

外国子会社配当益金不算入制度創設の含意

—移転価格と租税回避への影響に関する考察を中心として—

松 田 直 樹

〔 税 務 大 学 校 〕
〔 研 究 部 教 授 〕

要 約

1 研究の目的と方法

昨年度の研究(「国際投資等に係る税制のあり方—主な諸外国における最近の動向・趨勢を踏まえて—」税務大学校論叢第 59 号 1～138 頁)では、近年、主な諸外国において、国際投資等に係る税制上の障壁を除去する流れが、益々、加速してきている一方で、租税回避行為への対抗策も強化されてきていることに鑑み、我が国でも、国際投資等の促進に繋がる措置が、今後、より積極的に講じられるようになれば、国際投資等の促進策と租税回避行為等の牽制策とにおいてバランスのとれたメリハリのある税制を構築する必要性が高まろうという問題意識の下、かかる税制の構築のための一つの選択肢となり得るであろう包括的否認規定について、主な諸外国等の包括的否認規定の制度設計上の特徴・趨勢や有用性・限界等を考察し、示唆を得た上で、その制度設計上のポイントを論考した。

上記の考察・論考を経て得られたのは、効果的な包括的否認規定を制度設計するには、目的テストや主観テストを組み込むことが一つの重要なポイントとなろうという結論であったが、その後、平成 21 年度税制改正が行われ、本改正では、法人税法 23 条の 2 において、外国子会社配当益金不算入制度を創設する措置が講じられた。本件措置は、上記の国際投資等の促進に繋がる積極的かつ抜本的な措置と位置づけられるものであることから、上記のような問題意識からすると、本件措置が講じられたことにより、租税回避行為等の牽制策を強化する必要性は更に高まったと考えられるが、本件措置によって、どのような租税回避行為等がどの程度誘発されるのか、また、どのような形で牽制策を強化することが必要となるのかなどは、必ずしも十分に明らかではない。

確かに、本件措置により、間接外国税額控除制度が廃止され、国外所得免除方式への部分的な移行が実現したことにより、税制及び執行が簡素化されるほか、国外資金の国内還流に係る税務上の障壁の除去が大きく進展し、そ

の結果、国内への資金還流が促進され、国内での研究開発投資等が増加することなどもあり得ると考えられる。しかし、他方では、租税回避行為等が誘発されるなど、本件措置によるデメリットも生じ得ると想定されるところ、デメリットに対処するための特段の手当てはされていない。その理由としては、本件措置の導入を先ず優先する必要があること、また、デメリットの具体的な中身が明らかではないことなどが挙げられようが、今後、デメリットの中身が明らかになれば、特段の手当てをすることが必要となることも十分に考えられる。

本研究では、上記のようなメリットや可能性を有している外国子会社配当益金不算入制度を創設する措置は、高く評価されるべきものであると考えられるものの、本制度の創設によって生じ得る幾つかのデメリットや問題点に対処することも肝要であるとの考えの下、本制度の創設に伴ってどのようなデメリットや問題点が生じ得るのかについて考察を加え、また、これらのデメリットや問題点に対処する上で効果的な手段となる措置やアプローチについての手掛かりを得ることを主たる目的とするものである。かかる考察を行うための手段やかかる目的を達成するための方法は様々であろうが、国外所得免除制度等を採用している主な国々が直面している問題点や、領土主義課税方式への移行を検討している主な国々における議論の趨勢・動向等に目を向けることは、特に有益であると思料する。

2 研究の概要

第1章：国際的二重課税調整方式を巡る議論と動向

我が国では、昭和28年に導入された直接外国税額控除制度と昭和37年に導入された間接外国税額控除制度が、国際的二重課税の調整方法として長きに亘り機能してきた。確かに、制度導入後の税制改正において、制度の適用範囲等の見直しが幾度となく行われたが、制度自体の抜本的な変更が必要であるとの声は、長い間、殆ど聞こえてこなかった。例えば、税制調査会平成12年7月答申でも、国外所得免除方式はタックス・ヘイブンな

どによる有害な税の競争を助長するとの国際的な議論があることから、今後とも、外国税額控除方式を維持することが妥当であるとの趣旨が述べられていた。ところが、近年、グローバルな企業活動と国際投資等を促進することが内外において特に重要な課題と位置づけられるようになると、外国税額控除制度のメリットよりも、そのデメリットがクローズ・アップされるようになった。

とりわけ、外国税額控除制度については、近年、その控除枠の彼我流用という問題が少なからず認められるようになった。また、この問題を巡って争われた最高裁平成 17 年 12 月 19 日判決では、問題となった租税回避スキームは外国税額控除制度を濫用するものであるとして、結局のところ、原審である大阪高裁平成 15 年 5 月 14 日判決で敗訴していた税務当局に軍配が上がったものの、本最高裁判決で示された制度の濫用の概念の有用性の程度・射程範囲については、必ずしも明らかではないという課題が残された。このような問題・課題などを抱えた外国税額控除方式に対する最近の考え方・評価に微妙な変化が生じてきていることは、税制調査会平成 19 年 11 月答申が、外国税額控除方式から脱却する議論が進展している米国や英国等を含めた諸外国の動向についても注視して行く必要があるとの見解を示すようになったことから示唆された。

このような流れの変化が認められる中、経済産業省が外国子会社配当益金不算入制度を創設する税制改正を行うことを要望するようになったが、経済産業省も、本制度の創設によるデメリット・問題がないと考えていたわけではなかった。経済産業省は、我が国の場合、国外所得免除制度を採用している諸外国と比較しても、同等レベルの租税回避防止措置（タックス・ヘイブン対策税制、移転価格税制）が既に導入されているとしながらも、外国子会社配当益金不算入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・執行上強化が必要となることがあれば、かかる強化措置については、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を確保すること、③制度移行に伴う企業

行動の変化を見極めることなどが肝要であることから、適正かつ最小限のものとするべきであるとの見解を示していた。

確かに、我が国の租税回避防止措置の中には、諸外国の制度と比較して同等レベルのものも含まれているであろうが、不十分又は脆弱であるものも含まれていると料する。しかも、外国子会社配当益金不算入制度の創設は、国際取引の実態把握をより困難なものとし、また、一定の条件を満たす国外の子会社から国内の親会社への配当を優遇する措置となり得るのであることから、既に巷で推奨されているオランダで支払配当に対する源泉税が免除される共同組合組織（COOP）を中間持株会社として設立するタックス・プランニング等は勿論、実態把握の困難性や制度のループ・ホールに付け込む租税回避行為等も積極化することによって、税収への影響だけでなく、現行制度の不十分さや脆弱さが更に深刻なものとなることも危惧される。このような危惧が単なる杞憂でないことは、以下の英米における国外所得免除方式や領土主義課税方式への移行論を巡る議論や動向等からも示唆される。

第2章：米国における議論の趨勢と動向

最近の米国では、多国籍企業の国際競争力が低下してきており、また、少なからぬ多国籍企業が、国外の子会社の当該国外源泉の所得を米国に還流させることなく留保したり、様々なタックス・プランニングを利用して、米国での税負担を軽減させるなどの動きを少なからず示している。その結果、米国における多国籍企業の海外での稼得所得からの税収は、かなり低いレベルのものとなっている。さらに、米国の税制上の輸出促進措置であった海外販売会社（FSC）や領土外所得排除（ETI）等を定める規定については、GATT・WTO が禁止する輸出補助金に該当するとして、その改廃を余儀なくされている。このような状況を打開せんとして、多くの税制改革案が示されており、例えば、2005年に発表された大統領諮問委員会の改革案では、国際的二重課税の調整方法として、領土主義課税方式を導入するこ

とが提言されている。

しかし、領土主義課税方式の導入案についても、その他の税制改革案と同様に、メリットとデメリットがあり、賛否両論が渦巻いている。確かに、国内での研究開発等に向けられる外国子会社からの配当に限定して税負担を軽減することを定めた 2005 年の時限立法（内国歳入法 § 965）の下、例年以上の資金還流が実現したが、その効果は一部の大企業に限定されていたほか、本法で指定されている目的・使途に反する形で還流した資金を流用するなどの濫用も多かったとの指摘もある。また、領土主義課税方式への恒久的な移行案のデメリットも看過できるものではなく、とりわけ、移転価格問題の深刻化が予想されることから、議会や財務省は、移転価格のルール強化なしに同方式を採用することは凡そ真剣には考えていないとの指摘や、同方式の採用・適切な運用のためには、移転価格ルールの強化に加え、租税条約網の拡充や権限ある当局による紛争処理の更なる積極化等が必要となろうとの見方がされている。

実のところ、合同租税委員会議長が「移転価格は死んでいる」と述べているように、最近の米国の移転価格税制は、既に大きな問題に直面している。かかる問題を惹起している主役である費用分担契約の下では、関連者間で分担するのは、所得ではなく、費用であり、また、利益の実績値ではなく、予想値に基づいて費用分担が行われるため、研究開発の結果として高い価値の無形資産が生じても、米国の移転価格税制である内国歳入法 § 482 が定める所得相応性基準に基づく否認が制限される可能性があり、そうすると、多国籍企業が本国で行う研究開発費用をグループ間で分担する場合、低税率国の関連会社に開発プロジェクトの初期段階からコストを負担させて共同開発者とし、後に大きな利益が出た時に、関連会社がロイヤルティの支払いをすることなく、利益の分け前として、かなりの額を得ることが可能になってしまうという問題があると言われている。

そもそも、内国歳入法 § 482 の適用の合理性が問題となる裁判では、納税者は、通常の場合よりも重い立証責任を負うことなどを背景として、税

務当局側が少なからず勝訴してきたほか、1995年には、費用分担契約に関する財務省規則 § 1.482-7 が措置され、「適格費用分担契約」に該当するものに限り、内国歳入法 § 482 の適用対象外とするとの制限が加えられたという経緯がある。ところが、費用分担契約が問題となった Xilinx 事件租税裁判所判決（2005）等で税務当局は苦渋を舐めたことから、2009年に措置された財務省臨時規則 § 1.482-7T の下では、費用分担契約に係る文書化義務が厳格化されたほか、「投資家モデル」に基づき、既存の無形資産を提供する参加者に多くの研究開発の成果に起因するリターンが帰属し、ノン・ルーティーンの貢献を行わずに開発活動に係るファイナンスを提供するだけにとどまる参加者には、資本収益率相当の対価が帰属するにとどまるとの取扱いを行うこととされている。

上記の財務省規則が費用分担契約を利用した所得の国外移転に歯止めを掛けることができれば、領土主義課税方式が惹起する問題も幾分緩和されると想定されることから、本方式の導入案も、より有力な選択肢となり得るであろうが、最近では、金融危機に端を発した景気の悪化を受けて税収が減少するという状況の下、オバマ大統領は、国際的脱税・租税回避に強硬なスタンスで臨む税制改革案（CFC ルールの強化措置等を盛り込んだランゲル法案やタックス・ヘイブンを利用した取引に対する課税強化措置等を盛り込んだレビン法案等と同様な問題意識に立脚するもの）を示している。本改革案には、過少資本税制や移転価格税制の機能を強化する措置も含まれているが、税収の更なる減少に繋がる可能性を秘めた領土主義課税方式の導入という選択肢については、蚊帳の外に置かれた形となっている。

第3章：欧州諸国における議論の趨勢と動向

英国でも、最近、多国籍企業の国際競争力の低下が問題となっている。また、Test Claimants in the FII Group 事件 ECJ 判決（Case C-446/04）、Cadbury Schweppes 事件 ECJ 判決（Case C-196/04）及び Test Claimants in the Thin Cap Group 事件判決（Case C-524/04）では、当時の英国の配当

課税制度、CFC ルール及び過少資本税制が EC 条約等と抵触する（又は抵触する虞がある）との見解が示された。このような問題があることなどを背景として、歳入庁は、2007 年、「法人の海外利益に対する課税」と題したドキュメントを発表し、本ドキュメントでは、国境を跨ぐ配当に係る国際的二重課税の調整方法として、国外所得免除方式を採用するが、本方式の採用に伴い、貸付けやロイヤルティの支払契約等を利用して英国の親会社の利益を国外の子会社に移転した上で、課税免除となる配当として支払うなどの動きが生じ得ることが危惧されることから、CFC ルール等を強化するという案を示したという経緯がある。

ところが、上記の案に対して産業界が猛反発し、また、国外所得免除方式への移行措置が講じられない場合には、法人税率が 28%である英国から、法人税率が 12.5%であるアイルランド等に本店や企業活動の多くを移すなどの意向を医薬品業界の大手企業等が示したことなどを背景として、財務省も、上記の案を棚上げするとの意向を翻した上で、2008 年 12 月には、上記のディスカッション・ドキュメントに修正を加えたドラフト案を公表するという動きを示した。本ドラフト案では、2009 年財政法で国外所得免除方式に移行する一方、CFC ルールの根本的な改正については、将来的な課題とするという意向が示されている。本方式の下では、株式保有割合やポートフォリオ目的の投資に係るものであるのか否かなどに関係なく、英国において国境を跨ぐ配当への課税が免除される。

もっとも、税收減少を抑えるなどの観点から、補完手段として、①配当を支払う国で税の軽減がされている配当や資本的な性質を有する配当、②税務上の利益を得ることを主要な目的とする「一定の類型に該当するスキーム」に関係している利益分配などについては、課税免除の対象外とされているほか、親子会社間での資金貸付に係る利子控除の制限を強化するという観点から、③「利子に対するワールドワイド・デット・キャップ」の採用及び④一定の金融取引の主要な目的が租税回避であるものは、その税務効果を否認するという「容認できない目的ルール」の機能を拡充すること

とされている。また、欧州以外に資本を移動させる一定の取引に対する財務省の同意に関する規定（所得税法 § 765 等）は廃止されるものの、⑤1 億ポンド以上となる株式や資産の移転について報告義務を課することとされている。

英国の財務省が 2008 年に発表した上記のドラフト案で示されている一連の補完手段が立脚する視点・アプローチと凡そ共通するものは、国外所得免除制度や資本参加免除制度を有する主な欧州の国々（ドイツ、フランス及びオランダ等）が講じている租税回避行為等への対抗策の中にも見出すことができることから、これらの補完手段は、これらの大陸法の国々の対抗策の有用性と限界等も参考としているものと考えられるほか、最近の英国では、今日的な租税回避行為・スキームに適切に対処するためには、従来とは異なる否認アプローチ（「原則に基づくアプローチ」と称されるもの）をも採用することによって、伝統的な否認アプローチの再構築を行うことが肝要であるとの考え方が強まってきているとの事実もある。上記の一連の補完手段は、決して、このような事実、流れ及び文脈等と離れた対抗手段として手当されたものではないという点に留意する必要がある。

第 4 章：我が国への示唆と提言

上記の通り、米国では、領土主義課税方式への移行によって、税収不足や移転価格の問題等が更に深刻化すると危機感が、同方式への移行を躊躇させる一つの大きな要因となっており、2010 年予算法でも、タックス・ヘイブンを利用した脱税や租税回避行為への対抗措置を強化するという選択肢が優先的に採用されることが確実視されている。確かに、英国では、2009 年財政法が成立したことにより、国外所得免除方式への移行が実現する運びとなったが、英国の主な国際課税制度の機能が Cadbury Schweppes 事件欧州司法裁判所判決等によって実質的に制限されることとなり、また、資本参加免除制度等を採用している主な欧州の国々等では、配当に係る優遇措置を狙った租税回避行為等が認められることなどを踏まえ、「利子に対

するワールドワイド・デット・キャップ」等に代表されるような強硬な補完措置が講じられることとなっている。

我が国でも、最近、所得の国外移転や国際的租税回避行為等への対応策を強化するという動きがあり、例えば、移転価格税制との関係では、グループ内役務提供や無形資産取引等の重要性が今後更に高まることが確実視されるという問題意識の下、一定の立法上の措置（取引単位営業利益法を定める規定の手当てなど）や行政上の措置（例えば、比較利益分割法及び残余利益分割法等に係る通達の整備やグループ内役務提供や費用分担契約等に係る移転価格事務運営要領の整備など）が講じられているが、移転価格税制の機能を強化する余地があると考えられる点や移転価格税制の実際の適用に係る不透明性・不確実性が必ずしも十分に払拭されていない点なども見受けられるところとなっており、このような点が、外国子会社配当益金不算入制度創設後は、従来にも増して税務当局に不利に作用することも危惧される。

例えば、事務運営要領 2-19 及び事例 25 等によって、移転価格課税と寄付金課税の区分が、ある程度明確なものとなったが、東京地裁平成 12 年 2 月 3 日判決では、「寄付金であるかどうかは、・・・企業間の特殊な関係に基づく租税回避のための価格操作と認めるべきかどうかによって、これを判断すべきものと解される」と判示されていることから、移転価格課税と寄付金課税の区分には、依然として、不透明性があり、かかる不透明性が税務当局に不利に作用することも考えられないではない。また、我が国の場合、移転価格を巡る訴訟では、税務当局の立証責任が重いという問題があり、実際、基本三法に準ずる方法やその他政令で定める方法に依拠して税務当局が算定した独立企業間価格は、東京高裁平成 20 年 10 月 30 日判決では合理的なものではないと判示されたが、このような立証責任に係る問題が、所得相応性基準を有していない我が国の費用分担契約等への対応を更に困難なものとすることも想定される。

また、我が国の場合、租税特別措置法 66 の 5 が定める過少資本税制につ

いては、非居住者又は外国法人が内国法人の発行済株式又は出資の総数又は総額の100分の50以上の数又は金額の株又は出資を直接又は間接に保有する関係にある場合に適用されるにとどまるものであることから、英国の税務当局が国外所得免除方式への移行に伴って深刻化するであろうと懸念している国外子会社から国内の親会社が受ける貸付け（“upstream loan”と称される。）に係る利払いの控除が不当に増加するという問題に適切に対処することができないことが危惧される。この問題に対処するためには、過少資本税制の適用範囲を拡大する（又は英国の「利子に対するワールドワイド・デット・キャップ」と同様な機能を持たせる）改正を行うことが必要となろう。

さらに、国際的な租税回避行為へのより柔軟かつ効果的な対応を図るという観点から、包括的否認規定（General Anti-avoidance Rule, GAAR）を措置するという選択肢も検討する余地があると考えられるが、かかる選択肢の導入の政治的なハードルが高いのであれば、外国子会社配当益金不算入制度が惹起し得る国際的な租税回避行為との関係では、英国の例のように、一定の類型の租税回避目的の金融取引を「容認できない目的ルール」のような基準に基づいて否認することを可能にする個別規定を措置するという選択肢も考えられる。まずは、このような個別否認規定を措置した上で、その後、必要に応じて、その適用対象となる取引範囲を除々に拡大する税制改正を積み重ねることができれば、準包括的否認規定とも位置づけられるミニ GAAR を整備することも可能となる。

もっとも、国際的租税回避行為の否認機能を強化する措置を講じれば十分というわけでもないであろう。国際的脱税・租税回避の実態把握レベルの低下を抑える措置が講じられなければ、否認機能を向上させる措置の有用性が十分に発揮されないことにもなりかねないため、オバマ大統領が示した改革案や英国の2009年財政法が採用しているタックス・ヘイブンを利用した取引情報の収集を充実するための措置等からも示唆を得ることが肝要であろう。強力な移転価格税制、高い包括的否認機能を有する法理及び

広範な情報申告書制度等を有する米国や有用性の高い租税回避スキーム開示制度等を有する英国が、国外所得免除制度等への移行措置と一連の補完手段を一つのパッケージとして捉えていることに鑑みると、我が国の場合も、これらの措置や補完手段等を参考にしながら、国際投資等の促進策と租税回避行為の牽制策とのバランスの実現に資する措置を講じることを前向きに検討することが必要なのではないかと思料する。

目 次

Executive Summary.....	15
序論.....	25
第1章 国際的二重課税の調整方式を巡る議論と動向.....	29
第1節 外国子会社配当益金不算入制度の特徴と制度創設の経緯.....	29
1. 制度の位置づけと制度設計上のポイント.....	29
2. 制度の狙いと想定されている主な効果.....	32
3. 制度創設に伴う課題.....	35
第2節 外国税額控除方式と国外所得免除方式の得失.....	39
1. 米国における古典的な経済理論.....	39
2. 最近の国外所得免除方式の擁護論.....	42
3. 欧州における最近の動向.....	45
第3節 我が国の外国税額控除制度の特徴.....	48
1. 外国税額控除制度の歴史的変遷.....	48
2. 外国税額控除制度に対する最近の税制調査会の見解.....	53
第2章 米国における議論の趨勢と動向.....	58
第1節 領土主義課税方式への移行論台頭の背景.....	58
1. 所得の国外移転に係る問題点.....	58
2. 資金の国内還流に係る問題点.....	62
3. GATT・WTO 基準との整合性に係る問題点.....	67
第2節 代表的な領土主義課税方式案.....	70
1. 大統領諮問委員会の報告書案の特徴.....	70
2. 合同租税委員会の報告書案の特徴.....	74
第3節 領土主義課税方式と移転価格問題との関係.....	76
1. 移転価格税制の有用性と限界.....	76
2. 所得相応性基準の限界.....	89
3. 新たな対応措置と費用分担契約を巡る裁判例.....	98

第4節 領土主義課税方式への移行論の現状	104
1. ランゲル法案とレビン法案の特徴と位置づけ	104
2. オバマ案と国際課税制度改革の行方	107
第3章 欧州における議論の趨勢と動向	113
第1節 英国における国外所得免除方式への移行論台頭の背景	113
1. 外国税額控除制度の問題点	113
2. CFC ルールの問題点	115
3. 過少資本税制の問題点	117
4. 移転価格税制に係る最近の動き	118
第2節 国外所得免除方式への移行措置の補完手段	121
1. 主な補完手段の意義と視点	121
2. 「容認できない目的ルール」と「的を絞った租税回避防止規定」 の位置づけ	126
第3節 補完手段の比較法的位置づけ	137
1. 主な大陸法の国々の対抗策の実態分析の意義	137
2. オランダの資本参加免除制度と租税回避防止策	139
3. フランスの資本参加免除制度と租税回避防止策	142
4. ドイツの資本参加免除制度と租税回避防止策	146
第4章 我が国への示唆と提言	150
第1節 移転価格税制に係る課題	150
1. 移転価格税制の整備に向けた最近の動き	150
2. 移転価格税制の適用に係る不確実性等の問題	155
3. 立証責任に係る問題	161
4. 費用分担契約への対応に係る課題	166
第2節 一定の類型に該当する租税回避行為への対応のあり方の再検討	175
1. 利払い控除の制限を強化する措置	175
2. 租税回避行為の否認アプローチの再構築	181
結語	185

Implication of Japan's Move to Foreign Dividend Exemption Method
— Focus on Its Effect on Transfer Pricing and Tax Avoidance —

Executive Summary

I Issue of Concern

Japan's 2009 tax reform package included a measure to move from the foreign tax credit method to the exemption method for dividend received by a domestic parent company from its foreign subsidiary if the ratio of the parent's holding of its subsidiary's share is 25% or above. Consequently, such dividend, which was used to be subject to Japan's corporate income tax at the rate of 30% after foreign tax paid abroad is credited against, is now not to be included as taxable income for corporate income tax purpose. Behind this move to the dividend exemption method is the Ministry of International Trade and Industry's request maintaining that such move should induce more repatriation to a Japan's parent company of those earnings accumulated by its subsidiaries abroad and those repatriated earnings would help activate the economy by being used for the parent company's domestic R&D and capital investment.

It is uncertain how much the move to the foreign dividend exemption method will actually induce repatriation of accumulated foreign earnings but it will surely simplify the procedure to alleviate international double taxation on dividend and this merit of simplification of the procedure is to be highly-evaluated. Even so, there remains a question of whether it is right to adopt practically no measure to supplement this move to the dividend exemption method in order to cope effectively with some demerits and negative consequences associated with this move. It is generally said that under the dividend exemption method it becomes more difficult to have

a good grip on cross-border transactions and there are more incentives for companies to shift their income and production bases abroad.

In fact, the move to the dividend exemption method might also have some other demerits and downsides that should not be underestimated. So, it would become necessary for the tax authority in Japan to take some complementary measures to reduce those negative aspects. Now that it can be expected that there should arise such necessity sooner or later to some extent, this paper attempts to research and shed some light on those negative aspects and find ways to cope effectively with them. In doing such research, it is noted that there have been a lot of arguments in such countries as US and UK over the idea of moving to the dividend exemption method and there are in the case of UK concrete actions recently taken in line with the argument for the move to the exemption method. Therefore, in this paper, lessons are mostly to be drawn from those arguments and recent actions in those countries.

II Chapter 1— Background of Japan's Move to Dividend Exemption Method

In this Chapter, research is made into the classical arguments over merits and demerits of the credit method and the exemption method. According to the classical “production efficiency theorem”, Pareto efficiency is to be realized under the credit method because, under the exemption method, investment gets an incentive to flow to low-tax countries even if production efficiency is low in those countries, so, the credit method is preferable in order to contain such incentive and realize the global product efficiency. However, it did not take long for the “production efficiency theorem” to lose its supporters in the face of such an argument that even under the credit method, so long as repatriation tax exists, foreign earnings accumulate to a point where foreign

subsidiaries do not need additional input of capital, with the result that the credit method's effect of clearing impediments for the production efficiency becomes inoperative.

Also, in reality, there has lately been a growing move from the credit method to the exemption method in many EU countries. Behind such move is a fact that in the midst of acceleration of the removal of the national barriers for capital movement, etc., the European Court of Justice ruled, for example, in Petri Mikael Manninen case (C-319/02), that the imputation method as a method of adjusting double taxation on dividend contravenes the principle of free movement of capital now that under the imputation method in question, as is often the case with the imputation credit method adopted in many other countries, the imputation credit is not to be granted to foreign investors to whom dividend is paid while it is to be granted to domestic investors, and this kind of different treatment can not be justified by relying solely on the principle of allocation of taxing powers.

The above-mentioned growing move to the exemption method and the increasing need for establishing such a tax system that does not stand as an unnecessarily high hurdle for the international investment also seem to have exerted some influence lately on the way of thinking in Japan about the exemption method. Manifestation of such influence could be detected in the comparison of the Tax Commission's report released in July 2000 (in which it said that it is a widely-held view among many countries that the exemption method fosters such harmful tax competition as tax havens) with its report released in November 2007 (in which it said that it is also important to pay attention to such countries as US and UK where, in the face of the accumulating foreign subsidiaries' earnings abroad, attempts are underway to modify their method of adjusting international

double taxation on dividend.)

III Chapter 2 — Analysis of Recent Arguments and Moves in US

As mentioned in the Tax Commission's 2007 report, there have been arguments in US over the idea of moving to the territorial taxation method. The idea was shown for example in the report released in November 2005 by the President's Advisory Committee. The report proposed that the territorial method for taxing active foreign income should be adopted to help strengthen US multinational companies' tax competitiveness, prompt them to repatriate earnings accumulated much in low tax countries, simplify the procedure for adjusting international double taxation, etc. However, the idea of moving to the territorial taxation method is only one of various reform proposals intended to address many problems the US tax system has brought about and there are also some who voice various concerns about the possible consequences of moving to the territorial taxation method.

Particularly grave is the concern that the move to the territorial method would be bound to aggravate the transfer pricing problem because such move is very much likely to prompt US companies to shift income to its subsidiaries in low tax countries and repatriate it back to them tax-free. In fact, even under the current tax system, the US tax authority even with such a powerful tool as IRC § 482 providing for the commensurate with income standard, has lost in some transfer pricing cases. Particularly problematic are cases involving the transfer of intangibles. For example, in the Xilinx tax court case (2005), the tax authority's maintenance that the cost for the stock option provided by the US parent company to its research development staff working in its subsidiary in Ireland should also be included in their cost-sharing arrangement was not accepted by the court.

Furthermore, now that President Obama who had been a Senator supporting “Stop Tax Haven Abuse Act” sworn in 2009, priorities have come to be placed on such tax reform plans that would help increase tax revenue by counteracting tax evasion and avoidance. Those reform plans include measures to codify economic substance doctrine, strengthen the earning stripping rule and transfer pricing rule. It is true that there are some who are against such reform direction but it is deemed certain that some of those reform plans shall be adopted under the 2010 Budget Act. Therefore, in the future there might be a chance for the plan of moving to the territorial taxation method to be on the table for tax reform discussion, but at least for now it is not the option to be adopted in any forms whatsoever.

IV Chapter 3 — Analysis of Recent UK Moves and Implications of Dividend Exemption Methods in Europe

Some UK’s multinational companies have also complained about the recent decline of their international competitiveness and showed their intention to move their operations away from UK unless measures are taken to lessen their tax burden. It was also a blow to the government that, in the Test Claimants in the FII Group Case (C-446/04), the ECJ ruled that the UK’s partial imputation system was possibly in contravention of the EC Treaty. Against such background, the Treasury decided to include in the 2009 Finance Bill a plan to adopt the foreign dividend exemption method. The Treasury gave up for the moment the idea of including in the Bill a supplementary measure of adopting the stricter CFC rule, but it managed to include in it some anti-avoidance measures to cope with the negative effects that are likely to be caused by the move to the exemption method.

Particularly noteworthy among the above-mentioned anti-avoidance

measures is the one to introduce the worldwide debt cap on interest aimed at the upstream loan that could be resorted to in order to shift income from a UK parent company to its foreign subsidiary. The worldwide debt cap on interest disallows such interest and finance costs payable by a UK company on intra-group borrowings (the “tested amount”) that exceed the net external finance costs of the worldwide group (the “available amount”). Also significant is the measure to expand the scope of the unallowable purpose rule that is incorporated in 1994 Finance Act Part IV Chapter 2 § 168A and so forth. This latter anti-avoidance measure is another example of the principle-based approach taken against finance products avoidance. This approach is similar to the main purpose test and is said to overcome the limit inherent in the conventional black-letter approach to tax avoidance.

In the background of those measures, there are such facts as (1) the UK tax authority realized around the end of 1990s the difficulty of introducing a general anti-avoidance rule in the face of the high hurdle set for its introduction by the Tax Law Review Committee and had to lean more towards other routes to strengthen anti-avoidance measures, (2) ECJ’s ruling on Test Claimants in the Thin Cap Group Case(C-524/04) restricted the effectiveness of the UK’s thin capitalizaion rule, (3) there are many examples that take advantage of or even abuse those preferential tax treatment given to dividend in some European countries and tax authorities have not been so successful in denying them as it was exemplified by such rulings as those handed down by Cour administrative d’appel de Nancy on Societe Pleiade case(2002), the German supreme court on Dublin Docks cases(2000), and so forth.

V Chapter 4 — Lessons for Japan

In my writing entitled “Taxation of International Investment Income -- In Consideration of Major Countries’ Recent Move and Trend” (Zeidai Ronso No. 59, 2008, pp.1~138) , I maintained that, as in the case of other major countries, the increasing number of tax measures to promote international investment should accompany measures to strengthen anti-avoidance provisions. Now that Japan’s adoption of the foreign dividend exemption method is a very significant and effective measure for the promotion of international investment, and the analysis in the Chapter 2 & 3 also suggests that the exemption method would provide further incentives to cross-border income shifting and tax avoidance, it should be reasonable, from the global perspective on the balance of the measures to foster international investments and the measures to counteract tax avoidance, to take follow-up measures to counteract negative effects of the exemption method.

From the above perspective, the follow-up measures contemplated or actually taken in US and UK should serve as good lessons and the tax authority in Japan should, with the introduction of the foreign dividend exemption method, guard particularly against the problem of transfer pricing and international tax avoidance. In fact, through recent cases on transfer pricing disputes such as the one handed down on Oct. 30th in 2008 by the Tokyo High Court, it has been confirmed that the tax authority’s primary fulfillment of the burden of proof on arm’s length price is often very difficult. Such being the case, if the move to the exemption method aggravates the transfer pricing problem as it is so argued in US and others, such difficulty would increase vis-à-vis the transactions involving intangibles that have lately plagued the US tax authority even if in US the burden of proof on arm’s length price falls in principle on taxpayers.

The counter-measures against tax avoidance adopted in UK also provide useful lessons and insights. In fact, until recently Japan had a lot in common with UK. Even now, they are similar in that they both do not have a codified general anti-avoidance rule and the supremacy of textualism is significant enough to impose quite a limit on the usefulness of the uncoded substance-over-form doctrine against tax avoidance. However, UK's recent move to the principle-based approach and the 2009 Finance Act's measure to expand the applicational scope of the unallowable purpose rule is to open up a gap between Japan and UK in terms of the effectiveness of the available counter-measures against financial tax avoidance. Another gap can be found in the fact that Japan lacks a thin capitalization rule or an excessive interest disallowance rule that could cope effectively with excessive upstream loan aimed at shifting income to a foreign subsidiary in a low tax country.

VI Conclusion

Japan might as well take advantage of those lessons that could be drawn from the follow-up measures contemplated or adopted in US and UK in relation to the foreign income or dividend exemption method now that Japan's move to the foreign dividend exemption method is also likely to give rise to those problems at which those measures are targeted. When it comes to the question of how those lessons should actually be applied, it might be worth reconsidering in some cases the conventional view of the arm's length principle (or even considering the adoption of the commensurate with income standard) now that such review is in line with the US Appeals court's ruling on Xilinx case (2009), the UK Special Commission's decision on DSG Retail Limited case (2009), and some recent approaches adopted in the OECD Transfer Pricing Guidelines as well as the EU's Common Consolidated

Corporate Tax Base.

As for measures to take against income shifting through interest deductions, the thin capitalization rule provided for under § 66-5 of the Special Taxation Measures Law must be reformed in such a way that it could also cope with excessive upstream loans. In implementing such reform, it is important that it also reflects the 2006 amendment made to provision so that it could also cope with such cases where an indirect loan or a third party guarantee is implicated in lieu of a foreign parent's direct loan to its subsidiary in Japan. Also, an option of adopting a provision to deny certain tax avoidance based on the purpose rule or test may also have to be considered to make anti-avoidance regime more effective. The merit of such option lies in the fact that a hurdle for adopting such provision should be lower than the one for adopting a general anti-avoidance rule with a purpose test and it poses a possibility of the future expansion of the applicational scope of such provision to become a mini-GAAR as in the case of UK.

It is true that the hurdle for the option of adopting a provision based on the purpose test is by no means low. However, the number of countries adopting the purpose test or strengthening it for the benefit of the tax authorities has been increasing lately and the main purpose test, which was not adopted in the revised Japan-US tax treaty in 2003, was adopted in the revised Japan-UK tax treaty in 2006 and the revised Japan-France tax treaty protocol in 2007. Furthermore, in the Japan-Australia tax treaty revised in 2008, the main purpose test was adopted in such a way that it could cast a larger net to treaty shopping. It should also be noted that in a famous gift tax avoidance case the Tokyo High Court ruled on January 23, 2008 that the taxpayer's intention to avoid tax is also a very important factor in deciding where his residence is. These examples might

suggest that the hurdle for adopting a main purpose test in Japan is getting lower lately.

To strengthen the anti-tax haven provision is also another option to consider. In this paper, due to constraints on the allotted research time, writing space and so forth, it was not possible to look into the conceivable reform options for strengthening the anti-tax haven provision while it is evident from the analysis in the Chapter 3 that such reform options could also be good candidates for the effective supplementary measures. At least it can safely be said that lowering the threshold of the shareholding ratio that triggers the application of the provision could be one good reform option. Adoption of some of the supplementary measures proposed in this paper should help correct the current imbalance between the measures to foster international investment and the measures to counteract tax evasion and avoidance while some more effective proactive measures to enable the tax authority to catch cross-border tax avoidance early enough are also needed to correct the imbalance sufficiently.

序論

最近は、厳しい経済状況中、多くの諸外国で大規模な経済刺激策が講じられるようになってきている。我が国でも、多くの企業の経営状態が一段と厳しさを増す中、景気刺激に繋がる措置を求める声が高まってきている。このような状況の下、平成 21 年度税制改正により外国子会社配当益金不算入制度（法人税法 23 条の 2）が創設された。本制度は、外国税額控除方式から国外所得免除方式への部分的な移行を実現するものであり、近年のグローバルな流れ・趨勢に合致するものでもある⁽¹⁾。また、本制度の創設によって、様々なメリットが生じることが期待される。特に、制度の簡素化というメリットは大きいと考えられることから、かかるメリットが実現することをもって、本制度創設の意義は十分にあるとの意見もあるが⁽²⁾、本制度創設によるデメリットも生じると考えられることから、もし、本制度創設によるデメリットが顕著なものとなれば、本制度創設のメリットも少なからず相殺されることとなろう。

もっとも、現時点では、本制度創設の効果を的確に予測することは困難である。したがって、本制度の創設によるメリットとデメリットが具体的にどのようなものであり、また、本制度の創設によるメリットがデメリットによってどの程度相殺されるのかなども十分に明らかではない。例えば、本制度の創設による税収への影響如何という点に関しても、本制度の創設によって国外に滞留している資金が相当程度の規模で国内に還流し、また、還流した資金が積極的に国内での研究開発投資や設備投資等に向けられ、その結果、国内経済の活性

(1) 外国税額控除方式を主たる国際的二重課税の調整方法としている国の数は、既に、かなり少なくなってきたおり、米国、ロシア、メキシコ、中国及び韓国等が挙げられる。

(2) 「仮に今回の改正で国内への資金還流が起こらなかったとしても、制度の導入は企業にも国にもプラスで、成功だったといえるのではないか。加えて、外国子会社の定義が簡素化され、25%以上の株式を保有する子会社とその孫会社はすべて益金不算入制度の対象となったことが大きい。以前は孫会社の扱いが非常に煩雑であったが、この事務負担が一掃されたことは企業にとって大きなメリットだろう」との意見もある。かかる意見については、中里実「大幅な手続簡略化が外国子会社配当益金不算入制度導入の成果」税理 Vol. 52, No. 5（平成 21 年）3 頁参照。

化が実現すれば、法人税収の減少がほとんど生じないということもあり得よう。逆に、本制度の創設が国外に滞留している資金の国内への還流や国内研究開発投資等の増加に殆ど繋がらないばかりか、国内企業の活動拠点の国外移転にも更なる拍車が掛かるようになれば、多くの潜在的な法人税収が我が国から失われることにもなりかねない⁽³⁾。

例えば、最近、米国でも、オバマ政権が行うべき国際課税制度の改革のあり方・方向性という問題に関連して、米国の多国籍企業の国際的活動の拡大が米国の国内経済にプラスに働くのか、或いはマイナスに働くのかという点を巡って大議論が繰り広げられている。例えば、10%の国際投資の増加は 2.6%の国内投資の増加と関係しているという研究成果が導き出せることなどに鑑み、米国の多国籍企業の国際的活動の拡大に繋がる改革が実行されるべきであるとの意見がある一方⁽⁴⁾、かかる研究成果は誤ったものであり、1999 年から 2006 年間の米国の多国籍企業の国内雇用者数は 126 万人減少したのに対し、米国の多国籍企業が主な株主となっている国外の関連会社における雇用者数は 173 万人増加しているデータがあることなどに鑑みると、米国の多国籍企業の国際的活動の拡大は、雇用機会の国外流出を招くこととなるとの見方もある⁽⁵⁾。

(3) 「国内に資金を還流させるかどうかの判断は、円相場とか企業とか、さまざまな要素があるから、一概にどちらが良いとはいえない。これに関しては、税制は中立であることが望ましい」という意見もある。かかる意見については、中里・前掲「大幅な手続簡略化が外国子会社配当益金不算入制度導入の成果」3 頁参照。

(4) かかる研究成果・意見については、Mihir A. Desai, C. Fritzsche and James R. Hines Jr., Domestic Effects of the Foreign Activities of U.S. Multinationals, Ross School of Business Paper No. 1020 (also at <http://www.people.hbs.edu/fritzsche/fdidomestic.pdf> [平成 21 年 6 月 19 日]) 参照。

(5) かかる指摘・見方については、Martin A. Sullivan, Will Obama's International Proposals Kill U.S. Jobs?, Tax Notes, Vol. 123, No. 9 (2009) pp. 1064-1066 参照。かかる指摘・見方を裏付けるデータとして、サリバン氏は、商務省 (Commerce Department) の経済分析局 (Bureau of Economic Analysis) のマタロニ (Raymond J. Mataloni) 氏の研究成果 ("U.S. Multinational Companies Operations in 2006, Survey of Current Business, Nov. 2008) で示されているものを挙げている。また、3 分の 2 以上の米国人が、最近の米国経済の停滞の主な原因は、米国法人が国外に雇用の機会を移すという動きを示しているからであると考えていることを示す統計結果があることについては、Mihir A. Desai, Taxing Multinationals: Securing Jobs or the New Protectionism?, Tax Notes International, Vol. 55, No. 1 (2009) pp. 61-64

米国の多国籍企業の国際的活動の拡大とその経済効果について、上記のような異なる意見や議論等があることから示唆される通り、外国子会社配当益金不算入制度創設の効果や得失についても、少なからぬ不透明性・不確実性が伴うが、本制度が我が国の国際課税制度を大きく変貌させる抜本的な措置であり、また、その経済的な意義・インパクトが小さいものではないことは疑いない。このような意義・インパクトを有する本制度の創設は、我が国の関係する諸制度や税務行政のあり方にも大きな影響を与えるものであることから、本制度の創設に伴い、税務行政や税制を見直す必要性が生じることも十分に想定される。具体的な見直しのあり方については、議論が分かれるところであろうが、本制度を不当に利用することなどの行為によって生じることが想定される税収の更なる減少や税負担の不公平という問題等に効果的に対処できるような措置を講じることが肝要であるとの見方をする向きは少なくないであろう。

上記のような見方からすると、外国子会社配当益金不算入制度創設のデメリットや問題点としては、どのようなものが考えられるのかを模索し、また、かかるデメリットや問題点に対処するための手段としては、どのようなものが必要となるのかを検討することは、特に重要な課題として位置づけられよう。確かに、現時点では、本制度創設の効果・影響を的確に予想することは困難であり、本制度のデメリットが何であるのかを的確に把握することにも一定の限界があるが、主な諸外国における国外所得免除方式等を巡る議論の趨勢、具体的な動き及び本方式に立脚する制度が惹起している問題点等に目を向ければ、ある程度の手掛りを得ることが可能となるではないかと考えられる。このような手掛かりを得ることができれば、外国子会社配当益金不算入制度の創設に伴って必要となると考えられる補完措置や体制整備のあり方等も、多少なりとも見えてくるかもしれない。

上記のような問題意識の下、本稿では、英米等における国外所得免除方式等を巡る議論の趨勢・動向に目を向ける。英国では、2009 年財政法 (Finance Act)

で国外所得免除方式への部分的な移行を実現する措置が講じられ、米国でも、最近、税制改革の選択肢の一つとして領土主義課税方式への移行論が声高に主張されている。もっとも、英国の 2009 年財政法では、本方式への移行に伴って生じると考えられるデメリットに対処するための補完手段も講じられており、また、米国における領土主義課税方式への移行論については、そのデメリットを強調する向きがあるのも事実である。以下では、まず、第 1 章で我が国の国際的二重課税調整方式を巡る議論の変遷等を考察した後、第 2・3 章では、主な欧米諸国における議論の趨勢や最近の動き及びその背景にある事実等に目を向け、第 4 章では、第 2・3 章における考察を経て得られた示唆等を踏まえて、我が国の対抗措置・補完手段のあり方を論考する。

なお、本稿を作成するに当たっては、筑波大学大学院の青山慶二教授から貴重なご意見等を頂いた。この場を借りて厚く御礼を申し上げたい。

第1章 国際的二重課税の調整方式を巡る 議論と動向

第1節 外国子会社配当益金不算入制度の特徴と 制度創設の経緯

1. 制度の位置づけと制度設計上のポイント

拙稿「国際投資等に係る税制のあり方—主な諸外国における最近の動向・趨勢を踏まえて—」（税務大学校論叢 59 号、平成 20 年、1～138 頁）では、最近、主な諸外国において国際投資等の促進策と租税回避行為への対抗策の双方が積極的に講じられていることを確認した上で、我が国でも、今後、国際投資等に係る税制上の障壁を除去する流れが更に加速すれば、租税回避行為への対抗措置を強化することにより、国際投資等の促進策と租税回避の牽制策とにおいてバランスのとれたメリハリのある税制を構築する必要性が高まろうという問題意識の下、かかる税制の構築のための一つの選択肢となり得るであろう包括的否認規定について⁽⁶⁾、主な諸外国等の包括的否認規定の制度設計上の特徴・趨勢や有用性・限界等から示唆を得た上で、その制度設計上のポイント（目的テストや主観テストを制度上組み込むことの意義等）を論考した。

上記のような問題意識からすると、平成 21 年度税制改正は特に注目すべきものであった。なぜなら、本税制改正には、上記の国際投資等に係る税制上の障壁を除去する流れを更に加速することとなる外国子会社配当益金不算入制度の創設という措置が含まれていたからである。本制度の対象となる外国子会社は、内国法人が外国法人の発行済株式等の 25%以上の株式等を、配当

(6) 本論文は、租税回避行為への抜本的な対抗策の選択肢の一つである包括的否認規定について考察を加えたにとどまるものである。抜本的な対抗策の選択肢に関するより包括的な検討については、拙書『租税回避行為の解明—グローバルな視点からの分析と提言』ぎょうせい(平成 21 年、第 18 回租税資料館賞受賞)参照。

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有している場合のその外国法人である。本制度が創設されたことにより、内国法人が発行済株式総数の25%以上をその配当等の支払義務が確定する日以前6ヶ月以上引き続き直接に有している外国子会社から受け取る配当等に対して課されている外国法人税のうち、その配当等の額に対応する部分の金額を内国法人が納付する外国法人税額とみなして控除する間接外国税額控除制度（法人税法69条8項）は廃止されることとなった⁽⁷⁾。

もっとも、外国子会社配当益金不算入制度の下、内国法人が外国子会社から受ける配当等の額につき益金の額に算入しないこととする場合でも、その配当等に係る費用に相当する金額として、その配当等の額の5%に相当する金額については、益金の額に算入しないこととされる配当等の額から控除するとされていることから、内国法人が受け取る配当等の額の内、5%については、我が国の法人税率（資本金1億円超の法人及び法人所得金額が年800万円超の場合については30%）を乗じた分（1.5%分）の法人税負担が生じることとなる。また、タックス・ヘイブン対策税制である租税特別措置法66条の6との関係では、特定外国子会社等が支払う配当等の額については、従来と異なり、合算対象とされる金額の計算上控除しないこととされていることから、配当額を人為的に操作するという短絡的なタックス・プランニングに対する一定の歯止めは手当てされている⁽⁸⁾。

さらに、外国子会社配当益金不算入制度の適正な運用を担保するために、法人税法23条の2第2項の下、本制度の適用を受ける条件として、確定申告書への明細の記載や関係書類の保存義務も課されている。具体的には、法人

(7) もっとも、外国法人の所得に課された外国法人税を内国法人の納付する法人税から控除する旨を定める租税条約の規定により、内国法人の外国法人に対する持株割合について異なる割合が定められている場合には、本制度の対象となる外国子会社の判定は、その割合により行うこととなる。

(8) 勿論、かかる手当ては十分な歯止めを可能にするものではないことから、配当額を調整して税負担を軽減させるタックス・プランニングを行う余地があるケースもあろう。同様な趣旨の指摘については、山田彰宏「外国子会社配当益金不算入制度の導入について」国際税務 Vol. 29, No. 2（平成21年）30頁参照。

税法施行規則 8 条の 5 の下、①剰余金の配当等の額を支払う外国法人が外国子会社に該当することを証する書類、②外国子会社の剰余金の配当等の額に係る事業年度の貸借対照表、損益計算書及び株主資本等変動計算書、損益金の処分に關する計算書その他これらに類する書類、③外国子会社から受け取る剰余金の配当等の額に係る外国源泉税等の額がある場合には、当該外国源泉税等の額を課されたことを証する当該外国源泉税等の額に係る申告書の写し又はこれに代るべき当該外国源泉税等の額に係る書類及び当該外国源泉税等の額が既に納付されている場合にはその納付を証する書類が、保存義務の対象として挙げられている。

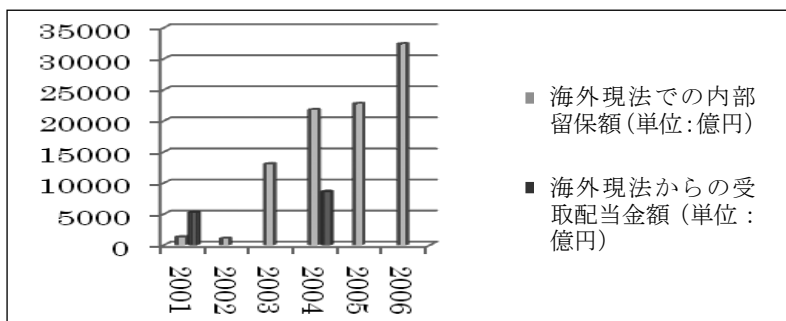
上記の通り、外国子会社配当益金不算入制度の適用上、関係資料の確定申告書への添付や保存が必要となるものの、確定申告書への添付が必要とされるのは、益金の額に算入されない剰余金の配当等の額の計算に関する明細書に限定されていることから示唆される通り、証明資料については、確定申告書に添付するという義務から保存するという義務へと移行する流れが認められる。このような流れは、従来、法人税法 69 条 16 項が定めていた外国税額控除制度の適用上確定申告書に添付することが義務づけられていた関係資料のうち、一定のものについては、平成 21 年度税制改正によって新たに措置された法人税法 69 条 10 項の下、保存することで足りるとされていることにも表れている⁽⁹⁾。このような流れは、税務当局の申告書の処理事務に係るコストを低下させるが、企業のグローバルな活動の実態把握のレベルを維持するための実態調査の重要性・コストを高めることになると考えられる。

(9) 例えば、新たに措置された法人税法規則 29 条の 3 第 2 項の下では、控除対象外国法人税額を控除するためには、確定申告書への添付に代えて、税を課されたことを証する当該税に係る申告書の写し又はこれに代るべき当該税に係る書類及び当該税が既に納付されている場合には、その納付を証する書類並びに当該税が控除対象外国法人税の額に該当する旨及び控除対象外国法人税の額を課されたことを証する書類を保存することが要件となると定められている。

2. 制度の狙いと想定されている主な効果

外国子会社配当益金不算入制度を創設する上記の改正措置が講じられた背景には、かかる制度を求める税制改正要望が経済産業省から提出されたという事実がある。経済産業省は、平成 20 年 8 月に発表した国際租税小委員会報告書において、下図 1 の通り、近年、我が国企業は、海外利益の多くを資金還流せずに海外に留保する傾向を見せており、2001 年から 2006 年の間で、海外の現地法人での内部留保額は 23.5 倍に増加し、2005 年には 2 兆円強、2006 年には 3 兆円強が海外に留保され、内部留保残高は 17 兆円を超えていること、また、海外現地法人からの受取配当金の伸びは、2001 年から 2004 年の間で、1.6 倍しか増加していないというデータがあり、外国子会社配当益金不算入制度を創設すれば、国内への資金還流が促進され、還流した資金が少なからず国内の設備投資や研究開発投資等に向けられることによって、国内でのイノベーションが促進されるとの好循環が生まれるとの指摘をしている⁽¹⁰⁾。

(図 1)



(出典：経済産業省「我が国企業の海外利益の資金還流について」平成 20 年 8 月)

(10) 本報告書(「我が国企業の海外利益の資金還流についてー海外子会社からの配当についての益金不算入制度導入に向けてー」)は、
<http://www.meti.go.jp/press/20080822002/20080822002.html> ([平成 21 年 3 月 17 日]) から入手可能である。本報告書では、経済産業省が行ったアンケートによると、外国子会社配当益金不算入制度が創設されれば、有効回答企業数 46 社中 21 社が国内での設備投資・研究開発への資金を充当するとの回答を行っているとの発表がされている。

また、経済産業省が発表した上記の報告書では、外国子会社配当益金不算入制度が創設されれば、従来の間接外国税額控除制度の下で必要となる多くの事務量（すなわち、国内の親会社では、控除を受けようとする外国税額を支払った全ての子会社及び孫会社の税務申告に関する膨大な情報・書類を子会社及び孫会社から取り寄せ、これに基づき複雑な控除限度額及び外国税額等の計算をすること、また、税務申告の際にこれらの膨大な証拠書類を添付するなどの作業）を大幅に削減することが可能となるほか、彼我流用の問題（低税率国における所得について生じた控除限度額の余裕部分を用いて、日本の税率よりも高い税率で課税される税額のうち日本の税率を超過している税額分について控除すること。具体例については、第3節の図5参照。）を解消することができることから、税制の簡素化とコンプライアンス・コストの低下というメリットが生じるという点も挙げられている。

勿論、外国子会社配当益金不算入制度は、メリットだけでなくデメリットも有しており、例えば、本制度のデメリットとしては、我が国企業の海外移転や我が国企業の財務・金融拠点の海外流出の加速化という点などを挙げる可以考虑と考えられるが、上記の報告書では、経済産業省が行った企業アンケートの結果等を踏まえ、我が国企業の製造拠点等のプロフィット・センターの移転理由としては、①労働コスト、②海外市場の将来性、③取引先の海外移転、④インフラ・物流・原材料調達等各種コストが挙げられるところ、海外子会社からの配当についての益金不算入制度への移行について、大半の企業は製造拠点等の移転に対する影響はないとの回答をしており、また、人材確保、インフラの整備状況、物流といった要素が重要な立地条件であることから、本制度の創設が日本を空洞化させたり、租税回避行為を誘引するというような短絡的な結論は見出せないとの意見が多数を占めているとの発表がされている。

経済産業省の国際租税小委員会の座長も、「長期にわたって過度に海外に資金が留保されますと、コストセンターであると同時に、我が国の成長の源である研究開発や雇用が国外に出ていってしまうという懸念が発生します。そ

これらの懸念を受けると、税制改正の方向性は、日本企業が税制に左右されずに、グループ全体の投資戦略、成長戦略の観点から、海外子会社の利益を必要な時期に必要な金額を国内に戻すことが可能になるような改革ということ、そのために、税制上の阻害要因を取り除く方向で国際租税制度改革を行うべきだということです。具体的には、子会社からの配当について、現行の外国税額控除方式から国外所得免除方式へ移行するという方向です。仮にこの制度を導入しても、現行制度でも課税できていない海外留保所得を、非課税で還流するにすぎないということで、基本的に歳入上、財政上の悪影響は出ないのではないかと考えております」との見解を示している⁽¹¹⁾。

上記のような見解が示されてはいるものの、前述の経済産業省の報告書も国際課税小委員会の座長も、外国子会社配当益金不算入制度の創設によるデメリット・問題が全く生じ得ないとしているわけではない。例えば、上記報告書も、我が国の場合、国外所得免除制度を採用する諸外国と比較しても、同等レベルのタックス・ヘイブン対策税制や移転価格税制が既に導入されているが、「外国子会社配当益金不算入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・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、適正かつ最小限とすべき」であり、また、本制度の導入に伴い、「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」としている⁽¹²⁾。

(11) かかる見解については、青山慶二「わ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―」租税研究第710号（平成21年）128頁参照。

(12) 国際租税小委員会の座長も、「経済産業省の提案は、・・・PEや譲渡益課税には触れず、かつ、租税回避防止策についても必要最小限のものとすべきとする、適用範囲の限られた提案となっている。・・・ただし、PE・譲渡益とのバランスや租税回避行為への対応といった繰り越された議論は、来年度以降の税制改正で政府内部で検討が進められる際には避けて通れないと思われる」と述べていた。この点については、

すなわち、経済産業省としては、外国子会社配当益金不算入制度が我が国の経済にもたらすプラスの効果（とりわけ、我が国の大企業等が得るメリット）は非常に大きいと考えられることから、本制度が創設されるならば、本制度の創設に伴って生じるであろうと想定されるデメリットや問題点に対処するための補完措置が講じられるとしても、かかる補完措置が「最小限」のものにどどまるものであるならば、本制度創設の経済効果・メリットはほとんど失われまいであろうとの見方をしていたものと考えられる。ところが、蓋を開けてみると、本制度の創設に伴って生じるであろうと考えられるデメリットや問題点に対処するために講じられた措置については、前述の通り、関係資料の保存義務やタックス・ヘイブン対策税制との関係から手当されたものに凡そ限定されており、「最小限」の補完措置とも言えるかどうか疑問が残るようなものであった。

3. 制度創設に伴う課題

確かに、「最小限」の域を超える補完措置を講じる必要があるか、また、必要がある場合、どのタイミングで講じるのが妥当であるかという点を巡っては議論の余地があろうが、遅かれ早かれ、外国子会社配当益金不算入制度の創設を受けて、グローバルな税負担の軽減を意図した税務戦略の見直しなどを行う企業が少なからず出てくるであろうことは、例えば、外国子会社配当益金不算入制度の下では、地域統括会社の地域における税務管理統括機能とプランニング機能の重要性が増大することから、地域統括会社における税務人員の人数及び質的な充実を図った上で、グループ内の可動所得（ファイナンス所得、ロイヤルティ所得等）については、日本より税率の低い国に可能な限り移転すべきであり、また、日本の親会社にとってコストとなる配当源泉税も節税することが効果的なタックス・プランニングになるとのアドバイスが

青山慶二「米英における海外子会社配当の課税改革案について」筑波ロー・ジャーナル 5号（2009年3月）61～62頁参照。

既に行われていることなどからも推測される⁽¹³⁾。

外国子会社配当益金不算入制度の下でグローバルなタックス・プランニング等が積極化するであろうことは、例えば、特定外国子会社等が受ける一定の配当（特定外国子会社等が受ける配当額の内、既にタックス・ヘイブン対策税制の合算対象とされた金額からあてられたものなど）については、タックス・ヘイブン対策税制に基づく合算課税の対象となる留保所得から除外されることから、今後は持株会社の設立に際して設立国の選定の幅が広がると考えられるとの指摘がされているほか⁽¹⁴⁾、税務上優遇されている諸外国の投資ストラクチャー・事業体を活用することが効果的であるとして、例えば、スペインの ETVE (Entidades Tenencia de Valores Extranjeros) の場合、一定の条件をクリアすれば、支払配当への源泉税及び受取配当への課税が免除され得ることから、ETVE を中間持株会社として設立することが価値のある税務戦略となるとのアドバイスをする向きがあることなどからも示唆される⁽¹⁵⁾。

オランダの共同組合組織 (Coöperatieve Vereniging, COOP) も税務上の優遇措置が付与されている代表的な投資ストラクチャー・事業体の例として挙げられるが、実際、外国子会社配当益金不算入制度という「新制度を前提とした日本企業によるタックス・プランニングの一つとして、配当源泉税がゼロ又は比較的小さな国に、外国子会社や地域統括持株会社等を設立することにより、グループ全体の租税コスト低減を図ることも検討に値すると思われる」とした上で、日本企業がオランダ（或いはオランダ経由で第三国に）投資を

(13) このようなタックス・プランニングについては、高嶋健一・山田彰宏「外国配当免税制度—各国の動向と日本の今後」

(http://www.kpmg.or.jp/resources/seminar/s_tax20081110.html [平成 21 年 5 月 28 日]) 参照。

(14) かかる指摘については、関谷浩一他「外国子会社配当益金不算入制度創設による国際税務戦略への影響」税務弘報 Vol. 57, No. 4 (平成 21 年) 172～173 頁参照。

(15) この点については、吉岡伸朗「スペイン持株会社 ETVE の日本親会社からの利用価値」(http://www.interes-j.com/mailmag/20081108/pdf/2nd_ETVE.pdf [平成 21 年 5 月 28 日]) 参照。

行う場合、本制度の創設以降は、これまで利用頻度が高かった非公開会社である BV (Besloten Vennootschap) ではなく、支払配当に対してオランダでの源泉税が課されない COOP をより積極的に活用した方が、税務上、より効率的な投資ストラクチャーを構築できる可能性があるとの指摘がされている⁽¹⁶⁾。

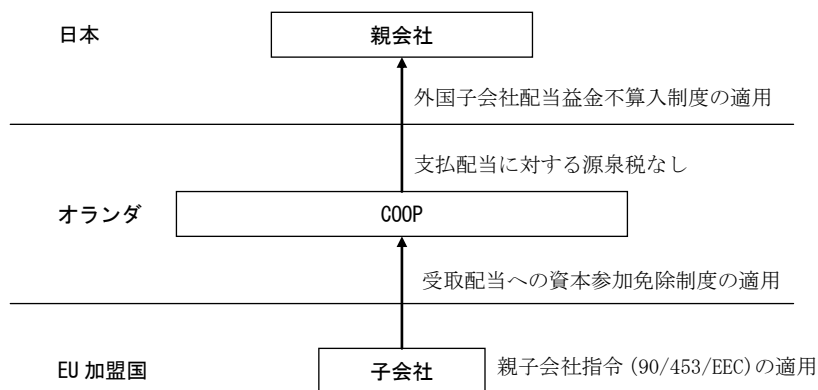
さらには、オランダの COOP を次の図 2 のように中間持株会社として設立する税務戦略のメリットを指摘するにとどまらず⁽¹⁷⁾、これまで繰延税金資産の回収可能性等の観点から高税率国に所在する海外子会社から配当を受け取ることを選択していたような企業については、海外子会社配当益金不算入制度の下では、新しい移転価格政策並びに費用負担構造、グループ組織再編及び資金供給/還流スキームを確立することが急務となるであろうことから、①無形資産の再配置や R & D 費用のコスト・シェアリングの導入、②移転価格の再設定、③子会社の資本の債務化による親会社の資金調達コストの応分負担、④事業再編に併せた適正な資本再編戦略などが、「配当免税制度を考慮した資金還流政策と経済不況化の会計の観点からの税務戦略」の具体的な選択肢・方向性として考えられるとの見方を示す向きもある⁽¹⁸⁾。

(16) かかる指摘については、オランダ経済省企業誘致局レポート (http://www.nfia-japan.com/report/coop_kpmg.html [平成 21 年 5 月 22 日]) 参照。

(17) 図 2 のケースでは、親会社、COOP 及び子会社の全てにおいて殆ど課税がされないということとなり得る。オランダの資本参加免除制度の概要については、第 3 章第 3 節 1 参照。親子会社指令の意義・適用条件等については、本章第 2 節 3 及び拙書・前掲『租税回避行為の解明』304、320～321 頁参照。

(18) かかる見方及び COOP の活用例については、大河原健他「経済環境変化時における税務戦略と配当免税制度を考慮した資金還流政策の考察—欧州におけるオランダ COOP 等の活用」国際税務 Vol. 29, No. 4 (2009) 25～36 頁参照。

(図 2)



上記のような指摘やアドバイス等で示されている税務戦略は、我が国の企業が国外投資を行う際には国外の投資先の配当に対する税負担レベルなどを考慮して投資先を決定することが従来にも増して重要なポイントとなり、また、企業の国外子会社との取引や組織再編成を行う際には、これまで以上に、そのあり方を税務上の観点から工夫することなどが肝要となるとの考えに立脚するものであることから、このような税務戦略を採用する企業が増えると、我が国の税収にも少なからぬ影響が生じてくるものと想定される⁽¹⁹⁾。さらに、このような税務戦略がアグレッシブに実行されるようになると、問題視すべき租税回避行為等に該当するようなものも少なからず見受けられるようになるなど、外国子会社配当益金不算入制度のデメリット・問題点が深刻化することも考えられる。

したがって、税務当局としては、外国子会社配当益金不算入制度が誘発するタックス・プランニングや租税回避行為等を把握し、必要に応じて対抗措置を講じることが重要な課題となろう。かかる課題に取り組むためには、まず、

(19) 因みに、外国税額控除制度の下での控除額は、ここ 10 年間位は、4,000 億円～6,000 億円の規模で推移している。詳細については、平成 19 年 10 月 12 日開催の政府税制調査会第 17 回会合配布資料参照。

国外所得免除方式の特徴・得失を踏まえることが肝要となるが、最近、多くの国が国外所得免除方式に移行する動きを示しているということは、国外所得免除方式の得失に関する考え方やウェイトの置き方にも、近年、変化が生じてきていることを意味しているのではないかと考えられる。以下の第2節では、外国税額控除方式と国外所得免除方式の得失を巡る米国における考え方・議論の趨勢や欧州諸国の多くが国外所得免除方式に移行した背景などに目を向け、各々の方式が有する得失についての考え方やウェイトの置き方は、最近、どのようなものとなっているのか、また、国外所得免除方式が誘発するデメリット・問題点としては、どのようなものに特に留意する必要があるのかなどを探ることとする。

第2節 外国税額控除方式と国外所得免除方式の得失

1. 米国における古典的な経済理論

国際的二重課税の代表的な調整手段としては、OECD モデル条約 23 条でも述べられている通り、国外所得免除方式と外国税額控除方式がある。国外所得免除方式とは、国家の課税権を属地的に捉え、領土主義（“territoriality principle”）の考え方に立脚し、国外源泉所得には課税しないとするものであり、本方式の下では、自国の企業及び国民が、所得の源泉地国において、その国及びその他の国々の企業等と同じ税負担で競争することが可能となるため、資本輸入中立性（“capital import neutrality”）が確保される。これに対し、外国税額控除方式とは、国家の課税権を属人的に捉え、全世界所得課税（worldwide income taxation）制度を採用した上で、国外で納付された所得・法人税額を自国の所得・法人税額から控除するものであり、本方式の下では、自国の企業及び国民の国内投資と国外投資の税負担が同様なものとなるよう国内での課税が行われるため、資本輸出中立性（“capital export

neutrality”) が確保される⁽²⁰⁾。

もつとも、完全な形で外国税額控除方式や国外所得免除方式を採用している国は殆ど存在していないことから、その実際の経済的効果も、制度設計如何などによって異なったものとなるが、一般的には、外国税額控除方式は、多くの先進国が採用している全世界所得課税という考え方と整合的であるものの、①居住地国の国内源泉所得に係る税額に食い込んでまで外国税額控除を行わないように、控除限度額による金額の制限が設けられるため、源泉地国の税率が居住地国よりも高率である場合、外国税額控除により控除できないことがある、②控除限度額以外に、控除対象外国税の判定や損失の取扱い等の問題が絡むため、制度的に複雑となるなどの問題を包含している。これに対し、国外所得免除方式は、居住地国の税収の減少や二重非課税の発生に繋がる可能性が大きいほか、居住者が低税率国に投資するインセンティブを高めることとなるなどの問題があると解されている⁽²¹⁾。

外国税額控除方式及び国外所得免除方式には、其々、上記のような得失があるため、いずれが望ましい国際的二重課税の調整手段であるかについては、どの特徴を重視するかによって異なり得るが、嘗ては、米国の例や国際連盟のモデル条約等に倣い、多くの国が外国税額控除方式を採用していた。確かに、諸外国に先立って 1918 年歳入法において外国税額控除方式の立法化措置を講じたのが米国であり、また、かかる措置を巡る議論の趨勢は 1928 年の国際連盟のモデル条約にも少なからぬ影響を与えたという経緯もある。本立法措置の最大の功労者と言われているのが経済学者のアダムス (Thomas Sewall Adams) であり、アダムスは、居住地国課税という原則の下で控除限度額を設定した外国税額控除方式を採用することによって、源泉地国による税の引下げ競争に対抗することが可能となるとの考えを示し、このような考えが国際的二重課税の調整方法を決定する上で一つの重要なポイントとなったと解さ

(20) 異なる方式による国際的二重課税の調整の方法や程度の具体例については、OECD モデル条約 23 条に関するコメンタリー参照。

(21) 外国税額控除方式と国外所得免除方式の其々の主な長所と短所については、矢内一好他『外国税額控除の理論と実際』同文館出版（平成 20 年）33～33 頁参照。

れている⁽²²⁾。

米国等において資本輸出中立性や資本輸入中立性という概念を示した著名な経済学者であるマスグレイブ (Richard and Peggy Musgrave) の考え方も、上記のアダムスの考え方と外国税額控除方式の優位性という点などにおいて共通している⁽²³⁾。マスグレイブは、全世界所得課税制度の下で外国税額控除方式を採用することによって経済的効率性が実現するとの見解を示しており、また、当時の少なからぬ経済学者も、パレート効率を実現する税制とは「生産効率」の維持を可能にするものであることから、「生産効率」を維持するためには、外国税額控除方式を採用することが前提となるとの考え方に立脚する理論である「生産効率定理」(“production efficiency theorem”)を支持していた⁽²⁴⁾。

確かに、総じて高い税率を採用している資本輸出国の場合、国外所得免除方式を採用すると、投資は、生産効率が低くても、低税率国に向かうというインセンティブが働くことから、グローバルな生産効率の低下が生じる蓋然性があるのに対し、外国税額控除方式を採用すれば、このようなインセンティブを抑えることができると考えられる。例えば、1,000 ドルの投資資金を有する米国の投資家が、税引前で 100 のリターンの稼得が可能となる国内投資と税引前で 90 のリターンの稼得が可能となる国外投資がある場合、税負担の違いを無視すれば、国内投資を選好するのに対し、国内での税負担が 35% で国外での税負担が 10% であれば、国外投資を選好し、その結果、グローバルな生産額が 10% 分減少することとなるが、外国税額控除方式の下では、当

(22) これらの点の詳細や当時の議論の趨勢については、Michael J. Graetz and Michael M. O' Hear, The “Original Intent” of U.S. International Taxation, 51 Duke Law Journal 1021 (1997) (also at <http://www.law.duke.edu/shell/cite.pl?46+Duke+L.+J.+1021+pdf> [平成 21 年 5 月 26 日]) 参照。

(23) この問題に関係するマスグレイブの代表的な著書としては、Peggy B Musgrave, “United States Taxation of Foreign Investment Income: Issues and Arguments”, The Law School of Harvard University (1969) がある。

(24) 「生産効率定理」は、R. A. Diamond and James A. Mirrlees, Optimal Taxation and Public Production II: Tax Rules, American Economic Review, June 1971 において示されたものである。

該国外投資に係るグローバルな税負担は35%となるため、生産効率が低い低税率国への投資が抑止され、生産額の減少を食い止めることが可能となる⁽²⁵⁾。

2. 最近の国外所得免除方式の擁護論

上記の通り、「生産効率定理」が支持された時期もあったが、次第に、その問題点に着眼する向きも増えるようになった。例えば、居住地国は、国外源泉所得については、原則として、国内に還流するまで課税しないことから、多国籍企業の国外の子会社は、国外源泉所得を親会社に還流しないことによって、グローバルな税負担を軽減することができるため、国外に所得を滞留させるというインセンティブが働く中、親会社に還流する所得額は段々と減少するようになり、ついに、留保額が増えて国外の子会社が追加的な資本の投入を必要としないようになると、所得を国外に滞留するというインセンティブと当初存在していた国外の子会社に投資することに対する負のインセンティブが均衡する状態となり、この均衡状態の下では、外国税額控除方式が有している生産効率の阻害要因の除去機能が発揮されず、国外所得免除方式の下での資本配分と同様な結果を招くこととなるなどの問題が指摘されるようになった⁽²⁶⁾。

確かに、多国籍企業は、低税率国に所得を留保することによって、親会社が存する国での課税（米国等では「還流税」、*“repatriation tax”* と称されている。）を免れることができることから、外国税額控除方式の下でも、低税率国に資本・所得を移転させるというインセンティブは生じ得る。そうする

(25) この点については、Terrence R. Chorvat, *Ending the Taxation of Foreign Businesses Income*, Law and Economics Working Paper Series Working Paper No. 00-16 May 2000

(http://www.papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=224377) p. 12 参照。

(26) この点については、Chorvat, *supra* “Ending the Taxation of Foreign Businesses Income” pp. 14-15 参照。このような指摘が最初にされたのは、David Hartman, “Tax Policy and Foreign Direct Investment”, *Journal of Public Economics*, Elsevier, Vol. 26(1) (Feb. 1985) pp. 107-121 や Hans Werner Sinn, “Taxation and the Birth of Foreign Subsidiaries”, *Trade Welfare and Economic Policies* (1993) pp. 325-352 においてであった。

と、還流税の負担額の大きさが、資本コストの違いと同様に、親会社への配当額の多寡や多国籍企業の投資先等に係る判断にも影響を与え⁽²⁷⁾、その結果、資金の国際的な流れが阻害されることによって、経済的中立性・効率性や社会的福祉などの点で問題が生じることとなるが、実際、とりわけ、米国の多国籍企業では、資本・所得を国外に移転させるというインセンティブがかなり働いており、また、上記の経済・社会的な問題も、米国では、既に、潜在的な雇用機会や税収の逸失などの形となって表れているとの指摘・分析結果が少なからず見受けられるところとなっている⁽²⁸⁾。

外国税額控除制度の問題点に着眼した上記の指摘や分析結果に合理性があるとしても、国外所得免除方式に移行することによって、低税率国に資本・所得を移転させるというインセンティブは更に高まる可能性があるとの反論をすることは可能であろう。されど、そもそも、より問題視すべき点は、古典的な資本輸出中立性の原則に固執して、米国の多国籍企業と米国の国内の企業との間での競争条件を均等のものにすべきであるという古典的な考えから脱却しないことの危険性であるとの意見もある。かかる意見が資本・所得を移転させるインセンティブの大きさという問題よりも重視しているのは、成長している市場は海外にある以上、多国籍企業が海外に進出する動きを示すのは当然のことであり、このような動きを抑制する税制は、米国の多国籍企業の競争力を阻害することから、米国が、今、必要としているのは、米国の多国籍企業の国外における競争条件を均等なものとする税制改革であるという

-
- (27) 米国の製造業に属する企業は、投資先の税率や資本コストの違い・変化に対する投資の反応度合いが非常に大きいことから、法人税率の 1%の税率引下げを行えば 4%の割合で配当が増加するとの分析結果が導き出されるとの指摘もされている。かかる分析結果・指摘については、Harry Grubert and John Mutti, *Do Taxes Influence Where U.S. Corporations Invest?*, *National Tax Journal*, Vol. 53, No. 4, Part 1 (2000) pp. 825-839 がある。
- (28) かかる指摘・分析結果を示している例については、Rosanne Altshuler and Harry Grubert, *Where Will They Go if We Go Territorial? Dividend Exemption and the Location Decisions of U.S. Multinational Corporations*, *National Tax Journal*, Vol. LIV, No. 4 (2001) pp. 803-807、Mihir A. Desai, C. Fritz Foley and James R. Hines Jr., *Repatriation Taxes and Dividend Distortions*, *National Tax Journal*, Vol. LIV, No. 4 (2001) p. 829 参照。

考え方である⁽²⁹⁾。

上記の意見・考え方に賛同する者の多くは、国外所得免除方式に移行することによる税収の減少も、それほどの規模のものとはならないと考えているようである。実際、確かに、国外所得免除方式に移行することによって、国外の子会社から親会社が受け取る所得の形態は、課税対象となる使用料から課税免除となる配当へと変わるなどの動きを示すようになり、その結果、親会社が存する国の税収は減少することになると想定されるものの、他方では、国外所得免除方式への移行によって、②外国税額控除方式の下で可能であった外国税額控除の余裕額の利用ができなくなる、③外国税額控除の余裕額を有していない親会社に対して税務上の控除が認められる国外の子会社の国外源泉所得に対する利子費用や管理費用の割当てが制限されることとなることから、国外所得免除方式の制度設計の仕方次第では、税収増が生じることもあり得るとの指摘をする向きもある⁽³⁰⁾。

確かに、国外所得免除方式に移行することを擁護する上記のような見解・意見等が支配的となっているわけではなく、国外所得免除方式が有しているデメリットを少なからず問題視する見方も依然として強いが、配当に対する二重課税が十分に調整されていないことが、納税者の事業形態の選択、資本負債比率及び法人の配当性向等に歪みを生じさせているという認識が高まっているのは事実であり、かかる認識の高まりを背景として、配当に対する二

(29) 嘗て米国内国歳入庁の主任法務官の特別補佐 (Special Assistant to the Chief Counsel) であったオルソン (Pamela Olson) 氏が、このような意見を示している。この点については、Kristen A. Parillo, “Obama Plan Would Harm U.S. Multinationals, Olso Says”, Tax Notes, Vol. 123, No. 9 (2009) pp. 1088-1089 参照。

(30) かかる指摘については、Harry Grubert, Enacting Dividend Exemption and Tax Revenue, National Tax Journal, Vol. LIV, No. 4 (2001) pp. 811-851 参照。かかる指摘は、2002年6月13日に開かれた「国外所得レジーム」 (the Extraterritorial Income Regime) に関する下院歳入委員会の公聴会でのニューロン (Scott Newlon, Managing Director, Horst Frisch Inc.) 氏の証言でも引用されている。本証言の内容については、
<http://www.waysandmeans.house.gov/legacy/srm/107cong/6-13-02/6-13new1.htm>
 ([平成 21 年 4 月 20 日]) 参照。

重課税を調整しないという古典的システム (classical system) に対する信奉も薄れる中、国境を跨ぐ配当等に係る課税制度についても、その見直しを行うべきであるとの意見も含め、更なる投資の促進に繋がる税制の構築に向けた改革のあり方を提言する向きが増えてきており、資本輸出中立性の原則に対する支持は嘗てないほど揺らいでいる。

3. 欧州における最近の動向

国外所得免除方式への移行論を擁護する考え方の近年における興隆は、米国内に限ったわけではないが、欧州の場合には、国際的二重課税の調整方式のあり方を巡る議論の行方は、欧州委員会の指令や EC 条約等から構成される欧州法との関係に影響される部分が大きかった。嘗て、欧州の多くの国は、配当に係る国際的二重課税を調整する方法として外国税額控除方式の一形態であるインピュテーション方式を採用していたが、インピュテーション方式の下では、国際投資に起因する配当の場合、国内投資に起因する配当の場合と異なり、二重課税を調整するためのインピュテーション・クレジットを認めないという制度設計がされているケースが少なくなかったことから、近年、このような制度設計に立脚しているインピュテーション方式は、加盟国間における税務上の障壁を除去することを重要な課題としている欧州委員会の政策に合致しないのではないかという見方がされるようになった⁽³¹⁾。

実際、例えば、Petri Mikael Manninen 事件 2004 年 9 月 7 日欧州司法裁判所判決 (Case C-319/02) (Rec. 2004, p. I-7477) では、インピュテーション方式に基づいて国外の株主に対して上記のような差別的な取扱いを行うフィンランドの「法人税控除法」(laki yhtiöveron hyvityksestä, Law on Corporation Tax と英訳されている。) § 1 と欧州法との関係が問題となり、本判決では、本規定は、フィンランドの居住者が国外に設立された法人に投資することに抑止的に働く効果を有するものであり、また、このような差別

(31) この点の詳細については、拙稿「配当に対する二重課税を巡る議論の最近の趨勢」国際税務 Vol. 23, No. 11 (平成 15 年) 26～33 頁参照。

的な取扱いを行う規定は、「属地主義」(principle of territoriality)、「税の一貫性原則」(cohesion of the tax system)、「財政管理の有効性原則」(effectiveness of fiscal supervision)等の基本的権利を制限し得る原則によっても正当化できないものであることから⁽³²⁾、資本移動の自由を定めるEC条約56条等に抵触するとの見解が示されている。

多くのEU加盟国が、最近、外国税額控除方式から国外所得免除方式に移行するという動きを示した背景には、上記に代表される一連の欧州司法裁判所判決が下されたなどの事実があるが⁽³³⁾、EC条約56条については、その他のEC条約と異なり、加盟国間の資本移動の自由だけでなく、非加盟国との間の資本移動の自由をも保障することを加盟国に対して明示的に求める規定となっている⁽³⁴⁾。したがって、EC条約56条との関係が問題となった事件に対する欧州司法裁判所判決は、加盟国間の取引に適用される法律等の規定のあり方だけでなく、加盟国と非加盟国との間の取引に適用される法律等の規定のあり方にも影響を与えることとなるが、実際、EU加盟国が非加盟国と締結している租税条約についても、その多くは、国際的二重課税の調整方法として国外所得免除方式を採用しているものが多いという事実が認められる。

国境を跨ぐ配当に対する課税制度のあり方に大きな影響を与えたのは、インピュテーション方式とEC条約との関係についての判断が示された上記のPetri Mikael Manninen 事件判決に代表される一連の欧州司法裁判所判決に

(32) これらの原則に基づく基本的権利の制限が認められた主な欧州司法裁判所の判決例については、拙稿「国際投資等に係る税制のあり方—主な諸外国における最近の動向・趨勢を踏まえて—」税務大学校論叢59号(平成20年)30～42頁参照。

(33) インピュテーション方式とEC条約との関係が問題となったその他の欧州司法裁判所判決としては、Metallgesellschaft (C-397/98), Fokus Bank (E-1/04), Meilicke (C-292/04), ACT Group Litigation (C-374/04), Kerckhaert-Morres (C-513/04), CFC and Dividend Group Litigation (C-201/05), Gronfeldt (C-436/06)等がある。

(34) EC条約56条は、「・・・加盟国間及び加盟国と非加盟国との間の資本移動に対する全ての制限は禁止される。」(“・・・all restrictions on the movement of capital between Member States and third countries shall be prohibited.”)と定めている。その他の主なEC条約規定の非加盟国への適用を巡る議論については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』308～309頁参照。

限ったわけではない。EU では、前述の通り、加盟国間の資本移動等の自由の障壁になる制度を除去することが重要な政策課題とされていることから、国境を跨いだ配当に対する税についても、資本移動の自由の障壁になるものとして、近年、その負担レベルが急速に低下するという傾向が認められる。このような傾向は、例えば、1990 年に採択された親子会社指令（Parent-Subsidiary Directive, 90/435/EEC）が 2003 年に改正され、その結果、税負担が免除される親子間配当の対象範囲が拡大したことなどに見出すことができるが、最近の一連の欧州司法裁判所判決によって、更に顕著なものとなってきたという事実もある。

例えば、Amurta S. G. P. S. v. Inspecteur van de Belastingdienst 事件 2007 年 11 月 8 日判決（Case C-379/05）（Reg. 2007, p. I-9569）では、親子会社指令に則った取扱いを定めているオランダの「配当課税に関する 1965 年法」（Wet op de dividendbelasting 1965）は、§ 4 (3) 及び § 13 において、25% 以下の株式保有関係にある親子会社間の配当であっても、オランダの法人税の対象となる国内法人や国内に PE を有する国外法人への配当には源泉税を課しないと定めていることから、かかる要件に該当しないポルトガル法人への配当に源泉税を課することが、資本移動の自由を定める EC 条約 56 条及び本条の例外を定める EC 条約 58 条に抵触するか否かが問題となったが、本判決では、親子会社指令が求める株式保有割合に達していない場合でも、配当に対する税負担の免除を認めないと EC 条約 56 条違反となるケースがあるとの見解が示されている⁽³⁵⁾。

(35) 本事件判決の意義・ポイントについては、拙書・前掲『租税回避行為の解明』324～325 頁参照。

第3節 我が国の外国税額控除制度の特徴

1. 外国税額控除制度の歴史的変遷

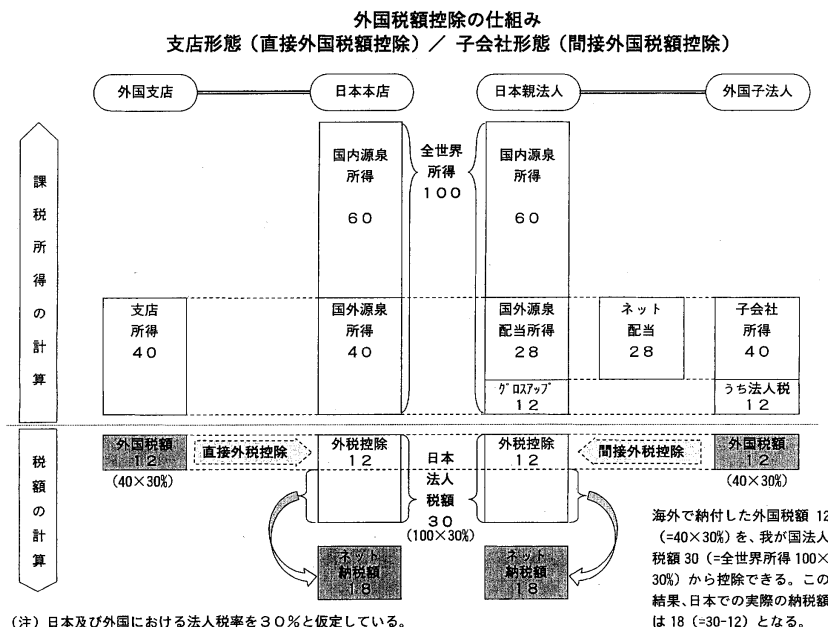
我が国の場合も、欧米における上記のような議論の変遷や動きの変化と無縁ではなかった。そもそも、我が国の場合、昭和28年、所得税法95条及び法人税法69条において、居住者若しくは内国法人の国外所得に直接課された外国税額を我が国において全世界所得を課税標準として課された税額から一定の控除限度額の範囲内で控除することを認める直接外国税額控除制度が導入され、また、昭和37年、法人税法69条の4において、外国子会社の所得に対して課された外国法人税額のうち、親会社である内国法人に支払われた配当に対応するものについて、親会社が納付したものとみなして控除を行う間接税額控除制度が導入され、これらの制度の枠組みの基本は、その後も長らく維持されたが、そのデメリットが次第に露呈するようになると、欧米における最近の議論や動きが、我が国における国際的二重課税調整方式を巡る議論の趨勢にも影響を及ぼすようになった。

外国税額控除方式の主なデメリットとしては、コンプライアンス・コストや事務コストが大きいという点が挙げられる。確かに、昭和38年には、控除額の限度算定方式が、国別限度額 (per-country limitation) 方式から一括限度額 (overall limitation) 方式に変更・統一されたことによって、制度の簡素化が図られたものの⁽³⁶⁾、次の図3・4で示している通り、外国税額控除制度の仕組みは、やや複雑なものとなっていた。とりわけ、間接税額控除制度の場合、親会社が子会社から受け取る配当について、子会社において当該配当の関係した事業年度の所得に係る確定税額のみをピック・アップする必要があるほか、法人税法69条1項が定める通り、高率負担部分を外国法人税の

(36) 昭和38年度税制改正で採用された一括限度額方式の下では、欠損国を除外して黒字国のみで計算が行われていたが、昭和58年度税制改正により、欠損国と黒字国を通算して計算することとなった。

額から除外するなどの作業を伴うことから⁽³⁷⁾、次の図4の控除対象外国法人税額の計算式(1)及び計算例(2)が示す通り⁽³⁸⁾、その計算過程は単純とは言い難いものであった⁽³⁹⁾。

(図3)



(出典：平成19年10月12日開催税制調査会第17回企画会合資料「企画17-7」)

- (37) 高率負担部分とは、法人税法施行令142条の3が定める通り、内国法人が納付することとなる内国法人税の額のうち当該外国法人税を課す国又は地域において当該法人税の課税標準とされる金額に100分の50を乗じて計算した金額を超える部分の金額である。
- (38) 計算例(2)の詳細については、税理士法人トーマツ編『外国税額控除と申告書作成の実務(第4版)』清文社(平成14年)17頁参照。
- (39) しかも、実際に控除対象となる外国法人税額は、法人税法施行令142条が定める控除限度額を超えない部分であり、控除限度額は、当期の法人税額×〔当期の国外所得金額÷当期の所得金額(全世界所得金額)〕によって計算するが、本条3項が定める通り、控除限度額は、当期の所得金額の100分の90又は当期の所得金額に国外使用人割合を乗じて計算した金額のいずれか高い方を超えない金額内に制限される。

(図 4)

(控除対象外国法人税額の計算式及び計算例)

(1) 控除対象外国法人税額の計算式

計算ステップ①:

$$\begin{array}{lcl} \text{外国子会社から} & \text{外国子会社} & \\ \text{受けた配当に係る} & \text{の外国法人} & \times \frac{\text{受取配当金 (親会社を受領した金額) (B)}}{\text{外国子会社の所得金額 (A) - (C)}} \\ \text{外国法人税額 (D)} & \text{税額 (C)} & \end{array}$$

計算ステップ②:

$$\text{高税率負担の判定 (E)} \rightarrow \text{受取配当金 (B) - (B) に係る源泉税} \times 2$$

$$\text{控除対象外国法人税額} = (\text{D}) \text{ と } (\text{E}) \text{ のどちらか小さい金額}$$

(2) 控除対象外国法人税額の計算例 (100%外国子会社のケース)

計算ステップ①:

外国子会社の税引前利益(450)と外国子会社の課税所得(500)の大きい方 → (A)

受取配当金 (180) → (B)

外国子会社の外国法人税額 (200) → (C)

配当に係る源泉税 (18)

$$\text{配当に係る外国法人税} \rightarrow \frac{200 \times 180}{(500 - 200)} = 120 \rightarrow (\text{D})$$

$$\text{計算式ステップ②: 高税率負担の判定} \rightarrow 180 - 18 \times 2 = 144 \rightarrow (\text{E})$$

$$\text{控除対象外国法人税額} = (\text{D}) \text{ と } (\text{E}) \text{ の小さい方} \rightarrow 120$$

(出典: 税理士法人トーマツ編『外国税額控除と申告書作成の実務 (第4版)』清文社 (平成 14 年) 17 頁に加筆)

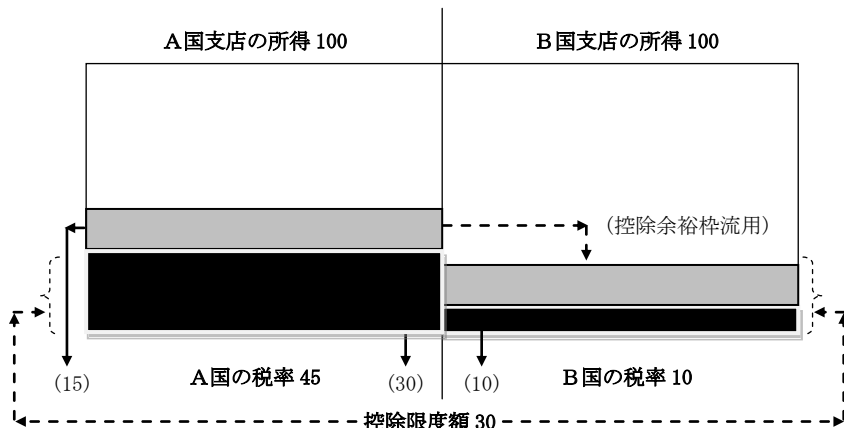
外国税額控除制度のその他の主なデメリットとしては、控除余裕額の流用という問題も挙げられる。我が国では、一括限度額方式への変更を行った昭

和 38 年度税制改正では、控除余裕額及び控除限度超過額の 5 年間の繰越を認める制度も創設されたが、昭和 61 年 10 月に税制調査会が発表した「税制の抜本的見直しについての答申」では、一括限度額方式には、「・・・控除限度額の計算が比較的簡明であるといった利点がある反面、我が国の実効税率を超える高率で課された外国税についてまで我が国で控除されうるため、結果として制度本来の趣旨を超えた控除が行われることとなるほか、高税率で課された外国の租税を控除できるようにするため企業が控除枠の創出を目的とした投資活動をとる誘引となるといった問題がある」との指摘がされ⁽⁴⁰⁾、しかも、かかる問題は、平成 4 年度改正により、間接税額控除の範囲が外国係会社まで拡大されたことなどを背景として、より顕著なものとなった。

外国税額控除制度の下で問題となる控除余裕額の流用とは、例えば、次の図 5 のような場合に生じる。図 5 の通り、内国法人が A 国及び B 国の其々に支店を有している場合、各々の国において 100 の所得を得て、高税率国である A 国で納付すべき外国法人税が 45 (30+15) であり、低税率国である B 国で納付すべき外国法人税で 10 であるとする、法人税法 69 条 1 項及び法人税法施行令 142 条の 1 の下、①当期の法人税額と②当期の法人税額×(当期の国外所得金額÷当期の所得金額)のいずれか少ない金額である 30 が国税の控除限度額となり、B 国で納付する外国法人税額 10 との差である 20のうち、15 の部分については、A 国で控除限度額を超える部分の金額(控除余裕額)を流用することが可能となり、そうすると、A 国において納付すべき外国法人税額 45 が、そのまま我が国の法人税の計算上、外国税額控除の対象となってしまうことになる。

(40) 本答申では、我が国の場合、開発途上国との租税条約で認めるタックス・スベアリング・クレジットを合理的な範囲内に限定する必要があるほか、外国税額控除制度については、「控除限度額を計算するためには、収入及び費用を国内・国外に適正に配分し国外所得を算定する必要があるが、現在の配分ルールの下では、所得の内外区分が企業の活動実態を反映しないこととなる場合も生じるといった問題もある」との指摘もされている。

(図 5)



(出典：白須信弘『外国税額控除の実務詳解』中央経済社（平成 18 年）10 頁に加筆）

上記のような外国税額の控除余裕枠を流用するという問題に対処するなど
の観点から、最近では、外国税額控除制度の適用を制限することとなる税制
改正も幾度となく行われている。例えば、昭和 63 年度改正では、法人税法施
行令 142 条の 3 が定める高率外国税額部分について控除対象税額から除外す
る措置や控除余裕額・控除限度超過額の繰越期間を従来の 5 年から 3 年に短
縮する措置等が講じられた。また、平成 4 年度改正では、控除対象税額の算
定上、国外所得から除外される非課税所得割合を 2 分の 1 から 3 分の 2 に拡
大する措置（法人税法施行令 142 条 3 項）が講じられ⁽⁴¹⁾、さらに、平成 13
年度改正では、所得税法施行令 221 条 4 項及び法人税法施行令 141 条 4 項が
定める「通常行われると認められない取引に起因して生じた所得に対する外
国所得・法人税額」を控除対象税額の計算上除外するという措置が講じられ
ている。

(41) 本件措置により、脚注 39 で示した国税の控除限度額の算定方法（当期の法人税額
×（当期の国外所得金額÷当期の所得金額））は、当期の法人税額×（当期の国外所
得金額－非課税国外所得×2/3÷当期の所得金額）となる。

上記の通り、外国税額控除制度に係る最近の一連の改正措置の多くは、外国税額控除の適用範囲に制限を加えるという方向性を有するものであったが、前述の通り、例えば、平成4年度税制改正では、租税特別措置法68条の4において、外国子会社だけでなく、外国孫会社が支払った外国法人税額についても、同法施行令39条の33が定める持株要件等をクリアするケースについては、我が国の親会社の間接税額控除の対象とする措置が講じられており、また、平成10年税制改正によって、かかる措置を定める規定は、本法（法人税法69条6項、法人税法施行令150条の3）に移されている⁽⁴²⁾。これらの税制改正措置は、確かに、国際的二重課税の調整という観点からは望ましいものであったが、外国税額控除制度が有する制度の複雑性や控除枠の流用というデメリットを更に深刻化させるという問題を包含するものでもあった⁽⁴³⁾。

2. 外国税額控除制度に対する最近の税制調査会の見解

外国税額控除制度に対する近年の税制調査会の見解も、本制度を取り巻く諸環境・動きの変化を凡そ反映するような形で変遷した。近年、外国税額控除制度のデメリットや問題点が次第に顕在化するようになると、例えば、上記1で言及した昭和61年10月の税制調査会答申でも、「現行制度には少なからず問題が生じていると考えられる。・・・今後、国際化の進展に伴いこうした点はますます大きな問題となると考えられるので、この機会に、本制度について、所得に対する国際的二重課税の排除という制度本来の趣旨に沿って、所要の見直しを行うことが必要である」という見解が示されたが、かかる見直しは、あくまで、外国税額控除制度の枠内で行うことが想定されていたこ

(42) その後、かかる措置は、法人税法69条11項及び法人税法施行令150条の3において定められていた。

(43) 特に、外国孫会社からの配当がある場合の外国子会社の外国法人税額の計算は複雑化し、前掲図4(1)(控除対象外国法人税額の計算式)計算ステップ①は、外国子会社からの受取配当に係る外国法人税額(D)＝(外国子会社の外国法人税額(C)＋外国孫会社の外国法人税額)×〔受取配当金(B)÷外国子会社の所得金額(A)－(C)〕となった。

とは、「この場合、控除限度額の管理の簡便さという現行制度の利点に配慮しつつ、上記の問題をできる限り除去するための方策を講ずべきであると考え」⁽⁴⁴⁾と述べられていることから明らかである。

当時、税制調査会が、外国税額控除制度の見直しについては、制度の枠内で行うことが妥当であるとのスタンスを維持していたことは、例えば、税制調査会平成 12 年 7 月答申（「我が国税制の現状と課題—21 世紀に向けた国民の参加と選択—」）でも、「タックス・ヘイブンのように税負担がない、あるいは非常に低い国や地域に源泉がある所得が国外所得免除方式によりその所得を稼得する者の居住地国において課税を受けなければ、二重課税の排除にとどまらず課税の空白が生じることになります。このため、最近の国際的な議論では、国外所得免除方式はタックス・ヘイブンなどによる有害な税の競争を助長する・・・との指摘がされています」、また、「外国税額の控除限度額の計算方式について、・・・納税者の事務負担や執行上の問題点を考慮すれば、今後とも一括限度額方式を維持しつつ必要に応じて適正化に努めることが望ましいと考えます」との見解が示されていることから確認し得る。

確かに、例えば、二重課税の排除方法について定める OECD モデル条約 23 A 条及び 23 B 条に関するコメンタリーのパラ 28 では、外国税額控除方式と国外所得免除方式のいずれを採用するかは締約国の自由であるとされているものの、1998 年に OECD が発表した有害な税の競争に関する報告書（“Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue”）のパラ 73 は、「全ての国外所得に係る税の免除を行う国、すなわち、領土主義を採用しているレジームは、税負担免除が所得に対する実効税率の引下げ、事業目的でなく税目的の下に活動拠点の決定を行うことを促進することから、特に魅力的なものとなり得る。このようなレジームを利用する事業体は、導管として利用される、或いは条約漁りを行うものとして利用されることから、そのほ

(44) 同様な見解は、昭和 63 年 4 月に示された税制調査会答申（「税制改革についての中間答申」）でも述べられている。

かの国々に有害な影響を与えるかもしれない」と述べていることから⁽⁴⁵⁾、OECD も領土主義に立脚する制度が有するデメリットを少なからず問題視していたものと考えられる⁽⁴⁶⁾。

ところが、我が国では、最近、外国税額控除余裕額の不当な利用という問題が、かなり深刻化するようになった。とりわけ、大阪地裁平成 13 年 12 月 14 日判決（平成 9 年（行ウ）第 77 号ないし第 79 号、租税訴訟資料 251 号順号 9035）及びその控訴審である大阪高裁平成 15 年 5 月 14 日判決（平成 14 年（行コ）第 10 号、租税訴訟資料 253 号順号 9341）では、控除余裕額を利用する租税回避スキームが問題となったが、これらの判決で国税当局は敗訴したという経緯がある⁽⁴⁷⁾。本事件の上告審である最高裁大二小法廷平成 17 年 12 月 19 日判決（平成 15 年（行ヒ）第 215 号、判例時報 1918 号 3 頁）では、「制度の濫用」の概念に立脚し、問題となった租税回避行為は外国税額控除制度を濫用するものであると判示され、税務当局が勝訴したものの、「制度の濫用」の概念の有用性や射程範囲の大きさについては、必ずしも十分に明らかではないという問題が残されている⁽⁴⁸⁾。

前述の通り、我が国の外国税額控除制度については、確かに、一連の税制改正を通じて制度の適用範囲の適正化が図られ、また、租税回避行為への対

(45) パラ 73（「居住地国課税から免除される国外源泉所得」、「Foreign source income exempt from residence country tax」）の原文は、“A country that exempts all foreign-source income from tax, i.e., the regime is a territorial system, may be particularly attractive since the exemption reduces the effective income tax rate and encourages the location of activities for tax rather than business purposes. Since entities which take advantage of these regimes can be used as conduits or to engage in treaty shopping, they may have harmful effects on other countries.”である。

(46) OECD における「有害な税の競争」を巡る議論の概要・ポイントについては、増井良啓「タックス・ヘイブンとの租税情報交換条約（TIEA）」
<http://www.j.u-tokyo.ac.jp/gcoe/pdf/GCOESOFTLAW-2008-4.pdf> [平成 21 年 5 月 25 日] 参照。

(47) これらの判決のポイント・意義等については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』436～438 頁参照。

(48) この問題を巡る議論については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』443～457 頁参照。

応という点でも進展があったが、上記のような問題が認められるようになる中、国際的二重課税の調整方法としての、国外所得免除方式のメリットが重視されるようになり、実際、多くの主要国で国際投資を促進するという政策の下、国際投資等に係る税制上の障壁を除去する流れが加速するようになると、我が国でも、外国税額控除方式は国際投資の障壁となるとの認識が高まるようになった。とりわけ、最近、米国や英国でも、国外所得免除方式への移行を巡る議論が活発化するようになり、インベスト・ジャパンを標榜していた我が国においても、国際投資等に係る税務上の障壁の更なる除去の必要性を主張する声が聞こえてくるようになると⁽⁴⁹⁾、税制調査会における国際的二重課税調整方法を巡る議論にも少なからぬ変化が生じるようになった。

例えば、税制調査会平成 19 年 11 月答申（「抜本的な税制改革に向けた基本的な考え方」）では、「国際的な資金循環や企業活動に対し税制が阻害要因とならないことが重要である。・・・税額控除方式については、我が国の税負担を超えた控除を認めるべきではないという原則の下で、海外事業比率や海外現地法人の内部留保額の増加など我が国企業グループの事業実態にも配慮し、バランスの取れた制度とすべきである。これに関連し、二重課税の排除方式の選択について、外国税額控除制度を採っているアメリカやイギリスにおいて、近年、国外所得免除制度や海外子会社配当免除制度などの導入が提案されている。こうした提案は、国際的な資金循環の現状等を背景に、資本輸出国の視点に立ち全世界所得課税を前提に二重課税を排除する方式を、修正しようと試みるものである。このような諸外国の動向についても注視していく必要がある」との見解が示されている。

外国子会社配当益金不算入制度創設の背景には、①諸外国で国際投資等に係る税務上の障壁を除去する流れが加速していること、②我が国でも同様な動きが顕著なものとなってきていること、③近年、英米等でも国外所得免除方式への移行論が強まってきていることなどの事実があるが、これらの事実

(49) 我が国における国際投資等と税制のあり方を巡る最近の議論の趨勢については、拙稿・前掲「国際投資等に係る税制のあり方」11～20 頁参照。

（特に上記③）は、上記の通り、最近の税制調査会答申にも影響を与えている。上記の税制調査会答申でも述べられている通り、このような影響をも及ぼした上記③について注視していくことは必要ではあるが、外国子会社配当益金不算入制度が創設された以上、今後は、英米等において、国外所得免除制度等の導入案に対してどのような問題点の指摘がされており、また、どのような補完措置が議論・採用されているのかという点を注視することが特に肝要となろうとの問題意識の下、以下の第2章及び第3章では、この点を中心とした考察を行うこととする。

第2章 米国における議論の趨勢と動向

第1節 領土主義課税方式への移行論台頭の背景

1. 所得の国外移転に係る問題点

米国の経済・税制も多くの問題や課題を抱えており、最近では、金融危機等に起因する経済の低迷が長期化する中、貯蓄・投資の促進に繋がる税制を構築することが肝要との見方が強まってきている。このような税制を構築するための抜本的な税制改正案も数多く提言されており、これらの税制改革案には、法人税率の引下げ案などに代表される典型的な改革案のほかにも、フラット・タックス、USAタックス、フェア・タックス（連邦売上税）或いは付加価値税を導入するなどの革新的な改革案も含まれている。これらの革新的な改革案は、いずれも、税収中立という前提の下、現行の直接税に強く依存した税体系を消費ベースの税体系に移行させることを意図したものであり、少なからぬメリットを秘めているが、税負担の公平性や執行面での困難性等において問題点・デメリットが想定されることから、実現に向けた道のりも険しく、いずれの改革案を採用すべきであるのかを巡る議論も紛糾しているというのが実状である⁽⁵⁰⁾。

国際課税制度に特化した改革を巡る議論も紛糾している。近年、米国の多国籍企業の国際競争力の低下が危惧されているが、税収不足も大きな問題となっているため、多国籍企業の国際競争力の維持という要請と必要な税収の確保という要請のいずれを優先すべきか、また、双方の要請をどのようにバランスさせるのかという点が主な争点となっている。確かに、高い法人税率に代表される米国の現行の税制は、多くの米国の多国籍企業の国際競争力を阻害しているが、所得の国外移転による潜在的な法人税収の逸失という問題

(50) これらの改革案を巡る議論のポイント・趨勢等については、拙稿「米国の租税制度改革の選択肢と方向性—大統領諮問委員会報告書の国際課税制度改革案の位置づけ—」租税研究第704号（平成20年）190～204頁参照。

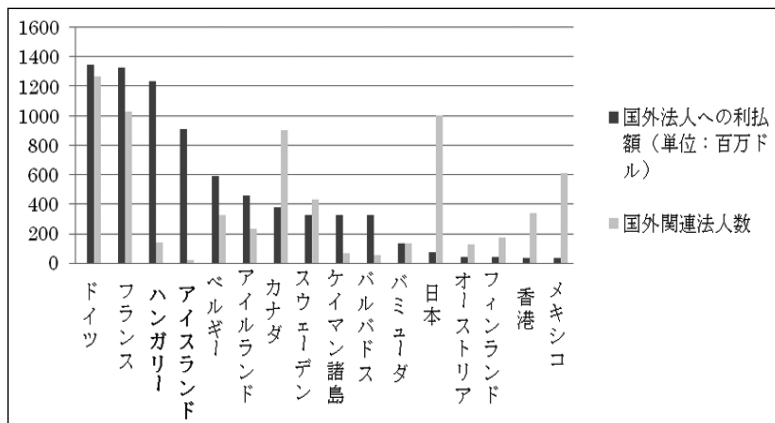
も深刻である。そもそも、所得の国外移転は、人為的な国際取引価格の設定などによって行われるほか、米国企業が国外企業から必要以上の貸付けを受け、その利払い（利子費用）を控除するなどの「利益剥し」（“earnings stripping”）によっても行われるところ、優遇税制を有する国に存する関連企業やインバージョン取引を行った企業等が積極的に「利益剥し」を行っていることを示唆するデータもある。

2007 年に財務省が発表した「利益剥し、移転価格及び米国の租税条約」（“Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties”）と題された議会への報告書でも、所得の国外移転が大きな問題として採り上げられている⁽⁵¹⁾。次の図 1 は、国外株主によって直接的又は間接的に議決権又は株式価値の 50%超を保有されている米国法人の 2004 年時点における国外関連法人数とその利払額について、利払額が多い国から順に並べたものであるが、例えば、米国との租税条約において利払に係る源泉税が免除されており、また、諸々の優遇税制をも有しているアイスランドやハンガリーに存する関連法人数と利払額との格差は突出したものとなっている。また、次の図 2・3 が示している通り、これらの国に存する関連法人への利払額は、2002 年以降急増していることから、とりわけ、これらの国々への所得移転の問題は、最近、急速に深刻化しているものと考えられる。

(51) 本報告書は、<http://www.trea.gov/offices/tax-policy/library/ajca2007>（〔平成 21 年 3 月 16 日〕）から入手可能である。実際、本報告書で示されているデータでは、国外法人が支配する米国子会社の利益に対する所得割合は、国外法人によって支配されていない米国法人に比べ、かなり低くなっている。

(図 1)

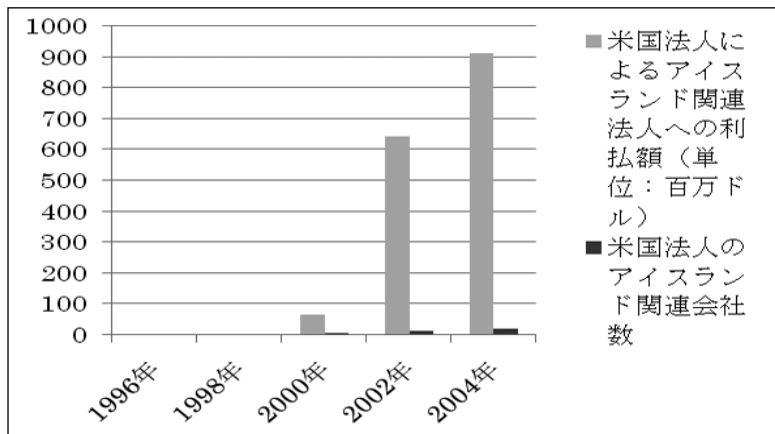
国外支配米国法人の国外関連法人数と国外関連法人への利払額 (2004 年)



(出典: 米国財務省の議会への報告書 (“Earnings Stripping, Transfer Pricing and U. S. Income Tax Treaties, Table 4.3)

(図 2)

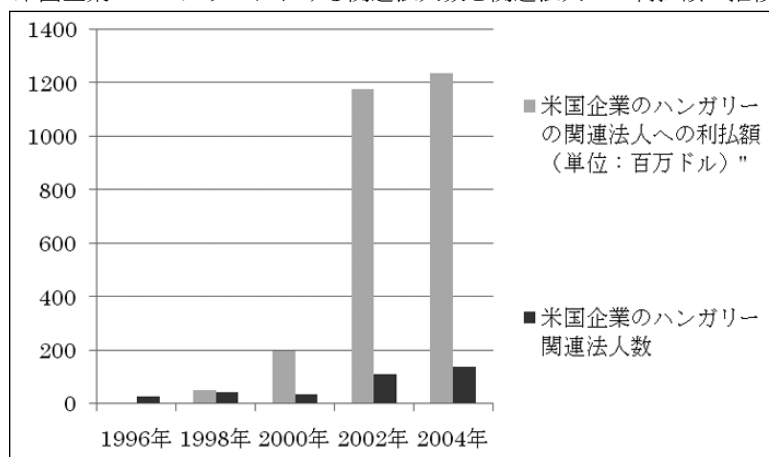
米国企業のアイスランドにおける関連法人数と関連法人への利払額の推移



(出典: 米国財務省の議会への報告書 (“Earnings Stripping, Transfer Pricing and U. S. Income Tax Treaties, Table 4.2)

(図 3)

米国企業のハンガリーにおける関連法人数と関連法人への利払額の推移



(出典：米国財務省の議会への報告書(“Earnings Stripping, Transfer Pricing and U. S. Income Tax Treaties, Table 4.2))

確かに、国外への所得移転の問題との関係では、過度の利払控除に対処する過少資本税制である内国歳入法（IRC）§ 163（j）が1989年「包括的予算再調整法」（Omnibus Budget Reconciliation Act, P.L. 101-239）の下で手当されたほか、1993年には、本税制の適用が非関連者間の貸付に係る利払控除にも拡充されている。また、2004年には、インバージョン取引に対処するために、IRC § 7874 が措置され、本規定は、相当程度の事業活動を行っていない国外法人が一定の取引プランに従い、米国親会社の資産の相当程度を直接又は間接に取得し、その後、米国親会社の株主であった者が当該国外法人の株式の大半を取得する場合には、損失や控除の適用制限又は米国法人として課税を行う旨を定めている⁽⁵²⁾。しかし、上記の報告書では、これらの規定

(52) インバージョン取引によって米国親会社の資産を得た国外法人に対する経常損失や外国税額控除等の適用が制限されるのは、米国親会社の株主であった者が当該国外法人の60%以上の株式を取得している場合であり、また、株式保有割合が80%以上となる場合には、当該国外法人は、米国の所得税法上、米国法人とみなされる。

は「利益剥し」に十分に対処できず、しかも、領土主義（課税）方式（国外所得免除方式）に移行すれば、「利益剥し」は更に活発化するとの懸念が表明されている⁽⁵³⁾。

2. 資金の国内還流に係る問題点

所得の国外移転という看過できない問題に加え、米国の多国籍企業の国外での事業活動による利益が還流してきていないという問題も深刻化している。内国歳入庁の所得統計（「2002 年、被支配国外法人」“Controlled Foreign Corporations, 2002”）でも⁽⁵⁴⁾、次の図 4 の通り、5 億ドル以上の資産を有する米国企業が有する 7500 の被支配国外法人（CFC）の内⁽⁵⁵⁾、プラスの経常利益とサブパート F 所得を有する CFC（例年 4500 社程度）から支払われる課税対象となる配当割合は⁽⁵⁶⁾、全業種（加重平均）でみると、1998 年の 16.0% から、2000 年には 11.9%、さらに 2002 年には 10.3%に低下している⁽⁵⁷⁾。配当割合の低下等によって CFC の利益留保額が増える傾向にあることは、例え

(53) この点については、前掲「利益剥し、移転価格及び米国の租税条約」10～11 頁参照。

(54) 本統計については、
<http://www.apps.irs.gov/taxstats/bustaxstats/article/0,,id=160026,00.html>
 ([平成 21 年 2 月 2 日])参照。

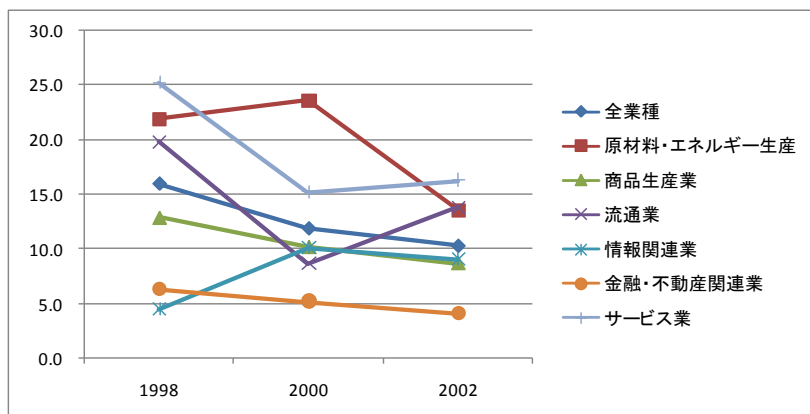
(55) サブパート F (IRC § 951-964) が定める CFC 制度の下では、株式価値の 50%以上が米国の株主によって保有されている国外の法人が被支配国外法人と定義されており、当該法人の議決権の 10%以上を有する米国株主は、当該法人のサブパート F 所得（脚注 57 参照）を IRC § 951(a) (3) 等が定める割合に応じて米国の所得に含めることが必要となる。

(56) 対象となった全産業（約 4500 社）の内、1998 から 2002 年では、其々、原材料・エネルギー産業（Raw Materials and Energy Production）に属する社は 5%～7%、商品生産業（Goods Production）に属する社は 34%～40%、流通業（Distribution and Transportation of Goods）は 12%～13%、情報関連業（Information）は 2%～3%、金融・不動産関連業（Finance, Insurance, Real Estate, and Rental and Leasing）は 19%～23%、サービス業（Services）は 21%～22%を占めている。

(57) 米国企業の国外子会社の利益は、「課税繰延べ」（deferral）ルールの下、米国に還流するまで課税の対象とされないのが原則であるが、かかる原則の例外を成すのがサブパート F 所得であり、IRC § 952 が定める「国外基地所得」（foreign base company income）や IRC § 953 が定める「保険所得」（insurance income）に代表されるものである。

ば、米国の上位 40 の大企業の CFC の国外で留保した累積利益額は、2002 年には 2610 億ドルだったのが、2003 年には 3210 億ドル、2004 年には 3890 億ドルへと増加しているとの実態調査があることから示唆される⁽⁵⁸⁾。

(図 4)



(出典：歳入庁所得統計：Controlled Foreign Corporations, 2002 の図表 E のデータに基づいて作成)

米国企業が支配する国外法人である CFC の利益が米国に還流していないという上記の問題に対処するとの観点から、2004 年の米国雇用創出法 (American Jobs Creation Act, P.L. 108-357) の下、IRC § 965 が手当てされた。時限的優遇措置である本規定の下では、米国の親会社が CFC から受け取る一定の配当については、かかる配当が基準年度 (通常、直近の 5 年間) の配当額の平均を超える部分であり、また、当該配当が株主に分配されることなく、「国内再投資プラン」 (domestic reinvestment plan) に従い、米国内において一定の目的 (資本投資、研究開発及び雇用促進等) のために再投資されることなどを条件として、2004 年 10 月 22 日の直前又は直後の課税年

(58) この点については、Lee A. Sheppard and Martin A. Sullivan, *Multinationals Accumulate to Repatriate*, Tax Notes, Vol.122, No.3 (2009) pp.295-296 参照。

度分に限り、米国における税負担の85%分を免除(その結果、実効税率は35%から5.25%に低下)するという取扱いを受けることができることとされた⁽⁵⁹⁾。

内国歳入庁の所得統計(「一度限りの受取配当控除」、「One-Time Received Dividend Deduction」)によると⁽⁶⁰⁾、2004年度では、米国で課税対象とならないCFCの利益は8040億ドルであるが、CFCを有する9700法人の内、843法人がIRC § 965が定める上記の優遇措置の適用を受け、これらの法人が米国に還流させた3620億ドルの内、3120億ドルが優遇措置の対象となり、2650億ドルの控除が認められたが、優遇措置の適用となった控除額の約3分の1は、CFCの数としては全体の3%を占めるにすぎない医薬品製造企業が受けた配当(1060億ドルの配当が行われ、840億ドルが優遇措置の対象となっている。)に係るものであり、優遇措置の適用となった控除額の約5分の1は、CFCの数としては10%を占めるにすぎないコンピューター・電子機器企業が受けた配当に係るものであるとの結果が示されている。

また、上記の所得統計によると、米国の企業が有するCFCの数は、カナダや英国に設立されているものが多いが、これらの国からの現金配当率及び優遇措置の適用割合は低いのにに対し、バミューダやルクセンブルグに設立された少ない数のCFCからの現金配当率及び優遇措置適用割合は高いものとなっている。具体的には、本件の優遇措置の適用を受けた配当の割合が90%を超えたのは、適用割合が高い順に、シンガポール、マレーシア、オランダ、香港、ケイマン諸島、アイルランド、ルクセンブルグ、バミューダ、スイス、スウェーデンの各々に設立されているCFCから支払われたものであり、優遇措置の適用を受けた配当の割合が40%以下であったのは、適用割合が少ない順に、日本(9.9%)、インド、コロンビア、台湾、南アフリカ、アルゼンチンの各々に設立されているCFCから支払われたものとなっている。

上記の所得統計が示している結果から幾らの傾向を見い出すことができる。

(59) 「国内再投資プラン」の詳細については、内国歳入庁告示(Notice)2005-10 参照。

(60) 内国歳入庁の経済学者であるレッドマイルズ(Melissa Redmiles)が作成した本資料については、www.irs.gov/pub/irs-sol/08codivideductbut.pdf ([平成21年1月30日] 参照)。

とりわけ、IRC § 965 の下、国外の CFC から支払われる配当に対する米国での税負担を軽減する機会が与えられたことによって、国外の CFC に滞留している資金のより多くが国内に還流してきているが、還流して来る資金は、それほど多くはなく、しかも、内国歳入庁が、「相対的に少ない数の法人」(“a relatively small number of corporations”) であると述べているように、資金還流を行った法人の数自体も、必ずしも多くはなく、しかも、その多くは、一部の業種や利益率の高い一部の大企業に限られているという傾向が顕著に認められる。また、配当を行う国外の CFC は、一部の国々に設立されたものに集中するという傾向も認められるが、これらの国々の多くは、タックス・ヘイブンのように税率が低い国々である。

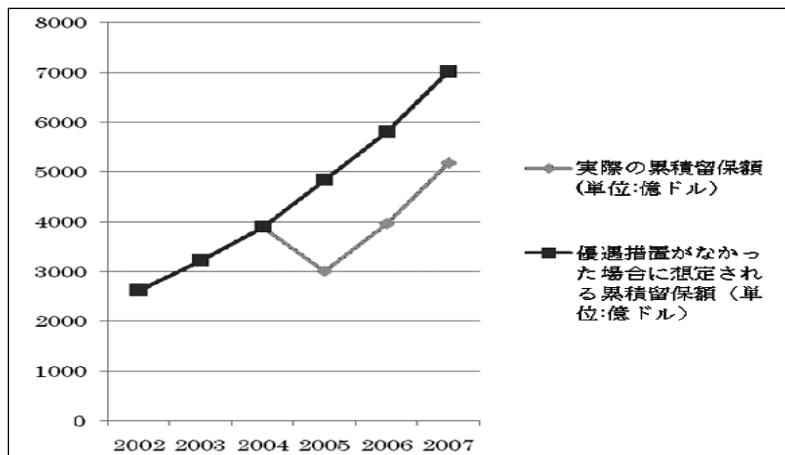
確かに、次の図 5 では、米国の上位 40 の大企業の CFC の累積利益留保額も、上記の優遇措置が講じられたことにより、2005 年には、3000 億ドルに減少しているとの結果が示されているが⁽⁶¹⁾、「国内再投資プラン」に則って CFC から 2830 億ドルの配当を受けた 364 社を対象として行った実態調査から明らかになった事実として、①配当を受領した企業の成長率と配当された金額との間に相関関係はなく、資金が国内投資の機会を利用するために必要であったとは殆ど考えられないこと、②配当された資金が国内投資目的に使用されて将来的な国内成長に繋がることを示唆するケースは殆どないこと、③配当された資金に色は付けられないところ、「国内再投資プラン」の下で禁止されている用途（株式の再購入等）に利用されたケースが少なくないという点が挙げられるとの指摘をする向きもあり、また、このような事実を確認するその他の実態調査結果や研究論文等も少なからず存在している⁽⁶²⁾。

(61) かかる結果については、Sheppard and Sullivan, *supra* “Multinationals Accumulate to Repatriate”, p. 296 参照。

(62) 本実態調査や同様な結果を示している論文等の詳細については、Roy Clemons and Michael R. Kinney, *An Analysis of the Tax Holiday for Repatriation Under the Jobs Act*, Tax Notes, Vol. 120, No. 8 (2008) pp. 759-768 参照。

(図 5)

(米国の上位 40 の大企業の CFC における累積利益留保額)



(出典：Lee A. Shepard, Tax Notes, Vol. 122, No. 3 (2009) p. 295 の図に加筆)

共和党のデファジオ (Peter Defazio) 議員も、米国企業の税負担を軽減させることには賛成であるが、IRC § 965 を手当てした米国雇用創出法は、雇用を創出する効果を有しているとしても、雇用が実際に創出されるのは、米国においてではなく、国外においてであることから、米国での仕事を国外に輸出することに補助金を与え、また、中小企業が大企業に補助金を与えることとなる効果を有する本法に賛同することはできないとの見方に立った上で、国外に対してではなく、米国の国内において実際に投資を行う企業に対して税務上の利益を付与することを可能にする代替案として、「超党派的雇用保護法」(H.R. 1796, the Bipartisan Job Protection Act) を推奨しており、このような利益を付与する本代替案の方が、国内投資へのインセンティブをより高める効果を発揮するとの意見を示している⁽⁶³⁾。

(63) この点の詳細については、Clemons and Kinney, *supra* “An Analysis of the Tax Holiday” pp. 760-761 参照。

3. GATT・WTO 基準との整合性に係る問題点

最近、米国において、領土主義課税方式への移行案という選択肢を求める声が高まってきた背景には、米国の税法上の一連の輸出促進措置が、関税と貿易に関する一般協定（General Agreement on Tariffs and Trade, GATT）のパネルや世界貿易機構（World Trade Organization, WTO）の上級委員会（Appellate Body）によって、GATT や WTO が禁止する輸出補助金（export subsidy）に該当すると判断され、代替措置を模索する必要性に迫られているとの事実もある。一連の輸出促進措置とは、1971 年歳入法に盛り込まれた「国内の国際的販売会社」（Domestic International Sales Corporation, DISC）に関する規定、1984 年に措置された米国の「海外販売会社」（Foreign Sales Corporations, FSC）に関する諸規定、海外販売会社を定める諸規定に代えて、2000 年に措置された「領土外所得排除」（Extraterritorial Income Exclusion, ETI）を認める規定である。

DISC とは、IRC § 992 が定める条件（利益の 95%以上が輸出関連収益であることなど。）を満たす国内の免税法人であり、当該法人にコミッションを支払う輸出業者も税務上の利益を享受できたが、1976 年 11 月 2 日に示された GATT の報告書（L/4422-23S/98）では、DISC が GATT16 条の下で禁止されている輸出補助金に該当すると見解が示され⁽⁶⁴⁾、また、1979 年の東京ラウンドの

(64) GATT の XVI 条 A は、「もし、協定のいずれかの当事者が、直接若しくは間接に、その領域からの生産物の輸出を増加させる、又は、当該領域への生産物の輸入を減少させるよう働く所得又は価格の支援を含む補助金の付与やその継続を行うなら、当該者は、補助の性質・程度を通知する・・・」（“If any contracting party grants or maintains any subsidy, including any form of income or price support, which operates directly or indirectly to increase exports of any product from, or to reduce imports of any product into, its territory, it shall notify・・・”）と定め、また、同条 B は、「協定の当事者が製品の輸出に対して補助金を付与することは、輸出・輸入を行うその他の当事者に対して有害な影響を与え、通常の商業利益を損ない、また、本協定の目的の達成を阻害するであろうことを協定当事者は認識している。」（“The contracting parties recognize that the granting by a contracting party of a subsidy on the export of any product may have harmful effects for other contracting parties, both importing and exporting, may cause undue disturbance to their normal commercial interests, and may hinder the achievement of the objectives of this Agreement.”）と定めている。

「補助金と相殺関税」(Subsidies and Countervailing Duties)に関する協定及び 1981 年の GATT 理事会決定では、領土主義に基づく課税制度自体は GATT が禁じる輸出補助金に該当するわけではないが、輸出に対して領土主義を適用するに際しては、独立企業間価格に依拠することが必要であるとの見解が示されたことなどを受けて、米国政府は、領土主義の考え方を採用した上で、米国外に設立された FSC を通じた輸出に税務上の利益を付与することとする IRC § 921-927 を措置したという経緯がある⁽⁶⁵⁾。

ところが、1999 年 10 月 8 日に WTO が発表した FSC パネル報告書が、その「SCM 例示リスト」(Subsidies Countervailing Measures Illustrative List)の脚注 59 において、「・・・加盟国は、支配下又は同じ支配の下にある輸出企業と外国の購入者との間の取引における商品価格は、税務上、第三者価格で取引する独立した企業の間で設定される価格でなければならないという原則を再確認する。・・・パラグラフ(e)は、加盟国が、加盟国又は他の加盟国の企業によって得られた国外所得の二重課税を回避する手段を講じることを制限する意図を有するものではない」としており⁽⁶⁶⁾、また、輸出補助金の例示リストを定める付属資料のパラグラフ(e)では、「産業又は商業に従事する企業が支払った若しくは支払うべき直接税又は社会保障負担金の完全な又は部分的な免除若しくは輸出に特に関連する納付の引延し」が挙げられていることから、FSC も GATT に抵触すると批判されるようになった⁽⁶⁷⁾。

(65) 米国政府は、嘗ては、欧州諸国で採用されている領土主義課税方式も輸出補助金に該当するとの主張を行っていたが、東京ラウンドでは、かかる主張を撤回する意向を示した。

(66) SCM 例示リストの脚注 59 の原文は、「“...The Members reaffirm the principle that prices for goods in transactions between exporting enterprises and foreign buyers under their or under the same control should for tax purposes be the prices which would be charged between independent enterprises acting at arm's length. ... Paragraph (e) is not intended to limit a Member from taking measures to avoid the double taxation of foreign-source income earned by its enterprises or the enterprises of another Member.”」と定めている。

(67) パラグラフ(e)の原文は、“The full or partial exemption remission, or deferral specifically related to exports, of direct taxes or social welfare charges paid or payable by industrial or commercial enterprises.”である。

確かに、輸出補助金について新たな定義を示した上記の 1999 年 FSC パネル報告書では、国外の経済活動から生じる所得を広く免除する領土主義については、輸出補助金に該当しないが、輸出に特に関連して免除を行う領土主義については、輸出補助金に該当するとの基準が示されており⁽⁶⁸⁾、かかる基準に立脚すると、IRC § 921-927 の下、輸出所得の 15%~30%が免税とされていた FSC は、補助金の定義を定める SCM 協定 1.1 条（「・・・補助金が存在するとみなされるのは、加盟国の領土において、政府や公共機関によって行われる金銭的な貢献がある場合・・・、すなわち、(ii)・・・さもなくば生じることとなる政府の歳入が放棄される、又は徴収されない（例えば、税控除のような税務上のインセンティブ）場合・・・」）に該当するとの判断がされており⁽⁶⁹⁾、また、禁止される補助金を定める SCM 協定 3.1 条等に照らして問題があると考えられる⁽⁷⁰⁾。

上記のような問題が認められたことから、米国政府は、2000 年には、FSC の代わりに、IRC § 114 の下、領土主義に基づく課税との制度上の類似性を有する ETI を措置し、一定の条件（国外での労働コストに多くを依存し、国外で使用する資産を販売するケース等）に該当する国外取引による所得の一定割合を課税対象所得額から控除することとしたが、WTO の上級委員会は、

-
- (68) かかる基準は合理性を欠いているとの批判もある。このような批判については、Gary Clyde Hufbauer, *A Critical Assessment and an Appeal for Fundamental Tax Reform* (<http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=373> [平成 21 年 1 月 27 日]) 参照
- (69) SCM 協定 1.1 条の原文は、“... a subsidy shall be deemed to exist if: (a) (1) there is a financial contribution by a government or any public body within the territory of a Member..., i.e. where: ... (ii) government revenue that is otherwise due is foregone or not collected (e.g. fiscal incentives such as tax credits) ...” である。
- (70) SCM 協定 3.1 条は、「... 以下の補助金は、1 条の意味において、禁止される。(a) 法律又は事実において、単独で又は幾つかのほかの条件の一つとして、付属文書 1 に例示されている補助金も含め、輸出のパフォーマンスに依存する補助金」(“...the following subsidies, within the meaning of Article 1, shall be prohibited: (a) subsidies contingent, in law or in fact, whether solely or as one of several other conditions, upon export performance, including those illustrated in Annex 1.”) と定めている。

2002 年、ETI の下では、課税所得額から免除される所得を生じさせる経済的活動が海外で行われることが必ずしも前提とされておらず、ETI 上の国外所得の定義は、国外源泉所得の決定と関係を有しないことから、ETI は SCM 例示リストの脚注 59 の範疇外のものであり、輸出補助金に該当するとの判断を下したため⁽⁷¹⁾、2004 年には、米国雇用創出法が成立し、ETI についても、その原則的な廃止が行われることとなった。

第 2 節 代表的な領土主義課税方式案

1. 大統領諮問委員会の報告書案の特徴

米国の国際課税制度が惹起している主な問題は第 1 節で示したものに代表されるが、外国税額控除制度の濫用や余裕枠の彼我流用 (cross-crediting) なども、我が国の場合と同様に、税務当局を悩ませている問題であった⁽⁷²⁾。外国税額控除余裕枠の彼我流用の例を示したのが次の図 6 である⁽⁷³⁾。図 6 の①では、米国法人 A が B 国に設立した恒久的施設 (PE) を通じて事業を行い、PE に帰属する 1,000 ドルの所得を得ている。B 国は、当該所得に 45% の税率で課税し、米国は 35% の税率で課税する。この場合、法人 A が利用できる外国税額控除の上限は 350 ドルであり、100 ドル (450 ドルー 350 ドル) が繰越控除対象外国税額となるが、図 6 の②では、法人 A が C 国で法人税免除となる非関連者 D から能動的所得 300 ドルを得ているため、結局、外国税

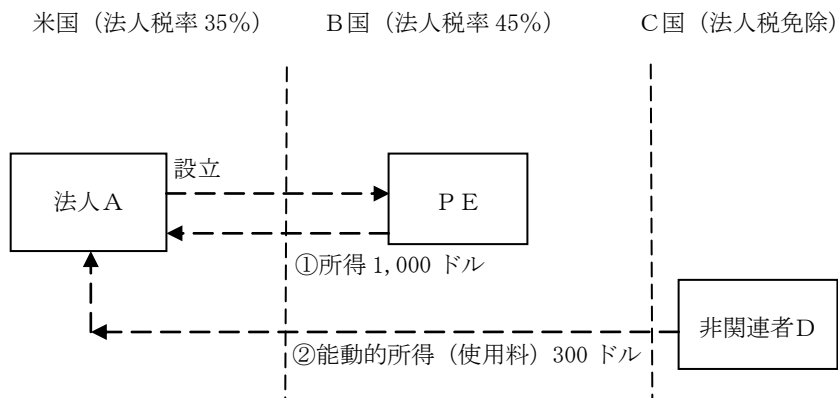
(71) この点については、WTO の上級委員会が 2002 年 1 月 14 日に発した報告書 (United States –Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities AB-2001-8 (WT/DS108/AB/RW)) 参照。

(72) 外国税額控除制度の適用の可否が問題となった裁判で税務当局側が敗訴した代表例 (IEA Industries, Inc. v. United States of America 事件第 8 巡回控訴裁判所判決 (253, F. 3d 350; 2001. U. S. App. No. 00-1221, No. 00-1535)) のポイントについては、拙書・前掲『租税回避行為の解明』449～450 頁参照。

(73) 図 6 で示した例は、内国歳入庁の Theodore D. Setzer (Deputy Associate Chief Counsel (Strategic International Programs)、米国内国歳入庁の次席法律顧問官補 (戦略的国際プログラム担当)) が平成 21 年 9 月 16 日に「米国における主要な国際課税立法案」(“Key US Legislative Proposals Addressing International Taxation”) と題した講演を東京で行った際の資料を参考にしたものである。

額控除の適用前の法人Aの税負担は 455 ドル（1,300 ドル×35%）であり、法人Aが利用できる外税控除額の上限は 455 ドルとなり、米国での税負担は 5 ドルとなる。

（図 6）



上記に代表されるような問題に対処するための措置もある程度手当てされてはいるが⁽⁷⁴⁾、事態は依然として深刻であることなどを背景として、国際課税制度の抜本的な改革に繋がるような措置を講じる必要があるとの意見も少なからず主張されるようになってきており、これらの抜本的な措置には、領土主義課税方式への移行論のような選択肢も含まれている。例えば、2005 年 11 月に示された「簡素、公平及び成長促進：米国税制の改革案」（“Simple, Fair and Pro-Growth: Proposals to Fix America’s Tax System”）と題された大統領諮問委員会報告書（“Report of the President’s Advisory Panel on Federal Tax Reform”）でも、第 6 章「簡素な所得税制案」（“The Simplified Income Tax Plan”）において、「能動的な国外源泉所得に対する領土主義課税方式」（“territorial method for taxing active foreign income”）の採用

(74) 例えば、外国税額控除制度を濫用するスキームへの対応措置（REG-156779-06 の発出）については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』406～407 頁参照。

が提言されている⁽⁷⁵⁾。

大統領諮問委員会報告書が提言する上記の改革手段・領土主義課税方式案の下では、米国企業の国外の関連会社（支店及び被支配子会社）の能動的な国外事業所得（“Foreign Business Income”）は、領土主義に基づいて課税されることとなるため、かかる所得に起因して米国企業に支払われる配当等は、米国での法人税の課税が免除されることとなる⁽⁷⁶⁾。これに対し、米国企業に対して国外の関連会社が支払う使用料や利子等のような可動的所得（“Mobile Income”、受動的所得や可動性の高い所得）は、原則として、米国での課税免除の対象とはならないが⁽⁷⁷⁾、これらの所得に係る国外での税負担については、米国において、現行のバスケット方式ではなく、一括限度額方式の下で税額控除の対象となる。また、課税免除の対象となる国外所得を発生させるために要した米国企業の費用の控除は認められないこととなる。

大統領諮問委員会報告書が提言している領土主義課税方式案の主な制度設計上の特徴・ポイントは、その他の主な諸外国で採用されている国外所得免除制度等との比較を行うことによって、より明確なものとなろう。次の表は、本報告書で提言されている領土主義課税方式案、カナダ、ドイツ及びオランダの国外所得免除制度等の各々において、国内法人が国外の子会社から得る配当等に対する税務上の取扱いがどのようになっているのかを簡略化して示したものである⁽⁷⁸⁾。本報告書案で提言されている制度設計は、カナダ、ドイ

(75) 本報告書で示されている国際課税制度の改革案のポイントと評価については、拙稿「米国大統領諮問委員会の税制改革案—国際租税制度改革を巡る議論の趨勢に關する一考察—」ファイナンス Vol. 41, No. 12（平成 18 年）39～45 頁参照。

(76) 本案の下で課税免除となる所得を発生させる資産の売却によるキャピタル・ゲインも課税されないが、かかる資産の売却によるキャピタル・ロスの控除も認められない。

(77) 可動的所得には、国外のいずれにおいても課税されない国外事業所得等が含まれる。金融機関等が能動的な事業活動によって得る可動的所得は、原則として、国外事業所得に該当する。

(78) 詳細については、Peter Merrill, Oren Penn, Hans-Martin Eckstein, David Grosman, and Martijn van Kessel, Restructuring Foreign-Source-Income Taxation: U.S. Territorial Tax Proposals and the International Experience, Tax Notes, Vol. 111, No. 7 (2006) p. 806 参照。米国の CFC ルールについては、脚注 55・57 参照。オランダ

ツ及びオランダの制度と比べた場合、多国籍企業にとって、より有利な取扱いとなっている部分とそうでない部分の双方を含むものとなっているが、大統領諮問委員会は、本案の下、米国への資金還流の促進、投資判断の歪みの是正及び制度の簡素化などのメリットが少なからず生じるとの見方をしている⁽⁷⁹⁾。

(表)

	報告書案	カナダ	ドイツ	オランダ
能動的国外源泉所得から支払われる配当の取扱い	所得の可動性(mobility)の如何によって課税免除又は課税	所得源泉地が租税条約相手国であるか否かによって課税免除又は課税	原則として課税免除	原則として課税免除
配当免税対象となる最低限株式所有割合	10% (但し、子会社が CFC であること)	一般的に 10%	制限なし	原則として 5% (より低い場合あり)
国外子会社の受動的所得の取扱い	変更なし (CFC に対する国外私的保有会社レジームの下で課税)	外国税額控除方式の下で課税	CFC ルールの下で課税 (外国税額控除の適用あり)	EU 域外の子会社の場合は課税 (外国税額控除の適用あり)
国外子会社の非受動の可動性所得の取扱い	能動的な金融サービス所得を除き、従来通り、サブパート F レジームの適用対象	課税 (但し、他の国外関連会社との能動的な事業所得から支払われるものなどは除く)	原則として課税免除 (但し、一定の場合、CFC ルールの適用あり)	原則として課税免除 (但し、国外で課税対象となっている場合に限る)
配当課税免除の例外となるもの・ケース	原則なし	租税条約未締結国源泉の所得から支払われる配当	原則なし	資本参加免除が適用されない場合

の資本参加免除制度については、第 3 章第 3 節 1 参照。

- (79) 本案の下、多くの多国籍企業では、国外源泉の使用料に対する米国での税負担を外国税額控除枠の活用によって軽減することができなくなるため、領土主義課税方式の下で生じ得る税収減という問題も、本案の下では、その限りで緩和されるといふ効果が生じると予測されるが、そもそも、税負担増となるような制度設計に依拠する領土主義課税方式案が望ましいかという問題もあろう。

国内費用の課税免除所得への配分	課税免除所得に配分される一般管理費及び利子費用は控除不可。利子費用は、米国雇用創出法 § 401 の「全世界代替ルール」(IRC § 864 が定める“worldwide fungibility approach”)に従って配分	原則不要	費用配分の代わりに、配当課税免除が配当の95%に制限され、残りの5%分は、外国税額控除の対象とならない控除不可の費用となる	資本参加免除の適用対象となる株式の取得のための負債の利子を含む取得費用は控除不可
-----------------	--	------	---	--

(出典：Restructuring Foreign-Source-Income Taxation: U.S. Territorial Tax Proposals and the International Experience, Tax Notes, Vol.111, No.7 (2006) p. 806 の図に加筆)

2. 合同租税委員会の報告書案の特徴

代表的な領土主義課税方式案としては、大統領諮問委員会の報告書案の他にも、2005年1月に発表された上下両院で構成される合同租税委員会 (Joint Committee on Taxation, JCT) の「タックス・コンプライアンスの向上と税支出の改革のための選択肢」、「Options To Improve Tax Compliance and Reform Tax Expenditure」と題された報告書で提言されている案(以下「JCT案」という。)が挙げられる⁽⁸⁰⁾。JCT案も大統領諮問委員会の報告書案と基本的に同様な問題意識・視点に立脚しており、また、領土主義課税方式案の幹となる部分である課税免除となる所得類型に対する制度設計の仕方等には類似する部分が少なからず認められるが⁽⁸¹⁾、制度設計上の枝葉の部分については、

(80) 合同租税委員会が示した本報告書は、<http://www.house.gov/jct/s-2-05.pdf> から入手可能である。本報告書が提言する領土主義課税方式のポイントについては、拙稿・前掲「米国の租税制度改革の選択肢と方向性」193～194頁参照。

(81) JCT案の下でも、適用対象となるのは国外の支店と10%以上の株式保有関係のある国外子会社である。課税免除の対象とならない所得は、サブパートFにより課税される所得(受動的所得とその他の高い可動性を有する所得)であり、課税免除の対象となる所得は、サブパートFによる課税の対象とならない所得(その他の全ての所得である能動的所得や可動性の低い所得)であるとされている。

かなり相違する点も認められることから、JCT 案と大統領諮問委員会の報告書案で示されている領土主義課税方式が税收や税務の執行に与え得る影響は、少なからず異なったものとなると考えられる。

例えば、税收面への影響という点から比較してみると、①JCT 案の下では、課税免除の対象となる国外所得に配分される費用の一部(国内の研究開発費、一般管理費や受託責任費用 (stewardship expense) 等)について、その控除を認めないこととされているのに対し、大統領諮問委員会の報告書案の下では、②利益及び留保所得額を超える CFC 株式の売却益については、能動的事業所得を発生させる資産に帰属するものである場合には、課税対象とされない可能性がある、③領土主義課税方式の施行日以前に蓄積されていた利益及び留保所得額から支払われる配当が課税免除とされるなどの差異があることから、大統領諮問委員会の報告書案が提言する領土主義課税方式の下では、2005 年から 2014 年にかけて 548 億ドルの税收増が生じると見積もられている JCT 案の場合とは異なり、税收増が生じる可能性は殆どないであろうとの見方がされている⁽⁸²⁾。

上記の通り、税務当局にとっては、税收への影響という観点からすると、大統領諮問委員会の報告書案で示されている領土主義課税方式よりも JCT 案で示されている領土主義課税方式の方が望ましい選択肢であるということになろうが、JCT 案の下で見積もられている税收増が実現するとの保障があるわけでもない。また、簡素な制度設計や執行可能性という尺度からすると、JCT 案の方が、より問題が多いのではないかと考えられる⁽⁸³⁾。したがって、いずれの領土主義課税方式案の方が望ましいかという判断は、これら双方の案のいずれのメリット・デメリットを重視するかによって異なったものとなろうが、いずれの案の下でも、所得の国外移転が促進され、その結果、移転価格問題が深刻化することとなるのではないかと考えられるほか、国内への

(82) この点の詳細については、Merrill and Others, *supra* “Restructuring Foreign-Source-Income Taxation” pp.808-809 参照。

(83) この点の詳細については、拙稿・前掲「米国の租税制度改革の選択肢と方向性」193 頁参照。

投資が低税率国への投資に切り替わる可能性があるなどの問題がある⁽⁸⁴⁾。

第3節 領土主義課税方式と移転価格問題との関係

1. 移転価格税制の有用性と限界

(1) 移転価格問題の現状

上記の通り、領土主義課税方式案を巡る議論も錯綜している。大統領諮問委員会の報告書案と JCT 案のいずれが採用されても、米国の多国籍企業の競争力は向上するであろうが、その利益の多くは低税率国に移転することから、競争力の向上は、その他の米国の納税者の更なる負担によって実現するものであるとの見方もある。また、米国法人のアイルランド子会社の 2002 年の利益は、米国商務省のデータによると 183 億ドルであるが、アイルランドにおける通常の資本利益率に照らしてみると、かかる利益の 74%である 137 億ドルは、利益の移転によるものであると試算され、そうすると、法人税率が 12.5%であるアイルランドに約 17 億ドル余計に税収が生じ、また、米国の多国籍企業は、米国での法人税率 (35%) と 12.5%の税率との差から生じる税負担の軽減 ($22.5\% \times 137 \text{ 億ドル} \approx 31 \text{ 億ドル}$) を実現していることから、かかる利益移転によって、2002 年には、米国からアイルランドに 48 億ドル相当の補助金が付与されたに等しいこととな

(84) このような問題があることなどに鑑み、国際的二重課税の調整方法としては、領土主義課税方式を採用しなくとも、例えば、現行の外国税額控除制度の枠組みの中で課税繰延べルールを廃止し、国外子会社の所得を発生主義に基づいて課税するフル・インクルージョン(完全合算)方式に改正することによって、状況は大幅に改善するとの主張がある。アルトシュラー教授も、凡そ同様な観点から、「税負担に中立な全世界所得課税制度」(“burden-neutral worldwide taxation”)案を提唱している。かかる主張・制度案のポイントについては、拙稿・前掲「米国の租税制度改革の選択肢と方向性」194～195 頁、Rosanne Altshuler and Harry Grubert, Corporate Taxes in the World Economy: Reforming the Taxation of Cross-Border Income (<http://www.ecoweb.rutgers.edu/altshule/research/200626.pdf>) [平成 21 年 4 月 22 日] 参照。

るとの指摘もある⁽⁸⁵⁾。

確かに、米国では、1999 年頃から、かなり膨大な額の所得の国外移転が行われるようになっており、その結果、国外の子会社の所得が大きな伸びを示すという事態が生じている。2003 年及び 2004 年の会計検査院(General Accounting Office)の報告書も、少なからぬ米国企業による国外の子会社の費用の水増しや国内利益の圧縮等によって、国外への所得移転が行われていることを問題視している⁽⁸⁶⁾。また、多国籍企業がグループ全体の資金の借入れを高税率国に集中させて利益を低税率国の子会社に落とす傾向も認められるとの指摘もある⁽⁸⁷⁾。これらの問題や傾向が少なからず存在していることは、製造業に携わる米国企業の子会社の実効税率が低い国々(バミューダ、アイルランド、オランダ及びスイス等)での利益率は、実効税率が高い国々(英国、日本及びカナダ等)での利益率よりも倍以上に高いことを示す内国歳入庁のデータからも確認することができる⁽⁸⁸⁾。

少なからぬ所得の国外移転が移転価格を通じて行われていることは、E. I. Du Pont de Nemours and Company v. Commissioner 事件請求裁判所判決(221 Ct. Cl. 333; 608 F. 2d 445; 1979)からも示唆される。本事件では、「タックス・ヘイブンに存する子会社に「独立企業間」価格よりも低い対価を請求した方が望ましいであろう。なぜなら、(1) 対価の妥当性が歳入庁職員によって問題視されることはないと考えられ、(2) 問題視されたとしても、かかる対価の妥当性を正当化することが可能であり、(3) 正当化でき

(85) かかる指摘については、Martin A. Sullivan, The U.S.'s Multibillion-Dollar Subsidy for Ireland, Tax Notes International, Vol. 39, No. 4(2005)pp. 297-299 参照。

(86) この点については、Sam Goldfarb, GAO Calculates the Percentage of Corporations That Paid No Tax, Tax Notes, Vol. 120, No. 7(2008)p. 623, Martin A. Sullivan, GAO's Ho-Hum 'News' on Corporate Tax Compliance, Tax Notes, Vol. 120, No. 7(2008)p. 624 参照。

(87) かかる指摘については、The Economics of International Taxation(<http://www.taxfoundation.org/research/show/153.html> [平成 21 年 4 月 20 日])参照。

(88) かかるデータについては、Robert Goulder, IRS Statistics Reveal Increased Global Integration, Tax Notes, Vol. 120, No. 8(2008)pp. 724-727 参照。

なかったとしても、交渉を経て決まる対価は、「独立企業間」価格又はそれ以下であることから、対価を高く設定していたとした場合よりも状況が悪くなるということはない」と記載された社内メモが存在していたことを税務当局が把握しており⁽⁸⁹⁾、本事件の当事者であった米国の親会社が、スイスの子会社との取引を通じて、スイスに所得移転を行うとの意図を有していたということは明らかであった。

確かに、税務当局は、上記の E. I. Du Pont 事件請求裁判所判決のような所得の国外移転に係る確たる証拠が残されているようなケースでは勝訴することができたが、そもそも、相当額の所得の国外移転の例は、スピード違反の例のように普通に認められる現象であるとの指摘もあるように⁽⁹⁰⁾、国外子会社への所得移転は一般的なものとなっており、最近の歴代の内国歳入庁長官の証言でも、移転価格税制の濫用を効果的に抑止できていないとの問題が存在するとの指摘がされている⁽⁹¹⁾。合同租税委員会のクレインバード (Edward Kleinbard) 議長も、2008 年 2 月の国際租税協会 (International Tax Association, IFA) の会合において、「移転価格は死んでいる」(“Transfer pricing is dead.”) と述べているとの指摘がされているが⁽⁹²⁾、今後、低税率国への投資が増加する中、低税率国への所得移転が更に進展すると、米国の雇用の海外への輸出という問題も更に深刻化

(89) 社内メモの原文は、“It would seem to be desirable to bill the tax haven subsidiary at less than an ‘arm’s length’ price because: (1) the pricing might not be challenged by the revenue agent; (2) if the pricing is challenged, we might sustain such transfer prices; (3) if we cannot sustain the prices used, a transfer price is negotiated which should not be more than an ‘arm’s length’ price and might well be less; thus we would be no worse than we would have been had we billed at the higher price.” である。

(90) かかる指摘については、Martin A. Sullivan, Extraordinary Profitability in Low-Tax Countries, Tax Notes, Vol. 120, No. 8 (2008) p. 725 参照。

(91) この点については、Martin Lobel, Henry M. Banta, and Nicole Gueron, Barclays: A Test of the Administration’s Willingness to Collect Taxes From Multinational Corporations, Tax Notes, June 28 (1993) p. 1841 参照。

(92) かかる指摘については、Martin A. Sullivan, U.S. Multinationals Shifting Profits Out of the United States, Tax Notes, Vol. 118, No. 11 (2008) p. 1078 参照。

することが想定される。

実際のところ、財務省の経済学者であるグルバート (Harry Grubert) のように、低税率国への活発な移転が行われているのは、所得に限ったわけではなく、既に、多くの雇用の機会も海外に移転しているとの認識を有している者は少なくない。かかる所得移転や雇用機会の移転は、過少資本税制の実質的な緩和に繋がったチェック・ザ・ボックス規則の導入によって、負債の計上が促進されたことが一因となっているとの指摘があり⁽⁹³⁾、グルバートも、かかる指摘の妥当性を否定するわけではないが、グルバート自身が特に強調しているのは、移転されている所得の大半を占めているのは、移転価格による研究開発関係の無形資産から生じる所得であるという点であり、研究開発関係の無形資産から生じる所得の移転は、少なからぬ場合、「費用分担契約」(“cost sharing arrangement”)を利用して実行されているとの事実を示す分析結果等が少なからず存在している⁽⁹⁴⁾。

(2) IRC § 482 の有用性

上記の通り、国外への所得移転や雇用機会の喪失というような問題があるとの指摘が少なからずされているが、そもそも、1954年に措置された米国の移転価格税制の根拠規定である IRC § 482 (「納税者間における所得と控除の配分」、「Allocation of income and deductions among taxpayers」)は、「歳入庁長官は、同様な利害関係によって直接又は間接に支配される二つ以上の組織、営業若しくは事業等(法人であるか否か、米国で組織されたものであるか否か、また、関連しているか否かに関係ない。)のケースにおいては、脱税の防止やこれらの事業等の所得を明確に反映させるために必要であると決断する場合には、これらの事業等における総所得、所得控除、税額控除又はその他の控除の割当てや振替えをすることができる。」と

(93) かかる指摘については、Martin A. Sullivan, A Challenge to Conventional International Tax Wisdom, Tax Notes, Vol. 113, No. 11 (2006) pp. 951-961 参照。

(94) この点及び分析結果の詳細については、Harry Grubert, Intangible Income, Intercompany Transactions, Income Shifting, and the Choice of Location, National Tax Journal, Vol. LVI, No. 1, Part 2 (2003) pp. 221-242 参照。

定めており⁽⁹⁵⁾、本規定の機能がかなり強力なものであるということは、これまでの一連の裁判例からも確認し得る。

例えば、B. Forman Company, Inc. v. Commissioner 事件第2巡回控訴裁判所判決（453 F. 2d 1144; 1972）も IRC § 482 の機能の大きさを強く印象づけるものであった。本事件では、米国法人が関連会社に対して行った無利息貸付は、独立企業間取引ではないとして、IRC § 482 に基づき、税務当局が年率5%の利息を当該米国法人の所得として認定する処分を行い、かかる処分の妥当性が問題となったが、本事件判決において、控訴裁判所は、かかる処分が妥当であるとの判断を下すに先立ち、「IRC § 482 の公然となっている趣旨・目的は、利害関係者によって直接又は間接に保有・支配されている・・・組織の税負担の回避を防止する、若しくはその所得を明確に反映させることであり」、「裁判所も、・・・歳入庁長官の所得配分が非合理又は専断的でない限り、広範な裁量権を与えてきた」という点を確認している⁽⁹⁶⁾。

また、Boyer v. Commissioner 事件租税裁判所判決（58 T.C. 316; 1972）では、原告である納税者等が出資しているパートナーシップが賃貸した不動産の賃貸料の支払が行われておらず、納税者等においても、かかる賃貸料の所得計上がされていなかったことから、IRC § 482 に基づく所得の配分

(95) 本規定の原文は、“In any case of two or more organization, trades, or businesses...owned or controlled directly or indirectly by the same interests, the Secretary may distribute, apportion, or allocate gross income, deductions, credits, or allowances between or among such organizations, trades, or businesses, if he determines that such distribution, apportionment or allocation is necessary in order to prevent evasion of taxes or clearly to reflect the income of any of such organizations, trades, or businesses.”である。

(96) 本判決の当該部分の原文は、“The declared purpose of section 482 is to prevent evasion of taxes or clearly reflect the income of ... organizations ...owned or controlled directly or indirectly by the same interests.”, “The courts ... have given broad scope to the Commissioner’s discretion in making reallocations of income, where the exercise of this power is not unreasonable or arbitrary.”である。

を行った税務当局の処分が妥当であるか否かが問題となり、本事件判決における租税裁判所の判断は、かかる処分の妥当性を首肯する内容のものであったが、かかる判断を下すに際し、租税裁判所は、「・・・歳入庁長官が所得を明確に反映させるために所得・控除を配分する権限は広範であり、かかる権限は、納税者の課税所得の全部又は一部が、意図しているか否かにかかわらず、もし、納税者が事業を行うに際し、他の第三者と独立企業間価格で取引する独立事業体であった場合とは異なったものとなるケースにも及ぶ」という点を確認している⁽⁹⁷⁾。

IRC § 482 の下での歳入庁長官の権限の大きさは、上記判決等からも確認できるが、かかる権限をかなり柔軟に行使することも可能であることは、財務省規則 § 1.482-2(e)(2)(4) が、独立企業間価格を算定するための方法として、①独立価格比準法 (Comparable Uncontrolled Price Method、CUP 法)、②再販売価格基準法 (Resale Price Method、RP 法)、③原価基準法 (Cost Plus Method、CP 法) を定め、同規則 § 1.482-2(e)(1)(iii) が④その他の方法 (Other Methods) を定めており、これらの方法の適用上の優先順位も、この順番通りとなっているものの、実際には、上記④に依拠した IRC § 482 の適用例が少なくないことから示唆される。上記④を代表するのが利益分割法 (Profit Split Method、PS 法) であり、裁判所も、比較対象取引が存在しないような場合には、利益分割法の適用が妥当かつ不可欠であるとして、1982 年に措置された IRC § 936(h) が定める 50/50 の均等分割以外の割合での利益分割を認めたケースもある⁽⁹⁸⁾。

(97) 本事件判決の当該部分の原文は、“... the Commissioner’s authority to allocate income and deductions to clearly reflect income is broad and extends to any case in which by either inadvertence or design the taxable income, in whole or in part, of a controlled taxpayer is other than it would have been had the taxpayer in the conduct of its business been an uncontrolled entity dealing at arm’s length with another uncontrolled entity.” である。

(98) このような裁判例としては、以下の(3) (「IRC § 482 の限界」) の②で言及する Eli Lilly 事件租税裁判所判決 (1985) 等が挙げられる。Eli Lilly 事件判決では、国外の子会社の無形資産による所得の 45% を米国の親会社に配分し、55% を当該国外子会社に配分するのが妥当であるとの判断が下されている。

これに対し、納税者の独立企業間取引であることの立証に係る負担が大きいことは、例えば、*Wisconsin Big Boy Corporation et al., v. Commissioner* 事件第7巡回控訴裁判所判決（452 F. 2d 137; 1971）からも示唆される。本事件判決では、納税者がフランチャイズ契約の下で関連会社から得ている対価は独立企業間価格ではないとして当該納税者への追加的な所得配分を行う処分が妥当であるか否かなどが問題となり、控訴裁判所は、控訴人である納税者が、より独立企業原則に合致する所得配分の立証を行っていないと判示し、税務当局が勝訴しているが、本事件判決では、「§ 482に基づく配分権限は歳入庁長官の裁量によるものであり、裁判所は、かかる配分が不合理、専断的又は確信を欠いたものであることが証明されない限り、・・・かかる配分を支持することとなる」という点も確認されている⁽⁹⁹⁾。

また、*Spice Theatre, Inc. v. Commissioner* 事件第6巡回控訴裁判所判決（346 F. 2d 704; 1965）では、納税者の営業資産を関連法人にリースする契約が結ばれ、かかる営業資産を使って多くの利益を得た関連法人では、繰延べ損失との相殺がされたことを受け、IRC § 482に基づいて納税者に追加的に所得を配分する処分が行われ、かかる処分の適法性如何が問題となり、本事件判決において、控訴裁判所は、かかる処分の適法性を認める判断を下しているが、かかる判断を下すに際しては、「裁量権の行使が専断的であるとの立証責任は納税者が負い、歳入庁長官の決定が覆るのは、それが専断的又は不合理であることを納税者が証明した場合であり、歳入庁長官による裁量権の逾越又は濫用があったか否かに係る決定は事実認定の問題であり、制限的な審査に服するにとどまる」という考え方によるべきである点が確認されている⁽¹⁰⁰⁾。

(99) 本判決の当該部分の原文は、“The power to allocate under 26 U.S.C.S § 482 is discretionary, and allocations between taxable entities under common control is to be upheld in court unless the court finds the allocation is unreasonable, arbitrary, and capricious.”である。

(100) 本事件判決の当該部分の原文は、“The burden is placed on the taxpayer to prove

(3) IRC § 482 の限界

上記の一連の判決等は、IRC § 482 との関係における税務当局側の権限の大きさと納税者側の負担の大きさを確認するものであったが、1980 年代以降、独自性の高い無形資産を利用した所得の国外移転という問題が顕在化するようになると、比較対象取引の存在に大きく依存する IRC § 482 の限界が露呈することとなった。実際、かかる限界が露呈し、その結果、税務当局が苦渋を舐めることとなった裁判例として、① R. T. French Company v. Commissioner 事件租税裁判所判決 (60 T.C. 836; 1973)、② Eli Lilly & Co v. Commissioner 事件租税裁判所判決 (84 T.C. 996, 1985) 及びその控訴審である第 7 巡回控訴裁判所判決 (856, F 2d 855; 1988)、③ D. S. Searle & Commissioner 事件租税裁判所判決 (88 T.C. 252; 1987)、④ Bausch & Lomb Inc. v. Commissioner 事件租税裁判所判決 (92 T.C. 525; 1989) 及びその控訴審判決である第 2 巡回控訴裁判所判決 (933 F. 2d 1084, 2nd Cir. 1991) 等が挙げられる。

上記①の事件では、国外法人が、原告である米国の関連法人に対し、無形財産のライセンスを付与する契約が結ばれ、原告は、長期間に亘って使用料を支払ったが、かかる契約が締結された後、原告の研究開発努力などを通じて販売利益が顕著に増加し、その結果、原告が税務上控除する使用料が相当な額になったため、税務当局は、本契約は独立企業原則に則っていないとして、IRC § 482 に基づき、原告に対して追加的な所得配分を行ったことなどが問題となったが、本事件判決では、本件契約締結時において、その後生じた事実を予知できていたならば、原告は、より有利な契約条件の下で本件契約を締結し得たであろうが、別途締結されている非関係者との同様な取引に鑑みても、本件契約締結時においては、本件契約の内容が

the determination to be arbitrary. His determination in this regard will be overturned only if shown by the taxpayer to have been arbitrary or unreasonable. A determination as to whether or not the commissioner has exceeded or abused his discretion turns upon questions of fact and is subject to limited review.”である。

第三者間取引であったと判断できる以上、税務当局の主張には根拠がないと判示されている⁽¹⁰¹⁾。

上記②の事件では、米国の親会社がアイルランドに設立した子会社にコンタクトレンズを製造する特許権や商標を使用する権利を付与し、その対価として、販売額の5%相当の使用料を受領したが、税務当局は、米国の親会社に対し、IRC § 482 に依拠して追加的に所得を配分（1981 年分として 2,359,331 ドル、1982 年分として 18,425,750 ドル）する処分を行ったことが問題となった。本事件判決において、租税裁判所は、原告である米国親会社の主張も妥当ではないものの、「相互に独立した関係にある者が、無形資産の使用によって合理的な利益を得ることの期待を排除するようなロイヤルティの支払を伴う状況の下でライセンス契約を結ぶことをしないのは明らかである」ことから、本件の歳入庁長官の IRC § 482 に基づく配分も、専断的で不合理であるとして、認められる追加的な所得配分を 1981 年分については 1,674,000 ドル、1982 年分としては 5,541,000 ドルに減額する判断を下している。

上記②の事件の控訴審判決でも、控訴裁判所は、確かに、本件の場合、無形資産のライセンス契約の期間が固定されていた R. T. French 事件（上記①の事件）の場合と異なり、無形資産のライセンス契約の期間を任意に変更することが可能であったものの、本件において、本契約が独立した関係にある者とのライセンス契約であったならば、控訴人である米国の親会社は、かかる契約を終了させて新たな契約条件の下で再契約を結んでいたであろうことは確実であるとする税務当局の主張については、十分な根拠があるとは考えられず、また、R. T. French 事件判決租税裁判所判決で示

(101) 本件では、原告が国外の関連会社に対して対価を得ることなく特許権やノウハウ等を使用させていたことも問題となり、税務当局は、IRC § 482 に基づき、原告に使用料を帰属させる処分を行い、かかる処分の妥当性は原告も認めたものの、かかる使用料の認定が原告と関連会社の共通の株主に対するみなし配当に該当し、原告の源泉徴収義務違反が生じているとの税務当局の主張については、本事件判決では首肯されなかった。

された見解(「契約締結後に生じたことによって契約当時の契約の合理性が損なわれるわけでは決していない」)は妥当であることから⁽¹⁰²⁾、原審である上記の租税裁判所判決で示された判断に問題はないと判示している。

上記③の事件では、無形資産を有する米国の親会社とプエルトリコで医薬品の製造・販売等を行う米国子会社との間で結ばれた当該無形資産の商標の使用権の付与や諸々のサービスの提供等を行う契約に従って子会社から親会社に対して支払われた対価の妥当性が問題となり、本事件判決において、租税裁判所は、「IRC § 482 の下での歳入庁長官の決定権限は、裁量の濫用がない場合には維持されなければならない。納税者は、通常よりも重い立証責任を負い、歳入庁長官の決定を裁判所に破棄してもらうために、歳入庁長官の決定が不合理、専断的又は確信を欠いたものであることを証明しなければならない」という原則を確認したものの⁽¹⁰³⁾、本判決で示された結論は、結局のところ、上記の Eli Lilly 事件租税裁判所判決と凡そ同様な趣旨のものであり、IRC § 482 に基づく歳入庁長官の配分に係る裁量に濫用が認められるとして、かかる配分の額を下方修正する判断が下されている。

上記④の事件では、米国の親会社が、プエルトリコに子会社を設立し、当該子会社の株式の取得と交換に医薬品の特許権等を譲渡するという契約が締結され、その後、当該子会社が、当該特許権を利用した事業活動により、多額の利益を稼得したことに對し、税務当局が IRC § 482 に依拠して親会社に追加的な所得を配分する処分を行ったことが問題となった。本事

(102) Bausch & Lomb 事件第 2 巡回控訴裁判所判決(上記④の事件の控訴審判決)でも引用された R.T. French 事件租税裁判所判決の当該部分の原文は、“What later transpired in no way detracted from the reasonableness of the agreement when it was made.”である。

(103) 本判決の当該部分の原文は、“The Commissioner of Internal Revenue’s determination under I.R.C § 482 must be sustained absent an abuse of discretion. The taxpayer must meet a heavier than normal burden of proof and demonstrate that the Commissioner’s determinations are arbitrary, capricious, or unreasonable in order for a court to redetermine the deficiency.”である。

件判決において、租税裁判所は、利益分割法に基づく裁判所独自の判断による親会社への追加的な所得配分を行う判断を下したが、特許権の子会社への移転が実質的には行われていないとの税務当局の主張は否定された。かかる租税裁判所の判断は、その控訴審判決でも基本的に維持されたが、本控訴審判決では、原審が示した親会社の総合研究開発の費用を子会社が一部負担すべきとの考えに基づいて親会社に追加的な所得を認定することは妥当でないと判示されており、結局、税務当局にとっては、原審よりも一段と厳しい内容のものとなっている。

(4) 所得相応性基準の意義

無形資産取引による所得の移転が疑われる上記①～④事件等に対して IRC § 482 を適用することに一定の限界があることが認識されるようになったことなどを背景として、1986 年には IRC § 482 にスーパー・ロイヤルティ条項と称される「所得相応性基準」(“commensurate with income standard”)を定めた後段(「無形資産の移転やライセンスの場合には・・・、その移転やライセンスに係る所得は、当該無形資産に帰属すべき所得に相応したものでなければならない。’)が追加されたという経緯がある⁽¹⁰⁴⁾。本基準は、1988 年に税務当局が示した告示 (Notice 88-123, A Study of Intercompany Pricing under Section 482 of the Code、「(移転価格) 白書」(“White Paper” と称される。)でも述べられている通り、無形資産が所得移転の原因となっていれば、関連者間で取引されるものである限り、それが高い利益を生む潜在性を有しているものでなくとも、適用され得るものである。

所得相応性基準を採用することについては、従来の IRC § 482 の下では、比較対象取引が存在しない場合には、取引当事者の真の課税対象所得を反映させた課税を行うという法目的を実現することができないケースがあり、

(104) 本規定の後段の原文は、“In the case of any transfer (or license) of intangible property..., the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible.” である。

このようなケースに対処するためには、移転された無形資産に起因する所得額を決定することが、IRC § 482 の適用上のスタートと位置づけられるべき重要なポイントとなり、次に、取引当事者の経済的コスト・リスクの「機能的分析」(“functional analysis”)を行い、取引当事者の相対的な経済貢献やリスクに基づいて無形資産の利用に起因する所得を配分することが合理的と考えられるという理由に基づいて正当化されており⁽¹⁰⁵⁾、本基準の下では、移転された無形資産に起因する所得の相当な変化、若しくは取引当事者が負担する経済的コスト・リスク又は経済活動の変化を反映させるために定期的な所得の再決定・再配分(「定期的調整」、「periodic adjustments”)が行われることとなる⁽¹⁰⁶⁾。

上記の「(移転価格) 白書」では、OECD が 1979 年に発表した「移転価格と多国籍企業」(“Transfer Pricing and Multinational Enterprises”)と題された報告書で示されている見解(「一連の取引における独立企業間価格を求める際、関係する者(多国籍企業)の総利益に着目することは、独立企業間価格の査定をチェックする手段として、或いはその他の方法が深刻な困難性を惹起する特定の状況の下で関係する二カ国が共通のアプローチ

(105) このような分析方法は、伝統的な独立企業原則の下でのマーケット・アプローチと対比される所得アプローチと称され、「実際に生じた利益」(“actual profit experience”)が基本的には「予想された利益」(“anticipated profits”)を示すものであるとの考えに立脚するものであるとの解釈をする向きもある。機能分析の詳細については、財務省規則 § 1.482-1(d)(3)(i) 参照。

(106) 定期的調整を定める財務省規則 § 1.482-4(f)(ii) は、「一年を超える期間をカバーするアレンジメントの下で無形資産が移転される場合、各課税年度の下で請求される対価は、当該無形資産に帰属すべき所得に相応するよう調整することができる。・・・対象となる課税年度において調整を行うか否かを決定するに際し、税務当局は、当該無形資産が使用されている期間を通して関係する事実や諸々の状況を考慮することができる。」(“If an intangible is transferred under an arrangement that covers more than one year, the consideration charged in each taxable year may be adjusted to ensure that it is commensurate with the income attributable to the intangible. . . . In determining whether to make such adjustments in the taxable year under examination, the district director may consider all relevant facts and circumstances throughout the period the intangible is used.”)と定めている。

を採用し、また、必要な情報が入手できる場合には、(グローバルな方法を批判する考え方の下でも) 有益ではないわけではない」) 等に鑑みると⁽¹⁰⁷⁾、独立企業原則の下でも、所得配分を行う上で取引当事者の利益を参照することは排除されておらず、また、独立企業間取引でも、無形資産に起因する利益の変化に応じて価格調整を行う仕組みを組み込むことが多々あるため、定期的調整も独立企業原則に合致するものであるとの解釈がされている⁽¹⁰⁸⁾。

所得相応性基準が独立企業原則に合致するものであるか、また、合致する必要があるのかなどを巡っては議論の余地がないわけではないが、1986年以降も、米国の移転価格税制は強化する方向で改正された。例えば、IRC § 482 に関する 1994 年財務省最終規則では、従来の独立企業間価格の算定方法に加えて、利益比準法 (Comparable Profits Method、CPM 法) と利益分割法 (Profit Split Method、PS 法) が追加されたほか、納税者は、IRC § 482 の適用を排除するためには、歳入庁長官の本規定に基づく決定が不合理であることを「独立企業間取引の実績値」(“arm’s length result”) を示した上で立証しなければならないところ⁽¹⁰⁹⁾、同規則 § 1.482-1(c) では、最も信頼できる独立企業間価格の算定方法を最適なものとする「最適

(107) 本報告書で示されているかかる見解の原文は、“(Its criticism of global methods) is not to say … that in seeking to arrive at the arm’s length price in a range of transactions, some regard to the total profits of the relevant (multinational enterprise) may not be helpful, as a check on the assessment of the arm’s length price or in specific bilateral situations where other methods give rise to serious difficulties and the two countries concerned are able to adopt a common approach and the necessary information can be made available.” である。

(108) IRC § 482 に関する 1994 年財務省最終規則 § 1.482-4(f)(2) では、「(移転価格) 白書」で示された見解に反し、定期的調整の適用に係るセーフ・ハーバーが設けられ、実際の所得額又は所得減少額が、関連者間の契約が結ばれた時点で見込まれる額の上下 20% 以内に収まる場合等には、定期的調整の対象外となるとされている。

(109) 「独立企業間取引の実績値」とは、財務省規則 § 1.482-1(b) では、「…非関連者が同様な状況の下で同様な取引を行った場合に生じる結果」(“…the results that would have been realized if uncontrolled taxpayers had engaged in the same transaction under the same circumstances. ”) であると定義されている。

方法ルール」(“best method rule”)が採用され、従来の算定方法間における優先順位が実質的になくなったことから、納税者の立証責任は、総じて、従来よりも更に重いものとなった。

上記の財務省規則 § 1.482-1 (c) (i) では、「関連者間取引の独立企業間取引の実績値は、諸事実・状況の下、最も信頼のできる値を提供する方法に基づいて決定されなければならない。したがって、諸方法の間に厳格な優先順位はなく、また、ある方法が他の方法よりも必然的により信頼できるということにもならない。独立企業間取引の実績値は、いかなる方法によっても決定することが可能であり、その他の方法が適用されないことの立証は必要ではない。但し、その他の方法が、後において、独立企業間取引の実績値を算定する上で、より信頼できる方法であることが証明された場合には、当該その他の方法が利用されなければならない。同様に、もし、ある単一の方法を複数回適用して整合性のない実績値が得られる場合には、独立企業間取引の実績値は、諸事実・事情の下、かかる実績値について最も信頼できる方法を提供するような適用方法の下で決定されなければならない。」と定められている⁽¹¹⁰⁾。

2. 所得相応性基準の限界

(1) Glaxo 事件租税裁判所判決

定期的調整を行うことを可能にする所得相応性基準を定める条文が IRC

(110) 原文は、“The arm’s length result of a controlled transaction must be determined under the method that, under the facts and circumstances, provides the most reliable measure of an arm’s length result. Thus, there is no strict priority of methods, and no method will invariably be considered to be more reliable than others. An arm’s length result may be determined under any method without establishing the inapplicability of another method, but if another method subsequently is shown to produce a more reliable measure of an arm’s length result, such other method must be used. Similarly, if two or more applications of a single method provide inconsistent results, the arm’s length result must be determined under the application that, under the facts and circumstances, provides the most reliable measure of an arm’s length result.” である。

§ 482 に措置された背景には、上記 1 で述べたような事実・経緯などがある。本基準が導入されたことによって、IRC § 482 に基づく配分を行う余地は広がることから、上記 1 (3) で示した一連の事件判決 (①～④) 等で裁判所によって否定された税務当局の主張の中には、本基準の下では、その妥当性が認められることとなるようなものもあると考えられるが、勿論、本基準の導入によって全ての問題が解決したわけではなかった。年々、無形資産取引が増加するという趨勢の中、税務当局をして、本基準についても、その機能強化を図る必要があるとの認識を特に強めることになったのが、Glaxosmithcline Holdings (America) Inc., v. Commissioner 事件租税裁判所判決 (T.C. Nos. 5750-04 and 6959-05、以下「Glaxo 事件判決」という。) であった。

上記事件では、英国の親会社 E が、米国の子会社 F に対し、医薬品 G 等の輸入・米国内での製造・販売を行うライセンスを付与し、その対価としてロイヤルティを得ていたが、本件取引に対する再販売価格法 (Resale Price Method) の適用を主張した子会社 F の事前確認の申請を拒否した税務当局は、医薬品 G 等の価値の大半は、英国での研究開発よりも米国でのマーケティング等に起因しており、医薬品 G 等のブランド力や価値の向上に多大な貢献をした子会社 F は、1993 年の財務省規則 § 1.482-4(f) (3) が定める「開発者・支援者ルール」(“developer-assister rule”) の下、医薬品 G 等の経済的な所有者とみなされるため、①子会社 F による医薬品の高額買入れと②多額のロイヤルティの支払は否認され、また、③みなし貸付による受取利息の計上漏れが認められるとして⁽¹¹¹⁾、本件取引に残余利益分割 (Residual Profit Split Method, RPSM) 法を適用した上で更正処分を行ったことが問題となった⁽¹¹²⁾。

(111) ③(みなし貸付による受取利息の計上漏れ)は①及び②が生じた分、米国の子会社が英国の親会社に対して貸付けを行ったとみなされ、かかる貸付けに係る受取利息の計上漏れが生じているとの認識に基づく処分である。

(112) 本件更正処分は、Glaxo の全世界利益の 80%以上を米国の子会社に配分し、また、英国の親会社のロイヤルティは 15%を上限とするものであったことから、追徴額は

確かに、当時の「開発者・支援者ルール」を定める財務省規則の下では、共同開発されている無形資産の開発者がいずれの者であるのかを判断するに際しては、その開発に係る直接・間接の費用の大半を負担しているのがいずれの者であるのか、また、その開発リスクの大半をいずれの者が負っているのかという点に重点が置かれることから、IRC § 482 との関係上、開発者となるのは、必ずしも法的な所有者とは限らないということとなり、子会社Fが相当な費用負担等を行ったのであれば、本件で問題となっている無形資産の開発者・経済的所有者は子会社Fとなり得るが⁽¹¹³⁾、子会社Fは、本件におけるマーケティングは、その他の製薬会社が行っているものと大差がなく、子会社Fが不相当な額のマーケティング費用等を注ぎ込んだことの証明を税務当局が行わない限り、「開発者・支援者ルール」の本件への適用はないとの反論を行ったため、訴訟当事者の見解は真っ向から対立し、結局、2006年、本件は和解という形で決着している⁽¹¹⁴⁾。

上記の Glaxo 事件判決で税務当局が依拠した「開発者・支援者ルール」については、法的な保護がされていない無形資産の所有権の帰属について極端な結果を招くことがあるとの批判が少なからずあったほか、その実効性

78 億ドルにも達するものであった。この点については、Glaxo Petition Contests \$7.8 Billion in Allocations, Seeks \$1 Billion Refund, Transfer Pricing, BNA Tax Management, Vol. 12, No. 23(2004) pp. 1106-1108、Andrey Nutt, Glaxo, U.S. Settle Transfer Pricing Dispute, Tax Notes International, Vol. 43, No. 12(2006)pp. 956-958 参照。

(113) 「開発者・支援者ルール」の詳細については、William E. Bonano, Transfer Pricing for Intangible Property under Section 482, International Tax Bulletin, February 1999(also at <http://www.pmtax.com/intl/bull19902.shtml> [平成 21 年 2 月 24 日]) 参照。

(114) 和解の結果、追徴額は、移転価格事案としては過去最高の 34 億ドルとなった。本事件の詳細については、Molly Moses, Uphill Battle Predicted for Glaxo on APA Discrimination Claim, Transfer Pricing, BNA Tax Management, Vol. 12, No. 24(2004)pp. 1153-1155、Lisa M. Nadal, Should Advance Pricing Agreements Be Disclosed ?, Tax Notes International, Vol. 51, No. 16(2008)pp. 873-874、望月文夫「グラクソ・スミスクライン事件の全容—IRS による史上最高額の移転価格課税事案の現状—」国際税務 Vol. 26, No. 11(2006)26～35 頁参照。

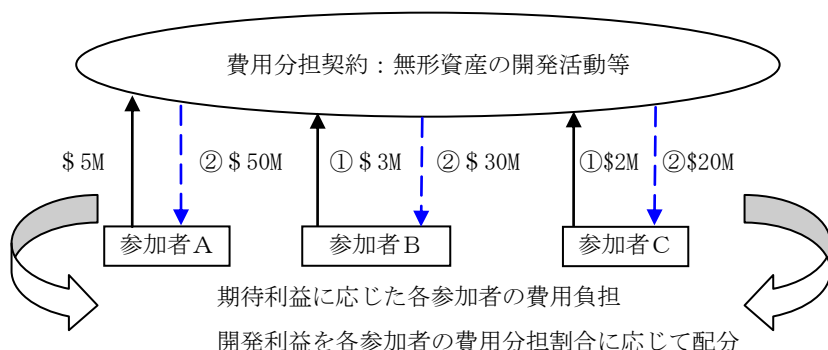
にも疑問を差し挟む余地があったことなどを背景として⁽¹¹⁵⁾、2006 年の財務省臨時規則 § 1.482-4T(F)(3)(i)(A) では、本ルールが捨象され、法的な保護がされていない無形資産の所有権を決定する唯一の要素は、当事者が無形資産に対して有する支配力であるとされた。このような財務省規則の改正は、所得相応性基準の機能を支える方向に作用し得ると考えられるが、かかる規則改正も、複数の関連者が結んでいる無形資産の共同開発費用の分担契約との関係で IRC § 482 が包含している問題点・限界に対しては、必ずしも十分な対応を可能にするものではなかった。

費用分担契約が、IRC § 482 との関係上、看過できない難しい問題となり得るのは、次の図 7 のように、費用分担契約の下では、(イ) 関連者が負担し合うのは、利益や所得ではなく費用やリスクであることから、ライセンス契約の下で生じるロイヤルティ取引による所得に係る源泉徴収税を回避することができる、(ロ) 実績値ではなく予想値に基づいて費用分担が行われることから、研究開発の結果として高い価値の無形資産が生じても、所得の配分を行う所得相応性基準の定期的調整の対象とならない可能性があるからである。実際、米国では、多国籍企業が無形資産の研究開発に係る費用をグループ間で分担し、研究開発後、予想値以上の大きな利益が発生し、ファイナンス機能しか果たしていないような低税率国の関連会社にも、費用分担契約で定められた割合に応じた利益が付与されるという問題（“cash box” 問題と称されている。）が少なからず認められる。

(115) この点の詳細については、Steven C. Wrappe, Brian P. Trauman, Mayer Brown, The New Services Regulations: Are We There Yet ? (http://www.bnatax.com/tm/tmm0207_wrappe.rtf [平成 21 年 10 月 2 日]) 参照。

(図 7)

費用分担契約の例



実際、上記のような特徴・機能を有する費用分担契約が不当に利用されているとの問題を指摘する者は少なくない。例えば、実際には共同開発していないのにコストを分担するだけで無形資産の共同開発者であるライセンサーとなってロイヤリティを支払うことなく超過利益を受け取ることが可能となるのは問題であるとの指摘や、多くの多国籍企業では、過去からの事業や研究開発の蓄積である既存の無形資産が収益に貢献していることから、低税率国の関連会社をライセンサーにする場合、当該研究開発費用だけでなく、既存の無形資産についても、正確に価値を算定した上で対応の対価を清算すること（「外部貢献」（“external contributions”）に対するバイ・イン（“buy-in”）支払）が必要であるが、バイ・イン支払額がかなり過少なものとなっているとの問題）があるとの指摘などが見受けられる⁽¹¹⁶⁾。

確かに、例えば、ある製品を開発する費用分担契約を締結する際、一人の参加者が既存の無形資産を提供し、その他の参加者が、当該資産に対す

(116) これらの指摘については、三村琢磨「コスト・シェアリングに対する米国の規制強化」(<http://www.cosmos-international.co.jp/library/index07-5.html>) [平成 21 年 23 日] 参照。

る一部の所有権の購入・バイ・イン支払を行い、当該購入割合の範囲内で当該商品の製造・販売を行う限りにおいては、ロイヤルティの支払いの必要性はないが、提供される無形資産が未だ開発途上である場合には、その評価を適切に行うことは困難であるという問題がある中、評価額は比較的低く設定され、バイ・イン支払額も低いものとなるのが通例であるが、開発が完了した無形資産の商業上の価値が結果的に大きいものとなると、既存の無形資産を「外部貢献」した参加者が米国の法人であれば、バイ・イン支払を行った参加者の国に所得の移転が行われることとなる。米国では、このような費用分担契約を通じて所得の移転を大々的に行っているのが医薬品やソフトウェアを扱っている企業であることは衆目が一致するところとなっている⁽¹¹⁷⁾。

(2) 費用分担契約への対応措置

上記のような特徴・問題点を有している費用分担契約と IRC § 482 との関係の歴史を紐解くと、そもそも、費用分担契約に対する一定の対応措置が講じられたのは、1968 年に措置された財務省規則 § 1482-2 (d) (4) であることを確認することができる。本規則が措置された当時は、移転価格を通じた国外への所得移転を防止するという観点から費用分担契約に厳しい縛りを掛けることの必要性に対する認識は、それほど高いものではなく、また、所得相応性基準も未だ導入されていなかったことなどから、本規則では、「真正な費用分担契約」(“bona fide cost sharing arrangement”) という考え方・定義が示され、かかる定義に合致する費用分担契約については、独立企業間取引ベースに合致するものである限りにおいて、IRC § 482 の適用対象外とするという指針が示されていたにすぎなかった。

具体的には、「真正な費用分担契約とは、被支配関係にある事業体から構成されるグループの複数のメンバーが、書面によって、生産される無形資産への特定の持分を有することとなる代わりに無形資産を開発するコスト

(117) これらの点については、Lee A. Sheppard, Repatriation Aid for the Financial Crisis, Tax Notes, Vol.122, No.1 (2009)pp.12-13 参照。

とリスクを分担することを定める契約である。ある契約が真正な費用分担契約に該当するためには、当該契約は、当該契約に参加する者が第三者間取引ベースの下での全ての開発コストやリスクを各々で分担するという努力を誠実に反映しているものでなければならない。コストやリスクの分担が第三者取引ベースであると考えられるためには、非関連者が、同様な契約に参加していた場合に採用されていたものに比較し得る条件を具備していることが必要である。」と上記規則では定められており⁽¹¹⁸⁾、また、本規則で示されている「真正な費用分担契約」と IRC § 482 との基本的な関係は、1986 年の所得相応性基準の導入によって変化を受けるものではないと解釈が示されていた⁽¹¹⁹⁾。

しかし、1986 年の「(移転価格) 白書」で示された方向性に則り、1996 年には、「真正な費用分担契約」を定める上記の 1968 年財務省規則 § 1.482-2 (d) (4) を実質的に廃止する形で財務省規則 § 1.482-7 が措置されたことにより、IRC § 482 と費用分担契約との基本的な関係に変化が生じることとなった。費用分担契約の定義を示した財務省規則 § 1.482-7 (a) (1) では、費用分担契約とは、「契約の当事者が、当該契約の下で付与される無形資産に対する持分の個々の利用から合理的に予想できる各自の便益に比例して一つ又はそれ以上の無形資産の開発コストを分担することに同意して

(118) 本規則の原文は、“A bona fide cost sharing agreement is an agreement... providing for the sharing of the costs and risks of developing intangible property in return for a specified interest in the intangible property that may be produced. In order for the arrangement for to qualify as a bona fide arrangement, it must reflect an effort in good faith by the participating members to bear their respective shares of all the costs and risks of development on an arm’s length basis. In order for the sharing of costs and risks to be considered on an arm’s length basis, the terms and conditions must be comparable to those which would have been adopted by unrelated parties similarly situated had they entered into such an arrangement.” である。

(119) この点については、財務省・歳入庁 2000 年 3 月 17 日発表資料 (Number:200011021) (<http://www.irs.ustrea.gov/pub/irs-wd/0011021.pdf> [平成 21 年 2 月 25 日]) 参照。

いる契約である。」と定められており⁽¹²⁰⁾、また、財務省規則 § 1.482-7 (b)が定める「適格費用分担契約」(“qualified cost sharing arrangement”)に該当する契約で財務省規則 § 1.482-7 (c)が定める参加者要件をクリアしているものに限り、原則として、IRC § 482 の対象外となるという指針が示されている。

上記の財務省規則 § 1.482-7 (b)によると、「適格費用分担契約」とは、①複数の参加者を含み、②各参加者の予測便益を反映すると合理的に期待できる要素に基づいて各参加者の無形資産開発費用負担割合を計算する方法を提供することを定め、③経済情勢、各参加者の事業活動や慣行、契約の下で進行する無形資産の開発における変化に応じて参加者の無形資産の開発費用の分担割合の調整を行うことを定め、④契約の参加者、無形資産に対する参加者の持分、契約期間、契約が修正されることとなる前提条件等を記した同時文書が存在するなどの属性を具備したものであり、また、財務省規則 § 1.482-7 (c)が定める参加者要件とは、契約上の無形資産の利用から利益を得ることを合理的に期待でき、なおかつ、費用分担契約に係る会計・執行上の要件を遵守する者であるとされている。

財務省規則 § 1.482-7 (c)が参加者要件として定める上記の執行上の要件とは、具体的には、適格費用分担契約の参加者に対し、文書化義務と報告義務を課するものであり、適格費用分担契約の参加者は、文書化要件を定める財務省規則 § 1.482-7 (j) (2)の下、税務当局が要請する文書を30日以内に提出することが義務づけられており、また、報告要件を定める財務省規則 § 1.482-7 (j) (3)の下、税務申告書に適格費用分担契約の参加者であることの事実やその他の参加者のリストを示した資料を添付することが義務づけられている。また、かかる執行上の要件の遵守は、会計上の要

(120) 本規定の原文は、“An agreement under which the parties agree to share the costs of development of one or more intangibles in proportion to their shares of reasonably anticipated benefits from their individual exploitation of the interests in the intangibles assigned to them under the arrangement.”である。

件の遵守の場合と同様に、「相当なコンプライアンス」(“substantial compliance”) レベルであることが求められていることから、これらの義務を適時に履行しない参加者については、適格費用分担契約上の取扱いを受けることができなくなると解されている⁽¹²¹⁾。

上記で述べた適格費用分担契約の属性を具備し、また、上記の参加者要件をクリアーする場合でも、財務省規則 § 1.482-7 (f) (3) (iv) (B) が定めている通り、各参加者の適格費用分担契約の下で開発対象とされている無形資産のコストの按分割合が、各参加者のかかる無形資産に帰属すべきであると合理的に予想される利益に対する持分との乖離が生じ、かかる乖離が 20% を超えることとなれば、合理的に予想される利益の算定上最も信頼できるものとして参加者が依拠している方法は、信頼できないものとされ、税務当局は、かかる乖離を生める形で費用の再配分を行うことができるが、本規則は、かかる乖離が 20% を超えない場合であっても、合理的に予想される利益の算定上最も信頼できるものとして参加者が依拠している方法よりも信頼できる方法があると税務当局が断定する場合には、税務当局による費用再配分の権限を制限するものではないとされている。

費用分担契約に対しては上記のような形で財務省規則が改正・整備されたが、近年、国外への所得移転の手段として活用されていると考えられるものも少なくないとの認識が強まる中、幾つかのケースに対しては、財務省規則 § 1.482-1 (a) (2) (「配分権限」) や費用分担契約の下での費用の定義を定める財務省規則 § 1.482-7 (d) 等に基づいて、関連者間の費用・所得を再配分するという更正処分が行われている⁽¹²²⁾。かかる処分の妥当性如何が争われた代表的な裁判例として、Xilinx Inc. and Subsidiaries v.

(121) かかる解釈及び財務省規則上の費用分担契約の取扱いの変遷の詳細については、前掲・財務省・歳入庁 2000 年 3 月 17 日発表資料参照。

(122) 本規定は、「被支配納税者が真の課税対象所得を申告していない場合には、税務当局は、被支配グループの構成員間において配分を行うことができる。」(“The district director may make allocations between or among the members of a controlled group if a controlled taxpayer has not reported its true taxable income.”) と定めている。

Commissioner of Internal Revenue 事件租税裁判所判決 (125 T.C. No. 4, Docket Nos. 4142-01, 702-03, filed August 30, 2005) が挙げられるが⁽¹²³⁾、本裁判の結果は、以下の3で述べる通り、所得相応性基準の導入等によって強化された IRC § 482 であっても、費用分担契約との関係においては、少なからぬ限界があることを示唆するものとなっている。

3. 新たな対応措置と費用分担契約を巡る裁判例

(1) Xilinx 事件租税裁判所判決

上記の Xilinx 事件租税裁判所判決では、コンピューターの製造業者である米国の親会社Aが、アイルランドの子会社Bで研究開発を行っている要員に対し、報酬の一部として付与しているストック・オプションの権利の行使に係る費用については、損金算入していたところ、税務当局は、財務省規則 § 1.482-7 (d) に基づき、かかる費用については、共同開発が行われている無形資産の開発に寄与している研究開発サービスの対価であると考えられることから、ストック・オプションのスプレッド(オプション権利の行使時の市場価格が権利行使価格を超過する分)又は当該「権利付与時点での価値」(“grant date value”)を親会社Aと子会社Bが締結している費用分担契約の下、按分対象となるコストに含めるべきであるとする更正処分を行ったことから、かかる処分の合法性如何が問題となった。

また、税務当局は、財務省規則 § 1.482-1 (b) (1) は、「被支配取引が第三者取引基準に合致するのは、当該取引の結果が、被支配納税者が同様な状況の下で同様な取引を行った場合に生じる結果と合致する場合である。しかしながら、同様な取引が殆ど存在していない場合には、取引が第三者

(123) これらの判決以外で費用分担契約と移転価格の関係が問題となったケースとして、税務当局と納税者との和解が 2006 年 9 月 28 日に成立した Adaptec, Inc. v. Commissioner 事件租税裁判所判決 (Docket No. 100700, 3480-01) 等がある。本事件の概要については、Transfer Pricing Insider, Vol. 2, No. 2, August 2008 (http://www.onesource.thomsonreuters.com/pdf/transferpricing/newsletter/t_r_MCK.pdf [平成 21 年 2 月 24 日]) 参照。

取引という結果を生じさせるか否かについては、比較可能な状況の下で比較可能な取引を参照して一般的に決定される・・・。」と定めているところ⁽¹²⁴⁾、本規定の「一般的に」という文言が意味するのは、一般的な原則の例外となるものが存在するということであり、適格費用分担契約は、かかる例外に該当するものであることから、適格分担契約の下での費用やその分担に係る調整のあり方については、第三者取引と関係なく決定することができる、また、所得相応性基準は、その導入経緯等からも示唆される通り、独立企業原則に代替するものであるとの主張を行っている。

しかし、本事件判決において、租税裁判所は、所得相応性基準は、第三者取引基準を補完するものであって、代替するものではなく、また、税務当局の上記の主張を裏付ける証拠も提出されていないという問題があるほか、第三者間取引の下では、非関連者が、スプレッドや権利付与時の価値を費用分担契約に含めないことは、専門家が、現実の世界では、ストック・オプションに係るスプレッドや権利付与時の価値を予想し難く、しかも、これらとオプションを付与される者が行う研究開発機能の価値との関係は希薄であることから、「非関連者間の共同開発契約では、研究開発サービスに従事する被用者に付与されるストック・オプションに対して対価を支払うということに同意することはしないというのが通例である」と証言していることから確認し得るところであり、税務当局の主張は支持し得ないものであると判示し、納税者が勝訴している。

(2) 2009 年財務省臨時規則と Xilinx 事件控訴裁判所判決

上記の通り、費用分担契約に関する 1996 年財務省規則が示された後でも、費用分担契約を利用した所得移転の例が少なからず認められた。このよう

(124) 本規定の当該部分の原文は、“...A controlled transaction meets the arm's length standard if the results of the transaction are consistent with the results that would have been realized if uncontrolled taxpayers had engaged in the same transaction under the same circumstances. However, because identical transactions can rarely be located, whether a transaction produces an arm's length result generally will be determined by reference to the results of comparable transactions under comparable circumstances.”である。

な状況の中、税務当局は、1996 年財務省規則で示されたアプローチでは、費用分担契約への十分な対応ができないとの認識を強めるようになり、2005 年財務省規則案（REG-144615-05, 70 Fed. Reg. 51116）では、「投資家モデル」（“investor model”）という新たなアプローチに立脚する規制強化案が示され、さらに、本案に若干の修正を加えたものが 2009 年財務省臨時規則 § 1.482-7T で採用されている⁽¹²⁵⁾。1996 年財務省規則は、費用分担契約の下では、参加者は、無形資産の研究・開発費用の分担割合に応じたリターンを得ることができるという前提に立脚するものであったが、「投資家モデル」の下では、ノン・ルーティンの貢献を行わない参加者については、多くのリターンを得ることが認められないこととなる。

例えば、2009 年財務省臨時規則 § 1.482-7T が定める「投資家モデル」の下では、費用分担契約の参加者の役割には、①研究・開発費用分担行為と、②実際に事業リスクを負って研究・開発を行い、事業収益の源泉となる無形資産を生み出す貢献活動（バイ・インの支払を受ける「基盤となる貢献」（“platform contributions”）であるが、既存の無形資産の提供だけでなく、研究開発要員や営業権を提供するなどの貢献活動も含む。）があるが、①の行為は、単なる金融的投資にすぎず、金融投資リスクしか負っていないことから、そのリターンも、妥当な率を適用して総投資価値を割り引いたものに基づいて算出される額（資本収益率相当）にとどまるのに対し⁽¹²⁶⁾、②の行為は、相応の事業リスクを負担するものであることから、その結果として生じた残余利益・超過利益を含む事業利益は、かかる行為に帰属す

(125) 主な違いは、2005 年財務省規則案では、リスク負担割合が異なる者でも、同じリターンを得るという考え方が採用されていたのに対し、2009 年財務省臨時規則では、各参加者はリスクに応じたリターンを得るという考え方が採用されているという点である。

(126) 2005 年財務省規則案では、かかる算出を行う上で妥当な割引率としては、同様な研究開発活動を行う公開企業の加重平均資本コスト等が参考となるとされていたが、2009 年財務省臨時規則では、依拠し得る割引率をそれほど限定しないという指針が示されている。

ることとなる⁽¹²⁷⁾。

また、2009 年財務省臨時規則 § 1.482-7 T の下では、上記の 2005 年財務省規則案で示された「投資家モデル」の下での残余利益分割法の適用範囲に関する指針が踏襲され、納税者が費用分担契約の場合に多用している残余利益分割法に基づく取引の正当化が可能なケースを、複数の参加者がノン・ルーテンの資源を貢献している場合に限定し、それ以外の場合には、所得方法又は修正残余利益分割法を適用するとされているが、定期的調整を更に厳格化するという方針の下、調整の対象となる投資の現在価値に対する実際の利益率の範囲については、2005 年財務省規則案の下では、0.5～2.0 の範囲（すなわち、実際の利益が予想利益の半分以上若しくは 2 倍以上）に納まらない場合であったのが、2009 年財務省臨時規則の下では、更に狭められ、0.667～1.5 の範囲に納まらない場合（財務省規則 § 1.482-7 T (k) で定められた文書化義務の不履行が相当程度である場合には 0.8～1.25 の範囲）とされている。

費用負担契約を利用した所得移転に対する牽制効果を発揮すると考えられる 2009 年財務省臨時規則 § 1.482-7 T が措置されたということは⁽¹²⁸⁾、領土主義課税方式への移行が惹起する問題への対応が進展したということでもあるため、本方式への移行という選択肢の導入のハードルの高さも低下する可能性があるが、本規則が独立企業原則や所得相応性基準に合致するものであるか否かを巡っては議論があり⁽¹²⁹⁾、もし、独立企業原則や所

(127) 財務省臨時規則 § 1.482-7 T が定める「投資家モデル」のポイントについては、KPMG-Determining Taxable Income in Connection with a Cost Sharing Arrangement (<http://www.kpmg.com/.../Determining-taxable-income.aspx> [平成 21 年 10 月 20 日])、「米国がコストシェアリングに関する暫定規則(案)を発表」(<http://www.cosmos-international.co.jp/news09-1-13.html> [平成 21 年 10 月 20 日])参照。

(128) 実際、財務省臨時規則 § 1.482-7 T が措置されたことにより、定期的調整の適用を回避するためにも、事前確認制度を利用するのが安全であるという見方が強まってきている。

(129) 例えば、主要な企業の役員等の多くが会員となっているタックス・エクザキュティブ・インスティテュートが 2005 年に発表した報告書では、「投資家モデル」を示し

得相応性基準に合致しないものであるということになれば、前述の Xilinx 事件租税裁判所判決からも示唆される通り、裁判所の支持を得ないこととなり得るが、本判決は、その控訴審である第 9 巡回控訴裁判所 2009 年 5 月 27 日判決 (Nos. 06-74246, 06-74269, Doc 2009-11943, 2009 WTD 100-26) で破棄され、しかも、本控訴審判決では、独立企業原則と所得相応性基準との関係について注目すべき見解が示されている。

上記の Xilinx 事件控訴裁判所判決では、その原審である租税裁判所判決で受け入れられた非関連者間の費用分担契約におけるストック・オプションの取扱いに係る証言については、その妥当性を認めながらも、さりとて、ストック・オプションに係るコストを費用分担契約に含めなくて良いということにはならない、なぜならば、財務省規則 § 1.482-1(a)(1) が、「・・・IRC § 482 の目的は、納税者が得る所得が関連者間取引に帰属すべきものを明確に反映し、かかる取引に関して税負担の回避が行われないように担保することである」と定めていることから明らかな通り⁽¹³⁰⁾、独立企業間取引の実績値を達成すること自体が IRC § 482 の目的ではない。むしろ、その目的は、関連者間取引に帰属すべき課税所得を正確に反映させることによって脱税を防止することであるとの解釈が示されている⁽¹³¹⁾。

また、控訴裁判所は、無形資産の開発コストとして費用分担契約における関連者が分担すべき費用とは、「減価償却費以外のものであつて財務省規則 § 1.482-5(d)(3) が定めるような・・・経常費用などから構成されると

た 2005 年財務省規則案も、独立企業原則や所得相応性基準に抵触するものであるとの見解が示されている。

(130) 本規定の当該部分の原文は、“...the purpose of Section 482 is to ensure that taxpayers clearly reflect income attributable to controlled transactions and to prevent the avoidance of taxes with respect to such transactions.” である。

(131) かかる解釈が妥当であることは、IRC § 482 は独立企業原則よりも前に創設されたものであること、また、費用分担契約に適用されるべきスーパー・ロイヤルティ条項は独立企業原則に立脚するものではないことなどからも示唆されるとの意見がある。かかる意見については、Reuven S. Avi-Yonah, *Xilinx and the Arm's Length Standard*, Tax Notes International. Vol. 54, No. 10 (2009) p. 862 参照。

ころの・・・無形資産の開発分野に関係して・・・生じる全てのコスト」であると定義する財務省規則 § 1.482-7(d)(1) と⁽¹³²⁾、独立企業原則の遵守を規定する財務省規則 § 1.482-1(b)(1) を統一的に解釈することはできないとの見解の下、統一的な解釈ができない場合には、明確に異なった定めがない限りにおいては特定の規定が一般の規定によって無効・支配されるということはないという「法解釈の基本原則」(“elementary tenet of statutory interpretation”)に基づき、特定の規則として位置づけられる前者が支配することとなるとして、本件のストック・オプションを費用分担契約に含めないのは妥当ではないと判示している。

上記の Xilinx 事件控訴裁判所判決については賛否両論あるが⁽¹³³⁾、例えば、独立企業原則に固執することや独立企業原則が修復不可能であることを示唆する本判決を踏まえると、米国の移転価格税制は見直すべきであり、また、見直しの時期が熟していることは、①移転価格税制の改革を行わない限り、課税の繰延べや領土主義課税方式を巡る最近の議論を終結させることは困難であること、②伝統的に独立企業原則の信奉者である EU でも、「共通の統合法人課税ベース」(Common Consolidated Corporate Tax Base, CCCTB) プロジェクトの一環として、「一定方式に基づく配分」(“formulary apportionment”) アプローチの採用に向けた動きがあること、③OECD も、

(132) 財務省規則 § 1.482-7(d)(1) の当該部分の原文は、“all of the costs incurred ... related to the intangible development area ... (which) consist of the following items: operating expenses as defined in ... § 1.482-5(d)(3), other than depreciation or amortization expense.” であり、財務省規則 § 1.482-5(d)(3) は、「経常費用とは、利子費用…などを除き、商品販売コストに含まれない全ての費用」と定義している。

(133) 本控訴審判決でも、ヌーナン(John T. Noonan)裁判官が、法律解釈の原理とは裁判官が法律の趣旨を決定するのを手助けする指針であるが、複雑かつ様々であり、絶対的なルールがあるわけではなく、かかる指針も法の趣旨を明示するその他の諸条件によって克服され得るものであることから、この点を踏まえた解釈をすると、独立企業原則が当時の財務省規則 § 1.482-7 によって覆されるとするならば、IRC § 482 の趣旨は埋没してしまうという趣旨の反対意見を述べている。かかる反対意見と同様な考え方については、Glen Kohl, Clear Reflections on How the Ninth Circuit Got Xilinx Wrong, Tax Notes International, Vol. 55, No. 6(2009)pp. 451-456 参照。

利益分割法を伝統的な独立企業間価格の算定方法と同位のものと位置づけようとする動きを見せ、また、利益分割の文脈で一定方式に基づく配分を行うことに柔軟なスタンスを示すようになってきていることから示唆されるとの意見もある⁽¹³⁴⁾。

第4節 領土主義課税方式への移行論の現状

1. ランゲル法案とレビン法案の特徴と位置づけ

上記の通り、米国では、近年、IRC § 482 が有する限界を克服せんとする動きが少なからず認められる。もっとも、かかる動きは、領土主義課税方式への移行に向けた体制整備を直接の目的としたものではなく、むしろ、潜在的な税収と実際の税収との乖離幅を示すタックス・ギャップが拡大していることなどを背景として、米国の税収・課税権の確保という要請を優先させるべきであるとの認識の高まりを反映したものである。このような認識の高まりは、最近、特に有力視されている国際課税制度改革案であるランゲル(Charles B. Rangel) 下院歳入委員会(House Ways and Means Committee) 議長が提唱している「2007 年減税及び改革法」(Tax Reduction and Reform Act of 2007, H.R. 3970) 案や、レビン(Carl Levin) 議員、コールマン(Norm Coleman) 議員及びオバマ(Barack Obama) 議員が2007年に上院に提出した「タックス・ヘイブン乱用防止法」(“Stop Tax Haven Abuse Act”) 案などにも色濃く表れている⁽¹³⁵⁾。

(134) かかる意見については、Avi-Yonah, *supra* “Xilinx and the Arm’s Length Standard” p. 865 参照。サリバンも、法人税率の引下げ、移転価格の執行強化、国外に留保されている利益に対する課税の強化、APA プログラムの見直し、移転価格ルール of 再検討(州レベルで採用されており、また、欧州委員会でも検討されているフォーミュラー・アポーション方式の採用も一つの有力な選択肢)等が必要であると述べている。この点については、Sullivan, *supra* “Extraordinary Profitability in Low Tax Countries” p. 726 参照。

(135) タックスヘイブンを利用した取引への対応策の強化を盛り込んだその他の主な法案として、上院のパウカス(Max Baucus) 財政委員会議長が唱えているものがある。本法案の詳細については、Martin A. Sullivan, *Proposals to Fight Offshore Tax*

上記の「2007 年減税及び改革法」案では、法人税率を 35%から 30.5%に引き下げる一方、①CFC 所得に関する費用の米国での控除については、関係する所得の米国への還流が行われるまで認めない、②外国税額控除の適用基準を厳格化する、③輸出促進目的のために認められている DISC の所得の認識の時期に係る優遇措置を廃止する、④一定の株式保有関係にある関連会社間の配当に係る二重課税の調整割合の引き下げる、⑤米国企業が国外関連企業に支払う利払いの控除に制限を加える、⑥経済的実質主義の立法化（適用基準を厳格化し、また経済的実質を欠く取引の開示義務が履行されていない場合には 40%の税率のペナルティを課する。）などの措置を含んだものとなっており、本案が実現すれば、10 年間で 1300 億ドルの税収増が可能となると試算されている⁽¹³⁶⁾。

これに対し、上記の「タックス・ヘイブン乱用防止法」案は⁽¹³⁷⁾、①34 カ国のオフショア秘密地域（offshore secrecy jurisdictions）が関係している税務申告に係る更正期間の延長とジョン・ドエ・サモンズの強化⁽¹³⁸⁾、②米国民のために直接又は間接にオフショア秘密地域に金融口座等の開設を行う金融機関に対する報告義務と報告義務違反への罰則の創設、③主要な株主等が負う米国証券取引委員会に対する報告義務の意図的な不履行に対する罰則の強化、④「濫用的なタックス・シェルター」（“abusive tax shelter”）を

Evasion, Part 2, Tax Notes International, Vol. 54, No. 5(2009)pp. 353-356 参照。

(136) 経済的実質主義の立法化を巡る議論については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』59～71 頁参照。本法案と 2003 年に上院を通過した「三股テスト」と称される立法化案（Senate Report 108-192-JOBS ACT、上記拙書 64～65 頁参照）との違いは、本法案では、適用基準の一つ（問題となる取引が取引の事業目的を実現するために合理的な手段であること）が落とされているという点である。

(137) 本案の詳細については、Martin A. Sullivan, Proposals to Fight Offshore Tax Evasion, Part 3, Tax Notes, Vol. 123, No. 5(2009)pp. 516-520、Summary of Levin-Coleman-Obama Stop Tax Haven Abuse Act, <http://www.levin.senate.gov/newsroom/release.cfm?id=269516>（[平成 21 年 4 月 14 日]）参照。

(138) ジョン・ドエ・サモンズの意義・機能等については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』104 頁参照。

勧奨する又は意図的に納税額の過少申告を扇動する行為に対する罰則の強化⁽¹³⁹⁾、⑤オフショア秘密地域が関係する取引に係る法的意見に基づくペナルティの適用免除の権利・主張の制限⁽¹⁴⁰⁾、⑥税負担軽減額に応じてプロモーターの報酬額が決定される契約の禁止⁽¹⁴¹⁾、⑦経済的実質を欠く取引に起因する過少申告に対するペナルティの強化と経済的実質主義の立法化などの措置を含んだものとなっている。

上記の二つの法案は、現行制度の弱点を補うために、諸々の措置を手当てせんとするものであるが、とりわけ、タックス・ヘイブンを利用した取引に対する牽制を行う必要があるとの問題意識を強く反映したものとなっている。このような問題意識が特に強まった背景には、最近、上記法案においてオフショア秘密地域にも指定されているスイスに存する金融機関が米国の納税者の税務当局への報告義務の回避に手を貸したことが問題となった UBS 事件のほか⁽¹⁴²⁾、タックス・ヘイブンを利用した脱税や租税回避行為（とりわけ、株式のスワップ取引や貸付取引スキーム等を利用してオフショアに存する事業体が保有する米国株式の配当に係る米国での源泉税の支払いを回避するなどの行為）が問題視されるようになったという事実があるが⁽¹⁴³⁾、かかる問題意識を反映させたこれらの措置は、米国の多国籍企業の国外活動の維持・拡大に係るコストを増加させることとなると想定されることから、少なからぬ

(139) これらの罰則を定める内国歳入法 § 6700 及び § 6701 の詳細については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』79・95 頁参照。

(140) 法的意見に基づくペナルティの適用免除の権利・主張の問題については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』93 頁参照。

(141) このような「成功報酬契約」の問題点については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』73～74 頁参照。

(142) UBS 事件の概要については、Randell Jackson, Former UBS Indicted in Tax Evasion Case, Tax Notes, Vol. 119, No. 7 (2008) pp. 1341～1346、Lee Sheppard, How do U.S. Holder of Swiss Accounts Come Clean? Part 2, Tax Notes, Vol. 121, No. 12 (2008) pp. 1341～1346 参照。

(143) 例えば、これらの租税回避行為は 2008 年 9 月に発表された上院の常設調査小委員会 (Permanent Subcommittee on Investigations) の報告書 (“Dividend Tax Abuse: How Offshore Entities Dodge Taxes on U.S. Stock Dividends”, at <http://www.levin.senate.gov/newsroom/supporting/2008/091108DividendTaxAbuse.pdf> [平成 21 年 4 月 25 日]) でも問題視されている。

批判の対象となっているのも事実である⁽¹⁴⁴⁾、

2. オバマ案と国際課税制度改革の行方

上記の通り、最近では、多国籍企業の国際競争力の強化を主眼とする領土主義課税方式への移行案とは対照的であるランゲル法案やレビン法案が国際課税制度改革の選択肢として有力視されるようになっており、このような税制改革を巡る最近の議論の趨勢・動きが、領土主義課税方式の採用を提言する案を税制改革の議論のテーブルから落とすこととなったとの指摘もされている⁽¹⁴⁵⁾。確かに、2009年1月に就任したオバマ大統領も、ランゲル法案やレビン法案が立脚している問題意識を共有しており、2009年5月に示した改革案（以下、「オバマ案」という。）には、経済的実質主義を立法化する措置などのほか⁽¹⁴⁶⁾、国際課税に係るループ・ホールを塞ぐ制度改革や国際課税の執行強化を特に重視するとの意向の下⁽¹⁴⁷⁾、①チェック・ザ・ボックス（Check-the-box）制度の廃止、②国外所得に配分する費用の控除の制限、③

(144) ランゲル法案に向けられている代表的な反対意見については、Marc J. Gerson and Rocco V. Femia, Rangel Bill Proposes Sweeping Changes to Taxation of U.S.-Based Multinationals, *International Tax Journal* March-April 2008(also at <http://www.millerchevalier.com/article/gersonandfemiamarchapril2008itj/33k> [平成21年4月15日])参照。

(145) 例えば、2007年12月に財務省が示した「21世紀の米国法人税制度の競争力を向上させるためのアプローチ」（“Approache to Improve the Competitiveness of the U.S. Business Tax System for the 21st Century”）と題された報告書にもランゲル法案の影響が強く認められ、税負担（特にロイヤリティに対する税負担）の増加に繋がる改革の選択肢は、政治的に受け入れられないという現状の下では、本報告書も、領土主義課税方式の採用という選択肢が税制改正の議論のテーブルから落ちていることを明らかにするものであるとの指摘もあった。詳細については、拙稿・前掲「米国租税制度改革の選択肢と方向性」202～203頁参照。

(146) 経済的実質主義の立法化案の制度設計は、ランゲル法案で採用されているものと基本的に同様であり、9年間で47億ドルの税収増を実現すると試算されている。

(147) オバマ大統領は、米国企業の競争力の維持は、タックス・ヘイブンに雇用や利益を移転させることを促進することとなる措置や、かかる雇用や利益の移転による責任回避の付けを一般の米国市民が払うこととなる措置によって実現するのは妥当ではないと繰り返し述べていた。この点については、Reuven S. Avi-Yonah, *Obama's International Tax Plan A Major Step Forward*, *Tax Notes International*, Vol. 54, No. 6(2009)pp. 450-451 参照。

外国税額控除枠の利用の制限、④国際課税に従事する税務職員の大幅な増員、⑤国境を跨ぐ所得に係る源泉徴収の厳格化などに代表される国際課税に係る措置が含まれている⁽¹⁴⁸⁾。

また、上記①～⑤の措置ほど大規模な税収増をもたらすものではないが、上記のオバマ案には、米国の過少資本税制に相当する「利益剥しルール」(“earnings stripping rule”)を定める IRC § 163(j)を改正する措置も含まれている。本改正措置では、インバージョン取引を通じて取得された米国人(IRC § 7874 が定義する “expatriated entity”)が関連者に支払う利子については、セーフ・ハーバー(負債・資本比率が 1.5 : 1 以内)が廃止されるほか、否認対象額の判断上問題となる「超過利子費用」(“excess interest expense”)の算定基準(純利子費用が「調整後課税対象所得」(“adjusted taxable income”)の 50%と「繰越控除枠」(“excess limitation carried forward”)の合計を超える限度で否認対象となる基準)についても、純利子費用が調整後課税対象所得の 25%の額を越える限度で否認対象となるという基準に変更することとされている⁽¹⁴⁹⁾。さらには、控除が否認された利子の繰り越しは 10 年間に制限されるほか、控除枠の繰越しは認めないこととするとされている。

また、移転価格税制についても、無形資産取引との関係において、その機能の強化を意図した改正案が示されている。具体的には、IRC § 482 の対象となる無形資産取引の範囲やその評価方法が必ずしも明確ではない場合がある

(148) オバマ案の詳細については、The General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2010 Revenue Proposals (<http://www.treas.gov/offices/tax-policy/library/grnbk09.pdf> [平成 21 年 6 月 30 日]) 参照。国際課税に係る一連の改革によって、9 年間で 2,100 億ドルの税収増が実現すると試算されている。

(149) IRC § 163(j) (2) (B) (i) は、「超過利子費用」とは、「法人のネットの利子費用が法人の調整後の課税対象所得の 50%と繰越制限限度超過額の合計を超える部分」(“(I) the corporation's net interest expense, over (II) the sum of 50% of the adjusted taxable income of the corporation plus any excess limitation carryforward…”)と定めており、「調整後課税対象所得」とは、EBITDA(「利子や税の支払い及び減価償却等の適用を行う前の利益」、「Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization’)と同義である。

ことなどに鑑み、本規定の適用対象となる無形資産には、「マンパワー」(“workforce in place”)、「営業権」(“goodwill”)、法人の価値(“going concern value”)及び国外法人への資産の移転で IRC § 367 (d) の適用対象となるものなどが含まれることを明確化するほか⁽¹⁵⁰⁾、無形資産の価値の評価については、関係する諸事実に関する合理的な知識を有する者が進んで取引を行うような「最高かつ最良」(“highest and best”)の形で無形資産が利用される場合に成立する価値で評価する権限や、より信頼のできる結果を導き出すことができる場合には複数の無形資産取引を総合して評価する権限を税務当局が有するということを明確化すると提言がされている⁽¹⁵¹⁾。

上記の措置等を含んだオバマ案に対する評価は一樣ではないが、肯定的な評価としては、例えば、「開放経済の下では、法人に対する源泉地国課税は居住地国課税によるバック・アップが必要であり、さもないと、税の競争や人為的な所得移転によって法人税が機能しなくなることから、オバマ案は、米国の法人課税ベースの侵食を阻止するほか、米国の多国籍企業と 35% の米国の法人税率がフルに課税されている純粋な国内企業との公平性の確保に資するものである。・・・本案は・・・、国境を跨ぐ所得に課税しない所得税制

(150) IRC § 367(d)では、国外法人との無形資産取引に「条件付支払」(“contingent payment”)が組み込まれている場合の取扱いが問題とされている。例えば、IRC § 367(d)1は、「米国の者が、国外の法人に対し、IRC § 351 又は 361 で定める交換を通じて無形資産を移転する場合には、当該米国の者は、無形資産に帰属すべき所得に相応する条件付支払と交換に無形資産を移転したものと取り扱う」(“If a U.S. person transfers intangible property to a foreign corporation in an exchange described in IRC section 351 or 361, the U.S. person is treated as transferring the intangible in exchange for contingent payments(for a period of no more than 20 years) that must be commensurate with the income attributable to the intangible.”)と定めている。なお、IRC § 351 及び § 361 は、一定の条件に該当する株式交換による損益については、その税務上の認識をしないとの取扱いを定めている。

(151) IRC § 482 に係る改正によって、9 年間で 29 億ドルの税収増が実現すると試算されているが、このような改正が現行のルールにどのような変化を加えることとなるのかは必ずしも明らかではないとの指摘がされている。かかる指摘については、Obama Administration Proposes Major Reforms to U.S. International Tax Rules (http://www.osler.com/.../17518_Obama_Reforms_International_Tax_Rules/pdf [平成 21 年 6 月 30 日]) 参照。

度は成立しないとの認識に基づいた極めて重大な最初の一步である。所得税と税制における累進性を維持したいのであれば、オバマ案を早急に立法化する必要がある」との意見や⁽¹⁵²⁾、オバマ案の下、国際的な脱税や租税回避行為が抑止され、その結果、大幅な税収増が実現すれば、法人税率を引き下げる可能性も高まることから、多国籍企業の国際競争力の向上効果の実現という観点からも、本案は正しい方向性を有しているとの見方などがある⁽¹⁵³⁾。

オバマ案に対して否定的な評価を下す向きも少なくない。否定的な評価の主な矛先は、オバマ案の場合、前述の「2007 年減税及び改革法」案と異なり、法人税率の引下げ案が含まれていない点に向けられているが、その他にも、例えば、オバマ案で示された一連の改正措置は、経済的には課税繰延べの廃止に相当するものであり、米国の多国籍企業が海外で競争することを困難にするものであるとの指摘があるほか⁽¹⁵⁴⁾、最近、英国や日本では、国外所得免除方式への部分的な移行が実現したのに対し、オバマ案は、米国税制の全世界所得課税という側面を補強するものとなっており、米国の現行税制は更に特異なものとなってしまうとの批判や⁽¹⁵⁵⁾、「オバマ大統領は、税の濫用と合法なタックス・プランニングを混同している。・・・真の濫用を取り締まることは賛成だが、合法なタックス・プランニングも取り締まりの対象となってしまうのではないかと危惧される」との意見などが見受けられる⁽¹⁵⁶⁾。

(152) この意見については、Avi-Yonah, *supra* “Overhaul of International Corporate Taxation” p. 451 参照。

(153) かかる見方については、Martin A. Sullivan, Obama Launches International Reform: The Battle Begins, *Tax Notes*, Vol. 123, No. 6 (2009) p. 647 参照。

(154) 嘗て財務省の国際課税の法律顧問であったアングス (Barbara Angus) がかかる指摘をしていることについては、Parillo, Jackson, Gnaedinger, and Goulder, *supra* “Treasury Details International Reform Proposals” pp. 796-797 参照。

(155) このような批判を外国貿易協議会 (National Foreign Trade Council) の租税政策副代表のシュルツ (Cathy Schults) が示していることについては、Chuck O’ Toole, Obama Proposes Overhaul of International Corporate Taxation, *Tax Notes International*, Vol. 54, No. 6 (2009) p. 445 参照。

(156) このような意見があることについては、Joann M. Weiner, Potential Missteps in Obama’s Corporate Tax Reform Plan, *Tax Notes International*, Vol. 54, No. 6 (2009) p. 452 参照。措置案③等を含むオバマ案は、米国への配当の支払・資金還流を現行制度以上に抑制する方向に作用することとなるとの指摘もある。かかる

上記の批判等とは逆の趣旨の批判もある。例えば、オバマ案で示されている措置案②（国外所得に配分する費用の控除の制限）については、米国ではなく国外で税を払えば負担の軽減が可能となるのメリットを定めていることに等しい課税繰延べ措置に修正を加えることによって、実質的に領土主義課税方式となっている現行制度を改善するものであるが、課税の繰延べを行うのではなく国外所得を発生主義に基づいて課税する「フル・インピュテーション方式」（「フル・インクルージョン方式」とも称される。）のように、税負担の軽減というメリットを十分に排除するものではなく、米国企業が税負担の低い国で雇用を創設するというインセンティブを根絶するには至らないものであることから、オバマ案については、「大胆さを欠いている」との指摘があるほか⁽¹⁵⁷⁾、「正しい方向性を有しているものの、十分なまでの効果を挙げた案ではない」との見方をする向きなどもある⁽¹⁵⁸⁾。

上記の通り、オバマ案については、提案されている個々の改革措置だけでなく、全体の改革の方向性自体が妥当であるのか否かを巡って見解が大きく分かれており、オバマ案に対する批判・反対もかなり強いことから、立法段階における本案の修正は、ある程度避けられないであろうが、さすがに、改革全体の方向性自体が 2010 年予算法において大きく軌道修正されるということはないと一般的に考えられている。しかも、オバマ大統領は、領土主義課税方式への移行よりは法人税率の引下げという選択肢を優先するとの意向を有していることを示唆していることから⁽¹⁵⁹⁾、今後、領土主義課税方式へ

指摘については、Martin A. Sullivan, Foreign Tax Credit Proposal Puts Brakes on Earnings Coming Home, Tax Notes, Vol. 123, No. 8 (2009) p. 957 参照。

(157) かかる指摘については、Samuel C. Thompson Jr., Obama's International Tax Proposal Is Too Timid", Tax Notes International, Vol. 54, No. 7 (2009) pp. 580-581 参照。「フル・インクルージョン方式」の採用を提唱しているその他の例については、拙稿・前掲「米国の租税制度改革の選択肢と方向性」194～195 頁参照。

(158) かかる見方については、Jennifer Brown, Do Obama's Reform Proposals Go Far Enough?, Tax Notes, Vol. 123, No. 6 (2009) p. 641 参照。

(159) 就任当初、オバマ大統領は、税法上のループ・ホールを塞ぐ制度改革を行う一方、法人税率を引き下げたことを前向きに検討したいとの意向を示していた。この点については、Michael Joe, Obama Willing To Reduce Corporate Rate In Exchange For

の移行案が有力な改革の選択肢として浮上するようになるまでには、ある程度の時間がかかるであろうし、また、近い将来、法人税率の相当程度の引下げが実現すれば、領土主義課税方式への移行案に対する多くの者の考え方も、少なからず異なったものとなるのではないかと想定される。

第3章 欧州における議論の趨勢と動向

第1節 英国における国外所得免除方式への 移行論台頭の背景

1. 外国税額控除制度の問題点

英国で国外所得免除方式への移行案が議論されるようになった背景には、英国でも、多国籍企業の国際競争力の強化、コンプライアンス・コストの低下及び税制の簡素化等の観点からすると、従来の外国税額控除方式には、少なからぬ問題点があるとの認識が強まったという事実がある。確かに、1984年に導入された英国の外国税額控除制度の問題点は、税率が低い時代は殆ど顕在化しなかったが、税率が引き上げられた1914年以降、制度の理想と現実に乖離があることが次第に明らかとなり⁽¹⁶⁰⁾、最近では、国外の利益が殆ど国内に還流しない、或いは、英国で課税されない所得形態で還流するなどの問題が深刻化するようになった。また、英国企業が50%以上の株式を有する法人が、その国外の居住地国において、英国の税率の3/4よりも低いレートで課税される場合に合算課税を行うこととするCFCルールについても、数次の改正を経て、例外的な取扱いを認める複雑なものとなった⁽¹⁶¹⁾。

加えて、最近、EU加盟国間の資本移動の自由等の阻害要因となる制度上の障壁を除去するという流れが加速する中、欧州司法裁判所は、多くの場合に

(160) この点の詳細については、Chapter 7 Elimination of Double Taxation. 7.1. Exemption or Credit: history in brief (<http://www.publishing.eur.nl/ir/repub/asset/9153/07%20-%Elimination%20of%20double%20taxation.pdf> [平成21年4月22日])参照。

(161) これらの点の詳細については、英国歳入庁が2007年6月に発表したディスカッション・ペーパー(Taxation of the Foreign Profits of Companies: A Discussion Document, at http://www.customs.hmrc.gov.uk/channelsPortalWebAppdownloadFile?contentID=HMCE_PROD1_1027592 [平成21年2月2日])参照。CFCルールの下では、一定のテスト(活動基準、国基準、配当方法基準、取引動機基準等)をクリアーする場合は、合算課税の対象外となる。

において、加盟国が国内法において定めている租税回避防止規定が、国民の基本的権利の保障義務を定める一連の欧州委員会指令や EC 条約等に抵触するとの判断を下し、その結果、加盟国の課税ベースの浸食が進展しているところであるが⁽¹⁶²⁾、英国の配当課税制度についても、Test Claimants in the FII Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue 事件 ECJ 2006 年 12 月 12 日判決 (Case C-446/04) (Rec. 2006 p. I-11753) において、EC 条約に抵触するか否かという点が問題となり、本事件判決でも、欧州司法裁判所は、以下の通り、英国の税務当局にとって、厳しい内容の判断を下したという経緯がある。

上記の Test Claimants 事件で問題となったのは、当時の英国の 1988 年所得・法人税法が配当に係る二重課税調整方式として採用していた「部分的なインピュテーション制度」(“partial imputation system”)である。本制度の下、①英国法人が国内居住法人から配当を受けた場合、所得免除方式に基づき、配当に対する法人税が免除され⁽¹⁶³⁾、また、「前払い法人税」(Advance Corporation Tax, ACT)が課された配当(§ 238 の下、「免除投資所得」“franked investment income, FII”と称される。)を受けた場合には、自ら配当を行う際、ACT の計算上、受取配当に課されていた ACT を控除できるのに対し、②英国法人が国外居住法人から配当を受けた場合には、インピュテーション方式の下、受取配当に法人税が課され、また、自ら配当を行う際、ACT の控除もないが、③配当を行う国外居住法人の議決権の 10%以上を英国法人が直接又は間接に有している場合には、国内法や英国の租税条約上、配当に課された源泉税が控除可能であった。

(162) この点の詳細については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』304～324 頁参照。

(163) 1988 年所得・法人税法 § 208 は、「法人税法において別段の定めがない限り、法人税は、英国の居住法人が受ける配当やその他の分配に課税されず、また、法人税上の所得を計算する上で考慮されない。」(“Except as otherwise provided by the Corporation Tax Acts, corporation tax shall not be chargeable on dividends and other distributions of a company resident in the United Kingdom, nor shall any such dividends be taken into account in computing income for corporation tax.”)と定めている。

欧州司法裁判所は、上記事件判決において、上記①の取扱いと上記③の取扱いが異なっているという点については、本事件に対して示されたジールホード (Geelhoed) 法務官意見 (2006 年 4 月 6 日) と異なり、加盟国が国外所得免除方式とインピュテーション方式のいずれを選択するかは、親子会社指令との関係上、任意であることから、二重課税の調整後の国内源泉の配当と国外源泉の配当に対する税負担に実質的な差異が生じない限り、EC 条約等に抵触していないが⁽¹⁶⁴⁾、上記①の取扱いと上記②の取扱いが異なっているという点については、国外居住法人から配当を受けた英国法人は、国内居住法人から配当を受けた英国法人と同様な状況にあるにもかかわらず、自ら配当を行う際、利用可能となるキャッシュ・フローという点において、より不利な立場に立たされるなどの不利益を蒙ることとなり⁽¹⁶⁵⁾、その結果、英国とその他の加盟国間との投資が阻害されることとなるため、EC 条約 43 条及び EC 条約 56 条に抵触すると判示している⁽¹⁶⁶⁾。

2. CFC ルールの問題点

EC 条約と関係が問題となった英国の税制は、配当課税制度だけではない。

-
- (164) 本判決において、欧州司法裁判所は、インピュテーション方式の場合、所得免除方式の場合よりも、事務コストが大きくなるという事実自体は、その執行に内在する問題であり、EC 条約等との抵触の問題を生じさせるものではないとの見解を示している。
- (165) 本事件に対するジールホード法務官意見でも、国外居住法人から得た配当を英国法人がその株主に配当する場合に支払う ACT については、一定の場合、後日、その還付を請求できても、その間に蒙るキャッシュ・フローに係る不利益は、無差別取扱い原則の目的上、不利益な取扱いに該当するということは、Metallgesellschaft Ltd and Others 事件 ECJ 判決 (Case 410/98) (Rec. 2001, p. I 1-1727) のパラ 44 から示唆されると述べられている。
- (166) EC 条約 43 条は、「ある加盟国の国民が、その他の加盟国に事業を設立することの自由に対する制約は禁止される。かかる禁止は、いかなる加盟国の国民が、事務所、支店或いは子会社をいかなる加盟国に設立する場合にも適用される。」(“... restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State shall be prohibited. Such prohibition shall also apply to restrictions on the setting-up of agencies, branches or subsidiaries by nationals of any Member State established in the territory of any Member State.”) と定めている。EC 条約 56 条については、脚注 (34) 参照。

Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioner of Inland Revenue 事件 ECJ 2006 年 9 月 12 日判決 (Case C-196/04) (Rec. 2006, p. I-7995) では、複雑化した英国の CFC ルールが EC 条約に抵触するか否かが問題となった。本事件では、英国法人 B の子会社 C がダブリン金融センターに設立され、低税率の恩恵を受けていたことが問題となり、英国の税務当局は、子会社 C の設立は、かかる恩恵を受けることを唯一の目的とするものであることから、CFC の利益を発生させる取引の主要な目的及び CFC の存在目的が、利益の転換を通じて英国での税負担を軽減することでないことを求める「動機テスト」(“motive test”) を満たしていないため、その利益は CFC ルールに基づき、英国法人 B に配分された上で課税されると主張したのに対し、英国法人 B は、CFC ルールは、資本移動の自由を定める EC 条約 43 条等に抵触していると反論している。

本事件判決において、欧州司法裁判所は、国外子会社が、その親会社の存する国におけるよりも低い税率によって課税されている場合、EC 条約 43 条及び 48 条は、当該子会社の利益を親会社の課税ベースに含めるという取扱いを行う加盟国の税法を必ずしも否定するものではないが、かかる税法の適用は、租税回避を意図した「全く人為的なスキーム」(“wholly artificial arrangements”) に限定されるべきであることから、例えば、問題となる取引において、租税回避という動機が存在しているとしても、国外管理支配法人が実際に設立されており、真正な経済活動を行っていることが第三者によって確認が可能である客観的な要因に基づいて証明される場合には、CFC ルールは、かかる取引に対して適用されるべきではなく、適用される限りにおいて、EC 条約 43 条及び 48 条との抵触という問題が生じると判示している⁽¹⁶⁷⁾。

(167) 設立の自由(「開業の自由」などとも訳されている。)を定める EC 条約 48 条は、「加盟国の法律に従って設立され、共同体において登録した事務所や主たる事業所を有する法人は、本章の目的上、加盟国の国民である自然人と同様に取り扱われる。」

(“Companies or firms formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Community shall, for the purpose of this Chapter, be treated

3. 過少資本税制の問題点

Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v. Commissioner of Inland Revenue 事件 ECJ2007 年 3 月 13 日判決 (Case C-524/04) (Rec. 2007, p. I-2107) では、1995 年の改正を経た英国の所得・法人税法 § 209(2)(d) 及び英国の租税条約の多くが採用している過少資本税制と EC 条約との関係が問題となった。本事件に対して示されたジールホード法務官意見 (2006 年 6 月 29 日) は、Lankorst-Hohorst GmbH v. Finanzamt Steinfurt 事件 ECJ 判決 (Case C-324/00) (Rec. 2002, p. I-11779) で EC 条約 43 条に抵触するとされたドイツの過少資本税制である法人税法 (Körperschaftsteuergesetz, KStG) § 8a(1) とは異なり⁽¹⁶⁸⁾、本税制の下では、一定の負債・資本比率を超過する場合でも、納税者が税務上の利益を得ること以外の理由があることを証明すれば、本税制の適用が排除されることから、本税制は、租税回避を防止する目的の達成に必要な限度を超える制限を課するものではない限りにおいて、EC 条約 43 条等に抵触しないとの趣旨のものであった。

ところが、上記の Test Claimants in the Thin Cap Group 事件判決は、上記のジールホード法務官意見とは重要な点において差異が認められ、むしろ、英国の過少資本税制が EC 条約 43 条等に抵触する可能性が高いことを示すものとなっている。このような差異は、例えば、本事件判決において、欧州司法裁判所が、本税制は「全く人為的なアレンジメント」による租税回避を防止する機能を果たすものである限りにおいては EC 条約 43 条等との抵触の問題は生じないという上記のジールホード法務官意見の妥当性を確認する見解を示しながらも、「・・・本件で問題となっている法律は、居住者である子会社が親会社に支払う利子を配当として取り扱う際、親会社が設立されている場所に基づいて居住者である子会社に対して異なる取扱いを行うものであり、法人が設立の自由を行使して他の加盟国で開業することの魅力を殺ぎ、その

in the same way as natural persons who are nationals of Member States.”) と定めている。

(168) Lankorst 事件判決のポイント及びその EU 加盟国への影響等については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』318～319 頁参照。

結果、このような取扱いを行う加盟国に子会社を設立・維持することを差し控えるように作用することから、設立の自由に抵触する」と判示している点にも見出すことができる⁽¹⁶⁹⁾。

上記の Lankorst 事件判決及び Test Claimants 事件判決等を受けて、英国の過少資本税制にも修正が加えられたが、かかる修正は、上記の Lankorst 事件判決等を受けて実行されたドイツやオランダ等の過少資本税制の修正が、あくまで過少資本税制の枠内で実行されたものであったのに対し、英国の場合、2004 年財政法の下、過少資本税制を形式的には廃止して、移転価格税制に実質的に吸収するという形で実行された。その結果、英国の移転価格税制の下では、国境を跨ぐ親子会社間の貸付けに係る利払いの控除だけでなく、国内関連会社間の貸付けに係る利払いの控除にも制限を加えることが可能であるものの、否認の対象となるのは、租税回避を目的とする一定の利払い以外は、独立企業間レートでない利払いに限られるようになったという経緯がある⁽¹⁷⁰⁾。

4. 移転価格税制に係る最近の動き

上記の通り、英国では、利払い控除の制限の可否を決するのは移転価格税制であることから、移転価格税制の実際の機能如何が、国外への所得移転を阻止する関係上、特に重要なポイントとなるが、英国では、法人の自己申告制度（“self-assessment regime”）を導入する 1998 年財政法を受けて創設さ

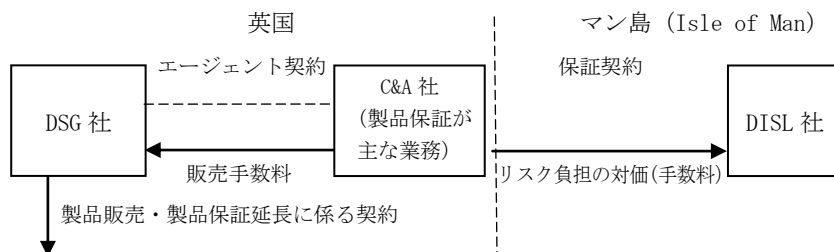
(169) 本判決の当該部分（パラ 84）の原文は、“... the legislation at issue in the main proceedings which, in treating interest paid by a resident subsidiary to a parent company as a distribution, applies a difference in treatment between resident subsidiaries which is based on the place where their parent company has its seat, constitutes a restriction on freedom of establishment, since it makes it less attractive for companies established in other Member States to exercise freedom of establishment and they may, in consequence, refrain from acquiring, creating or maintaining a subsidiary in the Member State which adopts such a measure.” である。

(170) この点の詳細については、2008 年 12 月に歳入庁が発表した後述するディスカッション・ドキュメントの 14 頁・本章第 2 節 1 参照。

れた別表 28AA が 1988 年所得・法人税法 § 770～§ 773 に取って代ったことにより、OECD の移転価格ガイドラインにかなり忠実な移転価格税制が構築されることとなった。本税制の下では、納税者が独立企業間価格の立証責任を負うこととなっていることから、移転価格問題に対する納税者の負担も軽いものではないが、最近では、移転価格問題が争訟で決着するというケースも増えてきている。これらのケースの中で特に注目されるのが DSG Retail Limited v. Revenue 事件特別委員会 (Special Commissioner、現在の First Tier Tribunal (第 1 審判所) 裁決 ([2009] UKFTT 31 (TC)) である。

上記事件では、下図 1 の通り、DSG 社が棚卸製品の販売と製品の保証期間の延長サービスに係る契約を顧客と結んでいるが、製品の保証期間の延長サービスに係る契約については、かかるサービスの提供を専門にしている非関連法人である C&A 社のエージェントとして活動しており、かかる活動に対し、C&A 社から手数料を得ているが、本サービスに係るリスクについては、C&A 社と DISL 社 (DSG 社が属する英国グループ企業 A がマン島 (Isle of Man) に設立した法人) との契約により、DISL 社が実質的に引き受けていることから、かかるリスクの引受けを対価として DISL 社が C&A 社から受け取っている手数料は非関連者取引であって移転価格税制上問題とならないのか、また、DSG 社から関連法人である DISL 社に対して何らかの役務提供があったとみなすべきであるか否かなどが問題となった。

(図 1)



上記事件において、DSG 社及び DSG 社が属する企業グループ A は、DISL 社に対する役務提供は存在していないほか、DISL 社が得ている手数料も、製品

保証サービスの提供を業とする第三者である D&G 社を比較対象とする独立価格比準法（CUP 法）を適用した場合、合理的なものであることを確認することができると主張したのに対し、税務当局は、DSG 社による DISL 社への役務提供は、魅力的な保険契約に参画する機会を付与するという形で行われており、かかる役務提供が第三者に付与される場合には、対価（頭金と手数料）の受領を当然に伴うものであることから、移転価格税制の適用上、かかる役務提供が存在していることを踏まえた上で、DISL 社が DSG 社に支払うべき独立企業間価格に相当する手数料の額を計算をする必要があると主張した。

上記のような主張の対立が認められる中、特別委員会は、DSG 社から DISL 社に対して有償性のある役務が提供されていることから、かかる役務提供の存在を踏まえた上で DSG 社が受領すべき手数料額を算定する必要があるが、DISL 社の比較対象企業として挙げられている D&G 社については、理論上、その資本金、事業規模及び手数料額などを調整することによって、DISL 社との差異の調整が可能となる最も類似の企業に該当するものの、D&G 社は、DISL 社が属する企業グループ A が有する販売力やブランド力等に代表される「交渉力」（“bargaining power”）を有していないという点で DISL 社と異なっており、かかる差異を移転価格上調整することは可能ではないことから、本件においては、取引単位利益法（Transactional Profit Method）に依拠することが妥当であるものの、税務当局の更正処分も、後知恵に基づく算定が行われていることから、支持できないものとなっていると判示している。

上記裁決を巡っては様々な議論がある。例えば、税務当局は、本裁決を受けて、今後は、様々な形態の移転価格問題において「交渉力」という要因が重要な鍵になるであろうという認識を強めており、このような認識の下、基本三法よりも残余利益分割法等の適用を主張するケースが増えてくると想定されるとの指摘や、本裁決と以下で述べる 2009 年財政法で措置された「利子に対するワールドワイド・デット・キャップ」等が示唆しているのは、英国における独立企業原則の侵食が今後確実に進展するということであるとの指摘

も見受けられるが⁽¹⁷¹⁾、果たして 2009 年財政法で手当てされた上記の措置は、上記で指摘されているような意義・方向性に大きく特徴づけられるものとなっているのであろうか。以下の第 2 節では、この点も含めたところで、国外所得免除方式への移行とその補完措置を巡る議論・具体的な動きを考察・分析する。

第 2 節 国外所得免除方式への移行措置の補完手段

1. 主な補完手段の意義と視点

英国の主たる国際課税制度は、上記の第 1 節で示したような特徴、問題点及び課題を有しており、最近では、その改革を巡る議論が活発化してきている。歳入庁が 2007 年 7 月に発表した「法人の国外利益への課税」(Taxation of the Foreign Profits of Companies) と題されたディスカッション・ドキュメント（以下、「2007 年版ドキュメント」という。）の最大の目玉は⁽¹⁷²⁾、国外所得免除方式への移行案であったが、補完手段・措置を講じる必要もあるとの認識の下、特に、本案が実現することに伴って CFC ルールが立脚する視点の重要性は高まることとなるため、CFC ルールの機能を強化する手段を採るほか、必要以上の利払いの控除を通じて利益を国外に移転させる動きや国外所得免除方式の不当な適用を狙った動きも活発化すると想定されることから、これらの動きを効果的に阻止する体制整備に資する措置を講じることが肝要であるとのスタンスが示されていた。

(171) これらの指摘、また、「交渉力」という要因が今後の OECD における移転価格ガイドラインのあり方を巡る議論に影響を及ぼすことがあり得ることを示唆する動きもあることなどについては、Murray Clayson and Danny Beeton, Recent Developments and Trends in UK Transfer Pricing (<http://www.freshfields.com/publications/pdfs/.../ClaysonBeeton.pdf> [平成 21 年 10 月 13 日]) 参照。

(172) 本ドキュメントは、
http://www.customs.hmrc.gov.uk/channelsPortal/WebApp/downloadFile?contentID=HMCE_PROD1_027592 ([平成 21 年 1 月 6 日]) から入手可能である。

具体的には、①税務当局と納税者の双方から問題が多いと評されている CFC ルールについては⁽¹⁷³⁾、所得の種類に関係なく法人単位の課税を行う現行のエンティティ・アプローチに代えて、受動的所得と一定の非受動的所得を対象とする所得単位の課税を行うインカム・アプローチ（取引単位アプローチとも称される。）に立脚した CC（controlled company）ルールに変更した上で、その適用対象範囲を判断する株式保有基準を 10%に引き下げるという措置を講じること、②英国企業が属するグループ内での貸借を利用した英国での利払いの税務上の控除に対して一定の制限を加える措置を講じること、③ 2002 年に導入された 1994 年財政法 4 部 2 章（金融商品）§ 168A（容認できない目的を有する適格契約）や 1996 年財政法別表 9（貸借関係）パラ 13 等が採用している「容認できない目的ルール」（“unallowable purpose test”）を拡充することによって、課税免除となる配当の範囲を適正化することなどが提案されていた。

財務省は、上記の補完措置等を講じるとしても、国外所得免除方式への移行案を採用する財政上のリスクは相当なものとなるとして、一旦は本案を棚上げする意向も示したが、リーマン・ブラザーの倒産等に端を発する金融危機が広まる中、国外所得免除方式を採用しないことや上記のような補完措置を講じることに対する産業界の反発は強く、また、少なからぬ企業（医薬品業界大手の Shire Pharmaceutical Group や出版業界大手の United Business Media 等）が、法人税率が 28%である英国から法人税率が 12.5%であるアイルランド等に本店や多くの企業活動を移すとの意向を示したことなどを背景として⁽¹⁷⁴⁾、結局、2008 年 12 月に歳入庁が発表したディスカッション・ドキュ

(173) 納税者側からは、CFC ルールが国際投資を阻害する主な制度であるなどの批判が少なからずあったことについては、Robert Lee, UK Finance Bill Includes New CFC Rules (http://www.tax-news.com/archive/story/UK_Finance_Bill_Includes_New_CFC_Rules_xxxx26909.html) [平成 21 年 2 月 2 日] 参照。

(174) この点については、Sean O'Grady, Treasury makes U-turn on taxing foreign profits (<http://www.independent.co.uk/news/treasury-makes-uturn-on-taxing-foreign-profits-873873867.html>) [平成 21 年 2 月 3 日] 参照。

ュメント（以下、「2008 年版ドキュメント」という。）では⁽¹⁷⁵⁾、国外所得免除方式への移行案を 2009 年の財政法案に盛り込むこととされた。

2008 年版ドキュメントで採用されている国外所得免除方式への移行案の下で課税免除の対象となる利益分配・配当は、(i) 英国の親会社の子会社から得るもの（但し、被雇用者が 50 人未満であり、また、年間売上額も 1000 万ポンド以下である小規模企業が受領するものについては、直接又は間接に保有する株式保有割合が 10%以上を超える者からのものである場合には、当該者が保険会社、認可されたユニット・トラスト・スキーム及びオープン・エンド型の投資会社等に該当しない限り、或いは以下の(iii)に該当しない限り、課税免除の対象とならない。）、(ii)非償還普通株式に起因して支払われるもの、(iii)ポートフォリオ保有目的の株式（10%以下の株式保有割合のもの）に起因して支払われるもの、(iv)税負担の軽減の意図を有する取引に起因していないものなどである。

前述の通り、2007 年版ドキュメントでは、国外所得免除方式への移行案を採用する場合には、本案の採用に伴って生じることが想定されるデメリットや問題点に対処するための補完措置を講じることが肝要であるとの認識・スタンスが示されており、かかる認識・スタンスは 2008 年版ドキュメントでも基本的に維持されているが、2008 年版ドキュメントでは、CFC ルールの根本的な改正については、産業界からの猛反対があったことなどを背景として、将来的な課題であるとの位置づけがされていることから、2007 年版ドキュメントで示された上記①の措置（CFC ルールに係る改正案）に関しては、国外所得免除方式への移行に伴って必要となる最小限度のレベルにとどまるものに変更されているが⁽¹⁷⁶⁾、上記②及び③の措置に関しては、その基本的な考

(175) 本ドキュメントは、

http://www.customs.hmrc.gov.uk/channelsPortalWebApp/channelsPortalWebApp.portal?_nfpb=true&_pageLabel...id...-24k（〔平成 21 年 6 月 3 日〕）から入手可能である。

(176) CFC ルールに係る修正案は 2008 年版ドキュメントのスケジュール(Schedule)4 に示されており、主な改正としては、CFC ルールに基づく課税の例外を成していた「容

え方を具体化する案を 2008 年版ドキュメントでも採用するとの方向性が示されている。

2008 年版ドキュメントで示されている上記②の措置を具体化する案とは、英国法人が国外の関連会社から受けた資金の貸付けに係る利払い・コスト (“tested amount”) が、英国法人が属するグループ全体 (“the worldwide group”) の外部からのネットの資金調達コスト (“the available amount”) を超過する部分については、その税務上の控除を否定するという制度設計に依拠するものとなっており、「利子に対するワールドワイド・デット・キャップ」 (“worldwide debt cap on interest”) と称されている。本案は、(イ) 英国企業が法人グループの資金調達を必要以上に引き受けること、また、(ロ) 国外の子会社が英国の親会社に必要な以上の貸付け (“upstream loan”) を行い、その結果、英国の親会社が多くの利払いの控除を行うことなどを通じて、英国での課税所得が不当に減少することを阻止することを主な目的とするものである。

2007 年版ドキュメントで示された上記③の措置を具体化するものとして、2008 年版ドキュメントでは、2009 年法人税法 9 部 A § 930 I ~ § 930 N を採用するという案が示されている。本案の下では、(a) 税務上の利益を得ることを主要な目的又は主要な目的の一つとして行われたスキームに係る利益分配・配当、(b) 「一定の類型に該当する(金融取引) スキーム」 (“prescribed schemes”) に係る利益分配・配当については、国外所得免除方式の適用の対象外であるとされている。上記(a)は、「容認できない目的テスト」の判断基準となっている「主要目的テスト」 (“main purpose test”) を金融取引スキームにも適用することを狙ったものであり、上記(b)は、かなり包括的な否認を可能にする「的を絞った租税回避防止規定」 (“Targeted Anti-Avoidance Rules”、TAARs) を採用するというものである。

2008 年版ドキュメントでは、国外所得免除方式の適用が否定される上記

認められる配当政策免除」 (“acceptable distribution policy exemption”) と「持株会社免除」 (holding company exemption) が廃止されるという点が挙げられる。

(b)に該当する金融取引スキームの類型として、(i)実質的には準優先株に該当する普通株から配当を行うスキーム（§ 930 J）、(ii)利益分配の受益者やその関係者が支払いを行う又は所得を放棄することを伴うスキーム（§ 930 K）、(iii)第三者取引価格に依拠しない支払いを伴うスキーム（§ 930 L）、(iv)配当の源泉となる利益が生じた時点と配当が行われる時点では、株式保有・支配関係が異なっており、しかも、かかる差異が商業目的に基づいていないなど、「被支配法人ルール」を不当に操作するスキーム（§ 930 M）、(v)実質的には貸付契約に起因する利子と同等なリターンが関係しているスキーム（§ 930 N）が挙げられている。

ティムズ（Stephen Timms）財務大臣は、国外所得免除方式への部分的な移行案及び上記①～③の措置に代表される補完手段は、英国の多国籍企業の競争力強化と歳入確保のバランスを図る上で重要なものであり⁽¹⁷⁷⁾、また、今後は、タックス・ヘイブン対策の更なる強化を図ることも肝要であるとの見解を示していたが⁽¹⁷⁸⁾、実際、その後に成立した2009年財政法では、2008年版ドキュメントで示された主な改革案（国外所得免除方式への移行案と一連の補完措置案）に若干の修正を加えたものが採用されることとなった⁽¹⁷⁹⁾。確かに、これらの補完措置を講じることの妥当性を巡っては議論があったが

(177) ①～③の措置の他にも、例えば、欧州以外に資本を移動させる一定の取引に対する財務省の同意に関する規定（所得税法 § 765 等）については、その廃止を行うものの、1億ポンド以上となる株式や資産の移転については、報告義務を課するという措置を講じるとの意向が示されている。

(178) この点については、Richard Wray, Threat to move business out of UK brings £275m cut in taxation of foreign profits and dividends (<http://www.guardian.co.uk/business/2008/nov/25/pre-budget-report-economy4> [平成21年2月3日]) 参照。

(179) 主な修正が加えられた点としては、2009年財政法では、①国外所得免除制度の適用対象に小規模企業も含まれるようになったこと、②「利子に対するワールドワイド・デット・キャップ」の算定方法が若干変わったことなどが挙げられる。2008年版ドキュメントと2009年財政法における「利子に対するワールドワイド・デット・キャップ」の算定方法の主な相違点については、Worldwide Debt Cap. pub (<http://www.dlapiper.com/files/Publication/acb.4362c-651f-45cc-b82a-00dea0f4b84/Presentation/...6502.../Worldwide%20Debt%20Cap.pdf> [平成21年6月4日]) 参照。

⁽¹⁸⁰⁾、第1節で示した一連の欧州司法裁判所判決を受けて、主な対抗措置の見直しが必要となっていることや、以下の2及び第3節で考察する英国及び主な大陸法の国々における租税回避行為とその対抗措置の実態等に鑑みると、これらの補完措置は、必ずしも突出した例外的なものではないと考えられる。

2. 「容認できない目的ルール」と「的を絞った租税回避防止規定」の位置づけ

(1) 「黒体活字アプローチ」一辺倒からの脱却に向けた動き

英国では、実質主義的否認アプローチに立脚するラムゼイ原則による文理主義の優位性を示したウェストミンスター原則の修正に限界があることが、Craven (Inspector of Taxes) v. White 事件貴族院判決 ([1988] STC 476) 等を通じて明らかとなった⁽¹⁸¹⁾。また、税務当局が1998年10月に発表した諮問文書で示した包括的否認規定の導入案 (A General Anti-Avoidance Rule for Direct Taxes、以下「GAAR 案」という。) も、税法改訂委員会 (Tax Law Review Committee) 等の支持を得られず、立法化されるに至らなかった経緯がある⁽¹⁸²⁾。しかし、租税回避行為に対して個別否認規定を整備するというアプローチ (“black-letter approach” 「黒体活字アプローチ」と称されている。) にも限界があることから、近年、税務当局等は、従来とは異なる否認アプローチ・規定を採用することによって、租税回避行為の否認機能を高めることが肝要であるとの意識を強めて

(180) 例えば、「利子に対するワールドワイド・デット・キャップ」の適用には不透明性が伴い、納税者のコンプライアンス・コストも高まるという問題もあるとの指摘については、Bill Dodwell, John Bird, Christie Buck and Phil Richards, United Kingdom Tax Alert -25 November 2008

(<http://www.deloitte.com/dtt/alert/0,1001,cid%3D236454%26pv%3DY,00.html>) 参照。1996年財政法別表9のバラ13で示されている「容認されない目的ルール」の射程範囲に係る歳入庁のガイドライン (Taxing Loan Relationship: What's New (<http://www.hmrc.gov.uk/manuals/cfmmanual/legislation/cfm15227.htm>)) に対する勅許税務協会 (Chartered Institute of Taxation, CIOT) の批判を含むコメントについては、Loans for Unallowable Purpose (<http://www.tax.org.uk/showarticle.pl?id=1538> [平成21年3月7日]) 参照。

(181) この点の詳細については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』118～130頁参照。

(182) この点の詳細については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』131～138頁参照。

きている。

確かに、1999年3月、当時の財務大臣は、包括的否認規定の導入が将来の選択肢として消滅したわけではないと述べていることから⁽¹⁸³⁾、包括的否認規定も、将来的には、従来と異なる対抗措置の一つとなる可能性がないわけではないが、税務当局が1998年に示したGAAR案に対して投げかけられた税法改訂委員会の批判等は、その導入のハードルが低いものではないことを少なからず印象づけるものであった。したがって、租税回避行為の否認機能を強化するための活路については、包括的否認規定の導入という選択肢以外のものに求めるという必要性が高まっているところであり、このような活路となり得る可能性を秘めたものとして有力視されているのが、「的を絞った租税回避否認規定」(“Targeted Anti-Avoidance Rules, TAAR”)や「原則に基づくアプローチ」(“principle-based approach”)という考え方である。

「的を絞った租税回避否認規定」と「原則に基づくアプローチ」に立脚する規定は、いずれも、個別否認規定を整備して租税回避行為に対処するという伝統的な「黒体活字アプローチ」と対比され、かなり包括的な基準に基づいて租税回避行為の否認を行うという点において共通していることから、「的を絞った租税回避否認規定」と「原則に基づくアプローチ」に依拠する規定を区別することは、實際上、必ずしも容易ではない場合があると考えられるが、税務当局が2008年3月に示した「租税回避防止規定の簡素化」(“Simplifying Anti-avoidance Legislation”)に関する経過報告書(以下「2008年経過報告書」という。)では、最近の否認アプローチとして、「的を絞った租税回避否認規定」と「原則に基づくアプローチ」の二つ

(183) 1999年3月、財務大臣は、1999年財政法にGAARやミニGAARは導入しないものの、GAARの導入が将来の選択肢として捨象されたわけではないと述べている。この点については、Securing The Tax Base (http://www.hm-treasury.gov.uk/bud99_pr_securing_tax_base.htm [平成21年5月8日])参照。

があるとした上で、両者の其々の特徴・機能が示されている⁽¹⁸⁴⁾。

「的を絞った租税回避否認規定」は、「特定の租税回避防止規定」(“Specific Anti-Avoidance Rules”、SAAR)とも称されている通り、特定の範疇の租税回避行為を比較的単純な基準に基づいて否認するという機能を果たすものであり、上記の2008年経過報告書では、本規定は、従来通りの形で個別否認規定を整備するという伝統的なやり方・方法では必ずしも十分な対応が行われ難いと考えられる一定の取引分野・形態に対処することを主な目的としており、また、通常の商業取引を否認するとの意図を有していないことから、本規定の制度設計に際しては、通常の商業取引を適用範囲から除外する基準として、納税者のアレンジメントの利用が税務上の利益を得ることを主要な目的としているか否かという「主要目的テスト」を採用することが少なくないとの説明がされている。

上記の2008年経過報告書では、「原則に基づくアプローチ」については、税法規定の趣旨・目的の立証が必ずしも容易ではないという問題を克服することを主な目的としており、例えば、2007年12月に税務当局が示した諮問文書(“Principles-based approach to financial products avoidance; a consultation document”、以下「2007年諮問文書」という。)では⁽¹⁸⁵⁾、「原則に基づくアプローチ」の下では、①根底にある考え方に対する納税者の理解が深まることから、否認の対象となる租税回避行為である否かについての予測可能性が高まる、②金融商品取引を利用した租税回避行為に対処するために整備されてきた様々な個別規定を廃止することが可能となるため、税制の簡素化・一貫性の実現を図ることができる、③租税回避を行う者にとっては、租税回避行為が税法規定に抵触しないという主張よりも、原則に抵触しないとの主張を行うことの方が困難であることから、租

(184) 本経過報告書は、
<http://www.hmrc.gov.uk/budget2008/as-simplification.pdf> ([平成21年6月25日])から入手可能である。

(185) 本諮問文書は、
http://www.hm-treasury.gov.uk/d/consult_financial_productsavoidance061207.pdf ([平成21年4月7日])から入手可能である。

税回避行為の牽制効果が高まるとの説明がされている。

(2) 「的を絞った租税回避否認規定」と「原則に基づくアプローチ」の具体例

上記のような区分の下、「的を絞った租税回避否認規定」の代表例として挙げられるのが、2006 年財政法で手当てされた「キャピタル・ゲイン課税法」(Taxation of Chargeable Gain Act 1992) § 8 (「キャピタル・ゲインを含む法人の総利益」、company's total profits to include chargeable gains) である。そもそも、「キャピタル・ゲイン課税法」では、§ 16 において、キャピタル・ロスとキャピタル・ゲインは同様な取扱いを受けるという原則の下、同一の取引から生じる利益が課税対象となるなら、損失の控除も容認される旨が規定されているが、かかる取扱いの例外を定めた同法 § 8 は、「(a) アレンジメントの直接又は間接の結果として、若しくはアレンジメントとの関連に起因して損失が生じ、また、(b) アレンジメントが税務上の利益を得ることを主要な目的又は主要な目的の一つとしている場合、・・・法人のかかる損失の控除は認められない」(2 A) と規定している⁽¹⁸⁶⁾。

2007 年財政法で創設された「印紙土地税」(Stamp Duty Land Tax) § 75A も、「的を絞った租税回避否認規定」の一例であるが、本規定は、印紙土地税の回避するスキームの大半をカバーするかなり広範な規定振りとなっているものであることから⁽¹⁸⁷⁾、本規定は、「的を絞った租税回避否認規定」

(186) 本規定の原文は、“...a loss accrues to a company in disqualifying circumstances if -(a) it accrues to the company directly or indirectly in consequence of, or otherwise in connection with, any arrangements, and (b) the main purpose, or one of the main purposes, of the arrangements is to secure a tax advantage.” である。キャピタル・ゲイン課税法 § 8 (2B) は、アレンジメントとは、「契約、合意、スキーム、取引又は一連の取引 (法的に執行可能であるか否かは無関係)」 (“any agreement, understanding, scheme, transaction or series of transactions (whether or not legally enforceable)”) を含むと定義している。なお、2007 年財政法によって、本規定の適用対象は法人に限定されないこととなった。

(187) 本規定は印紙土地税スキームの終焉を告げるものであるとの指摘もされている。この点については、Michael Thomas, Section 75A FA 2003: The Death of SDLT Planning ? (http://www.taxbar.com/documents/Section_75A_FA_2003_the_Death_o

というよりも、ミニ GAAR という名称の方が似つかわしいものとなっている。本規定は、上記のキャピタル・ゲイン課税法 § 8 とは異なり、「主要目的テスト」に立脚するのではなく、土地の売買、賃貸及びリース等に係る一連のスキーム（SPV やパートナーシップ等を介在させる場合が多い。）によって生じる実際の印紙土地税の納付額の合計が、かかるスキームを利用した「理念上の土地取引」（“notional land transaction”）によっていずれかの者に対して生じる最高額の印紙土地税よりも少ない場合には、「理念上の土地取引」に対して印紙土地税を課するというアプローチを採用している⁽¹⁸⁸⁾。

これに対し、「原則に基づくアプローチ」の代表例としては、前述の 1994 年財政法 4 部 2 章（金融商品） § 168A が挙げられる。本規定では、「容認できない目的ルール」が採用されているが、本ルールの有用性は、Prudential Plc. v. Revenue & Customs Commissioners 事件高等法院大法官部（Chancery Division）判決（[2008] STC 2820）でも証明されている。本事件では、問題となる契約が 1994 年財政法 4 部 2 章 § 168A で定める「適格契約」（“qualifying contract”）に該当するか否かが問題となった。適格契約とは、1994 年財政法が定める金融商品ルールに合致する契約であり、本規定の 1 項は、「いずれかの会計年度において、ある法人が当事者である適格契約が容認できない目的を有している場合には、当該法人では、上記の § 155 の目的上、B の金額として当該年度において算入される額には、以下の 2 項の制限に服するものの、適正かつ合理的な配分方法の下、容認されない目的に帰せられる契約で利用されている会計方法による金額は含

[f_SDLT_Planning_MT.pdf](#) [平成 21 年 4 月 8 日]) 参照。

(188) 例えば、A が B に対して土地を 1 千万ポンドで売却した直後、B が当該土地を C に対して 5 ポンドで売却する場合、「理念上の土地取引」は、C による当該土地の取得であり、印紙土地税の対象額は 1 千万ポンドとなる。税務当局が示している本規定の適用の例については、The stamp duty land tax (variation of the finance act 2003) regulations 2006: technical note (<http://www.hmrc.gov.uk/pbr2006/sdl-t-regulation.pdf> [平成 21 年 4 月 8 日]) 参照。

まれない」と定めている⁽¹⁸⁹⁾。

上記事件判決では、納税者が通常の営業活動において固定利率の債務を負い、当該債務を変動利率の債務にする幾つかの金利スワップを行った後、当該債務に係る為替リスクをヘッジするため、大手会計事務所が勧奨する租税回避スキームであるスワップ契約を結び、本契約に基づき一定額を前払し、1994年財政法4部2章§155に基づき、その控除を行ったが、税務当局は、かかる支払いは、元本に該当する部分の支払や将来返還が行われるデポジットに相当するものであるほか、本契約は、容認できない目的を有するものであるとして、その控除を否定する処分を行ったことが問題となった。高等法院は、本事件判決において、税務当局の主張を認め、本件前払いを行う商業上の合理的な理由が見出し難く、また、本件契約を結び、本契約に基づいて一定額を前払いしたことは、租税回避を主要な目的としたものでないにしても、主要な目的の一つとしたものであることから、本件の前払い額は、1994年財政法4部2章§155が定める控除可能なBの金額に該当しないと判示している。

(3)「原則に基づくアプローチ」の適用範囲の拡充に向けた動き

前述の2007年諮問文書では、上記のPrudential事件高等法院判決でも有用性が確認された「原則に基づいたアプローチ」に依拠して「隠れた利子」(“disguised interest”)にも対処するとの意向が示されていた。かか

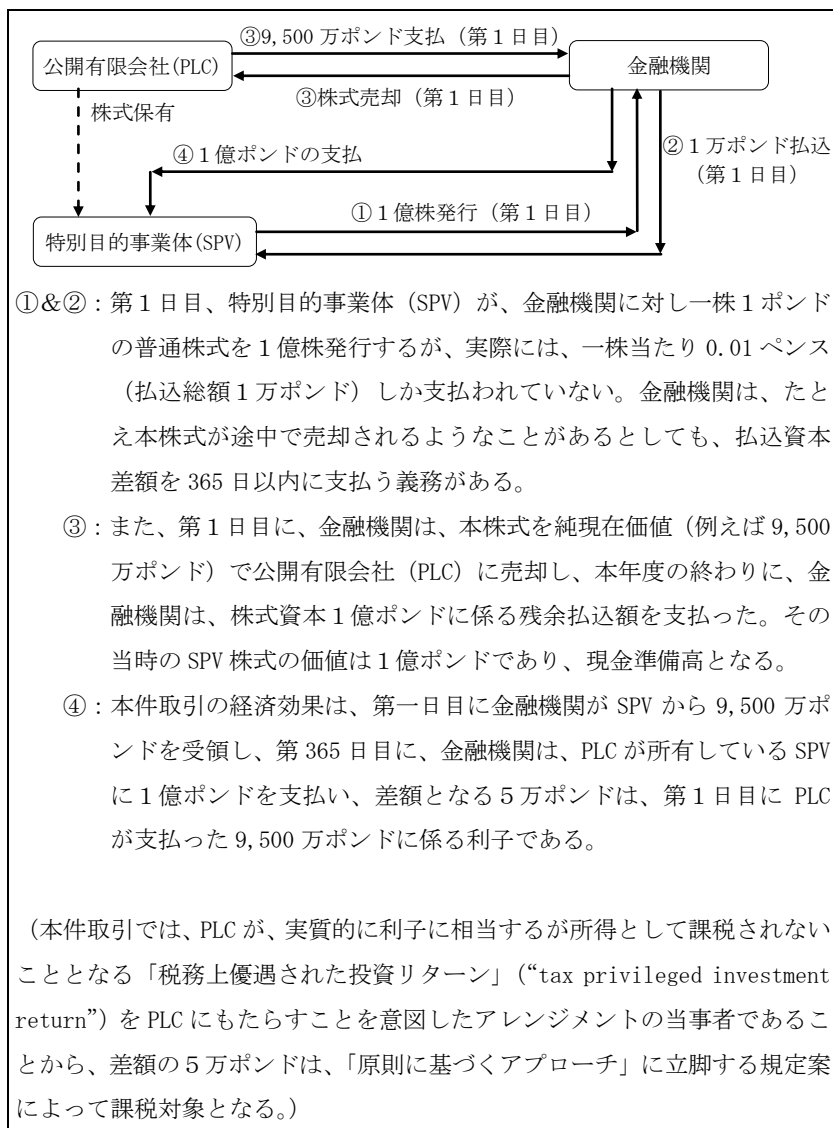
(189) 本規定の原文は、“Where in any accounting period a qualifying contract to which a company is party has an unallowable purpose, any amount which for that period fall, in the case of the company, to be brought into account for the purposes of section 155 above as part of amount B shall (subject to subsection (2) below) not include so much of the amounts given by the accounting method used as respects the contract as, on a just and reasonable apportionment, is referable to the unallowable purpose.”である。なお、§168A(2)は、「・・・Bの金額は最大額を超えてはならない」と定め、セクション168A(3)は、「最大額とは、・・・Bの金額がAの金額(法人が関係する会計年度において受け取る適格支払)を超える部分・・・」と定め、また、§155(b)は、「Bの金額とは、(関係する会計年度)に配分される又は配分されるべき法人による適格支払である」(“Amount B is so much of the qualifying payment or payments made or falling to be made by the company as is so allocated.”)と定めていた。

る意向が示された背景には、例えば、経済的には利子に相当する配当を提供する普通株式の性質を有しない株式（「償還可能の累積優先株式」“cumulative redeemable preference shares”等）の購入資金が、一定期間が経過した後に払い戻されるようなスキームを利用して、課税対象となる利子を課税免除となる配当やキャピタル・ゲインに転化させる動きなどが生じたため、このような動きを抑止するとの観点から、一定の立法措置（例えば、一定の株式については貸付として取り扱うことを定めた 1996 年の財政法 91A～91G）が講じられたものの、これらの措置の適用を回避するスキームが新たに登場するなどの問題が生じ、これらの動きを十分に抑止することができなかったという事実がある。

上記の事実等に鑑み、2009 年財政法での立法化に向けて 2007 年諮問文書の内容に若干の修正を加えた 2008 年 11 月発表の諮問文書（以下「2008 年諮問文書」という。）では、「隠れた利子」への対抗上、2009 年法人税第 6 部第 2 章 A（§ 485 A～485 E）を創設するとの意向が示されている⁽¹⁹⁰⁾。これらの規定案の下では、法人が当事者であるアレンジメントが経済的に利子に相当する額に関連するリターンを生じさせる場合、かかるリターンに対しては、貸借関係から生じた利益として、貸借関係に係るルールを定める第 5 章が適用されることとなる（但し、かかるアレンジメントの主要な目的又は主要な目的の一つが、かかるリターンを法人税上の所得に該当しないようにすることでない場合などには、第 5 章の適用はない。）ため、本規定案に依拠して、2007 年諮問文書で示された次の取引例 A における「隠れた利子」（すなわち、PLC に帰属すべき差額の 5 万ポンド）の課税を行うことも可能となると考えられる。

(190) 「2008 年諮問文書」は、
http://www.hm-treasury.gov.uk/d/pbr08_financialproducts_802.pdf（〔平成 21 年 4 月 7 日〕）から入手可能である。

(取引例 A)



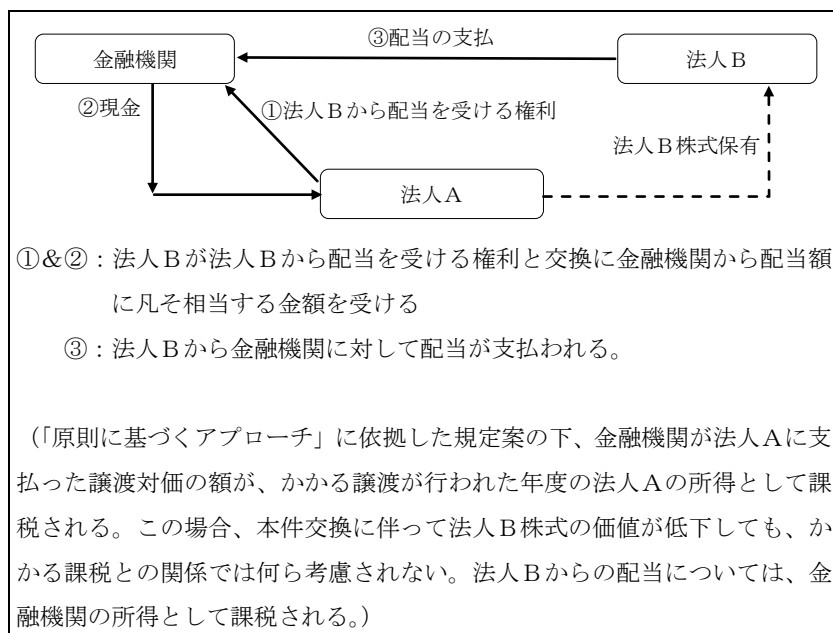
（出典：英国財務省 2007 年 12 月発表資料（“Principle-based approach to financial products avoidance:consultation document”）の Example 1 に加筆）

さらに、上記の 2007 年諮問文書では、「所得の流れの移転」(“transfer of income streams”)も「原則に基づくアプローチ」の対象とされている。「所得の流れの移転」が本アプローチの対象とされた背景には、例えば、配当に対する課税を回避するために、株式を売却することなく配当を受け取る権利を金融機関等に譲渡し、その代わりに配当額に凡そ相当する額を受け取るというスキームを利用するなどの動き（例えば、次の取引図 B 参照）があったが⁽¹⁹¹⁾、このような「所得の流れの移転」で生じた収益が所得と資本収益 (capital receipt) のいずれに該当するかという点に関して英国の裁判所が示した見解は、必ずしも一貫したものとなっていないという問題があった⁽¹⁹²⁾。2008 年諮問文書でも、このような動き・問題に対処するとの観点から、「所得の流れの移転」を「原則に基づくアプローチ」の対象とするという方針が踏襲されている。

(191) 本諮問文書では、英国の判例上、所得の代替物に対する課税関係には不確実性・不透明性が伴うとの指摘がされている。

(192) 例えば、Greyhound Racing Association (Liverpool), Ltd. v. Cooper (H.M. Inspector of Taxes) 事件高等法院判決 ([1936] 2 All ER 742, 20 TC 373) では、トラックを利用させるライセンスの付与の対価として得られた一括払い額は所得であると判示されたが、Inland Revenue Commissioners v. John Lewis Properties plc 事件控訴院判決 ([2003] STC 117) では、納税者が関係者に対して貸し付けている資産から生じる賃料を一定期間にわたって受ける権利を金融機関に譲渡し、譲渡の対価として、当該期間にわたって得られる賃料を一定の率で割り引いた金額を得たところ、かかる金額は所得ではなく、資本収益であると判示されている。また、例えば、豪州でも、予てより、所得と資本収益の区別が容易でないという問題があることについては、Michael Flynn, *Distinguishing Between Income and Capital Receipts – A Search for Principle* (<http://www.buseco.monash.edu.au/blt/jat/1999-issue3-flynn.pdf> [平成 21 年 6 月 26 日]) 参照。

(取引例 B)



(出典：英国財務省 2007 年 12 月発表資料(“Principle-based approach to financial products avoidance:consultation document”)の Example 11 に加筆)

上記のような方針を採用する上で参考とされたのが、豪州の Henry Jones (IXL) Limited v. Federal Commissioner of Taxation 事件連邦裁判所判決 (91 ATC 4663) であった。本事件では、缶詰めの商標を有していた納税者 A 等が、法人 B 等に対して本商標を使用して缶詰めを販売することを 10 年間に亘って認め、10 年経過後には、本商標に対する権利は第三者に移転し、かかる取引の対価として、缶詰めの販売額に応じたロイヤルティを得るなどの契約が結ばれ、また、本契約が結ばれる前に、納税者 A は、本契約の下での権利を金融機関に譲渡し、その対価として 758 万豪ドルを得たが、納税者 A は、本契約後においては本商標を納税者 A が使用することができなり、また、本件対価は本件契約による商標の価値の低下に起因する

ものであり、資本としての性格を有するため、税務当局が依拠する 1936 年所得税法 § 26 (a) が定める事業活動から生じた課税対象所得には該当しないと主張したことが問題となった⁽¹⁹³⁾。

本事件判決で示された考え方の中で 2007 年諮問文書が特に参考としたのは⁽¹⁹⁴⁾、ヒル (Hill) 裁判官が示した「・・・基となる資産の権利の譲渡を伴わない場合、資産からの所得配分は、その形態の如何にかかわらず、かかる所得配分に対する対価を生ずべき将来の所得の単なる代替物として歳入勘定に計上されるという結果を発生させる。このケースでは、契約によって将来の所得が担保されており、譲渡されるものが譲渡を行う者の権利、所有権及び利権であるという事実があるが、かかる事実、受領された対価が課税対象所得であるとの結果に影響を及ぼすことはない」という見解である⁽¹⁹⁵⁾。かかる見解を応用し⁽¹⁹⁶⁾、所得を受け取る権利から生じるもので資本のロス（権利の譲渡に伴う将来の所得の流れに具現する元本価

-
- (193) 本件で問題となった利益は、1982 年 9 月までの利益であり、豪州でキャピタル・ゲインに対する課税がされるようになったのは、1985 年 9 月の税制改正以降である。
- (194) ヒル裁判官は、「工業財産権のライセンス使用が一括払いで認められるとすると、一括払いが所得と資本のいずれかという問題は、諸々の状況に左右されることとなる。関係する事項としては、ライセンスの使用許諾の頻度やライセンス使用が排他的であるか否かなどの点が挙げられる」(“If an industrial property right is licensed for a lump sum payment, the question whether the lump sum is income or capital will depend upon all the circumstances. One matter of relevance will be the frequency with which the licensor grants such rights, another will be the question whether the rights granted are exclusive or non-exclusive.”) という見解も示している。
- (195) 本判決部分の原文は、“・・・ an assignment of income from property without an assignment of the underlying property right will, no matter what its form, bring about the result that the consideration for that assignment will be on revenue account, as being merely a substitution for the future income that is to be derived. In this case the fact that the future income was secured by an agreement and the assignment was of the right, title and interest of the assignor does not affect the result that the amount received is assessable.”) である。
- (196) ヒル裁判官は、かかる見解は、納税者が属するグループの「所得の流れの移転」の対価を所得税法 § 26 (a) の適用対象外となる資本所得として得ることを試みたスキームが問題となった Federal Commissioner of Taxation v. The Myer Exporium Ltd 事件高等法院判決 (87 ATC 4363) で確立していると述べている。

値の低下を超えるロス)を伴わないものは、所得の経済的な代替物であり、所得税法上、所得として取り扱うという規定案(2007年所得税法第6章§809A～§809B)が示されており、同様な趣旨の規定案は2008年諮問文書でも採用されている⁽¹⁹⁷⁾。

第3節 補完手段の比較法的位置づけ

1. 主な大陸法の国々の対抗策の実態分析の意義

第2節での考察から明らかなように、英国では、「的を絞った租税回避否認規定」や「原則に基づくアプローチ」に依拠した規定を採用する動きが進展しており、しかも、最近では、これらの規定の適用範囲の更なる拡充を図る動きもある⁽¹⁹⁸⁾。2009年財政法で採用された「容認できない目的ルール」を拡充する措置や新たな「的を絞った租税回避否認規定」も、このような動きの延長線上に位置づけられる。確かに、これらの規定・措置を巡っては議論があり⁽¹⁹⁹⁾、その適用上の不透明性・不確実性等を批判する向きなどもあるが⁽²⁰⁰⁾、これらの規定・措置が手当てされる場合、その適用に係る指針等が

(197) 2008年諮問文書では、かかる方針を具体化した規定案として、2007年所得税法において第5章A(§809AZA～§809AZF)を創設するとともに、2009年法人税法第6部第2章Bを手当するとの意向が示されていた。

(198) 「的を絞った租税回避否認規定」の適用範囲を拡充せんとする動きもある。かかる動きの例として、1999年1月に関税当局(HM Customs & Excise)が諮問文書(TAX 38/98: A General Anti-Avoidance Rule)で示した建設サービスに係る付加価値税案が挙げられる。本税案のポイント及び本案に対する英国・ウェールズ勅許会計協会(the Institute of Chartered Accountants in England and Wales)の反対意見については、TAX 38/98 VAT: A General Anti-Avoidance Rule for Construction Services (http://www.icaew.com/index.cfm/route/121465/icaew_ga/pdf [平成21年5月7日])参照。

(199) このような議論があるという事実も、「原則に基づくアプローチ」の適用を「所得の流れの移転」の例にも拡大するという2008年諮問文書で示された方針が未だ具体化していないことと、少なからず関係していると考えられる。

(200) 「的を絞った租税回避否認規定」の射程範囲が広く、的が絞れていないものとなっているとの批判については、Update on the anti-avoidance simplification review: Response by the Chartered Institute of Taxation (<http://www.tax.org.uk/attach.pl/7290/8639/SimplifyingAntiAvoidanceLegisla>

示されるのが通例であり、また、これらの規定・措置を含む一連の補完手段を手当てすることの必要性については、以下の2～4における考察から確認し得る通り、国外所得免除制度等を採用している主な欧州諸国の税務当局が、かかる制度等の適用を狙った租税回避等への対応に苦慮していることから示唆される。

そもそも、第1章第2節3（「欧州における最近の動向」）からも明らかな通り、欧州における国境を跨ぐ配当に係る税負担を軽減するという流れは、配当の支払段階における源泉税の免除という点においてだけでなく、配当を受ける法人段階での課税の免除という点においても、加速化してきている。このような流れが、後者の点において既に顕著なものとなっていることは、多くの欧州諸国の国内法や租税条約において、国外所得免除制度や「資本参加免除制度」（“participation exemption system”）が採用されていることから確認することができる。国内法が定める資本参加免除制度の制度設計や適用条件については、国毎に若干の差異が認められるが、一定の適用条件（株式保有割合や事業活動基準等）をクリアするケースについては、国内法人が外国子会社等から受領する配当や株式譲渡所得等に対する国内での課税が免除されるというのが通例となっている⁽²⁰¹⁾。

もっとも、上記のような税務上のメリットを提供する資本参加免除制度等が、租税回避や不当なタックス・プランニング等に利用されることを牽制・防止するために⁽²⁰²⁾、欧州の国々では、このような租税回避やタックス・プランニ

tion%20final300908.pdf [平成21年4月8日]参照。「原則に基づくアプローチ」に対する批判的な評釈については、Adam Blakemore, A Review of HMRC's Consultation Document on Financial Products Avoidance, Tax Notes International, Vol.49, No.9(2008)pp.795～816 参照。本評釈等を和訳したものについては、一高龍司「金融商品を用いた租税回避に係る英国歳入関税庁の諮問文書の概観」租税研究第710号（平成20年）168～196頁参照。

(201) オランダ、ドイツ、フランス、スイス、スペイン、ベルギー及びハンガリー等が資本参加免除制度（「資本参加特権制度」とも和訳されている。）を採用している。

(202) このようなタックス・プランニングの例としては、持株会社を使った「資本参加免除制度漁り」（“participation exemption shopping”）などがあり、持株会社に対して

グ等に対して一定の対抗措置や補完手段等を講じている。対抗措置の代表例が CFC ルールや過少資本税制等であるが⁽²⁰³⁾、これらの対抗措置も、前述の通り、親子会社指令に代表される諸々の欧州委員会指令等や一連の欧州司法裁判所判決を受けて、その制度設計のあり方に修正が加えられ、その結果、これらの対抗措置の有用性と限界も変化してきている。以下の 2～4 では、主な欧州の大陸法の国々の資本参加免除制度等の特徴や主な対抗措置の有用性と限界を分析することにより、2009 年財政法で手当された英国の国外所得免除制度とその補完手段の比較法的な位置づけなどを考察する。

2. オランダの資本参加免除制度と租税回避防止策

オランダの場合、2006 年に改正される前の資本参加免除制度の下では、オランダの親会社が国外子会社から得る配当等が資本参加免除制度の適用対象となるためには、①親会社が子会社の 5 % 以上の株式払込資本を有し、②子会社が国外で税率 10 % 以上の法人税の対象となっており、③親会社が子会社の事業活動に積極的に関与しており、親会社の子会社株式の保有が資産運用投資目的でないこと（すなわち、子会社が「税投資ファンド」（“Fiscale Beleggingsinstelling”）に該当しないこと）が前提条件となっており、しかも、オランダの税法は CFC ルールを基本的に有していないことから、その適

有利な制度を有している国を「持株会社ヘイブン」（“holding haven”）と称する向きもある。因みに、米国の多国籍企業の持株会社の設立先の多くは、ドイツ、オランダ、英国及びフランス等に集中しており、これらの国の中にも、「持株会社ヘイブン」に該当する国があるのではないかと考えられている。これらの点の詳細については、Thomas Borstell, International Tax Planning, Winter Semester 2007/2008 (http://www.wiso.uni-koeln.de/steuer/lehre/ws0708/borstell/B_1_3_Acquisition_Planning_S_WS_2007_08.pdf [平成 21 年 6 月 18 日]), Wolfgang Kessler and Rolf Eicke, Is Germany a ‘Holding Haven’?, Tax Notes International, Vol. 50, No. 8 (2008) pp. 687-691 参照。

- (203) 最近、利子の控除を制限する動きも活発化してきている。例えば、デンマークでは、2007 年、法人の資産価値を超える債務に係る利子には控除を認めないとする法人税法（Selskabsskatteloven）§ 11B が措置され、ドイツ等でも同様な措置の導入が検討されている。この点及びカナダや豪州等でも利払いの控除を制限する措置が講じられたことの詳細については、拙稿「第 62 回 IFA 総会—議題 2 及びセミナー D・J の評釈と主な論点の研究」税大ジャーナル 9 号（2008）154～157 頁参照。

用範囲は、實際上、かなり広いものとなっていたため⁽²⁰⁴⁾、資本参加免除制度が提供する優遇的な取扱いの不当な適用を狙った租税回避行為にどのような対処するかという点が、一つの重要な課題となっていた。

「法の濫用」(fraus legis)の法理に基づく否認アプローチのオランダにおける有用性は低いものではないが、かかるアプローチによって国内法上の個別否認規定や租税条約上の濫用防止規定の限界を補完することにも一定の限界があることから⁽²⁰⁵⁾、2002年の税制改正では、上記③の要件を形式上満たすために、オランダの親会社と資産運用投資目的で保有している国外子会社との間にその他の加盟国の法人を介在させるという租税回避行為に対処するための措置が講じられた。本税制改正により、オランダの親会社が、介在法人を通じてではなく、国外子会社の株式を直接に保有していたとすると、当該子会社の資産の大半が加盟国以外の国に存することとなることにより、資本参加免除制度の適用対象とならないようなケースに対しては、オランダの親会社の子会社株式の取得の主要な目的が税負担軽減以外のものであることを証明しない限り、本制度の適用は認められないこととなった。

したがって、上記の措置の下では、例えば、オランダの親会社がルクセンブルグの持株会社を通じてスイスの受動的金融会社の資産を保有しているケースにおいて、オランダの親会社が、スイスの受動的金融会社の資産を直接保有していたものとした場合において、かかる資産から生じる所得が受動的所得に該当するならば、オランダ・スイス租税条約の下では、受動的金融会社から生じる所得に対する二重課税調整方法としては、国外配当免除方式ではなく、外国税額控除方式が採用されていることから、このようなケースに対しては、オランダの親会社が得た配当が、形式的にはルクセンブルグの持

(204) ③の条件は、通常、親会社が子会社の株式の25%以上を保有している場合には充足されたものとみなされる。なお、2006年税制改正により、2007年1月以降、本制度の適用要件の②及び③が撤廃されたことにより、オランダの資本参加免除制度は、その他の主な国々の同様な制度よりも、更に優遇的な取扱いを提供するものとなっている。

(205) この点の詳細については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』293～299頁参照。

株会社を通じて得たものであっても、オランダの親会社がルクセンブルグの持株会社の株式を取得した主な目的が税負担の軽減ではないことが証明されない限り、資本参加免除制度の適用が認められないこととなり得る⁽²⁰⁶⁾。

確かに、資本参加免除制度のあり方は EC 条約等との関係から制限を受けることから、その適用範囲を制限することにも一定の限界があり、実際、Bosal Holding BV v. Staatssecretaris Van Financiën 事件 ECJ 2003 年 9 月 18 日判決 (Case C-168/01) (Rec. 2003, p. I-9409) では、オランダの 1969 年法人税法 § 13(1) が定める資本参加免除制度の下、オランダの法人税の課税対象となる法人の利益の稼得に資するコストは税務上控除可能であったが、本事件の当事者であるオランダ法人によるその他の EU 諸国に存する子会社への出資に係るコストである利払いについては、オランダの税務当局によって、その控除が否定されたことが問題となり、本事件判決では、本規定は、オランダの親会社が子会社を他の EU 加盟国内に設立することを抑制する効果を有することから、設立の自由を定める EC 条約 43 条及び親子会社指令に抵触すると判示されている⁽²⁰⁷⁾。

上記の Bosal 事件判決はオランダの税収を大幅に低下させることに繋がると思定されたため、2004 年には過少資本税制が導入された。また、英国の CFC ルールと EC 条約 43 条等との関係が問題となった前述の Cadbury Schweppes 事件 ECJ 判決では、CFC ルールの適用対象は、「全く人為的なアレンジメント」 (“wholly artificial arrangement”) に限定されるべきであると判示されたものの、CFC ルールの存在自体は必ずしも EC 条約に抵触するものではないとの見解が示されたことから⁽²⁰⁸⁾、かかる見解等を踏まえ、オランダでも CFC ルールを導入すべきであるとする見方が強まったという経緯もあった。しか

(206) この点については、Anti-Abuse Provision For Dutch Participation Exemption To Be Amended (<http://www/stibbe.com/upload/11754220f25019c99904ffe.pdf> [平成 21 年 2 月 20 日]) 参照。

(207) 本判決の概要・意義については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』319 頁参照。

(208) 本事件判決のポイント・意義等については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』330-331 頁参照。

し、結局のところは、CFC ルールを導入するという措置は講じられず、その代わりに、輕課税国への消極的な資本参加の持分割合が 25%以上であり、しかも、当該会社の資産の 90%以上がポートフォリオ投資により構成されている場合には、当該持分については毎年評価替えをし、評価損益を認識しなければならないこととするとの措置が手当てされている⁽²⁰⁹⁾。

3. フランスの資本参加免除制度と租税回避防止策

フランスの資本参加免除制度の下では、フランス企業が 2 年間以上に亘って 5%以上の株式保有割合を有する国外法人から得る配当の 95%が課税免除となる。オランダの場合と異なり、本制度自体には濫用防止規定が措置されていないが、租税一般法 (Code Général des Impôt) 209B 条が CFC ルールを定めている。CFC ルールは、2005 年までは、フランス企業によって 10%以上の株式を保有する国外子会社等の税負担がフランス国内での税負担であった場合の 67%未満である場合に適用されていた⁽²¹⁰⁾。ところが、Société Schneider Electric 事件国務院 2002 年 6 月 28 日判決 (CE, no. 232276) では、フランス法人が所有するスイス法人がスイスで低い税負担となっても、フランス・スイス租税条約は、フランスに恒久的施設を有しないスイス法人の事業利益はフランスで課税されないと定めている以上、本件にフランスの CFC ルールを適用することは、本租税条約に抵触するとの判断が下されたという経緯がある⁽²¹¹⁾。

上記判決及び CFC ルールと EC 条約等との関係についての欧州司法裁判所の

(209) この点については、欧州税制改正の最新動向第 5 回オランダーオランダ法人税制度について (http://www.kpmg.or.jp/resources/newsletter/tax/200707_4/02.html [平成 21 年 6 月 10 日]) 参照。

(210) もっとも、国外の子会社等が事業活動を行っており、なおかつ、利益の半分以上がその設立国において生じている場合には、本ルールの適用はない。

(211) Schneider 事件国務院判決の概要・意義については、橋本秀法「我が国のタックス・ヘイブン税制と租税条約の関係ー租税条約締結国に所在する子会社への参加に起因する所得に対するタックス・ヘイブン課税の適用の可否ー」税務大学校論叢 54 号 (平成 19 年) 134～151 頁参照。

見解や議論の趨勢等を踏まえて、2005年にはCFCルールの改正が行われ、2006年以降は、①フランス企業によって50%以上の株式が保有されているEU域外に存する子会社等の税負担がフランス国内での税負担であった場合の50%未満である場合、また、②上記①に該当しなくとも、国外子会社等が租税回避目的で設立され、また、実質を有していない場合、CFCルールが適用されるようになった。改正されたCFCルールは、そのドラフト段階では、改正前のCFCルールを強化するとの意図を含んだものであったとの指摘もあるが⁽²¹²⁾、改正されたCFCルール及び2007年に示された本ルールに関する税務当局のガイドラインは⁽²¹³⁾、多くの点において納税者にとって有利なものとなっており、国際的なタックス・プランニングの余地を拡大するものであるとの見方がされている⁽²¹⁴⁾。

フランスでは、過少資本税制を定める租税一般法212条も、SA Andrits 事件国務院2003年12月30日判決（CE, no. 233894）及びSARL Coréal 事件国務院2003年12月30日判決（CE, no. 249047）によって、大きな打撃を受けた。これらの事件では、本規定に基づくオーストリア法人及びドイツ法人のフランス子会社の利払いの控除の制限が問題となり、国務院は、本規定に基づく制限は、フランス法人の国内の子会社の利払いの控除に対しては適用されないことから、このような差別的な取扱いを行う本規定は、1959年オーストリア・フランス条約が定める無差別取扱いの原則や設立の自由を定めるEC条約43条に反すると判示している⁽²¹⁵⁾。これらの判決の衝撃が小さいもので

(212) かかる見方については、Guillaume Goulard and Guillaume Jolly, French Lawmakers Revisit CFC Rules, Tax Notes International, Vol.37, No.3 (2005)pp.219-223 参照。

(213) 改正後のCFCルール及び税務当局のガイドラインの詳細については、France-Guideline on French CFC Rules Published – Details (http://www.consulco.com/EN/tax_news/article1494 [平成21年6月11日])参照。

(214) この点については、France: More Favourable Guidelines on CFC Rules (<http://www.genevaprivateoffice.com/en/news.php?id=0000000046> [平成21年6月11日])参照

(215) これらの判決の概要については、Robert Tarika, Freedom of Establishment Trumps Thin Capitalization Rules, International Tax Review(also at

なかったことは、例えば、これらの判決等に鑑みると、配当剥がしは、もはや、規制の及ばない行為のようにも思われるとの指摘があったことなどからも示唆される⁽²¹⁶⁾。

確かに、上記のような問題点・限界を抱えた過少資本税制については、2006年には改正が行われ、その結果、その適用範囲は、従前の過少資本税制とは異なり、直接の株式保有関係にある法人間の貸借に係る利払いだけでなく、一定の間接の株式保有関係にある関連法人間の貸借（間接的な貸借）に係る利払いも含むように拡大されたが、本制度が適用されるのは、「利子テスト」（独立企業間の貸借に係る利払い率を超えるものであること）をクリアし、なおかつ、「資金効率テスト」（①関連法人からの借入額が自己資本（equity）の1.5倍以上であること、②関連法人に支払う利子が税引前の通常の所得（関連法人からの利払い等を含む。）の25%以上であること、③関連法人に支払った利子の額が関連企業グループから得た利子の額を超過することの全ての要件に該当すること）をクリアする場合に限られるという限界がある⁽²¹⁷⁾。

フランスの国際的租税回避行為等に対処するための主な税法上の規定は、上記のような変遷を遂げたが、Société Pléiade 事件国務院 2004 年 2 月 18 日判決（CE, no. 247.729）では、資本参加免除制度の不当な適用を受けることを狙った租税回避行為に対処する上で効果的な一つのアプローチが示された。本事件では、利子所得を得たルクセンブルグの持株会社Aが、源泉税の対象とならない配当をフランス法人Bに支払い、かかる配当に対する税負担の大半が、フランスの資本参加免除制度に従って免除されるか否かが争点となった。持株会社Aは法律手続に従って適正に設立されており、しかも、フ

<http://www.internationaltaxreview.com/?Page=10&PUBID=35&ISS=12602&SID=470126&TYPE=20> [平成 21 年 6 月 15 日]) 参照。

- (216) かかる指摘については、Michel Collet, France Tax News, FTN6-May 26, 2004 (http://www.cms-bfl.com/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/publications/lettre_usa/FranceTaxNews_6_0504.pdf [平成 21 年 6 月 10 日]) 参照。

- (217) “Interest Test”及び “Leverage Test”の詳細については、Claire Guionnet-Moalic, New French Thin Capitalisation Rules: Limitations on Interest Paid, Tax Planning International Review, 02/06, BNA, pp. 3-4 参照。

ランス法人Bの持株会社Aの株式保有割合は17%であることから、資本参加特権の適用要件及び税法 209B が定める CFC ルールの適用対象外となる要件（株式保有割合 25%以下）をクリアしているほか、持株会社Aの財務報告書等の権限ある当局への提出や経営者会議の開催も行われていた⁽²¹⁸⁾。

上記の取引は、資本参加免除制度の適用を受けるために利子所得を配当に化体させたものであるとの見方がされているが⁽²¹⁹⁾、本事件の原審であるナンシー行政控訴裁判所 2002 年 4 月 4 日判決 (Cour administrative d'appel de Nancy, no. 98-451) では、本件取引が税務上の利益の稼得を唯一の目的としていることの立証責任が果たされていないとして、税務当局が敗訴していた。しかし、その上告審である上記の国務院判決では、①フランス法人Bによる持株会社A株式への投資は、株式取得コストがリターンを著しく超過するなど、その投資目的には税以外の合理的な経済的理由がなく⁽²²⁰⁾、②持株会社Aは、投資のポートフォリオを独立して管理する専門能力を有しておらず、③持株会社Aの株主は、株主総会にも出席せず、持株会社Aの管理への関与もないことから、本件スキームは事業の実質を欠き、濫用的な性質が認められるため、本件配当に係る税負担の大半の免除は認められないと判示されている⁽²²¹⁾。

(218) したがって、少なくとも、持株会社 A が仮装の法人であると認定することは困難であった。

(219) かかる見方については、Robert Tarika, France: When French companies set up foreign holding and abuse of law, *International Tax Review*, June 2004 (also at <http://www.internationaltaxreview.com/?Page=10&PUBID=35&ISS=12599&SID=470290&TYPE=20> [平成 18 年 4 月 18 日]) 参照。

(220) 税務当局は、持株会社 A による投資所得とフランスのミューチュアル・ファンド (Société d'Investment à Capital Variable, SICAV) の投資を比較し、後者の利益の方が高くなることが見込まれるほか、持株会社 A については高い管理コストもかかるなどの点を指摘し、国務院も、かかる指摘を暗黙に受け入れたものと考えられると指摘されている。かかる指摘については、Michel Collet, *French Tax Law Introduces Corporate Substance Doctrine*, *Tax Notes International*, Vol. 34, No. 4 (2004) pp. 349-351 参照。

(221) 本事件・判決の概要については、Sylvain Pichard, *Abuse of Law and Cross-Border Transactions in France*, *Tax Notes International*, Vol. 36, Nov. 12 (2004) pp. 1019-1022 参照。

上記の国務院判決は、租税回避を唯一の目的としている取引であるとの立証ができなくとも、実質主義によって、法の濫用防止手続である租税手続法典 (Livres des Procédures Fiscales) 64 条を支えることにより、本規定の適用が可能となることを示したものであり、事業実質という概念・テストをフランスの税法に初めて持ち込んだという点で画期的であると評されている⁽²²²⁾。かかる否認アプローチは、上記の *Sté Pléiade* 事件と凡そ同様な取引が問題となった *Société Sagal* 事件国務院 2005 年 5 月 18 日判決 (CE, no. 267087) でも踏襲されたが、さらに、米国企業が英国の第三者に対して英仏租税条約上の配当に係る軽減税率及びアボワール・フィスカルの適用を受けさせるように仕組んだ取引が問題となった *Bank of Scotland* 事件国務院 2006 年 12 月 27 日判決 (CE, no. 283314) では、受益者概念を法の一般原則である法の濫用の法理によって支えるというアプローチに立脚して国際的租税回避行為の否認が行われている⁽²²³⁾。

4. ドイツの資本参加免除制度と租税回避防止策

ドイツでは、幾つかの租税条約において「資本参加免除特権」(“Schachtelprivilege”) が定められており、かかる条約上の特典の適用を狙った条約漁りや租税回避行為も見受けられる。例えば、二つの連邦財政裁判所 2000 年 1 月 19 日判決 (BFH-Urteil vom 19. 1. 2000, I-R-94/97 und I-R-117/97, BStBl. 2001, II, S. 222) では、ダブリン・ドックス (Dublin Docks) と称されるアイルランドの「国際金融センター」(International Financial Service Center, IFSC) に子会社を設立し、当該子会社からドイツ

(222) かかる評価については、Collet, *supra* “French Abuse of Law” 参照。租税手続法典 64 条の機能とその限界については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』279～289 頁参照。

(223) *Bank of Scotland* 事件判決の概要・ポイントについては、拙書・前掲『租税回避行為の解明』287～288 頁参照。本判決は、受益者概念と法の濫用の概念を結合した否認アプローチを採用したものであるとの評釈がされている。かかる評釈については、Stéphane Austry, Stéphane Gelin, and David Sorel, *Tax Notes International*, Vol. 53, No. 2 (2009) p. 155 参照。

ツ法人が受け取る配当に対し、資本参加免除特権を定めたドイツ・アイルランド租税条約の適用を受けることが認められるか否かが問題となったが、これらの事件判決では、本件の場合、アイルランドの子会社はCFCルール⁽²²⁴⁾の適用免除要件をクリアしている以上、本特権の適用を新租税通則法 (Abgabenordnung) § 42 に基づいて否認することはできないと判示されている⁽²²⁴⁾。

上記の二つの連邦財政裁判所判決は、高い否認機能を有すると評されている新租税通則法 § 42 を有するドイツでも、資本参加免除特権の適用を狙った租税回避行為等を否認することが困難であることを示唆するものであったが、ドイツでは、さらに、2001 年の税制改正により、インピュテーション制度が廃止され、ドイツ法人が国内及び国外の子会社から受け取る配当については、株式保有割合・期間等に関係なく、その 95% を課税免除とする資本参加免除制度を定める法人税法 (KStG) § 8(b) が措置されたため、国内法が定める資本参加免除特権の不当な適用を狙った租税回避行為に対処する必要性も強まる中、とりわけ、法人税法 § 8(a) が定める過少資本税制 (Zinsschranke) や「対外取引課税法」§ 7 等が定める CFC ルール (Hinzurechnungsbesteuerung) の対抗措置としての重要性が一段と高まることとなった。

ところが、ドイツの過少資本税制については、前述の 2002 年に下された Lankorst 事件 ECJ 判決 (Case C-324/00) において、「全く人為的なアレンジメント」を防止するという特定の目的を有しておらず、「租税回避のリスク」 (“risk of tax avoidance”) 原則に基づく正当化ができないほか、「同一の納税者の同一の税」 (“same tax, same taxpayer”) 基準もクリアしていない以上⁽²²⁵⁾、「税体系の一貫性」 (“fiscal cohesion”) 原則に基づく正当化もできないことから、設立の自由を定める EC 条約 43 条に抵触すると判示さ

(224) これらの事件判決及びその他の同様な趣旨の連邦財政裁判所判決の概要・ポイントについては、拙書・前掲『租税回避行為の解明』267～270 頁参照。

(225) 「同一の納税者の同一の税」基準が最初に示されたのは、Imperial Chemical Industries Inc. v. Colmer (Inspector of Taxes) 事件 ECJ1998 年 7 月 16 日判決 (Case C-264/96) (Rec. 1998, p. I-4695) においてである。本判決のポイントについては、拙書・前掲『租税回避行為の解明』316-318 参照。

れたほか、前述の 2006 年に下された Cadbury Schweppes 事件 ECJ 判決 (Case C-196/04) では、当時のドイツの CFC ルールと同様な問題点を抱えていた英国 CFC ルールが、「全く人為的なアレンジメント」以外にも適用され得る限りにおいて、EC 条約 43 条及び EC 条約 48 条に抵触すると判示されたことから、これらの対抗措置の有用性が実質的に大きく制限されることとなった。

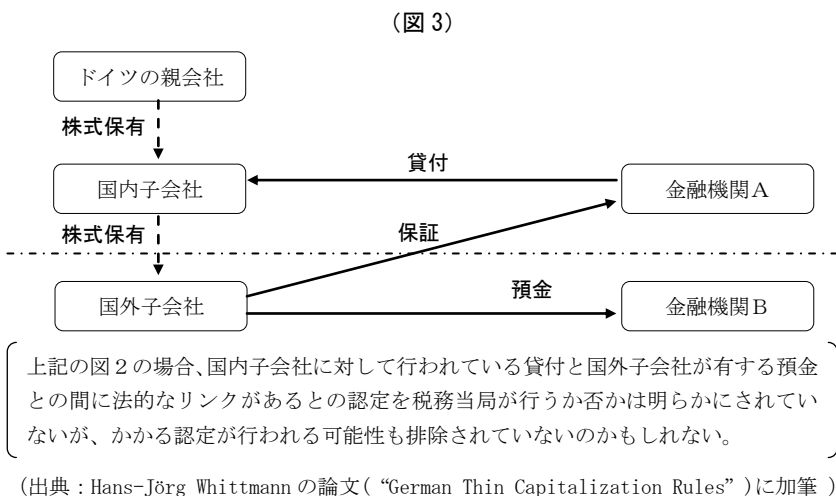
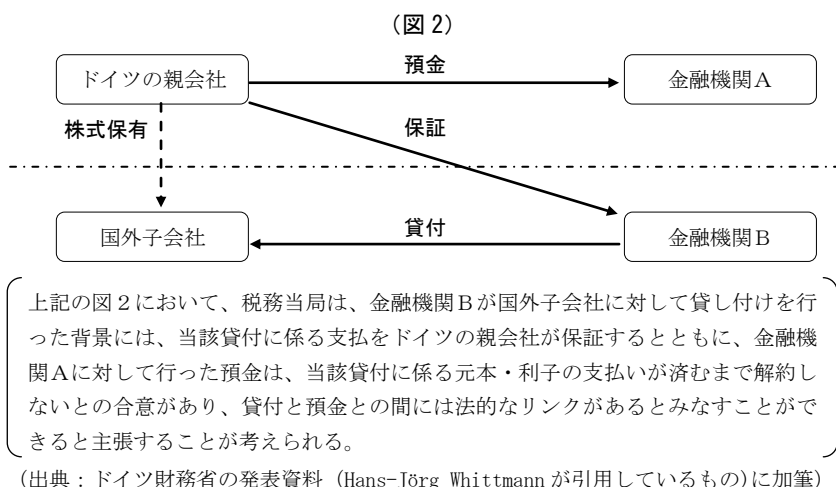
上記の判決等を受け、大蔵省は、CFC ルールについては、2007 年、国外での相当な事業活動が認められる EU/EFTA 加盟国に設立された子会社等への適用を控えるとの勅令を発出したが⁽²²⁶⁾、過少資本税制については、2004 年と 2008 年の税制改正を通じて、かなり厳格化され、関連者間の貸借だけでなく、非関連者間の貸借や親会社の預金と子会社への貸付けが実質的にリンクしていると認められる貸借等も、その適用対象となり得るとされている (次の図 2・3 参照)。また、一定の株式保有割合を超える場合には、ドイツの親会社が国外の子会社から得た貸付 (“upstream loan”) に係る利払いも本制度の適用対象となるとされている⁽²²⁷⁾。本制度の下、控除が可能となるのは、原則として、税、利払い及び減価償却費等を差し引く前の利益の 30%未満に相当する利払いに限定され⁽²²⁸⁾、しかも、株式所有者の移転に伴って利払い控除の繰延べができなくなる場合も生じ得るが、他方では、新たなタックス・プラ

(226) 本勅令の概要については、Dieter Endres, Germany: CFC Legislation Suspended Following Cadbury Schweppes, *International Tax Review* (also at <http://www.internationaltaxreview.com/?Page=10&PUBID=35&ISS=23343&SID=673771&TYPE=20> [平成 21 年 6 月 16 日]) 参照

(227) この点の詳細については、Hans Martin Eckstein, Germany: Shareholder Debt: Draft Finance Ministry Decree on Thin Capitalization (<http://www.mondq.com/article.asp?articleid=25975> [平成 21 年 6 月 16 日]) 参照。

(228) 大蔵省が示しているその他の例及び改正された過少資本税制の概要については、Hans-Jorg Whittmann, *German Thin Capitalisation Rules – Third-Party Loans Secured by Shareholder Guarantees* (http://www.simmons-simmons.com/docs/german_thin_capitalisation_rules.pdf [平成 21 年 6 月 16 日]) 参照。改正後の過少資本税制も EC 条約等に抵触するとの見方もある。かかる見方については、Wolfgang Kessler and Rolf Eicke, *New German Thin Cap Rules – Too Thin The Cap*, *Tax Notes International*, Vol47, No. 3 (2007) p. 266 参照。

ニングの機会も生じるとの指摘もされている⁽²²⁹⁾。



(229) この点の詳細及びかかる指摘については、Kessler and Eicke, *supra* “Is Germany a ‘Holding Haven’?”, p. 691 参照。確かに、改正された過少資本税制の対象となるか否かについては、ドイツの「連結納税制度」(Organschaft)の対象となる法人グループの場合、一つの事業体として判断されることなどが、新たなタックス・プランニングの着眼点となり得ると考えられる。

第4章 我が国への示唆と提言

本稿の序論でも述べた通り、外国子会社配当益金不算入制度の創設を受けて、今後、我が国の多国籍企業等がどのような動きを示し、その結果、どのような問題点が深刻化することとなるのかという点は、現時点においては、必ずしも十分に明らかではない。また、税制・税務行政や税務行政を取り巻く諸環境が我が国の場合と少なからず異なっている欧米における国外所得免除制度等とその補完手段を巡る最近の動きや議論の趨勢が、我が国の場合にどれほど妥当するのかという問題・限界もある。このような問題・限界はあるが、第2章及び第3章における分析・考察などを通じて、外国子会社配当益金不算入制度が包含していると考えられる様々な問題・課題や検討すべき補完手段の選択肢等について、より具体的なイメージを得ることが可能となったと思料する。

確かに、欧米諸国において国外所得免除制度等が実際に惹起している問題やこれらの制度等の導入に伴って深刻化するであろうとの議論がされている問題の中には、移転価格や一定のパターンを利用した租税回避行為等のように、我が国の場合においても、法人税法23条の2の創設に伴い、対応すべき問題としての重要性が高まり、今後、具体的な対応策を模索することが大きな課題となるようなものも含まれていると考えられることから、以下の第2節及び第3節では、第2章及び第3章における事態分析・考察などを参考にしながら、まず、我が国において対応策を模索することが大きな課題となると考えられる制度・措置の現状を分析し、かかる分析を踏まえた上で、これらの制度・措置をどのような方向で改正し、また、どのような補完手段を講じることが考えられるかなどについて論考を行うこととする。

第1節 移転価格税制に係る課題

1. 移転価格税制の整備に向けた最近の動き

最近、我が国の場合も、無形資産取引等を行う企業の数が増えてきている

ことなどを背景として、租税特別措置法 66 条の 4 が定める移転価格税制の執行の困難性を緩和するのに資する立法措置や通達等の整備が進展している。これらの措置等を代表する例としては、平成 12 年度には、租税特別措置法(法人税関係)通達 66 の(4)-4 及び 66 の(4)-5 が手当てされ、租税特別措置法施行令 39 条の 12 第 8 項が定める利益分割法に改良を加えた比較利益分割法(Comparable Profit Split Method, CPSM 法)及び残余利益分割法(Residual Profit Split Method, RPS 法)の活用が明示されたこと⁽²³⁰⁾、平成 16 年度税制改正では、租税特別措置法施行令 39 条の 12 第 8 項に取引単位営業利益法(Transactional Net Margin Method, TTMM)を定める 2 号、3 号及び 4 号が導入されたこと⁽²³¹⁾、平成 18 年度税制改正では、推計課税における独立企業間価格の算定方法が追加されたことなどが挙げられる。

利益分割法の活用方法について、上記の租税特別措置法(法人税関係)通達 66 の 4 (4)-4 は、「利益分割法の適用に当たり、分割対象利益の配分を、国外関連取引と類似する状況の下で行われた非関連者間取引に係る非関連者間の分割対象利益に相当する利益の配分割合を用いて合理的に算定することができる場合には、当該方法により独立企業間価格を算定することができる」と定めており、また、残余利益分割法を定める同通達 66 の 4 (4)-5 は、「利益分割法の適用に当たり、法人又は国外関連者が重要な無形資産を有する場合には、分割対象利益のうち重要な無形資産を有しない非関連者取引において通常得られる利益に相当する金額を当該法人及び国外関連者それぞれに配分し、当該配分した金額の残額を当該法人又は国外関連法人が有する当該重

(230) 比較利益分割法の適用対象となり得る例やそのポイントについては、川田剛『移転価格税制のポイント』財経詳報社(平成 20 年)55~56 頁参照。

(231) 租税特別措置法施行令 39 条の 12 第 8 項 2 号が定める算定式は、再販売価格－(再販売価格×比較対象取引の営業利益率+国外関連取引に係る買手の販売費・一般管理費であり、同項 3 号が定める算定式は、取得原価+(取得原価+販売費・一般管理費)×比較対象取引の営業利益/(比較対象取引の収入金額－営業利益)+販売費・一般管理費である。また、同項 4 号は、これらの方法に準じる方法(本方法の例示について租税特別措置法(法人税関係)通達 66-4(5)-1)を定めている。関係する算定式については、<http://www.saito555.com/tpalp3.html> [平成 21 年 3 月 7 日])参照。

要な無形資産の価値に応じて、合理的に配分する方法により独立企業間価格を算定することができる」としている⁽²³²⁾。

平成16年度税制改正によって措置された租税特別措置法施行令39条の12第8項が定める取引単位営業利益法については、「OECDの移転価格ガイドライン」(“Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”)のパラ3.27及びパラ3.28でも述べられている通り、営業利益の指標である資産収益率や営業利益率等と独立価格比準法(CUP法)の下で用いられている指標である取引価格を比べた場合、取引上の差異によって影響を受ける度合いは前者の方においてより低いというメリットがあり、しかも、かかるメリットは、売上総利益率という指標と比べても、より大きなものであるほか、取引に関係する複数の当事者が果たした機能やコスト負担等の程度を決定するという必要性が必ずしもないことから、特定の取引当事者の活動の実態が単純かつ明快でないようなケースでも依拠し得るという利点が認められる。

平成18年度税制改正において、独立企業間価格の算定に必要な帳簿書類の提出がない場合に行うことができる推計課税の際に依拠できる独立企業間価格の算定方法として追加されたのは、租税特別措置法施行令39条の12(国外関連者との取引に係る課税の特例)第12項1及び2において定められており、①利益分割法に対応する方法、②取引単位営業利益法に対応する方法、③上記②に掲げる方法に準ずる方法、④上記②及び③に掲げる方法と同等の方法が新たな算定方法として利用可能となっている。これらの規定が措置されたことによって、国外関連取引に係る事業に係る連結利益を調査対象法人と国外関連者との間で分割して算定するという方法と、類似の事業を営む法人の当該事業に係る営業利益を基に算定するという方法に依拠することが可能となったため、推計課税の幅が広がり、推計課税に伴う困難性も緩和されることとなると考えられる。

(232) 残余利益分割法の適用対象となり得る例やそのポイントについては、川田・前掲『移転価格税制のポイント』57～60頁参照。

最近では、「移転価格事務運営要領」（事務運営指針）の整備も進展している。事務運営要領で示されている指針の中には、国外への所得移転を防止する上で重要なポイントとなるようなアプローチ・解釈なども少なからず含まれており、例えば、平成 18 年度の改正では、無形資産の範囲を従来よりも広く捉えるべきであるとの認識の下、「調査において無形資産が法人又は国外関連者の所得にどの程度寄与しているかを検討するに当たっては、特許権、営業秘密等の技術革新に関する無形資産のみならず、例えば、企業の経営、営業、生産、研究開発、販売促進等の活動によって形成された、従業員等の能力、知識等の人的資源に関する無形資産並びにプロセス、ネットワーク等の組織に関する無形資産についてもその検討範囲に含め、これらの所得の源泉となるものを総合的に勘案することに留意する」と定める 2-11（調査において検討すべき無形資産）などが新設されている⁽²³³⁾。

上記に代表される措置等によって進展している体制整備は、次の図 1・2 の通り、納税者と税務当局が移転価格問題の発生を未然に防止するためなどに利用する事前確認制度の執行にも影響を与えており、税務当局と納税者の双方にプラスとなる効果も少なからず生じていると考えられるが、次の表が示している通り、移転価格問題については、年々、深刻化するという趨勢が認められるのも事実である⁽²³⁴⁾。しかも、このような趨勢は、グループ内での役務提供や無形資産取引等が行われているケースが、今後、更に増加するに伴い、益々、顕著なものとなると考えられる。確かに、これらの取引等と

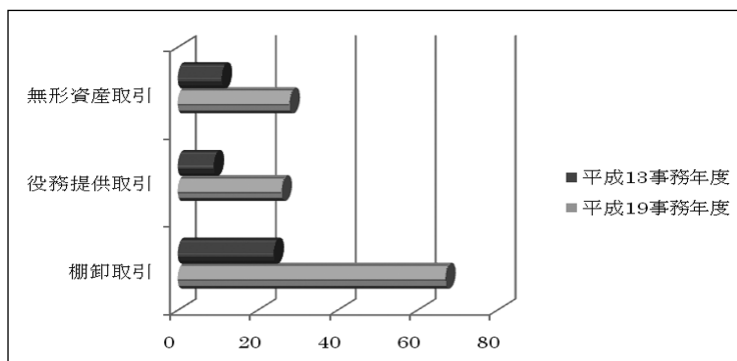
(233) 事務運営指針 2-11 が新設されたことにより、租税特別措置法（法人税関係）通達 66 の 4(4) - 5 が定める残余利益分割法を適用する際に検討すべき重要な無形資産の範囲が広がったと考えられる。この点については、移転価格事務運営要領に関する一部改正について

[http://www.pwc.com/Extweb/pwcpublishations.nsf/docid/C18970A7A0C00DF9CA2571B9001A28BC/\\$FILE/Vol30TP_J.pdf](http://www.pwc.com/Extweb/pwcpublishations.nsf/docid/C18970A7A0C00DF9CA2571B9001A28BC/$FILE/Vol30TP_J.pdf) [平成 21 年 6 月 5 日] 参照。

(234) ここ数年、移転価格税制に係る申告漏れ所得金額や一件当たりの増差所得等については、必ずしも増加の一途を辿っているわけではないが、対前年比で増加していないのは、移転価格の問題の沈静化を表しているのではなく、むしろ、移転価格の執行に対する風当たりの強さの影響があるのではないかという見方をする向きもある。かかる見方については、朝日新聞平成 21 年 7 月 5 日付朝刊参照。

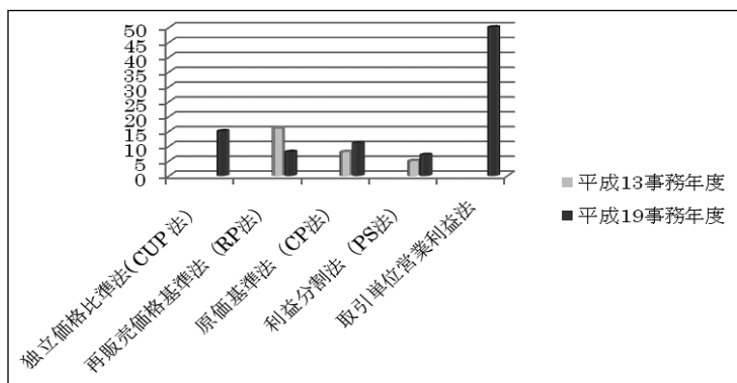
移転価格税制との関係を律する立法・行政上の措置等の整備も、既に、ある程度進展しているが、これら措置等の中には、移転価格税制の実際の適用に係る不透明性・不確実性が、依然として、必ずしも十分に払拭されていないという問題や、我が国の課税権を確保する上で十分なものとなっているかという問題などを包含しているものも認められる。

(図1：事前確認制度による合意事案の対象取引別内訳)



(出典：池田義典「相互協議を伴う事前確認の状況について」国際税務 Vol. 29, No. 1 (平成 21 年) 54 頁)

(図2：合意事案の移転価格算定方法別内訳)



(出典：池田義典「相互協議を伴う事前確認の状況について」国際税務 Vol. 29, No. 1 (平成 21 年) 55 頁)

(表：移転価格税制による課税の推移、単位：件、億円)

事務年度	平成 15 年度	平成 16 年度	平成 17 年度	平成 18 年度	平成 19 年度
申告漏れ所得金額	758	2,168	2,836	1,051	1,696
申告漏れ件数	62	82	119	101	133
一件当たりの増差所得	12.2	26.4	23.8	10.4	12.8

(出典：「法人税の課税実績について（調査課所管法人）」、国税庁)

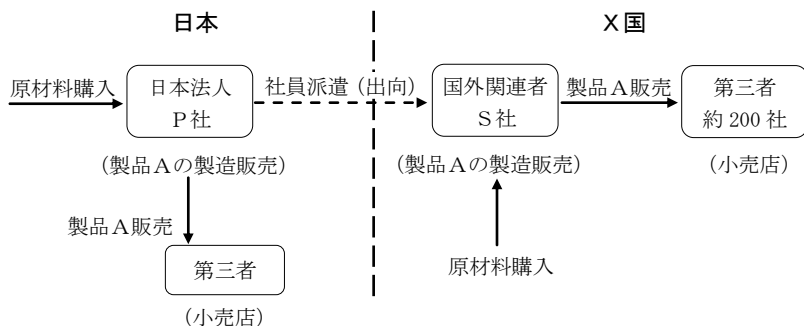
2. 移転価格税制の適用に係る不確実性等の問題

グループ内役務提供や無形資産取引等が行われているケースの増大が、今後、移転価格問題を深刻化する方向に作用するであろうことは、第 2 章及び第 3 章で考察した米国の裁判例（所得相応性基準が導入される前の IRC § 482 の下で税務当局が全面的に勝訴できなかった一連の裁判例）や英国の裁判例（DSG Retail 事件特別委員会 2009 年裁決）等からも示唆されるが、確かに、我が国の場合も、今後、グループ内役務提供や無形資産取引等の増加に伴い、事実認定や比較対象取引の妥当性を巡って見解の相違が少なからず生じ⁽²³⁵⁾、また、かかる見解の相違を埋めることに大きな困難が伴うケースも増えるものと想定される。勿論、このような見解の相違は、複雑なケースにおいて特に顕著に生じることが多いと想定されるが⁽²³⁶⁾、例えば、次の図 3 で示した取引について解説している事務運営指針の別冊の事例 15 のような比較的単純なケースにおいても十分に生じ得ると考えられる。

(235) 例えば、国税庁が平成 19 年に示した移転価格事務運営要領改正案に対する経済産業省の意見では、事務運営要領 2-11 で定められている無形資産の範囲は諸外国と比べて広範なものとなっている、基本三法に準ずる方法における比較可能性を狭く解している、取引単位営業利益法の比較対象取引の比較対象性が過度に広範に解釈・適用され得るなどの問題点が指摘されている。かかる指摘の詳細については、http://www.meti.go.jp/press/20070516004/itenkakaku-p_r.pdf [平成 21 年 3 月 30 日]参照。

(236) 例えば、東京国税不服審判所平成 14 年 5 月 24 日裁決（国税不服審判所裁決事例集 No. 63、平成 14 年分・第 1、454 頁）の事実関係は比較的明快であったが、本件でも、関連者間で締結されたキープ・ウェル取引が有償性のある保証取引に該当するかどうかなどについて見解の相違が認められた。

(図 3)



上図3の取引に関する事務運営指針では、P社からの製造技術担当出向者が行う、S社従業員に対する指導によって、S社は効率的な製造活動が可能となり、低い製造原価を実現していることから、P社が有する製造ノウハウは、基本的な活動のみを行う法人との比較において、S社の国外関連取引に係る所得の源泉になっていると認められ、この場合、当該製造ノウハウはP社のこれまでの製造技術の開発活動により形成されたものであり、それがP社からS社への出向者を介して供与されていると認められるが、これに対して、出向者が営業企画担当の者であり、営業やマーケティングに関する高度な能力、知識等をP社在籍中の業務を通じて身につけていない段階であれば、P社で形成されたマーケティング上のノウハウなどの無形資産の供与がS社に対して行われているとは認められないとされている。

すなわち、親会社が海外子会社に自社社員を出向させ、その社員を通じて親会社が形成・維持・発展した無形資産を国外関連者に供与し、その供与された無形資産が、基本的活動のみを行う法人との比較において、国外関連取引に係る所得の源泉になっていると認められる場合には、当該無形資産の形成・維持・発展への貢献は親会社側にあることとなるが、親会社で高度な能力・知識等を身につけていない者による役務提供（例えば、高度なマーケティング知識や営業知識を有していない者が派遣先において現地社員の指示の下で行う定型業務）等は、無形資産の供与には該当しないというのが

本指針の趣旨であるが、確かに、理論的にはそうであっても、実際には、事実関係を的確に整理した上で、問題となる無形資産の利用・貢献等を見極め、議論の余地のない結論を導きだすことが、必ずしも容易ではないケースも少なくないであろうと想定される⁽²³⁷⁾。

移転価格税制の実際の適用に係る不確実性等という問題は、平成 20 年に事務運営要領の改正により示された 2-19 (国外関連者に対する寄付金) との関係では、より深刻なものとなり得る。本事務運営要領では、(イ) 法人が国外関連者に対して資産の販売、金銭の貸付け、役務の提供その他の取引 (以下「資産の販売等」という。) を行い、かつ、当該資産の販売等に係る収益の計上を行っていない場合において、当該資産の販売等が金銭その他の資産又は経済的利益の贈与又は無償の供与に該当するとき、(ロ) 法人が国外関連者から資産の販売等に係る対価の支払を受ける場合において、当該法人が当該国外関連者から支払を受けるべき金額のうち当該国外関連者に実質的に資産の贈与又は経済的な利益の無償の供与をしたと認められる金額があるときには、租税特別措置法 66 条の 4 第 3 項で定める寄付金課税の対象となるとされている⁽²³⁸⁾。

また、事務運営要領の事例 25 では、親会社である日本法人が、国外関連者の製造工場完成後に製造設備に係る保守・点検や国外関連者の従業員に対する教育訓練等の業務を行うために従業員を派遣しており、かかる役務の対価の収受についての契約は存在するものの、国外関連者の資金事情から、当事者の合意により、対価の収受が行われていないような場合には、経済的な利

(237) 本事例等で示されている税務当局のスタンスや海外子会社に多くの社員が出向している現状等に鑑みると、今後は、出向社員を通じて提供される無形資産が移転価格の問題となるケースが増えるであろうと見る向きもある (例えば、吉川保弘「海外子会社への出向社員が引き起す所得移転の問題—役務提供を通じた無形資産の無償提供を中心に」国際税務 Vol. 28, No. 5, 平成 21 年、40～52 頁参照)。

(238) 本事務運営要領では、(ハ) 法人が国外関連者に資産の販売等に係る対価の支払を行う場合において、当該法人が当該国外関連者に支払う金額のうち当該国外関連者に金銭その他の資産又は経済的な利益の贈与又は無償の供与をしたと認められる金額があるときについても、同様であるとされている。

益の無償の供与があったとして、寄付金課税の対象となるとされているが、これに対して、同様な役務の提供が、親会社の子会社に対する責務であるとして、役務提供に係る契約を締結していない場合には、対価の収受をしていないことをもって、経済的な利益の無償の供与が行われたと認めることはできないことから、移転価格課税の適用を検討するとされている。

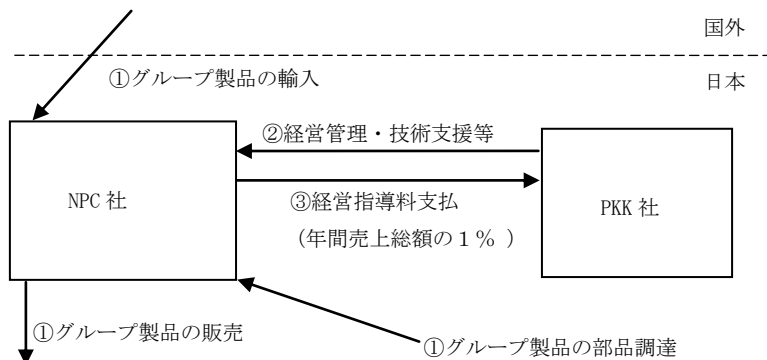
上記の通り、事務運営要領 2-19 及び事例 25 が示されたことによって、移転価格課税と寄付金課税の区分・棲み分けのある程度明確なものとなったが、両者の適用上の区分・棲み分けに係る不透明性や不確実性が完全に払拭されたわけではない。例えば、事例 25 に鑑みると、金銭その他の資産又は経済的な利益の贈与又は無償の供与として寄付金課税を行うか否かという点については、親会社の意思の存在の有無によって判断するというのが税務当局の趣旨であるとの解釈もできると考えられるが、必ずしも明確ではないとの指摘もある⁽²³⁹⁾。また、東京地裁平成 12 年 2 月 3 日判決（平成 7 年（行ウ）第 262 号、税務訴訟資料 246 号 393 頁）で示されたグループ内役務提供の有償性や寄付金に係る見解と事務運営要領 2-19 及び事例 25 等で示されている取扱いとの関係を如何にして整合的に解釈するかという問題も残されているとの見方もあり得よう。

上記の東京地裁判決が下された事件では、次の図 4 の通り、NPC 社は、海外で製造されていたグループ会社の製品の輸入、製品部品の調達及び製品の国内販売を主な業務としており、関連会社である PKK 社から受けている一般経営、法務、管理及び技術援助等の対価として、その年間売上総額の 1 % に相当する金額を PKK に対して経営指導料として支払い、法人税法上、その損金算入を行っていたが、税務当局は、本経営指導料の一部は、管理部門を有していない NPC 社の管理事務の遂行に対する費用負担の相当額として認められる部分を除き、対価性が認められないものであるとして、かかる対価性が認められない支払金額については、法人税法 37 条が定める寄付金に該当すると

(239) かかる指摘については、羽床正秀・古賀陽子『移転価格税制詳解』大蔵財務協会（平成 21 年）527～528 頁参照。

して、その損金算入を制限する更正処分を行ったことから、かかる処分の適法性如何が問題となった。

(図 4)



上記事件判決において、東京地裁は、法人税法 37 条によれば、ある一定の役務の提供に対して金員が支払われること内容とする契約が締結されている場合であっても、提供される役務の価値を超えて金員が支払われ、当該超える金額が、経済的な利益の贈与又は無償の供与と評価されれば、当該部分は寄付金に該当するものの、提供される役務の価値が、提供経費に尽きるものではないことは明らかであり、特に、当該役務の提供が提供者の主たる活動になっている場合、提供した役務価値が提供経費を大幅に上回る場合などにおいては、利益ないし報酬部分を加算しないことは不合理というべきであることから、提供される役務に対して支払われる対価の額が、役務提供者における提供経費を超えているからといって、当該超える部分が直ちに寄付金に該当すると即断することはできないとの見解を示している。

上記の見解に立脚した上で、東京地裁は、提供経費を超えている部分が寄付金に該当するかどうかは、契約当事者である企業間の関係、当該役務提供契約において定められている役務の内容、対価の決定方法の合理性、実際の役務提供内容、提供される役務の被提供者における便益の大きさ、役務と右

便益との関係の直接性、提供者において当該役務の提供がその業務において占めている地位等に照らして、役務の提供の対価が、独立企業間において行われる同種の契約で設定される対価の水準と著しく乖離していて、企業間の特殊な関係に基づく租税回避のための価格操作と認めるべきものかどうかによって、これを判断すべきものと解されるところ、本件の経営指導料の額が、独立企業間において行われる同種の契約に基づく対価の水準と著しく乖離していて、企業間の特殊な関係に基づく租税回避のための価格操作であるとするべき事情を認めるに足る証拠はないと判示している。

上記東京地裁判決については、役務提供に対する支払が寄付金に当たるか否かについて一定の判断基準を示したものであり、かかる判断基準に関しては、「結局は、通達の判断基準に従ってケース・バイ・ケースで判断することになりますが、納税者の方が役務提供の有償性を検討する際の参考となるとともに、我々税務当局の移転価格税制の執行にあたっても貴重な前例のひとつになると考えております」という意見もあるが⁽²⁴⁰⁾、寄付金課税を巡る他の一連の代表的な裁判例が、「ある程度の事業関連性のある支出であっても、直接的対価性のないものについて寄付金に該当するという考え方」をしていることに照らしてみると、本東京地裁判決で示された見解は、「寄付金の概念をより狭く解していると考えられるが、事業関連性が否定できないことを前提に概括的な損金算入制度を設けている寄付金課税の制度の趣旨からみて問題があるように考えられる」との見方もある⁽²⁴¹⁾。

上記からも示唆される通り、東京地裁平成12年2月3日判決で示されたグループ内役務提供の有償性と寄付金課税との関係や寄付金課税に係る基準を巡っては多少なりとも異なる意見・見方があり、その実際の取扱いに係る不

(240) かかる意見については、山川博樹「国際課税の現状と課題(第1回)」租税研究 第658号(平成16年)124～125参照。

(241) かかる見方については、品川芳宣「経営指導料等として支払った金員の寄付金控除」税研 Vol. 16, No. 5(平成13年)84頁参照。品川は、寄付金課税を巡る一連の代表的な裁判例として、鳥取地裁昭和57年6月24日判決(昭和52年(行ウ)第6号、税務訴訟資料123号724頁)及び最高裁昭和58年12月1日第一小法廷判決(昭和57年(行ツ)第180号、税務訴訟資料123号724頁)等を挙げている。

透明性・不確実性が十分に払拭されているとは言い難いという問題があるが、今後、国境を跨ぐグループ内の役務提供は、更に活発化・多様化すると想定されることから、かかる問題を緩和することが一つの重要な課題となると考えられる⁽²⁴²⁾。このように、事務運営要領等で指針が示されているケース等についても、程度の差こそあれ、その課税関係に係る不透明性等の問題を更に緩和する余地が残されているものがあると考えられ、また、かかる不透明性等の問題を緩和することによって、移転価格税制の機能の実質的な強化が実現する場合もあり得るであろうが、移転価格税制の実際の適用に係る透明性の向上や実質的な機能強化という観点からすると、以下の3で述べる通り、立証責任のあり方も看過できない問題を包含している。

3. 立証責任に係る問題

移転価格問題の深刻化の程度は、立法・行政上の措置等に係る不確実性等の程度だけでなく、裁判における立証責任に係る不確実性等の程度によっても少なからず左右されるところ、我が国の場合、独立企業間価格の算定に係る立証責任については、基本的に税務当局が負うこととされていることから、立証責任の履行という点で、我が国の税務当局は、米国の税務当局よりも困難な立場に立たされている。勿論、税務当局が負う立証責任の履行に係る困難性は、租税特別措置法 66 条の 4 第 2 項 1 号イ～ハが定める基本三法による独立企業間価格の算定が可能である場合でも少なからず生じるが、かかる困難性は、基本三法による独立企業間価格の算定が可能であるか否かが微妙であるケースや、裁判例の蓄積が少ないグループ内役務提供や無形資産取引等が問題となるケースにおいて、より顕著なものとなることが十分にあり得ると想定される。

確かに、租税特別措置法 66 条の 4 第 2 項 1 号二が定める基本三法に準ずる

(242) 東京地裁平成 12 年 2 月 3 日判決の先例性を過度に重視する必要はないのではないかと個人的には考える。このような考え・解釈に立って寄付金課税と移転価格課税の関係を捉えることによって、本事務運営指針と本判決で示された基準・考え方をより整合的に捉えることが可能となると思料する。

方法やその他政令で定める方法に依拠した独立企業間価格の算定による更正処分及び税務当局の主張がほぼそのまま認められた裁判例もあるが⁽²⁴³⁾、東京高裁平成 20 年 10 月 30 日判決（平成 20 年（行コ）第 20 号、判例集未登載）では、基本三法に準ずる方法やその他政令で定める方法に依拠して独立企業間価格を算定した税務当局の更正処分が違法とされ、控訴人が勝訴している。本事件では、控訴人は、控訴人の発行済株式の 100%を保有する国外関連者 A 社の商品を卸売業者等に販売するのを支援する契約を結び、我が国における商品の売上高の一定割合と販売支援に係る費用等に相当する手数料を得たが、税務当局は、当該手数料は、独立企業間価格ではないとして、手数料額を増額する更正処分を行ったことが問題となった。

本事件において、税務当局は、本件手数料額は、再販売価格基準法に準ずる方法と同等な方法に基づいて算出した独立企業間価格と乖離していると主張し、本事件の原審である東京地裁平成 19 年 12 月 7 日判決（平成 17 年（行ウ）第 213 号、訟務月報 54 巻 8 号 1652 頁）では、本件取引と比較対象取引の売掛金や買掛金の回転率の差異について適切な調整を行った上での算定方法は、相当程度の同種性又は類似性があり、再販売価格基準法に準ずる方法と同等な方法に当たると判示されたが、本高裁判決では、「本件国外関連取引は、本件各業務委託契約に基づき、本件国外関連者に対する債務の履行として、卸売業者等に対して販売促進等のサービスを行うことを内容とするものであって、法的にも実質的にも役務提供取引と解することができるのに対し、本件比較対象取引は、・・・再販売取引を中核とし、その販売促進のために顧

(243) かかる裁判例としては、東京地裁平成 18 年 10 月 26 日判決（平成 15 年（行ウ）第 559 号、訟務月 54 巻 4 号 922 号）が挙げられ、本判決では、「市場価格を基礎とする取引を想定して比較対象取引とすることも、実在する非関連者間の取引を比較対象取引とする方法に準ずる方法として、有用かつ相当なものと認めることができる。・・・措置法 66 条の 4 第 2 項の規定は、・・・市場価格等の客観的かつ現実的な指標により国外取引と比較可能な取引を想定することができるときは、そのような仮想取引を比較対象取引として独立企業間価格の算定を行うことも、同項 1 号の「準ずる方法」及び同項 2 号ロのこれと「同等の方法」として容認する趣旨と解するのが相当である」と判示されている。

客サポートを行うものであって、控訴人と本件比較対象取引とが果たす機能において看過し難い差異があることは明らかである」と判示されている。

原審である上記地裁判決において税務当局が勝訴し、控訴審である上記高裁判決で税務当局が敗訴したのは、地裁判決では、被告である課税庁が、「措置法 66 条の 4 第 2 項第 2 号柱書き所定の基本 3 法と同等の方法を用いることができない場合に当たることについても、立証責任を負うものというべきである」とした上で、「課税庁が合理的な調査を尽くしたにもかかわらず、基本 3 法と同等の方法を用いることができないことについて主張立証をした場合には、基本 3 法と同等の方法を用いることができないことが事実上推定され、納税者側に立証する必要があるものと解するのが相当である」とされたのに対し、高裁判決では、「本件算定方法が租税特別措置法 66 の 4 第 2 項第 2 号ロ所定の再販売価格基準法に準ずる方法と同等の方法に当たすることは、課税根拠事実ないし租税債権発生の要件事実該当するから、上記事実については、処分行政庁において主張立証責任を負うべき」とされていることが、一つの大きな原因となっているからであると考えられる。

上記の通り、立証責任の分配のあり方や求められる立証レベルの程度如何は、移転価格事案の場合には、特に裁判の行方を決定づけ得る大きなポイントとなるが、移転価格事案における立証責任のあり方等は、必ずしも十分に明確ではないという問題がある⁽²⁴⁴⁾。例えば、上記の東京地裁平成 19 年 12 月 7 日判決や東京高裁判決平成 20 年 10 月 30 日判決とは異なる立証責任の分配のあり方等を主張する向きもあり、本東京地裁で示された立証責任の分配のあり方等については、「本判決の考え方によると、(原告である) X 社が課税庁が把握していない取引を比較対象取引とする基本三法による算定を主張すれば、たとえ課税庁がこれを更正処分時に把握していなかったとしても、

(244) 例えば、経団連も、移転価格税制においては立証責任が国税当局にあるのか企業にあるのかが曖昧であるとの問題点を指摘している。かかる指摘については、移転価格税制研究会（第 3 回）議事概要一審議会・研究会（METI/経済産業省）（<http://www.meti.go.jp/committee/summary/004026/index.html> [平成 21 年 3 月 10 日]）参照。

課税庁に常にこれを比較対象取引とする算定が基本三法として適法でないことの立証責任を負わせることとなり、結局は、消極的事実について不可能の立証を強いることとなる。たとえ、課税庁がこれを立証することができるとしても、訴訟をいわずらに紛糾させるだけである」との見解が示されている⁽²⁴⁵⁾。

移転価格事案における立証責任の分配のあり方や求められる立証レベル等についての透明性・予測可能性が十分でないという事実は、裁判例の蓄積が少ないグループ内役務提供や無形資産取引等が問題となるケースにおいては、更に困難な問題を惹起し得るとも考えられるが、本節 1 の前掲図 1 及び図 2 から確認できる通り、無形資産取引等の重要性は、年々、高まるという趨勢がある。このような趨勢が認められる中、今後は、立証責任の配分のあり方等に係る裁判所の見解等が、移転価格問題の深刻化の程度を左右する上で特に重要なポイントとなると考えられることから、かかる見解等がどのような基準に則ったものとなるのかが目されるところであるが、例えば、大阪地裁平成 20 年 7 月 11 日判決（平成 16 年（行ウ）第 152 号ないし第 155 号、判例タイムズ 1289 号 155 頁）は、基本三法に依拠する比較対象取引が問題となる場合であっても、立証責任のあり方等が必ずしも十分に明確ではないということを印象づけるものとなっている。

上記判決で問題となったのは、原告がシンガポールの子会社と香港の子会社に輸出している製品の対価を台湾の非関連者に輸出している製品の対価と比較し、原価基準法に依拠して算定した独立企業間価格を根拠として、被告が、これらの子会社から原告が得ている対価を増額する更正処分を行ったことの妥当性如何であった。大阪地裁は、被告の比較対象取引と本件国外関連取引との取引数量の差異の多寡が販売価格に影響を与えているとは言えないという主張や、差異が存在する場合でも差異による価格や利益に与える影響を十分正確に確認することができない場合には、その調整は不要であると

(245) かかる見解については、今村隆「移転価格税制における独立企業間価格の証明責任」ビジネス・ロー・ジャーナル（平成 20 年）第 6 号 10 頁参照。

の主張については、採用できないとしたものの、その他の点において被告が主張する国外移転所得の額の計算の過程に不合理な点は認められないとして、本件に対する国税不服裁判所裁決（平成 16 年 7 月 5 日付け）により一部取り消された後の第 2 次更正処分等が適法であると判示している。

また、立証責任の分配等という点については、大阪地裁は、原価基準法の適用において、ある独立企業間取引が比較対象取引としての適格性を有するための要件は、当該取引が、①比較されるべき国外関連取引との間、又はそれらの取引を行う企業間に存在するいかなる差異も、競争市場における通常の利益率に重大な影響を与えないものであるか、又は、②そのような差異による重大な影響を排除するために、正確な調整を行うことができるものであることであるとした上で、通常の利益率になんらかの影響を与え得る差異が存在することは、それが取引態様等から客観的に明らかでない限り、通常これを裏付けるに足る証拠を容易に提出し得る地位にある原告において具体的に立証すべきであり、原告がこの点についてなんら説得的な立証を行わない場合には、そのこと自体から、そのような差異が存在しないことを推認し得るというものというべきであるとしている。

上記の一連の裁判等からも明らかな通り、移転価格事案における立証責任のあり方という問題については、依然として、少なからぬ不透明性・不確実性が認められ、このような不確実性等は、国際取引形態の多様化・複雑化が年々進展する中、少なからぬ場合において、移転価格問題への対応を更に困難なものとする方向に作用するものと考えられる。したがって、今後、移転価格事案における税務当局の立証責任の履行に係る困難性を緩和するような裁判所の見解・基準が示されない場合には、移転価格問題の立証責任に係る基準の明確化や負担の軽減を可能にするような立法措置等の導入という選択肢についても、前向きに検討するようなことが必要となってくるかもしれないが、まずは、より導入のハードルが低い選択肢や行政上の対抗措置等を模索・検討することが優先されるべきであろう。

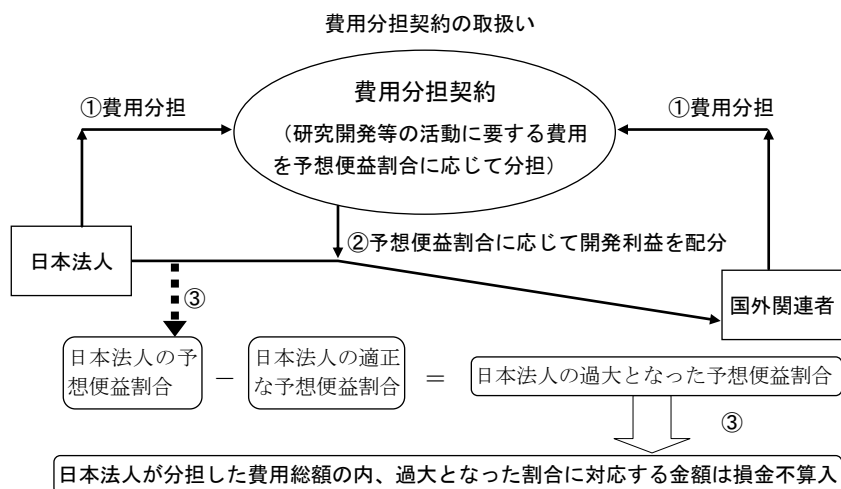
4. 費用分担契約への対応に係る課題

上記 2・3 から示唆される通り、外国子会社配当益金不算入制度の創設などを背景として高まることが想定される移転価格問題の困難性は、移転価格税制の実際の適用や立証責任に係る不透明性等が十分に払拭されていないという事実が認められることによって、より顕著なものとなり得ると考えられるが、第 2 章における実態分析から明らかとなったのは、米国の場合、移転価格問題の深刻化は、特に、費用分担契約によって進展しているという事実である。我が国の場合も、外国子会社配当益金不算入制度の創設などを背景として、所得の国外移転が、より顕著なものとなるとすれば、費用分担契約を利用したケースも目立ってくるようになると想定されることから、その移転価格税制上の取扱いが一つの重要なポイントとなるが、第 2 章における考察から示唆される通り、費用分担契約については、移転価格税制の適用に係る確実性を確保することや自国の課税権を担保することが困難であるという問題が少なからず認められる。

確かに、我が国の場合、費用分担契約についても OECD の移転価格ガイドラインに沿った取扱いを行うとの方針の下、事務運営要領において、対処方針が示されており⁽²⁴⁶⁾、例えば、平成 18 年事務運営指針の一部改正によって手当てされた事務運営指針 2-15 (費用分担契約の取扱い) では、下図 5 の通り、「法人が国外関連者との間で締結した費用分担契約に基づく費用の分担（費用分担額の調整を含む。）及び持分の取得は、国外関連取引に該当し、当該費用分担契約における当該法人の予想便益割合が、当該法人の適正な予想便益割合・・・に比して過大であると認められるときは、当該法人が分担した費用の総額のうちその過大となった割合に対応する部分の金額は、独立企業間価格を超えるものとして損金の額に算入されないことに留意する」とされている。

(246) 事務運営指針の下での「費用分担契約の取扱い」（図 5 参照）に関する解説については、上野嘉一「移転価格事務運営要領（事務運営指針）及び連結法人に係る移転価格事務運営要領（事務運営指針）の改正について」国際税務、Vol. 26, No. 6（平成 18 年）31～43 頁参照。

(図 5)



また、上記の平成 18 年事務運営指針の一部改正で新設された 2-17 (費用分担契約における既存の無形資産の使用) では、「参加者の保有する既存の無形資産 (当該費用分担契約を通じて取得・開発された無形資産以外の無形資産をいう。以下同じ。) が費用分担契約における研究開発等の活動で使用されている場合には、その無形資産が他の参加者に譲渡されたと認められる場合を除き、当該無形資産を保有する参加者において、その無形資産に係る独立企業間の使用料に相当する金額が収受されているか、あるいはこれを分担していたものとして費用分担額の計算がおこなわれているかについて検討する必要があることに留意する」と定められていることから、既存の無形資産が大きな収益を生む源泉となっている場合における対応方針も明確なものとなっていると考えられる⁽²⁴⁷⁾。

(247) 費用分担契約を利用した所得の国外移転に対しては、寄付金課税を行うというケースもあり得るであろうが、この場合の立証責任も困難な場合が少なくないと考えられる。そもそも、移転価格事案における寄付金課税の困難性については、例えば、「納税者が問題となっている損金項目について対価性を主張したり、未計上の益金項目が他の取引との関連で未計上であるといった主張を行う場合、納税者は当該取

しかし、問題がないわけではない。例えば、前述の事務運営指針 2-15 で示された法人の予想便益割合が法人の適正な予想便益割合に比して過大であるか否かの判定に際し、事務運営指針 2-16(へ)では、予想便益割合は、その算定の基礎となった基準の変動に応じて見直されているかという点や 予想便益割合と実現便益割合（研究開発等の活動から生じた成果によって各参加者において増加した収益又は減少した費用（以下「実現便益」という。）の各参加者の実現便益の合計額に対する割合をいう。）とが著しく乖離している場合に、各参加者の予測便益の見積りが適正であったかどうかについての検討が行われているかなどの点に着目した上で行うとの方針が示されているが、実際に、過大な部分の損金算入を認めないこととする更正・決定処分が裁判所に認められるためには、当初の予想利益に基づく費用分担割合が不合理であったことを税務当局が立証しなければならないこととなると想定される。

この場合、比較対象取引が存在しない無形資産取引において、後知恵という批判を受けないような形で、契約当初に締結された費用分担契約の下における分担割合が不合理なものであったということを立証することは、かなり困難なものとなると考えられる。この点は、所得相応性基準の適用が可能である米国の場合でも、契約が実行された後の結果に依拠し、結果と異なる費用分担割合は不合理であるとして更正・決定処分を行うことができ、かかる処分が不法であるとの主張の妥当性については、納税者が当初の費用分担契約が合理的であることの立証責任を適切に履行することによって正当化する必要があるにもかかわらず、費用分担契約が問題となった Xilinx 事件租税裁判

引が「無償契約」であったということを否定していることに他ならないわけであるから、…アームズ・レンクス・アプローチで事実関係を検討すべきと考える。…本来企業の合理的な経済行為とは言えない「寄付」を、納税者の自主的認知なしに事実認定することは極めて困難であると思われる」との指摘をする向きもある。かかる指摘については、遠藤克博「移転価格税制と寄付金課税」税務大学校論叢 33 号（平成 11 年）234～235 頁参照。

所判決では、米国の税務当局が敗訴し⁽²⁴⁸⁾、また、2009 年には、費用分担契約への規制を強化する財務省臨時規則が手当てされているという事実があることから示唆される。

しかも、OECD の移転価格ガイドラインのパラ 8.30 は、「時間の経過に伴い、（差額支払の調整がされている）貢献に占める参加者のシェアと予想便益に占める参加者のシェアの間に相当の乖離が存在する場合、税務当局は、費用分担契約の条件の全部又は一部を無視することもできる。また、商業の実態上貢献度において相当程度のシェアを負担している参加者については、費用分担契約の対象の中で、より大きい実質利益を得る権限を有するべきである。このような場合、当該参加者は、その他の参加者による利益の利用に対し、独立企業原則に則った対価を得ることができる・・・」としていることから⁽²⁴⁹⁾、費用分担契約に関する OECD ガイドラインの取扱いと事務運営指針で示されている取扱いとの間には差異があり、かかる差異が、場合によっては、異なる結果を生じさせることとなり得るのではないかと考えられる。

OECD の移転価格ガイドラインと事務運営指針の取扱いに係る差異は、OECD の移転価格ガイドラインのパラ 8.26 が、「費用分担契約の下で受け取る全体の期待便益に対する各参加者の持分割合に比例するという整合性が・・・ない場合には、少なくとも一人の参加者の貢献度合いに対する対価は妥当なものではなく、その他の少なくとも一人の参加者が受け取る対価は、独立した企業が受け取るであろう対価よりも過大なものとなっている。独立企業原則

(248) 確かに、前述の通り、本事件の控訴審判決では税務当局が勝訴しているが、税務当局が勝訴できたのは、IRC § 482 において所得相応性基準が採用されており、本基準は独立企業原則を代替するものであるなどの解釈を裁判所が示したからである。

(249) パラ 8.30 の原文は、“A tax administration may also disregard part or all of the purported terms of a CCA where over time there has been a substantial discrepancy between a participant’s proportionate share of contributions (adjusted for any balancing payments) and its proportionate share of expected benefits, and the commercial reality is that the participant bearing a disproportionately high share of the contributions should be entitled to a greater beneficial interest in the subject to CCA. In such a case, that participant might be entitled to an arm’s length compensation for the use of that interest by the other participants.・・・”である。

の下では、このような場合、調整が行われるべきであるということとなる。調整の性格は事実及び状況によるが、最も多くの場合、調整的な支払を通じた貢献の調整であろう。・・・費用分担契約の条件の一部又は全てを無視することも適当であろう。」と定めているという点にも見出し得る⁽²⁵⁰⁾。

確かに、OECDの移転価格ガイドラインのパラ 6.32 は、「税務当局は、無形資産の価値が、当初、非常に不確実であるケースにおいて関連者取引を評価する場合、比較対象となる状況の下での独立企業間の契約に則る必要がある。すなわち、独立企業が特定の想定に基づく価格設定を行っているなら、税務当局は、価格の評価を行う上で同様なアプローチを採用すべきである。このような場合、税務当局は、例えば、後知恵を使用することなく、合理的に予測できる全ての状況を勘案した上で、関連する企業が適切な予想をしたのかを調査することができる」と定めているが⁽²⁵¹⁾、本パラ等の解釈・スタンスを巡っては、異なる見方が存在している。

(250) パラ 8.26 の当該箇所の原文は、“A CCA will be considered consistent with the arm’s length principle where each participant’s proportionate share of the overall contributions to the arrangement, … is consistent with the participant’s proportionate share of the overall expected benefits to be received under the arrangement. Where this is not the case, the consideration received by at least one of the participant’s for its contributions will be inadequate, and the consideration received by at least one other participant for its contributions will be excessive, relative to what independent enterprises would have received. In such a case, the arm’s length principle would require that an adjustment be made. The nature of the adjustment will depend upon the facts and circumstances, but most often will be an adjustment of the net contribution through making or imputing a balancing payment. … it may be appropriate to disregard part or all of the terms of the CCA.” である。

(251) パラ 6.32 の原文は、“When tax administration evaluate the pricing of a controlled transaction involving intangible property where valuation is highly uncertain at the outset, the arrangements that would have been made in comparable transactions by independent enterprises should have be followed. Thus, if independent enterprises would have fixed the pricing based upon a particular projection, the same approach should be used by the tax administration in evaluating the pricing. In such a case, the tax administration could, for example, inquire into whether the associated enterprises made adequate projections, taking into account all the developments that were reasonably foreseeable, without using hindsight.” である。

例えば、上記の OECD の移転価格ガイドラインのパラ 6.32 等については、実質的には後知恵を使うことがあり得ることの可能性を示唆したものであり、後知恵を使うことに対する OECD と米国の考え方のギャップを縮小させるものであるとの見方や⁽²⁵²⁾、「OECD ガイドラインの方法によっても、理論上はかなりの場合に定期的調整と同じような結果を導くことができる」との指摘もある⁽²⁵³⁾。このような見方や指摘があることなどに鑑みると、OECD の移転価格ガイドラインで示されているアプローチは、事後的な結果に基づく調整を正面から認めるものではないにしても、予想便益が不適切な場合や、時の経過とともに予想便益と実際の便益に乖離が生じている場合、多様な調整方法の適用が可能となり得ることを示唆するものではないかとも考えられる。

上記で示したような OECD の移転価格ガイドラインと事務運営指針における取扱いの差異を埋める前提条件として立法措置を手当てする必要があるか、また、事務運営要領の改正を行うことによってその実効性を担保することができるかなどの点を巡っては議論の余地があろうが、仮に、立法措置を手当てすることが前提条件となる、或いは、前提条件ではないとしても、実効性を担保するという観点からすると、立法措置を手当てする方が望ましいなどの見方に立脚するにしても、手当すべき立法措置としては、本ガイドラインとの整合性という点において問題の残る米国やドイツの所得相応性基準のような包括的な基準を導入することが必ずしも必要となるというわけではないと考えられる⁽²⁵⁴⁾。

(252) かかる見方については、Kara Boatman, OECD Transfer Pricing Guidelines Update: Challenge for Taxpayers and Tax Authorities, *The International Tax Journal*, Vol. 23, No. 3 (1997) p.3 参照。

(253) かかる指摘については、浅川和仁「米国租税法上の無形資産の評価の実情と日本に対する示唆—所得相応性基準の分析を中心として—」税務大学校論叢 49 号（平成 17 年）431 頁参照。もっとも、浅川は、「事実認定が必要であるか否かという点において、OECD ガイドラインの方法と定期的調整には大きな違いがあり、その結果、課税関係も大きく相違する可能性があると考えられる」と述べている。

(254) 2008 年から発効したドイツの所得相応性基準は、無形資産取引だけでなく、機能や優位性の移転などにも適用し得るものとなっていることから、米国の所得相応性基準よりも適用範囲が広いとの指摘がされている。かかる指摘については、Transfer

これに対し、移転価格に係る調査コストは、今後、無形資産取引の増加に伴う事実認定の困難性の高まりによって更に増加することが見込まれる中、国外への所得移転の可能性も、より高まることが予想されることから、我が国の場合も、所得相応性基準を採用することによって、①全ての無形資産取引に対して、非常に困難な無形資産の予想収益に基づく絶対額の評価を回避でき、実際利益という客観的データによって無形資産に帰属する所得が算定可能であること、②無形資産取引における取引後の対価調整を個別の事実認定によらずに一般化できること、③無形資産取引に対する明確な基準を設けることで、税務当局と納税者の双方にとって、事務負担及びコスト負担が削減されることなどのメリットが生じることから、所得相応性基準の採用を前向きに検討すべきであるとの意見もある⁽²⁵⁵⁾。

上記の意見では、所得相応性基準を導入する場合の方法として、①同基準が独立企業原則に則ったものであることを実証分析によって証明する理論的アプローチと、②現状において発生している課税上の弊害を解決するという視点からの行政判断によるアプローチが考えられ、①の方法・アプローチによる場合、実証分析を行う上で十分なサンプル数の非関連者間取引が得られないのではないかという問題があることから、かかる方法・アプローチによる所得相応性基準導入の実行可能性は乏しいが、②の方法・アプローチについては、独立企業原則との整合性という問題があるものの、独立企業であるならば定期的調整を行わないと認められる場合には定期的調整を行わないという定期的調整の例外規定を設けることによって、所得相応性基準の適用を不当な無形資産取引に限定すれば有望な選択肢となり得るとされている。

確かに、上記②の方法・アプローチは独立企業原則との整合性の問題があるが、そもそも、独立企業原則に固執することに少なからぬ問題・限界があ

Pricing Times, Vol. IV, Issue 10

(http://www.ceterisgroup.com/index.php?option=com_content&task=view&id=200&Itemid=71 [平成 21 年 2 月 27 日]) 参照。

(255) かかる意見については、浅川・前掲「米国租税法上の無形資産の評価の実情と日本に対する示唆」438～440 頁参照。

り⁽²⁵⁶⁾、とりわけ、費用分担契約は独立企業原則とは基本的に相容れないものであって、独立企業間基準によって費用分担契約を律しようとすることは妥当ではないと考えられるとの見解の下、費用分担契約に対しては、所得相応性基準によって対処すべきであるという見方もあり得よう。このような見方は、費用分担契約との関係における所得相応性基準の限界を示唆した Xilinx 事件租税裁判所判決を破棄し、独立企業原則と所得相応性基準の差異を明確化した第9巡回控訴裁判所判決によって、その合理性が高まったわけであるが、今後は、我が国の場合も、独立企業原則に対する考え方自体を再検討する余地があると考えられるケースが散見されるようになるのではないかと想定される。

また、独立企業原則に対する考え方の再検討という流れについては、① Xilinx 事件第9巡回控訴裁判所判決だけでなく、②OECDの移転価格ガイドラインで示されている利益分割法に対する考え方の変化や、③EUにおける「一定方式に基づく配分」アプローチに立脚する「共通統合課税ベース」(CCCTB)の採用に向けた動きなどにも認められるが、④DSG Retail 事件特別委員会裁決が下されたこと、また、⑤2009年財政法によって「利子に対するワールドワイド・デット・キャップ」が採用されたことなどによって、更に加速してきており、上記④と⑤は、英国の国際課税における独立企業原則が侵食されていることを意味しており、さらに、上記①や③等も含めて考えると、このような流れが加速化しているということは、独立企業原則が国際課税問題・紛争を解決する上で十分に機能していないということを示していると解釈できるとの指摘をする向きもある⁽²⁵⁷⁾。

我が国において、独立企業原則の再検討という問題については、例えば、

(256) 「独立企業原則は、ある意味、柔軟な側面を有しているといえるが、ともすれば主観的になりがちで、税務当局及び納税者双方が納得の行く結果を得るために非常に労力を要することが多い」という問題点の指摘もある。かかる指摘については、浅川・前掲「米国租税法上の無形資産の評価の実情と日本に対する示唆」438～439頁参照。

(257) かかる指摘については、Clayson, Beeton and Deringer, *supra* “Recent Developments and Trends in UK Transfer Pricing” 参照。

予てより、独立企業間価格を点ではなく幅として捉えるべきではないかという観点からも議論されているが、かかる議論は、基本的には、移転価格税制の機能強化の必要性という問題意識の下で行われているものではない⁽²⁵⁸⁾。外国子会社配当益金不算入制度の創設などによって移転価格問題が深刻化する程度如何によっては、我が国でも、移転価格税制の機能を強化するという観点に立った独立企業原則の再検討を行うことが、特に重要な課題となり、実際に、独立企業原則に対する考え方・位置づけが修正されることとなれば、所得相応性基準の導入という選択肢も、より現実的なものとなると思料するが、独立企業原則に対する考え方・位置づけの修正の程度については、そもそも、OECDの移転価格ガイドラインとの関係をどのように考えるかによって、少なからず左右されることとなろう。

OECDの移転価格ガイドラインに則った税制と執行を原則とするとの基本スタンスを維持することは肝要であるが、例えば、米国では、オバマ案で示されている移転価格税制の強化方法をもってしても、費用分担契約を通じた国外への所得移転を効果的に阻止することはできない、なぜなら、事前合意による移転価格問題への対応を通じて所得の国外移転を阻止することには少なからぬ限界があることから⁽²⁵⁹⁾、訴訟による解決も、ある程度避けられないが、訴訟となると、多くの場合、オバマ案に基づいて国外移転の際に無形資産に対して最も高い価値を付することを主張する税務当局は敗訴するであろうし、また、仮に、税務当局の主張の通りに最も高い価値を付することが

(258) もっとも、税務当局側でも、独立企業原則を幅として捉えることによって、執行の効率化や立証責任に係る負担の軽減などを図る余地が生じる場合もあるかもしれない。因みに、OECDの移転価格ガイドライン 1.45 でも、独立企業間価格には幅があるとの考えを示唆する記述（“・・・there will also be many occasions when the application of the most appropriate method or methods produces a range of figures all of which are relatively equally reliable.”）がある。

(259) シェパード氏は、IRS が事前確認における合意において低い移転価格の設定を認めて移転価格問題を解決している例があることも、移転価格税制が執行可能でないことの査証であると述べている。この点については、Lee A. Shepard, *Xilinx and the Future of Transfer Pricing*, Tax Notes International, Vol. 54, No. 11 (2009) p. 908 参照。

できたとしても、無形資産の開発が成功する場合には、創出される所得はかかる価値を超えたものとなるからであるとの指摘がされていることなどにも留意する必要があるのかもしれない⁽²⁶⁰⁾。

第2節 一定の類型に該当する租税回避行為への 対応のあり方の再検討

1. 利払い控除の制限を強化する措置

第2章第4節2で述べた通り、米国では、オバマ大統領が「利益剥しルール」を定める IRC § 163(j) を強化する措置を 2010 年予算法に盛り込むという案を提示している。英国でも、国外所得免除方式への移行によって、国外の子会社から国内の親会社への過度の貸付けに係る国内の親会社の利払いの控除が行われ、国内の親会社の利益が剥がされた後、国内で課税されない配当として還流してくるリスクがあるのは明らかであるとの問題点が指摘される中⁽²⁶¹⁾、かかる問題点に対処するために、2009 年財政法では、「利子に対するワールドワイド・デット・キャップ」制度が措置された。このような動きがあることなどに鑑みると、外国子会社配当益金不算入制度が創設された我が国でも、これらの動きと同様な視点に立脚する制度を措置し、関連会社間の国境を跨いだ貸付けに係る利払いの控除に更なる制限を加えることを検討する必要性があるのではないかと考えられる。

そもそも、利払い控除に制限を加えることの必要性については、「結局のところ、支払利子の控除に適切な制限を課さない国は税収を確保するというビジネスを営むことができない。形式において税制は存在しているであろうが、実際には、国庫に自主的な貢献を行うことを懇願するような税制であると言

(260) かかる意見については、Shepard, *supra* “Xilinx and the Future of Transfer Pricing”, pp. 907-908 参照。

(261) かかる指摘をしている例として、James Ross, The Proposed New U.K. Worldwide Debt Cap, *Tax Notes International*, Vol. 53, No. 13(2009)p. 1193 参照。

えよう」との意見があることから確認できるが⁽²⁶²⁾、経済学的には同様なものとして位置づけられる借入れと増資による資金調達に係る税務上の取扱いの差異によって、企業活動の歪み、経済的損失、タックス・アービトラージ及び租税回避行為に代表される様々なマクロ経済上の問題も生じている。さらには、このような差異の存在が、最近の世界的な金融危機を深刻化する大きな要因となっているとの分析を行った上で、借入れと増資による資金調達に係る税務上の取扱いの差異を是正する措置を講じることが特に重要な政策課題として位置づけられるべきであるとの意見も見受けられる⁽²⁶³⁾。

実のところ、最近、一部の国々では、借入れと増資による資金調達に係る税務上の取扱いの差異については、過少資本税制以外の手段を用いて是正するという考え・動きも示されるようになってきている。かかる考えを示した案としては、米国の「包括的事業所得税」(Comprehensive Business Income Tax, CBIT) 案やキャッシュ・フロー法人税案等があり⁽²⁶⁴⁾、また、かかる考えを具体化した動きの例としては、①借入れに伴う利払いの控除に制限を加えるという方向性を有するもの(2007年に措置されたカナダの「二重の支払利子控除」制度等)や、②増資による資金調達に対しても税務上の控除を認めるという方向性を有するもの(「法人出資に対する控除」(“Allowance for Corporate Equity, ACE” と称されるもので、ベルギーやブラジル等で採用されている「名目利子控除制度」(“notional interest deduction system” と英訳されているものなどに代表されるもの)がある⁽²⁶⁵⁾。

(262) かかる指摘は、ウェイン・ステート大学のマッキンタイヤー教授によるものである。この点については、拙稿「第62回 IFA 総会—議題2 及びセミナーD・Jの評釈と主な論点の研究—」税大ジャーナル9号(平成20年)154・162頁参照。

(263) かかる意見については、Fiscal Affairs Department(IMF), Debt Bias and Other Distortions: Crisis-Related Issues in Tax Policy (<http://www.imf.org/external/np/pp/eng/2009/061209.pdf> [平成21年6月19日]) 参照。

(264) 米国のキャッシュ・フロー法人税案の具体例としては、フラット・タックス案等が挙げられる。CBIT 案及びフラット・タックス案のポイントについては、拙稿・前掲「米国の租税制度改革の選択肢と方向性」191-192・196-198頁参照。

(265) これらの点の詳細については、拙稿・前掲「第62回 IFA 総会」153~163頁参照。

上記の通り、借入れと増資による資本調達に係る税務上の取扱いの差異は、様々な問題を惹起していることから、かかる取扱いの差異に起因する歪みを是正する動きが少なからず認められるようになってきている。勿論、過少資本税制を強化することによっても、借入れと増資による資本調達に係る税務上の取扱いの差異に起因する歪みを緩和することが可能となるが、本税制については、EU 諸国では、EC 条約等との抵触という問題が生じ得ることから、その制度設計のあり方が少なからず制限されるという限界がある。また、EU 加盟国以外の国々でも、最近では、居住者であるか否かなどの基準に基づいて異なった取扱いを行うような規定については、租税条約や国内法上の平等原則や無差別取扱い原則等との関係から問題視する傾向が強まってきている⁽²⁶⁶⁾。

上記のような問題があるのに加え⁽²⁶⁷⁾、過少資本税制に基づいて一方の国で否認された利払いの控除が利子を受ける者が存する他方の国で認められない場合には、国際的二重課税の問題も生じることから、借入れと増資による資本調達に係る税務上の取扱いの差異の是正のために過少資本税制の強化を図ることは、必ずしも最良の選択肢ではないかもしれないが、必要以上の税収減を回避する必要性に基づいて利払いの控除に制限を加えるとなると、やはり、過少資本税制を強化するという選択肢や「利子に対するワールドワイド・デット・キャップ」のような制度に改変するなどの選択肢が有力視されることとなろう。もっとも、後者の選択肢については、理論的には優れている

(266) 実際、例えば、ブラジルでは、2004 年 6 月 22 日、最高裁判所が、ブラジル法人からスウェーデンの株主に支払われた配当に源泉税を課することは、憲法第 172 条及び GATT 第 3 条で定める外国資本に対する平等原則に抵触するとの判決を下している。この点については、Andre Gomes de Oliveira, Non-discrimination at the Crossroads of International Taxation, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 93a, Sdu Fiscale & Financiële & Financiële Uitgevers(2008) pp. 31-32 参照。

(267) このような問題があることから、脚注 263 で掲げた論文の概要説明を平成 21 年 6 月 11 日に東京で行った IMF 財政局のペリー(Victoria Perry)税制担当課長も、借入れと増資による資金調達に係る税務上の取扱いが惹起している歪みや問題点を是正するという政策課題を実現する手段としては、法人出資に対する控除を認める制度(ベルギー等の「名目利子控除制度」のようなもの) が、幾つかの問題点を有しているものの、相対的には優れたものではないかとの見解を示していた。

るものの、その制度設計如何によっては、グローバルな借入れ状況に関する情報収集に係る執行上の困難性が伴うなどの問題が生じ得ることに留意する必要がある⁽²⁶⁸⁾。

我が国の場合、過少資本税制を定める租税特別措置法 66 の 5 が、親子間の貸借に係る利払いの控除に一定の制限を加えている。本規定の下では、内国法人等がその外国親会社等に対して有する平均負債残高が、当該外国親会社等が当該内国法人等に対して有する資本持分の 3 倍を超える場合には、原則として、内国法人等の利払いの控除が否認されることとなる。このように、本制度は、非居住者又は外国法人が内国法人等の発行済株式又は出資の総数又は総額の 100 分の 50 以上の数又は金額の株又は出資を直接又は間接に保有する関係にある場合に適用されるにとどまるものであることから、本制度は、国外所得免除方式への移行によって活発化することが懸念されている国外の子会社による国内の親会社への貸付けに起因する親会社の過大な利払い部分については、そもそも、対象としていないという問題・限界がある。

これに対し、例えば、米国の「利益剥しルール」を定める IRC § 163(j) の下では、問題となる国内企業の自己資本比率が 1.5 : 1 以上であり、また、純利子費用が調整後の課税対象所得と繰越控除枠の合計を超える場合において、超過利子費用と「非適格利子」(“disqualified interest”、関連者に支払われる利子で米国での課税がされないものや、関連会社が保証人となっている第三者からの借入れに係る利子であって、源泉徴収が行われないものなど)のいずれか低い方の額について⁽²⁶⁹⁾、その控除が否定されるため⁽²⁷⁰⁾、否認さ

(268) 例えば、過少資本税制との関係では、控除可能な利子費用を決定する方法として全世界配賦方式の採用することが大いに推奨されるところであるが、かかる方式は、国際的な協力なしには、全世界配賦の計算上必要となる法人の借入と資産の総額に関する情報を得ることが容易でないという問題を包含していることから、かかる情報を交換する体制に支えられた全世界配賦方式に基づく利子控除制度を構築することが望ましいとの提言もある。かかる提言については、Michael Graetz, A Multilateral Solution for the Income Tax Treatment of Interest Expenses, Bulletin for International Taxation, Vol. 62, No. 11 (2008) pp. 492-493 参照。

(269) IRC § 163(j) (3) (「非適格利子」) は、…非適格利子とは、「(A) 納税者において発生し、又は(直接又は間接に) 関連者に支払いがされた利子に対し、本副題によ

れる利払いは、例えば、非課税法人からの貸付に係るものや、国外の関連者又は国内の非課税法人が保証人となっている非関連者からの貸付に係るものなど、必ずしも国外の関連法人からの直接の貸付けに係るものに限定されないこととなるなど、本規定の否認対象となる利払いの範囲は、かなり広いものとなっている。

実際、米国の場合、上記のような広い適用範囲をカバーする IRC § 163(j) を更に強化することが、領土主義課税方式に移行する上で不可欠であるということが一般的に強く主張されているわけではない。例えば、前述の「利益剥し、移転価格及び米国租税条約に関する報告書」でも、インバージョン取引を行った企業による貸付けを利用した利益剥しが行われている事実を示唆するデータが存在していることから、この点において IRC § 163(j) を強化する必要性はあるとしても、それ以外の点では、利益剥しが大々的に行われていることを示す決定的なデータはなく、むしろ、IRC § 163(j) が利益剥しを効果的に抑止しているとの見方もあるとの指摘がされている⁽²⁷¹⁾。このような指摘もされているが、前述の通り、国外への所得移転を特に問題視するオバマ案では、IRC § 163(j) を大幅に強化する措置を 2010 年予算法に含めるという意向が示されている。

る税が課されていないもの、(B) 関連する者でない者に対する債務に関し、納税者において発生又は支払われた利子であり、・・・(ii) 当該利子について本副題によるグロス・ベースでの課税がされていないもの・・・」(“(A) any interest paid or accrued by the taxpayer (directly or indirectly) to a related person if no tax is imposed by this subtitle with respect to such interest, (B) any interest paid or accrued by the taxpayer with respect to any indebtedness to a person who is not a related person if …(ii) no gross basis tax is imposed by this subtitle with respect to such interest, …”)と定めている。

- (270) IRC § 163(j) (1) (A) は、「…本章では、当該課税年度において法人に発生し、支払いがされた不適格利子に対する控除は認められない。前の文章で否認される額は、法人の当該課税年度の超過利子費用額を超えないものとする。」(“…no deduction shall be allowed under this chapter for disqualified interest paid or accrued by such corporation during such taxable year. The amount disallowed under the preceding sentence shall not exceed the corporation’s excess interest expense for the taxable year.”)と定めている。

- (271) この点については、本報告書 21～23 頁参照。

上記で示した最近の主な諸外国における動きなどに鑑みると⁽²⁷²⁾、我が国の過少資本税制についても、その適用範囲の拡大などを通じて、その機能強化を図ることが重要な課題と位置づけられるべきではないかと考えられる⁽²⁷³⁾。とりわけ、外国子会社配当益金不算入制度の創設によって、国外子会社による国内親会社への貸付けを利用した利益剥しを行うというインセンティブを抑止するための措置を講じる必要性は高まると想定されるため、過少資本税制の適用を国外の非居住者や外国法人（「国外支配株主等」）が50%以上の発行済株式を保有している内国法人の場合だけでなく、国外の子会社と国内の親会社との間に一定割合以上の株式保有関係が認められる場合等にも、国内の親会社の借入額が一定レベルを超えるケースについては、その利払いの控除に制限を加える方向で租税特別措置法 66 条の5を改正することを前向きに検討すべきであろう。

勿論、上記の改正を検討する際には、第3章第3節4で示した改正されたドイツの過少資本税制が適用対象する図2・3のケースのように、複数の金融機関を利用した預金と貸付のリンクが認められる取引等にも対処することが肝要ということになると考えられることから、平成18年度税制改正で手当

(272) 例えば、豪州でも、1936年所得税法第3編16F部(Division)が定める従来の過少資本税制の機能は限られているという認識が高まり、2001年以降は、「新税制」(The New Tax System)の創設を受けて手当てされた1997年所得税法820部の下、過少資本税制が、国外関連法人が支配している国内法人への貸付に係る過剰な利払いだけでなく、国内関連者間の過剰な利払いや国内法人が支配する国外法人からの貸付に係る過剰な利払いなどにも適用されるようになった。この点の詳細については、Thin Capitalisation: Overview(<http://www.ato.gov.au/content.asp?doc=/content/19566.htm> [平成21年7月17日])、Mathew McKee, Preventing Excessive Debt: China's Developing Thin Capitalization Regime, Tax Notes International, Vol. 54, No. 13 (2009) pp. 1123-1125 参照。

(273) 国外所得免除制度が子配分ルールによって支えられるべきであることは一般的に受け入れられていることであり、また、その限りにおいて、同制度が提供する競争力に係るメリットは部分的に相殺されることとなるとの指摘もされている。かかる指摘については、Shee Boon Law, Trends in the Taxation of Outbound Foreign Direct Investment, Bulletin for International Taxation, Vol. 63, No. 5/6 (2009) p. 262 参照。

てされた租税特別措置法 66 条の 5 第 4 項 2（資金供与者等）～ 4 及び同法施行令 39 の 13 第 13 項等と同様な諸規定も盛り込むという制度設計・選択肢が最も有力視されることとなるであろう⁽²⁷⁴⁾、また、租税特別措置法 66 条の 5 の更なる強化が必要となれば、同条第 3 項が定める過少資本税制の適用除外要件（同条の 5 第 2 項が定める国外支配株主等の資本持分に対する平均負債残高の比率に代えて、同種の事業を営む内国法人で事業規模その他の状況が類似するものの比率として政令に定める比率に照らし妥当と認められる倍数を用いることができる。）を厳格化するなどの改正を行うことも視野に入れることが必要となろう。

2. 租税回避行為の否認アプローチの再構築

第 3 章第 3 節で考察した通り、配当に係る税務上の優遇措置を有している主な大陸法の国々では、かかる優遇措置の適用を受けることを意図した租税回避行為等が少なからず存在している。これらの租税回避行為等を防止するための主な措置が CFC ルールや過少資本税制等であるが、これらの措置については、一連の欧州司法裁判所判決等によって、その制度設計上のあり方が少なからず制限を受けることとなったことから、その対抗措置としての限界は、より顕著なものとなっているケースが少なくない。また、個別の否認規定や従来の否認アプローチでは、配当に係る優遇措置を狙った租税回避行為等に十分に対応できないというケースも見受けられることから、前述の Société Pléiade 事件国務院判決や Bank of Scotland 事件国務院判決等のように、従来とは異なった否認アプローチに依拠するというケースも見受けられるようになってきている。

かなり高い否認機能を有する包括的否認規定や包括的な否認法理を有している主な大陸法の国々においても、配当に係る優遇措置の適用を狙った租税

(274) 本税制改正により、金融機関等の借入に国外支配株主等が債務保証をしている場合には、当該金融機関からの借入金、利子及び国外支配株主等に支払う債務保証料などが、本制度の対象となった。

回避行為を否認することに少なからず苦慮していることなどに鑑みると、包括的否認規定を有しておらず、しかも、ごく最近まで、法の濫用の法理に基づく否認アプローチに依拠することができないと一般的に考えられていた英国において、近年、「原則に基づくアプローチ」等に依拠した租税回避行為の否認というアプローチ・方向性が追及されるようになり、また、国外所得免除方式への移行に伴い、これらのアプローチによる否認の適用対象となる租税回避行為の範囲を拡大する措置が講じられたことは、実質主義の適用に少なからぬ限界があり、また、包括的否認規定が導入されていないという点などにおいて英国と同様な状況にある我が国にとって、特に参考となる動き・事実であると言えよう。

しかも、英国の場合、最近、Halifax Plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd v. Customs & Excise 事件 ECJ 2006 年 2 月 21 日判決 (Case C-255/02) (Rec. 2006, p. I-1609) 等で示された「権利の濫用」(“abuse of rights”) の概念に依拠した否認アプローチに依拠することが可能であることが明らかとなったことなどにより、否認アプローチの再構築・実質的な強化が実現し、実際、かかる否認アプローチの有用性を確認する国内の裁判所の判決も下されているのに対し⁽²⁷⁵⁾、我が国の場合、前述の通り、最高裁第二小法廷平成 17 年 12 月 19 日判決(平成 15 年(行ヒ)第 215 号、判例時報 1918 号 3 頁)において、「制度の濫用」という概念が示されたものの、かかる概念に立脚する否認アプローチの適用基準等は必ずしも明らかではなく、その潜在的有用性の大きさにも少なからぬ不透明性が伴っているという問題が認められる。

上記のような問題が認められる中、前述の拙稿(「国際投資等に係る税制のあり方」)では、今後、国際投資等の更なる促進に繋がる抜本的な税務上の措置が講じられれば、租税回避行為等に対処するための抜本的な措置を講じる必要性も高まるという問題意識の下、抜本的な対応措置として有力視する向

(275) この点の詳細については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』338～342 頁参照。

きも少なくないであろうと考えられる包括的否認規定の導入という選択肢について、その制度設計上のポイントとなる点を考察し、「目的テスト」や「主観テスト」の否認アプローチとしての有用性、合理性及び主な諸外国の包括的否認規定の制度設計において採用されるケースが増えてきているという最近のグローバルな規模で認められる事実・趨勢等を踏まえた上で、これらのテストに立脚する包括的否認規定の意義等を論考したが、外国子会社配当益金不算入制度の創設により、その意義は更に大きなものとなったのではないかと料する。

上記のような点に鑑みると、包括的否認規定という選択肢の導入のハードルの高さも、今後は、下がる方向に向かうのではないかと考えられるが、その他の抜本的な対抗措置を検討する必要があるということになれば、英国の例のように、一定の類型に該当する租税回避行為への効果的な対応を実現するとの観点から、「容認できない目的ルール」のような基準を組み込んだ個別否認規定を手当するという選択肢も考えられる。かかる選択肢も、外国子会社配当益金不算入制度の導入によって深刻化し得る租税回避行為に対処するための体制の強化という点からだけでなく、否認アプローチの再構築・多様化を図るという点からも、大きな意義を有している。しかも、このような個別否認規定が採用されれば、必要に応じて、その適用対象となる取引範囲を除々に拡大する税制改正を積み重ねることによって、準包括的否認規定と位置づけられるミニ GAAR を整備するという展望も開けてくる。

確かに、租税回避行為への対処方針としては、否認の対象範囲を限定した個別規定を整備するということが基本となるべきであるという考え方・スタンスは、今後も維持されるべきものであろう。しかしながら、租税回避行為が活発化・巧妙化するに伴い、このような考え方・スタンスに必要以上に固執すると、租税回避行為を誘発して税負担の公平性が更に阻害される、対応が後手となる、税法が複雑化するなどの問題が生じることから、我が国の場合も、外国子会社配当益金不算入制度の創設などを背景として、租税回避行為の活発化・巧妙化が進展し、従来の租税回避行為の否認アプローチのあり

方の見直しを通じて否認機能の強化を図る必要があるとの意識が高まれば、英国の例のように、一定の類型に該当する租税回避行為に対しては、「原則に基づくアプローチ」によって否認するという考え方の意義・有用性に対する認識も深まるものと考えられる。

結語

外国子会社配当益金不算入制度創設のメリットは大きい。また、昨今の経済情勢の下、租税回避行為等への対抗措置の強化を優先すべきではないとの見方もある。実際、例えば、オバマ案で示されている一連の国際課税の強化措置については、グローバルな趨勢に反するものであるとの意見もないではない⁽²⁷⁶⁾。これに対し、国際的租税回避行為等が顕著に認められる米国の場合、当面は、オバマ案で示されている国際課税制度の改革措置に代表されるような対抗措置の強化策の採用を優先することが、合理的な方向性であるとの見方もある。このような見解の差異はあるが、グローバルな趨勢や合理的な方向性を重視するならば、少なくとも、外国子会社配当益金不算入制度のような国際投資等の促進に繋がる措置を講じる場合には、かかる措置が惹起するデメリットや問題点に対処するための補完手段も講じることが肝要ということとなろう。

このような補完手段の選択肢としては、第4節で採り上げたもの（移転価格税制と過少資本税制の強化策及び租税回避行為の否認アプローチの再構築手段）が特に参考となると思料するが、租税回避行為の否認アプローチの再構築手段として有用な視点を提供する「容認できない目的テスト」に立脚する個別否認規定や「的を絞った租税回避防止規定」については、我が国の場合も、平成18年に改正された日英租税条約等では、導管を介在させた条約漁りを否認する基準として「主要目的テスト」(main purpose test)が採用され、また、平成20年に改正された日豪租税条約では、「主要目的テスト」の適用範囲が拡大された経緯があるなど、「目的テスト」に対する考え方・スタンスが変化してきていることを示唆する動きも認められることから⁽²⁷⁷⁾、このような変化は、これらの規定等と同様な視点・アプローチに立脚する措置を採用するという選択肢に対しても、追い風となると考えられる。

(276) かかる意見については、Tom Neubig and Barbara M. Angus, Japan's Move to Territorial Contrasts with U.S. Tax Policy, Vol.54, No.4(2009)p.253 参照。

(277) この点の詳細については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』388～389頁参照。

もっとも、移転価格税制と過少資本税制の強化策及び租税回避行為の否認アプローチの再構築手段を採用することで対応策が十分なものとなるというわけではないであろう。外国子会社配当益金不算入制度の下では、国外への所得移転や積極的な租税戦略へのインセンティブも高まると考えられることから、必ずしも租税回避行為に該当しないようなタックス・プランニング等に対しても一定の牽制を行う必要が生じるものと考えられる。かかる観点からすると、タックス・ヘイブン対策税制のあり方も問題となろう。国外所得免除方式への移行とタックス・ヘイブン対策税制の見直しが連動すべきであることは、資本参加免除制度等を採用している主な大陸法の国々における補完手段としてのCFCルール的重要性や、CFCルールの強化を2007年ディスカッション・ドラフトで強く主張していた英国の税務当局のスタンス等からも示唆される。

確かに、我が国の場合も、外国子会社配当益金不算入制度の創設に伴い、タックス・ヘイブン対策税制を見直す必要性が高まったと考えられる。本稿では、限られた時間や紙面等との関係上、タックス・ヘイブン対策税制の見直しの選択肢としては、どのようなものが考えられ、また、主な選択肢の有用性や限界については、どのように考えるべきであるのかなどを深く研究することはできなかったが、単純な例として、租税特別措置法66条の5が定める国外支配株主等の定義を変更する（例えば、制度の対象となる前提条件の一つである株式保有基準を引き下げる）という選択肢が挙げられる。かかる選択肢については、現行制度の骨組みを大きく変える必要がなく、また、少なからぬ牽制効果も発揮するというメリットがあるのではないかと考えられる。

さらには、外国子会社配当益金不算入制度の創設は、関係資料の申告書への添付から保存という方向性をも有しており、今後は、企業のグローバルな活動の実態把握は更に困難なものとなると想定されることから、所得の国外移転や租税回避行為等に対する事後的な對抗策だけでなく、これらに対する先制的な對抗策についても、その強化を図ることの重要性が高まると考えられる⁽²⁷⁸⁾。

(278) 筆者が定義する先制的な對抗策及び事後的な對抗策の詳細については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』7頁参照。

この点からすると、確かに、第4節で考察した主な対抗措置の選択肢（移転価格税制と過少資本税制の強化策及び租税回避行為の否認アプローチの再構築手段）は、いずれも、基本的には、事後的な対抗策を強化するという効果を有するものではあるという限界が認められるが、これらの選択肢は、所得の国外移転や租税回避行為等に対する牽制効果も多少なりとも発揮すると想定されることから、先制的な対抗策を強化する効果を全く有していないわけではないと言える。

とりわけ、移転価格税制の強化策については、事前確認制度の執行状況にも影響を与えると考えられることから、先制的な対抗策を強化する効果も少なからず発揮するものであると位置づけることができよう。もっとも、先制的な対抗策の主たる機能・効果は、牽制すべき行為等に係る情報を適時・的確に把握する機能を高めることによって、事後的な対抗策の機能を補完・補強することであり、また、我が国では、かかる機能を向上させることが特に重要な課題となっているとの見方に立てば⁽²⁷⁹⁾、第4節で考察した主な対抗措置の選択肢以外の対抗措置を検討することが必要となろう。この場合、例えば、オバマ案や英国の2009年財政法で採用されているタックス・ヘイブンを利用した取引情報の収集のための措置等が、我が国にとっても特に参考となる視点を包含した先制的な対抗策として位置づけることができよう⁽²⁸⁰⁾。

(279) かかる課題への対応が、我が国の場合、特に重要なものとなっているという見方・考え方の背景・根拠等については、拙書・前掲『租税回避行為の解明』29～41頁参照。

(280) 実際、我が国の政府も、最近、タックス・ヘイブンを通じた脱税や租税回避行為に対処するため、銀行顧客の機密情報を交換できる規定の創設と税務調査の連携が可能となるような方向で租税条約の締結・改定を行うとの意向を示すようになってきており、このような意向に沿ってスイスとの条約改正交渉が入ったと報じられている。この点については、日本経済新聞平成21年4月15日付朝刊参照。我が国がタックス・ヘイブンと租税条約を結ぶことの意義については、増井・前掲「タックス・ヘイブンとの租税情報交換条約」参照。