

CFC税制（タックスヘイヴン対策税制）が租税条約に違反しないとした東京地判平成一九年三月二九日の評釈補足

浅妻 章 如

- 一 序
- 二 事案について及び前評釈における書き濁し部分
- 三 CFC税制（タックスヘイヴン対策税制）と租税条約との関係について再論
- 四 海外子会社配当非課税提案を含む今後のありうる立法との関係について

一 序

1 本稿の目的

私は、租税特別措置法六六条の六のいわゆるCFC税制（タックスヘイヴン対策税制）が日本シンガポール租税条約に違反しないとした東京地判平成一九年三月二九日・平成一六年（行ウ）第一七〇号（判例集未登載・裁判所ホームページ掲載）⁽¹⁾について評釈（以下、「前評釈」という）を書く機会を頂いた。しかし、字数の制約のため詳しく書くことができなかった事柄がある。それについてここで記したいというのが第一義的な本稿の目的である。この裁判

については、東京高判平成一九年一月一日・平成一九年(行コ)第一四八号(判例集未登載、LEXDB 文献番号 28140476)が控訴を棄却し、現在原告・納税者側が最高裁に上告を申し立てているところである。本稿が公刊される前に最高裁の判断が出るかもしれないが、本稿は無意味なものとなる可能性があるが、仮に最高裁が単に上告不受理と判断するとしても(それならばその結論については特に異論はないけれども)、東京地裁判決・東京高裁判決の判断がそのまま残ることについて将来に向けて若干の懸念が生じる。この若干の懸念についても本稿で論じたい。

第二義的ではあるが、前評釈執筆後の状況変化として、海外子会社から日本親会社を受け取る配当についての税制の変更が議論されている。もしこれが実現すると、東京地裁判決・東京高裁判決の論理構成のままでは若干の不都合が生じる恐れがある。これについても本稿で論じたい。

2 注意 点

現在公表されている本件判決文には墨塗り部分が多く、事案の詳細は不明である。本稿で【結論】と述べる際に念頭に置いているのは、事案についての結論ではなく、CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)が租税条約に違反しないという結論である。本件では、CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)の趣旨目的に照らしてその適用を控えるべき事案であるかといった争点もあったが、本稿では(租税条約違反かという争点と絡み本稿三一で触れる以外では)租税条約適合性以外の論点について扱わない。

以前私は、第一に、CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)が一般に租税条約七条のいわゆる【PE なければ課税なし】ルールに違反するかに関して、租税条約全体の作りに照らして七条の「利得」の解釈につきフランス国務院判決の論理構成は採りたいこと、第二に、七条に拘らなければ CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)が租税条約の何らかの条文に違反するかどうかについて議論の余地があることを論じた。²⁾この第二の点に関し、議論の余

地があるとしつつ、どちらかといえればそれでも租税条約違反には当たらないと思われる旨を当時述べていたが、本稿はこの第二の点に関する補論とも位置付けうる。

前評釈でも触れたように、自身では中立的に本稿を書いているつもりであるが、私は被告・国税側に付いていたため客観的には中立的でない。本稿では「」を引用のために用い、【】を区切りの明確化のために用いる。本稿では職名・敬称を付さない。

3 本稿の流れ

次章で、事実及び判旨について、以前書いたものを再掲した上で、前評釈で書き濁している部分を挙げる。

第三章で、CFC税制（タックスヘイヴン対策税制）と租税条約との関係について論ずる。その前提作業として、第一に、争点2と争点1に関する判示の整合的な理解について、述べる。その後、第二に、想定しうる納税者側の反論について、第三に、それへの再反論について、第四に、最高裁が上告不受理とした場合でも残る若干の懸念について、述べる。

第四章で、海外子会社配当非課税提案を含む今後のありうる立法との関係について論ずる。

(1) 二〇〇八年七月四日第六四三回租税判例研究会にて報告。浅妻章如「租税特別措置法六六条の六と日星租税条約との関係」ジュリスト一三六三号一四〇一—一四三頁（二〇〇八・九・一五）。

(2) 浅妻章如「タックス・ヘイヴン対策税制（CFC税制）の租税条約適合性——技術的な勘違いと議論の余地のある領域との整理——」立教法学七三三—三九六頁（二〇〇七）。

二 一事案について及び前評釈における書き濁し部分

1 事実関係及び判旨について

〔事実〕⁽⁵⁾ 訴外 P₂ グループ⁽³⁾ は、英国に拠点を置く製薬メーカーである。原告 X⁽⁴⁾ は内国法人であり、X の子会社である訴外 P₁ 社はシンガポールに所在していた。P₁ 社は租税特別措置法(以下、「措置法」という) 六六条の六(「タックスヘイブン対策税制」⁽⁶⁾とも呼ばれる)の要件を満たしていた。

被告 Y 税務署長は、X に対し平成一五年二月二十八日付で平成一一年一月一日から同年一二月三十一日までの事業年度の法人税の更正処分をした。

争点 1 として、本件は国際的租税回避が行なわれていない事案であるのか、そして措置法六六条の六の目的解釈により同条が適用されないといえるかどうか、争点 2 として、措置法六六条の六による課税は、恒久的施設なければ課税なしを規定する日星(日本シンガポール)租税条約七条一項に違反するかどうか、争点 3 として、訴外 P₁ 社が措置法六六条の六第三項の適用除外要件を全て満たしているかどうか、争点 4 として、訴外 P₁ 社の未処分所得の算定方法に誤りがあるかどうか争われた。

〔判旨〕 請求棄却。

争点 2 について、「措置法六六条の六の規定は、一定の条件を満たした海外子会社の所得の一部を、その親会社である『内国法人の収益の額とみなして』課税をするというものであり、形式的にみれば、内国法人の所得に対して課税をするという建前を採っているので、この形式論に基づく限り、被告の主張も成り立たないものではない。

しかしながら、このような形式論理を徹底させると、我が国の租税法規において、親会社である内国法人と、シンガ

ポールの海外子会社との関係や、それぞれの活動内容の実体等にかかわらず、「内国法人に対し、シンガポールの海外子会社の所得額に相当する収益があったものとみなして課税をする」という趣旨の規定を設けたとしても、それが内国法人の所得に対する課税という建前を採っている以上、少なくとも日星租税条約に違反することはないことになるが……、このような結論は、日星租税条約七条一項の規定を実質的に無視するものに等しいものであるといわざるを得ない。要するに、上記のような誰に対して課税をするのかという観点を形式的に適用する論理は、日星租税条約の潜脱を容易に許してしまうおそれがあるものであって……、そのまま採用することは困難である。

他方、シンガポールの海外子会社が、親会社である内国法人に対し、配当その他の方法によって任意に利益移転を行った場合、内国法人に移転された利益に対しては、我が国において課税がされることになるが、これが日星租税条約に違反するものではないことは明らかである。そうだとすると、親会社である内国法人とシンガポールの海外子会社との関係、シンガポールにおいて海外子会社が置かれた地位や実際の活動状況その他の事情に照らし、海外子会社から内国法人に対して利益移転が行われるのが当然であるにもかかわらず、そのような利益移転が行われていないとみられる場合には、内国法人に対し、本来あるべき利益移転が実際にあったものとみなし、その移転利益相当額に対して課税をすることは、経済的合理性のない不自然な状態を、本来あるべき自然な状態に戻し、あるべき状態に基づく課税をしているのとどまるのであるから、このような事態は、日星租税条約に違反することはないものと解される。そして、上記のような場合とは、要するに租税回避行為が行われた場合ということにほかならないのであるから、租税回避行為に対応するためのタックスヘイブン税制として、海外子会社の所得の一部又は全部を内国法人の利益とみなして課税をするとは、その内容が合理的なものである限り、日星租税条約に違反するものではないといえるべきである。」

「そこで、措置法六六条の六の規定を検討してみると、同条の規定」が適用される「ような場合は、一般的には租税回避行為が行われたと評価できるような場合であるということができるから、同条の規定が、日星租税条約七条一項に違反すると断定することは困難であるといえるべきである。」

2 前評釈で書き濁した部分について

私は前評釈一四一頁にて「措置法六六条の六による課税対象は名目的に内国法人であるというだけでなく実質的にも内国法人である、という説明が本判決によって一応できているものと思われる」と述べた。ここで「一応」と言葉を濁したことについて違和感を抱いた方がいるかもしれない。

そこで「一応」と書いたのは、東京地裁判決の論理に対し、納税者側に反論の余地があるかもしれない、とも考えたためである。しかし、元々私は CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)が租税条約に違反していないと考えていたし、更に、想定しうる納税者側の反論について再反論が可能であるとも前評釈執筆時に考えていた。この思考過程を書くべきかについても当然考えたが、前評釈一四二頁にて「争点 2 と争点 1 に関する判示を整合的に理解しようとするれば(詳述する紙幅はないが)、本判決は租税回避行為対策としての合理性が認められる範囲をかなり広く想定している、と読める」と述べたこととも絡み、字数を食うことが予想されたため、前評釈では想定しうる納税者側の反論とそれに対する再反論について論述することを諦め、別のことを書くことを優先させた。別のことは、実質的にも海外子会社が課税されているわけではないと補強するための論拠や、租税回避行為対策として合理的であることだけでは租税条約違反でないという結論を導くには充分ではないかもしれないことや、租税回避行為対策として合理的であることが租税条約違反とならないために必要であるとまではいえなかもしれないこと、等である。

- (3) 公表された高裁判決文によれば、グラクソグループ。
- (4) 高裁判決文によれば、グラクソ株式会社。
- (5) 高裁判決文によれば、Glaxochem Pre Ltd (グラクソケム社)。「GCS 社」とも略称されている。
- (6) 本稿では原則として tax haven を「タックスヘイヴン」と表記しているが、判決文に倣う時は「タックスヘイヴン」と表記する。

(7) 高裁判決文によれば、麴町税務署長。

三 CFC税制(タックスヘイヴン対策税制)と租税条約との関係について再論

1 争点2と争点1に関する判示を整合的に理解しようとする場合

租税判例研究会にて報告した際、吉村典久から、争点2と争点1についての東京地裁の判旨をどのように理解すべきか、という趣旨の質問を受けた。この質問は、東京地裁判決の論理が抱えている若干の危うさをあぶりだす鋭いものである。

東京地裁判決は、第3の1で争点2について論じ、第3の2で争点1について論ずるという順番をとっている。争点2について本稿^二1で前掲したように論じた後、次のように論じている。

「もつとも、既に指摘した点に照らしてみれば、形式的には同条の要件に当てはまる場合であつても、海外において子会社が独立した活動を行うことに合理性が認められ、租税回避行為とは評価し難いような事情が存する場合にまでタックスヘイヴン税制を適用することは許されないものというべきである。そして、その根拠を、日星租税条約の違反に求めるのか、同条約に照らし、措置法六六条の六そのものが、そのような場合における課税を予定しているとは解することができないという点に求めるかは説明の違いにすぎないものと考えられる。」

これは第3の1で述べられているので形式的には争点2についての判示部分であるが、内容的に争点1についての応答という要素も含んでいるものと読む⁸⁾ことができる。

次に、第3の2で、争点1について次のように論じている。

「原告の主張を全体として見ると、■そこには租税回避目的を何ら見いだすことはできないし、そのような活動によつて生じた利得を原告に帰属させるべき理由も認められない」という趣旨のものであると理解することが可能である。そして、このような主張がそのとおり認められるのであれば、一、(1)において説示した点〔浅妻註・本稿二頁で掲げた部分〕に照らし、P₁社の所得を原告の収益と見なして課税することまで措置法六六条の六が予定しているものではないか、あるいは、そのような課税は日星租税条約に違反すると解する余地があるものと考えられるので、以下の点について判断する。

■ ■ ■
なお、原告は、シンガポールの法人税率は二五%を超えており、■旨主張するが、P₁社の一九九九年賦課決定通知書(乙一)によれば、P₁社は一〇%の tax rebate(戻し減税)を受けており、実質的な税率は二三・四%であることに加え、株式等の有価証券の譲渡益が非課税とされていることがうかがえることからすると、我が国の法人税率(法人税法六六条一項で三四・五%)や課税所得の範囲との比較でいえば税負担軽減の効果があることは否定し難いのであるから、およそ税負担軽減の目的がなかった旨の原告の主張は採用できない。(浅妻註・■表記は墨塗り部分)

争点1に関し、東京地裁が「以下、この点について判断する。」と述べた後、約四頁に渡り墨塗りされており、どのようなことを述べているのか明らかでない。だが、原告の主張について「『事案の経緯に照らしシンガポール子会社の』利得を原告に帰属させるべき理由も認められない」という趣旨のものと善解する可能性を東京地裁が認めつつ、単にシンガポールの税制上の有利さを指摘するだけで「およそ税負担軽減の目的がなかった旨の原告の主張は採用できない」と述べていることに、違和感が残っても不思議ではない。

第3の1において「租税回避行為とは評価し難いような事情が存する場合にまでタックスヘイヴン税制を適用することは許されない」と論じ、しかもその根拠を「措置法六六条の六そのもの」に求める可能性までも認めている

る。その上で、第3の2において「シンガポール子会社の」利得を原告に帰属させるべき理由」について言及している。これらを合わせて読むと、【本来原告に帰属すべき利得がシンガポール子会社に帰属するような法律関係が作出されているといった状態が「租税回避行為」と評価される事情であろう、単に税制上有利な扱いが受けられるシンガポール子会社を利用するだけならば「租税回避行為とは評価し難いような事情」に当たるのである】などという考えが浮かんでも不思議ではない。このように考えながら読み進めていくと、争点1の最後の部分における「税負担軽減の効果があることは否定し難い」「税負担軽減の目的がなかった旨の原告の主張は採用できない」などの判示が唐突であるという印象を抱いてしまうであろう。吉村典久が争点2と争点1との関係について質問したのは、この唐突感によるものと思われる。⁽⁹⁾

金子宏『租税法』一〇九頁(第一三版、弘文堂、二〇〇八)における「租税回避」の定義を念頭に置いてみると、争点2と争点1に関する判示を整合的に理解することは難しい。無論、金子宏の定義が唯一絶対という訳ではないが、東京地裁判決は「租税回避(行為)」という語を、単にシンガポールで税制上有利な扱いを受けることをも含める趣旨で用いているかのようでもある。そのため、前評釈一四二頁で「争点2と争点1に関する判示を整合的に理解しようとすれば…、本判決は租税回避行為対策としての合理性が認められる範囲をかなり広く想定している、と読める」と私は述べたのである。或いは、「タックスヘイブンを適用することは許されな」くなるような「租税回避行為とは評価し難いような事情」を、租税法学者が「租税回避(行為)」という語に触れた時に想定するよりもかなり狭く東京地裁判決は想定している、とも言えよう。

争点2と争点1との関係について前述のように整理した後、本題である争点2の検討に移る。かように租税回避行為対策としての合理性を広く想定した場合(或いは、租税回避行為とは評価しがたいような事情を狭く想定した場合)、次節で論ずるように、租税回避行為対策として合理的である故にCFE税制(タックスヘイブンを対策税制)は

租税条約に違反しないという論理が、若干危うさを抱えるようになる。

2 想定しうる納税者側の反論

(1) 条約優先

日本では条約法が国内法より優先する(憲法九八条二項)。これは、対外的に日本が条約等を遵守する義務を負うということにとどまらず、国内的効力としても条約遵守義務があることを意味すると解されている。⁽¹¹⁾つまり条約に反する課税は国際的に許されないのみならず国内においても許されない。

そうすると、国内租税法の政策的理由である租税回避行為対策としての合理性だけでは、国内法に優位する条約に違反しないことの理由として不十分ではないか、との疑問が湧きうる。また、**「ごく例外的な場面として、条約違反に見えるような課税であつてもこれを認めないとすると著しい不正義が生ずるとする場合には、条約の解釈としてそのような課税が許される余地がある」**といったような議論を(それを支持するか否かはとりあえず置いて)仮に考えたとしても、そのような議論が当てはまるのはあるとしても**「ごく例外的な場面」**に限られるであろうから、前節で論じたように東京地裁判決が租税回避行為対策としての合理性が広く認められると想定しているならば、かような広く薄い合理性でもって条約違反の課税が許容されるようになるとは考え難い。

では、東京地裁判決は国内法が条約に優位するともいうのであろうか。しかし、当然ながらまさか東京地裁判決がそのように考えているはずはなからう。

また、東京高裁判決は、東京地裁判決と同様に、「租税回避の防止の観点から、本来あるべき利益移転が実際にあったものとみなして、我が国が親会社に対して課税することは、日星租税条約七条一項の趣旨を潜脱することにはならない」と論じた後、「措置法六六条の六によってシンガポール法人である GCS 社の利得を内国法人である

控訴人の収益とみなして課税することは、それ自身が国内法として優位に執行されるところの日星租税条約七条一項に抵触する」という原告・控訴人の主張に対しても、「この主張は、措置法六六条の六が日星租税条約七条一項の例外規定であることを前提とするものであるが、上記(1)において検討したとおり、措置法六六条の六が日星租税条約七条一項の例外規定であると解することは困難である」と述べて斥けている。

東京地裁も東京高裁も、形式的に内国法人が課税対象とされていることのみを以って条約違反でないと結論付けるような軽挙はしていない。しかし、「本来あるべき利益移転が実際にあったものとみな」（この表現は東京地裁判決・東京高裁判決に共通している）すことは、「日星租税条約に違反するものではない」（東京地裁判決の表現）・「日星租税条約七条一項の趣旨を潜脱することにはならない」（東京高裁判決の表現）としている。両判決は、条約の趣旨を潜脱するような課税だけが条約違反となりうるという具合に、内国法人を名宛人とする課税が条約違反となる余地を狭く解しているものと読める。⁽¹³⁾この点で、形式的な課税の名宛人はともかく実質的にはシンガポール子会社の利得が課税されているという理解を前提とする原告側と、議論の出発点がズレている。

(2) 想定しうる納税者側の反論

しかし、もしも私が納税者側の人間であれば、東京地裁・東京高裁の判決文を見てもまだ諦めきれないであろう。

東京地裁判決は「内国法人に対し、本来あるべき利益移転が実際にあったものとみなし、その移転利益相当額に對して課税すること」と論じている。ここにおける「利益移転」の「みなし」は、国内租税法の適用による「みなし」であり、いわゆる「租税回避行為の否認」⁽¹⁴⁾であると考えられる。だが、そのようなみなし規定が必要とされているということから逆に考えると、租税回避否認が適用される前の状態を観察するに、課税対象となっているのは私法上も法人税法一一条に關してもそして租税条約に關しても海外子会社に帰属する利得である。海外子会社に利

得が帰属している状態というのは、私法上の法形式の自由さを駆使した単なる作出された状態であるというにとどまらないのであり、条約上も問題の利得は海外子会社に帰属している筈である。それなのに、海外子会社から内国法人に利益を移転したと擬制するような帰属の変更することは、条約に劣後する国内租税法で「合理的」というだけでは正当化されないのではないか。

もしも私がひたすら納税者側の勝利を追及する立場の人間であれば、前段落のような議論を組み立てるであろう。そして、恐らく原告側は東京高裁で類似の主張をしたのではないか(東京高裁判決文における「控訴人の補充主張」のみからは詳らかでないが)、或いは最高裁に向けて類似の主張をするのではないかと考えられる。

海外子会社と内国株主との間の利得帰属状態に関し、東京地裁判決・東京高裁判決が「本来あるべき利得帰属状態」を想定しているところ、納税者側は「租税回避による利得帰属状態」を作出している。この事態に対し、CFC税制(タックスヘイヴン対策税制)が「みなし規定による利得帰属状態」を作り出すのである。両判決は、「本来あるべき利得帰属状態」⇐「みなし規定による利得帰属状態」という認識に基づき、CFC税制(タックスヘイヴン対策税制)の適用による「租税回避による利得帰属状態」⇓「みなし規定による利得帰属状態」という帰属変更は、「租税回避による利得帰属状態」から「本来あるべき利得帰属状態」に戻すだけのことであるから、条約の趣旨の潜脱とならない、と考えているものと読める。

しかし、前述の通り、「租税回避による利得帰属状態」は、「租税回避による私法上・条約法上の利得帰属状態」であると考えられる一方、「みなし規定による利得帰属状態」は「みなし規定による国内租税法上の利得帰属状態」であると考えられる。「租税回避による私法上・条約法上の利得帰属状態」⇓「みなし規定による国内租税法上の利得帰属状態」とすることは、「本来あるべき利得帰属状態」に戻すだけのことであるとは評価し難く、国内租税法上の合理性のみならず条約法自体における正当化理由も要求されるのであり、条約法における正当化理由がない

以上条約違反である——かような主張を納税者側の人間ならば考えるのではなからうか。

東京地裁判決・東京高裁判決は、租税回避行為対策として合理的であるから租税条約に違反しないあるいは租税条約の趣旨を潜脱するものではない、としている。これに対し、CFC税制（タックスヘイブン対策税制）は租税回避行為を否認している規定であつて課税しているのは条約法上海外子会社に帰属する利得であり、条約法上の正当化理由もなしに国内租税法上の「合理」性だけで帰属の変更をすることは許されない、と納税者側は反論するものと思われる。こうした納税者側の想定しうる反論に共感する者がいてもおかしいとまでは言い切れない。

しかしながら、繰返しになるが、東京地裁判決・東京高裁判決が、まさか国内租税法が条約法に優位すると考えている筈はない。とすると、両判決がその結論を導くにあたって、両判決文から明示的に読み取れることは難しいかもしれないが両判決の結論を支えるような理屈が、どこかに潜んでいるのではなからうか、充分には語られていないかもしれないがそうした潜められている理由付けを考察する必要があるのではなからうか。

3 条約に違反しないとする再反論

(1) 組織と構成員との関係について

両判決の論理に若干の危うさがあるかもしれないことは前節で論じたとおりであるが、原告・被告の対立は、要するに、課税しているのが海外子会社の利得であるのか、名目通り内国株主の所得に課税しているのか、という対立であると考えられる。

この点に関し、「天から日本人に対していきなり課税所得の数字がどこから落ちてくる」⁽¹⁵⁾などという批判がある。しかし、被告側にしても、課税対象の所得が天から落ちてくるなどと主張している筈はない。CFC税制（タックスヘイブン対策税制）の課税対象が海外子会社の利益に由来していることは否定しないであろう。問題は、

【海外子会社の利益に由来する何か】に課税することは、必然的に海外子会社の利得に課税していることを意味するのか、それとも被告側の主張のように、海外子会社の利益に由来していても内国株主の所得として扱うことが認められるのか、ということである。

前掲論文の同頁は、移転価格問題と並べて租税回避行為の否認の問題としてタックスヘイヴン対策税制の性質を論じている。「否認」という語は原告側のみが使っているのではなく、東京地裁判決文がまとめた被告側主張にも「否認」という語が用いられている。しかし、もしも金子宏による「否認」の定義を参照するならば、CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)は、租税回避行為対策規定ではあっても租税回避行為否認規定ではない、と私は考える。CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)は、海外子会社に利益が帰属していることについて何ら否定する規定ではないからである。⁽¹⁷⁾⁽¹⁸⁾もつとも、「否認」についても金子宏の定義が唯一絶対という訳ではないし、CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)が「否認」規定であるか否かが問題の核心ではないので、ここに固執するつもりはない。「否認」の定義はともかく、問題の核心は、CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)による合算課税における「みなし」が、海外子会社から内国株主への課税対象の利益の移転を意味しているのかである。この点に関し、少なくとも、移転価格課税などとは後述のように「みなし」のやり方が質的に異なると私は考える。

CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)の肝は、海外子会社に利益が帰属していることを否定しないまま、【同時に】内国株主にも課税所得ありとすることである。同時にという点が租税法上に馴染んでいない者にはやや分かりにくいかもしれないが、これは組織(entity)と構成員(member)との関係に関する租税法上の基礎に関わる。

組織・構成員の関係の典型例として組合・組合員や会社・株主という関係があるが、組合・会社などの組織が利益を得たと同時に、組合員・株主などの構成員にも(少なくとも潜在的には)利益が発生している。そして、組合・会社などの組織の段階で課税するのではなく組合員・株主などの構成員の段階で課税するのが所得課税における理

想である、というのがシャープ勧告以来の従来の説明である。これは理想であって、現実の会社・株主については、株主が株式を売って譲渡益を得た段階あるいは株主が会社から配当を受けた段階になって初めて株主に対しても所得課税がなされるのが通例である。だが、これは前述の理想を実現することが執行面で難しいからであるにすぎず、例えば組織の法人格の存在が当然に理想（即ち構成員の所得として直接構成員に課税すること）を斥けるものではない。⁽²⁰⁾ 執行上可能であるならば、株式譲渡前や配当受領前であっても、株主の所得として課税する立法をして構わないのである。

株式譲渡前や配当受領前に株主の所得として課税する趣旨の説明としては、【会社を組合と同様にパススルーの組織として扱う】【会社から株主に配当がなされたものと擬制する】【株式の含み益を譲渡前であっても時価主義により課税する】など幾つかの筋がこれまでに開発されている。いずれにせよ、少なくとも潜在的には発生している株主の利益に対し実現を待たずに【課税を早めるだけ】である。そうした課税方法を採用した場合の課税対象が【会社の利益に由来する何か】であることは否定されないが、しかし【少なくとも潜在的には発生している株主の利益】でもあるため、株主課税という名目だけを借りて実質的には会社の利益に対し課税しているものである、という評価は当たらないのである。

CFC税制（タックスヘイヴン対策税制）の制度趣旨については、組合課税・擬制配当課税・株式時価主義課税のどれによっても一貫した説明が可能なわけではなく、どの国でもCFC税制（タックスヘイヴン対策税制）の制度趣旨はハイブリッドであると説明されるが、ハイブリッドであるという評価が株主に対する課税を早めているという説明を毀損せしめるものではない。そして、株主に対する課税を早めることが、会社の利得に対する課税であると評価するための条約法上の根拠はない。租税条約は部分的に国家の課税権を制約しているにすぎず、条約で制約されていない規律外の課税方法の採否について国家は原則として自由である（問題となる課税方法が一般国際法に違反

する可能性などは別論)。

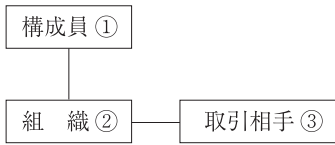
この点につき、課税を早めることが許されないと租税条約に明記されていないかもしれないが、許されるとも明記されていないではないか、といった議論がありうる。確かに、租税条約に明記されていない理由により国家の課税権が制約される場面が絶対にはいいがたいかもしれない(註(2) 論文で議論の余地があると表現した所でもある)。しかし、かような緩々の条約解釈によって国家の課税権を制約することが認められる場面というのは、仮にあるとしても極めて例外的な場面に限られるものと思われる。

(2) 移転価格税制などとの違い

先ほど、「否認」の定義はともかくとして、少なくとも移転価格税制などとは異なる旨を予告した。これに関して、以前私は【水平的な所得の帰属問題】【垂直的な所得の帰属問題】という表現を用いたことがあったが、人口に膾炙した表現ではないので再度説明を要す。と同時に、移転価格税制と CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)との関係について、以前本件と別の文脈で質問を受けたことがあるのだが、それについての解説も合わせてしたい。

次のような仮想設例を考える。A 国の P 社が B 国の S 社の五一%を保有している。そして S 社の四九%は第三者(とりあえず第三国の T 社とする)が保有しているとする。P 社が S 社に商品を売る際、三〇〇円が独立当事者間価格であるのに二〇〇円で売ったとしたら、A 国は移転価格税制により、一〇〇円の利益を S 社から P 社に付け替える。

しかし、S 社の四九%は T が保有しているところ、S 社の利益一〇〇円分の一〇〇%を A 国の P 社に付け替えてしまつて良いのか、四九%は T のものだから、(規定の解釈としては一〇〇%移転させることが許されることについて争いはないもの) 政策論として、S から P に付け替える利益も五一%にとどめるべきではないか？



かような質問を受けた。現行規定の解釈としてのみならず政策論としてもSからPに一〇〇円の価格差の一〇〇%を付け替えて良いとする説を便宜的に一〇〇%説と呼び、一〇〇円の価格差の五一%のみを付け替える(すなわちSからPに五一円だけ付け替える)方が政策論としては望ましいとする説を五一%説と呼ぶことにしよう。

この質問に対し、私は一〇〇%説だと答えた。なぜならば、PとSが親子会社の関係でなく、例えば兄弟会社であつてPがSを〇%保有している場合であつても、SからPに一〇〇%利益を付け替えて問題がないからである。だから、PがSの五一%しか保有していなくともその保有割合は付け替えるべき利益の割合とは無関係である。

他方、CFC税制(タックスヘイヴン対策税制)に関してはS社の利益の一〇〇%相当分がP社の利益として発生していることとみなすことが許されない。持分割合が五一%なら五一%相当分に限定される。前述のようにCFC税制

(タックスヘイヴン対策税制)は、課税を早めるだけのものとして設計されており、いかに租税回避行為対策規定であることを強調しようとも、持分割合を超えて合算課税をすることはCFC税制(タックスヘイヴン対策税制)の役割ではないと考えられるのである。

實際上、移転価格税制もCFC税制(タックスヘイヴン対策税制)も類似的租税回避行為に対する対策規定として機能することはありえよう。²¹⁾しかし課税の仕組みは根本的に異なるのである。移転価格税制は損益取引についての問題、CFC税制(タックスヘイヴン対策税制)は資本等取引についての問題と理解しているのか、という質問を受けたことがあったが、正にその通りである。親子会社間では損益取引関係も資本等取引関係も両方ありうるので、移転価格税制もCFC税制(タックスヘイヴン対策税制)も両方適用されうるが、兄弟会社間では基本的に損益取引関係に関する移転価格税制の問題となるのである。

図の構成員①と組織②の関係を便宜的に【垂直的な所得の帰属問題】と呼び、組織②と取引

相手③との関係を便宜的に「水平的な所得の帰属問題」と呼んでいる。組織②と取引相手③との関係においては、取引の価格付けをめぐる移転価格問題が典型的には想起されるが、その他に、例えば組織②と取引相手③が合同事業関係を形成した場合の所得の配分問題も、「水平的な所得の帰属問題」に含まれると考えている。

典型的には、構成員①が内国親会社であり、組織②が海外子会社であり、取引相手③が組織②の関連会社であるという関係を想起して、租税回避行為とその対策について議論される。取引相手③が組織②の兄弟会社である場合、「垂直的な所得の帰属問題」と「水平的な所得の帰属問題」との原理的な違いを意識しやすいが、構成員①が組織②の親会社である場合、親会社が構成員①の立場と取引相手③の立場を同時にとることがあるので、「垂直的な所得の帰属問題」と「水平的な所得の帰属問題」との関係につき混乱が生じてきたのかもしれない。しかし、前述の通り課税の仕組みは根本的に異なっているのである。

組織②と取引相手③との間の所得の帰属問題については、移転価格問題などとして租税条約でも規律の対象となっている。課税を早めるだけなどという問題ではなく、いかに課税対象が名目的に内国法人であっても条約の制限についての考慮は欠かせない。他方、組織②の利益は少なくとも潜在的には構成員①の利益であるとも言える、という垂直的な所得の帰属問題は租税条約の規律の対象外である。CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)は、海外子会社の利得に由来するものを課税対象としているが、真に内国株主の所得でもあるものを見出して課税対象としているので、これも租税条約の規律の対象外であると考ええる。

東京地裁判決・東京高裁判決では、CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)について「利益移転」を擬制するものであると説明しているが、この説明が若干の混乱を招いたのかもしれない。「利益移転」という表現が誤りであると言いつもりはないのであるが、この表現はどうしても移転価格税制などを想起させてしまい、移転価格税制と CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)との間の根本的な仕組みの違いを意識させにくいものであるため、CFC

税制（タックスヘイヴン対策税制）が移転価格税制と同様に租税条約の規律の範囲内であるとの印象を納税者側に惹起させてしまったのかもしれない。そのため、租税条約違反の課税を国内法上の租税回避対策としての合理性によって正当化しようとすることは許されない、といった議論を生み出してしまうかもしれない。

しかし、CFC税制（タックスヘイヴン対策税制）が租税条約違反でないという議論は、条約が国内法より優位に立つということを決して無視することなくすることが可能である。CFC税制（タックスヘイヴン対策税制）によって課税を早めるという手法は【租税条約の規律の対象外】である、という条約の解釈を誠実に行なっているだけであり、条約無視ではない。

4 最高裁が上告不受理としたならば

最高裁でどのような結論を出すか現段階では分からない。逆転の結論が出されたら困るのであるが、もしも上告不受理とした場合でも若干の懸念が残る。もちろん、上告不受理ならば被告・国税側に付いた人間としてはその結論には満足すべきかもしれない。しかし、これまで論じたことに照らし、一学徒としては、東京地裁判決・東京高裁判決の論理構成が要らぬ誤解を引き起こしてしまうのではないか、という懸念を持つのである。

兩判決は、CFC税制（タックスヘイヴン対策税制）について「本来あるべき利益移転が実際にあったものとみなすものであると理解した上で、租税条約に違反しないとしたが、そのままでは、これまで見てきたように、【国内法上の租税回避対策という理由で条約の制限を乗り越えるとするのはおかしい】【利益移転のみなしは条約違反である】など要らぬ議論が残る恐れがある。

CFC税制（タックスヘイヴン対策税制）は株主に対する課税を早めているだけなので実質的にも海外子会社の利得に対する課税ではなく、租税条約の規律を乗り越えるかの問題ではそもそもなくて租税条約の規律の対象外であ

る、という認識が広まることを祈るものである。

5 まとめ

簡条書きで述べる。

・東京地裁判決・東京高裁判決は租税回避行為対策としての合理性が認められる範囲をかなり広く想定していると読める。

・これに対し、租税回避行為対策としての合理性は国内租税法上の政策課題の評価であるにすぎず、条約に劣後する国内租税法上の政策課題で以って租税条約の制限を乗り越えることは許されない、といった趣旨の納税者側の反論が考えられないではない。

・しかし、会社が利得を得た時点で潜在的に発生している株主の所得に対し実現主義の例外として株主を名宛人として課税し課税を早めることは、会社の利得に対する課税ではなく真正に株主の所得に対する課税であると評価でき、これを妨げる租税条約上の根拠はない。

・判決文における「利益移転」などの表現から、本件の問題の性質を移転価格問題と類似のものとして理解することとは相当でない。移転価格税制と CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)とは課税の仕組みが根本的に異なっており、後者の仕組みにより課税を早めることは租税条約の規律の対象外であると解される。

(8) そのため前評釈一四二頁では争点 1 の一般論として紹介した。

(9) 約四頁にわたる墨塗り部分において「租税回避行為とは評価し難いような事情」がないという認定がなされているのではないかと推測する向きもあるかもしれないが、墨塗りである故に論じようがない。

(10) 抜粋する。「私法上の選択可能性を利用し、私的経済取引プロバァの見地からは合理的理由がないのに、通常用いられない法形式を選択す

- ることによって、結果的には意図した経済的目的ないし経済的成果を実現しながら、通常用いられる法形式に対応する課税要件の充足を免れ、もって税負担を減少させあるいは排除することを租税回避……という。」
- (11) 小寺彰・岩沢雄司・森田章夫編『講義国際法』一一三頁、(岩沢雄司執筆、有斐閣、二〇〇四)。
- (12) 中里実「課税処分における契約の尊重」租税研究二〇〇八年一月号九〇頁以下、九六―九八頁は、東京地裁判決や被告・国税側の主張を、条約についての理解を欠いたものと理解しているようである。
- (13) 私も前評釈一四一頁で「形式的に内国法人を名宛人とすれば必ず租税条約違反にならないとするのは言いすぎであるが、原則としては租税条約違反とならない」と考えられる」と論じた。
- (14) 金子宏「租税法」一一二頁(第三版、弘文堂、二〇〇八)より抜粋——「租税回避行為があった場合に、当事者が用いた法形式を租税法上は無視し、通常用いられる法形式に対応する課税要件が充足されたものとして取扱うことを、租税回避行為の否認と呼ぶ」。
- (15) 中里・前掲註(12)、九七頁。
- (16) 註(14)参照。
- (17) 日本が海外子会社に直接課税する事態はそう頻繁にあることではなからうが、ありえないことではない。もしも海外子会社が日本国内源泉所得を得ていてそれに対する日本の課税権を縛るものがなければ、当該所得が当該海外子会社に帰属することを前提として日本が源泉地国としての課税をすることがありうる。そして、CFC税制(タックスヘイヴン対策税制)の適用が別途あっても当該海外子会社に利益が帰属することを否定したりはしない。
- (18) 金子宏の定義を前提としても、CFC税制(タックスヘイヴン対策税制)を配当擬制と理解すれば、金子宏の定義に沿ったまま「否認」の規定であると理解する余地はある。しかし、これまで中里実が論じてきたように、少なくとも日本のCFC税制(タックスヘイヴン対策税制)が純然たる配当擬制であると理解することは難しい。後述するように、日本に限らず殆どの国のCFC税制(タックスヘイヴン対策税制)は様々な性格のハイブリッドであるとされている。
- (19) 何度も言われることであるが、シンガポールがシンガポール子会社の利得に対して課税することを日本のCFC税制(タックスヘイヴン対策税制)が妨げることはなく、しかもシンガポールによる課税について概ね誠実に二重課税排除措置を講じている。
- (20) 法人課税と時価主義・実現主義の関係について、増井良啓「組織形態の多様化と所得課税」租税法研究三〇号一頁(二〇〇二)参照。
- (21) ただし、私はCFC税制(タックスヘイヴン対策税制)が移転価格税制の補完という機能にとどまるわけではないことを論じたことがある。

四 海外子会社配当非課税提案を含む今後のありうる立法との関係について

経産省が二〇〇八年八月二二日付で海外子会社配当非課税提案の報告書を発表した⁽²²⁾。

仮に東京地裁判決・東京高裁判決の論理が残ったままこの改正が実現すると、両判決が論ずるような「本来あるべき利益移転が実際にあったものとみな」したところで、海外子会社から内国法人への配当は本来的に非課税なのであるから、CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)を適用することは租税回避行為対策として合理的でない、故に租税条約に違反する、という議論が起きる可能性がある。

前章で論じたように、私は CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)を「利益移転」と表現することにつき、若干誤解の基となりかねないという懸念を抱いている。また、租税回避行為対策としての合理性が租税条約違反ではないことの根幹的理由であるというのではなく、そもそも CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)は租税条約の規律の対象外であると考えている。この考え方が受け入れられるならば、海外子会社配当非課税制度が導入されても CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)と租税条約との関係について心配する必要はない。

私が前評釈を書いた時点で経産省の前掲報告書が公表されていたわけではないが、それまでの米国の議論⁽²³⁾(海外子会社免税等の議論)などに鑑みても、東京地裁判決の論理がそのまま残ることについては懸念があったので、前評釈一四二頁で「租税回避行為対策として合理的であることは租税条約違反とならない場面の一例である」と理解すべきであると論じた。そもそも、租税回避行為対策に限定されないような課税方法、例えば純粋な組合方式課税であっても、それが租税条約七条違反の可能性があり、という議論はされてきていないのである⁽²⁴⁾。

海外子会社(からの配当)の扱いをめくり、二〇〇七年英国の報告書⁽²⁵⁾、前掲経産省報告書、二〇〇八年米国の報告書⁽²⁶⁾の検討については他日を期したいが、米国の報告書の中における Full Inclusion System(完全合算方式)につ

いて少し触れたい。これは、米国企業の外国子会社の利益について、米国企業への配当を待たずに米国企業の課税所得に合算して課税しようとするものである。その方法としては、組合のようにパススルー課税するというものと全世界的に連結納税制度を導入するというものとCFC税制（タックスヘイヴン対策税制・Subpart F）を拡張するというものが並べて論じられているが、どれが優れているかといった結論を出してはなく、米国報告書は論点整理をしているものである。

この米国報告書に関して、増井・前掲註（26）、二二六頁の註（30）において、「二〇〇八年七月三〇日の研究会においては、租税条約違反の主張が生じうる旨指摘された。本報告書が検討対象としている完全合算方式は、能動的な事業活動から生ずる所得も例外なく合算するものであるから、既存のCFC税制よりも遙かに適用範囲が広い（略）」と述べられている（増井自身の見解は述べられていない）。

ここで、なぜこの米国報告書内で租税条約との関係についての議論がないのか、不思議に思われてもおかしくない。アメリカの論者が、あのフィンランドとフランスの判決を知らないとは到底想定し難い。しかし米国報告書は、完全合算方式の一形態としてCFC税制の拡張も選択肢に含めているにもかかわらず、租税条約との関係について論じていないのである。

なぜ論じていないのであろうか。その筋については二通りの想像が可能であろう。第一は、租税条約との関係について論ずるまでもないとアメリカの論者が考えていたという筋、第二は、完全合算方式支持者が自分達に不利な租税条約との関係についての論点を封殺しようとした筋である。しかし、この米国報告書は論点整理の色彩が濃く、様々な点について長所短所が詳しく整理して論じられており、新たな課税方式にまつわる問題のうち特定の論点を意図的に封殺したという筋は考えにくいのではなからうか。

無論、米国報告書内でCFC税制と租税条約との関係について触れられなかった考慮がどのようなものであろう

と、(米国等海外の事情を参照することはあっても)日本の法律論がそれに振り回されてはならないが、海外子会社配当の課税・非課税にかかわりなく、CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)は租税条約の規律の対象外であって、CFC 税制(タックスヘイヴン対策税制)自体の政策課題に沿って解釈論や立法論をすることができるといえる、という認識が広まることを祈る。

- (22) 「我が国企業の海外利益の資金還流について」海外子会社からの配当についての益金不算入制度導入に向けて(「国際租税小委員会中間論点整理の公表」)(<http://www.metu.go.jp/press/20080822002/20080822002.pdf>)。また、二〇〇八年末の政府税制調査会答申「平成二一年度の税制改正に関する答申」(<http://www.cao.go.jp/zeicho/tosin/pdf/201128a.pdf>)七頁以下、日本企業が海外子会社から受け取る配当について非課税とする)が提案されている。
- (23) 参照：浅妻章如「国外所得免税(又は仕向地主義課税)移行論についてのアメリカの議論の紹介と考察」フィナンシャル・レビュー 一四四頁(二〇〇六・七)。
- (24) 組合関係と租税条約との関係についての議論された OECD, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships: Issues in International Taxation No. 6 (1999) 以下「組合方式課税が租税条約七条違反となるかどうか」という議論はなされている。
- (25) HM Treasury & HMRC, Taxation of companies' foreign profits: discussion document (July 2007) (http://www.hm-treasury.gov.uk/media/E/9/consult_foreign_profits020707.pdf)。
- (26) 増井良啓「米国内閣議院税制委員会の対外直接投資報告書を読む」租税研究二〇〇八年一〇月二〇三頁、「ECONOMIC EFFICIENCY AND STRUCTURAL ANALYSES OF ALTERNATIVE U.S. TAX POLICIES FOR FOREIGN DIRECT INVESTMENT」Scheduled for a Public Hearing Before the SENATE COMMITTEE ON FINANCE on June 26, 2008 Prepared by the Staff of the JOINT COMMITTEE ON TAXATION (<http://www.house.gov/jct/x-55-08.pdf>)。
- (27) ノンネンズ：KHO596/2002 (2002) : 26, 20 March 2002. Korkein hallinto-oikeus (Supreme Administrative Court of Finland); also reported in 4 International Tax Law Reports 1009-1076 (2002).
ノットス：Schneider case, Conseil d'État, 28 Jun 2002, N° 232 276, Revue de Jurisprudence Fiscale, 10/02, n° 1080, pp. 786-789, Revue de Droit Fiscal, 2002, n° 28, p. 1029; 4 International Tax Law Reports 1077-1130.