

21世紀政策研究所 研究プロジェクト

国際租税制度の今後のあり方

国際租税制度の動向と アジアにおける わが国企業の国際課税問題

報告書

2011年3月

目 次

はじめに	v
タスクフォース委員一覧	vii
第 1 章 総論—国際課税を巡る世界的動きと移転価格	1
1 国際課税を巡る環境の変化——源泉地国課税権の復権——	1
(1) グローバルビジネスの変質と税制	1
(2) 源泉地国課税権の復権	1
2 国際課税ルール改正の動向	2
(1) OECD と国連におけるモデル条約改定	2
ア 概要	2
イ 国連モデル条約の改定	3
ウ 国連モデルを巡るルール作りへの働きかけ	5
(2) 主要先進国の税制改正の動向	5
ア 損金算入の制限	6
イ 源泉徴収の強化	7
3 多国籍企業が源泉地で直面する課税の諸問題	7
(1) 中国での実態	7
ア 中国におけるロイヤルティに係る移転価格課税等	7
イ 中国における移転価格執行上のその他の問題	9
(2) インドでの実態	10
ア インドにおけるロイヤルティに係る移転価格課税等	10
イ インドにおける移転価格執行上のその他の問題	11
(3) その他の課税問題	11
第 2 章 改定 OECD 移転価格ガイドラインとその意義	14
1 移転価格を巡る最近の状況	14
(1) 移転価格税制の重要性の増大	14
(2) 移転価格に係る論点の顕在化	14
2 改定 OECD 移転価格ガイドラインの概観	16
(1) 改定の背景	16
(2) 改定ガイドラインの視点等	16
3 移転価格算定方法（取引単位利益法の位置付け）	17
(1) 最も適切な算定方法	17
(2) 取引単位利益法（取引単位営業利益法（TNMM）及び取引単位利益分割法）	17
4 比較可能性	19
(1) 比較可能性分析プロセス	19
(2) 比較対象の選定	20
5 当面の問題及び対応	21
(1) 改定 OECD ガイドライン内容の執行	21
(2) OECD 非加盟国の動向等	22

(3) わが国での対応	23
6 終わりに	24
(1) 独立企業原則の意義	24
(2) 国際協調の必要性	25
第3章 PE (恒久的施設) を巡る最近の動き (一定の場所を有しない PE を中心とし て)	27
1 場所の概念のない PE の位置付け	28
(1) OECD モデル条約と国連モデル条約の規定振り	28
ア OECD モデル条約	28
イ 国連モデル条約	30
(2) OECD モデル条約と国連モデル条約の比較とそれぞれの方向性	30
ア 建設等 PE の範囲	30
イ 期間に係る濫用防止規定	31
ウ 全部委託の場合のサービス PE	31
エ 漁船 PE	32
オ 所得の割当て	32
カ 本人に提供するサービスの PE 該当性	32
2 場所の概念のない PE の所得	32
(1) PE の所得計算の一般原則	32
ア OECD モデル条約	33
イ 国連モデル条約	34
ウ OECD モデル条約と国連モデル条約の比較とその方向性	36
(2) 場所の概念がない PE の所得計算	36
3 PE が存在する場合の事業所得以外の課税関係	36
(1) OECD 及び国連モデル条約による課税関係	37
ア 事業所得として課税される所得	37
イ 給与所得課税	38
4 各国の動向・事例	39
(1) 中国・シンガポール租税条約の中国側コメントリー	39
(2) インドにおける Morgan Stanley ケース	41
ア 事実の概要	41
イ インド最高裁判所の判断	41
ウ 本件判決の評価	41
(3) フランスにおける Zimmer ケースのその後	42
(4) 若干のまとめ	43
5 結語	43
事例紹介	45
1. 中国サービス PE	45
1.1 事実の概要	45
1.2 分析	46
2. インドの代理人 PE	47
2.1 事実の概要	47

2.2 分析	49
第4章 国外所得免税制度（EUの資本参加免税制度の動向を中心として）	51
1 外国税額控除の長所短所	51
（1）外国税額控除の長所	51
（2）外国税額控除の短所	52
2 国外所得免税の長所短所	54
（1）国外所得免税の長所	54
（2）国外所得免税の短所	54
3 資本参加免税	56
（1）経済理論	56
（2）持分割合要件の意義	57
（3）国際取引における扱い	57
（4）国外所得免税と資本参加免税の関係	58
（5）国外PE・外国子会社株式譲渡益について	59
4 EUにおける外国子会社資本参加免税	59
（1）EC条約・ECJ判例法	59
（2）オランダ	61
（3）英国	62
5 日本のタックスヘイヴン対策税制における軽課税要件と資本参加免税との関係	63
（1）規定の概要	63
（2）タックスヘイヴン対策税制の趣旨との関係	64
6 まとめ	66
外国税額控除方式と国外所得免除方式 補論—わが国における動向	67
1 税制調査会専門家委員会「国際課税に関する論点整理」	67
（1）企業活動の国際化等を踏まえた国際課税のあり方	67
（2）非居住者及び外国法人の課税ベースのあり方	68
（3）小 括	68
2 近時の税制改正より	69
（1）外国子会社配当益金不算入制度の創設—平成21年度税制改正—	69
（2）外国子会社合算課税制度の見直し—平成22年度税制改正—	70
（3）外国子会社合算課税制度の改正—平成23年度税制改正—	74
（4）外国税額控除制度の見直し—平成23年度税制改正—	76
（5）移転価格税制の見直し—平成23年度税制改正—	76
3 外国税額控除方式から国外所得免除方式へ？	77
第5章 事業の国外移転に係るExit Taxの最近の動向	79
1 はじめに	79
2 仮設事例の検討	79
（1）タイ100%製造子会社への「機能」の国外移転の検討【事例Ⅰ】	80
ア 概要	80
イ 課税処分の検討	81
ウ 課税処分の問題点と課題（限界）	82

(2) 問屋化によるリスクの移転の検討 [事例Ⅱ]	83
ア 概要	83
イ 課税処分の検討	84
ウ 課税処分の問題点と課題 (限界)	85
(3) 研究開発その他各種部門の国外移転 [事例Ⅲ]	86
ア 概要	86
イ 機能移転時課税の議論	87
ウ ドイツにおける機能移転時課税	88
エ ドイツの機能移転課税制度が本事例に適用になった場合の考え方	89
オ 問題点及び今後の課題	91
(4) 小括	92
3 立法的対応の選択肢	92
(1) 移転価格税制の適用	92
ア リスク・潜在的利益移転	92
イ 活動 (継続企業) 移転	93
ウ わが国への示唆	94
(2) 収益性を反映する事後修正の要求	95
(3) 法人に対する出国税	97
(4) CFC 税制での対処	98
ア 英国の動向	98
イ 米国の動向	99
(5) 無形資産の国内誘因措置	99
(6) わが国への示唆	100
4 おわりに	102

はじめに

「国際租税制度の今後のあり方」を研究することをテーマとして、平成 21 年に発足した国際租税研究会は、昨年度、わが国が直面する国際租税制度の問題点を抽出し、検討の方向性を検証する報告「わが国企業を巡る国際租税制度の現状と今後」を発表した。今回の報告「国際租税制度の動向とアジアにおけるわが国企業の国際課税問題」は、そこで抽出された移転価格税制や租税条約の事業所得課税などの主要問題について、この 1 年間に展開された国際課税のルール改正に向けた国内並びに OECD や国連などのマルチの取組みをフォローしながら、企業のタスクフォース委員により抽出されたアジア市場で直面している課税問題について、具体的な処方箋を導き出さうる法解釈面でのガイダンスの整理を試みたものである。

今回の研究におけるアプローチの視点は、近年の国際課税のルール（国内法・条約）改正の動向のなかでの、居住地国・源泉地国間の課税管轄権の交錯について対応しようとしている法改正や解釈変更の試みをどのように評価するのかという問題意識である。居住地国・源泉地国の課税権の交錯は、多国籍企業のグローバル戦略にとっての税コスト面での予測可能性に大きく影響するものであるが、近年の改正動向には、以下のとおり 2 つの大きな潮流が認められる。

第 1 の潮流は、企業の国際市場における競争力に大きな影響を与える法人税実効税率を引き下げるといわれる「法人税引下げ競争」と呼ばれる動向である。法人税引下げ競争は、20 世紀後半からいわゆるタックスヘイヴン国間を中心に顕在化したものであるが、その後、先進国間においても、数度にわたる世界規模での経済危機に伴う財政改革の内容の一部として法人課税から消費課税や個人所得課税へのシフトが模索されたこともあって、頻繁に観察されるようになった。

法人税の実効税率の引下げは、典型的には法定税率の引下げによって達成されるものであるが、企業活動のグループ化が進展している下では、関連企業間の直接投資が生み出す所得（法人が受け取る配当所得）の二重課税調整システムの有効性如何も、実効税率に重要な影響を与えるものと考えられている。わが国が平成 21 年度改正で導入した「外国子会社配当益金不算入制度」は、欧州諸国で近年拡大を見せている資本参加免税制度に対応するものであり、源泉地で稼得された真正なグローバルビジネスの所得に対しては、追加的な税負担を資本抛出国側が放棄するという、より徹底した二重課税排除メカニズムであると考えられている。税率引下げと配当益金不算入による税コストの削減は、①自国籍の企業グループの全世界市場での国際競争力の拡大又は維持に貢献するとともに、②外国籍の企業グループによる自国市場又は自国を拠点とした地域市場（東アジア・EU・北米等）での競争力を高めて、対内投資の誘因を拡大すると期待されている。

第 2 の潮流は、多国籍企業グループのグローバルビジネスの連携強化に伴って、個別法人が立地する国家間で課税権が複雑に交錯するようになり、これらの解決のために、制度

改正や既存条項の解釈変更等の試みが行われつつある点である。

グローバルビジネスの展開によって課税権が複雑に交錯する状況のなかで、従来の国際課税ルールが必ずしも納得のいく課税権配分を実現できないのではないかと懸念する国を中心に、これらの問題に対する処方箋が摸索されている。特に、事業再編成を経験した結果、サプライチェーンの上流に位置することとなるグループの中心企業の立地国と、サプライチェーンの下流に位置することとなる製造・消費の機能を分担する従属企業の立地国との間において、無形資産や高価な役務提供取引がもたらす所得に関する課税権配分問題を中心に、制度改正や解釈問題が論じられている状況にある。

本研究報告においては、上記のアプローチの視点に立って、世界の動向とアジアにおける特色を概観した上で、まず、①居住地・源泉地間の課税ベース配分に関連する直近の重要なルール改正に関する論点（新 OECD 移転価格ガイドラインの意義と影響、モデル条約 7 条改定〔OECD モデル〕及び同 5 条の下での PE 課税〔OECD/国連モデル〕の拡大の意義）を総合的に検証し、次に、②多国籍企業のグローバルな事業再編成にとって重要性を増している国内法制のなかから、二重課税回避メカニズムとしての国外所得免除制度と事業再編成などに伴う Exit Tax を抽出し、その動向と課題を検証する。なお、各章においては、学説・判例に基づく理論的分析をベースとしながらも、可能な限り、わが国の多国籍企業出身のタスクフォース委員から紹介された豊富な課税実例をもととした具体的事例検討を行っており、少なくとも、個別課税問題に対する具体的処方箋を検討する場合に必須となる、法律問題の項目別ガイダンスを提供するという目標は、一応達成できているのではと考えている。

また、上記のとおり、本年度から当研究会では、国際課税の全般的なリサーチ・提言に加えて、本邦企業が海外の税務当局との間で直面する代表的な個別課税問題の解決策の検討をも併せて行っているが、それらの成果については、本報告書の外、事例研究にウエイトをおいたシンポジウムの報告冊子にも紹介されており、適宜参照いただきたい。

最後に、本研究報告の提言中には、今後のわが国税制改正の方向性に関するもののほか、①OECD や国連のモデル条約の改定・解釈に関するもの、②個別国との租税条約や当該国の国内法の執行等に関するものも含まれている。これらについては、従来どおり、産業界からの国内税制改正要望や OECD/国連等のマルチ機関の場への意見具申（OECD 租税委員会ビジネス諮問委員会等を通じて）、更には、二国間の多様な国際協議の場への意見反映などの機会に、趣旨が反映されるよう働きかけを行うことが予定されている。

21 世紀政策研究所研究主幹

青山 慶二

※本報告書は 21 世紀政策研究所の研究成果であり、日本経団連の見解を示すものではない。

タスクフォース委員一覧

研究主幹

青 山 慶 二 筑波大学大学院ビジネス科学研究科教授

委員（順不同）

浅 妻 章 如 立教大学法学部准教授

菖 蒲 静 夫 キヤノン(株)経理部担当部長

石 橋 修 三菱電機(株)経理部税務会計課専任

一 高 龍 司 関西学院大学法学部教授

岡 田 至 康 税理士法人プライスウォーターハウスクーパース顧問

合 間 篤 史 新日本製鐵(株)財務部マネージャー

小澤田 寿 武田薬品工業(株)経理部（税務）課長代理

佐 藤 栄 彦 本田技研工業(株)経理部国際税務ブロックリーダー

関 隆 一 郎 三井物産(株)経理部税務統括室次長

高 嶋 健 一 KPMG 税理士法人パートナー

内 藤 浩 本田技研工業(株)

中 岡 昭 彦 (社)日本自動車工業会国際委員会国際企画部会委員

林 幹 税理士法人プライスウォーターハウスクーパース顧問

槇 祐 治 トヨタ自動車(株)経理部国際税務・株式担当主査

安 武 幹 雄 (株)三菱東京 UFJ 銀行企画部主計室次長

阿 部 泰 久 (社)日本経済団体連合会経済基盤本部長

第1章 総論—国際課税を巡る世界的動きと移転価格

青山 慶二

1 国際課税を巡る環境の変化——源泉地国課税権の復権——

(1) グローバルビジネスの変質と税制

近年の国際課税のルール（国内法・条約）改正の動向を概観すると、多国籍企業のグローバルな事業展開に伴う関連企業の所在地国間、特に、サプライチェーンの上流に位置するグループの中心企業の立地国とサプライチェーンの下流に位置する製造・消費の機能を分担する従属企業の立地国との間において、発生する課税権の競合問題への対処を目的とするものが主流を占めているように思われる。

関連企業の所在地国間の二重課税問題は、資本輸出国（主として先進国）を居住地国と規定し、資本輸入国（主として途上国）を源泉地国と規定して、租税条約により両者間の課税権をどのように配分するかという枠組みで議論されることが定式化してきた。そして、先進国間の条約を念頭に置いた OECD モデル条約では、源泉地の課税権を相互に可能な限り抑制する形で二重課税のリスクを軽減しようという方向性がとられてきており、この方向性自体は、先進国・途上国間のモデルである国連モデル条約においても、源泉地国へ課税権を優先的に配分する限定的な特例（PE の範囲の拡大及び限定的な PE 吸引力の認定等）を別にすると、基本的には共通する原則として共有されてきたと言っても過言ではない。

しかし、多国籍企業のグローバルビジネスの発展の過程では、供給される財貨やサービスの内容及びその供給のメカニズムが経済の IT 化・ソフト化の下で大きく変化してきている。すなわち、国境を越えて交換される有体財貨の量・価値のシェアが、無体財産権やサービスの量・価値のシェアに比べて相対的に低下しているのみならず、取引を成就させるために必要とされる物理的施設や役務提供に必要とされる時間の貢献度が減少していると指摘されているのである。

(2) 源泉地国課税権の復権

OECD が確立してきた伝統的な国際課税ルールは、源泉地国での課税権を物理的・時間的に測定されるメルクマール（恒久的施設や滞在期間等）に基づいて一定程度制限して二重課税を最小化しようとするものであるため、上記のような新しいグローバルビジネスの変化に従来のルールをそのまま適用すると、居住地国の課税ベースを相対的に拡大し源泉地国の課税ベースを相対的に縮小する方向に機能することになりがちである。このように従来ルールが居住地国・源泉地国の課税ベース配分に及ぼす不均一な影響が、いわば「源泉地国課税権の復権」という新しい国際的動向を生み出しているとも考えられよう。

この動向は、途上国のみにおいてみられるものではない。上記のような課税ベース

の縮小に直面している各国においては、①先進国間の一定の取引においても、自国が源泉地のポジションにある場合に配分されるべき課税ベースが公平の観点からみて果たして十分かどうか、との問題意識が高まるとともに、②先進国・途上国間の取引においては、源泉地国の課税ベースの目に見える減少について、公平性を回復する方向での途上国からの条約の解釈や条文改訂を求める主張が拡大しつつあるということが言えるのである。

もちろん、このような国家間の課税ベース配分にかかわる調整問題の背後には、近年における BRICs を中心とした新興市場における投資・貿易の急速な拡大があり、それら新興国の将来の開発・発展に向けた財政需要が高いという事情にまず配慮する必要がある。しかし、それに加えて、近年 OECD 加盟国内においても顕著となっている法人税率の引下げや片務的な二重課税排除メカニズムのあり方（外国子会社配当非課税制度採用国の拡大）に見られるように、グローバルビジネスを吸引するインフラとしての各国の法人税制の競争力が、以前にも増して重視されていることも忘れてはならない。さらには、それに加えて多様な投資ビークルの活用を可能とする各国の企業法制の存否も、グローバルビジネスの立地選好に大きな影響を及ぼしている。これらの競争的状況が、源泉地国課税権の配分を巡る問題意識をより先鋭化させる要因となっていると考えられる。

2 国際課税ルール改正の動向

(1) OECD と国連におけるモデル条約改定

ア 概要

2009 年から 2010 年にかけては、国際課税ルールの改正にとって大きな転換点となる年であったと評価できよう。

すなわち、OECD 租税委員会においては、①事業所得条項の解釈を巡る不統一を解消するためのモデル条約新 7 条が、OECD・PE レポート草案の公表後 5 年にわたる議論を経て最終的に確定・公表され、分離企業アプローチに基づき 9 条の独立企業原則を PE にも適用するためのコメントリーが併せて整備されたことと、②1995 年に合意された移転価格ガイドラインについて、独立企業原則を再確認し併せて課税手法における利益法の利用可能性を高めて伝統的な比較可能性分析の硬直性についても柔軟化を図った改訂作業が完成したのである。また、途上国と先進国間の条約モデルである国連モデル条約については、国連・税の専門家委員会による 2001 年版の見直し作業が最終段階〔2009－2011〕に入り、2011 年版の公表に向けた条文並びにコメントリーに関する広範な議論を行っている¹。

OECD の活動状況とその成果については、本報告第二章（新移転価格ガイドライ

¹ 国連モデル条約の内容の OECD モデル条約との比較検討については、青山慶二「OECD と国連のモデル租税条約の比較」租税研究 2010.8、P.242-262

ン) 及び前年の中間報告において詳述されているので、ここでは国連での議論の概要について簡単にフォローしておきたい。

イ 国連モデル条約の改定

国連のモデル条約改定(条文及びコメンタリーの双方が対象)の焦点は、開発資金の自己調達源として対内直接投資の成果である所得への課税を重視する観点に立ち、特に自国でオペレーションを拡大する多国籍企業がかかわる移転価格と人的役務提供に関連する条項(移転価格に関する9条と、人的役務提供に関する5条・7条、更には14条(自由職業所得)等)とされている²。これらの議論の過程では、OECDモデルのルールを基本的には踏襲しながらも、たとえば、移転価格についての「途上国向け移転価格実務マニュアル」の起草や、7条関係ではOECDの採択したAOAの不採用、更には、サービスの源泉地国課税権の範囲を維持・拡充する方向での5条・7条及び14条を巡る多面的な議論など、途上国が国内法上の取扱いを今後の条約交渉においても反映させたいと考えている項目が多くみられ、それらの国でオペレーションを拡大しつつある多国籍企業にとっても重大な関心と呼びつつある³。以下においては、その主要論点を国連専門家委員会の事務局スタッフの解説に基づき紹介しよう⁴。

① PEの定義

国連・税の専門家委員会では、14条(自由職業所得条項)を今後とも維持する旨を合意している。その一方、OECDモデル条約と同様に同条を廃止すべきとする考え方をもつ国の立場を考慮して、5条3項コメンタリーのなかに、14条を廃止した場合に5条及び7条の下で取り扱うこととなる事業所得課税原則の下でのPE定義を代替案として注記する案(5条3項に、法人の183日の活動によるサービスPEに相当するものと、個人の自由職業所得に対応するものとして滞在期間に関する183日ルールを整理して列挙)を合意している。ただし、それに合わせて、14条が個人のみならず企業にも適用されるとする解釈が一部の国に存在することの注記も行う方向で議論が行われている⁵。

² 2010.10開催の国連「税問題の国際協力に関する専門家委員会(Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters)」のアジェンダは、それらに焦点が当たっていることを示している。
<http://www.un.org/esa/ffd/tax/index.htm> 参照。

³ 国連・税の専門家委員会は、経済社会理事会の一つの諮問機関であり、個人的資格で参加する25名の専門家委員のほかに、各国政府代表、ビジネスの利益代表者(ICC等)、国際税務の実務家、途上国の開発問題に共に取り組む国際機関(IMF、OECD)、更には途上国への国際協力を目的とするNGOなど、多彩なステークホルダーがオブザーバーとして出席しており、会議での配付資料は上記web-siteに公開されている。

⁴ Michael Lennard, "Update on the UN tax Work", Asia-Pacific Tax Bulletin 2010.1, P.9-13

⁵ 国連モデル条約は、OECDモデルと同様、法的拘束力をもつものではない(国連モデル条約2001序文パラ35)。加盟国に対する一般的勧告の機能を持つ点ではOECDモデル条約と共通しているものの、国連の正式機関の議決を経おらず(OECDでは租税委員会の議決に基づく閣僚理事会による勧告が行われており、少なくとも課税当局間の解釈に対しては拘束的に機能することが見込まれている)、また、OECDモデルのようにコメンタリーに加盟国が留保を付す仕組みを伴っていない。その一方で、専門家委員会の委員の少数意見については、コメンタリーの中で詳細に紹介される傾向にある。例として、

② サービスへの課税

上記①の 14 条の法人への適用可能性の問題に加えて、現行 14 条に規定する自由職業所得の範囲を画するための「独立した性格をもつ活動」概念の解釈や「固定的施設」の解釈、固定的施設に係る費用控除の問題など、先進国・途上国間で解釈に不統一がみられる分野についての総合的検討の必要性が認識され、2009 年から小委員会で検討が開始されている。

③ OECD 新 7 条における AOA (OECD 公認の分離企業アプローチ) の不採用

OECD モデルの新 7 条が採用する AOA については、国連モデルでは踏襲しないことを現在専門家委員会は決定している。本店への名目的な利子・ロイヤルティ支払につき費用控除を認めながら、他方でそれら名目支払についての源泉地国による源泉徴収を認めないとする AOA のスタンスは、居住地国・源泉地国間の課税権バランスを崩すものであり、現行の国連モデル 7 条 3 項（上記費用を本店に支払った場合の控除を否認する規定）に違反しているというのがその理由である。

④ 移転価格実務マニュアル

2009 年に、OECD 移転価格ガイドラインをベースとしながらも、途上国の実情に則し、かつ途上国の経験を反映した実用性のあるマニュアルの起草作業が、専門家委員会の小委員会に付託された。OECD ガイドラインに加えて、移転価格に関する途上国向けのテーラーメイドのマニュアルの必要性が強調されたものであり、そこでは、移転価格税制の立法と執行は各国ごとの Journey であり、導入期・導入後の執行確立期にある途上国は、立法過程（制度設計）から執行・司法過程（調査・確認・紛争解決）に至る段階で直面する現実の困難に対応できるマニュアルを必要としているとの問題意識がある。具体的には、比較対象取引データの入手が困難ななかでの比較可能性分析や独立企業間価格算定方法の選択・適用などが中心に議論されており、不十分な比較対象取引の下での課税により起こりうる潜在的諸問題（業種別の推定課税やセーフハーバーの規定など）も、検討対象となる可能性が高い。また、本プロジェクトは、執行担当者への知的支援の課題に取り組むキャパシティ・ビルディング小委員会とも密接な関連をもっており、協働関係を保っている。各国の経験を含めたマニュアルは、OECD ガイドラインに匹敵するボリュームとなる可能性があり、現在のところ 2012 年の完成が目標とされている⁶。

⑤ 紛争解決

OECD モデル 25 条が採用した仲裁について、国連モデルも採用するとの決定は目下のところ行われていない。ただし、多国籍企業の積極的な姿勢を背景に導入の可能性に向けた議論が進行中である。途上国側からは、仮に仲裁が可能として

5 条 3 項コメンタリーパラ 7-13。

⁶ 2010 年改訂ガイドラインを発表した OECD も、この作業に関心を持ち前向きな協力体制をとっている。

も、途上国の取引実情や法制に詳しい仲裁人の選定の困難性など固有の問題点が提起されつつある。事前確認を含め訴訟や相互協議に至る二重課税問題に対処するための紛争解決手段に関しては、総合的な検討がこれから小委員会により予定されている（一部は移転価格の小委員会と内容的に重複）。

ウ 国連モデルを巡るルール作りへの働きかけ

上記の個別問題は、いずれも、途上国が多国籍企業の課税に際して直面している喫緊の課題に関するものである。そして、これらの背景には、後述する如く BRICs をはじめとした新興国における国際課税法制（国内法・条約）の拡充・執行の本格化という状況があり、国連を場とした国際ルール作りへの積極的関与は、自国の国内税制がどれだけ国際的な信認を得られるかを左右するものとして重要視している証であるとも考えられる。このような動向に対しては、わが国は、条約締結担当者である政府の立場並びに源泉地で事業展開する多国籍企業の立場の双方を反映したルール作りへの関与が、より求められることとなろう。本章では、以下の3において、途上国との課税問題につき、アジアの進出先国（特に中国・インドを中心として）との間で現実に発生している問題を題材として、条約の立法・解釈問題、国内法の立法・解釈問題、更には執行のあり方に関する問題に整理した上で、今後の本研究会が取り組むべき問題点の絞りこみを図ることを目的としている⁷。なお、途上国との関係のみならず先進国間も含めた観点で、諸外国の PE 課税の状況と問題点に対する処方箋を検討する課題については、第3章で別途詳細に分析が行われている。

これからの国連をベースとした途上国対応のルール作りに関しては、投資先国で既にこれらの課税問題に直面している多くの多国籍企業の情報を集約した上で対処策を検討することが肝要と考えられ、これを本研究会の重要な使命の一つととらえて今後継続的にフォローアップするとともに、問題点ごとに集約・整理した意見をマルチやバイの適切な交渉や会議の場へインプットするよう働きかけるべきと考えられる。

（2）主要先進国の税制改正の動向

ここ数年、先進国においては、グローバル経済のなかでの自国の国際投資環境の競争性に着目した法人税率の引下げや二重課税対応税制の改正（外国子会社配当益金不算入制度等）に焦点が当てられたほか、自国の課税権を守るための税制の精緻化や強化の観点からの個別法制、たとえば、日・英にみられるような外国子会社合算税制の改正や、独における事業再編成に際しての Exit Tax の導入など、構造的な国内法改正が多く実現した。これらのなかには、国際的な租税回避行為から自国の課税ベースの侵食を守るための措置が、源泉徴収の導入・強化を含めて多く含まれており、OECD 移転価格ガイドライン 9 章に新たに導入された事業再編成に係る移転価格税制の適用

⁷ 個別の課税問題の検討に関しては、2011.1 21 世紀政策研究所主宰パネルディスカッション・小冊子を参照

ルールも含めて、上記の「源泉地国税管轄権の復権」の一環と位置付けることもできよう。本報告では第 4 章が国外所得免除制度につきわが国タックスヘイヴン対策税制への含意を含めた理論的分析を行っており、また、5 章では、多国籍企業の事業再編成に伴う諸問題を、欧米の Exit Tax の改正動向を踏まえてケーススタディ的に検証している。

そこで、ここではそれ以外の費用控除の制限や源泉徴収の強化の動向につき概観しておきたい。

ア 損金算入の制限

自国で展開される事業活動からの所得について、源泉地としての課税ベースを削減する方向で海外へ払い込まれる利子の損金算入規制の国内法制としては、子会社から親会社への支払い利子を規制する過少資本税制が典型的である。しかし、利子費用による課税ベースの削減は、必ずしも事業会社自身についてのみ発生するわけではない。多国籍企業の親会社あるいは金融子会社がグループのファイナンス調達を一手に引き受け、その結果損金算入されるネットの利子費用が過大となって、当該会社の課税ベースが大きく侵食される事態も同様に、当該会社の所在地国にとっては大きな財政上のリスクである。その場合には、ファイナンスを受けた海外子会社が投資の成果である利得を本国へ還流させないという租税計画が可能となり、いわゆる繰延の利益と親・子会社間の税率格差分（仮に存在する場合）の節税が実現する。

このような租税回避行為が行われた場合の対策として、近年支払利子控除の制限に関する立法が、米、英、独、仏など先進国では広範にみられるようになっている点が注目される。

このうち、米国の改正は 2009 年の税制改正によるもので、米国企業の国外所得が配当等により米国に還流されず米国での課税が繰り延べられる場合、これらの国外所得に対応する支払利子や使用料の損金算入も、国外所得の米国への還流時点まで繰り延べるとする改正案（2010 年改正では繰延対象を利子費用に限定）である。全世界課税方式を採る米国ならではの制度であるといえよう。他方、英国の企業グループ間の支払い利子の損金算入制限は、全世界デットキャップ制度と呼ばれ、グループ全体の債務レベルに比べて英国の事業体の債務レベルが高い場合に、その超過分に相当するグループ法人間の利子支払いの損金算入を制限するというものである。更に、ドイツやフランスで新たに導入された利子控除制限は、租税回避の蓋然性の高い相手国への利子支払い等をピンポイントで制限しようとするもので、いずれも源泉徴収の強化策と並行して行われている点に特徴がある⁸。なお、アメリカ及びド

⁸ 独で損金不算入の対象となるのは OECD 基準に準拠した情報交換規定のない国の企業との取引であり、仏は軽課税国及び非協力国所在個人・法人へ支払われる利子・ロイヤルティ等である。なお、同様の状況の取引に対しては資本参加免税制度の適用も制限されている。

イツは、別途アーニングス・ストリップング規則（米国は調整所得金額の 50%超、独は同 30%超を純支払い利子が占めている場合、超過分につき損金算入を制限）を有しているが、これらの措置はそれに追加して適用されるものである。

イ 源泉徴収の強化

米国の 2009 年外国口座租税遵守法案（FATCA）に典型的に見られるように、一定の報告義務要件を満たさない外国金融機関に対し「源泉徴収可能な支払い」を行う場合に、本来の源泉徴収義務を課す制度が導入された。独、仏においても同様な源泉徴収の強化が行われており、これらの措置は国境を越える金融取引についての情報報告義務の強化と組み合わせられている。

これらの先進国の一連の税制改正は、投資主への適正な課税を図る観点からのものであり、前年の報告で取り扱われたタックスヘイヴン税制の諸改正と並行して、居住地国の課税ベース侵食に対応する施策としてまとめられる。

3 多国籍企業が源泉地で直面する課税の諸問題

——中国・インドにおける移転価格税制に関する経験を主たる題材として——

以下においては、源泉地国の課税権行使の活発化のなかで本邦多国籍企業が直面している移転価格の諸課題を列記し、それらについて対処策別に問題点を整理して、今後の具体的検討に資することとしたい。両国についての事例を検討の素材とした背景には、上記 1 及び 2 で取り上げた「源泉地国課税権の復権」という側面にとどまらず、多国籍企業のみから見ると「復権」を超えた「拡大」の要素が感じ取られているとの深刻な懸念をも反映したものである。復権か拡大かについては議論の余地もあろうが、いずれにしてもその答えは、個別事例の詳細な検証によって初めて明らかにされると考えられる。本稿はその意味では予備的検証にとどまっている。

なお、以下の事実関係の分析と課税問題の法的整理については、石橋委員、小澤田委員、楨委員に多大な貢献をいただいております、青山を含めた 4 名の共同作業の成果ともいえる内容であることを付け加えたい。

(1) 中国での実態

中国では、技術移転による源泉地国企業の無形資産保有認定が積極的に行われており、本邦多国籍企業は技術移転の対価を正当に回収できず、移転価格課税による二重課税のリスクが高いことが、幅広く指摘されている。そこで、個別事例を参照して、その法的問題を整理し、対処策の予備的な検討を行うこととした。

ア 中国におけるロイヤルティに係る移転価格課税等

① 概要

技術ライセンス契約の実質的認可基準として、中国当局は料率上限を設定し、かつ知財権の段階的譲渡を認定する方式を採っており、その下では、①納税者のロイヤルティの独立企業間価格であることの立証責任が重くなるという問題があ

るほか、②知財権の譲渡認定や共同開発の場合における源泉地における広範な経済的所有権の認定が行われることにより、本邦企業が適正と考えるロイヤルティ料率が否認される状況にあるとされている。

知財権の譲渡認定を基本としているため、ロイヤルティ料率の適正さの証明に当たっては、常に総額証明（開発投資額の全額の資料提出）と独自証明（企業機密によるオリジナリティの証明）が求められており、かつ技術代替可能な既存技術蓄積の部分は段階的な移転により消尽するとして、対価の漸減が求められている状況にある。

② 法的整理

知的財産権に関する対価の支払いの課税に当たっては、日中租税条約 9 条の下で独立企業原則が適用されることとされている。また、中国は現在 OECD の加盟国ではないが、既に 5 年以上にわたり OECD 租税委員会にオブザーバー参加しており、移転価格税制については OECD ガイドラインを尊重した立法・執行を行うスタンスを内外に公表している⁹。また、国連においても前述したマニュアルの作成中であるものの、基本的な理念は OECD ガイドラインを尊重することとされており、無形資産取引につき独自の立場を示している状況にはない。したがって、紛争の原因が法的仕組み自体にあるとは一般的に考えにくい。問題は、無形資産の課税に関する紛争が、無形資産の有無、所有者、適正対価についての事実認定の違いに基づくものと整理される場合には、他の法領域と比べて通達ベースのソフトロー領域が広い移転価格課税においては、ソフトローの国際スタンダード（目下のところは OECD ガイドラインのみ）と国内のソフトロー（通達及びそれに基づく執行の慣行）との間のハーモニゼーションに向けて、当事者間のより困難な努力が必要とされる点である。

しかし、無形資産取引に関するガイダンスを扱う OECD ガイドライン第 6 章は、各種の多様な無形資産取引に適用するには具体的な内容が不十分であり、現在 OECD での見直しがスタートしたばかりである¹⁰。また、日中条約には日米条約交換公文 3 に規定するガイドライン尊重の明文規定もない。したがって、個々の紛争解決に当たっては、現行ガイドラインに依拠した解決策の探求が必ずしも可能であるとは言えないであろう。しかしながら、中国国内法・日中条約が共に準拠している「独立企業原則」の下では、両国間に執行経験の長短や課税対象としてきた取引内容の如何に差があったとしても、相互協議で共通の解釈を追及してきた実績がある¹¹。無形資産取引の困難な課題についても、当局・納税者間の事実認

⁹ 国家税務総局が 2009 年 1 月に発出した「特別納税調整実施弁法」は中国版移転価格ガイドラインであるが、移転価格の算定方法や比較可能性分析など、内容的には OECD 基準に即したものとなっている。

¹⁰ 2011.2.7 租研における M.ベネット OECD 事務局移転価格担当課長の講演によれば、無形資産の章の改訂には少なくとも 2 年を要するとのことであった。

¹¹ 2006 年に、中国として初めてとなる移転価格に関する事前確認を、わが国との間で合意した実績がある。

定の問題を集約して定性化した後、2国間協議を通じて一般的に解決すべき問題と解決方法の方向性を共有し合って、その上で個々の事案を、相互協議を通じて解決することは十分に可能と考えられる。

さらに、将来的には、前述のOECDガイドライン無形資産の章や国連マニュアル作成の過程こそ、無形資産取引の定義、認定、対価の算定方式をより具体的に議論し多国籍企業の実態を反映した処方箋を導き出す絶好の機会と考えられる。そこへは、BIACや経団連を代表した意見を積極的に持ち込むことも可能であり、無形資産については、多国籍企業の立証責任の問題を含めて、例えば途上国との間で解釈の乖離が大きい経済的所有権の課税上の取扱い等につき明確なガイダンスを設けることなどを提起することが考えられよう。

③ その他の検討要素

一方、知財権を巡る国内法の取扱いや契約解釈に関しては、源泉地国の法的取扱いが国際的な基準に則していないと判断される場合には、その問題をマルチの国際機関や二国間の通商交渉等を通じて訴えかけることも可能であると考えられる。

イ 中国における移転価格執行上のその他の問題

① 概要

中国で移転価格の調査を受ける本邦企業からは、調査結果に基づく調整金額については自己修正を求められるため不服申し立ての権利が確保されないという問題が提起されている。また、相互協議・APAについての中国側の対応が中央と地方政府の合同体制となっており、事実判断は実質的に地方がリーダーシップを採っているという問題が提起されている。更には、移転価格課税に伴う対応的調整は、ロイヤルティなどの技術使用料への適用が通達上不可能な状態になっているとされている。

② 法的整理

自己修正の要請は、わが国での修正申告の懲通と同様の問題と考えられ、執行上の通達レベルの問題と思われる。移転価格のみならずあらゆる調査に基づく是正措置に共通する問題であれば、中央を通じた法制度面での働きかけを検討する余地があろう。また、相互協議における地方の事実上のリーダーシップについても、仮にそれが存在するとしても、それは中国の国内の事情に過ぎず、日中条約25条の下では権限ある当局（中央政府）が交渉の全権をもつものとして当方の主張をぶつけていくべきである。なお、国内法あるいは条約上の対応的調整規定の不備については、途上国では依然として見られる状況ではある。しかし、国連モデルにおいても、納税者の仮装行為や懈怠・意図的違反によりペナルティを受けたもののみが対応的調整の義務から解放されるとされており、日中条約には対応的調整条項はないものの、条約の精神に基づき対応的調整のための国内法の整備

を求めることは当然のことと考えられる。

したがって、相互協議等の場を通じてさらに働きかけを強めることが必要であると考えられる。

(2) インドでの実態

インドにおける移転価格の税務調査に当たっては、データベースが不十分なため、関税のデータを利用した CUP 法が活用されている模様である（レンジを利用した利益率課税）。また、親会社の無形資産の認定については厳しいスタンスを採っており、中国同様二重課税の発生するリスクも高いものとなっている。そこで、本邦企業の経験を参照して、法的問題を整理することとしたい。

ア インドにおけるロイヤルティに係る移転価格課税等

① 概要

インドでは、比較対象企業の収益率を上回る超過収益の存在が財務データ上証明されない限り、親会社向けのロイヤルティ支払いにつき損金算入を否定する課税を行っている。

具体的には、たとえば、移転価格課税に関する関連会社の利益基準（3.6%）は比較企業平均の許容レンジ内（6.9%±5%）であると認定し承認しながら、当該法人が本社あて支払ったロイヤルティについては、超過収益の存在が実証されていないことから（3.6%<6.9%）、支払いロイヤルティの損金算入を否認するとしている。

② 法的整理

財務諸表上、比較対象企業との対比で超過収益の存在が確認できないということは、単に価値のある無形資産の利用が推認されないという間接証拠にすぎないと考えられ、本来であれば、無形資産の活用に関する反証が認められるべきと考えられる。特に途上国市場での無形資産利用については、創業当初には多様な理由で利益率が低くなることもあるので、そのことを別途証明して、本来の有るべき独立企業間価格の存在を法的に争うことが可能とされるべきである。ただし、中国とも共通する問題としては、納税者の側からの独立企業間価格の立証は、ロイヤルティそのものに的を絞った比較対象取引の発見が困難であるため難しくなっているものと考えられる。インドの価格算定方法は、途上国に多いと思料される税務官署内のデータを利用した CUP 法であり、比較可能性の点でのクレームの余地が多分にあることと、いわゆるシークレットコンパラブルの問題を提起する余地も考えられよう。なお、レンジの幅に余裕を持たせているのは、執行の簡素化も目的としたセーフハーバー的機能を持たせているとも考えられるが、仮に比較可能分析の不十分さを補うものであるとすれば、独立企業原則の基礎を損なう可能性を指摘することもできよう。

いずれにしても、このような法制は、ブラジルの業種別確定利益率課税方式と

の関連でも検討を要する問題であり、国連マニュアルの作成の場でも検討される候補となりうるであろう。

イ インドにおける移転価格執行上のその他の問題

① 概要

インドでは APA の制度がなく、また発生した二重課税について国外関連者がインド当局に相互協議を申し込めない仕組みとなっている。司法手続きは整備されているといわれているものの、訴訟の長期化は多国籍企業に大きな負担となっている。

② 法的整理

APA は OECD ガイドラインが推奨するものではあるが、途上国においては必ずしも実行されるに至っていない。この点は、相互協議事案の増加を背景に、権限ある当局の協議においても、APA 導入に向けた体制整備を働きかけることは可能であると考えられる。また、国連・税の専門家委員会においても、国際課税のキャパシティ・ビルディングの必要性の最も高い領域として、移転価格税制の執行に携わる専門スタッフの養成が挙げられており、今後環境整備は進むものと期待されている。

なお、インドでは 2009 年 10 月から訴訟の前段階として紛争解決パネルによる迅速な処理プログラムをスタートさせている。

(3) その他の課税問題

以上、中国とインドを対象に、移転価格問題に的を絞った問題点の整理を行った。これらのほかにも、例えば ASEAN 諸国については近年移転価格課税が本格化し、相互協議事案も増加しているといわれている¹²。また、中国・インドをはじめとして多国籍企業が直面する課税問題は、移転価格に限らず、PE 課税問題（駐在員事務所課税、子会社の代理人 PE 課税、本社出向者によるサービス PE 課税を含む）出向社員の個人所得課税、投資所得についての源泉課税など多岐にわたっている。これらについては、次章以下の報告を参照されたい。

¹² 2010 年 11 月国税庁記者発表（APA レポート）によれば、アジアの相互協議対象国は中国、韓国、タイ、マレーシア、インドネシア、シンガポール、インドの 7 カ国に上っている。

【参考資料】

21世紀政策研究所第76回シンポジウム（2011年1月17日開催）における
パネルディスカッション資料（抜粋）

新興国における無形資産を巡る事例

- ロイヤルティ支払いに対する調査・課税の増加（ロイヤルティ減額・費用の否認等）
ロイヤルティの根拠である「製造許諾に基づくライセンス料の考え方」を説明するも、
移転価格上の「無形資産の対価として適切かどうか」が議論になる状況が発生。

<事例と整理>

1. 中国 …… 無形資産コスト

「ロイヤルティの根拠として、**コスト総額と技術の独自性**を証明しなければならない」

- ・総額証明……開発投資額の全額の資料提出 →対価総額と料率上限
- ・独自証明……企業機密によるオリジナリティの証明 →技術代替による移転

↓
日中租税条約9条「独立企業原則の適用」だが、納税者の立証責任が重い
・ユニークな無形資産取引では困難かつ複雑（直接的な証拠・適切な情報提供が不可）

- ▼無形資産の対価の算定方式、経済的所有権の扱いのガイダンスが必要
（米国では09年に無形資産について、契約上の所有権確定を尊重する内国歳入法規則を導入）

2. インド …… 無形資産プロフィット

「比較対象企業の収益率を上回る**超過収益**がなければロイヤルティを払う必要がない」

- ・機能分析・経済状況に基づく収益率に対する反証、独立企業間価格による証明の試み

- ▼無形資産貢献度の算定方式、コンパラ選定等のTP法適用の整理が必要

1

新興国における無形資産を巡る事例

- 現地法人の移転価格調査において無形資産の有無が議論に

無形資産の有無

「インド現地法人が以下に係る無形資産を有する」

- ・サプライチェーンマネジメント、人的資産、ロケーションセービング

- ↓
- ・ソフトインタangibleが移転価格上の無形資産に該当するか？
 - ・納税者が無形資産を有することについての分析や事実認定が不十分

- ▼無形資産取引に係る国内法・執行の整備が必要
- ▼無形資産の定義についてOECDガイドラインの明確化が必要

独立企業間価格算定方法

「TNMMIにおける利益水準指標としてベリー比率は不相当」

- ・無形資産を有する・比較対象企業によりコストの範囲がまちまち
- 「インド向け売上高に比較対象企業の営業利益率を乗じた金額がALP」

- ↓
- ・独立企業間価格算定方法が不明確

- ▼独立企業間価格の算定方法につき国内法の整備が必要（APA含む）
- ▼救済措置の改善（国内争訟と相互協議の関係、仲裁規定）

2

新興国における移転価格の執行状況

1. 中国 … 自主納税による課税執行の累積

課税金額の記載のない課税通知書・納税命令書を地方当局が発行



具体的金額を納税者が算定する「自主納税」(不服申し立て不可の恐れ)



個別協議は中央・地方の合同体制で「課税した地方当局」が参画
(ロイヤルティ等の使用料は、「対応的減額調整をしない」との国内法)

2. インド … 国内訴訟による係争長期化の実態

APA制度が無く(検討中)、インド国内からの相互協議申し立てが不可
移転価格案件はタックスルーリングから除外(ユニラテラル協議不可)



紛争解決パネルの迅速化はあるものの、「結局は税務訴訟」で争う状況。
但し、インドでの訴訟は多大な費用と長い年月(10年~20年)がかかる。

第2章 改定 OECD 移転価格ガイドラインとその意義

岡田 至康

OECD 移転価格ガイドラインの基本部分に係る第 I ～第三章については、その策定(1995年)以来初めて大幅な改定が 2010 年 7 月になされたところであり、その意義はかなり大きなものがあると思われる。

1 移転価格を巡る最近の状況

(1) 移転価格税制の重要性の増大

各国企業の一層の海外展開に伴い、移転価格税制は関連企業間取引から生じる所得を規定する制度としての役割を必然的に増しているが、近時、更にその重要性が高まっているといえよう。

まず、移転価格税制の基本である独立企業原則について、OECD での検討を受けて、主として先進各国においてその適用範囲が広まっていると解される。すなわち、近時、企業による海外での事業再編に伴う海外への機能移転等が、主として無形資産等に関して税務上も問題となっているが、これについて、この独立企業原則で対応することとし、新たに OECD 移転価格ガイドラインの第IX章として関連規定が追加されている等、新たな進展がみられている。

また、先進各国の国内法でも、例えばわが国で海外子会社からの受取配当について原則として非課税（益金不算入）とする制度が導入されたが、このような海外所得課税免除制度に係る制度の導入は海外への所得移転を誘発するのではないかとわれ、移転価格税制適用への関心が寄せられている。

一方、OECD 非加盟国においても、移転価格税制の整備及び執行の強化が図られており、実際にこれらの国で移転価格課税を受ける海外企業の数及び課税額も増大している。ただ、これらの国のなかには、移転価格課税がかなり安易な方法でなされたり、また課税に伴う二重課税の除去のための措置も有効に機能していない場合が少なくないため、結局はこれらの国の移転価格課税そのものが問題視されている。

(2) 移転価格に係る論点の顕在化

このように移転価格税制の重要性が増す一方で、移転価格税制を現実に適用する際の難しさのみならず、この税制が抱える解釈上の論点も顕在化しており、同税制適用に当たっての共通理解を早期に図るべきことが求められていると言える。

例えば、上述したように、先進各国において企業の機能等の国外移転がみられるが、それに伴う無形資産の移転について、特にいわゆるソフトインタンジブルについて、どの範囲までを税務上の問題として捉えるのが適当で、また税務上の評価をどのように行うべきかについての指針が求められている。無形資産を巡る評価に関しては、既

に米国でいわゆる所得相応性基準に基づいて、無形資産の譲渡又はライセンスからの所得は当該無形資産に帰すべき所得に釣り合うべきである（内国歳入法典 482 条第 2 文）とされ、無形資産から生じる将来利得をもその対象とすべきことが言われているが、その実務的・理論的問題から必ずしも各国で意見の一致をみていないところである。

また、個別事案の訴訟等を通じて解釈上の問題点が具体的に明らかになっている。例えば、米英間で問題となったグラクソ事案では、子会社所在地国（米国）での販売（マーケティング）に係る無形資産及びそこから生じる所得が問題となったものの、結局は両国当局の見解の一致が相互協議でみられず、米国課税当局との和解で事案が終了したと伝えられている。販売に係る無形資産を広く解することは、販売地国における所得の増加（製造地国での所得の減少）となり得ることであるが、今後の世界経済の進展を考えた場合には、無形資産に係る税務上の取扱いについてのコンセンサスの欠如が具体的に表面化したことは、その税負担面での大きさもあり、改めて現実の問題としての認識を深めさせたものと言えよう。

また、ザイリンクス事案では、費用分担契約（コストシェアリング）に基づくストックオプション費用の負担について、独立企業と異なる負担方法をどう解するかが問題となった。企業側は、ストックオプション費用の予測が困難でまた費用額が多額になる可能性があること等から、独立企業間では親会社の方で全てのストックオプション費用を負担していると主張したものの、米国当局側は、費用分担契約においては全ての関連費用を含めて親子会社間で費用分担すべきであるとしたことから、改めて独立企業原則の意味が問われたところである（注 1）。また、国内規定が独立企業では行わないような取引内容を求めることとなり得るような規定ぶりとなっている場合の取り扱いも、別途検討されるべきものと考えられる。

一方、国連では、OECD 移転価格ガイドラインとは別に移転価格マニュアルを作成中であると伝えられている。OECD との不必要な重複作業は避けることとされているものの、当マニュアル作成の意図は、OECD ガイドラインはあくまでも先進国の立場いわば資本輸出国にとってのものであり、これに対して、OECD 非加盟国の立場でのいわば発展途上国の現実・経験を踏まえたものを作成することにある、とされている（注 2）。企業サイドとしては、OECD 加盟国間でさえ立場の差異による移転価格を巡る紛争が絶えないなかで、新たな対応を求められることになる可能性が生じていると言えよう。

いずれにせよ、移転価格に係る独立企業原則の意味及びその基本的な内容を巡る議論は、経済構造の進展とともに、複雑化する様相をみせているように思われる。

2 改定 OECD 移転価格ガイドラインの概観

(1) 改定の背景

改定前ガイドラインでは、第 I～III 章の構成（独立企業原則・伝統的な取引基準法・その他の方法）にもみられるように、独立企業との比較を取引価格ないし粗利益で行う伝統的な取引基準法いわゆる基本三法が優先されていた。しかしながら、現実の各国における移転価格課税のなかで、企業単位での営業利益比較による課税、納税者の知り得ない比較対象による課税、等が OECD ガイドラインとの関係で問題となり、OECD では、改めて移転価格ガイドラインの充実を図るべく、比較可能性に関する討議文書（2006 年）及び利益法に関する討議文書（2008 年）を公表し、それらに係る議論を踏まえて改定ガイドラインが策定された。

元来、移転価格はその歴史的経緯からも文字どおり価格概念であり、わが国税制の規定振りも、国外関連取引は独立企業間価格で行われたものとみなす（租税特別措置法 66 条の 4 第 1 項）として、そのようになっている。一方、実務的には、企業の巨大化とともに、現実的な対応を考えると価格概念で移転価格を律するのはかなり困難であり、関連情報の入手可能性、移転価格の持つ所得配分としての性質、最終的な納税額等をも踏まえると、営業利益を考慮せざるを得なくなってきたのも事実であろう。

このようななかでの OECD ガイドラインの改定は、いわば実務上の動きを追認したに過ぎないとも考えられるが、移転価格概念の基本に係る問題を含んでおり、またその性質上、世界の多くの地域での移転価格分析に重要な影響を与える可能性があるものと考えられる。

(2) 改定ガイドラインの視点等

改定ガイドラインでも、基本的な考えは従来と変わっていない。すなわち、引き続き、移転価格は厳密な科学ではないとしつつ（パラ 1.13（注 3））、独立企業原則（arm's length principle）によって関連者間の移転価格を律するべきであるとの基本が堅持されている（パラ 1.14）。また、移転価格の算定はあくまで取引単位で行うとの原則から、いわゆる基本三法については伝統的取引基準法（traditional transaction methods）、またいわゆる利益法についても取引単位利益法（transactional profit methods）の語を引き続き使用する一方、利益法のなかの利益分割法（profit split method）については、新たに取引単位利益分割法（transactional profit split method）との語が使用されている。更に、親子会社の合算所得を一定の算式によって配分を行ういわゆる全世界定式配分（global formulary apportionment）法は引き続き独立企業原則に合致しないとしている（パラ 1.32）。ただ、この全世界定式配分法については、第 1 章（C）に非独立企業アプローチとして別途項立をして記述しており、OECD としてこの方式を否定するとの立場を、今次改定に当たって一層鮮明にしていると言えよう。

一方、今次改定で、新たな視点もみられる。第 I～III 章の構成が変わり、それぞれ独立企業原則・移転価格算定方法・比較可能性分析、となっている。第 II 章の移転価

格算定方法では、基本的に最適な算定方法を探ることをまず明らかにしているが、このことは、実際的には利益法への傾斜につながり、取引単位営業利益法（TNMM）のみならず、特に無形資産への対応を踏まえた利益分割法への考慮が求められることになる。また、比較可能性分析が第Ⅲ章として独立しているが、これも最適方法の採用とともに、特に取引の一方だけをみる算定方法で比較可能性分析の重要性が高まるものとみられ、比較対象の範囲が広げられるのに伴って、その使用されるデータの信頼性が従来以上に問われることになることを反映したものと見えよう。すなわち、企業側としては、最適方法採用を巡る算定経過等について特に留意するとともに、これらに係る文書化の質を更に高めることが求められよう。

3 移転価格算定方法（取引単位利益法の位置付け）

（1）最も適切な算定方法

移転価格算定方法は改定ガイドライン第Ⅱ章で全て取り扱われており、伝統的な取引基準法はほぼそのまま記述されているが、取引単位利益法（取引単位営業利益法（TNMM）及び取引単位利益分割法）についてはかなり書き加えられている。

まず、いわゆる基本三法の優位性がなくなり、結局は最も適切な方法（**most appropriate method**）を見出すこととされる（パラ 2.2）。これは、OECD 移転価格ガイドラインが 1995 年に公表されて以来の実務の経験を踏まえてのものであり、今次改定の最も重要な部分と言えよう。ただ、基本三法の優位性がなくなったとはいえ、同程度に信頼性がある（**equally reliable**）場合には、従来の基本三法及び基本三法のなかの独立価格比準（CUP）法の優位性を残している（パラ 2.3）。しかしながら、現実にはその基準に該当する場合は少ないのではないかとされ、また、TNMM はその営業利益指標が比較対象との取引や機能の差異にあまり影響を受けないこと、利益分割法は比較対象が不要であること等で、伝統的な基本三法よりもむしろ取引単位利益法が適切なことがあるとされ（パラ 2.4、パラ 2.62 等）、結局のところ TNMM 及び利益分割法の位置付けをともに引き上げていると言えよう。また、最適方法を選定するまでに、全ての方法を詳細に検討することまでは、求められていない（パラ 2.8）。比較対象の使用についても、合理的に深度ある分析（**reasonably diligent analysis**）を行えば罰則（**penalties**）を避けることができるとされているが、実体面では、より信頼性ある比較対象があればそれが使用されることとなる（注 4）。

（2）取引単位利益法（取引単位営業利益法（TNMM）及び取引単位利益分割法）

取引単位利益法に関し、改定前ガイドラインでは、むしろその適用は相互協議手続きでの利益分割法の使用に限られ、殆どの国で最後の手段に訴えざるを得ない場合でも利益分割法が好ましいとされていた（改定前ガイドライン・パラ 3.52）。

改定ガイドラインでは、TNMM について、利益分割法よりも先に記述するとともに、営業利益指標の選択、営業利益の決定、営業利益のウエイト付け等、その適用プロセ

スについて記述するとともに、その営業利益指標について、対売上・対費用・対資産等における具体的なガイダンスを提供する等、その記述を充実させ、実際に使用されることの多いとされる TNMM について実務の指針としての役割を高めている。例えば、コストベースの TNMM における総原価営業利益率の算定に際して用いる分母の総原価に係る関連者取引（関連者仕入材料・部品等の価額）の取扱いについて特に独立企業原則に従っていると言える場合にそれを容認しており（パラ 2.88）、実際にもその準拠が図られるべきであろう。

また、一方の納税者のみをみる TNMM においては第三者との比較可能性がより厳しく求められている。ただ、TNMM では、時に、子会社に一定の利益がつくことで親会社側が結果として損失となるいわゆるインカムクリーエーションとなる可能性を排除できず、特に現下の経済状況を考えると、比較対象の捉え方を更に厳格に行うことが求められている。また、困難事案の場合には、複数の算定方法を試みることもあり得るとされていることから（パラ 2.11）、利益分割法との比較で独立企業原則に合致した結論を導くことも当然に考えられる。更には、いわゆるロススプリットもあり得るとされている（パラ 2.108）ことにも配慮すべきであろう。ただ、インカムクリーエーションの問題は、とりわけわが国企業の事業形態や企業文化とも関連する問題でもある。すなわち、各企業・業種によって程度の差はあるものの、マーケットシェア重視、親子会社間の強固な一体性等の特色が依然としてわが国企業に存するものとみられることから、一般的に経済状況・事業戦略は従来から考慮されることになっていることをも踏まえ、単純に現地企業との営業利益率比較でよいのかどうか大いに検討の余地がある。すなわち、むしろ、継続企業として中長期の観点から事業に関する意思決定を行っているという日系企業の特徴は、十分に尊重されるべきものであろう。ただ、このような企業風土とも言えるものについて各国の理解を得ていくためには、とりわけ最近の OECD での議論の動向をみた場合には、わが国企業としては、事業戦略として文書化を図る等の工夫も合わせて考慮されるべきものとみられる。

なお、営業費用に対する利益比であるいわゆるベリレーレシオについては、関連者間取引の仲介活動等の一定の条件下で有用であるとし、機能の価値が営業費用に比例していること等の適用の要件も記述されているが、適切でない場合に使用されることがあるとの懸念も表明されている（パラ 2.100～2.102）。

一方、取引単位利益分割法については、取引の両当事者が価値あるユニークな無形資産に寄与している場合や高度に統合された事業活動（グローバルトレーディング等）を行っている場合には一般的には利益分割法が適切である、等利益分割法の長所を具体的に記述している（パラ 2.59、2.109）。ただ、利益分割法は、当然ながら両国企業の詳細情報を要するために相手国の親会社資料が十分に提出されない場合の問題があるほか、配分キーを何にするかが難しく、また一般的にはその分割利益に与える影響もかなり大きなものがある。利益分割法は、例えばジョイントベンチャーのような場

合には非関連者間の比較可能データがあり得るものの（パラ 2.133）、一般的には比較対象がないことから独立企業原則に合致しているのかどうか従来から問われているが、独立企業が同様の状況にあった場合に合理的に行ったであろうことを反映するという点で、利益分割法は依然として独立企業アプローチを構成している、と引き続き述べるとともに（パラ 2.112）、独立企業間の合意において期待されかつ反映されるであろう利益の分割に近似させるような経済的に合理的な基準により分割されることになる、とする（パラ 2.116）。また、その基準又は配分キーが取引前に合意されると考えることは合理的であろう（パラ 2.117）として、事前アプローチ（*ex ante approach*）を好意的に認めている。

いずれにせよ、取引単位利益法への傾斜がみられるものの、同時に利益法の安易な適用については牽制がなされており、単に独立企業データが入手できないという理由だけで取引単位利益法を適用するのは適切ではない（パラ 2.5）、価値あるユニークな貢献がないとしても直ちに TNMM が最も適切な方法であることにはならない（パラ 2.61）、TNMM には時に比較対象との差異を十分に考慮することなく使用されることに関する懸念がある（パラ 2.147）、等と記述されている。利益法のいずれの方法を適用すべきかは、理論的側面のみならず、これらの指摘、更には実際の現地企業と親会社との関係を踏まえた各業種や企業文化を踏まえたものであることが求められる。

なお、利益法についても引き続き取引単位でみることは、改定ガイドラインで利益法の位置付けを引き上げたとはいえ、あくまでもそれは価格概念を基礎とし、利益概念での整理はその結果によるものであるとの基本的姿勢を維持したものと見えよう。

4 比較可能性

(1) 比較可能性分析プロセス

比較可能性分析については、まず独立企業原則適用にあたっての中心事項であるとし（パラ 1.6）、その詳細は、ガイドライン第Ⅲ章で記述されている。主な関心は公の入手可能なデータベースを使用する TNMM に係る比較対象の使用であり、広範囲なデータ分析の使用が認識される一方で、比較可能性レベルの引き上げが図られている。当局しか知り得ない情報を使用してのいわゆるシークレットコンパブルの適用については、アンフェアであるとして引き続き否定的である（パラ 3.36）。

また、従来からの比較可能性に係る 5 要素（製品・役務の特徴、機能分析、契約条件、経済状況、事業戦略）に加えて、実際に受容されている良い実務慣行（*accepted good practice*）としての 9 段階プロセスを記述しており（パラ 3.4）、これらの段階を踏んでいるだけで必ずしも独立企業結果を導くものではなく、当然ながらプロセスよりも信頼性ある結果がより重要ではあるが、これによって信頼性と透明性が確保されるための努力がなされている。

比較単位としては、取引単位で行うべきであるとしても、包括取引で評価する方が合理的な場合があること、また、取引全体を検討する方が合理的な場合があることを引き続き認めており、例えば、長期的な供給契約等では、目先の利益を考慮しないこともあり得、比較対象の検討に当たっては、単なる取引価格あるいは利益ではなく、取引行為を巡る状況も考慮され得る（パラ 3.9）。また、経済・景気・製品のサイクルの存在を経済状況の一つとして認め、複数年度データの使用も認めている（パラ 1.56、3.77）。

（2）比較対象の選定

比較対象の範囲として、比較対象には市場の同一性が求められるが、同一国に存しない比較対象を採ることも、経済状況が合理的に同種（reasonably homogeneous）であれば、認められるとし（パラ 1.58）、その判断はケースバイケースでかつ比較可能性の 5 要素をどの程度満たしているかを参照してなされなければならないとされる（パラ 3.35）。比較対象が同一国に存しないからといって安易にこれを認めることにはやはり問題があり、合理的に同種との概念は、その趣旨からも現実に経済状況が極めて似たところとし、できるだけ限定的に解するべきものであろう。新興国のなかには、自国内の企業から比較対象を選定するのが困難であるとの理由だけで、近隣諸国のみならず経済状態が異なる国にまで比較対象範囲を広げる事例があるようであるが、このような執行は取引相手国（わが国の当局及び納税者）との間で混乱・軋轢等を生じさせることともなることから、改めて慎重な対応が求められる。

また、企業を取り巻く事実と状況によっては、損失取引も比較対象にならないわけではない、とされるが（パラ 3.64、3.65）、更に、短期的な存続企業概念ではなく、継続企業としての実態に合わせて、あくまで取引概念の結果としての利益概念を踏まえつつ、損失を生じている企業についても、時には比較対象として認めることも必要であろう。更に、いわゆるポートフォリオアプローチについて、例えば自動販売機取引等のように当初の取引に利益が殆ど生じなくても、それに続く別途の取引で収益が確実に見込まれるようなビジネスモデルがある場合には、このような取引類型そのものが十分に認められるべきであろう（パラ 3.10）。人件費等の安い国等で国外関連者に製造等を行わせる場合にコストが節約されるいわゆるロケーションセービングについて、その帰属は独立企業間でどのような合意がなされるかによる（パラ 9.149）としても、将来のロケーションセービングの確保を見越して海外進出当初は無償で相手国企業に設備等を供与することも第三者間であり得ることから、このような取引を認めることも必要であるが、このような場合も同様に長期的視点で考えるべきであろう。また、わが国でも移転価格事務運営要領において、法人税基本通達 9-4-2（子会社等を再建する場合の無利息貸付等）の適用がある金銭の貸付については、移転価格税制の適用上も適正な取引として取り扱われている（注 5）。すなわち、個々の取引は不合理のようにみえても、取引を全体としてみた場合には第三者取引においても生じるような経済

合理性が認められるものは、個々の取引の背後にある全体的視点を踏まえることが求められる。取引単位で判定するとはいえ、あくまで第三者取引の実態・背景等を十分に勘案した上での判断が求められる。

比較対象の調整方法については、いわゆる資本集約度調整をはじめかなりの言及がなされている（パラ 3.48、3.49、Annex 等）。また、重要な調整あるいは多くの調整を要する場合は、そもそも第三者取引が十分な比較可能性がないことを示しているとも規定している（パラ 3.51）。為替変動による営業利益率への影響については、比較対象の採り方とも関連して、為替差損益の性質やヘッジの状況、検証対象企業での為替差損益の負担の有無等を見ることとされるが（パラ 2.82）、これも比較対象を取り巻く経済状況のなかで十分に検討されるべきものであり、急速ないし異常な為替変動で一般の想定幅を越えるものについては、会社のプロフィール及びそれを踏まえた為替変動の影響の及ぼす年度の両側面を十分に考慮することも必要であろう。

また、引き続き、移転価格は厳密な科学ではないことから独立企業間価格幅を容認しているほか（パラ 3.55、3.60）、四分位幅（インタークオータイルレンジ）等を OECD として初めて認め（パラ 3.57）、比較対象の範囲を緩和しているが、TNMM はあくまで取引単位であることから、比較対象の大幅な緩和までは認めていない。

米国で広く使用されている利益比準法（CPM）との関係では、このガイドラインと整合的な程度においてのみ受け入れられるとし（パラ 2.56）、引き続き基本的に差異があるとの立場であるとみられるが、TNMM で機能の類似性に重点が置かれるとしても、製品の差異をどこまで認めるかの問題は依然として残るものとみられる。比較可能性に疑問があることから四分位幅等を容認するのであれば、そもそも比較対象そのものの適切性が問題であるとの見方もあり得るが、改定ガイドラインは実務面を踏まえたものとなっている。更に実務的には、単純委託製造会社のようなリスク制限事業体については、比較対象の選定が容易ではなく、また比較対象調整のための経済分析も容易ではないことから、四分位法での下限を十分に活用することも考えられる。

なお、比較対象を厳密にとろうとしても現実には真の比較対象は見いだせない、そもそも関連企業グループ間の取引は非関連取引とは異なるので比較には意味がない、等の意見から、比較対象を用いなくてもよい算定方法である利益分割法が良い解決法だとの主張もあり（注 6）、利益分割法を改めて見直す動きもみられるが、利益分割法をどのような状況で適用するのが合理的なのかについては、引き続き慎重に検討する必要があろう。

5 当面の問題及び対応

（1）改定 OECD ガイドライン内容の執行

改定ガイドラインについて、実務を追認したに過ぎず、その影響はかなり限定的であるとの意見もかなりみられるところであるが、算定方法として最適方法を採用こと

となったこと等に伴い、各国当局にはできるだけ更に詳細な適用指針ないし運用の在り方の公表が求められる一方、当局・納税者の両サイドで算定方法を巡って議論が活発になることが予想され、企業サイドとしては、当局側からの一応の主張に対するため、挙証責任の観点からも、文書化・事前確認（APA）への傾斜が強まることが考えられる。ただ、当初の企業側の値決め等が独立企業間レンジを考慮して決定されたとしても、どうしても結果の利益状況等に基づいて判断されがちであることから、企業側の当初の意図、特に文書化の内容が適切なものであれば、それについては十分に尊重されることが望まれる。移転価格課税を受けることは、企業サイドにとって、単に税額やレピュテーションの問題のみならず、リスクの定量化の面で会計や監査にも多大の影響があることから、安易な課税を行った場合の多方面への影響について十分に留意することが求められる。また、APA についても企業側にとってはかなりの負担であることも改めて認識する必要があるものと思われる。そうでなくともアートであると言われる移転価格税制について、今次ガイドラインで基本的に最適な算定方法を採用することになったこと等に伴う実務面での影響は少なからずあるものと考えられることから、少しでも企業にとって分かりやすい仕組みを構築し、できるだけ指針を示すことが一層求められている、と言えよう。当然ながら、いずれの国からであれ、課税がなされた場合にも、相互協議の合意と対応的調整、更には仲裁制度等により二重課税の除去が確実になされることが必要である。すなわち、この面でも、迅速性と確実性が求められる。

米国の一部には、改定ガイドラインによって OECD の指針の内容が米国の制度に近づいたことから各国間での合意が容易になるであろうとの意見もある（注 7）。しかしながら、各国でのこれまでの執行状況並びに今後における無形資産等への課税強化の方向をみれば、必ずしもそのようには考えられないであろう。今後、独立企業原則そのものへの理解、及び独立企業原則の実現方法が異なれば、各国合意は更に難しいものと考えられ、むしろ一層の共通理解が必要となるであろう。紛争解決のための仲裁等の導入は引き続き促進されるとしても、米国での最近の議論等をみても、基本的な OECD 加盟国間での共通の理解は依然として求められていることに変わりはないものと考えられる。

（2）OECD 非加盟国の動向等

OECD 非加盟国でも OECD ガイドラインの参照を表明する国が増えているようであるが、一方で、国連の移転価格マニュアルの検討にみられるように、OECD 非加盟国も自らの立場の主張を強めている。このようななかで、OECD ガイドラインでは、取引単位利益法の使用に関して、引き続き、各国がこれらの方法を適用する前にその基礎となる税制が相当程度洗練（sophistication）されていることを想定したものであると規定しているが（パラ 2.149）、現実には、非加盟国において、簡易な課税方法が適用される事例や無形資産に係る各種主張がなされる事例がみられるようである。また、

いわゆる全世界定式配分について、OECD は独立企業原則と相容れないものであるとして厳しい見方を崩しておらず、確かに、全世界定式配分は分かりやすいものではなく、OECD 非加盟国のみならず、米国でも一部に国内のいわゆるユニタリータックスを参考にこの算定方式が主張されているが(注 8)、具体的な配分要素の考え方等を巡って各国間で意見が異なることになることは当然に予想される等、その適用は現実的ではなく、たとえあり得たとしても極めて限定したものになると考えられる。この点で今後における EU でのグループ企業の課税標準を共通化した上での一定基準による配賦 (Common Consolidated Corporate Tax Base) に係る動きが注目される。

いずれにしても、OECD 非加盟国との関係は、今後ますます複雑なものになることが予想されるなかで、これらの国において改定ガイドラインについての理解をできるだけ得ることは、極めて重要な問題であり、OECD 加盟国当局が一致協力して対応すべきものと考えられる。企業側にとっては、二重課税をできるだけ惹起させないように、まず各国が同じ基本的考え及び適用指針に立つことが何よりも必要であり、そのための現実的な拠り所としてはこの OECD ガイドラインが唯一のものと考えられる。

(3) わが国での対応

制度面では、わが国も、OECD 加盟国の一員として、改定ガイドラインの適切な実施に向けて努力することが求められており、まず国内法との整合性確保が求められるが、わが国当局も、今次 OECD ガイドライン改定を受けて、制度改正等に前向きであるとされ、「平成 23 年度税制改正大綱」でも、独立企業間価格の算定方法の適用順位の見直し、独立企業間価格幅の取り扱いの明確化、シークレットコンパラブルの運用の明確化、運用上の見直し及び仲裁の申立手続等に関する規定の整備、が図られることになっている。特に、執行当局においては、算定方法・比較対象の採り方等について、一層具体的な適用指針の策定が求められるところであり、また、実際上も、改定ガイドラインの規定のとおり、安易な算定方法への傾斜は避けられるべきであろう。なお、日米租税条約交換公文では、OECD 移転価格ガイドラインについての言及があるが(注 9)、ガイドライン改定後は当然に改定後のものが妥当すると考えられる。

訴訟面では、今後は、いわゆる基本三法を使用したものであっても、その他の方法を二次的に使用することによる反論の可能性が考えられる。課税に使用した算定方法が法令に定めたものに合致した適切なものであるとの立証責任は当局側が負うとしても、改定ガイドラインでは全ての算定方法を厳しく検証することまでは求められていないことから、訴訟段階での論点の多様化・複雑化が予想される。このことから、当初の課税段階で従来以上に適切な課税がなされること、及び相互協議による二重課税の除去が確実になされることによって、できるだけ訴訟事案とならないようにすることが望まれる。

6 終わりに

(1) 独立企業原則の意義

移転価格を巡る基本概念について、今回、OECD ガイドラインの第 I ～第三章の改定によりその内容の充実が図られたことは、まずもって極めて高く評価されるべきものであろう。

移転価格を律する基本概念である独立企業原則としての独立企業間価格は元来文字どおり価格 (Price) 概念であるが、実務上の必要性から利益 (Profit) 概念が大きく採り入れられるようになり、改定ガイドラインでは、むしろ実体的には利益概念が有力にさえなりつつあるようでもある。TNMM は、依然として比較対象の採り方に柔軟性があるとしても、また利益分割法は、比較対象を使用しないとしても、それぞれ、独立企業であれば実現した利益ないし利益配分を算定していることから、独立企業原則からみて、問題がないとされている。利益概念もあくまで独立企業間価格の結果であるとみれば、あくまでも取引単位であり、また独立企業原則に合致していることになろうが、とりわけ比較対象を用いない利益分割法については、この面でもより困難な問題を生じがちである。この点で、無形資産を巡る移転価格への対応について、いわゆる残余利益分割法の適用関係のみならず、無形資産の内容とその評価、とりわけ無形資産に伴う将来価値 (利得) をどのように捉えるのか、事業再編時の在り方等とも関連して、今後の大きな検討点であろう。また、米国内国歳入法典のスーパーロイヤルティ条項 (所得相応性基準) については、契約締結時に合理的かつ良心的に予測した利得に係るものであるとして、独立企業原則に置き換わるものではなく、むしろそれを補完・支持するものであると解する考え (注 10) がやはり制度の全体的枠組みに合致するものとみられるが、その適用に当たっても原則として事後的アプローチとならないようにすることが求められる (注 11)。今後、無形資産を巡る種々の論点について、例えば、販売の無形資産、営業権や事業機会等の事業上の特性に係る税務上の取り扱いについて、OECD としての検討がなされるものの、上述した諸状況を踏まえると、できるだけ早期に解釈指針を示すことが望まれる。

更に、近時、独立企業間での取引慣行が時に論点となることがある。ただ、独立企業間の取引慣行 (Practice) であったとしても、それはあくまで取引の価格 (対価) 概念 (対価ゼロを含む) のなかで考慮されるべきものということであろう。すなわち、独立企業間価格ないしその結果としての利益のなかで考えられるべきものであって、独立企業間慣行としての行為までを求めるものではないであろう。グループ企業内での契約について、能動的事業活動に対してのみ所得を配賦することができるることによって無形資産移転による軽課税国への所得移転及び税の繰延を防止するとの考えもないわけではないようであるが (注 12)、価値ある無形資産の移転が関連者間で行われなことがあっても、それが事業上の理由により行われたのであれば、その行為そのものは一般的には認めざるを得ず、その移転を前提に可能な価格を算定

すべきものであろう（注13）。また、一般に関連会社間の所得分配についての規定とされる米国移転価格税制における独立企業原則についても、あくまで独立企業間結果（Arm's Length Results）を求めているものであって、独立企業の行為（behavior）を求めているものではない、ともいわれる（注14）。

すなわち、移転価格の分析に当たっては、独立企業原則の適用対象が、移転価格概念の活用範囲の広がりとともに、価格から利益、更には慣行（行為）へと拡大しているような側面があるが、結局、OECDの考えをみれば、依然として基本的な価格概念をどう捉えるかのなかでの進展であり、この点は、実務的な側面を考慮しつつも、移転価格税制を捉える上での基本的な視点であるものとみられる。

（2）国際協調の必要性

移転価格概念の適用範囲の拡大及び各国での移転価格課税の強化傾向をみた場合、独立企業原則の具体化にあたって、特にOECD加盟国相互に共通理解を得ることは極めて重要である。すなわち、各国において、独立企業原則についての共通理解を踏まえた上で、経済実態を見据えた柔軟性と巨視的視点が求められるなかで、移転価格算定方法の実際適用に際しての明確化を図っていくことが求められる。また、その過程で比較対象取引とは何かが改めて問われることになり、5要素それぞれの比較可能性を改めて慎重に検討していくことが求められ、その面での国際的な共通理解を深めることも必要であろう。

利益法について、TNMM及び利益分割法は、ともに独立企業間結果を示すものであるとしても、現実には、比較対象ないし分割ファクターの採り方如何で結果に大きな差が出るものであり、これまではむしろこの柔軟性は相互協議等において二国間合意に達する上で便宜でもあったが、今後の無形資産取引を巡る諸問題やOECD非加盟国の動向等を考えると、それらの算定方法の使い方についてできるだけ具体的に国際的合意を得ておくことが望まれる。

移転価格税制の執行の在り方は、移転価格の持つ性質から各国相互に影響を受けかねず、その適正な執行は単に二重課税の除去のみならず、他の国際税制との調和を考える上でも重要であり、移転価格税制の各国での適正な執行と移転価格税制を巡る世界各国間での合意により、国際経済活動を阻害しないことが、何よりも求められる。今次のガイドライン改定は、移転価格を巡る世界の動きが新たな段階に入った時代に符合しているようでもあり、今後、引き続き移転価格ガイドライン第IV章以下、当面特に第VI章～第VIII章についての一層の検討の進展、更には第IX章の規定内容の一層の具体化とともに、各国で当ガイドラインが文字どおりグローバルスタンダードとして適切に運用されることが何よりも期待される。

※ 本稿の執筆にあたっては、当研究会で示唆をいただいたほか、とりわけ菖蒲静夫委員、合間篤史委員、佐藤栄彦委員のご協力をいただいた。

[参考資料] “改定 OECD ガイドラインの概観” (国際税務 2010 年 10 月号から抜粋)

- (注 1) “海外論文紹介—ザイリンクス (Xilinx) 事件と独立企業基準” (租税研究 2010 年 3 月号)
- (注 2) United Nations : Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries (E/C.18/2010/CRP.4、2010 年 10 月 11 日付)
- (注 3) 改定 OECD 移転価格ガイドライン (“Revision of Chapters I - III of the Transfer Pricing Guidelines” 2010 年 7 月 22 日付) における該当記述箇所 (以下同様)。
- (注 4) “Officials Explain OECD Transfer Pricing Guidelines Revisions” (tax notes 2010 年 10 月 18 日号)
- (注 5) “移転価格事務運営要領の制定について” (平成 13 年) 2-6 (金銭の貸借取引)
- (注 6) “The Two Worlds of Transfer Pricing Policymaking” (tax notes 2011 年 1 月 24 日号)
- (注 7) “Treasury Official Defends Arm’s-Length Standard for Transfer Pricing” (tax notes 2010 年 7 月 22 日号)
- (注 8) “Law Professor Testifies on Transfer Pricing Reforms” (tax notes 2010 年 7 月 22 日号)
- (注 9) “所得に対する租税に関する二重課税の回避及び脱税の防止のための日本国政府とアメリカ合衆国政府との間の条約に関する交換公文” 3、(2003 年 11 月 6 日)
- (注 10) U.S. Tax Court、Xilinx Inc. and Subsidiaries v. CIR、Foley 判事意見 (2005 年 8 月 30 日) p31
- (注 11) “Present Law and Background Related to Possible Income Shifting and Transfer Pricing” (Joint Committee on Taxation,U.S.2010 年 7 月 22 日) p20
- (注 12) “Congress: Fix Transfer Pricing *and* Protect U.S. Competitiveness ” (TaxNotes International2010 年 8 月 9 日号)
- (注 13) 前出 “Officials Explain OECD Transfer Pricing Guidelines Revisions” (tax notes 2010 年 10 月 18 日号)
- (注 14) “Xilinx and the Future of Transfer Pricing, Part 2” (tax notes2010 年 4 月 5 日号)

第3章 PE（恒久的施設）を巡る最近の動き （一定の場所を有しないPEを中心として）¹

高嶋 健一
関 隆一郎
安武 幹雄
中岡 昭

OECD の多国籍企業の行動指針において多国籍企業のサプライチェーンの適性開示義務が議論されているように、現在の国際税務を含む多国籍企業に関する重要な議論の一つに、発展途上国、中進国、又は新興国と先進国の所得配分が問題となりつつある。

所得再配分の議論は、第一義的には移転価格税制の枠組みの見直しとその適切な執行に集約される。しかしながら、多くの租税条約のモデルとなっている OECD モデル租税条約（以下、「OECD モデル条約」と略す場合がある。）、及び国連モデル租税条約（以下、「国連モデル条約」と略す場合がある。）の規定振りによれば、事業所得に関しては、その国に所得の源泉があるとされる場合にも、恒久的施設がない限り、その国の課税権が及ばないこととなっているため、恒久的施設の有無が課税権の分配に大きく影響することとなる。したがって、発展途上国、中進国、又は新興国の国際課税の動向として、恒久的施設を認定して、その国の源泉所得をなるべく多くその恒久的施設に割り当てるという課税の傾向がみられる。アジア諸国においても、このような傾向は散見されるようになってきている。この傾向は、特に従来の一一定の場所を有しない恒久的施設、すなわちサービス PE（以下、恒久的施設につき、「PE」と略す場合がある。）、代理人 PE の認定につき、顕著にみられる。すなわち、これらの PE を認定することによって、その国に物理的な一定の場所を有しない外国法人の所得をその PE に割り当て、課税しようと試みるものである。

中間報告においては、代理人 PE につき議論を整理したが、本報告においては、主としてサービス PE に議論を集約し、かつ実際に日本の多国籍企業が直面している PE 認定問題につき、各種コメンタリー、リーディングケースとされる判決事例に係る議論を基に分析することとする。また、日系企業より提供された具体的事例につき整理し、事例紹介としてまとめている。実際に日系企業がどのような事案に遭遇し、その事案につきその国と課税当局と具体的にどのような事項が争点となっているのかにつき、具体的に紹介しているので非常に興味深い内容となっている。

¹ 研究報告書は、国際租税研究会に属する高嶋、関、安武、中岡の各委員が共同で執筆したものである。本文については主として高嶋委員が各位委員の意見を参考にしてまとめたものであり、事例については、各委員が主として担当した。

1 場所の概念のない PE の位置付け

従来 OECD モデル条約においては、サービス PE は既定されていなかったが、コメントリーの 2008 年度の改定により “The taxation of services” と題してコメントリーを追加し、「一定の場所」の概念を有しないいわゆるサービス PE の導入を加盟国に認めることとなった。今後、OECD においても恒久的施設につき、モデル条約コメントリーの改定を念頭にディスカッションが開始される予定であり、当然のことながら、「一定の場所」の概念を有しない PE につきより深度のある議論が展開されることが予想される²。

(1) OECD モデル条約と国連モデル条約の規定振り

ア OECD モデル条約

(ア) 建設等 PE

「一定の場所」の概念を有しない、いわゆる建設等 PE は、OECD モデル条約 5 条 3 項において、以下のように規定されている。

3. A building site or construction or installation project constitutes a permanent establishment only if it lasts more than twelve months.

すなわち、建設等 PE については、建設現場 (building site)、工事、据付プロジェクト (construction or installation project) につきその期間が 12 カ月を超える場合に PE に該当することとしている。

(イ) サービス PE

従来、サービス PE の概念は国連モデル条約に特有のものであり、OECD モデル条約では固定的施設を必要としないサービスの提供については、原則として PE は存在しないこととしていた。しかしながら、テクノロジーの進歩により、重要なサービスを提供する場合にも固定的施設を必要としない傾向が強まったため、サービス PE 概念の導入に踏み切ったものとされている。ただし、その導入方法は、OECD モデル条約自体にサービス PE を導入するのではなく、そのコメントリーの “The taxation of services” (パラグラフ 42.23、以下 Para 42.23 のように略す場合がある。) において、以下のサービス PE の導入例を示し、その導入を加盟国の判断に委ねるものとなっている。

42.23 The following is an example of a provision that would conform to these requirements; States are free to agree bilaterally to include such a provision in their tax treaties:

² 各国の租税専門家の団体である IFA (International Fiscal Documentation) 2009 年の総会においても、PE がトピックに取り上げられており、OECD の租税部会の代表も参加している。

"Notwithstanding the provisions of paragraphs 1, 2 and 3, where an enterprise of a Contracting State performs services in the other Contracting State

a) through an individual who is present in that other State for a period or periods exceeding in the aggregate 183 days in any twelve month period, and more than 50 per cent of the gross revenues attributable to active business activities of the enterprise during this period or periods are derived from the services performed in that other State through that individual, or

b) for a period or periods exceeding in the aggregate 183 days in any twelve month period, and these services are performed for the same project or for connected projects through one or more individuals who are present and performing such services in that other State

the activities carried on in that other State in performing these services shall be deemed to be carried on through a permanent establishment of the enterprise situated in that other State, unless these services are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if performed through a fixed place of business, would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph. For the purposes of this paragraph, services performed by an individual on behalf of one enterprise shall not be considered to be performed by another enterprise through that individual unless that other enterprise supervises, directs or controls the manner in which these services are performed by the individual."

a) は、主として非居住者である個人営業者又はワンマンカンパニーのような少数の株主が所有している法人に適用されることが想定されており、いずれかの 12 月間において 183 日超その個人（その法人の従業員を含む）がその国に滞在し、その個人が滞在した期間の能動的な活動につき割り当てられるグロスの収入が（その他の収入も含む）総収入の 50%を超える場合、サービス PE が認識されるとしている。

一方、b) においては、いずれかの 12 月間において 183 日超個人がその国に滞在し、同一又は関連あるプロジェクトにつきサービスを提供する場合、その企業の PE が認識されるものとしており、この規定は大規模法人を想定しているものとされている。

ただし、モデル条約 5 条 4 項に規定する準備的、補助的な活動に該当するサービスの場合についてはサービス PE に該当することはないものとし、さらに他の法人の従業員がサービスを提供する場合において、その従業員が一方の企業の指揮、

監督を受けない限り、その従業員の提供するサービスについてはその一方の企業の PE は認定されることはないとしている。

イ 国連モデル条約

一方、国連モデル条約においては、建設等 PE 及びサービス PE については、両者とも 5 条 3 項の同じパラグラフにて、以下のように規定されている。

3. The term "permanent establishment" also encompasses:

(a) a building site, a construction, assembly or installation project or supervisory activities in connection therewith, but only if such site, project or activities last more than six months;

(b) the furnishing of services, including consultancy services, by an enterprise through employees or other personnel engaged by the enterprise for such purpose, but only if activities of that nature continue (for the same or a connected project) within a Contracting State for a period or periods aggregating more than six months within any twelve-month period.

(a)により、建設現場、工事、組立、据付プロジェクト又はこれらに係る監督活動については、その期間が 6 月を超えた場合に PE が認定されることとなる。

(b)はいわゆるサービス PE の条項であり、企業が従事させた従業員又はその他の個人によりコンサルティング・サービスを含むサービス提供された場合で、その期間がいずれかの 12 月間において 6 月を超える場合に PE が認定されることとなる。

(2) OECD モデル条約と国連モデル条約の比較とそれぞれの方向性

OECD モデル条約は、あくまでも経済取引の円滑化に重点を置くが、重要なサービス提供において固定的場所が必要ない傾向が強まったことによりサービス PE を導入する立場をとっている。それに対して、国連モデル条約は、発展途上国の開発ファイナンスに重点を置くとともにマネジメント・サービス、コンサルティング・サービスにつきその金額的重要性をその導入の論拠としている。この導入の経緯により、その解釈、適用の範囲の違いが生じていると考えられている。

以下、2008 年 10 月 17 日付の国連サブコミッティーにおけるコーディネーター・ノート“Definition of Permanent Establishment: finalized amendments to current Commentary on article 5”（以下、「コーディネーター・ノート」と略する場合がある。）は PE につき広範な議論を展開しているが、それに基づき、OECD モデル条約と国連モデル条約の差異につき説明する。

ア 建設等 PE の範囲

OECD モデルにおいては、建設現場 (building site)、工事、及び据付プロジェクト

ト (construction or installation project) につきその期間が 12 月を超える場合に PE に該当することとなるが、国連モデルにおいては、組立プロジェクト (assembly project)、及びこれらに関連する監督活動 (supervisory activities) が追加されており、期間についても 6 月に短縮されている。さらに、OECD 側はこれらの期間が 12 月を超えない場合には、そのための物理的な事務所が存在するとしても、1 項の事業を行う固定的な場所には該当していないとするが、国連側では、これらの期間が 6 月を超えない場合においても、そのための事務所は 1 項の事業を行う固定的な場所は、多くの場合存在するため、1 項の PE を認定する場合もあり得るものとしている。

さらに国連側においては、国連モデル 17 条の芸能人条項との整合性により、期間制限を設けることなく、サービスに課税できるようにすべきであるという主張を紹介している。この背景には、芸能人等と同様に、技術の進歩により、滞在期間が短期であっても金額的に重要なサービスを提供できるようになっているという事実認識があるとされる。これについては、国連モデルでは条約の交渉過程で合意できれば、3 月にまで短縮することを認めている³。

言うまでもないが、国連モデルにおいては、PE に該当する活動範囲をより広げていること、期間を 6 月に短縮していること、これらの活動につき、事業を行う一定の場所を認定することができる場合において 1 項の事業を行う一定の場所による PE の認定があり得ることにより、建設等 PE の射程は国連モデルの方が OECD モデルより広範である。

今後は、国連モデルにおける期間の短縮化につき、国連モデル 17 条の芸能人条項との関連で、その動向に注目すべきであろう。

イ 期間に係る濫用防止規定

原則として、建設等 PE に関する 12 月あるいは 6 月の期間のカウントに関する濫用 (例えばプロジェクトを分割することにより期間のカウントを短縮すること等) に対する考え方は一致しているものと考えられる。

ただし、国連側においては、プロジェクトを短い期間に分割したり、関連会社にプロジェクトを分散したりすることによりサービス PE の認定を逃れる可能性がある懸念が強く表明されている (コーディネーター・ノート Para12)。

ウ 全部委託の場合のサービス PE

OECD のコメントリーにおいては、元受企業が一部の業務を委託した場合において、その受託企業の活動については、サービス PE の期間判定にいれるべきであるとされている⁴。ただし、全部の業務を委託した場合におけるサービス PE については明確なコメントはしていない。一方、国連のコメントリーは、全部の業務を委託

³ いくつかの国は、据付等が 6 月を超えなくとも、据付等の部分の金額が機械又は装置の代金の 10% を超える場合にはサービス PE を認識すべきであると主張している。(コーディネーター・ノート Para 8)

⁴ 当該受託企業も要件を満たす場合、サービス PE を構成することとされている。

した場合においても、サービス PE を構成する可能性があるものとしている。

この点については、非居住者の親会社が居住者である関連企業又は非関連企業にその業務を全部又は一部委託した場合に、どのような課税関係が適切かという問題を内包している。基本的には、全部委託と一部委託という問題ではなく、元受企業がその委託業務の指揮、監督を行っているか否かの問題と考えられるが、この論点はグローバルに展開する多国籍企業にとってグループ経営の立場から、あるいは、グローバル経営の立場から、非常に重要な論点であるため、PE 認定、又は所得の割当ての論点につき、より深度ある理論的な説明が OECD 及び国連において望まれる。

エ 漁船 PE

漁業を行う漁船については、通常一定の場所を有する PE、建設等 PE、サービス PE に該当しないこととされているが、国連コーディネーター・ノート (Para13) においては、一定の漁獲量を超える場合等につき、PE となる旨の条項を付け加えることができることとされている。

オ 所得の割当て

建設等 PE、サービス PE の認定を受けた場合、OECD コメンタリー (5 条 Para 42.47) 及び国連コーディネーター・ノート (Para 14) とともに、その PE を通して行われる活動に割り当てられる所得のみに課税がなされるとされている。このような規定は国外で行われたサービス、製造等に係る所得は課税の対象外であることを想定したものと考えられる。

カ 本人に提供するサービスの PE 該当性

OECD コメンタリー (5 条 Para 42.30) においては、サービス PE を構成するには、企業がサービスを提供する (“services performed by an enterprise”) のが前提であるため、提供するサービスは第三者に対するサービスでなくてはならない、としている。すなわち、従業員が自己の所属する非居住者である親会社等に対してサービスを行う場合においては、サービス PE を構成しないこととなる。一方、国連コメンタリーにおいてはこの点に触れている部分はないとされる。

2 場所の概念のない PE の所得

(1) PE の所得計算の一般原則

OECD では 2008 年の恒久的施設への利得帰属に関する報告書 (“Attribution of Profits of Profits to Permanent Establishment”、以下、「PE レポート」と称する場合がある。) は、2010 年に改定版が発表され、OECD 租税委員会が承認した。また、この PE レポートの内容を反映する形で OECD モデル条約コメンタリーが 2010 年版において改定されている。この 2010 年改定により、いわゆる AOA (Authorised OECD) アプローチがモデル条約コメンタリーにも採用されている。

一方、国連モデル条約は 2011 年をめどに改定作業が行われているとされているが、

現行のモデルは 2001 年版であるため、当然のことながら AOA アプローチは採用していない。

以下において、PE 所得の計算につき、OECD 側の立場と国連側の立場の現状につき、概観する。

ア OECD モデル条約

OECD モデル条約 7 条 2 項は、以下のとおり規定されている。

2. For the purposes of this Article and Article [23A] [23B], the profits that are attributable in each Contracting State to the permanent establishment referred to in paragraph 1 are the profits it might be expected to make, in particular in its dealings with other parts of the enterprise, if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions, taking into account the functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise.

すなわち、その PE が分離し、かつ独立した企業として、同じ又は同様の活動を、同じ又は同様の条件にて行った場合に期待される所得が割り当てられることとされ、その所得計算においては、その PE に使用されている資産、リスクを勘案することとしている。さらに、同コメントリーにおいては、

- PE をその属する企業の他の部分から独立したものとして区分する。
- モデル条約 9 条（独立企業）の Arm's Length 原則に従ってその PE の所得を決定する。

の 2 ステップ・アプローチを採用している。

この場合のステップ 1 では、機能・事実分析（functional and factual analysis）により、PE に権利、義務を割り当てることになるが、重要な人的機能（significant people functions）により資産については経済的所有権を有するものとして、同じくリスクについても重要な人的機能により割り当てることとされている。資本については、資産とリスクの割当てを勘案して決定するものとしている。

OECD の立場で特徴的なのは、このような 2 ステップ・アプローチは PE 所得の決定（OECD モデル条約 7 条）、二重課税の排除（同 23 条 A、B）以外には適用されないとしていることである。したがって、資本以外の資金が PE に割り当てられる場合に控除される内部利息については、利息源泉課税（同 11 条 2 項）を適用しないこととしている。同様に不動産の内部使用料についても源泉地国課税（同 6 条）は行わないこととされる。

イ 国連モデル条約

国連モデル条約 7 条 2 項においては、OECD モデル条約と同じく、その PE が分離し、かつ独立した企業として同じ又は同様の活動を同じ又は同様の条件にて行った場合に期待される所得を割り当てるとしているが、3 項（下記参照）の制約を受けるものとしている。

3. In the determination of the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the business of the permanent establishment including executive and general administrative expenses so incurred, whether in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere. However, no such deduction shall be allowed in respect of amounts, if any, paid (otherwise than towards reimbursement of actual expenses) by the permanent establishment to the head office of the enterprise or any of its other offices, by way of royalties, fees or other similar payments in return for the use of patents or other rights, or by way of commission, for specific services performed or for management, or, except in the case of a banking enterprise, by way of interest on moneys lent to the permanent establishment. Likewise, no account shall be taken, in the determination of the profits of a permanent establishment, for amounts charged (otherwise than towards reimbursement of actual expenses), by the permanent establishment to the head office of the enterprise or any of its other offices, by way of royalties, fees or other similar payments in return for the use of patents or other rights, or by way of commission for specific services performed or for management, or, except in the case of a banking enterprise, by way of interest on moneys lent to the head office of the enterprise or any of its other offices.

すなわち、PE に割り当てられる所得の算定上、内部報酬、内部使用料、内部コミッション等については、それらが外部第三者に支払われたものでない限り控除されないとしている。また、本店において発生した経費又は資産の購入は、独立企業間価格ではなく、原則として実際発生額により PE で購入又は発生させたものとしている。ただし、例外として、他の独立第三者から購入する性質の資産又はサービスであるときは、利益を含んだ金額を控除することができるものとしている。（国連モデル条約コメンタリー7条 Para19）

なお、国連側は AOA アプローチについては反対の立場を表明している。これは、

OECD 側が、これらの内部報酬、内部使用料、内部コミッション等については、実際に第三者間で支払いが行われるものではないため、源泉課税の対象とはならないとしているためであるとされている。すなわち、支店所得計算において利益部分を含む独立第三者価格であるこれらの内部報酬等が控除され、さらにそれらにつき源泉課税がなされないとするのであれば、源泉地国課税の従来の方法による課税金額が著しく減少することが懸念されるためである。

さらに、国連モデル条約については、以下のような PE の吸引力 (force of attraction) が規定されていることが、OECD モデル条約とは大きく異なる点である。

1. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to (a) that permanent establishment; (b) sales in that other State of goods or merchandise of the same or similar kind as those sold through that permanent establishment; or (c) other business activities carried on in that other State of the same or similar kind as those effected through that permanent establishment.

PE の吸引力とは、PE を有している場合、PE を通じて稼得する所得以外の所得でも、その国で発生するときは、それを PE に割り当てるというものである。この場合、どの範囲の所得を割り当てることが問題となる。配当、利子、使用料については、通常この原則の対象外とされているが、PE が販売等を行っている場合、その PE を通さないで販売等した所得、PE が販売以外の事業を行っている場合、その PE を通さないで行った同種の事業の所得を割り当てられることとなる。(国連モデル条約コメンタリー7条 Para 7)

さらに、国連モデル条約では、以下のようにいわゆる所得の割当て計算が許容されている。ただし、そのような方法が締約国において常習的に使用され、それが独立企業原則によって導かれる所得と大きく異なる場合に認められるものと限定が付されている。(コメンタリー7条 Para 22)

4. In so far as it has been customary in a Contracting State to determine the profits to be attributed to a permanent establishment on the basis of an apportionment of the total profits of the enterprise to its various parts, nothing in paragraph 2 shall preclude that Contracting State from determining the profits to be taxed by such an apportionment as may be customary; the method of apportionment adopted shall, however, be such that the result shall be in accordance with the principles contained in this Article.

ウ OECD モデル条約と国連モデル条約の比較とその方向性

以上で考察したとおり、OECD モデル条約及び国連モデル条約においても、原則として、その PE が分離・独立した企業であるならば稼得した所得を割り当てることとなっているが、国連モデル条約では、割り当てる経費については、原則として発生した実額経費であり、独立第三者から購入するようなサービス、資産についてのみ利益を含む金額を控除することができるかとされている。この点は、PE を機能的に全くの独立した企業として取り扱って所得を算定する OECD モデル条約のアプローチと全く異なることとなる。

さらに、国連モデル条約には、PE の吸引力 (force of attraction) 原則が依然として存在していることも大きな違いである。

(2) 場所の概念がない PE の所得計算

場所の概念がない PE である代理人 PE、建設等 PE、サービス PE については、PE の存在を納税者側が想定していない、すなわち税務当局に PE の認定を受けることが多いため、その収入、経費に関する記録の整備がなされていないことが多いと考えられる。そのため、その帰属所得は、PE に帰属する会計記録等による実額計算ではなく、その PE の行う業務に関する総所得が算定できる場合には、その総所得の割当て計算となろうし、そのような計算も難しい場合には、PE の行う業務が属する業種の平均的な利益率を使用するみなし所得課税となろう。したがって、国境をまたいで業務を展開する多国籍企業にとって事前にこれらの PE リスクを評価し、そのリスクが高い場合には、適宜会計記録等を整備する等の対応をとることが望ましいこととなる。

例えば、その国に所在する子会社がサービスを提供し、かつ親会社の指揮監督にその子会社の従業員等が服している場合に、サービス PE が認定されることも想定される。このような場合の一定の場所を有しない PE についてどのような所得計算がおこなわれるべきかが重要な論点となる。

当然のことながら OECD の立場においては AOA アプローチ及びダブル・タックスペイヤー・アプローチを採用してその所得を算定することになるが、国連モデルの立場は必ずしも明確ではない。AOA アプローチについては、国連は反対の立場を採用しているものの、代理人又はサービスの直接的な提供者とは別個に本人等の所得を認定するダブル・タックスペイヤー・アプローチについては、新興国又は開発途上国の利益になると考えられるため、国連モデル・コメンタリーに今後どのように反映されていくが注視する必要があると考えられる。

3 PE が存在する場合の事業所得以外の課税関係

租税条約の一方の締約国において他方の締約国の居住者である企業の PE が存在する場合、どのような課税関係になるであろうか。一般に、OECD モデル条約又は国連モデル条約に沿った租税条約が締結されている場合、それらの条約の第 5 条 (恒久的施設)

で PE が存在するか否かを判定し、PE がある場合には、第 7 条（事業所得）により、PE に帰属することとなる事業所得がその一方の締約国において課税されることとなる。これは、一方の締約国の企業が他方の締約国に支店等の PE を設置して事業活動を行うまでは、当該他方の締約国において課税に服するほど経済活動に参画しているとはいえないという国際的に合意された原則に基づいていることが理由とされる。

OECD の立場と国連の立場で大きく異なるのは、OECD が PE に帰属する事業所得のみに課税することとしているのに対して、前述 2.1.3「国連モデル条約」で述べたとおり、国連モデル条約には PE の吸引力（Force of Attraction）原則が依然として存在していることである。

ところで事業所得については、OECD モデル条約においては、「事業」の直接的な定義を置いておらず、それぞれの締約国の国内法における「事業」の定義によるものとされている（同コメンタリー 3 条 Para 10.2）。さらに、同コメンタリーにおいては、締約国の国内法又は租税条約のいずれかにより決定されるべきことを言及しないで、企業活動を遂行する際に得られる一切の所得をいうとしており、非常に広範な規定振りとなっている。事業所得の「所得」の概念については、「事業」の概念が締約国の国内法で決定されるのであれば、「所得」の概念も締約国の国内法で決定されるべきであるとする見解が一般的であろう⁵。これらの点については、国連モデル条約の立場からも許容されていると考えられる。

（1）OECD 及び国連モデル条約による課税関係

ア 事業所得として課税される所得

事業所得以外の所得についても、PE が存在することにより、その課税関係は OECD モデル条約又は国連モデル条約により変更されることとなる。実務的には、PE の存在により課税関係が大きく変更されるため重要な論点ではあるが、本報告書の目的はこれらの課税関係の詳細を検討することではないので、ここでは簡単にその概略を述べることにとどめる。

配当、利子、使用料については、原則としてその源泉地国においてグロス所得に対して源泉所得課税が行われることとなるが、それらの起因となった株式等、債権、権利、財産が実質的に PE に関連を有する場合には、PE に帰属する事業所得として PE の所在する租税条約の締約国の課税に服することとなり、その国の課税方式による課税されることとなる。通常は経費控除を行った後のネット所得に対して税率を乗じて計算される所得税を納付するネット課税を受けることとなる。PE の事業用資産を構成する動産の譲渡収益、及びその他の所得についても、それぞれ譲渡所得条項（同第 13 条）、その他の所得条項（同第 21 条）の例外として規定されており、や

⁵ Brian J. Arnold, “Fearful Symmetry: The Attribution of Profits in “Each Contracting States”, Bulletin for international taxation 2007 Vol. 61 No. 8 / 鈴木一路訳、「各締約国における利得の帰属」、租税研究 2008.3

はり PE の事業所得としてネット所得課税を受けることとなる。

このように、これらの所得につき、グロス課税からネット課税に変更されることとなるが、これは必ずしも企業にとり、税負担の増加を意味するものではないことに注意したい。なぜならば、これらの所得に対応する原価、経費等の控除が適正に行われる場合には、ネット所得課税の方が税負担が軽くなる可能性があるためである。

以上の課税関係を OECD モデル条約に従って整理すると以下のようになる。

<配当、利子、使用料>

配当の受領者が源泉地国に PE を有し、その配当の起因となった株式等がその PE に実質的に関連を有する場合のその配当 (OECD モデル条約 10 条 4 項)

利子の受領者が源泉地国に PE を有し、その利子の起因となった債権がその PE に実質的に関連を有する場合のその利子 (同 11 条 4 項)

使用料の受領者が源泉地国に PE を有し、その使用料の起因となる権利又は財産がその PE に実質的に関連を有する場合のその使用料 (同 12 条 3 項)

<事業用資産である動産の譲渡所得、その他の所得>

PE の事業用資産を構成する動産の譲渡から生ずる収益 (同 13 条 2 項)

その他の所得の受領者が源泉地国に PE を有し、その起因となる権利又は財産がその PE に実質的に関連を有する場合の当該所得 (同 21 条 2 項)

国連モデル条約も概ね同様の規定振りとなっているが、前述したとおり、国連モデル条約には PE の吸引力 (Force of Attraction) 原則が存在していることに加え、個人の自由職業所得については、事業所得の恒久的施設とは別個に、第 14 条において「通常使用できる固定的施設」(“fixed base regularly available to him”) を有している場合には課税することとしているため、上記の配当、利子、使用料、事業用資産である動産の譲渡所得、及びその他の所得については、適宜、第 7 条事業所得又は第 14 条自由職業所得の規定を適用することとなる。

イ 給与所得課税

OECD モデル条約 15 条により、一方の締約国の居住者が、その勤務を他方の締約国内にて行う場合、当該勤務にて取得する給与所得は、以下の短期滞在者免税の要件全てを満たす場合を除いて、当該他方の締約国にて租税課することができるとしている。

- 報酬の受領者の他方の締約国での滞在が 183 日を超えないこと
- 報酬を支払う雇用者が勤務の行われている国の居住者ではないこと

- 勤務を行う国に雇用者が PE を有する場合、当該 PE が報酬を負担していないこと⁶

一方の締約国の企業が他方の締約国に従業員（建設作業員、エンジニア等）を派遣した場合において、他方の締約国において PE（建設等 PE、サービス PE を含む）を認定された場合、3 番目の要件を満たさなくなるため、当該従業員の前在日数が 183 日以下であっても、短期滞在者免税は適用されず、勤務をもって取得したとされる給与所得に対して他方の締約国において課税されることとなる。

国連モデル条約も概ね同様の規定振りとなっているが、個人の自由職業所得については、事業所得の恒久的施設とは別個に、第 14 条において「通常使用できる固定的施設」（“fixed base regularly available to him”）を有している場合には課税することとしているため、上記の 3 番目の要件につき、「勤務を行う国に雇用者が PE 又は固定的施設を有する場合」とされている。

4 各国の動向・事例

以上、一定の場所を有しない恒久的施設につき、理論的な考察を行ってきたが、ここで各国の動向及び事例に眼を向けて、多少の検討を加えてみたい。（恒久的施設の研究チーム各委員から提供を受けた事例については、「事例紹介」としてまとめて掲載することとしているので、ここで取り上げるものは、理論的検討において重要性があると考えられるものに限ることとする。）。

(1) 中国・シンガポール租税条約の中国側コメント

2010 年に中国は中国・シンガポール租税条約及び議定書に関する解釈通達（国税発 [2010]85 号）を發布した。この解釈通達は、中国が初めて租税条約の解釈につき発した通達であり、同様の規定を持つ中国が締結した他の租税条約にも適用されるものとしているため、注目されている。

サービス PE に関して、この解釈通達 5 条 7 項の規定によれば、以下のいずれかの場合に該当するときは、事業を行う一定の場所としての PE 又はサービス PE が存在することとされている。

- A) 外国企業が中国子会社に人員を派遣し、当該外国企業の業務に従事させていること
- B) 指揮命令権、業務リスクを外国企業が負担していること
- C) 出向者の選定権限が外国企業にあること

⁶ OECD モデル条約コメントリー 15 条パラ 7 において、PE が「負担する」報酬とは、第 7 条の PE の費用控除に関する原則及びその報酬の性質を考慮にいれ、当該 PE の所得計算上、「控除が生じ得る」報酬と解釈されている。

- D) 外国企業が給与を負担していること
- E) 外国企業が利益を取得していること

以上のいずれかに該当し、PE が認定される場合には、理論的には実額による所得計算は可能ではあるが、実際にはみなし所得（推定利益率 15%以上、ただし、管理サービスについては推定利益率 30-50%以上）による課税がなされる場合が多いものと考えられる。

これらの要件につき、日本親会社とその従業員を出向させる場合につき検討すると、C) については、出向者の選定権限を日本親会社が有していても、理論的には必ずしも PE の認定につながる性格のものではないと考えられる。実態的には、日本親会社とその選定権限を有していることが多いと考えられるが、これを現地主導に切り替えていくことが実務的な対応となろう。D) については、直接支払うか間接的に親会社を経由して支払うかは関係ないとされている。このことは実務上の問題解決に寄与するものと思われるが、出向者の社会保険料負担部分については形式的には日本親会社が留守宅手当として負担する機会が多いため、日本の雇用制度の特殊性を粘り強く説明していくことになろう。

日本企業の実態として、中国子会社等への出向者に期待することは、第一義的に当該子会社等の従業員として成果をあげることであり、日本親会社に対して提供する活動としては、副次的にその子会社等の実態につき報告している程度の軽微な活動であるのが実情ではないのではないのだろうか、と思われる。

OECD コメンタリー (5 条 Para 42.30) においては、サービス PE を構成するには、企業がサービスを提供する (“services performed by an enterprise”) のが前提であるため、提供するサービスは第三者に対するサービスでなくてはならない、としている。すなわち、日本親会社の従業員とされる出向者が日本親会社に対してサービスを行う場合、OECD の立場ではサービス PE を構成しないこととなる。仮にサービス PE が存在するとしても、この場合の PE が行うサービス業務は極めて軽微なものであるため、ダブル・タックスペイヤー・アプローチを採用したとしても、それに割り当てる所得は極めて少なく、無視できる程度のものであるのではないだろうか、と考えられる。

以上が、中国における出向者 PE の理論的な分析であるが、現状においては、中国税務当局が実態調査を引き続き行っているものとされている。したがって、今後もその動向を注視する必要があるだろう。

なお、本件解釈通達とは直接的には関係しないが、中国・シンガポール租税条約には、面白い論点が見出されるため、この場を借りて紹介しておきたい。日中租税条約においては、サービス PE と認定される要件である期間が「合計 6 月を超える期間」と規定されているため、中国課税実務においては、1 か月のうち 1 日でも役務の提供等に該当する活動の期間があれば、1 月とカウントされてしまうリスクがあるとされている。

これに対して、中国・シンガポール租税条約においても、「合計 6 月を超える期間」(“for a period or periods aggregating more than 6 months”) と規定されているのは同様であるが、2009 年 8 月 24 日締結、2010 年 1 月 1 日発効の第二次議定書第 1 条において、「6 月を削除し、183 日に置き換える」(“the term “6 month” shall be deleted and replaced by “183 days”) とされているため、同条約においては、1 か月のうち 1 日の役務の提供等に該当する活動の期間があったとしても、1 月とカウントされてしまうリスクはないこととなっている。日中租税条約においても、議定書においてこのような変更がなされるのであれば、期間計算における無用なトラブルを減ずる効果が確実にあると考えられる。

(2) インドにおける Morgan Stanley ケース

2007 年 7 月 9 日にインド最高裁判所は、PE と移転価格に対する興味深いいわゆるモルガン・スタンレー判決を出している。インドにおいては、同判決が PE に関するリーディングケースとなっている。

ア 事実の概要

Morgan Stanley & Co. Inc (MSCo) は、米国居住法人であり、そのグループ法人であるインド居住者の Morgan Stanley Advantage Services Private Limited (MSAS) は、MSCo を含む複数のグループ会社に対してバック・オフィス・サービスを行っていた。MSCo は MSAS に従業員を出向させていたが、その従業員の給与相当額をマークアップなしに MSAS は MSCo に支払い、MSCo はその従業員に同額の給与を支払っていた。また、MSCo は自己が MSAS から受けるバック・オフィス・サービスにつき、コスト・プラス 29%のマークアップをして支払っていた。

以上のような事実関係に基づき、MSCo は次の主要な問題について、AAR (Authority for Advance Rulings) のルーリングを求めた。

- MS Co.は、米印租税条約に基づきインドに PE を有していると判定されるかどうか？
- PE が有ると判断された場合、インドの PE に帰属する所得額はいくらか？

イ インド最高裁判所の判断

インド最高裁判所は、上記の事実に対して、出向元親会社 (MSCo) が出向者の給与を支払い、その者に優先的指揮監督権を有していたため、出向元親会社 (MSCo) の従業員と認定した。その上で、その者が行っていた業務につき、スチュワードシップ・サービスとその他の業務に区分し、スチュワードシップ・サービスはサービス PE を構成しないと判示した。その他の業務についてサービス PE を認定したが、出向元親会社 (MSCo) が出向先子会社 (MSAS) に十分な業務委託料を支払っていたため、サービス PE に割り当てる所得はないとした。

ウ 本件判決の評価

一般的には、本件についてはシングル・タックスペイヤー・アプローチを採用と

しているが、実質的にはダブル・タックスペイヤー・アプローチを採用しているとする見解もある⁷。また、スチュワードシップ・サービスという概念を使用して、同サービスの提供はサービス PE を構成しないとしている。これは、サービス PE を構成するには、提供するサービスは第三者に対するサービスでなくてはならない、としている OECD コメンタリー(5 条 Para 42.30)と同様なポジションとなっている。

このように、インドの裁判事例、及びその裁判事例を巡る議論においては、OECD の移転価格ガイドラインで過去に使用されていたスチュワードシップ・サービスという概念が使用されていること、シングル・タックスペイヤー・アプローチとダブル・タックスペイヤー・アプローチの違いが意識されていること等からも解るとおり、一部には独自の議論も見られるが、概ね OECD における問題意識が共有されていると考えられる。したがって、OECD 加盟国を中心とした先進国にとっても比較的に理解し易いものとなっている。

ただし、インドにおける訴訟手続きは非常に長期にわたるため、実務的には訴訟による税務問題解決には多大な(期間及び実際の)コストがかかるとされ、先進国企業にとっては頭の痛い問題となっている。

(3) フランスにおける Zimmer ケースのその後

中間報告書においては、フランスにおける Zimmer ケースにつき報告した。このケースにおいては、イギリスに所在する Zimmer Ltd は、フランス子会社である Zimmer SA を従来の Buy-Sell 会社から Commissionaire に転換したとされ、これにつき、フランスの下級審 (Paris Administrative Court of Appeal) は本人 (Zimmer Ltd) の従属代理人恒久的施設とするフランス税務当局の処分を是認した。

ここで注目されたのは、フランス商法において Commissionaire は、本人を直接拘束しないとされているにもかかわらず、当該裁判所は事実認定として本人を拘束するものとしたことである。また、当該裁判所は、本人の名前で代理行為を行う代理人のみが従属代理人恒久的施設を構成するか否かにつき、OECD モデル条約コメンタリー 5 条 Para 32.1 を引用して、本人の名前で行う代理以外の代理についてもその範疇に入るものとしていた。

本件判決は、最高裁判所に上告され、最終的には納税者が逆転勝訴する結果となっている。この逆転判決の理由としては、やはり、Commissionaire は、フランス商法によれば直接本人を拘束しないため、代理人にはなり得ないというものであった。

Commissionaire の代理人 PE 問題は、フランスにおいては最高裁判所において決着をみたが、他の欧州国において同じような争訟がなされており、Commissionaire につ

⁷ Hans Pijl, “Morgan Stanley: Issues regarding Permanent Establishments and Profit Attribution in Light of the OECD View”, Bulletin for International Taxation, May 2008

⁸ 不服審判所レベルの判断である Deputy Director of Income Tax v. SET Satellite (Singapore) Pte. Ltd (ITA No. 535/Mun/04)においては、ダブル・タックスペイヤーアプローチを採用している。

いては依然として課税上不安定な状況があることに留意すべきであろう⁹。

(4) 若干のまとめ

OECD加盟国を中心とする先進国間においては、当然のことながら PE（一定の場所を有しない PE も含む）課税はかなり詳細に OECD モデル条約コメンタリーにおいて検討され、それがガイドラインとして機能しており、理論的にはかなりの程度の安定性が見られる。

一方、新興国においては、源泉地国課税強化の流れもあり、一般的にはかなり広範に PE を捉える傾向が見られ、一定の場所のない PE の認定においても積極的であるとされる。アジアの新興国の代表国の一つであるインドにおいては、OECD モデル条約コメンタリーの先進国のフレームワークにとどまりつつも、源泉地国課税強化の流れが見られる。もう一方の代表国である中国においては、OECD 又は国連の議論を採り入れつつも、独自の立場をとっているものと考えられる。

いずれにせよ、新興国における PE の理論構成、あるいは課税実務は未だ成熟していないため、今後の動向を注意深く見守る必要があるだろう。

5 結語

以上、一定の場所を有しない PE につき、OECD モデル条約及び同コメンタリーの立場と国連モデル条約及び同コメンタリーの立場を対比しながら、その立場の違いをみてきた。これらのモデル条約の立場は、OECD 加盟国を中心とする先進国（あるいは資本輸出国）と新興国を含む発展途上国の課税につき、法的拘束力を持つものではないが、それぞれの加盟国に対する勧告として機能するものである。OECD モデル条約コメンタリーについては、加盟国が留保を付した上で、租税委員会での決議に基づき閣僚理事会で勧告が行われるため、少なくとも加盟国課税当局については拘束的に機能するとされている。また、OECD 加盟国の判決文にしばしば引用されるなど、一定の規範性があると考えられる。一方、国連モデル条約コメンタリーについては、国連の正式機関の決議を経ておらず、また加盟国が留保を付す仕組みになっておらず、その拘束性は OECD モデル条約コメンタリーと比して比較的緩やかなものとなっている¹⁰。

したがって、一定の場所を有しない PE に限らず、その国の課税の執行状況をこれらのコメンタリーを参照しながら理解することは、その課税実務の安定性を判断する上で有用であろうと思われる。すなわち、その国がこれらのコメンタリーに沿った課税執行を行っていれば、その課税執行は安定的であろうし、異なった課税執行を行っている場合には、それが安定的に推移するのか、どのように変更される可能性があるか、少なくとも、これらのコメンタリーとの比較なしにその方向性を判断することはできないであろう。

⁹ オスロ地方裁判所（Utv.2010 at 107）、いわゆる Dell ケース

¹⁰ 国連モデル条約コメンタリーに関しては、専門委員会の委員の少数意見については、比較的詳細にそのコメンタリー本文において記述される傾向にある。

う。その意味で、OECD モデル条約及び同コメンタリーの立場と国連モデル条約及び同コメンタリーの立場を理解して、その国の租税条約における課税の執行状況を比較検討することは重要なことと思われる。

一定の場所を有しない PE については、通常、企業はその認定を予想していない場合が多いため、一旦課税当局に認定された場合、PE の所得を実額により算定する会計記録、証拠書類等が整備されていないことが多い。そのような場合には、みなし利益率による推計課税、又はセグメント所得の一定割合を割り当てるような課税が行われることがある。理論的にはこれらの課税は中立的で企業に有利な場合もあるし、不利な場合もあることなるはずである。しかしながら、実際には企業に不利な所得金額の認定が行われることが多いと思われる。

したがって、一定の場所を有しない PE リスクをコントロールするには、第一義的にその認定可能性を測定することが必要となる。定性的な判断とならざるを得ないが、その判断においては、OECD モデル条約及び同コメンタリー、国連モデル条約及び同コメンタリーを参照しながら、その国の課税の執行状況を加味してそのリスクを定性的に判断することが重要となろう。その定性的な判断によりリスクが相当程度あると認められる場合には、認定された場合にどの程度の金額的リスクが発生するかをさらに検討することになる。この場合、実額による所得計算のためには、どのような会計記録、証拠資料等が必要であるかを検討することが重要となろう。あるいは、金額的重要性が大きいことを第一義的に判断して、次に認定の可能性の定性的判断を行うことも考えられる。

いずれにしても、一定の場所のない PE については、実務においてそのリスクが見過ごされがちとなる傾向が強いと思われる。その性格から、非常にコントロールが難しい税務リスクであることも確かである。また、一定の場所のない PE については、わが国の国際税務に関する理論及び実務において日常的に議論される論点とはなっていないため、未だ解明されていない問題点が多くあるものとも考えられる。そのために、本件報告書が一助となれば幸いである。

事例紹介

以下に各委員から提供された事例のうち、中国とインドに関する事例を 1 件ずつ紹介する。これらの国において具体的にどのような PE リスクが存在するかにつき、参考にされたい。

1. 中国サービス PE

1.1 事実の概要

2009 年 10 月、南沙地税局は、日本自動車メーカー A 社に対し、507 号通達（ノウハウ・技術移転であっても PE 認定を可能とする）発行と同時に、現地製造事業体（A 社、中国現地企業各 50%出資の合弁企業）への日本からの技術ライセンスに基づく派遣指導がプロジェクトで 6 か月を超えているとして「技術コンサルティングの役務提供サービス」として PE を認定し、技術派遣指導者の滞在日数に応じ、過去 5 年分の個人所得税を納税するよう通知した。

さらに、2010 年 1 月、南沙国税局は 46 号通達（PE 認定基準を説明、プロジェクトで 6 か月を超えれば PE と解釈）の発行と同時に、中国で税務登記を行い、過去 5 年分の企業所得納税額を申告納税するよう通知した。

この際、課税根拠として、当局は日中租税条約第 5 条「コンサルタント役務提供が単一ないし関連プロジェクトで 6 か月を超える場合 PE を認定する」ことを挙げた。一方、A 社は、当該派遣指導に関する A 社への支払いは、技術指導に関する使用料送金であり、同派遣指導は PE にはあたらないとの反論書を提出した。更に過去 5 年間にわたり、A 社への支払いは国家認定された技術指導料として、10%の源泉税（国税）を支払い済みであることも指摘した。

ここで論点となったのは、「過去 5 年分の遡及の可否」及び「コンサルタント役務」「プロジェクト」の解釈であった。

- 「過去 5 年分の遡及」については当局との協議により「09 年 10 月より前には遡及しない」という結論で当局と決着した。
- 「コンサルタント役務」について当局は、技術ライセンスに基づく補助的・補完的な技術支援であってもコンサルタント役務とみなしており、租税条約の解釈は A 社と当局で平行線のままである。
- 「プロジェクト」については、支援・サービスをする会社/受ける会社/実施場所が同一であれば同じプロジェクトと判断する当局とモデルチェンジに伴う FS 申請コード別にプロジェクトを認定すべきとする A 社の間で未だ交渉が継続している。

A 社は当面の対応として、09 年 10 月～10 年 3 月までの期間については、09 年 10 月から 6 か月を超えるプロジェクトはないので、派遣指導は PE ではないとして、従来どおり使用料としての扱いを認めるよう当局と交渉している。

10年4月以降については、以下の対応策を実施している。

- プロジェクトごとに、契約期間や内容を当局と協議し、6か月基準を遵守し、派遣指導については、従来どおり源泉納税を継続する。
- 日本からの技術支援出張を削減し生産準備の現地化を実施する。日本からの技術支援出張を通算6か月以内にとどめるよう検討すると同時に、車両モデルチェンジ毎にプロジェクトを認定し、6か月以内の技術支援ができるよう当局との交渉を行う。

1.2 分析

本件は本邦中国進出企業が直面する中国製造子会社に対する製造ノウハウの提供に係るサービス PE 問題である。製造ノウハウの提供に伴う技術役務の提供を技術者の派遣により行う場合にこのような問題が生ずることとなる。

使用料と技術役務の提供の関係につき、中国・シンガポール租税条約の中国側コメンタリー（国税発[2010]85号）、OECD モデル条約コメンタリー、国連モデル条約コメンタリーの立場を以下に簡単に述べる。

- 中国・シンガポール租税条約の中国側コメンタリー12条（使用料）においては、製造ノウハウ提供に関連して技術役務の提供を技術者の派遣により行う場合の技術役務提供サービスについては使用料として源泉徴収（10%）の対象となるとしている。
- OECD モデル条約コメンタリー12条 Para 11.6においては、使用料と技術援助サービス等が含まれている複合契約については、原則として合理的に区分してそれぞれ使用料と技術援助サービスとして取り扱うこととしている。例外として、技術援助が主たる部分を構成せず、付随的又は重要でない場合には、主たる部分の取扱い、すなわち使用料の取扱いに従うものとしている。
- 国連モデル条約コメンタリー12条 15においては、ロイヤルティとその他の所得の区分の困難性の議論をしているが、特に技術援助サービスについての記載はない。

以上が各コメンタリーの立場であるが、本件技術役務の提供に係る所得が、ロイヤルティ所得に含まれるのか、それだけで独立的にサービス PE を構成する「コンサルタント役務」の提供とされるか、については事実認定の問題であり、究極的には、当該技術役務の提供が主たる部分である製造ノウハウの提供に対して従たる部分であるか、又は重要性がないか、という問題に帰着するように思われる。

プロジェクトについての中国・シンガポール租税条約の中国側コメンタリー、OECD モデル条約コメンタリー、国連モデル条約コメンタリーの立場を簡単にまとめると以下のようになる。

- 中国・シンガポール租税条約の中国側コメンタリー5条においては、事業関連性又は連続性を有するプロジェクトは同一又は関連性のあるプロジェクトとされ、その期間で PE の判定期間が算定されることとなっている。同一又は関連性のあるプロジェクトの判定要素に以下のものが挙げられている。

- 同一の包括契約に含まれているか否か？
- 契約が分離している場合、その契約が同一当事者間の契約となっているか否か？
- そのプロジェクトの実施がその後のプロジェクトの実施に必要なか否か？
- 関連するプロジェクトの同質性
- 関連するプロジェクトの担当者の同一性
- OECD モデル条約コメンタリーにおいては、5 条 Para42.40 において関連性の判定につき、以下のように述べている。
 - 一本のマスター契約でカバーされているか？
 - 複数の契約が結ばれている場合においては、同一の者又は関連者によってこれらの契約は結ばれているか、最初の契約が結ばれた時点でその後の契約の締結が十分に予測できるか？
 - 当該複数のプロジェクトがある場合、その性格が同一のものであるか？
 - 当該複数のプロジェクトにつき、同一の者が従事しているか？
- 国連モデル条約コメンタリーについては、特にサービス PE のプロジェクトの同一性又は関連性についての詳細なコメントはない。ただし、プロジェクトを短い期間に分割したり、関連会社にプロジェクトを分散したりすることによりサービス PE の認定を逃れる可能性がある懸念が表明されている（コーディネーター・ノート Para12）。

以上、各コメンタリーの立場を簡単に説明したが、同一のプロジェクトか、関連プロジェクトかは、やはり事実認定の問題となる。本件の場合、最初の契約が結ばれた時点でその後の契約の締結が十分に予測できるか、という点では、予測できないという事実認定となるであろうから、モデルチェンジごとにプロジェクトが独立しているように思われる。

2. インドの代理人 PE

2.1 事実の概要

日本商社 B 社は長年インドにて開設していた駐在員事務所の活動を停止する一方、2003 年に新たにインド現地法人を設立し営業活動を開始した。2007 年 12 月、デリー税務当局は以下を根拠として、インド現地法人が B 社の日印租税条約第 5 条第 7 項に定める従属代理人 PE であると認定した。

- インド現地法人の収入の大部分を B 社からの口銭（実際には業務委託料）が占めていることから、日印租税条約第 5 条第 8 項に定める独立代理人とは認められないこと
- インド現地法人と B 社との間で締結されている業務委託契約の内容から、インド現地法人が B 社のために常習的に注文取得を行っていることと認められること

B 社は Morgan Stanley の最高裁判決（前記 4（2）インドにおける Morgan Stanley ケース 参照）を挙げ、インド現地法人に対して独立企業間価格にて対価を払っている限り、PE に帰属する追加的な所得は存在しないと主張していたが、デリー税務当局は、同判決はリスク負担・機能の全てを考慮して、独立企業間価格にて支払いがなされている場合に限り、

PE に帰属する追加的な所得はないとしたものであり、かかる反論は認められないとした。加えて、SET Satellite 社に対するムンバイ所得税審判所 (ITAT) の裁決を引用の上、従属代理人と PE は同一の存在ではなく、代理人へ支払われる報酬だけでは、外国企業の PE に帰属する機能、資産、リスクに対する適正な対価が含まれているとは言えないとした¹¹。

以上を踏まえ、インド現地法人従来の駐在員事務所と同じ機能を果たしているとして、事務所 PE に帰属する所得を算定した場合と同様な考えにより、代理人 PE に帰属する所得を以下のとおり算定すべきと結論付けた¹²。

代理人 PE 帰属所得 = B 社のインド関連売上高 × 連結売上総利益率

－ 国内法にて控除可能な本社経費 － インド現地法人宛支払口銭

これに対し、B 社は

- ① 法的にも経済的にも B 社から独立している、
 - ② 子会社という理由のみでは PE に該当しない、
 - ③ 租税条約にて規定されている注文取得代理人等の条件を満たしていない、
 - ④ 独立企業間価格にて取引を行っており、PE に帰属する追加的な所得は存在しない、
- 等を理由に、デリーの所得税審判所 (ITAT) に上訴しているが、本日現在裁決は下っていない。

¹¹ SET Satellite 社に対するムンバイ所得税審判所 (ITAT) の裁決要旨 (2007 年 4 月 ITA No. 535/Mun/04) は以下のとおりである。

- 「従属代理人」と「従属代理人 PE」は分離した存在であるとするダブル・タックスペイヤー・アプローチを支持する OECD、IFA、オーストラリア税務当局などの、最近の国際課税における主流的な考え方に同意する。
- OECD モデル条約の第 7 条は、近い将来、承認された OECD アプローチを受け容れるため改訂されるだろうが、ITAT は OECD から独立して同様の結論に至った。現行の状況の下でもこの解釈は可能である。
- インド・シンガポール租税条約第 5 条の規定は「他方の締約国の企業に変わって行動する者が、一方の締約国内で反復して契約を締結する権限を行使する場合に、当該企業は、一方の締約国内に PE を保有するものとみなされる」と規定しているのであるから、従属代理人と PE は同一の存在ではない。
- 源泉地国は従属代理人が果たす機能に対しての報酬にしか課税出来ないのなら、そもそも代理人 PE という概念は租税条約に規定されなくても良いはずである。
- 代理人へ支払われる報酬だけでは、外国企業の PE に帰属する機能、資産、リスクに対する適正な対価が含まれているとは言えない。
- 外国企業は PE を通じて源泉地国 (インド) から利得を得ているのだから、その利得はインドにおいて課税対象になる。ただし、当該 PE を通じた利得の算定の際には、外国企業から従属代理人に支払われた報酬は損金算入されてもよい。

¹² インド税務当局が、B 社の駐在員事務所に対し、準備的・補助的とは言えない、情報収集 (客先調査・市場調査)・契約諸条件交渉等の営業活動を行っていると、PE 認定を行った。

2.2 分析

本事案は、以下の争点が問題となっている。

- ① インド現地法人が B 社の代理人 PE を構成するか、
- ② 代理人 PE を構成した場合、PE に帰属する所得はいかに算定されるか、

前者については、日印租税条約に規定されている注文取得代理人の要件である、常習的な注文取得行為をインド現地法人が行っているかという事実認定が重要となる¹³。日印租税条約においては注文取得代理人について明確な規定はないが、わが国法人税法施行令第 183 条において「もっぱら又は主として一の非居住者・外国法人のために常習的に、その事業に関し契約を締結するための注文の取得、協議その他の行為のうち重要な部分をする者」と規定されている。一方、日印租税条約と同様に注文取得代理人規定を持つ米印租税条約の Diplomatic Note においては、注文取得代理人は、

- ・企業に代わり商品の注文を承認すること、
- ・代理人の現地における販売に関連した活動の殆ど全てが企業のために行う活動から成り立っていること、
- ・代理人が常習的に商品を購入するためのオファーを行う者を代理する結果、代理人による注文の承認は企業が商品を提供することの合意を形成する、
- ・企業が購入者に対し代理人が企業を拘束する権限を有すると合理的な確証を与えるための行動を起こしていること、

の 4 つの要件全てを満たしている必要があるとしており、注文取得代理人は法的な契約締結権がない以外は、契約締結代理人と大きな相違がないと思われる¹⁴。

わが国が締結している租税条約のうち、インド、タイ、フィリピン、中国については注文取得代理人規定を有しているが、注文取得とは、源泉地国側からすれば商談への出席、営業情報の提供等準備的補助的活動を含んだ広い活動と取られがちであるため、かかる規

¹³ B 社のケースでは、当局は B 社とインド現地法人の間で業務委託契約 (Service Agreement) が締結されている事実を根拠に常習的に注文取得を行っているとしているが、同契約によるインド現地法人への依託内容は、新しい営業機会について、①市場調査等の情報を収集する、②潜在的な顧客を発掘する、③日本からの出張者のアテンドをする、④実現可能性のレポートを分析する、と準備的・補助的活動の域を超えていないと判断される。

¹⁴ Diplomatic notes exchanged at the time of the signing of the Convention explain that in order for an agent to be treated as habitually securing orders wholly or almost wholly for the enterprise all of the following tests must be met:

1. The agent frequently accepts orders for goods or merchandise on behalf of the enterprise.
2. Substantially all of the agent's sales-related activities in the other Contracting State consist of activities for the enterprise.
3. The agent habitually represents to persons offering to buy goods or merchandise that acceptance of an order by the agent constitutes the agreement of the enterprise to supply goods or merchandise under the terms or conditions specified in the order.
4. The enterprise takes actions that give purchasers the basis for a reasonable belief that such person has authority to bind the enterprise.

定を削除する、あるいは米印租税条約の **Diplomatic Note** のような定義の明確化が本邦企業のより自由な経済活動を保障するものと思われる。

次に代理人 PE を構成した場合に PE に帰属する所得については、インドのような OECD 非加盟国の税務執行現場においても、新コメンタリーの採用しているいわゆる OECD 承認アプローチ (AOA) である、機能的分離企業アプローチの考え方が浸透してきているようである。機能的分離企業アプローチの下では、PE に帰属する利得は、その PE が「分離・独立した」法人であったとしたら稼得していたであろう利得 (独立企業原則) とされており、代理人 PE が存在する場合は、代理人本人と代理人 PE という 2 つの分離した納税者のそれぞれについて課税所得が計算されるとしているダブル・タックスペイヤー・アプローチを採用することとなる。AOA を適用する場合、機能・事実分析を基に PE が機能を果たすために使用すべき資産、リスク、資本を PE に割り振った上で、移転価格ガイドラインを準用して PE に帰属する利得を決定することになっている。

しかしながら、代理人 PE が企業のために重要な人的機能を果たしていないのであれば、代理人 PE に追加で帰属する多額な利得は生じないはずであり、税務執行当局による真の事実に基づいたより適切な機能分析が求められる。さらに、AOA の考え方を採用するとしながら、実際の代理人 PE への帰属所得の算定においては上記のステップが取られることなく、連結財務諸表上の売上総利益が用いられるなど合理性を欠いたみなし所得計算となっており、そもそも日印租税条約第 7 条第 2 項の独立企業原則に沿っているかも疑問が残るものとなっている。

第4章 国外所得免税制度（EUの資本参加免税制度の動向を中心として）

浅妻 章如

序：本稿の流れ

1・2において外国税額控除・国外所得免税の長所短所を整理する。3において、資本参加免税を巡る理論的整理を行う。4において、資本参加免税に関するEUの動きを観察する。5において、日本企業がオランダ・英国等に子会社等を置き、孫会社等から受け取る配当等について免税・軽課を受けた場合に、日本のタックスヘイヴン対策税制について問題が生じるかどうかについて考察する。

1 外国税額控除の長所短所

(1) 外国税額控除の長所

外国税額控除の長所は、第1に資本輸出中立性、第2に投資家居住地国内における課税の公平性である。

第1の資本輸出中立性¹とは、投資家が自国に投資するか外国に投資するかにつき、税制が歪みを生じさせないということである。投資家R氏の居住地国であるR国が外国税額控除を採用していれば、R国と源泉地国であるS国とで税率が異なっても（S国の税率がR国の税率を上回らない限り）、R氏は税引前収益率が高い方に投資した方が税引後収益率が高くなるので、税制が資本の投下先決定に影響を与えないこととなる。これにより、全世界的な視点から見た資源配分の中立性・効率性が達成される。そして、資本投下先が決まっているという前提の下での資本供給量の決定に税制が歪みを生じさせないという意味での資本輸入中立性（及びそれを達成する条件としての国外所得免税）と比較した場合、一般に税制が資本投下先決定に与える影響の方が資本供給量決定に与える影響より大きいと考えられるので、経済学的には資本輸出中立性を達成する条件としての外国税額控除を推奨することが伝統的な考え方であった。そして、資本輸出中立性を重視して得られた社会厚生をR国とS国との間で納得がいくように配分すればよい、ということとなる。

外国税額控除のもう一つの長所は、R国国内における課税の公平²である。R国居住者であるR1氏とR2氏の国内源泉所得が同じで、R2氏だけが追加的に国外源泉所得

¹ Frenkel, Razin & Sadka, INTERNATIONAL TAXATION IN AN INTEGRATED WORLD (MIT Press, 1991) の第2章参照。

² 国家間の公平について論じたものとして Richard Musgrave & Peggy Musgrave, International equity, in MODERN FISCAL ISSUES. ESSAYS IN HONOR OF CARL S. SHOUP 63 (University Microfilms International, 1972) 等が知られるが、国が自国の租税政策を決める際に国家間の公平に配慮するか定かではなく、本稿の検討対象には入っていない。国際的な個人間の公平については増井良啓「租税制度の国際的調和——その規範的根拠と具体的道筋をめぐって——」社会科学研究 53 巻 4 号 43 頁（2002）等参照。

を得ている（そしてその所得に対して R 国内における程の重い課税はなされていない）場合に、R1 氏よりも R2 氏に重く課税をすることが、課税の公平に合致すると考えられている。この文脈でしばしば言われることは、所得概念に源泉という地理的な概念は入ってこない、ということである³。

（2）外国税額控除の短所

長らく伝統的によしとされてきた外国税額控除であるが、短所も強調されるようになってきた。第 1 に煩瑣であること（とりわけ間接外国税額控除について）、第 2 に soak-up tax の懸念があること、第 3 に資本回収の障害となるロック・イン効果が働くことである。

第 1 の煩瑣については特段の説明を要しないであろう。

第 2 の soak-up tax⁴とは、投資家居住国における外国税額控除の限度まで源泉地国が課税を引き上げようとすることである。例えば投資家 R 氏の居住国である R 国の所得税率が 30%である時、源泉地国である S 国の税率が 5%でも 10%でも、R 国における外国税額控除の枠内に収まっている限り、R 氏にとって S 国の課税は負担とならない。したがってこの範囲で S 国が増税しても R 氏の投資先の選択に歪みは生じない。

しかしこれを放置してしまえば、S 国の税収が増える代わりに R 国の税収が減っていく（典型的なゼロサムである）だけであり、R 国政府としては耐えられない。そこで R 国と S 国との間で租税条約を締結し、S 国の課税権を禁じたり（例えば、OECD モデル租税条約 7 条：PE なければ事業所得課税なし、12 条：使用料非課税）制限したり（例えば、10 条：配当につき 5%又は 15%まで、11 条：利子につき 10%まで）することとなる。

この説明には更に追加すべきことがある。S 国が租税条約を誠実に遵守し源泉地国としての課税権を制限するか定かでない、ということである。R 国企業が S 国で租税条約の制限に違反するような課税を受ける可能性があり⁵、そして R 国企業としても（S 国市場から撤退させられてはたまらないという事情もあるであろうから）S 国での無法な課税に対し真剣に争う意欲が湧かないかもしれない。こうした場合に、R 国の課税当局としては R 国企業が S 国で納めた租税（あるいは租税と称している金銭給付）につき、外税控除を認めないということが考えられる。そして R 国で外税控除が受けられないとなれば、R 国企業も S 国で真剣に無法な課税に対して争う意欲が高まるかもしれ

³ 参照：Michael J. Graetz & Michael M. O'Hear, The "Original Intent" of U.S. International Taxation, 46 Duke Law Journal 1021, at 1034 (1997); Stephan E. Shay, J. Clifton Fleming, Jr. & Robert J. Peroni, The David R. Tillinghast Lecture: "What's Source Got to Do With It?" Source Rules and U.S. International Taxation, 56 Tax L. Rev. 81, at 137 (2002) 等

⁴ Chang Hee Lee, TAXATION OF IN-BOUND INTERNATIONAL TRANSACTIONS: OPTIMAL RULES COMPARED TO KOREAN EXPERIENCES, 1994; Salvadoran Withholding Tax Appears to be 'Soak-up' Tax, U.S. Says, 2010 WTD 195-26 (July 06, 2010) 等参照。

⁵ 日本企業が外国に進出した際に外国で様々な非道な課税を受ける可能性があるということについては、本研究会でもたびたび議論されているところである。

れない。しかし、R 国の課税当局が【R 国企業が S 国で納めた税金が租税条約に違反するものであるか、R 国の外税控除の要件を満たすものであるか】をチェックするに際しては様々な制約があろう。とすると、R 国が S 国と租税条約を締結し源泉地国課税管轄を制約しただけでは、soak-up tax の懸念を実際にも打ち消せるとは限らないということになる。

更に、いわゆるガーンジー島事件（損保ジャパン事件）・最判平成 21 年 12 月 3 日判時 2070 号 45 頁等に鑑みても、資本輸出国である R 国が外国税額控除を制限することは容易ではない⁶⁷。

また、R 国企業が S 国に子会社を設立する場合、子会社は S 国居住者であるため、租税条約の規律に伏しにくい⁸ところがある。そしてこの点は次の資本回収の問題につながる。

第 3 の点の前提として、従来の外国税額控除制度下においても、純然たる（pure な）外国税額控除を採用する例は少なく、外国子会社を通じて稼いだ利益については課税繰延が認められるのが通例である。すると、R 国企業傘下の S 国子会社で貯めこまれた所得について、R 国に還流したら R 国の課税が及ぶ、外国（S 国を含む低税率国）で運用し続けるなら R 国の課税が及ばない、という選択肢に R 国企業グループは直面することとなり、含み益資産を抱えている場合のいわゆるロック・イン効果と同様の状況に直面することとなる。

もっとも、この課税繰延を打ち消すべき（R 国企業の S 国子会社の所得についても、S 国の税率が低い場合にそれを放置せずに、R 国の課税を及ぼすべき）というのは、以前から議論されてきたことであり⁹、今でもそう主張されることがある¹⁰。具体的には、タックスヘイヴン対策税制（あるいは CFC 税制・外国子会社合算税制）を内国企業傘下の全ての外国子会社の所得に及ぼすとか、外国子会社を組合と同様にパススルー扱

⁶ ガーンジー島事件評釈の一つである渡辺裕泰「税率の選択可能な外国の税金は「外国法人税」に該当するか」ジュリスト 1409 号 203 頁（2010.10.15）は英国における対応を紹介している。また、自発的（？）租税支払いに関するドイツの事例として（ただし *Hinzurechnungsbesteuerung* (§§ 7 ff. AStG) すなわちいわゆる CFC 税制についてであるが）、参照：BFH 3.5.2006, I R 124/04, BFH/NV 2006, 1729; BFHE 214, 80.

⁷ もっとも、逆に New York 州の LLP (limited liability partnership : 責任制限組合) に limited partner (有限責任組合員) 持分を有していた日本居住者について、当該居住者がアメリカに PE (permanent establishment : 恒久的施設) を有していないと認定した事例として、東京高判平成 17 年 7 月 26 日金判 1223 号 2 頁、及び評釈として高橋祐介「判例研究 国外パートナーシップ投資と事業税」名古屋大学法政論集 231 号 31-99 頁（2009.6）参照。このロジックは日本における外国税額控除の否定にもつながりうるところであり、日本が一般的に外国税額控除に甘いとも言えきれないところはあろう。ただし、本件で問題となったのは法人事業税における国外恒久的施設に帰属する所得の有無であった。

⁸ OECD モデル租税条約 24 条 5 項（条約相手国資本の国内子会社に対する差別禁止）が一応の歯止めとはなるであろうが。

⁹ CFC 税制の母国である米国において元々の出発点として外国子会社についての課税繰延防止が念頭に置かれていたことは夙に知られている。

¹⁰ Robert J. Peroni, J. Clifton Fleming, Jr. & Stephen E. Shay, Reform and Simplification of the U.S. Foreign Tax Credit Rules, 31 Tax Notes International 1177 (September 29, 2003) 等参照。

いとするとか、外国子会社も連結納税に組み込むとか、である¹¹。これが徹底されるということは、純粋な外国税額控除になるということであり、その場合にはロック・イン効果は生じない。したがって資本還流を妨げるロック・イン効果同様の効果は、外国税額控除特有の問題ではなく純粋ではない外国税額控除（準（quasi）外国税額控除などと呼ばれる）の問題である。この意味で、資本回収の障害を外国税額控除の短所として挙げるのは、不適切とも評しうる。しかし、準外国税額控除ではなく純粋外国税額控除を執行しようとするならば今まで以上に執行が煩瑣になるであろう。そもそも国内租税法においてすらロック・イン効果対策として含み益につき時価主義で課税を早める方向の主張が甲高くはなく、寧ろ課税を遅らせる方向でのロック・イン効果対策（例えば交換時譲渡益非認識とか組織再編税制とか）が施されることの方が通例であるなかで、国際租税法の領域においてだけ課税を早める方向の方が上手くいくと信じられるか、疑問が湧く。したがって、資本還流の妨げとなるロック・イン効果を外国税額控除の短所であると位置付けることは許されると思われる。

2 国外所得免税の長所短所

(1) 国外所得免税の長所

国外所得免税の長所短所は、外国税額控除の長所短所をひっくり返したものと概ねいえる。

国外所得免税の長所は、第 1 にいわゆる *soak-up tax* の懸念を和らげられることと、第 2 に資本還流の障害となるロック・イン効果を防ぐことである。日本が外国子会社配当益金不算入制度（法人税法 23 条の 2）を 2009 年に導入した時は、後者の意義が強調されることが多かったと見受けられるが（そしてそれが誤っているというつもりは毛頭ないが）、実務上は前者の問題、すなわち *soak-up tax* の問題も相当程度重要なのではないかと推測する。つまり、日本企業が S 国に進出する際に、それが支店形態であれ子会社形態であれ *portfolio* 投資形態であれ、S 国としては課税強化（合法であれ違法であれ、また賄賂等別の形の負担であれ）がしにくくなるのではないかと推測である。

(2) 国外所得免税の短所

国外所得免税の短所は、第 1 に資本輸出中立性が阻害されること、第 2 に R 国国内における課税の公平が保たれなくなること、第 3 に納税者の国外への所得移転の誘因が高まることである。

第 1 の資本輸出中立性の観点からは、日本が国外所得免税を採用すると海外に過度

¹¹ "Economic Efficiency and Structural Analyses of Alternative U.S. Tax Policies for Foreign Direct Investment" Scheduled for a Public Hearing Before the Senate Committee on Finance on June 26, 2008 Prepared by the Staff of the Joint Committee on Taxation；増井良啓「米国両議院税制委員会の対外直接投資報告書を読む」租税研究 2008 年 10 月 203 頁；浅妻章如「海外子会社（からの配当）についての課税・非課税と、実現主義・時価主義の問題」フィナンシャル・レビュー 94 号『特集「国際課税」中里実責任編集』97 頁(2009.5) 参照。

に資本が投下されてしまうという懸念が理論的に導かれる。もっとも、資本輸出中立性の前提となるモデルにおける、資本を自国に投資するか外国に投資するかの投資機会が排他的な競争関係にあるという想定は、実態に即していない、という批判もある。つまり、外国への投資と国内への投資が相互補完的に作用することもある、という批判である¹²。これの統計的真偽は直ちには分からないが、国外所得免税を採用することによって国内投資が過少となる懸念は、従来言われてきた程には深刻なものではないかもしれない。

第 2 の課税の公平に関しては、そもそも課税の公平というのは個人についてのみ意味を持つのではないかという疑問が湧く¹³。企業課税、なかでも法人所得課税は、元々個人所得課税の前取りとしての意義を有するにとどまるのであり、企業課税独自の課税の公平は元来さほど重大な考慮事項ではなかろう。個人の国外源泉所得に課税することの公平の観点からの意義は理解しやすいが、企業の国外源泉所得に課税することの意義は率直に言って理解しにくく、せいぜい、個人の課税の公平の観点から企業課税の文脈で穴をあけてはならない、という程度の意味しかないのではなかろうか。

もっとも、国外所得免税の短所は大したことではないと言い切るには若干の躊躇も残る。外国税額控除の短所に鑑みて国外所得免税には長所がある、という議論は、言い方を変えれば、課税しないことによって課税の問題から逃げているのだ、とも評す余地があるかもしれないためである。

そして第 3 に、国外所得免税を何の準備もなく導入してしまうと、事業資産を海外に移し海外で所得を実現させるという誘因を生じさせる恐れがある。この懸念に対処するために、いわゆる **Exit Tax** (出口税) を導入し¹⁴、せめて含み益については認識を擬制して課税対象に含める必要が生じる¹⁵。

また、事業資産の含み益に対する課税機会喪失の問題に限らず、所得を海外子会社に付け替えようとする移転価格の強い誘因が生じてしまう。これについてはこれからも今後も移転価格問題に適切に (過度の執行コストをかけず、しかし緩めすぎもせず) 対処していく必要が生じる。¹⁶

¹² 註 11 参照。

¹³ 公平よりも効率性の観点が中心と見受けられるが、居住者たる法人への全世界所得課税の意義を再検討するものとして、Daniel N. Shaviro, *The Rising Tax-Electivity of U.S. Corporate Residence* (October 1, 2010). NYU Law and Economics Research Paper No. 10-45; NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 10-72 (<http://ssrn.com/abstract=1683642>) の第 3 章参照。

¹⁴ 一高報告参照。

¹⁵ いわゆる *Entscheidung* 概念について、参照：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 806 号 (1984.2.1)。

¹⁶ より広い視野に立てば、課税ベースを如何に設定するか、例えば所得課税下で所得源泉を考えるのではなく、課税ベースを付加価値化して仕向地主義に則るべきではないか、といった議論もある。この場合、資産移転や移転価格によって課税ベースの侵食が起きるのではない。参照：Daniel N. Shaviro, *Replacing the Income Tax With a Progressive Consumption Tax*, 103 *Tax Notes* 91 (April 5, 2004)。

3 資本参加免税¹⁷

(1) 経済理論

本節・次節では国際取引に限らずに整理を試みる。配当にかかる会社・株主間での二重課税について、主に三つの問題がある。組織形態の選択の問題、資金調達方法の問題、利益の回収方法の選択（配当・譲渡益）の問題である。

第 1 に、組織形態に関し、支店形態・組合形態については配当二重課税がない一方で、法人形態については配当二重課税が生じうるという非中立性がある。もっとも、前者の場合には即時に損失も取り込める一方で、後者の場合に会社段階の損失は直ちには株主の所得計算に算入されないという違いもあり、一律にどちらが課税上有利とも言いがたい。実際のところ組織形態の中立性の観点は相当に軽視されていると見受けられる。

第 2 に、配当には二重課税が生じうる一方で利子には二重課税がないという非中立性から、倒産確率を高めるような借入比率の上昇をもたらしかねない。この中立性に関しては、いわゆる CBIT (Comprehensive Business Income Tax) のように利子支払いについても損金算入を認めないという対処方法¹⁸が考えられるものの、殆ど採用されない¹⁹。実際に採用されてきたのは、株主段階での課税を軽減すること (imputation method、配当税額控除、受取配当益金不算入等) であった。これにより配当二重課税の負担は軽減されてきたものの、配当は支払者側の所得に計上され利子は受取人の側の所得に計上されるという違いは依然残ってしまっている。利子支払が甚だしい場合には過少資本税制等の対策が採られることもあるが、そもそも配当・利子の扱いをなぜ揃えようとししないのか²⁰については依然として問題である²¹。

第 3 に、会社が実現した利益を株主が享受しようとする際に、配当以外にも様々な経路（国内では特に役員給与などの問題となる）が存在する。とりわけ株式譲渡益の扱いが問題である²²。国によっては法人の株式譲渡益についても二重課税の救済を用意する場合があるものの、日本では法人間の配当について二重課税の救済を用意してい

¹⁷ 本章の検討は国際租税法の領域に限定せず、必要に応じ国内取引においても問題となりうる点にも触れていく。

¹⁸ 様々な法人税制の可能性について、参照：玉岡雅之「法人課税の動向について——理論と現実の交錯」租税研究 2010 年 11 月 67 頁等。

¹⁹ ただし欧州における付加価値税への依存の強さは、配当・利子支払ともに損金算入を認めない法人課税の一形態とも見うるかもしれない。

²⁰ 突き詰めていくと、time value と bet の扱いに帰着すると分析するものとして、橋本慎一郎「Time-value と Bet——法人税をめぐる金融商品の Tax Planning」ジュリスト 1276 号 124 頁 (2004)；橋本慎一郎「OID ルールのデリバティブへの拡張」国家学会雑誌 118 巻 5=6 号 600 頁 (2004) 参照。最近の動向について、橋本慎一郎「企業ファイナンスへの課税の影響」金子宏編『租税法の発展』523 頁 (有斐閣、2010) 参照。

²¹ 利子については受領者である銀行側の所得として扱うことにより課税漏れが少なくなるという説明が非公式にされることがあるが、果たして？

²² アメリカで、redemption puzzle という論争がなされている。Avi-Yonah は IRC 302 条 (株式償還について配当と同様の扱いとする) を外国人株主に適用すべきでない主張する一方で、Trinklein and Siffert が反駁している。

る一方で、株式譲渡益については二重課税が放置されている²³。

(2) 持分割合要件の意義

また、配当・株式譲渡益等について救済が用意されている場合でも、持分割合によって救済度合いに変化をつける（一般には持分割合が高い方が二重課税の救済が徹底される傾向にある）ことが多いが、持分割合が低ければ二重課税がなくなるという論理関係にあるわけではなく、なぜ持分割合が重要なのかという問題もある。

直接投資（支配）と portfolio 投資との違いについて、敢えて説明を試みるとすれば、二重課税の有無それ自体が税制上の対応を要請するのではない、という説明となろうか²⁴。二重課税の有無の違いが取引等の意思決定に重大な影響を及ぼす場合に、二重課税の有無の違いがもたらす厚生上の損失（死荷重）が多分に生じてしまうため、二重課税を緩和する方向での税制上の対応が図られる、という説明となろう²⁵。

もっとも、portfolio 投資であると二重課税の負担が軽視され、直接投資であると二重課税の負担が重視される、といえるのかについては、疑問の余地もないではない。直接投資の意思決定に際しては税制以外の考慮要素（治安、労働者の質、地理等々）が働く度合いが高いとすれば、税制上の有利不利に応じて意思決定を変更しようとする際に摩擦が強く働くのではないかと推測される。portfolio 投資におけるタックス・クライアンテール（一般に、高税率投資家は非課税債券を、低税率投資家は課税債券を、好むという形で、投資家毎の税制上の扱いの違いが、投資対象を分けさせてしまう現象）の影響を重視して portfolio 投資において二重課税の救済をあまり図らないのであるとすると、結局二重課税の有無の問題はさほど重大ではないという政策判断が積み重ねられているということになるだろうか。

(3) 国際取引における扱い

伝統的に、租税条約は配当についての会社・株主間の二重課税について、歴史的に無頓着であったとされる²⁶。つまり、会社・株主間の二重課税を放置するクラシカル・システムが前提とされてきたということになる。その割には、配当と利子とで条文を異にしている（OECD モデル租税条約に則せば 10 条と 11 条）のは不思議ではある。

また、組合や匿名組合など、配当ではない形での事業利益の国外流出について、租

²³ 二重課税を放置するということは、損失についての二重計上もありうるということである。

²⁴ David A. Weisbach, Line Drawing, Doctrine, and Efficiency in the Tax Law, 84 Cornell Law Review 1627 (1999) 等参照。

²⁵ 逆に二重課税の有無の違いが取引等の意思決定に重大な影響を及ぼさないこともありうるのかもしれない。特に portfolio 投資に関しては、どこまで投資の歪みを認知できるか、という人間の認知の限界も関係してくるのかもしれない。認知の限界と税制の設計との関係については、興味深い点もありそうであるが、将来の課題である。神山弘行「租税法と『法の経済分析』——行動経済学による新たな理解の可能性」金子宏編『租税法の発展』315 頁（有斐閣、2010）等参照。

²⁶ Peter Andrew Harris, Origins of the 1963 OECD Model Series: Working Party Twelve and Article 10 (Part 1 and 2), 15 Australian Tax Forum 3 (1999/2000); Reuven S. Avi-Yonah, Back to the 1930s? The Shaky Case for Exempting Dividends, 29 Tax Notes International 91 (Jan. 6, 2003). 昨今の租税条約に関わる問題につき、参照：増井良啓「外国子会社配当益金不算入制度の導入と租税条約」『トラスト 60 国際商取引に伴う法的諸問題（16・完）』（2010）収録。

税条約が殆ど規定を置いてこなかったという無頓着さも注目に値する。一応、組合や匿名組合²⁷等の利益共有関係については事業が行われている国に非居住者が恒久的施設を有していると（日本を除いて）考えられてきたが²⁸、OECD モデルに即した場合に7条に内在する問題として考えても恒久的施設に帰属する部分と投資家居住地国（の本店？）に帰属する部分との区別をどう考えるのか不分明である上に、7条（事業利得）か10条・11条（配当・利子）かで扱いがあまりに違いすぎるという問題もある。この点に関し、日本の近年の租税条約交渉において匿名組合契約に係る利益分配につき配当・利子に近い源泉徴収課税の扱いを認めさせようとしていることは、7条か10条・11条かという違いを小さくさせるものと評価できるのではなかろうか。

（4）国外所得免税と資本参加免税の関係

伝統的に外国税額控除制度を採用してきたとされる日米等で実際には純粋な外国税額控除制度が採用されていたわけではなかったように、国外所得免税を採用してきたとされる欧州の国々でも実際には portfolio 投資も含め全ての国外源泉所得を免税とする純粋な制度が採用されていたわけではない。一方で、伝統的に国外所得免税の理論的根拠とされてきた資本輸入中立性²⁹に照らせば、直接投資であれ portfolio 投資であれ、全て国外所得免税としなければ中立性の条件は満たされない。国外所得免税の対象が直接投資に限られる（すなわち資本参加免税に限定される）ということは、資本輸入中立性は（理論的説明とは裏腹に）現実において支柱となったことはないということの意味するものと考えられる。

また、しばしば言われる競争中立性に関しては、税率の違いが直接的に競争条件に影響するとは限らない（price maker たる企業にとってはともかく price taker たる企業にとっては税率の違いが価格付けに影響するわけではない）とされてきた。

こうした伝統的な議論に対し、税率の違いが直接的に企業の競争条件に影響するわけではなくとも、資本構成の違いに影響するかもしれないという形で、国外所得免税を支持する議論が現れ始めてきた³⁰。この議論は、資本輸入中立性の焼き直しにすぎな

²⁷ ただし匿名組合契約については PE 課税の文脈ではなく利子所得課税の文脈で論ずることもある。仲谷栄一郎＝藤田耕司「海外事業体の課税上の扱い」金子宏編『租税法の発展』639頁（有斐閣、2010）（日本ガイダンス事件・註32に関しクラウス・フォーゲル（Klaus Vogel）意見書を紹介している）；瀧圭吾「匿名組合契約と所得課税——なぜ日本の匿名組合契約は租税回避に用いられるのか？」ジュリスト1251号177頁（2003）参照。

²⁸ Arvid Aage Skaar, PERMANENT ESTABLISHMENT: EROSION OF A TAX TREATY PRINCIPLE at 175 (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991) 参照。もっとも、利益共有関係に関し物的な一号 PE を有していると考えられるのか代理人 PE を有していると考えられるのかについて、国際的に相違があるやにも見受けられる。

²⁹ 時折競争中立性と混同されるきらいがあるが、資本輸入中立性は競争条件に関する中立性ではなく資本の供給に関する中立性（貯蓄するか消費するかを選択に関する中立性）である。註1参照。

³⁰ 註11参照、及び CON (capital ownership neutrality: 資本保有中立性) について Mihir A. Desai & James R. Hines Jr., Evaluating International Tax Reform, 56 National Tax Journal 487 (2003)；浅妻章如「全世界所得課税＋外国税額控除の再検討」ファイナンス 475号 75頁（2005）参照。ただし CON の理論自体は国外所得免税のみを後押しするものではなく、全ての国が外国税額控除を採用するならば、CON は害されない。

いと酷評されることもあるようであるが、私の見るところ資本供給を焦点としているわけではないと理解する余地もあると思われ³¹、(資本輸入中立性と似た要素が皆無であるとまでは言わないものの) 資本輸入中立性の焼き直しと評するのは不正確であるように思われる。

(5) 国外 PE・外国子会社株式譲渡益について

外国子会社の利益に関し当該子会社からグループ本社への配当について本社居住地国が免税とするだけでなく、国外所在の PE の利益についても免税とするか、外国子会社の株式譲渡益を免税とするか、という問題もセットとして考察されるべきものである。日本ガイダント事件³²で問題となったように、オランダなどは国外 PE が現地で課税を受ける場合には居住地国が課税しないという仕組みであった。また、英国では従来全世界所得課税主義を採用してきたが、外国子会社からの配当のみならず国外 PE の利益についても免税とする方針である³³。

もっとも 2 点述べることがある。

第 1 に、外国子会社について CFC 税制 (外国子会社合算税制・タックスヘイヴン対策税制) が適用されうることと比べても、国外 PE の利益を包括的に免税とするのは、非現実的である。居住地国の課税ベースを侵食する国外への所得移転等について移転価格税制等で対処するには限界があるところ、居住地国の課税ベース侵食を野放しにしないために、所定の要件を満たしたものに免税は限定されよう³⁴。

第 2 に、株式譲渡益についても資本参加免税の対象に含める例が珍しくないとはいえ、日本の法人税法は国内事案においても配当について二重課税を緩和しつつ (法人税法 23 条) 株式譲渡益については特段の二重課税緩和規定を設けていない。日本法に関しては、国内の株式譲渡益二重課税についてどう改正されるべきかが、先決問題となる。

4 EU における外国子会社資本参加免税

(1) EC 条約・ECJ 判例法

いわゆる親子会社指令 (EC Parent and Subsidiary Directive (90/435/EEC) : 1992 年 1 月 1 日発効³⁵) は、或る加盟国の法人から別の加盟国の法人へ支払われる配当につ

³¹ 浅妻章如「国外所得免税 (又は仕向地主義課税) 移行論についてのアメリカの議論の紹介と考察」フィナンシャル・レビュー 84 号 152 頁以下、162 頁 (2006) において、議論の対象が資本所得課税であるのか事業所得課税であるのかの区別に留意すべきという旨を論じたところ、資本輸入中立性は資本所得課税の問題、いわゆる CON は事業所得課税の問題であるように見受けられる。

³² 東京高判平成 19 年 6 月 28 日判時 1985 号 23 頁。

³³ 英国の HM Revenue & Customs, Corporate Tax Reform: Delivering a More Competitive System (November 2010) (http://www.hm-treasury.gov.uk/corporate_tax_reform.htm ; http://www.hm-treasury.gov.uk/d/corporate_tax_reform_complete_document.pdf) の Part IIIB (Foreign branch taxation) 参照。

³⁴ HM Revenue & Customs, note 33, p. 88 においては「opt-in exemption regime」と表現されている。

³⁵ オーストリア、フィンランド、スウェーデンについては 1995 年 1 月 1 日発効。

いて、受領法人が支払法人の 25%以上を保有している場合に、源泉徴収税を課すことを禁じている。また、改正親子会社指令（Council Directive 2003/123/EC of 22 December 2003）が要件の緩和等の改正を行っている。持分割合要件については、20%に引き下げ、2007年1月1日からは15%に引き下げ、2009年1月1日からは10%に引き下げている。また、親子会社指令の4条1項は親会社居住地国が受取配当について免税もしくは税額控除による二重課税の救済を施すことを義務付けている。

親子会社指令に限らず、EU加盟国において、国内法人与EU域内法人与の扱いにおいては基本的に差別が許されない³⁶。他方で、EU域内法人与域外法人与の間で差を設けることは概ね可能である。条約で義務付けられて会社・株主間の二重課税問題に対処せざるを得なくなったか、条約の義務とは関係なく自国の政策として会社・株主間の二重課税問題に対処していくか、という違いには留意する必要がある。

Cobelfret v. Belgium, Case C-138/07は、ベルギーの資本参加免税が親子会社指令に違反していると判断した。ベルギーのDRD (dividends received deduction: 受取配当益金不算入)は、親会社の子会社から受け取った適格配当の95%を免税としていたが、その際、親会社に十分な課税利益があることを条件としていた。そして英国源泉の配当につきCobelfret社がDRDを受けることができず、また繰戻し・繰越もできなかった。これによりDRDの“excess”(未利用部分)が使えなくなってしまうことをECJは問題視した。

Fokus Bank, Case C-374/04は、ノルウェーの事案である。国内での配当支払いについて非課税としている一方で、外国への配当支払いについて15%の源泉徴収課税をすることが、EC法に違反するかが問われ、ECJは、非居住者への配当を差別していると判断した。

Aberdeen, Case C-303/07³⁷は、フィンランド法人がルクセンブルクのSICAV(オープンエンドの投資会社)に支払った配当についての扱いが問題となったものである。国内で支払う配当が非課税であるのに対し非居住者に支払う配当について源泉徴収課税をすることは許されるというフィンランド政府の主張を、やはりECJは斥けた。

Ferrero, Case, C-338/08 & C-339/08³⁸は、イタリアの外国向け配当に対する源泉徴収が問題となったものであるが、こちらはEC法に違反しないとECJは判断している。

ECJの判例法理の展開については、本来EU議会を通じてEU加盟国の税制の調和を目指すべきところ、司法という迂回ルートを使いすぎているのではないかという懸念があるようである³⁹。しかし、或る税制がEU域内の国内・国外を差別的に取り扱っ

³⁶ 参照：坂巻綾望「欧州連合司法裁判所の動向——人・サービス・資本の自由移動と加盟国税制」租税研究 2010年9月 349頁。

³⁷ Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07); reported in 2009 WTD 116-14.

³⁸ Reported in 2010 WTD 122-12.

³⁹ 参照：増井良啓「海外論文紹介 欧州裁判所の動向と法人税制の行方 Graetz & Warren, Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe, 115 Yale L. J. 1186 (2006)」租税研究 684号 117頁 (2006.10)。

ているというところまでは比較的多くの事案で認められているにせよ、正当化 (justification) の有無の判断において、そうした差別的な税制であっても正当化されるという判断が近年ないわけではないということにも留意すべきである⁴⁰。

(2) オランダ

オランダ法人は原則として全世界所得（譲渡益含む⁴¹）が課税対象となる。資本参加免税⁴²が適用されなければ外国法人から受け取る配当も課税対象となる。

2007年1月1日以降、資本参加免税が適用される場合、法人間の配当・株式譲渡益は非課税とされる。要件として、第1に、オランダ法人がEU加盟国⁴³所在の子会社の

⁴⁰ 資本参加免税関係に限られないが、参照：坂巻・註36；村島雅弘「欧州共同体（EC）における国境を越えた『損失控除』の可否を巡る最近の裁判例」国際税務2010年4月62頁；村島雅弘「欧州域内での「国境を越えた法人本拠地の移転」を巡る最近の裁判例（上下）～「設立の自由」と「出口課税」の論点からの検証～」国際税務2010年6月100頁、7月122頁；村島雅弘「欧州裁判所による外国会社への源泉課税を巡る近時の裁判例」国際税務2010年9月92頁；村島雅弘「欧州裁判所における租税回避行為に対する考え方」国際税務2011年1月103頁。

⁴¹ 国外の恒久的施設を通じて得た譲渡益は事業所得として扱われる。

⁴² オランダの資本参加免税について、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54号1頁以下、59頁（2007）（<http://www.nta.go.jp/ntc/kenkyu/ronsou/54/01/ronsou.pdf>）を、スイスについて同60頁を参照。

⁴³ そのような租税条約を締結している国も同様。

新しい日蘭租税条約（<http://www.mof.go.jp/jouhou/syuzei/sy220825ne.htm>；<http://www.mof.go.jp/jouhou/syuzei/sy220825ane.htm>）の22条2項は、日本法人がオランダ法人の10%以上を有している場合の配当について日本で免税とする。同条4項は日本の恒久的施設に帰属する所得についてオランダで免税とする。22条5項は日本法人からオランダ法人に支払われる配当につき日本で課税された税額について税額控除を規定する（オランダで免税となるかは租税条約ではなくオランダ国内法にもよらねばならないということか？）。

22条2項「オランダ内から取得される所得が、配当であって、オランダの居住者である法人により当該法人の議決権のある株式又は発行済株式の十パーセント以上を当該配当の支払義務が確定する日に先立つ六箇月の期間を通じて所有する日本国の居住者である法人に対して支払われるものである場合には、当該配当は、日本国の租税の課税標準から除外される。その除外は、日本国の租税の課税標準から配当を除外することに関する日本国の法令の規定（株式の所有に関する要件に係る規定を除く。）に従うことを条件とする。」

22条4項「もっとも、オランダの居住者が、第六条1、3及び4、第七条1、第十条7、第十一条5、第十二条3、第十三条1から4まで、第十四条1及び3、第十七条1及び2、第十八条1(a)及び2(a)並びに第二十条2の規定に従い日本国において租税を課される所得又は日本国においてのみ租税を課される所得であって、3に規定する課税標準に含まれるものを取得する場合には、オランダは、オランダの租税を軽減することによりこれらの所得に対する租税を免除する。この軽減は、二重課税の回避に関するオランダの法令の規定に従って算定される。この場合において、これらの所得は、当該法令の規定の下においてオランダの租税を免除される所得の額に含まれるものとみなす。」

10条7項「1から3まで及び10の規定は、一方の締約国の居住者である配当の受益者が、当該配当を支払う法人が居住者とされる他方の締約国内において当該他方の締約国内にある恒久的施設を通じて事業を行う場合において、当該配当の支払の基となった株式その他の持分が当該恒久的施設と実質的な関連を有するものであるときは、適用しない。この場合には、第七条の規定を適用する。」

22条5項「オランダは、さらに、第十条2及び10、第十一条2、第十三条7、第十五条、第十六条1及び2並びに第十七条3の規定に従い日本国において租税を課される所得について算定されるオランダの租税からの控除を認める（これらの所得が3に規定する課税標準に含まれる場合に限る。）。この控除の額は、これらの所得について日本国において納付した租税の額と同一の額とする。ただし、当該控除の額は、二重課税の回避に関するオランダの法令の定めるところにより、3に規定する課税標準に含まれるこれらの所得が当該法令の規定に基づきオランダが軽減を与える唯一の所得であるとしたならば認められる控除の額を超えないものとする。」

資本又は議決権の 5%以上を持っていなければならない。第 2 に、当該子会社の資産の半分超が自由に処分可能な portfolio 投資⁴⁴資産（当該子会社の事業に用いられないもの）であってはならない⁴⁵。第 3 に、子会社⁴⁶が居住地国で最低 10%の課税⁴⁷に服してなければならない（subject-to-tax 被課税テスト）。

なお、第 2・第 3 の要件を満たさないために資本参加免税が適用されない場合、子会社が納めた法人所得税に関して 5%の税額控除（credit）が認められる。ただし当該子会社が他の EU 加盟国法人である場合、当該子会社の現実の法人税額が税額控除の対象となる。

資本参加免税は、ハイブリッド・ローンであってエクイティとして機能するものにも適用される。資本参加免税の要件を満たす適格持分について、その価値の変動も、親会社の課税所得に算入されない。

配当については原則として 15%の源泉徴収税がかかるが、資本参加免税の下では源泉徴収税も課せられない。

（3）英国

以前は英国法人が外国子会社の 10%以上を保有している場合に間接外国税額控除が適用されてきた。2009 年 7 月 1 日より英国も資本参加免税を導入することとなった⁴⁸。無論要件を満たさない配当は英国の課税に服す⁴⁹。

要件として、配当受領者である英国法人は非課税小規模⁵⁰事業者であってはならない。配当は、非商業的証券（non-commercial securities）や特別証券（special securities）にかかるものであってはならない。また、当該配当は支払者居住地国において控除の対象となるものであってはならない。

英国では 1984 年にいわゆる CFC 税制が導入された。英国の制度についてしばしば取り上げられるのがいわゆる動機テスト（motive test）である。これは、明示的な適用除外要件を満たさない場合であっても、英国企業が外国子会社を使う理由が英国における税を下げるといふ動機でないことを説明することにより、合算課税の対象外と

この 5 の規定は、当該法令の規定により現在又は将来認められる租税の軽減を制限しない。ただし、これらの所得について日本国において納付した租税を翌年以後に繰り越すこと及び 2 以上の国から取得する所得を合計することについてオランダの租税の控除の額を算定する場合に限る。」

⁴⁴ 或る法人の資本又は議決権の 5%未満への投資は portfolio 投資とみなされる。

⁴⁵ なお、子会社の資産の 90%以上が portfolio 投資資産である場合は、その会社に 25%以上投資している場合に、毎年値洗いする。

⁴⁶ 子会社の資産の 90%以上が不動産である場合は、適用されない。

⁴⁷ オランダ租税ルールに従って計算された所得について、最低 10%の税額、という趣旨。

⁴⁸ ドラフト（<http://www.hmrc.gov.uk/cnr/foreign-profits-draft.pdf>）参照（増井良啓教授よりご教示いただいた。感謝申し上げます）。なお、CFC 税制（英国法人の外国子会社が英国の税率の 75%未満である場合に適用される）の改正に際し、英国法人の外国子会社の balance sheet date（貸借対照表記載日）の後 18 か月以内に英国に利得の 90%以上を還流させればよいとする Acceptable Distribution Policy は、資本参加免税の導入に伴い、お蔵入りとなった。

⁴⁹ 2008 年 4 月 6 日以降英国居住の個人が配当を海外法人から配当を受け取る場合の、還付なし税額控除（non-repayable tax credit）について、Gordon & Manzano・註 51, p. 1492 参照。

⁵⁰ small か否かは European Commission の定義に照らして決せられる。

してもらふことである。そのために、英国における租税の減少額がとるに足りないこと、そうした租税減少が、外国子会社に利益を生ぜせしめる取引の主たる目的（の一つ）ではないこと、を立証する必要がある⁵¹。Vodafone 2 v. Revenue and Customs Commissioner, (2007) SpC 622 事件などで、Cadbury Schweppes 事件の ECJ の判決の影響がでてきているとされる⁵²。

また、英国は自国企業の競争力を確保するため⁵³に大胆な法人税改革を予定している⁵⁴。法人税率を段階的に 28%から 24%に下げ、課税ベースを英国内での事業活動に由来する所得に限定しようとするものである。

5 日本のタックスヘイヴン対策税制における軽課税要件と資本参加免税との関係

(1) 規定の概要

租税特別措置法施行令 39 条の 14 第 2 項一号イ (2) は次のように規定する。

「その本店所在地国以外の国又は地域に所在する法人から受ける配当等の額でその有する株式等……の数若しくは金額の当該法人の発行済株式若しくは出資……の総数若しくは総額……のうちに占める割合が当該本店所在地国の法令に定められた割合以上であること又は当該本店所在地国の法令に定められた外国法人税の負担を減少させる仕組みに係るものでないことを要件として課税標準に含まれないこととされるもの」(下線、引用者)

20%要件の計算に当たり外国法人税の課税標準(分母)に含めない。

『改正税法の要点解説 平成 22 年』333 頁より抜粋

「諸外国の税制は様々であり、二重課税排除を目的としながら持株割合を非課税の要件としていない国もあることから、租税負担割合の計算において非課税所得から除かれる本店所在地国以外の国の法人から受ける配当等に、本店所在地国の法令に定められた外国法人税の負担を減少させる仕組みに係るものでないことを要件として非課税とされる配当等が追加されました(措令 39 の 14②一イ (2))。

具体的には、租税回避スキームの一部として支払われたものでないことを要件として非課税とされる配当等は、分母の所得金額に加算しないこととなります。

(注) 例えば英国の国外配当免税制度では、租税上のメリットを享受することを目的として組成されたスキームの一部として支払われる配当等は免税対象から除外するこ

⁵¹ Keith M. Gordon & Ximena montes Manzano, ed., TILEY & COLLISON'S UK TAX GUIDE 2009-10 (UK: LexisNexis, 2009), p. 1547.

⁵² Id.

⁵³ 英国に限らないが、自国企業が居住地を海外に移転してしまうことへの恐れもしばしば論じられるようになってきている。法人の居住地選択に関し、Shaviro・註 13 の第 4 章以下参照。

⁵⁴ Cf. HM Revenue & Customs, note 33. また、この報告書は知的財産所得についても大幅に頁を割いている。知的財産所得の課税の在り方についても将来機会を掴まえて検討したい。

ととされており、このような要件を満たして非課税とされる配当等がこの措置の対象となります。」

(2) タックスヘイヴン対策税制の趣旨との関係

租税回避というとき、しばしば取引の法的仕組みが技巧的であることに焦点が当てられる。これは日本だけの傾向ではなく、例えば ECJ の Cadbury Schweppes 事件⁵⁵においても、租税を免れるための「wholly artificial arrangements」⁵⁶についての対策立法であるか否かを重視する判断枠組みが採られた⁵⁷。

しかし、法的側面を考えるだけでは足りず、タックスヘイヴン対策税制の趣旨がどう変化したと考えられるかが、前節の規定の解釈において重要な意味を有すると考えられる。

いわゆる **entity approach** を採用していた以前の日本のタックスヘイヴン対策税の下では、或る外国子会社全体としては主たる事業が三つの特定事業⁵⁸に該当しないなどと判断するとしたならば、当該外国子会社にいわゆる **passive income** を付け替えてしまう恐れが生ずる、といったことが解釈論として懸念されることがあった⁵⁹。

しかし改正後のタックスヘイヴン対策税制は、或る外国子会社全体として適用対象となるかどうかの判断だけに依存しない仕組みを採用した。以前よりも更に、日本企

⁵⁵ *Cadbury Schweppes v. CIR*, ECJ, Case C-196/04, 9 International Tax Law Reports 89-138 (2006), 2006 WTD 177-8; Opinions of the Advocate General, 2006 WTD 85-10; the special commissioners' referral, 2004 WTD 141-7.

⁵⁶ 日本語訳は複数あり、まだ定着したものはないと見受けられるが、とりあえず「完全に人為的な仕組み」と訳しておく。

⁵⁷ なお、租税回避における濫用の認定に関し、取引の客観的態様が重要なのか、取引の主観的意図が重要なのかという問題について、参照：岩崎政明「租税法における『濫用』概念——国際課税における租税回避否認と EU における濫用禁止原則」金子宏編『租税法の発展』380 頁（有斐閣、2010）。

⁵⁸ 措置法 66 条の 6 第 3 項括弧書：株式保有、知的財産使用許諾、船舶航空機貸付。

⁵⁹ 最判平成 21 年 12 月 4 日判時 2068 号 34 頁判タ 1316 号 92 頁（租税特別措置法 44 条の 4 が日星租税条約に違反しないと判断）の原々審である東京地判平成 20 年 8 月 28 日判時 2023 号 13 頁より抜粋——

「原告は、主たる事業とは、特定外国子会社等が所得源泉をより多く投入している事業をいうと解すべきところ、所得源泉とは、人・機械設備・不動産等の生産要素をいうから、主たる事業とは、このような生産要素がより多く投入されている事業をいうと解すべきであり、主たる事業を収入金額又は所得金額の多寡を基準として判定することは誤りである旨主張する。

しかしながら、たしかに、主たる事業を判定するに際し、原告が主張するような生産要素を考慮要素とすべきであるものの、だからといって、事業活動の客観的結果として得る収入金額又は所得金額の多寡を基準として判定することが誤りであるということにはならないことはいうまでもない。かえって原告の主張によれば、さしたる生産要素を要しない株式保有事業と、相当規模の生産要素が投入された他の事業とを営む特定外国子会社等については、いかに当該株式の保有を通じて多額の所得を得ていたとしても、およそ株式の保有は主たる事業にはなり得ないという帰結を導くことになるものであって、このような結論が不合理であることは明らかであり、また、株式の保有については、いかにタックス・ヘイヴン国において実体が存し、そこで事業が行われていたとしても、タックス・ヘイヴン対策税制の適用除外の対象としないとした措置法四〇条四第三項の前示の立法趣旨に明らかに反する。したがって、原告のこの点に関する主張は、到底採用できない。」

私はこの事件で原告側に付いていたので、解釈論の土俵においても租税回避的でない事案を救うための解釈の工夫の余地があったのではないかと（裁判所が述べる懸念については、「主たる事業」要件ではなく事業の管理支配に関する要件など、別の要件の解釈の問題として対処する余地があったのではないかと）考えているが、裁判所（及び課税当局）が「主たる事業」要件の解釈においてかように慎重な態度をとることも、（もちろん賛成はできないが）理解はできる。

業が問題となっている国に法人を設立し事業を行うことの必要性を重視するようになったものと読める。逆に述べると、或る外国子会社が全体として適用除外要件を満たすと判断するとしたならば、当該外国子会社に **passive income** を付け替えることを懸念する度合いは、低下したものと考えられる。

こうした改正の傾向からすると、まず、日本における免税の要件と問題となっている国における免税等の要件との違いが存在しても、そのことだけで直ちに 20%トリガー要件にひっかかるということではないと解釈するのが素直であろう。他方、「外国法人税の負担を減少させる」のなかに「不当に」の表現がないことには留意すべきであろう。日本企業の外国（X国）子会社が、X国において受取配当非課税を主張しても認められないような場合には日本でも 20%トリガー要件の判定の際に分母に加算されるということが解説されているが、X国において非課税等が認められる一方で日本の視点から 20%トリガー要件の分母に加算すべき場合が果たしてあるのか、あるとすればどのような場合であるか、というの是不分明であり、それ以上の（あるいは改正税法の要点解説以上の）具体的な判断基準を立てるのは難しい。強いて言えば、X国において法解釈論上課税当局が渋々非課税等を認めざるを得ないものの X国における非課税等の規定の趣旨にそぐわない場合は、日本の視点として 20%トリガー要件の分母に加算することがありえよう、という程度であろうか。

いわゆる地域統括会社基準の新設により、【日本で行える活動を外国子会社にやらせているか否か】という従来の視点が薄れ、外国子会社が所在地で事業を行うことの事業上の合理性を今までよりも強く尊重する方向にある、とはいえる。企業の事業上の障害を取り除くという趣旨（外国子会社配当益金不算入制度の趣旨及び改正後タックスヘイヴン対策税制の趣旨）を越えた、濫用的な取引でなければ、20%トリガー要件を超えると判断するに当たらないとは言えまいか。

なお、アメリカ法における事業目的基準（事業目的がある取引であれば、租税の軽減という効果が伴っていても否認されない）⁶⁰と比べると、もう少し強度の事業上の必要性（外国子会社が利益を得る取引の必要性・合理性等）が要請されよう。他方、英国における動機テスト（外国子会社の取引が租税負担軽減を目的の一つとしてはいけな）い）ほどに、納税者にとって窮屈な基準でもないと考えられるのではなかろうか。結局はケースバイケースと言わざるを得ないであろうが、事業目的基準よりは厳しく動機テストよりは緩いところに線引きの基準があるのではないかと感覚的に推測できないであろうか。

⁶⁰ アメリカの事業目的基準について、参照：岡村忠生「グレゴリー判決再考—事業目的と段階取引—」『税務大学校論叢 40 周年記念論文集』（2008）
(<http://www.nta.go.jp/ntc/kenkyu/ronsou/40kinen/04/mokuji.htm>)。

6 まとめ

外国税額控除制度・国外所得免税制度を巡る理論的根拠は、一昔前とはかなり変わってきた。今や伝統的な資本輸出中立性・資本輸入中立性をそのまま現実に当てはめればよいという乱暴な議論は成立しない。他方で、新しい理論が広く支持されるに至ったとまでは言い難い。このように理論面で万全の体制ができあがっていない状況からするとやや見切り発車的ではあるが、現実には、企業の事業上の障害を取り除こうとする制度改正がなされてきた。したがって現在の国外所得免税的な仕組み（資本参加免税等）について、残念ながら決定的な理論的根拠は提供しにくい。せいぜい、ロック・イン効果を防ぎ企業の事業上の障害を取り除くという穏当な言い方にとどまる。

他方で、タックスヘイヴン対策税制（CFC 税制・外国子会社合算税制とも）の制度趣旨も、若干変化していく。アメリカ流の課税繰延対策という説明は日本では元々支持されていなかったところ、国外所得免税的な仕組みの導入に伴い、課税繰延対策という要素は更に薄まる。日本で制度趣旨として強調されるどころの【租税回避対策】がどのような経済的内実を持つ租税回避への対策を念頭に置いているのか不分明である恨みは残るものの（欧州における「wholly artificial arrangements」基準の外延についても不分明さはあるものの）、外国での事業を行うことの正当性を今迄よりも認める方向にはあるとはいえよう。

外国税額控除方式と国外所得免除方式 補論—わが国における動向

阿部 泰久

本稿では、わが国の国際課税制度の改正動向を概観し、その底流にある考え方から、外国税額控除制度を中心に、今後の方向性を考察していく。

1 税制調査会専門家委員会「国際課税に関する論点整理」

税制調査会では専門家委員会の下に国際課税小委員会（座長 中里実東京大学教授）を設置し、国際課税の分野に関する諸課題に係る「理論的・学術的な側面に関する検討」を進めており、2010年11月9日に「国際課税に関する論点整理」を公表している。

この「論点整理」では、国際課税に関する中長期的な課題として、以下のテーマについて取り上げられている。

- ① 企業活動の国際化等を踏まえた国際課税のあり方
- ② 非居住者及び外国法人の課税ベース—帰属主義への見直し—のあり方
- ③ 所得課税以外の分野の国際課税ルール
- ④ 国際的租税回避の防止に向けた国際ルール

(1) 企業活動の国際化等を踏まえた国際課税のあり方

このうち、企業活動の国際化等を踏まえた国際課税のあり方のなかでは、1990年代以降の国際的な「大きな流れ」として、

- ① 非居住者によるポートフォリオ投資所得について源泉地国免税措置の恒久化
 - ② 直接投資に係る能動的（アクティブな）所得について独立企業原則による税源分配の国際標準化
 - ③ 「有害な租税競争」に対して透明性と情報交換の確保に焦点を当てること
- を掲げた上で、様々な論点を掲げているが、本稿にかかわるものとしては、以下の各点が重要である。

- ・内国法人の事業所得について、居住地国で全世界所得課税を行うとの従来の原則をどう考えるか。
- ・従来、世界経済全体の厚生を重視して資本輸出中立性（Capital Export Neutrality）を図ることを標準とする枠組みのなかで国際課税制度が考えられてきたが、最近はこの理論状況が流動化しつつあり、一国のみの厚生を追及する論者も増えてきている。また、資本所有中立性（Capital Ownership Neutrality）という新しい考え方も提唱されている。
- ・直接投資に係る能動的所得について、独立企業原則を今後とも長期的に維持できるかどうかについては理論的に見ると議論の余地があり、より多くの税収と新しい

経済秩序を求めて、経済新興国などから異議を唱える動きが強まる可能性もある。

ここでは、国際的二重課税を排除する方式として、外国税額控除によるべきか国外所得免除方式によるべきかについての明確な判断はなされていない。「国際的二重課税の排除措置としては外国税額控除方式が親和的」とされる資本輸出中立性が流動化しつつあることを指摘する一方で、「国外所得免除方式が親和的」とされる資本輸入中立性については論じられていない。また、資本所有中立性の確保には、理論的には、全ての国が外国税額控除方式か国外所得免除方式のいずれかに集約されていればよく、方式の選択とは無関係とする。

なお、直接投資に係る能動的（アクティブな）所得について、独立企業原則による税源分配が国際標準化であることを指摘する一方で、その将来的な持続可能性には疑問を呈している。

また、平成 21 年度税制改正による外国子会社配当益金不算入制度の導入や、平成 22 年度税制改正による外国子会社合算税制の改革に対しては、わが国企業が投資先の国で他国からの企業とイコール・フットィングで競争できる環境を整備するとともに、課税の適正化を図るという意味で、今後の国際課税の方向性として適切であるとともに、外国子会社配当益金不算入制度による配当還流効果については消極的である。

（2）非居住者及び外国法人の課税ベースのあり方

非居住者及び外国法人の課税ベースのあり方については、わが国の現状が、国内法においては総合主義を採る一方、租税条約においては帰属主義を採用する二元体制が併存しているとした上で、帰属主義を明記する OECD モデル租税条約の改定が、国内法を総合主義から帰属主義に見直す契機を与えているとして、帰属主義への転換を明確に示している。

これは、平成 23 年度税制改正大綱における国際課税の「基本的考え方」にもそのまま盛り込まれ、「検討事項」では、「様々な産業における実態等を把握しつつ、総合主義に基づく従来の国内法上の規定を帰属主義に沿った規定に見直す」ことについて具体的な検討を行うとされている。

非居住者及び外国法人の課税ベースのあり方について、総合主義から帰属主義への転換が明確にされているのは、OECD モデル租税条約の改定第 7 条による OECD 承認アプローチ（Authorized OECD Approach）＝帰属主義に対応して国内法の改正を行う必要があることから当然である。また、既にわが国が締結している租税条約は帰属主義に沿っていることも挙げられている。

（3）小 括

非居住者及び外国法人の課税ベースのあり方について、総合主義から帰属主義への転換が明確にされる一方で、海外で展開する企業活動に対する国際的な二重課税排除の方式として、外国税額控除方式から国外所得免除方式への転換は方向性としても示さ

れていないことは、本件に対する国際的な動向が未だ明確ではないことが背景にあるものと思われる。

ただし、外国税額控除の重要な論拠である資本輸出中立性は揺らいでいるとも指摘していることは、将来においても外国税額控除方式に固執するわけではないことを示唆しているのではないかと。

また、国内法で総合主義から厳密な帰属主義への転換を図るならば、従来は課税対象とされていない PE 帰属の国外所得に対しても課税対象となることから、新たな二重課税排除の方策が必要になる。さらに、本邦法人の本店と外国 PE との内部取引につき PE に課された外国税額について、法人全体としては所得が未実現である場合の二重課税調整について、外国税額控除のタイミングの問題とするが、現実には対応困難な場合が予想される。

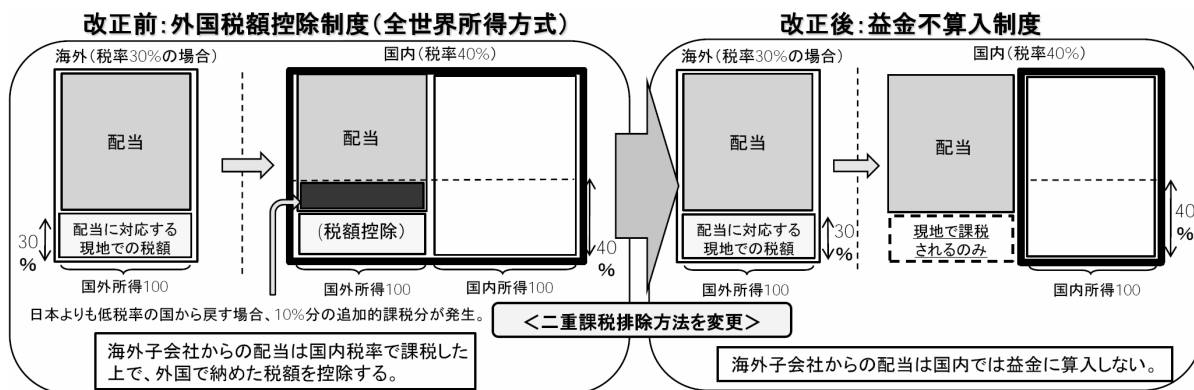
2 近時の税制改正より

(1) 外国子会社配当益金不算入制度の創設—平成 21 年度税制改正—

平成 21 年度税制改正における外国子会社配当益金不算入制度創設は、わが国企業が海外市場で獲得する利益の国内還流に向けた環境整備の促進が主たる目的とされ、外国税額控除制度から国外所得免除方式への転換を図ったものとはされていない。

しかしながら、要望段階での経団連及び経済産業省の主張は、海外子会社利益の国内還流促進の必要性とともに、当時、米国、英国においても国外所得免除方式への転換が論じられていたことなどを背景に、諸外国の潮流が外国税額控除方式から国外所得免除方式に変わりつつあることを強く意識していた。

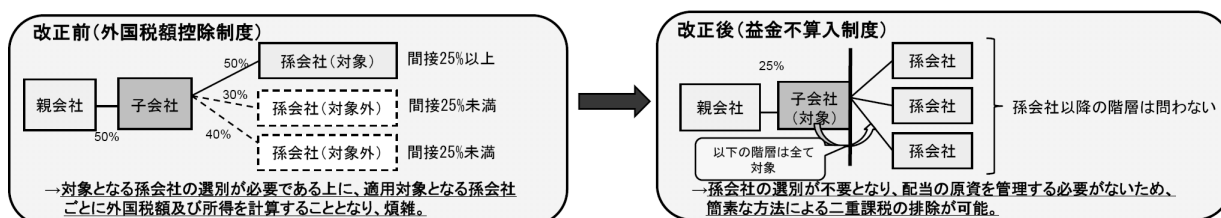
また、間接外国製額控除制度の複雑性とともに、所得の源泉地に関わらず日本企業の全世界所得に対して課税し海外で支払った税額を控除する仕組みである外国税額控除制度が、国内への利益還流を妨げる一因となるとのロック・イン効果は、外国税額控除制度の本質的欠陥として認識されていた。



《出典：経済産業省資料》

なお、「外国子会社」の要件である、内国法人がその発行済株式数又は出資金額の 25% 以上の株式数又は出資金額（租税条約により内国法人の外国法人に対する持株割合について異なる割合が規定されている場合には、その割合）を、配当等の支払義務が確定する日以前 6 月以上引き続き直接に有している外国法人、については、従来の間接外国税額控除制度に置ける基準を踏襲したものであり、EU の資本参加免税制度を特段に意識したものではないとされる。

ただし、従来の間接外国税額控除制度では、出資比率 25%以上の外国子会社からの配当に加えて、海外子会社を通じて間接に 25%以上を出資する海外孫会社から外国子会社が受け取る配当について、外国孫会社が納付した外国税額のうちその配当等の係る部分の金額は、外国子会社の所得に対して課される外国法人税額とみなしていたが、外国子会社配当益金不算入制度では、外国子会社から直接受け取る配当について、その原資を問わず一律に益金不算入となる。



《 出典：経済産業省資料 》

益金不算入率 95%は、剰余金の配当等の額に係る費用の額として政令で規定される 5%分を控除したものであるが、現実に費用の額とすべきものについて主要企業の実態をもとに決定された経緯がある。

平成 21 年度税制改正では、海外子会社配当益金不算入制度の導入に伴い、外国子会社合算税制について、特定外国子会社等が支払う剰余金の配当等の額は、合算対象とされる金額の計算上控除しないこととする等の改正がなされている。

(2) 外国子会社合算課税制度の見直し—平成 22 年度税制改正—

平成 22 年度税制改正においては、外国子会社合算課税制度（タックスヘイヴン税制）について、トリガー税率の引下げ（25%以下→20%以下）、株式保有比率要件の引上げ（5%以上→10%以上）、統括会社・被統括会社概念の導入による適用除外基準の見直し、資産性所得合算課税の導入等の抜本的改革が行われた。

① トリガー税率の引下げ

税負担が著しく低い基準（いわゆるトリガー税率）としての 25%は、平成 4 年度税制改正において、それまで軽課税国・地域を個別指定していた制度を改めた際に、当時のわが国の法人実効税率のおおよそ半分以下として定められた経緯がある。その後海外では法人税率の引下げが進められ、多くのわが企業が進出しているアジア

地域においては 25%以下とする国が増えており、これに伴い企業の事務負担も大きく増えているが、特に中国では実際に合算課税の対象となる外国子会社は 1%程度でしかなかった。そこで、特定外国子会社等に該当することとされる著しく低い租税負担割合の基準が 20%以下に引き下げられた。

また、トリガー税率の計算における非課税所得の範囲から除くこととされている配当等に、外国法人の所在地国の法令により、二重課税排除を目的としたものとして株式保有割合要件以外の要件により所在地国の課税標準に含まれないこととされる配当等が追加されている。これは、英国において英国法人が 2009 年 7 月 1 日以後外国法人から受領する配当が原則免税となったことに対応した改正とされている。

② 保有割合要件の引上げ

外国子会社合算税制の適用を受ける内国法人等の外国関係会社株式等を直接・間接に保有する割合の要件が、現行 5%以上から 10%以上に引き上げられた。

③ 適用除外基準の見直し

わが国企業の海外進出形態の多様化により、現地や海外の他の子会社を統括するための子会社等が置かれることが増えている。これらの会社は租税回避を目的とするものではないのに、事業持株会社では株式の保有が主たる事業とみなされるため事業基準を満たさず、また物流統括会社では関連会社間の取引が多いため非関連会社基準を満たさないなど、従来の適用除外基準には合致せず、課税対象となる事例が増えていた。

そこで、新たに「統括会社」、「非統括会社」を定義することにより、適用除外基準が見直された。

- (i) 事業基準に関し、適用除外とならない「株式等の保有を主たる事業として営む法人」の判定上、統括会社が保有する被統括会社の株式等を、「株式等」から除外する。
- (ii) 非関連者基準の判定上、卸売業を主たる事業として営む統括会社が被統括会社との間で行う取引については、関連者取引に該当しないものとされる。
- (iii) 特定外国子会社等で所在地国基準又は非関連者基準を満たさないものが、事業基準、実体基準及び管理支配基準を満たす場合の適用対象金額の計算において、人件費の 10%相当額を控除する措置が廃止される。

「統括会社」とは、次の全ての要件を満たす特定外国子会社等である。

- ・内国法人等に係る特定外国子会社等で、その内国法人等により発行済株式等の全部を直接又は間接に保有されていること。
- ・2 以上の被統括会社を有し、その被統括会社の事業を統括する業務として一定のものを行っていること。
- ・所在地国において統括業務に係る固定施設及び統括業務を行うに必要な従業者（専ら統括業務に従事する者であって、当該特定外国子会社等の役員を除

く)を有すること。

「非統括会社」とは、次の全ての要件を満たす外国法人である。

- ・統括会社が、発行済株式等の25%以上を直接に保有し、かつ、議決権の25%以上を直接に保有する当該統括会社の関連者（非関連者基準における関連者であって、外国法人に限るものとし、内国法人等の同族関係者に係る関連者を除く）であること。
- ・所在地国において、実体のある事業活動を行っていること。

④ 特定外国子会社等に係る資産性所得合算課税制度の導入

特定外国子会社等のうち適用除外基準を満たす者であっても、「資産性所得」を有する場合には、当該資産性所得について、内国法人等の当該特定外国子会社等に対する株式等の保有割合に応じ、内国法人等の所得に合算して課税されることとなった。

(i) 株式保有割合10%未満の株式等の配当等に係る所得又はその譲渡（取引所又は店頭における譲渡に限る）による所得。

(ii) 債券の利子に係る所得又はその譲渡（取引所又は店頭における譲渡に限る）による所得。

(iii) 工業所有権及び著作権（出版権及び著作隣接権を含む）の提供による所得。

ただし、特定外国子会社等が自ら開発したものや、適正な価を支払って親会社等から購入あるいは許諾を受けたものから生ずる所得を除く。

(iv) 船舶又は航空機の貸付けによる所得。

ただし、特定外国子会社等の資産性所得全体の合計額が当該特定外国子会社等の税引前所得の5%相当額以下である場合、又は特定外国子会社等の資産性所得に係る収入金額の合計額が1,000万円以下である場合（デミニマス基準）には、この措置の適用はない。

また、資産性所得の金額は、当該特定外国子会社等の課税対象金額を上限とされるため、当該会社が単年度で欠損である場合には、資産性所得があっても課税されない。

資産性所得に係る収入金額から、直接経費（収支の関係が明らかなもの限り、販売管理費も含まれる）は控除することができる。直接経費を控除しない場合には、株式等の配当等及び債券の利子のみについては、当期の支払利息を按分した金額の控除（負債利子控除）が認められる。

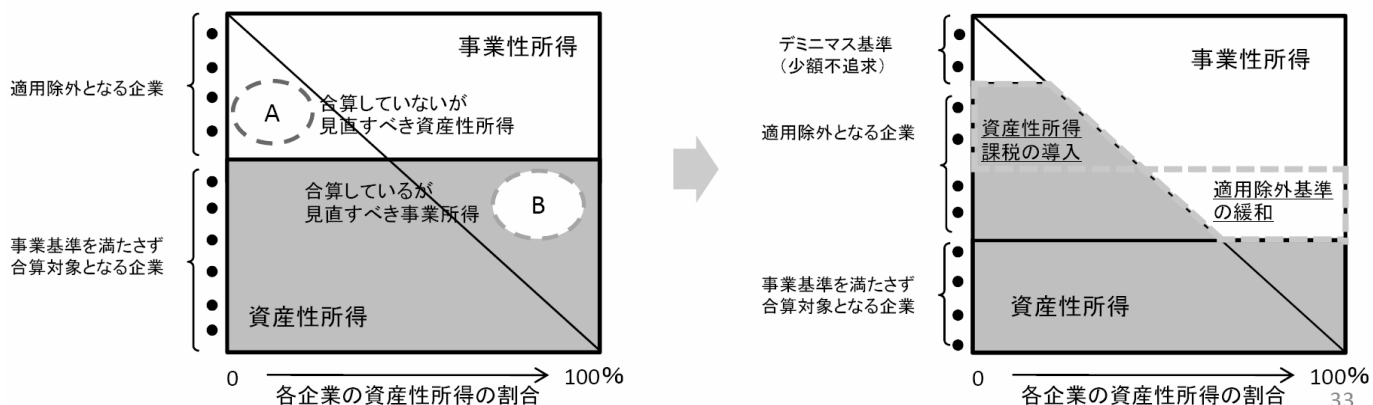
$$\text{負債利子控除} = \frac{\text{対象株式・債券の帳簿価額}}{\text{総資産の帳簿価額}} \times \text{当期支払利子}$$

資産性所得のうち特定外国子会社等が行う事業（事業基準に掲げる事業を除く）

の性質上、基本的かつ重要で欠くことのできない業務から生ずる上記 (i) 及び (ii) の所得は除かれる (本業エグゼンプション)。

＜資産性所得合算課税制度のイメージ＞

(注) 図中の●は、トリガー税率を下回る特定外国子会社等で、実体基準、管理支配基準及び所在地基準(又は非関連者基準)を満たしている前提の企業。



《出典：経済産業省資料》

⑤ 外国子会社合算税制の適用を受ける外国孫会社から外国法人を経由して配当を受ける場合の二重課税排除

改正前の制度では、内国法人が特定外国子会社等に該当する外国法人の株式等を「直接」保有している場合には、二重課税の排除が手当されていたが、内国法人と特定外国子会社等の間に外国法人が介在し特定外国子会社等を「間接」保有している場合には、何ら手当がなく、わが国の配当課税と合算課税によって次のような二重課税が生じていた (介在する外国法人の所在地国において受取配当に対する課税が行われる場合には、介在する外国法人の所在地国の配当課税とわが国の合算課税との二重課税も生じる部分が生じる)。

こうしたわが国における配当課税と合算課税の二重課税を解消するため、内国法人等が外国法人から剰余金の配当等を受ける場合には、その剰余金の配当等の額のうち、内国法人等の配当等を受ける日を含む事業年度及び当該事業年度開始の日前2年以内に開始した各事業年度における次のいずれか少ない金額に達するまでの金額は、益金の額に算入しないこととされた。

- (i) 当該外国法人が他の外国法人 (合算対象とされた金額を有さない者を除く) から受けた配当等の額のうち、当該内国法人等が当該外国法人を通じて間接に有する株式等に対応する部分の金額に相当する金額の合計額
- (ii) 当該他の外国法人につき合算対象とされた金額のうち、当該内国法人等が当該外国法人を通じて間接に有する株式等に対応する部分の金額の合計額

(3) 外国子会社合算課税制度の改正—平成 23 年度税制改正—

平成 23 年度改正において、外国子会社合算税制の円滑な執行を図ることを目的として、以下の改正が予定されている。

① 株式等の保有を主たる事業とする統括会社に係る適用除外基準の明確化

株式等の保有を主たる事業とする統括会社について、事業基準以外の適用除外基準（実体基準、管理支配基準及び所在地国基準又は非関連者基準）の判定を行う場合に関して、主たる事業をどのように捉えるのかについて議論があり、租税特別措置法関係通達（法人税編）66 の 6-16 の 3 において、「統括業務」を「その主たる事業」として判定を行うという解釈が示されていた（平成 22 年 11 月 30 日付）。この判定を統括事業によって行うことを明確にする改正を行うこととされている。

② 租税負担割合の計算における非課税となる配当等の見直し

いわゆるトリガー税率の計算上、外国関係会社の本店所在地国以外の国又は地域に所在する法人から受ける配当等を非課税所得の範囲から除外する（分母に含めない）ためには、持株割合がその本店所在地国の法令に定められた割合以上であることを要件とすることとされていたが、諸外国における国外配当に係る二重課税調整制度は一律でないことから、平成 23 年度改正により、この持株割合要件等を廃止することとされている。

③ 国内税法基準により合算対象金額を計算する場合の適格現物分配に係る規定の取扱いの明確化

租税特別措置法施行令 39 条の 15（特定外国子会社等の適用対象金額の計算）の 1 項の規定により国内税法基準によって特定外国子会社等の合算対象とされる金額を計算する場合には、適格現物分配によって移転を受けることにより生ずる収益の額を益金不算入とすることを定めた法人税法 62 条の 5（現物分配による資産の譲渡）の 4 項の規定を除くこととはされていないため、特定外国子会社等が完全支配関係のある法人から現物分配を受けたときは、適格現物分配として同項の規定の例に準じて、現物分配による収益の額は益金不算入とされるものと解されているが、同項の規定を除いて計算することとするものとされる。

④ 課税所得ゼロの場合のトリガー税率の判定の明確化

租税負担割合の判定において、所得の金額が欠損の金額となる場合には、その主たる事業に係る収入金額から所得が生じたとした場合にその所得に対して適用される本店所在地国の外国法人税の税率により判定することとされているが（措令 39 の 14②四）、繰越欠損金を控除すること等により外国関係会社の課税所得が零となる事業年度の租税負担割合の判定については、その取扱いが明確ではない。そこで、繰越欠損金を控除すること等により外国関係会社の所得の金額が零となる場合のトリガー税率の判定は、欠損となる場合と同様に、その外国関係会社に所得があると仮定した場合の外国法人税の税率（表面税率）により行うこととする改正を行うこと

とされている。

- ⑤ 部分合算課税の対象となる配当等に係る株式等の保有割合の判定時期の明確化
租税特別措置法 66 条の 6 の 4 項に規定する「特定所得」の発生の基因となる株式等に係る保有割合 10%未満の要件の判定時期は、配当等についてはその配当等の効力が生ずる日、譲渡についてはその譲渡の直前であることを明確にする改正を行うこととされている。
- ⑥ 資産性所得の部分合算対象金額から控除する費用の額の計算
特定所得の金額の計算上控除する費用の額の計算について、それぞれ次の措置を講ずる改正を行うこととされている。
- (i) 現行制度では特定所得の金額の計算上、その特定所得の金額に係る源泉税等は特定所得の金額から控除する費用の額に含まれないこととされているが（措令 39 の 17 の 2②）、利子・配当等の額に対して課される外国源泉税の額を特定所得の金額の計算上控除できるようにすることとされる。
 - (ii) 債券の償還差益に係る特定所得の費用の額を簡便法により計算する場合には、償還の直前における総資産の帳簿価額を用いることとされているが、償還の直前の事業年度終了の時の総資産の帳簿価額を用いることとされる。
 - (iii) 株式等及び債券の譲渡に係る特定所得の金額の計算上控除する取得価額について、同一銘柄の株式等及び債券の取得が複数回に渡り行われている場合のその払出し単価の計算方法（移動平均法等により計算）を明確にする。
 - (iv) 特許権等の使用料等に係る特定所得の金額の計算上控除する特許権等に係る減価償却費は、継続適用を要件として、日本税法基準又は現地税法基準のいずれかにより計算することを明確にする。
- ⑦ デミニマス基準の判定に係る計算方法等の明確化
資産性所得合算課税制度における次の適用除外基準について、それぞれ次に掲げる事項を明確化することとされている。
- (i) 資産性所得割合基準（当期純利益に占める部分適用対象金額（特定所得の金額の合計額）の割合が 5%以下であること）：上記⑥（i）において特定所得の金額から控除する費用の額に外国源泉税の額を含める見直しが行われることから、平仄を合わせるため「当期純利益」には外国源泉税の額は含まれないことが明確化される。
 - (ii) 収入金額基準（部分適用対象金額に係る収入金額が 1,000 万円以下であること）：「収入金額」の定義が明確化される（償還差益に係る収入金額とは、償還金額ではなく償還差益であること等）。
- ⑧ コーポレートインバージョン対策合算税制
特殊関係株主等である内国法人等に係る特定外国子会社に係る所得の課税の特例等（コーポレートインバージョン対策合算税制）（措法 66 の 9 の 2）について、上記

と同様の改正を行うこととされている。

(4) 外国税額控除制度の見直し—平成 23 年度税制改正—

平成 23 年度税制改正において、外国税額控除制度について以下の見直しが予定されている。

- ① 外国税額控除の対象から除外される高率負担部分の引下げ（現行 50%超→35%超）
- ② 控除限度額計算の基礎となる国外所得金額からの非課税国外所得の除外（現行 2/3→全額）
- ③ 控除限度額計算の基礎となる国外所得割合の 90%制限に係る特例の廃止
- ④ 複数の税率中から納税者と税務当局等との合意により税率が決定される税について最低税率を上回る部分は外国法人税・外国所得税に該当しないものとする
- ⑤ 控除限度額の計算において、租税条約の規定により条約相手国等において租税を課することができると思われる所得（租税条約において控除限度額の計算に当たって考慮しないものとされる所得を除く）で、当該租税条約相手国等において外国法人税又は外国所得税を課されるものは、国外所得に該当するものとする

このうち、①～③は、いわゆる「彼此流用の問題」や、わが国に本拠がある法人でありながらも国内で税負担をしない問題など、制度上の歪みを適正化することを理由とするものである。いずれも、従来より見直しの必要性が指摘されていた事項であるが、今般の法人実効税率引下げの財源措置として実施されることとなった。

④はガンジー島損保子会社事件の最高裁における国側敗訴（平成 21 年 12 月 3 日）を受けた対応である。

⑤は、現行制度上、例えば、内国法人が外国法人株式を譲渡したことにより外国で事業譲渡類似課税を受ける場合等において、当該譲渡所得が国外所得に該当することを明確にするものである。

(5) 移転価格税制の見直し—平成 23 年度税制改正—

平成 23 年度改正において、OECD 移転価格ガイドラインの改定等に伴い、国外関係者との取引に係る課税の特例（移転価格税制）について、次の見直しが予定されている。

① 独立企業間価格の算定方法の適用順位の見直し

2010 年の OECD 移転価格ガイドラインが改定により、独立企業間価格の算定方法の適用順位の見直しが行われ、従来は伝統的取引基準法（独立価格比準法、再販売価格基準法及び原価基準法）を原則とし、伝統的取引基準法のみによって利用できない場合等にものみ取引単位利益法を使用することができるとされていましたが、特定の事案ごとに最も適切な方法（most appropriate method）を適用することとされた。

OECD 移転価格ガイドラインの改定を受けて、独立企業間価格の算定方法の優先順位を廃止し、最適な方法を事案に応じて選択する仕組みに改正することとされて

いる。これに伴い、その円滑な施行に資するよう運用の明確化を図るとともに、独立企業間価格の算定方法の一覧性を確保する観点から、現行の利益分割法の下位分類として OECD 移転価格ガイドラインにおいて認められている算定方法（比較利益分割法、寄与度利益分割法及び残余利益分割法）を明確にすることとされている。

② 独立企業間価格幅（レンジ）の取扱いの明確化

移転価格税制に係る課税事案においては、特定の水準（ポイント）を用いて課税処分が行われることから、独立企業間価格幅（レンジ）の取扱いについては必ずしも明確ではなかった。このため、国外関連取引の価格等が、レンジのなかにある場合には移転価格課税が行われないこと、また、レンジの外にある場合には比較対象取引の平均値に加え、その分布状況等に応じた合理的な値を用いた独立企業間価格の算定もできることを運用において明確にすることとされている。

③ シークレットコンパラブルの運用の明確化

納税者の予見可能性を確保する観点から、シークレットコンパラブル（類似の取引を行う第三者から質問検査等により入手した比較対象取引についての情報）が適用される場合の具体例が運用において一層明確にするとともに、シークレットコンパラブルを用いる際は、守秘義務の範囲内でその内容を説明するとの運用を徹底することとされている。

3 外国税額控除方式から国外所得免除方式へ？

近年の国際課税の改正は、わが国企業の海外活動に関する障害の除去と、適切な課税あるいは租税回避行為の防止を目的として行われているとされる。しかし、その内容を見るならば、23 年度税制改正における移転価格税制の見直しが OECD ガイドラインの改定に準拠したものであることなど、国際的な整合性や欧米諸国の改正動向を意識したものであることも明確である。

今後とも、先進国間の共通モデルとしての OECD における移転価格ガイドラインやモデル租税条約等の改定に対しては、緊密な連携を取っての改正が行われていくであろうが、国連を中心に行われている途上国をも含めた国際課税の新たなルール作りに、わが国がどのように対応していくのかは、現時点では、不明瞭である。

一方で、国際的なルールや潮流が明らかとはなっていない課題については、従来の延長線上での改正が進むのではないか。

国際的な二重課税排除の仕組みについては、外国税額控除制度を基本とする国は米国を含むとはいえ先進諸国では既に少数派であるが、中国、韓国等アジア諸国では未だ外国税額控除制度に依っている。EU では国外所得免除方式が主流であるとはいえ、大部分が直接投資に限られ、ポートフォリオ投資にまで国外所得免除方式を適用している国は少ない。このような現状では、国際的な潮流として、いずれが優っているとも言い難い。

平成 21 年度税制改正による外国子会社配当益金不算入制度の創設は、その趣旨は国外

所得の還流促進策として位置付けられているものの、間接外国税額控除方式を廃止し、事実上、国外所得免除方式への転換を踏み出したものである。その一方で、直接外国税額控除制度については、平成 23 年度に予定されている改正は、制度の改良・適正化を通じて、現行の外国税額控除方式を将来とも国際的二重課税排除のための方法として維持していくことを示す兆候とも考えられる。

しかしながら、わが国企業（海外子会社）の海外での課税と、外国法人・非居住者へのわが国における課税との均衡を考えていくなれば、その機会に、国際的二重課税排除のための方法としての外国税額控除制度と国外所得免除方式の有効性を正面から比較検討する余地があり得よう。

帰属主義と国外所得免除方式は、理論的にはパラレルではないとしても、わが国の国内法を総合主義から帰属主義に転換することと合わせて、外国税額控除方式から国外所得免除方式への転換を検討することは十分に意味があるものとする。

第5章 事業の国外移転に係る Exit Tax の最近の動向

一高 龍司
岩品 信明
鈴木健太郎
林 幹
緑川 正博
(五十音順)

1 はじめに

本研究は、平成 21 年度・22 年度の外国子会社配当非課税、間接外国税額控除廃止及び CFC 税制の修正（つまり、概ね、能動的被支配外国会社非課税制度の導入）を所与として、懸念の一つとなりうるわが国国際企業の事業、機能、活動又はリスク（以下、事業等という）の国外移転に伴うわが国の課税ベース維持を目的とする税制のあり方と限界について、国際的調和とわが国国際企業の競争力確保の観点から、検討するものである。かような目的の下で、情報の入手可能性を考慮しつつ、検討に具体性と問題解決性をもたせるために、幾つかの仮設事例を起点に、OECD や諸外国の動向を踏まえて、解釈論上及び立法論上の検討を行うものである。

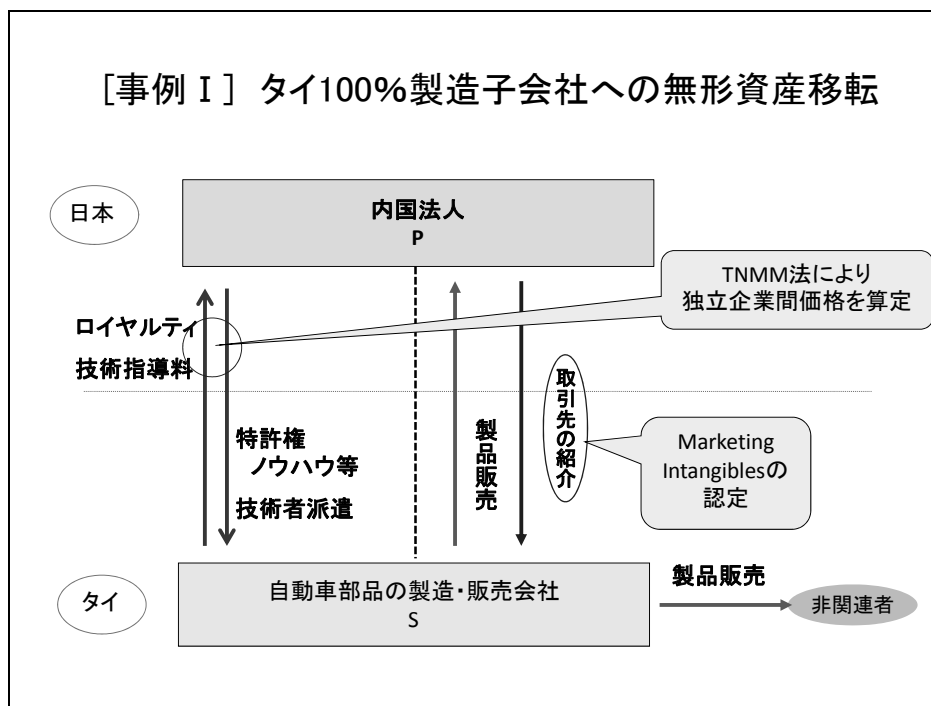
タイトルにある Exit Tax という用語は、出国税、退出税等と訳出されており、必ずしも一義的でもない。本研究においては、事業等の国外移転に際しての課税ベース確保を目的とする税制を含むものとして、この用語を使用する。

本報告の執筆分担は以下のとおりである。2（1）事例Ⅰ（緑川・鈴木）、2（2）事例Ⅱ（岩品）、2（3）事例Ⅲ（林）、その他（一高）。全体会議及び個別の研究会での議論が各分担箇所に反映されていることは言うまでもない。

2 仮設事例の検討

以下の仮設事例は、内国法人の事業等の国外移転に伴う潜在的課税ベースの転出が問題となる事案の典型に含まれる。

(1) タイ 100%製造子会社への「機能」の国外移転の検討 [事例 I]



ア 概要

本事例は、特殊な自動車部品の製造・販売を手掛ける内国法人 P 社が、タイに製造子会社 S 社（100%子会社）を設立し、その製造に必要な特許権及びノウハウ等を提供して、事業の移管を図り、その対価としてロイヤルティを徴収するといった、無形資産の供与を通じて事業と所得が国外に移転する類型の取引である。

P 社は、これら特許権及びノウハウ等の提供のほか、技術者を S 社に派遣し、その対価として技術指導料を徴収し、また、取引先のタイ子会社を S 社に無償で紹介している。

これについて課税当局は、P 社が採用したロイヤルティの独立企業間価格の算定方法である独立価格比準法（CUP 法）を、比較可能性の観点から否定するとともに、取引先を S 社に紹介したことについて、マーケティング無形資産（marketing intangibles）の供与があったと認定している。

そして、これら一連の取引を一体として独立企業間価格を算定すべきであるとして、タイの輸送機器製造業者数社を比較対象企業とした取引単位営業利益法（TNMM 法）を採用し、移転価格税制による課税処分を行なったものである。

本事例は、わが国の労働人口の減少・マーケットの縮小傾向のなかで、アジアの各地域における安価な労働力の存在並びに広大なマーケットの存在といった構造的状況からみて、国際的な事業再編に係る無形資産等を通じた「機能」の国外移転に関する典型例であると言える。

イ 課税処分の検討

国際的な事業再編に係る機能移転に対する課税手法については、「代理人 PE の認定による国外関連者への課税」又は「移転価格税制での課税」の 2 つのアプローチがあるとされる。

本事例においては、無形資産等の移転による事業再編を通じて、各関連当事者間での機能・リスクの再配分が行われた結果、収益獲得機能等の経済的実態が変化していることから、そこに資産等の移転の事実を捉えて、移転価格税制による課税が行われている。

これについては、OECD 移転価格ガイドラインにおいても、「再編時点で識別可能な権利又は資産を有する企業には、それに応じた潜在的利益があることから、その潜在的利益を犠牲にしたことを正当化するために、適切な報酬が与えられなければならない」(para.9.67) との考えを示しており、事業再編における無形資産等の移転に対しても、移転価格税制の適用を示している。

一方、わが国の移転価格税制においては、事業再編における機能、資産及びリスクの移転について、明確にその適用範囲を示す明文の規定はない。

しかし、事業再編の結果として移転されることになる無形資産については、所得の源泉になるもの、つまり経済価値を生むものであれば移転価格税制の検討対象にするとされており、無形資産とそれを源泉とする所得との関係において無形資産を定義付けることが重要であると考えられる。

つまり、事業再編に係る移転価格税制の適用においては、その適用範囲はかなり広く、国外移転される無形資産やリスクの多くをその射程に入れている。

以上のことから、本事例における課税処分の検討においては、移転価格税制による課税を前提に、無形資産等を通じて移転された機能は何であったのか、また、その機能が有する潜在的利益の評価額はいくらであるのか、といった点が重要な論点であると考えられる。

然るに、本事例における移転価格税制の適用において、国外関連者である S 社に移転されたものは、特殊製品の製造技術に係る無形資産のほか、P 社が現地で長年整備してきたとされる顧客リスト・販売網等のマーケティング無形資産であると認められる。

そして、マーケティング無形資産については、基本的活動のみを行う法人との比較において、優位性を有するものと判断した結果として、その重要な価値が認識されたのであろう。

また、その評価額（独立企業間価格）の算定においては、これら製品の販売取引及び製造並びにノウハウ等の使用許諾取引等が一体として行われていることから、独立企業間価格の算定においても、これを一体として行うことに合理性があると認定し、TNMM 法が採用されたと推察される。

ウ 課税処分の問題点と課題（限界）

本事例に示すような各種の機能・リスクの国外移転は、本社に商流を介さない外-外取引を増加させ、物の流れによる利益の回収を困難にさせる状況が生まれる。

特に、対価を伴わない事業再編による機能の移転については、本社が有する知的財産、ノウハウ、ブランド等の価値ある無形資産に対する適切な対価の回収が課題となる。

さらに、本事例においては、特殊製品の製造技術に係る無形資産のみならず、マーケティング無形資産に帰すべき収益をいかに特定するかといった複雑な問題を包含する。

すなわち、わが国における国外関連者への事業再編による機能の移転に対する対価の回収については、移転価格税制による対応が図られていると考えられるが、本事例のような無形資産が関連する事業再編については、上記で述べた移転する「無形資産等の認識」及び「無形資産等の潜在的利益の評価」において、納税者と課税当局との間でしばしば見解の相違が生じることとなる。

まず、「無形資産等の認識」については、本事例のようなマーケティング無形資産に、所得の源泉である潜在的利益がどれだけ存在するのか、また資産形成の要素において、国外関連者の貢献等（local intangibles）をどれだけ加味するのかといったことが問題となる。

次に、「無形資産等の潜在的利益の評価」については、関連当事者間における事業再編の特殊性等から、独立企業間の比較対象取引が存在せず、独立企業原則に基づく評価額が算定できないといった問題がある。

さらに、その評価額である独立企業間価格の算定手法（TPM）についても、各取引を分解し取引価格を算定する手法（独立企業原則を重視する手法）や、本事例のような、マーケティング無形資産等の評価額も含め全ての取引を一体として評価する手法、といった複数のアプローチが考えられる。これは、納税者による事前文書化等の対応によっても、その結果が異なることもあると考えられよう。

本事例は、これら困難な諸問題を適切に評価して行った課税処分であるか疑問が残る。

一方、無形資産等の認識・評価にあたり、所得相応性基準による定期的調整を通じて、上記諸問題の解決を図ろうとする考えがある。

そのメリットは、事業再編における無形資産の譲渡又は使用許諾時点における予想収益に基づく絶対額としての評価を回避して、その後の無形資産から生ずる実際取引という客観データによって無形資産に帰属する所得を算定できることにある。

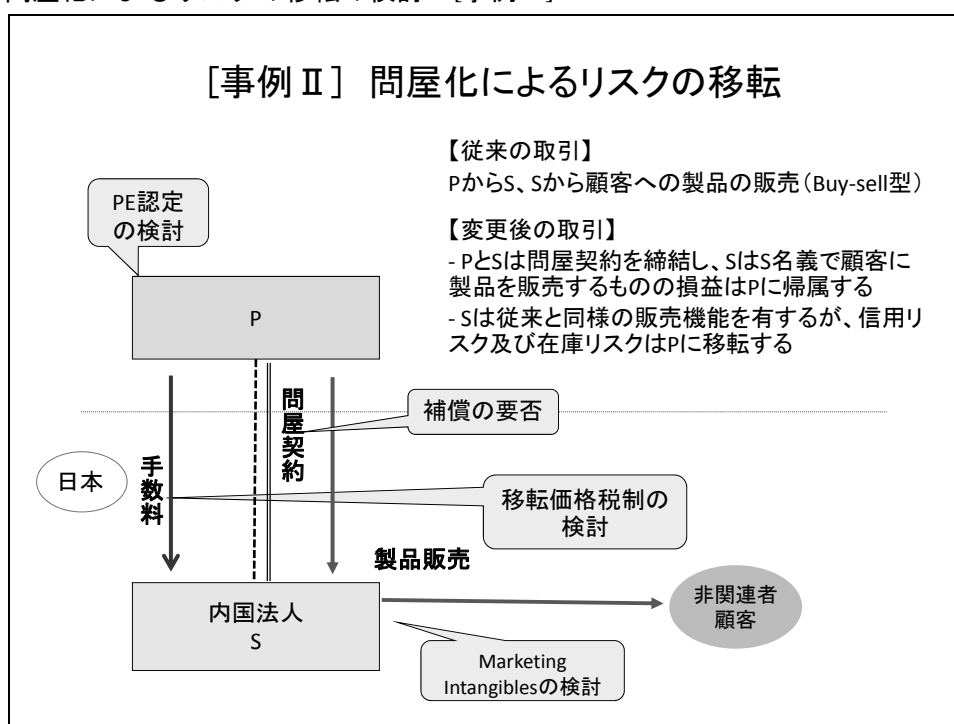
しかし、その事業再編の時点において納税者が認識・評価した無形資産等は、その事業再編の時点における経営判断に基づくものであるため、これを最大限尊重すべきであり、結果として当初の経営判断との乖離が生じたとしても、これは、納税

者の事業戦略の見直しを通じて修正されるべきことであり、課税処分によりその修正を認めるべきでないとも考える。

したがって、これら無形資産等の評価等に係る事後調整機能については、これを積極的に採用し、また規定すべきでなく、OECD 移転価格ガイドラインにおいても、事後的修正は「後知恵」として、基本的にこれを認めておらず、同様の見解を示していることに注目すべきであろう。

結局のところ、本事例における課税処分の問題点と課題（限界）については、OECD における今後の議論も踏まえ、納税者及び課税当局の双方において、更なる理論的な解決の方法を探求すべきであると考えます。

(2) 問屋化によるリスクの移転の検討 [事例Ⅱ]



ア 概要

(ア) 変更前の取引

内国法人 S は、100%親会社である外国法人 P から製品を輸入してわが国の顧客に販売するという、いわゆる Buy-sell 型の取引を行っていた。かかる取引から得た所得は国内源泉所得として、わが国で課税されてきた。また、S は長年の取引により強固な販売網を有している。

(イ) 変更後の取引

P と S は、P を委託者、S を問屋とする問屋契約を締結し、S は自己の名義で従前からの顧客に製品を販売し、取引の相手方である顧客との関係では権利義務の主体であり続けるが、計算（損益）は P に帰属することとした。また、S は、問屋契約の業務の対価として P から手数料を收受する（なお、手数料は S の経費を

賄える程度に設定されることが多い)。Buy-sell 取引から役務提供取引に取引形態が転換していると言えよう。

問屋である S の機能についてみると、S は、自己の名義で製品を販売しているため、従来の Buy-sell 取引における場合と同様の販売機能を果たしていると思われる。一方、リスクについては、損益は P に帰属するため、S は信用リスク及び在庫リスクを負わなくなる。

上記のようにわが国の商法に規定される問屋契約を用いたり、又は英米法の概念であるコミッションエアを用いて、損益を他国の関連法人に帰属させることにより、高税率国での課税を免れるスキームは外国で盛んに用いられている。わが国でも、外資系企業を中心として、一部では問屋契約又はコミッションエアが活用されており、税務調査で問題となっているようである。

イ 課税処分の検討

変更前の取引では、内国法人 S が Buy-sell 型取引から得た所得は国内源泉所得としてわが国で課税されてきた。一方、変更後の取引では、顧客への販売による損益は S ではなく P に帰属することになるためわが国では課税されず、S が P から受領する手数料が国内源泉所得としてわが国で課税されることになる。

取引形態の変更により、S の国内源泉所得は大きく減少し、わが国での S による納税額が減少することになる。P グループとしては、P の所在地国がわが国よりも実効税率が低い場合には、グループ全体としての納税額は減少することになる。

現行税法としては、以下のとおり、移転価格税制と PE 認定による課税処分が検討される。

(ア) 移転価格税制による課税処分

a 手数料

S と P とは 100% の親子関係にあるため、S が P から受領する手数料については、わが国において移転価格税制の適用がある。そのため、S が P から受領する手数料が独立企業間価格であるか否かが問題となる。

b マーケティング無形資産

S は長年の取引により強固な販売網を有しているため、これらがマーケティング無形資産に該当するか、問屋契約の締結により S から P に移転されたか、また独立企業原則の下で対価が支払われるべきかが問題となる。

c 補償請求権

独立企業原則に従ったものであるか否かの判断においては、従来の Buy-sell 型取引を終了して問屋契約を締結する際に、S が P に対して補償を請求できるか否かも問題となる。P が S に補償をしていない場合には、あるべき補償額が独立企業間価格と認定されるか、若しくは国外関連者への寄附金（措置法 66 条の 4 第 3 項）と認定されるおそれがある。

(イ) PE 認定による課税処分

内国法人 S が P の PE であるとして PE 認定を行い、PE に帰属する所得について外国法人である P に対して課税することが検討される。

ウ 課税処分の問題点と課題（限界）

(ア) 移転価格税制について

a 手数料

問屋である S の機能についてみると、S は、自己の名義で製品を販売しているため、Buy-sell 取引における場合と同様の販売機能を果たしていると思われる。一方、S のリスクについてみると、損益は P に帰属するため、S は信用リスク及び在庫リスクを負っていない。

そもそも本件のような問屋契約は関連者間で締結されることがあっても、非関連者間で行われることはまずないため、問屋契約と機能とリスクが同等な非関連者間の取引はまずないと考えられ、比較対象取引を見出すことが困難である。このような場合には、リスク配分が類似の状況において独立当事者間で合意されたと期待できるものであるか否かを決定することが必要になると思われる（para 9.19）。もっとも、実務上、納税者と課税当局の双方にとって独立企業間価格の算定は困難であり、見解の相違が生じる可能性が高いと推測される。

b マーケティング無形資産

マーケティング無形資産については、OECD 移転価格ガイドライン上では、「製品あるいはサービスの宣伝に役立つ商標及び商号、顧客リスト、販売網、関連製品に対して重要な宣伝的価値を有するユニークな名称、記号、写真」と考えられている（para.6.4）。わが国では、移転価格事務運営要領において、調査において検討すべき無形資産として「生産工程、交渉手順及び開発、販売、資金調達等に係る取引網等」が挙げられている（2-11 ハ）。そのため、OECD 移転価格ガイドライン及びわが国の移転価格税制の実務においても、本件においては、マーケティング無形資産ないし無形資産が認定されると思われる。

しかし、問屋契約締結後も、S は自己の名義で取引を行い、販売網を利用するため、販売網は依然として S に帰属しており、マーケティング無形資産が「移転」したと考えることは困難であると考えられる。

c 補償請求権

独立企業原則に従ったものであるか否かの判断においては、従来の Buy-sell 型取引を終了して問屋契約を締結する際に、S が P に対して補償を請求できるか否かも問題であると考えられている（para.9.104 以下）。すなわち、独立当事者間では、損失を被る当事者は相手方に対して補償を要求するのではないかという考え方が基礎にある。

わが国の制定法においては、契約の終了、不更新、実質的な再交渉の際に、

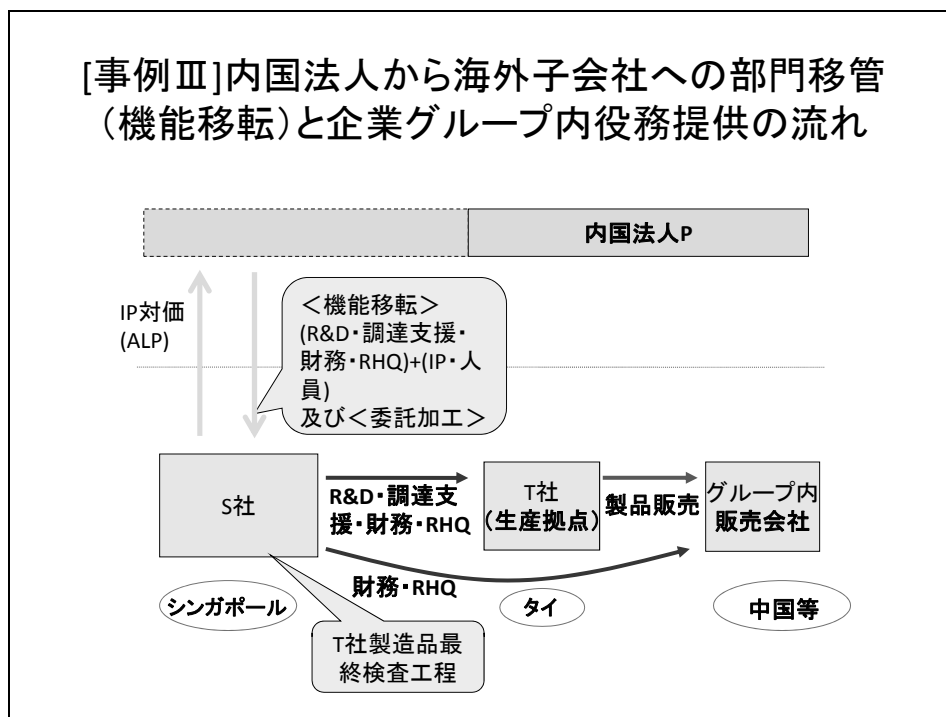
損失を被る当事者の補償請求権は規定されていないが、継続的契約の事例などにおいて補償を認める裁判例もある。一般に、多額の投資をした場合や積極的な営業活動を行った場合など、契約関係の終了等により大きな損失を被る場合には、裁判例においても補償請求権を認める傾向があるが、確立した基準はない。そのため、わが国においては、納税者と税務当局との見解の相違が生じる可能性が高いと推測される。もっとも、補償請求権を理由として課税処分がなされた事例はないようである。

(イ) PE 認定による課税処分

問屋契約は大陸法系の概念であるが、英米法系の類似の概念としてコミッションエアがある。フランスの Zimmer 事件などのように、従来の Buy-sell 型の取引をコミッションエアに転換した場合に、代理人 PE の認定が各国で問題となっている。Zimmer 事件では、フランス下級審は代理人 PE を認定したが、フランス最高裁判所は代理人 PE の認定を否定した。コミッションエアにおける PE 認定については各国で結論が分かれており、統一的な結論は導かれていない。主として、OECD モデル条約 5 条 5 項及び 6 項の解釈が問題とされており、本人がコミッションエアを拘束することができるか否かが問題とされている。

わが国においては、問屋契約又はコミッションエアについての判例又は裁決はなく、代理人 PE が認定されるか否かについては議論が分かれるところである。

(3) 研究開発その他各種部門の国外移転 [事例Ⅲ]



ア 概要

本事例は、製品の製造・販売を手掛ける内国法人 P 社が、既に主力製品の生産拠

点をタイに移転しているが、さらなるグループ経営のグローバルな効率化を図るため、新たにシンガポールに 100%子会社 S 社を設立し、(1)主力製品の研究開発部門、(2)プロキュアメント（調達）部門、(3)タイで製造した製品の最終検査工程の委託、(4)トレジャリー（財務）部門、及び(5)地域統括に係る全ての機能を移転するということを想定した事例である。なお、上記各部門の移転にあたっては、次の事項が前提となっている。

- 各業務の遂行に必要となるソフトウェア及びノウハウなどの無形資産として認識できる知的財産については適正な価額（独立企業間価格）で譲渡している。
- P 社より各部門に所属していた人員を転籍させたものの、施設等の有形資産は新たに現地で調達している。
- 研究開発部門については、P 社で研究開発途中のものについても S 社が引き継いで研究開発を実施する。
- 当該研究開発について製品化の見通しは立っていないため、対価は認識していない。

イ 機能移転時課税の議論

本事例のように、国際的な事業再編において企業の部門が移転した場合に、無形資産を含む各部門に係る「機能」が移転したものと捉え、移転価格税制を適用し、この機能の移転に対する適正な対価の収受が行なわれるべきであるとする議論がある。この機能移転時の課税は、移転元企業の属する国の課税権の確保が図られ、いわゆる「国内産業の空洞化」を防ぐという点で重要な意義を持つという考えがある一方で、企業の国際的事業展開に対して、税が阻害要因となり得るという懸念もある。

OECD 移転価格ガイドラインでは、国際的な事業再編に係る機能移転が行われた場合の取扱いとして、「再編時点で識別可能な権利又は資産を有する企業には、それに応じた潜在的利益があることから、その潜在的利益を犠牲にしたことを正当化するために、適切な報酬が与えられなければならない」(para.9.67)とし、無形資産等の範囲は明確にされていないものの、事業再編における無形資産等の移転に対する移転価格税制の適用の可能性が示されている。

一方、日本の移転価格税制では、国際的な事業再編に係る機能移転についての適用については明確にされていない。本事例における S 社に移転した各部門の機能について無形資産等が認識される場合には移転価格税制が適用されるべきなのであろうが、適用される無形資産等の範囲が明確となっていないため、例えば本事例における P 社で開発途中であった研究を無形資産として認識するのは現行法上難しいのではないかと考えられる。また、人員の異動に伴う知識・経験の移転についても同様に、無形資産として認識するのは難しいと思われる（無形資産については、OECD が今後検討を進めていく移転価格税制の対象となる無形資産の議論を注視するとと

もに、わが国としても BIAC 等を通じてその議論に積極的に参画していくべきであろう)。

なお、現状、この機能移転時の課税についてはドイツの税制が最も整備が進んでいる状況にあり、以下、ドイツの現行の法令及び制度について概説する。

ウ ドイツにおける機能移転時課税

ドイツでは、法人税率引下げに対応する課税ベースの拡大の一環として、2008年度の「外国税法」第1条の改正と「機能移転法令」の施行により、2008年1月1日より機能移転課税制度が導入¹された。この制度の趣旨は2007年3月14日付で閣議決定された法案ドラフトにおいて、以下のとおり、示されている。

「企業収益税改革のための代替財源のもう一つは、関連会社間あるいは会社内のクロスボーダー取引に対する課税の新規定によるものである。国際的に承認された独立企業比較原則が、当該新規定により、法律上、明確にされることとなる。とりわけ、現時点において、十分に明確な規定とはなっていない『機能移転』について、具体的な規定が導入されることで、外国への価値移転に対する適正な課税が確保される。経済的な観点から意味のある組織（事業）再編並びに外国の新市場の開拓が、それによって妨げられるものではない。」

「機能移転法令」第1条第1項によれば、「機能」とは、「企業内の特定の部署等により処理されるところの、それに付随する機会とリスクを含む同種の経営上の課題(Aufgaben)の集合体」と定義されており、具体的には、「研究開発」、「資材調達」、「在庫管理」、「生産」、「販売・営業活動」、「特許やノウハウの応用」といった企業が事業活動のために行っている「利益の潜在的稼得可能性」を伴った個別の活動そのものであるとされる。

また、機能移転課税制度が対象とする「機能移転」とは、単なる資産の譲渡・使用権の供与やサービスの提供ではなく、「移転元企業」で問題となる「機能」が喪失あるいは制限され、それに対応して「移転先企業」でそれが発生あるいは増加することが前提となっており、「移転先企業」が移転された「機能」を「移転元企業」のためだけに行使し、コストプラス方式で対価を算定しているような場合には本制度が対象とする「機能移転」とは見なさないとされている。

機能移転が認められる場合において、「永久的移転²」の場合の「機能移転」に係る対価（移転価格）は、機能移転前と機能移転後の「機能・リスク分析」をベースに

¹ ドイツの機能移転課税制度は、1990年頃からドイツ政府が1998年並びに2005年の政権交代にも拘わらず一貫して追求してきた「税率の引下げ・課税ベースの拡大」政策の最終仕上げとも言える「2008年企業収益税改革」の一環として、以下の3段階に分けて導入された。(1) 2007年7月6日、「2008年企業収益税改革」の一環として、外国税法(Außensteuergesetz)第1条第3項第9文から第13文の導入、(2) 2008年7月6日、以下全12条から構成される「機能移転法令(Funktionsberlagerungsverordnung)」の可決、(3) 2010年10月13日 機能移転通達(最終版)の公表。

² 「永久的移転」とは、少なくとも移転時に当該機能が移転元に戻ってくることが想定されていない移転をいう。(cf.「一時的移転(一定期間後に再度当該機能が戻ってくることが想定されている移転)」)

して、移転される機能全体（「移転単位 (Transferpaket)」）の対価として算定される。この「移転単位」は、「機能」及びそれに付随する利益獲得機会、リスク、資産及びその他の有益物並びに移転に関連してもたらされた役務の 3 つの要素から構成され、原則として、それらの 3 つについて個別に評価されるのではなく、全体として「総体評価」されることとなっており、移転対象となる「機能」が移転元企業で利益を計上している場合、「移転単位」の評価額の範囲（「最低価格」と「最高価格」）は、移転元企業での（税引き後の）利益減少額並びに移転先企業での（税引き後の）利益増加額をベースにして、適正な「割引率」並びに「利益計画期間」を考慮して算定される。仮に最初の『機能』及びそれに付随する利益獲得機会・リスク」という無形資産・その他の有益物部分が、「移転単位」全体の評価額の 25%以下である場合には、重要性の原則から、課税対象にはならないとされている。また、移転後の推移が移転時の予想と大きく異なり、「機能移転」後 10 年以内に、当初算定した「最高価格」及び「最低価格」について「大幅な乖離 (eine erhebliche Abweichung)」が生じた場合に、移転元企業と移転先企業との間で「機能移転」の価格に関する事後調整条項が取り決められていなかったときは、1 回に限り、その「大幅な乖離」が発生した事業年度の翌事業年度の課税所得の計算上、税務当局側からの所得額の更正が考慮されることとなっている。

エ ドイツの機能移転課税制度が本事例に適用になった場合の考え方

日本では今のところ機能移転課税制度に相当する制度は存在しないが、国内産業の空洞化の回避や課税ベースの拡大の必要性といった問題を抱えている点においては本制度導入当時のドイツと同様の状況にあると言える。そこで、本事例について、仮にドイツで導入されている機能移転課税制度が適用される場合を想定して、検討してみることにする。

前述のとおり、「機能」とは、企業内の特定の部署等により処理されるところの、それに付随する機会とリスクを含む同種の経営上の課題の集合体であり、企業が事業活動のために行っている利益の潜在的稼得可能性を伴った個別の活動そのものであるとされている。したがって、本事例における各部門は「機能」に該当すると考えられ、以下、各機能移転について 2010 年 10 月にドイツで公表された「機能移転通達」に記載された取り扱いを紹介する。

(ア) 研究開発部門

「機能移転通達」に次のような具体例が挙げられているとおり、部門全体でなく、その人員の一部が転籍した場合でも一定の無形資産とともに機能が移転したとみなされる。

「P 社（国内企業）の研究部門とはパラレルに、研究活動のための新規の海外子会社（T 社）が設立され、必要となる人員、特に研究スタッフが P 社から T 社へ異動された。P 社の研究活動は、継続的に減少させられている（人員削減・研究資

金の削減) 一方で、T 社は研究成果を実現し、それに続く後続研究を行っている(特許)。この場合、P 社から T 社へ研究活動に係る機能移転があったとみなされ、移転した機能(移転単位)は、たとえば、継続して行われるプロジェクトについての研究ノウハウ・知識を含むものとされる。」

本事例においては、識別可能な知的財産の対価は P 社に支払われることになっているため、日本の移転価格課税上の追加的な課税処分の可能性は低いと考えられる。しかし、あるべき機能移転の対価と、当該知的財産の実際の評価額が合致するかどうかは不明であり、前者が後者の価値を超過する可能性もありうる。

(イ) プロキュアメント(調達)部門

プロキュアメント部門において機能移転課税が適用される場合として、「機能移転調達」では、調達部門にいたスタッフが異動し、それにより、納品業者等との関係や調達市場に関するノウハウが移転した場合が挙げられており、一定の無形資産が移転する可能性を前提としている。

本事例におけるプロキュアメント部門のシンガポールへの移管に伴い、それに関わる何らかの無形の価値が移転することは確かである。しかし、プロキュアメント部門のように、それ自体が直接に利益を生み出す機能を有しない場合には、何をもって機能移転に伴う課税ベースとするかについては慎重に検討される必要がある。

(ウ) 製造部門

(i) マザー工場が日本に継続的に存在し、その分工場のような形で海外に子会社を設立する場合及び(ii) 日本の工場を完全に閉鎖し、海外子会社に日本で生産していた製品と同種の製品の生産を移行する場合において、(i)の分工場の場合には、ドイツでも機能移転課税の対象にはならないが、(ii)の場合は機能移転課税制度の対象になると考えられる。(i)の場合は「機能重複移転」と呼ばれているもので、当初のドイツ政府案では、対象とされていたが、経済界からの強い抵抗があり、最終的には除外されたとのことである。ただし、前者の場合でも、「5年ルール」(その移転が行なわれてから5年以内に移転元企業において「機能喪失・制限」が生じ、その「機能喪失・制限」が当該移転と直接的な経済的関連性を有する場合には機能移転があったと認定するルール)に留意する必要がある、場合によっては機能移転課税が適用されてしまう可能性もある。

本事例においては、従前 P 社がタイ子会社から購入し最終検査プロセスをしていたその機能を新たに S 社に委託方式により移管したケースを想定している。このような場合には、当該製品製造にかかわる知的財産やノウハウの機能は基本的に P 社に残ると考えられる。さらに、この最終検査工程をバイ・セルではないコストプラス方式で S 社に委託するのであれば、ドイツ税制上も Exit Tax 課税の対象にはならないと考えられる。

(エ) トレジャリー（財務）部門

前述のとおり、「機能移転通達」において、研究開発機能及び資材調達機能の移転に係る「機能移転課税」の具体例が挙げられているものの、トレジャリー部門に係る具体例は見受けられず、機能移転課税制度が適用されるケースがあるかどうかは明らかでない。

ただし、このトレジャリー部門に固有の Global Cash Management System にかかわるソフトウェアなど、固有の識別可能な無形資産の移転が伴う場合には、現行の移転価額税制上も課税対象となると考えられる。

(オ) 地域統括部門

トレジャリー部門と同様に通達に具体例は見受けられず、機能移転課税制度が適用されるケースがあるかどうかは明らかではない。

P 社のトップマネジメントの一部及び地域と実務に精通したミドルマネジメントが P 社に在籍し、日本から海外グループ会社の統括を行っていた場合に、当該マネジメントがシンガポール子会社に転籍し、当該子会社において同様の統括機能を遂行するとした場合、その転籍時点で P 社に課税関係が生じ得るのかという点については、少なくともこれまでの日本の移転価格税制の議論では否定的であったと考えられる。

オ 問題点及び今後の課題

企業グループにとっての事業再編の目的の一つは、企業グループ内の利益最適化の観点から、機能移転先における「立地有利性（低賃金コスト等）」並びに「（グループ内の機能統合による）シナジー効果」等を最大限に利用することにあると思われるが、移転先における立地有利性やシナジー効果に対してまで移転元の税務当局が課税するのが妥当であるか、また、「利益の潜在的稼得可能性」に対して課税することの理論上・実務上の是非が議論されている。また、支払われた対価が移転先で損金算入できるかどうかの問題もあり、企業が二重課税に陥る可能性も考えられる。

なお、ドイツの移転価格に係る税務調査は、法人税を中心とする一般税務調査の一環として、申告書が提出された過去 3 年間（場合によっては 4 年間）を対象期間として行われ、機能移転課税制度が導入された 2008 年度分がようやく調査対象となったばかりで、この制度を明確に適用して税務調査官が移転価格税制の執行を行った事例については現時点では確認できていない。引き続き、OECD での無形資産に係る議論との関係も含めて検証する必要がある。

日本もドイツと同様に「国内産業の空洞化」の問題を抱えており、国際競争力維持の観点から、「税率の引下げ・課税ベースの拡大」政策が必至となっている。平成 23 年度税制改正案においても税率の引下げが提案されたが、財源確保については引き続き、問題とされており、ドイツのような機能移転課税制度が、今後のさらなる法人税率の引下げ論議のなかで検討の対象となってくる可能性は少なくないと考え

られる。

(4) 小 括

以上、製造機能の国外移転、販売リスクの国外移転、及び研究開発等各部門の国外移転の仮設事例の検討から、事業等の国外移転に係る移転価格税制の適用については、少なくとも以下の論点が指摘できよう。すなわち、無形資産の外延の不明確さ、特にマーケティング無形資産の識別（役務提供との境界を含む）、潜在的利益への課税の可否、移転価格適用上の取引単位（一体的把握の是非）のあり方である。わが国の法令及び通達は、事業等の国外移転に係るこれらの問いに対する十分に予測可能性ある指針を与えているとはいえない。そのことは、一方で納税者の法的安定性を害する恐れがあり、他方で、曖昧さ故に適切な課税を執行できないとすれば、重要な経済活動の拠点とともに課税ベースをも失うことになる。

以下では、このような問題へのわが国における対処のあり方について、諸外国の動向を踏まえつつその立法論を検討する。

3 立法的対応の選択肢

(1) 移転価格税制の適用

OECD は、事業再編に係る移転価格問題に関する 2008 年の討議案の公表・検討を経て³、2010 年の移転価格ガイドライン第 9 章に検討の成果を取り込んでいる。同章は既存のルールを変更するものではなく、事業再編に特徴的なリスク分析（比較可能分析）上の論点を検討した上で、再編時と再編後の移転価格問題、さらに実質主義による租税回避否認を扱っている。以下、上述各事例に関係する再編時の指針を中心に見る。

ア リスク・潜在的利益移転

事例 2 で特に顕著な問題となるリスク・潜在的利益移転について、ガイドラインは、「問題は、何か価値のあるもの（something of value）（権利その他の資産）の移転又は既存の取決めの終了若しくは実質的な再交渉があるか否かであり、そのような移転、終了又は実質的な再交渉は、比較可能な状況において独立当事者間では報酬を与えられるかどうか」（para.9.65）であるとしている。そして、上述のように「少なからぬ（considerable）潜在的利益の犠牲を正当化するために最終的には適切な報酬が与えられねばならない」（para.9.67）という。だから、例えば、リスク（これを支配する者の所在が帰属主体の指標の一つとなる）及びそれに関連する将来予想利益が失われるならば、当事者に他に選択肢がある限りは、独立企業間の報酬又は補償金が移転価格上要求されるべきことが示唆されている（para.9.73）。ここでは、比較可能分析上、他の選択肢の有無、例えば、比較対象取引、判例又は制定法に照ら

³ その要点につき、『わが国企業を巡る国際租税制度の現状と今後』第 3 章（一高龍司執筆）（21 世紀政策研究所・2010）参照。

し補償金が要求されるかどうか (para.9.115)、が問われよう⁴。ガイドラインは、コミッションネア化 (問屋化) の事案では、マーケティング無形資産の有無、内容、評価及び移転の有無の検討が必要であるとする (para.9.90) が、これらの検討のための具体的な指針を与えていない。

OECD は、かかる指針の欠如を補充するべく無形資産の検討を開始しており、既にガイドラインに指針のある、法的保護があり又は具体性ある無形資産 (特許、商標、ノウハウ、営業秘密等) ではなく、“soft intangibles” (例えば、のれん、継続企業価値、人員、事業機会、潜在的利益、参入障壁等であり、マーケティング無形資産を構成するものも少なくない) の移転価格上の扱いに係る例説を含めた指針の策定を求める経済界、専門家等の声を踏まえ、分析の枠組みの構築、マーケティング無形資産その他各種無形資産の定義、移転の識別、収益の帰属、無形資産評価等を今後の検討項目として確定した⁵。

このような指針の欠如の問題が現実化しつつある。例えば、現地市場であまり知られていないブランド製品に関し、現地の関連法人のマーケティング努力をとおして超過利潤を生んだ場合に、その全てを当該ブランドの法的な所有者 (海外の親会社等) に単純に帰属させるのは不合理であるが、逆にその全てを当該現地法人のマーケティング無形資産に帰する、あるいは海外親会社によるその無償使用に当たると評価するのも強引に過ぎる。新興国でのかように強引な識別による日系企業への課税事例等も伝えられるところ⁶、OECD 非加盟国への基準の浸透も課題となる。

イ 活動 (継続企業) 移転

事例 1 及び 3 は、活動の移転に係る論点が中心となる。ガイドラインは、特に研究開発部門のような事業単位の移転の場合には、当該活動の価値は、独立当事者間で合意されるであろう「設備の価値と (もしあれば) 人員の価値」を反映すべきであるし (para.9.93)、そこでの独立企業間報酬は、「集合的移転を構成する個々の要素に関する個別の評価の総計とは必ずしもならない」 (para.9.94) という。むしろ、独立企業間の取得 (acquisition) 取引に係る評価方法が、継続企業の移転の評価に有用 (paras.9.94-9.95) であり、取引の分解と積算には否定的である。2008 年討議案は、M&A は検討対象外としていた⁷が、事業再編が組織再編を通じて達成されることも少なくなく、取得の対価としての評価手法の移転価格税制への応用可能性の

⁴ 2010 年ガイドライン paras.9.100-9.122 参照。

⁵ See OECD Meeting with Business Commentators on the Scoping of a New Project on the Transfer Pricing Aspects of Intangibles, Agenda, presentation material and list of participants, 9 November 2010 (2010); OECD, Transfer Pricing and Intangibles: Scope of the OECD Project, Document Approved by the Committee on Fiscal Affairs on 25 January 2011 (2011).

⁶ See e.g., Kamath, Shrikant S., Delhi High Court Overturns Transfer Pricing Assessment in Trade Mark Case, 59 Tax Notes International 100 (2010); Mukherjee and Arora, Indian Transfer Pricing Audits: Challenges and Emerging Trends, 56 Tax Notes Int'l 877 (2009).

⁷ OECD, Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Discussion Draft for Public Comment, 19 September 2008 to 19 February 2009, para.5 (2008).

検討は避けられまい。ドイツの機能移転課税でも「総体評価」を要求しており、ここでは個々の資産を明らかにする必要すらなく、総体評価に際しては、潜在的利益の割引価値ないし企業評価の手法が用いられるであろうと評されている⁸。ただし、個人の国外（EU 域内）退出に際し、所定の保有株式の含み益に対しみなし実現課税する（又は担保の提供を条件に課税繰延とする）オランダ及びフランスの出国課税制度が、EC 条約 52 条（改正後 43 条）の設立の自由の原則（現 EU の機能に関する条約 49 条）に反するとする欧州司法裁判所の 2 判例（及びこの判例法理が法人の場合にも当てはまると解する欧州委員会の報告書）があるところ⁹、かかる判例に基づけば含み益（潜在的利益）への即時課税はできないはずとの見方もあり、ドイツのこの機能移転課税の行方は必ずしも安定していない¹⁰。

なお、事例 1 及び 3 は、自社での製造販売から、人件費の低い国の関連会社での製造・調達に切り替えることを目的とする場合であれば、外部委託（outsourcing）という正当化が可能かもしれない。ガイドラインは、「独立当事者は、この種の外部委託を実施しており、譲渡人の予想費用節約がその事業再編コストを上回るならば、譲受人からの明示的な報酬を必ずしも要求しない」（para.9.99）と言う。前述のとおり、ドイツでの機能移転時課税においても、移転元企業のためだけに移転先企業が移転された機能を行使する場合は適用対象外とされている。とはいえ、何をもって外部委託あるいは移転元企業のためだけの活動というのかは明確でないし、現地での費用節約による利益については、受託者は、特殊な貢献のない限り競争上これを享受できず、その殆どが結局は委託者側に帰属すると解される（paras.9.148-9.153）点に留意する必要がある。

ウ わが国への示唆

各事例の検討で触れたように、現在のわが国の執行指針の下で、「重要な価値のあるもの」¹¹としての潜在的利益の再編時課税を正当化できる可能性はあるものの、特に soft intangibles に該当するような項目については、予測可能性を担保する基準は殆ど存しないことから、そのような課税は早くとも OECD におけるさらなる指針の明確化を待つ必要があるというべきである。米国も、財務省の 2011 年度歳入関連提案（2010 年 2 月 1 日）¹²において、不適切な租税回避と既存のルールとの誤用に対処するため、配置された人員、のれん及び継続企業価値を無形資産の定義に含めた上

⁸ See Beck, Karin E. M., Business Restructuring in Germany, 51 Tax Notes Int'l 271 (2008).

⁹ Hughes de Lasteyrie du Saillant (Case C-9/02); N (Case C-470/04); European Commission, 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, Dec. 19, 2006. これらの要点の紹介として、Tamburini Maddalena/一高龍司訳「出国課税と OECD モデル条約:オランダ及びイタリアの視点」租税研究 730 号 287 頁 (2010)。

¹⁰ See Beck, Karin E. M., Business Restructuring in Germany, 51 Tax Notes Int'l 271 (2008).

¹¹ 事務運営指針 1-1(19)、措置法通達 66 の 4(2)-3(8)。参考事例集・事例 19 等参照。

¹² Department of the Treasury, General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2011 Revenue Proposals, 44 (February 2010).

で、複数の無形資産が移転されるときには、課税庁が総体評価を行いうること、その評価の際には、被支配納税者が現実的な他の選択肢によっていた場合の価格又は利得を考慮できることを明確化する提案を行い、国内立法の明確化を目指しているのも参考になる。特に、事例 2 のように、リスクと **soft intangibles** が分離するような場合に、リスク移転のみを理由に再編時の移転価格課税を正当化することは困難であるように思われる。リスクは時には負の方向に顕在化するものであり、超過利潤の塊とは単純に評価できない。独立企業間で想定される移転元と移転先でのリスクの評価に基づく許容可能な価格の差を、幅として観念するのが合理的な場合もある¹³。むしろ、機能（使用資産としての **soft intangibles** の残存を含む）と所得への貢献に照らして、事業再編後の所得の帰属につき、より明確化された指針の下で残余利益分割法の適用が適当と見られる事実もあり得るであろう。また、形式上 **soft intangibles** を海外移転したとしても、引き続きその維持管理と使用を実質的に国内法人が行う場合であれば、移転価格目的上、その形成への貢献¹⁴を反映する経済的所有概念が明確になれば、実質主義的な事実の引き直し（**para.1.65**）を行わずして、同様の帰結を得られるようになることも考えられる。

（2）収益性を反映する事後修正の要求

事例 3 で言及した 2008 年にドイツが導入した事後の価格調整のルール（無形資産（一体的移転の 5%超）の移転後 10 年間で 1 回だけ調整されうる）は、米国内国歳入法典 482 条¹⁵に 1986 年に明記された無形資産移転に係る所得相応性基準¹⁶に類似する。これは、当初設定の標準的な料率を大幅に超えうる使用料率を要求されうるという含みで、**super royalty** 条項とも称される¹⁷。同基準に対しては、一般に、独立企業原則に反し二重課税を惹起する、国外移転時には潜在的利益の多寡は予測が困難であり同基準の適用が不確実となる、納税者の納税・事務負担が大きくなる等の批判が見られるが¹⁸、OECD 移転価格ガイドラインは、不適切な後知恵課税としつつも、独立当事者なら価格調整を要求する場合や、評価額の変動が取引の再交渉を要するほどに非常に根本的な展開である場合は、不適切とは評価しない（**paras.3.72-3.74, 6.28-6.32**）。わが国では、「価格調整金等の名目で、既に行われた国外関連取引に係る対価の額を事後に変更している場合には」、それが合理的である限り、税を減額する修正を含めて、これ

¹³ ただし、高松高判平成 18 年 10 月 13 日訟月 54 卷 4 号 875 頁は、CUP 法において比較対象取引の一つに絞り込めるような場合における価格幅の採用を否定し、その理由として、同一条文の同一用語は同一に解釈すべきという文言解釈にも拠っている。

¹⁴ 事務運営指針 2-12 参照。

¹⁵ 租税回避の防止と所得の明確な反映のために内国歳入長官に関連当事者間の収益、費用等の配分のやり直しを行う裁量を認める規定である。国内の取引にも適用される。

¹⁶ 明文上は、「無形資産・・・のあらゆる移転の場合には・・・そのような移転又はライセンスに係る所得は、当該無形資産に帰すべき所得と相応するものとする」と定める（に過ぎない）。

¹⁷ See Treasury Department and IRS, A Study of Intercompany Pricing, discussion draft, 51, October 18, 1988.

¹⁸ See e.g., Granwell, The Super Royalty: A New International Tax Concept, 33 Tax Notes 1037 (1986).

を認める主旨の事務運指指針 2-20 がある。しかし、このような変更の合意がない場合に、再編時における一応合理的な一括払い金を、納税者又は当局が、事後に見直しができるとの一般的な理解は存しないと思われる。

米国の所得相応性基準も、重要な無形資産に係る比較対象の不在により内国歳入法典 482 条において米国納税者の真実の課税所得が算定されていないとの連邦議会の懸念から導入された¹⁹。すなわち、移転価格分析を再編時に限定すると、納税者が潜在的利益の高い無形資産を初期段階で移転し、成功の予測不能を理由に低めの使用料率を正当化しようとする事への懸念があった²⁰。同基準によれば、移転時の対価（譲渡対価等）であるか移転後の対価（使用料等）であるか、重要な無形資産を伴うか否か、対内投資か対外投資かにかかわらず、移転の結果として実現した実際の利得の経験を反映するべく、無形資産所得の実質的変動に対して、定期的調整 (periodic adjustment) が要求される²¹。独立企業原則からの逸脱との懸念に対し、財務省及び IRS は、同基準は独立企業原則を確認するものと見る。独立企業間では、高い潜在的利益を有する無形資産の長期かつ固定的ライセンスは稀であるし、納税者は、定期的調整のない独立企業間での証拠を示せば、事後の調整を免れうるからである²²。なお、遡及的な定期的調整が正面から争点となる処分の話題や裁判例には、理由は不明ながら、接したことがない。

思うに、再編後の対価（使用料等）の適宜の移転価格上の見直し自体は同時的なものであり、利益指標による通常の移転価格算定方法の枠内にあると見うる。所得相応性基準が問題となるのは、無形資産の完全な売却時には入手可能な情報に照らし一応合理的であった対価が、将来の結果に基づき事後に増額修正されるような場合である。仮に導入を検討するとしても、少なくとも、1) 不確実性を国と納税者が対等に負担するべく減額修正も同様に許容し、2) 比較可能な独立企業間の取決めに基づく適用除外を認め、3) 後に実現した利益のうち、移転を受けた側での貢献部分を切り分けるためのルールを整備 (soft intangibles の具体化を含む) し、4) 二重課税の確実な解消のための条約相手国の了解を取付け、さらに 5) 納税者の負担軽減のため調整期間を限定することは、必須となろう。

もともと、20 年以上前に米国で導入されたが国際的広まりを見なかつた基準であり、米国でもどの程度現実に執行されているのか不明である。後の 94 年の米国財務省最終規則で利益比準法 (CPM) が確立し、翌年に OECD 移転価格ガイドラインでの TNMM の導入につながっており、それが事例 1 の上述の分析にあるように、一定の事業再編に関し、重要な無形資産のない軽機能納税者へは超過利潤を残さない算定方法として

¹⁹ See Treasury Department and IRS, *supra* note 17, at 46-47.

²⁰ *Id.* at 47, 65.

²¹ *Id.* at 54-55, 61, 63. Treas. Reg. §1.482-4(f)(2)により、1 年超の期間にわたる取決めにつき更正の期間制限にかかわらず定期的調整を受ける。

²² Treasury Department and IRS, *supra* note 17, at 61, 63-64. 定期的調整の適用除外基準については、See Treas. Reg. §1.482-4(f)(2)(ii)。

機能しているところである。ドイツの制度も、欧州司法裁判所により修正を余儀なくされる可能性もある。英国は、昨年、一旦は所得相応性基準と同様の **earn-out charge** の導入の検討を示唆した²³が、納税者の反応を踏まえ、その導入は法人課税制度に不確実性を加えるとしてこれを短期間で撤回し²⁴、むしろ後述のように **CFC** 税制による対処を選択する旨公言している。主たる問題が軽課税国への課税ベース移転であるならば、より予測可能性の高い **CFC** 税制をメインで活用するやり方は十分検討に値する。ガイドラインの上述の言及も考慮すると、国際的調和の視点からも、米国及びドイツに現時点で追随すべき理由は見あたらない。

(3) 法人に対する出国税

欧州では、居住者である個人が非居住者になり、内国法人が外国法人になり、あるいは外国法人の国内恒久的施設が国外転出する際に、保有する株式や資産を時価評価し、その含み益に対して、みなし実現課税をする（ただし、課税時期については繰延を認めることが多い）制度が定着しつつある。そして、例えば、A 国法人が、後に B 国法人（管理支配地）になったとして、A 国が含み益に対しこのような出国税を賦課するならば、B 国が取得原価のステップ・アップを許容しなければ、二重課税が残ってしまうため、このようなステップ・アップを許容する国もある。欧州では、会社法上その属人法として設立準拠法主義を採用する国と、本拠地主義を採用する国があり、課税上も、設立準拠法主義と管理支配地主義をとる国があり、状況が複雑である。また、EU の出国課税制度と設立の自由の要請（EU 機能条約 49 条）との抵触問題は依然未解決のものがあ、現に欧州委員会は若干の加盟国に修正を要請し、あるいは近時、デンマーク、オランダ及びスペインの法人に対する出国課税制度につき ECJ に判断を付託し、既に係属中の事件もあるとされる²⁵。

租税条約上は、譲渡収益条項での調整が必要であり、例えば、日蘭条約 13 条 7 項は、A 国で過去 10 年の間に居住者であった個人が、B 国居住者となってから、A 国法人の株式（5%以上所有）譲渡益を受けた場合に、A 国で課税できるとするルールを採用してオランダの出国課税を考慮しているが、法人株主の場合は沈黙しているように思われる。

無形資産の国外移転についても、場合によっては、含み益課税の形で、正面から出

²³ See HM Treasury, *Proposals for Controlled Foreign Companies (CFC) Reform*, discussion draft, para.4.9 (2010).

²⁴ HM Treasury, *Part IIA: Controlled Foreign Company (CFC) Reform*, para. 3.9 (2010).

²⁵ 税理士法人プライスウォーターハウスクーパース編・岡田至康監修「Worldwide Tax Summary」国際税務 31 卷 1 号 5 頁 (2011)。See also Torner Monsenego, *Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Profit Potential*, 59 *Tax Notes Int'l* 191 (2010); Smit, *Are the Days of Exit Taxes in the EU Numbered?*, 60 *Tax Notes Int'l* 99 (2010)。また、欧州自由貿易連合 (EFTA) 監視機構はノルウェーの会社に対する出国課税制度が設立の自由違反でないことの説明を同国に求めている。See Zimmer, *Norway to Address EEA Agreement Conflict*, 58 *Tax Notes Int'l* 210 (2010)。ノルウェー等の出国税について、青山慶二「課税管轄選択を利用した租税計画」TKC 税研情報 18 卷 6 号 59 頁 (2009) 参照。

国課税の対象として捉える行き方も考えられるところであり、わが国でも、諸外国の出国課税の動向に関する研究成果が公表されてきている²⁶。日本の憲法 22 条との関係（特に個人の場合）、租税条約上の限界等も踏まえながら、例えば外国法人の国内拠点の転出に対する同様の課税の可能性について検討を進める必要がある。ただ、現実的な適用に関しては、移転価格におけると同様に、soft intangible の評価や帰属等の論点が核となるように思われ、その点での問題は、移転価格上のそれと共通するといえよう。

（４）CFC 税制での対処

ア 英国の動向

英国は、2009 年に外国子会社配当非課税を導入し、英国投資と雇用を支える英国企業の競争力向上の趣旨から、2011 年には国外支店の非課税化を予定し、その国際税制をさらにテリトリアル方式へ接近させる過程にある。また、Cadbury Schweppes 事件に係る欧州司法裁判所の先決的判決で、その実体単位の CFC 税制が EC 条約 43 条の設立の自由に反すると判示され、全く人為的な取決めに対象を絞った比例性ある制度として再構築することも促されている²⁷。

かような背景のもと、現行 CFC 税制を 2012 年春までに全面改正し、1) 人為的に分散された英国利得に CFC 課税を絞り、2) 英国課税ベースの侵食がなければ外国利得は課税除外し、さらに 3) 海外で遂行される真正なる経済活動から生じる利得には課税しない制度を目指している²⁸。そのなかで、無形資産に対する移転価格ルールの適用の困難に触れ、英国の課税ベースを保護しつつ、移転価格と出国課税ルールへの過剰な圧力を避けるために、比較的簡素で効果的な CFC 税制を構築する方向を打ち出し、納税者の反応を受け付けているところである²⁹。特に人為的分散の点で問題のある状況として、1) 英国内で開発された無形資産が軽課税国に移転する、2) 海外で保有される無形資産が実質的に英国で管理される、3) 投資として海外で保有される無形資産に投資するために英国の資金が使用されるが英国が当該投資に係る収益を受領しない場合を挙げる³⁰。そして、これへの対処のため、a) 英国と実質的結びつきを有する無形資産を保有する実体を識別し、b)（もしあれば）超過利得のうち人為的に分散されている英国利得を評価する、としている³¹。a) については、過去 10 年以内に英国から移転された無形資産、無形資産価値の維持と発生のための

²⁶ 例えば、原武彦「非居住者課税における居住性判定の在り方—出国税（Exit Tax）等の導入も視野に入れて」税務大学校論叢 65 号 1 頁（2010）、松田直樹「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」税務大学校論叢 67 号 1 頁（2010）。

²⁷ Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioner of Inland Revenue, Case C-196/04, 12 September 2006.

²⁸ HM Treasury, supra note 24, para. 1.5 (2010). 英国の CFC 税制の動向については、青山慶二「外国子会社合算税制について—わが国の改正と英国との比較検討」租税研究 731 号 188 頁（2010）参照。

²⁹ HM Treasury, supra note 24, paras. 3.4-3.7. (2010).

³⁰ Id. paras. 3.4-3.7.

³¹ Id. paras. 3.13-3.16.

重要な量の活動が英国で行われる無形資産、及び海外投資として実質的に保有されている無形資産を含めている³²。他方、b)において、超過利得の有無は、例えば、実質（専門性・従業員数等）、現地での実際の活動、金融所得の額、資金調達、英国からの無形資産移転時がどれほど前か等が判断要素となりうる。また、人為的分散部分の切り分けには、利得、発生原価又は売上等が基礎になりうるという³³。今後、企業との協議を踏まえて、適切なセーフハーバーを伴った各種の基準が開発される予定であるが、現時点では不明確である。

なお、このような人為的移転への対処のための CFC 税制の整備は、後述の特許権に係る収益に対する課税優遇措置 (Patent Box) 導入とセットの提案となっている。

イ 米国の動向

米国でも、上述の財務省 2011 年歳入関連提案において、無形資産の軽課税国関連当事者への移転に伴い超過的所得移転があれば、超過収益に等しい額を Subpart F 課税の対象とし、同時に外国税額控除限度額計算において当該超過収益を別枠とする提案が含まれている³⁴。提案理由は、無形資産の軽課税国関連当事者への移転による節税の可能性が、移転価格税制の執行への重大な圧力となっていること、そして、そのような移転が米国の課税ベースへの重大な侵食をもたらしていることを示す証拠の存在である。

もっとも、超過収益の測定や、軽課税国の判定、移転価格課税との関係等、具体的なことはこの提案で言及がない。ただ、OECD のなかで日・英も外国子会社配当非課税に踏み出したのに、米国はこれで正反対の方向に進もうとしている点や、超過収益や軽課税の判定を回避するために米国企業が非経済的取引を強いられかねず、納税コストが高くなる点等に対して、批判的なコメントも見られる³⁵。

(5) 無形資産の国内誘因措置

わが国を含め、R&D 投資に係る何らかの税の軽減措置を導入する国は少なくないが、無形資産関連所得を優遇する制度を採用している国も見られる。

Patent box は欧州で導入されてきた³⁶。オランダが 2007 年にオランダ納税者が保有する国内外の特許権につき特許所得（関連する R&D 費用等を控除した金額）への実質 10%課税を導入した。個々の特許ごとに、特許製品の利得、使用料、譲渡益等全ての特許関連所得が対象となる。上限は全特許開発費用の 4 倍にしていた（それまでの開発

³² Id. para.3.14.

³³ Id. para. 3.16.

³⁴ See Department of the Treasury, General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2011 Revenue Proposals, 43 (February 2010).

³⁵ See Carr, Hoerner and Wisner, New Subpart F Proposal in Connection with Outbound Intangible Property Transfers, 57 Tax Notes Int'l 1065 (2010). なお、この提案は移転価格税制を補完するものであり、また、将来予測ではなく事後的分析を伴うものとする財務省高官の見解も紹介されている。See Stewart, Excess Returns Proposals in Line with OECD Guidelines, 60 Tax Notes Int'l 346 (2010).

³⁶ See generally Kessler and Eicke, The Emergence of R&D Tax Regimes in Europe, Tax Notes Int'l 845 (2008); Nijhof and Kloes, An Improved Tax Regime for Intangibles in the Netherlands, 58 Tax Notes Int'l 69 (2010).

費用は recapture される)。2010 年には、innovation box と改称し、税率を 5%に引き下げ、R&D 関連の無形資産で特許を取得しないもの（ソフトウェア、trade secret 等）にも対象を拡大し（ただしマーケティング無形資産は除く）、対象所得の上限も撤廃した。オランダ納税者のリスクと計算に帰する限り、特許の場合は R&D 活動自体は国外でも対象となる。特許以外の場合でも、R&D 活動の 50%以上がオランダ納税者の従業員により行われていれば対象となるなど、所定の要件を満たせば適用を受けられる。

他にも、ベルギー、フランス、アイルランド、ルクセンブルク、スペインが追随して patent box を導入している。国家補助 (state aid) の禁止 (現 EU 機能条約 107 条) との関係で適用を受けられる会社の限定は問題を伴いうるものの、R&D 投資を促す政策自体は、ナレッジベースの競争力ある欧州市場を目指す欧州委員会の政策 (2000 年 Lisbon Strategy) と整合的であるとされる。2008 年のある文献は、ドイツが未だ R&D ないし特許関連の特例を設けていない数少ない国の一つだと指摘し、投資環境として魅力を減じていることに批判を加えている³⁷。この点に変化がないとすれば、機能移転に係る無形資産移転価格課税の導入が、そのような批判を強めることが想像できる。もともと、ドイツは 2008 年の改正で、法人税率を 15%に定め、営業税を含めた法人実効税率も、約 39%から約 29%にまで引き下げている。

英国も、前述のように競争力ある法人税制の提供を目的として、無形資産のなかでも特許権から生じる利得に絞った優遇策 (patent box) の適用開始を 2013 年 4 月にする予定である。具体的には、2010 年 11 月 29 日後に商業化された特許権を対象として、使用料のみならず、製品価格に含まれる所得 (その切り分けには定式的基準を予定) をも含めて、10%税率での課税の開始を企図している。そうすることで、企業が特許の開発、製造及び利用に関連する高価値の職と活動を英国に置くことを促したいのである。既存の R&D 税額控除は開発段階のみであり、商業化段階になると英国に無形資産をとどめておく誘因がないが、既に patent box を導入している他国があるため、特許が完全な価値の実現を見る前に、他国に移転する誘因となっている。英国は、Exit Tax の強化では、商業取引を抑制し英国企業の国際競争力を削ぐ可能性があるから、むしろ英国で無形資産を利用・保有することを促したいと考えている。

ただし、英国のこのような動きに対しては、未だ詳細が見えないこともあり、大きな税収ロスが限られた英国企業の節税便益のために生じること、既に研究開発税額控除が存すること、税の引き下げ競争に加担し誘因は長続きしないこと、等を指摘した批判も見られる³⁸。

(6) わが国への示唆

欧州の課税環境に関する国家間競争ほどの熾烈な競争はわが国には当てはまらない

³⁷ See Id.

³⁸ See Griffith, Miller and O'Connell, U.K. to Introduce Patent Box, But to Whose Benefit?, 60 Tax Notes Int'l 843. CFC 税制を活用し、他の patent box 国の特許関連所得を英国課税ベースに取り込めば、税収への負の影響を和らげることができることも指摘されている。

かもしれず、また、わが国の製造業の海外研究開発費比率もここ数年 3%乃至 4%程度で比較的安定しているとの調査もある³⁹。英国の方向も今後変化がありうるが、全く人為的な取り決めによる移転へと対象を絞り、CFC 税制を租税回避防止立法へ純化するという方向自体は、同様に自国企業の競争条件の改善を図ってきたわが国の近時の政策とも整合的である。移転価格税制の潜在的利益への適用は不確実で高納税・徴税コストとなりがちであり、そのことは、所得相応性基準を導入済みの米国を、CFC 税制による対処へと向かわせていることが象徴的に示している。研究開発減税自体は、その外部性（すなわち、研究開発主体以外の不特定主体に対しても便益が及ぶこと）に鑑み、政府として研究開発主体に一定の便益を提供することを正当化しうることで英国の最近の議論でも指摘されている。もっとも、研究開発の成果が重課されては、開発拠点の流出につながりかねないし、海外からの投資を呼び込むことも困難である。マーケティング無形資産は技術的な資産に比してあまり可動性が高くなく（例、A 国の顧客名簿は B 国ではあまり役立たないであろう）、また外部性も限定的であろうことも考えれば、研究開発とその成果に限定して、国内の課税上の便益を整備するという方針には、わが国にも参考にすべきところがあるように思われる。

特許等の伝統的無形資産より、むしろ残る問題は、*soft intangibles* を伴う活動ないしリスクの移転の取扱いである。だが、これも活動自体が事後的に一体となって利益を生み出すものであるから、再編後に CFC 税制の射程に部分的に入りうるものである。なるほど例えばその活動が統括会社に組み込まれる場合であれば、業種基準上、「株式等・・・の保有」要件を満たさないことになるが、当該統括会社が他の適用除外要件を満たせなければなお合算課税を受けるのであり、平成 21 年度改正後の CFC 税制が原点に戻り租税回避防止立法としての性格を強め、わが国の国際課税制度がテリトリアル課税方式の方向に進んだことを考えると、租税回避目的の濃い（租税以外の目的が薄い）再編に絞って合算課税を行うこと自体は特に問題ではない。再編後実現する所得が資産性（可動的）所得である保証はないから、実体単位で課税を受けるわが国の CFC 税制との整合性も、偶然ながらうまくとれるように思われる。

このように考えると、困難なく客観的に測定できる含み益を双方が意図して移転するような取引であるような場合⁴⁰（そのような測定を可能とする客観的基準がある場合を含む）を除けば、識別が困難で主観的となりうる潜在的利益の段階で、敢えて再編時に課税を終結させる制度が、納税・徴税コストの節約と制度の客観的・画一的執行の要請に照らし、現時点で最善のものであるとは考え難い。所得相応性基準の遡及的適用に問題があることは上述のとおりである。税収の点で特に問題なのは、節税効果を伴う投資と、その成果（利益）の実現との間の時差が大きい（例えば研究開発）活

³⁹ 経済産業省『第 39 回海外事業活動基本調査（2009 年 7 月調査）概要』「10.現地法人の研究開発費の状況」参照。

⁴⁰ 参照、最判平成 18 年 1 月 24 日判時 1923 号 20 頁。

動であろう。マーケティング無形資産や **soft intangibles** にこのような時差が一般的に言って必ずしも顕著であるとは思われないし、努力と成果が同時的に又は短い時差で発生する範囲に関しては、かかる税収回復の必要性も限定的であると考えられる。

わが国を去る活動については、わが国と結びつきのある客観的に識別できる経済的利益等でない限り、退出時に課税する根拠は元来弱く、徴税・納税の負担も過大となりかねない。無理に退出を阻止し又は退出に負担を課す政策を強化するより、課税逃れへの適切な対処を維持しながら、無形資産の生成・発展を促す経済活動の場としてのわが国の魅力の向上に力を入れるべきであると考えられる。

4 おわりに

本研究の現時点での結論を要約する。

第 1 に、事業等の国外移転については、**soft intangibles**、補償金の取り扱いが鍵となる。再編時移転価格課税の実施には、取得取引等の総体評価の実務を踏まえ、国際的合意のある活動又は **soft intangibles** に係る客観的な基準（定義、測定、帰属等）の確立が前提とされるべきである。

第 2 に、所得相応性基準がとりわけ私法上完結した取引に遡及的に適用されると、不適切な後知恵課税となって、二重課税を残す可能性が少なくない。米国、OECD、ドイツ及び英国の動向からは、その導入を現時点で目指す理由は見当たらない。

第 3 に、外国法人の国内 PE 等への適用を含めた資産等の含み益課税（出国税）の導入が検討課題となる。二国間条約レベルでの二重課税排除が要求される。また、潜在的利益をも対象とするには、上記第 1 と同様の前提を要すると考えられる。

第 4 に、事業等の国外移転に対しては、実体単位の CFC 税制による事後的課税の役割に注目すべきである。関連者間での再編後に顕在化した活動の利益は、それが租税回避目的としての性格が濃い場合に限り、確実にわが国の課税ベースに取り込まれるからである。

最後に、国外退出を阻止する措置を強化するよりは、無形資産の形成・発展につながる国内投資を促す課税環境を整備する方向に力を入れるべきである。

**国際租税制度の動向と
アジアにおけるわが国企業の国際課税問題**

21世紀政策研究所 研究プロジェクト
国際租税制度の今後のあり方

(研究主幹: 青山 慶二)

2011年3月発行
21世紀政策研究所

東京都千代田区大手町 1-3-2
経団連会館 19階 〒100-0004
TEL: 03-6741-0901
FAX: 03-6741-0902

ホームページ: <http://www.21ppi.org/>



21世紀政策研究所

The 21st Century Public Policy Institute