

論説

タックス・ヘイブン対策税制の問題点と、 その解決策の検討

一租税条約との関係において

2005年4月入学

山本哲也

- | | |
|---|--|
| <p>I. はじめに</p> <p>II. 海外の判例</p> <ol style="list-style-type: none"> 1 フランス国務院の判決 2 フィンランド最高行政裁判所の判決 3 イギリスの裁判例 4 小括 <p>III. タックス・ヘイブン対策税制と租税条約との抵触関係について</p> <ol style="list-style-type: none"> 1 コメンタリーの条約解釈における位置付け 2 7条1項との抵触関係についての問題の整理 3 タックス・ヘイブン対策税制により合算される所得の法的性質 <ol style="list-style-type: none"> (1) 二つの課税理論 (2) 日本のタックス・ヘイブン対策税制の規定の検討 4 法的二重課税のみを目的としているかについて 5 小括 | <p>IV. 解決策の検討</p> <ol style="list-style-type: none"> 1 2つの解決策 2 みなし配当理論に依拠した再構成 <ol style="list-style-type: none"> (1) みなし配当規定 (2) 納税義務者 (3) 所得税における所得分類（措法40条の4第1項柱書） (4) 外国税額控除（措法66条の7） (5) 課税済留保金額の配当に伴う調整（措法40条の5，同66条の8） (6) 株式の取得価格の調整 (7) 赤字子会社の欠損金の帰属について 3 小括 <p>V. まとめ</p> |
|---|--|

I. はじめに

現在のわが国のタックス・ヘイブン対策税制は、租税条約に抵触することを理由に無効とされる可能性が高い。そこで本稿では、タックス・ヘイブン対策税制が租税条約に抵触することを示すとともに、タックス・ヘイブン対策税制を租税条約に抵触しないものへと再構成することを提言する。

タックス・ヘイブン対策税制（租税特別措置法、以下「措法」40条の4以下、66条の6以下）とは、タックス・ヘイブン tax haven¹⁾に子会社を設立し、その子会社に留保利益を蓄積することにより、日本における課税を繰り延べあるいは回避することを防止するために、その留保利益のうち持分に相当するものを株主の所得に合算する制度である²⁾。

このタックス・ヘイブン対策税制は、OECDモデル租税条約³⁾⁴⁾（以下、「モデル条約」。なお、本稿において条文番号のみを示す場合は、

モデル条約の条文を示すものとする。）7条1項に抵触し、無効であると考え⁵⁾⁶⁾。なぜなら、タックス・ヘイブン対策税制は7条1項における課税権分配の合意に反しているからである。7条1項は事業所得について締約国間で課税権を分配しており、相手国にある企業の事業所得については日本に課税権が分配されていない。しかし、タックス・ヘイブン対策税制は相手国にある子会社の事業所得に対して課税している。よって、タックス・ヘイブン対策税制は租税条約に抵触し、無効となる。

タックス・ヘイブン対策税制が制定された当初は、タックス・ヘイブン対策税制と租税条約との抵触関係について考慮する必要がなかった。なぜなら、当時のタックス・ヘイブン対策税制は、低課税国を指定するという方式を採っており、日本はこれらタックス・ヘイブン国とは租税条約を締結しないという方針を採用していたからである⁷⁾。しかし、平成4年改正により、低課税国の判定基準は、法人の所得に対す

1) 「法人の所得あるいは法人の特定種類の所得に対する税負担がゼロあるいは極端に低い国または地域（スイス・ホンコン・バミューダ等）のこと」。金子宏『租税法（第11版）』（弘文堂、2006）443頁。タックス・ヘイブンの税制については、高橋元監修『タックス・ヘイブン対策税制の解説』3-43頁〔石山嘉英ほか〕（清文社、1979）、ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT(OECD), INTERNATIONAL TAX AVOIDANCE AND EVASION (No.1), at 21-22(1987) 参照。

2) 本稿では、紙面の関係上タックス・ヘイブン対策税制の詳細な制度について説明することは困難である。そこで、詳細な制度の解説については本庄資＝川田剛編『国際課税の理論と実務〔第4巻〕タックス・ヘイブン対策税制／過小資本税制』（川田剛）（税務経理協会、2000）、武田昌輔編著『DHC コンメンタール法人税法〔第9巻〕』（第一法規、1979）4982の1-5212頁、武田昌輔監修『DHC コンメンタール所得税法〔第7巻〕』（第一法規、1983）7560の1-7671頁などを参照されたい。

3) OECDモデル租税条約とは、OECDが作成した先進国間の租税条約のひな型である〔金子・前掲注1)112頁注(1)参照〕。タックス・ヘイブン対策税制と租税条約との抵触関係について、日本では日本とシンガポール（OECD非加盟国）との間の租税条約（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、以下「日星租税条約」）との抵触関係が中心に論じられてきた。だが本稿においては、タックス・ヘイブン対策税制は、日本と非OECD加盟国との間の租税条約のみならず、日本とOECD加盟国との間の租税条約とも抵触する可能性があると考えるので、モデル条約の条文との抵触関係を論じることとする。モデル条約はあくまでモデル条約にすぎないので、日本といずれかの国の間の条約としての効力を有するものではない。よって、正確にはこれらの二国間条約と抵触することになる。なお、多くの租税条約がこのモデル条約をもとに作成されており、7条1項に相当する条文が規定されている。日星租税条約7条1項など参照。

4) 本稿におけるモデル条約、およびそのコメントリーの和訳については、川端康之監訳『OECDモデル租税条約 2003年版（所得と財産に対するモデル条約）』（日本租税研究協会、2003）の和訳に従う。なお、英文についてはORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT(OECD), MODEL TAX CONVENTION ON INCOME AND ON CAPITAL(2005) 参照。

5) タックス・ヘイブン対策税制とモデル条約10条5項との抵触関係が問題となることもあるが、最も問題となるのは7条1項との抵触関係であると考えるので、本稿では特に取り扱わない。なおこの問題につき、モデル租税条約の規定に関するコメントリー、第10条のコメントリー第37パラグラフ参照。

6) 日本では、条約が法律に優先することにはほぼ争いが無い。野中俊彦ほか『憲法II（第4版）』（有斐閣、2006）415頁、金子・前掲注1)112頁。

7) 佐藤正勝「タックス・ヘイブン対策税制」日税研論集33号115頁、125頁注(6)（1996）参照。

る課税が25%以下の国という基準に変更された(租税特別措置法施行令, 以下「措令」39条の14第1項2号)。これにより, 日本においてもタックス・ヘイブン対策税制と租税条約との抵触関係が問題になる余地が生じたのである。

タックス・ヘイブンを利用した租税回避については, 海外でも類似の対策が採られており(いわゆる, *Controlled Foreign Company Legislation*)。以下, 海外における日本のタックス・ヘイブン対策税制に相当する税制については「CFC法」と表記する), タックス・ヘイブン対策税制と租税条約との抵触関係については, ヨーロッパでは以前から盛んに議論がなされていた⁸⁾。一方, 日本ではそもそも国内法と租税条約との抵触関係についての議論があまり盛んではなかったことから, タックス・ヘイブン対策税制と租税条約の抵触関係が論じられることも少なかった。しかし, 2002年にフランス国務院がフランスのCFC法は租税条約と抵触するとの判断を示したことで, 日本においてもタックス・ヘイブン対策税制と租税条約が抵触するのではないかという議論が展開されるようになった⁹⁾。このように, 日本においてもタックス・ヘイブン対策税制が租税条約に抵触するのではないかという問題意識が高まっていることは確かである。

しかし, もしタックス・ヘイブン対策税制が事業所得ではなくみなし配当所得に対して課税しているとすれば, 配当所得については日本に課税権が分配されているので, 条約との抵触関係は生じなくなる(10条1項)。だが, 日本のタックス・ヘイブン対策税制は子会社の留保利益を親会社に合算する理論的根拠をあいまいにしておき, みなし配当所得に対して課税していると考えることが出来ない。そこで, 本稿では

タックス・ヘイブン対策税制をみなし配当理論に依拠して再構成することを提言する。

そこで以下では, 最初に2002年のフランスの判決を中心に, 外国の判決及びその内容を概観する(Ⅱ)。次に, タックス・ヘイブン対策税制と租税条約との関係について, タックス・ヘイブン対策税制の規定を詳細に検討することで, 両者が抵触していることを示す(Ⅲ)。具体的には, まず前提問題としてOECDのモデル租税条約の規定に関するコメンタリー(以下, 「コメンタリー」)のみを根拠に抵触関係を否定できないことを確認する(Ⅲ-1)。その上で, 7条1項の課税権分配の合意に反することが問題の所在であることを示し(Ⅲ-2), タックス・ヘイブン対策税制は事業所得に課税しており, みなし配当所得に対して課税している規定とは考えられないこと(Ⅲ-3), 7条1項が法的二重課税排除のみを目的にしていることを根拠に両者の抵触関係を否定することはできないこと(Ⅲ-4)から, 租税条約と抵触することを示す。そして, Ⅲでの議論を前提に, 日本のタックス・ヘイブン対策税制が租税条約に抵触しないようにするための解決策として, みなし配当として再構成することを提言する(Ⅳ)。最後に, 今後の国際租税分野における立法について, 一定の指針を示す(Ⅴ)。

Ⅱ. 海外の判例

1 フランス国務院の判決

前述のように, この問題において最も注目し値するのが, 2002年に示されたフランス国務院の判決である(以下, 「Schneider case」)¹⁰⁾。

この事件は, Schneider社がスイスに持っていた子会社に対してフランスのCFC法を適

8) 特に, ドイツを中心として議論がなされていた。詳細については, 谷口勢津夫『租税条約論』(清文社, 1999) 185-238頁参照。また, 近時ではCFC法とEU法との関係が注目されている。MICHAEL LANG et al., *CFC LEGISLATION, TAX TREATIES AND EC LAW* (2004), DANIEL SANDLER, *TAX TREATIES AND CONTROLLED FOREIGN COMPANY LEGISLATION*, at 169-190(1998) 参照。

9) 中里実「タックスヘイブン対策税制」税研124号72頁(2005)。

10) 同判決については, *Société Schneider Electric, 28 June 2002, Conseil d'Etat No.232,276, 4 INTERNATIONAL TAX LAW REPORTS 1077(2002)* に英訳がある。

用することが、フランスとスイスの間の租税条約に抵触するかが問題になった事件である。この問題について、フランス国務院はCFC法が租税条約に抵触するという原審の判断を支持した。

この判決については、以下の三点が注目値する。一つ目が、フランスとスイスはともにOECD加盟国であるという点である。フランス国務院は、OECD加盟国間であってもCFC法と租税条約とが抵触することを認めたのである。二つ目が、フランス国務院は、フランスのCFC法がみなし配当所得について課税するものであるという政府の反論を退け、日本のタックス・ヘイブン対策税制と類似していた当時のフランスのCFC法は、事業所得に対して課税していると判断した点である。三つ目が、フランス国務院は、租税条約は経済的二重課税排除を目的にしていけないという政府の反論をもまた排除した点である。

筆者は、日本においてもこのフランス国務院と同様の結論が導かれると考える。そこで、以下フランス国務院の判決を紹介することとする¹¹⁾。

フランス国務院は、CFC法と租税条約との抵触関係を検討するに当たって、まず国内法に基づいた所得の性質決定を行っている。そして、政府側のみなし配当所得であるという主張を退け、事業所得であると判断している。この判断に当たっては、“*bénéfices*”という文言に注目している。この文言は、7条1項においても一般租税法典209B（フランスにおけるCFC法）においても使われている。そして、租税条約上でその意義が定義されていない以上は、国内法上の定義に従う¹²⁾として、両者の意義は同一であると判断している。フランス国務院は、このことを根拠にCFC法によって合算される所得を事業所得であると解釈している。このよう

にフランス国務院は、国内法の規定を参照した上で、条約についてかなり厳格な文言解釈をして所得の性質決定を行っている。

次に、フランス国務院は、租税条約は経済的二重課税排除を目的としていないという政府側の反論を明確に否定している。その理由として、課税される主体が異なるからといってこのような条約違反が許容されるわけではないことを明言している。

さらに、フランス国務院は、租税条約の目的が租税回避防止目的であることを根拠に、CFC法は租税条約に抵触しないという政府側の反論をも否定している。このような効果は、明確な規定が必要であることを説いている。

このように、フランス国務院は、国内法を文言解釈することによって所得の性質を事業所得であると判断している。日本では、租税条約の文言とタックス・ヘイブン対策税制の文言が異なるため、同様の解釈を行うことはできない。しかし後述するように、日本のタックス・ヘイブン対策税制の規定を詳細に検討すると、合算される所得の性質が事業所得であることは明らかである。一方、租税条約が経済的二重課税排除目的であることや租税回避防止目的であることを根拠にタックス・ヘイブン対策税制が正当化されるわけではないという論理は、日本においても同様に妥当する。したがって、日本においてもフランス国務院の判決と同様の判決が下される可能性が高い。このことを、Ⅲにおいてより明確にする。

2 フィンランド最高行政裁判所の判決

フィンランドにおいても、フィンランド最高行政裁判所が、同じく2002年にこの問題について判断を示している¹³⁾。この事件は、フィ

11) *Schneider case* についての評釈としては、Pierre-Yves Bourtourault=Marcellin N. Mboma-Mboma, *French High Tax Court Confirms that The Former French-Switzerland Tax Treaty Overrides the French CFC Legislation*, 30(12) *INTERTAX* 493(2002) がある。

12) その際に根拠として、フランス-スイス間の租税条約3条2項を参照している。なお、モデル条約3条2項に同様の規定がある。

13) 同判決については、*A Oyj Abp*, 20 March 2002, *KHO:2002:26*, 4 *INTERNATIONAL TAX LAW REPORTS* 1009(2002) に英訳がある。

ンランドのCFC法と、フィンランドとベルギーの間の租税条約との抵触関係が問題になった事件である。この判決において、フィンランド最高行政裁判所は、フィンランドのCFC法が租税条約に抵触しないと判示している。

この判決については、以下の二点が注目に値する。一つ目が、フィンランドのCFC法が事業所得に対して課税するものであると判断した点である。二つ目が、ともにOECD加盟国であるフィンランドとベルギーの間の租税条約とCFC法との抵触関係について、コメントリーを根拠に抵触しないと判断していることである。

二点目については、その判断が条約の締結・改定後のコメントリーに従っている点で誤りであることをⅢ-1において示すが、ここでもCFC法が事業所得に対して課税するものであると判断したことを留意しておくべきであろう¹⁴⁾。

3 イギリスの裁判例

イギリスにおいても、下級審でCFC法と租税条約との抵触関係が問題になった事件がある(以下、「Bricom case」)¹⁵⁾。この判決は、CFC法が租税条約に抵触しないと判示した。この判決を根拠に、イギリスにおいてもCFC法はモデル条約7条1項と抵触しないとする見解がある¹⁶⁾。しかし、この判決はCFC法と利子所得についての条項との抵触関係について判断を示したものであり、7条1項との抵触関係について同様の結論が導かれるとは限らない。少なくとも、後述する課税権配分についての合意違反という本稿の視点(Ⅲ-2)から考えると、Bricom caseを根拠に7条1項は租税条約に抵触しないと結論を導くことは困難であると

考える¹⁷⁾。

4 小括

以上のように、海外においてもCFC法と租税条約との抵触関係について判断を示した判決は多くない。その中で、日本と似たCFC法を採用していたフランスで、CFC法が租税条約に抵触するとの判断が示されたことは注目に値する。もちろん、海外と日本ではCFC法の規定が異なる上に、租税法の制度が異なる。また、国内法の解釈において法的な拘束力を持つものでもない。それでもなお、我が国と類似の法制度を採用している、海外の権威ある裁判所が下した判断は、我が国の国内法を解釈する上で重要な指針であることは否定できない。

Ⅲ. タックス・ヘイブン対策税制と租税条約との抵触関係について

1 コメントリーの条約解釈における位置付け

CFC法と7条1項の関係について、コメントリーはCFC法と7条1項は抵触しないと判断を示している(第1条のコメントリー第23パラグラフ、第7条のコメントリー第10.1パラグラフ)。このコメントリーを根拠に、両者が抵触することを否定できないかが問題となる。もし、モデル条約に基づいて作成されている租税条約はコメントリーに従って解釈されなければならないのだとすれば、コメントリーのみを根拠にタックス・ヘイブン対策税制とモデル条約が抵触しないと結論付けることが出来る。そこで以下では、コメントリーの条約解釈における位置付けについて検討することで、特

14) フィンランド最高行政裁判所の判決については、Michael Lang, *CFC Regulations and Double Taxation Treaties*, 57(2) INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION 51(2003) 参照。

15) Bricom Holdings Ltd. V. IRC, [1997]S.T.C. (SCD) 228, appeal dismissed [1997]S.T.C. 1179 (CA).

16) 占部裕典「タックス・ヘイブン税制と租税条約の抵触関係について」同志社法学 58 巻 2 号 645 頁, 709-711 頁 (2006)。

17) Bricom case についての評釈としては、Daniel Sandler, *Tax treaties and controlled foreign company legislation*, 1998(1) BRITISH TAX REVIEW 52(1998) がある。

別な場合を除いてはコメントリーのみを根拠に両者の抵触関係を否定できないことを示す¹⁸⁾。

まず、コメントリーは「決定」(経済協力開発機構条約5条(a))のように加盟国を拘束するものではなく、「勧告」(同条(b))として、加盟国に対して拘束力を持つものではないことを確認しておく必要がある。したがって、加盟国に対して法的拘束力を生じさせるものではない。

その上で、コメントリーの条約解釈における位置付けについて、ウィーン条約法条約(以下、「条約法条約」)にしたがって検討する¹⁹⁾。なお、検討に当たっては、条約の締結や改定の際に存在したコメントリー(古いコメントリー)と、条約の締結・改定後に新たに改定されたコメントリー(新しいコメントリー)とに分けて考えることとする。

古いコメントリーについては、「特別な意味」

(条約法条約31条4項)と考えるべきである²⁰⁾。まず、コメントリーは国際機関の「勧告」にすぎず、その特定の条約についての「関係合意」や「関係文書」ではない²¹⁾。同条2項の「関係合意」や「関係文書」とされるには、条約締結国間で租税条約の解釈についてコメントリーを「関係合意」や「関係文書」と考えるという特別の合意が必要であろう²²⁾。また、コメントリーを「通常の意味」(同条1項)と解することは困難である。「通常の意味」を決するのは、本来は国際的な裁判所などの役割であり、OECDの理事会が決めてよいものではない²³⁾²⁴⁾。よって、古いコメントリーについては、「特別の意味」として当事国がコメントリーに従って「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」(同条4項)についてのみ、コメントリーに従った解釈をするべきであると考えられる²⁵⁾。また、場合によっては32条の「解釈

18) コメントリーの条約解釈における位置付けについては、現在も国際的な議論的になっているところである。しかし、本稿ではこの問題について詳細に論じる紙面的な余裕はない。また、本稿における議論との関係では、条約の解釈においてコメントリーに法的拘束力がないことが確認できれば十分である。そこで、最近の議論については今後の国際租税の分野における議論の発展に期待するとして、本稿においてはコメントリーが特別の場合を除いては条約法条約上の拘束力を持たないことを確認する限度に留める。なお、この問題についての最近の議論としては、David A. Ward, *The Role of the Commentaries on the OECD Model in the Tax Treaty Interpretation Process*, 60(3) BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION 97(2006), Maarten J. Ellis, *The Role of the Commentaries on the OECD Model in the Tax Treaty Interpretation Process-Response to David Ward*, 60(3) BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION 103(2006), Frank Engelen, *Some Observations on the Legal Status of the Commentaries on the OECD Model*, 60(3) BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION 105(2006)などを参照。

19) 最近では、条約法条約の中でコメントリーの条約解釈における十分な位置付けを見出すのは困難であることから、それ以外の観点からコメントリーの条約解釈における位置付けを見出そうという試みがなされている(Ward・前掲注18), Engelen・前掲注18)参照)。また、Vogel先生は、以前からコメントリーの弱い拘束力(soft obligation)を根拠に、その位置付けを見出そうとしていた[KLAUS VOGEL, *KLAUS VOGEL ON DOUBLE TAXATION CONVENTIONS (THIRD EDITION)*, at 45(1997)]。しかし、これらの見解も強い法的な拘束力までは認めないことを強調しておく(Ward・前掲注18)99頁, Engelen・前掲注18)105頁, Vogel・同45頁)。

20) Hugh J. Ault, *The role of the OECD commentaries in the interpretation of tax treaties*, in edited by HERBERT H. ALPERT =KEES VAN RAAD, *ESSAYS ON INTERNATIONAL TAXATION* 61(1993)が、「特別の意味」と考える代表的な見解である。また、谷口・前掲注8)15-18頁も同様の立場に立つ。

21) Sandler・前掲注8)82頁, Ault・前掲注20)63頁。

22) 谷口・前掲注8)50頁注(37)において、実際にそのような合意がなされた例が紹介されている。

23) 少なくとも、本稿で特に問題としているCFC法と租税条約との抵触関係についてのコメントリーを「通常の意味」と考えることは出来ない。なぜなら、前述のようにフランス国務院が2002年という直近に全く反対の解釈を採っており、「通常の意味」と考えるだけの国際的なコンセンサスが来ていないことは明白だからである。

24) 「勧告」による弱い義務を根拠に「通常の意味」とであると解釈することは、結局はコメントリーに従う意思を持っていたか否かの判断を要することになり、条約の主観的解釈につながるとして批判されている。谷口・前掲注8)17頁参照。

25) Ault・前掲注20), 谷口・前掲注8)17頁は「31条と32条との懸け橋」として「特別の意味」とであると解釈するべきであるとしている。確かに、31条の他の条文のように強い拘束力を認めるべきではない。一方で、32条ではコメントリーを参照できる場面が極めて限定されてしまっている。そこで、このような解釈を採ったものと思われる。ただ前掲注19)のように、現在では条約法条約以外の観点からコメントリーの法的位置付けを検討する試みもなされている。このような試みが成功すれば、32条が限定的であるという問題点が解消されるので、また異なった解釈論へと発展する可能性はある。

の補足的手段」と考えることも可能である²⁶⁾。

これに対して、新しいコメンタリーについては、条約法条約を根拠に拘束力を認めることは出来ない。まず、新しいコメンタリーは条約締結や改定時には存在しなかったものである。そこで、条約締結時に存在した事情を前提としている「文脈」(31条2項)、「特別の意味」(同条4項)、「解釈の補足的手段」(32条)として位置付けることは出来ない。また、31条3項(a)の「後にされた合意」と解釈することは、前述のようにコメンタリーが締約国に対する法的拘束力を持たないこと、国際機関において専門家によって決議されたにすぎないこと²⁷⁾などを考慮すると、困難であろう。同条項(b)の「後に生じた慣行」との関係においても、コメンタリーは国際機関の決議にすぎず国家実行為が伴うものではないので、「慣行」ということはできない。よって、「後に生じた慣行」と解することも困難である。したがって、条約法条約にしたがうと、新しいコメンタリーは条約の解釈において考慮すべき要素であるとは言え

ないことになる。また、新しいコメンタリーに条約法条約に基づいた特別な効力を持たせることは、条約を改正しないのに事実上条約を改正するのと同じ効力を有するので、法治主義や立法府との権限分配との観点から大いに問題がある²⁸⁾²⁹⁾。

以上のように、コメンタリーのみを根拠にタックス・ヘイブン対策税制と租税条約との抵触関係を否定することは出来ない。締約国が7条1項について「特別の意味」として古いコメンタリーに従う意図を持っていたことを証明できた場合のみ、コメンタリーを根拠にタックス・ヘイブン対策税制は当該締約国との間の租税条約と抵触しないとすることが出来るのである。このように考えると、新しいコメンタリーを根拠にCFC法と租税条約の抵触関係を否定したフィンランド最高行政裁判所の判決に問題があることが明らかである³⁰⁾。少なくとも、日本において採用すべき判断とは言えない。

ただ、このようにコメンタリーを「特別の意味」と解することは、締約国がコメンタリーに

しかし、締約国が、条約締結過程において条文中にコメンタリーに従った「特別の意味」を与えるといった場面が十分想定し得るので、筆者はそれでも「特別の意味」と解すべき場面があると考え。そこで、これからもこのような解釈論は十分成り立ちうると考える。

26) Sandler 先生は、「補足的手段」にすぎないと考えている(Sandler・前掲注8)83頁)。「特別の意味」ととらえることに対しては、その合意が形成されたと考えには問題があることなどを根拠に、否定的である。確かに、コメンタリーを理由に合意が形成されたと考えには、問題があることが指摘されている(Michael Lang, *Later Commentaries of the OECD Committee on Fiscal Affairs, Not to Affect the Interpretation of Previously Concluded Tax Treaties*, 25(1) INTERTAX 7, at 8(1997)参照)。しかし、なお「特別の意味」と解すべきであると考え。本稿の見解は、コメンタリーを根拠に当然に「特別の意味を与え」たと考えるのではない。コメンタリーに従った「特別の意味を与える」という意思があったことを証明する必要あると考えるのである。したがって、コメンタリーを理由に当然に合意が形成されたと考えわけではないので、Sandler 先生の批判は当たらない。

27) 前掲注26)において指摘したように、OECDの理事会は全ての締約国が代表を派遣しているわけではないこと、多くの国の間で合意しなければならないので多元的であることなどを根拠に、OECDの理事会での決定のみを根拠に合意が形成されたとするについては疑問が呈されている。Sandler・前掲注8)83頁、Lang・前掲注26)8頁参照。

28) 租税の分野では、日本における租税法律主義のように、特に法律により明確な規定を設けることが要求されている(金子・前掲注1)77-87頁)。また、租税条約は通常の条約のように国家間で効力が生じるのみではなく、納税者という第三者に影響を与える〔条約の自力執行力 self-executing については、井上康一=仲谷栄一郎「租税条約と国内税法の交錯」国際商事法務30巻7号914頁、917-920頁(2002)参照〕。このような租税の分野の特殊性を考えると、特にこれらの要請は大きいであろう。Lang・前掲注26)8頁、Ault・前掲注20)67頁参照。

29) ただ、現在のOECDのコメンタリーはルーズリーフ形式を採用しており、頻繁に改正することが予定されている。そこで、このような解釈論によると、条約締結時点でのコメンタリーがどのコメンタリーであるか不明であることが問題点として指摘されている。ただ、このような問題は、コメンタリーの改定を条文の意味の明確化に留めることで解決できる(Ault・前掲注20)68頁)。また、このような問題によって、法治主義や立法府との権限分配といった問題点が正当化されるとは言えない。

30) Lang・前掲注14)51-53頁参照。

従った「特別の意味を与えることを意図して」いなかった場合には、コメンタリーを無視してよいということまでは意味していない。コメンタリーは、国際的な租税の専門家が話し合った結果出されたものであり、租税条約の解釈において大きな役割を果たしていることは事実である³¹⁾。したがって、その見解は何ら拘束的なものではないとしても、十分尊重に値するものであると言える^{32) 33)}。

なお、“CFC法と租税条約は抵触しない”という国際慣習法が確立していないことも付言しておく。前述のように、コメンタリーのみを根拠に国際慣習法が確立したと考えることに問題があるのは明らかである。また、法律と条約の抵触関係について最終的な決定権限を有しているのは多くの国では裁判所であろうが、いまだに多くの国では裁判所の判断が示されていない。さらには、前述のようにフランス国務院が両者は抵触するとの判断を示したことなどを考えると、国際慣習法が確立したと解することはフランス国務院の判断を無視、あるいは軽視するものであり問題がある。なお、European Court of Justiceの判例法理に見られるように、

多くの国でCFC法が導入されていることは国際慣習法の確立の根拠とはならない³⁴⁾。したがって、この問題をめぐる議論については、世界的に未だ明確な解答が出ていないと言えよう³⁵⁾。

2 7条1項³⁶⁾との抵触関係についての問題の整理

以下、タックス・ヘイブン対策税制と7条1項との抵触関係について検討するにあたって、まず7条1項の問題の整理を試みようと思う。すなわち、従来の7条1項の議論は2つの問題が混合されているので両者を区別し、課税権分配の合意に反していることが問題の本質であることを示す。

7条1項第1文は、“PE³⁷⁾なければ課税なし”という原則を定めている³⁸⁾。すなわち、同条項は「一方の締約国の企業の利得」について当該締約国に課税権があることを原則とし、他方の締約国は「恒久的施設を通じて当該他方の国内において事業を」行うときのみ他方の締約国で課税することが出来るとしている。つま

31) 序論のコメンタリー第15パラグラフ、同19パラグラフ参照。小沢進=矢内一好『租税条約のすべて』(財務詳報社、2000)13頁。

32) この結論は、OECD加盟国であろうと非加盟国であろうと変わらない。コメンタリーが国際租税法において大きな役割を果たしていることから、非加盟国がコメンタリーに従った「特別の意味」を与えることもありうるからである。ただ、加盟国と非加盟国では、「特別の意味」を与える意思を持っていたと証明することの容易さは異なる。なお、非加盟国もコメンタリーに対する自分の立場を表明することが可能であることを付言しておく(OECD・前掲注4)309-339頁のNON-MEMBER COUNTRIES' POSITIONS ON THE OECD MODEL TAX CONVENTION及び川端・前掲注4)293-320頁の「OECDモデル租税条約に対する非加盟国の立場」参照)。したがって、シンガポールについても、「特別の意味を与える意図」があれば、コメンタリーを根拠に抵触関係を否定する余地があろう。占部・前掲注16)668頁は、この限度で賛成できる。

33) Ward・前掲注18)の言う“soft law”や、Vogel・前掲注19)の言う“soft obligation”が、このような意義のものであるとすれば、そう解することには賛成できる。

34) Lang・前掲注14)52頁参照。

35) なお、占部・前掲注16)665-668頁は、シンガポールが特に反対の意思を示していないことを根拠に、シンガポールはタックス・ヘイブン対策税制を許容していると主張している。しかし、反対の意思を示していないことを根拠にCFC法が相手国に許容されていると考えることには、疑問が呈されている。Lang・前掲注14)52頁参照。

36) 「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国内において事業を行わない限り、当該一方の国においてのみ租税を課すことができる。一方の国の企業が他方の国内にある恒久的施設を通じて当該他方の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、当該他方の国において租税を課することが出来る。」(川端・前掲注4)26頁)

37) Permanent Establishment(恒久的施設)の略称。条約の適用において、具体的にどのようなものが含まれるかについては、モデル条約5条参照。

38) 第7条のコメンタリー第3パラグラフ参照。

りは、事業所得については居住地国での課税を原則とし、相手国は相手国内にPEがあるときのみ課税できるという形で課税権を分配しているのである。

この7条1項違反という時には、2つの問題が混同されがちである。1つ目が、二重課税を理由に7条1項違反であるとする問題である。そして2つ目が、課税権分配の合意に反しているがゆえに7条1項違反であるとする問題である。この両者は似て非なるものである。なぜなら、二重課税が生じていなくても課税権分配の合意に反していれば、7条1項に反するからである。

7条1項は、PEがない国については、事業所得に対する課税権を与えていない。このことは、“shall be taxable only in that State”（下線筆者）^{39) 40)}という文言からも明らかである⁴¹⁾。だが、例えば居住地国においてある法人の事業所得に対して課税していない場合に、相手国が当該法人（PEなし）の事業所得に対して課税したときには、二重課税は生じていないが課税権分配の合意には反している。また、たとえPEがあったとしても、PEに帰属していない所得に対して課税したときには、やはりこの課税権分配の合意に反している（7条1項第2文）。二重課税が生じていないからといって課税権分配の合意に反することは許されるものではなく、また合意違反がないということも言えないであろう。所得の課税範囲を決するのはその国の権限であるが、その決定が課税権分配の合意に反することは許されないのである。よって、二重課税排除の問題と、課税権分配合意違反の問題は分けて考えるべきである。

そしてこのように考えると、タックス・ヘイブン対策税制が租税条約に反しないと主張する根拠の1つとして、二重課税が排除されていることを根拠にすること⁴²⁾は、二重課税が生じているとの問題点に対する反論にはなっているが、課税権分配の合意に反するとの問題に対する反論にはなっていない。また、タックス・ヘイブン対策税制が租税条約と抵触すると主張する際に、二重課税が生じていると主張するときには、後者の意味で言っていることが多いと思われる⁴³⁾。二重課税についてはタックス・ヘイブン対策税制で十分配慮がなされており⁴⁴⁾、課税権分配の合意に反していないかということが、抵触関係を論じる上で最も大きな問題なのである。

そこで、以下では課税権分配の合意に反していないかという観点から、タックス・ヘイブン対策税制と租税条約との抵触関係について論じる。

3 タックス・ヘイブン対策税制により合算される所得の法的性質

タックス・ヘイブン対策税制は、「一方の締約国の企業」（7条1項）である特定外国子会社等の「利得」に課税している。そこで、事業所得に対して課税していると言える。だが、もし株主の配当所得に課税しているのだとすれば、課税権分配の合意に反するとは言えなくなる。なぜなら、配当所得について課税する権限は、支払いを受ける企業のある国に分配されているからである（10条1項）⁴⁵⁾。そこで以下では、日本のタックス・ヘイブン対策税制の規

39) OECD・前掲注4)28頁。

40) 「当該一方の締約国においてのみ課税を課することができる。」(川端・前掲注4)26頁)。

41) 倉内敏行「相互協議の対象について—『租税条約に適合しない課税』の解釈に関する一考察」税務大学校論叢27号137頁、164-166頁(1996)、Sandler・前掲注8)19頁参照。

42) 占部・前掲注16)685-686頁。

43) フランス国務院の判決は、この問題意識にしたがった判断をしていると思われる。中里・前掲注9)78頁も、この問題意識のもと「日本における事業所得に対する課税は否定される」としていると思われる。また、Sandler・前掲注8)19頁は課税権分配合意違反であることを明示している。

44) 措法40条の5、66条の7、66条の8など。

45) なお、その他所得(21条)に当たると考える見解もある(占部・前掲注16)692頁)。この見解は、金銭等の財産

定を詳細に検討することにより、タックス・ヘイブン対策税制が配当所得に対して課税しているものではなく、事業所得に課税するものであることを示す⁴⁶⁾。

(1) 二つの課税理論

タックス・ヘイブン対策税制が配当所得に課税しているか、事業所得に課税しているかについて考えるためには、タックス・ヘイブン対策税制の理論的根拠を考える必要がある。なぜなら、両者の違いはタックス・ヘイブン対策税制がどのような法律構成によって課税対象留保金額を株主に帰属させているかによって決まるからである。そして、タックス・ヘイブン対策税制の理論的根拠については、日本では主に以下の2つの理論が対立しており、その理論的根拠に対応して配当所得に課税しているかとみるか、事業所得に課税しているかとみるかが対立している⁴⁷⁾。

1つ目の理論が、タックス・ヘイブン対策税制はみなし配当所得に課税していると考えられるものである(以下、「みなし配当理論」*deemed dividend theory*)⁴⁸⁾。すなわち、タックス・ヘイブン対策税制は、特定外国子会社等(措法66条の6第1項)の留保利益につき配当があったものとみなしてそのみなし配当所得について

株主に対して課税しているというものである。みなし配当理論は、課税対象留保金額の計算がみなし配当理論を前提になされていることを主な根拠としている。タックス・ヘイブン対策税制がみなし配当理論に依拠しているとすると、タックス・ヘイブン対策税制は配当所得に対して課税していることになり、租税条約とは抵触しなくなる。

2つ目の理論が、タックス・ヘイブン対策税制は、特定外国子会社等の法人格を否定した上で、特定外国子会社等の所得が株主に直接帰属したのものとして、親会社の事業所得に対して課税していると考えられるものである(以下、「所得直接稼得理論」*income earned directly theory*)⁴⁹⁾。所得直接稼得理論は、タックス・ヘイブン対策税制が法人税法(以下、「法法」)11条の実質所得者課税の原則を明確したものであること、相手国において配当とは取り扱われていないこと、「雑所得に係る収入金額とみなして」(措法40条の4第1項柱書)、「収益の額とみなして」(同66条の6第1項柱書)という文言を主な根拠としている。タックス・ヘイブン対策税制が所得直接稼得理論に依拠しているとすると、タックス・ヘイブン対策税制は事業所得に対して課税していることになり、租税

の交付はないので配当所得そのものではないとしても、配当類似のものとしてその他所得に分類して考える見解である。そこで、配当所得に課税していると考えられる見解と同様に解することが出来る。なお、配当所得類似のものではなく、単にその他所得として課税していると考えた場合には、やはり課税権分配の合意に反する。なぜなら、他方の国においてその他所得として課税しようとも、「一方の締約国の企業の利得」である以上は、その所得については相手国に課税権がないと言えるからである。配当所得としての課税が許されるのは、「一方の締約国の企業の利得」が相手国に配当という形で送金される際には、10条1項により相手国に課税権が分配されているからである。

46) この問題について、Lang・前掲注14)は条約の問題であるとし、10条1項の“paid”(OECD・前掲注4)31頁参照)の意義を広く解することで配当所得に含まれると解する。しかし、同条項の“paid”を広く解することは「通常の意味」(条約法条約31条1項)であるとは言えず、第10条のコメンタリー第7パラグラフに従った「特別の意味を与える意図」(同条4項)が必要である。結局は、国内のCFC法が配当所得に課税するものであるかどうかという国内法の解釈によらざるを得ないと考える。なお、フランス国務院も国内法の解釈によるべきことを明言している。

47) タックス・ヘイブン対策税制の理論的根拠についてはさまざまな分類方法があるが、ここでは現在最も対立している2つの理論を挙げることにした。佐藤・前掲注7)127-129頁、大崎満『国際的租税回避—その対抗策を中心として』(大蔵省印刷局、1990)196-197頁、木村弘之亮『国際税法』(成文堂、2000)917-920頁、吉川保弘「同族会社の国際的租税回避を巡る諸問題：タックスヘイブンを利用する同族会社及び支配株主に係る課税問題」税務大学校論叢35号225頁、249頁(2000)など参照。

48) 占部・前掲注16)679-694頁。なお、占部先生は村井正編『国際租税法の研究』(法研出版、1990)38頁において、日本のタックス・ヘイブン対策税制は所得帰属理論に依拠しているとしているが、占部・前掲注16)においてみなし配当所得であるという主張をしているので、ここではみなし配当理論として整理する。

49) 中里・前掲注9)72頁及び中里実「タックスヘイブン対策税制と赤字子会社」税研123号69頁(2005)。

条約と抵触することになる。

日本では、この2つの理論的根拠を巡って事業所得に課税しているか、配当所得に課税しているかが争われてきた。しかし、タックス・ヘイブン対策税制の規定を詳細に検討すると、現在の日本のタックス・ヘイブン対策税制はこのいずれの理論にも依拠していないことが分かる。すなわち、配当とみなすこともしていないが、法人格を否定することもしていない。いずれの理論にもよらずに、その理論的根拠をあいまいにしたまま、租税回避を否認するために特定外国子会社等の留保利益を株主の収益の金額とみなして、株主の事業上の所得として課税しているものである。ただその際に、課税対象留保金額の計算方法についてはみなし配当理論の構成を採用し、所得の帰属については所得直接稼得理論の構成を採用しているのである^{50) 51)}。このように考えると、タックス・ヘイブン対策税制は配当所得に課税しているとは言えなくなる。したがって、「一方の締約国の企業の利得」に対して課税している以上は、事業所得に対して課税していることになる。

そこで、以下ではタックス・ヘイブン対策税制の規定を詳細に検討する。

(2) 日本のタックス・ヘイブン対策税制の規定の検討

・納税義務者及び特定外国子会社等の要件（措法40条の4第1項・2項、措令25条の19、措法66条の6第1項・2項、措令39条の14)

いかなる者が納税義務者及び特定外国子会社等に当たるかの要件は、どのような理論に依拠しているかについて中立的である。

前述のように、タックス・ヘイブン対策税制はタックス・ヘイブンを使った租税回避を防止するための措置である。そこで、どのような要件を満たした場合に租税回避としてタックス・ヘイブン対策税制を適用するかは、どのような行為を租税回避と考えるかの問題である。これに対し、タックス・ヘイブン対策税制の理論的根拠の問題は、租税回避に当たるとされた場合に留保利益を合算する理論的根拠は何かという問題なのである。よって、理論的根拠の問題は、納税者及び特定外国子会社等の要件の問題に影響を及ぼさない⁵²⁾。

また、適用除外要件（措法40条の4第4項、措令25条の22、措法66条の6第4項、措令39条の17）が、軽課税国において事業活動を行っ

50) タックス・ヘイブン対策税制がいかなる理論的根拠によって子会社の留保利益を親会社の所得に合算しているのかは、法文からは明らかになっていない。また、いずれかの理論に依拠するのかを明確にする意図も持っていないものと思われる。結局は、特定外国子会社を使った租税回避行為を防ぐために、特定外国子会社等の留保利益を実質所得者である親会社の所得として合算するという制度を採用しているにすぎない。佐藤・前掲注7)129頁、木村・前掲注47)919頁、小松房明『法人税法概説（五訂版）』（有斐閣、1993）217-221頁も同旨であると思われる。また、立法者も「このように本税制は、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、」（高橋・前掲注1)93頁）と述べており、このような解釈が立法者意思にも最も合致する考え方である。

51) なお、木村・前掲注47)919頁にある「帰属関係は正説」が一番近い考え方であろうが、木村先生が指摘しているように、タックス・ヘイブン対策税制はこれに依拠する意図も有していない。タックス・ヘイブン対策税制は、いかなる理論的根拠のもとに特定外国子会社等の留保利益を親会社の所得とみなすのかをあいまいにしており、それがゆえに租税条約と抵触しているのである。そこで、いかなる論理に依拠しているのかを明確にした上で、それに合わせて制度を手直しすべきであるというのが本稿の問題意識である。帰属関係は正説に依拠するものとして、吉川保弘「外国税額控除制度とタックス・ヘイブン対策税制をめぐる諸問題」税務大学校論叢17号93頁、149頁（1986）参照。

52) ただし、みなし配当理論による場合には、外国関係会社に当たるか否かの要件が議決権の50%を基準にしている必要がある。なぜなら、配当をするか否かを決定するのは議決権の50%が必要であるからである〔会社法453条1項、同309条1項。なお、ここで日本の法律にしたがって考えることに違和感を抱く方もおられるかもしれないが、タックス・ヘイブン対策税制は基本的に日本の法律にしたがった処理をしている（措令25条の20など）。これは、各国の制度がまちまちであるから、各国の制度にしたがって処理するのは困難であること、とりわけタックス・ヘイブンでは納税者に有利な法制であることが多いことなどを背景としていると思われる〕。ただ、現在のタックス・ヘイブン対策税制は、外国関係会社に当たるか否かについて50%を基準に判断しており（措法66条の6第2項1号参照）、この点については問題がない。また、議決権が50%に至らない場合に外国関係会社に当たるとされる場合もありうる（同条項）が、これも議決権50%という要件を潜脱することを防止するための措置として許容される範囲内であろう。

ている法人を除外していることを根拠に所得直接稼得理論に依拠していると考え余地もある。しかし、みなし配当理論に依拠した場合にも、このような法人はタックス・ヘイブン対策税制を適用する必要がない法人である。よって、適用除外要件を根拠に所得直接稼得理論に依拠していると考えすることは不適切である。

したがって、納税義務者及び特定外国子会社等の要件は、いずれの理論に依拠するかについて中立的である。

・課税対象留保金額の計算方法（措法 40 条の 4 第 1 項・2 項，措令 25 条の 20，同条の 21，措法 66 条の 6 第 1 項・2 項，措令 39 条の 15，同条の 16）

課税対象留保金額の計算方法は、みなし配当理論に依拠しているとされる最大の根拠である。

課税対象留保金額は、適用対象留保金額（所得税については、「調整適用対象留保金額」）に持株割合を乗じた金額である（措令 25 条の 21 第 2 項，措令 39 条の 16 第 2 項）。そして、適用対象留保金額は未処分所得の金額（措法 40 条 2 項 2 号，措令 25 条の 20，措法 66 条の 6 第 2 項 2 号，措令 39 条の 15）から，当期中の納付が確定した法人所得税（措令 25 条の 21 第 1 項 1 号，措令 39 条の 16 第 1 項 1 号）及び当期に係る配当等の額（措令 25 条の 21 第 1 項 2 号，措令 39 条の 16 第 1 項 2 号）を控除した金額である。よって，当期に配当すべきであった金額を計算するという方式によっ

る。これは，みなし配当理論に整合的な計算方法である⁵³⁾。これに対して，所得直接稼得理論に依拠しているとする，法人格が否認されるのであるから，未処分所得の金額を計算するのではなく，特定外国法人等の益金に相当するものを内国法人の益金に，損金に相当するものを内国法人の損金に計上するべきということになる。したがって，課税対象留保金額の計算方法から考えると，タックス・ヘイブン対策税制は所得直接稼得理論に依拠しているとはいえない。

ただ，このような計算方法は，みなし配当理論に依拠しなければ採用出来ないものではない。タックス・ヘイブン対策税制で問題にしている租税回避行為は，特定外国子会社に留保利益を貯めておくことによる課税の繰り延べあるいは回避である。よって，この租税回避に対応するには特定外国子会社の留保利益を所得に合算すれば十分であり，またその方が簡便である。そこで，本稿のようにタックス・ヘイブン対策税制の理論的根拠はあいまいであるという前提に立ったとしても，タックス・ヘイブン対策税制は配当すべきであった金額を計算するという計算方法を採用したと説明することに，何ら問題はない。

・所得税における所得分類（措法 40 条の 4 第 1 項柱書）

タックス・ヘイブン対策税制によって合算される所得は，所得税法では「その者の雑所得に係る収入金額とみな」（措法 40 条の 4 第 1 項

53) みなし配当理論を貫くならば，適用対象留保金額は前期の未処分所得をもとに計算すべきである。例えば，株主が年 1 回，12 月決算で，特定外国子会社等も年 1 回，12 月決算であった場合を考える。この場合，子会社が 18 年 1 月～12 月の間に支払う配当は，17 年 1 月～12 月の間に得た所得からその所得に対応する法人税を支払った後に，残った利益から支払われるはずである。しかし，タックス・ヘイブン対策税制では，18 年 1 月～12 月の間に得られた利益から，その間に支払うことが確定した法人税の金額を控除することで，適用対象留保金額を計算している（措令 25 条の 21 第 1 項 1 号，39 条の 16 第 1 項 1 号）。18 年 1 月～12 月の間に支払うことが確定した法人税の金額というのは，17 年 1 月～12 月の間の所得に対応する所得である。そこで，みなし配当理論を貫くならば，17 年 1 月～12 月の間の所得から，それに対応する法人税及び配当の金額を控除したものを適用対象留保金額とする方が理論的には整合的であると言えよう。しかし，このような制度を採ることは現実的にはかなり困難である。まず，株主と特定外国子会社との決算期がこの例のように常に同じであるとは限らない。また，株主間でも決算期が異なる場合がありうる。こうなると，株主間で未処分所得金額が異なる可能性が出てくる。さらには，法人税と所得との対応関係が不明確な場合もあり得る。このように，法人税と所得とを対応させようとする，混乱が生じる可能性が極めて高い。結局，法人税と所得との間にずれが生じる現在の制度も，未処分所得の金額から欠損金を控除できること（措法 66 条の 6 第 2 項 2 号），外国税額控除の繰越が認められること（税法 69 条 2 項），みなし配当なのであり，多少の擬制は許されることなどを考えると，是認できよう。

柱書) されることになる。

このように雑所得と分類していることは、みなし配当理論からは説明可能である。みなし配当理論によると、みなし配当であることから本来は配当所得に分類すべきと言える。しかし、実際に特定外国子会社等から株主に金銭など財産の交付がないことから、雑所得と分類したと説明することになる⁵⁴⁾。

一方、所得直接稼得理論によると、課税対象留保金額は本来ならば事業所得の総収入金額と分類すべきと言える⁵⁵⁾。なぜなら、事業所得における事業とは「自己の計算と危険において営利を目的とし対価を得て継続的に行う経済活動のこと」⁵⁶⁾であり、特定外国子会社等の法人格を否定している以上は、特定外国子会社等の事業は株主の「計算と危険において」なされていると言えるからである。しかし、課税対象留保金額は特定外国子会社等の所得金額に調整を加えたものである。すなわち、特定外国子会社等の総収入金額に相当するものから、必要経費に相当するものを控除したあとの金額である。このように、課税対象留保金額は総収入金額とは概念が異なるものもあるので、事業所得における総収入金額に当たらないとして、雑所得に分類したと説明することになる。もっとも、総収入金額と課税対象留保金額の性質の違いは相対的であり、このような説明で事業所得でないとの位置付けを正当化できるかは疑問である。結局、課税対象留保金額の計算方法が現在のような方式によっている以上は、所得直接稼得理論に依拠していると説明することは困難

であると言えよう。

このように、所得税における所得分類から考えても、みなし配当理論に依拠しているかのように見える。しかし後述するように、配当所得であるか雑所得であるかによる違いはほとんどない。そのような状況の下で、財産の交付がないことのみを根拠として配当所得でない位置づけることが十分に説得的であるかは疑問である。むしろ、みなし配当と構成するつもりがなかったのが、配当所得とは分類しなかったと説明する方がより説得的である。また、立法者がみなし配当理論によって制度を設計するつもりがなかったことは、以下で他の諸制度を詳細に検討すれば明らかになるであろう。

・外国税額控除（措法 66 条の 7）

タックス・ヘイブン対策税制では、課税対象留保金額に対応する金額について、外国税額控除を認めている。

みなし配当理論によると、この外国税額控除は、子会社からのみなし配当についての外国税額控除ということになるので、間接外国税額控除（法法 69 条 8 項）⁵⁷⁾に対応する制度ということになる。しかし、タックス・ヘイブン対策税制の外国税額控除と間接外国税額控除とは要件が異なる。タックス・ヘイブン対策税制では、課税対象留保金額について常に外国税額控除が認められる。すなわち、5%以上の株式を有していた場合には、外国税額控除が認められる（措法 66 条の 6 第 1 項）。これに対して、間接外国税額控除が認められるには、25%以上の株式を 6 ヶ月以上保有することが必要である（法

54) 占部・前掲注 16) 686-690 頁。

55) さらに付言すると、課税対象留保金額の計算方法についての議論と同様に、本来ならば、特定外国子会社等の総収入金額に相当するものを総収入金額に、特定外国子会社等の必要経費に相当するものを必要経費に計上するという計算方法によるべきである。

56) 金子・前掲注 1) 213 頁。

57) 間接外国税額控除とは、子会社から配当を受けた場合に、子会社が納めたその配当に対応する外国法人税について外国税額控除を認める制度である。これによって、子会社所得に対する海外での法人税課税と、親会社である内国法人が受け取った配当に対する法人税課税という二重課税を排除することができ、支店形態による海外進出と子会社形態の海外進出との中立性を保つことができる（金子・前掲注 1) 417-418 頁）。なお、制度の詳細については、本庄資＝川田剛編『国際課税の理論と実務〔第 2 巻〕外国税額控除』71-102 頁〔中野百々造〕（税務経理協会、2000）、渡辺淑夫『最新 外国税額控除 一国際的二重課税排除の理論と実務一』（同文館出版、2002）203-263 頁、武昌昌輔編著『DHC コンメンタル法人税法〔第 3 巻〕』（第一法規、1979）4287 の 10-4287 の 40 頁など参照。

人税法施行令、以下「法令」146条)。このように、両者は要件が異なる。そして、この要件の違いは実際に配当として財産が交付されていないことでは説明できない。みなし配当と構成しながら、実際に配当をした時には認められない間接外国税額控除を認めることは、説明が困難である⁵⁸⁾。このような外国税額控除の規定から、タックス・ヘイブン対策税制は課税対象留保金額が株主に帰属する法的根拠をみなし配当と考えていない姿勢が強かうかがわれる⁵⁹⁾。

これに対し、所得直接稼得理論によると、特定外国子会社等の法人格を否定するので、課税対象留保金額に対応する法人税は株主が納付したことになる。よって、この外国税額控除は直接外国税額控除（法第69条1項）に対応する制度ということになる。したがって、上記のような間接外国税額控除との要件の違いは問題にならない⁶⁰⁾。しかし、前述のように計算方法や所得分類などについて考えると明らかなように、所得直接稼得理論に依拠してタックス・ヘイブン対策税制を説明することも困難である。

結局のところ、この外国税額控除の制度は、直接外国税額控除とも間接外国税額控除とも異

なる二重課税排除措置なのである。すなわち、みなし配当ではないので特定外国子会社等の納めた外国法人税について間接外国税額控除を認めることはできない。また、前述のように、法人格を否認したと考えることは困難である以上は、当該外国法人税は株主自身が納付したわけでもないので、直接外国税額控除を認めることもできない。しかし、課税対象留保金額について法人税が課税されることになると、二重課税が生じる。そこで、課税対象留保金額に対応する外国法人税額を株主が納付したとみなして外国税額控除を認めたのである⁶¹⁾。このように、タックス・ヘイブン対策税制は二重課税を排除するための調整措置を丁寧に設けていることは確かであるが、その調整は何らかの理論的根拠に基づいて統一的に整理されたものではない。

・課税済留保金額の配当に伴う調整（措法40条の5、同66条の8）

課税済みの留保金額から配当がなされたときには、二重課税を排除するための調整がなされる。これは、一度課税された留保金額について二重に課税することを排除する規定であり、いずれの理論からも説明可能な合理的な規定である。

58) また、後に実際に配当がなされた場合には、25%株式を保有していなければ間接外国税額控除が認められないことから、結局認められる外国税額控除が変わらないということも、この違いを正当化する根拠とはならない。なぜなら、みなし配当理論に依拠すると、後になされた配当というのは本来留保金額が合算された時に配当されるべきであったものであり、そのために配当を擬制しているのである。よって、後に実際配当がなされた時とみなし配当の時と同様の処理をするべきという結論に変わりはない。

59) タックス・ヘイブン対策税制により外国税額控除が認められる場面の方が、間接外国税額控除が認められる場面より広いので、タックス・ヘイブン対策税制の方が、二重課税が生じる場面は少ない。だが、このことをもってより広い範囲に外国税額控除を認めることが是認されるわけではない。なぜなら、このような二重課税は間接外国税額控除では生じるものであり、二重課税が生じることが問題なのだとすれば、間接外国税額控除の要件に問題があるのである。二重課税発生が好ましくないことは肯定するが、そのことは実際に配当した場合と比べて取り扱いが異なるという課税上の不均衡の根拠とはならない。

60) なお、個人については外国税額控除が認められない。これは、いずれの理論に依拠したとしても、個人については間接外国税額控除が認められないからという説明になる。現在の日本の税制は、法人段階と株主たる個人段階の二段階で所得を捕捉するという制度を採用しており、たとえ所得直接稼得理論に依拠して法人格を否認したところで、外国法人税について外国税額控除を認めるのは他の制度との均衡からして困難である。また、留保利益を配当した場合との均衡を考えるのは当然の配慮であろう。ただ、みなし配当理論からの説明の方が容易であることは確かである。このようにしてみると、個人については法人よりもみなし配当理論に近い構成を採っていると言える。これは、法人同士に比べて、法人と個人の場合だと両者の性質が大きく異なるからであると考えられる。そこで、場合によっては、Schneider caseのように所得税におけるタックス・ヘイブン対策税制と法人税におけるタックス・ヘイブン対策税制の理論的根拠は異なると説明することも可能であろう。さらに付言すると、本稿の問題意識からすると、ここでもタックス・ヘイブン対策税制がいかなる理論的根拠に依拠するかを明確にして制度全体を整理していないことが何われると指摘することができる。

61) このような理解は、立法者の意思とも合致する。高橋・前掲注1)167-168頁〔小沢進＝小田嶋清治〕参照。

・株式の取得価額の調整

みなし配当を受けた時は、取得価額にみなし配当の金額が加算される（所得税法施行令 112 条第 4 括弧書，法令 119 条 1 項 5 号第 2 括弧書，同条項 6 号第 2 括弧書参照）。これは、みなし配当を受けた株式が譲渡された時に、みなし配当の額について二重課税が発生することを防止するための措置である。そして、課税対象留保金額について課税を受けたときにも、みなし配当であると考えているとすれば、これに対応して取得価額に課税対象留保金額が加算されるはずである。しかし、タックス・ヘイブン対策税制は取得価額について特に調整を加えていない。ここからも、タックス・ヘイブン対策税制がみなし配当理論に依拠していないことが分かる。

・赤字子会社の欠損金の帰属について

赤字の特定外国子会社等の欠損金が親会社に帰属しないことを根拠に、タックス・ヘイブン対策税制がみなし配当理論に依拠しているとする見解がある⁶²⁾。しかし、この問題については高裁判決⁶³⁾があるにすぎず、また一審判決⁶⁴⁾では結論が異なっている。さらに、高裁の結論に対しては強い批判がなされている⁶⁵⁾。よって、赤字子会社の欠損金が株主に帰属しないという結論自体に争いがあり、根拠としては不適切である。むしろ、タックス・ヘイブン対策税制の理論的根拠についての争いの帰結である。また、たとえ欠損金が親会社に帰属しないとしても、それは特定外国子会社等の法人格を否認していないという意味で、所得直接稼得理論に依拠していないことを示すにすぎない。本稿のように、いずれの理論にも依拠しないと考えるも、欠損金の帰属を認める規定がない以上は欠損金は親会社に帰属しないという結論を導くことは可能である。よって、特定外国子会社等の欠損金が親会社に帰属しないことを根拠に、

タックス・ヘイブン対策税制がみなし配当理論に依拠していると考えすることはできない。

このようにタックス・ヘイブン対策税制の規定を詳細に検討すると、タックス・ヘイブン対策税制が何らかの理論的根拠に基づいて統一的に規定されているわけではないことが明らかになる。少なくとも、みなし配当理論や所得直接稼得理論に依拠していると考えことは困難である。みなし配当理論については、所得の帰属について詳細に規定を検討すると、みなし配当と整理しているとは言えない。一方で、所得直接稼得理論については、課税対象留保金額の計算方法を考えると、子会社の法人格を否認しているとは言えない。タックス・ヘイブン対策税制はいずれの理論にも依拠せずに、理論的根拠をあいまいにしたまま特定外国子会社等の留保利益を実質所得者である株主に合算するという制度を採っている。このように考えると、タックス・ヘイブン対策税制は、課税対象留保金額を配当したものとみなしてみなし配当所得に課税していると言えず、事業所得に課税していると言わざるを得ない。そして、事業所得に課税している以上は、7条1項により特定外国子会社等の居住地国にのみ課税権が分配されており、課税権が配分されていない日本で事業所得に課税することは、7条1項の合意に反していると言える。

4 法的二重課税のみを目的としているかについて

以上のように、タックス・ヘイブン対策税制が事業所得に課税しているとしても、OECD のコメンタリーによると、タックス・ヘイブン対策税制は相手国の企業の利得を減少させていないので、課税権配分の合意に反しないという

62) 占部・前掲注 16) 684 頁。

63) 高松高判平成 16 年 12 月 7 日訟月 52 卷 2 号 667 頁，判タ 1213 号 129 頁。

64) 松山地判平成 16 年 2 月 10 日訟月 52 卷 2 号 690 頁。

65) 中里・前掲注 49) 「タックスヘイブン対策税制と赤字子会社」参照。

ことになる⁶⁶⁾。しかし、このような解釈は、7条1項の「文脈」(条約法条約31条1項)にしたがった解釈ではなく、「特別の意味」(同条4項)にすぎない。

まず、このような解釈は7条1項の文言に正面から反する。すなわち、タックス・ヘイブン対策税制が課税対象としている事業所得は、特定外国子会社等の法人格を否定していない以上は、特定外国子会社等の「利得」であることが明らかである。そして、特定外国子会社等のPEが日本にないときには、「当該一方の国においてのみ租税を課すことができる」はずであるが、他方の国である日本で租税を課している⁶⁷⁾。よって、文言に正面から反している。また、7条1項は、第1文において“PEなければ課税なし”の原則を定めていると同時に、第2文においてPEがある場合についてもPEに帰属する所得のみについて課税できること(帰属主義)を規定している⁶⁸⁾。この第2文も含めた「文脈」から考えると、7条1項は事業所得についてPEなどを通じて当該国に帰属する所得のみについて課税権を認めている。よって、ある企業の所得について課税する場合には、その企業に帰属する所得に対してのみ課税することを当然の前提としていると考えるのが、「文脈」に即した自然な解釈である。そして、特定外国子会社等の法人格を否定しない以

上は、タックス・ヘイブン対策税制で合算される事業所得が親会社には帰属しておらず、特定外国子会社等に帰属していることは明らかである。したがって、当該企業に帰属しない所得についても課税できるとする解釈は、「文脈」に即した解釈とは言えない。

また、7条1項の「目的」(条約法条約31条1項)が法的二重課税の排除のみであり、経済的二重課税の排除が目的ではないことを根拠に、コメンタリーのような解釈が可能であると解することも妥当ではない⁶⁹⁾。最初に、「目的」を参照するのは両国の間で解釈が異なる時であり、原則は文言解釈であることを確認しておく必要がある⁷⁰⁾。その上で、7条1項は経済的な二重課税の排除を目的とはしていないと解釈することも妥当でない。まず、モデル条約のどの条文も、法的二重課税のみを対象にしていることを明らかにしているわけではない⁷¹⁾。むしろ、相互協議手続に見られるように経済的二重課税に対しても配慮をしている⁷²⁾。加えて、コメンタリーの解釈にしたがうと、一方の締約国の企業に課税する際に、他方の締約国にあるまったく関係ない企業の事業所得を課税の基礎に含めることも許されることになろう。このような課税を放置すると考えるのは極めて不当な結論であるし、前述のように帰属を根拠に課税権を分配した帰属主義とも齟齬が生じると

66) 7条のコメンタリー第10.1パラグラフ。「第1項の目的は、一方の締約国の、他方の締約国の居住者である企業の事業所得に対する課税権の制限を規定することである。本項は、一方の締約国の、自国の国内法令の従属外国法人規定に基づく自国の居住者に対する課税権を、これらの居住者に対して課せられる当該租税が、他方の締約国に居住している企業の利得で、これらの居住者の当該企業への持分に帰せられる部分に基づき算定されるのにもかかわらず、制限していない。一方の国によって自国の居住者に対してこのように課せられる租税は、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言いがたい。(第1条に関するコメンタリー第23パラグラフ及び第10条に関するコメンタリー第37パラグラフ及至第39パラグラフも参照)。(川端・前掲注4)103頁)。英文については、OECD・前掲注4)116-117頁参照。

67) PEが日本にあるときにも、PEに帰属しない所得に課税しているので、同条項第2文に反することは明らかである。

68) 第7条のコメンタリー第5パラグラフ、木村・前掲注47)812-813頁など参照。

69) 「法的二重課税」(judicial double taxation)とは、同じ所得について二国が同一の主体に対して課税することである。一方、「経済的二重課税」(economic double taxation)とは、同じ所得について二国が異なる主体に対して課税することである。占部・前掲注16)675頁、Sandler・前掲注8)15-16頁参照。

70) Sandler・前掲注8)56-58頁。Vogel・前掲注19)37頁。

71) Sandler・前掲注8)19頁。

72) 中里・前掲注9)79頁。

言える。

さらには、支配株主において留保利益が課税されるか否かは、当該会社の計算上の利得には影響を及ぼさないであろうが、配当をするか否か、新たな投資をするか否かなどの行動に当然影響を及ぼす。このような事実上の影響を無視して、単に計算上の利得が減らないことのみを根拠に相手国に影響が及ばないとするのは、形式的にすぎる。少なくとも、すべての国において是認される論理であるとは到底言えないであろう。よって、コメンタリーが「当該利得に対して課せられたとは言い得ない」とするのも、やはり「特別の意味」である。

このように考えると、コメンタリーの解釈は「特別の意味」と考えなければ採用し得ない解釈である。少なくとも、文言解釈を原則とする(条約法条約 31 条 1 項) 条約の解釈としては不適切である。

5 小括

このように、租税条約の締結国が、コメンタリーに従った「特別の意味を与える意図」を有している場合以外は、タックス・ヘイブン対策税制は租税条約に抵触する。タックス・ヘイブン対策税制は、7 条 1 項の文言に正面から反する。そして、「特別の意味を与える意図」を有していた場合を除いては) 両者が抵触することをコメンタリーのみによって否定することは出来ない。また、タックス・ヘイブン対策税制は配当所得に課税していると考えて、7 条 1 項に抵触しないと考えることもできない。さらには、経済的二重課税排除を目的にしていることを理由に、タックス・ヘイブン対策税制が事業所得に対して課税しているとしても 7 条 1 項に抵

触しないとすることもできない。よって、日本においてもフランス国務院と同様に、タックス・ヘイブン対策税制は条約に抵触し、無効となる。

したがって、タックス・ヘイブン対策税制は、租税条約を締結している国にある子会社の留保利益については適用できなくなる。そうすると、これらの子会社を使った課税繰り延べや租税回避を放置することになる。そこで、以下 (IV) では以上の議論を踏まえてこの問題の解決策について検討する。

IV. 解決策の検討

1 2つの解決策

IIIにおいて行った議論から考えると、タックス・ヘイブン対策税制が租税条約に反しないと結論を導くためには、①条約締結国との間で特別の合意をする、②タックス・ヘイブン対策税制をみなし配当理論に依拠した規定へと改正するという2つの解決策が考えられる。そして、本稿では②の解決策を採用することを提言する。

①の解決策とは、租税条約を締結している各国との間で「後にされた合意」(条約法条約 31 条 3 項 (a)) として租税条約とタックス・ヘイブン対策税制は抵触しないとの合意をすることである⁷³⁾。このような解決策を採用することも、可能ではある。ただ、外国との交渉のコストや、租税条約を将来締結する際の手間を考えると、あまり賢明な解決策であるとは言えない⁷⁴⁾。

むしろ、②みなし配当理論に依拠した規定へと再構成する方が、租税条約との抵触関係だけではなくいくつかの問題点も同時に解決できるので、より賢明な策であると考え^{75) 76)}。

以下では、みなし配当理論に依拠した規定へ

73) なお、条約締結後の合意について「特別の意味」(条約法条約 31 条 4 項) と解することが出来ないことは、言うまでもない (III-1 参照)。

74) フランスでは、Schneider case 以前はこのような対応策が採られていた。横田文志「国際課税 最近のEU税制とフランス」租税研究 657 号 128 頁, 135-136 頁 (2004)。

75) フランスにおいても、Schneider case の判決を受けて、CFC法にみなし配当規定を設けている。占部・前掲注 16) 712 頁, 租税事務局「各国税務事情」租税研究 663 号 153 頁, 154 頁 (2005) 参照。

76) このようにみなし配当理論に依拠して再構成する見解に対しては、そもそも、実際に配当がなされていないのにも

と再構成する場合に改正が必要な規定を検討することで、このことを示そうと思う。

2 みなし配当理論に依拠した再構成

(1) みなし配当規定

まず、「雑所得に係る収入金額とみなして」(措法 40 条の 4 第 1 項柱書)、「収益の額とみなして」(同 66 条の 6 第 1 項柱書)という文言は、みなし配当規定を置くことでみなし配当理論に依拠することを明示するべきである。

(2) 納税義務者

現在のタックス・ヘイブン対策税制では、5%以上の株式を保有している株主が納税義務者とされている(措法 40 条の 4 第 1 項 1 号 2 号, 同 66 条の 6 第 1 項 1 号 2 号)。この株式保有要件については、合理性に乏しいことから撤廃するべきであるということが主張されている⁷⁷⁾。

タックス・ヘイブン対策税制をみなし配当理論に依拠して再構成すると、5%要件はより合理性を失うことになる。配当は、株主の有する株式の数に応じてなされなければならない(会社法 454 条 3 項)、5%以上保有する株主にのみ配当を行うということは、株主平等の原則(同 109 条 1 項)の趣旨に反する。よって、5%

以上株式を保有する株主についてのみみなし配当を觀念するというのも、このような日本の会社法上の原則と整合がとれないと言える。また、5%要件を残しておく、意図的に株式保有割合が5%を下回るようにすることで、タックス・ヘイブン対策税制を潜脱することが可能となるので、これを阻止する必要性もある。

したがって、5%の株式保有割合要件は廃止するべきである⁷⁸⁾。

(3) 所得税における所得分類(措法 40 条の 4 第 1 項柱書)

前述のように、所得税においては合算される所得は雑所得として分類されている。そして、みなし配当理論に依拠して再構成する場合には、合算された所得をそのまま雑所得として分類することも可能であるが、配当所得として分類する方がより好ましいと考える。

前述のように、みなし配当理論に依拠した場合も、実際に財産の交付がないことを根拠に雑所得として分類することは可能である。一方で配当所得として分類した場合には、財産の交付がないことから、特定外国子会社等に源泉徴収義務(所得税法 181 条, 182 条)を課すことは困難であろう⁷⁹⁾。そこで、源泉徴収義務を課さないことを明示するべきである。そうすると、雑所得と分類することと配当所得と分類す

関わらず配当があったと考えることが、相手国の課税権との関係で許されるのかが問題となる(中里・前掲注 9)78 頁参照)。しかし、このように配当があったと考えることも許されると考える。まず、租税条約はそれ自体が課税の根拠となるものではなく、国内法に基づく課税関係を前提に、国際的な二重課税を排除するために調整がなされるにすぎない。そこでは、条約締結国間で取扱いが等しくなることを好ましいとは考えてはいるが、保障をしているわけではない。むしろ、相互協議手続に見られるように、締結国間で取扱いが異なることで、納税者が不利を受ける場面も想定している。このように考えると、一方の国では配当があったとみなし、他方の国では配当がなかったとみなすことも条約上は許容されていると考えるべきである。もし、みなし配当規定により納税者が不利益を被ったのであれば、相互協議手続により両国間の調整を行うべきである。このように、租税条約は、特定外国子会社等の居住地国の課税権を尊重するとともに、日本国の課税権をも尊重しているのである。

77) 占部裕典「タックス・ヘイブン対策税制の現状と課題」ジュリスト 1075 号 31 頁, 34 頁(1995)。

78) なお、占部・前掲注 77)34 頁では、年度末に株式を保有していた者についてタックス・ヘイブン対策税制を適用する年度末ルールによるのではなく、期間按分ルールによることも検討するべきであるということも指摘されている。しかし、配当においても期間按分ルールを採用していない以上は、みなし配当についても期間按分ルールを採用するべきではない。よって、みなし配当理論に依拠して再構成すると、年度末ルールが妥当である。

79) 源泉徴収は、本来納税義務を負わない者に対して徴収納税義務を負わせるものである。そこで、徴収納税義務を負わせるには、徴収納税義務を負わせることが合理的であり、徴収納税義務者に過大な負担でないことが必要である。金銭の支払いがない者に対して徴収納税義務を負わせることは、源泉徴収制度全体との整合性から考えても、憲法上の問題から考えても困難であろう(金子・前掲注 1)716-717 頁参照)。また、タックス・ヘイブン対策税制によって特定外国子会社等に源泉徴収義務を負わせることは、相手国の課税権侵害という新たな問題を生じさせる可能性がある。

ることにより、両者はともに総合課税の対象となる。また、配当控除についても外国法人から受けるものについては配当控除の対象とならない（所得税法 92 条 1 項柱書第 4 括弧書）ことから、この点についても異なる。そうすると、敢えて合算された所得を雑所得に分類する理由も特段見当たらない。よって、みなし配当理論に依拠していることを明示するためにも、配当所得と分類する方がより好ましいと考える。

(4) 外国税額控除（措法 66 条の 7）

外国税額控除については、前述のように間接外国税額控除と制度を合わせる必要がある。そこで、法令 146 条の要件を満たしたときには、法 69 条 8 項の規定に従って間接外国税額控除が認められるという制度に変更するべきである。

(5) 課税済留保金額の配当に伴う調整（措法 40 条の 5、同 66 条の 8）

所得税における課税済留保金額の配当に伴う調整は、従来は特定外国子会社等から受ける配当等に係る配当所得の金額又は課税対象留保金額に係る雑所得の金額から控除されることとされていた（措法 40 条の 5 第 1 項本文）。これも、合算される所得を配当所得に分類することになると、特定外国子会社等から受ける配当等の金額及びみなし配当の金額に係る配当所得の金額から控除することになる。

(6) 株式の取得価格の調整

前述のように、株式の取得価格にはみなし配当の金額を加算させるべきである。これにより、従来指摘されていた⁸⁰⁾ タックス・ヘイブン対策税制の適用を受けた特定外国子会社等の株式を譲渡した際の二重課税が、解消されることになる。

(7) 赤字子会社の欠損金の帰属について

みなし配当理論に依拠する以上は、赤字子会

社の欠損金は株主に帰属しないということになる。ただ、この結論の妥当性については疑問が呈されており⁸¹⁾、立法論として株主に欠損金を帰属させる制度を検討する必要がある。

3 小括

このように、みなし配当理論に依拠してタックス・ヘイブン対策税制を再構成することは、租税条約との抵触関係を解消するという意義だけを有しているのではない。まず、タックス・ヘイブン対策税制がいかなる理論的根拠に基づいて特定外国子会社等の留保金額を合算しているのか、今まであいまいであったのを明確にすることになる。また、5%の株式保有要件を撤廃することで、株式保有割合を調整することによるタックス・ヘイブン対策税制の潜脱を防止できる。その上、特定外国子会社等の株式を譲渡した場合の二重課税を解消することにもつながる。さらには、赤字子会社の欠損金の帰属についての解釈上の争いを解決できる。このように、みなし配当理論に依拠した再構成は、様々な問題の解決につながる。こうしてみると、①のように個別に合意を取り付けるよりも、②のようにみなし配当理論に依拠して再構成した方が、より合理的な解決策であることは明らかである。したがって、みなし配当理論に依拠した再構成をするべきであると考えられる。

V. まとめ

以上のように、現在のタックス・ヘイブン対策税制は租税条約と抵触している。そして、このことの最も大きな原因は、タックス・ヘイブン対策税制がその理論的根拠をあいまいにしていることにある。しかし、このような立法は致し方ないという面はある。タックス・ヘイブン

80) 中里・前掲注 49) 75 頁。占部・前掲注 77) 36 頁。

81) 中里・前掲注 49) 69 頁。また、高裁判決の結論を支持する立場からも、特に船舶業界に対してタックス・ヘイブン対策税制が適用される場面を中心に、立法政策の必要性が説かれている。山下学「特定外国子会社の欠損を内国法人の損金に参入することの可否」税務弘報 53 巻 8 号 80 頁、88-89 頁。

対策税制が制定された当初は、租税条約と抵触する可能性がなかったことは前述のとおりである。また、そもそも租税条約と国内法との抵触関係についての議論があまり盛んでなかったことも事実である。

しかし、現在では、国内法と租税条約との抵触関係に対する関心が高まってきている。また、そもそも日本のように条約が法律に優先する⁸²⁾とされている国においては、立法の際に条約と抵触しないように配慮することは当然である。さらには、裁判所によって無効とされた場合には多大な混乱と損失が生じることとなる。これらの事情を考えると、今後は租税条約との抵触関係を考慮しない国際租税法上の立法は許されない。

本稿が、これからの立法実務に対する警鐘となれば幸いである。

※ 本稿は、平成 18 年 12 月にリサーチペーパーとして提出されたものに、若干の補正を加えたものである。本稿を書くに当たっては、指導教官である増井先生、このテーマを書くきっかけを下さった森・濱田松本法律事務所の大石先生、原稿を読んで批判をくれた優秀な友人たちなど多くの人の助けを借りた。そこで、ここに心からの感謝の意を表したいと思う。

(やまもと・てつや)

82) 日本では、条約が法律に優先することにはほぼ争いがないが(前掲注 6) 参照)、ドイツやアメリカでは条約であろうと法律であろうと後法が優先する。このように、国によって両者の関係は異なる。Sandler・前掲注 8) 39-54 頁参照。