

課税管轄権からの離脱をはかる行為について

中里 実*

要 約

国際的租税回避は、多くの場合に、国家の課税管轄権からの離脱をはかる行為であるという点において一定の共通性を有する。その際に用いられる手法について実例をあげて、やや具体的に検討するのが、本稿の目的である。

国際社会は、相互に対等の地位を有する主権国家により構成されると観念され、そこにおいては国際法が妥当しているために、主権国家は、たとえその国家にとって不都合な場合であっても、国際法の制限を受け、その課税管轄権の及ぶ範囲内においてしか、課税権を行使することができない。そこで、納税者の一部は、契約の自由や居住移転の自由を逆手にとって、課税管轄権からの離脱をねらった様々な取引を行うことがある。課税管轄権を離脱してしまえば、合法的に課税を逃れることも可能だからである。これに対して、課税当局が対抗しようとなるが、国際法による課税管轄権の制限が存在するが故に、多くの場合において、課税当局はきわめて困難な局面に直面せざるをえないことになる。その意味で、公平な課税を達成するためには、納税者の行為がどのように行われているかという点について、正確な知識を有することが前提となる。

いずれにせよ、課税管轄権が国内法及び国際法により制限されているという現実があるが故に、その制限を利用して、課税管轄権からの離脱を図る納税者の行為が誘発されるることは不可避なことである。このような、納税者による課税管轄権からの離脱を目指した行為には、実に、様々なものがある。それらをごく大雑把に分けると、たとえば、次の三つになろう。

- ・居住地の移転
- ・取引の移転
- ・資産や所得の移転

これらの中には、単なる節税として租税法上特段問題がないとされる場合もあれば、租税回避に該当するとされる場合もあるのみならず、脱税になるものも存在しうる。実際には、これらの課税管轄権の離脱を目的とする行為の具体的な態様は、所得課税、資産課税、消費課税、流通課税といった、税目により相当の差異が生ずるが、本稿においては、基本的に所得課税を念頭において、これらそれぞれの課税管轄権の離脱を目的とする行為の態様について、具体例を交えながら理論的に見ていくこととする。

国際課税は、国際法、租税法、私法が複層的に入り組んで適用されるために、一筋縄ではいかない複雑な領域である。そのような領域において、立法による対応が不十分な場合に、これを解釈で補おうとしても限界がある。国が公平な課税を心がけるならば、立法による適切な対応が常に心がけることが必要であろう。そのような手間を惜しんで、一般的な否認規定を設けて問題を解決しようとしても、今度は一般的な否認規定の解釈・適用をめぐ

* 東京大学大学院法学政治学研究科教授

る紛争が増加し、結局、国際法的な制限の前に、公平な課税は達成されないことになる。急がば回れというどっしりとした態度こそ、租税回避を防止する最も有効な対応策なのである。

キーワード：課税管轄権、国際的租税回避、国際法

I. はじめに

国際的な租税回避や節税について、租税法の観点のみからではなく、より基本的な国際法的観点をも交えて検討を加えるのが、本稿の目的である。

租税回避は、租税裁定取引（すなわち、ハイタックス・ポジションをロータックス・ポジションに転換すること）により行われる。より具体的には、課税の軽い者への所得等の付替え、課税の繰延、所得等の課税の軽い種類・類型への転換等が、その手法として用いられる。このうち、国際的な租税回避は、課税の軽い地域に存在する者への所得等の移転により行われる場合が多いが、どのような手法が用いられる場合であっても、国際的租税回避は、多くの場合に、日本の課税管轄権からの離脱をはかる行為であるという点において共通性がある。その際に用いられる手法について実例をあげて、やや具体的に検討するのが、本稿の目的である。

国際社会は、法的に見て相互に対等の地位を有する主権国家により構成され、そこにおいては国際法が妥当しているために、主権国家は、たとえその国家にとって不都合な場合であっても、国際法の制限を受け、その課税管轄権の及

ぶ範囲内においてしか、課税権を行使することができない。そこで、納税者の一部は、契約の自由や居住移転の自由を逆手にとって、課税管轄権からの離脱をねらった様々な取引を行うことがある。課税管轄権を離脱してしまえば、合法的に（場合によっては、違法になるが）課税を逃れることができるからである。これに対して、課税当局が対抗しようとなることになるが、国際法による課税管轄権の制限が存在するが故に、多くの場合において、課税当局はきわめて困難な局面に直面せざるをえないことになる。

経済学の専門家が分析の対象とするには、国際課税の制度が複雑すぎるためか、この分野においては、経済分析があまり活発に行われず、また、行われたとしても、さほど有効に機能してこなかった。しかしながら、国際的な租税回避ということであれば、基本的に、国内における租税裁定取引の分析モデルで分析することが可能なのではなかろうか。いわば、そのような研究のための、若干の素材を提供しようというのが、本稿の目的である。

II. 課税管轄権

I-1. 課税管轄権の意味

法律学の専門家以外の者にとって、管轄権は、わかりにくいう概念である。しかし、この概念の概要を把握することなしに、国際課税の制度を正確に理解することは不可能である。そこで、以下においては、国際法における管轄権をめぐる議論を整理した上で、租税法における管轄権について若干の検討を加えることとする。

(1) 国際法における管轄権の定義

まず、国際法において、管轄権の概念がどのように議論されているかという点について、ごくごく簡単に見ておこう。国際法における管轄権の概念¹⁾については、刑事法の分野を念頭においたものであるが、以下のような解説がなされている²⁾。

「周知のように、国家管轄権は、その作用上、立法管轄権 (legislative or prescriptive jurisdiction) と執行管轄権 (強制管轄権 enforcement jurisdiction) に分かれる。いずれについても、その行使は、当該国家

の領域内に限定される（もとより、公海など国際公域においては属的な旗国管轄権が適用される）。

もっとも、立法管轄権については、国際法上、一定の場合、一定の条件のもとに、『域外適用』(extraterritorial application) が認められる。域外管轄権の適用基準として従来主張してきたものには、客観的属地主義、保護主義、受動的属人主義、普遍主義などがある。……

これに対して、執行管轄権については、域外における行使は、原則として禁止される。…国際慣習法や条約で特別に許容されているか、あるいは相手国から特別の許可がある場合は別として、国家は他国の領域内での物理的な権力行使（捜査、逮捕、抑留、押収など）はすべて禁止されるのである。国家管轄権の属地性の優位は、この執行管轄権において極めて顕著である。

しかしそうした殆ど不動の原則にも関わらず、国際法上、国家管轄権の域外『執

1) 中川淳司「国家管轄権の規律原理——国内法は国外でどこまで適用されるか」奥脇直也・小寺彰編「国際法キーワード〔第2版〕」所収80頁は、以下のように述べている。

「伝統的な国際法の下で、国家管轄権の及ぶ範囲については国家領域と国際公域で異なる基準が適用されてきた。国家領域では、領域主権に基づき、国際法上特別の制限がない限り領域国の管轄権が優先するとされた（属地主義 principle of territoriality）。…

属地主義の例外として国家管轄権が他国の領域内に及ぶことが認められたのは、…管轄権行使を許容する一般国際法上の根拠が存在するか、相手国の同意がある場合に限られていた。しかも、他国領域における管轄権行使が認められる場合も、認められるのは原則として立法管轄権に限られ、執行管轄権の行使は条約上の根拠あるいは相手国の同意がある場合に限って認められた。つまり、伝統的な国際法の下では、領域主義の尊重を基軸として国家管轄権の及ぶ範囲が画定され、管轄権の抵触の回避が図られていたのである。」

2) 村瀬信也「国際法における国家管轄権の域外執行—国際テロリズムへの対応—」上智法学論集49巻3・4号(2006年3月) 119頁, 121-122頁。また、この論文は、山本草二『国際法』(新版、1994年、有斐閣) 84頁以下、及び、cf. American Law Institute, Restatement of the Law, Third, The Foreign Relations Law of the United States, vol. I, 1987, pp.230-234; F.A. Mann, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", in Studies of International Law, Oxford, 1973, pp.39-41; Werner Meng, "Extraterritorial Effects of Administrative, Judicial and Legislative Acts", in R. Bernhardt, ed., Encyclopedia of Public International Law, vol.II, 1992, p.340; Bernard H. Oxman, "Jurisdiction of States", in Ibid., vol.III, 1997, pp.55-60を参照している。

行』が認められる場合がありうるか、という問題が本稿のテーマである。最近では、極めて例外的な状況において、国家により域外で執行管轄権が一方的に行使される事例も散見される。」

これは、きわめて簡潔でわかりやすい管轄権に関する標準的な説明である。そして、国際租税法においても、次に見るように、状況はこの刑事法の場合とほとんど同様である。

(2) 租税法における管轄権の定義

次に、国際租税法において、課税管轄権についてどのような議論が行われてきたかという点について、簡単に整理しておくこととする³⁾。

まず、第一に、課税管轄権についての一般国際法は存在しないという見解がアメリカの研究者を中心に存在する。その代表は、以下の二人である⁴⁾。

・Martin Norrは、「いかなる国も課税管轄権であれその範囲を制限する国際法上のルールは存在しない（No rules of international law exist to limit the extent of any country's tax jurisdiction.）」と述べている⁵⁾。

・また、20世紀のアメリカを代表する租税法研究者であるスタンレー・サリー（シャウプ使節団のメンバーの一人。後、ハーバード・ロースクール教授）は、「連邦政府の課税管轄権の境界は、ここにおいてはいかなる法的制約によっても制限されない。むしろ、管轄権の行使は、本質的に、政府の費用を負担するアメリカ市民及

び法人の正当なる義務に関する国家の政策及び姿勢の問題である（[t]he boundaries of the tax jurisdiction of the federal government are here not limited by any legal lines. Instead, the assertion of jurisdiction is essentially a matter of national policy and national attitudes as to the proper obligations of American citizens and corporations in meeting the costs of government.）」と、かなり国家主権を強調する考え方（国際法を重視しない考え方）を述べている⁶⁾。

これに対して、そのような一般国際法の不存在について断言することに多少慎重な、次のような考え方も存在する⁷⁾。

・たとえば、Albrechtは、「国際法の下で外国人に対して課税する権利は、実際のところ、現在においては倫理的な原理には依拠していない。さらに、一般に認められた明確ないかなる公正の基準も、存在することは言いがたく、そのような基準を定式化しようとするいかなる試みも、形而上学的な空論となりがちである（the right to tax aliens under international law is not at present in fact based upon ethical principles. Moreover, no clear and generally accepted standards of fairness can be said to exist, and attempts to formulate them tend to diverge into metaphysical speculation.）」と述べている⁸⁾。

この点、私は、いかなる国家も、少なくとも

3) Cf. Nancy H. Kaufman, Fairness and the Taxation of International Income, 29 Law and Policy in International Business 145, 173 (1998).

4) さらに古いものとしては、Harold Wurzel, Foreign Investment and Extraterritorial Taxation, 38 Columbia Law Review 809 (1938) がある。

5) Martin Norr, Jurisdiction to Tax and International Income, 17 Tax Law Review 431, 438 (1962).

6) Stanley S. Surrey, Current Issues in the Taxation of Foreign Corporate Investment, 56 Columbia Law Review 815, 817 (1956).

7) また、cf. Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States 15 (1986); Arnold Knechtle, Basic Problems of International Fiscal Law (translated by W.E. Weisflog, 1979); Rutsel Silvestre J. Martha, The Jurisdiction to Tax in International Law (1989).

自らと無関係の人・法人、資産、所得、行為等に対して課税管轄権を及ぼすことはできないという意味において、課税に関する立法管轄権に対する何らかの制限は存在するのではないかと考えている⁹⁾。そのような考え方方に立った場合、Norr や Surrey の議論は、国際社会におけるアメリカの地位が絶対的であった時期のアメリカにおける国際法に対する一定の感覚（すなわち、アメリカ中心主義ないし国際法軽視の考え方？）を反映したものであるといえるのではなかろうか。それ以前の、属地主義を重視する伝統的な国際法の常識から言えば法理論的にきわめて問題の多いタックスヘイブン対策税制が、アメリカの絶頂期である1960年代初頭に、やや強引ともいえるかたちで、はじめてアメリカにおいて導入されたのは、導入当時のアメリカにおける、このような自国中心主義の考え方を反映したものといえよう¹⁰⁾。

なお、これらの議論は、いずれも、立法管轄権を念頭においていたものであり、執行管轄権についてのものではない。

（3）課税管轄権の種類とその制限

上の（1）における国際法文献の引用からも明らかなように、国家主権の具体的な態様の一つである課税管轄権は、国家機能が三つの権限に分かれているのに対応して、以下の三つに分けて説明されるのが通常である。

立法管轄権

執行管轄権

裁判管轄権

これらのうち、国際租税法においては、主として、立法管轄権と執行管轄権に関する議論が行われる（これに対して、裁判管轄権については、国際民事訴訟法において議論される）。そのような国家の課税管轄権は、国内法および国

際法により様々なかたちで制限されている。この課税管轄権の制限に関する議論は、国際租税法において最も基本的な意味を有するものであり、この点に関する国際法的な検討なしに、国際租税法の議論を行うことは許されるものではない¹¹⁾。

第一に、立法管轄権は、国際法及び国内法により制限されている。もっとも、実際には、上の（2）における引用からも明らかのように、一般国際法による立法管轄権の制限はあまり明確で厳格なかたちでは存在しない。課税に関する立法管轄権について、一般国際法との関係が問題となるものとして、主要なものは、主権免除（課税についていえば、主権免税ということになる）、及び、外交特権との関係であろう。すなわち、主権を有する国家は相互に対等であるから、商業活動（Commercial Activity）に従事する場合を除いて、他国の裁判権や課税権に服することはない¹²⁾。また、外交官は、他国において逮捕されたり課税されたりすることはない。もっとも、先進諸国が主権免除に関する法律を有するのに対して、日本においては、まだそのような法律が存在しないが、現在、法務省において主権免除法の準備作業が進行中である¹³⁾。

そのような一般国際法に基づく例外を除けば、課税に関する立法管轄権の制限として問題になるのは、条約による制限と国内法による制限である。すなわち、国家の課税権は、租税条約等の条約により制限される。また、国家の課税権は、その一方的な意思により、国内法律によっても制限される。国際租税法は、主として、このような租税条約及び国内法による課税権の制限について研究する分野であるといつてよからう。課税管轄権の租税条約及び国内法による制限の態様は国により多少異なる。その場

8) A. R. Albrecht, The Taxation of Aliens Under International Law, 29 British Yearbook of International Law 145, 148 (1952).

9) Cf. Rutsel Silvestre J. Martha, The Jurisdiction to Tax in International Law (1989).

10) この点については、別項を執筆する予定である。

11) その意味で、国際租税法は、決して「税務」ではないといえよう。

合の全世界所得主義とか、国外所得免税主義を、課税原則とよぶこともある。

第二に、課税に関する執行管轄権は、立法管轄権の場合とは異なり、一般国際法による厳しい制限に服する。その結果、国家は、自らの領域を超えて外国で調査や徴収を行うことはできない¹⁴⁾。ただし、この属地主義による執行管轄権の制限については、租税条約等において明示の合意が存在する場合、あるいは、相手国の個別的な同意がある場合には、その例外が認められる。

II-2. 課税管轄権からの離脱の態様

さて、課税管轄権（立法管轄権及び執行管轄

権）が国内法及び国際法により制限されているという現実があるが故に、その制限を利用して、課税管轄権からの離脱を図る納税者の行為が誘発されることは不可避なことである。このような、納税者による課税管轄権からの離脱を目指した行為には、実に、様々なものがある。それらをごく大雑把に分けると、たとえば、次の三つになろう。

- ・居住地の移転
- ・取引の移転
- ・資産や所得の移転

これらの中には、単なる節税として租税法上特段問題がないとされる場合もあれば、租税回避に該当するとされる場合もあるのみならず、

- 12) この問題に関しては、外国国家の行為を、その性質が私人でも行うことが可能な商業取引である場合と、民事裁判権が免除されない私法的ないし業務管理的な行為に分けるという考え方を示した最高裁判所平成18年7月21日判決・民集60巻6号2542頁が存在する。曰く、

「外国国家に対する民事裁判権免除に関しては、かつては、外国国家は、法廷地国内に所在する不動産に関する訴訟など特別の理由がある場合や、自ら進んで法廷地国の民事裁判権に服することを免除されるという考え方（いわゆる絶対免除主義）が広く受け入れられ、この考え方を内容とする国際慣習法が存在していたものと解される。しかしながら、国家の活動範囲の拡大等に伴い、国家の行為を主権的行為とそれ以外の私法的ないし業務管理的な行為とに区分し、外国国家の私法的ないし業務管理的な行為についてまで法廷地国の民事裁判権を免除するのは相当でないという考え方（いわゆる制限免除主義）が徐々に広がり、現在では多くの国において、この考え方に基づいて、外国国家に対する民事裁判権免除の範囲が制限されるようになってきている。これに加えて、平成16年12月2日に国際連合第59回総会において採択された『国家及び国家財産の裁判権免除に関する国際連合条約』も、制限免除主義を採用している。このような事情を考慮すると、今日においては、外国国家は主権的行為について法廷地国の民事裁判権に服することを免除される旨の国際慣習法の存在については、これを引き続き肯認することができるものの、外国国家は私法的ないし業務管理的な行為についても法廷地国の民事裁判権から免除される旨の国際慣習法はもはや存在しないものというべきである。…外国国家の主権を侵害するおそれのない場合にまで外国国家に対する民事裁判権免除を認めることは、外国国家の私法的ないし業務管理的な行為の相手方となった私人に対して、合理的な理由のないまま、司法的救済を一方的に否定するという不公平な結果を招くこととなる。したがって、外国国家は、その私法的ないし業務管理的な行為については、我が国による民事裁判権の行使が当該外国国家の主権を侵害するおそれがあるなど特段の事情がない限り、我が国の民事裁判権から免除されないと解するのが相当である。」

「…特定の事件について自ら進んで我が国の民事裁判権に服する意思を表明した場合には、我が国の民事裁判権から免除されることはいうまでもないが、その外にも、私人との間の書面による契約に含まれた明文の規定により当該契約から生じた紛争について我が国の民事裁判権に服することを約することによって、我が国の民事裁判権に服する旨の意思を明確に表明した場合にも、原則として、当該紛争について我が国の民事裁判権から免除されないと解するのが相当である。なぜなら、このような場合には、通常、我が国が当該外国国家に対して民事裁判権を行使したとしても、当該外国国家の主権を侵害するおそれなく、また、当該外国国家が我が国の民事裁判権からの免除を主張することは、契約当事者間の公平を欠き、信義則に反するというべきであるからである。」

- 13) すなわち、法制審議会主権免除法制部会において、作業が進行中である。

- 14) たとえば、二人のフランスの国税職員が納税者を追いかけてスイス国内に潜入し、スイス官憲に逮捕されたという事例が報道されている（Ende einer Dienstreise, Der Spiegel 20/1980 vom 12.05.1980, Seite 182）。

脱税になるものも存在しうる。

なお、実際には、これらの課税管轄権の離脱を目的とする行為の具体的な態様は、所得課税、資産課税、消費課税、流通課税といった、税目により相当の差異を生ずるが、本稿においては、基本的に所得課税を念頭において検討を行

うこととする。

以下においては、これらそれぞれの課税管轄権の離脱を目的とする行為の態様について、具体例を交えながら理論的に見ていくこととする。

III. 居住地の移転

法人や個人が直接にその居住地を移転する場合¹⁵⁾の他に、その一種の変形として、法人でなくなるとか、PEをおかないとか、匿名組合契約を利用するというようなかたちでの、課税管轄権離脱の態様が存在するので、それらも念頭において議論を行うこととする。

III-1. 納税する主体の居住地

納税する主体による課税管轄権の離脱を目的とした居住地の移転は、それ自体独立した行為として単独で行われる場合がある。たとえば、居住者が非居住者になれば、国外源泉所得に対する日本の課税を免れることができる。この場合、居住地の移転にともない、いわば自動的に、課税対象である所得や資産や取引についての課税管轄権からの離脱が可能となる。しかし、一般的には、居住地の移転は、課税対象や取引の移転と複合したかたちで行われる場合が多い。

ただし、脱税的な居住地の移転は、課税対象や取引の移転とは無関係に、執行管轄権からの

離脱を目的として行われる（たとえば、ある年に所得を得た者が、確定申告前に、準確定申告を無視して居住地を外国に移転する場合）が、それについては、ここでは扱わない。また、自然人も法人も居住地を移転するが、ここではもっぱら法人を念頭において検討を加える¹⁶⁾。もっとも、実際には、法人が居住地を移転することはかなり困難である（設立準拠法主義の下では、特にそうである¹⁷⁾）から、以下で検討するのは、内国法人が外国法人になるという直接的な形の居住地の移転以外の、いわば付随的な形態のみであるという点に留意されたい。

III-2. 法人形態を避けることによる源泉管轄からの離脱——外国法人概念

居住地の移転そのものではないが、法人に対する源泉管轄¹⁸⁾を逃れる方法として、法人形態を避けることが行われることがある¹⁹⁾。これは、法人に対する課税が独立のものとして存在する限りにおいて、租税法上、法人に該当するか否かが重要な意味をもつからである。このことは、

15) もっとも、会社法の制限により、法人が内国法人から他国の法人に変わることは困難である。

16) その他にも、居住地移転と類似する方法がいくつも存在する。たとえば、内国法人についていえば、海外子会社の設立はその代表であろう（タックスヘイブン子会社の利用や、海外子会社との間の移転価格操作）。また、外国法人についていえば、恒久的施設のない外国法人となることによる源泉管轄からの離脱、恒久的施設となる代理人の利用、電子商取引、匿名組合の利用等、様々なものがある。しかし、ここでは、これらについてはふれない。

17) すなわち、本店を移転することはまだしも可能かもしれないが、設立準拠法を変更することは、きわめて困難であろう。

国内法においても、租税条約においても同様である²⁰⁾。また、同様のことが、ある支払が配当に該当するか否かというかたちで、法人税のみならず、所得税においても問題となる²¹⁾。

（1）外国法上の概念の取扱い

法人は基本的に各国の国内法律に準拠して設立される存在である²²⁾ために、外国法に基づいて設立された法人（民法上の外国法人²³⁾。これは、租税法上の外国法人とは異なる概念である点に留意）等の概念を日本の租税法においてどのように考えるかという困難な問題が生じてくる。外国法上の概念の日本の租税法における取扱いという問題については、原則として、以下のように場合を分けて対応すべきであると考える。

① 第一に、ごく一般的にいって、日本の租税法律において用いられている概念は、外国法

上の概念を含むことが明文で排除されているか、あるいは、外国法上の概念を排除することが一見して明らかな場合を除いては、外国法上の概念をも含むと解すべきである。この点は、基本的に、実務においても認められているといえよう。この点が否定されてしまうならば、以下の二つの点について議論する意味はなくなるであろう。

② 第二に、外国の公法上の概念の扱いであるが、これについては、日本の租税法上明文の定めがなければ、基本的に外国法によってその内容を判断すべきである²⁴⁾。たとえば、「租税」の概念については、外国が租税として課税している以上、それを租税でないものとして、日本における課税関係を考えるべきではなかろう。この点が争われたのが、東京高裁平成19年10月25日判決・判例集未搭載、及び、その原審の東京地裁平成18年9月5日判決・判例集未

- 18) 法人税法における「外国法人」に対する課税は、内国法人に対する課税と比べて、その課税される所得の範囲に関して制限的に行われる。すなわち、内国法人が全世界所得に対して課税されるのに対して、外国法人は、国内に恒久的施設を有する場合と国内に恒久的施設を有しない場合とで、多少の差異はあるが、国内源泉所得に対してのみ課税を受ける。外国法人の日本進出の形態は、子会社、支店、日本への投資、日本への輸出と様々であるが、いずれにせよ、源泉地管轄の対象となる「外国法人」の国内源泉所得に対する課税の問題として議論される。
- 19) とはいえる、組合等に法人でない事業形態を用いる場合には、その組合員等に対する課税が行われるのであるから、それは、法人に対する源泉地管轄を逃れる方法ではあっても、厳密な意味においては、課税を逃れる方法ということにはならない。にもかかわらず、法人でない事業形態を用いて法人課税を逃れることが行われるのは、組合員等に対する課税を軽くすることができる（たとえば、不動産所得ということで損失を計上できる）場合や、組合員がだれであるかを日本の課税当局が把握できないような場合があるからであろう。なかでも、この後者の問題は深刻であり、何らかの手続法的対応が必要かもしれない。
- 20) 租税条約においては、法人であれば独立の居住者となる。また、法人からの支払は配当となりうる。
- 21) すなわち、法人税に関しては、法人としての課税を受けるか否かという点が主として問題となるのに対して、所得税においては、法人からの支払=配当といえるかという所得類型の問題が重要な問題となる（これは、法人税についても重要である）。
- 22) もちろん、条約により設立される国際機関も存在するが、これは、例外的な存在である。
- 23) 民法36条が、「法人及び外国法人は、この法律その他の法令の定めるところにより、登記をするものとする」と定めているとおり、民法上、法人と外国法人は別の概念であるという点に留意しなければならない。
- 24) 特に、相手国との間で租税条約が締結されている場合には、一層そのようにいうことができる。これは、いやしくも租税条約を結ぶ以上、そして、租税条約が両締約国の租税制度の調整を目的とする以上、両締約国は、相手国の租税制度に対して一定程度の尊重の念をもつことを要求されるからである。したがって、日本法人の子会社が租税条約締結国に存在する場合においては、基本的にタックスヘイブン対策税制を適用すべきでない。相手国の税率が日本で考えると低いと判断されるという理由のみに基づいて、相手国法人の事業所得に対して課税し、租税条約を脱法するかのような（条約を無視する）条約解釈を繰り広げることは、Comityとか、Act of Stateとまでいうかどうかは別として、憲法98条2項により、条約が国内法に優位するとされている点を正面から無視するものである。

搭載、である。この事件においては、日本法人の子会社がガーンジー島の租税を課されている場合に、これについてタックスヘイブン対策税制の適用が認められるか否かという点が争われた。この事件の東京高裁判決について、裁判所ホームページは以下のように要約している²⁵⁾。

「外国の法令により課される税が法人税法69条1項の外国法人税に該当するかどうかは、同項を受けて外国法人税の意義を定めた規定である同法施行令141条1項等の規定に照らして判断すべきところ、同項は、先進諸国において通用している一般的な租税概念を前提とし、そのうち、『法人税』、『法人の所得を課税標準として課される税』に相当するものを控除の対象にしているものと解されるところ、一般に、租税の特性として、公共サービスの提供に必要な資金を調達することを目的とし（租税の公益性）、それ以外の目的で課される罰金、料、過料、交通反則金等のような違法行為に対する刑事上、行政上の制裁の性質を持つ金銭給付とは区別され、国民の富の一部を一方的、強制的に国家の手に移す手段であり（租税の強行性）、租税が国民の財産権の侵害の性質を有することから、租税の賦課、徴収が必ず法律の根拠に基づいて行われなければならない（租税法律主義）とされ、特別の反対給付の性質を持たない点で、各種の使用料、手数料、特権料等と区別され、国民にその能力に応じて一般的に課される点で、特定の事業の経費に充てるために、その事業に特別の関係のある者から、その関係に応じて徴収される負担金と区別され、金銭給付であることを原則とする点を挙げられるから、前記外国法人税に該当するかの判断に当たっては、当該外国の法令によって課される税が、この

ような租税概念に当てはまるのかどうかについて検討する必要があり、その際、我が国の法人税との比較も判断の一要素となり得るとした上、前記外国法人がその本店所在地国で納付した税は、基本的性格を異なる四つの税制が当該法人の選択によって適用され得るという点で税の強行性の概念と相容れず、適用税率について課税権者に広範な裁量の余地を許容する点で租税法律主義に反するものであり、また、税の徴収手段において実効性に欠けるなど、同国における法人税制は、我が国における法人税制とはおよそかけ離れた制度になっていることはもとより、一般的な租税概念に反するものといわざるを得ないから、前記税は、法人税法69条1項の外国法人税に該当しないとして、前記更正処分を適法とした事例」

Guernseyは、Isle of Man、Channel Island bailiwicks of Jerseyとともに、Crown Dependenciesとされる地域であり、イギリス領の高度な自治権を有する地域である。ガーンジーの税制の下では、税率0%から25%まで納税者が選べるが、納税者である日本法人の子会社は25%を選んでいた。これは、25%を選んでいると日本のタックスヘイブン対策税制の適用を受けないからであると課税庁は考えたようである。そこで、日本の課税当局は、0%～25%まで税率を選べるというのでは、租税が課されているわけではないとして、タックスヘイブン対策税制を適用した。0%も選べるのにわざわざ25%支払っているのであるから、それを租税といえるかどうかという点については疑問があるということで、東京地裁も東京高裁も、課税庁の処分を認めた。しかし、国際法にはComity（国際的な礼讓）という考え方があり、一国は、

25) 以下の引用は、判決文そのものではなく、裁判所のホームページにおける判決の要約である点に留意されたい。(http://www.courts.go.jp/search/jhsp0030?action_id=dspDetail&hanreiSrchKbn=01&hanreiNo=36502&hanreiKbn=04)。

他国の立法・行政・司法上の行為を尊重すべきであり、無視すべきではないという原則が存在する。また、Act of Stateの概念があり、一国の主権的行為は、他国の裁判所において無視されないとされている²⁶⁾。すると、ガーンジーが主権の行使として、租税として賦課したものを受けた日本の裁判所が租税でないというのは、Comityに反する、或いは場合によったらAct of Stateの原則に反するという考え方も、理論的に存在し得ないわけではない。しかし、裁判所は、ComityについてもAct of Stateについてもふれずに、結論を下した。もちろん、ComityやAct of Stateの考え方方が、本件でどこまで適用されるかという点については難しい問題もあるが、少なくともそれを議論をした上で判決を出してほしかったという気がする。ComityやAct of Stateの概念を考慮するとするならば、他国が租税として賦課したものを受けたのではなくためには、非常に精緻な理論構成が必要なのではなかろうか。少なくとも、0%も選べるならそれは日本法から見て租税ではないというような理屈だけでは十分ではないようと思われる。国際法のルールを考慮することなく、法人税法上、外国法人税に当たるとか当たらないとかという点のみをいくら議論しても、それは所詮、国内法の解釈でしかなく、国際法を無視しているということになりかねないので、十分な

注意が必要であろう²⁷⁾。

③ 第三に、日本の租税法律の中で外国の私法上の概念が用いられている場合については、外国法上の概念が租税法律の明文で排除されているか、あるいは、外国法上の概念を排除することが一見して明らかな場合を除いては、外国の私法上の概念の意味内容をそのまま尊重すべきであろう。したがって、日本の租税法においては、租税法律に特別な定めがなければ私法上の概念は私法におけると同様に解釈するのが原則であるが、この原則は、外国の私法上の概念についても基本的に妥当する²⁸⁾と解すべきである。もっとも、課税関係の前提となる私法関係に関しては、日本の私法上の強行法規（たとえば、民法における法人概念に関する定め）が外国の私法を修正している場合があり、このような場合は、日本の私法上の強行法規による外国私法の修正が行われ、それを前提として租税法の解釈・適用がなされると考えるべきであろう。換言すれば、強行法規についても外国私法によるのであるが、日本の民法上の強行法規が明文で外国法上の概念の取扱いについて定めている場合には、それによるということになる。

(2) 法人税法における「外国法人」の概念

ところで、上の第三の場合についてもっとも

26) なお、アメリカの連邦憲法においても、「Full Faith and Credit」条項（連邦憲法4条）に基づき、「各州は、他州の一般法律、記録および司法手続に対して、十分な信頼と信用を与えなければならない。連邦議会は、一般的な法律により、これらの法律、記録および司法手続を証明する方法ならびにその効果につき、規定することができる」とされており、他州における法律等はどの州でも認められるというのが原則である（田中英夫編集代表「BASIC英米法辞典」212-245頁（1993）参照）。

27) もちろん、ある支払を租税として扱わないという点について相手国の同意があれば、国と国との関係においては特段の国際法上の問題は生じないであろう。そして、租税条約を締結している国との間の関係については、相手国の租税制度を一応適正なものとして租税条約を結ぶ（問題があれば、例外を定めておく）のであるから、余計に、相手国の租税を租税ではないと日本が一方的にいうことは困難になるのではなかろうか。

もっとも、国と国との関係については合意があればそれでよいとしても、外国納税者との関係においては、日本国内法的問題は残るかもしれない（それとも、国と国との約束が私人を国内法的に拘束するから、別に問題はないのであろうか）。

28) また、日本においては、明文の租税回避否認規定が存在しない場合、当事者が約した私法上の契約関係等を課税上無視して課税処分を行うことは許されない。すなわち、当事者が締結した契約に関しても、法の適用に関する通則法7条の「法律行為の成立及び効力は、当事者が当該法律行為の当時に選択した地の法による」という定めどおり、租税法上の明文の定めが存在しなければ、当事者の意思が優先される。

問題となるのが、外国法人の概念である。以下では、実務上も重要な意味を有するこの点について、少し詳しく検討を加えることとする。ここでは、具体的な事例として、デラウェア州法に基づいて組成されたLimited Partnership（以下、LPSと略する）が、日本の法人税法上、「外国法人」に該当するかという点について、検討を加えることとする。

法人概念については、日本の民法35条1項²⁹⁾が、「外国法人は、国、國の行政区画及び外国会社を除き、その成立を認許しない。ただし、法律又は条約の規定により認許された外国法人は、この限りでない」として、民法上の外国法人（すなわち、外国法に基づいて設立された法人）の取扱いを定めている（これは、当然のことながら、強行法規である）。また、会社法2条2号は、外国会社を、「外国の法令に準拠して設立された法人その他の外国の団体であって、会社と同種のもの又は会社に類似するものをいう」と、定義している（これも、また、強行法規である）。しかし、法人税法は、内国法人を、「国内に本店又は主たる事務所を有する法人」（同法2条三号）、外国法人を、「内国法人以外の法人」（同法2条四号）と定義するのみで、租税法独自の「法人」の定義をおいていない。

したがって、このような場合には、当然のことながら、法人税法は「法人」の概念について私法の概念を借用していると考えざるを得ない³⁰⁾。すなわち、法人税法上の「法人」の意義については、私法上の「法人」の意義と同義かつ一義的に解釈すべきである。そもそも我が国の私法上の法人制度という強行法規的な制度に

関わる概念である「法人」という法概念が、多義的であることは予定されていない³¹⁾。なぜならば、もし、「法人」という法概念自体の意義が我が国の私法上多義的であるということになると、法的安定性が極端に阻害されることになるので、「法人」の意義について多義性を認めることは容認し難いからである。

このように「法人」概念のような私法上の強行法規的な制度に関わる法概念を租税法が用いている場合において、租税法律主義のしばりを受ける租税法上、当該法概念の意義を解釈するにあたっては、租税法上かかる法概念について別段の意味を定める規定が置かれていない以上は、租税法とかかる法概念の意義について定める我が国の私法（すなわち民法）を一体のものと考えて、当該法概念について我が国の私法において定められている意義・内容をもって、一義的に解釈すべきである。言い換えると、租税法上の「法人」の解釈については、租税法独自の解釈を行うべきではなく、「法人」が私法上確立した意味・範囲を与えられた概念であることを踏まえ、我が国の私法上の意義と同じに解すべきである（租税法の解釈・適用における私法概念の尊重）とするのが、租税法の解釈における基本的な考え方である（通説である、借用概念に関する金子宏名誉教授の説）。

（3）私法上の「法人」の意義と租税法

他方、私法上の「法人」の意義に関しては、国内の事業体については法人法定主義が、外国の事業体については民法35条1項が、それぞれ検討の出発点となると考えられる³²⁾。

我が国の私法上、ある事業体に法人格を与え

29) 平成18年6月2日法律第50号における条文。それ以前は、民法36条1項が、「外国法人は、国、國の行政区画及び商事会社を除き、その成立を認許しない。ただし、法律又は条約の規定により認許された外国法人は、この限りでない」と規定していた。

30) 法人税法に「法人」の定義が存在しない以上、法人税法独自の「法人」の概念を、解釈によって導き出すことは、ほとんど不可能であろう。

31) もちろん、個々の法律において、例えば法人税法3条や所得税法4条のように「人格のない社団等」を「法人」とみなすといった明文の規定を置いて別段の定めをしている場合はこの限りでないことは言うまでもない

32) 私法に依拠するという前提をとりながら、この点を無視して、租税法における「法人」の定義を導こうとする考え方は、恣意的であるといわざるを得ない。

るか否かは法律によって定めることとされている（法人法定主義）。言い換えると、我が国の私法上は、法人格を与えられるための実質的な要件が必ず存在していて、その要件を満たす事業体には法人格を与えるという方式がとられているのではなく、実質的な特性の差異とは無関係に、制定法上「法人」とすると規定することによって法人格を与えるという形式に着目する方式が採られている。現に、民法・商法学者の研究においても、「法人」に固有な特質というものを考えることは極めて難しいことが指摘されている³³⁾が、そのことも、我が国の法人制度が、実質要件を定めてそれを充足するものに法人格を与えるというものではなく、対象となる事業体の設立根拠法において「法人」とする旨を法定することによって法人格を与えるという制度³⁴⁾であることを考えれば、特に不思議なことではない。したがって、我が国の私法上「法人」と法定された事業体は、「法人」について適用されることとされている国内法上のあらゆる局面において「法人」として扱われるのである³⁵⁾。

さて、外国法に基づいて組成された外国の事業体の場合には、諸外国がそれぞれ個別の国家行為によって（かつ、個別に考慮された区々の判断基準によって）当該事業体に対して法人格を付与するか否かを決めているが、ある事業体がそのように外国において法人格を付与されていることは、その事業体につき日本の私法上当然に法人格が認められることを直接的には意味しない。そのような外国による法人格付与を我が国の私法上どのように取り扱うかについて

は、立法論としては、外国によって法人格を付与されたものについては、たとえば、

（ア） 国内法による法人格付与をあらためて行ったうえで、国内法（これには租税法も含まれる）上、内国法人と同じく法定主義によって法人格を付与されたものとして扱う、

（イ） 国内法による法人格付与をあらためて行うことなく、すべての外国において法人格を付与された事業体を国内法上も法人格を認める旨の明文規定を国内法に置く、あるいは、

（ウ） 国内法による法人格付与をあらためて行うこととはしないが、何らかの要件を充足する場合に限って国内法上も法人格を認める旨の明文規定を国内法に置く、

などいくつかの選択肢が考えられる。しかし、ここでの問題は、立法論ではなく、現行法の解釈において、この法人制度という強行法規的な制度の根幹を定める民法が、どのような規定を置いて外国の国家行為によって法人格が付与された者の取扱いを決めているのか、である。

この観点から法人制度について定める民法の規定を検討するに、外国法を準拠法として組成された事業体がその準拠法上法人格を付与されているか否かの基準は、上述したとおり我が国の基準と同じであるとは限らないのであるが、

- ① そもそもその事業体が、その外国準拠法上法人格を付与されていない場合には、我が国の私法上その事業体を「法人」として扱うことを認める規定はなく、
- ② 外国法を準拠法として組成された事業

33) 竹内昭夫・龍田節編『現代企業法講座第2巻 企業組織』（東京大学出版会、1985年）72頁〔江頭憲治郎〕参照。

34) 法人格を与えられた結果として、一定の法的効果が生じ、一定の性質を有することになるが、逆に、その事業体が一定の性質を有することを理由として法人格が与えられるという関係ではないことに注意すべきである。

35) もちろん、個々の法令において明文の例外規定が置かれている場合には、民法上の「法人」が、特定の法律の目的上は「法人」ではないものと扱われるということは理論上はあり得るし、逆に民法上「法人」ではないものが特定の法律の目的上は「法人」として扱われるということもあり得る。法人税法・所得税法上は、前者の例はなく、後者の例が上記で述べた「人格のない社団等」である。しかし、ある事業体が、我が国の国内法上、Aという局面では法人格ありとされるが、Bという局面では法人格なしとされるというようなことは、法人制度の強行法規性に鑑み、明文の例外規定なしには認められるものではなく、この点は租税法といえども例外ではない。

体が当該準拠法上法人格を付与されている場合については、その事業体を我が国の私法上「法人」として取り扱うか否かについては、民法35条1項が規定していると解することができる（すなわち、我が国においては、立法論に関する上記（ウ）の考え方を採用しているといえる）。

また、このように解することによって、外国法に基づいて組成された事業体が、どのような要件を満たす場合に我が国の私法上「法人」と取り扱われるかが、民法の条文の規定に照らして一義的に確定できる。

そこで、民法35条1項本文をみると、「外国人は、国、国の行政区画及び外国会社を除き、その成立を認許しない」と定められている。すなわち、民法35条1項に依拠して考えると、国や行政区画を別とすると、外国法を準拠法として組成された事業体の中で、日本国民法においてその法人格が認許されるのは、①その事業体が外国法上法人格を付与されている場合（つまり民法上の「外国法人」に該当する場合）で、かつ、②「外国会社」に該当する場合のみである³⁶⁾。すなわち、外国法準拠の事業体が外国法上法人格を付与されていない場合はもちろん、当該事業体が「外国会社」に該当しない場合は、日本の民法上その法人格が認められず、権利能力が与えられないである。

このような民法の定めをもとに論理的に考えていくと、租税法上の「法人」を私法上の「法人」と同義であると解する以上、法人税法にいう「外国法人」とは、外国法を準拠法として組成された事業体のうち、外国法上法人格を付与された事業体（民法35条1項にいう「外国法人」）

であり、かつ「外国会社」に該当するものに限られるという解釈を導き出すことができる³⁷⁾。

（4）民法35条を無視する考え方

上記の考え方に対し、民法35条1項は、外国の事業体が我が国において「法人」として活動することを認める際の要件についての規定であるから、我が国において「法人」として活動しない事業体について適用する余地はないとする考え方（以下便宜的に「反対説」という）が存在しうる。すなわち、外国の事業体からなされる支払が配当に該当するか否かを決定する前提として、当該事業体が法人に該当するか否かを判断する場合には、民法35条1項は適用されないという考え方がある。しかし、かかる反対説は、理論的に見て、妥当とは思われない。

まず、そもそも、租税法の解釈・適用において私法を尊重するという場合、外国の私法についてどのように考えるべきであるかという問題がある。この点については、以下の二つを区別する必要がある。

- ・契約法等のように強行法規的ではないものについては、外国法を準拠法とするものも含めて尊重する（すなわち、当事者が準拠法として選択した外国の私法及び当該準拠法のもとでの法形式・契約形式を租税法の解釈・適用にあたっても尊重する）。

- ・国家が一定の要件を充たした事業体に法人格を付与するという法人制度のような強行法規的なものについては、いったん我が

36) 民法35条1項但書に従い法律又は条約により認許される場合については、ここでは措く

37) 国税庁も、アメリカのリミティッド・ライアビリティー・カンパニーに関する取り扱いに関しては、その質疑応答事例において、「外国の商事会社であると認められる」という旧民法36条1項の文言を明らかに意識した表現を用いているから、やはり同条を前提として「法人」該当性を考える上記のような考え方を採用しているものと思われる（国税庁ホームページ：<http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeiho-kaishaku/shitsugi/hojin/31/03.htm>）。ニューヨーク州のリミティッド・ライアビリティー・カンパニーの「法人」該当性に係るさいたま地判平成19年5月16日及びこれを支持した東京高判平成19年10月10日（以下「LLC判決」と総称する）も、旧民法36条を引用する判示をしている（ただし、後記のとおり、LLC判決は、旧民法36条を引用してはいるが、その「法人」該当性の規範の定立に関しては賛成できない）。

国の私法（民法）に戻って考える（すなわち、租税法の解釈・適用において我が国の租税法令と我が国の私法（民法）の強行法規を一体として考える）。

このうち、本稿での議論において重要なのは後者である。民法35条1項は、まさに、上の後者の考え方を体現した規定であり、外国の国家行為として付与された法人格を、日本法から見て承認するか否かの要件を定めた規定であると考えられる。すなわち、日本や外国の「私法を借用する」といっても、租税法は日本の公法であるから、「法人」の基準がそれぞれの設立準拠法によって区々になるようでは、統一的に公法である租税法を解釈適用することができないので、日本の目から見て外国が付与した法人格を承認するかという統一的な基準を定立することが必要であり、かかる基準が民法35条1項であると解され、日本の租税法はその民法35条1項を前提としているのである。民法35条1項についてこのように解すべきである以上、同条の適用を、外国の事業体が我が国において「法人」として活動する場合に限る（したがって、外国の事業体から支払がなされた場合に、それが日本の租税法上「配当」に該当するか否かについては、民法35条1項は無関係と考える）理由は何ら存在しない。したがって、反対説を採用することはできない。

また、反対説によると、外国の事業体が我が国において「法人」として活動することにより我が国で法人税の納税義務を負うか否かという場面と、そうではない場面（例えば、外国の事業体からなされた支払が日本の租税法上「配当」に該当するか否かを問題とする場面）とで、当該外国の事業体の「法人」該当性の検討手法・基準が異なることになってしまうと考えられるが、それも正しくない。

すなわち、外国の事業体が我が国において「法人」として活動することにより我が国で法人税の納税義務を負うか否かという場面においては、まさに当該事業体の法人税の納税義務者

性が問題となるから、その意味で当該外国の事業体が法人税法上の「法人」に該当するかが問題となる。これは、外国の事業体が我が国において「法人」として活動する場合であるから、反対説によっても、「法人」該当性の検討に際しては、民法35条1項が出発点となるものと考えられる。しかるに、外国の事業体が我が国において活動しない場合においては、反対説は、外国の事業体の納税義務者性も問題でなければ、民法35条1項も問題とはならないと解するものである。

しかしながら、上記2つの場合について検討すべき問題は、当該外国の事業体が租税法上の「法人」に該当するか否かというまったく同一の問題である。しかも、反対説も、租税法上の「法人」とは私法上の「法人」と同義であると解するであろうから、かかる議論の前提にはまったく争いはないはずである。しかるに、反対説のように、同一の問題の検討に際して、ある場面について民法35条1項を適用して納税義務者性を問題とし、またある場面においては民法35条1項も納税義務者性もまったく問題とならないというのは、論理の一貫性を欠く。のみならず、反対説のように「法人」の意義について場面毎に異なる検討をするのは、租税法の解釈適用において当然に要請される予測可能性・法的安定性を著しく欠くものというべきである。与えられた問題が、外国の事業体が租税法上の「法人」に該当するか否かという問題1つである以上は、予測可能性・法的安定性の観点からしても、その検討の枠組みも1つでなければならない。

すなわち、上記で述べたとおり、民法35条1項は、外国の国家行為として付与された法人格を日本から見て承認するか否かの要件を定めた規定であると解すべきであって、私法上及び租税法上の「法人」該当性の検討においては、外国の事業体が我が国において法人として活動するか否かに拘わらず、須らく民法35条1項を出発点として検討すべきなのである。

(5) 法人税法上の「外国法人」について考える際の判断枠組み

したがって、法人税法における「外国法人」の意義について考える際の判断枠組みとしては、民法35条1項を前提として、

- A. 設立準拠法において法人格を与えられているか、及び
- B. 設立準拠法において会社として扱われているか

の二つの点を重視すべきである。その上で、

- ・Aの要件が充たされていない場合は、日本で法人格は与えられない
- ・Bの要件をみたせば、日本の会社法上「外国会社」になる
- ・Aの要件が充たされてはいるが、Bの要件を充たさない（準拠法において会社として扱われていない）場合には、日本の会社法の解釈上、外国会社に該当しないのみならず、日本で民法35条1項により権利能力は与えられない
- ・Aの要件に加えてBの要件が充たされている場合には、（日本の商法上も外国会社になるのみならず）民法上も法人格を認許される

というかたちで場合分けがなされる。

したがって、この判断枠組みにしたがえば、たとえば、設立準拠法において会社ではあるが権利能力の与えられていないドイツの人的会社については、上のBの要件はみたすが、Aの要件は充たさないが故に、日本においては「法人」としては扱われないことになろう。すなわち、外国法において権利能力を与えられていない組織が、たとえ日本の会社法上、「外国会社」に該当するとしても、それは「外国法に基づいて設立された法人」ではないから、日本の民法35条1項により権利能力は与えられないということになる。すなわち、ドイツの人的会社の

ように外国法により法人格を与えられていない社団について、日本の会社法上、明文の規定により「外国会社」に該当しうることが明らかにされている（同法2条2号）³⁸⁾が、そのように外国法で法人格を与えられていない社団は民法35条の「外国法人」に該当しないので、日本においても法人格は認許されないということになる³⁹⁾。

(6) デラウェア州のLL.C.と、LPS

上の（5）の判断枠組みに照らして考えると、デラウェア州のLL.C.とLPSについては、以下のようになるものと思われる。

・デラウェアのLL.C.は、設立準拠法において会社とされ、権利能力を認められているが、法人課税（連邦所得税法の課税）は受けない。しかし、これについては、上のAの要件もBの要件も充たされるが故に、日本の民法上「法人」となり、その結果、日本の法人税法上「外国法人」となる。

・デラウェアのLPSは、設立準拠法においては、権利能力は認められているが、（会社ではなく）パートナーシップとされており、法人課税（連邦所得税法の課税）は受けない。これについては、上のAの要件を充たすが、Bの要件を充たさない。したがって、それは、日本の会社法及び民法上「外国会社」とはならず、それ故に、法人税法上も「外国会社」とはならない。

以下、この点について、より詳しく検討してみよう。以下、デラウェア州のLPSの法人性と、その社団性と、課税庁の取扱との整合性という三つの観点から、検討を加える。

38) 外国法において社団として設立されているか否かが、日本の会社法上「外国会社」とされるか否かの基準となる。

39) すなわち、会社法上の外国会社には、外国法人（外国法を準拠法として設立された法人）である外国会社と、外国法人でない外国会社とがあり、民法35条1項は、前者の外国会社についての定めであるということになる。

① デラウェア州のLPSは法人格を有していないこと

まず、第一に、デラウェア州法にいう *separate legal entity* という用語は、日本の「法人」概念を意味する言葉ではないという点に留意しなければならない。そもそも、米国においては通常 *corporation* が、日本でいう法人の意味で使用されるのであり、*legal entity* というのは、*corporation* よりもより広い概念であると解される⁴⁰⁾。したがって、しいてそれ (*legal entity*) を日本語に訳すとすれば、事業体とでもなるのではなかろうか。

また、Delaware Revised Uniform Limited Partnership Act の規定をみても、やはりリミティッド・パートナーシップが同 Act 上法人格を付与されていることを基礎づけることはできない。そもそも、我が国の租税法上の「法人」または「人格のない社団等」（所得税法4条、法人税法3条）は、我が国の私法（民法）上の概念を借用したものであって、民法上の「組合」とは明確にかつ排他的に区別された概念であることを念頭に置く必要がある（所得税法施行令291条4項3号、法人税法施行令187条4項3号、所得税基本通達2-5、法人税基本通達1-1-1 参照）。したがって、ある事業体が「組合」に該当すればそれは「法人」または「人格のない社団等」ではありえず、逆に「法人」または「人格のない社団等」に該当すれば「組合」ではない。このように、両概念は論理的に排他的である。

かかる観点から、デラウェア州法の規定をみると、（連邦所得税法（内国歳入法）の規定ではなく、私法上の規定として）リミティッド・パートナーシップへの contribution については、

“The contribution of a partner may be in cash, property or services rendered, or a promissory note or other obligation to contribute cash or property or to perform services.”

という規定があり（17-501条）、また Allocation of profits and losses という表題で、

“The profits and losses of a limited partnership shall be allocated among the partners....in the manner provided in the partnership agreement.”

という規定があり（17-503条）、（それらの規定の私法上の効果として）リミティッド・パートナーシップの損益はパートナーに直接帰属することが定められている⁴¹⁾。

すなわち、これらの規定の存在自体から、デラウェア州のリミティッド・パートナーシップが、日本における法人格ある者あるいは権利能力のない社団とはまったく異なる扱いを受けていることがわかる。

また、同じ Delaware Revised Uniform Limited Partnership Act の中には、

“It is the policy of this chapter to give maximum effect to the principle of freedom of contract and to the enforceability of partnership agreements.”

という解釈指針を与える規定（17-1101条(c)）もある。

このような規定を見ると、デラウェア州のリミティッド・パートナーシップは、あくまでも

40) すなわち、Unincorporated legal entity という概念の存在が、そのことをものがたっている。これは、文字通り、*Separate legal entity* ではあるが、法人ではない。このように考えてくると、結局、*Separate legal entity* という場合に、権利能力を有する法人としてとらえるべきではないということになり、*Separate legal entity* という概念自体の意義が問題ということになろう。

41) したがって、パートナーへの支払は、（はじめから、パートナーに帰属する金額の）単なる送金にすぎず、配当ではないといえよう。

契約による関係を基礎とする組合的要素が色濃く支配する事業体であって、私法的に見てむしろ日本の組合ないし匿名組合に対して強い近親性があると結論することができる（したがって、日本の組合や匿名組合が法人ではないのと同じ理由でデラウェア州のリミティッド・パートナーシップも法人ではないということになる）。

また、そのように考える場合、デラウェア州のリミティッド・パートナーシップが“separate legal entity”であるという規定には、単に第三者との取引の便宜（というよりは対外的な債権・債務関係の簡素化）のために名目上、ないしは形式名義上の取引主体性を認めるという一点にのみその意義があるのであって、これはそもそもcorporationのような“incorporated legal entity”とは区別された意義を有する表現であり、“separate legal entity”とされることによって、契約による関係を基礎とする組合的要素が色濃く支配する事業体という性格が変更されるわけではないと考えるべきである。かかる規定をデラウェア州のリミティッド・パートナーシップに対してcorporationのような“incorporated legal entity”と同様の意味で権利能力を与えていたりする規定と解することはできない。

また、「A partner has no interest in specific limited partnership property」(17 - 701条)という規定も、単に第三者との取引の便宜ないし対外的な債権・債務関係の簡素化のための名目上・形式名義上の規定にすぎないと解することが可能であり、そう解する場合には、それはデラウェア州のリミティッド・パートナーシップに対してcorporationのような“incorporated legal entity”と同様の意味における資産の帰属を認める規定と解することはできない。

このように、私法であるDelaware Revised Uniform Limited Partnership Actの中に上記のような規定があるということからすると、デラウェア州のリミティッド・パートナーシップは、その準拠法上法人格を与えられた事業体ではない（それがunincorporated legal entityの一

つとされている点も、それを裏付けている）ので、それは、そもそも民法35条1項にいう「外国法人」ではないということになる。したがって、「外国法人」でないものが日本の民法上「法人」となることは、民法35条1項からしてありえないから、本件リミティッド・パートナーシップは、日本の所得税法・法人税法上、「法人」に該当しないのである。

② デラウェア州のリミティッド・パートナーシップの社団性の欠如

第二に、デラウェア州のリミティッド・パートナーシップは、「社団」ではないから、民法35条1項にいう「外国会社」には該当せず、したがって、日本の所得税法・法人税法上、「法人」となることはない。デラウェア州法は、リミティッド・パートナーシップのみならず、ジェネラル・パートナーシップをも“legal entity”としているが、これは、パートナーシップに対して一定の範囲内においてのみ私法上の権能を与えていたりするにすぎず、パートナーシップを「社団」とするものではない。日本法上、会社は「社団」であり、したがって、民法35条1項にいう「外国会社」も「社団」でなければならない。「社団」でないものは、民法35条1項にいう「外国会社」ではない。したがって、「社団」でないものが所得税法・法人税法上、「法人」となることもありえない。それ故に、デラウェア州のリミティッド・パートナーシップは、日本の所得税法・法人税法上、「法人」となることはない。

換言すると、ここでのポイントは、デラウェア州のリミティッド・パートナーシップを組成する行為が社団を設立する合同行為なのか、それとも契約なのかという点であると思われる。すなわち、民法35条1項でいうところの「外国法人」（外国法に準拠して設立され外国法上法人格を付与された事業体）のうち、日本で認証される（法人格を認められる）事業体は、法人を除くと「外国会社」のみであり、その「外国会社」は、何を措いても、まず「商行為

「行為が事業トスル目的ヲ以テ設立シタル」「社団」でなければならない（会社法による改正前の商法52条1項参照）。そして、日本の会社（社団）と組合の重要な違いの1つとして、会社の場合は設立行為・定款作成行為は社員の合同行為と一般に解されているのに対し⁴²⁾、組合の場合は組合員間の契約により組成されると一般に解されている⁴³⁾という点を挙げができる。

そうすると、外国の法令に準拠する外国の事業体につき、その事業体を組成する行為が「社団」を「設立」する合同行為でないのであれば、その事業体は、「行為が事業トスル目的ヲ以テ設立シタル」「社団」ではあり得ず、むしろ事業体の構成員の集合にすぎないということができよう。同様に、separate legal entityというこの意味も、組成行為が契約であって合同行為ではない上記のような事業体については、その事業体は「社団」ではあり得ないから、その事業体に法人格を付与するというものではあり得ず、名目上ないしは形式名義上のみの取引主体性を認めた概念にすぎないということになるであろう。つまり、外国の法令に準拠する外国の事業体が日本の会社法の「外国会社」に該当するか否かについては、その組成行為が「社団」を「設立」する合同行為であるか、それとも契約であるかという、行為の面から論ずるという視点が必要なのである。

これを、デラウェア州のリミティッド・パートナーシップについてみると、（そもそもデラウェア州法に基づいて組成されたリミティッド・パートナーシップは同州法上法人格を付与されているとはいえないが、その点を措いたとしても）、（1）それは、パートナー間におけるリミティッド・パートナーシップ契約の作成（パートナー間の契約締結）と登録により成立することとされているが、登録は単なる公示手段とされていること、（2）2名以上のパート

ナーが必要とされていることから、その組成行為は、合同行為と評価することは難しく、契約により類似するものといえよう。

このように、デラウェア州のリミティッド・パートナーシップは、「行為が事業トスル目的ヲ以テ設立シタル」「社団」とはいえず、「外国会社」に該当しないものと解される。したがって、デラウェア州のリミティッド・パートナーシップは、民法35条1項の要件に該当せず、我が国においては私法上（かつ租税法上）法人格を認められないと考えられる。むしろ、デラウェア州のリミティッド・パートナーシップは、上記のように契約による関係を基礎とする組合的要素が色濃く支配する事業体なのであるから、民法上の組合に類する事業体と考えられる。

③ 課税庁の取扱いとの整合性

第三に、もし、本件リミティッド・パートナーシップが日本の所得税法・法人税法上、「法人」として扱われるというのであれば、デラウェア州のリミティッド・パートナーシップに対して投資している日本の投資家は、（タックスヘイブン税制の適用を捨象して考えると、）配当を受領しない限り日本の所得税・法人税の納税義務を負わないはずである。しかるに、課税当局は、デラウェア州のリミティッド・パートナーシップに対して投資している投資家の所得を、パスルーム・エンティティーに対して投資して利益を得たものとして、分配を待たずに所得税・法人税を課税するという取扱いを採用していると聞いている。このような課税上の取扱いは、リミティッド・パートナーシップを租税法上「法人」として扱わないという考え方方に反するものである。

（7） LLC判決について

ニューヨーク州のリミティッド・ライアビリ

42) 上柳克郎他編『新版注釈会社法（1）』（有斐閣、1985年）196頁〔大沢康孝〕参照。

43) 鈴木祿彌編『新版注釈民法（17）』（有斐閣、1993年）32頁〔福地俊雄〕参照

ティー・カンパニーの「法人」該当性に係るさいたま地判平成19年5月16日及びこれを支持した東京高判平成19年10月10日（以下「LLC判決」と総称する）は、外国の法令によって組成された事業体が我が国の租税法上の「法人」に該当するか否かを判断するにあたり、基本的には、①訴訟当事者となること、②法人の名において財産を取得・処分すること、③法人の名において契約を締結すること、④法人印（corporate seal）を使用することという四つの要件について検討を加え、その上で、ニューヨーク州のLLCは、日本の租税法上、「法人」に該当するという判断を下している。

しかし、LLC判決の根本的な問題点は、同判決が「法人」の要件として挙げる①ないし④が、何法のいかなる条文から導かれるのか、その法解釈上の根拠（条文上の根拠）が明らかではないという点である。なるほど、ある事業体が我が国の私法上「法人」であるという前提があれば、その事業体については上記の①ないし④といった属性を有するという命題を導くことができるというの、それはそれで確かに正しいであろう。しかし、その逆は正しくない。つまり、ある事業体について上記の①ないし④といった属性が認められるからといって、その事業体が「法人」に該当するわけではない。このことは、たとえば、民法上の組合（上記のとおり、租税法上、民法上の組合と、「法人」または「人格のない社団等」は明確に排他的に区別されている）についても、訴訟における当事者能力が認められており（最高裁昭和37年12月18日判決）、組合名義での契約の締結が認められており（最高裁昭和36年7月31日判決）、組合財産はいわゆる「合有」として組合員の個人財産から一定の独立性を有する（民法668条参照）ことが認められていることからも明らかである。つまり、LLC判決の規範は、「法人」または「人格のない社団等」とは厳格に区別される組合にも等しく認められるような属性を取り出して、何らの条文上の根拠も示すことなく、それを「法人」の要件としているものであり、

これが私法の解釈として論理的に採用し得ないものであることは明らかであるというほかないのではなかろうか。

また、LLC判決は、上記の規範を導く理由として、民法旧36条（すなわち、平成18年6月2日法律第50号による改正後の35条に対応する条文）を引用する判示をしている。それに拘わらず、民法旧36条1項の「商事会社」の要件、特に「社団」性の検討は、一切行っていない。上記で論じたとおり、正しく民法旧36条1項を適用するならば、「社団」性の検討は論理的に必要不可欠であるのみならず、同条の検討から、LLC判決がいう上記①ないし④という属性を導き出すことは不可能といわなければならぬ。換言するならば、LLCが我が国において「法人」として活動すると仮定した場合において、当該LLCに我が国私法上の法人格が認められるか否かという純粹な私法上の（租税法とは関係のない）検討をすべき場合において、LLC判決の①ないし④といった点を検討すべきとする見解が、私法の解釈としてあり得るとは考えられない。言うまでもなく、かかる検討においては、民法旧36条1項を適用し、LLCが「外国法人」に該当し、かつ「商事会社」ひいては「社団」に該当するか否かを判断しなければならない。つまり、LLC判決は、私法上の「法人」該当性の検討をしているものと考えることができないのである。

畢竟、LLC判決は、私法上の「法人」該当性の検討をしていると表面上は述べながらも、上記で指摘したとおり、それは実際には私法上の検討ではなく、①ないし④という属性を、LLCを「法人」と判断すべきという結論がまずありきという前提で、もっぱら租税法独自の観点から、制定法上の根拠なく、持ち出したものであるというべきである。LLC判決の判示の実質がこのようなものである以上、その議論は、通説である借用概念論に依拠したものということはできない。そのような租税法独自の立場から「法人」性を判断する見解は、正しいものとは思われない。

(8) 平成20年4月30日の改正について

拙著『金融取引と課税』（有斐閣、1998年）の433頁に、外国の公益法人は、認許されず、法人税法にいう「外国法人」に該当しないという解釈論が述べられているが、平成20年4月30日の法人税法の改正は、この考え方を採用したものと考えられる。

平成20年税制改正に係る「改正税法のすべて」の財務省解説512頁は「これまで、外国法人がわが国で公益活動を行う場合、相互主義的な観点から一定の要件を満たすものについて、財務大臣の指定により公益法人等と同様の課税関係とすることとされていました。しかし、今後は新たな公益法人制度の下で法人格を取得し、その事業の公益性について公益認定等委員会による認定を受けることが適当であることから、外国公益法人等の指定は廃止することとされました。」と説明している。

もっとも、いわゆる公益法人改革関連三法は、外国の公益法人が日本で法人格を取得する手続を定めているわけではなく、あくまでも一般社団法人又は一般財団法人という内国法人として法人格を取得してから公益性の認定を受けるべきことを定めている。従って、従来と同様に、外国の公益法人が日本において法人格を取得することはできず、一般社団法人又は一般財団法人という内国法人を別途設立することによって法人格を取得するしかない。

『金融取引と課税』434頁において言及されているように、旧法人税法別表第2第2号は、例外的に外国の公益法人を日本では法人格が認められていないにも拘わらず「法人」として取

り扱うための規定であったと説明することができる。この考え方には従えば、平成20年の税制改正は、このような例外規定を廃止して、例外なく、日本民法においてその法人格が認められている外国法上法人格が付与された事業体のみ租税法上「法人」として取り扱うことにしたと説明できる。換言すると、平成20年税制改正前においては、上記の外国の公益法人の唯一の例外を除いては、いかなる外国法上法人格が付与された事業体も、民法旧36条1項に基づきわが国で「法人」として認許されない限り、日本の租税法上も「法人」としては取り扱われなかつた、というのが法の趣旨であると解される。

(9) 組合員に対する課税の確保

もっとも、上のようにLPSそれ自体を法人として扱うことができないとした場合であっても、その組合員に対する課税が適正に行われなければならないことはいうまでもない。ここで問題となるのは、現行法の下において、LPSのリミティッド・パートナーの中に日本の居住者・内国法人がいた場合に、課税庁がその事実を把握する手段が存在しないと、課税上、大きな問題が生ずるという点である。もちろん、この問題は、そのような居住者・内国法人が適正に申告していれば生じないのであるが、そうでない場合もありうるとすれば、課税庁に対して、申告が適正に行われていることを確認できる手段を与えることが必要となるであろう。したがって、そのために、何らかのかたちの手続法の整備が必要といえよう。

IV. 非居住者・外国法人に対する課税 ——国外源泉所得に課税できるか

IV-1. 国内源泉所得と政令

租税条約の定めに反しない限り、国内源泉所得の範囲は、各国がその国内租税法で定めるこ

とができる⁴⁴⁾。日本の法人税法において、国内源泉所得の範囲を定めているのが、138条、139条、及び、140条である。

法人税法138条は国内源泉所得の範囲を規定し、139条は条約上の源泉地に関する定めの尊重を規定し、140条は、138条と139条に定めるもののか、「国内源泉所得の範囲に關し必要な事項は、政令で定める」と規定している。

ここで問題となるのが、政令でもって国内源泉所得の範囲を定めることがどこまで許されるのかという点である。法律の委任があるとはいえ、課税要件の一部を政令で定めるならば、租税法律主義に反するおそれがあるからである。ここでは、法人税法138条一号におけるその他所得に関する政令と、法人税法140条にいう政令のそれについて、簡単に論ずる。

(1) 138条一号のその他所得

法人税法138条一号は、「国内において行う事業から生じ、又は国内にある資産の運用、保有若しくは譲渡により生ずる所得（次号から第十一号までに該当するものを除く。）その他その源泉が国内にある所得として政令で定めるもの」を国内源泉所得の一つとして列挙している。

これを受けて、法人税法施行令178条は、「その他その源泉が国内にある所得として政令で定めるもの」に関して、次のように定めている。

「法第百三十八条第一号（国内源泉所得）に規定する政令で定める所得は、次に掲げる所得（同条第二号から第十一号までに該当するものを除く。）とする。

一 国内において行う業務又は国内にある資産に關し受ける保険金、補償金又は損害賠償金（これらに類するものを含む。）に係る所得

二 国内にある資産の贈与を受けたことによる所得

三 国内において発見された埋蔵物又は国内において拾得された遺失物に係る所得

四 国内において行う懸賞募集に基づい

て懸賞として受ける金品その他の経済的な利益に係る所得

五 前各号に掲げるもののほか、国内において行う業務又は国内にある資産に關し供与を受ける経済的な利益に係る所得」

ここで問題としたいのは、この法人税法施行令178条五号と、新株引受権の取得との関係である⁴⁵⁾。この五号にいう、同条一号から四号に定めるもの以外の、国内において行う業務または国内にある資産に關して供与を受ける経済的な利益に係る所得としては、例えば、新株引受権の取得や債務免除益があげられることが多い。しかし、この新株引受権については若干の議論が必要である。

すなわち、株式の第三者割当による有利発行に際しては、租税法において、旧株主から新株主への利益の移転が問題とされてきた。そして、この問題は、新株主が法人の場合には、有価証券の取得価額の問題として議論されており、株式の時価と発行価額との差額が受贈益とされている（法人税法施行令119条1項4号）。しかし、果たして、有利発行による第三者割当増資が行われた場合、法人税法施行令119条1項4号を根拠として、常に、旧株主から新株主への利益の移転が贈与として認定されるであろうか。

この問題について考える際に重要なのは、オウブンシャホールディング事件における最高裁判決である。すなわち、この判決においては、日本法人Y社の100%子会社であるオランダ法人X社が、別のオランダ法人Z社に対して有利発行による第三者割当増資を行った場合に、日本法人Y社からオランダ法人Z社に対して、X社株式に関する価値の移転がなされたことになり、法人税法22条2項により、Y社に寄附金課税がなされることとされた⁴⁶⁾。

すなわち、最高裁は、有利発行による第三者

44) ただし、各国の定めは、基本的に類似している。

45) なお、施行令178条と法人税法22条2項との関係については、別稿を執筆する予定である。

割当増資を通じた関連会社への資産価値の移転が、法人税法22条2項に規定する「無償による資産の譲渡」に該当するか否かという点について、

「上告人の保有するアトランティック社株式に表章された同社の資産価値については、上告人が支配し、処分することができる利益として明確に認めることができるところ、上告人はこのような利益を、アスカファンド社との合意に基づいて同社に移転したというべきである。したがって、この資産価値の移転は、上告人の支配の及ばない外的要因によって生じたものではなく、上告人において意図し、かつ、アスカファンド社において了解したところが実現したものということができるから、法人税法22条2項にいう取引に当たるというべきである。」

と判示して、原判決を破棄し、資産価値の移転額等を算定させるため、本件を東京高裁に差し戻した。

要するに、旧株主と新株主の間に、価値の移転に関する合意が認定される場合には、有利発行による第三者割当増資を通じた関連会社への資産価値の移転が、法人税法22条2項に規定する「無償による資産の譲渡」に該当するというのである。

有利発行による第三者割当増資について、この最高裁判決から読み取れるのは、以下の二点である。すなわち、

- ・課税の際の価額は施行令119条1項4号により決まるが、施行令が課税の根拠となるわけではない。
- ・旧株主と新株主の間に、合意が認定されない場合には、22条2項に基づく課税はできない。

有利発行による第三者割当増資で、新株の引

き受けがなされた場合、他の株主から、当該株主への経済的利益の移転は存在しうる。しかし、有利発行による第三者割当増資において株主間の「取引」が私法上存在しない場合においては、株主間で取引が存在しないのに、明文で「取引」の存在を課税の要件としている22条2項を適用していいのかという法解釈・適用上の深刻な問題が生ずる⁴⁷⁾。

これは、いわば、みなし配当と類似の状況である。すなわち、実質的に株主に対する経済的利益の移転が生じても、みなし配当の条文が存在しない限り課税を行うことはできない。したがって、有利発行による第三者割当増資の事案においても、法律上の根拠がないと、課税は行うことができないと考えるべきである。では、法人税法22条2項は、有利発行による第三者割当増資の場合にも適用されるのであろうか。

この問題について、最高裁判決は、旧株主と新株主の間に合意を認定することにより、課税を正当化した。したがって、本件事案における課税が正当化されるか否かは、旧株主と新株主の間に合意が存在するか否かという事実認定の問題により決定されるということになる。この点、一般的に考えると、旧株主と新株主の間に、特別な合意が認定される場合というのは、かなり例外的なのではないかと思われる。また、少なくとも、それは、課税庁が立証すべき事実である。新株引受権の事案において受贈益として課税処分を行うというのであれば、課税庁は、誰からのいかなる取引に基づく贈与なのかを、私法関係に基づいて立証する必要がある。そのような贈与が事実認定の問題として存在しなければ、課税は行われない。なお、このように考えた場合の法人税法施行令119条1項4号の位置付けは、旧株主と新株主の間に合意が存在し、課税が行われる場合の株式の取得価額について定めたのが同号であるということに

46) したがって、Z社が日本の課税に服すとすれば、それに対する受贈益課税がなされうるということになろう。

47) ただし、新株主が個人であれば、相続税法9条が存在するために、このような問題は生じにくいものと思われる。

なろう。すなわち、同号があるから課税が行われるわけではないという点は、確認しておかなければなければならない。

旧株主と新株主の間に合意がある場合というのは、多くの場合において、租税回避の事案ということになろう。そのような場合には、租税回避否認規定が存在すれば、課税を行うことが可能である。しかし、個別的な租税回避否認規定が存在しない場合には、新株主が個人である時は、相続税法9条にしたがった課税が行われるであろうし、また、新株主が法人である時は、株主間の合意が認定されれば、法人税法22条2項により課税が行われるであろう。

また、少なくとも、有利発行により新株主が得る利益が、旧株主からの利益の移転であるか否かは、事実認定により明らかにされる問題である。しかし、それが、会社からの利益の移転によるものではないという点は確かである。会社において、新株主が得る利益に対応する損失等は、一切生じていない。会社との間においては、行われているのはあくまでも資本取引である。十分な対価が払い込まれてはいないが、それにより会社が損失を被るわけではないから、損益取引が内包されているということもできない。また、本件は、引当金や減価償却のような内部取引でもない。

さらに、新株主が受けた「受贈益」部分は、新株主が当該株式を譲渡する際に実現する。このように有利発行を受けた株主が当該株式を売却した時点で実現するのであるから、有利発行を受けた段階では、実現してはいない。したがって、課税するとしても、有利発行を受けた株主が当該株式を売却する時点まで待つべきである。なによりも、旧株主の損失は含み損にとどまるのであるから、新株主についても、含み益にとどまると考えるべきである。

たとえば、旧株主に対して新株が有利発行された場合、株式分割と同じ状況になるが、払込がある点は異なる。しかし、この場合、株主は、旧株について含み損、新株について利益を得ることになるが、旧株について含み損である

以上、新株についても、含み益であると考えることができる。

(2) 法人税法140条にいう政令

次に、法人税法140条について、租税法律主義の観点から少し考えてみよう。法人税法140条は、「国内源泉所得の範囲の細目」と題して、次のように定めている。

「前二条に定めるもののほか、国内源泉所得の範囲に關し必要な事項は、政令で定める。」

この規定により、政令に委ねられているのは、「国内源泉所得の細目」のみであり、国内源泉所得の範囲に関する本質的な事項は、課税要件の重要な一部であり、政令に委ねることはできないと解すべきである。

(3) 国外源泉所得に対する課税は可能か

次に問題となるのは、日本において、はたして非居住者・外国法人の国外源泉所得に対して課税することは許されるかという点である。

この点、法人税法施行令176条5項は、国内と国外の両方で事業を営む法人が法人税法141条一号の恒久的施設を通じて行う国外にある者に対してなす金銭の貸付、投資その他の行為から生ずる所得のうち、当該恒久的施設に帰属する部分は、その全額が国内源泉所得（一号所得のうち、国内において行う事業から生ずる所得）となると定めている。その結果、例えば、貸付金の利子であっても、法人税法138条六号の要件をみたさず、六号所得として国内源泉所得とはならないものが、一号所得として国内源泉所得になるという一見したところ不思議な結果が生ずる。このような規定の仕方に問題はないわけではないが、その点は、ここではおいておくとしよう⁴⁸⁾。

ここで問題としたいのは、法人税法141条四号イに定める政令との関連におけるファンドの課税上の扱いである。法人税法141条四号は、同条一号から三号に掲げる外国法人以外の外国法人（すなわち、日本国内に恒久的施設を有し

ない外国法人）については、各事業年度の所得のうち次に掲げる国内源泉所得に係る所得の金額が、外国法人に対して課する各事業年度の所得に対する法人税の課税標準となると定めている。

- 「イ 第百三十八条第一号に掲げる国内源泉所得のうち、国内にある資産の運用若しくは保有又は国内にある不動産の譲渡により生ずるものその他政令で定めるもの
- ロ 第百三十八条第二号及び第三号に掲げる国内源泉所得」

このイの「政令で定めるもの」について、恒久的施設を有しない外国法人の課税所得に関する法人税法施行令187条1項三号イは、次のように定めている。

「法第百四十一条第四号（外国法人に係る法人税の課税標準）に規定する政令で定める国内源泉所得は、次に掲げる所得とする。

三 内国法人の発行する株式（株主となる権利、株式の割当てを受ける権利、新株予約権及び新株予約権の割当てを受ける権利を含む。）（略）の譲渡による所得 で次に掲げるもの

イ 同一銘柄の内国法人の株式等の買集めをし、その所有者である地位を利用して、当該株式等をその内国法人若しくはその特殊関係者に対し、又はこれらの者若しくはその依頼する者のあつせんにより譲渡することによる所得」

また、同条2項は、以下のように定めている。

「2 前項第三号イに規定する株式等の買集めとは、証券取引所（証券取引法第二条第十六項（定義）に規定する証券取引所をいう。第十項において同じ。）又は証券業協会がその会員（同法第二条第十九項に規

定する取引参加者を含む。）に対し特定の銘柄の株式につき価格の変動その他売買状況等に異常な動きをもたらす基因となると認められる相当数の株式の買集めがあり、又はその疑いがあるものとしてその売買内容等につき報告又は資料の提出を求めた場合における買集めその他これに類する買集めをいう。」

これは、ファンドに対する課税を確保するために定められた規定であると思われる。しかし、現実に、ファンドに対してこの定めが機能するのであろうか。なぜならば、現実の企業買収に登場するファンドは、ケイマンのリミティッド・パートナーシップであることが少くないからである。そして、リミティッド・パートナーシップが法人ではなく、独立の納税義務者とはなりえないという点については、すでに上に述べた。

今、企業買収事案における買収当事者であるファンドが、ケイマン諸島に本拠を置くりミティッド・パートナーシップである場合について考えてみよう。このようなケイマン諸島籍のリミティッド・パートナーシップに関しては、日本の租税法の適用上、これまで独立の納税義務者としては捉えられておらず、その個々の構成員について納税義務者であるか否かを判断すべきであると考えられてきた。すなわち、民法35条1項本文は、「外国法人は国、国の行政区画及び外国会社を除き、その成立を認許しない」と定め、外国法に基づいて設立された法人は、外国の国自体や地方公共団体を除けば、基本的に、外国会社だけが権利能力を有すると定めている。ところで、一般的にいって、リミティッド・パートナーシップは「外国会社」ではないから、民法35条1項本文により、民法上は「法人」として認許されず、したがって、それは、法人税法2条3号、4号の定める「法人」（これは、租税法律が私法から借用した、

48) この点に関しては、中里実「外国法人・非居住者に対する所得課税」日税研論集33号187頁—198頁（特に、196頁—197頁）参照。

いわゆる「借用概念」であり、私法におけるのと同様の意味内容を有するものと解釈される)ではないことになるから、同条3号にいう「内国法人」にも、同条4号にいう「外国法人」にも該当しない。このため、リミティッド・パートナーシップそれ自体についてではなく、その構成員について、課税がなされるか否かを検討する必要があるものと思われる。

そこで、リミティッド・パートナーシップであるファンドの構成員の全員が仮に非居住者・外国法人であるとした場合の課税関係について考えてみよう。取引が有価証券市場外で行われるものであり、証券が発行されない場合、株式の取得等が、ファンドの名義で行われており、その構成員の営業所を通じて行われているのではないことを前提とすれば、リミティッド・パートナーシップの構成員の恒久的施設の有無にかかわらず、国内源泉所得としては、①上で述べた同一銘柄の株式等の買集めをし、所有者である地位を利用して当該株式をその発行法人等に譲渡するもの、及び、②内国法人の特殊関係株主等である外国法人が行うその内国法人の株式等の譲渡による所得のいずれかのみである(所得税法161条1項1号、同法施行令280条2項2号、4号、291条1項3号、法人税法138条1号、同法施行令177条2項2号、4号、187条1項3号)。そして、ある事案がかかる要件に該当するか否かは、一に、事実認定の問題であると考えられる。

次に、リミティッド・パートナーシップであるファンドの構成が居住者・内国法人であるとした場合、それらの者に対して課税が行われるべきことは当然のことであるが、課税庁がそれらの者についての情報を入手することが困難な場合が少なくないのではないかと思われる。これは、手続法上、深刻な問題であり、何らかの措置が必要であろう。

なお、事業譲渡類似の株式譲渡における株式保有割合について、平成17年度税制改正にお

いては組合単位で判定することとされていたが、平成21年度税制改正の大綱によると、一定の場合に、組合員ごとに計算した株式保有割合によることとされることになった点を付記しておく。

IV-2. 償還差益の扱い

次に、最近の法改正との関連で、国外源泉所得への課税が可能か否かという点について考える際の素材となるのが、償還差益の扱いである⁴⁹⁾。果たして、国内源泉所得でない償還差益に対する源泉徴収は許されるのであろうか。

平成20年度改正により利子の源泉地規定が改正された(所得税法161条4号口、所得税法施行令282条の2、法人税法138条4号口、法人税法施行令179条の2)のと同時に、償還差益についても規定が整備された。

まず、償還差益については、租税特別措置法41条の12が、以下のように分離課税を定めている。

「1項 個人が…割引債について支払を受けるべき償還差益については、所得税法第二十二条及び第八十九条並びに第一百六十五条の規定にかかわらず、他の所得と区分し、その支払を受けるべき金額(外国法人により国外において発行された割引債の償還差益にあつては、当該外国法人が国内において行う事業に係るものとして政令で定める金額。次項において同じ。)に對し、百分の十八(括弧内略)の税率を適用して所得税を課する。

2項 内国法人又は外国法人は、…割引債につき支払を受けるべき償還差益について所得税を納める義務があるものとし、その支払を受けるべき金額について百分の十八(括弧内略)の税率を適用して所得税を課する。

3項 …割引債の発行者(これに準ずる者として政令で定めるものを含む。第五項

49) ここでの問題点と理論については、宮崎裕子弁護士にご教示いただいた。

及び第六項において同じ。)は、政令で定めるところにより、当該割引債の発行の際これを取得する者からその割引債の券面金額から発行価額を控除した金額（外国法人が国外において発行した割引債にあつては、当該外国法人が国内において行う事業に係るものとして政令で定める金額）に百分の十八（括弧内略）の税率を乗じて計算した金額の所得税を徴収し、その徴収日の属する月の翌月十日までに、これを国に納付しなければならない。

4項 省略

5項 省略

6項 省略

7項 前各項に規定する割引債とは、割引の方法により発行される公社債（政令で定めるものに限る。）で次に掲げるもの以外のものをいい、これらの規定に規定する償還差益とは、割引債の償還金額（買入消却が行われる場合には、その買入金額）がその発行価額を超える場合におけるその差益をいう。

一 外貨公債の発行に関する法律第一条第一項又は第三項（同法第四条において準用する場合を含む。）の規定により発行される同法第一条第一項に規定する外貨債（同法第四条に規定する外貨債を含む。）

二 特別の法令により設立された法人が当該法令の規定により発行する債券のうち政令で定めるもの

8項 第三項から第六項までに定めるもののほか、外国法人により発行される前項に規定する割引債の譲渡をしたことによる所得その他第一項及び第二項の規定の適用に關し必要な事項は、政令で定める。

（9項以下、省略）

平成20年改正により、利子の源泉地規定の変更と同時に、租税特別措置法41条の12の第7項の「割引の方法により発行される公社債

（政令で定めるものに限る。）」という定めを受けた、（償還差益の分離課税等に係る割引債の範囲に関する）同法施行令26条の15が改正され、同条1項3号において外国法人が国外で割引の方法により発行される公社債で一定の条件を満たすものも、租税特別措置法41条の12第7項に規定する「政令で定める公社債」に、含まれるようになった。次に掲げるのが、同条1項3号である。

「三 外国法人が発行する債券（国外において発行する債券にあつては、次に掲げるものに限る。）

イ 法人税法第百四十二条第一号に掲げる外国法人が国外において発行する債券の社債発行差金の全部又は一部が当該外国法人の同号に規定する事業を行う一定の場所を通じて国内において行う事業に帰せられる場合における当該債券

ロ 法人税法第百四十二条第二号又は第三号に掲げる外国法人が国外において発行する債券の社債発行差金の全部又は一部がこれらの外国法人のこれらの号に規定する事業に帰せられる場合における当該債券」

これは、明文から明らかなように所得源泉地を変更する定めではなく、源泉徴収の対象となる割引債の範囲を変更したものである。ここで注目したいのは、外国法人が国外において発行した割引債も、日本の恒久的施設が日本において行う事業に帰せられるものについては、租税特別措置法41条の12の定める源泉徴収に服することになったという点である。

ところで、（非居住者が支払を受けるべき償還差益に関する所得税法等の適用と題する）租税特別措置法施行令26条の15の2には、次に掲げるように、「非居住者」との関係で、償還差益が1号所得とみなされるという規定が入っている。しかし、外国法人に関する施行令26条の15においては、そのような源泉地の変更に関する定めは存在しない。

「非居住者が支払を受けるべき前条第一

項第三号に掲げる公社債（法第四十一条の十二第九項に規定する特定短期公社債を除く。）の償還差益については、所得税法第一百六十一条第一号に規定する国内にある資産の運用又は保有により生ずる所得とみなして、同法その他所得税に関する法令の規定（所得税法第二条第一項第四十五号に規定する源泉徴収に係る所得税に関する規定を除く。）を適用する。」

さて、平成20年改正により新たに導入された、外国法人が国外で発行した債券を外国法人（四号法人）が取得した場合の課税関係について、この場合の償還差益は、所得税法上は当該四号法人の国内源泉所得であるが、法人税法上は国内源泉所得ではないので、その四号法人には所得税の源泉徴収税は課税されるが、その四号法人は法人税の確定申告をすることはできない（したがって、利子と同様、源泉徴収税はとりきりになる）、という説明が一部で行われているという。しかし、租税特別措置法施行令26条の15の2は、上で引用のとおり、非居住者の所得税に関する源泉地変更の定めであり外国法人に対しても法人税に対しても適用されない。したがって、非居住者に対する施行令26条の15の2における源泉地の変更に関する定めが外国法人については存在しない以上、この場合の償還差益に対して源泉徴収をするということは、結局、所得税法上も法人税法上も国外源泉所得であるものに対して源泉徴収税を課すということになってしまわないであろうか。ここは、やはり、このような償還差益も国内源泉所得である（一号の所得のうち、資産の運用保有による所得に該当する）として、源泉徴収を受けた後に、法人税の確定申告書を提出し、所得税額控除を受けることができると解すべきなのではなかろうか。

以上のような疑問を、平成20年改正についてもった。このような点を考慮したためであろうか、「平成21年度税制改正の大綱」において、以下のような記述が加えられた。

「外国法人が受ける割引債の償還差益に係る国内源泉所得の範囲等について、次の見直しを行う。」

- (1) 外国法人が発行する割引債の償還差益のうち、その外国法人の国内において行う事業に帰せられるものを、法人税法上の国内源泉所得とみなすこととする。
- (2) 国内に恒久的施設を有しない外国法人が受ける割引債の償還差益を、法人税の申告の対象から除外する。
- (3) 上記の改正は、平成21年4月1日以後に発行される割引債について適用する。」

これで、ひとまず問題は解決されることになる。いざれにせよ、日本においては、法人についての源泉徴収も法人税法に規定されているために、様々な技術的な問題が生ずるということであろう。

IV-3. 租税条約の取締役報酬

たとえば、新しい日中租税条約の16条は、「一方の締約国の居住者が他方の締約国の居住者である法人の役員の資格で取得する役員報酬は、当該他方の締約国において租税を課すことができる」と定めている。すると、たとえば、日本法人から中国に派遣された日本人が、中国の居住者でありながら、日本法人の役員をも兼ねている場合、この者が日本法人から受けた役員報酬に対しては、日本で所得税が課税されることになる。

これは、所得税法161条八号のイの、「俸給、給料、賃金、歳費、賞与又はこれらの性質を有する給与その他の役務の提供に対する報酬のうち、国内において行う勤務その他の人的役務の提供（内国法人の役員として国外において行う勤務その他の政令で定める人的役務の提供を含む。）に基くもの」の、括弧書きを、条約で確認したものと考えることができる。なお、同号括弧書きにいう政令とは、所得税法施行令285条1項である。すなわち、同項は、次

のように定めている。

「法第百六十一条第八号イ（国内源泉所得）に規定する政令で定める人的役務の提供は、次に掲げる勤務その他の人的役務の提供とする。

一 内国法人の役員としての勤務で国外において行なうもの（当該役員としての勤務を行なう者が同時にその内国法人の使用人として常時勤務を行なう場合の当該役員

としての勤務を除く。）

二 居住者又は内国法人が運航する船舶又は航空機において行なう勤務その他の人的役務の提供（国外における寄航地において行なわれる一時的な人的役務の提供を除く。）

これは、国内法律及び租税条約により、いわば日本の課税管轄権が拡大されている実例の一つと考えることができよう。

V. 資産や取引の海外移転

——インバージョン

資産や取引を海外に移転することにより、課税管轄権からの離脱を図る行為で典型的なのは、流通税の国内法主義を逃れるために課税文書の作成を国外において行うことである。ここでは、主に、資産の海外移転について、法人税と相続税を例に検討する。

V-1. 三角合併の場合の否認規定

まず、平成19年改正により導入された三角合併に関する課税繰延の制度について検討する。三角合併を用いた国際的な租税回避の防止については二つの留意点がある。すなわち、ここでのポイントは、課税対象を国外資産にしてしまい納税者を外国法人にしてしまえば日本における課税はなくなってしまう、という点である。

三角合併との関連における納税者側の動きとしては、第一にキャピタルゲインを国外に流出させてしまうことによって課税されにくくするという動きが予想される。非居住者に対する内国法人株式の譲渡益課税については、内国法人株式を外国法人株式に転換してしまえば譲渡益課税を免れる可能性が高くなる。もう一つ三角合併で可能なのが、Corporate Inversionで、内国法人を外国企業の子会社にしてしまうということである。内国法人を外国企業の子会社にし

てしまうと、タックスヘイブン対策税制が機能しなくなる。平成19年改正においては、この二つの視点から対応策が考えられた。

まず、第一のキャピタルゲインの国外流出であるが、三角合併の対価である株式を非居住者株主に渡す場合に、三角合併を適格として課税繰延を認めるか否かを考える際に、株式の譲渡益に関する非居住者・外国法人に対する課税の範囲の広狭の関係で、日本株式であれば一定の範囲で将来の課税が可能であるが、外国の株式ということになると将来の譲渡益に対して日本で課税できない可能性が高まるという点を無視することはできない。したがって、これに対応するために、租税回避否認規定が設けられ、日本企業の非居住者株主で日本国内に恒久的施設を有していない者は、三角合併が適格であっても課税の繰延を受けられないとされた（租税特別措置法37条の14の2）。さもないと、将来、当該納税者=株主が外国企業株式を売却しても日本で課税できない場合がほとんどということになってしまうからである。また、株主が個人であれば、場合によってはその個人が非居住者である場合には相続税・贈与税も課税できなくなる可能性も出てくる。

次に、二番目のCorporate Inversion、すなわち、日本企業が外国法人の子会社となる問題で

あるが、課税の原則からいって内国法人は全世界所得に課税されるが、外国法人は国内源泉所得に課税されるので、外国法人になると国外所得に対する課税を受けなくなるということになる。したがって、外国法人になって、その上でキャピタルゲインを国外に流出させることを組み合わせると、日本で課税できない所得を作り出すことができる。つまり日本で課税できない外国法人の国外所得を人為的に作り出すことが可能になるのである。これに対する対策として国が導入したのが内国法人の居住者株主が組織再編により特定外国法人を通じて当該内国法人を間接保有することとなる場合に、特定外国法人に留保された所得を、内国法人の株主に合算課税するという制度である（すなわち、特殊関係株主等である居住者に係る特定外国法人の留保金額の総収入金額算入に関する租税特別措置法40条の10から40条の12、特殊関係株主等である内国法人に係る特定外国法人の留保金額の益金算入に関する租税特別措置法66条の9の6から66条の9の9、特殊関係株主等である連結法人に係る特定外国法人の留保金額の益金算入に関する租税特別措置法68条の93の6から68条の93の9）。これは、タックスヘイブン対策税制に類似した制度で、親会社に留保された所得を内国法人の株主に合算してしまうというものである。もっとも、これは、国内法限りの改正であり、これらの制度が租税条約に反する場合がありうるか否かが理論的には問題となる。

なお、アメリカで典型的なCorporate Inversionにおいては、保険会社について、バミューダ法人のアメリカ子会社がアメリカ国内で事業を行うという取引形態にわざわざ変えるというもので、ここ10年ほど行われてきた。その場合、バミューダ親会社への再保険料の支払については、源泉徴収はない。にもかかわらず、バミューダ親会社への事業保険会社からの再保険料の支払は損金算入されるから、アメリカで課

税される所得がアメリカで課税できない所得に簡単に転換されてしまうので、アメリカで大問題になった。保険料について、アメリカにおいては、海外への保険料支払に対して特別や流通税が存在するが、その他にも、このような問題について、アメリカでは、古くからToll charge、通行料という課税が行われてきており、M & Aと移転価格類似課税の関係の問題が議論されてきた。すなわち、内国歳入法典の367条は、国内資産が企業組織再編等を通じて国外に持ち出されるときに一定の通行料としての課税を行うというものである⁵⁰⁾。日本においても、内国歳入法典の482条の移転価格の規定だけではなく、それに対応するものを組織再編にも入れる必要が出てくるであろう。

V-2. 居住地移転とセットの資産移転

ここでは事実関係について詳しく述べることをしないが、東京高裁平成20年1月23日判決・判例集未搭載は、一審の東京地裁平成19年5月23日判決・判例集未搭載を覆して、外国に住所を移すことにより贈与税の課税を回避しようとした納税者に1300億円もの追徴課税を認めた。この事案においては、住所を外国に移すとともに、日本法人の株式を複雑なスキームを用いて外国法人の株式にするということが行われた。東京高裁は、納税者の住所が日本にあるとして、事実認定の問題で納税者を敗訴させた。このように、日本法人の株式を売却（ただし、その際には譲渡所得課税が行われる点に留意）して外国法人に所有させ、外国株式に転換した上で、その外国法人の株式の贈与を受ける行為と、贈与の受ける者の住所を国外に移転する行為を組み合わせて、贈与税（そして、究極的には相続税）を逃れようとする行為は、かなり広く行われているようである。

個人がどの国に住所を移そうと、憲法が居住移転の自由を保障している以上、課税制度がこれを妨害することができないことは当然として

50) 中里実「国際取引と課税」303頁－304頁。

も、日本において形成・蓄積された財産が、日本の課税を受けることなく海外に流出して戻ってこないといえば、租税政策上、それはそれで大きな問題である。そこで、提案したいのが、相続税法10条の改正である。すなわち、内国法人を、外国法人を通じて間接保有するようなかたちのスキームが形成され、かつ、納税者が非居住者になるという行為が行われた場合に、当該外国法人の株式を一定の範囲で国内財産とみなすという改正を行うことは、それなりに合理性のあることなのではないかと思われる。

V-3. 対抗立法としてのTH税制拡大

法人税法は、2条27号は、「証券投資信託」を、「投資信託及び投資法人に関する法律第二条第四項に規定する証券投資信託及びこれに類する外国投資信託をいう」と定義している。他方、投資信託及び投資法人に関する法律2条22項は、「この法律において『外国投資信託』とは、外国において外国の法令に基づいて設定された信託で、投資信託に類するものをいう」と定めている⁵¹⁾。この外国投資信託との関連で、最近、二つの興味深い事例が生じている。

第一は、ある税理士法人の広報誌に、LPSへの投資が外国信託への投資とされた事例が掲載されている（税理士法人わかば、国際税務ニュースレター2006年3月）⁵²⁾という点である。

「2005年10月13日、新聞各紙は、外資系証券会社が斡旋した海外不動産リース事業から生じた赤字を、個人の所得から差引いた投資家が、総額約30億円の申告もれを国税当局から指摘されたことを報じている。

投資家は『金融機関と信託契約を結んで米・ロサンゼルスに設立された投資事業の組合（LPS：リミテッドパートナーシップ）に投資し、LPSはこの資金などを元手に、

米国内の中古マンションを購入した（読売新聞）』が、『国税当局は、投資家の資金がルクセンブルグの銀行に開いた個人口座に送金され、銀行がこれをまとめてLPSに出資して資産運用していたと判断。投資家は不動産を買ったのではなく、銀行に金を預けて運用利益を得る投資信託にあたると指摘し、LPSも設立登記がなされ、賃貸契約の当事者でもあることから法人と認定した（朝日新聞）』としている。」

「国税当局は、一連の投資スキームを、原則的な信託ではなく、投資信託と主張しているようです。投資信託では、信託課税の一般原則が修正され、信託財産が委託者に配分された時点で初めて、投資家に課税関係が生じることとされています。したがって、投資信託の場合には、信託財産の運用が、ある時点まで赤字であっても、それは無視され、将来赤字と黒字が相殺された以後、利益が投資家に分配されるまでは、投資家に課税関係は生じません。

LPSが法人税の課税対象であるという当局の主張を、仮に審判所が認めないとても、投資信託のスキームが存在するという当局のもう一つの主張が認められれば、課税処分は維持され、課税所得を減らすための初期投資段階での赤字の使用は、否認されます。

これを裏返して考えれば、投資信託に利益（黒字）が蓄積していても、利益が分配されるまでは、原則として投資家に対する課税は繰り延べられるということです。」

しかし、前述のように、LPSは合同行為により設立されるものではなく、契約に基づいて組成されるものである。すなわち、私法上、それ

51) なお、外国信託は団体ではない。したがって、課税上は、何法の適用を受けるかという点よりも、受託者の居住地が問題なのではないかと思われるが、投資信託及び投資法人に関する法律の書き方は、設立準拠法と設立地の両方が意味を有するかのようなものとなっていて、個別的な場合に、両者の衝突といった問題が生じかねない。

52) <http://www.wakaba-tax.com/letter0603.pdf>

は組織ではなく契約関係である。そのような存在であるLPSを、「外国において外国の法令に基づいて設定された信託で、投資信託に類するもの」と考えることは果たして妥当なのであろうか⁵³⁾。また、特に、外国投資信託の定義の中の「外国において」という文言の意味が不明であり、現実に、外国投資信託に関する定めを租税法上どこまで適用できるのか、必ずしも明確ではないという問題も存在する。

第二は、平成19年税制改正により、タックスヘイブン対策税制に、「特定外国信託の留保金額の益金算入の制度（租税特別措置法66条の6第7項、8項）が設けられたことである。

すなわち、平成19年改正までは、タックスヘイブン対策税制においては、外国信託の受益者は、分配を受けるまで課税の繰延が認められていたが、19年改正により、特定投資信託に類するものとされると合算課税がなされることになった。合算課税の対象となる外国投資信託は、投資信託及び投資法人に関する法律2条22項に規定する外国投資信託のうち、租税特別措置法68条の3の3第1項の定める特定投資信託（すなわち、投資信託及び投資法人に関する法律2条22項に規定する投資信託のうち、法人課税信託に該当するもの）に類するものである（租税特別措置法66条の6第7項）。

VI. まとめ

国際課税は、国際法、租税法、私法が複層的に入り組んで適用されるために、一筋縄ではいかない複雑な領域である。そのような領域において、立法による対応が不十分な場合に、これを解釈で補おうとしても限界がある。国が公平な課税を心がけるならば、立法による適切な対応が常に心がけることが必要であろう。そのような手間を惜しんで、一般的否認規定を設けて問題を解決しようとしても、今度は一般的否認規定の解釈・適用をめぐる紛争が増加し、結局、公平な課税は達成されないことになる。急がば回れというどっしりとした態度こそ、租税回避を防止する最も有効な対応策なのである。租税回避の否認を権利濫用の法理との関連で説明する考え方があるが、これは、私法上の理論と租税法上の理論を混同するものである。私法上、権利濫用が行われているというのであれ

ば、それを前提として課税を行えばいいだけのことであり、わざわざ、租税法上の権利濫用の法理なるものを作り出す必要はない。そもそも、権利濫用の法理が租税法にそのまま適用されるのであれば、信義則その他も租税法にそのまま適用されることになるかもしれない、租税法総論は混乱することになろう。租税法律主義のしばりのきつい租税法においては、立法の不備を解釈で補うことはできない。やはり、ここは、租税法律主義の原則に戻って、明確な個別立法により問題を解決するのが一番なのである。

なお、一般的に、租税法の専門家は国際法の正しい理解が不十分である場合が少なくない。国際課税の問題を国内法の解釈論のみで解決しようとするならば、様々なほころびが出てくるであろう。租税法の専門家たる者、常に国際法の理解に努めなければならない。

53) なお、金融庁は、「『投資信託及び投資法人に関する法律施行令等の改正案』に対するパブリックコメントの結果について」と題するそのホームページ（<http://www.fsa.go.jp/news/newsj/14/syouken/f-20021205-1.html>）において、「特定資産の範囲拡大措置を講じることにより、外国において外国の法令に基づいて設定され、主として外国の法令に基づく投資事業有限責任組合出資に類する持分を組入れている投資信託につきましては、外国投資信託と位置付けられることとなります。」と述べている。