

特定外国子会社等の「株式の保有」とタックス・ヘイブン対策税制の適用

—適用除外要件の充足と後続的株式処分による二重課税—

占 部 裕 典

はじめに

I 措置法六六条の六第三項の解釈

一、適用除外規定の特徴

二、措置法六六条の六の立法趣旨及び同規定の評価

三、適用除外規定の理論的背景と適用除外制度の枠組み

四、適用除外規定の解釈

五、適用除外要件と「十分な経済的合理性」との関係

II 適用除外要件の充足についての具体的な検討

一、特定外国子会社等の事業について

二、特定外国子会社が適用除外要件を充足するかどうか

III 特定外国子会社等の株式処分と二重課税の排除

一、未処分利益に対する課税と株式処分による利得との

関係

二、二重課税の調整規定の必要性

おわりに

はじめに

タックス・ヘイブン対策税制において、「株式の保有」が問題となる局面はいくつかありうるが、最近、喫緊の問題とされているのは、(1)タックス・ヘイブン対策税制の適用除外要件における「株式の保有」を法的にどのように位置づけるか（課題一）、(2)内国法人が、既にタックス・ヘイブン対策税制のもとで課税の対象とされた特定外国子会社等の株式を売却することによって、キャピタル・ゲインを得た場合に生ずる二重課税の調整をどのように行うか（課題二）、であろう。

（課題一について）

ここ数年、「特定外国子会社等」（わが国の居住者、内国法人等が発行済株式のあわせて五〇パーセントを超える株式を直接又は間接に保有している外国法人（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その地域において課される税負担が著しく低いものをいう。以下同じ。）の株主が租税特別措置法（以下、「措置法」という。）六六条の六第三項・四項及び同法四〇条の四第三項・四項に規定する適用除外要件の適否について争う事件が目を引く。措置法六六条の六第一項に定める特定外国子会社等に該当するとして、特定外国子会社等が同条第三項・四項の定めるタックス・ヘイブン対策税制の適用除外要件（非持株会社等基準、実体基準、管理支配基準等）を充足しないと判断された案件において、たとえば、そのような事件の背景には、措置法六六条の六第四項が、タックス・ヘイブン対策税制の適用除外要件として、①非持株会社等基準等、②実体基準、③管理支配基準、④所在地国基準又は非関連者基準の各基準を定めるところ、それら基準が必ずしも合理的とはいえないのではないか、タックス・ヘイブン国（軽課税国等）で真に事業活動を有しているにもかかわらずタックス・ヘイブン対策税制の適用除外要件に形式的に該

当しないとして判断されるのは不合理であるといった思いが納税者に存するようである。

東京高裁平成一九年一月一日判決（法人税更正処分取消等請求控訴事件・TKC文献番号二八一四〇四七六、原審・東京地裁平成一九年三月二九日判決・TKC文献番号二八一四一〇五六）において、原告・控訴人は以下のように主張する。

ア 租税回避とは、一般的には、「異常な法形式が用いられていること」を要素とし、また、措置法六六条の六のタックスヘイブン対策税制が規制対象とする租税回避とは、「軽課税国（いわゆるタックスヘイブン）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」とをいうから、これらの規範に該当しない事案には、措置法六六条の六を適用すべきではない。したがって、本件には租税回避行為は存在しないから、租税回避行為を規制対象とする措置法六六条の六の適用はないというべきである。

イ なお、形式的には措置法六六条の六の要件に当てはまる事案であっても、海外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」が存在する場合には、タックスヘイブン対策税制を適用すべきではないとの立場（原判決の立場）に立つたとしても、GS社は、その設立当初から、シンガポールにおいて製薬事業を行っており、それで得た利益を原資としてシンガポールで資金運用事業を行うことには経済的合理性があり、本件には、上記「租税回避行為とは評価し難いような事情」が存在し、措置法六六条の六を適用すべきではない。

これに対して、被告・被控訴人は、次のように反論する。

ア 措置法六六条の六は、租税回避行為の防止を目的とするものではあるが、その適用上、「租税回避行為」があることや税負担の「不当な軽減」を図る目的があることを要件とはしていない。これは、「租税回避行為」という概念自体が法律要件となるようなものではなく、租税負担の「不当な軽減」を図る目的という要件も、あまりにも主観的かつ抽象的で、その認定も困難を極めることが予想され、適正な執行が妨げられかねないことから、同条三項に適用除外要件を定め、特定外国子会社等が独立企業としての実体を備え、かつ、その所在地で事業活動を行うことにつき十分な経済的合理性がある場合を明確に規定することによって、その適用の範囲を上記立法目的に即したものにしようとしたものである。

したがって、措置法六六条の六第一項の規定が適用されないのは、同条三項に規定している適用除外要件を満たしているものに限られるのであって、控訴人が主張するように、条文上の根拠もなく、法の適用を制限しようとすることは許されない。すなわち、租税回避行為があることや税負担の不当な軽減を図る目的があることが同条の適用要件であるとすると控訴人の主張は失当である。

イ タックス・ハイブン対策税制に基づく課税処分が適法であるか否かの判断基準は、あくまでも措置法六六条の六の適用要件を充足しているか否かに求めるべきであって、控訴人が主張するように、「租税回避行為とは評価し難いような事情」がある場合には、その適用を除外すべきであるとは解すること（原判決の立場）は、課税要件明確主義（憲法八四条）に違反する。タックス・ハイブン対策税制の適用除外要件は、措置法六六条の六に類型化して規定されているのであって、それ以外の要件を付加することは許されない。

両者の主張は、現在のタックス・ハイブン対策税制が抱える問題（特に適用除外要件をめぐる法解釈上の問題及び立法上の問題）を如実に表しているといえよう。

具体的に、(1)特定外国子会社等（甲社）は卸売業を行っているにもかかわらず親会社の資金調達等がいきづまり、一時的に株式を保有した場合を考えてみよう。現行の適用除外要件のもとでは株式の保有を（主たる）事業として行っており、非持株会社等基準を充足しないと判断され、仮に非関連者基準、実体基準や管理支配基準もそれぞれ充足すると解されても、甲社が措置法六六条の六第三項に規定する適用除外要件を充足しない（非持株会社等基準（特定外国子会社等の主たる事業が、株式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等や著作権の提供、船舶・航空機の貸付けにあたらぬこと）を充足していない。特定外国子会社等の持株機能に係る損益として機能別の利益に分類すると、持株機能に係る利益の規模が卸売機能等に係る利益の規模を大きく上回っていることから、特定外国子会社等は非持株会社等基準を充足しない。）と判断される可能性が実務上は大である、また、(2)甲社が租税回避目的を一切せず、タックス・ハイブン国あるいは関連国の法規制等に止むを得ず従った行為に起因してタックス・ハイブン税制の適用除外要件を充足しなくなった場合に、措置法六六条の六の規定は、子会社等が当該軽課税国に所在することに「経済合理性」がある場合には適用されないことと解することかできるのか、といった場面などを想定することもできよう。

前者(1)は、措置法六六条の六第三項に規定する適用除外要件に係る法解釈上の問題であるが、後記Ⅰ一、二、「我が国の規定の評価」にて述べるようにタックス・ハイブン対策税制の枠組み自体がかなりの割切りを伴った複雑な制度であるので、その解釈にあたっては、同税制の立法経緯や理論的背景などをふまえ、同税制の趣旨及び目的に鑑みた解釈をしていく必要がある。タックス・ハイブン対策税制の立法経緯や理論的背景などをふまえた解釈は、後者(2)とも深くかわる。(2)は、タックス・ハイブン対策税制のうち、適用除外（要件）の制度的枠組みに直接かわる問題である。

(課題二)

内国株主は、甲社（特定外国子会社等）がその保有する子会社株式を丙社に譲渡した後、甲社株式を内国株主グループ内の会社（乙社）に売却し、甲社株式の譲渡により生じた株式売却益を計上し、確定申告の上、納付した場合において、甲社に留保された子会社株式売却益（留保利益）に対してタックス・ハイブン対策税制による課税を行わずとも、株式の売却益として確定的に内国株主に帰属し、課税対象となっていたのであるから、万が一、本件について措置法六六条の六を適用し、甲社の課税対象留保金額を内国株主の収益の額とみなして所得の金額に算入してしまうと、措置法六六条の六に基づき、当該内国株主の収益の額とみなして所得の金額に算入された金額だけ、二重に納税を行わなければならないことになり、明らかに不当であると主張することができるであろうか（以下、「本件」という。）。

内国株主は、以下のように主張するであろう。

現に株式を譲渡して利益を実現させ課税を受けている内国株主に対し、タックス・ハイブン対策税制を適用して、同一の所得について二重に納税を行わせることは、極めて不合理であり、本件において内国株主に措置法六六条の六の規定を適用すべきでない。すなわち、甲社に留保された子会社株式売却益は、タックス・ハイブン対策税制による課税を行わずとも、株式の売却益として確定的に内国株主に帰属し、課税対象となっていた。措置法六六条の六により内国法人の収益とみなされる課税対象留保金額と、内国法人が特定外国子会社等の株式を譲渡したことにより実現した利得とは、実質的に重なる部分があることは明らかである。

これに対して、課税庁は、次のように反論するであろう。

タックス・ヘイブン対策税制における課税対象留保金額は、措置法の各規定に基づき所定の調整を行って算出されるもので、当該課税対象留保金額と、当該特定外国子会社等が計上した株式売却益が同義でない。もって、内国株主が「二重に納税を行わなければならない」ことには該当しない。

本件のような状況下で、内国株主に対して措置法六六条の六を適用し、甲社の課税対象留保金額を内国株主の収益の額とみなして所得の金額に算入してしまうと、内国株主は、措置法六六条の六に基づき、当該内国株主の収益の額とみなして所得の金額に算入された金額だけ、二重に納税を行わなければならないことになり、二重課税が生じ明らかに違法であるといえるか否かが争点となる。具体的には、(1)特定外国子会社等の株式の売買価格は、その法人の留保利益を反映しているか否か、(2)そのうえで反映しているとした場合に「二重課税の排除措置」を講じないことが違法となるか否か、の二点につき検討を要する。

本稿では、タックス・ヘイブン対策税制における特定外国子会社等の「株式の保有」にかかる問題（課題一、二）を検討する。

I 措置法六六条の六第三項の解釈

一、適用除外規定の特徴

「株式の保有」等の文言の解釈に入る前に、措置法六六条の六に規定する、いわゆる「タックス・ヘイブン対策税制」

の立法経緯及びその制度的な特徴を述べておきたい。わが国におけるタックス・ハイブン対策税制の適用除外規定の法的構造とその理論的な背景を説明し、理解しておくことが措置法六六条の六の解釈（文理解釈を当然の前提とするが）にあたってきわめて有益であると考えられる。

1、我が国のタックス・ハイブン対策税制の枠組みと評価

タックス・ハイブンを利用した租税回避（あるいは課税の繰延べ）を規制するためのタックス・ハイブン対策税制の構築にあたっては、二つの大きなアプローチの仕方がある。一つのアプローチは、タックス・ハイブン国に居住するいわゆる「被支配外国会社」とそれ以外の国に居住する被支配外国会社とを組織法的に区別せず、ある一定の取引にかかる所得（いわゆるティンティド・インカム（弊害所得））をそのような被支配外国会社が稼得すると、その未配分所得は内国法人に帰属するというものである。もう一方のアプローチは、被支配外国会社がタックス・ハイブン国に置かれると、その被支配外国会社はその取引類型や所得の種類にとらわれることなく、当該被支配外国会社の所得を内国株主に帰属させようとするものである。前者は取引的アプローチ、後者はエンタティ・アプローチと呼ばれている（占部裕典「タックス・ハイブン税制」比較法研究センター編『国際租税回避の法政策的研究』二五頁以下（総合研究開発機構・一九八八））。なお、後者は子会社を支店と同じ取扱いをするという意味でのエンタティ・アプローチではないことに留意しておく必要がある。

取引的アプローチを採ると、被支配外国会社により稼得された所得の内容（本質）がまず問題となり、次に被支配外国会社のティンティド・インカムに課せられる外国税率が問題となる。取引的アプローチを採ると被支配外国会社のティンティド・インカムであっても、一定限度内の外国税率により課税されているティンティド・インカムについては内

国（居住地国の）税を課さないこととなる。

一方、エンタティ・アプローチにおいては、一般的には、被支配外国会社が居住している国の外国税率が、タックス・ヘイブンの定義について問題になる。エンタティ・アプローチの前提としては、まずどこの国がタックス・ヘイブン国（軽課税国）であるかが問題となり、所得の種類に着目することなく一律に税負担割合でタックス・ヘイブン国が特定される制度が必要となる（エンタティ・アプローチの前提にはこのような「軽課税国指定アプローチ」といわれるものが存する）。次にタックス・ヘイブンに居住する被支配外国会社の有無が問題となる。さらに一定の場合に限りこのような制度の適用を排除するために、被支配外国会社の事業の内容等が問題となる。

先進国のタックス・ヘイブン対策税制を概観すると、取引的アプローチとエンタティ・アプローチのどちらかに依拠しているといえようが、取引的アプローチ（被支配外国会社の所得が *limited* か否か）と、エンタティ・アプローチ（被支配外国会社が *limited* か否か）は同じ結果に到達するための課税テクニックの相違ともいえ、必ずしも双方排他的なものであるとはいえない。たとえば、取引的アプローチのともども、内国課税を回避するために設立されたものでない被支配外国会社、又はその所得の一定割合を配当している被支配外国会社を適用除外とすることもできる。エンタティ・アプローチにおいても適用除外要件等において取引的要素を考慮することは可能である。しかし、エンタティ・アプローチのともども、それを純粹に適用すると、結果は課税の対象が「すべてか無か」になる。我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、まさに後者のような制度を基本としているといえる。このような意味で、我が国のタックス・ヘイブン対策税制は経済的合理性のある所得までもその経済合理性を無視して課税してしまう可能性を有しており、そのような事態が生じないよう、同税制の立法経緯や理論的背景などをふまえた適切な解釈がなされることが必要であるといえる。

なお、適用除外とならない外国法人（被支配外国会社）のティンティド・インカムのみが国内株主に帰属するとする

ことも可能であるが、この場合には二段階システム（まず、ある被支配外国会社が適用除外となるか否かを判断し、適用除外とならないと判断されれば、次に、そのティンティド・インカムを計算する。）を要することとなり、このようなシステムは現在制度的には採用されていない。

タックス・ヘイブン対策税制の構築にあたり、純粹にどちらかのアプローチを採用する国はなく、どちらかのアプローチに主軸をおきながら、他方のアプローチ（あるいはその結論）を組み込む傾向にある。この結果、双方のアプローチのもたらす結果は、タックス・ヘイブン対策税制においてかなり接近したものにするのが可能である。

我が国のタックス・ヘイブン対策税制は明らかにエンタティ・アプローチを採用しているが、これは行政の簡便さ等を第一に重視したものであるといえる。しかし、タックス・ヘイブン対策税制における適用除外要件において事業（すなわち、「業種」）である。この点については、後記四、一、「『事業』の意義」において述べる。）に着目した判断を行っていることなどは、取引的アプローチとエンタティ・アプローチの混合がみられ、エンタティ・アプローチから生ずる欠陥（タックス・ヘイブン国への進出に経済的な合理性が存する場合等においてもタックス・ヘイブン対策税制が適用されてしまうことといった問題）を是正しようとする趣旨もうかがえるところではある。たとえば、我が国の適用除外要件のうちの非関連者基準は取引的アプローチに接近した例として説明し得る。しかし、タックス・ヘイブン対策税制の基本的枠組みにおいてそもそもエンタティ・アプローチを採用していることから、適用除外要件の充足等の判断にあたっては、その結果に合理性が著しく欠けることのないよう、その立法経緯や理論的背景などをふまえた解釈をしておく必要があることに留意する必要がある。

取引的アプローチは所得に着目することから、軽課税国指定アプローチを前提とするエンタティ・アプローチよりも精巧に立法・運用でき、さらに実効性があるといえよう。ただし、エンタティ・アプローチは取引的アプローチよりも、

行政の簡便さ・容易さ、コンプライアンス負担、行政負担（コスト）の点で勝っている。このことは裏を返せば、エンタティ・アプローチがその国にとってどれほど適しているか、又は魅力的であるかは、経済政策、租税政策上（そのタックス・ヘイブン対策税制の目的が課税の繰延の否認か租税回避の否認か）、我が国が内国税率と軽課税国（タックス・ヘイブン国）の税率の差にどれほど寛大であることができるか（軽課税国等の定義にかかわる問題である。）にかかっているといえる（両者のアプローチの比較の詳細については、占部裕典『国際的企業課税法の研究』三三頁以下、六四頁以下（信山社・一九九八、初出一九九〇）参照）。

2、エンタティ・アプローチにより経済的合理性を無視した課税がなされてはならないこと

被支配外国会社が稼得する所得を、投資所得やポートフォリオ投資から生じるパッシブ投資所得（パッシブ所得）とそれ以外の積極的な事業活動による所得に大別すると、タックス・ヘイブン対策税制を採用する国すべてにおいて、前者は、原則としてティンティド・インカムとされ得るが（なお、どのような所得が「パッシブ所得」として位置づけられるのかについては、次の項において述べる。）、後者についてはどこまでの内容のものをティンティド・インカムとするかについては、各国で相違がある。なお、わが国のようにエンタティ・アプローチを採用する国においては、この問題は適用除外規定により結果的には具体化されることが予定されている。

我が国においては、たとえば製造業に従事するかたわら卸売業にも従事する特定外国子会社等の所得一〇〇のうち、四九パーセントが製造業からの収入（積極的な事業活動による所得であり、さらにタックス・ヘイブン国で事業活動を行うについて経済的合理性が存する場合を想定する。）であり、また五一パーセントが卸売業からの収入による所得である（かつ、そのうちの五一パーセントが関連者取引であるとする。）とすると（なお、ここでは説明の便宜上収入割

合のみに依拠しているが、「主たる事業」の判断に際して収入金額のみによるべきではないことは後記四、二、「主たる事業」の意義において述べるとおりである。）、タックス・ヘイブン対策税制の適用の結果、積極的な事業活動による所得（後記二、一、(1)「タックス・ヘイブン対策税制の導入経緯及び立法趣旨」において述べるとおり、同税制の趣旨からして、経済的な合理性が存するとして、タックス・ヘイブン対策税制の適用外となるべき所得）が、タックス・ヘイブン対策税制の対象として内国（日本の）税率のもとで課税されることとなる。このような不合理な結果の回避は適用除外要件によって実現されなければならない。適用除外要件はかかる「経済的な合理性」をチェックするために十分な判断基準となるよう解釈・適用されなければならないのである。

よって、仮に適用除外要件により「経済的な合理性」が担保されないとすると、我が国のタックス・ヘイブン対策税制の適用対象となる内国法人・居住者を不当に差別して、営業の自由をも侵害することとなり、憲法違反（一四条・二二条一項違反）、さらには租税条約違反（日本のタックス・ヘイブン対策税制と租税条約との抵触問題については、かかる抵触が存しないとする考え方においても、その大前提として、タックス・ヘイブン対策税制が租税回避行為のみを規制するものであり、経済的な合理性の存する場合にまで適用されないということが想定されている。すなわち、租税条約違反を否定する考え方の下でも、経済合理性を無視したタックス・ヘイブン対策税制の解釈・運用がなされる場合には、それに基づく課税処分は、租税条約に違反するという結論が導かれるべきなのである。）が生ずるおそれがある。そのような事態が生じないよう、適用除外要件の適用にあたり、「経済的合理性」を考慮した判断が求められるのである。

3、パッシブ所得の意義と「株式の保有」との関係

本件で問題となる「株式の保有」（本件では、甲社の関連会社株式の保有等が問題となる。）の意義に関し、タックス・

ハイブンを対策税制における理論的かつ制度的な問題にここで言及しておく。

前記二、において述べたとおり、被支配外国会社が得る所得をパッシブ所得とそれ以外の積極的な事業活動による所得に大別したとき、各国において前者は原則としてティンティド・インカムとされ得る。従って、「株式の保有」により得る配当等はパッシブ所得に位置づけられるのか否かが問題となる。

パッシブ所得として、一般的には利息、配当、賃料、権利使用料及び株式等の資産処分により生じたキャピタル・ゲインが挙げられる。タックス・ハイブンを対策税制において、たとえば、利息は一般的にはパッシブ所得であるが、同じ利息であっても、銀行業や貸金業等の事業活動から生じた利息はティンティド・インカムから除かれるべきであろう。実際、我が国は、措置法六六条の六第三項の適用除外が受けられない業種の掲記に際して、銀行業や貸金業を含めていない。

また、関連者に対する貸付からの利息（たとえば、多国籍企業グループにおいて、被支配外国会社とそのグループ内の関連会社に資金援助すること等によって得た利息）についても、被支配外国会社が関連者に貸し付ける資金が積極的な事業活動に使われるものであるような場合は、当該貸付けは銀行預金のようなパッシブな利息を生む投資とは通常性質が異なるので、その利息はパッシブ所得とはみなされないとするのが合理的である。

理論的には、被支配外国会社が双方の意味を持ち得る利息を取得している場合には、トレーディング・アプローチ（貸金の用途によってどちらの意味の利息か判断するアプローチ）、按分アプローチ（利息を比例按分して事業所得とパッシブ所得を計算するアプローチ）などが使われるべきであろう。我が国においてはこのような手法はとられてはいないが、措置法六六条の六第四項の適用除外規定が事業（業種）に着眼した判断基準を採用していることから、同様の問題については、「事業」であるのか「事業に至らない付随的業務」であるのかというアプローチにより解決することが予

定されているといえる。

なお、配当や株式の譲渡によるキャピタル・ゲインからの所得も一般的にはパッシブ所得であることが多いが、利息と同様に積極的な事業活動による所得に位置づけられる可能性も十分にあり、事業活動との関連性において個別に検討をすべきである。取引的アプローチを採る国では、一定の要件を充たす関連外国法人から受け取った配当を免税とすることも許容している。外国法人が専ら積極的に事業に従事している場合に、関連法人に対して当該外国法人により支払われた配当や株式の譲渡によるキャピタル・ゲインからの所得を事業活動所得としてみなすことは、上述の利息同様合理的であろう。エンタティ・アプローチを採る我が国では、タックス・ヘイブン国（軽課税国等）で設立された被支配外国会社が適用除外を受ける場合を除き、配当は結果的には全てパッシブ所得となる。反対に、適用除外の対象に該当するタックス・ヘイブン所在の会社は、結果的に「主たる事業」の変更をきたさない範囲で全ての配当をパッシブ所得から除外できることになる。配当について、明文で、利息同様、外国持株会社に一定の条件のもとで適用除外を認める国（たとえば、イギリス）も存するところであるが、我が国ではこの問題は措置法六六条の六第三項の解釈・適用の問題（「株式の保有」が事業であるか付随的業務であるか）として取り扱われることとなっている。

措置法六六条の六第三項の解釈・適用に関して、この点をいかに考えるべきかは、後記四、4、(2)「『株式の保有』とは」において詳述する。

二、措置法六六条の六の立法趣旨及び同規定の評価

1、措置法六六条の六の立法趣旨とその効果

租税法の条文の解釈にあたっては、原則として文理解釈が要求されている。しかし、常に文理解釈しか許されないわ

けではなく、一定の場合には立法論解釈や目的論解釈が採用され得ることは否定できない。最高裁判成一七年一二月一
九日判決（法人税更正処分取消請求上告事件・民集五九卷一〇号二九六四頁）が「…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用いるものは、当該制度の濫用であり、同制度の適用を認めない」旨判示している（東京高
裁判平成二〇年三月一二日判決（誤納金返還等請求控訴事件・金判一二九〇号三二頁）も参照）。この問題は、適用除外（要
件）規定の解釈にかかる問題である。

上述したように、エンタテイ・アプローチを採用する我が国のタックス・ハイブンプン対策税制は、その文言のみに依拠
して適用した場合、かなりの不合理な結果を導きだすおそれがあることは明らかである。措置法六六条の六の規定の解
釈にあたり、その前提となる法制度そのものが問題となるような場合には、厳格な文理解釈の要請は後退せざるをえな
い。納税者のために存する租税法主義（に基づく文理解釈）がこのような場面にまで及ぶと解する必要はない。

(1) タックス・ハイブンプン対策税制の導入経緯及び立法趣旨

我が国における立法までの経緯については、高橋元監修『タックス・ハイブンプン対策税制の解説』に、以下のように詳
細に述べられているところである（八二頁～八三頁参照）

「昭和四九年の第七二国会以来、衆議院外務委員会を舞台に行われ、タックス・ハイブンプンの範囲、移転価格操作、我
が国税法あるいは租税条約の中にある規制の規定などが討議されている。このような国会の論議のひとつの到達点が、
衆議院外務委員会が昭和五二年六月に行った『多国籍企業等国際経済に関する件』と題する決議（略）であった。

この決議は、『経済の国際交流が飛躍的に増大化したことに伴い、我が国企業の海外進出や対外投資も増加しかつ大

型化して来ている。一方外国企業の我が国市場への進出もまた益々活発になつて来ている。かかる国際間の経済交流や資本の移動に伴い生じ得べき国際的企業に対する二重課税を防止する一方、企業側よりの所謂タックスヘブンの利用等による納税忌避を不可能ならしめる必要がある』と指摘し、政府に、『我が国』企業が諸制度の不備に乘じ納税回避を図るが如き事態の出現をあらかじめ防止するため、納税を怠つたり租税回避地に逃避したりする企業に対する有効な規制措置を検討すること』等を勧告している。

他方、行政当局においては、タックス・ヘイブンを利用する我が国税負担の不当な軽減に対して、従来から法人税法第一条の実質所得者課税の規定により、それを適用し得る範囲において規制してきたが、適用に当たつての所得の実質的な帰属についての具体的な判定基準が明示されていないため、課税執行面での安定性に必ずしも問題なしとしない面があった。このため、租税法主義を維持しつつ課税の執行の安定性を確保するという観点からも、租税回避対策のための明文規定の整備が強く要請されていた。

こうしてタックス・ヘイブン税制の導入の機運は熟し、対策税制の必要性と骨子が税制調査会の答申に盛りこまれることとなった。昭和五二年一月二〇日に税制調査会が内閣総理大臣に提出した『昭和五三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……昭和五三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』（昭和五三年度の税制改正に関する答申）——占部注）は、『(イ)いわゆるタックスヘイブンに所在する海外子会社等に留保された所得のうち、その持分に対応する部分を親会社の所得に合算して課税することとする。(ロ)いわゆるタックスヘイブンとしては、法人税が全くないか若しくは我が国法人税に比しその実効税率が著しく低い国又は

国外源泉所得を非課税としている国等を対象とする。(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、内国法人又は居住者が全体として発行済株式総数(出資総額)の五〇%を超える株式(出資)を直接又は間接に保有する海外子会社等とする。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。(ニ)正常な海外投資活動を阻害しないため、所在地区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等は適用除外とする。』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、昭和五三年一月二八日にはタックス・ハイブンを税制を含む『租税特別置法及び国税取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、三月三十一日に成立した。この結果、租税特別措置法の中に新たに二節が設けられ、第四節の二(居住者の特定外国子会社等に係る所得の課税の特例)と第七節の三(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。』

このような立法経緯の流れを正確に理解する必要がある。タックス・ハイブン対策税制は、①タックス・ハイブンに設立された被支配外国会社に内国法人が本来課税されるべき国内源泉所得を移転させること、及び②被支配外国会社においてそのような所得を留保させること、による国内課税の回避を規制することをそのねらいとしている。一方で、それらは、決して真に事業活動を行っている者まで規制する趣旨ではないことももちろんである。タックス・ハイブン対策税制は、内国法人が真の事業活動に従事している外国法人により国際的競争力を保持しようとすることを制限しない

という意図をも有している。我が国のタックス・ハイブン対策税制は課税の繰延べ一般を規制することを目的としたものではなく、租税回避の否認を目的としたものである。

このように、我が国におけるタックス・ハイブン対策税制は、外国法人の設立国との関係において、租税回避行為のみをその対象としている。租税回避行為を越えて課税の繰延べ一般を規制することは許されない。

(2) タックス・ハイブン対策税制の法的効果

タックス・ハイブン対策税制の導入は、タックス・ハイブンの利用等による租税忌避（あるいは租税回避）を防止する目的で立法化されたものであることは異論のないところであるが、我が国で採用されているタックス・ハイブン対策税制、いわゆる被支配外国会社課税の基本的システムは、一定の要件を充たす外国法人（すなわち、「特定外国子会社等」）の未分配所得（未処分所得）につき、内国株主は持分割合に応じてその所得を取得したものとみなされ（すなわち、私法的意味で帰属しているものを帰属させるというのではなく、税法的に帰属したとみなすという意味での所得帰属理論）、内国税を課税されるというものである。ここでいう所得の帰属とは一定の留保利益を株主に配分するものであり、このようなことは法人税法一一一条や所得税法一二条にいう実質所得者課税のもとでは到底許されず、両者の適用場面はまったく異なる（占部裕典「タックス・ハイブン税制と租税条約の抵触関係について」同志社法学五八巻二号二〇五頁以下（二〇〇六）参照）。

このように、タックス・ハイブン対策税制は、本来、法的な意味でも経済的な意味でも所得の帰属していないものに所得を帰属させようとするもので、「所得の帰属」（法人税法一一一条、所得税法一二条）の射程距離のまったく及ばないところに課税を及ぼすことに、その制度の（立法の）根幹があるのである。税法的に帰属したとみなすという意味での

所得帰属理論を用いていることから、被支配外国会社のタックス・ハイブンの事業活動に経済的合理性が存する場合にまで課税をすることには、タックス・ハイブン国の課税管轄権を侵害するおそれが存することに留意をしなければならない。

この点について、タックス・ハイブン対策税制の立法担当者は、「昭和五三年度の税制改正により、租税特別措置法の一部改正という形で導入されたタックス・ハ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、というもので被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。」（高橋・前掲書八一頁）と、タックス・ハイブン対策税制の法的効果について述べる。

このように、措置法六六条の六は、特定外国子会社等の留保所得（以下、「適用対象留保金額」という。）のうち、わが国の居住者及び内国法人等である株主の持株数に対応する部分の金額（以下、「課税対象留保金額」という。）をそれらの個人、法人等の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。わが国は、いわゆる「所得帰属理論によるアプローチ」を採用しているといえる。ここでの帰属は、法人税法一条にいう「帰属」とはその意味するところは異なることに留意しておく必要がある。

2、我が国の規定の評価

我が国のタックス・ヘイブン対策税制は上述したように、課税の繰延の否認を目的としたものではなく、立法経緯からも租税特別措置法六六条の六の法的構造からも、海外子会社を用いた一定の租税回避に際して、租税回避否認規定として導入されたものである。

しかし、導入にあたっては、諸外国の当時のタックス・ヘイブン対策税制を検討したものの、我が国独自の規制アプローチを採ることとした。すなわち、特定外国子会社等という一定のエンタテイ（事業主体）に着目し、所得の種類には着目をしないエンタテイ・アプローチによることとした。これはタックス・ヘイブン対策税制の制度設計にあたり、簡便性をもつとも配慮した規定であった。我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、アメリカのような規定と比較して、いわゆる「稚拙な規定」であったと評価し得るのである。いわゆるアクティブな所得（積極的な事業活動からの所得）であったとしても、その所得の性格に配慮することなく、前述したように「全てか無か」という形で、特定外国子会社等の「未処分所得」に取り込まれていく法的構造となっているのである。

このようなエンタテイ・アプローチは租税回避否認規定としての制度の簡便性（課税庁における行政の効率性）を重視する場合にはきわめて有益なアプローチであるといえる。しかし、タックス・ヘイブンを利用した租税回避行為のみを的確に把握して規制するアプローチとしては一面不合理な制度であるといえる。

このような制度を一律に適用することは、そもそも外国法人に対しては国外所得には課税をせず、国内源泉所得にのみ我が国の課税管轄権が及ぶとする「我が国（あるいは先進国）における国際的な課税ルール」に抵触するおそれがあること、また経済的な合理性を有しているにもかかわらず軽課税国等で事業活動を行う企業の「営業の自由」を侵害するおそれがあること、などから、このような場合には、タックス・ヘイブン対策税制の適用を排除する必要がある。

前掲「昭和五三年度の税制改正に関する答申」あるいは昭和五三年度税制改正の要綱（昭和五三年一月一三日閣議決定）においては、当該外国法人が独立企業としての実体を備え、かつ、その地において事業活動を行うことに十分な経済的な合理性があると認められる等一定の要件に該当するような場合には適用しない、と述べられているところであり、このことは措置法六六条の六第三項における適用除外規定によって本来担保されるべきものである。よって、適用除外規定がそのような機能を果たさないことが明らかであるといった場合には、上述の外国法人に対する国内源泉所得課税原則や「営業の自由」などに対する侵害を引き起こすこととなる。

三、適用除外規定の理論的背景と適用除外制度の枠組み

我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、エンタティ・アプローチを採用している。しかし、上記の同税制導入の趣旨・目的から当然に導かれる帰結として、タックス・ヘイブン国（軽課税国等）においても真に事業活動を行っている企業については、タックス・ヘイブン対策税制の適用を排除することが理論的に求められる（前掲「昭和五三年度の税制改正に関する答申」参照）。そして、わが国のタックス・ヘイブン対策税制は、(ア)被支配外国会社により遂行されている業種、(イ)被支配外国会社の居住地国での実質的存在の有無（すなわち被支配外国会社がいわゆる「ペーパーカンパニー」か否か）、(ウ)被支配外国会社が得た所得の内容、に主として着目し、タックス・ヘイブン対策税制の適用除外要件（具体的には、特定外国子会社等が、①実体基準、②管理支配基準、③所在地国基準あるいは非関連者基準の三要件）を充足する場合は適用除外を認める。

エンタティ・アプローチを採用する国（たとえば、イギリス）においてはこのような枠組みは共通しており、適用除外の判別にあたり、いわゆる「事業活動テスト（active test）」と呼ばれるものを採用しているといつてよからう。こ

れらは、積極的な事業活動により生じた所得については結果的に課税しないための枠組みである。

取引的アプローチにおける積極的事业活動による所得に対する免税と積極的事业活動に従事する被支配外国会社に対する適用除外は、同じ方向性を志向するものとして密接に関連する。しかし、我が国のタックス・ハイブン対策税制は、被支配外国会社（特定外国子会社等）に外国子会社が該当すれば、当該法人の課税対象留保金額がその所得の種類や特徴を問わず、全て内国株主の所得と合算されることとなるが、さらに適用除外の場合においても、その枠組みいかによつては同様の問題が生ずる。たとえば、我が国の適用除外制度においては、後記四、4、(1)「非持株会社等基準と業種としての『株式の保有』」及び四、5、「適用除外規定の解釈」にて述べるように、そもそも適用除外を受けられない特定外国子会社等の事業（業種）判定（非持株会社等基準）においても、その他の適用除外要件（実体基準、管理支配基準等）を判別するときの事業（業種）判定においても、「主たる事業」の判定を前提とした業種業態アプローチが採用されていることから、実質的に合算の対象とならないはずの所得（ティンティド・インカムでない所得）にタックス・ハイブン対策税制が適用されてしまい、あるいは反対に、実質的に合算の対象となるべき所得（ティンティド・インカム）にタックス・ハイブン対策税制が適用されない結果となるといった問題が生じているのである。

四、適用除外規定の解釈

タックス・ハイブン対策税制の立法趣旨等に関する以上の理解を前提として、次に適用除外規定の文言に視点を移し、その解釈について検討する。

本件において、まず解釈が問題となる「文言」は、「事業」、「主たる事業」及び「株式（出資を含む）……の保有」であろう。そこで、個別の適用除外規定の検討に入る前に、これらの文言の意義について検討する。

1、「事業」の意義

(1) 「事業」とは

措置法六六条の六第三項・四項において、具体的な事業として現れるものは、次のもの（事業）である。

(ア) 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

(イ) 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

(ウ) 「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」以外の事業

(エ) 不動産業、物品賃貸業

(オ) 「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、不動産業、物品賃貸業」以外の事業

我が国において適用除外の対象となる原則的な事業は、消極的な方法で(ア)の事業を除いたその余の事業という規定をしておき、法は消極的な規定方法を採用している。

また、措置法六六条の六第四項でいう「事業」は、「業種」すなわち「事業」の種類を列挙しており、ここでいう「事業」とは、企業による個々の経済的行為（業務）レベルに留まるもの（を指すものではなく、それを超えて、企業全体を通じての有機的な一体としての経済活動を意味していると解される）。

そして、措置法通達六六の六一一七は、「特定外国子会社等の営む事業が措置法六六条の六第四項第一号又は措置法令第三九条の一七第五項第一号若しくは第二号に掲げる事業のいずれに該当するかどうかは、原則として日本標準産

業分類（総務省）の分類を基準として判定する。」こととしている（なお、上記通達の「措置法第六六条の六第四項第一号」は改正前措置法六六条の六第三項第一号を指すものであり、「措置法令第三九条の一七第五項」は改正前措置法令第三九条の一六第七項を指すものである。立法時の措置法通達六六の六一八参照）。

このように、ここでの「事業」（業種）は、日本標準産業分類一般原則との関係において定義づけられてきたのである。上記事業の判断にかかる措置法通達は行政先例法として解することができ、このような業種の定義からはずれた理解は採用することはできないであろう。すなわち、同分類一般原則上、業種と認められないものについては、会社の「業務」に該当しこそすれ、措置法六六条の六にいう「事業」には該当しないと考えるべきである。

(2) 日本標準産業分類一般原則による「事業」の取扱

日本標準産業分類一般原則においては、以下の取扱いが明確にされている。

まず、この産業分類の定義では、「この産業分類にいう産業とは、事業所において社会的な分業として行われる財貨及びサービスの生産又は提供に係るすべての経済活動をいう。これには、営利的・非営利的活動を問わず、農業、建設業、製造業、卸売業、小売業、金融業、医療、福祉、教育、宗教、公務などが含まれる。」とされている。

ここでの分類は、事業所において行われる経済活動すなわち産業を、主として次のような諸点に着目して区分し、それを体系的に配列したものである。

- ① 生産される財貨又は提供されるサービスの種類（用途、機能など）
- ② 財貨生産又はサービス提供の方法（設備、技術など）
- ③ 原材料の種類及び性質、サービスの対象及び取り扱われるもの（商品など）の種類

なお、分類項目の設定に当たっては、事業所の数、従業者の数、生産額又は販売額等も考慮している。

次に、この産業分類により事業所の産業を決定する場合は、事業所で行われている経済活動によることとされている。すなわち、一事業所内で単一の分類項目に該当する経済活動が行われている場合は、その経済活動によって決定するが、複数の分類項目に該当する経済活動が行われている場合は、主要な経済活動によって決定する。この場合の主要な経済活動とは、これら複数項目のうち、生産される財貨、取り扱われる商品又は提供されるサービスに帰属する過去一年間の収入額又は販売額の最も多いものをいう。ただし、収入からは、その事業所の本来の経済活動以外の一時的な要因によって得られた部分を除くものとする。事業所の産業は、収入額又は販売額の最も多い経済活動によって決定されるのが原則であるが、この原則によるのが困難な場合又は適切でない場合は、従業者の数又は設備によって決定することがある。〔下線部占部——以下同〕

また、事業転換、休業中及び設立準備中などの事業所の産業は、次のように取り扱うとされている。すなわち、一年以内に事業の転換が行われた事業所については、原則として転換後の事業を主要な活動とする。しかし、転換が一時的であって、設備などからみて転換前の事業に復帰することが可能であれば、転換前の事業を主要な活動とする場合がある。季節によって定期的に事業を転換する場合は、調査期日に行う事業とは関係なく、一年間の収入の最も多い事業を主要な活動とする。休業中又は清算中の事業所の産業は、休業又は清算に入る前の経済活動によって決定される。設立準備中の事業所は、開始する経済活動によって決定される。

なお、統計審議会諮問第三二〇号の答申（平成一九年九月一四日）「日本標準産業分類の改定について」では、産業全般に関連する分類項目として、「持株会社を純粋持株会社と事業持株会社に区分し、純粋持株会社については、大分

類『学術研究、専門・技術サービス業』の中分類『専門サービス業（他に分類されないもの）』に小分類『経営コンサルタント業、純粹持株会社』及び細分類『純粹持株会社』を新設することとし、事業持株会社については、当該事業所の主たる経済活動が管理業務である場合には、本社等に準じて分類することとする計画である。』としている。

2、「主たる事業」の意義

(1) 「主たる事業」とは

措置法六六条の六でいう「事業」とは、前記一、「『事業』の意義」において述べたとおり事業の種類（業種）と解され、具体的には日本標準産業分類の項目に該当する経済活動とすることができる（かかる項目に該当しないものは、「事業」ではなく「業務」に留まることとなる）。

二つ以上の事業（業種）に該当する場合においては、以下のとおり、措置法通達六六の六―八は、それぞれの事業に属する収入金額又は所得金額の状況、使用人の数、固定施設の状況等を総合的に勘案して判定することとしている。

（主たる事業の判定）

六六の六―八 措置法令第三九条の一四第二項第四号の規定を適用する場合において、外国関係会社が二以上の事業を営んでいるときは、そのいずれが主たる事業であるかは、それぞれの事業に属する収入金額又は所得金額の状況、使用人の数、固定施設の状況等を総合的に勘案して判定する。（平五年課法二一「三十一」により改正）

（事業の判定）

六六の六―七 特定外国子会社等の営む事業が措置法第六六条の六第四項第一号又は措置法令第三九条の一七第五項第一号若しくは第二号に掲げる事業のいずれに該当するかどうかは、原則として日本標準産業分類（総務省）の分類

を基準として判定する。(平一七年課法二一四「三十五」により追加)

(注) 措置法第六六条の六第四項の規定を適用する場合において、特定外国子会社等が二以上の事業を営んでいるときは、そのいずれの事業が主たる事業であるかどうかの判定については、六六の六一八に準ずる。

たとえば、製造業と卸売業に相当する場合については、どちらが主たる事業であるかは、単に収入金額や売上金額のみによるのではなく、固定施設の状態等を総合的に判断することとなる。ここでいう「収入金額又は所得金額の状況、使用人の数、固定施設の状態」は、軽課税国等(タックス・ハイブング)に存在するもの等に限らず、特定外国子会社等が軽課税国等を拠点にして世界的に展開している事業での状況を指すものである。特定外国子会社等が世界的な事業展開をする場合に、措置法六六条の六第三項は、まず「主たる事業」が何かを特定することを求めている。主たる事業の業種を問うているといつてよい。その場合に複数の事業を遂行しているが「主たる事業(業種)」が製造業となれば、次に製造業としての適格要件を充足しているか否かを判断することとなる。

前述の事例(本件)においては、甲社における「株式の保有」が付随的な事業として卸売業に吸収されるといえるのか、それとも甲社が「株式の保有」という事業を行い、かつ卸売事業も行っていることからどちらが主たる事業かが問題となるのか、ということが論点となる。

(2) 「主たる事業」の判断にあたり考慮すべき事実及び対象期間

「主たる事業」の判断にあたり考慮すべき事実について、非持株会社等基準の対象期間(判断時期)が当該事業年度であるということは、その判断の対象となる事実を当該対象期間(判断時期)に生じた事実に限定すべきということを

意味するものではない。当該対象期間（判断時期）における事実を課税年度の前後の事実等によって客観的に判断することは、企業が継続的な事業活動を前提として存在するものであることから当然といえる。課税要件事実の存否は当然のこと、各事業年度毎に判断せざるをえないところであるが、その課税要件事実の評価は当該事業年度の事情のみによって行われるのではなく、過去及び将来にわたる事情を考慮することによって、認定した事実を客観的に評価し、課税要件事実の存否を明らかにすることは現行法のもとで広く認められている。翌事業年度の事情等から当該事業年度の認定事実を評価することは、課税庁の更正処分等でも広く行われているところである。

3、「主たる事業」に関する裁判例

(1) 静岡地裁平成七年一月九日判決

静岡地裁（第一審）平成七年一月九日判決（法人税更正処分等取消請求事件・訟月四二卷一二号三〇四二頁）は、株式保有が「主たる事業」か否かが争われた事案であるが、一番において、原告は、「主たる事業」の判断につき、次のような主張をしている。

① ホンコン・ヤオハン・ファイナンス社は、単なる株式保有を目的とした会社ではなく、本件係争事業年度ころ、既に香港において活動していたYAOHAN DEPARTMENT STORE (H. K) LIMITED（以下、「ホンコン ヤオハンデパート社」という。）等のヤオハングループ企業に対する事業資金の融資を目的としていたものである。

ホンコン・ヤオハン・ファイナンス社は、一九八九年三月期はたまたま事業の立ち上がり時期であり、営業資金調達のため、予てから香港で上場を予定しており上場公開したならば株式の値上がりが必要と見られたホンコン・ヤオ

ハン社の株式を取得し、これを短期間に売却して譲渡益を得て、金銭貸付事業の展開に供しようとしたものであり、同社株式の保有等は、主たる事業である金融業の一環としてなしたことは明らかであり、株式会社の子会社保有とそれによる所得とは性質を異にする。

② 措置法六六条の六第三項のタックスヘイブン課税の適用除外要件に該当するか否かの判断は、各事業年度毎にされるところと解されているが、主たる事業が何であるかはその法人の事業の全体の流れから合理的に判断されるべきであり、特定の一事業年度の収入・所得の内容だけから判断すべきものではない。

そして、措置法六六条の六第三項の規定は、あくまで正常な海外事業活動を阻害する結果を招くことになるのを避けるために設けられたものであり、同項の適用除外要件から除かれる「株式の保有を主たる事業とするもの」とは、いわゆる株式会社などタックスヘイブンにおいて保有することの経済的合理性のない株式の保有を対象としているものである。これを株式の保有という形式のみをとらえて正常な事業活動ではないということとはできないのであって、その他の正常な事業に関連して、例えばその営業資金造りのために短期間保有されたものであるというような経済的合理性を有するものまでを右規定が適用除外要件から更に除外する対象として定めているものと解することは、同規定の正常な事業活動を阻害しないことを目的とする趣旨に反する、余りに狭い解釈であるといわなければならない。したがって、「主たる事業」の判定においては、事業は、開業初期段階とか、あるいは環境の変化とかに依じて経済目的に即した態様をとらざるを得ないものであるから、その法人の事業の全体の流れ、すなわち、会社の設立目的、設立の経緯、株式を取得し、保有した目的、取引により得た利益の使途、取引成果の帰属など主観的事情をも総合的に考慮して経済的合理的に判断すべきであり、単にある事業年度の収入・所得だけをもって判断すべきではない。

これに対して、被告はホンコン・ヤオハン・ファイナンス社の一九八九年三月の事業活動の客観的結果としての収入金額又は所得金額の状況によれば、株式売却益及び配当収入が総収入の九六パーセントにも上っているから、当該年度における主たる業務は株式保有である。このことは、ホンコン・ヤオハン・ファイナンス社が後の事業年度において金融事業を主たる事業としても左右されないから、措置法六六条の六第三項に該当しないと主張していたところである。

一審判決は、①一九八八年六月七日から同年七月三十一日までの事業年度において、ホンコン・ヤオハン社の一九八八年六月七日から同年七月三十一日までの事業年度において、ホンコン・ヤオハン社の株式一三万三七五〇株をヤオハンジヤパン社の関係会社から五三五〇万ドルで取得している（その後、右株式は同年八月二十五日に五三五〇万株に分割され、その直後の同年九月二二日に香港証券取引所に上場された。）（以上の事実には争いが無い。）が、同事業年度中においてその他の事業活動は行われておらず、損益計算書上の売上はゼロとなっていた、②ホンコン・ヤオハン・ファイナンス社は、設立第二期である一九八九年三月期に至り、主たる事業活動を「投資持株会社」として営業を開始し、ヤオハンジヤパン社の関係者に、市場価額よりも相当低廉な一株一ドルないし一ドル五〇セントで売却する一方、同社は右代金（売却益を含む。）及び借入金等をもって、ホンコン・ヤオハン社の株式合計七四〇〇万株を証券会社からほぼ市場価格で取得し、同期末には売却前の株式数五三五〇万株をはるかに上回る一億二五万株を保有するに至っていた、③ホンコン・ヤオハン・ファイナンス社の一九八九年三月期の期末資産は、合計一億七五八九万一四六八ドルであり、同社の総資産金額に占める保有株式の金額の割合は約九三パーセントとなり、他方、金融業にかかわる貸付金は存在しなかった（なお、同年度中には貸付の実績自体がないことに争いはない）、④ホンコン・ヤオハン・ファイナンス社の一九

八九年三月期の収入は、保有株式に係る受取配当金五〇一万二五〇〇ドル、保有株式を一時売却したことによる投資有価証券売却益一三〇九万八八〇五ドル、銀行預金利息五九万八六九〇ドル及びその他の収入一一万四〇〇〇ドルの合計一八二万三九九五ドルであり、保有株式に係る収入がその殆ど（受取配当金及び投資有価証券売却益で全体の約九六パーセント）を占めているが、同社は、損益計算書上、その内受取配当金五〇一万二五〇〇ドルを投資持株会社としての売上高に計上した、⑤ホンコン・ヤオハン・ファイナンス社は、本件係争年度の翌事業年度である一九九〇年三月期（以下、「一九九〇年三月期」という。）において、ヤオハンジャパングループの香港における統括会社であるヤオハンインターナショナル社（一九八九年八月ころ設立）に対し、一九八九年一月五日から貸付を開始したが、同期の収入は、保有株式に係る受取配当金三三九万一〇六〇ドル、有価証券売却益七一四万七九二六ドル（ただし、保有にかかるとるホンコン・ヤオハン社の株式の売却によるものではない）、銀行預金利息三一万四六五ドル及び貸付金利息一一〇二万〇四三六ドルの合計二一八七万四〇七三ドルであるが、損益計算書上の売上高に計上しているのは、貸付金利息ではなく、受取配当金の三三九万一〇六〇ドルであり、決算報告書においては、なお事業目的を「投資持株会社」であると記載していた、ことを事実として認定し、ホンコン・ヤオハン・ファイナンス社の一九八九年三月期の事業年度における「主たる事業」は株式の保有であると認められ、措置法六六条の六第一項のタックスハイブ課税の適用除外を定める同条三項には該当しないと結論づけている（控訴審・上告審も同旨）。

(2) 判決の評価

一審における原告の主張のうち、営業資金調達のために行った株式の保有等は主たる事業である金融業の一環としてなしたものであり「株式の保有」事業には該当しないとする点は、「株式の保有」が事業（業種）に該当するか否かと

いう点に関する主張としては成り立ち得るところである。

この点は、最終的には事実認定の問題であり、裁判所は、前記各事実によれば、そもそも原告による「株式の保有」は金融業の一環としてなされた業務ではなく、独立した事業（業種）であると認定したものと理解することができる。

また、措置法六六条の六第三項の適用除外要件に該当するか否かの判断において、特定の一事業年度の事実だけから判断すべきものではないとする点は、「主たる事業」の判断基準として正鵠を得ているものと解される。この点について裁判所は、以下のように判示している。

措置法六六条の六の「『第一項の規定は……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か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。』との文理からも明らかなように、適用除外は属人的なものではなく、あくまで特定外国子会社等の各事業年度ごとの留保所得を内国法人の所得に合算課税しないというものであるから、右適用除外規定の適用の前提となる特定外国子会社等の主たる事業の判定は、各事業年度ごとに行われるということは当然であり、また、特定外国子会社等が複数の事業を営む場合、そのいずれの事業が主たる事業であるかの判定は、その事業年度における具体的・客観的な事業活動の内容から判定するほかはないのであるから、その事業活動の客観的結果として得る収入金額又は所得金額の状況、使用人の数、固定施設の状況等を総合的に勘案して判定するべきであり、（措置法通達六六の六一八参照）、その際、課税要件事実は当該事業年度ごととその存否が確定される性質のものである以上、決算日以後の事情など当該事業年度には判断不能な事柄などは勘案されるべきではないことはいうまでもない。」

東京高裁平成八年六月一九日判決（税務訴訟資料二一六号六一九頁）、最高裁平成九年九月一二日判決（税務訴訟資料二二八号五六五頁）も同旨である。

よって、当該課税年度において不確定な翌年度以後の状況を考慮して「主たる事業」の判断をすることを否定するものであり、この判決をもって、翌事業年度以後の事実ですでに確定している事項を当該事業年度の「主たる事業」の判断にあたり、一切考慮することが禁じられると主張するのであれば、そのような主張は上記の一審・東京地方裁判所の判定基準に反して失当であるといわざるを得ない。

4、非持株会社等基準における「株式の保有」の意義

(1) 非持株会社等基準と業種としての「株式の保有」

前記四、1、(1)アの業種（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）は、そもそも適用除外の対象にならないものである。「特定外国子会社等の営む主たる業種が株式（出資を含む）若しくは債権の保有、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に準ずるもの……」である場合には、その特定外国子会社等は、最初から適用除外の対象とはならないこととされている。これらの業種は、いくら軽課税国等に実体等が存しており、そこで事業活動が行われていても適用除外が受けられない。これは、「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得るものであり、わざわざタックス・ヘイブン税制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な合理性を見いだ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。」として、立

法趣旨が説明されているところである(高橋・前掲書一三〇頁～一三二頁)。「経済的な合理性がないこと」が適用除外要件から排除される理由となっている。

(2) 「株式の保有」とは

措置法六六条の六第三項にいう「株式の保有」が適用除外の対象から除かれている趣旨は、その事業の性格からして我が国において十分に行い得るものであり、タックス・ヘイブン国に所在することに経済的な合理性が見いだし難いものであると一般的には解されているためである。非持株会社等基準としての「株式の保有……を主たる事業とするもの」という文言は、「株式の保有」が事業として行われていることを前提としている。したがって、「株式の保有」の意義については、株式の保有を事業として行っていることが、文言上求められている。このことは、上述した立法趣旨(高橋・前掲書一三〇頁)からも明らかである。

さらに、このことは、タックス・ヘイブン対策税制、特に適用除外の制度趣旨、理論的な背景及び関係規定の法的構造からも明らかである。株式の譲渡によるキャピタル・ゲインや配当からの所得は一般的にはティンテイド・インカム(パッシブ所得)として位置づけられることができることから、そのような所得を生み出す「株式の保有」は適用除外の対象から除くこと(非持株会社等基準)となっている。通常は、株式の譲渡や配当からの所得を目的とした株式の保有や「持株会社」としての事業を指していると解される。

よって、株式の保有について、資金繰り等のため、あるいは開業の準備行為として保有しているといった場合には、当該株式の保有自体が独立の業種として捉えられることはなく、積極的な事業活動(たとえば製造業)のなかに吸収され、取り込まれてしまうこととなる。他の事業を営む目的で子会社の株式を保有するような場合には、当該事業目

的に付随するため、「株式の保有」は独立した事業ではないと解することが可能となる。

「株式の保有」を事業目的としている場合について、本業を行う一方で、他の会社を支配するものを事業持株会社、他の会社の支配を本業とするものを純粹持株会社というが（抜股方式で持株会社化したときにほんの一部でも事業が残っている場合においても純粹持株会社と呼ばないことがありうる。）、このような「株式の保有」も、措置法六六条の六第三項でいう「株式の保有」に該当すると解され得ることは上述のとおりである。事業持株会社の場合は、持株会社とは呼ばず「親会社」と呼ばれることが多いが、このような複数の事業を行っていると見える状況にある場合においては、「主たる事業」を判断することが求められる。ただし、本業を遂行するために必要な株式の保有は本業の付随的業務（独立の「事業」に該当しない。）にすぎず、本業に吸収され得るものであるから「主たる事業」の判断はそもそも不必要である。

なお、株式の保有にかかる持株会社は、一般的には「会社の総資産に対する子会社の株式の取得価額の合計が五〇パーセントを超える会社」と定義され得るが（平成九年の独占禁止法改正による純粹持株会社の解禁。改正独占禁止法九条三項参照）、租税法（租税特別措置法）において、この割合において機械的に適用除外から排除されうる「株式の保有」と解されるわけではない。

また、非持株会社等基準について、たとえば、株式を保有しているだけで当然に「株式の保有」として事業に該当することとなるかであるが、それは否定されるべきである。純粹持株会社のように、株式保有といった事業目的を有している場合、すなわち「株式の保有」それ自身が事業として認められることが不可欠である。

5、適用除外規定の解釈

課題一において特に問題となる「事業」、「主たる事業」及び「株式の保有」の意義は以上のとおりである。そこで以下、これを前提として、適用除外規定の各要件の解釈について述べる（なお、非関連者基準は本件では問題となっていないため、検討の対象外とする。）。

(1) 適用除外要件の判断対象となる事業（非持株会社等基準）

措置法六六条の六第三項は、まず特定外国子会社等がいかなる事業を行っているかを判断することを求めている。ここでは特定外国子会社等における「主たる事業」がいかなる業種であるが特定されなければならない。

ここではタックス・ヘイブン国（軽課税国等）でいかなる「主たる事業」が行われているかではなく、全世界的な基準でいかなる事業を行っているかが問われなければならない。たとえば、シンガポールに本店を置き、同国で卸売業を、一方中国で製造業が行われているときには主たる事業がどちらであるかが判断されなければならない。たとえば、当該事業年度の売上額は卸売業が製造業よりも上回るものの、従業員の八割が製造業に携わり、次年度には大規模な工場建設が計画されているといったような状況のもとでは製造業が主たる事業になろう。

措置法通達六六の六一一七によれば事業（業種）は、原則として日本標準産業分類（総務省）を基準として判定する。しかし、複数の事業に該当することとなったときには、各々の事業に属する収入金額又は所得金額の状況、使用人の数、固定施設の状況等を総合的に勘案して判定することとなっている。すなわち、世界的な規模で特定の事業が行われている場合に、次にその事業及びその事業から生ずる所得に着目して、所得との関係においていわゆる適用除外要件の三基準との関係において、適用除外の判断を行うものである。

(2) 適用除外要件の位置付け

前記四、1、(1)(イ)の業種（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）は、実体基準・管理支配基準・非関連者基準を充足すると、適用除外となり得るものである。「これらの業種は、その事業活動の範囲が必然的に国際的にならざるを得ず、これらの事業を営む特定外国子会社等に対して、地域経済との密着性を重視する前述の所在地国基準を適用することには無理があり、それよりもその事業の大宗が関連者以外の者との取引から成っているかどうかで判断するのが適当であろうと考えられたためである。その事業を専ら関連者との取引に頼っているような場合においては、その地に所在していることについての税以外の経済的合理性は極めて希薄であると考えられる。この基準を設けた背景には、タックス・ヘイブンを利用した租税回避が関連者取引を通じて行われるのか通例であり、また諸外国の立法例においても、関連者との取引が課税要件の重要な構成要素となっていること等が参考にされた。」（高橋・前掲書一三三頁～一三四頁）と説明されている。これらの業種については、関連者外とのものとの取引の多寡によって「経済的な合理性」を判定しようとするものである（高橋・前掲書一三四頁）。

前記四、1、(1)(ウ)の業種（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）以外の事業）、すなわち(ニ)の業種（不動産業、物品賃貸業）と(オ)の業種（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、不動産業、物品賃貸業）以外の事業）は、実体基準・管理支配基準、所在地国基準という適用除外要件を充足することによって、適用除外となるものである。適用除外制度の基本形である。

(3) 実体基準

特定外国子会社等が「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その本店

所在地国に有する必要があるというものである（措置法六六条の六第三項）。実体基準について、このような固定施設等の存在は、軽課税国等に進出した子会社の業種業態に応じて個別に判断せざるを得ないが、当該特定外国子会社等のタックス・ヘイブン国での事業計画によっても時系列的に変化をすることから、必ずしも課税対象事業年度の全体にわたって事務所等を備えていなければならないというものではない。

すなわち、特定外国子会社等においては、事業転換、休業中及び設立準備中などの状況も当然に起こり得ることであることから、まず「主たる事業」がいかなる業種であるかが判断されたならば、それに即してその実体を個別に判断することとなる。

(4) 管理支配基準

(ア) 管理支配基準の判断基準及び通達の解釈

管理支配基準は、その事業の管理、支配及び運営を自ら行っていることである（措置法六六条の六第三項）。自らの業の管理、支配等を行っていることの意義については、措置法通達六六の六一六は、「措置法第六六条の六第三項の規定の適用上、内国法人に係る特定外国子会社等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、事業の管理、支配及び運営を自ら行っているかどうかは、当該特定外国子会社等の株主総会及び取締役会等の開催、役員としての職務執行、会計帳簿の作成及び保管等が行われている場所並びにその他の状況を勘案の上判定するものとする。」と規定するが、このような通達に反している場合に直ちに、この要件を充足していないといえるかは問題である。

同通達は、「例えば、当該特定外国子会社等の株主総会の開催が本店所在地国等以外の場所で行われていること、当該特定外国子会社等が、現地における事業計画の策定等に当たり、当該内国法人と協議し、その意見を求めていること

等の事実があるとしても、そのことだけでは、当該特定外国子会社等が事業の管理、支配及び運営を自ら行っていないことにはならないことに留意する。」として形式的な適用を行うことを求めている（東亜由美「タックス・ハイブン課税の趣旨と子会社の従属性をめぐる問題点」『新・裁判実務大系一八 租税争訟』四六二頁（青林書院・二〇〇五）も同様な趣旨であろう）。

措置法通達は、「事業の管理、支配及び運営を自ら行っているかどうかは、当該特定外国子会社等の株主総会及び取締役会等の開催、役員としての職務執行、会計帳簿の作成及び保管等が行われている場所並びにその他の状況を勘案の上判定するものとする」が、経済的合理性が明らかに存する場合においては、これらの通達の要素の有無を形式的に判断することには意味が存しない。適用除外制度は、税負担の軽減以外の積極的な経済的な合理性を見いだす場合に、タックス・ハイブン対策税制の適用を排除するものであり、安易に通達の要素のみによって判断することは許されない。また、タックス・ハイブン対策税制は、外国法人のうち、我が国の居住者及び内国法人によってその発行済株式等又は議決権のある発行済み株式数の五〇パーセントを超える株式を直接、間接に保有している「外国関連会社」を念頭においていることからすれば、そもそも上記措置法通達の定めるような判定要素をもって管理支配基準を厳格に要求すると自体に不当な制約があるといえよう。

この要件をあまりにも厳格に解すると「経済的な合理性」を有する企業までタックス・ハイブン対策税制による租税回避規定の網にかけてしまい、租税回避規定としてのタックス・ハイブン対策税制の枠組みを超え、タックス・ハイブン対策税制の適用は不適正なものとなる。この点について、東京高裁平成三年五月二七日判決（法人税更正処分等取消請求事件・行裁例集四二巻五号七二七頁）は、「当該事件における特定外国子会社は、内国法人の）一〇〇パーセント出資による子会社であることから出資者たる内国法人と特定外国子会社との間に資本の論理が働き、内国法人が強力な発言権を行使し、特定外国子会社に対し指揮、監督を行うことは充分考えられるところであるが、資本の論理も子会社

としての独立性を否定しない限度に止まるべきものであって、その指揮、監督が事業の末端までに及ぶに至れば、特定外国子会社の独立した企業としての実態を否定するに至る」と述べている。すなわち、管理支配基準の判断に際しては、特定外国子会社等の行う主たる事業について、内国法人による指揮、監督が特定外国子会社等の事業の末端までに及び、特定外国子会社の独立した企業としての実態を否定するに至る場合に限り、当該特定外国子会社等が管理支配基準を充足していないこととされるべきなのである。

(イ) 管理・支配の対象

また、特定外国子会社等が複数の事業活動を行っている場合、管理支配基準は、「『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」と規定していることから、管理支配基準については子会社の管理・支配が問題となるのではなく、「主たる事業」の管理・支配が問題とされる。「その事業」が「主たる事業」を指すことは、文言のうえから明らかであるし、適用除外要件の理論的枠組みからも子会社の管理支配と解することはできない。特定外国子会社等が当該設立地であるタックス・ヘイブン国（軽課税国等）で遂行している事業について経済的な合理性が存すればよいのであるから、子会社の管理・支配と解することは理論的に誤りであり、事業の管理支配という意味での管理支配基準を導入したと解さざるを得ない。さもなければ、適用除外の適用範囲を不当に狭めることとなる（なお、「主たる事業」との関連で判断すべきである、と解するものとして、占部裕典・東京地裁（第一審）平成二年九月一九日判決・行裁例集四一卷九号一四九七頁、同・租税判例百選（第三版）（別冊ジュリスト一二〇）九八〜九九頁（一九九二）、同・判例評論三九〇〔判例時報一三八五〕一五四〜一五八頁（一九九二）参照）。

この規定に関し、「その事業の」という文言を入れた根拠は、たとえば、次のような場合を想定すれば明らかである。

適用除外要件は、複数の事業が存する場合には、主たる事業について判断されることとなる。特定外国子会社等が設立地であるタックス・ハイブン国で卸売業、中国で製造業を行っているとは仮定した場合において、卸売業が主たる事業と判断された場合において、卸売業たる主たる事業が適用除外の対象となる事業である。「その事業」は「主たる事業」であり、「その事業の運営」との文言から管理支配基準の適用にあたり、主たる事業の認定が不可欠である。

適用除外要件については、企業の実体（主体）からよりも、業種からの分析の方が適用除外の支柱をなす。よって「管理・支配」の主体を特定外国子会社等とする見解（今村隆「タックス・ハイブン税制の適用除外」『現代裁判大系 税務訴訟』二六〇頁、二六一頁（新日本法規・一九九九））は採用することができない。

この点、前掲東京高裁平成三年五月二七日判決は、「また、ALH社（注：当該事件における特定外国子会社）の株主総会の開催が控訴人の本店所在地で行われ、ALH社の事務処理の方針を控訴人において最終的に決定していることのみをもって、ALH社が事業の管理・支配及び運営を自ら行っていないということはできないにしても、前記認定事実によれば、それだけでなく、ALH社の事業の実態をも併せて見れば、ALH社が事業の管理・支配及び運営を自ら行っていないことが明らかとなるのである。」旨述べており、管理支配基準について、特定外国子会社等の「事業」を基準にして判断すべきこととしており、かつ、「結局、右認定事実からすれば、控訴人主張のALH社のサービス業（注：控訴人主張のALH社の主たる事業）なるものは、業として存在し得たとしても、ALH社が、その本店所在国たる香港において独立した法人として、その事業を自ら管理、支配及び運営していたものとは到底いえず、むしろ、親会社たる控訴人がその本店所在地である我が国においてこれを実質的に管理、支配していたものといわざるを得ないのである。」と述べている。以上の判示からすれば、当該東京高裁判決も、管理支配基準の判断において検討すべき「事業」とは即ち当該特定外国子会社等の「主たる事業」であることを当然の前提としているのである。

(ウ) 管理支配基準と管理支配地主義の目的の差異

適用除外要件の一つとして管理支配基準を採用するに至った際、イギリスの管理支配地主義がタックス・ハイブンを利用した租税回避にも有効なものとして機能していたことから参考にしたものと解されるが、その趣旨は事業活動テストをより徹底させる趣旨であったと解される。その結果、上記通達で示されている管理支配基準の判定要素（当該特定外国子会社等の株主総会及び取締役会等の開催、役員としての職務執行、会計帳簿の作成及び保管等が行われている場所並びにその他の状況）は、イギリスの管理支配地主義における法人の居住地判断の際の判定要素に非常に似通ったものとなっている。しかし、法人の居住地の判断についての基準である管理支配地主義と、主たる事業についての基準である管理支配基準とはその趣旨が全く異なるのであり、管理支配地主義において判断要素とされている事項を、そのまま管理支配基準に当てはめるのは妥当でないことは明らかであり、この点においても、上記通達の示す判断要素を重視すべきでなく、「経済合理性」が認められる場合にこれらの要素を形式的に判断することは意味のないものであることを認識すべきである。

従って、上記通達のような解釈のもとで管理支配基準を運用し、この基準のみを充足しないとして適用除外要件への充足を否定することになれば、法人の居住地の判断において本店所在地国基準を採用する我が国の法人課税制度のもとで、イギリスの管理支配地基準類似の基準を用いて外国法人を規制することになりかねず、タックス・ハイブン国へ進出した企業、当該外国法人に不当な負担を強いる結果となり妥当ではない。

ちなみに、イギリスは、このような制度を適用除外要件として置かない（ただし、我が国の実体基準等に類似の基準は存する。イギリスでは、従業員が事業の規模に応じて存在すること、さらには被支配外国会社が非居住者に提供する役務がいかなる場合であろうとイギリスで提供されないことなどを求めている）。

五、適用除外要件と「十分な経済的合理性」との関係

軽課税国に所在することについての「十分な経済的合理性」の有無を業種に即して具体化したのが適用除外要件である（高橋・前掲書九五頁～九七頁参照）。各々の基準の関係をどのようにみるか（独立要件か相互考慮要件か）については、措置法六六条の六第三項の法的構造からすれば、各々要件が独立しており、三要件（①実体基準、②管理支配基準、③所在地国基準又は非関連者基準）を充足することが求められている。

三要件のうち、実体基準及び管理支配基準はかかる「十分な経済的合理性」があると認められるための（逆にいえば、ペーパーカンパニーではないと言ひ得るだけの）独立企業としての物的・機能的な必要条件を示したものであるが、所在地国基準と非関連者基準は本税制の適用除外要件の支柱をなすものである（高橋・前掲書一三二頁）。

前者の二要件のうち、管理支配基準はその事業がタックス・ヘイブン国で管理・支配されていれば足り得るものであり、特に非関連者基準との関係において意義を有するものである。逆に実体基準・所在地国基準を充足する場合には、厳格に管理支配基準の充足を求めることに意味は存しない。これらの要件を充足するための具体的な内容は当該事業との関係により、具体的に決まってくるといえよう。

またさらに、各要件もお互いに影響し合うことにより、具体的な要件の内容が決まってくるといえる。これら三要件は、十分な経済的な合理性の有無を判断するための具体的な基準であり、特定外国子会社等がタックス・ヘイブン国で行っている当該事業（適用除外の有無の判断対象となる業種）を考慮した上で、各々の適用除外要件を充足しているか否かを判断するという意味で、要素の単独的評価、すなわち、各要件を単独で充足する必要はあるものの、相互に考慮・影響し合う要件である（相互考慮要件）。

このように個別の要件（基準）の解釈・適用にあたっては、「十分な経済的合理性」を読み込むことが求められているのであるから、被支配会社（特定外国子会社）のタックス・ヘイブン国（軽課税国等）の存在の主たる理由が我が国からの所得の移転による税負担の軽減でない場合（言い換えれば、被支配会社がタックス・ヘイブン国に存在する主たる理由が事業目的にある場合）には、そもそも適用除外要件の充足を議論するまでもなく、タックス・ヘイブン対策税制の適用はないと解さなければ、措置法六六条の六第一項で規制対象にすることとしている租税回避行為の範囲との間で、矛盾が生ずることとなる。そのような意味においては、前掲東京高裁平成一九年一月一日判決事案における原告・控訴人の主張は正当であるといえる。

エンタティ・アプローチをとる我が国のタックス・ヘイブン対策税制のもとで、その解釈適用にあたり、特に適用除外の立法趣旨（「軽課税国に所在する子会社であつても、その地に所在することに十分な経済的合理性があれば課税対象とはされない」（高橋・前掲書九五頁）としている。）を欠いた結果を引き起こす場合には、企業の営業の自由を不当に制約することとなり、またタックス・ヘイブン対策税制を租税条約において受け入れている国との前提条件を破壊し、租税条約との抵触も引き起こすことにも十分に留意しておく必要がある。そして、仮に、適用除外要件に関する前記のような立法論解釈又は目的論解釈によつても、そのような不当な結論とならざるを得ない場合には、むしろ、内国株主（納税者）の主張のような考え方を採用することが、立法趣旨に合致したタックス・ヘイブン対策税制の解釈であるというべきであろう。

II 適用除外要件の充足についての具体的な検討

「はじめに」で示した事例（本件）の甲社について、さらに以下の事実を仮定して、具体的に検討をしてみよう。

甲社は、平成一五年四月以降（ただし、平成一八年一〇月に現地責任者の私的理由による辞職によって一時閉鎖される。）タックス・ハイブン国（軽課税国等）の現地事務所継続的に現地常勤役員を一名、現地職員を数名置いている。かかる現地役員は、甲社の設立直後は市場調査等の将来の半導体の卸売にかかる業務を、甲社が半導体の販売を開始した平成一六年四月以降は取引先への営業等の半導体の卸売にかかる業務を、現地において行っていた。甲社は、市場調査、取引先への営業その他の半導体の卸売に係る業務を遂行するため、平成一五年四月以降、現地事務所を継続的に賃借し、当該現地事務所において、その一時閉鎖期間を除いて、パソコン、電話・FAX、机・椅子等の備品を保有し、又は車両等のリースを受けている。甲社は親会社（甲社の株式を一〇〇パーセント所有）の日本での資金調達による会社倒産の危機に際して、タックス・ハイブン国での資金調達のため親会社が四〇パーセント所有するアメリカ所在子会社の株式を、親会社から平成一八年三月にやむなく購入して、翌年度ただちに売却した。

一、甲社の事業について

1、甲社の「卸売業」について

甲社は、平成一〇年四月以降（一時的な閉鎖は存するが）、現地事務所に継続的に現地常勤役員一名等を置き、取引先への営業等、半導体の卸売にかかる業務を、現地において行っており、当該現地事務所において、事業のための物的施設等を保有していることがうかがえる。「事業（業種）」の特定にあたっては、甲社がタックス・ハイブン国でいかな

る事業を行っていたかを特定する必要はなく、甲社がタックス・ハイブンを拠点にかなる事業を行っていたかが特定されれば足り得る。そうであるならば、甲社が「卸売業」に従事していたと解することには問題がなからう。甲社が行った株式の保有にかかる業務は、卸売に係る業務と比較すれば、限定的であり、当該役職員等は卸売業のための要員であったと解される旨、主張することができよう。たとえば、保有の子会社株式については、親会社から取得してから翌年度売却されるまで、金融機関に担保として差入れられているとか、当該子会社についての配当受領がきわめて限定的であるなどの状況が存する場合には「株式の保有」事業に属するものではないといえよう。

いずれにしても、「株式の保有」についても事業（業種）として行われていたか否かを判断すれば足りる。株式の保有についてはそもそも人的要員や物的要員はさして必要なく、子会社株式の保有にかかる業務に必要な人員や機械設備との関係はそれほど業種の特定に意味を持たないといえよう。したがって、ここでの問題は、そのような株式をどのような目的で取得し、どのように運用をしたかであろう。

2、甲社の「株式の保有」は、「事業」か「付随的業務」か

(1) 本件での判断基準

非持株会社等基準への充足性を判断するにあたっては、そもそも「株式の保有」が「事業」に該当するか否かが問題となる。

ここにいう「株式の保有」の意義については特段の定義規定は存しないが、措置法六六条の六第三項における「株式の保有」に該当するには、株式の保有を事業として行っていることが求められていることは前記I四、1、「事業」の意義」において述べたところである。このような解釈について、課税庁は、「甲社の株式の保有が卸売業とは別個の事

業として営まれていることが必要である」との内国株主の主張について、条文上規定されていない新たな要件を付加するものであると反論することが予想されよう。しかし、措置法六六条の六第三項は、適用除外の適用を受けない特定事業の掲記にあたり、「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、また適用除外要件は事業（業種）に着目して判断されることとなっていることから、被告の主張は採用することができない。また、当該特定外国子会社等が「株式の保有」のみをもつて、その法人が適用除外の対象から除かれ、タックス・ハイブン対策税制による規制を受けることと解することは、立法趣旨からも、タックス・ハイブン対策税制の理論的背景からも困難であるといわざるを得ない。

甲社が株式を保有していたとしても、自らの事業の遂行のために株式を保有し、その会社の事業の管理・支援を行うことを目的としている場合には、そのような「株式の保有」は事業には該当しないこととなる。本件における株式の保有が「事業」として行われているのか「事業の付随的業務」として行われているかがまず本件では判断される必要がある。

よって、甲社においてそもそも「株式の保有」のみが事業として行われていたかどうかはともかくも、甲社が卸売業に従事していたことは明らかであることから、子会社株式の保有が付随業務としてのみ行われていたのか、事業として行われていたのか、争点となろう。その結果、甲社が「株式の保有」を事業として行っており、その結果複数の事業（卸売業と「株式の保有」）を営んでいる場合には、どちらが「主たる事業」であるかが問題となるし、甲社の「株式の保有」が付随的業務であり、卸売業とは別個の事業ではなく、卸売業という一つの事業に含まれる場合には、その「株式の保有」に係る事業は卸売業から独立した事業ではなく、いずれが「主たる」事業か否かを判断する前提を欠くこととなる。

なお、「事業」及び「主たる事業」の判断にあたっては各課税年度ごとの事実に基づいて判断されるが、前記Ⅰ四、3、「主たる事業」に関する裁判例⁽²⁾「評価」にて述べたとおり、当該課税年度における事実将来確実に実施される計画等の存在自体も含まれることはもちろんであり、当該課税年度の前後に発生した事実であっても当該課税年度における事実を客観的に評価するために用いることは企業が継続的な存在である以上、許されていると解される。措置法六六条の六第四項の法的な構造からも、このような判断は否定されていない。

そして、これらの株式の保有が卸売業の付随業務として認められ、卸売業としての一つの事業を構成していると認められる否かについては、甲社が、子会社株式について、①それらの株式を取得・保有するに至った経緯とその目的、②株式の保有を通じて行った活動内容、③株式の保有によって達成された成果、④その他株式保有に関する状況などの客観的な事情に基づいて総合的に判断される。

なお、上記①に関して、卸売業と株式の保有との間に関連があり、株式保有が卸売業の従的なものとして位置付けられることがあるとしても、株式保有の主観的目的を考慮して事業か否かの認定を行うことになる、法の適用場面が不明確となり、法的安定性を害することになるとの主張もありえようが、株式保有の目的なり事業性は総合的考慮により客観的に判断されるのであり、一律に取り扱わなければならないとする合理性は存しない。

(2) 甲社の「株式の保有」は株式保有事業に該当するか

(ア) 子会社株式の保有

甲社における子会社株式の保有であるが、同社株式を保有するに至った経緯は、甲社の親会社の財務状況の改善に加えて自らの事業資金を獲得するためであり、当時親会社は日本国内で資金調達をすることができず、海外からの資金調

達によることしか選択肢がなかったことから、その結果、甲社を通じてタックス・ハイブン国からの資金調達を達成するために、親会社の持株であった外国子会社株式を甲社に譲渡をして、タックス・ハイブン国の金融機関に差し入れ、資金調達を行うなどし、当初から配当を得ることを目的としていたものではない、などといった事実が存すれば、本件における子会社株式の保有は、資金調達により本業を遂行するために必要な株式保有と解され、卸売に付随関連するものであることは明らかであるといえよう。卸売と別個の「株式の保有」としての事業として営まれたものではないことは明らかであろう。

なお、収入金額や保有資産の割合のみを「事業」該当性の判断に用いることは問題であろう。たとえば、仮に合算対象年度である平成一八年度における①甲社の株式保有に係る収入金額及び所得金額の各事業の収入金額及び所得金額に占める割合はいずれも九〇パーセントを超えるものであり、金銭の貸付け及び卸売に係る割合は一〇パーセントにすぎないとしても、甲社による子会社株式の保有が単なる「業務」ではなく「事業」（業種）と認められた場合において、かかる「株式の保有」事業と卸売事業のいずれが「主たる事業」であるかについての判断基準となる余地があるとしても、そもそも「株式の保有」事業と認められるか否かという点に関する判断基準となるものではない。仮に「持株会社」としての事業が認められるとしても、本件では卸売業が「主たる事業」であり、それが従たる事業あるいは付随する事業と解すべきであろう。

(イ) 「株式の保有」から生じる所得の性質と「事業」該当性

課税庁において、株式は、保有又は運用することにより投資所得（利益の配当、キャピタル・ゲインなど）を得ることができるものであることを根拠として、株式の保有そのものが株式保有事業に該当すると主張することも予想されようが、このような株式の保有があり得るにしても株式の保有が常にタックス・ハイブン対策税制の対象となる所得（パ

ツシブ所得）を生じさせると解することはできず、適用除外の対象となる積極的な所得を生み出す事業活動に使用され得る場合も存する。「株式の保有」を課税庁のように一律に解することはできない。

たとえば、銀行業（措置法六六条の六第四項参照）を営む者が、株式を保有しており、株式から利益を得た場合に就いてはどのようなようになるであろうか。

銀行法は以下のような規定をおいている。

（業務の範囲）

第十条 銀行は、次に掲げる業務を営むことができる。

- 一 預金又は定期積金等の受入れ
- 二 資金の貸付け又は手形の割引
- 三 為替取引
- 2 銀行は、前項各号に掲げる業務のほか、次に掲げる業務その他の銀行業に付随する業務を営むことができる。
 - 一 債務の保証又は手形の引受け
 - 二 有価証券（第五号に規定する証書をもつて表示される金銭債権に該当するもの及び短期社債等を除く。第五号の二及び第六号において同じ。）の売買（有価証券関連デリバティブ取引に該当するものを除く。）又は有価証券関連デリバティブ取引（投資の目的をもつてするもの又は書面取次ぎ行為に限る。）
 - 三 有価証券の貸付け

四（略）

五 金銭債権（譲渡性預金証書その他の内閣府令で定める証書をもつて表示されるものを含む。）の取得又は譲渡
五の二〇一七（略）

このように、銀行業においては、銀行法において定められている株式の保有にかかる一定の業務については、継続的に行われていても付随的業務として位置づけられているところである。そのうえで、措置法六六条の六第四項における非関連者基準においては、銀行業では「株式の保有」にかかる収益は捨象され、各事業年度の受け入利息の合計額及び各事業年度の支払い利息の合計額のいずれか一方のうち、非関連者取引にかかるものが五〇パーセントを超えることのみが求められている。

このような、「事業」と付随的業務との関係は、銀行のみならず広く一般企業においても当然にみとめられるところである。

以上より、甲社による株式の保有は、半導体の卸売から独立した「事業」であるとはいえず、「株式の保有」事業には該当しないものと十分に解することができよう。

ちなみに、甲社の「株式の保有」が「事業」である持株会社に該当するとした場合には、次に、甲社が行う「卸売事業」と「株式の保有」事業のうち、いずれが「主たる事業」であるかが検討されねばならない。

「主たる事業」の判断基準について、課税庁は、「主たる事業」の判断にあたり、各事業の「収入金額及び所得金額」などを比較する一方、役員及び固定施設を含む実物の生産要素について考慮することが求められている。通達は、「そのいずれの事業が主たる事業であるかの判定は、……その事業年度における、その事業年度の客観的結果として得る取

入金額又は所得金額の状況、使用人の数、固定施設の状況等の具体的・客観的な事業活動の内容を総合的に勘案して判定すべきである。また、資産割合や売上割合を重視して「主たる事業」を判断することを、これまでの判例や措置法通達も予定していないところである（措置法関係通達（法人税編）六六の六一八や東京高裁平成八年六月一九日判決（法人税更正処分等取消請求控訴事件） 税務訴訟資料二一六号六一九頁）。

「主たる事業」の判断は、甲社の全世界における取引活動の状況（収入や仕入の内容や金額等を含む）、使用人の数、所有している固定施設等を十分に考慮した上で行われなければならない。

甲社が「株式の保有」事業として評したとしても、「株式の保有」事業が半導体の卸売業を中心とした甲社の事業活動を支えるための従たる位置に存することは明らかであるならば、甲社の「主たる事業」は卸売業であったといえる。このような一連の事情のなかで「株式の保有」に係る資産額及び株式の譲渡による収入金額の大きさは、上記のような事実の総合的な判断のなかで占める考慮要素としての比重はきわめて小さいといわざるを得ないであろう。

以上からして、仮に、甲社が持株会社に該当するとしても、本件のような事実のもとでは甲社による「株式の保有」事業は、甲社の本業（「主たる事業」）たる卸売業の「付随的な事業」（付随的な業務ではない）に過ぎず、「主たる事業」とはいえないであろう。

二、甲社が適用除外要件を充足するか否か

1、固定施設及び使用人等の状況について

実体基準とは、特定外国子会社等が、事業を行うに必要と認められる事務所等の固定施設を、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有することを要件とするものである。東京地裁平成二年九月一九日判決は、タック

スハイブン課税の適用除外規定は、「特定外国子会社等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き十分な経済合理性がある場合にまでタックス・ハイブン課税規定を適用することは、我が国企業の正常な海外投資活動を阻害する結果を招くことになるので、これを避けるべく設けられたもの」であると判示する。措置法六六条の六第三項の文言上、「主たる事業を行うに必要と認められる固定施設」がある以上、当該事業を行う実体を備えていると認められるものであり、「独立企業としての実体を備えているというにふさわしい固定施設を有しているか否か」という要件は存在しない。本件では、「卸売業」としての実体基準の充足が問われることとなる。なお、本件においては、当該事務所は一時閉鎖されているが、そもそも実体基準は、適用除外の対象となる事業が当該事業年度を通じて固定施設を有していることを要件とするものではない。

2、管理支配基準について

管理支配基準についても、「主たる事業」について、「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」と規定しており、「管理、支配及び運営」の対象は事業である。適用除外のための三要件（①実体基準、②管理支配基準、③所在地国基準あるいは非関連者基準）は、「主たる事業」についての要件である。

管理支配基準の適用において、そもそも特定外国子会社がその対象であることから、親会社等の管理支配は少なからず予定される場所であり、そのような意味から少なくとも株主総会や取締役会は重要な要因とはいえない。管理支配基準の判断に際しては、前記四、5、(4)ア「管理支配基準の判断基準及び通達の解釈」において前述のとおり、当該特定外国子会社等の行う主たる事業について、内国法人がその末端に至るまで一々指揮・監督を及ぼすなど、明らかに内国法人が自ら当該特定外国子会社等の主たる事業を管理、支配及び運営しているようなことがないかを、個別具体的な

事実を事案に即して総合的に考慮した上で判断すべきである。

管理支配基準は、三要件のうちで最も柔軟な対応が求められるべきものである。その所在地で事業活動を行うことにつき十分な経済合理性があると認められれば、あえて管理支配基準を厳格に適用して経済合理性を否定しななければならない理由はないからである。

甲社の「事業」は卸売業であるとすると、甲社における管理支配基準の充足性は、あくまでも卸売業の「管理、支配及び運営」を自ら行っていたか否か、という観点から判断される。なお、本件においては、当該特定外国子会社等の株主総会の開催が本店所在地国で行われていることといった要件は重要な要件ではない。

Ⅲ 特定外国子会社等の株式処分と二重課税の排除

一、未処分利益に対する課税と株式処分による利得との関係

タックス・ヘイブン対策税制の立法担当者の手になる高橋元監修『タックス・ヘイブン対策税制の解説』一七九頁（清文社・一九七九）は、この問題について以下のように言及している。

「本税制では、たとえ内国法人が、既に課税の対象とされた特定外国子会社等の株式を売却することによって、キャピタル・ゲインを得たとしても、そのための調整は何ら行われないうこととなっている（措置法通達六六の六一一六）。これは、一般論として、我が国の税法は、株式の売却益についてそのすべてが法人の留保利益から成るものとは考えていないことから、一般の収益と同様に課税することとしており、換言すれば、株式の売却益に対しては受取配当等に認

めているような益金不算入の制度は認めていないことと同じ趣旨に基づくものであると考えられる。

これに対し、木税制の対象となる特定外国子会社等は、一般の法人に比して閉鎖的な法人が多く、株式の売買価格は、かなりの程度その法人の留保利益を反映しているのではないかと、という見方もある。しかしながら、特定の業種については、むしろその企業の収益力が大きく株価を左右することも考えられ、また、そもそも軽課税国に所在する法人の株式は、本来的に売買の対象とはされないものと考えられる。このような理由から、本税制においてのみキャピタル・ゲインについて特別な取扱いをすることは適当ではない、という立場をとったものである。」

この点については、立法担当者も株式の売買価格と留保利益との関係がかなりの程度で反映していることは承知しているところである。しかし、特定外国子会社等の株式を売却する方法による、配当以外の方法による出資持分の回収のみを図ることとして特定外国子会社等の株式の売却による出資持分の回収については二重課税の調整を必要なしとしたものである。調整措置の対象となる課税済配当等の範囲がきわめて限定されているのは、我が国のタックス・ヘイブン税制における合算制度が配当を擬制することを念頭におき、かつ二重課税の調整におけるその簡便性を図ったことによる。しかし、「特定の業種については、むしろその企業の収益力が大きく株価を左右することも考えられ、また、そもそも軽課税国に所在する法人の株式は、本来的に売買の対象とはされないものと考えられる。このような理由から、本税制においてのみキャピタル・ゲインについて特別な取扱いをすることは適当ではない」として一刀両断に二重課税の排除措置を放棄してしまうことが法的に許されたのであろうか。

この点については、被支配外国会社である特定外国子会社等の株式が内国株主（内国法人）により処分されるときにも二重課税が生じると解される余地が多分に存する。すなわち、内国株主の持株の処分前に、内国株主が被支配外国会

社の未分配所得について内国課税されている場合には、その株式処分により実現した利得は既に課税済の所得を反映していると考えられる。よって、課税済の未分配所得から被支配外国会社が配当を支払った場合には、被支配外国会社の未分配所得が内国株主に課税されているため、その法人株式の処分により実現した利益の一部に再び課税することになり二重課税を生む（占部裕典「タックス・ハイブン税制」『国際租税法の研究』八一頁〜九三頁（法研出版・一九九〇）、同「タックス・ハイブン対策税制の法政策的考察(2)」九州国際大学社会文化研究所紀要第二六号九五頁〜九八頁（一九九〇）参照。

そこで、このような場合の調整が理論的にも法的にも必要であるにもかかわらず、そのための規定をおいていない場合にはその限りで措置法六六条の六以下のタックス・ハイブン税制対策税制が違憲無効となりうることもありうる。

たとえば、措置法第六六条の六に基づく特定外国子会社等の課税対象留保金額の内容は、甲社の株式保有に伴うもの（子会社売却益二五〇億円）で当該事業年度（平成一八年四月期）の収入及び利益のうちの九九%を占めるものであると仮定する。また、平成一八年四月期と平成一七年四月期（二〇〇〇年）事業年度末における保有資産の相違は子会社株式であると仮定する。この売却に伴う売却益が平成一八年四月期における課税対象留保金額の内容である。内国株主は、この株式を上記のように平成一八年四月期末日に譲渡しており、本件更正処分により当該年度について留保金額について課税が生じている。このことは、高橋・前掲書一七九頁において「特定外国子会社の当の）株式の売買価格は、かなりの程度その法人の留保利益を反映しているのではないか、という見方」が該当する場面である。これ以上の場面は存しないといってもよい。明らかに同一所得に対して二重課税が生じており、「タックス・ハイブン対策税制における課税対象留保金額は、措置法の各規定に基づき所定の調整を行って算出されるものなので、当該課税対象留保金額と、当該特定外国子会社等が計上した株式売却益が同義でないこと」といった説明はできない。

なお、法人税法において、我が国においては、配当と株式譲渡との関係については、株式譲渡によるキャピタル・ゲインについて配当部分が包含されることは承知され、規定のうえででも考慮されている。両者の関係について、タックス・ハイブンを対策税制との関係においてのみ無視されるいわれはない。課税庁において有利な場合においてのみ規定が存在して、納税者において有利な場合には存しないと言うのは不合理である。

たとえば、前者のような場面として、法人税法において株式の譲渡と配当との関係についてどのようなスタンスを採用しているかについて、「受取配当等の益金不算入」規定（法人税法二三条）が参考となる。法人から個人が配当等を受けする場合、所得税において「配当控除」の規定を設けて、二重課税を回避している。同様に法人についても、法人税法上で「受取配当等の益金不算入」の規定が設けられている。各事業年度の益金の額に算入しない金額は、(1)（特定株式等以外の受取配当等の額——特定株式以外の負債利子の額）× 80% 、(2)定株式等にかかる受取配当等の額——特定株式等にかかる控除負債利子の額の合計額である。つまり、特定株式等に係る配当額は、全額益金不算入になるのに対し、特定株式等以外のものは、益金不算入額の 80% 相当額となる。特定株式等とは、内国法人（公益法人等及び人格のない社団等を除く）の発行済株式又は出資金額の 25% 以上を、その配当等の額の支払義務が確定する日以前六ヶ月以上有している株式又は出資をいう。ここで、益金不算入とならない配当等の範囲として、一定の配当金または分配金について、①「支払法人で損金処理していること、②株主等として支払を受けていないこと、③そもそも二重課税に関係しないこと」を理由として益金不算入の対象とならないとしている。短期所有株式等にかかる受取配当等もそのようなものの一つである（「短期所有株式等」とは、法人が受ける配当等の額の元本である株式等をその配当等の計算基礎期間の末日以前一ヶ月以内に取得し、かつ、末日後二ヶ月以内に譲渡した場合におけるその譲渡した株式等をいう）。この短期所有株式等の規定が無いとすれば、配当の受領を目的として課税回避行為が行われるおそれがある。配当交付後は

通常、配当権利落ちとして株価等が下落し、その下落による株式等の売却損が損金となり、配当が益金不算入である場合には、租税回避が生ずる。よって、これを避けるためにこの規定が設けられ、短期所有株式等にかかる受取配当等が益金算入されることとなっている。

法人税法等において、配当と株価との関係はその課税関係において無視することができない問題であることに留意をすべきである。

本件のような事実関係のもとでは二重課税の状況になっていることが明らかである。「タックス・ハイブン対策税制における課税対象留保金額は、措置法の各規定に基づき所定の調整を行って算出されるものなので、当該課税対象留保金額と、当該特定外国子会社等が計上した株式売却益が同義でないこと」との理屈により、本件のような場合の二重課税が切り捨てられることは法的に許されない。

二、二重課税の調整規定の必要性

本件において、株式の売却により生じた利得（キャピタル・ゲイン）は、その法人の未分配所得以外のものを反映しているといった主張は許されないこととなる。二重課税の調整規定が必要とされうる。本件において、タックス・ハイブン対策税制における未分配所得の課税は、あたかも被支配外国会社である特定外国子会社等がその所得を現実に完全配当し、内国株主がその額を出資した場合と同一である。よって、配当は内国税を課せられるので、この出資は被支配外国会社への、それと同額の内国株主の投資コストの増大を導いたと考えることができる。この見解は、みなし配当理論のもとでは妥当な結果である。また、所得直接稼得理論のもとでは、被支配外国会社の存在が無視され、

株式処分による利得は存在しなかったことになる。そこで、どちらの説によろうとも内国税法（措置法六六条の六、四〇条の四）によりその利得に課税がなされているならば、同様に、二重課税の調整が必要である。本来、このような調整規定が存しないことが法的に問題である。

しかし、このような主張に対しては、「仮に二重課税が生じたとしてもこのような二重課税を排除するかどうかは優遇税制としての立法政策上の問題である」といったような反論もありうるかもしれない。

たしかに、最高裁判成一七年二月一九日判決（民集五九卷一〇号二九六四頁）は、「法人税法六九条の定める外国税額控除の制度は、内国法人が外国法人税を納付することとなる場合に、一定の限度で、その外国法人税の額を我が国の法人税の額から控除するという制度である。これは、同一の所得に対する国際的二重課税を排斥し、かつ、事業活動に対する税制の中立性を確保しようとする政策目的に基づく制度である。」と判示する。すなわち、最高裁判所は、外国税額控除制度を二重課税排除のための政策目的として理解をしているところである（同旨、最高裁判成一八年二月二三日判決・裁判所時報一四〇六号八頁）。

しかし、本件がこのような最高裁判決の射程距離にはないことは明らかである。このような主張は十分に納得のいくものではない。二重課税の排除がわが国において政策的なものであることから、そのような二重課税の排除規定を置く可否かは立法裁量であるとの見解についても採用することはできない。

上記最高裁判決で議論の対象となっているのは、わが国に本店を置く法人（内国法人）（法人税法二条三項）やわが国に住所をおく個人（居住者）（所得税法二条三項等）が国外で事業活動等を行い得た国外所得を含めて我が国で課税される（いわゆる全世界所得課税主義のもとで課税される）場合（法人税法五条、所得税法七条一項一号等）に、当該外国での事業活動等から得た所得についても国外で課税される（当該国外所得の発生地国が当該国での国内源泉所得に

ついで国内源泉所得主義のもとで課税される。)ことから生ずる二重課税を排除するための措置として直接外国税額控除制度にかかるものである。あるいは同様に、海外に支店ではなく子会社形態で進出した場合における間接外国控除制度に係るものである。最高裁判決はこのような外国税額控除制度(二重課税排除)の趣旨を政策目的として理解をしている。

これに対して、本件は、本来の課税原則では我が国の課税権が生じない外国法人(ここでは特定外国子会社等)に対して、租税回避規制の目的で措置法六六条の六により、その未処分所得(留保所得)を我が国において課税することとしており、我が国の課税管轄権のもとでの二重課税の問題である。特定外国子会社等という外国法人に対して課税対象留保金額を強制的に配当等(適用対象留保金額あるいは課税対象留保金額の性質を事業所得との見解も存するようであるがこの点については前述したように本件にかかる「二重課税の排除」についての争点では問題とならない。)として擬制をしてわが国で課税することとしており、法人税法六九条や法人税法四一条にかかる二重課税の場面と同様に論ずべき問題ではない。法人が未処分利益を現実に配当して処分もしていなくてもかかわらず配当等とみなして課税して、さらにタックス・ヘイブン対策税制の適用対象となった法人の株式を譲渡したときにさらに課税をする場面であり、我が国の課税管轄権のもとで、内国株主に対して同様の所得に対して二度課税するものであり、法的な意味での二重課税が生じていることは明らかである。このようなことは国内税法のもとではまったく許容されていない。このような場合の排除規定をたとえば措置法六六条の八の規定において課税済配当による二重課税の調整のみでなく、控除規定をおくべきであったにもかかわらず、我が国のタックス・ヘイブン対策税制においてはこの点の問題を軽視してきた(立法不作為の状態)。

よって、このような二重課税の問題は、租税条約違反の問題ではなく国内税法における問題であることを付言してお

く。

その結果、タックス・ヘイブン対策税制が適用される内国法人（特定外国子会社等）は租税回避行為にあたるとした場合に著しく過大な税額を課すこととなり、そのような内国法人を不当に差別することとなる。国税の課税標準等又は税額等の計算の基礎となるべき事実の全部又は一部を隠ぺいし、または仮装した場合に賦課される重加算税よりもはるかに重い負担を課すこととなっている。よって、本件のように明確な二重課税が生じている場合に二重課税を排除する規定を有しない措置法六六条の六以下のタックス・ヘイブン対策税制は憲法一四条に反しており、そもそもその限りにおいて違憲であるといえよう。

このような状況のもとでは、更正処分等を行うべきではないといえる。特定外国子会社等の株式の売却益に対する課税に加えて、内国株主に措置法第六六条の六を適用すれば、内国株主は同一の所得について二重に課税されることになり、極めて不合理な結果となることは明らかである。本件において、課税庁はこのような二重課税を排除すべきにもかかわらず、行われた更正処分等は違法であるといわざるを得ない。

本件のような二重課税排除の問題は立法政策上の問題ではないことに留意をすべきである。

ちなみに、諸外国においてもこの二重課税の排除は原則として行われているといえよう（諸外国の動向については、占部・前掲書六八頁以下参照）。二重課税排除の方法について、(1)内国株主に帰属させられた未分配所得の額まで内国株主に對して被支配外国会社の株式コストを増大させることを認める（たとえば、アメリカやカナダ）、(2)現実配当の場合と同

じ方法で二重課税の調整を行うことを認める(ドイツ)、(3)株式処分による利得をその被支配外国会社の先に課税された所得に係るイギリス税の額ほど減少することを認める(イギリス)、などいくつかの方法が考えられる。

たとえば、アメリカにおいては、支配外国会社の未分配所得の額について、内国株主に被支配外国会社の株式の取得価額(コスト・ベイス)を増大させることを認めて、二重課税を排除している(IRC §961)。被支配外国会社におけるアメリカ株主の株式の取得価額は、被支配外国会社のサブパートF所得とアメリカ株主資産への被支配外国会社の投資についてアメリカ株主所得に含まれた金額ほど増加する(IRC §961(a))。アメリカ株主が被支配外国会社から受け取った配当はすべて(アメリカ株主所得から除外される)、その配当が先に課税されたサブパートF所得から行われているので、被支配外国会社におけるアメリカ株主の株式の取得価額を計算するときに控除される(IRC §961(b)(1))。累積配当がその取得価額を超過すると、その超過部分は外国法人の株式の交換、売却からのゲインとして取り扱われる(IRC §961(b)(2))。

アメリカ株主が総(合計)議決権株の一〇%以上を所得している被支配外国会社の株式を交換、売却したときに生じるゲインは、サブパートFにより課税されていない(被支配外国会社の一九六二年後の)E&Pの範囲までは配当として取り扱われる(Reg. §1.218(a))。結果としては、アメリカ株主が被支配外国会社の利得を、株式の売却によるゲインとして実現することは、そのような利得がアメリカ税を現在課せられていない(すなわち、アメリカ株主税から繰延べの利益を受けている)金額までは、不可能である。E&Pの制限に服するゲインの総額は、アメリカ株主所得に含まれる。しかし、そのゲインは配当として扱われるので、法人株主は間接外国税額控除をうけることができる。間接外国税額控除は被支配外国会社のアメリカ個人には適用されない。しかし、外国法人の株式の交換、売却について個人株主が支払う税額について、個人がアメリカ法人を通して外国所得を稼得したならば支払うであろう税負担よりも個人がよ

り大きな租税負担を課せられないように特別な制限規定がおかれている（IRC §1248）。また、被支配外国会社の清算における被支配外国会社の株式について実現するゲインはすべて、あたかも株式が売却されたのと同じ方法で、配当として取り扱われ、そしてアメリカ株主は間接外国税額控除を行うことができる（IRC §1248(a)）。

また、イギリスにおいても、イギリスに居住する内国法人（イギリス居住会社）が当該居住会社のもとでタックス・ヘイブン税制によりイギリス課税に服した被支配外国会社に係る株式を譲渡した場合には、譲渡によるキャピタル・ゲインはイギリスにおいて賦課された税と相殺することができる（IF1984, Sch. 18, para. 3参照）。このような救済は、税額控除方式に比べて、キャピタル・ゲインにかかるイギリス税を完全には控除できない。このような救済は、被支配外国会社の会計年度の末において被支配会社帰属させた利益が残っているときにのみ活用されうる。必要に応じて、先入先出法によって、処分された株式を判断するために使われる（IF1984, Sch. 18, para. 3(7)）。イギリス居住会社が被支配会社の株式及び非株式利益をもっている場合には、株式の処分にかかる救済はそれに応じて軽減される。非株式的権利については、このような処分による救済は用いられない。

被支配外国会社が、イギリス居住会社が株式を処分する前に配当を支払っていた場合には、次のような場合には、配当が表彰している課税利益についての法人税部分においては適用することができない。

- (1) 配分が実質的に処分された株式の価値を減少させる効果ある場合
- (2) イギリス居住法人が配当について Sch. 18, para. 4 (2) のもとで救済をうけている場合（後続的配当について救済をうけている場合）

これらの二つの場合は、被支配外国会社の未分配について二重課税は生じていないので、救済は必要ない。株式の売買による救済措置は、株式の処分が行われ、そして被支配会社の課税済利益についてイギリス居住法人に対して賦課処

分が終了した年度（会計年度）の終了後三カ月以内にイギリス居住会社が請求しなければならないこととなっている（IF1984, Sch. 18, para.3 (6)）。

しかし、この株式譲渡にともなつて生ずる二重課税は、そもそも平成一八年四月に生じているのであるから、当該年度においてこの二重課税は是正されるべきこととなる。内国株主による特定外国子会社等の株式処分対価の増額（平成一九年四上期納税済み）による二重課税の排除（職権による減額更正処分）は平成一九年四期について行われるべきであつたといえる。

おわりに

1、適用除外要件と株式保有

措置法六六条の六第三項の適用にあつては、まず特定外国子会社等がいかなる「事業」（業種）を遂行しているかが特定されなければならない。複数の「事業」（業種）が遂行されている場合には、次に当該法人の「主たる事業」を判断しなければならない。これらの「事業」（業種）にかかる判断は、特定外国子会社等がタックス・ハイブン国（軽課税国等）でいかなる事業を行っているかではない。「事業」及び「主たる事業」の特定はワールドワイドで、かつ、当該事業年度の事実の認定に当たっては、当該事業年度の前後にわたる事情などを考慮に入れることとなる。

そのうえで、特定外国子会社等の当該事業年度における「主たる事業」あるいは「事業」が特定されれば、適用除外要件の充足が次に問われることとなる。特に株式の保有は、往々にしてそもそも特定外国子会社にかかる事業の「付随

的な業務」あるいは「付随的な事業」であると解されることに留意すべきであろう。

適用除外要件は当該タックス・ヘイブン国に所在することについての「十分な経済的な合理性」の有無を判断するための具体的な基準であり、特定外国子会社等がタックス・ヘイブン国で行っている当該事業（適用除外の有無の判断対象となる業種）を考慮した上で、各々の適用除外要件を充足しているか否かを判断するという意味での、要素の単独的評価、すなわち、各要件を単独で充足する必要があるものの、相互に考慮・影響し合う要件である（相互考慮要件）。このように個別的要件（基準）の解釈・適用にあたっては、「十分な経済的合理性」を読み込むことが求められているのであるから、被支配外国会社（特定外国子会社等）のタックス・ヘイブン国（軽課税国等）における存在の主たる理由が我が国からの所得の移転による税負担の軽減でない場合には、そもそも適用除外要件の充足を議論するまでもなく、適用除外要件を充足していると解さなければ、措置法六六条の六条第一項で規制対象にすることとしている租税回避行為の範囲との間で、矛盾が生ずることとなる。そのような場合においては、例外的に前掲東京高裁平成一九年一月一日判決事案における原告・控訴人の主張のような考え方を採用することは、タックス・ヘイブン対策税制の立法趣旨に沿うものとして正当であるといえる。

エンタティ・アプローチを採る我が国のタックス・ヘイブン対策税制のもとで、その解釈適用にあたり、特に適用除外の立法趣旨（「軽課税国に所在する子会社であっても、その地に所在することに十分な経済的合理性があれば課税対象とはされない」（高橋・前掲書九五頁）としている。）を欠いた結果を引き起こす場合には、企業の営業の自由を不当に制約することとなり、またタックス・ヘイブン対策税制を租税条約において受け入れている国との前提条件を破壊し、租税条約との抵触も引き起こすことにも十分に留意をしておく必要がある。

2、株式処分と二重課税の排除

タックス・ヘイブン対策税制を適用して特定外国子会社の課税対象留保金額を内国株主の益金に算入した上に、さらに特定外国子会社等株式の売却に伴う譲渡益についても益金に算入して課税をすることは、明らかに同一所得に対して二重課税が生じているといえる。いわゆる法的な意味での二重課税が発生している。このような二重課税は法的な意味で排除されなければならないが、我が国においては排除されている。にもかかわらず、タックス・ヘイブン対策税制の適用において、本件のような場合にこのような二重課税に対する調整規定が存しないのは、タックス・ヘイブン対策税制の適用を受ける内国株主に対する不合理な差別であり、その結果、納税者に著しく過重な税負担を課すものである。本件のような場面において二重課税を排除しないで放置しておくという状況は憲法一四条のもとで違憲の状態が生じているということである。本件において、内国株主に措置法六六条の六の規定を適用すべきでないことは明らかである。よって、課税庁においては、本件のような場合にはタックス・ヘイブン対策税制の適用を差し控えるべきであろう。

(以上)