

# 最近の国際課税を巡る諸問題

## 第 60 回 I F A 総会

— 主なテーマを巡る議論の評釈と論考 —

税務大学校研究部教授

松 田 直 樹

### ◆INTRODUCTION◆

I F A (International Fiscal Association、国際租税協会) は、オランダのロッテルダムに本部を置く国際課税の研究団体である。毎年開催される総会では、近年の主な国際課税を中心とする問題が議題として取り上げられるが、今年の 9 月に開催された総会では、主要な議題として、「債務の再編成に伴う課税関係」と「P E への利益の帰属を巡る議論」という問題が討議されたほか、最近の米国の租税回避への対応状況や中国における国際投資に対する優遇措置の見直しの方向性等についての発表が行われた。

本稿は、総会に出席した筆者が、上記議題やセミナーの討議内容をまとめるとともに、関係する判例や資料等の追加的考察を加えたものであり、最近の国際課税を巡る諸問題の主な論点、諸外国の税制改革の動向及び関係する議論の趨勢を把握する上で非常に有用な小論文であるといえよう。

(税大ジャーナル編集局)

目 次

議題Ⅰ：「債務の再編成」(debt work-outs)に伴う課税関係	140
1. 債務の再編成と税制との今日的な関係と再編成の手法	140
2. 主な国々の取扱いと新たな債務再編成の支援策	140
3. 課税関係の適正化策と今後の課題	141
議題Ⅱ：PEへの利益の帰属を巡る議論	142
1. AOAの考え方と意義	142
2. PEへの利益の帰属という問題を巡る主な裁判例	143
3. AOAとその適用範囲・採用方法を巡る議論	145
セミナーB：企業と事業との関係	146
セミナーC：租税回避行為に対抗するための国際協力	149
セミナーE：最近の主な国際課税問題	150
1. 中国への国際投資と税制との関係と今後の方向性	150
2. 米国のタックス・シェルターの原因、現状及び対応策	152

平成18年9月17日(日)から9月22日(金)にかけて、オランダのアムステルダムでIFAの年次総会が開催された。IFAは、オランダのロッテルダムに本部を置く国際課税の研究団体である。今回のIFA年次総会には、来年9月に開催が予定されている京都総会を控え、日本からも20名を超える者の参加があった。例年、総会では、近年の主な国際課税を中心とする問題が主要な議題やセミナーのテーマとして取り上げられるが、今回の総会で議論された議題と主なセミナーのテーマは以下の通り。

議題Ⅰ：「債務の再編成」(debt work-outs)に伴う課税関係

議題Ⅱ：PEへの利益の帰属を巡る議論

セミナーA：国境を跨いで提供されるサービスに対する間接税の賦課

セミナーB：企業と事業との関係

セミナーC：租税回避行為に対抗するための国際協力

セミナーD：地域的な貿易取引協定の国内法と租税条約への影響

セミナーE：最近の主な国際課税問題

セミナーF：EUにおける租税政策の統合の必要性とその範囲

セミナーG：税務会計と商業会計

本稿では、総会における主なテーマである議題Ⅰ・Ⅱについては、総会における議論、IFAの各加盟国の担当者が作成した支部報告書(注)及び関係する主な判決等を適宜踏まえながら、その論点と議論の趨勢について評釈する。セミナーについては、総会の運営上、異なるホールで同時進行しているものもあることから、筆者が参加したセミナーB、セミナーC及びセミナーEについて、その主なポイントを要約・解説する。さらに、総会での議論とその趨勢を踏まえ、必要に応じて、その他の関係する判例・資料等を分析したうえで、論点の更なる掘り下げを行っている。したがって、本稿は、総会における議論のサマリーにとどまらず、補完的又は追加的な論考をも少なからず包含するものとなっていることに留意されたい。

(注) 税務大学校(執筆担当者：猪野茂、松田直樹)は、2003年に開催された第57回IFA総会でとり上げられた議題Ⅰ(「株式の配当に対する課税の趨勢」Trends in Company/ Shareholder Taxation)について、日本支部報告書を作成している。

## 議題 I : 「債務の再編成」(debt work-outs) に伴う課税関係

### 1. 債務の再編成と税制との今日的な関係及び再編成の手法

1990年代、多くの企業が多額の借入れを行い、積極的な投資活動を展開した<sup>1</sup>。ところが、アジア金融危機や世界的な景気低迷等を背景として、かなりの数の企業が効果的な「債務の再編成」(debt work-outs)をできずに倒産する、或いは倒産の危機に瀕するようになった。しかも、最近では、世界的な経済の持ち直しを背景として、企業借入額は、更に増加するという傾向が認められ<sup>2</sup>、企業側の債権・債務関係を再編成するという必要性も、益々、強まってきている。このような状況の下、幾らかの国では、債務免除や債務条件の変更等によって債務者と債権者との関係を再編成して持ち直しを図りたいという法人の需要に応えるような形で、一定の条件に該当する債務の再編成については、税制面での障壁を取り除くなどの動きが生じてきている。

実際のところ、近年、少なからぬ国において、企業の債権・債務関係を再編成するという動きについては、税制は、それを促進する方向で再検討されるべきである見方が強まっているほか、各国における債務の再編成に対する課税上の取扱いをハーモナイズするという課題に取り組むことによって、債務の再編成に伴う国際的な二重課税を排除すべきであるという主張がされるようになってきている。なるほど、かかる主張には一定の合理性が認められる場合もある。しかし、一口に法人間の債権・債務関係と言っても、関連会社間のものであるか、また、国境を跨ぐものであるのかなどによって、その実態は異なり、債務の再編成を行う理由にも、状況如何によって、少なからぬ差異が存在している。

例えば、関連会社間において行われる債務の再編成においては、債務や債務者が抱える損失を不当に利用して税負担の軽減を図っているようなケースが認められる。また、国境を跨いだ債務の再編成については、適切な課税が行われていないようなケースも見受けられる。このような状況を鑑みると、債務の再編成に伴う課

税関係の今後のあり方については、債務の再編成の実態如何に応じた見直しを行うことが肝要であると思料される。実際、少なからぬ国々は、昨今、債務の再編成の手法が多様化する中、一定の条件に該当する債務の再編成を促進する税務上の措置を講じる一方、一定の債務の再編成に対しては、その課税関係の適正化を図るという観点から、必要な税制の改正を行うなどの動きを示すようになってきている。

上記の通り、近年、債務の再編成の手法や税制面での対応は多様化する傾向があるが、債務再編成の主な手法としては、(A)借入れ条件の変更、(B)新規債務による既存債務の代替、(C)債務の株式への転換、(D)債務や利払いの免除・軽減、(E)債権の第三者への譲渡などが挙げられる。債務を再編成する手法は、必ずしもこれらに限られるわけではなく<sup>3</sup>、また、これらの手法も、その実施の態様・効果において、実質的に同様なものとなり得るなど、かかる区分は必ずしも相互に排他的なものではないが、以下の2・3では、これらの手法による債務の再編成とその課税関係について、代表的な幾つかの国における取扱いと最近手当てされた税制上の措置等に目を向ける。かかる措置は、債務の再編成を促進するという視点に立脚するものと適正な課税の実現を図るといった視点に立脚するものとに大別される。

### 2. 主な国々の取扱いと新たな債務再編成の支援策

上記(A)と(B)に属する債務再編成の手法については、関連会社間で定められていた借入れ条件や債務内容の変更が行われるケースでは、それらが「独立企業間の取引」(arm's length transactions)と比べた場合、実質的には(D)債務や利払いの免除・軽減に該当するような部分を含んでいると認められると、このような行為は、原則として、課税関係を生じさせると取り扱われるのが通例である。例えば、米国でも、内国歳入法 482条は、税務当局が必要に応じ、税務上、関係者間の利払いの率を独立企業間の取引の場合に想定される率に調整することを認めている。

上記(A)と(B)に属する債務再編成が、実質的に、債務の軽減・免除に該当することと

なっても、一定の場合には、課税関係を生じさせないものとして取り扱われる場合もある<sup>4</sup>。代表的な例としては、債務者が破産手続の対象となっている場合や、破産手続の対象となっていなくとも、債務者の資産状況が相当程度に悪化している場合等に債務の免除が行われるようなケースが挙げられる<sup>5</sup>。もっとも、このようなケースの場合、如何なる状況が債務者の資産状況の相当程度の悪化を生じさせていると認定できるかという点に係る基準については、国によって多少の差異が認められるほか、かかる基準を充足する場合に認められる債権者側や債務者側における税負担の軽減効果の程度についても、少なからぬ違いが見受けられる<sup>6</sup>。

例えば、米国でも、内国歳入法 § 61(a)12 により、債務免除を受けた者は、債務免除額を所得に加算することが必要となるが<sup>7</sup>、米国破産法 (Bankruptcy Code) 11 章に従って裁判所が関与する破産手続の対象とされている債務免除、その他の場合の支払不能を原因とする債務免除、或いは一定の農業に係る債務の免除 ('qualified farm indebtedness' と称されるもの。) については、内国歳入法 § 108 (income from discharge of indebtedness) に基づき、免除された債務額の所得への加算は不要とされている。また、「1993 年歳入調整法」 (Revenue Reconciliation Act of 1993) が成立したことによって、不動産事業に係る債務の免除 ('qualified real property business indebtedness') も、同様な取扱いを受ける例外事項に加えられた。

米国の場合、これらの例外事項に該当する債務免除については、税務上、債務免除額の所得への加算が不要となるが、他方では、税務上、債務者の利払いの費用化・損金算入がされていることとの調整を図るために、免除された額に相当する金額が、課税所得計算上の減算項目から減額 ('reduction of tax attributes' と称される。) されることとなっている。すなわち、この「債務免除ルール」 ('debt forgiveness rule') の下では、債務者側では、債務免除による利益は、潜在的な将来利益の減額 (繰越しの対象となっている純損失やキャピタル・ロスの減少や資産取得原価の引き下げ、或いは利用可能な諸控除の適用の制限等) によって実質的に減殺さ

れることとなる<sup>8</sup>。

次に、前述 (C) に属する債務再編成の手法に対する課税関係を見てみる。債権・債務関係を株式関係に再編成するという行為の結果として、実質的に債務者の負担の軽減が図られた場合には、債務者に対する課税が行われるのが通例であるが、かかる手法による債務の再編成についても、税制面での促進策が講じられている例がある。例えば、英国では、1996 年財政法 (Finance Act) の制定によって、かかる債務の再編成が非関連者間の「債務株式化」 (debt-equity swap) という形態で行われる場合には、それが法定された破産手続の下で行われるものでなくとも、一定の場合 (1996 Finance Act Sched. 9, para. 5 (3) - (8) で定める特別ルールに該当する場合) には課税の対象としないという取扱いがされるようになった。

オランダの場合も、原則としては、債権・債務関係を株式関係に再編成するという上記 (C) の手法に属する行為によって債務者の負担の軽減が生じる場合、債務者に対する課税を行うこととしているが、債務の株式化によって債務者の負担の軽減が実質的に生じたか否かを判断する際に依拠する基準については、株式資本の名目上の価値をベースとするのか ('face value theory'、以下「帳簿価格原理」という。)、或いは、その市場価格をベースとするのか ('fair market value theory'、以下「市場価格原理」という。) という点について議論があり、「市場価格原理」に依拠することは、債務の再編成にとって支障となるとの観点から、2005 年には「帳簿価格原理」に鞍替えしたという経緯がある<sup>9</sup>。

### 3. 課税関係の適正化策と今後の課題

債務再編成の手法 (A) ~ (D) に係る主な税務上の取扱いと最近の税制面での支援策としては、上記のような具体例が挙げられるが、昨今の債務再編成の多様化に対しては、租税回避の防止や課税の適正化という観点からの対応も肝要となる。かかる観点から注目される最近の動きとしてインドネシアの例が挙げられる。同国では、国内の債権者が国外の債務者に対して債務の免除を行う場合には、債務免除が国内居住者間や国内の債務者と国外の債権者との間で

行われる場合と異なり、債務者への課税が担保されないという点が最近になって特に問題視されるようになり、国内の債権者が国外の債務者に対して債務免除・軽減をする場合には、当該債権者は実質的に債務免除した額に相当する分の20%を源泉徴収するという方向で所得税法26条を改正するという案が現在審議されている。

上記のような課税関係の適正化という観点からの対応策は、前述(E)の手法(債権の第三者へ譲渡)との関係においても措置されている例が認められる。そもそも、不良債権を第三者に譲渡する行為は、独立企業間の取引に則るものである限り、債務者側において課税関係を生じさせないというのが通例である。ところが、前述の通り、米国の内国歳入法 § 108 やカナダの所得税法 § 80 の下では、債務免除が行われた場合、債務免除額相当分について、減算項目の減額が行われ、その結果、債務者が有する損失を課税所得の計算上利用する機会は失われることとなるため<sup>10</sup>、このような取扱いの適用を回避する手段として、不良債権の第三者への譲渡という方法が不当に利用されるケースが認められる。このような債権譲渡の手法は、デット・パーキング(debt parking)と称される。

デット・パーキングという手法の下では、債権者の不良債権は、債務者と利害関係を有する第三者(ペーパー・カンパニーであることも少なくない。)に対して帳簿価格以下で譲渡され、そこで債権の回収が意図的に行われずに保留された状態に置かれるが、法律上、債権を行使する権限は消滅していないことから、債務の軽減・免除に伴う課税関係の発生を無期限に延長することが可能となる。この場合、かかる債権譲渡によって、債権を行使する権限は実質的に消滅しているとみなし、税務上、実質的に債務免除が行われたものとして取り扱うことが可能であるかが問題となる。

カナダでは、上記のような税務上の取扱いが可能であるか否かが *Jabin Investments Ltd. v. the Queen* 2002 FCA 520 事件判決で問題となり、税務当局は、債務者である納税者の債務免除を無期限に延長させることとなるデット・パーキングは、所得税法 § 80 を濫用するものであり、かかる行為は、所得税法 § 245 (包括

的租税回避否認規定)の適用により、否認されるべきであると主張した。これに対して、連邦控訴裁判所は、そもそも、問題となっているデット・パーキングは、所得税法 § 80 の枠外の行為であり、所得税法の濫用は生じていないことから、同法 § 245 の適用も認められないと判示し、納税者側が勝訴した。このような租税回避行為の否認を可能にしたのは、デット・パーキング・ルール( *Income Tax Law subs. 80.01(6)-(8)* )という個別否認規定の導入であった<sup>11</sup>。

このように、近年、一部の国々においては、不当な租税回避等に該当するような債務の再編成に対しては、必要な税制上の措置を新たに講じるという動きも認められるが、合理性のある債務の再編成に対しては、それを阻害しない、若しくは、その促進を図るという方向で税制を含めた諸規制・障壁の除去が進められているという事実も認められる。但し、このような事実が顕著なものとなってきているという今日的な趨勢の中にあっても、国境を跨いで行われる債務の再編成に対し、各国の税務上の取扱いの整合性を確保するという点においては、国を跨った組織的な対応は、未だ殆ど開始されていないというのが実状であり、債務の再編成と税制との関係において、手付かずとなっている重要な課題が残されていると見る向きもある<sup>12</sup>。

## 議題 II : PE への利益の帰属を巡る議論

### 1. AOA の考え方と意義

事業所得について規定する OECD モデル条約 7 条は、2 項において、「3 項の規定に従うことを条件として、一方の締約国の企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて当該他方の締約国において事業を行う場合、各締約国では、当該恒久的施設が、同一又は類似の条件の下で同一又は類似の活動を行い、かつ、全く独立して当該恒久的施設を有する企業と取引を行う別個の分離した企業であるとするならば当該恒久的施設が得るであろうと期待される利益を当該恒久的施設に帰属させるものとする」と定めている<sup>13</sup>。

企業とその海外 PE との間で行われる資産、費用及び利益の帰属等に対する課税関係はどの

ような基準に則って考えるべきであるかという問題は、企業の本国における二重課税の排除という観点からは勿論、海外 PE に帰属する所得に対する所在地国の課税権の範囲を画する上で重要なポイントであり、この点について、上記規定は、いわゆる「別個の分離した企業」(distinct and separate enterprise)という概念に立脚している。このような概念・考え方は、PE は法的には本社の一部であるが、税務上は独立したエンティティであるとみなすというものであり、いわば一種の税務上のフィクションを採用したものである。

多くの国の租税条約は OECD モデル条約に則っていることから、各国の租税条約上の関係規定も、基本的には「別個の分離した企業」の概念に立脚したものとなっている。但し、「別個の事業体」の概念を巡っては、「絶対的な独立性の理論」(theory of absolute independence)と「制限された独立性の理論」(theory of restricted independence)の対立があり、かかる理論面での差異を実務に反映するかのように、各国における取扱いにも幾らかの多様性がある。しかも、多くの途上国は、かなり「制限された独立性の理論」に近い見解に立脚する国連モデル条約に則った租税条約を締結している。

「別個の分離した企業」という概念と実務上の取扱いについては、上記のような多様性が認められるところであるが、実際のところ、各国では、これまでのところ、この点が大きな問題となることは少なかったようである<sup>14</sup>。但し、上記の通り、各国における取扱いに多様性が認められる以上、国際的な二重課税や二重不課税が生じ得るわけであり、かかる問題が、将来においては、深刻化するという可能性もある。また、最近では、国境を跨いで行われる電子取引や金融商品取引の活発化が著しく、PE への利益の帰属という問題は、益々、多様な解釈の余地を提供するという様相を呈するようになってきているという事実も認められる。

PE への利益の帰属という問題は、上記のような問題点・課題を包含しており、この問題についての統一的な解釈を示すことを目的として、OECD は、最近のディスカッション・ドラフト I～III (2001 年 2 月以降に公表されたもの。)において、この点に関する議論の趨勢に

大きな影響を与えることとなる一定の方向性を打ち出した。かかる方向性は、「制限された独立性の理論」よりも「絶対的な独立性の理論」を重視し、PE を「機能的に別個の事業体」(functionally separate entity)と仮定するものであり(このような仮定に立脚する考え方は 'separate enterprise approach' と言われている。)、かかる方向性を示した見解は AOA (Authorized OECD Approach) と称されている。

AOA は、PE への利益・損失の配分のあり方について、一定のフォーミュラに依拠する「事業関連活動アプローチ」('relevant business activity approach')を完全に否定し、PE を「機能的に別個の事業体」とみなした上で OECD の移転価格に関するガイドラインを類推適用して決定するという「作業仮説アプローチ」('working hypothesis approach')を採用している<sup>15</sup>。かかる仮説の下で重要なポイントとなるのは、税務上、原則として、PE と本社との取引によって利益が生じるとともに、名目上の費用(利子、使用料或いは賃借料等)の控除が認められ、「関係する企業リスクを負う者」('Key Entrepreneurial Risk Takers, KERT)に利益の帰属を行うという考え方である<sup>16</sup>。

AOA は、PE が別個の企業であることを限定的に認めるにとどまった従来の OECD モデル条約及びそのコメンタリーが立脚していた PE 概念に変更を加え、従来の PE と子会社との区分をより曖昧なものとし、PE と子会社について、一定の場合には、源泉地国において、同様な課税上の取扱いを行うという新たな考え方に立脚するものであり、その結果、源泉地国においては、子会社の所得と非独立の PE (dependent PE) の機能に応じて帰属がされるところの所得の双方が課税対象となることから、「納税者が二人であるアプローチ」('two taxpayer approach')とも称されている<sup>17</sup>。

## 2. PE への利益の帰属という問題を巡る最近の主な裁判例

AOA において示されている考え方は、そもそも企業内取引から利益は生じないという国内法上の確立した一般原則から乖離するという問

題もあることから、AOA が採用されれば、そのインパクトは測り知れないものとなる。したがって、想定される諸々の混乱を押してまで統一的な解釈を確立する必要があるかについては、異なる見方もあり得るものと想定されるが、他方、上記の一般原則の下では、グローバルな活動を展開する企業は、課税上の影響を受けることなく任意にリスクの再配分を行うことが可能となるという問題が生じるのも事実である。

実際、北米諸国の税務当局は、上記の問題や国際的な所得帰属のあり方を問題視し、最近、幾つかの金融機関の本店とその海外 PE との間の資産・費用等の配分方法を不当とする課税処分を行い、かかる課税処分を巡って幾つかの事件が裁判所に係属した。これらの事件の 1 つとして挙げられるのが *North-West Life Assurance Company of Canada v. Commissioner* 107 T.C. 363 1996 U.S. 事件判決である。本事件判決では、海外企業の米国 PE の事業活動に「効果的に関連しているネットの投資所得」(‘effectively connected net investment income’、以下「ECNII」という。) に対して米国の課税権を認める米国法律集 (26U.S.C.S.) 842 条(b)と OECD モデル租税条約に則って 1984 年に締結された米国・カナダ租税条約第 7 条との関係が問題となった。

そもそも、米国では、国内法上の規定と租税条約上の規定が抵触する場合には後法が優位するという一般原則があるが、1987 年に米国法律集 842 条の改正が問題となった際、同条を米国・カナダ租税条約 7 条に優先させる意図はないという点が議会の議事録に残されており、本事件に関する裁判では、税務当局側も、問題となっている上記の国内法の規定と租税条約の規定は抵触しておらず、双方を統合的に解釈することは可能であると主張する一方で、もし仮に両者が抵触する関係にある場合には、米国・カナダ租税条約 7 条が優先し、米国法律集 842 条 (b) に基づく更正処分は妥当ではないことを認めていた。したがって、税務当局側が勝訴するためには、関係する国内法上の規定と租税条約上の規定が抵触していないと判断されることが前提条件であった。

ところが、本事件判決において、租税裁判所は、米国法律集 § 842 では、米国で事業を行

う国外の保険会社は、①法定のフォーミュラに従って決定される最低限の ECNII と、②実態を反映した ECNII について、いずれか大きい方が米国で課税されると定められているが、上記①に基づいた課税がされ得ると定めていることについては、(ア) 米国・カナダ租税条約 7 条 2 項が、擬制された事業利益を PE に帰属させることを禁じていること、また、(イ) 同条 5 項が PE に帰属すべき事業利益に関しては、十分に合理的な理由がない限り、毎年、同様な方法に基づいて決定されると定めていることに抵触することから、国内の保険会社と同様な資本・負債比率に基づいて擬制された事業利益を納税者に帰属させて課税を行うことは認められないと判示した<sup>18</sup>。

上記判決で依拠された見解は、*National Westminster Bank, PLC, v. United States* 58 Fed. Cl.491;2003 U.S. Claims 事件判決でも、概ね踏襲された。本事件では、英国の金融機関の米国支店 (原告) が英国の本店に支払った利子の控除は認められるか否かが争点となった。連邦控訴裁判所は、原告である米国支店の課税所得を算定する上で依拠すべきは、基本的には、米国支店の帳簿記録であり、当該帳簿記録が取引の実際を反映している限りは、税務当局が、国内の金融機関に適用される資本・負債比率を当てはめ、当該比率を超過する部分については自己資本の注入であると擬制して利払いの控除を税務上否認することは認められないと判示した<sup>19</sup>。

また、上記事件判決では、米英租税条約第 7 条 2 項が、PE に帰属する利益の判断基準として、「別個の分離した企業」という概念を採用しており、当該条項をどのような解すべきであるかという点が、判決を下す上で重要なポイントとなったが、裁判所は、「別個の分離した企業」とは、税務当局が主張するように、支店が別々に設立された法人のように取り扱われるべきであるということの意味するのではなく、支店は、支店が一部を占めているところの金融機関のその他の部分と別個の分離したものであるという意味に解すべきであるという見方を示した。

本店と PE との取引関係に係る課税問題については、最近、カナダでも、*Cudd Pressure*

Control INC., v. The Queen, 1998 Fed. Ct. Appeal 事件判決が下された。そもそも、カナダの所得税法の下では、本店とその 100%子会社間での名目上の使用料(notional rent)の支払は、課税所得の計算上、控除が認められないが、当該事件では、国内外の石油・ガス産業に属する企業に対してサービスを提供している米国の公共企業が、国内で法人化した 100%子会社を有し、当該子会社はカナダで事業を行っており、当該子会社(控訴人)が、そのカナダの PE に帰属すべき事業利益を算定する際、本店である米国の公共企業の機器を当該 PE が使用していることから、名目上の使用料を控除したことが問題となった。

連邦控訴裁判所は、本事件において争点となった 1942 年に締結されたカナダ・米国互惠条約(Canada-US Reciprocal Tax Convention)第 3 条が PE を別個の事業体として取り扱うとしていることから、当該規定では、PE は、あたかも独立した企業として利益を計算するというフィクションが採用されており、この点を踏まえると、名目上の使用料を課税所得の計算上控除することは可能でないとはいえない、なぜなら、PE が独立した企業であるなら、問題の機器をレンタルするか或いは購入することが必要となるからであるとしながらも、本件に関しては、問題の機器をレンタルすることは採算が合わず、独立した企業であれば、問題の機器を購入することはあってもレンタルすることは想定し難いとして、名目上の使用料の控除は認められないと判示した。

### 3. AOA とその適用範囲・採用方法を巡る議論

これら一連の判決で示された見解は、確かに、OECD モデル条約における事業利益に関する条文のコメンタリーに示された従来の解釈に合致するとは言い難いものも含まれていた。また、OECD が 2001 年及び 2003 年に公表した PE に関するディスカッション・ペーパーでは、例えば、金融機関の事業が包含している経済的リスクを分担するために必要と想定される額である「経済的資本」(‘economic capital’)については、PE にも帰属させるべきであるというような解釈が示されているのに対し、上記の National Westminster Bank 事件判決で示さ

れた裁判所の判断は、かかる解釈は誤っているという見解に立脚するものであり、米国税務当局が依拠した経済的リスクに立脚する経済的資本の帰属という考え方を否定するものであった<sup>20</sup>。

このように、上記の主要な裁判例で示された見解と AOA 及び OECD が示してきた従来の見解との間には少なからぬ相違点が認められるが、非常に多くの国の租税条約が OECD 租税条約に則っていることから、一旦 AOA が採用されれば、AOA は、多くの場合において、各国の裁判所で租税条約の条文の解釈する際に依拠されることとなるほか、各国の国内法や租税条約も、AOA に則る方向で改正される可能性が高い。実際、例えば、オーストリアでは、既に、2005 年以降、国境を跨ぐ企業内サービスについて、PE の完全な独立を擬制した税務上の取扱いが行われるよう国内法上の手当てがされたため、AOA が採用されないと、国内法上の取扱いと租税条約上の取扱いが異なるという問題が生じるという指摘もされている<sup>21</sup>。

AOA の採択は、上記のようなインパクトを秘めているが、AOA については、当然のことながら、異論も少なくない。とりわけ、AOA が示している子会社と非独立の PE をあたかも同様なものと取り扱うような方向性を疑問視する向きは少なくない<sup>22</sup>。また、資産とリスクの所在は必ずしも機能の所在と合致するものではなく、リスクの所在を決定するのは、通常、契約上の関係であるにもかかわらず、AOA が重視する KERT では、機能が存在している場所がリスクの存在している場所であり、資産は原則として機能と関係づけられるべきであると仮定している点で誤っているという指摘も見受けられる<sup>23</sup>。

上記の見解・指摘は、そもそも、企業とその PE との間の課税関係を判断する際の出発点は、あくまで、これらの事業体の帳簿・記録であるべきであり、そこに記されているものが実際に反映しているか否かを判断することなく、一定の基準に基づき、PE への利益の帰属のあり方があるべき姿に引き直そうとする AOA の考え方は誤っているという見方に立脚するものであるといえるが、実のところ、このような見方は、前述の National Westminster Bank,

PLC. 事件判決や North-West Life Assurance Company of Canada 事件判決において、裁判所が合理的であると判断したのものである。

AOA については、執行面等からの批判も少なくない。例えば、AOA が採用されると、實際上、存在しない取引についてのドキュメンテーションというコンプライアンス・コストの問題が生じるほか、国際的な二重課税や PE の所在地国課税が格段に増加し、国際的企業の競争力が低下する虞があるという指摘がある<sup>24</sup>。また、AOA は独立企業間取引を重視し、一定のフォーミュラに基づいた PE への利益の帰属を行うという間接方式を完全に否定するものであるが、そもそも、移転価格の実際においては、一定のフォーミュラに基づく利益分割法 (profit split method) の利用が圧倒的に多く、かかる事実は、独立企業間取引に依拠することの限界を示しており、かかる限界は、PE への利益の帰属という問題においても、AOA が採用される場合には生じ得るという指摘をする向きもある<sup>25</sup>。

AOA に対する批判は、上記のような指摘に代表されるが、税務当局も、AOA に対して手放しに賛同しているわけではない。この点は、AOA で示されている考え方・取扱いの中には、例えば、名目上の使用料の税務上の控除を一定の場合に認めるなど、前述の Cudd Pressure Control INC. 事件裁判において示された税務当局側の見解と異なるものも少なからず含まれていることなどからも明らかであるが、例えば、米国財務省も、移転価格の領域においても問題点を抱えている KERT をそれ以外の領域において利用することの合理性と限界について問題提起をしているようであり<sup>26</sup>、AOA が採用された場合の各国の足並みが揃うかについては、懸念材料もないではない。

AOA を巡っては、上記の通り、多方面から、理論上・実際上の問題点の指摘がされているが、前述の通り、AOA の考え方を既に国内法において取り入れている国もあるなど、AOA を支持する向きも少なくない。但し、AOA を採用するとしても、その採用方法を巡って議論がある。そもそも、AOA は、通常の法人に対しても、PE への事業利益の帰属だけでなく、必要に応じ、資産や所得の PE への帰属を求めるも

のであることから、AOA を採用することは、OECD 租税条約 7 条 3 項に関するコメントリーが、本社と PE 間の内部取引については、金融機関の場合に限って認められ得るとしていたこととの整合性を欠くこととなる。

したがって、AOA を採用する場合、コメントリーを改訂することは不可欠となるが、それだけでは必ずしも十分ではなく、モデル条約の解釈上の一貫性を保って不明確性を除去するためには、モデル条約自体の改訂も必要となる蓋然性がある<sup>27</sup>。ところが、この場合、各国が締結している 2500 を超えるとも言われている膨大な数の租税条約が改訂の対象となる。このように、AOA については、それを採用することの影響が非常に大きいものとなることが想定されることから、その理論上の妥当性だけでなく、その採用を行う場合の採用方法を巡っても、少なからぬ見解の相違が認められる。

上記の通り、AOA が抱える問題・課題は少なくない。これらの点に対する IFA 総会の出席者の見解も様々であり、例えば、AOA の採用の是非という問題について、挙手という形で示された総会出席者の見解は、①全企業に対して採用する (約 20%)、②金融機関に限定して採用する (約 30%)、③AOA を採用しない (10%)、④採用を当面見合わせてその他の選択肢も検討する (約 40%) に分かれた。このような結果に対し、OECD の Working Party 6 の担当者であるベネット女史 (Mary C. Bennett) は、(仮に AOA に問題があるとしても)、「その他のより良い選択肢が示されていないのではないか」というコメントを述べた。

## セミナーB：企業と事業との関係

近年、納税者の営業活動は、様々な形態の事業体を駆使することによって、益々、多様化・多角化してきている。このような状況の下、様々な事業体に対する各国の税務上の取扱いが異なることに伴う課税上の問題 (二重課税や二重非課税) の発生も懸念されるところであるが、様々な事業体に対する租税条約の文言が欠如していることや、定義が必ずしも十分に明確でないということが、課税関係の不明瞭性に繋がることもある。かかる問題や不明瞭性を解消する

ことには一定の限界もあるが、実のところ、租税条約の文言の定義の不明瞭性という問題については、文言の定義が異なる言語において、必ずしも同一ではないという点に少なからず起因して生じていると考えられる場合もある。

例えば、「企業」(enterprise)や「事業」(business)という文言についても、その定義は、そもそも、コモンローの国と市民法の国とで必ずしも同一であるというわけではなく、これらの文言が具体的に何を意味し、その定義が包含するものは具体的に何であるかは、実のところ、必ずしも十分に明らかではない。したがって、OECD モデル条約の幾つかの条文に置かれている「企業」や「事業」という文言を解釈する際にも、これらの文言の不明瞭性が、課税権の有無の判断上、問題となり得る場合が想定される。

例えば、モデル条約 7 条(事業所得) 1 項は、「企業が他の締約国において PE を通じて事業を継続する場合、当該 PE に帰属する利益は PE 所在地国で課税され得る」と定めている。また、モデル条約 21 条(その他所得) 2 項は、「1 項(一方の締約国の居住者の所得〔源泉地を問わない。〕で前各条に規定がないものについては、当該一方の国においてのみ課税し得る。)の規定は、一方の締約国の居住者が、他方の締約国において当該他方の国内にある恒久的施設を通じて事業を行う場合、その受領する所得(第 6 条 2 項に規定する不動産から生じる所得を除く。)の支払の起因となった権利又は財産が当該恒久的施設と実質的な関連性を有するならば、当該所得には適用されず、第 7 条が適用される」と定めている。

これらの条文に定められている「企業」及び「事業」という文言の解釈については、同条約 3 条(一般的定義) 1 項(b)が「企業」という文言はあらゆる事業の遂行に適用される、同項(d)が「一方の締約国の企業」及び「他方の締約国の企業」という文言が意味するのは、それぞれ一方の締約国の居住者が営む企業及び他方の締約国の居住者が営む企業である<sup>28</sup>、また、同項(h)が「事業」という文言は、何らかの事業を遂行(継続)するケースに適用されるものであり、事業という文言は専門的な職業活動の遂行やその他の独立性のある活動の遂行を含む

ものであると定義しているという点を参考とすべきであるが<sup>29</sup>、これらの定義も総括的なもので、十分な具体性に乏しく、その実際上の射程範囲は十分に明らかであるとは言い難い。

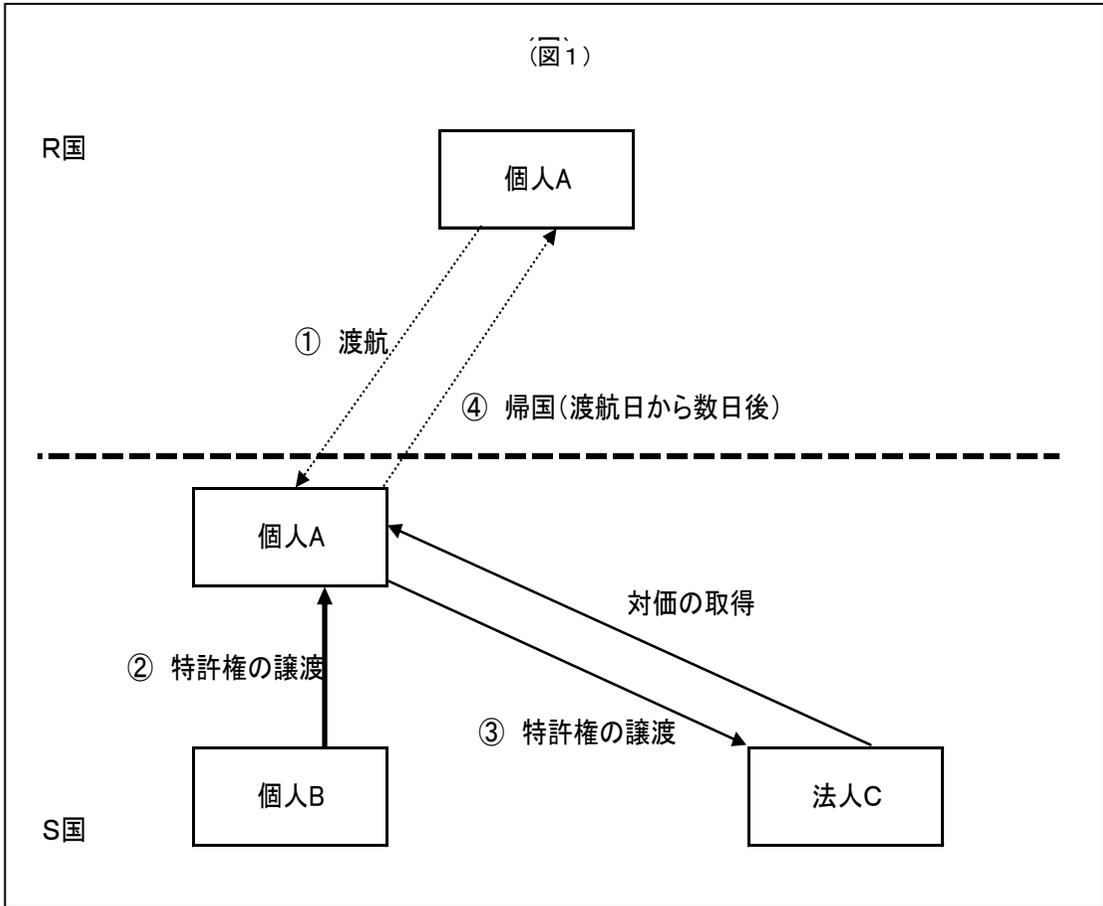
したがって、その射程範囲に関する解釈如何によっては、同様な取引であっても国によって異なった課税関係が生じ得ることとなる。この点を具体的に示すために、例えば、以下の図 1 のようなケースを想定する。

このケースでは、S 国と R 国との間で締結されている租税条約は、「事業所得」に関する OECD モデル条約 7 条と「その他所得」に関する国連モデル条約 21 条 3 項(「第 1 及び第 2 パラの規定にかかわらず、条約の前条の諸規定において対象とされていない一方の締約国の居住者の所得については、他方の締約国に源泉を有している場合、当該他方の締約国も課税の対象とすることができる」)に則っており<sup>30</sup>、S 国の国内法では、個別の「商業取引」(commercial transaction)によって生じた利益は「事業所得」(business income)とみなすと定められているという状況設定を考える。

上記のような状況設定の下、R 国の大学で知的財産権の講義を担当している R 国の居住者である個人 A は、S 国で多額の利益を得ている法人 C が依拠する技術の一部は、S 国に居住する個人 B が有する特許権を侵害する可能性があるという事実を突き止め、個人 A は、S 国に渡航した後の数日間のうちに、個人 B から当該特許権の譲渡を受け、それをすぐさま法人 C に高額で売りつけ、対価を得てただちに帰国したというケースを想定する。

上記のようなケースでは、そもそも、S 国において、個人 A が行う「事業」や「企業」が存在すると認定できるかという問題が生じ得る。この点に関しては、例えば、個人 A の活動は「事業」に該当するには至らない程度のものであることから、S 国において「企業」は存在しておらず、個人 A が法人 C から得た対価については、OECD モデル条約 7 条(事業所得)の適用はなく、S 国と R 国間で締結されている国連モデル租税条約 21 条 3 項(その他所得)に則った規定が適用され、S 国は課税権を主張することができるという解釈も可能である。

上記の解釈を基本的には正しいとしながら

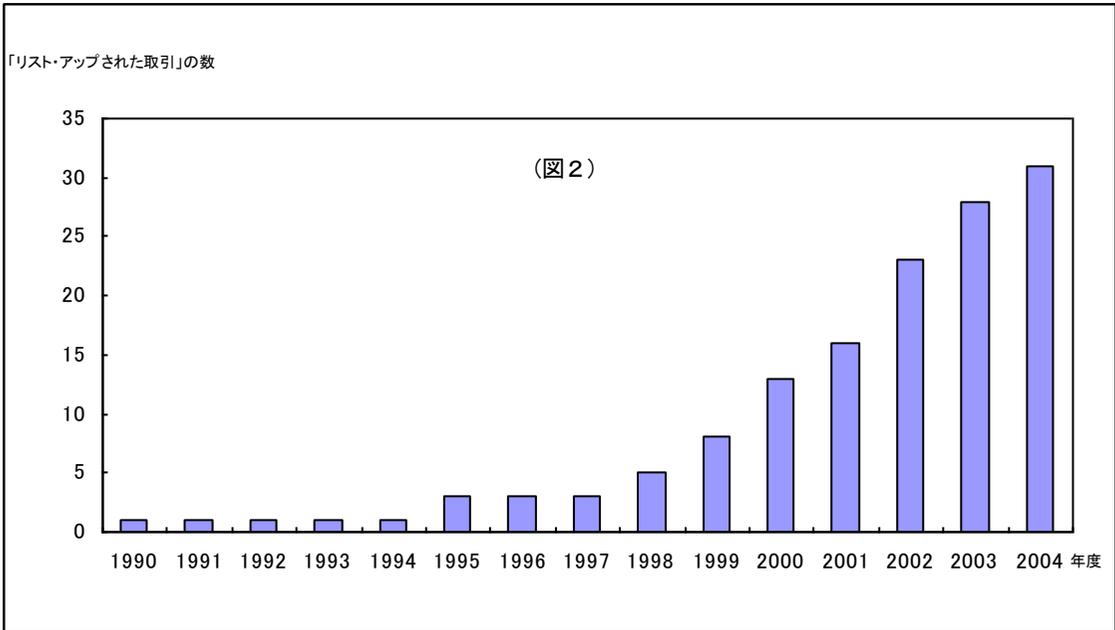


も、個人 A の活動の内容が「相当程度のものであると認められるもの」(“more substantial”)であれば、租税条約 3 条 1 項(h)でいうところの「事業」の存在の認定が可能となり、OECD モデル条約 7 条の適用があるという指摘もあるが<sup>31</sup>、そもそも、租税条約 3 条 1 項(c)でいう「企業」(“enterprise”)の定義である「あらゆる事業を遂行(継続)する」(“carrying on of any business”)とは、フランス語バージョンでは、l'exercice de toute activite ou affaire (exercise all activities)であり、英語バージョンにおける「遂行(継続)する」(“carrying on”)に相当する文言を含んでいないことに鑑みると、個人 A の活動には「企業」及び「事業」が存在すると認定することが可能であり、この場合、OECD モデル条約 7 条の適用があるとする見方もある<sup>32</sup>。

さらには、「企業」や「事業」や「事業を遂行(継続)する」という文言の解釈に関係な

く、S 国の国内法は、上記の状況設定の下では、個別の「商業取引」によって生じた利益は事業所得とみなすという規定を有していることから、個人 A が得た対価は事業所得に該当し、「事業」の存在を認定することができることから、個人 A の活動には OECD モデル条約 7 条の適用があると解すべきであるという見方もあり<sup>33</sup>、かかる見方に立脚する場合、S 国は、個人 A が得た対価に対して課税をすることはできないこととなる。

このように、如何なる活動が「企業」や「事業」に該当するかについては、必ずしも一義的に明確な基準が存在しているとは言い難く、それに伴い、一定の国境を跨いだ活動に対する課税関係にも不明瞭性が払拭されない場合が想定されるが、そもそも、「企業」と「事業」という文言についても、これらの定義の異同は必ずしも十分に明らかではない。但し、この点については、市民法の下でもコモンローの下でも、



(出典：米国会計検査院の2003年10月上院財政委員会での証言録 GAO-04-104T や内国歳入庁告示2004-31等に基づいて作成)

「企業」(‘enterprise’)の定義は、businessではなく、undertakingと同義であり、undertakingに該当するか否かの判断基準は、エンティティが「経済的活動に従事している」(“engaging in economic activities”)か否かであるという指摘を行う向きもある<sup>34</sup>。

**セミナーC：租税回避行為に対抗するための国際協力<sup>35</sup>**

租税回避行為に効果的に対抗するためには、①租税回避行為を早期に発見すること、②多角的な対応策を柔軟に講じること、③各国の税務当局の協力関係を強化すること、④不適切な租税回避行為を否認することなどが特に重要なポイントとなる<sup>36</sup>。①に関しては、米国の場合、タックス・シェルターの開示制度が存在しており、開示件数は、2001年以降、急速に増加し、税務当局によるタックス・シェルターの把握レベルが高まってきている<sup>37</sup>。開示件数が、最近、顕著に増加してきている背景には、様々な要因が存在しているが、開示義務の対象となる取引範囲についての透明性が向上したこと、また、開示義務違反に対するペナルティの強化が図られたことで開示義務者側における危機感が高

まったことなどが主な要因として挙げられる。

タックス・シェルターの開示制度の主な対象となる「報告対象取引」(reportable transactions)は、「リスト・アップされた取引」(listed transactions)と「その他の報告対象取引」(other reportable transactions)である<sup>38</sup>。如何なる取引が「リスト・アップされた取引」に該当するかについては、内国歳入庁の通達や告示(Rulings & Notices)等に具体的に列挙されている<sup>39</sup>。その数は、図2が示す通り、年々増加し、最近では30前後に及んでいる。また、「リスト・アップされた取引」と「実質的に同様な」(substantially similar)取引も「報告対象取引」に含まれ、一定の取引がこのような取引に該当するか否かが問題となる場合には、開示対象に含まれることとなるよう、広義に解される傾向がある。

上記②の重要性は、税務当局側の人的資源に限界があり、また、タックス・シェルターの開示制度に対するコンプライアンスが十分でないという点を補う必要があるという点からも明らかである。かかる観点から注目すべき施策の1つとして挙げられるのが、タックス・シェルター開示イニシアチブやセトルメント・

オファー (Settlement Offer) と称される試みである。このような試みは、一種のアムネ스티・プログラムや融和策と位置付けられるものであり、納税者に一定のインセンティブを与えることによって、タックス・シェルターの利用事実の自主的な開示を促進することを目的とするものである。実のところ、このような施策の有用性は、近年、顕著に高まってきている<sup>40</sup>。

上記③に関しては、2004年、米国、英国、カナダ及びオーストラリアの間で、国際的な租税回避に協働して対抗するための組織である JITSIC (the Joint International Tax Shelter Information Centre) が創設されたという点が特に注目される。国際租税回避行為に対して異なる経験と実績を有するこれらの国々は、オーストラリアを除き、いずれもタックス・シェルター (租税回避スキーム) の開示制度を有しており、かなり高いレベルで租税回避スキームを把握できる体制が整備されているが、JITSIC を通じた協力体制の構築は、開示制度の下でも実態把握の困難性が高い国境を跨いで販売される国際的な租税回避スキームに対抗する上で、効果的な手段になるものと期待されている<sup>41</sup>。

実際のところ、既に、JITSIC では、その創設以来、少なからぬ数のタックス・シェルターが新たに把握されるに至っており、例えば、JITSIC が開発した情報網によって、退職勘定を利用したタックス・シェルターが、カナダと米国の数百万名の納税者に対して提供され、その結果、数千万ドルの所得が申告書から漏れていたことが新たに発覚している。JITSIC が把握した取引の中には、JITSIC が設立されていなければ、その把握に更に数年の年月を要したか若しくは把握できないままであったようなものが、数多く含まれていると言われている<sup>42</sup>。

上記④については、米国では、経済的実質主義 (economic substance principle) が重要な機能を果たしているという点が指摘されなければならない。経済的実質主義のタックス・シェルターへの適用を巡っては議論があり、その適用は必ずしも裁判所によって全面的に支持されているわけではないが、近年、多くの裁判において、経済的実質主義の適用が認められている。直近の代表的な裁判例としては、Coltec Industries, Inc., v. United States, 2006 U.S.

App. 事件判決が挙げられる。当該事件では、内国歳入庁告示 2001-17 によって「リスト・アップされた取引」に新たに加えられていたスキーム (内国歳入法通達 95-74 を不当に利用する取引) の妥当性が問題となったが、連邦控訴裁判所 (Court of Appeals) は、連邦請求裁判所 (Court of Claims) の判決を破棄し、経済的実質主義の適用を認めた。

このように、諸々の対抗策の有用性は高まる傾向にあり、内国歳入庁のタックス・シェルターとの戦況も、経済的実質主義の有用性やタックス・シェルター開示・資料保存義務違反に対するペナルティの強化策などを背景として、ここ数年でかなり好転してきている。このような結果から示唆されるように、納税者やプロモーターと税務当局が対峙する土俵は、もはや前者に一方的に有利なものではなくなってきているが<sup>43</sup>、対抗策の更なる強化が必要であるという見方もあり、最近では、経済的実質主義の安定的な適用を図るとの観点から、経済的実質主義を法令化するという案が幾度となく議会に提出されている。但し、当該法案は、下院の反対を受け、未だ成立するには至っていない。

## セミナーE：最近の主な国際課税問題

### 1. 中国への国際投資と税制との関係と今後の方向性<sup>44</sup>

中国では、1980年代から海外から中国に向けた投資 (foreign investment to China) を促進するための税制面での優遇措置 (tax incentives) が整備されてきたが、1991年には、外国からの投資や国内の外資企業に対して適用される所得税法 (the Income Tax Law for Enterprises with Foreign Investment and Foreign Enterprises) も制定された。同法で定められた優遇措置は、海外からの国際投資を促進させるうえで重要な役割を果たし、その結果、中国への技術や産業上のノウハウのかなりの規模の移転が実現し、中国の経済成長も加速したという経緯がある。

外資企業に対するこれらの税制面での優遇措置は、様々な形態で付与されている<sup>45</sup>。例えば、税法上の表面税率 (標準税率) は、国内企業の場合も外資系企業の場合も同じ (33%、内 3%は地方税) であるが、地方政府は、地方

税分を徴収しないのが通例であることから、外資系企業の場合、標準税率は、實際上、30%である。しかも、多くの外資企業の場合、収益が計上された最初の2年間については100%の税額免除、その後の3年間の収益に対しても、50%の税額免除が認められる。

さらに、一定の地域、例えば「特別経済地域」(special economic zone)や「ハイテク産業地域」(high-technology industrial zone)等で活動している外資企業には15%の軽減税率が適用され、また、沿岸地域や地方の主要都市で活動している外資企業には25%の軽減税率が適用される。企業が被雇用者に対して支払う賃金については、国内企業の場合、税法上損金算入できる額に上限(毎月1600元)があるのに対し、外資企業の場合、実際の支払賃金の全額の損金算入が可能であるという差異も認められる。

このような差異が存在することから、実効税率については、国内企業の場合は25%、外資企業の場合は12%であるといわれている。このような不平等な取扱いは、内外企業に対する差別を禁止するWTOの規定に照らしても問題となるが、実際、このような税制面での優遇措置は、国内企業との競争という面において、外資企業を不当に利するという不平等を招いたほか、海外からの投資が第二次産業や一部の海岸地域に集中するなどの歪みを生じさせている。その他にも、海外投資の初期の段階における税制面での優遇措置を受けて短期的な利益を獲得した後に、期待される地域への利益の還元を行わないままに撤退する外資企業や移転価格取引を濫用する企業なども少なくないなどの問題も発生している。

このような問題が発生していること、また、中国の経済発展が軌道に乗ってきたことなどに鑑み、今後は、国内企業と外資企業とに適用される法人税法を一本化するという観点から、「統一法人所得税法」(Unified Enterprise Income Tax Law)案を成立させ、国内企業と外資企業の経済活動に対する税制面での差異を極力解消するという方向性が打ち出されている。税制上の優遇措置についても、例えば、低い税率やタックス・ホリディのような直接的・包括的なものよりも、むしろ税額控除等を中心とし

た間接的・限定的な仕組みのものへと移行し、その適用についても、一定の産業や地域にウェイトを置いたものとなるように措置することが計画されている。

「統一法人所得税法」案の詳細は、未だ十分に明らかではないが、一本化される税率については、22%~27%の範囲内のものであると言われている。また、当該法案は、歳入中立を原則としていることから、当該案の成立後は、外資企業全体から徴収される税収額が増加し、国内企業全体から徴収される税収額は減少することとなる。当該法案は、今年9月、国務院(State Council)と内閣(Cabinet)を通過し、今後は、議会の常設委員会(the standing committee of the National Peoples' Congress)のレビューに付される予定となっている<sup>46</sup>。

「統一法人所得税法」が成立することによって、既存の外資企業が享受している優遇措置の多くは、3年~5年間の移行期間を経て消滅することとなるため、同法成立後、少なからぬ外資企業が中国から退出するという可能性もあるが、多くの外資企業は、中国での活動を継続するであろうという見方がされている<sup>47</sup>。ある外資企業は、今後も中国から退去しない理由として、①中国に投資する理由は、税制上の優遇措置に関係なく、投資条件が良いからであるという点、②移転価格によって、既に相当な利益を中国から持ち出しているという点を挙げているが、実際、外資企業にとって、この②ができていくか否かが、同法成立後の進退を左右する主要な要因となろうという指摘をする向きもある<sup>48</sup>。

確かに、税収税制面での優遇措置によって、外資企業の多くは大きな利益を得たわけであり、中国政府の税収は、税務執行の強化・向上を図ることによって大幅な税収増を実現することが可能であると思料されるが、とりわけ、移転価格面での執行の向上が最大の税収増に繋がるという指摘をする向きもある<sup>49</sup>。もっとも、利益を得たのは外資企業に限ったわけではない。全ての「特別経済地域」や沿岸地域等の顕著な経済成長が実現したというわけではないが、これらの地域の多くは、かかる優遇措置の恩恵を受けた外資企業の活動によって経済的に潤い、顕著な経済的成長を遂げてきている。これらの地

域も、既に、相応の税負担をすべき状況にあるという見方がされている<sup>50</sup>。

## 2. 米国のタックス・シェルターの原因、現状及び対応策<sup>51</sup>

米国の連邦政府及び州政府は、ここ十数年間において、タックス・シェルターの興隆によって多額の潜在的な税収を失ってきた。その額は、学者や税務当局の試算によると、その興隆が特に顕著であった 1990 年代後半頃には、年間 100 億ドルから 150 億ドルにも達したと見積もられている<sup>52</sup>。米国でタックス・シェルターの興隆が生じた背景には、企業の利益額が増加傾向を示し、税法の解釈という点においては形式的解釈主義の優位性が顕著なものとなる趨勢の中にあつて、企業の税務部門のプロフィット・センターとしての機能が重要視されるようになったという事実がある。実際、このような事実とコンプライアンスの低下によるタックス・シェルター利用の活発化という現象には非常に密接な関係が認められる。

このような状況を背景としてタックス・シェルターの規模が拡大していったわけであるが、そもそも、初期の頃のタックス・シェルターは、税務当局のタックス・シェルターに対応するための体制の整備が遅れ、その多くが税務当局に把握されることがなかったことから、その税負担軽減効果の妥当性如何に関係なく、政府の潜在的な税収を奪ったという経緯がある。かかる状況に顕著な変化が生じたのは、タックス・シェルター開示・資料保存制度の機能を高める措置が講じられ、また、タックス・シェルターに対抗する部署の人的リソースの増強が図られるなどの体制整備がここ数年で急速に進展したことによるところが大きい<sup>53</sup>。

もっとも、税務当局のタックス・シェルターの把握のレベルやタックス・シェルターの分析・調査機能が向上しても、法解釈上の形式主義の優位という問題は、依然として不適切なタックス・シェルターの税務効果を否認する上での大きな壁として立ちはだかっている。幸い、米国の裁判所は、経済的実質主義の適用に対し、これまで特に消極的な姿勢を示しているわけではないことから、悪質なタックス・シェルターの税務効果を巡る裁判において、税務当局はか

りの確率で勝訴しているが<sup>54</sup>、経済的実質主義の適用範囲には一定の限界があり、しかも、その適用上の境界線は、必ずしも十分に明らかであるというわけではない。

したがって、米国政府のタックス・シェルターへの対応は過剰ではないかという見方をする向きもあるが、実際には、依然として、タックス・シェルターを押さえ込むことは容易ではないというのが本音のようである。このような現実に直面している税務当局は、対抗策を多様化してタックス・シェルターへの対応を図るようになってきている。連邦や州の税務当局が提供しているタックス・シェルター開示プログラムやセトルメント・オファー (Settlement Offer) も、多様化する対抗策の一例である。特に、最近では、このようなプログラムやオファーに応じる納税者は、かなりの数に上るようになってきており、失われていた潜在的な税収の部分的な取戻しが実現している<sup>55</sup>。

タックス・シェルター開示プログラムとは、納税者が一定のタックス・シェルターの利用事実を自主的に開示することに対し、「正確性に係るペナルティ」(accuracy-related penalty) などの附帯税の適用を部分的に免除するというプログラムである。セトルメント・オファーとは、一定のタックス・シェルターの利用事実を自主的に開示することに対し、税務上の損金計上が原則として認められないタックス・シェルターにかかる費用 (例えば、プロモーターに対する報酬等) の損金算入を認めるというものである。

セトルメント・オファーの代表的な例としては、人為的な損失を発生させて税負担の軽減を図ることを唯一の目的とした Son of Boss という有名な濫用的なタックス・シェルターを利用していた 1200 人を超える者を対象として 2004 年に行われたものがあるが、最近では、21 の開示対象取引 (どのようなタックス・シェルターが対象となるかについては、内国歳入庁告示 2005-80 参照。) をカバーする大規模な「包括的セトルメント・プログラム」(2006 Global Settlement Program) も実施されている<sup>56</sup>。このような施策によって、強硬策を中心とするタックス・シェルターへの対抗策の多角化が図られている。

これらの多角的な対抗策の効果には目を見張るものがあり、最近、プロモーターや納税者のコンプライアンス意識の更なる低下にも歯止めが掛かるようになってきている。税務当局がタックス・シェルターとの戦いにおいて置かれている状況も、もはや、嘗てほど不利なものではない。しかし、いずれの対抗策についても、一定の限界があることは否めない。税法には多くのループ・ホールがあり、個別否認規定の整備を行ってこれらを塞ぐことにも限界がある。タックス・シェルターに対する手綱を緩めれば、コンプライアンス意識が下がり、対抗策に内在する限界も顕著なものとなる。そうなると、タックス・シェルターとの戦況も悪化することとなる。「アグレッシブなタックス・プランニング(の威嚇)は常に存在している」ということに留意すべきである<sup>57</sup>。

<sup>1</sup> 1990年代以降、企業借入額の増加が顕著であったことを示す資料については、本議題に関する各国支部の報告書(Cahiers de Droit Fiscal International, The Tax Consequences of Restructuring of Indebtedness(Debt Work-outs), Vol.91a, Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers), の総括レポート(Michael Lambooi 執筆, 24~25頁)参照。なお、IMFのリプスキー氏(John Lipsky, First Managing Director)が2006年9月のAPEC会合で行った発言によると、企業の借入額がGDPに占める割合は、大半の国では5%以下であるが、米国では22%、日本は16%、ユーロ圏では12%となっている。発言内容の詳細については、

<http://www.imf.org/external/np/speeches/2006/090706.htm> 参照。

<sup>2</sup> 企業借入額は、米国やユーロ圏を中心として更に拡大する傾向にあるが、著名な信用格付会社であるStandard & Poor's社は、近年、債務額が急増している欧州の多くの主要企業の信用格付けの引下げがあり得ると警告を発している。この点については、Sharp Rise in Europe's Corporate Debt, at <http://www.xak.com/main/newsshow.asp?id=66511> 参照。

<sup>3</sup> 債務の再編成の手法としては、これらの他にも、例えば、最近、その利用が顕著に活発化してきている組織再編成によるものもあるが、このような手法は本議題の対象外であった。

<sup>4</sup> かかる一定の場合に該当するケースとして、租税回避の目的を有していない場合の債務免除等も想定されるが、例えば、スウェーデンでは、関連会社間

における債務の免除については、租税回避の意図の存否に関係なく、原則として、課税の免除が認められない。この点については、Helena Rempler, Cahiers, Vol.91a, p589 参照。

<sup>5</sup> この点は、我が国でも、特に、かかる事実の発生の時期等を巡る興銀事件に関する最高裁平成16年12月24日判決(平成14年(行ヒ)第147号、訟務月報52巻3号1020号)で問題となったが、法人税法基本通達9-4-1・9-4-2等は、関係会社間の債務免除について、債務を免除する側における寄付金の認定がされない場合を示している。IFA総会では、このような取扱い基準は注目に値するという指摘がされた。かかる指摘は本議題についての各国の支部報告書の総括部分(56頁)にも見受けられる。

<sup>6</sup> 例えば、南アフリカ共和国では、債務者の資産状況が債権の回収ができないほど悪化している場合には不良債権額の全部について控除が認められるが、回収が疑わしいという程度にとどまるものについては、不良債権額の25%について控除が認められるにとどまる。この点については、Ernest Mazansky, Cahiers, Vol.91a, pp.529-530 参照。

<sup>7</sup> かかる所得は、「債務免除による所得」(discharge of indebtedness income)と称される。

<sup>8</sup> このような債務免除に伴う減算項目の減額調整の計算方法については、More Techniques to Avoid Bankruptcy Tax, at

<http://www.touchngo.com/iglcnt/usc/bnkruptcy/briefs/bnk35.htm> 参照。なお、適用条件等には多少の違いがあるが、同様な取扱いは、カナダでも制度化されている。カナダの「債務免除ルール」の詳細については所得税法§80~§80.04、Christopher J. Steeves and Wayne L. Tunney, supra Cahiers Vol.91a, pp.186-187 参照。

<sup>9</sup> この点については、M. Lambooi, supra Cahiers Vol.91a, p.39 参照。

<sup>10</sup> カナダでは、所得税法§80によるこのような取扱い・調整によって債務の免除・軽減の対象となった法人が破産することのないよう、一定の場合については、かかる取扱いを緩和するという措置を講じている。この点については、同法§80(13)、Steeves & Tunney, supra Cahiers 91a, pp.176-177 参照。

<sup>11</sup> デット・パーキングの問題はオーストラリアでも見受けられるが、同国の場合、その税務上の否認を行うための根拠規定は、1936年所得税法 Schedule 245-35である。

<sup>12</sup> このような見方は、本議題に関する各支部報告書の総括レポートの結論部分(Philip Baker and Richard S. Collier, General Report, The Attribution of Profits to Permanent Establishments, Cahiers, Vol. 91a, pp. 63-64)でも示されている。

<sup>13</sup> 本規定(英文)は、「Subject to provisions of

paragraph 3, where an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, there shall in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions and dealing wholly independently with the enterprise of which it is a permanent establishment.<sup>14</sup>である。なお、3項では、「恒久的施設の利益を決定する際、経営費及び一般管理費を含む費用で当該恒久的施設のために生じたものについては、それが当該恒久的施設の存する国で生じたものであるか、或いはその他の場所において生じたものであるかに関係なく、損金として認められる。」と定められている。

<sup>14</sup> この点は、IFA 総会でも指摘され、特に異論を挟む者もいなかった。この点は、この問題に関して作成された IFA 各支部のレポートからも凡そ示唆される事実であるという指摘については、Cahiers, Vol. 91b, p.35 参照。

<sup>15</sup> 「事業関連活動アプローチ」の下では、考慮すべき利益は、企業が企業全体として PE の活動から得る利益であり、かかる利益の PE への帰属は、利益分割法と同様な手法によって決定されるのに対し、「作業仮説アプローチ」の下では、PE への利益の帰属は、PE が別個の法的なエンティティとして企業と取引を行ったと仮定することから直接的に決定される。したがって、「作業仮説アプローチ」と対比される「事業関連活動アプローチ」は「間接方式」(indirect method)とも称されている。

<sup>16</sup> KERT とは、従来の OECD モデル条約のコメンタリーでは金融機関に限って適用するとされている「鍵となる価値決定要素」(key value drivers)であり、余剰利益や投資所得等は、関係する KERT が存するところに帰属することとなる。KERT の機能の詳細については、Discussion Draft on the Attribution of Profits to Permanent Establishment (PES):PART II (BANKS), B-1 iii)参照。

<sup>17</sup> この点については、Lee A. Shepard, *Revenge of the Source Countries, Part 6: Subsidiary as PE*, Tax Notes International, Vol.44, No.3 (2006) pp. 168-169 参照。

<sup>18</sup> 裁判所の多数意見は、このような判断によって、米国における PE を通じて活動を展開しているカナダの保険会社に経済的な優位性を与えることとなり得ることは認めるが、かかる判断は、問題となった米国・カナダ租税条約の意図を最も適切に解釈解釈したものであろうという見方がされている。なお、本裁判においては、同条約と米国法律集 842 条 (b) は抵触しないというルエ (Ruwe) 裁判官の

反対意見がある。

<sup>19</sup> もっとも、当該判決は、そもそも、一定のフォーミュラに基づいて PE への利益の帰属を行うか否かが不明瞭であった旧米国の租税条約に関して下されたものであり、当該判決で示された判断は、利子費用を一定のフォーミュラに従って PE に帰属させるということが条約交渉過程からも明らかであるような最近の米国の租税条約 (例えば、新日米租税条約) には適用されないであろうと考えられる。この点に関する詳細については、Richard G. Tremblay, Hemant Tilak and Matias Milet, *U.S. Court Rejects Formula Apportionment in Computing Business Profits of a Foreign Bank Branch*, Tax Planning International Review, Vol.33, No.4, BNA International (2006)pp.17-19 参照。なお、裁判所が判断を下していない点である納税者とその関連者との「清算勘定」(clearing accounts)に係る利子の取扱いについては、その後、税務当局が主張していた額のほんの一部 (275,000 ドル) を納税者が支払を行うという形で両者間の合意が成立している。この点の詳細については、Audrey Nutt, *Natwest, U.S. Agree to Arm's Length Interest Charge Adjustment*, Tax Notes Vol. 44, No. 4 (2006) p.254 参照。

<sup>20</sup> この点は、National Westminster Bank, PLC 事件の原告が、簡易判決を求めた裁判 (69 Fed. Cl. 128 (2005) No. 95-758T) において、連邦控訴裁判所が示した見解において、より明確に示されている。

<sup>21</sup> この点については、Eduard Lechner and Christoph Redei, *The Attribution of Profits to Permanent Establishments*, Cahier de Droit Fiscal International, Vol. 91b, pp.159-175 参照。

<sup>22</sup> この点については、Lee Shepard, *supra Revenge of Source Countries*, p.169 参照。他方、AOA による子会社と PE についての同様な取扱いという方向性は、むしろ、より徹底すべきであるという見方もある。このような対立する見解の各々の理論的根拠等については、Manfred Naumann, Hartmut Forster and Oliver Rosenberg, *supra Cashiers*, p.359 参照。

<sup>23</sup> このような批判が存在することについては、Naumann, Forster and Rosenberg, *supra Cashiers*, Vol.91b, pp.359-360 参照。

<sup>24</sup> かかる見方については、TEI Comments on OECD Attribution of Profits Draft: Oct. 12, 2004 at [http://www.findarticles.com/p/articles/mi\\_m6552/s\\_6\\_56/ai\\_n8966630](http://www.findarticles.com/p/articles/mi_m6552/s_6_56/ai_n8966630) [平成 18 年 10 月 9 日]参照。

<sup>25</sup> このような指摘については、Robert Couzin, *The OECD Project: Transfer Pricing Meets Permanent Establishment*, Canadian Tax Journal, Vol.53, No.2(2005)pp.401-408、Angelika Thies, Carlo Romano, Giovanni B. Cali, Hamilton Forrest,

Jochem de Koning, Arnaud Le Boulanger and Stephane Gelin, *Permanent Establishment and Transfer Pricing: Two Sides of the Same Coin?*, *Tax Planning International Transfer Pricing*, Vol. 6, No. 1, BNA International (2005)pp3-9 参照。

<sup>26</sup> かかる問題提起がされていることの指摘については、Steven P. Hannes, *supra* Cahiers, p.709 参照。

<sup>27</sup> 第 60 回 IFA 総会の出席者の大半も、仮に AOA を採用するとしたら、コメントリーの改訂のみでは不十分であり、モデル条約の改訂が必要になるという意見が多数を占めた。

<sup>28</sup> 3 条 1 項(d)の原文は、‘the terms “enterprise of a Contracting State” and “enterprise of the other Contracting State” mean respectively an enterprise carried on by a resident of a Contracting State and an enterprise carried on by a resident of the other Contracting State.’ である。

<sup>29</sup> 3 条 1 項(h)の原文は、‘the term “business” includes the performance of professional services and of other activities of an independent character.’ である。

<sup>30</sup> 国連モデル条約 21 条 3 項の原文は、‘Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2, items of income of a resident of a Contracting State not dealt with in the foregoing Articles of this Convention and arising in the other Contracting State may also be taxed in that other State.’ である。

<sup>31</sup> 本セミナーにおいて、ベルギーのプロ氏 (Luc De Broe) が、かかる指摘を行っている。

<sup>32</sup> この見解は、本セミナーにおいて、OECD のサンアマン氏 (Pascal Saint-Amans) が示したものである。

<sup>33</sup> このような解釈は、本セミナーにおいてカナダのアーノルド氏(Brian Arnold)が示したものであるが、これに対し、サセビル氏は、S 国の国内法で事業所得の存在を認定することと条約上の所得区分を判断することは、別の次元の問題であるという反論を述べている。

<sup>34</sup> かかる指摘はサセビル氏によるものである。

<sup>35</sup> 本テーマに関する主な発表者は、米国内国歳入庁のウンガール氏 (Bruce B. Ungar) であった。

<sup>36</sup> その他の重要なポイントとしては、納税者のコンプライアンスを高めるのに資する施策 (例えば、取締役等が法人の租税回避行為への関与状況をよりの確に把握する態勢の整備を支援することなど。) が挙げられた。

<sup>37</sup> 同様な趣旨・目的を有する開示制度は、カナダ及び英国でも導入されている。これらの国の開示制度の仕組みや成果等については、拙稿「租税回避行為への対抗策に関する一考察—租税回避スキームの実態把握方法の検討を中心として—」税務大学校論争

52 号第 3・4 章参照。

<sup>38</sup> どのような取引が「その他の報告対象取引」に含まれるかについては、財務省規則 ( Treasury Regulations ) § 1.6011-4 参照。

<sup>39</sup> 列挙されている取引の詳細や関係する告示等については、

[http://www.ageds.iastate.edu/aglaw/Listed%20transactions%20\(Notice%202004-67\).rtf](http://www.ageds.iastate.edu/aglaw/Listed%20transactions%20(Notice%202004-67).rtf) 参照。

<sup>40</sup> これらの試みの詳細及び成果等については、セミナー E に関する本稿の記述参照。

<sup>41</sup> JITSIC の目的や機能等を記した各国間の覚書き (MOU) については、<http://www.irs.gov/pub/irs-utl/jistic-finalmou.pdf> 参照。

<sup>42</sup> この点は、カナダ歳入庁の 2006 年 8 月 3 日付ニュース・リリース

(<http://www.cra-arc.gc.ca/newsroom/releases/2006/august/nr060803-e.pdf>)でも述べられている。

<sup>43</sup> 「政府・税務当局側に有利になり過ぎたのではないか」 ( “ Has the pendulum swung too far ? ” ) という見方があることについては、例えば、

Going Soft on White Collar Crime, at [http://www.money.cnn.com/2006/07/13/newsmaker/white\\_collar\\_crime](http://www.money.cnn.com/2006/07/13/newsmaker/white_collar_crime), Lee A. Sheppard, Korb

Won’ t Give In On Circular 230, at [http://www.taxprof.typepad.com/taxprof\\_blog/files/Korb.pdf](http://www.taxprof.typepad.com/taxprof_blog/files/Korb.pdf) 参照。他方、かかる見方・質問に対し、

内国歳入庁の前「職業専門課」 ( Office of Professional Responsibility ) の長であったナラモト氏 ( Cono Naramoto ) は、そんなことはないと述べている。この点については、Tax Notes, Vol.113, No. 5 (2006) p.395 参照。本総会セミナー E において示された見方も、本稿で後述するが、これと凡そ同様なものであった。

<sup>44</sup> 本テーマについての主な発表者は、中国税務当局のフー女史 (Hongwei Fu) であった。

<sup>45</sup> 本稿で述べている諸々の優遇措置の詳細については、Yu Ming-I, *China Inches Toward on Tax Unification*, Tax Notes International, Vol.44, No.6 (2006) pp.416-417, Lawrence E. Lipsher, *Making an Example of Shanghai*, Vol. 44, No. 4 (2006) pp.301-302 参照。

<sup>46</sup> これらの点に関する詳細については、Yu Ming-I, *supra* China Inches Toward on Tax Unification, p.417 参照。

<sup>47</sup> かかる指摘については、Yu Ming-I, *supra* China Inches Toward on Tax Unification, p.417 参照。

<sup>48</sup> この点及びこのような指摘があることについては、Xiao Yu, *Tax Playing Field Leveled*, at [http://www.bjreview.com.cn/200406/Cover-200406\(B\).htm](http://www.bjreview.com.cn/200406/Cover-200406(B).htm) 参照。

<sup>49</sup> かかる指摘については、L. E. Lipsher, *China’ s Long March to Transfer Pricing Efficiency*, Tax

Notes International, pp.615-616 参照。

<sup>50</sup> かかる見方については、L.E. Lipsher, *supra* Making an Example of Shanghai, p.302 参照。

<sup>51</sup> 本テーマについての主な発表者は、スタンフォード大学のバンクマン教授 (Joseph Bankman) であった。

<sup>52</sup> このような見積りは、サマーズ (Lawrence Summers) 元財務長官が 1999 年 3 月 22 日、タックス・エグゼクティブ・インスティテュート (Tax Executive Institute) で行ったスピーチでも述べられている。スピーチの内容については、

<http://www.ustreas.gov/press/releases/rr.3030.htm> 参照。

<sup>53</sup> タックス・シェルターの実際の開示件数の変化として表れているコンプライアンス・レベルの最近の推移については、前掲・拙稿「租税回避行為に対する一考察」(第2章第3節)参照。

<sup>54</sup> 米国における経済的実質主義の著名な適用例であり、「リスト・アップされた取引」のとしても列挙されているものの詳細については、拙稿「タックス・シェルターへの対応(I)―米国内国歳入庁の対応策(2)・(3)」国際税務 Vol.25、No.5・7 (平成 17 年) 84~89・61~67 頁参照。

<sup>55</sup> 州政府レベルで提供されているプログラムとしては、カリフォルニア州が 2004 年に実施したものが特に大きな成功を収め、1990 年度から 2002 年度までに係る修正申告書の提出が行われ、総計で 14 億ドルの税収の取戻しが実現している。この点については、State of California 2004 Voluntary Compliance Initiative for Abusive Tax Shelters, at [http://www.ftb.ca.gov/law/tax\\_shelter/VCI\\_Final\\_report.pdf](http://www.ftb.ca.gov/law/tax_shelter/VCI_Final_report.pdf) 参照。

<sup>56</sup> これらのプログラムの実績・機能等については、前掲・拙稿「租税回避行為への対抗策に関する一考察」(第2章第5節2)参照。

<sup>57</sup> バンクマン教授の言葉であり、原文は、

“Aggressive tax planning will always be with us.” である。