

最高裁判所（第一小法廷） 平成●●年（〇〇）第●●号 法人税更正処分取消等請求上告受理申立て事件

国側当事者・麹町税務署長

平成21年10月29日棄却・確定

（第一審・東京地方裁判所 平成●●年（〇〇）第●●号、平成19年3月29日判決、本資料257号－66・順号10675）

（控訴審・東京高等裁判所 平成●●年（〇〇）第●●号、平成19年11月1日判決、本資料257号－207・順号10816）

判 決

上 告 人 A株式会社

同代表者代表取締役 甲

同訴訟代理人弁護士 鳥飼 重和

稲葉 威雄

佐藤 香織

堤 博之

上記補佐人税理士 佐野 幸雄

窪澤 朋子

被上告人 麹町税務署長 小野 好信

同指定代理人 三上 寛治

上記当事者間の東京高等裁判所平成●●年（〇〇）第●●号法人税更正処分取消等請求事件について、同裁判所が平成19年11月1日に言い渡した判決に対し、上告人から上告があった。よって、当裁判所は、次のとおり判決する。

主 文

本件上告を棄却する。

上告費用は上告人の負担とする。

理 由

上告代理人鳥飼重和ほかの上告受理申立て理由第5について

- 1 本件は、被上告人が、上告人の法人税について、租税特別措置法（平成12年法律第97号による改正前のもの。以下「措置法」という。）66条の6第1項に基づき、シンガポール共和国（以下「シンガポール」という。）において設立された上告人の子会社であるB（以下「B」という。）の未処分所得を上告人の所得金額の計算上その益金の額に算入する更正及び過少申告加算税賦課決定をしたため、上告人が、措置法の上記規定は「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シンガポール共和国政府との間の協定」（平成7年条約第8号。以下「日星租税条約」という。）7条1項に違反するなどとして、これらの処分の取消しを求める事案である。

2 原審の適法に確定した事実関係の概要は、次のとおりである。

- (1) Bは、昭和54年にシンガポールで設立された外国法人であり、同国において胃潰瘍薬の製造販売事業を行っていたが、平成3年6月、上記事業を関連会社に譲渡した。
- (2) 上告人は、平成3年4月以降、Bの発行済株式総数のうち9割を保有していた。
- (3) Bは、平成10年3月、その保有に係る株式を売却又は消却し、同年1月1日から同年12月31日までの事業年度において、約8億0939万シンガポールドルの株式譲渡益を計上した。なお、同事業年度におけるBのシンガポールにおける課税所得金額は、同国の税制が株式譲渡益を非課税としていることなどから約1億9370万シンガポールドルであり、これに対する所得税額は約4533万シンガポールドルであった。したがって、当該事業年度の所得に対して同国において課される租税の額は、当該所得金額の約100分の4.32となる。
- (4) 被上告人は、Bが措置法66条の6第1項にいう特定外国子会社等であるとして、平成15年2月、上記(3)の事業年度におけるBの課税対象留保金額を約9億4409万シンガポールドルと算定し、これを上告人の同11年1月1日から同年12月31日までの事業年度における所得金額の計算上その益金の額に算入する更正及び過少申告加算税賦課決定をした。

3 (1) 措置法66条の6第1項は、同項各号に掲げる内国法人に係る外国関係会社（外国法人で、その発行済株式等のうちに内国法人等の有する直接及び間接保有の株式等の総数又は合計額の占める割合が100分の50を超えるもの等をいう。同条2項1号）のうち、本店又は主たる事務所の所在する国又は地域におけるその所得に対して課される税の負担が本邦における法人の所得に対して課される税の負担に比して著しく低いものとして政令（租税特別措置法施行令39条の14第1項2号）で定める外国関係会社に該当するもの（税額が所得金額の100分の25以下であるもの。以下「特定外国子会社等」という。）が、各事業年度においてその未処分所得の金額から留保したものとして所定の調整を加えた金額（適用対象留保金額）を有する場合には、その金額のうちその内国法人の有する株式等に対応するものとして所定の方法により計算された金額（以下「課税対象留保金額」という。）に相当する金額を、その内国法人の収益の額とみなして各事業年度終了の日の翌日から2月を経過する日を含むその内国法人の各事業年度の所得の計算上、益金の額に算入する旨規定する。

他方、日星租税条約7条1項前段は、一方の締約国の企業の利得に対しては、その企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて当該他方の締約国内において事業を行わない限り、当該一方の締約国においてのみ租税を課することができると規定し、同項後段は、一方の締約国の企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて当該他方の締約国内において事業を行う場合には、その企業の利得のうち当該恒久的施設に帰せられる部分に対してのみ、当該他方の締約国において租税を課することができると規定する。

- (2) 原審が、措置法66条の6は日星租税条約7条1項に違反しないと判断したのに対し、上告人は、同項は、企業の利得を対象とした規定であり、一方の締約国の企業の利得に対しては、他方の締約国は、その内国法人に対する課税という形であっても、課税することができないことを定めたものであるところ、措置法66条の6は、外国法人の利得に対し、我が国に恒久的施設がないにもかかわらず課税するものであるから、日星租税条約7条1項に違反する旨主張している。

4 (1) 一般に、自国における税負担の公平性や中立性に有害な影響をもたらす可能性のある他国の制度に対抗する手段として、いわゆるタックス・ヘイブン対策税制を設けることは、国家主権の中核に属する課税権の内容に含まれるものと解される。したがって、租税条約その他の国際約束

等によってこのような税制を設ける我が国の権能が制約されるのは、当該国際約束におけるその旨の明文規定その他の十分な解釈上の根拠が存する場合でなければならないと解すべきである。

- (2) 日星租税条約7条1項は、一方の締約国（A国）の企業の利得に対して他方の締約国（B国）が課税するためには、当該企業がB国において恒久的施設を通じて事業を行っていることが必要であるとし（同項前段）、かつ、B国による当該企業に対する課税が可能な場合であっても、その対象を当該恒久的施設に帰属する利得に限定することとしている（同項後段）。同項は、いわゆる「恒久的施設なくして課税なし」という国際租税法上確立している原則を改めて確認する趣旨の規定とみるべきであるところ、企業の利得という課税物件に着目する規定の仕方となっていて、課税対象者については直接触れるところがない。しかし、同項後段が、B国に恒久的施設を有するA国の企業に対する課税について規定したものであることは文理上明らかであり、これは同項前段を受けた規定であるから、同項前段も、また、A国の企業に対する課税について規定したものと解するのが自然である。すなわち、同項は、A国の企業に対するいわゆる法的二重課税を禁止するにとどまるものであって、同項がB国に対して禁止又は制限している行為は、B国のA国企業に対する課税権の行使に限られるものと解するのが相当である。

- (3) 措置法66条の6第1項は、外国子会社の留保所得のうちの一定額を内国法人である親会社の収益の額とみなして所得金額の計算上益金の額に算入するものであるが、この規定による課税が、あくまで我が国の内国法人に対する課税権の行使として行われるものである以上、日星租税条約7条1項による禁止又は制限の対象に含まれないことは、上述したところから明らかである。

日星租税条約は、経済協力開発機構（OECD）のモデル租税条約に倣ったものであるから、同条約に関してOECDの租税委員会が作成したコメンタリーは、条約法に関するウィーン条約（昭和56年条約第16号）32条にいう「解釈の補足的な手段」として、日星租税条約の解釈に際しても参照されるべき資料といえることができる。日星租税条約7条1項に相当する同モデル租税条約7条1項についてのコメンタリーは、同項は、法的二重課税に関する規定である旨を明確に述べ、また、措置法66条の6のような形のタックス・ヘイブン対策税制が同モデル租税条約に違反するか否かについて、7条等の関連規定の各コメンタリーは、その文言を理由として、違反しないものとしている。このことは、日星租税条約7条1項に関する上記のような解釈が、国際的にも、多くの国において広く承認されている見解であることを示しているといえることができる。

- 5 (1) 上述したところからすれば、日星租税条約7条1項は、一方の締約国の企業の利得に対しては、他方の締約国は、自国の内国法人に対する課税という形であっても、恒久的施設がない限り一切課税権を行使することはできないことを規定したものと解すべきであるとする所論は相当ではない。しかし、各締約国の課税権を調整し、国際的二重課税を回避しようとする日星租税条約の趣旨目的にかんがみると、その趣旨目的に明らかに反するような合理性を欠く課税制度は、日星租税条約の条項に直接違反しないとしても、実質的に同条約に違反するものとして、その効力を問題とする余地がないではない。

- (2) 措置法66条の6第1項の規定は、内国法人が、法人の所得等に対する租税の負担がないか又は極端に低い国若しくは地域（タックス・ヘイブン）に子会社を設立して経済活動を行い、当該子会社に所得を留保することによって、我が国における租税の負担を回避しようとする事例が生ずるようになったことから、このような事例に対処して税負担の実質的な公平を図ることを目的として、一定の要件を満たす外国会社を特定外国子会社等と規定し、その課税対象留保金額を

内国法人の所得の計算上益金の額に算入することとしたものである（最高裁平成●●年（〇〇）第●●号同19年9月28日第二小法廷判決・民集61巻6号2486頁参照）。しかし、特定外国子会社等であっても、独立企業としての実体を備え、その所在する国又は地域において事業活動を行うことにつき十分な経済合理性がある場合にまで上記の取扱いを及ぼすとすれば、当該内国法人の海外進出を不当に阻害するおそれがあることから、措置法66条の6第3項は、特定外国子会社等の事業活動が事務所、店舗、工場その他の固定施設を有し実体を備えていることなど経済合理性を有すると認められるための要件を法定した上、これらの要件がすべて満たされる場合には同条1項の規定を適用しないこととしている。さらに、内国法人に対して同条1項の規定が適用される場合において、その特定外国子会社等の所得に対しても外国法人税が別途課されることとなれば、経済的な意味において所得に対する二重課税が生ずることから、措置法66条の7第1項は、課税対象留保金額に対する外国法人税の額を基に所定の方法で計算した金額を当該事業年度における当該内国法人の所得に対する法人税の額から控除することを認めて、当該内国法人が特定外国子会社等を利用しなかった場合とほぼ等しい税負担となるように調整することとしている。

上記のような措置法の各規定等から成る我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、特定外国子会社等に所得を留保して我が国の税負担を免れることとなる内国法人に対しては当該所得を当該内国法人の所得に合算して課税することによって税負担の公平性を追求しつつ、特定外国子会社等の事業活動に経済合理性が認められる場合を適用除外とし、かつ、それが適用される場合であっても所定の方法による外国法人税額の控除を認めるなど、全体として合理性のある制度といえることができる。そうすると、我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、シンガポールの課税権や同国との間の国際取引を不当に阻害し、ひいては日星租税条約の趣旨目的に反するようなものということもできない。

以上のとおり、日星租税条約の趣旨目的も、措置法66条の6第1項のようなタックス・ヘイブン対策税制を設けることのできる課税権が制約されると解釈すべき根拠となるものではない。

6 したがって、措置法66条の6第1項の規定が日星租税条約7条1項の規定に違反していると解することはできない。原審の判断は、結論において正当として是認すべきものであり、論旨は採用することができない。

よって、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり判決する。なお、裁判官涌井紀夫の補足意見がある。

裁判官涌井紀夫の補足意見は、次のとおりである。

本件の上告人の条約違反の主張は、措置法66条の6第1項の規定が日星租税条約中の7条1項の規定に違反するというものである。しかし、この上告人の主張が、措置法のこの規定が日星租税条約7条1項の規定に違反するものとされた場合には、直ちに本件課税処分全体が違法として取り消されるべきものとなるものとするものであれば、日星租税条約の規定からして、そのような解釈には疑問があるものと考えられるので、この点について付言しておくこととしたい。

これまでも、本件のように措置法のタックス・ヘイブン対策税制に関する規定が国際租税条約の定めに違反するか否かが問題とされる場合、本件における上告人の主張と同様に、これが専ら日星租税条約7条1項の規定に相当する定めに違反するか否かの問題として論じられることが多く、しかも、国際租税条約のこの規定違反の主張が認められた場合には、そのことから直ちに課税処分が全面的に違法となるものとするかのような議論が一般的であったように思われる。

しかしながら、日星租税条約7条1項の規定は、各種の所得のうち「企業の利得」（我が国の税制に照らしていえば、おおむね「事業所得」に相当する所得をいうものといえよう。）に対する課税に際しての締約国間での課税権の調整に関する規定であり、所得の種類がこれと異なる場合の課税権の調整については、その所得の種別に応じて日星租税条約中の他の条項の規定が優先的に適用されるべきことが同条6項に明定されている。これを受けて、例えば、配当所得に対する課税については日星租税条約10条の規定、譲渡所得に対する課税については同じく13条の規定等が、それぞれ別に置かれているところである。このような日星租税条約の規定振りからすれば、措置法の規定が日星租税条約に違反するか否かの問題を検討するに際しては、そこで問題とされている所得の種別に対応する日星租税条約の各条文ごとに、措置法の規定が日星租税条約の定め違反するか否かが個別に検討されるべきこととなろう。

原審の確定事実によれば、本件で措置法の規定によって上告人の所得金額の計算上その益金の額に算入することとされた子会社の未処分所得を構成する益金の主要部分をむしろ株式譲渡益が占めていたようにもうかがえるのである。そうすると、仮に本件における上告人の日星租税条約違反の主張に理由があるとされた場合においても、それによって本件課税処分が違法とされるのは、そのうち子会社に留保された未処分の「企業の利得」（事業所得）に対応する部分だけであって、それ以外の未処分所得に対応する課税処分の主要部分については、それが直ちに取消されるべきものになることはできないことになろう。

措置法の規定の国際租税条約違反問題に関するこれまでの議論では、この点が十分には意識されてこなかったように思われるので、念のために付言しておく次第である。

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官 金築 誠志

裁判官 甲斐中 辰夫

裁判官 涌井 紀夫

裁判官 宮川 光治

裁判官 櫻井 龍子

平成●●年（〇〇）第●●号

平成●●年（〇〇）第●●号法人税更正処分取消等請求上告受理申立て事件

申立人 A株式会社

相手方 麴町税務署長

上告受理申立て理由書

平成20年1月22日

最高裁判所 御中

申立人代理人

弁護士 鳥飼 重和

同 稲葉 威雄

同 佐藤 香織

同 堤 博之

上記鳥飼重和補佐人

税理士 佐野 幸雄

同 窪澤 朋子

目次

第1	事案の概要	5
第2	争点及び原判決の判示	12
1	本件の争点	12
2	本件の争点に対する原判決の判示	12
第3	上告受理申立て理由	15
第4	本件更正処分及び適用法令	18
1	本件事案に係る事象等の経緯（次頁）	19
2	本件訴訟における主要な適用法令	21
第5	本件更正処分が日星租税条約の規定に抵触し、憲法98条2項に違反していることについて	27
1	はじめに	27
2	条約の遵守、適用及び解釈の原則について	30
(1)	条約の遵守	30
(2)	条約の解釈原則	32
(3)	法律の条約との抵触についての判断	33
(4)	小括	35
3	条約と国内法の関係における、その解釈順位と解釈方法	36
(1)	国際条約の日本国法上の位置	36
(2)	条約と国内法の解釈順位と解釈方法	36
4	日星租税条約7条1項及び措置法66条の6の解釈について	38
(1)	日星租税条約7条1項の解釈	38
(2)	措置法66条の6の解釈	41
(3)	日星租税条約7条1項及び措置法66条の6の解釈上の結論	45
(4)	原判決におけるその余の重大な法令解釈違反	46
(5)	小括	55
5	外国における議論、判例等について	56
(1)	フランス国務院判決及びそれに関連したフランスの事情	56
(2)	租税条約と国内法との抵触がないとされたフィンランドにおいては、特殊な事情が存在すること	61
(3)	世界的に見ても注目されている事案であること	67
(4)	OECDモデル租税条約及びそのコメンタリーは本件事案の根拠とならないこと	73
(5)	N欧州裁判所判決とその後のフィンランド政府の対応	81
第6	措置法66条の6の解釈適用に関して重大な誤り、及び、憲法84条、29条1項及び14条違反があること	85
1	措置法66条の6の解釈適用の重大な誤り	85
(1)	措置法66条の6の立法趣旨及び趣旨目的に照らした法解釈の適切性	85
(2)	本件事案における「国際的な租税回避」の意味	97
(3)	本件事案の特殊性	99

2	原判決の結論の不当性	1 1 1
(1)	申立人は本件更正処分に基づく納税のために資金調達をせざるを得なかったこと	1 1 1
(2)	租税回避否認規定の役割	1 1 3
3	結論	1 1 4
第7	措置法66条の6第3項の解釈適用に関する重大な誤り、及び、憲法84条、29条1項及び14条違反があること	1 1 4
1	原判決の判示	1 1 4
2	原判決の誤り	1 1 6
(1)	原判決は、Bの1998年12月期の主たる事業は措置法66条の6第3項括弧書の「債券の保有」に該当するか否かの解釈を誤っていること	1 1 6
(2)	原判決は、適用除外の3要件の充足につき解釈を誤っていること	1 2 6
3	本件は措置法66条の6第3項に該当する事案であること	1 2 7
(1)	措置法66条の6第3項の趣旨	1 2 7
(2)	Bの1998年12月期の主たる事業は措置法66条の6第3項括弧書の「債券の保有」にあたらないこと	1 2 7
(3)	本件は措置法66条の6第3項の要件を充足していること	1 3 0
(4)	小括	1 3 3
4	結論	1 3 4
第8	措置法66条の6第2項2号の「政令で定める基準により計算した金額」を計算する際に準じるものとされる法人税法22条3項2号に関し、法令解釈の重大な誤り、及び、憲法84条違反があること	1 3 4
1	原判決の判示	1 3 4
2	原判決の誤り	1 3 5
第9	措置法66条の6第2項2号に規定する「特定外国子会社等の各事業年度の決算」という重要な法令事項の解釈に関し重大な誤りがあり、また、憲法84条、29条1項及び14条違反があること	1 3 7
1	原判決の判示	1 3 7
2	原判決の誤り	1 3 8
第10	結論	1 4 0

第1 事案の概要

- 1 本件は、申立人に租税特別措置法（以下、「措置法」という。）66条の6（1999年12月期の申立人に対して適用された条文をいう。以下同じ）、いわゆるタックスヘイブン対策税制を適用し、申立人のシンガポール子会社であるB（以下、「B」という。）の1998年12月期の所得金額を、申立人の1999年12月期の所得金額に合算して課税した更正処分（以下、「本件更正処分」という。）につき、その処分が違法であるため、本件更正処分及び過少申告加算税の賦課決定処分の取消を求める事案である。

申立人において、本件更正処分が違法であると主張する根拠は、下記第2以降で詳細に述べるが、冒頭において申し述べたいことは、下記第2の1であげたいずれの争点においても、「措置法66条の6（タックスヘイブン対策税制）の解釈適用」が問題となるということである。

そして、我が国のタックスヘイブン対策税制が、申立人の海外子会社の所在する国で生じた所得を内国法人の所得に合算するという構造のものである以上、単に国内法のみ適用を受けるものではなく、国際法である租税条約、すなわち、本件では、「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シンガポール共和国政府との間の協定（平成7年条約第8号）」（以下、「日星租税条約」という。）の解釈適用を検討しなければならないのである。国際法の検討が必要であることは、国際協調主義（憲法98条2項）をとる我が国においては、当然の前提である。

加えて、第一審及び原審において認定されているように、タックスヘイブン対策税制の趣旨及び目的が、「国際的な租税回避の防止」であることに異論の余地はないところであるが、その趣旨目的に合致しない事案があった場合、その事案にまで同税制を形式的に適用することにより、本来、タックスヘイブン対策税制の規制の対象とすべき国際的租税回避の存在しない事案までが、同税制に取り込まれてしまっているのが、現在の我が国のタックスヘイブン対策税制の現状である。そして、このことは、日本の経済界においても非常に大きな問題とされているところである（甲206、207（Eの税制改正に関する提言））。

- 2 本件は、タックスヘイブン対策税制が本来その適用対象とした典型的な例とは全く異なる実態を有しており、それは、判決の結論に大きな影響を及ぼすものであるため、まず、本理由書の冒頭においてその点を明確にする。

本件更正処分の根拠法令である措置法66条の6は、外国子会社の留保所得を内国法人の所得に合算するものである。

ところが、

所得に我が国課税庁が着目し、申立人のシンガポール子会社であるBにおけるこの所得を、内国法人の所得に合算して本件更正処分を行ったものである。すなわち、
「Bに1998年12月期の留保所得がある」というその点のみに拘泥して我が国課税庁により行われた課税処分なのである。本件は、国際的な事案であって、本件事案の事情を総合考慮してみると、本件更正処分がいかにフェアではない課税処分であるかは明らかである。

本件の下級審裁判所は、本件事案の実態を無理に曲解し、不自然な理屈で無理な判決を出している。本件が国際的な租税事案であり、租税条約の領域であるにも拘らず、フェアでない、かつ、法令違反の課税処分を容認することは、我が国の国際的信用にもとることにもなる。後述するように、租税条約との関係について諸外国で最高裁判所の判決が出されていることから、我が国においても国際的視野に立った検討が行われてしかるべきである。

本件事案の事実関係で、最も注目しなければならない点は、以下のとおりである（下記の事実関係は、原判決が認定するところである（原判決 20 頁ないし 23 頁）。）。

【本件の事実関係】

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]（なお、最高裁判所平成16年12月24日第二小法廷判決（民集58巻9号2637号、判タ1172号129頁）は、「法人の各事業年度の所得の金額の計算において、金銭債権の貸倒損失を当該事業年度の損金の額に算入するためには、当該金銭債権の全額が回収不能であることが客観的に明らかでなければならないが、そのことは、債務者側の事情のみならず、債権者側の事情、経済的環境等も踏まえ、社会通念に従って総合的に判断されるべきものである」と判示するところであり、法の解釈適用において社会通念に従った総合的な判断を行うことが認められることについて、最高裁判所による判断が出されている。）。

この点につき、外務省条約局長などを歴任され、平成●●年●月まで●●年間、最高裁判所判事の職に就かれていた丙氏も、その鑑定意見書（以下、「丙氏鑑定意見書」という。添付資料1）の中で、以下のように述べられている

【丙氏鑑定意見書】（11頁ないし15頁、添付資料1）

今回の課税当局の考え方には、ともすれば、制度としての課税規定が有する本来の意味を忘れ、将来他の案件にあって課税回避に利用されるかも知れないとの危惧がいささかでもある場合には、その制度が予定しない事案についても極力課税することに努め、将来出現するかもしれない問題の芽をあらかじめ摘んでおこうという気配が無きにしも非ずという点である。しかし、本件はシンガポールの工場で何年もの間、実際に生産された製品の利益の還流（コストの処理、計算の手法などの付随する問題の処理などを含む。）の問題であって、その利益にどれだけの課税を行うかは、「恒久的施設」あるいは「帰属」の概念いずれをとっても、たとえシンガポールの会社の親会社が日本法人であるにしても、日星租税条約の規定によれば、優れてシンガポール側の問題である。タックスヘイブン利用の話などとはおよそ次元を異にすると断言しなければならない。また、それに対する課税を可能にするような例外規定は、日星租税条約には見当たらない。これらの点を本件に即して見るために、一審および原審の事実認定を通読すると、本件は要旨次のような事案であると考えられる。

1. 本件は、Aグループ（連合王国に本部がある。以下「Aグループ」という。）という国際的企業グループにかかる案件で、日本、シンガポール、および連合王国にまたがる実態を持っている。したがって、これら3国にまたがる実態を全体的に鳥瞰し問題の本質が何かを判断し、もって関係する租税条約の規定の下にいずれの国がいかなる課税処分を行うのが適当かを決定することが肝要である。

2. 本件更正処分は、連合王国のAグループがシンガポールに設立したB（以下「B」という。）の親会社がたまたま日本の会社であるA株式会社であったことから、わが国においてシンガポール

の会社の所得が問題となったものである。

[REDACTED]

[REDACTED] シンガポール法人に所得があればタックスヘイブン対策税制を適用してもよいといった規定はなんら存在せず、あるのはシンガポールにある恒久的施設に帰属する所得はシンガポールのみが課税できるという規定である。問題となっている課税処分はこれに明らかに反する処分といわざるを得ない。シンガポールはタックスヘイブンではない。また、そもそも、筆者が上で述べた条約の合理的解釈にも反することも明らかである。わが国には本件について課税する権利は無いのである。このような処分は、国際的に急速に進んでいる企業の正当な企業展開をいたずらに損なうものである。

本件のこのような実態を鑑みない下級審判決は、本件事実関係を完全に無視して関係法令の解釈適用を行ったものであり、そこには、法解釈及び法適用の重大な誤りがあるといわざるを得ない。

- 3 以上のことから、申立人は、国際課税に関する先例となるべき本件事案については、最高裁判所による適切なお判断をいただきたいと考え、ここに上告提起及び上告受理申立てを行うものである。

第2 争点及び原判決の判示

1 本件の争点

- (1) 措置法66条の6を適用した本件更正処分は、我が国に恒久的施設を有しない外国法人の利得に対する課税を禁止した日星租税条約7条1項に抵触し、本件への措置法66条の6の適用は排除されるべきか否か（争点1）。
- (2) タックスヘイブン対策税制の趣旨及び目的に照らして、国際的な租税回避の存在しない本件事案は同税制の対象となるか否か（争点2）。
- (3) 申立人のシンガポール子会社であるBの1998年12月期の主たる事業は、措置法66条

の6第3項所定の「債券の保有」には該当せず、他の3つの適用除外の要件も満たしているため、本件には措置法66条の6第1項は適用されるか否か（争点3）。

(4)

(5)

2 本件の争点に対する原判決の判示

上記各争点について、原判決は次のとおり判示した。

(1) 争点1について

措置法66条の6は、特定外国子会社等の所得の一部を、その親会社である「内国法人の収益の額とみなして」課税するというものであって、海外子会社の利得に対して課税するものでないことは、条文の文言上、明らかである。そして、この「みなし課税」が無制限にできることになっているのであれば、二重課税の防止を目的とする日星租税条約7条1項の趣旨を潜脱するおそれがあるということになるが、措置法66条の6の1項の要件に該当し、3項の適用除外要件に該当しない事案においては、海外子会社の課税対象留保金額は、本来、内国親会社に対して配当その他の方法によって利益移転されるべきものであって、利益移転がされた場合には、我が国において親会社の収益そのものとして課税されることになるのであるから、その利益移転がされていない場合には、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7条1項の趣旨を潜脱することにはならないものと解される（原判決12頁及び13頁）。

(2) 争点2について

措置法66条の6は、いわゆる国際的な租税回避行為を防止するためのタックスヘイブン対策税制として立法されたものであって、1項及び3項において課税要件を明確かつ具体的に定め、その適用範囲を国際的な租税回避の事案に限定するとともに、法の適正な執行が担保されるようにした規定であると解され、同条が、それ以上に、「税負担の不当な軽減を図る目的により、異常な法形式を用いた租税回避行為が存在すること」といった要件まで要求していないことは、条文の文言上、明らかである（原判決11頁）。

(3) 争点3について

措置法66条の6第3項括弧書の「債券の保有」を適用除外の対象から除く趣旨は、我が国においても十分行い得る事業であり、その地に所在することについて積極的な経済的合理性を見出すことが困難であるところにある。CPは、投資対象たる証券としての経済的な意義を有しており、その取引のための市場も成立しているから、その保有が我が国においても十分行い得る事業であるか否かという観点から考える限り、措置法66条の6第3項括弧書の「株式」及び「債券」と区別すべき理由はなく、
また、「保有」とは長期継続的に変化の無い状態をいい、
との申立人の限定解釈に根拠がないことは、措置法66条の6第3項括弧書の趣旨に照らし明らかである。したがって、Bの1998

年１２月期の主たる事業は「債券の保有」に当たるといふべきである（原判決１７頁、原判決が引用する第一審判決６２頁ないし６６頁）。

■ことをもって、措置法６６条の６第３項所定の適用除外要件をいずれも満たさない（原判決１９頁及び２０頁、原判決が引用する第一審判決６６及び６７頁参照）。

(4)

■
■
■
■
■
■
■

(5) 争点５について

措置法６６条の６第２項２号所定の未処分所得の金額は、特定外国子会社等の各事業年度の決算に基づく所得の金額を基礎として算出されるものであるが、特定外国子会社等が、その所在地国の会社法等の規制を受ける場合には、上記決算が、特定外国子会社等の所在地国の会社法等に基づくものを意味することは明らかであるから、Ｂの１９９８年（平成１０年）１２月期の未処分所得の金額は、■に基づいて算出すべきである（原判決６９頁、原判決が引用する第一審判決６９頁）。

第３ 上告受理申立て理由

本件の原判決には、上記第２の１であげた争点のいずれについても、法令の解釈適用について、「法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」（民事訴訟法３１８条１項）に該当する重大な誤りが存在することから、原判決は破棄を免れない。

１ 争点１について

原判決には、日星租税条約７条１項及び措置法６６条の６に関する重大な解釈適用の誤りがある（下記第５）。

すなわち、条約優位の我が国においては（日本国憲法９８条２項）、条約を文脈により、かつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈することが必要である（条約法に関するウィーン条約（以下、「条約法条約」という。）３１条）。日本とシンガポールとの間には日星租税条約があり、日星租税条約７条１項を条約法条約に則って解釈すると、いかなる形であれ、親会社に対する課税がシンガポール法人の利得に対する課税である限り、それは日星租税条約７条１項で禁止される。タックスヘイブン対策税制によって、外国法人の所得を内国法人の所得に引きなおして日本の課税権に服させることができるのは、移転価格に関する日星租税条約９条のような租税条約上の特別な定めが存在する場合に限られるが、日星租税条約にはそうした定めがないのであるから、やはり、日星租税条約７条１項に従わなければならない。したがって、上記の法令の解釈適用によれば、措置法６６条の６を適用した本件更正処分は、日星租税条約７条１項に違反し、憲法９８条２項に違反するものである。

2 争点2について

原判決には、措置法66条の6の目的的解释という重要な事項に関する重大な解釈適用の誤りがある（下記第6）。

すなわち、タックスヘイブン対策税制は、国際的な租税回避を防止するという一定の政策目的のために規定された政策税制であり、さらには、税負担を加重する租税重課措置なのであるから、当該趣旨目的に照らした目的的解释が必要である。近時の最高裁判所の判例（平成17年12月19日第二小法廷判決（民集59巻10号2964頁、判タ1199号174頁）、平成18年2月23日第一小法廷判決（判タ1206号172頁））によっても目的的解释が認められることは明らかである。

したがって、本件においては国際的な租税回避は一切存在せず、タックスヘイブン対策税制の趣旨目的に照らした解釈適用を行えば、措置法66条の6を適用すべき事案ではないことは明らかである。

3 争点3について

原判決には、措置法66条の6第3項の「債券の保有」及び適用除外の3要件という重要な事項に関する重大な解釈適用の誤りがある（下記第7）。

すなわち、措置法66条の6の適用を検討する際には、事案に即して、同第3項の適用除外要件である「債券の保有」の該当性の判断をまず行うべきところ、原判決は、Bの主たる事業が措置法66条の6第3項括弧書きにいう「債券の保有」に該当するか否か、経済的な実態論に終始するのみで、本来求められるべき、同条項括弧書の規定の文言及び趣旨目的に基づく法解釈を放棄し、同規定を無視した類推解釈もしくは拡張解釈を行うものである。「債券」及び「保有」について、措置法66条の6第3項の文理及びその趣旨目的から正しく解釈を行えば、Bの主たる事業は「債券の保有」には該当せず、

は「債券」に該当しないことは明らかであり

は「保有」に該当しないことは明らかである。

4 争点4について

原判決には、措置法66条の6第2項2号の「政令で定める基準により計算した金額」を計算する際に準じるものとされる法人税法22条3項2号に関する重大な解釈適用の誤りがある（下記第8）。

すなわち、法人税法22条3項2号に定める「当該事業年度の費用の額」として損金に算入されるためには、当該費用の額が「債務の確定した費用の額」であることを要するとされているところ（同条3項2号括弧書き）、「債務の確定した費用の額」といえるか否かは、当該規定が当該費用の発生した法人の所得計算に関する規定であることから明かなように、当該費用が発生した法人の状況に基づき判断されるべきものと解されることは条文上明白である。

[REDACTED]

5 争点5について

原判決には、措置法66条の6第2項2号の「特定外国子会社等の各事業年度の決算」という重要な法令事項に関する重大な解釈適用の誤りがある（下記第9）。

すなわち、措置法66条の6第2項2号の「特定外国子会社等の各事業年度の決算」とは、文理解釈によってその意味内容を明らかにすることが困難であり、目的的解释が行われるべき場合である。同規定の目的は、我が国のタックスヘイブン対策税制上相応しい未処分所得の金額を計算することであり、同税制の趣旨は、我が国の親会社がタックスヘイブン子会社を通さずに直接国際取引をした場合とほぼ等しい税負担を課すことによって租税回避を防止する（つまり税制の中立性を維持する）ことを目的としているにとどまり、それを超えて重い税負担を親会社または個人株主に課すことを目的とするものではないと解されていることからすれば、「特定外国子会社等の決算」は、我が国親会社がタックスヘイブン子会社を通さずに直接国際取引をした場合とほぼ等しい税負担を課すこと（税負担の実質的な公平を図ること）を可能にする決算であることを要するものと解することが相当である。

[REDACTED]

第4 本件更正処分及び適用法令

1 本件事案に係る事象等の経緯（次頁）

本件事案に係る事象等の経緯

年月	国内税法	上告人関連	O E C D
	租税条約		各国の動き
1961年 (昭和36年)	第一次日星租税条約締結		
1963年 (昭和38年)			O E C Dモデル租税条約ドラフト公表
1964年 (昭和39年)			日本O E C D加盟
1971年 (昭和46年)	第二次日星租税条約締結		
1977年 (昭和52年)			O E C Dモデル租税条約公表
1978年 (昭和53年)	タックスヘイブン対策税制 制定（指定国制度）		
1979年 (昭和54年)		B（シンガポール法人）設立	
1980年 (昭和55年)			
1981年 (昭和56年)	日星租税条約議定書改訂		
1991年 (平成3年)		A株式会社、Bの親会社となる	
1992年 (平成4年)	（3月） タックスヘイブン対策税制 改正（指定国制度廃止）		（7月） O E C Dコメンタリー改定
1994年 (平成6年)	第三次（現行）日星租税条約締結		
1995年 (平成7年)	日仏租税条約議定書に17 (b)追加		
1997年 (平成9年)			F教授著書刊行
1998年 (平成10年)			G教授著書刊行
2002年 (平成14年)			（3月） フィンランド判決 （6月） フランス国務院判決
2003年 (平成15年)		（2月） 本件更正処分	（1月） O E C Dコメンタリー改定
2004年 (平成16年)			H教授著書刊行
2007年 (平成19年)		（3月） 第一審東京地裁判決 （11月） 第二審東京高裁判決	（10月） 国際租税学会で議題となる

2 本件訴訟における主要な適用法令

(1) 日本国憲法

第98条2項

「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。」

(2) 条約法に関するウィーン条約（条約法条約）

前文「この条約の当事国は、国際関係の歴史における条約の基本的な役割を考慮し、条約が、国際法の法源として、また、国（憲法体制及び社会体制のいかんを問わない。）の間の平和的協力を発展させるための手段として、引き続き重要性を増しつつあることを認め、自由意思による同意の原則及び信義誠実の原則並びに「合意は守られなければならない」との規則が普遍的に認められていることに留意し、条約に係る紛争が、他の国際紛争の場合におけると同様に、平和的手段により、かつ、正義の原則及び国際法の諸原則に従って解決されなければならないことを確認し、国際連合加盟国の国民が、正義と条約から生ずる義務の尊重とを維持するために必要な条件の確立を決意したことを想起し、人民の同権及び自決の原則、すべての国の主権平等及び独立の原則、国内問題への不干渉の原則、武力による威嚇又は武力の行使の禁止の原則、すべての者の人権及び基本的自由の普遍的な尊重及び遵守の原則等国際連合憲章に規定する国際法の諸原則を考慮し、この条約において条約法の法典化及び漸進的発達を図られたことにより、国際連合憲章に定める国際連合の目的、すなわち、国際の平和及び安全の維持、諸国間の友好関係の発展並びに国際協力の達成が推進されることを確信し、この条約により規律されない問題については、引き続き国際慣習法の諸規則により規律されることを確認して、次のとおり協定した。」

第26条 「合意は守られなければならない」

「効力を有するすべての条約は、当事国を拘束し、当事国は、これらの条約を誠実に履行しなければならない。」

第27条 国内法と条約の遵守

「当事国は、条約の不履行を正当化する根拠として自国の国内法を援用することができない。この規則は、第46条1¹の規定の適用を妨げるものではない。」

¹ 第46条条約を締結する権能に関する国内法の規定

1 いずれの国も、条約に拘束されることについての同意が条約を締結する権能に関する国内法の規定に違反して表明されたという事実を、当該同意を無効にする根拠として援用することができない。ただし、違反が明白でありかつ基本的な重要性を有する国内法の規則に係るものである場合は、この限りでない。

2 違反は、条約の締結に関し通常の慣行に従いかつ誠実に行動するいずれの国にとつても客観的に明らかであるような場合には、明白であるとされる。

第31条 解釈に関する一般的な規則

「1 条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。

2 条約の解釈上、文脈というときは、条約文（前文及び附属書を含む。）のほかに、次のものを含める。

(a) 条約の締結に関連してすべての当事国の間でされた条約の関係合意

(b) 条約の締結に関連して当事国の一又は二以上が作成した文書であつてこれらの当事国以外の当事国が条約の関係文書として認めたもの

3 文脈とともに、次のものを考慮する。

(a) 条約の解釈又は適用につき当事国の間で後にされた合意

(b) 条約の適用につき後に生じた慣行であつて、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの

(c) 当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則

4 用語は、当事国がこれに特別の意味を与えることを意図していたと認められる場合には、当該特別の意味を有する。」

第32条 解釈の補足的な手段

「前条の規定の適用により得られた意味を確認するため又は次の場合における意味を決定するため、解釈の補足的な手段、特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情に依拠することができる。

(a) 前条の規定による解釈によつては意味があいまい又は不明確である場合

(b) 前条の規定による解釈により明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合」

(3) 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シンガポール共和国政府との間の協定（日星租税条約）

前文

「日本国政府及びシンガポール共和国政府は、所得に対する租税に関し、二重課税を回避し及び脱税を防止するための協定を締結することを希望して、次のとおり協定した。」

第5条

「1 この協定の適用上、「恒久的施設」とは、事業を行う一定の場所であつて企業がその事業の全部又は一部を行っている場所をいう。

「7 一方の締約国の居住者である法人が、他方の締約国の居住者である法人若しくは他方の締約国内において事業（「恒久的施設」を通じて行われるものであるかないかを問わない。）を行う法人を支配し、又はこれらに支配されているという事実のみによっては、いずれの一方の法人も、他方の法人の「恒久的施設」とはされない。」

第7条

「1 一方の締約国の企業の利得に対しては、その企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて当該他方の締約国内において事業を行わない限り、当該一方の締約国においてのみ租税を課することができる。一方の締約国の企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて当該他方の締約国内において事業を行う場合には、その企業の利得のうち当該恒久的施設に帰せられる部分に対してのみ、当該他方の締約国において租税を課することができる。」

第21条

「1 一方の締約国の居住者の所得（源泉地を問わない。）で前各条に規定がないものに対しては、当該一方の締約国においてのみ租税を課することができる。」

(4) 租税特別措置法66条の6（タックスヘイブン対策税制（法人税法の特例））

「第66条の6

次に掲げる内国法人に係る外国関係会社のうち、本店又は主たる事務所の所在する国又は地域におけるその所得に対して課される税の負担が本邦における法人の所得に対して課される税の負担に比して著しく低いものとして政令で定める外国関係会社に該当するもの（以下この節において「特定外国子会社等」という。）が、昭和53年度4月1日以後に開始する各事業年度において、【その未処分所得の金額から留保したものとして、政令で定めるところにより、当該未処分所得の金額につき当該未処分所得の金額に係る税額及び利益の配当又は剰余金の分配の額に関する調整を加えた金額】（以下この条において「適用対象留保金額」という。）を有する場合には、その適用対象留保金額のうちその内国法人の有する当該特定外国子会社等の直接及び間接保有の株式等…に対応するものとして政令で定めるところにより計算した金額】（以下この節において「課税対象留保金額」という。）に相当する金額は、その内国法人の収益の額とみなして当該各事業年度終了の日の翌日から2月を経過する日を含むその内国法人の各事業年度の所得の金額の計算上、益金の額に算入する。

（略）

2 前項及びこの項において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

一 外国関係会社 （略）

二 未処分所得の金額特定外国子会社等の各事業年度の決算に基づく所得の金額につき、法人税法及びこの法律による各事業年度の所得の金額の計算に準ずるものとして政令で定める基準により計算した金額を基礎として政令で定めるところにより当該各事業年度開始の日前五年以内に開始した各事業年度において生じた欠損の金額に係る調整を加えた金額をいう。

（略）

3 第一項の規定は、同項各号に掲げる内国法人に係る特定外国子会社等（株式（出資を含む。）若しくは債券の保有、工業所有権その他の技術に関する権利若しくは特別の技術による生産方式及びこれらに準ずるもの（当該権利に関する使用权を含む。）若しくは著作権（出版権及び著作隣接権その他これに準ずるものを含む。）の提供又は船舶若しくは航空機の貸付けを主た

る事業とするものを除く。)が、その本店又は主たる事務所の所在する国又は地域において、その主たる事業を行うに必要と認められる事務所、店舗、工場その他の固定施設を有し、かつ、その事業の管理、支配及び運営を自ら行っているものである場合であつて、各事業年度においてその行う主たる事業が次の各号に掲げる事業のいずれに該当するかに応じ当該各号に定める場合に該当するときは、当該特定外国子会社等のその該当する事業年度に係る適用対象留保金額については、適用しない。

- 一 卸売業、銀行業、信託業、証券業、保険業、水運業又は航空運送業その事業を主として当該特定外国子会社等に係る第四十条の四第一項各号に掲げる居住者、当該特定外国子会社等に係る第一項各号に掲げる内国法人、当該特定外国子会社等に係る第六十八条の三の七第一項各号に掲げる特定信託の受託者である内国法人（当該特定信託の信託財産の運用に係る場合に限る。）その他これらの者に準ずる者として政令で定めるもの以外の者との間で行っている場合として政令で定める場合
- 二 前号に掲げる事業以外の事業 その事業を主として本店又は主たる事務所の所在する国又は地域（当該国又は地域に係る水域で政令で定めるものを含む。）において行っている場合として政令で定める場合

(略)

(4) 租税特別措置法40条の4第1項（タックスヘイブン対策税制（所得税法の特例））

「次に掲げる居住者に係る外国関係会社のうち、本店又は主たる事務所の所在する国又は地域におけるその所得に対して課される税の負担が本邦における法人の所得に対して課される税の負担に比して著しく低いものとして政令で定める外国関係会社に該当するもの（以下この節において「特定外国子会社等」という。）が、昭和五十三年四月一日以後に開始する各事業年度において、その未処分所得の金額から留保したものとして、政令で定めるところにより、当該未処分所得の金額につき当該未処分所得の金額に係る税額及び利益の配当又は剰余金の分配の額に関する調整を加えた金額（以下この条において「適用対象留保金額」という。）を有する場合には、その適用対象留保金額のうちその者の有する当該特定外国子会社等の直接及び間接保有の株式等（当該株式を発行する株式会社に対しその利益の配当、財産の分配その他の経済的な利益の給付を請求する権利のない株式又は実質的に当該権利がないと認められる株式（以下この項及び次項において「請求権のない株式」という。）に係るものを除く。）に対応するものとして政令で定めるところにより計算した金額（以下この節において「課税対象留保金額」という。）に相当する金額は、その者の雑所得に係る収入金額とみなして当該各事業年度終了の日の翌日から二月を経過する日の属する年分のその者の雑所得の金額の計算上、総収入金額に算入する。

(略)

第5 本件更正処分が日星租税条約の規定に抵触し、憲法98条2項に違反していることについて

1 はじめに

本件事案は、我が国がシンガポール共和国との間で1994（平成6）年に締結した、「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シンガポール共和国政

府との間の協定（平成7年条約第8号）」（「日星租税条約」）の定めがあるにも拘らず、相手方が申立人に対して、措置法66条の6、いわゆるタックスヘイブン対策税制（外国子会社合算税制）を適用したことの可否が問われているものである。

『租税条約を締結する主たる目的の1つは、二重課税の回避、脱税を防止することなどを締約国間で定めることを内容とするものである。しかし締結の目的はそれに限られるわけではない。（中略）

これらの措置には、二重課税の回避を含め一国限りの国内法で手当てをすることが可能なものも多い（例えば、わが国にあっては、外国税額控除の制度が国内法で定められており、租税条約の存否にかかわらず、国内法上の要件を満たせばその制度の適用を受けられ、その限度で二重課税の不利益を回避することが出来る。）。それにもかかわらず、あえて租税条約という国際約束（これによって国はその約束に拘束されることになる。）を行うのは、これによって主権国家がそれぞれ有している課税権を、主権国家間にあって強い法的拘束力をもつ「条約」という法形式により、相互に制限ないし分配し、よって両国が共通して直面する課税を相互の齟齬無く貫徹せんとするものである。

これを言い換えると、国家が主権国家として有する課税権は、それぞれの国の憲法または基本法およびそれらに付随する法律に基づく限り原則として無制限に行使しようというのが多くの国における考え方であるが（わが国にあっては憲法84条など。）、租税条約は、原則としてこのように無制限な課税権を主権国家間で相互に制限ないし分配することにより、両国の課税権の行使に整合性を持たせ、もって各種の国際的交流を円滑ならしめあるいは促進することなどを基本的な目的としているということである。』（丙氏鑑定意見書3頁及び4頁、添付資料1）。

他方、タックスヘイブン対策税制（措置法66条の6）は、企業の経済活動が我が国の国内のみで行われる場合には、そもそも適用されることはない。何故なら当該税制は、我が国以外の国もしくは地域に我が国企業が子会社を設立し、そこで経済活動を行うことにより現地で生じる外国子会社の利益を対象にして、その外国子会社の利益を親会社の利益とみなして、合算課税を行うという制度であるからである（なお、タックスヘイブン対策税制が「外国子会社の利益を対象にして課税する制度」であることは下記4(2)において詳述するが、同税制を導入する際、立法を担当した大蔵省（当時）主税局国際租税課は「租税特別措置法（タックスヘイブン関係）想定問答」（昭和53年2月）を作成している（添付資料2 35頁及び36頁）。これによれば、タックスヘイブン対策税制の性質は次のように説明されている。【本税制（申立人注：タックスヘイブン対策税制）はタックスヘイブン国に所在する特定外国子会社等の留保所得全体を対象に課税しようとするもの】）。

したがって、我が国以外にある子会社の経済活動による利益を（それが「みなして」という形であれ）課税の対象とする以上、租税条約締約国にその子会社が存在する限り、租税条約との関係を第一に検討すべきことは、当然のことである。

しかしながら、日星租税条約とタックスヘイブン対策税制との関係についての申立人の主張は、第一審裁判所及び原審（以下、両者を併せて「下級審」ということがある。）において受け入れられなかった。これは、下級審の国際法たる租税条約についての理解が未熟であったためと言わざるを得ない（同旨 丙氏鑑定意見書2頁 添付資料1）。その証拠に、原審はその判決において、「議定書は、その規定内容及び規定振りからして、全体として日仏租税条約の各規定の意味内容や趣旨

を明らかにするための補充的な合意としての性質を有するものと解されるし、その17(b)の規定も、条約の締結によってフランスのタックスヘイブン対策税制の適用が「妨げられない」ことを確認した解釈規定」であるなどと述べる（原判決16頁及び17頁）。

しかし、議定書は、単独で作成されれば国際条約としての性質をもち、また親条約と一緒に作成されれば、国際条約の不可欠の一部（integral part）を構成することは、国際法の専門家でなくとも常識の範囲の知識に属する。国際条約と一体として作成された議定書は、国際条約本体と合わせて理解するのが正しい解釈の方法であり、議定書だから新たな権利義務を付加するものではないというような前提での原審の見解からも、原審は、国際約束たる租税条約の法的性質について何の知識もなく誤った判断を下したことは明らかである（同旨 丙氏鑑定意見書2頁（添付資料1）、I教授最高裁鑑定意見書8頁（添付資料3））。

申立人代理人が調査した限りにおいて、我が国が締結した租税条約と国内税法との関係について最高裁判所で争われる例はこれが初めてであり、海外でも、後記5のように数件程度の判決が出されている論点のものであるが、国際法及び国際租税法の両分野において全世界的に注目されている論点であり、本件事案における我が国最高裁判所の判断は、今後、租税条約とタックスヘイブン対策税制の解釈を行うにあたり、極めて重要な先例となることは言うまでもない。

2 条約の遵守、適用及び解釈の原則について

租税条約は我が国が締結する条約の一種類であるが、その解釈方法は他の条約と何ら変わらない。そこで以下では、条約解釈の一般原則について述べる。

(1) 条約の遵守

ア 条約の履行義務

日本が締結した有効な条約は日本を法的に拘束し、日本はこれを誠実に履行しなければならない。このことは、「合意は守られなければならない（pacta sunt servanda）」という国際法の基本原則及び条約法に関する国際法の諸規則から生ずる当然の義務であるが、日本国憲法も国内法の立場から、このことを次のように規定している。

「第98条2項：日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。」

ところで、この日本国憲法の条文は、条約の国内的効力を一般的に認めているもの（受容理論）と解することができるのか、それとも単に国として条約を遵守する義務があることを規定するのみで、その内容に国内的な効力を与えるためには、新たな立法を必要とするという趣旨の規定（変形理論）であるのかに関して、日本国憲法制定の際の国会審議における政府の説明によれば、憲法98条2項の規定は、日本が締結した条約の国内的効力を一般に容認しているとの立場を表明したものと解されている（添付資料4107頁）。

また、「わが国では、明治憲法において条約の国内法的効力については明文の規定を欠いていたが、条約は、公布されることにより国法としての効力をもつという理解が一般になされていた。日本国憲法においては、条約を誠実に遵守することを定め（98条2項）、法律や政令と同様に、それが天皇によって公布されるべきものとされていること（7条1号）からみて、

条約を国法の一形式として承認するのが憲法の趣旨であると解される。」(伊藤正己「憲法(第三版)」685頁 添付資料5)、「条約が国内法的効力をもつものであることについては、右に述べた。そこで、まず、条約と法律とでどちらが形式的効力がまさるものかが問われる。条約が国家間の合意であり、憲法が国際協調主義を建前とするとともに、98条2項において『日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする』と定めていること、条約の成立には国会の承認を必要としていること、などからみて、条約が法律に優位すると解される。これについては異論はないといってよい。」(伊藤正己「憲法(第三版)」687頁添付資料5)とされていることから、条約は、公布されると直ちに国内法としての効力を持ち、条約が法律に優位するという点について争いはない。

イ 国内法を根拠とする条約不履行の禁止

条約は、二以上の国際法主体間で締結される文書による合意であるから、そのうちの一つの主体にすぎない一国家の国内法上の規定を根拠に、当該条約の不履行を主張することが許されないことは、国際法の観点からは当然のことである。

また、国内法の観点からも日本国憲法98条2項の規定は、条約の国内的履行のみならず、日本が締結した条約を国際的にも遵守すべきことを規定しているものと解されている(添付資料4 112頁)。

(2) 条約の解釈原則

条約は、文脈により、かつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈することが求められる(条約法条約第31条1項、添付資料6)。その場合、「文脈」に含まれるものには、①条約の締結に際してすべての当事国の間で取り交わされる関係合意(合意された議事録、覚書など)、②条約締結に関連して一部の国が作成した文書で他の当事国が条約締結関連文書と認めたもの、などがある(同条2項)。

また、条約締結後の当事国間の合意、条約締結後の当事国間の慣行、その他の国際法の関連規則なども解釈の際に考慮される(同条3項)。

さらに、条約の解釈の際に、①文脈等によっても意味があいまいな場合、あるいは②文脈によって解釈すると明らかに非常識あるいは不合理な結果がもたらされる場合には、解釈の補足的手段として、条約の準備作業や条約の締結の際の事情などにも依拠することができる(条約法条約第32条)(添付資料4 124頁、添付資料6)。

(3) 法律の条約との抵触についての判断

前述(1)アのように、日本国憲法によって条約が法律に優位するとされている以上、条約に法律が抵触する場合には、当然にその法律の効力は否定されることになる。

この点、大阪高等裁判所平成6年10月28日判決(添付資料7)は、指紋押捺拒否を理由とする在日韓国人の逮捕の違法性に関する事案において、国際法である国際人権B規約の解釈適用について、以下のように判決理由中で判示した。

【大阪高等裁判所平成6年10月28日判決(添付資料7 判タ868号59頁(以下の引用部分は、同76頁))】。

「(1) B規約は1976年3月23日に効力が発生し、我が国は、1979年6月21日B規約を批准し（中略）、同年9月21日に国内においてB規約が発効した。同規約はその内容に鑑みると、原則として自力執行的性格を有し、国内での直接適用が可能であると解せられるから、B規約に抵触する国内法は、その効力を否定されることになる。

(2) ウィーン条約（わが国においては、昭和56年8月1日発効）は、国際慣習法規として形成され適用されてきた条約法の諸規則を法的に確認するため法典化されたものであり、条約の解釈についても一般規則及び補助的手段が31条ないし33条に定型化されている。右条約は1980年1月2日に発効しており、遡及効を持たないためそれ以前に発効したB規約には形式的には適用がないが、同条約の内容はそれ以前からの国際慣習法を規定しているという意味において、B規約の解釈においても指針になるものと解される。

そして、同条約27条では、条約の不履行を正当化する根拠として国内法を援用できないことが、31条1項では、条約の一般的解釈原則につき、文脈により、かつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈すべきことが、32条では、文言が曖昧であったり、31条に則った解釈によると明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合には、解釈の補足的な手段に依拠することができることがそれぞれ規定されている。

よって、わが国の裁判所がB規約を解釈適用する場合、右解釈原則にしたがってその権利の範囲を確定することが必要である。

ところで、B規約28条以下の規定に基づいて、（中略）、規約人権委員会が設置されている。同委員会は、B規約の個々の条文を解釈するガイドラインとなる『一般的意見』を公表しており、右『一般的意見』や『見解』がB規約の解釈の補足的な手段として依拠すべきものと解される。更に、ヨーロッパ人権条約等の同種の国際条約の内容及びこれに関する判例もB規約の解釈の補足的な手段としてよいものと解される。」

上記の裁判例のとおり、条約に抵触する国内法はその効力を否定される。なお、上記案件については、最高裁判所判決が出されているが（最高裁判所平成10年9月7日第二小法廷判決）、最高裁判所は、国際人権B規約の違反については何ら触れていない。この点、同最高裁判所判決を取り上げたジュリスト990号における判例評釈（添付資料8）では、以下のように評釈されており、最高裁判所判決が出された後においても、上記大阪高裁判決の意義は大きいものであると見ることができる。

【最高裁判所平成10年9月7日第二小法廷判決の評釈】（添付資料8 ジュリスト990号179頁。久岡康成教授）

「本件の原判決（大阪高判平成6・10・28判時1513号71頁、判タ868号59頁）は、日弁連のホームページ国際人権ライブラリー・最近の注目すべき判例紹介において、損害論の中ではあるが、指紋不押捺処罰の国際人権（自由権）規約違反性を論じたものとして、紹介されている。

これに対し、本判決は、本件の逮捕状の請求及びその発付は、刑訴法及び刑訴規則の定める要件を満たし、適法にされたものであるから、国家賠償法1条1項の適用上これが違法であると解

する余地はないとし原判決を破棄自判し(た)ものであり、原判決の損害論の中での、指紋不押捺の処罰の国際人権(自由権)規約違反性の議論には及んでいない。論点も違っており、原判決を、国際人権(自由権)規約の適用を論じたものとして紹介する意義は、本件判決によってもなくなっていないと見ることができよう。」

(4) 小括

以上述べてきたところによれば、我が国が締結した条約は、憲法98条2項を根拠として国内法に優位するため、たとえ国内法により別の定めが置かれている場合であっても条約を不履行とすることは許されず、これを文脈により、かつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈することが求められる。そして、その解釈の結果、条約に抵触する国内法はその効力を否定されることとなる。

以下では、上記に述べた条約の一般原則に従って、条約と国内法の関係から、その解釈順位と解釈方法についての検討を行い(下記3)、それを踏まえた上で日星租税条約の解釈及びタックスヘイブン対策税制の解釈(下記4)をし、もってタックスヘイブン対策税制を適用して行われた本件更正処分が日星租税条約7条1項に違反しているにも拘らず、本件更正処分を適法とした原判決の判断が憲法98条2項の規定及び日星租税条約に違反していることを述べる。

3 条約と国内法の関係における、その解釈順位と解釈方法

(1) 国際条約の日本国法上の位置

『国際条約は、日本国憲法第98条2項によって国内法としての効力をもち、国内裁判所において適用されることは、最高裁判所の確立した判例である。近時の裁判では、国際条約がなければ当然に存在する法律関係が「日本国政府と中華人民共和国政府の共同声明」(日中共同声明)及び「日本国と中華人民共和国との間の平和友好条約」(日中平和友好条約)によって消滅することを判示したものであり(最高裁判所平成19年4月27日判決 民集第61巻3号1188頁)、この点について異論の余地はない。

国際条約は、単に国内法上法令としての効力をもつにとどまらず、国法上は憲法に次ぎ、法律に優位する効力を持つことは、憲法98条2項に基づき明らかであり、先の最高裁判所判決を待つことなく、従来最高裁判所が前提としてきたところである(たとえば、最高裁判所平成5年3月2日判決判タ817号163頁)。』(I教授最高裁鑑定意見書 1頁及び2頁、添付資料3)

(2) 条約と国内法の解釈順位と解釈方法

条約が国内法上法令としての効果を有し、かつ国内法に優位することは上述したところであるが、『問題は、具体的な事件において国際条約が法律に優位する効力を持つことの意味である。特に、特定の国際条約の関係する分野に法律があり、一見両者が重疊的に適用されるように見える事態にあっては、この問いは非常に重要な意味を持つ。

法律がある以上、それと矛盾しない形で国際条約を適用できれば、国際条約の効力によって法律を排除することはなくなり、妥当であるとの考え方が、本件では課税庁のみならず高等裁判所も採っているように見受けられる。しかし、国際条約は国内法令としての効力を有するが、元来

は国家間に適用され、当事国に権利を付与し、義務を課すものであることを忘れてはならない。国際法上、国家に課された義務の結果として、国内において私人が裁判所で主張の根拠として援用しうることになるのである。我が国の基本法たる憲法もその考えに基づいて作成されている。

国際条約が国内裁判所で国内法令として援用されるメカニズムが以上のようなものである以上、国際条約の解釈適用は、まずは関係国内法は横に置いて、国際条約が国家間でどのような内容の法律関係、特に義務を設定したかどうかを問う必要がある。国際条約が当事国に課した義務が裁判所で私人（本件においては上告人或いは上告受理申立人）の主張の根拠となりうるからである。』（I 教授最高裁鑑定意見書 2 頁、添付資料 3）

そして、『法律に基づく処分に国際条約が関係するか否かを決定する場合には、当該処分の国内法上の性質をまず考えて、国際条約の規定がそれと整合的に解釈できるかどうかというアプローチではなく、まずは国際条約がどのような義務を当事国に課したかを、規定の用語を客観的に解釈して確定し、そのうえで、法律に基づく処分が当該義務違反に当たるかどうかを決めなければいけない。国際条約が法律よりも上位にある以上、下（法律に基づく処分）から上（国際条約）を見て、両者の関係を判断するというアプローチは妥当ではなく、上（国際条約）に照らして下（法律に基づく処分）を判断するというアプローチを採らなければならない。この点はまさに、国際条約に関する最高裁判所の長年の判例の前提をなす考え方である。』（I 教授最高裁鑑定意見書 4 頁、添付資料 3）

上記のとおり、国際条約が当事国間にどのような権利義務を設定したかが、国際条約の適用範囲を意味する以上、国際条約の適用範囲は国際条約から導出するほかはない。なぜなら国際条約の解釈は、「条約法に関するウィーン条約」（昭和 56 年条約 16 号）（条約法条約）によって行わなければならない、条約法条約は、条約で用いられている用語の通常の意味を重視して条約を客観的に解釈することを求めているからである（条約法条約の詳しい内容については原審に提出した、O 大学 J 教授の第一意見書（平成 19 年 5 月 18 日付け、甲 184 の 1）を参照）。したがって、日星租税条約第 7 条 1 項についても、当該条約の文章を客観的に理解してその適用範囲を決めることになる。

4 日星租税条約 7 条 1 項及び措置法 66 条の 6 の解釈について

(1) 日星租税条約 7 条 1 項の解釈

ア 日星租税条約 7 条 1 項の射程範囲に関する原審の判断

日星租税条約 7 条 1 項の射程範囲に関する原審の判断は、「措置法 66 条の 6 は、一定の要件を満たした海外子会社である特定外国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」課税するというものであって、海外子会社の利得に対して課税するものでないことは、条文の文言上、明らかである（原判決 12 頁及び 13 頁）」としているところから、日本に所在する親会社に対する課税という国内法（措置法 66 条の 6）の形であれば、シンガポールに所在する子会社の事業所得をもとにして課税しても日星租税条約 7 条 1 項とは無関係であるという点に尽きる。

別言すれば、日星租税条約 7 条 1 項は、シンガポールに所在し、日本に恒久的施設（以下「P E」と略記。）を持たない子会社の事業所得について子会社自身に対して課税することが許されないことを規定しているにすぎず、日本に所在する親会社に対して課税しても、日星租税条約 7

条1項に違反しない乃至7条1項とは関係ないという判断である。つまり、日星租税条約7条1項は納税義務者に対する規定であって、課税対象所得自体には直接には関係しないという判断である。

以下、日星租税条約7条1項の意味内容を明らかにした上で、原判決の判断の是非について検討を行う。

イ 日星租税条約7条1項と解釈方法

日星租税条約7条1項は次のように規定する。

「一方の締約国の企業の利得に対しては、その企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて当該他方の締約国内において事業を行わない限り、当該一方の締約国においてのみ租税を課することができる。一方の締約国の企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて当該他方の締約国内において事業を行う場合には、その企業の利得のうち当該恒久的施設に帰せられる部分に対してのみ、当該他方の締約国において租税を課することができる。」

本件で問題になるのは、言うまでもなく、上記規定の第1文である。申立人が第一審及び原審において詳述したように、「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする」（条約法条約31条1項）というのが条約解釈の基本規則である。すなわち、条約解釈とは、条約文そのものを客観的に解釈することであるというのが、上記基本規則の趣旨である。したがって、日星租税条約7条1項がどのような利得を対象としている規定なのか、またどのような納税義務者に対して適用される規定なのか、まさに日星租税条約7条1項そのもの、及び、関係規定そのものを条約法条約によって解釈し、そこから導出されるべきものである。

日星租税条約7条1項第1文を、条約解釈に関する基本規則に則って解釈すると以下のようになる。

ウ 規定の対象は企業の「利得」であること

日星租税条約7条1項第1文の主語及び述語だけを取り出すと、「一方の締約国の企業の利得に対しては、…、当該一方の締約国においてのみ租税を課することができる。」ということになる。このことから示されるように、同第1文は、「締約国の企業の利得」に対する課税の有無に関する規定である。

また、同項の日本語正文は、「企業の利得に対して」となっているところ、同項の英語正文の定めは、「the profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable」となっており、その主語が「企業の利得」であるという点からも明らかなように、本件でいうと同項は、シンガポール法人の日本国内に存在する恒久的施設に帰属しない「企業の利得」は日本の所得税・法人税の課税対象とはならないことを定めている。すなわち、同項は、「納税義務者」に着目した定めではなく、「企業の利得」という課税物件に着目した定めなのである。したがって、国内法がたとえ当該シンガポール法人の日本親会社に対する課税として構成された場合であっても、日本は、シンガポール法人の「企業の利得」に対して課税することは許されない。

このことは二重課税を防止するという租税条約一般、ひいては、日星租税条約の、「課税権を

主権国家間で相互に制限ないし分配することにより、両国の課税権の行使に整合性を持たせ、もって各種の国際的交流を円滑ならしめあるいは促進する」（丙氏鑑定意見書4頁、添付資料1）という基本的な目的からして当然であると言える（上に掲げたように、条約法に関する条約法条約31条は、客観的解釈として、「用語の通常の意味」等とともに、当該規定の目的さらにはそれを含む条約の目的を重視する）。

条約法条約によって解釈を行えば、二重課税の防止とは、特定の納税義務者が同一利得について、二国間で二重に課税されることを防ぐことだけではなく、「特定の利得」自体について、二重に課税されることを防ぐことを目的にしていることは明らかである。

(2) 措置法66条の6の解釈

ア 措置法66条の6の条文上の解釈

他方、措置法66条の6は、その条文にかかるタイトルが「内国法人に係る特定外国子会社等の留保金額の益金算入」となっていることから明らかなように、特定外国子会社等の利得、すなわち「当該子会社等の各事業年度の決算に基づく所得の金額」（同法施行令39条の15）を内国法人の益金の額に算入すると定めている。

法人税法は、我が国の法人税制の根幹をなすものであり、同法においては、「誰が租税を納めるか」（第4条等が規定する「納税義務者」）と共に、「何に対して課税するか」ということが最も重要であり、これを「課税物件」（課税されるべき目的物、あるいは対象）という。そして、同法においては、納税義務者が内国法人である場合、①各事業年度の所得（5条）、②清算所得（5条）、③各連結事業年度の連結所得（6条の2）、④特定信託の所得（7条の2）、⑤退職年金等積立金（8条）の5つを課税物件として規定し、法人の所得等に対して課税することを定めている。

一方、租税特別措置法は、経済、社会政策その他の政策的理由に基づいて、各規定（条文）ごとに特別の課税物件（所得）を定めるために租税制度に加えられたものである。この点、措置法66条の6はもともと、タックスヘイブン国に設立されたペーパーカンパニーを通じて我が国の所得が意図的に軽減され、租税回避がなされることを防ぐために設けられた制度であるが、その規定においては、「特定外国子会社等の各事業年度の決算に基づく所得の金額（同法施行令39条の15）を内国法人の収益の額とみなしてその内国法人の益金の額に算入する」、すなわち外国子会社の利得を課税物件として、内国法人の益金に算入する旨が定められている。

ところが原審は、措置法66条の6が「内国法人の収益の額とみなして」と規定されていることに着目して、「海外子会社の利得に対して課税するものでないことは、条文の文言上、明らかである」などという。日星租税条約7条1項は、国内法がたとえ当該シンガポール法人の日本親会社に対する課税として構成された場合であっても、日本は、シンガポール法人の「企業の利得」に対して課税することは許されないことは既に述べたとおりであるが、「みなす」ということは、【A（ある事柄や物等）と性質の異なるB（他の事柄や物等）を一定の法律関係について同一のものとして、Aについて生ずる法律効果と同一の法律効果をBについて生じさせること】である（甲186）が、既にこの「みなす」という用語自体から、措置法66条の6は、【A（内国法人の収益の額）と性質の異なるB（特定外国子会社等の利益）を、措置法66条の6によって、A（内国法人の収益の額）に課税するのと同じ課税を行うこと、すなわち、特定外国子会社の所得(B)を課税対象としようとするもの】に他ならない。より分かりやすく言えば、テーブルの上

に出されたコーヒーを「これをお茶とみなします」と説明されようが、それは飲む者にとって「コーヒー」以外の何物でもなく、同様に、特定外国子会社の利得にかかる課税対象留保金額を「内国法人の収益の額とみなします」と説明されても、その本質は結局「外国子会社の未処分所得（課税対象留保金額）」に他ならないのである。

なるほど、法人税法はたしかに措置法 6 6 条の 6 が適用される内国法人を納税義務者と定める（法人税法 4 条）。しかし、措置法 6 6 条の 6 そのものは、その納税義務者たる内国法人の所得に外国子会社の所得を取り込む規定であるのであるから、親会社である「内国法人の収益の額とみなして」課税するというものであって、海外子会社の利得に対して課税するものでないなどという原判決の判断は、我が国の法人税法並びにその特例である租税特別措置法の構造を全く理解しないものであって、それを前提としてなされた原判決が判決に重大な影響を与える法令解釈違反を犯していることは明らかである。

イ 措置法 6 6 条の 6 の立法経緯からの解釈

ある特定の税制が導入された際に、立法作業に従事した担当者等によってその税制が一冊の文献として解説されることは極めて異例であるが、措置法 6 6 条の 6 については、当時の大蔵省主税局長監修による文献が存在する（「タックス・ヘイブン対策税制の解説」（高橋元監修））。

これによると、我が国のタックスヘイブン対策税制の特色は次のように説明されている。

- i) 「この新しい税制の骨子は、軽課税国に所在する外国法人で、我が国の株主（内国法人又は居住者）により株式等の保有を通じて支配されているものの留保所得を、それら我が国株主の持分に応じてその所得に合算して課税する、というものである。」（監修のことば(3)頁、甲 1 8 5）
- ii) 「タックス・ヘイブン対策税制の骨子は、いわゆる軽課税国に所在する外国法人で我が国の法人又は居住者により株式（又は出資）の保有を通じて支配されているとみなされるものの留保所得をそれら我が国株主の持分に応じてその所得に合算して課税する、というものである。外国法人から我が国株主に配当が送られてくるときには、その配当は当然株主所得に含められて我が国での課税を受けることとなるが、外国法人がその設立の地で留保している所得を、我が国株主の課税所得の計算上収益ないし収入とみなして課税してしまうという税制は、見方によってはかなり強烈なものに映るかもしれない。」（8 1 頁、甲 7 3 の 3）
- iii) 「所定の要件を満たすような海外子会社等の留保所得を国内株主の持分に応じてその所得に合算して課税し得るような簡明な措置を導入することが必要不可欠になりつつあると判断されたのである。」（9 1 頁、甲 7 3 の 2）
- iv) 「現地で留保する所得を合算課税の対象にする、という仕組みがとられている。」（9 1 頁、甲 7 3 の 2）
- v) 「軽課税国所在の子会社等が適用除外要件を満たさないときはそのすべての留保所得を合算課税してしまう点が大きな特徴となっている。」（9 1、9 2 頁、甲 7 3 の 2）
- vi) 「本税制は、子会社等の法人格を否定することなく、その留保所得が実質的に帰属する者である我が国株主に課税しようとするものであり、そのための課税要件を明確かつ具体的に定めている。別個の法人格を有する外国法人の所得を株主の所得に算入するような措置は極めて異例なもの。」（9 3 頁、甲 7 3 の 2）

さらに、元国税庁長官である大武健一郎氏の編による「図説 日本の税制 [平成 4 年度版]」2 2 8 頁（甲 1 4 2 の 4）においても、【本制度は、本来対人主権の及ばない外国法人の、しか

も領土主権の及ばない外国での事業活動から生じた所得をわが国の課税権に服せしめるいわば例外的な制度である】として、外国法人の所得に対してわが国で課税を行う制度であることを明確に認めているところである。

なお、同税制を導入する際、立法を担当した大蔵省（当時）主税局国際租税課が作成した「租税特別措置法（タックスヘイブン関係）想定問答」（昭和53年2月）において、タックスヘイブン対策税制が【タックスヘイブン国に所在する特定外国子会社等の留保所得全体を対象に課税しようとするもの】と説明されていることは上記1で述べたとおりである。

すなわち、上記ア及びイのとおり、措置法66条の6が外国子会社の利得に着目し、それを課税の対象にしていることは同法の条文からも、また、その立法の経緯からも明らかである（内国法人が特定外国子会社を有していたとしても、当該外国子会社に未処分所得を構成する利益がない場合には同法が適用されないことに鑑みても、同法が外国子会社の利得を課税の対象にしていることは明らかである）。

(3) 日星租税条約7条1項及び措置法66条の6の解釈上の結論

以上のことから明らかなとおり、本件で問題になっているシンガポール法人の「利得」に対しては、当該シンガポール法人が、日本に設置したP Eを通じて「事業」を行った場合に限って、その一部分について課税が可能になること、そうでない場合には、いかなる名目であれ課税できないことを規定すると理解するほかない。ここには、一切、納税義務者に関する要件はない。つまり、本件に即して言えば、シンガポール法人の得た所得は、親会社が日本に所在するからといって、それに対して、いかなる形であっても課税することはできない。

したがって、措置法66条の6を適用して、シンガポール法人の利得を内国法人の収益とみなして課税することは、我が国に恒久的施設を有しない外国法人の利得に対して課税をすることを禁じた日星租税条約7条1項と抵触することは明らかであるから、措置法66条の6を適用して行われた本件更正処分が日星租税条約7条1項に違反しているにも拘らず、本件更正処分を適法とした原判決の判断は、条約の誠実遵守を定める憲法98条2項に違反し、かつ、法令解釈に関する重大な誤りがあることは明らかである。

(4) 原判決におけるその余の重大な法令解釈違反

本件更正処分が日星租税条約7条1項に反すること、及びそれを適法とした原判決が破棄を免れないことは上記のとおり明らかであるが、原判決のその他の判断も明らかに誤っているのでここで改めて指摘する。

ア 国内租税法の性質決定と租税条約との抵触

措置法66条の6に基づく課税について、原審は、「海外子会社の未処分所得のうちの課税対象留保金額は、本来、内国親会社に対して配当その他の方法によって利益移転されるべきものであって、利益移転がなされた場合には、我が国において親会社の収益そのものとして課税されることになるのであるから、その利益移転がされていない場合には、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7条1項の趣旨を潜脱することにはならないものと解される。」（原判決13頁）と述べるところ、これは措置法66条の6が「擬制配当課税」であるから許されると理解している

ように読める（なお、原審における相手方（被控訴人）はその答弁書（平成19年9月6日付け）において、「我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、法的手法としては外国の子会社に留保している利益を持分に应じて親会社の株主に配当されたものとみなして自国企業の所得に合算し、自国企業に対して課税するものであり、このような擬制配当課税説（乙第44号証（申立人注：丁名誉教授意見書）7ページ）に立てば、本件更正処分は、シンガポール法人の所得に対して課税しておらず、租税条約と抵触するものではない」（答弁書21頁）と主張しているところである）。

『しかし、日星租税条約7条1項は、シンガポールに所在する子会社の利得に対する課税は、恒久的施設がない限りできないと規定している。そのうえで同条約の10条は、一方の国の企業から他国の企業に対して行われた配当については、両国で課税してもよいと規定している。これらの条項から読み取れることは、子会社が恒久的施設を日本に持っていない限り、子会社が親会社に配当するときまで、子会社が得た「利得」について日本は課税することはできないということである。日星租税条約5条7項は、複数の会社に親子関係があるというだけでは相互に恒久的施設とは考えないことも規定することを忘れてはならない（法人の法的独立性・分離性の原則）。つまり、子会社の利得に対して、配当前に課税することは、日星租税条約7条1項に形式的に反するばかりではなく、日星租税条約全体の趣旨にも反するのである。すなわち、日星租税条約7条1項及びその背景に存在する、親子会社への課税に関する日星租税条約の全体的趣旨に照らして考えると、本件で問題となっている課税は親会社の（事業）所得として課税されるものであり、相互に独立性が高い場合にはそのような措置はとらないというのが日星租税条約7条1項の真意と考えられるのである。

そもそも日星租税条約は、いわゆる「租税条約」であり、各国の租税管轄権（いわゆる「課税権」）を調整又は配分することによって、国内法による調整を超えて生じることのある国家間に存在する二重課税を排除し、また国家協力によって脱税の防止を図ることを目的とするものである。日星租税条約7条1項及び10条は、シンガポール法人の子会社の利得にとどまる限りは、他方当事国の日本がそれに対して課税できず、課税はもっぱらシンガポールが行うことができることを命じているのであり（I教授最高裁鑑定意見書 3頁、添付資料3）、『東京高等裁判所判決は、「『みなし課税』が無制限にできることになっているのであれば、…日星租税条約7条1項の趣旨を潜脱するおそれがあるということになる。」（13頁）とする。しかし、無制限に「みなし課税」をすれば日星租税条約7条1項に反するが、制限的にやれば反しないというためには根拠が必要であるが、原審の東京高等裁判所判決は、「本来、内国親会社に対して配当その他の方法によって利益移転されるべきものである」（同頁）こと以外には根拠付けは行われていない。このような結論に至るためには、日星租税条約は、「利益移転されるべきもの」なら一般的には課税しても良いがそれを無制限に行ってはいけなくと定めていなければならないが、そのような規定はなく、またそのような解釈が条約上成り立つことの理由付けも、東京高等裁判所判決では行われていない。

そもそも、「擬制配当課税」というのは、措置法66条の6を根拠にして親会社に対して課される法人所得税の対応部分を、国内租税法上性質決定をしたものである。しかし、国内法で法人所得税として課税されているものの本質を「配当」に類似したもの、すなわち「擬制配当課税」と性質決定すれば、日星租税条約の子会社の「利得」に対する課税ではなくなり、たとえば配当課税になると評価することができて、日星租税条約7条1項の適用範囲から逃れられるのである。

うか。

条約上、事業所得、配当所得等と決められていれば、それに沿った権利義務が発生する。条約上、企業の「利得」に対する課税と性質決定されているものを、国内法上別の名前で呼べば、条約の規制を逃れられるということは、あり得ない。

あくまで国際条約は国家間で権利義務を設定し、それによって、相手国に要求できること、また相手国に対してやらなければならないことが決まる。その後に国内法を作って、用語さえ変えれば、又は、納税義務者さえ変えれば、いったん条約によって設定された権利義務が変更されるということはある得ない。もし、わが国が米国のように、国際条約と法律を国制上、同一の効力順位にあるとすれば、このようなことは起こりうる。なぜなら条約と法律は前法後法の関係に立ち、後法は前法に優先する効力をもつからである。しかし、日本は米国とは違って、国際条約が法律に優位する効力を持ち、制定の前後に関わらず、条約は法律に優位するのである。したがって、どのような性質決定をしようが、条約上、親会社に対する課税が子会社の「利得」に対するものと解釈されれば、その限りで措置法66条の6の適用は排除される。

つまり、法律に基づく処分に国際条約が関係するか否かを決定する場合には、当該処分の国内法上の性質をまず考えて、国際条約の規定がそれと整合的に解釈できるかどうかというアプローチではなく、まずは国際条約がどのような義務を当事国に課したかを、規定の用語を客観的に解釈して確定し、そのうえで、法律に基づく処分が当該義務違反に当たるかどうかを決めなければいけない。国際条約が法律よりも上位にある以上、下（法律に基づく処分）から上（国際条約）を見て、両者の関係を判断するというアプローチは妥当ではなく、上（国際条約）に照らして下（法律に基づく処分）を判断するというアプローチを採らなければならない。この点はまさに、国際条約に関する最高裁判所の長年の判例の前提をなす考え方である。』（I教授最高裁鑑定意見書 3頁及び4頁、添付資料3）。

したがって、原判決の判断は、条約の誠実遵守を定める憲法98条2項に違反し、かつ、法令解釈に関する重大な誤りがあることは明らかである。

イ そもそも措置法66条の6は、「擬制配当課税」ではないこと

国内租税法をどのように性質決定しようとも、租税条約との抵触関係について何の意味も持たないことは上述の通りであるが、そもそも措置法66条の6は「擬制配当課税」ではない。（同旨 K教授最高裁鑑定意見書2頁ないし4頁 添付資料9）

相手方も措置法66条の6が日星租税条約7条1項に反しないと主張する際に拠り所としていた、金子宏東京大学名誉教授は従前その著書「租税法（第十版）」（平成17年4月30日発行）においてタックス・ヘイブン対策税制の性質を次のように述べていた。

【この制度の趣旨と目的は、タックス・ヘイブン・コーポレーションの留保利益を株主に配当したものとみなして課税し、租税回避の手段としてのタックス・ヘイブン・コーポレーションの機能を実質的に減殺することにある（金子宏「租税法（第十版）」430頁 添付資料10）】。

しかし、本件訴訟において同名教授が鑑定意見書を提出（平成18年2月7日）した後、同書第十一版（平成18年4月15日発行）の記載は次のように書き改められた。

【この制度の趣旨と目的は、タックス・ヘイブン・コーポレーションの課税対象留保金額相当額を株主であるわが国の内国法人等の擬制収益ないし擬制配当として課税し、租税回避の手段としてのタックス・ヘイブン・コーポレーションの機能を実質的に減殺することにある（金子宏「租税法（第十一版）」445頁 添付資料11）】

上記記載の変更は次の2点において重要である。まず、旧版（第十版）では「タックス・ヘイブン・コーポレーションの留保利益を」としていたものを新版（第十一版）では「タックス・ヘイブン・コーポレーションの課税対象留保金額相当額を」とした点である。すなわち、同名譽教授は乙44号証において、相手方の主張に沿う形で「タックスヘイブン対策税制は日星租税条約に反することにはならないと考える」との意見を表明したものであるが、「タックス・ヘイブン・コーポレーションの留保利益を」との記述のままでは、申立人が主張する「外国子会社（タックス・ヘイブン・コーポレーション）の利得（留保利益）に対する課税」であることを自認しかねず、このように変更したものと思われる。次に、旧版では「株主に配当したものとみなして課税」としていたものを「株主であるわが国の内国法人等の擬制収益ないし擬制配当として課税」へと変更した点である。すなわち、同意見書の起案過程で気付いたものと思われるが、株主への配当課税という従来の見解（自説）では、株主が個人である場合に適用されるタックスヘイブン対策税制（措置法40条の4）の説明が出来ないためである。つまり措置法40条の4（所得税法の特例）は、「特定外国子会社等の課税対象留保金額に相当する金額は、その者の雑所得に係る収入金額とみなして」課税することを定めているのであるが、配当したものとみなすのであるのであれば「配当所得」として課税するべきである。しかし、それは不可能である。何故なら、立法担当者自身がその解説書で述べているように「課税の時点では株主に何らの金銭の交付等が行われているわけではないので配当所得とみなすのは適当ではないからである（高橋元「タックス・ヘイブン対策税制の解説」93頁、甲73の2、甲168）。これは特定外国子会社等の株主である法人に対する措置法66条の6においても何ら変わるところはない。

丁名譽教授はその意見書において、配当とみなして課税する制度であるとして説明してきた従来の見解との矛盾について次のように述べる（乙44 8頁）。

【外国法人からの受取配当は法人税法上では収益に算入されることになっているから、明文の規定がなくとも、課税対象留保金額相当額も現実の配当のあった場合になぞらえて、擬制配当として収益に算入されると考えるのが自然であるといえる。所得税の関係で雑所得として分類されているのは、課税対象留保金額相当額は、現実の配当ではなく、擬制所得ないし擬制配当であるから、もともと、個人株主の国内源泉所得であり、その場合の所得分類としては、他のいずれの所得にも属さないため、雑所得として分類するのが所得税法の趣旨に合致すると考えられるからである。】

金子名譽教授はその著書「租税法（第十二版）」において次のように述べられている。

【租税は、公共サービスの資金を調達するために、国民の富の一部を国家の手に移すものであるから、その賦課・徴収は必ず法律の根拠に基づいて行われなければならない。換言すれば、法律の根拠に基づくことなしには、国家は租税を賦課・徴収することはできず、国民は租税の納付を要求されることはない。この原則を租税法律主義という。】（同書65頁、添付資料12）

そして続けて、この租税法律主義について次のように述べられている。

【租税法律主義の内容としては、「課税要件法定主義」、「課税要件明確主義」、「合法性原則」、「手続的保障原則」の4つをあげることができる。（中略）

(1) 課税要件法定主義

課税の作用は国民の財産権への侵害であるから、課税要件（それが充足されることによって納税義務が成立するための要件）のすべてと租税の賦課・徴収の手続きは法律によって規定されなければならないことを意味する。

(2) 課税要件明確主義

法律またはその委任のもとに政令や省令において課税要件および租税の賦課・徴収の手續に関する定めをなす場合に、その定めはなるべく一義的で明確でなければならない。みだりに不明確な定めをなすと、結局は行政庁に一般的・白紙的委任をするのと同じ結果になりかねないからである。】(同書67頁ないし70頁、添付資料12)

丁名誉教授によれば、租税の賦課・徴収は必ず法律の根拠に基づいて行わなければならない、そしてその内容は一義的で明確でなくてはならないという。そうでなければ租税の賦課・徴収について結局は行政庁に白紙委任するのと同じ結果になるからであるという。

そうであるのなら、措置法66条の6のような租税を賦課するような規定においても当然にその原則が働くところ、同名誉教授は、「明文の規定がなくても、現実の配当のあった場合になぞらえて、収益に算入されると考えるのが自然である」というのである。しかし、そのような見解は我が国憲法が命じる租税法律主義(憲法84条)の下で通用しないことは明らかである。

さらに同名誉教授によれば、「わが国の国内に源泉のある所得」を「国内源泉所得」というようであるが(金子宏「租税法(第十二版)」396頁、添付資料12)、外国法人の利益を課税物件とする個人株主へのタックスヘイブン対策税制を適用する場合の説明が「個人株主の国内源泉所得」であるというのは、いかにも苦しい説明である(「擬制配当」と名付けようが、「擬制所得(収益)」と呼ぼうが、タックスヘイブン対策税制は、外国法人に利益がなければ課税が出来ない制度であることから考えれば、同税制は外国法人の利益に担税力を見出して課税物件としていことは明らかであって、個人株主の国内源泉所得とは何らの関係もない)。そうであるからこそ、同名誉教授は何十年にもわたり唱えてきた自らの見解を変更せざるを得なくなったと容易に推測できる。

以上のとおり、我が国のタックスヘイブン対策税制の国内法的性質は「擬制配当課税」ではないし、もし、同税制が丁名誉教授が新たに唱えた「擬制収益(所得)課税」であるとするならば、それは日星租税条約21条(その他所得)違反を招来することとなる(租税条約は包括的なものであって、あらゆる種類の所得をカバーしており、租税条約の適用を免れうる種類の所得は存在しない。他の条項によってカバーされていない所得は、日星租税条約21条が定める「その他所得条項」の範疇に属する)。つまり、国内法をいかに説明しようともタックスヘイブン対策税制は日星租税条約違反となるのである。

したがって、措置法66条の6が「擬制配当課税」であるから許されると理解しているような原判決の判断には、法令解釈に関する重大な誤りがあることは明らかである。

なお、この点につき更に述べる。

タックスヘイブン対策税制が擬制配当課税でないことは上記から明らかであるが、その条文(措置法66条の6)上も明らかである。

すなわち、配当は法人における決算上の利益からなされるものであるが、措置法66条の6第2項2号は課税対象留保金額の基となる未処分所得の金額につき「特定外国子会社等の各事業年度の決算に基づく所得の金額につき、法人税法及びこの法律による各事業年度の所得の金額の計算に準ずるものとして政令で定める基準により計算した金額を基礎として政令で定めるところにより当該各事業年度開始の日前五年以内に開始した各事業年度において生じた欠損の金額に係る調整を加えた金額をいう。」としているが、その規定において、未処分所得の金額の計算を、

法人税法及びこの法律による各事業年度の所得の金額の計算に準ずるものとしている以上、これは特定外国子会社等の配当可能利益に係る計算を「我が国の法律」で行うことを求めていることに他ならない。

しかし、本来、配当可能利益の計算は、「法人が所在する国の法令」で行われるべきものであり（それに反して、所在地国法令以外の法令に則って利益を算出し、それに基づいて配当をなすというようなことが行われた場合には所在地国の法令上「違法配当」を招来することとなる）、本件に即していえば、シンガポール会計原則、シンガポール会社法ないしはシンガポール税法に則って計算された配当可能利益を対象として課税を行って初めて「配当として課税する」という説明が可能になるのである。

外国法人の所在地国の法令に則って利益を計算し、当該金額を我が国の課税権に服さしめるといのであるならまだしも、その未処分所得（利益）の金額について我が国の法令で計算することを定めておきながら、つまり、その所在地国の法令に従うべき外国法人のその法令に従って計算された利益によらず、タックスヘイブン対策税制は『「配当」、もしくは「配当したもののみならず、」もしくは「擬制配当」であるとして課税するものであるから外国法人の利益に課税するものではない』などという詭弁を述べる原判決、相手方、丁名誉教授の見解が誤っていることは明白である。

したがって、タックスヘイブン対策税制の性質が擬制配当課税であるから日星租税条約との抵触関係が起きないとする判決・主張・見解は明らかに失当である。

(5) 小括

以上述べてきたことから明らかなとおり、措置法66条の6、いわゆるタックスヘイブン対策税制の本質は、「外国子会社の利得に担税力を見出し、その利得を課税物件として内国法人の所得の額に合算するもの」であるところ、我が国がシンガポール共和国と締結した日星租税条約7条1項は、「納税義務者」に着目した定めではなく、「企業の利得」という課税物件に着目した定めであって、シンガポール法人の日本国内に存在する恒久的施設に帰属しない「企業の利得」は我が国の所得税・法人税の課税対象とすることは許されないのであるから、国内法がたとえ当該シンガポール法人の日本親会社に対する課税として構成された場合であっても、我が国が、シンガポール法人の「企業の利得」を対象として課税することは許されない。

したがって、タックスヘイブン対策税制を適用して行われた本件更正処分が日星租税条約7条1項に違反しているにも拘らず、本件更正処分を適法とした原判決の判断には、法令解釈に関する重大な誤りがあることは明らかであり、この違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、原判決は破棄を免れない。また、原判決は、条約の誠実遵守を定める憲法98条2項に違反しており、破棄を免れない。

措置法66条の6による課税が行われる事案においては、親会社である我が国法人のみならず、必ず子会社である外国法人が関係することとなるため、まず租税条約との関係を検討すべきことは上述したとおりであり、日星租税条約7条1項と措置法66条の6が抵触する関係にあり、措置法66条の6を根拠とした本件更正処分が日星租税条約7条1項に反することもまた上述したとおりである。

ところで、我が国のタックスヘイブン対策税制と類似の制度を有している国家は複数あり、当

該制度を有している国家のほとんどは、国家間において租税条約を締結していることから、本件事案と同様に、租税条約と当該制度との関係が問題となる場合が出てきている。このように、タックスヘイブン対策税制が外国との取引関係を前提とするものである以上、外国における議論、及び判例等について検討することは、十分に意義のあることである。

以下、外国における議論や外国で出された判決等について検討する。

5 外国における議論、判例等について

(1) フランス国務院判決及びそれに関連したフランスの事情

ア 条約優位である日本にとって、フランス国務院判決は参考になることフランスにおける公法関係の最高裁判所であるフランス国務院（わが国の内閣法制局の権限を併せ持つ行政裁判所である。丙氏鑑定意見書11頁、添付資料1参照）は、フィンランド最高裁判所判決（2002年3月）の3ヶ月後の2002年6月28日、フランスのCFC（Controlled Foreign Company（被支配外国子会社）の頭文字をとったもの）法（我が国のタックスヘイブン対策税制と同様の効果を持つ税制。以下、諸外国における同様の税制を「CFC法」という。）が、フランススويس租税条約に反するとの判断を示した（甲80の1、以下、「フランス国務院判決」という。）。フランス国務院判決は、当該事案で課税の対象となっているのはスイスの外国子会社の所得であることを明確に述べ、これを前提として、フランス憲法55条²によって条約が国内法に優位するフランスにおける判断を示しているものである。

本件においても課税の対象となっているのはシンガポールの子会社の所得であることは上記4で明らかにしたところであり、これを前提として、日本国憲法98条2項によって条約が国内法に優位する日本における判断を行うにあたっては、フランス国務院が下した結論は十分参考になるものである。

イ フランス政府はCFC法と租税条約の抵触の可能性を認識し、フランスのCFC法を保護するために租税条約を改正するなどの行動をしていたこと

フランス国務院判決の対象となった課税処分の対象年度は1986年度であるが、フランス政府は、1990年代以降、2002年のフランス国務院判決を予知していたかのような行動を取り始めた。すなわち、フランスのCFC法と租税条約との抵触関係を意識し、各国との間の租税条約に、フランスのCFC法が租税条約に優位する旨の明文の規定を盛り込むようになったのである。

フランスにおいては、2004年現在、46の租税条約が締結され、又は改正されているが、そのうち、フランスのCFC法の適用を認めている条約は22のみである³。これは、フランスの租税条約締結国の中に、自国に対してCFC法を適用されることを望まない国が多いということの意味する（Michael Lang他編「CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law」246頁ないし247頁及び254頁訳文2頁及び3頁添付資料13参照）。つまり、フランスが締結している租税条約中、フランスのCFC法の適用を認める旨の規定を含まない条約については、フランスは当該相手国に対し、CFC法を適用できないのである。

² 「正式に批准され又は承認された条約又は協定は、公表され次第、法律に優位する権力を持ち、相手方への適用にあたっては、あらゆる協定や条約は、条約の後に成立した法律に対しても、これに優位する。」

³ そのうち議定書ではなく、条約本文に規定されている条約は15である。

日仏租税条約は1995年に改正されているが、この改正の際にも、フランスは当該規定を盛り込むことにこだわり、結果として「議定書17(b)」(甲188)の規定が導入されることとなった。

「議定書17(b)」は次のように規定されている。

「条約のいかなる規定も、フランスがフランス統一税法第209B条⁴の規定又はこれを修正し若しくはこれに代わる実質的に類似する規定を適用することを妨げるものではない」。つまり、フランスは、租税条約を締結している我が国に、フランスのCFC法が我が国に及ぶことを認めさせたのである(甲191。なお、本年1月に署名された日仏租税条約改正議定書においても、当該規定の改正はなされていない。甲189、甲190)。一方、我が国政府は、上記条文の日本側に関する記載、すなわち、日本のタックスヘイブン対策税制がフランスに及ぶことを規定した条文を設けさせていない。

上記フランス国務院判決(甲80の1)において、CFC法の適用が租税条約に反すると判断されたフランス・スイス租税条約においても、フランス法人の課税対象年度である1986年度においては、上記議定書17(b)と同様の定めはなされていなかった。したがって、フランス国務院判決が、「仮に、租税回避及び脱税を防止するという目的が当該租税条約に付与されていたことが確かであるとしても、それを定める明文の規定がないため、当該目的のために、当該協定に明文で定められた規則の適用を排除することはできない。」として、CFC法が租税条約7条1項に反すると判示したことは、フランス国務院が、フランスが締結した二国間条約全体を俯瞰し、かつ国際法上、租税条約の明文を離れて拡張解釈することが許されないことを十分に正解して判決を下したものと解するほかない⁵。

このようにフランス課税庁は、租税条約締結国に対してフランスのCFC法を適用することが、当時の租税条約の規定からは不可能であることを認識していたため、フランス政府は、フランス国務院判決が出される以前から、租税条約に明文の規定を置くことに注力し始めたのである。

この点について申立人は、原審においても租税条約中に当該規定がない限りタックスヘイブン対策税制を適用することは出来ないことを述べたところ、原判決は、日仏租税条約議定書17(b)の規定につき、「条約の締結によってフランスのCFC法の適用が「妨げられない」ことを確認した解釈規定であって、この規定があることによって初めてCFC法の適用が可能になるという趣旨で控訴人が主張しているものと解される「授權規定」とは解されない」(原判決17頁)と判示しているが、これは全くの誤りである。条約法条約に従って条約の解釈を行えば、原則として明文にない例外は認められないのであるし(詳しくはI教授地裁第一鑑定意見書4頁ないし7頁 甲74の1参照)、このような判断をすること自体、原審に国際法の理解が全くないことは明らかである(丙氏鑑定意見書2頁 添付資料1)。

原審が仮に、「日仏租税条約議定書17(b)の定めは条約本文ではなく、議定書に規定されたものであるから、授權規定ではなく解釈規定である」との結論を導いたのであるとしたら、この点についての原審の判断は前提を欠くことになる。議定書は条約と不可分一体のものであり、

⁴ フランスのCFC法を規定した条文である。

⁵ スイスとの租税条約においては、1997年7月の条約改正の際に、フランスのCFC法がスイスに及ぶことを明文で規定するに至った。

条約本文と全く同一の効果を有するものだからである（詳しくは丙氏鑑定意見書2頁添付資料1及びK教授最高裁鑑定意見書7頁 添付資料9参照）。また、前述のとおり、フランスが各国と締結している条約中の、フランスのC F C法の適用を認容する規定についても、条約本文に規定されているものと、議定書に規定されているものとが存在するが、両者の効果の差は全くないのである（前掲 Michael Lang 254頁 訳文3頁 添付資料13参照）。このような常識的なことすら理解していないとしか思われない原判決の法律解釈の誤りは枚挙にいとまがないのである。

なお、日本―ルクセンブルグ租税条約の25条には、次のように規定されている。

【日本―ルクセンブルグ租税条約 25条（持株法人）】（添付資料14）

この条約の所得に対する課税に関する規定は、ルクセンブルグの1929年7月31日の法律及び1938年12月17日の政令（その後に行われたこれらの法令の改正を含む。）の適用を受ける持株法人（ルクセンブルグの法律に基づいて同様の租税上の特別な待遇を享受するその他の法人で両締約国の政府間で合意するものを含む。）については、適用しない。この条約のこれらの規定は、日本国の居住者がこれらの法人から取得する所得についても、規定しない。

日本が昭和53年にタックスヘイブン対策税制を制定した当初、ルクセンブルグは、「ホールディング・カンパニーの事業」につき、特定事業所得軽減課税国等として指定されており、日本―ルクセンブルグ間には租税条約は締結されていなかった。日本はその後、1992年4月に指定国制度を廃止したが、ルクセンブルグとの租税条約が締結されたのは、その直後である1992年12月であった。

この条文が存在することにより、日本は、ルクセンブルグと租税条約を締結後も、引き続き「ルクセンブルグのホールディング・カンパニー⁶の事業」に対し、日本のタックスヘイブン対策税制を適用することが可能であった。このような条文は、日本が締結している他の租税条約には存在しない。

日星租税条約が改正されたのは、ルクセンブルグとの条約締結と同様、指定国制度廃止後の1994年である。日本政府に、シンガポールに対してタックスヘイブン対策税制を適用する意思があったのであれば、ルクセンブルグとの租税条約と同様、例外規定を設ける必要があった。しかし、日本政府は、その規定を設けずに日星租税条約を改正した。従って、日本はシンガポールに対して、タックスヘイブン対策税制を適用できないのである。この結論は、日本政府が締結してきた租税条約の条文そのものからも明らかなのである。

- (2) 租税条約と国内法との抵触がないとされたフィンランドにおいては、特殊な事情が存在すること

ア フィンランド行政最高裁判所判決は、根拠なくOECDコメンタリーに依拠したものであること

フィンランドでは、2002年3月、フランス国務院判決の3ヶ月前にフィンランド行政最

⁶ 「ホールディング・カンパニー」と「持株法人」は同義である。

高裁判所により判決が出され（以下、「フィンランド判決」という。）、フィンランド課税庁が同国に所在する親会社の所得にベルギー子会社の所得を合算して、フィンランドのCFC法を適用したことがフィンランドーベルギー租税条約に違反しないとの判示がなされた、租税条約7条1項の解釈をめぐる世界で最初の判決である。

フィンランド判決は、原判決が認定したように、OECDモデル租税条約コメンタリー（1992年版）を根拠として上記の判断を導いた。

フィンランド判決を概観すると、その論理が奇妙であることが容易に理解できる。フィンランド判決はまず、フィンランドのCFC法の解釈から入り、CFC法がその「割当分（share）が含まれる」（フィンランドCFC法4条）と規定するCFC子会社（CFC法の対象となる外国子会社。以下「CFC子会社」という。）の所得を、租税条約上の（配当所得ではなく）事業所得に該当すると結論づける（乙47 訳文は添付資料15、7頁）。次に、フィンランドーベルギー租税条約を条約法条約26条及び27条に基づいて解釈し、「たとえフィンランド国内のCFC法であっても、条約法条約に違反するような形で、既に締結されている租税条約の内容を変更してはならない」と述べる（乙47 訳文は添付資料15、8頁）。

ところが、ここでフィンランド判決は、突如としてOECDモデル租税条約コメンタリーの重要性を述べ、本件租税条約の下でフィンランドCFC法を適用する場合には大多数の国がCFC法は租税条約に抵触しないと考えている旧コメンタリー1条23を参照しなければならないとし、従ってフィンランドのCFC法はフィンランドーベルギー租税条約に違反しないという結論を導く（乙47 訳文は添付資料15、16頁）。

OECDコメンタリーはこのフィンランド判決の翌年に改正されているが、2002年にフィンランド判決が出た時点のOECDコメンタリー（1992年改正の旧コメンタリー）では、「**加盟国の多くが抵触しないと考えている**」と記載されていたのみで、同コメンタリーには「CFC法が租税条約に反すると考える**反対の立場がある**」ことも併記されていた。さらに、当該訴訟においては、条約の相手方締結国であるベルギー財務省からの反対の意見書すら裁判所に提出されていたのである（乙47 訳文は添付資料15、20頁）。

CFC法を条約締結相手国に対して適用することができることを規定した明文がフィンランドーベルギー租税条約に存在しない状況において、ベルギー政府がフィンランドの課税に異を唱えているという事実を鑑みれば、フィンランドーベルギー間ではCFC法を条約締結相手国に対して適用することができるとの合意があったと認識することは到底できないため、当該事件においては、条約法条約に従った解釈を行えば、条約違反との結論が導かれるはずであった。

フィンランド判決の翌年である2003年、OECDコメンタリーは改正され、CFC法は租税条約に抵触しないと記載が盛り込まれた。しかし、この新しいOECDコメンタリーに対し、ベルギーは反対の所見を付した（OECDコメンタリーの改正の経緯とベルギーの所見については後述(4)ア参照）。つまり、フィンランド判決があと1年遅かったとしたら、ベルギーが反対の所見を付している2003年改正コメンタリーに依拠することはできず、CFC法が租税条約に抵触しないと判断を下すことはできなかったに相違ない。なぜなら、条約法条約に基づく解釈を行う以上、フィンランドーベルギー間の租税条約に、CFC法を適用することが可能という合意を読み取ることは不可能だったからである。

従って、本件は、フィンランド行政最高裁判所の判断ミスが生んだ誤った判決なのである。

ちなみに、フィンランド判決における当事国は両国ともOECD加盟国であるのに対し、本件においては、シンガポールはOECD非加盟国であるため、本件は何らOECDコメンタリーには拘束されないことを付言する（詳しくはI教授地裁第一鑑定意見書10頁 甲74の1参照）。

イ フィンランドのCFC法の定め

フィンランドのCFC法は、第4条にCFC子会社の所得の合算規定を設けている。

【フィンランドCFC法第4条課税対象所得】（乙47 訳文は添付資料15、4頁）

租税債務を負担する者の課税対象所得には、単独でもしくは同じ利益集団に属する他の者と共に租税を負担する者が特定外国子会社の資本の10%以上の持分を保有するか、または、その者が実質的所有者として当該法人の財産の収益の10%以上の持分に対し権利を有する場合に限り、当該特定外国子会社の直接・間接の持分またはその実質的所有分に相当する、当該特定外国子会社の所得の割当分（share）が含まれる。（以下略）

このように、フィンランドのCFC法は、CFC子会社の所得をフィンランドの親会社に合算して課税する制度を採用しており、この点において、日本の措置法66条の6と同様の制度であるといえることができる。

また、フィンランドのCFC法には、租税条約締結国に対して適用されることを念頭に置いた上で、租税条約締結国のみに対する特例の条文が明文上盛り込まれているという特徴がある。

【フィンランドCFC法第2条特定外国子会社】（乙47 訳文は添付資料15、3頁ないし4頁）

- 1 本法の目的において、特定外国子会社の用語は、フィンランド国内の納税義務者である居住者により支配される法人で、かつ、当該法人の居住地国においてフィンランド国内の居住者であるフィンランドの法人に適用される税率の5分の3より低い実効所得税率で課税される者をいう。
- 2 第1項の規定にも関わらず、以下の場合は特定外国子会社に当たらない。
 - 1) (略)、または
 - 2) 当該法人がフィンランドとの間で二重課税回避のための条約が締結されている国の居住者で、その条約において当該法人がその国の居住者であると見なされる場合。ただし、当該国の法人がフィンランド国内の法人に適用される法人税と実質的に異なる所得税を負担し、かつ、当該法人がその居住地国の租税軽減特別措置の恩恵を受けていないこと。

上記のとおり、フィンランドCFC法2条2項(2)は、フィンランドが租税条約を締結している国の居住者は、一定の要件に該当しない限り、CFC法の適用範囲から除外されると規定している（乙47 訳文は添付資料15、4頁）。

すなわち、フィンランドのCFC法は、租税条約締結国に対してフィンランドのCFC法が適用されることを念頭におき、その上で明文の定めによって除外の要件を定めている（前掲 Michael Lang 213頁ないし214頁 訳文1頁 添付書類13参照）。これに対し、措置法66条の6は、租税条約締結国の場合の要件を特別に定めるなどということとはしていない。このことは、措置法66条の6が租税条約締結国に対して適用を予定していなかったことの証左でもある。

ちなみに、フィンランドにおいては、「いったん承認された条約の規定は、納税者にとって

有利な規定である限り、国内法に優位するとみられている。しかし、租税条約は国会における承認を必要とするため、国会は租税条約に優位する特別な法令を成立させる権力を有しているようである。」(Daniel Sandler「Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation」43頁 訳文1頁 添付資料16参照)と述べられているように、必ずしも条約は国内法に優位しないと解されている。

ウ フィンランド判決は、合算の対象となるCFC子会社の所得が同社の事業所得に該当すると判示していること

フィンランド判決において最も留意すべき点は、フィンランド判決が、フィンランドのCFC法が取り込んでいるCFC子会社の所得を、フィンランドーベルギー租税条約の7条1項の事業所得に該当する所得であると認定している点である(乙47 訳文は添付資料15、7頁)。

フィンランドの課税方式は、フランスのような国外所得免税方式ではなく、フィンランドのCFC法は、フランスのCFC法のように、CFC子会社の所得に直接分離課税を行うわけでもない。日本と同様に、全世界所得課税ー外国税額控除方式(国内及び海外において稼得したすべての所得が課税対象とされ、外国において支払われた税額については、算出された自国の税額より控除する方式)を採るフィンランドにおいては、前述のとおり、CFC子会社の所得は、親会社の所得に合算課税される(乙47 訳文は添付資料15、3頁ないし4頁。この点において、日本のタックスヘイブン対策税制と類似の税制である。)。フィンランド判決は、その合算対象となるCFC子会社の所得が、フィンランドーベルギー租税条約上、7条1項が規定する事業所得に該当すると判断したのである。

本件訴訟においては、課税庁は、フィンランド判決につき、その判決の存在と結論のみを取り上げて指摘してきたものの、その内容についてはOECDコメンタリーを参考にしていることを強調するのみであった。「CFC法はあくまでも親会社に対する課税である」などと主張して、租税条約とCFC法との関係を根本的に見誤っている課税庁が、本来なら有利に働くべきフィンランド判決の論理を詳細に主張することができなかったのは、このような理由によると考える他はない。

従来から申立人は、「課税方式の如何を問わず、CFC法は子会社の所得を取り込むものであり、その本質はCFC子会社の所得に対する課税であるから租税条約7条1項に違反する」と主張してきた。しかし仮に、フランスが国外所得免除方式をとるから、フランス判決を参考にすることができないとする原判決の立場に立つとすると、まさに日本と同様のCFC法の構成を持つフィンランドのCFC法がターゲットとするCFC子会社の所得が、租税条約上の事業所得条項に該当するとの認定がなされた判決を無視することはできなくなるのである。

(3) 世界的に見ても注目されている事案であること

ア CFC法と租税条約の関係は最近になって議論されるようになってきた論点であること

日本においてタックスヘイブン対策税制ができた昭和53年(1978年)当時は、世界的にも法人税率は高い水準で推移していたため、当時の租税条約締結国のうち、タックスヘイブン対策税制の対象となる国は、英領ヴァージン諸島、モントセラト⁷及びスイスのみであった⁸

⁷ 英領ヴァージン諸島及びモントセラトは、イギリスとの租税条約が拡張適用される。

⁸ モントセラト及びスイスは、特定事業所得軽減課税国等として、オフショア・カンパニーの事業(モントセラト)、ホールディング・カンパニーの事業(スイス)及びドミサイル・カンパニーの事業(スイ

（高橋元「タックス・ヘイブン対策税制の解説」298頁ないし299頁添付資料17）。ところが、1990年代に入って諸外国は、多国籍企業を誘致し国際競争力を高めるために、競って法人税率を下げ始めた。日本も外圧を受ける形で徐々に法人税率を下げてきてはいるが、現在の法人税率は、諸外国と比較しても高い部類にとどまっている（甲181）。

現在では先進国の間でも法人税率が25%を切るような国も多数あるため、平成4年に指定国制度方式から25%方式に改められた日本のタックスヘイブン対策税制の適用を受けかねない状況にもなっている。

従来、学界においても、国内法と租税条約との関係で問題にされる点としては、トリートリーショッピングなど、条約上の優遇を不当に得るような濫用の問題が主であった。しかし、1990年代に入り、1992年の旧コメンタリーが挿入された頃から、学界においてもCFC法と租税条約の関係についての議論がなされるようになってきた。

この歴史的背景につき、P大学のDaniel Sandler教授は次のように解説している。

【Daniel Sandler教授「租税条約とCFC法」191頁】（添付資料16 訳文1頁ないし2頁）

CFC法は1962年より存在したが、同法が租税条約に抵触するとした問題がはじめて裁判所により検討されたのは1995年であった。この間、判例が全く存在しなかったことには多くの理由がある。

第一の理由はその歴史である。1962年から1972年の間、CFC法を採用したのは米国一国のみであった。同国の租税条約には、租税条約が発効していないのと同様に米国がその居住者および市民に対して課税することを容認したセービング・クローズが含まれていたため、CFC法と条約との間に抵触が起こることはほとんどなかった。1972年には、ドイツとカナダにおいてCFC法が導入された。ドイツのCFC法には、租税条約との関連性に関する特別規定がおかれ、その結果両者に抵触の問題が生ずることは恐らくなかった。1972年以降、カナダはそのほぼすべての租税条約に特別規定を挿入しCFC法の適用は租税条約と抵触しないことを記した。日本は1978年にCFC法を採用したが、1978年から1992年の間、CFC法の適用はブラックリストに挙げられている国が対象となるのみであった。同リスト上の国と、日本が租税条約を締結した国とが重なり合うことはほぼなかったのである。フランスは1980年にほぼ間違いなくフランスの租税条約に抵触するものであったCFC法を採用し、両者の抵触の際には租税条約が優越したのである。しかし1990年までは、Conseil d'Etat（国務院）は、条約解釈を含む事件について外務大臣に助言を求めるものこととなっており、その場合国内法に抵触する形の法解釈を政府官僚が行うというのはまずあり得ないことであった。1990年以降は、外務大臣への接触を持つことなく裁判所は租税条約の解釈を行う自由を持ちえた。それ以降、納税者がフランスのCFC法の租税条約の抵触を問題視する訴訟が2件発生したのである。最初の訴訟の1995年11月21日付のパリ下級行政裁判所による判決であるが、これは1997年初頭まで一般に開示されることはなかった。第二の判決は、ストラスブルグ下級行政裁判所により1996年12月12日に下された判決である。恐らく、1984年に導入された英国CFC法が重大視された最初のケースではないだろうか。CFC法と租税条約の境界を検討した最初のケースが英国で発生したといっても驚くほどのことではない。驚くべきは1996年に至るまでなんら本事案に係る訴訟が発生しなかつ

ス）に係る特定の税制のみがタックスヘイブン対策税制の対象とされていた。

たということである。このように、問題の出現が遅れたことは、判例が存在しなかったことのその他の理由によっても説明することができる。

判例が存在しなかった第2の理由は、C F C法の対象となる管轄と条約国の重複がほとんどなかったことにある。C F C法を導入した諸国で、租税条約の主要な規制対象となる典型的なタックス・ヘイブンとの間に租税条約を締結した国はほとんどない。しかし、典型的なタックス・ヘイブンではなくとも特に国際流動資本に対する優遇策もしくは国内租税制度を有する国（例：ベルギー、アイルランド、ルクセンブルク、オランダおよびスイス）との間に、租税条約を締結した国は多く存在する。最初の訴訟にこれらのうち2カ国が含まれていたのは当然のことかもしれない。

このような歴史的背景があったからこそ、C F C法が定められてから長い間、C F C法と租税条約との抵触関係が議論されたり、法廷において争われたりすることがなかったのである。

そして前述したように、2002年にフランスとフィンランドの2つの最高裁判所判決が出され、その後、論文の発表や書籍の刊行が相次ぎ、現在に至っている（従って、C F C法と租税条約の関係について本格的な検討がなされている論文等は、1990年代後半以降のものしか見当たらない。）。2007年に京都で行われた国際租税学会の年次大会においても、主に議論された2つの議題のうちの1つが所得の帰属に関する論点であり、その中においてC F C法と租税条約との関係について熱心に議論されたのである（添付資料18 I F A（国際租税学会）ホームページ）。

イ 国際的に権威のある租税法学界の学者たちが、C F C法制ないしC F C法の租税条約締結国への適用について批判的な意見を持っていること

租税条約につき論じられている書籍としては、租税条約の世界的権威であるドイツの租税法学者、Klaus Vogel教授（以下、「Vogel教授」という。）の著書が著名であるが、Vogel教授は、当該著書「Klaus Vogel on Double Taxation Conventions（租税条約論）」において次のように述べ、各国のC F C税制についての懸念を表明している。

【Vogel教授「租税条約論」序説 パラグラフ12】（添付資料19 13頁ないし14頁 訳文2頁）

二国間で所得および資本に対する課税権を配分する際にどのような基準を適用すべきかの問題は、立法者の責務として必要な「居住地」主義か「源泉地」主義かの基本的選択の問題にとって重要なだけではない（上述パラグラフ2参照のこと）。むしろ、この問題に対して与えられる回答次第で多くの法的ルールおよび個別措置に対する評価が決定される。その具体例として挙げられるのは、企業は通常、子会社の利得に関してはそれらが当該企業に配当されるまでは課税されないという世界的に一般的な原則である。この課税の時期を「繰り延べ」と呼ぶかどうかは、各自の理論的枠組み次第である。子会社の利得を含める包括的な居住地に基づく課税がよりよい解決策であると推測される場合に限り、「繰り延べ」となる。同様に、外国子会社の利得を居住者である株主の利得に合算することは（I. R. C. のサブパートF条項；§§7ff. AStG）、全世界所得課税主義の立場での政策的判断を前提としている。さらに、ある特定の規定が国益に貢献するか反するかという主張は、真に国益に貢献することとは何かを確証するための根拠があることを前提とする。

Vogel教授はこのように述べ、先進国が、C F C法という制度を設けて、配当がなされる以

前に当然のように外国子会社の所得を親会社に取り込んで課税することについて、強い警鐘を鳴らしている。

更に、Vogel教授は租税条約の性格についても以下のように言及している。

【Vogel教授「租税条約論」序説 パラグラフ26】(添付資料19 20頁 訳文3頁)

租税条約の規定は、国際私法上の規定とは異なり、双方の締約国がそれぞれの国内法に基づき課税することを想定している。それゆえ、租税条約の規定により外国法が適用されることはない。むしろ、租税条約の規定は、二重課税を避けるために双方の締約国の税法の内容を制限する。すなわち、租税条約の規定から得られる法的結論は、そうでなければ適用されるであろう国内税法の規定の適用を除外するかまたは一方もしくは双方の国家に他方の国で支払われた租税に関してそれぞれの国内の税額からの控除を認めさせるという方法により、国内法を変更させるのである。

上記の言及から、Vogel教授はCFC法と租税条約の抵触関係について、各国のCFC法は租税条約により制限されることになると考えていることがうかがえる。

なお、Vogel教授は2007年12月に他界したため我が国が締結した租税条約とタックスヘイブン対策税制との抵触関係についての見解をうかがうことは出来ないが、Vogel教授の薫陶を受け、現在における租税条約の世界的権威と評価されるQ大学のL教授（以下「L教授」という。）は、日星租税条約とタックスヘイブン対策税制との関係につき申立人と同じ意見である。

L教授の見解は追って提出する予定である。

また、上述のDaniel Sandler教授も、次のように述べ、CFC法は租税条約に抵触するとの判断を示している。

【Daniel Sandler教授「租税条約とCFC法」218頁】(添付資料16 訳文2頁ないし3頁)

本研究においては当初、CFC制度がトリートイ・オーバーライドとなるか否かという点が問題として掲げられた。この問題に答えるためには、対象法人限定アプローチ(entity approach)をとるCFC制度と、対象取引限定アプローチ(transaction approach)をとるCFC制度とを区別する必要がある。当該制度がオーバーライドに該当するとの主張には原則として二つの考え方がある。第一は、当該制度は二国間租税条約の特定の規定に反するという主張である。すなわち、対象法人限定アプローチのCFC制度の場合にはOECDモデル条約の第7条に基づくすべての規定に、そして対象取引限定アプローチのCFC制度の場合には特定の種類の規制対象所得に関する規定に反するというのである。この主張はさらに二つの別個の議論に分けられる。一つは、対象法人限定アプローチをとるCFC制度の場合は、非居住者企業の利得に対する課税となり第7条の明文の規定により課税が排除されている点である。対象取引限定アプローチをとるCFC制度の場合は、帰属原則に従ってさまざまな種類の規制対象所得に対する課税となり、規制対象所得の種類に応じてそれに適用される条約上の個別の規定に基づき、課税を排除されるか低い税率が適用される場合がある。もう一つは、CFC制度は、対象法人限定アプローチであれ対象取引限定アプローチであれ、実質的にはOECDモデル条約の第7条または第10条(5)の実質的解釈により否定されている外国企業に対する課税にあたるのではないかと議論である。

第二の主張は、基地会社の利用に関する1987年のOECDの研究の際にスイスが表明し

た所見に類似するが、当該CFC制度は事実上国内租税法の域外適用を招くことから二重課税防止条約の趣旨に反するというものである。

実際において、CFC制度はタックス・ヘイブン会社の利得または所得を株主に連結することを義務付ける。課税標準を連結することは、たとえ同一企業グループ内であっても法人ごとに課税するという、二国間租税条約の基本的原則に反する。

このように、世界的に権威のある租税法学者が、CFC法が租税条約に抵触する旨の意見を述べていることは、十分考慮されなければならない。

ちなみに、本件第一審の東京地方裁判所に課税庁側の意見書（乙55）を提出し、CFC税制が租税条約に抵触することはありえないと結論づけたR大学の戊准教授が、最近になって、CFC税制と租税条約の関係について、学界においては賛否両論であると評価し、かつ、抵触もありうると解釈できる論文（R法学 第73号に掲載）を発表していることも興味深い。

(4) OECDモデル租税条約及びそのコメンタリーは本件事案の根拠とならないこと

ア OECDモデル租税条約コメンタリーは、フランス国務院判決を受けて急遽改正されたものであること

上記のような学者による見解があるにも拘らず、各国の財務省、課税庁が多くの人員を派遣しているOECDでは、2003年に急遽コメンタリーに1条の23パラグラフ及び7条の10.1パラグラフが追加され、タックスヘイブン対策税制は租税条約に抵触しないとするOECDモデル租税条約コメンタリーの立場が示されたのであるが、このコメンタリーの立場は、国際的に統一されたものにはなり得てはおらず、国際的な見解であるかのように考えるのは、明らかに誤りである。

なぜなら、当該コメンタリーは、加盟国政府の合意があったとは到底言えない、極めて異例な審議過程により追加作業が行われたものであり、また、当該コメンタリーに対し、反対意見を述べている国が多数あるからである。

OECDモデル租税条約の条文及びコメンタリーの改正は、通常、次のような経緯をとる。

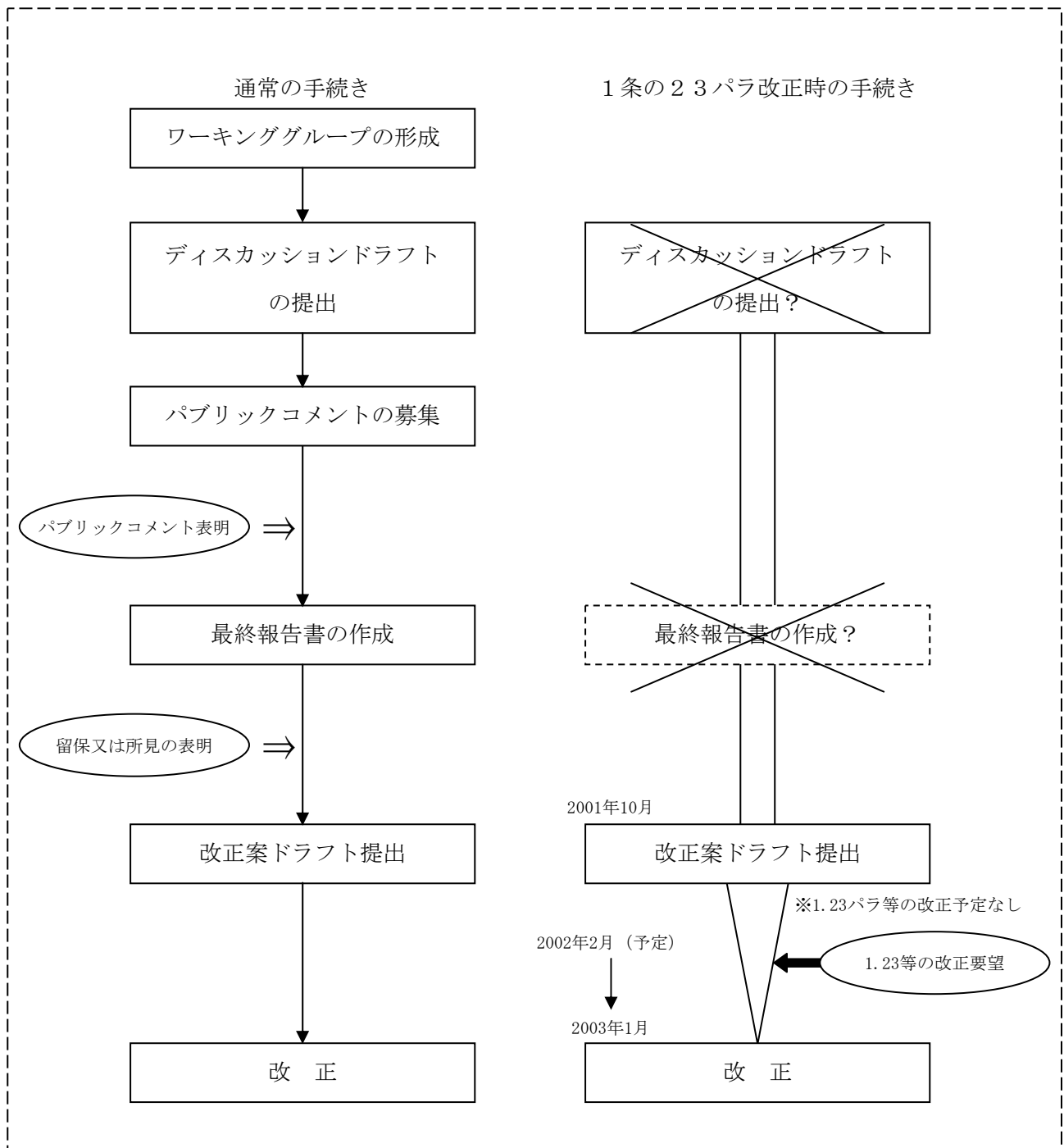
まず、複数の加盟国から新たな問題が提起されると、租税委員会の中に、当該問題につき検討するワーキンググループが形成される。当該ワーキンググループにおいては、派遣された専門家によって検討がなされ、租税委員会に対しディスカッションドラフトが提出される。次に、当該ドラフトに対しては、期限を区切り、パブリックコメントが募集される。加盟国政府や会計事務所等は、当該ドラフトの内容を検討し、パブリックコメントを表明する。ワーキンググループは、これらのパブリックコメントを参考にしながら、最終報告書をまとめる。しかし、最終的に加盟国政府の意見が取り入れられない場合もあるため、報告書の意見に賛成できない場合には、当該報告書に対する反対意見ないし留保を表明することができ、このような意見は報告書の末尾に掲載される。

このような議論が重ねられたうえで、最終的にOECDモデル租税条約の改正案ドラフトがワーキンググループから提出され、租税委員会が改正を行う（1992年のOECDモデル租税条約1条に係るコメンタリーの追加に係る改正の経緯については、東京地方裁判所に提出した第12準備書面27頁ないし28頁参照。甲152ないし甲157）。

それに対し、1条の23パラグラフ等の一連の改正は、非常に慌しく行われた。当初、OECDモデル租税条約は、2002年に改正される予定となっており、通常の改正に係る手続き

が採られた後の改正案ドラフトが２００１年１０月に公表された（甲１５７）。その際、１条の２３パラグラフを含む、ＣＦＣ法と租税条約との抵触等につき記載された部分である１条の７パラグラフないし９．６パラグラフ及び１条の２２パラグラフないし２６．２パラグラフ、並びに７条の１０．１パラグラフの改正は、改正案ドラフト公表時である２００１年１０月には全く検討されていなかった（甲１５７の改正条項として挙げられていない。）。しかし、条約改正が行われる予定であった「２００２年２月の数ヵ月後」（甲１５７）に、なぜかモデル租税条約の改正は公表されず（その空白の期間に、フィンランド判決（２００２年３月 乙４７）及びフランス国務院判決（２００２年６月甲８０の１）が相次いで出されていたことは前述のとおりである。）、１条の２３パラグラフ及び７条の１０．１パラグラフに関する改正及び追加については、事前にワーキンググループによる報告書が明らかになることも、改正のドラフトが公表されることもないまま、２００３年１月に突然発表されたのである。

条約の通常の改正の手続きと、１条の２３パラグラフに係る２００３年改正の手続きを下図において比較すると、その異質な点が明らかである。



イ 改正コメンタリーには複数の国の所見が付されていること

そしてその突然の改正に対し、各国の政府は次のように反対意見（所見）を表明した。

【ベルギー政府 1条の23パラグラフに対する所見（甲144）】

「ベルギーは、コメンタリー第23パラグラフで示された見解を共有できない。ベルギーは、従属外国法人立法の適用は、第5条第7項、第7条第1項、及び第10条第5項の規定に抵触すると考える。このことは、特に、一方の締約国が、自国の居住者に対し、当該居住者の外国実体に対する資本参加の比率に応じて当該外国実体が稼得した所得を当該居住者へ帰属させるとした擬制を用いることで当該外国実体が稼得した所得について租税を課する場合に妥当する。そうすることで当該国は、自国の居住者の課税ベースを、当該居住者ではなく、第7条第1項により当該国においては租税を課することのできない外国実体が稼得した所得を当該課税ベースに含

めることで、拡大する。それ故、当該締約国は、当該外国実体の法人格を無視しており、それ故条約と抵触する行動をとっているのである。」

ベルギー政府は、1条の23パラグラフについて、このような所見を付し、追加されたパラグラフに反対の意見を表明している。ベルギーの他にも、アイルランド、ルクセンブルグ、オランダ、ポルトガル及びスイスが1条の23パラグラフに反対の所見を付している（甲144）。

さらに、7条の10.1パラグラフについても、ベルギー、ルクセンブルグ及びアイルランドが反対の所見を付している（甲145）。これらの政府は、1961年のOECD設立時からの原加盟国メンバー（これらの国々はポルトガルを除いて全て我が国と租税条約を締結している。甲158）であり（甲159）、これら有力な各国政府が同コメンタリーに反対の意を表明している限り、同コメンタリーが「統一された解釈指針」などとする課税庁の見解は明らかに誤りである。

上記のように、これらのコメンタリーの内容はOECD加盟国間の一致した解釈見解ではないのであるから、OECDコメンタリーは条約法条約32条の「解釈の補足的な手段」として用いることすらできないことは明らかである（詳しくはI教授地裁第一鑑定意見書9頁ないし10頁甲74の1参照）。

ちなみに、第一審において課税庁に依頼され、日本のタックスヘイブン対策税制が日星租税条約に反しないとの意見書を執筆したS大学・M教授は、その意見書（乙52）中、1994年に締結された日星租税条約の解釈を現行の2003年版コメンタリーによって行ったため、同コメンタリーにおいて初めて挿入された7条の10.1パラグラフ等がその意見の主な根拠となっているが（乙52訳文7頁）、当のM教授は1994年に、「後に生まれる特別の意味について考えつくのは困難と思われる…コメンタリーを利用する場合は、コメンタリーが静止している状態で用いる必要がある。」と述べている（「租税条約の解釈におけるOECDコメンタリーの役割」Intertax1994、144頁）。つまり、OECDコメンタリーを利用する場合に、遡及してはいけないと明言している。このように、M教授の意見が変遷していることから、課税庁の主張に根拠がないことがうかがわれる。

ウ 法的二重課税と経済的二重課税の論争

OECDモデル租税条約の序文には、租税条約が対象とするものは同一納税者が同一の所得につき、2度以上課税される法的二重課税のみを対象にする旨の記載がある（乙38）。これが、課税庁が「タックスヘイブン対策税制は内国法人に対する課税であるから租税条約とは抵触しない」と主張する根拠であると考えられる。

しかし、租税条約が法的二重課税のみを取り扱うとするのは誤りであるとする指摘がある。上述のDaniel Sandler教授は次のように述べる。

【Daniel Sandler教授「租税条約とCFC法」219頁】（添付資料16 訳文3頁ないし4頁）

CFC制度がOECDモデル条約の根本的基盤に反する場合があるように見受けられる。（中略）OECDモデル条約の条文を検討しても、当モデル条約が法的二重課税のみを対象としていることが明白でないことは確かである。第3章の条文の大部分は課税標準（企業の利得）または課税標準を構成する要素（利子、配当等）に対する課税に関するものであり、そうした所得に関する人に対する課税を規定しているわけではない。租税条約の前文で二重課税に言及されているものの、当該用語の定義は見当たらない。経済的二重課税、特に同一所得が同一期

間について異なった納税者に対してそれぞれの国ないし管轄権で課税される場合に、それに対する租税条約の適用を排除する明白な理由はない。事実、まさにこの形式の二重課税に関しては、OECDモデル条約の第9条2項が同モデル条約7条に似た文言を用いて対処している。両条文とも、人に対する課税というよりむしろ利得に対する国家の課税に言及している。さらに、経済的二重課税の別形式（一国における企業の利得に対する課税とそれらの利得から支払われた配当に対する他方の国における課税）に関しては、多くの租税条約で規定されており、OECDモデル条約のコメンタリーにおいても検討されている。

また、Vogel教授及びPhilip Baker氏（イギリスのバリスター⁹であり、T大学の客員教授でもある）もこの点について次のように述べ、OECDモデル租税条約の立場が誤りであると指摘している。

【Vogel教授「租税条約論」序説パラグラフ4】（添付資料19、10頁 訳文2頁）

「二重課税」の概念、その要件及び制限については、学問上大いに論争されてきた。…しかしながら、租税条約の適用は、個々の条約の解釈の問題である。したがって、「二重課税」の概念の如何は条約の適用にとっては重要なことではない。

【Philip Baker氏「租税条約」】（甲142の5 訳文4頁）

多くの国家の慣行によれば、居住者が国内法による課税に対して条約の保護を受けることを妨げる法原則は存在しない。租税条約も、一般的に、特定の種類の所得または利益に対する課税を制限することにより適用されるのであり、特定の者に対する課税に関して適用されるのではない。したがって、例えば、譲渡利益（土地、事業資産等の譲渡から得られるもの以外）は、第13条により譲渡人の居住地国においてのみ課税される。もし譲渡人の居住地国以外の国が当該利益に対して課税しようとした場合は、いかなる名の下に課税されようとも、本規定に反することとなる。

すなわち、日星租税条約においてどのレベルの「二重課税」を排除することが目的とされているかは、OECDモデル租税条約序文によるのではなく、日本及びシンガポールがどのような意図を持って日星租税条約を締結したかを考慮して決定されなければならないということである。したがって、課税庁が、本件は内国法人に対する課税であるから日星租税条約は関係ないというのであれば、日星租税条約が法的二重課税のみの排除を目的として締結されたものであるということを立証しなければならないことになる。そして、そのような立証はされていないのであるから、本件事案が日星租税条約の対象外であるとの課税庁の主張は成り立たないし、我が国の政府がそもそも租税条約を多数国間における経済的二重課税を排除する目的で締結していたことは、申立人の第一審第12準備書面5頁ないし6頁で述べたとおりであるから、課税庁の主張は我が国政府の見解とも異なっているものである。

エ OECDコメンタリーは、CFC法を国内制度として採用する課税庁側の論理が結実したも

⁹ 法曹資格の一種であり、基本的に法廷に常駐する特別の法廷弁論者。イギリスには、バリスター、ソリスターという2種の法曹資格があるが、上位裁判所においては主としてバリスターから裁判官が選出されている。（法学教育の在り方等に関する調査研究協力者会議（第7回）議事要旨添付資料20参照）

のに過ぎないこと

そもそも、OECDコメンタリーの表現振りと租税法学界における認識がこれだけ異なっているのはなぜなのか。

それは、OECDコメンタリーの改正案を作成するOECD租税委員会の構成メンバーの中心となるのは、「取る側の人間」である、各国の課税庁のメンバーだからであると推測される。OECD租税委員会には、従来から日本も主要国として参加し、財務省主税局審議官、国税庁審議官等が会合に出席してきたが、その構成メンバーとして選任されるのは、各国財務省、国税庁の次官級～課長級のメンバー等、課税庁側の人間である（添付資料2 1 OECD日本政府代表部ホームページ、添付資料2 2 OECDホームページ）。つまり、国内法であるCFC法と国際法である租税条約との関係を学術的かつ第三者の立場から中立的に考察することができる租税法や国際法の研究者ではなく、国内法であるCFC法の適用範囲が租税条約によって制限されることに反感を持つであろう各加盟国の財務省（又はそれに類する機関）の現役職員がOECD租税委員会を構成し、OECDコメンタリーをまとめたのである。そのようなメンバーが集まり、非公開かつ短期間のうちに行われた租税委員会において出された結論は、当初から想定されたものだったと思われる。そして、CFC法を持つ各国課税庁の希望する結論が、国際租税法上の「統一された解釈指針」たりえないことは明らかなのである。

(5) N欧州裁判所判決とその後のフィンランド政府の対応

ア N欧州裁判所判決

2006年9月に、EU加盟国の最高裁判所である欧州裁判所において、N社対英国課税庁事件判決（以下、「N判決」という。添付資料2 3）が出された。この判決は、英国CFC法が欧州共同体設立条約（以下、「EC条約」という。）43条¹⁰の設立の自由原則に違反するかどうか争われた事件に対するものであり、租税回避目的の完全な偽装行為のみに適用される場合を除き、英国CFC法がEC条約に違反する、との初めての判断が下された。

【N判決】（添付資料2 3 訳文15頁ないし16頁）

EC条約の43条及び48条は、税率が相対的に低い一方当事国のCFC子会社が稼得した所得を、税率が相対的に高い他方当事国に設立された居住国企業の課税標準に合算することを排除する趣旨であると解釈しなければならない。ただし、そのような合算が通常支払われるべき国税を回避することを意図した完全な偽装行為（wholly artificial arrangements）に対してのみ行われるのであれば、CFC法の適用による合算課税も許されると解される。

したがって、第三者から見て確認可能な客観的な根拠により、たとえ税目的があったとしても、「子会社が受入国（ホスト国）で実態のある会社として設立され、経済的価値がある事業を真摯に行っている」ことが証明できた場合には、上記のようなCFC法による課税措置を適用してはならない。

¹⁰ 「下記の規定の範囲内において、加盟国の国民の他加盟国における設立の自由の制限を禁止する。これは、全ての加盟国のテリトリー内に設立された加盟国の国民が、他加盟国にエージェンシー、支店または子会社を設置する場合にも適用される。下記の規定の範囲内において、加盟国の国民の他加盟国における設立の自由の制限を禁止する。これは、全ての加盟国のテリトリー内に設立された加盟国の国民が、他加盟国にエージェンシー、支店または子会社を設置する場合にも適用される。」

N判決は、EU加盟国においてのみ効力を発揮する判決ではあるが、CFC法と条約との関係、また、あるべきCFC法の姿、すなわち、CFC法の適用における限定解釈を示した点で、我が国でも参考とすべき判決である。

イ N判決を受けたフィンランド政府の対応

そして、このN判決の結論は、2002年にCFC法が租税条約に反しないとの最高裁判所判決を出したフィンランドに非常に大きな影響を与えた。すなわち、N判決を受けて、フィンランドは、EU加盟国及び租税条約締結国に対するCFC法の適用を取りやめたのである（*Cahiers de droit fiscal international* Volume 92b（2007年版国際租税学会研究誌「所得の人的帰属の抵触」）244頁 添付資料24）。

この兆候は、フランス国務院判決が出された後から既にあった。2004年に出版されたMichael Lang氏の前掲編書「CFC法・租税条約とEC法」の中の各国別報告書〈フィンランド〉に、次のような記載がある¹¹。

【Marjaana Helminen氏「フィンランドにおける報告書」207頁】（訳文1頁 添付資料13）

フィンランド判決は、フィンランドのCFC税制を適用することが租税条約に反するとの結論にすべき状況になるかもしれない場合に対応できる余地を残して構成されている。例えば、当該裁判所の判決には次のような文言が盛り込まれている。

「（中略）CFC税制は個々の事案に適用することができる（中略）」

この判決構成によると、フィンランドとベルギー間の条約に関する場合であっても、フィンランドのCFC税制の適用が租税条約に反する場合がありますということになる。さらに、国際社会の意見が将来変化してCFC税制と租税条約が抵触するとの意見が強まった場合には、フィンランドの行政最高裁判所が租税条約との関係でフィンランドのCFC税制の適用可能性についての解釈を変更する可能性もある。

つまり、フィンランド最高裁判所は、国際的な先例のない中、どのような判決を出したらよいのか、非常に迷ったに違いない。そして当時、大多数の国が抵触しないと考えているとの記載があったOECDコメンタリーに大幅に依拠して、無理矢理「抵触しない」との結論を導いたと推測されるのである。

しかし、EU加盟国であるフィンランドにとって、最高裁判所より上位にあたる欧州裁判所によりN判決が出されたことで、フィンランド判決は効力を失ったと同様の状況となった。従って、国内法の取扱いを、EU加盟国に対してだけではなく、租税条約締結国に対しても、変えることとしたのである。このように、もはや効力を失いつつあるフィンランド判決を評価して誤った結論を導いた我が国の原判決は、その拠りどころを失いつつあるのである。

ウ N判決のもう1つの効力ー設立自由の原則への違反と日星新時代経済連携協定との関連性

N判決は、イギリスのCFC法が、原則としてEC条約の設立の自由原則（43条）に違反すると結論づけた。これは、EC条約内の加盟国においては、どの国に法人を設立しても同様の待遇を受けられるべきであり、法人を設立する国によって差別待遇を受けてはならないとの趣旨である。つまり、N社がアイルランドに子会社を設立したことによりCFC法の適用を受けてしまうのでは、税制面での差別待遇を受けることになり、EC条約に反するから、イギリス課税庁はアイルランド子会社に対し、CFC法を適用してはならないことになる。

¹¹ 報告書を記載したMarjaana Helminen氏は、U大学法学部教授である。

この結論は、実はE Uの中だけの議論ではない。日本とシンガポールも、日星新時代経済連携協定を締結しているためである。本件の対象課税年度は1999年度であって、2002年1月に署名され、同年11月に発効した日星新時代経済連携協定の適用はないことになるが、もし締結後の現在、措置法66条の6に基づく課税を行った場合には、同協定第73条¹²に規定される「投資に関する内国民待遇」規定に反することになるため、タックスヘイブン対策税制をシンガポールに対して適用することは当該条約に違反する可能性もあると解される。

第6 措置法66条の6の解釈適用に関して重大な誤り、及び、憲法84条、29条1項及び14条違反があること

本件は、措置法66条の6のタックスヘイブン対策税制を、我が国法人である申立人に形式的に適用して課税処分を行った事案である。

しかし、この課税庁の行為により、以下に述べるように、原審における法令の解釈に関する重大な誤り、及び、憲法84条等憲法違反を生じ、不当な結果を招くこととなった。

本件は、国際的な企業の取引に関する問題であり、我が国のみならず、諸外国からも大きな関心が寄せられているものであることは間違いない。したがって、本件事案の全体を見極めた、妥当な判断がなされる必要がある。

1 措置法66条の6の解釈適用の重大な誤り

(1) 措置法66条の6の立法趣旨及び趣旨目的に照らした法解釈の適切性

ア 立法担当者による解説

我が国のタックスヘイブン対策税制の立法担当者による文献である「タックス・ヘイブン対策税制の解説」によると、タックスヘイブン対策税制の趣旨及び目的は、以下のとおりである。

【高橋元「タックス・ヘイブン対策税制の解説」】（82頁及び83頁、甲73の3、甲168、甲6）

こうしてタックス・ヘイブン税制の導入の機運は熟し、対策税制の必要性和骨子が税制調査会の答申に盛り込まれることとなった。昭和52年12月20日に税制調査会が内閣総理大臣に提出した「昭和53年度の税制改正に関する答申」は、「近年、我が国経済の国際化に伴い、いわゆるタックスヘイブンに子会社等を設立し、これを利用して税負担の不当な軽減を図る事例が見受けられる」と指摘し、税負担の公平という見地から「我が国においても……昭和53年度において所要の立法措置を講ずることが適当である」と述べている。また「答申」は、

「(中略)

(ハ) その所得が合算課税の対象となる海外子会社等の範囲については、…(中略)ただし、税負担の不当な軽減を防止するというこの制度本来の趣旨にかんがみ、少額の持分を保有するに過ぎない株主は合算課税の対象外とする。

(中略)」

¹² 「各締約国は、自国の領域内において、投資財産の設立、取得、拡張、経営、運営、維持、使用、所有、清算、売却その他の処分に関し、自国が同様の状況において自国の投資家及びその投資財産に与える待遇よりも不利でない待遇（以下この章において「内国民待遇」という。）を他方の締約国の投資家及びその投資財産に与える。」

という基本的考え方に基づき立法を行うことが適当であるとしている。

こうして、昭和53年1月28日にはタックス・ヘイブン税制を含む「租税特別措置法及び国税収納金整理資金に関する法律の一部を改正する法律」が国会に提出され、3月31日に成立した。この結果、租税特別措置法の中に新たに二節が設けられ、第4節の2（居住者の特定外国子会社等に係る所得の課税の特例）と第7節の3（内国法人の特定外国子会社等に係る所得の課税の特例）の中で、それぞれ居住者（個人）と内国法人が軽課税国所在の子会社等を利用して租税回避を行う場合に対処する措置が導入されることとなった。」

すなわち、上記から明らかなように、タックスヘイブン対策税制の趣旨及び目的は、「内国法人がタックスヘイブンに子会社等を設立し、これを利用して税負担の不当な軽減を図ることを防止すること」である。

なお、同文献の冒頭の「監修のことば」においては、以下のような指摘がなされている。

【高橋元「タックス・ヘイブン対策税制の解説」監修のことば】（(3)頁、甲185）

本年度から導入された新税制は、内外のタックス・ヘイブン利用の規制という潮流に応え、税負担の公平を確保しようとするものである。この税制は、我が国企業の海外における通常の事業活動を阻害するような弊害を排除し、我が国における税負担を不当に減少させるような事例にのみ対処しようとするものである。我が国における企業活動の国際化の現状と従来からのタックス・ヘイブンをめぐる論議からみて、本年この税制が導入されたことはそれなりに画期的なことと考えている。

イ 政策税制であるタックスヘイブン対策税制の目的的解释の正当性

タックスヘイブン対策税制は、租税特別措置法の中に規定されたものであり、租税特別措置法が政策目的を実現するための規定であることは、金子宏東京大学名誉教授が以下のように指摘している。

【金子宏「租税法（第十二版）」（78頁、添付資料25）

租税特別措置というのは、租税類別措置（differential tax treatments）（異なる状況にあるために異なる取扱をすることを内容とする措置であり、憲法14条に違反しない）とは異なり、担税力その他の点で同様の状況にあるにもかかわらず、なんらかの政策目的の実現のために、特定の要件に該当する場合に、税負担を軽減しあるいは加重することを内容とする措置のことで、税負担の軽減を内容とする租税特別措置を租税優遇措置といい、税負担を加重する租税特別措置を租税重課措置という。

そして、その政策税制である租税特別措置法の解釈について、金子教授は、以下のように述べられている。

【金子宏「租税法（第十版）」（121頁、甲83）

租税特別措置（政策税制）に関する規定の解釈についても、原則として文理解釈によるべき

であるが、必要に応じて規定の趣旨・目的を勘案すべきである。その場合には、規定の立法趣旨の参照が必要となることが多いであろう。

なお、租税特別措置法にタックスヘイブン対策税制を規定したことについては、昭和56年の参議院外務委員会における答弁で、当時の大蔵省主税局国際租税課長により、以下のような説明がなされている。

【参議院外務委員会（昭和56年5月14日）大蔵省主税局国際租税課長 真鍋光広氏の答弁】（添付資料26、15頁及び16頁）

説明員（真鍋光広氏） まず第1点でございますけれども、租税特別措置法ではなくて本法の方で措置すべきではなかったか、あるいはトランスファー・プライシングについても、導入する際は本法で処理すべきであるというふうな御意見でございます。

それについて若干御説明申し上げますと、タックスヘイブン税制を租税特別措置法に入れるにつきましては、やはり本法にすべきかどうかということを実際に検討いたしましたわけでございますけれども、結論としまして、租税特別措置法の方に入れました理由は、第一には、先ほどちょっと申しましたけれども、海外の法人の留保所得、これを内国法人の所得に加算するという、言ってみますれば、本来の課税のあり方としてはやや人工的と申しますか、頭の中で考えた理念的なものということもございます。そういったものを本法で書くかどうかという点につきましては、ややこの場合には特別措置法の方が似つかわしいのではないかという点が第一点でございました。

第二点は、こういった海外での企業活動といいますか、子会社を利用した企業活動をつかまえていく、把握していくという問題でございまして、いろんな意味で流動的な税制であり得ると、たとえば、先方の税制が変わる場合もありましょうし、新たに軽課税国として指定すべき国が入ってくるかもわからないといった問題もございます。それから制度自体としても、一つ制度をつくると、またそれから逃れていくというふうな工夫をなされる可能性もあるというふうなこともございます。つまり、制度が今後改善される、改善整備される可能性がなお残っておるというふうなこともございまして、制度の完熟を待つて本法に入れるといった趣旨もございまして、租税特別措置法にしたという次第でございます。

つまり、このような「人工的、理念的」な内容であるタックスヘイブン対策税制を租税特別措置法に規定したということであるから、タックスヘイブン対策税制は、タックスヘイブンに子会社等を設立し、これを利用して税負担の不当な軽減を図ることを防止することを目的とする政策税制であることは争いがなく、そのような政策税制であるタックスヘイブン対策税制は、上記の金子教授の文献で明確に述べられており、租税特別措置のうち税負担を加重する租税重課措置であり（添付資料25）、さらには、人工的・理念的な制度であるのであるから、そのような制度について、当該目的に沿った解釈が必要であることは明らかである。

近年、最高裁判所は、税法の解釈において、その趣旨目的を勘案した解釈（目的的解释）を採用した。当該事案は、外国税額控除を濫用する取引に基づいて生じた所得に対して課された外国法人税を、法人税法69条の定める外国税額控除の対象とすることが許されるのかについて争われたものであり、以下のように、税法の目的的解释が行われている。

【最高裁判所平成17年12月19日第二小法廷判決（民集59巻10号2964頁、判タ1199号174頁）】（甲138）

これは、我が国の外国税額控除制度をその本来の趣旨目的から著しく逸脱する態様で利用して租税を免れ、我が国において納付されるべき法人税額を減少させた上、この免れた税額を原資とする利益を取引関係者が享受するために、取引自体によっては外国法人税を負担すれば損失が生ずるだけであるという本件取引をあえて行うというものであって、我が国ひいては我が国の納税者の負担の下に取引関係者の利益を図るものというほかない。そうすると、本件取引に基づいて生じた所得に対する外国法人税を法人税法69条の定める外国税額控除の対象とすることは、外国税額控除制度を濫用するものであり、さらには、税負担の公平を著しく害するものとして許されないというべきである。

【最高裁判所平成18年2月23日第一小法廷判決（判タ1206号172頁）】（甲139）

これは、我が国の外国税額控除の制度をその本来の趣旨及び目的から著しく逸脱する態様で利用することにより納税を免れ、我が国において納付されるべき法人税額を減少させた上、この免れた税額を原資とする利益を取引関係者が分け合うために、本件銀行にとっては外国法人税を負担することにより損失が生ずるだけの取引をあえて行うものというべきであって、我が国ひいては我が国の納税者の負担の下に取引関係者の利益を図るものにほかならない。そうすると、本件各取引は、外国税額控除の制度を濫用するものであり、これに基づいて生じた所得に対する外国法人税を法人税法69条の定める外国税額控除の対象とすることはできないというべきである。

この点、東京大学法学部の中里実教授は、以下のように述べておられる。

【中里実「政策税制の政策目的に沿った限定解釈」】（税研2006年9月号75頁（以下の引用部分は77頁）、添付資料27）

では、外国税額控除に関する法人税法69条のような課税減免規定ではなく、一定の政策目的から設けられた課税規定については、上のような考え方（申立人代理人注：外国税額控除に関する2つの最高裁判決における考え方）が認められるのであろうか。すなわち、上の理論を、政策目的のために導入された課税規定にまで拡張することはできるのであろうか。

この点、理論的に考えてみると、政策目的のために導入された課税規定についても、政策目的のために導入された課税減免規定の場合とまったく同様に、当該課税規定の目的的解释を行うことにより、当該政策目的との関連で規定の射程範囲に関する検討を行うことは、法解釈として当然のことであると思われる。そのような解釈の結果として、課税規定の射程範囲が限定されるように見えても、それは、法の目的的解释の当然の帰結にすぎない。

政策目的で設けられた課税規定の目的的解释は、前述した外国税額控除に関する最高裁判決の論理から自然に導かれるものであり、そのような解釈を課税減免規定についてのみ用いなければならぬ必然性は、基本的に存在しない。

この中里教授の論文からも明らかなように、上記最高裁判所の目的的解释の手法は、課税減

免規定ではないタックスヘイブン対策税制についても、当然に該当するものである。むしろ、租税重課措置であるタックスヘイブン対策税制においては、より趣旨目的に照らした解釈が重要となるとさえることができる。なぜなら、趣旨目的に照らした解釈適用を行ったとしても、タックスヘイブン対策税制の本来の目的である「国際的な租税回避の防止」規定としての機能は十分に果たすことができるのであるし、納税者の予測可能性の確保という重大な理念も達成できるからである。タックスヘイブン対策税制が「国際的な租税回避の防止」を目的とすることを、税制調査会答申（甲6）などにおいて明確に国民に対して表明して立法を行いながら、この目的と無関係の事実関係にある本件事案にまで適用範囲を拡大することは、納税者の予測可能性を越えた課税権の濫用と言わなければならない。

ウ 原審における解釈方法の誤り

原判決は、租税法規の解釈について、以下のように判示した。

【原判決】（11頁下から5行目ないし12頁）

また、租税法規は、侵害規範であり、法的安定性が強く要請されることから、その解釈は、原則として文理解釈によるべきであって、文理解釈によっては規定の意味内容を明らかにすることが困難な場合に初めて、規定の趣旨目的に立ち戻って、その意味内容を明らかにするという目的的解释が行われるべきところ、控訴人の上記主張は、規定が設けられた趣旨目的から出発して、条文にない要件を付加して租税法規の適用範囲を限定しようとするものであり、しかも、その付加すべき要件自体が明確性に欠け、公平な解釈適用を確保することに困難が伴うものであるから、これを採用することはできないといわざるを得ない。

この原判決の網掛け部分は、一般的にはこの理念が該当するであろうが、しかし、一定の政策目的のために規定された租税法規においてその政策目的に合致しない事案においては、当該租税法規の適用は許されないと考えるべきことは、上記イで述べた2つの最高裁判所判決の判示からも明らかであって、租税法規の解釈に関する原判決には、重大な誤りが存在する。

この原判決の判示に対し、O大学法学部K教授は、以下のように強く批判しておられる（K教授最高裁意見書12頁、添付資料9）。

【K教授最高裁意見書】（12頁、添付資料9）

本件控訴審では、課税庁は、租税回避否認規定の限定解釈について、侵害規範である租税法規を不明確な基準で限定解釈すべきではなく、文理に即して解釈適用すべきであると主張している。一般論として、これはもっともな考え方であるが、それにもかかわらず、本件においては、以下の理由で限定解釈が必要である。

すなわち、本件は、イギリスとシンガポールとの間の移転価格課税をめぐる紛争において、イギリスに対する納税資金を確保するために、株式の譲渡と、その譲渡資金を用いたイギリスへの使用料の支払が行われたが、株式譲渡と使用料支払の間でたまたま期ずれが生じて、外形上、租税特別措置法66条の6の適用が問題となってしまったという事案である。日本との関係においては日本の課税権を侵害するような国際的租税回避は存在せず、むしろ、本件において課税を強行するならば、イギリスと日本との間で日英租税条約に基づく紛争が生じるであろう、きわめて例外的な事案なのである。

エ 原判決における措置法 66 条の 6 の解釈の重大な誤り

原判決は、措置法 66 条の 6 について、以下のように判示した。

【原判決】（11 頁）

措置法 66 条の 6 は、いわゆる国際的な租税回避行為を防止するためのタックスヘイブン対策税制として立法されたものであって（甲 73 の 3、185、乙 37）、1 項においてタックスヘイブン対策税制が適用される特定外国会社等を定義した上で、3 項において適用除外要件を定め、特定外国子会社等（債券の保有等を主たる事業とするものを除く。）が独立企業としての実体を備え、かつ、その所在地国で事業活動を行うことについて十分な経済的合理性がある場合には、1 項の規定を適用しないとして、課税要件を明確かつ具体的に定め、その適用範囲を国際的な租税回避の事案に限定するとともに、法の適正な執行が担保されるようにした規定であると解され、同条がそれ以上に、「税負担の不当な軽減を図る目的により、異常な法形式を用いた租税回避行為が存在すること」といった要件まで要求していないことは、条文の文言上、明らかである。

つまり、原審は、「措置法 66 条の 6 は、（適用除外を設けるなどして）課税要件を明確かつ具体的に定め、その適用範囲を国際的な租税回避の事案に限定する」と判示するものと思われる。

しかし、措置法 66 条の 6 を形式的に解釈適用すれば、タックスヘイブン対策税制が本来想定していなかったような事案をも取り込んでしまう可能性が大いにあることは、容易に理解できるところである。

したがって、措置法 66 条の 6 の規定そのものが、「その適用範囲を国際的な租税回避の事案に限定する」構造となっていないことは明らかなのであり、原審の、

「適用除外に該当しない事案」 イコール 「国際的な租税回避事案」

となるかのような解釈は、「国際的な租税回避」という用語についての完全に独自の見解であって、「国際的な租税回避」の解釈を誤っているとしか言いようがない（「国際的な租税回避」の解釈については、後記(2)で詳細に行う。）。

原判決の上記判示部分について、K 教授は、以下のように述べ、原判決の重大な誤りを指摘されている（K 教授最高裁意見書 11 頁、添付資料 9）。

【K 教授最高裁意見書】（11 頁、添付資料 9）

この部分の判示は矛盾である。租税回避を防止するための規定ならば、租税回避が存在しない場合には適用する必要はないはずである。外国税額控除に関する法人税法 69 条も、国際的二重課税を排除するための要件を明確に定めているが、その要件にあてはまるにもかかわらず、前掲の最高裁は、条文の適用を限定して、外国税額控除を否定した。

同様に、租税回避防止の観点から、配当されていない外国子会社の利益に対して課税する国内規定が設けられている場合も、租税回避に該当しない例外的な場合にはそのような国内規定に基づく課税処分については、規定の適用範囲を限定すべきである。

なお、タックスヘイブン対策税制は、本来、いわゆるタックスヘイブン国（軽課税国）を利

用した税負担の回避を防止する制度であって、「タックスヘイブン国の利用」という点も、原審でいうところのタックスヘイブン対策税制を「国際的な租税回避の事案に限定」する一つの要素となっていたと考えることもできるが、しかし、平成4年にこの軽課税国指定制度が廃止された後は、もはやその前提が成り立たないことも、以下のとおり、念のため指摘しておく。

以下は、我が国から諸外国に進出して諸外国と取引を行い、我が国の経済発展に大きな貢献をしてきた、日本を代表する多数の企業で構成されるE（E）による提言である。Eは、平成14年度（甲206）以降、平成15年度、同16年度（甲207）、同17年度、同18年度の各税制改正の提言（添付資料28）において、毎年、タックスヘイブン対策税制について必要な見直しを検討する必要があると述べている。

【2003（平成15年）年9月16日付けのE意見書「平成16年度税制改正に関する提言」（甲207）

タックス・ヘイブン税制は、いわゆるタックス・ヘイブン国（軽課税国）を利用した税負担の回避を防止する制度である。しかし、現行のタックス・ヘイブン国の判定基準である法人実効税率25%を適用した場合、シンガポール、スイス、台湾といった、いわゆる「タックス・ヘイブン」でない国も軽課税国として認定されることとなる。法人実効税率の引き下げの国際的な傾向に対応するためにも、タックス・ヘイブン国の判定基準の「法人実効税率25%」を引き下げるべきである。

(2) 本件事案における「国際的な租税回避」の意味

ア タックスヘイブン対策税制が規制対象とする「国際的な租税回避」

タックスヘイブン対策税制は、国際的な租税回避の防止を目的とする制度であるところ、タックスヘイブン対策税制の趣旨目的から明らかなように、同税制が規制の対象とするのは、「軽課税国にある子会社等で我が国株主により支配されているようなものに我が国株主が所得を留保し、我が国での税負担を不当に軽減すること」であり（高橋元「タックス・ヘイブン対策税制の解説」92頁、甲73の2、甲168）、これが、同税制のいう「国際的な租税回避」である（控訴理由書17頁）。

イ 原審における、国際的な租税回避を認定する際の対象の選択の誤り

タックスヘイブン対策税制がその規制の対象とする「国際的な租税回避」が、上記である以上、その「租税回避行為」の主体は、「我が国株主」でなければならない。

ところが、原審は、上記(1)エで主張したとおり、措置法66条の6の限定解釈を否定する点で重大な誤りがあるが、さらに、その点に関連して、法の解釈適用についても重大な誤りを犯している。

すなわち、原審は、「税負担軽減目的」について、以下のように述べる。

【原判決】（17頁及び18頁）

(ウ) 「税負担軽減目的」について

控訴人は、シンガポールにおける10%のタックスリベート（戻し減税）は、1998年11月にその実施が発表され、翌年の賦課決定から実施されたものであって、Bが本件CPの運用を開始した当時のシンガポールの法人税率は26%であり、Bは税負担軽減目的で本件CPの運用を行っていたわけではないから、本件事案には、措置法66条の6を適用すべ

きではないと主張する。しかしながら、前記 1 (1) のとおり、同条は「税負担軽減目的」があることをその適用要件とはしていないから、同条 3 項にいう「債券」に当たる本件 C P の保有に「税負担軽減目的」があったか否かは、同条の適用を左右しないというべきである。

しかし、本件で検討されるべき「国際的な租税回避」とは、内国法人によって行われる行為であることは、上記アで述べたとおりであり、内国法人と切り離れた外国子会社のみをその主体として考えることは、タックスヘイブン対策税制の正当な解釈ではないことは明らかである。本件において問題とすべきは、内国法人がタックスヘイブンにある外国子会社を使って租税回避を行っているかどうかであり、外国子会社単体の税負担額についてではない。

タックスヘイブン対策税制の立法担当者によれば、タックスヘイブン対策税制の目的は、「軽課税国—いわゆるタックス・ヘイブンを—にある子会社等で我が国株主により支配されているようなものに我が国株主が所得を留保し、我が国での税負担を不当に軽減することを規制することにある」とされている（高橋元「タックス・ヘイブン対策税制の解説」92頁、甲73の2、甲168）。すなわち、タックスヘイブン対策税制の適用により納税義務を負うのは内国法人なのであって、同税制の適用により内国法人が納税義務を負うこととなる場合というのは、①内国法人が租税回避行為の主体となっていること（主体性）、②同税制の規制対象が「我が国企業（内国法人）の国外源泉所得」（平成19年10月12日付け税調資料10頁、添付資料29）とされていることから明らかなように、国内から国外への内国法人の所得の流出があること（流出性）、が前提となっていることは間違いない。

しかし、原審においては、内国法人の主体性も国内所得の流出性も一切判断されず、子会社であるBの行為ばかりを取り上げているという点に、措置法66条の6の解釈についての重大な誤りがあると言わざるを得ない。

[REDACTED]

すなわち、民法上、債務者がなす「給付」とは、以下のように定義されている。

【我妻榮「新訂 債権総論（民法講義ⅠⅤ）」（５頁、添付資料３０）

債権の本質は、「特定の人をして特定の行為をなさしめる権利である」といってよい。権利者（債権者）は、これによって、特定の行為（給付）をなすべきことを請求する権利を有し、義務者（債務者）は、これに対して、その行為をなすべき義務を負う。

【我妻榮「新訂 債権総論（民法講義ⅠⅤ）」（２０頁、添付資料３０）

(1) 債権の内容たる債務者の行為すなわち給付（Leistung）を債権の目的という。（中略）債権の目的は当事者の意思によって自由に定めることができるものであるから、物権とは異なり、法律上一定された種類に限るものではない。但し、つぎの三要件を必要とする。

(イ) 適法であり、かつ、社会的妥当性があること

単に給付自体が不法であり、または公序良俗に反する場合だけでなく、債権としての法律の効力を認めることが不法ないし公序良俗に反する場合にも、かような給付を目的とする債権は無効である。

(ロ) 可能であること

不能とは、理論上絶対に不可能な場合だけでなく、社会観念上不能と認められる場合をも含むものであることは、法律行為の不能と同様である。（中略）

(ハ) 確定しうるものであること

給付の内容は債権成立の時に具体的に確定する必要はないが、履行までにこれを確定しうるだけの標準が定まっていなければならない。

(a) この標準は、第一に、当事者の意思によって定まる。その意思は、意思表示解釈の原則により、当事者の目的を合理的に解釈して定められなければならない。（中略）

[REDACTED]

イ 内国法人の影響力が全くないこと

上記(2)で述べたとおり、立法担当者においても、内国法人の行為を抜きにしたタックスヘイブン対策税制の適用は想定していなかったものであるし、そのような事案にまでタックスヘイブン対策税制を適用することは、同税制が想定する事案ではない事案に適用することになる(同税制の趣旨目的に合わない事案に同税制を適用することが許されないことは、上記(1)イで述べたとおりである。)

本件の原審においては、措置法66条の6の解釈の基本について誤りを犯していることから、そもそも内国法人たる申立人がBに対して支配関係を有していたか否かについて、何ら触れることがない。

しかし、

Bが得た1998年12月期の利益について、申立人に対してタックスヘイブン対策税制を適用して課税するという、制度の趣旨から完全に外れた、非常識な課税となっているのである。

したがって、本件では、タックスヘイブン対策税制がその規制の対象とする、「内国法人がタックスヘイブンにある子会社を利用して税負担の不当な軽減を図る」という事実が存在しないし、認定もできないにも拘らず、単に形式的な株式保有の割合だけから、申立人に対してタックスヘイブン対策税制を適用したのであるから、この課税庁の態度は、裁判所において改められなければならない。

ウ 申立人には、あえてこのような租税回避スキームを組む合理的理由も存在しなかったこと

上記ア(i)のとおり、原判決が認定した事実によれば、

このような経緯の全体を見れば、申立人及びBのいずれにも、租税回避の目的や、そのための異常で不自然な法取引は全く存在していなかったことは明白である。

エ 我が国のタックスヘイブン対策税制の性質が「擬制（みなし）配当課税」であるというのであれば、Bの1998年12月期において、「配当その他の方法によって利益移転すべき金額」などというものはないこと

上記アに述べたとおりであるが、原判決ないしは相手方が主張するように、我が国のタックスヘイブン対策税制を「擬制（みなし）配当課税」と性質付けるのであればなおさら、Bの1998年12月期において、「配当その他の方法によって利益移転すべき金額」などというものはない。

(i) 原判決は、我が国のタックスヘイブン対策税制の国内法的性質の説明として、「海外子会社の未処分所得のうちの課税対象留保金額は、本来、内国親会社に対して配当その他の方法によって利益移転されるべきものであって、利益移転がなされた場合には、我が国において親会社の収益そのものとして課税されることになるのであるから、その利益移転がされていない場合には、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（制度である）」（原判決13頁）とする（第一審判決にも同様の判示がある。）。

また、相手方も原審において次のように主張する。

「我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、法的手法としては外国の子会社に留保している利益を持分に应じて親会社の株主に配当されたものとみなして自国企業の所得に合算（するものである）」（平成19年9月6日付け答弁書21頁）

(ii) 上記第5の4(4)で述べたとおり、我が国のタックスヘイブン対策税制の性質は、特定外国子会社等の利得を内国法人に配当したものとみなす「擬制配当課税」ないしは「みなし配当課税」ではない。

しかし、この点はさて置くとして、仮に原判決や相手方が主張するように、我が国のタックスヘイブン対策税制の性質が「擬制（みなし）配当課税」であるとしても、本件更正処分及びそれを適法とした原判決の判断には明らかに同税制の法令の解釈適用に関し重大な誤りがある。以下、その点を指摘する。

(iii) 原判決によれば、「擬制（みなし）配当課税」の基となるものは、「海外子会社の未処分所得のうちの課税対象留保金額」であり、それは、「本来、内国親会社に対して配当その他の方法によって利益移転されるべきもの」であるというのであるから、この原判決の論理に沿えば、「擬制（みなし）配当課税」の基となる金額は、内国法人がその株式等を有する海外に所在する外国法人の利益ということにほかならない。

ところで、内国法人がその株式等を有する外国法人には、タックスヘイブン対策税制の適用対象とならない外国法人も多数存在するところ、当該外国法人が内国法人に対して配当を行う場合のその利益の計算は、当該外国法人の本店所在地国の法令に従って行われることとなる（このことは、我が国の内国法人が利益を算定する際に我が国の法令に従って行うべきことはもとより、非居住者ないしは外国法人によって株式等を所有されている内国法人の利益を計算するにあたり、その株主等たる非居住者ないしは外国法人の所在する国の法令に従

って行うことなく、我が国の法令に則って行うべきことから明らかであるし、それに反して、本邦法令以外の法令に則って利益を算出し、それに基づいて配当をなすというようなことが行われた場合には我が国の法令上「違法配当」を招来することとなる。)

そうすると、本件に即して言えば、擬制（みなし）配当課税の基となるBの1998年12月期の利益の計算はその所在地国たるシンガポール共和国の法令、具体的には、シンガポール会社法、シンガポール会計基準ないしはシンガポール税法に則って行われることとなるのであり、シンガポール法人であるBが利益を算出する際に従うべきシンガポール会計基準によれば、同社の1998年12月期の決算において、

というのであるから（詳細は、シンガポール監査法人の意見書を参照）、Bの当該事業年度には申立人に対して配当その他の方法によって利益移転すべき金額、別言すれば、「措置法66条の6第1項が規定する特定外国子会社等の課税対象留保金額に相当する金額」は存在しないこととなる。

ところが、原判決及び相手方は、などと述べ、同社の同期において「課税対象留保金額に相当する金額」が存在するとしているが、当該判断（主張）はあくまで我が国の法令の規定を基準としてなされたものである。しかし、原判決及び相手方によれば、我が国のタックスヘイブン対策税制は「擬制（みなし）配当課税」の性質を有するというのであり、そうであるなら上述したとおり、特定外国子会社等から内国親会社に対して配当その他の方法によって利益移転されるべき擬制（みなし）配当の額は、その特定外国子会社等が所在する国の法令によって算出されるべきものであるが、これによればBの1998年12月期には申立人に対して利益移転すべき金額はそもそも存在しない。

なお付言するに、原判決において認定された事実からも明らかのように、
そうであるにも拘らず、Bに配当をさせるなどという行為は、取締役の忠実義務違反になるのであるから、そのようなことは有り得ない。したがって、この点に鑑みても、我が国のタックスヘイブン対策税制が擬制（みなし）配当課税というのであれば、Bの1998年12月期の利益（未処分所得）の計算を行うに際しては当然である。

(iv) 以上のとおりであるから、原判決及び相手方が主張するように、我が国のタックスヘイブン対策税制を「擬制（みなし）配当課税」の性質を有するものと解したとしても、本件においては、そもそも配当その他の方法によって利益移転すべき金額、別言すれば、「措置法66条の6第1項が規定する特定外国子会社の課税対象留保金額に相当する金額」は存在しないのであるから、本来なされるべき利益移転などというものはあり得ないのであり、そうであるにもかかわらず、不当に「本来あるべき利益移転が実際にあったものとみなし」てなされた本件更正処分、及びそれを適法とした原判決の判断には明らかに同税制の法令の解釈適用に関し重大な誤りがある。

2 原判決の結論の不当性

タックスヘイブン対策税制は、税調資料（平成１９年１０月１２日付け、１０頁、添付資料２９）からも明らかなように、「我が国企業の国外源泉所得」を対象とするものであるとされている。すなわち、我が国の企業が、国外に、自社の利得を留保していることが、タックスヘイブン対策税制の適用の前提となる。

ところが、内国法人において「国外源泉所得を留保している」という意図も事実もない場合であるにも拘らず、納税資金の調達のために借入れを行わない（行えない）場合には、最後の手段としては、外国子会社独自の所得（＝外国企業の国外源泉所得）を配当その他の方法により引き揚げなければならなくなり、本来のタックスヘイブン対策税制が想定しない過剰な負担及び経済的な不合理を、内国法人に課することになる。

約２２６億円
（過少申告加算税を合わせると約２６０億円）もの本件更正処分を行うことが、適正な課税とは全く言い得ないことは明らかである。

前出の税調資料（平成１９年１０月１２日付け、１０頁、添付資料２９）をみると、平成１４年度のみが、申告漏れ所得金額が突出しており、申告漏れ件数と比較して多額すぎる結果となっている。そもそも、「我が国企業の国外源泉所得」を対象とするということなのであれば、上記のとおり、
の国外源泉所得であるとして本件更正処分がされること自体、課税権の濫用とさえ、いえるものである。

しかも、原審までにおいて申立人が述べたとおり（控訴理由書３８頁、第一審における原告第１３準備書面６頁ないし８頁）、
我が国の課税ベースを侵害するというおそれも全く存在しない。つまり、本件は、そもそも、タックスヘイブン対策税制の適用の前提を欠く。それにも拘らず、課税庁は、このようなＢの所得を、「申告漏れ所得金額」として扱った。このような課税権の濫用（棚ぼた課税）は、認めることはできない。

（２） 租税回避否認規定の役割

我が国においては、明文の租税回避否認規定がなければ原則として租税回避行為を否認し得ないとされている（金子宏「租税法（第十二版）」１１０頁、添付資料３２）が、措置法６６条の６は、租税回避否認規定であるからこそ、その適用には慎重な姿勢が求められてしかるべきであ

る。

すなわち、租税回避ではないような行為を、形式的に租税回避否認規定の要件に合致するという理由だけで、形式的に措置法66条の6を適用し、税収を増やすようなことがあってはならない。本件更正処分は、租税回避行為の否認を目的とする措置法66条の6のタックスヘイブン対策税制を、租税回避行為の無い本件にまで適用し、同税制の目的を超えた課税を行うものであるから、当該更正処分を適法とする原判決には、法令の解釈適用に関する重大な誤りがあることは明らかである。また、原判決は、憲法84条の租税法律主義に違反するものであり、適正課税の原則に反し、憲法29条1項の財産権を不当に侵害するとともに、本件と同様、租税回避行為が無く、同税制の適用を受けない他の案件との間で、法の下の平等（憲法14条）に反する事態を招来するものである。

3 結論

以上のとおり、本件においては、措置法66条の6について趣旨目的を勘案した目的的解释を行わなければならないにも拘らず、原判決には、同条を形式的に適用したという措置法66条の6についての解釈適用の誤りがある。そして、措置法66条の6について目的的解释を行い適法に適用すれば、本件更正処分は、租税回避行為の否認を目的とする措置法66条の6のタックスヘイブン対策税制を、租税回避行為の無い本件にまで適用し、同税制の目的を超えた課税を行うものであるから、当該更正処分を適法とする原判決には、法令解釈に関する重大な誤りがあることは明らかであり、この違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、原判決は破棄を免れない。また、原判決は、憲法84条、同法29条1項、及び同法14条に違反し、破棄を免れない。

第7 措置法66条の6第3項の解釈適用に関する重大な誤り、及び、憲法84条、29条1項及び14条違反があること

1 原判決の判示

本件第一審判決及びこれを引用する原判決は、本件が措置法66条の6第3項に該当しない旨、下記のとおり、判示する。

- ① 措置法66条の6第3項括弧書の「債券の保有」を適用除外の対象から除く趣旨は、我が国においても十分行い得る事業であり、その地に所在することについて積極的な経済的合理性を見出すことが困難であるところにある。CPは、投資対象たる証券としての経済的な意義を有しており、その取引のための市場も成立しているから、その保有が我が国においても十分行い得る事業であるか否かという観点から考える限り、措置法66条の6第3項括弧書の「株式」及び「債券」と区別すべき理由はなく、[redacted]と認められる。また、「保有」とは長期継続的に変化の無い状態をいい、[redacted]には「保有」にあたらな、との申立人の限定解釈に根拠がないことは、措置法66条の6第3項括弧書の趣旨に照らし明らかである。したがって、Bの1998年12月期の主たる事業は「債券の保有」に当たるといふべきである（原判決17頁、原判決が引用する第一審判決62頁ないし66頁）。
- ② [redacted]ことをもって、措置法66条の6第3項所定の適用除外要件をいずれも満たさない（原判決19頁及び20頁、原判決が引

用する第一審判決 6 6 及び 6 7 頁参照)。

しかしながら、以下のとおり、本件は措置法 6 6 条の 6 第 3 項に該当する事案であり、同項を適用しなかった原判決①②の判示は、最高裁判所の判例と相反する判断その他措置法 6 6 条の 6 第 3 項の解釈に関する重大な誤りがあり、この違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、原判決は破棄を免れない。また、原判決は、憲法 8 4 条の租税法律主義に違反し、憲法 2 9 条 1 項の財産権を不当に侵害するとともに、本件と同様、同条項の適用除外の対象となり、タックスヘイブン対策税制の適用を受けない他の案件との間で、法の下の平等（憲法 1 4 条）に反する事態を招来しており、破棄を免れない。

2 原判決の誤り

- (1) 原判決は、B の 1 9 9 8 年 1 2 月期の主たる事業は措置法 6 6 条の 6 第 3 項括弧書の「債券の保有」に該当するか否かの解釈を誤っていること

措置法 6 6 条の 6 の適用を検討する際には、事案に即して、同第 3 項の適用除外要件である「債券の保有」の該当性の判断をまず行うべきところ、原判決は、B の主たる事業が措置法 6 6 条の 6 第 3 項括弧書にいう「債券の保有」に該当するか否か、経済的な実態論に終始するのみで、本来求められるべき、同条項括弧書の規定の文言及び趣旨目的に基づく法解釈を放棄し、同規定を無視した類推解釈もしくは拡張解釈を行うものであるから、法令の解釈に関する重大な誤りがあり、また、憲法 8 4 条の租税法律主義にも違反する。「債券」及び「保有」について、措置法 6 6 条の 6 第 3 項括弧書の文理及びその趣旨目的から正しく解釈を行えば、B の主たる事業は「債券の保有」には該当せず、[REDACTED]
[REDACTED]は「債券」に該当しないことは明らかであり、[REDACTED]
[REDACTED]ことは「保有」に該当しないことは明らかである。本件更正処分は、措置法 6 6 条の 6 第 3 項括弧書を適用すべきでない本件に課税を行うものであり、それにもかかわらず、B の主たる事業が措置法 6 6 条の 6 第 3 項括弧書にいう「債券の保有」に該当するとして、本件に対する措置法 6 6 条の 6 の適用を容認した原判決は、「債券の保有」の解釈適用において重大な誤りを含むものである。また、原判決は、税法の根拠無く、申立人への課税を容認するものであり、憲法 8 4 条の租税法律主義に違反し、さらには、適正課税の原則に反し、憲法 2 9 条 1 項の定める財産権を不当に侵害するとともに、本件と同様、同条項の適用除外の対象となり、タックスヘイブン対策税制の適用を受けない他の案件との間で、法の下の平等（憲法 1 4 条）に反する事態を招来しており、憲法違反であることは明らかである。

以下、具体的に述べる。

- ア 原判決は、[REDACTED]が「債券の保有」に該当するか否かの解釈を行っていないこと

- (a) 原判決は、[REDACTED]ものであると認められるから、B の 1 9 9 8 年 1 2 月期の主たる事業は「債券の保有」に当たるといふべきである旨判示しつつも、[REDACTED]ことの根拠を何ら示すことはなく、[REDACTED]
[REDACTED]が「債券の保有」に該当するか否かの法解釈を一切行っていない（原判決 1 7 頁、原判決が引用する第一審判決 6 3 頁）。

- (b) そもそも、措置法 6 6 条の 6 第 3 項の解釈においては、C P 一般論ではなく、[REDACTED]が

「債券」であるのか否か、すなわち、[redacted]が、同条項括弧書の「債券の保有」に該当するか否か判断すべきである。

すなわち、タックスヘイブン対策税制の適用除外は、あくまでも特定外国子会社の各事業年度ごとの留保所得を合算課税しないというものであり、同一の特定外国子会社について、同税制の適用を受ける事業年度と受けない事業年度が交替することもあり得る（高橋元「タックスヘイブン対策税制の解説」130頁甲126の11）以上、同税制の適用の有無につき結論を分けることになる「債券の保有」該当性についても、当該子会社が各事業年度における「主たる事業」として、具体的に遂行していた事業の内容に基づき、判断すべきである。

[redacted]
[redacted]
[redacted]が、「債券の保有」に該当するか否かの法解釈を、本件で認定された具体的事実に基づき、行うべきである。

(c) 本件で認定された具体的事実に基づけば、原判決が自認するとおり、[redacted]

[redacted]
[redacted]（原判決17頁、原判決が引用する第一審判決63頁）、その取引のための市場も成立しておらず、市場に出回っている各種情報に基づいて投資判断を行えるものではなく、投資証券たる証券としての経済的意義は無いから、原判決の「CP一般は、「投資証券たる経済的意義」を有しており、「市場もある」から、同条項括弧書で初めから適用除外の対象から除かれる「債券」と区別する理由はない」との考え方（原判決17頁、原判決が引用する第一審判決62頁及び63頁）を当てはめた場合、[redacted]は、「債券」と区別すべきことになり、[redacted]が「債券の保有」に該当することはない。

にもかかわらず、原判決は、[redacted]

[redacted]
[redacted]やはり『債券』に当たると解して差し支えない」（原判決17頁、原判決が引用する第一審判決63頁）と解しており、原判決は、結論において誤りがあるだけでなく、自らの判示と矛盾する結論を根拠無く述べるものにすぎない。

(d) 以上より、原判決は、[redacted]が「債券の保有」に該当するか否かの解釈を行っておらず、結論においても誤っており、措置法66条の6第3項括弧書の解釈適用に関する重大な誤りがあることは明らかである。

イ 原判決は、措置法66条の6第3項括弧書の「債券」の定義を行っていないこと

(a) 原判決は、措置法66条の6第3項括弧書の「債券」について、同条項の趣旨目的に照らしてその意味内容を検討する必要があると判示しつつも（原判決17頁、原判決が引用する第一審判決61頁及び62頁）、その検討を怠り、同条項の「債券」そのものの定義を何ら示していない。

すなわち、原判決は、①措置法66条の6第3項が、「債券の保有」について、我が国においても十分行い得る事業であり、その地に所在することについて積極的な経済的合理性を見出すことが困難であり、適用除外を認めないとする根拠を、「投資証券たる証券としての経済的意義を有しており、その取引のための市場も成立しているため、・・・市場に出回っている各種情報に基づいて投資判断を行うことができる」ことに求め、②CP一般も、投資対

象たる証券としての経済的な意義を有しており、その取引のための市場も成立しているから、その保有が我が国においても十分行い得る事業であるか否かという観点から考える限り、同条項括弧書で初めから適用除外の対象から除かれる「株式」及び「債券」と区別すべき理由はない旨、述べているにとどまる（原判決17頁、原判決が引用する第一審判決62頁及び63頁）。

- (b) かかる判示から明らかなとおり、原判決は、措置法66条の6第3項括弧書にいう「債券」にはCPも含まれると結論付け、一見、法解釈の体裁を整えているように見えるが（原判決17頁、原判決が引用する第一審判決63頁）、その根拠を突き詰めれば、CP一般は、「投資証券たる経済的意義」を有しており、「市場もある」から、同条項括弧書で初めから適用除外の対象から除かれる「債券」と区別する理由はない、と述べるにとどまっており（原判決17頁、原判決が引用する第一審判決62頁及び63頁）、CP一般と債券の経済的性質の類似性を示すことは出来ても、法解釈として、措置法66条の6第3項括弧書の「債券」そのものの定義を示すには至らず、法的考察は皆無に等しい。すなわち、原判決は、CP一般が経済的にみて「債券」に類するものであるとの経済的性質論を展開するのみで、措置法66条の6第3項括弧書の法解釈として本来必要な「債券」そのものの定義付けを欠いており、CPが「債券」そのものに当たることの論証をなしえていないことは明らかである。
- (c) 仮に、原判決の判示を善解し、措置法66条の6第3項括弧書の「債券」を同条括弧書の趣旨から、「投資証券たる証券としての経済的意義を有しており、その取引のための市場も成立しているため、・・・市場に出回っている各種情報に基づいて投資判断を行うことができるもの」と定義した場合、CD（譲渡性預金）も、「投資証券たる証券としての経済的意義を有しており、その取引のための市場も成立しているため、・・・市場に出回っている各種情報に基づいて投資判断を行うことができるもの」となり、「預金の保有」を公社債である「債券の保有」に取り込んで課税することになるが、これは明らかに措置法66条の6第3項括弧書の規定に反し、許されない。

結局、「投資証券たる証券としての経済的意義を有しており、その取引のための市場も成立しているため、・・・市場に出回っている各種情報に基づいて投資判断を行うことができる」ことを基準に考える、原判決の経済的性質論では、措置法66条の6第3項括弧書の「債券」を定義することは出来ず、原判決は、法解釈として、「債券」を定義出来ていないことは明らかである。

- ウ 原判決は、措置法66条の6第3項括弧書の「債券」の文理を無視した類推解釈もしくは拡張解釈を行うものであること

- (a) 措置法66条の6第3項括弧書は、立法時及びその後の改正を経ても「有価証券の保有」或いは「株式若しくは債券その他これに準ずるものの保有」などと規定することなく、「株式若しくは債券の保有」と明確に限定して規定しているのであって、「債券」と明確な定め方をしている同条項括弧書について、原判決は、その趣旨目的から「債券」の定義を明示することすら行えていない。原判決は、結局、CPは債券と同様、投資証券たる経済的意義を有しており、市場もあるからという経済的な性質論のみに依拠して、「債券」に準ずる有価証券一般にまで課税の範囲を拡張しているに等しく、このような類推解釈もしくは拡張解釈は、侵害規範たる租税法の解釈原理（原判決17頁、原判決が引用する第一審判決59頁）を逸脱するものであり、許されない。

(b) 申立人が本件第一審より繰り返し主張しているとおり、約束手形であるCPは、公社債である「債券」に当たらず、Bの主たる事業は、「債券の保有」に当たらない以上、同社は、第3項括弧書の特定期間子会社等には当たらない、という結論が文理解釈により導かれるから、かかる文理解釈を無視し、みだりに拡張解釈や類推解釈をする結果となることは許されない（以上、東京高等裁判所平成2年1月30日判決、税務訴訟資料175号247頁（甲126の7）、甲111の12頁ないし4頁、8頁ないし16頁、21頁、31頁及び32頁、甲126の13頁及び4頁、11頁ないし13頁、甲126の2119頁、申立人代理人の第一審第1準備書面30頁ないし40頁、同第3準備書面4頁ないし7頁、10頁及び11頁、同第4準備書面13頁及び14頁、同第7準備書面19頁ないし21頁、同第10準備書面11頁ないし21頁、同第13準備書面19頁ないし21頁、70頁ないし82頁、控訴理由書4頁参照）。

(c) 以上より、原判決は、措置法66条の6第3項括弧書の「債券」ひいては「債券の保有」の定義を行っていないばかりか、同条項括弧書の文理を無視して類推解釈もしくは拡張解釈を行うものであり、その解釈適用に関する重大な誤りがあることは明らかである。また、原判決は、憲法84条の租税法律主義に違反し、憲法29条1項の財産権を不当に侵害するとともに、本件と同様、同条項の適用除外の対象となり、タックスヘイブン対策税制の適用を受けない他の案件との間で、法の下での平等（憲法14条）に反する事態を招来しており、憲法違反であることは明らかである。

エ 申立人による、措置法66条の6第3項括弧書の「債券」の解釈は正当であり、これに対する原判決の批判は的外れであること

(a) 申立人による文理解釈が正しいことは、①措置法91条の2並びに印紙税法別表第1の3号及び4号が、約束手形であるCPと社債券とを明確に区別することを前提に異なった税率を定めており、②法人税法施行令177条1項が「内国法人の発行する債券」又は「証券取引法第2条第8号に掲げる約束手形」と規定しており（甲48）、さらには、③日米租税条約に関する交換公文が「債券」とCPを区別して規定していること（甲49）からみても、明らかである。すなわち、①国内租税法の特別法である租税特別措置法、②国内租税法の一般法である法人税法、及び、③国際法である租税条約、のいずれからみても、租税法が、約束手形たるCPと公社債たる「債券」とを明確に区別することを前提に、諸規定を設けていることに疑いの余地は無く、CPは、「債券」に当たらない、という結論が文理解釈により容易に導かれる。

ところが、原判決は、上記①については、単に税率の違いを定めたものであり、「債券」に約束手形たるCPが含まれないことを直接定めているわけではないとして、また、②については「債券」から発生する所得とCPから発生する所得を並列的に規定しており、両者を同じ種類の所得とみなしていると考えられることを強調し、さらに、③については、租税条約の交換公文の規定内容を国内租税法の条文解釈に関連付けることができないことを挙げ、申立人の文理解釈を退けている（原判決17頁、原判決が引用する第一審判決61頁）。

しかし、①②の批判は、国内租税法も国際租税法も、約束手形であるCPと公社債たる「債券」とを明確に区別することを前提に規定を設けている、との事の本質を看過するものである。加えて、③の批判は、国際租税法である租税条約も国内租税法も同じ租税法の法体系に属することを看過しており、また、課税要件法定主義及び課税要件明確主義（憲法84条）

の下での納税者の予測可能性の確保のため、課税当局には統一した用語法による法解釈が求められることを無視するものであり、妥当でない。

結局、原判決は、申立人の文理解釈について、根拠無く、「文脈を無視した解釈」と排斥し、CPが「債券」に当たるとの認定を左右するものでないと判示している（原判決17頁、原判決が引用する第一審判決65頁ないし66頁）が、上記文理解釈に対する原判決の批判は的外れであることは明らかである。

以上より、約束手形であるCPは、公社債である「債券」に当たらず、Bの主たる事業は、「債券の保有」に当たらないから、同社は、措置法66条の6第3項括弧書の特定外国子会社等には当たらない、という結論が文理解釈により導かれる。

仮に、文理解釈によって当該規定の意味内容を明らかにすることが困難であり、規定の趣旨目的に照らしてその意味内容を明らかにすることになるとしても、原判決が認定したとおり、[REDACTED]（原判決19頁）以上、Bの事業をシンガポールで行うことに積極的な経済的合理性を見出すことが困難であるとはいえないから、上記文理解釈の結論が、措置法66条の6第3項括弧書の趣旨目的の解釈からしても妥当なものであることは明らかである。

- (b) 以上より、「債券」について、措置法66条の6第3項括弧書の文理及びその趣旨目的から正しく解釈を行えば、[REDACTED]は「債券」に該当せず、ひいては、Bの主たる事業は「債券の保有」に該当せず、申立人による、措置法66条の6第3項括弧書の「債券」の解釈は正当であり、これに対する原判決の批判は的外れであることは明らかである。

オ 原判決は、措置法66条の6第3項括弧書の「保有」の解釈を誤っていること

申立人が本件第一審より繰り返し主張しているとおり、本件CPのような短期間で運用資産の変動を繰り返していた場合は、「保有」にはあたらない（甲126の111頁ないし13頁、甲86、甲87、法人税法139条1号、申立人による第一審第1準備書面41頁、同第6準備書面7頁ないし9頁、同第13準備書面82頁ないし84頁、控訴理由書4頁参照）にもかかわらず、原判決は、「保有」と言う概念をこのように限定解釈する根拠は無いとする（原判決17頁、原判決が引用する第一審判決66頁）が、かかる解釈自体、誤りである。

以下、具体的に述べる。

- (a) 措置法66条の6第3項括弧書は、「保有」とのみ規定しているが、同法の基本法である法人税法138条は、「運用」「保有」若しくは「譲渡」により生じる所得、と3つの所得類型を明確に区別して規定している。また、法人税法施行令177条1項は、「運用」又は「保有」により生じる所得について規定し、同条2項は、「譲渡」による所得について規定し、資産の「保有」「運用」「譲渡」の3類型を明確に区別している。すなわち、租税法は、有価証券の「保有」「運用」「譲渡」の3類型を明確に区別して規定していることは明らかである。

租税法を含む政府提出法案についてのチェック機関である内閣法制局も、有価証券の「保有」「運用」「譲渡」を区別する立場を鮮明にしている（内閣法制局法令用語研究会編「法律用語辞典」66頁、730頁、及び、1304頁添付資料33）。

そこで、本件で問題となっている措置法66条の6第3項括弧書の規定をみると、「債券」の「保有」とのみ規定し、その「運用」や「譲渡」を意識的に排除しているのであるから、課税要件明確主義（憲法84条）の見地から、同条項は、「債券」の「保有」のみを主たる事業とする特定外国子会社等をタックスヘイブン対策税制の対象とし、「債券」の「運用」

や「譲渡」を主たる事業とする特定外国子会社等は同税制の対象としない趣旨であることは明らかである。

(b) そして、原判決も認定した事実によれば、

措置法 6 6 条の 6 第 3

項括弧書の課税対象である「保有」とはなりえない。

(c) 原判決は、「保有」と言う概念を上記のように限定解釈する根拠が無いことは、措置法 6 6 条の 6 第 3 項括弧書の趣旨に照らし明らかと判示している（原判決 1 7 頁、原判決が引用する第一審判決 6 6 頁）が、このような立場は、上記(a)で述べた租税法の規定の考え方及び内閣法制局の立場に反するばかりか、「保有」の中に「運用」を含める拡大解釈を行うものであり、課税要件法定主義及び課税要件明確主義（憲法 8 4 条）に反する誤った解釈である。

(d) 以上より、は、「保有」にもあたらず、これを「保有」とする原判決には重大な誤りがある。

カ 小括

措置法 6 6 条の 6 第 3 項の構造からみても明らかとおり、同条項の判断にあたっては、3 要件を充足しているか否かの判定を行う前に、まず、①同条項括弧書の「債券の保有」を定義した上で、②B の 1 9 9 8 年 1 2 月期の主たる事業が措置法 6 6 条の 6 第 3 項括弧書の「債券の保有」に該当するか否かの解釈を行わなければならない。

原判決は、上記①②のいずれも正しく行えておらず、措置法 6 6 条の 6 第 3 項括弧書の類推解釈もしくは拡張解釈を行うものであり、その解釈適用に関する重大な誤りがあることは明らかである。また、原判決は、憲法 8 4 条の租税法律主義に違反し、憲法 2 9 条 1 項の財産権を不当に侵害するとともに、本件と同様、同条項の適用除外の対象となり、タックスヘイブン対策税制の適用を受けない他の案件との間で、法の下での平等（憲法 1 4 条）に反する事態を招来しており、憲法違反があることは明らかである。

(2) 原判決は、適用除外の 3 要件の充足につき解釈を誤っていること

ア 原判決は、ことをもって、措置法 6 6 条の 6 第 3 項所定の適用除外要件をいずれも満たさないと判示している（原判決 1 9 頁及び 2 0 頁、原判決が引用する第一審判決 6 6 及び 6 7 頁）。

イ しかし、措置法 6 6 条の 6 第 3 項所定の適用除外要件の充足は、下記 3 (3) で述べる、タックスヘイブン対策税制の立法担当者の解説等及び最高裁判所の確立した解釈基準に従って、3 要件毎に正しく判断すべきであり、当該解釈基準によれば、本件は、措置法 6 6 条の 6 第 3 項所定の適用除外要件を充足することは明らかであるから、決算書上の費用計上の有無及び種類のみをもって、実体基準及び管理支配基準をいずれも満たさないと一律に断じる本件第一審判決及びこれを引用する原判決は、適用除外の 3 要件の解釈を誤るものである。

そして、所在地国基準の充足の有無に至っては、原判決は、判断すら行っていない。すなわち、

との根拠により、同社は独立企業として実体を有せず、実体基準及び管理支配基準を満たさない旨判示するのみであり、所在地国基準の充足の有無については一切判示していない（原判決１９頁ないし２０頁、原判決が引用する第一審判決６６頁ないし６７頁）。しかし、下記３（３）で述べるとおり、実体基準及び管理支配基準を充足しないとの原判決の解釈に誤りがある以上、本件が措置法６６条の６第３項の要件を満たし、同条第１項の適用対象から除外されるか否かの判断を行うにあたり、所在地国基準の充足の有無を判断することは必須となる。したがって、適用除外の３要件の支柱をなす所在地国基準の充足の有無を判断しないまま、本件は措置法６６条の６第３項の要件をいずれも満たさないと断じる原判決は誤りである。

３ 本件は措置法６６条の６第３項に該当する事案であること

（１） 措置法６６条の６第３項の趣旨

タックスヘイブン対策税制においては、正常な海外投資活動を阻害しないため、所在地国において独立企業としての実体を備え、かつ、それぞれの業態に応じ、その地において事業活動を行うことに十分な経済合理性があると認められる海外子会社は適用除外とする趣旨で、措置法６６条の６第３項が規定された（高橋元「タックスヘイブン対策税制の解説」２５１頁参照甲６）。

（２） Ｂの１９９８年１２月期の主たる事業は措置法６６条の６第３項括弧書の「債券の保有」にあたらないこと

措置法６６条の６第３項は、括弧書を規定し、海外子会社の主たる事業が、「株式若しくは債券の保有…又は船舶若しくは航空機の貸付」である場合には、最初からタックスヘイブン対策税制の適用除外の対象とはならないこととされている。これは、当該事業が、その性格からして我が国においても十分行いうるものであり、わざわざその地に所在することについて税負担軽減以外の積極的な経済的合理性を見出すことは困難であるという考え方に立脚したものである（高橋元「タックスヘイブン対策税制の解説」１３０頁及び１３１頁参照甲１２６の１１）。ここで、留意すべきは、「船舶若しくは航空機の貸付」は、船舶若しくは航空機を保有するのみで、その運行判断の一切を第３者に委ね、賃貸料のみを得る、いわゆる裸用船契約にかかる貸付をさすものであり、それ以外の定期用船契約等に係るものは含まれないということである。水運業においては、定期用船契約等は裸用船契約の場合とは異なり、船主が船員の配乗、船用具品の配備等の運行判断の責務を負っており、単なる船舶の貸付というよりは、むしろ、船舶の運航を行っているのとみるのが適当であると考えられているからである（高橋元「タックスヘイブン対策税制の解説」１３１頁参照甲１２６の１１）。

このように、措置法６６条の６第３項括弧書によって、最初からタックスヘイブン対策税制の適用除外の対象とはならない海外子会社の事業とは、単に資産を自己の支配下に置き保有するだけの事業、すなわち、海外子会社がその地で人員を投入し自らの判断で資産を働かせ用いることが無く、その性格からして我が国においても十分行いうるものであり、わざわざその地に所在することについて税負担軽減以外の積極的な経済的合理性を見出すことが困難である事業であることは明らかである。したがって、措置法６６条の６第３項括弧書によって、最初からタックスヘイブン対策税制の適用除外の対象とはならない「債券の保有」とは、公社債たる債券を自己の支配下に置き保有するだけの事業、すなわち、海外子会社がその地で人員を投入し自らの判断で公社債たる債券を働かせ用いることが無く、その性格からして我が国においても十分行いうるも

のであり、わざわざタックスヘイブン国に所在することについて税負担軽減以外の積極的な経済的合理性を見出すことが困難である事業に限定されることは明らかである。

そして、原判決も認定した事実によれば、

[REDACTED]

以上より、Bの1998年12月期の主たる事業は、措置法66条の6第3項括弧書によって、最初からタックスヘイブン対策税制の適用除外の対象とはならない「債券の保有」には該当しない。

(3) 本件は措置法66条の6第3項の要件を充足していること

ア 措置法66条の6第3項の3要件

措置法66条の6第3項は、上記(2)で述べた、括弧書の事業に該当しないことを前提に、海外子会社が、①その本店所在地において、その主たる事業を行うに必要と認められる事務所、店舗、工場その他の固定施設を有し（実体基準の充足）、かつ、②その事業の管理、支配及び運営を自ら行っているものである場合であって（管理支配基準の充足）、③その事業を主として本店所在地で行っている場合に該当すれば（所在地国基準の充足）、措置法66条の6第1項は適用しない旨定める。

イ 所在地国基準を充足していること

タックスヘイブン対策税制の適用除外となるためには、海外子会社が、その事業を自ら本店所在地国で行っていることを要件とする（所在地国基準）。これは、措置法66条の6第3項の規定の基本的理念から生まれたもので、その本店所在地国において資本投下を行い、その地の経済と密接に関連して事業活動を行っている場合には、その地に所在していることについて十分な経済的合理性が推認するという認識に立つものであり、本税制の適用除外要件の支柱をなすものである（高橋元「タックスヘイブン対策税制の解説」133頁参照甲126の11）。

そして、海外子会社が、その本店所在地国において、自ら事業（一定の目的をもって、反復継続的に遂行される活動）を行おうとする場合には、そのような反復継続的な事業の場としての固定施設の存在、及び、一定の事業目的の実現に向けた、当該子会社の活動の管理、支配及び運営が、必要不可欠となるから、海外子会社が、その事業を自ら本店所在地国で行っているといえる場合には、その地において、その事業を行うに必要と認められる事務所等固定施設を有し（実体基準の充足）、その事業の管理、支配及び運営を自ら行っている（管理支配基準の

充足)と解されるのである。

原判決も認定した事実によれば、

ウ 実体基準を充足していること

実体基準は、特定外国子会社等が、その本店又は主たる事務所の所在地国において、その主たる事業を行うに必要と認められる事務所、店舗、工場その他の固定施設を有していることを要件とするものである。この固定施設とは、法令上に具体的基準があるものではないから、その必要と認められる固定施設の規模は当然ながら業種業態によって自ずと異なるものである(武田昌輔「コンメンタール法人税法」5047頁及び5048頁乙16、高橋元「タックスヘイブン対策税制の解説」131頁甲126の11)。したがって、実務上はケース・バイ・ケースでその必要と認められる程度が判断されることとなる(高橋元「タックスヘイブン対策税制の解説」131頁甲126の11)。

原判決も認定した事実によれば、

上記法解釈によれば、実体基準を満たしていることになる。

エ 管理支配基準を充足していること

管理支配基準を満たしているか否かは、①当該子会社等の重要な意思決定機関である株主総会及び取締役会の開催状況、②役員の構成、役員としての職務執行状況、③会計帳簿の作成及び保管状況、④その他業務遂行上の重要事項を当該子会社等が自らの意思で決定しているか否かなどの諸事情を総合的に考慮し、当該子会社等がその本店所在地国内において親会社から独立した企業としての実体を備えて活動しているか否かによって判断すべきものと解するのが相当である（東京地方裁判所平成2年9月19日判決（税務訴訟資料180号582頁）甲161、東京高等裁判所平成3年5月27日判決（税務訴訟資料183号811頁）甲162、最高裁判所平成4年7月17日第二小法廷判決（税務訴訟資料第192号98頁）甲163、高橋元「タックスヘイブン対策税制の解説」132頁参照甲126の11）。

原判決も認定した事実によれば、

[REDACTED]

■上記最高裁判所判決の規範に照らし、管理支配基準を満たしていると言う他は無い。

(4) 小括

[REDACTED]その主たる事業は、「債券の保有」ではなく、措置法66条の6第3項による適用除外の要件を全て満たしており、その趣旨目的からみても本件は同条項の適用除外の対象となるべき事案であり、措置法66条の6を適用して課税すべき事案ではない。にもかかわらず、措置法66条の6第3項の適用除外を適用せず、本件更正処分を適法なものとした原判決は、最高裁判所の判例と相反する判断その他法令の解釈に関する重大な誤りがあることは明らかである。また、原判決は、税法の根拠無く、申立人への課税を容認するものであり、憲法84条の租税法律主義に違反し、法の趣旨目的を超えて、憲法29条1項の定める財産権を不当に侵害し、課税の範囲を拡大するものであるとともに、本件と同様、同条項の適用除外の対象となり、タックスヘイブン対策税制の適用を受けない他の案件との間で、法の下の平等（憲法14条）に反する事態を招来しており、憲法違反である。

4 結論

[REDACTED]その主たる事業は、「債券の保有」ではなく、措置法66条の6第3項による適用除外の要件を全て満たしているにもかかわらず、同項を適用しなかった原判決は、最高裁判所の判例と相反する判断その他法令の解釈に関する重大な誤りがあることは明らかであり、この違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、原判決は破棄を免れない。また、原判決は、憲法84条の租税法律主義に違反し、憲法29条1項の財産権を不当に侵害するとともに、本件と同様、同条項の適用除外の対象となり、タックスヘイブン対策税制の適用を受けない他の案件との間で、法の下の平等（憲法14条）に反する事態を招来しており、憲法違反であるから、原判決は破棄を免れない。

第8 措置法66条の6第2項2号の「政令で定める基準により計算した金額」を計算する際に準じるものとされる法人税法22条3項2号に関し、法令解釈の重大な誤り、及び、憲法84条違反があること

1 原判決の判示

原判決は、原審において申立人が、

以下、両金額を「本件算定額」という。)は、法人税法22条3項2号に定める損金に算入すべき「当該事業年度の費用の額」に当たる旨主張していたことに対して、その判決文において、

旨判示する。

しかしながら、以下のとおり、原判決には法人税法22条3項2号に関して重大な解釈適用の誤りがあるから、原判決は破棄を免れない。

2 原判決の誤り

(1) 法人税法22条3項2号に定める「当該事業年度の費用の額」として損金に算入されるためには、当該費用の額が「債務の確定した費用の額」であることを要するとされているところ(同条3項2号括弧書き)、「債務の確定した費用の額」といえるか否かは、当該規定が当該費用の発生した法人の所得計算に関する規定であることから明らかなように、当該費用が発生した法人の状況に基づき判断されるべきものであることは、条文上明白である。

したがって、本件においては、

によって判断されなければならない。

(2) ところが、原判決は、同条3項2号の解釈を誤ったことから、

に基づき判断を行うという重大な誤りを犯している。また、その点は措くとしても、結局、原判決の判断には、以下のとおり重大な誤りがあることは明らかである。

相手方も指摘するように、

の要件該当性の判断には一切関係しない事実であるから、この無関係な事実に基づきその要件該当性を判断した原判決の判断には、違法があることは明らかである。

なお、本件においては、法人税法 22 条 3 項 2 号の正しい解釈のもと、原判決が認定した事実（原判決 20 頁乃至 24 頁 4 (3) ア及びイ）に基づき、本件算定額が「債務の確定した費用の額」といえるかを正しく判断すれば、申立人が控訴理由書 41 頁乃至 44 頁において詳述したとおり、

ことは明らかである。

- (3) 以上のとおり、とした原判決の判断は、法人税法 22 条 3 項 2 号に関し重大な解釈適用の誤りがあり、この違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、原判決は破棄を免れない。また、原判決は、税法の根拠によらない課税を容認するものであり、憲法 84 条の租税法律主義に違反するから、破棄を免れない。

第 9 措置法 66 条の 6 第 2 項 2 号に規定する「特定外国子会社等の各事業年度の決算」という重要な法令事項の解釈に関し重大な誤りがあり、また、憲法 84 条、29 条 1 項及び 14 条違反があること

1 原判決の判示

原判決は、措置法 66 条の 6 第 2 項 2 号に定める特定外国子会社等の未処分所得の金額の計算上基礎とする「特定外国子会社等の各事業年度の決算」について、「特定外国子会社等が、その所在地国の会社法等の規制を受ける場合には、上記決算が、特定外国子会社等の所在地国の会社法等に基づくものを意味することは明らかである。」（原判決が引用する第一審判決 69 頁）と、法解釈の議論を経ることなく結論を述べる。つまり、原判決は、上記結論が条理上当然であると解しているものと思われる。

しかしながら、以下のとおり、原判決には、同条 2 項 2 号に定める「特定外国子会社等の各事業年度の決算」という重要な法令事項に関する重大な解釈の誤りがあることから、原判決は破棄を免れない。

2 原判決の誤り

- (1) 原判決の解釈によれば、所在地国の会社法等の規制の有無によって決算の意義が異なることとなるが、そもそもこのような解釈を「特定外国子会社等の各事業年度の決算」という条文の文言から当然のものとして導くことは不可能である。そのうえ、原判決の解釈によれば、当該子会社等がその所在地国の会社法等の規制を受けない場合には、結局、上記決算の意味が不明のままとなるか、或いは、如何なる決算でも構わないという不当な結果となる。したがって、このような不当な結果を招来する原判決の解釈が誤りであることは明らかである。

このように、措置法 66 条の 6 第 2 項 2 号の「特定外国子会社等の各事業年度の決算」の意義は、文理解釈によってはその意味内容を明らかにすることが困難な場合に当たることは明らかであるから、このような場合には、原判決が自認するように、規定の趣旨目的に立ち戻って、その意味内容を明らかにするという目的的解释が行われるべきこととなる（原判決 11 頁）。

そこで、同条2項2号の趣旨目的を見ると、同規定が設けられたのは、「特定外国子会社等の課税対象留保金額を、その親会社である内国法人の所得に合算する以上は、各国の税制にとらわれず、一定の基準に従って統一的に所得の金額の計算をすることが望ましいと考えられたから」

(高橋元「タックスヘイブン対策税制の解説」146頁甲148)であって、我が国のタックスヘイブン対策税制上相応しい未処分所得の金額を計算することをその目的としているのであり、そして、同税制の趣旨は、「我が国の親会社がタックスヘイブン子会社を通さずに直接国際取引をした場合とほぼ等しい税負担を課すことによって租税回避を防止する(つまり税制の中立性を維持する)ことを目的としているにとどまり、それを超えて重い税負担を親会社または個人株主に課すことを目的とするものではない」(第一審判決48頁。最高裁判所第二小法廷平成19年9月28日判決も、同税制の趣旨を「税負担の実質的な公平を図ることを目的」とするものと解しており、表現こそ違うものの、第一審判決と同旨に解している(最高裁判所第二小法廷平成19年9月28日判決・平成17(行ヒ)89。))と解されていることからすれば、同条第2項2号の未処分所得の金額の計算の基礎となる「特定外国子会社等の決算」は、我が国親会社がタックスヘイブン子会社を通さずに直接国際取引をした場合とほぼ等しい税負担を課すこと(税負担の実質的な公平を図ること)を可能にする決算であることを要するものと解することが相当である。

(2) 本件においては、原審が認定した事実のとおり、

(詳細は、原告第2準備書面8頁乃至15頁、同第3準備書面19頁乃至22頁、同第6準備書面17頁乃至23頁、原告第13準備書面、控訴理由書39頁ないし41頁及び同理由書別紙2。)

また、申立人の上記主張が正当であることは、本件においてを基礎とすることは、上記タックスヘイブン対策税制の趣旨目的を著しく逸脱する不当な結果となることから明らかなである。すなわち、上記のとおり、同税制の趣旨は、「我が国の親会社がタックスヘイブン子会社を通さずに直接国際取引をした場合とほぼ等しい税負担を課すことによって租税回避を防止することを目的としているにとどまり、それを超えて重い税負担を親会社または個人株主に課すことを目的とするものではない」(第一審判決48頁)ところ、

から、同税制の趣旨目的を著しく逸脱した不当な結果となる(控訴理由書39頁乃至41頁及び同理由書別紙2。)。このように、タックスヘイブン対策税制の趣旨目的を逸脱し、税負担を不当に過重なものとする本件更正処分は、法令の解釈に関する重大な誤りがあることは明らかなである。また、原判決は、税法の根拠無く、申立人への課税を容認するものであり、憲法84条の租税法律主義に違反する。本件更正処分は、適正課税の原則に反し、法の趣旨目的を超えて、憲法29条1項の定める財産権を不当に侵害し、課税の範囲を拡大するものであり、上記タックスヘイブン対策税制の趣旨目的を超えて重い税負担を課せられていない他の案件との間で、法の下での平等(憲法14条)に反する事態を招来しており、憲法違反は明らかなである。

(3) 以上のとおり、措置法66条の6第2項2号に定める「特定外国子会社等の各事業年度の決算」という重要な法令事項に関する解釈を誤り、に基づき

Bの未処分所得の金額を計算すべきとした原判決の判断には、同条2項2号の解釈適用に誤りがあり、この違法が判決の結論に影響を及ぼすことは明らかであるから、原判決は破棄を免れない。また、違法な本件更正処分を適法なものとして容認する原判決は、憲法84条の租税法律主義に違反することは勿論、適正課税の原則に反し、法の趣旨目的を超えて、憲法29条1項の定める財産権を不当に侵害し、課税の範囲を拡大するものであり、法の下の平等（憲法14条）に反する事態を招来しており、憲法違反であるから、原判決は破棄を免れない。

第10 結論

以上のとおり、原判決には、日星租税条約7条1項及び措置法66条の6の解釈適用に関する重大な誤りが存在し、これらの誤りが判決の結論に影響を及ぼすものであることは明らかであるから、原判決は破棄を免れない。また、その法令の誤った解釈適用は憲法にも違反するものであるから、原判決は破棄を免れない。

以上
「添付資料省略」