

法人資産等の国外移転への対応

—欧米のコーポレート・インバージョン対策税制
及び出国税等が包含する示唆—

松 田 直 樹

〔 前 税 務 大 学 校 〕
〔 研 究 部 教 授 〕

要 約

I 研究の目的（問題の所在）

近年、主な欧米諸国等では、国際的な事業活動に係る障壁を除去する流れが加速する中、法人の事業・資産等の国外移転によって、自国の課税ベースが侵食されるという問題がかなり深刻化してきている。法人資産等の国外移転の手法・形態は様々であるが、大別すると、(i)国際的組織・事業再編成によるものと、(ii)国際的組織・事業再編成を伴わない譲渡等によるものがあり得ると考えられる。我が国でも、新会社法の成立に伴う合併等対価の柔軟化により、国境を跨ぐ三角合併が可能となり、平成 21 年度税制改正により法人税法 23 条の 2 (外国子会社から受ける配当等の益金不算入) が創設され、また、平成 22 年度税制改正による租税特別措置法 66 条の 6 (内国法人に係る特定外国子会社等の課税対象金額の益金算入) の改正などを背景として、上記(i)や(ii)の手法・形態による法人資産等の国外移転が、今後、更に活発化し、課税ベースの侵食が進展することも想定される。

確かに、上記(i) (国際的組織・事業再編成) という手法に対しては、①租税特別措置法 40 条の 7 (特殊関係株主等である居住者に係る特定外国法人の課税対象金額の総収入金額算入) 及び同法 66 条の 9 の 2 (特殊関係株主等である内国法人に係る特定外国法人の課税対象金額の益金算入) 等が、国境を跨ぐ三角合併による外国子会社合算税制の適用逃れを阻止する機能を発揮し、②租税特別措置法 68 条の 2 の 3 (適格合併等の範囲に関する特例) が、三角合併を利用した一定の国際的租税回避等については、適格要件を満たさない合併として株式譲渡益の課税繰延べを否定し、③法人税法 132 条の 2 が、組織再編成に係る行為又は計算の否認規定として機能する。また、上記(ii) (国際的組織・事業再編成を伴わない譲渡等) の手法による法人資産等の国外移転に対しては、租税特別措置法 66 条の 4 (国外関連者との取引に係る課税の特例) の下、移転価格税制の適用や寄付金課税 (全額損金不算入) が可能となっている。

しかし、国際投資等を促進するという動きが年々活発化する中、上記の措置等に代表される対抗策については、我が国の課税権を担保する上で十分なものとなっているのかとの疑問も生じ得る。実際、主な諸外国に目を向けると、自国の課税ベースの浸食を阻止するとの観点から、近年、上記(i) (国際的組織・事業再編成)の手法及び(ii) (国際的組織・事業再編成を伴わない譲渡等)の手法による法人資産等の国外移転という問題に対し、より効果的に対処し得る措置を有する国々の存在を確認することができる。本研究は、このような対抗措置の中でも、特に、米国のIRC § 367 (「外国法人」)、コーポレート・インバージョン対策税制であるIRC § 4847 (「国籍を離脱した事業体とその外国親会社に関するルール」)及び少なからぬ欧州諸国等で採用されている法人に対する出国税(“exit tax”)等に目を向け、我が国の課税権の確保に資する税制の構築に向けた示唆を探ることを主な目的とするものである。

II 研究の概要

1. 欧米における動向

(1) 主な欧州諸国の対抗措置と最近の動き

法人資産等の国外移転による課税ベースの浸食の程度は、そもそも、法人居住性の判定基準として、どのようなものが採用されているのかに少なからず左右される。法人居住性の主な判定基準としては、設立準拠地主義と実質管理地主義があり、特に、実質管理地主義は、軽課税国での法人登録や法人登録地の変更などを利用した税負担の軽減への対応に優れており、多くの欧州諸国でも採用されているが、近年、欧州では、一連の欧州委員会指令や「欧州会社法に関する欧州理事会規則」の制定等によって、法人の居住地や管理支配権限等の国外移転に係る障壁を除去する流れが加速する中、例えば、Inspire Art 事件 ECJ 判決 (Case C-167/01) では、税負担軽減を狙って法人の登録地と事業活動を行う国を分けて選択した行為が、濫用的な行為ではなく、EC 条約等が認める設立の自由の権利の行使である

と判示されたことなどを受けて、実質管理地主義が終焉に向かうことも想定されるようになってきている。

上記のような流れ・方向性は、多くの EU 加盟国が、納税者の居住地等の国外移転による自国の課税ベースの浸食を防止するなどの観点から採用している出国税と欧州法との関係にも影響を与えている。個人に対する出国税（狭義の出国税）の多くは、自国の納税者である個人が居住地を国外に移転する際、納税者の資産の含み益が実現したのものとして課税するという制度設計を採用しているところ、Hughes de Lasteryie 事件 ECJ 判決（Case C-9/02）では、このような制度設計に依拠するフランスの出国税が欧州法に抵触すると判示されたため、法人に対する出国税も同様な問題を包含しているとの見方が強まったが、Cartesio 事件 ECJ 判決（Case C-210/06）では、法人の管理支配地等の国外移転に際し、国内での移転のケースでは生じない税負担を課する法人に対する出国税は、個人に対する出国税とは異なるという点が強調され、また、実質管理地主義が EC 条約に抵触することも断定されなかった。

したがって、自国の課税ベースの浸食を防止する手段としての法人に対する出国税の有用性は、依然として高いと考えられるが、最近では、法人の出国税の機能拡充やその適用範囲の拡大などに繋がる措置を新たに講じるとの動きを示す加盟国も見受けられる。これらの措置は、「管轄アプローチ」に立脚するものと、「実現アプローチ」に立脚するものに大別できる。国外源泉所得等にまで自国の課税権を拡張するのが「管轄アプローチ」（広義には、CFC 税制等が依拠する「合算アプローチ」も含む。）であり、本アプローチは、例えば、2006 年に措置されたイタリアのコーポレート・インバージョン対策税制である法人税法 73 条 5 項で採用されている。「実現アプローチ」に依拠する制度の代表例としては、2008 年に手当てされたドイツの「対外取引課税法」1 条 3 項や 2009 年に措置されたノルウェーの新たな出国税制度が挙げられる。

(2) 米国の対抗措置と最近の動き

米国では、我が国と同様に、法人居住性の判定基準としては、設立準拠地主義が採用されており、しかも、多様な形態による国際的組織再編成が可能となっているが、法人資産等の国外移転による課税ベースの浸食を防止するために、「実現アプローチ」と「管轄アプローチ」の双方に依拠する措置が講じられている。「実現アプローチ」に依拠する措置の代表例としては、「(国外移転に係る) 通行税」(“(outbound) toll charge”)とも称されている IRC § 367 (「外国会社」) が挙げられる。米国では、一定の条件を満たす組織再編成に対してキャピタル・ゲイン課税の繰延べが認められているが、本規定の下では、原則として、国際的組織再編成が一定の基準(資産の属性、株式保有割合及び利用形態等に関するテスト)をクリアするものでない限り、米国の株主や法人レベルで譲渡益が発生したものとみなしてキャピタル・ゲイン課税が行われる。

確かに、IRC § 367 は、法人資産等の国外移転による課税ベースの浸食を阻止する上で一定の効果を発揮したが、コーポレート・インバージョンが惹起する問題に十分に対処できないとの認識が高まり、2004 年、IRC § 7874(「国外移転した事業体とその外国親会社」)が措置された。本規定は、「管轄アプローチ」と「実現アプローチ」の双方を組み込んだものとなっている。本規定が立脚する「管轄アプローチ」の下では、米国内国法人が、米国外で設立された新設親法人の子会社になり、又は資産の殆ど全てを当該外国法人に直接又は間接に移転を行うことなどにより、米国内国法人の株主が、コーポレート・インバージョンの後、新設外国親法人株式の議決権又は価値の 80%以上を保有することとなり、しかも、新設外国親法人が、その設立国で相当程度の事業活動を行っていないと判断されれば、当該新設外国親法人は、米国の税法上、国内法人として取り扱われることとなる。

米国の IRC § 7874 が「管轄アプローチ」を組み込んだ制度設計に依拠しているのに対し、我が国のコーポレート・インバージョン対策税制は、「実

現アプローチ」と「合算アプローチ」に立脚する制度設計を採用している。このように両国の制度の設計が異なっている背景には、米国では、コーボレイト・インバージョンによって、CFC（被支配外国会社）制度の適用がなくなるケースが生じるという問題よりは、むしろ、インバージョンの後、所得の外国親会社への移転などを通じて米国の内国法人の利益剥しが行われることによって、米国の課税ベースが侵食されるという点が特に問題視されているという事実がある。しかも、最近では、IRC § 7874 の機能を強化する 2009 年財務省規則が制定されたほか、実質管理地主義の採用を提唱する学者（アビヨナ教授等）やその立法化を求める案（レビン議員案やドゲット議員案）の議会への提出が見受けられるなど、「管轄アプローチ」への依存を更に強める動きも生じてきている。

2. 我が国の対抗措置案の選択肢

(1) 「管轄アプローチ」に基づく対抗措置の強化方法

欧米諸国における上記のような動きを踏まえると、実質管理地主義や実質管理地主義的アプローチである「管轄アプローチ」を我が国の税制に組み込むという選択肢もあり得るのではないかと考えられる。確かに、最近の税制調査会答申等の実質管理地主義の採用という選択肢に対する考え方は必ずしも前向きなものとはなっておらず、また、我が国の場合、予てより、OECD モデル条約 4 条に対しては、実質的管理地という用語に代えて本店又は主たる事務所という用語を用いることを希望するという旨の留保を付しているという事実もあるが、そもそも、「インバージョンをはじめとする国外移転では、国外移転後に生じる課税ベースの減少が問題となるので、管轄アプローチの採用が不可欠である」などの意見があるほか、課税ベースの侵食を抑止する手段としての実質管理地主義の有用性についても、平成 22 年度の外国子会社合算税制の抜本的な改正などによって、少なからず高まったのではないかと考えられる。

もっとも、「管轄アプローチ」の採用という選択肢については、そもそも、

実質管理地主義の導入に対して必ずしも積極的であるとは言い難いスタンスを示してきた我が国の現行のコーポレイト・インバージョン対策税制の中に、実質管理地主義と同様な考え方に立脚するアプローチを組み込むものであるという難しさがあるほか、制度の複雑化、執行上の困難性及び国際的²二重課税の深刻化に繋がるなどの問題を包含していると考えられる。米国でも、IRC § 7874 が導入された頃、このような問題の発生を危惧する向きがある中、このような問題に対処するとの観点から、外国親会社の税務申告や外国親会社からの税の徴収に係る困難性等を緩和することを意図した措置（例えば、財務省規則 § 1.1502-77(j) 等）が手当されたものの、そもそも、このような問題への対応には一定の限界があるほか、このような対応措置を講じることは、制度の更なる複雑化に繋がるなどの問題もある。

(2) 「合算アプローチ」に基づく対抗措置の強化方法

法人資産等の国外移転への対応を強化する方法としては、「管轄アプローチ」という新たな制度設計に依拠するのではなく、我が国の現行のコーポレイト・インバージョン対策税制の基本的な構造を変革することなく、現行制度が立脚する「合算アプローチ」や「実現アプローチ」の適用基準・範囲に変更を加えることによって、その機能強化を図るという選択肢も考えられる。本税制が立脚する「合算アプローチ」は、コーポレイト・インバージョンによる外国子会社合算税制の適用逃れを阻止するとの目的の下に採用されているものであるが、かかる目的との関係から、「合算アプローチ」の適用対象範囲を拡大する必要性・有用性がないとも言い切れないことは、例えば、我が国のコーポレイト・インバージョン対策税制は、合算課税の対象となる範囲が狭すぎるため、上場会社がコーポレイト・インバージョンを行うと、その網にほとんど掛かってこないという問題を有しているとの指摘がされていることなどからも示唆される。

法人資産等の国外移転という問題については、「合算アプローチ」に立脚

する制度の機能を強化することによって対応するという方法が有用であり、また、その有用性が大きいものとなり得ることについては、例えば、米国のオバマ大統領が、無形資産の評価の適正化を図ることによって不当な所得の国外移転を阻止することにも一定の限界があるなどの認識の下、無形資産が軽税率国に所在する被支配外国法人に移転され、その結果、大幅な所得移転が生じているケースでは、被支配外国法人が得た過大な所得については、サブパート F 所得として合算課税の適用を行うとする改革案を示し、本案が 2011 年予算で採択されたことなどからも示唆される。本改革案は、CFC ルールの適用範囲の実質的な拡充を行うことによって、移転価格税制及びコーポレート・インバージョン対策税制の機能・限界を補完するという狙い・効果を有するものであることから、「合算アプローチ」に依拠するものと位置づけることができる。

上記のような指摘や動き等に鑑みると、コーポレート・インバージョン対策税制の「合算アプローチ」に立脚する部分の機能を拡充するという選択肢もある得と考えられる。実際、例えば、本税制の適用要件（株式保有割合等）を変更し、その適用対象を広げるべきであるとの意見もある。このような選択肢・意見が立脚する視点の重要性は、平成 22 年度税制改正によって、外国子会社合算税制の変更内容（トリガー税率の引下げによる適用対象国・地域の減少等）と整合性を保つ形でコーポレート・インバージョン対策税制が改正されたことなどに鑑みると、更に高まったとの見方もできよう。しかし、「合算アプローチ」の適用対象範囲を拡大するという選択肢については、外国子会社合算税制との整合性を維持するという必要性との関係から生じる限界があるとすれば、当該選択肢の制度設計上のあり方については、かかる限界によって画されることとなるため、それほど抜本的な強化方法とはならないのではないかと考えられる。

(3) 「実現アプローチ」に基づく対抗措置の強化方法

上記の通り、我が国のコーポレート・インバージョン対策税制に「管轄

アプローチ」を組み込む案や「合算アプローチ」の適用要件に変更を加えるという選択肢を採用することによって、その機能の強化を図ることが可能となり得るが、これらの選択肢は、上記のような問題点や限界を包含しているのも事実である。確かに、我が国のコーポレイト・インバージョン対策税制の「実現アプローチ」に立脚する部分を強化するという選択肢についても、その制度設計上、幾つかの問題点や一定の限界が想定される。しかし、米国の IRC § 7874 や主な欧州諸国の出国税等が立脚する視点やその機能等に鑑みると、我が国のコーポレイト・インバージョン対策税制も含めた幾つかの対抗措置についても、「実現アプローチ」に立脚する部分の機能強化やその拡充を図ることには十分な根拠・合理性があり、また、このような機能強化方法の潜在的有用性も相対的に大きいのではないかと考えられる。

上記のような考えの下、我が国のコーポレイト・インバージョン対策税制の「実現アプローチ」に立脚する部分を強化する方法としては、例えば、その適用対象については、現行制度のように、低税率国に親会社機能を移転させるコーポレイト・インバージョンや株式のキャピタル・ゲインに対する我が国の課税権が失われることとなると想定されるコーポレイト・インバージョンに限定するのではなく、米国の IRC § 7874 と同様な視点・考え方に立脚し、国外に親会社機能を移転させるコーポレイト・インバージョンの内、インバージョンの前後において、その株式保有割合や経営実態に実質的な変化が生じていないものについても、税負担の軽減を目的とするものであるなど、一定の要件に合致する場合には、コーポレイト・インバージョン対策税制の適用対象に含めることとした上で、譲渡益の繰延べを認めない、或いは損失の利用に制限を加えることなどが考えられる。

もしくは、欧州諸国の出国税等と同様な視点・考え方に立脚し、「実現アプローチ」に基づいた譲渡益課税制度を組み込むという選択肢もあろう。このような選択肢としては、①資産の所有者の変更を伴わないケースでも、法人資産の国外移転が生じる場合には、原則として、譲渡益課税の対象と

する制度を採用する、②法人が、管理支配地の国外移転や租税条約の適用などによって無制限納税義務者から制限納税義務者になる場合にも、原則として譲渡益課税の対象とする制度を採用することなどが考えられる。実際、例えば、上記②のような選択肢の採用を検討することの必要性が低いことは、ドイツの場合と異なり、我が国の「現行法は、前叙の無制限納税義務と制限納税義務とのあいだの異動に関する規制を十分に行っていないため、その間隙をぬって、国際的なタックス・プランニングが容易に試みられるのではないであろうか」との懸念が表明されていることなどからも確認し得よう。

さらに、法人資産等の国外移転において問題となるのは、譲渡益課税のあり方だけではないことは、欧米諸国における無形資産等の国外移転に対する移転価格税制の適用を巡る訴訟の深刻化や、2008年12月に公表されたOECDの「事業再編に係る移転価格上の側面」と題されたディスカッション・ドラフトを巡る議論などからも確認し得るが、近年、例えば、ノルウェーでは、無形資産の国外移転に着目した新たな出国税が導入され、また、ドイツでは、所得相応性基準を「機能の移転」に適用することを定める「対外取引課税法」1条3項（「広義の出国税」とも称し得るものであり、実際、“exit charge”などと英訳されている。）が手当されるなど、「実現アプローチ」に立脚する措置を拡充する動きが生じている。我が国の場合も、このような動きを踏まえると、「実現アプローチ」に立脚する措置の機能強化という観点から移転価格税制のあり方を再検討するという選択肢にも目を向ける必要があると考えられる。

3. 結論

最近の欧米諸国の法人資産等の国外移転への対応措置等の分析から得られる示唆は、我が国の場合、上記の通り、「管轄アプローチ」、「合算アプローチ」及び「実現アプローチ」のいずれに依拠する形での制度の機能強化の余地もあるということであり、また、機能強化の具体的なあり方についても少な

らぬ示唆を得ることが可能であるが、とりわけ、「実現アプローチ」に依拠する制度・措置の機能を強化するという視点の重要性・有用性は大きいと考えられる。なぜなら、そもそも、課税ベースの浸食は、租税回避を主な目的とする法人資産等の国外移転によってだけでなく、租税回避ではない通常の組織再編成や関連者間取引による法人資産等の国外移転によっても生じ得ることから、先ずは、後者によって生じる課税ベースの浸食に対処する核となるべき制度の見直し・構築を行うことが基本となるべきであるところ、我が国の場合、核となるべき制度の見直し・構築を行う余地が少なからずあると考えられるからである。

上記の考え方からすると、幾らかの欧米諸国が採用している「広義の出国税」の考え方・制度設計等から示唆を得て、みなし譲渡益課税のあり方を再検討し、法人資産等の国外移転によって、かかる資産等の含み益に対する課税関係が変化し、その結果、我が国の課税ベースの浸食・課税権の制限が生じることとなるケースにもある程度対処し得るような措置を手当てすることや、問題視すべき無形資産等の対象範囲や評価方法等が十分に明確でないことなどに起因して国外移転する無形資産等の価値が過少評価されることを阻止するために、国外移転に伴って対価の受領が必要となる資産等や移転形態等の明確化に資する措置や無形資産等の直接的な評価方法の適用を担保する手段等を講じることなどが重要な課題となると思料するが、これらの課題への取組みの必要性は、国際的事業再編等による法人の事業形態の変更に伴う所得の国外移転に係る移転価格税制の限界を PE 課税で十分に補えないような場合には、より一層高まるのではないかと考えられる。

Cross-Border Business Restructurings and Outbound Transfer of Assets

— Lessons from US Anti-Inversion Measures and EU Exit Charges —

Executive Summary

I Issue of Concern

Against the background of the accelerating move in many major countries toward further clearance of impediments for cross-border business activities which might involve transfer of corporate assets, function, etc., especially to foreign affiliates in low tax countries, the problem of their tax base erosion caused by the inability to tax properly such migrating assets has become quite conspicuous lately. Japan is no exception in this respect and the problem is likely to aggravate in the aftermath of recent tax reforms. Among those recent tax reforms, quite notable in this respect are; (i) a cross-border triangular merger has become possible since 2007 owing to the enactment and implementation of the New Company Law, (ii) a foreign dividend exemption method was introduced by the 2009 tax reform, and (iii) Japanese CFC rule was reformed by the 2010 tax reform in such a way that the tax rate in a foreign country that triggers its application is now 20% instead of 25%.

Certainly the Japanese tax system is equipped with the transfer pricing rule, the anti-corporate inversion measure, the earnings stripping rule, and so forth, but some might wonder and some others might apprehend that the counter-measures represented by those rules might not be effective enough to curb sufficiently the erosion of its tax base that is likely to become worse in the aftermath of the above-mentioned tax reforms and the majority of future tax reforms expected to be implemented mostly in the same direction. Such apprehension has prompted this paper and it aims at exploring some possible measures that could supplement the function of the current counter-measures. In exploring such measures, the paper

mainly looks to some other major countries for their counter-measures and analyzes their potentials and limits. Through such analysis, lessons are drawn and attempts are made to propose ways by which they could be applied in restructuring Japan's counter-measures.

II Chapter 1 — Criteria for Corporate Residency and Exit Tax

In many EU Member States, the concept of place of effective management or the real seat theory is adopted as the principal rule for determining a corporate residence. Such concept is more effective than the concept of place of incorporation or the incorporation theory in counteracting such a global tax planning as the management controlling from its country of presence a corporation registered in a foreign low tax country. In many cases, it also prevents the erosion of the countries' tax bases when a corporation transfers its management and control to a foreign country by deeming such transfer as liquidation. Lately, however, its preventive effect has diminished now that the European Council has adopted the Statute for a European company(*Societas Europaea*, SE) that enables a company established in a Member State to opt for SE which can transfer its registered seat to another Member State without going into liquidation.

The ECJ has also expressed, in such cases as the *Inspire Art* case(C-167/01) a view that a company's tax planning of differentiating a country of its principal business activity from a country of its registration is not necessarily abusive and could be an exercise of the right of freedom of establishment. This line of thinking is also observable in the ECJ's view of exit taxes adopted in many EU Member States. Exit taxes have served for many years as effective means for protecting many countries' tax bases because, under the conventional exit tax regimes, capital gains of assets are deemed to be realized at the time of their departure from their home country. But they are now at stake because the ECJ has ruled in the *Hughes de Lasteryie* case (C-9/02) that the French exit tax on individuals violate the freedom

of establishment guaranteed by the EC Treaty.

III Chapter 2 — EU States’ Moves toward Stronger Counter-Measures

Now that the EU Commission has expressed a view that the above-mentioned Hughes de Lasteryie case has implications for exit taxes on companies as well, there is some suspicion that exit taxes on companies might also violate the principle of freedom of establishment. But, such suspicion was not substantiated in the Cartesio case(Case C-210/06) in which the ECJ ruled that the present EU law does not preclude a Member State’s legislation under which a company incorporated under the law of the Member State may not transfer its seat to another Member States whilst retaining its status as a company governed by the law of the Member State of incorporation. Taking advantage of such judgement etc., some countries such as Norway and Germany have moved in the direction of strengthening the function of their exit tax regime or extending the applicational scope of the “realization approach” incorporated in it.

The above-mentioned moves shown by such countries as Norway and Germany are in response to the apprehension of the tax authorities of those countries about the likelihood of their tax base erosion through the transfer of their domestic corporations’ intangibles and other valuables to foreign countries without those assets properly taxed under the conventional exit tax regimes. The OECD has also recognized the need for clarifying how the transfer pricing taxation regime should be applied to those valuables when they are transferred abroad in business restructurings and it added in 2010 Chapter IX to its Transfer Pricing Guideline. The Chapter provides some useful guidelines but it also reflects a fairly large difference of views which allow some of them to be interpreted in one’s own interest, making it difficult to see clearly enough how much the above-mentioned moves are in line with the Guideline.

IV Chapter 3 — US Counter-Measures and Their Potentials

In the case of US, IRC § 367 which is called “outbound toll charge” served for a long time as a means to curb the erosion of its tax base by imposing tax on capital gains of shares deemed to be realized in the otherwise tax-free cross-border corporate reorganization. However, it had come to be realized that it was not effective enough for the prevention of corporate inversions and IRC § 7874 which incorporates both the “jurisdiction approach” and the “realization approach” was introduced in 2004. Under the the jurisdiction approach adopted in IRC § 7874, a foreign parent company newly formed through the corporate inversion is deemed a domestic corporation for income tax purpose, if it can be defined as a surrogate foreign corporation because its 80% or more of the shares are held by the domestic corporation’s old shareholders and it is void of substantial business activity in the foreign country.

Underlying beneath the fact of IRC § 7874 incorporating in it the “jurisdiction approach” is the strong recognition on the part of the Treasury and the IRS that the main problem with corporate inversions lies in the post-inversion earnings stripping of the domestic corporation by its foreign affiliates and this problem can not be coped with well enough under those measures which depend much on the “realization approach”. In fact, there were lately some moves to strengthen the function of the “jurisdiction approach” as in the case of the rewriting in 2009 of some of the treasury regulations on IRC § 7874 and also repeated attempts by such Congress and Senate members as Mr. Lloyd Dogget and Mr. Carl Levin to introduce the place of effective management concept to make up for the limit inherent in the place of incorporation principle for the prevention of erosion of its tax base.

V Chapter 4 — Options for Japan

The analysis in the foregoing Chapters reveal that Japan’s anti-corporate inversion measure which is based on the “aggregation approach” and the “realization

approach” could be fortified by extending the applicational scope of the aggregation approach or/and the realization approach but it could also be strengthened by incorporating in it the “jurisdiction approach”. In view of the difference in the approaches adopted in Japan and US, some propose that Japan’s anti-corporate inversion measure should also incorporate in it the “jurisdiction approach, while some others propose the extension of of applicational scope of the “aggregation approach” by questioning the reasoning behind the current system which fail to catch a cross-border triangular merger that involves a big domestic corporation.

It is true that the function of Japan’s anti-inversion measure could be strengthened by following the ways of reform expressed in the above proposals but they would entail some administrative difficulty and problem of international double taxation. Their effectiveness would also be reduced by the 2010 tax reform which lowered significantly the threshold tax rate that triggers Japan’s CFC rule. Therefore, the paper concludes that the “ realization approach” incorporated in exit charges offers much in contemplating options of possible counter-measures and such options might be recommendable now that some domestic court cases have revealed that Japan’s current tax system and administration should be particularly vulnerable to the outbound transfer of intangibles, etc. and there is much to learn from the legislative measures taken in such countries as US and Germany that are based much on the “realization approach” for the prevention of their tax base erosion.

目 次

序論	19
第1章 法人居住性の判定基準と出国税	24
第1節 法人居住性の判定基準を巡る議論	24
1. 設立準拠地主義と実質管理地主義の得失	24
2. 法人の管理地等の国外移転を巡る諸環境の変化	30
第2節 実質管理地主義と出国税の最近のEUにおける位置づけ	37
1. 個人に対する出国税と欧州法との関係	37
2. 法人に対する出国税と欧州法との関係	44
第2章 法人居住性の判定基準及び出国税等の機能強化に向けた動き	51
第1節 イタリアの対抗措置と最近の動き	51
1. 法人居住性の判定基準と出国税	51
2. 新たな対抗措置	53
第2節 ノルウェーの対抗措置と最近の動き	56
1. 個人と法人に対する出国税の特徴	56
2. 資産と負債に対する出国税の特徴	58
第3節 ドイツの対抗措置と最近の動き	63
1. 「払出し」の概念に依拠した課税の有用性と限界	63
2. 2006年法人税法改正のポイント	66
3. 法人機能等の国外移転への対抗措置	71
第4節 事業再編と移転価格との関係を巡る議論	78
1. OECDのディスカッション・ドラフトの主なポイント・論点	78
2. OECDのディスカッション・ドラフトを巡る議論	83
第3章 米国の対抗措置と最近の動き	87
第1節 組織再編成と譲渡益課税	87
1. 法人居住性の判定基準と組織再編成税制のポイント	87
2. IRC§367（国外移転に係る通行税）の下での一般ルール	92

3. IRC§367 が定める一般ルールの例外	94
第2節 IRC§367 の有用性と限界	96
1. IRC§367 と無形資産取引との関係	96
2. IRC§367 の問題点	99
第3節 IRC§7874 の導入と新たな対抗措置	108
1. IRC§7874 の制度設計	108
2. 「管轄アプローチ」への依存の高まり	112
3. 対抗措置・アプローチの多様化に向けた動き	117
終章 我が国の対抗措置の選択肢	122
第1節 法人資産等の国外移転と対抗措置の特徴・限界	122
1. 我が国における最近の動き	122
2. 課税ベース浸食の防止措置	130
3. 対抗措置の問題点と限界	133
第2節 対抗措置の強化方法の主な選択肢	139
1. 法人居住性の判定基準の再検討	139
2. コーポレート・インバージョン対策税制の再検討	146
第3節 「実現アプローチ」に依拠する強化方法の具体案	156
1. 無形資産等の国外移転が惹起する課題	156
2. 直接的な評価の意義と方法	161
3. 直接的な評価方法の適用上の困難性	167
結語	174

序論

平成 21 年に発刊された拙稿（「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—」、税務大学校論叢第 63 号 1～187 頁）では、法人税法 23 条の 2（外国子会社から受ける配当等の益金不算入）が、どのような課題を惹起し得るのかという点を検討するために、英米等における国外所得免除方式や領土課税方式への移行を巡る最近の議論や動きの分析を行い、示唆を得た上で、惹起され得ると考えられる主な課題への対処上、現行制度がどのような限界を有しているのかなどを考察し、幾つかの提言を行った。これらの提言は、主として、我が国の移転価格税制、過少資本税制及租税回避行為の否認方法・アプローチの今後のあり方などに関するものであったが、法人税法 23 条の 2 が惹起する課題は、勿論、これらの制度・問題等に関係するものに限定されるわけではない。

そもそも、全世界所得課税方式の下では、法人が居住者である場合には、その全世界所得が課税対象となるのに対し、非居住者である場合には、その国内源泉所得等が課税対象となるにとどまるため、法人税率が低い国に親会社を設立・移転することは、法人のグローバルな税負担の軽減という点で大きなメリットを秘めている。また、法人資産等の低税率国に所在する関連会社への移転も、そのグローバルな税負担の軽減効果を生じさせ得る。法人税法 23 条の 2 の創設は、このようなメリット・効果を包含している法人の居住地や資産等の低税率国への移転を促進する方向に作用し得るが、このような国外移転が行われた場合、移転する資産等や移転の形態等の如何によっては、我が国における課税の機会や潜在的な所得が少なからず失われることとなり得る。このような形で生じ得る課税ベースの浸食に対処するためには、上記の制度・問題等に限定することなく、より広い範囲で対抗措置のあり方を検討することが必要となる。

法人の居住地や資産等の国外移転という現象は、主な諸外国では、予てより問題となっているが、とりわけ、主な欧米諸国では、最近、法人のグローバルな事業活動に係る障壁を除去するという動きや国際投資等を促進するという流

れが加速する中、この問題が深刻化するという様相を呈するようになってきている。我が国でも、法人税法 23 条の 2 の創設に限らず、最近では、例えば、新会社法の成立によって合併等対価の柔軟化が行われたことにより、国境を跨ぐ三角合併等が可能となったことを受けて、一定の国際的組織再編成については、適格合併等に該当するとして、株式等に係る譲渡益課税の繰延べが認められるなど、国際投資や国際的組織再編等の促進に繋がる措置を積極的に講じる動きが強まってきていることから、法人資産等の国外移転による必要以上の課税ベースの浸食・課税権の喪失をどのようにして食い止めるかという問題が、今後、益々、看過できないものとなるのではないかと考えられる。

確かに、我が国の税制には、法人資産等の国外移転に伴う課税ベースの不当な浸食を抑止するための幾つかの制度・措置が組み込まれている。これらの制度・措置の代表例としては、適格要件を充足しない組織再編成に伴う資産等の譲渡益課税（法人税法 62 条等）、コーポレート・インバージョン対策税制（租税特別措置法 40 条の 7～9 及び同法 66 条の 9 の 2～5 等）、外国子会社合算税制（租税特別措置法 66 条の 6 等）、移転価格税制（租税特別措置法 66 条の 4）等が挙げられる。これらの制度等の重要性・有用性は大きいですが、今後、国際投資等を更に促進するための措置が講じられ、法人資産等の国外移転が更に活発化・巧妙化するようになると、これらに代表される制度等が包含している問題点や限界は、より顕著なものとなり、その結果、課税ベースの浸食を十分に抑止することができないという事態が生じるのではないかと危惧される。

実際、既に、平成 22 年度税制改正では、外国子会社合算税制が大幅に変更されている。本制度の変更点には、外国関係会社の所得の性質如何によって所得合算の適用如何を決定するというインカム・アプローチを採用するという措置も含まれているため⁽¹⁾、本改正によって本税制の租税回避防止機能が全面的に

(1) 資産性所得合算課税制度の創設であり、具体的には、租税特別措置法 66 条の 6 第 4 項の下、事業実体を有するなどとして、本税制が定める適用除外基準を満たす特定外国子会社等であっても、資産運用的な所得である特定所得を有する場合には、特定所得の金額の合計額（「部分適用対象金額」）のうち、当該特定外国子会社等の発行済株式等の 10%以上を直接又は間接に有する内国法人のその有する株式等に対

低下するわけではないものの、租税特別措置法 66 条の 6 の改正による本税制の適用対象となる外国関係会社の持株保有割合の 5%から 10%への引上げ、同法施行令 39 条の 14（特定外国子会社等の範囲）の改正による本税制の適用対象となる軽課税国の所得に対する法人税等の負担水準の最低ライン（トリガー税率）の 25%から 20%への引下げ⁽²⁾、適用除外基準の見直しなどが行われていることから⁽³⁾、本税制の適用対象となるケースは大幅に減少するものと想定される⁽⁴⁾。しかも、これらの変更内容と基本的に整合性を維持する形でコーポレート・インバージョン対策税制も改正されている。

外国子会社配当益金不算入制度の創設や外国子会社合算税制及びコーポレート・インバージョン対策税制の変更に代表される最近の一連の税制改正の効果は、必ずしも一義的に明確なものではないが、国際投資等の促進や我が国企業の国際競争力の維持・向上を図るといった側面がかなり顕著なものとなっていることは、否定し難い事実であることから、これらの税制改正は、多くの場合において、法人資産等の移転先の選択肢を増加させる方向に作用することから、グローバルなタックス・プランニングを行う可能性・余地もかなり広がるのでは

応する部分として計算した金額を収益の額とみなして、その内国法人の所得の金額上、益金の額に算入するという措置である。

- (2) 株式保有割合の引上げは、外国子会社合算税制の見直し内容全体から総合的に判断されたものであり、トリガー税率の引下げは、制度の効率性と事務負担の軽減の観点から行われたものであるが、一定の資産性所得には新たに課税するという措置が手当てされていることなどから、租税回避の蓋然性も低いと判断されるとの説明がされている。詳細については、灘野正規「平成 22 年度税制改正（国際課税関係）について－外国子会社合算税制、移転価格税制の見直しを中心に」租税研究第 726 号（平成 22 年）234～235 頁、水野雅「平成 22 年度国際課税関係の改正」国際税務 Vol. 30, No. 6（平成 22 年）14～29 頁参照。
- (3) 本制度の機能強化に繋がる適用除外基準の見直しは、本制度の適用対象となる株式等の保有を主たる事業とする特定外国子会社等から、被統括会社の株式等の保有を行う一定の統括会社（事業持株会社や物流統括会社等）を除外するという形で行われている。
- (4) 経済産業省が作成した資料では、2008 年以降アジアの主要 4 カ国が軒並み法人税を 25%以下に引き下げたことによって、外国子会社合算税制絡みの事務負担が大幅に増加したが、平成 22 年度税制改正によるトリガー税率の引下げによって、外国子会社の 3 割強が申告不要となり、税務申告に係る事務負担の相当な軽減が可能となるとされている。詳細については、灘野・前掲「平成 22 年度税制改正（国際課税関係）について」256 頁参照。

ないかと想定される。そうすると、上記の代表的な対抗措置についても、今後は、必要に応じて、その機能を強化する方向で税制改正を行うことや、新たな対抗措置を別途講じることなども視野に入れた検討を行うことが、我が国の課税ベースの必要以上の浸食を阻止するという観点からすると、特に重要な課題となるのではないかと考えられる。

確かに、法人課税制度及び法人資産等の国外移転の問題を取り巻く諸環境等は、主な欧米諸国と我が国では少なからず異なっているが、急速に加速する国際取引等のグローバル化や国際投資等に係る諸規制が、年々、緩和されるという趨勢の下、進展する課税ベースの浸食を抑止するための措置を講じる必要性の高まりは、程度の差こそあれ、主な諸外国で共通に認められるところとなっている。このような必要性の高まりが認められる中、主な諸外国の中には、既に、進展する課税ベースの浸食を抑止するための措置を積極的に講じるなどの動きを示している国も少なからず見受けられる。このような動きを示している国々が講じている対抗措置の中には、我が国でも既に採用されているものだけでなく⁽⁵⁾、我が国では採用されていない制度等も含まれている。

本稿は、急速に加速する国際取引等のグローバル化や国際投資等に係る諸規制を緩和する措置を講じるという趨勢が我が国でも少なからず認められ、しかも、このような趨勢は、年々、顕著なものとなっており、それに伴って、我が国の課税ベースの浸食を抑止するための措置を講じる必要性も、益々、強まってきていると考えられることから、このような措置のあり方を検討することの重要性は非常に高いとの問題意識の下、主な欧米諸国では、具体的に、どのような状況の下、どのような形態による法人資産等の国外移転が行われており、また、税務当局は、活発化・巧妙化する法人資産等の国外移転に対して、

(5) このような対抗措置には、過少資本税制も含まれるが、本稿では、本税制のあり方に関する考察は行わない。法人税法23条の2の創設に伴う過少資本税制のあり方に関する考察については、松田直樹「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—」税務大学校論叢63号(平成21年)113～118頁参照。

どのような対抗措置を講じているのかなどに目を向けることによって、その実態や対応措置の制度設計上の特徴及び有用性・限界などを探り、我が国にとって参考となる示唆を得た上で、幾つかの考えられる対抗措置のあり方を探ることを主な目的とするものである。

上記のような問題意識・目的の下、第1章（「法人居住性の判定基準と出国税」）では、代表的な法人居住性の判定基準である実質管理地主義の有用性の程度は、最近の欧州における税負担の軽減を主な目的とした法人の設立地・事業活動国の選択・変更という動きが活発化する中、どのように変貌してきているのかを考察し、第2章（「法人居住性の判定基準と出国税の機能強化に向けた動き」）では、最近、法人資産等の国外移転による課税ベースの浸食の防止という目的の下、イタリア、ノルウェー及びドイツで採用された措置の特徴や効果を分析し、さらに、第3章（「米国の対抗措置と最近の動き」）では、コーポレート・インバージョン対策税制である IRC § 367 及び IRC § 7874 の特徴・効果や最近の税制改正の方向性等を探る。終章（「我が国の対抗措置の選択肢」）では、第1章から第3章で考察した主な諸外国の対抗措置の有用性や限界等を踏まえた上で、我が国が検討すべき対抗措置の選択肢を比較考量する。

第1章 法人居住性の判定基準と出国税

第1節 法人居住性の判定基準を巡る議論

1. 設立準拠地主義と実質管理地主義の得失

法人が国外に子会社等を設立する理由や国際的組織・事業再編を行う理由は様々であり、また、法人が、その資産等を国外に移転する理由も多岐に亘ると考えられるが、多くの場合において、グローバルなタックス・プランニングによって税負担を軽減するということが、法人の子会社等を国外に設置し、また、国際的組織・事業再編成を通じて法人資産等を国外に移転することの主な目的の一つであろうことは、少なからぬ場合において、法人の子会社等が設立される先や国際的組織・事業再編成を通じて法人の資産等が移転される先が、法人税負担がかなり低い国やタックス・ヘイブンと称される国・地域であることから確認し得る。もっとも、法人の子会社等を設立する先や法人の資産等が国境を跨いで移転される先が、必ずしも法人税負担がかなり低い国や地域でなくとも、法人税負担の軽減というメリットを享受することは可能となり得る。

なぜなら、法人の所在地国における法人税負担のレベルは、通常、所在地国の法人税率の高さ如何だけでなく、法人が、その所在地国で無制限納税義務者である居住者として、全世界所得課税の対象となるのか否かによっても大きく左右されるからである⁽⁶⁾。そうすると、税務上、法人が、その所在地国において居住者であるか否かを如何なる考え方・基準に基づいて判断するのかという点が、納税者と税務当局にとって、特に重要なポイントとなる⁽⁷⁾。実際のところ、法人の税務上の居住地を判定する上で依拠されている考え

(6) 我が国の税法の下での外国法人の課税対象所得範囲については、法人税法 141 条（外国法人に係る各事業年度の所得に対する法人税の課税標準）が定めている。

(7) 勿論、居住者であることによって、居住地国が締結している租税条約上の特典を享受できる結果として、税負担の軽減が可能となるという側面もある。

方・基準は様々なものとなっているが、主な考え方・基準としては、①法人の設立地・商業上の登録地がその居住地であるとする「設立準拠地」(place of incorporation) 主義・基準や⁽⁸⁾、②法人の実質的な管理地等を居住地であるとする「実質管理地」(place of effective management) 主義・基準が挙げられる。

設立準拠地主義については、多くの場合、法人の居住地を判定する基準としては、単純・明快であるというメリットがあるが、形式的な判定基準であることから、法人の活動の実態を必ずしも的確に反映しないケースがあるなどの問題・デメリットがある。このような問題は、実質管理地主義に基づいて法人の居住地を判断するというアプローチの下では緩和されるが、実質管理地主義については、実質管理というメルクマールをどのように解するかという問題や、管理支配の所在の実態に係る判断を行う必要があるなどの執行上の困難性に係る問題が往々にして生じ得る。このように、いずれの判定基準も一長一短ではあるが、設立準拠地主義は、米国、インド、スペイン、スイス、スウェーデン、デンマーク及びニュージーランド等で採用されており、実質管理地主義は、ドイツ、オーストリア、ベルギー、フランス及びポルトガル等で採用されているとの指摘がされている⁽⁹⁾。

上記のような区分は、一応は可能ではあろうが、実際には、設立準拠地主義や実質管理地主義には解釈・適用上の多様性が認められるほか、様々なバリエーションが認められる。例えば、本店又は主な事務所の所在地を法人の居住地であるとする我が国の判定基準（「本店所在地主義」）も、設立準拠地主義の一形態であると解されている。また、法人の管理地等に基づいて居住地を判定するという基準としては、実質管理地主義のほかにも⁽¹⁰⁾、その別称

(8) 設立準拠地主義は、「設立理論」(“incorporation theory”)とも称される。

(9) かかる指摘・分類については、Jean-Marc Rivier, *The Fiscal Residence of Companies*, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. LXXIIa, Kluwer Law and Taxation Publishers (1987) pp.52-59 参照。

(10) 管理支配主義、「管理地」(“place of management”)主義、「管理支配地」(place of management and control) 基準及び「管理所在地」(“seat of management” or “seat

或いは一形態として、「法人所在地」(“company seat”)主義や「実際の所在地理論」(“real seat theory”)などがある⁽¹¹⁾。さらには、設立準拠地主義と実質管理主義の双方に依拠している国も少なからず見受けられるほか、これらの基準だけでなく、その他の基準にも依拠して法人が居住者であるか否かを総合的に判断することとしている国なども存在している。

通常、法人の設立地と管理地は、同じ国に存在することから、法人の居住地の判定基準の多様性は、多くの場合、法人の居住性を判定する上で支障とはならないが、法人の設立地と管理地が異なっている場合や、法人がその実際の所在地や管理地を国外に移転する場合には、法人が関係する二つの国で其々採用されている判定基準の如何によっては、双方の国で自国の居住者であると判定されるケースや双方の国で自国の居住者ではないと判定されるケースも生じ得る⁽¹²⁾。また、複数の判定基準に依拠している国では、設立地と管理地が異なる場合、自国の居住者であるか否かについて柔軟な判定が可能となり得るのに対し、設立準拠地主義のみに依拠している国は勿論、実質管理地主義や「実際の所在地理論」を杓子定規なメルクマールに基づいて適用する国などでは、法人の設立地や管理地を操作するグローバルなタックス・プランニングに対して柔軟に対応できないという問題が生じ得る⁽¹³⁾。

of administration”)基準等も、実質的管理地主義・基準の別称或いは一形態であると考えられる。

- (11) フランスで発展した「実際の所在地理論」は、欧州の多くの大陸法の国々で採用されており、法人の最高経営者の所在地や中心的な管理地を居住地であるとする「法人所在地」主義と同様な考え方に立脚するものと考えられるが、実際の所在地を決定する「経営の中心」(“central administration”)という概念についての解釈が必ずしも統一されていないなどの問題を包含している。「実際の所在地理論」の詳細については、incorporation theory vs real seat theory - EU Company Law (http://www.jurawiki.dk/.../2_-_Incorporation_theory_vs_real_seat_theory.pdf [平成22年7月27日])参照。
- (12) 例えば、設立準拠地主義を採用しているA国で設立された法人が、その「実際の所在地」(real seat)を「実際の所在地理論」に相当する基準である「管理所在地主義」(Sitztheorie, “seat of management rule”と称されている。)を採用しているドイツに移した場合、A国とドイツの双方の居住者であると認定され得る。
- (13) 設立準拠地主義のみに依拠する国では、国内で支配・管理する法人が低税率国に設立又は登録されているようなタックス・プランニングへの対応が困難であり、また、

他方、法人の居住性の判定基準を構成するメルクマールの多様性や判定基準の適用に係る柔軟性は、法人の居住性が複数国で認定されるという問題を深刻化させることとなり得る。この問題を緩和するためには、租税条約上の取扱いが重要なポイントとなるところで、OECD モデル条約4条1項は、「この条約上、「一方の締約国の居住者」とは、当該一方の締約国において、その住居、居住地、管理地或いは同様な性格のその他の基準により、課税を受けるべきとされるもの・・・をいう。但し、一方の締約国の居住者には、当該一方の締約国内に源泉のある所得又は当該一方の締約国に存在する財産のみについて当該一方の締約国において租税を課される者を含まない」とした上で⁽¹⁴⁾、同条3項は、「1項の規定により双方の締約国の居住者に該当する者で個人以外のものについては、その者の事業の実質的管理地の場所が所在する締約国の居住者とみなす」と定めている⁽¹⁵⁾。

また、OECDモデル条約4条に関するコメントリーのパラ22では、「登録のように単なる形式的な基準を重視するのは妥当な解決に繋がらないであろう。したがって、3項は、法人等が実際に管理される場所を重視している」と述べられている。実際、国内法及び租税条約で実質管理地主義を採用している国は多い。自国の課税権の確保という観点からしても、実質管理地主義を採用するメリットはあるが、デメリットもある。設立準拠地主義の下では、自

「実際の所在地理論」の下、「経営の中心」という概念を大半の株主の所在地、経営者の所在地又は経営管理者会議の開催のいずれかのメルクマールに基づいて杓子定規に解釈・判断するような国でも、これらのメルクマールを操作するタックス・プランニングへの対応が困難なものとなり得る。

- (14) 本項の原文は、“For the purpose of this Convention, the term “resident of a contracting State” means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, … This term, however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein.”である。
- (15) 本項の原文は、“Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated.”である。

国に登録・設立された法人が、税負担の軽減目的の下、その管理支配権限等を国外に移転しても、自国の居住者として課税されると考えられるのに対し、実質管理地主義の下では、法人の管理支配権限が、その後、国外に移転された場合には、かかる移転が法人の解散であるとみなされて清算所得課税等の対象とならない限り、自国の居住者として課税する権限が制限されることとなり得るというデメリット・問題がある。

上記のようなデメリット・問題等が、これまで、それほど深刻なものとなっていなかったのは、例えば、「管理所在地主義」(Sitztheorie, 「実際の所在地理論」(real seat theory)とも称されている。)が法人居住性の主な判定基準となっているドイツでは、2006年の税制改正が行われるまでは、法人税法(Köperschaftsteuergesetz, KStG) 12条の下、居住者である法人が登録した事務所又は管理地が他国に移転し、ドイツにおいて無制限納税義務を負わなくなるならば、法人の解散があったとみなすとされてきたからであり⁽¹⁶⁾、主に管理地主義に依拠しているノルウェーでは、原則として、管理地がノルウェーに存する場合に限ってノルウェーでの法人設立が可能であるため、その管理地が国外に移転したノルウェーの法人は、解散することが必要となるほか、外国で設立されている法人の管理地がノルウェーに移転した場合には、ノルウェーで設立手続を取ることが必要となるからであった⁽¹⁷⁾。

実質管理地が法人の居住性の判定上最も重要な要素であることが判例上確立しているオランダでも⁽¹⁸⁾、一般租税法(Algemene wet inzake rijksbelastingen, AWR) 4条が、法人の居住地は状況に応じて決定されると

(16) この点については、Hans-Jochen Gutike, Exit tax planning window opens, *International Tax Review*, June 2004 (also at <http://www.internationaltaxreview.com/?Page=10&PUBID=35&ISS=12599&SID=470291&TYPE=20> [平成 22 年 2 月 3 日] 参照。

(17) この点については、Truls Storm-Nielsen, *The Fiscal Residence of Companies*, IFA Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. LXXIIa, Kluwer Law and Taxation Publishers (1987) pp. 415-417 参照。

(18) この点については、Maddalena Tamburini, Exit Taxation and the OECD Model Treaty: A View from the Netherlands and Italy, *Tax Notes International*, Vol. 54, No. 4 (2009) p. 305 参照。

規定し⁽¹⁹⁾、また、法人税法（Test Unico delle imposte sui redditi, D. P. R.）2条4項が、オランダで設立された法人は、常に、オランダの居住者とみなすと定めているため、オランダで設立された法人は、その管理地が国外に移転しても、オランダの居住者と判定された⁽²⁰⁾。イタリアの場合は、1973年法律598号2条に基づく法人税法73条3項の下、税務年度の大半において、①法人の設立準拠地、②法人の管理地、又は③法人の事業目的のいずれかのメルクマールを具備している法人は、イタリアの居住者であると判断されるため、例えば、法人の主たる事業地がイタリアであれば、事業目的というメルクマールを具備しているとの判断の下、仮に、その法人設立地や管理地が国外であっても、イタリアの居住者として取り扱われた⁽²¹⁾。

上記の通り、法人の設立地と管理地の差異によって生じ得る国際的・二重課税の問題や国際的租税回避の問題は、租税条約上の規定や国内法上の基準を工夫することなどによって、ある程度緩和し得るが、そもそも、法人の登録・設立地とその管理地に差異を設けること、とりわけ、法人の登録・設立後に、その機能・資産等を国外に移転することには、移転に伴うコストやデメリットを凌ぐほどの利益やメリットがない場合も多いと考えられる。実際、嘗ては、法人の機能・資産等の国外移転の問題は、それほど深刻ではなかったが、最近では、以下の2で分析する欧州諸国における法人居住性の判定基準の変容などの例に代表されるように、この問題を取り巻く諸環境の変化等を背景

(19) 法人がオランダの居住者であるか否かを決定する際にポイントとなる基準（「状況」）とは、裁判例に鑑みると、法人の登録地、法人の管理地、経営者会議や株主会議の開催場所、主たる事務所の設置場所、経営者や監督者の居住地、会計部門の所在地、会計帳簿で使われている言語や通貨、会計帳簿の保存場所、年次報告書の作成場所などである。この点については、Klaas Nauta, *The Fiscal Residence of Companies*, IFA Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXIIa, Kluwer Law and Taxation Publishers (1987) pp. 445-446 参照。

(20) この点については、Nauta, *supra* “The Fiscal Residence of Companies” pp. 444-457 参照。

(21) これらの取扱いについては、Tamburini, *supra* “Exit Taxation and the OECD Model Treaty” pp. 301-303、Giovanni B. Galli, *The Fiscal Residence of Companies*, IFA Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXIIa, Kluwer Law and Taxation Publishers (1987) pp. 373-374 参照。

として、法人の機能・資産等の国外移転の困難性やコストが低下する中、法人の機能・資産等の国外移転が活発化してきており、また、それに伴って進展する課税ベースの浸食を防止する必要性も急速に高まってきているという事実が認められる。

2. 法人の管理地等の国外移転を巡る諸環境の変化

(1) 欧州委員会指令等とその影響

近年、多くの主要国では、納税者の国際的な事業活動の自由や国際投資活動等を促進する措置を講じることが内外から少なからず求められる中、法人の国際的組織・事業再編成に対する障壁となる法律上の制度を改廃することも、一つの重要な課題となっている。かかる課題への取組みの進展の程度の如何が、法人の管理地等の国外移転を巡る諸環境の変化の程度を左右するわけであるが、とりわけ、共通市場の構築を目指す EU では、EC 条約や欧州委員会指令等を含む欧州法の下、加盟国間の国境を跨ぐ資本移動や取引活動の障壁を除去する流れが加速しており、このような流れを不当に妨げることとなる加盟国の国内法上の制度・措置については、その改廃が求められている。このような流れの中、法人の管理地等の国外移転や国際的組織・事業再編成に関する加盟国の税法上の諸規定についても、その見直しを行う動きが少なからず生じてきている。

上記のような動きを生じさせている主な原因の一つとして、欧州委員会の合併指令 (Merger Directive, 90/434/EEC) が採択・改正されたことが挙げられる。本指令の前文では、異なる加盟国の法人に関する合併、分割、資産の移転及び株式の交換については、国内市場における条件と同様な条件を共同体で醸成することが必要となるとの認識が示され⁽²²⁾、かかる認識

(22) 本指令では、「資産の移転」(“transfer of assets”)とは、「法人が、解散することなく、他の法人の資本を表象する有価証券と交換に、その事業部門の全て又は一部を当該他の法人に移転させること」(“an operation whereby a company transfers without being dissolved all or one or more of branches of its activity to another company in exchange for the transfer of securities representing the capital

の下、本指令4条では、「合併又は分割は、移転された資産や負債の実際の価値と税務目的上の価値との違いとの関係から計算されるキャピタル・ゲインに対する課税を生じさせない。・・・税務目的上の価値とは、利益や損失が税務目的上計算される上で基礎となる価値・・・であり、移転された資産や負債とは、合併又は分割の結果、移転を行った法人が所在する加盟国において資産等の移転を受けた法人の恒久的施設と密接な関係を有し、税務目的上考慮すべき損益を発生させる役割を果たすものである」と定められている⁽²³⁾。

また、欧州理事会が「欧州会社法に関する規則」(Council Regulation (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE)) を採択したことにより、複数の加盟国で事業を行っている企業は、設立方法や最低資本金等において一定の制約を受けるものの、欧州会社 (Societas Europaeae, SE) になることを選択することにより、各加盟国の国内法上の制約を受けずに、EU 域内において国境を越えた合併、持株会社及び共同子会社の設立が可能となったほか、欧州会社の本店所在国については、同規則7条の下、欧州会社を登録した加盟国でなければならないとの制約はあるものの、同規則8条は、「2項から13項に従って、欧州会社の登録事務所を他の加盟国に移転させることができる。このような移転は、欧州会社の解散や新たな法人の設立を伴わない」と定めていることから⁽²⁴⁾、

of the company receiving the transfer.”) と定義されている。

- (23) 原文は、“A merger or division shall not give rise to any taxation of capital gains calculated by reference to the difference between the real values of the assets and liabilities transferred and their values for tax purposes… - value for tax purposes: the value on the basis of which any gain or loss would have been computed for the purposes of tax… - transferred assets and liabilities: those assets and liabilities of the transferring company which, in consequence of the merger or division, are effectively connected with a permanent establishment of the receiving company in the Member State of the transferring company and play a part in generating the profits or losses taken into account for tax purposes.” である。
- (24) 欧州会社法に関する欧州理事会規則8条の原文は、“The registered office of an SE may be transferred to another Member State in accordance with paragraphs

国境を跨ぐ組織再編成に係るコストや困難性が相当程度に緩和されたという経緯がある。

(2) 欧州司法裁判所判決の影響

欧州司法裁判所判決が、法人の管理地等の国外移転や国際的組織・事業再編成に関する加盟国の税法上の諸規定の見直しを余儀なくしているという側面も顕著である。例えば、以下で述べる通り、*The Queen v. H. M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc* 事件 ECJ 1988 年 9 月 27 日判決 (Case C-81/87) (Rec. 1988, p. I-5483) では、法人の管理支配地の国外移転に制約を課する英国の制度が欧州法に抵触しないとの見解が示されたことから、多くの大陸法の国で採用されている「実際の所在地理論」は欧州法に抵触しないとの見方が強まったが⁽²⁵⁾、その後、*Centros Ltd. V Erhvervs-og Selskabsstyrelsen* 事件 ECJ 1999 年 3 月 9 日判決 (Case C-212/97) (Rec. 1999, p. I-1459) 等が下されたことなどを背景として、このような見方を修正する動きが見受けられるようになった。

上記の *Daily Mail* 事件 (Case C-81/87) では、英国においては、英国に管理支配地が存する法人が税法上の居住者であり、また、英国の 1970 年所得・法人税法 § 482(1)(a) は、税務上、英国の居住者である法人については、財務省の承認を得ることなく居住者としての地位を失うことはできない旨を定めているため、オランダに事務所を賃借して投資管理事務と理事会の開催を行うことを計画していた英国で設立された投資持株会社 A は、その管理支配の中心をオランダに移転させることの承認を財務省に求めたところ、財務省は、承認を与える前提条件として、投資持株会社 A の資産の一部を売却することを提案したことから、このような取扱いを求める根

2 to 13. Such a transfer shall not result in the winding up of the SE or in the creation of a new legal person.” である。

(25) この点については、Tomas Bachner, *Summary: Creditor Protection in Private Companies*, Cambridge University Press (2009) (at <http://www.cup.cam.ac.uk/asia/catalogue.asp?isbn=9780521895385&ss=exc> [平成 22 年 2 月 12 日]) 参照。

拠となる上記の英国の法律が、設立の自由を定める EEC 条約 52 条（現 EC 条約 43 条）、EEC 条約 58 条（現 EC 条約 48 条）及び欧州理事会指令 73/148 に抵触するか否かという点が問題となった⁽²⁶⁾。

オランダの法律は、国外で設立された法人がその管理支配をオランダで行うことを禁止していないことから、投資持株会社 A は、英国の財務省から承認を得ることができれば、その管理支配の中心をオランダに移すことが可能となるが、そもそも、投資持株会社 A が、その管理支配の中心をオランダに移すことを計画していたのは、その管理支配の中心をオランダに移転した後に、その資産の相当部分をオランダで売却し、また、かかる資産の売却利益を利用して自社株を取得するためであったが、このような計画を実行するメリットとしては、オランダでは、かかる資産売却によるキャピタル・ゲインへの課税は、移転後に生じたものに限定されることから、資産売却に伴うキャピタル・ゲインに対する英国での重い課税を回避することが可能になるという点が挙げられるところ、投資持株会社 A が、かかるメリットを享受することを狙っていたことは明らかであった。

上記事件判決において、欧州司法裁判所は、1970 年所得・法人税法 § 482(1) (a) の下、財務省の承認を得ることが必要となるのは、英国の法人としての地位を維持する一方で、その中心となる管理支配を国外に移転させ

(26) 現 EC 条約 43 条は、「…ある加盟国の国民が、その他の加盟国で開業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、現 EC 条約 48 条の前段は、「加盟国の法律に基づいて設立された会社又は企業は、その登録事務所、中心となる管理又は事業の場所が共同体内にある場合には、加盟国の国民である自然人と同様に取り扱いられる」（“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 in the same way as natural persons who are nationals of Member States.”）と定めている。欧州理事会指令 73/148 については、脚注(27)参照。

るケースに限定されており、法人の解散と税の精算を行って他の加盟国に法人活動を移転することなどは、財務省の承認の対象外となっていることから、かかる取扱いは設立の自由を阻害しておらず、EEC 条約 52 条及び 58 条は、加盟国の法令に基づいて設立され、また、当該加盟国に事務所を有している法人に対し、その管理支配の中心をその他の加盟国に移転する権利を付与するものではない、また、「開業とサービスの提供に関する加盟国の国民の共同体内における移動及び居住に係る制限の撤廃」について定めた欧州理事会指令 73/148 は個人を対象とするものであり⁽²⁷⁾、本指令が定める権利を法人に類推適用することもできないと判示している。

これに対し、上記の Centros 判決 (Case C-212/97) が下された事件では、二人のデンマーク人が株主である英国で設立された事業活動を行っていない法人が、その事業拠点をデンマークに設ける旨の申請をしたところ、デンマーク政府が、かかる申請はデンマークでの最低資本金の払込みを回避しながら、その唯一の事業拠点をデンマークに設けることを求める制度の濫用であるとして、その受理を拒否したことが問題となったが、本判決では、関係する加盟国は、単独又は協力して、国外移転による加盟国の法律上の義務を回避する法人の行為を阻止するための措置を講じることは認められるものの、制度の濫用であると断定できない本件申請を受理しないことは EC 条約 43 条及び 48 条に抵触すると判示されている。本判決で示された見解・スタンスは、以下の (3) から確認し得る通り、その後の一連の欧州司法裁判所判決を通じて、より確固なものとなって法人の管理地等の国外移転を巡る諸環境を変革している。

(3) 実質管理地主義の終焉に向けた流れ

上記の Centros 事件判決で示された見解・スタンスは、Uberseering 事件 ECJ 2002 年 11 月 5 日判決 (Case C-208/00) (Rec. 2002, p. I - 9919)

(27) 本指令の正式名称は、Council Directive 73/148/EEC of 21 May 1973 on the abolition of restrictions on movement and residence within the Community for nationals of Member States with regard to establishment and the provision of services (OJ L 172, 28.6 1973, p.14-16) である。

でも踏襲されている。本事件では、オランダで設立された法人Aが、ドイツに有する土地に建物を建設してもらう契約をドイツ法人Bと結んだ後、ドイツの居住者Cが法人Aの全株式を取得したが、建設された建物には欠陥があったため、損害賠償等を求める訴訟を提起したところ、「管理所在地」主義を採用しているドイツでは、「管理所在地」がドイツにある法人は、ドイツで設立されるのが原則であり、ドイツで設立された法人に対してのみ訴訟を提起するなどの法的能力が付与されることから、法人Aの訴訟提起を認めるべきであるとの主張は、デュセルドルフ地区裁判所(Landgericht)及び同地区高等裁判所(Oberlandesgericht)で受け入れられなかったことが問題となった。

連邦裁判所(Bundesgerichtshof)は、上記のような取扱いがEC条約に抵触するのかなどの点について、欧州司法裁判所の意見を求め、欧州司法裁判所は、上記事件に対して2001年12月4日に示されたコロマー(Ruiz-Jarabo Colomer)法務官意見と同様な考えに立脚した上で、ある加盟国の法律に従って設立された法人が、他の加盟国の法律の下、その実際の管理の中心を当該他の加盟国に移転させたとみなされる場合において、当該他の加盟国が、当該法人の法的能力を否定し、その結果、当該法人が、当該他の加盟国で設立された法人との契約の下での権利を行使するために裁判所に訴える手続きを踏むことができないならば、EC条約43条及び48条に違反することとなるため⁽²⁸⁾、当該他の加盟国は、当該他の加盟国で設立の自由の権利を行使した法人に対し、その設立された国の法律に基づいて当該法人が享受できる法的手続の当事者となる権利を認めなければならないと判示している。

上記のUberseering事件判決(Case C-208/00)によって、欧州における法人の管理地等の国外移転に係る障壁を除去する流れは更に加速したが、欧州における実質管理地主義は、Kamer van Koophandel en Fabrieken voor

(28) 設立の自由の権利を定める現行のEC条約43条及び48条の原文・規定振りについては、脚注(26)参照。

Amsterdam and Inspire Art Ltd 事件 ECJ 2003 年 9 月 30 日判決 (Case C-167/01) (Rec. 2003, p. I-10155) によって、特に大きな打撃を受けることとなった。本事件では、オランダ人の経営者が排他的な経営権限を有している英国に設立・登録された法人Dの支店がオランダのみで事業活動を行っていたことから、オランダ政府は、「正式な外国法人に関する法律」(Wet op de formeel buitenlandse vennootschappen; WFBV) に基づく義務(オランダでの法人登録の義務、最低資本金に関する義務及び経営者による一定の情報開示の義務等)の履行を要請したのに対し、法人Dは、本法律は欧州法に抵触すると主張し、かかる要請を拒否したことが問題となった。

上記事件判決では、欧州司法裁判所は、他の加盟国に設立された法人の自国に所在する支店に対し、本件で問題となっている法律のように、「他の加盟国の法律によって支配される一定の種類の法人の他の加盟国に設立された支店に係る開示要件」に関する第 11 次理事会指令が規定していない事項に係る開示義務を課することは⁽²⁹⁾、支店の設立に伴い開示すべき事項を列挙している本指令 2 条に抵触するほか、個々のケースにおいて濫用であるとの認定が可能である場合を除けば⁽³⁰⁾、法人が他の加盟国に設立された理由の如何にかかわらず、また、他の加盟国に設立された法人の事業活動の殆ど全てが自国に限定されているか否かにかかわらず、その他の加盟国で設立された法人が自国で設立の自由の権利を行使するに当たり、本件で問題となっている法律のように最低資本金や経営者の義務等との関係から

(29) 本指令の正式名称は、Eleventh Council Directive 89/666/EEC of 21 December 1989 concerning disclosure requirements in respect of branches opened in a Member State by certain types of company governed by the law of another State (OJ L 395, 30.12.1989, p. 36-39) である。

(30) この点について、欧州司法裁判所は、法人がその登録国で事業活動を行わず、その支店を設置している国においてのみ活動しているとしても、そのことは、後者の国が設立の自由に関する共同体の法律の規定上の利益の付与を否定する前提となる濫用的な行為の存在を証明するには不十分なものであることは、Centros 事件判決(パラ 29 参照)等でも確認されていると判示している。

一定の条件を課することは、EC 条約 43 条及び 48 条に抵触すると判示している。

上記の Inspire Art 事件判決は、「実際の管理地理論」の終焉を意味するものであるとも評されているが⁽³¹⁾、欧州における実質管理地主義は、今後、ひたすら終焉する方向に向かうのであろうか。また、実質管理地主義の他にも、納税者の管理地等の国外移転に伴う課税ベースの浸食を防止する機能を発揮し得る代表的な対抗措置として、多くの欧州諸国では、「出国税」(“exit tax” や “exit charge” などと英訳されている。) 制度が採用されているが、前述の Daily Mail 事件判決 (Case C-81/87) で示された広義の出国税と欧州法との関係についての見解は⁽³²⁾、その後の法人の管理地等の国外移転を巡る諸環境の変化の中で修正を受けているのであろうか。以下の第 2 節では、その後の関係する欧州司法裁判所判決等に目を向け、出国税の制度設計上の特徴等を踏まえながら、最近の実質管理地主義と欧州法の関係及び出国税と欧州法との関係を分析することによって、これらの関係の現状と今後を探ることとする。

第 2 節 実質管理地主義と出国税の最近の EU における位置づけ

1. 個人に対する出国税と欧州法との関係

出国税の制度設計は多様なものとなっているが、大別すると、①個人を課税対象とするもの⁽³³⁾、②法人を課税対象とするもの、③個人と法人の双方を

(31) このような評価をしている例としては、Hans Josef Vogel, *The Lure of the Limited and Corporate Law Reforms in Germany* (<http://www.lexisnexis.com/Community/Internationalforeignlaw/blogs/internationalandforeignlawcommentary/archive/2010/01/27/The-Lure-of-the-Limited-and-Corporate-Law-Reforms-in-Germany.aspx> [平成 22 年 2 月 12 日]) 参照。

(32) 本稿における狭義の出国税及び広義の出国税の定義等については、本章第 2 節 1 及び脚注(35)参照。

(33) 主な EU 加盟国 (フランス、ドイツ、オランダ、オーストリア、デンマーク、ノルウェー等) で採用されている個人に対する出国税の詳細については、*The tax treatment of transfer of residence by individuals*, Vol. LXXXV II b, *International*

対象とするものに区分できる⁽³⁴⁾。また、納税者が、その居住地等を国外に移転する際、その資産の含み益にキャピタル・ゲイン課税を行うというのが狭義の出国税であるとするならば、納税者が、その居住地等を国外に移転する際、みなし譲渡益課税に限らず、国内での移転の場合には生じない税負担を課するのが広義の出国税であると言えよう⁽³⁵⁾。このように定義すると、狭義の出国税の課税根拠については、納税者が国外移転するまでに生じた資産の含み益に対して課税を行う権利は、かかる含み益が生じた国に存するという考え方に求められ、領土主義に依拠する課税方式との整合性も確認し得るが、狭義の出国税と同様な制度や広義の出国税は、第2～3章における分析からも確認し得る通り、イタリアや米国等のように、全世界所得課税方式に依拠している国でも採用されているケースがある。

上記の通り、出国税は、かなり多様なものとなっているが、その制度設計の如何にかかわらず、納税者の居住地や資産等の国外移転に伴う課税ベースの浸食を防止する機能を少なからず発揮するものである。但し、EU加盟国で採用されている出国税に関しては、欧州法との関係の如何によっては、その機能が大幅に制限され得る。出国税と欧州法との関係は、出国税の種類や制度設計等の如何によって、多少なりとも異なったものとなり得ると考えられるが、個人に対する出国税と欧州法との関係については、① Hughes de Lasteyrie du Saillant v. Ministere de L' Economie, des Finances et de L' Industrie 事件 2004年3月11日判決 (Case C-9/02) (Rec. 2004, p. I

Fiscal Association (2002) 参照。法人に対する出国税も、大半の加盟国（英国、フランス、ドイツ、イタリア、スペイン、オランダ、スウェーデン、ノルウェー等）で採用されている。

- (34) 例えば、英国では、法人に対する出国税として機能するものとして、1992年キャピタル・ゲイン税税法 (Tax on Chargeable Gains Act) § 185 が採用されているが、個人も、本税法 § 10A の下、一定の場合には、出国税の対象となる。詳細については、Philip Baker, The tax treatment of transfer of residence by individuals, cahier de droit fiscal international, Volume LXXXVIIb, IFA (2002) pp. 562-564 参照。
- (35) 出国税の定義を明確に示した文献は見当たらないが、本稿では、本文で示した狭義の出国税及び広義の出国税についての定義の下、その特徴や効果等を分析するというアプローチを採用している。

-2409)、② N v Inspecteur van de Belastingdienst Oost/Kantoor Almelo 事件 2006年9月7日 ECJ 判決 (Case C-470/04) (Rec. 2006, p. I-7409) が下されたことなどによって、かなりの明確化が実現している。

(1) Hughes de Lasteyrie 事件 ECJ 判決のポイントと影響

上記①の Hughes de Lasteyrie 事件では、フランスからベルギーに住居を移す個人が有する株式の未実現のキャピタル・ゲインに課税するフランスの租税通則法 (Code General des Impôts) § 167 で定める出国税が、設立の自由を定める EC 条約 52 条 (現 EC 条約 43 条) に抵触するか否かという点が問題となった⁽³⁶⁾。本規定及び関連する規定の下では、過去 10 年の内の少なくとも 6 年の間、フランスの税法上居住者である納税者は、その住居をフランス国外に移すに際しては、所有する法人株式の価値の増加に対して税を負担する義務が生じる旨が定められているが、その納付は、担保を提供するなどの条件の下、一定の期間に限り、延期することが可能であるほか、かかる法人株式の譲渡等に伴う所得税の負担が国外で生じた場合には、その税負担分がフランスで納付すべき所得税から減額されることとされている。

上記の Hughes de Lasteyrie 事件判決において、欧州司法裁判所は、本事件に対して 2004 年 3 月 11 日に示された ミスチョ (Mischo) 法務官意見と凡そ同様な見解に立脚した上で、住居の国外移転から税負担の軽減を一般的に推認することはできないところ、本件で問題となっているフランスの出国税は、その適用対象を税負担の軽減効果を有する「全く人為的なアレンジメント」に限定していないほか、例えば、租税回避を目的としない納税者の住居の国外移転の場合には、株式の国外での譲渡等によってキャピタル・ゲインが実現した後にフランスに戻った際に課税するような制度も考えられることなどに鑑みると、本件で問題となっている出国税は、租税回避の防止という目的を達成する上で必要となる程度を超える制約を課

(36) 現行の EC 条約 43 条については、脚注(26)参照。

するものであり、「比例性の原則」(“proportionality principle”)に反し、また、「租税の一貫性」(“fiscal coherence”)原則等に依拠して正当化することもできないことから、EC条約52条に抵触すると判示している。

Hughes de Lasteyrie 事件判決のインパクトが大きいものであったことは、(i)個人や法人に対する出国税を有しているEU加盟国は、フランス以外にも少なからず存在しているが、本判決は、これらの加盟国の出国税もEC条約に抵触する虞があることを示唆するものであり、実際、これらの加盟国の出国税についてもEC条約に抵触すると判断されれば、これらの加盟国は、その改廃を余儀なくされるようになるのは勿論のこと、(ii)本判決によって、EU加盟国の居住者である個人・法人においては、魅力的なタックス・プランニングの機会が生まれたと解することができるわけであるが、もし、本判決の射程範囲がEU加盟国よりも総じて税負担面での優遇措置が厚い第三国との関係にも及ぶとするならば⁽³⁷⁾、加盟国の納税者が利用し得る魅力的なタックス・プランニングの機会は、特に大きなものとなるのは明らかであるとの指摘がされていることなどからも確認することができる⁽³⁸⁾。

(2) N事件 ECJ 判決のポイント

上記②のN事件では、オランダから英国に住居を移した個人が有していたオランダ法人の株式の未実現のキャピタル・ゲインに対して出国税を課するオランダの所得税法 (Wet inkomstenbelasting 1964) 20条C(1)等がEC条約43条に抵触するか否かが問題となった。オランダのアルンヘム (Arnhem) 地区控訴裁判所から本事件に関する意見を求められた欧州司法

(37) 本判決の射程範囲は第三国との関係についても及ぶという見方・根拠等については、Christian H. Kälin and Christian Rödl, *The End of Exit Taxes in Europe ?*, *Tax Planning International Review*, Sep. 2004, p. 3 参照。EC条約等で保障された権利の第三国への適用の可否を巡る議論については、松田直樹『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22年) 305~309頁参照。

(38) かかる指摘については、Kälin and Rödl, *supra* “The End of Exit Taxes in Europe ?” p. 3 参照。

裁判所は、オランダの出国税制度の下では、(i) オランダから住居を移転させる者の場合、住居を移転させることによって未実現のキャピタル・ゲインに対する課税が行われるため、オランダに住居を保持する者よりも不利な取扱いを受けることとなる、(ii) 申告書や担保の提出が必要となる、(iii) 住居を移転した後に生じる株式価値の下落が税負担額の算定上考慮されないため、オランダから住居を国外へ移転することを抑止する効果が生じるなどの問題があるとの見解を示している。

もともと、欧州司法裁判所は、(a) オランダの出国税は、領土主義に基づき加盟国間の課税権を配分することによって二重課税を防止するとの目的の下に創設されたものであること、(b) 共同体レベルでの統一的な取扱いがない現状では、各加盟国は、国内法や租税条約において、その課税権の配分を行う基準を決定する権限を有していること、(c) 本事件に対して 2006 年 3 月 30 日に示されたココト (Kokoto) 法務官意見でも、OECD モデル条約に照らしてみると、納税者がオランダの居住者でなくなった時だけに納付義務が生じる出国に係る税規定は属地主義に合致するとされていることなどを踏まえると⁽³⁹⁾、納税者が出国する時点で決定されるオランダで記録された価値の上昇額に課税することは、「租税属地主義」(“fiscal territoriality”) の原則に合致し、上記(i)～(iii)の問題も、問題となる税制が、(A) 公共利益の合法的な目的を追求し、また、(B) かかる目的を実現する上で不必要に制限的でないとの条件を満たせば許容されるとも判示

(39) これに対し、OECD モデル条約には出国税に関する規定が置かれていないことから、みなし譲渡益課税は、場合によっては、租税条約に抵触し得るとの判断をオランダの裁判所が下しているとの指摘も見受けられる。かかる指摘については、Hans van den Hurk and Jasper Korving, *The ECJ's Judgement in the N case against Netherlands and its Consequences for Exit Taxes in the European Union*, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 61, No. 4 (2007) pp. 152-153 参照。なお、OECD モデル条約 13 条 (譲渡収益) に関するコメントリーのパラ 30 は、「本条は、法人株式の譲渡益に対する特別のルールを有していない……。したがって、そのような利益は、譲渡を行った者が居住者である国でのみ課税対象となる」(“The Article does not contain special rules for gains from the alienation of shares in a company Such gains are, therefore, taxable only in the State of which the alienator is a resident.”) と定めている。

している。

したがって、オランダの出国税が上記(A)及び(B)の条件を満たすか否かが問題となるが、欧州司法裁判所は、オランダの出国税の場合、上記(A)の条件は満たすものの、上記(B)の条件については、住居を国外に移転させた後に生じる株式価値の下落が税負担に反映するようオランダ又は移転先で手当てされている必要があり、また、国外の居住者からの税の徴収の促進に資する担保の提供が必要となることについては、例えば、「税の徴収に係る相互支援に関する指令」(Mutual Assistance Directive, 76/308/EEC)が1976年に採択され、2001年には、その適用範囲を拡大する改正が行われ、その結果、加盟国は、その他の加盟国に対し、所得や資本に係る税も含めた一定の税目に関する債権の確保において、支援を要請することができることに鑑みると、「租税属地主義」の原則に基づく税制の機能や有効性を確保するために厳密に必要とされるレベルを超えるものであることから、EC条約43条と抵触すると解すべきであると判示している。

(3) Hughes de Lasteyrie 事件判決及びN事件判決の含意

個人に対する出国税については、その制度設計の如何による部分もあるものの、上記の Hughes de Lasteyrie 事件判決 (Case C-9/02) 及びN事件判決 (Case C-470/04) が下されたことにより、欧州法と抵触する蓋然性が高いということが明らかとなったことなどを踏まえ、欧州委員会は、2006年12月には、出国税に対してかなり厳しい見方に立っていることを示す「欧州理事会、欧州議会及び欧州経済社会理事会に対する欧州委員会からのコミュニケー出国税と加盟国の租税政策の協調」を発表しただけでなく⁽⁴⁰⁾、ドイツやポルトガルの出国税については、EC条約18条、39条及び43

(40) 本コミュニケ (Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee – Exit taxation and the need for co-ordination of Member States' tax policies, COM (2006) 825 final of 19 December 2006) は、<http://www.europa.eu>>Summaries of EU legislation >Taxation [平成22年7月28日] から入手可能である。例えば、本コミュニケの5 (「出国税の第三国との関係」、Exit taxes in respect of third

条に抵触するとの判断の下⁽⁴¹⁾、EC 条約 226 条が定める「侵害手続」(infringement procedure) の適用を行ったことから⁽⁴²⁾、これらの加盟国については、その個人に対する出国税を正当化できる合理的な理由を示すことができなければ、その改廃を行うことを余儀なくされることとなったという経緯がある。

また、上記のコミュニケの 3.1(「デ・ラスティリエの法人に対する含意」、Implications of de Lasteyrie for companies) では、Hughes de Lasteyrie 事件判決で示された個人に対する出国税と設立の自由との関係についての解釈は、加盟国の法人に対する出国税にも直接に適用される含意を有しているとも述べられている。確かに、法人に対する出国税も、納税者の国外移転に伴う課税ベースの浸食・課税の機会喪失を阻止する機能を有するという基本において個人に対する出国税と同じである。しかしながら、法人に対する出国税は、法人の管理支配地等の国外移転については、国内移転の場合には生じない税負担(キャピタル・ゲインに対する税に必ずしも限定されない税負担)を課するという広義の出国税に該当するものも少なく

countries) では、「4つの基本的自由の内、資本と支払手段の移動の自由(56条)のみが第三国に適用される」、また、「・・・資産移転の際に遅延なく税を徴収することは、資本の自由な移動に対する制限を構成する。しかし、上記の通り、行政上の協力が欠落している状況の下では、制限を加えることも正当化し得ると委員会は信じる」などの見解が表明されている。

- (41) EC 条約 18 条 1 項は、「共同体の全ての市民は、本条約に定められた制限と要件及び本条約に実効性を与えるための措置に服することを条件として、加盟国内で自由に移動・転居する権利を有する」(“Every citizen of the Union shall have the right to move and reside freely within the territory of the Member State, subject to the limitations and conditions laid down in this Treaty and by the measures adopted to give it effect.”)と規定し、EC 条約 39 条 1 項は、「労働者の移動の自由は共同体内では保障される」(“Freedom of movement of workers shall be secured within the Community.”)と定めている。
- (42) EC 条約 226 条の前段は、「欧州委員会は、もし、加盟国が本条約が定める義務を履行していないと考える場合には、当該加盟国に対し、その理由を示す機会を付与した後、本件に関して意見を述べることをする」(“If the Commission considers that a Member State has failed to fulfil an obligation under this treaty, it shall deliver a reasoned opinion on the matter after giving the State concerned the opportunity to submit its observations.”)と定めている。

なく、また、その制度設計や徴収方法等の点でも、個人に対する出国税とは、少なからず異なっているのも事実である。

例えば、個人の場合、その出国前と出国後の納税義務者としての法的主体は同一であるのに対し、法人の場合、その出国前と出国後の納税義務者としての法的主体は異なっているため、国外に移転する法人に対して移転元である加盟国が課する出国税については、個人に対する出国税の場合とは異なり、「税の徴収に係る相互支援に関する協定」(Mutual Assistance Directive, 76/308/EEC, 通称 MARD) に依拠した徴収ができないという問題がある⁽⁴³⁾。実際、このような差異・問題があることに鑑みると、法人に対する出国税が欧州法に抵触しないことを正当化する余地は、個人に対する出国税の場合よりも大きいという考え方もある⁽⁴⁴⁾。欧州司法裁判所が、このような差異を欧州法との関係上どのように評価しているのかという点については、以下の *Cartesio Oktato es Szolgaltato bt* 事件 ECJ 2008 年 12 月 16 日判決 (Case C-210/06) ([2008] WLR (D) 400. ECJ) において明らかにされている。

2. 法人に対する出国税と欧州法との関係

(1) *Cartesio* 事件 ECJ 判決のポイント

上記の *Cartesio* 事件判決 (Case C-210/06) が下された事件では、ハンガリーに設立されたパートナーシップ E は、2005 年、ハンガリー法の適用対象であるとの法的地位を失うことなく、その事業本部をイタリアに移転させるという計画の下、ハンガリーで事業本部地の登録変更を申請したが、ハンガリーの商業裁判所 (Cegbirosag) は、ハンガリーの法律 (商業登記に関する法律 16 条 1 項等) の下では、法人の所在地は、その管理の中心地

(43) MARD の詳細及び改正後の MARD のポイントについては、松田・前掲『租税回避行為の解明』326～327 頁参照。

(44) このような考え方については、Tom O' Shea, *Exit Taxes Post-Cartesio*, *The Tax Journal*, Monday, 31 August 2009 (also at http://www.law.qmul.ac.uk/people/academic/docs/oshea_09_Exittaxes.pdf [平成 21 年 12 月 1 日]) 参照。

であるとされていることから、かかる登録変更を行うには、パートナーシップEは、まず、ハンガリーで清算し、その後、イタリア法の下で再登録する必要があるとして、かかる申請を拒否したことが問題となった。本事件判決では、実質的に法人に対する出国税として機能する「実際の所在地理論」に立脚する上記のハンガリーの法律が、EC条約43条及び48条に抵触するか否かが主な争点となった。

上記事件判決において、欧州司法裁判所は、加盟国に設立された法人が、その他の加盟国の法に服する法人に転換する際、当該一方の加盟国において、その清算が必要となるなどの条件を付することが設立の自由の原則に反するケースがあることは、2003年に採択された「欧州共同会社の法律に関する欧州理事会規則」(No 1435/2003)等から確認し得るとしながらも⁽⁴⁵⁾、国境を跨ぐ法人の移転に係る共同体の法律は未だ十分に確立したものとなっていない以上、加盟国は、自国の法律の下で設立される法人との関係で必要とする要因を決定する権限を有していることから⁽⁴⁶⁾、加盟国の法律に基づいて設立された法人が、設立国の法によって支配される法人としての地位を維持したままで、その管理所在地を他の加盟国に移転させることを認めない法律を当該加盟国が有していても、現状の欧州法の下では、かかる法律がEC条約43条及び48条に抵触することとなるわけではないと判示

(45) 本規則の正式名称は、Council Regulation (EC) No 1435/2003 of 22 July 2003 on the Statute for a European Cooperative Society (SCE) であり、例えば、13項の後段は、「本規則の下、二つの既存の共同会社の合併による欧州共同会社の設立や、国内の共同会社を登録地及び本店所在地において、・・・まず解散させることなく、新たな事業体に変化させることも可能となる」(“It (this Regulation) will also make possible the establishment of an SCE by merger of two existing cooperatives, or by conversion of a national cooperative into the new form without first being wound up, where the cooperative has its registered office and head office ….”)と定めている。

(46) 「欧州共同会社の法律に関する欧州委員会規則」の14項でも、「欧州合同会社の特異な共同体としての性格に鑑みると、欧州合同会社に関して本規則で採用されている「実際の管理地」アプローチは、加盟国の法律を毀損するものではない・・・」(“In view of the specific Community character of an SCE, the ‘real seat’ arrangement adopted by this Regulation in respect of SCEs is without prejudice to Member States’ laws ….”)と定められている。

している。

また、欧州司法裁判所は、上記事件判決において指摘した法人の管理地等の国外移転などに関する共同体の法律が十分に確立していないという状況にあるという点については、Daily Mail 事件判決 (Case C-81/87) でも確認されているところ、その後、このような状況については、「欧州会社法に関する欧州理事会規則」(EC No 2157/2001) や「欧州共同会社の法律に関する欧州理事会規則」(EC No 1453/2003) が制定されたことなどによって変化したと見ることもできるとの主張もされているが、かかる主張が妥当するためには、移転によって適用対象となる国の法律が変わることが必要となるところ、本事件では、納税者は、ハンガリーの法律の適用を維持しながら、管理地をイタリアに移転させることを希望しており、適用される法律に変更はないことから、これらの規則が本事件に対してどのように適用されるかという結果を明確に予測することはできないとの説明を行っている。

さらに、上記事件判決において、欧州司法裁判所は、国境を跨ぐ組織再編成に関する規定が欠如していたドイツの法律の下での取扱いが欧州法に抵触すると判示された SEVIC Systems AG 事件判決 ECJ 2005 年 12 月 13 日判決 (Case C-411/03) (Rec. 2005, p. I-10805) と Daily Mail 事件判決 (Case C-81/87) との関係についても触れ⁽⁴⁷⁾、前者 (SEVIC Systems 事件判決) で問題となった事件・争点は、Centros 判決 (Case C-212/97)、Uberseering 判決 (Case C-208/00) 及び Inspire Art 判決 (Case C-167/01) で問題となった事件・争点との類似性は認められるものの、後者 (Daily Mail 事件判決) で問題となった事件・争点とは根本的に異なったものであることから、前者で示された判断は、後者等で争点となった問題に関係するものではなく、また、前者で示された見解が後者等で示された判断の妥当性の範囲に制限を加えるものであると解することもできないとの見解も

(47) SEVIC Systems 事件 ECJ 判決のポイント・影響等については、本章第 3 節 2 参照。

示している⁽⁴⁸⁾。

(2) Cartesio 事件判決の見解・解釈を巡る議論

もともと、上記の Cartesio 事件判決では、他方において、自国の法律の下で設立される法人との関係で必要とする要因を決定する権限を加盟国が有しているとしても、かかる権限は、設立の自由を定める EC 条約のルールの適用対象外というわけではないため、法人の設立国が、国外移転する法人に解散又は清算することを要求するのを正当化するものではなく、また、「そのような法人が、事前に解散又は清算することなく、希望する移転先の国の法律によって支配される法人に実際に転換することに対するそのような障壁は、公共の利益という優先すべき要件に合致しない限り、当該法人の設立の自由を制限するものであり、EC 条約 43 条の下で禁止される・・・」とも判示されているため⁽⁴⁹⁾、Daily Mail 事件判決で示された見解は、もはや妥当なものではなく、法人に対する出国税も欧州法に抵触する可能性が高いことを本判決は示唆しているとの見方をする向きもある⁽⁵⁰⁾。

上記の Cartesio 事件に対して 2008 年 3 月 22 日に示されたマデュロ (Poiarés Maduro) 法務官意見でも、加盟国に設立された法人が、その活動本部をその他の加盟国に移転させることに對し、加盟国が一定の条件を付することは認められるものの、本事件で問題となっているハンガリーの

(48) 本判決が下されるまでは、Daily Mail 事件判決で示された見解が SEVIC Systems 事件判決で示された見解によって修正されたと見る向きもあったことを示唆するものとしては、Tom O’ shea, News analysis: Hungarian Tax Rule Violates EC Treaty, Advocate General Says, Tax Notes International, Vol.51, No.5 (2008) p.394 参照。

(49) 本判決の当該部分 (パラ 113) の原文は、“Such a barrier to the actual conversion of such a company, without prior winding-up or liquidation into a company governed by the law of the Member State to which it wishes to relocate constitutes a restriction on the freedom of establishment of the company concerned which, unless it serves overriding requirements in the public interest, is prohibited under Article 43 EC…”である。

(50) このような見方をする向きもあることについては、David Stevenson, Cartesio ruling has implications for EU exit taxes, International Tax Review, January 1, 2009 (also at <http://www.internationaltaxreview.com/?page=9&PUBID=210&ISS=25241&SID=716163> [平成 22 年 10 月 1 日]) 参照。

法律については、設立の自由の完全な否定であり、公共の利益（例えば、濫用又は不正な行為を防止することや税務当局等の利益を保護することなど）に依拠することによっても正当化することが困難であり、EC 条約 43 条及び 48 条に抵触が疑われるとした上で、「出国税と加盟国の租税政策の協調に関するコミュニケ」で示されている見解と同様な見方に立ち⁽⁵¹⁾、法人に対する出国税も、個人に対する出国税と同様な問題を包含しているとの考えが示されている。実際、確かに、欧州委員会は、2008 年、スペインやスウェーデン等に対し、侵害手続を適用し、その法人に対する出国税制度を改正することを求めた経緯もある。

上記の侵害手続が適用された背景には、スペインの場合、法人がその他の加盟国に移転し、その恒久的施設や資産がスペインから消滅すると、そのキャピタル・ゲインが実現したものとみなして課税が行われるのに対し、国内における未実現のキャピタル・ゲインは課税対象とされていないことが EC 条約 43 条等に抵触する虞があると判断されたという事実があり⁽⁵²⁾、また、スウェーデンの場合には、スウェーデン最高行政裁判所 2008 年 4 月 24 日判決（Case 6639-06）において、マルタ共和国の親会社がスウェーデンに設立した子会社の管理支配をマルタ共和国に移転させるに伴い⁽⁵³⁾、子

-
- (51) 2006 年 12 月 19 日付けの本コミュニケ（Exit taxation and the need for co-ordination of Member States' tax policies）の最終版（COM（2006）825, final）は、3.1 の第 5 パラの後段で、「もし、加盟国が加盟国に所在する法人の地域間の資産移転に対して課税の繰延べを認める一方、他の加盟国への資産移転に対して課税の繰延べを認めない場合、EC 条約上の自由に反することとなる」（“If a MS allows tax deferral for transfers of assets between locations of a company resident in that MS, then any immediate taxation in respect of a transfer of assets to another MS is likely to be contrary to the EC Treaty freedoms.”）と定めている。
- (52) この点の詳細については、Direct Taxation: The European Commission requests Portugal and Spain to change restrictive exit tax provisions for companies（http://www.europa.eu/Europa/Press_Room/Press_Releases [平成 21 年 12 月 3 日] 参照）。
- (53) このような移転によって、子会社は、スウェーデンとマルタ共和国の双方の居住者とみなされることとなるが、両国の租税条約に基づき、スウェーデンに恒久的施設を有していない当該子会社は、マルタ共和国の居住者とみなされる。

会社の資産に対するスウェーデンの出国税と保留利益に課税するルールの適用があることについては⁽⁵⁴⁾、属地主義の原則や課税権の配分原則に基づく正当化が可能となり得るものの、比例性の原則に合致していないとの判断の下、EC条約43条に抵触すると判示されたという事実がある⁽⁵⁵⁾。

上記の通り、Cartesio 事件判決では、ハンガリー法が依拠している「実際の所在地理論」や法人に対する出国税が欧州法に抵触するとの判断が下されたわけではないものの、本判決で示された見解及びその解釈の仕方を巡っては、少なからず議論の余地があるほか、2008年には、一部の加盟国が依拠している法人に対する出国税に対しては、侵害手続の適用が行われた経緯もあることなどに鑑みると、実質管理地主義の終焉に向けた流れは加速してきており、また、法人に対する出国税も、個人に対する出国税ほどではないものの、欧州法と抵触する可能性を包含していると考えられる。但し、実質管理地主義や出国税は、主として設立の自由の権利の保障との関係で問題となるものであることから、仮に、欧州法と抵触するものであるとの判断が、今後、確立したとしても、第三国との関係では、その機能を維持することが理論的には可能であると考えられる。

実質管理地主義や出国税と欧州法との関係については、上記のような問題・議論がある中、少なからぬEU加盟国では、出国税制度や実質管理地主義に依拠する法律を見直す動きが生じているが、これらの加盟国の中には、欧州司法裁判所が一連の判決で示した見解には不透明な部分がある、欧州

(54) スウェーデンの法人であれば、「利益配分留保金」(“profit allocation reserve”と英訳されている。)ルールの下、原則として、各会計年度において、課税所得の25%の控除が可能となっているが、居住者でなくなると、かかる控除が否定され、「留保金の課税所得への取戻し」(reversal of reserve to taxable income)が行われる。この点については、Carl Pihlgren and Dunja Brodic, Swedish exit taxation rules incompatible with EC Treaty, *International Tax Review*, December 2006/January 2007 (also at <http://www.internationaltaxreview.com/includes/magazine/?page=10&PUBID=35&ISS=23172&SID=668645&TYPE=20> [平成22年9月23日]) 参照。

(55) 本事件の詳細については、Carl Pihlgren, Swedish court rules Sweden’s exit tax incompatible with EC Treaty (<http://www.evatassurance.com/NR/rdonlyres/.../International+Alert+115.pdf> [平成21年12月1日]) 参照。

法に抵触しない制度設計であれば問題ない、課税ベースの更なる浸食を防止する必要があるなどの考えの下、出国税制度や実質管理地主義的アプローチの実質的な機能拡充に繋がる方向で税制改正を行う動きを示している国もある。以下の第2章では、このような動きを示している国の中から⁽⁵⁶⁾、法人居住性の判定基準に重要な変更を加えたイタリア、抜本的な出国税制度の改正を行ったノルウェー及びかなり強力な広義の出国税の導入を行ったドイツに目を向け、その狙い、制度設計上の特徴及び有用性や限界等を分析するとともに、我が国への示唆を探ることとする。

(56) 例えば、1987年に個人に対する出国税制度として機能するキャピタル・ゲイン税法(L187)を導入していたデンマークでも、2008年に大幅な制度改正があり、改正された出国税制度の下では、適用対象となる最低金額はかなり高く設定されたものの、個人が出国する際に決定される出国税の額は、課税ベースの確保などの観点から、移住先での将来的な株式価格の変動による修正を受けないこととなった。詳細については、Bente M Pedersen, Stricter Exit Tax on Shares in Denmark, *Bulletin for International Taxation*, Vol. 63, No. 3 (2009) pp. 104-106, Jens Wittendorff, Exit Tax Law Passed (http://www.deloitte.12hna.com/newsletters/2008/WTA/a080926_2.pdf [平成21年12月3日]) 参照。

第2章 法人居住性の判定基準及び出国税等の機能強化に向けた動き

第1節 イタリアの対抗措置と最近の動き

1. 法人居住性の判定基準と出国税

2006年に改正される前のイタリアの法人税法（Imposta sul reddito delle società, IRES）73条の下では、第1章第1節で述べた通り、税務年度の大半において、①法人の設立準拠地、②法人の管理地、若しくは③法人の事業目的のいずれかのメルクマールを具備する法人は、イタリアの居住者であると判断されるが、実際には、これらのメルクマールは形式的に適用されることから、不当な操作の対象となるようなケースもあった⁽⁵⁷⁾。例えば、低税率国にイタリアの法人グループを統括する持株会社を新たに設立し、当該低税率国で経営管理者会議の開催と事業活動を行うことによって、当該持株会社に統括される法人グループがイタリアの非居住者として取り扱われるケースなどがあり⁽⁵⁸⁾、しかも、このようなケースでは、イタリアに所在する法人の所得は、低税率国に設立された持株会社への利子や手数料等の支払いによって相当程度に減少するほか、これらの支払いに対する源泉税が、欧州委員会指

(57) かかる指摘については、Marco Rossi, Italy Introduces Corporate Tax Residency, Anti-Inversion Rules, Tax Notes International, Vol. 43, No. 9 (2006) pp. 699-702 参照。もっとも、これらの基準を柔軟に適用して税務当局側が勝訴している裁判例も見受けられる。このような裁判例としては、Judgments 173.01 (2007) and Judgments 174.01 (2007) of the Commissione Tributaria Provinciale of Bulluno 等が挙げられる。

(58) そもそも、イタリアでは、一定の条件（事業活動の継続等）の下、イタリアで登録した法人が解散することなく、その登録事務所を他のEU加盟国に移転することが、法律上明示的に認められている。この点については、Carsten Frost, Transfer of Company Seat - An unfolding Story in Europe, Victoria University of Wellington Law Review, Vol. 15 (2005) (also at <http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLR/2005/15.html> [平成21年12月26日])、Galli, *supra* “The Fiscal Residence of Companies” p. 378 参照。

令や租税条約によって免除・軽減されるなどの問題があった⁽⁵⁹⁾。

また、前述の通り、OECD モデル条約第4条（居住者）3項では、「パラ1の規定により双方の締約国の居住者に該当する者で個人以外の者は、その者の事業の実質的管理の場所が存在する国の居住者とみなす」と定められ、また、同条に関するコメントリーのパラ22では、「登録のように単なる形式的な規準を重視するのは妥当な解決に繋がらないであろう。したがって、3項は、法人等が実際に管理される場所を重視している」との説明がされているところ、これらと同様な規定振り・解釈上のアプローチは、確かに、イタリアが締結している大半の租税条約でも採用されているが、イタリアが米国やカナダ等と締結している租税条約では、上記の3項やパラ22が依拠しているアプローチを採用することなく、居住地の重複という問題に関しては、租税条約の両締結国の税務当局による合意によって解決するというアプローチが採られていることから、実質的管理基準に依拠することなく居住地が決定される可能性が排除されないという問題もあった⁽⁶⁰⁾。

さらには、イタリアの個人に対する出国税として機能する統合所得税法（Testo Unico Delle Imposte sui Redditi, “consolidated law on income tax”と英訳されている。）20条は、未実現のキャピタル・ゲインを含んだ資産を有する個人の出国のケースに全般的に適用されるものではなく、事業を営む個人の出国のケースに限って適用され得るものであり、また、法人に対する出国税は、統合所得税法166条の下、国外移転を行う法人の資産がイタリアに所在する恒久的施設に残存しないケースに限り、かかる資産の未実現のキャピタル・ゲインに課税されるため、第1章で考察した Hughes de Lasteyrie 事件 ECJ 判決（Case C-9/02）等で問題となった個人に対する出国税や Cartesio 事件 ECJ 判決（Case C-210/06）等で問題となった法人に対する出

(59) これらの点の詳細については、Rossi, *supra* “Italy Introduces Corporate Tax Residency” p. 702 参照。

(60) この点については、Giovanni Rolle, The presumption of residence in Italy of foreign holdings (http://www.wts-alliance.com/en/img/2007_02_TaxNewsItaly.pdf [平成22年9月20日]) 参照。

国税とは幾分異なった制度設計となっているものの、イタリアの出国税も、勿論、欧州司法裁判所が上記の事件判決等で示した出国税と欧州法との関係について示した判断の埒外にあるわけでもなかった。

上記の通り、イタリアの場合も、近年、統合所得税法や一部の租税条約で採用されている法人居住性の判定基準が、グローバルなタックス・プランニングに対して必ずしも十分に対処できていないようなケースが見受けられるようになり、また、個人や法人に対する出国税についても、最近の一連の欧州委員会指令や欧州司法裁判所判決等によって、もはや、欧州法との関係が無視できないものとなってきている中、そのあり方を再検討する必要性が高まってきている⁽⁶¹⁾。このような状況の下、イタリアでは、最近、個人や法人の居住地等の国外移転に伴って生じ得る自国の課税権の更なる浸食を阻止するための対抗措置が講じられた。以下の2で述べる通り、これらの新たな対抗措置は、事業を国外に移転させる個人に対して課される出国税と法人居住性の判定基準を定める統合所得税法 73 条の双方の機能を強化するという狙いを有するものであった。

2. 新たな対抗措置

イタリアの個人に対する出国税として機能する前述の統合所得税法 20 条は、1995 年 3 月 22 日に成立した法律 No. 85 による所得税法改正によって手当てされたものであり、本規定の下では、イタリアで5年以上に亘って事業を行っていた個人事業者が国外に事業活動を移転させ、その結果、事業活動に係る資産がイタリアの恒久的施設から分離することとなる場合には、当該資産は独立企業間価格で譲渡されたものとみなされ、キャピタル・ゲイン課

(61) 例えば、イタリアでは、従来、トリノ控訴裁判所 1958 年 7 月 17 日判決 (Riv. Dir. Int. 1958, p. 597) 等からも示唆される通り、法人の管理地の国際的移転は法人の解散とみなされると考えられていたが、最近では、法改正が行われ、解散することなく法人の管理地の移転が可能となったが、この点は、最近の裁判例 (Cass., s. u. 2004 年 1 月 23 日判決 (No. 1244) や Cass., s. u. 2005 年 9 月 28 日判決 (No. 18944) 等) からも確認できるとの指摘がされている。かかる指摘については、Tamburini, *supra* “Exit Taxation and the OECD Model Treaty” p302 参照。

税が行われることとなるが、このような制度設計・機能を有する個人に対する出国税制度については、1998年12月23日に制定された法律 No. 448 を受けて改正された統合所得税法2条によって、その機能が強化されたという経緯がある。改正された統合所得税法2条の下では、イタリアの市民は、政府が指定する低税率国に居住地を移したにもかかわらず、その移転が実質を伴っていないような場合には、実質を伴った居住地の移転であることを納税者が証明しない限り、イタリアの居住者であるとみなされることとなった⁽⁶²⁾。

法人の居住性の判定基準を定める統合所得税法73条についても、2006年6月4日法命令223号(法律248-06)の35条に基づいて改正され、新たに5項が加えられたことにより、その機能が強化された。本規定の下では、国外に設立された法人等が、イタリアに所在する法人を直接に支配しているとともに、イタリアの居住者が大半を占める経営者会議又は経営グループによって直接又は間接に支配されているなどの場合には、国外に設立された当該法人等の実質管理地がイタリア以外の国であることが納税者側によって明確に証明されない限り、国外に設立された当該法人等の管理地はイタリアであるとみなされ、イタリアの居住者として、その全世界所得がイタリアで課税対象となる。イタリアの税務当局は、本規定の狙いは実質管理地主義と実質主義を適用することであると説明をしているが、本規定の主な機能は、コーポレート・インバージョンへの効果的な対応を可能にすることであると考えられる⁽⁶³⁾。

上記のような狙い・機能を有する統合所得税法73条5項は、第2章で後述する米国のコーポレート・インバージョン対策税制である IRC § 7874 の制度設計を少なからず参考にしたものであると考えられるが、EU加盟国であるイ

(62) 詳細については、Giuseppe Marino, *The Tax Treatment of Transfer of Residence by Individuals*, Volume LXXXVII b, IFA(2002) pp. 358-361 参照。実質を伴わない移転には、直接の移転先は政府が指定する低税率国でないものの、実質的には政府が指定する低税率国への移転であると認定できるようなケースも含まれる。

(63) この点については、Rossi, *supra* “Italy Introduces Corporate Tax Residency” p. 699 参照。

タリアの場合には、本規定についても、欧州法との関係が問題となる。イタリアの税務当局は、統合所得税法 73 条 5 項を措置することは、財政属地主義等から正当化し得るものであるほか、納税者に対しては反証の機会が保障されていることから、本規定は、「比例性の原則」にも合致するものであるとして、欧州法との抵触の問題は生じないとの見解を示しているが、本規定については、租税回避行為に限定して適用されるものではないことから、「租税回避等の防止」(prevention of tax avoidance) 原則に依拠して正当化することができないほか、無差別取扱いの原則にも合致していないと考えられることから、欧州法に抵触する虞があるとの指摘もある⁽⁶⁴⁾。

改正された統合所得税法 2 条及び 73 条 5 項は、「拡大された無制限納税義務制度」(“extended unlimited tax regime”、“管轄アプローチ” (“jurisdiction approach”) とも称される。) を組み込むことによって⁽⁶⁵⁾、個人に対する出国税の機能やコーポレート・インバージョンに対処する機能を拡充するという狙い・効果を有するものである。統合所得税法 73 条 5 項がこのような制度を採用したことは、イタリアの統合所得税法が、領土主義課税方式ではなく、全世界所得課税方式に立脚していることにも密接に関係していると考えられるが、全世界所得課税方式を採用している EU 加盟国の中にも、国際的組織再編成や法人資産等の国外移転に伴う課税ベースの浸食への対応を強化するための措置として、コーポレート・インバージョン対策税制の導入という選択肢ではなく、出国税の機能拡充という選択肢を主として採用している国もある。以下の第 2 節では、このような国に該当するノルウェーで導入された新たな出国税の意義や特徴等を考察する。

(64) かかる指摘については、Rossi, *supra* “Italy Introduces Corporate Tax Residency” p. 703 参照。基本的権利を制限する根拠となり得るこれらの諸原則の詳細については、松田・前掲『租税回避行為の解明』309～332 頁参照。

(65) 「拡大された無制限納税義務制度」や「管轄アプローチ」の詳細については、第 3 章第 2 節 2 (1)、第 3 章第 3 節 1・2 及び終章第 2 節 2 (1) 参照。

第2節 ノルウェーの対抗措置と最近の動き

1. 個人と法人に対する出国税の特徴

ノルウェーでは、2007年に個人に対する出国税、2009年に法人に対する出国税が導入されたが、その導入の背景や制度設計等は少なからず異なっている。個人に対する出国税が導入された背景には、予てより、ノルウェーの一般租税法（the General Tax Act of 26 March 1999 と英訳されている。）§ 2-3.3 では、株主が国外に移住した後でも、5年の間は、当該株主が株式を譲渡したことに伴うキャピタル・ゲインに対する課税権を行使することができるものと定められていたものの、ノルウェーの租税条約の多くは、キャピタル・ゲインに対する課税権を納税者の居住地（納税者の国外移転後は移転先の国）に認める OECD モデル租税条約に立脚していることから、ノルウェー法人等の株主が、ノルウェーで株式を売却することなく国外に移住し、移住後5年以内に国外で株式を譲渡しても、多くの場合、キャピタル・ゲインに対する課税を行うことができないということが、最近、特に問題視されるようになったという事実・経緯がある⁽⁶⁶⁾。

ノルウェーの個人に対する出国税の納税義務は、居住者の国外移住に起因して生じ、法人株式やパートナーシップに対する権利等の未実現のキャピタル・ゲイン（50万クローネ（約6万ユーロ）を超える場合のみ）に対して28%の税率（資本性所得に対する通常税率）で課税されるが⁽⁶⁷⁾、①担保の提供を行う場合、若しくは、②移住先が欧州経済地域（European Economic Area, EEA）であり、情報交換と税の徴収共助に関する規定を盛り込んだ租税条約をノル

(66) この点の詳細については、Frederik Zimmer, Exit Taxes in Norway, *World Tax Journal*, Vol. 1- Issue 1-October 2009, pp. 116-117 参照。

(67) 納税者がノルウェーに居住する以前から有していた株式に係る未実現のキャピタル・ゲインについては、当該納税者のノルウェーにおける居住期間が10年未満の場合、当該納税者がノルウェーで居住者となった時点での株式価値を取得価額として計算することとされている。

ウェーと締結している場合には、納税の猶予が認められる⁽⁶⁸⁾。また、(i) 出国後5年以内に株式の売却を行わない場合や⁽⁶⁹⁾、(ii) 株式売却を行わないままノルウェーに再移住する場合には、出国税の納税義務が消滅する((ii)の場合、出国税が既に納付されていれば、還付されることとなる)。出国後5年以内に譲渡した株式の価格が出国時の株式価格よりも低い場合や移住地国でも税負担が生じた場合には、出国税額の下方向調整が行われる⁽⁷⁰⁾。

これに対し、ノルウェーで法人に対する出国税が導入された背景には、予てより、ノルウェーの財務省は、法人がその支配管理機能を国外に移転させる場合、会社法に則って解散することを余儀なくされ、その結果、清算所得への課税が行われることから、実質的には出国税が存在しているに等しいと考えていたが、そもそも、このような考えが妥当であるか否かについては、会社法や税務上の取扱いとの関係上議論の余地があったほか、2001年には、前述の通り、欧州理事会が欧州会社法を採択したことにより、加盟国に設立された欧州会社は、いずれの加盟国の会社法に縛られることなく、また、清算をすることもなく、その他の加盟国に移転することができるようになったという経緯があることから、このような議論・経緯等を踏まえて、2008年には欧州会社に対する出国税が措置され、また、2009年には株式会社に対する出国税が手当てされたという事実がある⁽⁷¹⁾。

(68) 但し、②の場合、納税者が、出国後、一定の情報（株式の売却の有無に係る情報や居住地の変更に関する情報等）を提供する義務を定期的に履行しないと、納税の猶予は消滅する。

(69) 納税者が10年以上ノルウェーに居住していたという事実があり、しかも、移住する先との租税条約の締結がないケースでは、出国税の納税義務が消滅するのは、出国後5年以内に株式譲渡をしない場合ではなく、出国後8年以内に株式譲渡をしない場合となる。

(70) ノルウェー国内での株式譲渡の場合と異なり、譲渡損の控除（ノルウェーでのその他の所得との損益通算）ができるのは、移住先が EEA である場合に限定されている。また、居住者である株主が出国しても、その株式がノルウェー国内に残存する恒久的施設の活動に関係している場合には、出国税の納税義務は生じないであろうと解されている。これらの点の詳細については、Zimmer, *supra* “Exit Taxes in Norway” p. 118, pp. 123-124 参照。

(71) この点については、Zimmer, *supra* “Exit Taxes in Norway” p. 131 参照。

ノルウェーの税法は、法人居住性の主な判断基準として管理地主義を採用しているため、ノルウェーで管理支配されている他国に設立された法人も、原則として、ノルウェーの居住者として出国税の対象となる⁽⁷²⁾。法人に対する出国税が課されるのは、管理支配地を国外に移す法人の全ての資産の減価償却適用後の未実現の譲渡益（未実現の譲渡損の控除も可能）であるが、資本参加免除制度の対象となる株式の未実現の譲渡益については、出国税の課税の対象外とされている。法人に対する出国税は、個人に対する出国税とは異なり、移転の際、その納税額が確定し、納税の猶予も認められないため、移転後の一定期間内での資産譲渡の有無や移転後の資産価値の下落に伴う調整なども問題とならないが、出国税の対象となった資産については、その基準価額の調整が移転先において認められない場合には、国際的二重課税の問題が生じ得る。

2. 資産と負債に対する出国税の特徴

2009年、ノルウェーでは、個人や法人に対する出国税のほかに、資産と負債に対する出国税が導入されている。資産と負債に対する出国税は、個人や法人に対する出国税とは異なり、地理的な概念ではなく、法的な概念に立脚していることから、課税対象資産（事業用固定資産、金融資産、負債、棚卸資産及び無形資産などであり、個人が私的に所有する動産等は含まれない。）が物理的にノルウェーの課税管轄外へ移転するケースだけでなく、その保有者がノルウェーの居住者でなくなるとともに、保有資産がノルウェーに所在する恒久的施設から離れることとなる場合にも、出国税が課されることとなる⁽⁷³⁾。また、ノルウェーの居住者によって株式が保有されていた軽課税国に所在する法人に対する株式支配が無くなったことに起因して、CFC ルールの適用対象から外れることとなる場合には、当該法人の資産はノルウェーの管

(72) ノルウェーが締結している租税条約も、その多くは管理支配基準を採用している。

(73) 但し、小額資産や保有期間が短い資産については、資産と負債に対する出国税の課税対象外とされている。

轄外に移転したものとして、資産と負債に対する出国税の対象となる。

資産と負債に対する出国税の納税の猶予に係る担保の提供の必要性、出国税が課された後の一定期間内に資産が譲渡されない場合の出国税免除の必要性及び国際的三重課税調整の必要性等は、課税対象となる資産の類型や移転先での取扱いの如何などによって異なり得るが、無形資産については、納税の猶予や出国税が課された後の一定期間内に資産が譲渡されない場合の出国税の免除は認められていない。無形資産がこのような特別な取扱いを受ける背景には、資産と負債に対する出国税も、課税ベースの確保という要請（「財政属地主義」）と租税回避の防止という要請の双方に基づくものではあるが、後者の要請を強く受けた制度設計となっていること、また、無形資産の場合、その開発費用がノルウェーで税務上控除されていることに鑑みると、その潜在的な価値に課税する機会を担保する必要があるとの認識が少なからず存在しているからであるとの説明がされている⁽⁷⁴⁾。

そもそも、出国税が課されるのは、50万ノルウェー・クローネを超える未実現の譲渡益があるケースに限られているところ、事業用固定資産については、その国外移転に伴って実現するとみなされる譲渡益は、実際の税務上の減価償却額と「仮定の税務上の減価償却額」（“hypothetical tax depreciation”と英訳されている。）との差額であることから⁽⁷⁵⁾、通常、納付すべき出国税は殆ど生じないのに対し、無形資産の国外移転に伴って実現するとみなされる譲渡益は、その国外移転時の公正市場価格と「課税ベース」との差額であり、この場合、「課税ベース」とは、無形資産のコストから無形資産が国外移転するまでにノルウェーで適用される減価償却累積額とノルウ

(74) この点については、Zimmer, *supra* “Exit Taxes in Norway” p.141 参照。

(75) 「仮定の税務上の減価償却額」の詳細は必ずしも明らかではないが、税務当局が示している税務申告書に添付する「勘定記録の抜粋」(extract of accounts)に関するガイドラインでは、「仮定の減価償却」とは、定額法に基づいて見積もられる償却であるとの説明がされている。本ガイドラインについては、Guidelines to completing the Extract of Accounts 2009 (<http://www.194.150.212.46/templates/skjema1aster.aspx?sourceid=29503&returnurl=%2Fupload%2Fskjemaer%2F2009%2FRF-1046E.doc> [平成22年3月11日]) 参照。

ューでの課税に服する以前に適用可能となる「仮定の減価償却額」を差し引いた額であることから、無形資産の国外移転時の公正市場価格が高ければ、納付すべき出国税が生じることとなるとの説明がされている⁽⁷⁶⁾。

ノルウェーの出国税も欧州法との関係が問題となり得る。ノルウェーの財務省は、Cartesio 事件 ECJ 判決 (Case C-210/06) が Daily Mail 事件 ECJ 判決 (Case C-81/87) を否定するものではなく、また、欧州委員会が示した「出国税と加盟国の租税政策の協調に関するコミュニケ」に対する経済社会委員会の意見 (2008/C 10/25) が⁽⁷⁷⁾、「法人の未実現利益の加盟国間の移転の取扱いについては、個人の移転のケースにおける考え方をそのまま援用することとはできない」(パラ 1.6) との見解に立った上で⁽⁷⁸⁾、「一般的に言えば、法人税の統一と協力が重要である。しかし、補完性の原則の下、加盟国が個々の状況に応じて独立の判断を下す権利は尊重されなければならない」(パラ 1.7) と結論づけていることなどに依拠して出国税を正当化しているが⁽⁷⁹⁾、異なる解釈を行う余地がある上記の判決や経済社会委員会の意見に依拠して出国税を正当化するのは妥当ではないとの見方もある⁽⁸⁰⁾。

ノルウェーの出国税については、上記の問題に加え、その適用対象となる

(76) これらの点については、Petter Gruner, Rolf Saastad and John Spissoy, Norway Tax Alert -11 November 2008 -Exit Tax Proposed (http://www.deloitte.com/view/en_GX/global/services/tax/international-tax/article/96ce0b98fc001210VgnVCM100000ba42f00aRCRD.htm [平成 22 年 3 月 10 日]) 参照。

(77) コミュニケの正式名称・ポイント等については、脚注(40)参照。経済社会理事会が 2007 年 9 月に採択した本意見 (Notice No. 2008/C 10/25) については、<http://www.eur.lex.europa.eu...>Journalofficial>2008> [平成 22 年 9 月 24 日] 参照。

(78) パラ 1.6 の当該箇所の原文は、“The treatment of transfers of corporate unrealized gains between Member States can hardly be exclusively based on a case involving transfers for private individuals.”である。

(79) パラ 1.7 の当該箇所の原文は、“Generally speaking, it is important to extend cooperation and coordination on corporation tax. At the same time, the subsidiarity principle requires that the Member States’ prerogative to take independent decisions based on national conditions must be respected.”である。

(80) これらの点・見方については、Zimmer, *supra* “Exit Taxes in Norway” pp.144 ~146 参照。

無形資産等の範囲やその対価の算定方法等に係る不透明性・不確実性という問題もある。この問題は、例えば、Cytec Norge GP AS and Cytec Overseas Corporation Filial v. Utenlandsk Foretak 事件控訴裁判所 2007 年 9 月 26 日判決 (2006-180819) でも争点となっている。本事件では、ノルウェーの製薬会社である Cytec 社のグループと Dyno 社が、共同出資して国内にパートナーシップ A を設立し、パートナーシップ A は、出資者とのジョイント・ベンチャー契約に基づいて、商品の製造のための技術の使用と販売を行う権利を得た後、Cytec 社グループが Dyno 社の出資分を買い取った上で国際的事業再編を行ったが、かかる事業再編によって、パートナーシップ A の利益と所得が大幅に減少したため、税務当局は、かかる事業再編に対して移転価格税制 (税法 § 54(1)、現行の 1999 年一般税法 (skatteloven) § 13-1) を適用したことが問題となった。

上記の事業再編によるパートナーシップ A の利益と所得が大幅に減少したのは、かかる事業再編によって、オランダに新設された法人 B とパートナーシップ A が結んだ契約製造協定に基づき、パートナーシップ A が、本格的な製造・販売業者から法人 B のために商品製造を行う契約製造業者となったからであった。かかる事業再編に伴い、法人 B は、パートナーシップ A に対し、契約製造協定に基づく対価と商品製造に関するノウハウに対する対価を支払っているが、税務当局は、この対価には、商標、技術、顧客ベース、販売権及びのれんなどの無形資産のパートナーシップ A から法人 B への移転の対価の額 (3 億クローネ超) が含まれていないことから、妥当な対価ではないなどと主張したのに対し、法人 B は、無形資産の所有権はパートナーシップ A から法人 B には移転していないことから、税務当局が主張する対価の支払いは必要ないなどと主張している。

上記事件判決において、控訴裁判所は、事業再編後にパートナーシップ A の所得が大幅に減少したこと自体は、無形資産の移転があったことの証明としては不十分であるが、本件では、市場リスク、販売権及び顧客ベースが、事業再編後には法人 B に移転している以上、事業再編後のパートナーシップ

Aでは、もはや、本件無形資産の重要性は失われているため、無形資産の所有権が法人Bに対して移転しているか否かは決定的な問題ではなく、また、独立企業間では、このような無形資産の移転に対して対価が支払われないことは想定し難いことから、税務当局の主張が妥当であるとの判断を下している⁽⁸¹⁾。確かに、本判決で示された反対意見では、法人Bが無形資産の所有権を譲渡されたか否かが重要なポイントとなるところ、かかる譲渡はなかったと解されることから、税務当局が主張する対価の額は妥当ではないとされているが、本事件に関しては、結局、その後の最高裁への上告（2008年1月11日、HR-2008-50-U）も棄却され、税務当局の勝訴が確定している。

上記の控訴審判決は、事業再編と移転価格税制との関係について一つの考え方を示すものであるが、本判決の射程範囲は必ずしも明らかではない。実際、本判決に立脚すると、①機能やリスクの移転、②利益を得る機会の逸失、③契約上の権利の終了については、関連する価値ある資産の移転が伴わない限り、事業再編のプロセスにおいて、対価の支払いを当然に生じさせるものではないということになるうとの指摘がされているが⁽⁸²⁾、上記①（機能やリスクの移転）等についても、原則として、対価の支払いを生じさせるものであり、事業再編のプロセスにおいて、機能やリスク等の国外移転が行われ、その対価の支払いがない場合や対価の額が低廉である場合には、移転価格税制の適用対象となるとの見方もある。後者の見方と同様な考え方に立脚した上で移転価格税制の改正を行ったと考えられるのがドイツであり、次の第3節では、かかる改正の経緯・背景や改正された移転価格税制の特徴等に目を向ける。

(81) 本事件判決の概要については、Hanne Flood, *Business Restructuring: The Question of the Transfer of Intangible Assets*, *International Transfer Pricing Journal*, Vol. 15, No. 4 (2008) pp. 174-179 参照。

(82) かかる指摘については、Anuschka J. Bakker and Giammarco Cottani, *Transfer Pricing and Business Restructurings: The Choice of Hercules before the Tax Authorities*, *International Transfer Pricing Journal*, Vol. 15, No. 6 (2008) p. 275 参照。

第3節 ドイツの対抗措置と最近の動き

1. 「払出し」の概念に依拠した課税の有用性と限界

前述の通り、Uberseering 事件 ECJ 判決 (Case C-208/00) では、ドイツ居住者である法人が有するドイツでの訴訟提起能力をドイツで管理支配権限を行使するオランダに設立された法人に付与しないのは欧州法違反であるとされ、また、「欧州会社法に関する欧州理事会規則」や「欧州共同会社の法律に関する欧州理事会規則」が成立したことなどにより、課税ベースの浸食という問題は、今後、更に深刻化する虞があるが、そもそも、ドイツの税法は、個人や法人の資産等の国外移転による課税権の喪失や課税ベースの浸食という問題に対して、必ずしも無力というわけではなかった。確かに、嘗てのドイツの税法には、出国税に関する包括的な規定は存在していなかったが、国外に移転する資産等については、所得税法 (Einkommensteuergesetz 1981) 4条 (「利益概念に関する通則」、Gewinnbegriff im Allgemeinen) 1項が、みなし譲渡課税を行う根拠規定として存在している。

上記の所得税法4条1項の前段は、「純益とは、事業年度末の事業資産と前事業年度末における事業資産との差額に、払出しの価格を加え、払込みの価格を控除したものをいう。払出しとは、納税義務者が、自己もしくはその家事のため又はその他事業以外の目的のため事業年度中に事業から払出したすべての経済財 (現金、商品、生產品、用益及び給付) をいう」と定めている⁽⁸³⁾。本規定は、国内又は国外への経済財の「払出し」(Entnahmen) の価額 (通

(83) 本規定の当該部分の原文は、“Gewinn ist Unterschiedsbetrag zwischen dem Betriebsvermögen am Schluss des wirtschaftsjahres und dem Betriebsvermögen am Schluss des Einlagen. Entnahmen sind vermehrt um den Wert der Entnahmen und vermindert um den Wert der Einlagen. Entögenahmen sind alle Wirtschaftsgüter (Barentnahmen, Waren, Erzeugnisse, Nutzungen und Leistungen), die der Steuerpflichtige dem Betrieb für sich, für seinen Haushalt oder für andere betriebsfremde awecke im Laufe des Wirtschaftsjahres entnommen hat.”である。本規定の邦訳については、主税局国際租税課「西ドイツ所得税法・法人税法」調査時報 Vol. 14, No. 2 別冊 (昭和 43 年) 33~34 頁参照。

常、時価相当額とされている。)と払込みの価額の差に対して課税を行うという考え(「事業財産比較法」(Betriebsvermögensvergleich)という算定方法に依拠した「払出し」の概念)を採用したものであるが、この「払出し」の概念は、一連の連邦財政裁判所(Bundesfinanzhof, BFH)判決等を通じて、営業等の譲渡や廃業に該当しない一定のケースをも含むように解釈されるようになった経緯がある⁽⁸⁴⁾。

例えば、連邦財政裁判所1969年7月16日判決(BFH-Urteil 1 266/65 vom 16.7.1969: BFHE 97, 342)では、西独・埠租税条約の下、国外の事業所の所得には西ドイツの課税権が及ばないこととなるが、納税者の西ドイツに所在する事業所が保有していた事業動産のオーストリア事業所への移転については、「払出し」に該当してキャピタル・ゲイン課税の対象となると判示され、また、連邦財政裁判所1971年4月28日判決(BFH-Urteil IR 55/66 vom 28.4.1971: BFHE 102, 374)では、西独・スイス租税条約の下、海運業から生じる営業所得は企業の本店所在地国でのみ課税されることとなるが、納税者の住居及び海運事業の全部をスイスに移転させる行為は、キャピタル・ゲインの課税対象となる営業廃止とみなされると判示されている⁽⁸⁵⁾。これらの判決が立脚しているのは、ドイツでのキャピタル・ゲイン課税が結果的に回避されることとなる場合には、「払出し」の認定がされるべきであるとの考え方であった。

上記の「払出し」とキャピタル・ゲイン課税との関係についての考え方は、過去5年間のいずれかの時点で法人に対する持分権が1%以上となっており、また、10年間以上ドイツの税法上の居住者である個人については、その居住者としての地位を失うことによって、その持分権のキャピタル・ゲインに対するドイツでの課税が制限されることとなる場合には、その持分権の譲渡を

(84) これらの点の詳細については、岩崎政明「事業用財産の「払出し」とキャピタル・ゲインの実現—西ドイツ所得税法における一考察」ジュリスト No. 806 (昭和59年) 95~96頁参照。

(85) これらの判決の概要と同様な考え方が示された主な判決については、岩崎・前掲「事業用財産の「払出し」とキャピタル・ゲインの実現」96~98頁参照。

行ったものとみなす旨を定めている「対外取引課税法」(Außensteuergesetz, AStG) 6条(「キャピタル・ゲイン課税」、Besteuerung des Vermögenszuwachses) についても基本的に妥当するものであると考えられるが⁽⁸⁶⁾、本規定の制定理由として税務当局が主張した「租税離脱による利益実現原則」、Grundsatz der Gewinnverwirklichung durch Steuerentstrickung) については、上記の考え方が必要以上に広範に適用可能となるように一般化しようとするものであるとして、学会等から少なからず反対されたという経緯がある。

実際、連邦財政裁判所 1974 年 10 月 7 日判決 (BFH-Beschluß Gr S 1/73 vom 7. 10. 1974: BFHE 114, 189) では、営業所得者が、造園業の規模を縮小し、園芸業の規模を拡大するという事業形態の変更によって農業所得者となったことを踏まえ、税務当局は、当該所得者の事業用土地のキャピタル・ゲインに課税したため、かかる課税処分合法性が問題となったが、裁判所は、ある経済財の事業部門から私的部門への移行や同一事業範囲の異なる部門への移行の場合でも、その経済財の帳簿価額に含まれるキャピタル・ゲインを後に課税し把握できる限りは、「払出し」に該当する移行ではなく、また、廃業でもないと判示し、結局、これらの判示を踏まえた「払出し」の成立要件 (① 経済財の移動によって、キャピタル・ゲインが終局的に課税対象から除外される結果となるとともに、②かかる移動が納税者の明確で明示又は確実な払出し行為により生じること) が、所得税法準則として採用されている⁽⁸⁷⁾。

上記のような事実・経緯を経て確立された「払出し」の概念に依拠したキ

(86) 対外取引課税法 6 条 1 項は、“Bei einer natürlichen Person, die insgesamt mindestens zehn Jahre nach § 1 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes unbeschränkt steuerpflichtig war und deren unbeschränkte Steuerpflicht durch Aufgabe des Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts endet, öst auf Anteile im Sinne des § 17 Abs. 1 Satz 1 des Einkommensteuergesetzes im Zeitpunkt der Beendigung der unbeschränkten steuerpflicht § 17 des Einkommensteuergesetzes auch ohne Veräußerung anzuwenden, wenn im Übrigen für die Anteile zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen dieser Vorschrift erfüllt sind. …” と定めている。

(87) かかる経緯や本所得税法準則の詳細については、岩崎・前掲「事業用財産の「払出し」とキャピタル・ゲインの実現」98～99 頁、中川一郎「西ドイツの 1979 年編『所得税法』の邦訳(2)」税法学 349 号 (昭和 55 年) 18 頁参照。

キャピタル・ゲイン課税は、確かに、実質的な出国税としても一定の機能を果たし得るものであると考えられるが、実際のところ、その適用に当っては、判例法や行政上の判断等に左右される部分も少なくなく、総じて、その実効性・適用範囲等は限定的なものであったとの指摘がされているほか⁽⁸⁸⁾、個人の場合と異なり、法人の場合には私的部門が存在しないため、「払出し」の概念に依拠してキャピタル・ゲイン課税を行うというアプローチを法人に対して直接的に適用することに困難が伴うなどの問題があった⁽⁸⁹⁾。このような問題・限界が認められる中、EU 諸国では、最近、法人の居住地等の国外移転や国際的組織再編成等に係る障壁を除去する流れも加速してきていることから、ドイツでも、このような流れにも反しないような方向で新たな対抗措置を講じることが必要であるとの認識が高まるようになった。

2. 2006 年法人税法改正のポイント

前述の通り、納税者の居住地やその資産等の EU 加盟国間の移動に係る障壁を除去する流れを加速することとなった代表的な欧州委員会指令や欧州理事会規則としては、合併指令や「欧州会社法に関する欧州理事会規則」等が挙げられ、代表的な欧州司法裁判所判決としては、Inspire Art 事件判決 (case C-167/01) や Hughes de Lasteyrie 事件判決 (Case C-9/02) 等が挙げられるが、これらの指令等及び判決との整合性を確保するとともに、自国の課税権・課税ベースの確保を図るとの観点から、2006 年、ドイツでは、「欧州会社課税導入法」(Gesetz über steuerliche Begleitmaßnahmen sur Einföhrung der Europäischen Gesellschaft und zur Änderung weiterer

(88) 例えば、2006 年に「欧州会社課税導入法」が制定される以前の出国税の下では、實際上、出国税の執行は一貫しておらず、課税の繰延べが認められるケースなども多かった。これらの点については、Joachim Englisch, Reform of the Reorganization Tax Act and Related Changes, European Taxation (July 2007) p. 344 (also at http://www.icl-directory.com/downloads/ET_article_Joachim_English.pdf [平成 22 年 3 月 11 日]) 参照。

(89) この点については、宮本十至子「国際的三角合併と課税管轄—ドイツの課税権喪失の議論を参考として」税法学 558 号 (平成 19 年) 149 頁参照

steuerrechtlicher Vorschriften vom 7.12.2006, SEStEG) が制定され、また、「組織変更税法」(Umwandlungssteuergesetz) 及び法人税法 (Körperschaftsteuergesetz, KStG) の改正などが行われた⁽⁹⁰⁾。

そもそも、2006年に「組織変更税法」が改正される以前の組織再編成税制(「1999年組織変更税法」)の下では⁽⁹¹⁾、組織再編成に伴って移転する資産の帳簿価格での引継ぎや損失の引継ぎが、かなり広範に認められていた⁽⁹²⁾、その適用対象は、原則として、ドイツの居住者間の組織再編成に限定されていた⁽⁹³⁾。このような取扱いに大きな変更を加えたのが2006年の「組織変更税法」の改正であるが、本改正が行われた背景には、合併指令が採択・改正されたことや「欧州会社法に関する理事会規則」等が制定されたことのほか、前述の通り、Uberseering 事件 ECJ 判決 (Case C-208/00) では、ドイツの「管理所在地」主義に依拠した取扱いが欧州法に抵触すると判示されたなどの事実があるが、とりわけ、SEVIC Systems AG 事件 ECJ 2005年12月13日判決 (Case C-411/03) (Rec. 2005, p. I-10805) において、ドイツの組織再編成税制が欧州法に抵触すると判示されたことが大きく影響していると考えられる。

上記の SEVIC Systems 事件では、ドイツの SEVIC 社がルクセンブルグの SVC 法人を吸収合併して SVC 法人の全資産を SEVIC 社に移転すると契約を締結し、本契約の下、本吸収合併では、「SVC 社は、清算することなく解散する」(“dissolve SVC without liquidation”) こととされていたところ、ドイツの合併等に係る法律 (Umwandlungsgesetz) 1条1項はドイツ法人間の合併等のみを規定しており、国際的な合併に関する条文がないことから、かかる合

(90) これらの法律の改正・制定等によって実現した取扱いの詳細については、German Tax News August 2006 (http://www.atoz.lu/netnews/.../German_Tax_News_August_2006_Reorganization_Law.pdf [平成22年3月12日]) 参照。

(91) 1999年組織変更税法の概要については、木村弘之亮・永松正大「1994年ドイツ組織変更税法(翻訳)」法学研究72巻5号(平成11年)63頁参照。

(92) 旧法の下、損失の引継ぎが認められていたのは、組織再編成後も、損失を発生させた事業を5年間継続する場合などである。

(93) もっとも、組織再編成の形態に関して法律上の規制があることから、例えば、ドイツやフランスなど、三角合併が制度上明示的に認められていない国では、現金による株式公開買付け (take-over bid) を通じた組織再編が通例であった。

併のドイツ会社法上の登録申請が却下されたことが問題となったが、欧州司法裁判所は、法律規定の欠如を根拠として、異なる二つの加盟国に設立された法人の国境を跨ぐ合併の商業上の登録を拒否することは、かかる登録拒否が全面的であるという点で公共の利益の維持に必要な限度を超え、また、「租税管理の有効性」(effectiveness of fiscal supervision)の原則による正当化の余地もないことから、EC条約43条及びEC条約48条に抵触すると判示している⁽⁹⁴⁾。

「欧州会社法に関する理事会規則」等の採択、ドイツ政府が当事者となった上記のUberseering事件ECJ判決(Case C-208/00)及びSEVIC Systems AG事件判決等を受けて大きな変貌を遂げようとしている法人の管理支配地等の国外移転や組織再編成を巡る諸環境に適合する法体系を整備する必要があるとの認識の下に2006年に改正された「組織変更税法」では、欧州会社等の加盟国を跨いだ登録地の変更に該当するケースを除き、国際的組織再編成等を通じた法人の登録地や管理支配権限等の国外移転や法人資産の国外移転によって、移転した資産に起因する所得やその譲渡益に対するドイツの課税権が喪失・制約されることとなる場合には、その清算所得が課税対象となるか、或いは、移転した資産の譲渡益が実現したものとみなして出国税の課税対象となるとされている⁽⁹⁵⁾。また、このような場合における経常損失の引継ぎについても、原則として認められないこととなる⁽⁹⁶⁾。

(94) 実質管理地主義や法人に対する出国税と欧州法との関係が問題となった主な事件に対する欧州司法裁判所判決で示された見解と本判決で示された見解との関係については、第1章第2節2(1)参照。EC条約43条及び48条の規定振り・原文については、脚注(26)参照。

(95) 詳細については、German Tax News (http://www.atoz.lu/netnews/.../German_Tax_News_August_2006_Reorganisation_Law.pdf [平成22年10月11日])参照。なお、EC加盟国やEEA(欧州経済地域)協定が適用される国への登録地又は管理地の移転や資産の移転の場合も、清算所得への課税が行われるか否かという点については、十分に明確なものとはなっていないが、かかる移転の場合でも、移転する資産がドイツに存する恒久的施設に帰属することにより、ドイツの課税権が制約されないこととなるケースも想定される。

(96) 移転する資産の簿価引継ぎが認められるのは、三つの条件(①資産の移転を受けた者がドイツの法人税の課税対象となる納税者であること、②移転した資産に起因

2006年の「組織変更税法」が立脚する上記のような考え方・アプローチは、所得税法や法人税法にも反映されている。とりわけ、2006年の法人税法改正によって新たに手当てされた法人税法12条（「ドイツ共和国の課税権の喪失又は制限」、Verlust oder Beschränkung des Besteuerungsrechts der Bundesrepublik Deutschland）は、かなり包括的な出国税としての機能を果たし得る規定となっている。法人税法12条1項は、「法人、社団又は財団による資産の売却や利用に起因する利益に対するドイツ連邦共和国の課税権が喪失又は制限されることとなる場合には、当該資産の売却や利用が時価で行われたものとする・・・」と規定しており⁽⁹⁷⁾、本規定の出国税としての機能が低いものでないであろうことは、法人等の資産の譲渡によって、ドイツの課税権が喪失することとなるケースだけでなく、ドイツの課税権が制約を受けることとなるケースも、キャピタル・ゲイン課税の対象となることから示唆される⁽⁹⁸⁾。

どのような場合にドイツの課税権の喪失や制約が生じるのかという点に関する詳細は、必ずしも十分に明らかではないものの、資産の移転により、①資産の権利者が変わるケース、②資産が事業用資産でなくなるケース、③資産が国外に流失するケース、④租税条約上適用される国際的⁽⁹⁹⁾二重課税の調整方法が税額控除方式から税額免除方式に変わるケース、⑤法人のドイツにおける無制限納税義務者としての地位や制限的納税義務者としての地位が終了

- する所得やそのキャピタル・ゲインに対する課税権をドイツが保持していること、③「非適格資産」（“boot”）が付与されていないこと）を満たす場合に限定される。
- (97) 本規定の当該部分の原文は、“Wird bei der Körperschaft, Personenvereinigung oder Vermögensmasse das Besteuerungsrecht der Bundesrepublik Deutschland hinsichtlich des Gewinns aus der Veräußerung oder der Nutzung eines Wirtschaftsguts ausgeschlossen oder beschränkt, gilt dies als Veräußerung oder Überlassung des wirtschaftsgutz zum gemeinen Wert;...”である。
- (98) 「欧州会社課税導入法」の制定を受けて改正された所得税法4条1項にも、新たに第3文から第5文が加えられ、これらの規定の下でも、法人税法12条1項と同様な考え方に基づき、資産の移転によってドイツの当該資産のキャピタル・ゲインに対する将来の課税権が制限されることとなる場合（例えば、英独租税条約の下、ドイツの個人が資産をイギリスの恒久的施設に移転するような場合）には、旧法の下で可能であった課税の繰延べは認められず、キャピタル・ゲイン課税が行われる。

するケースでは、ドイツの課税権からの「離脱」(entrückung)が生じるとの説明がされていることなどに鑑みると⁽⁹⁹⁾、基本的には、このようなドイツの課税権からの「離脱」に該当するケースが、ドイツ課税権が喪失又は制約されることとなる場合に該当するとして、法人税法12条1項の下、出国税の対象となるのではないかと考えられる。

確かに、法人税法12条3項の前段でも、法人の登録地・管理地のEC加盟国やEEA(欧州経済地域)協定が適用される国以外への移転によって、その無制限納税義務から免れることとなる場合には、当該法人には11条(「解散と清算」,Auflösung und Abwicklung)が適用される旨が規定されており⁽¹⁰⁰⁾、また、2006年税制改正で新たに手当てされた所得税法17条5項の下でも、法人が、その登録地や管理地を国外に移転させたことにより、当該法人の株主となっているドイツの居住者の将来の株式の譲渡益に対するドイツの課税権が失われることとなる場合(例えば、法人の管理支配権限の移転先が、OECDモデル条約の場合とは異なり、法人株式の譲渡益への課税権を専ら法人の居住地国に付与する租税条約をドイツと締結している相手国の居住者である場合など)には⁽¹⁰¹⁾、ドイツの居住者である当該株主も、原則として、当該法人株式を公正市場価値で売却したものとみなして、出国税の対象となるとされている⁽¹⁰²⁾。

(99) この点については、宮本・前掲「国際的三角合併と課税管轄」150頁参照。

(100) 本項の前段の原文は、“Verlegt eine Köperschaft, Vermögensmasse oder personenvereinigung ihre Sitz und scheidet sie dadurch aus der unbeschränkten Steuerpflicht in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Staat aus, auf den das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum Anwendung findet, gilt sie als aufgelöst, und § 11 ist entsprechend anzuwenden.”である。

(101) このような課税権の配分方法はドイツ・インド租税条約等で採用されていることから、例えば、ドイツの居住者が株式を保有している英国の法人が、その管理支配権限をインドに移転するケースでは、ドイツの株主に対してみなし譲渡益課税が行われることとなる。

(102) 国境を跨ぐ組織再編成に伴って株主が得た株式についても、①かかる株式の将来における譲渡益に対するドイツの課税権が制限を受けない場合や、②合併指令8条の適用対象となる合併等である場合などには、株主レベルでも、旧株式の簿価の引継ぎが認められる。

3. 法人機能等の国外移転への対抗措置

(1) 対外取引課税法改正の背景

上記の通り、一連の欧州委員会指令や欧州司法裁判所判決等によって加速している加盟国間の資産等の移動に係る障壁を除去するという流れに反しない方向で税制の再構築を行うという要請と自国の課税ベースの浸食を阻止するという要請を受けて、ドイツでは、2006年、「欧州会社課税導入法」が創設され、また、「組織変更税法」や法人税法の改正なども行われたが、2008年にも、「企業税制改革法」(Unternehmensteuerreformgesetz)が成立して法人税率が25%から15%に引き下げられる際、かかる税率の引下げによって生じるであろう税収減に対処することが肝要であるとの認識が強まる中、とりわけ、国際的事業再編等を通じて無形資産等が国外移転することに伴う税収の喪失という問題がクローズ・アップされたため、この問題への適切な対応を可能にする措置を講じることが特に優先順位の高い課題であると位置づけられるようになったという経緯がある⁽¹⁰³⁾。

ドイツにおいて、国際的事業再編等を通じた無形資産等の国外移転による税収の喪失という問題がクローズ・アップされるようになった背景には、フランスのZimmer Ltd. 事件⁽¹⁰⁴⁾ 国税院2010年3月31日判決 (no. 304715 and 308525) 等では、国際的事業再編とPE課税の問題が争点となり⁽¹⁰⁴⁾、また、前述のノルウェーのCypotec Norge GP AS 事件⁽¹⁰⁵⁾ 控訴裁判所判決では、国際的事業再編に伴う無形資産等の国外移転の問題が争点となっているが、これらと同様な問題は、既に、ドイツでも認められるところとなっており、しかも、開発費用に対する多額の税務上の控除がドイツ国内で認められている無形資産等が、かかる無形資産等を有するドイツの法人の国際的事業再編等を通じて国外に移転する場合に適切な課税ができないとなると、失わ

(103) この点については、Wolfgang Kessler and Rolf Eicke, Out of Germany: The New Function Shifting Regime, Tax Notes International, Vol. 48, No. 1 (2007) pp. 53-54, Changes to German Exit Tax Rules (<http://www.dlapiper.com/us/publications/detail.aspx?pub=4928> [平成22年6月21日]) 参照。

(104) 本事件判決の概要・ポイントについては、終章「結語」参照。

れる税収はかなりの額に達し得ると想定されるが、当時のドイツの移転価格税制の下では、必ずしも、このような課税は担保されないと考えられるようになったという事実がある。

(2) 改正された対外取引課税法の特徴

上記のような認識・問題意識の下、2008年には、「対外取引課税法」1条が改正され、同条第1項の第2文において、「独立企業原則の適用上、非関連者は、事業取引の全ての重要な状況を認識しており、分別のある事業経営者の原則に則って行動するものと想定する」との規定が新たに手当てされた⁽¹⁰⁵⁾。「分別のある事業経営者の原則」(“Grundsätzen ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter”、“prudent business manager principle”と英訳されている。)とは、実証的なデータが存在しない場合の企業とその株主との取引関係を律する原則として、ドイツの判例上発展してきたものである。本原則の下では、経営者は、事業取引に関する全ての重要な状況を認識していることから、その事業にとって最も有利となる行動を示すとの想定がされており、また、かかる想定の下、客観的な証拠の存在を必ずしも前提とすることなく、論理上、独立企業間価格を導き出すことが可能となり得る⁽¹⁰⁶⁾。

「分別のある事業経営者の原則」が採用されたことによって、「仮定的独立企業間テスト」(“hypothetical arm’s length test”と英訳されている。)

(105) 本規定の当該部分の原文は、“Für die Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes ist davon auszugehen, dass die voneinander unabhängigen Dritten alle wesentlichen Umstände der Geschäftsbeziehung kennen und nach den Grundsätzen ordentlicher und gewissenhafter Geschäftsleiter handeln.”である。改正された「対外取引課税法」1条各項の原文は、<http://www.buzer.de/gesetz/5491/a75265.htm> [平成22年3月15日] から入手可能である。英訳については、Hartmut Förster, Germany’s Transfer Pricing Provisions: A Conflict with Internationally Agreed Principles?, Transfer Pricing Special Report, Vol. 18, No. 17 (2010) p. 17 参照。

(106) この点については、Stephan Schnorberger, Germany reduces profits tax to about 29.8% and introduces aggressive transfer pricing rules (http://www.bakernet.com/NR/.../0/germanyreducesprofittax_alert_jul07.pdf [平成22年3月15日]) 参照。

に依拠することが可能となったことを受けて、新たに手当てされた「対外取引課税法」1条3項は、独立企業間価格の算定方法の適用上の優先順位については、①差異の調整によって比較可能性という点で制約のない独立企業間価格の算定が可能であるケースでは、主として基本三法（独立価格比準法、再販売価格基準法及び原価基準法）に依拠し、②基本三法に依拠できないケースでは、比較可能性という点で制約のある独立企業間価格の算定方法に依拠するが、第三者のデータが利用可能でないことも想定されるため、第5文において、③「比較可能性という点で制約のある独立企業間価格が決定できないケースでは、納税者は、1項第2文に従って仮定的独立企業テストを行わなければならない」と定めている⁽¹⁰⁷⁾。

また、「対外取引課税法」1条3項の第6文では、納税者は、「仮定的独立企業間テスト」の下、機能分析等を行い、「予想される潜在的収益」（Gewinnpotezialen, “profit potentials”と英訳されている。）に基づき、分別のある事業経営者を取引当事者として合意され得る最低と最高の取引価格のレンジを決定した上で、独立企業原則に最も合致する可能性が高い価格を利用することとなるが、この場合、価格レンジの中の特定の価格を利用することに十分な根拠がない限り、価格レンジの中間値が所得計算の基礎価格となると規定されており、また、第9文は、「第5文が定めるケースに該当し、機能及びそれに付随する機会やリスク、資産及びその他の利益の移転が行われている場合には、機能及びリスクに応じた資本化係数・割引率を考慮して「機能移転の全体」（“Veragerung der Funktion als Ganzes”）を示す「移転パッケージ」（“Transferpaket”）に基づいて取引当事者が合意するレンジを決定する必要がある」と定めている⁽¹⁰⁸⁾。

(107) 本規定の当該部分の原文は、“Können keine eingeschränkt vergleichbaren Fremdvergleichswerte festgestellt werden, hat der Steuerpflichtige für seine Einkünfteermittlung einen hypothetischen Fremdvergleich unter Beachtung des Absatzes 1 Satz 2 durchzuführen.”である。

(108) 本規定の第9文の原文は、“Wird in den Fällen des Satzes 5 eine Funktion einschließlich der dazugehörigen Chancen und Risiken und der mitübertragenen

本税制改正では、米国の IRC § 482 と同様に、所得相応性基準も採用されており、所得相応性基準を定める「対外取引課税法」1条3項の第11文及び第12文では、上記の第5文及び第9文が該当するケースにおいて、「重要な無形資産」(wesentliche immaterielle Wirtschaftsgüter) や「優越性」(“Vorteile”、“advantages” と英訳されている。)が事業取引の目的であり⁽¹⁰⁹⁾、実際の利益状況が移転価格の算定の基礎となった利益状況と相当程度に乖離している場合には、取引契約の締結時に価格合意に係る不透明性があるとして、取引当事者が非関連者であったならば、価格調整規定に合意していたか否かに関しては議論が分かれ得るが、このような価格調整規定が存在しない中、取引後の10年以内に利益状況に相当程度の乖離が生じている場合には、かかる乖離が生じた年の翌年度において、当初の移転価格の適正な修正を行う必要があると定められている⁽¹¹⁰⁾。

(3) 2008年財務省規則のポイント

大蔵省は、2008年3月、「対外取引課税法」1条3項の第13文に基づき、本規定の適用規則(以下、「本規則又は2008年規則」という。)を示している⁽¹¹¹⁾。本規則1条1項は、「機能」とは、「企業の特定のユニットが実行

oder überlassenen Wirtschaftsgüter und sonstigen Vorteile verlagert (Funktionsverlagerung), hat der Steuerpflichtige den Einigungsbereich auf der Grundlage einer Verlagerung der Funktion als Ganzes (Transferpaket) unter Berücksichtigung functions- und risikoadäquater Kapitalisierungszinssätze zu bestimmen.”である。

- (109) 2008年3月に大蔵省が示した本規定に係る規則の1条5項では、移転した無形資産が「重要な無形資産」に該当するのは、無形資産が移転した機能の発揮のために必要であり、なおかつ、その独立企業間価格が「移転パッケージ」に含まれる全ての経済的資産や優位性の個々の価格の総額の25%以上を占めている場合であると定義されている。
- (110) したがって、「対外取引課税法」1条3項で採用されている所得相応性基準は、米国の IRC § 482 が定める所得相応性基準よりも、その適用対象となる取引の範囲が広いと考えられる。
- (111) 本規則は、「事業機能の国際的移転のケースにおける対外取引課税法 § 1(1)に則った独立企業原則の適用に関する規則」(Verordnung zur Anwendung des Fremdvergleichsgrundsatzes nach § 1 Abs. 1 des Außensteuergesetzes in Fällen grenzüberschreitender Funktionsverlagerungen, FVerIV) と題されている。

する同様な経済活動の集合体によって構成される事業活動であると定義した上で、同規則1条2項は、企業の資産やその他の優位性と共に関連する機会やリスクが関連者に移行したことにより、企業が実行していた機能を関連者が果たし、移転元の果たす機能も制限されている場合に「機能の移転」が認められるとしている⁽¹¹²⁾。また、本規則1条3項は、「移転パッケージ」とは、企業が関連者に移転する機能と機能に付随する機会やリスク並びに移転に伴って提供される資産や利益等であると定義し、本規則1条4項は、機能の移転による「予想される潜在的収益」とは、分別のある経営管理者間では対価の支払・受領が行われると考えられる収益（税引後純利益の現在価値に基づいて算出される。）であるとしている。

財務省が2007年1月及び2009年7月に示したガイドラインによると⁽¹¹³⁾、「機能の移転」の類型としては、①アウト・ソーシングのような「機能の完全移転」(Funktionsausgliederung、決定権も含めた全ての利益機会やリスクの移転)、②「機能の減少」(Funktionsabschmelzung)、③「機能の分割」(Funktionsabspaltung)のような部分的な移転（機能を行行使することができる可能性の移転なども含む。）及び④「機能の拡充」(Funktionsausweitung)があり、上記①の例としては、移転元の製造と販売の双方の機能が国外関連者に移転するケース、上記②の例としては、移転元の製造機能又は販売機能のいずれかが国外関連者に移転するようなケース、上記③の例としては、移転元が製造機能の一部を国外関連者である契約製造者に移転させるようなケース、上記④の例としては、移転元の機能の縮減を伴うことなく契約製造者である国外関連者が本格的な製造者になるようなケースが挙げられている。

「対外取引課税法」1条3項が採用している所得相応性基準に関しては、

(112) したがって、単なる資産やサービスの提供は、機能の移転を伴わない限り、「機能の移転」には該当しないこととなる。この点については、本規則1条7項参照。

(113) 本ガイドライン (Verwaltungsgrundsätze-Funktionsverlagerung) における機能移転の形態に係るセクションは、2007年版では§5.1であり、2009年版では§4.1である。

2008年規則1条5項が、その適用上の指針を示しており、本規定によると、所得相応性基準については、相当な額の無形資産等の国境を跨ぐ移転があった場合に適用され、この場合、相当な額とは、無形資産等の額が「移転のパッケージ」における全ての資産と便益の個々の価格の合計の25%を超える場合であると定義されており、また、本来、非関連者であれば、移転する無形資産等が生む将来的な利益額が不明である場合には、価格調整条項を手当てしていたであろうとの考えの下⁽¹¹⁴⁾、移転する無形資産等の評価額を移転後10年間に亘って定期的に見直すことが納税者に対して求められているため、評価額に大きな差異が生じたにもかかわらず、納税者が評価額の調整を行わない場合には、税務当局が、移転価格税制上の調整（「(広義の) 出国税 (exit tax 又は exit charge) の賦課」とも称されている。)を適及的に行うことが認められている。

もっとも、例えば、上記③（「機能の分割」）や上記④（「機能の拡充」）に該当するケースでも、機能の移転が移転元の企業の将来の収益に影響を及ぼさない場合もあり得ることから、その場合には、機能の移転があったとは認定されないほか⁽¹¹⁵⁾、国外関連者に移転する無形資産等の価値が、「移転のパッケージ」における全ての資産や利益の個々の価格の合計の25%未満であるケースでは、対外取引法1条3項の調整の対象となる「重要な無形資産」には該当しないため、この点を証明する文書化が行われている場合にも、移転価格上の調整（「(広義の) 出国税の賦課」）は行われぬ。また、国外関連者に移転する無形資産等の価値の大きさに関係なく、

(114) 最近では、潜在的なリスクの追加的な発生を回避するような契約を結ぶという趨勢が認められることから、このような考え方の妥当性は理論上も実際上も低下しているとの指摘もある。かかる指摘については、Kessler and Ricke, *Out of Germany: The New Function Shifting Regime*, *Tax Notes International* Vol. 48, No. 1 (2007) p. 55 参照。

(115) この点については、Sean F. Foley, Christian Looks, and Georg Hirsch, *A Prescription for Double Taxation? - Restructurings and the New German Exit Charge Mechanics*, *Transfer Pricing Report*, Vol. 18, No. 9 (2009) p. 532, Kessler and Eicke, *supra* “*Out of Germany*” p. 54 参照。

「移転のパッケージ」に含まれる資産等の其々の価格の合計が独立企業原則を反映する場合や、機能の移転を受けた国外関連者が、移転元のためだけに移転された機能を果たし、しかも、マーク・アップが適切に決定されている場合にも、「出国税」は賦課されない⁽¹¹⁶⁾。

上記のような特徴を有する改正後の「対外取引課税法」1条を巡っては少なからず議論がある。まず、本規定が依拠している「分別のある事業経営者の原則」については、ドイツ連邦財政裁判所が、本原則に依拠した上で、株主となっている法人に対して株主が行った対価を伴わないサービスの提供（例えば、無利息貸付や債権の放棄等）が、事業上の理由よりは、むしろ、株主としての地位に基づいて行われたものであるとの判断の下、かかるサービスの提供については、法人税法上、「隠れた出資」（*verdeckte Einlagen*）として課税関係を律することが妥当であるとされたケース（BFH 1989年9月21日判決、IV R 115/88, BStBl 1990, p. 86等）などが幾つか見受けられるものの⁽¹¹⁷⁾、本原則の射程範囲等は必ずしも十分に明らかではないことから、移転価格税制において採用するのは妥当ではないのではないかとの見方もある⁽¹¹⁸⁾。

さらに、「分別のある事業経営者の原則」については、OECDの移転価格ガイドラインでも、「文書化ルール・手続」（*Guidance on documentation rules and procedures*）との関係（5.4項、5.6項、5.11項及び5.28項）で言及されているものの⁽¹¹⁹⁾、移転価格の決定を行う上で依拠し得る原

(116) この点については、Foley, Looks, and Hirsch, *supra* “A Prescription for Double Taxation ?” pp. 534-535 参照。

(117) この点については、Philippe Neefs and Oliver Hoor, *Hidden Capital Contributions in Luxembourg – Clearing the Mist*, *European Taxation* (May 2009) p. 243 参照。

(118) この点の詳細については、Heinz-Klaus Kroppen, Stephan Rasch, and Axel Eigelshoven, *Germany’s Draft law on Business Restructurings, Transfer Pricing Report*, Vol. 15, No. 22 (2007) pp. 842-843, Kessler and Eicke, *supra* “Out of Germany” pp. 54-55 参照。

(119) 例えば、ガイドライン（OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax administrations）のパラ 5.4 は、「納税者の移転価格が税目的上妥当であるか否かを検討するプロセスは、同様なレベルの複雑性と重要性のあ

則と位置づけられているわけではないという事実がある⁽¹²⁰⁾。また、仮に、「対外取引課税法」1条3項が「分別のある事業経営者の原則」に立脚するものでなかったとしても、その適用対象範囲が非常に広いことは、「移転パッケージ」等に代表される適用要件からも示唆されることから、Hughes de Lasteyrie 事件 ECJ 判決 (Case C-9/02) や SEVIC Systems AG 事件 ECJ 判決 (Case C-411/03) 等で示された出国税に対する欧州司法裁判所の厳しい見解などに照らしてみると、「分別のある事業経営者の原則」に立脚する制度設計を採用しているか否かに関係なく、「対外取引課税法」1条3項が欧州法と抵触する可能性は払拭されていないと考えられる⁽¹²¹⁾。

第4節 事業再編と移転価格との関係を巡る議論

1. OECD のディスカッション・ドラフトの主なポイント・論点

本章第2節の2及び第3節等からも明らかなように、事業再編による法人機能・資産等の国外移転は、既に、少なからぬ国において困難な問題を惹起しており、このような問題に適切に対処するための対抗措置のあり方を検討することは、今後、益々、多くの主要国において、重要な課題の一つとなるものと考えられる。最近、OECD でも、移転価格ガイドラインのパラ 1.9 及び

る事業上の決断を評価するプロセスを支配するのと同じ分別のある事業経営者の原則に従って決定されなければならない”(“The taxpayer’s process of considering whether transfer pricing is appropriate for tax purposes should be determined in accordance with the same prudent business management principles that would govern the process of evaluating a business decision of a similar level of complexity and importance.”) と定めている。

- (120) 1990 年代中頃にドイツが示した本原則の採用案を OECD は受け入れなかったという経緯もある。この点については、Kroppen, Rasch, and Eigelshoven, *supra* “German’s Draft Law on Business Restructurings” p. 842 参照。
- (121) 本規定は国境を跨ぐ無形資産等の移転のケースにのみ適用され、また、その適用対象となる無形資産等の範囲が広いことなどに鑑みると、欧州法に抵触する可能性が高いとの指摘もされている。かかる指摘については、Kroppen, Rasch, and Eigelshoven, *supra* “German’s Draft Law on Business Restructurings” pp. 843 ~844 参照。

1.10 等において⁽¹²²⁾、事業再編による法人機能・資産等の国外移転に対する移転価格税制の適用に係る不透明性や困難性を緩和することが求められるようになってきているとの認識を示しており、かかる認識の下、2008年9月には、「事業再編に係る移転価格上の側面」(“Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings”)と題したディスカッション・ドラフトを公表し、本ドラフトに対する民間からのコメントの募集を行ったという経緯がある⁽¹²³⁾。

上記のドラフトは、そもそも、「事業再編とは、多国籍企業による機能、資産及び(又は)リスクの国境を越えた再配置と定義される・・・」(“... business restructuring be defined as the cross-border redeployment by a multinational enterprise of functions, assets and / or risks.”)とした上で⁽¹²⁴⁾、事業再編については、1990年代半ば以降、(i)本格的(full-fledged)販売会社から、本人(principal)として事業を行う関連者のためのリスク限定(limited-risk)の販売会社又はコミッションエア(commissionnaires)への転換、(ii)本格的製造会社から、本人として事業を行う関連者のための契約製造会社又は受託製造会社(toll-manufacturer)

(122) 例えば、パラ1.9では、「幾らかの者は、分離した事業体アプローチが統合された企業の規模の経済や多様な活動の相互関係を必ずしも説明できないことから、独立企業原則には根本的な欠陥があるとみている・・・」(“The arm’s length principle is viewed by some as inherently flawed because the separate entity approach may not always account for the economies of scale and interrelation of diverse activities created by integrated businesses.…”)と述べられ、パラ1.10では、「独立企業原則を適用する上での実際上の困難性は、関連企業は、独立した企業が行わない取引を行うことに起因する・・・」(“A practical difficulty in applying the arm’s length principle is that associated enterprises may engage in transactions that independent enterprises would not undertake.…”)との指摘がされている。

(123) 本ディスカッション・ドラフトは、<http://www.oecd.org/dataoecd/59/40/41346644.pdf> [平成22年6月5日]から入手可能である。

(124) したがって、本ドラフトの検討対象とされている事業再編は、多国籍企業内部における機能、資産及びリスクの再分配(但し、サプライヤーや顧客等の第三者との関係が事業再編の理由となっている場合もある。)であり、合併買収のような企業再編は対象外とされている(本ドラフトA.1参照)。

への転換)、(iii)事業(製造の拠点又はプロセス、研究開発活動、販売、役務)の合理化又は専門化及び(iv)グループ内の中央拠点(いわゆる「知的財産管理会社」等)への無形資産の移転という4つの形態によって実行されているとの指摘をしている。

上記のドラフトは、例えば、上記(i)の例として、本格的販売会社から「無リスク」の販売会社への転換が行われるケースを挙げている⁽¹²⁵⁾。本ケースでは、価値ある商号、価値ある販売拠点及びサプライヤーとの価値ある長期契約を保有しているZ社が、V社、W社及びX社を有する多国籍グループによって買収され、買収後、当該多国籍企業グループはZ社を再編するとの意向の下、Z社の商号はV社へ、価値あるサプライヤー契約はW社へ、販売拠点はX社へと移転することによって、Z社は、事業再編後は、W社のコミッションアクトとして営業することとなり、その結果、Z社の再編後の潜在的利益は、再編前のものと比較して急激に減少することとなる。この場合、事業再編自体及び事業再編後の活動に対する適切な対価は独立企業間のものとなると考えられるが、価値ある商号のような「重要資産」(“crown jewels”)については、独立企業原則を適用することが困難であるという考え方もあり得るとの指摘がされている。

また、上記(iii)に該当する例としては、機能を遂行する会社は無形資産を移転するケースが示されている(パラ220参照)。本ケースでは、高い価格設定を可能にしているブランドを有し、また、当該ブランドを使用した製品を製造している関連会社に中枢的役務(人事管理、法務、税務等)を提供しているA社等から構成される多国籍企業は、事業再編を行い、A社が有していたブランドはZ社に移転され、事業再編後、高税率国に所在するA社は、中枢的役務は提供するものの、その一部の職員は解雇され、低税率国に所在するZ社は、新たに職員を雇用し、事業再編前にA社が行っていたマーケティング戦略の策定・実施を主体的に行うようになっている。本ドラフトでは、

(125) 本ケースの詳細については、本ディスカッション・ドラフトのパラ214～216参照。

この場合、かかる取引は経済的実質を有していることから、移転価格の目的上、認識されるべきであるというのがOECD諸国の大多数の考えとなっているとの指摘がされている⁽¹²⁶⁾。

上記のドラフトでは、上記の例に代表される事業再編と移転価格との関係を主に4つ論点（①リスクに関する特別の考慮、②再編自体に対する独立企業間対価、③再編後の関連者取引への報酬、④実際の取引の認識）から検討し、例えば、上記②については、「潜在的損益自体は資産ではなく、何らかの権利又はその他の資産に付随する可能性であり、独立企業原則の下、潜在的損益自体への報酬は不要である」（パラ 64）が⁽¹²⁷⁾、「契約上の権利は価値ある無形資産となり得る。契約上の権利が関連者間で移転（譲渡）された場合、・・・独立企業間価格による対価の受け払いが必要となる」（パラ 91）⁽¹²⁸⁾、上記③については、関連者間取引の情報も、リスク分析の局面に限っては、独立企業間であれば現実に利用できたであろう選択肢を明らかにする上で重要な指針となり得る（パラ 182 等）⁽¹²⁹⁾、上記④については、取引自体の認定をしないのは、「商業上の合理性」がない場合に限定される（パラ 207 等）などの見解が示されている。

(126) 例えば、本ドラフトのパラ 212 では、「OECD は、機能・資産及び（又は）リスクが実際に移転される限り、多国籍グループが、節税のために再編を行うことは、第 9 条の観点からして、商業上合理的であり得ると考えている」（“The OECD considers that as long as functions, assets and/or risks are actually transferred, it can be commercially rational from an Article 9 perspective for an MNE group to restructure in order to obtain tax savings.”）との見解も示されている。

(127) パラ 64 の原文は、“The profit / loss potential is not an asset, but a potential which is carried by some rights or other assets. The arm’s length principle does not require compensation for loss of profit / loss potential per se.”である。

(128) パラ 91 の前段の原文は、“Contractual rights can be valuable intangible assets. Where valuable contractual rights are transferred (surrendered) between related parties, they should be remunerated at arm’s length,…”である。

(129) パラ 182 は、「関連者間取引は、移転価格による調整の基準としては決して使用されるべきではないというのがOECDの暫定的な結論である…」としながらも、かかる暫定的な結論は、リスク分析の局面では妥当しないこともあるとの見解を示したものとなっている。

上記②の論点（再編自体に対する独立企業間対価）に関して上記のパラ 91 のような見解が示されているのは、契約上の権利に付随する潜在的利益の移転に対して移転価格税制を適用する必要があると考える幾らかの税務当局が存在しており、また、かかる考え方にも合理性があることは、本ドラフトのパラ 92 で説明されている通り、法人Aが顧客と結んでいる長期の契約が、法人Aにとってかなりの潜在的利益を秘めたものであるケースにおいて、法人Aが、当該契約を解除すると、当該顧客は、法律上又は商業上、当該契約と同様な契約を法人Aグループに属する国外法人Bと結ぶことが必要となることを認識していたとすると、かかる契約解除は実質的には三者間の取引となるため、本契約の価値の如何によっては、法人Aから法人Bに移転された価値ある契約上の権利については、独立企業間対価が支払われなければならないとも考えられるからである。

契約上の権利に付随する潜在的利益の移転には対価の支払いが必要であるとする幾らかの税務当局が、どこの国の税務当局なのかという点は、本ドラフトでは明らかにされていないが、例えば、米国の内国歳入庁のムッシャー（Steven Musher）副主席法律顧問も、財務省規則 § 1.482-4(b) に照らしてみても⁽¹³⁰⁾、グループ内での契約上の義務は無形資産となり得るものと考えられるところ、サービスの提供を規定する契約上の取極めは、サービスを提供する側においてリスクを伴うものであることから、対価が支払われなければならないものであると主張しており、また、米国では、「流通に係る権利」（distribution rights）は、「マーケティング上の無形資産」（marketing intangibles）と称されていることから、例えば、「流通に係る権利」を事業再編によって失うこととなる場合には、「流通に係る権利」は資産であることから、対価の支払いを受ける必要があると主張しているドイツの税務当局の

(130) 財務省規則 § 1.482-4(b)（「無形資産の定義」、Definition of Intangible）が定める無形資産の定義・範囲は、IRC § 936(h)(3)(B)が定めるものと同様である。IRC § 936(h)(3)(B)については、脚注(163)参照。

見解も妥当なものであるとの意見を表明している⁽¹³¹⁾。

2. OECD のディスカッション・ドラフトを巡る議論

OECD が示した上記のドラフトで示されている見解・指針等の中には、非常に参考となるものが含まれているが、本ドラフトにおける文言や見解の中には、必ずしも十分に明確でないものや異なる解釈を可能にするようなものも少なからず認められる。実際、例えば、本ドラフトについては、「独立企業間で現実的に利用可能な選択肢」(“other options that would be realistically available at arm’s length”) (論点②のパラ 84 等) や (「商業的に合理的な行為」(“commercially rational behavior”) (論点④のパラ 207) などの曖昧な表現があり⁽¹³²⁾、また、上記 1 で示している幾つかのポイント・指針となるような点などについても、多様な解釈が可能なものや例外となるケースも少なからず想定され得る中、納税者と税務当局の双方から自己の都合の良い様に解釈される余地もあることから、予想可能性を提供するのに成功していないとの意見も見受けられる⁽¹³³⁾。

上記のような不透明性や不確実性がある中、民間団体が最も危惧しているのは、上記④の論点 (実際の取引の認識) に係る見解・指針等であるとの指摘がされている⁽¹³⁴⁾。例えば、①本ドラフトの下、問題となる取引を再構成

(131) この点については、Lee Sheppard, OECD Explores the Trouble with Intangibles, Tax Notes International, Vol. 56, No. 1 (2009) p. 10 参照。

(132) この点については、Giammarco Cottani, OECD Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Summary of Business Comments and Issues for Discussion, International Transfer Pricing Journal, Vol. 16, No. 4 (2009) p. 233 参照。これらに相当する表現は、ドラフトの No. 1 の B のタイトル、パラ 207 及びパラ 209 等で用いられている。

(133) かかる指摘については、Alan W. Granwell and Paul Flignor, A Summary of the OECD Draft on the Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings, Tax Notes International, Vol. 52, Nov. 17 (2008) pp. 549-554 参照。

(134) かかる指摘については、Joseph Andrus and Isabel Verlinden, Transfer pricing perspectives: OECD holds public consultation on business restructuring discussion draft (<http://www.pwc.com/.../transfer-pricing.../pwc-tp-perspectives-resolutions-1-oecd.pdf> [平成 22 年 10 月 12 日]) 参照。

する又は認識しないこととなるケースとは、OECDの移転価格ガイドラインの
 パラ 1.37 が定めているケース((i)取引の経済的実質が形式と異なる場合、
 (ii)取引の形式と実質は同様であるが、取引を全体として捉えると、商業
 上合理的に行動する独立した企業が採用する取引と異なっており、税務当局
 による適切な移転価格の決定を實際上阻害する場合⁽¹³⁵⁾)と同様であるのか
 否かが明らかではないとの指摘や、②本ドラフトでも、OECDの移転価格ガイ
 ドラインのパラ 1.37 が定めている「商業上合理的な行為」という概念が採用
 されているが、そもそも、本概念は曖昧であり、税務当局によって後知恵に
 基づいてあるべき行為と比較されてしまう危険性を秘めているため、その他
 の基準に依拠すべきであるなどの意見がある⁽¹³⁶⁾。

本ドラフトで示されている上記②論点(再編自体に対する独立企業間対価)
 に係る見解・指針についても、少なからぬ危惧が表明されている。例えば、
 本ドラフトでは、無形資産が広く定義されていることから、實際上、潜在的
 利益の移転はすべからず課税の対象となるのではないかとの意見や⁽¹³⁷⁾、再
 編による事業コストや税務コストの削減から生じる将来のロケーション利益
 に対して課税を行っている国もあるが、これは独立企業原則に違反しており
 独立企業間取引と矛盾していると考えられることから、本ドラフトの解釈の
 相違などで潜在的利益自体に課税されることは受け入れられないほか、本ド
 ラフトでは、再編自体の対価は、権利・その他の資産が移転された場合に発
 生するとしているところ、一般に「exit tax」といわれるような税について

(135) OECDの移転価格ガイドラインのパラ 1.37 の当該箇所の原文は、“...while the form and substance of the transaction are the same, the arrangements made in relation to the transaction, viewed in their totality, differ from those which would have been adopted by independent enterprises behaving in a commercially rational manner and the actual structure practically impedes the tax administration from determining an appropriate transfer price.”である。

(136) この点については、Cottani, *supra* “OECD Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings” p.238 参照。

(137) 2009年6月にパリで開催された本ドラフトに関する意見交換会において、このような意見が示されたことについては、Andrus and Verlinden, *supra* “Transfer pricing perspectives” 参照。

踏み込んだ議論がないため、グループ間で資産の移転がなく機能の再編を行う場合にも、exit tax が課されるような場合が生じるのではないかと懸念されるとの意見も見受けられる⁽¹³⁸⁾。

また、本ドラフトのパラ 64 の最後の文は、「他方、再編時点において、相当な権利やその他の資産を有している者は、かなりの潜在的利益を有し得ることから、かかる潜在的利益については、その犠牲を正当化するために最終的には報酬が支払われるというのが妥当となろう」と述べているほか⁽¹³⁹⁾、パラ 65 は、「独立企業原則の観点からすると、リスクの再配分から生じる潜在的損益の配分の変化に対する独立企業間報酬の決定上、以下のことを考慮すべきである」とした上で⁽¹⁴⁰⁾、潜在的損益の移転に係る第三者である当事者が報酬の受領について合意を行うか否かという点などを考慮すべき事項として挙げていることなどに鑑みると、潜在的損益の移転に伴う報酬の受領が、一定の場合には認められるほか、再編の時点で権利や何らかの資産を有する者が関係している場合には、みなし報酬に基づく出国税を課することも容認されるものと解し得るのではないかと危惧する向きもある⁽¹⁴¹⁾。

本ドラフトで示されている見解や指針等を巡っては、上記のような解釈や意見の相違が見受けられる。これは、事業再編に伴う機能、資産及び（又は）リスクの移転に対する移転価格税制の適用に関する事案の蓄積が未だ十分で

(138) かかる見解については、大和順子「OECD 諮問委員会（BIAC）を巡る最近の状況―事業再編に係る移転価格上の側面」国際税務 Vol. 30（平成 21 年）79 頁参照。

(139) 本パラの当該部分の原文は、“On the other hand, an entity with considerable rights and / or other assets at the time of the restructurings may have considerable profit potential, which must ultimately be appropriately remunerated in order to justify the sacrifice of such profit potential.” である。

(140) 本パラの当該部分の原文は、“From a transfer pricing perspective, the determination of the arm’s length remuneration for a change on the allocation of the profit/loss potential that follows from the reallocation of risks should take account of : ” である。

(141) このような見方については、Jerome Torner Monsenego, “Transfer Pricing Aspects of Business Restricturings: Profit Potential”, Tax Notes International, Vol. 59, No. 3 (2010) pp. 192-193 参照。

ない中、そのあり方に関する議論を収斂させてコンセンサスを形成することが非常に困難であることを確認するものでもある。2010年7月には、本ドラフトに若干の修正を加えた報告書がOECD理事会で承認され、移転価格ガイドラインにおいて新たな章（第9章）として加えられたが、上記の困難性を克服することは容易ではなく、本ガイドラインに照らした場合、出国税の制度設計のあり方の限界はどの辺にあるのか、また、出国税の潜在的有用性はどの程度のものなのかなどの点は、依然として、必ずしも十分に明らかなものとはなっていない⁽¹⁴²⁾。これらの点も含めた不透明な部分の更なる明確化という課題については、OECDにおける今後の議論の進展や事案の蓄積等を待つ必要があるものと考えられる⁽¹⁴³⁾。

(142) 例えば、ドイツの「対外取引課税法」1条3項も、「企業の資産やその他の優位性と共に関連する機会やリスクが関連者に移行したこと」による機能の移転を対象しているところ、本規定がOECDの移転価格ガイドラインの第9章に反すると断定することもできないと思路するが、本規定は、国際的なルールと合致しておらず、OECDモデル条約9条に抵触する可能性が高いとの指摘も見受けられる。かかる指摘については、Karin E.M. Beck, *Business Restructuring in Germany*, Tax Notes International, Vol. 51, No. 3 (2008) pp. 277-278, Heinz-Klaus Kroppen and Stephan Rasch, *Regulation on Business Restructuring: Decree-Law on the Relocation of Functions*, International Transfer pricing Journal, Vol. 16, No. 2 (2009) pp. 63-64 参照。

(143) ドイツの「対外取引課税法」1条3項とOECDの移転価格ガイドラインとの乖離は、OECDにおける今後の議論の進展に伴い、より明らかなものとなろうと見る向きもある。このような見方については、Foley, Looks and Hirsch, *supra* “A Prescription for Double Taxation?” p. 542 参照。

第3章 米国の対抗措置と最近の動き

第1節 組織再編成と譲渡益課税

1. 法人居住性の判定基準と組織再編成税制のポイント

米国の内国歳入法（Internal Revenue Code, IRC）では、法人の居住性の判定基準としては、設立準拠地主義が採用されており、米国で設立された法人は、内国法人として、その全世界所得に対して課税されるのが原則となっているのに対し、外国法人の場合は、IRC § 881（「米国での事業に関係しない外国法人の所得への課税」、Tax on income of foreign corporations not connected with United States Business）が定める米国源泉の一定の受動的所得と IRC § 882（「米国での事業に関係する外国法人の所得への課税」、Tax on income of foreign corporations connected with United States business）が定める米国との「十分な繋がり」（“sufficient nexus”）のある「米国事業実質関連所得」（“income effectively connected with a trade or business in the United States”）のみが課税の対象とされるにとどまる⁽¹⁴⁴⁾。

したがって、米国でも、国際的組織再編成を通じた納税義務の範囲の変更によって税負担の軽減を図るといった動きを警戒する必要があるが、そもそも、米国では、多様な形態の組織再編成が可能となっており⁽¹⁴⁵⁾、しかも、一定

(144) IRC § 881(a)は、「(c)で定める場合を除き、本項では、(1)利子(…)、配当、賃料、給与、貸金、賞与、年金、補償、報酬、その他の固定的又は決定し得る各年又は定期の利得、利益及び所得・・・として、外国法人が得る米国国内に源泉のある額に対し、毎年、30%の税率が課される」(“Except as provided in subsection (c), there is hereby imposed for each taxable year a tax of 30 percent of the amount received from sources within the United States by a foreign corporation as - (1) interest (…), dividends, rents, salaries, wages, premiums, annuities, compensations, remunerations, emoluments, and other fixed or determinable annual or periodical gains, profits and income…”)と定めている。

(145) しかも、例えば、我が国の三角合併の場合には、少数株主を排除して被買収法人を100%子会社にするためには、株主総会の特別決議（会社法171条「全部取得条項付種類株式の取得に関する決定」、会社法309条2項12号）又は特殊決議（会社法309条3項2号）が必要となる（会社法783条1項）が、米国の場合は、株主総会の

の要件を満たす組織再編成には、譲渡益課税の繰延べが認められている。組織再編成の形態としては、IRC § 368（「法人の組織再編成の定義」、Definitions relating to corporate reorganizations）が、8つの類型（A～E型の代表例については本節図1参照）を定めている。法人の取得（acquisition）や合併（merger）に該当するのが、A型（吸収合併及び新設合併）、B型（株式と株式の交換）及びC型（株式と資産の交換）であり、企業分割（スピン・オフ、スプリット・オフ、スプリット・アップ）に該当するのがD型（株式と資産の交換）である。また、第三の類型として、E型（資本再編）、F型（単なる形式上の変更）及びG型（破産処理に伴う資産の他法人への移転）がある⁽¹⁴⁶⁾。

上記のいずれかの類型に該当する組織再編成が株主・法人レベルでキャピタル・ゲイン課税の繰延べを認められるためには、原則として、法令上定められている要件と判例上形成された三つの原理・要件（①「事業目的」（business purpose）の存在、②「事業継続性」（continuity of business enterprise）、③「投資（持分）継続性」（continuity of interest））を充足することが前提条件となる⁽¹⁴⁷⁾。上記①の要件は、Gregory v. Helvering 事件最高裁判決（293 U.S. 465）で示された見解に由来するものである⁽¹⁴⁸⁾。上記②の要件については、財務省規則 § 1.368-1(d)(1)が、「取得法人が・・・

過半数の賛成を得ることで可能となるほか、三角合併の対価として交付されるのが、合併法人又は親会社の株式のみでない場合も、譲渡益課税の繰延べが可能となり得る。

(146) 図1に示した各類型の組織再編成の例・説明は、Samuel C. Thompson Jr., Section 367: A “wimp” for inversions and a “bully” for real cross-border acquisitions, Tax Notes, Vol. 94, No. 11 (2002) pp. 1505-1548 等を参考として作成したものである。法人 AC は、組織再編成による取得を行う法人 (Acquiring Corporation) を示しており、法人 TC は、組織再編成のターゲットとなる法人 (Target Corporation) を示している。

(147) 但し、E型（資本再編）及びF型（単なる形式の変更）に該当する組織再編成については、「事業継続性」の原理及び「投資持分継続性」の原理に合致することは、譲渡益課税の繰延べが認められるための前提条件ではない。詳細については、財務省決定（T.D. 8760）参照。

(148) 本判決のポイント・意義等については、松田・前掲『租税回避行為の解明』45頁、56～58頁参照。

対象法人の従前の事業を継続するか、或いは取得法人の事業において対象法人の従前の事業資産の重要な部分を使用すること」と定めており⁽¹⁴⁹⁾、上記③の要件については、財務省規則 § 1.368-1(e)が、「対象法人に対する持分権の価値の相当程度の割合が組織再編成において実質的に維持されていること」と規定している⁽¹⁵⁰⁾。

組織再編成が上記の要件等を充足しない場合には、原則として、IRC § 1001（「損益の認識及び損益額の決定」、Determination of amount of and recognition of gain or loss）に基づき、株式等の譲渡損益の認識・損益額の決定が行われるが、その例外として、例えば、IRC § 354（「一定の組織再編成における株式や証券の交換」、Exchanges of stock and securities in certain reorganizations）は、組織再編成の当事者である法人の株式又は証券の交換のみが行われているケースでは、一定の例外に該当する場合（交換を通じて非適格優先株を受領する場合や交換によって受領した証券の元本額が手放した証券の元本額を超過する場合など）を除き、損益の認識を行わないと定め、また、IRC § 361（「法人の損益の不認識；分配の取扱い」、Nonrecognition of gain or loss to corporations；treatment of distributions）は、組織再編成の当事者である法人の株式（又は証券）とその他の法人の資産が交換されるケースでは、原則として、当該その他の法人において損益の認識は行わないと定めている。

したがって、例えば、下図1（3）のC型組織再編成の場合において、法人ACが外国法人であるとする、米国の内国法人である法人TCが行った資産の譲渡益については、上記のIRC § 361（「法人の損益の不認識；分配の取扱い」）の下、課税の繰延べが認められ、また、株主A又は法人ACの株式を

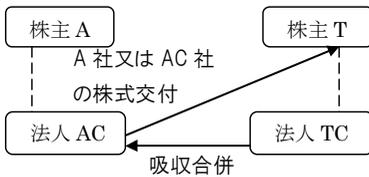
(149) 本規則の当該箇所の原文は、“Continuity of business enterprise requires that the issuing corporation (P), … either continue the target corporations’ (T’) historic business or use a significant portion of T’s historic business assets in a business.”である。

(150) 本規則の当該箇所の原文は、Continuity of interest requires that “in substance a substantial part of the value of the proprietary interests in the target corporation be preserved in the reorganization.”である。

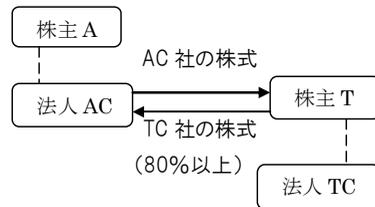
得た株主 T についても、上記の IRC § 354（「一定の組織再編成における株式や証券の交換」）の下、課税関係が生じないこととなり得るほか、外国法人である法人 AC は、本組織再編成の後、その居住地において、法人 TC から得た資産を譲渡しても、その譲渡益に対する税負担は米国外でのものであり、米国での課税は、かかる譲渡益が法人 AC から株主 T に対して配当として還流する又は IRC § 951-960 が定める被支配外国法人（controlled foreign corporation, CFC）ルールの適用対象となることなどが無い限り、行われな
いこととなり得ると考えられる⁽¹⁵¹⁾。

(図 1)

(1) A型組織再編成の例（直接型）



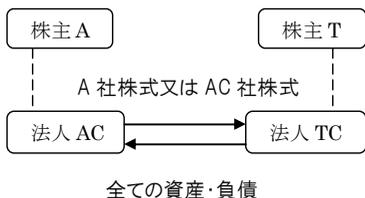
(2) B型組織再編成の例（直接型）



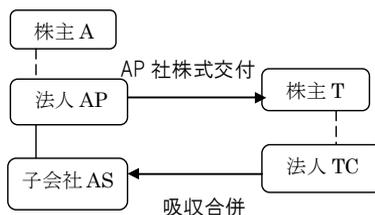
A型組織再編成については、そもそも、法人 AC と法人 TC のいずれかが米国の内国法人でない場合には認められない。A型及びB型の組織再編成がキャピタル・ゲイン課税の繰延べを認められるためには、資産交換の対象以外の資産（boot）の授受がないことも前提条件となる。

(151) 詳細については、Thompson, *supra* “Section 367” pp. 1524-1525 参照。

(3) C型組織再編成の例（直接型）



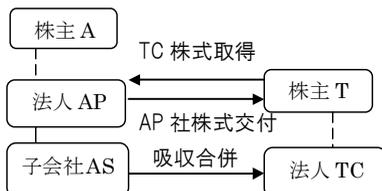
(4) D型組織再編成の例（順子会社合併）



上記C型組織再編成により、法人 TC は消滅し、株主 T はA社株式又は法人 AC 株式を得る。上記D型組織再編成の場合、法人 TC 及び株主 T については、IRC § 361 及び IRC § 354 の下、法人 AP 及び子会社 AS については、IRC § 1032（「株式と資産の交換」、Exchange of stock for property）の下、課税関係が生じないこととなり得る

(152)。

(5) E型組織再編成の例（逆子会社合併）



上記E型組織再編成では、法人 AP は、その株式（boot が含まれ得る。）と株主 T が有する法人 TC の株式を交換し、その結果、法人 TC は法人 AP の完全子会社となる。本組織再編成が一定の要件をクリアーすれば、IRC § 354 の下、株主 T には課税関係が生じないこととなり得る。

(152) IRC § 1032(a)は、「法人が、その株式（自己株式も含む。）と交換に受け取る金銭やその他の資産については、損益を認識しないこととする・・・」（“No gain or loss shall be recognized to a corporation on the receipt of money or other property in exchange for stock (including treasury stock) of such corporation.”）と規定している。

2. IRC § 367 (国外移転に係る通行税) の下での一般ルール

上記の通り、一定の要件を満たす組織再編成については、譲渡益課税の繰延べが認められているが、このような組織再編成に該当するケースや譲渡益課税の根拠規定である IRC § 1001 (「損益の認識及び損益額の決定」) の適用対象とならないケース (上記の IRC § 354 や IRC § 361 等が定める一定のケース) のほか、IRC § 351 (「譲渡人が支配する法人への資産移転」、Transfer to corporation controlled by transferor) が定める現物出資による法人の設立に該当するケースなどについても、これらのケースが、「(国外移転に係る) 通行税」(“outbound” toll charge) と称されている IRC § 367 (「外国会社」、Foreign corporations) の適用対象となる国外への資産移転を伴うものである場合には、国外に移転する資産の帳簿価格の引継ぎが認められず、譲渡益課税が生じることとなり得る。

すなわち、IRC § 367(a) (「米国からの資産の移転」、Transfer of property from the United States) は、その一般ルールを規定する 1 項において、「もし、IRC § 332、351、354、356 又は 361 で述べられている交換に関連して、米国の者が、外国法人に資産を移転すると、当該外国法人については、かかる資産移転に伴って認識される利益の程度を決定する目的上、法人とはみなされない」と定めていることから⁽¹⁵³⁾、そもそも、IRC § 332 (「子会社の完全な清算」、Complete liquidations of subsidiaries) や上記の IRC § 351 (「譲渡人が支配する法人への資産移転」) 等の下で譲渡益課税の繰延べが認められるのは、法人に限定されている以上⁽¹⁵⁴⁾、IRC § 367(a) (1) に基づいて法人と

(153) 本規定の原文は、“If, in connection with any exchange described in section 332, 351, 354, 356, or 361, a United States person transfers property to a foreign corporation, such foreign corporation shall not, for purposes of determining the extent to which gain shall be recognized on such transfer, be considered to be a corporation.”である。

(154) 「子会社の完全な清算」に関する一般ルールを定める IRC § 332(a) は、「法人による他の法人の完全な清算に伴って分配される資産の受領には損益が発生しない」(“No gain or loss shall be recognized on the receipt by a corporation of property distributed in complete liquidation of another corporation.”) と規定している。「譲渡人が支配する法人への資産移転」に関する一般ルールを定める IRC

みなされないこととなる納税者については、IRC § 332 等の下で法人に対して適用される譲渡益課税の繰延べが認められないこととなるわけである。

IRC § 367(a) (1) が定める上記の一般ルールが適用されて譲渡益課税の対象となるのは、①国外への直接の資産移転、②国外への間接の資産移転、③国外から国外への資産移転である。これらに該当する資産の国外移転の形態は多様であるが、上記①の代表例としては、上図 1 (2)・(3) で示した B 型と C 型の組織再編成の例において法人 AC が外国法人であるケースが挙げられる。上記②の代表例としては、図 1 (4) 及び (5) で示した D 型や E 型組織再編成の例において、子会社 AS は米国内国法人であるが、法人 AP が外国法人であるケースが挙げられる。上記③の代表例としては、図 1 (2)・(3) で示した B 型と C 型の組織再編成の例において法人 AC 及び法人 TC が外国法人であるケースが挙げられる。これらのケースの場合、株主 T に含まれている米国の株主については、これらの組織再編成によって、資産が国外に移転していることから、IRC § 367(a) の適用対象となり得る⁽¹⁵⁵⁾。

上記① (国外への直接の資産移転) の代表例が IRC § 367(a) が規定する上記の一般ルールの適用対象となると、例えば、図 1 (3) で示した C 型組織再編成の例において法人 AC が外国法人であるケースでは、IRC § 354 (「一定の組織再編成における株式や証券の交換」) の下、株主 T レベルでの課税は生じないが、法人 TC については、IRC § 361 (「法人の損益の不認識; 分配の取扱い」) の適用が排除され、IRC § 367(a) (5) の下、譲渡益課税が生じ、また、図 1 (2) で示した B 型組織再編成の例において法人 AC が外国法人であるケースでは、株主 T レベルでの課税が生じる。上記② (国外への間接の資産移

§ 351(a) は、「1 人若しくは複数の者が、法人株式のみの取得と交換に、当該法人に資産を移転し、当該交換の直後に、これらの者が当該法人に対し、(368 条 C で定義する) 支配権限を有する場合には、損益は認識されない。」(“No gain or loss shall be recognized if property is transferred to a corporation by one or more person solely in exchange for stock in such corporation and immediately after the exchange such person or persons are in control (as defined in section 368 (c)) of the corporation.”) と規定している。

(155) 詳細については、Thompson, *supra* “Section 367” p.1527 参照。

転)及び上記③(国外から国外への資産移転)の代表例である図1(4)～(5)で示したD～E型の組織再編成で法人APが外国法人であるケースなどでは、IRC § 367(a)が規定する上記の一般ルールの適用対象となると、株主Tレベルでの譲渡益課税が生じることとなる⁽¹⁵⁶⁾。

上記の通り、IRC § 367の下では、上記①(国外への直接の資産移転)の場合だけでなく、上記②(国外への間接の資産移転)の場合も、米国の居住者である株主等は、原則として、資産のキャピタル・ゲインが実現したものとして課税されることとなる。このような税務上の取扱いが行われるのは、そもそも、被合併法人株主が国境を跨ぐ三角合併によって、その有する被合併法人株式を外国合併親会社に間接的に移転するのが「間接的株式移転」(indirect stock transfer)であるところ、「間接的株式移転」とB型組織再編成に代表される「直接的株式移転」(direct stock transfer)の経済的インパクトは、本質的に同様であることから、移転の概念を拡大した上で、「間接的株式移転」と「直接的株式移転」については、課税の公平上、同様に取り扱うべきであるとの考え方が採用されているからであるとの説明がされている⁽¹⁵⁷⁾。

3. IRC § 367 が定める一般ルールの例外

もともと、IRC § 367(a)が定める上記の一般ルールには例外があり、かかる例外に該当する資産移転による譲渡益については、キャピタル・ゲイン課税の繰延べが認められる。例えば、IRC § 367(a)(2)（「一定の株式又は証券に対する例外」、Exceptions for certain stock or securities）は、組織再編成の当事者となる外国法人の株式や証券の移転については、財務省規則が定める範囲において、IRC § 367(a)が定める一般ルールが適用されないと定めており、また、IRC § 367(a)(3)（「事業の積極的な遂行に使用される一定の資産の移転に係る例外」、Exception for transfers of certain property

(156) 詳細については、Thompson, *supra* “Section 367” pp.1528-1546 参照。

(157) この点については、Thompson, *supra* “Section 367” pp.1542-1543 参照。

used in the active conduct of a trade or business) は、外国法人に移転された資産が当該外国法人によって米国外における事業の積極的な遂行に使用されている場合には、財務省規則が定める範囲において、IRC § 367(a) が定める一般ルールが適用されないと定めている。

上記の諸規定を受けて、IRC § 367(a) が定める一般ルールの例外に該当するための諸条件を示しているのが、財務省規則 § 1.367(a)-8 (「譲渡益認識合意書の必要条件」、Gain Recognition Agreement requirements) や財務省規則 § 1.367(a)-3 (「外国法人への株式又は証券の移転の取扱い」、Treatment of transfers of stock or securities to foreign corporations) の(b) (「米国の者による外国法人の株式又は証券の外国法人への移転」、Transfers by U.S. persons of stock or securities of foreign corporations to foreign corporations)、(c) (「米国の者による国内法人の株式又は証券の外国法人への移転」、Transfer by U.S. persons of stock or securities of domestic corporations to foreign corporations) 及び(e) (「IRC § 361 の下での国内法人から外国法人への移転」、Transfers by a domestic corporation to a foreign corporation in a section 361) 等である。

上記の財務省規則 § 1.367(a)-3(b) の下では、①米国の者が交換によって得る外国法人の株式の議決権・価値が 50%以下であること、②米国株主が交換によって得る外国株式の議決権・価値が 5%未満であること、③米国株主が交換によって得る外国株式の議決権・価値が 5%以上である場合には、上記の財務省規則 § 1.367(a)-8 が定める「譲渡益認識合意書」に基づく再編後 5 年間の報告義務等を履行することなどの条件をクリアすれば⁽¹⁵⁸⁾、IRC §

(158) 「譲渡益認識合意書」の締結後、報告義務を適時に履行しない場合には、「合理的な理由による救済」(“reasonable cause relief”) を示さない限り、合意書違反となるが、内国歳入庁が 2010 年 7 月に示したメモでは、「合理的な理由による救済」の範囲の実質的な拡大による納税者負担の軽減を図る措置が講じられている。この点及び「合理的な理由による救済」を巡る議論の詳細については、Kristen A. Parillo, IRS Modifies Gain Recognition Agreement Filing Provisions, Tax Notes International, Vol. 59, No. 6 (2010) pp. 442-443, Marcellin Mbwa-Mboma and Awo Archampong-Gray, Gain Agreements and Reasonable Cause Exception, Corporate

367(a)が定める一般ルールの例外に該当して譲渡益課税の繰延べが認められることとなる⁽¹⁵⁹⁾。また、上記の財務省規則 § 1.367(a)-3(c)及び同規則 § 1.367(a)-3(e)の下では、譲渡益課税の繰延べが認められるためには、上記①～③の条件に加え、財務省規則 § 1.367(a)-3(c)(3)が定める「積極的な取引・事業テスト」(active trade or business test)等をクリアーすることが必要となる⁽¹⁶⁰⁾。

第2節 IRC § 367 の有用性と限界

1. IRC § 367 と無形資産取引との関係

上記の IRC § 367(a)(3)（「事業の積極的な遂行に使用される一定の資産の移転に係る例外」）に該当し得ない資産が IRC § 367(a)(3)で示されている5種類の「汚れた資産」(tainted assets)と称される資産（流動資産、受動的資産又は無形資産等）である⁽¹⁶¹⁾。確かに、移転価格税制である IRC § 482 が定める所得相応性基準の下では、無形資産の移転を行った者に対して移転時で課税をすることは、無形資産の本当の価値を反映した課税とはならないという考え方が採用されているが、IRC § 367(d)（「無形資産の移転に関する特別ルール」、Special rules relating to transfers of intangibles）も、同

Business Taxation Monthly (Oct. 2009) pp.29-27 参照。

(159) 「譲渡益認識合意書」の締結後5年以内に移転した資産の譲渡があった場合には、財務省規則 § 1.367(a)-8(b)(3)（「合意条件」、Terms of agreement）の下、原則として、譲渡益を組織再編年度の所得に組み込む形で修正申告を行うか、或いは譲渡益を資産の譲渡年度の所得として申告することが必要となる。

(160) 「積極的な取引・事業テスト」をクリアーするためには、①資産移転を受けた外国法人やその一定の子会社等が、資産移転前の36ヶ月の間、米国外で積極的な取引・事業に従事していること、②資産移転時点において、資産の移転者と資産の受領者である外国法人のいずれも、その事業を中止する意図を有していないこと、③外国法人が受領した資産の市場価値が資産移転を行った米国法人の市場価値以下でないという「実質性テスト」(substantiality test)を満たしていることが前提条件となる。

(161) 5種類の「汚れた資産」とは、棚卸資産、受取債権、外貨、IRC § 936(h)(3)(B)が定める無形資産、移転者がリースする一定の資産とされている。IRC § 936(h)(3)(B)については、脚注(162)参照。

様な考え方に立脚した上で、IRC § 351 (譲渡人が支配する法人への資産移転) 又は IRC § 361 (法人の損益の不認識; 分配の取扱い) が定める交換によって無形資産が外国法人に移転するケースに関しては、特別な取扱いを定めており⁽¹⁶²⁾、IRC § 482 の下での取扱いとの整合性が保たれている⁽¹⁶³⁾。

IRC § 367(d) が定める特別な取扱いについては、IRC § 367(d) の適用対象となると、IRC § 367(d) (2) (「条件付き支払いの売買に基づく移転として取り扱われる無形資産の移転」、Transfer of intangibles treated as transfer pursuant to sale of contingent payments) が具体的に規定しており、本規定の下、米国の者が IRC § 351 又は 361 で定める交換によって無形資産を外国法人に移転する場合には、「・・・当該米国の者は、(i) かかる資産の生産性、使用又は処分に伴って生じる支払と交換にかかる資産を売却し、また、(ii) 受領するであろう金額を合理的に反映する額を、(I) 毎年、かかる資産の耐用年数に亘り、支払という形態で、或いは(II) かかる移転の後、(直接であれ間接であれ)、処分される場合には、処分時において、受け取ったものと取り扱われる。上記の条文(ii) で考慮される金額は、無形資産に帰属すべき所得と釣り合ったものとする。・・・(C) 受領された金額は通常所得として取り扱われる」こととなる⁽¹⁶⁴⁾。

(162) IRC § 367(d) の適用対象となる無形資産の定義は、IRC § 936(h) (3) (B) (「無形資産」、intangible property) で示されている。IRC § 936(h) (3) (B) の下、無形資産とは、それ自体で相当な価値を有するところの(i) 特許 (patent)、発明 (invention)、製法 (formula)、工程 (process)、意匠 (design)、模様 (pattern)、知識 (knowledge)、(ii) 著作権 (copyright)、文学・音楽・芸術作品 (literary, musical or artistic composition)、(iii) 商標 (trademark)、商品名 (trade name)、商標名 (brand name)、(iv) 使用权 (franchise)、免許 (license) 契約 (contract)、(v) 方法 (method)、プログラム (program)、システム (system)、手順 (procedure)、キャンペーン (campaign)、実地調査 (survey)、研究 (study)、予測 (forecast)、見積り (estimate)、顧客リスト (customer list)、技術データ (technical data)、(vi) 同様なもの (any similar item) と定義されている。IRC § 482 でも、所得相応性基準の適用対象となる無形資産は、IRC § 936(h) (3) (B) が定義するものであると規定されている。

(163) この点の詳細については、General Explanation of Tax Legislation Enacted in the 108th Congress (JCS-5-05) p. 427、Thompson, *supra* “Section 367” p. 1021 参照。

(164) 本規定の原文は、“... the United States person transferring such property shall

無形資産の国外移転に係る IRC § 367(d) と IRC § 482 の適用上の棲み分けについては、財務省規則 § 1.367(d)-1T(g)(4)（「IRC § 482 との調整」、Coordination with IRC § 482）が規定している。本規則の下では、米国の者が無形資産を外国法人に実際に販売している、或いは無形資産の使用許諾を外国法人に与えているケースは、IRC § 482 の対象となり得るが、IRC § 367(d) 及び本規定の規則の適用対象とはならないのに対し、「米国の者が関連する外国法人から対価を得ることなく無形資産を移転する、若しくは、IRC § 351 又は IRC § 361 で述べる取引において移転を受ける者の株式や証券との交換を通じて無形資産が移転する場合には、IRC § 482 の下での調整の対象となる売却や使用許諾があったとはみなされない」ため⁽¹⁶⁵⁾、この場合には、IRC § 367(d) の対象となる無形資産の移転があったものとして取り扱われるとされている。

上記の通り、IRC § 367(d)（「無形資産の移転に関する特別ルール」）では、IRC § 367(d)(2)（「条件付き支払いの売買に基づく移転として取り扱われる無形資産の移転」）の適用対象は、IRC § 351（譲渡人が支配する法人への資産移転）又は IRC § 361（法人の損益の不認識；分配の取扱い）が定める交換によって無形資産が外国法人に移転するケースであると規定されているのに対し、財務省規則 § 1.367(d)-1T(g)(4)（「IRC § 482 との調整」）は、これら

be treated as --(i) having sold such property in exchange for payments which are contingent upon productivity, use, or disposition of such property, and (ii) receiving amounts which reasonably reflect the amounts which would have been received - (I) annually in the form of such payments over the useful life of such property, or (II) in the case of disposition following such transfer (whether direct or indirect), at the time of disposition. The amounts taken into account under clause (ii) shall be commensurate with income attributable to the intangible. ... (C) The amounts received treated as ordinary income.” である。

(165) 財務省規則 § 1.367(d)-1T(g)(4) の当該部分の原文は、“If a U.S. person transfers intangible property to a related foreign corporation without consideration, or in exchange for stock or securities of the transferee in a transaction described in sections 351 or 361, no sale or license subject to adjustment under section 482 will be deemed to have occurred.” である。

のケースだけでなく、米国の者が無形資産を関連する外国法人に無償で移転するケースも、IRC § 482 による調整の対象となるのではなく、IRC § 367(d) の対象となるとしている。但し、外国法人が十分な対価を支払うことなく米国法人が有する無形資産の使用権を得ているとして内国歳入庁が IRC § 482 を適用することが妥当だと考える場合には、いかなる場合でも IRC § 367(d) の適用はないとされている⁽¹⁶⁶⁾。

2. IRC § 367 の問題点

(1) 「実現アプローチ」に依拠する制度設計の限界と補完措置

そもそも、納税者の居住地や資産等の国外移転に係る税は、①「管轄アプローチ」(“jurisdiction approach”)に立脚する「拡大された(無制限又は制限)納税義務制度」(“extended (unlimited or limited) tax liability regime”)と、②「実現アプローチ」(“realization approach”)に立脚する「時価評価出国税制度」(“mark-to-market exit tax regime”)に大別することが可能であるが⁽¹⁶⁷⁾、IRC § 367 は、国外への資産移転を契機として、その未実現の譲渡益に課税するものであることから、「(国外移転に係る)通行税」とも称されている通り、上記②に立脚するものと位置づけられるところ、確かに、「実現アプローチ」に立脚する本規定が存在することによって、米国の課税ベースの浸食を防止することが、かなりの程度可能となっていると考えられるものの、本規定も幾らかの問題点を包含

(166) 詳細については、合同委員会の説明文書 (General Explanation of the Revenue Provisions of the Deficit Reduction Act of 1984, H.R. 4170, 98th Congress, JCS-4-84) 432~433 頁、Charles I. Kingson, Seven Lessons on Section 367, Tax Notes, Vol. 104, No. 11 (2004) pp. 1021-1024 参照。

(167) 「管轄アプローチ」と「実現アプローチ」という表現については、Alice G. Abreu, Taxing Exits, 29 U.C. Davis L. Rev. 1087 (1996) p. 1094 参照。「時価評価出国税」という表現については、Michael A. Spielman, IRS Issues Guidance on Exit Tax Imposed on Converted Expatriates under § 877A, Nov. 24, 2009 (<http://www.bnatax.com/insightdetail.aspx?id=2147484234> [平成 21 年 12 月 14 日])、「拡大された(無制限又は制限)納税義務制度」については、Xavier Oberson, Howard R. Hull, Switherland in International Tax Law, IBFD Publication BV (2006) p. 84 参照。

しているほか、本規定では十分に対応できない米国資産等の国外移転のケースも少なからず存在している。

そもそも、IRC § 367 の下では、一般ルールに該当する資産の国外移転に伴う未実現の譲渡益には課税するものの、資産の未実現の譲渡損については、その控除は行わない代わりに、組織再編に伴って交付される株式の取得原価に組み込むという対称性を欠いた取扱いがされるという問題があり、また、本規定については、株価が下落傾向にある状況の下では、課税対象となる譲渡益が生じないという限界が認められる。さらに、1986年財務省決定(TD 8087 (1986-1 C.B. 175))及び1987年に発せられた内国歳入庁告示(Notice) 87-85では、「譲渡益認識合意書」を結ぶことを条件として、組織再編に伴う譲渡益課税の繰延べを認める範囲を実質的に拡大するなどの措置が講じられたところ⁽¹⁶⁸⁾、かかる措置については、米国の Helen of Troy 社が 1994 年に行ったコーポレート・インバージョンによって、不当に利用され得ることが明らかとなったという経緯もある。

Troy 社が当時行ったコーポレート・インバージョンは、IRC § 368(a) (1) (B)が定めるB型(株式と株式の交換)の組織再編成に該当するものであったが、Troy 社と税務当局との間で、インバージョンの後の10年の間に Troy 社の株式が譲渡されなければ、譲渡益を認識しないという「譲渡益認識合意書」が結ばれていたことなどを背景として、Troy 社の株主の株式とバミューダに新たに設立された法人との株式が交換され、その後、当該バミューダ法人が Troy 社の株式をバルバドスの法人に現物出資することによって、かかる現物出資に起因する利払い及び配当に対して優遇措置を定めていた米国・バルバドス租税条約の適用が可能となり、また、Troy 社の子会社の資産・株式が当該バミューダ法人とその国外子会社に移転されたことにより、IRC § 951~964 が定める米国の外国子会社合算税制

(168) 本財務省決定及び内国歳入庁告示の詳細については、岡村忠生・岩谷博紀「国外移転に対する実現アプローチと管轄アプローチ—インバージョン (inversion) 取引を中心に」『新しい法人税』有斐閣(平成19年)294~295頁参照。

に相当する被支配外国法人 (CFC) ルールの適用が排除されることとなるなどの問題が生じた⁽¹⁶⁹⁾。

確かに、IRC § 957 (「被支配外国法人」、Controlled foreign corporations) は、株式の 50%超を米国株主に保有されている外国法人が CFC であると定義し、また、IRC § 951 (「米国株主の総所得に含まれる金額」、Amounts included in gross income of United States shareholder) (b) は、CFC の Subpart F 所得を合算することを定める CFC ルールの適用対象となる米国株主とは、IRC § 958 (「株式保有権の決定ルール」、Rules for determining stock ownership) の(a) (「直接及び間接保有」、Direct or indirect ownership) と(b) (「みなし保有ルール」、Constructive ownership) の下、CFC の全ての種類の株式の総議決権の 10%以上を有する者であると定義しているところ、米国の内国法人が有する CFC 株式の外国法人への売却や外国法人の議決権のない株式との交換などを伴うコーポレート・インバージョンを通じて、かかる定義から外れる株主となれば、CFC ルールの適用の回避が可能となり得る⁽¹⁷⁰⁾。

勿論、IRC § 367 が CFC ルールの適用回避などを狙った組織再編成に対して全く無力というわけではない。例えば、IRC § 367(b) (1) (「規則の下で決定される条項の効果」、Effect of section to be determined under regulations) は、「IRC § 367(a) (1) で定める資産の移転が生じない IRC § 332、351、354、355、356 又は 361 で規定する交換の場合、外国法人は法人として取り扱われるが、連邦所得税の回避の防止に必要な又は適切なものとして財務省長官が規則に定める範囲に限ってはそうではない」と規定し

(169) Helen of Troy 社事件の概要については、Orsolya Kun, A Broader View of Corporate Inversions: The Interplay of Tax, Corporate and Economic Implications, *Bepress Legal Series, Working Paper 78*, pp. 5~6 (<http://www.law.bepress.com/expresso/eps/78/> [平成 21 年 12 月 8 日]) 参照。税務当局は、本事件を裁判所で争うということとはしていない。

(170) この点の詳細については、Kun, *supra* “A Broader View” pp. 18-19 参照。

(171)、また、本規定を受けた財務省規則 § 1.367(b)-4（「一定の損益を認識しない取引における外国法人による外国法人株式・資産の取得」）の(b)（「所得への算入」、Income inclusion）は、「もし、交換が本項の (b) (1) (i)、(2) (i) 又は(3) のパラグラフに記載されているものであるなら、交換を行った株主は、交換した株式に帰属する IRC § 1248 の額をみなし配当として所得に算入する」と定めている⁽¹⁷²⁾。

すなわち、上記の IRC § 367(b) (1) は、譲渡益課税の繰り延べを認めないとする一般ルールを定める IRC § 367(a) (1) の適用対象とならないケースでも、一定の場合には、租税回避防止の観点から、譲渡益課税の繰延べを認めないというものであり、また、例えば、上記財務省規則で例示されている § 1.367(b)-4(b) (2) (i) は、「交換の直後、取得外国法人、又は、(IRC § 368(a) (1) (B) や IRC § 351 が定める取引などにおける) 取得された外国法人が、IRC § 1248 の適用対象となる株主である・・・米国の者との関係において被支配外国法人でなくなる場合」と定めており⁽¹⁷³⁾、この場合には、米国の株主は、交換した株式の譲渡益の額を通常所得として計上することとなるため、外国会社の一定割合以上の議決権の取得を生じさせる株

(171) 本規定の原文は、“In the case of any exchange described in section 332, 351, 354, 355, 356, or 361 in connection with which there is no transfer of property described in subsection (a) (1), a foreign corporation shall be considered to be a corporation except to the extent provided in regulations prescribed by the Secretary which are necessary or appropriate to prevent the avoidance of Federal income taxes.” である。

(172) 財務省規則 § 1.367(b)-4 (Acquisition of foreign corporate stock or assets by a foreign corporation in certain nonrecognition transactions) の(b)の原文は、“If an exchange is described in paragraph (b) (1) (i), (2) (i) or (3) of this section, the exchanging shareholder shall include in income as a deemed dividend the section 1248 amount attributable to the stock that it exchanges.” である。

(173) 本規則（§ 1.367(b)-4(b) (2) (i)）の原文は、“Immediately after the exchange, the foreign acquiring corporation or the foreign acquired corporation (if any, such as in a transaction described in section 368(a) (1) (B) and/or section 351) , is not a controlled foreign corporation as to which the United States person described in paragraph (b) (1) (i) (A) of this section is a section 1248 shareholder.” である。

式交換による利益を一定の場合に配当とみなすことを定める IRC § 1248

(「一定の外国法人の株式の売却・交換利益」、Gain from certain sales or exchanges of stock in certain foreign corporations) を不当に回避する行為を防止することが可能となり得る⁽¹⁷⁴⁾。

(2) インバージョン後の「利益剥し」等への対応の必要性

上記で例示している諸措置が手当てされていたものの、上記の Troy 社事件等を通じて、これらの措置の不十分さが明らかとなったことなどを背景として、1991 年には、IRC § 367 に関する財務省臨時規則案が示され、IRC § 367 の適用範囲を適正化することが試みられた⁽¹⁷⁵⁾。しかし、法人や株主のレベルでのキャピタル・ゲイン課税を受けてもコーポレート・インバージョンによるメリットは依然として大きいとの考えの下⁽¹⁷⁶⁾、石油産業に属する企業を中心とする少なからぬ企業がインバージョンを行ったという

(174) IRC § 1248(a) (「一般ルール」、General Rule) は、「… もし、(1) 米国の者が外国法人の株式を売却又は交換し、(2) かかる者が …、全ての種類の株式の総合計の議決権の 10% 以上を保有すれば…、その場合、かかる株式の売却・交換による利益は、かかる者の配当として総所得に算入される・・・。」 (“If (1) a United States person sells or exchanges stock in a foreign corporation, and (2) such person owns …, 10 percent or more of the total combined voting power of all classes of stock …, then the gain recognized on the sale or exchange of such stock shall be included in the gross income of such person as a dividend, ….”) と定めている。IRC § 1248 は、CFC ルールの適用対象となる株主が、分配されていない利益等に起因して高い評価額を有する CFC 株式を売却しても譲渡益課税を受けるだけにとどまるということがないよう措置されたものである。

(175) 1991 年財務省臨時規則案の詳細については、Proposed section 367 regulations, Tax Executive, March-April 1992 (also at http://www.findarticles.com/p/articles/mi.../is...ai_12164159/ [平成 21 年 12 月 8 日]) 参照。

(176) コーポレート・インバージョンによって生じ得るキャピタル・ゲイン課税というデメリットは、税務上のメリット (インバージョンを行った先の国での低い法人税負担等) とその他のメリット (多くの場合に生じる株価の上昇等) によって十分に相殺されるケースは少なくないが、特に、国外に多くの資産を有する法人と借入債務額が大きい法人において、インバージョンを行うインセンティブが高いという調査結果もある。かかる結果については、Mihir A. Desai and James R. Himes Jr., Expectations and Expatriations: Tracing the Causes and Consequences of Corporate Inversions, National Tax Journal, Vol. LV, No. 3 (2002) pp. 430-438 参照。

経緯がある⁽¹⁷⁷⁾。また、これらの企業の中には、デラウェア州からケイマンに本店を移転させたトランスオーシャン社 (Transocean Corporation) やノーブル社 (Noble Corporation) のような全世界でも最大級の規模を誇る石油採掘企業だけでなく⁽¹⁷⁸⁾、2000年頃の景気の悪化や株式価格の下落を受けて、譲渡益との相殺を可能にする純経常損失や外国税額控除枠等を有する法人等も含まれていた。

コーポレイト・インバージョンによって親会社・本店を国外に移転させる企業が増えてきたことによって少なからぬ潜在的税収が失われることなどを危惧するようになった財務省は、2002年、「コーポレイト・インバージョン取引：租税政策上の含意」(Corporate Inversion Transactions: Tax Policy Implications)と題する報告書(以下、「2002年(財務省)報告書」という。)を発表し、コーポレイト・インバージョンが包含する諸々の問題点を指摘している⁽¹⁷⁹⁾。本報告書では、「コーポレイト・インバージョンとは、米国の内国法人を親会社とする多国籍の法人グループの構造が、典型的には軽課税国に所在する外国法人を親会社とするグループ構造に変化する取引である」と定義され⁽¹⁸⁰⁾、このように定義されるコーポレイト・インバージョンが惹起する様々な問題点に対し、よりの確に対処できる諸制度を構築することが必要であるとの考えが示されている。

(177) コーポレイト・インバージョンを行った12の企業のインバージョン後の税負担の軽減額等を試算しているものとして、Jim Seida and William Wempe, “Effective Tax Rate Changes and Earnings Stripping Following Corporate Inversion”, *National Tax Journal*, LVII, No. 4 (2010) pp. 811-824がある。

(178) 1999年にコーポレイト・インバージョンを行ったトランスオーシャン社の場合、2009年度までに18億ドルの税負担の軽減が可能となっているとの試算結果については、Martin A. Sullivan, “Oil Drillers gain Billions from ‘Immoral’ Tax Break”, *Tax Notes International*, Vol. 58, No. 13 (2010) p. 1011 参照。

(179) 本報告書は、<http://www.tres.gov/press/releases/docs/inversion.pdf> [平成21年12月8日] から入手可能である。

(180) かかる定義の原文は、“An inversion is a transaction through which the corporate structure of a U.S.-based multinational group is altered so that a new foreign corporation, typically located in a low-or no-tax country, replaces the existing U.S. parent corporation as the parent of the corporate group.”である。

そもそも、コーポレート・インバージョンの主な目的が税負担の軽減であることは、2002年報告書でも、法人グループの親会社が軽課税国に設立されるのが通例となっていることや、インバージョンを行った米国の内国法人が証券取引委員会（Securities and Exchange Commission, SEC）に提出している関係資料から、その経営陣も、インバージョンの前後において、米国の内国法人の本部として機能・活動に実質的な変化があるとは想定していないことが確認できる場合が少なくないとの指摘がされていることなどからも示唆されるが⁽¹⁸¹⁾、このような目的を達成するためのコーポレート・インバージョンの手法については、税法上、多様な形態の組織再編成が認められていることなどを背景として、必ずしも一つのパターンに限定されているわけではないと考えられるところ、実際、2002年報告書では、コーポレート・インバージョンの手法が3類型（①株式取引、②資産取引、③ドロップ・ダウン取引）に区分されている⁽¹⁸²⁾。

最も一般的な①（株式取引）の代表例（図2①参照）では、米国の親会社Aは、外国法人Cを設立し、外国法人CはA社株を取得する。次に、外国法人Cが内国法人Bを設立する。その後、親会社Aが内国法人Bを吸収する三角合併を通じて外国法人CはA社株式を取得する。A社は外国法人Cの子会社となり、A社の株主の株式は外国法人Cの株式と交換される。②（資産取引）の代表例（図2②参照）では、米国親会社Aが外国に新たに設立された法人Bに合併され、A社の株主には外国法人Bの株式が交付される。③（ドロップ・ダウン取引）の代表例（図2③参照）については、米国親会社Aが新たに設立した外国法人Cに資産を移転させた直後に、当

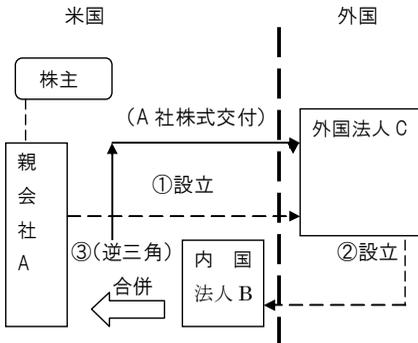
(181) かかる指摘については、2002年財務省報告書15頁参照。上記の①（株式取引）と③（ドロップ・ダウン取引）は、米国親会社が組織再編後、新設の外国親会社の子会社として存続するという点で共通しており、②（資産取引）と③（ドロップ・ダウン取引）は、米国親会社の資産の一部を新設の外国親会社が直接に保有することとなるという点で共通している。

(182) 1982年から2002年の間に行われた主なコーポレート・インバージョンが、いずれの類型に該当し、また、どの国への移転を行ったものであったかなどについては、Desai and Himes, *supra* “Expectations and Expatriations” pp. 418-420 参照。

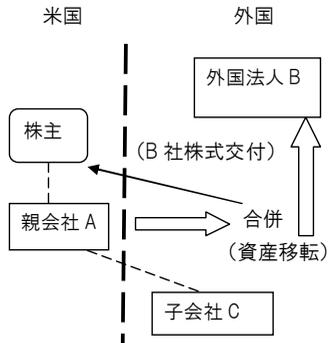
該資産の一部が外国法人Cの米国の子会社Bに移転することから、米国の親会社とその株主との間に内国法人を滑り込ませるという点では①と同様であり、外国法人が米国親会社の資産を直接保有することとなるという点では②と同様であるという特徴が認められる⁽¹⁸³⁾。

(図2)

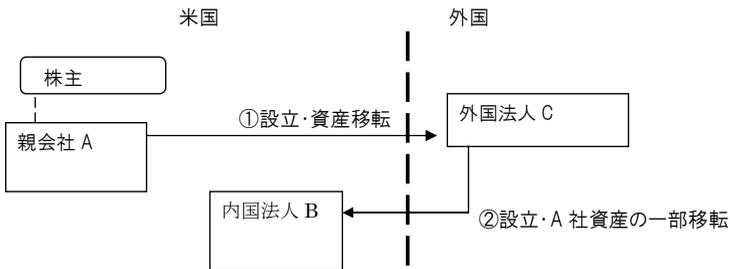
① 株式インバージョンの例



② 資産インバージョンの例



③ ドロップ・ダウン取引の例



上記①～③の取引類型と IRC § 367 との関係を示すと、上記①（株式取引）では、通常、法人段階での資産の国外移転は生じないが、米国親会社

(183) これらの取引の詳細については、2002年財務省報告書4～5頁参照。

Aの株式を有していた株主は、インバージョンに伴い、軽課税国に新設された外国法人Cの株式を有することとなるため、株主レベルで譲渡益課税の対象となるが、株式価格が下落している時期においては、課税対象となる譲渡益が生じない。上記②（資産取引）では、通常、米国親会社Aから外国法人Bへの資産移転が行われるため、法人レベルで譲渡益課税（米国親会社が有していた資産の譲渡益への課税）が行われるが、IRC § 368 が定義する組織再編成に該当する限り、株主レベルでの課税は生じない。上記③（ドロップ・ダウン取引）では、米国親会社Aから外国法人Cへの資産移転に伴い、米国親会社Aの株式を有していた株主のレベルで譲渡益課税が行われるとともに、法人（米国親会社A）のレベルでも譲渡益課税が行われる⁽¹⁸⁴⁾。

確かに、上記の取引例で示している IRC § 367 に基づく株主レベルや法人レベルでの譲渡益課税については、その適用を回避するようなコーポレート・インバージョンの例も存在しており、その結果、米国の課税ベースが浸食するという直接的な負の効果が生じているが、2002 年報告書では、米国の課税ベースの侵食は、インバージョンが行われた後、現行制度の下では適正な課税が必ずしも担保されない虞がある様々な二次的な再編成、「利益剥し」(①軽課税国に設立された親会社からの多額の借入れに係る利払い控除、②評価が困難な無形資産が関係する取引による所得の親会社への移転、③国外の親会社との再保険契約に基づく支払保険料の控除)及びCFC ルールに基づく合算課税の機会が失われることなどを通じても生じているところ⁽¹⁸⁵⁾、このようなインバージョン後に生じる負の効果が特に大

(184) これらの点の詳細・関係する財務省規則等については、岡村・岩谷・前掲「国外移転に対する実現アプローチと管轄アプローチ」295～300頁参照。

(185) 例えば、「株式取引」では、米国での課税を避けるために、米国法人は、インバージョンの際、若しくはその後において、その外国子会社の一部又は全部を新たに設立された外国の親法人や関連外国法人に直接移転するケースもあるとの指摘がされている。かかる指摘については、General Explanation of Tax Legislation Enacted in the 108th Congress (JCS-5-05), Joint Committee on Taxation (<http://www.jct.gov/publications.html?func=startdown&id=2314> [平成21年12月10日])参照。

きな問題であるとの指摘がされている⁽¹⁸⁶⁾。

2002 年報告書がインバージョン後に生じる負の効果を特に問題視している理由は、上記の「利益剥し」や CFC ルールに基づく合算課税の機会の喪失等に加え、親会社が国外に移転した法人グループのその後の事業活動、機能及び雇用機会等が外国にシフトすることによって米国の課税ベースの縮小という問題が更に深刻化することとなるからである。このような問題に危機感を募らせた財務省は、2002 年報告書において、コーポレート・インバージョンへの対抗措置については、単に、インバージョンに係る課税を行うという短絡的な対応を可能にすることとどまるものではなく、インバージョンによって生じる課税ベースの中長期的な縮小に歯止めを掛けることをも可能にするようなものであることが肝要であり、このような対抗措置を構築するためには、国際課税制度の多角的かつ抜本的な制度改革の選択肢（例えば、領土主義課税方式の採用等）をも視野に入れる必要があるとの見解を示している。

第 3 節 IRC § 7874 の導入と新たな対抗措置

1. IRC § 7874 の制度設計

コーポレート・インバージョンの抑止機能を果たす措置としては、上記で述べた IRC § 367 や IRC § 1248 及びこれらの規定の機能を補強する財務省規則等の他にも、資産と株式の交換を株式の償還とみなす場合があることを定める IRC § 304（「関連法人を通じた株式の償還」、Redemption of Stock through

(186) 例えば、2001 年 6 月から 2002 年 2 月の間にバミューダやケイマンにコーポレート・インバージョンを行った 4 社（Cooper Industries, Ingersoll Rand, Nabors Industries, Noble Drilling）の各々について、その企業間負債が、インバージョン後に大幅に増加していることについては、Seida & Wempe, *supra* “Effective Tax Rate Changes and Earnings Stripping Following Corporate Inversion” pp. 813-815 参照。

related corporations) などが手当されている⁽¹⁸⁷⁾。しかし、これらの措置では、課税ベースの浸食を十分に阻止できないとの認識が高まり、2004年には、「米国雇用創出法」(American Jobs Creation Act, HR 4520)が制定されたことを受けて、個人の国籍離脱・永住権放棄に伴う課税ベースの浸食を抑制するための税(“expatriated tax”)の適用を定める IRC § 877 の機能を強化する措置が講じられたほか⁽¹⁸⁸⁾、新たなコーポレート・インバージョン対策税制として、IRC § 7874 (「国外移転した事業体とその外国親会社に関するルール」、Rules on expatriated entities and their foreign parents)が導入された。

そもそも、コーポレート・インバージョンを行う理由やその形態は多様であり、また、その主たる目的が必ずしも税負担の軽減ではないものも存在するものと想定されるが、多くのコーポレート・インバージョンは、インバージョンの前後において、税負担という点では大きな変化が生じているが、法人グループの事業実態や米国の株主の株式保有割合には殆ど変化が生じていないという問題視すべきものとなっていることから、新たな手当てされた上記の IRC § 7874 では、外国法人が IRC § 7874(a)(2)(A)が定義する「国外移転した事業体」(“expatriated entity”)である国内法人との関係において IRC § (a)(2)(B)が定義する「代理の外国法人」(“surrogate foreign

(187) IRC § 304(a) (「一定の株式購入の取扱い」、Treatment of certain stock purchases) は、「… もし、1人又は二人が二つの法人の其々を支配しており、(B)資産と交換に、かかる支配をしている者から、その一方の法人が他方の法人の株式を取得すれば、その場合、… かかる資産は、株式を取得した法人の株式の償還による配当として取り扱われる。」(“… if (A) one or more persons are in control of each of two corporations, and (B) in return for property, one of the corporations acquires stock in the other corporation from the person (or persons) so in control, then ... such property shall be treated as a distribution in redemption of the stock of the corporation acquiring such stock.”)と定めている。

(188) 新たに手当てされた IRC § 877A の下、一定以上の所得や資産を有する米国の長期居住者が、その米国籍を離脱又は米国民権を放棄した場合には、原則として、その時点で、その全ての資産が譲渡されたものとして課税される。本制度の詳細については、原武彦「出国に伴う所得課税制度と出国税等の我が国への導入—我が国と米国等の制度比較を中心として—」税大ジャーナル 14号(平成22年)104~107頁参照。

corporation”)となる場合が本規定の適用対象となるとした上で⁽¹⁸⁹⁾、このような場合については、①「管轄アプローチ」に立脚する取扱いが行われるケースと、②「実現アプローチ」に立脚する取扱いが行われるケースがあると定められている。

上記①（「管轄アプローチ」）に立脚した取扱いの対象となるのは、米国内国法人の実質的に全ての資産を外国法人が直接又は間接に取得し⁽¹⁹⁰⁾、当該米国内国法人の株主が、インバージョン後、当該外国法人の株式の議決権又は価値の80%以上を保有することとなり、しかも、当該外国法人の設立国での事業活動が、その属する「拡大関連グループ」(expanded affiliated group)の全事業活動に比して「相当程度の事業活動」(“substantial business activity”)となっていないと判断されるケースである⁽¹⁹¹⁾。この場合、当該外国法人は、IRC § 7874(b)（「国内法人として取り扱われるインバージョンを行った法人」、Inverted corporations treated as domestic corporations)の下、米国の税法上、国内法人として取り扱われるため、コーポレート・インバージョンの税務上の効果(制限納税義務者としての税務上の取扱いなど)が実質的に否定されることとなる。

これに対し、上記②（「実現アプローチ」）に立脚した取扱いの対象となるのは、インバージョン後の米国内国法人の株主による外国法人の株式の保有割合が80%未満～60%以上であるという点以外は、上記①（「管轄アプローチ」）の適用条件と同様であるケースである。かかる取扱いの対象となると、インバージョンの税務上の効果が実質的に無視されて外国法人が米国の税法上内国法人として取り扱われることはないものの、一定の所得やキャピタ

(189) 「国外移転した事業体」には、パートナーシップや国内信託等も含まれるが、本稿では、主に、内国法人のケースを想定して論考を行う。

(190) 但し、IRC § 7874(d)(2)の下、一定の棚卸資産の国際的移転に対しては、本規定の対象外とされている。

(191) なお、IRC § 7874(c)(2)の下、新設外国親法人と50%以上の株式保有関係にある法人及び新設外国親法人からなる「拡大した関連グループ」(IRC § 7874(c)(1)の定義参照。)が保有する(或いは公募販売される)新設外国法人の株式は、株式保有割合が80%以上であるか否かを判断する際には除外される。

ル・ゲインについては、IRC § 304（「関連会社を利用した償還」、Redemption through use of related corporations）、IRC § 311(b)（「価値が増加した資産の分配」、Distributions of appreciated property）、IRC § 367、IRC § 1001（「損益の額と認定に係る決定」、Determination of amount of and recognition of gain or loss）、又は資産の移転に関係するその他の条文に基づき課税され、しかも、組織再編後 10 年間、課税対象利益を純経常損失や外国税額控除等と相殺することができないこととなる。

その他の主な留意点としては、IRC § 7874(c)(4)（「無視される一定の移転取引」、Certain transfer disregarded）の下では、資産や負債の移転を行う主要な目的が IRC § 7874 の適用を回避することである場合にも、その税務上の効果が無視されることとなるほか⁽¹⁹²⁾、IRC § 894（「条約に影響を受ける所得」、Income affected by treaty）が租税条約の適用対象等について定め、また、IRC § 7852(d)（「条約上の義務」、Treaty obligations）が、米国の国内法と租税条約の適用上の優劣に関して規定しているところ、IRC § 7874(f)（「条約に対する特別のルール」、Special rule for treaties）の下では、「米国の租税条約上の義務については、本規定の成立に前後するか否かに関係なく、かかる義務があることを理由として、IRC § 894 又は IRC § 7852(d)のいずれの規定或いはその他の法律の如何なる規定を援用して、本条の諸規定の適用が免除されると解し得ない」と規定されていることなどが挙げられる⁽¹⁹³⁾。

さらに、2006 年には、IRC § 7874 の適用に係る透明性を高めるなどの観点から、「国外移転した事業体とその外国親会社に関する § 7874 に係るガイダンス」（Guidance under section 7874 regarding expatriated entities and

(192) このような租税回避の例については、内国歳入庁 (Notice) 2009-78, 2009-40 IRB, 09/17/2009, 7874（<http://www.ifausa.org/dman/Document.phx?documentId...cmd=download> [平成 21 年 12 月 14 日]）参照。

(193) 本規定の原文は、“Nothing in section 894 or 7852(d) or in any other provision of law shall be construed as permitting an exemption, by reason of any treaty obligation of the United States heretofore or hereafter entered into, from the provisions of this section.” である。

their foreign parents) と題した財務省決定 (TD 9265) 及び財務省臨時規則 § 1.7874-2T (「代理の外国法人」) 等が示されたことによって、例えば、「相当程度の事業活動」であるか否かについては、原則として、「事実と状況に関するテスト」(“facts and circumstances test”) に基づいて決定されるものの⁽¹⁹⁴⁾、セーフ・ハーバー・テスト (①外国法人が雇用している者のグループ全体の労働者数に占める割合が 10%以上、②外国法人に属する資産のグループ全体の資産に対する割合が 10%以上、③外国法人の現地での一定期間における売上額等がグループ全体の売上額等の 10%以上) をクリアーする場合にも、IRC § 7874 の適用対象外となることなどが明らかとなった⁽¹⁹⁵⁾。

2. 「管轄アプローチ」への依存の高まり

そもそも、「管轄アプローチ」に基づいて外国法人を一定の場合に内国法人として取り扱うとしているのは、IRC § 7874 に限ったわけではない。例えば、IRC § 269B (「結合した事業体」、Stapled entities) は、「結合した事業体」という文言は、複数の事業体の各々に対する実質的所有権の価値の 50%超が「結合した利権」によって構成されている複数の事業体を意味する」(§ 269B(c)(2)) とした上で⁽¹⁹⁶⁾、「複数の利権」とは、その所有形態、譲渡に対する制限或いはその他の条件により、一つの利権の譲渡に関連してその他の利権の譲渡が必要となるような関係にあるもの」(§ 269B(c)(3)) との定義の下⁽¹⁹⁷⁾、内国法人と外国法人が「結合した事業体」に該当する場合には、当該外国法人も、税務上、原則として、国内法人として取り扱われ (§

(194) 本テストを構成する判断要素 (外国での経済活動の実績等) については、2009 年改正前の財務省規則 § 1.7874-2T(3) 参照。

(195) 本テストについては、2009 年改正前の財務省規則 § 1.7874-2T(d)(2) 参照。

(196) IRC § 269B(c)(2) の原文は、“The term “stapled entities” means a any group of 2 or more entities if more than 50 percent in value of the beneficial ownership in each of such entities consist of stapled interests.” である。

(197) IRC § 269B(c)(3) の原文は、“Two or more interests are stapled interests if, by reason of form of ownership, restrictions on transfer, or other terms or conditions, in connection with the transfer of 1 of such interests the other such interests are also transferred or required to be transferred .” である。

269B(a)(1)参照)、しかも、この場合、当該外国法人が納付していない税については、その株主又は結合している国内法人から徴収することが可能であると定められている (§ 269B(b)参照)⁽¹⁹⁸⁾。

租税条約上も、「管轄アプローチ」が採用されている例が見受けられる。例えば、米蘭租税条約の議定書(2004年合意)が追加した26条(「特典制限条項」、Limitation of Benefits)の2項c(i)では、条約特典の適用が認められる締約国の居住法人を判定する基準の一つとして、法人が居住者となっているいずれかの締約国で実質的な存在が欠如しているか否かという「実質的存在テスト」(“substantial presence test”)が採用されているが、本テストの下、本条約の特典の適用が認められない締約国の居住法人のメルクマールの一つは、その主な管理支配地がその居住地でないこととされており(同条8項d(ii))、逆に、「法人の主な管理地がその居住者となっている締約国となるためには、法人の経営者や幹部管理者が、当該法人が居住者となっている締約国で当該法人(直接・間接に保有する子会社も含む。)の戦略、財務及び運営に係る方針の大半の決定を日々行うという責任を果たしていることが前提となる・・・」とされている(同条8項e(iii))⁽¹⁹⁹⁾。

上記のような規定が存在していることから確認し得るように、IRC § 7874の制度設計上採用されている「管轄アプローチ」は、決して特異なものではない。しかも、IRC § 7874(g) (「規則」、Regulations)が、「財務省長官は、(1) 関連者、透明な事業体、その他の非法人或いはその他の媒介人を利用する、又は(2) 拡大した関連グループや関係者のメンバーからはずれることを意図した取引も含め、本規定の目的を蔑ろにするような取引・行為に

(198) 本規定の適用に係る詳細については、内国歳入庁告示(Notice) 2003-50及び2004年の財務省規則(REG-101282-04) (http://www.unclefed.com/For_Tax_Profs/irs-regs/2004/10128204.pdf [平成22年2月12日])等参照。

(199) 本規定の当該部分の原文は、“the company’s primary place of management and control will be in the State of which it is a resident only if executive officers and senior management employees exercise day-to-day responsibility for more of the strategic, financial and operational policy decision making for company (including its direct and indirect subsidiaries) in that State…”である。

については、その防止を行う関係上必要となる本規定の適用に係る調整事項を定める規則も含め、本規定の執行上必要となる規則を定めることができる」と規定していることなどを根拠として⁽²⁰⁰⁾、2009年には、財務省決定（T.D. 9453）に基づき、IRC § 7874(g)に関する新たな財務省規則が措置されている。本件措置は、上記の2006年の財務省決定及び財務省臨時規則で定められていたセーフ・ハーバー・テストを廃止するなどによって、IRC § 7874 が依拠する「管理アプローチ」の機能を実質的に強化することに繋がっている⁽²⁰¹⁾。

2009年に内国歳入庁と財務省が発表した告示（Notice 2009-78）も、IRC § 7874 が依拠する「管轄アプローチ」の機能強化に繋がる効果を有するものであった。本告示では、例えば、米国法人Aの株主が、米国法人Aの全ての株式と外国法人Bの79%の株式とを交換し、また、外国法人Bが米国法人Aを取得する本取引に関連する公募又は私募発行において当該米国法人Aの残りの21%の株式と投資家の現金が交換されたような場合には、米国法人Aの株主に対するIRC § 7874(b)（「国内法人として取り扱われるインバージョンを行った法人」）の適用が排除されることがないように、現金等の流動性の高い資産と交換された外国法人の株式については、外国法人の株式保有割合の判断上考慮しないこととする方向で「代理の外国法人」について規定している

(200) 本規定の原文は、“The Secretary shall provide regulations as are necessary to carry out this section, including regulations providing for such adjustments to the application of this section, including regulations providing for such adjustments to the application of this section as are necessary to prevent the avoidance of the purposes of this section, including the avoidance of such purposes through – (1) the use of related persons, pass-through or other noncorporate entities, or other intermediaries, or (2) transactions designed to have persons cease to be (or not become) members or expanded affiliated groups or related persons.”である。因みに、IRC § 7874(c)(6)（「規則」、Regulations）は、一定の金融商品を株式とみなす、或いは、一定の株式を株式以外の金融商品とみなす権限を財務省長官に付与している。

(201) 2009年に改正された財務省規則 § 1.7874-2T(g)の主なポイントについては、Martin Karges and Natallia Shapel, Sec. 7874: New Regs. Tighten the Anti-Inversion Rules（<http://www.aicpa.org/.../Sec787NewRegsTightentheAnti-InversionRules.aspx> [平成22年8月25日]）参照。

IRC § 7874(a)(2)(B)(ii)を改正するなどの意向が示されている⁽²⁰²⁾。

さらに、最近では、「管轄アプローチ」の有用性に鑑み、より広い範囲で本アプローチを採用することを提言する向きもある。「管轄アプローチ」を広い範囲で採用するという考え方は、実質管理地主義の実質的な採用という形の提案となって主張されている。例えば、ミシガン大学の著名なアビヨナ (Reuven S. Avi-Yonah) 教授は、コーポレート・インバージョンという現象を阻止するための最善の改革は、英国の管理支配テストに相当するようなものを採用して法人居住地の概念を修正することであると主張しており⁽²⁰³⁾、また、ノートルダム大学のカーシュ (Michael S. Kirsch) 教授も、米国企業の国外移転やコーポレート・インバージョンへの対応が不適切・不十分なものとなっている現状などに鑑みると、設立準拠地基準の短所をアドホックに補うというスタンスではなく、多くの論者が主張しているように、より濫用の余地が少ない管理支配地基準の採用という基本的な選択肢について前向きに検討することが望ましいと結論づけている⁽²⁰⁴⁾。

レビン (Carl Levin) 議員が2009年に上院に提出した「タックス・ヘイブン乱用防止法」(the Stop Tax Haven Abuse Act, S. 506) 案の § 103 (「米国で管理支配されている外国法人の税務上の利益の否定」、Deny tax benefits for foreign corporations managed and controlled in the United States) も⁽²⁰⁵⁾、IRC § 7874の機能を補完するなどの観点から、管理支配地の判定基準

(202) 本告示を巡る議論・効果等については、Jefferson P. Vanderwork, Inversions under section 7874 of the Internal Revenue Code: Flawed Legislation, Flawed Guidance, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol. 30, Issue 3 (2010) 参照。

(203) この点については、Reuven Avi-Yonah, *For Haven's Sake: Reflection on Inversion Transactions*, Vol. 95, No. 12 (2002) p. 6 参照。

(204) この点については、Michael S. Kirsch, *the Congressional Response to Corporate Expatriations: the Tension between Symbols and Substance in the Taxation of Multinational Enterprises*, *Notre Dame Law School Legal Studies Research Paper No. 05-03* 参照。

(205) 本法案は、レビン議員が、コールマン議員等と共に2007年に上院に提出した同じ名称の法案 (H. R. 2136, S. 681) に修正を加えたものである。法案 (S. 681) のポイントについては、松田・前掲「外国子会社配当益金不算入制度創設の含意」104～106

としては、上記の米蘭租税条約 26 条で採用されている「実質的存在テスト」と同様なものを採用した上で、実質的に事業活動を行っている米国に所在する法人や事業体（特に投資ファンド等）が、軽課税国にペーパー・カンパニーを設立していることによって、米国において外国法人としての税務上の利益を得ており、なおかつ、当該外国法人が上場会社又は米国で管理支配されている 5 千万ドル以上の総資産を有する法人に該当する場合には、当該外国法人については、原則として、税務上、国内法人として取り扱うとしている⁽²⁰⁶⁾。

2010 年 5 月にも、ドゲット議員（Lloyd Dogget）が下院に提出した「国際租税競争法」（International Tax Competitiveness Act of 2010, H. R. 5328）にも、IRC § 7701（「定義」、Definitions）を改正し、管理支配基準を導入するという案が組み込まれている。本案では、法人の経営戦略及び金融・運営方針を含む事項に係る決定を行う日々の権限・責任を担う経営者・管理者及びその他の者の殆ど全てが米国に存する場合には、当該法人は米国で管理支配されているとの考えの下、米国で主に管理支配されている外国法人（米国における活発な事業のための資産（現金や外国子会社の株式等を除く。）が相当な額に上る国内法人を親会社とする米国関連グループの被支配外国会社を除く。）については、かかる法人が進行年度又は前年度のいずれかの時点において有する総資産が 5 千万ドル超である、或いは、かかる法人の株式が証券市場で取引されているものである場合には、米国の国内法人として取り扱われることとなる⁽²⁰⁷⁾。

頁参照。

(206) 本提案の詳細については、03-02-2009-Summary of the Stop Tax Haven Abuse Act (<http://www.levin.senate.gov/newsroom/release.cfm?id=308945> [平成 22 年 2 月 10 日]) 参照。

(207) 本案の詳細については、H. R. 5328 - Introduced in House: International Tax Competitiveness Act of 2010 (<http://www.opencongress.org/bill/111-h5328/text> [平成 22 年 10 月 14 日]) 参照。

3. 対抗措置・アプローチの多様化に向けた動き

上記の通り、米国では、コーポレート・インバージョンや低税率国を利用したタックス・プランニング等に対し、現行の IRC § 7874 等では十分な対応ができていないという問題意識の下、「管轄アプローチ」の機能を更に拡充する形で制度改革を行う動きや制度改革案を提言する向きも見受けられる。しかし、「管轄アプローチ」の機能を拡充することによって法人資産等の国外移転に対処することにも問題がないわけではなく、また、一定の限界もあると考えられる。実際、2011 年度予算では、オバマ大統領が 2009 年に示していた 2010 年予算案（以下、「オバマ案」という。）で示されていたチェック・ザ・ボックス制度を大幅に改正する措置案は捨棄されたものの⁽²⁰⁸⁾、代替措置が手当てされたほか、オバマ案で示されていた「実現アプローチ」や「合算アプローチ」に依拠した措置案も含むその他の国際租税制度の改革案が、ほぼそのままの形で採用されている⁽²⁰⁹⁾。

2011 年度予算で新たに採用された「実現アプローチ」に依拠した対抗措置としては、IRC § 367(d)（「無形資産の移転に関する特別ルール」）及び移転価格税制である IRC § 482 の機能強化に繋がる措置が挙げられる。これらの

(208) 本措置案では、米国法人が、低税率国である A 国に設立した米国の税法上課税対象とならない「無視される外国事業体」(foreign disregarded entity) X から、高い税負担を課する B 国に設立した事業体 Y に貸付けを行い、事業体 Y の税負担を軽減させるとともに、「無視される外国事業体」X が得た利子が米国の CFC ルールの適用対象外となっていることなどを問題視した上で、外国事業体が税務上「無視される外国事業体」として取り扱われるための要件を厳格化する改正を行うことが提案されていた。本措置案の詳細については、Obama Administration Proposes Major reforms to U.S. International Tax Rules (<http://www.osler.com/newsresources/details.aspx?id=1143...4105> [平成 22 年 9 月 14 日])、無視される事業体を巡る問題の詳細については、David J. Rachofsky, Overview of U.S. Tax Consequences of Disregarded Entities, *Bulletin for International Taxation* (September /October 2001) pp. 388-396 参照。

(209) 国際課税制度改革に関するオバマ案のポイント及び本案を巡る議論については、松田・前掲「外国子会社配当益金不算入制度創設の含意」107～112 参照。主な国際課税制度の改革案の詳細については、グリーンブックと称される財務省の説明文書 (General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2010 Revenue Proposals) (<http://www.ustreas.gov/offices/tax-policy/library/grnbk09.pdf> [平成 21 年 9 月 24 日]) 参照。

措置は、IRC § 367(d)やIRC § 482の適用対象となる無形資産の価値や範囲に不透明性・不確実性が伴うことなどに起因して、その機能が十分に発揮されていない点を是正するとの観点から、「労働人員」(“workforce in place”)、「営業権」(“goodwill”)及び「継続事業価値」(“going concern value”)も、これらの規定の適用対象となる無形資産の定義に含まれることを明確化するとともに、無形財産の評価方法をより柔軟に行う(複数の無形資産が移転する場合、各資産を総合して評価する方法を採用し、また、関連当事者間取引の「現実的な代替」(“realistic alternative”)となるものに依拠して評価する)という趣旨のものとなっていることから⁽²¹⁰⁾、法人事業の国際的再編に係る移転価格税制に出国税を実質的に導入するものであると評されている⁽²¹¹⁾。

上記の対抗措置が講じられた背景には、そもそも、財務省規則 § 1.367(d)-1T(b) (「§ 367(d)の適用対象となる無形資産」、Intangible property subject to section 367(d))が、「・・・§ 367(d)及び本規定のルールは、財務省規則 § 1.367(a)-1T(d)(5)(iii)が定める外国の営業権及び継続事業価値の移転、或いは、財務省規則 § 1.367(a)-5T(b)(2)が定める無形資産の移転には適用されない・・・」と定めており⁽²¹²⁾、また、財務省規

(210) オバマ大統領案の段階では、無形資産については、「最良の利用状況の下での最高価値」(“highest and best use”) で評価することを原則化するという考えが示されていたが、「現実的な代替」となるものに依拠した評価も、同様な結果をもたらすであろうと評されている。この点については、Timothy Tuerff, Harrison Cohen, Gretchen Sierra and Michael Trujillo, Obama Administration Revises International Tax Proposals, Tax Notes International, Vol. 57, No. 7 (2010) p. 570 参照。

(211) この「出国税」は、ドイツの「対外取引課税法」1条3項と類似してはいるが、機能の国外移転ではなく、法人活動の再配置(プラント、組立・製造ライン、サービス・センター及び管理活動等の国外移転などを含み得る。)を適用対象とすることを狙ったものであると考えられるとの見方がされている。このような評釈・見方については、Albert Liguori and Mike Murphy, Transfer Pricing and Exit Taxes for Business Reallocations, Tax Notes, Vol. 124, No. 1 (2009) pp. 65-66 参照。

(212) 本規定の当該部分の原文は、“...section 367(d) and the rules of this section shall not apply to the transfer of foreign goodwill or going concern value, as defined in § 1.367(a)-1T(d)(5)(iii), or to the transfer of intangible

則 § 1.367(a)-1T(d)(5)(iii)（「外国の営業権及び継続事業価値」、Foreign goodwill or going concern value）が、「外国の営業権及び継続事業価値は、全ての他の有形資産と無形資産が確認・評価された後の米国外の事業活動の残余価値である」と定義していたことに乗じて⁽²¹³⁾、最近、納税者が、一定の資産（例えば、契約等）を一体的に評価しない、或いは、一定の資産の価値（例えば、ソフトウェアやネットワーク等）の多くを外国の営業権や継続事業価値に帰属させるなどの動きを示すようになったという事実がある⁽²¹⁴⁾。

2011年度予算で採用された「合算アプローチ」に依拠した新たな対抗措置も、かなり抜本的なものである。本件措置の下では、米国の居住者が「実効税率が低い外国」（“a low effective tax rate”）に所在する被支配外国法人への無形資産の移転により、「超過利益」（“excessive return”）の移転が実現する場合には、「超過利益」に相当する額は、外国税額控除の限度額の計算上、別のバスケットに分類されるサブパートF所得として取り扱われる。サブパートF所得の定義を「超過利益」を含むように拡大する本件措置の詳細については、未だ、必ずしも十分に明らかではないが、財務省職員は、「実効税率が低い外国」の判定については、国や地域毎に行うのではなく、10%という税率が一つの目安となり、また、「超過利益」とは、「移転された無形資産について生じる30%のレートを超えるリターン」（“a 30% rate of return on the transferred intangible”）であると想定されているとの説明をしている⁽²¹⁵⁾。

property described in § 1.367(a)-5T(b)(2).…”である。

(213) 本規定の当該部分の原文は、“Foreign goodwill or going concern value is the residual value of a business operation conducted outside of the United States after all other tangible and intangible assets have been identified and valued.”である。

(214) このような事実の詳細については、内国歳入庁が2008年11月10日に発表したメモ（National Office Technical Advice Memorandum, at <http://www.irs.gov/pub/irs-wd/0907621.pdf> [平成22年9月18日]）、Outbound Transfer of Foreign Goodwill and Going Concern Value (http://www.onesource.thomsonreuters.com/.../transfer_pricing/Outbound_Transfer_Newsletter.pdf [平成22年9月18日]) 参照。

(215) この点については、Kristen A. Parillo and David D. Stewart, Obama Budget Drops

2011年度予算で上記のような強硬な「合算アプローチ」に依拠する措置が採用された背景には、無形資産の国外移転に対処する上で、移転価格税制として機能している IRC § 482 にも、少なからぬ限界があるということが、Veritas Software Corp. v. Commissioner 事件租税裁判所判決 (133, T.C. No.14, Dec. 10, 2009) 等で明らかとなったという事実もある。本事件では、無形資産を保有している米国のベリタス社が、そのアイルランドの子会社等との間で、技術ライセンス契約と開発研究費を分担する契約を結び、アイルランドの子会社等から、無形資産の使用に係るロイヤリティとバイ・イン (buy-in) の支払いを受けたが、税務当局は、本件取引に所得法 (income method) を適用した上で、ベリタス社が受けたバイ・インの支払額が過少となっているとして、IRC § 482 に基づく更正処分を行ったことから、かかる処分が合法であるか否かという点が問題となった。

上記事件において、ベリタス社は、本件取引がアイルランドの子会社等への事業の一部移転のための無形資産の移転ではなく、アイルランドの子会社等の成長する販売活動等に対応するためのものであることから、本件取引には、「独立比準取引法」(comparable uncontrolled transaction, CUT) 法を適用すべきであると主張したのに対し⁽²¹⁶⁾、本件取引が「販売又は地理的な分割に類似した費用分担契約」(“CSA akin to a sale or geographic spinoff”) であると考える税務当局は、ベリタス社から移転したとされる資産等を個別評価するのではなく、総合的に評価した上で、その将来的な価値を一定の率で割り引いて算出した額が本件のバイ・インの対価として妥当であるとの主張を行ったが、租税裁判所は、税務当局がバイ・インの対価を算出する上で適用した割引率、データ及び資産の耐用年数等は、妥当なものではなく、本

check-the Box Repeal, Tax Notes International, Vol. 57, No. 6 (2010) p. 488 参照。なお、両院合同租税委員会は、本件措置によって、今後 10 年間で 100 億ドルを超える税収増が可能となると見積っている。

(216) 財務省規則 § 1.482-4(c)(2)(ii) が定める独立比準取引法が最も信頼のできる独立企業間価格の算定方法であるとされるのは、関連者間で取引される無形資産と比較可能な非関連者間で取引される無形資産が、その性質やその取引状況等において、同じ又は実質的に同様である場合である。

件取引に適用すべき妥当な独立企業間価格算定方法は CUT 法であると判示している⁽²¹⁷⁾。

さらには、米国の親会社がアイルランドの子会社と費用分担契約を結び、研究開発に従事する職員のストック・オプションに係る費用を費用分担契約に含めていなかったことが問題となった *Xilinx Inc. and Subsidiaries v. Commissioner of Internal Revenue* 事件第 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) における税務当局の劇的な勝訴は、無形資産が絡む所得の国外移転に十分に対応できるものとなっていないとの見方が少なからずされていた IRC § 482 の有用性が低いものではないことを印象づけるものであったが⁽²¹⁸⁾、2010 年 3 月 22 日には、第 9 巡回控訴裁判所が、本控訴審判決を取り消し、税務当局が敗訴した原審の租税裁判所判決 (125 T.C. No. 4, docket Nos. 4142-01, 702-03, filed August 30, 2005) を是認する修正意見を出したことによって、IRC § 482 の有用性が低くないという印象は再び希薄化したという経緯もある⁽²¹⁹⁾。

(217) 本判決では、内国歳入庁の無形資産の国外移転の問題への対応上の重要なスタンス・考え方 (①費用分担契約は事業又は事業機会の販売である、②既存の無形資産の耐用年数は無限である、③複数の無形資産の価値は、各々を単独で評価した場合よりも、シナジー効果を反映するように統合して評価した方が高くなり、また、統合した評価額を採用すべきである) が、明示的或いは黙示的に、完全に否定されたと解する向きもある。かかる解釈については、Alice Lin and Deloris R. Wright, *The Tax Court Decision in VERITAS: A Comment*, *International Transfer Pricing Journal*, Vol. 17, No. 2 (2010) pp. 148-151 参照。

(218) 本控訴審判決のポイントについては、松田・前掲「外国子会社配当益金不算入制度創設の含意」99～104 頁参照。

(219) 第 9 巡回控訴裁判所の修正意見のポイントについては、David D. Stewart, *US Ninth Circuit Reverses Its Xilinx Decision*, *Tax Notes International*, Vol. 57, No. 13 (2010) p. 1107, Lewis J. Greenwald, *Xilinx: Time for a Tweak to Treas. Reg. Section 1.482-1(b)(1)?*, *Tax Notes International*, Vol. 59, No. 2 (2010) pp. 119-121 参照。

終章 我が国の対抗措置の選択肢

第1節 法人資産等の国外移転と対抗措置の特徴・限界

1. 我が国における最近の動き

(1) 国際的組織再編成を巡る諸環境の変化

我が国の場合、法人税法2条1項3号において、国内に本店又は主たる事務所を有する法人が内国法人であると定められており、また、同項4号において、内国法人以外の法人が外国法人であると定義されていることから、法人居住性の判定基準としては、設立準拠地主義に分類されるところの本店所在地主義が採用されている。本店所在地主義の下、内国法人は、法人税法5条に基づき、無制限納税義務者として、全世界所得が課税対象となるのに対し、外国法人は、法人税法9条に基づき、制限納税義務者として、その国内源泉所得についてのみ課税されることから⁽²²⁰⁾、本店を軽税率国に設立するなど、本店所在地主義を逆手に取った国際的租税回避が行われ得るという問題については、予てより指摘されてきたところであるが、最近では、法人の国際的組織・事業再編を通じた税負担の軽減を図るなどの動きも見受けられるようになってきている。

我が国の場合、「本店」や「主たる事務所」の概念は民法や会社法等からの借用概念であると解されるところ⁽²²¹⁾、株式会社は本店の所在地において設立の登記をすることによって成立し（会社法49条）、また、本店の所在地は様々な訴えの専属管轄地となるため（会社法835条等）、我が国で設

(220) 国内源泉所得の定義については、法人税法138条参照。法人税法141条（外国法人に係る各事業年度の所得に対する法人税の課税標準）が定める通り、外国法人の課税対象となる国内源泉所得の範囲は、外国法人の国内における恒久的施設の有無や所得の発生の態様の如何によって異なる。

(221) この点については、木村弘之亮『国際税法』（成文堂、平成12年）344頁参照。民法50条は、「法人の住所は、その主たる事務所の所在地にあるものとする。」と定めている。

立する会社の本店を外国に置くことはできないと解されているが⁽²²²⁾、平成18年5月から施行されている新会社法によって合併等対価の柔軟化(平成19年5月1日より施行)が実現したことによって、合併会社の親会社の株式(海外親会社の株式も含む。)のみを合併の対価として被合併会社の株主に交付する三角合併を行うことが可能となったため⁽²²³⁾、国内法人は、外国親会社が日本国内に設立した子会社に吸収合併される対価として、その株主に外国親会社の株式を交付するという形態の国境を跨ぐ三角合併を行うことによっても、實際上、その本店を国外に移転することができるようになった。

税制面でも、近年、法人の国際的組織再編成に係る障壁を除去する方向で諸規定の整備が行われており、とりわけ、平成13年度及び平成18年度税制改正によって、法人税法2条及び法人税法施行令4条の2(適格組織再編成における株式の保有関係等)が定める適格合併要件(下表参照)を満たす合併等については⁽²²⁴⁾、株主や法人レベルでの譲渡益課税の繰延べなどが認められるようになり、また、平成19年度税制改正によって、法人税法62条の2(適格合併及び適格分割型分割による資産等の帳簿価額による引継ぎ)が措置されたことから、法定清算(会社法475条～574条)の手続を経ることなく被合併会社が消滅して海外親会社による内国法人の子会社化が可能となる国境を跨いだ三角合併については、上記の適格合併要

(222) この点については、江頭憲治郎『株式会社法(第2版)』有斐閣(平成20年)66頁参照。

(223) 会社法749条(株式会社が存続する吸収合併契約)1項2号、同法800条(消滅会社等の株主等に対して交付する金銭等が存続株式会社等の親会社株式である場合の特則)、同法135条(親会社株式の取得の禁止)2項5号及び同法施行規則23条(子会社による親会社株式の取得)8号参照。なお、法人税法2条12号の8が定める適格合併の対価として認められる合併親法人株式とは、合併直前に合併法人(存続法人)の発行済株式の全部を直接保有し、かつ、合併後も、当該合併法人の発行済株式の全部を直接保有する見込みがある親法人の株式である(法人税法施行令4条の2第1項)。

(224) 法人税法2条12号の8が定める適格合併だけでなく、法人税法2条12号の11が定める適格分割や法人税法2条12号の16が定める適格株式交換等の下でも、譲渡益課税の繰延べが認められる。

件を満たす場合には、原則として、株主・法人レベルでの譲渡益課税や清算所得に対する課税も生じないこととなる。

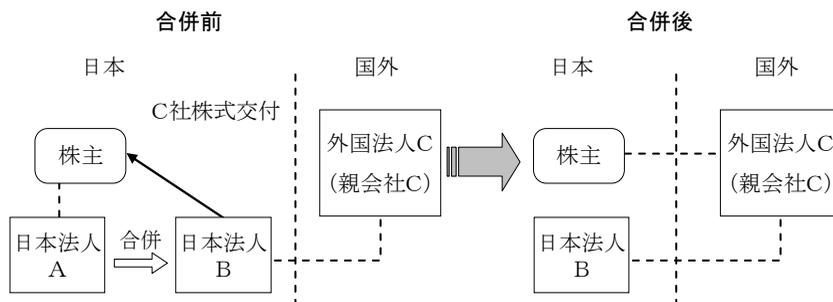
(表：合併当事者である合併法人と被合併法人間の適格要件)

企業グループ内の合併		(3) 共同事業を営むための合併（法人税法2条12号の8ハ） ⁽²²⁵⁾
(1) 株式保有割合100%のケース	(2) 株式保有割合50%超のケース	
合併後も100%の株式保有割合を維持	① 合併後も50%超の株式保有割合を維持 ② 80%以上の従業員の引継ぎ ③ 主要な事業の引継ぎ	① 事業関連性がある（事業関連性の判定基準については、法人税法施行規則3条参照） ⁽²²⁶⁾ ② 事業規模が5倍超でない（又は特定役員を引き継ぐ） ③ 80%以上の従業員を引き継ぐ ④ 主要な事業を継続 ⑤ 80%以上の合併法人株式（三角合併の場合は親法人株式）の保有を継続

(225) 共同事業要件の詳細については、法人税法施行令4条の2第4項参照。

(226) 事業関連性の判定基準の詳細については、国税庁公表資料「共同事業を営むための組織再編成（三角合併等を含む）に関するQ&A ～ 事業関連性の要件の判定について～」（<http://www.nta.go.jp/shiraberu/zeihou-kaishaku/joho.../hojin/.../01.pdf> [平成22年1月25日]) 参照。

(図 1 : 国境を跨ぐ三角合併の例)



例えば、国境を跨ぐ三角合併は、上図 1 の通り、外国法人 C が、100% 出資の内国法人 B を設立し、内国法人 B が内国法人 A を吸収合併し、吸収合併の対価として、消滅する被合併法人 A の株主に外国法人 C の株式が交付されるという形で実行されるが⁽²²⁷⁾、この場合、かかる三角合併が上記の適格合併要件を満たしていれば、さもなければ生じ得る一連の課税（①被合併法人（内国法人 A）の資産の譲渡益課税、②株主による被合併法人（内国法人 A）株式の譲渡益課税、③被合併法人（内国法人 A）の利益積立金の交付を受けたとみなされる株主に対するみなし配当課税及び④合併法人（内国法人 B）による外国法人 C 株式の譲渡益課税等）を回避することが可能となるほか⁽²²⁸⁾、法人税法 57 条（青色申告書を提出した事業年度の欠

(227) 会社法 135 条 1 項の下、子会社による親会社株式の取得は原則として禁止されているが、会社法 800 条の下、合併等に際し、消滅会社の株主等に対して交付するために、存続会社が、その親会社の株式を取得することは認められている。

(228) ①については、法人税法 62 条の 2（適格合併及び適格分割型分割による資産等の帳簿価額による引継ぎ）、②については、法人税法 61 条の 2（有価証券の譲渡益又は譲渡損の益金又は損金算入）、③については、法人税法 24 条（配当等の額とみなす金額）1 項及び所得税法 25 条（配当等とみなす金額）1 項参照。④に関しては、内国法人が、合併等の対価として親法人株式を交付する場合、その合併等契約日において保有する親法人株式については、法人税法 61 条の 2（有価証券の譲渡益又は譲渡損の益金又は損金算入）第 22 項及び法人税法施行令 119 条の 11（有価証券の区分変更等によるみなし譲渡）第 2 項の下、その契約日に時価による譲渡と取得をしたものとして、それまでの含み損益を清算することとなるが、通常の三角合併では、合併契約後に親会社株式が取得されるので、簿価譲渡となり、譲渡益課税の問題は

損金の繰越し) 2項の下、被合併法人(内国法人A)の未処理の欠損金も、一定の場合を除き、その全額を合併法人(内国法人B)が引き継ぐことが可能となる。

上記でいう被合併法人の未処理欠損金の全額引継ぎが制限される一定の場合とは、①合併法人と被合併法人との間で法人税法57条3項が定める特定資本関係(一方の法人が他方の法人の発行済株式の総数又は出資の総額の50%超を直接又は間接に保有するなどの関係)があり⁽²²⁹⁾、しかも、②かかる特定資本関係が合併法人の適格合併事業年度の開始の日の5年前の日以後に生じているケースにおいて、かかる適格合併が法人税法施行令112条(適格合併等による欠損金の引継ぎ等)7項で定める「みなし事業要件」を満たしていない場合であるが⁽²³⁰⁾、この場合でも、法人税法施行令113条(引継対象外未処理欠損金額の計算に係る特例)1項1号の下、被合併法人の特定資本関係発生事業年度の直前事業年度末における時価純資産価額の簿価純資産価額を超過する分が、被合併法人の特定資本関係前未処理欠損金額以上であれば、被合併法人の未処理欠損金額の全額引継ぎが可能となる。

(2) 法人の本店・資産等の国外移転に向けた動き

上記の一連の法律改正が実現したことなどを背景として、法人の重要な機能等の国外拠点(特に税優遇措置を有する国や低税率国、例えば、シンガポール等)への移転や移転に向けた動きがあるとの指摘もされている⁽²³¹⁾。実際、例えば、大阪府高槻市に本店を置いていたサンスター(株)は、

生じない。

(229) 特定資本関係の有無の判定基準の詳細については、法人税法施行令112条4項参照。

(230) 同一企業グループ内の適格合併のケースに対し、このような制限が設けられているのは、例えば、被合併法人から合併法人への繰越欠損金の引継ぎに一定の制限を課するのみでは、繰越欠損金を有する法人を買収した後、当該法人を合併法人とする逆さ合併を行うことによって租税回避を抑止できないからであると考えられる。

(231) この点については、「日本企業のアジア本社移転はあるのか」(<http://www.katou.jp/?eid=143> [平成21年12月24日])参照。

平成19年7月26日に大阪証券取引所への株式上場を廃止し、スイスに本店を移した。この本店移転は、①サンスターの創業者等がスイスに事業統括管理会社を設立し、②当該管理会社によって日本に設立された買収ビークルが第三者から貸付けを受けた資金による株式公開買付け(TOB)を行い、③TOBに応募しなかった株主については、全部取得条項付種類株式を用いたスキームでスクーズ・アウト(排除)することによってサンスターを非公開化するという手順で行われ、その結果、サンスターは買収ビークルの子会社となり、スイスの事業統括管理会社の孫会社(サンスターによる買収ビークルの吸収合併後は、当該管理会社の子会社)となっている⁽²³²⁾。

上記のサンスター(株)の本店の国外移転は、典型的な国際的三角合併によるものではなく⁽²³³⁾、また、必ずしも税負担の軽減を最大の目的として実行されたものでもなかったようである⁽²³⁴⁾。実際、本件では、TOBに応じて持株を現金で売却したサンスター(株)の株主や同社から現金によってスクイズ・アウトされた同社の株主が保有していた株式の含み益に対する課税などは避けられなかったと考えられる。もっとも、創業者等が従来から有しているサンスター(株)の株式は譲渡されていないため、創業者等への課税は特段行われていないと想定されるほか、本店移転後は、スイスの相対的に低い法人税率及びサンスター(株)からスイスの事業統括管理会社への利子や配当の支払いに対する日・スイス租税条約上の軽減税率などの

(232) 詳細については、太田洋「三角合併等の対応税制と M&A 実務への影響」租税研究第705号(平成20年)56頁参照。

(233) サンスターの本店移転は、特別目的会社をつくり、この特別目的会社とサンスターと株主との三者で株式をやり取りするという三角合併に近い形で TOB を成功させたはじめての例とも言われている。この点については、「上場廃止して国外に脱出するサンスター」(<http://www.nikkeibp.co.jp/sj/2/column/a/74/index1.html> [平成22年7月11日])参照。

(234) 国境を跨ぐ三角合併の実例としては、平成20年1月、米国の金融大手のシティ・グループが、日本の証券持株会社であった日興コーディアル・グループの全株式を三角合併により取得し、完全子会社(「日興シティグループ・ジャパン・ホールディングス株式会社」としたことにより、日興コーディアル・グループの株式は上場廃止となり、日興コーディアル・グループの株主はニューヨーク証券取引所に上場されているシティ・グループの株式を取得したケースなどがある。

適用を受けることが可能となる⁽²³⁵⁾。このように、適格合併要件を満たす国際的三角合併によらずとも、本店の国外移転を行うメリットは十分にあるということになれば、我が国でも、課税ベースの浸食の問題は更に深刻化することとなるだろう。

また、主な諸外国では、課税ベースの浸食は、無形資産等の国外関連者への譲渡という形でも生じているが、我が国でも、無形資産等の関連者間取引は税務上困難な問題を惹起している。例えば、名古屋地裁平成17年9月29日判決（平成16年（行ウ）第38号、税務訴訟資料255号順号10144）では、各地の工務店との契約に基づいて経営システムの供与・指導等の対価としてロイヤルティを受領していた法人A（原告の親会社）が、今後は、研究開発機能を原告に集中させ、原告が親会社Aからノウハウの供与の対価としてロイヤルティを受領するという契約を結び、その後、原告は、シンガポールに設立した法人Bに対し、20億円でノウハウ等を譲渡する契約を結び、譲渡対価を収益計上した申告をしたところ、税務当局は、対価の額を31億円に更正する先行処分を行った後、本件ノウハウ等は法人Aに帰属しているとの認定の下、本件譲渡契約は仮装であるとして、本件資金移動を無償による資産の譲受けとする処分に切り替えたことが問題となった。

上記地裁判決では、本件ノウハウ等の研究開発主体は原告であり、その帰属主体も原告であったと判断するのが相当であり、本件譲渡契約も経済的合理性を有していることから、本件資金移動が受贈益に該当しないことは明らかであるとして、更正処分が取り消されている。裁判所は、原告設立時において、それまで形成されていた法人Aのノウハウが高額の収益をもたらすにもかかわらず、原告に無償でしかも口頭で譲渡されたと認めることはできないという被告の主張に対しても、法人Aと原告とは、人的にも資本構成上も親子会社の関係にあることから、書面の作成や譲渡対価の支払について格別の意を払わなかったからとあって、特に不自然とはいえ

(235) この点の詳細については、太田・前掲「三角合併等の対応税制とM&A実務への影響」56～57頁参照。

ない上、法人Aと各工務店とは、いったん経営システムが提供されれば短期間にその陳腐化が進行すると認識していたことがうかがわれるから、法人グループの研究開発機能を原告に集中させたとの上記の判断を覆すことはできないと判示している。

上記事件の控訴審である名古屋高裁平成 18 年 2 月 23 日判決（平成 17 年（行コ）第 60 号、税務訴訟資料 256 号順号 10329）でも、上記地裁判決の判断は維持され、裁判所は、シンガポール法人Bが設立された真の目的は、法人Bの発行済株式総数の 99.99%の所有者（法人Aの創業者の長男）に対する贈与税・相続税の回避先作りの一環であった可能性が高く、また、法人税等の軽減を図るためであったとの税務当局（控訴人）の主張に対しても、あくまで控訴人の推測にすぎず、これを認めるに足りる証拠はないほか、仮に法人税等の軽減のために法人Bを設立し、本件譲渡契約を締結したとしても、現判決のとおり、法人B自体は、実態のある会社組織であり、本件譲渡契約も、その実態を伴うものである以上、契約当事者に上記の意図があったことをもって、本件譲渡契約自体が仮装のものであると認めることはできず、控訴人の上記主張も採用することはできないと判示している。

確かに、本事件では、先行処分が修正されるなどの問題があり、上記地裁判決でも、原告は、本件譲渡契約の下、本件ノウハウ等そのものだけでなく、フランチャイズ契約の相手方からロイヤルティの支払いを受けるシステム全体も譲渡されているとの税務当局の指摘を受けて、本件譲渡契約締結日から1年間に原告が取得するロイヤルティ収入に複利減価率を乗じて本件ノウハウ等の適正価額を算出した二つの価額案を示し、その中間値で成立した被告との合意に基づいて先行処分が行われることなどに至った事情は、やや不可解であるとの印象を免れないと判示されている。しかし、そもそも、このような問題が生じた背景には⁽²³⁶⁾、無形資産の譲渡対価や

(236) 例えば、このような適正価額の算定は、財産評価基本通達 140（特許権の評価）が「特許権の価額は、145（権利者が自ら特許発明を実施している場合の特許権及び実

その帰属主体等の問題に係る判断には少なからぬ困難性が伴い得るほか、これらの問題と移転価格税制との適用関係も必ずしも十分に明確ではないなどの事実があると考えられるところ⁽²³⁷⁾、このような事実も、我が国の課税ベースの浸食を進展させる方向に作用するのではないかと想定される。

2. 課税ベース浸食の防止措置

勿論、国際的組織・事業再編成や法人資産等の国外移転などに伴って生じ得る我が国の課税ベースの浸食を阻止するための措置は、ある程度手当てされている。これらの措置を代表するものとしては、移転価格税制や外国子会社合算税制のほかにも⁽²³⁸⁾、例えば、平成 19 年度税制改正で手当てされた①租税特別措置法 68 条の 2 の 3（適格合併等の範囲に関する特例）第 1 項、②法人税法 132 条の 2（組織再編成に係る行為又は計算の否認）⁽²³⁹⁾、③コー

施権の評価)の定めにより評価するものを除き、その権利に基づき将来受ける保障金の額の基準年利率による複利現価の額の合計額によって評価する」と定めていることを根拠とするものと考えられるが、「1 年間に一条住宅研究所が取得するロイヤルティ収入に複利減価率を乗じて本件ノウハウ等の適正価額を算出するというノウハウ等の算定根拠の理論的根拠が明確でない」との意見もある。かかる意見については、細川健「ライセンス契約とノウハウの課税上の問題点(その1)一名古屋高等裁判所平成 18 年 2 月 23 日判決(一条住宅研究所事件)を題材に」税務弘報(平成 19 年) 166 頁参照。

- (237) 本件については、移転価格課税という観点からの検討が十分でないことは、例えば、移転価格税制の下では、非関連者間との無形資産の一括譲渡取引であれば、時価純資産、コストカバー方式(約 39 億円)、予想収益還元法(年間受領予定ロイヤルティの 5～10 年分を現価還元)などにより、その価額を適正に算定した上で譲渡対価を決定したはずであり、例えば、コストプラス方式を採用したとすれば、その譲渡対価額は、少なくとも投下コストを回収でき、かつ若干のマージンも得られる 40 億円程度になったのではないかと思われるとの意見もあることなどからも確認し得よう。かかる意見については、川田剛「無形資産取引をめぐる諸問題—移転価格税制の観点からみた一条工務店事案」国際税務 Vol. 27, No. 4 (平成 19 年) 51 頁参照。
- (238) 移転価格税制については、平成 16 年度税制改正により、租税特別措置法施行令 39 条の 12 第 8 項の下、営業利益を利益指標とした独立企業間価格の算定方法として、取引単位営業利益法が措置されたことが特に注目される。取引単位営業利益法は、日本の親会社を経由しない外—外取引において日本の親会社の無形資産が関係している場合の独立企業間価格の算定上有効な方法であると考えられている。
- (239) 本規定が、具体的に、どのような租税回避行為に適用されるのかは、必ずしも明

ポレイト・インバージョン対策税制である租税特別措置法 40 条の 7～9（特殊関係株主等である居住者に係る特定外国法人に係る所得の課税の特例）及び同法 66 条の 9 の 2～66 条の 9 の 5（特殊関係株主等である内国法人に係る特定外国法人の留保金額の益金算入）、④租税特別措置法 37 条の 14 の 2（合併等により外国親会社法人株式の交付を受ける場合の課税の特例）、⑤租税特別措置法 68 条の 2 の 3 第 4 項などが挙げられる。

上記①の措置は、特定支配関係がある内国法人間の三角合併等のうち⁽²⁴⁰⁾、軽課税国に所在する実体のない外国親法人の株式を対価とするものについては、合併法人等に事業活動の実体が認められるなど、一定の要件を充足する場合を除いて、法人税法 2 条 12 号の 8 が定める適格合併等に該当せず、合併等の時、外国合併親法人株式の価額に相当する金額について、当該株式の交付を受ける株主の旧株（被合併法人株式）への譲渡益課税を行うというものであり、上記③の措置は、特殊関係株主等が、組織再編等により、軽課税国に所在する外国法人（特定外国法人）を通じて、その内国法人（特殊関係内国法人）の発行済株式等の 80%以上を間接保有する関係（特定関係）となった場合には、適用除外基準をクリアしない限り⁽²⁴¹⁾、その特定外国法人が留保した所得を、その持分割合に応じて、その特定外国法人の特殊関係株主等である内国法人の所得に合算して課税するというものである⁽²⁴²⁾。

らかではないが、例えば、国内での組織再編の場合、損出しを狙って意図的に適格要件を外すような再編を行うケースや赤字会社の繰越欠損金を黒字会社に取り込む合併を行った後に会社分割を行うケースなどに適用され得るとするものについては、神門剛「組織再編による所得・資産移転」税理 Vol. 48, No. 13（平成 17 年）105～110 頁参照。

- (240) 租税特別措置法 68 条の 2 の 3 第 5 項 2 号は、特定支配関係とは、合併法人が被合併法人の発行済株式等の 100 分の 50 を超える株式等を直接又は間接に保有する関係であると定めている。
- (241) 平成 22 年度税制改正前の適用除外基準（独立企業としての実体を具備し、本店所在地で活動を行う合理的な理由があることなど）については、旧租税特別措置法 66 条の 9 の 2（特殊関係株主等である内国法人に係る特定外国法人の課税対象金額の益金算入）第 4 項参照。改正後は、適用除外基準についても、外国子会社合算税制の適用除外基準の改正（脚注 1・2 参照）と同様なものとなっている。
- (242) この場合、持株割合が 5%未満の株主も合算課税を受けることとなる。租税特別措置法 40 条の 7 第 1 項が定める特殊関係株主等とは、特定株主等（特定関係が生じ

上記④の措置は、国境を跨ぐ三角合併の対価として外国親会社株式の交付を受ける株主が非居住者・外国法人であるケースについては、適格合併要件を満たしている場合でも、国内に恒久的施設を有しているか否かに関係なく、原則として、旧株の譲渡益に対して課税するというものである⁽²⁴³⁾。この例外として譲渡益課税が繰延べられるのは、非居住者等株主が交付を受けた外国親会社株式が、国内で行う事業に係る資産として管理されていた株式（国内事業管理株式）に対応して交付を受けるもの（国内事業管理外国合併親会社株式）であり⁽²⁴⁴⁾、また、日本国内の恒久的施設において、国内事業に係る資産として管理し、当該株式の保有状況について、所轄税務署長への報告義務を履行する場合であるが、この場合でも、その後、外国親会社の株式を国内事業資産として管理しなくなった場合には、その時点の時価で譲渡を行ったものとされる⁽²⁴⁵⁾。

上記⑤の措置は、内国法人がコーポレート・インバージョンを行った後、特定支配関係にある特定外国子会社（内国法人及び特殊関係非居住者が発行済株式等の総数又は総額の 50%を超える数又は金額の株式を有するものうち、特定軽減課税外国法人に該当するもの）の株式を特定軽減課税国に所在する特定外国親会社等（外国法人で、内国法人との間に、当該外国法人が当

ることとなる直前に特定内国法人の株式等を有する個人及び法人）に該当する者並びに当該者と特殊関係にある個人及び法人であり、特定内国法人とは、特定関係が生じることとなる直前に株主等の 5 人以下並びにこれらと特殊の関係にある個人又は法人によって発行済株式等の 80%以上を保有される内国法人である。また、同法 40 条の 7 第 2 項 2 号が定める特殊関係内国法人とは、特定内国法人又は特定内国法人からその資産及び負債の大部分の移転を受けた内国法人である。

- (243) この場合、租税特別措置法 37 条の 10（株式等に係る譲渡所得等の課税の特例）第 1 項が適用され、三角合併の時に於いて交付を受ける外国合併親会社株式の価額に相当する金額が、旧株（被合併会社株式）の譲渡所得等に係る収入金額とみなされて課税されるが、我が国が締結している租税条約において、事業類似株式や不動産関連株式の譲渡益に対する居住地での課税を行わない旨が定められている場合には、かかる譲渡益への課税は行われない。
- (244) 租税特別措置法 37 条 14 の 2 第 1 項括弧書、同法施行令 25 条の 14 第 1 項、法人税法施行令 188 条 7 項参照。
- (245) 租税特別措置法施行令 25 条の 14 第 1 ～ 4 項、同令 25 条の 14 第 9 項、法人税法施行令 188 条 2 項参照。

該内国法人の発行済株式等の総数又は総額の 80%以上の数又は金額の株式を直接又は間接に保有する関係その他の政令で定める関係のあるもの) に対して現物出資することは、特定現物出資（内国法人の有する特定外国子会社の株式を当該内国法人に係る特定外国親法人に対して移転する現物出資）であることから、法人税法2条12号の14が定める適格現物出資に該当しないものとして、現物出資時点で子会社株式の譲渡益に課税するというものである。

3. 対抗措置の問題点と限界

特に、国際的組織再編成に伴って税負担の不当な軽減・回避が可能となるようなケースや我が国の課税ベースの浸食が生じるようなケースに対処するとの観点から、最近、上記2で示した①～⑤に代表される措置が手当てされてはいるが、これらの措置に代表される対抗策については、我が国の課税権を適切に担保する上で十分なものとなっているのかという問題がある。というのも、一つには、我が国のコーポレート・インバージョン対策税制は、インバージョン先の税負担レベル如何によって適用の如何が決定されるとの制度設計に依拠していない米国のコーポレート・インバージョン対策税制とは異なり、外国子会社合算税制の適用逃れを防止することを重視したものとなっているが、このような「合算アプローチ」を重視する制度設計の限界は、平成22年度税制改正によるトリガー税率の引下げによって、その適用対象となる国の数がかなり減少することとなったことによって、更に顕著なものとなるからである。

そもそも、「合算アプローチ」に依拠するコーポレート・インバージョン対策税制に少なからぬ限界があることは、例えば、キャピタル・ゲイン課税を受けてもインバージョンを行う米国企業もある中、米国財務省が発表した2002年報告書において、コーポレート・インバージョンによって生じる間接的な負の効果である「利益剥し」の問題①軽課税国に設立された親会社からの多額の借入に係る利払い控除、②評価が困難な無形資産が関係する取引

による所得の国外の親会社への移転、③国外の親会社との再保険契約に基づく支払保険料の控除等）への対応が特に重要であるとの指摘がされているのは、「利益剥し」については、多くの租税条約では、利子や配当等に対する源泉税率がかなり軽減されていることなどを背景として、インバージョンを行う先の国の税負担が特に低くないケースでも生じ得る問題であるという事実をも踏まえているからであるという点に着目すると明らかなものとなる⁽²⁴⁶⁾。

しかも、我が国では、所得税法 33 条 1 項が、譲渡所得とは、資産の譲渡による所得をいうと定めており、また、最高裁第一小法廷昭和 43 年 10 月 31 日判決（最高裁昭和 41 年（行ツ）第 8 号、税務訴訟資料 53 号 799 頁）では、「譲渡所得に対する課税は、原判決引用の第一審判決の説示するように、資産の値上がりによりその資産の所有者に帰属する増加益を所得として、その資産が所有者の支配を離れて他に移転するのを機会に、これを清算する趣旨のものとして解すべきであり・・・」と判示されている通り⁽²⁴⁷⁾、売買、贈与又は遺贈などによって、資産がその保有者の支配を離れることとなれば、譲渡益が実現し、譲渡所得課税が行われることとなるというのが原則となっているが、かかる原則についても、組織再編成税制の下では、米国の「投資（持分）継続性」と同様な考え方が採用されたことにより⁽²⁴⁸⁾、譲渡益課税の繰

(246) このような制度設計に係る差異は、我が国の場合、対処すべきコーポレート・インバージョンは、米国の場合（第 3 章第 2 節 2（2）で示した 2002 年財務省報告書のコーポレート・インバージョンの定義参照）と異なり、「内国法人（被合併法人）やその子会社を、その経済実態や株主構成を実質的に変化させることなく、軽課税国にある実体の無い外国法人を通じて保有する組織形態に再編する行為」であると捉えられていることに起因していると考えられる。我が国のコーポレート・インバージョン対策税制の立法趣旨については、緒方健太郎「クロス・ボーダーの組織再編成に係る税制改正（インバージョン対策等）について」ファイナンス第 501 号（平成 19 年）42 頁参照。

(247) 同様な趣旨は、最高裁第三小法廷昭和 50 年 5 月 27 日判決（昭和 47 年（行ツ）第 4 号、税務訴訟資料 81 号 648 頁）でも述べられている。

(248) 組織再編成税制が手当された平成 13 年の税制改正に関する税制調査会答申（平成 12 年 12 月）の 20 頁でも、「分割型の会社分割や合併により、分割法人や被合併法人の株主は、新設・吸収法人や合併法人の新株等の交付を受けることになる。この場合には、先に述べたとおり、原則として旧株の譲渡損益の計上を行うこととなるが、

延べを広く認めるという方向で修正を受けているという事実が認められる。

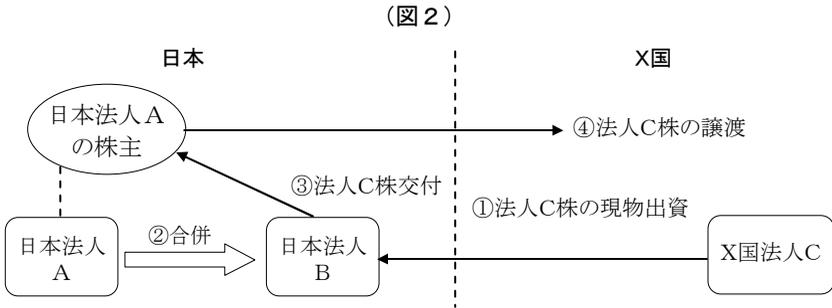
確かに、「投資（持分）継続性」という考え方の下でも、国境を跨ぐ三角合併等によって、譲渡益に対する我が国の課税権の半永久的な喪失に直接的に繋がる資産の移転に繋がることとなり得る場合には、かかる資産の譲渡益が実現したものとして課税するとされているが⁽²⁴⁹⁾、適格合併の要件を充足する国境を跨ぐ三角合併のように、被合併法人の居住者株主の株式が、三角合併後に合併法人の外国親会社の株式に交換されるケースでは、譲渡益に対する我が国の課税権の半永久的な喪失に直接に繋がらないとして、譲渡益課税が繰延べられる。しかし、一旦、譲渡益課税の繰延べが認められると、国境を跨いだ三角合併等の結果、法人等が、国内法上の規定に基づき、無制限納税義務者から制限納税義務者に変化する、或いは、租税条約上の規定に基づき、法人等の一定の所得に対する課税権が外国に配分されることもあるため、我が国の課税ベースの浸食や課税権の制限が生じ得る。

国境を跨ぐ三角合併によって我が国の課税ベースの浸食や課税権の制限が生じ得ることとなる例としては、例えば、下の図2で示したようなケースが考えられる。下図2では、国境を跨ぐ三角合併によりX国法人Cの株式を得た日本法人Aの株主が、X国で法人Cの株式を譲渡しているが、この場合、法人Cの株式がX国で上場されているものであり、また、日本とX国との租税条約上の規定により、かかる譲渡益に対する課税権がX国に配分されると、かかる譲渡益に対するX国での税負担額は、国際的三重課税の調整上、原則として、我が国の外国税額控除制度の対象となることから、本制度の下、実際に控除の対象となる外国税の金額の如何によっては、国境を跨ぐ三角合併が行われた時点における課税繰延べ部分に対する我が国の課税権の一部が

株主の投資が継続していると認められるときには、譲渡損益の計上を繰り延べることが考えられる」と述べられていた。「投資（持分）継続性」の原理については、第3章第1節1参照。

(249) このような措置に該当する例としては、第2節2（国際的組織再編成による税負担の軽減の防止措置）で示した④の措置（法人税法施行令188条1項17号）などが挙げられる。

制限される、或いは、その全部が喪失することとなる⁽²⁵⁰⁾。



これに対し、幾らかの諸外国では、第 2・3 章で考察した通り、自国の課税権の制約や課税の機会の逸失に繋がるような国際的組織・事業再編成や資産等の国外移転のケースについては、原則として、課税の対象とする措置が手当てされている。例えば、米国の IRC § 367 の下では、国外への間接的資産移転も原則として譲渡益課税の対象とされている。ノルウェーの資産と負債に対する出国税の下では、課税対象資産が物理的にノルウェーの課税管轄外へ移転するケースだけでなく、その保有者がノルウェーの居住者でなくなるとともに、保有資産がノルウェーに所在する恒久的施設から離れることとなる場合にも、譲渡益課税が行われる。ドイツでも、法人税法 12 条 1 項は、「法人、社団又は財団による資産の売却や利用に起因する利益に対するドイツ連邦共和国の課税権が喪失又は制限されることとなる場合には、当該資産の売却や利用が時価で行われたものとする・・・」と規定している。

我が国でも、上記のような諸外国の対応措置に具現している考え方やアプローチを広く採り入れことを検討する必要性があることは、例えば、無制限納税義務と制限納税義務との間の異動に関する規制を十分に行っていない我が国の税法の下では、その間隙をぬって、国際的なタックス・プランニングが

(250) この点については、中村繁隆「三角合併と通行税—間接的株式移転の発想を題材に」税法学 559 号（平成 20 年）4～5 頁参照。

容易に策定されると考えられることから、これらの規制を整備することの必要性は、最近のドイツや米国等における動きと比較しても明らかであるとの指摘がされていることなどからも確認し得よう⁽²⁵¹⁾。具体的な制度設計のあり方としては、上記のドイツ税法の規定も参考となろうが⁽²⁵²⁾、例えば、「間接的株式移転」のルールを組み込んでいる IRC § 367 の下では、我が国の場合のように租税条約の適用の局面ではなく、組織再編成が実行された局面で課税されるが、我が国でも、このような課税を時限的措置として導入することも検討の余地があり、その際には、「譲渡益認識合意書」も参考となる点が多いであろうとの意見なども見受けられる⁽²⁵³⁾。

上記の意見が特に注目しているのは、米国では、三角合併時点で課税のタイミングを設定し、しかも、間接的株式移転の課税繰延要件を直接的株式移転と同レベルにすることにより、課税取引となる可能性を高めることにより、租税条約の適用による自国の課税権の制限の問題を緩和しているという点である。この点に特に着目した上で我が国の対抗措置の再構築・機能強化の方法を探ることが最も合理的であるか否かを巡っては議論の余地があろうが、少なくとも、対抗措置の再構築を行うことの必要性は、平成 21 年度税制改正によって法人税法 23 条の 2（外国子会社から受ける配当等の益金不算入）が創設されたことや、平成 22 年度税制改正によって租税特別措置法 66 条の 6～9（内国法人に係る特定外国子会社等の課税対象金額の益金算入）が大幅に変更されたことによって法人資産等の国外移転を伴うタックス・プランニングを行う余地・機会が、益々、広がったことによって、更に高まったものと

(251) かかる指摘については、木村弘之亮「無制限納税義務と制限納税義務とのあいだの異動—国外逃散課税と国外転居課税に関する立法の必要性」法学研究 69 巻 5 号 1 頁（平成 8 年）2・38 頁参照。

(252) 納税者の無制限納税者から制限的納税者への変更、資産の国外への移転及び租税条約の規定の適用（本節の図 2 で示したケースも含まれる。）によって、自国の課税権が制限されることとなるケース等に対し、特に、ドイツの税法が効果的であり得る根拠については、第 2 章第 3 節 2 参照。

(253) かかる意見については、中村・前掲「三角合併と通行税」25～28 頁参照。

考えられる⁽²⁵⁴⁾。

かかる必要性の高まりや本稿で分析した主な諸外国で講じられている対抗措置等を踏まえた場合、我が国で検討する余地のある対抗措置の強化策の選択肢については、上記の意見で示されているもの以外にも、幾つかあり得るものと考えられる⁽²⁵⁵⁾。例えば、国境を跨ぐ三角合併等による含み損の利用制限を強化⁽²⁵⁶⁾する、或いは、租税特別措置法 66 条の 5（国外支配株主等に係る負債の利子等の課税の特例）の機能を強化するなどの選択肢もあろう。確かに、これらの選択肢も一定の効果を発揮し得るであろうが、本稿で考察した主な諸外国の対抗措置から示唆を得るとの視点に立つと、(i)法人の居住性の判定基準に変更を加える、(ii)コーポレート・インバージョン対策税制が採用している制度設計に変更を加える、(iii)出国税等を採用するなどの選択肢が浮上する。次の第 2 節では、これらの選択肢の具体的な制度設計のあり方や得失などについて検討を行う。

(254) 法人税法 23 条の 2 の創設の移転価格や租税回避への影響については、松田・前掲「外国子会社配当益金不算入制度創設の含意」参照。

(255) 勿論、法人税率を引き下げるなどを通じて、法人機能・資産等の国外移転に対するインセンティブ自体を低下させることによって、これらの問題点や限界等ができるだけ顕在化しないことを狙うなどの選択肢も考えられる。

(256) 含み損の利用制限という選択肢については、例えば、みなし共同事業要件を満たさない「特定適格合併」等（適格合併等の内、法人税法 57 条 5 項が規定する共同で事業を営むための適格合併等として、政令（112 条 9 項）で定めるものに該当しないもの）の場合、法人税法 62 条の 7（特定資産に係る譲渡等損失額の損金不算入）の下、合併法人等が被合併法人等から引き継いだ特定引継資産等の含み損は、その損金算入が制限されるが、このような制限は、適格性が否定されるコーポレート・インバージョンには適用されないため、コーポレート・インバージョンに伴って内国親会社が消滅し、その納税義務が新設外国親会社の内国子会社に継承される場合については、適格性が否定されることにより取引段階で実現する資産含み損の効果を反映した当該内国親会社の納税義務が当該内国子会社に承継されれば、結果として、それは、当該内国親会社から当該内国子会社への資産含み損の移転を認めたのと同様である以上、適格性否定ルールの適用に際して内国親会社による資産の含み損の利用を制限することを検討すべきとの意見もある。かかる意見については、倉見智亮「コーポレート・インバージョン対策税制の現状と課題—タックス・ヘイブン対策税制との関係からのアプローチ」税法学 561 号（平成 21 年）68～73 頁参照。

第2節 対抗措置の強化方法の主な選択肢

1. 法人居住性の判定基準の再検討

(1) 実質管理地主義を巡る議論の趨勢

第1章で考察した諸外国の例からも確認し得る通り、法人の実質的な管理地に基づいてその居住地を判定すると言っても、その実態には多様性が認められ、また、その他の判定基準との関係も一様ではないが、実質管理地主義を組み込むことによって、自国の課税権をより広く主張することが可能になる。例えば、ノルウェーでは、第2章第2節で述べた通り、その国内法及び多くの租税条約において、管理支配地主義が主な法人居住性の判定基準として採用されているため、法人の管理支配機能がノルウェーの国外に移転すれば、原則として、当該法人の資産に対するみなし譲渡課税を行う出国税制度の対象となるほか、ノルウェーで管理支配されている他国に設立された法人も、原則として、ノルウェーの内国法人としての納税義務を負う。このような例に鑑みると、我が国の場合も、本店所在地主義を実質管理地主義によって補完することによって、自国の課税権の浸食の防止機能を向上させることが可能となり得ると考えられる。

しかも、実質管理地主義的なアプローチを採用することの有用性は、そもそも、法人税の課税ベースの浸食が問題となる場合に限って認められるわけではない。例えば、相続税法では、10条1項8号が、社債（特別の法律により法人の発行する債券及び外国法人の発行する債券を含む。）の所在とは、「当該社債若しくは株式の発行法人、当該出資のされている法人又は当該有価証券に係る政令で定める法人の本店又は主たる事務所の所在」であると規定しているところ、法人がコーポレート・インバージョンを行い、その本店を国外に移転した上で、その法人の資産を当該国外に居住する後継者に相続させることにより、当該法人株式の相続に係る相続税の我が国での負担を回避することを試みることなどが危惧されるため、本規定を修正し、「居住法人の株式の所在は法人の管理支配地とする」との定めを設け

るべきであるとの意見もある⁽²⁵⁷⁾。

上記のような意見が述べられている背景には、上記のような規定となっている相続税法 10 条 1 項 8 号等が一つの隘路となって贈与税の回避行為を否認することが困難なものとなったことなどに起因して、東京地裁平成 19 年 5 月 23 日判決（平成 17 年（行ウ）第 396 号、判例集未登載）で税務当局が敗訴したなどの事実があるが⁽²⁵⁸⁾、今後は、法人が当初から名目上の本店を国外に設立することによって我が国での無制限納税者としての法人税の負担を回避するようなケースや、国際的組織・事業再編成等を通じて税負担の軽減を図るなどのケースも増加することが想定されることから、相続税法だけでなく、法人税法においても、実質管理地主義に依拠したアプローチを採用することによって、これらのケースなどが生じさせ得る我が国の課税権の喪失・制限という問題に対し、より効果的に対応するという選択肢についても、前向きに検討することが肝要ではないかとも考えられる。

確かに、税制調査会答申でも、予てより、度々、実質管理地主義の採用を検討すべきであるとの見解が示されていた。例えば、昭和 38 年 12 月の所得税法及び法人税法の整備に関する答申では、「・・・OECD モデル条約は、法人の管理支配がなされる場所の所在をもって、法人の居住性決定の最終基準としている。・・・この際我が国税法においても管理支配主義を併用すべしという議論は、首肯すべき点が多いと認められる。また、今後対外資本取引が自由化されるにつれて、名目上の本店を外国に置き、内国法人としての無制限納税義務を免れようとするものが増加するおそれもあり、然るべき規制を加える必要性も予見される。しかしながら、・・・採用の時

(257) かかる意見については、山崎昇「コーポレート・インバージョン（外国親会社の設立）と国際税務―「クロスボーダーの三角合併解禁に伴う国際的租税回避の懸念―」税務大学校論叢第 54 号（平成 19 年）62・87 頁参照。

(258) 東京地裁平成 19 年 5 月 23 日判決のポイント及び本事件の控訴審判決（東京高裁平成 20 年 1 月 23 日判決、東京高裁平成 19 年（行コ）第 215 号、判例集未登載）を巡る議論については、松田・前掲『租税回避行為の解明』376～379 頁参照。

期の選択について、かなり弾力的な巾を許すと考えてよいであろう。さらに、・・・国内法で本店所在地主義ないしは設立準拠法主義を採用している国があるが、これらの国が、・・・その国内法をどのような方向で整備するかということも、参考以供すべきであろう」との見解が示されていた。

もともと、他方では、実質管理地主義を採用する必要性は、それほど高いものではないとの見方もあり、例えば、上記の昭和38年12月の税制調査会答申でも、「しかしながら、現段階において直ちに国内法上管理主義に踏みきらなければならないという必要性も少ないようである。管理支配主義の採用により税法の規定が複雑になるということは、もとより管理支配主義の採用に反対する十分な論拠となりえないとしても、現段階において採用の必要性が少ないということは、少なくとも採用の時期の選択について、かなり弾力的な巾を許すと考えてよいであろう。・・・さらに、OECD加盟国のうちにも、米国、スイス、スウェーデン、オランダ等のように、国内法で本店所在地主義ないしは設立準拠法主義を採用している国があるが、これらの諸外国がOECDモデル条約の成立に伴い、その国内法をどのような方向で整備するかということも、参考以供すべきであろう」との趣旨が示されていた。

実質管理地主義の採用の必要性・有用性については、税制調査会答申でも、予てより、上記のような意見の相違があったわけであるが、最近の税制調査会答申では、実質管理地主義を採用するという考え方については、従来以上に消極的なスタンスが示されている。例えば、税制調査会の平成8年11月の法人課税小委員会報告（平12. 3. 17 法小5-6 国際課税関係説明資料）では、「内国法人と外国法人との区分に関し、現行の本店所在地主義に加え、法人の実質的な経営・管理の場所の有無で判定するいわゆる管理支配地主義を導入してはどうかとの意見もあるが、国際的にみても、管理支配地主義を採用する国は少なくなってきたこと、いわゆるタックス・ヘイブンを利用した租税回避行為に対しては既に所要の措置が講じられていること等を考慮すると、管理支配地主義を導入することについて

は慎重に考えることが適当である」と述べられている。

(2) 実質管理地主義の租税条約上の位置づけ

我が国における実質管理地主義を巡る議論の趨勢は、上記の税制調査会答申における意見の変遷におよそ示唆されるところであるが、租税条約との関係では、幾分異なった議論もあり得るかもしれない。OECD モデル租税条約では、4条（居住者の定義）に関するコメントリーのパラ 22 が、「登録のような純粹に形式的な基準を重視することは適切な解決に繋がらない。したがって、3項は法人等が実際に管理されている場所を重視している」と述べている⁽²⁵⁹⁾。さらに、OECD モデル租税条約4条に関するコメントリーのパラ 23 の後段は、「かかる所得に対する二重課税防止条約の多くは、「企業の管理地」が存する締約国に課税権を付与しているが、「実質的管理地」を重視する条約や「管理者の税務上の住居」を重視する条約もある」という点に言及しており⁽²⁶⁰⁾、また、同コメントリーのパラ 24 の第1文は、「これらの考察の結果、個人以外の者に関する優先規準として、「実質的管理地」が採用されている」と述べている⁽²⁶¹⁾。

我が国が締結している租税条約の中にも、例えば、日英租税条約のように、4条において、「パラ1の規定により双方の締約国の居住者に該当する者で個人以外のものについては、両締約国の権限のある当局は、合意により、この条約の適用上、その者が居住者であるとみなされる締約国を決定

(259) パラ 22 の原文は、“It would not be an adequate solution to attach importance to a purely formal criterion like registration. Therefore paragraph 3 attaches importance to the place where the company etc. is actually managed.”である。3項については、第1章第1節1及び脚注(15)参照。

(260) パラ 23 後段の原文は、“A number of conventions for the avoidance of double taxation of such income accord the taxing power to the State in which the “place of management” of the enterprise is situated; other conventions attach importance to its “place of effective management”, others again to the “fiscal domicile of the operator.”である。

(261) パラ 24 の第1文の原文は、“As a result of these considerations, the “place of effective management” has been adopted as the preference criterion for persons other than individuals.”である。パラ 24 の第2文以下については、第1章第1節1参照。

する」と定めているものがあり⁽²⁶²⁾、また、国税庁は、「法人については、相手国が管理支配地主義を採用している場合には、本店所在地主義と競合することになり、双方居住者の問題が生じますが、その場合には、その法人を実質的に管理する場所のある国の「居住者」とみなすこととなります」との説明を行っていることから⁽²⁶³⁾、我が国の場合も、本店所在地主義に頑なに固執して実質管理地主義を完全に排斥しているというわけではないと考えられる。

とはいうものの、法人居住性の判定基準に関する我が国の基本的スタンスは、租税条約上も、国内法上と同様に、設立準拠地主義に立脚するものとなっており、実際、例えば、日韓租税条約4条のpara 3も、「para 1の規定により双方の締約国の居住者に該当する者で個人以外のものは、その者の本店又は主たる事務所が所在する締約国の居住者とみなす」と定めている⁽²⁶⁴⁾。本規定で採用されている法人居住性の判定基準が、我が国の租税条約上の原則であることは、我が国の場合、予てより、OECDモデル条約4条に対し、実質的管理地という用語に代えて、本店又は主たる事務所という用語を用いることを希望するという旨の留保を付していることなどからも確認することができるが、最近でも、租税条約上の法人居住性の判定基準として実質管理地主義を採用することの必要性は、それほど強く主張されてはいないというのが実状である。

上記の通り、実質管理地主義の採用という選択肢は、租税条約との関係でも、我が国が付しているOECDモデル条約4条に対する留保などに鑑みると、非常に有力視されるものとは言い難い。確かに、OECDモデル条約の実質管理地主義に対する信奉は依然として揺らいではいないが、最近、法人

(262) このような規定振りを採用しているその他の租税条約の例としては、カナダ等との租税条約が挙げられる。

(263) この点については、No. 2875 居住者と非居住者の区分 (<http://www.nta.go.jp/taxanswer/gensen/2875.htm> [平成21年12月25日]) 参照。

(264) このような規定振りを採用しているその他の租税条約としては、日中租税条約等が挙げられる。

居住性の判定基準の多様性について、従来よりも柔軟なスタンスが採られるようになってきていることは、2008年に追加された OECD モデル条約 4 条に関するコメントリーのパラ 24.1 では、3 項については、「1 の規定により双方の締約国の居住者とされる者で個人以外の者については、両締約国の権限ある当局は、その者の実質的管理の場所、その設立地（又は登記地）及びその他の関連する要因を考慮して、この条約の適用上その者を居住者とみなす締約国を合意により決定するよう努めなければならない……」という規定による置換えが可能であるとの見解が示されていることなどからも示唆される⁽²⁶⁵⁾。

(3) 実質管理地主義の採用可能性

第 1 章で述べた通り、最近では、欧州でも、一連の欧州委員会指令等や欧州司法裁判所判決によって、実質管理地主義は、設立の自由の権利との関係から、その終焉を迎えようとしているとも言われているが、実際には、EU 加盟国の中にも、実質管理地主義的なアプローチに基づく措置を新たに講じるなどの動きもある。我が国でも、課税ベースの浸食の問題が、今後、更に深刻化すれば、かかるアプローチに対する認識やその改革の選択肢としての優先順位にも変化が生じるかもしれない。例えば、前述の通り、平成 8 年 11 月法人課税委員会報告は、実質管理地主義を採用する必要性が低い理由として、タックス・ヘイブンを利用した租税回避行為に対しては既に所要の措置が講じられている点を挙げていたが、かかる措置の中心をなす外国子会社合算税制が平成 22 年度税制改正で抜本的に変更されたことなどを背景として、タックス・ヘイブン等には該当しない国を利用した租

(265) 本コメントリーのパラ 24.1 の当該部分の原文は、“Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, the competent authorities of the Contracting States shall endeavour to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Convention, having regard to its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors.…”である。

税回避行為等が活発化することも想定される⁽²⁶⁶⁾。

また、上記の平成8年11月法人課税委員会報告では、実質管理地主義の採用の是非については、主な諸外国における動向も踏まえることが肝要であるとの趣旨が述べられていたが、第3章第3節で述べたように、設立準拠地主義に依拠している米国でも、最近は、実質主義的なアプローチに立脚する措置の機能を強化するだけでなく、実質管理地主義の採用を提案する動きが活発化してきている。米国では、何度も繰り返し提案される立法案は最後には立法化されることが多いという事実があり、かかる事実は、例えば、2011年度予算における経済的実質主義の立法化の実現にも見出し得るが、かかる事実を踏まえると、実質管理地主義の採用という案も、いずれは立法化されるのではないかと想定される。このような動きや可能性等にも目を向けると、我が国でも、実質管理地主義や実質管理地主義的アプローチを採用する可能性は、依然として、少なからず残されていると考えるのが妥当なのかもしれない。

上記の通り、実質的管理地主義や実質管理地主義的アプローチを採用するという選択肢を巡る議論が、今後、我が国において、どれほど再燃するかという点は、今後の我が国における経済の実態や我が国を取巻く諸環境の変化の程度の如何などにも少なからず左右されるであろうが、少なくとも、当面は、実質管理地主義の採用という選択肢が包括的・抜本的すぎるのであれば、実質管理地主義的アプローチを部分的に採用するという選択肢が優先されることとなろう。かかる選択肢の具体例としては、実質管理

(266) タックス・ヘイブン等には該当しない国を利用した租税回避等の活発化の可能性という点からすれば、平成21年度税制改正によって、我が国では、法人税法23条の2が創設されたことにも注目すべきである。英国でも、2009年財政法で領土主義課税方式への部分的移行が実現したところ、かかる移行が行われたことを背景として、アイルランドへの名目上の移転を行う法人に対し、英国の税務当局は、管理支配地基準に基づく課税を主張して対抗していることから、米国も同様な基準に依拠することができるよう手当てするべきであるとの意見もある。かかる意見については、Reuvin S. Avi-Yonah, *Tax Reform in the (Multi) National Interest*, *Tax Notes*, Vol. 124, No. 4 (2009) p. 391 参照。

地主義的アプローチに立脚してコーポレイト・インバージョン対策税制を再構築することが考えられる。このような選択肢は、実際には、現行のコーポレイト・インバージョン対策税制に「管轄アプローチ」に立脚する制度設計を組み込むという方法によって実現し得るものと考えられるが、以下の2では、かかる選択肢とその他のアプローチに立脚した制度強化の選択肢の得失等を比較考量することを試みる。

2. コーポレイト・インバージョン対策税制の再検討

(1) 「管轄アプローチ」に依拠した強化方法の有用性と限界

「管轄アプローチ」を採用するという選択肢の潜在的有用性については、例えば、コーポレイト・インバージョンをはじめとする国外移転では、国外移転後に生じる課税ベースの減少が問題となるので、「管轄アプローチ」の採用が不可欠であると考えられるところ、平成19年度税制改正では、インバージョンを念頭に置いたと思われる規定が設けられたものの、「管轄アプローチ」の観点から見たとき、外国法人を内国法人とみなすという手法が採られていないので、国外移転という取引そのものを捉えたものではないと評価されることから、今回の立法は、インバージョンにおける国外の所得について法人段階と株主段階の両方で課税することができないし、外国法人として地位の利用による税収減に対しても無力であることなどに鑑みると、国外移転による税収減の発生を防止するためにも、今後の法人税法は、「管轄アプローチ」を備えたものとすべきであるとの意見があることなどからも確認し得るという見方があろう⁽²⁶⁷⁾。

また、管理支配地基準を採用するとすると、管理支配地の判定が困難な場合や租税条約の相手国との間で双方居住者となるという問題が判定の都度生じるという実務上の混乱も予想されることから、その全面的な採用は現実的ではなく、また、コーポレイト・インバージョン対策のためだけに

(267) かかる意見については、岡村・岩谷・前掲「国外移転に対する実現アプローチと管轄アプローチ」310～312頁参照。

管理支配地基準を採用することは理由が弱いように思われるが、外国親会社か、全くのペーパー・カンパニーである場合には、インバージョンを利用した租税回避と考えられることから、平成19年度税制改正で規定される「特定外国法人」については、さらに要件を絞り込み、これを内国法人と同様に課税する制度の導入可能性を検討すべきであるとの考えの下、要件の絞り込みについては、「特定外国法人」が、「実体基準」（その国に主たる事業に必要な事務所、店舗、工場等を有していること）と管理支配基準の双方を満たさない場合には、居住法人として課税することも考えられるとの意見もある⁽²⁶⁸⁾。

さらには、「インバージョンによって新たに設立された外国親会社の居住地国の決定をどのような基準で行うのか」という視点のみならず、そのインバージョンによってどのような変化がその多国籍企業グループにもたらされたのか、換言すれば、そのインバージョンは形式的なものか、それとも実質的なものかという視点が必要となると思われる。そしてこのような視点で自国と外国親会社との間に「つながり」があると見れば、その「つながり」具合に応じて課税権を主張すべきである」との観点に立った上で、日本と外国親会社との間に強力な「つながり」があると見れば、その外国親会社を日本の内国法人として取り扱うところまで踏み込むべきであり、この場合、インバージョン前後の株主構成の変化、内国法人と外国親法人との間での資産・負債の引継ぎの実態、外国親会社の設立国における事業規模及び経営者の住所地等を総合勘案して「つながり」具合を判断することが必要であろうとの意見も表明されている⁽²⁶⁹⁾。

もっとも、「管轄アプローチ」の採用という選択肢については、そもそも、

(268) かかる意見については、山崎・前掲「コーポレート・インバージョン（外国親会社の設立）と国際税務」80～83頁参照。

(269) かかる意見については、中村大輔「コーポレート・インバージョン対策税制に関する一考察—日米比較を中心に」『第32回日税研究賞入選論文集』(2009)54・84頁参照。本意見では、「インバージョン対策税制において従来の合算課税の仕組みを維持することは、理論的にも疑義があるのではないかと考える」との見解も示されている。

管理支配地主義の採用に対して積極的であるとは言い難いスタンスを示してきた我が国の現行のコーポレート・インバージョン対策税制の中に、管理支配地主義と同様な考え方に立脚するアプローチを組み込むものであるという難しさがあるほか⁽²⁷⁰⁾、制度の複雑化、執行上の困難性及び国際的・二重課税等に係る問題を深刻化させるという問題が認められる。米国でも、IRC § 7874 が導入された頃、このような問題の発生を危惧する向きがある中⁽²⁷¹⁾、このような問題への対応措置（例えば、財務省規則 § 1.1502-77(j) 等（「共通の親会社が § 7874 又は § 953(d) に基づいて国内法人として取り扱われる場合における歳入庁長官による指定」、Designation by Commissioner if common parent is treated as a domestic corporation under section 7874 or section 953(d)）等が講じられた経緯もあるが⁽²⁷²⁾、

(270) 他方、「管轄アプローチ」をコーポレート・インバージョン対策税制に組み込むことは我が国の税法上のスタンスと抵触しないことは、平成 12 年度税制改正による租税特別措置法 69 条（相続税の納税義務者等の特例）の創設や平成 15 年度税制改正による本条の相続税法 1 条への格上げからも確認し得るとの見方もある。かかる見方については、中村・前掲「コーポレート・インバージョン対策税制に関する一考察」78～79 頁参照。

(271) このような危惧を表明したものの例として、Patrick W. Martin, “Oops - The Accidental Inversion” (<http://www.procopio.com/assets/002/5195.pdf> [平成 22 年 9 月 17 日]) 参照。この例では、①源泉徴収に係る問題、②納税申告書の提出に係る問題、③情報申告義務に係る問題、④租税条約との抵触の問題、⑤税の徴収に係る問題、⑥支店利益税の適用に係る問題、⑦遺産税に係る問題が生じることが危惧されている。

(272) 財務省規則 § 1.1502-77(j) は、「共通の親会社が外国の法律に基づいて設立又は組成された事業体であり、§ 7874（又は本規定に関する規則）の下、或いは § 953(d) の選択適用（外国の共通の親会社）によって、国内法人として取り扱われることとなる場合には、歳入庁長官は、本親会社が属するグループのいずれかの構成員の要請の有無に関係なく、2007 年 7 月 23 日以降（延長の適用なし）に納税義務が生じる課税年度に係る連邦所得税の連結申告書を提出するための本グループの代理人（代替となる国内の代理人）として、本グループのその他のいずれかの構成員を指定することができるが、そうでなければ、本親会社が本グループの代理人となる・・・」

（“If the common parent is an entity created or organized under the law of a foreign country and is treated as a domestic corporation by reason of section 7874 or a section 953(d) election, the Commissioner may at any time, with or without a request from any member of the group, designate another member of the group to act as the agent for the group (a domestic substitute agent) for any taxable year for which the consolidated Federal income tax return is due

そもそも、このような問題への対応には一定の限界があるほか⁽²⁷³⁾、このような対応措置を講じることは、制度の更なる複雑化に繋がるなどの問題もある。

我が国のコーポレート・インバージョン対策税制に「管轄アプローチ」を組み込んだ場合、上記のような問題が、実際、どのような形でどの程度発生し、また、いずれの問題への対応が特に重要又は困難なものとなるのかを想定することは必ずしも容易ではないことから、様々な意見があり得ると考えられるが、例えば、「管轄アプローチ」を採用した場合には、特定外国法人は、複数の国の居住者となり得るが、日星租税条約の下、シンガポールが我が国のタックス・ヘイブン対策税制の適用を實際上許容しているのは、実体基準等の適用除外要件が組み込まれているからであると考えられる以上、軽課税国に国外移転した特定外国法人を一律に内国法人とみなすような立法化は、本店所在地基準に立脚する税制との整合性を欠いた課税管轄権の不当な拡大又は租税条約の蹂躪であるとも考えられることから、そもそも、許容されないであろうとの意見もある⁽²⁷⁴⁾。

確かに、現行のコーポレート・インバージョン対策税制に「管轄アプローチ」を組み込むという選択肢の潜在的なメリットは認められるものの、抜本的な選択肢であり、また、執行上の困難性や国際的二重課税等の問題の深刻化の可能性等にも鑑みると、その導入のハードルは低いものではな

(without extentions) after July 23, 2007, and the foreign common parent would otherwise be the agent for the group. …”)と定めている。なお、IRC § 953(d)は、外国保険会社が国内法人としての取扱いを選択する場合に係る規定である。

(273) 我が国が「管轄アプローチ」を採用し、特定外国法人を「内国法人」とみなす場合、法人税法4条の2の下、内国法人間のみ認められる連結納税制度を通じて、特定外国法人の全世界所得をその親法人たる特殊関係株主等の所得に連結させて国内において課税することで、財務省規則 § 1.1502-77(j)と同様に、特定外国法人の全世界所得に対して徴収権を適正に行使することが可能であるが、その適用は、特殊関係株主等が個人や外国法人でないケース等に限定されたため、その効果は十分ではないとの指摘もある。かかる指摘については、倉見・前掲「コーポレート・インバージョン対策税制の現状と課題」66～67頁参照。

(274) 例えば、かかる意見については、倉見・前掲「コーポレート・インバージョン対策税制の現状と課題」63～64頁参照。

いと考えられるほか、「利益剥し」に対しては、例えば、過少資本対策税制や移転価格税制等の機能強化によって対応するという方法もあることから、最も現実的な選択肢ではないのかもしれない。これに対し、「合算アプローチ」に依拠した強化方法については、現行のコーポレイト・インバージョン対策税制が制度設計上採用している「合算アプローチ」の拡充を行うものであるため、その導入のハードルは、「管轄アプローチ」の場合よりも低いものとなり得ると考えられる。次の(2)では、「合算アプローチ」に依拠するコーポレイト・インバージョン対策税制の強化方法の具体案とその有用性・限界等について考察を加える。

(2) 「合算アプローチ」に依拠した強化方法の有用性と限界

「合算アプローチ」の強化方法には、幾つかの選択肢があり得ると考えられるが、例えば、①コーポレイト・インバージョン対策税制の適用対象範囲を決定する上で特に重要な基準であるトリガー税率の引き上げを行うという選択肢が考えられる。前述の通り、平成22年度税制改正では、トリガー税率の引き下げなどを行うという形で外国子会社合算税制が変更されたことと整合性を保つという形でコーポレイト・インバージョン対策税制も改正されたが、制度設計上、コーポレイト・インバージョン対策税制の主たる機能を外国子会社合算税制の適用逃れの防止とすることの必要性が必ずしもないことは、米国のコーポレイト・インバージョン対策税制からも確認し得ることから、そもそも、両制度の整合性を維持する必要性は必ずしもないという観点に立てば、外国子会社合算税制の適用基準となるトリガー税率とコーポレイト・インバージョン対策税制の適用基準となるトリガー税率を揃えることも、必ずしも必要ではないということとなろう。

実際、例えば、コーポレイト・インバージョンの前後において、株主構成に殆ど変化がないなど、企業実態を比較して日本企業と外国親会社との間に強力な繋がりが認められるような場合については、課税管轄を拡大するという制度設計を採用している米国のIRC § 7874に鑑み、我が国でも「管轄アプローチ」をコーポレイト・インバージョン対策税制に組み込む

ことを検討する余地があるとの見方に立脚する立場からも、そもそも、多国籍企業にとっては、グループ全体の実行税率が仮に10%ポイントでも低くなるのであれば、インバージョンを行うインセンティブは存在し得ると考えられることから、インバージョンの行き先が軽課税国であろうとなかろうと、将来的に日本の課税ベースが浸食を受ける可能性があることに違いない点を重視するならば、コーポレート・インバージョン対策税制の適用対象は、必ずしも軽課税国にインバージョンを行うものに限定する必要はないと考えられるとの意見が示されている⁽²⁷⁵⁾。

確かに、米国のコーポレート・インバージョン対策税制は、CFC ルールの適用逃れを防止することを主たる目的とした制度設計を採用してはいない。もっとも、このような制度設計が最も望ましいかという点を巡っては、米国でも議論が全くないわけではない。例えば、IRC § 367 の限界を補完する手段としては、IRC § 4847 を措置するのではなく、CFC ルール等の適用拡大を可能にする措置（一定の条件に該当する外国法人については、CFC ルール等の目的上、米国法人とみなすという措置）を講じる方がより望ましいとの意見もある⁽²⁷⁶⁾。しかも、我が国の場合、コーポレート・インバージョン対策税制において独自のトリガー税率を設定するということは、制度設計上可能ではあっても、制度の根幹の抜本的な見直しに繋がるものであるところ、本制度に関する上記の平成22年度税制改正の方向性などに鑑みると、實際上、現実的な選択肢ではないと考えられる⁽²⁷⁷⁾。

これに対し、コーポレート・インバージョン対策税制の適用対象となる

(275) かかる意見については、中村・前掲「コーポレート・インバージョン対策税制に関する一考察」82～84頁参照。

(276) かかる意見の詳細については、Thompson, *supra* “Section 367” pp. 1547-1548 参照。

(277) 独自のトリガー税率の設定という選択肢が意図する狙い・効果は、今後、外国子会社合算税制が、米国等のCFC税制と同様に、被支配外国会社に留保されたサブパートF所得（受動的所得や保険所得等）については、被支配外国会社が軽課税国に所在するか否かに関係なく合算するという方向で改正されることと連動してコーポレート・インバージョン対策税制も同様な改正を行うことによっても実質的に実現し得るが、このような改正案も現実的な選択肢とは言い難い。

特定内国法人の定義に変更を加えるという選択肢については、現行のコーポレイト・インバージョン対策税制の制度設計に根本的な変更を加えるものではないことから、現実的な「合算アプローチ」に依拠した強化方法と十分になり得るものではないかと考えられる。また、かかる選択肢の潜在的有用性が低いものでないことは、例えば、租税特別措置法 66 条の 9 の 6 第 2 項では、現行のコーポレイト・インバージョン対策税制の適用対象となる特定内国法人とは、株主等の 5 人以下並びにこれらと特殊の関係のある個人及び法人によって発行済株式等の 80%以上を保有される内国法人であると定められているがために、多くの場合、コーポレイト・インバージョン対策税制の適用の網に上場会社は掛かってこないという問題があるとの指摘がされていることなどからも確認し得よう⁽²⁷⁸⁾。

そもそも、コーポレイト・インバージョン対策税制の適用対象となる特定国内法人について、上記のような定義・適用基準が採用された背景には、我が国では、多数の株主を擁する上場企業がコーポレイト・インバージョンを行う可能性は低く、また、我が国では、本税制の場合、外国子会社合算税制の場合と異なり、株式保有割合要件なしに全ての株主を対象とするため、不特定多数の小口株主を持つ法人を対象としても、その実効性が確保できないとの考えがあったとの説明がされているが⁽²⁷⁹⁾、このように適用対象を少数の株主に支配された内国法人に限定する我が国のコーポレイト・インバージョン対策税制は、米国のコーポレイト・インバージョンが主に大規模な多国籍企業により行われていた点を見落としているように思われるとの問題を指摘する向きがあるほか⁽²⁸⁰⁾、本税制の場合も、外国子

(278) かかる指摘については、太田・前掲「三角合併等対応税制と M&A 実務への影響」54 頁参照。

(279) かかる説明については、緒方・前掲「クロスボーダーの組織再編成に係る税制改正（インバージョン対策等）について」54 頁参照。

(280) かかる指摘については、岡村・岩谷・前掲「国外移転に対する実現アプローチと管轄アプローチ」311 頁参照。実際に行われる国境を跨ぐ三角合併は、①友好的買収、②ストラテジック・バイヤー（合併法人が被合併法人と同業）による買収、③合併法人の外国親会社が大规模企業、④被買収法人も大规模企業というケースが大半であ

会社合算税制の場合と同様に、その適用対象を特定国内法人の一定割合以上の株式数を有する者に限定することによって、その実効性を確保することも考えられる。

実際、我が国の上場会社も、一定の含み益に対する課税を甘受すれば、コーポレート・インバージョンが可能となる。前記のサンスター(株)の例によらずとも、例えば、その時価純資産額の50%に相当する額の資産及び負債を新設分社型分割の方法により子会社として切り離し、当該子会社の株式を当該上場会社の既存の全株主に対して現物配当の形で分配すると、株主レベルでのみなし配当課税や株式譲渡益課税が生じ得るが、次に、当該子会社の資産の全てを現物出資して国外に設立した持株会社が日本に買収ビークルを設立した上で、当該買収ビークルが、当該持株会社の株式を対価として当該上場会社を三角合併の方法により吸収合併すると、当該上場会社は、当該持株会社の100%子会社となり、更に、当該子会社を解散し、その株主に当該持株会社の株式を分配すると、当該上場会社の株主は当該持株会社の株主に振り替わると、当該上場会社は当該持株会社の100%子会社となるため、インバージョンが実現するとの指摘がされている⁽²⁸¹⁾。

上記のような指摘がされていることなども踏まえると、特定内国法人の範囲を拡充する定義変更を行うという選択肢は、「合算アプローチ」に依拠したコーポレート・インバージョン対策税制の強化方法の最有力候補となり得るとも考えられるが、本税制の機能の大幅な強化に繋がるものとは想定し難く、また、「合算アプローチ」に依拠する強化方法には、「管轄アプローチ」に依拠する強化方法と同様な問題も内在している。例えば、コーポレート・インバージョンによって国内法人の本店移転を行った先の軽課

ろうとの見方もある。かかる見方については、三角合併の本質的な意義と適用についての考察 (<http://www.kpmg.or.jp/resources/newsletter/financial/transaction/200705/02.html> [平成21年7月23日]) 参照。

(281) かかる指摘については、太田・前掲「三角合併等の対応税制とM&A実務への影響」54～55頁参照。

税国が我が国と租税条約を締結している場合には、租税条約を締結していない国との関係では問題とならない租税条約と国内法との関係が問題となり、この場合、我が国のように租税条約が国内法に優先する国では、コーポレート・インバージョン対策税制の適用が排除・制限されるという問題が生じることも考えられるとの指摘がされているが⁽²⁸²⁾、「合算アプローチ」に依拠した制度の強化を行うことによっても、この問題は深刻化する方向に向かうこととなる⁽²⁸³⁾。

(3) 「実現アプローチ」に依拠した強化方法の有用性と限界

確かに、特定内国法人の範囲を拡充する定義変更を行うという選択肢は、現行制度の基本的な制度設計に根本的な修正を加えるものではないというメリットも有していることから、その採用・導入のハードルは、それほど高くないと想定されるが、課税ベースの浸食の防止において、より大きな効果を発揮する方法を模索する必要があるとの観点からすると、「管轄アプローチ」や「合算アプローチ」に依拠する強化方法だけでなく、「実現アプローチ」に依拠した強化方法についても検討することが肝要ということとなろう。そうすると、我が国の場合、国境を跨ぐ三角合併等の関係上問題となる「実現アプローチ」のあり方は、とりわけ、適格合併等の要件如何に左右されることから、「実現アプローチ」に依拠する強化方法としては、譲渡益課税の繰延べが認められる国境を跨ぐ三角合併等の範囲を狭める方向で適格合併等の適用要件を厳格化するという選択肢が考えられる。

適格合併等に該当する国境を跨ぐ三角合併等の範囲を狭めるという「実現アプローチ」に立脚する強化方法を採用するという上記の選択肢も、現行制度の基本的な制度設計に根本的な変更を加えるものではないとのメリ

(282) かかる指摘については、太田・前掲「三角合併等対応税制と M&A 実務への影響」57 頁参照。

(283) もっとも、この問題については、平成 22 年度税制改正によるトリガー税率の引下げにより、本税制の適用対象となる国自体の数は少なくなることから、本税制の適用対象となる国が我が国と租税条約を締結しているケースも減少することによって緩和されるという側面もある。

ットを有するものであり、また、一定の効果を発揮し得るものであろうが、国境を跨ぐ三角合併等に係る障壁を極力排除するという我が国政府の政策目的に鑑みると、適格合併等の要件を厳格化するとしても、厳格化の程度には、自ずと一定の限界があるものと考えられる。確かに、国際的組織再編成等による課税ベースの浸食を阻止する手段として、「実現アプローチ」に依拠したコーポレート・インバージョン対策税制の機能強化を行うという選択肢もあり得ると思料するが、「実現アプローチ」に依拠した対抗措置の強化という視点については、コーポレート・インバージョン対策税制の機能強化のあり方との関係に限定することなく、むしろ、より広い範囲の対抗措置の改革のあり方を考察する上で参考とすべきものなのかもしれない。

そうすると、「実現アプローチ」に依拠する強化方法としては、やはり、前述の(iii)（出国税等を採用する）の選択肢が浮上することとなる。どのような制度設計の出国税等が特に参考となるかという点を巡っては議論の余地があろうが、そもそも、我が国の場合、原則として、国境を跨ぐ三角合併等については、適格合併等に該当しない場合や、我が国の課税権が失われる場合には、みなし譲渡課税を行うよう手当てされており、また、国境を跨ぐ三角合併等によらない法人の登録地・本店の国外移転の場合には、法律上、その解散・清算が必要となり、清算所得等に対する税負担が生じるため、我が国にとっては、狭義の法人に対する出国税よりは、無制限納税者から制限納税者への変更や法人の無形資産や機能等の国外移転による課税ベースの浸食の防止を狙ったドイツやノルウェー等の出国税（広義の出国税）の方が⁽²⁸⁴⁾、「実現アプローチ」に依拠した強化方法の選択肢としては、より有用な視点を提供するものであるのかもしれない。

(284) 例えば、スウェーデンの所得税法22章第5条で定められている出国税も、租税条約との関係上、スウェーデンの課税権の喪失や制約に繋がる法人の居住地や資産等の国外移転が生じる場合には適用されるという制度設計を組み込んでいる。この点については、Mattias Dahlberg, Sweden's New Exit Taxation of Business Profits, *Tax Notes International*, Vol. 59, No. 8 (2010) p. 603 参照。

第3節 「実現アプローチ」に依拠する強化方法の具体案

1. 無形資産等の国外移転が惹起する課題

実のところ、我が国でも、最近、出国税の導入を検討すべきとの意見が主張されるようになった⁽²⁸⁵⁾。このような意見が主張されるようになった背景には、最近、膨大な額の贈与税の回避を試みた事件に係争した前述の東京地裁平成19年5月23日判決で税務当局が敗訴したことや⁽²⁸⁶⁾、2008年、米国ではIRC § 877A (Tax Responsibilities of Expatriation、「離国に係る納税義務」)が創設されたなどの事実がある⁽²⁸⁷⁾。もっとも、これらの意見で検討すべきとされているのは、基本的には、個人に対する出国税であり、法人に対する出国税の採用という選択肢を提言する意見は殆ど見受けられない。しかし、法人に対する出国税が立脚する「実現アプローチ」に依拠する形で対抗措置を強化するという視点は重要かつ有用であり、とりわけ、ドイツやノルウェー等で採用されている広義の出国税が立脚する考え方・制度設計などから得られる示唆は少なくないと考えられる。

広義の出国税の適用対象となる資産等の内、特に問題となるのは、価値ある無形資産等である。まず、価値ある無形資産等の国外移転の問題を考察する際のポイントとなるのが、無形資産等の定義、対象範囲及び重要な無形資

(285) このような意見については、川田剛「米国の出国税」国際税務 Vol. 29, No. 6 (平成21年) 13頁、矢内一好「米国離国者に対する税法の改正」税務事例 Vol. 41, No. 11 (平成21年) 52~53頁、青山慶二「租税計画と税法解釈—第4回課税管轄選択を利用した租税計画」TKC 税研情報 Vol. 18, No. 6 (平成21年) 68頁参照。青山は、「いったん国外に出た個人や企業が必ず自国に戻ってくるの保証はないわけで・・・ノルウェーのように出国に当たって担保を提供し利子の支払いを約して、課税を繰り延べる方式も考えられているので、納税者に対する配慮さえ十分に行われていれば、国際的な租税回避に対する税制として現在の状況に対する有効な処方箋となるものと期待されよう」と述べている。

(286) 確かに、本地裁判決は、その控訴審(東京高裁平成20年1月23日判決、東京高裁平成19年(行コ)第215号、判例集未掲載)判決で破棄されているが、本控訴審判決を巡っても少なからぬ議論がある。かかる議論のポイントについては、松田・前掲『租税回避の解明』377頁参照。

(287) 本規定の制度設計上のポイント等については、脚注(188)参照。

産等の具体例である。例えば、OECD の移転価格ガイドラインの6章（「無形資産に対する特別の配慮」、Special Considerations for Intangible Property）B（「商業上の無形資産」、Commercial intangibles）は、重要な価値を有する無形資産の具体例として、特許、商標、商号、デザイン、型式等の産業上の資産を使用する権利のほか、文学上及び学術上の財産権、ノウハウ及び企業秘密等の知的財産権、コンピューター・ソフトウェアやマーケティング上の無形資産（顧客リスト、販売網及び宣伝的価値を有するユニークな名称、記号、写真等）を挙げている。

我が国でも、租税特別措置法（法人税関係）通達 66 条の 4 (2)-3（比較対象取引の選定に当たって検討すべき諸要素）が、移転価格税制の適用上、比較対象取引に該当するか否かについての判断をする際に留意すべき諸要素の類似性の一つとして、売手又は買手の使用する無形資産を挙げた上で、かかる無形資産とは、「著作権、基本通達 20-1-21 に規定する工業所有権等のほか、顧客リスト、販売網等の重要な価値のあるもの」であるとしているところ、移転価格事務運営指針の別冊（参考事例集）の事例 10（研究開発及びマーケティング活動により形成された無形資産）では、上記の租税特別措置法通達の規定で定義されている移転価格上の無形資産は、OECD 移転価格ガイドライン第 6 章（1996 年公表）に記述されている無形資産の内容と同義であり、米国の財務省規則 § 1.482-4(b) の定義規定と比較した場合においても乖離するものではないとの説明がされている。

また、上記事務運営指針 2-11 の前段は、重要な価値を有する所得の源泉となるものとして、①技術革新を要因として形成される特許権、営業秘密等、②従業員等が経営、営業、生産、研究開発、販売促進等の企業活動における経験等を通じて形成したノウハウ等、③生産工程、交渉手段及び開発、販売、資金調達等に係る取引網等を挙げているところ、上記の事例 10 では、調査に当たっては、重要な価値を有し所得の源泉となるものを幅広く検討対象とする必要があるところ、重要な価値を有する無形資産としては、上記①～③が挙げられるが、これらの無形資産については、無形資産が関係する取引が複

雑・多様化してきていることから、調査に当たり、無形資産と法人が得る利益との関係を多角的に検討するため、無形資産の形態等に着目して分類したものであり、無形資産の定義を新たに示したものではないとの説明がされている。

確かに、上記事務運営指針の別冊で示されている「これらの無形資産」の範囲が広いことは、上記の法人税法基本通達 20-1-21（工業所有権等の意義）は、工業所有権等には、ノウハウはもちろん、機械、設備等の設計及び図面等に化体された生産方式、デザインもこれに含まれるが、海外における技術の動向、製品の販路、特定の品目の生産高等の情報又は機械、装置、原材料等の材質等の鑑定若しくは性能の調査、検査等は、これに該当しないとしており⁽²⁸⁸⁾、また、税法レベルでは、法人税法施行令 13 条（減価償却資産）8 号イ～ソが、無形固定資産として、鉱業権、漁業権、ダム使用権、水利権、特許権、実用新案権、意匠権、商標権、ソフトウェア、育成者権、営業権、専用側線利用権、鉄道軌道連絡通行施設利用権、電気ガス供給施設利用権、熱供給施設利用権、水道施設利用権、工業用水道施設利用権、電気通信施設利用権を挙げているものの、ノウハウ等は明示していないことなどからも確認し得る⁽²⁸⁹⁾。

上記の通り、租税特別措置法通達 66 条の 4 (2)-3 が定める無形資産、事務運営指針で移転価格調査の対象とする重要な価値を有し得る「これらの無形資産」、法人税法基本通達 20-1-21 が定める工業所有権等及び法人税法施行令 13 条（減価償却資産）8 号イ～ソが定める無形固定資産の各々の範囲は異な

(288) 法人税法基本通達 20-1-21 は、工業所有権等とは、「特許権、実用新案権、意匠権、商標権の工業所有権及びその実施権等のほか、これらの権利の目的にはなっていないが、生産その他業務に関し繰り返し使用し得るまでに形成された創作、すなわち、特別の原料、処方、機械、器具、工程によるなど独自の考案又は方法を用いた生産についての方式、これに準じる秘けつ、秘伝その他特別に技術的価値を有する知識及び意匠等をいう」と定義している。

(289) 所得税法施行令 6 条（減価償却資産）8 号イ～ソも、法人税法施行令 13 条（減価償却資産）8 号イ～ソと同じ規定振りとなっている。

ったものとなっている⁽²⁹⁰⁾。これに対し、米国では、第3章第2節1で述べた通り、IRC § 482 が定める所得相応性基準の適用対象となる無形資産は、法律である IRC § 936(3) (B) (「無形資産」、Intangible property) が定める無形資産であり⁽²⁹¹⁾、しかも、その適用対象には、本規定で具体的に列挙されている無形資産と「同様なもの」も含まれる⁽²⁹²⁾。このような日米での移転価格における無形資産の定義・範囲及びそれを定める諸規定の法的性格に係る差異は、法律上明示されていない無形資産等の国外移転に対する移転価格税制の適用のあり方や国外移転する資産等の対価額などの違いとなって顕れ得るのではないかと思料する⁽²⁹³⁾。

勿論、無形資産等の国外移転に対する移転価格税制の適用のあり方や国外移転する資産等の対価の額は、移転価格税制の適用対象となる無形資産の定義・範囲や関係する諸規定の法的性格の如何によってだけでなく、無形資産の対価の算定方法によっても、大きく異なったものとなり得るわけであるが、

(290) 例えば、経済産業省に設置された移転価格税制研究会が国税庁に提出した意見書の中には、「無形資産の範囲を具体的に列挙した規定とし、可能な限り納税者の予見可能性の向上を図るべきである」との意見が見受けられる。本意見書については、<http://www.meti.go.jp/committee/summary/0003954/index.html> ([平成 22 年 8 月 7 日]) 参照。

(291) IRC § 482 の関係する条文箇所の規定振りは、「(内国歳入法 § 936(h) (3) (B) の意味での) 無形資産の移転 (又は使用許諾) のケースでは、かかる移転又は使用許諾に係る所得は、当該無形資産に帰属すべき所得に相応したものとなる」(“In the case of any transfer (or license) of intangible property (within the meaning of section 936(h) (3) (B), the income with respect to such transfer or license shall be commensurate with the income attributable to the intangible.”) である。IRC § 936(3) (B) の規定振りについては、脚注(163)参照。

(292) 財務省規則 § 1.482-4(b) (6) が定める無形資産の範囲も、IRC § 936(3) (B) が定める無形資産の範囲と同様である。

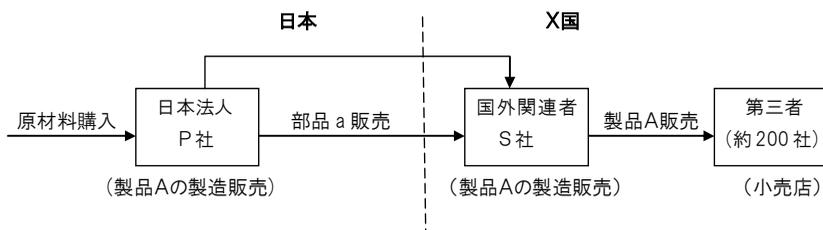
(293) 確かに、米国でも、財務省規則 § 1.482-4(b) (1)～(5) で明示的に列挙されていない無形資産については、同規則 § 1.482-4(b) (6) に基づいて無形資産に取り込むことには、確実性という点で十分ではなく、また、一定の限界があることを示唆する指摘もある (例えば、Rebel Curd, Susan Fickling-Munge, and Paul Wilmshurst, Cost sharing and IP: US vs Europe – The bottom line (http://www.crai.com/uploadedFiles/.../A4_Cost_sharing_article_0410.pdf) [平成 22 年 8 月 7 日]) 参照) が、第3章第3節3で述べた通り、2011年予算では、「営業権」等を無形資産の定義に含めるという立法措置が講じられている。

そもそも、我が国の移転価格税制の下では、国外に移転する無形資産の対価の主な算定方法としては、残余利益分割法と取引単位営業利益法が挙げられるところ、前者については、取引当事者の双方が価値ある無形資産を有しているケースにおいて、無形資産に係る費用等の額に基づいて残余利益の配分を行うという形で適用されるのが通常であり⁽²⁹⁴⁾、また、後者については、取引当事者の一方が価値ある無形資産を有している使用許諾取引が行われているケースにおいて、ロイヤルティの算定を行うという形で適用されるのが通例であることから、これらの手法に依拠することでは、必ずしも合理的な結果を得ることができないケースもあると考えられる。

例えば、移転価格事務運営指針の別冊の事例 22（残余利益の分割要因）では、以下の図 1 の通り、P 社が S 社に対し製品 A 用の部品 a（P 社の独自技術が集約された主要部品）を販売するとともに、製品 A の製造に係る特許権及び製造ノウハウ（P 社の研究開発活動により生み出された独自技術）の使用許諾を行い、S 社は、部品 a に他の部品を加えて製造した製品 A を X 国の第三者の小売店約 200 社に販売しているほか、X 国内でテレビ・雑誌 CM 等の広告宣伝を大規模に行っているケースが示されており、本件取引には残余利益分割法が適用され、また、残余利益の P 社及び S 社への配分については、租税特別措置法通達 66 の 4 (4)-(5) に則り、両社が重要な無形資産の開発のために支出した費用等の額を用いることができるとされているが、この場合、日本での製品 A の開発維持コストに比べて X 国での広告宣伝費等が多額になっていると、日本への配分額が過少となり、所得の国外移転が疑われることもあろう。

(294) 租税特別措置法（法人税関係）通達 66-4(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間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者が有する当該重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」とした上で、「当該重要な無形資産の価値による配分を当該重要な無形資産の開発のために支出した費用等の額によっては、合理的な配分として、これを認める」との注書きが付されている。

(図 1)



上図 1 の例で示したケースとは異なり、取引当事者の一方のみが価値ある無形資産を有している使用許諾の対価の額が問題となるケースでは、取引単位営業利益法に依拠することが合理的ということになるだろうが、取引単位営業利益法も、無形資産が国外に譲渡されるケースには適用し難いという限界がある。確かに、移転価格事務運営指針 2-19 (国外関連者に対する寄付金) や同指針の別冊の事例 25 等は、無形資産の国外譲渡への対応指針を示しているが⁽²⁹⁵⁾、国外に譲渡された無形資産の価値については、そもそも、比較対象取引との比較をベースとして間接的に評価するのではなく、米国やドイツ等のように、直接的な評価を行うことが必要かつ適切ではないかと考えられ、また、無形資産の直接的な評価方法が確立すれば、上図 1 の例において生じ得る所得の国外移転に対しても、より効果的な対応が可能となるのではないかと思料する。

2. 直接的な評価の意義と方法

(1) 直接的な評価方法と OECD ガイドライン

IRC § 482 で採用されている所得相応性基準に対しては批判的であると解されている OECD の移転価格ガイドラインも、無形資産等の直接的な評価

(295) 無償で無形資産が国外に移転するケースが寄付金課税と移転価格税制のいずれの適用対象となるのかについて、不透明性や不確実性が完全に払拭されていないわけではないことについては、松田・前掲「外国子会社配当益金不算入制度創設の含意」157-161 頁参照。

方法を採用すること自体には、必ずしも否定的ではない⁽²⁹⁶⁾。例えば、本ガイドラインのパラ 6.29 は、「事実と状況次第では、独立した企業が、取引価格を設定する際の評価に係る高い不確実性に対処するための方法として、幾つかの選択肢が存在することもある。一つの可能性としては、取引開始時の価格を設定する手段として、(全ての関係する経済的要因を考慮に入れた上で) 期待できる利益を利用することである。期待できる利益を決定するに当たり、独立した当事者は、その後の進展を予見・余地可能な限りにおいて考慮に入れるであろう。幾らかのケースでは、独立した企業は、期待利益の予測は、将来的に価格調整を行う権利を留保することなく、予測に基づいて取引開始時の価格を設定する上で十分に信頼できるものであると判断するであろう」と定めている⁽²⁹⁷⁾。

OECD が 2004 年に示した「被雇用者ストック・オプション・プラン：移転価格へのインパクト」(Employee Stock Options Plans: Impact on Transfer Pricing) でも、「被雇用者でない者向けの TOPCO 社のストック・オプションが市場で取引されていない場合には、この方法は適用できないため、被雇用者向けのストック・オプションの公正市場価格を決定するための別の方法として、株式価格のボラティリティ、オプション行使価格の現在価値及びオプションの有効期間を考慮に入れる確立したオプション価

(296) もっとも、本ガイドラインのパラ 6・24 及び 6・26 は、無形資産がかかわる場合には、比較可能な非関連者間取引を見出すのは困難であろうと認められるものの、無形資産を含む製品の販売には CUP 法又は再販売価格基準法の使用が可能であるケースもあろうし、利益分割法が適当なケースもあろうとしている。

(297) 本パラの原文は、“Depending on the facts and circumstances, there are a variety of steps that independent enterprises might undertake to deal with high uncertainty in valuation when pricing a transaction. One possibility is to use anticipated benefits (taking into account all relevant economic factors) as a means for establishing the pricing at the outset of the transaction. In determining the anticipated benefits, independent enterprises would take into account the extent to which subsequent developments are foreseeable and predictable. In some cases, independent enterprises might find that the projections of anticipated benefits are sufficiently reliable to fix the pricing for the transaction at the outset on the basis of those projections, without reserving the right to make future adjustments.” である。

格モデルを利用することができる。このようなモデルは、市場において独立した当事者が利用しているものであり、公正価値アプローチの枠内で利用可能であろう」(パラ 83) と述べられていることから⁽²⁹⁸⁾、比較対象取引が存在しない場合の資産価値の評価手段として、一定の経済学的に確立した価格設定モデルなどを利用することについても⁽²⁹⁹⁾、消極的な見方がされているわけではないと考えられる。

上記の通り、OECDの移転価格ガイドラインも、無形資産が絡む移転価格問題への対応においては、無形資産が生み出す利益を一定の合理的な基準に基づいて当事者に配分するというアプローチだけでなく、一定の場合には、無形資産を直接的に評価する方法を適用することを可能にするアプローチを採用することも認められ得るとの見解を示していることから、一定の要件の下、無形資産の直接的な評価を行うことは、基本的には、OECDガイドラインとの整合性という意味においても問題はないと考えられるが、無形資産の直接的な評価方法にも様々な特徴や得失があると想定されることから、以下(2)では、無形資産の直接的な評価方法としては、主に、どのようなものが確立しているのか、また、主な評価方法の有用性や限界については、どのように考えられているのかなどについて考察を加え、さらに、以下の3では、主な評価方法の移転価格の分野における適用の実際は、どのようになっているのかなどを分析する。

(298) 本パラの原文は、“When non-employee stock options over TOPCO shares are not traded on markets, this model could not be applicable and a different method for determining a fair market value for the employee stock options could be to use recognized pricing models that take into account the volatility of the stock price, the present value of the option exercise price and the term of the option. Such models are used by independent parties on the free market and might therefore be utilized in the frame of the Fair Value approach.”である。

(299) 経済学的に確立したオプション価格設定モデルとしては、ブラック・ショールズ・モデル(Black-Scholes Model)やバイノミナル・モデル(Binomial Model)などが挙げられる。例えば、ブラック・ショールズ・モデルでは、無リスク金利、オプション評価時点での株価、行使価格、満期までの日数、予想リターン額の分散範囲及び株式利回りに基づいて価値評価が行われる。

(2) 直接的な評価方法の特徴

無形資産を直接的に評価する方法としては、コスト・アプローチ、マーケット・アプローチ及びインカム・アプローチが挙げられる⁽³⁰⁰⁾。コスト・アプローチとは、新たに資産を購入・開発する費用は、その資産の耐用年数の間に提供される用役の経済的価値に一致するとの仮定に基づき、資産がもたらす将来の全ての効用量を再調達するのに必要な金額を算定し、それをもって資産を保有することによって得られる将来的便益の額とみなす評価方法である。マーケット・アプローチとは、負債と株主資本の合計額と知的資産以外の資産（金融資産、運転資本、有形固定資産、無形固定資産・のれん）の価値の合計額の差が知的資産の価値であるとして、知的資産以外の資産の価値を調査・推計するという方法である。インカム・アプローチとは、ネット・キャッシュ・フローと適正な割引率を決定することによって無形資産を保有することから生じる将来の経済的便益の流列の現在価値を算出するという方法である⁽³⁰¹⁾。

コスト・アプローチについては、OECD 移転価格ガイドラインのパラ 6.27 で指摘されているように、「しかしながら、費用と価値の間には必然的な繋がりはない。特に無形資産の実際の市場価値は、当該資産の開発、維持のための費用との関連からはしばしば測定できない」という限界があるほか⁽³⁰²⁾、資産価格に影響を及ぼす非常に重要な要素の多くを検討対象外としていることから、他の二つのアプローチよりも包括性を欠いており、実際、ごく限られた状況においてしか機能しないと考えられている。マーケッ

(300) これらの評価方法以外のものも、本質的には、これらの評価方法のいずれかと基本的に同様なものか、これらの評価方法から派生したものであると考えられる。

(301) 詳細については、Valuation of Intellectual Property and Intangible Assets by Gordon V. Smith and Russell L. Parr 菊池純一監訳『知的財産と無形資産の価値評価』中央経済社（平成8年）146～156頁参照。

(302) 本パラの原文は、“However, there is no necessary link between costs and value. In particular, the actual fair market value of intangible property is frequently not measurable in relation to the costs involved in developing and maintaining the property.”である。

ト・アプローチについては、市場における実際の取引を比較対象取引として利用することから、独立企業原則に相当するものとの位置づけがされており⁽³⁰³⁾、また、マーケット・アプローチに依拠した無形資産の評価が可能となれば、独立企業原則との抵触の問題も凡そ回避することが可能となると考えられるが、無形資産の場合、実際には、比較対象取引が存在しないことが多いため、実用性に乏しいという問題がある。

これに対し、インカム・アプローチについては、確かに、客観性や確実性などの点で問題があるとの見方もされてはいるが、実用性などの点において優れている。実際、例えば、米国の IRC § 482 で採用されている「所得相応性基準」も、独立企業原則及びマーケット・アプローチから離れてインカム・アプローチとの関連が強くなっているとの指摘がされているほか⁽³⁰⁴⁾、費用分担契約 (cost sharing arrangement) に関する最近の財務省規則等は、費用分担契約を利用した無形資産と所得の国外移転への対応を強化する手段としてのインカム・アプローチへの依存を更に強めるとの動き・方向性を示している⁽³⁰⁵⁾。勿論、上記の無形資産等に係る三つの評価方法の有用性の程度は、評価すべき無形資産等の種類や諸々の条件等によって少なからず異なり得るが、総じて、インカム・アプローチの有用性が最も高いとの評価がされている⁽³⁰⁶⁾。

(303) この点については、Monica Boos, *International Transfer Pricing: The Valuation of Intangible Assets*, Kluwer Law International (2003) p.87 参照。

(304) かかる指摘については、Lorraine, Eden, *Taxing Multinationals, Transfer Pricing and Corporate Income Taxation, in North America*, University of Toronto Press Inc (1998) p. 261 参照。

(305) 費用分担契約に係る最近の財務省規則の改正のポイントについては、松田・前掲「外国子会社配当益金不算入制度創設の含意」94～104 頁参照。財務省規則 § 1.482-7T (「コスト・シェアリング契約との関係において課税所得を決定する方法」、Methods to determine taxable income in connection with a cost sharing arrangement) で示されている無形資産の評価方法は、CUT 法、インカム法 (CUT 法に基づくものと CPM 法に基づくもの)、取得価格法 (APM)、マーケット・キャピタライゼーション法及び残余利益分割法 (RPSM) である。

(306) 詳細については、菊池監訳・Smith and Russell, *supra* “Valuation of Intellectual Property and Intangible Assets” 68・157 頁参照。

無形資産等の種類に応じて上記の三つの評価方法のいずれを優先的に適用すべきかについてのガイドラインを示したものと説明がされている下図3及び下図4からも、インカム・アプローチの有用性が総じて大きいことが確認できるが、幾つかの種類は無形資産については、インカム・アプローチよりも、むしろ、コスト・アプローチやマーケット・アプローチを優先的に適用することが妥当であるとの指針が示されている。確かに、例えば、組織労働力という資産については、基本的には、採用面接コスト、スキル向上のための教育コスト、インセンティブなどのコストをかければ、同等の組織労働力が複製できるとの考えが基本的には成り立つと考えられることから、組織労働力のような資産の評価方法としては、インカム・アプローチやマーケット・アプローチよりも、コスト・アプローチに依拠することが妥当ということとなる場合が少なくないかもしれない⁽³⁰⁷⁾。

(図3)

種類 \ 方法	最適な評価方法	次善の評価方法	例外的な評価方法
特許・技術	インカム・アプローチ	マーケット・アプローチ	コスト・アプローチ
商標・ブランド	インカム・アプローチ	マーケット・アプローチ	コスト・アプローチ
著作権	コスト・アプローチ	マーケット・アプローチ	コスト・アプローチ
労働力	コスト・アプローチ	インカム・アプローチ	マーケット・アプローチ
経営情報ソフトウェア	コスト・アプローチ	マーケット・アプローチ	インカム・アプローチ
製品ソフトウェア	コスト・アプローチ	マーケット・アプローチ	コスト・アプローチ
流通ネットワーク	コスト・アプローチ	インカム・アプローチ	マーケット・アプローチ
コア・デポジット	インカム・アプローチ	マーケット・アプローチ	コスト・アプローチ
フランチャイズ権	インカム・アプローチ	マーケット・アプローチ	コスト・アプローチ
業務慣行・手順	コスト・アプローチ	インカム・アプローチ	マーケット・アプローチ

(出典：Valuation of Intellectual Property and Intangible Assets by Gordon V. Smith and Russell L. Parr 菊池純一監訳『知的財産と無形資産の価値評価』中央経済社（平成8年）284頁）

(307) この点については、山本大輔・森智世『知的資産の価値評価』東洋経済新報社（平成16年）72～73頁参照。

(図4)

種類 \ 方法	インカム・アプローチ	マーケット・アプローチ	コスト・アプローチ
特 許 権	○	△	△
特許未取得の技術	○	×	△
ライセンス契約	○	△	×
商標権、ブランド	○	△	×
ソフトウェア(汎用ソフト)	○	△	×
フランチャイズ契約	○	△	×
資源の使用権	○	△	×
顧客リスト	○	△	×
経営管理システム	×	△	△
労働力	△	×	○
製造工程・プロセス	△	×	○
音楽著作権	○	△	○
ネット・ドメイン・ネーム	○	△	×
著作権	○	△	×

(出典： 山本大輔・森智世『知的資産の価値評価』東洋経済新報社（平成16年）60頁）

3. 直接的な評価方法の適用上の困難性

三つの異なる代表的な無形資産等の直接的な評価方法の適用上の優先順位に関する一般的な原則は、凡そ上記の通りであろうが、いずれのアプローチに依拠するのが最も妥当であるのかは、個々の状況に応じて微妙に異なったものとなり、また、評価額の算定の基礎となるデータの妥当性の程度も、状況に応じて異なっていると考えられることから、移転価格税制の適用上、いずれのアプローチをどのような形で適用するのかに係る判断は、場合によっては、非常に困難なものとなるのではないかと考えられる。実際、かかる困難性は、例えば、Nestle Holdings, Inc. v. Commissioner of Internal Revenue 事件租税裁判所判決（TC Memo 1995-441）及びその控訴審である第2巡回控

訴裁判所判決（82 AFTR 2d 98-5467）等のように、国外に移転することとなる無形資産評価をどのように行うのが妥当であるのかなどが主な争点となった幾つかの事件判決において露呈している。

上記の Nestle 事件では、スイス法人Aの米国に所在する子会社B（Nestle Holdings Inc.）が第三者である米国法人Cと買収契約を結び、本契約に基づき、米国法人Cの資産のスイス法人Aへの売却及び子会社Bによる米国法人Cの買収が行われ、米国法人Cは4億2千万ドルの資産売却益を計上したものの、買収時の売却資産の公正市場価格は4億3千万ドルであるとして、その差額を売却損として計上したが、税務当局は、買収時の売却資産の公正市場価格は1億7千万ドル（商標（trademark）と商号（trade name）の価値の合計額は、本裁判の原告である子会社Bが主張する3億2千万ドルではなく、1億5千万ドル、その他の主な資産（特許を取得していない幾つかの技術）の合計額は、1億1千万ドルではなく、2千万ドル）と評価できるため、少なくとも2億5千万ドルを超える売却益があると認定した上で、かかる評価額を子会社Bの本件買収後の本件資産の簿価とするなどの処分を行ったことが問題となった⁽³⁰⁸⁾。

上記事件において、原告と税務当局は、双方とも、利益分割法を適用すべきとの意向の下、米国法人Cの上記①（商標と商号）の合計価値については、「仮定的なライセンス契約モデル」（hypothetical licensor/licensee model）に則り、使用許諾を与える者に対して使用許諾を受けた者が支払うロイヤルティのフローの現在価値に基づいて決定するとの考え方に立脚するロイヤルティ免除法（relief from royalty method）を採用することが妥当であると主張している⁽³⁰⁹⁾。これらの点では一致していたものの、原告と税務当局の

(308) 米国法人Cの買収に必要な資金等は、スイス法人Aの資本拠出と関連会社からのローン等によって調達され、買収後は、米国法人Cの商標や技術等は、スイス法人Aに移転されて集中管理されているところ、税務当局は、本件買収を行ったのは実質的にはスイス法人Aであると認定できるとして、子会社Bによる関連会社への払いの税務上の控除をも否認する処分を行っている。

(309) 無形資産に基因するキャッシュ・フローを算定する代表的な方法としては、超過

双方が利用するデータ等は異なったものであり、原告側は、本件の商標と商号の合計価値に係るロイヤルティ・レートが1%～5%の幅に収まるべきであり、最終的には4%が妥当なレートであると主張したのに対し、税務当局側は、通常の商品に関しては1%以下のレートが合理的であるが、超過利益を得ている商品に関しては5%のレートが妥当であると主張している。

上記②のその他の主な資産（特許を取得していない幾つかの主な技術）の合計価値については⁽³¹⁰⁾、原告側が提示した上記の1億1千ドルという数字は、同様な状況にある同業の製造者がこれらの技術を利用可能であったならば獲得できたであろう予想利益に基づいて評価すべきであるとの考えの下、インカム・アプローチに基づくディスカウント・キャッシュ・フロー法を適用して算出したものであったが⁽³¹¹⁾、税務当局側が示した上記の2千万ドル

収益法とロイヤルティ免除法がある。超過収益法とは、無形資産を利用することに基づいて生じる超過収益を無形資産により生じるキャッシュ・フローとする考え方である。ロイヤルティ免除法とは、評価対象の無形資産の所有者が、その使用を第三者よりライセンスされているものと仮定した場合に、当該第三者へ支払うことが想定されるロイヤルティ・コストを類似するライセンス契約から推定する方法であり、無形資産の価値＝評価対象期間内での予測ロイヤルティ収入の期待収益価値の総和＝予測ロイヤルティ収入の現在割引価値＝（各期間での売上予測×想定ロイヤルティ・レート）の割引現在価値となる。詳細については、「知的財産経営評価融資における価値評価方法（補論）」（http://www.meti.go.jp/.../0409%204_dai4sho_kachihyokahouhou.pdf [平成22年7月26日]）参照。

(310) 特許を取得していない幾つかの主な技術とは、具体的には、Flash 18, Drying/instantizing 及び Coating と称されるものなどである。

(311) インカム・アプローチの代表例であるディスカウント・キャッシュ・フロー法は、

$$NPV = K \sum_{t=1}^T \frac{Cf_t}{(1+\alpha)^t}$$

という算式を用いて無形資産の現在価値を算定する方法である。

NPV は現在価値、Kは無形資産の寄与度、 Σ は算定期間、Cf は将来各期の事業キャッシュ・フロー、 α は事業リスクによる割引率である。寄与度を推定する方法としては、ルール・オブ・サム法と称される利益三分法や25%ルールがある。利益三分法とは、事業によって利益を挙げるためには、技術、製造、販売の貢献が必要となるが、これらの貢献は均等であるとして、技術の貢献度は利益の3分の1に相当するという考え方に立脚するものであり、25%ルールとは、技術には技術開発と製品開発が含まれているが、技術開発のみを知的財産の寄与であると捉えて、その貢献度は4分の1とする考え方である。これらの詳細については、工藤一郎「相対的評価を利用した特許の金銭的価値評価方法」*パテント* Vol.63, No.4 (平成22年) 49～50頁、牧山皓一「職務発明における相当の対価—発明者貢献度の算定についての

という数字は、これらの技術については、そもそも、米国法人Cと分離して販売できるような特別の価値を有したのではなく、しかも、原告は、これらの技術に対する知識を既に有しており、その複製を行うことは容易であったと考えられることから、その価値については、これらの技術の複製を行うことに伴って生じる技術コストに過ぎないものであるとして、再調達原価法 (cost of replacement approach) に依拠した上で算出されたものであった。

上記事件判決において、租税裁判所は、上記① (米国法人Cの商標と商号の合計価値) については、そもそも、これらの商標及び商号が米国法人Cの超過利益の獲得に特に大きく貢献するものであったと評することは妥当ではなく、また、比較対象となり得るとして原告側と税務当局側が提示した証拠資料を踏まえても、ロイヤルティ・レートが5%を超えるということは想定し難いことなどを勘案すると、これらの商標及び商号の合計価値は1億4千6百万円であり、また、上記② (特許を取得していない幾つかの主な技術) については、一部の例外を除き、米国法人Cの商品が一般的な技術によって複製し得るものであるとは言えないものであり、複製を行うことに伴うコストが、これらの技術の価値であるとする再調達原価法を採用することはできないところ、原告側が主張する価値額に修正を加えた6千9百万ドルと評価するのが妥当であることから⁽³¹²⁾、被告が主張する額よりも少ない売却益への課税が生じるとの判断を示している⁽³¹³⁾。

これに対し、上記事件の控訴審である第2巡回控訴裁判所判決 (152 F. 3d 83; 1998) では、租税裁判所が認めたロイヤルティ免除法は、商標等の不正

一考察一」パテント Vol. 63, No. 4 (平成 22 年) 96~98 頁参照。

(312) 当該金額を算定するために適用された割引率は、上記の主な3つの技術について、全て20%~40%の幅に収まるものであった。本事件判決で主張された様々な評価方法のポイントを示したものとしては、Mildred A. Hastbacka, Valuation of Technology Intangibles for Transfer Pricing: Time for Industry Initiatives?, Tax Notes International, Vol. 101, No. 6 (2003) pp. 269-271 参照。

(313) 裁判所は、子会社Bが関連会社から得た米国法人Cを買収するためのローンについては、合理的な事業目的を有する真正なものであるとして、その利払いの税務上の控除を否認する税務当局の処分を取り消している。

利用者が得る利益を評価するためや商標を利用するコストを適切に評価するための方法としては合理的であるが、ロイヤルティ免除法は、商標等を有する者の所有権（商標等を使用する場所、期間及び対象物を決定する権限）の全ての価値や使用許諾を受けた者が商標等を使用することを通じて一般的に得る超過経済利益（ロイヤルティの支払い額を超える部分）を捉えることができないことから、ロイヤルティ免除法を本件のような商標が売買されるケースに適用すると、必然的に、商標の価値の過少評価となるため、本件で問題となっている商標等の価値の評価方法としては、その他のものとして、どのようなものが適用されるべきであるのかを再検討するよう、本件を租税裁判所に差し戻すという判断が示されている⁽³¹⁴⁾。

米国では、上記の Nestle 事件控訴審判決のほかにも、無形資産の直接的な評価方法のいずれが妥当であるかが主な争点となった裁判例が、既に、数多く存在しており、移転価格事案としても、例えば、著名な Bausch & Lomb, Inc. v. Commissioner 事件租税裁判所判決（92 T.C. 525; 1989）のように、無形資産の使用許諾の対価額の算定方法について、納税者が採用した方法と税務当局が採用した方法のいずれも殆ど裁判所に受け入れられなかったケースや⁽³¹⁵⁾、DHL Corporation and Subsidiaries v. Commissioner 事件第9巡回控訴裁判所判決（285 F. 3d 1210; 2002）のように、原審で示された評価額が大きく修正されたケースがあるが、そもそも、無形資産の評価の問題の困難性が非常に大きなものとなり得ることは、上記の DHL 事件判決において、控訴裁判所が、「租税裁判所は、大雑把な評価を行ったが、無形資産の評価が正確な技巧ではない以上、予想されたものである」と述べていることから確

(314) 控訴審判決は、ロイヤルティ免除法については、商標の使用や生産ラインからの出入れをいっどこで行うかなどに関する決定権のような商標の所有権に係る全ての権利の価値を捉えることができないという問題があると指摘している。

(315) 本事件では、米国法人Aが保有する無形資産をそのアイルランド子会社Bが使用し、その対価としてのロイヤルティ・レートが、移転価格上、何%であるべきかが問題となったが、租税裁判所は、米国法人Aが主張する5%というレートと税務当局が主張する27%~33%というレートは妥当ではなく、20%というレートが合理的であると判示している。

認し得る⁽³¹⁶⁾。

上記の通り、無形資産の評価方法の優劣や適用のあり方などには、かなりの困難性・不確実性が伴い得ることから、移転価格税制の適用に際しては、無形資産の価値の直接的な評価を行うことを前提とするということをルール化することができたとしても、無形資産が絡む移転価格の問題が簡単なものとなるとは言い難いが、そもそも、このようなルールも未だ整備・確立していない場合には、国外に移転される無形資産の価値が過少評価されることを阻止することは、より困難なものとなる蓋然性が高く、所得の国外移転という現象・問題も、より深刻化することが危惧される。我が国の場合も、かかる懸念を緩和する必要性は、今後は更に高まると想定されることから、まず、移転価格税制の適用対象となる無形資産等の範囲の明確化と無形資産の直接的な評価のルール化を優先順位の高い重要な課題と位置づけ、具体的な措置を講じることが肝要ではないかと思料する。

上記の具体的な措置には、立法措置も含まれ得よう。例えば、米国の場合、財務省規則が無形資産の評価方法（例えば、同規則 § 1.482-4(c) では「独立比準取引法」(CUT 法)、同規則 § 1.482-4(d) では「特定されていない方法」(unspecified methods)) を定めているところ、無形資産の直接的な評価方法であるインカム・アプローチ、コスト・アプローチ、マーケット・アプローチは、「特定されていない方法」に該当するものと位置づけられているが⁽³¹⁷⁾、今後、我が国でも、無形資産等の直接的な評価ルールが整備され、移

(316) 本判決部分の原文は、“Although the tax court painted with a broad brush, that is to be expected given the imprecise art of valuing an intangible asset.”である。

(317) 例えば、内国歳入庁が公表している「費用分担契約のチェックリスト」(Checklist for Cost Sharing) の第6文書 (Document Set Six) のC (コンプライアンス) の8では、「特定されていない方法には、コスト・アプローチ (全コストに対するリターン、取替コスト)、インカム・アプローチ (割引キャッシュ・フロー、逸失利益)、マーケット・アプローチ (時価総額、所得価格法) や、これらの方法を混在させたものが含まれる」 (“Unspecified methods include cost based approaches (return on total cost), income approaches (discounted cash flow, foregone profits) or market based approaches (market capitalization and acquisition price method),

転価格事案において、その適用を行う場合、その適用の根拠をどこに求めるかという問題が生じた場合、その根拠を現行の関係する法律上の規定（租税特別措置法 66 条の 4 第 2 項に定める基本三法に準ずる方法・同等な方法やその他政令で定める方法等）に求めることに問題・限界があるということになれば、新たな立法規定を設けることが必要ということになる。

そもそも、無形資産の直接的な評価のルール化に向けて立法措置も含めた具体的な措置を講じるという課題の重要性・優先順位が低いものでないことは、我が国では、原則として、独立企業間価格の立証責任を税務当局が負うと解されているという点に目を向けると、より一層明らかなものとなる。独立企業間価格の立証責任を納税者と税務当局のいずれが負担することとなっているのかという点が、無形資産の評価の問題が絡む移転価格訴訟において決定的に重要なポイントなり得ることは、例えば、上記の DHL 事件において、控訴裁判所が、「DHL 社は、租税裁判所が評価をする上での数字自体に異論を唱えることができたにもかかわらず、租税裁判所が依拠した評価方法や租税裁判所が示した最終的な結果が明確に誤っていることを証明しなかったことから、控訴裁判所は、本商標を 1 億ドルとする租税裁判所の評価を是認する…」と述べていることから確認し得よう⁽³¹⁸⁾。

and hybrids of these methods.”) と述べられている。

(318) 本判決の当該部分の原文は、“DHL may dispute the exact figures used by the tax court in reaching its valuation, but DHL fails to demonstrate clear error, either in the tax court’s methodology or in its final result. We therefore, affirm the tax court’s valuation of trademark at \$100 million, ….” である。

結語

国境を跨ぐ組織再編成等に係る障壁を除去する流れが加速するに伴い、法人の資産等の国外移転の動きも活発化してきている。幾らかの欧米諸国等では、このような動きの活発化によって生じ得る自国の課税権の喪失・制限や課税ベースの浸食を阻止するために、法人に対する出国税や移転価格税制の機能を強化する措置を講じている。本稿では、このような動きは、我が国でも、最近の税制改正によって、外国子会社配当益金不算入制度が創設され、また、外国子会社合算税制のトリガー税率が引下げられたことなどを背景として、活発化する方向に向かうと想定されるとの問題意識の下、我が国の課税権の喪失・制限や課税ベースの浸食の抑止に繋がるような措置としては、どのようなものが考えられるのかという問題を検討するために、欧米諸国等で講じられている措置等に目を向け、これらの措置等の有用性や限界などを分析し、我が国にとって参考となる視点や示唆を探ることを試みた。

上記の試みを通じて、(i)我が国の現行制度の下でも、コーポレート・インバージョン対策税制や移転価格税制等は手当てされているものの、コーポレート・インバージョン対策税制は、主に「管轄アプローチ」に依拠する米国のIRC7874と異なり、主に「合算アプローチ」に依拠しているという限界があること、(ii)譲渡益課税制度については、ドイツの出国税として位置づけられる2006年に制定された「組織変更税制」12条のように、自国の課税権が制限される場合でも譲渡益課税を行うというほどに「実現アプローチ」を徹底したものともなっていないとの限界があること、また、(iii)「実現アプローチ」に依拠する現行の対抗措置の限界については、無形資産等の国外移転という価値評価のあり方が絡む問題との関係でも認められるということを確認することができたことから、本稿では、これらの限界に対処するための主な方法や選択肢を模索した上で、その得失等の比較考量を行った。

これらの方法や選択肢を比較考量した結果、いずれの選択肢についても、法人の資産等の国外移転による課税ベースの浸食という問題に対し、一定の効果

を發揮し得る制度設計案があり得ると考えられるものの、幾らかの問題点（導入に係るハードルの高さ、執行上の困難性、国際的二重課税の可能性等）を抱えており、いずれの選択肢が最良であるのか判断は容易ではないものの、無形資産等の国外移転という問題の重要性が、最近、顕著に高まる中、この問題に対処することの必要性は、無形資産等の国外移転による所得の脱漏の程度がかなり大きいものとなる国になり得る我が国の場合、特に高いと想定されることから、かかる体制の整備に繋がる選択肢（「実現アプローチ」に依拠した対抗措置の強化方法案）を優先するという考えは、少なからぬ合理性を有していると考えられ、しかも、かかる選択肢については、「管轄アプローチ」が重視している「利益剥し」の問題への効果的な対応をも可能にするとのメリットを包含している。

無形資産等の国外移転による課税ベースの浸食という問題に対処するための体制整備を図るためには、国外に移転する無形資産等が過少評価されることを防止することが重要なポイントとなることから、どのような資産等のどのような形態の国外移転が対価の支払いを伴うのかを明確化するとともに、適正な対価の算定に資する諸措置を手当てすることなどが重要な課題となると考えられる。これらの課題への取組みは、勿論、OECDにおける議論や知的財産基本法等における関係規定の整備状況等と無関係に進めることはできないであろうが、これらの課題への取組みが非常に困難なものであることなどを理由として、かかる課題への取組みが余りにも遅延してしまうと、我が国の移転価格税制の機能・潜在的有用性の発揮を必要以上に阻害することとなり、その結果、我が国の課税ベースの浸食が更に深刻化するという事態を招くこととなるのではないかと危惧される。

上記の課題への取組みが重要であるとの認識は、例えば、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、控訴人が、その国外関連者から日本の卸売業者に販売した商品に関する販売促進・マーケティング支援等の役務提供を行った対価として得た手数料等の額が妥当であるのか否かという点が問題となり、裁判所は、本件国外取引において控訴

人が果たす機能及び負担するリスクについては、本件比較対象取引において本件比較対象法人が果たす機能及び負担するリスクと同一又は類似であるということは困難であるなどと認定したことから、立証責任を十分に果たしていないとされた税務当局が敗訴しているが、もし、本件が発覚した当時、かかる課題への取組みが相当程度に進展していれば、少なからず違った争い方・展開もあり得たのではないかとの見方に立てば、より一層深まることとなろう。

というのも、上記の事件では、税務当局の更正処分が行われる前の事業年度における控訴人の業務は、その米国の親会社から商品を直接仕入れて日本国内の卸売業者に再販売を行うというものであったが、本更正処分の対象となっている事業年度には、本商品の日本国内の卸売業者への販売は、ケイマン諸島等に設立された国外関連者が直接に行っており、控訴人の業務は、本件商品に関する販売促進・マーケティング支援等のみを行うことによって手数料等を得るという単なるサービス・プロバイダーのものに変化しているという事実が認められることから⁽³¹⁹⁾、税務当局は、本件に関しては、控訴人の業務がそのグループの事業再編を通じて大幅に変更しているという事実に焦点を合わせた上で、かかる業務内容の変更に対する対価の支払の必要性の有無や適正な対価額の如何なども問題視するというアプローチをも組み込んだ争い方も可能であったのではないかと考えられるからである⁽³²⁰⁾。

(319) 本事件の背景には、このような事実・経緯があったことについては、太田洋・手塚崇史「アドビ移転価格事件東京高裁判決の検討」国際税務 29 巻 3 号（平成 21 年）44 頁、国税不服裁判所裁決平成 17 年 12 月 9 日（裁決集未登載）参照。

(320) 本事件については、「事業再編に際し、日本子会社と国内卸業者との契約は終了し、外国親会社と国内卸業者への契約に切り替えられたものとするが、これは上記④の契約上の権利の移転に該当するのではないかと考える。これによるのであれば、日本子会社が放棄したと想定される利益額を算定することで、それが独立企業間において補償されるのであれば、これを基に独立企業間価格を算定することができるのではないかと考える」との意見もある。かかる意見については、居波邦泰「アドビ事案に係る国際的事業再編の観点からの移転価格課税の検討（上）」税大ジャーナル第 14 号（平成 22 年）133 頁参照。「上記④」とは、OECD の「事業再編に係る移転価格上の側面」と題したディスカッション・ドラフトの論点ノート②（再編自体に対する独立企業間対価）の(iv)（「契約上の権利」、Contractual rights、パラ 91・92）を示している。パラ 91・92 の中身及び関係する議論については、第 2 章第 4 節参照。

上記のような争い方の有用性も、上記の課題への取組みの進展に伴って高まると思料するが、上記の課題への取組みは、例えば、独立企業間価格の立証責任に係る税務当局の負担を軽減するような措置を講じるという間接的な方法によっても進展し得る。このような間接的な方法としては、例えば、独立企業間価格の算定方法の適用順位のあり方の見直しに繋がるような立法措置を手当てすることが考えられるが、このような措置を手当てするという課題については、2010年に改訂されたOECD移転価格ガイドラインの2章第1部A（「事案の状況に最も適切な移転価格の算定方法の選択」）のpara 2.2が、「移転価格の算定方法の選択では、特定の事案に対して最も適切な方法を見出すことを狙うこととなる」と定めていることに鑑みると⁽³²¹⁾、伝統的な基本三法が適用上優先されるという従来の原則が修正され、状況に応じた最も適切な方法を選択することとしていると解釈できるため⁽³²²⁾、取り組み易いものとなったのではないかと考えられる⁽³²³⁾。

なお、法人資産等の国外移転による課税ベースの浸食の程度は、第2章第3節3（1）で考察したドイツの例からも示唆される通り、PE課税の有用性の程

(321) 本パラの当該部分の原文は、“The selection of a transfer pricing method always aims at finding the most appropriate method for a particular case.”である。

(322) どのような条件・状況の下、基本三法の優先適用が排除されるのかの詳細については、para 2.3～2.10参照。例えば、para 2.4の最初の文は、「取引単位利益法が伝統的な取引基準法よりも適切な方法となるような状況もある」（“There are situations where transactional profit methods are found to be more appropriate than traditional transaction methods.”）と定め、para 2.8の前段は、「para 2.2で示している・・・という指針は、最も適切な方法に到達するために全ての移転価格の算定方法を深く分析し、或いは其々のケースを試す必要があるということの意味しているわけではない」（“The guidance at 2.2 … does not mean that all transfer pricing methods should be analysed in depth or tested in each case in arriving at the selection of most appropriate method.”）と定めている。

(323) 2010年に本ガイドライン改訂される前は、例えば、第3章（「その他の方法」、Other Methods）Aの3.1は、「本章のパートBは、伝統的な取引基準法が単独では信頼できるように適用できない、又は、例外的に全く適用できない場合において、独立企業間の条件に近似するように用いられるるかもしれないその他の方法に関する議論を行う」（“Part B of this chapter provides a discussion of other approaches might be used to approximate arm’s length conditions when traditional transactions methods cannot be reliably applied alone or exceptionally cannot be applied at all.”）と定めていた。

度如何にも左右される。例えば、Zimmer Ltd. 事件 2007 年 2 月 2 日パリ行政控訴裁判所 (Cour d' appel de Paris) 判決 (no. 05PA02361 BF05/2007) でも、英国法人Aがフランスに設立した関連会社Bを通じてフランスでの商品販売を行った後に、関連会社Bがコミッションエア (問屋) として活動するようになり、このような機能変更があった場合、関連会社Bは、英仏租税条約 4 条 5 項の下、独立代理人ではなく、英国法人Aの恒久的施設であるとして、英国法人Aはフランスの法人税の納税義務を負うとする処分が妥当であるか否かが争点となったが、関連法人Bは、英国法人Aから商品販売やマーケティング等に関する指示を受け、しかも、事業活動に係るリスクを負担しているのは英国法人Aであることなどから、独立した代理人として活動していないとの判断の下、関連法人Bは英国法人Aのフランスにおける PE に該当すると判示されている。

ところが、上記事件の上告審である国務院 (Conseil d' Etat) 2010 年 3 月 31 日判決 (no. 304715 and 308525) では、2010 年 1 月 29 日に示されたフランスの破棄院 (Cour de Cassation) の法務官の意見と同様な見解の下、上記のパリ行政控訴裁判所判決が破棄された。本国務院判決では、コミッションエアが他の者に代わって締結する契約に当該他者が拘束されるというケースが実際に存在する場合には、コミッションエアは、当該他者の PE に該当することとなり得るものの、フランスの商法 132 条 1 項 (旧法 94 条) の厳格な解釈の下では、コミッションエアが締結する契約は、その契約が他者のためのものであっても、契約の相手と当該他者との関係を直接的に拘束するものではないことから、コミッションエアは、独立しているか否かに関係なく、当該他者の PE とはならないというのが通常のコミッションエア契約であるところ、本件では、本契約が通常のコミッションエア契約ではないとの証明はされていないと判示されている。

上記事件において、破棄院の法務官は、外国法人に税を賦課する手段としての移転価格税制に代えて PE 概念に依拠することはできない旨の指摘をしているが、確かに、上記国務院判決が下されたことによって、少なくともフランスでは、PE アプローチに依拠してコミッションエア形態を利用したタックス・プランニングに対処することには大きな限界があることが露呈した形となっている。

もつとも、その他の欧州諸国の最近の裁判例の中には、例えば、ノルウェーのオスロ地区裁判所 2009 年 12 月 16 日判決のように、コミッションア形態を利用したタックス・プランニングに対する PE アプローチの有用性を確認するようなものもある⁽³²⁴⁾。我が国でも、これらと同様な事件が発生した場合に PE 概念・アプローチに依拠して課税ベースの浸食を必ずしも十分に阻止することができないこととなれば⁽³²⁵⁾、上記の課題への取組みを積極的に進める必要性は更に高まるものと考えられる。

(324) 本事件では、オスロ地区裁判所は、アイルランド法人がノルウェーに有する法人は、独立性を欠いたコミッションアであると認定できることから、当該ノルウェー法人は、当該アイルランド法人のノルウェーにおける PE であるとの判決を下している。本判決の概要については、Commissssionaire structures pose PE risk in Norway, International Tax Alert, 3 February 2010 (<http://www.Ey.com/.../Norway,%20International%20Tax%20Alert,%2003022010.pdf> [平成 22 年 6 月 1 日]) 参照。

(325) 上記の東京高裁平成 20 年 10 月 30 日判決が下された事件等に対して現行の移転価格税制で対処することには少なからぬ困難性が認められるところ、本事件については、日本国内の卸売業者に直接に商品を販売しているケイマン諸島等に設立された法人を控訴人の代理人 PE 又はサービス PE として課税するというアプローチについても検討すべきであろうという意見もある。かかる意見については、太田・手塚・前掲「アドビ移転価格事件東京高裁判決の検討」56～58 頁参照。