

グローバル時代における 新たな国際租税制度のあり方

中間報告書

2012年4月

目 次

はじめに	iv
タスクフォース委員一覧	vi
第1章 帰属主義に基づく我が国外国法人課税制度の改正の論点整理	1
1 はじめに	1
2 本件課題に関する問題設定	1
(1) 国際的事業活動に伴う源泉地管轄権と二重課税の排除の必要性	1
(2) OECD での取組み	1
(3) 我が国国内法改正による対応の必要性	2
3 新 OECD モデル条約 7 条における AOA (Authorized OECD Approach) の意義	3
(1) 新 7 条誕生の背景	3
(2) 7 条における AOA に基づく帰属主義と二重課税調整の仕組み	4
(3) 今後の PE 概念の検討作業	5
4 国内法改正の方向性	6
(1) 条約 (帰属主義) と現行税法 (総合主義) のかい離に伴うメリットの再検討	6
(2) 条約における AOA の採用とのバランス上、事業所得について改正の余地のある国内法関連条項	6
5 具体的改正項目	7
(1) 外国法人・非居住者の課税ベースの仕組構築	7
(2) 帰属主義における外国租税との二重課税調整	9
6 本研究に基づく今後の具体的提言の方向性	11
第2章 2010年税調及びサーバーPEをきっかけとした全所得主義から帰属所得主義への移行に関する考察	12
1 序論	12
2 帰属所得主義と全所得主義	12
(1) 源泉地国課税権の3つの関門	12
(2) 帰属所得主義	13
(3) 全所得主義と force of attraction	13
3 サーバーPE問題	15
4 立法論の前に：立法対応が日本への投資呼び込みに必須か？	16
(1) サーバーPE 認定の可否	16
(2) 立法対応否定論	16
(3) 全所得主義適用回避策と立法対応肯定論	16
5 二方向の立法対応	17

(1) 恒久的施設の定義の見直し	18
(2) 帰属所得主義への移行	19
6 アメリカにおける全所得主義から実質的関連主義への移行	19
(1) 1966年以前：全所得主義	19
(2) 1966年以後：実質的関連所得主義	21
7 全所得主義から帰属所得主義への移行の要否と関連する問題	22
(1) 1966年当時のアメリカと共通する懸念、そして反面教師としてのアメリカ	22
(2) 恒久的施設概念及び恒久的施設なければ課税なしルールへの影響	23
(3) その他	24
第3章 外国法人課税に係る帰属主義の採用と具体的論点～各論	25
1 はじめに	25
2 OECD承認アプローチ	25
(1) AOAに基づく利得の算定課程	25
(2) 具体例に基づく検討	26
(3) 代理人PEへの利得の帰属	31
(4) 課税所得の計算と外国税額控除	32
(5) 小括	33
3 帰属主義の国内法化に伴う具体的論点	33
(1) 法人税における総合課税	33
(2) AOAの下での租税回避	33
(3) 素案	34
(4) AOA/帰属主義導入に係る各論	35
(5) 帰属する所得の範囲に関する基準	37
(6) 二重（非）課税の調整	42
(7) 移転価格税制との連携	43
4 おわりに	44
第4章 無形資産を巡る移転価格課税上の諸問題	45
1 背景	45
(1) 企業の海外進出形態	45
(2) 移転価格問題の発生	45
2 無形資産に係る移転価格を巡る紛争	45
(1) 無形資産の海外移転等	45
(2) 無形資産の存否及び評価	46
(3) わが国での状況	46
3 無形資産取引に係る移転価格の一般的指針	46
(1) OECD移転価格ガイドライン	46
(2) わが国の規定	47
(3) 他国の状況	47

4	移転価格課税上の無形資産の範囲（定義）	48
	（1）OECD ガイドライン	48
	（2）わが国等の状況	48
	（3）現行規定上の問題	49
	（4）対応	50
5	無形資産による所得の帰属と所得の算定方法・評価	50
	（1）所得の帰属	50
	（2）比較可能性	51
	（3）算定方法	52
	（4）無形資産の評価	53
6	実務的な問題	55
	（1）無形資産の範囲	55
	（2）無形資産の評価	56
	（3）費用分担契約（CCA）	56
	（4）二重課税の発生と紛争解決	57
7	おわりに	57
	（1）わが国企業を取り巻く環境の整備	57
	（2）国際的に統一的なルール策定及び解釈の明確化	58
	（3）グループ企業全体への対応	58
第5章 無形資産をめぐる国際取引に係る税務上の取扱いの現状と課題		60
	はじめに	60
1	国際取引における無形資産をめぐる問題	60
	（1）税制調査会専門家委員会よりの問題提起	60
	（2）無形資産に関する規定の不備	61
	（3）移転価格税制における問題	61
	（4）外国子会社合算税制における問題	61
	（5）日本企業が関わる海外での無形資産取引をめぐる問題	62
2	現行税制における無形資産に関する規定	63
	（1）無形資産の定義に関する規定	63
	（2）無形資産の評価に関する規定	64
	（3）無形資産から生じる利益の帰属に関する規定	64
3	「国内源泉所得」における無形資産の扱い	67
4	国際的事業再編における無形資産課税の問題	69
	（1）コーポレート・インバージョン対策税制	69
	（2）現行税制における関係する規定	70
	（3）外国子会社合算税制における資産性所得合算課税	70
5	今後の検討課題について	72

はじめに

国境を越えて人、物、金が活発に往来する経済のグローバル化に伴い、近年、国境を越えた取引を規制する社会インフラに対するコンバージェンスの波が次々に我が国を襲いつつある。例えば、会計の分野では国際財務報告基準（IFRS）へ向けた各国の協調であり、コーポレートガバナンスの分野では独立取締役を加えた株主中心主義への要請への対応である。主権国家の財政を支えるという使命を持つがゆえに各国の独自性が強く反映されてきた税制インフラも、この波から自由になることはできない。

従来、企業所得を課税物件とする法人税制については、各国は課税主権に基づき国内取引・国際取引の双方を対象として課税要件と税率を独自に定めたとうえで、複数国による二重課税の極小化を図るために、別途二国間租税条約を締結して所得種類別の課税権の分配と発生した二重課税の解消を図ってきた。法人税制の国際協調は、いわばミニマリストアプローチを採ることが伝統的なコンセンサスとなり、コンバージェンスの動きは他の社会インフラに比べ必ずしも活発といえるものではなかったのである。この状況を一転させたのは、20世紀終盤からの多国籍企業の積極的な M&A も含めた急速な直接投資の拡大であり、企業経営に占める国外所得の飛躍的な拡大である。

OECD 租税委員会を中心として 1990 年代以降、国際課税ルールのコンバージェンスの動きが加速化しつつある。1995 年の OECD 移転価格ガイドライン（2010 年改定）と 2010 年 OECD モデル条約改定（事業所得条項の帰属主義の明確化）はその代表的なものといえよう。我が国もこれらのコンバージェンスの動向も踏まえながら、近年活発な国際課税法制の改正に取り組んでいる。

本研究会は、このような背景のもと、我が国の多国籍企業の国境を越えたオペレーションを支えるインフラとして望ましい国際税制のあり方はどのようなものかを研究することを使命として 2009 年にスタートした。過去 2 年間は、我が国企業が現実的に直面する移転価格税制、外国子会社合算税制、恒久的施設の課税問題にかかわる事例を念頭に置いて、問題点の抽出と課税理論の基本的リサーチを実施するとともに、それを踏まえ進出先のアジア諸国で直面する課税紛争への対応策の検討を行い、有益な成果を発表することができた。

そこで、過去 2 年の提言が反映された移転価格税制及び外国子会社合算税制に関する重要改正並びに外国子会社配当益金不算入制度の導入等が一巡したタイミングをとらえ、当研究会は本年度、積み残された 2 つの重要テーマ（OECD モデル条約新 7 条の帰属主義に基づく国内法改正問題と、無形資産取引に関する移転価格を中心とした国際課税問題であり、いずれも平成 23 年度税制改正大綱で今後の重要課題として特掲されたもの）を選び、2 年後の税制改正要望提案を視野に入れた研究に取り組むこととした。本稿は、その中間報告である。

なお、上記 2 テーマのうち帰属主義に向けた改正のための論点整理については、ドラフティングのためのサブグループを設けて検討を開始した。これは、我が国国内法の適用対

象は外国法人であり、企業委員からの豊富なインプットが望みにくいという理由によるものであった。ただし、ステークホルダーである外資系企業の専門家の参加を求め、ヒアリングや意見交換を行っている。このテーマに関しては研究者委員（浅妻、一高、青山の各委員）が中間報告の執筆を担当した。

また、無形資産に関するテーマは、現在 OECD 租税委員会で移転価格ガイドライン改定に向けて検討が進んでいるため、それらのフォローアップと OECD ドラフト文書に対するコメント提出を中心課題として研究会で取り組んだ。無形資産の定義、評価方法などについて、本邦企業が直面する諸課題を OECD 租税委員会での議論反映させることが重要と考え、企業委員からの多様なコメントを踏まえて実務家委員（阿部、岡田両委員）が中間報告を取りまとめた。

なお、第 1 のテーマについては、今年度は来年度の具体的な改正提言のための基礎理論を整理するために、できるだけ幅広いリサーチを行う方向でドラフトが行われている。その結果、各委員の取りまとめの中からは、政策論としていくつかの改正方向のオプションが示唆されているが、これらについては 2 年目に企業委員を交えての検証により、一つの方向性に集約する予定である。また、このテーマは、現在進行中の日米条約改定を含めた租税条約交渉とも深く関連するものであるため、当研究会は、具体的なオプションの絞り込みの成果について、（来年度改正要望を待たずに）今後必要に応じて条約交渉当局にもタイムリーにインプットできればと考えている。

また、第 2 のテーマについては、既に一部の報告書の内容につき OECD ビジネスアドバイザー委員会を通して OECD 租税委員会にインプット済みである。OECD での検討日程が予想より長びく可能性もあるが、ガイドラインのドラフトに対して本邦企業の具体的なケースの解決に役立つコメントを反映させるという方向性を堅持していくこととなる。

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)グローバル財務経理統括センター税務担当部長

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)財務部部長代理

小澤田 寿 武田薬品工業(株)経理部（税務） 主席部員

関 隆 一 郎 三井物産(株)セグメント経理部機械経理室長

高 嶋 健 一 KPMG 税理士法人パートナー

高 橋 揮 行 税理士法人プライスウォーターハウスクーパースパートナー

内 藤 浩 本田技研工業(株)経理部税務室税務ブロックリーダー

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

内 林 尚 久 21 世紀政策研究所研究員

(2012 年 3 月時点)

第1章 帰属主義に基づく我が国外国法人課税制度の改正の論点整理

青山 慶二

1 はじめに

本テーマに関しては、政府税制調査会の23年度税制改正大綱において、近年の経済取引や企業活動のグローバル化に対応した国際課税の課題に関する税制調査会専門家委員会における「国際課税に関する論点整理」の取りまとめで対応を要する重要な課題との位置づけが行われた¹。すなわち、我が国の非居住者及び外国法人に対する課税原則について、『今般のOECDモデル租税条約の改定を踏まえ、今後、国内法をいわゆる「総合主義」から「帰属主義」に見直すとともに、これに応じた適切な課税を確保するために必要な法整備を検討する必要性』があるとされたのである。これを受け21世紀政策研究所は、本年度の国際課税研究の主要テーマの一つとして我が国外国法人課税制度の改正に向けた研究と提言を取り上げることとし、外国税制のリサーチを踏まえた意見集約を行うこととした。なお、本プロジェクトはカバーする領域も広く、また提言のためには産業界の意見集約を行う必要があることから、2年かけて検討することとし、初年度は基礎的な外国制度の調査と提言項目の確定およびその内容の方向性の検討に費やされた。本稿は、その成果を取りまとめた中間報告である。なお、テーマの具体的検討は、少人数の学者・実務家からなるサブグループを設けて行われているが、そこには、従来の当研究会メンバーである本邦企業の国際課税専門家のほかに、テーマの性格上利害関係のある外資系企業の専門家にも参加していただき貴重なインプットを頂いている。

2 本件課題に関する問題設定

(1) 国際的事業活動に伴う源泉地管轄権と二重課税の排除の必要性

経済のグローバル化が進展する中で、国際投資の増進を支える基本的インフラとしての国際課税ルール的重要性が強く認識されるようになってきている。その際に国際課税ルールに期待される役割は、国際投資活動に従事する個人・法人の居住地国における最終的な課税権を前提にしつつ、①経済活動の拠点において稼得される課税対象所得を類型別に定義したうえで、それに対する源泉地国課税権の態様を明らかにすることと、②源泉地国・居住地国の双方の課税権行使により発生する二重課税を居住地国が責任をもって排除する、という2点である。

(2) OECDでの取組み

課税権の配分と二重課税の排除という使命は、国内法と租税条約の協働により基本的には達成されてきたが、多国籍企業の事業活動による所得に関しては、国際的コン

¹ 平成22年11月9日、税制調査会専門家委員会「国際課税に関する論点整理」P.11-12。
内閣府 Web site (www.cao.go.jp/zei-cho/etc/2010/)

センサスとされてきたいわゆる PE への帰属主義（モデル条約 7 条）に関する関係国間の解釈の不統一により、期待された課税権の明確な配分と二重課税の排除という目的が十分に達成できていない状況が継続していた。即ち、外国法人の PE 帰属所得を、法人全体が最終的に実現した所得の枠内でとらえてその一部分配ととらえる立場（関連事業アプローチ）と、法人全体の実現利益を限度とせず、本店・支店の各ユニットが独立企業であるとした場合にそれぞれに帰属する所得あるいは損失を帰属させるべきとする立場（機能的分離企業アプローチ）が、対立していたのである。

この問題に関し、OECD 租税委員会は 10 年以上にわたる検討を踏まえて、昨年 7 月 OECD モデル条約 7 条を、機能的分離企業アプローチに基づくことを明確にし、PE への帰属所得算定については、関連会社間に適用される独立企業原則（モデル条約 9 条）によるとする条文改正を行うとともに、具体的な適用・解釈基準を詳細なコメント及び同時に採択された「PE への帰属利得レポート」により公表した²。この結果、OECD モデルが従来承認してきた諸原則、即ち、内部取引は課税上ないものとする前提での経費配賦や慣行による利得配分を認める条項、さらには単純購入非課税原則を定める条項などは独立企業原則に適合しないとして廃止された。

（3）我が国国内法改正による対応の必要性

ところで、我が国の現行国内法は、非居住者・外国人については、国内源泉所得に対してのみ納税義務を負うことを前提とし、さらに具体的な課税標準とされる国内源泉所得の範囲については、わが国での恒久的施設（PE）の存否及び存在する場合のその態様により区分する方法をとっている。その際、とりわけ支店・工場等の物理的 PE（1 号 PE）を有する場合には、事業所得を含めたあらゆる国内源泉所得につき PE への帰属の有無を問わず所得税・法人税の総合課税の対象に含めるとするいわゆる一般的吸引力（force of attraction）を認めた「総合主義」を長年採用してきた³。この総合主義は、我が国が租税条約上合意してきた PE へ帰属するものだけを総合課税の対象とする「帰属主義」⁴とは相容れないものである。条約締結国との間では帰属主義が優先適用されるので、条約網の拡大に伴い帰属主義の適用を受ける外国法人等は拡大しており、上記の二元体制の維持の必要性についての疑念は増大している状況にあった。さらに、現行国内法では、上記総合主義のほかにも、OECD 新 7 条が廃止した内部取引の不認識や単純購入非課税の原則などが規定されている。

そこで今回の、PE 帰属主義の内容を独立企業原則のもとで明確化した OECD モデル条約 7 条の改定は、今後の我が国を含めた OECD 加盟国の条約締結・改定交渉のモデ

² OECD モデル条約（2010）7 条 2 項及び同条コメント・パラ 16-17。

³ 所法 164 条①1 号、法法 141 条①1 号。

⁴ PE に帰属する各種所得のみが所得税・法人税の総合課税の対象とする原則であり、例えば、日米条約 7 条①・⑦、10 条⑦、11 条⑥、12 条③、21 条②。

ルとなるため、そのような改訂が進めば進むほど⁵、上記国内法との間の二元体制の持つひずみは大きくなると考えられる。税制調査会専門家委員会の税制改正に向けた前記提言は、まさにこの問題意識を反映したものであり、今こそ国内法を総合主義から帰属主義に改定すべき契機と主張している。

本章においては、まず、事業所得の帰属主義を明確化した今回の OECD モデル条約改定を概観した上で、それを踏まえた国内法改正の基本的方向性を議論することとしたい。改正の方向性については、国内源泉所得を定めるソースルールを中心とした非居住者・外国法人の課税ベースの規定の仕方と帰属主義を採用した場合の二重課税調整のあり方を中心に、予備的な考察を行うこととする。

3 新 OECD モデル条約 7 条における AOA (Authorized OECD Approach) の意義

(1) 新 7 条誕生の背景

多国籍企業がかかわる世界貿易のシェアが既に全貿易量の 3 分の 2 を占め、そのうちグループ企業間取引が約半分に達するともいわれる状況の下で、事業所得の課税は源泉地国にとっても居住地国にとっても税収の確保上極めて重要なものとなっている。しかし、PE への帰属主義の適用をめぐることは、従来のモデル条約 7 条の文言から「関連事業アプローチ」を採る解釈と 9 条の移転価格税制の独立企業原則に引き寄せた「機能的分離企業アプローチ」を採る国が併存し、課税の安定ひいては二重課税の解消という条約の目的を大きく阻害していると指摘されてきた。関連事業アプローチは、事業単位での総利得の各ユニットへの配分を重視するもので、利得のフォーミュラによる慣行的配分を認めたり、内部取引を認めない費用配分ルールを許容するモデル条約旧 7 条の後続条項と整合性がある解釈として一定の支持を受けていた。一方、このアプローチは、PE 帰属に際しての独立企業原則の適用範囲が 9 条ほど厳密ではなく、その結果、支店・子会社の企業形態選択に対し必要な中立的対応を欠く不合理な二元体制をもたらすとも批判されてきた。

今回の 7 条改正はこれに答えるものであるが、私見では、このような改正を促進する 3 つの基本条件が、近年グローバルビジネスの進展の中で充足されてきたことが、大きな要因と考える。

1 番目は、帰属させるべき PE 概念についての不断の見直しの継続である。PE は源泉地において事業が生み出す所得を純所得ベースで課税するための閾値である。グローバルビジネスは、IT 化・ソフト化に伴い源泉地での事業オペレーションにおいて伝統的な物理的施設に頼る度合いを減少させており、そのようないわば PE 形態の多様化現象に従来の PE 概念をどのように解釈・適用すべきかにつき、納税者・課税当局の双方から重大な関心が寄せられてきた。OECD では、近年、衛星ビジネスや電子商取引での PE 認定並びにサービス PE に関する合意の特則など、一定のタイムリーなコメントリー

⁵ 本年財務省は、前回 2003 年に改定した日米条約の改定交渉を始めたと発表している。

整備を進めてきたが⁶、さらに現在、PE 条項 5 条のコメンタリーの全面見直しを作業中である⁷。

2 番目は、高度な無形資産のグループ内利用やシナジーの存在が独立企業原則に対し突き付けてきている諸問題に対処する過程で、9 条の独立企業原則の理論及び適用ガイダンスが、不十分ではあるが一定の前進を達成してきているとみられていることである⁸。親子会社間の利得配分に係る独立企業原則の制度設計と執行に関するハーモニゼーションが進展しグローバルな信任を受けているという状況は、同等の独立企業原則を利得配分規定として内在させている本・支店間課税ルールの明確化と普及にとって不可欠な環境といえよう。7 条が、単純購入非課税の原則や慣行による配分といった非独立企業原則的な取扱いから撤退するきっかけを与えることとなったと評価される⁹。

3 番目は、利得配分基準としての独立企業原則を支えるインフラとして重視されてきた分離会計主義について、コーポレートガバナンスの観点からの制度的な枠組みの進展並びに税務上のドキュメンテーションルールの制定・実施が進んだことである。

これら 3 条件の充足は、本年 7 月の OECD 理事会における新移転価格ガイドライン採択と同時に、モデル条約新 7 条が採択された背景ともいえよう。

(2) 7 条における AOA に基づく帰属主義と二重課税調整の仕組み

新 7 条は、帰属主義の内容を規定する第 2 項において、次のように規定している。

「本条及び 23 条 A ないし 23 条 B の目的上、第 1 条に規定する各締約国における PE に帰属する利得とは、特に当該企業の他の構成部分との取引に関し、同一又は類似の状況下において、同一又は類似の活動に従事する分離され独立した企業ならば稼得したであろう利得とする。その際には、当該 PE 及び PE 以外の事業構成部分のそれぞれを通じて企業が果たした機能、使用した資産及び引き受けたリスクを斟酌する」

ここでは、帰属主義を適用して源泉地に配分される利得を、PE を独立企業と擬制し

⁶ 電子商取引につき 5 条コメンタリーのパラ 42.1-42.10、サービス PE 関連につき同 42.11-42.48、衛星ビジネスにつき同 5.5、ローミングサービスにつき同 9.1。

⁷ OECD Discussion Draft: Interpretation and application of Art.5, (2011.10.12)。なお、当ドラフトは 5 条の条文自体の変更はふくんでおらず、多岐に渡るコメンタリーの改正を内容としている。2012.2 までパブリックコメントを受け、その後モデル条約のアップデートに含められる見込み。

⁸ OECD 移転価格ガイドライン (2010) における利益法の実質的格上げや、利益法に関するガイダンスの精緻化、さらには国境を越える事業再編への適用ガイダンスなど。

⁹ しかし、公平に世界を見渡せば、必ずしも独立企業原則が安定化の方向に向かっているとは評価できない。本年 3 月に欧州委員会が提案した、EU の「共通統合法人税課税ベース (CCCTB) 指令案」では、一定以上の支配関係の下にある法人グループについて、構成国間で合意された共通法人税課税ベース計算方式により域内関連法人の連結所得計算を行ったあと、それを定式配分ファクター (労働、資産、販売の 3 つを同一のウェイトで考慮) で各構成国に配分するという方法 (納税者の選択制) が提案されており、この方式の下では、域内での独立企業原則に即した移転価格税制は不要になるとしている。なお、米国においても、連邦ベースでの定式配分への移行が常に問題提起される状況にある。

て獲得される利得とする旨宣言するとともに、そのためには、第一段階として PE を機能・資産・リスクの 3 要素の分析により別個かつ独立した企業と認識すること、第二段階として当該 PE について移転価格ガイドラインの指針を類推適用して、帰属所得を算出することがうたわれている。そのため、いわゆる有形・無形の資産及びサービスについて内部取引の認定が必要となり、併せて無償資本の PE への配賦も必要とされる。これらを支える基盤として、一定の PE のオペレーションに関するドキュメンテーションルールが明らかにされている。本改正により、AOA と整合性をもたない旧 7 条 3 項（販売管理費の PE 配賦）、4 項（慣行による利得配分）、5 項（単純購入非課税の原則）、6 項（毎年同一方法）は廃止されている。

次に、居住地国における二重課税調整のあり方に関しては、第 3 項において、次のように規定している。

「第 2 項に従って一方の締約国の企業の PE に帰属する利得が調整され、すでに他方の締約国で課税済みの利得に対し課税が行われた場合には、当該他方の締約国は、当該利得に対する二重課税を排除するため必要な範囲内で、既に課税済みの税額について適切な調整を行わなければならない。そのような調整を決定するため締約国の権限ある当局は必要に応じて相互に協議せねばならない。」

この点については、特に無償資本の配賦方法について、OECD コメントリー及びレポートが単一の方式に集約できなかつたこともあって、二重課税の発生が危惧されそれに対する特別措置の必要性が議論されたが、結論的には 3 項において居住地国における対応的調整義務を明記するとともに、解釈の違いによる紛争には相互協議で対応するとの一般原則が規定された。

（3）今後の PE 概念の検討作業

OECD では、7 条の改定ののち、5 条の PE 定義についても取引の現状を反映すべく全面的な検討作業を開始している。PE 認定については、電子商取引などについての近年の検討に加えて、更に多様化する人的役務提供の形態や、サブコントラクターの取扱い、コミッション契約など多くの課題が残存しており、7 条の AOA の合意が得られても、新規の PE 認定問題が解決されなくては、5 条・7 条の連携により納税義務の確定する納税者にとって予測可能性は改善されない場合もある¹⁰。また、現行 5 条は、たとえば旧 7 条の単純購入非課税原則と調和する形で、仕入のみを担当する施設は PE を構成しないとしているが、7 条改定後もそのままでのいのかどうかなど、9 条との適用バランスの観点から検討すべき点が指摘されうる¹¹。その意味で、5 条と 7 条の検討

¹⁰ わが国における最近の取引を反映した PE 認定に関する税務当局の回答については、東証の取引所内サーバを利用するコロケーションサービスに対するものがある。H.23.6.16 東証公開情報。

¹¹ 前掲注 7 によれば、物品・商品の購入をするためだけの一定の場所は PE を構成しないとの従来原則の改正は提案されていない。

のタイムラグの存在は、非効率な租税計画の誘因となる可能性もあるのではと懸念されるので、PE の定義の明確化のプロジェクトについても早急に結論を出すべきものと考えられる。なお、当研究会はこの討議文書についても、本邦法人の経験を踏まえ、適時適切なインプットを行っていくこととしている。

4 国内法改正の方向性

(1) 条約（帰属主義）と現行税法（総合主義）のかい離に伴うメリットの再検討

条約と現行税法で PE を基準とした課税ルールにかい離があることについては、タックスヘイブンを利用した我が国課税ベースの浸食が多様に観察される状況の下では、むしろ望ましいとする学説¹²も紹介されているので、その点をまず検証したい。

そのような現行国内法維持説は、PE に広範な吸引力を認める現行国内法の下では、たとえば、タックスヘイブンに本拠を置きながら我が国 PE を通じてほとんどの取引を遂行する納税者について、国内源泉所得について、PE への帰属の立証をいちいちする必要もなく一括して法人課税の対象とできることで、実質的に我が国の課税ベース侵食に有効に対応できるということを根拠としているようである。しかし、そのようなタックスヘイブンを利用した租税回避に対しては、基本的には外国子会社合算税制で対応するのが国際的なスタンダードであり、外国法人課税に関する法人税法の本則で対応すべきではないと考えられる。また、タックスヘイブンを利用した深刻な租税回避のリスクに対しては、合算税制と合わせて、現在も OECD で継続的に取組まれ実効を上げつつあるタックスヘイブンをも対象とした情報交換協定の拡充と当該国に対する税制透明化の促進に向けた取組（モニタリング等による）で対応すべきと考える。

なお、現行法維持説の上記以外の理由付けとしては、国内法における総合主義の課税の負担は条約を締結して帰属主義の適用下に入れば軽減できるという、租税条約締結に向けたインセンティブ論もあろうが、これは先進国間では国際的に受け入れられるポリシーとは考えにくい。

(2) 条約における AOA の採用とのバランス上、事業所得について改正の余地のある国内法関連条項

我が国が締結する条約における帰属主義の位置付けについては、今後 AOA 原則が貫徹されていくであろうということを前提とすると、将来的には当該 AOA 原則と整合的な内容に国内法を改正することが、前述した二元体制の矛盾から脱却するカギになると考えられる。その際、現行国内法上、検討対象と目される候補項目は以下の 3 点を中心とすることになるであろう。

- 1) 総合主義を採る課税規定自体（所法 164 条、法法 141 条）の改正
- 2) 事業に関する所得のソースルールの帰属主義に沿った改正

¹² 赤松晃「国際租税原則と日本の国際租税法」（H13 税務研究会）P.273-274。

例：内部取引の認識・それに伴う損益の認識、単純購入非課税の原則の廃止
国内・国外所得に配賦する費用のルール等

3) 帰属主義の採用に伴う二重課税調整措置の整理

これらのうち、1) については、例えば外国法人に関しては、法人税法4条3項、141条1項の改正に主としてかかわる問題であり、法律の構造的な改正につながりうるが、2) については、例えば外国法人については、法人税法施行令176条を中心としたソースルールの個別的改正で対応することになると考えられ、3) は更にそれに連動する問題である。以下において、個々の枠組みの検討を行うこととする。

5 具体的改正項目

(1) 外国法人・非居住者の課税ベースの仕組構築

ア PE 帰属を前提とした純所得課税の貫徹

(ア) 居住者・内国法人との平等取り扱い

内国法人並みの純所得課税を行うためには、事業を行う PE に国内源泉所得が帰属している必要があるとの AOA 原則の考え方は、国内法改正に当たってまず確認しておくべき方向性であろう。この点は 9 条の子会社形態での事業に対する課税との整合性の観点からの要請でもある。源泉地でグループ子会社が別途ビジネスを行っている状況下では、親会社が直轄して源泉地で行う事業に課税するためには、子会社が親会社事業の PE として機能している場合に限られるのであり、源泉地のオペレーションが支店形態の場合に、それへの帰属の有無を問わず無条件で本店直轄事業の所得を課税対象に取り込むという現行法人税法 141 条 1 項は AOA 原則に明らかに反することになると考えられる。なお、総合主義をサポートする理屈付けの一部として主張されうる、PE を有して国内で事業を行う以上国内法人並みの課税ベース（全世界所得を対象）とすべきとの平等主義については、OECD による AOA 原則の採用や、米国における PE 吸引力を削減していった過去の税制改正経緯（現在では極めて限定的な吸引力しか認められていない）に鑑みれば、もはや主張の基盤を失っていると考えられる¹³。

(イ) AOA に即したソースルールの改正

PE に帰属する所得を決定する場合には、単純購入非課税の原則などのように正確な機能・資産・リスク分析から乖離した現行のソースルールが適切でないことは明らかであり、改正を免れない。法令 176 条 1～4 項の諸規定はこの観点からも抜本的改正が余儀なくされるが、帰属主義のエッセンスは 176 条 1 項 7 号に記された原則であり、これに集約する政令改正も考えられよう¹⁴。

¹³ 「非居住者、外国法人及び外国税額控除に関する改正税法の解説」国税庁 P.7。

この文書では、当時の主税局植松守男臨時税法整備室長の解説として、総合主義の採用には、当時の米国での吸引力を認める国内法の影響を受けていると解説している。

¹⁴ 但し、その場合には法的安定性の観点から、少なくとも法令解釈通達で、取引別のガイダンスの提示

(ウ) PE への資本配賦と内部取引の認定、さらには独立企業間価格算定方法に関する法令の整備

AOA の下では、法人全体の資本を引き受けた機能とリスクに応じて PE に配布する必要がある。その場合には、過少資本税制の支店への適用についても、子会社と支店の取扱いのバランス上検討しなければならないであろう¹⁵。また独立企業原則に基づき内部取引を認定する上での資産の「経済的所有権」の所在ルールや、その後の独立企業間価格の算定ルールも必要となろうが、後者については、基本的に移転価格の法制を流用できると思われる。

(エ) 国外への投融資から PE に発生する所得についての取扱い

法人税法施行令 176 条 5 項では、PE による海外投融資に伴う所得で当該 PE において行われる事業に帰せられるものは、国内において行う事業から生じるものとみなすとの規定がある。この条項の解釈をめぐっては、もともと国内法の事業所得のソースルールが帰属主義を内包していたものであって、本項はそれを確認したものに過ぎないとする有力説が展開されている¹⁶。課税当局からはこの点につき、国内法の他のソースルースで国外所得とされるものであれば、帰属主義を根拠に当該所得を事業所得として PE に帰属させることには消極的とみられる意見表明が行われたことがあった¹⁷。176 条 5 項が創設的規定か確認的規定かについての公定解釈は必ずしも明らかにされていない。

しかし、この問題は、今回の AOA 原則に沿った国内法改正を検討するに当たっては避けて通れないところであり、事業所得としての帰属主義によるソースルールの明確化により対応すべきものと考えられる。なお、その場合には一義的に国内源泉所得と規定されるので、源泉地で課税されている場合の二重課税排除措置の整備が必要とされよう。

イ 吸引力アプローチの撤廃

吸引力アプローチの持つ問題点は、PE を有する外国法人について、居住者並み課税を求め、事業所得のみならず PE に帰属しない投資所得を含む広範な所得を純所得課税の領域に引き込む点にある。限定された吸引力を承認するアプローチは、途上国・先進国間の条約モデルである国連モデル条約では許容されているが¹⁸、OECD モデルは、これを排除している。我が国の拡大したネットワークの下での現行条約がすべて OECD モデルによる帰属主義を採用することになった現在、租税回避防止の観点からのみこれを国内法上残す意義は、前述したとおりにないと考えられる。

が必要となろう。

¹⁵ 資本配賦に伴い、支店所在地国の資本を課税標準とする租税負担が新たに発生するリスクについても別途検討する必要がある。

¹⁶ 水野忠恒「国際課税の制度と理論」(2000 有斐閣) P.42。

¹⁷ 福山博隆「外国法人及び非居住者の課税」(税経通信 1963.5) P.108。

¹⁸ 国連モデル条約 7 条 1 項 (b) (c) は、PE を通じて販売する物品・事業活動と同一又は類似の物品・事業活動の販売から生じるものを PE に吸引させている。

残りの課題としては、米国のように事業所得に限って制限的な吸引力原則を残存させる余地があるかどうかの問題である¹⁹。我が国における多国籍企業の実態から見ると、国連モデルが懸念するような²⁰PE について事業所得の帰属原則適用の潜脱の可能性は大きいとは考えられない。従って、多国籍企業のドキュメンテーションに基づく機能・資産・リスク分析による AOA の実施可能性を前提とすれば、租税回避が懸念される特定のケースについては、必要に応じ特別措置（特定の取引についての国内法上の個別対応や特定の国との条約での対応）で対応すべきものであり、一般化は不相当と考えられる。

（２）帰属主義における外国租税との二重課税調整

帰属主義に基づく PE 課税を貫徹した場合には、現行法制の下では予測し得なかった二重課税救済問題への対応が求められる。この点は我が国が居住地国として二重課税調整義務を負う場合に主として問題となるが、他方、PE として帰属主義に基づく課税を行った場合に、他国で課税される可能性のある所得について外税控除を供与する必要があるかどうかの検証も必要となろう。なお、ソースルールを AOA に対応するように改定した場合には、内部取引の認定と費用配賦の境界に関するガイダンスも必要とされる。その整理後に残る国内所得と国外所得間の費用配分については、外国税額控除の計算とも関連するので、両者間の整合性を今回の改正の機会に図ることも重要であると考えられる。

二重課税調整方式を網羅的に設計しその適否を検証することは、著者の能力を越えているが、以下、思いつくまま主要な論点にコメントする。ただ、どのような観点で取り組むにせよ、少なくとも共通して言えることは、効率性が高くかつ納税者や課税当局にとって過大なコンプライアンスコストを要するものではないという要件であろう。

ア 法人としての未実現の所得に対する二重課税調整

これは、我が国が本店所在地国の場合に、例えば海外 PE との間の棚卸資産の内部取引（海外で仕入れて国内販売）を相手国が認定して帰属主義により海外 PE に課された法人税額を、グループ全体としては第 3 者への最終販売等による所得実現がない場合に、どのように二重課税の解消を図るかという問題である。二重課税の解消

¹⁹ IRC § 864 (c) (3) 米国非事業所得 (FDAP) でもキャピタルゲインでもない所得は、米国事業との関連の有無にかかわらず米国事業実質関連所得 (ECI) とみなされており、この規則が「残存する吸引力」ルールと呼ばれている。

²⁰ 国連モデル起草者による潜脱の懸念については、同モデル 7 条コメンタリー・パラ 7 を参照。同コメンタリーでは、7 条が PE が行うものと同一又は類似の商品販売等の事業活動については、本店の直轄取引であっても PE 所在地国に課税権を認めることとした背景として、吸引力原則が執行上の問題 (administrative problems) を回避することができるからとする途上国委員の意見を反映したからであると解説している。

執行上の問題には、PE 自身の取引と本店直轄取引の区分が途上国にとっては困難という事情の外に、多国籍企業による本店直轄取引を偽装する恣意的な租税回避への懸念も含まれている。

方法は、条約の制約の中で国内法に任されているので、外税控除のタイミングの問題として検討するなど対応が求められる領域であろう。

イ 役務提供取引などにおける帰属主義を反映したソースルールの下での二重課税

我が国が PE 所在地国である場合に、PE の職員の短期出張に起因する国外で発生する所得（改正法の下では、現行法令 176 条 5 項と同様に国内源泉所得と明記する方法が考えられる）についての二重課税問題が次に検討すべき課題となる。事業活動につき AOA に基づく帰属主義を採用する国において国外所得が発生した場合には、相手国においても国内法のソースルールが AOA に基づき整備されている限りは、我が国 PE に帰属する所得としての優先課税権が認められるはずである。従って、AOA の普及した後においては二重課税の起こる可能性は小さくなると考えられるが、今後経過的には、①当事国における AOA に即したソースルール改定にタイムラグがある場合、②AOA ルールを採用しない第 3 国が稼得地となる場合、③AOA に基づく帰属主義について異なる解釈が残る場合、④AOA の採用も解釈も同様であるが、PE 認定に差異がある（例えばサービス PE の認定）場合など、二重課税のリスクは残存しよう。

それらの場合には、最終的には二重課税解消のための相互協議に頼るほかはないと考えられる。

ウ 国内支店に帰属する国外にある者に対する貸付金利子等の投融資活動に伴う所得にかかる二重課税

現行法人税法施行令 177 条 5 項では、外国法人税が課された場合には国内源泉所得とはしない旨の規定がある。この規定は、現行法が外国法人について外国税額控除を認めないこととしていることと関連している（この点は外税控除の適用上は柔軟に国内・国外源泉所得の内容を組み替える諸規定の存在とも平仄があっている）と考えられる。しかし、それはソースルールそのものを操作するものであり、既述したとおり AOA 原則と整合しない。そこでソースルールの改正が必要とされるが、この場合に発生する二重課税を、現行方式と類似性を持つ免除方式で解消するのか、或いは、新たに外国法人に対する外国税額控除制度を設けるかは、政策判断の問題といえる。ただし、外国子会社配当非課税など国外所得免除の対象が拡大しつつある現行法制下では、免除方式を選択するオプションも考えられる²¹。

ところで、このような改正を行ったとしても、本邦法人の海外支店の事業所得について、英国の 2011 年改正のように選択的免除方式を直ちに採用すべきとの議論に直結するわけではない。しかし、OECD モデル条約の無差別条項は、本邦法人の外国 PE が負担する外国税と外国法人の国内 PE の国外投融資活動が負担する外国税との、

²¹ 増井良啓・宮崎裕子「国際租税法 2 版」（2011 東京大学出版会）P.103 増井教授は、外国税額控除方式を薦めておられる。確かに、投融資からの所得を関連者配当のように免除に持っていか、ポートフォリオ所得に近いとみて外税控除に持っていかは二重課税調整制度全体のバランスの中で検討すべきかもしれない。

外国税額控除の適用上の差別を禁じている²²。したがって、トライアングュラーケースについて、免除方式を採用して二重（三重）課税を阻止する実務的な解決は、将来的には租税条約の抵触の観点からはシンメトリーな解決策にする必要があるだろう。その意味では、海外支店の稼得所得に対する一般的な免除方式も、少なくとも理論上は、今後の政策選択肢として考慮すべきものとする²³。

6 本研究に基づく今後の具体的提言の方向性

本中間報告では、青山、浅妻、一高の3名により、1年後に最終的な税制改正項目の整理をする上での予備的な検討を行った。従って、本報告書での論点整理は必ずしも特定の政策提言に絞り込んだものとは未だなっていない。

ただし、研究会での議論に際して企業側の委員からは、本邦企業の海外での PE 認定に基づく課税リスクにつき、繰り返し深刻な懸念が提起されている。すなわち、OECD 加盟国においては、AOA に基づく資本配賦に伴う内部取引の認定等の影響がどのように具体化するのかという懸念であり、他方アジア市場での非 OECD 加盟国においては、AOA に対して OECD と一線を引き国連モデル等を理論的よりどころとすることを再確認している新興国を中心とした PE 課税強化（源泉地国課税権の拡張）への懸念である。

そのような状況を前提にすると、帰属主義へ向けた国内法改正の検討は、①OECD モデル条約の AOA 原則に併せた改正が本邦でどのような税収効果をもたらすのかという本来の税制改正の視点だけではなく、②非 OECD 諸国からの PE 課税攻勢等に対して効果的なけん制効果を及ぼすためには、我が国として国内法制と条約をどのように構成することが望ましいのかという、実践的な視点も必要とされると考える。

本プロジェクトの2年目においては、改正国内法の執行や今後の条約交渉、更にはその下で発生すると想定される個別課税事案の紛争解決の場面も想定したうえで、具体的な制度設計を行うこととしたい。従って、企業側委員からの更なるインプットが加わる予定である。

²² OECD モデル条約 24 条コメンタリー・パラ 67。

²³ 但し、もし免除方式でシンメトリックな取扱いをする場合には、英国の 2011 年改正が対応したように、CFC 税制の海外支店への適用が必須と考える。

第2章 2010年税調及びサーバーPEをきっかけとした全所得主義から帰属所得主義への移行に関する考察

浅妻 章如

1 序論

¹本稿は、日本の国際租税政策の根幹の一つである全所得主義（総合主義と呼ぶこともある）について、OECDモデル租税条約に倣い帰属所得主義（帰属主義と呼ぶこともある）に移行すべきかに関する総論的考察を、アメリカ法と比較しつつ試みるものである。全所得主義から帰属所得主義へ移行すべきかという議論は新しいものではないが、今敢えてこの問題を取り上げる契機は主に二つある。

第一は、2010年（平成22年）の税制調査会専門家委員会の議論の中で、全所得主義から帰属所得主義への移行について言及があったことである²。第二は、租税条約非締結国からの投資に関し、日本でサーバーPEが認定されるかもしれない、という具体的な問題が生じていることである。

本稿の構成は次の通り。2として、日本の所得税法164条（法人税法141条も同旨）が採用する全所得主義について、簡単に整理する。3として、サーバーPE問題に触れる。4として、サーバーPE問題に対処するための、立法論以外の方法を考える。5として、二方向の立法論を考える。PEの定義に手をつけるか、全所得主義に手をつけるかという二つの方向である。6として、アメリカが全所得主義から実質的関連主義に移行した時と、今の日本の問題とを比較する。7として、全所得主義から帰属所得主義に移行するとした場合に予想される問題について考察する。なお、ここで予想される問題のうち、各論として費用の配賦については、一高龍司論文（28頁以下参照）が考察する。

2 帰属所得主義と全所得主義

（1）源泉地国課税権の3つの関門

殆どの国が居住者の所得については無制限に納税義務を課す（但し法人所得課税の文脈では国外所得免税の流れも強まりつつある）一方、非居住者に課税する際には主に3つの関門（源泉・閾値・範囲）がある。国内に源泉を有する所得であるかという

¹ 本稿の課題について、トラスト60における研究会（中里実座長）、及び税務大学校における研究会でも、様々な示唆を頂いた。感謝申し上げます。それでもなお残る本稿の誤りの責は浅妻に帰する。更に、本稿の草稿を書いた後、研究会についても幾つか貴重な指摘を賜ったので、それについても適宜触れていきたい。なお、あいにく本稿はインバウンドについての課税のあり方を論じているため、アウトバウンドの扱いが課題となる多くの日本企業にとって関心の的とはなりにくい。さはさりながら、本研究会にて外資系と接点のある方のお話を伺う機会もあったので、【日本の国内法を文字通りに解釈適用していくとこんな恐れがある、だから〇〇といった改正を考えることには××という意味がある】といった論点整理を本稿でやっていきたい。

² 平成22年11月9日税制調査会専門家委員会「国際課税に関する論点整理」11頁参照。
http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/zeicho/2010/_icsFiles/afieldfile/2010/11/24/22zen8kai10.pdf
http://www.cao.go.jp/zei-cho/etc/2010/_icsFiles/afieldfile/2010/11/18/221109houkoku.pdf

源泉の問題、恒久的施設（PE）等の一定値を超えているかという閾値の問題（PEの要件に照らせば、恒久性等の積極要件が認められるかとか、準備的・補助的活動等の消極要件に当たらないかとかいった問題³）、そして源泉・閾値の問題をクリアしている場合であっても、所得のうちどこまでが課税対象となるかという所得の範囲の問題（帰属所得か全所得かの問題）がある。

（２）帰属所得主義

ドイツ法を範とする OECD モデル租税条約の下では、概ね帰属所得主義の考え方が採られており、ここでは前述の 3 つの関門が一気に決せられる。非居住者が国内に恒久的施設を有するという閾値を超えている場合に、当該恒久的施設に帰属する所得が国内源泉所得として扱われ、そしてその範囲の所得が源泉地国での課税対象となる。OECD モデル租税条約を見ると、配当・利子等の資本所得は別論として、事業利得については所得源泉の決定基準が無いことが分かる。これはつまり、源泉ルール（ソースルール）を租税条約の中に規定して源泉地国の課税権を縛るという発想がなく、源泉地国の課税権を縛るものが恒久的施設の有無そしてそこへの帰属に集約されていることを示す。

（３）全所得主義と force of attraction

1966 年以前のアメリカ法を範とし現在の日本が採用している全所得主義の下では、閾値こそ OECD モデルを範として恒久的施設概念を採用しているものの⁴、所得源泉の判定と恒久的施設の有無及びそこへの帰属の判定が、別々になされるという構造がある。二号 PE⁵・三号 PE（代理人 PE）⁶に関しては概ね帰属所得主義に近い課税結果⁷となるが、一号 PE⁸については課税所得の範囲が恒久的施設に帰属する所得に限定されず、国内に源泉のある所得が全て恒久的施設の下で課税に服す⁹。

³ 恒久的施設概念を非居住者課税の要件としないアメリカ法では、アメリカで「trade or business」を営んでいるか、が閾値となる。註 4 参照。

⁴ 尤も、アメリカ法が採用している閾値の「trade or business」概念にしても、固定事業所（office or other fixed place of business）の存否が決め手となることが多く、恒久的施設概念と大きく異なっているわけではない。

⁵ 所得税法 164 条 1 項 2 号：建設等。OECD モデル租税条約 5 条 3 項に類似。

⁶ 所得税法 164 条 1 項 3 号：代理人。OECD モデル租税条約 5 条 5 項に類似。

⁷ 概ね～近い、であって、完全に帰属所得主義と一致するわけではないが、本稿でここに深入りする意義は小さいので割愛する。

⁸ 所得税法 164 条 1 項 1 号：支店等。OECD モデル租税条約 5 条 1 項に類似。

⁹ 全所得主義については、2012 IFA Boston Congress の Subject 1: Enterprise services として（主にインバウンドの）サービス取引に関する課税問題を Japan branch report として浅妻が書く予定であるので、そちらも参照いただきたい。以下の表を示す予定である。

或る恒久的施設に帰属しない日本国内源泉所得（例えば非居住者企業本店の直取引による国内源泉所得）は、当該所得を稼得する非居住者が日本国内に恒久的施設を有しない場合には日本で課税されない（配当・利子等に係る源泉徴収課税は別論）。他方、当該非居住者が日本国内に恒久的施設を有する場合には、当該恒久的施設に吸引されて日本で課税対象に含められる。この態様を「force of attraction」（吸引力）と呼ぶこともある。当該所得と関連しない事象によって課税されたりされなかったりするのはいかかという批判もありえないではないが、現行法に整合的な説明としては、本来国内源泉所得は実体的に全て課税に服すべきであるところ恒久的施設がない場合に手続的考慮から課税を控えているだけなので、そうした手続的考慮をしなくてよい場面では原則に戻って課税しているのである、といった説明になろう¹⁰。

日本の国内法について、一応の説明は立つものの、OECD モデルは帰属所得主義を前提とし、かつ日本も租税条約が適用される場面では帰属所得主義に沿った運用となるので、日本の国内法も OECD モデルに倣って帰属所得主義に揃えるべきであるという議論は、今に始まったものではない。しかし、学者レベルの議論としては存在していても、実務レベルにおいては実現の機運はなかなか高まってこなかったのではないかと見受けられる¹¹。その原因は、日本が関わる殆どの国際取引は租税条約下の帰属所得主義に服するので、全所得主義は規定されてはいるものの実務上あまり大きな影響を持たなかったことにある、と推測される。

しかし冒頭で述べた通り 2010 年の税調で全所得主義から帰属所得主義への移行の問題が言及された（註 2）。更に、3 で述べるようにサーバー PE 認定と課税所得の範囲という具体的な問題も表れてきた。

Nexus for source tax jurisdiction of domestic tax law is as follows:

type of nonresidents	threshold	comprehensive taxation	income of Art. 164(2)
Art. 164(1)(i) branch PEs	PE as threshold	full force of attraction	no separate taxation
Art. 164(1)(ii) construction PEs	PE as threshold	limited force of attraction	separate taxation on gross income
Art. 164(1)(iii) agent PEs	PE as threshold	limited force of attraction	separate taxation on gross income
Art. 164(1)(iv) no PEs	half of threshold	personal service income taxation without a PE	separate taxation on gross income

¹⁰ こうした意味で、旧アメリカ法について force of attraction（全所得主義）と呼ぶのは、不適切であるという指摘もされてきたところである。谷口勢津夫「外国企業課税に関する帰属所得主義と全所得主義（1～2・完）」税法学 389 号 1 頁、390 号 1 頁（1983）、(2) 7-8 頁。が、force of attraction（吸引力・全所得主義）は通りがよいので、本稿でもこの表現を用い続ける（force of attraction に対する批判的な意味を込めずに）ことを、お許しいただきたい。

¹¹ 1990 年代後半、私が学部生の時に受講した中里実教授の講義においても、日本国内法の異質性は指摘されていたが（今から思い返すと初学者の学部生に聴かせるようなレベルの問題かという気もするが、それは中里教授の熱さ故であろう）、それより以前の雰囲気については以前の論文等と呼んで想像するしかない。

3 サーバーPE 問題

非居住者が日本国内所在のサーバーを通じて取引をすると、当該サーバーが恒久的施設に該当する可能性がある。自動販売機やゲーム機が恒久的施設に該当しうることと同様に、サーバーを通じて行われている業務が準備的補助的活動の範囲¹²にとどまらないものであれば、当該サーバーは恒久的施設に該当しうる。これをサーバーPE と呼ぶこととする。

日本と租税条約を締結している国の法人が日本国内にサーバーPE を有すると認定されることがあるとしても、課税所得の範囲は当該サーバーPE に帰属する所得だけである。1990 年代においてはサーバー等が PE に該当する可能性について深刻視されていたように見受けられるが¹³、電子商取引に関する恒久的施設認定問題が OECD で議論されコメントリー（5 条に係る 42.1 パラグラフ以下）に記載されるに至った世紀の変わり目頃においては、当然 OECD モデルの採用する帰属所得主義を前提とするので、当該サーバーPE に帰属する所得は大したことがなからう、という安堵感があつたものと推測される。

しかし日本国内法の全所得主義を前提とすると、日本と租税条約を締結していない国（典型的にはタックスヘイヴン）の法人が日本国内にサーバーPE を有すると認定される場合、当該サーバーPE に帰属する所得のみならず日本国内源泉所得全てが日本の課税に服することとなる（force of attraction）。とりわけ問題視されているのが、タックスヘイヴンの法人が日本国内所在のサーバーを通じて東京証券取引所で取引をする場面である¹⁴。

¹² 研究会にて次のようなご指摘を賜った。

物流と商流が異なるときの扱いについて、例えば、外国企業 P 社が日本企業 T 社に A 製品（例えば金型）の購入注文を行い、その注文に応じて T 社が A 製品を製造し P 社へ出荷するような取引があるとして、T 社が日本から P 社所在の国へ輸出する通常の取引であれば PE 認定の問題は生じ得ないところ、P 社が日本に子会社 S 社を有し、T 社が A 製品を日本 S 社に納品するよう P 社から指示を受ける、ただし、販売先（売掛金の請求先）は P 社、というような場合に、P 社は商品を買って転売するという立場なので或る程度の利益を得る余地があり、この利益に関し P 社が日本に PE を有していると認定される可能性があるか検討しておくべきではないか、特に、OECD モデル租税条約 5 条 4 項の「引渡しのためにのみ」という文言との関係において、という問題である。以下のような図となる。

（物流） 日本 T 社→→→→→→→日本 S 社

（商流） 日本 T 社→→外国 P 社→→日本 S 社

このような、物流と商流とで、異なっている場合に、PE 認定問題に影響があるかという点は、今まであまり議論されてこなかったと思われるので改めて検討する。「治工具、金型、測定機、機械装置等の固定資産（動産）」は、5 条 4 項にいう「商品」に当たると考えてよさそうであるが、5 条 4 項の「引渡しのためにのみ」の問題になるかと考えるに、この消極要件は、外国法人が内国法人に販売する最終段階としての「引渡しのために」の保持等を念頭においた規定であると思われるため、金型等を以って PE と認定される可能性については、あまりないと考えられる。自動販売機等が契約締結・注文処理・金銭授受・商品引き渡しという取引段階のほぼ全てを行うことと対比すると、金型を再売買することの利益（P 社の転売益）と金型が製造過程に用いられ利益をあげる（S 社の）とは異なるのではないかと、という考慮による。

¹³ 参照：US Treasury, Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce (November 1996) 等。

¹⁴ Michito Kitamura, Nathan G. Schmidt, & Shun Tosaka, Does a Server Constitute a Permanent Establishment In Japan?, 64 Tax Notes International 485-487 (November 14, 2011); 『抜本的税制改革と国際課税の課題』（日本租税研究協会、2011）の 58 頁以降（鬼頭発言）。

なお、少し話が逸れるが、世紀の変わり目頃、電子商取引に関する恒久的施設認定問題が論じられていた際、サーバー等が課税の根拠となりうることについて技術者が「簡単に移動しうるサーバーが課税の根拠となるなんて、馬鹿げている」と嘲笑していたことを思い出す。しかし、東証におけるサーバー

4 立法論の前に：立法対応が日本への投資呼び込みに必須か？

(1) サーバーPE 認定の可否

この問題に関して、問題のサーバーがサーバーPE に該当しない可能性を論じる余地が皆無とまでは言えない。外国法人が外国で主なプログラムを組み、日本国内所在のサーバーが反動的に売り買いの注文を捌いているだけであるといったような場合、サーバーで行われている事象は準備的補助的な活動の範囲にとどまる、と判断する余地も、皆無とは言えないということである。しかし、自動販売機やゲーム機について考えてみると、外国で綿密に設計された機械が源泉地国内で売買注文を捌いているだけであるという場面について、源泉地国内での事象が準備的補助的な活動の範囲にとどまるとは言いきれないことから、サーバーPE については該当性・非該当性の両方を視野に入れる必要があるだろう。

サーバーPE が認定されうるとして、日本国内法の全所得主義に基づく課税が、外国法人等を経由するファンドの日本への投資への阻害要因となってしまうとすれば、日本の経済発展の阻害要因ともなりかねないところである。

(2) 立法対応否定論

尤も、これに対しては、タックスヘイヴンの法人を経由した投資に対して配慮する必要はない、という冷めた見方もありうる。チリのような租税条約未締結国は別論として、タックスヘイヴンの法人を通じて日本に投資してくる者がいるとして、その資金の出所がタックスヘイヴンにある筈はないのであるから、資金の真の出所が欧米諸国（日本と租税条約を締結している国）に居住する者（個人・法人）であるとすれば、そうした者がタックスヘイヴンの法人を経由して日本に投資をする等の迂路を通らず、直接日本に投資することで租税条約による帰属所得主義の保護を受けることができる筈である。そうしたルートを通らず敢えて迂路を通る者について配慮する必要はあるのか、という冷めた見方である。また、タックスヘイヴンの法人を通じて日本に投資してくるファンドの資金の真の出所が日本の居住者である場合、どのみち日本に投資するであろうからタックスヘイヴンを経由する投資に対して配慮する必要はない、という冷めた見方もありうる。

(3) 全所得主義適用回避策と立法対応肯定論

他方で、タックスヘイヴンの法人を経由した日本への投資であっても、日本の全所得主義を回避する方法は考えられる。外国法人が直接に日本所在のサーバーを保有（所有なり賃借なり）するからサーバーPE 認定問題が生じうるのであって、外国法人が日本に子会社を設立し、当該子会社にサーバーを保有させれば、サーバーPE 認定を回避

を通じた取引の事例からも分かる通り、サーバーの物理的所在がビジネスにとって重要な意義を持つ場面は、決して稀ではないのであろう。

する余地がある。また、仮に当該日本子会社が代理人 PE に該当する可能性があるとしても、三号 PE については概ね force of attraction は作用しない。つまり、狡猾な投資家であれば日本国内法の全所得主義の適用を回避することは可能であると考えられる¹⁵。一方で、タックスヘイヴンの法人を経由した普通のファンドが、日本の全所得主義の回避策を面倒だと感じることもあるとすると¹⁶、日本国内法の全所得主義を以ってしても狡猾な投資家相手には日本の税収増をもたらす訳ではないかもしれないにもかかわらず、普通の投資家を日本から遠ざけてしまうだけである、という日本にとって悲惨な結果が生まれかねない。

以上の考察から、サーバー PE に関する全所得主義に基づく課税が、日本への投資の阻害要因となりうるので、そうした阻害要因を排除する立法論を考えるべきであるという議論も、考えるべきではないという議論も、一応それなりには成立しうる場所である。この問題は、理屈のみにはとどまらない政策的な判断によって決せられる領域が大きいと思われるので、本稿で結論を述べることは控えたいが、仮にとして、立法論を考えるとすればどうなるか、をこれから論じていきたい。

5 二方向の立法対応

非タックスヘイヴンの租税条約未締結国の居住者に関する日本国内法の全所得主義の適用を無視しうるとすれば、喫緊の課題は、東証におけるサーバー PE 課税を何とかすればよい、という狭い議論で済む。

そして、この狭い議論だけ考えればよいとすれば、立法対応としては二つの方向が考えられる。一つは、これまで見てきた全所得主義を帰属所得主義に変更すべき、という議論である。もう一つは、サーバーの一定類型についてサーバー PE の定義から外す、という議論である。

この考え方ははっきり現れているのが、金融庁の税制改正要望項目である。金融庁の『平成 23 年度 税制改正要望項目 平成 22 年 8 月』¹⁷18 頁は前者すなわち帰属所得主義への移行の主張である。そして『平成 24 年度 税制改正要望項目 平成 23 年 9 月』¹⁸においては、その 11 頁が前者の主張をしていることに加え、12 頁には新たに「自動発注サーバ

¹⁵ 日本の裁判所は、綿密に納税者側が企図した租税負担軽減策について、そう簡単に課税庁を勝たせる傾向にはないように見受けられる。顕著な例外として外税控除に関する最判平成 17 年 12 月 19 日民集 59 卷 10 号 2964 頁があるものの、これは私法上の取引の認定よりも租税法規の適用範囲が問題となった事例であり、私法上の取引の認定に関しては、相互売買に関する東京高判平成 11 年 6 月 21 日判時 1685 号 33 頁、レボ取引に関する東京高判平成 20 年 3 月 12 日金判 1290 号 32 頁、匿名組合契約に関するガイダント事件・東京高判平成 19 年 6 月 28 日判時 1985 号 23 頁のように、課税庁側を斥ける傾向がある。例外的に司法が納税者の主張する取引を認めないことが許容されるのではないかと話題になったフィルムリース事件について、最判平成 18 年 1 月 24 日民集 60 卷 1 号 252 頁は結論こそ減価償却規定（法人税法 31 条）の解釈として課税庁側を勝たせたものの、私法上の取引の認定については裁判所が介入的に踏み込んだ判断をすることへの躊躇を示している。

¹⁶ 面倒とまでは言わずとも、註 15 に書いたような日本の裁判例の傾向を外国投資家が理解して安心することは、難しいかもしれない。

¹⁷ <http://www.fsa.go.jp/news/22/sonota/20100830-2/01.pdf>

¹⁸ <http://www.fsa.go.jp/news/23/sonota/20110930-9/01.pdf>

に係る非課税措置の創設」という要望項目が付け加えられており、これは後者の主張である。

論点の少ない（２）を先に検討しよう。

（１）恒久的施設の定義の見直し

タックスヘイヴンからの投資について日本の源泉課税を及ぼさない、という狭い議論だけ解決できればよいのであれば、所得税法 164 条（付随して 161 条も）の改革よりも、国内法でサーバーPE を恒久的施設の定義から外す方策のほうが、遙かに楽であろう、というメリットがある¹⁹。

無論、狭い視野だけで考えて他とのバランスを顧みないという態度は危険を含むが、サーバーPE 認定問題とバランスが問題となりうるものとして、自動販売機・ゲーム機等恒久的施設として扱われうるものが挙げられる程度であるとすれば、日本においてその程度のバランス論は無視しうるといえる。研究者はどちらかと言うと【規定を整備しろ！】と声を荒げる傾向があるが（勿論そういう議論に意味があることは否定しないが）、立法の費用対効果を考えると、恒久的施設の定義だけを見直す（force of attraction の問題についてはお茶を濁して先送りとする）ということもそれなりに首肯しうる。

その上で、ここから先は損得論であるが、日本の国益に照らしても（４（３）で前述した子会社利用等により実際には全所得主義は機能しないであろうことを前提として）帰属所得主義を前提とすればサーバーPE を認定しても大した税収には繋がらない一方、サーバーPE 課税に伴う compliance cost（法令遵守コスト）のデメリット及び日本が投資対象から外れるデメリットを足しあわせたものの方が、入るかもしれない税収を上回るかもしれない、といった考慮要素を検討することとなろう。

尤も、恒久的施設の定義について議論を始めると、現行法（租税条約を含め）の恒久的施設の定義が今のままでよいか、という具合に話が広がる可能性がある。私個人としてもこの問題についてはかねてから関心を抱いてきた領域である²⁰。しかし、OECD においてモデル租税条約 5 条の見直しの議論が始まっているが、現在までのところ大掛かりな定義見直しは視野に入っていないようである²¹。新しい取引事象について恒久

¹⁹ 日本国内法だけの問題ではなく、OECD モデル租税条約 5 条の PE に当たらない例示の中にも、明示的に「サーバー保有」を含める、そしてそうしたコンセンサスを国際的なものとする、ということが考えられないか、というご指摘を研究会で賜った。

こうした議論を提起することが、真っ当でないとは私は考えない。しかし、議論の【真っ当さ】とは別の観点として、一度 OECD コメントリーにサーバーPE について結論が出てしまっている現状の下で、新たなコンセンサスを形成していくことの【実現可能性】は低い、と私には思える。

²⁰ 例えば、アメリカ法人のアマゾンが、日本において準備的補助的活動しか行っていないため日本に恒久的施設を有しないこととなるのか、といった問題は、恒久的施設の定義のいびつさを如実に表す例であると思われる。

²¹ OECD, Interpretation and Application of Article 5 (Permanent Establishment) of the OECD Model Tax Convention (12 October 2011 to 10 February 2012)
<http://www.oecd.org/dataoecd/23/7/48836726.pdf>

的施設に当たるか否か議論する余地はあっても（例：電子商取引と PE 認定の議論）、既に恒久的施設該当性・非該当性が確立している取引事象について新たに定義を見直すということに対しては、相当の抵抗が生ずるものと予想される（規定の経路依存性の一種といえようか）。もし、大掛かりに恒久的施設の定義を見直す機運が高まるとすれば、所得税法 164 条改革論とセットとなるときであると見込まれ、少ないコストで目前の狭い事象（サーバーPE 問題）だけ解決できればよいという視野からは、考えても詮なきことと位置付けられよう。

（２）帰属所得主義への移行

逆に、これを機会に日本国内法に関する長年の懸案であった全所得主義を変更しよう、という議論をする意義も、ないではない。但し大掛かりな改正にならざるをえず、時間がかかるであろうことは否定しがたい。そしてその際には、1966 年にアメリカが全所得主義（entire income principle）から実質的関連所得主義（effectively connected income principle）に移行したことが参照されるであろう。そこで、次章でアメリカの歴史を参照し、次々章で日本における当てはめを考察する。

6 アメリカにおける全所得主義から実質的関連主義への移行

アメリカの対非居住者外国人課税について拙稿²²で述べたことについて、ここで簡略に紹介したい。

（１）1966 年以前：全所得主義

アメリカの国際租税政策に大きな影響を与えたのは Thomas S. Adams であるとされる²³。Adams の国際租税政策は、第一に国際的な二重課税もしくは無課税による不公平を防ぐこと、第二に事業所得に対する源泉地課税の優位に基づいており、（経済学者であるが）経済的効率性の理論に基づいていたのではない、とされる。Seligman らが源泉地国免税を推奨したのに対し、Adams は、源泉地国課税権が居住地国課税権よりも優先すると考えていた。政府のコストの多くは事業環境の維持に充てられるのであるから、事業者は市場維持のコストを税で負うべきである、ということである。これはアメリカ一国の利害に基づいた発想ではなく、第一次大戦を通じてアメリカが債務国から債権国に転じて、（英国と異なり）アメリカは居住地課税が優先されるべきであるとは主張しなかったところである。

アメリカにおいて source（所得源泉）という概念は 1916 年に現れたとされるが、

²² 浅妻章如「所得源泉の基準、及び net と gross との関係（1～3・完）」法学協会雑誌 121 巻 8 号 1174-1284 頁、9 号 1378-1488 頁、10 号 1507-1606 頁（2004）。

²³ Michael J. Graetz & Michael M. O'Hear, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, 46 Duke L.J. 1021, 1027（1997）。一方 Edwin R.A. Seligman らの League of Nations 1923 report は、しばしば引用されるものの、その後の国際連盟における議論に引き継がれなかったといわれる。

Attorney General（司法長官）が source を決めていた。Adams の下、1921 年から所得源泉が本格的に規定されるようになった。取引ごとに国内源泉所得となるか否かを判定しようとするソース・ルールであり、（ドイツが事業所得という所得分類について帰属所得主義を採るのと異なって）アメリカのソース・ルールの顕著な特徴は、所得分類に依拠するのではなく、取引ごとに所得源泉を判定するという構造を採っていることである²⁴。

所得税導入後、1966 年以前の全所得主義の下において、非居住者は、居住者と同様に、\$3000 を超える FDAP（fixed or determinable annual or periodical：定額定期）所得について normal tax（通常税）が源泉徴収によって課されることとなった。それに加えて、非居住者がアメリカ国内で事業（trade or business）に従事している場合に、1～6%の累進的な surtax（付加税）²⁵が課せられることとなった。1936 年以降、アメリカ国内で事業に従事しているか否かが、課税上の扱いを大きく分けることとなった。アメリカで事業を営んでいない非居住者について、課税所得の定義が源泉徴収の対象となる項目に制限された²⁶。つまり、FDAP（定額定期）所得についてのみ課税され、その課税方法は主に源泉徴収で済まされる。他方、アメリカ国内で事業に従事している非居住者²⁷については、特別な取扱いを定めず、国内源泉所得について非居住者を居住者と同様に扱うという考え方が妥当することとなった。従って、非居住者がアメリカで事業に従事している場合には当該事業に帰属・関連するか否かを問わず、アメリカの国内源泉所得全てが、アメリカ居住者と同様の累進の総合課税の対象となることとなる。なお、これを force of attraction（吸引力・全所得主義）と呼ぶことに批判があることは前述の通りである²⁸。

²⁴ 水野忠恒「国際租税法の基礎的考察」菅野喜八郎・藤田宙靖編『小島和司博士東北大学退職記念 憲法と行政法』731 頁（良書普及会、1987）は、「まずアメリカの所得税制度にはスケジュールが存在しないため、ヨーロッパ諸国やカナダのように所得分類の類型によって源泉管轄を決定することが考えられない。独特の源泉管轄の決定の準則、いわゆるソース・ルールが必要であったのである。」「注目されるのは、事業所得という所得源泉が存在しないことであり、事業活動から生ずる所得の源泉地はその個別の取引の性格によって、人的役務、財産の売買等の源泉として判断される」（769 頁より）と述べる。

²⁵ surtax は非居住者だけに課されるものではない。

²⁶ 1936 年以前、譲渡益についても課税する建前であったが源泉徴収の対象とされていなかったので課税の実効性はなかったところ、1936 年以後、法律上も譲渡益に対する課税を諦めることとなった。ただし、1950 年内国歳入法典 213 条は、譲渡益（net capital gain）に対し源泉徴収で課税することとした。譲渡益非課税が loophole（抜け穴）になっていると認識されたからであった。

²⁷ アメリカで事業に従事しているかの判定基準は、恒久的施設と若干異なるものの、1936 年法の下では事業所（office or place of business）を要件としていた。製造事業を行わずただ配当を受け取るだけの場合、事業所を有するものではない、とされた例がある。Aktiebolaget Separator v. Commissioner, 45 BTA 243 (1941)。1942 年改正で事業所要件が外されたので、非居住者がアメリカで事業に従事しているかの判定は事業所の有無のみによって決まるものではないということになったものの、しかし単にアメリカを訪れるにすぎない visiting businessman 等についてはアメリカで事業に従事していると判断されるわけではないので、要件ではないとはいえ事業所の有無が果たす役割は大きい。

²⁸ 註 10 参照。

(2) 1966 年以後：実質的関連所得主義

しかし、議会は次のような懸念を抱き、1966 年に大改正をすることになる。その懸念とは、第一に、アメリカ国内で事業に従事する外国人が国内源泉資本所得についてまで課税されることが懲罰的であり、その結果、事業利得を国内でなく外国に投資する傾向を生み出してしまっているということである。第二の懸念は、外国の事業者が全営業をアメリカ国内で遂行していても、国外源泉所得とされればアメリカの課税を免れることとなってしまうということである。そこで、議会はこの二つの問題に対し一つの新しい定義を以って対処することとした。それが実質的関連所得²⁹概念である。

従って、1966 年以降の実質的関連所得概念には、二つの側面がある。第一に、アメリカ国内源泉所得に関し、*force of attraction* を緩め³⁰、純額に基づいて累進税率が適用されるという事態を減少させた。第二に、アメリカ国外源泉所得に関し、純額累進税制に取り込んだ。ソース・ルールによって国内源泉所得とされるものが必ずしも課税対象とされるわけではなく、逆に国外源泉所得とされるものが必ずしも課税対象から外されるわけではない、というややこしさがあることは否めないが、ソース・ルールの精緻化だけで源泉地国としての課税対象を画すことには、限界がある、という判断といえよう。

第一の点に関して、アメリカ国内源泉所得のうち、(1) *gross* で定率課税を受けるもの(実質的関連所得でないもの)、(2) *net* で累進税率をかけられるもの(実質的関連所得にあたるもの)、(3) 課税されないもの、があることとなる。ここで(2)の範囲を確認しよう。

譲渡益 (*capital gain*) 及び FDAP (定額定期) 所得に当たらない国内源泉所得は、自動的に実質的関連所得とされる。*force of attraction* と同じ効果が、一般規定として残されているということである³¹ (が、その意義は小さい)。重要なのは国内源泉の譲渡益及び FDAP 所得がいかなる基準で実質的関連所得に当たることとなるかであり、*business-activities test* (事業活動テスト) と *asset-use test* (資産使用テスト) によって、実質的関連所得であるか否かが判定される。*business-activities test* とは、アメリカ国内で事業に従事する非居住者の得る国内源泉の譲渡益又は FDAP 所得が当該事業の積極的遂行 (*active conduct*) に直接由来するとき、実質的関連所得であるとするものである。

²⁹ IRC § 864 (c): Effectively connected income.

立法の第一草案には実質的関連の語がなかったが、第二草案から用いられたこと、そして、この文言は条約に由来することが、述べられている。

³⁰ 完全に廃止したわけではない。註 31 参照。

³¹ Reg. § 1.864-4(b) Example (3)は次のようなものである——電気製品の製造・販売を業とする外国法人が、ほかに、ワインの購入・販売も本店において行っていた。アメリカ国内に電気製品販売のための支店を設置したが、当該支店はワインを扱いはしなかった。本店が扱うワインの幾つかが、アメリカ支店を通さずに、直接アメリカの顧客に届けられることがあった。ワイン販売による所得も国内源泉所得であり、アメリカ支店の関与がなくてもワイン販売による所得は実質的関連所得扱いされる。(簡略紹介終わり)

但し、租税条約が適用される場合、PE に「帰属する」利得しか課税できないので、逆の結果となる (Rev. Rul. 81-78, 1981-1 C.B. 604)、すなわち、アメリカは課税することができない。

asset-use test とは、当該者の当該事業が問題となっている譲渡益又は FDAP 所得の実現を直接もたらしめているわけではないときに適用されるものであり、所得を生み出す資産が事業遂行に使用されていれば或いは使用のために保有されていれば、その資産に由来する所得は実質的関連所得であり、さもなくば実質的関連所得でない、とするものである。

第二の点（国外源泉所得で実質的関連所得に取り込まれる可能性）については、問題の国外源泉所得（配当、利子、使用料等が典型）がアメリカ国内における事業の積極的遂行に由来するのか、ただの投資に由来するのか、が鍵となる。また、国外源泉所得を実質的関連所得扱いするためには、アメリカ国内で事業に従事する非居住者が国内に事務所又はその他の固定事業所（office or other fixed place of business : FPB）を有すること、及び、問題となっている所得が当該 FPB（固定事業所）に帰属（attributable）³² することが、必要である。しかも、FPB 概念は PE（恒久的施設）概念に類似するものとして設計されており、アメリカ国内法の実質的関連所得主義と OECD モデル租税条約の帰属所得主義との差は、相当狭まっている。

7 全所得主義から帰属所得主義への移行の要否と関連する問題

（1）1966 年当時のアメリカと共通する懸念、そして反面教師としてのアメリカ

「懲罰的」とまで表現するかどうかはともかく、全所得主義に基づく課税が、非居住者のアメリカ／日本への投資の阻害要因となりかねないという懸念が、現在の日本におけるサーバー PE 課税問題と共通している。無論、この問題は、1962 年改正で日本の国際租税政策が現在の形になった頃から継続的に存在していたものと推測され、今更騒ぎ立てるものではないという議論もありうるところであるが、究極的には論理のみではなく政策的判断を伴う問題であることは 4（2）及び（3）で論じた通りである。

アメリカ法を参照して分かることは、ソース・ルールと別に実質的関連（OECD モデルに即して言えば恒久的施設への帰属に類似）の判定基準を作るとすると、規定の複雑化は避けられないであろうということである。それよりは、ドイツ法のような帰属所得主義を目指す方向が推奨されよう。これは、ソース・ルールの精緻化ではなく、ソース・ルールの位置付けそのものを変革することである。源泉地国課税の 3 つの関

³² 理念的にややこしくなるが、所得（gross income であれ net income であれ）が支店に帰属するか否かの問題と、支店に帰属する（配賦される）利得は幾らかの問題は、異なる、ということを特記したい。アメリカでは前者の問題について attributable の語を、後者の問題について allocable の語を充てて使い分けられているが、OECD モデル租税条約に関する議論では、前者の問題（7 条 1 項）についても後者の問題（7 条 2 項）についても attribute の語が用いられているので、注意を要する。

或る取引についてアメリカ支店の貢献度が如何に小さくとも、その小ささに応じて少額の利得のみアメリカ支店に帰属させる（配賦させる）、という課税方法も思いつくところであるが、アメリカ法の下では FPB（固定事業所）が所得生産にとって重要な要素（material factor）となっていることも要件となっており、所得が支店に帰属（attribute）するか否かの判定において閾値が設けられている、ということが分かる。アメリカにおいて幾らの利得が配賦されるか（allocable か）について問題となるのは、3 つの閾値（①アメリカ国内で事業に従事しているという閾値、②アメリカ国内に FPB（固定事業所）を有するという閾値、③FPB に所得が帰属するという閾値）をクリアした場合の話である、ということになる。

門として、源泉・閾値・範囲の問題があったところ、恒久的施設の判定及びそこへの帰属を中心とした体系に変革するということである。全所得主義・帰属所得主義どちらにもそれなりに正当な理念があるところ、アメリカの実質的関連所得主義は（帰属所得主義寄りではあるが）中途半端であるがゆえに複雑さをもたらす、という反面教師の側面がある（日本人が批判しても詮なきことではあるが）と思われる。

（２）恒久的施設概念及び恒久的施設なければ課税なしルールへの影響

５（１）で見たような、恒久的施設概念のみの修正という対症的な手法は、立法の費用対効果という観点のメリットがあると思われる。

他方、全所得主義から帰属所得主義への変更は、課税所得の範囲の問題だけを変える、ではとどまらない可能性が高いと思われる。なぜならば、帰属所得主義の下では恒久的施設の認定及びそこへの所得の帰属の判定が源泉地国課税権に与える影響が極端に強くなるので、【恒久的施設概念で源泉地国の課税権を縛る】ということへの抵抗が強くなる可能性があるからである。源泉地国側の考慮としては、帰属所得主義を採る以上、恒久的施設概念を従来の狭さで維持することはできない、という抵抗がありうる。

更に、恒久的施設なければ課税なしルールという閾値への抵抗も強まる可能性がある。OECD モデル租税条約では 17 条の芸能人条項に具体化しているばかりでなく、コメントリーにおけるサービス PE 条項³³のように、実質的に恒久的施設なければ課税なしルールへの例外を設ける機運³⁴へと繋がる可能性も孕む³⁵。

³³ 弁護士・コンサルのようなサービス事業者について、物理的な事業施設がなくとも源泉地国に課税権を認めるべきとするもの。これまで日本が締結した租税条約の中には、日中租税条約 5 条 5 項ほか幾つかの東南アジアとの間で締結した条約の中に実務上「サービス PE 条項」と呼ばれるもの（広義のサービス PE 条項と呼んでおく）が存在しているが、制限的な意味でのサービス PE 条項（サービス提供一般まで含めて広く PE を認定しようとする条項）まで盛り込んだ条約はない（研究会でのご指摘に感謝申し上げます）。仮に日本が新たな租税条約締結交渉の中でサービス PE 条項を受け入れるとすれば、現行日本国内法では、所得税法 164 条 1 項 4 号、161 条 2 号、所得税法施行令 282 条が対応する規定となる。

³⁴ 芸能人条項とサービス PE 条項の関係について、青山慶二講演「OECD と国連のモデル租税条約の比較」租税研究 2010 年 8 月 242 頁参照。

³⁵ この点に関し、全所得主義から帰属所得主義への移行に反対・慎重ということなのか、というご指摘を研究会にて賜った。

私自身の意見については私が過去に書いたものをご覧いただくことになるが、本稿は私見を披瀝する場ではなく、論点整理をする場であると心得ている。そして、私見によらない論点整理のための観察結果としても、「恒久的施設なければ課税なしルール」への抵抗が、OECD の議論に垣間見える（その良し悪しはともかく観察結果として）と思われる。「帰属所得主義への移行」と「恒久的施設なければ課税なしルール」の両立は、理屈の上では当然可能であるが、しかしそれをすると源泉課税管轄がどんどん失われていくことになり、そして今や OECD 加盟国も源泉課税管轄を失う（課税ベースが昔ながらの源泉地国でも先進国でもなく、タックスヘイヴンに消えていってしまっている）ことについて恐怖心を抱いているように見えるので、理屈の上で、可能であっても、日本を含めた OECD 加盟国がそのような政策決定をするだけの踏ん切りをつけられるか、観察結果として懐疑の余地がある。他方、全世界主義から帰属所得主義への移行は既定路線とする世の中の流れもあると見受けられることに、異論はない。つまり、現状は、背反的な政策課題が渦巻いているように観察されるということになる。こうした状況下で、更に立法のコストベネフィットも勘案した上で、日本が帰属所得主義に変えるべきであると財務省の中の人達が考えるかについては、見通しが立てにくい。

先の二段落の内容を言い換えると、帰属所得主義への移行論は【寝た子を起こす】可能性がある。ここでの【子】とは源泉地国課税権であり、【寝た】は源泉地国課税権を抑えこむという政策判断であり、【起こす】とは源泉地国課税権の確保の要請である。

更に、法人所得課税の文脈で国外所得免税の流れが強まる（本稿での検討課題とは外れるが）とすると、居住課税に頼ることはできなくなるので、弱まる居住課税管轄権とは対照的に源泉地国課税権の確保の要請が起き上がってくるかもしれない、という考慮要素もある。

これも結局は、日本への投資の呼びこみという政策判断と、税収確保と、どちらを重視するかというキメの問題であって、理屈だけで決しきれない。が、OECD モデル租税条約における伝統的な【源泉課税管轄を抑えこみ居住課税管轄を優遇する】との発想が弱まりつつある現在の傾向は、無視しがたい。

(3) その他

所得税法施行令 279 条 5 項は、非居住者の日本国内の恒久的施設を通じた国外利子について、外国で課税されていなければ日本が課税し、外国で課税されていたら日本は課税しないというルールを定めている。こうしたルールは、帰属所得主義の下では、外税控除を非居住者の日本国内恒久的施設にも認める方向へ、変わっていくことが予想される。また、費用の配分・配賦に関する設計も問題となると予想されるが、一高論文に譲る。

第3章 外国法人課税に係る帰属主義の採用と具体的論点～各論

一高 龍司

1 はじめに

税制調査会の専門家委員会は、2010年のOECDモデル条約（以下、モデル条約と呼ぶ）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おり、適正な課税を確保するための必要な法整備と併せて検討すべきとしている¹。租税条約上の帰属主義は、それが国内法におけるよりも重課に繋がるような場合を措けば、国内法に優先してきたはずである。そうであれば、ここでは、1) 非条約相手国居住者（法人を含む）に対する課税制度の重要な変更と、2) 条約相手国居住者への課税の仕組みに関する確実性や首尾一貫性の向上が期待されていると解される。

本稿は、このような前提の下で、以下、1) モデル条約 2010年の改正により確立された非居住者に対するOECD承認アプローチ（以下、AOAと称する）の要点を²、簡単な事例に基づき確認した上で、2) 外国法人課税制度の現状と経緯を把握しつつ、3) 帰属主義の国内法化のための制度の素案を下に、法人税法上の論点に若干の検討を加えるものである。また、本稿では金融業は一応検討の対象外とせざるを得ないが、AOAの適用に基本的な違いはない。

2 OECD承認アプローチ

(1) AOAに基づく利得の算定課程

AOAにおいては、移転価格ガイドライン（以下、TPガイドライン）を類推適用して、(1) PEの機能・事実分析を行い、(2) 識別される内部取引に係る独立企業間価格を決定する、という二段階を経て、PEに帰属する利得が決定される³。

敷衍すると、第(1)段階は、概ね、1) 当該企業と第三者間の取引から生じる権利義務の当該PEへの適切な帰属、2) 資産の経済的所有権の帰属に係る重要な人的機能（significant people functions）の識別と、資産の経済的所有権のPEへの帰属、3) リスクの引受けに係る重要な人的機能の識別と、リスクのPEへの帰属、4) PEの他の機能の識別、5) 内部取引の認識と性質決定、そして、6) 資本の帰属（資産とリスクに基づく）、から成る。

¹ 政府税制調査会・専門家委員会「国際課税に関する論点整理」（平成22年11月9日）11頁。

² AOAに関しては、青山慶二「OECDにおける恒久的施設（PE）の帰属利益の算定に関する議論」租税研究678号101頁（2006）、徳永匡子「恒久的施設に帰属する利得—2006年OECD報告書における改訂事項」租税研究691号167頁（2007）、西村閑多「OECDによる恒久的施設（PE）の帰属利得に関するレポートの公表とOECDモデル租税条約第7条（事業所得）に関するコメントの改正について」租税研究693号113頁（2007）、宮本十至子「多国籍銀行企業の恒久的施設課税」税法学560号175頁（2008）、伴忠彦「OECDモデル条約新7条と外国税額控除の制度・執行の見直し」税大ジャーナル16号163頁（2011）、宮武敏夫「OECDモデル条約第7条の2010年改正」租税研究736号246頁（2011）等を参照。

³ OECD, 2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, Part I, para. 10, 22 July 2010. 以下、「2010年報告書」と略記する。

他方、第(2)段階では、1) 内部取引と独立取引との比較可能性の決定、2) 内部取引に最適な方法を適用した独立企業間の報酬の算定、という過程を経て価格付けを行う⁴。

このように、AOA における鍵概念は、リスクと資産に係る「重要な人的機能」である。これが経済的所有権、リスクそして無償資本の帰属先を決め、所得の帰属と測定を左右するからである。ここで重要な人的機能とは、リスクについては、その引受け又は管理に関する能動的な意思決定を要する機能だとされ、その範囲は当該リスクの性質に依存する（2010年報告書・Part I・パラ 22）。他方、資産の経済的所有権の文脈では、その一般的定義は必ずしも明確ではなく、資産の種類に応じて例説があり、リスクに係る重要な人的機能と重なる部分もある。以下、若干の簡単な事例に基づき AOA の要請をより細かく確認する。

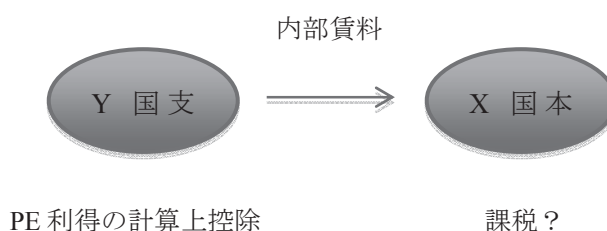
(2) 具体例に基づく検討

ア AOA の適用範囲（有形資産の内部取引の例）

棚卸資産に関し、単純仕入非課税原則は廃止された。補助的・準備的活動であって恒久的施設（PE）に当たらないとされる活動のうち、仕入のみの特別扱いに理由がないと見られている⁵。

他の有形資産に関しては、使用の場所による帰属の判定が、概ね、重要な人的機能に基づく経済的所有権の帰属と合致すると解されている⁶。他方で、これが一致せず、AOA の下で内部取引が認識されれば、PE の所得の計算上、内部賃料の控除が求められる。AOA は、PE に帰属する企業の利得の計算と、それへの課税に係る二重課税や無差別の問題のみ関係する⁷から、例えば建物の内部賃貸借が認識される場合に、モデル条約 6 条（不動産所得）が適用されて、PE 所在地国で新たな不動産所得課税が行われるわけではない。以下この例を基に、AOA の適用範囲について若干指摘する。

<図表 1 建物の内部賃貸借>



⁴ 2010年報告書・Part I・パラ 44。

⁵ See OECD, Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments, Part I, F-G, July 2008. 以下、「2008年報告書」と呼ぶ。なお2008年報告書は、国税庁の翻訳（社団法人日本租税研究協会責任編纂）である『恒久的施設への利得帰属に関する報告書』（日本租税研究協会・2010）を参考にした。

⁶ 2010年報告書・Part I・パラ 75。

⁷ モデル条約7条コメンタリー・パラ 28 参照。同コメンタリーの邦訳は、川端康之監訳『OECDモデル租税条約 2010年版（所得と財産に対するモデル租税条約）簡略版』（2011・日本租税研究協会）を参照した。

第一は、内部取引が無視される場合より PE 帰属の事業所得が内部賃料分だけ減少し、これが本支店間の帳簿どおりであれば、X 国で二重課税救済（国外所得免除又は外国税額控除（FTC））の対象とすべき国外所得又は外国税額が減少しており、これに応じて、X 国側で課税される所得又は納付すべき税額が増加する。かように、AOA は PE の事業所得の計算に限定されない影響を有することになるはずである。

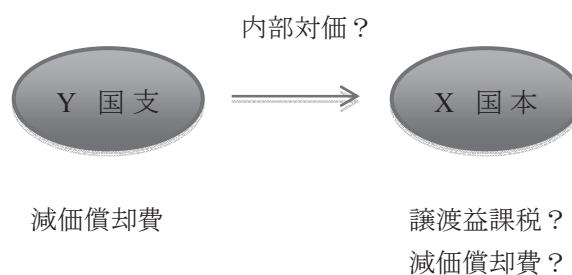
他方、第二に、もし Y 国がこの帳簿上の内部賃料は独立企業間価格を超過するとして PE の税額を増額更正するが、X 国がこれに応じて本店側で減額更正をしなければ、二重課税が残る（逆も同じ）。モデル条約は、PE 所在地国の処分が同条 2 項に合致している限り、X 国に対応的調整を行うことを要求する（7 条 3 項）が（逆も同じ）、2 項の適合性の判断に両締約国で不一致があれば、相互協議に依拠することになる⁸。

もっとも、第三に、AOA は、Y 国と X 国が、その国内法上かかる内部賃料の支払いを現実の支払いと同様に扱い、合意により租税条約上もそのように扱うことを禁止しているわけではない。また逆に、内部取引の認識を一切否定する条約を望む国もあるかもしれない（その場合は費用配賦が重要となる）ことも想定している⁹。

第四に、AOA は、課税標準の具体的な計算構造を国内法に委ねている¹⁰。よって、PE の課税標準を左右する費用等のルールは、モデル条約 7 条、23 条 A/B、24 条等の要請に反しない範囲で、国内法で規定されるべきこととなる。また、例えば、国内法上の損失取引等に係る濫用防止規定の内部取引への適用を排除するものでもない¹¹。

では、原則に戻り、使用が経済的所有権の帰属を決め、例えば減価償却資産の内部譲渡が認識される場合はどうか。

<図表 2 減価償却資産の内部譲渡>



AOA の下では、Y 国 PE は国内法令に従い公正市場価額に基づき減価償却を開始する¹²。AOA は、X 国もこれを認めることを要請する（モデル条約 7 条 3 項）が、X

⁸ モデル条約 7 条コメンタリー・パラ 50-60 参照。

⁹ モデル条約 7 条コメンタリー・パラ 29 参照。そこでは、従前から例えば銀行の本支店間の利子の支払いについては、別法人間の利子の支払いと同様に条約上扱われてきたことが示唆されている。

¹⁰ モデル条約 7 条コメンタリー・パラ 30 参照。

¹¹ 欠損金や税額控除の濫用を防止する国内立法の適用は禁じられておらず、関連企業間取引で国内法上認識されない損失を内部取引では認識するよう強いるものでもない。2010 年報告書・Part I、パラ 9 参照。

¹² 2010 年報告書・Part I、パラ 194-196。同報告書には、ここで当該内部取引の他方当事者に譲渡損益が

国本店側の取扱いには言及しない。無論、ここで X 国本店が減価償却費の計上を続けることは不合理である（ダブル・ディップ）。譲渡益相当の課税の取り戻しを X 国が怠るだけで、課税の空白（ここでは控除の重複）が生じる。

なお、PE の終了時（国外退出等）の扱いは各国で区々であり、今後の課題とされている¹³。

イ AOA の二段階ステップ（無形資産の内部取引の例）

無形資産については、従来コメンタリーでは、(旧) TP ガイドラインの適用の否定を暗示し、無形の権利に関しては、取得等に係る費用を、マークアップなしで、利用に応じて配分することを促していた¹⁴。以下、内部無形資産取引を基に、AOA の第(1)・第(2)ステップについて確認する。

AOA の下では、まず、自社開発の営業無形資産（trade intangibles）に係る重要な人的機能は、開発機能の遂行それ自体ではなく、無形資産の開発に関連する個別リスクとリスクポートフォリオの引受けと管理に関する能動的な意思決定を要する機能である¹⁵。例えば、研究の実施に際しなされるべき検査仕様及び工程の策定、検査によって得られたデータの検討及び評価、意思決定を行う段階の設定、並びに当該プロジェクトに追加資源を割り当てるか又は中止するかについての実際の決定などが含まれる¹⁶。開発に係る主なリスクは開発の失敗に伴う財務上の損失であり、これを支える資本を要することになる¹⁷。無形資産の使用者が経済的所有者であるとは限らない¹⁸。

以上は、外部から取得した営業無形資産についても同様であり、リスクの引受けと管理に関する能動的な意思決定に関する重要な人的機能（例えば、取得された無形資産の評価、必要な事後的開発活動の遂行、当該無形資産の配置に関するリスクの評価と管理）が遂行された場所が重要となる¹⁹。

マーケティング無形資産に関しても、経済的所有権を決定する重要な人的機能は、当該マーケティング無形資産（商号、商標、ブランド等）のリスクの当初の引受けと事後の管理に関わる機能となる。例えば、ブランド戦略の設定及び管理、商標及

認識されるかどうかについて言及するところがない。PE 自体の利得に関係ないので、認識は要請されないが、国内法上かかる認識を行うことを禁ずものでもないと考えられる。モデル条約 7 条コメンタリー・パラ 28、29、同 13 条コメンタリー・パラ 10 参照。

¹³ 2010 年報告書・Part I・パラ 222-223。米国では、米国内での営業又は事業で使用されていた財産の使用停止（国外退出等）があった場合でも、停止後 10 年以内に処分された場合は、その譲渡益の全額を実質関連所得として課税するルールを 1986 年の改正（IRC § 864(C)(7)）で導入済みである。Lawrence Lokken, *Income Effectively Connected with U.S. Trade of Business: A Survey and Appraisal*, 86 *Taxes* 57, 67 (2008)。

¹⁴ 2008 年報告書・Part I・パラ 107-108。実質関連所得主義については、本報告書・浅妻論文参照。

¹⁵ 2010 年報告書・Part I・パラ 85-87。

¹⁶ 2010 年報告書・Part I・パラ 88。

¹⁷ 2010 年報告書・Part I・パラ 89。

¹⁸ 2010 年報告書・Part I・パラ 90。

¹⁹ 2010 年報告書・Part I・パラ 92-95。

び商号の保護、並びに当該無形資産の維持に関する機能が含まれる²⁰。

第(2)の段階については、基本的に TP ガイドライン第 6 章の指針に従う。無形資産の開発に係る役務については、同第 7 章が関係する。また、PE と同一法人の他の場所とが共同で開発した無形資産については、費用分担取極に対する指針（同 8 章）に依拠すべきとされる。

独立企業間において無形資産の所有者に報酬を与える方法は明示的な使用料の支払いに限定されず、(残余)利益分割によることもあり、PE についても同様に適切に報酬が与えられている限り、別途内部使用料を認識する必要はない²¹。無形資産は複数の場所（PE を含む）で同時に利用されることもありうる場合、そのような場合は、その利用の権利の譲渡を認識すべき場合もあれば、使用許諾を認識すべき場合もある²²。

なお、無形資産の創造、開発又は維持に関する費用の認識問題もあるが、2010 年報告書に踏み込んだ考察は見られない²³。

ウ 補助的活動の扱い（内部役務提供取引）

上述の単純仕入非課税原則の廃止に関する 2008 年報告書の言及からすると、PE 認定の外に置かれてきた補助的準備的な活動も、AOA の下では役務提供取引等として認識されることが前提と解される。

2010 年報告書によれば、役務提供取引は基本的に TP ガイドライン第 7 章の指針に従う。独立価格比準法や原価加算法等が一般に有用である場合が少なくないが、増加税収と執行コストの比較から、費用配分のみを課税当局が求める実務も看過されるべきではない²⁴とされる。

エ 内部取引と親子間取引の相違点（内部財務取引等）

100%の親子会社間では、親会社の高い信用力が子会社の債務に係る黙示的な保証となり、それだけ子会社の信用力を高めるものの、別途明示的な親会社による保証役務に関し当該子会社に対価を支払うことも、当該子会社の信用力を追加的に増加する限りで正当化されうる²⁵。

²⁰ 2010 年報告書・Part I・パラ 97。

²¹ 2010 年報告書・Part I・パラ 204、206。

²² 2010 年報告書・Part I・パラ 207-210。

²³ 2010 年報告書・Part I・パラ 202。

²⁴ 2010 年報告書・Part I・パラ 216-220 参照。TP ガイドライン 7.37 も参照。同ガイドラインの 7 章では、1) グループ内役務の提供の有無（認識問題）、2) 対価の決定、の問題を扱う。認識問題については、当該活動が、独立企業によって行われる場合に比較可能な状況にある独立企業がその活動に対して進んで対価を支払うか、又は自分自身のために自らその活動を行うか、が検討される（TP ガイドライン・パラ 7.6）。株主活動はこの意味で通常認識されない（同・パラ 7.9）。例えば、リスクの低い受託製造は役務に含まれ、原価基準法が適切となりうる（同・パラ 7.40）。受託研究についても、それが受託会社の熟練した人材を要する活動であるとしても、財務上のリスクから隔離され、かつ、研究から派生する無形資産も委託元の会社に帰属する（その利用に係るリスクを受託会社は負担しない）ような場合は、原価基準法が適切となりうる（同・パラ 7.41）。

²⁵ TP ガイドライン 7.13 参照。親会社による子会社への明示的な保証役務と、子会社の保証料支払いは無意味であり、当該支払いの全額を損金算入を否認すべきとしたカナダの当局の処分はカナダ連邦控訴裁

オ 内部取引の認識基準

内部取引の認識基準は、第一に、文書化された潜在的内部取引が、「真実のかつ識別可能な事象 (real and identifiable event) に関連している」かどうかである（例えば、棚卸資産の物理的移転、役務の提供、無形資産の使用、資本資産の使用の場所の変動、金融資産の移転等）³¹。認識の判断に際しては、PE の会計記録と内部文書が出発点となるものの、機能・事実分析が決定因である。機能・事実分析を使って、かかる事象が生じ、かつ、第二に、経済的に重要性のある内部取引（経済的に重要なリスク・責任・便益の移転の有無の判断を伴う）として計上されるべきかどうか判断されねばならない³²。

AOA の内部取引の認識は、7条の帰属の問題を扱うための前提に過ぎず³³、源泉徴収等への拡張は想定外である³⁴。また、内部取引に「契約条件」は存せず、TP ガイドラインの類推適用に際しては、内部取引に係る文書化が重要となる（但し、TP ガイドライン自体、連絡、行動、経済原則等も斟酌する）。当該企業の主張する内部取引の否認や構成のやり直しの余地が、移転価格におけるよりも広がりうることも指摘されている³⁵。但し、移転価格における文書化よりも重い文書化の要件を課すことは意図されていない³⁶。

総じて、経済的に重要なリスク・責任・便益の移転に係る内部取引を証明する会計記録と同時的文書が、利得の帰属の目的上、有用な出発点となる。課税当局は、見せかけの内部取引に対しては、TP ガイドラインを参照しつつ対処することになる³⁷。

(3) 代理人 PE への利得の帰属

まず、従属的代理人企業 (dependent agent enterprise) と、非居住企業の従属的代理人 PE (dependent agent PE) とを区別し、前者に対する報酬はモデル条約 9 条の問題であり、当該報酬は同時に PE の利得の計算上控除されうるという関係が前提になる³⁸。AOA に基づき、従属的代理人企業が当該非居住企業のために遂行する機能（重要な人的機能等）の分析から、資産、リスク及び無償資本を従属的代理人 PE に割り当てるのであるが、実際には従属的代理人企業はその性質上、重要な人的機能を果たし得ず、そうであれば資産・リスク・無償資本は当該 PE に割り当てられず、その結果、当該 PE に帰属する利得も無視しうる程度になる可能性がある³⁹。

³¹ 2010 年報告書・Part I・パラ 177。

³² 2010 年報告書・Part I・パラ 177-178。

³³ 2010 年報告書・Part I・パラ 173。

³⁴ 2010 年報告書・Part I・パラ 203 参照。

³⁵ 2010 年報告書・Part I・パラ 175-176。

³⁶ モデル条約 7 条コメンタリー・パラ 26。

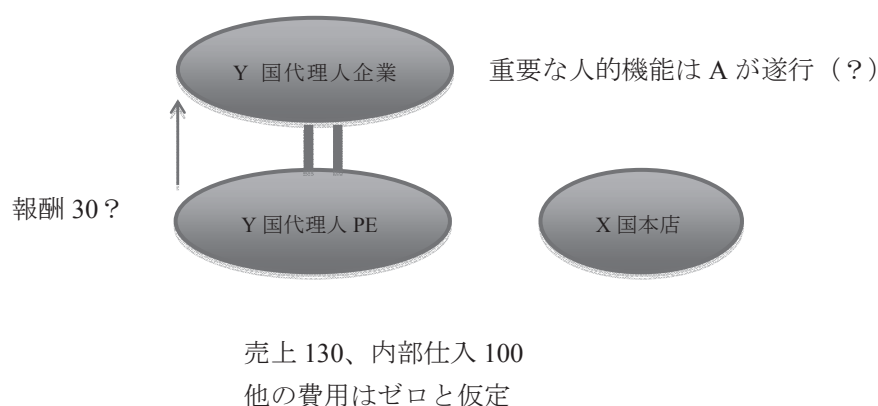
³⁷ 2010 年報告書・Part I・パラ 181-182。TP ガイドライン・パラ 1.48-1.54、1.64-1.69 参照。

³⁸ 2010 年報告書・Part I・パラ 230、234。

³⁹ 2010 年報告書・Part I・パラ 233-234。

このような帰結が正しければ、いわゆる単一納税者アプローチ（従属代理人企業への報酬の支払後は従属的代理人 PE に利得は残らないと見る）に接近する。だが、例えば、販売の代理において、在庫リスクや信用リスクを負担するのは非居住企業（本人）であって、従属的代理人企業ではない。単一納税者アプローチは、かかるリスクが従属的代理人 PE に帰属することにはあり得ないと考えるが、AOA は、従属的代理人企業がかかるリスクの引受けと後の管理に関する重要な人的機能を遂行する限りにおいて（のみ）、かかるリスクは従属的代理人 PE に帰属すると考える⁴⁰。

<図表 4 従属的代理人企業と同 PE>



2010 年報告書は、単一納税者アプローチの理論的欠点として、1) リスクが非居住企業に負担される場合にそれが当該企業の PE に帰属することを初めから認めず、源泉地課税を完全に否定する、2) 従属的代理人 PE と他の PE とで異なる取り扱いを認めることになる、3) モデル条約 5 条 5 項が無駄な条文になってしまう、という三点を指摘する⁴¹。

私見では、現実には、1) 重要な人的機能を遂行しながら、モデル条約 5 条 5 項・6 項の下でなお従属的代理人 PE としての性質を当該従属的代理人企業が維持できる場合があるのか、また、2) 従属的代理人企業に支払う報酬（PE の計算上控除される）が、かかる重要な人的機能に見合わぬ低額の場合でも移転価格課税を受けず控除が許容される場合があるのか、という事実の問題となろう。AOA の枠組みの下では、重要な利得の帰属する従属的代理人 PE というのは矛盾であろう。

（４）課税所得の計算と外国税額控除

2010 年報告書には費用配賦に関する検討は殆ど存しない。AOA は、課税権の配分のための利得の帰属を扱っているのもであって、課税所得の具体的な算定は国内法に委ね

⁴⁰ 2010 年報告書・Part I・パラ 235。

⁴¹ 2010 年報告書・Part I・パラ 236-239。

ている。よって、内部取引が認識されれば、PE の利得の計算上費用の全部若しくは一部又は独立企業間の対価を控除することが求められるが⁴²、両締約国の国内法上の所得の認識や費用控除に関するルールが相違し、課税所得の金額に不一致が生じても、モデル条約 7 条 3 項で解消されるべき二重課税であるとは考えられていない⁴³。

もともと、AOA の下で PE の利得を算定するための内部取引の認識を無視する国内法や、モデル条約 24 条 3 項の無差別の要請と抵触する取り扱い（例えば、一方締約国の企業に許容される経費控除を同様の活動を行う他方締約国の企業の PE には許容しない）は、禁じられる⁴⁴。

また、外国法人の PE に帰属する利得に国外所得が含まれ、当該国外所得に第三国が法人税を課するなら、当該 PE に対しても内国法人企業と同様に FTC を認めるのが正当となる⁴⁵。

（5）小括

AOA の仕組みと議論から、これと整合的な国内法の修正のための具体的な課題に含まれるものとして、1) 吸引力原則の排除、2) 内部取引に係る独立企業原則の類推適用、3) 文書保存の強化、4) 無差別取扱い原則の要請にかなった二重課税排除措置の精査、そして、これらの要請と整合的な、5) 課税標準の具体的計算ルール（費用配賦）の整備、が浮かんでくる。

3 帰属主義の国内法化に伴う具体的論点

（1）法人税における総合課税

法人税では、各種の国内源泉所得を、1) 総合（通算）し、2) 必要経費等を控除して、3) 法人税率を適用して課税する。他方、所得税の源泉分離課税では、これらの否定と、一定の源泉徴収税率の適用を意味する。法人の納税者にとっていずれが有利かは一概に言えない。無論、吸引力が働く場合は納税コストの上昇の問題もある。

（2）AOA の下での租税回避

AOA に従った帰属主義の下では、実は収益の獲得に PE の重要な人的機能が貢献しているのに、これを PE に帰属しないように形式のみ整える場合にどう対処するかという租税回避一般の問題が生じうる。これには機能・事実分析を慎重に行うことで対処することになる。なお、米国と同様の限定された吸引力（FDAP 所得と譲渡所得以外）を維持すれば、条約上の帰属主義との重要な乖離を残すことになる。ECI のこの部分に

⁴² モデル条約 7 条コメンタリー・パラ 40。

⁴³ モデル条約 7 条コメンタリー・パラ 66。

⁴⁴ モデル条約 7 条コメンタリー・パラ 34。

⁴⁵ モデル条約 24 条コメンタリー・パラ 67。

対しては、批判や条約上の帰属主義に合わせる旨の提案が目立つ⁴⁶。

総合主義の下では、自国の課税を及ぼすには国内源泉所得という性質を得る必要がある。そこで、現行法は、例えばたな卸資産の譲渡による所得につき譲渡地に源泉地を割り当てるルールの下で、譲渡地をかなり広く定めている（法税令 176 条 4 項）。実質的に 1 号 PE が当該譲渡の基因となる契約の締結に向けて重要な役割を果たしているのに、形式上契約が在外本店でなされるといった課税逃れへ対処することが意図されている（同項 3 号参照）⁴⁷。他方、AOA の下では、重要な人的機能の要件事実として、かかる重要な役割が記述され、同様に PE に帰属する所得として法人税を課することになろう。

（3）素案

帰属主義/AOA の国内法化の具体的かつ基礎的な検討を目的として、本稿は、法税 138 条と 141 条との二本立てとする仕組みを維持しつつ、法税 141 条を改正する素案を使用する（図表 5 参照）。

他方で、国外所得の取り込みは、法税令 176 条 5 項を改正して法律化することを想定する。この基本設計の下で、現在の法税令 176 条・188 条等を大幅に見直し（一部は立法化し）、AOA を取り入れた改正を行うという方向が効率的であるように思われる。

なお、現行法上の 1 号 PE と 2/3 号 PE との課税範囲の違いについては、1 号 PE に対する総合主義が前提にあり、これと同じ扱いをするには、2 号 PE は時間的に固定の程度が劣り、また 3 号 PE は代理の範囲に限定があることが考慮されている⁴⁸。よって、1 号 PE に帰属主義を用いて総合課税するのであれば、2/3 号 PE を異なる枠組みで課税すべきとする根拠は見いだしがたい。むしろ、源泉徴収のある投資収益は、PE の事業に帰せられるのでない限り、総合課税（法人税課税）しないという方向を基本にすべきと考える。

⁴⁶ See Lokken, *supra* note 13, at 73. See also American Law Institute, Federal Income Tax Project, International Aspects of United States Income Taxation, Proposals on United States Taxation of Foreign Persons and of the Foreign Income of United States Persons, 79, n. 136, and 90-92 (1987).

⁴⁷ 福山博隆「外国法人及び非居住者の課税その他国際的な側面に関する税制の改正」税経通信 17 巻 6 号 101 頁 (1962)、112 頁。

⁴⁸ 田口勝彦「非居住者、外国法人課税の改正の概要」税経通信 20 巻 7 号 230 頁 (1965)、236 頁。

<図表 5 法税 141 条等改正素案>

	1号/2号/3号 PE		4号 (PE なし)	源泉徴収	
	PE 事業帰属	同帰属なし	—	—	
国内源泉所得 (法税 138 条)			—	—	
事業所得 (1号)		(D)			
資産の運用保有所得 (1号)		(A)	(A)		
資産の譲渡による所得 (1号)				不動産等	
その他政令所得 (1号)					
人的役務提供事業 (2号)		(B)	(B)		
不動産貸付等収益 (3号)		(C)	(C)		
利子等収益 (4号)					
配当等収益 (5号)					
貸付金利子等収益 (6号)					
使用料・無形資産譲渡益 (7号)					
広告宣伝賞金 (8号)					
生保年金等 (9号)					
所定金融商品に係る利益等 (所 税 174 条 3~8 号) (10号)					
匿名組合契約の利益 (11号)					

(4) AOA/帰属主義導入に係る各論

ア 広範な 1号所得 (事業以外)

図表 5 中の(A)には種々の資産性所得等が含まれ、これにも帰属主義を拡張する仕組みも一案であるが、源泉徴収の要否など項目毎に詳細な検討を要する⁴⁹。PE のない外国法人の法人税課税 (法税 141 条 4 号イ) に合わせるのが基本であり、その場合は、国内資産譲渡所得への課税が不動産 (化体株式) 譲渡益、内国法人株式譲渡益 (事業譲渡類似のみ) 及び国内山林所得に限定され、これに PE 帰属資産譲渡益を合わせれば、わが国の近時の租税条約の傾向にも近づく⁵⁰。法税 138 条は包括的であるが限定列挙であり、そこにもし漏れがあれば法税令 178 条 (PE の有無を問わない。同 187 条 1 項 6 号) で対応することが想定されている⁵¹。現在、4 項目のほかキャッチオール的に、「国内において行う業務又は国内にある資産に関し供与を受ける経済的な利益に係る所得」(同条 5 項) もある。モデル条約上のその他所得に係る帰属 (又

⁴⁹ 例えば、国内事業に係る営業権 (法税令 177 条 12 号) は、そもそも通例 PE に帰属する資産であろう。

⁵⁰ 赤松晃『国際課税の理論と実務—グローバル・エコノミーと租税法』第三版 (税務研究会出版局・2011) 172 頁参照。

⁵¹ 田口・前掲注 48、232 頁。

は実質関連)主義(21条2項)に倣うのが一案である⁵²。

イ 人的役務提供事業の対価

昭和37年度改正で、外国法人の人的役務提供事業(それが主たる事業である場合に限る)の対価に関しては、当該外国法人が当該事業に係る所得(所定の項目の経費控除後)と非居住者たる芸能人等に対する給与の額を記載した申告書を当該対価を受ける前に支払者を通じて提出したときは、支払者は、当該所得と当該給与の額の両方について当該支払時に所得税の源泉分離課税(20%)をする制度が採用された⁵³。しかしこのような申告書の提出は殆どなされず(その場合は対価の全額に20%源泉分離課税)、また、源泉徴収を受けない場合(例えば、不特定多数の観客から直接対価を受ける場合)は所得税の申告納税を外国法人に要求するなど変則的で、上手く機能しなかった⁵⁴。そこで昭和40年度改正で現行制度と同じ仕組み(源泉徴収+PEなしでも法人税課税)が導入された。

その際、これらの問題に加え、租税条約上事業所得とされ、かつ、みなしPEの方式で課税される条約が増えつつあることが指摘されていた。事業所得課税されるなら一般的な経費控除がなされるべきであり、総合課税に馴染むと考えられた⁵⁵。もっとも、みなしPE課税は、現在は、対アイルランド、デンマーク、ブラジルとの各条約に限定されている。

これらを斟酌すれば、国内法上の事業所得課税が帰属主義になれば、図表5の(B)についても法人税は非課税(所得税のみ)とする扱いも考えられるが、経費控除の必要性が認められてきた経緯を踏まえると法人税の対象として残す理由もある。

ウ 船舶・航空機貸付けと国際運輸

法人税法上、国際運輸(定期用船契約を含む(法基通20-1-15))に係る所得は、事業所得の一類型として、船積み等の場所が源泉地を左右し(法税令176条1項4号)、裸用船(機)契約は、法税138条3号(債務者主義)に含まれる。モデル条約は、船舶・航空機を不動産の定義から除外し(6条2項)、船舶・航空機の国際運輸については管理支配地における排他的課税を定め(8条)、定期用船(機)契約等をこれに含める一方で、裸用船(機)契約は、企業の利得(7条)に含めている⁵⁶。我が国の条約例も、同様の不動産の定義からの除外と、国際運輸には居住地国のみで課税する相互主義を採用し(米国等7カ国の法人には国際運輸業所得の相互免除に関する

⁵² 条約上のその他所得でPEと実質的に関連するものを事業所得に含める条約例(対米・英・インド・カナダ等)も少なくない。なお、法人税法上、国内の農業所得は国内事業所得に該当しよう(法税138条1号)が、国内にある山林の譲渡による所得は、基本的に国内にある資産の譲渡による所得に含まれると解される(法税令177条14号・187条1項2号)。モデル条約6条1項に倣い農業所得・林業所得を明示的に不動産所得に含める条約も存する(例、日米条約)が、一般的ではない。

⁵³ 福山・前掲注47、121-122頁、田口・前掲注48、237-239頁参照。

⁵⁴ 田口・前掲注48、238頁。

⁵⁵ 同上参照。

⁵⁶ モデル条約8条コメンタリー・パラ5。

法律の適用もある)、裸用船(機)契約に係る賃料のみ、事業所得、使用料等⁵⁷の規定に基づき処理するものと解される。

かような制度の状況から、裸用船(機)契約に係る賃料に対する経費控除後の純額課税は首肯しうるが、法人税法の帰属主義の導入後に、債務者主義で総合課税することが正当化しうるかは議論の余地がある。昭和40年度改正前は1号の資産の運用又は保有による所得として総合課税のみであったが徴税の実があがらず、その対価が定期定額的で源泉徴収に馴染むこと、不動産所得(所税26条)の範囲に含まれることなどが考慮されて今の位置になっている⁵⁸。条約上は通例不動産の定義から除外していることを考えれば、図表5の(C)において、船舶・航空機の貸付を1号の事業所得(帰属主義)に組み替える(不動産ほどの結びつきは元来ない)か、又は源泉徴収の対象として徴税を確保しつつ、法人税法上は帰属主義とすることも検討に値する。

(5) 帰属する所得の範囲に関する基準

ア 利子、配当、使用料等の帰属

昭和37年度改正の立案当局者は、現行の法税138条2号以下の各号の所得類型に該当する所得については、当該各号で源泉地を判断するのみで、これが敗者復活的に1号の事業又は資産所得になることはないものと考えていた⁵⁹。その理由としては、利子、配当等に関しソース・ルールが国際的に統一されてきており、これを事業所得として課税すると国際的三重課税が生じ、FTCでは上手く解決できないことを挙げていた⁶⁰。現在では、1号PEに関し法税令176条5項が存すること、モデル条約でもPEに帰属する利子、配当等に事業所得条項を適用していることを考えると、この理由付けは説得的ではないものの、本稿も現行法についてこの見方に拠る。

もっとも、本素案は、1号PEと2号・3号PEとで取扱いに区別を設けず、また、「金銭の貸付け、投資その他これらに準ずる行為により生ずる所得」に限定せず、AOAの下でPEを通じて行う事業に帰すべき法税138条4号以下の所得区分に係る国内源泉所得と国外源泉所得の両方を、法人税の総合課税の対象にする。この目的上、1) 国内源泉所得のうちPEに帰属する部分の要件化、及び、2) 国外源泉所得のうちPEに帰属する部分の要件化、が求められる。1)は、租税条約においてのみならず、同条4号以下の国内源泉所得の帰属につき既に2号・3号PEでわが国も経験を有する

⁵⁷ 明示的に使用料に含める例として、対マレーシア条約12条3項がある。ここでの問題点につき、一高龍司「国際的三重課税の発生態様と外国子会社配当益金不算入制度」水野武夫先生古稀記念論文集『行政と国民の権利』669頁(法律文化社・2011)、682頁参照。

⁵⁸ 田口・前掲注48、233-234頁。

⁵⁹ 福山・前掲注47、101-102、105、108頁。

⁶⁰ 福山・前掲注47、108頁。これは典型的な三角状況の問題である。参照、矢内一好『租税条約の論点』(中央経済社・1997)第5章、占部裕典「トライアングラー・ケースにおける国際的利子課税」同『租税法の解釈と立法政策II』(信山社・2002)1頁(初出1998)。

から、これを活かしつつ、AOA をベースに 1 号にも応用することができよう。2) は、帰属主義を採用する租税条約⁶¹の相手国居住者との関係でも、課税実務は重課を避けて国内法の効果を維持してきたものと推測する。とはいえ AOA に依拠する限り帰属部分を判定する過程に 1) と違いはないから、1) と同様に、国内法上も、AOA と整合的な要件を目指すことになろう⁶²。2) は、法税令 176 条 5 項に代わる法律の制定を通じて行うのが望ましいと考える（この点は、上記図表 5 の範囲外である）。

イ たな卸資産の（製造）譲渡その他の事業

AOA に従う以上、仕入を非課税とするルールは廃止される（法税令 176 条 1 項 1 号・2 項）。

法税令 176 条 1 項の他の事業については、列举の 4 業種（建設等、国際運輸、保険、広告）のうち、広告業（その性質上国内で課税される状況は今でも少ないであろう⁶³）と国際運輸を除けば、ソース・ルールの段階で、事業への帰属の範囲をかなりの程度判定しているように読める。このことは、たな卸資産の製造譲渡益その他あらゆる事業の所得についても同様である（同条 1 項 2 号・7 号）。これらのルールの下で国内源泉所得とされる金額が、概ね事業に帰属する所得を反映しているとすれば、当該事業が PE を通じたものである限り、国内源泉所得だが PE に係る事業に帰属しない又は国外源泉所得だが PE に係る事業に帰属する所得というのが生じにくい。一つの極は、昭和 37 年度改正直後に戻って「事業」を、PE を国内に有して行う事業等と記述し直すことである⁶⁴。その場合は、たな卸資産譲渡益に係るソース・ルールも同様に記述し直されるべきであろう。

国内法の代理人 PE の定義は OECD よりも広めであるが、もし AOA を反映する帰属主義を国内法化するのであれば、代理人 PE の帰属する所得の範囲についても AOA と矛盾しないものとすべきであろう。

ウ 内部取引の認識

現行法上、たな卸資産の（製造）譲渡益は、「その法人が」国内又は国外で譲渡をする⁶⁵ことにより生ずる所得であるから、課税時期は法人の外部取引時（実現時）で

⁶¹ 参照、モデル条約 10 条 4 項、11 条 4 項、12 条 3 項、21 条 2 項。

⁶² モデル条約 11 条コメンタリー・パラ 25.1 参照。米国法上は、1) については資産テストと事業活動テストが、2) については事業の固定的場所への帰属が、それぞれ判定基準となる（IRC § 864(c)(2)）。本報告書・浅妻論文参照。

⁶³ 福山・前掲注 47、110-111 頁参照。

⁶⁴ 旧法税 1 条 8 項参照。昭和 40 年度改正で事業と PE を切り離した際に、旧法の同項の定め方は、「ある所得が恒久的施設を有して行う事業に帰せられるか否かを判定するためには便利」だが、「課税要件と課税物件が相互によりかかり合っているので、両者の区別が明確とならず、理解し難いばかりでなく、誤解を招く虞れがあった」と説明されている。田口・前掲注 48、236 頁。なお、ドイツでは、事業所の所在地を事業所得のソース・ルールとし、その事業所得の範囲を当該事業所に帰属するすべての所得とする帰属主義が採用されてきた。谷口勢津夫「外国企業課税に関する帰属主義と全所得主義(1)」税法学 389 号 1 頁（1983）。米国でも、国内に事業を行う固定的場所を有する外国法人等に関しては、動産（たな卸資産を含む）の販売に係る所得で当該固定的場所に帰属するものは、他のソース・ルールにかかわらず国内源泉所得とされる特則がある（IRC § 865(e)(2) and (g)）。

⁶⁵ 譲渡地については、1) たな卸資産の引渡直前の所在地又は事業上の管理地、2) 契約締結地、又は 3)

ある。文理上これらは他の業種の事業所得についても当てはまる（法税令 176 条 1 項・2 項）。同一法人内の国境を越える事業間でなされる「広告、宣伝、情報の提供、市場調査、基礎的研究その他当該事業の遂行にとって補助的な機能を有する行為」（以下、「補助的行為」と言う）と「金銭、工業所有権その他の資産を・・・事業の用に供する行為」からは、所得は生じない（同条 3 項）。これらも費用配賦のみを要求する規定である⁶⁶。

AOA に従う限り、これらの先決的ルールも見直しが必要になるが、AOA の下でも内部利子はむしろ原則非認識に近いであろうし、役務提供は実務上費用配賦で足りる範囲もかなり残っている。のみならず、上述のとおり信用度その他の認知的要素は少なからずその帰属が法人内で均一とされる。内部利子は銀行等では認識されてきたものであるから⁶⁷、AOA はこの認識を、業種を問わず機能又は取引を単位として客観的に行うべく変更を加えたものと理解される。そうであれば、原則として従来どおり内部利子等や補助的行為は費用配賦の問題としておいて、所得が発生するのは、主たる事業に匹敵する重要な人的機能の遂行がある場合等に限定するのも一案である。

また、AOA の下では、課税時期についても国内法次第と解される。これまで、外国法人による国内製造・国外譲渡の場合でも、譲渡による実現時を待って、製造 PE に係る所得に課税してきたとすれば、AOA の下でも、製造譲渡益につき同様に法人としての実現時を PE への課税時期とすることも不可能ではない。PE 無差別の要請に照らし、内国法人の国内工場製造（又は仕入）・国外支店譲渡の場合には輸出時（外部譲渡前）の年度に課税しないのであれば、同様の活動を行う PE の場合のみ輸出時に課税することには問題があるとも言える。

エ 費用の帰属

（ア）適用ルールの選択

法人税法上、各種の国内源泉所得を総合し、「国内源泉所得に係る所得の金額」（法税 141 条・142 条）として課税する際には、内国法人に適用される通常の計算ルールに準じ、諸費用等の控除が可能である（法税 142 条）⁶⁸。かかるルールの適用の有無又は範囲については、販売費及び一般管理費等の費用に関するルールを含めて 20 の個別の定めが存する（法税令 188 条）。

例えば、売上原価は、国内にあるたな卸資産に限って、通常の計算ルールである法税 29 条に準じて計算される（法税令 188 条 1 項 3 号）。よって、仮に日本に

契約のための注文取得、協議等の行為の重要な遂行地、のいずれかが国内にあるか否かで判定される（法税令 176 条 4 項）。2）及び 3）については、代理人等による行為を含むとされる（法基通 20-1-8）。

⁶⁶ 福山・前掲注 47、111 頁参照。

⁶⁷ 赤松・前掲注 50、69-70 頁参照。

⁶⁸ 外国法人にも確定決算基準主義は妥当する。東京高判昭和 54 年 3 月 14 日行集 35 卷 3 号 231 頁参照。また、法基通 20-3-1 参照。申告書を提出する際には、内国法人の場合と同様の手続上の要件が課されている（法税 145 条・146 条）。

PEを有するA国法人が、日本で締結された契約に基づき、B国の顧客にB国に存するたな卸資産を販売すれば、日本の国内源泉所得が生じる（法税令176条4項）一方で、法税29条の適用はない。とはいえ売上原価の計上が否定されるわけではなく、例えばB国の公正妥当なルールに準じて計算されると解されている⁶⁹。但し、B国は、特にPEが契約締結に関与していない場合、当該所得がB国源泉であると見る可能性がある。

この単純な例の含意を述べる。第一に、法税令188条はその性格と指示が不明瞭である。通常の計算ルールに従い計算するための基準を自己完結的には提供しておらず、部分的に外国法等の基準に黙示的に拠っている⁷⁰。第二に、法人税法の事業所得の定めは、帰属主義を採用する国の課税との衝突が生じやすい。FTCにおける柔軟な問題解決（法税令142条4項⁷¹）は、外国法人課税には見られない。二重課税の排除は居住地国（A国）の一義的な責務の下にあるが、恒常的な二重課税発生原因を除去することは、国際調和の観点から支持できる。第三に、日本が源泉地国管轄を主張する特定の項目の収益に直接対応する原価の計算に日本のルールの適用を排除するというの一貫性を欠く。

（イ）費用配賦基準

販売費及び一般管理費その他の費用（法税22条3項2号）は、「国内源泉所得に係る収入金額若しくは経費又は固定資産の価額その他の合理的な基準」により、国内業務に配分される（法税令188条1項）。通達は、国内業務とは、国内源泉所得を生ずべき業務であることを暗示する（法基通20-3-4）。例えば、国外事業のための補助的行為に伴う費用は、それが国内源泉所得を生じない行為であるが故に国内業務に配分され得ない（法基通20-3-4）⁷²。

費目ごとの配分が困難である場合は、実務上、FTC制度における通達上の取扱いに準じることとされる（法基通20-3-5）。これを準用すれば、原則として、共通費用（負債利子を除く）の額を一括して売上総利益の額（利子、配当等及び使用料は収入金額）で按分する（共通費用×国内業務売上総利益/全売上総利益）。売上総利益ベースの按分が業務の内容等に適合しないときは、所轄税務署長の確認を受けて、収入金額、直接経費の額、資産の価額、使用人の数その他の基準のうち、その業務の内容等に適合する基準により計算することができる（法基通16-3-14）。これには特例もある⁷³。なお、研究開発活動に係る費用に関する具体的配分ルール

⁶⁹ 小松芳明『国際租税法講義（増補版）』（税務経理協会・1998）、94-96頁参照。

⁷⁰ 立案当局者も、条理に従い通常の計算ルールを適宜修正して読むことが期待されているという。田口・前掲注48、241頁。

⁷¹ たな卸資産に関し、1) 国外事業所等を通じた販売の場合のみ国外譲渡とされ、かかる販売以外でも、2) 実際に課された外国法人税があれば国外譲渡扱いの選択が許容される。

⁷² 外国法人は、その本店等から国内業務に配分された損金につき、所轄税務署長の指示があれば、証拠書類の提示その他合理的な方法により証明することが要求される（法基通20-3-11）。

⁷³ 法人（金融・保険業を除く）の国外業務に係る収入金額の全部又は大部分が利子、配当等又は使用料であり、かつ所得の金額のうち国外所得金額の占める割合が低いなどのため課税上弊害がないと認め

は見つからない⁷⁴。

負債の利子については、(1) 国内事業所等における国内業務のために直接関連した負債の利子（直接利子）は、当該国内業務に係る国内源泉所得の計算に取り込まれるが、(2) これ以外の利子（共通利子）は、大雑把に言えば、(a) 卸売業・製造業は、国内業務に係る資産/全資産、(b) 銀行業は、国内源泉所得の源泉となる金融資産/（負債＋自己資本－固定資産）、(c) その他の事業は、(a) 又は (b) に準ずる配賦基準、によって、国内業務に係る損金の額を配分する（法基通 16-3-13）。さらに、(d) これらが適合しない場合には、所轄税務署長の確認を受けて、収入金額、直接経費の額、資産の価額、使用人の数その他の基準を用いた配分も認められる（法基通 16-3-14）。

他方、損失（法税 22 条 3 項 3 号）は、国内業務又は国内にある資産につき生じた損失のみ考慮される（法税令 188 条 1 項 1 号）。

(ウ) 帰属主義への対応

法人税法は、費用等を、その地理的な発生地よりは、法人税の対象となる国内源泉所得を生ずべき業務に一定の基準を使って割り当てようとしている。そうであれば、本来、その範囲は 1 号 PE の場合（総合主義）と 2 号・3 号 PE の場合（一部帰属主義）とで相違するはずであるし、条約相手国居住者との関係では帰属主義になり費用の範囲も変化するはずであるが⁷⁵、現行法令が十分これに対応しているとは考え難い。かように曖昧な中で、売上総利益ベースでの共通費用の配分を広く用いるのが実務なのかもしれない。

モデル条約は、7 条における費用の控除可能性は国内法の問題とする⁷⁶。同様の活動を行う内国法人の企業なら認められる費用の控除を否定することはできないから⁷⁷、PE に帰属する収益・利得との関連づけをより強めた費用配分ルールの下で、内国法人と同じく法人税法上の通常の計算ルールを適用するべきである。収益への配分と当該収益の属する範疇への配分又は配賦を定める米国の財務省規則、及びそこでの議論を参考にしたい⁷⁸。また、内部取引が認識される場合には、

られる場合には、国外業務に関連することが明らかな費用のみを共通費用として、国外業務への配分額を決めることができる（法基通 16-3-12（注））。

⁷⁴ 米国財務省規則（Treas. Reg. § 1.861-17）上、研究開発費に関しては、まず標準産業分類に従い製品を分類し、当該製品分類から生じる粗所得に関連する研究開発費を決める。その上で、政府の規制上要求される（例、薬品）研究開発費をその遂行すべき管轄権に割当て、1) 残額の 50%は研究開発活動の 50%超を実施する地理的場所に割当て、2) 残り 50%を売上の源泉地ベースで配分する、というルールがある。なお、2) は、売上総利益ベースで代替することも可能であるが、その場合には、1) に従って割り当てられる研究開発費の割合は 50%ではなく 25%になり、残りは売上総利益ベースで割り当てられることになる。See Gustafson, Peroni and Pugh, *Taxation of International Transactions, Materials, Text and Problems*, 123-125 (3d ed. 2006).

⁷⁵ その場合国内法上の控除の範囲を狭める修正が可能かどうかという問題が生じうる。

⁷⁶ モデル条約 7 条コメンタリー・パラ 30。

⁷⁷ モデル条約 7 条コメンタリー・パラ 33。

⁷⁸ See IRC § 861(b), Treas. Reg. § 1.861-8; Temp. Reg. § 1.861-8T. 費用、損失その他の控除（以下、控除）は、国内源泉所得又は国外源泉所得に適切に配賦（apportion）又は配分（allocate）しうるものをそのよ

PE に関連する費用の全部若しくは一部又は独立企業間対価の控除が許容されねばならない⁷⁹。

(エ) 無償資本の配賦

法人税法上許容されうる PE の負債比率の上限の問題ともいえる。厳密な科学ではなく、AOA の選択肢のうち資産ベースを基礎にすれば、利子費用の配賦とも整合する。資産の帰属が経済的所有権に従っている限り、リスクベースの配賦との重要な抵触もないはずである。従ってこれを原則として、顕著な個別のリスクは別途割り当てつつ、過少資本税制や過大支払利子税制を組み合わせるといのが現実的なアプローチの一つであろう。

(6) 二重（非）課税の調整

法人税法上、外国法人の国外源泉所得に我が国は課税しないから、外国法人に FTC の適用はなく（法基通 20-4-2）、外国法人税額は損金不算入と一応解される（法税令 188 条 1 項 9 号）⁸⁰。また、外国子会社配当益金不算入制度の適用もない（法税 142 条括弧

うに控除し、粗所得の項目又は分類に確実に配分させることができない控除については、比例的に配賦又は配分される（IRC § 861(b); 862(b); 863(a)）。これには財務省規則と暫定規則があり、ここでは、まず「配分」つまり特定の種類（複数も可）の粗所得への控除の対応付けがなされ、次いで、「配賦」つまりかように配分された控除を当該種類の粗所得に関する制定法上の各範疇に割り当てることがなされる（因みにこの財務省規則のルールは外税控除目的などでも利用できるように一般的・抽象的な用語で記述されている）。まず、1) ある種類の粗所得（a class of gross income）に対し、基因となる活動又は財産の共通性から確実に（definitely）配分される控除は当該所得に配分し（当該所得の実際上の存否は問わない）、2) かように配分された控除は、当該所得が属する制定法上の粗所得の特定の範疇（the statutory grouping of gross income）にそのまま配分される（配賦なし）か、又は、当該所得が属するそのような範疇が複数あれば、当該控除は、当該複数の範疇に配賦される（いずれにも確実に配分しえない控除があれば、それは各範疇に粗所得の額に基づき比例的に配賦される）。配賦要素としては、i) 販売単位数、ii) 総売上（収入）、iii) 売上原価、iv) 利得への貢献、v) 発生費用、使用資産、給与、使用場所の広さ及び時間（当該範疇の粗所得を生じる活動又は財産に帰するもの）、vi) 粗所得の金額、が例示される。なお、利子、研究開発費（前掲注 74 参照）、株主管理費、法律・会計サービスの対価、州・地方・外国所得税等、資産損失、公益的寄附等について個別のルールがある。例を挙げると、会計サービスは、事案次第で、特定の種類の粗所得に確実に配分されるか又は全ての所得に配分されるが、例えば、特定の製品の製造原価に係る調査書の作成のために支払った料金は、通常、当該製品から生じる特定の種類の粗所得に確実に関連づけられる（そしてその製品から生じる売上等の粗所得の源泉地に応じて当該料金費用の源泉地も決まる。＝一高）。また、特定の資産の損失（例えば無形資産の譲渡損）は、当該資産から生じる特定の種類の粗所得（例えば使用料）に確実に配分されるなら、使用地主義の下で当該資産の使用が国内と国外の双方でなされるときは、これに応じて当該損失の配賦が必要となる。なお、利子については、金銭の代替性からその配分と配賦は粗所得ではなく、資産を基礎になされるところ（IRC § 864(e)(2)）、詳細な暫定規則（Temp. Reg. § 1.861-9T）がある。See Gustafson et al, *supra* note 74, at 118-123. このルールの考え方に従えば、例えば、ある控除の配分先の粗所得がすべて実質関連所得に属するならば、当該控除もすべて同様に属することになる。このルールへの批判的な検討として、See generally, Fuller and Granwell, *The Allocation and Apportionment of Deductions*, 31 *Tax Law*. 125 (1977).

⁷⁹ モデル条約 7 条コメンタリー・パラ 40。

⁸⁰ 小松・前掲注 69、98 頁参照。但し、中野百々造『国際課税の理論と実務第 2 巻 外国税額控除』（税務経理協会・2000）5 頁は、外国税額の損金算入が可能であることを示唆する。また、増井良啓「二国間租税条約における恒久的施設無差別の規定と国内租税法令における外国税額控除の人的適用範囲—OECD の 2007 年 5 月 3 日 public discussion draft をめぐって」COE ソフトロー・ディスカッション・ペーパー・シリーズ（<http://www.j.u-tokyo.ac.jp/coelaw/COESOFTLAW-2007-13.pdf> から取得（2012 年 1 月 12 日））9 頁は、法税 41 条の適用を法税 142 条が特に排除していないから、居住地国以外の第三国である

書き)。

A 国法人 X の 1 号 PE が、国外向け投資に係る国内事業所得につき B 国でも課税を受ける場合に完全に日本が譲歩する制度（法税令 176 条 5 項）が採用されているが、国外向けの投資等以外の業務から当該 PE が得る国内源泉所得に対し B 国でも課税を受ける場合には、日本と B 国との間に課税の重複が残りうる。たとえ A 国が FTC 方式を採るとしても、問題は我が国と B 国の源泉地管轄の重複であるから、租税条約上の相互協議が利用できない限り、A 国法上恐らく完全には救済されない。逆に B 国が僅かな課税を行うならば、日本のタックスヘイブンとしての利用の防止にもならず、他方で B 国が高税率課税を行う場合に、無差別違反には当たらないとしても FTC なら享受可能な彼此流用の便益は閉ざされる。内国法人には FTC で、PE には免除方式というのはいはり一貫しない⁸¹。

AOA の導入により、PE の国外所得への課税に至るならば、FTC を PE に拡張するのが正当となる⁸²。国内法と個別の条約のいずれの又はどのような措置とするかも、議論となり得る⁸³。米国も、ECI に対する外国所得税につき税額控除を認めている（IRC § 906）。

もっとも、帰属主義を国内源泉所得として記述すると、外国法人税に日本が譲歩すべきとされる範囲がその分狭くなる。法税令 176 条 1 項の事業所得の要件化に際し、PE を通じて行う事業として記述するか、又は、PE に帰属する所得として取り込まれた国外源泉所得を、FTC 目的上は国内源泉所得とみなすという定め方もありえよう。米国法も FTC は基本的に国外源泉所得にのみ適用されるから、実際に外国法人が FTC を利用する状況は限定的であるとされる⁸⁴。

また、AOA の下で、内国法人の国外 PE に対し当該外国の更正処分等があった場合や、課税の重複又は空白を防ぐ目的上首尾一貫する本店側の処理をどの範囲で許容するのも検討事項となる。

（7）移転価格税制との連携

AOA の第二段階は、移転価格税制上のルールを多くを（調整を経て）応用できる。文書化等納税・徴税に関わる規定（税特措 66 条の 4 第 6 項以下）のうち同様に応用すべきものの精査も課題である。

外国の法人税については損金算入可能と読む余地もある旨述べる。

⁸¹ PE 無差別については、村井正「国際租税法における無差別取扱い原則」同『租税法—理論と政策（第 3 版）』（青林書院・1999）281 頁所収（初出 1995）、増井・前掲注 80 論文参照。法税令 176 条 5 項の問題点につき、中里実「国際租税法上の諸問題」『多国籍企業の法と政策』87 頁（総合研究開発機構・1986）、141 頁参照。

⁸² モデル条約 24 条コメンタリー・パラ 67。

⁸³ モデル条約 24 条コメンタリー・パラ 70 以下。

⁸⁴ Gustafson et al., *supra* note 74, at 160.

4 おわりに

本稿は、AOA の要点を具体例に即して記述し、これを反映する帰属主義と整合的と考えられる法人税法改正の素案を基に、改正にあたって生じうる主要な具体的論点の幾つかに第一次的な検討を加えることで、帰属主義への見直しの検討に貢献しようとした。

第4章 無形資産を巡る移転価格課税上の諸問題

岡田 至康

1 背景

(1) 企業の海外進出形態

経済のグローバル化に伴い、国際的な活動を行う企業は、国外との直接的なモノ等の取引から、海外投資による事業展開を一層進めるようになってきている。このことはいわゆる外-外取引の増加による親会社関与取引の割合の大幅減少という状況をもたらしており、親会社の利益構造に影響を与えている。また、一方で、国際税制面でも、海外からの受取配当免除制度が、わが国をはじめかなり広く採用されるようになる等、親会社居住地国の税収構造にも変化が生じている。即ち、モノ等の取引から無形資産の認識による所得に注目せざるをえないような状況が生じている。

このような状況を受けて、各国において、従来からの R&D 支出への優遇措置の拡充に加えて、無形資産取引に係る利得への優遇措置としていわゆるパテントボックスの導入が積極的に検討されるようになってきているほか、改めて無形資産の国外移転への対応及び無形資産取引への適切な課税が検討されるようになってきている。

(2) 移転価格問題の発生

このような状況は、無形資産の国境を越えての移転・譲渡及び無形資産から生じる所得の算定について、各国当局の関心を強めることとなっている。例えば、米国では、かねてから多国籍企業の実際の実効税率と法定実効税率との乖離が問題とされ、米国議会報告書（2010年7月）でも、事業再編による高収益事業の海外移転や無形資産に係る低税率国への所得移転等による多額の連邦税収の減少とそれへの対応が採り上げられ、それらとともに、内国歳入法における無形資産の規定の拡充、費用分担契約に係る規則の充実、等が具体的に検討されている。一方、このような動きに対して、いわゆる新興国においても、無形資産の自国での存在を強く主張するような状況が生じてきている。

しかしながら、そもそも税務上（移転価格上）の無形資産とは何か、従って無形資産の所在はどこか、また、無形資産から生じる所得の算定はどうするか、等について、必ずしも国際的な合意は形成されていないのが実態である。無形資産の内容は多様で、一概に決めることが困難であるかもしれないが、何らかの国際的に合意された具体的指針が求められているのも事実であろう。

2 無形資産に係る移転価格を巡る紛争

(1) 無形資産の海外移転等

無形資産を巡っては、これまでも低税率国に無形資産を移転することにより、事実

上それら無形資産から生じる将来利益を海外移転することによる移転価格上の問題が、特に米国でかなりの訴訟に見られてきた（Eli-Lilly 事件、Bausch-Lomb 事件、等）。また、価値ある無形資産そのものの海外移転が特に生じていない場合でも、例えば無形資産の使用の対価としてのロイヤリティーの支払額を巡る紛争がある（Ciba-Geigy 事件等）。

このような状況はまた、米国 IRS が、本来的に米国企業の海外への所得移転、特に価値ある無形資産に係る移転価格問題に十分に対応できていないことを示しているとも言われているが、特に今日においては、単に当局側の問題ばかりではなく、国際化の進んだ多国籍企業では関連者間取引も極めて多様化・複雑化していることによる移転価格問題の困難性を示しているとも指摘されよう。

（２）無形資産の存否及び評価

また、無形資産の存否及び評価を巡っても争いが生じている。米国当局による更正額の大ききで有名になった事案のように、先進国（米・英）間で、製造と販売の無形資産を巡る争いが生じている（GlaxoSmithKline 事件）。とりわけ販売の無形資産をどこまで認めるかは各事案の内容によるとはいうものの、各国間の統一的な考えがみられず、最近は、特に先進国対途上国で大きな意見の相違を生む一因となっている（インドの Maruti Suzuki 事件等）。

更に、費用分担契約を巡っては、その対象範囲あるいは評価に関して基本的な争いもみられている（Xilinx 事件、Veritas 事件）。今後、費用分担契約の重要性が一層増すのに伴い、紛争も増加することが考えられる。

（３）わが国での状況

平成 22 事務年度のわが国の相互協議事案における無形資産取引の割合は約 23% とかなり大きくなっている（注 1）。これは各国で移転価格課税における無形資産取引の重要性が増していることの反映であると考えられ、わが国においても、いわゆる外-外取引の増加とともに物流・商流がわが国を通らないために、棚卸取引で無形資産に係る対価を回収することができず、無形資産から生じる所得を別途回収する必要性に迫られている。わが国企業もこのような状況への対応を進めているとみられるが、そのことは半ば必然的に相手国との紛争の種となりかねないところである。

3 無形資産取引に係る移転価格の一般的指針

（１）OECD 移転価格ガイドライン

これまで、無形資産に係る移転価格について事実上の国際的な指針となっているのは、OECD 移転価格ガイドライン（以下、OECD ガイドライン）第 6 章（無形資産）であり、これは、比較対象取引が必ずしも存在しない無形資産に係る取扱いの困難性等

から、別途の章を設けて記述されているとされるものではあるが、ここでの規定が十分に事案の解決に資するものとなっているとは言えないところである。特に、移転価格上の対象となる無形資産の範囲、所有関係、評価、等について、十分な指針がないとも指摘されている。このため、現在その改定作業が進められ、2012 年末までの討議文書公表に向けて、検討作業が進められているところである。更に、場合によっては費用分担契約（CCA）に係る第 8 章も改定作業がなされる可能性がある。

一方、国連では発展途上国の意向を踏まえた形で、移転価格マニュアルの作成が進められている。基本的な考えは OECD ガイドラインとは異ならないしつつも、途上国の立場から検討されているものであり、今後の新興国等の経済的地位の向上とともに、その内容についても関心を寄せざるを得ないところである。

（2）わが国の規定

わが国においては、移転価格税制関連の規定として、租税特別措置法通達 66 の 4(3)－3 において、比較対象取引の選定に当たって検討すべき諸要素等として機能の類似性を挙げ、その際考慮すべきものとして、“無形資産（著作権、基本通達 20－1－21 に定める工業所有権等のほか、顧客リスト、販売網等の重要な価値のあるものをいう。）”と記述されており、また、同 66 の 4(5)－4（残余利益分割法）でも無形資産への言及がなされている。

更に具体的な規定としては、移転価格事務運営指針の 2－11（調査において検討すべき無形資産）、2－12（無形資産の形成、維持又は発展への貢献）、2－13（無形資産の使用許諾取引）に記述があり、更に、同指針の 2－14～2－18 に費用分担契約に係る規定が置かれている。また、この事務運営指針の別冊として事例集が公表され、無形資産に係る取扱い及び利益分割法適用に当たっての留意事項等についての事例が掲載されている。

なお、減価償却関係で、法人税法（第 2 条）及び同施行令（第 13 条）に無形資産に係る規定が置かれ、また、法人税基本通達（20－1－21）において、使用料等の対象となるものを具体的に記述している。

（3）他国の状況

米国の移転価格に係る規定である内国歳入法第 482 条では、いわゆるスーパーロイヤリティー条項が置かれ、無形資産の移転あるいはライセンスに係る所得は、当該無形資産に帰することができる所得に相応するものでなければならない、とされており、同第 936 条(h)(3)(B)において、無形資産に該当するものを列挙している。また、財務省規則 § 1.482－4(b)においても同様の定義規定を置いている。なお減価償却関係では、内国歳入法第 197 条で無形資産に係る具体的な規定を置いている。

ドイツでは、国際関連企業における所得の帰属に関する判定指針通達において無形

資産の利用に係る規定が置かれているほか、機能移転課税についての規定が外国税法に規定され、いわゆる所得相応性基準が採用されている。

また、中国でも、管理規則において、関連者間取引に係る無形資産の譲渡及び使用の対象となる無形資産を例示している。

4 移転価格課税上の無形資産の範囲（定義）

（1）OECD ガイドライン

移転価格で問題とされる無形資産の範囲について、国際的な合意は特になされていない。OECD ガイドラインでは、“「無形資産（intangible property）」には、特許、商標、商号、デザイン、型式等の産業上の資産を使用する権利が含まれる。更に、文学上、学術上の財産権、及びノウハウ、企業秘密等の知的財産権も含まれる。”（パラ 6.2）、“商業上の無形資産（commercial intangibles）には、顧客に譲渡され、あるいは事業活動に使用される事業資産（例えば、コンピューターソフトウェア）である無形資産の権利と同様に、製品の製造あるいは、役務の提供のために使用される特許、ノウハウ、デザイン及び型式が含まれる。”（パラ 6.3）、“マーケティング上の無形資産（marketing intangibles）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、更に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、写真を含む。”（パラ 6.4）、と規定されている。

ただ、国際的にその範囲が具体的に確定しているとは言えない状況において、更には、無形資産の所在、無形資産から生じる所得、についての考え方も確定的ではないなかで、国際的な紛争の大きな要因となっていると言えよう。

（2）わが国等の状況

わが国の移転価格事務運営指針（2-11）では、“例えば、次に掲げる重要な価値を有し所得の源泉となるものを総合的に勘案することに留意する。イ 技術革新を要因として形成される特許権、営業秘密等 ロ 従業員等が経営、営業、生産、研究開発、販売促進等の企業活動における経験等を通じて形成したノウハウ等 ハ 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”と規定している。

米国では、無形資産の移転に係る特別規則を規定し（IRC367 条(d)）、また、“「無形資産」とは、以下のもので、個人の役務提供から独立した重要な価値を有する資産をいう。(i) 特許、発明、秘密方式、秘密工程、意匠、様式、ノウハウ (ii) 著作権、文学上、音楽上又は美術上の著作物 (iii) 商標、商号又はブランドネーム (iv) 一手販売権、ライセンス又は契約 (v) 方法、プログラム、システム、手続き、宣伝、調査、研究、予測、見積、顧客リスト又は技術データ (vi) これらに類似するもの”（IRC936 条）(h)(3)(B)）と規定しており、これには更に、暖簾（goodwill）及び労働力資源（workforce-in-place）等を追記することが検討されているようである。

(3) 現行規定上の問題

移転価格上問題となる無形資産の範囲（定義）については、このように、特許権等の法的に保護された無形資産のみならず、いわゆるソフトインタangibleも含む広い概念であるとされるが、その範囲は必ずしも明確にはなっていない。企業会計（IAS38号等）や会社法等の税務以外の分野での規定が参考にはなるものの、税務はあくまでそれらに捉われる必要はなく、OECD ガイドラインでは、“これらの無形資産（intangibles）は、たとえ当該企業の貸借対照表上簿価を有していない場合であっても、重要な価値を有する資産（assets）である。”（パラ 6.2）と規定している。また、使用料の対象となる無形資産の範囲とも同一ではない。

なお、全体の事業活動とは別個に単独で移転可能な無形資産を問題とすべきである、また、無形資産の定義を移転可能なものに限り、あとの要素は評価に反映させればよい、との考えがあるが、現実に移転価格面では、種々の要因を考慮せざるを得ないのは事実であろう。例えば、暖簾（goodwill）は、残余価値ないし継続企業の利得を反映するものであれば、これだけを別途移転することはできないであろうが、移転価格上考慮すべきものであると考えられる。ただ、従業員の能力・知識等の「人的資源に関する無形資産」やプロセス・ネットワーク等の「組織に関する無形資産」を無形資産に含めていることから、税務執行における裁量の余地が大きくなっている、とも言われている。従って、移転可能なもの（intangible asset）とそうでないものとを区別して、機能分析等に生かすことは十分に考えられる。

OECD ガイドラインでは、主として商業上の無形資産及びマーケティング上の無形資産について記述されているが、移転価格上は、独立企業間価格ということでは、更に、種々の要因を含むものにならざるを得ないものと考えられる。いわゆるソフトインタangibleについては、それらの価値は集合的に図られることが多く、対価性の有無及び対価額の決定が容易ではない。指針が必要で重要なものとして、潜在的将来利得（future profit potential）、リスク引受活動（risk bearing activities）、暖簾（goodwill）、継続事業（going concern）、労働力資源（workforce –in-place）、ネットワーク（network intangibles）、先行者利便（first mover advantage）、規模の経済（economies of scale）、参入障壁（barriers to entry）、優れた経営（superior management）、グループネットワーク（group network attributes）、等がある、とされる。

また、ブランド（brand）については、近時特にその重要性を増している無形資産であって、ロイヤリティー、超過利得等を生じさせ、予想便益が考慮されるものであろうが、その開発の一方で、相手国における広告宣伝活動による効果との関係で、その範囲の認識も容易ではなく、各国間での意見の実際的相違等を踏まえると、何らかの具体的指針が必要と考えられる。

一方、シナジー（synergy）については、グループ企業全体からもたらされるもので、その価値は買収等の場合に表面化するが、OECD ガイドライン第9章において、グロー

バルビジネスモデルによるシナジーについて若干触れられているものの、その価値をどう扱うかについての具体的指針はない。シナジーの効果として、プロセスや製品の改善、市場プレゼンスの増加、企業組織内ネットワーク効果等が言われるが、それが利得の増加に資するかどうかは定かではなく、また、暖簾の一部である可能性もある、事業再編等による反射的效果に過ぎない、等とも言われ、その識別及び評価は極めて困難である。従って、一般的には、これを移転価格上無形資産として認識するのは困難であると考えられる。また、いわゆるロケーションセービング (location saving) については、識別及び評価が可能であり、これを無形資産として考慮する国もあるようであるが、これは単にコスト優位からもたらされるものであり、また、無形資産の概念をあまりに広く解することは国際的に統一した理解を妨げることにもなるので、これは無形資産とは別個のものであると考えられることを明確にすべきものと考えられる。

また、役務（特に高価値役務）提供との区別も明確ではないとされ、特に無形資産と一体として提供される場合等の取り扱いを明確にすべきである、等のことが言われている。

(4) 対応

いずれにしても、無形資産については、その性質が複雑で、移転価格の対象となるものの範囲が明確でなく、従ってその定義は容易ではないこと、個々の事例により価値あるものかどうかの判断も異なり得ること、課税という側面における各国国内法との整合性を図ることも求められること、更には、何よりも納税者の予見可能性をできるだけ考慮する必要があること、等を考えれば、国際的合意がなされていないものについては、その有無及び対価額の算定において、基本的にはできるだけ消極的・限定的に解すべきものと考えられる。

対象となる無形資産の範囲が不確実の場合は、当然に紛争になることが多く、これについて各国国内法上の訴訟のみならず、条約上の相互協議での解決を指向しても、二重課税が残るリスクが極めて高いものと考えられる。従って、移転価格の対象となる無形資産の範囲を、できるだけ限定的に解することによって国際的な解釈の一貫性を保つことが必要であるとともに、これらの無形資産それぞれについて移転価格で考慮すべきものとしての価値が生じる場合について、できるだけ明確化するように、例えば、OECD ガイドラインでの設例を充実すること等により、納税者の予見可能性を少しでも高めることが求められる。

5 無形資産による所得の帰属と所得の算定方法・評価

(1) 所得の帰属

無形資産から生じる所得については、無形資産の開発者かどうか、関連者への無形

資産の使用許諾、関連者への無形資産の移転・譲渡、両関連者が異なる無形資産を開発・保持すること、両関連者が単一の無形資産の開発を行うこと等により、それぞれ各関連者の無形資産に係る所得の内容にはかなりの影響がある。

無形資産から生じる所得について、法的所有 (legal ownership) と経済的所有 (economic ownership) の概念が言われ (OECD ガイドライン・パラ 6.3)、経済的所有は無形資産の醸成に係るコストとリスクを負ってそれに帰属する所得を得るものとされている。近時は、経済的所有の幅広い認識とともに法的所有に係るリスクへの軽視に対する懸念から、法的所有の意義が見直されているようであり、またその他の所有概念が言われることもあるが、あくまで、独立企業間で所得を生み出すものはどこかの観点から、法的所有から生じる所得を踏まえつつ、両当事者が果たす機能とリスク等を考慮することになるものと考えられる。近時、知的財産権の集中管理のために、これら無形資産の (法的) 所有者を、無形資産の開発者・費用負担者・使用者とは異なる者とする場合があるなど、ビジネスモデルが多様化しているなかで、法的・経済的所有者の特定が複雑な問題となっているが、所有の異なる概念を各国が主張すれば、当然ながら二重課税となることから、例えば、グループ内に広くまたがっている商標権・著作権等についての考え方等、法的所有・経済的所有の判断要素、両者の有する価値関係、等についての概念整理も可能な限りで必要かと考えられる。また、機能・リスクについては、種々の機能・リスクの内容と移転の有無及び評価を判断するに当たっての具体的指針が求められる。

わが国の事務運営要領では、“無形資産の使用許諾取引等について調査を行う場合には、無形資産の法的な所有関係のみならず、無形資産を形成、維持又は発展させるための活動において法人又は国外関連者の行った貢献の程度も勘案する必要がありことに留意する。なお、無形資産の形成等への貢献程度を判断するに当たっては、当該無形資産の形成等のための意思決定、役務の提供、費用の負担及びリスクの管理において法人又は国外関連者が果たした機能等を総合的に勘案する。” (2-12)、と規定している。

(2) 比較可能性

無形資産から生じる所得の算定に関し、OECD ガイドラインは、“この (独立企業) 原則を無形資産がかかわる関連者間取引に適用するのは困難かもしれない。なぜなら、そのような財産は、比較対象取引を探すのが困難であり、また場合によっては取引時に価格の算定が困難であるという特別な性格を持っているからである。” (パラ 6.13)、と規定する一方、“比較可能性を決定する際に、当該資産の有用性 (usefulness) が考慮されるべきである。” (パラ 6.15)、“独立企業原則を適用する際には、関連者間取引と非関連者間取引の比較可能性に関係するいくつかの特別な要素が考慮されるべきである。これらの要素には (割引現在価格の算定により決定されるかもしれない) 無形資

産からの予想便益 (expected benefits) が含まれる。その他の要素として、その権利が行使できる地理的な場所の制限、譲渡される権利により製造される製品の輸出制限、譲渡される権利の性格が排他的か否か (新工場建設、あるいは特別な機械の購入のための)、資本投資、当該市場に必要な立ち上がり費用及び開発作業、サブライセンスの可否、使用者の販売網、並びにライセンスの使用者が所有者の当該財産の更なる開発へ参加する権利を持つか否かといった要素がある。” (パラ 6.20)、と比較可能性の要素として無形資産特有のものについても規定している。

また、無形資産相互の関係、例えば、特許権や著作権の質の良否は商標の市場への影響力にも関係するように、販売の無形資産と製造の無形資産との関係の問題もあり、それぞれの無形資産の性質・状況等をも検討することが求められよう。更に、時の経過による無形資産の形成は複数の要因が関係してくるために複雑さを増すこととなり、ベンチマークを行うのも一層困難なものとなると考えられる。このように、無形資産に係る比較可能性分析は容易ではないというのが一致した見方であると思われる。

(3) 算定方法

移転価格の算定方法としては、OECD ガイドラインでは、まず“無形資産の譲渡あるいはライセンス供与について、独立企業間価格を算定する際に、同一の所有者が独立企業に対して比較可能な状況の下で比較可能な無形資産を譲渡あるいはライセンスする場合には CUP 法を使用することが可能である。” (パラ 6.23)、とされる。ただ、無形資産の場合には、上述した比較可能性分析においても記されているように、当該資産の単なる利用価値に限らず、予想便益等が考慮され得ることから、いわゆる CUT 法は CUP 法とはその実態において必ずしも同じではなく、当該取引と比較対象取引との時期の差等の状況について更に十分な検討が求められよう。

また、“無形資産を含む製品の販売には、第 2 章の原則に基づく CUP 法あるいは再販売価格基準法の使用が可能かもしれない。” (パラ 6.24)、とされている。一方、原価基準法については、特に言及がなされていないが、一般に、費用と無形資産に基づく価値との間のつながりは乏しいことから、それが適用される場面については、一層注意深い検討が求められよう。

更に、“価値のある無形資産がかかわる場合には、比較可能な非関連者間取引を見つけるのは困難であろう。それゆえ、・・・その適用において実務上の問題があるかもしれないものの、利益分割法が適当であろう。” (パラ 6.26) とされる。利益分割法については、利益比準法 (CPM) をいわゆるインカムクリエーションを生じかねないとして批判してきた国々のみならず、米国においても歴史的にかなりの検討対象とされてきたところであり、特に今後、国際取引活動の複雑化、統合ビジネスモデルの採用、グループ一体での無形資産開発、等を踏まえれば、利益分割法の有用性は増えていく

ものと考えられる。ただ、一般に比較対象を使用しないことから、これまでも、独立企業原則との整合性に疑問が呈されてきたのは事実であるが、比較対象分析が極めて困難な無形資産取引には、利益分割法はむしろ有効な算定方法であると考えられる。

また、利益分割法については、利益分割要素の決定の困難性等が指摘されてきたところであり、“特に利益分割法が使用される場合には、無形資産を開発あるいは維持するために負担される費用の金額、性格、影響が、比較可能性や各関係者の貢献の相対的価値の決定を裏付けるために調査されるかもしれない。しかしながら、費用と価値との間には必然的なつながりはない。特に、無形資産の実際の市場価格は、当該資産の開発、維持のための費用との関連からはしばしば測定できない。”（パラ 6.27）、とされる。即ち、利益分割法の適用に当たっては、どの要素・要因が所得の発生に寄与しているかを精査する必要があるということであろうが、わが国の通達では、残余利益分割法の適用に当たって、“例えば、法人及び国外関連者が無形資産を用いることにより独自の機能を果たしている場合には、当該無形資産による寄与の程度を推測するに足りるものとして、これらの者が有する無形資産の価額、当該無形資産の開発のために支出した費用の額等を用いることができることに留意する。”（租税特別措置法通達 66 の 4(5)－4）と規定して、実務的な解決をも指向している。しばしば製造と販売を行う両関連者間で、とりわけ残余利益の分割に当たって、研究開発費と販売費の支出額を利益分割要素とすることが実務的な解決策として活用されており、便宜である。ただ、できればできるだけ真に価値ある無形資産の貢献に資するものを子細に検討することが望ましい（注 2）。

なお、近時、欧州における法人課税所得ベースの共通化（CCCTB）の動き等とともに、関連会社間での利益配分に当たって、いわゆる定式配分を、例えば残余利益分割の方法とするなど、何らかの形で活用する案もあるようであるが、具体的な動きには至っていない。

（４）無形資産の評価

無形資産の範囲とともに、無形資産の評価について、特にその移転・譲渡等との関係で算定方法が問題となる。OECD ガイドラインは、“事実や状況に応じて、独立企業が取引の価格算定の際に極めて不確かな評価に対処するために講じる手段には様々のものである。一つの可能性としては、（すべての関連する経済的要素を考慮して）予想収益を当該取引の開始時における価格算定の決定のための手段として使用することである”（パラ 6.29）、“その他の場合には、・・・予測できないその後の動向に対処するため、独立企業は短期の契約を締結するか、あるいは契約条件の中に調整条項を入れるかもしれない。”（パラ 6.30）、と規定している。

一般的に、無形資産の評価方法として、コストアプローチ、マーケットアプローチ、インカムアプローチ、が採り上げられるが（注 3）、コストアプローチは一定の場合を

除いて一般的な方法とは言えず、また移転価格が第三者間での取引価格を念頭におくことから、税務上一般的なマーケットアプローチを踏まえるべきとの考えもあろうが、無形資産取引に係る比較可能性分析の困難性を前提にすれば、現実的には、当該無形資産から生じる利得（ないし便益）が大きな判断要素にならざるを得ないものと考えられる。その意味で、インカムアプローチが広く適しているとされ、いわゆる所得相応性基準の使用可能性について考慮せざるを得ないように考えられる。ただ、無形資産が生み出す予想利得を考慮するとしても、その算定に当たって、無形資産の使用可能期間や現在価値算定の割引率等に関して、不確定な要因が多く、その算定は基本的な考え方により、算定結果に大きな差が生じることが考えられる。使用可能期間にしても、実際には大きな差が生じかねないようであり、更には、複数の無形資産による相互作用や補完性から生じる合算価値等をどこまでみるか等、その経済的価値に基づく算定も容易ではない。従って、予想利得を考慮する場合には、できるだけ合理的かつ限定的に解することが望まれる。また、ここでも、個々の無形資産の内容やリスク状況等の事実と状況を踏まえたできるだけ多くの具体的な設例の記述が望まれる。

また、予想利得を考慮することについては、税務が本来実現した利得に課税することからみて、問題があるとの考えもあるが、その評価に困難性があるとはいえ、その時点での第三者間取引価格がそれを踏まえるものであり、かつ取引の的確な状況等に応じたものである限りにおいては、それを考慮することになるものと考えられる。ただ時には、そもそも無形資産の移転の有無・移転時期等について、必ずしも明確でない場合もあることから、十分な実態分析が欠かせないところである。また、所得相応性基準については、基本的に独立企業基準との関係で疑問が呈されてきたのは事実であり、独立企業間での評価のあり方と一致しないような場合には、当然ながら別途の考慮が払われるべきであろう。また、複数の算定方法が考慮されるような場合のためにも、幅の概念を導入することは有用であると考えられる。

特に、問題とされるのが、予想利得と結果の実現利得に差が生じた場合の対応である。これによって当初価額の修正を行うことは、まさに OECD が否定的な後知恵 (hindsight) になると考えられるが、あくまで独立企業間であればどのように調整を行ったかで判断すべきものと考えられる (OECD ガイドライン・パラ 6.28~6.34)。取引時点において、独立企業間でも将来の調整を全く考慮しないような場合であれば、後日での調整はたとえ差が生じた場合でも不要であると考えられるが、相手国でも同様に解することが求められる。また、できるだけこのような状況を生じないような仕組みとして、米国歳入規則で規定されているようなセーフハーバー (規則 § 1.482-4(f)、80%~120%) を活用すること、あるいは事前確認 (APA) により予測可能性を確保することは有用であると考えられる。なお、ここでの事前確認においては、重要な前提条件 (クリティカルアサンプション) を一層活用する余地があるように思われる。

また、いわゆる企業に係る退出税 (exit tax) についても、ドイツ等で近時導入されて

いるが、所得相応性基準をどう具体的に適用するのか必ずしも定かではなく、また、相手国との関係等から、課税の時期が将来においても十分に確保されるような状況においても未実現のキャピタルゲインを出国時点で課税するのが適切かどうか、疑問が呈されている。

いずれにせよ、所得相応性基準の具体的な適用を巡っては、その原則的な取扱い方をはじめ、多くの未確定なところがあり、国際的な合意のないままでは二重課税の解消されない事態が生じることが十分に予想されることから、各国合意に向けた今後の更なる検討が必要なところと考えられる。

なお、無形資産のライセンス供与の場合においても、当該無形資産の使用可能期間等に係る問題は重要であり、時間経過に伴う市場価値の低下があれば、ライセンス料にも反映されるべきであろう。ただ、ライセンス供与の場合には、ライセンス料率そのものやライセンス料支払後の利益状況の検討等により、事前確認が比較的活用しやすいように思われる。

6 実務的な問題

(1) 無形資産の範囲

無形資産については、これまでのところ、たとえ概念的には移転価格の対象になるとしても、具体的にどのような状況の場合にその対象とされるのかが明らかではなく、各国で個々の事例に応じて、必ずしも一貫した主張がなされてきていないようである。例えば、販売の無形資産について、価値ある無形資産の範囲について、それぞれの国の経済構造に応じて異なった解釈が行われ、国内的には種々の議論がされていても自国の販売の無形資産について広く解釈が行われたり、外国ブランドの自国での形成等について極めて強い主張がなされたりしているようである。商標の所有は親会社にあるとしても、その価値を増加させたのは現地企業であるとして、親子会社間での商標使用に係る対価は支払う必要がない、といった主張もなされているようである。

また、役務提供との区別については、必ずしも明確ではなく、特に無形資産と一体で取引がなされる場合には種々の困難があるが、一方、ソフトインタンジブルとみられるものを役務として分類することによって高利益率を避ける選択をすることは問題である。ただ、グループ企業が、効率化のために一括して行う行為（例、購買活動）等は、あくまで事案の事実と状況によるところであるものの（OECD ガイドライン・パラ 9.154）、一般には役務提供として取り扱われるものであろう。

いずれにせよ、自国課税権確保のために無形資産の範囲が次第に拡張解釈されていきかねないところであり、OECD として、いわゆる価値ある無形資産とそれ以外のものとの区別等についての国際的な合意が早期になされることが求められているところである。

(2) 無形資産の評価

無形資産については、当初の開発段階と将来の高収益との関係では、リスク概念の更なる分析が求められる。また、具体的には無形資産の移転等に際しての所得相応性基準等についてどう考えるのか、伝統的な考え方とは異なる価格算定方法が求められているといえよう。

実際的には、たとえ R&D 活動が行われるとしても、それが無形資産の創生に資するかどうかは、その内容によって大きく異なっており、特に、医薬品のような分野では、多額の R&D 費用が極めて長期にわたって発生するが、一般にそれが商業化に至るかどうかは極めて不確実である。従って、残余利益分割法の適用に当たっての分割要素としての使用、予想便益に係る現在価値の算定、等において慎重な検討が求められる。近時の無形資産集約的な産業としてのエレクトロニクスやソフトウェア産業においても、同様の問題がある。

無形資産の移転に際しては、しばしば組織再編による機能移転の結果、関連者がいわゆる委託製造者等になる場合があるが、その際に、リスク等も移転しているかが問われ、その時点での移転価格の問題が生じ得る。リスクは契約によって移転し得るとしても、その際の事業状況等についての検討も十分になされるべきものであろう。また、販売子会社からいわゆるコミッションエアに事業再編がなされた場合には、ローカルマーケットインタンジブルの対価の要否が問題とされよう (OECD ガイドライン・パラ 9.89、9.90)。

無形資産評価に係る情報について、当局との非対称性が評価に影響することがあるとの指摘もあり、情報の共有化とともに、公開情報による無形資産評価の仕組みについて可能な範囲で検討されるべきであろう。

(3) 費用分担契約 (CCA)

費用分担契約については、OECD ガイドライン第 8 章に記述され、今後順次改定作業が進められる可能性もあるが、これまで米国において多くの租税スキームの中で費用分担契約が利用され、また訴訟事例も生じていることから、いわゆるバイイン支払額の算定にインカムアプローチでの予想利得を考慮することなどについて、規則改定による明確化が図られている。わが国でも、移転価格事務運営要領 (2-14~2-18) において、OECD ガイドラインに沿った内容の規定が置かれているが、具体的な適用関係については、必ずしも明確ではなく、今後の OECD での議論の進展に伴う明確化が求められる。

一方、無形資産の形成とはならない役務提供に係る費用分担契約 (サービス CCA) が、金融活動、調達関係、等でみられるが、グループ内役務提供との区別も踏まえて、検討がなされていると言われている。

(4) 二重課税の発生と紛争解決

このように無形資産については、その認識・評価等を巡る国際的な合意に乏しいことから、Glaxo 事件において典型的にみられるように個別事案での各国間の合意形成が極めて困難で、深刻な二重課税の状況を生じかねない状況となっている。また、更に、近時は新興国等が移転価格課税の強化を図っていくなかで、安易に無形資産の存在を主張する場合があります、これまでの先進国での問題から、より広範囲で一層難しい問題となっているようである。

いずれにせよ、ますますグローバルでの対応が求められるところであるが、紛争解決手段に関連する事項については、OECD ガイドライン第 4 章（相互協議、セーフハーバー、事前確認（APA）、仲裁）及び第 5 章（文書化）で述べられているが、無形資産を巡る紛争解決の困難性をみれば、できるだけ紛争の発生を防止するための手段を各国で合意することが望まれる。その意味では、セーフハーバーの活用が考えられ、これにかなり否定的な第 4 章での記述は、更にバランスのとれたものに改定することが求められる。ただ、具体的な合意にはかなり困難が伴うことも考えられ、セーフハーバーを設けることが適当な分野や取引類型等について、何らかの形で整理することも考えられる。

また、事前確認の活用も有用と考えられる。ただ、無形資産取引の将来への影響による関係当局間合意の困難性も指摘され、やはり OECD でのできるだけ基本的な合意が改めて強く求められる。近時簡易な問題解決手段として、一方の当局との簡易 APA 等も指向されているが、これを認める場合には、相手国との関係で問題が生じるばかりでなく、特に無形資産から生じる予想利得との関係で、いわゆる後知恵の導入が考慮されることも考えられ、注意深く検討する必要があるだろう。

更には、結局のところ、各国での合意は極めて困難であることから、強制仲裁への移行を最終的に確保することを考慮するべきであるとの考えもあろうが、無形資産に係る所得の算定が問題となっている場合であれば格別、無形資産の範囲（定義）及び所得帰属の有無については、まず各国間での基本的合意が必要であり、それなくして仲裁を導入することは却って混乱を招きかねないものと考えられる。

7 おわりに

(1) わが国企業を取り巻く環境の整備

わが国企業の海外展開が避けられない状況の中で、移転価格税制については、いわゆる独立企業原則が世界的に受け入れられている。しかしながら、その具体的内容は各国が置かれている立場により必ずしも同じではなく、わが国企業が海外活動を活発化させるための環境整備の一環として、特に移転価格税制の国際的整備は重要である。

今や、資本輸出国としての立場が大きくなっているわが国として、製造（研究開発）の無形資産の重要性を改めて認識する一方で、立場の異なる国の主張に対しては、移

転価格の本旨に立ち返って議論を進めていくことが求められよう。「企業の海外進出が進むと、産業の空洞化で国内の雇用が減るとの見方がある。だが、それは必ずしも当たっていない。」「グローバル市場で利益を生めば、日本に活力をもたらす。国も企業も、そのための政策や経営をさらに推し進めるときだ。」(注4)との意見に対して、まず国として、企業の海外活動の阻害とならないような国際税務環境の醸成に向けて更なる政策遂行に務めることが求められている。

(2) 国際的に統一的なルール策定及び解釈の明確化

各国企業が、国際的な税務紛争、とりわけ移転価格問題に常に直面していることを考えれば、特に無形資産を巡るルールが不確実で、そのために今後紛争が増大する可能性やその影響の大きさを考えれば、早期に国際的に統一した無形資産の明確なルールの策定及びそれらの解釈の明確化・統一化が不可欠である。OECD ガイドライン第6章を中心とした関連規定の整備充実を図る一方で、同付録の第6章に関する設例等を充実させるのが望ましく、そのためにも、各国企業が実際に直面している事例をOECDで集約して、何らかの統一的解釈指針を提示することも必要であろう。そのためのわが国の積極的な貢献も求められるところである。

(3) グループ企業全体への対応

無形資産については、企業側で、その管理・所有について、機動的に集中ないし分散させるようになっており、関連する事象について、移転価格面で大きな問題となりつつある。わが国では、費用分担契約を行う企業が未だ少ないが、無形資産開発・管理を企業グループとして進めることは今後のわが国企業にとって重要なことであり、そのためにも、費用分担契約に係る国際的なルールの一層の明確化、ならびに国内規定の充実及び実務的な進展が望まれる。更に、今日の進んだ技術・取引形態、インターネット等の発達、をみた場合に、グループ企業全体として複雑化・高度化した取引形態や事業実態に対応できるような、柔軟で多角的思考を適宜取り込んだ対処方法が、今後は、移転価格の分野にも必要ではないかと考えられる。

(注1) “平成22事務年度の「相互協議の状況」について”(2011年10月14日、国税庁発表)より。

(注2) “「移転価格事務運営要領の制定について」(国税庁事務運営指針)、「別冊 移転価格税制の適用に当たっての参考事例集」事例22(残余利益等の分割要因)を参照。

(注3) 阿部委員による“無形資産をめぐる国際取引に係る税務上の取扱いの現状と課題”を参照。

(注4) 2012年1月4日付、日経新聞社説。

[参照]

- 「米国内国歳入法第 482 条（移転価格）に関する財務省規則」（1995 年 12 月、青山慶二監訳）（社団法人日本租税研究協会）
- Transfer Pricing and Intangibles: Scope of the OECD Project（OECD・CTPA、2011 年 1 月 25 日）
- Public Comments on the Transfer Pricing Aspects of Intangibles（OECD、2010 年 9 月）（含、社団法人日本貿易会コメント（2010 年 9 月 14 日付））
- 同（2010 年 11 月）
- 同（2011 年 3 月）
- 同（2011 年 11 月）

第5章 無形資産をめぐる国際取引に係る税務上の取扱いの現状と課題

阿部 泰久

はじめに

税制調査会専門家委員会「国際課税に関する論点整理」（平成22年11月9日、以下「論点整理」）では、国際課税に関する中期的な課題の一つとして、「無形資産の課税上の評価の扱い」を挙げたうえで、国際的租税回避の防止に向けた今後の課題の中で、「超過資産の源泉である無形資産を海外に移転させるような事業再編に対して課税のあり方を検討」することを提起している。

そこで、本章では、この問題提起に対する回答に向けた中間報告として、現行税制における無形資産に係る既定の欠落等を指摘しつつ、わが国の国際課税制度における無形資産の取扱いの現状を確認した上で、経済界の立場から、その問題点を指摘していきたい。

なお、移転価格に関する無形資産をめぐる問題については、岡田委員による詳細な論述がなされているので（第4章）、本章では、それ以外の場面に焦点を当てていきたい。

1 国際取引における無形資産をめぐる問題

(1) 税制調査会専門家委員会よりの問題提起

「論点整理」（平成22年11月9日）では、「多国籍企業グループが事業再編を通じて無形資産を軽課税国に移転することで税負担の軽減を図るタックス・プランニング」がわが国で問題となり得るとして、より具体的には、以下のように指摘している。

「我が国においても、インバウンド（対内投資）及びアウトバウンド（対外投資）の両面において、事業再編に伴う無形資産の移転に伴う所得移転のリスクが高まりつつある。例えば、我が国の企業についても、アジアなど低税率国に設立した統括会社などに経営ノウハウなど無形資産を移転することで、我が国の税負担を軽減するタックス・プランニングのリスクが高まってきている。今後、例えば、我が国において、法人税率の引下げとあわせて課税ベースの拡大が検討される際などの機会を捉えて、OECDにおける今後の国際的な議論の進展や経済活動の実態なども見極めつつ、超過資産の源泉である無形資産を海外に移転させるような事業再編に対して課税のあり方を検討してはどうか。」

さらに、「論点整理」では、米国、ドイツにおける「所得相応性基準」の導入を紹介した上で、「超過収益の源泉である無形資産を海外に移転させる企業に対して、どこまで移転価格税制で所得移転を防止できるのか」として、多国籍企業グループが事業再編を通じて無形資産を軽課税国に移転することで税負担の軽減を図ることを防ぐために、「退出税」や含み益のある資産の海外移転に対する「ツール・チャージ」的課税を検討すべきことが示唆されているようである。

(2) 無形資産に関する規定の不備

現行税制では無形資産の定義、評価、利益の帰属に関する規定は極めて乏しい。定義については、法人税法施行令では、具体的な権利またはこれに類するものを定め、営業上のノウハウやブランド価値等のいわゆるソフト・インタangibleに対しては規定がなく、事実上「営業権」のなかに包摂されるものとして解釈されているにすぎない。

評価についての具体的規定は、財産評価基本通達にしかなく、これが法人税の上でどのような位置づけであるかは曖昧である。また、知的所有権の法的所有者以外の関連者への利益の配分や、人的役務の提供による無形資産の移転は、そもそも法令上の規定が存在しない。

一方で、移転価格課税に関しては、OECD ガイドライン等との整合性をとるためとして、事務運営要領等の改訂や参考事例集において無形資産取引について詳細な規定が置かれるようになっており、今後の OECD における無形資産をめぐる検討の進展に応じて、さらなる改訂が必至であろう。

法令上の根拠を欠きながら、基本通達や事務運営要領等により規定されているにすぎないことは、無形資産をめぐる海外取引に関する予期せざる課税のリスクを高めている。

(3) 移転価格税制における問題

移転価格税制では、平成 23 年に OECD ガイドライン改訂に準拠した形で独立企業間価格の算定方式が抜本的に改正され、事案ごとに最も適した方法を適用することとされたことにより、従来は基本三法に劣後するものとされていた利益分割法特に残余利益分割法や、取引単位営業利益法の優先度が高められており、無形資産をめぐる移転価格税制の適用は従来以上に顕著になることと思われる。

一方で、納税者である企業側にすれば、経済的な合理性あるいは必然性がある海外展開に対してまで、無形資産の移転を伴うならば課税されるリスクが浮上しつつある。既に、中国等のアジア諸国への製造業の移転に対して、特許権等の知的財債権の対価の適正性や使用料の妥当性の観点からの税務調査が強化されており、また、過去においては豪州への資源投資に関しては、ノウハウや人的役務の提供による所得移転が問題とされた事例が生じている。

(4) 外国子会社合算税制における問題

平成 22 年度税制改正における外国子会社合算税制（タックス・ヘイブン税制）の改正の中で、特定外国子会社が適用除外基準を満たす場合であっても、内国法人等の所得に合算して課税される「資産性所得」に、工業所有権及び著作権（出版権及び著作権隣接権を含む）の提供による所得（特定外国子会社等により開発されたもの等から生

ずる所得を除く)が規定されている。これにより、事実上の「無形資産を海外に移転させるような事業再編」による租税回避行為への対応が開始されている。

(5) 日本企業が関わる海外での無形資産取引をめぐる問題

現実には、わが国課税当局も、無形資産に関わる取引に対する課税を強めており、とくに移転価格課税では、海外関連会社から日本の親会社に支払われる使用料の多寡が問題とされる事例から、海外関連会社の設立や業態変更に絡む事例、あるいは工業所有権等の権利に至らないノウハウ等のソフト・インタangibleや人的役務提供が問題とされる事例も現れている。

また、日本企業が海外で無形資産をめぐる課税トラブルに遭う事例も急増している。とくに中国では、現地製造会社の中国市場向けの販売に係る所得金額の計算の中で、日本親会社に支払う使用料が高額であり現地法人の所得が侵害されているとする事例だけでなく、逆に低廉であるとされる事例も現れるなど混迷している。後者は、フルコストマークアップにより取引単位営業利益法を適用する際のコストを引き上げて現地製造会社の営業利益額を増額調整するため、および使用料に係る源泉徴収税額を確保するためと思われる。

また、インド等の他のアジア諸国における無形資産関連の事例も増加している。(21世紀研「国際租税制度の動向とアジアにおけるわが国企業の課税問題」参照)

【総合商社2社のオーストラリアにおける液化天然ガス事業に係る事例】

本件は、海外の資源開発において、親会社の有するノウハウ等をもとに課税された事例であり、新聞報道等にも取り上げられているので、公表された情報に基づき概略を紹介する。

三菱商事と三井物産は、1985年に各50%の出資によりオーストラリアに合弁会社 Japan Australia LNG (MIMI) Pty. Ltd. を設立し、同社は日本へLNG、オーストラリア国内向けに天然ガス、その他の国際市場にコンデンセート、原油、LPGを販売していたが、2006年6月以降、順次、以下の更正処分を受けた。

本件で問題にされたのは、オーストラリア合弁会社から日本の親会社である両社に支払われた情報提供や経営指導に関する対価が妥当でないと国税局が認定した点である。合弁会社と両社との間での製品取引のウェイトが少なく、通常に移転価格課税では不十分である。そこで、日本親会社が本件事業参入前からLNG事業参入に必要な研究開発や情報収集作業を行ってノウハウを蓄積していたものと考え、情報提供や経営指導料の対価が低すぎるとして課税したものと思われる。

	三井物産		三菱商事	
	所得金額	追徴税額	所得金額	追徴税額
2006/6 (2000/3 月期)	49 億円	25 億円	不明	22 億円
2007/6 (2001/3 月期)	82 億円	39 億円	89 億円	36 億円
2008/6 (2002/3 月期)	100 億円	47 億円	116 億円	48 億円

両社は東京国税局に対して異議申立を行うと共に、日豪租税条約に基づき相互協議の申立を行い、日豪両当局は、2006年9月から二国間協議を開始し、2008年12月に合意に至った。その結果、合弁会社がオーストラリアに支払う税金が減額される一方で、日本側でも追徴税額が減額更正された模様である。

2 現行税制における無形資産に関する規定

現行税制における無形資産の規定、特にその評価に関する規定は極めて乏しい。一方、移転価格事務運営要領では、無形資産の定義、評価、利益の帰属ないし配分についての規定があるが、法令上の根拠がないことについて問題が生じ得よう。

(1) 無形資産の定義に関する規定

無形資産自体の定義は、法人税では、減価償却資産の範囲を定める法人税法施行令第13条の第八号において、法律上の権利又は権利に準じていることが確実に認識されるものとして、鉱業権、漁業権、ダム使用権、水利権、特許権、実用新案権、意匠権、商標権、ソフトウェア、育成者権、公共施設等運営権、営業権、専用側線利用権、鉄道軌道連絡通行施設利用権、電気ガス供給施設利用権、熱供給施設利用権、水道施設利用権、工業用水道施設利用権、電気通信施設利用権の19が列挙されているが、ノウハウや顧客名簿などは「営業権」のうちに含まれる場合以外には現れていない。

一方、移転価格事務運営要領では、調査において検討すべき無形資産として「重要な価値を有し所得の源泉となるもの」として、以下が示されている(2-11)。

- イ 技術革新を要因として形成される特許権、営業秘密等
- ロ 従業員等が経営、営業、生産、研究開発、販売促進等の企業活動における経験等を通じて形成したノウハウ等
- ハ 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

さらに、移転価格事務運営要領では、役務提供に無形資産が使用されている場合の役務提供と無形資産の関係については、「役務の提供と無形資産の使用は概念的には別のものであることに留意し、役務の提供者が当該役務提供時にどのような無形資産を用いているか、当該役務提供が役務の提供を受ける法人の活動、機能等にどのような影響を与えているか等について検討を行う(2-8(1)の(注)) こととされている。

(2) 無形資産の評価に関する規定

無形資産の評価に関する規定は法人税にはなく、資産税においては財産評価基本通達に具体的な計算規定を含めた規定がある。

たとえば特許権及びその実施権の評価(140)は、「145((権利者が自ら特許発明を実施している場合の特許権及び実施権の評価))の定めにより評価するものを除き、その権利に基づき将来受ける補償金の額の基準年利率による複利現価の額の合計額によって評価する。」と規定されている。その算式は141において示されている。

しかし、「特許権又はその実施権の取得者が自らその特許発明を実施している場合におけるその特許権又はその実施権の価額は、その者の営業権の価額に含めて評価することとされており(145)、事実上は放擲されているに等しい。

また、実用新案権、意匠権及びそれらの実施権(146)、商標権及びその使用权の評価(147)については、特許権及びその実施権の評価に準ずるものとされている。

(3) 無形資産から生じる利益の帰属に関する規定

現行法人税では、無形資産は法律上の権利又は権利に準じていることが確実に認識されるものとされていることから、無形資産から生じる利益はその権利等の法的な所有者に帰属するものと考えられる。

一方、移転価格事務運営要領では、「無形資産の使用許諾取引等について調査を行う場合には、無形資産の法的な所有関係のみならず、無形資産を形成、維持又は発展(以下「形成等」という。)させるための活動において法人又は国外関連者の行った貢献の程度も勘案する必要があることに留意する。」とした上で、「無形資産の形成等への貢献の程度を判断するに当たっては、当該無形資産の形成等のための意思決定、役務の提供、費用の負担及びリスクの管理において法人又は国外関連者が果たした機能等を総合的に勘案する。」(2-12 無形資産の形成、維持又は発展への貢献)とされている。すなわち、米国移転価格税制における Economic Ownership(経済的所有者)概念と同様に、無形資産の形成等に貢献した国外関連者に、法的所有者ではなくとも一定程度の利益の帰属を認めるものと考えられる。ただし、配分方法については具体的な規定を欠いている。

一方で、インド、中国等では、ブランドについての法的所有権を親会社が所有している場合には、現地子法人によるブランド広告宣伝費の負担について損金算入を否認する国もあり、日米間、日欧間では一般的となっている現地販売子法人による広告宣伝活動(費用負担を含む)の実施と整合性が取りづらく苦慮している企業も多い。

《補論1－実務における無形資産の評価》

税以前の問題として、企業会計においても無形資産の評価に関する基準は未整備である。国際財務報告基準（IFRS）とのコンバージェンス作業は頓挫しており、改めて日本独自の基準作成が模索されている。なお、米国会計基準（FAS）と国際財務報告基準との間も整合性がない。企業会計においても無形資産の公正価値評価が難問である状況は当面は解消できないであろう。

当然、実務においても、無形資産の評価に関する定まった手法は存在せず、場面ごとに様々な手法が用いられているが、代表的とされているのは、コストアプローチ、マーケットアプローチ、インカムアプローチの3手法である。

①コストアプローチ

評価対象の資産を再取得または再生産するために要するコストを当該無形資産の評価額とする方法。単にコストを合計するのではなく、インフレ要素や減価要素、マーケットの状況なども考慮される。

②マーケットアプローチ

無形資産の売買事例や、類似のライセンス契約のロイヤリティレートから算出する方法。しかしながら、売買事例等から類似事例を見出すことは困難であることから、実際には、類似のライセンス契約のロイヤリティ収入等に係る将来キャッシュフローの現在価値合計額を無形資産の価値とする場合が多く、実質的にはインカムアプローチと変わるところは少ない。

③インカムアプローチ

評価対象の無形資産が将来生み出すキャッシュフローや利益の現在価値合計額を、当該無形資産の価値とする方法。超過収益法、企業価値差額法の2つの手法がある。超過収益法は期待収益を超過した収益分の現在価値を無形資産の価値とするのに対し、企業価値差額法は時価の資産価値を超過した分の価値を無形資産と捉える。すなわち、超過収益法では、先に収益の差額を算出し、後で差額を現在価値に戻し、企業価値差額法では、先にキャッシュフローの現在価値である事業価値を算出し、後で差額を算出する点が異なる。

①超過収益法

：実際収益から期待収益を控除したものを超過収益とし、超過収益を資本還元率で除したものを無形資産の価値とする方法。

<算式>

実際収益－期待収益（当該無形資産以外の投下資本×期待収益率）

=超過収益

超過収益÷資本還元率=無形資産

②企業価値差額法

: マーケットアプローチやインカムアプローチにより算出された事業価値から時価資産額を控除した額を無形資産とする方法。

<算式>

キャッシュフローの現在価値合計=事業価値

事業価値-時価資産(有形資産の時価+評価対象外の無形資産の時価+運転資本の時価)=無形資産

《補論2-無形資産評価としての「所得相応性基準」》

所得相応性基準(Commensurate With Income Standard)は、米国において1986年に導入された考え方である。

米国では、1960年代後半より、多国籍企業が軽課税国に関連子会社等を設立したうえで、特許権等の無形資産を移転あるいは使用許諾することで、関連子会社等に所得を移転させたとする事件が相次ぎ、当初、内国歳入庁(IRS)は移転価格税制を適用して課税を試みたが、1980年代以降の租税裁判所の判決において、いずれの事案についてもIRS敗訴の判断が示された。

そこで、1986年に、内国歳入法(IRC)第482条に、「無形資産の譲渡または使用権の許諾がなされた場合には、その譲渡または使用権の許諾に係る所得の金額は、当該無形資産に帰属する所得と相応するものでなければならない。」との規定が追加された。

さらに、1993年には財務省規則1.482.4条に、無形資産の譲渡後に無形資産に帰属する所得に大幅な変動がある場合には、無形資産移転後の各課税年度において対価の修正を求めるとし、申告当初の評価が適正価格であったとしても、後年度(5年間)での対価の修正を妨げないとする「定期的調整」(Periodic adjustments)の規定が設けられた。また、1993年に利益比準法が、1994年に利益分割法が、それぞれ財務省規則に規定されたが、これらも無形資産移転後の各課税年度における対価の修正額を決定するため、各課税年度において無形資産に帰属する実際の利益を算定する方法として考案されたものである。

ドイツにおいても2008年企業税制改革による法人税率の引下げ(25%→15%)の代替財源のひとつとしての移転価格税制強化のなかで、ドイツ企業が事業再編等により国外に逃避することに対する課税策として所得相応性基準が導入された。具体的には、事業再編による「機能の移転」に対して、客観的データが利用不可能である場合には「賢明な企業経営者原則」に基づく仮想的独立企業間テスト(Hypothetical Arm's-Length Test)を行い独立企業間価格を決定したうえで、その後10年間にわたり、独立企業間価格決定の基本的仮定か

ら実際の状況が乖離した場合には、独立企業間価格を遡及調整して納税額を決定するものである。

所得相応性基準とは、無形資産の譲渡また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、その後の当該無形資産から生じる実際利益という客観的なデータによって当該無形資産に帰属する所得を算定することに合理性があるとするものである。しかし、無形資産の譲渡がなされた後に、譲渡先において無形資産から生じる所得により無形資産を評価するとの考えに対しては、米国が導入した当初には欧州諸国等から「後知恵」(hindsight) にすぎないとの強い批判がなされていた。また、OECD 移転価格ガイドラインにおいても未だ受け入れられるものとはされていない。

3 「国内源泉所得」における無形資産の扱い

外国法人が日本国内に恒久的施設を有する場合には、租税条約において異なる定めがない限り、各事業年度の所得のうち国内源泉所得について法人税が課税される(法人税法第4条)。この「国内源泉所得」に関しては法人税法第138条が具体的に定めているが、その中で、無形資産から生じる所得、および人的役務の提供を主たる内容とする事業について、法人税法上としては唯一の規定が置かれている。

無形資産に関しては「国内において業務を行う者から受ける次に掲げる使用料又は対価で当該業務に係るもの(第七号)」として以下の規定が置かれている。

- イ 工業所有権その他の技術に関する権利、特別の技術による生産方式若しくはこれらに準ずるものの使用料又はその譲渡による対価
- ロ 著作権(出版権及び著作隣接権その他これに準ずるものを含む。)の使用料又はその譲渡による対価
- ハ 機械、装置その他政令で定める用具の使用料

また、「国内において人的役務の提供を主たる内容とする事業で政令で定めるものを行う法人が受ける当該人的役務の提供に係る対価」が「国内源泉所得」に含まれることを明記し(同第二号)、具体的には、法人税法施行令179条において「人的役務の提供を主たる内容とする事業の範囲」を、以下のように規定している。

- 一 映画若しくは演劇の俳優、音楽家その他の芸能人又は職業運動家の役務の提供を主たる内容とする事業
- 二 弁護士、公認会計士、建築士その他の自由職業者の役務の提供を主たる内容とする事業
- 三 科学技術、経営管理その他の分野に関する専門的知識又は特別の技能を有する者の当該知識又は技能を活用して行う役務の提供を主たる内容とする事業(機械設備の販売その他事業を行う者の主たる業務に附随して行われる場合における当該事業及び法第141条第二号(外国法人に係る法人税の課税標準)に規定する建設、すえ

付け、組立てその他の作業の指揮監督の役務の提供を主たる内容とする事業を除く。)

なお、第三号に規定する「機械設備の販売その他事業を行う者の主たる業務に付随して行われる場合における当該事業」とは、次に掲げるような行為に係る事業とされている(法人税法基本通達 20-1-14)。

- (1) 機械設備の販売業者が機械設備の販売に伴いその販売先に対し当該機械設備の据付け、組立て、試運転等のために技術者等を派遣する行為
- (2) 工業所有権、ノーハウ等の権利者がその権利の提供を主たる内容とする業務を行うことに伴いその提供先に対しその権利の実施のために技術者等を派遣する行為

法人税法第 138 条第七号の使用料・対価については、さらに、法人税法基本通達 20-1-20 (国内業務に係る使用料等) ~20-1-23 (人的役務等の提供の対価と使用料との区分) が置かれている。

とくに、20-1-22 (工業所有権等の意義) では、「工業所有権等」として「特許権、実用新案権、意匠権、商標権の工業所有権及びその実施権等のほか、これらの権利の目的にはなっていないが、生産その他業務に関し繰り返し使用し得るまでに形成された創作、すなわち、特別の原料、処方、機械、器具、工程によるなど独自の考案又は方法を用いた生産についての方式、これに準ずる秘けつ、秘伝その他特別に技術的価値を有する知識及び意匠等をいう。したがって、ノーハウはもちろん、機械、設備等の設計及び図面等に化体された生産方式、デザインもこれに含まれる」とする一方で、「海外における技術の動向、製品の販路、特定の品目の生産高等の情報又は機械、装置、原材料等の材質等の鑑定若しくは性能の調査、検査等」は、これに該当しないとする。

また人的役務等の提供の対価と使用料との区分については 20-1-23 において、「工業所有権等を提供し又は伝授するために図面、型紙、見本等の物又は人的役務を提供し、かつ、その提供又は伝授の対価のすべてをその提供した物又は人的役務の提供の対価として支払を受ける場合には、当該対価として支払を受けるもの」のうち、次のいずれかに該当するものは法第 138 条第 7 号イに掲げる使用料に該当し、その他のものは当該物又は人的役務の提供の対価に該当するものとする。

- (1) 当該対価として支払を受ける金額が、その提供し又は伝授した工業所有権等を使用した回数、期間、生産高又はその使用による利益の額に応じて算定されるもの
- (2) (1)に掲げるもののほか、当該対価として支払を受ける金額が、当該図面その他の物の作成又は当該人的役務の提供のために要した経費の額に通常の利潤の額を加算した金額に相当する金額を超えるもの

なお、物または人的役務の提供の対価に該当するものは、通常その図面等が作成され、

または人的役務の提供が行われた場所に源泉がある所得となるとする。

4 国際的事業再編における無形資産課税の問題

(1) コーポレート・インバージョン対策税制

コーポレート・インバージョン (Corporate inversion) とは、狭義には、軽課税国・地域等に親会社となる関連会社を設立し、この外国親会社に株式や無形資産等の保有資産を移転することにより税負担の軽減を図る行為を指すものであるが、本章では、外国親会社の設立に限らず、「論点整理」の指摘する「多国籍企業グループが事業再編を通じて無形資産を軽課税国に移転することで税負担の軽減を図るタックス・プランニング」として考察する。また、新たに外国関連会社を設立する場合のみでなく、既存の外国関連会社に無形資産等を譲渡する場合をも対象とする。

具体的には、以下のような事例が考えられる。

- ① 海外の販売子会社の業務形態をコミッションナーに変えたうえで、軽課税国に設立した海外関連会社との間で問屋契約を締結することで、取引の間に介在させた軽課税国の海外関連会社に利益を移転させる。
- ② 軽課税国に設立した海外関連会社にサプライチェーン機能等の無形資産を集約したうえで、製造子会社との間で委託製造契約を締結することで、軽課税国の海外関連会社にグループの利益を移転させる。
- ③ 親会社が海外において鉱物資源等の開発を行い、事業化がなった時点で、現地に設立した海外子会社に採掘権を公正価格で譲渡したうえで、海外関連会社から鉱物資源を購入することで、海外関連子会社に所得をプールする。

① 米国のコーポレート・インバージョン対策税制

コーポレート・インバージョンが税務上の問題として明確に意識されるようになったのは 1990 年代の米国であり、その防止を意図した税制措置も 2004 年に整備された。

米国では、従来より「通行税」(toll charge) として、国境を越えた企業組織再編により米国人が保有する国内資産が外国法人に移転された場合には、その組織再編成が一定の基準 (資産の属性、株式保有割合及び利用形態等) を満たさない限り、国外に移転される資産の譲渡益に対して課税繰延べを認めないとする規定 (内国歳入法第 367 条) が置かれていた。

しかし、これでは実際のコーポレート・インバージョンに対する牽制として不十分とされ、2004 年に、本格的なコーポレート・インバージョン対策が導入されている (内国歳入法第 7874 条)。具体的には、米国人が、国外で設立された新設親法人の子会社になり、または資産のほとんど全てが当該外国法人に移転されることなどにより、米国内国法人の株主が、コーポレート・インバージョンの後、新設外国親法人株式の議決権または価値の 80%以上を保有することとなり、かつ、新設外国親法人が設立国

で相当程度の事業活動を行っていない場合には、当該新設外国親法人は「代理外国法人」とされ、米国法人とみなして課税される。

加えて、外国税額控除制度を改正し、従来は 9 分類の所得毎に控除額を計算する方式を 2 分類に削減し、制度を簡素化して国外事業所得に対する国際的二重課税の排除を容易にしている。

② ドイツ「退出税」

ドイツでは、2008 年企業税制改革において、所得相応性基準を「機能の移転」に適用するとの規定を対外取引課税法第 1 条 3 項に定めているが、これは一般に「退出税」(exit charge) として理解されている。

(2) 現行税制における関係する規定

わが国においても、国際的な事業再編による租税回避行為に対しては、以下のような規定が置かれている。

① 特殊関係株主等である内国法人に係る特定外国法人の課税対象金額の益金算入（租税特別措置法第 66 条の 9 の 2）

内国法人の株主（特殊関係株主等）が、三角合併等の組織再編成により、軽課税国に所在する外国法人（特定外国法人）を通じてその内国法人（特殊関係内国法人）の発行済株式等の 80%以上を間接保有することとなった場合には、その特定外国法人が各事業年度において留保した所得をその持株割合に応じて、その特定外国法人の特殊関係株主等である内国法人の収益の額とみなして、益金の額に算入する。

② 租適格合併等の範囲に関する特例（税特別措置法第 68 条の 2 の 3）

三角合併を利用した一定の国際的租税回避等については、適格要件を満たさない合併として株式譲渡益の課税繰延べを認めない。

③ その他

さらに、租税特別措置法第 40 条の 7（特殊関係株主等である居住者に係る特定外国法人の課税対象金額の総収入金額算入）、同法第 66 条の 4（国外関連者との取引に係る課税の特例）、法人税法第 132 条の 2（組織再編成に係る行為または計算の否認規定）等の規定も国際的な事業再編による租税回避行為に対応し得る規定である。

(3) 外国子会社合算税制における資産性所得合算課税

国際的な事業再編成を伴わない無形資産の譲渡等による法人資産等の国外移転に対しては、移転価格税制の適用や寄付金課税（全額損金不算入）による対応が可能であ

るが、さらに平成 22 年度改正で創設された外国子会社合算税制における資産性所得合算課税の規定も、租税回避行為の防止の側面を強調しつつも、事業再編による海外関連者への無形資産の移転に対する牽制としての効果を明確に有するものである。

平成 22 年度税制改正では、外国子会社合算税制について、①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（トリガー税率）の 25%以下から 20%以下への引下げ、②外国子会社合算税制の適用を受ける内国法人等の直接及び間接の外国関係会社株式等の保有割合要件の 5%以上から 10%以上への引上げ、③特定外国子会社等の適用除外基準に関する統括会社・被統括会社概念の導入、④特殊関係株主等である内国法人等に係る特定外国法人に係る所得の課税の特例の見直しなどとともに、資産性所得に対する合算制度が創設された（租税特別措置法第 66 の 6④）。

すなわち、適用除外基準を満たす特定外国子会社であっても、一定の剰余金の配当等、利子、償還差益、譲渡対価、使用料又は貸し付けによる対価に係る所得＝「特定所得」（措置令第 37 の 19 の 2）を有する場合には、特定所得の金額の合計額のうち内国法人等の有する株式等に対応する部分として計算した金額（部分適用対象金額）を、収益の額とみなして当該内国法人等の所得の金額の計算上、益金の額に算入することとされた。ただし、部分適用対象金額が 1,000 万円以下の場合、特定外国子会社の所得の 5%以下の場合には適用除外とするデミニマス基準が設けられている。

なお、財務省担当者による改正では、わが国と比べて著しく税負担が低い外国子会社において、資産運用的な所得を伴う取引を行うことには積極的な経済的な合理性はなく、外国子会社への所得の付け替えによる租税回避行為であると断じている。

この特定所得には、特許権等の使用料の合計額から当該使用料を直接得るために要した費用を控除した残額が含まれており、特許権等には、特許権のほか、実用新案権、意匠権若しくは商標権又は著作権（出版権及び著作隣接権を含む）の使用料が該当する。また、以下の使用料については、租税回避的な意図がないことが明らかであるため、内国法人がそれに該当するものであることを証明する書類を保存することを要件として、除外されている（措置令第 37 の 19 の 2⑤）。

- ① 特定外国子会社等が自ら行った研究開発の成果に係る特許権等 当該特定外国子会社等が当該研究開発を主として行った場合の当該特許権等の使用料
- ② 特定外国子会社等が取得をした特許権等 当該特定外国子会社等が当該取得につき対価を支払い、かつ、当該特許権等をその事業の用に供している場合の当該特許権等の使用料
- ③ 特定外国子会社等が使用を許諾された特許権等 当該特定外国子会社等が当該許諾につき対価を支払い、かつ、当該特許権等をその事業の用に供している場合の当該特許権等の使用料

5 今後の検討課題について

本報告は、あくまでも中間段階でのものとして、無形資産をめぐる国際取引に係る税務上の問題を指摘したものに過ぎない。今後、後半の検討作業に置いては、以下のような諸点を掘り下げて、具体的な提案を含めた解決策の提示に至ることが重要である。

① 無形資産の定義の明確化

税法あるいは施行令において無形資産の定義をより明確にすべきである。法人税法上、無形資産とされているのは特許権、実用新案権や著作権等の法律上の権利およびそれに準ずるものでしかなく、移転価格事務運営要領で示されているノウハウ、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あるいはブランド等が無形資産に含まれるか否かを、法令上明確にすべきではないか。

② 無形資産の評価方法

無形資産の評価方法としては財産評価基本通達にしか規定がなく、法人税においては具体的な評価方法は定められていない。具体的に確定的な評価方法を示すことは困難でもあるが、実務上で用いられている各手法を前提として、無形資産の類型ごとに利用できる評価方法を、少なくとも例示として具体的に列挙すべきではないか。

③ 無形資産の使用により生じた利益の帰属及び配分

無形資産の法的所有者以外に複数の関連者が無形資産の形成に貢献しているとされる場合には、無形資産の使用により生じた利益が関連者にも帰属すべことを法律上明確にし、また、利益を関連者間で合理的に配分するための具体的手法についての規定を政令あるいは基本通達に置くべきではないか。

④ 移転価格税制の整備等

OECDにおいて無形資産に関して移転価格ガイドラインが改訂される場合は当然、移転価格税制に関する規定本体を改正すべきであるが、それを待つことなく、OECDにおける検討の進捗を踏まえつつ、必要な範囲で事務運営要領の改正を進めるべきではないか。

**グローバル時代における
新たな国際租税制度のあり方**

（研究主幹 青山 慶二）

**2012年4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