

最高裁判所（第二小法廷） 平成●●年（○ ○）第● ●号 所得税更正処分取消等請求上告受理申立事件

国側当事者・国

平成21年12月4日棄却・確定

（第一審・東京地方裁判所 平成●●年（○ ○）第● ●号、平成20年8月28日判決、本資料258号－155・順号11013）

（控訴審・東京高等裁判所 平成●●年（○ ○）第● ●号、平成21年2月26日判決、本資料259号－36・順号11149）

判	決
上告人	甲
同訴訟代理人弁護士	大石 篤史 金丸 和弘 棚橋 元 川村 隆太郎 塙 晋 大野 志保 小山 浩 佐藤 岳仙
被上告人	国
同代表者法務大臣	千葉 景子
同指定代理人	武藤 政男

上記当事者間の東京高等裁判所平成●●年（○ ○）第● ●号所得税更正処分取消等請求事件について、同裁判所が平成21年2月26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
上告代理人大石篤史ほかの上告受理申立て理由1－2について
1 本件は、芦屋税務署長が、上告人の所得税について、租税特別措置法（平成14年法律第79号による改正前のもの。以下「措置法」という。）40条の4第1項に基づき、シンガポール共和国において設立され上告人がその発行済株式総数の6割を有する会社の未処分所得を、上告人の雑所得の金額の計算上総収入金額に算入するとの更正及び過少申告加算税の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、被上告人を相手に、これらの処分の取消しを求める事案である。

- 2 措置法40条の4第1項は、居住者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居住者及び内国法人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25条の19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者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者の雑所得に係る収入金額とみなして、各事業年度終了の日の翌日から2月を経過する日の属する年分に係るその者の雑所得の金額の計算上、総収入金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約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。

- 3 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ぬと解すべきであるところ、日星租税条約7条1項は、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、同項が禁止又は制限している行為は、一方の締約国の企業に対する他方の締約国の課税権の行使に限られるものと解するのが相当である（最高裁平成●●年（〇〇）第●●号同21年10月29日第一小法廷判決・裁判所時報1495号1頁参照）。そして、措置法40条の4第1項による課税が、あくまで我が国の居住者（所得税法2条1項3号）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明らかである。

- 4 (1) もっとも、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40条の4第1項の規定は、居住者が、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）に法人を設立して経済活動を行い、当該法人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居住者の雑所得の計算上総収入金額に算入することとし

たものと解される（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、前掲最高裁平成21年10月29日第一小法廷判決参照）。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、居住者の海外投資を不当に阻害するおそれがあることから、同条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。

上記のような措置法40条の4が規定するタックス・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居住者に対しては当該所得を当該居住者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するなど、全体として合理性のある制度といえることができる。なお、タックス・ヘイブン対策税制が内国法人に適用される場合にはその特定外国子会社等の所得に対して課される外国法人税額の一部が当該内国法人の所得に対する法人税額から控除される（措置法66条の7）のに対し、所得税については同様の外国法人税額控除は認められていないが、これは、所得税法が、法人税法と異なり、外国法人から居住者が配当を受ける場合に、当該外国法人の所得に対して課される外国法人税額を当該居住者の所得に対する所得税額から控除する制度を設けていないこととの均衡を考慮したものと解されるから、このことをもって措置法40条の4が合理性を欠くということもできない。

そうすると、上記のタックス・ヘイブン対策税制は、シンガポール共和国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。

(3) 以上のとおり、日星租税条約の趣旨目的も、上記のようなタックス・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。

5 したがって、措置法40条の4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ることができる。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。

最高裁判所第二小法廷

裁判長裁判官 古田 佑紀

裁判官 今井 功

裁判官 中川 了滋

裁判官 竹内 行夫

平成●●年（〇〇）第●●号

平成●●年（〇〇）第●●号 所得税更正処分取消等請求上告受理申立事件

申立人 甲

相手方 国

上告受理申立て理由書

平成21年5月13日

最高裁判所 御中

上告受理申立人訴訟代理人

弁護士	大石	篤史
同	金丸	和弘
同	棚橋	元
同	川村	隆太郎
同	塙	晋
同	大野	志保
同	小山	浩
同	佐藤	岳仙

目次

第一	はじめに	4
1	本件の概要	4
2	上告受理申立理由	4
第二	措置法40条の4に関する原判決の解釈は、憲法に違反するとともに、法令解釈に関する重要な誤りを含むこと（上告受理申立理由1-1）及び本件処分は、日星租税協定7条1項に違反するとともに、法令解釈に関する重要な誤りを含むこと（上告受理申立理由1-2）	5
1	第一審判決及び原判決の経緯	5
2	措置法40条の4に関する原判決の解釈は、憲法に違反するとともに、法令解釈に関する重要な誤りを含むこと（上告受理申立理由1-1）	7
3	本件処分は、日星租税協定7条1項に違反するとともに、法令解釈に関する重要な誤りを含むこと（上告受理申立理由1-2）	26
4	結語	37
第三	Aが措置法第40条の4第3項に定める適用除外要件のうち非持株会社等基準を充足しないとした原判決には、同条項の解釈について重大な誤りがあること（上告受理申立理由2）	39
1	原判決の判示	39
2	原判決の誤り	40
3	Aが株式を保有していたという一事のみをもって、当然に株式保有「事業」を営むとの解釈をする原判決には、措置法40条の4第3項の定める「事業」の解釈につき、重大な誤りがあること	42
4	いずれの事業が主たる事業であるかの検討に際して、表面的な成果（収入等の数値）を判断の基礎として重視し、具体的な事業活動の内容を考慮しない原判決には、措置法40条の4第3項の定める「主たる事業」の解釈につき、重大な誤りがあること	49
5	原判決は、当該事業年度以外の事業年度における事業を不当に軽視する点において措置法40条の4第3項の解釈を誤るものであること	55
第四	シンガポールに所在することに経済合理性があるAについて、措置法40条の4第1項の適用を認めた原判決には、同条項の解釈について重大な誤りがあること（上告受理申立理由3）	57
1	特定外国子会社等が当該所在地国に所在することに経済合理性がある場合、タックス・ヘイブン対策税制の適用が排除されること	57
2	シンガポールに所在することに経済合理性があるAについて、措置法40条の4第1項の適用を認めた原判決には、同条項の解釈について重大な誤りがあること	59
第五	結論	60

第一 はじめに

1 本件の概要

本件は、処分行政庁である芦屋税務署長が、上告受理申立人の平成14年分の所得税の確定申告（課税総所得金額1億2621万8000円、納付すべき税額（還付金の額）1623万4745円）について、上告受理申立人が60パーセントの株式を保有するシンガポール法人（A社）が租税特別措置法40条の4第1項所定の「特定外国子会社等」に該当し、同社の平成13年事業年度における「適用対象留保金額」に60パーセントを乗じた「課税対象留保金額」（50億2382万9671円）を上告受理申立人の平成14年分の雑所得の金額の計算上その総収入金額に算入すべきものであるとして、上告受理申立人に対し、平成17年6月29日付けで平成14年分の所得税の更正処分（課税総所得金額51億5004万8000円、納付すべき税額18億4258万2300円）（本件更正処分）及び過少申告加算税（2億7662万3500円）の賦課決定処分（本件賦課決定処分）を行ったことから、上告受理申立人が、本件更正処分及び本件賦課決定処分（以下、まとめて「本件処分」という。）を不服として異議申立て及び審査請求を順次行い、これらが棄却されたために、本件各処分の取消しを求めて訴えを提起した事案である。

2 上告受理申立理由

しかるに、本件における上告受理申立理由は以下のとおりである。これらの上告受理申立理由のとおりに、原判決は誤っており、本件処分は取り消されるべきである。以下、個別に詳述する。

- (1) 措置法40条の4に関する原判決の解釈は、憲法に違反するとともに、法令解釈に関する重要な誤りを含むこと（上告受理申立理由1-1）及び本件処分は、日星租税協定7条1項に違反するとともに、法令解釈に関する重要な誤りを含むこと（上告受理申立理由1-2）
- (2) Aが措置法第40条の4第3項に定める適用除外要件のうち非持株会社等基準を充足しないとした原判決には、同条項の解釈について重大な誤りがあること（上告受理申立理由2）
- (3) シンガポールに所在することに経済合理性があるAについて、措置法40条の4第1項の適用を認めた原判決には、同条項の解釈について重大な誤りがあること（上告受理申立理由3）

第二 措置法40条の4に関する原判決の解釈は、憲法に違反するとともに、法令解釈に関する重要な誤りを含むこと（上告受理申立理由1-1）及び本件処分は、日星租税協定7条1項に違反するとともに、法令解釈に関する重要な誤りを含むこと（上告受理申立理由1-2）

1 第一審判決及び原判決の経緯

上告受理申立人は、第一審において、措置法40条の4は特定外国子会社等の所得に対して課税する規定であり、措置法40条の4に基づく課税は日星租税協定7条1項と抵触する旨主張した（上告受理申立人の第一審における訴状8～9頁、準備書面(1)16～23頁、準備書面(2)4～47頁及び準備書面(3)3～23頁）。

これに対し、第一審判決は、措置法40条の4の法的性質についてみなし配当説（私法上、特定外国子会社等に帰属している所得を、税法上、特定外国子会社等が株主に配当したという行為があったとみなして、株主の所得に課税する規定であると理解する考え方。詳細については下記2(2)イを参照）を採用した上で、措置法40条の4は、株主である我が国の居住者の所得に対して課税する規定であるから、日星租税協定7条1項に違反しないと判断した（第一審判決18～24頁）。

そこで、上告受理申立人は、控訴理由書(1)において、措置法40条の4についてみなし配当説

を採用した場合、措置法40条の4は日星租税協定7条1項に違反することを再度、詳細に主張した（控訴理由書(1)1～17頁）。これに対し、相手方は、答弁書において、措置法40条の4の法的性質についてそもそもみなし配当説ではなく擬制所得説（特定外国子会社等の所得を基に算定した一定の計算上の金額を、株主の所得であると擬制して課税する規定であると理解する考え方。詳細については下記2(2)イを参照）を採用すべき旨、及び第一審判決も措置法40条の4についてみなし配当説ではなく擬制所得説を採用している旨主張した（答弁書3～4頁）¹。

これに対し、原判決は、第一審判決を全面的に引用してみなし配当説に立つかのような判断をしながら（原判決第3の1（原判決3頁）及び原判決第3の2(2)（原判決4～5頁））、上告受理申立人が控訴理由書(1)において行った日星租税協定7条1項違反の主張については、みなし配当説と全く両立し得ない、擬制所得説に依拠し、これを斥けた（原判決第3の2(3)（原判決5～6頁））。

しかし、以下に述べるとおり、相手方及び上告受理申立人の主張に対する反論において原判決の採用する擬制所得説は、憲法29条1項及び14条1項に違反する解釈であり、措置法40条の4の解釈として採用し得ない。したがって、原判決の判断は、憲法に違反するものであり、直ちに破棄されなければならない（下記2）。また、みなし配当説によれば、措置法40条の4は日星租税協定7条1項に違反するのであるから、措置法40条の4に基づく本件処分は、直ちに取消されるべきである（下記3）。

以下、詳述する。

2 措置法40条の4に関する原判決の解釈は、憲法に違反するとともに、法令解釈に関する重要な誤りを含むこと（上告受理申立理由1－1）

(1) 原判決の判断

原判決は、次のように述べ、一般論として、措置法40条の4は配当が行われたものとみなす規定であるとの理解を示している。

「措置法40条の4は、本来特定外国子会社等から我が国に居住する株主に利益移転がなされるのが当然であると解される場合であるにもかかわらずそれがなされていないときに、雑所得の金額の計算上、本来あるべき利益移転があつたものとみなして、そのあるべき利益移転によつて株主である我が国の居住者が得たとみなされる配当等の所得に対して課税するものである。」（傍点は上告受理申立人による。）（原判決4頁）

これは、措置法40条の4について明らかにみなし配当説を採用するものである。しかし、その一方で、原判決は、上告受理申立人の「みなし配当に対する課税は、未だ配当がなされていないシンガポール企業の留保利益に対して課税するものであり、日星租税協定7条1項に違反する」との反論に対して、次のように述べてこれを斥けた。

「日星租税協定7条1項は、シンガポール法人の『企業の利得』についての課税権の分配を定

¹ なお、みなし配当説と擬制所得説は、措置法40条の4が、税法上配当があつたものとみなして課税するのか（みなし配当説）、それとも、税法上、株主である居住者について特定外国子会社等の留保所得に基づき計算した金額の所得が発生したと擬制して課税するのか（擬制所得説）という点において、全く異なる考え方であり（下記2(2)イ参照）、相手方もこの区別を前提として、擬制所得説を主張している（答弁書3～4頁及び原審における上告受理申立人の平成20年12月26日付上申書1頁参照）。

めたものにすぎず、これに対して、措置法40条の4は、・・・配当の支払が実際には未だない場合であっても、本来あるべき配当の支払いがあったものとみなした上で、その配当の支払すなわち擬制された配当の支払について課税する（株主たる我が国の居住者の雑所得の金額の計算上総収入金額の額に算入する）ものであるから、未だ配当されていないシンガポール法人の「企業の利得」について直接に課税するものでなく、措置法40条の4と日星租税協定7条1項とはその適用場面を異にし、両者が矛盾抵触することはないものである。」（原判決5～6頁）²

上記のとおり、原判決は、みなし配当に対する課税は日星租税協定7条1項に違反するとの上告受理申立人の反論に対し、措置法40条の4は「擬制された配当の支払について課税する（株主たる我が国の居住者の雑所得の金額の計算上総収入金額の額に算入する）」（傍点は上告受理申立人による。）ものであるとして同条は日星租税協定7条1項に抵触しないと判断した³。これは、措置法40条の4について明らかに擬制所得説を採用するものである。

このように、原判決は、一般論としては、第一審判決と同様、措置法40条の4がみなし配当に対して課税する規定であるとの理解を示しながら、そのような課税は日星租税協定7条1項に違反するとの上告受理申立人の反論については、措置法40条の4が擬制された所得に対して課税する規定であることを根拠にこれを排斥している。

しかし、下記(2)イにて述べるとおり、みなし配当説と擬制所得説とは全く異なるものあり、両立するものではない（この点については、相手方も明確に認めている（答弁書3～4頁及び上申書1頁）。）。原判決は、両者を完全に混同しているのであって、措置法40条の4の法的性質

² 原判決は、このように「シンガポール法人の『企業の利得』に対して直接に課税するものではない」と述べ、また、6頁においても「控訴人は、実際には配当が支払われていない以上それはやはりシンガポール法人の『企業の利得』に対して直接に課税するものである旨を主張するが、株主たる我が国の居住者に対して課税することによってシンガポール法人の『企業の利得』を減少させるわけではないから、シンガポール法人の『企業の利得』に対して直接に課税するものとはいえない。」などと述べる（傍点は上告受理申立人による。）。しかし、措置法40条の4についてみなし配当説・擬制所得説のいずれを採ったとしても、シンガポール法人がその「企業の利得」に直接に課税されることはないし、上告受理申立人もそのような主張はしていない。上告受理申立人は、シンガポール法人に帰属する「企業の利得」を「株主たる我が国の居住者の所得とみなして」課税することは、シンガポール法人に帰属する「企業の利得」に対して課税するものであると主張しているのである。かかる判示は、そもそも原判決が上告受理申立人の主張を正確に理解していないことを示すものである。また、シンガポール法人がその「企業の利得」に直接に課税されないことをもって、措置法40条の4が日星租税協定7条1項に違反しないことの理由とする原判決の考え方は、シンガポール法人と人格の異なる株主への課税は、条約上の制約を「一切」受けないとする考え方である。これは、下記3(4)ウにて述べるとおり、日星租税協定7条1項の解釈として法的二重課税説を採るものであるが、原判決は、かかる解釈がなぜ正当と認められるのかについて、全く判示していない（なお、かかる解釈が誤りであることについては下記3(4)ウ参照）。

³ また、原判決は、「日星租税協定10条1項の規定が、我が国がその居住者に対して上記のように擬制された配当について課税すること自体を禁じた規定であるとは解されない」とも述べる（原判決第3の2(3)（原判決6頁））。しかし、上告受理申立人は、みなし配当への課税は同協定7条1項に違反すると主張しているのであって、同協定10条1項に違反するとは主張していない。上告受理申立人は、同協定10条1項が、みなし配当への課税を禁じる同協定7条1項の例外となりうるか否かという点を論じただけである（控訴理由書(1)5頁）。かかる判示もまた、原判決が上告受理申立人の主張を正解していないことを示すものである。

に関する原判決の理解は誤りであるというほかない。

(2) 措置法40条の4の法的性質に関する見解の整理

ア 特定外国子会社等の事業活動に係る損益は、私法上、当該特定外国子会社等に帰属すること
いうまでもなく、特定外国子会社等は、株主である居住者とは全く別人格の法人であり、独自に事業活動を行っている。特定外国子会社等が事業として行った活動に係る損益は、私法上、当該特定外国子会社等に帰属するのであり、当該特定外国子会社等の法人格が否認された場合等、極めて特殊な場合を除き、特定外国子会社等の損益が別人格である居住者に帰属することはない。

そして、課税関係も私法上の法律関係（法人は独立の権利義務の主体であること）を前提とするものであり、私法上、ある法人に帰属する損益が、株主に帰属する損益として課税されることはない（なお、上記の特殊な場合には、法人税法11条の実質所得者課税の原則が適用される。）。

このように、措置法40条の4が適用される場合でも、特定外国子会社等の事業活動に係る損益は、あくまでも当該特定外国子会社等に帰属していることが、当然の前提となっている。

この点、最判平成19年9月28日（民集61巻6号2486頁）の古田裁判官の補足意見も、「法人は、法律により、損益の帰属すべき主体として設立が認められるものであり、その事業として行われた活動に係る損益は、特殊な事情がない限り、法律上その法人に帰属するものと認めるべきものであって、そのことは、ある法人が、経営上は実質的に他の法人の事業部門であるような場合であっても変わるものではないというべきである。措置法40条の4は、特定外国子会社等に関し、その事業として行われた活動に係る個々の損益について、それ自体が当該特定外国子会社等に係る居住者に帰属するものとせず、当該特定外国子会社等における事業活動に係る損益の計算に基づく未処分所得につき、居住者が保有する株式数等に応じて所定の範囲で、これを居住者の所得に算入することとした規定であることは文理上明らかであり、法人の事業活動に係る損益の帰属について前記の理解を前提として、特定外国子会社等が外国の法人であることをも踏まえて特別の措置を定めた規定と解すべきであると考え。」と述べており、特定外国子会社等の事業活動に係る損益が当該特定外国子会社等に帰属することを明確に述べている。

また、I教授が提出した意見書（乙第40号証の2、以下「I教授意見書」という。）においても、「タックスヘイブン税制が実質所得者課税の原則（引用者注：上記の法人税法11条）の具体化であると」はいえないとされており（I教授意見書3頁）、特定外国子会社等が事業として行った活動に係る損益が、当該特定外国子会社等に帰属することは、措置法40条の4を適用する上での当然の前提とされている。

そこで、措置法40条の4は、どのような理論的根拠により、私法上、特定外国子会社等に帰属している所得を、別人格である株主の所得として課税しようとしているのかということが、当然に問題となる。そして、みなし配当説と擬制所得説は、この点についての考え方を示すものである（なお、かかる2つの見解の他にも、特定外国子会社等に帰属する所得が株主である居住者の所得とみなされるという考え方（上告受理申立人の見解であり、以下「みなし所得説」という。控訴理由書(1)14頁以下）があるが、みなし所得説とみなし配当説は、みなすため

の法形式が異なるのみであって本質は同じであるため⁴、以下では、敢えて「みなし配当説」と「擬制所得説」のみに絞って論じることとする。).

イ みなし配当説と擬制所得説の差異

措置法40条の4は、特定外国子会社等の事業に係る損益が私法上は当該特定外国子会社等に帰属することを前提に、税法の規定により、当該特定外国子会社等の未処分所得の額を基に計算した一定の額を、株主である居住者の「所得の金額の計算上、総収入金額に算入する」規定である⁵。

このような措置法40条の4の構造を前提とすると、同条の法的性質については、①私法上、特定外国子会社等に帰属している所得を、税法上、特定外国子会社等が株主に配当したという行為があったとみなして、株主の所得に課税する規定であると理解する考え方（みなし配当説）と、②特定外国子会社等の所得を基に算定した一定の計算上の金額を、株主の所得であると擬制して課税する規定であると理解する考え方（擬制所得説）があり得る。

（ア） みなし配当説について

みなし配当説は、措置法40条の4は、私法上、特定外国子会社等に所得が帰属していることを前提に、税法上、特定外国子会社等の所得が株主である居住者に配当されたとみなして課税する制度であるとする見解であり（金子宏『租税法』（第10版）430頁・添付資料1の14）、措置法40条の4の「収益とみなして」という規定を、「配当に該当する収益とみなして」と読む考え方である（I教授意見書7頁）。

この見解によれば、措置法40条の4は、私法上の法律関係（配当が行われていない状態）を税法上は無視し、通常用いられる法形式（配当が行われた状態）に引きなおして株主である居住者に課税するという、法人税法132条等と同様の租税回避否認規定として理解されることになる（なお、措置法40条の4は租税回避否認規定であると解するのが判例・通説である。第一審における上告受理申立人の平成20年2月15日付準備書面(2)30頁以下参照）。第一審判決も、措置法40条の4に関し、「・・・当該特定外国子会社等に留保された適用対象留保金額は、本来、株主にその利益移転が行われるべきものであり、実際に配当

⁴ みなし配当説は、子会社から株主への利益移転が通常配当によって行われるものであることから、子会社が配当を行ったものとみなす考え方である。他方、みなし所得説は、子会社が配当を行っていないという実態に即して、子会社の所得を直接株主の所得とみなす考え方である。いずれの考え方も、子会社に私法上帰属している所得を、税法上株主の所得とみなす点において共通しており、両者に本質的な違いはない。

⁵ 措置法40条の4を、課税上特定外国子会社等を組合と同様にパススルー型の組織とみなし、特定外国子会社等の資産及び負債、かつ収益及び費用を居住者である株主のものであるとみなす規定であるとの見解、及び、株主たる居住者の保有する株式を時価主義により課税する制度であるとの見解もありえなくはないが、これらの見解はいずれも措置法40条の4の文言と全く相容れず、採用できないことは明白である。さらに、パススルー課税又は時価課税であれば、収益又は評価益のみならず、費用又は評価損も株主たる居住者に帰属するものとして課税されなければならないところ、判例（最判平成19年9月28日（民集61巻6号2486頁））は、措置法66条の6の適用にあたり、特定外国子会社等の損失を親会社に帰属させることを認めていないのであり（なお、上記(2)アの古田補足意見参照）、措置法66条の6と同様の規定である措置法40条の4についてパススルー課税及び時価課税を採用していないことは明白である。なお、I教授意見書も、これらの見解を検討の対象とすらしていない。このことから、パススルー課税説及び時価課税説が措置法40条の4の解釈として採用できないことは明らかである。

等によって利益移転があったものとみなして課税することとしたものにほかならないと解される」と判示しており（第一審判決 21 頁）、当該判示部分は、明らかにみなし配当説を採用している。

そして、上記のとおり、みなし配当説は、私法上、特定外国子会社等に帰属する所得（本件ではシンガポール法人である A の所得）が、税法上、株主たる居住者に配当されたとみなす考え方であり、みなし配当説における課税対象は、私法上特定外国子会社等に帰属する所得そのものということになる。

そのため、みなし配当説に立った場合、本件では、シンガポール法人である A の「利得」（日星租税協定 7 条 1 項）への課税権の分配が問題となる。

（イ） 擬制所得説について

みなし配当説と同じく、特定外国子会社等に所得が帰属していることを前提としつつも、措置法 40 条の 4 は、税法上、株主である居住者について特定外国子会社等の留保所得に基づき計算した金額の所得が発生したと擬制して課税する制度であり、課税標準の計算上の基準として、特定外国子会社等の所得の額を用いているのみであると理解するのが擬制所得説である。

すなわち、擬制所得説は、私法上の所得の帰属とは無関係に、税法上、株主に所得が発生したと擬制する考え方である。換言すれば、特定外国子会社等に所得が帰属していることを前提としつつも、税法上は、それとは完全に切断された別の所得（計算上の金額）を株主について創出しようとする考え方ということになる。

この見解によれば、措置法 40 条の 4 は、みなし配当説のように私法上の法律関係（配当が行われていない状態）を税法上無視して通常用いられる法形式（配当が行われた状態）に引き直す租税回避否認規定とは全く異なる性質を有する規定であると理解されることになる（その意味で、措置法 40 条の 4 に関する判例・通説の理解とは異なる立場である。）。

擬制所得説に立った場合は、特定外国子会社等の所得と納税者である株主の所得が理論上分断される結果、特定外国子会社等の利得（所得）への課税について規定する日星租税協定 7 条 1 項との抵触関係を回避できることになる。

ウ まとめ

以上のとおり、みなし配当説と擬制所得説とは、全く異なる見解であって、「みなし」と「擬制」という用語から両説を混同してはならない。

そして、相手方は、措置法 40 条の 4 の趣旨について、「特定外国子会社等の課税対象留保金額相当額を株主である我が国の居住者の擬制所得ないし擬制配当として課税するものである」「原判決の（中略）の判示は、措置法 40 条の 4 が『みなし配当の規定』であるという趣旨まで含むものではないというべきである」（答弁書 4 頁。太字・傍点は上告受理申立人による。）と述べており、明らかに擬制所得説とみなし配当説を区別した上で、擬制所得説の考え方に立っている。また、上記 2 (1) に記載したとおり、原判決も、措置法 40 条の 4 について擬制所得説を採用して上告受理申立人の反論を退けている。

しかるに、相手方が主張し、原判決が上告受理申立人の主張を排斥するにあたり採用した擬制所得説は、次に述べるとおり、憲法 29 条 1 項及び 14 条 1 項に違反している。

(3) 擬制所得説は憲法29条1項及び14条1項に違反すること

擬制所得説によると、以下に述べるとおり、措置法40条の4は憲法29条1項及び14条1項に違反する規定であるという結論にならざるを得ず、措置法40条の4の解釈として擬制所得説に拠って立つことは許されない。

ア 所得の存在しないところに対して所得税を課すことは所得税の本質に反し、憲法29条1項及び14条1項に反すること

措置法40条の4は、所得税法の特例であり、あくまでも個人の所得に対する課税を定めるものであるから、所得課税の原則に従い、当然、納税者たる個人の所得に対して行われなければならない。

実際に、我が国の最高裁判例も、下記のとおり、所得のないところに所得税を課すことを厳格に禁止している。

① 最判昭和49年3月8日（民集28巻2号186頁）

「所得税は経済的な利得を対象とするものであるから、究極的には実現された収支によつてもたらされる所得について課税するのが基本原則であり、ただ、その課税に当たつて常に現実収入のときまで課税できないとしたのでは、納税者の恣意を許し、課税の公平を期しがたいので、徴税政策上の技術的見地から、収入すべき権利の確定したときをとらえて課税することとしたものであり、その意味において、権利確定主義なるものは、その権利について後に現実の支払があることを前提として、所得の帰属年度を決定するための基準であるにすぎない。換言すれば、権利確定主義のもとにおいて金銭債権の確定的発生の時期を基準として所得税を賦課徴収するのは、実質的には、いわば未必所得に対する租税の前納的性格を有するものであるから、その後において右の課税対象とされた債権が貸倒れによつて回収不能となるがごとき事態を生じた場合には、先の課税はその前提を失い、結果的に所得なきところに課税したものであるとして、当然にこれに対するなんらかの是正が要求されるものというべく、それは、所得税の賦課徴収につき権利確定主義をとることの反面としての要請であるといわなければならない。」としたうえで、「貸倒れによつて前記の意味の課税の前提が失われるに至つたにもかかわらず、なお、課税庁が右課税処分に基づいて徴収権を行使し、あるいは、既に徴収した税額をそのまま保有することができることは、所得税の本質に反するばかりでなく、事業所得を構成する債権の貸倒れの場合とその他の債権の貸倒れの場合との間にいわれなき救済措置の不均衡をもたらすものというべきであつて、法がかかる結果を是認しているものとはどうてい解されないのである。」（太字は上告受理申立人による。）と判示し、かつ、「このような場合には、課税庁による是正措置がなくとも、課税庁又は国は、納税者に対し、その貸倒れにかかる金額の限度においてもはや当該課税処分の効力を主張することができないものとなり、したがつて、右課税処分に基づいて租税を徴収しえないことはもちろん、既に徴収したものは、法律上の原因を欠く利得としてこれを納税者に返還すべきものと解するのが相当である。」と述べ、上告人による不当利得返還請求を認容した。

② 最判昭和48年4月26日（民集27巻3号629頁）

「課税処分につき当然無効の場合を認めるとしても、このような処分については、前記のように、出訴期間の制限を受けることなく、何時までも争うことができることとなるわけであるから、更正についての期間の制限等を考慮すれば、かかる例外の場合を肯定するについて慎重でなければならないことは当然であるが、一般に、課税処分が課税庁と被課税者との間にのみ存するもので、処分が存在を信頼する第三者の保護を考慮する必要のないこと等を勘案すれば、当該処分における内容上の過誤が課税要件の根幹についてのそれであつて、徴税行政の安定とその円滑な運営の要請を斟酌してもなお、不服申立期間の徒過による不可争的効果の発生を理由として被課税者に右処分による不利益を甘受させることが、著しく不当と認められるような例外的な事情のある場合には、前記の過誤による瑕疵は、当該処分を当然無効ならしめるものと解するのが相当である。」としたうえ、「これを本件についてみるに、上告人らは、前記のように、(一)(二)土地および(三)建物のいずれをも所有したことがなく、その真の譲渡人はAであり、したがつて、譲渡所得はほんらい同人に帰属し、上告人らについては全く発生していないのであるから、本件課税処分は、譲渡所得の全くないところにこれがあるものとしてなされた点において、課税要件の根幹についての重大な過誤をおかした瑕疵を帯有するものといわなければならない。」と判示し、かつ、「本件は、課税処分に対する通常の救済制度につき定められた不服申立期間の徒過による不可争的効果を理由として、なんら責むべき事情のない上告人らに前記処分による不利益を甘受させることが著しく不当と認められるような例外的事情のある場合に該当し、前記の過誤による瑕疵は、本件課税処分を当然無効ならしめるものと解するのが相当である。」(太字は上告受理申立人による。)と判示し、上告人による課税処分の無効確認請求を認容した。

③ 最判昭和60年3月27日(民集39巻2号247頁)における谷口補足意見

上記判決において、谷口裁判官は、補足意見として、「給与所得者について給与所得控除の額を明らかに超えて必要経費の存する場合を想定し、これに論及する必要があることは当然である。もっとも、この場合にも給与所得として計上されるべきものが存する以上、その所得者に対し名目上の給与額に応じて課税することも立法府の裁量の問題として処理すれば足りるという見解もあろう。しかし、私はこのような見解は到底採用し得ないものと考ええる。けだし、前述の如く必要経費の額が給与所得控除の額を明らかに超える場合は、その超過部分については、もはや所得の観念を容れないものと考えらるべきであつて、所得の存しないところに対し所得を課する結果となるのであり、およそ所得税賦課の基本理念に反することになるからである。そして、所得と観念し得ないものを対象として所得税を賦課徴収することは、それがいかに法律の規定をもつて定められ租税法律主義の形式をとるにせよ、そして、憲法14条1項の規定に違反するところがないにせよ、違憲の疑いを免れないものと考ええる。」(太字・傍点は上告受理申立人による。)と述べ、所得の存在しないところに所得税を課することは憲法違反となる旨明言している(なお、法廷意見にこの点の記載がないのは、当該事案が、所得の存在しないところに所得税を課したとは認められない事案であつたため、この点について直接判断を下す必要がなかったからに過ぎない。谷口裁判官の補足意見は、所得の存在しないところに所得税を課することが憲法違反であるか否かという点について、法廷意見の趣旨をまさに「補足」したものであり、法廷意見が拠って立つ立場を明らかにしたものである。)

このように、最高裁判例は、所得のないところに所得税が課された場合、当該課税処分は「課税要件の根幹についての重大な過誤をおかした瑕疵を帯有する」ものとし、かつ、「当該瑕疵は課税処分を当然無効ならしめる」としており、かつ、そのような課税は「所得税の本質」に反し、憲法違反となると判断しているのである。

上記最高裁判例から明らかなとおり、ある者が所得を得ていないのに所得税を課することは、その者の財産権を合理的理由なく侵害するものであって憲法29条1項に違反するものであり、また、所得を得ていない者のうち特定の者のみに対して所得税を課することは、両者の間に著しい不均衡を生ぜしめるものとして、合理的理由なき差別を禁じた憲法14条1項に違反するものである。

イ 擬制所得説は、「所得の存在しないところに対して所得税を課すこと」を認める見解であり、措置法40条の4の解釈として採用し得ないこと

上記(2)イ(イ)のとおり、擬制所得説は、特定外国子会社等に所得が帰属していることを前提としつつも、措置法40条の4を、税法上、特定外国子会社等に帰属している所得とは完全に切断された別の所得（計算上の金額）を株主について創出する規定として理解する考え方である。

このように、擬制所得説は、まさに、所得が存在しない場合にも課税を認める考え方であって、憲法の禁止する「所得なきところに課税する」ことを認める解釈に他ならない（著名な租税法学者であるL教授の第3意見書（甲第99号証、以下「L教授第3意見書」という。）10～11頁）。

したがって、擬制所得説に立つて措置法40条の4を理解することは、措置法40条の4を憲法に違反する規定であると主張するものであり、擬制所得説がおおよそ採用し得ない見解であることは、否定の余地がない（現に、相手方から意見書作成の依頼を受けたI教授の他に、措置法40条の4の解釈として擬制所得説を積極的に主張する租税法学者は存在しない。）。

ウ 特定外国子会社等に所得が存在すること（所得の裏付けがあること）は、擬制所得説を正当化する根拠となり得ないこと

このように、措置法40条の4の法的性質について擬制所得説を採るべきとする相手方の見解（及びI教授意見書の見解（下記(4)参照））は、所得の存在しないところに措置法40条の4による課税を行うことを認める考え方なのであり、そのような考え方を採用することは絶対にできない。

なお、この点についての相手方の反論として、単なる計算上の金額に対する課税であったとしても、実際に特定外国子会社等に所得が帰属している場合であれば、計算上の金額には「所得の裏付け」があるのであるから、なお憲法に違反しないとの反論が考えられないわけではない。

しかし、そもそも株主たる居住者は、特定外国子会社等から独立した人格を有する、別個の損益の帰属主体なのであり、別法人である特定外国子会社等の所得の裏付けがあるから株主たる居住者に対して課税することが許されとの見解は到底採り得ない。また、単なる計算上の金額は、どのような理由があろうとも「所得」と観念することはできない。「所得と観念し得

ないもの」に課税することは、それがいかに法律の規定をもって定められ租税法律主義の形式をとるにせよ、憲法に違反するといわざるを得ない。かかる反論はおよそ合理的な反論となり得るものではなく、日星租税協定との抵触を回避するための詭弁以外の何ものでもない。

また、仮に単なる計算上の数字を超えて、私法上特定外国子会社等に帰属している所得に課税の根拠を求めるのであれば、このような「所得の裏付けを理由とする擬制所得説」は、もはや擬制所得説ではなく、みなし配当説そのものである⁶。

よって、措置法40条の4を擬制所得説に立って理解することはできず、同条に基づく課税が憲法上許されるというためには、同条は、私法上、特定外国子会社等に帰属している所得を、税法上、株主である居住者に配当されたとみなす規定であると理解する考え方（みなし配当説）に立つほかない。

(4) I教授意見書における措置法40条の4の解釈について

以上のとおり、相手方が主張し、原判決が上告受理申立人の反論を排斥するにあたり採用した擬制所得説は誤りであり、そもそも措置法40条の4の法的性質として擬制所得説に立つことはできないのであるが、相手方の主張及び原判決の判断は、第一審で提出されたI教授意見書（乙第40号証の2）に依拠するものと考えられる。

そこで、念のため、以下において、相手方及び原判決が依拠するI教授意見書の誤りを指摘する。

ア I教授意見書にいう「擬制所得加算説」及び「擬制配当課税説」について

I教授意見書は、措置法40条の4の法的性質について、「擬制所得加算説」及び「擬制配当課税説」と題する見解をあげ、この2つの見解が同条の制度趣旨・目的と合致すると説明している（9頁）。

しかるに、I教授意見書において述べられる「擬制所得加算説」とは、擬制所得説にほかならず、同じく「擬制配当課税説」とは、みなし配当説にほかならない。

すなわち、I教授意見書によれば、「擬制所得加算説」とは、「わが国の制度が、タックス・ヘイブン子会社の課税対象留保金額に相当する金額をわが国の親会社の収益として擬制し、それに対して課税する制度であると理解する考え方」であり（6頁）、「擬制配当課税説」とは、「わが国のタックス・ヘイブン対策税制が、課税対象留保金額相当額がタックス・ヘイブン子会社からわが国の親会社に配当されたものとみなして課税する制度であると理解する考え方」である（7頁。なお、傍点はいずれも上告受理申立人による。）とされている。

このように、I教授意見書にいう「擬制所得加算説」と「擬制配当課税説」とは、同じく「擬制」という用語を使用しているものの、その内容は全く異なるものなのである。I教授意見書の内容を検討するに当たっては、同意見書が「擬制」という同一の用語を使用していることに惑わされることなく、この点を正確に理解する必要がある。

そして、I教授は、タックス・ヘイブン対策税制の立法以来、長年にわたってみなし配当説（I教授意見書にいう「擬制配当課税説」）の立場を維持してきたところ（下記イ）、平成18年になってはじめて擬制所得説（I教授意見書にいう「擬制所得加算説」）に改説するに至ったという経緯がある（下記ウ）。以下に述べるとおり、これは、I教授が従前維持してきたみ

⁶ 「みなし配当説」を「所得の裏付けを理由とする擬制所得説」と言い換えるだけで、日星租税協定7条1項との抵触を回避できるのだとすれば、それほど不合理なことではない。

なし配当説に拠って立つ限り、措置法40条の4が日星租税協定に抵触することを否定し得ないことに、I教授自身が気付いたからにはほかならない。

イ I教授が、長年にわたってみなし配当説を維持してきたこと

いうまでもなく、I教授は、租税法の分野において、数々の卓越した業績を積み重ねてきた我が国における租税法研究の第一人者というべき存在であり、また、租税立法に対しても大きな影響を有しているのであって、タックス・ヘイブン対策税制の導入にあたっては、税制調査委員会の委員として積極的に意見を述べている（I教授意見書4頁）。また、I教授の著書である『租税法』は、昭和51年5月30日に初版が発行されて以降、第14版まで版を重ねており、我が国における租税法研究の最高峰であり、かつスタンダード・テキストとして位置付けられるものである。

上記『租税法』において、タックス・ヘイブン対策税制の法的性質についての記載が初めて盛り込まれたのは、昭和63年に発行された第2版においてである（I『租税法』（第2版）287頁・添付資料1の2）⁷。同文献において、タックス・ヘイブン対策税制の法的性質について、以下のとおり説明がなされている。

「この制度（引用者注：タックス・ヘイブン対策税制）は、（中略）特定外国子会社と呼んだうえで、その留保所得（法令上は「適用対象留保金額」と呼ばれている）のうち、わが国の居住者または内国法人である株主の持株数に対応する部分をそれらの者の所得ないし益金に算入して、わが国の所得税・法人税の課税の対象とすることとしている。要するに、この制度の骨子と目的は、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され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。」（傍点・太字は上告受理申立人による。）

そして、タックス・ヘイブン対策税制の法的性質についての上記説明は、平成4年に行われた軽課税国の定義の変更後も変更されることなく、18年近くにわたって維持されてきた（添付資料1の3から添付資料1の14（I『租税法』（第3版292頁～293頁、第4版298頁、第5版314頁、第6版322頁、第6版補正版322頁、第7版342頁、第7版補正版342頁、第8版368頁～369頁、第8版増補版368頁～369頁、第9版417頁～418頁、第9版増補版417頁～418頁及び第10版430頁～431頁））。

このように、タックス・ヘイブン対策税制の導入にあたり、税制調査委員会の委員として積極的に意見を述べ、タックス・ヘイブン対策税制の生みの親とでもいうべきI教授が、タックス・ヘイブン対策税制の法的性質について論じ始めた当初から、18年近くの長きにわたり、①タックス・ヘイブン対策税制は、特定外国子会社の留保所得を、わが国の所得税・法人税の課税の対象とすることとしている旨及び②タックス・ヘイブン対策税制の「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」することにある旨の説明を一貫して行ってきたのである。

⁷ 「上記『租税法』に、タックス・ヘイブン対策税制に関する記載が初めて盛り込まれたのは、昭和56年に発行された初版補正版（添付資料1の1）においてであるが、当該補正版においては、タックス・ヘイブン対策税制が我が国において導入された旨が記載されているにとどまり、タックス・ヘイブン対策税制の法的性質についての記載は見受けられない。

この点については、I 教授自身も、I 教授意見書の中で、「擬制配当課税説」を、「筆者がかねてとってきた考え方である。」と紹介しているところである（I 教授意見書 7 頁）。

ウ I 教授がみなし配当説から擬制所得説に改説したこと

I 教授は、平成 18 年 4 月 15 日に発行された『租税法』の第 11 版において、②の部分につき、タックス・ヘイブン対策税制の「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」することにあるとして、擬制所得説に改説するに至った（I『租税法』（第 11 版）444 頁～445 頁、添付資料 1 の 15）。

I 教授は、『租税法』においても、I 教授意見書のなかでも、みなし配当説から擬制所得説に改説した理由を一切説明していないが、みなし配当説に拠って立つ限り、措置法 40 条の 4 が日星租税協定に抵触することを否定し得ないことを認識したからであることは容易に推察される。

すなわち、I 教授が改説した時期（平成 18 年 4 月 15 日）は、本件と同様にタックス・ヘイブン対策税制が日星租税協定 7 条 1 項に違反するかどうかが争点となった J 株式会社を原告とする訴訟（東京地方裁判所平成●●年（○ ○）第● ●号法人税更正処分取消等請求事件）において、I 教授が被告である国からの依頼を受けて乙第 40 号証の 2 と同内容の意見書を作成した時期（平成 18 年 2 月 7 日）の直後である。

そして、このように、I 教授が、長年にわたり主張してきたみなし配当説から、特に理由を述べることなく擬制所得説に改説したのは、まさに、上記訴訟事件に対する意見書の提出を依頼された I 教授が、従前のみなし配当説からは、措置法 40 条の 4 が日星租税協定に抵触しない旨の意見を述べることができず、その結果、擬制所得説に改説せざるを得なかったからにほかならない。

なお、この I 教授の改説の経緯は、まさに本件の第一審判決から原判決への変遷と重なり合っている。すなわち、第一審判決は、上記(2)イ(ア)で述べたように、I 教授が従前採用していた見解であるみなし配当説を採用していた。しかし、原判決は、みなし配当説は日星租税協定に違反するとの上告受理申立人の主張に反論できず、最終的に擬制所得説を採用して上告受理申立人の反論を排斥したのである。この経過は、I 教授が、上記訴訟事件を受けて、18 年近く of 長きにわたり採用してきたみなし配当説を改め擬制所得説を採用するに至った経過と全く同様である。

エ 「擬制配当課税説」は「擬制所得加算説」の一種ではないこと

なお、I 教授意見書にいう「擬制配当課税説」はみなし配当説であり、同じく「擬制所得加算説」は擬制所得説に該当するものであって、両者は全く異なる見解であり、I 教授が措置法 40 条の 4 の法的性質に関する主張を大きく転換していることは自明である。

しかるに、I 教授意見書は、「擬制配当課税説」について、「擬制所得加算説に類する見解」、「擬制所得加算説の一種」（7 頁）、あるいは、「擬制所得加算説の一つのバリエーション」（9 頁）などと述べるが、この 2 つの見解で類似しているのは、単に I 教授自身が名付けた「擬制」というネーミングのみであり、上記(2)及びアのとおり、その内容は法的におよそ異なるものであって、互いに類する見解でもなければ同種の見解でもないのである。

オ まとめ

以上のとおり、I教授がみなし配当説から擬制所得説に改説した事実は、みなし配当説による限り、措置法40条の4が日星租税協定に抵触することを否定し得ないことを如実に示すものである。また、I教授の改説の経緯と同様に、みなし配当説をとる第一審判決から擬制所得説をとる原判決への変遷も、みなし配当説の下では、やはり措置法40条の4が日星租税協定に抵触することを否定し得ないことを示している。

そして、擬制所得説による限り、措置法40条の4は憲法違反の規定であると解するほかないことは、上記(3)のとおりである。結局のところ、I教授意見書が措置法40条の4の「制度の趣旨・目的と合致し、また、その構造にも適合的である」(9頁)と評価する、擬制所得説(I教授意見書にいう「擬制所得加算説」)に立って措置法40条の4を理解する限り、同条は憲法違反の規定になるのである。

(5) 小括

上記のとおり、措置法40条の4の法的性質は、みなし配当説又は擬制所得説のいずれかであるが、擬制所得説は憲法29条1項及び14条1項に違反する解釈であり採用できない。措置法40条の4が、擬制された配当の支払に対して課税する規定であるとする原判決の判断は、擬制所得説に立脚するものであり、憲法29条1項及び14条1項に違反し、法令解釈に関する重大な誤りを含むものである。よって、原判決は直ちに破棄されなければならない。

措置法40条の4の法的性質はみなし配当説と解するほかなく、措置法40条の4は、私法上特定外国子会社等に帰属する所得に対して課税する規定であると解するほかないのである。

3 本件処分は、日星租税協定7条1項に違反するとともに、法令解釈に関する重要な誤りを含むこと(上告受理申立理由1-2)

(1) はじめに

上記2のとおり、原判決の措置法40条の4の解釈は、擬制所得説を採用している限りにおいて、憲法29条1項及び14条1項に違反し、法令解釈に関する重大な誤りを含むものである。したがって、憲法29条1項及び14条1項と整合するように解釈すれば、原判決はみなし配当説を採用していると考えざるを得ない。

そして、上記2(2)イにて措置法40条の4の法的性質について詳細に説明したことからも明らかなおとおり、本件の最大の争点は、措置法40条の4についてみなし配当説を採用した場合に、「かかるみなし配当に対する課税は、未だ配当がなされていないシンガポール企業の留保所得に対して課税するものとして、日星租税協定7条に違反しないか」という点なのである(下記(2))。

すなわち、憲法98条2項により、日星租税協定は措置法40条の4に優越するので、措置法40条の4に基づく課税が日星租税協定に違反する場合には、かかる課税は憲法98条2項に違反することとなる。そして、日星租税協定は、日本が、日本に恒久的施設のないシンガポール法人の「企業の利得」に課税することを例外なく禁止していることは明白である。

上記のとおり、措置法40条の4は私法上特定外国子会社等(シンガポール法人)に帰属する「企業の利得」に対して課税する規定であると解するほかない以上、措置法40条の4に基づく本件処分は、日星租税協定7条1項が禁止する、シンガポール法人の「企業の利得」に対する課

税であると解さざるを得ないのであって、本件処分は日星租税協定7条1項及び憲法98条2項に違反するのである（下記(3)）。

以下詳述する。

(2) 問題の所在

憲法98条2項により、我が国の国会において承認された条約の規定が国内法の規定に優先することに争いはない（上告受理申立人の第一審における準備書面(1)16頁及び控訴理由書(1)13～14頁）。そこで、国内法に基づく課税処分は、国内法に適合していなければならないことはもちろん、当然に国内法に優越する租税条約にも適合していなければならない⁸。

したがって、措置法40条の4が日星租税協定に違反する場合、措置法40条の4に基づく課税処分は、国内法に対する条約の優先を定めた憲法98条2項に違反することとなるのであり、そうである以上、措置法40条の4が日星租税協定に反しないかが検討されなければならないのである。

措置法40条の4に基づく課税が違法か否かを判断するにあたっては、日星租税協定7条1項の解釈を避けて通ることは絶対に許されないとともに、条約の解釈は、条約法条約に基づいて解釈されなければならない。かかる条約解釈の正当性は、これまで繰り返し上告受理申立人が主張してきたとおりである（第一審における上告受理申立人の準備書面(1)19～21頁並びに同準備書面(2)5及び6頁）。

そして、上記2で詳述したとおり、措置法40条の4は、私法上特定外国子会社等に帰属している所得を、税法上配当されたものとみなして課税する規定である。

よって、問題は、条約法条約に従って日星租税協定7条1項を解釈した場合に、私法上シンガポール法人に帰属している所得を国内税法によって株主である居住者の所得であるとして課税することが、日星租税協定上許容されるかどうかという点であり、下記(3)に述べるとおり、私法上シンガポール法人に帰属している所得を国内税法によって居住者の所得であるとして課税することは日星租税協定に抵触する。

(3) 日星租税協定7条1項は、日本に恒久的施設のないシンガポール法人の「企業の利得」に日本が課税することを禁止していること

日星租税協定7条1項は、次のように定めている。

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、

⁸ 例えば、アメリカ法人が内国法人の株式を譲渡した場合、国内税法上、一定の要件を満たせば、日本はアメリカ法人に対して株式譲渡益に課税できるとの定めがある（法人税法141条4号イ、法人税法施行令187条1項3号ロ、同条6項）。しかし、日米租税条約によれば、株式の譲渡益に関しては、居住地国のみが課税できるとされており（日米租税条約13条7項）、源泉地国である日本はアメリカ法人に課税することを禁止されている。仮に日本が国内税法の規定により当該アメリカ法人に課税すれば、租税条約に違反して憲法98条2項に反する課税処分として取り消されるのである。このことは、租税条約実施特例法4条2項が条約の定めを優先的に適用していることから明らかである。

当該他方の締約国において租税を課することができる。

条約法条約によれば、条約は、用語の通常の意味に従い、即ち、条約の文言の通常の意味内容に即して、客観的に解釈しなければならない。日星租税協定7条1項において、「租税を課することができる」という文言の対象が「一方の締約国の企業の利得に対して」であることは明瞭であり、その文言上、同規定は、「企業の利得」に対する課税を規律した規定であることは一目瞭然である（第一審における上告受理申立人の準備書面(1)19頁ないし21頁及び同準備書面(2)8頁）。

この日星租税協定7条1項は、一方の締約国の企業の利得について、当該一方の締約国のみが課税することができ、他方の締約国は、当該企業が当該他方の締約国内にある恒久的施設を通じて事業を行わない限り課税することができないとすることで、我が国とシンガポールの間における企業の利得についての課税権限の分配を規定したものである。すなわち、日星租税協定7条1項は、日本に恒久的施設のないシンガポール法人の「企業の利得」についてシンガポールにのみ課税権を分配しており、日本による課税権の行使を認めていないのである（第一審における上告受理申立人の準備書面(1)17～19頁及び同準備書面(2)7～9頁）。

したがって、条約法条約に従って日星租税協定7条1項を解釈すれば、同条項は、日本が、日本国内に恒久的施設のないシンガポール法人の「企業の利得」に課税することを禁止していると解するほかない。

そして、控訴理由書(1)において上告受理申立人が詳細に述べたとおり、日星租税協定7条1項の例外は、日星租税協定それ自体に例外を認める規定がない限り認められないが、日星租税協定上、みなし配当に対する課税を同協定の定める課税権の分配の例外として定める条項は一切存在しない（控訴理由書(1)7頁以下）。

そして、上記2で詳述したとおり、措置法40条の4の課税対象は、私法上特定外国子会社等に帰属する所得であり、私法上特定外国子会社等に帰属する所得は日星租税協定7条1項にいう「企業の利得」であるから、措置法40条の4に基づく本件処分は日星租税協定7条1項に違反すると解さざるを得ない。

なお、念の為付言すると、我が国は、租税条約を締結していない国及び租税条約上我が国がタックス・ヘイブン対策税制を適用することができると定められている国との間では、依然として措置法40条の4を適用して課税することができるのであり、それらの国との間では租税回避の防止という目的を達成することができる。例えば、日本は、典型的なタックス・ヘイブン国として挙げられるケイマン諸島と租税条約を締結していないため、ケイマン諸島に所在する法人に関して措置法40条の4を適用することはなんら問題がない。また、ルクセンブルクとの租税条約においては、持株法人⁹に対する条約の適用排除を定めており（日ルクセンブルク租税条約25条）、持株法人に対して措置法40条の4を適用することが可能である（L教授第3意見書（甲第99号証）15～16頁及び著名な国際法学者であるK教授の第2意見書（甲第62号証、以下「K教授第2意見書」という。）6～7頁参照）。

一方、本件で問題となったシンガポールのように、わが国との間に租税条約が存在し、かつ、

⁹ 持株法人とは、ブラックリスト方式が廃止される以前のタックス・ヘイブン対策税制における「ルクセンブルグの税に関する法令に定めるホールディング・カンパニー」に相当する（第一審における上告受理申立人の準備書面(2)36～38頁参照）。

租税条約において日ルクセンブルク租税条約第25条のような規定もない場合は、条約が国内法に優越する以上、我が国の株主に対して措置法40条の4の基づく課税をすることができないのは当然のことであり、現に有効に存在する条約に違反した課税を国内法により行うことが正当化されるものではない¹⁰。

(4) 本件処分が日星租税協定に違反しないとの反論はいずれも誤りであること

ア 措置法40条の4により配当が行われたとみなしたとしても、日星租税協定上配当が行われたとみなされることにはならないこと

みなし配当説によれば、措置法40条の4は税法上我が国の居住者が得たとみなされる配当に対して課税する規定であると解することになる。この点をとらえて、我が国が、我が国の居住者の所得（税法上得たとみなされる配当）に対して課税することについては、日星租税協定上なんらの制約もなく、措置法40条の4と日星租税協定が抵触することはない、との主張も考えられる。みなし配当説を採用した第一審判決は、「措置法40条の4は、本来、特定外国子会社等から我が国に居住する株主に利益移転がなされるのが当然であると解される場合であるにもかかわらず、それがされていないときに、本来あるべき利益移転が実際にあったものとみなして、そのあるべき利益移転によって株主である我が国の居住者が得たとみなされる所得に対して課税するものであって、これが、シンガポール法人が事業等によって得た利得、すなわち「企業の利得」に対して課税するものではないことは明らかであり、「企業の利得」についての課税権限の分配について定めた日星租税協定7条1項に反するものではないと解すべきである」と判示しており（第一審判決21頁）、このような見解を採用しているものと思われる（なお、原判決も一般論としては同様の見解を採用している（原判決4～5頁）。）。

しかし、上記2で述べたとおり、措置法40条の4の課税対象は、私法上、特定外国子会社等に帰属する所得である。シンガポール法人である特定外国子会社等に私法上帰属する所得が、日星租税協定7条1項にいうシンガポールの「企業の利得」に該当することは疑いの余地がない（相手方もこの点については争っていない。）。このように日星租税協定7条1項にいう「企業の利得」に該当する所得を、条約に劣後する国内税法によって配当とみなして課税することが、日星租税協定に違反しないかが問題なのである。

そして、日星租税協定は、憲法98条2項より、国内税法である措置法40条の4に優越するのであるから、措置法40条の4により税法上配当が行われたとみなしても、私法上特定外国子会社等に帰属する所得が日星租税協定7条1項にいう「企業の利得」でなくなることはない。換言すれば、条約に劣後する国内法によって配当が行われたとみなしても、日星租税協定上配当が行われたとみなされることはないのである。かかる理は、条約法条約に従った正しい解釈から得られる当然の帰結である（控訴理由書(1)2頁以下）。

第一審判決のように、国内税法によって株主たる居住者の所得としてみなしさえすれば、当

¹⁰ なお、シンガポールのように、租税条約締結以後に法人税の実効税率が25%を下回った場合には、措置法40条の4を適用するために、租税条約においてタックス・ヘイブン対策税制の適用を留保すればよいのであって、留保に合意できない場合には、租税条約の効力を終了させればよいのである（租税条約の効力を終了させれば、当然条約違反の問題は生じなくなるため、シンガポール法人に対しても措置法40条の4を適用できることになる（K教授第2意見書（甲第62号証6～7頁）、L教授の第2意見書（甲第61号証20頁、以下「L教授第2意見書」という。）及び権威ある国際租税法学者であるO及びPの見解（上告受理申立人代理人M報告書・甲第91号証6～10頁））。

然に日星租税協定7条1項にいう「企業の利得」にあたらなくなると解することは、国内法に対する条約の優先的効力を定めた憲法98条2項に反するのである。

したがって、措置法40条の4に基づく本件処分は、私法上特定外国子会社等に帰属する所得に対する課税、すなわちシンガポール法人の「企業の利得」に対する課税であり、日星租税協定7条1項に違反すると解さざるを得ない。

この点について、国際租税法の権威であるL・Q大学教授は、「タックスヘイブン対策税制は居住者（内国法人）の所得に対する課税制度であり、進出先国における源泉地課税を制限することを主たる目的とする租税条約は無関係であるとの主張がなされることがあるが、そのような考え方は、そもそもの出発点において誤っている。問題は、タックスヘイブン対策税制が、直接に、外国子会社の所得に対して課税する制度であるか否かという点にあるのではなく、子会社の所得がタックスヘイブン対策税制適用の結果として株主のものとなされ、株主において課税されるという点が、日星租税条約7条1項を潜脱するのではないかという点にあるのである。」と明快に指摘しているところである（L教授第3意見書（甲第99号証）14頁）。

以上のとおり、国内税法上のみなし規定により、日星租税協定による課税権限の分配を回避して課税することはできないのであり、第一審判決の前記判示は採用し得ない。

イ 措置法40条の4が租税回避行為の否認を目的とする規定であることを根拠とする反論には全く根拠がないこと

なお、措置法40条の4は租税回避行為を防止する目的の規定であり、租税回避行為の防止という目的に照らして合理性を有する規定であるから、措置法40条の4による課税は日星租税協定に違反しないとする見解もありうる。東京地判平成19年3月29日（乙第27号証）は、措置法40条の4に関して、「租税回避行為に対応するためのタックスヘイブン税制として、海外子会社の所得の一部又は全部を内国法人の利益とみなして課税することは、その内容が合理的なものである限り、日星租税条約に違反するものではないというべきである」と判示しており、上記の見解を採用している（乙第27号証45頁）。

しかし、上記(3)のとおり、日星租税協定には、同協定7条1項の例外は規定されておらず、同条に例外は認められない。

加えて、租税回避を防止するという目的は、日星租税協定の目的ではない。日星租税協定の序文には脱税の防止が租税協定の目的として掲げられているが、「脱税」と「租税回避」は全く異なる概念であって（K教授の第3意見書（甲第98号証、以下「K教授第3意見書」という。）9頁）、条約法条約に従って日星租税協定を解釈する限り、租税回避の防止が日星租税協定の目的であるということとはできない（控訴理由書(1)12頁）。

したがって、条約法条約に従って日星租税協定を解釈する限り、措置法40条の4の目的が租税回避の防止であることは、何ら措置法40条の4による課税が日星租税協定7条1項に違反しない理由とはならないのであって、措置法40条の4の内容がたとえ租税回避防止という目的から合理的であるとしても、そのことは何ら日星租税協定違反を正当化するものではない。

このことは、課税権を分配されたシンガポールの立場から考えると当然の帰結である。シンガポールとしては、全くあずかり知らぬ日本の国内税法によって、日星租税協定の目的でもない租税回避防止という観点から合理的であることを理由として、日星租税協定で分配された課税権（シンガポール法人の「企業の利得」にはシンガポールのみが課税できる権限を有するこ

と)を一方的に侵害されることになる。このように、租税回避防止目的から合理的であることをもって措置法40条の4が日星租税協定に違反しないとの見解は、条約の相手国であるシンガポールの利益を全く看過した議論であって、条約法条約に従った正しい解釈及び課税権限の分配という条約の基礎的な考え方を全く理解していないといわざるを得ない(K教授第3意見書(甲第98号証)8~10頁)

ウ 日星租税協定7条1項の解釈として、法的二重課税説は採りえないこと

(ア) I教授意見書の見解は、日星租税協定が定める課税権限の分配を、国内法により容易に潜脱することを許すものであること

I教授意見書は、日星租税協定7条1項は法的二重課税のみを禁止する規定であるため、措置法40条の4は日星租税協定7条1項に違反しないと説明している(10頁以下)、念のため、かかる説明の誤りについても指摘しておく¹¹。

I教授意見書によれば、「法的二重課税」とは、「ふたつの国が同一の納税者に対して、同じ課税期間の同一所得に対して課税すること」とされており、納税者が異なりさえすれば、同一期間における同一の「所得」(経済的利得)に対して二つの国が課税を行っても、日星租税協定7条1項違反の問題は一切生じ得ないということになる。すなわち、I教授意見書の見解は、「所得」(経済的利得)に着目しているように見えて、実は「納税者」のみに着目した見解なのである。

しかし、I教授意見書の上記見解が誤りであることは、第一審における上告受理申立人の準備書面(3)の5~11頁において詳述したとおりである。問題とすべきは、あくまでも日星租税協定の条文自体であり(その具体的内容は上記(3)記載のとおり)、日星租税協定の具体的な条文に存在しない用語を勝手に補充して解釈することは到底許されないのであり、「法的二重課税」か「経済的二重課税」かという問いを立てること自体が、条約の解釈手法として誤っている。

I教授意見書に従えば、シンガポール子会社の所得を、我が国の国内法により株主の所得とみなす(又は擬制する)ことにより、我が国が無制限に課税したとしても、株主が納税者である限り、日星租税協定上は何らの問題も生じないということになる。すなわち、我が国の国内法により、シンガポール子会社の所得を例外なく株主の所得とみなす(又は擬制する)としても、日星租税協定には全く違反しないという結論が、当然に導かれることになる。

しかし、このようなI教授意見書の見解は、日星租税協定が定めた課税権限の分配を、国内法によって、いともたやすく「骨抜き」にすることを認める見解にほかならない。

この点については、I教授意見書も自認するとおり、「わが国では、条約と国内法との関係について、日本国憲法の解釈として、条約優位説が採られてきた」のであり、「条約優位説は公定解釈であり、また通説でもある」のであって(乙40号証の2・10頁)、国内法により条約を「骨抜き」にすることが許されないことはいうまでもない。上記東京地判平成19年3月29日(乙第27号証)も、「・・・誰に対して課税をするのかという観点を形式的に適用する論理は、日星租税条約(原文ママ)の潜脱を容易に許してしまうおそれがあるものであって(措置法66条の6が日星租税条約に違反することを否定し、その意味にお

¹¹ 原判決が日星租税協定7条1項について法的二重課税説を採用しているにもかかわらず、法的二重課税説が正当である理由を全く示していないことについては、脚注2を参照。

いて被告の主張に沿う意見を展開しているN助教授も、その意見書（省略）において、条約潜脱のおそれがありうることを認めているところである。）、そのまま採用することは困難である。」と正しく指摘している（44頁）。

実質的にも、I教授意見書によれば、我が国の居住者が出資したシンガポール法人がたとえ実体のある経済活動を行っていたとしても、その利益を内部留保することを事実上認めず、全て配当として社外流出させることを強制するような国内法を制定することも可能となってしまう。かかる帰結は、シンガポールの「企業の利得」への我が国とシンガポールの間の適正な課税権限の分配を規律しようとする日星租税協定7条1項と相容れないことは明らかである。

（イ） 本件でOECDモデル租税条約7条コメンタリー10.1の見解に依拠することは許されないこと

また、I教授意見書は、自説の根拠としてOECDモデル租税条約7条コメンタリー10.1（「一方の国によって自国の居住者に対してこのように課される租税は、他方の締約国の企業の利得を減少させず、それ故、当該利得に対して課せられたとはいいい得ない。」と述べる。）を引用するが、かかる説明は、課税主体の違いのみに着目して日星租税協定7条1項を解釈しようとする法的二重課税説（脚注2参照）の単なる言い換えに過ぎない。条約法条約に従って日星租税協定7条1項を解釈すれば、上記(3)のとおり、その文言上、同規定は、「企業」に対する課税ではなく、「利得」に対する課税を規律した規定であることは明白である以上、このような課税主体の違いに着目する見解は日星租税協定に関してはおよそ採り得ない。また、仮にこのような論理がまかり通ることになれば、国内税法により自国の居住者に対して課税するという形式をとりさえすれば、海外子会社が海外において獲得した所得に対する課税が無制限に可能となり、日星租税協定7条1項を実質的に無意味にする結果となる。条約法条約に従って日星租税協定7条1項を解釈する限り、そもそもかかるコメンタリーの見解に依拠することはできないのであるが、その点においても、かかる見解は条約を骨抜きにするものであり、絶対に許されない。このことは、上記東京地裁判決の判示からも明らかである（第一審における上告受理申立人の準備書面(2)13頁以下及び同準備書面(3)12頁以下）。

以上のとおり、I教授意見書が展開する日星租税協定7条1項の解釈は、同条項の解釈についてコメンタリーを引用する部分を含めて誤りであり、本件処分が日星租税協定に違反しないことの根拠となるものではない。そして、I教授自身も、このことを理解したが故に、長年にわたり維持してきたみなし配当説を捨て去り、擬制所得説へと改説するに至ったのである（上記2(4)参照）。

4 結語

以下の表は、上記で述べた措置法40条の4の解釈と、憲法及び日星租税協定7条1項の関係を整理したものである（上記2(2)アのとおり、措置法40条の4の解釈としては、擬制所得説とみなし配当説以外に、みなし所得説が存在するが、みなし所得説はみなし配当説と本質は同じであるため、みなし配当説と同様に整理することが可能である。）。

抵触関係が問題となる対象 措置法40条の4の解釈	憲法に違反するか？	日星租税協定7条1項に違反するか？	
		日星租税協定7条1項が禁止する対象は	
		法的二重課税に限定されない	法的二重課税に限定される
擬制所得説	違反する	違反しない	違反しない
みなし配当説	違反しない	違反する	違反しない

措置法40条の4を憲法と整合的に解釈しようとする限り、擬制所得説を採用することはできず、また、日星租税協定7条1項が法的二重課税のみを禁止する規定であると解することはできないことは、上述のとおりである。よって、表における網掛け部分は解釈論として誤りであり、下線を引いた部分のみが解釈論として採りうることになる。

上記の表が示すとおり、原判決の措置法40条の4の解釈（擬制所得説）は憲法29条1項及び14条1項に反するものであり、また、原判決の日星租税協定7条1項の解釈（法的二重課税説）は誤りであって、原判決の解釈は、法令解釈に関する重要な誤りを含むものであるから、原判決は直ちに破棄されるべきである。

また、みなし配当説によれば、措置法40条の4は日星租税協定7条1項に違反するとともに、法令解釈に関する重要な誤りを含むのであるから、措置法40条の4に基づく本件処分は、直ちに取消されるべきである。

第三 Aが措置法第40条の4第3項に定める適用除外要件のうち非持株会社等基準を充足しないとした原判決には、同条項の解釈について重大な誤りがあること（上告受理申立理由2）

1 原判決の判示

原判決は、「原判決（引用者注：第一審判決のことを指す。以下同じ。）は…、A社が平成13年事業年度（…）において鋼管の卸売、金銭の貸付け及び株式の保有という複数の事業を行っていたことを認定した上で…、平成13事業年度において、A社の株式の売却は平成13年12月18日に行われたC社の株式75万株のF社への売却のみであり、これに対して、A社の鋼管の卸売は7件（…）であるが、A社の収入金額（…）においては、株式の保有に関するものが99.55パーセントを占め、所得金額（差引利益）（…）においても、株式の保有に関するものが99.79パーセント（…）を占めていたこと、A社の保有資産は約83億6999万8510円であるが、このうち株式の保有による資産（C社の株式の売却代金を原資とする定期預金及びD社の株式等の合計）は95.36パーセントであること、A社は、平成13年事業年度の決算書において、自社の主な事業活動は持株会社としての業務であることを自認していること、A社においては、平成13年事業年度当初はシンガポールの現地事務所に現地取締役1名と従業員1名が勤務していたが、同年3月に従業員が退職し、現地取締役も同年7月に退職したため、同年7月24日、シンガポールの現地事務所を閉鎖し、鋼管の卸売事業をD社に移管し、その後は鋼管の卸売の実績は存しないこと、これに対して、A社は、平成13年12月18日の売却時までC社の株式を保有し、また、D社の株式を平成13年事業年度も継続して保有していたこと、等の事実を認め、これら事実によって、A社の平成13年事業年度における主たる事業を株式の保有と認めたものであって、原判決の上記認定・判断に誤りはないというべきである。」と判示する。

また、原判決は、「特定外国子会社等が複数の事業を営む場合においてそのいずれが『主たる事業』であるかについての判定は、措置法40条の4第3項の…文言からも明らかなように、事業年

度ごとに行われることが当然に予定されているものというべきである」とした上で、「A社の設立時である平成8年事業年度からその後の平成12年事業年度までA社の主たる事業が控訴人主張のとおり鋼管の卸売業であったとしても、そのことによって、A社の平成13年事業年度の主たる事業が株式の保有であると認定・判断することが妨げられるものではない。」と判示する。

かかる判示を前提として、原判決は、Aが措置法40条の4第3項の適用除外要件のうち非持株会社等基準を充足しないとして訴えを棄却した第一審の判決を支持し、上告受理申立人の控訴を棄却したが、原判決の判断には、以下のとおり、措置法40条の4第3項の解釈について、重大な誤りがある。

2 原判決の誤り

原判決の判断には、措置法40条の4第3項に定める「株式…の保有を…主たる事業とするもの」の解釈について、重大な誤りがある。

第一に、原判決は、Aにおける株式保有の位置付けについてまったく検討することなく、結論として、株式保有事業がAの「主たる事業」であることを肯定している。かかる原判決の判示によれば、原判決は、Aが株式を保有していたという一事のみをもって、当然に措置法40条の4第3項に定める「事業」、すなわち株式保有事業に該当すると認めたものと解さざるを得ない。

しかし、措置法40条の4第3項は、「株式…の保有を…主たる事業とするもの」と規定しており、その主従の判断対象となるのは、あくまでも「事業」である。すなわち、「主たる事業」がいずれの「事業」かが問題となるのは、当該会社が独立した事業と認められる複数の事業を営んでいる場合である。

このように、措置法40条の4第3項に定める「株式…の保有を…主たる事業とするもの」にいう「事業」とは、独立した事業を意味するのであり、そのような解釈こそが、同条項の解釈として正当な解釈である。

それにも関わらず、原判決及び第一審判決は、株式の保有がAにとって独立した事業と認められるか否かを一切検討することなく、単に株式を保有しているという一事をもって、当然に株式保有「事業」に該当するとしており、措置法40条の4第3項に定める「事業」の解釈を誤っていることは明らかである。

そして、C株式及びD株式の保有が鋼管の卸売事業に付随するものであることは上告受理申立人がこれまで主張・立証してきたとおりであることから、株式の保有は、Aにとって独立した事業と認められず、そもそも「事業」ではない以上、「主たる事業」となることはあり得ない。

第二に、会社が独立した複数の事業を営んでいると認められる場合、いずれの事業が「主たる」事業かが問題となるが、ここにいう「主たる事業」とは、会社が主として営んでいる事業を意味することは、文言上明白である。

したがって、複数の事業のうちいずれの事業が「主たる事業」かは、会社がいずれの事業を主として営んでいると認められるか、すなわち、会社が主として行っている事業活動はいずれかにより、判断されなければならない。

そして、会社の事業活動は、会社が保有する生産要素を投入することによって営まれるものであり、そうである以上、会社が保有する生産要素を主として投入している事業こそが、「主たる事業」である。このように、措置法40条の4第3項に定める「株式…の保有を…主たる事業とするもの」にいう「主たる」事業とは、会社が保有する生産要素を主として投入している事業であると解釈す

るのが、正当な解釈である。

仮にAにおいて株式保有事業が独立した事業たりうることもあるとしても、原判決及び第一審判決は、Aが、東南アジアにおける鋼管事業の拠点として、鋼管の卸売事業を営むために設立され、Aの現地役職員は現に鋼管の卸売事業に係る事業活動のみを行っており、Aの現地役職員により株式保有に関する事業活動は一切行われていなかったことを意図的に無視した上で、これらの事実の存在にも関わらずC株式の売却により収入・所得が生じたという事実のみを不当に重視して、Aの主たる事業は株式保有事業であると判断している。

しかし、かかる判断は、いずれの事業が主たる事業であるかの検討に際して、表面的な結果（収入・所得等の数値）のみを重視して判断をするものであり、具体的にいかなる事業活動があったのか、すなわち、会社が保有するいかなる生産要素をどの事業に投入していたのかに関する検討をまったく行っていない点で、措置法40条の4第3項にいう「主たる事業」の解釈を誤っていることは明白である。措置法40条の4第3項の立法趣旨に鑑みても、非持株会社等基準の充足性は、事業活動の具体的内容、すなわち、会社の生産要素がいずれの事業に主として投入されたかによって判断されるべきである。従って、かかる点において、原判決の判断は、措置法40条の4第3項の「主たる事業」の解釈に重大な誤りがある。

第三に、原判決は、「A社の設立時である平成8年事業年度からその後の平成12年事業年度までA社の主たる事業が控訴人主張のとおり鋼管の卸売業であったとしても」、平成13年事業年度の主たる事業は株式保有事業である旨を判示するが、かかる判断は、企業が継続性を持った存在であることを無視するものであり、この点においても、措置法40条の4第3項の「主たる事業」の解釈に重大な誤りがある。

以下において詳述する。

3 Aが株式を保有していたという一事のみをもって、当然に株式保有「事業」を営むとの解釈をする原判決には、措置法40条の4第3項の定める「事業」の解釈につき、重大な誤りがあること

(1) 措置法40条の4第3項に定める「株式…の保有を…主たる事業とするもの」にいう「事業」とは、独立した事業を意味するものであること

ア 措置法40条の4第3項の文言から明らかであること

措置法40条の4第3項は「株式…の保有…を主たる事業とするもの」をタックス・ヘイブン対策税制の適用除外の例外とする旨を規定しており、特定外国子会社等の「主たる」事業が何であるかを検討する前に、まずは、特定外国子会社等がいかなる「事業」を営んでいるかを検討する必要があることはその文言上明らかである。特定外国子会社等がいかなる「事業」を営んでいるかを検討した上で、複数の「事業」を営んでいる場合に、そのいずれが「主たる」事業であるかが判断されるべきなのである。

この点について、第一審判決は、「そもそも株式は、これを保有又は運用することにより利益配当ないしキャピタルゲインを得ることができるものであるから、株式の保有は、それが他の事業と関連するものであろうとなかろうと、1つの事業となり得るというべき」であるとの判示（第一審判決32頁）を前提として、Aが平成13年事業年度において行っていた事業が、①鋼管の卸売事業、②金銭の貸付事業、③株式保有事業の3つの事業であった旨を認定し、その上で、各事業における収入・所得・資産等を比較した上で、Aの主たる事業が株式保有事業であった旨を判示したものであり、原判決もこれを支持する。

かかる原判決及び第一審判決の考え方は、「株式の保有は、それが他の事業と関連するものであろうとなかろうと、1つの事業となり得る」と述べられていることから明らかであるように、Aが株式を保有していたという一事のみをもって、当然に措置法40条の4第3項に定める「事業」、すなわち株式保有「事業」に該当すると認めたものである。

しかし、上述したとおり、「主たる」事業がいずれの事業かが問題となるに先だって、当該会社が独立した「事業」と認められる複数の事業を営んでいることが、そもそもの大前提となる。何故なら、措置法第40条の4第3項は適用除外の例外を「株式…の保有…を主たる事業とするもの」と明確に規定しており、独立した事業と認められる事業が一つしかない場合には、特段主従について検討するまでもなく、当該事業が「主たる事業」であると認められることは、当然だからである。

イ 措置法40条の4第3項の立法趣旨からも明らかであること

また、措置法40条の4第3項の立法趣旨は、「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、それぞれの実態に応じ、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等は適用除外とする」

(甲第75号証251頁参照)ということにある。そして、かかる立法趣旨からすれば、外国特定子会社等のいずれの事業が同条項における「主たる事業」かの判断にあたっては、「それぞれの実態に応じ」、当該外国特定子会社等がその地において当該事業活動を行うことに十分な経済合理性があるか否かを審査することが必要である。とすれば、ある外国特定子会社等がその地において行うことに「十分な経済合理性」がある事業を営む場合であって、かかる事業に付随関連して株式を保有するに過ぎない場合に、かかる事業からその株式保有の部分を取り離して主従を比較することは、当該外国特定子会社等の「実態に応じ」た経済合理性の判断にそぐわないことは明らかである。したがって、措置法40条の4第3項の上記立法趣旨に鑑みても、同条項の「主たる事業」を判断する際の比較対象となる「事業」は、他の事業に付随するものではない、独立した事業である必要があるのである。

従って、措置法40条の4第3項の立法趣旨からしても、非持株会社等基準に関して、いずれの事業が主たる事業であるかを比較する前提として、まず、特定外国子会社等の行う事業活動が、独立した事業と評価しうるか、あるいは、他の事業に付随関連するものとして位置付けられるのか、が判断されなければならない。

なお、かかる理は、次のような具体例からも、容易に裏付けられるところである。例えば、製造業を営む特定外国子会社等が、原材料の一部をその子会社から調達するビジネスモデルを採用している場合には、当該子会社の株式の保有は、製造業の一環として位置付けられる。かかる場合、当該特定外国子会社等が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か否かを審査する際に基準とすべき事業は、独立した事業である製造業であって、子会社株式の保有ではない。そのように解しないと、製造業が赤字の事業年度においては、当該製造業に十分な経済合理性があったとしても、子会社株式の保有が主たる事業であると判断されてしまい、その結果として、タックス・ヘイブン対策税制の適用除外の対象とならず、正常な海外投資活動が阻害されるおそれがあるのである。

ウ 原判決及び第一審判決は会社の経営実務を無視するものであること

さらに、「株式の保有は、それが他の事業と関連するものであろうとなかろうと、1つの事業となり得る」とする原判決及び第一審判決の考え方は、およそ会社の経営実務を無視する考え方であるというほかないことは、控訴理由書(2) 35ないし36頁においても述べたとおりである。

すなわち、例えば製品の販売会社が、製品の製造会社や販売先との関係上、製造会社や販売先の株式を保有することは、実務上、多く見られるところであるが、この場合、株式を保有すること自体には事業活動としての意味はなく、あくまでも当該保有は自らの販売事業に資するという点において意味があるのである。このような場合にまで、株式保有事業が主たる事業であると解することは一般的な経営実務と乖離した考え方であり、かかる不合理性について、原判決は何ら説得的な説明をなしえていない。

エ 小括

このように、措置法40条の4第3項に定める「株式…の保有を…主たる事業とするもの」にいう「事業」とは、独立した事業を意味するのであり、そのような解釈こそが、同条項の解釈として正当な解釈である。

それにも関わらず、原判決及び第一審判決は、単に株式を保有しているという一事をもって、当然に株式保有「事業」に該当するとしており、措置法40条の4第3項に定める「事業」の解釈を誤っていることは明らかである。

- (2) 原判決は、措置法40条の4第3項の解釈を誤った結果、Aの「主たる事業」に関する結論を誤っていること

ア D株式の保有は、鋼管の卸売事業に付随するものであったこと

控訴理由書(2) 4ないし11頁において述べたとおり、Bは、1990年代初頭から鋼管事業における東南アジア開拓を進めていたところ、当時、シンガポールは急速な経済成長の中にあり、東南アジアにおける金融センターとして日本・欧米諸国の多国籍企業や金融機関が多数進出していた。そのため、情報通信網などのインフラが発達し、東南アジアの経済情報が集積すると共に、治安・政情、衛生状況等の環境面においても優れていた。かかる点を重視して、Bは鋼管の製造会社としてのAをシンガポールに設立したのである。実際にも、当時、シンガポールには、日本・欧米諸国の多国籍企業や金融機関が子会社あるいは支店を置き、在シンガポールの子会社や支店を拠点として情報収集を行いながら、周辺国において製造事業や販売事業を行っていた（甲第25号証「シンガポールにおける日系企業8社の事例分析」）。

一方で、シンガポールは、人件費や地価が著しく上昇していたことから、安価な労働力や大規模な土地・機械を要する製造部門を設けるには適していなかった一方で、東南アジア諸国はこれに適していた。そのため、Bは、労働集約的な製造部門は周辺の東南アジア諸国に設ける一方、シンガポールに設置した会社に、周辺国で製造した商品を販売する機能を持たせることを企図して、ベトナムにDを設立した。実際にも、かかるビジネスモデルは、東南アジアで事業を開拓する日本企業において一般的なものとして確立されていた。本件においても、シンガポールの政府系企業の副総裁が「シンガポール政府は外国企業の投資を奨励し、積極的にシンガポールに来てほしいが、製造の拠点となる工場はシンガポール周辺の他国に建設し、シンガポールを経営の基点としてほしい。」とAの担当者に対して発言するなど（甲第27号証）、シ

ンガポール全体としてもAがこのようなビジネスモデルに基づきシンガポールへ進出することを奨励していたのである。

このように、鋼管の卸売会社であるAと鋼管の製造会社であるDの設立は、まさに当時東南アジアで事業開拓を進める日本企業の間で一般的であったビジネスモデルを具体化したものであり、Aが、Dの管理支援を行い、Dで製造した商品を販売する機能を有していたことは、上告受理申立人が既に原審において提出したインボイス・FAX・陳述書等の各書証から明らかである（控訴理由書(2)33ないし36頁）。

つまり、D株式は、Aが鋼管の卸売事業を遂行するための手段としてAに保有されていたものであり、Aにおいては、D株式を保有していることそれ自体から生じる収益が期待されていたものではない（現に、AはD株式の配当を受取ったことはなく、株式保有による投資所得を得ていない。）。

従って、AによるD株式の保有という事実をもって、株式保有事業における事業活動と位置付けるのは適当ではなく、鋼管の卸売事業に付随するものと位置付けられるべきである。

イ C株式の保有及び売却は、鋼管の卸売事業に付随するものであったこと

控訴理由書(2)31ないし32頁、44ないし48頁において述べたとおり、平成7年から平成8年にかけて、Bは海外事業展開を計画していた一方で、その財務状況は著しく悪化しており、存続に必要な金融機関からの追加融資すら得られない可能性があり、既存借入金を早急に返済する必要に迫られていた（甲第11号証及び26号証）。そこで、Aは、このようなBの財務状況を改善すると共に、東南アジアにおける鋼管事業の拠点を立ち上げる資金を調達するため、偏に金融機関に差し入れる担保としてC株式を譲り受けたのであり、現にAは、Bグループと自らの鋼管の卸売事業の存続のために、C株式を金融機関に担保として差し入れていた。また、平成9年から平成13年にかけて、日本における金融情勢の悪化や景気の落ち込みも相まって、B本体の経営状況が著しく悪化していた。Bは、金融機関から抜本的な経営改善策を講じるよう繰り返し要請される中で、諸々の経営改善策を講じたものの、需要の減退・販売価格の下落などにより、Bの売上高は減少を続け、平成13年には、Bの資金繰りが極度に悪化し、倒産の可能性すら生じていた（甲第11号証及び第53号証）。平成13年事業年度におけるC株式の売却は、このようにBの財務状況が急速に悪化する中で金融機関から緊急の対応を迫られて、Bグループと自らの鋼管の卸売事業を存続させるために、やむを得ず実行したものである。

このように、AによるC株式の保有は、およそ自由に処分する権限も機会もない名義上のものであり、平成13年事業年度におけるC株式の売却も、金融機関から緊急の対応を迫られて、やむを得ず実行するに至ったものであり、事実上金融機関による担保処分等に等しいものであった。また、Cからは平成9年に一度だけ配当を受け取ったのみである（当該受取配当もDの生産設備の購入資金に用いられた。）。

このように、AによるC株式の保有及び売却もまた、Aが鋼管の卸売事業を遂行するための手段であったのであり、株式保有事業における事業活動と位置付けるのは適当ではなく、鋼管の卸売事業に付随するものと位置付けるべきである。

ウ 小括

このように、本件において、AによるD株式及びC株式の保有は、鋼管の卸売事業に付随するものであり、「株式保有事業」という独立した事業と認めることはできない。

従って、本件においてAが措置法40条の4第3項に定める「株式…の保有を…主たる事業とするもの」に該当し得ないことは明らかである。

これに対し、原判決は、措置法40条の4第3項の解釈を誤った結果、そもそも独立した「事業」とは認められないAによる株式保有を「主たる事業」と認定したものであり、原判決は、その結論においても誤っている。

4 いずれの事業が主たる事業であるかの検討に際して、表面的な成果（収入等の数値）を判断の基礎として重視し、具体的な事業活動の内容を考慮しない原判決には、措置法40条の4第3項の定める「主たる事業」の解釈につき、重大な誤りがあること

(1) 措置法40条の4第3項の規定は、事業活動の具体的内容そのものを非持株会社等基準の判断基準としていること

措置法40条の4第3項は、以下のとおり適用除外要件を定め、株式の保有を主たる事業とする特定外国子会社等について、タックス・ヘイブン対策税制の適用を除外する。

措置法40条の4第3項

第一項の規定は、同項各号に掲げる居住者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…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掲げ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。

このように、措置法40条の4第3項が適用除外の判断基準の一つとして設ける非持株会社等基準は、「…を主たる事業とするものを除く。」と定めており、ここでいう「主たる事業」とは、特定外国子会社等が主として営んでいる事業を意味していることは、その文言上明らかである。そして、会社の事業活動は、会社が保有する生産要素を投入することによって営まれるものであり、そうである以上、ここで判断の基礎とすべきであるのは、生産要素を投入して行われる事業活動の具体的内容そのものであって、事業の対象自体である資産や事業の成果としての収入・所得の多寡が不当に重視されてはならない。

事業の成果である所得等の多寡のみに着目した基準（例えば、当該事業年度の保有株式の配当及び売却益から得た所得が一定割合を超えること等）を採用した方が判断基準として簡明であるにも関わらず、措置法40条の4第3項が、その文言上、敢えて総合的・実質的な考慮の必要な「事業」に着目した判断基準を採用していることに鑑みても、措置法40条の4第3項の解釈に際して、「主たる事業」は、特定外国子会社等が行っている事業活動の具体的内容そのものにより判断する必要があることは明らかである。

このように、措置法40条の4第3項に定める「株式…の保有を…主たる事業とするもの」という「主たる」事業とは、会社が保有する生産要素を主として投入している事業であると解釈す

るのが、正当な解釈である（甲第63号証（N准教授意見書）3ないし9頁）。

これに対し、会社が保有する生産要素を主としていかなる事業に投入しているかを検討することなく、事業の成果（収入等の数値）のみを重視して判断した場合、例えば、新たに海外子会社を設立して製造事業を開始し、人、物、施設等の生産要素を製造事業に投入することによって、長年の間、精力的に事業活動を行っていたにも関わらず、製造事業に関して赤字が続いている中で、保有していた株式を偶々ある事業年度に資金調達のために売却したような場合についても、当該事業年度の主たる事業は製造事業ではなく、株式保有事業であったとの結論が導かれることとなり、事業活動の具体的内容そのものの検討に基づかない判断が不当であることは明らかである。

従って、措置法40条の4第3項の解釈においては、事業の対象自体である資産や事業の成果としての収入・所得の多寡ではなく、事業活動の具体的内容そのもの、すなわち特定外国子会社等がいかなる事業に主として生産要素を投入していたかが非持株会社等基準の判断要素として重視されなければならない。

以上のとおり、措置法40条の4第3項の「主たる事業」の解釈においては、特定外国子会社等がいかなる事業に主として生産要素を投入していたかを重視して検討を行う必要があるのである。

- (2) 措置法40条の4第3項の制度趣旨に鑑みても、非持株会社等基準の充足性は、事業活動の具体的内容により、判断されるべきであること

措置法40条の4第3項に定める非持株会社等基準の充足性は、事業の対象自体である資産や事業の成果としての収入・所得の多寡ではなく、事業活動の具体的内容そのもの、すなわち、特定外国子会社等がいかなる事業に主として生産要素を投入していたかにより判断されるべきであることは、タックス・ヘイブン対策税制の制度趣旨からも要請される。

すなわち、タックス・ヘイブン対策税制の制度趣旨は、ペーパーカンパニーを通じた租税回避行為による不当な税負担の軽減を封ずることであり、かつ、「正常な海外投資活動を阻害しない」ことが要請されることは上述したとおりである（甲第75号証251頁参照）。

つまり、当該所在地国に所在する子会社がペーパーカンパニーであるとは認められない場合、すなわち、当該子会社が当該所在地国に所在することに経済合理性がある場合には、タックス・ヘイブン対策税制の適用を否定すべきであることは、「正常な海外投資活動を阻害」しないために当然のことである。

そして、タックス・ヘイブン対策税制について定める措置法40条の4第1項及び同税制の適用が除外される場合について定める措置法40条の4第3項は、上記のような制度趣旨を達成するために定められた規定であることからすれば、かかる第1項及び第3項の解釈を通じて、ペーパーカンパニーを通じた租税回避行為による不当な税負担の軽減を封じる一方で、正常な海外投資活動（当該子会社が当該所在地国に所在することに経済合理性があるような海外子会社の設立及び運営）を阻害しないようにすることが要請されているのである。

措置法40条の4第3項が、非持株会社等基準として、「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、特別の技術による生産方式若しくはこれらに準ずるもの（これらの権利に関する使用権を含む。）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」

をタックス・ヘイブン対策税制の適用除外の対象としない旨定める趣旨は、まさに、かかる要請を充たすことを目的としており、これらの事業は、その性格からして我が国においても十分行いうる事業であり、その国に所在することについて税負担の軽減以外の積極的な経済合理性を見出すことができない事業であることからタックス・ヘイブン対策税制を適用させるべきであるとの立法判断に基づくものである。

従って、措置法40条の4第3項が定める適用除外要件の充足性判断に当たっては、かかる要請を充たすことができるような解釈を行う必要がある。

この点については、タックス・ヘイブン対策税制導入時において、当時の大蔵省主税局国際租税課長も、「正常な海外投資活動を営む外国子会社やその地（たとえタックスヘイブンであっても）で事業活動を行うことにつき十分な経済合理性を有する外国子会社に対してまでもこのような税制を適用することは必ずしも適切ではなく、これを強いればむしろ角を矯めて牛を殺すようなことにもなりかねない」、「我が国の貿易立国であることの立場と実情を踏まえた本制度（引用者注：タックス・ヘイブン対策税制）の適切な執行にも十分な配慮が与えられるべきことはいうまでもないところであろう。今国会における審議過程において、本税制が開発途上国での我が国の企業の経済協力活動等に対する阻害要因とならぬよう配慮されているかとの指摘があったが、このような指摘の背後にある考え方は、本税制の運用面において十分生かされるべきである」（宮本英利「タックス・ヘイブン対策税制の導入」（ファイナンス）・甲第85号証14頁及び17頁）と説明しており、タックス・ヘイブン対策税制の運用において、措置法40条の4の解釈を通じて、同条の制度趣旨を実現していく必要があることを明らかにしている。

このように、ペーパーカンパニーを通じた租税回避行為による不当な税負担の軽減を封じる一方で、正常な海外投資活動（当該子会社が当該所在地国に所在することに経済合理性があるような海外子会社の設立及び運営）を阻害しないようにするというタックス・ヘイブン対策税制の制度趣旨に鑑みれば、例えば、長年の間、主として製造事業に生産要素を投入しており、株式の保有に関しては何ら生産要素を投入することのなかった海外子会社が、保有していた株式を資金調達を目的としてある事業年度に大量に売却して所得を一気に実現させた場合に、その事業年度に限って、主たる事業が株式保有事業に当たると解することは、その国において行うことに経済合理性がある正常な海外投資活動（製造事業を営む海外子会社）にタックス・ヘイブン対策税制が適用されることを意味するものであり、同税制の制度趣旨に反する事態であるといえる。

かかる不都合を避けるためには、措置法40条の4第3項に定める非持株会社等基準の充足性は、事業の対象自体である資産や事業の成果としての収入・所得の多寡ではなく、事業活動の具体的内容そのもの、すなわち、いかなる事業に主として生産要素が投入されていたかにより判断すべきものである。

- (3) 原判決は、Aの平成13年事業年度の主たる事業の判断に際して、事業活動の具体的内容ではなく、事業の対象自体である資産や事業の成果としての収入・所得の多寡を不当に重視して形式的な判断をしていること

上述したとおり、措置法40条の4第3項の趣旨からすれば、「主たる事業」の判断にあたっては、事業の対象自体である資産や事業の成果としての収入・所得の多寡ではなく、事業活動の具体的内容、すなわち、特定外国子会社等がいかなる事業に生産要素が投入されていたかにより判断をすべきである。そして、本件においてかかる事情を考慮すれば、平成13年事業年度にお

いてもAの主たる事業が鋼管の卸売事業であることは明らかである。

すなわち、仮にAにおいて株式保有事業が独立した事業たりうることもあるとしても、原判決及び第一審判決は、Aが、東南アジアにおける鋼管事業の拠点として、鋼管の卸売事業を営むために設立され、Aの現地役職員は現に鋼管の卸売事業に係る事業活動のみを行っており、Aの現地役職員により株式保有に関する事業活動は一切行われていなかったことを意図的に無視した上で、これらの事実の存在にも関わらずC株式の売却により収入・所得が生じたという事実のみを不当に重視して、Aの主たる事業は株式保有事業であると判断している。

上告受理申立人がこれまで主張・立証してきたとおり、Aは、Bグループによる東南アジア進出のための拠点として設立され、設立前後の時期にはシンガポールを拠点として精力的な市場調査活動が行われたこと、その後、Aが製造子会社としてのDを設立し、シンガポールのAをハブとしてBグループの東南アジアにおける鋼管の製造・販売戦略の実現を企図していたこと、そのようなグループ戦略の中で、Aの現地役職員が実際に行っていた事業活動は、鋼管の仕入れ・販売及びDの業務支援等、卸売事業に関する事業活動のみであったことは、上告受理申立人が原審において提出したインボイス・FAX・陳述書等の各書証から明らかである。

Aの現地役職員は、専ら株式の売買による譲渡収益や配当を継続的に得るなどといった、株式保有事業において典型的に行われる事業活動を一切行っていないのである。

かかる事情を考慮しない原判決及び第一審判決の判断は、いずれの事業が主たる事業であるかの検討に際して、事業の表面的な成果（収入・所得等の数値）のみを重視して判断をするものであり、仮に「株式保有事業」があったとして、それに係るAの実際の事業活動としていかなる具体的な事業活動があったのかという肝心の事業活動の「中身」に関する検討をまったく行わないものである。

例えば、特定外国子会社等の役職員が具体的な事業活動を実態として僅かしか行っていないような場合には、当該事業活動は到底「主たる事業」とはなり得ないにも関わらず、原判決は、表面的な成果のみを重視して、事業活動の「中身」の存在しない「主たる事業」を判断しているのである。

従って、原判決は、いずれの事業が措置法40条の4第3項に定める「主たる事業」であるかの検討に際して、具体的な実態を持つ事業活動とは無関係な表面的な成果（収入等の数値）を判断の基礎として不当に重視しており、事業活動の具体的な内容（会社の生産要素がいかなる事業に投入されていたか）を考慮しない点において、措置法40条の4第3項の定める「主たる事業」の解釈につき、重大な誤りがある。

5 原判決は、当該事業年度以外の事業年度における事業を不当に軽視する点において措置法40条の4第3項の解釈を誤るものであること

控訴理由書(2)30ないし37頁で主張・立証したとおり、Aは、Bグループによる東南アジア進出のための拠点として、鋼管の卸売事業を行うことを目的として設立されたものであり、平成8年事業年度から平成12年事業年度までの間、Aの主たる事業が鋼管の卸売事業であったことは疑いがない（原判決も、「A社の設立時である平成8年事業年度からその後の平成12年事業年度までA社の主たる事業が控訴人主張のとおり鋼管の卸売業であったとしても」と述べ、平成8年事業年度から平成12年事業年度の間、Aの主たる事業が鋼管の卸売事業であったことを否定しない。）。

また、Aは、平成14年事業年度以降は現地事務所を再開し、継続的な卸売販売の実績を有しており、平成14年事業年度以降のAの主たる事業もまた、鋼管の卸売事業であったことも、Aの鋼管卸売業の売上高が、その後平成19年までに米ドル建ての取引だけで約716万米ドルまで成長すると共に（甲第93号証）、Aの管理支援の下で鋼管を製造していたDが、現在は約100名ものベトナム人を雇用する鋼管製造会社に成長している（甲第11号証）ことから明らかである。

原判決は、「A社の設立時である平成8年事業年度からその後の平成12年事業年度までA社の主たる事業が控訴人主張のとおり鋼管の卸売業であったとしても、そのことによって、A社の平成13年事業年度の主たる事業が株式の保有であると認定・判断することが妨げられるものではない。」と判示するが、仮にかかる原判決の考え方を前提とすれば、平成8年事業年度から平成12年事業年度までは鋼管の卸売事業を主たる事業としていた会社が、平成13年事業年度に突如として事業内容を変更して株式保有事業を主たる事業とした上で、平成14年事業年度からは再度主たる事業を鋼管の卸売事業に戻したという不合理な結論になり兼ねない。

一般に、企業の事業方針の変更などにより、事業年度によって主たる事業が異なるものとなるケースがあり得ることを否定するものではないが、本件においては、平成13年事業年度に、金融機関から強く対応を迫られて鋼管の卸売事業の存続のためにC株式を売却せざるを得なくなった時期と現地役職員が一身上の都合により退職したことにより代替人員が見つからずに事務所を一時閉鎖せざるを得なくなった時期が偶然重なったものに過ぎず、Aが事業方針を変更した事実は存しない。

上述したとおり、C株式の保有及び売却は鋼管の卸売事業に付随するものであるし、また、控訴理由書(2)46頁において主張したとおり、現地事務所を一時閉鎖していた間も事務所再開に向けた活動が継続されていたのである。かかる事情に鑑みれば、平成8年事業年度から平成14年事業年度に至るまで一貫して、Aの主たる事業は鋼管の卸売事業であったことは明らかである。継続的な存在である企業の主たる事業が会社の企図しないところでわずか2年間の間に2度も変更されるなどという解釈が許されてはならず、「平成8年事業年度からその後の平成12年事業年度までA社の主たる事業が控訴人主張のとおり鋼管の卸売業であったとしても、そのことによって、A社の平成13年事業年度の主たる事業が株式の保有であると認定・判断することが妨げられるものではない。」とする原判決の判示は、平成13年事業年度における現地事務所の閉鎖やC株式の売却という表面的な事情のみにとらわれ、Aにおいて鋼管の卸売事業が継続的に行われていたという事業活動の実態を顧みない点において、誤っているのである。

従って、原判決の判断は、この点においても、措置法40条の4第3項の「主たる事業」の解釈に重大な誤りがある。

第四 シンガポールに所在することに経済合理性があるAについて、措置法40条の4第1項の適用を認めた原判決には、同条項の解釈について重大な誤りがあること（上告受理申立理由3）

1 特定外国子会社等が当該所在地国に所在することに経済合理性がある場合、タックス・ヘイブン対策税制の適用が排除されること

タックス・ヘイブン対策税制においては、ペーパーカンパニーを通じた租税回避行為による不当な税負担の軽減を封ずることであり、「正常な海外投資活動を阻害しない」ことが要請されることは上述したとおりである。

かかるタックス・ヘイブン対策税制は、昭和53年に立法された規定であるところ、「当面必要

な立法措置を早急に講ずることとして」導入されたものであり、かつ、課税当局においても、その導入後「我が国企業の海外進出の実態に即しつつ、さらに本措置の一層の整備を図っていくことが必要であろう。」（前掲・税制調査会答申(二)）と認識されていたものである。

すなわち、タックス・ヘイブン対策税制は、国際課税における導入当時の租税回避事案を防止するために一応の応急措置として定められたものに過ぎず、導入後の実態面の変動に即応して税制としての完熟が図られるべきことが予定されていた（前掲・宮本（ファイナンス）・甲第85号証12頁参照）、つまり、既に制度導入時点において、条文の文言を形式的に適用した場合には、企業の実態に合わず、立法目的を達することができない場合が生じ得ることが認識されていたのである。

そして、実際に、同税制の導入以降現在までの約30年の間、国際的経済活動は劇的に変化し、ありとあらゆる業種において、我が国企業の海外進出は増加の一途をたどっている。措置法40条の4第3項は、「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、特別の技術による生産方式若しくはこれらに準ずるもの(…)若しくは著作権(…)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」特定外国子会社等を同税制の適用対象とするが、我が国企業の子会社が全世界で多種多様な事業を展開している今日においては、その国における現実の事業展開に必要であることを理由として、相当の資産規模の株式・債券・知的財産権等を保有し、あるいは現地の取引先や事業提携先等に出資をしている海外子会社も少なくない。

このように、我が国企業の海外進出の実態は劇的な変化を遂げてきたにも関わらず、タックス・ヘイブン対策税制は、その変化になんら対応してこなかったのが実状なのである。

従って、措置法40条の4の定める個別の要件を充足するか否かのみ形式的な判断に依拠すると、当該規定により達成されるはずのタックス・ヘイブン対策税制の立法目的が逆に損なわれる結果となってしまうのであり、制度導入当時に比較して、かかる不都合が生じる可能性が近年ますます高まっているのである。

このような不都合が生じる結果を回避するためには、措置法40条の4の定める個別の要件を充足するか否かのみ形式的な判断に依拠せず、特定外国子会社等が当該所在地国に所在することに経済合理性がある場合には、タックス・ヘイブン対策税制の適用を否定すべきである。

J事件地裁判決も、「形式的には同条（引用者注：措置法66条の6）の要件に当てはまる場合であっても、海外において子会社が独立した活動を行うことに合理性が認められ、租税回避行為とは評価し難いような事情が存する場合にまでタックスヘイブン税制を適用することは許されないものというべきである。」（乙第27号証45頁）と判示し、上記のような考え方を是認している。

2 シンガポールに所在することに経済合理性があるAについて、措置法40条の4第1項の適用を認めた原判決には、同条項の解釈について重大な誤りがあること

上告受理申立人がこれまで主張してきたとおり、上告受理申立人は、Bの経営を引き継いで以来、40年近くに渡り鋼管事業に関して海外事業展開を地道に遂行してきた。Bは、A設立以前に、アメリカ、ヨーロッパ、香港への進出を遂げており、Aは、かかるBグループの海外事業展開の一環として、当時成長の著しかった東南アジアにおいて鋼管事業を展開すべく設立されたのである。

Aがシンガポールに設立されたのは、多くの日系企業が着目したのと同様、アジアの金融・情報の拠点が集結しているシンガポールがビジネス展開に最も有利であったこと、現地で勤務する役職員の生活環境の点において優れていたこと等が理由である。

そして、Aにおいては、実際に現地役職員により鋼管の卸売事業に係る事業活動が行われてきた。

鉄鋼関連産業は、事業が軌道に乗り利益を生み出すまでに一定の期間が必要とされることから、当初は収益こそ上がらなかったものの、現地で勤務する役職員はシンガポールを拠点に東南アジア各国を訪れ、市場調査・顧客の開拓等の事業活動を日々精力的に行っていたのである。

かかる鋼管の卸売事業は、我が国ではもちろんのこと、シンガポール以外の国で行うことができないものである。

従って、Aがシンガポールに所在することには経済合理性があるのであり、このような場合にまで措置法40条の4第1項の適用を認めた原判決は、ペーパーカンパニーを通じた租税回避行為による不当な税負担の軽減を封ずると同時に、正常な海外投資活動を阻害しないことを前提として制定された同条項の解釈について重大な誤りがある。

第五 結論

以上より、上記で述べた上告受理申立理由のとおり、原判決は誤っており、本件処分は早急に取り消されるべきである。

以上
「添付資料省略」