租税条約上の企業の利得の解釈

— グラクソ判決における租税条約適合性を中心として —

馬場 広貴

要旨

租税条約は、国際的二重課税の排除及び二重非課税（課税の空白）の排除を主たる目的として締結される国際的合意である。一方で、それぞれの締約国間で異なる解釈を行い、その解釈に基づいて租税条約を国内法に適用すると、各国の多様な解釈により二重課税或いは二重非課税の可能性が生じる。とりわけ、納税者の予測可能性及び法的安定性の機能を担保することが困難になる。

近年、我が国の国内法に係る租税条約適合性の観点から、租税条約 7 条に抵触するのではないかと、という議論が生じていた。また、我が国の最高裁判決では、タックス・ヘイブン対策税制が租税条約 7 条に抵触しない、という判断が下された。しかし、租税条約の観点から、具体的な解釈指針が明らかにされないまま、抵触問題を議論しているのではないかと、考える。そこで本稿では、租税条約に定義がされていない「企業の利得」という用語が、租税条約上、いかなる所得としての範囲を有しているのか、を考察する。すなわち、その定義がされていない「用語」に関して、その解釈指針が不明確であると考えられるので、我が国の判例（以下「グラクソ事件」と表記する。）と対比させ、その問題点に着目して検討を行った。

第 1 章では、グラクソ事件の検討を試みた。グラクソ事件の主たる争点は、タックス・ヘイブン対策税制と租税条約 7 条 1 項との抵触関係であった。地裁、高裁、最高裁とも、納税者の主張は採用されず、タックス・ヘイブン対策税制は租税条約 7 条に抵触しないと判断された。しかしながら、事実関係と照らし合わせ、租税条約 7 条 1 項の「企業の利得」の所得範囲は具体的に示されていないと考える。そこで、「企業の利得」の意味を、欧州の各判例を参考とし、解釈に係る問題点を提起した。

第 2 章では、第 3 章の租税条約 7 条の「企業の利得」の解釈を行う前提に、欧州の各裁判所にて「企業の利得」の解釈に係る判例が 3 件存在していたため、我が国でも同様の解釈とすることができる判例であるか、検討を試みた。その結果、最もドイツで判断された解釈指針が、我が国での租税条約を解釈する上で、法的安定性及び予測可能性が担保できるとの結論を得た。また、欧州の各裁判所は OECD コメンタリーの勘案により意味を確定させているため、コメンタリーを VCLT32 条の「解釈の補足的手段」として、そのコメンタリーに効力をもたせることができると述べた。

第 3 章では、「企業の利得」の意味に統一性をもたらすため、まず租税条約自体の解釈指針の検討を行った。そして「企業の利得」は租税条約上に定義がされていない用語であるため、その解釈の方向性について分析をした。その結果、租税条約自体の解釈では VCLT31 条の斟酌により、文理解釈のみではなく、常に趣旨及び目的を勘案し、解釈を行うことにより、法的安定性及び予測可能性を担保することができることと述べた。そして、「企業の利得」を、租税条約 3 条 2 項に係る国内法令の解釈で援用することは、二重課税、二重非課税（課税の空白）が生じる懸念があると考えられる。すなわち、VCLT31 条から 33 条の分析から、「企

業の利得」は、企業が稼得する所得から、不動産、配当、利子、使用料、その他の所得を除いた所得が「企業の利得」であり、結果的に「事業所得」となることが妥当であると確認した。そして、租税条約適合性の観点から、我が国のタックス・ヘイブン対策税制はその規定から配当モデルの形式を採っているため、一方の締約国の「企業の利得」に課税していないことが明らかとなった。よって、タックス・ヘイブン対策税制は租税条約 7 条に適合する課税であるといえる。

第 4 章では、第 2 章及び第 3 章で検討を行った、「企業の利得」の意味及び条約に適合される課税を、グラクソ事件に当てはめた。その結果、グラクソ事件の事実関係は、シンガポールに所在する子会社の未処分所得に該当する益金の主要部分として、株式を売却したことによる「株式譲渡益」が主であったため、「企業の利得」には該当しないこととなることを確認した。また、租税条約適合性の観点から、我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、一方の締約国の「企業の利得」には課税していない。したがって、グラクソ事件に係るタックス・ヘイブンは租税条約 7 条に抵触しないと下した最高裁判決は妥当であると述べた。

しかしながら、我が国では、グラクソ事件による最高裁判決が下されたが、租税条約 7 条以外の規定とタックス・ヘイブンとの関係は裁判例の蓄積がされていない。今後、更に活発化されるものであろう多国籍クロスボーダー取引において、租税条約の問題や各国国内法との関係が注目されるものと考えられる。

今後の国際的な事象について、よりいっそうの議論がされることを注視していく次第である。

以上

目次

はじめに	7
第1章 事案の概要及び問題の所在	9
第1節 グラクソ・スミス・クライン事件	9
1 事案の概要	10
2 納税者及び課税庁の主張	10
3 司法判断	13
第2節 問題の所在	15
1 欧州の各裁判例及び本事案との関係性	16
2 租税条約7条1項の企業の利得	17
第2章 欧州の判例による解釈及びコメンタリーの効力	20
第1節 欧州の各裁判例による条約解釈	20
1 Schneider case	21
2 A Oyj Abp case	22
3 BFH III R125/69	25
4 小活	27
第2節 租税条約の解釈における OECD モデル租税条約及び同コメンタリーの法的位置付け	27
1 OECD の概要	28
2 OECD コメンタリーについて法的拘束力を有しないという学説	29
3 OECD コメンタリーについて法的拘束力を有しているという学説	31
4 小活	37
第3章 租税条約上の企業の利得の解釈	41
第1節 租税条約の趣旨及び目的	41
第2節 租税条約の解釈の統一性	42

1	解釈の統一性獲得	42
2	租税条約3条2項に係る国内法令の援用	46
3	小活	49
第3節	企業の利得の射程範囲	49
1	企業の利得の射程範囲	50
2	租税条約3条2項の斟酌の余地	51
3	VCLT33条の勘案	53
4	基礎研究委員会による国際連盟モデル租税条約の見地	57
5	租税条約の目的と自律的解釈との関係	59
6	小活	60
第4節	OECD コメントリーを参照とする解釈基準	62
1	企業の利得の所得性格	62
2	Article3(2)に関するコメントリー	63
3	小活	64
第5節	事業所得に係る性格決定	65
1	事業の用語に係る判例	66
2	事業所得の適用判断	67
3	小活	70
第6節	事業所得条項の租税条約適合性	70
1	学説	71
2	租税条約適合性の判断	74
3	OECDの見解	78
4	目的論的解釈の是非	80
5	小活	82
第7節	総括	83
1	確立された基準による効果	83
2	広義的效果	84
第4章	統括	86

第1節 一般基準	86
第2節 事実	86
1 シンガポール子会社の稼得所得	86
2 最高裁判決に係る司法判断	87
3 小活	87
第3節 本事案への当てはめ	87
1 租税条約の適用可能性	87
2 タックス・ヘイブン対策税制の租税条約適合性	88
おわりに	90
参考文献	92

はじめに

ここ数年、我が国の国際税務分野に関する判例の蓄積には目を瞠るものがある。中小企業及び大手企業、又は、外国資本企業に係る国際取引が活発化し、国際課税において多額の課税処分を受け、これが新聞紙面を振るわせることも多くなり、社会の国際税務に対する関心が高まっている。

なかでも、国際課税による一つの論点として、我が国のタックス・ヘイブン対策税制が租税条約に違反するのではないか、という抵触関係の議論が生じていた。そこで、本稿では、上記に記した抵触関係に係る議論の中から、租税条約上に定義がされていない「用語」に関して、租税条約 7 条 1 項の一方の締約国の「企業の利得」という文言が、いかなる所得範囲を指しているのか、また、その定義がされていない用語に対してその解釈指針が統一的に運用されているのか、という問題に着眼点を置く。

租税条約は、国際的二重課税の排除を主たる目的として締結される国際的合意である。一方で、それぞれの締約国間で異なる解釈を行い、それぞれの解釈に基づいて租税条約を適用することになると、国際的二重課税排除機能の欠如、或いは、二重非課税（課税の空白）の可能性が懸念される。

また、「合意は守らなければならない (Pacta sunt servanda)」¹と規定されている条約法に関するウィーン条約法(以下「VCLT」と表記する。) 26 条²にそぐわない結果をもたらし、強いては、納税者の予測可能性及び法的安定性の機能の獲得が困難になる。

我が国では、タックス・ヘイブン対策税制と租税条約に係る抵触関係の議論の段階にて、必ずしも明確な租税条約の解釈に対する通説に関しては議論されておらず、とりわけ存在していない。これは納税者の法的安定性及び予測可能性の機能が担保されないことから起こりうる事態、すなわち、今後更に活発化する企業の国際取引に係る経済活動に対してリスクをとるべきなのか、判断に迷う。また、リスクをとることが困難であるのかという判断は、経済活動に中立的ではない税制により、事業基盤の崩壊に繋がりがかねない。

税務執行や税制に対する納税者の信頼という意味では、解釈指針における幅を利用する者の公平性の確立の欠落が起こる可能性がある。すなわち、今後の日本国家の税収確保に多大な損害を及ぼす危険性がある。したがって、法治国家である我が国において、租税法主義、特に租税法規の一義的明確性を要求する課税要件明確主義からの観点、及び納税者の公平性を保持するという観点からいえば、きわめて重要な問題である。

そこで、本稿の理念は、租税条約の解釈から、国際取引を遂行するにあたって、源泉地国及び居住地国に対する課税に予測可能性を与えることにある。また、課税権の配分を十分に達成するために法的安定性の機能を担保し、今後の日本経済の発展、すなわち、我が国の適正な国税収入の確保が達成されることにある。

¹ VCLT 26 条「(合意は守らなければならない) 効力を有するすべての条約は、当事国を拘束し、当事国は、これらの条約を誠実に履行しなければならない。」『ベーシック条約集』松井芳朗（東信堂、2010 年）304 頁引用。

² VCLT（条約法に関するウィーン条約法条約）は、1969 年 5 月 23 日に採択されている。

したがって、本稿の構成は、第 1 章において、本稿で取り上げる事案を整理し、問題点を述べる。第 2 章では、欧州の各裁判例による租税条約の解釈の内容を分析する。また、租税条約の解釈指針である OECD コメンタリーの法的効力の検討を試みる。第 3 章では、「企業の利得」の解釈を租税条約に関する多様な観点から遂行し、意味を明らかにする。とりわけ、我が国のタックス・ヘイブン対策税制が租税条約 7 条に適合する課税であるか、検討を行う。最終的に第 4 章では、本稿で取り上げる事案に検討結果を当てはめ、「企業の利得」の意味を再確認し、我が国のタックス・ヘイブン対策税制が条約に適合するか否か、その妥当性を確認する。以下、第 4 章構成とさせていただきます。

第1章 事案の概要及び問題の所在

第1章では、本稿で取り上げる事案（グラクソ・スミス・クライン事件）の詳細に関して、納税者（原告）及び課税庁（被告）の主張を整理し、裁判所の司法判断を整理する。そして、グラクソ・スミス・クライン事件の司法判断から問題点を提起することを目的とする。したがって、以下「第1章第1節」では、グラクソ・スミス・クライン事件の概要を述べるとともに、納税者及び課税庁の主張、司法判断を整理する。以下「第1章第2節」ではグラクソ・スミス・クライン事件から起こりうる問題点を提起する。

第1節 グラクソ・スミス・クライン事件

この第1節では、租税条約7条と我が国のタックス・ヘイブン対策税制との抵触関係に関して争われた事件（以下「グラクソ事件」³と表記する。）の事案の概要、第一審判決及び控訴審判決、最高裁判決の詳細を整理する。

本事案で注目すべき点は、第一審判決、控訴審判決、最高裁判決で具体的に判断されなかったと考える日星租税条約7条1項⁴（本事案で参考とする条約に関して、所得に対する租税に関する二重課税の回避及び脱税の防止のための日本国政府とシンガポール共和国政府との間の協定、以下「日星租税条約」と表記する。）と我が国のタックス・ヘイブン⁵対策税制⁶（租税特別措置法、以下「措置法」と表記する。40条の4以下、66条の6以下。）との抵触関係の議論である。いずれの判決も租税条約7条の解釈指針が具体的、且つ、明確にされていない。したがって、上述の議論の内容から、我が国の裁判所が判示した解釈指

³ 本事案とは別に、租税特別措置法（以下「措置法」と表記する。）40条の4第1項と日星租税条約7条1項に関して、同様の論点で争われた判例がある。第一審判決に関しては、平成20年8月28日判決、『判例時報』（判例時報社2023号、2009年1月21日号）13-27頁参照。控訴審判決及び最高裁判決に関しては、平成21年2月26日判決、『判例時報』（判例時報社2068号、2010年4月21日号）34-37頁参照。なお、この事案についての評釈は、藤井保憲「タックス・ヘイブン対策税制と租税条約」税務事例 Vol.42 No.4、10-14頁（2010年4月）に詳細が掲載されている。最高裁判決は納税者の主張を棄却しており、グラクソ事件と同様にタックス・ヘイブン対策税制は租税条約7条に抵触しないと判断が下されている。

⁴ 租税条約7条1項の規定は以下のとおりである。「一方の締約国の企業の利得に対しては、その企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて当該他方の締約国内において事業を行わない限り、当該一方の締約国においてのみ租税を課することができる。一方の締約国の企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて当該他方の締約国内において事業を行う場合には、その企業の利得のうち当該恒久的施設に帰せられる部分に対してのみ、当該他方の締約国において租税を課することができる。」『租税条約関係法規集』（財団法人税務経理連合会、2011年）607頁引用。

⁵ 「①法人の設立、運営、清算が容易であること②租税及び税外負担が軽いこと③為替管理がないこと④企業秘密が確保できること⑤政治経済が安定していること⑥情報収集が容易であること」として挙げられる。高橋元監修『タックス・ヘイブン対策税制の解説』（清文社、1979年）3頁引用。なお、「法人の所得あるいは法人の特定種類の所得に対する税負担がゼロあるいは極端に低い国または地域（スイス・ホンコン・バーミューダ等）」も参照。金子宏『租税法第16版』（弘文堂、2011年）471頁引用。

⁶ 我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、タックス・ヘイブン（tax haven）に子会社を設立し、その子会社に留保金額を蓄積することにより、日本において課税を繰り延べ、或いは回避することを防止するために、その留保利益のうち持分に相当するものを株主の所得に合算する制度である。とりわけ、国際的な租税回避の防止であること、すなわち無税、又は租税負担割合が極めて低い（税率が25%以下）国、又は地域に設立した子会社等を利用して税負担の不当な軽減を図る行為に対処することを目的としている。なお、我が国のタックス・ヘイブン対策税制の趣旨・目的の詳細は、高橋・前掲注5）3-98頁に依拠する。

針の妥当性及び明確性を、重点的に検討する余地がある。

そこで第 2 章及び第 3 章において、租税条約の解釈に伴う諸問題及び条約適合性の検討を行う前提として、以下「1」では、グラクソ事件の事案の概要を述べる。以下「2」では、納税者及び課税庁のそれぞれの主張を整理する。以下「3」では、司法判断を整理する。

1. 事案の概要

医薬品製造事業を営むグラクソ・スミス・クライン社は、イギリスを本拠地とする製薬メーカーのグループの一員であり、且つ、グラクソ・スミス・クライングループの日本法人であるグラクソ株式会社（以下「グラクソ社」と表記する。）は、シンガポール共和国（以下「シンガポール」と表記する。）において、その発行済株式総数の 90%を保有するグラクソケム社（以下「GSC 社」と表記する。）の子会社を有していた。

GSC 社は、平成 3 年の胃潰瘍薬の製造販売事業を売却後、子会社株式等を保有していたが、平成 10 年 3 月にこれを売却し、多額の株式譲渡益、即ちキャピタルゲインを得た。

当時、シンガポールの法人税率は 26%であったが、シンガポールではキャピタルゲインを非課税としていたため、GSC 社の平成 10 年 12 月期の所得に対する税負担の割合は約 4.32%となり、トリガー税率の 25%を下回ることになった。その結果、GSC 社は「特定外国子会社等」に該当し、グラクソ社にタックス・ヘイブン対策税制が適用されることとなった。

平成 12 年 3 月 3 日、グラクソ社は、平成 11 年 1 月 1 日より同年 12 月 31 日までの事業年度につき、所得金額 6 億 1124 万 3703 円、差引所得に対する法人税額 7309 万 7106 円として法人税の申告を行った。

上記に対し、課税庁は、特定外国子会社が措置法 66 条の 6 第 1 項にいう特定外国子会社等に該当するとして、措置法 66 条の 6 に規定する課税対象留保金額に相当する金額をグラクソ社の所得金額の計算上、益金に参入し、平成 15 年 2 月 28 日に、所得金額を 660 億 9337 万 7501 円、差引所得に対する法人税額を 225 億 1816 万 7700 円とする更正処分（本件更生処分）、及び、過少申告加算税を 33 億 7814 万 5000 円とする賦課決定処分（本件賦課決定処分）を行った。

グラクソ社は本件更正処分および本件賦課決定処分を不服として、異議申立て、審査請求を経て、本件更正処分のうち、所得金額 6 億 1124 万 3707 円、差引所得に対する法人税額 7309 万 7106 円を超える部分、および、本件賦課決定処分の取消を求めて出訴したが、東京地裁平成 16 年（行ウ）第 170 号平成 19 年 3 月 29 日判決はグラクソ社の請求を棄却した。

そこで、上述の概要を踏まえ、次の「2」では、納税者及び課税庁のそれぞれの主張を整理する。

2. 納税者及び課税庁の主張

前述「1」ではグラクソ事件の概要を整理した。そこで、納税者及び課税庁がどのような

論点を主張しているか整理をする。したがって、以下「(1)」では納税者の主張を整理する。以下「(2)」では課税庁の主張を整理する。

(1)納税者（原告）の主張

納税者の主張を以下に要約する。

措置法 66 条の 6 第 1 項、いわゆるタックス・ヘイブン対策税制は、法人税法 11 条の実質所得者課税の原則を具体化したものである。また、タックス・ヘイブン子会社の留保金額が親会社に帰属することを定めた制度である（以下「実質的帰属説」と表記する。）。したがって、シンガポール法人である GSC 社の事業所得（企業の利得）に対して課税する制度であり、「PE⁷なければ課税なし」という基本原則を明文化した日星租税条約 7 条 1 項に抵触する、と主張した。

いわゆる納税者の主張を細分化すると次の 4 点となる。

イ.タックス・ヘイブン対策税制の解釈

我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、タックス・ヘイブンに子会社を設立し、これを利用して税負担の不当な軽減を図ること（租税回避）を防止するという政策目的の為に導入された制度である。すなわち、一定の政策目的の実現のために設けられた政策税制については、当該目的から離脱した形で解釈適用することは許されないと解すべきであると、タックス・ヘイブン対策税制の制度趣旨を主張した。

ロ.シンガポール子会社が稼得する所得の性質

我が国のタックス・ヘイブン対策税制は実質的帰属説を採用している。したがって、その帰属する所得がどの所得に分類されるかについて、タックス・ヘイブン子会社は、その所在地国における事業活動から生ずる所得を得ているものであり、事業所得（企業の利得）に該当する。

ハ.抵触論

日星租税条約 7 条 1 項は、「PE なければ課税なし」という基本原則を明文化したものである。すなわち、同条約の一方の締約国であるシンガポール法人が、他方の締約国である日本において PE を通じて事業活動を行わない限り、日本ではシンガポール法人の利得に対して、いかなる租税を課することができないことを意味する。したがって、我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、GCS 社の「事業所得」に対して課税しているものであるため、日星租税条約 7 条 1 項に違反している。

⁷ Permanent Establishment（恒久的施設）の略称であり、本稿では恒久的施設を「PE」と表記する。

ニ.欧州加盟国に係る各判例の引用

フランス国務院（フランスにおける行政最高裁判所）は2002年6月28日に当該事案の判決を下している。フランスの一般租税法典209B条（フランスに係るCFCルール（海外によるタックス・ヘイブン対策税制と同様の税制、Controlled Foreign Company Legislation 以下「CFCルール」と表記する。）、日本でいうタックス・ヘイブン対策税制と同様の税制、以下「フランスCGI第209B条」と表記する。）を適用した課税の取消訴訟（Schneider Electric 事件、以下「Schneider case」と表記する。）である。すなわち、フランスCGI第209B条は、対スイスとの租税条約の「事業所得条項」に違反すると判断した。Schneider case で課税の対象となった所得は、スイス法人の外国子会社の所得（利得）であると明確に判断した。したがって、フランスCGI第209B条が仏瑞租税条約7条に違反すると判断したことから、我が国でも採用すべき判例である、と主張した。

以上の4点である。そこで、次の「(2)」では課税庁の主張を整理する。

(2)課税庁（被告）の主張

課税庁の主張を以下に要約する。

納税者は、措置法66条の6が税負担の不当な軽減を図る事案以外に適用されるべきではないと主張する。対して課税庁は、措置法66条の6に関して、法の適正な執行を妨げないように、その適用要件上、税負担の不当な軽減を図る目的そのものを要件としていない。つまり、納税者の主張は、条文上の根拠もなく、独自の解釈に基づいて法の適用を制限しようとするもので失当である。したがって、タックス・ヘイブン対策税制は日星租税条約7条に抵触しない、と主張した。

納税者の主張に対する課税庁の主張も含めて以下の4点を整理する。

イ.抵触論に対する批判

措置法66条の6は、タックス・ヘイブン子会社の課税対象留保金額に相当する金額を、我が国の「親会社の収益とみなして課税する」制度（以下「擬制所得加算説」と表記する。）である。したがって、タックス・ヘイブン子会社の所得に対する課税ではないから、日星租税条約7条1項との抵触は生じない。

ロ.シンガポール政府の見解

国際法の観点から、措置法66条の6が日星租税条約に違反しないことを、シンガポール財務大臣の発言内容から読み取れる。すなわち、シンガポール政府は、我が国を含めた大部分のタックス・ヘイブン対策税制が課税対象としていることが、原則的にシンガポールの課税の対象外であるという法制度として認識していたものと認められる。

しかも、タックス・ヘイブン対策税制が日星租税条約に違反したものであるとの抗議をしなかったことからすると、国際法上、シンガポールと日本国との間においては、タックス・ヘイブン対策税制の「黙示の合意」があったと解することができる。したがって、日星租税条約の解釈から、同条約に抵触しないことがわかる。また、シンガポール政府に対して効力を有しており、同条約に違反しない。

ハ.OECD コメンタリーの参照

日星租税条約の解釈に際し、OECD モデル租税条約及び同コメンタリーに十分配慮すべきである。すなわち、モデル租税条約及び同コメンタリーを租税条約の立案及び解釈の実質的な標準の性質を有する「一般的に認められた指針」として参照することは、本事案でも、シンガポールが OECD 非加盟国であろうと広く活用されている。したがって、コメンタリーの参照から、抵触関係に関する説明により、違反はしない。

ニ.欧州加盟国に係る各判例の引用に対する批判

フランス国務院判決は参考判例である、に対する反論がある。すなわち、フランスのタックス・ヘイブン課税規定は、我が国と異なり、タックス・ヘイブン子会社の利益が親会社の利益として課税することを認めている特殊な構造を有するものである。したがって、フランス国務院判決を直ちに我が国の国内法及び日星租税条約に適用することが相当でないことは明らかである。

以上の4点である。そこで、次の「3」では、納税者及び課税庁の主張に対する司法判断を整理する。

3.司法判断⁸

前述「2.納税者及び課税庁の主張」に対する司法判断は、以下のとおりである。

(1)第一審判決

第一審判決の司法判断では、日星租税条約7条1項に係る「企業の利得」がいかなる所得範囲を有しているか、その解釈指針は明確に述べられていない。

一方で、日星租税条約7条1項と我が国のタックス・ヘイブン対策税制に係る抵触関係の判断は、我が国のタックス・ヘイブン対策税制の文言を解釈することで、租税条約との抵触関係が判断されている。したがって、タックス・ヘイブン対策税制は日星租税条約7条には抵触しないと判断された。

⁸ 第一審判決東京地方裁判所平成19年3月29日判決、控訴審判決東京高等裁判所平成19年11月1日判決、最高裁判決平成20年(行ヒ)第91号同平成21年10月29日第一小法廷判決『最高裁判所民事判例集』(民集63巻8号)1881-1986頁参照。

(2)控訴審判決

控訴審判決では、第一審判決と同様にタックス・ヘイブン対策税制は日星租税条約 7 条に抵触しない旨の判断が下された。なお、第一審判決と同様に日星租税条約 7 条 1 項の「企業の解釈」が何を指すのか、或いは租税条約に定義されていない「企業の利得」の解釈手段は明確にされていない。

上述(1)及び(2)の問題意識に類似する内容とえば、納税者の「条約の解釈は一般国際法であるウィーン条約によること」の主張に対して、司法判断は「ウィーン条約等の国際法を根拠とする控訴人の主張は採用することはできない」と判断しているのみである。

(3)最高裁判決

最高裁判決も、第一審判決及び控訴審判決と同様の結論が判断された。なお、同判決では、日星租税条約を分析、解釈したうえで抵触関係を判断した。

そこで、補足意見として以下引用する。

「すなわち、日星租税条約 7 条 1 項の規定は各種の所得のうち「企業の利得」（つまり事業所得に相当する所得である）に対する課税に際しての締約国間での課税権の調整に関する規定であり、所得の種類がこれと異なる場合の課税権の調整について、その所得の種別に応じて日星租税条約中の他の条項の規定が優先的に適用されるべきことが同条 6 条に明定されていることから、例えば、配当所得に対する課税については日星租税条約 10 条の規定、譲渡所得に対する課税については 13 条⁹の規定等が、別に置かれている。よって、我が国のタックス・ヘイブン対策税制の規定が日星租税条約に違反するか否かの問題を検討するに際しては、そこで問題とされている所得の種別に対応する日星租税条約の各条文ごとに、タックス・ヘイブン対策税制¹⁰の規定が日星租税条約の定め違反するか否かが個別に

⁹ 租税条約 13 条 1 項の規定は以下のとおり。「一方の締約国の居住者が第 6 条に規定する不動産で、他方の締約国内に存在するものの譲渡によって取得する収益に対しては、当該他方の締約国において租税を課することができる。」

また、4 項によれば、「2 の規定が適用される場合を除くほか、(a) 一方の締約国内に存在する不動産を主要な財産とする法人の株式（後任の株式取引所において通常取引されるものを除く。）又は一方の締約国内に存在する不動産を主要な財産とする場合、信託若しくは遺産の持分の譲渡から生ずる収益に対しては、当該一方の締約国において租税を課することができる。(b) 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株式の譲渡によって取得する収益に対しては、次のことを条件として、当該他方の締約国において租税を課することができる。(i) 当該譲渡者が保有し又は所有する株式（当該譲渡者の特殊関係者が保有し又は所有する株式で当該譲渡者が保有し又は所有するものと合算されるものを含む。）の数が、当該課税年度中又は当該賦課年度に係る基準期間中のいかなる時点においても当該法人の株式の総数の少なくとも 25 パーセントであること。(ii) 当該譲渡者及びその特殊関係者が当該課税年度中又は当該賦課年度に係る基準期間中に譲渡した株式の総数が、当該法人の株式の総数の少なくとも 5 パーセントであること。」と規定されている。租税条約関係法規集・前掲（注 4）610-611 頁引用。

¹⁰ なお、平成 22 年度税制改正では、トリガー税率が 25%以下から 20%以下に引き下げられているほか、外国子会社合算税制（タックス・ヘイブン対策税制）の適用を受ける内国法人等の直接及び間接の外国関係子会社株式等の保有割合要件は、5%から 10%以上に引き上げられている。（改正措置法 40 条の 4 第 1 項 1 号、66 条の 6 第 1 項 1 号）金子・前掲（注 5）459-465 頁参照。

検討されるべきこととなろう。・・・{中略}・・・このことから、本事案に係るタックス・ヘイブン対策税制の規定により納税者の所得金額の計算上その益金の額に算入することとされた子会社の未処分所得を構成する益金の主要部分をむしろ株式譲渡益が占めていたようにもうかがえる。そうすると、仮に本事案における納税者側の日星租税条約違反の主張に理由があるとされた場合においても、それによって本事案の課税処分が違法とされるのは、そのうち子会社に留保された未処分の「企業の利得」に対応する部分だけであって、それ以外の未処分所得に対応する課税処分の主要部分については、それが直ちに取り消されるべきものになるとすることはできない。」

すなわち、グラクソ事件の事実関係と租税条約を比較し、7条の「事業所得」の問題ではなく、13条の「株式譲渡所得」の問題ではないか、と判断した。そこで、次の「(4)」では、上述「第1章第1節「2」及び「3」」で整理した課税庁、納税者の主張及び司法判断に対する整理をまとめる。

(4)小活

この「(4)」では、前述「第1章第1節「2」及び「3」」で整理した課税庁、納税者の主張及び司法判断に対する整理をまとめる。

グラクソ事件の主たる争点は、租税条約7条の「一方の締約国の企業の利得」に対して、我が国のタックス・ヘイブン対策税制が課税しているか否か、という論点であった。しかし、司法判断は、7条の一方の締約国の「企業の利得」の所得範囲に関して、具体的な根拠を示していないまま、抵触関係を論じているように思える。

他方で、欧州の各裁判例では、グラクソ事件と同様の争点について争われた判例が存在する。すなわち、グラクソ事件ではタックス・ヘイブン対策税制の観点から抵触関係を明らかにしている。対して、欧州の各裁判所では、「企業の利得」の所得範囲を具体的に解釈したうえで、CFCルールが租税条約に適合する課税であるか否かを判断している。したがって、具体的に「企業の利得」の所得範囲を明確にしたうえで、条約適合性を判断する余地があると考えられる。

そこで、以下第2節において、上述「第1章第1節「3」(4)」の見解を具体化して問題点を提起する。

第2節 問題の所在

前述「第1節」では、グラクソ事件についての概要、納税者及び課税庁の主張、司法判断を整理した。そこで、この第2節では、グラクソ事件の主たる争点から、問題点を具体的に提起する。したがって、以下「第1章第2節「1」」では、欧州加盟国による各裁判所が下した判例から生じる問題点とグラクソ事件との関係性の問題点を提起する。以下「第1章第2節「2」」では、本事案に係る租税条約の解釈に対する問題点を述べる。

1. 欧州の各裁判例及び本事案との関係性

この「1」では、欧州の各裁判例による条約解釈が本事案の参考となる解釈になるか、その具体的な問題点を提起する。

グラクソ事件の判例では、租税条約 7 条 1 項「企業利得」の解釈の意味が、具体的に何を示しているのか判断されていない。つまり、明確な判断のないままにタックス・ヘイブン対策税制との抵触関係が議論されているのではないかと考える。

一方、フランス及びフィンランドの判例では、租税条約 7 条 1 項の解釈を明確にしたうえで、CFC ルールとの抵触関係を判断している。(なお、抵触関係とは別に、ドイツでは事業所得条項に係る解釈の判例がある。) すなわち、租税条約は国際法であり、各国統一的な解釈が求められるため、諸外国の判例を分析することは有益であると考えられる。

諸外国の判例を具体的に述べると、欧州加盟国による裁判例の一つであるフランス（以下「Schneider case¹¹」と表記する。）では、フランス一般租税法典 (Code Général des Impôt、以下「CGI」と表記する。) 第 209B 条が仏瑞租税条約¹² 7 条の「企業の利得」に違反する判断が下された判決がある。

また、CFC ルールと租税条約との抵触関係で争われた判例が、Schneider case と同年に、欧州加盟国であるフィンランド行政最高裁判所において存在する。(以下「A Oyj Abp case¹³」と表記する。)

とりわけ、イギリスの下級審で CFC ルールと租税条約上の「利子所得条項」との抵触関係に関する判例（以下「Bricom case¹⁴」と表記する。）が存在する。しかしながら、フィンランドとイギリスの判例は、CFC ルールが租税条約に抵触することはないという Schneider case とは逆の判断が下されている。(Schneider case に関して、我が国でも参考となる判例である、という学説¹⁵がある。)

Schneider case におけるフランス国務院は、仏瑞租税条約 7 条 1 項の「利得」の解釈に際して、「利得」という用語が租税条約上に定義がされていないため、仏瑞租税条約 3 条 2 項に基づき、フランス国内法令の解釈の意味を援用している。その「利得」の所得範囲が仏瑞租税条約 6 条から 21 条の租税条約上、すべての所得範囲であると解釈している。したがって、フランス CGI 第 209B 条の課税対象所得範囲と重なっていることから、CGI 第 209B

¹¹ Schneider case に関する評釈は、*Conseil d'Etat 28 juin 2002, Ministre de l'Economie des Finance et de l'Industrie contre Societe Schneider Electric, reg.No.232,276,RJF10/02,no.1080.* を参照。また、Schneider case に関する評釈は、4 *International Tax Law Reports*(2002), p.1077. (以下、「4 ITLR」と表記する。) に依拠する。

¹² フランス・スイス間 (仏瑞) の租税条約を指す。

¹³ A Oyj Abp case の英訳は、*A Oyj Abp, March 2002:26*, 4 *International Tax Law Reports* (2002), p.1009~. を参照。なお、評釈に関しては、Michael Lang, *CFC Regulations and Double Taxation Treaties*, 57 (2) *INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION*(2003), p.51. を参照。

¹⁴ Bricom case の英訳は、*Bricom Holdings Ltd. vs. Commissioners of Inland Revenue*, [1997] STC1179, 70 *Tax Case* 272. を参照。評釈に関しては、Daniel Sandler, *Tax treaties and controlled foreign company legislation, 1998 (1)* *BRITISH TAX REVIEW*(1998), p.52. なお、Bricom case はイギリス・オランダ (英蘭) 租税条約第 11 条 (利子) と CFC ルールの抵触関係に関する判例である。

¹⁵ 中里実「タックスヘイブン対策税制」『国際商取引に伴う法的諸問題(14)』(財団法人トラスト 60、2006年) 33-53 頁参照。

条は租税条約に違反していると判決を下している。しかし、このような解釈は誤った解釈であると考えられる。

そこで、フランス国務院の判断から、Schneider case で明確になった租税条約 7 条 1 項の「利得」の解釈が、我が国でも同様の解釈とすることができるのであろうか。また、フランスと同様に、フィンランド、ドイツで解釈した意味に妥当性があるのかが、問題意識として挙げられる。

したがって、次の「第 2 章」では、上述「第 2 章第 2 節「1」」の問題点を踏まえて、2 点の論点を検討する。1 点目は欧州の各裁判例から、租税条約 7 条の「企業の利得」がどのように解釈され、その意味はなにかを検討する。また、我が国でも同様の解釈とすべきか否か、検討を行う。2 点目は、OECD コメンタリーの参照の法的根拠の有無を検討する。すなわち、OECD モデル租税条約及び同コメンタリーは各国共通の解約指針である。しかし、国際慣習法ではないため、その曖昧な性質から、法的根拠の有無を議論する余地がある。また、コメンタリーを確立した基準とすることができれば、「利得」の意味がより明確になるため、法的根拠の有無を検討する必要がある。

したがって、第 2 章において 2 点の検討を行う。

2. 租税条約 7 条 1 項の企業の利得

この「2」で検討する点は、次の 2 点である。すなわち、1 点目は、前述「第 1 章第 2 節「1」 欧州の各裁判例及び本事案との関連性」でみたように、租税条約 7 条 1 項の文言である、一方の締約国の「企業の利得」¹⁶の所得範囲の明確化である¹⁷。また、「企業の利得」は租税条約上の文言に定義されていない用語である。したがって、その意味を租税条約上から導くのか、各国の国内法令の解釈に基づく意味を有するのか不明確である。したがって、定義がない用語の解釈指針を第 3 章第 2 節及び第 3 節で検討する。

要するに、VCLT を参考に解釈するのか、或いは、租税条約 3 条 2 項の規定により完結させるのか議論が生じている。この概念に係る租税条約の「法律未確定解釈の原則 (principle of ambulatory interpretation) ¹⁸」の観点から、二国間租税条約の解釈は、締結国間において様々な解釈が予想される。また、統一的解釈が担保されないことから、租税条約の趣旨及び目的である国際的二重課税、二重非課税 (課税の空白) の可能性や、納税者の予測可能性及び法的安定性の獲得に困難が生じる。¹⁹

¹⁶ 原則的に、租税条約 7 条は「事業所得条項」という表題を付しているが、7 条の文言である「企業の利得」の範囲の一つとして「事業所得」としていることは明らかではない。

¹⁷ 租税条約に関する所得性質について、木村弘之亮教授は、「性格決定」と見解する。以下「性格決定」と述べる。木村弘之亮「租税条約の解釈における性格決定と関連諸問題」石川明教授退職記念号『法学研究』(慶應義塾大学法学部内法学研究会第 68 巻第 12 号、1995 年) 89 頁参照。

¹⁸ cf. Jan Wouters and Maarten Vidal, *AN INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE ON TAX TREATIES AND DOMESTIC LAW*, Katholieke Universiteit Leuven Faculteit Rechtsgeleerdheid, Instituut voor International Recht Working Paper Nr. 90 – januari 2006. at : (<https://www.law.kuleuven.be/iir/nl/onderzoek/up/up90e.pdf>)

¹⁹ 租税条約 3 条 2 項の規定に関して、租税条約上に用語が定義されていない場合の国内法令の解釈を援用することに懸念を抱いているものとして、小松芳明『国際取引と課税問題国際租税法の考え方』(信山社、1994 年) 75-78 頁参照。また、木村・前掲 (注 17) 95 頁、本庄資著『租税条約国際課税の理論と実務』

すなわち、国際的²⁰二重課税が生じた場合は、相互協議手続によって、二重課税は除去されるであろうが、二重非課税は、条約等による規定が存在しない。少なくとも、国際的²⁰二重課税が起こりうる可能性のある解釈は正当な解釈とはいえない。また、租税条約自体の解釈指針も通説²⁰は定かではない。したがって、文言解釈を原則として、必要に応じて目的論的解釈を遂行するのか、或いは、目的論的解釈を常に遂行するのか曖昧であると考えられるため、租税条約の解釈指針を検討する。(第3章第1節から第3節)

2点目は、タックス・ヘイブン対策税制の租税条約7条に対する適合性である。すなわち、タックス・ヘイブン対策税制は、一方の締約国の「企業の利得」に対して課税する規定であるか議論が生じているため検討の余地がある。すなわち、最も議論が生じていたタックス・ヘイブン対策税制の「何に対する課税か」「誰に対する課税か」の議論から、グラクソ事件の判例の妥当性を検討するうえで、重要な論点だと考えるためである。

租税条約の解釈は不確定な部分²¹が多々ある。したがって、租税条約7条1項の一方の締約国の「企業の利得」の所得範囲及び性格決定を検討し、条文を明確に解釈することが、本稿の意義である。よって、納税者の法的安定性及び予測可能性の獲得のために、租税条約の周囲を取り巻く問題点を検討する。²²

(税務経理協会、第3巻2000年)45頁でもこの問題点を示唆している。例えば、誤った解釈により、二重課税が生じた場合には、租税条約(OECDモデル租税条約)23条(A)、23条(B)に二重課税排除の免除方式と税額控除方式が規定されている。具体的に述べると、23条(A)の免除方式では一方の締約国の居住者がこの条約の規定に従って他方の締約国において租税を課税される所得を取得する場合には、当該一方の国は、当該所得について租税を免除されることになる。つまり、一方の締約国居住者が他方の締約国において租税を課される所得を取得する場合、一方の締約国は当該所得について租税を免除することから、一方の締約国において租税を免除される者は、所得を有する一方の締約国の当該居住者になる。また、第23条(B)の税額控除方式に関しては、一方の締約国の居住者がこの条約の規定に従って他方の締約国において納付される所得に対する租税の額と等しい額を当該居住者の所得に対する租税の額から控除するものである。すなわち、他方の締約国において租税を課される所得を取得する一方の締約国の居住者が税額控除の適用を受ける者である。要するに、免除又は税額控除方式は、一方の締約国の居住者が他方の締約国において租税を課された場合に、一方の締約国が当該居住者に対してその適用を認めるものであり、租税条約の二重課税の排除方法に係る二重課税とは、同一の者に対する二重課税を対象としているのである。しかしながら、二重非課税に関しては何ら規定がされていない。したがって、誤った解釈の結果として二重非課税(課税の空白)が生じることは、国家間において多大な損失と手続き、コストがかかるものと考えられる。

²⁰ グラクソ事件に関する論文(租税条約7条とタックス・ヘイブン対策税制との抵触問題)として以下の論文を参照。タックス・ヘイブン対策税制が租税条約7条に違反すると見解する論文として、中里実「タックス・ヘイブン対策税制」税研124号、72-80頁(2005年)がある。対して、抵触関係を否定している論文として、本庄資「タックス・ヘイブン対策税制と租税条約」税経通信6月号、137-161頁(2007年)、浅妻章如「タックス・ヘイブン対策税制(CFC税制)の租税条約適合性-技術的な勘違いと議論の余地のある領域との整理」(立教法学73号、2007年)329-396頁、占部裕典「タックス・ヘイブン対策税制と租税条約の抵触関係について」(同志社法学58巻2号、2006年)205-277頁、橋本秀法「我が国タックス・ヘイブン税制と租税条約の関係-租税条約締約国に所在する子会社への参加に起因する所得に対するタックス・ヘイブン課税の適用の可否-」(税務大学校論叢第54号、2007年)99-193頁、遠藤克博「日本-シンガポール租税条約を巡る最高裁判所(H21,10,29)にみるタックス・ヘイブン対策税制と二国間租税条約の交錯に関する司法判断」月刊国際税務Vol.30、54-58頁(2010年)、秋元秀仁「外国子会社配当益金不算入制度における税務(10)外国子会社配当益金不算入制度の導入に伴い改正された我が国タックス・ヘイブン対策税制の租税条約適合性」月刊国際税務Vol.31、40-57頁(2011年)、泉潤慈「タックス・ヘイブン対策税制(特定外国子会社利益合算課税制度)と租税条約第7条について」税法学565号、301-311頁(2011年5月)を参照。

²¹ この問題点から、浅妻教授は所得区分の問題と所得帰属の問題から、両者は裏表の関係にあるのか、議論の余地がある領域と述べる。浅妻・前掲(注20)381頁参照。なお、本稿は、基本的に所得の範囲に関して検討を行うことを目的とする。

²² 我が国の国内法と国際法との関係に対する議論が、ディスカッション形式で行われている。中里実・太

そこで、第 3 章では、租税条約 7 条の「企業の利得」の所得範囲を、多様な観点から解釈し、租税条約の解釈に法的安定性、予測可能性を担保させることを目指す。まずは、前述「第 1 章第 2 節「1」欧州の各裁判例及び本事案との関係性」の問題点から、第 2 章において欧州の各裁判例の分析、OECD コメントリーの法的効力の有無の検討を行う。

第2章 欧州の判例による解釈及びコメントリーの効力

この「第2章」で検討する点は、以下の2点である。

1点目では、本事案と争点が類似する、欧州の租税条約上の「企業の利得」の解釈と CFC ルールとの抵触関係に関して争われた判例の検討を行う。すなわち、検討を行う根拠は、条約解釈の有する意味は各国統一的でなければならないと考えるためである。また、欧州の各裁判所によって解釈された用語の意味を分析することにより、我が国でも参照することの是非を検討することは有益であると考えられる。したがって、我が国の判例で意味が明らかにされていない論点に対する、諸外国の判例の分析を「第2章第1節」において行う。

2点目は、租税条約の解釈をする際に、各国共通の指針であるとされる OECD モデル租税条約及び同コメントリーの法的効力の有無を検討する。すなわち、第3章において「企業の利得」の意味を OECD コメントリーから導くことに対する否定的な見解が生じる可能性がある。したがって、後述「第3章租税条約上の企業の利得の解釈」以前に検討を行う余地があると考えられる。また、コメントリーの法的効力の有無に関して議論が生じているため、「第2章第2節」において検討を行う。

第1節 欧州の各裁判例による条約解釈

この「第1節」では、欧州の各裁判所が示した条約が、どのように解釈されているか、検討する。

欧州では、租税条約に係る「企業の利得」（事業所得条項）の解釈と CFC ルールとの抵触関係に関して争われたケース²³がある。すなわち、2002年にフランスの国務院（Conseil d'Etat）による裁判所は、フランス法人のスイス子会社（Paramer 社）の所得に対して親会社に対する合算税制が、仏瑞租税条約7条の事業所得条項に違反するという判断を下している（いわゆる Schneider case である）²⁴。

一方で、フィンランド及びイギリスに関しても、上述の争点で争われた同様のケースが存在する。両国の結論に至っては、CFC ルールは租税条約に違反しない旨の判断を下している（いわゆる A Oyj Abp case 及び Bricom case）。

すなわち、本節（第2章第1節）では、「企業の利得」の意味を、欧州の各判例を参考として、「利得」の解釈の妥当性を分析する。我が国では租税条約上に定義がされていない用語の解釈に係る判例の蓄積がないため、欧州の各判例を分析とすることは有益である。

したがって、以下「第2章第1節「1」」では Schneider case、以下「第2章第1節「2」」では A Oyj Abp case、以下「第2章第1節「3」」ではドイツによる BFH III R125/69 の「事

²³ なお、Schneider case に関する下級審判決、すなわち、パリ租税地方裁判所（TA Paris, no.9218670/1,13 fevrier1996）パリ租税高等裁判（CAA Paris, SA Schneider, no. 96-1408, 30 janvier 2001）に対して、本稿では特段の見解を割愛する。

²⁴ Schneider case の詳細は以下を参照。cf. Pierre-Yves Bourtourault = Marcellin N. Mbwa- Mboma, *French High Tax Court Confirms that The Former French-Switzerland Tax Treaty Overrides the French CFC Legislation*, 30 (12) INTERTAX(2002), p.493.

業所得条項」の解釈指針のケースを参考として検討を行う。そして、すべての裁判例を分析したうえで、以下「第2章第1節「4」」において参考すべきであると考えられる判例を述べる。

1.Schneider case

この「1」では、フランスの Schneider case に関して、租税条約第7条の「企業の利得」が所得区分上、どの所得を指しているのか、検討を行う。したがって、以下「(1)」では、Schneider case による課税当局の主張を紹介する。以下「(2)」では、Conseil d'Etat が判断した「企業の利得」の解釈を分析する。

(1)Schneider case に係る課税当局の主張

Schneider case に対する課税当局の主張は主として3点である。

1点目の主張は、租税条約の趣旨、目的を鑑みると、その趣旨は経済的二重課税排除を目的としておらず、法的二重課税排除が目的であり、スイスで課税を受けるタックス・ヘイブン子会社と、合算課税を受けるフランスの親会社は法的に別人格であるので、フランス CGI 第209B条に係る合算税制は租税条約に違反しない、とする点である。

2点目の主張は、フランス209B条により合算されるスイスの子会社の所得の性質がみなし配当である。また事業所得ではないのだから、仏瑞租税条約7条を適用するためにフランスの当該所得に対する課税権はないとする原告の主張は誤りである、とする点である。

3点目の主張は、CGI 第209B条と租税条約との抵触関係において、租税条約は国際的二重課税排除を目的としているため、そのような抵触はない、とする点である。²⁵

そこで、次の「(2)」では、上述「(1)」の課税当局の主張に対する Conseil d'Etat が解釈した「利得」の意味を検討する。

(2)Schneider case に係る Conseil d'Etat の企業の利得の解釈

この「(2)」では、Conseil d'Etat が、どのように「利得」を解釈しているのか整理する。すなわち、Schneider case に対する Conseil d'Etat²⁶は、租税条約の解釈と条約適合性について、広義に以下のように判断を下している。

(イ)フランス CGI 第209B条は、子会社の合算される所得範囲に関して、みなし配当で

²⁵ 4 ITLR・supra note11,p.1083-1105,p.1109-1130. 中里・前掲(注20)73-74頁、浅妻・前掲(注20)351-352頁参照。なお、政府委員(Stéphane Austry)と課税当局との主張の内容は類似していると判断する。

²⁶ この他に、ブラジル-スペイン租税条約7条1項に関して、同様の争点について争われた判例がある。(Eagle case)。詳細は、LEXIS/NEXIS から検索可能であり、本事案は2006年10月19日にブラジル連邦税行政裁判所が判断を下している。LEXIS/NEXIS では Eagle case の判決文は掲載されておらず、PUBLICATION-DATEとして2007年2月2日及び2007年3月6日の2つのレポートから、Soares da Silva 及び David Roberto R の両者による検討の詳細が記載されているのみである。

あるという課税当局の主張を退き、「事業所得」である、と解釈している。²⁷

(ロ)仏瑞(スイス)租税条約7条1項の文言にある「利得」については、租税条約上に定義がされていない「用語」である。つまり、仏瑞租税条約3条2項に基づき、フランス国内法令を参照して「利得」を解釈する。すなわち、その「利得」の意味からCGI第209B条の課税の対象所得と同様である。したがって、Paramer社の「利得」とCGI第209B条に係る課税の対象利得は同一となる。²⁸

(ハ)前述(イ)を具体的に述べると、仏瑞租税条約7条1項の規定から、スイスに課税権が帰属することになる。したがって、Paramer社の「利得」と、フランスCGI第209B条の規定によりSchneider社に係るフランスで課税されるParamer社の「利得」とは、同一の「利得」を意味している。²⁹

(ニ)仏瑞租税条約が、租税回避や脱税の防止を目的としていようが、明示の規定なしに租税条約上の規定からの逸脱は認められない。³⁰

すなわち、Schneider caseの判決での敗訴を受けて2006年から新フランスCGI第209B条が発足されている。また、Schneider caseの判決から、課税の対象所得が「事業所得」と認定された旧CGI第209B条には「みなし配当」規定が設けられたという経緯がある。³¹

結果的に、Schneider caseの結論は、Conseil d'Etatの判断により、フランスCGI第209B条は仏瑞租税条約7条1項に抵触する旨、課税当局の主張を退けている。³²

したがって、Conseil d'Etatの判断は、「企業の利得」の意味を、租税条約上のすべての所得範囲を含む所得である、と判断している。すなわち、「利得」が不動産所得から配当、利子までを含むすべての所得と解釈されている。

そこで、次の「2」では、フィンランドがどのように租税条約を解釈しているか、分析する。

2.A Oyj Abp case

²⁷ 4 ITLR・supra note11,p.1081, p.1093-1094.参照。つまり Conseil d'Etat は CGI 第 209B 条に関して厳格な文言解釈により、親会社に対して課税しているのか、或いは子会社の所得に対して課税しているのかという問題点を、結果的に、子会社の所得に対して課税していると判断した。

²⁸ *ibid.*, p.1082. 及び、浅妻・前掲(注20)351頁参照。

²⁹ *ibid.*, p.1082. 及び、浅妻・前掲(注20)351頁参照。

³⁰ *ibid.*, p.1082. 及び、浅妻・前掲(注20)351頁参照。

³¹ Schneider case 後に伴う、フランス CFC ルールの改正ポイントとして3点補足する。1点目は特定外国子会社の定義に関して、フランス国内法人の外国子会社又は団体に係る直接又は間接の持分保有割合が10%超から50%超とされている。これにより、持分による支配状況に係る基準が我が国のタックス・ヘイブン対策税制の制度と同等の水準にまで引き上げられている。2点目は課税上の特典として軽課税国又は地域で納付する税額がフランス国内であれば納付が義務づけられる租税の額の3分の2以下から2分の1以下に引き下げられている。3点目は課税方式について、CFC 所得をフランス国内法人の所得と合算してから税額の算定する総合課税方式を採用することとなった。これらの点を勘案すると、我が国のタックス・ヘイブン対策税制とほぼ同様の規定になっていることがわかる。居波邦泰「Schneider case 判決の検討」本庄資編著『租税条約の理論と実務』(清文社、2008年)454-456頁参照。

³² 浅妻教授は、Conseil d'Etat の判決に対して否定的な見解を述べる。すなわち、「国務院判断の技術的な勘違い」と解しており、仏瑞租税条約7条1項の「利得」の解釈が従来の租税条約7条1項の「利得」と異なっている旨の指摘をしている。具体的な詳細は「第2章第5節「1」」を参照。浅妻・前掲注(20)376頁参照。

前述「第2章第1節「1」」では、フランスの **Schneider case** に係る **Conseil d'Etat** が判断した「利得」の解釈を紹介した。そこで、この「2」ではフィンランドの判例を分析する。フィンランドの判例では、**Schneider case** の判例とは逆の司法判断が下されていることから、非常に興味深い判決内容であると考えられる。

したがって、以下「(1)」では、フィンランド行政最高裁判所による租税条約の「企業の利得」の意味を紹介する。以下「(2)」では、同裁判所が解釈した「利得」の判断を検討する。

(1) A Oyj Abp case に係るフィンランド行政最高裁判所による解釈

この「(1)」では、フィンランド行政最高裁判所が、どのような方法で「利得」(事業所得)の解釈をしているか、以下において整理する。

A Oyj Abp case は、**Schneider case** と逆の判断が下されている。すなわち、フィンランド CFC ルールはフィンランド・ベルギー間の租税条約に違反しないと判断した。そこで、A Oyj Abp case に関するフィンランド行政最高裁判所の具体的な解釈を以下、引用する。

(イ) 租税条約の解釈は、租税条約は **VCLT26** 条及び **27** 条を念頭に置いて解釈されるべきである³³。また、フィンランド CFC ルールに係る課税所得の対象を決定するために、フィンランド国内法の事業所得税法 1 条を参照すべきである。すなわち、CFC ルールの課税対象所得は「事業所得」である。³⁴

(ロ) 「事業所得」という用語は、租税条約上に定義されていない用語であるため、国内法を参照する。³⁵

(ハ) フィンランド CFC ルールの課税対象所得は、会社法上の利得の配分ではないことから、配当所得とは解することはできない。³⁶

(ニ) フィンランド CFC ルールの解釈から、CFC ルールの対象となる所得は、フィンランド居住者の親会社の所得であることが定義されている。したがって、親会社に対して課税する規定である。³⁷

(ホ) OECD コメンタリーは、租税条約の解釈から生じる意味を拘束するものではない。しかし、解釈を補充するものとしてその意味を有する。³⁸

つまり、上述 (イ) (ロ) の見解から、「事業所得」という用語は、租税条約上に定義されていないため、フィンランド国内法令の援用により解釈している。また、上述 (ホ) の見解から、OECD コメンタリーは、租税条約の解釈指針であるため、「解釈の補助資料」として参照できるということがわかる。したがって、上述 (ハ) (ニ) の見解から、フィンラ

³³ 4 ITLR・*supra* note11, p.1064.

³⁴ *ibid.*, p.1067-1068.なお、浅妻教授は、CFC ルールにより特定外国子会社が稼得する所得は事業所得であると解釈し、それが解釈の論理の出発点であるとするフィンランド行政最高裁判所の判断に対して批判的である。

³⁵ *ibid.*, p.1068.なお、A Oyj Abp case のレポートから読み取れるのは「利得」という文言ではなく、租税条約 7 条による「事業所得」の文言であり、「事業所得」の文言を行政最高裁判所は解釈している。

³⁶ *ibid.*, p.1068.

³⁷ *ibid.*, p.1068.

³⁸ *ibid.*, p.1065.

ンド CFC ルールの規定は、CFC ルールの課税対象所得が「事業所得」であるとしながら、外国法人に対する課税ではないため、租税条約に違反しないということがわかる。

そこで、次の「(2)」では、具体的に同判決に係る「事業所得」の解釈の内容を分析する。

(2)A Oyj Abp case の分析

この「(2)」では、A Oyj Abp case に係る「事業所得」の解釈の妥当性を分析する。したがって、以下「イ」では、フィンランド行政最高裁判所が解釈した判断を再考する。以下「ロ」では、同裁判所が解釈した判断に対する検討を行う。

イ.フィンランド行政最高裁判所の判断の再考

A Oyj Abp case では、租税条約と CFC ルールの抵触関係を考える際に、CFC ルールに係る課税の対象としている所得の問題点を確認しなくてはならない。この問題点に対して同裁判所は、フィンランドの会社法上の利得の分配ではないので「配当所得」ではない³⁹と、上述「第 2 章第 2 節「2」(1)(ハ)」で判断している。

また、租税条約上に「事業所得」の定義が存在していないことから、租税条約 3 条 2 項に基づいて、「事業所得」を解釈している。すなわち、「事業所得」の用語をフィンランド国内法の事業所得税法 1 条に照らして意味を完結した。したがって、「事業所得」と明確に判断していることがわかる⁴⁰。(第 2 章第 2 節「2」(1)(イ)(ロ)参照)

とりわけ、フィンランド CFC ルールの解釈アプローチから、CFC ルールの課税の対象としている所得は、居住者たる納税者の所得である⁴¹と定義されている。(第 2 章第 2 節「2」(1)(ニ)参照) したがって、これらの段階を踏まえたうえで、フィンランド CFC ルールは、フィンランド・ベルギー間の租税条約に係る「事業所得」に抵触しない旨の判断を下している。

ロ.判例を参照することの是非

この「ロ」では、上記「第 2 章第 1 節「2」」で検討したフィンランドの判例が参照できるか否か、検討する。

すなわち、前述「イ.フィンランド行政最高裁判所の解釈」の内容から、その解釈の論理に誤りが生じているものと解する他ならない。例えば、租税条約上に定義がされているの

³⁹ *ibid.*, p.1067-1068.

⁴⁰ フィンランド国内法に係る事業所得税法 1 条を考慮したうえで、行政最高裁判所は、フィンランド CFC ルールが課税の対象としている所得は配当所得ではなく、事業所得であると判断している。

⁴¹ 4 ITLR・*supra* note11, p.1068. すなわち、フィンランド CFC ルールが対象としている所得が事業所得であるとしてもかかわらず、フィンランド CFC ルールが対象としている課税対象者は、フィンランドの国内法人であると判断されている。この問題点から、所得の性質問題と所得の帰属の問題は別に考えるべきであると考え。我が国の判例による解釈を諸外国の判例から参照することの是非でいえば、A Oyj Abp case が一つの判例として採用することも有益であろうが、筆者はこの解釈の論理に疑問が生じている。

であれば、国内法がいかなる定義をしようとも、条約上の定義に従った所得の性質が優先される。一方で、「事業所得」は租税条約上に定義がされていないが、租税条約上の文脈からその意味を解釈することができる。(具体的に第3章第2節及び3節で検討)

A Oyj Abp case の判例は、結果的に「事業所得」の用語を国内法の解釈により意味を援用している。そして、フィンランド CFC ルールの課税の対象としている所得は「事業所得」であるとしている。したがって、CFC ルールの規定により、国内の居住者に対して課税をしている(「一方の締約国の企業」に対して課税していない)制度であるため、租税条約の「事業所得条項」に抵触しないと判断した。

一方、租税条約の解釈において、事業所得条項(企業の利得)を、我が国の国内法令によって解釈することは、二重課税や二重非課税及び納税者の法的安定性を担保すべき概念から生産的ではない。確かに、「事業所得」(企業の利得)は租税条約上に定義はないが、租税条約の文脈からその意味を把握することができる。とりわけ、条約は各国共通の意味を有さなければならないが、CFC ルールの制度は、各国によって多少異なる部分がある。したがって、同判決が判断した条約の解釈方法は、誤っていると考えるため、A Oyj Abp case は、グラクソ事件の参考判例とならない。⁴²

他方、欧州では、CFC ルールと EC 条約との抵触関係が争われた判例がある。⁴³この判例は、結果的に、欧州裁判所(ECJ)が「CFC ルールは EC 条約に抵触する」という判断を下している。したがって、EU の最高裁判所が下した上述の判決により、EU 加盟国であるフィンランドの A Oyj Abp case は判例としての効力が生じないであろう。

そこで、次のドイツのケースでは、フランスやフィンランドとは異なる解釈をしているため、以下「3」では、ドイツにおける条約の解釈の内容を検討する。

3.BFH III R 125/69⁴⁴

この「3」では、ドイツの「事業所得条項」の解釈指針に関する判例を紹介する。フランスやフィンランドの判例とは内容が異なるが、租税条約上に定義がされていない「事業所得」に対する解釈の判例であるため、フランスやフィンランドの判例と類似しているものと考えられる。

したがって、以下「(1)」では、事業所得条項に関する判例である *uruiesfinarazhof case*

⁴² 「事業所得」(企業の利得)が国内法令の解釈を援用せず、条約上の文脈から意味を把握できる根拠は、本稿「第3章」で、租税条約3条2項と対比させて述べる。とりわけ、フィンランド行政最高裁判所は、OECD コメントリーの参照として、フィンランドとベルギーの OECD 加盟国間の CFC ルールと租税条約の関係に関して、コメントリーを根拠として抵触しない旨の判断を下している。*ibid.*, p.1069-1070.なお、コメントリーを根拠に抵触関係を検討できるか否か、或いは OECD 加盟国であろうと非加盟国であろうとコメントリーを根拠に抵触関係を述べるかどうかという是非に関しては「第2章第2節」で述べるため現時点では省略する。

⁴³ いわゆる *Cadbury Schweppes case* である。CFC ルールが EC 条約の「設立」の自由に違反しているか否かが争点となり、ECJ として初めて CFC ルールは EC 条約に抵触するという判例がある。*cf. Cadbury v. CIR, ECJ, Case C-196/04*, 9 *International Tax Law Reports* 89-138(2006).又は、「欧州裁判所における租税回避行為に対する考え方」月刊国際税務 VOL.31、103-111 頁(2011年1月)参照。

⁴⁴ Alexander Rust, *Chapter 11: Germany, 11.2. "International tax treaty case law," 11.2.4. Article 3 (2) OECD MC issues, 11.2.4.1, BFH III R 125/69*, p.265. Guglielmo Maisto ed. *Courts and Tax Treaty Law*, EC and International Tax Law Series Volume 3.

の内容を整理する。以下(2)において条約の解釈の内容を検討する。

(1) *uruiesfinarazhof case*

ドイツでは、事業所得条項と CFC ルールとの抵触関係に関する判例は存在しないが、事業所得条項の解釈に関する判例がある。いわゆる *uruiesfinarazhof case* では、匿名組合が DHT ドイツスイス間の事業所得⁴⁵条項の範囲内に該当するかどうかの判断を司法判断に委ねられている。⁴⁶

ドイツ租税裁判所は、まず、租税条約締結の歴史及び条約の対象及び目的を考慮している。⁴⁷更に、裁判所は事業所得条項に関して妥当な解釈を導き出すことから、国内税法における用語の解釈を援用することを拒否している。⁴⁸

結果的に、租税条約の文脈を第一の手段として、それが安定した結果を導かない場合に、国内税法に対する参照が可能である、と判断を下している。⁴⁹

そこで、次の「(2)」では、ドイツに係る判例の解釈の評価を検討する。

(2) 解釈の範疇

この「(2)」では、ドイツの判例に係る「事業所得」の解釈の評価を検討する。

要するに、ドイツ租税裁判所は、事業所得条項の解釈に関して、定義がない用語の解釈であるにもかかわらず、OECD MC3 条 2 項に係る文献を引用しなかったことが垣間見える。⁵⁰しかしながら、ドイツの裁判所の例によると、OECD MC3 条 2 項の解釈はあまり均一ではないと解されている。⁵¹

したがって、ドイツの或る判決では、租税条約の用語は主として租税条約の文脈に関して解釈されなければならないと判断している。他方、租税条約の文脈を考慮せずに国内法に基づいて租税条約の用語を解釈している判例もあり、ドイツでは定義がされていない用語の解釈に統一性が担保されていない現状にある。⁵²しかしながら、*uruiesfinarazhof case* は、CFC ルールとの関係の判例ではないが、租税条約の趣旨及び目的に叶った解釈をしていると考えるため、我が国でも参考となる解釈指針である。⁵³

そこで、フランス、フィンランド、ドイツの判例を検討してきた結論として、以下「4」では、3つの判例を総合勘案し、我が国が採用すべき租税条約の解釈指針の判例を整理する。

⁴⁵ *ibid.*, p.265.

⁴⁶ *ibid.*, p.265.

⁴⁷ *ibid.*, p.265.

⁴⁸ *ibid.*, p.265.

⁴⁹ *ibid.*, p.265.

⁵⁰ *ibid.*, p.265.

⁵¹ *ibid.*, p.264.

⁵² *ibid.*, p.264.

⁵³ ドイツでは、サモン・ロー（大陸法）の法体系を採用している。つまり、成文法の観点から法典を重視した体系であると判断できる。具体的に以下の文献を参照。吉村典久著「ドイツにおける裁判判例の税務行政に対する一般的拘束力」石島弘・碓井光明・木村弘之亮・玉国文敏編『税法の課題と超克』山田二郎先生古希記念論文記念論文集（信山社、2000年）359-387頁参照。

4.小活

この「4」では、欧州の3つの判例に係る解釈の妥当性をまとめる。

おおよそ、我が国の通説では、租税条約と国内法との関係から、租税条約優位説に依拠している⁵⁴ことを鑑みると、*uruiesfinarazhof case*の事業所得条項における解釈が条約解釈の最も妥当な解釈である。すなわち、条約の文脈から意味を解することが国際的二重課税排除、或いは二重非課税排除の趣旨を担保できる。

すなわち、条約とCFCルールとの抵触関係を別に考えると、フランス及びフィンランドの判例は、租税条約7条の解釈を自国の国内法令により解釈している。しかしながら、これは「利得」の用語に関して、誤った解釈であると考えられる。定義がない用語だからといって、何が何でも国内法令の解釈を援用してもいいということは、租税条約3条2項の規定から解釈できない。したがって、CFCルールが法的二重課税、又は、経済的二重課税を排除している規定であっても、7条の「利得」に関しては、租税条約の文脈からその意味を解すことが可能である。⁵⁵

なお、欧州の各裁判例では、多様にOECDコメンタリーを解釈の指針として採用されていることが認識できる。我が国では、OECDコメンタリーの法的意義に関して一般に確立された基準であるか否かは、学説によって異なり、議論が生じている。

そこで、第3章においてコメンタリーに依拠した「利得」の解釈指針を述べるため、以下第2節では、コメンタリーの法的根拠の意義を、学説から整理し、法的根拠の有無を検討する。

第2節 租税条約の解釈におけるOECDモデル租税条約及び同コメンタリーの法的位置付け

この「第2節」では、OECDモデル租税条約及び同コメンタリーの法的拘力の有無を検討する。すなわち、前述「第2章第1節」で検討を行った欧州の各判例では、OECDコメンタリーを根拠に条約を解釈し、また、コメンタリーをもとに結論を導いている。しかし、コメンタリーに法的効力が有していないのであれば、コメンタリーを根拠とした解釈に批判が生じる可能性がある。すなわち、コメンタリーが、条約の解釈に際して一般的に確立された解釈指針の資料であるか否か、本稿で検討する必要があると筆者は考える。

したがって、以下「1」では、基本的な概念としてOECDの概要を説明する。以下「2」では、コメンタリーに法的な効力がないと述べる学説を整理する。以下「3」では、コメン

⁵⁴ 金子宏著『所得課税の法と政策所得課税の基礎理論下巻』（有斐閣、1996年）363-370頁参照。また、田井良夫『国際的二重課税の排除の研究—外国子会社配当免除制度への転換の検討を中心として—』（税務経理協会、2010年）164頁参照。

⁵⁵ なお、フランスに関しては、我が国と同様にサモン・ロー（大陸法）を採用している。また、金子・前掲（注5）105頁によれば、判例も租税法の法源の一種と考えられている。しかしながら成文法を採用しているフランスで、「利得」の意味に相違あると考えられる場合には、やはりその判例の解釈を参照することはできない。他方で、成文法を採用しているドイツの上述の判例の解釈には妥当性があると考えられる。

タリーは法的な効力があると述べる学説を整理する。最終的に以下「4」において、コメントリーに係る法的効力の有無の検討結果を述べる。

1.OECD の概要

この「1」では、OECD の基本的な概念を整理する。したがって、以下(1)では、コメントリーを解釈指針とする必要性を述べる。(2)では、OECD の基本的な概念を整理する。

(1)OECD コメントリーを解釈指針とする必要性

この「(1)」では OECD コメントリーを解釈指針とする必要性を述べる。

では、なぜ OECD 租税条約及びコメントリーの法的位置付けによる議論が生じているのか。とりわけ、本稿で取り上げなくてはならないその根拠は何か。

すなわち、本稿で取り上げる判例の主たる争点として、タックス・ヘイブン対策税制が租税条約に違反するか否かの是非について議論が生じていた。そこで、OECD コメントリーの 1paragraph23.及び 7paragraph10.1.若くは 10paragraph37.では、CFC ルールは租税条約に抵触しないという説明がされている。⁵⁶

具体的に述べると、OECD モデル租税条約 1paragraph23.及び 7paragraph10.1.には「CFC ルールと OECD モデル租税条約 7 条 1 項は抵触しない」という、CFC ルールと 7 条 1 項との関係性が OECD の勧告から明確に説明されている⁵⁷。しかしながら、果たしてそのコメントリー自体が法的拘束力を有するのか否かが問題である。

したがって、OECD 加盟国間の租税条約の法的位置付けによる議論はもとより、加盟国及び非加盟国間の租税条約⁵⁸の議論も含め、さらには非加盟国間の租税条約に関しても⁵⁹、網羅的に検討⁶⁰する。もし、コメントリーの位置付けが明確に認識することができれば、租

⁵⁶ これらの Paragraph は、前述「第 2 章第 1 節」で述べた Schneider case 後に鑑み、新たに OECD 委員会が改訂したものと思われる。すなわち、これが意味する事は OECD コメントリーに法的拘束力を有しているのであれば、OECD コメントリーを根拠に抵触関係は明確に否定されるであろう。しかし、逆に法的拘束力を有していないのであれば、OECD コメントリーを根拠に CFC ルールと租税条約との関係を否定することはできない。例えば、グラクソ事件に係る課税庁側の主張から、OECD コメントリーが CFC ルールは租税条約に抵触しない旨の参照を根拠として、我が国に関してもタックス・ヘイブン対策税制は日租税条約 7 条 1 項に抵触しない旨の主張をしている。

⁵⁷ 川端康之監修『OECD モデル租税条約 2003 年版（所得と財産に対するモデル条約）』（社団法人日本租税研究協会、2003 年）55、103 頁参照。

⁵⁸ OECD 非加盟国の立場からでもコメントリーに対する自国の立場を表明することは可能であることを、川端・前掲（注 57）「OECD モデル租税条約に対する非加盟国の立場」293-320 頁にて勧告している。なお、英文に関しては、*ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT(OECD), MODEL TAX CONVENTION ON INCOME AND ON CAPITAL(2003), NON-MEMBERCOUNTRIES' POSITIONS ON THE OECD MODEL TAX CONVENTION, p.309-339.* に依拠する。

⁵⁹ 或る国によっては OECD に加盟している国もあれば加盟していない国もあるので、コメントリーの検討事項に関しては OECD 非加盟国と OECD 加盟国はもとより、加盟国間も同様に検討が可能である。尤も議論の余地が生ずる加盟国が非加盟国に対するコメントリーを参照とすることができるのか否かが問題点であると考えられる。なお、法的拘束力を有するという観点から、通説は非加盟国においても参照されるべき資料であるとされている。

⁶⁰ すなわち、OECD モデル租税条約及び同コメントリーの法的根拠の有無が不明確であれば、具体的な租

税条約の解釈にあたって、納税者や企業の経済活動の遂行に対する法的安定性及び予測可能性の観点から、経済活動の遂行幅の可能性が広がることは言うまでもない。

そこで、議論に入る前に、以下「(2)」では、OECDの概要を整理する。

(2)OECD モデル租税条約及び同コメンタリーの概要

この「(2)」では、OECDの概要の整理を試みる。

我が国は、租税条約の解釈の方法として、一般的にOECDモデル租税条約及び同コメンタリー(OECD Model Tax Convention and Commentary)⁶¹を参照することが原則とされている。

OECDとは経済協力開発機構(Organisation for Economic Co-operation and Development, OECD)が1961年9月に世界的視野に立って国際経済全般について協議することを目的として設立された機構⁶²である。本来、OECDモデル租税条約及び同コメンタリーは租税条約の解釈指針の参考とされている。我が国でも租税条約の実体法的解釈はOECDモデル租税条約に依拠し、国際租税法においてOECDコメンタリーが実務で幅広く認知されている。

しかし、OECDモデル租税条約及び同コメンタリーは以前から、加盟国に対して「勧告(Recommend)」(経済協力開発機構条約5条(b))として捉えられてきたが、「勧告」というのは「決定」(同条(a))とは異なり、加盟国に対して拘束力を生じさせるものではない。実際にOECDコメンタリーの法的位置付けに関しては議論が活発化しており、各国で生じる議論に関しても、未だに検討の余地⁶³が生じている。

そこで、OECDコメンタリーの法的根拠に関する議論が活発していることから、次の「2」では、コメンタリーには法的な効力を有していない、とする学説を整理する。

2.OECD コメンタリーについて法的拘束力を有しないという学説

この「2」では、OECDコメンタリーに法的拘束力を有しているとする学説を整理する。以下「(1)」では佐藤正勝教授、以下「(2)」では中里実教授、以下「(3)」では浅妻章如教授、以下「(4)」では山本哲也氏、以下4つの学説を整理する。

税条約の解釈においてOECD租税条約及び同コメンタリーをどのように扱えばよいか、つまり法的根拠があるならば絶対的に従わなければならないのか、或いはそうではないのか。とりわけ納税者が別段の意思を示さない限り従わなければならないのかなど、不確定な部分が存在しているため、コメンタリーの法的根拠の有無の検討を試みるのである。

⁶¹ 本稿に関するOECDモデル租税条約及びコメンタリーに関する英文は、*ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT(OECD), MODEL TAX CONVENTION ON INCOME AND ON CAPITAL(2003)(2005)(2008)*に依拠する。なお、2003年版の和訳は、川端・前掲(注57)を参照。

⁶² 増井良啓・宮崎裕子『国際租税法』(東京大学出版、2008年)24頁引用。

⁶³ cf. Frank Engelen, *Some Observations on the Legal Status of the Commentaries on the OECD Model 60(3)* / David A. Ward, *The Role of the Commentaries on the OECD Model in the Tax Treaty Interpretation Process 60(3)* BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION 97(2006) / Maarten J. Ellis, *The Role of the Commentaries on the OECD Model in the Tax Treaty Interpretation Process-Response to David Ward 60(3)* BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION 103(2006)

(1)佐藤正勝教授

まず、法的拘束力を有しないその根拠として、OECD モデル租税条約及び同コメンタリーは「通達」と同様に扱われることから、法的な拘束力は有しない、とする根拠である。

佐藤教授は OECD モデル租税条約及び同コメンタリーに対して、以下のように述べる。

「OECD モデル租税条約は、わが国、ないし各国の国会等で承認を経たものではない。OECD という国際機関が作成した単なる模範条約である。したがって、法的拘束力はない。しかし、実務では、事実上広く解釈指針として用いられているし、条約規定の意味を包括的に、網羅的に記述した、唯一の文献として各界から信頼を得ているといえる。⁶⁴⁾

すなわち、OECD は実務において一般的に承認されている重要な解釈指針として、兼ねて、尊重するに値するものである、とする根拠である。とりわけ OECD モデル租税条約及びコメンタリーの法的位置付けの観点を除いて、租税条約の解釈指針であると考えることになら問題を感じられない。

(2)中里実教授

他方、法的根拠の観点からコメンタリーの法的位置付けについて、中里教授は以下のよう述べる。

「それは形式的に法的拘束力を有しないのであり、そこに書かれた内容が租税条約の正しい解釈に合致する場合に限り、結果として拘束力を有するようみえるのである。また、何よりもシンガポール⁶⁵⁾は OECD のメンバーではないのであるから、本件において、OECD モデル租税条約コメンタリーを引き合いに出すことについては、かなりの疑問がある⁶⁶⁾。」

すなわち、コメンタリーの法的拘束力の有無以外に OECD 非加盟国はコメンタリーを参照できないと見解する学説である。

したがって、尊重とはいえ、「勧告」として留まることと認識されている以上、国際慣習法として成立されているとまで解することは出来ず、法的拘束力を有するというには言い難い、とする見解である。

(3)浅妻章如教授

⁶⁴⁾ 佐藤正勝「恒久的施設の概念—従属代理人及び独立代理人の意義」『会計プロフェッション』（青山学院大学大学院会計プロフェッション研究学会、2006年）103—104頁参照。

⁶⁵⁾ 補足として、グラクソ事件では日星租税条約が取り扱われており、シンガポール共和国は OECD 非加盟国である。

⁶⁶⁾ 中里・前掲（注20）78—79頁参照。なお、本件とはグラクソ事件のことを指す。

浅妻教授は、OECD コメントリーは可能性として、「法的な意義を有している可能性もあり、また法的な意義を有していない可能性もある」と、両論の立場に立っている。⁶⁷

すなわち、OECD コメントリーが OECD モデル租税条約の作り手である OECD 自身によって書かれているものであるといっても、例えば国内の租税法規について立法担当者が解説書を著しても、その書は裁判において一学説として位置付けられるにとどまることと同様であるにすぎない、と述べる。

(4)山本哲也氏

山本氏は、本稿で取り上げるグラクソ事件の判例からコメントリーの位置付けについて以下のように述べる。

「コメントリーを条約締結時に存在していた（古い）コメントリーと条約締結後に改訂された（新しい）コメントリーと分けて考えた場合において、新しいコメントリーは条約締結や改定時には存在しないという根拠を主とし、法的拘束力は有していない⁶⁸。」

すなわち、コメントリーに法的拘束力を有する学説の中でも混乱が起きているなか、各国裁判所からは、一度も拘束力があるものとは認められていない。⁶⁹したがって、コメントリーが拘束力を有するという根拠が、一般認識としては低いのではないかと考えられる。

そこで、次の「3」ではコメントリーに法的な効力を有しているとする学説を整理する。

3.OECD コメントリーについて法的拘束力を有しているという学説

この「3」では、OECD モデル租税条約及び同コメントリーに関して法的拘束力を有するという学説を整理する。したがって、以下「(1)」では、コメントリーの法的効力に対する VCLT の必要性を述べる。以下「(2)」ではコメントリーが VCLT に該当する根拠の学説を整理する。以下「(3)」では VCLT 以外の立場によるコメントリーの学説を整理する。

(1)VCLT を斟酌する根拠

この「(1)」では、OECD コメントリーの参照に係る、VCLT を参考とする根拠を述べる。

⁶⁷ 浅妻章如「国際租税法におけるルール形成とソフトロー——CFC 税制と租税条約に関する OECD コメントリーの位置付けを題材として」中里実編『政府規制とソフトロー』（有斐閣、2008 年）262—264 頁参照。要するに、浅妻教授は、「OECD コメントリーが或る課税を禁じているところ、或る OECD 加盟国がコメントリーに留保(reservation)を付さなかったまま当該国が OECD コメントリーの記述に反して課税しようとする場合、OECD コメントリーの法的拘束力によりそうした課税が許されなくなるのではないか。」という典型的な問題について、一般化して答えを示すことは難しいものである、と述べる。

⁶⁸ 山本(哲)・前掲(注 20) 119 頁参照。

⁶⁹ Klaus Vogel・松原有里(訳)「ヨーロッパにおける国際課税の現代的課題」江草忠敬『租税の戦争と調和』（有斐閣、1998 年）156 頁参照。

つまり、OECD コメンタリーに法的拘束力を有するという根拠を述べるためには、VCLT を斟酌し、VCLT のいずれかの規定に該当、或いは、当てはめることができればコメントリーに法的効力を持たせる事ができる。⁷⁰

すなわち、OECD コメンタリーが単なるコメントリーとして尊重されるのではなく、VCLT31 条 1 項から 4 項及び 32 条のいずれかの規定に該当することができるのか、が問題である。とりわけ、VCLT のいずれかに該当することができるのか、という問題は、条約締結の際にコメントリーをもとに参照して作成されている租税条約の解釈に大きな影響を有することになる。⁷¹

そこで、次の「(2)」では、具体的に OECD コメンタリーが VCLT の、どの規定に該当するのが、学説を参考に検討を試みる。

(2)VCLT に該当するという学説

この「(2)」では、OECD コメンタリーに対して、VCLT に該当すると述べる学説の整理を行う。したがって、以下「イ」では VCLT31 条 4 項に該当する学説、以下「ロ」では VCLT31 条 3 項に該当する学説、以下「ハ」では VCLT31 条 1 項に該当する学説、以下「ニ」では VCLT32 条に該当する学説を整理する。

イ.VCLT31 条 4 項の「特別の意味」⁷²に該当するという見解

租税条約の解釈から OECD コメンタリーは、VCLT31 条 4 項の「特別の意味」に該当すると解釈できるという谷口勢津夫教授の見解である。谷口教授は次のように述べる。

「モデル租税条約及び同コメントリーは、租税条約の実務において広範に重要な役割を果たすようになってきており、そのことが判断調和 (Entscheidungsharmonie) の実現にも貢献していると考えられることから、モデル租税条約及び同コメントリーを租税条約の解釈において参酌することは租税条約の主観的解釈につながることを承認したうえで、且つ、その参酌を条約解釈の一般的規則の枠内で行い得るようにすべきであり、妥協の余地を VCLT31 条と 32 条の懸け橋と解してモデル租税条約及び同コメントリーから明らかになる用語の意味を「特別の意味」⁷³である。⁷⁴」⁷⁵

⁷⁰ 谷口勢津夫『租税条約論』(清文社、1999年)16頁参照。

⁷¹ つまり、OECD モデル租税条約及び同コメントリーを法的に参照できるまでの拘束力を有することができるのかが「第2章第2節」での論点である。本稿による「利得」の解釈や、条約に対する適合性の観点から考えると重要な論点である。したがって、学説からその根拠を導くために、OECD モデル租税条約及び同コメントリーが VCLT に対してどのように効力を有しているかが焦点である。

⁷² VCLT31 条 4 項「用語は、当事国がこれに特別の意味を与えることを意図していたと認められる場合には、当該特別の意味を有する。」松井・前掲(注1)305頁引用。なお、VCLT に関する詳細として、*cf. The Vienna Convention on the Law of Treaties, Second edition.* MANCHESTER UNIVERSITY PRESS at 83-113.(1984).を参照。

⁷³ 谷口・前掲(注70)15-27頁参照。

⁷⁴ 谷口教授と同様の見解を示すものとして、Hugh J. Ault, *The role of the OECD commentaries in the interpretation of tax treaties*, in edited by HERBERT H. ALPERT—KEESVAN RAAD, ESSAYS ON

すなわち、VCLT31 条の 1 項から 4 項では、コメントリーに対してより強い拘束力が認められていることから、「判断調和」の解釈として上述の解釈をしている。

ロ.VCLT31 条 3 項の「条約の適用につき後に生じた慣行」⁷⁶に該当するという見解

占部裕典教授は、OECD モデル租税条約及び同コメントリーを、VCLT31 条(3)(b)「条約の適用につき後に生じた慣行」に該当する⁷⁷と述べる。この学説の根拠は、本稿で取り上げるグラクソ事件の判例に対するコメントリーの位置付けのことを述べている学説である。その根拠として以下のとおりである。

「我が国が日星租税条約を締結して以来、タックス・ヘイブン対策税制はシンガポールにおいて受け入れられており、このことは、VCLT31 条 3 項は、日星租税条約の解釈につき、「条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの」を租税条約の解釈にあたり考慮すると規定している旨の根拠としていることから、コメントリーは 31 条 3 項の「後に生じた慣行」である。」

すなわち、条約締結後にされたコメントリーに関しては VCLT31 条 3 項に該当する、とする見解である。

ハ.VCLT31 条 1 項の「通常の意味」⁷⁸に該当するという見解

また、谷口教授は、コメントリーを VCLT31 条 1 項にも該当すると述べる。その学説の根拠は以下のとおりである。

「租税条約は VCLT の規則から判断調和ないし協調解釈の要請を導き出す見解があり、この判断調和の要請と、OECD 理事会の勧告を遵守する「弱められた義務」とを根拠として、モデル租税条約及び同コメントリーから明らかになる用語の意味を「用語の通常の意味」として捉える。」⁷⁹

INTERNATIONAL TAXATION at 61.(1993)がある。Ault 教授も OECD モデル租税条約及び同コメントリーの法的根拠を VCLT31 条 4 項の「特別の意味」と述べている。

⁷⁵ VCLT31 条と 32 条の懸け橋というのは、つまり 32 条の条文から 31 条の規定において意味が曖昧、又は、不明確であった場合により適用されうる条文であるため、31 条よりは解釈に幅が限定的になってしまおうとすることであると考えられる。

⁷⁶ VCLT31 条 3 項「文脈とともに、次のものを考慮する。(a)条約の解釈又は適用につき当事国の間で後になされた合意 (b)条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するもの (c)当事国の間の関係において適用される国際法の関連規則。」松井・前掲(注 1) 305 頁引用。

⁷⁷ 占部・前掲(注 20) 227 頁参照。占部教授は 31 条 3 項であるとする根拠として、その根拠の一つを Vogel 教授の論文から引用されている。(Klaus Vogel, *Double Taxation Convention*, Para.126)

⁷⁸ VCLT31 条 1 項「条約は、文脈によりかつその趣旨及び目的に照らして与えられる用語の通常の意味に従い、誠実に解釈するものとする。」松井・前掲(注 1) 304-305 頁引用。

⁷⁹ 谷口・前掲(注 70) 16-17 頁参照。

すなわち、コメンタリーが有する意味が VCLT31 条 1 項に該当すると述べる。したがって、谷口教授は、OECD モデル租税条約及び同コメンタリーを状況に応じて 31 条 1 項の「通常の意味」と 31 条 4 項の「特別の意味」に使い分けている。

二.VCLT32 条の「解釈の補足的手段」⁸⁰に該当するという見解

(イ) 一方、租税条約の解釈として、OECD コメンタリーは VCLT32 条の「解釈の補足的手段」にすぎない⁸¹と述べる学説がある。⁸²また、小寺彰教授は VCLT32 条に該当するという根拠を、以下のように述べる。

「単に条約解釈の基本原則である VCLT31 条に該当するという考えではないということである。つまり 31 条の「文脈」ないし、「文脈」と同様に考慮すべきものと位置付けるためには、まず租税条約における条項に関する用語の通常の意味が OECD コメンタリーに示されていることを立証することである。そして一般的にではなく、租税条約との関係で OECD コメンタリーの採用する解釈を採用する旨を、租税条約当事国間で何らかの形で合意したという事実を示す必要がある。以上の要件を満たすことができなければ、条約文等の条約解釈の主要な手段によっては「意味が曖昧又は不明確である場合」または「明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合」に限って、条約解釈の補足的手段として用いることができる。⁸³」

すなわち、コメンタリーはあくまでも VCLT32 条の「解釈の補足的手段」として条約解釈に援用されるもの、という見解である。

しかしながら、上述の学説は、批判の懸念が生じる可能性がある。

つまり、コメンタリーが「条約の準備作業」又は「条約の締結の際の事情」には該当しないと考えられるであろう。そのような解釈をした場合に「条約解釈の補足手段」として

⁸⁰ VCLT32 条「前条の規定の適用により得られた意味を確認するため又は次の場合における意味を決定するため、解釈の補足的な手段、特に条約の準備作業及び条約の締結の際の事情に依拠することができる。(a)前条の規定による解釈によっては意味があいまい又は不明確である場合(b)前条の規定による解釈により明らかに常識に反した又は不合理な結果がもたらされる場合。」松井・前掲(注1)305頁引用。

⁸¹ cf. DANIEL SANDLER, *TAX TREATIES AND CONTROLLED FOREIGN COMPANY LEGISLATION* at 83 (1998).つまり、Sandler 教授は租税条約を解釈する際に、コメンタリーを VCLT32 条の解釈の補足的手段であると述べる。これは租税条約 7 条 1 項の解釈に限ったことではなく、租税条約全体でのコメンタリーの参照を意味しているものと考えられる。

⁸² 例えば、各国の司法判断による判決から OECD コメンタリーについて拘束力を有するということが認められたことが未だ皆無である。このジレンマを克服するため、1996 年においてオーストラリアとアメリカの間の新たな二重課税防止条約に合意議定書が添付されており、条約の定義を OECD モデル条約の文言から借用する場合には、OECD コンメンタルの意味で解釈することができるということが予定されていた。議定書においては「解釈の補足的手段となるものである」旨の判断が下されており、二重課税防止条約の解釈にあたってその都度、最新のコンメンタルの見解を参考にすることに對する法的根拠を与えているのである。Vogel・松原・前掲(注69)156頁参照。

⁸³ 小寺彰「租税条約の解釈における OECD コンメンタルの意義—条約解釈上の位置—」『国際商取引に伴う法的諸問題(15)』(財団法人トラスト 60、2008 年) 63-64 頁参照。

用いるためにはその根拠を示さなければならない。⁸⁴

(ロ) 他方、吉村典久教授は以下のように述べる。

「OECD モデル租税条約及び同コメンタリーは、各国の二国間租税条約の策定作業を行う上で、事実上、大いに参考されていることから、この実務を基礎として OECD コメンタリーを VCLT32 条の「解釈の補足的手段（準備作業）」に含められる⁸⁵。」

すなわち、小寺教授と吉村教授の学説から、VCLT32 条の文言を検討すると、VCLT31 条の規定の適用により得られた意味を確認するためにも解釈の補足的手段を使うことができる、という根拠であることがわかる。⁸⁶しかし、この根拠にも弱点がないわけではない。二国間租税条約の締結前の OECD コメンタリーは「準備作業」に該当するのである。しかしながら、日星租税条約の場合に、その条約の締結後に策定若しくは改訂された OECD コメンタリーは「準備作業」とならないことは明らかである。⁸⁷

(ハ) すなわち、OECD モデル条約の公式コメンタリーは、それらが締約国の憲法により裁判所及び課税当局を拘束する場合、且つ、その限りにおいて、不確実性及び疑念の解決に役立つのである。二国間租税条約のなかで OECD コメンタリーを条約解釈にとって拘束力のあるガイドラインとして援用することは有用である。したがって、法的には条約解釈の補足手段にすぎない⁸⁸という根拠として位置付けられることになる。

以上により、コメンタリーの VCLT に対する該当性に関する学説を整理した。一方で、コメンタリーを VCLT 以外の観点から、その位置付けを見出そうとする学説がある。そこ

⁸⁴ したがって、小寺教授は OECD コメンタリーを条約解釈の補足手段として位置付けられても、それは VCLT31 条に規定される条約解釈の主要な手段によって十分な条約解釈がなされない場合、つまり「意味が曖昧又は不明確である場合」または「明らかに常識に反した又は不合理な結果をもたらされる場合」に意味をもつにすぎないのである、と述べる。小寺・前掲（注 83）64 頁参照。

⁸⁵ 吉村典久「租税条約の解釈における OECD コメンタリーの引用」金子宏編『国際課税の理論と実務—移転価格と金融取引—』（有斐閣、1997 年）394—399 頁、414 頁参照。

⁸⁶ OECD コメンタリーを参照する意義について大成事件判決がある。いわゆる恒久的施設としての代理人に関する OECD モデル租税条約及びコメンタリーの問題として、モデル条約 5 条 5 項及び 6 項の解釈にはいずれの合理的な結論が引き出せないため、VCLT32 条(a)に基づき、VCLT 第 31 条に定める解釈の一般的規則による「解釈によっては意味があいまい又は不明確である場合」を念頭に置き、解釈の補足的な手段としてコメンタリーが引用できるという根拠を参考とし、裁判所は判決における二国間租税条約の解釈として OECD コメンタリーに準拠することができるとされた判決である。(The Taisei Fire and Marine Insurance Co., Ltd., et al., v. Commissioner of Internal Revenue, 104 T. C. 535; 1995 U.S. TAX Ct.).

⁸⁷ いわゆる、租税条約の解釈にあたって各国裁判所がよく行っているように、条約締結時（古い）のコメンタリーのみならず最新版（新しい）の OECD コメンタリーをも引用することの根拠がなくなってしまうという点である。

⁸⁸ 木村弘之亮「二重課税条約の解釈」『法学研究』（慶應義塾大学法学部内法学研究会第 68 巻第 6 号、1995 年）58、64—65 頁参照。例えば、木村教授の見解から、1963、1977、1992、1994 年の OECD モデル条約及びそのコメンタリーは条約そのものの構成要素ではなく、それらは、国際慣習法にも凝縮していないので、同モデル条約及びコメンタリーはいまだ規範効力を有しないと考えられている。それ故、これらは VCLT32 条に規定する解釈の補足手段であるにすぎないのである。とりわけ、OECD 非加盟国間に関しては、OECD 二重課税モデル条約を手本にして二重課税条約が締結されることも、稀ではないのであり、このような場合においても、解釈にあたっては 1963、1977、1992、1994 年 OECD モデル条約によって意味内容から出発されるのであるから、非加盟国においても同様の解釈が可能であると述べる。

で、次の「(3)」では、ソフトローの観点からコメントリーの位置付けに関する学説を整理する。

(3)VCLT 以外の観点及び soft law の観点

この「(3)」では、VCLT の規定のいずれにも該当せず、Soft law の観点からコメントリーの位置付けを見出そうとしている学説の整理を行う。したがって、以下「イ」では VCLT 以外の観点からコメントリーの位置付けを探求している学説を述べる。以下「ロ」では Soft law としてのコメントリーの位置付けの学説を述べる。

イ.VCLT 以外の観点

前述「(2)VCLT に該当する根拠」で述べたように、コメントリーの位置付けには多種多論が存在する。また、OECD モデル条約及び同コメントリーが VCLT のいずれの規定に該当するのかが、議論の的になっていることは明確である。しかしながら、通説は存在していない。

近年では、VCLT の規定の中からでは、コメントリーにおける租税条約の解釈が困難であると考えられていた。或いは、法的拘束力を有するの可否か、という観点からコメントリーの位置付けを見出すことは困難だとされていた。そこで、VCLT の規定以外の観点から OECD モデル租税条約及び同コメントリーの位置付けを検討する試み⁸⁹がされているのである。⁹⁰

つまり、上記で述べた、VCLT 以外の方法から位置付けを見出す試みが成功したとするのであれば、VCLT32 条の解釈が狭義的であるという懸念が解消される。また、異なった解釈論へと発展する可能性がある。とりわけ、締約国が条約締結過程において条文にコメントリーに従った「特別の意味」を与えるとといった場面が十分想定し得るので、「特別の意味」と解すべき場面もあると考えられる。したがって、このような解釈論は十分成り立ちうる。⁹¹また、VCLT 以外の観点から条約の解釈を導きだせるのではないか、という論理に正しい解釈の方向性が見える。

ロ. Soft law としてのコメントリー

⁸⁹ Engelen・*supra* note57,p.105. / Ward・*supra* note57,p.45.

⁹⁰ cf. Klaus Vogel, *KLAUS VOGEL ON DOUBLE TAXATION CONVENTIONS (THIRD EDITION)* at 45(1997). 一つの方法論として、原則的にはコメントリーは加盟国に対し、条約解釈において解釈指針とされ、尊重すべき資料ではあるが、法的な拘束力を有するということと認められていない。すなわち、Vogel 教授は、この意味を「弱い拘束力」(soft obligation) 若しくは Soft law とたとえ、この法的拘束力の見地からコメントリーの位置付けを見出すことが困難である為、コメントリーの弱い拘束力に着目して位置付けを明らかにしようとしていた。しかし、このような見解もやはり法的な拘束力までは認めない、としており、やはり、VCLT のいずれかの規定に該当するかが OECD コメントリーの位置付けを見出すことの通常の方法論ではないかと認識する。

⁹¹ 山本(哲)・前掲(注20)118-119頁参照。

或いは、我が国では、ソフトロー（Soft law）の議論が生じており、もう一つの方法論として述べている学説がある。すなわち、OECD コメンタリーは国際慣習法ではないが、「弱い意味での法的な効力を有する」という学説がある。ただ、この学説は、あくまでも弱い効力に限るものであって、決定的な拘束力を有するという意味をもたらすことはないとされている。⁹²

したがって、法的な拘束力という観点からコメンタリーの位置付けを見出すことが困難であることは上述の学説から見ても確認できる。その別の異なる次元での OECD コメンタリーの影響力に関して、今後も議論の余地がある。

そこで、以下「4」ではコメンタリーの法的拘束力の有無に関して筆者が考える効果を検討結果としてまとめる。

4.小活

この「4」では、コメンタリーの法的拘束力の有無を分析した結果として、筆者の考えを述べる。筆者は、コメンタリーを VCLT32 条の「解釈の補足的手段」として租税条約の解釈に際して参照できると考える。その根拠を、具体的に、以下「(1)」において述べる。以下「(2)」では VCLT31 条 1 項から 4 項のいずれにも該当しない根拠を述べる。そして、「(3)」ではコメンタリーの検討結果として、若干の補足を述べる。

(1)VCLT32 条の「解釈の補足的手段」であるとする根拠

この「(1)」では、OECD コメンタリーの法的位置付けを、VCLT32 条にいう「解釈の補足的手段」⁹³として法的な効力が有するものである、とする根拠を述べる。そこで、32 条である根拠を以下の「イ」において述べる。そして、以下「ロ」では弱い拘束力としてのコメンタリーに関して、国際慣習法ではないことを前提に意見を述べる

イ. 32 条の妥当性及び批判の懸念

すなわち、「意味が曖昧」又は「不明確な場合の条約文」の場合には、コメンタリーを解釈の補足的手段として参照することができると判断する。或いは、考え方によってはコメンタリーの尊重として実務で十分に参照されているという観点から VCLT32 条の「準備作

⁹² 浅妻・前掲（注 67）262-265 頁参照。したがって、法的な効力とは異なる次元の影響力のことであるため、OECD コメンタリーの記述内容の説得力の強さ次第で裁判に対して實際上強い意味をもつことがありうる。この問題として OECD コメンタリーの説明は簡潔すぎており、懇切丁寧に理由が書かれている訳ではないことから、裁判所ではコメンタリーを根拠に結論を導くことは困難であると考えられる。

⁹³ VCLT32 条である「解釈の補足的手段」に依拠するものとして、cf. Klaus Tipke und Heinrich Wilhelm Kruse, *Abgabenordnung (ohne Steuerstrafrecht), Finanzgerichtsordnung. Kommentar in Loseblattform, 8. Auflage.* Verlag Dr. Otto Schmidt KG. Köln-Marienburg 1965/1976.1 Sammeleinband, 1250 Seiten. / Klaus Tipke ; Heinrich Wilhelm Kruse, *Abgabenordnung Finanzgerichtsordnung : Kommentar*, Köln, § 2 AO Tz.11. / Harald Schaumburg, *Internationales Steuerrecht*, Köln 1993, 580-582f.

業」にも当てはめることができる。

ただし、該当しない懸念として、VCLT32 条の「解釈の補足的手段（準備作業）」の意味は、二国間租税条約の締結前の「準備作業」として該当することに妥当性を持ってなくはないが、租税条約の締結後に改訂された OECD コメンタリーに関しては「準備作業」として該当はしない。

しかしながら、締結後に改訂されたコメンタリーを準備作業に当てはめることができなくとも、その条文が租税条約締結国間について条約解釈の際に不明確な事象が生じた場合には 32 条の「意味が曖昧又は不明確」に該当しコメンタリーに効力を持たすことができるのである。

ロ.弱い拘束力としてのコメンタリー

なお、OECD モデル租税条約及び同コメンタリーの序 29 では、コメンタリーの法的拘束力が有していないと解することができる内容が記載されている。しかし、この問題に関しては、コメンタリーが国際慣習法ではないことは明確である。本稿ではコメンタリーが弱い拘束力を有しており、条約文を解釈した際になにかしらの効力、或いは影響力を有することを証明することが意義としてある。すなわち、国際慣習法だから参照できないという結論には結び付かない。

したがって、上記「(1)」ではコメンタリーを VCLT32 条の「解釈の補足的手段」として効力を有するとしておきたい。そこで、次の「(2)」では VCLT31 条 1 項から 4 項のいずれの規定にも該当しない根拠を述べる。

(2)VCLT31 条 1 項から 4 項までの該当範囲

この「(2)」では、VCLT31 条 1 項から 4 項のいずれにも該当しないという根拠を述べる。したがって、以下「イ」では VCLT31 条 4 項、以下「ロ」では VCLT31 条 3 項、以下「ハ」では VCLT31 条 2 項、以下「ニ」では VCLT31 条 1 項に該当しない根拠を述べる。

イ.VCLT31 条 4 項

VCLT31 条 4 項の「特別の意味」に関しては、租税条約締結前に存在していたコメンタリーが「特別の意味」に該当すると解することは妥当性があり、問題はないと考える。

しかしながら、「特別の意味」とすることができるのは租税条約の締結前に存在していたモデル租税条約及び同コメンタリーである。本稿で具体的に参考とするのは 2003 年版改正から 2008 年によるコメンタリーである。したがって、当該租税条約締結後の新しいコメンタリーは「特別の意味」に該当するという事は難しい。⁹⁴

⁹⁴ この見解は租税条約締結以前による古いコメンタリーによるものであり、締結後に新たに改訂されたコメンタリーによるものではない。

ロ.VCLT31 条 3 項

コメンタリーが VCLT31 条 3 項の規定に該当するかを考えると、それは「後に生じた慣行」に該当すると考えることは困難である。

例えば、条約の解釈、又は適用につき、当事国の間で後になされた合意又は条約の適用につき後に生じた慣行であって、条約の解釈についての当事国の合意を確立するものとする場合、租税条約締結前のコメンタリーは、「後になされた合意」でもなければ「後で生じた慣行」でもない。すなわち、古いコメンタリーはこの規定の適用対象ではない。

とりわけ、条約締結後に改訂されたコメンタリーを OECD 加盟国と非加盟国との間の租税条約の場合、当事国の間でなされた合意、或いは当事国の合意を確立するものと解釈することはできない。したがって、条約締結前のコメンタリー及び条約締結後のコメンタリーに関しては 31 条 3 項に該当しない。

ハ.VCLT31 条 2 項

また、OECD コメンタリーは 31 条 2 項のいう「関係文書」や「関係合意」ではない。コメンタリーはあくまでも勧告にしすぎないのであり、各条約事の「関係文書」や「関係合意ではないことは明確である。

ニ.VCLT31 条 1 項

31 条 1 項の「通常の意味」に該当しないことは当然であろう。その根拠として、Schneider case に係る CFC ルールは、租税条約に抵触するという判決は、コメンタリーとは逆の判断として解釈しているのである。少なくともコメンタリーを「通常の意味」と解釈すること自体が、確立してはいないし、妥当な解釈ということとはできない。

すなわち、「勧告」という弱い義務を根拠に通常の意味と解釈することは、結局はコメンタリーに従った意思を持っていたか否かの判断を要することになる。また、条約の主観的解釈に繋がる⁹⁵のである。したがって「通常の意味」と解することには根拠はない。⁹⁶

以上により VCLT31 条 1 項から 4 項のいずれにも該当しない根拠を示した。そこで次の「(3)」ではコメンタリーの法的効力の検討結果の補足を述べる。

(3)コメンタリーの間接地帯

⁹⁵ 谷口・前掲（注 70）17 頁引用。

⁹⁶ 更に、このような「弱められた義務」を導き出すことができるとしても、そのような「義務」を根拠にしてモデル租税条約及び同コメンタリーを、OECD 加盟国の租税条約に関しては、「むしろ文脈に属する」と理解することは、VCLT31 条 1 項が条約文に即した客観的解釈を条約解釈の基本としていることから、妥当ではないと谷口教授は述べる。谷口・前掲（注 70）16-17 頁参照。

この「(3)」では、コメントリーの法的効力の有無に関する検討結果の補足を述べる。

すなわち、OECD モデル租税条約及び同コメントリーは、かなりの「中間地帯 (no man's land)」であり、拘束力を有するよう拘束力がないことは確かである。⁹⁷ただし、OECD コメントリーの租税条約解釈上の意味は、状況に応じて異なり一律ではない⁹⁸ことを確認したうえで、事象や事案に応じてコメントリーの参照効果が異なるものとする。

原則的には、コメントリーに関する条約解釈を条約文 (text) に即して客観的に解釈することである。つまり、31 条 1 項から 4 項のいずれにも該当しない場合に 32 条 (a) にいう、「意味が曖昧又は不明確」な場合に「解釈の補足的手段」として参照することができる。少なからず租税条約 7 条 1 項の関係性からコメントリーを参照とする際に、その根拠を VCLT31 条 1 項から 4 項のいずれも該当の妥当性がもてないため 32 条に該当する。⁹⁹

とりわけ、本稿に係るモデル租税条約 7 条 1 項を解釈するにあたって、条約文に即して客観的に解釈してもなお、「意味が曖昧又は不明確な場合」に「解釈の補足的手段」としてコメントリーに法的な効力を持たすことができる。

したがって、この「第 2 節」ではコメントリーを VCLT 第 32 条の「解釈の補足的手段」として、その解釈に確立された基準として参考できる資料であると結論しておきたい。また、前述「第 1 節」では、欧州の各裁判例による租税条約 7 条の「企業の利得」の内容がどのように解釈されているかを分析した。そこで次の「第 3 章」(租税条約上の企業の利得の解釈)では、「第 2 章」(欧州の各裁判例及びコメントリーの法的効力)で得た検討結果を基に、具体的に租税条約の解釈の内容を検討する。

⁹⁷ Niels Blokker, "SKATING ON THIN ICE ? ON THE LAW OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AND THE LEGAL NATURE OF THE COMMENTARIES ON THE OECD MODEL TAX CONVENTION", p.17. Sjoerd Douma and Frank Engelen ed. *The Legal Status of the OECD Commentaries*, International Bureau of Fiscal Documentation(2006).なお Blokker 教授は、OECD 加盟国が二国間協定においてモデル条約の規定をコピーすることに関して、それらもまたコメントリーに記載されている解釈に従うことが望ましいと考えられるということは明白であると述べる。

⁹⁸ 小寺・前掲 (注 83) 64 頁参照。

⁹⁹ しかしながら、コメントリーの法的拘束力の有無は、いずれかの国の加盟国がコメントリーに伴う解釈に従うために法律的義務を何らかの方法で受け入れたかを見るのは難しいと考えられている。Blokker・*supra* note97,p.17.

第3章 租税条約上の企業の利得の解釈

この「第3章」では、租税条約7条の「企業の利得」が企業の稼得する所得のいかなる所得を指しているのか、具体的に検討を行う。

つまり、「企業の利得」という用語は、租税条約上に定義がされていない。定義がない用語は、租税条約3条2項に基づいて、各国国内法令の解釈の援用によって意味を参照することができる。しかし、前述「第2章欧州の各裁判例及びコメンタリーの効力」で述べた欧州の各判例の検討から、「企業の利得」を租税条約3条2項に基づいて解釈した場合は、誤った解釈をする可能性がある。また、その誤りによって、CFCルールが租税条約に抵触するという判断を下している。

要するに、租税条約3条2項に基づいて各国国内法令の解釈を援用することは、二重課税及び二重非課税（課税の空白）の可能性、更には法的安定性を担保することが困難になる。

我が国は法治国家であり、法的安定性或いは予測可能性の獲得を目指し、不確定概念の要素がある租税条約の運用に統一性の獲得を求めることは重要である。すなわち、前述「第2章」で述べた、欧州裁判所の「企業の利得」の解釈指針を「第3章」の論理の参考とする。且つ、OECDコメンタリーの補足資料による解釈指針を参照し、租税条約7条の「企業の利得」を分析していくことを試みる。

したがって、以下「第1節」では、基本概念である租税条約の趣旨及び目的を整理する。以下「第2節」では、租税条約上の解釈指針の内容を検討する。次に「第2節」まで構築した論理を主として、以下「第3節」では「企業の利得」とは何かを具体的に示す。以下「第4節」ではOECDコメンタリーの観点から「利得」の意味の内容を検討する。以下「第5節」では、「企業の利得」が「事業所得」であるという前提で、他の所得と比較検討を行う。以下「第6節」では、我が国のタックス・ヘイブン対策税制の租税条約適合性の分析を行う。以下「第7節」では「第1節」から「第6節」まで検討した結果をまとめる。

第1節 租税条約の趣旨及び目的

この「第1節」では、租税条約の趣旨及び目的の整理を行う。「第1節」で趣旨及び目的を検討する根拠は、租税条約を解釈する前に租税条約がいかなる趣旨及び目的を有しているのか、「第1節」の段階にて把握する必要があると考えるため、検討を行うものである。

租税条約の趣旨及び目的としては以下の4点が挙げられる。

1点目は、国際的な二重課税という税の障害（tax barrier）を可能な限り回避、又は排除することや、外国人及び外国企業をそれらが国内源泉所得と実質的な関連を持たない限り、国内法に定める申告義務または納税義務から可能な限り解放すること、及び、租税条約の締結を通じて発展途上国の経済開発等につき積極的に貢献していくこと¹⁰⁰、また二重非課

¹⁰⁰ 小松芳明『租税条約の研究[新版]』（有斐閣、1982年）1-2頁参照。

税の排除である。

2点目は、その他に租税法の執行に関する国際的協力の促進ならびに相手国政府に対する自国民の保護も重要な目的¹⁰¹である。

3点目は、締約国間の課税権の配分及び国際的な租税回避・脱税の防止¹⁰²が挙げられる。

4点目は、税源の配分や資本の逃避及び「租税逃避 (tax flight)」¹⁰³などが目的として挙げる見解¹⁰⁴もある。

すなわち、租税条約の趣旨及び目的を鑑みるのであれば、4点目の「租税逃避」の意味として租税回避防止を目的と解すことも一つの解釈である。また、上記の4点が一般的な租税条約の趣旨及び目的といえるであろう。

以上、「第1節」では租税条約の趣旨及び目的に関して若干の整理を行った。そこで以下「第2節」では、租税条約上の解釈指針の内容を検討する。したがって、条約の解釈指針に統一性をもたらすことを目的とし、検討を行う。

第2節 租税条約の解釈の統一性

この「第2節」では、租税条約の解釈指針を適正に判断し、租税条約の趣旨及び目的の獲得を念頭に検討を行う。

租税条約は法令であるが国内法ではない。いわゆる、租税条約は国際法に属するため、二国間租税条約に際し、締約国間同士の解釈が正当に一致するとは限らない。正しい解釈は一つしかないという建前¹⁰⁵からすると、多様な解釈から生じる果実も一つの意味を有すると考える。しかし、租税条約上の解釈に至っては学説が分かれている。

そこで、以下「1」では、租税条約上の解釈に対する学説の違いを整理し、租税条約の趣旨及び目的が正確に運用されているか、検討する。以下「2」では、租税条約3条2項の規定に基づいて、国内法令に係る解釈を援用した場合の、二重課税及び二重非課税（課税の空白）の懸念に関する分析を行う。

1. 解釈の統一性獲得

この「1」では、租税条約上の統一的解釈を獲得するために、意見の異なる学説を整理し、筆者の意見を述べる。

以下、「(1)」では、租税条約の基本的規範を述べる。以下「(2)」では、租税条約の原則的な解釈指針を述べる。そして以下「(3)」では、租税条約上の解釈に係る学説が分かれているため、学説を整理し、筆者の考えを述べる。

¹⁰¹ 金子・前掲（注5）99頁参照。

¹⁰² 水野忠恒『国際課税の理論と課題』（税務経理協会、1995年）19頁引用。

¹⁰³ 木村弘之亮『国際税法』（成文堂、2000年）722-724頁引用。

¹⁰⁴ 例えば、OECDコメンタリーでは、1 Paragraph 7.において「租税条約の目的は租税回避及び遁脱を防止する」旨の記載がされている。川端・前掲（注57）44頁参照。

¹⁰⁵ 浅妻・前掲（注20）334頁引用。

(1)租税条約の基本的規範

この「(1)」では租税条約の基本的規範を述べる。

まず、租税条約は国会の承認を経ることを要されているため、租税条約上の法解釈を遂行するうえで、租税法律主義の原則に沿う¹⁰⁶ことを認識しなくてはならない。したがって、二重課税条約も租税法の法源¹⁰⁷の一種として、日本国憲法 84 条に係る租税法律主義の要請が厳格に働く。

そこで、次の「(2)」では、租税条約上の原則的解釈の整理を行う。

(2)租税条約上の原則的解釈

この「(2)」では、租税条約上の原則的な解釈の整理を行う。したがって、以下「イ」では、租税条約の解釈に係る基本的な概念の学説を取り上げ、整理を行う。以下「ロ」では、「イ」に対する筆者の考えを述べる。

イ.原則的解釈

この「イ」では、租税条約上の解釈に関する学説を整理する。

学説では文言主義解釈、目的主義解釈、意思主義解釈の 3 点のアプローチが提唱されている。¹⁰⁸しかしながら、果たして上記に示したアプローチが租税条約上の解釈に統一性を獲得できるのか。以下「ロ」で租税条約の原則的な解釈の指針を検討する。

ロ.考察

まず、第一義的に租税条約は国際法である、という概念を置かなければならない。つまり、租税条約の解釈にあたり、我が国は、VCLT を批准¹⁰⁹していることから客観的解釈による解釈¹¹⁰を遂行しなければならないと考える。すなわち、VCLT による条約の一般的解釈原則に係る分析から、VCLT31 条 1 項に規定されている「用語の通常の意味」を引き出し、条文を読み取る「文理解釈」が要請されている。

そして、第二義的に、意味が不明確な場合でも明確な場合でも、「趣旨及び目的に照らして」の文言から、租税条約の趣旨及び目的を認識する。更に、文脈（租税条約の各条文全体を指す）、後に 2 項、3 項と順序に VCLT を分析し、解釈していくことが租税条約の原則的な解釈指針及び妥当性のある解釈指針¹¹¹である。

¹⁰⁶ 本庄・前掲（注 31）223 頁参照。

¹⁰⁷ 木村弘之亮「国際租税法の法源（一）」『法学研究』（慶應義塾大学法学部内法学研究会第 70 巻第 7 号、1997 年）23 頁引用。

¹⁰⁸ 本庄・前掲（注 31）223 頁参照。

¹⁰⁹ 中里実「課税処分における契約の尊重」租税研究第 708 号 10 月、90-106 頁（2008 年）91 頁参照。

¹¹⁰ 山本草二『国際法』（有斐閣、1994 年）612 頁以下参照。

¹¹¹ Frank Engelen, *Interpretation of Tax Treaties under International Law, A study of Articles 31, 32*

したがって、前述「第3章第2節(2)「イ」」で述べた3点のアプローチから、文言主義解釈と目的主義解釈の2点を組み合わせたアプローチがVCLTの規定と合致する解釈である。

なお、「用語」は各条文の文言を意味するのではなく、租税条約全体の文脈がその文言の意図するところである。いわゆる「用語」の意味は、締約当事国の主観的意思を基準とした解釈を示唆しているわけではない。すなわち「用語」の意味が示唆しているのは、租税条約の文脈（条約全体）を主観的に判断するのではなく、条約全体を客観的に判断することが要請されている。

そこで、次の「(3)」では、租税条約の解釈に係る学説を整理する。

(3)租税条約解釈と国内法との関係

この「(3)」では、租税条約上の解釈の学説が分かれているため、整理を行う。したがって、以下「イ」では小松教授の学説、以下「ロ」では村井教授の学説を整理し、以下「ハ」では「イ」「ロ」の学説に対する筆者の考えを述べる。

イ.小松芳明教授

小松教授は、以下のように述べる。

「租税条約の解釈において内国税法の規定のような文理解釈は必ずしも妥当ではない¹¹²⁾。」

「租税条約では、定義されている用語及び定義されていない用語に関しては3条にて配慮されている。つまり租税条約中の用語が不明な場合、或いは条約に定義されていない用語については、租税条約3条2項(OECDモデル条約3条2項)の規定により、可能な限り国内税法によって補完する必要がある。¹¹³⁾」

すなわち、上述の学説は、所得の源泉地国に係る国内法令の解釈に依拠する必要がある、という考え方である。また、必ずしも我が国が批准しているVCLT31条から33条の解釈ルールに従うべきではない、とする見解である。

and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and their application to tax treaties, Part 4 SUMMARY AND CONCLUSIONS, Chapter 12, Summary and conclusions, 12.4 "Interpretation of tax treaties under international law", p.549. (2004) Volume 7, Doctoral Series International Bureau of Fiscal Documentation Academic Council .

¹¹²⁾ 小松・前掲(注100)26頁参照。

¹¹³⁾ 小松・前掲(注100)26-29頁参照。なお、続いて「文脈」により別途解釈すべき場合には、国内税法上の解釈によることは許されない、と述べる。また、OECDモデル租税条約3条2項は、「一方の締約国においてこの条約を適用する場合には、特に定義されていない用語は、文脈により別に解釈すべき場合を除くほか、この条約が適用される租税に関する当該一方の締約国の法令上有する意義を有するものとする。」と規定されている。おおよそ我が国の租税条約は、いずれの締約国間との租税条約3条2項と全く同じ文言の規定を置いていることから、我が国の租税条約はOECDモデル租税条約に依拠して作成させていることが把握できる。川端・前掲(注57)24頁引用。

ロ.村井正教授

一方で、村井教授の VCLT を租税条約に適用する必要性の学説を整理する。¹¹⁴

すなわち、客観的解釈¹¹⁵を原則としながら、その範囲内で他の方法と基準を採用している¹¹⁶ことが租税条約の解釈指針に統一性を獲得することができる、と見解する。

また、二国間租税条約の解釈は、解釈の幅が広義的な範囲をおよぼす可能性がある。つまり、広義的解釈がされるということを前提とすると、文理解釈のみ、或いは必要に応じて目的論的解釈をするようでは、締約国間の解釈において判断不調和ないし解釈の不統一¹¹⁷の要因である¹¹⁸と考えられている。したがって、「文理解釈のみ」では、租税条約の趣旨及び目的である国際的¹¹⁹二重課税の排除或いは二重非課税の可能性が生じてくる、と村井教授は述べる。

ハ.効果

小松教授の学説は、文理解釈によって租税条約を解釈し、「用語」が定義されていない場合は租税条約 3 条 2 項によって補完しなければならないと述べる。一方で、村井教授は、VCLT31 条から 33 条に基づいて解釈しなければならないと述べる。

前述「イ」「ロ」の学説から、筆者は、文理解釈を原則とし、文理解釈から条約の内容が明確、又は不明確であっても、或いは、必要に応じている場合であっても、又はなくても目的論的解釈が要請されていることを VCLT31 条 1 項の規定から把握することが、租税条約上の解釈指針であると考えられる。¹¹⁹

したがって、VCLT に依拠した解釈論を述べる村井教授の学説に妥当性がある。また、租税条約の趣旨及び目的を勘案した場合に、文理解釈のみの解釈では、二重課税或いは二重

¹¹⁴ 具体的な見解は以下を参照。村井正「租税条約の解釈—租税条約と国内税法」『第 48 回租税研究大会記録』（日本租税研究協会、1997 年）26—27 頁参照。

¹¹⁵ ここでいう客観的解釈とは、条約当事国の意思は条約文に表明されており、なによりもその用語の自然または通常の意味内容により客観的に解釈することである。つまり、客観的解釈は VCLT を参照することの認識と類義する。山本(草)・前掲(注 110) 612 頁参照。

¹¹⁶ 山本(草)・前掲(注 110) 612 頁参照。

¹¹⁷ 谷口・前掲(注 70) 20 頁参照。

¹¹⁸ 村井教授は、定義がない用語の解釈に関して、OECD モデル租税条約 3 条と US モデル租税条約 3 条を対比させて論理を展開している。すなわち、OECD モデル租税条約 3 条は「文脈から他の答えが出ない限りは」という、まず文脈のほうで答えを導きだすように要請がされているのに対し、US モデル租税条約 3 条は、CA 協議で両国が合意に達した場合には、その共通の意味を使うことが提唱されている。村井・前掲(注 114) 29 頁参照。したがって、OECD モデル租税条約は、3 条 2 項の「文脈が他に要求しない限りは」という文言から解釈されるように文脈から意味を導きだすことを明らかに要請しているのである。これは、VCLT による解釈の一般原則と同様の効果の獲得を得ることができる。

¹¹⁹ Giorgio Gaja, *THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW, CHAPTER 5, THE PERSPECTIVE OF INTERNATIONAL LAW, 5.1. "The approach of the Vienna Convention"*, p.91. Guglielmo Maisto ed. *Multilingual Texts and Interpretation of Tax Treaties and EC Tax Law*. International Bureau of Fiscal Documentation, EC and International Tax Law Series, Volume 1. Gaja 教授は、云わば、租税条約を解釈する際に VCLT を分析した後、意味を考慮することにその合理性が導き出されることを提唱されている。係る条約上の解釈の問題を議論する時は、国際法廷と裁判所及び国家の慣例の両者は、VCLT を重視する傾向があるようである。例えば ICJ (国際司法裁判所) が VCLT の規定が一般国際法を反映するという、いくつかの判決が下されており、或いは PCIJ (常設国際司法裁判所) がその VCLT を反映していた傾向にある。

非課税の可能性があるため、VCLT31 条の分析から始めることが、条約の趣旨及び目的を担保できる。

一方で、小松教授の租税条約 3 条 2 項に関する学説は妥当性があるのか。すなわち、定義がない用語は、可能な限り国内税法で補完したほうがよいのか。また、国内法令の解釈に依拠した場合、どのような懸念が生じるか。そこで、以下「2」では、租税条約 3 条 2 項に基づいて、国内法令の解釈を援用した場合の懸念を具体的に整理する。

2.租税条約 3 条 2 項に係る国内法令の援用

この「2」では、租税条約 3 条 2 項に基づいて、国内法令の解釈を援用した場合の懸念を整理する。租税条約の趣旨及び目的には、国際的・二重課税の排除が掲げられているほか、二重非課税（課税の空白）も掲げられており、その目的に適った解釈が求められる。

したがって、以下「(1)」では、租税条約 3 条の基本的な概念の整理を行う。以下「(2)」では、法的安定性及び予測可能性の観点から、租税条約 3 条 2 項に基づいて解釈した場合の問題点を提起する。そして「(3)」では、John Avery Jone 教授の 3 条 2 項の規定に対する学説を整理する。

(1)用語の定義

租税条約は、定義のある用語及び定義されていない用語に対して、租税条約 3 条 1 項及び 2 項（OECD モデル租税条約 3 条 1 項及び 2 項同様）の規定により、「用語」の解釈の方向性が定められている。

例えば、「締約国」（Contracting State）、租税（tax）、法人（company）等に関しては、定義が置かれており、とりわけ、者（person）という用語も租税条約 3 条 1 項（OECD モデル租税条約 3 条 1 項）に関する一般的定義の規定のなかに同様に置かれている。

また、租税条約上に定義がされていない用語の解釈は、租税条約 3 条 2 項¹²⁰の規定により、各国の国内法令により解釈を援用することが可能とされている。

そこで、以下「(2)」では、租税条約上に定義がされていない用語に対して、租税条約 3 条 2 項に基づいて解釈した場合の効果の検討を行う。

(2)法的安定性及び予測可能性の見地

この「(2)」では、租税条約 3 条 2 項に基づいて、国内法令の解釈を援用した場合の法的安定性及び予測可能性を検討する。したがって、以下「イ」では、租税条約 3 条 2 項に基

¹²⁰ 租税条約 3 条 2 項によれば「一方の締約国によるこの協定の適用上、この協定において定義されていない用語は、文脈(context) により別に解釈すべき場合を除くほか、この協定の適用を受ける租税に関する当該一方の締約国の法令における当該用語の意義を有するものとする。」と規定されている。租税条約関係法規集・前掲（注 4）608 頁引用。一方で、OECD モデル租税条約 3 条 2 項は「この場合において、当該一方の締約国の租税に基づく当該用語の意義は、当該一方の締約国の他の法令に基づく当該用語の意義に優先するものとする。」旨の規定が付け加えられている。川端・前掲（注 57）24 頁参照。

づいて解釈した場合の、租税条約上の規定と、我が国の国内法の意味が異なっていることを述べる。以下「ロ」では、租税条約 3 条 2 項の規定の文言の内容を検討する。

イ.租税条約上の概念と国内法上の概念の違い

例えば、定義がされていない用語を、各国の国内法令の解釈を援用し、或いは解釈を遂行することは、各国の国内法令、又は締約国間との間で必ずしも同様の規定がされているとは限らない点で問題がある。すなわち、二国間租税条約の解釈をするうえで、租税条約 3 条 2 項の参照は、解釈の方向性に対して予測可能性及び法的安定性の機能を保つことが困難¹²¹と推測する。少なからず、租税条約で規定している「利子所得」の概念と、我が国の国内法令により解釈した場合の「利子所得」の意味は異なっている。

ロ.“unless the context otherwise requires”の意味

具体的な文言を解釈すれば、租税条約 3 条 2 項「文脈により別に解釈すべき場合を除くほか」(unless the context otherwise requires)の文言は、時に混乱を招く。その定義がされていない用語が文脈により別に解釈を要請しているか否かを判断するのは、法的安定性を著しく低下させる。

したがって、定義がされていない用語の問題は、最初から租税条約 3 条 2 項で明らかに扱うのではなく、まず VCLT31 条から 33 条¹²²の基本原則に従って解決することである。¹²³それが二重非課税や法的安定性の解決策という観点から、最初に VCLT の分析を始めることが有益であると考えられる。¹²⁴

¹²¹ 浅妻教授は租税条約 3 条 2 項について、定義がない用語だからといって国内法を参照することがその結論を導くものとは解していない、と否定的である。浅妻・前掲(注 20) 375 頁参照。その根拠として、租税条約 3 条 2 項の注意書き (unless the context otherwise requires、つまり、「文脈上別段の解釈を要する場合を除き(要求しない限り)・・・」、と解される。)からその根拠を導きだしており、すなわち文脈が国内法上の用語の意義とは異なる意義を要請しているのであれば、文脈に沿った意義が探求されねばならない。

¹²² VCLT33 条

1 項「条約について二以上の言語により確定がされた場合には、それぞれの言語による条約文がひとしく権威を有する。ただし、相違があるときは特定の言語による条約文によることを条約が定めている場合又はこのことについて当事国が合意する場合は、この限りでない。」

2 項「条約文の確定に係る言語以外の言語による条約文は、条約に定めがある場合又は当時国が合意する場合にのみ、正文とみなされる。」

3 項「条約の用語は、各正文において同一の意味を有すると推定される。」

4 項「1 の規定に従い特定の言語による条約文による場合を除くほか、各正文の比較により、第 31 条及び前条の規定を適用しても解消されない意味の相違があることが明らかとなった場合には、条約の趣旨及び目的を考慮した上、すべての正文について最大の調和が図られる意味を採用する。松井・前掲(注 1) 305 頁引用。」

¹²³ Engelen・*supra* note111,p.549.

¹²⁴ しかしながら、VCLT33 条は、1924 年の *Mavrommatis case* で PCIJ によって採択された方法に従っていない。VCLT が採択されたのは 1969 年であり、VCLT が採択される前の多言語条約の解釈上の指導的判例であり、その多言語条約の条文を英語の原本による狭い意味をフランス語の幅広い意味により解釈の判断を行っている。これは、用語の意味を一致させることを主とする VCLT33 条の概念ではなく、PCIJ の判断は一方の国の意味に従っていることが、なお VCLT33 条を斟酌する際に疑問が生じる部分である。Gaja・*supra* note119,p.93.

そこで、以下「(3)」では、租税条約上に定義がない用語の解釈に対する、John Avery Jone 教授の学説を整理する。

(3)租税条約 3 条 2 項による一末の危惧と肯定見解

この「(3)」では、条約上に定義がない用語に対する John Avery Jone 教授の学説を整理する。したがって、以下「イ」では、租税条約 3 条 2 項は有効であるという学説の内容を整理する。以下「ロ」では、定義がない用語に係る条約上の用語の意味と国内法の意味との相違に関して検討を行う。

イ.租税条約 3 条 2 項の有効性

John Avery Jone 教授は、租税条約 3 条 2 項の規定に対して、条約が税収入の種類を緩和するいかなる場合でも、緩和は国内法の税務規定に正確に一致する結果が生じる、と述べる。¹²⁵

すなわち、上述の内容から、条約の所得の種類が各国において、同一の範囲を有するということよりもはるかに重要である、という見解である。

また、実際に国内法令の定義に依存する結果は、各国の国内法令のいずれの課税規定も、同じ規定でありそうになく、ある種の所得の定義（云わば、所得に課税するために用いる国内法の定義とは違う可能性がある）が含まれている条約よりもある意味優れていると、3 条 2 項に対して肯定的な学説を述べる。¹²⁶

したがって、条約上の用語の定義が国内法の定義よりも幅広い場合、条約上を緩和することは、国内法において異なる種類の所得にも適用されるが、これは問題にはならないと考える。なぜなら、結果としてより幅広い定義の中での所得が控除されることになるから、である。

ロ.条約上と国内法の用語のカテゴリー

また、条約が、（より広い）条約上の定義内での所得への課税を認める場合に問題が生じる¹²⁷。いわゆる、条約上の定義の増幅は、異なる国内法のカテゴリーに該当すると考える。つまり、特定の状況において国内法は異なる国内法のカテゴリーに課税しないことも考えられる。この場合には、条約上の定義は一切、付加効果を有しないこととなる。

すなわち、依然として国内法の定義内の所得が課税されるのであり、二国間は共通の定

¹²⁵ John F. Avery Jones. *THE INTERACTION BETWEEN TAX TREATY PROVISIONS AND DOMESTIC LAW*, 6.2. "Article 3(2) of the OECD Model Convention", p.125-126. Guglielmo Maisto ed. *Tax Treaties and Domestic Law*. International Bureau of Fiscal Documentation, EC and International Tax Law Series, Volume 2.

¹²⁶ *ibid.*, p.125-126.

¹²⁷ *ibid.*, p.125-126.

義にかかわらず依然として同じではない結果が生じてしまう可能性がある。¹²⁸したがって、Johe Avery Jone 教授の学説から、租税条約 3 条 2 項に係る国内法令の解釈による援用によって、二重非課税（課税の空白）の可能性があると確認できる。

以上、前述「1.解釈の統一性獲得」及び「2.租税条約 3 条 2 項の国内法令の援用」では、租税条約上の解釈の論理、租税条約 3 条 2 項の国内法令に係る解釈の援用に関する懸念の検討を行った。そこで以下「3」では、前述「第 2 節」で得た効果を述べる。

3.小活

前述「1.解釈の統一性獲得」及び「2.租税条約 3 条 2 項の国内法令の援用」の検討では、租税条約の趣旨及び目的である二重課税排除、二重非課税排除（課税の空白）の機能を担保する観点から、小松教授の学説は妥当でないと考える。

つまり、村井教授が述べるように、租税条約は VCLT を分析し、その意味を反映して解釈することに妥当性がある。すなわち、租税条約は VCLT31 条から常に目的論的解釈が要請されているため、二重課税及び二重非課税の可能性のある解釈は妥当ではない。

したがって、租税条約上に定義がない用語は、租税条約 3 条 2 項によって補完すべきであろうが、まずは VCLT31 条から 33 条の分析をしたうえで、国内法令の解釈を援用することが租税条約の趣旨及び目的に合致する。何が何でも定義がない用語だからといって、国内法令の解釈を援用することは、二重非課税の懸念が生じる。なお、二重課税は、租税条約 23 条 (A)、(B) によって救済されるが、二重非課税に関しては、上記のような二重課税排除規定がないことから、適正な税収確保が担保されない可能性がある。

以上により、この「第 2 節」では租税条約上の解釈指針の内容を検討した。そこで、以下「第 3 節」では、具体的に租税条約上の「企業の利得」の解釈を様々なアプローチから解釈する。また、租税条約 3 条 2 項に基づいて国内法令の解釈を援用した場合と、VCLT の分析からの解釈の違いを明確にする。

第 3 節 企業の利得の射程範囲

この「第 3 節」では、租税条約の解釈を VCLT による一般原則の解釈方法と、我が国の国内法令により解釈した場合を比較する。そして、「企業の利得」に対する所得範囲を明確、且つ、条文適用の妥当性を検討し、予測可能性及び法的安定性の機能を獲得することを目的とする。

さすれば、二国間租税条約とはいえ、それは租税法の法源であり、日本の国会によって承認された条約は国内法の法源である。¹²⁹また、国際法の類型にも該当することから、各国の国内法令の解釈によっては、不確定な解釈の侵害により、租税条約の趣旨及び目的である二重課税排除や二重非課税排除に反する可能性¹³⁰がある。

¹²⁸ *ibid.*, p.125-126.

¹²⁹ 木村(弘)・前掲(注 103) 36-37 頁参照。

¹³⁰ 我が国における租税法の解釈方法を調べると、金子名誉教授は、原則的には文理解釈を遂行し、文理

そこで以下「1」では、企業の利得の射程範囲の内容を検討する。以下「2」では、租税条約3条2項に係る我が国の国内法令の解釈を援用した場合の過去の判例を整理する。以下「3」では、VCLT33条に基づく多言語解釈の観点から「企業の利得」の解釈の内容を検討する。以下「4」では、国連モデル条約の観点から「事業所得」の意味を整理する。以下「5」では、Rust教授の学説と「企業の利得」の自律的解釈との関係を検討する。そして以下「6」において筆者の考えをまとめる。

1.企業の利得の射程範囲

この「1」では、租税条約7条1項の「企業の利得」を広義に解釈する。まず、以下「(1)」では、「利得」の意味をモデル租税条約7条7項に基づいて分析する。以下「(2)」では「(1)」で分析した効果から「利得」の意味を再考する。

(1)モデル租税条約7条7項

まず、租税条約は各所得ごとにその条文が分けられている。つまり、租税条約7条1項の「企業の利得」は、おおよそ「事業所得」を指しているものと考えられ¹³¹、7条1項の文言から完全配分規範 (the complete protection) ¹³²を規定していることを認識するべきである。

そこで、OECDモデル租税条約7条7項には以下のように記されている。

「他の条で別個に取り扱われている種類の所得が企業の利得に含まれる場合には、当該他の条項の規定は、この条項の規定によって影響されることはない。¹³³」

すなわち、上記のモデル租税条約7条7項の規定を鑑みれば、7条1項の「事業所得」(企業の利得)は、金銭の貸付を事業とする銀行が利子を取得し、又は、証券運用を業とする投資会社が配当を取得した場合には、事業所得であると同時に利子所得(11条)或いは配当所得(10条)にも該当することになるが、このような場合には事業所得条項ではなく利子所得条項や配当所得条項が優先適用されることになる。すなわち、PEを有しない場合でも制限税率を限度として源泉徴収の対象となる。¹³⁴

(2)利得の射程範囲

すなわち、上述「第3章第3節(1)」の検討から、不動産(6条)、配当(10条)、利子(11

解釈が困難な場合に初めて目的論的解釈を遂行することにある、と述べる。金子・前掲(注5)108頁参照。一方で租税条約を解釈する際にはVCLT31条1項から、目的論的解釈は「必要に応じて」ではなく、「必須」として意味を採求することが要請されている。

¹³¹ 租税条約の所得別条文を鑑みるとその文脈から第7条は事業所得条項を定めていることから、「企業の利得」は「事業所得」であるものとする。

¹³² 木村(弘)・前掲(注103)804頁引用。

¹³³ 川端・前掲(注57)27頁引用。

¹³⁴ 本庄・前掲(注31)145頁参照。

条)、使用料(12条)、譲渡収益(13条)など、条約の他の条項に別途、規定を置いている所得項目に関しては、その別に定める規定が優先適用される¹³⁵と解釈できる。或いは、6条から20条の所得区分に当てはまらない所得は、「事業性」が生じていなければ、21条のその他の所得の範囲となる。¹³⁶したがって、上記の解釈から、「利得」は、他の租税条約上の条文とは異なる所得の性格を有していることがわかる。

そこで、以下「2」では、「企業の利得」を租税条約3条2項に基づいて、我が国の国内法令を援用した場合の効果を検討する。

2.租税条約3条2項の斟酌の余地

この「2」では、「企業の利得」の意味を、租税条約3条2項に基づいて、国内法令の解釈を援用した場合の内容を検討する。すなわち、前述(第2章第1節)で、欧州の判例を検討してきた。そこでこの「2」において欧州の判例を参考とし、我が国の国内法令を援用した場合の利得の意味を検討する。したがって、以下「(1)」では「企業の利得」の意味が、3条2項に基づいて国内法令の解釈を援用しているか否かの検討をする。以下「(2)」では「利得」を、我が国の国内法令で解釈した場合の懸念を整理する。

(1)利得の用語による文脈(context)の要求

この「(1)」では、「利得」の用語と、租税条約3条2項の規定に係る「文脈により別段の解釈をすべき場合を除くほか」の文言との関係を検討する。

租税条約7条の「企業の利得」は、事業所得条項による事業の対価としての所得とはいえず、利子所得、或いは配当所得等の投資所得との関連性に関しては、特に規定されていない。¹³⁷すなわち、「利得」という用語は、7条1項とその他に定める条文との相互関係の区別をすることが困難であると考えられる。

「利得」という用語同様、「事業所得」という用語自体には用語の定義がされているわけではない。また「事業所得¹³⁸」が、いかなる所得の範囲を定めているのか、或いは範囲を

¹³⁵ 小松・前掲(注100)53頁参照。

¹³⁶ 「企業の利得」の解釈の意味を確保するにあたり、Schneider caseに係るConseil d'Etatの示した判断は、「企業の利得」に対して誤った解釈の方向性を決定しているにすぎない。「利得」又は「事業所得」は租税条約上に定義されていない用語であるため、仏瑞租税条約3条2項の規定からフランス国内法を参照したことになる。すなわち、フランス国内法に関する「利得」の解釈では、租税条約でいう6条から21条の広義的な範囲を示したことになる。結果的にParamer社の得た「利得」とCGI第209B条で適用対象となる「利得」は同一である旨の誤った租税条約適合性を判断したことになる。以上の内容から浅妻教授は、Conseil d'Etatの上記の司法判断について「技術的な勘違い」と述べており、「企業の利得」の解釈に誤りがあったと指摘する。浅妻・前掲(注20)376頁参照。

¹³⁷ 矢内一好「国際連盟によるモデル租税条約の発展～事業所得を中心として～」(税務大学校論叢第20号、1990年)407頁参照。

¹³⁸ 「事業」に関しては、OECDモデル租税条約3条1項(h)にて、「事業には、自由職業その他の独立の性格を有する活動を含む」と規定されていることのみであり、包括的な定義を置いていない。よってOECDの見解からも、OECDモデル条約3条のコメントリーParagraph 10.2.から、事業は「第2項においては、この条約を適用する国の国内法の下で有する意味」とであると述べられている。川端・前掲(注57)65頁参照。

規制しているのかは定かではない。なお、「企業の利得」を「産業上又は商業上の利得」という用語を用いている二国間租税条約¹³⁹がある。

このような定義がされていない用語に関しては、原則的に租税条約 3 条の一般的定義規定に係る 3 条 2 項に基づいて、一方の締約国の法令、つまり国内法令により当該用語の意義を有するものとし、解釈すべきである、と 3 条 2 項で規定されている。

なお、3 条 2 項がその条約に含まれるか否かにかかわらず、条約が暗黙で不明な場合はいつでも、議論され、国内法に償還されることが必要であるという見解がある。¹⁴⁰

しかしながら、3 条 2 項の「**unless the context otherwise requires**」(文脈により(文脈上)別段の解釈を要する場合を除き)という文言は、その判断に著しい困難を強いられる。¹⁴¹他方、定義がされていない用語に関して、別の解釈が要請されているか否かを判断することは特に定められていない。「企業の利得」が別段の解釈を要請しているか否かは租税条約を解釈するうえで、個々の判断で決定する他ない。¹⁴²

そこで、以下の「(2)」では租税条約 3 条 2 項に基づいて、我が国の国内法令の解釈を援用したときの、「事業所得」の解釈を行う。

(2)我が国の租税法による事業所得

この「(2)」では、租税条約上に定義がない「事業所得」の用語を、租税条約 3 条 2 項に基づいて解釈する。

例えば、我が国の国内法令により解釈した場合、「事業所得」を、金子宏名誉教授は、所得税法の規定から次のように述べる。

「事業所得とは各種の事業から生ずる所得のことをいい、事業とは自己の計算と危険において営利を目的とし対価を得て継続的に行う経済活動のことであって、事業と非事業との区別の基準は必ずしも明確ではなく、ある経済活動が事業に該当するかどうかは、最終

¹³⁹ 他方、租税条約 7 条 1 項に関しては、「産業上又は商業上の利得」と、規定されている条約も存在する。例えば、コメンタリー 35 は、「この条文は、特別な条文の対象とされている所得のカテゴリーに属さない『産業上又は商業上の所得』に適用しうる」と記載されている。しかし、7 条に規定されている「利得」は「産業上又は商業上の所得」に対して、その得る所得範囲は広義的な範囲に属しているのではないか。

¹⁴⁰ John Avery Jones・*supra* note 125, p.134.

¹⁴¹ 川端教授は、例えば、「beneficial owner」という文言は、租税条約上に定義されていない用語であることから、「beneficial owner」は、我が国の国内租税法上は「信託財産に係る所得の帰属者」という限局的な場面で用いられているに過ぎず、それを配当や利子の減免要件一般でも同じ意味を有すると解釈するのは的外れだと見解されておられる。川端康之「租税条約における受益者の意義と機能」『公法学の法と政策 上巻』金子宏先生古稀祝賀(有斐閣、2000 年)366 頁参照。とりわけ、Vogel 教授は、「beneficial owner」の文言を租税条約独自の概念として租税条約上解釈すべきである、と述べる。

¹⁴² 3 条 2 項は、「文脈 (context) が要求 (requires) しない限り」というフレーズが「文脈が提言 (suggests) しない限り」と同じではないと注意することが重要である。「要求 (requires)」という言葉はかなり力のある言葉である。Sasseville・*supra* note 119, p.134. とりわけ「要求」するとは非常に強烈的な言葉であり、そして国内法を使用しないための強い理由があることを暗示している。John F. Avery Jones, 3.3.6. Article 3 (2): “the context otherwise requiring”, p.71-72. 3.3. Interpretation of tax treaties, CHAPTER 3 TAX TREATIES: THE PERSPECTIVE OF COMMON LAW COUNTRIES. Courts and Tax Treaty, IBFD, VOL 3.

的には社会通念によって決定するほかはない。¹⁴³」

すなわち、我が国では、「事業所得」であるか否かの判断は、その事実において、社会通念上の判断により識別される、とする見解である。したがって、確固たる識別がないことにより、非常に曖昧な判断が用いられる。

或いは、「事業所得とは、自己の危険と計算において独立に営まれる業務で、営利性有償性を有し、かつ反覆継続して遂行する意思と社会的地位とが客観的に認められるもの（事業）から生ずる所得」とする判決が下されている。¹⁴⁴

また、「事業所得の金額は、その年中の事業所得に係る総収入金額から必要経費を控除した金額」であり、とりわけ「事業による収入を得るために必要な資本を出し、費用を控除し、損失の危険を負担して継続的に経営する事業からその取引の都度生じた対価であることを必須の要件」と、「事業所得」に関する判決が下されている。¹⁴⁵

したがって、上記の2点の判例では、「事業所得」が如何なる所得を指しているのか断定できる。しかしながら、結果的に判断すると、我が国の国内法令に沿った解釈の意味により、「事業所得」は社会通念によって判断されることから、一義的にその意味を決定することができない点に問題がある

そこで、次の「3」では、我が国の国内法令に依拠せず、租税条約3条2項の規定と相反する効果が生じると考えるVCLT33条の規定を分析し、「企業の利得」の解釈を試みる。

3.VCLT33条の勘案

この「3」ではVCLT33条に係る多言語の解釈に関して、「企業の利得」の解釈と対比させる。すなわち、我が国の国内法で解釈した場合と、VCLTを斟酌して解釈した場合の効果は、明らかに異なってくるものと考えためである。

したがって、その効果を確かめるために、以下「(1)」ではVCLT33条の観点から「利得」と他の所得に関して、具体的に差別化を図る。以下「(2)」ではGaja教授の学説をもとに、VCLT33条と「利得」との関係性を整理する。以下「(4)」では前述「第2章第1節」において検討を行った欧州の判例による「利得」の解釈を再考する。以下「(5)」では「(4)」に係る欧州の各判例に対する解釈の批判を再考する。

(1)利得と他の所得

¹⁴³ 金子・前掲(注5)186頁参照。例えば、事業には、農業・漁業・製造業・小売業・サービス業・著述業等、種々の事業があり、法令によって禁止されている事業も、ここにいう事業に含まれる。

¹⁴⁴ 最高裁判決昭和56年4月24日判決、所得税更正決定処分取消請求事件『最高裁判所民事判例集』(第35号3号672頁以下)683頁引用。

¹⁴⁵ 最高裁判所民事判例集・前掲(注144)672頁以下参照。

この「(1)」では、「利得」の用語と、租税条約上に規定されている所得規定を対比させて利得の解釈の内容を検討する。

例えば、租税条約上に「利得」の定義がされていない場合には、国内法令の援用によらず、「文脈が国内法令上の用語の意義とは異なる意義を要請」しているならば、文脈に沿った意義を採求することが必要である。すなわち、7条1項の「企業の利得」は、条約全体の「構造」・「文脈」に照らすことによって、不動産所得（6条）や配当所得（10条）等との区別が明らかに要請されている¹⁴⁶のである。¹⁴⁷

また、VCLT33条1項から4項の斟酌から、租税条約を解釈するにあたって、母国語で掲載された条約文に限定されず、常に外国語による条約文をも招致しなければならない。また、各正文で用いる用語は、同一の意味もつものと推測される（VCLT33条3項）。

すなわち、7条1項に係る事業所得条項を適用する「企業の利得」の判断は、不動産所得や配当所得、利子所得（11条）など、他の条項に特記された所得を除いた後、事業の対価によって対応される費用を控除した残額となる。

したがって、「企業の利得」が租税条約上に定義されていないことを根拠に、租税条約3条2項に基づいた国内法令の解釈の援用から、7条1項の文脈を度外視して解釈してしまうと、各国の国内法令の「利得」の解釈が広い範囲の所得を示す可能性がある。いずれにせよ「利得」の意味に誤りが生じ、国際的二重課税或いは二重非課税（課税の空白）の可能性が生じることから、法的安定性という観点から妥当ではない。¹⁴⁸

そこで、以下の「(2)」では「利得」とVCLT33条の関係を、Gaja教授の学説を参考として、「利得」の意味の整理を行う。

(2)Gaja教授に係る学説の検討

この「(2)」では、「利得」の用語とVCLT33条の関係を、Gaja教授が述べているため、その学説を参考とし、以下において整理する。

まず「利得」という用語は、解釈によっては広義的な範囲を有し、国際的二重課税或いは二重非課税（課税の空白）の可能性をもたらす。いわゆる条約原本に係る多言語¹⁴⁹（Multilingual）条約と解すこともできる。

Gaja教授は、多言語租税条約を考慮する場合に、VCLTの該当条文の分析から始めるこ

¹⁴⁶ 浅妻・前掲（注20）375-376頁引用。

¹⁴⁷ 各国がそれぞれの国内法令により解釈を援用することを鑑みると、Schneider caseに係る Conseil d'Etat のフランス国内法令を参照したことが、「企業の利得」の誤った解釈である。結果的にフランス CGI 第209B条の課税対象としている所得と同一であるとしたことは、租税条約の解釈の問題ではないという考えもあるが、租税条約の解釈に関する先行判例の存在がある限り、少なからず、「利得」を国内法令により完結させることは租税条約の解釈の統一性の欠如に繋がる。

¹⁴⁸ Gaja・supra note119,p.99.によれば、租税条約3条2項によらず、VCLTで概説されているテキストを和解させるための方法に訴えなければならない旨の見解がされている。

¹⁴⁹ 多言語という用語は我が国で聞くことが少ないが、多言語という用語に関して、条約文にその文言が定義されていない場合に、一方で解釈の仕方には、多様な解釈がなされる場合にそれを指しているものと解される。対して、浅妻・前掲（注20）334頁の参照による正しい解釈は一つしかないという建前の下、いかなる根拠にせよ、正当な解釈を導くことに変わりはない。

とが合理的である、と述べる。¹⁵⁰

つまり、以下の要領により分析を行うことが効率的である。

(イ) 租税条約上の定義がされていない「利得」の解釈に VCLT を対比させると、まず、「条項の適用要件は各正本において同じ意味を有すると推測される」。すなわち、各条約の規定は一つだけの意味を有すると推定される¹⁵¹ことから、「利得」の意味は一つの意味に解釈されるべきである。¹⁵²

(ロ) 「意味の違い」が、上記 (イ) に示された手段によって取り除かれたならば、次に「条約の対象および目的を考慮して原本を最適に一致させる意味」を採用しなければならない。¹⁵³

(ハ) 意味の相違から国際的二重課税或いは二重非課税の可能性があると考えるならば、租税条約の趣旨及び目的を考慮し、「利得」の意味を一致させなければならない。

すなわち、「利得」の対応は、両当事国が、当該租税条約の文脈から一つの首尾一貫した性格決定を確保しようと努めなければならないのである。¹⁵⁴

そこで、次の「(3)」では、上述「(2)Gaja 教授による学説の検討」を参考とし、VCLT33 条の規定を「利得」の意味に反映させる。

(3) 多言語条約に係る広義的な解釈の範疇

この「(3)」では、VCLT33 条の規定を、具体的に定義がされていない「利得」の意味に反映させる。

例えば、「人」が「用語」という文言を解釈する際に、柔軟な論理を有していなければならない、という見解がある。¹⁵⁵その根拠として、条約の適用言語版が人の国内法令に対して異なる言語である可能性が挙げられる。¹⁵⁶

これは、互いの言語を理解する可能性の低い国が、しばしば各言語による条約を作り、また、二つの言語版が異なる場合に優先する第三言語版（一般的に英語である）を提供するときによく起こると考える。

¹⁵⁰ Gaja・*supra* note119,p.91.

¹⁵¹ *ibid.*, p.91.

¹⁵² *ibid.*, p.94.によれば、VCLT33 条 4 項による言語相違による欧州人権裁判所が下した Wemhoff case が存在する。本事例は VCLT が採択される 1 年前に宣告されており、英語とフランス語の原本の間に解釈に誤りが生じていることを争点とした。しかしながら、裁判所のアプローチとして、ウィーンで起こっている議論によって明確な解釈を VCLT33 条 4 項から励起されている。また 1980 年のドイツ対外債務に関する契約について仲裁裁判所による Young Loan case にて VCLT33 条 4 項が国際慣習法に反映したことを仲裁裁判所は考慮している。

¹⁵³ *ibid.*, p.91.

¹⁵⁴ 例えば、木村教授は第一に、租税条約自体が用語を定義していない場合には、租税条約の文脈に基づく解釈、すなわち「自律的」性格決定が導きだされうるかぎり、そのような解釈が優先されるべきであると述べる。木村・前掲（注 17）95 頁参照。

¹⁵⁵ John Avery Jones・*supra* note142,p.134.

¹⁵⁶ *ibid.*, p.134.

この場合、第三言語における条約の正確な用語は、決していずれか一方の国の国内法にみられることではなく、すなわち、租税条約に係る「用語」は、単なる「単語」より広義的な範囲を有しなければならないとされている。¹⁵⁷

したがって、多言語から生じる意味は、広義的な範囲が強いられるため、多言語の用語を解釈する場合は、十分に、二重課税及び二重非課税（課税の空白）を考慮しなければならない。

そこで、以下の「(4)」では、前述（第2章第1節）において検討を行った、欧州の各判例による「利得」の解釈を、前述「第3章第3節「3」(1)」から「第3章第3節「3」(3)」の結果を考慮して、再考を試みる。

(4) 欧州の各判例に係る判断の再考

この「(4)」では、前述「第2章第1節」で検討を行った、欧州の各判例に係る租税条約7条の「利得」の再考を行う。

すなわち、Schneider caseに係る conseil d'Etat の「利得」の解釈は、租税条約上に定義がされていない「用語」であるため、租税条約3条2項に基づいて、フランス国内法令の解釈によりその意味を導き出した。¹⁵⁸そして、フランス国内法により、その「用語」である「利得」の意味が租税条約上の6条（不動産所得）から21条（その他の所得）に至る広義な意味を有していると解釈した。したがって、フランス CGI 第209B条の規定による課税対象所得が「利得」の対象としている所得と同一であるとする結論に至っている。

しかしながら、Conseil d'Etat の「利得」の解釈は、「第31条及び前条の規定を適用しても解消されない意味の相違があることが明らかとなった場合」（VCLT33条4項）に規定されるように、VCLT31条に基づいた解釈をしていない。また、「利得」の解釈の意味が相違しているにもかかわらず、「条約の趣旨及び目的を考慮した上、すべての正文について最大の調和が図られる意味を採用する。」（VCLT33条4項）に基づいた解釈の意味を採用していない。

そこで、浅妻教授が欧州の判例に対する反論を述べているため、以下「(5)」で欧州の判例に係る議論の再考を行う。

(5) Schneider case の解釈に対する批判

この「(5)」では浅妻教授による欧州の判例に係る議論を再考する。

¹⁵⁷ *ibid.*, p.134. すなわち、多言語と3条2項の関係性に係る問題点を考慮するのであれば、一部の人が主張する「用語」の幅が、3条1項の各定義において「人」「条約加盟国の企業」などという用語に言及しているように、概念とは異なる言葉に制限されることである。例えば、従業員への退職給付の条約分類を扱う際に、英国国内法において、最大金額に対する控除の対象となる給与所得として課税される。すなわち、「給与、賃金及びその他同様の報酬」という正確な言葉は英国税法において用いられていないが、小形版オックスフォード英語辞書によると、「用語」という言葉の意味は、「観念または概念を表現する、若くは思考の対象を意味する単語または単語の集まりの表現」にまで意味が拡充する。したがって、従業員への退職給付は給与所得条項に該当することとなる。

¹⁵⁸ 4 ITLR・*supra* note11, p.1082.

浅妻教授は、conseil d'Etat の「利得」の解釈は、VCLT31 条による「条約の文脈」に照らした解釈ではないとして、「利得」の解釈に対して反論する。¹⁵⁹

すなわち、フランス CGI 第 209B 条が、いかなる親会社の所得に合算課税をしようが、租税条約 7 条の「利得」の解釈が「事業所得」ではなく、「配当所得」や「利子所得」を含んだ所得を「利得」と解釈することは妥当な解釈ではない、と述べる。

したがって、前述「第 2 章第 1 節欧州の各裁判例の検討」及び、「第 3 章第 3 節「3」 VCLT33 条の勘案」において議論した効果から、「企業の利得」を VCLT31 条から 33 条の規定に基づいて解釈することが妥当な解釈である。

そこで、次の「4」では、国連モデル条約による「事業所得」の解釈の内容を検討する。具体的には、「事業所得条項」に関して研究結果を残している国連モデル租税条約を、上述「3.VCLT33 条の勘案」の検討結果と対比させることで、その意味を合致させることに目的がある。

4.基礎研究委員会による国際連盟モデル租税条約の見地

この「4」では国連モデル条約に係る「事業所得」の内容を検討する。国連モデル条約は「事業所得条項」に関する研究を行った経緯があるため、事業所得条項を分析するうえでは有益である。したがって、以下「(1)」では、国連モデル条約の参照の有効性を述べる。以下「(2)」では、事業所得条項に係る年表を辿り、いかなる効果を有しているのか整理を行う。

(1)国際連盟モデル租税条約の有効性

この「(1)」では、国際連盟モデル租税条約（以下「国連モデル条約」と表記する。）の「事業所得条項」の内容を検討する。その検討する根拠として、国連モデル条約は「事業所得」に関する有益な研究成果を残しているためである。

いわゆる国際連盟財政委員会は、1921 年に模範条約作成にむけて 4 名の著名な経済学者に租税条約の基礎研究を依頼している。¹⁶⁰

この研究の成果は、その後のモデル租税条約作成の際に基礎となるべき理論として役に立つものである。且つ、OECD モデル租税条約を作成する以前に事業所得条項に関して検討されていた内容であるため、事業所得条項を解釈するうえでは、非常に重要である。¹⁶¹

¹⁵⁹ 浅妻・前掲（注 20）376—377 頁参照。

¹⁶⁰ 兼ねて、国連モデル条約における基礎研究委員会の目的は、二重課税の経済的効果及び租税条約の基礎としての一般的原則を作成することの可能性、国内法を整備することによる二重課税からの救済の可能性等を明確にすることである。

¹⁶¹ 国連モデル条約は、先進国と発展途上国との関係性から OECD モデル租税条約の存在が適当であるとは言い難いため、先進国及び発展途上国の両関係の立場から OECD モデル租税条約を構築させるものとして国連モデル条約の存在があるため、有益だと考える。矢内教授は、国連モデル租税条約に関して、「必ずしも議論に参加した国に対して法的強制力を持つものではないが、モデル租税条約を作成する会議に参加した国は条約の決議に加わっていることから、自国が租税条約を締結する際に指針となるべき機能はもっている。」と述べる。矢内・前掲（注 137）382 頁参照。

さすれば、年表を辿ると、1928年に国際連盟モデル租税条約が制定され、1933年に、事業所得の配分に関する条約草案、1935年に同草案の改定案が作成され、事業所得条項の理論的發展を遂げており、事業所得条項の解釈指針として一つの方法を確立している。¹⁶²

したがって、租税条約7条の「事業所得条項」を解釈する際には、国連モデル条約を参考することが重要であると考えため、以下「(2)」では、基礎研究委員会の観点から事業所得条項の内容の検討を行う。

(2)事業所得条項の分析の過程

この「(2)」では、国連モデル条約に係る「事業所得条項」の規定を過去に遡り、整理を試みる。したがって、以下「イ」では1933年による草案を整理する。以下「ロ」では1935年の事業所得条約に係る改訂案を整理する。以下「ハ」では、メキシコ、ロンドン条約について整理をし、国連モデル条約の参照の効果を述べる。

イ.1933年事業所得の配分に関する条約草案（模範条約）

1933年の草案では、大きく分けて①PEの意義及び範囲②事業所得の範囲、の二つの検討が行われている。しかしながら、利子、配当所得等の投資所得については事業所得との関連性を規定していない。¹⁶³

ロ.1935年改訂案（事業所得条約）

1935年に係る事業所得の配分に関する条約草案の改定案の作成から、事業所得条項を事業所得条約2条¹⁶⁴による定義を斟酌すると、事業所得の所得範囲として、「不動産所得」、「利子所得」、「配当所得」、「特許権及び著作権の使用料」、「動産及びその権利の賃借料」、「資産の譲渡所得」が除かれる。¹⁶⁵

ハ.1943年メキシコ条約及び1946年ロンドン条約

¹⁶² 矢内・前掲（注137）393-396頁参照。1921年の基礎研究によると、二重課税の事態による排除方法として、課税する国が課税を行う利害を有している場合に、その利害に応じて所得を分割し一度だけ課税することが国際的二重課税を回避する理想的解決方法である旨の見解がなされている。この方法から経済的関連性原則の考え方の導入により、4点の要素が内包されているのである。1点目は経済的価値が物理的、経済的に生産される場所、2点目は富の製造が完了する加工が完了する場所、即ち、財産としての富の所在地又は所得の保有されている場所、3点目は生産物に係る権限を行使する場所、4点目は富が消費又は処分される場所、として個々の事例に適用することで協議が可能であるとされている。

¹⁶³ 矢内・前掲（注137）389頁参照。

¹⁶⁴ 1935年事業所得条約における条文構成は次のとおりである。第1条-事業所得課税の原則 第2条-事業所得の定義 第3条-事業所得算定の原則（独立企業の原則等）第4条-銀行業 第5条-船舶、航空会社 第6条-特殊関連者条項 第7条-不動産保有を目的とする抵当銀行及び会社の適用除外 第8条-国際連盟による条約上の定義に関する援助 矢内・前掲（注137）408頁参照。

¹⁶⁵ 矢内・前掲（注137）409頁参照。なお、銀行業については特別に規定を置き、不動産所得、抵当権からの所得を除いて、一般の事業所得から除かれた種類の所得の課税に関しては、事業所得と合算されて課税されるか、又は、それぞれの所得毎に個別に課税されるかは条約及び国内法によるものとされている。

1943年メキシコ条約及び1946年ロンドン条約に関しては、1935年改訂案と対して、さほど変更はないため、事業所得に関する意味も同様と認識する。

上記(イ)(ロ)(ハ)の「事業所得」の範囲からは、VCLT31条から33条の勘案による解釈の効果ほど期待されない。しかし、国連モデル条約の参考は、租税条約3条2項による各国の国内法令により解釈した場合よりも、二重非課税の排除(課税の空白)の機能が担保できると考える。

そこで、以下「5」ではRust教授の学説から、二重課税及び二重非課税の排除に係る、非常に重要であると考えられる学説から、租税条約の趣旨及び目的の観点に立って「利得」の内容を検討する。

5. 租税条約の目的と自律的解釈との関係

この「5」では、租税条約の趣旨及び目的の観点から租税条約の解釈を行う。租税条約の趣旨及び目的に関しては、国際的二重課税の排除及び二重非課税(課税の空白)排除機能の適正な解釈が要請されている。(第3章第1節租税条約の趣旨及び目的参照。)

VCLT33条3項を勘案しても、なお解釈に食い違いが生じる場合には、「条約の趣旨及び目的にてらして当事国の意思を確定し、すべての成分についての最大の調和がはかられる意味を採用するべきもの。」(VCLT33条4項)と規定している。

したがって、定義がない用語の解釈を、一般基準として参考されうる方法を確立することを目的とする。以下「(1)」では、Rusu教授による学説から、租税条約の趣旨及び目的の機能を検討する。以下「(2)」では、VCLT33条4項の規定と対比させて「企業の利得」の意味を具体的に分析する。

(1) Alexander Rust教授による解釈論

この「(1)」では、Rust教授の学説を紹介する。

Rust教授は、VCLT33条の規定に関して、Gaja教授とは、異なる学説であるため、非常に興味深い学説であると考えられる。すなわち、租税条約の趣旨及び目的を考慮し、「定義のない用語の解釈」に対して、以下の見解を述べる。

(イ) 自律的解釈 (autonomous interpretation) が必要であるときは、租税条約の趣旨目的を考慮することである。一方で、自律的解釈は租税条約3条2項の適用はない。ドア(解決策)は、VCLT33条3項及び4項の適用によって開かれていることを自律的解釈は意味している。¹⁶⁶

(ロ) 自律的解釈は、2つの締約国を拘束している唯一の解釈方法であり、最適なものであ

¹⁶⁶ Rust・supra note44,p.232.

ることは疑う余地はない。¹⁶⁷

(ハ) 自律的解釈により、「異なる言語の種類」を VCLT33 条 3 項及び 4 項から一致させなければならない。¹⁶⁸

(ニ) 「利得」の意味に対して自律的解釈が要求されていると考えることは、租税条約 3 条 2 項の適用はない。その場合に、VCLT33 条 3 項及び 4 項は、条約の相手国に対して条約の対象及び目的を考慮しながら、原本を最良に一致させた異なる条約バージョンのための解釈を導きだすことが要求されている。¹⁶⁹

そこで、次の「(2)」では、上述「(1)」の Rust 教授の学説と、「利得」の意味を調和させて整理を行う。

(2) 利得と条約目的の調和

この「(2)」では、前述「(1)」の Rust 教授の学説と「利得」との関係を、条約の趣旨に照らして整理する。

要するに、前述「(1) Rust 教授による解釈論」の学説を考慮すると、「企業¹⁷⁰の利得」の意味は、租税条約の目的である二重課税及び二重非課税を考慮しなければならない。

すなわち、「利得」は、VCLT33 条 4 項に基づき、すべての正文について「最大の調和が図られる意味」を採用することである。これが適わない場合には、特に条約の趣旨及び目的を最大に実現する意味を採用しなければならない。¹⁷¹

したがって、Rust 教授の学説と「利得」の意味を対比させると、租税条約の趣旨及び目的である二重課税排除或いは二重非課税排除の獲得が達成しえない可能性がある解釈を有してはならない、という論理が導き出される。

そこで前述「第 3 章第 3 節「1)」から「第 3 章第 3 節「5)」までの多様な観点から、一般基準として確立された解釈指針の検討結果を、以下「6)」において整理する。

6. 小活

この「6)」では、前述「第 3 節」において検討した「企業の利得」の射程範囲の結果を述べる。したがって、以下「(1)」では「企業の利得」の統一的な解釈を述べる。以下「(2)」では国連モデル条約の観点から、検討結果を述べる。

(1) 「企業の利得」の統一的解釈

¹⁶⁷ *ibid.*, p.232.

¹⁶⁸ *ibid.*, p.232.

¹⁶⁹ *ibid.*, p.232.

¹⁷⁰ High Court of Australia に係る *Thiel v. FCT (2) ATR 5311 case* では、モデル租税条約 7 条の「企業」の文言を自律的解釈により判断している。木村・前掲（注 103）765 頁参照。

¹⁷¹ VCLT33 条 4 項の勘案から、VCLT31 条 1 項の「文脈により」の規定と同様、租税条約の目的そのものに基づく解釈が背景にある。

この「(1)」では、前述「第3節」において検討した、「利得」の解釈をまとめる。

つまり、「企業の利得」の解釈は、各国の国内法令の用語を参照するまでもなく、その意味を明確にすることができる。対して、VCLTの分析無しに租税条約3条2項に基づいた国内法令による解釈を第1順位として採用することは「企業の利得」の意味に統一性が生まれにくい。いわゆる、順序として以下のように考える。

- (イ) 第一義的に「用語」が定義されているか否かの判断解釈。
- (ロ) 第二義的に定義がされていない用語を「文脈」により分析し、解釈を実行する。
- (ハ) 最終段階として国内法令に立ち返ること。

したがって、「利得」を「事業所得」と判断すると、租税条約7条以外の所得区分が明確にされていることから、「不動産所得」、「配当所得」、「利子所得」等を分離し、その事業の対価を得て稼得した所得が「事業所得」となる。

そして、租税条約の適用条文の判断は、納税者が所得を受け取る段階での、その所得に対する費用控除前の段階に着目される。かかる、利得「profit」は費用控除後の所得を指すに対して、所得「income」は費用控除前及び費用控除後の所得を指す。一方で「利得」と「所得」は異なる意味と解すことも可能である。しかし、「7条」は「事業所得」を明示的に定めているため、費用控除前に、事業から生じた所得であるか否かの審査により判断される。

また、「文脈により用語の意味が一致されない場合」は、国内法令の用語を斟酌しなければならない。つまり租税条約の用語の定義を認識し、定義がされていない用語に関しては租税条約の文脈から意味を抽出する。それでもなお、意味が要請できない場合は、最終段階として国内法令の用語に立ち返る¹⁷²という順序が、最も妥当な租税条約上の解釈であると考えられる。¹⁷³

そこで、以下「(2)」では、前述「第3章第3節「4」」で検討した国連モデル条約の有効性の結果をまとめる。

(2)国連モデル条約の参酌

この「(2)」では、前述「第3章第3節「4」」で検討した国連モデル条約の検討結果をまとめる。

¹⁷² 木村・前掲（注103）755頁参照。

¹⁷³ 解釈の一般基準から、「最終段階としての国内法令の援用」は、例えばコインの裏表として、コインの表が①租税条約の用語の定義の抽出②租税条約の文脈③国内法令の用語世界の順序を尊重するのであると、そのコインの裏側は、まず国内法令の概念世界に立ち帰り、次に、広義で理解される文脈がその点につき重要な根拠を提供しているときは、国内法令の用語世界から乖離することができるという逆の方法から意味を抽出することも可能である。したがって、再度コインの表に戻ると、国内法令によらずに文脈により解釈できる用語に関しても国内法令による用語を斟酌しなければならないということになるであろうか。少なくとも、国内法令は、租税条約の趣旨及び目的である二重課税排除の機能等、勘案することができない。木村・前掲（注103）755頁参照。

すなわち、事業所得を国連モデル条約から参照することは有益である。1935年改訂案の勘案により、事業所得条項2条による事業所得の定義から、事業所得は「不動産所得」、「利子所得」、「配当所得」等、条約に規定されている他の条文が除かれる。

しかし、国連モデル租税条約はOECDコメンタリーと同様、その効力は、あくまでもVCLT32条の「解釈の補足的手段」として参照とできる資料であることを補足する。

そこで、次の「第4節」では、確立された基準であると考えられるOECDコメンタリーの観点から、「企業の利得」の意味の内容を検討する。

第4節 OECDコメンタリーを参照とする解釈基準

この「第4節」では、OECDモデル租税条約7条1項の定義がされていない「企業の利得」に対してコメンタリーの説明に基づいて、利得の内容を検討を行う。

我が国の租税条約は、基本的にモデル租税条約に倣っているため、OECDコメンタリーの指針から検討を行うことの根拠は、前述「第2章第2節コメンタリーの法的位置付け」で検討した。すなわち、VCLT32条の「解釈の補足的手段」としてコメンタリーを参照することに効力をもたすことができると結論を述べた。

コメンタリーに関する企業の「利得」は、企業活動を遂行する際に得られる一切の所得を含む広範な意義を有する¹⁷⁴ものと考えられる。また、不確実性¹⁷⁵をもたらすことが予想されている。したがって、OECDモデル租税条約に対するコメンタリーの勧告から、定義されていない用語の解釈に係る方向性、「企業の利得」の内容を検討する。

そこで、以下「1」ではコメンタリーに関する企業の利得を分析する。以下「2」では3条2項のコメンタリーに関する分析を行う。そして以下「3」ではコメンタリーに対する筆者の考えを述べる。

1. 企業の利得の所得性格

この「1」では、企業の利得に関して、コメンタリーの説明する内容から意味を確認する。したがって、以下「(1)」では、モデル条約7条7Paragraph61。(OECDモデル租税条約第7条のコメンタリーパラグラフ61をいう。)のコメンタリーを確認する。以下「(2)」では、7Paragraph62。(OECDモデル租税条約第7条のコメンタリーパラグラフ62をいう。)のコメンタリーを確認する。

(1)OECDモデル条約7条7Paragraph61.¹⁷⁶

¹⁷⁴ モデル条約7条7Paragraph59。川端康之『OECDモデル租税条約2008年版（所得と財産に対するモデル租税条約）簡略版』（社団法人日本租税研究協会、2009年6月）132頁引用。

¹⁷⁵ モデル条約7条7Paragraph60。川端・前掲（注174）132頁引用。

¹⁷⁶ モデル条約7条7Paragraph61。「関係する特別な条項の適用と本条の適用とが同一の課税上の取り扱いを生む限りにおいて、この問題の実質的な意義はほとんどない。さらに特別な条項によっては、特定の条項に優先性を与える明示的規定を含んでいることに留意しなければならない。（第6条第4項、第10条第4項、第12条第3項及び第21条第2項参照。）」川端・前掲（注174）132頁引用。

モデル条約 7 条 7Paragraph61.では、企業の「利得」の解釈から、7 条の「利得」なのか、或いは、他の条文に含まれる「利得」であるのか、を判断する際に以下のように説明されている。

すなわち、他の条項の適用が履行できるのであれば、それは、不動産所得（6 条）、配当所得（10 条）、利子所得（11 条）、使用料（12 条）、その他所得（21 条）が事業所得（7 条）に優先して適用されるべきである旨の勧告である。

したがって、7 条の「利得」は、他の条文との差別化を図るため、事業から生ずる所得の他の条文に係る利得を排除した後、企業から生じる最終的な所得を 7 条の「利得」するものとする。

(2)解釈指針としてのモデル条約 7 条 7Paragraph62.¹⁷⁷

モデル条約 7 条 7Paragraph62.は、paragraph61.をより明確に「利得」の解釈を他の条文と差別化しているものと解され、より paragraph61.の説明を具体的にした内容である。

すなわち、7 条は「利得」に対して、特別の規定（配当、利子、使用料、その他の所得）を優先させていることで、「企業の利得」は、7 条の「事業所得」であることが認識できる。

一方で、モデル条約 7 条に対して、モデル条約 3 条 2 項はどのような勧告をしているのか。以下「2」では、3 条 2 項に関するコメントを整理する。

2.Article 3(2) に関するコメント

この「2」では、モデル条約 3 条に関するコメントを分析する。その根拠は、国内法令の解釈を援用することに対して、OECD がいかなる勧告を説明しているか確認することにある。したがって、以下「(1)」ではモデル条約 3 条 1Paragraph10.2. (OECD モデル租税条約第 3 条のコメントパラグラフ 10.2 をいう。)を確認する。以下「(2)」では、「(1)」のコメントに対する検討結果を述べる。

(1)モデル条約 3 条 1Paragraph10.2.¹⁷⁸

¹⁷⁷ 7 条 7Paragraph62. 「しかしながら、特定の範疇の所得を扱う他の条項との関係で、本条の適用範囲を明確にするために解釈準則を定めておくことが望ましいものと考えられていた。既存の二国間条約において一般的に確立された慣行に従い、第 7 条はまず、配当、利子等の特別規定を優先させている。この準則からすると、本条は、特別の条項が適用される範疇の所得に属さない事業所得と、10 条 4 項、11 条 4 項、12 条 3 項及び 21 条 2 項により本条の適用対象となる配当、利子等に適用される。特別な条項が適用される項目の所得は、租税条約の規定を条件として、両締約国の租税法令に従って個別に租税を課され、あるいは事業所得として租税を課されることが了解されている。」川端・前掲（注 174）132 頁引用。

¹⁷⁸ 3 条 1Paragraph10.2. 「この条約は、「事業」という用語の包括的な定義を置いておらず、第 2 項においては、この条約を適用する国の国内法の下で有する意味を通常有するとされる。しかしながら、h) は、事業には自由職業その他の独立の性格を有する活動を含むことを、明文により規定している。この規定は、自由職業所得に関する 14 条の対象とされていた役務の提供を「事業」に含めることを確実にしているが、国内法上そのような役務の提供や活動が事業を構成するとはされていない国において自由職業その他の独立の性格を有する活動を排除するような方法で制限的に解釈されないようにする、ということを目的とし

租税条約は、「事業」「利得」「所得」という用語に関して、租税条約上に定義を定めていない。

すなわち、3条1Paragraph10.2.を斟酌すると、「企業の利得」「事業」に関して何ら包括的な定義の規定をしておらず、尤も、モデル条約3条2項は、定義がされていない用語について、「用語」の解釈だけを規制しているにすぎない¹⁷⁹。

したがって、3条2項は「用語」の定義のみ、に關係する規定である。¹⁸⁰とりわけ、締約国同士による同じ条約の異なる解釈を許可している¹⁸¹にすぎない。

(2)文脈 (context) に対する別段の解釈

前述「(1)」に係る、コメントリーの勧告から、双方の国が国内法令と一致する用語を解釈する可能性がある。つまり、条約の相手の国内法が異なる場合、暗黙に異なる解釈を意味する¹⁸²のである。また、3条2項は条約自体に含まれる特別な解釈規則である¹⁸³ことを考えなければならない。したがって、3条2項の規定はVCLTと整合するように解釈しなければならない¹⁸⁴のである。

いわゆる、文脈 (context) が別段の解釈を要求している、すなわち、企業の利得は、その意味を他に要請しているのであり、3条2項に依拠しない解釈が要請されているのである。なお、OECDモデル租税条約3条2項の役割としては、VCLT31条4項の「特別の意味」である。¹⁸⁵

したがって、上述「1」及び「2」においてそれぞれの規定に対するコメントリーの分析を行った。そこで、以下「3」ではコメントリーから勧告されているそれぞれの意味を整理する。

3.小活

この「3」では、前述「第4節」に係るコメントリーの「利得」の解釈指針を検討結果と

ている。これに該当しない締約国は、この定義を排除することを二国間において合意することは自由である。」川端・前掲(注174)68頁引用。

¹⁷⁹ 木村・前掲(注88)44頁参照。

¹⁸⁰ Gaja・*supra* note119,p.99.

¹⁸¹ Rust・*supra* note44,p.231.

¹⁸² *ibid.*, p.231.例えば、p.232.によると、Rust教授はドイツを例に挙げている。すなわち、ドイツはドイツ語のみの3つの租税条約だけを締結している。3条2項の適用は単一言語の租税条約に限られる。他の事例で、解説は第1段階で2つの締約国が同一言語を使用することを保証しなければならず、第2段階で、双方の国が使用する同一言語に異なる意味があることを認めなければならず、異論を唱えている。締約国が国内法令の概念を適用することが許可される場合、条約言語が同じであるならば、異なる条約言語を使用する場合と同様に国内法の概念を適用することが許可されるべきであると述べている。

¹⁸³ *ibid.*, p.231. 木村・前掲(注88)43頁参照。木村教授は、「特別法」の關係にあると見解されておられる。

¹⁸⁴ 木村・前掲(注88)43頁参照。

¹⁸⁵ Sasseville・*supra* note49,p.133.すなわち、VCLTで提唱された条約の解釈の過程におけるOECDモデル条約3条2項の役割は、最も自然な位置はVCLT31条4項の「特別の意味」である。

してまとめる。

いわゆる、OECD コメントリーはVCLT32条の「解釈の補足的手段」として、法的な効力を有しているとしているが、OECDのそれ自体は国際慣習法ではない。したがって、法的効力については更なる議論の余地がある。

しかし、各国の共通的な解釈指針であるOECD コメントリーを参照し、「利得」の範疇を認識することは有効な資料である。すなわち、コメントリーを解釈の基本概念とすると、条約共通の解釈の追求と、国内法の参照との間の調整は、モデル条約3条2項に制限されないとするのは妥当であると考えられる。¹⁸⁶また、国内法への信頼がない場合には、租税条約或いはOECDに対する解説に完全に依拠すべきであると考えられる。¹⁸⁷

他方で、多国間或いはOECD諸国の観点からモデル条約とコメントリーは1つのパッケージ¹⁸⁸であり、近年では、大多数の現代の租税条約はOECDモデル租税条約に類似した供給を含んでおり、支持され得るもの¹⁸⁹と認識する。すなわち、コメントリーも十分にその内容から影響力がある。

したがって、7Paragraph61.62の説明から、モデル条約7条の「利得」に関する適用は、企業が稼得する利益から特別な規定の範疇である所得を差し引いた所得として解釈することが妥当である。¹⁹⁰

以上、本節では「利得」の意味に対してコメントリーを参照して解釈することができる。そこで、以下「第5節」では、「利得」の解釈を通して、7条の条項である「事業所得」とは何かを、我が国の裁判例を整理し、とりわけ所得区分に応じた租税条約の適用可能性を検討する。

第5節 事業所得に係る性格決定

この「第5節」では、「利得」の所得性格を検討する。「企業の利得」の解釈に際しては、事業及び所得に対する判例の検討から、その所得性格を判断する。判断の方法として、資産の保有や管理等、いわゆる資本所得課税と事業との区別が容易ではないことがしばしば指摘されている。

例えば、判断基準として我が国の租税条約が「所得」用語を用い、イギリス租税条約が「income」用語を使っている場合、当該二重課税の適用は、両締約国が「所得」と「income」

¹⁸⁶ John F. Avery Jones・*supra* note142,p.134.

¹⁸⁷ *ibid.*, p.134.

¹⁸⁸ Niels Blokker・*supra* note97,p.26-27.

¹⁸⁹ Engelen・*supra* note111,p.549.

¹⁹⁰ OECD非加盟国に対するコメントリーの参照意義として、OECDモデル租税条約及び同コメントリーを参照とすることができるのは、OECD加盟国間同士のみであるとする見解もあるが、そのような見解は不要である。すなわち、コメントリーは序14において、加盟国と非加盟国間、さらには非加盟国間同士の条約交渉や、二重課税及び関連問題の領域での全世界的又は地域的な国際機関の作業に関しても、基本的な参考資料として十分な役割を補っていること、且つ、OECD非加盟国のコメントリーに関する見解として、2003年版OECDモデル租税条約に対する非加盟国の立場から、OECD非加盟国はOECDに対して従属外国法人立法がモデル租税条約7条1項に抵触するという何を何ら意見として表明していない。したがって、OECD非加盟国であろうとコメントリーを参照とすることに何ら問題はないのではないのか。川端・前掲(注57)9-10頁、及び「OECDモデル租税条約に対する非加盟国の立場」293-320頁参照。

のもとで、同一のことを理解していると前提することはできない。¹⁹¹とりわけ、利得「profit」の意味は、明らかに「income」とは異なる。

すなわち、本節の目的は、源泉地国の法令により所得の性格決定を判断するか、或いは、居住地国で判断するか、を決定することにある。また、その意味を一つの意味に統一させることにより「企業の利得」の所得性格¹⁹²を検討することにある。¹⁹³

したがって、以下「1」では、我が国の判例により、「事業」という用語を整理する。以下「2」では、「企業の利得」が「事業所得」を意味していると想定し、他の租税条約上の所得性格と事業所得を比較し、その所得性格の判断を検討する。そして以下「3」において、「1」「2」の検討結果を述べる。

1.事業の用語に係る判例

この「1」では、「事業」の意味に係る我が国の判例を整理する。我が国では2つの判例が存在するため、以下「(1)」及び「(2)」においてそれぞれ整理する。

(1)事業の射程範囲

昭和53年広島高等裁判所にて、金銭の貸付行為が「事業」に該当するか否か、が争われた事案がある。¹⁹⁴

その判決によると、「事業」とは、「対価を得て継続的に行う事業、営利を目的とする継続的な行為であって社会通念上事業と認められるものを指称する。社会通念にしたがい、貸付行為の目的、貸付先との関係、営利性や反覆継続性の有無および程度、人的、物的設備の有無およびその規模その他諸般の事情を総合的に検討して判断すべき。」であるとしている。

(2)平成4年7月9日（行ツ）第87号最高裁判決による「事業」の解釈

平成4年7月9日最高裁判決では、金銭貸付行為が「事業」に該当しないその一つの根拠として、正規の貸付金の登録を行っており、専ら貸付金業務に従事していた納税者の所得に対して、その貸付先が少数であり、かつ、自己が経営する会社が主要なものである場

¹⁹¹ 木村(弘)・前掲(注88)36-37頁参照。

¹⁹² 木村(弘)・前掲(注17)94頁によれば、所得の性格決定に係る学説は、3つの方法があるとしている。すなわち、1、自国の法令の要件にしたがって租税条約上の用語を性格決定する。いわゆる「適用地国法 (lex fori)」による性格決定か、2、所得の稼得された源泉地国の法令にしたがい首尾一貫して条約上の用語を性格決定する。「源泉地国法 (lex cauae)」か、3、当事国間は、租税条約の文脈からひとつの首尾一貫した性格決定を確定しようと努める。いわゆる自律的性格決定か、の3点を述べている。

¹⁹³ 谷口教授は、条約上に用語が定義されていない場合の解釈指針として、「法廷地法 (lex fori)」条項と、「法性決定」と、自律的 (autonom) 「法性決定」の3つの解釈を提唱している。この論点について、木村教授と同様の解釈であるとする。谷口・前掲(注70)19-23頁参照。

¹⁹⁴ 広島高等裁判所昭和53年(行コ)第7号所得税の更正処分取消等請求控訴事件がある。『税務訴訟資料』(国税庁課税部審理室第103号、1979年)869-872頁参照。

合の金銭貸付行為に当てはめたいうで、当該行為が所得税法上の「事業」に該当しない旨の判断が下されている。¹⁹⁵

上述の2つの判例を参考に、次の「2」では、具体的に事例を踏まえて「事業」と他の所得性格の判断を検討する。

2.事業所得の適用判断

この「2」では、租税条約上の課税権配分の観点から、事業所得と他の所得の性格の分析を行う。したがって、以下「(1)」では、事業所得と他の所得との差別化を図ることを念頭に置き、それぞれ個々の論点を確認する。以下(2)では、7条の「利得」(事業所得)を net 概念と gross 概念の観点から検討を試みる。

(1)所得性格ごとの課税権配分

この「(1)」では、国内法人が諸外国、或いは、外国法人が日本国内において、「事業」を行う場合の稼得した所得が、租税条約上のいかなる所得性格¹⁹⁶に該当するのか検討を試みる。いわゆる、どのような形で租税条約上の所得の条文が判断されるか、以下問題例を示す。

イ.不動産所得か事業所得か

或る外国法人が事業の遂行を目的として得た所得として、専ら不動産事業を営んでいる企業は、不動産売買に係る事業から生ずる所得が日本国内の企業に帰属した場合、「不動産所得(6条)」¹⁹⁷に該当するか、或いは「事業所得(7条)」に該当するのか。

すなわち、「不動産所得」は、所得の源泉地国である外国法人に源泉地国課税が認められているに対し、「事業所得」は、源泉地国が課税権を有する場合であっても、費用控除を納税者に認めていない。すなわち所得源泉地国に課税権は配分されないこととなる。¹⁹⁸

ロ.株式譲渡所得か事業所得か

¹⁹⁵ 最高裁判所(第一小法廷)平成4年(行ツ)第87号更生処分等取消請求上告事件、『税務訴訟資料』(国税庁課税部審理室第192号、1994年1月)24-33頁参照。

¹⁹⁶ 取引別により、所得性格を判断するに際して、或る租税条約上の各条文にはソース・ルールの規定が設けられている。課税権配分に関して、所得性格毎に源泉地国、或いは、居住地国にソース・ルールが規定されていることから、所得の判断が異なることにより、国際的二重課税或いは二重非課税(課税の空白)が生じるのである。

¹⁹⁷ 例えば、租税条約の解釈で、「PEなければ課税なし」という文言は、PEが存在しないのであれば、その国に課税権は配分されない。不動産賃貸から得た所得は、6条によると、PEがある場合には、PEが存在する国によって得た利得は、その国においては課税権が配分されている。

¹⁹⁸ 7条は「PEなければ課税なし」の明文規定により、PEがない場合には課税権は配分されない。つまり、事業所得の源泉地国について課税権の範囲を制限する機能を有している。

源泉地国において株式の売却によりストックオプションを保有していた場合や、債権の売買による譲渡益に関して、事業の遂行により生じた所得であれば、居住地国に帰属する所得は事業所得に該当するものか、或いは譲渡収益（13条）¹⁹⁹になるのか。²⁰⁰

ハ.利子所得か事業所得か

人的会社のその社員（日本の場合には、民法上の組合の組合員）に支払う消費貸借に係る借入利子は、この社員（組合員）の許において事業所得であるか²⁰¹、又は、利子所得（11条）である²⁰²のか²⁰³。²⁰⁴

また、金融取引に係る、株式売買、債権売買、資金貸付、外国為替、先物取引のうち、資金貸付や債券保有から生じる所得はいかなる所得であるのか。

上記の問題点は、利子所得条項と事業所得条項で判断に迷う論点であるが、おおよそ「利子所得」に該当すると考えられる。他方、銀行、証券等、金融会社が金融商品の仲介サービスの対価として受け取る手数料の収入に関しては「事業所得」に該当される。

すなわち、事業所得条項と他の条項が競合した場合には、他の条項が優先適用（モデル租税条約7条7項）されるからである。したがって、前述「イ.不動産所得か事業所得か」「ロ.株式譲渡所得か事業所得か」も同様に「不動産所得」、「株式譲渡所得」が優先適用される。なお、課税権配分の観点から、利子所得（11条）に関しては、所得源泉地国に対しても課税権が制約されている。

二. 課税権配分

課税権配分の観点から、例えば、シンガポールの法人が日本で稼得する、日本国内の源泉事業所得に関して、我が国に対して課税権は配分されているか。²⁰⁵

¹⁹⁹ なお、キャピタルゲインについて、経常利益との間に違いのない国がある。そのような国の裁判所が租税条約に制定された表現、すなわち「キャピタルゲイン」を解釈すること、そして解釈するために条約3条2項に立ち戻ることを問われた判例がある。その事例において裁判所は、他の言語での「純利益」と「キャピタルゲイン」の概念の間にある違いは知覚可能であるので、外国のその国の言語で作成された原本に基づいて条約を解釈することを決定している。Gaja・supra note119,p.101.

²⁰⁰ これが、配当所得（10条）に該当すれば、源泉地国の課税権は制限されるに対して、使用料（12条）と判断されるとすると、源泉地国の課税権は配分されていない。

²⁰¹ ドイツの見解である。

²⁰² スイスの見解である。

²⁰³ 木村（弘）・前掲（注17）91頁参照。

²⁰⁴ 井上康一・仲谷栄一郎『租税条約と国内税法の交錯』（商事法務、2007年）217頁、221頁によれば、匿名組合契約に基づく利益の分配が、日本・ベルギー間租税条約の「企業の利得」なのか「その他所得」になるのかについて検討を行っており、小松教授は「その他所得」に該当する旨の見解を述べていると記載されている。例えばLLC（Limited Liability Company）から法人が得る利益の配当はその所得性格として、「事業所得」に該当される。一方で、投資運用会社を運営しているLLCであれば、その個人が得る利益の配当は、「株式譲渡所得」か「その他所得」か「事業所得」に含まれるのか、判断に迷うところである。

²⁰⁵ 確かに、多様な事実から、租税条約の所得に応じて適用可能性が強いられる。しかしながら、条約は、必ずしも、すべてが国内で直接適用可能なわけではない。それは、条約と国内法の定立過程の違いに主に

上記の内容は、いわゆる「事業所得」に該当すると考える。7条は「PE なければ課税なし」の明文規定により、PE が存在しなければ所得源泉地国における課税が免除される。上記の論点では、シンガポールに課税権は配分されていないため、シンガポールが日本で稼いだ所得に課税した場合は、租税条約に抵触することとなる。

なお、国内法であれば一方の締約国の「企業の利得」に係る「企業」の概念を広く解することによって、企業から生じる所得は広義的な範囲をおよぼすことになる。対して「その他所得」の範囲が縮小されるものと考えられる。²⁰⁶

そこで、次の「(2)」では、所得性質の判断を、gross 概念及び net 概念の観点から「利得」の内容を検討する。

(2) グロス (gross income) 概念か ネット (net income) 概念か

所得性質の判断に際して、gross 概念と net 概念という考え方がある。²⁰⁷ 二国間租税条約の用語を解釈する上で、所得 (income)、利得 (profit)、或いは収入 (revenue) をどのように解釈するか、を検討するには gross 概念と net 概念が一つの鍵となる。

例えば、「利得」(profit) は、費用控除後の net (純額) であるに対し、「所得」(income) は費用控除の有無及び控除するものとして、何を控除するかは曖昧²⁰⁸である。

租税条約は所得区分に応じて規定を定めているため、7条は「企業の利得」を文言とする「事業所得」を明示している。すなわち、「利得」の、所得に対する幅が広義的に意味を有し、「利得」と「事業所得」が相反する意味を生じているのであれば、それは企業の「利得」は「事業所得」として判断される。

したがって、利子、配当、譲渡益等々の所得種類に関しては、gross 概念として所得の種類が判定される。また、gross 概念として課税権を租税条約は配分おり、net 概念としての「利得」が意味を持つてくるのは、それは日本に PE があって、そこに帰属する利得について日本はそれを超えて課税してはいけないという課税の上限額を決めるところで、net 概念が意味をもつ。²⁰⁹

そこで、上述「第5節事業所得に係る性格決定」の内容から、以下「3」において検討結

理由がある。また、条約が直接適用可能か否かは、当事国の意思の解釈の問題であると解されている。岩沢雄司著『条約の国内適用可能性—いわゆる“SELF-EXECUTING”な条約に関する一考察』(有斐閣、1986年) 3-321頁参照。

²⁰⁶ 自律的解釈の遂行が租税条約の趣旨及び目的を獲得できるが、自律的解釈を異にする対極の学説も存在する。(これを、自律的解釈優位説に対して国内法参照優位説という) これは、租税条約3条2項の文言を重視する説であるが、国内法参照優位説が獲得できる運用は、「文脈」を穏やかに解釈すれば、自律的解釈の余地が広がり、国内法の参照の余地が狭くなる。したがって、自律的解釈の余地を広げ、国内法の参照に伴う不当な結果を回避することに目的があるといわれている。租税条約の趣旨及び目的を獲得することを主眼におけば、自律的解釈優位説が妥当に思える。谷口・前掲(注70) 26頁参照。

²⁰⁷ 浅妻章如「所得源泉の基準、及び net と gross との関係(1)」『法学協会雑誌』第121巻第8号、1174頁以下(2004年)及び同上(2)第121巻第9号、1378頁以下(2004年)及び同上(3)第121巻第10号、1507頁以下(2004年)を参照。なお、net は「純額」を指し、gross は「総額」を意味する。また、「利得」の解釈と gross 及び net の関係として、浅妻章如「タックスヘイブン対策税制(CFC税制)―判例の解釈と今後の政策論」租税研究第728号、244-265頁(2010年6月)参照。

²⁰⁸ 浅妻(1)・前掲(注207) 1186-1187頁参照。

²⁰⁹ 浅妻・前掲(注207) 250頁参照。

果を整理する。

3.小活

この「3」では、前述「第5節事業所得に係る性格決定」で検討した結果を述べる。

すなわち、租税条約7条1項に係る一方の締約国の「企業の利得」の課税原則は、一方の締約国でPEがない場合に事業活動が営まれる場合、その締約国に事業所得に対する課税権が配分されないということを帰結することになる。

その意味で、一方の締約国の「企業の利得」に係る課税権配分の原則は事業所得が生じた源泉地国について課税権の範囲を制限する機能をもっていることが認識できる。

したがって、このような源泉地国課税の制限は、居住地国との間で二重課税が発生する可能性を制限する。つまり、国際取引の促進に貢献するという意味をもつ。また、納税者の立場から、源泉地国の課税の範囲がより明確に限定されるという意味で法的安定性の保障にも役立つものと考えられる。²¹⁰

そこで、次の「第6節」では、租税条約7条の「事業所得条項」と、我が国の国内法である、タックス・ヘイブン対策税制が条約に適合する課税か、検討を行う。

第6節 事業所得条項の租税条約適合性

「第3章第1節」から「第3章第5節」までの検討により、租税条約7条の「企業の利得」の解釈指針を明確にした。したがって、この「第6節」では、我が国の国内法である、タックス・ヘイブン対策税制が租税条約7条の定める一方の締約国の「企業の利得」に対する課税制度であるか否か、その抵触関係の観点から、租税条約適合性の検討を行う。

いわゆる懸念として、我が国のタックス・ヘイブン対策税制が一方の締約国の「企業の利得」に課税しているのであれば、租税条約の趣旨及び目的である国際的二重課税排除の機能が保たれず、課税権配分の合意に違反することにある。

租税条約の観点から課税権配分の合意に反するような課税制度は問題である。問題とされていたのは、タックス・ヘイブン対策税制が租税条約7条1項による一方の締約国の「企業の利得」に対して課税しているという学説があり、我が国ではこの問題について議論が生じていた。

いかなる根拠にせよ、タックス・ヘイブン対策税制と租税条約の解釈に予測可能性及び法的安定性を担保するためにも、本節でタックス・ヘイブン対策税制が租税条約7条1項の一方の締約国の「企業の利得」に課税する規定であるか否かの検討を行う余地がある。

そこで、以下「1」では抵触問題に対する学説を述べる。以下「2」では、我が国のタックス・ヘイブン対策税制が租税条約に適合する課税なのか、検討を試みる。そして以下「3」では租税条約とタックス・ヘイブン対策税制の関係を、OECDの勧告から整理する。そし

²¹⁰ 谷口勢津夫「OECDモデル租税条約の新たな課題—グローバル・トレーディングと電子商取引への対応を中心に—」『OECDモデル租税条約は国際租税法の紛争解決規範となりうるか』（関西大学法学研究所研究叢書第21冊、2000年）10-11頁参照。

て以下「4」ではタックス・ヘイブン対策税制を目的論的解釈する。以下「5」においてタックス・ヘイブン対策税制が租税条約7条に適合する課税であるか、結論を述べる。

1.学説

この「1」では、抵触関係に対する学説を整理する。すなわち、我が国のタックス・ヘイブン対策税制が租税条約7条1項の「事業所得」（企業の利得）に課税している制度であるため、抵触するのではないか、という学説がある。他方で「配当所得」に課税しているため抵触はしない、という議論が生じていた。したがって、上記の議論を整理するため、以下「(1)」では、抵触説について整理する。以下「(2)」では抵触説に対する批判説を整理する。そして以下(3)ではそれぞれの学説に対するまとめを述べる。

(1)抵触説

中里実教授は、我が国タックス・ヘイブン対策税制が租税条約7条に違反するという根拠を以下のように説明する。

「タックスヘイブン対策税制の適用において親会社に課税されるべき子会社の留保所得がいかなる所得に該当するかが問題となろう。この点については「企業の利得」（日星租税条約7条1項）に該当するから、「事業所得」に該当するものと考えられる。留保所得は、営業損益及び営業外損益を通算したものであるから、それ以上に例えば配当所得や譲渡所得といった性質を有するものとは考えにくい。²¹¹子会社の留保所得が租税条約上の「事業所得」に該当することを前提に検討を行いたい。²¹²」

すなわち、中里教授は、タックス・ヘイブン対策税制が子会社の留保所得の「事業所得」（企業の利得）に課税する制度であるとの考え方である。

(2)批判説

対して、中里教授の見解に批判的な意見を述べている学説がある。批判説の根拠は、我が国タックス・ヘイブン対策税制では「配当モデル」を採用しているため、「企業の利得」（事業所得）には課税していないという見解である。以下「イ」では、本庄教授の見解を述べ、「ロ」では、占部教授の見解を整理する。

イ.本庄資教授

²¹¹ 中里・前掲（注20）77頁参照。

²¹² 中里・前掲（注20）77頁参照。

本庄教授は、中里教授の見解に対して以下のように述べる。

「特定外国子会社等は、米国税法や OECD の各種レポートが示すように、(i) 基地会社、(ii) 導管会社、(iii) 持株会社、(iv) 金融会社、(v) 保険会社、(vi) 海運会社、(vii) リース会社、(viii) パテント等保有会社、(ix) 不動産保有会社、(x) 各種事業会社、等多種多様なものがあり、これらの利益も、事業所得に限らず、投資所得、不動産所得、キャピタルゲイン、国際運輸所得など多種多様である。したがって、「みなし配当」として親会社の擬制所得とする場合には、特定外国子会社等の所得の種類をどのように決めるかは余り影響がないが、親会社（または内国株主）への帰属という立場をとる場合には、租税項目の属性がそのまま帰属するという論理から、所得の種類についての検討を経ないで、一律に「事業所得」と決めて立論の前提を立てることは、論理の飛躍であり、きわめて問題である。立法の経緯や合算課税の対象課税留保金額の算定プロセスと欠損金の通算を否定している根拠を考えれば、合算対象所得を「事業所得」とする前提を立てることはできない。²¹³⁾

すなわち、中里教授の見解（我が国のタックス・ヘイブン対策税制の課税対象所得が「事業所得」（企業の利得）とすること）を批判する。次に、占部教授の見解を以下において述べる。

ロ. 占部裕典教授

占部教授は以下のように述べる。

「タックス・ヘイブン税制において、合算課税の対象となる所得は、配当所得か事業所得かについて議論の存するところであるか、そもそもどちらの所得も、その性格を異にするものであるといえよう。みなし配当理論によるアプローチを採用しているために、その所得の本質は「みなし配当として、「配当」にきわめて近似するものであるが、「その他所得」として位置付けることも十分であろう。よって、OECD モデル条約 7 条 1 項あるいは日星租税条約 7 条 1 項との抵触問題は生じないといえる。²¹⁴⁾

すなわち、我が国のタックス・ヘイブン対策税制は租税条約 7 条 1 項の事業所得（企業の利得）には課税していないということが占部教授の見解からわかる。

そこで、次の(3)において上述の学説に対する検討を行う。

(3) 学説に対する見解

²¹³⁾ 本庄・前掲（注 20）153－154 頁参照。

²¹⁴⁾ 占部・前掲（注 20）252－253 頁参照。

この「(3)」では、前述「(1)」及び「(2)」で整理した学説に対する、筆者の考えを述べる。具体的に我が国のタックス・ヘイブン対策税制の規定を検討するため、以下「イ」では、タックス・ヘイブン対策税制の課税対象留保金額の算定を検討する。以下「ロ」では、タックス・ヘイブン対策税制の課税所得モデルの検討を行う。

イ.課税対象留保金額

おおよそ、我が国タックス・ヘイブン対策税制は、その措置法 66 の 6 第 1 項から「内国法人の収益の額とみなして」と規定されているため、文理解釈によって、我が国の親会社、或いは、内国法人に対して課税する制度である、と解釈できる。

一方で、措置令 39 の 15 第 1 項、第 2 項によれば、タックス・ヘイブン対策税制で課税される課税対象所得留保金額の算出の基礎となる未処分所得の金額は、「特定外国子会社等の各事業年度の決算に基づく所得の金額を基礎として算出される」としている。

なお、所得種類による計算の相違はなく、適用対象留保金額や課税対象留保金額の算定についても所得種類による相違はない。すなわち、タックス・ヘイブン対策税制の対象とする所得は、「配当」、「利子」、とりわけ「事業所得」を含んだ、決算に基づくすべての対象となる。

しかしながら、我が国のタックス・ヘイブン対策税制の課税対象所得に「配当」、「利子」、「事業所得」が含まれているのであろうか。以下「ロ」において、学説を踏まえて解釈を行う。

ロ.擬制収益、擬制配当

措置法 66 の 6 第 1 項の「内国法人の収益の額とみなして」の規定から、橋本秀法教授は、以下のように述べる。

「収益が内国法人に帰属するという規定ではなく、収益と擬制した金額を内国法人に対して課税するのである。収益の擬制という点からみれば、外国子会社の所得を内国法人に帰属する所得とする帰属モデルには当たらず、外国子会社に生じた所得を内国法人に配当擬制した結果、内国法人の所得とする配当モデルに近いものといえよう。²¹⁵⁾

すなわち、橋本秀法教授は、タックス・ヘイブン対策税制は「配当」に対して課税していると見解する。

また、我が国のタックス・ヘイブン対策税制の趣旨及び目的は、タックス・ヘイブン・コーポレーションの課税対象金額相当額を株主である我が国の内国法人等の擬制収益ないし擬制配当として課税し、租税回避の手段としてのタックス・ヘイブン・コーポレーショ

²¹⁵⁾ 橋本・前掲(注 20) 184 頁参照。

ンの機能を実質的に減殺することにある²¹⁶と考えることが妥当である。

つまり、上記の学説から、我が国タックス・ヘイブン対策税制は中里教授が見解されている「事業所得」ではなく、本庄教授、占部教授が見解するように「配当所得」に対する規定であると考えられる。

とりわけ、一方の締約国の「企業の利得」に配当利得は含まれていないため、タックス・ヘイブン対策税制は「企業の利得」に課税していないとすることが妥当な考えである。したがって、学説の妥当性は、おおよそ本庄教授、占部教授が見解する学説に妥当性がある。

そこで、以下「2」では、我が国のタックス・ヘイブン対策税制が租税条約7条に適合する課税であるか、より具体的に検討を行う。

2.租税条約適合性の判断

この「2」では、我が国のタックス・ヘイブン対策税制が租税条約7条に対して、適合する課税であるのが、具体的に検討を試みる。したがって、以下「(1)」では、タックス・ヘイブン対策税制の立法趣旨の検討を試みる。以下「(2)」では、我が国の租税法律主義の観点から、租税条約7条とタックス・ヘイブン対策税制の関係性の検討を行う。以下「(3)」では、7条に関する排他的課税権に関して、若干の補足を述べる。

(1)我が国タックス・ヘイブン対策税制の立法経緯

タックス・ヘイブン対策税制の立法担当者は、タックス・ヘイブン対策税制の規定に関して以下のように述べる。

「その趣旨及び目的に際し、軽課税国に所在する外国法人で我が国の法人又は居住者により株式（又は出資）の保有を通じて支配されているとみなされるものの留保所得をそれら我が国株主の持分に応じてその所得に合算して課税する、というものである。外国法人がその設立の地で留保している所得を、我が国の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。²¹⁷」

すなわち、上記の立法経緯を鑑みると、我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、従来から、「内国法人の収益の額とみなして」という文言が企業の所得の帰属、或いは、性質においてどのように理解することが妥当なのか、に関する議論が生じており、我が国のタックス・ヘイブン対策税制と租税条約との交錯関係が問題として指摘されていた。

そこで次の「(2)」では、タックス・ヘイブン対策税制の規定を租税法律主義の観点から検討を行う。

²¹⁶ 金子・前掲（注20）475頁参照。

²¹⁷ 高橋・前掲（注5）81頁引用。

(2) 租税法律主義の観点

この「(2)」は、租税法律主義の観点から、タックス・ヘイブン対策税制が課税要件明確主義を担保しているのか。また、手続的保障の原則から、予測可能性及び法的安定性が担保されているのか検討を行う。したがって、以下「イ」では、課税要件明確主義の観点、以下「ロ」では手続的保障原則の観点から分析を行い、以下「ハ」では再度、立法担当者
の見解を述べる。

イ. 課税要件明確主義

タックス・ヘイブン対策税制を租税法律主義の機能から鑑みると、納税者の予測可能性や法的安定性を考慮しなければならない。そのように考えると、租税条約 7 条 1 項の文言、或いは、それに類する租税条約の議定書に関して、CFC ルール（我が国のタックス・ヘイブン対策税制も含む）が租税条約に抵触しないと読み取ることができない。また、タックス・ヘイブン対策税制が租税条約に適合する課税なのか、条文から一切読み取ることができないし、その規定自体は不透明である。

上記の状況から、企業間の国際活動の弊害が起こり得ることも予測される。一概には我が国のタックス・ヘイブン対策税制が租税条約 7 条 1 項の「一方の締約国の企業の利得」に課税しているか否かの、非常に曖昧で検討のしがたい部分は予測がつかない。

したがって、課税要件明確主義の観点から抵触関係を検討することは困難である。

ロ. 手続的保障原則の機能

次に、租税法律主義の機能の一つである手続的保障原則の観点から検討を行う。結論から述べると手続的保障原則の観点からでは、タックス・ヘイブン対策税制を適用する子会社に係る諸外国との条約に関して併害の可能性があると考える。

その根拠は、立法当初、我が国では租税条約とタックス・ヘイブン対策税制との関係について、租税条約締結国に存在する子会社についてタックス・ヘイブン対策税制を適用することに対して認識していなかった²¹⁸としている。

²¹⁸ 佐藤正勝「タックス・ヘイブン対策税制」『日税研論集』税研 VOL33、123-125 頁（1996 年）参照。佐藤教授は、租税条約 7 条 1 項とタックス・ヘイブン対策税制の抵触関係が問題となる以前から、租税条約と我が国のタックス・ヘイブン対策税制との関係について検討されていた。外国の居住者の所得を我が国の居住者の課税所得に取り組みことが関係する租税条約の規定に抵触しないか否かという問題点を提起した後、「わが国は、いわゆるタックス・ヘイブンといわれる国との間では租税条約を締結しないことをポリシーとしている。タックス・ヘイブン国の範囲に関して、平成 4 年度改正前のわが国の国内租税法では、41 の国または地域を軽課税国としてタックス・ヘイブン対策税制が適用される地理的範囲を指定していた（軽課税国指定制度）が同年度の改正により、軽課税国指定制度が廃止され、租税の負担割合が 25% 以下となるという条件に該当する場合には地理的限定なしに適用されることとなった。（租税特別措置法施行令、以下「措令」と表記する。39 条の 14 第 1 項 2 号）。したがって、同年度以降は、わが国との租税条約締約国であっても、租税の負担割合が 25% 以下となる等法定の要件を満たす場合には、タックス・ヘイブン対策税制が適用され得ることから、租税条約との関係が生じ得る」旨の見解をされておられる。

例えば、平成 22 年 11 月に日本国政府と香港特別行政区政府（以下「香港」と表記する。）との間の租税条約が新たに著名されている。香港は、いわゆるタックス・ヘイブン国である。我が国がタックス・ヘイブン国と租税条約を締結しないという背景には、米国が過去に米国とオランダとの間の租税条約（以下「米蘭租税条約」と表記する。）をタックス・ヘイブン国である蘭領アンチルまで適用拡大したことで、蘭領アンチルを利用した租税条約の濫用が横行したこと等の経験に学んだこと²¹⁹が背景にある。

そこで、以下「ハ」では、手続的保障原則に関する立法経緯を述べる。

ハ.立法担当者の見解

当時の立法担当者は、軽課税国の指定基準に関して次のように述べる。

「租税条約締結国で上記の基準により軽課税国となり得るものをどうするか、という問題があるが、我が国との条約締結国（あるいは拡大適用地域）の中には税負担が著しく低いものもふくまれており、これらの国について租税回避が行われる可能性が皆無であるといえないことから、これらの国（又は地域）に所在する外国子会社等の実態やこれらの国の制度等を慎重に検討した上でやむを得ぬ場合にのみ軽課税国に指定する、という立場がとられている。²²⁰」

すなわち、日本とシンガポールとの間の租税条約が締結された時点よりもはるか後の時点になって、シンガポールの子会社もタックス・ヘイブン対策税制の適用対象とするように国内法が一方的に改正されたこと²²¹になると判断することは必然である。これは手続的保障原則の機能が担保されているとは考えられない。²²²

したがって、我が国がタックス・ヘイブン税制における軽課税国と租税条約を締結することは、少なからずある²²³という見解もあるが、法治国家である我が国の租税法律主義の観点から、法的安定性及び予測可能性の機能を担保することができていないと考える。

そこで、次の「(3)」では、タックス・ヘイブン対策税制を、排他的課税権の観点から、条約に適合する課税であるか、検討を行う。

(3)排他的課税権

この「(3)」では、タックス・ヘイブン対策税制を、排他的課税権の立場から、条約に適

²¹⁹ 矢内一好「日本・香港租税協定のあらまし」月刊国際税務 VOL31、70-71 頁（2011 年 1 月）引用。

²²⁰ 高橋・前掲（注 5）98 頁引用。

²²¹ 中里・前掲（注 20）80 頁引用。なお、中里教授は「適正手続の保障」という表現を付しているが、筆者は、手続的保障原則であると考えている。

²²² 我が国は法治国家であり、租税法律主義を重んじることから、筆者は手続的保障原則の観点から、この問題に関してなお異論が残ってしまうのである。我が国が蘭領アンチルの租税条約濫用の経験から租税条約を締結しない旨の趣旨が現在では不透明になっているのではないかと考える。

²²³ 占部・前掲（注 20）206 頁引用。なお、占部教授はこの論点に関して具体的な見解を示しておらず、他の学説もこの論点については触れてはいない。

合する課税であるか、検討を行う。

すなわち、我が国の国内法であるタックス・ヘイブン対策税制が租税条約 7 条 1 項の「一方の締約国の企業の利得」に対する合理的な法律であるかどうかという懸念が生じるところである。しかし、そもそも 7 条 1 項の「一方の締約国の企業の利得」を含めた文言から文理解釈をした場合、果たして租税条約上には、課税対象者が一体だれなのかという部分
は明示的に規定²²⁴されていない。²²⁵

租税条約 7 条 1 項の条文は、第 1 文に「PE なければ課税なし」の規定を置いており、第 2 文では「帰属主義」の規定を置いている。しかし、帰属主義の中身に関する規定は、7 条 2 項の独立企業間原則²²⁶で規定されている。

この第 2 文の帰属主義には、誰に対して課税しているのかを明確に定めているが、企業の利得を主とする文脈から解釈した場合に、一方の締約国の企業が課税対象者であるのか、或いは、他方の締約国の企業が課税対象者であるのか、は法的安定性の観点から具体的に規定されていないと考える。

租税条約の解釈には、VCLT31 条 1 項で、文脈に即した解釈が認められている。この文脈から、租税条約 7 条 1 項の第 1 文から第 2 文も含めた文言から、用語を解釈していくことも一つの考え方である。

したがって、誰に対する課税かといえば、一方の締約国の企業に対する課税であることは VCLT の観点から解釈できる。とりわけ、7 条 1 項の「一方の締約国の企業の利得」を含む第 1 文を解釈すると、一方の締約国においてのみ租税を課することができる旨の解釈

²²⁴ 租税条約上には、「誰に対する課税」であるか、つまり「所得の帰属」に関する規定は規律していない。Lang・supra note13,p.51-53.によれば、この観点について、締約国の立法者の判断により誰の所得と見られるかを決する旨の見解をされている。対して浅妻教授は、「所得の帰属」に対する問題点は多義的であり、この問題に対する用語を「水平的な所得の帰属問題」及び「垂直的な所得の帰属問題」と表現している。いわば本稿で問題とするところは、「垂直的な所得の帰属問題」である。浅妻・前掲（注 20）386 頁参照。いわゆる、文理解釈に際して納税者の視点から、国内法の条約適合性を斟酌すると租税条約 7 条 1 項の文言には「従属外国法人規定は 7 条 1 項に違反しない」或いは「誰に対する課税であるか」などといった、文言に係るニュアンスの部分で、明示的な文言をなんら規定していない。したがって、結果的に納税者の法的安定性の欠如に繋がるのではないか。

²²⁵ 例えば、タックス・ヘイブン対策税制が租税条約に抵触しないことを明文化することも国によっては行われている。（1978 年カナダ-イギリス租税条約 27 条(3) 等）占部・前掲（注 20）225 頁参照。例えば、日星租税条約に関してはそのような明文規定は存在せず、無論、文理解釈からその旨を読み取ることは不可能である。この問題点に関して占部教授は、シンガポール政府は我が国のタックス・ヘイブン対策税制が適用除外規定をおいていることから、タックス・ヘイブン対策税制を許容しているものとされるため、特に問題とすることはなかったと述べる。したがって、租税条約上に特別な条項を設けなくても抵触は起こりうるはずがないとされているのである。

²²⁶ 抵触関係とは別に、租税条約 7 条 1 項の「企業の利得」の解釈として、二通りの解釈ルートがあるとされている。すなわち、企業の利得の所得性質の解釈、一方で 7 条 1 項の解釈・適用についての統一的なアプローチがない場合には、二重課税や課税の空白のリスクが生じてしまう。そこで PE の帰属利得の算定に関するアプローチの解釈（Authorized OECD Approach 以下「AOA」と表記する。）として、2006 年に AOA が 7 条に関する解釈の統一化を図るために改正レポートを公表し、以前から「関連事業活動アプローチ」と「機能的分離企業アプローチ」のいずれかのアプローチにより統一性を持たそうとしていたが、昨年、OECD によるその旨の報告として、「機能的分離企業アプローチ」を採用することとなった。しかしながら、AOA は具体的なアプローチの方法を公表しているが、AOA に関するレポートは PE に帰属される所得があることを前提としているアプローチである、云わば「水平的な所得の帰属問題」であり、本稿においては、所得がない場合及び所得の性質について解釈するため、割愛させていただく。詳細に関しては、西村開多「OECD による恒久的施設（PE）の帰属利得に関するレポートの公表と OECD モデル租税条約第 7 条（事業所得）に関するコメントの改正について」租税研究第 693 号、113-130 頁（2007 年）が有益である。又、本庄・前掲（注 31）13-22 頁にも同様の報告が掲載されている。

ができるので、PEがない国には課税権はない。つまり、「のみ課税を課することができる」の規定は、一方の締約国に排他的な課税権を認めるものであり、これにより他方の締約国の課税権の行使は禁じられる²²⁷ことになる。²²⁸

そこで、上記の条約適合性に関して、以下「3」では、租税条約適合性の観点から OECD コメンタリーを分析する。

3.OECD の勧告

この「3」では、タックス・ヘイブン対策税制の租税条約適合性に関して、OECD コメンタリーの説明の整理を行う。以下「(1)」では、租税条約適合性の観点から OECD の説明を整理する。以下「(2)」では、7Paragraph10.1 を整理する。以下「(3)」では、10Paragraph37 の整理を行う。以下「(4)」では抵触関係に対する異論を述べる。

(1)OECD の勧告

この「(1)」では、CFC ルールの租税条約適合性を、OECD の説明から整理する。

いわゆる Schneider case 後、OECD 委員会はコメンタリーの作成に即座に反応しており、2003 年に新たにコメンタリーが改訂されている。その改訂の内容として、1Paragraph23、7Paragraph10.1、10Paragraph37.が 2003 年版で追加されている。例えば、コメンタリー 1Paragraph23.に関しては、「従属外国法人立法は租税条約に抵触しない」という旨の説明が記載されている。

要するに、上記の内容が意味することは、CFC ルールの適用は租税条約に違反しない、というのが OECD の多数派の見解である。しかし、少数派の意見として OECD コメンタリーには、CFC ルールの適用は租税条約に違反すると主張する国がある。いわゆる少数派の意見を述べている国が、英国・フィンランド・フランスの CFC ルールと租税条約の抵触関係による裁判で問題となったタックス・ヘイブン国の立場の国、すなわち、オランダ・ベルギー・スイスである。²²⁹

しかしながら、1Paragraph23.と同様に、7Paragraph10.1、10Paragraph37.には CFC ルールと租税条約は抵触しないという CFC ルールと租税条約との関係が記載されている²³⁰ことが確認できる。

²²⁷ 倉内敏行「相互協議の対象について―「租税条約に適合しない課税」の解釈に関する一考察」（税務大学校論叢 27 号、1996 年）137 頁、165 頁引用。なお、英文では、「only in that State unless」と記載されているため、その文言から解釈遂行しても明示的である。OECD・supra note58,p.28.

²²⁸ 一方の締約国の企業の利得は、他方の締約国に PE がない場合には他方の締約国に課税権は配分されていないため、例えば他方の締約国が我が国であるとするのであれば、我が国はいかなる根拠にせよ、一方の締約国の企業の利得に対して課税はできない。とりわけ、我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、特定外国子会社等の企業の利得に対して課税をしておらず、特定外国子会社等の企業の利得を、我が国の親会社の収益とみなして、擬制して課税している制度であるため、我が国のタックス・ヘイブン対策税制と租税条約が課税しようとしている課税対象者は、对象的に相反している。

²²⁹ 浅妻・前掲（注 67）257-259 頁参照。

²³⁰ 川端・前掲（注 57）55、103 頁参照。

そこで、次の「(2)」では、具体的にコメントリー7Paragraph10.1の整理を試みる。

(2)7Paragraph10.1.

7Paragraph10.1.²³¹ (OECD モデル租税条約第7条のコメントリーパラグラフ 10.1 をいう。)では、自国の国内法令の従属外国法人規定は他方の締約国の「企業の利得」を減少しない、と説明している。要するに、「企業の利得」を減少しないということは、従属外国法人規定は7条の規定する一方の締約国の「企業の利得」に課税をしていないと解釈できる。

したがって、我が国の租税条約7条1項はモデル租税条約と同様の文言となっていることから、モデル租税条約7条のコメントリーの勘案から従属外国法人規定は租税条約に抵触しない旨の判断をするのが妥当である。

とりわけ、「企業の利得」を減少させない旨の記載が7Paragraph10.1.によってわかる。我が国のタックス・ヘイブン対策税制がモデル租税条約7条1項の「一方の締約国の企業の利得」に課税をしていないということを鑑みると、タックス・ヘイブン対策税制は、租税条約7条にいう「一方の締約国の企業」に対する子会社等の利得の浸食をしていない、と解釈するのが妥当である。

そこで、次の「(3)」では、10Paragraph37を整理する。

(3)10Paragraph37.

10Paragraph37.²³² (OECD モデル租税条約第10条のコメントリーパラグラフ 37 をいう。)は、7Paragraph10.1.と同様の意味を把握することが可能な説明となっている。

いわゆる10Paragraph37.は、従属外国法人規定が、モデル租税条約10条第5項に違反する、という解釈を否定している文言である。

モデル租税条約10条は「配当所得」に関する規定を設けていることから、OECDの見解は「配当所得」に関しても、2003年に改訂項目として上記の勧告を出している。

そこで、次の「(4)」では、上述「(1)」「(2)」「(3)」で整理したコメントリー以外のコメントリーを整理する。

²³¹ 第1項の目的は、一方の締約国の、他方の締約国の居住者である企業の事業所得に対する課税権の制限を規定することである。本項は、一方の締約国の、自国の国内法令の従属外国法人規定に基づく自国の居住者に対する課税権を、これらの居住者に対して課せられる当該租税が、他方の締約国に居住している企業の利得で、これらの居住者の当該企業への持分に帰せられる部分に基づき算定されるのにもかかわらず、制限していない。一方の国によって自国の居住者に対してこのように課される租税は、他方の締約国の企業の利得を減少させず、それ故、当該利得に対して課されたとはいえない(第1条に関するコメントリー第23パラグラフ及び第10条に関するコメントリー第37パラグラフ乃至第39パラグラフも参照)。と記載されている。川端・前掲(注57)103頁引用。

²³² 10Paragraph37.「納税者の居住地国が、従属外国法人立法又はそれと類似の効果を持つその他の準則に基づき、分配されなかった利得に課税することを求める場合、同国は第5項の規定に反して行動している、と議論することができるかも知れない。しかし、本項は源泉地における課税に限られており、このような立法又は準則に基づく居住地における課税には関係していないことに留意すべきである。さらに、本項は法人の課税に関するものであり、その株主に関するものではない。」川端・前掲(注57)138頁引用。

(4)事業所得及び配当所得以外の所得

7Paragraph10.1.及び 10Paragraph37.では、OECD の見解では従属外国法人立法は租税条約に抵触しないということがわかる。

一方で、所得区分ごとに規定されている租税条約の文脈からモデル租税条約の事業所得と配当所得とは別に、「不動産所得」、「利子所得」、「使用料」等、個々の条文に対するコメントリーに関しては何ら説明されていない。

しかしながら、1Paragraph23.²³³ (OECD モデル租税条約第 1 条のコメントリーパラグラフ 23 をいう。)の説明から、租税条約の文脈を指す、全体的な概念での、租税条約に抵触しない旨の OECD の勧告がされている。したがって、我が国におけるタックス・ヘイブン対策税制も、「事業所得」以外の、他の租税条約の規定に関して、抵触が生じることはないと考える。

そこで、次の「4」では、タックス・ヘイブン対策税制の規定に対する目的論的解釈の是非の検討を行う。

4.目的論的解釈の是非

この「4」では、我が国のタックス・ヘイブン対策税制の目的論的解釈の観点から解釈の内容を検討する。したがって、以下「(1)」では、課税対象留保金額の算定を整理する。以下「(2)」ではタックス・ヘイブン対策税制の立法経緯を整理する。以下「(3)」ではタックス・ヘイブン対策税制の文理解釈の意味を再考する。以下「(4)」ではタックス・ヘイブン対策税制に係る目的論的解釈から解釈の内容を検討する。

(1)課税対象留保金額の算定

我が国のタックス・ヘイブン対策税制の制度として、その対象とする所得は、利子及び配当等、すべての所得を含んだ決算に基づくすべての所得が課税の対象となる。すなわち、措置令 39 の 15 第 1 項、第 2 項の規定によって、特定外国子会社等の課税対象留保金額の未処分所得を、各事業年度の決算において算出されることになる。したがって、決算に基づくすべての所得としていることは、事業所得も同様に課税の対象とされる。

²³³ 1Paragraph23.「基地法人の利用については、従属外国法人の規定を通じて対応されよう。かなりの数の加盟国と非加盟国がそのような立法を採用している。この種の立法の構造は国によってかなり異なるが、これらの準則の共通の特徴は、国内の課税ベースを保護する適法な手段として国際的に認識されているが、これらの準則の適用によって一方の締約国が一定の外国実体への参加に起因する所得についてその居住者に対して課税する、という点である。第 7 条第 1 項や第 10 条第 5 項のようなこの条約の規定の一定の解釈に基づけば、この従属外国法人立法の共通の特徴はこれらの規定と抵触するのではないかと、ということが議論されてきた。第 7 条のコメントリー第 10. 1 パラグラフと第 10 条のコメントリー第 37 パラグラフにおいて説明する理由のために、このような解釈は当該規定の文言とは一致しない。これらの規定をその文脈において読めば、そのような解釈は妥当しない。そのため、従属外国法人立法は条約と抵触しないということを、その条約において、明示的に確認したいと考える国もあるが、そのような確認は不必要である。このように組み立てられた従属外国法人立法は条約の規定には抵触しない、と認識されているのである。」川端・前掲(注 57) 55 頁引用。

(2)立法趣旨

いわゆる、タックス・ヘイブン対策税制の立法経緯から、本税制は、子会社等の法人格を否認する規定ではない。つまり、その留保所得が実質的に帰属する者である我が国株主に課税しようとするものである。そのための課税要件を明確かつ具体的に定めている²³⁴旨の規定が確立されているように、我が国の内国法人の株主に対して課税を行うこととされている。

(3)文理解釈の妥当性

文理解釈に関しては、日星租税条約 7 条 1 項の一方の締約国の「企業の利得」の範囲と我が国のタックス・ヘイブン対策税制の所得の対象範囲が重なる部分があるため、文理解釈のみで結論の是非を導き出すことは妥当ではない。

すなわち、タックス・ヘイブン対策税制の所得の適用範囲は「事業所得」と解することはタックス・ヘイブン対策税制の規定から解釈することは困難である。しかし、外国子会社の所得が「事業所得」である場合には租税条約 7 条 1 項に違反するという考え方もある。万一、我が国のいずれの国内法が外国子会社の事業所得に課税をするようになるのであれば、抵触関係の否定は困難であり、抵触関係の問題点は解明されない。

(4)目的論的解釈の再考

しかしながら、目的論的解釈で解釈するのであれば、租税条約及びタックス・ヘイブン対策税制の両規定とも、租税回避規定或いは脱税防止を趣旨及び目的としていると考えるため、²³⁵両規定が抵触する可能性は稀であろう。²³⁶

そこで、以下「5」では「第 6 節」で検討を行ったタックス・ヘイブン対策税制の租税条約適合性の観点に関して、その効果を整理する。

²³⁴ 高橋・前掲（注 5）93 頁引用。

²³⁵ 木村教授は、「納税者は、租税条約がその者の所得に対する二重課税を期待する。課税当局は、租税条約が脱税（fiscal evasion）を防止するものであると期待する。・・・（中略）・・・租税条約の性格が、政府の立場からみるか納税者の観点からみるかに応じて、それぞれ異なって認識されうる、との全く同様に、租税条約の目的は、非常に異なった様態で認識されうる。」木村（弘）・前掲（注 103）718 頁引用、と述べる。したがって、解釈の仕方では、多様な思考が働くのである。

²³⁶ なお、中里・太田・弘中・宮塚・前掲（注 22）257 頁参照。小田嶋清治「タックス・ヘイブン対策税制の立法経緯と今後の動向」では、小田嶋氏は、我が国のタックス・ヘイブン対策税制は租税条約に違反する可能性を示唆している中里教授を批判している。つまり、違反しないとするその根拠として 3 点が挙げられ、1 点目は租税条約が自国企業に対する自国の課税というのは基本的に条約の枠外においていること。2 点目は、租税条約には、その根拠となる規定は情報交換規定しかないが、租税回避防止という大きな目的もあること。3 点目は自国企業に対する課税の構成をとっていること、として、上述の論理の 3 点を組み合わせると、租税条約違反にはならないと述べているのである。したがって、この説明は目的論的解釈の観点から述べることができると考える。また、立法担当者が説明していることである為、上述の考え方に妥当性がある。

5.小活

この「5」では、「第6節」で検討した、タックス・ヘイブン対策税制の租税条約適合性の検討結果を述べる。したがって、以下「(1)」では、文理解釈及び目的論的解釈を遂行した場合の検討結果を述べる。以下「(2)」では、タックス・ヘイブン対策税制が条約に適合する課税であるとする検討結果を述べる。

(1)文理解釈及び目的論的解釈の効果

この「(1)」では、タックス・ヘイブン対策税制の条約適合性を、文理解釈及び目的論的解釈の効果から、検討結果をまとめる。

すなわち、帰属方法や所得の範囲について議論が生じていたことから、我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、特定外国子会社等の課税対象留保金額を内国法人の収益とみなして、内国法人の株主に対して課税することとしたものであると考えられる。

したがって、タックス・ヘイブン対策税制は、特定外国子会社等に対して課税するものではない。つまり、措置法66条6第1項による「内国法人の収益の額とみなして」課税することが条文から解釈できる。²³⁷とりわけ、タックス・ヘイブン対策税制の当時の立法経緯に基づいて、趣旨及び目的を勘案するならば、内国法人の「擬制収益」として課税する制度とみるのが妥当である。結局本制度は、「企業の利得」に対して課税する制度ではないと考えるのが妥当である。

確かに、タックス・ヘイブン対策税制の規定から、特定外国子会社等の留保利益をいかなる理論的根拠のもとで親会社の所得に合算しているかを法文から明らかにすることは困難である²³⁸という見解もある。しかしながら、我が国は法治国家であり、租税法律主義のもと、条文から厳格に条文を解釈しなければならないこととされており、場合によっては目的的に解釈を行うことも可能とされている。

そこで、次の「(2)」では、タックス・ヘイブンが条約に適合する課税か否か、の検討結果をまとめる。

(2)条約に適合する課税

この「(2)」では、タックス・ヘイブン対策税制が租税条約7条に適合する課税であるか、検討結果を述べる。

すなわち、文理解釈を原則的とし、目的論的解釈によりタックス・ヘイブン対策税制を解釈した結果、やはり特定外国子会社等の留保所得を、我が国の内国法人に対して「擬制所得」、「擬制配当」として課税する制度である。また、法的な意味でも実質的な意味でも内

²³⁷ 佐藤教授は、タックス・ヘイブン対策税制のいずれの理論にも結局は依拠するものではなく、特定外国子会社を使った租税回避行為を防ぐために、特定外国子会社等の留保利益を実質所得者である親会社の所得として合算するという制度を採用している、と述べる。佐藤・前掲（注218）127-129頁参照。

²³⁸ 山本(哲)・前掲（注20）123頁参照。

国法人である親会社が課税を負担していると解することが妥当であるとする。本制度は、租税条約 7 条の一方の締約国の「企業の利得」に対しては課税していない。したがって、タックス・ヘイブン対策税制は租税条約に適合する課税であるとする。

そこで、以下「第 7 節」では前述「第 3 章」において確立された解釈指針、基準の整理を行う。

第 7 節 総括

この「第 7 節」では、前述「第 3 章第 1 節」から「第 3 章第 6 節」を通して、本稿の論点であった、「企業の利得」の解釈指針、意味、懸念等を整理する。したがって、以下「1」では「企業の利得」の解釈に対する効果の検討結果を踏まえて整理を試みる。「2」では「企業の利得」の解釈に際して、確立した解釈指針の、若干の整理を行う。

1. 確立された基準による効果

この「1」では、「企業の利得」の意味の整理を行う。したがって、以下「(1)」では VCLT の分析により得た結果を述べる。以下「(2)」では OECD コメントリーを補的手段として用いることの有効性の整理を行う。以下「(3)」では国連モデル条約の参照により、「事業所得」が具体的に解釈できることの根拠を述べる。

(1) VCLT の分析による解釈

この「(1)」では、VCLT を参照とした解釈指針の妥当性を検討結果としてまとめる。

すなわち、租税条約の統一的解釈の獲得には、VCLT31 条から 33 条の分析を行い、解釈をすることで、文言の相違や多言語の意味に対応できるものとする。したがって、上記の解釈から、本稿の論点であった、租税条約 7 条の「企業の利得」は、「不動産」、「配当」、「利子」、「使用料」、「株式譲渡益」等の所得を除いた所得が最終的に 7 条の「企業の利得」に該当する、との結果を得た。

したがって、前述「第 2 章第 1 節」において検討した、欧州の各判例を鑑みると、Conseil d'Etat が解釈した「利得」は採用することはできない。

(2) OECD コメントリー

この「(2)」では、OECD コメントリーに基づいた「利得」の解釈の妥当性を整理する。

すなわち、OECD モデル租税条約 7 条 7 Paragraph 61,62 に関する「利得」の意味は、その解釈を明らかにするため「補足的資料」として参照することが有益である。

しかしながら、あくまでコメントリーは VCLT32 条による「解釈の補的手段」として参照されるべき資料であるから、確立された基準として成り立つものではない。なお、VCLT によると、事業所得や株式譲渡益等がいかなる所得を指しているかは規定されていない。

したがって、細かい部分についてはコメントリーを VCLT32 条による「解釈の補的手段」として参照することは、租税条約の趣旨及び目的である国際的二重課税排除及び二重非課税の排除という観点から担保できると考える。

(3)国連モデル条約の参照

この(3)では、国連モデル条約を参照することの有効性を整理する。

すなわち、国連モデル租税条約の参照は、OECD モデル租税条約と同様、VCLT32 条による解釈の補的手段として参照することができる。国連モデル租税条約は、事業所得と他の所得との差別化について具体的な指針が示されているため、「利得」の解釈にはその指針が有効に働く。

したがって、2 点目及び 3 点目は国際慣習法として確立されているものではないため、VCLT32 条の解釈の為の補的手段として用いることができる。対して「利得」の文言は VCLT33 条 4 項の分析により意味を明らかにし、VCLT31 条及び 33 条による租税条約の趣旨及び目的の勘案から、二重課税或いは二重非課税（課税の空白）を回避することが可能となる。

以上、上述「1.確立された基準による効果」では、本稿で確立した基準について述べた。そこで、次の「2」では、租税条約上の解釈に係る一般基準を述べる。

2.広義的效果

この「2」では「企業の利得」の解釈から生じる諸問題の検討結果を整理する。以下「(1)」では、租税条約 3 条 2 項の懸念を整理する。以下「(2)」ではタックス・ヘイブン対策税制の租税条約適合性の観点から検討結果を述べる。

(1)租税条約 3 条 2 項の懸念

この(1)では、租税条約 3 条 2 項に基づいて解釈した場合の懸念を整理する。

すなわち、「利得」という用語は、租税条約 3 条 2 項に基づいた「用語」が「文脈」により解釈すべきであることが求められている。したがって、VCLT33 条の分析により、その意味が「事業所得」とであると判断する。

「事業所得」と考えることは、前述「1」(1) VCLT の分析による解釈」同様、「不動産」、「利子」、「配当」等の所得を除いた、最終段階の所得と解することが妥当である。いわゆる、企業が稼得する所得の「費用控除前」の所得を指す。

また、VCLT の分析により解釈される「利得」の用語は、解釈の統一的獲得の概念から、租税条約の趣旨及び目的である国際的二重課税の排除、強いては、二重非課税の排除を回避できる。とりわけ、予測可能性及び法的安定性を担保できるものと考えられる。したがって、用語が租税条約上に定義されていないことを根拠に、国内法令の解釈を援用することは、租税条約の趣旨及び目的が担保されない。まず、VCLT33 条を分析することが重要である。

(2) 租税条約適合性

この「(2)」では、タックス・ヘイブン対策税制に係る租税条約適合性の整理を行う。

つまり、タックス・ヘイブン対策税制は、一方の締約国の「企業の利得」、すなわち、特定外国子会社等の「事業所得」に課税していない。

すなわち、我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、措置法 66 条の 6 第 1 項の条文に「内国法人の収益とみなして」と規定していることにより、文理解釈から原則的に内国法人に課税していると解される。したがって、外国法人に対して課税する規定ではない。

また、我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、配当モデルを採用していると考えられることから、「事業所得」（企業の利得）に課税しているのではなく、「配当所得」に課税する制度である。したがって、タックス・ヘイブン対策税制は租税条約 7 条に適合する課税であると考えられる。

以上、「第 3 章」では、多方面から「企業の利得」の解釈の内容を検討した。そこで、以下「第 4 章」では、前述「第 3 章」の検討結果から、事実関係と照合しつつ、グラクソ事件の判例の妥当性を検討する。

第4章 統括

第4章では、第2章及び第3章で検討し、確立した基準を、グラクソ事件に当てはめる。すなわち、「企業の利得」の所得性格の検討結果とグラクソ事件との事実関係を比較する。また、我が国のタックス・ヘイブン対策税制の条約適合性の検討結果をグラクソ事件に当てはめる。

したがって、以下「第4章第1節」では、第2章及び第3章で確立した一般基準の整理を行う。以下「第4章第2節」では、グラクソ事件の事実関係を整理する。以下「第4章第3節」では、確立した一般基準をグラクソ事件と対比させて、当てはめを行う。

第1節 一般基準

この「第1節」は、本稿で確立した一般基準による「企業の利得」の所得範囲を再度、説明する。

租税条約の統一的解釈を獲得するためには、VCLT31条から33条と条約を対比させて解釈することで、文言の相違や多言語の意味に対応できる。すなわち、租税条約7条の「企業の利得」は、「不動産」、「配当」、「利子」、「使用料」、「株式譲渡益」等の所得を除いた所得が最終的に7条の「企業の利得」に該当する。したがって、上述の検討結果の意味に統一することで、国際的²二重課税や二重非課税（課税の空白）が回避できると考える。

そこで、次の「第2節」では、グラクソ事件の事実関係を再考する。

第2節 事実

この「第2節」では、グラクソ事件の事実関係を再考する。したがって、以下「1」では、グラクソ事件に係る、シンガポール子会社が稼得した所得の事実関係を整理する。以下「2」では、シンガポール子会社が稼得した所得に対する最高裁判決の司法判断を整理する。以下「3」では、「1」の事実関係と「2」の司法判断を対比させる。

1.シンガポール子会社の稼得所得

この「1」では、シンガポール子会社が稼得した所得の事実関係を整理する。

第一審判決の適法に確定した事実関係によると、GSC社は、昭和54年にシンガポールで設立された外国法人であり、同国において胃潰瘍薬の製造販売事業を行っていたが、平成3年6月に上記事業を関連会社に譲渡している。

GSC社は、平成10年3月に、その保有に係る株式を売却、又は、消却し、同年1月1日から同年12月31日までの事業年度において、約8億0939万シンガポールドルの株式譲渡益を計上している。

したがって、シンガポール子会社は株式を売却し、株式譲渡益を計上していることが分

かる。

そこで、次の「2」では、上述「第4章第2節「1」」の内容に関して、グラクソ事件に係る最高裁判決の司法判断の整理を行う。

2.最高裁判決に係る司法判断

湧井裁判官の補足意見は以下のとおりである。

「第一審判決の確定事実によれば、子会社の未処分所得を構成する益金の主要部分をむしろ株式譲渡益が占めていたようにもうかがえるのである。そうすると、仮に本件における上告人の日星租税条約違反の主張に理由があるとされた場合においても、それによって本件課税処分が違法とされるのは、そのうち子会社に留保された未処分の「企業の利得」（事業所得）に対応する部分だけであって、それ以外の未処分所得に対応する課税処分の主要部分については、それが直ちに取り消されるべきものになるとすることはできないことになろう。」

とする判断を下した。そこで、次の「3」では、第4章第2節で再考した、グラクソ事件の事実関係と司法判断をまとめる。

3.小活

この「3」では、「第4章第2節」で再考した、グラクソ事件の事実関係と司法判断をまとめる。

前述「1.シンガポール子会社の稼得所得」及び「2.最高裁判決の司法判断」を整理すると、第一審判決の事実関係及び湧井裁判官の判断から、シンガポールの子会社であるGSC社は、「株式譲渡益」を計上していることが認識できる。

したがって、租税条約上は、各所得ごとに条文が規定されているため、「株式譲渡益」は「企業の利得」の範囲ではない。

そこで、具体的に租税条約の適用可能性の判断を、以下「第3節」で、本事案に当てはめる。

第3節 本事案への当てはめ

この「第3節」では、本稿で確立した基準を本事案に当てはめる。したがって、以下「(1)」では、グラクソ事件に係る租税条約7条の適用可能性を整理する。以下「(2)」では、グラクソ事件の主要争点である、タックス・ヘイブン対策税制の租税条約適合性の検討結果をグラクソ事件に当てはめる。

1.租税条約の適用可能性

この「1」では、「第4章第1節及び第2節」で整理した「企業の利得」の意味と、シンガポール子会社の稼得した所得の検討結果をグラクソ事件に当てはめる

本事案のシンガポール子会社である、GSC社の稼得した所得は、「株式譲渡益」である事実が伺える。シンガポール子会社のGSC社が稼得した所得を原告は、日星租税条約7条の「企業の利得」（事業所得）であると主張したが、筆者はシンガポール子会社が稼得した所得は、租税条約上の13条、いわゆる日星租税条約13条の「株式譲渡収益」に該当されると考える。²³⁹

すなわち、日星租税条約7条の「企業の利得」の解釈は、「株式譲渡益」を除いている。「株式譲渡益」は日星租税条約13条に規定されている。とりわけ、その事実から租税条約21条の「その他の所得」に該当することはないと考える。

したがって、「株式譲渡益」は「企業の利得」に該当する所得ではないため、租税条約の適用の可能性があるとするれば、日星租税条約13条の「株式譲渡益」であると考えられる。

そこで、次の「(2)」では、前述「第3章第6節」で検討したタックス・ヘイブン対策税制の租税条約適合性の検討結果を、本事案に当てはめる。

2. タックス・ヘイブン対策税制の租税条約適合性

この「(2)」では、タックス・ヘイブン対策税制の租税条約適合性の検討結果をグラクソ事件に当てはめる。

前述「第3章第6節タックス・ヘイブン対策税制の条約適合性」で検討した結果、我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、特定外国子会社等の課税対象留保金額を内国法人の収益とみなして、内国法人の株主に対して課税する規定であると解釈した。また、タックス・ヘイブン対策税制の課税の対象としている所得は、「配当所得」であると解釈した。とりわけ、学説の検討により、その課税対象留保金額を内国法人に「擬制収益」「擬制配当」として合算課税される制度である、との結果を得た。

したがって、我が国のタックス・ヘイブン対策税制は日星租税条約7条1項の規定である、一方の締約国の「企業の利得」（事業所得）に課税する制度ではないため、租税条約7条に適合する課税であると判断した。

グラクソ事件に係る最高裁判決の判断では、以下のとおりである。

「措置法66条の6第1項は、外国子会社の留保所得のうち一定額を内国法人である親会社の収益の額とみなして所得金額の計算上益金の額に算入するものであるが、この規定

²³⁹ OECD コメンタリーの参照に関する最高裁判決の判断は、VCLT32条の「解釈の補的手段」として参照できる資料として判断されたが、宮塚久・北村導人「近時のタックス・ヘイブン対策税制に係る裁判例の分析・検討（第3回）」租税研究第725号、326頁（2010年3月）では、同判決における判断から、OECD コメンタリーは条約を締結する当事国の条約締結の経緯や黙示の合意の有無によって異なってくる、と述べている。すなわち、租税条約の解釈は、コメンタリーをVCLT32条の「解釈の補的手段」であると筆者は根拠を示したが、他の租税条約に関しては、必ずしもVCLT32条に該当すると断定することはできない。したがって、今後もOECD コメンタリーの存在が国際慣習法ではない限り、弱い拘束力を有するコメンタリーとして議論が活発されると認識する。

による課税が、あくまで我が国の内国法人に対する課税権の行使として行われるものである以上、日星租税条約 7 条 1 項による禁止又は制限の対象に含まれないことは、上述したところから明らかである。」

したがって、我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、租税条約 7 条に適合する課税であり、同判決の判断は妥当であると考ええる。²⁴⁰

²⁴⁰ なお、タックス・ヘイブンが制定された当初、立法担当者は子会社の所得と親会社の所得は同一の所得である、と述べている。すなわち、子会社の所得を親会社の手で課税しているという論理が働く。この認識は、一方の締約国は子会社であり、その企業の利得を親会社の手で課税しているということも考えられる。したがって、趣旨及び目的を勘案するか、或いは文理解釈で解釈した場合の多少の認識にズレが生ずるのではないかと考える。例えば、第一審判決の課税庁側の主張では、措置法 66 条の 6 第 1 項は、タックス・ヘイブン子会社の課税対象留保金額に相当する金額を我が国の親会社の収益とみなして課税する制度であり、タックス・ヘイブン子会社の所得に対する課税ではないから、日星租税条約 7 条 1 項との抵触は生じないと主張されているようであるが、昭和 53 年の「改正税法のすべて」には、子会社と親会社に合算される所得は同一である旨の記載がある。このような立法趣旨と課税庁側の解釈の相違には多少の疑問が生じている。『改正税法のすべて』（大蔵財務協会、1978 年）石山嘉英「タックスヘイブン対策税制の導入」165 頁参照。

おわりに

本稿の目的は、グラクソ事件を諸問題とした租税条約 7 条の文言である「企業の利得」の所得範囲、所得区分を明確にすることであった。また、「企業の利得」の解釈から、法的安定性、予測可能性を担保するために、統一的解釈を試みることであった。そして、グラクソ事件に端を発したタックス・ヘイブン対策税制との抵触関係を検討した。そのために、まず、租税条約自体の正当な解釈の統一性を獲得することが概念としてあった。また、租税条約はその趣旨及び目的から各国共通の意味を求められるため、「企業の利得」の解釈に係る判決を欧州の各判例を参考に分析を行った。そして、「企業の利得」の所得範囲を明らかにしたうえで、タックス・ヘイブン対策税制の租税条約適合性の分析を試みた。具体的には以下のとおりである。

第 1 章では、グラクソ事件の概要を整理した。グラクソ事件の主たる争点は、タックス・ヘイブン対策税制と租税条約 7 条 1 項との抵触関係であった。地裁、高裁、最高裁とも、納税者の主張は採用されず、タックス・ヘイブン対策税制は租税条約 7 条に抵触しないと判断された。しかしながら、事実関係と照らし合わせ、租税条約 7 条 1 項の「企業の利得」の所得範囲に関しては具体的に判断されていないと考えた。そこで、「企業の利得」を欧州の各判例を参考とし、「企業の利得」の解釈に係る問題点を提起した。

第 2 章では、欧州の各裁判所の「企業の利得」の解釈に係る判例が 3 件存在していたため、我が国でも同様の解釈とすることができる判例であるか、検討を試みた。その結果、最もドイツで判断された解釈指針が、我が国の租税条約を解釈する上で、法的安定性及び予測可能性が担保できるとの結論を得た。また、欧州の各裁判所は、条約の解釈を OECD コメンタリーにより意味を確定させているため、コメンタリーを VCLT32 条の「解釈の補的手段」に該当するとして、法的効力を有しているものと結論を述べた。

第 3 章では、「企業の利得」の意味に統一性をもたらすため、まず租税条約自体の解釈指針の検討を行った。そして「企業の利得」は租税条約上に定義がされていない文言であるため、その解釈の方向性の分析をした。その結果、租税条約自体の解釈では、VCLT31 条から、文理解釈のみではなく常に趣旨及び目的を勘案し、解釈を行うことにより、法的安定性及び予測可能性を担保することができることと述べた。また、「企業の利得」を、租税条約 3 条 2 項に基づき、国内法令の意味によって解釈することは、二重課税、二重非課税（課税の空白）が生じる懸念があると考えた。すなわち VCLT31 条から 33 条の分析から、「企業の利得」は、企業が稼得する所得から、不動産、配当、利子、使用料、その他の所得を除いた所得が「企業の利得」であると確認した。そして、租税条約適合性の観点から、我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、その規定から「配当モデル」の形式を採っているため、一方の締約国の「企業の利得」に課税していないことが明らかとなった。したがって、タックス・ヘイブン対策税制は租税条約 7 条に適合する課税であるといえる。

第 4 章では、第 2 章及び第 3 章で検討を行った、「企業の利得」の意味及び条約適合性の観点をグラクソ事件に当てはめた。その結果、グラクソ事件の事実関係は、シンガポール子会社の未処分所得に該当する益金の主要部分として、「株式譲渡益」が主であったため、

「企業の利得」には該当しないことを確認した。また、租税条約適合性の観点から、我が国のタックス・ヘイブン対策税制は、一方の締約国の「企業の利得」には課税していない。したがって、グラクソ事件に係るタックス・ヘイブンは租税条約 7 条に抵触しないと下した最高裁判決は妥当であると述べた。

しかしながら、租税条約 7 条とタックス・ヘイブン対策税制との関係では、グラクソ事件による最高裁判決が下されたが、租税条約 7 条以外の規定とタックス・ヘイブンとの関係に関しては裁判例の蓄積がされていない。今後、更に活発化されるものであろう多国籍間クロスボーダー取引において、租税条約の問題や各国国内法との関係が注目されるものとする。

今後の国際的な事例について、よりいっそうの議論がなされることを注視していく次第である。

引用・参考文献一覧

【参考図書】

- ・石島弘＝碓井光明＝木村弘之亮＝玉国文敏編・『税法の課題と超克』山田二郎先生古希記念論文記念論文集（信山社、2000年）
- ・岩沢雄司著『条約の国内適用可能性—いわゆる“SELF-EXECUTING”な条約に関する一考察』（有斐閣、1986年）
- ・井上康一＝仲谷栄一郎『租税条約と国内税法の交錯』（商事法務、2007年）
- ・井上康一＝仲谷栄一郎『租税条約と国内税法の交錯第2版』（商事法務、2011年）
- ・碓井光明＝小早川光郎＝水野忠恒＝中里実編『公法学の法と政策 上巻』金子宏先生古稀祝賀（有斐閣、2000年）
- ・江草忠敬『租税の戦争と調和』（有斐閣、1998年）
- ・大崎満著『国際的租税回避—その対抗策を中心として—』（大蔵省印刷局、1990年）
- ・『改正税法のすべて』（大蔵財務協会、1978年）
- ・川田剛著『タックス・ヘイブン対策税制/過少資本税制』（税務経理協会、第4巻2000年）
- ・金子宏『租税法第16版』（弘文堂、2011年）
- ・金子宏編『国際課税の理論と実務—移転価格と金融取引—』（有斐閣、1997年）
- ・金子宏著『所得課税の法と政策—所得課税の基礎理論下巻』（有斐閣、1996年）
- ・金子宏編『電子取引と国際税制』（清文社、2002年）
- ・川端康之監修『OECDモデル租税条約2003年版（所得と財産に対するモデル条約）』（日本租税研究協会、2003年）
- ・川端康之『OECDモデル租税条約2008年版（所得と財産に対するモデル租税条約）簡略版』（日本租税研究協会、2009年6月）
- ・木村弘之亮著『国際税法』（成文堂、2000年）
- ・木村俊治『外国法人の税務』（中央経済社、2009年）
- ・小松芳明『租税条約の研究【新版】』（有斐閣、1982年）
- ・小松芳明『国際税務』（ぎょうせい、1985年）
- ・小松芳明『国際取引と課税問題—国際租税法の考え方』（信山社、1994年）
- ・小松芳明著『国際租税法講義【補助版】』（税務経理協会、1999年）
- ・『最高裁判所民事判例集』（第35号3号672頁）
- ・『租税条約関係法規集』（税務経理連合会、2011年）
- ・田井良夫『国際的二重課税の排除の研究—外国子会社配当免除制度への転換の検討を中心として—』（税務経理協会、2010年）
- ・谷口勢津夫『租税条約論』（清文社、1999年）
- ・中里実著『国際取引と課税—課税権の配分と国際的租税回避—』（有斐閣、1995年）
- ・中山信弘＝中里実編『政府規制とソフトロー』（有斐閣、2008年）
- ・中里実＝太田洋＝弘中聡浩＝宮塚久『国際租税訴訟の最前性』（有斐社、2010年）
- ・平尾照夫著『租税条約の解説—OECD租税条約草案—』（日本租税研究協会、1964年）

- ・本庄資著『租税条約国際課税の理論と実務』（税務経理協会、第3巻 2000年）
- ・本庄資編著『租税条約の理論と実務』（清文社、2008年）
- ・増井良啓＝宮崎裕子『国際租税法』（東京大学出版、2008年）
- ・増井良啓＝宮崎裕子『国際租税法 [第2版]』（東京大学出版、2011年）
- ・松井芳朗『ベーシック条約集』（東信堂、2010年）
- ・水野忠恒『国際課税の理論と課題』（税務経理協会、1995年）
- ・村井正編『国際租税法の研究—国際的租税回避の理論と政策—』（法研出版、1990年）
- ・村井正「租税条約の解釈—租税条約と国内税法」第48回租税研究大会記録（日本租税研究協会、1997年）
- ・矢内一好著『国際課税と租税条約』（ぎょうせい、1992年）
- ・矢内一好著『租税条約の論点』（中央経済社、1997年）
- ・山本草二『国際法』（有斐閣、1994年）

【雑誌論文等】

- ・秋元秀仁「外国子会社配当益金不算入制度における税務(10) 外国子会社配当益金不算入制度の導入に伴い改正された我が国タックス・ヘイブン対策税制の租税条約適合性」（国際税務 Vol.31、2011年）
- ・浅妻章如「タックス・ヘイブン対策税制（CFC 税制）の租税条約適合性—技術的な勘違いと議論の余地のある領域との整理」（立教法学 73号、2007年）
- ・浅妻章如「所得源泉の基準、及び net と gross との関係（1）」（法学協会雑誌、第121巻第8号、2004年）、及び同上（2）（第121巻第9号、2004年）、及び同上（3）（第121巻第10号、2004年）
- ・浅妻章如「タックスヘイブン対策税制（CFC 税制）—判例の解釈と今後の政策論」（租税研究 2010年6月）
- ・泉潤慈「タックス・ヘイブン対策税制（特定外国子会社利益合算課税制度）と租税条約第7条について」（税法学、565号、2011年5月）
- ・占部裕典「タックス・ヘイブン対策税制と租税条約の抵触関係について」（同志社法学 58巻2号、2006年）
- ・遠藤克博「日本—シンガポール租税条約を巡る最高裁判所（H21,10,29）にみるタックスヘイブン対策税制と二国間租税条約の交錯に関する司法判断」（国際税務 Vol.30、2010年）
- ・木村弘之亮「租税条約の解釈における性格決定と関連諸問題」『法学研究』石川明教授退職記念号（慶應義塾大学法学部内法学研究会第68巻第12号 1995年）
- ・木村弘之亮「二重課税条約の解釈」『法学研究』（慶應義塾大学法学部内法学研究会第68巻第6号 1995年）
- ・木村弘之亮「国際租税法の法源（一）」『法学研究』（慶應義塾大学法学部内法学研究会第70巻第7号 1997年）
- ・木村弘之亮「国際租税法の法源（二・完）」『法学研究』（慶應義塾大学法学部内法学研究会

会第 70 卷第 8 号 1997 年)

- ・木村弘之亮「国際租税法上の体系」『法学研究』（慶應義塾大学法学部内法学研究会第 70 卷第 9 号 1997 年）
- ・倉内敏行「相互協議の対象について—「租税条約に適合しない課税」の解釈に関する一考察」（税務大学校論叢 27 号、1996 年）
- ・小寺彰「租税条約の解釈における OECD コメントの意義—条約解釈上の位置—」『国際商取引に伴う法的諸問題（15）』（財団法人トラスト 60、2008 年）
- ・佐藤正勝「恒久的施設の概念—従属代理人及び独立代理人の意義」『会計プロフェッション』（青山学院大学大学院会計プロフェッション研究学会、2006 年）
- ・佐藤正勝「タックス・ヘイブン対策税制」『日税研論集 VOL33』（日本税務研究センター、1996 年）
- ・高橋元監修『タックス・ヘイブン対策税制の解説』（清文社、1979 年）
- ・谷口勢津夫「OECD モデル租税条約の新たな課題—グローバル・トレーディングと電子商取引への対応を中心に—」『OECD モデル租税条約は国際租税法の紛争解決規範となりうるか』（関西大学法学研究所研究叢書第 21 冊、2000 年）
- ・中里実「タックスヘイブン対策税制」（日本税務研究センター、124 号 VOL.21-NO.3 2005 年）
- ・中里実「タックスヘイブン対策税制」『国際商取引に伴う法的諸問題(14)』（財団法人トラスト 60、2006 年）
- ・中里実「課税処分における契約の尊重」（租税研究、2008 年 10 月）
- ・西村聞多「OECD による恒久的施設（PE）の帰属利得に関するレポートの公表と OECD モデル租税条約第 7 条（事業所得）に関するコメントの改正について」（租税研究、2007 年）
- ・橋本秀法「我が国タックス・ヘイブン税制と租税条約の関係—租税条約締約国に所在する子会社への参加に起因する所得に対するタックス・ヘイブン課税の適用の可否—」（税務大学校論叢第 54 号、2007 年）
- ・藤井保憲「タックス・ヘイブン対策税制と租税条約」（税務事例 Vol.42 No.4、2010 年 4 月）
- ・本庄資「タックス・ヘイブン対策税制と租税条約」（税経通信 6 月号、2007 年）
- ・宮塚久＝北村導人「近時のタックス・ヘイブン対策税制に係る裁判例の分析・検討（第 3 回）」（租税研究、2010 年 3 月）
- ・村井正「租税条約の解釈—租税条約と国内税法」第 48 回租税研究大会記録（日本租税研究協会、1997 年）
- ・矢内一好「国際連盟によるモデル租税条約の発展～事業所得を中心として～」（税務大学校論叢第 20 号、1990 年）
- ・矢内一好「日本・香港租税協定のあらまし」（国際税務 VOL31、2011 年 1 月）
- ・吉村典久「タックス・ヘイブンの課税問題」『国際租税法の新たな潮流』（有斐閣、第 36 号 2008 年）

【和文・参考図書、論文等】

- *Conseil d'Eta 28 juin (2002),Ministre de l'Economie des Finance et de l'Industrie contre Societe Schneider Electric, reg.No.232,276, RJF10/02,no.1080*
- 4 International Tax Law Reports (2002)
- *A Oyj Abp, March 2002:26*, 4 International Tax Law Reports (2002)
- Michael Lang, *CFC Regulations and Double Taxation Treaties*,57 (2) INTERNATIONAL BUREAU OF FISCAL DOCUMENTATION (2003)
- *Bricom Holdings Ltd. vs. Commissioners of Inland Revenue*, [1997] STC1179,70 Tax Case 272.)
- Daniel Sandler, *Tax treaties and controlled foreign company legislation*,1998 (1) BRITISH TAX REVIEW (1998)
- Jan Wouters and Maarten Vidal, *AN INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE ON TAX TREATIES AND DOMESTIC LAW*, Katholieke Universiteit Leuven Faculteit Rechtsgeleerdheid, Instituut voor International Recht Working Paper Nr. 90 – januari (2006) (<https://www.law.kulewven.be/iir/nl/onderzoek/up/up90e.pdf>)
- TA Paris, no.9218670/1,13 fevrier(1996)
- CAA Paris, SA Schneider, 30 janvier (2001)
- Pierre–Yves Bourtourault = Marcellin N. Mbwa –Mboma, *French High Tax Court Confirms that The Former French–Switzerland Tax Treaty Overrides the French CFC Legislation*,30 (12) INTERTAX (2002)
- Guglielmo Maisto ed., *Courts and Tax Treaty Law*, EC and International Tax Law Series VOL 3
- ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT(OECD), MODEL TAX CONVENTION ON INCOME AND ON CAPITAL (2005) (2008)
- Frank Engelen , *Some Observations on the Legal Status of the Commentaries on the OECD Model*, 60 (3)
- David A. Ward, *The Role of the Commentaries on the OECD Model in the Tax Treaty Interpretation Process*, 60 (3) BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION (2006)
- Maarten J. Ellis, *The Role of the Commentaries on the OECD Model in the Tax Treaty Interpretation Process-Response to David Ward*, 60 (3) BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION (2006)
- *The Vienna Convention on the Law of Treaties, Second edition*. MANCHESTER UNIVERSITY PRESS (1984)
- Hugh J .Ault, *The role of the OECD commentaries in the interpretation of tax treaties*, in edited by HERBERT H,ALPERT – KEESVAN RAAD,ESSAYS ON INTERNATIONAL TAXATION (1993)
- DANIEL SANDLER, *TAX TREATIES AND CONTROLLED FOREIGN COMPANY LEGISLATION*(1998)
- The Taisei Fire and Marine Insurance Co.,Ltd.,et al.,v. Commissioner of Internal Revenue, 104 T. C. 535; (1995) U.S. TAX Ct

- Klaus Vogel, *KLAUS VOGEL ON DOUBLE TAXATION CONVENTIONS (THIRD EDITION)(1997)*
- Klaus Tipke und Heinrich Wilhelm Kruse, *Abgabenordnung (ohne Steuerstrafrecht), Finanzgerichtsordnung. Kommentar in Loseblattform, 8. Auflage.* Verlag Dr. Otto Schmidt KG. Köln–Marienburg 1965/1976.1 Sammeleinband
- Klaus Tipke ; Heinrich Wilhelm Kruse, *Abgabenordnung Finanzgerichtsordnung : Kommentar*, Köln
- Harald Schaumburg, *Internationales Steuerrecht*, Köln (1993)
- Sjoerd Douma and Frank Engelen ed., *The Legal Status of the OECD Commentaries*, International Bureau of Fiscal Documentation (2006)
- Frank Engelen , *Interpretation of Tax Treaties under International Law , A study of Articles 31, 32 and 33 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and their application to tax treaties*, Volume 7 , Doctoral Series International Bureau of Fiscal Documentation Academic Council . VOL7 (2004)
- Guglielmo Maisto ed., *Multilingual Texts and Interpretation of Tax Treaties and EC Tax Law*. International Bureau of Fiscal Documentation, EC and International Tax Law Series, VOL1
- Guglielmo Maisto ed., *Tax Treaties and Domestic Law*. International Bureau of Fiscal Documentation, EC and International Tax Law Series, VOL2