

外国子会社合算税制における合算方式と
適用除外基準の再考

伴 忠彦

〔 税 務 大 学 校 〕
〔 研 究 部 教 授 〕

要 約

I 研究の目的

1978年の導入後30年を経過した我が国の外国子会社合算税制（以下「CFC税制」）は、21年改正による外国子会社配当の益金不算入制度（以下「配当免税」）の導入を契機として、大きな転機を迎えている。その背景には、欧米諸国での配当免税導入やCFC税制改正を巡る議論と動向、タックス・ヘイブン規制に係る国際協調の潮流、CFC税制の根幹に関わる訴訟等の増加などがある。

配当免税の導入により、我が国CFC税制が前提としてきた国外所得課税の体系が大きく変化したことから、制度の趣旨や理論を改めて整理し、再確認する必要があると認識する。配当免税は企業の国外事業や投資活動を促進し、軽課税の外国子会社への所得集中の動きを活発化させるであろう。これに伴う租税回避行為等の拡大も懸念され、対抗措置としてのCFC税制の役割は一層重要になると考えられる。

本稿は、配当免税の下で、制度の趣旨に則った合算課税が効果的・効率的に行なえるような今後のCFC税制の在り方を探るため、特に制度の要である合算方式と適用除外基準を中心として問題点を整理し、現行制度を再考するものである。

第1章では総論的に、配当免税の導入がCFC税制に与える少なからぬ影響を整理し、制度の趣旨や合算の根拠を再考する。第2章では、我が国と類似のCFC税制を有する英国の配当免税導入とCFC税制の抜本的改正案を巡る動向、そしてその根底に横たわるEUのCFC税制適用に対する姿勢を概観し、今後の我が国制度への示唆を探る。第3章と第4章は各論として、それぞれ合算方式と適用除外基準を取り上げ、現行制度の論点を整理し、今後の在り方を考察する。特に、合算方式については現行の法人アプローチから取引アプローチへの変更可能性の検討、適用除外基準については制度の構造的な問題を中心に各基準の論点を具体的に検討する。最後に第5章では、それまでの

検討を踏まえ、結論に代えて、CFC 税制のひとつの改善策を提案する。

II 研究の概要

1 配当免税の下での CFC 税制

2009年4月にロンドンで開催された首脳サミットにおいては、税の透明性と情報交換の観点からタックス・ヘイブンの問題性が大きく取り上げられた。OECDが長年取り組んできたタックス・ヘイブン対策プロジェクトは、主要国首脳会議という世界の檯舞台でスポットライトを浴びることとなった。租税情報交換条約の締結等を通じて、タックス・ヘイブン国・地域との公式チャンネルが開かれつつある。世界的な経済秩序の安定という視点からの、タックス・ヘイブンに対する国際協調的な措置は、各国国内法によるタックス・ヘイブン対策と並んで、今後さらに推進されることとなる。

このような潮流の中、我が国では、CFC 税制に大きなインパクトを与える配当免税制度が導入された。我が国 CFC 税制は、全世界所得課税と外国税額控除という枠組みの中で、外国子会社からの受取配当が課税となることを前提に、一定の軽課税外国子会社（特定外国子会社等）の所得相当額の親会社への益金算入と二重課税排除措置を抱き合わせた「留保金課税制度」として、理論と実務を蓄積してきた。その中では、適用除外にならない特定外国子会社等の所得を配当せずに留保すること（課税繰延）が制度のターゲットとする租税回避であるという、中間省略的な認識もまま見られたところである。

しかし、制度本来の合算対象金額は特定外国子会社等が計上した所得全体であり、これが我が国での課税が回避された所得を表象する金額である。特定外国子会社等の所得の合算課税と、それを原資とした配当に係る課税は二重課税を構成することから、その排除のために配当課税を優先し、合算課税は未配当の部分だけを対象とするという、二重課税排除がビルト・インされた手法が「留保金課税」の外観を呈していたにすぎない。

配当免税の導入と、それに伴う CFC 税制の必然的・連動的な改正は、この本来の合算対象を再認識させた。改正により、合算対象金額は特定外国子会

社等の留保所得ではなく決算に基づく所得とされたが、これは配当課税との決別により課税繰延という現象が消滅し、合算と配当の二重課税が生じなくなったことによる当然の結果である。制度趣旨を巡る不明瞭さは払拭され、租税回避防止措置の本来の性格が表面化した。

配当免税の下では、外国子会社の租税負担の軽減が企業グループ全体の租税負担率の低下に直結するため、外国投資及び外国子会社段階でのタックス・プランニングのインセンティブが高まり、税負担の低いCFCへの所得の集中化が想定される。これを背景に、①我が国課税所得の国外逃避と無税配当による還流、②第三国から我が国に流入する所得の、特定外国子会社等を介在させることによる無税配当化（所得種類の転換）、③特定外国子会社等に複数の事業を組み合わせることによる合算回避や合算額の圧縮、などの租税回避や脱税の拡大が懸念されるため、対抗措置としてのCFC税制の重要性が増加する。

所得流出（①）への対処としては水際での防止・否認が重要であり、CFC税制を含む各種の国内法が適用できる。しかし、第三国と特定外国子会社等との外へ外の取引を通じた我が国への所得流入の回避（②）に対しては、一般的に国内法の適用が難しくなることから、損益取引ではなくストックに着目したCFC税制が最大の防止・否認手段となる。また、現行の合算方式である法人アプローチ（CFC単位で合算の可否を判定し、合算であればCFCの全所得を対象とする方式）による合算の粗さを利用した合算回避（③）は、配当免税の下でさらに拡大される可能性がある。

我が国CFC税制は、その防止・否認の対象とする租税回避の存在を、損益取引からではなく、「適用除外基準を充足しない特定外国子会社等の決算で所得が計上される」という財務諸表上の事実を以て認識し、その結果と推認される金額を合算するという、特殊で強力な制度である。複雑化する租税回避スキームはもとより、CFCを受け皿的に悪用する脱税や、タックス・ヘイブンの利用自体の規制等に総合的に対処でき、他の規定に代え難い。

今後の課題としては、合算方式については、制度趣旨外の合算又は合算も

れが生じる可能性のある法人アプローチの見直しがあげられよう。取引アプローチ（CFC の所得金額のうち、定義された特定の種類の所得だけを抜き出して合算対象とする方式）への変更は有力な候補である。しかし、税制の性格を変えともいえるような改正となるため、慎重な検討が必要である。また、適用除外基準については、法人アプローチによる合算の粗さを表面化させている「主たる事業」に基づく判定や、事業実態のある特定外国子会社等への適用をどのように考えていくか、などがあげられよう。さらに、一層適正な執行を担保するための、国際的な情報交換や各国当局間の協力体制の構築も不可欠であろう。

2 英国の CFC 税制改正の抜本的改正案とその動向

(1) CFC 税制に対する欧州司法裁判所の姿勢

欧州連合（以下「EU」）の司法機関である欧州司法裁判所は、2006 年 9 月に、英国 CFC 税制が欧州共同体条約（以下「EC 条約」）43 条（会社設立の自由）に抵触するか否かについて英国裁判所が解釈を求めているキャドバリー・シュウェップス事件において、「英国 CFC 税制は、EC 条約が保障する会社設立の自由を制約している。この制約は、英国の制度が、第三者により客観的に確認可能な「完全に偽装的な仕組（wholly artificial arrangement）」による租税回避だけを対象とする制度と解釈できない限り正当化されず、EC 条約に違反する」旨の先決裁定を下した。「完全に偽装的な仕組」の定義は明確ではないが、概念的には CFC に事業実態がない場合を指し、①事業場所・施設や人員、②事業運営能力と決定権限を有する者、③事業活動、などの現地における不存在等を要件とする。これにより、EU 加盟国間での CFC 税制の適用は極めて限定されることとなった。

本件裁定は、課税理論から導かれた CFC 税制の在り方としての結論というよりも、子会社所得の合算が EU の理念（統一市場）に抵触しないための条件を示したものである。しかし、法的に独立した CFC の所得を親会社に合算する場合の考え方や、課税繰延対策の入り込む余地のない、租税回避

対策に純化した適用除外基準の在り方など、CFC 税制の一つの原点を示した点で、大きな参考となるものと考ええる。

(2) 英国における抜本的改正の動向

上記の先決裁定を受け、英国は迅速に CFC 税制の一部改正を行なったが、さらに 2007 年 6 月、「企業の外国利益課税：討議文書」により、配当免税の導入と CFC 税制の全面的な改正等をパッケージにした改正案を公表した。改正内容は、①合算方式を取引アプローチに変更する、②外国子会社だけでなく英国居住子会社も合算制度の対象とする、③軽減課税を条件としない、等を中心とするドラスティックなもので、欧州司法裁判所の裁定を強く意識したものであった。これに対して産業界は猛烈に反対し、本社の国外移転を計画・発表する大手著名企業も多く現れた。主な反対理由は、①課税強化となること、②事務負担が増加すること、③欧州司法裁判所の裁定に違反すること、の 3 点に集約される。

2008 年 8 月、英国は配当免税を含むパッケージ案全体の 2009 年成立を見送る方向を発表したが、同 11 月の予算前報告 (Pre-Budget Report) では一転して配当免税制度の 2009 年単独導入を発表し、CFC 税制改正案をパッケージから切り離して、一旦白紙に戻した。

英国は、EU 法との抵触を避けつつ CFC 税制の抜本的改正案を作成し、これを配当免税の導入に伴う租税回避の防止措置 (課税ベースの保護) と位置付けて公表したが、法人アプローチから取引アプローチへの移行は、納税者には租税回避防止措置の充実というより、むしろ課税ベースの拡大 (課税強化) と認識されたことがうかがえる。これは、2つの合算方式の性格の違いを反映しているものと考ええる。一連の動向は、合算方法の変更や事務負担の増加に対する納税者の認識など、我が国制度を再考する上での示唆に富んでいる。

3 合算方式の再考

汚れた所得 (tainted income)、足の速い所得 (mobile income) 等と呼ば

れる一定の所得の課税を目的とする限り、理論的には法人アプローチよりも取引アプローチの方が合目的的で、精緻な制度設計が可能である。しかし、所得種類の判定や所得源泉のトレース、種類毎の所得金額の切出計算など、非常に大きな事務負担が納税者・課税庁双方に生じる。一方、法人アプローチはCFCの全所得を対象とするため、大雑把な合算課税となるリスクを有しているが、簡潔な制度設計が可能で、納税者・課税庁双方の事務負担が少なく、予見可能性や執行安定性が相対的に高い。また、国際的な潮流であるタックス・ヘイブン自体の規制や、悪質な脱税の防止などの観点からも有効と考えられる。

いずれの方式を選択するかは、最終的には制度の精密度とコンプライアンス・コスト、そして制度の守備範囲を秤にかけた、多分に政策的な判断となる。法人アプローチは、特定外国子会社等に事業実態がないか、又は1つの事業のみ営んでいる場合には、取引アプローチと比較しても大きな差異は生じない。しかし、特定外国子会社等が複数の事業を営んでいる場合には、「主たる事業」により合算の要否が判定されるため、「従たる事業」から生じる所得が内容不問のまま、主たる事業の判定に連座して合算になったり、合算を逃れたりする場合が生じる。これには納税者有利・不利いずれの場合もあるが、配当免税の下では、このような合算の粗さを利用した合算回避の拡大も懸念されるところである。

法人アプローチから生じる従たる事業所得の連座問題は、合算方式を取引アプローチに変更することで、理論的にはおおむね解消する。しかし、取引アプローチを採用する以上は、合算対象所得を精緻に規定しなければその特性を生かせず、変更のメリットは薄れる。そして、対象所得を精緻に規定することは、租税回避の防止という機能を越えて（又は機能から外れて）、対象所得に対する課税ベースの拡大につながるものと考えられる。取引アプローチは、対象所得が世界のどこで発生しても確実に合算する制度であるが、その中から租税回避による所得だけを抜き出して合算することには向いていないのではないかと。納税者からも、取引アプローチへの変更は、現行方式の欠

点の解消というより、課税ベース拡大策として認識されることになろう。

これに対し、事業実態のないCFCの道具的利用による租税回避や悪質な脱税の否認、タックス・ヘイブンの利用自体の規制などのためには、法人アプローチの方がその特性を発揮するであろう。取引アプローチは性格的に課税ベース拡大に向いており、法人アプローチは租税回避否認に向いていると思われる。

このようなことから、歳入増加や国外源泉所得への課税強化（課税ベースの拡大）などに係る積極的な要請が国内に高まり、そのような要請が合算方式変更に伴う大きなリスク（CFCの道具的な悪用の防止機能の低下を含む）や事務負担の増加を凌ぐような状況下であれば、取引アプローチへの変更は大きな効果が期待できるであろう。しかし、そのような状況には至っておらず、現行の法人アプローチの欠点解消や、租税回避防止・否認機能を高めることを目的とするならば、合算方式の変更は得策ではないと考える。そのような場合には、現行の法人アプローチの枠組みの中で、租税回避防止機能を高める改正を行なうことが望ましいであろう。

4 適用除外基準の再考

正常な海外事業を阻害しないための適用除外基準は、裏返せば「適用基準」として、制度の趣旨が凝縮される要である。事業基準、実体基準、管理支配基準、所在地国基準／非関連者基準（事業内容によりいずれかを適用）の4基準で構成され、特定外国子会社等の主たる事業が上記基準を1つでも満たさなければ、特定外国子会社等の全所得が合算課税となる。

現行の適用除外基準は特定外国子会社等の事業を柱とした体系になっており、特定外国子会社等が複数の事業を営む場合には「主たる事業」について適用除外の判定を行ない、その結果を特定外国子会社等の所得全体に及ぼす。ここに制度的な粗さが存在し、合算判定上全く考慮されない「従たる事業」に係る所得の合算もれや過大合算、主・従の事業間での所得と欠損の相殺による合算額の圧縮などの問題が生じる。「事業」を巡って生じる問題は他にも

あるが、これが現行制度上最大の問題であろう。

一旦、主たる事業で適用除外と判定されれば、それ以外の事業として全く実態のない取引を行っていても、制度上その所得は合算されない恐れがある。また、所在地国基準／非関連者基準においては、適用する基準をまず主たる事業の業種で判定し、次に、その主たる事業が「主として所在地国で」又は「主として非関連者と」行なわれているかという「主たる」の重疊的判定を行なうため、合算の粗さという問題が増幅される。

また、事業基準の対象である受動的所得は、もともと利益の発生地を容易に操作できる足の速さが合算対象とされる所以であり、地に足の着いた（人員や設備投資の必要な、存在感のある）事業を行なう法人に兼業させやすいが、受動的所得の性格が反映しにくい「総合勘案」により主たる事業と判定されにくく、合算を免れるという懸念もある。さらに、適用除外となる特定外国子会社等に、適用除外というステータスを維持できる範囲内で合算対象の事業も兼業させるといった合算回避行為も想定される。このような、事業の組合せにより合算回避が可能となる法人アプローチの状況は、極力改善されるべきである。

一方、事業実態を有する特定外国子会社等の合算は、人件費の10%控除（平成17年改正）等を通じて緩和されてきている。この方向性は、法人アプローチの進化として大いに評価でき、配当免税（国外所得免除）の趣旨とも合致しよう。今後も、我が国企業の競争力強化や、事業実態の尊重という観点から維持されるべきと考える。

5 「事業アプローチ」（仮称）の提案

配当免税の導入は、我が国 CFC 税制の趣旨が租税回避防止であることを再確認させるとともに、軽課税の外国子会社に企業グループが所得を集中させるインセンティブを高め、CFC 税制の重要性を高めた。租税回避の防止については、今後さらに厳格な制度と執行が求められるべきであろう。一方、事業実態を有する特定外国子会社等には一定の経済合理性を認めるという考え

方が標準化されつつある。このような現状を適切に反映するための制度見直しが必要な時期を迎えている。

理論的に優れる取引アプローチへの合算方式変更は、課税ベースの拡大が積極的に求められるような状況下でなければ、得策ではないと考える。しかし、法人アプローチと主たる事業による適用除外判定から生じる合算の粗さは早急に是正すべきである。そこで、本稿での考察に基づき、結論に代えて、以下のような「事業アプローチ」（仮称）の導入を提案する。

【事業アプローチ（仮称）】

適用除外基準における「主たる事業」判定を廃止し、特定外国子会社等が複数の事業を行なっている場合には、主・従に関係なくそれぞれの事業ごとに適用除外基準を適用し、事業ごとに合算か適用除外かを判定する。言い換えれば、1つの事業を1つのCFCと見るということであり、事業単位での法人アプローチの適用である。これにより、従来から蓄積されてきた法人アプローチと適用除外基準に基づく理論と実務を踏襲しつつ、法人アプローチの利点を維持しながら、合算の正確性という取引アプローチの利点を取り込み、合算の粗さの大部分を解消することができると考える。

一定のコンプライアンス・コストの増加は生じるものの、合算方式を取引アプローチに変更する場合に比べて軽く、さらに配当免税の導入により想定される、特定外国子会社等への所得集中に伴う租税回避や脱税等、さらにはタックス・ヘイブン自体の規制にも有効な対処が可能になると考える。改正内容も比較的簡潔で、改正に伴う実務的な混乱も少ないと考えられる。

なお、この「事業アプローチ」では、現行制度でターゲットとなっている課税範囲はそのまま維持される。前述のとおり、例えば受動的所得のような特定の所得に係る課税をより充実又は強化しようとするならば、このような方法の採用と取引アプローチへの変更の得失を比較検討すべきであろう。

目 次

はじめに	203
第1章 配当免税の下での外国子会社合算税制	208
第1節 過去	209
1. 改正前の CFC 税制の概要	209
2. 我が国制度の特徴	212
3. 制度の本質に関わる問題	214
4. 諸外国の CFC 税制改正の動向	217
5. 平成 21 年度改正までの流れ	219
第2節 現在	223
1. 配当免税の導入	223
2. CFC 税制の改正内容	224
3. 性格が変わるのか?	228
4. 租税回避防止規定の表面化	229
5. 対象とする租税回避	232
6. 租税が回避される国	234
第3節 未来	239
1. CFC 税制の重要性の増加	239
2. 今後の課題	241
3. 適正な執行と国際協調	244
第4節 小括	249
第2章 英国 CFC 税制の抜本的改正案とその動向	251
第1節 CFC 税制に係る欧州司法裁判所の判断	251
1. 自由と税制	251
2. 租税回避に関する ECJ の判断	253
3. キャドバリー・シュウェプス事件	254
4. 先決裁定の分析	258

5. CS 裁定に対する英国の対応	264
第2節 英国 CFC 税制の抜本的改正案	269
1. 改正案を巡る動向	269
2. CFC 税制の抜本的改正案	272
第3節 CFC 税制改正（新 CC 税制）案への反論	276
1. 課税強化	277
2. 事務負担（コンプライアンス・コスト）の増加	278
3. EC 条約（ECJ 裁定）違反	278
第4節 動向と改正案の分析	279
1. 将来の方向	279
2. 新 CC 税制案の特徴	280
3. 新 CC 税制の目的に係る違和感	284
第5節 小括	285
第3章 合算方式の再考	288
第1節 合算方式の一般的比較	288
1. 取引アプローチ	288
2. 法人アプローチ	289
3. 一般的比較	289
第2節 我が国の法人アプローチ	293
1. 法人アプローチ採用の意義と変遷	293
2. 最大の問題	295
3. 「従たる事業」の連座	296
4. 法人アプローチの利点	298
第3節 取引アプローチへ変更した場合の得失	299
1. 取引アプローチへのシミュレーション	300
2. 総合的検討	305
第4節 合算方式は変更すべきか	306
1. 負担増加のとのバランス	306

2.	課税ベースの保護か拡大か	308
3.	合算方式の併用	310
4.	変更の条件	310
第4章	適用除外基準の再考	312
第1節	適用除外の意義	312
第2節	適用除外基準の構造と問題点	313
1.	適用除外基準の構造	313
2.	事業を中心とした構造による問題	315
3.	主観テスト（動機テスト）	316
第3節	事業基準	319
1.	概要と問題点	319
2.	主たる事業の判定を巡る問題	321
3.	持株会社の取扱	324
4.	キャピタルゲインと合算の二重課税	326
第4節	実体基準と管理支配基準	328
1.	実体基準	328
2.	管理支配基準	328
3.	両基準の整理	329
4.	事業内容の把握	331
第5節	所在地国基準／非関連者基準	332
1.	17年改正の意義	333
2.	業種への当てはめに係る問題	335
3.	「主たる」の重畳判定の問題	336
4.	所在地国基準と第三国での事業	337
5.	非関連者基準の回避行為	338
第6節	小括	340
第5章	「事業アプローチ（仮称）」という提案	342
第1節	提案の背景	342

第2節 事業アプローチ	343
1. 提案の概要	343
2. 適用上の論点と改正が必要な点	344
第3節 事業アプローチのメリットとデメリット	350
1. メリット	350
2. デメリット	352
おわりに	355

はじめに

2009年4月にロンドンで開催されたG20首脳サミットのテーマは、未曾有の世界金融危機からの回復に向けたグローバルな解決策の策定であったが、その中で、世界的な金融監督及び規制の強化に非協力的なタックス・ヘイブン（租税回避地）を含む国・地域への対策も、主要議題の1つとなった。独・仏は自国金融市場活性化のため、世界の資金が集中するタックス・ヘイブン等に対する監督・規制の強化を強く求めたが、これは米国の、巨額の財政赤字の補填と国内投資・雇用の創出のために海外利益課税やタックス・ヘイブン対策を強化する方針と一致した。サミット的首脳声明⁽¹⁾には、「銀行機密の時代は終わった」という宣言とともに、財政及び金融システムを守るため、タックス・ヘイブンを含む非協力国に対する行動をとること、制裁を行なう用意があること、OECDが発表する税に関する情報交換の国際基準に反していると評価された国のリスト⁽²⁾に留意すること等が盛り込まれた。声明の付属文書では、税の透明性についての国際基準を満たさない国等に対し、今後各国が検討すべき各種の対策⁽³⁾が列挙されている。

OECDのリストが公表されると、国際基準の受け入れが未表明（ブラックリスト）とされた4カ国は即座に受け入れを表明した。また、国際基準の受け入れ

-
- (1) “London Summit – Leader’s Statement” (2 April 2009). para. 15.
- (2) OECD, “A progress report on the jurisdictions surveyed by the OECD Global Forum in implementing the internationally agreed tax standard” (as at 2009.4.2).
報告書は、各国を大きく3つのカテゴリ（①国際的な税の基準を実施している国、②受け入れているが実施が十分でない国、③受け入れていない国）に分けている。③の国はコスタリカ、マレーシア（ラブアン島）、フィリピン、ウルグアイの4カ国であった。なお、報告書は発表後、随時更新されている。
- (3) 付属文書（“Declaration on Strengthening the Fiscal System”）の“Tax havens and non-cooperative jurisdictions”の項目において、次の対策があげられている。
- 納税者・金融機関等に対する、非協力国が関係する取引報告の開示義務の強化
 - 各種の支払に対する源泉徴収
 - 非協力国の居住者に対する支払の損金不算入
 - 租税条約に係る政策の見直し
 - 国際機関や地域開発銀行等に対する投資政策の見直し要請
 - 二国間の援助プログラム策定に際し、税の透明性と情報交換の原則を一層重視

を表明しているが実施が十分でない国（グレイリスト）の中には、コミットメントの年が2009年のものが目立つが、これらの国は、ブラックリストに載ることを避けるため、リスト公表直前に、駆け込み的に受け入れを表明したものであろう。これら2009年受入組の面々⁽⁴⁾を見れば、リストの功績は、発表後のブラックリスト4カ国の受け入れよりも、むしろグレイリスト2009年組の存在にあると言えるであろう。

さらに、米・独・仏等は相次いで、国内法の強化や租税条約の新規締結・改定を行なっている。2009年5月には、米国オバマ政権が多国籍企業や個人富裕層を対象とした国際課税制度の改革を宣言し、海外利益の課税繰延や外国税額控除の見直しと、タックス・ヘイブンを利用した脱税や租税回避への対抗策を打ち出した。同6月には我が国でも、日・スイス租税条約に情報交換規定を追加する改正、さらにバミューダとの間で、我が国初の「情報交換を主体とする新規の租税協定⁽⁵⁾」が基本合意されたという画期的な発表が行なわれた⁽⁶⁾。

OECDのタックス・ヘイブんに係る取組は、主要国の首脳会議という檯舞台で取り上げられて大きく進展し、租税情報交換条約の数は2009年になって飛躍的に伸びている⁽⁷⁾。しかし、グレイリスト国及びその後グレイからホワイトに「昇

(4) 発表時のグレイリストにおける2009年コミット国は、次のとおりである。

アンドラ、リヒテンシュタイン、モナコ、オーストリア、ベルギー、ブルネイ、チリ、ガテマラ、ルクセンブルク、シンガポール、スイス

(5) 協定の具体的な内容はまだ詳らかではないが、OECDは2002年に租税情報交換に係るモデル条約である“Agreement on Exchange of information on Tax Matters”を公表しており、おおよそこれに沿った内容になるのではないかと推察される。なお、情報交換条約については、増井良啓「タックス・ヘイブんと租税情報交換条約（TIEA）」税大ジャーナル第11号（税務大学校、2009）11頁以下に詳しい。

(6) 財務省報道発表（財務省ホームページ、2009.6.26）による。なお、新聞報道（日本経済新聞、2009.4.15）によれば、政府はこの他にもシンガポール・ベルギー・オーストリア等との条約改正、香港・モナコ・マカオ等との条約締結交渉を進めていく考えとされている。

(7) OECDによれば、2000年～2006年の7年間に署名された情報交換条約は11本、2007年中には12本、2008年中には22本であるのに対し、2009年では9月29日までの9ヶ月間で109本の条約が署名された。このうち、G20終了後（4月2日以降）に署名されたものは91本にのぼっている。条約数はOECDホームページ

http://www.oecd.org/document/7/0,3343,en_2649_33767_38312839_1_1_1_1.00.html の公表資料（2009.9.30確認）による。

格」した国の多くは、グレイリスト国同士で多数の情報交換条約を締結しているという現状も見逃せない。今後は、条約がリストを意識して結ばれた名目的なものではなく、実効性を伴うものであるか否かの検証作業が、OECDの重要な課題となるであろう。

一方、欧州司法裁判所は、欧州連合の統一市場という理念に基づき、加盟国間での国際課税制度の適用に際し、子会社の所在地国等による差別的取扱いは欧州共同体条約の保障する「会社設立の自由」に抵触するとして、これを排除する姿勢を一貫して示してきており、外国子会社合算税制（以下「CFC税制」という）も例外ではない。欧州司法裁判所は、所在地国による差別的課税が正当化されるのは、客観的に証明された租税回避の存在を理由とする場合に限ると判示し、CFC税制の適用は極めて厳格かつ限定的なものとなった。

この欧州裁判所の姿勢と、G20やOECDの取組とは、タックス・ヘイブン対策としてのCFC税制の守備範囲の両極に位置するものであろう。軽課税国等を使った個別の租税回避事案の否認という伝統的な役割と、世界の金融システムや財政の障害となり得るタックス・ヘイブンの存在ないし利用そのものを規制する秩序維持的な役割という、2つの役割をCFC税制は担っている。租税回避地をめぐる広範囲な問題が、各国のCFC税制だけで解決されるものではないことは当然であるが、個別の租税回避の否認に止まらず、他の国際税制や情報交換制度、さらには国際協調による措置などの効果を担保する強力な制度として、CFC税制の重要性はさらに高まるであろう。

このような、タックス・ヘイブン規制に対する国際的な潮流の中、平成21年度税制改正（以下「21年改正」という）において、外国子会社配当益金不算入制度（以下「配当免税」という）が導入された。これまでの我が国CFC税制は、全世界所得課税と外国税額控除という大きな枠組みの中で、親会社が外国子会社から受け取る配当が課税になることを前提に、軽課税の被支配外国子会社が留保する未配当所得を合算する制度として、理論と実務を蓄積してきた。

しかし、配当免税の導入は、CFC 税制が前提としてきた環境を大きく転換するものである。これに伴う CFC 税制の改正により、合算対象金額が未配当の留保所得金額から決算上の所得金額に変更となったが、これは CFC 税制の本質を再確認させる重要な改正である。

一方、配当免税の導入により、企業グループの所得を軽課税の外国子会社等に集中化させる動きが活発化することが想定される。我が国 CFC 税制は、場合によってはやや粗い合算を許す仕組となっているため、このような企業の行動により適切に対処していくためには、特に合算方式と適用除外基準の在り方を見直す必要があると認識する。

なお、欧米諸国でも、配当免税や CFC 税制改正をめぐる議論が活発に行なわれている。我が国と類似の CFC 税制を有する英国でも、配当免税の導入と CFC 税制の抜本的改正が、2007 年にパッケージで提案された。議論の末、配当免税は 2009 年からの導入が決定されたが、CFC 税制の抜本的改正案は、強い反対により一旦白紙に戻っている。

英国の改正案は、前述の欧州司法裁判所の考え方が色濃く反映されたものであったが、現実的には、考え方を反映しつつも全く新たな海外利益課税制度を導入しようとしたもののようにも感じられる。英国の一連の動向は、今後の我が国制度を考える上での大きな参考になるであろう。

本稿は、導入後 30 年を経過した CFC 税制が抱える問題点を実務的な視点から整理し、今後の制度の在り方を再考することを目的とする。第 1 章では総論として、配当免税の導入が CFC 税制に与える少なからぬ影響を整理し、CFC 税制の趣旨や合算の根拠を再考する。第 2 章では、英国の配当免税導入と CFC 税制の抜本的改正案を巡る動向、そしてその根底に横たわる欧州司法裁判所の CFC 税制適用に係る姿勢を概観し、我が国制度と改正への示唆を探る。第 3 章・第 4 章では各論として、我が国 CFC 税制の合算方式と適用除外基準を取り上げ、配当免税の下での現行制度の論点を整理する。特に合算方式については現行の法人アプローチから他の方式への変更可能性の検討、適用除外基準については

より制度趣旨に沿った基準を探るための検討を行う。最後に第5章では、それまでの検討を踏まえ、結論に代えて、合算方式及び適用除外基準に係るひとつの改善策を提案する。

第1章 配当免税の下での外国子会社合算税制

内国法人（居住者）に対して全世界所得課税を行なう制度の下では、企業が海外に直接投資をしたり、支店形態で進出して事業を行えば、そこから生じる利益はそのまま内国法人の課税所得を構成するが、これらに代えて海外子会社を設立し、これを通じて事業を営む場合には、子会社に生じた利益は現地の課税を受けるものの、配当されるまでは内国法人（株主）の課税所得を構成しない。

このような「課税の繰延」が可能な状況の存在は、企業の海外投資行動の歪みを惹起し、経済や歳入に悪影響を及ぼす可能性がある。さらには、タックス・ヘイブンを一定の課税優遇措置を有する国に設立した形式的な子会社を利用することにより、居住地国課税を回避することも可能になる。

そこで、課税繰延や租税回避を排除するため、外国にある被支配子会社（Controlled Foreign Company、以下「CFC」という）に計上された利益の一部（特定した種類の所得）又は全部に相当する金額を、そのCFCを支配する内国株主に生じた所得として、株主段階で課税するという制度がCFC税制である。

平成21年度の税制改正により、原則として25%以上の持分を有する外国子会社からの配当について、受領する親会社段階で免税とする恒久的措置が導入されるとともに、配当に係る間接外国税額控除が廃止された。そもそも間接外国税額控除は、支店と子会社という進出形態の違いにより、国外源泉所得に対する二重課税排除にアンバランスが生じないようにするため、昭和28年に先行導入されていた直接外国税額控除と同一の枠組みの中で、昭和37年に導入されたものである。しかし、このバランスは今般の改正で再度失われ、海外拠点の形態によって二重課税の排除方法そのものが異なり、税負担も異なるという制度となった。

この改正が、今後の我が国における資本輸入中立性（Capital Import Neutrality:CIN）の重視と全面的な国外所得免除制度への移行への第一歩なのか、それとも全世界所得課税＋外国税額控除制度という体制を原則とした上で

の例外的な部分修正なのかという点は詳らかではないが、この点は、今後の我が国の制度を考える上で重要な問題となる⁽⁸⁾。

欧米各国でも配当免税やCFC税制に関する議論と動きが活発になっており、我が国でもCFC税制の根幹を問い直す訴訟等も増加してきている。そして、現実問題として、外国子会社に係る国際的二重課税排除の方法が外国税額控除方式から配当免税方式（部分的な国外所得免除方式）に修正され、外国子会社が稼得する国外源泉所得に係る課税繰延という大問題は消滅した。

1978年の導入後、我が国CFC税制が全世界所得課税と外国税額控除の屋根の下で暮らした30年間は過去のものとなり、制度は大きく変化した環境の下で転機を迎えているといえよう。

第1節 過去

1. 改正前のCFC税制の概要

平成21年改正前の租税特別措置法（以下「旧措置法」という）においては、我が国CFC税制の仕組みは次のように規定されている。

旧措置法66条の6（内国法人に係る特定外国子会社等の留保金額の益金算入）には、合算対象となる特定外国子会社等と納税義務者たる内国法人の判定、合算対象留保金額の計算及び適用除外に係る規定が置かれている。旧措置法66条の7と66条の8には、合算に伴って生じる二重課税の調整に係る規定、すなわち特定外国子会社等の所得に現地の外国法人税が課されている場合の外国税額控除の規定（日本と特定外国子会社等の居住地国との二重課税の排除：66条の7）と、特定外国子会社等が合算課税済の留保所得を原資として親会社に配当を支払った場合の、過去の益金算入額の損金算入（日本の合算課税と配当課税の二重課税の排除：66条の8）が置かれている。

合算（益金算入）に至るまでの規定は、適用除外基準も含めて概ねシンプル

(8) 金子宏『租税法〔第14版〕』413頁（弘文堂、2009）。

ルなものであるが、合算に伴う二重課税の調整規定は相当複雑なものになっている。一般的な国際課税の解説書などでは、特定外国子会社等の判定や適用除外基準、合算金額の計算については詳しく説明されるが、合算時及び合算後の配当に係る二重課税の調整部分にはあまり紙面を割いていないのが現状のようである。しかし、この部分の申告調整計算は相当複雑なものであり、実務上は大きな負担となっていたと思われる。

なお、個人の居住者に係る合算課税については、旧措置法 40 条の 4 に規定が置かれている。法人税と個人所得税の制度の違いにより、特に二重課税の排除方法に差異があるが、合算までの規定はほぼ同様である。本稿では、配当免税導入との関係から、内国法人課税についての検討を中心とし、必要に応じて居住者の課税関係にも触れることとしたい。

(1) 我が国 CFC 税制の趣旨

我が国 CFC 税制の立法作業に直接参加した担当者が著した解説書⁽⁹⁾によれば、制度の趣旨は、タックス・ヘイブン等で軽課税を受ける外国子会社を利用した租税回避の防止とされている。これは、①異常又は不自然な行為形式をとることにより、②通常の行為形式をとったときと同様の経済目的を達しつつ、③我が国法人税等の負担を不当に軽減させるような場合⁽¹⁰⁾に、その異常な行為形式を防止・否認するということである⁽¹¹⁾。

そして、CFC 税制の導入は、国内外のタックス・ヘイブン利用の規制という潮流に応え、税負担の公平を確保⁽¹²⁾するためのもので、制度においては、課税の要件の明確化と執行面での安定性⁽¹³⁾、措置としての簡明性⁽¹⁴⁾などが強く意識されている。

なお、CFC 税制の趣旨としては、租税回避の防止の他に、課税の中立論

(9) 高橋元『タックス・ヘイブン対策税制の解説』（清文社、1979）。

(10) 金子・前掲注 (8) 111 頁、本庄資『国際租税法〔四訂版〕』441 頁（大蔵財務協会、2005）等々に示される租税回避の通説的概念である。

(11) 高橋・前掲注 (9) 92 頁。

(12) 高橋・前掲注 (9) 93 頁。

(13) 高橋・前掲注 (9) 82 頁。

(14) 高橋・前掲注 (9) 91 頁。

(資本輸出中立性 (Capital Export Neutrality : CEN) の観点からの課税繰延防止という考え方がある。国外源泉所得を居住者の外国支店が稼得すれば、それはそのまま内国法人の課税所得を構成するが、同じ海外投資活動を外国子会社を通じて行なえば、外国子会社に発生する利益に対する課税は、利益が内国法人 (株主) に配当されるまでは繰り延べることができる。課税繰延は歳入を減少させ、投資形態の判断を歪め、経済の非効率を招くと考えられる。このような課税繰延を防止し、国内のみで活動する企業や支店形態で海外進出する企業との課税上のバランス、公平を図らなければならない、という考え方であるが、我が国制度の趣旨としては採用されていない⁽¹⁵⁾。

課税繰延ではなく租税回避の防止が目的である以上、海外で正常な事業活動を営む子会社を合算制度の適用除外とすることは、当然の帰結となる⁽¹⁶⁾。

(2) 益金算入に係る規定

旧措置法 66 条の 6 に定める、特定外国子会社等の留保金額の益金算入 (合算) までの規定は、次のとおりとなっていた。

- ◆ 内国法人が、その発行済株式等の 50%超を直接・間接に保有している外国法人 (「外国関係会社」) で、その本店所在地国における税負担が、我が国の法人税負担に対して著しく低い (25%以下) ものを「特定外国子会社等」とする。
- ◆ その特定外国子会社等が、決算に基づく所得から配当せずに留保している金額 (一定の調整計算あり) を、「適用対象留保金額」とする。
- ◆ 特定外国子会社等の発行済株式等の 5%以上を直接・間接に保有する内国法人は、その特定外国子会社等の適用対象留保金額のうち、株式等の保有割合に対応する部分 (「課税対象留保金額」) に相当する金額を、収益とみなして益金に算入 (合算課税) する。

(15) 高橋・前掲注 (9) 92 頁。

(16) 高橋・前掲注 (9) 129~130 頁。

- ◆ 益金算入は、その特定外国子会社等の事業年度終了の日以後2月を経過した日の属する内国法人の事業年度の所得の計算において行なう。
- ◆ 特定外国子会社等が独立企業としての実体を備え、かつ、その本店等の所在する国において事業活動を行うことにつき十分な経済的合理性があると認められる等一定の場合(適用除外基準の全てを満たす場合)には、合算課税は行なわない。

(3) 二重課税の調整に係る規定

旧措置法等に定める、合算に伴って生じる各種の二重課税排除のための規定は、次のとおりであった。

- ◆ 合算課税される特定外国子会社等の所得に外国法人税が課される場合には、外国税額控除の方式により二重課税を調整する(旧措置法66条の7)。
- ◆ 特定外国子会社等が、合算を受けた留保利益を原資として配当を支払った場合、受取配当課税との二重課税を調整するため、過去10年以内に合算課税を受けた金額のうち、その配当額に対応する金額を損金算入することにより取り消す(「課税済留保金額の損金算入」:旧措置法66条の8)。
- ◆ 課税済留保金額の損金算入に伴い、合算時に外国税額控除を行っていた場合には、この損金算入額に対応する部分の控除を取り消すため、その金額につき、外国法人税が減額されたものとみなして税額の戻し入れ計算を行なう(旧措置法施行令39条の18第12項)。
- ◆ 過去の合算が取り消される一方、特定外国子会社等からの受取配当は、内国法人において通常の課税を受ける。配当原資に外国法人税が課されている場合には、間接外国税額控除により二重課税を調整することができる(旧法人税法69条)。

2. 我が国制度の特徴

(1) 簡素な制度

主要国のCFC税制と比較して、我が国CFC税制はかなりシンプルな仕組みとなっている。これは、予測可能性や執行上の安定性等を考慮し、簡素

な制度を意識した結果である⁽¹⁷⁾。特に合算までのプロセスでは数値的・形式的な要件が中心となっており、主観的な要素はできるだけ排除するという姿勢がうかがえる。一方、合算に伴って生じる二重課税の排除方式は複雑であり、事務的な負担も生じていたが、21年改正により、こちらもかなり簡素なものになった。

それでも、制度の中心的な規定である適用除外基準においては、実質的な判断が求められる重要な要件（主たる事業の判定、法人実体や管理支配の有無の判定等）が存在し、実務的には事実認定上の争いも集中するところである。また、簡素な制度の裏返しとして、課税の精緻さがやや不足するという面がある。

課税の枠組みにおける主な特徴としては、①合算方式としてCFC単位で合算の要否を判定する方式（以下「法人アプローチ」という）を採用していること、②適用除外基準が特定外国子会社等の事業を中心とした構成になっていること、等が上げられよう。

（2）法人アプローチの採用

CFC税制における合算方式には、大きく分ければ、合算対象とする取引や所得の種類を特定し、CFCが稼得する所得の中からその種類の所得だけを取り出して合算する方式（*transactional approach*、以下「取引アプローチ」という）と、CFC単位で合算の要否を判定する法人アプローチ（*entity approach*）とがある。法人アプローチは、CFCが合算と判定されれば、所得の種類と無関係にCFCの全所得が対象となる「オール・オア・ナッシング」方式である。我が国は完全な法人アプローチを採用してきており、CFCに対する我が国株主の支配関係と、事業年度ごとの税負担割合により対象CFC（特定外国子会社等）を定義し、次に適用除外となるかどうかを年度ごとに判定した上で、その全留保金額相当額を株主の持分に応じて益金算入する。しかし、平成17年度の改正で、法人実体と管理支配は備えているが、

(17) 高橋・前掲注(9) 91頁。

適用除外基準の所在地国基準又は非関連者基準だけを満たさない特定外国子会社等の場合には、事業に係る人件費の10%が合算金額から控除されることとなり、事業実態のある特定外国子会社等について、オールとナッシングの中間段階の合算が生じることとなった。

(3) 事業内容に基づく適用除外基準

適用除外基準⁽¹⁸⁾としては、①事業基準、②実体基準、③管理支配基準、④所在地国基準又は非関連者基準（特定外国子会社等の事業内容によりいずれかを適用する。以下、「所在地国基準／非関連者基準」と記述する）、の4種類が規定されており、法人アプローチを補完し、制度の趣旨を反映する要としての重要な規定となっている。適用除外基準は「所在地国において独立企業としての実体を備え、かつ、それぞれの業態に応じ、その地において事業活動を行うことに十分な経済合理性があると認められる海外子会社は適用除外とする⁽¹⁹⁾」という考え方を具体化したもので、「業態によってあり得べき租税回避のパターンが異なると考えられる以上、業種別のアプローチを採ることが相当である⁽²⁰⁾」という観点から、特定外国子会社等の現地での実態と事業内容を中心とした判定体系となっている。4種類の基準を全て満たす場合には、その特定外国子会社は阻害すべきではない正常な海外投資活動を行っているとは判定され、制度の適用（合算）から除外される。

3. 制度の本質に関わる問題

近年、CFC 税制の本質に関わる、極めて重要ないくつかの問題が訴訟等で取り上げられてきた。CFC 税制と租税条約との抵触問題⁽²¹⁾、特定外国子会社

(18) 各基準の呼称は、国税庁『税制改正の解説』に使用されている表現に準じる。

(19) 税制調査会昭和52年12月20日。

(20) 高橋・前掲注(9)95頁。

(21) ①東京地判平19・3・29（一審）裁判所ホームページ

<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20071226195549.pdf>、東京高判平19・11・1（控訴審）公刊物未搭載。

等の欠損金の親会社での損金算入の可否⁽²²⁾、租税回避の意図の有無と適用の問題⁽²³⁾、特定外国子会社等の判定に係る外国法人税の該当性（基本的には外国税額控除の問題）⁽²⁴⁾、来料加工取引への適用問題⁽²⁵⁾などである。

特に、租税条約との抵触問題や、欠損金の親会社での損金算入問題は、実質所得者課税（法人税法 11 条）と CFC 税制との関係の問題が根底にあり⁽²⁶⁾、合算課税の理論的基礎を再確認するものである⁽²⁷⁾。

タックス・ヘイブンの子会社を利用した租税負担の軽減に対し、CFC 税制導入以前は、既存の租税法規（主に法人税法 11 条）が適用できる範囲内で規制が行なわれてきた。しかし、課税執行面での安定性に問題なしとしなかったことや、国政の場を中心に国際的な租税回避への対策が強く要請されてきたことから、外国子会社の法人格を否認せず、租税法律主義を維持しながら、課税の執行の安定性を確保するための明文規定として CFC 税制が設けられた。これは法人税法 11 条の確認規定ではなく創設規定であり⁽²⁸⁾、導入趣

②東京地判平 20・8・28 判時 2023 号 13 頁。

(22) ①松山地判平 16・2・10 訟月 52 卷 2 号 690 頁（一審）、高松高判平 16・12・7 訟月 52 卷 2 号 667 頁（控訴審）、最判平 19・9・28 訟月 54 卷 5 号 1155 頁（上告審）。

②松山地判平 18・10・31 公刊物未搭載（一審）、高松高判平 19・11・27 公刊物未搭載（控訴審）。

③前掲注 (21) ①。

(23) 前掲注 (22) ①～③。

(24) 東京地判平 18・9・5 訟月 54 卷 10 号 2463 頁（一審）、東京高判平 19・10・25 訟月 54 卷 10 号 2419 頁。

(25) ①国税不服審判所裁決平 19・10・16 裁決事例集 74 卷 226 頁、同平 20・2・20 裁決事例集 75 卷 415 頁。

②東京地判平 21. 5. 28 公刊物未搭載。

(26) 中里実「タックスヘイブン対策税制と赤字子会社」税研 123 号 69 頁（2005）は、特定外国子会社等に発生した欠損金を親会社で損金算入できる余地ありとし、また同「タックスヘイブン対策税制」税研 124 号 72 頁（2005）は、我が国 CFC 税制は日星租税条約に抵触するとしている。

(27) 本庄資編著『租税条約の理論と実務』（清文社、2008）の第 5 章第 3 節「タックス・ヘイブン対策税制と租税条約」及び本庄資「タックス・ヘイブン対策税制と租税条約」税経通信（2007 年 6 月）151 頁に詳しい。本庄博士は明快な理論で論点を整理し、CFC 税制の租税条約抵触と特定外国子会社等の欠損の親会社での損金算入を否定している。

(28) 本庄・前掲注 (27) 『租税条約の理論と実務』434 頁。

旨も「法人税法第 11 条と本税制とはそれぞれ独立した規定として存在することが意図されているといえよう⁽²⁹⁾」と説明されている。

また、実質所得者は特定外国子会社等ではないと認定する規定と、特定外国子会社等の所得であることを前提として、その相当額の益金を親会社に算入するという規定の守備範囲は、理論的には既に整理がついているともいえよう。ただし、重なり合う部分も多いにせよ、それぞれの適用領域は異なるため、優先劣後関係を論じること自体適切ではなく、課税庁は両者を対等の法規範として選択適用することができるとする見解⁽³⁰⁾も、実務の見地から傾聴に値する。

条約抵触問題については、多くの深度ある研究事績⁽³¹⁾が示されており、合算の根拠としては実質的帰属説ではなく擬制収益説が妥当であること、従って親会社に益金算入される所得は事業所得ではないこと、OECD は CFC 税制は租税条約に抵触しないとの見解⁽³²⁾であること、議論に引用されているフランス国務院の Schneider 事件判決⁽³³⁾はフランスの我が国と異なる課税制度を前提としたものであること等から、我が国 CFC 税制は租税条約に抵触しないと考える。

(29) 高橋・前掲注 (9) 99 頁。

(30) 吉村典久「タックス・ヘイブンの課税問題」租税法研究第 36 号『国際租税法の新たな潮流』96 頁・127 頁 (有斐閣、2008)。吉村教授は、この場合には課税庁が選択のリスクを負うことになっているとしている。

(31) 本庄・前掲注 (27)『租税条約の理論と実務』のほか、占部裕典「タックス・ヘイブン税制と租税条約の抵触関係について」同志社法学 314 号 205 頁 (2006)、浅妻章如「タックス・ヘイヴン対策税制 (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—」立教法学第 73 号 329 頁 (2007)、同「CFC 税制 (タックスヘイヴン対策税制) が租税条約に違反しないとした東京地判平成 19 年 3 月 29 日の評釈補足」立教法学第 76 号 164 頁 (2009) などで深く検討されている。

(32) OECD モデル条約第 1 条コメンタリーパラ 9.1、22~22.2、23。但し、オランダ・スイス・ルクセンブルク・ベルギー・アイルランド等の反対意見がある。なお、OECD コメンタリーの捉え方については、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 コメンタリーの位置付けを題材として」中山信弘編集代表・中里実編『政府規制とソフトロー』255 頁 (有斐閣、2008) で検討されている。

(33) 本庄・前掲注 (27)『租税条約の理論と実務』443 頁「Schneider 判決の検討」(執筆：居波邦泰) に詳しい分析がある。

これらの問題に係る個別の検討は本稿のテーマとしないが、制度導入から相当の年数を経てなお、このような本質的な問題が集中して表面化したことから、改めて CFC 税制の奥の深さが感じられる。

4. 諸外国の CFC 税制改正の動向

近年、欧米諸国において、自国企業の外国子会社が稼得した利益が国外に留保されたまま自国に還流しないことから生じる経済的損失や投資の歪み等が大きな議論⁽³⁴⁾となっており、有力な対応策の1つとして、外国子会社からの受取配当を免税とする方法が提唱されてきた。

米国では2004年の米国雇用創出法により、一定の要件(米国内での再投資)と期限(1年間)の下に受取配当の課税軽減が行なわれ⁽³⁵⁾、これにより相当額の海外留保利益が配当として米国内に還流したとされている⁽³⁶⁾。これは単年度の措置であったが、その後も海外利益課税の在り方について、議会⁽³⁷⁾や専門家による議論⁽³⁸⁾が盛んに行なわれている。例えば米国両議院税制委員

(34) 米国は、現行法下での構造的な海外子会社所得の課税繰り延べとこれに伴う投資形態の歪みが経済的非効率をもたらしているとし、英国は企業の国際的競争力の強化を掲げる。

(35) The American Jobs Creation Act of 2004 による Internal Revenue Code sec. 965。海外子会社からの受取配当の85%を免税とするもので、税負担は35%から5.25% $(35\% \times (100\% - 85\%))$ に軽減された。

(36) Joann M. Weiner. “Dividend Repatriation and Domestic Reinvestment” Tax Notes International, Nov. 26, 2007 p.827. は、米国 IRS の発表として、米国の多国籍企業が無税で海外に留保していた約8千億ドルのうち、3千億ドル以上が配当されたとしている。

(37) 主な報告書としては、以下のものを参照した。

① Joint Committee on Taxation. (2008.6) “Economic Efficiency and Structural Analyses of Alternative U.S. Tax Policies for Foreign Direct Investment”. 解説として増井良啓「米国両議院税制委員会の対外直接投資報告書を読む」租税研究第708号203頁(2008)。

② Department of Treasury. (2007.12) “Approaches to Improve the Competitiveness of the U.S. Business Tax System for the 21st Century”.

③ President’s Advisory Panel on Federal Tax Reform. (2005.11) “Simple, Fair, and Pro-Growth: Proposals to Fix American Tax System”. 論説として松田直樹「米国の租税制度改革の選択肢と方向性」租税研究第704号190頁(2008)。

(38) 本庄・前掲注(27)『租税条約の理論と実務』第6章第1節以下に詳しい。

会の 2008 年 6 月報告書では、改革の選択肢として、能動的国外所得を免税とするテリトリアル主義 (territorial system) と、外国子会社の稼得する所得を発生時に例外なく米国親会社の手元で課税する完全合算方式 (full inclusion system) とを比較し、得失を論じているが、いずれの選択肢においても CFC 税制 (サブパート F 条項) の修正又は拡大に関する検討が行われている。また、同時に、配当免税の導入に伴う移転価格税制の重要性の増加、執行強化の必要性も指摘されている⁽³⁹⁾。

英国は、2007 年 6 月に「企業の外国利益課税」と題する討議文書⁽⁴⁰⁾を公表し、一定の海外子会社からの配当を免税とする制度の導入と、CFC 税制及び支払利息の損金算入制限をパッケージにした大規模な改正案を提示した。CFC 税制の改正案は、合算方式の変更、軽課税国指定の廃止、英国内国法人である子会社への適用拡大等を含む抜本的なものであった。産業界からは、配当免税についての賛成ないし理解は得られたものの、CFC 税制改正については極めて強力な反対があり、配当免税と支払利息の損金算入制限は 2009 年財政法による導入が決まったものの、CFC 税制改正は一旦白紙に戻った状況にある。

また、欧州連合の司法機関である欧州司法裁判所は、2006 年 9 月に、CFC 税制を直接取り扱った初の判決 (キャドバリー・シュウェップス事件⁽⁴¹⁾) を下した。英国裁判所から付託された事件で、欧州共同体設立条約に定める会社設立の自由と英国 CFC 税制との抵触が争われたものであったが、欧州司法裁判所の判断は、CFC 税制の適用について厳しい制限を課すものであった。

これを大きな契機として、英国は CFC 税制の全面改正に動き、上記改正案につながっていく。また、他の欧州連合加盟各国も、自国の CFC 税制の再点検を余儀なくされている。英国及び欧州連合の動向については、我が国 CFC

(39) 前掲注 (37) ①p. 35、③p. 134、p. 242 など。

(40) HM Treasury, HM Revenue & Customs. (2007.6) "Taxation of Companies' Foreign Profits: Discussion Document".

(41) Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue, Case C-196/04; Judgment of Grand Chamber of ECJ (2006.9.12).

税制検討上の大きな参考となると考えられるため、第2章で詳しく検討する。

5. 平成21年度改正までの流れ

(1) これまでの主な改正点

我が国 CFC 税制は導入後、合算課税のループホール塞ぎを中心としたいくつかの改正を行いながら、課税の大きな枠組みは維持しつつ現在に至っている。この間、制度に関する特筆すべき改正としては、平成4年と平成17年の改正が上げられる。

イ 平成4年改正

特定外国子会社等の判定に係る軽課税国の指定制度⁽⁴²⁾が廃止され、個々の CFC ごとの租税負担割合（25%以下）により判定する制度が新たに設けられた。これにより、いわゆるタックス・ヘイブン国だけではなく、通常税率国に所在する CFC であっても、その国の優遇税制等を利用することにより租税負担割合が低くなり、かつ適用除外基準を満たさないような場合は合算課税の対象となることになった。適用の対象を全世界に広げる改正であり、特定の軽課税国・地域の利用防止にフォーカスした制度から、所在地国に関わりなく、軽課税を受ける CFC に柔軟に対応できる制度へ転換したといえよう。一方、これにより制度創設時の意義が薄まったとする指摘もある⁽⁴³⁾。

ロ 平成17年改正

4種類の適用除外基準のうち所在地国基準／非関連者基準だけを満たさない特定外国子会社等については、合算金額（適用対象留保金額）の計算上、その事業に従事する者の人件費（損金算入となるもの）の10%を控除するという制度が設けられた。

所在地国基準／非関連者基準は、特定外国子会社等が軽課税国に所在

(42) いわゆるブラック・リスト方式。廃止直前には41カ国・地域が大蔵大臣により指定されていた。

(43) 矢内一好「タックス・ヘイブン対策税制の改正と租税条約」税務広報第57巻4号100頁（2009）。

することの経済的合理性を判定するテストであるが、これを満たさない場合であっても、他の適用除外基準を全て満たしている場合、すなわち外国で独立企業の実体を有し、能動的事業を自らの管理支配運営により行なっている特定外国子会社等については一定の経済的合理性を認め、当該事業から生じる標準的な所得相当額は合算に及ばずという考え方から、その部分について合算金額を減額するというものである。標準的な所得額は、事業に係る人件費の10%という形で具体化されている。

この改正は、事業実態を有する特定外国子会社等へのCFC税制の適用を緩和したものとして、我が国CFC税制の在り方を考える上で重要なものとする。適用除外基準における所在地国基準／非関連者基準の位置付けを一步後退させたものとも評価できる。これにより、「オール・オア・ナッシング」の合算であった我が国制度に、中間的な合算形態が生じることとなった。

(2) 平成21年改正への流れ

21年度改正に向けて、海外に留保されている子会社利益（経済産業省の推定で17兆円とされた）の国内還流を促進するため⁽⁴⁴⁾、海外子会社配当の益金不算入制度を恒久的に導入するという税制改正意見⁽⁴⁵⁾が経済産業省から提示された。改正案の具体的な内容は、20年8月に公表された中間論点整理⁽⁴⁶⁾に示されている。この内容は20年11月の政府税制調査会答申、

(44) 経産省の問題意識は次のようなものである。

- 世界経済の成長の果実を国内の豊かさに結び付ける好循環の確立が重要
- 企業の競争力の源泉である研究開発や雇用等が海外流出しないよう、海外留保利益の国内還流に資する環境整備を行うことが喫緊の課題
- 高い水準の日本の税率と複雑な外国税額控除制度の下で、資金還流が阻害されている
- 必要な時期に必要な額を国内に戻す上での税制上の障害を取り除くべき

(45) 一定の外国子会社からの配当に関し、二重課税排除の方式を間接外国税額控除から国外所得免除方式に変更するもの。間接外国税額控除は廃止。内国法人の外国PEに対する全世界所得課税と直接外国税額控除という制度的原則は維持。

(46) 「我が国企業の海外利益の資金還流について～海外子会社からの配当についての益金不算入制度の導入に向けて～」経済産業省国際租税小委員会・中間論点整理（平成20年8月）。

12月の与党税制調査会による平成21年度税制改正大綱及び21年1月に閣議決定された平成21年度税制改正要綱に踏襲され、国会に提出された所得税法の一部を改正する法律案は平成21年3月27日に成立した。

国際課税関係の改正の中心は、間接外国税額控除に代わる外国子会社からの配当免税の導入である。そして、これに伴うCFC税制の改正については、次のような考え方が示されている⁽⁴⁷⁾（下線筆者）。

「我が国は、国外所得免税制度を採用する諸外国と比較しても、同等レベルの租税回避行為防止措置（タックスヘイブン対策税制・移転価格税制）は既に導入済みである。ただし、仮に本制度を導入した時に、本来の趣旨を逸脱した租税回避行為を誘発するとの懸念から、制度上・執行上強化が必要となった場合においても、その対応は、①企業にとって過度なものとならないこと、②納税者の予見可能性の確保、③制度移行に伴う企業行動の変化の見極めの必要性等の観点から、適正かつ必要最小限とすべきである。」

「米英の動向と同様の、所得の性質に着目した措置（active/passive所得分類に基づいた措置）の導入については、我が国税法体系の整合性の観点等から、中長期的課題として検討するべきではないか。」

「海外子会社からの配当の益金不算入制度の導入に伴い、必然的にタックスヘイブン対策税制等を改正しなければならない部分があるかどうかという点については、今後精査していく必要がある。」

これによれば、配当免税の導入に伴うCFC税制の改正は、納税者の負担をできるだけ増加させず、かつCFC税制の現状維持のために当然必要となる最小限の変更に止めるということになる。

上記アンダーラインの部分に関し、国際租税小委員会の座長を務めた青山慶二教授の解説において、「必要最小限の改正」は、ステークホルダーで

(47) 前掲注(46) 4～5頁。

ある納税者（委員会構成員）からの意見が鮮明に表現された部分であること、「合算方式の改正は中長期的課題」は、英国の同様の改正案の進展状況等の推移もにらみながら検討していくべきこと、「必然的に改正しなければならない部分」は、特定外国子会社等からの配当も非課税とした上で、CFC税制の仕組みを整理すること、等が述べられている⁽⁴⁸⁾。

委員会においては、多角的かつ深度ある検討が行われたものと推測されるが、CFC税制に関する結論は、一言でいえば「当面は現状維持」ということになる。

平成20年11月の政府税調答申は、CFC税制に関して「租税回避的な行為を抑制する措置を講じていく観点から、企業活動の実態等を注視しつつ、外国子会社合算税制や移転価格税制等の見直しを不断に検討する必要がある」とし、配当免税導入に伴う租税回避的な行為の抑制が意識されているが、全体としてこれまでの方針⁽⁴⁹⁾を再確認するに止まり、具体的な改正には言及していない。

米英の例を見ると、配当免税等の導入と合わせて、外国子会社合算税制

(48) 青山慶二「わが国企業の海外利益の資金還流について」租税研究 710号 134頁～(2008・12)。

(49) 過去の税調答申における方針は、概ね次のとおりである。

- 14年6月（あるべき税制の構築に向けた基本方針）：「わが国企業の国外活動の拡大を見据えると、今後外国子会社合算税制や外国税額控除制度の適正化を検討していく必要がある」また、補論として「外国子会社合算税制（いわゆるタックス・ヘイブン税制）は、所得の国外留保による課税繰延を防ぐことによりわが国の課税ベースを確保する機能を有しており、今後は企業の国外活動の実態等を踏まえた上で、その適正化を検討していく必要がある。」
- 17年答申：「国際課税に関する国内法制度についても、国際的な経済活動の複雑化・多様化への対応が求められている。すなわち、国際的な投資交流や技術移転の促進の観点も踏まえると同時に、わが国の課税権を確保するための措置を講じるべきである。例えば、外国子会社合算税制や外国税額控除制度の見直しを行なう場合には、合算対象となる外国子会社の範囲や税額控除の範囲等について所要の適正化措置をあわせて講じなければならない。」
- 19年答申：「常に変化するグローバルな経済環境の中での企業の活動実態を踏まえ、公平な経済活動の環境を提供する必要がある。このため、外国子会社合算税制について、合算対象子会社の範囲を見直すなどの適切な対応を講ずべきである。」

ないしは移転価格税制に関する積極的な議論が行なわれている。我が国の配当免税導入に際しても、関係者の間では同様に深く検討されていると考えるが、そのような議論が表面化してこないのは残念なことに感じる。

我が国 CFC 税制の改正は、配当免税に伴う制度の現状維持という観点からの、必然的な改正に止まるものとなった。それでも、この必要最小限の改正は、CFC 税制に大きなインパクトを与えるものであった。次節では、この点について検討する。

第 2 節 現在

1. 配当免税の導入

配当免税の導入は、「我が国経済の活性化の観点から、我が国企業が海外で稼得する利益の国内還流に向けた環境整備が進められる中、外国税額控除制度について、企業の配当政策の決定に対する中立性の観点、適切な二重課税の排除を維持する観点、制度全体を簡素化する観点を踏まえ⁽⁵⁰⁾」て、「間接外国税額控除制度は、所要の経過措置を講じたうえ、廃止することとし、内国法人が外国子会社から受け取る配当の額について、その内国法人の各事業年度の所得の金額の計算上、益金の額に算入しないこととする制度を創設する⁽⁵¹⁾」ものである。制度の枠組みは次のとおりである。

- ◆ 内国法人が外国子会社から受ける配当等(法人税法 23 条 1 項一号に掲げるもの)がある場合には、その配当等に係る費用の額(5%)を控除した金額、すなわち配当額の 95%を、益金の額に算入しない(法人税法 23 条の 2 第 1 項、法人税法施行令 22 条の 3 第 2 項)。
- ◆ 上記の外国子会社とは、その発行済株式等の 25%以上を、配当等の支払義務が確定する日以前 6 月以上引き続き直接に保有しているものをいう。
- ◆ 益金に算入されない配当等に対して課される外国源泉税の額は、内国法

(50) 平成 21 年度与党税制改正大綱(20.12.12) 4 頁。

(51) 前掲注(50) 38 頁。

人の損金の額に算入されず（法人税法 39 条の 2）、直接外国税額控除の対象にもならない（法人税法 69 条 1 項）。

- ◆ 制度の適用については、確定申告書への明細の記載と、一定の書類の保存が必要となる（法人税法 23 条の 2 第 2 項）

配当免税の適用がある外国子会社の要件は、従来の間接外国税額控除が適用される子会社と同様のものであり、配当免税が間接外国税額控除制度をそのまま引き継いだ形になる。従って、持分 25%未滿の外国法人からの配当等の取扱は従来どおり全額課税であり、外国源泉税については直接外国税額控除が受けられる。なお、租税条約で、間接外国税額控除が適用される外国子会社の持株要件について、異なる割合が定められている場合には、配当免税の適用もその割合によることになる（法人税法施行令第 22 条の 3 第 4 項）。

2. CFC 税制の改正内容

配当免税の導入に伴う必然的な改正として、益金算入の対象金額に係る改正（①合算対象となる金額は、特定外国子会社等の配当後の留保所得ではなく、配当前の所得とすること、及び②特定外国子会社等が受け取る一定の配当は、合算対象金額に含めないこと）と、合算に伴う二重課税排除措置の改正が行なわれた。納税者となる内国法人や特定外国子会社等の判定、適用除外基準等、合算までのプロセスは従来どおりである。

（1）益金算入に係る改正点

- ◆ 特定外国子会社等が支払う配当等の額は、合算対象金額（適用対象金額）の計算上控除しない。（旧措置法施行令 39 条の 16 第 1 項の改正）
- ◆ 特定外国子会社等が受ける次の配当等の額は、合算対象とされる金額の計算上控除する。なお、その控除は、確定申告書に明細書の添付がある場合に限り適用する。
 - ▶ 特定外国子会社等がその子会社（持分 25%以上を、配当支払義務確定日以前 6 ヶ月以上引き続き保有している子会社）から受ける配当等の額（措置法施行令 39 条の 15 第 1 項四号）

- ▶ 特定外国子会社等が他の特定外国子会社等から受ける配当等の額のうち、合算対象とされた金額から充てられたもの（措置法施行令 39 条の 15 第 3 項）

(2) 二重課税の調整に係る改正点

- ◆ 合算課税された所得を原資として配当を行なった場合の取扱
 - ▶ 配当は原則どおり益金不算入（法人税法 23 条の 2）であるが、費用等（5%）の控除はない（措置法 66 条の 8 第 2 項により法人税法 23 条の 2 を修正）。従って、配当額全額が益金不算入となる。
 - ▶ 配当に係る外国源泉税は直接外国税額控除できないが（法人税法 69 条 1 項）、損金算入できる（措置法 66 条の 8 第 2 項により法人税法 39 条の 2 を修正）。
 - ▶ 配当課税との二重課税を排除するための「課税済留保金額の損金算入」は廃止される。これに伴い、特定外国子会社等に課された外国法人税を合算時に外国税額控除していた場合の、控除税額の戻し入れ計算も行なわない。
- ◆ 持分 25%未滿の外国子会社からの配当については、原則では配当免税は受けられないが、当該外国子会社が特定外国子会社等であり、合算課税を受けた所得を原資とした配当である場合には、その額のうち、「特定課税対象金額」に達するまでの金額は、益金の額に算入しないことで、二重課税を排除する（措置法 66 条の 8 第 1 項）。

特定課税対象金額とは、配当を受ける事業年度と、前 10 年以内に開始した各事業年度において合算対象とされた金額の合計額をいう。

この場合も、25%以上の子会社からの配当と同様に、外国源泉税は直接外国税額控除できないが（法人税法 69 条 1 項）、損金算入はできる。

(3) 制度の整理と簡素化

新措置法 66 条の 6 以下の条文からは「留保」の文字が消え、「適用対象留保金額」は「適用対象金額」、「課税対象留保金額」は「課税対象金額」と変更されたほか、いくつかの用語の新設や変更、削除がある。上記のよ

うな改正により、外国子会社合算税制は、特定外国子会社等の決算に基づく所得を合算し、外国法人税を納付することとなる場合には外国税額控除により二重課税を排除して課税関係が終了するという、シンプルな制度となった。

内国法人が合算申告する事業年度のうちに配当があっても合算金額に影響はなく、合算申告後の事業年度に配当があっても、配当課税による合算との二重課税が生じなくなったため、旧制度のような複雑な二重課税の排除計算の必要はなくなった。

また、特定外国子会社Aがその子会社B（配当免税の対象となる子会社と同様の要件を満たす）から受領する配当は、Aの合算所得から控除されるが、これは本来日本に対して直接行なわれたなら免税となる要件を備えた配当がAに対して行なわれ、それがA段階で合算対象になると、配当免税の趣旨を損なうことを考慮したものと考えられる。さらに、Bが特定外国子会社等に該当し、合算対象となった所得からAに支払われた配当についても、Aの合算所得から控除されることになるが、これも二重の合算を避けるための当然の措置であろう。このような、合算所得からの受取配当の控除により、いわゆる持株会社の利用の柔軟性が高まると考えられる。

従来は、AがBから配当を受領した場合、Bが特定外国子会社等に該当しない能動的事業を行なっている法人であっても、Aがその受取配当を留保している限り、内国親会社に合算されることになっていた。Bが留保している限りは内国親会社での合算は生じないものが、Aに配当されると合算対象になるという状況は、制度上検討の余地があったと思われる。英国CFC税制には、持株会社Aとその子会社Bが居住地国を同じくし、Bが適用除外法人で、Aの収入の90%以上がBからの配当である場合には、Aも適用除外法人となるという規定⁽⁵²⁾があり、一定の手当てがなされていたと

(52) Income and Corporation Taxes Act 1988, sec. 748(1)(b), Schedule 25 Part II, (exempt activities) para. 6(3), (4). なお、この規定は、2009年財政法案(2008.12.9発表の draft clauses)では、2年後に廃止されることになっている。

ころであるが、我が国でも今般の改正により解決を見たと考えられる。しかし、合算金額からの受取配当金額の控除については、持株会社等の場合に、適用除外（事業基準）との関係で検討を要する事項が生じるとと思われるため、第4章第3節3.で検討する。

(4) 持分25%未満の場合の二重課税排除

新しい配当免税においては、持分25%未満の子会社からの配当は免税とされないため、25%未満の持分を有する特定外国子会社等から合算所得を原資とした配当を受けた場合は、二重課税が残ることになる。そこで特別の規定（措置法66条の8第1項）を置き、このような配当については原則を修正して益金不算入としたものと解される。

旧制度においては、同様の状況下で、二重課税に係る次のようなアンバランスが生じていた。まず、特定外国子会社等が合算課税を受けた場合、それに応じた外国税額控除が受けられ、二重課税は排除される。その後、それを原資に配当した場合は、合算課税済の金額が損金算入されるとともに、外国税額控除は取り消される。すなわち、過去の合算課税全体がいったんキャンセルされるのであり、ここまでは子会社持分が25%以上でもそれ未満でも同様である。そして、この過去の合算課税のキャンセル後、株主においては受取配当が新たに通常の課税を受け、二重課税の排除も通常の間接外国税額控除によるのであるが、通常の間接外国税額控除は、持分25%以上の子会社についてしか適用されなかった。従って、まとめてみると、25%未満の特定外国子会社等については、合算課税の時点では外国法人税が全額控除できるが、それを配当してしまうと外国税額控除は受けられなくなる、という配当不利の状況が生じていたのである。

しかし、今回の改正で、持分25%未満であっても、特定外国子会社等の合算済み所得からの配当であれば益金不算入とされたことにより、このアンバランスは解消された。

25%未満の特定外国子会社からの配当に係る益金不算入は、「特定課税対象所得」を限度とするものであるが、これは内国法人の配当を受けた事業

年度の合算課税額と、それ以前 10 事業年度分の合算課税額の合計額であり、旧制度の課税済留保金額の損金算入制度と類似した方法となっている。合算済みの所得を原資とした配当があった場合、旧制度が配当課税を原則として優先し、過去の合算金額を取り消す（損金算入する）という、CFC 税制側で二重課税を調整するものであったのに対し、新しい制度は配当側での調整とし、例外的に持分 25%未満の場合でも益金不算入としたところに違いがある。

3. 性格が変わるのか？

新制度は、特定外国子会社等の留保金額ではなく、配当の有無に関わらず、特定外国子会社等の決算に基づく所得（法人税法に基づく一定の調整を加えたもの）を合算の対象とする。これは一見、大きな変化である。CFC 税制は外国に残されている留保所得のみならず特定外国子会社等が稼得した所得全体にまで合算対象を広げて強化され、課税の性格が変わったのではないか。

結論を先に述べれば、配当免税の導入は、CFC 税制の性格を変えるものではないと考える。むしろ、これまで配当が課税であったがために、その陰に隠れて見えにくかった我が国 CFC 税制本来の性格が表面化したものといえるであろう。

本来の性格とは、特定外国子会社等が留保した所得ではなく、計上した所得を合算の対象とするという、租税回避防止規定としての性格である。特定外国子会社等に計上された所得が、租税回避防止規定としての本来の合算のターゲットであり、その所得をその後どれだけ配当するかは、否認されるべき租税回避の金額とは全く別の問題である。

しかし、従来制度では、配当されれば再び課税を受けて二重課税が生じるため、これを調整する必要があった。この二重課税の調整計算は、配当課税はそのままに、CFC 税制側で行なう仕組みとなっていた。このため、合算課税と二重課税の調整計算の差し引きの結果として、「配当せずに留保されている所得」が合算対象となるような制度となっていたものと考えられる。

すなわち、特定外国子会社等に100の合算対象所得があり、合算申告前に70を配当していれば差し引きの留保額30が合算対象となっていたが、これは単に、70は配当課税を受けるために本来の合算対象である100から差し引き、残りの30がCFC税制のターゲットであるように見えていたということである。結果的には、100は70と30に分けて課税されるのであるが、制度が形式的には留保された（未配当の）30を対象としていたために、課税繰延防止規定的な見方も可能となり、制度本来の目的がやや不明瞭になっていた感がある。

これに対し、今回の配当免税の導入は、「課税の繰延」や「合算と配当の二重課税」という、制度の目的をやや不明瞭にしていた原因の元を断った。これにより、我が国CFC税制本来の性格が表面に現れることになる。以下、この点をもう少し検討し、再確認してみたい。

4. 租税回避防止規定の表面化

(1) 不明瞭な境界線

外国子会社からの受取配当が課税される制度の下では、支配下にある外国子会社を舞台にした国外源泉所得に係る課税繰延の問題は不可避である。我が国CFC税制の趣旨は課税繰延防止ではなく租税回避防止であるが、留保金課税という制度設計上、防止する対象としての租税回避と課税繰延の悪用との境界線がやや不明瞭になっていたようである。このような不明瞭さは、実務でCFC税制を適用したり、趣旨に遡って解釈を行なう場面での障害ともなりうるため、できるだけ排除されるべきものである。

例えば、導入時の趣旨説明では、基本的な考え方として、次のように述べられている。（下線筆者）

「軽課税国…にある子会社等で我が国株主により支配されているようなものに我が国株主が所得を留保し、我が国での税負担を不当に軽

減することを規制することにあるが…⁽⁵³⁾」

「…課税対象留保金額が、通常であれば当該内国法人あるいは居住者に対する利益の配当又は剰余金の分配として交付されるべき性質のものであり、株主は子会社にそうさせるだけの支配力を持っているにもかかわらず、子会社が配当を全くあるいはわずかしかな行なわず、留保所得を蓄積しているところに税の回避を推認し得る、という考え方の表れといえよう⁽⁵⁴⁾」

また、東京高判平 19・11・1⁽⁵⁵⁾は、裁判所の判断の中で次のように述べている。

「…課税対象留保金額は、本来、内国親会社に対して配当その他の方法によって利益移転されるべきものであって、利益移転がされた場合には、我が国において親会社の収益そのものとして課税されることになるのであるから、その利益移転がされていない場合には、租税回避の防止の観点から、本来あるべき利益移転が実際にあったものとみなして、我が国が親会社に課税することは、…」

留保所得を配当課税が繰り延べられている所得として、留保所得の課税に焦点を当てたこれらの説明等は、制度がターゲットとする租税回避を配当課税の回避、すなわち課税繰延の一形態（悪用）と捉えているように読める可能性もある。

(2) 「留保金課税」の分解

導入趣旨で明確に租税回避防止対策としながら、課税繰延防止との境界が不明瞭である大きな原因は、制度の仕組み、特に合算と配当の二重課税を排除するための仕組みが CFC 税制にビルト・インされてしまっていたことにあると思われる。

旧措置法では、合算と配当から生じる二重課税を、次の方法で排除して

(53) 高橋・前掲注 (9) 92 頁。

(54) 高橋・前掲注 (9) 93 頁。

(55) 前掲注 (21) ①参照。

いた。

- ① 内国法人の合算課税以前（親会社が合算申告する事業年度の終了の日まで）に支払義務が確定した配当は、合算額に含めない。
- ② 合算申告以後に配当があった場合、過去の合算で益金算入された金額のうち、当該配当に見合う金額を損金算入することにより、過去の合算を取り消す（課税済留保金額の損金算入）。

いずれの場合も、受取配当については通常の課税を行なう一方、CFC 税制側で二重課税を排除する仕組みになっている。これは、単純に二重課税の調整の方法であって、CFC 税制の本質に関わる仕組みではない。上記①の扱いは、「特定外国子会社等が計上した所得を、その決算終了後2ヶ月を経過する日に親会社に全額益金算入する処理」と、「その日を含む親会社の合算申告事業年度の終了までに確定した配当について、二重課税排除のために配当相当額を損金算入する処理」との両建てを省略し、計算過程を合理化したものと解釈できる。

CFC 税制は配当課税を大前提として枠組みが構成され、「特定外国子会社等が計上した所得の合算」というコア部分と、「それにより生じる二重課税の排除」という調整計算部分が合体され、ひとつの「留保金の合算制度」としてまとまっていた。このネットィングの結果、コア部分が見えにくくなり、配当されないことにより課税が繰り延べられている部分に対する合算制度、という外見が形成されていたと考えられる。

(3) 本来の性格の表面化

ところが、配当免税の導入により、課税繰延と、合算と配当から生じる二重課税という2つのものが同時に消滅し、CFC 税制の趣旨をクリアにした。合算と配当の二重課税が生じなくなったCFC 税制は、合算金額を配当の有無で調整する必要がなくなり、特定外国子会社等が計上した所得の合算というコア部分だけが残って、制度的にも租税回避防止措置という性格が表面化することになった。

なお、合算と配当の二重課税調整の方法としては、①配当課税を優先す

る制度（改正前の制度）と、②合算課税を優先し、合算済み所得を原資とした配当を免税にする、という2つの方法が考えられる。我が国制度は①を採用していたことで、制度の趣旨がやや不明瞭なものになっていた。制度創設時の実務的な事情もあったとは思われるが、創設の段階から②の方法を採用していれば、租税回避防止という制度趣旨は、より明確になっていたのではないかと思われる。

5. 対象とする租税回避

では、我が国 CFC 税制が防止の対象とする租税回避とはどのようなものであろうか。導入時の説明では、CFC 税制は、①異常又は不自然な行為形式をとることにより、②通常の行為形式をとった場合と同様の経済目的を達しつつ、③我が国法人税等の負担を不当に減少させるような場合において、その異常な行為形式を否認するものとされている⁽⁵⁶⁾。租税回避の通説的概念⁽⁵⁷⁾であり、①の「異常又は不自然な行為形式をとる」とは、「私的経済取引プロパーの見地からは合理的理由がないのに、通常用いられない法形式を選択する」と同義と考えられる。

しかし、この定義を制度の内容に当てはめようとすると、やや困難が生じる。「行為形式をとる」又は「通常用いられない法形式を選択する」とは、CFC 税制の文脈において具体的にはどのような行為・選択が該当するか、ということである。考えられることは軽課税国での CFC の設立と、それを主体とする取引という行為・選択であろうか。

しかし、我が国 CFC 税制は個々の取引による損益の発生にフォーカスしない制度であるため、特定外国子会社等に利益が生じるまでの行為をパーツに分解し、個別に租税回避として捉えようとしても無理が生じるように思われる。我が国株主に支配され、軽課税を受ける特定外国子会社等の利益が、正常な海外事業活動から生じたものではない場合には、その利益は当該 CFC の

(56) 高橋・前掲注 (9) 92 頁。

(57) 金子・前掲注 (8) 111 頁、本庄・前掲注 (10) 『国際租税法〔四訂版〕』441 頁。

株主（支配者）が、自ら支配できる利益を、自分ではなく特定外国子会社等の利益という形で発生させ、それによって税負担の回避を図ったものと考えることができる。我が国 CFC 税制は、このような CFC の支配者の行動全体を租税回避と捉えた上で、このような行動と、その結果の発生を防止・否認する制度である。結果として計上される利益は、特定外国子会社等がその事業年度内に行なった全ての個別取引による損益の集合体であり、個々の取引との関連性は求められていない。制度が対象とする租税回避は、特定外国子会社等の設立やそれが主体となって行う個々の取引ではなく、そのような行為全体であり⁽⁵⁸⁾、その存在は、特定外国子会社等に利益が計上されるという事実によって認識される。

そして、その否認は、特定外国子会社等の法人格やそこに発生した利益を、そのまま現実のものとして受け入れた上で、租税回避の結果である特定外国子会社等の利益と同額の益金を、その利益の支配者に対し、支配規模（請求権）に応じた割合によって認定するものと考えられる。

それは、個々の取引を通じて親会社から特定外国子会社等に移転された利益の由来を問うものではない。法人格の否認でもないし、実質所得者課税の確認規定でもなく、創設規定である。特定外国子会社等に利益が生じたという事実に基づき、その利益が正常な海外活動から生じたものではなく、軽課税を受けている場合に、その利益相当額の国内源泉所得の租税回避が、利益発生の過程で存在したと推認する。そして制度は、そのような租税回避の過程（CFC の設立や個々の利益移転取引等）を特定して是正するのではなく、結果である現実の利益に相当する金額が、利益に対して支配力を有する株主の国内源泉所得として生じたと擬制し、支配力に応じた割合により益金算入

(58) 吉村・前掲注(30)129頁では、吉村教授は、租税回避とは何かという質問への回答の中で、タックス・ヘイブンに会社を設立する行為自体がはたして異常と評価できるかという点に関し、「租税回避行為の定義次第によっては、タックス・ヘイブンに会社を設立し、そして、その会社を運営していく、その全体像を捉えて租税回避というべきことにならないでしょうか。それとも、最初の設立段階では租税回避ではないのだが、その後は租税回避なのだと考えていくのか、この点は非常に難しい問題だと思っております。」と述べている。

する。従って、株主が複数いる場合には、利益の移転元とその益金算入（合算）先が一致しない場合も生じることになる。移転された利益を元に戻すのではなく、移転後の利益の支配者を課税の対象としているからである。

また、我が国 CFC 税制は、上記のような租税回避をターゲットにしているも、その意思や存在の証明を制度適用の要件とはしておらず、支配関係、軽減課税及び適用除外という要件に従って、租税回避の舞台になったと認められる CFC を絞り込むものになっている。予測可能性や執行安定性を強く意識していること、対象とする租税回避が個別の取引行為等ではなくその結果の総体であり、損益合計額という没個性的金額であることなどから、租税回避の意思の存在に関する判定にはなじまず、これを要件としない制度になっていると考えられる。

6. 租税が回避される国

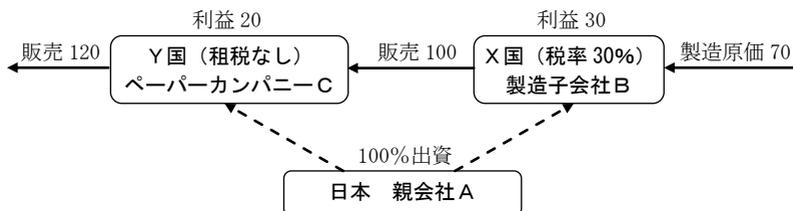
上記で検討したとおり、我が国 CFC 税制は適用除外とならない特定外国子会社等が決算で所得を計上したことを以て、その防止対象としている租税回避の発生を推認し、これを是正するために発動される。このことから、適用除外にならない特定外国子会社等に所得が計上されたとしても、必ずしも我が国租税が減少しているとは限らないのではないか（我が国以外での租税回避の結果ではないか）、という疑問が想定される。

(1) 第三国所得の特定外国子会社等への移転

我が国制度では、合算に際して「回避されているのがどこの国の租税か」という点の明確化は求められていない。例えば所得の稼得能力のないペーパーCFC に計上される所得には、日本から直接シフトされたもの（日本の租税が回避されているもの）も、また第三国からシフトされたものもあり得るが、いずれであっても特定外国子会社等の全所得が合算されることになる。再確認しておきたいのは、制度は、日本の租税ではなく第三国の租税が回避されているように見える場合の合算も想定しているのか、という点である。我が国が配当免税により外国子会社の所得に対する課税権を手

放したことで、企業グループにとっては、外国子会社段階での租税の軽減が、グループ全体の税負担に直接影響することになる。これは、我が国から外国子会社への直接的な所得移転以外にも、第三国（通常税率国）と軽課税国との間での所得発生場所の付替えを誘発する大きな動機になるであろう。従って、この点に関する我が国 CFC 税制のスタンスを明確にしておく必要があると考えるからである。

直接取引を通じて、親会社の所得が特定外国子会社等に移転されているような場合は、我が国租税が回避されているという認識は容易である。では、次のような例ではどうだろうか。



我が国親会社Aが税率 30%のX国に事業実態のある製造子会社B、タックス・ヘイブン国Y（租税なし）にペーパーカンパニーCを有している。AとCの間には出資関係以外は直接・間接の取引はない。Cは形式上、姉妹会社Bが製造する商品を仕入れ、第三者に販売しているが、Cの販売先との交渉や関連する事務を実際に行なっているのはBである。Cには、この形式的な取引による所得 20 が計上されている。

この例では、Cに計上された 20 はBの所得の一部分であり、この取引によって親会社Aの所得は直接的には減少しておらず、その意味では我が国の租税は回避されていないように見える⁽⁵⁹⁾。それでも、Cの所得は我が国

(59) 移転価格の見地からロイヤリティ取引が隠れているような事例ではないものとする。また、Aが所得を何らかの方法でBに移転し、Bはその分をCに移転するというスキーム（Aの所得をB介在でCに移転する）でもないものとする。

で合算されることとなる。取引の全体像を完全に把握・解明できるという前提で批評するなら、我が国 CFC 税制は、X 国 B の課税所得にまで合算の手を伸ばしていると見られなくもない。

(2) 所得発生場所に対する支配力

C の所得が B から移転されたものであるとき、もし C が無かったなら、その取引は C の代わりに親会社 A 経由で行われたという可能性はあろう。それを前提とするなら、この例の取引は我が国の親会社 A の所得（租税）を回避していることになるが、別のグループ D 会社を使ってそこに所得を発生させたり、B が第三者に直接販売するという選択肢もある。A の所得になったかもしれないというのは可能性の一つに過ぎず、現実には所得が C に計上されてしまった以上、「もし C 無かりせば」と考えても、唯一絶対の正解は求めようがない。

しかし、このような状況下での C の合算も、我が国 CFC 税制が想定している合算であると考えられる。我が国制度の合算の根拠は、納税者が過去に行ない得た選択肢の仮定ではなく、「独立企業の実体を備えていなかったり、実体があってもその所在地を課税地とすることに経済的合理性の希薄な軽課税 CFC が、その決算で所得を計上した」という事実にも求められる。そして、そのような状況を創出できたのは、その軽課税 CFC の支配者が、同時にその所得の発生場所についても支配力を有していたからである。その所得は別の何処で発生すべきものであったか、という「実質所得者探し」は、CFC 税制の守備範囲となっていない。我が国 CFC 税制は所得の落とし主を探して返すのではなく、正常な海外事業を行っていない軽課税 CFC が形式的な拾得者になれるような状況を創出できる力を有し、また形式的な拾得者による所得の利用・処分に対する法的支配力も有する者に、CFC の拾得額と同額の所得が発生したと擬制することにより、租税回避と認められる不自然な状況を清算しようとするものである。

(3) 我が国に流入する所得の回避

このような取引の意味は、B が所得の一部を C に移転することで所得を

圧縮しつつ、その所得を無税でAの支配下に置くということと考えられる。Cの所得はAの支配の下、Aに無税で送金（配当）するのも、現地で再投資するのも、また他のグループ法人に再移転するのも自由となる。Aに無税配当する場合には、所得種類の転換が行われたことになる。ここでは、Bは損金算入扱いによりBの租税を回避しつつ、所得を実体のないCに送金したが、その利益の支配者Aにおいては益金計上されていないという状況が生じている。これは、国外から我が国に流入させようとした所得の、Aにおける益金計上の回避であり、Cを利用したBからAへの所得種類の転換による移転の一形態である。当然ながら、Cが正常な海外事業として取引しているのであれば、何の問題も生じない。ツールとなったCが正常な海外事業を営んでおらず、しかも軽課税である場合に限り、Cの所得計上までのプロセスに租税回避（Aの収入計上回避）を推認し、Aに同額の益金を認定するものである。

なお、配当免税の導入前は、もしCの所得が合算されない場合でも、CがAに送金（配当）してしまえば我が国税率で課税されるため、Cを使う税負担軽減メリットは、配当までの課税の繰延に止まることになる。CがAに配当せず、所得をそのまま国外再投資に回すのであれば、税負担軽減効果は維持できる。ところが、配当免税の下では、CからAへの配当が無税であることから、配当しても同様の効果が得られるため、A側としては、Cを利用したこの種の取引を実施するメリットが拡大したことになる。BからAに配当しても無税ではあるが、Cを介在させることで、BはAに対する配当を損金算入したのと同様の効果を得たことになり、グループ全体の税負担軽減が図られる。しかし、支払先Bで損金算入されている「配当」を、受取側の我が国で免税とする必要はないであろう。

（4）第三国との課税の競合

第三国から特定外国子会社等に移転された所得の合算については、CFCの親会社居住国の問題ではなく、当該第三国とCFC所在地国との問題であ

り、その間で解決されるべきであるとする指摘もある⁽⁶⁰⁾。上記の例では、X国がBに対し、脱税ないしは租税回避として、Cの利益20に何らかの課税をする可能性もある。その場合、我が国もCの所得を合算していれば、X国と我が国との間で、一定の経済的^{二重課税}が生じることも考えられる。

しかし、現実問題として、上記のような単純な事例であってさえ、Cの実態と、Cの20の所得に対してBがどれほど関与しているかを調査で立証することには大きな困難が伴う。まして、より複雑な事例や非協力的な相手の場合には、特定外国子会社等が決算で計上した所得のうち、どれほどが第三国で回避された金額なのかを、一方の国の税務調査だけで確実に解明・立証し、^{二重課税額}を確定して排除することには限界があろう。租税条約上の相互協議による解決も、^{軽課税国}等を含む3ヶ国以上の国が関係する、しかも経済的^{二重課税}であることから、期待は薄いと考えられる。そもそも、どちらの国が課税権を放棄すべきかも明確ではない。結局、各国内法に基づく別々の課税になる以上、現状ではこの^{二重課税}の排除は難しいであろう。

このようなことから、個別の損益取引ではなく決算の結果(利益の存在)を出発点とし、法人アプローチにより特定外国子会社等の全所得を合算する課税方法は、洗練された制度ではないとの批判も有り得よう。しかし、国外情報の入手や各国税務当局の協調体制の構築がその途上にあり、また基本的に課税庁が証明責任を担う我が国制度の下では、^{タックス・ヘイブンの利用}そのものを規制する目的も含め、悪質な脱税事件等にも等しく対処できる規定としての現行CFC税制の存在は、公平な課税のために不可欠なものとする。

(60) Brian J. Arnold. (1986) “The taxation of controlled foreign corporations” Canadian Tax Foundation, p. 410.

第3節 未来

1. CFC 税制の重要性の増加

(1) 配当免税下での税負担最小化

我が国の税率が世界でも高水準にあることから、配当免税の導入は、総じて我が国企業のグループ全体としての税負担を減少させることにつながる⁽⁶¹⁾。これまでは、グループ事業を我が国よりも税率の低い国で行なったり、取引による所得の発生場所を低税率国の子会社とするなど、事業体制を通じて税負担を軽減した場合、その利益を配当せずに子会社に留保又は再投資するのであれば税負担軽減の効果は維持できるが、配当すれば我が国税率による課税を受け、税負担は国内で生じた所得と変わらないという状況であった。しかし、配当課税の廃止により、子会社の稼得する国外源泉所得に係る課税関係が所在地国課税だけで終了することから、外国子会社の税負担の大小が、配当までの一時的な課税繰延ではなく、グループ全体の最終的な税負担を直接左右することになる。外国子会社を舞台にした節税のメリットが大きくなり、税の観点に立つ限りは、できるだけ日本における所得発生を低く抑え、税率の低い外国子会社に所得を集中し、さらに外国子会社の実際の税負担もできるだけ低くするような企業行動の拡大が想定される。配当免税は、「今後は外国で稼いだ所得は現地の課税だけで済むようにするから、外国で稼いで日本に利益を送るように」という宣言とも受け取れる。どのくらいの利益が無税の配当として我が国に還元されるかは別として、外国投資と、外国子会社における税負担軽減のインセンティブは確実に大きくなった。

(2) 限定される課税機会

このような状況下で拡大が懸念される租税回避の基本形は、親会社の所得を我が国より税負担の軽いCFCに何らかの方法で移転し、それを無税の

(61) しかし、改正により外国税額控除制度における彼此流用の可能性が縮小されることから、税負担減少の効果は、企業グループごとの格差も大きいと考えられる。

配当で国内還流するというものであろう。移転の方法には、巧妙な租税回避スキームや移転価格的な方法から、架空の経費を計上するなどの悪質な脱税もあり得る。CFC が合算対象でない場合は、国外に移転される所得は我が国を出て行く水際で捕捉しない限り、課税機会を失うことになる。移転価格税制、過少資本税制などを始めとする国内法の規定の適用や、架空費用の計上や事業実態を把握する課税執行体制に、一層の厳格さが求められることになろう。また、配当免税そのものを悪用するような租税回避、例えば外国子会社の出資持分割合や保有期間の偽装、子会社において損金となる送金の配当への偽装、さらには所得種類を配当に転換するスキーム取引などの把握・防止にも努めなければならない。

一方、合算対象となる CFC に対しては、仮に租税回避や脱税による所得移転を水際で阻止できなくとも、CFC 税制が有効な課税確保の手段となる。

配当課税の下では、CFC が合算対象とならない場合や、合算対象であることを見逃していた場合であっても、その利益が CFC から配当で我が国に還流すれば、課税のタイミングは遅れるものの、最終的には一定の課税が確保できた⁽⁶²⁾。しかし、配当免税によりこの可能性は失われ、所得の移転を水際で阻止できなかった場合は、CFC 税制が最後の砦ということになった。

このような、配当免税の下での国外流出所得に対する課税機会の縮小により、CFC 税制的的確な執行の必要性が高まることになる。

(3) CFC 税制が特に有効である場合

内国法人による所得の海外移転の防止は、従来から一貫して重要な問題であり、これに対し、内国法人が行う取引に対して適用される損益取引否認型の国内法が整備されてきた。しかし、配当免税の下では、我が国から CFC への所得移転のみならず、第三国（通常税率国）と軽課税国との間の

(62) この場合でも、①配当までの期間の税額の運用益と、②CFC が居住地で課せられ、我が国で外税控除又は損金算入の対象となる外国税額に対応する我が国の歳入が失われることになる。

所得移転も増加することが想定される。そのような中で、前節で検討した、我が国へ流入する所得の計上回避の増加が懸念される。企業グループ全体の税負担を軽減するため、利益の支払側では損金算入扱いとしつつ、実質的な利益の受取側（内国法人）で益金算入を行なわないことが可能となるからである。

この場合、内国法人は損益取引には直接関与せず、自己の支配下にあるCFCを利益の仮の受領者に仕立てることになる。CFCが計上した利益は、無税で我が国に持ち込むことができる。利益移転取引は第三国と軽課税国子会社との間の外-外取引で行われるため、内国法人を対象とする損益取引否認型の国内法の適用が難しい場合も多いであろう。このような取引に対しては、CFC税制が最も有効な防止・否認手段となる。

2. 今後の課題

第1節で述べた制度の本質的な問題を別にしても、現行制度を肯定した上での、将来的な在り方に係る課題も多い。現行制度のパーツ毎に考えても、①特定外国子会社等の範囲（「税負担割合 25%以下」の適否や支配関係の定義）、②納税義務者（CFCに対する持分割合の問題）、③合算方法（法人アプローチか取引アプローチか）、④適用除外基準（現行の基準が適切に趣旨を反映しているか）、等があげられよう。

（1）特定外国子会社等の範囲及び納税義務者

特定外国子会社等の判定に係る租税負担割合と、納税義務者の判定に係る持分割合については、本稿のテーマとしていないため簡単に触れるに止めたいが、いずれも企業の海外事業ストラクチャーや歳入に大きな影響を及ぼす重要な問題である。

これらは数値割合による判定が多いため、どのような数値にしようとしても、何らかの割り切りが必要になる。例えば、特定外国子会社等の判定のための税負担割合を 25%以下と決めた瞬間、25.01%ならば他の状況が完全に租税回避を指し示していても制度は適用しない、と宣言することに

なるし、この逆の状況も想定される。各種割合を算出する際に、分母や分子の数値操作による偽装や調整が行なわれる恐れも大きい。しかし、我が国 CFC 税制の理念の 1 つである課税要件の明確化や予測可能性の確保のためには、具体的な数値による表現は必要なことであると考える。

支配に関する定義（現行制度では我が国からの直接・間接の出資割合が 50% 超の「外国関係会社」）についても同様である。例えば、支配の判定に関し、移転価格税制の国外関連者の判定における実質支配基準のような基準も設けるという選択肢が考えられるが、特定外国子会社等の利益に対する支配力に応じた課税という観点からは、実質支配の程度を数値化でもしない限り、実質基準との整合性が保てないと思われる。

実効税率 25% 以下という基準については、導入当初のブラック・リスト指定において、当時の我が国の法人に係る実効税率の半分を指標とした旨の説明⁽⁶³⁾があり、平成 4 年の改正時にもそれを受け継いだものと思われる。この割合の増減の判断は優れて租税政策的なものと思われるが、先進諸国・開発途上国を問わず法人税率が低下してきている現状においては、配当免税（国外所得免除方式）の考え方、租税回避防止という趣旨、企業の国際競争力維持などを考慮しつつ、再考の余地もあるものと思われる。

さらに、納税義務者の判定についても、制度導入時の持分 10% から 5% に引き下げられたり、持分に含めるべき関連者の範囲が拡大される等の改正が行なわれてきているものの、集団投資ビークルなどの事業体の多様化により状況は変化してきている。現実には、1 社（1 人）の株主が軽課税 CFC 株式の 50% 超を保有し、完全な支配力を有する場合がほとんどであろうと思われるが、少額出資者集団と手数料を取るマネジメントとが分離しているようなケースにおける合算の理論と実務を整理していくことも不可欠であろう。

(63) 高橋・前掲注 (9) 98 頁。

(2) 合算方式及び適用除外基準

合算方式については、現行制度の法人アプローチには、正常な海外投資活動から生じる所得まで合算の対象に含めてしまう（又は、合算すべき所得が合算できない）場合が生じるというデメリットがある。我が国では、この問題は適用除外基準が特定外国子会社等の「主たる事業」を基にした判定となっていることにより表面化している。現行制度を全面的に見直し、より精緻な仕組みとされる取引アプローチを導入すべきか否か、もしくは現行の法人アプローチの枠組みの中での改善策の検討が、今後の大きな課題となろう。合算方式の変更は極めて大きな影響を納税者・課税庁双方に及ぼすため、両アプローチの得失を理論・実務両面から比較しつつ、他の国際課税制度との関係、歳入への影響、納税者の意見等も十分に考慮して、慎重に判断すべきである。この点は、第3章の課題とする。

また、適用除外基準は、正常な海外投資活動の識別をその機能とする。現行制度は特定外国子会社等の事業内容を柱にした4種類の基準で構成されており、制度の理念からも、できるだけ明確で、過去に例のない取引や複雑な取引の判定にも予見可能性の高い基準が要求される。常に変化する現実の企業活動に制度の趣旨を反映させるための重要な規定であり、論点も多いが、今後の大きな課題は、国外に事業実態がある特定外国子会社等の、合算上の取扱であろうと考える。

事業実態のないペーパーカンパニーが計上する所得に対しては、租税回避防止措置（それがCFC税制であるかどうかは別にしても）を講じるべきであることは理解しやすい。しかし、国外に事業実態のあるCFCが行なうグループ間取引や所在地と経済的関連性の薄い取引をどこまで合算対象とするか（又はどこまでを正常な海外事業活動と見るか）は、企業の国際競争力の維持や今後の国外源泉所得に対する我が国の課税姿勢、諸外国の状況、国際取引形態の変化などの点を考慮しながら判断すべき重要な課題である。これは主に所在地国基準／非関連者基準の問題となろうが、この点を含めて、適用除外基準の具体的な論点を第4章の課題とする。

3. 適正な執行と国際協調

適正な執行を確保するためには、課税庁にとっては、CFC の事業や取引の実態把握が一層重要になる。そのため、将来に向かっては、情報収集制度の整備と、国際的な協調体制が不可欠となる。

(1) 執行を担保する制度の整備

法人アプローチに基づく CFC 税制の下では、基本的には CFC の出資者、実効税率及び事業活動に係る情報があれば合算の要否が判定でき、財務諸表上の所得の金額（一定の調整を加える必要はある）が合算対象金額となる。取引アプローチに比較して簡潔な方法であり、納税者・課税庁双方の負担が軽い。

それでも、事業実態がある場合の所在地国基準／非関連者基準の判定には取引実態の詳細な把握が必要であり、また特定外国子会社等が一定の子会社から受けた配当を合算対象金額から控除する場合（21 年改正で導入の制度）には、当該子会社の事業実態や投資・配当の状況まで正確に確認する必要が生じる。さらに、財務諸表上の所得をそのまま受け入れるのではなく、この所得が圧縮されたものになっていないか、換言すれば特定外国子会社等自体の所得計上もれや損金不算入の支出、利益調整等の有無についても確認しなければ、適正な執行とはいえない。タックス・ヘイブンの子会社が、不正な収支の受け皿や複雑な租税回避スキームの一部として使用される例は枚挙に暇が無く、当該子会社だけでなくその取引先や、さらにその先を含めた大局的な見地から取引実態やスキームを把握する必要があるからである。

このような多くの複雑な事実関係や実態を把握するための情報は、当事者である納税者が提示することが基本である。そこでは当然、必要性和コンプライアンス・コストとのバランスも十分に考慮されるべきである⁽⁶⁴⁾。

(64) 英国の CFC 税制改正案では、目的の 1 つに制度の簡素化が掲げられていたが、現実にはコンプライアンス・コストが増加するという反対意見が多かった。（第 2 章第 3 節参照）

しかし、軽課税国には各種の情報開示にバリエーションを設けたり、税務執行の透明性が低いところが多く、現実には納税者の協力なしに事実関係を確認することは難しいケースが多いと思われる。

21年の改正で、納税者の大きな事務負担とされてきた間接税額控除が廃止になり、CFC税制についても配当課税との二重課税排除が生じなくなった結果、合算後に配当が行なわれる場合等の複雑な計算と事務負担も大幅に軽減された。しかし、新たに配当免税の適用を受けるための事務負担も少なくはないであろうし、CFC税制の重要性の増加から、納税者に対する関係情報の保存・提示等の要請も大きくなっていくことも考えられる。

将来的な方策の1つとしては、納税者及びそのCFCが海外、特に軽課税国等に保有する銀行口座や金融商品口座の申告・届出制度の導入が考えられる。これはCFC税制のためだけの制度というより、申告水準向上全体のための制度となるであろうが、諸外国の導入例もあり、検討の必要性が高いと考える。この延長線上には、米国等に例があるタックスシェルター情報申告制度⁽⁶⁵⁾の導入があり、このような制度の導入も将来的な課題であろう。これも、CFC税制に限らず、租税回避全般に係る対抗策ということになるが、この申告対象スキームの中で、軽課税CFCを利用するスキームを指定する方法なども考えられる。

(2) OECDによる国際協調と情報交換体制の整備

CFC税制の適正な執行に必要な情報等の入手には、一国での制度整備と並行して、国際的な情報交換体制や各国税務当局の協調が不可欠である。OECDは長期間にわたり、タックス・ヘイブン及び有害な租税優遇措置を有する国・地域が他国の課税ベースを侵食し、金融・財政システムの秩序と健全性を阻害しているという問題意識に基づき、一国の税制や執行の限界を超えた国際的な協調や国際基準の作成・遵守を通じて、有害な租税競争の撲滅に取り組んできている。我が国もOECDの主要メンバーとして一翼を

(65) Internal Revenue Code sec. 6111, 6707.

担う重要なプロジェクトであるため、これまでのプロジェクトの動きを概観しておきたい。

OECDは、1998年の報告書“Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue”において、タックス・ヘイブンの判定に関する基本的な4つの基準（①無税又は名目的な課税、②有効な情報交換の欠如、③課税の透明性の欠如、④その地での実質的な事業活動が要求されない）を示した。そして、タックス・ヘイブンの共通のかつ最重要の要素と考えられる①の該当を判定の出発点とし、それに加えて②～④のいずれかにでも該当する法域がタックス・ヘイブンに該当するとした。さらに報告書は、課税ベースを侵食するタックス・ヘイブンに対する対抗策を列挙している。ここには、各国単位の租税回避又は脱税対策としてのCFC税制を始めとする国内法の整備やエンフォースメントの強化などの他、租税条約の活用（情報交換、特典条項等）及び国際協調のためのフォーラム（非加盟国も含む）の設置などが含まれる。OECDはこれに基づき、2000年の報告書⁽⁶⁶⁾以降、タックス・ヘイブンや各国有害税制のリストアップと撤廃勧告、そしてより具体的な防御措置（経済制裁⁽⁶⁷⁾）の提案などを行ってきた。この間、タックス・ヘイブン側からの反論もあり、2001年の報告書⁽⁶⁸⁾からは上記判定基準から①と④を削除し、基準を②有効な情報交換の欠如と③課税の透明性の欠如に重点が移っている⁽⁶⁹⁾。①や④の方が、個別の課税問題において表面化しやすい争点であることからすれば、これはOECD側の譲歩又は後退という評価も可能かもしれない。一步引いた感のあるOECDは、②と③の基準を世界

(66) OECD (2000), “Towards Global Tax Co-operation: Report to the 2000 Ministerial Council Meeting and Recommendations by the Committee on Fiscal Affairs, Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices”.

(67) 本庄資編著『関連法領域の変容と租税法の対応』（財経詳報社、2008）263頁以下では、OECDのタックス・ヘイブン対策の経緯とともに、当該防御措置等と世界貿易機関（WTO）のルール等との抵触関係を論じており、興味深い。

(68) OECD (2001), “The OECD’s Project on Harmful Tax Practices: The 2001 Progress Report”.

(69) 増井・前掲注(5)「タックス・ヘイブンの租税情報交換条約（TIEA）」16頁。

に認知させる方向で、2002年にはモデル租税情報交換条約を公表し、また加盟国・非加盟国の枠を取り払った対話等を通じて活動を継続したが、タックス・ヘイブン側の反応も消極的であった。

しかし、やや停滞していたかに見えた OECD のプロジェクトは、2008年に大きな転機を迎える。2月にリヒテンシュタインの LGT 銀行を舞台にしたドイツ納税者等の高額脱税事件⁽⁷⁰⁾が、また6月以降はスイス大手金融機関 UBS による米国人の脱税補助問題と、米国のスイスに対する情報公開要求事件⁽⁷¹⁾が大きく報道され、タックス・ヘイブン所在の金融機関等による脱税・租税回避への支援や守秘義務の在り方が各国メディア等で大きな問題とされた。7月には、米国議会の要請により、米国会計検査院がケイマン諸島での企業活動の実態を調査し、報告書⁽⁷²⁾が提出されている。これらの事件等を通じ、タックス・ヘイブン所在の金融機関口座や法人の実態などに世界の注目が集まり、納税者情報の入手の重要性が再認識された。

そして9月には世界的な金融危機が幕を開けた。世界中に極めて大きな損害が広がる中、対策のために2009年4月にロンドンで開催された第2回

- (70) リヒテンシュタイン家が支配するリヒテンシュタイン・グローバル・トラスト銀行の元行員が不正に入手した銀行の秘密顧客データを、ドイツの情報機関 BND が高額対価（約 400 万ユーロ）で購入し、それを基に多数の高額脱税者を摘発したものと報道されている。我が国郵政民営化のモデルケースといわれたドイツポスト社の社長も名を連ね、また同情報は他の主要国も利用し、税務調査を進めているとされている。
- (71) 米国は、スイス金融最大手の UBS を米国納税者の脱税補助を迫るとともに、UBS の保有する米国人顧客 5 万 2 千人の口座情報の提供を求めて提訴した。スイス国と UBS はスイス銀行法を盾に開示を拒否したが、2009 年 8 月には外交交渉により合意が成立し、脱税に使われた疑いのある 4,450 口座の顧客情報が開示されると報道されている。
- (72) United States Government Accountability Office (July 2008), “Cayman Islands: Business and Tax Advantages Attract U.S. Persons and Enforcement Challenges Exist” (GAO-08-778). 法律事務所 Maples and Calder が入居するアグランド・ハウス (Ugland House) と呼ばれる建物には、18,857 の法人が登記されており、そのほとんどがケイマンでの実態はなく、半数近くが書類郵送先を米国住所にしているとされる。報告書は、アグランド・ハウスの法人を中心に、①米国民の利用実態、②ケイマンを利用する理由、③米国民のケイマンでの活動に関する入手可能な情報、④米国政府のコンプライアンスとエンフォースメントに関する取組状況、等をまとめている。

G20 首脳サミットにおいて、租税回避地に係る対応が論題の1つとされた。首脳声明はタックス・ヘイブン対策として OECD が発表したリスト⁽⁷³⁾に言及し、OECD の取り組みは一躍脚光を浴びることになった。情報交換や透明性の重要性は世界的に認知され、タックス・ヘイブン側の反応も大きく変化して、租税情報交換条約は、署名数で見ると、2009 年中に飛躍的に増加した。

タックス・ヘイブンないし有害な租税優遇措置を有する国・地域は、私法上の選択可能性の濫用の舞台に使われるとともに、大掛かりな脱税や違法な資金の秘匿・洗浄に使われていること、さらに全世界的な見地からは金融秩序や財政の安定を阻害していることが、世界首脳会議の場で再認識された。租税回避や脱税という個別納税者の課税問題の視点とは別に、世界市場の安定を妨げるタックス・ヘイブン等の存在自体を問題視する視点と、これへの国際協調的な対抗策は今後さらに重要になろう⁽⁷⁴⁾。そのような中で、我が国 CFC 税制は、このような動きをバックアップできる強い制度である必要があると考える。

しかし逆に、CFC 税制だけが精緻又は厳格なものになっても、タックス・ヘイブンの居住者、事業内容、資産、銀行口座などに係る情報の開示・交換・申告制度や、各国の協調体制などの進歩が伴わない限り、実効性には疑問が残る。

今後の課題は、脱税からタックス・ヘイブン自体の規制まで、幅広い守備範囲をいかにバランス良く守れるかということではないか。それは、OECD を中心とした国際協調に参加しつつ、一方で我が国自身の情報交換条約や情報開示を含む国際課税制度と執行体制を同時に整備していくという、難度の高い課題の一部分である。

(73) 前掲注 (2) 参照。

(74) 吉村・前掲注 (30) 88 頁。

第4節 小括

平成21年のCFC税制改正は、これまで二重課税排除措置との抱き合わせで「留保金課税」という形が取られてきたために見えにくかった、我が国CFC税制の本来の性格にスポットを当てるものであった。改正では、合算対象金額が特定外国子会社等の留保所得ではなく決算に基づく所得とされた。これは、配当免税の導入により課税繰延や合算と配当の二重課税が消滅したことによる必然的な改正ではあるが、配当課税との決別が制度に与えた影響は大きく、趣旨の不明瞭さは払拭され、租税回避防止という本来の性格が表面化した。

我が国CFC税制が防止の対象としている租税回避は、「適用除外基準を充足しない軽課税CFCの決算で所得が計上される」という、財務諸表上の事実を以て認識される。従って、我が国からの所得流出や、外国からの我が国への所得流入の回避が、個々の損益取引により数値的に検証されなくとも、制度は適用される。

配当免税の導入により外国投資のインセンティブが高まり、軽課税CFCへの所得の集中化が想定され、これに伴う租税回避の拡大が懸念される。我が国所得の流出の防止策としては、国内法の適用による所得移転時の水際での把握・否認に加えてCFC税制がある。しかし、我が国に流入する所得の計上回避行為（CFCを仮の所得発生場所とし、それをベースとして再投資等を行うことや、CFCを通じた、所得種類の配当への転換による所得の無税回収等）に対しては、外国法人同士の外-外取引がその手段となり、損益取引否認型の国内法の適用に困難が伴うことが想定されることから、CFC税制が最大の防止・否認手段となる。

我が国CFC税制の将来に向かった課題は多いが、合算方式については、制度趣旨外の所得まで合算してしまう（又は合算すべき所得を見逃してしまう）可能性を残す法人アプローチの見直し、適用除外基準については、事業実態はあるがグループ間取引等を中心とする特定外国子会社等への適用除外をどのように定めるか、という点が今後の大きな課題と考える。

損益の分析ではなく所得の存在を出発点とし、法人アプローチにより軽課税 CFC の所得の全額を親会社の所得と擬制する課税手法は、法人税法の他の規定には例を見ない特殊で強力なものであり、適正公平な執行が求められる。また、制度の有効性を担保するためには、国際的な情報交換や国際間の協力体制の構築が不可欠である。

複雑化する国際的租税回避スキームはもとより、CFC の道具的な悪用による脱税から、タックス・ヘイブンの利用自体の規制まで、総合的に対処しなければならぬ CFC 税制は他の規定に代え難く、守備範囲の広さによって、その重要性は今後さらに高まることになろう。

第2章 英国 CFC 税制の抜本的改正案とその動向

2007年6月、英国政府は「企業の海外利益課税：討議文書」(Taxation of companies' foreign profits: discussion document: 以下「討議文書」という)により、外国子会社配当免税制度の導入とCFC税制改正を主軸としたパッケージ案を世に問うた。ここで示されたCFC税制改正案は、全く新しい制度との置き換えといって良いほどのドラスティックな内容であり、実業界や専門家の大きな反響を呼んだ。この抜本的改正案の根底には、その前年に欧州連合(European Union: 以下「EU」という)の司法機関である欧州司法裁判所(European Court of Justice: 以下「ECJ」という)が示した、EU域内におけるCFC税制の適用に係る判断が横たわっている。

ECJの判断の延長線上にある英国CFC税制の抜本的改正案は、産業界の強い反対により現在のところ白紙に戻っており、英国は引き続きCFC税制の改正を検討中である。しかし、白紙に戻ったとはいえ、この改正案の内容や一連の動向は、我が国CFC税制、特に適用除外基準及び合算方式を再考する上での、大きな参考となるものと考えられる。そこで本章では、これらの内容や動向の分析検討を通じて、我が国制度への示唆を探ってみたい。

第1節 CFC 税制に係る欧州司法裁判所の判断

1. 自由と税制

EU統合の中心的理念である域内市場では、EU法⁽⁷⁵⁾により「物・人・サービス・資本」という4つの自由移動が保障され、国による差別を禁止している。欧州共同体設立条約(以下「EC条約」という)第14条2項により、「域内市場は、物、人、サービス及び資本の自由移動がこの条約の規定に従って確保されるところの、内部に国境のない地域(an area without internal

(75) 広・狭いくつかの概念があるが、本稿では、欧州共同体設立条約や、それに基づく各種の派生法(規則、指令等)を指すこととする。

frontiers)」と定義される EU 域内市場にあつては、加盟各国の税制やその執行は、時にこの自由を制約するものと捉えられる場合がある。

例えば 2002 年のランクホルスト事件⁽⁷⁶⁾では、ドイツの過少資本税制と EC 条約 43 条（会社設立の自由⁽⁷⁷⁾）との抵触問題が争われたが、過少資本税制は外国親会社からの借入金に係る利息だけを損金不算入（配当）として取り扱い、親会社がドイツ居住法人である場合には適用されないため差別的で、法人設立地選択の自由を制約しているため、EC 条約違反とされている。これにより、ドイツは過少資本税制を改正した。

加盟国国内法が EU 法に抵触していると判断される場合、EU 法は国内法に対する優越性に基づき、これを排除することができるが、抵触問題はまず、各国の裁判所において争われることになる。そして、国内裁判所は最終的な判決を下す前に、ECJ に EU 法の解釈を付託することができる。これは下級審では任意であるが、その後に救済手段がない最終審では義務となる（EC 条約 234 条）。ECJ はこの付託に基づいて審議し、国内裁判所に対して解釈を示す（preliminary ruling：先決裁定）。国内裁判所はこの解釈に従って判決を下したり、国内法を改正しなければならない。

EU 法と国内法の抵触問題は、「EU の理念である自由貿易・市場統合」対「各国の社会的価値・文化的多様性」という図式になる。ECJ がこのような問題を扱う際、第一に EU 法の基本原則違反を認定した場合でも、第二に社会的・文化的理由（公益事由）に基づく EU 法の適用除外（加盟国の措置の正当化）を認めるといふ判断を行なうことも多い。しかし、第三に手段が目的に照らして相応するかどうか、同じ目的を達成するのに、より制限的でない手段は存在するかを検討する「比例性原則」の判断が加えられる。その結果、加盟国の措置が正当化されても、比例性原則の判断で敗れる場合が少なからずあ

(76) Lankhorst-Hohorst GmbH v Finanzamt Steinfurt, Case C-324/00; [2002] ECR I-11779.

(77) 人＝労働者の移動の自由と共に、事業者・法人に関しては域内での開業、支店の設置等が保障されている（EC 条約 43 条、48 条）。

る⁽⁷⁸⁾。

2. 租税回避に関する ECJ の判断

EU 法が保障する自由を制約しているとされた税制について、ECJ が公益事由としての「租税回避の防止」という理由からその制約の正当化を認めた最初の裁定は、2005 年に英国のグループ・リリーフ制度⁽⁷⁹⁾の適用を巡って争われたマークス・アンド・スペンサー事件⁽⁸⁰⁾であった。

この制度では、同一企業グループ内の英国居住法人同士の損益は通算できるが、英国非居住の子会社の損失は、親会社の利益と通算できない。居住地（設立地）による子会社の取扱いの違いに対し、ECJ はまず、EC 条約 43 条に定める設立の自由を制約しているとした。

しかし裁定では、この制約が正当化されるための 3 つの要素が提示された。①加盟国の課税権配分を正しく均衡させるため、所得と損失は同様に扱われなければならないこと（外国子会社の所得には課税権がないのに損失だけ控除可能であるのはおかしい）、②損失の二重使用の可能性（子会社所在国と英国）を防止すべきであること、③租税回避が行なわれるリスクを防ぐこと、の 3 点である。ECJ は総合的な検討の結果、グループ・リリーフ制度による設立自由の制約は、外国子会社の欠損がその居住地国で利用される可能性がないことを条件に正当化されるとした。

裁定文のパラグラフ（以下「裁定パラ」という）51 では、租税回避の防止は、条約の自由の制約を正当化する公益事由に含まれるとされ、また裁定パラ 57 では、加盟国は「完全に偽装的な仕組(wholly artificial arrangement)」による自国課税の回避への対抗手段(税制)を有することができるとされた。

(78) 庄司克宏『欧州連合 統治の論理とゆくえ』84 頁（岩波書店、2007）。なお、EU 及び ECJ については、庄司克宏『EU 法基礎編』『EU 法政策編』（岩波書店、2003）を参考とした。

(79) Income and Corporation Taxes Act 1988, sec. 402~403.

(80) Marks & Spencer plc v Her Majesty's Inspector of Taxes, Case C-446/03; [2005] ECR I-10837.

ここで租税回避の根拠とされている「完全に偽装的な仕組」という表現は、遅くとも 1998 年の ICI 事件⁽⁸¹⁾以降使用されてきている。前述のランクホルスト事件でも、ECJ はドイツの過少資本税制に対し、「ドイツ国内法の適用を回避するための完全に偽装的な仕組を防止するという特別の目的を有するものではなく、親会社がドイツ国外にある場合は常に適用されるものである(裁定パラ 37)」と認定している。ドイツの過少資本税制が EC 条約 43 条の会社設立の自由を制約していても、その制約は租税回避の防止という理由から正当化される可能性はあった。しかし当該制度は、ECJ のいう租税回避（「完全に偽装的な仕組」による国内法の適用回避）だけを防止するという特別な目的を持った規定とは認められなかったため、EC 条約違反は正当化されなかった。そして、この「完全に偽装的な仕組」は、以下のキャドバリー・シュウェップス事件において、CFC 税制の適用を正当化する要件として、大きく取り上げられることになった。

3. キャドバリー・シュウェップス事件

キャドバリー・シュウェップス事件⁽⁸²⁾（以下「CS 事件」という）は、ECJ が CFC 税制と EU 法の抵触問題について判断した最初の事件であり、その内容は EU 加盟各国に大きな影響を与えるものであった。

2000 年 8 月、CFC 税制の適用により英国課税庁からアイルランド子会社の利益について合算課税を受けた英国法人キャドバリー・シュウェップス社（以下「CS 社」という）は、英国 CFC 税制は EC 条約 43 条等に違反しているとして、英国裁判所に提訴した。

英国裁判所は 2004 年に、ECJ に先決裁定を付託した。2006 年 5 月 2 日に法務官（Advocate General）意見⁽⁸³⁾、2006 年 9 月 12 日に先決裁定（以下「CS

(81) Imperial Chemical Industries plc (ICI) v Her Majesty's Inspector of Taxes, Case C-264/96; [1998] ECR I-4695, para 26.

(82) Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue, Case C-196/04; Judgment of Grand Chamber of ECJ (12 Sep. 2006)

(83) Opinion of Advocate General Léger, Case C-196/04 (2 May 2006).

裁定」という)が下された。CS 事件で英国裁判所が ECJ に付託した問題は、英国 CFC 税制は EC 条約 43 条 (会社設立の自由)、49 条 (サービスの移動の自由) 及び 56 条 (資本移動の自由) に違反しているか否か、という問題であった。ECJ はこれを 43 条及び 48 条 (会社の地位) の問題として整理し、審議した。

(1) 英国 CFC 税制の概要

英国 CFC 税制⁽⁸⁴⁾は、我が国 CFC 税制と類似した合算課税方式を採用している。ECJ の裁定で示されている、裁定の前提となる英国 CFC 税制 (2006 年 12 月改正前) の概要は、次のとおりである (裁定パラ 3～12)。

英国居住法人は全世界所得に課税される。所得には、支店やエージェントを通じて外国で行なう事業から生じるものも含まれる。一方、子会社に発生した所得は原則として課税されず、国内子会社からの配当も課税されないが、外国子会社からの配当は課税される。二重課税は外国税額控除により排除される。

CFC 税制は、子会社に発生した利益には課税しないとする原則の例外となる。英国居住法人が 50%以上の持分を有し、軽減税 (英国税額の 3/4 以下) を受ける CFC の利益は当該居住法人に帰属 (attributed to the resident company) して課税され、CFC が支払った外国税額は控除される。その後、合算課税済の利益を CFC が配当した場合には、当該配当も課税されるが、合算時に支払った税額を控除できる。当該課税には適用除外基準があり、次のいずれかの要件を満たせば、合算課税は行なわれない。①CFC の利益の 90%以上が 18 ヶ月以内に配当され、英国で課税されていること (acceptable distribution policy)、②CFC が事業拠点を通じた商業活動など、税法に規定する適用除外事業を営んでいること (exempt activities)、

法務官の任務は、司法裁判所規定に従い、その関与が必要とされる事案について、完全に公平かつ独立の立場から、理由を付した見解を公開の法定において提出することである (EC 条約 222 条)。先決裁定に対する拘束力はないが、裁決は法務官の意見に沿った内容となることが多いとされる。

(84) Income and Corporation Taxes Act 1988, sec. 747～756 及び Schedule 24～26.

③CFC の株式が上場されており、議決権の 35%以上が公開されていること (public quotation condition)、④CFC の課税利益が 50,000 ポンドを超えていないこと (de minimis exception)。その他、一定の要件の下に適用除外となる国のリスト⁽⁸⁵⁾がレギュレーションで公表されている。

また、いずれかの適用除外基準を満たさない場合でも、動機テスト⁽⁸⁶⁾ (motive test) を満たす場合には合算は行われない。動機テストでは納税者が、①CFC に利益をもたらした取引が英国税額を減少させている場合に、その減少が当該取引の主たる目的の 1 つではないこと、及び②利益の付替 (diversion) により英国税額を減少させることが当該 CFC の主たる存在理由の 1 つではないこと、の 2 点を納税者が証明する必要がある。

(2) 事実関係⁽⁸⁷⁾

CS 社は、その英国子会社である CS0 社を通じて、アイルランドのダブリンにある租税優遇地域 (国際財務サービスセンター : IFSC) に子会社 2 社 (CSTS 社及び CSTI 社) を設立した。2 社の業務は CS 社グループ各社のための資金調達と融資であり、問題となった事業年度 (1996 年 12 月期) の税率は 10%であった。CSTS と CSTI の設立目的は、金融活動の利益について IFSC の優遇税率を受けるためであった。

英国課税当局は、CSTS 社と CSTI 社は軽課税を受ける被支配外国子会社であり、CFC 税制に定めるいずれの適用除外基準にも該当しないとして、CSTI 社の 1996 年 12 月期の利益 (約 863 万ポンド) を CS0 社に合算課税した。なお、CSTS 社は該当期は欠損であった。

(3) 争点

居住地国よりも有利な租税上の取り扱いを受ける目的で他の加盟国に子

(85) <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM203130.htm>

(86) Income and Corporation Taxes Act 1988, sec. 748(3).

(87) 裁定文及び法務官意見の記述による。但し、ECJ は CFC 税制に係る EC 条約の解釈を審理するものであり、課税処分に係る具体的な事実認定等は行わない。従って、アイルランドの CSTI 社等の事業実態 (CSTI 社等が現地に必要な人員を配置し、現地で事業を管理支配運営していたかどうか等) については、裁定文からは把握できない。

会社を設立することが、EC 条約に定める設立の自由の濫用に当たるか。濫用でなければ、英国 CFC 税制は条約で保障する自由の行使を制限しているか。制限しているとすれば、それは正当化されるか。

(4) 先決裁定の結論

CS 裁定は、裁定パラ 75 及び結論において、次のように述べている。

「EC 条約 43 条・48 条は、他の加盟国に設立された CFC の利益が親会社居住国に比べて軽課税を受ける場合、親会社の課税所得に CFC の利益を含めることを認めていないと解釈すべきである。但し、そのような合算が、通常なら生じるべき居住地国課税の軽減を目的とした完全に偽装的な仕組 (wholly artificial arrangements) を理由としてのみ行なわれるものであれば正当化される。従って、第三者によって確認可能な客観的な要素により、CFC が設立加盟国において実態があり、その地で真に経済活動に従事していることが証明された場合には、租税軽減の意図 (tax motives) が存在していたとしても、CFC 税制は適用されてはならない。」

そして ECJ は、英国 CFC 税制が完全に偽装的な仕組の場合だけに適用される制度となっているか否かの判断は、動機テストの解釈にかかっていると見た。動機テストが、その他の適用除外基準のいずれかを満たさないものとして絞り込まれてきた CFC の中から、完全に偽装的な仕組に基づく CFC だけを合算対象として抽出できる規定と解釈できるならば適用は正当化されるが、そうでなければ CFC 税制は EC 条約違反になるとした上で、その解釈を英国裁判所に委ねたのである。

また、裁定に先立って示された法務官意見のパラグラフ (以下「法務官パラ」という) 152 も同旨の結論を述べているが、次のように、裁定の後段に当たる部分をやや具体的に述べている。

「CFC 税制 (居住親会社の課税所得に、当該居住国よりも著しく低い課税が行なわれる他の加盟国で設立された CFC の利益を合算するもの) は、国内法回避の意図を有する完全に偽装的な仕組に対してだけ

適用される限り、EC 条約 43 条と 48 条に違反しない。従って、当該税制は、納税者が、CFC が設立国において実態を備えて設立された（genuinely established in the State of establishment）こと、親会社の課税額を減少させた取引が、CFC 設立国で実際に行なわれたサービスを反映（reflect services which are actually carried out in that State of establishment）していること、及び親会社の活動に関して経済的な目的を有していること（not devoid of economic purpose with regard to that company's activities）を証明することによって、適用除外となるものでなければならない。」

4. 先決裁定の分析

（1）設立自由の制約と正当化

CS 裁定も、前述の ECJ の一般的な審理方式を踏んでいる。すなわち、審理は①軽課税による利益の享受を目的とした子会社設立は会社設立の自由の濫用か、②そうでなければ英国 CFC 税制は差別により自由を制約しているか、③制約している場合、目的はその制約を正当化するか、④制約は目的達成に必要な範囲となっているか（比例性原則）、という順に行われている。

まず、ECJ は、軽課税という利益の享受を主たる目的として外国子会社を設立すること自体は、条約に定める自由の濫用には該当しないとした。次に、英国 CFC 税制が EC 条約 43 条の設立の自由を制約しているかどうかを検討し、制約に当たると判断した。

裁定は次のように述べる。英国法人が軽課税の加盟国に子会社を設立した場合に合算課税を受ける一方、子会社が英国法人又は軽課税でない外国子会社である場合には合算課税を受けない、という CFC 税制における子会社の取り扱いの違いは、CFC 税制が適用される英国法人に不利である。当該利益が英国子会社によって稼得されたなら支払うことになる税額より多くは課税されない、という点を考慮したとしても、英国法人が他の法的主

体の利益に課税されるという事実は残る。英国で課税される子会社や、軽課税ではない外国子会社の場合はそうではないからである。このような子会社利益に係る異なる取り扱いと、その結果として軽課税外国子会社を有する英国法人に生じる不利益は、そのような軽課税国における子会社の保有を思い止まらせ、子会社設立の自由を妨げるものである。従って EC 条約 43 条・48 条にいう設立の自由の制約を構成する（裁定パラ 44～46）。

裁定はその上で、公益上の優先事由に該当することにより、そのような制約が正当化される（EC 条約 43 条の適用除外になる）かどうかについて検討し、さらに、比例性原則に照らし、制約の程度が目的に対して適切かどうかを検討している。

裁定によれば、そのような制約は、公共の利益の優先により正当化される場合のみ許容される。その上、その目的の達成を保障し、そのために必要な範囲内に限って適用することが求められる（裁定パラ 47）。英国は独、仏等とともに、「CFC 税制は、居住地国で生じた利益を、偽装的な取引により軽課税国の子会社に移転する租税回避に対処する制度である」と主張するが、外国子会社が軽課税を受けることによる利益の享受は、条約が保障する自由の制約を正当化する理由にはならない（裁定パラ 48～50）。

（2）完全に偽装的な仕組

一方、裁定は、そのような制約も、税法の適用に抜け道を付けるべく意図された、完全に偽装的な仕組に基づく場合には正当化されるとし、設立の自由を保障する目的について述べ、その目的達成のためには子会社の実体を有した設立（actual establishment of the company）と、設立地における真正な経済活動（genuine economic activity there）の遂行が必要とする（パラ 51～55）。

すなわち、EU 域内市場における設立の自由が目的とするところは、加盟国の国民がその活動をその地で行うことにより、自営事業者としての活動を通じて共同体内の経済・社会に深く関与（interpenetrate）するための二次的拠点を、他の加盟国に設置することを支援することにある。そのた

め、設立の自由は加盟国の国民に、安定的かつ継続的な形で、自国以外の国における経済活動への参加を保障し、そこから利益を得ることを認めようとするものである（裁定パラ 53）。この目的が最優先であり、これに待ったをかける CFC 税制の適用が認められるのは、EU が目的とする「真の事業活動を通じた、その地における EU の経済活動への参加」が達成されないような状況で、法人の設立という形式のみが満たされており、それにより親会社居住地国内での活動から生じた利益に対する通常の課税を逃れている場合、ということになる（裁定パラ 55）。それが「完全に偽装的な仕組」と呼ばれる。

そして裁定は、マークス・アンド・スペンサー事件の裁定を引用しつつ、完全に偽装的な仕組による取引は、自国内で行なわれた事業活動に対する自国課税権を侵食し、加盟国間の課税権の適正な配分を脅かすことになる（裁定パラ 56）ため、CFC 税制が完全に偽装的な仕組の存在を理由として適用される制度である場合に限りて正当化されるものであり、さらに、その制度内容が、目的に照らして釣り合ったものになっているかどうかが判定されなければならない（比例性原則）、と結論付けている。

（3）適用（正当化）の要件

自国税法を回避する目的による完全に偽装的な仕組かどうかの判定基準について、法務官意見（法務官パラ 111 以降）は、

- ① ホスト国での子会社の物理的な存在の程度（法務官パラ 112）、
- ② 子会社の活動の真の性格（genuine nature）（法務官パラ 113）、
- ③ 親会社とグループ全体にとっての、子会社が行った活動の経済的価値（法務官パラ 114）、

の 3 点をあげている。①では子会社が現地に施設（premises）、人員（staff）、設備機器（equipment）等を有していること、②では現地スタッフに事業遂行に関する能力・資質（competence）と事業上の意思決定権限（level of decision-making）が備わっていること（意思決定が他のレベルで行なわれ、子会社が単なる実行のための道具でしかない場合などは該

当しない)、③では子会社の活動が親会社にとって経済的実質 (economic substance) を有していること、が求められる。

一方で、子会社設立の動機や設立国の選択は重要な基準とはならない。CFC の設立が租税軽減目的であることが認められても、それを以て直ちに租税回避であるとは推測できないからである (法務官パラ 115)。EC 条約上の権利を行使した者の主観的な行使理由のみによっては、その権利を保護することに疑義を唱えることはできない。租税回避は、主観的な動機ではなく、客観的な事実によってのみ判定される (法務官パラ 117)。課税庁は、証明が難しく法的な曖昧さを招く主観的動機を求めるべきではなく、取引者間の共謀や、取引の偽装的な性質、スキーム当事者間の法的・経済的・私的な関連を検討すべきである (法務官パラ 119)。条約の目的に反していることの証明は、主観的意思を抜きに、子会社の設立と取引が真正なものであったかどうかの客観的事実による (法務官パラ 121)。

(4) 検討

CS 裁定で CFC 税制の適用要件とされた「完全に偽装的な仕組」とは、CFC 税制の性格や課税理論の検討から導かれた最適の結論というより、むしろ EC 条約の理念、すなわち物、人、サービス及び資本の自由移動が確保された、内部に国境のない統合市場という所与の条件の範囲内で、CFC 税制を適用する場合の要件を示したものと考えられる。EU 域内市場はいわば一つの国内市場であり、ECJ はその構成員を「国籍」及び「税率の違い」で差別するなかれ、と示した。この2点の差別を本来的な要素とする「タックス・ヘイブン税制」又は「外国子会社合算税制」は居場所を失い、その拠り所を租税回避の防止機能だけに頼ることになった。その租税回避についても、かなり限定されたものになっている。

完全に偽装的な仕組の3要件のうち、①は我が国の実体基準、②は管理支配基準に相当するであろう。③は、CFC が行なう事業内容が親会社 (対価を払うことで、自国の課税所得を減少させている) にとって経済的価値を有していない場合ということで、一般的には、CFC 税制とは別の種類の

規定による否認対象となるように思われる。

あるいは ECJ は、租税回避防止規定としての、法人アプローチ⁽⁸⁸⁾を採る CFC 税制の原型（適用除外基準の原型）を示したといえるかもしれない。課税繰延対策という性格を切り捨て、CFC に実体と独立性があればそれ以上は問わないというもので、ここでは我が国の所在地国基準や非関連者基準の入り込む余地はない。

EU 加盟国が、自国の CFC 税制が軽課税の外国子会社のみを対象とするがゆえに差別的で、EU 域内では適用できないとなった場合、CFC 税制をそのまま維持しようとすれば、EU 域内の子会社を制度の対象外とし、域外の外国子会社だけを対象とする方法も考えられる。この場合、EU 域内における利益発生場所の操作に対しては、損益取引を個別否認するような別の課税方法⁽⁸⁹⁾か、それとも、一般的租税回避防止規定で対処する必要が生じる。結局、後者が「完全に偽装的な仕組」と類似のものといえるかもしれない。

「完全に偽装的な仕組」は、CFC 税制を EU 対応型にするためのコンバーターではなく、それ自身が一般的租税回避否認規定に準じた課税原則に近いものということもできそうである⁽⁹⁰⁾。

ECJ は、この要件の適用については徹底して客観的な事実に基づくことを求めており、租税負担を軽減するという納税者の主観的な意思は決め手ではなく、課税庁は動機という証明困難な事項を課税の根拠とすべきではないとしている。ECJ の示す 3 要件を客観的に充足することで租税回避の存在は確定し、納税者側がそれを否定する証明（動機がないという証明ではなく、実体があるという証明）ができない場合、合算は正当化される。そして ECJ は、動機テストがこの役割を果たす規定であると解釈できれば、

(88) ECJ は、合算方式は租税回避対策という目的に適った課税手法として肯定している。CS 裁定の法務官パラ 125、裁定パラ 59。

(89) 移転価格税制、寄附金の損金不算入、一般的な支払利子の損金算入限度額の設定など。

(90) 今村隆「租税回避とは何か」税務大学校論叢 40 周年記念論文集（税務大学校、2008）61 頁以下に詳しく考察されている。

英国 CFC 税制の適用は正当化されるが、そうでなければ EC 条約違反になるとし、その判断を英国裁判所に委ねて、先決裁定を締めくくった。

しかし、ECJ が示した完全に偽装的な仕組の 3 要件は漠然としたものであり、「完全に」、「偽装的な」等に係る定義も明確ではない。さらに、CFC が複数の事業を行なっている場合や、事業施設が複数国にまたがっている場合の考え方にも言及していない。実体基準と管理支配基準だけによる課税庁の否認と、それに反対する納税者の証明は、実務的には決め手を欠く攻防になりそうに思える。EU 加盟各国が自国で 3 要件の具体的な解釈指針を示し、それに基づいて執行することになると、国ごとの具体的な判定基準の違いから、また租税回避や争訟等の余地が広がる可能性が生じよう。

また、ECJ の裁定は設立自由の目的的解释に重点を置けるように見受けられる。「事業者としての活動を通じて、共同体の経済的活動に参加するための二次的拠点の設置を支援する（裁定パラ 53）」ことが条約が保障する設立自由の目的であり、この目的に反するものを対象とするのでない限り、CFC 税制の適用は正当化されないとしている。しかし、一方で ECJ は、CFC の意思決定等が現地で行われていない場合（管理支配基準）を、完全に偽装的な仕組の要件に含めている（法務官パラ 113）。これによれば、仮に軽課税国に工場があり、数千人の人員が働いていても、生産管理や決定が他国で行なわれていれば、ECJ の管理支配基準を満たさないことになる余地を大きく残しているのではないか。現地で稼働している工場の存在は、その地での EU の経済的活動に参加するための物理的な二次的拠点として十分なものであるように思われるが、事業活動における真正さ（genuine nature）には、独立性が不可欠（管理支配が独立していない事業活動は真正な事業活動ではない）ということであろうか。ECJ が示した適用正当化のための 3 つの要件⁽⁹¹⁾は、CFC 税制の実体基準・管理支配基準というより、CFC 税制全体を「管理支配地主義」のコピーとして再構成したものよう

(91) 法務官パラ 111 では、完全に偽装的な仕組の 3 つの要件は、英国及び欧州委員会
が示したものと述べられている。

にも思われる。実体がないか（要件①）、あっても自ら現地で管理支配を行っていない（要件②）CFCだけを対象とし、法人アプローチでそのCFCの所得全体に課税するという制度は、管理支配地主義により当該CFCを親会社所在国の居住者と認定することと、ほとんど変わらないのではないか⁽⁹²⁾。結局、ECJの示した要件では、原始的な租税回避取引にしか対処できないのではないかと思われる。

さらに、事業実態のあるCFCを捕捉できなくなったEU各国においては、実態のある関連者間取引を利用した所得発生地への操作が増加する可能性も考えられる。我が国企業のEU域内子会社・孫会社等に対し、我が国CFC税制の観点から事業内容を確認する必要性が、この点からも高まったことになる。

5. CS裁定に対する英国の対応

(1) 迅速な改正

CS裁定に対する多くの納税者や専門家の捉え方は、「CFC税制はEC条約に違反している、完全に偽装的な仕組にのみ適用するのではない限りは。」というものであった。しかし英国は、「CFC税制はEC条約に違反していない、現地で行われる真正な経済活動に係る利益を合算しない限りは⁽⁹³⁾。」という解釈の下に制度の枠組みを維持し、その上で一定の真正な経済活動による利益を合算額から減額することができるという内容の改正を、迅速に行なった。英国はこの改正を、CS裁定に従ってCFC税制を緩和（relax）したものと⁽⁹⁴⁾、CS裁定が示されてから3ヶ月後の2006年12月6日から施

(92) ただし、所得の合算先が株主になる点が異なる。株主と実際の管理支配地（者）とは、必ずしも一致はしない。CFCの実際の管理支配が親会社ではなくEU域外の関連会社等で行なわれている場合にECJがどのように考えるかは、興味深い点である。

(93) 英国財務省／英国歳入関税庁（2007.6）「企業の海外利益課税：討議文書」（Taxation of companies' foreign profits: discussion document）19頁、「Box1: The Cadbury Schweppes case」参照。

(94) 英国課税庁のホームページ <http://www.hmrc.gov.uk/pbr2006/pbrn1.htm> による。

行した⁽⁹⁵⁾。

(2) 2006年12月の改正内容

次の要件を満たす納税者が、課税庁に証明資料を提示することにより、合算額から、現地の事業活動により創出された「純経済価値 (net economic value)」の減額を請求することができるというものである。

- ◆ 欧州経済領域 (European Economic Area : 以下「EEA」という) の域内にある CFC が、いずれの適用除外基準にも該当しないこと (すなわち合算対象の CFC であること)。

- ◆ 当該 CFC が、その地に事業施設とそこで働く従業員を有すること。

合算額から減額される額 (specified amount) は、その CFC の現地事業施設での従業員の仕事により創出される、株主や当該企業グループにとっての純経済価値とされる。

また、同時に、適用除外基準の1つである適用除外事業基準 (exempt activities) の要件が改正され、要件の一部である「現地で実質的に運営 (effectively managed) されていること⁽⁹⁶⁾」(以下「effectively managed 要件」という) の内容が、EEA 域外にある CFC と域内の CFC で、次のとおり異なることとなった⁽⁹⁷⁾。

- ◆ EEA 域外の場合 :

CFC 居住地で雇用されている従業員数が、その CFC の事業規模に比して適当であること、及び当該国以外の国の居住者に対して CFC が行ったサービスが、実際には英国国内で行われたものではないこと。

- ◆ EEA 域内の場合 :

CFC の全て、又は実質的に全ての事業を行うことのできる能力と権限 (competence and authority to undertake all, or substantially all, of the company's business) を有する十分な従業員 (CFC の雇用した社

(95) Income and Corporation Taxes Act 1988, sec. 751A・751B.

(96) Income and Corporation Taxes Act 1988, sec. 748, Schedule 25, para. 6(1)(b).

(97) Income and Corporation Taxes Act 1988, sec. 748, Schedule 25, para. 8.

員又はCFCのためにその指揮命令下で職務を遂行する者)が、現地で事業に従事していること。

(3) 検討

改正後の適用除外要件は、現地で働く人材の能力・権限に関して、EEA域内の方が域外よりも厳しくなっている。これまで(そして改正後はEEA域外で)は、事業の量に応じた人数が揃っていれば良かったところ、改正後のEEA域内では事業遂行・管理の能力や権限を有する者の現地での存在が不可欠とされている。従業員の頭数だけでなく、CFC自体の現地での自立性や事業管理が求められている点で、我が国の管理支配基準に近い内容となっているといえよう。CS裁定に基づき、英国はCFC税制にダブル・スタンダードを採用したのである。現地の事業活動から生じた利益を合算額から減額することと、適用除外基準(effectively managed要件)を強化することを組み合わせた改正であり、EEA域内向けの内容は、より進化したCFC税制ということもできよう。しかしその分、納税者の事務負担や課税庁の執行安定性の確保、公平性の維持などに係る負担は極めて大きくなり、全体として不安定な制度となったのではないか。

また、この改正では、effectively managed要件を満たさないために適用除外とならないCFCの場合でも純経済価値の減額が受けられることになるが、CS裁定では、合算を認める「完全に偽装的な仕組」の要件の1つに同様の要件(法務官意見パラ113)を含めている。この点、CS裁定に従うのであれば、effectively managed要件を満たさないCFCに対しては、合算額の減額を認める必要はなかったのではないかとも思われる⁽⁹⁸⁾。

そもそも、「事業実態のあるCFCを合算対象とした上で、事業から生じる経済価値を合算額から合算対象金額から減額する」という改正内容は、ECJの示した「事業実態のあるCFCを合算対象とするのはEC条約違反」、「CFCに実体がない場合(完全に偽装的な仕組である場合)だけは合算可能」と

(98) とはいえ、内容的には納税者有利であるため、「認めるべきではない」という意味ではない。

いう内容と、根本的に異なっている。このような相違は、解釈者（英国課税庁）の立場を反映していることに加え、ECJ が CFC の事業なり所得なりを、画一的に捉えた判断しか示していないことにも原因があるのではないか。

例えば CFC が販売業であるとして、現地社員の営業努力や契約による取引と、実際には親会社が全てを手配し、取引名義だけを当該 CFC のものにしてしているような取引が混在している場合、課税庁としては通常、後者だけは合算課税の対象にしたいと考えるであろう。当該販売業 CFC に、本業とは関係のない有価証券等を形式的に保有させ、受動的所得を得るような場合も同様である。英国は改正により、このような実体のある CFC が別途実体の無い取引を名義的に行うことによって合算課税を回避することを防止しようとしたもので⁽⁹⁹⁾、その意味で十分理由のある改正であったが、批判者からすれば、この内容が CS 裁定に反していると主張することはたやすいであろう。

ECJ は、CFC が複数の事業を行なっている場合や、実態のある取引と無い取引の両方を行なっている場合の判断を示していない。もとより、我が国の例でも分かるとおり、法人アプローチの下で部分的な合算対象を全体からうまく切り分けることは難しい。英国は、現地で創出された純経済価値という考え方を導入することで、ECJ の判断と課税の折り合いをつけようとしたが、そもそも ECJ の CFC 税制適用に係る判断は、それよりもはるかに適用機会を限定するものであった。

ECJ の考え方からは距離があるものの、この改正は、法人アプローチにより一旦合算された CFC の所得金額から、現地での真正な事業活動により生み出された部分を減額するという、進んだ形態の制度である。現地での事業実態の存在を重視し、そこから生じる所得を切り分けて合算対象外とするという意味で、部分的な取引アプローチの導入と見ることも可能であ

(99) “Changes to controlled foreign companies rules, Revised Draft Guidance published on 2007”, HMRC, para.15-27.

ろう。

この改正は、我が国がその前年（平成 17 年）の改正で導入した、事業実態がある特定外国子会社等（適用除外基準のうち所在地国基準／非関連者基準だけを満たさない場合）の合算における、合算対象金額からの人件費の 10%相当額控除⁽¹⁰⁰⁾に類似した内容である。人件費の 10%とは「我が国の産業全体の平均的な人件費利益率と同水準」であり、英国が減算する、その地の事業活動からで生み出された「純経済価値」と意義を同じくするものであろう。当然、英国の方が目的に合った正確な計算になるが⁽¹⁰¹⁾、その分だけ事務負担や解釈の相違も多く生じる。

現地創出利益の減算が EEA 地域内に限定される英国と、全てのケースに適用する我が国という違いはあるものの、合算において CFC の事業実態の存在を尊重するという考え方が標準しつつあることが見て取れる。

(4) 行なわれなかったもう 1 つの先決裁定

英国が CS 裁定を受けて 2006 年 12 月に CFC 税制を改正し、さらに 2007 年 6 月に提示した配当免税と CFC 税制の抜本的改正案のパッケージ案（第 2 節参照）を産業界と議論している最中の 2008 年 7 月 4 日、CS 裁定を反映した CFC 税制に関する初の国内判決が下された。ボーダフォン事件⁽¹⁰²⁾である。

英国ボーダフォン社（以下「V社」という）は、英国歳入関税庁（HMRC）がルクセンブルク子会社を CFC 税制の適用対象としたことに対し、英国 CFC

(100) 住澤整ほか『平成 17 年税制改正の解説』301 頁（大蔵財務協会、2005）では、「子会社等が軽課税国等において実体を備えるなど一定の要件を満たし、かつ、実際に従業員がその地で事業に従事しているときには、…その国において事業を行うことについて一定程度の経済合理性を認めることが可能であり、その限りにおいて適用対象留保金額を調整する」制度であるとしている。詳細は第 4 章第 5 節 2. 参照。

(101) 純経済価値の算定については、改正の手引きの中で移転価格的手法（現地での実際コストに基づいた CP 法等）による例が示されており、我が国の「一律、人件費の 10%」に比べて、かなり精緻な算定方法となっている。“Changes to controlled foreign companies rules, Revised Draft Guidance published on 2007”, HMRC, Annex 1, Examples 参照。

(102) Vodafone 2 v. Revenue and Customs Commissioners [2008]EWHC1596(Ch).

税制は EC 条約 43 条（設立自由の原則）違反であると主張して争った。英国裁判所は ECJ に先決裁定を付託したが、その裁定が下る前に、前述のキャドバリー・シュウェップス事件に関する先決裁定が下り、そこでは、「CFC 税制は、租税回避のための完全に偽装的な仕組に基づくものだけに適用される制度でない限り EC 条約違反である。そのような制度になっているか否か、とりわけ動機テストが完全に偽装的な仕組だけを抽出する規定になっているか否かの判断は、英国裁判所の仕事である」と示された。V 社事件の裁判所は CS 裁定を受けて、争点を同じくする ECJ への先決裁定の付託を撤回した。

そして、英国高等裁判所（UK High Court）は次のような判決を下した。「英国 CFC 税制が EC 条約 43 条に違反していないとは解釈できない。従って、CFC 税制は適用されてはならない。CFC 税制適用に向けての解決は国会で行なわれるか、さもなくば、しかるべき行政手続（appropriate executive steps）を経て行なわれるべきである。」

この判決は、ECJ の CS 裁定の内容を受け、英国自身が CFC 税制の EC 条約適合性を判断したものとして大きな意義を有する。ECJ が CS 裁定で英国裁判所に投げ返した問題の英国側解答が、他の事件の裁判において先に示されたのである。

英国 CFC 税制は、英国裁判所によって完全に EC 条約違反と判断された。今後 HMRC が上訴でさらに争うとしても、将来的に英国 CFC 税制が現状を維持していける余地は、極めて小さくなったと思われる。

第 2 節 英国 CFC 税制の抜本的改正案

1. 改正案を巡る動向

前節で述べた、ECJ の CS 裁定を受けた CFC 税制の迅速な改正・施行（2006 年 12 月）から僅か 3 ヶ月後の 2007 年 3 月、英国政府は 2007 年度予算を発表し、その中で、英国企業の競争力強化の観点から、外国子会社からの配当免

税制度の導入と、CFC 税制における法人アプローチから取引アプローチへの変更及び利子控除の改正について言及した。

これを受けて、2007年6月、「企業の海外利益課税：討議文書」(Taxation of companies' foreign profits: discussion document) (以下「討議文書」という)が公表され、外国配当免税とCFC税制の抜本的改正を中心とし、改正効果を補うための利子控除の限定的改正等を含めた改正パッケージ案が提示された。討議文書は改正案のアウトラインを示すに止まっているが、大きな柱は次の2点であった。

- ① 企業の競争力強化、コンプライアンス・コストの減少及び制度簡素化等を目的として、外国子会社から受領する配当に係る課税制度を改正する。具体的には、持分10%以上の外国子会社について、現行の「外国配当課税+外国税額控除」制度を廃し、配当を原則免税とする制度を導入する。
- ② 外国配当免税の導入に伴い、政府の責任である歳入確保と制度濫用防止の観点から、CFC税制を抜本的に改正する。具体的には、合算方式を法人アプローチから取引アプローチに変更し、軽課税要件を廃止し、さらに英国居住法人である子会社も制度の対象とする。

英国政府は2009年の財政法における成立を目指し、産業界や専門家等との間で積極的な意見聴取や議論を行なった。その結果、外国配当免税については理解・賛成が得られたものの、パッケージになっているCFC税制改正及び利子控除については、各界から多くの反対意見が表明された。特にCFC税制改正に対しては、課税強化に結びつくという多くの強力な反対が寄せられ、納税地の国外移転を計画・発表する著名企業⁽¹⁰³⁾も現れた。

(103) Tax Notes International, "Henderson Global Investors to Leave U.K. for Ireland" (2008.9.8), "Advertising Giant to Flee U.K. for Tax Reasons" (2008.10.6), "More Companies May Leave Country, WPP Chief Executive Warns" (2008.10.13) などによれば、Shire、United Business Media、Henderson Global Investors、WPPなどが移転を表明しており、また King Fisher、Prudential、RSA、Brit Insurance、

そのような状況の中、英国政府は、2008年7月21日に公開レター⁽¹⁰⁴⁾及びテクニカルノート⁽¹⁰⁵⁾により次の意向を表明し、目途としていたパッケージ案の2009年成立を見送り、産業界との協議を継続することとした。

- ◆ 産業界の多数意見は「CFC 税制の改正案には反対、特に知的財産の取扱が問題。外国配当免税制度の導入を優先し、CFC 税制の改正は、必要ならばその後に検討するべきである。」というものと認識する。
- ◆ しかし、租税回避対策を抜きにした外国配当免税制度の2009年度導入は、歳入に係るリスクが大きすぎることから、困難と思料する。
- ◆ CFC 税制の合算方式を取引アプローチに変更せず、法人アプローチを継続しつつ適正な改正を行なうという選択肢も検討する。

ところが、政府は一転して、4ヶ月後の2008年11月24日に公表した政府の予算前報告（Pre-Budget Report 2008）及び同日付の公開レター⁽¹⁰⁶⁾において、CFC 税制改正を抜きにした外国配当免税の単独導入（支払利息の損金算入制限に係る改正は伴う）を発表した。しかも、外国配当免税には、討議文書では「10%以上の持分」としていた要件を付さず、原則として外国から受領する全ての配当を対象とし、資本参加とポートフォリオ投資を区別しないものとした⁽¹⁰⁷⁾。

Lloyd's of London などが検討中としている。なお、多くの企業が移転先としてアイルランドを意識している。ECJのCS裁定に係る法務官意見でも、アイルランドの税制は大きな問題と認識しているが、それは政策の問題（political matter）として、裁定の判断材料にはしていない（法務官パラ55～60）。

(104) http://www.hm-treasury.gov.uk/d/foreignprofits_letter_tocbi210708.pdf

(105) http://www.hm-treasury.gov.uk/d/foreignprofits_technicalnote210708.pdf

(106) http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pbr08_foreignprofits1_992.pdf

(107) この改正は、我が国CFC税制の英国子会社への適用上、大きな影響があるものと思われる。我が国制度では、特定外国子会社等を判定する際の税負担割合（25%以下）の計算において、分母（所得の金額）に、非課税所得を加算する。そして、措置法施行令第39条の14第2項一号によれば、持分に関する要件を伴わない免税配当の額は、分母に加算すべき「本店所在地国の法令により課税標準に含まれないこととされる所得の金額」（同条2項一号イ）には該当するが、そこから除かれる「本店所在地国以外の国の法人から受け取る配当で、一定割合以上の保有を要件として課税標準に含まれないもの」（同条2項一号イ（2））には該当しない。英国の法人

CFC 税制については今後さらに改正に向けての討議と検討を継続していくとし、抜本改正は一旦見送られたが、外国配当免税の導入に伴う必要な改正として、適用除外基準のうち次の部分を廃止することとされている。

- ◆ 配当基準 (acceptable distribution policy)
- ◆ 適用除外事業基準 (exempt activities test) のうちの、適用除外とされる一定の中間持株会社に係る部分 (但し、既存の中間持株会社については、廃止までに 24 ヶ月間の猶予期間を設ける)

なお、新しい CFC 税制改正案は、1 年後の 2010 年財政法案までにはまとめ切れないと予想されることから、2011 年を目途とすること、そのため中間持株会社に係る適用除外基準の廃止に 24 ヶ月間の猶予を付すが、これは企業グループが持株会社による事業形態を再編成するための時間を確保するためであること等が明言されており⁽¹⁰⁸⁾、腰を据えて CFC 税制改正に取り組む姿勢を打ち出している。

続く 12 月 9 日には配当免税等に係る改正法案 (draft clauses) が公表され、諮問期間は 2009 年 3 月 3 日までとされた。

2. CFC 税制の抜本的改正案

上述のとおり、CFC 税制の抜本的改正案は一旦白紙に戻ったが、当該改正案の内容と動向を巡る分析のため、以下改正案の概要を述べておくこととす

税率は 28% であるため、受領する免税配当の額によっては英国子会社の租税負担割合が 25% 以下となり、特定外国子会社等に該当することになる可能性がある。

我が国が「一定割合以上の保有を要件として課税標準に含まれない配当」(資本参加免税制度) を分母に加算しないこととしているのは、それが我が国の間接外税控除に相当する制度であるため、特別の優遇措置と見ないという考えに基づくものと思われる。英国の新しい配当免税制度は資本参加免税に該当しないかもしれないが、その主な趣旨は、二重課税排除方法としての国外所得免除制度への移行と認められる。

さらに、21 年改正で我が国も配当免税に移行し、二重課税排除方法としての完全な配当免税制度も我が国にとって特別な優遇制度とはいえなくなり、分母加算の必要がなくなると考えることもできる。この点については、我が国において何らかの対応が必要と思われる。

(108) 前掲注 (106) 公開レター。

る⁽¹⁰⁹⁾。

(1) 改正の必要性和目的

改正の必要性について、討議文書は次のように説明している。

CFC 税制の目的は、企業グループによる利益の英国外への偽装的移転を防止することによる歳入の保護である。制度内容は英国の主要な競争相手の状況と歩調を合わせ、英国企業の国際競争力を阻害しないものであることが重要である。現行の法人アプローチによる制度は、基本的に企業に有利で、政府の目的にも合致する実務的な方法であった。しかし、貿易の自由化、取引実務の進展、歳入保護の面等から、CFC 税制は次第に企業・政府両者にとって適当な内容ではなくなっている。制度は複雑化し、趣旨は不明瞭になっている。また、制度が偽装的手段による租税回避の防止という目的を超えないようにする必要がある。さらに、外国子会社配当免税の導入は、利益の国外付替えという新たなリスクを生む。英国の課税ベースを守るためには、CFC 税制の重要性が必然的に増加することになる。このようなことから、制度の見直しが必要な時期に来ている。

制度見直しの目的は、制度趣旨の明確性・透明性を高めること、配当免税制度の下で英国の課税ベースを適切に守ること、制度の適用を確実かつ簡潔なものとすることであり、これらは、企業の懸念を反映している。新しく提案する制度は、法人を合算単位とする「全てか無か」という制度ではなく、合算する所得の種類を限定する制度であり、これらの目的に合致するものである。

(2) 制度案の概要

討議文書による英国の CFC 税制改正案 (Controlled Company 税制。以下、「新 CC 税制」という) の概要は、次のとおりである。

イ 対象となる被支配子会社

対象となる被支配子会社は、英国親会社が 10%以上の持分を有する子

(109) 討議文書の「4 Reforming the UK's CFC rules」の記述による。

会社とする。現行 CFC 税制の対象持分は 25%であるが、パッケージとしている外国配当免税の適用要件である 10%以上の持分と一致させる。

ロ 軽課税要件の廃止

現行では英国法人税率の 4 分の 3 以下 ($28\% \times 3/4 = 21\%$) とされている、被支配子会社の軽課税要件を廃止する。

ハ 合算方式の変更

合算方式を、法人アプローチから取引アプローチに変更する。特定の所得に対象を絞るとともに、趣旨を越えて適用されることのないよう、適切な適用除外規定も設けることが、より明確で趣旨に則った方式であり、また適用においても確実で、企業・政府両者のためになる。加えて、取引アプローチは、本来の事業活動から特定の所得を切り離したり、それをグループ会社が行う利益性の低い事業活動に偽装的に埋め込んだり (embedding) する方法による偽装的な利益の付け替えにも対処できる。これは、外国配当免税を導入した場合の歳入保護という必要性に合致する。さらにこの方式は、今後外国支店の課税方法を変更する場合にも適応性が高い⁽¹¹⁰⁾。

ニ 合算対象とする所得の種類

合算対象所得は「モバイル所得 (mobile income)」と定義する。モバイル所得は、企業グループの英国親会社の管理・処分権限の下にある所得であり、それを①「受動的所得」(passive or investment income) と②「その他モバイル所得」(other mobile income) の 2 つのカテゴリに分ける。①には、通常受動的所得の他、実質的に受動的所得と認められる能動的所得やキャピタルゲインも含む。②は、利益の発生場所の付替えに使われやすい一定の能動的所得である。例えば販売所得のうち、商品が CFC の所在地を経由しない取引や、一定の関連者間取引から生じ

(110) ただし、外国支店と外国子会社の課税の整合性の問題は、OECD を中心とした PE の帰属利益の計算方法に係る検討が現在進行中であるため、その結果を待ってから検討するとしている。

る所得などが該当する。

ホ 英国内子会社への適用の拡大

受動的所得については、外国子会社だけではなく、英国内の被支配子会社に発生する所得も合算対象とする。すなわち、国内外全ての被支配子会社が対象となる（小規模企業として除かれる企業は対象外）。

ヘ 合算金額からの配当所得の除外

合算対象所得には、配当免税の対象となる外国子会社（10%以上資本参加しているもの）から受け取る配当所得を含めない。これにより、現行の中間持株会社に係る複雑な除外規定は必要がなくなり、多くのグループ間配当所得は新 CC 税制の対象外になる。

ト 小規模企業への不適用

原則として、小規模企業⁽¹¹¹⁾は配当免税及び新 CC 税制の対象にはしない。ただし、一定以上の利益規模を有する企業グループに属している小規模企業は対象とする（“gateway test” による判定）。

チ 二重課税防止措置

合算課税により生じる外国法人税との二重課税の排除は、外国税額控除制度による。

(111) EU の定義による。小規模企業とは被雇用者 50 人未満で、かつ売上又は貸借対照表の合計額が 1 千万ユーロ未満の企業（法的形態に関係なし）。

【英国の配当免税制度案と新 CC 税制案(討議文書の内容を筆者が整理したもの)】

企業規模 (†)	Gateway Test (小規模企業の除外)	配当課税関係 海外子会社 (持分 10%以上) からの配当 (††)	新 CC 税制		
			子会社 所在地	合算対象所得=モバイル所得	
				受動所得	その他 (一定の関連者間取引 に係る販売所得等)
大・中規模		免税	外国	○	○
			内国	○	×
小規模	対象	免税	外国	○	×
			内国	○	×
	除外	課税+外税控除 (一層の簡素化 を予定)	適用なし		

(†) EU の定義による。小規模企業とは被雇用者 50 人未満で、かつ売上及び/又は貸借対照表の合計額が 10M ユーロ未満の企業 (法的形態に関係なし)。

(††) 持分 10%未満の海外子会社からの配当は、現在は課税 (外税控除なし)。ただし、ECJ の Franked Investments 事件の先決裁定により差別的との指摘があるため、改正を検討中。

第 3 節 CFC 税制改正 (新 CC 税制) 案への反論

討議文書のパッケージ内容に対しては、産業界や専門家等から多くの意見⁽¹¹²⁾が寄せられたが、その大勢は「外国配当免税には賛成、新 CC 税制の導入には反対」であった。反対意見を大きく分類すれば、①税負担の増加 (課税強化)、②事務負担の増加、③EU 法 (ECJ 裁定) 違反、という 3 点に収束する。これらの概略は以下のとおりである。

(112) 討議文書の公表以来、マスコミやインターネット上に多くの意見が掲載されているが、英国財務省は、英国企業等から公式に寄せられた意見書をホームページ上で公開している。

http://www.hm-treasury.gov.uk/foreign_profits_responses.htm

1. 課税強化

- ◆ 新 CC 税制案は、政府の説明する趣旨や目的を超えた内容となっており、外国配当免税の導入で減少する税額を上回る負担増が生じる。政府のいう「歳入中立的な税制」になってはおらず、歳入増加のための制度になっている。政府が掲げる目的は配当免税制度の濫用防止であるから、その達成には、パッシブ所得を新たに全世界所得課税化するというような課税ベースの拡大より、純粋に英国国内所得の海外流出を防ぐ手段を講じるべきである。
- ◆ 軽課税要件の廃止と合算対象子会社を英国の子会社にまで広げることにより、税負担とコンプライアンス・コストの両方が大きく増加する。
- ◆ 新 CC 税制案は、知的財産を事業の中心とする企業に、極めて重い税負担を課す。もともと英国国外で形成・維持され、英国内の事業に関係していない知的財産から生じる国外源泉所得に対し、新たに広く課税されることは、重すぎる負担となる。特に、「実質的に受動的所得と認められる能動的所得⁽¹¹³⁾」として、CFC が取引する商品の対価に含まれるブランドの対価部分などの知的財産使用料を、対価から切り出して課税することには強く反対する。商品対価に含まれる無形資産使用料は決してモバイル所得ではなく、その所得発生地を簡単に移転させられるものではない。
- ◆ 適用除外については、動機テストをはじめ、租税回避ではない取引、ノーマルな取引、実態のある海外事業活動等が確実に除外されるような基準を導入することが必要である。
- ◆ 「その他モバイル所得（グループ間取引等）」から生じる所得は、合算対象から外すべきである。外国での実態ある事業活動は、合算対象とすべきではない。
- ◆ 適用対象の CFC に係る持分が 25% から 10% に引き下げられているが、25% のままで良いし、現実的には 50% に引き上げて良いのではないか。
- ◆ 外国配当免税に伴って生じる可能性のある利益移転リスクは、既存の移転

(113) 討議文書パラ 4.21。

価格税制で対処可能である。新 CC 税制は、純粹に「完全に偽装的な仕組」に的を絞った制度であるべきである。

2. 事務負担（コンプライアンス・コスト）の増加

- ◆ 現行 CFC 税制と比較して、軽課税及び外国子会社という 2 つの要件が撤廃された結果、毎年の申告ごとに、国内外全ての子会社の所得の種類や所得源泉を調べ、対象となる所得の金額を分けて計算する必要が生じる。この過程では商品取引に含まれる受動的所得等の切り分け、共通経費の合算所得とそうでない所得への配賦計算、外国税額控除の対象となる外国法人税の按分計算などが必要となるが、これは極めて複雑で膨大な事務となる。
- ◆ 増加する膨大な事務を現状の体制のまま受け入れられる企業はない。そのための人員の確保、社内会計システムの変更、税務計算用ソフトウェアの構築、外部専門家への依頼など、巨大で非生産的なコンプライアンス・コストが新たに生じることになる。
- ◆ 制度改正の目的に明確性や透明性が掲げられているが、内容はこれと程遠く、予測可能性が低いため、事務はいつそう膨大かつ不安定なものになる。

3. EC 条約（ECJ 裁定）違反

- ◆ 新 CC 税制は、ECJ の CS 裁定が示した CFC 税制の在り方に反しており、EC 条約に違反している。ECJ は、CFC 税制は、完全に偽装的な仕組による租税回避の防止を超えて適用される場合には EU 法違反としているが、新 CC 税制が合算対象とする所得の広さは、租税回避防止という趣旨を大きく超えている。
- ◆ 英国内子会社にまで適用対象を広げることや、軽課税要件を撤廃することは、ECJ 裁定が指摘する差別を排除する目的かもしれないが、このような方法は、政府の目的達成のための最善策ではなく、比例性原則を満たさない。軽課税要件や外国子会社という要件を残しつつ、対象を ECJ の指摘する完全に偽装的な仕組に絞った制度とする方が適切である。

- ◆ 「その他モバイル所得」には、CS 裁定で違反とされた「真の経済活動から生じる」所得が含まれることになる。2006 年 12 月の改正により合算対象金額から減額する方法が導入されているが、有効性は薄く、またこれにしても ECJ の裁定内容に違反している。

第 4 節 動向と改正案の分析

1. 将来の方向

英国は、外国配当免税をテリトリアル主義課税導入への入り口と位置付け、案の公表以来一貫して CFC 税制の抜本改正とのパッケージに強くこだわってきた。CFC 税制改正の目的については、配当免税の濫用防止、租税回避防止、課税ベースの保護 (protect) としてきたが、ECJ の CS 裁定を受けて、租税回避防止的な役割を強調していたと思われる。

しかし、「課税ベースのプロテクト」という理由が、配当免税の導入により減少する歳入に代わって歳入を確保するという意味なのか、配当免税制度の濫用そのものを防ぐという意味なのか、定かではない。前者であれば、放棄する課税権 (配当課税) と異なるフィールドでの、それを取り返すための課税ベースの拡大ともいえる。後者であれば、租税回避防止措置ということになるだろう。

産業界との議論では、産業界は配当免税導入には基本的に賛成であり、パッケージを分割して配当免税を先行導入した後、CFC 税制の改正について検討してもらいたいとする強い要望があった。これに対し英国は、外国配当免税の導入による英国企業の競争力強化と並んで、導入に伴う濫用防止と課税ベース保護のための新 CC 税制導入の必要性を強調して、平行線であった。2008 年 7 月には、パッケージ案全体の 2009 年導入を一旦見送る方向性を示している。

しかし、2008 年 9 月以降、米国サブプライムローン問題に端を発する未曾有の大不況が急激に世界に広まる状況下、政府は同年 11 月の予算前報告にお

いて一転、パッケージを分割して外国配当免税の先行導入に踏み切った⁽¹¹⁴⁾。CFC 税制の改正については、適用除外基準の一部廃止に2年間の猶予を付けて期限を設定することで、将来の改正への強い意思表示とした。

予算前報告では、「CFC 税制はそもそも、課税繰延 (tax deferral) と英国外への偽装的な所得移転 (artificial diversion of profits from the UK) に対処する措置として制定されたものである。これらの改正は、英国から外国に移転された利益に課税するという目的達成のための、より適切な方法を探ることにより、英国の競争力を強化するためのものである。これは、海外子会社配当免税制度と一体として、海外子会社課税に係るテリトリアル主義 (territorial approach) を一層明確に志向するものである。そのため、新たな CFC 税制は、外国子会社が純粋に稼得した利益に課税するべきではない⁽¹¹⁵⁾」とし、将来のテリトリアル課税への移行を明確に表明した。一旦は白紙に戻った英国 CFC 税制が、2年後にどのように改正されるかは今後の英国の議論を俟つことになるが、ECJ が示したような、極めて限定的な租税回避防止規定に止まるとは思いにくい。国際税制全体の構成にもよるであろうが、おそらくは CFC 税制を、受動的所得に係る全世界課税を担う制度として再構成していくことになるのではないだろうか。

2. 新 CC 税制案の特徴

新 CC 税制案は、討議文書にその概略が示されているだけであり、制度の細部には不明な点が多い。例えば適用除外については、「商業活動から生じ、その活動に適正に帰属する所得が課税対象とならないよう保証する⁽¹¹⁶⁾」としているのみで、どのような方法で純粋な経済価値を減額しようとしていたかも不明である。従って、制度の骨子に関する検討に止まるが、特徴としては

(114) 予算前報告の副題は「Facing global challenges: Supporting people through difficult times」である。企業の体力維持のため、外国配当免税の単独導入を優先させたものであろうと思われる。

(115) 2008 Pre-Budget Report para. 4. 24.

(116) 討議文書パラ 4. 12.

①取引アプローチの採用、②軽課税基準の撤廃、③内国法人たる子会社への適用、④一定の小規模法人への不適用、の4点である。

(1) 取引アプローチ

討議文書に説明されている取引アプローチは、合算対象とする受動的所得の範囲が非常に広いことが特徴的である。通常の受動的所得の列挙の他、「その他同様の性格を有する所得」、「実質的に受動的所得と認められる能動的所得」、及び「キャピタルゲイン」を含むとされている⁽¹¹⁷⁾。さらに、能動的な取引に偽装的に埋め込まれた(embedding)受動的所得も対象とする⁽¹¹⁸⁾など、極めて広範囲である。一方、対象から除外するものとして、真正な金融事業からの所得、一定のグループ内利息、主たる事業に付随して生じる受動的所得などをむしろ詳細にあげている⁽¹¹⁹⁾。

我が国 CFC 税制における、「受動的所得を生じる資産の保有を主たる事業とする」という受動的所得の範囲とは規模が異なり、合算所得の計算は極めて大きな事務負担になろう。また、対象となるか否か、付随的な所得に含まれるか否かなど、解釈を巡る問題も多く生じることは想像に難くない。受動的所得に関しては、徹底した課税を目指した規定といえよう。

反面、関連者取引などを対象とする「その他モバイル所得」に係る説明は少なく、現行の税制で対象としている範囲の維持に止める姿勢がうかがえる。しかも、この種類の所得の合算は、外国の被支配子会社で、親会社が大・中規模の場合に限ることとしている。事業と取引の実態があることを前提とする関連者取引は、内国法人である親子間の取引を対象にする意味が薄いという判断であろう。しかし、ECJ の考え方からすれば、この点が新たな差別と指摘される可能性もあると思われる。この他、能動的所得に関して、改正で新たな課税対象を導入する気配はなく、明らかに改正の力点はここにはない。

(117) 討議文書パラ 4. 20～22。

(118) 討議文書パラ 4. 10。

(119) 討議文書パラ 4. 23～4. 26。

また、実体や管理支配を備えない被支配子会社の取扱には言及していない点も重要であろう。

(2) 軽課税要件の撤廃

軽課税要件については、討議文書には撤廃とは明記されておらず、周知に消極的な印象さえ受ける。しかし、この基準の撤廃は、租税回避防止規定という性格の放棄とも取れる、重要なものである。「軽課税要件のない取引アプローチ型 CFC 税制」の意味するところは、全世界所得課税制度の下でならば対象となる所得に係る課税繰延の完全な排除、配当免税制度の下でならば課税ベースの拡大ということになるろう。

軽課税要件は差別的制度であるとの ECJ の指摘を汲んだものであろうが、他の改正点や前後の事情と合わせて考えれば、むしろ ECJ の指摘をきっかけとして、全く新しい制度を導入しようとしているものと受け取れる。EU 域内においては、もはや国内税制レベルで強力なタックス・ヘイブン対策を講じることは難しく、むしろ EU や OECD 等を中心とした国際協力の下での有害税制の排除や、情報交換と税の透明性の促進、情報開示制度の制定などが、対策の中心的な役割を担っていくということであろうか。タックス・ヘイブン対策としては、CFC 税制を EU の域内と域外でダブル・スタンダード化しながら残すという選択肢も考えられるが、現実的ではないであろう。

(3) 内国法人たる子会社への適用

CFC 税制から F (Foreign) を抜く改正も、ECJ が指摘した差別の撤廃である。しかし、新 CC 税制では、内国法人たる子会社に係る合算対象所得は受動的所得に限られ、能動的所得に係る合算（その他モバイル所得）の対象は、国外の被支配子会社だけとされている。

内国子会社の受動的所得の親会社への合算と二重課税の排除は、課税のタイミングも金額も異ならず（決算期の違いは生じる）、その規定の有効性は測りにくい。欠損を抱えた子会社に足の速い受動的所得を発生させること等により、国内での課税繰延的租税回避がターゲットとなるものである

うか。グループ法人の欠損金利用にはグループ・リリーフ制度も使えると思われるが、CC 税制は持株割合 10%以上で対象となるため、グループ・リリーフ（75%）よりはるかに範囲が広がる。反対に、受動的所得を有する内国子会社に、その所得を相殺できる他の事業の欠損があった場合、その受動的所得を黒字の親会社で合算すれば、課税の繰上げということになる⁽¹²⁰⁾。このような、内国法人への適用拡大に係る納税者・課税庁双方の負担は、その実益と比較して極めて大きなものになると思われるが、ECJ の判断を重視しながら合算課税を維持するためのコストという位置付けであろうか。

(4) 一定の小規模企業⁽¹²¹⁾への不適用

小規模企業への不適用は、新 CC 税制だけではなく、パッケージとしていた配当免税制度についても同様の規定となっている。討議文書では、現行制度（配当課税と間接外国税額控除）の改正の目的は、課税の軽減と間接外国税額控除に係る極めて複雑な事務を撤廃することにより、全世界的な事業を行う大・中規模企業を支援（競争力を強化）することである。しかし、小規模企業は一般的にはこれらの問題に直面しないため、現行の配当課税を維持するとともに、外税控除制度を簡素化することとしている。また、新 CC 税制は配当免税と完全な対になるべきなので、同様に小規模企業への適用はない。ただし、その小規模企業が属するグループの連結利益が一定以上の規模であれば、配当免税及び受動的所得に係る合算制度の対象となる。

法人規模によって、配当免税や CC 税制の恩恵と負担が異なるのは当然であり、大企業と小企業の両者に平等に適用できる国際税制を作ることは、

(120) この時点では、子会社では納税額が発生しないので合算課税との二重課税はまだ生じないが、将来子会社側に納税額が発生した場合に、二重課税を排除する必要がある。

(121) EU の定義（Commission recommendation 2003/361EC）による。被雇用者 50 人未満で、かつ売上又は貸借対照表の合計額が 1 千万ユーロ未満の企業（法的形態に関係なし）。

難しい仕事であろう。しかし、配当免税と新 CC 税制の適用対象企業を、その売上や資産規模、そして属する連結グループの利益規模という複数の可変的要素で（おそらく毎年又は一定期間単位で）区分することは執行上の安定性を欠き、さらにはこの区分を利用した租税回避等を誘発することにもつながるのではないか、という強い懸念が残る。

3. 新 CC 税制の目的に係る違和感

新 CC 税制は ECJ が指摘する差別を解消している。しかし、「完全に偽装的な仕組」についてはどうか。ECJ が法人アプローチを前提に示した 3 要件を、取引アプローチの下でうまく取り込めるものであろうか。討議文書ではその部分は全く明確にされていない。もし、取引アプローチの下で、完全に偽装的な仕組だけをうまく抽出できるような制度にしようとするれば、法人アプローチと取引アプローチの両方の完全混合形式になり、最も複雑かつ負担の大きな制度になってしまうであろう。

それとも、この大胆な差別解消を ECJ に対する免罪符とし、新 CC 税制は最早 CFC 税制の延長線上のものではなく、別の目的と性格を持った制度である、と位置付けるのであろうか。完全に偽装的な仕組という要件は、「税負担の低い外国子会社に限って合算するならば」という暗黙の前提があると考えられる。新 CC 税制で内外差別と税率差別を撤廃した以上、それはもう ECJ が前提としていた差別的な合算制度ではなく、従って完全に偽装的な仕組という要件に拘泥する必要はないと考えるのであろうか。そうであれば、ECJ から見て、新 CC 税制は CFC 税制の延長ではなくなるかも知れないが、同時に租税回避防止措置でもなくなることになりはしないか。

新 CC 税制は、「パッシブ所得の全世界課税制度」の性格が強い。「モバイル所得」は「受動的所得」と「その他モバイル所得」に分けられているが、討議文書の内容からは、課税の中心は受動的所得であり、その他モバイル所得（一定のグループ間取引等による能動的所得）は副次的なものにすら感じられる。

討議文書全体からは、事業所得はテリトリアル課税、受動的所得は全世界課税という将来像に向かう姿勢が強く感じられる。そして、2008年予算前報告においてこの方向性は示されている。しかし、討議文書の段階では、CC税制をCFC税制の延長線上に位置付け、配当免税制度の濫用を防ぐ租税回避防止措置であるとしていたところに、納税者は大きな違和感を持ち、それが強力な反対意見の大きな要因になっていたのではないか。自国と同等以上の税率により外国で課税される受動的所得をも合算対象とする場合、租税回避防止という説明は困難になろうし、配当免税と直接関連しない内国子会社への適用拡大はECJの裁定への対応以外の理由が希薄に感じられる。さらには、取引アプローチの採用は、新CC税制の目的が租税回避対策というより、課税ベースの拡大であることを強く示唆しているように見える。

新制度の現実的効果と趣旨説明との間に大きなギャップが存在し、それが一連の議論とその結果に大きな影響を与えたのではないか。そこには特に、取引アプローチと法人アプローチに備わる性格の差が強く反映されているであろう。両者には、単なる合算結果の正確性という違いを超えた、大きな差があると考えられる。

第5節 小括

英国は、CC税制の導入目的を「外国配当免税の導入による利益の付替えリスクから英国の課税ベースをプロテクトする」と強調し⁽¹²²⁾、租税回避防止の文脈の中で整理したが、産業界からは新たな課税ベースの拡大、すなわち課税強化と受け取られた。納税者は、せつかくの外国配当免税によるメリットをはるかに超える税額と事務負担が生じると見込んだ。さらに反対の理由としては、ECJのCS裁定がある。討議文書はECJの判断を強く意識しつつ作成されているが、そもそも外国の、そして軽課税の子会社だけを対象にするという二重の「差

(122) 討議文書パラ 1.6、1.13、4.6、4.7等。

別」の上に成り立つ CFC 税制は、EU 法の会社設立の自由と根本的に相容れないものであろう。新 CC 税制案はこれらの差別を排除したが、それは同時に課税ベースを拡大したことにもなり、外国配当免税導入に伴い想定される租税回避の防止、という観点からだけでは説明しきれない制度案となった。

新 CC 税制案は、取引アプローチに基づく租税回避防止型 CFC 税制という枠を超えて、事業所得の属地主義・受動的所得の全世界課税主義という課税体系の一端を担うルールと位置付けられたのであろう。英国は初期（討議文書の公表）段階から、このような将来像の中での新 CC 税制の役割を、積極的に明確にしておいたほうが良かったのではないかと思われる。英国の CFC 税制改正は、取引アプローチの導入だけでなく、軽課税と外国子会社という 2 つの差別要素を撤廃するという大掛かりなものであったため、産業界からの反対もさらに強かった。もし取引アプローチの導入というだけの改正であったなら同じ結果となったかどうかは定かではないが、おそらく納税者の認識や反対の理由、程度などはそれほど違わなかったのではないかと考える。

英国の新 CC 税制案をめぐる状況は、自国・EU 域内市場・それ以外の世界という 3 重の円の中で CFC 税制を再構築することが、いかに難しいかを示している。この中には加盟各国の税法、個別の租税条約及び共通の EU 法が存在し、それを各国課税庁、国内裁判所、ECJ がそれぞれの立場から解釈・執行している。ECJ が個別ケースごとに EU 法の解釈を示していても、加盟国の国内法改正や新しいケースの発生、EU 以外の国との関わりなどにより、さらに新しい問題が増加すると思われる。また、我が国を含む EU 域外各国においても、国際租税に関する権威ある国際裁判所がないことにより、自国法・租税条約・国際ルールの相互関係についての類似の議論が生じるとの指摘⁽¹²³⁾もされている。

CS 裁定後の迅速な CFC 税制の改正で、暫定的に EU 域内と域外というダブル・スタンダードを選択した英国は、その後すぐに、CFC 税制を含む国際課税制度の再構成を試みた。しかし、配当免税、CFC 税制、グループ内支払利子の損金

(123) 本庄・前掲注 (67) 277～278 頁。

算入限度額設定の三者をパッケージにした改正案からは、結果的に CFC 税制だけが脱落した。利息の損金算入制限は、いかにも自国から外部への所得移転を防止するための、損益取引を対象とした個別的・直接的な防止・否認規定であるが、CFC 税制はこれに比較して奥が深く、簡単には変更できない腰の強さを見せた。単なる租税回避防止規定という以上の、機能的な可能性を備えた制度ゆえのことであろう。

配当免税導入に伴っての、実効性ある濫用防止措置の同時確保は、当然検討されるべき事項である。しかし我が国では、配当免税制度の濫用防止や租税回避防止についての積極的な議論があまり表面化しておらず、英米と比較して淡泊という感想を抱かざるを得ない。将来的には我が国でも、国際課税制度全体の中での CFC 税制の位置付けを明確にする議論が不可欠であると考ええる。

第3章 合算方式の再考

現在、主要国の CFC 税制において採用されている合算方式のタイプは、取引アプローチ（米、加、独等）及び法人アプローチ（日、英、仏等）のいずれかに大きく分類される。それぞれに長所・短所を有しており、各国とも、多かれ少なかれ両者の混合形態となっている。両方式は同じ目的、すなわち課税繰延ないし租税回避の防止のための異なる課税技術であるとされ⁽¹²⁴⁾、取引アプローチの方が精緻な合算課税が可能であるが、コンプライアンス・コストや執行上の負担が高いといわれる。しかしこれは、特定の所得の合算を目的とする限りの評価であろう。この文脈からは、法人アプローチは取引アプローチの簡易な代替物、廉価版という見方すら可能かもしれない。しかし、実際に制度として施行された場合、その効果や影響、納税者の認識等に厳然とした違いが生じることは確かである。両方式は異なる個性を有しており、自己主張がある。2007年に英国が提案した、法人アプローチから取引アプローチへの完全移行を含む改正案は、納税者からの強力な反対に遭って一旦白紙に戻ったが、これは単に英国納税者が精緻な合算計算を嫌ったというだけではなく、合算方式の個性の違いが大きく影響しているのではないかと考えている。

本章では、両方式の性格や意義、得失の違い等の検討を通じ、我が国が採用している法人アプローチの問題点と、将来的な在り方を考察する。

第1節 合算方式の一般的比較

1. 取引アプローチ

合算方式としての取引アプローチ (transactional approach) とは、CFC が行う特定の形態の取引又は稼得する所得の種類に着目し、CFC の稼得した所得の中から、対象として定義された特定の所得だけを抜き出して合算する

(124) Arnold, *supra* note (60) p. 449.

方式である。対象となる所得は「汚れた所得 (tainted income)」、「足の速い所得 (mobile income)」等と呼ばれ、それは受動的所得 (passive investment income) と「基地会社所得 (base company income)」等と呼ばれる一定の能動的所得 (企業グループ間の一定の販売や役務提供取引から生じる所得や、CFC の居住地国との経済的結び付きが希薄な所得である場合が多い) を内容とする。これ以外の能動的所得は基本的には対象とならず、また、対象所得に課される租税の多寡については、これを合算の要件とする場合もしない場合もある。

2. 法人アプローチ

法人アプローチ (entity approach) は、合算の対象として外国子会社自体に着目するもので、一定の要件により合算対象となる CFC、いわば「汚れた会社 (tainted entity)」とそうでないものを区分し、対象となればその CFC の全所得を、種類を問わず合算する方式である。所得の種類ではなく外国子会社自体の種類を問うものであり、CFC が稼得する所得の種類は、判定上の主要な要素の1つに過ぎない。他の主要な要素としては、CFC の本店所在地やその地との経済的な関連、事業活動の内容、租税負担、グループ間取引の状況などがあげられる。これらの要素が、定義ないしは適用除外基準という形を取りながら、合算対象となる CFC を絞り込むことになる。

3. 一般的比較

(1) 合算の正確性

両者は同じ結果を得るための、技術的に異なるアプローチといわれる。確かに、法人アプローチで対象 CFC の判定に使われる諸要素は、取引アプローチにおける所得種類の定義の多くと重複している。従って、もしある CFC が1つの事業から1種類の所得だけを得ているならば、どちらのアプローチを用いてもほぼ同一の結果 (所得の全額を合算する) が得られる。例えば金銭貸付だけを行なっている CFC が稼得する利子所得を合算対象と

したい場合、取引アプローチなら合算対象所得を「金銭貸付から生じる所得」又は「利子所得」、法人アプローチなら「金銭貸付を事業とする CFC」「利子所得を生じる事業を行う CFC」などと定義することにより、結果的に同一の合算（CFC の全所得）が可能である⁽¹²⁵⁾。

しかし、1種類の所得を、さらに別の要素で分割したものを合算対象とする場合には、結果は異なってくる。例えば上記の金銭貸付 CFC で、貸付相手には関連者と非関連者があり、関連者相手の取引から生じる所得だけを合算したい場合などである。取引アプローチなら、合算対象所得の定義を「関連者で行なう金銭貸付取引から生じる所得」などとする事で絞り込んでいけるが、法人アプローチではこれは難しい。「関連者への金銭貸付の割合（利息収入や所得の割合）が高い CFC」などと定義せざるを得ず、対象となれば CFC の所得全体を合算することから、非関連者で行う取引から生じる所得まで巻き込んでしまうことになる。逆に、関連者取引の割合が低いために CFC が合算対象とならない場合には、本来合算したい関連者取引まで合算できず、制度の目的が達成できないことになる。

また、CFC が複数種類の所得を稼得している場合も同様である。例えば上記 CFC が金銭貸付以外に現地で他の正常な海外事業を営んでおり、それは適用除外になる内容のものとする。取引アプローチであれば、対象所得を「利子所得」としておけば自動的に現地事業の所得は対象外となるが、法人アプローチでは完全には対応できず、「収入、所得金額などが多額な方の所得種類」により判定するなどの方法を探らざるを得ない。合算対象となれば、正常な海外事業から生じる所得も合算され、また対象にならなければもともとのターゲットである利子所得の合算もれが生じて、いずれにせよ制度の目的が達成できないこととなる。このように、特定の種類の所

(125) 両アプローチにおける CFC の軽減課税要件や所在地国の要件などが異なっていれば、当然ながら結果は異なる。また、取引アプローチの場合には営業外や特別損益が合算されない可能性はある。しかし、米国サブパート F のように、合算対象所得が CFC の総所得の 70% を超えていれば CFC の全所得を合算対象とし、取引アプローチと法人アプローチを折衷している例もある。

得の合算を目的とする限り、理論的には取引アプローチの方が精緻で、制度の趣旨・目的に沿った課税が可能であり、法人アプローチでは、一定の場合には制度趣旨外の合算や合算もれが生じる危険性を有している。

なお、このような法人アプローチのデメリットは、対象 CFC に事業実態がある場合に生じるものである。法人アプローチでは、実体のない CFC を使った取引は、租税回避防止という趣旨から全て合算されるのが通常であるから、ペーパーカンパニーに発生した所得の種類にかかわらず、趣旨に反した合算が行なわれることはない。一方、取引アプローチの下では、CFC の実体や独立性の存在に関する要件が置かれられない場合には、実体の無い CFC に発生した所得であっても合算されないものが生じる可能性がある⁽¹²⁶⁾。

法人アプローチは CFC の法人としての在り方を問い、取引アプローチは特定の種類の所得を厳格に課税対象とするものである。大雑把に言えば、法人アプローチは CFC の道具的使用による租税回避の防止向きであり、取引アプローチはむしろ内国法人の課税所得の範囲を定めるものであるように感じられる。両者は、同じ結果を得るための技術的に異なるアプローチである（又は、法人アプローチは取引アプローチの簡易バージョンである）ということを越えて、それぞれ異なった性格を有しており、採用された場合の納税者へのインパクトや国際課税制度の中で占める位置、機能といったものは必ずしも同一とはいえないのではないか。

(2) 納税者・課税庁の負担と制度の安定性

取引アプローチを採用する CFC 税制は、内容が精緻である分、納税者のコンプライアンス・コストや課税庁の執行に係る事務負担が極めて大きくなる。前述の金銭貸付に係る関連者・非関連者の例で言えば、全ての貸付取引の中から関連者取引を抽出し、これに対応する原価を確定し、関連者取引に係る費用を費用全体の中から区分し、共通経費は関連者関係と非関

(126) もちろん、CFC 税制以外の租税回避否認規定が適用になることは考えられる。

連者関係に按分計算して、最終的に関連者取引に係る所得だけを全体から切り分ける必要がある。さらにそこには、自国の税法に則った課税所得となるような、一定の調整計算を加える必要も生じるであろう。事業が複雑・大規模になればなるほどこの事務負担は大きくなり、適用や計算方法が不明確な部分も多くなって、予見可能性も低くなる。そして、申告内容の適正性を調査する課税庁の負担も大きくなるとともに、執行の安定性も低下するであろう。

これに対し、法人アプローチを採用する CFC 税制では、この事務負担ははるかに少なくて済む。前述の例であれば、適用除外基準の要件は、「非関連者への金銭貸付から生じる収入が全体の半分を超える CFC」などと規定されるため、取引アプローチに比べて判定計算が簡潔・明確で、納税者・課税庁双方の事務負担が少なく、予見可能性や執行の安定性が期待できる。

(3) 予防・牽制的効果

取引アプローチでは合算する所得の種類や取引を特定するため、そのような取引を CFC が行うことを予防・牽制する効果が備わっていると考えられる。これに対し、法人アプローチは法人の利益全体を合算対象とするため、合算の要件に合致する CFC の設立や利用自体を予防・牽制する効果があると考えられる⁽¹²⁷⁾。特に、リスト方式によるタックス・ヘイブン国の指定は、予防・牽制に大きな効果を有するであろう。従って、予防・牽制効果という観点からは、法人アプローチの効果は取引アプローチのそれを抱合し、さらに大きいものと考えられる。

(127) 法人アプローチに潜在する「制度趣旨外の所得の合算」というデメリットもまた、軽課税 CFC の利用の予防・牽制という観点からは一定の効果を有するとも考えられる。

第2節 我が国の法人アプローチ

1. 法人アプローチ採用の意義と変遷

我が国制度は、導入当時は独自といえた完全な法人アプローチを採用している。

制度導入時の趣旨説明には、「法人アプローチの採用は簡便性重視等の理由から⁽¹²⁸⁾」とされている部分があるが、税調答申や趣旨説明全体から読み取れるのは、当時の我が国における「タックス・ヘイブンを利用した典型的な租税回避」の認識が、タックス・ヘイブんに設立したCFC自体の道具的利用であったと思われることである。合算方式の選択は制度設計上極めて大きな問題であり、また導入時点で先行していた各国制度（米・加・独⁽¹²⁹⁾）とは異なる完全な法人アプローチを採用したのは、単なる課税技術の問題（簡易な制度の指向）に止まらず、導入時の我が国の問題意識を強く反映していると推測される。本来は取引アプローチを採用したかったが、簡便性重視から止むを得ず法人アプローチを採用したということではなく、簡便性もさることながら、想定される租税回避への対抗策としては法人アプローチの方が目的に合っている、という積極的な認識があったと考えられる。

取引アプローチでは、タックス・ヘイブンの定義自体にはあまり意味はないが、法人アプローチにおいては対象CFC判定上の重要な要素である。我が国は制度導入時にはブラック・リスト方式を採用し、法令で指定する国・地域に本店又は主たる事務所を有するCFCを合算対象としていた。この「地域指定アプローチ（designated jurisdiction approach）⁽¹³⁰⁾」は対象の判定が明確であり、また制度の趣旨が課税繰延防止ではなく、タックス・ヘイブ

(128) 高橋・前掲注(9) 136頁。

(129) 導入年度は米1962年、加1972年、独1972年であり、いずれも取引アプローチをベースにした方式である。

(130) 合算対象CFCを定義する方法としての地域指定アプローチと法人アプローチは、概念的に類似する部分があるが、本稿では、合算判定の単位を所得種類としている場合を「取引アプローチ」、法人そのものを単位としている場合を「法人アプローチ」と呼ぶことにする。

ン子会社の利用（による租税回避）の規制にあるということを明確に表していた⁽¹³¹⁾。

しかし、この方式では、リスト国以外の国に設立された CFC には対応不能である。さらに、リスト国の CFC が何らかの理由で軽課税を受けていなくとも合算となる弊害もあげられる。リストは3項目（①全所得軽課税国等、②国外源泉所得軽課税国等、③特定事業所得軽課税国等）に分かれており、そのような弊害を減少させる機能も有していたが、リストを常に新しいものにしておかなければ適正な合算ができないというリスクに、常にさらされていた⁽¹³²⁾。

その後、平成4年の改正により、それまでのブラック・リスト方式に代えて、CFCの租税負担割合が25%以下という基準が採用され、現行の形式が出来上がった。これにより、リスト時代の弊害が解消され、CFC税制の適用が柔軟になったと考えられるが、一方、タックス・ヘイブンを利用した租税回避の防止という意義が薄まったとの指摘⁽¹³³⁾もある。

平成17年の改正では、特定外国子会社等に事業実態がある場合、具体的には適用除外基準のうち所在地国基準／非関連者基準だけを満たさない特定外国子会社等の場合には、合算金額の計算上、その事業に係る人件費の10%を控除するという制度が設けられた。これにより、法人アプローチはこれまで

(131) Arnold, *supra* note (60) p. 130 は、導入当時の日本の CFC 税制について、「日本の制度はあまり効果的ではないが、それはタックス・ヘイブンの利用に対する警告として導入された」、「日本の納税者はタックス・ヘイブンを租税の軽減以外の目的で利用することが多い。従って、制度の条文よりもその“精神”の方が大きなインパクトを持っている」という見解を載せている。また、同書 p. 441 は、「日本のブラック・リスト方式は、租税回避にそれほど積極的ではない日本の納税者に対しては、タックス・ヘイブンの利用を思い止まらせることに極めて効果的であろう」としている。ところで、現在の日本の納税者は、どのように評価されるであろうか。

(132) リストの追加・訂正は大蔵省告示で行なうことになっていた。昭和53年の制度創設時に指定された国・地域は28であり、リスト方式が廃止となった平成4年の時点では41であった。

(133) 矢内・前掲(43)100頁では、「税負担25%以下と改正して以降、同税制創設時のタックス・ヘイブンを利用した租税回避の防止という意義が薄まり、今後の改正の道筋が現在のところ見えていないのが現状である。」と指摘している。

の「オール・オア・ナッシング」という硬直的な方式から一歩前進し、中間的な合算形態を有することとなった。「人件費の10%」という控除額が適当かどうかは別としても、適用除外基準における事業実態の尊重（相対的には特定外国子会社等の判定における事業実態のないCFC対策の重視）という姿勢を具体化し、法人アプローチの幅を広げた、意義深い改正であると考えられる⁽¹³⁴⁾。

近年、開発途上国・先進国を問わず法人税率の引き下げが盛んに行なわれ、優遇制度等を考慮しなくとも通常税率で25%を割り込む国が増加してきている。ブラック・リスト時代は、リスト国の中で、一定以上の規模の事業実態を伴うCFCが設立されそうな国は香港やスイスくらいであったが、今後は事業実態を伴う特定外国子会社等に制度を適用する場面がさらに増加するであろう。

事業実態のある特定外国子会社等への適用は、租税回避ばかりではなく、許容範囲にある課税繰延まで合算してしまうリスクを秘めている。また、法人アプローチのデメリットである「制度趣旨外の合算・合算もれ」は、対象の特定外国子会社等に事業実態がある場合に生じるものである。事業実態のある特定外国子会社等の取り扱いについては、合算方式及び適用除外基準の両面から引き続き検討を重ねていく必要がある。

2. 最大の問題

我が国CFC税制は典型的な法人アプローチを採用しており、前節の一般的比較で見たようなメリットとデメリットを有している。合算対象とすべき特定外国子会社等は、適用除外基準を通じて消去法的に抽出されるところ、適用除外基準は事業を中心とした体系になっており、4種類ある適用除外基準の判定は、いずれも特定外国子会社等の「主たる事業」に基づいて行なわれる。そして、これが我が国制度上最大の問題の根源となっている⁽¹³⁵⁾。

(134) 17年の改正については、第4章第5節参照。

(135) 本庄資『国際的租税回避』（税務経理協会、2002）349頁以下では、「主たる」の判

特定外国子会社等が複数の事業を営んでいる場合の、「主たる事業」に基づく判定を巡っては、次の2点の問題が生じる。

- ① 租税特別措置法関係通達（法人税編）（以下、「措置法通達」という）では、「主たる事業」は収入金額、所得金額、使用人の数、固定施設の状況等を総合勘案して判定することになっている⁽¹³⁶⁾が、具体的な指針が明確ではない。（判定基準問題）
- ② 「主たる事業」の内容に基づいて特定外国子会社等の全所得の合算要否が判定されるため、「従たる事業⁽¹³⁷⁾」から生じる所得が、その内容を全く考慮されないまま、主たる事業の判定結果に連座することになる。（従たる事業の連座問題）

上記のうち、①は真に主たる事業といえるものが選択されるかどうかという、適用除外基準の精度の問題であるため、第4章において検討する。一方、②は法人アプローチを採用しているために生じる宿命的・構造的な問題であるため、以下本章で検討していく。

3. 「従たる事業」の連座

特定外国子会社等を「主たる事業」に基づいて判定することによる、「従たる事業」の連座に係る問題点は、主として次のような形で表面化する。これらの点が、我が国 CFC 税制における最大の制度的問題点であると考えられる。

- ① 主たる事業が合算対象で、従たる事業（有所得）が適用除外である場合、従たる事業の所得の過大合算が生じる（納税者不利）。
- ② 主たる事業が適用除外で、従たる事業（有所得）が合算対象である場合、従たる事業の所得の合算もれが生じる（納税者有利）。
- ③ 主・従を問わず、適用除外となる事業から生じる欠損は、合算対象事

定の不明確さを指摘し、租税回避の余地がある点を論じている。

(136) 措置法通達 66 の 6-8、66 の 6-17。

(137) 「従たる事業」という言葉は確立された用語ではないが、本稿では、特定外国子会社等が複数の事業を営んでいる場合に、措置法 66 条の 6 で使用される「主たる事業」に該当する事業以外の事業を指すものとして用いる。

業から生じる所得を相殺する（合算額の圧縮・納税者有利）。

上記③は、例えば①のケースで、従たる適用除外事業が欠損であれば、主たる事業から生じる合算対象所得を圧縮するということである。また、適用除外事業から生じた欠損であっても翌年度以降7年間の繰越が可能で、新たに生じる合算対象所得と相殺することができる。合算対象事業から生じる欠損が他の合算対象所得を相殺することは、制度の趣旨には反していないと思われるが、適用除外事業から生じる欠損が合算対象所得を相殺することは、制度趣旨に反することになる。

なお、納税者不利である、適用除外である従たる事業の所得の合算（②のケース）も、配当課税制度の下で、特定外国子会社等が全所得を親会社に配当することが前提であれば、期間損益的な課税と割り切ることも可能ではある。配当課税は、その原資が合算対象か否かとは関係なく一律に行なわれる一方、配当に伴って過去の合算課税が取り消される時には、適用除外事業に係る分も含まれるため、結果的に配当課税の前倒しという効果に止まるからである。趣旨外の合算は、このような理解の下で許容されてきた部分もあったのではないか。

しかし、配当しない場合には、趣旨外の所得の合算は期間損益ではなく、永久的な税負担の純増となるし、合算もれば恒久的な納税者の利益となる。そして、配当免税導入により合算課税がそれだけで完結する制度となった結果、納税者の有利・不利は配当の有無に関わらず恒久化することになった。配当免税に伴って、我が国よりも軽課税のCFCに所得を集中させる傾向が強まると想定されるが、その場合、既存の適用除外CFCのステータスが変更されない範囲内で、受動的所得の発生地をそこに移転したり、合算対象となる事業を兼業させるなどの行動の増加も懸念される。これは上記②のケースを利用した租税負担軽減行為である。

また、主たる事業が合算で従たる事業が適用除外である場合は、前述のとおり、従たる事業が有所得（①のケース）か欠損（③のケース）かで結果が逆になる。有所得なら趣旨外の合算課税が生じ（納税者不利）、欠損なら主た

る事業の合算対象所得を圧縮する（納税者有利）からである。企業としては、時の運任せではなく、有利な点の最大化と、不利な点の最小化に努めるであろう。そのような操作の余地を大きく残す現在の状況は、極力改善する必要がある。

4. 法人アプローチの利点

一方、法人アプローチには一般的に納税者・課税庁双方の事務負担が小さいこと、制度が簡潔明瞭で予見可能性や執行安定性が高いことなどの実務的な利点があり、我が国においてもこの点は同様である。導入趣旨でも制度の簡便性重視が主な理由としてあげられ、制度の粗さは承知の上で、あえて簡素な制度によるメリットを優先させたことがうかがえる。一種の割り切りともいえるが、簡素な制度がこれまでの実務や執行に大きく貢献していることは確実であろう。

これに加えて我が国では、「…いわゆるタックスヘイブンに子会社等を設立し、これを利用して税負担の不当な軽減を図る事例が見受けられる。このような事例は、税負担の公平の見地から問題のあるところであり…⁽¹³⁸⁾」などの導入時の問題意識から、軽課税 CFC を租税回避ツールとして設立することや、その利用を規制するために、法人アプローチを採用したことが推測できる。このような規制手段としての機能は、むしろ法人アプローチの利点として積極的に評価できよう。事業実態の希薄な CFC に対しては取引アプローチよりも有効であろうし、さらに OECD の有害な租税競争への取り組みのような、タックス・ヘイブンそのものへの対抗策とも軌を一にしていると考えられる⁽¹³⁹⁾。

当然のことながら、軽課税国にある CFC は、私法上の選択可能性の濫用による租税回避ばかりではなく、より直截的な脱税の舞台として使われること

(138) 税制調査会答申 昭和 52. 12. 20。

(139) 吉村・前掲注 (30) 92 頁。吉村教授は、我が国制度は「有害な租税競争という観点には未だ十分に対応できていない」としつつ、法人アプローチを採用していることで「逆説的ながら」このような評価もできるとしている。

も多い。一般に軽課税国では課税当局による調査等の頻度・精度も低く、事業実態の希薄な CFC が脱税のツールとして使われやすいであろう⁽¹⁴⁰⁾。複数の国にまたがる不正取引の全容が詳細に解明できるならば、CFC 税制を使わなくとも、他の税法規定による適正な課税も期待できる可能性があるが、軽課税国では過度な守秘義務や情報開示・交換の忌避も多く、CFC やその利益の存在が把握されても、それを舞台とした不正取引の全容解明が難しい場合も多々ある⁽¹⁴¹⁾。そのような場合に、個々の損益取引にフォーカスせず、CFC の決算所得そのものを対象とし、その相当額を内国法人の所得と擬制する制度は、極めて有効な対抗策となる。所得の種類を限定した、精緻で複雑な取引アプローチでは、かえってこの種の有効性は低くなると思われる。

法人アプローチは、より精緻な取引アプローチの簡易な代替物や廉価版に止まるものではなく、法人を単位とすること自体に大きな意味がある。脱税や秘匿された資金に対する課税や、軽課税国の利用規制という観点からは、我が国 CFC 税制の採用する法人アプローチは、むしろ望ましい合算方式であると思われる。

第3節 取引アプローチへ変更した場合の得失

米国が採用しており、英国が採用しようとした取引アプローチの利点は、目的とする所得の正確な合算が可能なことである。我が国の法人アプローチに係る最大の欠点である従たる事業の連座問題は、配当免税導入に伴ってさらに拡大することが懸念されるが、基本的には取引アプローチの採用によりほぼ解消

(140) このような場合、CFC の存在を隠すために親会社との出資関係を隠蔽・遮断することも想定される。課税庁としては、この方面への調査も重要になろうしかし、正常な海外事業を行なっている CFC を一時的な資金の受け皿として利用するような脱税の場合には CFC 税制は適用しにくいいため、他の国内法による否認も検討しなければならない。

(141) 不正支出、その原資の受け入れや還流など、CFC を舞台にした資金移動・出入が多く、納税者が非協力的で取引関連書類も存在しないような場合等が考えられる。典型的には、CFC を仮名口座や隠し金庫的に使用するような場合である。

することができる。そこで、我が国が取引アプローチを採用する場合の得失を検討してみる。

取引アプローチを導入するとした場合、現在の制度の趣旨を一切考慮せず、新たな課税趣旨と制度を創造することも可能であろう。しかし、現実的な検討として、まず現行の趣旨や合算範囲（適用除外基準によって表現されている）をできるだけ維持しながら、合算方式だけを変更する場合に、どのような得失が生じてくるのかを想定し、比較してみたい⁽¹⁴²⁾。しかし、この得失は数値的に評価することは困難であり、概念的な検討に止まらざるを得ない。また、この検討はあくまで得失の比較のために行うものであり、実際の導入においては、現行の法人アプローチと全く同じ合算範囲に限定するような方法は全く現実的ではないと考えられるが、この点は後述する。

前提としては、特定外国子会社等の範囲（我が国株主が出資等の過半を保有し、税負担割合が25%以下）及び納税義務者（特定外国子会社等に5%以上の持分を有する内国法人）は変更しないものとする。取引アプローチの採用に際しては、英国改正案のように軽課税要件を撤廃するという選択肢も可能であろうが、目的を租税回避防止・否認に置く以上、軽課税要件は維持すべきである⁽¹⁴³⁾。また、対象所得の種類は、現行の適用除外基準から、趣旨をできるだけ変えないようにコンバートするものとする。

1. 取引アプローチへのシミュレーション

以下、現行の4つの適用除外基準を、取引アプローチの下での合算対象所得の定義として再構成した場合の得失（有効度）について検討する。なお、いずれについても、取引アプローチに変更することにより、納税者のコンプライアンス・コストと執行上の事務負担は大きく増加することになる。

(142) 適用除外基準の各基準については第4章で検討するため、内容的に先取りの部分もあるが、法人アプローチと適用除外基準は一体として、取引アプローチと比較されるべきものである。

(143) ただし、昨今の各国の税率の状況から、25%を軽課税の水準として維持すべきかについては、別途検討の余地はあろう。

(1) 事業基準（受動的所得）

取引アプローチでは、現在列挙されている受動的所得を生じさせる事業を、所得の種類（利子所得、使用料所得等）に置き換えて定義することにより、課税範囲を維持しつつ、従たる事業に係る連座問題を解消することができる。「配当所得」「利子所得」などは一般的な所得種類と一致しているため取引アプローチになじみ、採用により大きな効果の上がる部分であろう。

規定振りについては、例えば「債券の保有」という事業から生じる所得を一括して対象としている現行規定に対し、同様に「債券の保有から生じる所得」とするのか、それとも「利子所得」「債券の譲渡に係るキャピタルゲイン」「償還差益」などと受動的所得を個別に列挙していくのかは重要な選択事項である。前者は現行の規定そのままであるが、「事業」というしぼりがなくなる分、かえって範囲が漠然としてしまうであろう。取引アプローチの特質からいえば、後者の方が持ち味を発揮でき、正確な合算が期待できて、予見可能性もある⁽¹⁴⁴⁾。しかし、規定が詳細になりすぎると、かえって捕捉しきれない所得が生じる可能性もあり、これを防ごうとすれば「その他同様の性格を有する所得」、「実質的に受動的所得と認められるもの」などの規定を付属させることにもなり、結局複雑なものにならざるを得ない。

(2) 実体基準・管理支配基準

取引アプローチでは、CFC 全体の実在性や独立性を個別の所得種類の定義に含めることはデメリットが大きい。合算対象とならない所得が実体のないCFCに生じた場合に、合算を免れる結果になるからである。しかし、現行規定もこの点は十分ではない。合算の要否を主たる事業で判定するた

(144) 前掲注(21)の①(東京地判平19・3・29)では、事業基準の判定上、コマーシャル・ペーパー(CP)が措置法66条の6第3項に定める債券に該当するか否かが争点の1つとなったが、対象所得が利子所得と定義されていれば、この問題は生じなかったであろう。

め⁽¹⁴⁵⁾、主たる事業に実体や管理支配があつて適用除外になる場合には、従たる事業に実体や管理支配がなくとも合算できない⁽¹⁴⁶⁾という可能性を残している。この状況は、是正する必要がある。

このようなことから、これらの基準をあえて取引や所得という観点から定義するとすれば、「実体（取引に必要な固定施設等）を有さない取引から生じる所得」、「現地で管理支配運営が行なわれていない取引から生じる所得」などとすることが考えられる。しかし、この点は現行の事業単位による判定の方がクリアであるように思われる。例えば「現地で管理支配が行なわれていない取引」という場合、同一の事業や所得種類の中にも、これに該当する取引とそうでない取引が混在する場合⁽¹⁴⁷⁾も想定されるからである。全くのペーパーカンパニーならば判定に問題は生じないが、一定の事業実態がある CFC の取引の中から、固定施設や管理支配の伴わない取引や所得だけを切り出す定義はなかなか難しいであろう。実体基準や管理支配基準は、基本的には CFC 単位で判定することになじむ基準⁽¹⁴⁸⁾だからである。

CFC の実体や独立性の不存在を問題にする限り、実務上は特に取引アプローチを採用することによるメリットはなく、むしろ法人アプローチと実体基準・管理支配基準の組み合わせによる法人単位、又は事業単位の判定の方が制度趣旨を的確に反映し、実効性もあるものと思われる。

(3) 所在地国基準／非関連者基準

これらの基準は、特定外国子会社等に事業実態があることを前提とし、

-
- (145) 措置法 66 条の 6 第 3 項は、「…その主たる事業を行なうに必要と認められる…固定施設を有し、かつ、その事業の管理、…を自ら行なっているものである場合」としている。
- (146) 現地に実体と管理支配を備える製造事業を営む特定外国子会社等が、現地で管理支配されていない卸売事業を兼業している場合などが考えられる。
- (147) 例えば卸売取引の中にも、現地で管理支配される取引と、親会社が直接に販売計画策定、取引相手開拓、交渉、契約締結などを行なう取引が混在する可能性がある。
- (148) 措置法通達 66 の 6-16 では、株主総会、取締役会、役員の執務、会計帳簿の作成・保管などが行なわれる場所と状況を勘案して判定することとしている。これらの行為等は、取引や所得の種類ごとではなく、法人単位で行なわれる性格のものである。

その上で特定外国子会社等自体が軽課税国に所在することの経済合理性を、事業内容により「主として所在地国で事業を行っている」又は「主として非関連者と取引している」ことのいずれかで認定するものである。「経済合理性の有無」は、特定外国子会社等の存在理由そのものに係る評価であり、それを特定の取引や所得種類で表現することはなかなか難しいと思われるが、しいていえば、「所在」の合理性を「取引」の合理性と言い換え、所在地国基準については「本店所在地国で行っていない取引から生じる所得」、非関連者基準については「関連者で行なう取引から生じる所得」となるか。

なお、これらの基準では、「主たる事業」と「主として」が重疊的に使用されており、結果的に最少26%の「主たる」が残り74%の「従たる」を支配する可能性を有している。このような状況は極力改善されなければならず、その意味では取引アプローチへの変更は有益であろう。主たる事業の内容により使い分けられるこれら2つの基準は、内容が大きく異なっているために一本化は難しく、内容を維持するためには、やはり事業内容によって適用を分ける2種類の定義とすることが必要であると考えられる。この場合、「事業内容（業種）の判定」に伴う問題⁽¹⁴⁹⁾は依然として残る。

また、この基準だけを満たさない場合の合算金額からは、人件費の10%を控除することになっている。この中間的合算形態は、事業実態が存在することの経済合理性を考慮した点で大きな意義があり、取引アプローチにおいてもそのまま活用できよう。この規定を使わず、取引アプローチの所得の定義の中にこの趣旨を組み込むという考え方もあろうが、定義の仕方が容易ではないだろう。

イ 取引アプローチにおける所在地国基準

主たる事業を行なう場所いかんにより、その事業を行う特定外国子会社等の全ての所得を合算するという基準は、取引を中心にした定義には

(149) 来料加工における製造業か卸売業かの判定に代表されるような問題。

引きなおしにくい。もし、この基準の趣旨を「特定外国子会社等の本店所在地国以外の第三国で行なわれている事業の所得を合算するもの」と解釈するならば、定義は「特定外国子会社の所在地国以外の場所で行う取引から生じる所得」というようなものが考えられる。例えば特定外国子会社等の本店所在地国に工場A、第三国に工場B・Cを有している場合、工場Aについては所在地国で製造しているために適用除外とし、工場B・Cから生じる所得だけを合算するという考え方になる。この場合、AのPEであるB・Cの所得についての確な帰属計算を行わないと、合算額が過少又は過大になる可能性があるため、事務負担は非常に大きくなる。

また、現行の所在地国基準には規定されていないが、このような考え方をとる場合には、当該所在地国以外での事業に係る現地の税負担（B・Cの税負担）を考慮することも必要になるのではないか。もしBやCが所在地国のPE課税を受け、その税負担が25%を超えているならば、租税回避という合算理由が希薄になると考えられるからである。

しかし、現行の所在地国基準の趣旨は、本来はこのような考え方ではないであろう。本基準は、「CFCが本店所在地を納税地とすることの経済合理性」を判定するために物理的な事業遂行の場所を問題にしているものであり、所得を所在地国の内外に分割することを目的とするものではない⁽¹⁵⁰⁾。従って、このような判定は本来、「取引」や「所得」では律しきれず、この基準における取引アプローチへの変更は、従たる事業の連座問題を解消するメリットはあるものの、現行の趣旨とは異なる内容のものにならざるを得なくなる。さらに、適用区分のための業種判定というプロセスは残り、加えて第三国での事業から生じる所得を的確に切り分けるという、特別大きな負担が新たに生じることになってしまう。

(150) 第4章第5節4.参照。

ロ 取引アプローチにおける非関連者基準

この基準はもともと取引に着目したものであるため、取引アプローチの定義にはなじみやすいと思われる。「△業に係る取引のうち、関連者との取引から生じる所得」等と定義することで、現行の趣旨をそのまま表現できよう。業種により所在地国基準との選択適用になるため、業種判定問題は残るが、この基準については取引アプローチによる方が明確な規定となる。ただし、所在地国基準の場合と同様、対象所得の切り出しに伴う事務負担は大きい。

2. 総合的検討

取引アプローチへの変更の最大のメリットは、現行の法人アプローチの欠点である「従たる事業」の連座問題が解消されることであるが、現行規定の趣旨を維持しながら変更するという前提で具体的に見た場合、取引アプローチによる効果が特に高いのは事業基準（受動的所得）と非関連者基準（関連者取引）である。これらの対象所得の抽出は、いっそう精緻に行なうことができる。もともと、現行の適用除外基準においても、所得の種類や取引に基づいた判定内容となっているためである。

一方、取引アプローチ採用のデメリットは、所得種類ごとの所得の切り分け計算が複雑になり、負担が増加することであるが、特に一般的な所得種類と異なる定義を行なう所在地国基準／非関連者基準において、この負担は大きくなる。例えば、卸売業と製造業を兼業している場合、通常は両事業の会計は別個に行なわれ、事業ごとの損益が会社業務として計算されているであろう。しかし、それぞれの事業所得をさらに製造場所別、又は関連者・非関連者取引別に切り分ける必要が生じるため、相当な追加的負担が生じることになる。また、実体基準・管理支配基準の判定は取引アプローチにはなじみにくく、場合によっては現行の法人アプローチよりも精度が低下する可能性もあるのではないかと思われる。さらに、軽課税（租税負担割合 25%）の判定や実体基準、管理支配基準の判定を、定義した取引（所得）種類ごとに行な

うとすれば、判定事務がさらに複雑化し、負担が増加することになる。

このように見てくると、現行制度の趣旨・内容を維持しつつ取引アプローチに変更する場合、効果が高い部分は受動的所得の合算（現行の事業基準）についてであり、それ以外の対象所得については、従たる事業の連座問題は解消されるものの、方式変更に伴うデメリット（予測可能性や執行安定性の低下、事務負担の増加等）も相当生じてくるものと考えられる。

第4節 合算方式は変更すべきか

取引アプローチを採用する効果は、合算課税の正確性の向上（従たる事業の連座問題の解消）である。しかし、連座問題には、納税者有利（合算もれ）と不利（過大合算）の両面があるところ、CFC 税制が税法に明らかである以上、納税者不利になる状況が水面下で頻発しているとは考えにくいのではないか。もちろん、多くの納税者が不利に甘んじているという状況も考えられるが、むしろ現行の法人アプローチは、欠点を有しながらも定着・受容され、納税者と課税庁の双方が一定のメリットを受けてきたようにも思われる。英国の取引アプローチ採用案に対する企業からの強力な反対意見には、従来の法人アプローチから得られる企業側の既存のメリットが失われることへの危惧の念も多く含まれていたのではないか。

とはいえ、配当免税の導入により、法人アプローチによる合算の粗さを利用した脱税や租税回避的行為の増加も懸念されるところであり、趣旨に沿わない合算もれや過大合算の可能性を排除すべきことは当然である。

では、我が国も取引アプローチに変更すべきであろうか。

1. 負担増加のとのバランス

まず注意すべきことは、特定外国子会社等に事業実態がないか、又は1つの事業のみ営んでいる場合には、両アプローチでそれほど大きな差は生じないため、合算方式の変更の必要性は薄いという点である。

確認はできていないが、現地で事業実態を有し、かつ複数種類の事業活動を行う特定外国子会社等の数は、全体から見ればそれほど多くなく、実際には大多数の「単一の事業のみを行なう特定外国子会社等」に対して、現行の法人アプローチが有効に機能しているのではないだろうか⁽¹⁵¹⁾。単一の事業を行う特定外国子会社等にとって、合算方式の変更によって改善される主な点は、非関連者基準が適用される場合（現行では、非関連者取引に係る所得も連座合算されてしまう可能性があるが、取引アプローチではこれがなくなる）くらいであろう。既存の問題の解消につながりはするが、方式変更に伴う負担増加と比較すると、メリットが小さいと考えられる。

また、変更する場合、実際には、第3節で検討したような「現行の合算範囲を維持したまま、合算方式だけを取引アプローチに変更する」という選択肢は現実的ではないと考える。合算方式変更の主な理由が「現行の法人アプローチの欠点を解消するため」ということであれば、これによって従たる事業の連座問題は解決するにせよ、やはり新たな負担の増加が大きすぎる。変更による新たな負担は、合算の判定や所得計算上の事務的負担だけには止まらない。合算方式の変更は、CFC 税制の一部改正というより、むしろ全く新しいCFC 税制の導入に近い。現行の法人アプローチが有効に機能している、単一の事業しか行なわない特定外国子会社等に対しても、全く新しい制度を適用しなければならなくなる。現行制度における実務や執行に関する経験や蓄積を一旦リセットし、新しいCFC 税制の下で、納税者・課税庁ともにゼロから再出発するという負担は、相当重いものになると考えられる。さらに、取引アプローチへの変更には、海外事業ストラクチャーを大きく変更する企業も生じる結果、我が国の歳入自体が減少するリスク⁽¹⁵²⁾すら潜在している。

現行制度の欠点の解消は必要であるが、それだけを理由に取引アプローチ

(151) このような件数や数値に関する実証的な研究は極めて有益であり、今後の課題であろう。

(152) 英国のCFC 税制改正案が公表されると、納税地の海外移転を計画・発表する大手著名企業が多数にのぼった（前掲注（103）参照）。その多くが軽課税のアイルランドを候補に上げている。

を導入するのでは失うものの方が多く、バランスが取れない。方式変更には、もっと積極的な理由や要請が必要であるとする。

2. 課税ベースの保護か拡大か

取引アプローチが実務的な負担増という大きなデメリットを伴う以上、導入するのであれば、メリットをできるだけ大きく生かせるような形でなければ、導入の意義が薄れてしまう。現行制度よりも精緻な制度による正確な合算を求めることが取引アプローチ採用の最大の理由であるべきで、中途半端な形での採用は意味がない。そして、対象所得を現行よりも精緻に規定し、それを正確に合算することは、課税ベースの拡大に結びつくものと考えられる。

配当免税の導入によって歳入の減少が懸念されるが、それは第1には課税所得や国内事業そのものの、構造的な海外流出によるものである。我が国の税率がそのままであれば、企業グループ全体の税負担を考えた場合、課税は国外子会社段階で完結させる方が、その後の配当の有無に関わらず有利である。これまで内国法人が行なってきた取引や事業の海外移転、我が国から見た外-外取引（我が国を経由しない第三国間の取引）の増加、無形資産の外国での研究開発・保有などが考えられよう。

第2は租税回避（配当免税の濫用）による歳入減少である。我が国の課税所得を偽装的に外国に移転させたり、流入すべき所得を親会社の支配下のCFC段階に止めるものである。これに対しては租税回避防止規定、まさにCFC税制や移転価格税制などが防止ツールとなろう。しかし第1の構造的な問題は、租税回避防止規定では対処しきれない。

今般の配当免税導入は、海外で得た利益を国内還流させ、これを通じて国内産業への投資と振興、研究開発や雇用の促進、産業空洞化の阻止等を主要な目的として提唱された。しかし、外国で稼いで仕送りすることを奨励する配当免税は、既存の課税ベースのサイズの縮小を招く。英国は、課税ベースの「保護 (protect)」を新CC税制の主要な導入理由の1つとしたが、これは

配当免税により失われる歳入（上記の第1の減少）を、他の課税ベースの拡大によって穴埋めしようとしたかには感じられる。そして問題は、その手段としての新CC税制を、上記の第2の減少（租税回避）を防ぐための措置と位置付けたことではなかったか。

取引アプローチが最も有効に機能するのは、CFCの実効税率や実態等に関わらず、特定の種類の所得、例えば使用料所得を、世界のどこで発生していても全て合算する、という場面である。CFCが稼得する使用料の中には、所得発生場所の偽装により計上されるものもあろうし、自らがその地で研究開発して獲得した無形資産に係るものもあろう。このような所得を世界中で一律・縦割りに、正確に合算するためには、取引アプローチが優れている。英国の改正案では、子会社が行う商品取引の対価に含まれる使用料（例えばブランド料）相当額は切り出して合算する、という方針であった⁽¹⁵³⁾。これは、配当免税の濫用による既存の課税ベースの浸食（上記の第2の減少）の防止というより、自国課税ベースの拡大（代替財源の確保）と捉えることができるように思われる。これが取引アプローチの特性を最も発揮できる場面であり、取引アプローチは増加する事務負担と引き換えに、得意分野の機能を遂行するであろう。法人アプローチは、このような課税ベースの拡大には向いていない。我が国の場合でも、特定外国子会社等が知的財産等の保有を主たる事業としている場合には合算となるが、上記の英国のような例では、子会社の事業内容が販売に該当する限り、事業基準を満たさないことによる合算は行なわれない。

制度が租税回避防止を目的とする以上、取引アプローチにおいても、所得種類を定義する中などで、租税回避による所得とそうでないものを判別する規定が必要になる。現行の法人アプローチでは、知的財産を含む受動的所得を、足が速く、通常は租税回避を抜きにしては考えられない所得⁽¹⁵⁴⁾と位置

(153) IFA Green Budget 2008, p. 250。これに対し、重要な知的財産を事業の中核とする企業から強力な反対があった。

(154) 金子・前掲注(8) 441頁。

付け、その稼得を軽課税国において主たる事業として行なっているという要件で絞り込んで、租税回避を推認している。ここでは、「事業」という単位による判定が有効に機能していると考える。取引アプローチは使用料所得を正確に CFC の所得から抽出するが、さらにその中から租税回避に該当するものを抽出する要件を、取引や所得という観点から組み込むのは簡単ではないであろう。取引アプローチは課税ベースの拡大に向いている分、租税回避の否認を主目的とする CFC 税制としての適性はやや低いのではないか、と思われてならない。

3. 合算方式の併用

規模が小さく、単一の事業のみを行なう特定外国子会社等においては、合算方式による大きな差は生じない。CFC 税制に係る問題の内容や金額的規模からいえば、質・量共に高いのは大規模な多国籍企業等ということになる。このことから、負担の増加を伴う取引アプローチの適用を大規模な内国法人に限定する、という方法も考えられる⁽¹⁵⁵⁾。また、法人アプローチのデメリットを改善するために、複数の事業を営む CFC に限って取引アプローチを適用するという考え方もできる。さらには、法人アプローチと取引アプローチの2つのメニューを用意しておき、税務署長の承認等により、納税者の選択制にするなどの方法も考えられよう。

しかし、このような両方式の併用は、実務上は効率的とはいえない。制度は複雑になり、執行の安定性を欠き、また納税者間の不公平が生じる可能性が大きいなど、有効性に大きな疑問が残る。

4. 変更の条件

配当免税の導入は国際的⁽¹⁵⁵⁾二重課税の排除方法の変更であるが、一方、企業

(155) 英国の CFC 税制改正案では、EU の基準に従った「小規模企業」には、新 CC 税制を適用しないこととしている。しかし、そこでまた 1 つの線引きがされることになるため、それをめぐる適用回避が生じる懸念もある。

がより多くの利益を外国で稼ぎ、利益を日本に送金するという行動を、税法の面から推奨している制度ともいえる。ここでは、外国法人段階での課税を低く抑えることが、企業グループ全体の税負担の軽減に直接結びつく。このような状況の下で、CFC 税制は、企業の海外競争力を低下させないよう配慮する一方、租税回避の防止機能を高める必要がある。そして、最優先の課題として、制度趣旨と異なる合算もれ又は過大合算の可能性を残す現行の法人アプローチは見直されるべきであろう。

見直しの方法としては、第一に取引アプローチの採用が考えられるが、これまでの検討のとおり、理論的にも実務的にも両方式には固有の得失があり、どちらかが絶対的に優れているとはいえない。現行の法人アプローチは合算に粗さがあるが、制度が簡素で実務・執行の負担が少ない。さらに、軽課税 CFC の道具的利用への対抗や予防・牽制に効果が高いが、これは我が国 CFC 税制の趣旨、さらにはタックス・ヘイブンに対する国際的な潮流にも合致していると考えられる。

一方、取引アプローチは精緻な制度と正確な合算ができるが、それ故に複雑で実務・執行ともリスクや負担が大きい。さらに、租税回避否認型の CFC 税制とは相性があまり良くなく、むしろ歳入増加や一定の国外源泉所得への課税ベースの拡大という目的の下で、その能力を最大限に発揮するものと考ええる。従って、このような積極的な要請が国内に高まることが、取引アプローチへの切り替えの最大の条件となるのではないか。現行の法人アプローチの制度の粗さの補完、及び租税回避による現行課税ベースの浸食の防止を第一の理由とする限りは、取引アプローチへの変更は得策ではなく、現行の法人アプローチの枠組みを維持しつつ、その中で租税回避防止機能を高めていくことが必要であろうと思われる。この点については、第 5 章において、本稿での検討や考え方をできるだけ取り入れた、ひとつの提案を行なってみよう。

第4章 適用除外基準の再考

第1節 適用除外の意義

法人アプローチの下での適用除外基準は、CFC 税制の趣旨を実現する要である。そのため訴訟の数も多く、実務においても解釈や事実認定の問題が集中するところである。

我が国 CFC 税制は租税回避防止を趣旨とし、法人アプローチを採用することから、制度のターゲットとなるのは「租税回避に利用されている CFC」といえよう。適用除外基準の役割は、我が国株主が出資の過半を有し、租税負担割合が 25% 以下という形式的な要件で抽出される全ての特定外国子会社等の中から、「正常な海外投資活動を阻害しないため」に、「所在地国において独立企業としての実体を備え、かつ、それぞれの業態に応じ、その地において事業活動を行うことに十分な経済合理性があると認められる海外子会社等⁽¹⁵⁶⁾」を適用除外とし、消去法的にターゲットを絞り込むことである。

まず形式的な基準で CFC に大きく網をかけ、そこから 4 つの適用除外基準を全て満たすものを除外する形式であり、制度の趣旨は基準に凝縮されている。適用除外基準の機能は、取引アプローチにおける対象所得の種類の変換に対応するが、法人アプローチの下では、所得種類ではなく CFC 自体の種類・性格が判定される。

制度導入時の税調答申は、制度が阻害すべきではない正常な海外投資活動を具体的に判定する指標を、①独立企業としての実体の有無と、②その地に所在することの経済合理性の有無としている。「経済的合理性」はかなり広い概念であるが、趣旨は「これは、適用除外の基本的理念から生まれたもので、その本店所在地国において資本投下を行い、その地の経済と密接に関連して事業活動を行なっている場合には、その地に所在することについて十分な経済的合理性

(156) 税制調査会答申 昭和 52. 12. 20。

が推認し得る⁽¹⁵⁷⁾」という認識に立っている。

広い意味では、①の要件も、②に含まれると考えることもできよう。しかし、4つの基準は、それぞれが単独で制度の想定する「正常ではない CFC」の形態を示しており、両者を混同することは適切ではない。従って、実体のない軽課税 CFC に、租税軽減以外の存在理由（例えばその地では為替管理が緩いとか、多数の外国人船員の配乗が可能など）があったとしても、それが実体の不存在を正当化する理由にはならない。

第2節 適用除外基準の構造と問題点

1. 適用除外基準の構造

前述の税調答申が適用除外基準のエッセンスであり、4つの基準はこれをブレイクダウンしたものである。前半の「独立企業」が管理支配基準、「実体」が実体基準、後半部分が所在地国基準／非関連者基準であり、これらを判定するまでもなく、すべからく合算となるものの判定が事業基準である。そして、導入趣旨は、「この「十分な経済合理性」を業種に即して具体化したものが適用除外の規定であり、本税制の一大特徴をなしている。…業態によってあり得べき租税回避のパターンが異なると考えられる以上、業種別のアプローチをとることが相当と考えられた⁽¹⁵⁸⁾」とし、事業内容に基づいた構造が大きな特徴であるとしている。

適用除外基準は、①事業基準、②実体基準、③管理支配基準、④所在地国基準又は非関連者基準（主たる事業の種類によりどちらかが適用になる）の4つの基準で構成され、特定外国子会社等の主たる事業がこれら4つのうち1つでも満たさない場合は、特定外国子会社等の全所得が合算となる（法人アプローチ）。なお、④の基準だけを満たさないために合算となる場合には、合算対象金額から人件費の10%相当額を控除するという、中間段階の合算が

(157) 高橋・前掲注 (9) 133 頁。

(158) 高橋・前掲注 (9) 95 頁。

導入されている⁽¹⁵⁹⁾。各基準の概略は次のとおりである。

- ① 事業基準：主たる事業の内容が配当、利子、使用料などの受動的所得を稼得するものではないこと。特定外国子会社等が独立企業の実体を有するかどうかは問わない。
- ② 実体基準：本店所在地において、主たる事業を行なうに必要と認められる事務所等の固定施設を有すること。
- ③ 管理支配基準：本店所在地において、主たる事業の管理、支配及び運営を自ら行なっていること。
- ④ 非関連者基準／所在地国基準：他の基準を全て満たす場合、すなわち独立企業の実体を有する場合に、主たる事業の内容に応じて、次のいずれかの基準による。
 - ◆ 非関連者基準（卸売業、銀行業、金融商品取引業等）：主たる事業の取引を主として非関連者で行っていること。
 - ◆ 所在地国基準（上記以外の事業）：主たる事業が主として本店所在地国で行なわれていること。

大きな流れとしては、まず受動的所得を稼得する事業は法人実体や独立性の有無に関わらず全て合算、それ以外の事業についても、特定外国子会社等が実体を有さないか、有していても独立性を有さなければ合算する。さらに、独立企業の実体を有していても、事業活動と所在地国との地理的・経済的な関係が希薄なもの、又は関連者との取引が中心であるものが合算対象となる。導入趣旨は、所在地国基準／非関連者基準を適用除外基準の「支柱」としており⁽¹⁶⁰⁾、力点を事業実態のある特定外国子会社等の判定に置いているが、これは裏を返せば、実体や独立性のない特定外国子会社等が合算対象となるのは当然と認識しているということであろう。

(159) 本章第5節1. 参照。

(160) 高橋・前掲注(9) 132頁。

2. 事業を中心とした構造による問題

法人を単位とした判定である以上、その「事業」による区分は受け入れやすく、法人アプローチによる簡素な制度の利点を生かした方法である。しかし、国際取引の進展等により外国子会社の事業内容が複雑高度化してくると、この単純な区分方法では対処しきれない状況も生じてくる。特定外国子会社等の事業を巡る主な問題は、次の3点になろう。

(1) 従たる事業の連座⁽¹⁶¹⁾

合算判定は主たる事業に基づいて行なわれ、その結果は従たる事業から生じる所得を、その内容を考慮せずに支配する。このことから、主・従の事業に合算対象になるものと適用除外になるものが混在している場合、趣旨から外れた合算もれや過大な合算が生じることになる⁽¹⁶²⁾。

(2) 主たる事業の判定

特定外国子会社等が複数の事業を営んでいる場合、どれが主たる事業となるかの判定は、上記(1)の連座問題ともからんで、重要な判定である。判定は、収入金額、所得金額、使用人の数、固定施設の状況等を総合勘案⁽¹⁶³⁾して、事業年度ごとに単年度で行なうことになっている。しかし、これらの判定指針が明確とはいいい切れず、やや曖昧な部分を残している。また、隣接する問題として、特定外国子会社等が行っている取引が、判定の単位である「事業」といえるか、それとも他の事業に付随する取引に過ぎないのか、という観点から生じる問題もあげられる。この問題は、能動的事業どうしの比較よりも、能動的事業と受動的事業を比較する場合に生じやすいであろう。すなわち、事業基準の判定において問題になりやすいであり、特に株式や債券の譲渡によるキャピタルゲインが、他の事業から

(161) 第3章第2節2.参照。

(162) 占部裕典『国際的企業課税法の研究』175頁(信山社、1998)。

(163) 措置法通達66の6-8、66の6-17(注)。但し厳密に言えば、前者はCFCが欠損の場合の税負担割合(外国税率を使用する対象)に係る取扱、後者は適用除外基準のうち所在地国基準/非関連者基準の適用を選択する際の事業内容判定に係る取扱である。他の適用除外基準も主たる事業により判定することになるため(措置法66条の6③)、同様の総合勘案によるべきと解釈される。

生じる収入や所得を大きく上回るような場合に、問題の規模は大きくなる⁽¹⁶⁴⁾。

さらに、事業基準の判定に関しては、21年改正で特定外国子会社等が受領する配当所得に関する取扱が大きく変わったことにより、考え方を整理する必要のある部分が生じている。この問題は、本章第3節3.において検討する。

(3) 事業実態がある場合の業種の判定

所在地国基準／非関連者基準の適用に当たっては、主たる事業の内容が、税法に掲げるいずれの業種のカテゴリに該当するかを判定する必要がある。近年の国際的取引の複雑高度化により、過去にない形態の事業が登場してくると、判定が容易ではない場合も生じる。所在地国基準と非関連者基準は全く異なる観点からの判定を行なうため、いずれを適用するかで結果が全く異なる可能性がある。この問題については、本章第5節2.で検討する。

3. 主観テスト（動機テスト）

我が国 CFC 税制は、特定外国子会社等の定義と適用除外基準によって、租税回避が推認される CFC を絞り込む方式になっているが、このプロセスの中には、租税回避の意図の存在を直接の要件とする基準はない。そして、「租税回避の意図はないのに、形式的な要件に該当しただけで合算されるのか」「欠損は親会社で直接控除できないのか」という疑問⁽¹⁶⁵⁾が繰り返されている⁽¹⁶⁶⁾。

(164) 裁判例として、

① 静岡地判平 7・11・9 税資 214 号 362 頁（一審）、東京高判平 8・6・19 税資 216 号 619 頁（控訴審）、最判平 9・9・12 税資 228 号 565 頁（上告審）。

② 東京地判平 20・8・28 判時 2023 号 13 頁。

③ 東京地判平 20・10・3 公刊物未搭載。

④ 東京地判平 19・3・29 裁判所ホームページ

<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20071226195549.pdf> 等を参照。

(165) なお、納税義務者に係る問題であるが、「出資割合が低く、自らは特定外国子会社等を支配していなくとも合算されるのか」という疑問も同根であろう。

(166) 前掲注 (22) ①～③の他、熊本地判平 12・7・27 訟月 47 卷 11 業 3431 頁（適用除外基準の管理支配基準について争われた事件）の中にも同旨の原告主張が見られ

租税回避防止という観点から経済合理性があるということは、租税回避が目的ではなく、主な目的が他に存在するということである。従って、租税回避の意図がないという証明は、経済合理性があることの間接的な証明ともいえよう。英国 CFC 税制には、適用除外基準を満たさないことが確定した CFC について、租税回避の意思の不存在を納税者が証明すれば合算制度は適用されないという「動機テスト⁽¹⁶⁷⁾」が採用されている。

このような経済合理性の判定や主観テストに関し、判決は、①「…趣旨に鑑みれば、特段の明文の規定がないにもかかわらず、租税回避のおそれの有無という認定の困難な要件を…加えるべきとは考えられない⁽¹⁶⁸⁾」、②「租税法規は…文理解釈によっては規定の意味内容を明らかにすることが困難である場合に初めて、…目的的解释が行なわれるべきところ、…規定が設けられた趣旨目的から出発して、条文にない要件を付加して租税法規の適用範囲を限定しようとするものであり、しかも、その付加すべき要件自体が明確性に欠け、公平な解釈適用を確保することに困難が伴うものである…⁽¹⁶⁹⁾」、③「…適用除外要件を離れて、条文上規定されていない経済合理性という要件を用いてその可否を判断することになると、その適用における明確性及び法的安定性を害することとなる⁽¹⁷⁰⁾」等と示し、現行制度の下で租税回避の意思の有無を判定する必要性を認めていない。主観性が高く、認定困難な「租税回

る。

(167) Income and Corporation Taxes Act 1988, sec. 748(3)。テストには2つの要件があり、両者を証明することにより、CFC 税制の適用が除外される。要件は、(i) CFC に利益をもたらした取引が英国税額を減少させている場合に、それが当該取引の主たる目的の1つではないこと、及び(ii) 利益の付替 (diversion) により英国税額を減少させることが当該 CFC の主たる存在理由の1つではないことである。

ECJ の CS 裁定においては、英国 CFC 税制は EC 条約の定める自由を制約しているが、動機テストが「完全に偽装的な仕組」(租税回避)だけを抽出し、課税するための規定と解釈できるならば適用が正当化されると判示し、その解釈を英国裁判所に委ねた。その後、英国裁判所はボーダフォン事件において、CS 事件の判断に先行して、動機テストはそのような規定と解釈できないと判断した(第2章第1節参照)。

(168) 高松高判 16・12・7 訟月 52 卷 2 号 667 頁。

(169) 前掲注 (21) ①東京高判平 19・11・1。

(170) 前掲注 (164) ③。

避の意図の有無」の判定は、客観性の高い適用除外基準が代わって行なう方式になっているのである⁽¹⁷¹⁾。

なお、②の原審⁽¹⁷²⁾は、「もっとも、既に指摘した点に照らしてみれば、形式的には同条の要件（筆者注：適用除外基準）に当てはまる場合であっても、海外において子会社が独立した活動を行うことに合理性が認められ、租税回避行為とは評価し難いような事情が存する場合にまでタックスヘイブン税制を適用することは許されないものというべきである」と判示し、適用除外基準を超越する経済合理性の直接判定の可能性を肯定しているが、これには疑問を抱かざるを得ない⁽¹⁷³⁾。

租税回避の動機や目的を確認するための主観テストは、一般的租税回避否認規定の議論においては中心的テーマである。しかし、租税法律主義を維持しつつ、そしてCFCの法人格を前提としつつ、タックス・ヘイブンを利用した租税回避の防止に限定した個別的否認措置⁽¹⁷⁴⁾として導入され、予見可能性や法的安定性を重視しつつ、簡明な制度を旨とした我が国⁽¹⁷⁵⁾では採用されていない。

ECJはCS裁定において、「完全に偽装的な仕組」が客観的に明らかである必要があることを強調する一方、課税当局は証明が難しく法的な曖昧さを招く主観的な動機を求めるべきではないとした⁽¹⁷⁶⁾。実体基準と管理支配基準だけで判定するECJ方式の下では、これらの基準を満たさないという客観的事実が、まさに納税者の主観（租税回避目的）をも証明しており、この上あえて動機の有無を問う必要はなくなる。この点については、我が国の適用除外基準も同様の考え方によっていると思われる。問題は事業実態がある場合であろうが、我が国はこれも、客観的な要件（所在地国基準／非関連者基準）

(171) 本庄・前掲注(27)『租税条約の理論と実務』431頁。

(172) 前掲注(164)④。

(173) 今村隆「タックス・ヘイブン対策税制の課税要件と立法趣旨」租税研究2007年11月126頁。

(174) 金子・前掲注(8)439頁。

(175) 高橋・前掲注(9)91頁。

(176) CS裁定の法務官意見パラ119。

の充足により判定する姿勢を貫いている。主観テストは、制度の合目的性を担保する有効な基準であることは確かであるが、この基準の採用は予見可能性や執行の安定性と引き換えになる。制度趣旨の観点からも、また実務的な観点からも、動機や目的の存在証明といった主観的な要件は今後も設定しない方が良いのではないかと思われる。

仮に主観テストを導入するとすれば、その立証責任は、当該 CFC やその取引を最も良く承知している納税者側が負うものでなければならない。さらに、行為の定義がわからなければ動機の有無も語れないため、「租税回避」の明確な定義も必要になる。そして、その上で挙証責任付の主観テストを導入しても、現実には「何が証明されれば基準を満たすのか（動機なしといえることになるのか）」という議論と意見の相違が多発し、法的安定性が後退することは確実であろう。

第3節 事業基準

1. 概要と問題点

事業基準は受動的所得を生じる事業内容を列挙して、それらが主たる事業である特定外国子会社等を合算対象とするものである。措置法 66 条の 6 第 3 項には、株式若しくは債券の保有、工業所有権その他の技術に関する権利、特別の技術による生産方式若しくはこれらに準ずるもの若しくは著作権の提供又は船舶若しくは航空機の貸付けがあげられている。措置法は、形式的にはこれを適用除外基準としてではなく、適用除外の「検討対象外」として規定している。従って本基準は他の基準と同列ではなく、それらに優先するものと考えられるが、本稿では適用除外の総則的な規定と捉え、基準の 1 つとして扱うこととする。

受動的所得は足の速い所得の代表として、各国 CFC 税制の対象となっている。受動的所得を生じる事業は、その性格からして我が国においても十分行ない得るものであり、わざわざ外国の軽課税 CFC で行なうことについて、税

負担軽減以外の積極的な経済的合理性を見出すことは困難であり⁽¹⁷⁷⁾、これらを主たる事業とする特定外国子会社等の設立は、通常、租税回避を抜きにしては考えられないという理由に基づく。

事業基準は、特定外国子会社等の実体等の有無を問わず適用される。しかし、現地での事業実態に一定の配慮をするという視点からは、特定外国子会社等が受動的事業者であっても、真に実体や管理支配が備わっている場合には配慮が必要という考え方もあり得よう。また、受動的所得の所得源泉ないし属性が事業所得的な場合、例えば製造業などの正常な海外事業を営む他のグループ法人に特定外国子会社等が運転資金を貸し付けて得る利子所得などは、CFC 税制上は受動的所得ではなく能動的所得として取り扱うべきである⁽¹⁷⁸⁾、と考えることもできる。取引アプローチを採用し、精緻な制度設計をする場合などは、このような精緻な定義の検討も必要になる⁽¹⁷⁹⁾。

しかし、資産管理会社の実体を現地に備えるにしても、それは一般的には他の事業に比べてはるかに容易なことであろう。また、法人アプローチの下では、資金貸付という当該特定外国子会社等の行為形態が重要な要素であり、その行為は我が国においても十分可能なのであって、むしろ問題はある管理会社の物理的な所在地国よりも、その資産がどこで運用されているかという点であると思われる。実態のある管理会社の居住地と資産の運用地が一致している場合には、一定の配慮が必要とも考えられる。

なお、ECJ は、キャドバリー・シュウエップス事件の先決裁定において、CFC 税制適用に関して英国等が主張した「軽課税国で行なった行為は、自国でも行ない得るものであった」という理由を、裁定の中で再三否定している。

(177) 高橋・前掲注 (9) 130 頁。

(178) Arnold, *supra* note (60) p. 452。現行規定で考えれば、これを能動的所得として取り扱う場合には、他の基準による判定に服させるかどうか検討する必要がある。なお、利子と同様、配当についても同様の考え方ができるが、21 年改正で二重課税排除という観点から特定外国子会社等が受け取る子会社からの配当が合算対象金額から控除されることになり、この問題は解消した。

(179) その場合、CFC の所得の源泉をさらにトレースする必要が生じるが、この事務負担は非常に大きいものになる。

ECJ が示した、EU 域内で CFC 税制が適用可能になる要件に従えば、現地に実体と管理支配を有する資産管理会社は、CFC 税制の対象にはならないと思われる。しかしこれは、ECJ が EU 域内市場という理念を基に判断しているためと考えられる。域内市場は、経済的にはいわば 1 つの国であり、その中で経済活動の自由を保障する立場からは、「我が国でも行なえるのに」などという理由は成立しないのであろう⁽¹⁸⁰⁾。

さらに、事業基準に関しては、事業内容の判定や 21 年改正を巡っていくつかの重要な論点があげられる。受動的所得を得る事業を主たる事業と判定する基準、合算対象所得から控除される配当所得を有する特定外国子会社等(特に持株会社)の事業の判定、事業と付随取引の区別、キャピタルゲインと合算の二重課税などである。以下、これらの論点を検討していく。

2. 主たる事業の判定を巡る問題

(1) 足の速さと総合勘案

受動的所得は、利益の発生地を容易に操作できる足の速さ(モバイル性の高さ)が合算対象とされる所以であり、他の事業を営む法人にも簡単に兼業させることができる。そして、必要な固定的施設や専従の人員などは極めて少なくて済む性質のものである。このような受動的所得を生じる事業が、例えば製造業のような地に足の着いた(人員や目に見える多くの設備投資が必要な、存在感のある)事業と、総合勘案という形で比較された場合、どちらが主たる事業と判定されやすいであろうか。仮に収入ないし所得では受動的所得が過半を占めていたとしても、人員数や設備の存在感で勝る製造業の方が、主たる事業と認定される可能性も高いのではないかと⁽¹⁸¹⁾。結局、事業収入を大きく凌ぐような多額のキャピタルゲインでも発

(180) しかし、貸付先や運用場所が全て EU 域外で、統一市場の経済には直接関係ないような状況下では、ECJ はどのように判断するであろうか。

(181) 複数の裁判例(前掲注(164)の各事件参照)で、受動的事業が主たる事業と認められているが、いずれの場合も極めて大きなキャピタルゲインが問題になっており、それと比較して他の事業の規模があまりに小さいという共通点がある。

生しない限り、他の能動的な事業を兼業している場合の多くは、資産保有が主たる事業にならず、そこから生じる受動的所得は、本来は合算のターゲットであるにもかかわらず、現実にはほとんどが合算もれになっているのではないだろうか。配当免税の下で、利益発生地移転のインセンティブが増加することから、事業の組み合わせ次第では相当な合算回避が可能となる現状は、極力改善する必要がある。

1つの改善案としては、事業基準における主たる事業の判定を、収入金額又は所得金額だけの多寡だけで行う、という方法に変更することが考えられる。受動的所得の合算を積極的に行なう姿勢⁽¹⁸²⁾であり、相当思い切った割りきりで、実際には実質を反映しないケースも生じる可能性はあろうが、むしろ判定面での混乱は少ないようにも思われる。しかしこれは根本的な解決とはとても言い難く、「主たる事業」判定そのものを見直す方策が求められるところである。

(2) 事業と付随する取引との区別

株式など、受動的所得を生じる資産の保有が、適用除外判定の単位となる事業か、それとも他の事業に付随して生じるもので、単独の事業には該当せず、それが付随する本業の判定に従うかという問題⁽¹⁸³⁾に関する判定基準は、現在のところ明確とはいえない。能動的事業どうしならば判定は比較的容易であろうが、事業実態がある特定外国子会社等が、複数のアクティブ事業を兼業する例は、実際にはそれほど多くないと思われる。しかし、能動的事業は受動的所得の発生を伴うことが多く、また事業を行ないながら別途株式も保有する（子会社株式であれポートフォリオであれ）という例は多く存在しよう⁽¹⁸⁴⁾。

(182) 現状では、少なくとも、受動的事業の収入ないし所得が他の事業より小さい場合には、受動的事業が主たる事業と判定されるケースはほとんどないであろう。

(183) 占部裕典「特定外国子会社等の「株式の保有」とタックス・ヘイブン対策税制の適用」同志社法学 328号 199頁 (2008)。

(184) 商品流通のハブとして、内国親会社と外国販売子会社との間に入る地域統括会社などは、その一例になろう。

能動的事業から生じた余剰資金を一時的に他に貸し付ける（投資する）場合などは、受動的所得ではなく、能動的所得の一部として取り扱われるべきであるとも考えられる⁽¹⁸⁵⁾。しかし、特定外国子会社等の事業から生じた余剰資金ではなく、別途手当された資金による取引では、これを特定外国子会社等の他の事業に付随すると見るか、又は独立した事業と見るかについての判定基準は整備する必要がある。

現行制度では、能動的事業を行なう特定外国子会社等に対して別途手当された資金の額が小さかったり、資金に係る運用収益が通常以下のものであれば、それが能動的事業を凌駕して主たる事業と判定されることはほとんどないであろう。しかし、受動的所得が大きい場合、それが他に付随する取引か、独立した事業かの判定は、大きな違いを生む。能動的事業に付随する取引であれば能動的事業の判定に従うため、適用除外の可能性が大いにあるが、独立した事業となれば、主たる事業と判定され、合算となる可能性が生じる。その場合は、能動的事業に係る所得も連座して合算となる。このようなケースはむしろ例外的であり、多額のキャピタルゲインが生じる場合か、能動的事業が休業状態に近いような場合などに限られるとは思われるが、一旦生じれば課税規模が大きい⁽¹⁸⁶⁾。

付随する取引に該当するかどうかは、主たる事業の判定と同様の見地からの総合勘案となると思われるが、付随というからには、主たる事業に対する従属性が強く求められよう。そこから生じる利益をグループ全体の事業のために使う、という程度では不足のように思われる。少なくとも、その利益の大半が、当該特定外国子会社等の主たる事業に直接的に、しかも短期間のうちに再投下される必要がある。主たる事業の判定は事業年度ごとに行うため、この再投下のタイミングは、原則的には同じ事業年度内か、せいぜい翌年度までに限るくらいが良いのではないか。

なお、親会社等が別途手当した資金や資産に基づく多額のキャピタルゲ

(185) Arnold, *supra* note (60) p. 455.

(186) 裁判例としては、前掲注 (164) の各事件を参照。

インなどについて、確実に当該特定外国子会社等の能動的事業へ投下されるのであれば付随的取引と認める、という可能性を追求するならば、圧縮記帳的な発想が応用できると思われる。

例えば、資産の譲渡等により、一時に多額のキャピタルゲインが発生した場合で、①その特定外国子会社等が株式保有以外の能動的事業を行っており、当該キャピタルゲインがなければそれが主たる事業となる状況で、かつ、②当該キャピタルゲインの大半を、今後短期間（例えば発生後1年以内とか翌事業年度中など）のうちに、現地の能動的事業に投下することが決まっている場合などは、申告前の事前承認や申告書への記載により、そのキャピタルゲインを合算所得に一旦含めないでおく。そして、翌年の申告で予定通りの投資が行なわれている場合には、投資された部分は合算対象とせず、残った金額だけを合算する。

このような方法は、例外的に多額のキャピタルゲインが発生する場合の課税の緩和策となりえよう。ただし、翌年の資金利用状況の証明や事実確認のために、納税者・課税庁双方の負担が生じることになる。

3. 持株会社の取扱

(1) 子会社配当の合算対象金額からの控除（21年改正）

21年改正前の制度では、特定外国子会社等が自分の子会社から受領する配当所得も、原則として合算対象金額に含まれていた。当該子会社の事業内容は問わないため、その配当が子会社の稼得した能動的所得を原資としており、当該子会社が適用除外に該当するのもであっても、特定外国子会社等（持株会社）に配当された段階で合算対象となっていたのである。

しかし、21年改正により、合算対象となる持株会社を受領する子会社からの配当は、原則として合算対象金額に含めないこととなった。配当免税の趣旨を汲んだ改正である。合算金額に含めない配当とは、当該持株会社が25%以上を6ヶ月以上保有する（我が国で免税になる配当と同じ要件を満たす）子会社からの配当か、又は子会社の段階で、CFC税制により既に

我が国株主に合算された所得を原資とする配当である。従って、持株会社が子会社からの配当以外に収入がない場合（純粋な持株会社の場合）には、その配当の全額が合算対象金額から控除される結果、合算金額は生じないことになる。

この改正により、軽課税の持株会社が維持しやすくなり、企業グループの海外事業ストラクチャーにおける選択可能性が広がることにつながるであろうと考えられる。

(2) 持株会社が従たる事業を有する場合の矛盾

しかし、持株会社が他に従たる事業、例えば商品の仕入販売やサービス業などを兼業している場合は、事情が異なってくる。控除可能な子会社配当の有無に関わらず、特定外国子会社等の合算判定はその事業内容により行なわれるため、株式の保有を主たる事業とする特定外国子会社等（持株会社）は事業基準により合算対象となり、従たる事業から生じる所得は連座する。従たる事業も合算対象となるべき事業であれば問題ないが、そうでない場合は、そもそも合算判定の基となった主たる事業（株式保有）から生じている所得が合算対象にならない（控除される）にもかかわらず、適用除外たる性質を有する従たる事業の所得だけが合算されてしまうことになる⁽¹⁸⁷⁾。現象的には大きな矛盾を抱えることになり、法人アプローチによる連座合算という欠点がさらに拡大することになる。

(3) 回避策

このような矛盾を回避するためには、主たる事業の判定において、控除対象となる子会社株式やそれに基づく配当額を考慮しないという方法が考

(187) 例えば特定外国子会社等が持株会社として100%出資の子会社株式（投資額5,000）を長期間保有し、連年300の配当がある。また、この他にも特定外国子会社等は卸売業（投資額500、適用除外に該当）を営んでおり、収入は毎年100であるとする。

この場合、事業基準により主たる事業が株式の保有と判定され、合算対象となる可能性が高いであろう。改正前の制度なら合算額は400となるが、改正後は受取配当の全額300が合算金額から控除されるために100となる。すなわち、主たる事業とされた株式保有から生じる所得は全く合算されず、連座する適用除外事業から生じる100のみが合算されるという状況が生じる。

えられる。具体的には、「合算金額から控除される子会社からの配当は特定外国子会社等の収入金額とみなさない」、「それに対応する資本投下（子会社株式に係る原価や費用）や人員は事業基準の総合勘案上、考慮しない」という前提で総合勘案を行うことなどが考えられる。このような細かい対応により、従たる事業に係る所得だけが合算されてしまう状況は回避できよう。株式の保有を事業としている特定外国子会社等の判定は、ポートフォリオ投資に係る事業だけに基づいて行なうということになる。また、上記2.（1）で、事業基準における主たる事業の判定を収入金額だけで行なうという思い切った可能性を述べたが、その前提で上記の方法を採用すれば、判定基準は一層簡潔明瞭になるであろう。

しかし、この方法では、事業内容よりも現実の合算対象金額の多寡を判定基準として重視することになり、事業内容による判定という適用除外基準のそもそもの趣旨から離れることになる。持株会社段階での子会社配当の控除は、配当免税の趣旨に則った二重課税排除手段に過ぎない。特定外国子会社等の主たる事業が株式の保有であることは変わらないのに、事業内容による判定結果を歪める可能性がある。対症療法的な制度修正であるとの批判は免れないだろうが、21年改正により生じる可能性のある上記の現象的な矛盾には、制度として何らかの手当てをする必要があると考える。

4. キャピタルゲインと合算の二重課税

内国法人が、過去に合算実績のある特定外国子会社等の株式を譲渡してキャピタルゲインを得た場合には、内国法人において過去の合算と特定外国子会社等の株式の譲渡益課税が重複し、二重課税の部分が生じる可能性があるが、その排除措置が講じられていないという重要な指摘がある⁽¹⁸⁸⁾。導入趣旨によれば、「我が国の税法は、株式の売却益についてその全てが法人の留保

(188) 占部・前掲注(183)258頁以下。占部教授は、諸外国の排除規定を引用しながら、明らかな法的二重課税が生じている場合に、それを排除する規定を有しない我が国CFC税制は憲法14条違反であり、課税庁はこのような状況下での適用は控えるべきとしている。

利益からなるものとは考えていないことから、一般の収益と同様に課税することとして」いるため、特定外国子会社等の株式に特有の状況を考慮しても、「本税制においてのみキャピタル・ゲインについて特別な取扱いをすることは適当ではない⁽¹⁸⁹⁾」ことから調整措置は講じていないとしており、この内容は通達⁽¹⁹⁰⁾で確認されている。この問題を扱った判決⁽¹⁹¹⁾は、同様の趣旨に基づき、「…直ちに二重課税が生じているということとはできないから、…課税が違憲又は違法であるということとはできない」としている。

過去に合算課税の実績（未実現利益に係る先行の課税実績）がある特定外国子会社等の株式を譲渡する場合、その納税実績（合算時の税金）は、それが第三者相手のビジネスであれば、価格決定に当たって当然考慮されるであろう。また、相手が内国法人や居住者なら、譲渡後も相手先において、当該特定外国子会社等に係る合算課税が生じることが想定されることなどから、譲渡価格は、その時点での純資産を単純に反映したものになるとは考えにくい。すなわち、売買価格の段階で、合算とキャピタルゲインとの二重課税は調整されるのが通常ではないかと思われる。

しかし、特定外国子会社等の譲渡に特殊な目的のある、グループ内取引等なら別かもしれない。特定外国子会社等は、基本的には閉鎖的で、第三者への譲渡の対象にはなりにくいであろうが、グループのリストラなどで譲渡されることはあろう。しかし、このような場合は、合算以前に譲渡価格自体に問題がある可能性も考えられるため、利益供与的な観点からの検討も必要になる。

この問題は、今後の制度を考える上での課題であるが、特定外国子会社等が所有する子会社株式に係る受取配当と譲渡益についても同様の問題が生じるため⁽¹⁹²⁾、両者間の整合性を取る必要もあり、慎重な検討が必要であろう。

(189) 高橋・前掲注 (9) 179 頁。

(190) 措置法通達 66 の 6-24。

(191) 前掲注 (164) ③。

(192) 21 年改正で、持株会社である特定外国子会社等が受領する配当は合算対象金額から控除されることになったが、当該持株会社はその子会社株式を譲渡して得たキャ

第4節 実体基準と管理支配基準

1. 実体基準

実体基準は、特定外国子会社等がその本店所在地において、その主たる事業を行なうに必要と認められる事務所、店舗、工場その他の固定施設を有していることが要件となる。判定は事実認定によるところが大きいであろうが、この基準を満たす固定施設の規模や機能についての細かな規定はない。管理支配基準との関係からは、少なくとも主たる事業の管理支配が行なえるだけの実体は必要ということになる。また、所在地基準との関係からは、事業活動を主としてその地で行うことができるだけの実体が、本店所在地に存在することも必要になる。もちろん、固定施設の種類や規模と事業活動の内容や規模が完全に比例するとは限らないため、これらは実体基準の要件ではなく、考え方に止まるものである。しかし、本店所在地に何か施設があればそれで良い、というものではない。

実体の有無は租税回避否認の根本的な問題であり、しかも形式的に充足し易い場合があるため、実務の観点からは厳格な姿勢が必要である。現行制度では、主たる事業に係る固定施設の存在が要件となっているので、複数の事業が行なわれている場合、従たる事業のための立派な施設があってもそれは考慮されず、専ら主たる事業との関連で判定することになる。また、主たる事業が適用除外に該当していれば、従たる事業が実態のないペーパー事業であっても合算を免れてしまうことになる。配当免税によって外国事業に係る租税軽減のインセンティブが高まると、このような状況を恣意的に利用するケースが懸念されるため、対策が必要である。

2. 管理支配基準

特定外国子会社等が、主たる事業の管理支配及び運営を、「その本店所在地

ピタルゲインは控除されず、当該持株会社の内国親会社に合算されることになる。

国において、「自ら」行なっていることが要件となる。措置法 66 条の 6 第 3 項は、実体基準と本基準を合わせて、特定外国子会社が「固定施設を有するものである場合」とまとめており、両基準により、物理的な面と機能的な面から、特定外国子会社等の独立企業としての実体の存在を判定するものである。判定に係る通達⁽¹⁹³⁾では、株主総会、役員会、役員としての執務、会計帳簿の作成・保管等の場所並びにその他の状況を勘案して行なうこととされている。客観性を重視して「場所」としていると思われるが、現実的には業務の専門知識、契約や社内意思決定に係る権限を備えた者の常駐など、人的な資質・権限の現地での存在という面がもう少し強調されても良いのではないか。

また、特定外国子会社等が管理支配基準を満たさない場合のほとんどは、その管理支配は我が国の親会社で行なわれているであろう。我が国親会社が事業を管理支配しているならば、居住性判定における管理支配地主義的な発想から、特定外国子会社等の所得をその親会社に合算するという図式もわかりやすい。管理支配地主義は、軽課税 CFC を利用した租税回避の対策ともなるものであり、その観点からは、特定外国子会社等が我が国で管理支配されていれば我が国の居住者となり、当然に全所得が課税対象となる。

しかし、CFC 税制における管理支配基準は、実際の管理支配地が我が国でなくとも、所在地国で行なわれていなければ合算課税が生じるが、合算金額は持分割合に基づくのであり、結果は居住者としての課税とは異なる。管理支配地主義の精神が CFC 税制に取り入れられ、特定外国子会社等自体の現地での居住性の不存在（居住地国における独立性の不存在）を判定する基準として使われているものと考えられる。

3. 両基準の整理

管理支配運営の有無を問題にする場合、少なくとも本店所在地国に実体基

(193) 措置法通達 66 の 6-16。

準を満たすだけの固定施設と人員を有し、事業活動が行える状態であることが前提にならう。導入趣旨では、現地における人員の存在は管理支配基準の要件とされているが⁽¹⁹⁴⁾、ECJの完全に偽装的な仕組に係る判定基準では、現地における人員（staff）の存在は、建物（premises）や設備（equipment）と同列の要素とされており⁽¹⁹⁵⁾、管理支配の判定はその人員の能力や権限の有無が要件となっている⁽¹⁹⁶⁾。さらに、CS裁定の法務官意見では、「必要な決定が子会社段階で行なわれていなければ、子会社は単なる役務実施の道具（a mere tool of execution）以外の何者でもないことになり、それは当該役務が子会社所在地国で行われたことにするための、完全に偽装的な仕組に該当するとみなされる⁽¹⁹⁷⁾」としている。CFCに人員を含む実体があっても、それだけではまだ単なる道具に過ぎず、CFCが真にその地で事業活動を行っていると認められるためには、業務の指揮・遂行に係る能力や決定権を有する者の現地での存在が必要とされていることが読み取れる。我が国においても、現地での人員の存在は実体基準の要件であると整理した方が良いのではないかと考える。

なお、その場合、管理支配基準はむしろ所在地国基準や非関連者基準と同列の、経済合理性の有無を判定する基準とも考えられる⁽¹⁹⁸⁾。しかし、独立企業を前提として、その取引内容や業態により合算の必要性を判定する所在地国基準等と、独立性そのものを問う管理支配基準には、明らかな違いがあるのではないか。ECJのCS裁定の直後に改正された英国CFC税制では、管理支配地主義を満たさなくとも、現地の人員により現地で創出された純経済価値がある場合には合算額から控除できるとされたが、この取扱はCS裁定の内容との関係で疑問が残る（第2章第1節5．参照）。我が国制度でも、管理支

(194) 高橋・前掲注(9) 132頁。

(195) CS裁定の法務官パラ112、CS裁定パラ67。

(196) CS裁定の法務官パラ113。

(197) CS裁定の法務官パラ113。

(198) 中里実「タックス・ヘイブン対策税制の適用除外要件」ジュリスト 1992. 3. 15 (No. 997) 106頁。

配基準を満たさない場合を所在地国基準／非関連者基準と同様の人件費10%控除の対象にすべきとは思われない。さらに、管理支配地主義的な観点からも、管理支配基準を満たさない場合は全額を合算対象とすることが合理的と思われる。

4. 事業内容の把握

実体基準・管理支配基準の判定に際しては、事業の内容によって固定施設や管理・支配・運営の実務は異なるため、主たる事業の内容の見極めが必要となる。しかし、ここで行なうべき事業内容の見極めは、「業種」の判定とは異なることに留意しなければならない。事業内容を表す業種名（卸売業、銀行業等）への当てはめは、所在地国基準又は非関連者基準の適用を区分する場合の作業であり、その原則的な指針として「日本標準産業分類」が措置法通達66の6-17に示されている。しかし、他の基準については、主たる事業の内容を具体的に把握し、それに則した判定が求められているのであって、「何業に分類されるか」は関係ない。例えば事業基準において、株式の保有が主たる事業であるかどうかの判定は、日本標準産業分類における「純粋持株会社⁽¹⁹⁹⁾」に該当するかどうか、という観点とは異なる。特定外国子会社等が行なっている事業を卸売業と呼ぶかサービス業と呼ぶかで、現地での実体や管理支配運営の有無に係る判定結果が変わるものではない。管理支配基準に関する裁判例にも、「親会社たる原告の管理支配を離れ実質的に原告から独立した法人としての立場で本店所在地国たる香港においてその事業活動を行っていたと見られるか否かを、その事業活動の実態に即して直截に判断すれば足りるものと考えられる⁽²⁰⁰⁾」と判示されたものがある。

(199) 分類番号7282、「本業を持たずに、他社の事業活動を支配する事業所をいう」とされる（平成19年11月改定版による）。大分類L「学術研究、専門・技術サービス業」、中分類「専門サービス業」、小分類「経営コンサルタント業、純粋持株会社」、細分類「純粋持株会社」。

(200) 東京地判平2・9・19税資180号582頁。なお、東京高判平3・5・27税資183号811頁（控訴審）、最判平4・7・17税資192号98（上告審）は原告請求を棄却。

第5節 所在地国基準／非関連者基準

これらの基準は事業実体と管理支配の存在を前提とし、その上でまず特定外国子会社等の事業の種類（業種）を判定して、それに応じて所在地国基準又は非関連者基準を適用することになる。これらはいずれも、その地を課税地とすることの経済合理性を判定するためのものである。所在地国基準を原則とし、主たる事業を主として本店所在地国内で行なっていること、すなわち事業の本店所在地国経済に対する関連の密度が、その地に所在することの経済合理性の証となる。しかし、事業活動が国際的にならざるを得ない業種に対しては、地場経済との密着性よりも、事業活動の太宗が関連者以外の者との取引から成っているかどうかで判断する⁽²⁰¹⁾非関連者基準が定められている。これは、租税回避には多くの場合、グループ間取引が利用されるという認識に基づいている。

このような現地経済との結び付きという考え方は、CS 裁定にも見られる。ECJ は、CFC 税制は EC 条約の定める設立の自由を制約しているが、その制約が正当化される（CFC 税制が適用可能である）か否かの検討に当たっては、EC 条約が設立の自由を保障している目的⁽²⁰²⁾を十分考慮する必要があるとする。その目的とは、現地で活動することによる共同体への経済的参加であり、この目的が達成されていない場合だけを合算対象とする制度になっているならば正当化されるのである。しかし ECJ は、CFC と所在地との地縁の存在を CFC の実体と管理支配にしか求めていないため、独立企業の実体のある CFC が EU 域内の他の加盟国内で活動している場合に、本店所在地国での事業活動がないからという理由で合算するような制度は正当化されないと考えられる⁽²⁰³⁾。

(201) 高橋・前掲注 (9) 133～134 頁。

(202) 裁定パラ 52・53。パラ 53 は次のように述べる。「その目的とは、加盟国の国民に、他の加盟国内で活動するための拠点の設置を認め、事業者 (self-employed persons) としてその地で活動することによる共同体への経済的・社会的な参加を支援することである。そのため、設立の自由は共同体の国民に、継続的な形で、親企業の所在地国以外の加盟国の経済に参加し、利益を得ることを認めるものである。」

(203) セントロス事件 (Case C-212/97, [1999] ECR I-1459) の裁定では、ある加盟国に法人を設立し、他の加盟国にその支店を設置する場合、EC 条約の会社設立の自由が

また、事業実態の存在を前提とするこの基準の特色として、現地事業から生じる標準的な利益までは合算対象とはしないという考え方が 17 年改正で取り入れられている。

1. 17 年改正の意義

平成 17 年の税制改正で、適用除外基準のうち所在地国基準又は非関連者基準だけを満たさないために合算対象となる特定外国子会社については、合算対象金額から人件費（損金算入されるものに限る）の 10%相当額を控除することとされた。この改正の趣旨は次のように説明されている。

「…その子会社等が軽課税国等において実体を備えるなど一定の要件を満たし、かつ、実際に従業員がその地で事業に従事しているときには、全ての適用除外基準を満たしていなくても、その国において事業を行うことについて一定程度の経済合理性を認めることが可能であり、その限りにおいて適用対象留保金額を調整することとするものです。具体的には、…事業基準、実体基準及び管理支配基準を満たす特定外国子会社等については、その事業に従事する者の人件費の 10%（わが国の産業全体の平均的な人件費利益率と同水準）相当額を適用対象留保金額から控除することとされています⁽²⁰⁴⁾。」

この説明では「人件費利益率」の正確な内容が明確ではないが、人件費に対する営業利益等の割合であるとして、もし特定外国子会社等の人件費利益率が我が国の平均値（10%）と等しければ、特定外国子会社等の利益と控除額は等しくなり、合算対象金額は生じないことになる⁽²⁰⁵⁾。「事業実態があれば、そこから生じる通常の利益の範囲には課税しない」という考え方であり、

保障され、その法人の設立が形式的なものであり、他の加盟国の支店で全ての業務が行なわれているという事実は重要ではない、と判示している。しかし、事業の大半が EU 域外の支店で行なわれている場合には、ECJ はどう判断するのであろうか。

(204) 住澤・前掲注（100）301 頁。

(205) 従たる事業の状況、営業外損益等、税務調整などが加わるので、完全一致するものではないであろう。

結果的には、所在地国基準／非関連者基準も充足したために合算対象にならなかったのと類似の効果が生じる。人件費の10%という金額を、現地での経済合理性のある事業活動を通じて生み出される通常の利益を考え、これを控除してなお残る所得を、いわば「経済合理性のある事業活動以外から生じた利益」とみなし、その部分を合算対象とするものである。利益発生地の操作等により、親会社や他のグループ法人等から移転された所得があるとすれば、まさにここに含まれるという考え方であろう。

現地に実体と管理支配が存在するならば、それに従事する役員・従業員等が必ず存在するはずなので、一定の減算は必ず行われるということになる。一方、10%という平均値を一律に適用することから、特定外国子会社等の事業内容によって有利・不利が生じる可能性はある。人件費利益率が15%の特定外国子会社等では、控除し切れない5%部分が合算額に含まれることになるし、人件費利益率が実際には10%より低い、それ以上の利益を計上している場合（従たる事業から多額の利益が出ていたり、所得の偽装的な移転がある場合など）は、控除額を流用できることになる。この控除額計算を、より精緻なものにしようとするならば、特定外国子会社等の業種に係る人件費利益率の平均値を使うことや、当該特定外国子会社等の過去数年の人件費利益率の平均（実績率）を使う方法などが考えられよう。

この改正の意義は、2つの観点から評価できる。1つは、それまで「全てか無か」の合算しかなかった硬直的な法人アプローチに取引アプローチ的な要素を取り入れ、中間段階の合算を創出して、実質的に制度を緩和しつつ、柔軟性を付加したことである。2つめは、外国における事業実態の存在を重視するという方向を明確に示したということである。適用除外基準の支柱をなすものとされてきた所在地国基準／非関連者基準の存在感が、他の基準に比べて相対的に低くなったということもできよう。主として本店所在地国で事業を行っていないくとも、又は関連者だけとしか取引していないくとも、事業から生じる平均的な所得までは合算対象とせず、そこから頭が出た部分だけを対象とするという大きな制度の緩和をもたらしたこの改正は、大きな意

義を有する。

第2章で述べたとおり、ECJのCS裁定を受けた英国は迅速な改正を行ない、EEA域内においては、現地での真正な経済活動から生じる純経済価値を合算額から減額できることとした。この改正は、我が国の人件費10%控除と同旨であり、控除額の計算をさらに精緻化したものである。ECJのCS裁定により、事業実態のあるCFCの所得を合算する道を閉ざされた英国は、この方式により、事業実態のあるCFCにその事業とは別種の形式的な取引を付加することによる合算回避を防止しようとしたのであろう。これは、我が国でも懸念される、「主たる事業が適用除外に該当する特定外国子会社等に、そのステータスを変更しない程度に実態のない取引を行わせることによる合算課税の回避」の問題である。それとともに、この方式によれば、事業実態のあるCFCに自らの能力で稼得できる以上の利益が計上されている場合、その「他者から移転されたと思われる利益」部分を否認することもできる。しかし、この英国の改正は、ECJの裁定に違反しているという批判をまぬがれないであろうことは、前述（第2章第1節5.）したとおりである。

しかし、このような方法によれば、法人アプローチをという大枠を維持しながら、結果を取引アプローチに近づけることができる。一旦全額を合算した上で、適用除外として定義された所得（英国では純経済価値、我が国では人件費の10%）をそこから控除するという消去法的な取引アプローチである。英国の改正内容はECJの考え方とは相容れないし、また純経済価値の算定には多大な負担と不安定性が伴うため、執行の円滑性にも疑問が残る。しかし、それとは別に、法人アプローチの一つの進化形を示したものとしての評価はできるであろう。

2. 業種への当てはめに係る問題

所在地国基準又は非関連者基準の適用は、主たる事業が税法に列挙されたいずれの業種に該当するかにより区分されるが、2つの基準は全く要件が異なるので、業種判定いかんで結果が大きく異なる場合がある。

措置法通達は、原則として「日本標準産業分類（総務省）」の分類を基準に業種判定するとしている。これに関しては、来料加工の業種判定を巡る一連の問題が代表的なものであるが、現実にはこの問題以前に、所在地国基準又は非関連者基準の適用区分に係る業種の当てはめが大きな問題になった例は、あまり見当たらない⁽²⁰⁶⁾。また、これらの基準だけを満たさない場合には、前述のとおり 17 年改正で合算が緩和されており、一定の解決がついていると考えることもできるかもしれない。しかし、国際的な経済取引や事業形態の多様化により、今後は同種の問題がさらに表面化する可能性もある。業種によって適用する基準を区分する制度には不安定性が残るため、将来的には両基準の一本化又は完全な分割を検討していく必要もあるのではないか。

3. 「主たる」の重畳判定の問題

所在地国基準では主たる事業が主として本店所在地国において行なわれていること、非関連者基準では主たる事業が主として非関連者で行われていること、というように、いずれの基準でも「主たる事業」と「主として」の重畳的な判定が含まれており、そのために法人アプローチの合算の粗さが増幅されている。

「主たる」の判定は収入・所得・人員・設備投資などの総合勘案により行なうが、仮に収入の割合だけで判定とした場合、特定外国子会社等の収入の 51%が卸売業、49%が利息や使用料などの受動的所得であれば、卸売業が主たる事業となる。そして非関連者基準が適用になるが、その取引が主として非関連者で行なわれている場合、すなわち仕入・売上いずれかのうち

(206) 業種の当てはめ問題ではないが、管理支配基準を巡る前掲注(200)の事件における原告主張には、業種に関する論点が含まれていた。親会社が香港の特定外国子会社Aを介して南洋材を輸入しており、Aは自らの名義で商品を入力し、日本の親会社に輸出していたが、課税庁はAが商品輸入に係る交渉、輸出先や価格の決定等に全く関与していないことを、Aが管理支配基準を満たさない大きな理由の1つとした。これに対して納税者は、Aは形式的には卸売業（貿易業）であるが、実質的には親会社が行なう輸入事務を代行して手数料を受け取るサービス業であり、親会社が決めた内容に従って事務代行を行なうのは当然であると主張した。

51%が非関連者との取引であれば適用除外となる。従って、全体のわずかに26% (51%×51%) の収入が適用除外 (この場合は卸売業に係る非関連者との取引) に該当することにより、残り74%の合算対象収入 (全体の49%を占める受動的所得に係る収入と、25%を占める卸売業に係る関連者との取引) に係る所得が合算を免れる可能性がある。反対に、26%の合算対象収入の存在により74%の適用除外収入に係る所得が合算されてしまう可能性もある。現実にはここまで極端な例は少ないであろうが、「主たる」の重疊的な判定により、問題が増幅することは確かである。この問題も、他の基準と同様、主たる事業の判定を回避することができれば、解決ではなくとも緩和はされ⁽²⁰⁷⁾、最大74%の連座は最大49%まで縮小できることになる。

もちろん、取引アプローチを導入し、詳細な所得の定義を行えば、この問題は概ね解決できよう。しかし、前章で検討したように、重疊判定を排除するためだけに取引アプローチを導入することの得失は、大局的に見れば釣り合わないと思われる。結局、適用除外基準全体の構成から考えても、できるだけ主たる事業による判定をしなくて済むような法人アプローチの探求が、現状では最も望ましい方向であると考えられる。

4. 所在地国基準と第三国での事業

所在地国基準は、物理的な事業活動そのものが、主として本店所在地国で遂行されていることを要件とする。所得より事業行為の態様に重点が置かれており、法人アプローチならではの規定といえるかもしれない。この基準の趣旨は、どの国でより多くの所得を稼得しているかではなく、事業にとっての本質的な行為 (製造、小売、役務提供など) が現実に行われている場所と、本店所在地国が一致しているかどうかを判定することにある。本店所在地国以外で行なわれる事業から生じる所得を「汚れた所得」と見るのではなく、

(207) 所在地国基準／非関連者基準における「主として本店所在地国で」、「主として非関連者」との要件が廃止できても同様に緩和されるが、基準の性格上、こちらの「主として」を排除することは難しい。

また、人的機能やリスクの所在で測定する所得の本店所在地国への「帰属額」の多寡が問題なのでもない。税法の例示⁽²⁰⁸⁾においても、資産の物理的な所在国や使用場所が判定要素とされている。

本質的な事業行為を主として本店所在地国以外の国で行なうことができる場合、その事業形態にはある種のモバイル性を認めることができるといえよう。その上で、そのようなモバイル性のある事業形態において、その納税地だけが軽課税国になっており、地場経済との結びつきが低いCFCを、汚れた法人と考えるものである。

例えば製造業の場合で、付加価値が低い組み立て作業を大人数で行なう工場が第三国にあり、付加価値の高い管理業務等だけが軽課税国の本店にあるような状況では、人的機能やリスクで帰属所得を測定すれば、過半の所得が本店側に付く可能性もあるかもしれない⁽²⁰⁹⁾。しかし、上記のような所在地国基準の趣旨からすれば、むしろこのような場合は、所在地国基準を満たさない典型的な例となろう。PE課税⁽²¹⁰⁾が想定される工場所在地国では利益を抑え、高い利益をあえて軽課税国で計上するという状況が創出できるからである。

5. 非関連者基準の回避行為

非関連者基準は、本店を軽課税国に置いていることの経済合理性を、一定

(208) 措置法施行令 39 条の 17 第 5 項。

(209) 承認された OECD アプローチ (AOA) のような帰属所得計算によれば、利益が本店側に多く帰属する可能性も高いであろう。

(210) 外国工場で PE 課税が行なわれても、多くの軽課税国（この場合は本店所在地国）では外国税額控除ができず、払い切りになる可能性が高いであろう。そもそも、本店所在地国以外で事業を行なう場合、PE 課税や源泉徴収が想定されるが、PE が通常税率で課税されてしまえば、CFC 全体の税負担割合が上昇することから軽課税国に本店を置く意味が薄れるし、PE の所在国も軽課税国であれば、他の軽課税国に本店を置く意味は薄い。このようなことから、所在地国基準を満たさないような事業形態は、現実にはあまり例が多くないのかもしれない。可能性としては、通常税率国で PE 認定されないような方法で行なえる事業（短期間・高付加価値の役務提供、賃貸、グループ内サービスなど）であろう。製造業に係る所在地国基準が正面から問題になった来料加工は、むしろ非常に例外的な事例といえるのではないかと。

の業種（卸売、銀行、信託、金融商品取引、保険、水運又は航空運送）については、事業行為と所在地国経済との結び付きの密度よりも、その事業を関連者との取引に頼っている度合いで判定しようとするものである。このような業種における関連者との取引は足が速く、あえて軽課税国に本店を置いて取引する経済合理性が希薄であるという考え方である。

基準は、非関連者との取引による収入金額等が50%超である場合に要件を満たすことになる。卸売業及び銀行業については、収入（受入利息）ではなく仕入（支払利息）でテストすることもできるため、売・買どちらかの非関連者取引割合が50%超なら要件充足となる。卸売業で親会社から100%仕入れていても、販売の51%が非関連者相手であれば基準を満たすことになる。また、合算になっても人件費の10%を合算額から控除できるため、かなり緩和された内容になっている。

しかし、本基準は客観的な数値を明確に示しているため、取引に第三者を形式的に介在させること、取引先が関連者であることを隠蔽すること、特定外国子会社等の事業を分割や統合することにより関連者との取引割合を調整すること、等の操作による形式的な回避が可能であり、実際の回避事例も多いのではないと思われる。このような回避行為を防止するため、関連者の範囲は詳細に規定されており、また随時見直しも行なわれている⁽²¹¹⁾。

さらに、本基準には強力な回避防止規定が置かれている。特定外国子会社等と関連者Bとの取引が、非関連者Aを介在させて間接的に行われている場合には、非関連者Aを介在させることに相当の理由があると認められる場合を除き、特定外国子会社等と非関連者Aとの取引を、特定外国子会社等と関連者Bとが直接行なったものとみなして、非関連者基準の判定を行なう⁽²¹²⁾というものである。

ラムゼイ原則を彷彿させるこの規定は、私法上の契約関係に関わらず、経

(211) 平成20年の改正では、合算課税の対象となる内国法人や特定外国子会社等の役員が支配する法人が、関連者に追加されている。

(212) 措置法施行令39条の17第3項。

済的実質により取引相手を認定する強力なものである。これにより課税所得を直接決定するのであれば、まさに一般的租税回避否認規定と同様の機能を有することになるが、ここでは非関連者基準の判定に係る取引割合を計算するためだけの規定となっている。形式的な取引であっても、介在させる非関連者には若干の差益（スキームの加担料）が生じるであろうが、非関連者基準の取引割合計算は、この非関連者と直接取引した金額により行なう。

ここにいう「相当の理由」とは、我が国 CFC 税制の文脈でいえば「非関連者基準を回避すること以外の、事業活動上の合理的な理由」と考えられる。実務的には、相当の理由の有無は商品の動き、契約内容、代金決済の状況、介在者の行動などの客観的な事実関係から、総合的に判定することになる。租税回避の動機の証明は要件となつてはおらず、本規定は適用除外判定における事実認定手段の一環と位置付けられるものと考える⁽²¹³⁾。

第6節 小括

正常な海外事業を阻害しないための適用除外基準は、裏読みすれば「適用基準」として、制度の趣旨が凝縮される要である。

適用除外基準は特定外国子会社等の事業を柱とした体系になっており、特定外国子会社等が複数の事業を営む場合は「主たる事業」に基づいて適用除外の判定を行ない、その結果を特定外国子会社等の所得全体に及ぼす。ここから、合算判定上全く考慮されない「従たる事業」に係る所得の合算もれや過大合算などの「連座問題」が生じる。「事業」を巡って生じる問題は他にもあるが、これが制度の最大の問題と考える。

一旦、主たる事業で適用除外と判定されれば、従たる事業に全く実態がなくとも、その所得は合算されない。また、所在地国基準／非関連者基準において

(213) 英国 CFC 税制では、関連者取引に係る実質的な取引相手の判定について、「関連者との直接及び間接取引から生じる (derived directly or indirectly) 総収入が 50% 未満の場合は適用除外」と簡潔に規定している。Income and Corporation Taxes Act 1988, sec. 748, Schedule 25, para. 6(2)(b).

は、「主たる」の判定が重疊的に行なわれるため、問題が増幅される。さらに、事業基準で合算対象とされる受動的所得は、もともと利益の発生地を容易に操作できる足の速さが合算対象とされる所以であり、他の事業実態のある CFC に兼業させやすい。しかし、受動的所得の性格が反映しにくい「総合勘案」により主たる事業となりにくく、結果的に合算を免れてしまうという懸念がある。また、配当免税の下で、既存の適用除外の特定外国子会社等に、適用除外ステータスを維持しながら合算対象事業も行なわせるといった行為の拡大も想定される。

現地に事業実態を有する特定外国子会社等の合算は、人件費 10%控除の導入など、適用除外基準にからめた制度の見直しを通じて、緩和されてきている。配当免税の下で、この考え方は維持されるべきと考えるが、反面、所得発生場所の操作による租税回避に対しては、より厳格な対処が求められるべきである。また、事業の組合せにより合算回避が可能となる現行制度には、対策が不可欠である。そこで、次章においては、これまでの検討を踏まえ、ひとつの改善案を提案してみる。

第5章 「事業アプローチ（仮称）」という提案

第1節 提案の背景

配当免税の導入は、CFC 税制の趣旨が租税回避防止であることを再確認させた。また、我が国よりも軽課税の外国のグループ企業に所得を集中させるインセンティブが高まったことから、軽課税 CFC を舞台にした租税回避の拡大が懸念され、CFC 税制の重要性が増加する。実態のある海外事業活動から生じる所得については、一定の経済合理性を認めるという考え方が標準化されつつあるが、これを踏まえつつも、配当免税の濫用や租税回避には厳格に対処していくべきである。

このような中、CFC が複数の事業を営む例も増加すると思われるが、我が国 CFC 税制の最大の制度的問題点は、法人アプローチと「主たる事業」により判定する適用除外基準の組み合わせから生じる、従たる事業の所得の座座問題である。これには制度趣旨外の所得の合算（納税者不利）、合算すべき所得の合算もれ（納税者有利）、合算対象事業から生じる所得と適用除外事業から生じる欠損の相殺による合算所得の圧縮（納税者有利）等がある。このような制度的な粗さを利用した、事業の組み合わせによる租税回避行為の拡大も懸念される。

法人アプローチは制度が簡素で予見可能性や執行安定性が高く、納税者・課税庁双方の事務負担は低い。さらに、CFC 自体をツールとして利用する租税回避や脱税への対応に優れているという性格を有する。しかし、上記のような問題点に対しては、何らかの対策が必要である。

対策の最大の候補は、取引アプローチの導入である。取引アプローチは理論的に優れ、精緻な合算制度を設計できるが、実務的には複雑でコンプライアンス・コストが高く、相対的に予見可能性や執行安定性が低くなる。また、執行面では多くの海外情報が必要になるが、現在の情報入手体制は十分ではない。さらに、取引アプローチは均一的な課税ベースの確保・拡大に非常に有効であるが、反面、CFC をツールとする個別の租税回避行為への対抗策としては、そ

の機能を十分に発揮しきれないという性格を有する。

従って、取引アプローチへの移行は、課税ベース（特に受動的所得）の拡大という積極的な要請が大前提となる必要があると考える。その場合には、その機能が最も有効に発揮されることから、取引アプローチへの移行は効果的な対策になる。しかし、現在はそのような段階には至っていないのではないかと考える。

また、取引アプローチへの移行は、法人アプローチの欠点解消を最大の理由として実施すべきではない。現行制度が、適用除外基準というフィルタを通じて合算対象としている所得の範囲を大きく変更することなしに取引アプローチを採用しようとする場合、得られる効果に比べて、コンプライアンス・コストや執行の不安定性の増加の方がはるかに大きくなり、さらに法人アプローチの性格に由来するメリットも失われる結果、得失はバランスしないであろう。配当免税制度の濫用防止や租税回避対策という目的の下に、課税ベース拡大に向けた取引アプローチを導入する場合の反応や影響は、仕切り直しとなった英国改正案の顛末にも見られるところである。

翻って、法人アプローチによる粗い制度は合算の正確性を欠いており、また配当免税の下でその粗さが租税回避に利用される懸念もあるため、対策を講じるべきことも確かである。

このようなことから、現行の法人アプローチのメリットを維持しつつ、適用除外基準の「主たる事業」判定から生じる合算の粗さを解消して正確性を向上させることが、現下の望ましい方向性と考えられる。そこで、法人アプローチ・取引アプローチに次ぐ第三の合算方式として、「事業アプローチ（仮称）」の導入を提案する。

第2節 事業アプローチ

1. 提案の概要

特定外国子会社等が複数の事業を行なっている場合に、事業の主・従を問

わず、それぞれの事業を単位として、適用除外基準による合算の要否判定を行ない、その結果を事業単位で合算する。すなわち、事業単位で現行のCFC税制を適用する。特定外国子会社等が単一の事業しか行っていない場合には、現行制度がそのまま維持されることになる。

例えば、特定外国子会社等がA業及びB業を行っており、それぞれが互いに付随する事業でない場合、事業の規模に関係なく、A業・B業それぞれの事業に対し、適用除外基準による合算判定を行なう。もしA業・B業共に合算対象、又は共に適用除外となれば、結果は特定外国子会社等の所得全体の合算又は適用除外ということになり、現行の取扱と変わりはない。しかし、A業が適用除外基準を満たさず、B業は満たす状況であれば、A業の所得だけを合算することになる。

これにより、現行の法人アプローチと適用除外基準を踏襲しながら、取引アプローチの利点を取り込むことができ、法人アプローチ最大の問題である「従たる事業の連座」による過大合算や合算もれ、適用除外事業に係る欠損による合算所得の相殺等の問題の大部分は解消される。また、配当免税の導入により想定される、我が国制度の粗さを利用した租税回避や脱税等に対しても有効な対処が可能になると考える。

一定のコンプライアンス・コストの増加等、デメリットも生じるが、取引アプローチ導入の場合の負担増加に比べて軽いこと、複数事業を営む場合には通常、納税者サイドで既に事業ごとの損益を区分計算していることが多いと考えられること等から、許容範囲内と考える。

以下、事業アプローチの適用に当たっての論点と必要な改正点を検討する。

2. 適用上の論点と改正が必要な点

事業アプローチを適用する場合、現行制度にはない手続や計算がいくつか必要になる。以下、主なものを検討し、筆者の提案を述べるが、現実的には、できるだけ事務負担が少なくなるように配慮しつつ、細部をさらに詰める必要がある。

- (1) 特定外国子会社等の租税負担割合の判定と、新しい適用除外基準の追加
- 特定外国子会社等の判定（我が国からの出資 50%超、CFC の税負担 25%以下）及び納税義務者（持分 5%以上）の判定は、現行制度と同様、CFC 単位で行なうことを原則とする。しかし、CFC の所在地国の税制等により、事業ごとに税率（税負担）が異なるような場合には個々に判定し、25%を超える税負担のある事業については、「適用除外」とする。このため、適用除外基準に「事業アプローチの判定単位となる事業から生じる所得に対して課される税の負担が著しく低い（25%以下）とはいえないもの」という旨の新たな基準を、既存の基準に優先する形で追加する。

例えば、X国の通常税率は 30%であるが、A業の所得については 10%に優遇されているとする。CFC はA業とB業を営んでおり、A業の所得が 50、B業の所得が 100 であれば、CFC の税負担は全体で 35（ $=50 \times 10\% + 100 \times 30\%$ ）、全所得 150 に対する割合は 23.3%となる。CFC 自体は特定外国子会社等に該当するが、税負担 30%のB業は適用除外となる。税負担 10%のA業については、引き続き既存の適用除外基準による判定を行なう。A業が合算になる場合、外国税額控除ができるのは当然、10%部分に限られる。

また、上記の例でA業の所得が 20、B業の所得が 100 であれば、CFC 全体の税額は 32、税負担割合は 26.7%となる。この場合は、CFC 自体が特定外国子会社等に該当しないため、A業だけを抜き出して合算することはしない。

この点については、事業ごとに合算・適用除外を判定する以上、CFC 全体の税負担割合は考慮せず、完全に個別の事業単位で判定するという選択肢も有り得る。直前の例で、CFC 全体の税負担が 25%を超えていても、税負担 10%のA業の所得 20 だけは合算するという考え方である。これは、いわば特定外国子会社等の判定そのものを事業単位で行なうということであり、合算はより精密に（取引アプローチに近く）なる。また、これと反対に、CFC 全体の税負担が 25%以下となっている場合には、税負担 30%の

B業を無条件に適用除外扱いにはせず、税負担10%のA業と同様に、通常の適用除外基準による判定を行なう（合算の可能性が生じる）という方法も有り得る。この場合は、法人アプローチの考え方を色濃く残すことになる。

いずれの方法が適切かは一概に決め付けられないが、まずは現行制度に沿ってCFC単位で25%判定を行い、税負担割合が全体でそれ以下になっている場合の適用を原則とし、次に事業単位で25%を超えているものは適用除外にするという方法が実情に合っており、また納税者にも有利になるものとする。

(2) 共通費用の配賦

A業・B業が合算と適用除外に分かれた場合⁽²¹⁴⁾、合算となる事業に係る所得の計算上、両方の事業に共通する経費（一般管理費等）は、費目ごとに適切な指標を用いて按分し、その事業に配分する。指標は、例えば人件費なら従事時間、車両や機器なら使用距離・時間や主な使用者等、事務所関連経費なら使用場所や使用面積などが候補となるであろうが、現実的には合理的な按分が困難な場合も考えられる。そこで、費目ごとに計算することが困難である場合には、事務負担の軽減という見地から、全ての共通経費を一括して、各事業の売上総利益が全体に占める割合などを用いて按分することを認めることも必要であろう。

(3) 営業外損益・特別損益等の取扱

営業外損益や特別損益は、独立した事業と認められない限り、その内容からいずれの事業に付随するかを判定の上、その事業に係る損益とする。按分できるものは、共通経費と同様に、各事業に配賦する。利息や為替差益、資産の処分損益等は、付随する事業の判定が比較的容易であろう。特別損益等で判定不能のものがある場合には、売上総利益の大きい方の事業に付随するものとするなど、最終的には一定の割り切りは必要となると考

(214) 便宜上、特定外国子会社等が2種類の事業を営む場合を説明例とするが、事業が3種類以上であっても考え方は同じとする。

える。

(4) 欠損金の取扱

各事業から生じた欠損金は、他の事業の所得とは通算できないものとする。例えば合算対象のA業の所得が100、適用除外のB業は70の欠損の場合、特定外国子会社全体の所得は30であるが、A業の100が合算対象となり、B業の70は控除できない。70はB業の繰越欠損金として管理し、翌年度以降も、B業から生じた所得からの控除だけを可能とする。複数事業を営む限り、税務上は複数の繰越欠損金の管理を行うことになる。

なお、上記の例で欠損70のB業も合算対象事業であれば、A・B事業間での控除を認めるという方法も選択肢の1つである。その場合は、合算額は30となる。しかし、異なる事業間での欠損控除が可能であれば、事業の組み合わせによる税負担回避の余地を残すことになる。事業単位で合算の要否を判定するという趣旨からは、欠損の控除は同一事業内に限る方法が望ましいと考える。しかし、納税者の負担軽減（現行制度のメリットの維持）という見地からは、合算対象事業どうしの損益通算を認めるという制度にする意義も大きく、この点は政策的な判断となろう。

(5) 小規模な事業の取扱い

特定外国子会社等が複数の事業を営んでいるが、その中に規模が非常に小さい事業（以下「小規模事業」という）がある場合、その取扱と判定基準は制度上の大きなポイントになる。

イ 取扱についての3つの考え方

小規模事業の取り扱いについては、①事業規模に関わらず適用除外判定の結果に従う、②それ以外の事業の判定結果（合算又は適用除外）に連座する、③それ以外の事業の判定結果に関わらず、小規模事業は制度の対象外とする、の3つが考えられる。①は事業アプローチとしての原則的取扱、②は現行の主たる事業による判定と同一、③は納税者有利を考慮した少額基準による適用除外である。

所得の切り分け計算を行なわないで済ませる、という事務負担軽減及

び納税者有利という観点からは、小規模事業の判定を最も把握しやすい収入金額で行なった上で、取扱を③とすることが望ましいであろう。ただし、③を採用する場合には、小規模事業の判定基準をやや厳格に設定する必要がある。この部分を利用し、この額を上限とする意図的な合算回避が公然と行なわれ得るからである。また、稀な例とは思いますが、1つの特定外国子会社等が事業を3種類以上営んでいる場合に、小規模なものを全て適用対象外として良いかという問題もある。

実務的には、現行の主たる事業判定を踏襲する形で、②の方式が良いのではないかと考える。法人アプローチという現行制度の原則的な考え方から、1つの事業が全体のほとんどを占めているような場合には、特定外国子会社等はその事業だけを行なっているものとして法人単位で制度を適用する、ということである。

なお、この問題とは別であるが、最終的に算出された合算金額に対して、少額基準による合算不要措置（デ・ミニミス）を設けることも、別途検討する必要があると考える。

ロ 小規模の判定

小規模事業に対して上記②の方式を採る場合、その限りで現行制度の連座問題が残ることになるため、それほどの程度なら許容範囲なのか、という検討が必要になる。もともと、連座問題を解消するための事業アプローチであるから、あまり連座の範囲が広くては（すなわち「小規模事業」の範囲が広くては）、意味が薄れることになる。

米国サブパートFでは、CFCの総所得金額の70%超が外国基地会社所得である場合、総所得金額の全体を外国基地会社所得として取り扱うという規定⁽²¹⁵⁾がある。取引アプローチ発祥国の制度においても、対象所得が全体の70%を超えれば法人アプローチ扱いにしているのは興味深い。取引アプローチを採用しながらも、CFC自体の性格（事業内容）も

(215) Internal Revenue Code sec. 954(b)(3)(B).

重視し、CFC を一種のツールと見る姿勢が窺えるように思われる。事務負担の軽減効果もあろうが、納税者としては30%の過大合算が生じるわけで、これは大きな負担であろう。

また、英国では、CFC が持株会社である場合に、その配当収入の90%以上が、持株会社と同じ国に所在する適用除外事業を行う子会社からのものである場合には、その持株会社も適用除外となるという規定⁽²¹⁶⁾がある。実質的な適用除外所得（能動的事業による所得）が持株会社段階で合算されてしまうことを防止する規定である。しかし、この規定により適用除外になる持株会社の、事業子会社からの配当以外の所得（全体の10%未満）については、合算対象の性格を有する所得であっても適用除外になることから、合法的な合算回避枠という認識もあった⁽²¹⁷⁾。なお、この規定は、英国の2009年改正において、2年後に廃止することとされている。

このような例から考えると、合算もれ又は過大合算が許容できる範囲（小規模事業の範囲）としては、収入又は所得が全体の10%程度までのものとするくらいが良いと思われる。

(6) 「事業」の明確な定義

現行制度は、特定外国子会社等の事業のうち、主たるものだけについて適用除外を判定する仕組みである。しかし、事業アプローチでは、特定外国子会社等が行う活動を、事業という単位で区分把握することが必要になる。従って、事業の定義ないし判断指針（事業に付随する取引も含む）を明確にすることが大きなポイントとなる。

特に受動的所得を生じる事業は、事業基準により即合算となるため、どのような場合が事業とカウントされ、どのような場合が他の事業の一部分（付随業務）であるのかが明確でないと、予測可能性や執行の安定性を低

(216) Income and Corporation Taxes Act 1988, sec. 748, Schedule 25, para. 6(3)以下。

(217) “Taxation of the Foreign Profits of Companies, Draft Provisions” (HM treasury / HM Revenue & Customs, Dec. 2008), p. 3 paras. 19–21.

下させる。運転資金や事業拡張に充てる目的での受動的所得（特にキャピタルゲイン）、現地で創造されたり、我が国の事業には関連していない無形資産の取り扱い、貸付金利息と事業所得との関係などは、特に重要であろう。その際には、受動的所得は足が速い所得であり、他の事業との兼業や後付けが容易であるということを十分に考慮しなければならない。

基本的には区分経理されているか否か、そして既存の適用除外基準（特に実体基準と管理支配基準）が個別に適用できるかどうか、事業の判定基準として援用できると考える。（なお、受動的所得に係る事業性の判定については、第4章第3部2.を参照。）

第3節 事業アプローチのメリットとデメリット

事業アプローチは、現行の法人アプローチのメリットを最大限残しながら、取引アプローチのメリットも取り込み、合算の粗さを払拭して、より制度趣旨に即した正確な合算が期待できるものである。しかし、取引アプローチの利点を取り込む過程（事業単位の法人アプローチの適用）において、一定の事務負担の増加は生じる。また、事業という単位を用いて、法人所得の一部分だけを取り出して合算するという形態になるが、我が国法人税は所得別課税という制度を有していないため、これまでに無い概念の導入という面もある。

メリット・デメリットいずれも生じるが、現行制度に係る理論と実務を維持しつつ、合算の正確性を向上させることを目的とする限り、メリットがデメリットを大きく凌ぐと考えられる。

1. メリット

(1) 従たる事業の連座問題を解消する

従たる事業の合算もれ・過大合算という連座問題が解消し、事業ごとに所得と欠損を計算することで、適用除外事業の欠損による合算金額の相殺問題も解消される。従たる事業が判定上考慮されないことを利用した意図

的な合算回避（適用除外の特定外国子会社等に、そのステイタスを失わない範囲で受動的所得を発生させるなど）も完全に防止することができる。配当免税の導入による軽課税 CFC への所得集中から懸念される各種の租税回避や脱税に対し、より有効な対処が可能になるであろう。

もし小規模事業の例外を作るならば、その部分は依然として連座問題が残ることになるが、許容範囲をよく検討して規定する限り、事務負担の軽減に有効と考える。

(2) 現行制度の理論と実務の蓄積をそのまま使える

現行制度の構造を変えずにそのまま適用するので、これまで蓄積された現行制度に係る理論と実務を引き続き使用できる。理論面では、租税回避防止という趣旨を確実に維持し、必要以上の課税ベースの拡大につながらず、現行制度で予定している合算の射程を変更せずに、制度の粗さだけを補正し、合算の正確性を向上させる。

実務面では、納税者・課税庁とも、新しい課税ルール（例えば新たな合算対象所得の定義や所得種類別の切り出し計算の手続等）の下でゼロから出発する必要がない。現行制度の主たる事業の判定は、特定外国子会社等を事業ごとに分割する作業と重なっている。その意味で、事業アプローチによる事業単位の合算可否判定の下地は、既に現行制度の中に存在しており、これまでの実務の延長線上で対応できる。

また、法人アプローチが備えていた利点、すなわち CFC そのものを租税回避や脱税のツールとして使うケースなどへの対応力、タックス・ヘイブン国等の利用への牽制効果などの重要な機能や効果も維持できる。

(3) 方式変更による事務負担増を最小限に止める

単一の事業を行なう特定外国子会社等については、制度はこれまでと全く変わらない。複数の事業を営む特定外国子会社等は、現実にはそれほど多くないと思われるため、多くの納税者にとって改正の影響はなく、事務負担の増加もない。複数の事業を営む特定外国子会社等を保有する納税者にとっても、適用除外基準を始めとする制度の重要な部分はそのままであ

り、また、そのような特定外国子会社等では、会社の管理上、既に事業ごとに区分した損益計算が行なわれていると考えられることから、取引アプローチへの全面的な移行に比べ、事務負担の増加ははるかに軽いと考えられる。

(4) 予見可能性や執行安定性の維持

現行制度を基本的に踏襲するため、現在と遜色のない予見可能性や執行安定性が期待できる。複数の事業を営む特定外国子会社等の一部の事業を合算する場合にのみ、現行より複雑な計算が求められるが、現実的に増加する負担は事業に係る所得の切り分け計算における共通経費の按分が中心であるため、予見可能性や執行安定性にはそれほど大きな影響はないと考えられる。

2. デメリット

(1) 一定の事務負担の増加

もともと、複数の事業を行なう特定外国子会社等の合算の正確性を向上させる方策であり、1つの事業だけを行っている特定外国子会社等についての適用には変更はない。しかし、複数の事業を行っている場合には、主に以下の部分で、新たな事務負担（コンプライアンス・コスト）が増加する。

イ 「事業」及び「事業に付随する取引」の判定事務

事業ごとに判定するため、特定外国子会社等が複数の事業を行なっているかどうかを明確に認識する必要がある。このためには、特定外国子会社等の活動が事業とカウントされるものか、他の事業に付随する取引に該当するのかについての判定基準や指針を明確にする必要がある。その上で、この指針に沿った判定事務が増加することになる。

ロ 適用除外の判定事務の増加

CFC が行なう事業の数だけ、適用除外基準による判定事務と関係書類の保存が必要になる。特にこれまでは、事業ごとに実体基準や管理支配

基準を判定する必要はなかったが、この点は厳格に判定する必要がある。同じ特定外国子会社等の中で、事業の種類ごとにその遂行のための実体が備わっているかどうかという判定や、また、A業の管理支配とB業のそれと区分して判定するなど、これまであまり意識されなかった視点からの適用除外判定が必要になる。従って、既存の適用除外基準、特に実体基準と管理支配基準について、事業単位で判定するための指針（通達等）の整備と周知が必要になる。

ハ 事業ごとの所得金額の計算

特に事務負担が増加する部分は、複数事業間の共通経費の配賦計算であろう。合算事業と適用除外事業が混在していれば、その間での共通費用の配賦の仕方によっては、合算金額が大きく変化する可能性があるため、配賦方法を法令通達で明らかにしておく必要がある⁽²¹⁸⁾。企業は通常、経営管理の観点から、事業ごとの損益計算を行なっていると思われるため、基本的にはそれをベースに活用することができる。なお、損益計算を区分して実施しているという事実は、複数の事業を行なっているかどうかの判定上、大きな指標となるであろう。

また、特定外国子会社等に課される外国法人税の、合算所得に対応する部分の按分計算も必要になる。少額基準等を設ける場合にはその判定事務も必要になるが、それは、基本的には納税者有利の取扱に対応する事務負担ということになる。

ニ 営業外損益・特別損益の各事業への振り分け

これらの損益は、それぞれの事業との関連性を考慮して判定すること

(218) 外国税額控除の国外所得金額の計算における共通費用の按分計算方法（法人税基本通達16-3-12、16-3-13）などが参考になると思われる。

なお、同一CFC内の異なる事業に係る所得金額の算定に当たっては、CFC内部での事業間の取引が認められるような場合には、CFCの全所得を単純に按分する結果となるいわゆる「関連事業活動アプローチ」ではなく、「機能的分離企業アプローチ」(OECDの提唱するAOA的な手法)の適用が、理論的には精緻であろう。

しかし、AOA的なアプローチをCFC税制の中に組み込むことについては、制度の簡素化や予見可能性、執行の安定性等の観点から、得策ではないように感じられる。

になるが、金額が大きい場合や、事業との関連が明らかなでない場合などは、慎重な判断が必要になる。事務的な混乱を招かないために、判定のための指針を示しておく必要がある。

(2) 既存の問題の残留

事業アプローチは、法人アプローチから生じる従たる事業の連座問題を解決するための方策であり、現行制度の枠組みをそのまま流用するため、それ以外の論点、特に適用除外基準の精密度に関する問題点の解決にはならない。例えば非関連者基準において、非関連者との取引割合が50%超であれば、趣旨としては合算対象である関連者取引から生じる所得が合算もれになる問題などは、事業アプローチだけでは改善されない。この他にも、適用除外基準に関しては第4章で指摘したような問題点があり、中には配当免税の導入により生じるものもある。いくつかの改善案は、第4章で提案してみた。事業アプローチの採用と合わせて、適用除外基準に関連する問題を個別に改善していくことで、制度全体の完成度をさらに高めることができると思う。

(3) 新しい概念の導入

法人全体の所得から一定の所得を抜き出して課税対象とする方式は、我が国法人税にはなじみがなく、概念として新しいものである。しかし、取引アプローチに移行するとした場合にも、同様の問題はさらに明確な形で発生することになり、より正確な合算課税を指向する上では、避けては通れない道であろう。

おわりに

世界各国間の税率の差の存在は、国際課税問題の根元的な原因のひとつである。極めて多様の無税・軽課税の法域や優遇制度が存在し、制度の在り方や見方によっては、先進国ですらタックス・ヘイブンと呼ばれ得る状況にある。ロンドンのG20首脳サミットで問題となったのは、軽課税という状況よりも、世界金融秩序に対する脅威や、情報開示に係る非協力という状況であった。金融を始めとする各種管理の緩さ、守秘義務を盾とした情報の非開示、透明性が低くネゴシヤブルな制度と執行など、単なる軽課税や優遇税制を超えたメニューが揃えられる場所に、莫大な資金が集まる。

その資金の中には、課税庁が把握しても俄かに否認できないような、巧みな私法形式の濫用によって納税者の居住地国から移転された資金も含まれていようし、より直截な脱税による資金も含まれていよう。さらに、居住地国との税率差(軽課税)だけが目的ではない資金も多いであろう。集金する側としては、その資金の由来や目的が節税であろうが洗淨であろうが、根本的な差はないはずである。

このような、「そこに資金あり」の状況にダイレクトな対応ができ、必要な税務上の否認や、税の観点から他の法律による規制を支援できるような制度が、CFC 税制の理想ではないかと思う。そのためには、課税庁と金融監督当局や法執行当局との連携も重要な課題であろう⁽²¹⁹⁾。

そして、個別の損益取引の評価ではなく利益の存在から出発し、法人アプローチと客観的な適用除外基準によって法人所得全体を課税対象とする我が国制度は、税制全体の中でむしろ貴重な存在ということができているのではないか。独立企業の原則に基づく所得計算を極めようという昨今のグループ企業間課税の

(219) 本庄資『米国マネーロンダリング基礎研究』(税務経理協会、2006)を参考にした。

なお、本稿の作成に当たり、本庄資博士から、多くの貴重かつ丁寧なご指導と情報をいただいた。本稿が形になったのは、本庄博士に負うところが極めて大きい。

また、青山慶二教授、佐藤正勝教授から、たいへん有益なアドバイスをいただいた。ここに記し、深く感謝の意を表したい。

潮流の中、我が国 CFC 税制のやや洗練されていない面は否定できないが、この貴重な制度の利点を維持しながら、租税回避防止・否認措置としての改善を重ねることが、現下の状況では適正公平な課税につながる堅実な道ではなかろうか。

そのようなことを念頭に、国際協調によるタックス・ヘイブンの規制というもう 1 つの潮流の中で、配当免税の導入という大きな環境変化に遭遇した我が国 CFC 税制について、合算方式と適用除外基準に係る実務的な論点を再考し、最後に今後に向けてのささやかな提案を行なった。現行の法人アプローチによる合算の粗さを解消するための、事業単位で合算の要否を判定する事業アプローチという案は、筆者が課税実務に携わる中で長く心にあったものである。

タックス・ヘイブンと聞いて、アルプスの山懐に抱かれた小さな城や、風を受けて光る椰子の葉を思い浮かべるような、もとより拙い発想からの試みである。結論とか解決といったものからは程遠いが、本稿が、制度の将来に向かつてのひとつの叩き台になれば幸せである。