

論 説

米国 Subpart F 税制における外国同族持株会社所得 (FPHCI) の意義

—除外項目を中心に—

京都産業大学法学部教授

一 高 龍 司

◆SUMMARY◆

米国の被支配外国子会社 (CFC) 課税制度である Subpart F 税制は、内国歳入法 951～964 条 (いわゆる Subpart F 条項) に規定されている。当該制度は、1961 年のケネディ大統領の勸告を受けて翌 1962 年に導入されたもので、その基本的な仕組みは、米国株主等により支配される外国子会社の所得を、米国株主等の株式所有割合に応じ、当該米国株主等の所得に合算して課税するというものである。ただし、合算課税方式を採用しているといっても、米国は所得指定型アプローチを採用しており、CFC の特定の所得だけが合算対象となる点に特徴を有している。

本稿は、米国 Subpart F 税制において、みなし配当課税の対象となる外国基地会社 (Foreign Base Company、FBC) 所得の主な柱のひとつである外国同族持株会社所得 (Foreign Personal Holding Company Income、FPHCI) の意義につき、FPHCI が、受動的所得を意味する概念として内国歳入法典上の他の国際課税準則で参照されている点を確認した上で、資産性所得であるが FPHCI に含まれない項目の要件に関する内国歳入法典及び財務省規則の定めを基に、そこでの中核的概念である「営業又は事業 (trade or business)」の「能動的遂行 (active conduct)」等への接近を試み、わが国での立法論上の一資料を提供することを目指したものである。

(税大ジャーナル編集部)

目 次

1. はじめに	62
2. 受動的所得と能動的所得との区別が問われる場面の例	64
2.1. FPHCI	64
2.2. PFIC	65
2.3. 外国税額控除限度額管理における受動的区分所得	66
2.4. 租税条約の特典制限条項	67
2.5. 受動活動損失準則	67
2.6. S法人に対する超過正味受動的所得	68
3. FPHCIにおける除外項目の具体的基準	69
3.1. 一定の「銀行事業の遂行」	69
3.2. ディーラー及び証券ディーラーの「営業又は事業の通常のプロセス」	69
3.3. 「営業又は事業で使用される資産の実質的部分」	69
3.4. 「国内での財産の使用又は使用の特権の対価」	71
3.5. 「営業又は事業の能動的遂行から生じる」	71
3.6. 金融業等に対する除外（暫定措置）の適格要件	73
4. おわりに	73

1. はじめに

平成 21 年度改正において、25%以上の特定の所有関係（条約上の二重課税排除規定に従いさらに低い所有比率も対象となりうる）を有する外国子会社からの配当の非課税制度が導入され（法人税法 23 条の 2、以下、「本制度」と呼ぶ。）、間接外国税額控除が廃止された。政府税制調査会は、企業活動の実態等を注視しつつ、タックス・ヘイブン（TH）対策税制、移転価格税制等の見直しを不断に検討していくべきとしている⁽¹⁾。TH 税制に関しては、同年度の改正で、日本の親会社への配当額を合算対象から除外しない（措法 66 の 6 第 1 項・2 項 2 号、措令 39 条の 15）、特定外国子会社等がその子会社（25%以上所有）から受ける配当は合算対象から除外する（措令 39 条の 15 第 1 項 4 号）等、本制度の導入と首尾一貫させるための TH 税制の幾つかの修正は行われた。しかし、資産を TH 税制の適用のない軽課税の海外子会社に移転し（或

いはそこに資産を帰属させ）、当該資産に係る所得を配当として非課税で還流するといった、租税上の考慮に基づく作為的投資行動の誘因に対する対処は特に行われていない⁽²⁾。従って、現状では、例えば、25%以上 50%以下の所有関係の海外子会社や、租税負担率 25%超の海外子会社（この場合は課税便益を生じる税率差も限定的であるが）を利用することができ、また、実体単位で適用除外要件を判定するため、適用除外要件を充足する子会社を通じた作為的投資行動（例えば、日本の親会社から第三者への直接の融資に代えて、かかる子会社に出資し、そこから当該第三者に融資する等）は奏功する⁽³⁾。他方で、近時は、市場がグローバル化し、金融、電子、役務取引が進展する中で、実体単位の TH 税制では、我が国に拠点を置く国際企業の租税以外の考慮に基づく合理的な行動（地域統括持株会社の設立、遠隔業務、委託業務等）にきめこまかく対応できないといった問題も指摘されて

きた。TH 税制は、税負担の公平という見地から、TH 子会社を利用した租税負担の不当な軽減へ対処するという目的で制定された⁽⁴⁾と考えられる租税特別措置であるところ、一方で顕著な負担の不公平を放置しつつ、他方で我が国に拠点を置く企業（その盛衰は最終的に我が国国民の生活水準の有り様に影響しよう）の足かせとなる制度に退化するならば、同税制の合理性は大いに毀損される。

かような問題状況は、制度設計のレベルでは、TH 子会社の所得のうち、TH 子会社が帰属主体となることにつき租税以外に重要な理由がないものを、実体単位ではなく取引単位で把握し、それを合算対象に含むことで改善されうる。この目的上効果的と考えられる方式には、1) 実体単位で合算対象所得を第一次的に把握しつつ、除外すべき所得を取引単位で判定する、又は、2) 合算対象所得の選定の段階から取引単位で把握する（適用除外も取引単位で判定する）、というものが含まれる。所得（又は損失）は取引から実現される場所、特定の種類の所得が特定の取引の性格を表象する限り、所得の種類を判定基準として利用することもできる。例えば、資産性所得に関しては、一般に、帰属主体を容易に国内外の親子会社間で変更できるから、第一次的に TH 子会社が帰属主体となることにつき租税以外に重要な目的がないものとして親会社の合算対象に含めつつ、そこから、TH 子会社が帰属主体となることにつき租税以外に十分な目的又は理由が認められるものを個別に合算対象から除外することができる。先駆的な被支配外国会社（CFC）課税制度である米国の Subpart F 税制（1962 年導入）において⁽⁵⁾、みなし配当課税の対象となる外国基地会社（Foreign Base Company, FBC）所得には、外国同族持株会社所得⁽⁶⁾（Foreign Personal Holding Company Income, FPHCI）、外国基地会社販売所得（FBC Sales Income, FBCSI）、外国基地会社役務所得

（FBC Service Income, FBCSeI）及び外国石油関連所得が含まれるところ、資産性所得から成る FPHCI では、CFC 設立国での能動的事業活動から稼得された資産性所得、当該設立国で使用される財産につき関連者から受領する使用料等、租税目的でない認められるものは、現に個別に要件を設けて除外している。もっとも、FBCSI 及び FBCSeI は、能動的活動の遂行の有無を問わずその該当性が判定され、そこでは、むしろ CFC の設立国に、製造、消費又は役務提供に関し結びつきの薄い関連者間取引から生じる所得を射程に入れている。これらは、制度の複雑化につながっており、外国関連当事者間の取引から生じる所得をも取り込んでいる点等に対し、実務界からの強い反発も見られる⁽⁷⁾。

TH 税制において、合算課税の対象を最大限絞り込んでも残るのは、能動的事業活動を伴わない資産性所得（受動的所得）であろう。Subpart F 税制では、FPHCI がほぼこれに当たる。一般に、国際課税（租税条約も考慮）においては、能動的所得は源泉地国に、受動的所得は居住地国に、主たる課税権が配分されてきたし⁽⁸⁾、外国子会社からの配当を非課税にする国は、課税逃れを防止し、税収を確保するために、金融収益や支払時に損金算入可能な項目（使用料等）については、非課税の対象から除外するのが典型的⁽⁹⁾であれば、国際的調和の観点からも支持されうる⁽¹⁰⁾。近時の米国における能動的事業所得（からの配当）非課税提案は、既存の Subpart F 税制を維持し、これと完全に一体となったものである。TH に関し、悪いのは納税者ではなく、むしろ有害な税の引き下げを行う TH であるという今ひとつの視点に立ったとしても、投資性収益は税負担への感度が高く、他国における資本流出と賃金への高率課税を招き、効率的資源配分を歪めうる点も指摘されるところである⁽¹¹⁾。

我が国のような実体単位の制度に比して、

Subpart F 税制のような所得類型又は取引類型に基づく制度は、一般に、制度が複雑になり徴税・納税コストの点で劣るとされる⁽¹²⁾。とはいえ、個別的租税回避対抗立法である限り（参照、金子宏・注 10 文献 114 頁）、取引単位での対処が基本であるところ、制度の具体的な工夫次第では、そのようなコストが、本制度の導入に伴う問題の大きさに比して、許容される範囲に減じられる可能性がある。このような問題意識の下、筆者は、別稿で⁽¹³⁾、米国の Subpart F 税制の要点と近時の議論を整理した。そこでは、筆者が調査した範囲では、能動的事業活動を伴わない資産性所得である FPHCI を巡る解釈適用上の議論や紛争が意外にも目立たず、むしろ、FBCSI や FBCSeI の解釈適用、又はチェックザボックスルールを利用した租税回避等に議論の焦点が当たっている点を指摘した。FPHCI において鍵となる要件は、所得区分（利子、配当、使用料、賃料等）に加え、除外項目を記述するための「営業又は事業 (trade or business)」の「能動的遂行 (active conduct)」、「資産の実質的部分」、「国内での財産の使用の対価」等である。このうち、所得区分は、ソース・ルールでかなりの経験があり、それが応用できる限り Subpart F 税制に固有の論点ではない。問題は、除外項目上の要件であるが、これも、経験豊富な他の条文上の概念を参照し（「営業又は事業」「能動的遂行」「財産の使用の対価」等）、あるいは、セーフハーバーや数多くの具体的例説を駆使して、要件の明確化を図っていることが少なからず FPHCI の簡明化に貢献しているのではないかと、この仮説（的結論）を得た。

そこで本稿では、別稿の議論を一步進め、FPHCI が、受動的所得を意味する概念として内国歳入法典上の他の国際課税準則で参照されている点を確認した上で、資産性所得であるが FPHCI に含まれない項目の要件に関する米国内国歳入法典及び財務省規則の定め

を基に、そこでの中核的概念である、「営業又は事業」の「能動的遂行」等への接近を試み、我が国での立法論上の一資料を提供したい。米国が主導してきた国際課税制度の中で、例えば移転価格税制については、その紹介や検討がかなり我が国で行われてきたことと比較して、米国 CFC 税制の中核的要件の細部については、我が国であまり紹介がなかったように思われるので、このような作業にも少しは意義があると考えた。

2. 受動的所得と能動的所得との区別が問われる場面の例

2.1. FPHCI

FPHCI は、利子、配当、賃料、年金、使用料及びこれらの基因となる資産の売却益その他一定の投資性所得等から成るが、以下の項目が除外される。

- 1) 非関連者から收受しかつ CFC の「営業又は事業の能動的遂行 (active conduct of a trade or business)」から生じる賃料及び使用料 (IRC§954(c)(2)(A))
- 2) 銀行業の遂行による輸出金融利子（米国で当該 CFC 又はその関連者が製造等し、かつ米国外で使用等される財産の売買の資金融通から生じる利子、IRC§§954(c)(2)(B)、904(d)(2)(G)）
- 3a) ディーラー（通例非関連者を顧客とするもの⁽¹⁴⁾）の「営業又は事業の通常過程で (in the ordinary course of such dealer's trade or business)」顧客に販売される株式譲渡益等（配当、利子、使用料、賃料等は含まない）一定の所得 (IRC§954(c)(2)(C)(i))
- 3b) 証券ディーラーの利子、配当及びこれらと同等の一定の所得（ディーラー設立国での営業又は事業の通常過程で締結された取引に係るもの、IRC§954(c)(2)(C)(ii)）
- 4) CFC 設立国の関連者（その「営業又は事業で使用される資産の実質的部分 (substantial part of its assets used in its

trade or business)を同国内に所有) から受ける配当及び利子 (IRC§954(c)(3)(A)(i))⁽¹⁵⁾

- 5) CFC 設立「国内での財産の使用又は使用の特権の対価として (for the use of, or the privilege of using, property within the country)」 関連者 (設立国を問わない) から受領する賃料及び使用料 (IRC§954(c)(3)(A)(ii))
- 6) 暫定措置として、一定の能動的金融・保険所得の除外 (IRC§954(h), (i))⁽¹⁶⁾。
- 7) 暫定措置としての透視準則 (IRC§954(c)(6)) (関連者 CFC から受領する配当、利子、賃料及び使用料のうち、当該関連者 CFC の非 Subpart F 所得 (米国実質関連所得でもない) に帰すべき又は適切に割り当てられる所得)。

これらの要件の詳細は後述するが、一般に、外国基地会社 (FBC) の典型的利用例として、a) 外国子会社の株式保有、b) 独立の又は関連の外国ライセンサー又は借主に対するライセンサー又は貸主として機能する、c) 独立又は関連する外国借主への融資、が含まれる⁽¹⁷⁾ ので、これらが適用除外 (暫定措置は除く) を受ける事実を考えてみる。a) では、CFC の外国子会社が CFC の設立国で資産を有して営業又は事業を行っている必要がある。b) では、ライセンサー又は賃借人が関連者なら、CFC 側の事情は問われず、当該関連者ライセンサー又は賃借人が CFC (ライセンサー又は賃借人) 設立国で有形・無形財産を使用している必要があり、他方、ライセンサー又は賃借人が非関連者ならば、当該非関連者側の事情は問われず、CFC 自身がライセンス又は賃貸借を能動的事業として行っていることを要する。c) は、CFC 設立国関連者借主が、同国で実質的な資産を有して事業を行わねばならず、非関連者借主への融資はそもそも除外を受けられない。このように見てくると、使用料・賃料に比して、非関連者 (子会社以外)

向け出資に係る (ポートフォリオ) 配当と、非関連者向け融資の利子が、CFC 側の事情 (能動的事業) で除外を受ける機会が、証券ディーラーに限定されていることが、一つの特徴として見えてくる。6) の暫定措置は、この間隙において、後述のように銀行業又は金融等をその設立国で能動的に行う CFC に限り (他の事業者は不可)、除外を許容する役割を果たしている。なお、7) の暫定措置 (透視準則) は、チェックザボックス規則を利用したいわゆるハイブリッド支店を使った課税逃れに関係している⁽¹⁸⁾。もっともいずれの暫定措置も、2010 年 1 月 1 日より前に終わる課税年度までで終了する予定である。

2.2. PFIC

受動的外国投資会社 (Passive Foreign Investment Company) とは、総所得の 75% 以上が受動的所得であるか、又は、受動的所得を生み出す資産又は受動的所得を生み出すために保有される資産が 50% 以上の外国法人であり (IRC§1297(a))、PFIC の米国の株主 (所有割合を問わない) は、超過分配受領時 (株式譲渡時を含む) に、保有期間に係る課税繰延の利子の納付を要求される (パススルー的取扱いや時価主義の適用が選択できる場合もある)。そしてここでの受動的所得の定義は、基本的に FPHCI (IRC§954(c)) を借用しており (IRC§1297(b)(1))、そこから、以下の項目を除外している。

- 1) 米国で銀行として事業を行う資格を有する機関 (その他規則の定めるあらゆる法人) による銀行業の能動的遂行において生じる所得 (derived in the active conduct of a banking business by an institution licensed to do business as a bank in the United States (or, to the extent provided in regulations, by any other corporation))
- 2) 主として保険業に従事し、仮に内国法人であれば subchapter L に基づき課税を受け

るであろう法人による保険業の能動的遂行から生じる所得 (derived in the active conduct of an insurance business by a corporation which is predominantly engaged in an insurance business and which would be subject to tax under subchapter L if it were a domestic corporation)

- 3) 関連者 (50%超所有の支配又は被支配関係のある個人、法人、パートナーシップ等、IRC§954(d)(3)) から受領し又は生じる利子、配当又は賃料若しくは使用料である所得で、当該関連者の受動的所得でない所得に (規則に従い) 適切に割り当てられる金額
- 4) 輸出貿易法人 (export trade corporations, IRC§971) の輸出貿易所得 (export trade income)。輸出貿易法人とは、以下の二つの要件を充足する CFC である。1) 当該法人の過去3年度の総所得の90%以上が米国外源泉から生じ、かつ、2) 当該法人の総所得の75%以上が、当該法人が輸出貿易所得を得る総所得を構成する (IRC§971(a)(1))。輸出貿易所得とは、a) 輸出財産 (米国で製造、生産等された財産) の米国外での使用、消費又は処分のために非関連者に販売することから生じる純所得、b) 輸出貿易法人が a) の輸出貿易所得を稼得する輸出財産の製造者等が有する特許権その他の知的財産の米国外での非関連者による使用に関連して提供される一定の人的役務の対価、c) 非関連者による輸出財産の使用に基因する手数料その他の報酬若しくは所得又は技術上、科学上若しくは工学上の役務の非関連者に対する提供における輸出財産の使用に基因する所得、d) 輸出貿易資産 (輸出貿易所得の創出に合理的に必要な稼働資本等 4 項目) から生じる利子、である。

1)乃至3)は、Subpart F では、現在暫定措置として除外されている項目に対応する。また、4)は、輸出貿易法人である CFC は、そ

の Subpart F 所得を、FBC 所得を構成する輸出貿易所得の金額だけ減額する (一定の上限あり) こととされている (IRC§970) ことに対応している。

2.3. 外国税額控除限度額管理における受動的区分所得

米国の外国税額控除制度は、所得区分ごとの限度額管理を採用してきたところ、2004年の改正で、それまでの8区分での限度額管理に代えて、2区分で管理することになり、制度を簡素化している⁽¹⁹⁾。2区分とは、受動区分所得 (passive category income) とそれ以外の一般区分所得 (general category income) である (2007年以降適用、IRC§904(d)(1))。

受動区分所得は受動的所得と特定受動区分所得 (specified passive category income)⁽²⁰⁾ から成るが、主たる構成要素は受動的所得である。ここでの受動的所得の定義は FPHCI (IRC§954(c)) を借用している (除外項目を含めて)⁽²¹⁾。

なお、一定の金融サービス所得 (financial service income, FSI) は、一般区分所得とされる (IRC§904(d)(2)(C)(i))。ここで FSI とは、主として銀行、保険、金融その他類似の事業の能動的遂行に従事する (predominantly engaged in the active conduct of a banking, insurance, financing, or similar business) あらゆる者に受領され又は発生するあらゆる所得で、以下の1)又は2)のいずれかに該当するものである (IRC§904(d)(2)(D))。

1) a) 銀行、金融その他類似の事業の能動的遂行において生じる (derived in the active conduct of a banking, financing, or similar business) 所得、b) 保険業の適切な遂行に通常かつ必要である未稼得の保険料又は準備金の保険会社による投資から生じる所得、若しくは、c) Subpart F 所得の一類型である保険所得 (IRC§953(a)) に該当する種類の所得 (但し、設立国外の源泉であるかどうかを問わな

い)、又は、2) 受動的所得 (高課税所得の場合を含む)。

そして、一般区分所得とされる FSI は、1) 金融サービスグループのメンバー (主として銀行、保険、金融その他類似の事業の能動的遂行に従事する (predominantly engaged in the active conduct of a banking, insurance, financing, or similar business) あらゆる関連グループ (IRC§1504 条(a)⁽²²⁾) の FSI、又は、2) 主として銀行、保険、金融その他類似の事業の能動的遂行に従事するそれ以外の者の金融サービス所得 (predominantly engaged in the active conduct of a banking, insurance, financing, or similar business)、である。

なお、CFC から受領する (みなし及び現実) 配当、利子、賃料及び使用料には透視準則の適用があり、一定の割当てにより CFC の受動的所得に対応する部分のみが受動区分所得となる (IRC§904(d)(3))⁽²³⁾。

これらの調整も、FPHCI の計算上の暫定措置に対応している。

2.4 租税条約の特典制限条項

2006 年米国財務省モデル条約 22 条 3 項 a) は、条約特典制限条項において、条約便益を享受できる場合の一要件として、当事国内での「営業又は事業の能動的遂行 (active conduct of a trade or business)」に言及している。日米租税条約 22 条 2(a) も、英語正文上同じ用語で要件化されており、これは、2006 年改訂前の 1996 年財務省モデル条約 22 条 3 項 a) からの借用と考えられる。日本語正文上は、単に、「営業又は事業」とされているが、我が国は、この条文の解釈適用上、既に、事業の能動的遂行の有無を判定する必要性を有していると考えられる。類似の、しかし若干異なる用語で構成される要件は、日英租税条約 22 条 5(a)、日豪租税条約 23 条 4(a) にも見られ、ここでも、「事業」該当性の判断を要するが、この点に関する議論は、我

が国であり正面から取りあげられてこなかったのではないか⁽²⁴⁾。

2.5 受動活動損失準則

所得又は損失が、受動的か否かの判定を要する米国法上の準則として我が国でも良く知られているのは、受動活動損失準則 (Passive Activity Loss Rule (IRC§469)) であろう。これは、基本的に、人為的な損失を使うタックス・シェルターへの対処を目的としており、受動的活動損失 (passive activity loss) と受動的活動税額控除 (passive activity credit) の考慮を否定する準則 (IRC§469(a)(1)) である。その適用対象は、個人、遺産、信託、閉鎖的 C 法人⁽²⁵⁾ として人的役務法人に限定されており (IRC§469(a)(2))、専ら国際取引に向けられた準則というわけではない。控除できない受動的活動損失は、翌年度以降に受動的活動から生じるものとして考慮されることになる (IRC§§469(b), (f))。ここで、受動的活動損失とは、すべての「受動的活動 (passive activity)」から生じる損失の総額から、すべての受動的活動から生じる所得の総額を差し引いた額を意味する (IRC§469(d)(1))⁽²⁶⁾。

そして注目されるのは、受動的活動からの所得とされない一定の所得 (IRC§469(e)) として、1) 利子、配当⁽²⁷⁾、年金又は使用料からの粗所得 (営業又は事業の通常の過程から生じるものを除く)⁽²⁸⁾ (IRC§469(e)(1)(A)(i))⁽²⁹⁾、及び、2) 利子、配当、年金又は使用料を生じる財産の処分又は投資目的で保有する財産の処分による利得又は損失 (営業又は事業の通常の過程から生じるものを除く)⁽³⁰⁾ (IRC§469(e)(1)(A)(ii)) が定められている⁽³¹⁾。かように資産性所得は、受動的活動からの所得から明示的に除外されている。PAL 準則は、人為的な損失を使うタックス・シェルターへの対抗措置であるから、容易に作り出せる資産性所得をそのような損失との通算対象から除外する必要があることを反映している。

よって、「受動的活動」は、むしろ「あらゆる

る営業又は事業の遂行に関係(involves the conduct of any trade or business)」する活動⁽³²⁾で、かつ、「それに納税者が重要な参加を行わない(in which the taxpayer does not materially participate)」ものである(IRC §469(c)(1))。ここでの鍵概念である「重要な参加」とは、日常的(regular)、継続的(continuous)、かつ実質的(substantial)に、納税者が活動の実施に関与する場合(IRC §469(h)(1))を指し、配偶者による参加も考慮される(IRC §469(h)(5))。規則は、年間500時間超(Treas. Reg. §1.469-5T(a)(1), (a)(4))、一定の場合には100時間以上(Treas. Reg. §§1.469-5T(a)(3), (a)(7))等の基準を示すが、必要条件ではないとする(See Treas. Reg. §§1.469-5T(a)(2), (a)(5), (a)(6))。

他方、賃貸活動(rental activities)は、参加の程度にかかわらず、基本的に受動的活動とされる(IRC §§469(c)(2), (c)(4))。これは、一般に、物品販売や役務提供に比して、賃貸活動は継続的な管理活動が少なく、タックス・シェルターの目的で利用されてきたことを反映しているとされる⁽³³⁾(ここではその損失を規制するということ)。但し、以下の二要件を充たす不動産事業の場合、この準則の適用外となる(IRC §469(c)(7)(B)) (閉鎖的C法人の場合、及び、従業員による人的役務の提供の場合については特則がある⁽³⁴⁾)。すなわち、1) 当該納税者が営業又は事業で提供する人的役務の半分超が、当該年度に、当該納税者が重要な参加をする「不動産の営業又は事業(real property trade or business)⁽³⁵⁾」において提供されるか、又は、2) 当該納税者は、重要な参加をする「不動産の営業又は事業」において、当該年度に750時間超の役務を提供する場合である。また、自然人の場合は、不動産賃貸業(当該自然人が能動的に参加する)からの受動的活動損失は、25000ドルを上限として、469条(a)の規制が適用されない(IRC §496(i))。

PAL準則は、閉鎖的C法人にも適用される。これには比較的寛容な扱いが認められる。すなわち、その受動的活動損失は、正味能動的所得(net active income)と通算できる(IRC §469(e)(2)(A)) (人的役務法人(IRC §469(j)(2))を除く)。ここでの正味能動的所得とは、当該年度の課税所得から、1) 受動的活動からの所得又は損失、及び、2) 利子、配当、年金、使用料に係る所得と費用及びこれらの原因となる財産の処分による損益等(上記IRC §469(e)(1)(A)記載の所得と費用)を除いたものである。すなわち、2)の投資性所得(営業又は事業の通常の過程で生じるものを除く)は、受動的所得とはされないのみならず、ここでの通算の対象にできる正味能動的所得にもならず、いずれにおいても、受動的損失との通算の対象から除かれている(容易に作り出せるという配慮の反映)。閉鎖的C法人に関しては、活動への「重要な参加」の基準も緩和される(IRC §469(h)(4))。

他に、受動的活動に係る権益の完全な処分の場合(IRC §469(g)(1)(A))、及び公開で取引されるパートナーシップの別個の適用(略、IRC §469(k))に関する特則もあるが省略する。

このように、「受動的」という要件は、それ自体で必ずしも確立した意義を有するものではなく、それが要件とされる制定法の趣旨目的に依存する概念であると考えられる。もっとも、上述のように、PAL準則は、公開法人は適用対象になっておらず、特に国際課税上の準則というのでもない。

2.6. S法人に対する超過正味受動的所得

いま一つの受動的所得に対する規制として、S法人に対し、総収入の25%超が受動的投資所得(passive investment income)であれば、超過受動的所得(excess net passive income)⁽³⁶⁾に対し、法人税率の最高税率で課税される制度(IRC §1375(a))がある。ここで受動的投資所得の定義は、IRC §1362(d)を借用しており(IRC §1375(b)(2))、すなわち、

使用料、賃料、配当、利子及び年金 (IRC§1362(d)(3)(C)(i)) であるが、一定の能動的事業に係る収入等が除外されている⁽³⁷⁾。

3. FPHCI における除外項目の具体的基準

以上のように、受動的所得それ自体は、機能的な概念であるが、国境を越える取引が関係する Subpart F、PFIC 及び外国税額控除では、それぞれが密接に関連することから、FPHCI を基にしつつ、当該準則に固有の若干の例外を設けて、制度間の整合性を図っている。そこでの中核的な概念である FPHCI (除外項目を含む) について、以下でより詳しく制度を観察することは、TH 税制の取引単位化の実現可能性を考える目的上、有用であると考えられる。

3.1. 一定の「銀行事業の遂行」

前述のように、「銀行業の遂行 (conduct of a banking business)」から生じる輸出金融利子 (米国で当該 CFC 又はその関連者が製造等し、かつ米国外で使用等される財産の売買の資金融通から生じる利子、IRC§954(c)(2)(B)、904(d)(2)(G)) は FPHCI から除かれる。この除外項目のうち規則が説明を加えるのは、「銀行業の遂行」についてである。すなわち、それは、利子を生じる融資に関連し、当該法人が、当該法人の上級又は一般職員を通じ、銀行が融資を実行し又はその役務を提供する際に通例従事するすべての活動に従事すること (Reg. §1.954-2(b)(2)(iii)) であるとされる。

3.2. ディーラー及び証券ディーラーの「営業又は事業の通常の過程」

ディーラー (通例非関連者を顧客とするもの⁽³⁸⁾) の「営業又は事業の通常の過程 (in the ordinary course of such dealer's trade or business)」顧客に販売される株式譲渡益等 (配当、利子、使用料、賃料等は含まない) 一定の所得 (IRC§954(c)(2)(C)(i))、及び、証券ディーラーの利子、配当及びこれらと同等

の一定の所得 (ディーラー設立国での営業又は事業の通常の過程で締結された取引に係るもの、IRC§954(c)(2)(C)(ii)) は、FPHCI から除外される。ここでの鍵概念である「営業又は事業の通常の過程」については、Subpart F 税制の文脈では財務省規則の明示的説明は見あたらないが、この概念は、譲渡所得・損失の基因となる「資本資産 (capital asset)」の定義規定における除外要件上のよく知られた概念である (IRC§1221(a)(1), (4), (8))。資本資産は納税者の保有する財産を意味するが、そこから、当該納税者の「営業又は事業の通常の過程で主として顧客への販売のために保有される財産」(IRC§1221(a)(1)) 等、一定の要件に該当するものが除外される。また、証券ディーラーの「営業又は事業の通常の過程で」主として顧客に販売する目的で保有する証券の譲渡からは、譲渡所得が生じないとされる規定もある (IRC§1236(a))。もともと、これらの条文に係る財務省規則は、「営業又は事業の通常の過程」に特に説明を加えていない (「営業又は事業」については後述する)。

3.3. 「営業又は事業で使用される資産の実質的部分」

CFC 設立国の関連者 (その「営業又は事業で使用される資産の実質的部分 (substantial part of its assets used in its trade or business) を同国内に所有) から受ける配当及び利子 (IRC§954(c)(3)(A)(i))⁽³⁹⁾ の除外は、同一国除外ないし同一国関連者除外と称される。これは、支払者が、1) CFC の関連者 (IRC §954(d)(3)) である法人であり、2) CFC と同じ外国の法律に基づき創設又は設立され、かつ、3) 設立国での営業又は事業においてその資産の実質的な部分を使用する、という要件を充足する場合に認められる除外である (Treas. Reg. §1.954-2(b)(4)(i)(A))⁽⁴⁰⁾。

「営業又は事業」の解釈については、IRC§367(a)の原則を適用するという (Treas. Reg. §1.954-2(b)(4)(iii))。IRC§367(a)は、資

産が国外に移転する組織再編に関しては非認識の対象外としつつ、当該外国で外国法人が営業又は事業の能動的遂行 (in the active conduct of a trade or business) において使用するために移転される財産はこの限りでないとする規定である。この規定の財務省規則 (Treas.Reg.§1.367(a)-2T(b)(2)) は、「営業又は事業」につき以下のように定めている。

「外国法人の活動が営業又は事業を構成するかどうかは、全ての事実と状況により判断されねばならない。概して、営業又は事業とは、利益を目的として遂行する独立の経済企業を構成する (又はしうる) 特定の統一的一団の活動 (a specific unified group of activities that constitute (or could constitute) an independent economic enterprise carried on for profit) である。例えば、外国の販売子会社の活動は、もしそれが、独立して、利益を目的として遂行されうるならば、当該子会社が、その親会社に代わって、かつ当該親会社と完全に統合された運営を有するとしても、営業又は事業を構成しうる。営業又は事業を構成するには、一団の活動が、企業が所得又は利得を稼得しうる過程の一部又はその段階を成すあらゆる運営を通常含まねばならない (但し、(b)(3)[能動的遂行]を参照)。一団の活動は、通常、所得の回収及び費用の支払いを含まなければならない。外国法人の活動が営業又は事業を構成しない場合には、当該法人の遂行する活動の程度にかかわらず、本条の定める除外は適用されない。」

但し、以下の二つの活動自体では営業又は事業を構成するとは考えられない (Treas.Reg.§1.367(a)-2T(b)(2)(i),(ii))。1) 個人が活動を遂行していたならば 212 条[個人の通常かつ必要な経費控除を許容する一般的規定]に基づいてのみ控除できる費用を生じるであろう活動、及び、2) 株式、有価証券、土地、その他の財産への投資 (それらの偶発的売買

を含む) 勘定の保有、である。

「営業又は事業」という概念は、内国歳入法典の 300 を超える条文に出てくる用語であると言われる⁽⁴¹⁾。外国納税者を念頭にこの概念の検討を行う Isenbergh 論文は、この概念が、「何か能動的で、恐らく企業家的なものを示唆しており、同じく所得又は利得を求めつつも、資本の関与と我慢強い期待程度のものを含むに過ぎない受動的投資と対照的」であるという⁽⁴²⁾。同論文を読む限り、裁判例上は、事実と状況によるが、取引の金額と数が「相当程度であり、継続的かつ規則的 (considerable···as well as continuous and regular)⁽⁴³⁾」であること、つまり、相当性と継続・規則性、或いは、操業の「管理又は支配 (manage or control)」⁽⁴⁴⁾といったものが一応の基準とされていること、が示唆される。

また前述のように、日米租税条約の条約特典制限条項は、一定の種類所得に対する条約便益を、一方の締約国において営業又は事業の能動的遂行に従事する一方締約国の居住者に対し、認めている。同条約に関する米国財務省の技術的説明 (Technical Explanations) は、この概念を米国の国内法に従って解釈すると述べ、ここでも歳入法典 367 条(a)の財務省規則を参照するとしている⁽⁴⁵⁾。そして、それが、「利益を目的として遂行する独立の経済企業」であることを要し、加えて、営業又は事業の認定には、「役員及び使用人が、実質的な管理上及び運営上の活動 (substantial managerial and operational activities) を遂行する」ことを要するとしている⁽⁴⁶⁾。もともと、後者の基準は、歳入法典 367 条に係る財務省規則上は、むしろ「能動的遂行 (active conduct)」該当性を判断するためのものとして説明されている (後述)⁽⁴⁷⁾。

同一国除外の今ひとつの重要な要件は、支払者 (関連者) が CFC と同じ国で「資産の実質的な部分 (substantial part of the assets)」を使用することである。これについて

ては、セーフハーバーがあり、当該年度に、当該営業又は事業において利用されかつ支払者の設立国に存する支払者の資産の平均価額が、当該支払者の全資産（営業又は事業に使用されない資産を含む）の平均価額の50%超であれば、これに該当する⁽⁴⁸⁾。資産評価は、公正市場価額で行うが、それは調整基準価額であると推定される（これに反する積極的証拠がある場合を除く）⁽⁴⁹⁾。資産の所在地については、当該資産の種類ごとに、例えば、有形財産はその物理的場所（Treas. Reg. §1.954-2(b)(4)(vi)）、無形資産は使用のための活動の遂行地（Treas. Reg. §1.954-2(b)(4)(vii)）、という様に定めている⁽⁵⁰⁾。

3.4. 「国内での財産の使用又は使用の特権の対価」

CFC 設立「国内での財産の使用又は使用の特権の対価として (for the use of, or the privilege of using, property within the country)」関連者（設立国を問わない）から受領する賃料及び使用料（IRC §954(c)(3)(A)(ii)）も FPHCI に含まれない。資産使用国に設立された CFC の活動は真正な事業活動と考えられる（Gustafson et. al. 注 17 文献 494-495 頁）と言われるが、関連者からの支払いに限定されることからすれば、使用料の基因となる有形・無形の財産の使用に能動的活動を伴う範囲では、上記の利子・配当に係る同一国関連者除外の場合と同様の正当化も可能であろう。規則は、使用地が複数にまたがる場合は、CFC 設立国での使用の部分のみが含まれるという（Treas. Reg. §1.954-2(b)(5)(ii)(B)）が、使用地の判定について触れていない。上記の「資産の実質的な部分の使用」の場合と同様の基準で判断されるか、または、要件の類似性に鑑み、より一般的な使用料の使用地主義を定めるソース・ルール（IRC §861(a)(4)）に従って判定されるのかもしれない。

3.5. 「営業又は事業の能動的遂行から生じる」

非関連者から收受しかつ CFC の「営業又は事業の能動的遂行から生じる (derived in the active conduct of a trade or business)」賃料及び使用料は、FPHCI に含まれない（IRC §954(c)(2)(A)）。「営業又は事業」については上述した。「能動的遂行」については、財務省規則の明示的参照・借用は存しない。とはいえ前述のように、FPHCI に関する財務省規則上、「営業又は事業」について歳入法典 367 条の財務省規則が参照されているところ、367 条の財務省規則はまた、「能動的遂行」について以下の如く一般的に説明している。

「営業又は事業が能動的に遂行されているか否かは、全ての事実と状況に基づいて判断されねばならない。一般に、法人は、当該法人の役員と使用人が実質的な管理上及び運営上の活動 (substantial managerial and operational activities) を実施する場合にのみ、営業又は事業を能動的に遂行している。たとえ営業又は事業の付随的活動が、法人に代わって独立の受託者 (independent contractors) により実施されているとしても、当該法人は営業又は事業の能動的遂行に従事している場合がある。もっとも、役員及び使用人が実質的な管理上及び運営上の活動を実施するか否かを判断する際には、独立の受託者の活動は無視されるものとする。他方で、当該法人の役員及び使用人には、関連実体の役員及び使用人で、派遣先である当該外国法人が利用可能で、日常的に監督し、かつ、その給与を支払う（又は派遣元関連実体に償還する）ものが含まれると考えられる。賃料又は使用料を生ずる営業又は事業が能動的に遂行されているか否かは、財務省規則 §1.954-2(d)(1) の原則に従って判定されるものとする（但し、当該賃料又は使用料が非関連者から受領されるかどうかは問わない）。（以下略）」

このように、一般論としては、法人の役員

及び使用人による「実質的な管理上及び運営上の活動」が、「能動的遂行」の有無の判断基準であると考えられる。もっとも、ここでの除外要件が関係する賃料及び使用料については、財務省規則がより具体的な定めをおいている。

まず賃料に関しては、以下のいずれかの賃貸借の場合に、「営業又は事業の能動的遂行から生じる」とされる⁽⁵¹⁾。(1) 賃借人が製造若しくは生産し、又は取得して実質的な価値を付加(add substantial value)する財産（これらの製造・生産、又は取得後実質的な価値の付加に日常的に従事する(regularly engaged)場合に限る)⁽⁵²⁾、(2) 賃貸人が、その事務所又は従業員を通じて、賃貸されている間、能動的かつ実質的な管理及び運営機能を日常的に行う不動産、(3) 賃貸人が営業又は事業の能動的遂行において通常使用する動産で、その不稼働期間につき、一時的に賃貸されるもの、又は、(4) 賃貸人のマーケティング機能の遂行の結果として賃貸される財産で、当該賃貸人が、外国(規則上、CFC 設立国等に限定する文言は見当たらない)に存するその事務所又は従業員を通じて、当該賃貸財産のマーケティング又はマーケティングと役務提供に日常的に従事する組織を当該外国に維持しかつ運営する場合で、かつ、当該財産の賃貸から生じる賃料の額との関係で当該組織が実質的である場合のもの。ここで組織の実質性は、事実と状況によるが、能動的賃貸費用(active leasing expenses)が、調整賃貸利得(adjusted leasing profit)の25%以上である場合は、組織は実質的とされる(セーフハーバー)⁽⁵³⁾。ここで、能動的賃貸費用とは、賃貸人の当該外国の組織の費用で当該賃料所得に割り当てられ、かつ控除可能(IRC§162[営業又は事業に係る経費控除の一般規定]で判断)なもので、以下の項目は除かれる。(a) 賃貸人に関しその株主又は関係者が提供した人的役務に対する報酬、(b) 賃借料、(c) 162条

のみならず、他のIRCの条文で具体的に控除可能となる項目(当該賃貸人が内国法人であると仮定)、(d) 当該賃貸財産に関し代理人又は独立の受託者に支払う支払金(保険料、水道光熱費等、資本化される修繕費を除く)。また、調整賃貸利得とは、賃貸人の当該賃貸に係る粗所得から以下の合計を控除して求める。(a) かかる所得に関し賃貸人が支払った(支払うべき)賃借料、(b) 粗所得に関し167条(減価償却)又は168条(加速償却)に基づき控除される項目(当該賃貸人が内国法人であると仮定)、(c) 賃貸人が粗所得に関し、代理人又は独立の受託者に支払った金額(保険料、水道光熱費等、資本化される修繕費を除く)。

規則は、能動的事業とされる例として、(1) 現地に人も事務所も設置し、車の維持管理や経営上の管理等も行うレンタカー又はカーリース事業(短期又は長期)、(2) ビルの一部は賃貸し、一部は自身の事務所とし、管理・維持機能に要する従業員を実質的に[かなりの数]雇う場合、又は、(3) 通常は利用している油田の掘削の設備であるが、不稼働時のみ、一時的にそれを賃貸する場合、を挙げており、他方、非能動的とされる例としては、一群のビルを取得し、これを賃貸するが、ビルの管理、賃貸の業務を別の不動産管理企業に委託している場合を挙げている。

使用料に関しても、賃料の場合と同様の準則を設けて、営業又は事業の能動的遂行の該当性を判定している⁽⁵⁴⁾。すなわち、CFC(ライセンサー)が以下の財産のライセンスをおこなう場合が、これに該当する。(1) 当該ライセンサーが開発、創造若しくは生産し、又は取得して実質的な価値を付加する財産の場合⁽⁵⁵⁾。但し、当該開発、創造若しくは生産、又は取得後の実質的な価値の付加に日常的に従事する部分に限る。又は、(2) 当該ライセンサーのマーケティング機能の提供の結果としてライセンスされる財産で、当該ライセンサ

一が、外国に存する役員又は使用人職員を通じて、当該外国に、当該ライセンスされる財産のマーケティング又はマーケティング及び役務提供の事業に日常的に従事する組織を維持管理し、かつ、当該外国の組織が、当該財産のライセンスから生じる使用料の金額との関係で実質的(substantial)である場合。ここで外国組織の実質性は、事実と状況によるが、能動的ライセンス費用／調整ライセンス利益が 25%以上であれば、実質性ありとされる(セーフハーバー)⁽⁵⁶⁾。ここで能動的ライセンス費用とは、当該組織に生じる経費で、当該使用料に適切に割り当てられ、仮に内国法人であれば 162 条に基づき控除が認められるものから、一定の項目(上記能動的賃貸費用の場合とほぼ同様の項目)を除く⁽⁵⁷⁾。また、調整ライセンス利益とは、使用料からライセンスに生じる粗所得から、一定の項目(上記調整賃貸利得の場合と同様の項目)の合計を除外する⁽⁵⁸⁾。

以上のように、必ずしも網羅的ではないが、よく知られた他の条文に係る要件を使い、そこでの財務省規則を参照し、又はセーフハーバーを設けて、「営業又は事業の能動的遂行」という鍵概念の明確化を図っている。

3. 6. 金融業等に対する除外(暫定措置)の適格要件

「適格 CFC の銀行又は金融適格所得(qualified banking or financing income of an eligible controlled foreign corporation)」であれば、FPHCI から除外される(IRC§954(h)(1)) (保険所得の暫定措置については本稿の対象外である)。

まず、「適格 CFC」は以下の二要件を充足する必要がある(IRC§954(h)(2))。(1) 銀行業、金融業その他類似の事業の能動的遂行に支配的に従事し(predominantly engaged in)、かつ、(2) 当該事業につき実質的活動を遂行する(conducts substantial activity)。

(1)の支配的従事要件は、以下のいずれか

の場合に充たされる(IRC§954(h)(2)(A))。(a) CFC の総所得の 70%超が、非関連者の顧客との取引による貸付又は融資の事業(lending or finance business)⁽⁵⁹⁾の能動的かつ日常的遂行から直接生じる、(b) CFC が、銀行事業の能動的遂行に従事し、かつ、米国で銀行として事業を行う資格を有する機関(他の財務省規則で特定されるこのような資格のない機関を含む)である、又は、(c) CFC が、証券事業の能動的遂行に従事し、かつ、1934 年証券取引法 15 条(a)に基づき証券ブローカー又はディーラーとして登録されている若しくは同法 15 条 C(a)により政府証券ブローカー又はディーラーとして登録されている(これ以外でも財務省規則に特定されるもの)。但し、(a)の要件のみ充足する場合は、一定の制約がある(参照、IRC§954(h)(3)(B))。(2)の実質的活動の遂行については、特に制定法及び規則に説明が見あたらない。

次に、「銀行又は金融適格所得」は、以下の 3 要件をすべて充足するものである(IRC §954(h)(3)(A))。つまり、(1) 当該適格 CFC (又はその適格事業単位(QBU))による銀行業、金融業その他類似の事業の能動的遂行から生じ、(2) 米国以外の国に存する顧客との一以上の取引から生じ、当該取引に係る実質的に全ての活動が、当該適格 CFC (又は QBU)によりその設立国(home country)で直接遂行され、かつ、(3) 当該設立国の税法上、当該設立国で当該 CFC が稼得したもものとして取り扱われる。これらの要件に関しても、制定法及び規則に特に説明はないようである。

なお、主たる目的の一つが適格性を得ること、ないし FPHCI からの除外である場合には、損益、利得が無視されるという租税回避対策も用意されている(IRC§954(h)(7))。

4. おわりに

以上、ごく簡単な序論的考察ではあるが、

FPHCI の意義を探るべく、そこでの除外項目を中心に、制定法と規則の内容を紹介・考察した。得られた結論は以下のとおりである。

第一に、FPHCI は資産性所得から、能動的な事業活動に基因するものを個別に除いており、FPHCI は、PFIC 税制及び外国税額控除制度における受動的所得の範囲を第一次的に画する機能をも併せ持っている。

第二に、FPHCI の除外項目は、使用料・賃料と、配当・利子とは区別して要件化されている。使用料・賃料は、非関連者向けであれば、CFC 自身が一定の能動的な事業として実施許諾や賃貸を米国外で行っている場合にも、除外が許容される。他方、非関連者からの配当・利子に関しては、暫定措置を除けば、一定の証券ディーラーのみにこのような除外の可能性が与えられている。ペーパーカンパニーでない能動的な銀行業、金融業等（或いは他の一般事業会社）に同様の除外が認められないのはなぜか。我が国の TH 税制では、銀行業、金融業は、非関連者基準、管理支配基準及び実体基準を充たせば、適用除外を受けられるのであり、外国支店を含む能動的な国外事業所得非課税準則への展開も視野に入れたとき、銀行業の輸出金融利子の除外を含めて、この点に興味を湧く。

第三に、能動的な事業所得の切り出しに関しては、既存のよく知られた（経験豊富な）概念とその解釈基準を使って要件化し、セーフハーバー、例説等を駆使すれば、制度の不確実性の問題は、さほど恐れるものではなく、可能性が十分にある。我が国の TH 税制上は、適用除外要件を巡る紛争が少なくないのに対し、筆者が調査した範囲では、FPHCI の除外項目の該当性を巡る具体的紛争が見つからない。日常的・定型的な取引なら、実体単位も取引単位も判定の困難はさほど変わらないはずである。我が国は、条約特典制限条項において、既にこの概念の解釈を迫られる状況にあることも留意すべきである。もっと

も、米国の様式 5471 の申告等に要する事務負担については、別途慎重な検討を要する。

最後に、取引単位での除外項目の要件化は、納税者の合理的な行動を、個別にすくい上げる途を拡充する可能性を秘めている点も指摘したい。基本的な制度の枠組み自体がそうであるのみならず、政策的に、具体的類型の取引に関する救済的準則を、暫定措置等の形で適宜加減することも、既存の実体単位の枠組みよりは、制度の一貫性、適合性という点で、随分しやすくなると想像できる。

いずれにせよ、米国の Subpart F 税制は、近い将来に大きく修正される可能性があり、本制度（法税 23 条の 2）を導入した我が国とは方向性と状況が異なる点に配慮しつつも、その追跡が必要である。

-
- (1) 政府税制調査会「平成 21 年度の税制改正に関する答申」7 頁。
 - (2) 中里実「タックス・ヘイブン対策税制の取引類型に応じた類型化」税経通信 56 巻 4 号 27 頁（2001）28 頁は、一般に、TH の利用は、1) 事業所得留保型（親会社と海外取引先との間の取引に CFC が介在して手数料等を抜く）、2) 投資所得受取型（投資所得受領の受け皿として CFC を利用する）、3) 事業経費控除型（CFC から親会社に役務を提供し親会社が損金算入可能な手数料等を CFC に支払う）があるとされ、それぞれ、移転価格税制、条約漁り制限、費用・損失の算入規制を使っても対応可能であるという。
 - (3) これらは、従来から可能であるが、非課税で配当として還流可能という点で現状との顕著な相違がある。
 - (4) 高橋元監修『タックス・ヘイブン対策税制の解説』（清文社・1979）82-83 頁参照。
 - (5) その要点につき、一高龍司「米国 Subpart F 税制の要点と問題点について」国際税制研究 22 号 88 頁（2009）参照。
 - (6) 1937 年制定の外国同族持株会社（FPHC）規定（内国歳入法典旧 551-558 条、2004 年 JOBS Act で廃止）中の旧 553 条を参照・修正する形で 1962 年制定の歳入法典 954 条(c)が受動的所得を定義していたため、FPHCI と名付けられた。

86年改正後は旧553条を参照せずに規定されているが、FPHCI という名称は変わっていない。FPHCI は、今日ではもはや「誤称」と言われる (Laity, Eric T., *Defining the Passive Income of Controlled Foreign Corporations*, 21 N.C.J. Int'l L & Com. Reg. 293, 296, n.7 (1996)) が、このような経緯を考慮し、本稿でも旧 FPHC の定訳と考えられる「外国同族持株会社所得」と訳出し、一高・前掲注 5 文献における訳である「外国人の資産保有会社所得」を改める。匿名「米国における反タックス・ヘイブン立法(1)」租税研究 338 号 19 頁 (1977) 19 頁、田中英夫編集代表『英米法辞典』636 頁 (東京大学出版会・1991)、U.S. タックス研究会「米国法人税法の調べ方 72」国際商事法務 20 巻 5 号 588 頁 (1992)、589 頁等参照。See generally, Gustafson, Peroni, and Pugh, *infra* note 17, at 444-449.

- (7) 一高・前掲注 5、96-97 頁参照。
- (8) Avi-Yonah, Reuven S., *The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification*, 74 *Tex. L. Rev.* 1301 (1996). 但し、同論文は、このような状況を克服し、新しい国際課税の枠組みを構築しようとするものである。その要旨は、増井良啓「国際課税ルールの安定と変動—租税条約締結によるロック・イン」税務大学校論叢 40 周年記念論文集 335 頁 (2008) で紹介されている。
- (9) US Department of the Treasury, *Approaches to Improve the Competitiveness of the U.S. Business Tax System for the 21st Century*, 57 (2007).
- (10) 金子宏『租税法 (第 14 版)』(弘文堂・2009) 413 頁参照。
- (11) 吉村典久「タックス・ヘイブンの課税問題」租税法研究 36 号 87 頁 (2008) 92 頁 (Avi-Yonah, R.S., *Globalization, Tax Competition and the Fiscal Crisis of the Welfare State*, 113 *Harv. L. Rev.* 1573 (2000) 等を引用する議論である)。
- (12) 占部裕典「タックス・ヘイブン税制」村井正編『国際租税法の研究』29 頁 (法研出版・1990) 54 頁。
- (13) 一高・前掲注 5 論文参照。
- (14) Reg. §1.954-2(a)(4)(iv).
- (15) CFC が配当支払法人の株式を取得する前の年度の当該法人の E&P に帰する部分について

は除外されない (IRC§954 条(c)(3)(C))。

- (16) クリントン大統領はこれらの規定に「個別項目拒否権法 (Line Item Veto Act)」に基づき拒否権を発動したが、同法は連邦最高裁により違憲判断が下されている (*Clinton v. City of New York*, 524 U.S. 417 (1998))。なお、保険所得 (insurance income) は、FBC 所得とは別個の Subpart F 所得の一類型である (IRC§952(a)(1))。
- (17) Gustafson, Peroni, and Pugh *Taxation of International Transactions: Materials, Text and Problems*, 445 (3rd ed. 2006). 他に、d) 米国等からの輸出販売又は米国等への輸入を扱う場合、e) 独立又は関連する外国会社に対し技術、経営等の役務提供を行う場合、f) 保険及び再保険を実施する場合、が例として挙げられている (順不同) が、それぞれ、d) は FBC 販売所得、e) は FBC 役務所得がそれぞれカバーし、f) は FBC 所得とは別の Subpart F 所得であり省略する。なお、前二者については、一高・前掲注 5 参照。
- (18) 一高・前掲注 5、100 頁注 22 参照。
- (19) 2004 年改正直前の 8 区分 (IRC§904(d)(1)) は以下のとおり (受動的所得、高源泉徴収課税利子、金融サービス所得、船舶所得、DISC 又は旧 DISC (992 条(a)) からの配当、外国貿易所得 (foreign trade income) (923 条(b)=廃止) に帰する課税所得、及び外国貿易所得をもたらす取引から生じる利子等に帰する E&P から FSC 又は旧 FSC が支払う配当)。
- (20) 特定受動区分所得 (IRC§904(d)(2)(v)) は以下の二つである。1) DISC 又は旧 DISC (IRC§992(a)) からの配当 (国外源泉とされる部分)、2) 旧 Foreign Sales Corporations (IRC §922=2000 年廃止) の E&P からの分配で、外国貿易所得 (§923(b)=2000 年廃止) 又は同所得をもたらす取引から生じる利子等。
- (21) 但し、PFIC の適格選択基金 (qualified electing funds) の株主が現年度課税される所得を含み (IRC§904(d)(2)(B)(ii))、輸出金融利子と高課税所得 (high taxed income) を除く (IRC §904(d)(2)(B)(iii))。高課税所得とは、受動的所得に対する外国所得税とみなし外国税納付額 (902 条又は 960 条) の合計が、米国の最高税率 (個人又は法人) による税額を超える場合の当該受

- 動的所得相当部分である。
- (22) 但し、IRC§1504(b)(2), (3)を考慮しない。なお、米国人と CFC (米国人が直接・間接に議決権の 80%以上保有) のメンバーの所得のみを考慮して判断する (IRC§904(d)(2)(C)(ii))。パススルー・エンティティの扱いは規則に委任 (IRC§904(d)(2)(C)(iii))。
- (23) De minimis ルール (IRC§954(b)(3)(A)) の適用がある場合は透視準則は適用されない。また、CFC からの現実配当に関しては、Subpart F の高税率除外 (IRC§954(b)(4)) を受ける場合は CFC の受動的所得が受動区分所得とされることはない。IRC§904(d)(3)(E)。
- (24) 我が国の TH 税制上の「事業」概念については、例えば、浅妻章如「CFC 税制 (タックス・ヘイヴン対策税制) の適用除外要件についての一考察」税務弘報 56 巻 2 号 121 頁 (2008) 等参照。
- (25) 5 人以下の個人により発行済株式価額の 50% 超が保有されている会社 (IRC§§469(j)(1), 542(a)(2))。
- (26) 稼得所得 (earned income、すなわち人的役務報酬、IRC§911(d)(2)(A)) は、受動的活動からの損益の計算上考慮されない (IRC§469(e)(3))。
- (27) 「配当」は受取配当控除の適用後の金額 (IRC §469(e)(4))。
- (28) 稼働資本の投資 (investment of working capital) に係る所得、利得又は損失は、営業又は事業の通常の過程で生じなかったものとして扱われる (IRC§469(e)(1)(B))。
- (29) これらの総所得に明確かつ直接に割り当てられる費用 (利子を除く) 及びこれらの総所得に適切に割り当てられる利子も考慮されない。
- (30) 稼働資本の投資 (investment of working capital) に係る所得、利得又は損失は、営業又は事業の通常の過程で生じなかったものとして扱われる (IRC§469(e)(1)(B))。受動的活動に係る権益は、投資目的で保有する財産とされない。
- (31) 従って、営業又は事業の通常の過程から生じる利子等は、受動的活動からの所得の計算上、他の要件を充たす限り、考慮される。この点に関係する準則に、個人の投資利子 (investment interest) に関する制限がある。すなわち、債務の利子は基本的に控除可能であるが (IRC§163
- (a)、個人の投資利子 (投資目的で保有される資産に割り当てられる債務に係る利子) に関しては純投資所得の額を超えることはできないという制限がある (IRC§163(d))。そして、ここでの投資利子からは、PAL 準則上、納税者の受動的活動からの所得又は損失を計算する際に考慮される利子が除外されている (IRC§163(d)(3)(B)(ii))。
- (32) ここでの「営業又は事業」には、営業又は事業と関係するあらゆる活動、又は、歳入法典 212 条 (個人の通常かつ必要な費用) に基づき控除の認められる費用が関係するあらゆる活動が含まれる (IRC§469(c)(6))。なお、研究及び実験に係る活動は営業又は事業に含まれる (IRC§469(c)(4))。
- (33) Bittker & Lokken, *Federal Taxation of Income, Estates, and Gifts*, ch. 28, 28-29 (3rd. ed), (citing S. Rep. No. 313, 99th Cong., 2d Sess. 718 (1986))。
- (34) 閉鎖的 C 法人の場合は、当該法人の当該年度の総収入の 50%超が、当該納税者が重要な参加をする不動産の営業又は事業から生じる場合にはこれら二要件を充たすものとして扱われ、他方、従業員として人的役務を提供する場合は、不動産の営業又は事業において提供されるものとは扱われない (当該従業員が雇用者の 5%所有者 (IRC§416(i)(1)(B)) である場合を除く)。IRC §469(c)(7)(D)。
- (35) 「不動産の営業又は事業 (real property trade or business)」とは、不動産の開発、再開発、建築、再建築、取得、改造、賃貸、操業、管理、リース、仲介に係る営業又は事業である (IRC§469(c)(7)(C))。
- (36) 以下の式で求められる。超過純受動的所得 (IRC§1375(b)(1)(A)) = 純受動的所得 × (総受動的投資所得—25% × 総収入) / 総受動的投資所得。ここで、純受動的所得 (IRC§1375(b)(2)) = 受動的投資所得—直接関連する経費控除。
- (37) 除外される項目は、(1) 棚卸資産の売上債権に係る利子 (IRC§1362(d)(3)(C)(ii))、(2) 貸付又は金融会社 (IRC§542(c)(6)、同族持株会社税関係) に該当する場合は、「貸付又は金融事業 (542 条(d)(1)) の能動的かつ日常的遂行から直接生じる (derived directly from the active and regular conduct of a lending or finance

business (as defined in section 542(d)(1)) 当該年度の総収入」(IRC§1362(d)(3)(C)(iii))、(3) 80%以上の所有する(議決権又は価額) C 法人(IRC§1504(a)(2)、連結納税関係)からの配当で、「営業又は事業の能動的遂行から生じる(derived from the active conduct of a trade or business) C 法人の E&P に帰する」部分(IRC§1362(d)(3)(C)(iv))、及び、(4) 銀行等の場合、利子、又は配当(保有を義務づけられる資産に係るもの)である。

- (38) Treas. Reg. §1.954-2(a)(4)(iv).
- (39) CFC が配当支払法人の株式を取得する前の年度の当該法人の E&P に帰する部分については除外されない(IRC§954 条(c)(3)(C))。
- (40) 但し、CFC による株式取得前のその子会社からの配当は除く(Treas. Reg. §1.954-2(b)(4)(ii)(A))
- (41) Isenbergh, Joseph, The “Trade or Business” of Foreign Taxpayers in the United States, 61 Taxes 972, 972 (1983). 我が国での研究として、谷口勢津夫「外国企業に関する帰属所得主義と全所得主義(2)」税法学 390 号 1 頁(1983) 5 頁以下、及び水野忠恒『国際課税の制度と理論—国際租税法の基礎的考察』33 頁(有斐閣・2000) (初出 1985) 参照。
- (42) Isenbergh, *supra* note 41, at 972.
- (43) Pinchot v. Commissioner, 113 F.2d 718, 719 (2d Cir. 1940).
- (44) De Portanova v. United States, 690 F.2d 169, 174 (Ct. Cl. 1982).
- (45) Department of the Treasury, Technical Explanation of the Convention between the Government of the United States of America and the Government of Japan for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with respect to Taxes on Income and on Capital Gains, Signed at Washington on November 6, 85-86 (2003).
- (46) *Id.* 86.
- (47) Treas. Reg. §1.367(a)-2T(b)(3).
- (48) Treas. Reg. §1.954-2(b)(4)(iv).
- (49) Treas. Reg. §1.954-2(b)(4)(v).
- (50) 他に、棚卸資産等(Treas. Reg. §1.954-2(a)(4)(iii)) 及びディーラー資産(Treas. Reg. §1.954-2

(a)(4)(v)) については、製造・販売活動、取得・販売活動に関連する全ての活動を当該設立地で行うかどうかで判定する。代理人又は独立受託者を利用する場合は、当該代理人又は独立受託者の活動の遂行地で判定する。複数国で活動する場合は、費用按分で決める(つまり、当該資産の価額×これらの活動に伴う費用の設立国発生額/これらの活動に伴う費用の全世界発生額)。Treas. Reg. §1.954-2(b)(4)(viii). 債務証書(棚卸資産等を除く)については、それが棚卸資産若しくはディーラー資産の販売又は役務の提供から生じる場合(それらが支払者の営業又は事業の通常の過程で行われる場合のみ)から生じる場合は、当該棚卸資産又はディーラー資産と同じ場所に、また、役務提供地に、割り当てられる。Treas. Reg. §1.954-2(b)(4)(ix). 株式(つまり関連者の子会社等の株式)については、支払者(つまり関連者)の設立国にあるとされるのは、当該支払者が 50%超直接又は間接に保有する場合であり、また、当該支払者の当該設立国での営業又は事業で当該株式が使用されている部分は、当該株式発行法人(つまり関連者の子会社等)の営業又は事業で使用される資産が当該設立国で使用される部分に応じて決まる。Treas. Reg. §1.954-2(b)(4)(x).

- (51) Treas. Reg. §1.954-2(c)(1).
- (52) マーケティング機能の遂行は、実質的な価値を付加するものとは考えられない(Treas. Reg. §1.954-2(c)(2)(i))
- (53) Treas. Reg. §1.954-2(c)(2)(ii).
- (54) Treas. Reg. §1.954-2(d)(1).
- (55) マーケティング機能の遂行は実質的な価値を付加すると考えられない。Treas. Reg. §1.964-2(d)(2)(i).
- (56) Treas. Reg. §1.964-2(d)(2)(ii)
- (57) Treas. Reg. §1.964-2(d)(2)(iii). 但し、能動的賃貸費用の場合の水道光熱費等除外は言及がない。
- (58) Treas. Reg. §1.964-2(d)(2)(iv). 但し、調整賃貸利得の場合における歳入法典 168 条の参照に代えて、197 条を参照する。また、水道光熱費等への言及はない。
- (59) See IRC§954(h)(4).