62 において、「経済的実質主義が適用される、または適用されない取引の種類について、一般的行政指針を発出することを意図しない」[80] と述べ、具体的な適用対象を明確にしない姿勢をとっている[81]。

なお、この関連性の判断については、7701 条（o）（5）（C）が、経済的実質主義の制定法化がなされなかった場合と同じ方法で行うと定めている。

（5）（C）経済的実質主義が取引と関連するかどうかの決定は、このサブセクションが制定されなかった場合と同じ方法でなされるものとする。

この方法について、両院合同租税委員会の報告書は、「取引のタックス・ベネフィットの実現が、連邦議会の目的またはタックス・ベネフィットを生むように連邦議会によって設計された計画と矛盾しない場合、そのようなタックス・ベネフィットが認められないことは意図されない」[82] と注記しており、立法者は、経済的実質主義の適用については、連邦議会の目的または計画に適うか否かで判断されるものと考えているようである。

そして、7701 条（o）（1）は、経済的実質主義を有すると扱われるための要件として、以下の二つを求める。

（A）有意味に（連邦所得税上の効果とは無関係に）納税者の経済的ポジションを変更し、かつ、 （B）納税者が、その取引への参加を決定することについて（連邦所得税上の効果とは別に）実質的な目的を有する。

すなわち、制定法には二分肢の conjunctive test が採用された[83]。この明

80）Notice 2010-62, Section B.
81）2014 年 10 月、内国歳入庁は新たに Notice 2014-58 を発遣し、7701 条（o）（5）（D）の「取引」の意義について行政上の指針を示したが、適用対象については明確化しなかった。
82）Staff of Joint Committee on Taxation, *supra note 77*, at 378, n.1034.
83）二分肢テストの採用について、岡村教授は、裁判例の多数が二分肢テストを採用しており、手法の合理性は事業目的の中に取り込めるのではないかという考え方もあったことなどを理由として挙げている（岡村・前掲注（78）146 頁）。

確化は、前述のとおり、連邦巡回区間の法理の適用に関する差異を無くし、経済的ポジションの変化または事業目的のいずれかを有すれば経済的実質主義を充足するという disjunctive test の適用を改めさせることを目的としている[84]。7701 条（o）は、差異の統一を目的とするものであるため、各要件の詳細な意義については明らかにしていない。したがって、各要件の具体的な解釈・適用については、従来通り裁判所に委ねられていると考えられる。このうち、（A）の要件は、タックス・シェルターが、広く販売するために、何らの経済的効果を達成させず、税負担の減少のみを帰結するように設計されることを念頭に置いている[85]。この点は、経済的効果を達成しつつ、通常の形式とは異なる方法で税負担を減少させるという日本の租税回避の定義とは異なる。また、（B）の「実質的な目的」の判断は、従来の裁判例が行ってきたように、当事者の内心にある動機を問題とするのではなく、客観的な資料から、そのような目的が有るといえるかどうかを判断すると考えられる[86]。

そして、利益獲得可能性について、7701 条（o）（2）（A）は以下の通り定める。

（2）（A）総論―取引の利益獲得可能性は、合理的に期待される取引の課税前利益が、取引が尊重される場合に認められるであろう、期待されるタックス・ベネフィットの純額の現在価値と比べて相当程度（substantial）多い場合にのみ、パラグラフ（1）の（A）および（B）の要件が、当該取引に関して充足されたかどうかを決定する際に考慮されるものとする。

すなわち、利益獲得可能性は、課税前利益が相当程度存在する場合には、パラグラフ（1）の（A）および（B）が充足されたか否かを判断する際に考慮されるものとされた。

また、課税前利益の算定に関し、3.1 で述べた外国税の取扱いの問題を解決するための条項が含まれている。

84） Staff of Joint Committee on Taxation, *supra note 77*, at 380.
85） 岡村・前掲注（78）145 頁。
86） 同上。

（2）（B）報酬および外国税の取扱い―報酬その他の取引費用は、サブパラグラフ（A）による課税前利益を算定する際に、費用として考慮されるものとする。財務長官は、適切な事例で課税前利益を算定する際に、外国税が費用と扱われるように求める規則を発遣するものとする。

さらに、3.1 で述べた企業会計上の利益の取扱いをめぐる問題点を解決するための条項も採用されている。

（4）企業会計上のベネフィット―パラグラフ（1）（B）の目的上、企業会計上の利益を達成することは、企当該企業会計上のベネフィットの源泉が連邦所得税を減ずることである場合、取引が実質的な租税以外の目的を有しているとして考慮されないものとする。

そして、7701 条（o）（5）（A）は「経済的実質主義」を定義し、コモン・ロー上の経済的実質主義を制定法に組み込む。

（5）（A）「経済的実質主義」という文言は、それにより、取引が経済的実質を有しない、または事業目的が存在しない場合に、取引に関してサブタイトル A によるタックス・ベネフィットが認められないとするコモン・ロー上の法理を意味する。

コモン・ローを制定法に組み込み、裁判所にコモン・ローの形成を委ねているのは、経済的実質主義は制定法化できない、あるいは、すべきではないとの判断を示していると分析されている[87]。この点につき、日本では、法律が行政立法に細部を委ねることは認められるが、裁判所に実質主義に関する判断を任せてコモン・ローを形成する制度を構築することは課題が多いと考えられている[88]。

さらに、7701 条（o）（5）（D）は、「取引」を定義する。

（5）（D）「取引」という文言は、一連の取引を含む。

「一連の取引を含む」との文言は、段階取引法理を意味するものとされ[89]、この条項は、法理の適用の際に取引を集約、分解、あるいは再構成する裁判所の能力を変更しないとされている[90]。

87）岡村・前掲注（78）150 頁。
88）同上。
89）岡村・前掲注（78）146 頁。
90）Staff of Joint Committee on Taxation, *supra note 77*, at 380.

3.2.2 制定法化の評価

以上のような制定法化の評価に関しては、実務家や研究者らの間で意見が分かれてきた。その立場については、Allen D. Madison 教授の分類によると、①判例法理よりも制定法化を好む見解、②制定法化よりも判例法理を好む見解、③経済的実質主義の法理を一般的否認規定に相当するものとして用いること自体に反対する見解の三つがあるとされる[91)]

①の立場の論者は、まず、法理の制定法化が、裁判所ごとに採用する経済的実質主義のテストが異なる現状を解消することを理由に制定法化を支持する[92)]。また、別の理由として、制定法化は、法理の司法上の発展に正統性を与えるという点を挙げる論者もいる[93)]。この理由については、2.2.7 で述べたとおり、近年、三権分立に反するとして経済的実質主義の適用を否定する Coltec 事件連邦請求裁判所判決が下されたことに対応している。最後の理由は、法理の制定法化が、経済的実質主義を強化するということである[94)]。例えば、James M. Delaney 教授は、経済的利益の要件を強化するために制定法化が必要であると主張し[95)]、実際の立法でも 7701 条（o）（2）（A）で経済的利益の明確化が図られた。

一方、②の立場の論者は、制定法化が司法上発展した法理を弱めると主

91） Allen D. Madison, *Rationalizing Tax Law by Breaking the Addiction to Economic Substance*, 47 Idaho L. Rev. 441, 457（2011）.

92） 例えば、Samuel C. Thompson, Jr., *Despite Widespread Opposition, CongressShould Codify the ESD*, 110 Tax Notes 781, 782（2006）は、「制定法化は、複雑さと不明確さを増大させるのではなく、法理の適用を統一する結果をもたらすだろう」と述べる。

93） Jeff Rector, *A Review of the Economic Substance Doctrine*, 10 Stan. J.L. Bus. & Fin. 173, 189（2004）.

94） この理由に依拠する論者は多く、例えば、James S. Eustice, *Abusive Corporate Tax Shelters: Old 'Brine"in New Bottles*, 55 Tax L. Rev. 135, 165（2002）は、「過度にタックス・ドリヴンな取引に対し、（「摩擦」や障壁ではなく）曖昧さを創造することが、それらの取引を止める唯一の方法となる時は間近であろう」とする。また、Michael L. Schler, *Ten More Truths about Tax Shelters: The Problem, Possible Solutions, and a Reply to Professor Weisbach*, 55 Tax L. Rev. 325, 377（2002）は、経済的実質主義の制定法化は、「経済的実質主義が、取引の各局面を分けて考慮することで適用されると定めることができる」とし、そのように定めることで、法理を強化の図ることができるとしている James M. Delaney, *Where Ethics Merge With Substantive Law-An Analysis of Tax Motivated Transactions*,38 Ind. L. Rev. 295, 341-42（2005）は、課税前利益の要件を強化するために経済的実質主義が制定法化されるべきであるとする。

95） Delaney, *supra note 94*, at 341-42.

張する[96]。この立場の論者は、司法上の法理は柔軟であり、制定法化はその柔軟性を奪うと懸念する[97]。この立場には、3.1.3 で述べた通り、アメリカ法曹協会のような実務家団体だけでなく、Bush 政権時代の財務省・内国歳入庁も与していた。法案の起草者もこの批判を考慮しており、前述のとおり、7701 条（o）（5）（C）で「経済的実質主義が取引と関連するかどうかの決定」は、制定法化前と同じ方法でなされると定めることで、制定法が法理の柔軟性を維持するように試みている。

そして、③の見解に立つ論者は、①と②の立場の論者が、議論もなく、経済的実質主義が税制にとって好ましいものであるとの暗黙の前提をおいていることを批判する[98]。「2.1 判例法理の発展」で述べた通り、経済的実質主義の実態は、一般的否認規定に相当するものであり、これは、本来連邦議会が制定法として定めるべきものである。この問題を解決するために、判例法理である経済的実質主義の制定法化ではなく、連邦議会が一般的否認規定を制定すべきであると提案されている[99]。

3.2.3 制定法化以降の判決

2010 年の経済的実質主義の制定法化以降、7701 条（o）は、いくつかの事件で引用されている。しかし、Health Care and Education Reconciliation Act of 2010 の 1409 条（e）（1）が、「この条項によりなされる改正は、この法律の制定日以後に行われた取引に適用されるものとする」と定めているため、未だ 7701 条（o）が直接適用されている判決は見当たらない[100]。

96）例えば、Tanina Rostain, *ShelteringLawyers: The Organized Tax Barand the Tax ShelterIndustry*, 23 Yale J. on Reg. 77, 110（2006）によると、ニューヨーク州法曹協会租税部会は「租税を動機とする濫用的な取引と、他の取引を区別する抽象的な文言を考案することはできないと考える」と主張した。

97）例えば、Edward L. Froelich & John W. Westmoreland, *Common Law* vs. *Rule of Law*, 106 Tax Notes 723（2005）、DennisJ.Ventry, Jr., *Save the Economic Substance Doctrine from Congress*, 118 Tax Notes 1405, 1405-06（2008）.

98）Madison, *supra note 91*, at 459.

99）Jerome B. Libin, *Congress Should Address Tax Avoidance Head-On: The Internal Revenue Code Needs a GAAR*, 30 Va. Tax Rev. 339（2010）.

100）以下の判決で 7701 条（o）が引用され、同条の内容について若干言及されている。しかし、結論として、全ての判決が、問題となる取引が 2010 年以前に実行されていることから、同条は適用されないと判示している。Rovakat, LLC v. Commissioner, T.C. Memo 2011-225, *39, n.11（2011）、WFC Holdings Corporation v. United States, 2011 U.S. Dist. LEXIS 113382, *89, n.5（D. Minn. Sep. 30, 2011）、Fidelity International Currency Advisor A Fund, LLC v. United States, 661 F.3d 667, 674

したがって、制定法化以降も、Gregory 事件判決等の先例を引用し、判例法理としての経済的実質主義に基づいて判断がなされている。たとえば、経済的実質主義に基づいて取引が否認されるか否かが争われた WFC Holdings Corp. v. United States 事件[101]では、2013 年に第八巡回区控訴裁判所が、Rice's Toyota 事件第四巡回区控訴裁判所判決を引用し、従来通り disjunctive test を採用している。このように、現時点では、経済的実質主義の制定法化は裁判所の判断に影響を与えていないと言わざるをえない。

また、2014 年には、前述の WFC Holdings Corp. v. United States 事件について連邦最高裁に裁量上訴の許可が申し立てられ、Andy Grewal 教授による Amicus Curiae Brief[102]が、連邦最高裁が 7701 条（o）の解釈を示すことを求めたものの、連邦最高裁は裁量上訴を受理せず、審理を行わなかった。したがって、7701 条（o）が直接適用される事件が現れるまで、連邦最高裁をはじめとする裁判所が 7701 条（o）の解釈を示す見込みも低いと考えられる。

よって、今回の経済的実質主義の制定法化が司法に対して与えた影響については、現時点では分析することができず、今後、7701 条（o）が適用される事件が生じた際に改めて検討する必要があるといえる。

3.3 小括

制定法化の歴史は、1999 年の財務省提案に遡ることができるが、この

（1st Cir. 2011）.、Gerdau MacSteel, Inc. v. Commissioner, 139 T.C. 67, 168, n.68（2012）、Crispin v. Commissioner, T.C. Memo 2012-70, *18, n.14（2012）、Blum v. Commissioner, T.C. Memo 2012-16, *31, n.21（2012）、Massachusetts Mutual Life Insurance Company v. United States, 103 Fed. Cl. 111, 167, n.33（2012）、United States v. Coplan, 703 F.3d 46, 92, n.41（2d Cir. 2012）、Historic Boardwalk Hall, LLC v. Commissioner, 694 F.3d 425, 432, n.7（3d Cir. 2012）、Nevada Partners Fund, L.L.C. v. United States, 720 F.3d 594, 607, n.35（5th Cir. 2013）、Feldman v. Commissioner, 779 F.3d 448, 455（7th Cir. 2015）、Salem Financial., Inc. v. United States, 2015 U.S. App. LEXIS 7925, *21, n.4（Fed Cir. 2015）.

101）*WFC Holdings Corp. v. United States*, 2011 U.S. Dist. LEXIS 113382（D. Minn. Sep. 30, 2011）, *aff'd*, 728 F. 3d 736（8th Cir. 2013）, *cert. denied*, 134 S. Ct. 2724（2014）この事件で問題となった取引は、1990 年代後半のものであるため、7701 条（o）は適用されなかった。

102）Andy Grewal, *It's Time For The Supreme Court to Review The Economic Substance Doctrine*（*Amicus Brief*）, U Iowa Legal Studies Research Paper 14-11（2014）, *available at* http://ir.uiowa.edu/law_pubs/1859.

財務省案は、タックス・シェルター対策のために、経済的実質主義の客観的テストを採用した否認規定の導入を主眼に置いていた。しかし、財務長官が運用する否認規定への批判が高まったため、それらに応える形で、立法の目的が経済的実質主義自体の制定法化に移っていった。当初の法案では、3.1 で述べた判例法理の問題点を解決する条項に加えて、リース等一定の取引に対応した特別規定が設けられていたが、2007 年頃の法案で現行法の構造が固まった際には、問題点を解決する以外の特別規定は排除された。さらに、最終的に、reconciliation のプロセスで半ば強硬に制定された Health Care and Education Reconciliation Act of 2010 では、規定の適用除外を財務省規則が定める条項も削除され、適用対象については従来通り裁判所の判断に委ねられることとなった。したがって、経済的実質主義を制定法化する法案の機能は、最終的には、現行の判例法理の障害となる裁判所間の差異の統一に収斂していったといえる。

また、経済的実質主義の内容についても、判例法理を忠実に法典化する方向に進んでいった。2000 年頃までの財務省案は、経済的実質主義の主観的要件について、納税者により容易に操作可能であることを根拠に要件から排除していた。しかし、その提案は、タックス・ロイヤーから、主観的要件を欠いているためにコモン･ロー上の法理を適切に反映しておらず、利益の生じない取引という点のみをとらえてタックス・ベネフィットが否認される恐れがあるとの批判に晒されたため、後の法案は全て主観的要件のテストを要求することとなった。また、法案は当初三分肢テストを採用していたが、判例法理が合理的方法を要求していないとして、二分肢テストに移行していった。

以上から、アメリカにおける経済的実質主義の制定法化の過程をまとめると次のようになる。すなわち、制定法化は、当初タックス・シェルターへの対抗策として、経済的実質主義のテストを用いた財務長官による否認規定を導入することから始まり、判例法理を制約する特別規定を設けた法案も多数提出された。しかし、最終的には、法理を明文化することで否認の機能が損なわれることへの批判から、裁判所が確立した判例法理に手を加えない方向へ進み、現在までに顕在化した裁判所間の解釈・適用の差異を統一するにとどまったといえる。したがって、今後の経済的実質主義の法理の解釈・適用については、従来通り裁判所に委ねられたものと解され

る。

4 おわりに

以上、本稿では、租税回避を否認する機能を果たす判例法理である経済的実質主義の発展過程と、7701 条（o）が成立するまでの法案の変遷を観察した。「2 判例法理の構造」で述べた通り、アメリカでは、一般的否認規定に相当するものとして、判例法理である経済的実質主義が発展してきた。2000 年ごろから、この法理を制定法化する試みが始まったが、経済的実質主義の制定法化は、判例法理が抱えていた様々な問題点を解決するために行われた。当初の立法は、その問題点の解決に加え、一定の取引に対する特別規定を設けていた。これは、例えば、リース取引については、減価償却費控除、税額控除の利益は、期待純タックス・ベネフィットに算入しない特別規定があった。これらは、連邦議会が、立法を通じて判例法理を修正しようとするものであったが、様々な法案が提出される過程で徐々に整理されていき、最終的には、判例法理に手を加えず、すでに顕在化していた裁判所間の差異を統一するにとどまる内容となった。

条文が、このような定め方となったのは、経済的実質主義を明文化することで、法理の機能が損なわれることに強い懸念が示されたからである。すなわち、2.1 における判例の整理で示したとおり、経済的実質主義は、納税者の編み出した共通点のない多種多様なスキームに対し、ケース・バイ・ケースで適用されることで効果を発揮するものであり、立法による明確化はその強みを奪う恐れがあるということである。したがって、制定法化された経済的実質主義は、顕在化した裁判所間の差異を統一する以外の明確化を避けることで、裁判所に解釈適用の余地を大きく残している。さらに、制定法は段階取引法理も認めていることから、裁判所は、問題となる取引を切り分けることで、結論を操作することが可能である[103]。このように、制定法化された経済的実質主義は、いつ、どのように適用されるかという核心部分を裁判所に委ねている。

したがって、最終的に制定された 7701 条（o）は、連邦議会が裁判所に

103）Staff of Joint Committee on Taxation, *supra note 77*, at 380.

替わって一般的否認規定を制定するものではなく、すでに確立した判例法理について、裁判所間で異なっていた点の統一を行うにすぎない。その結果、7701 条（o）制定後も、アメリカでは、裁判所が一般的否認規定に相当する判例法理を運用していくものと考えられる。

以上、本稿では、主として経済的実質主義の形成と立法過程に着目し、法案がいかなる変遷を遂げ、最終的にどのような立法に至ったかを明らかにした。その一方で、経済的実質主義の具体的な要件、とりわけ事業目的について十分な検討をすることができなかった。租税回避は、同一の事情にあれば同じように課税されるべきとする租税平等主義を根拠に問題視されている以上、同一の結果を生む租税回避行為については、同一の課税がなされるべきであり、事業目的の有無によって課税結果が左右されることをいかなる理由付けで正当化するかが問題となる。今回の研究では、制定法化の過程で、事業目的の分析を必要としない提案が、主観的要件を欠いているためにコモン・ロー上の法理を適切に反映しておらず、利益の生じない取引という点のみをとらえてタックス・ベネフィットが否認される恐れがあるとの批判に晒されたという歴史的経緯から、アメリカの経済的実質主義は、事業目的の分析を不可欠の要素としていることを示すことはできた。しかし、なぜ、事業目的の有無によって課税結果が変化することが容認されるのか、そのアメリカでの理由付けを明らかにすることはできなかった。この点については、今後、諸外国の一般的否認規定も分析しながら、検討していきたい。

※なお、本稿脱稿後、矢内一雄・新谷幹雄「米国における一般否認規定（1）（2）」月刊税務事例 47 巻 5 号 81 頁、6 号 61 頁（2015）および新谷幹雄「創設規定としての米国の経済的実質の法理について」月刊税務事例 47 巻 7 号 76 頁（2015）に接した。