

# グローバル時代における 新たな国際租税制度のあり方

～国内法への帰属主義導入と  
BEPS (税源浸食と利益移転) 問題を中心に～

報告書

2014年5月

## はじめに

多国籍企業が直面する国際課税問題を研究対象とする「21世紀政策研究所国際租税研究会」では、これまで、研究テーマとして、本邦企業が海外進出によりこうむる可能性のある二重課税のリスクを主たる対象としてきた。すなわち、本邦を本拠とする多国籍企業グループの海外事業展開を念頭に、わが国の国税庁が親会社の所得計算に際して行使する国内法上の個別の租税回避行為防止規定（移転価格税制、外国子会社合算税制等）や進出先税務当局が現地子会社の所得に対して更正処分を行う際に発動する当該国の課税（移転価格税制、PE認定課税等）の課題を検証し、二重課税の最小化のために必要な国内法の解釈論や立法論、さらには紛争解決のための条約適用のありかたなどに焦点が当てられてきたのである。

これに対して今年の報告書は、昨年に急展開を見せた OECD の税源浸食・利益移転（BEPS）プロジェクトへの対応を強く意識して、従来の二重課税問題に加え、二重非課税問題にも焦点を当てたテーマをも抽出している。すなわち、多国籍企業の中には、国内法の規定の不整合や租税条約による手当の不完全さを利用して、居住地（本社所在地）と源泉地（子会社所在地）を通じたグループ全体での税負担を不当に軽減しているとの指摘への、当研究会としての検討成果の第1段階が含まれている。当報告書の取りまとめに至る経緯の概要は以下のとおりである。

まず、BEPS プロジェクトは、2012年の英国におけるスターバックス社の納税問題などで注目を浴び、欧州と米国の政治家の関心を集めた多国籍企業の納税コンプライアンスへの疑念に端を発したものである。OECD は、多国籍企業の国境を越える租税計画によって課税漏れ（二重非課税）が発生する領域を検証し、それへの国内法及び条約上の対応措置として、15項目に上る BEPS 行動計画を取りまとめて、2013年7月のG20財務大臣・中央銀行総裁会議に報告した。それを受け、同年9月のG20サンクトペテルブルグ・サミットは、同行動計画をG20/OECDの枠組みで取り上げることとし、BRICs 諸国を含む非OECD加盟国も意思決定に同等の立場で参加させて、協調行動の詳細内容の確定期限を各行動計画ごとに2014年3月～2015年12月の間の一定時期とする大プロジェクトを正式発足させたものである。

このプロジェクトの検討過程では、その性格上、ステークホルダーである多国籍企業との綿密な連携が不可欠と考えられた。OECD は OECD 経済産業諮問委員会（BIAC）に

対し、行動計画の策定過程からコメント聴取を頻繁に行っており、BIAC 側も多くのインプットを継続的に行っている状況にある。BIAC に代表されるビジネス界では、不当な二重非課税への国際的協調措置の必要性を認識しプロジェクトへの協力を約束しながらも、その協調措置の設計如何によっては、マジョリティを占める健全な事業活動に従事している多国籍企業グループに対して、追加的な二重課税の負担や過大なコンプライアンス・コストを発生させる懸念があるとして、各項目ごとに詳細なコメントを行いつつある。当研究会を構成する本邦企業からも、一般的に二重非課税問題からは距離を置いていると認識されている本邦企業が、今回のプロジェクトからもたらされる可能性のある過剰対抗措置の犠牲となることは避けねばならないとの問題意識により、BIAC 本部を通じた意見表明に加えて、経団連等産業団体の名義で、OECD 等関係当局に対し、積極的な意見発信が開始されている状況にある。

本年の報告書は、以上のような環境下でのとりまとめであり、本邦企業の上記懸念をも踏まえた BEPS 項目の検討がすでに本報告書の主要なパートを占めることとなっているが、検討タイミングの関係で、まだ 15 項目全体をカバーする段階には至っていない。残された課題については、新年度において当研究会が、引き続き本邦企業と研究者の協働体制でとりまとめて、次年度報告でカバーする予定である。

本年の報告書の構成を概説すると以下のとおりである。

まず、BEPS 関連テーマにとりかかる前に、当研究会の前年度からの積み残しテーマである「国内法への帰属主義導入」を 2 章にわたって取り上げている。昨年報告書で企業の立場も踏まえた改正提言を行った帰属主義導入は、平成 26 年度改正法案にすでに取り込まれ、現在、国会審議の途上にある。改正内容は、2010 年の OECD モデル条約新 7 条を体現し、税制の透明化にも資するものであって、その効果は、従来の総合主義がもたらす外国法人にとっての二重課税のリスクを軽減し、アベノミクスの目指す対内投資促進効果も期待できるものと考えられる。しかし、移転価格税制と同様の独立企業の擬制を本支店間に及ぼすことには、制度上の一定の制約と技術的な執行可能性など検証すべき点は多いと予測されていた。第 1 章の青山論文は、本改正のベースとなった財務省参事官室研究会レポートと法案を主たる題材として、立法企画者側の観点に立って、法案の制度設計にあたっての主要論点をまとめたものであり、インバウンドの投資に対する対応に焦点を当てて検討している。これに対して、第 2 章の阿部論文は、同法案を納税者の立場から検証して、考えられる課題を取りまとめたもので、対象領域は、本邦本店において外国支店が帰属主

義の下で負担する外国税額の控除の仕組みに関するものも含み、より広範なコメントを含んでいる。

第3章から第6章は、いずれも BEPS 関連の重要テーマであり、かつとりまとめ期限がいずれも 2014 年 9 月と早期に設定されたテーマを対象とした学術論文である。

第3章の浅妻論文は項目 No.1 のデジタルエコノミーへの課税問題を消費税の課税を含めて包括的に扱ったものであり、所得課税に関しては PE 概念とソースルールの両面からアプローチする選択肢について、各モデル条約の解釈も含め詳細な分析を行っている。第4章の吉村論文は、項目 No.2 のハイブリッド・ミスマッチを利用した租税計画に関する対抗措置を、OECD 報告書をベースに事例をあげて検討し、国内法と条約における協調措置の可能性と課題を比較法の手法も用いて、具体的に検討している。第5章の一高論文は、項目 No.8～10 に関連する無形資産に関する費用分担契約に関する実証研究を取り入れた論文である。本邦企業の関連者間及び独立第三者間の費用分担契約の実例をベースに所得配分の合意内容を分析しようとするもので、BEPS プロジェクトでの検証にあたって納税者の視点を再確認しようとする試みを含んでいる。第6章の岡田論文は、BEPS の中での無形資産関連項目全体と関係する幅広い領域をカバーしている。従って、OECD の無形資産プロジェクトと BEPS との関連や、移転価格のドキュメンテーションに関する論点等に特に留意しつつ、検討対象の中心となる、無形資産の定義や評価技法の叙述などに特色を持つ改定移転価格ガイドライン（無形資産の章）の内容に関しては、特に詳細な検証を行っている。

なお、以上の BEPS 関連の論文においては、OECD 非加盟国が参加していることによる源泉地国課税権の主張が、G20・OECD ベースでの BEPS 問題の議論にどのような影響を与えるかとの問題意識も随所に反映されている。

最後に、論文執筆は上記の特定委員により行われているが、その内容に関しては、vi ページにリストアップしたタスクフォース委員からの多面的なインプットが反映されていることを申し添える。

2014 年 3 月  
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。

# 目 次

はじめに .....	i
タスクフォース委員一覧.....	vi
第1章 帰属主義の導入に関する改正の論点	
早稲田大学大学院会計研究科教授 青山 慶二	
1. はじめに .....	1
2. 改正の経緯 .....	1
3. 改正内容の概要.....	2
第2章 帰属主義への移行が国内企業に与える影響	
一般社団法人日本経済団体連合会経済基盤本部長 阿部 泰久	
1. 帰属主義への移行と国内企業への影響.....	13
2. 帰属主義への移行による内国法人への課税の概要.....	13
3. 国外 PE 帰属所得の問題 .....	15
4. 内部取引の認識・文書化等の問題.....	16
5. 進出先国の違いによる外国税額控除への影響.....	17
6. 租税回避防止規定の不存在.....	19
7. 地方税一問題は生じないのか?.....	20
第3章 BEPS 行動計画 1 : デジタルエコノミー課税の課題	
立教大学法学部教授 浅妻 章如	
1. 所得課税とデジタル PE : OECD モデル 5 条 (恒久的施設概念) の改変 .....	21
2. 所得課税とデジタルエコノミー源泉徴収 : OECD モデル 12 条の改変 .....	24
3. 消費課税とリバースチャージ.....	27
4. 消費課税と登録制.....	29
5. 決済過程への着目.....	30

#### 第4章 BEPS 行動計画 2 : ハイブリッド・ミスマッチ取決めの効果否認について

一橋大学大学院国際企業戦略研究科准教授 吉村 政穂

1. はじめに .....	31
2. ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの具体的内容 .....	32
3. 国内法上の措置として想定されるオプション .....	38
4. 結 語 .....	52

#### 第5章 費用分担契約に係る法令等の整備の方向性

関西学院大学法学部教授 一高 龍司

1. はじめに .....	55
2. OECD における費用分担契約の問題 .....	55
3. 共同研究開発の事業上の合理性と法務 .....	59
4. 米国の 2011 年財務省最終規則 .....	63
5. 結びに代えて～法令等の整備の方向性に関する提案 .....	70

#### 第6章 無形資産を巡る OECD プロジェクト（概要）—（移転価格に係る討議草案等）—

税理士法人プライスウォーターハウスクーパース顧問 岡田 至康

1. はじめに .....	73
2. 無形資産に係る移転価格ガイドライン改定草案の改訂 .....	73
3. 電子商取引への課税 .....	80
4. 移転価格に係る文書化及び国別報告 .....	82
5. その他 .....	83

## タスクフォース委員一覧

### 研究主幹

青 山 慶 二 早稲田大学大学院会計研究科教授

### 委員（順不同）

浅 妻 章 如 立教大学法学部教授  
菖 蒲 静 夫 キヤノン(株)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  
遠 藤 弘 志 (株)小松製作所管理部主幹  
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 新日鐵住金(株)財務部上席主幹  
栗 栖 孝 徳 本田技研工業(株)経理部税務室税務ブロック主幹  
高 嶋 健 一 KPMG 税理士法人パートナー  
高 橋 輝 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  
辻 本 順 (株)東芝財務部税務担当グループ長  
萩 谷 淳 一 三井物産(株)経理部税務統括室次長  
濱 地 元 武田薬品工業(株)財務統括部(税務)主席部員  
榎 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 UFJ フィナンシャル・グループ財務企画部税務室副室長  
吉 村 政 穂 一橋大学大学院国際企業戦略研究科准教授  
阿 部 泰 久 (一社)日本経済団体連合会経済基盤本部長

### 21 世紀政策研究所

志 田 健太郎 21 世紀政策研究所研究員

(2014 年 3 月時点)

# 第1章 帰属主義の導入に関する改正の論点

早稲田大学大学院会計研究科教授

青山 慶二

## 1. はじめに

昨年12月に発表された平成26年度税制改正大綱には、昭和38年以来50年ぶりに、外国法人等に対するわが国の国際課税原則が、従来の総合主義から帰属主義に変更される旨の改正案が盛り込まれた。本稿では、その内容を課税当局の立法趣旨を参照しつつ個別に紹介し、納税者にとっての今後の解釈適用上の課題を検証する。

## 2. 改正の経緯

### (1) 総合主義の採用に至った経緯

非居住者及び外国法人の稼得する企業利得に対するわが国の現行の課税ルールは、昭和37年税制改正で確立されたいわゆる総合主義（全所得主義と称されることもある）に基づく構造を基本としている。すなわち、わが国における恒久的施設（PE）の存在を条件に、あらゆる国内源泉所得を対象として所得税及び法人税の申告納税を求める方式であり、この方式を支える国内源泉所得を定めるソースルール（所得税法161条、法人税法138条）とPEを基準として居住地国課税権の範囲を画する規定（所得税法164条、法人税法141条）は、立法時にわが国の国際課税ルールの原点とされた昭和29年締結の日米条約とその背景にある当時の米国国内法を参照したものであったとされている。

しかし、ヨーロッパの多くの国では1955年のOECEモデル条約に沿って帰属主義を採用していたこと等もあって、昭和37年の総合主義の国内法立法化当時においても、わが国が締結したかなりの租税条約において帰属主義が採用されていたことから、国内法での帰属主義の選択可能性は、当時の立法当局者にとっても検討されたようである<sup>1</sup>。

立法者があえて総合主義を採用した背景について、当時の資料からは必ずしも明らかではないが、当時のわが国の源泉徴収制度による課税権確保の限界もその理由の一つとされているようである。

ところが、米国はその後まもなく国内法を改正し（1966年）、総合主義から「実質的関連所得」主義へと転身を図ったこと、その後のわが国の条約締結は帰属主義を認めるものがほとんどであったこと等から、国内法と条約の乖離を不適切とする指摘が長年にわたり有力に主張されてきた<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 国税庁「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」（1962.5、植松守雄氏講演録）9-12頁。なお、植松氏は、いわゆる1号PEを有する場合にのみ吸引力を認めている点を指して当時の改正を「折衷主義を採用」と解説している。

<sup>2</sup> 代表的なものとして、小松芳明「所得課税の国際的側面における諸問題」租税法研究21号1頁



## （２）帰属主義への改正の機運

そのような状況の下で、OECD モデル条約 7 条の改定が 2010 年行われ、7 条の帰属主義を 9 条の下での独立企業原則と平行に解釈するコンセンサスが成立した。OECD 公認アプローチ（AOA）の採用に代表される新 7 条は、旧 7 条の文言の下で複数の解釈可能性があった帰属主義の内容を明確化することを目的としている。すなわち、国境を越えた本・支店間での事業所得課税権の配分を、本・支店を独立企業であると擬制して、機能・資産・リスク分析に基づき移転価格税制と同様の独立企業原則に従い算定する方法が採用されたのである。

今後 OECD 加盟国が締結・改正する租税条約は、新 7 条が規定する帰属主義によることとされたことは、わが国国内法が採用する総合主義からの決別をさらに促進することとなり、政府税制調査会での帰属主義への改正への検討が本格化され、今回の税制改正へとつながったものである<sup>3</sup>。

## 3. 改正内容の概要

今回の帰属主義への改正は、非居住者・外国法人を対象とした改正であり、かつ住民税、事業税といった地方税にもかかわるものであるが、以下においては税制改正大綱を参照しつつ法人税に係る改正点に焦点を絞って検討する<sup>4</sup>。

### （１）総合主義から帰属主義への変換

#### ① 改正概要と立法趣旨

PE を有する外国法人について、従来の国内法が規定していた総合主義に基づく課税標準規定（法法 141 条）を帰属主義に基づき改正し、それに伴いソースルールも新しいカテゴリーの創設を伴う構造的な改正を行っている。すなわち、その骨格は、(a) PE 帰属所得という新しい国内源泉所得のカテゴリーの導入、(b) PE 帰属所得計算ルールの AOA に準拠した規定の導入、(c) 外国法人の納税義務を、PE 帰属所得とそれ以外の国内源泉所得に区分して、それぞれ別個に申告納税を求める方式の採用とそれに伴う新たな外国税額控除制度の導入、(d) 帰属主義に基づく所得計算に必須の本・支店間の機能・資産・内部取引を検証するために新たな文書化義務の付加、(e) 本支店間取引を利用した国際的租税回避に対応するための一般的否認規定導入の 5 点に集約できると考えられる。

このような改正の立法趣旨については、税制調査会に提出された主税局参事官の私的研究会報告書<sup>5</sup>の中で、次の 4 点が指摘されている。

- 支店形態か子会社形態かによる海外進出に伴う税負担の中立性の要請
- AOA に基づく帰属主義に集約する今後の 2 国間租税条約と国内法の整合性確保

<sup>3</sup> 問題点のとりまとめと検討の方向性を示したものとして、H.22.11.9 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

<sup>4</sup> 2014 年 2 月 4 日に「所得税法等の一部を改正する法律案要綱」と同法案が発表されたので、必要に応じて参照する。

<sup>5</sup> H.25.10 「国際課税原則の総合主義（全所得主義）から帰属主義への見直し」（帰属主義研究会報告書）2-3 頁（税制調査会 H.25.10.24 配付資料：内閣府ホームページ掲載）

- AOAの普及による二重課税・二重非課税リスク発生の軽減
- 制度の透明性による国境を越える投資拡大への期待

上記のメリットはいずれも的を射たものであり、少子高齢化の下、グローバル経済に今後より深くかかわらざるを得ないわが国にとって、時宜を得た改正<sup>6</sup>であると判断できよう。特に、事業形態の如何に拘わらない課税の中立性確保の要請は、モデル条約7条と9条の独立企業原則の適用を可能な限り共通なものとすることによってのみ達成可能な状況にあり、今回の改正でも、本支店間の特別な状況（信用評価の不可分性や内部保険行為の許容不適切性等）に鑑みた例外措置を除き、全てイコールフットイングとする方針が貫かれている。

しかし、立法趣旨の一貫性は評価されるものの、AOAに基づく本件改正の行く手には、必ずしも平穏な航海が待ち受けているわけではないと思われる。すなわち、第1にはAOAを受け入れないと宣言している国連モデル条約の影響下にある途上国の存在である。2011年改定の国連モデル条約は、AOAを採用しないとし、依然としてOECDモデルでは批判の対象とされているPEの吸引力を部分的に認めており、総合主義を許容するものとなっている。第2には、移転価格の分野でも課税ガイダンスの確立が不完全であり、BEPSプロジェクトでも難しい課題として提起されている無形資産取引について、本支店間では内部取引を擬制し、評価して内部使用料の認定をするという高いハードルを越えねばならないという点である。支店形態を利用する業種が銀行・商社等の金融業務に携わる業種であり、無形資産の占める比重が大きい点に鑑みると、無形資産の課税ルールについてのコンセンサスが不十分な場合には、執行状況の如何によってはその背後にある「独立企業原則」への信頼をさらに揺らがせかねない懸念も残される。現在G20/OECDで行われているBEPSプロジェクトでは、多国籍企業の租税回避防止の観点から、無形資産に関する移転価格税制の課題を議論しているが、その過程では本・支店関係での適用環境にも留意した検討が必要となろう。なお、国内法が先行する形で施行されるAOAの内容は、AOAに沿った条約改正が未済の条約相手国<sup>7</sup>との間では条約による修正を余儀なくされることとなり、個別条約と国内法の間での乖離が残存する経過期間においては、執行コストが加重される点も第3の課題として追加できよう。

## ② PE概念の無修正

今回の改正では外国法人課税の閾値であるPEの内容には触れていない。OECDモデル条約の改定が7条のみについてであり、5条には修正がなかったことと整合的である。従って、単純購入のみを行う事業所はPEに該当しないが、単純購入業務自体はAOAの下で利

<sup>6</sup> 本改正による新たな対内投資促進効果に鑑みると、アベノミクスの下での3本目の矢の規制改革の一環として帰属主義導入を位置付けることも可能と考えられる。

<sup>7</sup> OECD加盟国との間では、旧7条モデルの下でも、内部使用料や一般事業法人の本支店間利子などを除き一定の内部取引損益の認識や無償資本配賦が容認されてきたので、AOAに即した条約改定が行われない場合の深刻な二重課税リスクは、それ以外の重要交易国（BRICS等）との間の条約に関するものと限定できよう。

益配分の対象とされるので、他の要因により PE と認定されていれば、当該 PE が行う単純購入業務からも機能・事実分析により当該 PE に利益が帰属することになる。ただし、PE の定義自体に関しても BEPS 行動計画で問題提起されていることから<sup>8</sup>、今後、PE 定義修正に関する国際的コンセンサスの行方如何に国内法も左右されることとなろう。今回の法律案では、PE の定義が 141 条から 2 条の定義規定条項へ移行されており、その内容（事業所 PE、建設 PE、代理人 PE の 3 種）に変化はないが、AOA の下では PE の種別によって課税範囲を定性的に区分する必要はないので、141 条の課税標準では「PE を有する法人」として一括して規定されている。

以上は、総論部分についてであるが、以下においては改正大綱の個別項目ごとに、その内容と立法趣旨を検証する。

## （２）PE に帰せられる所得の位置づけ

### ① ソースルールの改正

ソースルール（138 条）の改正案では、従来、国内事業＋国内資産の運用・保有＋国内資産の譲渡を一括して規定し、総括的ソースルールと称されてきた 1 号所得を、各パーツごとに 3 つに分解し（それぞれ 1～3 号とする）、国内事業所得については、「当該恒久的施設が当該外国法人から独立して事業を行う事業者であるとしたならば、当該恒久的施設が果たす機能、当該恒久的施設において使用する資産、当該恒久的施設と当該外国法人の本店等（カッコ書き内省略）との間の内部取引その他の状況を勘案して、当該恒久的施設に帰せられるべき所得（当該恒久的施設の譲渡により生ずる所得を含む）」（法律案要綱では「恒久的施設帰属所得」と略称）と規定し直した。この内容は AOA の趣旨をそのまま体现したものであり、OECD モデル条約 7 条コメントリーが、「機能・事実分析」と整理しているものに対応する内容である。勘案すべき要素として内部取引を明示している点で、移転価格の比較可能性分析との構造的な違いが明らかにされており、この点が本支店間所得配分の焦点であることがうかがわれる。その際、2～6 号に外形的に合致する所得であっても PE 帰属所得に該当する限りは、当該分類が優先する仕組みが保障されている<sup>9</sup>。

なお、138 条 2 号及び 3 号に列記されていた申告納税対象の国内源泉所得は、改正案では 4 号（人的役務事業）、5 号（国内不動産等の貸付）に付け替えられ、最後にその他政令で定める国内源泉所得を 6 号が規定するという形で再編成されている。総合主義の廃止により法人税の納税義務の範囲として一般的に表記する必要のなくなった現行の 4～11 号所

<sup>8</sup> BEPS 行動計画 1 では電子商取引への所得課税に関して、同 7 では現行の PE 認定を免れる準備的・補助的業務への細分化など多国籍企業による事業再編に関連した問題提起がされている。参照（公社）日本租税研究協会「税源浸食と利益移転（BEPS）行動計画」H.25.12

<sup>9</sup> OECD モデル条約上は、不動産譲渡所得に関し、13 条の譲渡所得条項が優先適用され不動産所在地に課税権が割り当てられている（13 条 1 項、2 項）ため、国内法での事業所得該当性の優先扱いが適切かどうか問題になりうるが、事業所得性の認定を対象資産の性格によって区分すべきとは考えられないこと、及び、主要な帰属主義採用国（英、独、仏）においても、PE 帰属所得の事業所得分類が不動産の譲渡所得の分類に優先していることから、同様な扱いには十分な理由があると考えられる。前掲注 5、6 頁

得は、PE 帰属所得に該当しない場合には所得税法のみが源泉徴収で対応することとなり条文の簡素化が図られた。

## ② PE 帰属所得の課税標準

以上のように、法律案要綱が「PE 非帰属国内源泉所得」と呼ぶ法人税の申告納付対象となる 2～6 号所得については、外国法人の法人税課税標準を定める 141 条改正案において、PE 帰属所得と列記した形で、別の独立した課税標準として規定され、それぞれに法人税の税率を適用し納付税額を算定することとされている<sup>10</sup>。このような課税標準の整理は、従来の総合主義が、PE の所在を根拠に全ての国内源泉所得に対して内国法人並みの納税義務を課そうとしていたのに対して、帰属主義の下では、国内事業活動に関連する所得に限って内国法人並みに扱うという限定的な帰属主義の考え方が背景にあるようである<sup>11</sup>。その結果、2 種類の課税標準間では損益通算は認められず、また、欠損金についても 2 本立てとされている。従って、PE を有しない外国法人が新たに PE を有することとなった場合等にみなし事業年度が設けられている。

## (3) PE 帰属所得の算定

新たに設けられた PE 帰属所得の計算方法は、AOA の考え方を体現するとの立法趣旨からすれば、その PE が本店等から分離・独立した別個の者であるとした場合に、その PE によって遂行された機能、使用された資産及び引き受けられたリスクに基づいて、独立企業同士であればその PE が取得したとみられる所得というように構成されるべきことになる。従って、従来の規定が採用していた単純購入非課税の規定（法令 176②）などは廃止されることになる<sup>12</sup>。

そこで、PE 帰属所得算定の焦点となる内部取引の認識と本支店間の資本配賦について、個別にその改正内容を検討する。

### ① 内部取引の認識と損益の算定原則

法案上、「内部取引」の文言は、前述のとおり PE 帰属所得を定義する 138 条 1 項 1 号で機能、資産と並んで規定されている。そして内部取引の定義は同条 2 項で、「外国法人の PE と本店等との間で行われた資産の移転、役務の提供その他の事実で、独立の事業者の間で同様の事実があったとしたならば、これらの事業者間で、資産の販売、資産の購入、役務の提供その他の取引（資金の借入に係る債務の保証、保険契約に係る保険責任についての再保険の引き受けその他これに類する取引として政令で定めるものを除く）が行われたと認められるもの」と定義されている。

資産移転等の事実に関して、独立企業原則による留保を付している意義については、AOA

<sup>10</sup> 法案 141 条

<sup>11</sup> 前掲注 5、19 頁

<sup>12</sup> わが国が締結する租税条約には単純購入非課税の原則が規定されているので、条約の直接適用によるオーバーライドが可能と解釈されるものの、念のため国内法での調整措置が講じられている。

の考え方に基づく、「本支店間の資産移管が行われた場合には、その事実のみによって当該移管取引を即座に認定して損益の計上を認めるのではなく、資産に関する機能が移転された場合に限って内部取引として認めるべき」とする考え方、すなわち新7条の下での「重要な人的機能」という AOA のフィルターを通すことが必要と解されているようである<sup>13</sup>。

なお、そのような要件を課す一方で、逆に、法人税法上の販管費の計上要件である債務確定要件は内部取引につき求められないこと、さらには、内部取引には損益取引のみならず資本等取引も想定されるので、本店から PE への支店開設資金の供与や支店から本店への利益送金などは、資本等取引に含まれることなどの特則が設けられている<sup>14</sup>。このような整理は、次に掲げる内部取引と本店費用配賦の区分とも整合的である。

### （参考）内部取引と本店費用の配賦の区分

内部取引を新たに構成するという発想からは、従来本支店間で行われてきたいわゆる「本店経費の配賦」措置を内部取引の一部として性格づけし直す法的整理も、観念的には考えられるところである。しかしながら、移転価格においては、法人格の異なる者間での取引であり、法人間の費用負担も法的には全て取引形態で構成されるべきとされるために、ALP 算定ルールという同一土俵での理論整理（マークアップありとマークアップなしの2区分）が必要とされるが、PE 環境の下では、マークアップなしの性格のものをそのまま処理してきた経費配賦方式という位置づけを、法的効果が異ならないのにわざわざ変更する必要はないと考えられる。立法者もそのように整理し、従来の費用配賦の取扱を維持するとした。なお、法律案では費用配賦の文書化が行われず、その根拠となる文書が提出されない場合は、従来通り損金算入は認められないことが法定されている（法 142 条の7）。

ところで、PE が果たす機能及び使用する資産は、PE の所得算定過程で会計帳簿を基に測定可能であり、従来から原則として課税所得算定過程において斟酌されてきた<sup>15</sup>のに対し、新たに認識される内部取引については、同一法人内の資産等の移転であるため、契約書などの法的文書が通常作成されておらず、その認定及び対価の決定に困難が伴う。そこで、上記定義規定において、AOA に則った内部取引の認識と対価の決定の原則がまずうたわれたものである。ここでは、OECD・PE レポート<sup>16</sup>に即して、内部の債務保証や再保険は、企業が同一の信用力を有する実態であること等の理由から内部取引とは認めないとまず留保している。この点については、子会社形態をとった場合にグループ内保証やグループ内再保険（キャプティブ保険）が法制上原則として自由となるため、別途それらを利用した租税回避への備えが必要とされていること<sup>17</sup>に比較して、安全装置が確実に働くという強みと評価されよう。しかし、このような事業体間の租税回避行為に対する国内法による

<sup>13</sup> 前掲注5、9頁

<sup>14</sup> 法人税法改正案 142 条 3 項 1～3 号。なお、費用配賦の根拠となる前記 3 項 2 号の規定は、従来の法令 188①1 号の規定を法律に格上げしたものである。

<sup>15</sup> 現行法令 176 条。ただし、機能の面では単純購入非課税をはじめ多くの例外規定が置かれており AOA の趣旨から大幅に乖離していた。

<sup>16</sup> 2010 年 OECD 「恒久的施設に帰属する所得に関する報告」パート I パラ 103 及びパート IV パラ 179

<sup>17</sup> 青山慶二「自家保険をめぐる日米判決の比較」（『TKC 税研情報 2013.10』56 頁）

耐久力の相違の顕在化は、逆に子会社に対する現行法制が十分なのかという問題提起を本格化させ、租税回避行為否認規定の見直しを迫る契機となるとも考えられる<sup>18</sup>。

ところで、内部取引に関する所得算定を担保するうえで重要なメカニズムである次の 2 点の立法化案について以下に検討を加える。

#### a. 内部取引に関する文書化義務

法案では法人税法第 3 編（外国法人の法人税）に PE に係る取引の文書化の章（第 5 章 146 条の 2 以下）を新たに追加している。そこでは、AOA の下での PE 帰属所得の算定に必要なとされる外国法人の取引、すなわち、(a) PE 帰属所得に対応する第三者との外部取引、及び (b) 新 138 条 1 項に規定する内部取引の双方についての明細を記載した書類の文書化（当該書類の保存と帳簿記載）義務を課している。この文書化義務の背景には、企業の私的自治への配慮があるとされている。すなわち、移転価格税制でも強調されている納税者の契約締結の私的自治尊重を、課税要件認定の出発点とし、安易に課税当局による契約の引き直しを認めないとする考え方<sup>19</sup>である。

この文書化目的は、PE 帰属所得の算定を担保する「第 1 ステップの文書化」と位置づけられるものである。すなわち、内部取引の存否及び内容を明確にするためのものであり、「第 2 ステップの文書化」（内部取引の独立企業原則合致性を検証するための文書化）の前提となるものである。後者の文書化義務は、移転価格税制との整合性確保の観点から租税特別措置法に規定されており（新 66 条の 4 の 3）、そっくり 66 条の 4 を準用する内容とされている。

第 2 ステップの文書化義務は、納税者が果たさなかった場合に推定課税規定を置いて課税不可能な状況を回避する措置が取られており、この措置に関しては国際的なコンセンサスが得られているが、第 1 ステップについて文書化義務が果たされない場合に、推計課税的な所得算定の認定（例えば、内部取引に関する損金算入否認）が可能かどうかの問題となる。この点、立法者は、文書化なき場合であっても、AOA の理念に沿って機能・事実分析により内部取引等が認定されるかどうかを判定し、認定された場合においては、第 2 ステップで初めて推計課税の利用可能性が出てくるとの立場をとっているようである<sup>20</sup>。第 1 ステップで推計課税的処理を認めてしまうと、課税当局にとって安易な裁量課税の領域を広げることとなり実務が AOA の趣旨から乖離する恐れが高いため、妥当な判断といえよう。

最後に、内部取引の文書化を促進する担保策として、それが外部取引において通常存在するであろう契約書、領収書等の証憑類に相当するものにつき、青色申告法人の帳簿保存義務の対象とする施策を提案している。

<sup>18</sup> この点を指摘するものとして、浅妻章如「課税原則の在り方—総合主義・帰属主義—」（『税研』2014.1、47 頁）。なお、BEPS プロジェクトでは、特に移転価格税制の見直し強化のコンテキストで、この観点が常に意識されることとなる。

<sup>19</sup> 2010 年 OECD 移転価格ガイドラインパラ 1.64～69。なお、私的自治の強調を支持するものとして、租税研究 2014.1「国際課税を巡る最近の課題と展望」における増井良啓教授及び吉村政穂准教授のコメントを参照。

<sup>20</sup> 前掲注 5、13 頁

## b. 内部取引の対価についての移転価格税制の準用

内部取引の対価について独立企業原則を適用する国内法の規定（租特法 66 条の 4 の 3）は、そっくり移転価格税制（同 66 条の 4）に準拠している。従って、わが国の課税所得を減額する方向で対価が独立企業間価格から乖離している場合に限って、発動されることになり、かつ PE との間での内部寄付金の額は損金算入されないことも、移転価格と同様である。ただし ALP を適用する内部取引の範囲に関しては、前述したとおり、138 条 1 項 1 号の留保（内部債務保証取引と内部再保険取引は認識せず）と同条 2 項の留保（AOA の趣旨に基づく内部取引を認定しない租税条約を締結している場合の不適用）が付されている。

移転価格税制のルール適用に基づけば、内部取引が認定された場合の損益の認識時点はその後法人として外部取引を行って損益が確定する時点ではなく、内部取引の行われた時点に前倒しということになる。そのため法人全体としてみた場合に、PE で発生した所得に対応する所得が本店等において未実現である状況が発生し、二重課税の調整のタイミングに一定のずれが生じることとならざるをえない。しかし、これらは後述する通り、外国税額控除における繰越制度によって吸収されることが予測されるので、国内法及び条約での対応が可能と考えられる。なお、AOA の目的はあくまでも PE 帰属所得の算定にあるため、移転価格税制と同様、現実に対価のやり取りが本支店間で必要とは考えられていない。

### （参考）内部取引の擬制と内部取引に対する源泉徴収

AOA の下では、内部取引の擬制は PE 帰属所得の算定目的でのみ有効とされている<sup>21</sup>。従って、擬制内容の取引を実際の支払いとみなして源泉地国の支払者に対して源泉徴収義務を課すことができるとの解釈は OECD モデルが予定するところではない。従って、今回の改正法案では所得税法にみなし内部取引に係る源泉徴収規定は設けられていない。

## ② 本・支店間の資本配賦

AOA 採用によって PE 帰属所得を算定するうえでの 2 番目の課題は、PE への資本配賦である。まず、その前提として、新設される法人税法 142 条の 4 が、AOA の考え方を反映して、PE に帰せられるべき資本に対応する負債の利子の損金不算入を規定している。

まず、この AOA に基づく利子損金算入の制限と過少資本税制に基づく利子控除制限との関係が整理されなければならない。これについては、両制度がいずれも資本負債比率に基づき支払利子が過大か否かを判定するものであり、目的及び手段において重複する制度であるので、PE の状況に対しては過少資本税制の適用が見送られ本件資本配賦措置に集約された。他方、過大支払利子税制は、所得水準に対し高率の利子控除での利益払出しを防止する租税回避否認規定であり、これとは共存するものとされている（税制改正大綱 115-116 頁）。

AOA に則った前者の支払利子控除がさらに国内法の過大支払利子税制によって否認されることは条約の趣旨に合致しないとの反論も予想されるが、現行の過大支払利子税制の内

<sup>21</sup> OECD モデル条約 7 条コメンタリーパラ 28

外無差別の構成や OECD モデル条約コメンタリーのスタンスから見れば、改正内容は許容される範囲内と考えられる。次に、「PE に帰せられるべき資本」の算定方法につき、法律案は、PE レポートの定める AOA 原則に忠実な諸外国でも多く採用されている手法、すなわち資本配賦アプローチと過小資本アプローチについて優先順位を付けずに規定している。

前者のアプローチにおいては PE の保有するリスクウェイト資産の割合をベースに外国法人の資本の配賦を行う方法であり、後者は同種の事業を行う比較対象法人の資産・自己資本割合を参照して資本配賦を行う方式であるが、いずれも継続使用を前提に認めることとされている<sup>22</sup>。なお、銀行等を営む外国法人については、規制上の自己資本のうち負債に該当するものがある場合には、当該負債につき外国法人が支払った利子のうち、上記いずれかの方法により PE 帰属資本の額に応じて配賦した金額は、損金算入可能とされている。

これらの内容は、PE レポートで詳細に検討された方針に沿ったものとなっており、妥当と考えられるが、PE レポートも懸念している通り、二国間で算定方法に相違がある場合の二重課税解消問題が重要性を持つ。その意味では、モデル条約 7 条 3 項が PE 環境の下での二重課税についても 9 条と同様に権限ある当局間に対応的調整をすることを予定していることからすると、APA の対象として納税者の予測可能性を高める必要性が最も求められる領域の一つとなると考えられる<sup>23</sup>。

### ③ PE の譲渡による所得及び PE 閉鎖時の資産の時価評価損益の「PE 帰属所得」扱い

PE 全体が外部に譲渡された場合の PE 所在地国の課税権が、租税条約上、AOA の下での事業所得（PE 帰属所得）に該当するのか、あるいは、国内資産譲渡所得に該当するのかは、OECD モデル条約は明示していない。すなわち、13 条（譲渡所得）のコメンタリーで、PE の事業用資産（不動産を除く）の譲渡から生じる所得や PE 全体の譲渡から生じる所得については 7 条の準則に対応していると言っているのみである。法案では、PE の外部に対する譲渡による所得は PE 帰属所得とすることを明示している。

さらに、PE が閉鎖され PE に該当しなくなる場合には、その該当しないこととなる直前の PE に帰せられる資産の時価評価益を、PE 閉鎖日の属する事業年度の PE 帰属所得として認識する旨を明示した。これらはいずれも、在日 PE が存在しなくなった後に生じる所得を、あたかも PE が所在し続けるかのようにみなして、通常の PE 帰属所得と同様の課税を行うこと（「みなし PE 課税」）が、租税条約上許容されないことからそのような指摘を避けるため、いずれも PE 存在の最後の時点で PE 帰属所得として法律構成しようとする改正である。

前者の PE 全体の外部譲渡については、仮に、譲渡後には PE が存在しないこととなるこ

<sup>22</sup> ただし、外国法人が過少資本の状態にあるとき（資本配賦アプローチのケース）や比較対象法人の自己資本比率が著しく低い場合には、公平確保の観点からそのまま使用することを認めない方向で、具体的内容は政令に委任されている。法案 142 条の 4②

<sup>23</sup> 同様の理由で、内部取引の認識・性質・ALP 算定のいずれに関しても、一般的に、資本配賦と同様に APA の対象となることは当然と考えられる。



とを前提として、国内資産譲渡所得と位置づけてわが国課税権を構成すると、条約 13 条の適用対象となって課税できる範囲が限定的となり、AOA の理念に沿った PE 帰属所得全体の課税権行使がわが国でできなくなる恐れがある。そこで、PE 帰属所得と法律で明示したものと考えられる。

なお、PE 全体の譲渡と同様に、わが国での PE を通じた事業活動を停止した場合の「在日 PE 帰属資産」に対する課税関係も、同様の扱いが AOA の観点から要請されると考えられる。法律案では、PE に該当しなくなる直前の PE に帰せられる資産の時価評価益を、PE 帰属所得として清算課税する考え方が示されている。この整理は、連結納税に参加する連結法人の時価評価課税とも親和性があり、納税者の租税属性が変更される場合の譲渡益に関する一般課税ルールとも整合的であると考えられる<sup>24</sup>。PE 閉鎖時点に存在する各種の繰延収益や費用、その他繰延損益の精算による課税扱い（益金または損金算入）も同等の理由によるものであろう。

さらに、PE の設立の際に本店から在日 PE に資産移転する場合には、PE では時価で資産を取得したものとして取り扱い、PE に含み損益を持ち込まないこととしている。国境を越える資本等取引についての従来の原則を踏襲したものであり、妥当であると考えられる。

なお、これらの本邦における時価評価課税によって本店所在地国において発生する可能性のある二重課税については、本店所在地国での調整が期待されている<sup>25</sup>。

#### （４）外国法人に係る外国税額控除制度の創設

外国税額控除を規定する法人税法 69 条は、制度発足以来一貫して、内国法人に限って外国税額控除を認めてきた。

今回の帰属主義導入により、AOA に基づき PE 帰属所得が国外で発生する場合にも内国法人並みの課税を行うこととする以上、二重課税調整についても内国法人並みの手当てが当該所得に求められることになる。そこで、144 条の 2 において、PE を有する外国法人が納付する控除対象外国法人税額について、控除限度額の範囲内で PE 帰属所得に対する法人税の額から控除するとの規定が提案されている。

なお、外国法人の PE に係る外税控除限度額の算定の基礎となる国外所得の範囲を特定するために、138 条のソースルールとは別に、在日 PE 帰属所得のうち国外所得とされるものの積極的な定義規定を置いている（144 条の 2④）。

##### ① 控除対象外国税額の範囲

また、在日 PE に対する外国税額控除の対象となる外国法人税については、PE による直接納付以外のいろいろなケースが想定されるが、例えば以下のものはその対象となるとされている。

<sup>24</sup> PE 閉鎖時の課税については英国は、PE が PE 事業関連資産を閉鎖時に時価で譲渡するとともに、即時再取得したものとして課税する「みなし譲渡所得課税方式」を採用しているのに対し、フランスは改正案と同様の「評価益課税方式」を採用している。

<sup>25</sup> 以上の整理については、前掲注 5、17-19 頁参照

- 外国法人の本店が第3国で課された外国法人税を在日 PE に配賦する場合
- 在日 PE が本店所在地国で源泉税が課され、かつ当該本店所在地国が国外所得免除方式をとっている場合

以上の2例は、前者は在日 PE の PE 帰属所得につき調節負担する場合と同様の状況であれば二重課税排除は当然と考えられるものであり、また後者は、国外所得免除方式の場合の例外扱いであり、いずれも妥当なものと考えられる。

(注) 外国法人の本店が本店所在地国において全世界所得に課された外国法人税のうち、在日 PE に帰属する部分を配賦してきた場合には、わが国 PE 帰属所得課税との間で二重課税状態となるが、条約では本店所在地国が二重課税の救済義務があるとしており、わが国の外税控除の対象とはされない。

## ② 控除限度額の特例

控除限度額の計算及び繰越制度は、内国法人の外国税額控除制度と同様とされる。ただし、在日 PE が第3国で課された源泉税等について、実際に課された外国税額のうち、PE 所在地国であるわが国と第3国間の租税条約に定める限度税率を越える税額がある場合は、当該超える部分は外税控除の範囲から除外し、その部分については、所得計算において損金算入を認めることとしている。

これは、モデル条約24条コメンタリー・パラ69-70によって許容された方式であり、内国法人が当該第3国から得た所得に対して供与される外税控除とイコールフットイングの状況を作り出す効果を有している。

## ③ PE に対する外国子会社配当益金不算入制度の導入の可否について

現行の外国子会社配当益金不算入制度は、内国法人にのみ認められた制度である。しかし AOA の理念、すなわち子会社形態と支店形態による課税の中立性確保の観点からは、PE に対する外国子会社配当益金不算入制度の適用を理論的に否定する根拠は薄いと思われる。そういう意味では、国外所得免除方式の内国法人の国外 PE 帰属所得への拡大問題と同様、立法政策にゆだねられた領域と考えられる。

今回の PE 帰属所得の二重課税問題の改正事項の中には、この点につき新たな措置は導入されていない。この点について、立法者は、外国法人の活用実態や租税回避防止の観点から状況を見守るスタンスをとっているように見られる<sup>26</sup>。

<sup>26</sup> モデル条約コメンタリー (24 条関係パラ 49-50 は、賛否両論があることを紹介している。内国法人の国外 PE 所得にまで納税者の選択により国外免除を及ぼす税制改正を行った英国のように、各国税制も流動的であり、Wait-and-see の態度はやむを得ないと思われる。ただし、仮に導入することとなる場合には、支店環境に対しても外国子会社合算税制を波及させる必要があることは間違いないと思われる。

#### (5) 内国法人の外国税額控除の改正

外国法人課税を規定するソースルールは、法人税法上、国外所得の範囲を画するルールとしての役割も持っており、69条の下での内国法人の外国税額控除と強く結びついている。今回のわが国国内法による AOA の採用によるソースルールの改正は、その裏返しとして、内国法人とその在外 PE との間に二重課税調整に当たっても AOA に基づく課税権配分が行われることを当然の前提としている。

多くの論点があげられるが、帰属主義の趣旨説明に焦点を当てる本稿では繰り返しになる部分が多いので、個別検討は割愛する。

#### (6) 租税回避否認規定の創設

外国法人の PE 課税に関しては、同一法人内部で機能、資産、リスクの帰属を人為的に捜査して、PE 帰属所得や PE 帰属所得に対する税額を調整することが容易である。この点は、先行して立法化されている同族会社と同様、潜在的な租税回避リスクの高いカテゴリーであるといえよう。そこで、念のため同族会社の行為計算否認規定と同様の一般的租税回避否認規定が提案されている（147条の2）。

理論的には AOA に基づく帰属所得の計算過程（機能・事実分析）を経れば、適正な PE 帰属所得が算定されうるということになり、それを越えて否認規定が必要とされる領域があるのかという疑問も出されうるが、税制と執行の間のダイナミックな関係が BEPS プロジェクトを通じてグローバルな関心事になっている現在においては、支店形態を利用したビジネスの今後の展開や個々の租税回避事例を検証しないことには、必要性を判断できないともいえるので、このような環境下での立法政策としては妥当なものと考えられる。

(注) なお、上記で言及した平成 26 年度税制改正法案は、3 月 20 日国会を通過し成立している。

## 第2章 帰属主義への移行が国内企業に与える影響

一般社団法人日本経済団体連合会経済基盤本部長

阿部 泰久

### 1. 帰属主義への移行と国内企業への影響

従来、わが国は内国法人について全世界所得課税を原則としてきたため、国際課税の原則を総合主義から帰属主義（OECD 承認アプローチ=AOA）に改めることにより、外国税額控除の算定に大きな影響が及ぶことになる。

また、内国法人とその国外 PE との間での内部取引を認識する必要があるため、支店形態等により海外展開をしている企業には大きな事務負担となることが予想される。

平成 26 年度税改正では帰属主義への変更のため、法人税法、所得税法、租税特別措置法、租税条約実施特例法等で大幅な改正が加えられているが、ほとんどが外国法人と日本に置かれた PE を対象とする規定であり、内国法人に関しては外国税額控除の規定（法人税法第 69 条）が抜本的に改められる以外には直接的な規定は限定的である。内国法人とその国外 PE をめぐる課税の基本は、外国法人と国内 PE との関係に関する規定の裏返しとなるが、もともと政令委任事項も多く、未だ詳細は明らかではない。

そこで、本稿では、平成 26 年度税制改正大綱の付記「国際課税原則の見直し（総合主義から帰属主義への変更）」および税制改正法案をもとに、現時点で考えられる内国法人への影響を整理することとしたい。今後、政省令が明らかにされることでその大半が解決されるであろうことを期待する。

### 2. 帰属主義への移行による内国法人への課税の概要

#### （1）国外源泉所得の定義

外国税額控除の控除限度額の算定の基礎となる国外所得については、従来は単に国内源泉所得以外の所得とされていたが、外国法人への課税原則が国内源泉所得から PE 帰属所得に変わることにより、国外源泉所得の範囲を、以下のように積極的に定義する方式に改められる（改正法人税法第 69 条第 4 項）。

- ① 内国法人が国外に有する PE に帰せられる所得（国外 PE 帰属所得）
- ② 国外資産の運用保有所得
- ③ 国外資産の譲渡所得（国外資産譲渡所得の範囲は、国外不動産、国外不動産関連株式及び事業譲渡類似株式等の譲渡所得に相当するものに限られる。）
- ④ 外国法人の発行する債券の利子及び外国法人から受ける配当、等

#### （2）国外 PE 帰属所得

国外源泉所得である国外 PE 帰属所得の計算については、独立企業間価格による内部取引

を勘案する等、原則としての外国法人の PE 帰属所得の計算に準じて行う。

ただし、以下の点については、外国法人の PE 帰属所得の計算とは異なる取扱いとなる。

① 国外 PE への資本配賦及び国外 PE 帰属所得の加減算

イ 国外 PE で計上された支払利子総額のうち、国外 PE の自己資本相当額が国外 PE が本店等から分離・独立した企業であると擬制した場合に帰せられるべき資本（国外 PE 帰属資本）の額に満たない部分に対応する金額について、国外 PE 帰属所得に加算する。この取扱いは、確定申告書に計算明細を添付する等の要件を満たす場合に限り、適用される。

ロ 銀行又は証券業（第一種金融商品取引業に限る）を営む内国法人については、規制上の自己資本のうち負債に相当するものがある場合には、その負債に係る利子のうち国外 PE 帰属資本に対応する部分の金額は、国外 PE 帰属所得から減算する。

② 国外 PE の閉鎖時の時価評価等

内国法人の国外 PE 帰属所得の算定においては、PE 閉鎖時の時価評価損益の計上及び繰り延べた損益の計上は行わない。

③ 国外 PE 帰属所得に係る繰越欠損金

外国税額控除の控除限度額の計算の基礎となる当期の全世界所得金額及び当期の国外所得金額は、現行制度と同様、繰越欠損金の控除前の金額とする。

④ 保険会社である国外 PE への投資資産及び投資収益の帰属

保険会社である国外 PE が計上した投資資産の額が、国外 PE の責任準備金等に応じて国外 PE に帰せられるべき投資資産の額を超過する場合には、その超える部分の金額（投資資産超過額）に係る投資収益の額を、国外 PE 帰属所得から減算する。

ただし、次のいずれかに該当する場合には、この措置は適用しない。

イ 投資資産超過額が国外 PE に帰せられるべき投資資産の額の 10%以下である場合

ロ 国外 PE が計上した投資資産の額が国外 PE に係る内国法人の有する投資資産の総額の 5%以下である場合

ハ 投資資産超過額に対応する投資収益の額が 1,000 万円以下である場合

### （3）国外 PE 帰属資本の額

国外 PE への帰属資本の配賦は外国税額控除の控除限度額の算定のためにのみ必要となるものであることから、実務上の負担を考慮して、銀行及び証券会社を除く内国法人等については資本の配賦を義務付けないこととされている。逆にいえば、国外 PE 帰属所得に関して外国税額控除の適用を受けるためには、国外 PE について帰属資本の額を算定する必要がある。

国外 PE 帰属資本の額の計算方法は、外国法人の PE 帰属資本の額の計算方法と同様に、資本配賦アプローチ、過少資本アプローチのいずれかの方法によって計算した金額とされる。ただし、選択した方法は、特段の事情がない限り、継続して適用することとされている。

なお、銀行の国外 PE 帰属資本の額の計算については、認識される全てのリスクのうち信用リスクが占める割合が 80%を超え、かつ、認識される全ての信用リスクのうち貸出債権に係る信用リスクが過半を占める場合については、貸出債権に係る信用リスクのみを用いて、リスクウェイト資産の額の計算を行うことが認められる。

#### (4) 国外 PE の範囲

国外 PE の範囲は、租税条約の相手国等に所在するものについては租税条約に定める PE とされ、それ以外の場所に所在するものについては、わが国の国内法に定める PE に相当するものとするとしている。

#### (5) 外国税額控除の対象から除外する外国法人税

国外 PE から本店等に対する内部支払利子等のみなし支払について国外 PE の所在地国において源泉課税された場合は、わが国の外国税額控除の対象とされない。

#### (6) 国外 PE 帰属所得に関する文書化

外国税額控除の適用を受けるためには、国外 PE 帰属所得の算定に関し、外部取引に関する書類に加えて、国外 PE と本店等との間の内部取引について以下のような書類を作成し、税務当局からの求めがあった場合には遅滞なく提示、提出しなければならない。

- ① PE と本店等との間の内部取引に関する注文書、送り状、領収書等の証憑類に相当する書類
- ② 内部取引において PE 及び本店等が果たす機能及び事実関係を示す書類その他の書類（その機能に関連するリスクの内容を記載した書類も必要と考えられる）

また、内部取引に係る独立企業間価格の算定に関しては、移転価格税制と同様の書類の作成が必要とされる。

### 3. 国外 PE 帰属所得の問題

#### (1) 無償資本配賦—「リスク」の問題

内国法人の国外 PE 帰属資本の額の計算方法は、外国法人の PE 帰属資本の額の計算方法と基本的には同様であるとされている。しかし、そのための具体的規定は法人税法には置かれていない。

OECD モデル租税条約では、「PE に帰せられる利得は、(特に PE を有する企業の他の構成部門との取引において) 当該 PE が同一又は類似の条件で同一又は類似の活動を行う分離・独立した企業であるとしたならば、(当該企業が PE を通じ、又は、当該企業の他の部門を通じて遂行した機能、使用した資産及び引き受けたリスクを考慮して) 当該 PE が取得したとみられる利得とする。(第 7 条 2)」とされており、機能、資産とともに「リスク」が重要視されている。

ところが法人税法等では、銀行等の特殊な場合を除いてリスクについては明確にその外

縁を定義するのは難しいことから、法令上は明示されることなく、改正法人税法においても「内部取引その他の状況を勘案して、当該国外事業所等に帰せられるべき所得（改正法人税法第 69 条第 4 項）」の「その他の状況」の中に包含されているとする。

しかしながら、無償資本の配賦においては、リスク分析は極めて重要であり、「リスク」に係る明示的な規定を法令に明記し、より詳細な考え方をガイドライン等によって示すべきである。

## （２）本店配賦経費の問題

外国法人については、本店等で行う事業と PE で行う事業に共通する費用のうち、当該 PE を通じて行う事業に係るものとして政令で定めるところにより配分した場合には、PE における費用として認められる（改正法人税法第 142 条第 3 項第二号）。ただし、費用配賦の算定に関する書類の保存がない場合には、その書類の保存がなかつた本店配賦経費については損金の額に算入されない（改正法人税法第 142 条の 7 第 2 項）。

一方、国内法人と国外 PE との関係では、「共通費用の額」があるときは、当該共通費用の額を「収入金額、資産の価額、使用人の数その他の基準のうち当該内国法人の行う業務の内容及び費用の性質に照らして合理的な基準により国外源泉所得に係る所得の金額の計算上の損金の額として配分するものとする（法人税法施行令 141 条の 2 第 3 項）」とされている。すなわち、本店配賦経費分だけ国外所得金額が減算され、その結果、外国税額控除の額も減少することになる。

## （３）従来の個別合意事項との関係

共通費用や支払利子の配賦方法については、従来より、企業の業務内容等に適合した配分方法を当局と事前に確認し（個別アグリーメント）、それを採用することが認められており、これに基づき、業界として計算方法を確認し、実務慣行として定着しているケースもある。

帰属主義への移行に際しても、個別アグリーメントで示された内容は法令に違反しない限りにおいて尊重されるべきである。また、改定が必要とされるのであれば、関係する企業との間で早急に見直し協議を行うべきであると考えられる。

## 4. 内部取引の認識・文書化等の問題

### （１）同一国に複数の PE が所在する場合の取扱い

同一の進出先国に複数の PE が置かれている場合には、それらの PE を一体のものとして捉えて国外 PE 帰属所得を計算すればよく、それら PE 間での内部取引損益の認識は不要なはずである。しかし、改正法人税法にはそのような明示的な規定はなく、包括委任条項（改正法人税法第 69 条第 21 項）に基づく政令に規定する等、何らかの手当てが必要である。

## （２）内部取引に関する文書化の程度

外国税額控除の適用を受けるためには、本店等と国外 PE との内部取引について「財務省令で定めるところにより、当該事実に係る明細を記載した書類その他の財務省令で定める書類（改正法人税法第 69 条第 20 項）」を作成、提示することが必要とされる。

また、内部取引価格が独立企業間価格と異なることにより国外 PE の所得が過大となっている場合には移転価格税制が適用されることとなるが、その場合には、内部取引に係る独立企業間価格の算定に関する文書が作成・提示できなければ推定課税がなされることとなる。

しかし、内部取引に関しては、契約書、領収証等の証憑類に相当する書類等は、当然には存在しないため、求められる文書化の内容、程度によっては企業に大きな負担となる。まして、現実には存在しない擬制された内部取引について、移転価格課税における文書化義務と同等の対応を行うことは極めて困難である。

内部取引に関する書類については、基本的には企業が既に作成しているもの、あるいは進出先国での法令等に基づき作成がなされているもので代用可能とする等、極力簡易な仕組みとすべきである。

## 5. 進出先国の違いによる外国税額控除への影響

### （１）帰属主義への移行による二重課税リスクの高まり

帰属主義への移行により、国外源泉所得である国外事業所得の範囲が国外 PE 帰属所得とされるため、従来は国外事業所得の中に含まれていたものであっても、国外 PE 帰属所得とはならないものは外国税額控除の対象とはならなくなる。

たとえば、国外の事業所を通じることなく日本の本店から直接に商品が輸出された場合等では、国外 PE 帰属所得とはならないか、あるいは当該国外 PE の機能・リスクに応じて限定的な帰属所得とされることで、二重課税が生じる可能性が高まることとなる。

### （２）国外 PE の範囲の問題

外国法人の「恒久的施設」については、OECD モデル租税条約に準じて改正法人税法第 2 条第十二号の十八として、以下が定義されている。

- イ 外国法人の国内にある支店、工場その事業を行う一定の場所で政令で定めるもの
- ロ 外国法人の国内にある建設作業場
- ハ 外国法人が国内に置く自己のために契約を締結する権限のある者その他これに準ずる者で政令で定める者)

一方で、国外 PE についての積極的定義は置かれておらず、国外事業所等として「国外にある恒久的施設に相当するものその他政令で定めるものをいう」(改正法人税法第 69 条第 4 項第一号) とされている。

具体的には、国外 PE の範囲は、租税条約の相手国等に所在するものについては租税条約に定める PE とし、それ以外の場所に所在するものについては、わが国の国内法に定める



PEに相当するものとするときされている。

しかし、進出先国は必ずしも OECD モデル租税条約に準じて PE を定めているとは限らない。例えば、大手商社 8 社の有する国外 PE の大半は OECD 加盟国以外に置かれており、その形態も多様である。

＜図表 2－1 国外 PE の状況（日本貿易会経理員会税務コミッティー所属）＞

PE の形態	支 店	建設 PE	代理人他	計
OECD 加盟国	12	16	3	31
非 OECD 加盟国	126	105	30	261
計	138	121	33	292

（出典：日本貿易会資料）

また、仮に租税条約によって PE が規定されているとしても、その内容が曖昧であったり、進出先国とわが国課税当局との間で見解が相違する場合もある。たとえば、日中租税条約では、「一方の締約国の企業が他方の締約国内において使用人その他の職員（独立代理人を除く）を通じてコンサルタントの役務を提供する場合には、このような活動が単一の工事又は複数の関連工事について 12 か月の間に合計 6 か月を超える期間行われるときに限り、当該企業は、当該他方の締約国内に恒久的施設を有するものとされる（5 条 5 項）」と規定されているが、この条項に該当するか疑問にも係らず、中国で課税されるケースが散見されている。従来であれば、このような場合でも PE 該当性、所得の妥当性を厳密に問うことなく、外国税額控除が可能とされてきたようであるが、改正法を厳密に適用するならば、これは国外 PE として認められず、国外 PE 帰属所得もないと判定される可能性がある。しかし、進出先国で現実に PE とみなされて課税がなされている以上、何らかの調整措置を設けることが必要ではないのか。

### （3）進出先における課税所得の扱いの問題

非 OECD 加盟国においては AOA に適合しない課税所得計算がなされている場合も多く、その内容も様々である。たとえば、進出先国において以下のように AOA に適合しない課税所得計算がなされている場合については、国外 PE 帰属所得とはならない可能性がある。

＜図表 2-2 AOA に適合しない課税所得計算の例＞

国名	課税所得計算方法
タイ	タイ向売上高×タイ向平均売差－配賦経費－配賦利息
インドネシア	インドネシア向売上高×みなし利益率
パキスタン	パキスタン向売上高×みなし利益率×全社営業利益率
フィリピン	全社営業利益率×フィリピン売上高／全社売上高×みなし帰属率
中国	現地事務所経費÷（1－推定利益率－営業税率）×推定利益率
ロシア	現地事務所経費×第三者割合×みなし利益率
ギリシア	現地事務所経費×みなし利益率
チェコ	現地事務所給与×みなし利益率
モロッコ	現地事務所経費×みなし利益率
タンザニア	現地事務所経費×みなし利益率
グアテマラ	（簡便法）収入×税率 6%

（出典：日本貿易会資料）

#### （４）単純購入非課税原則の見直し

国外事業所等が本店等のために行う単なる購入活動からは所得が生じないものとする単純購入非課税の取扱いを廃止し、単純購入非課税の取扱いを認める租税条約の適用がある場合には、当該租税条約に定めるところによつてとされる（改正法人税法第 69 条第 9 項）。

同条では「棚卸資産を購入する業務及びそれ以外の業務を行う場合には」とあるため、国外事業所等が単純購入活動だけを行う場合は、従来通り国外 PE には該当せず、国外 PE 帰属所得もないものと解される。

一方で、単純購入活動に加えて「それ以外の業務」をも行っている場合には、国外 PE となり、「棚卸資産を購入する業務」についても国外 PE 所得として認識されることになる。ただし、進出先国との租税条約が単純購入非課税となっている場合には、従来同様に取扱われることとなる。

## 6. 租税回避防止規定の不存在

帰属主義への移行に伴い、外国法人の PE 帰属所得及び税額の計算に関し、同族会社の行為・計算否認規定に類似した租税回避防止規定として改正法人税法第 147 条の 2（外国法人の恒久的施設帰属所得に係る行為又は計案の否認）が創設された。

しかし、これはあくまでも外国法人の国内 PE に対する措置に関する規定であり、今のところ、内国法人の国外 PE に関しては特段の規定は設けられていない。現行法人税法における行為・計算否認規定の射程に国外 PE が入るのかは疑問であり、何らかの規定の整備が必要ではないのか。

また、改正租税特別措置法第 66 条の 4 の 3 は、「内部取引の対価の額が独立企業間価格と異なることにより…益金の額に算入すべき金額が過少となる時、又は損金の額に算入

すべき金額が過大となる時」には、移転価格税制が発動されるとの規定であるが、本条と改正法人税法第 147 条の 2 との適用関係について、明示的な説明が必要であろう。

## 7. 地方税一問題は生じないのか？

地方税については、個人住民税、法人住民税及び事業税について、原則として国税の取扱いに準じて所要の措置を講ずることとされているが、本稿執筆時点において、その詳細は明らかになっていない。

また、国外で事業を行う内国法人等に係る事業税付加価値割、資本割、所得割及び収入割の算定については、国内事業に帰属するものを課税対象とする現行どおりの取扱いとするという、当然のことが規定されているに過ぎない。

## 第3章 BEPS 行動計画 1：デジタルエコノミー課税の課題

立教大学法学部教授

浅妻 章如

本章では、BEPS 行動計画 1（デジタルエコノミー課税）<sup>1</sup> について考察する。1・2 で所得課税について、3・4 で消費課税について考察する。1 では、デジタル PE について見ていく。といっても、デジタル PE の実現可能性は、政治的外交的観点からというのみならず、従来の PE 帰属利得の考え方との整合性の観点からも、低いと予想される。2 では、源泉徴収課税拡充について見ていく。源泉徴収拡充ルートは、デジタル PE と比べ、政治的外交的観点を抜きにし、従来の国際課税の考え方との整合性の観点からは、マシかもしれないということを見ていく（尤もそれでも実現可能性は低いと予想されるが）。3 では、リバースチャージについて見ていく。欧州の制度及び脱税（付加価値税詐欺）問題が参考となる。4 では、登録制について見ていく。5 では、所得課税・消費課税の文脈から離れて、決済過程に着目した課税確保手法について見ていく。本章では人名に職名・敬称等を付さない。「」『』を引用のために用い、【 】を区切りの明確化のために用いる。

### 1. 所得課税とデジタル PE：OECD モデル 5 条（恒久的施設概念）の改変

#### （1）電子商取引<sup>2</sup>と恒久的施設認否の現状

電子商取引についての恒久的施設の認否について、現在のところ、website だけでは恒久的施設に当たらず、サーバーは恒久的施設に該当しうる、とされている<sup>3</sup>。

website は固定されていないから恒久的施設に該当しないという議論は、解釈論としてはやや苦しい。例えば、非居住者が源泉地国（例えば日本）内に所在するホテルに泊まり事業活動をしているとし、今週はホテルの 2 階の部屋があてがわれ、翌週は同ホテルの 3 階の部屋があてがわれ、翌々週は同ホテルの 4 階の部屋があてがわれ……という具合に部屋がホテル側の都合で度々変更させられるとしても、恒久的施設該当性の判断要素の一つである固定性を満たさないことにはならないであろう<sup>4</sup>。非居住者・外国法人が源泉地国内の

<sup>1</sup> OECD, Request for Input Regarding Work on Tax Challenges of the Digital Economy (November 2013 <http://www.oecd.org/ctp/request-for-input-regarding-work-on-tax-challenges-of-the-digital-economy.pdf>); OECD, Compilation of Comments Received in Response to Request for Input on Tax Challenges of the Digital Economy (January 2014 <http://www.oecd.org/ctp/comments-received-tax-challenges-digital-economy.pdf>).

<sup>2</sup> 本稿では electronic commerce（電子商取引）と digital economy（デジタルエコノミー）との異同について考えない。

<sup>3</sup> OECD モデル租税条約コメンタリー第 5 条パラグラフ 42.2～42.3 参照。

<sup>4</sup> Arvid Aage Skaar, PERMANENT ESTABLISHMENT: EROSION OF A TAX TREATY PRINCIPLE (Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991) 134 頁、330 頁で、ノルウェー・ドイツ間の相互協定の *Timber case* が紹介されている。森林災害の後片付けのためにノルウェーのトラックがドイツで活動したという事案で、活動の中心がなかったにもかかわらず、協議で恒久的施設の存在を認めた、というものであり、森・駐車場・管理事務所等が固定していれば足りると考えられた。

企業と契約して源泉地国内所在のビル内のサーバーに website を載せている場合、恒久的施設該当性の判断要素としての固定性という観点から見れば、非居住者が一定の地域のホテルに滞在し続ける（一つの部屋である必要も一つのホテルである必要もない）ことと違わない。従って、website が恒久的施設に該当しえないという解釈論は、条約の文言の解釈のみで導かれるものではなく、何か政治的な妥協も含んでいたのであろう。

尤も、(OECD のコメンタリー無視の実務が出てくるとも思われぬが) website が恒久的施設に該当しうると考えるとしても、website の恒久的施設該当性を回避することは実務上比較的容易であろうと思われる。前述のホテルの例になぞらえると、非居住者が転々と東京・名古屋・大阪のホテルに泊まる場合は、恒久的施設を認定することは難しい。website 情報を、或る時は東京のサーバーに載せ、或る時は大阪のサーバーに載せるなどすれば、巡業サーカスと同様であり、恒久的施設認定を回避することができるであろう<sup>5</sup>。

更に、website なりサーバーなりが恒久的施設に該当しうるとしても、当該恒久的施設に帰属する事業利得<sup>6</sup>は大した額にならないと見込まれるため、OECD モデル租税条約の帰属所得主義（帰属主義ともいわれる）を前提とする限り（日本の全所得主義…総合主義ともいわれる…をとりあえず無視できる限り<sup>7</sup>）、何れにしても源泉地国の税収に大きな影響はでてこないと見込まれる<sup>8</sup>。

## （２）デジタル PE の可能性

現在の OECD モデル租税条約コメンタリー第 5 条パラグラフ 42.1 以下の電子商取引関連の部分は、現状の OECD モデル租税条約 5 条の定義を前提とした解釈論にすぎず<sup>9</sup>、立法論は後回しとなっている。立法論に関しては、恒久的施設の定義についてしばしば、恒久的施設概念は租税理論上かくあるべしと定まるような神聖なものではないということが強調されてきた<sup>10</sup>。従って、BEPS 行動計画 1 としてデジタルエコノミー課税を考える際に、

<sup>5</sup> サーバーが恒久的施設に該当しうる、という OECD の考え方に対して、外国のサーバーを通じても取引等を行うことは可能であるから、恒久的施設認定を回避することは容易である、との批判が考えられないではない。しかし、東証のサーバーの例（註 7 参照）のように、サーバーの物理的距離がビジネスにおいて意味を持つ場面もあり、サーバー PE の認定回避の容易さと、website PE（仮にそういうものを認めるとして）の認定回避の容易さは、別レベルである可能性もある。

<sup>6</sup> 本稿で「利得」という語を用いる時は、OECD モデル租税条約 7 条にいう「profit」（費用控除後。純所得と同じ）を指すものとし、プラスもマイナスもありうるとする。「所得」（income）という語は、文脈により、純所得（net income。費用控除後）を意味することもあるし総所得（gross income。費用控除前）を意味することもあり、きちんと定義されない。

<sup>7</sup> サーバー PE と帰属所得主義・全所得主義との関係について、浅妻章如「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」21 世紀政策研究所国際租税研究会中間報告書（青山慶二座長）『グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方』12 頁（2012.4）参照。

<sup>8</sup> クラウドのサーバーに関する性質決定をめぐる実務家とアメリカ財務省の意見対立を伝えるものとして、Amy S. Elliott, Conference Attendees Divided over Taxation of Cloud Computing, 2013 WTD 218-4; A Break in the Clouds: a Proposed Framework for Analyzing Cloud Computing Transactions (<http://www.law.uchicago.edu/files/file/barnespaper.pdf>) 参照。

<sup>9</sup> 前述の通り私は純粹な解釈論上の結論であるかについて若干の疑義を抱いているものの。

<sup>10</sup> Richard L. Doernberg & Luc Hinnekens, ELECTRONIC COMMERCE AND INTERNATIONAL TAXATION at 16 (Kluwer, 1999) より抜粋—There is nothing sacred about the term “permanent establishment” and nothing wrong with this development. The term “permanent establishment” is merely a term of

デジタルエコノミーに焦点を当てた恒久的施設概念の改変を考えると、ありえないではない。しかし、デジタル PE<sup>11</sup>のようなものは無理であろうと考えられているし<sup>12</sup>、私も無理であろうと予測している。

恒久的施設概念が居住地国・源泉地国間の政治的妥協の産物にすぎず神聖なものではないとはいえ、従来の議論の延長線上で考えるならばやはりテクニカルな限界は存在する。従来の恒久的施設概念は、非居住者・外国法人の源泉地国内における物理的な存在・活動を前提としている。サービス PE として恒久的施設概念の拡張が図られる場合も、源泉地国内における物理的な存在・活動なしで恒久的施設を認めようというところまでは考えられていない<sup>13</sup>。例えば、弁護士が外国に所在しながら電話・FAX 等で源泉地国内の顧客に法律アドバイスを提供する場合のように源泉地国内における物理的な存在・活動がない場合は、恒久的施設（サービス PE も含め）を認定しようがない。

BEPS 対策としてデジタル PE を構想するならば、源泉地国内における物理的な存在・活動なしでも恒久的施設を認定できるようにしなければ意味がない<sup>14</sup>。そして、デジタル PE の実際の運用は、4 で述べる「消費課税と登録制」と同様のものとなるであろうから、技術的に不可能という話でもない。しかし、そのように恒久的施設概念を改変するためには、2 つハードルがあると考えられる。

### （3）デジタル PE に関する予測される 2 つのハードル

第 1 のハードルは、定義・線引をどうするかである。弁護士が外国に所在しながら電話・FAX 等で源泉地国内の顧客に法律アドバイスを提供する場合はデジタル PE を認定せず、e-mail 等で法律アドバイスを提供する場合はデジタル PE を認定する、といった線引はまず採用されないであろうから、両者ともデジタル PE が認定されないか両者ともデジタル

---

art denoting the threshold that business activities in the source country must have reached in order to entitle that country to tax the pertinent income.（「恒久的施設」という用語について神聖[不可侵]なところなどないし、[恒久的施設が国内法に受容されたり、小さな事業活動でも課税権を認めるような条約が形成されるような]発展について何が誤りというものでもない。「恒久的施設」という用語は、源泉地国における事業活動がそれに係る所得への課税権を当該国に認めるだけの域に達したことを示す閾値であるにすぎない。）

<sup>11</sup> Virtual PE 等について、本報告書第 6 章の岡田至康論文を参照。

<sup>12</sup> Cf. Lee A. Sheppard, OECD BEPS Project Unlikely to Endorse Digital PE (Tax Analysts, January 27, 2014; 2014 WTD 14-1) <http://www.taxanalysts.com/www/features.nsf/Articles/D963F9B6F9F1E6F485257C6D006FD0EC?OpenDocument>

<sup>13</sup> OECD モデル租税条約コメンタリー第 5 条パラグラフ 42.11 以下。なお、サービス PE については、PE という名前があるとはいえ、どちらかというとも OECD モデル租税条約 17 条（芸能人条項）の延長に近いとも考えられる。青山慶二「2011 年国連モデル条約改定について」租税研究 756 号 270 頁以下、282 頁（2012.10）参照。

<sup>14</sup> デジタル PE という語は用いていないものの、オンライン広告について各国での経済的存在 (economic presence) を以って PE を認定することの是非について論ずるものとして、Assaf Y. Prussak, The Income of the 21st Century: Online Advertising as a Case Study for the Implications of Technology for Source-Based Taxation, 16 Tulane Journal of Technology and Intellectual Property 39 (2013) (the winner of the 2012 International Fiscal Association (USA Branch) Writing Competition) 参照。

オンライン広告課税ルール検討を遅らせるとのイタリアの報道について Gaetano Pizzitola, Italy Postpones New Tax Rule for Online Advertising, 2014 WTD 1-3.

PE が認定されるといったことになろう。

第 2 のハードルは、PE 帰属利得の画し方である。仮に源泉地国内における物理的な存在・活動なしでも恒久的施設を認定できるデジタル PE を定義したとして、当該デジタル PE に帰属する利得についてどう考えるかという問題である。仮に、弁護士が外国に所在しながら源泉地国内の顧客に法律アドバイスを提供する場合でも、通信手段を問わずデジタル PE が認定される、とするならば、当該活動による利得が恒久的施設に帰属する事業利得として源泉地国内の課税に服することになるであろう。もしそうなるとすると、当該弁護士が物理的に源泉地国内の顧客のところに出向いてサービスを提供する場合（もしかしたらサービス PE も認定されるべきということになるかもしれない）の、源泉地国内の課税に服する利得と整合性を保つ形で（言い換えると、当該弁護士が外国所在の事務所内における活動に帰属する利得は源泉地国内の課税に服さない利得であるという【本店帰属利得と PE 帰属利得との区別】と整合性を保つ形で）デジタル PE に帰属する利得を画す基準を定立できるのかという問題が出てくる。

第 1 のハードルに関しては、先述の通り恒久的施設概念は元々政治的外交的妥協の産物であり神聖なものではないのだからとして、無理やり線引する<sup>15</sup>ことが考えられないではない。他方、従来の国際課税の考え方との整合性という観点から第 2 のハードルを克服することは非常に難しいと推測される。帰属所得主義がありうべき唯一の解である訳ではないものの、国際連盟時代以来の *separate accounting*（分離会計）の発想を前提とすると、それなりに整合性のとれたものであるということ是可以する<sup>16</sup>。

第 2 のハードルに関して、恒久的施設の定義を改変（OECD モデル 5 条の改変）するだけの話には到底収まらず、恒久的施設に帰属する利得（もしくは源泉地国の課税に服する利得）についての改変（OECD モデル租税条約 7 条の改変）も要請せざるをえなくなるであろう、と推測される。そして、これは 5 条・7 条の改変に収まるものではなく、所得源泉の考え方自体についても、事業活動が所得源泉ではなく需要（顧客所在地）こそが所得源泉であるというような発想の転換が求められていくようになるであろう<sup>17</sup>。

## 2. 所得課税とデジタルエコノミー源泉徴収：OECD モデル 12 条の改変

### (1) 現状：OECD モデル、UN モデル、日本所得税法 161 条 7 号、インドの技術的役務報酬

日本の所得税法 161 条 7 号は特許料・著作権使用料等の使用料について需要者側の業務

<sup>15</sup> 現在の OECD モデル租税条約における線引にも、理論的に説明がつかないものはある。とりわけ、OECD モデル租税条約 5 条 4 項の準備的・補助的活動の恒久的施設非該当規定は、理論的にはナンセンスであり、政治的外交的妥協の産物といわざるをえない。浅妻章如「恒久的施設を始めとする課税権配分基準の考察—所謂電子商取引課税を見据えて—」国家学会雑誌 115 巻 3・4 号 321 頁以下、332 頁以下(2002)；Skaar・註 4、322-325 頁参照。

<sup>16</sup> 浅妻章如「(仮題) 帰属所得主義と恒久的施設課税の今後」中里実還暦記念『租税法とビジネス・ロー』掲載予定参照。

<sup>17</sup> Institute for Fiscal Studies, MIRRLEES REVIEW: TAX BY DESIGN (Oxford University Press, 2011 <http://www.ifs.org.uk/mirrleesReview/publications>) chapter 18. Corporate taxation in an international context; Daniel N. Shaviro, Replacing the Income Tax With a Progressive Consumption Tax, 103 Tax Notes 91 (April 5, 2004) 参照。

に着目して所得源泉を定めている。そして、OECD モデル租税条約 12 条は源泉地国の課税権を否定しているが、UN モデル 12 条 2 項は源泉地国の源泉徴収課税を肯定している<sup>18</sup>。また、近年インドにおいて技術的役務報酬 (fees for technical services) の源泉地国課税の適否をめぐる裁判例が相次いで報告されている<sup>19</sup>。

BEPS 対策としてデジタルエコノミーへの課税の確保を考えるならば、OECD モデル 12 条を改変し、特許権・著作権等の知的財産権の使用料について源泉地国の課税権を認めるのみならず、新たに「デジタルエコノミー」を定義して源泉地国内の顧客から非居住者・外国法人へのデジタルエコノミー料金支払についても源泉地国の課税権を認めるという方策が考えられる。

## (2) 第 2 のハードルがない点ではデジタル PE よりマシ

OECD モデル租税条約 12 条改変 (源泉徴収課税拡充ルート) 自体も政治的外交的には難しいであろうと私は推測しているが、デジタル PE の第 2 のハードルとして述べた帰属所得主義の考え方との整合性というテクニカルな問題としては、デジタル PE の議論よりは容易であろうと推測している。なぜならば、帰属利得の算定方法を考えなくてよいためである。テクニカルな問題としては、デジタル PE に関する第 1 のハードルと同様の線引だけの問題で済む。

尤も、政治的外交的に考えると、デジタル PE に関しては第 1 のハードルに関して源泉地国側の課税権を或る程度拡張することになるとしても第 2 のハードルの考え次第で源泉地国側の課税権拡張に或る程度歯止めをかけるということが考えられる (もしかしたら玉虫色の解決策が出てくるかもしれない) 一方で、源泉徴収課税拡充ルートの場合は第 1 のハードルに焦点が当たり妥協が成立しにくくなる (玉虫色の解決策すら出てきにくくなる)、ということはあるかもしれない。

## (3) 線引についての理論上の制約

従来 of 国際課税の考え方との整合性の観点 (第 2 のハードル) からは、源泉徴収課税拡

<sup>18</sup> 技術的役務提供課税について Ariane Pickering, Taxation of Non-resident Service Providers, Papers on Selected Topics in Administration of Tax Treaties for Developing Countries (Paper No. 6-A, May 2013 [http://www.un.org/esa/ffd/tax/2013TMTTAN/Paper6A\\_Pickering.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/tax/2013TMTTAN/Paper6A_Pickering.pdf)); Ninth Session of the Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters (21–25 October 2013, Geneva) (<http://www.un.org/esa/ffd/tax/ninthsession/index.htm>); Brian J. Arnold, Note on a New Article of the UN Model Convention Dealing with the Taxation of Fees for Technical and Other Services (E/C.18/2013/CRP.5, [http://www.un.org/esa/ffd/tax/ninthsession/CRP5\\_Services.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/tax/ninthsession/CRP5_Services.pdf)) 等参照。

<sup>19</sup> Cf. インド・スイス租税条約に関し、インド内における website 運営に係る所得は技術的役務報酬 (fees for technical services) に当たらず、インドに PE も認められないとした例として、eBay International AG v. DDIT, Income Tax Appellate Tribunal (ITAT) 11 September 2013 (ITA No. 8907/Mumbai/2010) ([2013] 40 taxmann.com 20 (Mumbai -Trib.)) (<http://taxmantra.com/wp-content/uploads/2013/12/Mumbai-Tax-Tribunal-Says-that-Ebay-India-and-Ebay-Motors-do-not-construe-a-PE-for-Ebay-Group-thus-no-taxability-arises.pdf>) 参照。ソフトウェア開発・販売に従事するインド法人 (Device Driven) が単独外国問屋 (sole foreign commission agent) たるスイス法人 (Shri Balaji Bal) に輸出手数料として支払ったものが、単なる販売手数料ではなく技術的役務報酬として源泉徴収課税を受けるとした例として、Device Driven (India) Pvt Ltd vs Assessee, ITAT 29 November 2013 (ITA No. 282/Coch/2013) (<http://indiankanon.org/doc/169450895/>) 参照。



充はデジタル PE よりは容易であろうと述べたが、源泉徴収課税の範囲をどう線引するか(第1のハードル)について、理論上の制約はあるであろうか<sup>20</sup>。

知的財産権等の使用料の所得源泉が概ね需要者側の事情に着目して決定される一方、その他の通常の事業利得の所得源泉は概ね供給者側(所得稼得者側)の事情に着目して決定される。そのことから、知的財産権は所得源泉の着眼点を変える特別なものであるという発想が国際課税の世界にはびこっているのかもしれない。しかし、この発想の論理的説得力は、以下に述べるように弱い。知的財産権の特徴は、他の競業者の邪魔(特許発明の他者の実施を禁止する、著作物の他者の複製を禁止する等)をすることであり、知的財産権使用料は、他者の競業の邪魔をしないことの対価である。しかし、競業について国がどのような規制・規整を採用するかという問題と、所得源泉の着眼点を何にするかという問題は、結びつかない。知的財産権使用料について、他の事業利得と比べて所得源泉の着眼点が違うのは、技術の輸出輸入をめぐる政治的な妥協の産物にすぎないと思われる<sup>21</sup>。また、源泉徴収課税を認める範囲は必ずしも知的財産権の私法上の性質(他者の競業の邪魔をすること)によって画されているわけではなく<sup>22</sup>、コンテンツ使用料のように競業規制・規整と関係ないものまで源泉徴収課税の対価に含められることもある。このように知的財産と源泉徴収との関連性の弱さを見てくると、【PE なければ課税なし】ルールの例外としての知的財産使用料や技術的役務報酬に関する源泉徴収課税は理論的に導かれるものではないということができ、BEPS 対策としてデジタルエコノミーの源泉徴収課税拡充ルートを採用となった時に、源泉徴収の範囲を決める理論上の制約は見出し難い。

ところで、現在の知的財産権等の使用料の所得源泉は、需要者側の事業活動が使用料の発生原因(origin)であるという発想に基づいていると思われる。この発想によると、源泉地国内の需要者の事業活動に関する課税利得計算上控除される支払が、源泉地国内に所得源泉ありと認められること的前提条件となり、需要者が消費者等であって控除可能でない支払の場合は、源泉地国内に所得源泉ありとは認められない<sup>23</sup>、ということが線引を考える上での理論上の制約として浮かび上がるかもしれない。しかしこれも理論上の制約にはなり難い。というのも、本段落第1文の発想は、その他の所得に係る所得源泉ルールと整合しないからである<sup>24</sup>。著作権使用料を例にとりて考えてみると、創作をした供給者側の貢献分の回収方法として著作権による禁止の手控えの対価として使用料を得るのであり、需要者

<sup>20</sup> 浅妻章如「サービス所得等の国際課税に関する3段階の nexus の考察と BEPS」論究ジュリスト5号244頁(2013.5)参照。

<sup>21</sup> 技術的役務について焦点が当たるのも(註18、註19参照)、技術の輸出入収支の不均衡が原因であると考えられ、技術が課税上特別な考慮を要請するとの論理は見出し難いように思われる。

<sup>22</sup> 浅妻章如・山下貴「特別対談 知的財産の法務&税務・最前線」国際税務28巻12号14頁以下、29頁(2008.12)の「著作権法完全リンク説」とOECD コメンタリーの緩和、浅妻章如「知的財産権等使用料の範囲と所得配分」中山信弘先生還暦記念論文集『知的財産法の理論と現代的課題』580頁(弘文堂、2005)等参照。

<sup>23</sup> 【源泉地国】といいながら【所得源泉ありとは認められない】という矛盾した表現となってしまうが、お許しいただきたい。

<sup>24</sup> 浅妻章如「所得源泉の基準、及び net と gross との関係(3)」法学協会雑誌121巻10号1507頁以下、第五章(2004)参照

側の事業活動が使用料の発生原因であるという理屈は成り立たない。使用料については端的に他の通常の事業利得とは違って所得源泉の着眼点が供給者側（所得稼得者側）から需要者側に変わっていると捉えざるをえない。そうすると、源泉徴収課税拡充ルートを考える際に、需要者（金銭支払者）が事業者であるか消費者であるかで線引されるとも言い切れない。

但し、源泉徴収という仕組みのテクニカルな制約として、源泉徴収義務を課しうるのは事業者だけであるという手続面の考慮は別途働きうる（前段落が実体面の問題を考えていたのと対比して）。これは、消費課税（付加価値税）の文脈で需要者が事業者でない場合はリバースチャージが機能しにくいという話と同様である。そうすると、需要者が消費者の場合は、消費課税（付加価値税）に関する登録制など別の実効的課税方法を考えるという話にならざるをえない。本稿では便宜的に 4 で「消費課税と登録制」と題して論じているが、所得課税の文脈でデジタルエコノミーの源泉徴収課税拡充ルートが採用された場合には、登録制の所得課税の文脈での利用も同時に検討されるであろう。

### 3. 消費課税とリバースチャージ

「国境を越えた役務の提供等に対する消費税の課税の在り方に関する研究会 中間報告(案)」<sup>25</sup>（以下、「2013 税調中間報告案」という）が 2013 年 11 月 14 日に公表された<sup>26</sup>。これはデジタルエコノミーのみを対象としたものではないが、検討事項の多くはデジタルエコノミー課税問題と関連する。

消費税（付加価値税）については、現実的な選択肢として欧州のリバースチャージ(reverse charge)と登録制が考えられる。まずリバースチャージについて考える。

#### (1) 現状：輸出免税と輸入課税との非対称

作家 A が小説を日本の出版社 B に投稿し、外国の配信業者 C が電子書籍をオンラインで配信し、日本の消費者 D が購入する、という流れを想定すると、日本の消費税法は輸出免

<sup>25</sup> [http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/discussion1/2013/\\_csFiles/afieldfile/2013/11/14/25dis12kai4\\_1.pdf](http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/discussion1/2013/_csFiles/afieldfile/2013/11/14/25dis12kai4_1.pdf)

<sup>26</sup> <http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/discussion1/2013/25dis12kai.html> 「国境を越えた役務の提供等に対する消費税の課税の在り方について（参考資料）財務省主税局税制二課 2013 年 11 月」及び「税制調査会（国際課税 DG②）〔国境を越えた役務の提供等に対する消費税の課税の在り方について〕平成 25 年 11 月 14 日（木）慶応義塾大学大学院法務研究科 佐藤英明」の解説も参照。研究会開催前の論点整理として佐藤英明「電子的配信サービスと消費課税——制度設計上の問題点」ジュリスト 1447 号 14 頁（2012.11）も参照。ほか、吉村政穂「アマゾン税をめぐる議論は州売上税の将来に何をもちよるか？」論究ジュリスト 4 号 207 頁（2013）、矢内一好「オンライン小売業者に対する米国州税等の動向」租税研究 770 号 163 頁（2013.12）、青山慶二「国境を越える取引に係る課税のあり方」税研 173 号 52 頁（2014.1）、駒宮史博「インターネット等を使った国外からの役務提供取引事業所得に対する所得課税について」租税研究 772 号 190 頁（2014.2）、沼田博幸「VAT とクラウド—VAT の納税義務の理解」租税研究 772 号 323（2014.2）（Thomas A. Boniface, Nathan A. Trautwein, and Anna Ogenblad, VAT and the Cloud -- Understanding Your VAT Obligation, 70 Tax Notes International 431-435, April 29, 2013 の紹介）等参照。なお、日本 OECD 加盟 50 周年記念として OECD 租税委員会の消費税グローバルフォーラムが 2014 年 4 月 17～18 日に東京都内で開催される予定でもある（[http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/discussion1/2013/\\_icsFiles/afieldfile/2013/11/14/25dis12kai6.pdf](http://www.cao.go.jp/zei-cho/gijiroku/discussion1/2013/_icsFiles/afieldfile/2013/11/14/25dis12kai6.pdf)）。

問題の性質上、浅妻章如「国境を越えた役務の提供等に対する消費税の課税の在り方」税理 57 巻 2 号 90 頁(2014.2)と記述が重複することをお許しいただきたい。

税と輸入課税とが対称的でないことがわかる。AB間の取引については、Aが日本に住んでいない限り日本の付加価値税は課されないであろう(輸入課税の対象とならないであろう)<sup>27</sup>。BC間の取引については、輸出免税の対象となるであろう<sup>28</sup>。CD間の取引についてはやはり日本の付加価値税は課されないであろう。

## (2) B to B 取引

AB間のようなB to B取引について輸入課税の範囲を拡充するための方策として、リバースチャージが考えられている。

但し、Bのような輸入者が課税事業者である場合、B to B取引の輸入については無理に課税する必要はないとも考えられる。輸入事業者が輸入取引について付加価値税を納めなかったとしても、当該事業者の売上に係る付加価値税の課税において仕入税額控除が主張できなくなるため、間接的に輸入取引についても輸入国の付加価値税が課せられているのと同じであるためである。例えば、付加価値税率10%を想定し、輸入事業者の仕入輸入価格が税込価格で220、当該事業者の売上が税込価格で330であるとする。リバースチャージが適用される場合、輸入事業者の輸入時の納税額が20となり、当該事業者の売上計上時点で30の納税義務が発生し20の仕入税額控除が適用される。合計の税収は $20+10=30$ である。リバースチャージが適用されない場合、輸入事業者が輸入時に納税しない代わりに、当該事業者の税込売上330について30の納税義務が発生し、仕入税額控除が適用されないため、合計の税収は30で変わらない。

しかし輸入者が銀行、病院、学校など非課税事業を営む事業者である場合、前段落のような【仕入税額控除を認めないことによる間接的な付加価値税課税】という仕組みが当てはまらない。そこでリバースチャージの導入が必要であると考えられている。

尤も、リバースチャージを導入するにあたっては、VAT番号<sup>29</sup>が前提条件となる。輸入事業者から見て、自分の取引相手が外国の事業者であることがわかる仕組みがなければ、リバースチャージによる輸入時の適正な課税は望めないからである。そこで、「2013税調中間報告案」は、リバースチャージの導入にこだわらず3つの案を提案した。「①国外事業者登録申告納税方式」は、VAT番号及びリバースチャージの導入を諦め、登録制だけで押し切るものであり、B to C取引・B to B取引の区別なく適用するというメリットがある。「②リバースチャージ方式」については、VAT番号制度が前提とものの、外国事業者からみて、日本所在の消費者を相手にしない(日本との取引は常にB to B取引である)場合、登録制に従わなくてよいというメリットがある。「③国外事業者登録申告納税方式とリバースチャージ方式の併用」は、リバースチャージ方式を一般的に施行する前提が整わないとしても、リバースチャージ方式で済ませられる限りにおいてはそれで済ませようというメリットがある<sup>30</sup>。

<sup>27</sup> 消費税法施行令6条1項6号

<sup>28</sup> 消費税法7条1項5号、消費税法施行令17条2項6号または7号

<sup>29</sup> 「2013税調中間報告案」14頁では「付加価値税の課税事業者番号(VAT-ID)」と呼んでいる。

<sup>30</sup> メリットという表現を用いたが、当然、3案それぞれのメリットはデメリットと表裏一体でもある。

### (3) 脱税（付加価値税詐欺）対策

リバースチャージに関しては、脱税対策が重要となる。欧州におけるカルーセル詐欺（carousel fraud。回転木馬）詐欺として、かつては携帯電話等小型で高価な商品が付加価値税詐欺に用いられていたとされるが、近年は排出権取引など有形物ではない取引対象と絡めた付加価値税詐欺が問題となっている<sup>31</sup>。

付加価値税の脱税策の基本は、中間事業者の次の事業者が仕入税額控除の権利を主張しつつも、中間事業者が本来の納税義務を履行せずに逃げてしまう（missing trader という）ことにある。従って、脱税対策だけの観点からは、仕入税額控除の権利と納入業者の付加価値税納税義務とをリンクさせるということが考えられる<sup>32</sup>。しかし付加価値税における仕入税額控除の権利は付加価値税を付加価値税ならしめる基本的権利であり、仕入税額控除の権利を制限することは脱税対策というだけでは正当化しにくい<sup>33</sup>という問題もある。

## 4. 消費課税と登録制

2における源泉徴収課税拡充ルートと、3におけるリバースチャージは、所得課税か消費課税かの違いはあるものの、仕組みとしては類似する。そして、源泉地国・輸入国内の顧客が消費者である場合は機能しにくいという共通の限界もある。この限界に対処するには今のところ登録制<sup>34</sup>くらいしか策がない。

Amazon の音楽 mp3 ダウンロードのような大規模事業者は目立つので、課税庁としても把握しやすいであろう<sup>35</sup>。

しかし、スマートフォンのアプリ製作のように、零細事業者（時には個人一人）でも越境マーケットを通じて莫大な利得を稼ぐことができる者も現れはじめている。今のところは Apple など中間業者を介す形が多いと思われるが、将来中抜きが進むとすると、個人等零細事業者相手に登録制の課税最低限をどう設定するかという問題も出てきうる。一人の利得としては莫大でも課税庁職員が気付きにくい程度のマイナーな分野も出てこよう。元々登録制で 100%確実に執行できるわけではない（デジタルエコノミーに限らず脱税はあるのだから）という割り切りも求められるかもしれない。また、輸入国で課税できなくとも輸出国

---

なお、③のような折衷案が示されると何となくそれでいいかという印象を（日本人の性として？）受けてしまうかもしれないが、「2013 税調中間報告案」の作成の意図としては、3案は全くのオープンでどれが優位であるとかいった予断なく広く国民の意見を承りたいというものである、と聞いている。

<sup>31</sup> 西山由美「消費税の脱税スキーム—EUの事例と対応を中心として—」税務大学校和光校舎 2013.12.17 勉強会資料、浅妻・註 32 所掲の Ainsworth 論文参照。

<sup>32</sup> 浅妻章如「青色申告制度の今後のあり方」税研 161 号 42 頁(2012.1)参照。

<sup>33</sup> *Kittel v. Belgie* (C-439/04) (西山・註 31 の教示に感謝)。*Gábor Tóth v. Hungary* (C-324/11)においても、仕入先（インボイス発行者）たる役務提供者が役務完遂前に事業免許が剥奪されたというだけでは、仕入税額控除を課税当局が拒絶することはできないとしている。

<sup>34</sup> この登録制も、見ようによっては所得課税の文脈におけるデジタル PE のようなものと考えられなくもないが、恒久的施設に帰属する利得を考えるわけではないという点は異なる。

<sup>35</sup> もし Amazon のような大規模事業者が登録制に応じなかった場合に、どのような対抗手段を採ることができるかについては、詰められてない。情報交換の拡充なども要請されるであろうし、ことによつたら、（中国国内においてアメリカ系の IT サービスが利用しにくいことを見習って？）何らかの妨害措置を技術的に講ずることも視野に含まれるかもしれない。

での課税庁の網には引っかかるであろうという割り切りも求められるかもしれない<sup>36</sup>。

## 5. 決済過程への着目

現状では源泉徴収・リバースチャージ・登録制が、デジタルエコノミーについての現実的な課税提案ということになるだろうが、その他に、決済過程に着目するという手法もかねてより考えられている<sup>37</sup>。具体的には、非居住者・外国法人への支払いにあたってはクレジットカードなど足跡の残る決済手段<sup>38</sup>を用いることが多いと思われるので、クレジットカード会社等に源泉徴収義務を負わせるといった手法になるだろう。クレジットカード会社等にとっては面倒事に巻き込まれるのはたまらないという思いもあろうけれども、見返りとして徴税手続手数料を上手く設計すれば、課税庁にとっても金融機関にとっても（そして内国事業者と外国事業者とが equal footing に立つという点でも）win-win の関係を築くことができるかもしれない。

当面は、消費課税における登録制の実効性を観察し、それがうまくいかないとなったら（或いは、デジタル PE について論じたように所得課税の文脈においても需要こそ所得源泉であるという発想が支持されるようになり、かつ、デジタル PE についても登録制同様にうまくいかないとなったら）、決済過程に着目した課税方法の導入が真剣に議論されるようになるものと思われる。

---

<sup>36</sup> 個人のスーパー事業者（アプリ開発に限らず、作家なり音楽家なりも含め）が軽課税国に移住したら手のうちようがなくなる、という問題は残る。

<sup>37</sup> 佐藤英明・註 26、20 頁参照。

<sup>38</sup> bitcoin のような暗号通貨がタックスヘイヴンようになるかもしれないと懸念する論文として Omri Y. Marian, Are Cryptocurrencies 'Super' Tax Havens?, 112 Michigan Law Review First Impressions 38 (2013)等参照。bitcoin 等の解説は多数あるが、齊藤賢爾「ビットコイン—人間不在のデジタル巨石貨幣」WIDE Technical-Report (2013.12.31 <http://member.wide.ad.jp/tr/wide-tr-ideon-bitcoin-2013-00.pdf>) 等参照。仮想通貨 (virtual currency) の付加価値税 (goods and services tax) 上の扱いについて、例えばシンガポールは、役務提供 (supply of service) であり非課税取引には当たらないこと、仮想通貨決済は物々交換と同視することなどを、公表している (Inland Revenue Authority of Singapore, GST Treatment: Sale of Virtual Currency, 23 January 2014 [http://www.iras.gov.sg/irasHome/page04.aspx?id=2276#sale\\_of\\_virtual\\_currency](http://www.iras.gov.sg/irasHome/page04.aspx?id=2276#sale_of_virtual_currency))。その他、シンガポールにおける、仮想通貨、電子商取引、広告等について、Income Tax Treatment of Virtual Currencies, 27 January 2014 <http://www.iras.gov.sg/irasHome/page04.aspx?id=15471>; GST: Treatment of Advertising Services, 28 September 2012 [http://www.iras.gov.sg/irashome/uploadedfiles/e-Tax\\_Guide/etaxguides\\_GST\\_GST%20Treatment%20of%20Advertising%20Services\\_2012-09-28.pdf](http://www.iras.gov.sg/irashome/uploadedfiles/e-Tax_Guide/etaxguides_GST_GST%20Treatment%20of%20Advertising%20Services_2012-09-28.pdf); GST: Guide for e-Commerce, Fourth Edition, 1 October 2012 [http://www.iras.gov.sg/irasHome/uploadedfiles/e-Tax\\_Guide/etaxguides\\_GST%20Guide%20for%20e-Commerce\\_4th%20edition\\_2012-10-01.pdf](http://www.iras.gov.sg/irasHome/uploadedfiles/e-Tax_Guide/etaxguides_GST%20Guide%20for%20e-Commerce_4th%20edition_2012-10-01.pdf); GST Treatment of Web-Hosting Services and Server Co-location Services, 30 September 2013 [http://www.iras.gov.sg/irasHome/uploadedfiles/e-Tax\\_Guide/etaxguide\\_GST\\_Webhosting%20and%20Colocation\\_2013-09-30.pdf](http://www.iras.gov.sg/irasHome/uploadedfiles/e-Tax_Guide/etaxguide_GST_Webhosting%20and%20Colocation_2013-09-30.pdf)。

校正時、英国の HMRC Brief 09/14, Tax treatment of activities involving Bitcoin and other similar cryptocurrencies (<http://www.hmrc.gov.uk/briefs/vat/brief0914.htm>)、日本の「ビットコイン：政府見解は『モノ』 通貨とみなさず」毎日新聞 2014 年 3 月 6 日 (<http://mainichi.jp/select/news/20140306k0000e020193000c.html>)等の報道に触れた。

## 第4章 BEPS 行動計画 2：ハイブリッド・ミスマッチ取決めの効果否認について

一橋大学大学院国際企業戦略研究科准教授

吉村 政穂

### 1. はじめに

税源浸食と利益移転（Base Erosion and Profit Shifting, BEPS）に対応することを目的とした行動計画<sup>1</sup>では、国際的一貫性の確立、国際基準の十分な効果と便益の回復、透明性の確保、および各措置の迅速な実施が必要であることが指摘された。その中で、国際的一貫性を確立するための行動の1つとして、「ハイブリッド・ミスマッチ取決めの効果を無効化する」という行動計画が掲げられた。

ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに関しては、その国内法上の問題について2012年にOECD租税委員会（第10作業部会<sup>2</sup>）によって報告書<sup>3</sup>が公表されていたところであり、この範囲では、これまで問題視された事案等を踏まえた勧告が策定されるものと考えられた。なお、同報告書は（第10作業部会の所掌上）条約上の論点を扱わないことが明記され<sup>4</sup>、提示された定義及びストラクチャは国内法上の取扱いの齟齬を利用した取決めに関するものである。そのため、ハイブリッド商品等によって引き起こされる租税条約上の論点（条約特典の制限）についてまとまった形で公表された報告書等は存在せず、これまで同種の問題に対応する規定を設けた条約例から帰納的に考えることが必要となろう。

本稿は、OECD等の報告書において示された設例を中心に、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントによって生じる「意図しない二重非課税又は長期的な課税繰延<sup>5</sup>」が具体的にどのようなものかを紹介し、その上で、今後公表が予想される対抗策であるリンキング・ルールである①益金不算入を源泉地国（支払側）における課税を前提とするルール、及び②居住地国（受領側）の課税によって控除を否認するルールについて、それがどのようにハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントを無効化するかを考察することを目指している。

なお、執筆の最終段階において、BEPS 行動 2 に関する討議草案<sup>6</sup>が公表されたため、同

<sup>1</sup> OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (Jul. 2013). [Hereinafter, “Action Plan.”] なお、邦訳として、日本租税研究協会『税源浸食と利益移転（BEPS）行動計画』（2013）〔以下、「行動計画」という〕を用いた。

<sup>2</sup> 2008年以降、第10作業部会の下位部会として Aggressive Tax Planning (ATP) Steering Group が設けられていたが、BEPSプロジェクトに伴い積極的タックス・プランニングを議論する作業部会（第11作業部会）が新設されている。

<sup>3</sup> OECD, *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues* (March 2012). [Hereinafter, “Hybrids Report.”]

<sup>4</sup> *Id.*, at 6.

<sup>5</sup> 行動計画・前掲注1、10頁。

<sup>6</sup> OECD, *Neutralise the effects of Hybrid Mismatch Arrangements – Recommendations for*

討議草案については最低限の内容のみを盛り込んでいる<sup>7</sup>。また、同討議草案で提案された内容について紹介した部分について、生硬な訳にとどまることは予めお詫びしておく。

## 2. ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの具体的内容

### (1) OECD 報告書 (2012) の公表

#### ① ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの要素及び効果

現在 BEPS プロジェクトにおいて問題視されるハイブリッド・ミスマッチ取決めの内容・範囲、そして（合法でありながら）批判される根拠を知る手掛かりとして、OECD が公表した報告書<sup>8</sup>が挙げられる。同報告書は、前述の通り、先行してハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの問題及び対抗策等を検討したものであり、重要な資料となる。

同報告書は、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントが共通して有する要素として、次のハイブリッド性の1つ又は複数を利用した取決めであることを指摘している<sup>9</sup>。

- ハイブリッド事業体 (Hybrid entities) : 一方の国の課税上は透明なものとして扱われながら、他方の国においては非透明として扱われる事業体。
- 二重居住法人 (Dual residence entities) : 2つの異なる国において課税上の居住者である事業体。
- ハイブリッド商品 (Hybrid instruments) : 最も有名なものでは一方の国でデットとされながら他方の国ではエクイティとされるように、関係国において課税上異なる扱いがされる商品。
- ハイブリッド譲渡 (Hybrid transfers) : 一方の国の課税上はある資産の所有権が譲渡されたと扱われるものの、他方の国ではそうでない（一般的には担保貸付と扱う）取決め

なお、行動 2 討議草案においては、ハイブリッド譲渡はハイブリッド商品の下位カテゴリーとされている（あわせて、同一の支払について納税者が複数の相反する立場を採り得る金融商品を「ハイブリッド金融商品 (hybrid financial instruments)」と定義し、同じくハイブリッド商品の下位カテゴリーとして位置付けている)<sup>10</sup>。

その上で、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントがもたらす効果として、一般的には次のいずれかに分類できるとしている。

- 二重控除スキーム (Double deduction schemes) : 同一の契約上の義務に係る控除が2つの異なる国において課税上主張される取決め。

---

*Domestic Laws* [hereinafter, “WP11 Discussion Draft.”] & *Neutralise the effects of Hybrid Mismatch Arrangements – Treaty Aspects of the Work on Action 2 of the BEPS Action Plan* [hereinafter, “WP1 Discussion Draft.”] (Mar. 2014).

<sup>7</sup> オプションの検討においては、もっぱらハイブリッド金融商品（後述）に焦点を当てている。

<sup>8</sup> 積極的なタックス・プランニング (aggressive tax planning) において利用されるハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに言及する報告書としては、これに先行して、例えば OECD, *Addressing Tax Risks Involving Bank Losses* (2010), at 57 などがある。

<sup>9</sup> Hybrids Report, *supra* note 3, at 7.

<sup>10</sup> WP11 Discussion Draft, *supra* note 6, at 9.

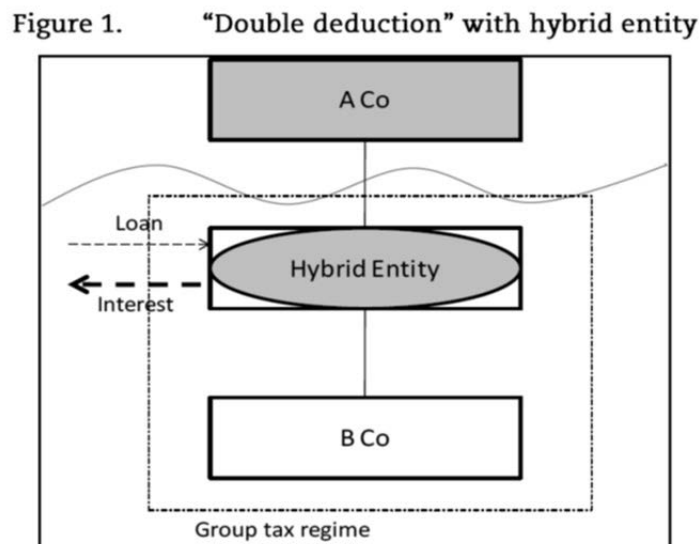
- 控除・不算入スキーム (Deduction / no inclusion schemes)<sup>11</sup> : 一方の国で控除 (典型的には利子費用控除) が創出されながら、他方の国で対応する課税所得への算入を回避する取決め。
- 外国税額控除の作出 (Foreign tax credit generators) : 少なくとも同じ範囲では利用できなかった、又は対応する課税外国所得なしに、外国税額控除額を作出する取決め。

これらについては、多くの国に共通して生じ得る典型的なハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントであり、OECD 報告書で掲げられたシンプルな事例によって説明される。また、これらの各スキームを基礎として、BEPS 行動 2 において盛り込まれると例示された「(ii)支払者が所得控除可能な支払に関する益金不算入・益金除外を防止する国内法の規定。(iii)受取者において所得に計上できない (そして CFC や類似の税制により課税を受けない) 支払について、支払者における損金算入を否認する国内法の規定。(iv)他の国・地域でも所得控除可能な支払について、自国での所得控除を否認する国内法の規定。」の機能及び位置付けを整理することができる。そのため、以下にそれぞれのスキームについて同報告書の該当箇所を訳出する。

## ② 二重控除スキーム

二重控除については、次のような事例によって説明される (図表 4-1 参照)<sup>12</sup>。

<図表 4-1>



〔出典 : OECD 報告書 (2012) 8 頁〕

<sup>11</sup> なお、本稿では、“deduction”を訳するにあたって「控除」又は「損金算入」を区別せずに用いている。同様に、“non inclusion”を「不算入」又は「益金不算入」と訳出している。

<sup>12</sup> Hybrids Report, *supra* note 3, at 8.



「典型的な事例では、A 国の親会社（A Co）が間接的に B 国の事業会社（B Co）を保有している。A Co と B Co との間に、A 国では課税上透明又は無視の扱いを受け、B 国では非透明扱いをされる事業体（Hybrid Entity）が挿入されている。A Co は、Hybrid Entity に係るすべて、ないしほぼすべてのエクイティ持分を保有し、さらに Hybrid Entity は B Co に係るすべて、ないしほぼすべてのエクイティ持分を保有している。Hybrid Entity は第三者から借入を行い、借入金を B Co にエクイティとして出資する（又はグループの他社又は非関連第三者から B Co 株式を購入する）。Hybrid Entity は当該借入金に係る利子を支払う。当該利子を除き、Hybrid Entity は他に大した控除を主張せず、かつ大した所得を有していない。」

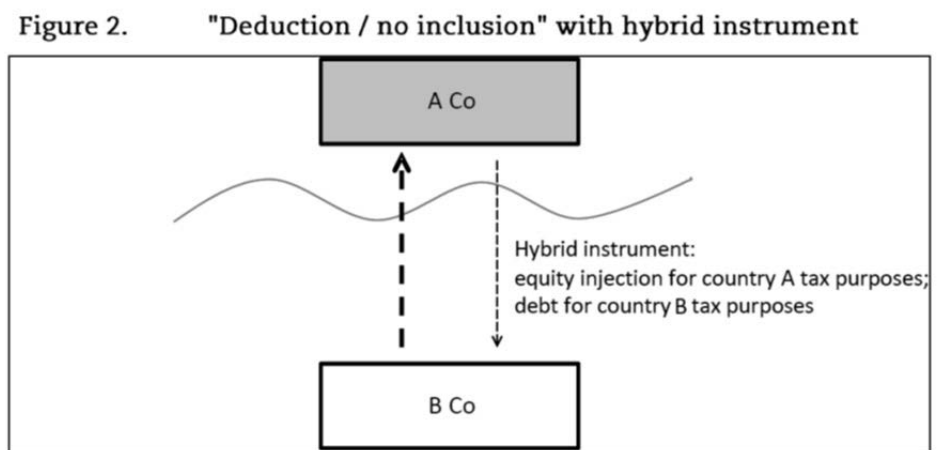
B 国において Hybrid Entity は法人税に服し、B 国のグループ・レリーフ制度等を通じて、計上した（利子費用）控除を B 国に所在するグループ企業の所得と相殺することができる。対照的に、A 国は Hybrid Entity を透明なものとして扱い、又は課税上無視するため、その利子費用は A Co が支出したものと評価され、A Co の課税所得の計算上控除されることになる。結果として、単一の契約上の義務から生じた費用が、2 つの国において二重に控除されることになる<sup>13</sup>。

### ③ 控除・不算入スキーム

控除・不算入スキームについては、次のような設例が掲げられている（図表 4-2 参照）<sup>14</sup>。

「B 国の居住者となるある会社は、A 国の居住法人により、A 国に置いてエクイティと性質決定されるが B 国ではデットとされる契約を通じて資金が供給されている。当該契約の下で支払がなされる場合、B 国税法上それは B Co において控除可能な利子費用となる。対応した受取金は、A 国税法上益金不算入の配当として扱われる。」

<図表 4-2>



〔出典：OECD 報告書（2012）9 頁〕

<sup>13</sup> なお、この結果は、ハイブリッド事業体でなくとも二重居住法人を利用することによって実現できる。Id., at 8.

<sup>14</sup> Id., at 8-9.

結果として、A国での課税なしにB国での控除のみが生じることになる。また同様の結果は、ハイブリッド事業体（利子支払か内部取引か）、ハイブリッド譲渡（利子支払か配当か）を利用することによって生じ得る<sup>15</sup>。例えば、B国においてのみ租税法上認識されるハイブリッド事業体（B Co）がA国の居住法人（A Co）に利子支払をし、それがB Coの所得計算上控除されたとしても、A国課税上はA Coの内部取引にすぎず、A Coの課税所得を増額させることはない。

#### ④ 外国税額控除の作出取引

外国税額控除の作出取引については、実際に訴訟で争われた事案<sup>16</sup>とは異なる点も存するが、エクイティ持分のハイブリッド譲渡を利用した次のような設例が掲げられている（次頁図表 4-3 参照）<sup>17</sup>。

「基本的な仕組みは、典型的にはB国の会社（B Co）からの融資を求めるA国のある会社（A Co）が関係する。A Coは、特別目的会社（SPV）を設立し、エクイティ出資によってSPVの（優先）株式を取得した上で、当該優先株式を対象としてB Coとレポ取引を行う。当該レポ契約に従い、A Coは当該SPV優先株式をB Coに譲渡し、代わりに金銭を受け取るとともに、将来のある時点においてA Coが当該株式を合意された価格により買い戻すことを両当事者は合意する。売却から買い戻しまでの間、SPVはA国で課税対象となる所得を稼得し（例えば、債券に係る利息を受け取り）、A国に法人所得税を支払う。SPVは、さらにB Coに配当（典型的には定率）を払い出す。当該取決めで用いられるレポ契約により、B Coは当該配当を取っておくことができ、これは経済的にはB Coの手数料収入に相当する。」

「B国の課税上、当該レポは売却及び買い戻しとして扱われる。そのためB Coは当該SPV株式の所有者であり、当該レポ期間中の配当の受領者として扱われる。B国は間接税額控除を有し、B CoはA国SPVが支払った法人所得税について外国税額控除を主張することができる。他方で、A国の課税上、当該取引は、B CoからA Coに対する貸付であり、当該SPV株式によって担保されていると扱われる。そのためA Coは依然として当該SPV株式の所有者であり、当該レポ期間中の配当の受領者として扱われる。A国は、B Coによって受領された配当について益金不算入、又はSPVによって納付された法人所得税についてA Coに対して税額控除の主張を認める間接外国税額控除制度<sup>18</sup>といった、いずれにせよA Coが当該配当を実質的には非課税で受け取れるような方法を適用する。A Coは、B Coよりの

<sup>15</sup> *Id.*, at 9.

<sup>16</sup> *See, e.g., Pritired 1 LLC v. United States*, 816 F. Supp.2d 693. (S.D. Iowa Sept. 30, 2011), *Hewlett-Packard Co. v. Commissioner*, T.C. Memo. 2012-135, *American International Group, Inc. v. United States*, 09-1871 (Mar. 29, 2013, S.D.N.Y.), *Bank of New York Mellon Corp. v. Comm'r*, 140 T.C. No. 2 (Feb. 11, 2013).

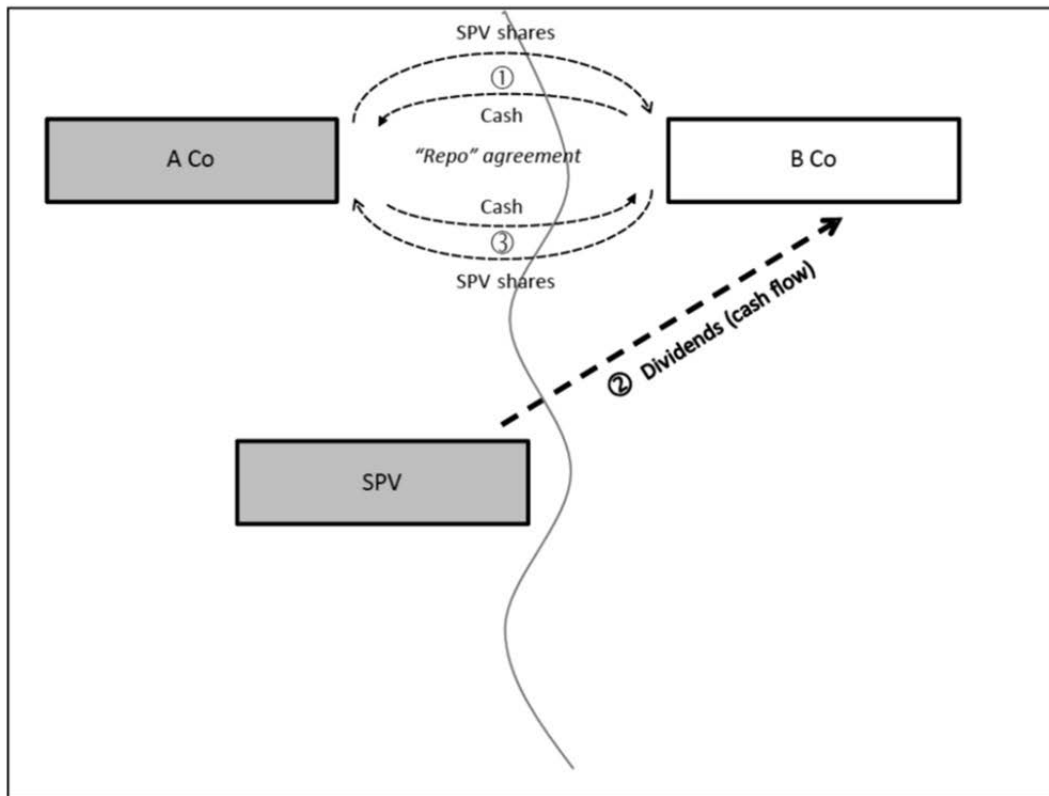
<sup>17</sup> Hybrids Report, *supra* note 3, at 9-10.

<sup>18</sup> 設例のSPVが納付した税はA国に対するものであったことを考えると、報告書原文が間接外国税額控除制度（indirect foreign tax credit regime）を想定していることはやや理解が困難である。ただ、A国課税上は当該SPV株式に係る配当はA Coによって収受されたと扱われるため、何らかの税額控除制度が設けられていることを想定したものと考えられる。

事実上の貸付に係る利子費用（当該配当支払と同額）についてさらに控除を主張する。」

<図表 4-3>

Figure 3. "FTC generator" with hybrid transfer



[出典：OECD 報告書（2012）10 頁]

この結果として A 国における（利子費用の）控除額のみが残り、B 国において対応すべき課税は SPV の納付した税に係る間接税額控除によって相殺されることを同報告書は問題視している<sup>19</sup>。

以上の通り、BEPS で問題視されるハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに関する議論は、抽象的な原理（例えば「一回課税（single tax）」の原則）等の提示によるのではなく、具体的ケースに依存する形で行われている。そのため、後に見るように、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対抗するルールも個別性が高く、状況に依存したルー

<sup>19</sup> SPV の納付した（A 国）税負担が考慮外に置かれているように見えるが、問題の本質は、SPV からの単一の配当について、（A Co 及び B Co がそれぞれ都合よく当該 SPV 株式の所有者として扱われたために）A 国及び B 国の双方で何らかの税負担調整措置が適用された点にある。その意味で、アメリカで本来問題視されたような外国税額控除の「作出」という要素はやや後退しているように思われる。

なお、アメリカでは、ハイブリッド譲渡だけでなく、ハイブリッド事業体等を利用した外国税額控除制度の濫用（例えば、*Guardian Industries Corp. v. United States*, 477 F.3d 1368 (Fed. Cir. 2007)) に対抗するための訴訟提起及び改正も進められている。最近の動向については、吉村政穂「ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントによる外国税の納税義務と所得の分離～Foreign Tax Credit Splitter Regulations による米国の対応」租税研究 767 号 340 頁（2013 年）参照。

ルの使い分けが要請される。この点は、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントという問題（設定）の1つの特徴だといえる。

## （2）ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの問題

ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントによって引き起こされる政策課題として、OECD 報告書は、次のようなものを例として掲げる<sup>20</sup>。

- 税収
- 競争中立性
- 経済的効率性
- 透明性
- 公平性

その上で、「暫定的結論として、表面的に2カ国の法の文言に従いながら両国において非課税を実現する——その結果はいずれの国によっても意図されないものであろう——ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントは、重大な政策問題を生じさせる。二重課税によって引き起こされる歪みに関連して存在する懸念は、意図せぬ二重非課税に関連して存在する」と述べていた。従来国際的な取り組みとして進められてきた二重課税排除と同様の意義が、意図せざる二重非課税にも存することを強調する趣旨であると思われる。

また、税源浸食と利益移転（BEPS）という文脈においては、新たに次のような視点が示されている。すなわち、「BEPSは主に、異なる税制の相互作用が二重非課税や単一の課税にも満たないような課税につながる事例に関連している。また、利益を生み出す活動が行われている国・地域から利益を移転させることによって無税又は軽課税を実現する取決めにも関連している。無税又は軽課税それ自体は懸念すべきものではないが、課税所得をその所得を生み出した活動から人為的に切り離す行為と結びつく時には懸念すべきものとなる。」<sup>21</sup>

BEPS プロジェクトの一つとして位置付けられるにあたり、価値創出活動からの分離を問題の中核に据え、その対策として、法人所得課税に係る国際的一貫性の確立（による現行国際課税ルール<sup>22</sup>の補完）が掲げられていることに注目すべきである。ただし、後述の通り、討議草案で提案された内容は、価値創出活動と税収の帰属を一致させることが直接の目的として掲げられているわけではない。

<sup>20</sup> Hybrids Report, *supra* note 3, at 11. なお、EU法の文脈での議論については、Jakob Bundgaard, *Hybrid Financial Instruments and Primary EU Law – Part 2*, 53(12) European Taxation 587 (2013)、参照。

<sup>21</sup> 行動計画・前掲注(1)5-6頁。

### 3. 国内法上の措置として想定されるオプション

#### (1) OECD 報告書 (2012) により提示されたオプション

OECD 報告書は、国内法上の対応としていくつかの方法を掲げる<sup>22</sup>。今後提案されることが予想される手法を検討するに先立ち、当該箇所を訳出し、その紹介を行う：

##### A. 国内法の調和 (Harmonisation of domestic laws)

ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対処する 1 つの理論的アプローチは、事業体、商品及び譲渡の課税上の扱いに存する、広く利用される差異を除去することである。最も広く利用される差異についてすら、異なった国々でのミスマッチの可能性を除去するような調和された取扱いを実現することがあり得ないように、このオプションは単に完全性のために言及されるにすぎない。

##### B. 一般的否認ルール (General anti-avoidance rules)

一般的否認ルール(「法の濫用」、「経済的実質」、「課税上無効」、「事業目的」又は「段階取引」のような判例法理を含む)は、いくつかのハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメント、特に循環、仕掛けその他の人為的な特徴を伴うものに対処する有効な道具となり得る。しかしながら、一般的否認ルールの要件及びしばしば当該取引と特定の法域の税回避との間に直接の連結を示すという要件のために、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントが関係する多くの事例において一般的否認ルールの適用は困難となる。

結果として、一般的否認ルールは有効な道具であるが、つねにハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントを用いた意図せぬ二重非課税の事例に対して包括的な対応を提供するものではないかもしれない。

##### C. 具体的否認ルール (Specific anti-avoidance rules)

多くの国は直接又は間接的にハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに影響を与え得るルールを導入している。例えばある国は、支払の控除について、同一の支払が受領者の国において最低水準の税に服していない場合には一定の要件の下にこれを否認するようなルールを導入している。同様に、課税上の利益を得ることが主たる目的であると立証された場合には財務費用の控除を否認する国もある。これらの規定は課税上対応する益金算入が生じない控除を特別にターゲットにしたものではないが、支払段階での控除を否認することによって実際にこれらに影響を与えるものであろう。ニュージーランドでは、500 万ニュージーランド・ドル (300 万ユーロ) を超過する外国税額を生じる投資にはエクイティを要求する過少資本税制が、対外的な外国税額控除作出スキームに対抗するにあたって有効であった。

##### D. 特別に Hybrid Mismatch Arrangements に対処するルール (Rules specifically addressing hybrid mismatch arrangements)

多くの国が、特別に一定のハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対処するルールを導入している。これらのルールに従い、外国が関係する事業体、金融商品、

<sup>22</sup> Hybrids Report, *supra* note 3, at 13-14.

又は譲渡に係る国内税法上の扱いは当該外国の課税上の扱いと結び付けられており、そのためミスマッチの可能性を除去している。第一の国の課税上の扱いが第二の国の課税上の扱いに依存するというルールは法の適用をより複雑にするものの、他方の国の課税上の扱いを考慮に入れるルールは、原則として外国税額控除、subject-to-tax 条項、及び CFC 税制がしばしば同じことをしているように、目新しいものではない。

関係国における事業体、金融商品又は譲渡の課税上の扱いを他方の国の課税上の扱いと結び付ける国内法上のルールは、不適切に見えるハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対処する道具としてかなりの発展性を有しているように思われる。

以上の通り訳出した 4 つの一般的なオプションが OECD 報告書によって提示されているが、さらに具体的検討が加えられているのは D（特別に Hybrid Mismatch Arrangements に対処するルール）であり、また BEPS プロジェクトの検討においても、他国における課税上の取扱いを考慮すること（subject-to-tax rules）が有効であることを前提に、一定のハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対してこれらのルールの整備を求める方針が維持されていると言われていたところ<sup>23</sup>、やはり討議草案はリンクング・ルールを全面的に導入するよう勧告するとともに、その順序づけを明らかにするというアプローチを採用した（次頁図表 4-4 参照）。

その具体的なオプションは、行動計画においてすでに例示されていた<sup>24</sup>ように、①益金不算入・益金除外を防止する規定又は②損金算入又は所得控除を否認する規定であり、そのいずれが優先的なルールとされ、また適用範囲がどのように定められるかが今後の論点になると思われる。イギリスのように、ハイブリッド事業体やハイブリッド商品を利用したスキームについて、その主たる目的や（スキームによってもたらされる）課税上の利益と結び付けて当該スキームに基づく控除等の課税上の利益を認めないルール<sup>25</sup>も候補たり得るはずだが、これらの要素を考慮することによって実効性が減殺されることを危惧し、自動的に適用されるルールが提案される方向で検討されているように伝えられていた<sup>26</sup>。

そのため、これらのルールが上記ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対してどのように作用するかを詳しく紹介し、その結果として生じる弊害を明らかにすることに意義があると考えられる。

---

<sup>23</sup> Lee A. Sheppard, *What's in the OECD BEPS Hybrid Draft?*, on taxanalysts website (Feb. 10, 2014).

<sup>24</sup> 行動計画・前掲注(1)10頁 ((ii)ないし(iv))。

<sup>25</sup> Finance Act (No.2) 2005, ss 24-31. 具体的には、(A)当該取引が適用対象スキーム (qualifying scheme) に該当すること、(B)当該取引による控除額等が存在すること、(C)課税上の目的 (to achieve a UK tax advantage) が主たる目的の 1 つであること、及び(D)課税上の利益の額が一定額を超えていること、という要件が設定されている。

<sup>26</sup> Sheppard, *supra* note 23. 実際の討議草案において、この考慮が特に強調されているのはハイブリッド金融商品ルール e)の配当免税の制限についてである。補強的な理由として、(経済的)二重課税排除という政策目的からすれば、控除可能な支払について配当免税を及ぼす必要のないことが指摘されている。WP11 Discussion Draft, *supra* note 6, at 32.

<図表 4-4 勧告の概要 (WP11 Discussion Draft, *supra* note 6, at 18.) >

類型	ハイブリッド要素	ミスマッチのタイプ	勧告される国内法上の変更	勧告されるリンクング・ルール		
				第一次的対処	防 御 的 ル ー ル	範 囲
ハイブリッド金融商品及び移転	当該商品の課税上の取扱いの差異は、当該商品に起因する支払が異なる性質を有する事態を引き起こす	控除／不算入	損金算入可能な支払に対して配当免税を付与しない  源泉税額控除の比例的制限	支払者法域は控除を否定する	受取者法域は支払を益金算入	検討中
ハイブリッド事業体による支払	当該事業体又は取決めの課税上の取扱いの差異は、当該事業体による、又は当該取決めに起因する支払が複数の法域の法によって異なる性質決定をなされる事態を生じさせる	控除／不算入	—	支払者法域は控除を否定する	受取者法域は支払を益金算入	関連者間(協力者を含む)及び構築された取決め
		二重控除	—	投資者法域は控除を否定する	子会社法域は控除を否定する	第一次ルールは無制限 防御的ルールは関連者間(協力者を含む)及び構築された取決めに限定される
リバー・ハイブリッド	当該事業体の課税上の取扱いの差異は、支払が受取者の益金に算入されない事態を生じさせる	控除／不算入	中間者法域が納税申告及び情報申告を整備する	投資者は益金算入を義務付けられる  中間者法域は、支配投資者の益金算入がない場合には、当該投資者の課税上の取扱いに従う	支払者法域は控除を否定する	被支配グループのメンバー(協力者を含む)及び濫用対抗
持ち込まれたミスマッチ	支払は、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに起因して負担する支出によって相殺される			反ハイブリッド・ルールを導入する		

## (2) ハイブリッド商品

前述の通り、討議草案はハイブリッド商品に関する支払（ハイブリッド金融商品）と譲渡（ハイブリッド譲渡）をハイブリッド商品の下位カテゴリーとして位置付け、それぞれに対抗するルールを次のように提案している<sup>27</sup>。

### ハイブリッド金融商品の効果を無効化するための勧告

#### ハイブリッド金融商品ルール

- a) 法域は、ハイブリッド金融商品に基づくあらゆる支払について、受取者が当該支払をいずれかの法域の法によって通常所得として益金に算入されていない限りで、損金算入を否定すべきである。
- b) 法域は、ハイブリッド金融商品に基づくあらゆる支払について、当該納税者がその支払に係る損金算入（又は同等の租税軽減）を認められている限りにおいて、受取者が通常所得として益金算入するよう義務付けるべきである。
- c) 配当免税は、損金算入可能な支払である限りは、国内法上認められるべきではなく、その結果として、これらの状況ではミスマッチは生じない。

#### ハイブリッド金融商品

- d) 本ルールの対象とされる一定の金融商品は国内法に委ねられるべきだが、ハイブリッド金融商品ルールは、少なくとも当該ルールを適用する法域の法の下でデットかエクイティとして扱われるものを含むとすべきである。適切な場合には、納税者がデット及びエクイティの代替として用いる取決めも定義に含めるべきである。
- e) ハイブリッド金融商品は、当該取決めに起因する支払が支払者の法域に於いて損金算入されながら、受取者がその課税上の純所得を計算するにあたって通常所得として益金算入されないような金融商品（ハイブリッド移転を含む）を捕捉できるように広く定義されるべきである。
- f) ハイブリッド移転は、次の場合において、ある資産に関して他の当事者と締結する取決めとして定義される。
  - 納税者がその資産の所有者であり、その資産に関する契約相手の権利が当該納税者の債務として扱われ、かつ
  - 当該契約相手の法域の法の下では当該契約相手が資産の所有者であり、その資産に関する当該納税者の権利は当該契約相手の債務として扱われる。

資産の課税上の所有者には、当該資産からの対応キャッシュ・フローの実質的所有者として課税される納税者として課税される者を含む。

<sup>27</sup> *Id.*, at 25. 本文中の表は、WP11 Discussion Draft の勧告内容を訳したものである（以下のルールについても同様）。



Sheppard 氏の記事によれば、①支払者が所得控除可能な支払に関する益金不算入・益金除外を防止する国内法の規定（いわゆるリンクング・ルール）をモデル・ルールとしつつ、②受取者において所得に計上できない支払について、支払者における損金算入を否認する国内法の規定を第二次的ルールとして議論が進められているとされた。特に、前者はドイツ（§ 8b(1) KStG）を代表例として、EU 構成国で採用する国が増えている点が背景となっている。

しかしながら、実際の討議草案では、二重課税調整方法としての配当免税を別扱いした上で<sup>28</sup>、支払者における損金算入否認（②）を第一次ルール、受取者における益金不算入否認（①）を第二次ルールとする提案がなされた<sup>29</sup>。ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対抗する前提条件として、そもそもハイブリッド金融商品を配当免税の対象から除外することによってミスマッチが解消した状態を作出することが整備される方向が明らかにされたと評価できる。この背景となった 1 つの動きとして、2013 年末に欧州委員会により提案された親子会社指令改正案<sup>30</sup>の存在が指摘できる。

現行親子会社指令<sup>31</sup>は、4 条 1 項本文において、

「親会社又はその恒久的施設が、当該親会社がその子会社との関係に基づいて、分配利益を受け取った場合には、当該親会社の所在する当該構成国及びその恒久的施設が所在する当該構成国は、当該子会社が清算したときを除き、次のようにしなければならない。」

と定めた上で、(a)項において、「かかる利益への課税を差し控える」ことが掲げられ、親会社が（親会社としての立場で）受け取った利益に対するさらなる課税は禁じられている<sup>32</sup>。改正案は、この(a)項を「かかる利益が当該親会社の子会社によって控除されなかった限りで、かかる利益への課税を差し控える」と改める内容を含んでいる。これは文言上、構成国が支払法人において損金算入される配当に対して免税措置を適用しなくとも指令違反にならないことを意味しているにすぎないように読めるが、「当該受取会社の当該構成国は、そのため源泉構成国において控除可能であった部分の利益に対する課税が義務付けられる (shall)」趣旨だと改正理由において説明されている<sup>33</sup>。すなわち、欧州委員会の意図とし

<sup>28</sup> 二重課税調整の方法として配当免税を認める国については、その対象を（経済的）二重課税に服した配当（支払者において控除不能であったもの）に限定することが適切であるとし、配当免税の適正化によってミスマッチ状態の解消を図ることを意図している。結果として、（この適正化が受け入れられれば）ミスマッチ状態は解消し、ハイブリッド金融商品を対象とするルールは配当免税の恩恵を受ける配当には適用されない。 *Id.*, at 32.

<sup>29</sup> *Id.*, at 26.

<sup>30</sup> European Commission, *Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States*. {COM(2013) 814 final}.

<sup>31</sup> Council Directive 2011/96/EU, of 30 November 2011, on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States.

<sup>32</sup> そのため、すでにリンクング・ルールを導入している EU 構成国では、EU 法との両立可能性の問題が生じる。See, e.g., Otmar Thömmes & Alexander Linn, *The New German DCL and Dividend Matching Rules and EU Law*, 42(1) INTERTAX 28 (2014). そのため、すでに導入している国は、EU 法（特に現行の親子会社指令）が障害にならないと判断したことを意味している。

<sup>33</sup> European Commission, *supra* note 30, at 7.

て、支払者において控除可能な配当に対する課税（免税の非適用）を EU 構成国がそろって実施することによって、ハイブリッド金融商品に対処する方向が示されていた。BEPS 行動 2 の提案内容は、この親子会社指令改正案と整合的である。

また、Sheppard 氏は、行動 2 が例示(iii)として「受取者において所得に計上できない（そして CFC や類似の税制により課税を受けない）支払」を対象とするルールを提示したこと<sup>34</sup>に反し、たとえ CFC ルールによって受取者段階における課税が達成される場合であっても適用が免除されないルールが検討されていると伝えていた<sup>35</sup>。したがって、益金不算入・益金除外の防止及び損金算入・所得控除の否認のためのルール設計にあたっては、二重非課税の排除という観点から、非関連者間での支払を含め<sup>36</sup>、原則として適用範囲を包括的に定めた上での提案がなされることが予想された<sup>37</sup>。

この点は、討議草案において、ハイブリッド金融商品ルールの適用範囲を定めるにあたって、ボトムアップ・アプローチ又はトップダウン・アプローチのいずれを採用するかによって結論が異なるという形で問題を整理している<sup>38</sup>。ボトムアップ・アプローチが、租税政策という観点から重大な懸念を招く要素（例えば、関連者による保有<sup>39</sup>や、スキームの一部を構成するといった事情）を特定し、ルールの適用範囲をかかるとする要素を有する取引に限定するアプローチであるのに対して、トップダウン・アプローチは、コンプライアンス・コストが過大な負担となる場合を一定の例外として除くほか、すべてのハイブリッド・ミスマッチを適用対象とするアプローチである。この点は、さらに検討を加える（後述）。

ちなみに、Sheppard 氏によれば、実質を重視するアメリカと法形式を重視する（イギリスを除く）欧州諸国との対立があったとされる<sup>40</sup>。例えばハイブリッド譲渡について、（再性質決定、いわゆる引直しを通じて）性質決定を国際的に一致させることは困難であったと思われる。

<sup>34</sup> 例えば、フランス 2014 年財政法改正案は、外国関連者に対して支払われる利子について、受益者 (beneficial owner) における税負担が過少である場合に費用控除を否認する規定を導入予定である。

<sup>35</sup> *Id.* 第三国の情報が必要とされるのみならず、前提として有効な CFC ルールの整備が不可欠であることが要因として指摘される。

<sup>36</sup> アメリカが強く反対していることが伝えられている。Sheppard, *supra* note 23.

<sup>37</sup> See, *id.* Sheppard 氏が報じる例外には、（年金基金等の）非課税主体が保有する可能性が高いことが考慮された結果として、公開市場で取引されるハイブリッド商品が挙げられている。

<sup>38</sup> WP11 Discussion Draft, *supra* note 6, at 33.

<sup>39</sup> 関連者間又は主要株主との取引を対象とするものであれば、外国税法上の取扱いに係る情報の取得を義務付けることも（目的との関係で）正当化されるかもしれない。See, e.g., Jakob Bundgaard, *Coordination Rules as a Weapon in the War against Cross-Border Tax Arbitrage – The Case of Hybrid Entities and Hybrid Financial Instruments*, 67(4/5) Bulletin for International Taxation 200, 203 (2013).

<sup>40</sup> Sheppard, *supra* note 23. その背景には、利子・使用料指令及び親子会社指令が存在し、支払の（再）性質決定について制約（又は抵触の可能性）が付きまとう EU 構成国の事情が影響しているのかもしれない。See, Jakob Bundgaard, *Hybrid Financial Instruments and Primary EU Law – Part 1*, 53(11) European Taxation 539, 544 (2013).

### (3) ハイブリッド事業体

ハイブリッド事業体については、特にアメリカのチェック・ザ・ボックス規則によって課税上無視される事業体 (disregarded entity) を選択することが容易であり、また居住地国 (アメリカ) においてはそもそも内部取引として不認識であるため、モデル・ルールによる対処は不可能であり、第二次的ルールによって対処すべき場合と考えられる<sup>41</sup>。

もっとも、Sheppard 氏によれば、課税上無視される事業体が所在する国の連結納税等を通じて、言い換えると、アメリカの課税が及ばない (課税上無視される事業体以外の) 現地所得を相殺する場合のみが作業部会で問題視されているという<sup>42</sup>。それぞれの主権国家の租税制度の相違として、全世界所得課税主義を採用する国 (アメリカ) と源泉地国との間で課税権の重複が生じた結果であり、重複それ自体は問題ではないと考えられたのだろう。現に討議草案では、「重複控除を引き起こすハイブリッド支払は、当該控除が、両法域の課税 (すなわち二重算入所得) には服さない所得との間で恒久的に相殺された場合にのみ税源浸食と利益移転問題を生じる」と述べられている<sup>43</sup>。

そのため、討議草案は、次の通り、ハイブリッド事業体に起因するハイブリッド支払について、二重算入所得との関係によって対抗すべき支払の範囲を確定するというアプローチを採用している<sup>44</sup>。なお、居住地国 (提案でいう投資者法域) において控除を否認する手法は、アメリカが消極的である以上は実効性が伴わないとも指摘されていたこと<sup>45</sup>を考えると、支払者法域における対処が第一次ルールとされていることには合理性があるように思われる。

---

<sup>41</sup> デンマークでの対処例からは、本来であれば、いわゆるリバース・ハイブリッド事業体に対処するオプションの調整を検討する必要もあるように思われる。デンマークの透明な事業体 (パートナーシップ) について、米国の構成員 (パートナー) がこの事業体を課税主体として選択した場合、構成員居住地 (米国) 視点からはリバース・ハイブリッド事業体ということになる。仮に当該事業体のデンマーク内での活動が PE を構成しない場合には、デンマークによる課税が生じない一方で、米国視点からはデンマーク法人の所得として (その時点では) 課税されない。そのため、デンマーク法人所得税法 (Selskabsskatteloven) は、登記地もしくは所在地がデンマークである事業体、又は外国会社の支店である透明な事業体について、その主要構成員の居住地国が当該事業体を課税主体としている場合等に、その透明性を否認する規定を設けている。Bundgaard, *supra* note 39, at 202.

<sup>42</sup> Sheppard, *supra* note 23. こうした見方が存する可能性は、すでに公表された報告書に掲げられた設例からも裏付けられよう。

<sup>43</sup> WP11 Discussion Draft, *supra* note 6, at 49.

<sup>44</sup> *Id.*, at 51.

<sup>45</sup> Sheppard, *supra* note 23. このほか、選択肢としては、デンマークの立法例のように、居住地国の基準に一致させる方策が存在した。See, Jakob Bundgaard, *Coordination Rules as a Weapon in the War against Cross-Border Tax Arbitrage – The Case of Hybrid Entities and Hybrid Financial Instruments*, 67(4/5) Bulletin for International Taxation 200 (2013).

## ハイブリッド支払

### ハイブリッド支払、無視される支払 (disregarded payment) 及び二重算入所得 (dual inclusion income) の意義

- a) ある支払が、ある法域（子会社法域）の法により損金算入がなされ、かつその損金算入が当該子会社法域の法により非二重算入所得との間で相殺が認められている場合には、**ハイブリッド支払**とする。
- 当該支払者は当該子会社法域の居住者ではなく、重複した損金算入が他方の法域の法によりその者（又は関連者）に生じる。又は
  - 当該支払者が当該子会社法域の居住者であるが、重複した損金算入が他方の法域の法により投資者（又はその投資者の関連者）に生じる。又は
  - 当該支払者は子会社法域及び他方の法域双方の居住者である。
- いずれの場合においても、当該他方の法域はこれらの勧告においては投資者法域と呼ばれる。
- b) ある支払が、ある法域（支払者法域）の法により損金算入がなされ、かつその損金算入が当該支払者法域の法により非二重算入所得との間で相殺が認められている場合には、**無視される支払**とする。
- 当該支払が、他方の法域（受取者法域）における納税者である関連者に対するものであり、かつ
  - 当該受取者法域の法による当該支払者の扱いが、当該受取者法域の法によって無視される支払を引き起こす。
- c) 次の金額は**二重算入所得**とされる。
- ハイブリッド支払に関しては、子会社及び投資者法域双方の法によって課税上考慮される場合。
  - 無視される支払に関しては、支払者及び受取者法域双方の法によって課税上考慮される場合。

### 二重控除の結果を生み出す支払（損金算入可能なハイブリッド支払）

#### 第一次ルール

- d) 投資者法域において生じる重複控除は、それが同一期における納税者の二重益金算入所得を超える範囲で、否認されるべきである。
- e) 取り残される損失を防ぐため、超過した重複控除は、当該納税者が当該ハイブリッド支払による当該控除が当該子会社法域の法によって他者の所得との間で相殺されることのないことを、課税当局が納得するように立証できる限りでは、投資者法域において認められるべきである。

### 第二次ルール

- f) 上記のルールが適用されない場合には、ハイブリッド支払による控除は、それが同一期における納税者の二重益金算入所得を超える範囲で、当該子会社法域において否認されるべきである。ただし、超過控除は翌期以降の二重益金算入所得との間で相殺が認められる。
- g) 取り残される損失を防ぐため、超過した重複控除は、当該納税者が当該ハイブリッド支払による当該控除が当該投資者法域の法によって他者の所得との間で相殺されることのないことを、課税当局が納得するように立証できる限りでは、子会社法域において認められるべきである。

### 損金算入・益金不算入の結果を生み出す支払（無視されるハイブリッド支払）

#### 第一次ルール

- h) 支払者法域によって無視される支払に認められる控除は、納税者の同一期における二重算入所得を超えるべきではない。

#### 第二次ルール

- i) 防御的方法として、無視される支払については、当該支払者法域でのその支払による当該支払者の控除が同一期における当該支払者の二重算入所得を超える範囲で、当該受取者が、受取者法域において通常所得として益金算入することが義務付けられるべきである。

#### (4) 持ち込まれたミスマッチ (imported mismatch) 及びリバース・ハイブリッド

このほか、性質決定に関係する国が 3 か国以上である場合も想定され (上記設例での外国税額控除の作出取引)、対抗策が提示されている<sup>46</sup>。ここでは、中間者法域 (intermediary jurisdiction) に一定の国内法上の措置が要求されている点が特筆に値する。

#### 持ち込まれたミスマッチ及びリバース・ハイブリッド

##### 第一次ルール (投資者法域における益金算入)

a) 投資者法域は、次の措置を講ずべきである。

- 外国支配法人 (CFC) 又は外国投資ファンド (FIF) ルールの特定又は対象を絞った変更、又は
- 国内法の特定又は対象を絞った変更であって、海外投資スキームを通じて発生した居住者の所得に対して発生主義 (current basis) で課税するために有効なもの。

##### 第二次ルール (中間者法域における益金算入)

b) 事業体又は取決めであって、それが設立された法域の法により透明又は部分的に透明とされるもの (すなわち中間者) は、支配投資者が、その中間者によって得られた所得が投資者又は中間者法域の法により計上されない状況において、その中間者をリバース・ハイブリッドとして扱う場合には、中間者法域の法によって課税主体として扱われるべきである。

##### 防御的ルール

c) 支払者法域は、当該支払が非課税の結果を生じるか、又はハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに基づいて負担する支出によって相殺され、かつ当該納税者が当該ミスマッチの当事者と同一の支配グループの一部であるか、又は租税回避取決め当事者である限りにおいて、海外非益金不算入スキーム (例えばリバース・ハイブリッド又は持ち込まれたミスマッチ・アレンジメント) に対する支払に係る控除を否認すべきである。

##### 情報申告

d) 中間者法域は、海外投資者及び課税当局が当該中間者によって得られた当該所得及び収益並びに各投資者が実質的に所有する額の決定が助長されるように、中間者に対して適切な申告又は情報申告義務を課すべきである。

<sup>46</sup> WP11 Discussion Draft, *supra* note 6, at 61.

## (5) 考 察

### ① 第一次ルール・第二次ルールの設定

前述の通り、Sheppard 氏によれば、例えばハイブリッド商品に基因するミスマッチに対して、(いわゆるリンキング・ルールのうち) ①支払者が所得控除可能な支払に関する益金不算入・益金除外を防止する国内法の規定をモデル・ルールとし、②受取者において所得に計上できない支払について、支払者における損金算入を否認する国内法の規定を第二次的ルールとする案が存在したようである。しかしながら、実際の討議草案では、実際の帰結として Sheppard 氏の伝えた内容と齟齬はないものの、支払者の居住地国又は受取者の居住地国における対応を優先するという単純な二分論発想ではなく、具体的状況に応じた複雑な調整ルールが提案されたこともまた確かである。理論的にこれら 2 案の優劣を決める要素はどこにあったのだろうか(又は、単に政治的な交渉<sup>47</sup>の結果でしかないのだろうか)。

討議草案は、制度設計上の指針として、次の 9 つの原則を掲げている<sup>48</sup>。

- (a) 当該アレンジメントによって税収を「喪失」した法域がルールを適用することなしにミスマッチの効果を消滅させるように作用すること、
- (b) 包括的であること、
- (c) 自動的に適用されること、
- (d) ルール調整を通じて二重課税が回避されること、
- (e) 現行国内法との分断を最小限にすること、
- (f) その作用が明確かつ透明であること、
- (g) 各法域の法体系に統合するに必要な柔軟性を有しながら、相手方の法域との調整を促進すること、
- (h) 納税者にとって実行可能なもので、かつコンプライアンス・コストを最小化すること、そして
- (i) 課税当局にとって執行が容易であること。

このうち重要なのは、失われた税収の「回復」よりも、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの消滅をより上位の目的として掲げている点にある (a)。討議草案は、「ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの効果の無効化は法域の税源に対するリスクに対処するものとなる一方で、これはハイブリッド・ミスマッチ・ルールそれ自体により追加的な税収を捕捉することによっては達成されず、むしろ当該ルールは、より伝統的な (orthodox) 租税政策上の道具によって法域がもっと容易に対処できるような、より複雑でなく、かつより透明な租税上の仕組み (tax structuring) へと納税者を導くことが意図されているのである」と説明している<sup>49</sup>。ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントを用いた税源浸食の取戻しを直接の目的とするのではなく、そうしたアレンジメントの抑止を通じて、BEPS リスクに対処することが明らかにされている。さらに、「このアプローチは、

<sup>47</sup> 例えば、すでに対抗オプションを有している国は、制度改正に伴うコスト (立法コスト等) を嫌って、自国の採用したオプションが第一ルールとなるように主張すると考えられる。

<sup>48</sup> *Id.*, at 10.

<sup>49</sup> *Id.*

容認可能なミスマッチとそうでないものの区別や、当該ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントを通じて浸食された税源の範囲に基づいて課税権を配分する試みといった、実務上及び概念上の困難をも回避している<sup>50</sup>」と強調し、ルールの実効性により重点を置いた制度設計であることを明らかにしている。

これらの観点から、状況に応じて、各オプションの（手法としての）優劣が判断され、双方のオプション導入が勧告される一方で、いずれかのオプション（益金不算入制限）を第一次ルールとする順序づけルールが設定されている。支払者の居住地国（源泉地国）及び受取者の居住地国（居住地国）がそれぞれ独立して対抗制度を導入し、同一のアレンジメントに適用することによって、経済的・二重課税の危険が生じることになる<sup>51</sup>。そこで、この課題に対処するため、「(v)必要な場合は、一つの取引又は仕組みに対し、二カ国以上がこうしたルールを適用しようとする際の調整又はタイブレーカー・ルールに関するガイダンス<sup>52</sup>」が設けられているのである。

この際、仮に対抗オプションの優先劣後を特定せず、他方の国が対抗オプションを採用していること（他方の国における実効的な課税の存在）のみを条件としてタイブレーカー・ルールを設定した場合の論理的問題（循環ルール問題）がすでに指摘されている<sup>53</sup>。そのため、支払者段階（控除制限）又は受取者段階（益金不算入制限）のいずれか一方のオプションに優位性を認めることを前提に、2つ以上の対抗オプションが1つのアレンジメントに適用される可能性が生じた場合には、他方の適用を差し控えるタイブレーカー・ルールを設けることが1つの対策として考えられる。

実際に、討議草案は、一方のルールを第一次ルールとし、他方のルールを第二次ルールと定めることで解決を図っている。「これらの勧告は、順序づけルール（ordering rule）を含み、同一のルール群を有する他方法域が当該ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの効果をより効率的かつ実践的な方法によって無効化し得る場合には、一方のルールは停止される。順序づけルールは、明示的なタイブレーカー・ルールの必要を回避し、権限ある当局の手に頼ることなしに必要な水準の調整を達成するだろう<sup>54</sup>」と述べ、いずれの法域に当該ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントによる税収が配分されるべきかといった実質的な判断ではなく、あくまでルールの実効性を高めることを志向したものとされている。

---

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> なお、「当該問題は同様のルールを導入する国が増えるほど重要性を増すであろうが、今のところこれは目立った問題を引き起こしていないようだ。これは、洗練された納税者のみがこうしたアレンジメントに関与し、彼らは概して二重課税のリスクがある場合にアレンジメントを用いることを避けるという事実があるからであろう」と評価されている。Hybrids Report, *supra* note 3, at 24. 裏返して考えると、仮に対抗策の適用範囲が広範に設定され、洗練した納税者によるアレンジメント以外にも適用される可能性が増大した場合には、二重課税のリスクが具体的に発生することを意味している。

<sup>52</sup> 本項目について、日本租税研究協会（2013）では、「必要な場合、一つの取引又は仕組みに対し、二カ国以上が調整又はタイブレーカー・ルールを適用しようとする際のガイダンス」との邦訳が充てられているが、報告書原文とは意味がやや乖離するためにそれとは異なる訳を記載している。

<sup>53</sup> Kasper Dziurdz, “Circularly Linked” Rules Countering Deduction and Non-Inclusion Schemes: Some Thoughts on a Tie-Breaker Test, 67(6) Bulletin for International Taxation 306 (June 2013).

<sup>54</sup> WP11 Discussion Draft, *supra* note 6, at 12.



もっとも、いずれかのオプションに優位性を認めるタイブレーカー・ルールは、一方の国に（空白となっていた課税に係る）税収の総取りを認める仕組みであり、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに関係する国家間の対立を先鋭化させてしまう可能性があるように思われる。また、優先されるルールを適用する国の税負担水準が適切かという派生問題を伴うことになる。例えば、（他方の国のオプションよりも）優先されるべきルールを保有する国が、過度な税率軽減等によって形式的な課税を実施するにすぎない場合、BEPS行動の実効性確保という観点からは、本来ならば他方の国のオプションの適用可能性を復活させる必要が生じるのではないか。

## ② 反転税額控除方式の不採用

こういった理由のためか、OECD の検討において注目されているのが反転税額控除（*inverted tax credit*）方式の提案<sup>55</sup>であった。Lodin（2011）による提案は、（国内又は国外問わず<sup>56</sup>）利子費用の控除（損金算入）を認める現行制度を当該利子費用額に税率を乗じた額に相当する税額控除に置き換えることを中核としている。非関連者に対する支払について、支払者の居住地国の通常税率に基づく（当該支払に応じた）税額控除を認め、現行制度と同様の結果を導く一方で、関連者に対する支払については、受取者に適用される（当該支払に係る）通常税率に基づいて税額控除額が算定される。

この後者の取扱いの結果として、グループ内の金融子会社が（当該グループの）借手企業と同一の国に所在するのと同じ課税上の結果を導くとされる。例えば軽課税国に金融子会社を設立し、当該金融子会社が高税率国に所在する事業会社に貸付を行う場合に生じる利益移転に対抗して、支払者の所在地国の課税を確保し、金融取引を利用した関連者間の租税裁定を消滅させることになる<sup>57</sup>。加えて、支払者の居住地国がハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対する控除制限の手法として反転税額控除方式を採用した場合には、タイブレーカー・ルールとは異なり、受取者の居住地国におけるオプションとの（二重課税）調整にあたって、受取者の居住地国の課税権（税収）を尊重することが可能である。すなわち、同一のハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対して支払者及び受取者のいずれの居住地国も対抗オプションを適用した場合において、仮に支払者に適用されるオプションが上記反転税額控除方式を採用したものであるとき、①受取者がその居住国に支払う税額は支払者の居住地国のルールの適否に依存せず、かつ②（利益移転の危険にさらされている、すなわち高税率の）支払者の居住地国にとっては、支払者の居住地国の課税水準に左右されることなく、対抗オプションの実効性を確保できるという利点を認めることができる。

ただし、この反転税額控除方式にも抜け穴が存在している。提案では受取者に適用され

<sup>55</sup> Sven-Olof Lodin, *Intragroup Royalties as a Vehicle for International Tax Arbitrage*, 71 *Tax Notes Int'l* 1317 (Sept. 30, 2013); Sven-Olof Lodin, *A Vehicle for International Tax Arbitrage*, 2011 *WTD* 137-17 (June 24, 2011).

<sup>56</sup> これは、EU 条約（利子・使用料指令）及び OECD モデル租税条約 24 条（内外無差別規定）との整合性を意図したものである。Lodin(2011), *supra* note 55.

<sup>57</sup> *Id.*

る通常税率に基づいて税額控除額が算定されることとされているため、同様の制度を有していない高税率国に中間会社を設立し、当該中間会社を経由してグループ内金融取引を実施することによって、無効化されてしまう<sup>58</sup>。この抜け穴への直接的な対策として、受取者の実際の租税負担割合を用いるか、又は実質的な受取者（の通常税率）を確定する方法が考えられるが、執行上、前者は納税者にとって、そして後者は課税当局にとって<sup>59</sup>大きな負担となろう。Lodin（2013）は、一般的な利子損金算入制限の枠組みの中で一定程度の規律が働くことを期待している。その意味で、同提案の実効性は行動 3 による各国の調和に左右されるものであることがわかる。

こういった欠点故か、前述の通り、討議草案は税源配分（の復元）よりもルールの実効性を重視し、反転税額控除方式については言及しなかった。そのため、これ以上の検討は本稿では行わず、同制度の紹介にとどめる。

### ③ 適用範囲の問題

討議草案で検討中とされる問題として、ハイブリッド金融商品ルールの適用範囲に関するアプローチの選択があった。改めてボトムアップ・アプローチとトップダウン・アプローチのメリット・デメリットを整理すると図表 4-5 のようになるのではないかと筆者は考える。

<図表 4-5>

	包括性	コンプライアンス・コスト
ボトムアップ・アプローチ	△	○
トップダウン・アプローチ	○	△

ただし、両アプローチの優劣又は得失を考えるにあたっては、設定されたルールを納税者が遵守するために要するコンプライアンス・コストの問題のほかに、ルール（適用条件又は例外）設定の場面における切分け（line-drawing）の問題があることを指摘しておきたい。すなわち、仮にトップダウン・アプローチが採用された場合、コンプライアンス・コストが過大になる（ハイブリッド）金融商品保有を適切に切り分けられるのか（可能性）、またその切分けルールを設定する場として OECD という場が適切かという問題である。特に、ハイブリッド金融商品が問題化してきた背景として、金融技術の発展があったことを思うと、変化する経済環境に応じて機動的なルール決定が行えるのかという疑念が生じる。

また、制度設計の総論的な視点の 1 つとして、コンプライアンス・コスト（h）が挙げられながら、その内実はルールの実効性の問題に回収されていた点が重要である。すなわち、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントがかなりのコストを要して組成されているケースが多いことを指摘した上で、「多くの場合、これらのハイブリッド・ミスマッチ・ルール

<sup>58</sup> Lodin(2013), *supra* note 55.

<sup>59</sup> *Id.*

はこれらのアレンジメントに参入する租税上の利益を消滅させ、そのため当該ルールを遵守するコストが実際には減少することが期待される<sup>60</sup>」と結論付ける。そのため、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに携わっていない納税者に発生するコンプライアンス・コストがより重視され、ルールが適切に適用範囲を限定できているか否かが課題として取り上げられていた<sup>61</sup>。

しかしながら、そもそもハイブリッド・ミスマッチの発生状況に関する情報取得に要するコストに配慮しなければ、納税者に課されるコンプライアンス・コストは非常に大きなものとなる。例えば、討議草案は、トップダウン・アプローチを採用した場合に、貸付に付随した(受取者に対する)情報提供義務を支払者に課すことの可能性を検討した後で、「これは、現在の多くの貸付取決めには存在していない情報交換メカニズムを伴うものとなるであろうし、対応する現金支払の存在しない発生主義の場合には、実践的でもなければ効率的でもないかもしれない<sup>62</sup>」と指摘するのは正当である。その結果として、保有者の分散状況や流通性に注目して例外を設定するのであれば<sup>63</sup>、両アプローチの差異は大きくないと考えられる。

#### 4. 結 語

そもそもハイブリッド・ミスマッチとは、複数の法域の租税法によって異なった性質決定がなされた結果として生じるものである<sup>64</sup>。その背景には、各国の税制の多様性があり、またそれは国家の課税高権を規律する仕組みが(一部の地域機構を除いて)存在していないことを反映する。また、司法による解決(実質主義など)の可能性がある国であったとしても、外国税法上の取扱いのみを理由として、自国の取扱いを覆すことに消極的な裁判所の存在<sup>65</sup>によって、実効性のある対抗策が制限されていた。

<sup>60</sup> WP11 Discussion Draft, *supra* note 6, at 14.

<sup>61</sup> *Id.* 加えて、各国がバラバラに(一方的)制度を導入することによって、異なる制度に対応する可能性(コンプライアンス・コスト及び二重課税の危険の増大)を参照し、それとの比較によって評価されるべきことを意識した記述となっている。

<sup>62</sup> *Id.*, at 39.

<sup>63</sup> *Id.*

<sup>64</sup> See, Andriy Krahmal, *International Hybrid Instruments: Jurisdiction Dependent Characterization*, 5 Hous. Bus. & Tax L.J. 98, 100 (2005).

<sup>65</sup> 例えば、日本ガイドント事件(東京高判平成19年6月28日判時1985号23頁)において、東京高等裁判所は、「二重非課税の排除という目的は、匿名組合利益について源泉地国が課税ができることを租税条約の明文において明らかにするなどの措置により解決することが可能であり、それが相当な事柄である」と述べている。本田光宏「租税条約上の所得分類についての考察—ガイドント事件を素材として—」筑波ロー・ジャーナル13号99頁(2013)。

アメリカにおいても、PepsiCo事件判決(*Pepsico Puerto Rico Inc. v. Commissioner*, T.C. Memo. 2012-269 (September 20, 2012))では、米国税法と他国(オランダ)税法との間で(納税者の主張する)性質決定に齟齬が生じていた点が、debt-equity判定の一要素としての当事者の意思の評価にあたってどう取り上げられるかが注目されたが、租税裁判所は、「正当なタックス・プランニング」であることを認め、異なった性質決定を主張することの背反性を前提としなかった。

また、EU構成国においては、課税上の取扱いの齟齬にのみ注目した否認は親子会社指令(Parent-Subsidiary Directive)及び利子使用料指令(Interests and Royalties Directive)との抵触の可能性が生じるという問題が存した。See, e.g., Jakob Bundgaard, *Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and Income Derived Therefrom under EU Corporate Tax Directives – Part2*, 50(11) European Taxation 490 (2010).

その状況が、BEPS プロジェクトによって大きく変化しつつあるのは間違いない。しかしながら、一般的な国際的裁定取引（International arbitrage）と区別されたハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントの問題を十分に示しているかは若干の疑問が残る。例えば、課税の空白（二重非課税）に対する批判<sup>66</sup>は原理的には理解できるが、公平性や競争中立性を強調する OECD の立場は、裁定取引と非課税の場合を区別する指標を説得的に提示できているか。

また、行動計画において、「意図しない」（二重非課税又は長期的な課税繰延）という表現が付されていたように、それぞれの国の自覚的な決定の組合せである場合に、それを規制する根拠はますます曖昧になろう。その意味で、何が真の問題であり、いかなる場合に濫用と判断されるかを積極的に示すべきではなかったかと考える。

また、本稿では検討の対象としなかった問題として、条約上の論点がある。問題の所在として、第一に、整備が予定される国内法上の対抗措置との関係で、モデル租税条約の現行規定に修正の必要があるかという点の検討があり、第二に、租税条約（に基づく特典付与）に関する独自の課題に対処する必要がある。前者については、（モデル）租税条約が国内法上の対抗措置の実効性を阻害しないための検証であり、改めて取り上げる必要はそれほど大きくない。

後者については、行動 6（租税条約濫用の防止）との関係で、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメント特有の問題だけが取り上げられることになる。したがって、一般的な特典制限条項（beneficial owner 概念の明確化、条約濫用否認の創設）の議論によって対処される項目は行動 2 の対象からは形式的には除外されることとされ、検討の対象としては、二重居住者となる事業体及び透明な事業体を取り上げられるにすぎない。

そして、二重居住者についても、権限ある当局による相互協議によっていずれか一方の国の居住者として合意することを試み、もし合意に至らなかった場合には、その事業体に条約上の特典を付与しないという規定改正を提示する行動 6 討議草案が示され、ハイブリッド・ミスマッチ・アレンジメントに対処する際の限界が指摘されるにとどまる<sup>67</sup>。

さらに、透明な事業体の問題についても、かつて公表されたパートナーシップ・レポート<sup>68</sup>で示された方策をパートナーシップ以外の透明な事業体にも明示的に拡張することを提案するものであって、特に目新しい改正提案を含むようには思われない。

最後に、日本特有の事情として、以下の点を指摘することができる。まず、わが国における外国子会社配当益金不算入制度は、制度の簡素化を目的として導入された面があり、

---

<sup>66</sup> その代表は、Edward D. Kleinbard による無課税所得（Stateless Income）批判であろう。See, e.g., Edward D. Kleinbard, *Stateless Income's Challenge to Tax Policy*, 132 *Tax Notes* 1021 (2011); Edward D. Kleinbard, *Stateless Income*, 11 *Fla. Tax Rev.* 699 (2011).

<sup>67</sup> WP1 Discussion Draft, *supra* note 6, at 5. この点に関連して、日米租税条約改定議定書（平成 25 年 1 月 25 日署名）第 2 条では、「双方の締約国の居住者に該当する者で個人以外のものは、この条約により認められる特典を要求する上で、いずれの締約国の居住者ともされない」と改めることが合意されているのが注目される。

<sup>68</sup> OECD, *The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships* (1999).

たとえ損金算入配当であっても益金不算入の扱いとなることが実務上明確化されていた<sup>69</sup>。提案されるオプション（配当免税の制限）が国内法化される際には、こうした経緯が覆されることをどう説明するかという問題が生じるように思われる。

次に、日本は、欧州と比較して実効性の高いタックス・ヘイブン対策税制を有している<sup>70</sup>。例えば、たとえ実体基準を満たしていた場合であっても、トリガー税率を下回れば、資産所得合算が行われることになる。ハイブリッド金融商品ルール等において、第一次ルール（控除否認）が適用される場合であっても、その受取者において（日本のタックス・ヘイブン対策税制によって）一定の税負担が確保されているものも含まれ得る。順序づけルールを中心とする討議草案の勧告内容では、経済的<sup>71</sup>二重課税が解消されない可能性が残っているように思われる。この問題は、そもそもハイブリッド・ミスマッチ（ハイブリッド金融商品等）を利用する選択をとらなければよいとも反論できるが、仮にそういった中間的な性格を有する出資の在り方に経済的合理性があった場合には、やはり問題として取り上げるべきではないだろうか。

---

<sup>69</sup> 国税庁ウェブサイト「外国子会社配当益金不算入制度の対象となる剰余金の配当等の額の範囲について」（2014年3月21日閲覧）によれば、具体的な理由として、次の3つが掲げられていた。

- 外国子会社の所得については、その所在地国の課税によって完結しており、所在地国における課税の可否や税率の多寡は問わないこと
- 優先株式に対する優先配当は、換言すれば社債利息のようなものであるということから間接外国税額控除制度の対象外とされていましたが、種類株式の多様化に伴い優先配当のみを除外することに整合性が乏しくなったこと
- 本制度の導入が簡素化の側面と経済対策的な側面とを併せ持つこと

<sup>70</sup> 増井良啓ほか「国際課税を巡る最近の課題と展望—BEPSプロジェクトをふまえて—」租税研究 771号 14頁（2014年）〔青山慶二発言〕参照。

## 第5章 費用分担契約に係る法令等の整備の方向性

関西学院大学法学部教授

一高 龍司

### 1. はじめに

本稿は、租税特別措置法 66 条の 4、移転価格事務運営要領（事務運営指針）2-15 乃至 2-18 等からは必ずしも取扱いの明確でない費用分担契約についての法令等の整備の方向性に関して提言を行うことを目的とする。

費用分担契約（CSA、CCA）は、事前の利益分割とも称される。すなわち無形資産の取得等を目指す国外関連者との共同研究開発において、参加者の貢献（費用分担を含む）が予測便益に応じたものであれば、移転価格税制上は成果の利用に際して独立当事者間の対価を要求されないという有利な取扱いを受けうる。無形資産取引に係る移転価格税制の発動には理論上及び実務上の困難が指摘され、現に同税制に基づく課税処分が後に（一部）取り消され、多額の還付及び還付加算金の支払いがなされて解決されることもあり、事前の解決には大きな利点があろう。しかし、筆者が知りうる限り、わが国の法人が国境を越えてグループ内で共同研究開発を実施する際に、意図して移転価格税制上の CSA とすることは一般的とは言えない。その理由の一部は、CSA の要件と効果の不明確さにあるとの推論は不合理とは思われない。内国法人の関与する共同研究開発の促進は、技術革新と価値創造を促す近時の国の政策とも整合的である。他方で、CSA を起点とする課税逃れの仕組みも知られており、これへの比例性ある対応も検討されねばならない。

### 2. OECD における費用分担契約の問題

#### （1）費用分担契約を起点とする BEPS

著名な世界的企業が無税又は軽課税法域にその利益を移し課税ベースの浸食を図る BEPS の話題が巷間に知られるところとなり、非難の矛先は独立当事者間基準に立脚する移転価格税制にも向けられる<sup>1</sup>。企業側からは節税行為に過ぎず、むしろ首尾一貫しない優遇措置を維持する国の責任や二重課税の問題を挙げる反論がある<sup>2</sup>。2012 年 6 月の G20 ロスカボスサミット首脳宣言で、「BEPS を防ぐ必要性を再確認し、この分野における OECD の継続中の作業に関心をもってフォローする<sup>3</sup>」と言明され、同年 11 月の G20 財務大臣・中央銀行総裁会議声明は、OECD に進捗報告を要求した。他国の動向も踏まえ、OECD は、BEPS の現状認識と論点整理のための報告書（以下、論点報告書）<sup>4</sup>を 2013 年 2 月 12 日付で公表し、移転価格税制の下でリスクと無形資産をタックスヘイブン（TH）に移転する取

<sup>1</sup> OECD, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, 13 (2013).

<sup>2</sup> *Id.*

<sup>3</sup> 邦訳は、外務省ウェブサイト掲載の和文仮訳による（2014 年 2 月 9 日確認）。

<sup>4</sup> See OECD, *supra* note 1.

決めが BEPS を生む点に触れ<sup>5</sup>、同報告書附録 C で紹介された多国籍企業の 3 例の課税逃れの仕組みのうち 2 例は、CSA を用いた TH 国子会社への無形資産移転を起点とするものである。かかる仕組みの基本設計は以下の如くである。

A 国の親会社 A が実際の研究開発を担うが、TH の B 国の子会社 B と CSA を締結し、共同研究開発に A が投入する無形資産に対し B が一括又は利用量に応じた対価 (Buy-in 対価、基盤貢献 (PC) の対価) を A に支払うものの、B がその予測便益に応じた費用負担等の貢献を提供することで、開発の成果たる無形資産の利用の権利を契約上取得し、B 自身の製造販売等の行為に関し移転価格税制上もはや B は A に追加的な対価の支払いを要求されない。B は当該無形資産を TH の C 国関連会社 C に使用許諾し、C はさらに TH の D 国関連会社 D に再使用許諾又は委託製造契約に基づき現実の製造行為をさせる。C と D は A 国法上の選択 (チェック・ザ・ボックス) に基づき A 国の課税上透視されて B の一部となり、B・C・D 間の取引は内部取引化して消滅し、結局は製造販売等の能動的行為を B 自身が遂行するという取扱を受けることで、B・C・D の所得は A 国の TH 対策税制 (CFC 税制) の適用も免れる。

論点報告書のかかる例説は、米国型の所得類型又は取引単位の CFC 税制を念頭に置くものであるが、日本の TH 対策税制においても適用除外の CFC を CSA の参加者とすれば同様の課税逃れを想像しうる。最近では、米国の上院のある報告書<sup>6</sup>の中で、著名な世界的企業の同様のスキームが問題視され、それへの対処の一つに CSA に係るルールの強化が挙げられていた<sup>7</sup>。

論点報告書は、「OECD 移転価格ガイドラインは、経済的に統合された集団の基礎にある現実 (それが BEPS を助長しうる) よりも (例えば契約上のリスク配分に反映される) 法的な構成を重視し過ぎていと見る向きもある」と整理し<sup>8</sup>、特に、リスクと無形資産の移転、資産の所有権の人為的分割、及び独立当事者間では稀な取引に関連して、重要な問題を抱えているとした<sup>9</sup>。

## (2) 費用分担契約に係る BEPS への対処

2013 年 2 月の G20 財務大臣・中央銀行総裁会議 (於モスクワ) 声明の期待に応え、OECD は BEPS への対処のための 15 項目から成る行動計画<sup>10</sup>を同年 7 月の同会議に示した。かかる行動計画中の行動 8 は、「価値創造 (value creation)」に従った無形資産関連所得の帰属を確実にするべく、グループの構成企業間で無形資産を移転することによる BEPS を防止するルールの開発を求める文脈で、費用分担契約に関する指針の改定を挙げた。行動 9 は、

<sup>5</sup> *Id.* at 42.

<sup>6</sup> US Senate Committee on Homeland Security & Governmental Affairs, Permanent Subcommittee on Investigations, memorandum, Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code – Part 2 (Apple Inc.), May 21, 2013.

<sup>7</sup> この点については、一高龍司「費用分担契約と取引単位の問題について」租税研究 767 号 61 頁 (2013)、63-68 頁参照。

<sup>8</sup> *See* OECD, *supra* note 1, at 43.

<sup>9</sup> *Id.* at 48.

<sup>10</sup> OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013.

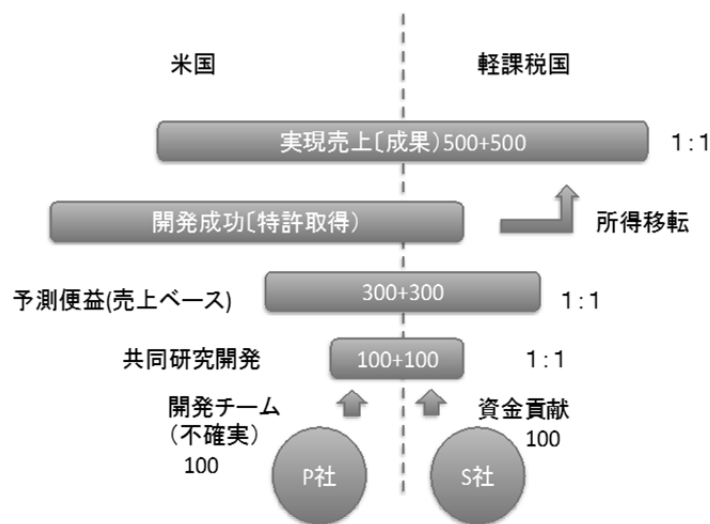
契約上リスクが割当てられ又は資本を提供するという理由のみで不適切な利益を当事者に帰属させないための「移転価格ルール又は特別措置」を採用し、価値創造に利益が伴うルールを開発するべき旨の方針を示した。

行動計画は同会議（於モスクワ）声明で全面的な支持を受け<sup>11</sup>、同年 9 月の G20 サンクトペテルブルク・サミット首脳宣言でも引き続き G20 のコミットメントが確認された<sup>12</sup>。当該宣言に係る税に関する附属書は、BEPS の害は税制の公正性と誠実さを損ねて競争を歪める点にあるとし、公正・透明・効率的な税制を通して健全な財政を維持する必要性があると述べる<sup>13</sup>。

### （3）論点整理

CSA を起点とする課税逃れの仕組みにおいて、米国法に特有の要因を除けば、CSA を通じた所得移転自体が問題視されていることがわかる。そこではバイイン対価ないし PC の対価の支払は正常になされており、むしろ暗示された問題の核心は、現状の CSA に係る一般的な取扱の下では、現実の研究開発活動は米国等先進国の法人が自国内で能動的に実施しているのに、金銭を支払うのみで受動的に参加する TH 国の関連会社に不相応な所得が帰属すると見られうる点である。予測便益を売上という間接的指標で測定する前提でこの状況を図示したのが図表 5-1 である。

<図表 5-1 費用分担契約を通じた所得移転>



(出所) 村井正編著『入門国際租税法』(清文社・2013) 214 頁 (一高執筆)

<sup>11</sup> 財務省ウェブサイトによる (2014 年 2 月 10 日確認)。

<sup>12</sup> 同上。

<sup>13</sup> Russia G20, Tax Annex to the St. Petersburg G20 Leaders' Declaration, para.5, 2014.



不確実性を反映する現在価値では当初の研究開発への人材等の投入が低めに評価されることには合理性があり、また、研究開発の成果に由来する便益を間接的指標から測定することは日米で認められている。これに対し、仮に図表 1 中の所得移転、つまり当初の不確実な投入が後に重要な価値を有する成果として具現化したときに、他方の当事者がこれに言わばただ乗りする効果を減殺する CSA ルールに改めるには、1)貢献を事後的に（開発成功後に）見直す、2)予測便益の測定を税引前営業利益又は純利益ベースに限定する、3)能動的に研究開発活動を行う主体により多くの所得帰属を要求する、4)リスク管理主体にリスクと所得を帰属させる、等の要請を、独立当事者間基準の下で、取り入れることが考えられる。これらの要請は、価値創造主体への所得帰属を強調する上記行動計画と合致し、また価値創造の重視は、2013年7月改訂の無形資産一般の移転価格に関する以下の討議資料（以下、討議資料）<sup>14</sup> が示す新指針案とも整合的である。

#### （４）価値創造の意思決定と管理の主体の重視

討議資料は、無形資産の法的権利及び契約上の取決めを分析の出発点とし（パラ 67）、法的所有者が維持する利益は、機能・リスク・資産を通じて行う無形資産の予測価値に対する貢献による（パラ 73）という。一般に重要な機能として、研究及びマーケティングの企画・管理、予算管理、無形資産開発に係る戦略的意思決定に関する管理、同資産の保護等に係る重要な意思決定等を挙げる（パラ 79）。資金提供とリスク負担とは別個の分析を要するところ、一般に資金提供のみの当事者にはリスク調整後の期待利益を超える利益を受けないとし、財務リスクの帰属に関しては、リスク負担能力の有無、リスク管理主体、現実に利用可能な他の資金調達の実現性、リスク負担に対する独立当事者間報酬の検討等を要求する（パラ 82-84）。

無形資産開発に関連するリスクを特に重要なリスクに含め、リスク負担に係る報酬を受けながらリスク実現時の損失を被らない場合は移転価格調整を要するという（パラ 87-88）。関連当事者からの受託研究開発に関しても、同様に機能・リスク・資産に係る貢献の分析を要する（パラ 97-98）。

取引単位に関しては、複数の無形資産が一体となって重要な価値を有する場合で、「使用される無形資産に係る権利を異なる関連企業が保有するときは、価値創造への相対的貢献を考慮することが重要」（パラ 112）という。他方、他の有形資産、役務等と合わせて無形資産の移転を受ける場合で、相互に密接に関連し分解困難であれば、比較対象の信頼性次第で、総額として価格算定をなしうる（パラ 116-121）。無形資産開発等に関連して基盤となる別の無形資産を使用する権利が与えられているかどうかは、比較可能分析において重要となることが多い（パラ 144）。

<sup>14</sup> OECD, Public Consultation, Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles, 30 July 2013. 国税庁ウェブサイトで得られる仮訳（2014年2月10日確認）を参考にした。青山慶二「国境を越える取引に係る課税のあり方<電子商取引に係る消費税課税と無形資産の移転価格ルールを中心に>」税研 29 巻 5 号 52 頁（2014）、55-58 頁が、無形資産を巡る BEPS が惹起する問題と討議草案の動向を整理・検討している。

## (5) 小 括

価値創造に係る重要な意思決定とリスク管理の重視は、CSA において、上述のただ乗りを課税上抑止し、パイイン対価又は PC の対価を重視し、金銭の提供のみの貢献を限定的に評価する方向と整合的である。但し、このための具体的なルールを独立当事者間基準の下で立案する際には、独立当事者間の共同研究開発における取決めの実態を把握し、かかる実態の範囲内にある CSA は国際課税上も尊重されるべきことになる。或いは、独立当事者間基準の外で前述の「特別措置」として濫用的な BEPS となる CSA に対象を絞ったルールを構築する場合は、比例性を担保した洗練された要件の考案が求められる。

## 3. 共同研究開発の事業上の合理性と法務

### (1) 趣旨と法務

政府の「日本経済再生に向けた緊急経済対策<sup>15)</sup>」は、「成長と富の創出の好循環」を目指し、民間投資やイノベーション促進、日本企業の海外展開支援、新市場の開拓と雇用創出の拡大を図るという(1-2 頁)。具体的には、大型研究施設等の整備・高度化・共用促進、戦略産業分野の研究開発拠点の整備等に取り組むのみならず、「企業が自前主義でなく、自他の技術等を幅広く活用して事業化や価値創造に取り組む」オープン・イノベーションの加速(8-9 頁)は、現下の経済政策上の重要課題である。

共同研究開発は、2 社以上の企業が共同で知識を取得する行為であり、技術補完、費用・リスク分担、重複回避、及び潜在的模倣者の内部化等を通じ、技術革新を促すものである<sup>16)</sup>。技術補完等のための選択肢には独自開発、人材引抜き、買収又はライセンス等もある中で、共同研究開発には、上の点に加え、開発スピードの向上、市場グローバル化への対応等の利点もある<sup>17)</sup>。他方で、その潜在的欠点には、成果物の共有、技術流失、自社技術と相手方技術の混淆等の問題、意見の不一致等が含まれる<sup>18)</sup>。非対称情報下で取引費用が嵩み又は機会主義的な参加者と組むリスクや、競争相手の減少による志気低下等も惹起しうる<sup>19)</sup>。

共同研究開発を実施するための契約は画一的ではない。同開発を通じた発明の成果の帰属は契約で決める問題である。例えば単独所有の合意では、費用負担者、技術分野のより近い当事者、発明者等を基準に帰属先を決め(他方当事者は使用許諾を受ける)、他方で共有の合意も任意であるが、業務・費用分担等の貢献度に見合わぬ低い持分割合とならぬよう留意すべきとされる<sup>20)</sup>。一般に、担当業務は、各当事者が有する資源と強みを効果的かつ

<sup>15)</sup> 平成 25 年 1 月 11 日閣議決定。

<sup>16)</sup> 宮田由紀夫『共同研究開発と産業政策』(勁草書房・1997)、3 頁。

<sup>17)</sup> 一高・前掲注 7、74 頁(生沼寿彦・松井保仁「共同研究開発契約の理論と実務 第 1 回 共同研究開発契約総論」NBL 966 号 16 頁(2011)、17-18 頁を引用)。

<sup>18)</sup> 同上(同上 18-19 頁を引用)。

<sup>19)</sup> 宮田・前掲注 16、4-7 頁。逆に、開示情報の利用に係る過度に競争抑制的条件などは「不当な取引制限」(独禁法 3 条)に該当する虞がある。公正取引委員会「共同研究開発に関する独占禁止法上の指針」(平成 5 年 4 月 20 日)参照。

<sup>20)</sup> 一高・前掲注 7、74-75 頁(生沼寿彦・小池眞一・山上修平「共同研究開発契約の理論と実務 第 4 回 発明成果 表明保証」NBL 970 号 44 頁(2012)、48-49 頁を引用)

効率的に活用するべく決めることが推奨される<sup>21</sup>。費用分担に関しては、実務上担当業務につき自己負担する（費用清算なし）のが原則であるが<sup>22</sup>、例えば費目毎に清算方法（折半等）を決める詳細な取決めも考えられるし<sup>23</sup>、成果の帰属等に応じた修正も可能である<sup>24</sup>。但し、自己負担原則を修正する契約上の定めは明確化するべきであり、貢献と便益に係る契約時の想定と結果とが大きく異なりうるならば、自己負担経費の一部又は全部を相手方が負担する旨の定めを契約に入れるべきとの助言も見られる<sup>25</sup>。

互いに独立した日本法人と外国法人との共同研究開発では、例えば成果物の販売権に係る地理的範囲に関し顕著な利害対立が生じやすい<sup>26</sup>。製造・販売等を通じ成果を利用するために、他方の当事者が有する特許等の実施を要するなら、その旨の合意（使用料率を含む）を定めておくことが考えられ、相互に使用料を免除することもありうる。成果が共有された知財等であれば、相互に自由に実施可能としておいて、第三者への許諾に係る使用料のみ清算する取決めも考えられる。

## （２）具体例の多様性

上述の法務に係る一般的説明の検証と共同研究開発の実態の把握を目的として、筆者は本研究所の協力を得て質問票を使った調査を行い、経団連会員企業 5 社（製造業 4 社（A～D 社）、金融業 1 社（E 社））から回答を得た<sup>27</sup>。次頁図表 5-2 がその結果の要点である。回答数や回答内容の抽象性から理論的含意の抽出には限界があるが、この種の合意内容に関する生の情報は貴重であり、ケース分析としての意義があると考えられる。

A 社の一例と E 社の事例を除き、全てが国内又は国外の独立当事者との間の合意に基づくものである。E 社の事例は、外国支店又は国外関連者との（内部）取引を含む。また移転価格税制上の CSA として実施した回答企業はなかった。

---

<sup>21</sup> 中島憲三『共同研究・開発の契約と実務—その交渉技術と契約・運用の実際（第 2 版）』（民事法研究会・2006）、28-29 頁。

<sup>22</sup> 一高・前掲注 7、75 頁（小林和弘・藤野睦子「共同研究開発契約の理論と実務 第 6 回 費用分担、禁止事項、終了原因、契約終了時の措置」NBL 972 号 92 頁（2013）、92-95 頁引用）。

<sup>23</sup> 中島・前掲注 21、44-61 頁

<sup>24</sup> 一高・前掲注 7、75 頁（小林・藤野・前掲注 22、93-94 頁を引用）。

<sup>25</sup> 同上（同上 94 頁を引用）。

<sup>26</sup> 以下は、中島・前掲注 21、102-113 頁参照。

<sup>27</sup> ご回答頂いた各社担当者様には心より御礼を申しあげる。

<図表5-2 共同研究開発の事例の特徴-調査回答より>

社名	A	B	C	D	E
法形式	(1)契約 (2)LLC	R&D 委託	持分折半で研究開発子会社 S 設立	契約	内部取決め又は契約
他方当事者	(1)独立当事者又は国外関連者 (2)独立当事者	独立当事者	独立の内国法人 (甲)	外国の大学	現地拠点(外国支店又は国外関連者)
目的・概要	(1)各々保有製品を提供し、知財を開示して新技術を共同開発 (2)技術開発 JV・LLC	他方当事者への資金提供による。	成果を各々が製品化し自社ブランドで販売。S 社に製造委託。	医用等に係る先端開発	システム共同開発。国内主体が中心的役割。海外主体は要件定義、ユーザ受入テスト等。
成果知財の帰属先	(1)(2)共有。自己使用自由。第三者への許諾は要承諾(使用料は許諾者に帰属)。持分割合は定めず。	開発成功時に B 社が買取又は独占的ライセンスを受ける。	出資親会社 2 社 (C と甲、以下同じ) で共有	事案毎に設定。主導的立場の当事者に帰属 (原則)。	国内拠点帰属が原則。現地の独自性の強いシステムの著作権は現地帰属もある。
貢献度の測定と影響等	(1)貢献度は知財帰属先に影響なし (共有)。使用料と貢献は事前折半。既存知財の使用料率には影響有り。	貢献度評価なし。契約開始時に交渉済み。	親会社 2 社で等分 (費用分担を反映)。	主従関係が利用条件に影響。分担費用で貢献度測定の場合あり。再評価なし。	貢献度測定なし。各々の PMO (プロジェクト管理事務所) の貢献度を評価することもある。費用支出ベース。再評価なし。
費用分担	(1)(2)担当業務自己負担。貢献度の大きい主体的当事者から研究開発委託される事例、費用総額を実績で折半する事例もある。	B 社のみ	親会社 2 社で折半。	担当業務自己負担が通常	担当業務自己負担原則に違和感なし。
予測便益の測定・乖離	予測便益を基に契約した事例なし。	該当なし	考慮なし。乖離はビジネスリスク。	客観的測定の困難とコスト負担の観点から未対応。事後調整なし。	取引量ベースが理想だが不可能。端末数、人員数等で代替。事後効果検証・調整なし。
持込無形資産対価	通常の基本料率請求。基本料率が前提としない許諾部分には原価等を考慮して別途交渉。	該当なし	持込無形資産は等価の前提で使用料の授受なし。	価値評価の実務化は非常に困難	無形資産持込例なし。
PC 測定等	該当事例なし。理論上は開始時に投入原価で交渉。	該当なし	考慮なし	同上。	費用支出以外に計量化する術なし。

以上の事例から筆者が得た含意は以下のとおりである。第一に、独立当事者間の共同研究開発の法形式は多様である。二社間の契約に限定されず、開発主体として LLC を立ち上げるもの（A 社）、一方が資金提供を行い他方が研究開発を実施する委託研究開発形態のもの（B 社）、両当事者が出資して研究開発子会社を設立するもの（C 社）もある。

第二に、資金提供のみの当事者からなる共同研究開発も独立当事者間で当然成立する（B 社）。委託 R&D に係る役務提供契約ではなく、成功時には開発当事者に第一次的に知財が帰属し、そこから資金提供者が買い受け又は実施許諾を受ける形式がとられている。言わば資金提供が事前と事後の二段階で行われており、事前の資金提供者がそのみで第一次的に知財を取得していない点は興味深い。

第三に、知財の帰属先は共有と単独所有の双方があり、共有の場合の持分割合の決まり方は、そもそも割合を決めずに自己使用を自由にする例（A 社）、折半される費用分担を反映して等分とする（C 社）など、各々契約全体を眺めた上で合理性ある合意に至っていると解される。他方、単独所有の場合は、「主導的立場」（D 社）かどうかなどが帰属の判断基準である。

第四に、貢献度測定は、せいぜい費用支出ベース（C 社、D 社、E 社）に止まり、あるいは折半と見る（A 社）、契約時の交渉に取り込まれている（B 社）ということであって、測定の困難性を反映して費用ベース又は概算的若しくは定性的判断を含む評価が現実的なようである。貢献度の事後的な再評価を行っている事例はなかった。

第五に、費用分担に関しては、担当業務自己負担が原則（よって交渉の暗黙の起点）という理解（A 社、D 社、E 社）に特に誤りはなさそうである。実績費用の簡明な折半（A 社、C 社）や、主体的当事者側での委託者負担（A 社、B 社）もある。他方で、主従関係のある開発でも担当業務自己負担とされる例もある（D 社）。

第六に、予測便益は 5 社中 4 社で契約の基礎になっておらず、現実の便益との乖離を事後に調整する例は存しない（全社）点が注目される。便益測定の困難（D 社）、乖離はビジネスリスクという理解（C 社）というのがその理由である。予測便益を測定する E 社も端末数等の間接的指標で機械的に算出せざるを得ないと見ている。

第七に、持込無形資産の該当例がある回答では、その対価は、通常の料率又は原価等考慮（A 社）、双方の資産を等価と見て相殺（C 社）という扱いである。厳密な価値評価の実務化は困難（E 社）と言える。

第八に、無形資産に至らない PC（質問票では「開発途中の無形資産、又は無形資産とまでは言い難い貢献（例えば技術者集団等を含む機能・活動その他のプラットフォーム）」）の持込みに対する対価については、該当又は考慮なし（E 社以外全社）であるが、投入時の原価ベースの評価ならあり得る（A 社、E 社）とも見られている。

最後に、日本又は海外の移転価格税制に対するコメントとしては、独立当事者間において、予測便益と実際便益との乖離はビジネスリスクであり、事後的調整は行われず、従って、移転価格税制上当初のリスク分担の適正性は問われうるものの、乖離を理由にする後知恵課税は避けるべき（A 社、C 社）、仮に乖離を理由に移転価格課税されるならば、その

取扱いの不明確さ故に、独立当事者間で採用している仕組みを国外関連者との間では採用できないという結果になりうる（C社）というものが見られた。移転価格税制上の費用分担契約に基づく共同研究開発は今後の検討課題である旨の回答（E社）もあった。

### （３）小 括

共同研究開発は国の重要な政策課題として推進されるべきところ、少なくとも課税上はこれを抑止する設計は避けるべきである。上述の法務からは独立当事者間の合意は決して画一的ではなく、交渉の結果、合意の全体として合理性を有するものである。共同研究開発の潜在的懸念である技術流出・混淆等は、むしろ関連当事者間で最小化されうる。しかも、研究開発活動又は少なくともその成果を利用する活動を国内で能動的に行う企業が、外国の技術情報又は市場を取り込む事業を国際的に展開する上で、移転価格上の不確実性がその足かせとなるべきではないことは明白である。

以下では、CSAのルール形成に影響力を有し、かつ、CSAに係るBEPSの懸念の源泉とも言える米国の制度を確認する。

## ４．米国の2011年財務省最終規則

費用分担契約（CSA）に関する財務省規則（Treas.Reg. § 1.482-7）は、95年の旧規則（96年修正）、2005年規則案、2008年暫定規則（2009年改定）を経て、以下で見る2011年に最終規則（以下、規則）が公表されている。規則上CSAとは、「被支配参加者が・・・無形資産の開発に係る費用とリスクを、合理的に予測される便益に係る取り分（以下、RAB取り分）に応じて分担する取決め」（Treas.Reg. § 1.482-7(b)）と定義される。

### （１）費用分担契約に係る取引

規則は、無形資産の開発上の貢献を費用貢献（CC）と基盤貢献（PC）に大別し、他方、その利用上の貢献も、費用負担を通じた営業費用貢献（OCC）と資源等の提供による営業貢献（OC）に区分する。PCとは、「当該資産開発活動とは別に被支配参加者が開発し、維持し又は取得した全ての資源、能力又は権利で、・・・無形資産の開発に貢献すると合理的に予測されるもの」（Treas.Reg. § 481-(c)(1)）を意味し<sup>28</sup>、一般に評価の困難な人材等も含む。CSA内部の取引は、費用分担取引（CST）、基盤貢献取引（PCT）、これら以外の取引に三分される（Treas.Reg. § 1.482-7(a) and (b)）<sup>29</sup>。CSTに関しては、RAB取り分に応じた貢献がない場合のみ費用の再調整が要求されるが（Treas.Reg. § 1.482-7(b)(1)）、PCTでは独立当事者間の対価が要求される（Treas.Reg. § 1.482-7(b)(1)(ii)）。これら以外の取引も独立当事者間の対価が要求される（Treas.Reg. § 1.482-7(a)(3)(iii)）。

財務省規則は、移転価格税制を適用する際の取引単位に関し、複数取引が全体として相

<sup>28</sup> 資源、能力又は権利であってもそれ自体はさらなる無形資産開発の基礎とならない項目（例えば、単に既存製品を作成、複製、使用許諾又は販売する権利（make-or-sell rights））は基盤貢献には該当しない。Treas. Reg. § 1.482-7(c)(4).

<sup>29</sup> CSA上の開発無形資産に係る権利の移転があれば、当然それには独立当事者間対価が要求される。Treas.Reg. § 1.482-7(a)(3)(ii).

互に関連し複数取引の検討が最も信頼できる価格算定手段であるときは、取引全体の効果が検討されうるとする (Treas.Reg. § 1.482-1(f)(2)(i))。この原則は CSA にも当てはまり、482 条に基づく調整は個々の取引へ分解することなく全体として行われうる (但し、定期的調整の対象となる場合は除く) (Treas.Reg. § 1.482-7(g)(2)(iv))。

## (2) 特徴的な基本的前提

### ① 投資家モデル

規則の前提とする投資家モデル (investor model) に基づき、CSA は「合理的に予測される CSA の期間に合理的に予測される義務と合理的に予測される便益の両方に関するリスクの事前の分割を伴う」ものであり、価格算定法の信頼性は、「[CSA 活動 (PC、OC、OCC、CC を含む)] における各被支配参加者の正味投資総計 (aggregate net investment) が、CSA 活動の全期間に亘る当該参加者の当該活動のリスクに対し適切な利益率をもたらすと合理的に予測されるという PCT 日現在での前提」の下で、分析の一貫性の程度に依存する (Treas.Reg. § 1.482-7(g)(2)(ii)(A))。

### ② 他の現実的選択肢

価格算定法の信頼性の評価に際し規則の拠るもう一つの前提が、独立当事者なら他により有利な選択肢が存しない場合に限り当該 CSA を締結するというものである。他の現実的選択肢でより高い利益の現在価値 (税引前) を予測できるときはこの前提は充足されない (Treas.Reg. § 1.482-7(g)(2)(iii))。

## (3) 移転価格調整

### ① 独立当事者間幅

独立当事者間幅は、一般に最も信頼可能な単一の移転価格算定方法を、比較可能性と信頼性の類似する複数の独立取引に適用した結果形成され、関連当事者間の結果がかかる幅の中に収まる限り移転価格調整を受けない (Treas.Reg. § 1.482-1(e)(1), (2))<sup>30</sup>。比較対象による結果の四分位範囲は、一般に独立当事者間幅を提供し (Treas.Reg. § 1.482-1(e)(2)(iii))、関連当事者間の結果が同範囲の外になれば、中央値で移転価格調整を受ける (Treas.Reg. § 1.482-1(e)(3))<sup>31</sup>。PCT に係る独立当事者間価格の算定に際しても幅に関するかかる基本原則が当てはまる (Treas.Reg. § 1.482-7(g)(2)(ix)(A))。

### ② 移転価格調整の対象

CST において、RAB 取り分に応じた費用分担にするための調整は、無形資産開発費用の増減、無形資産開発費と他の事業経費との再配賦、RAB 取り分の予測に係る信頼性の改善

<sup>30</sup> 一の最善の方法の選定に際し、他の算定方法の適用の結果とより整合的な算定方法を選定するという意味で複数の算定方法が考慮されることはある。Treas.Reg. § 1.482-1(e)(2)(iii)。

<sup>31</sup> 四分位範囲以外の範囲が採用されるときは、税務署長は幅の中のいずれの点まででも調整可能とされる。Treas.Reg. § 1.482-1(e)(3)。

等を通じてなされる (Treas. Reg. § 1.482-7(i)(2)(i))。特に RAB 取り分の予測とその実際との間に重要な乖離があれば予測が信頼可能でない可能性があるが、予測 RAB 取り分の 20% 以下の乖離の場合又は乖離が参加者の支配の及ばぬ異常事象による場合は、調整が行われない (Treas.Reg. § 1.482-7(i)(2)(ii))。

他方、RAB 取り分と無形資産開発費用の分担との差が一貫しかつ重要であるならば、内国歳入長官は、関連当事者間の取決めの経済的実質が CSA の条項とは合致しないとして、かかる条項を否認し、参加者の現実の行動と合致する取決めがあったとして、過大な費用分担者が開発無形資産に追加の権利を取得したとすることもありうる (Treas.Reg. § 1.482-7(i)(5))。

#### (4) 基盤貢献取引に係る価格算定方法

PCT に関しても、規則の別段の定め (Treas.Reg. § 1.482-7(g)) で補完されつつ通例の移転価格算定法が適用される (Treas.Reg. § 1.482-7(a)(2))。当該補完的定めでは、契約条件、リスク等に類似性ある比較対象が存する場合に適用可能な独立取引比準 (CUT) 法又は独立役務価格比準 (CUSP) 法<sup>32</sup> (Treas.Reg. § 1.482-7(g)(3)) のほか、以下の 4 方法及び明示されない方法を挙げる。

##### ① 利益法

利益法では、PCT の対価の支払が、CSA 参加者の (CSA 以外の) 最善の現実的選択肢への参加が生む現在価値と、CSA への参加の現在価値とを等価にすると考える。A (PC 提供者)・B (同受領者) 間の CSA において、最善の現実的選択肢には、独立の開発者が全リスクを取って B に使用許諾をし、これに B が対価を支払う (選択肢 1)、又は、A が無形資産開発に係る全リスクをとり、成果としての無形資産を独立の第三者に許諾する (選択肢 2)、が一般にある (Treas.Reg. § 1.482-7(g)(4)(i)(A))。上述の等価とみる理論の下で、例えば選択肢 1 では、PCT 対価の現在価値 (税引後) は、CSA の場合 (PCT 対価支払前) の B の将来営業利益現在価値 (税引後) から、B が使用許諾を受ける場合の B の営業利益現在価値 (税引後) を控除して直接算定できる (グロスアップにより税引前 PCT 対価を求める)<sup>33</sup>。利益法の適用を受けうる PC (及び OC) は、非日常的な貢献のみである (Treas.Reg. § 1.482-7(g)(4)(vii))<sup>34</sup>。

規則上の例説<sup>35</sup>も考慮すると、私見では、この方法は、一方当事者 A のみが非日常的 PC を提供する状況において (Treas.Reg. § 1.482-7(g)(4)(i)(D))、利用可能な CSA 以外の最善の独立当事者間の選択肢における (PC 受領者) B の想定利益を超過する CSA での B の利益

<sup>32</sup> Treas.Reg. § 1.482-9(c). 比較可能な独立の役務取引における対価を参照する方法である。

<sup>33</sup> Treas.Reg. § 1.482-7, Explanation of provisions, E, 2, c. 或いは、PCT 対価の現在価値 (税引前) は、CSA (PCT 対価支払前) の場合の B の営業利益現在価値 (税引前) から、使用許諾を受ける場合の税引前営業利益現在価値 (いずれも税引後割引率を適用) を控除して、直接 (税分のグロスアップなしで) 算定することもできる。Id.

<sup>34</sup> 日常的 PC は CC 扱いとなり、日常的 OC は OCC 扱いとなる。Treas.Reg. § 1.482-7(g)(4)(vii).

<sup>35</sup> Treas.Reg. § 1.482-7(g)(4)(viii), Examples.



部分を、PCの対価としてBから全額回収することを要求するものであり、その意味で利益比準法と類似（よって取引単位営業利益法と類似）の前提と状況を扱うものである。この方法の下で、BはCSAこそが最善の選択肢であるときでも、それ以外のセカンドベストの選択肢の帰結に引き戻される。換言すれば、一方当事者が提供するPCの利益を受動的参加者Bが無償享受することを許さない計算構造である。CSAとそれ以外の他の選択肢に基づく各現在価値計算における営業利益、割引率等の予測と決定に伴う客観性の限界も当然伴う。

## ② 取得価格法及び市場資本化法

取得価格法（Treas. Reg. § 1.482-7(g)(5)）では、組織の全部又は一部の資産又は株式の取得に係る独立当事者間対価に照らしPCTの対価が独立当事者間価格かどうかを判断する目的で、CUT法又はCUSP法を適用する。例えば、第1年度にAとBがCSAを開始し（RAB取り分はAが60%、Bが40%）、第二年度にAが独立法人Cを対価110で取得したとする。Cは、人材・無形資産等に加え、有形資産等15、負債5という財政状態であるところ、Aは、同年度に当該人材・無形資産等のみを全部CSAに投入したとする。当該投入はPCTに該当し、取得価格法によると、Bが支払うべき独立当事者間価格は40になる（ $(110 + 5 - 15) \times 40\%$ ）。ここで独立当事者間のPCT対価は、取得対象Cに係る「(取得対価+負債-PCT投入対象項目以外の資産項目)×BのRAB取り分」で算定される。日本法で言えば、独立価格比準法に準ずる方法と同等の方法に該当しうるであろう。

この例で法人C取得の対価に代えてAの株価を使えば、市場資本化法（Treas. Reg. § 1.482-7(g)(6)）になる。よってそこでの独立当事者間PCT対価は、Aに係る「(平均株価+負債-PCT投入対象項目以外の資産項目)×BのRAB取り分」で算定される。A株式に市場性があることが前提となる。

## ③ 残余利益分割法

残余利益分割（RPS）法（Treas. Reg. § 1.482-7(g)(7)）は、PCに係る結合営業利益（又は損失、以下同じ）の配分を、当該利益に対する参加者の貢献の相対的価値に照らして評価する。貢献の相対的価値は、参加者の機能、リスク及び資源を反映して決める。各参加者の非日常的残余分割対象利益の現在価値は、各参加者の複数年の一連の予測残余利益の現在価値であり、当該残余利益は「(i)分割対象利益-(ii)日常的貢献に係る市場利益-(iii)OCC-(iv)CC」で求める<sup>36</sup>。上述の利益法の場合と同様に、PC（及びOC）は非日常的貢献に関してのみRPS法の適用を受けうる（Treas.Reg. § 1.482-7(g)(7)(iii)(C)(4)）。

RPS法に関する規則の例説を見よう<sup>37</sup>。今仮に、米国親会社Aは技術甲を有し、甲を使っ

<sup>36</sup> 算式上（非日常的予測残余）分割対象利益からOCの貢献部分が特に控除されないので、PCとOC（もしあれば）双方の貢献部分の相対的価値に基づいて当該分割対象利益を分割することになると解される（以下の本文の例では、マーケティング上の無形資産がOCに該当すると解される）。See Treas. Reg. § 1.482-7(g)(7)(iii)(A)。

<sup>37</sup> Treas.Reg. § 1.482-9(g)(7)(v).Ex.2.

た新製品の開発に要する別の技術乙を有する外国子会社 B と CSA を実施（甲と乙の提供は各々 PCT に該当）する。CSA 上、成果物たる新製品（無形資産を含む）を A は米国内で、B は米国外の全世界で使用可能であり、A 及び B は各々米国内及び米国外で重要なマーケティング上の無形資産も有する。RAB（=(i)予測売上）取り分は A が 2/3、B が 1/3 であり、(iv)CC の見積総額もこの比率で合理的に按分される。無形資産の利用に係る(iii)OCC は予測売上の 40%、割引率は 12%と見積り、(ii)の市場利益は(iii)の 6%と仮定する。これらの予測から上の残余利益の算式に従い A と B の各年の予測非日常的残余分割対象利益を求め、割引率 12%でその契約時の現在価値計算をすると、A が 41,727X ドル、B が 20,864X ドルとなるとする。さらに、A 側の計算に係る貢献の相対的価値は、検討の結果 A の PC (59.5)、B の PC (25.5) 及び A のマーケティング上の無形資産 (15) と評価され、A が B に支払うべき PCT の対価は 10,640X (=41,727X の 25.5%) となる。B 側でも同様に貢献の相対的評価を行った上で A に支払うべき PCT の対価が例えば 13,144X になるとすると、純額で 2,504X ドル (=13,144X - 10,640X) を B が A に支払うべきとされる。

RPS 法は、双方の当事者が重要な非日常的貢献（PC 又は OC）を提供する場合のみに当てはまる（Treas.Reg. § 1.482-7(g)(7)(i)）。逆に一方当事者が受動的参加に止まる（資金提供のみ等）状況には適合せず、利益法のように他の最善の選択肢における帰結を想定し、そこまで受動的当事者の利益を剥奪することを要求しない。総じて利益法よりは仮定、予測による不安定さは限定される。この例説上、肝心の貢献の相対的価値の決め方に特に触れるところがないが、ここでのある程度の割り切りは残余利益分割一般に言えることであって、それでも実務上利用されている方法であり、CSA の状況に固有の問題ではない。

#### ④ 明示されない方法

これら以外の方法においても、内国歳入法典 482 条及び PCT に係る基本原則に従い、現実的な他の選択肢を考慮し、これを選択する場合の想定上の価格又は利得に係る情報を提供して、実際に選択された取引が独立当事者間原則を満たすことを証明せねばならない（Treas. Reg. § 1.482-7(g)(8)）。

#### (5) 定期的調整

内国歳入長官は、特定の PCT（Trigger PCT）に関し、その対価支払者（参加者）の「全利益の現在価値(PVTP)／投資の現在価値(PVI)」(=AERR)が 0.667～1.5 の範囲(PRRR)の外である（Periodic Trigger）ならば、CSA 活動の期間中の如何なる課税年度とその後においても、RPS 法を応用して定期的調整（Periodic adjustment）を行いうる（Treas.Reg. § 1.482-7(i)(6)(i),(v)）。但し、定期的調整は、同じ PC が一定の条件の下で独立当事者に提供される場合等所定の 4 要件のいずれかに該当する場合には適用がない（Treas.Reg. § 1.482-7(i)(6)(vi)(A)）<sup>38</sup>。また、成果物たる無形資産の実質的利用の開始年度から 10 年（こ

<sup>38</sup> 大要以下がその 4 要件である。

1) a)Trigger PCT におけるのと同様の条件の下で同じ PC が独立の納税者に提供され、b)当該取引が

の間 Periodic Trigger なし) 経過後、又は、AERR が PRRR の下限未満であるときは当該利用開始年度から 5 年間、Periodic Trigger は生じないものとみなされる (Treas.Reg. § 1.482-7(i)(6)(vi)(B))。以下規則の設例を通じ具体的にみる<sup>39</sup>。

今仮に、米国親会社 A と外国子会社 B との CSA の下で、A のみが PC を提供し、B は PC の対価 (第 1 年度 40X ドル、後は各 10X ドル) と CC のみ提供する (PC、OC 又は OCC の提供なし)。B の加重平均資本コスト (WACC) 15% を割引率とする<sup>40</sup>。第 9 年度 (内国歳入長官の決定日を含む) に、長官は第 5 年度乃至第 7 年度の CSA を検査し定期的調整を検討する。B の仮定のデータ (全て年度開始時とする) は次頁図表 5-3 のとおりである。

下 4 行は、第 1 年度開始時の現在価値 (PV) である。第 10 年度には開発された無形資産が B に利用され (予定)、同年度の PCT 対価 10 は未払いであるとする。

第 6 年度の AERR (2.20) が PRRR 上限 (1.5) を超えるので内国歳入長官により定期的調整が行われうる。同調整は大要以下の 7 段階を踏む (Treas.Reg. § 1.482-7(i)(6)(v)(A))。

(1) 調整 RPS 法<sup>41</sup>に従い、PCT の対価総額の Trigger PCT 日 (= 第 1 年度開始時) の現在価値 (つまり 612) を算定する。この事例では A のみが PC を提供しているので 612 の全額が PCT の対価となる。(2) (1) の現在価値 612 を均等使用料率 (分割対象利益(g)に乘じる) を用いて CSA 期間の一連の従量的支払金に変換する。ここでは 66.0% (=612/927) が当該使用料率となる。(3) 調整年度 (第 6 年度) 以前の年度の実際の分割対象利益(g)に(2) の料率 (66.0%) を乗じて一連の従量的支払金を求め、CSA 開始日 (第 1 年度開始時) の現在価値に変換する。つまり先ず従量的支払金として、0 (第 1 年度~3 年度)、28 (第 4 年度)、111 (第 5 年度) 及び 286 (第 6 年度) を算出して、その現在価値計 224 を求める (図表中に記載なし)。(4) 調整年度 (第 6 年度) までの現実の PCT 対価(e)を CSA 開始日

---

CUT 法の基礎を提供し、その初年度以降の全ての年度において当該 Trigger PCT に関し実質的な PCT 対価の支払いを要し、かつ、c)初年度の PCT 対価が独立当事者間基準に適用されるものである。

2) Periodic Trigger が予測不能な異常事象に起因する。

3) 仮に PC 対価支払者の分割対象利益 (PVTP の計算に使われるもの) に OCC と日常的 PC の計算に係る費用が計上され、かつ、CSA で開発される無形資産の利用に対する PC 対価支払者の日常的貢献に基因する利益、CSA 活動に対する同者の非日常的貢献に基因する利益、同者の OCC に基因する利益、及び同者の日常的 PC に基因する利益を全部除外したならば、Periodic Trigger に至らなかった。

4) 仮に PC 対価支払者の分割対象利益 (PVTP の計算に使われるもの) に、CSA 活動に基因して合理的に予測される調整年度後分割対象利益 (当該活動に対する当該者の日常的貢献、その OCC 及びその非日常的貢献からの各利益を含む) が含まれ、かつ、当該支払者の CC 及び PCT 対価 (PVI の計算に使われるもの) に調整年度後の合理的に予測される CC と PCT 対価が含まれていたならば (選択により調整年度以前の分割対象利益の平均額が所定の年数継続することを想定することも可能)、Periodic Trigger に至らなかった。

算式からして、3) は PC 対価支払者 (例えば TH の CFC) の AERR が PRRR の上限 (=1.5) を超えるときに適用がありうるのに対し、4) は PC 対価支払者 (例えば米国親会社) の AERR が PRRR の下限 (=0.667) に満たないときに適用がありうるルールであると解される。

<sup>39</sup> Treas.Reg. § 1.482-7(i)(6)(vii).

<sup>40</sup> 上場会社又は上場会社 (連結財務諸表作成) のグループ会社は、WACC を割引率として PVTP 又は PVI の計算が可能である。Treas.Reg. § 1.482-7(i)(6)(iv).

<sup>41</sup> 前述 RPS 法に以下の修正を加える。(1) Trigger PCT 日現在で合理的に予測される決定日までの結果に代えて、同日までの現実の結果を用いる、(2) Trigger PCT 日現在で合理的に予測される決定日後の期間の結果に代えて、決定日後の CSA 活動の収支残額に関し同日現在で合理的に予測される結果を用いる、(3) 2 以上の被支配参加者が重要な非日常的貢献をするという要件は適用しない。Treas.Reg. § 1.482-7(i)(6)(v)(B).

の現在価値（つまり 74）に変換し、これを(3)の現在価値（つまり 224）から控除する。結果、150（=224-74）が得られる。これを第 6 年度の名目価値に割引率 15%で戻すと 302 になる（第 6 年度の定期的調整額）。

(5) (2)の均等使用料率（66.0%）を調整年度後の各年（第 7 年度から決定日を含む第 9 年度まで）の分割対象利益(g)に適用して各年の一連の従量的支払金を求める。つまり第 7 年度 285（=432×66.0%）、同様に第 8 年度 275 及び第 9 年度 268 となる。各年度の現実の PTC 対価 10 を差し引いて、調整額（各々、第 7 年度 275、第 8 年度 265、及び第 9 年度 258）を算出する。(6) 決定日を含む課税年度後の各課税年度（つまり第 10 年度）に関する定期的調整は、当該年度の実際の分割対象利益に(2)の料率を乗じて求める（391×66.0%=258）。(7) 第 10 年度は PCT 対価が未払いなので 258 の全額が増額調整を受ける（Treas.Reg. § 1.482-7(i)(6)(v)(A) <sup>42</sup>）。

<図表 5-3 基盤貢献対価の定期的調整例—PC 受領者(B)側（単位 100 万ドル）<sup>43</sup>>

a	b	c	d	e	f	g	h	i	j
年度(開始時)	売上	費用 (CC 除く)	CC	PCT 対価	投資 (d+e)	分割利 益(b-c)	AERR (g/f)	日常的収 益(c×8%)	残余利益 (g-d-i)
1	0	0	15	40	55	0	-	0	-15
2	0	0	17	10	27	0	-	0	-17
3	0	0	18	10	28	0	-	0	-18
4	705	662	20	10	30	43	-	53	-30
5	886	718	22	10	32	168	-	57	89
6	1,113	680	24	10	34	433	-	54	355
7	1,179	747	27	10	37	432	-	60	345
8	1,238	822	29	10	39	416	-	66	321
9 (決定日含む)	1,300	894	32	10	42	406	-	72	302
10	1,365	974	35	10*	45	391	-	78	278
PV (5 年度まで)	970	846	69	69	138	124	0.90	-	-
PV (6 年度まで)	1,523	1,184	81	74	155	340	2.20	-	-
PV (7 年度まで)	2,033	1,507	93	78	171	526	3.09	-	-
PV (10 年度まで)	3,312	2,385	124	-	-	927	-	191	612

\*第 10 年度 PTC 対価は未払いである。

<sup>42</sup> 定期的調整が負の値のときは A から B への追加的な PCT 対価が要求される。

<sup>43</sup> Treas.Reg. § 1.482-7(i)(6)(vii)Ex.1 の図表を組み合わせて転載した。

## (6) 小 括

米国法上、一般に PCT の範囲が解釈上広がれば CST の範囲が限定され、それだけ関連当事者間の CSA を通じた所得移転が制限される関係になっている。とはいえ PC の範囲決定と独立当事者間価格算定は容易ではない。

利益法は、無形資産の開発と利用に及ぶ全体を分析に含める点で、独立当事者間の現実の一体的な交渉に即した手法である。だが、最善の現実的選択肢の想定に関わる重要な仮定と見積を要し、執行上の負担と不確実性も小さくない。一方当事者のみが重要な貢献 (PC 又は OC) を提供する状況に利益法は適格的であるが、実際の独立当事者間で起こりうるただ乗りを一律に排し、PC 提供者に最大限の利益を帰属させる結果となりがちである。他方で、RPS 法は、双方の当事者が重要な貢献 (PC 又は OC) を提供するときに適した方法であり、その場合当事者の双方が能動的に研究開発又は成果の利用に貢献している。現在価値測定に見積を要するものの、想定上の他の選択肢の帰結にまで引き戻されることもない。貢献の相対的評価の客観性は、既に実務として定着している RPS 法一般の課題であって、執行不能ではない。

取得価格法と市場資本化法は、独立第三者間の取引又は市場の評価を基礎にした客観的な手法であり、事実と状況がこの手法に合致する限りはその適用に困難はない。

定期的調整はわが国では存しない観念であり、理論的には興味深い制度であるが、その発動要件は形式的に決まる過小又は過大な投資利益率であり、その計算構造も後知恵を厭わずかつ複雑である。但し、単純に貢献の評価を事後に見直しているのではない。

## 5. 結びに代えて～法令等の整備の方向性に関する提案

以上を踏まえ、私見としての本稿の発見と CSA に関するわが国でのルール整備の方向性に関する提案をまとめる<sup>44</sup>。

第一に、国外関連者との共同研究開発を阻害しないルールの整備はオープンな技術革新を促すわが国の政策と整合的であり、他方で CSA に係る移転価格ルールは、事前の利益分割として課税上の紛争を未然に解消し、納税者に法的安定性を与え、執行コストを低減する利点がある。だが、現在の事務運営指針等の定めでは未だ明確さを欠き、両者のメリットを十分に引き出せていない可能性がある。

第二に、予測便益に応じた貢献という、CSA の移転価格ルール上調整を要求されないための命題は、独立当事者間の合意に普遍的なものというよりは、移転価格税制に固有の合理性の要請というべきである。そしてかかる要請を充足する合意には、特に移転価格調整をしないという課税上の便益が与えられる。だとすれば、かかる要請を満たさなければ独立当事者間基準を充足しないと反対解釈は必ずしも成り立たない。

第三に、独立当事者間では、一般に開発と利用の全体を見据えた交渉の結果、それぞれの当事者の属性・ニーズと研究開発の目的に照らし合理的な契約に至っており、CSA に係る移転価格ルールの明確化に際しては、税以外に同様に合理性ある関連当事者間の契約を

<sup>44</sup> なお、法令レベルでの修正か事務運営指針等での修正かという問題はここでは措いておく。

後知恵で別の姿に引き直すのと同様の結果とならぬように留意するべきである。

第四に、CSA を起点とする BEPS への対処を考える際には、一国に固有の法制度の下で生じる所得移転と、CSA の移転価格ルールが一般にもたらす所得移転とを見分ける必要がある。その上で、わが国では生じ難いか又は TH 対策税制等別の制度で対応可能な問題への過剰反応を避け、事前の利益分割としての制度に内在する問題への対処のあり方に検討の焦点を絞るべきである。

第五に、米国財務省規則が、投資家モデルに基づき、CSA 活動を広く定義し、開発と利用の全体を見て重要な貢献（PC と OC）の対価の合理性を検討する点は、独立の当事者が交渉に臨む際の視野と矛盾しない。

第六に、同規則が補完的に挙げる PC の価格算定法のうち、取得価格法と市場資本化法は、これらが前提とする状況に合致する限り容易に適用が可能と考えられ、わが国でもその採用又は明確化（例えば、独立価格比準法に準ずる方法と同等の方法として）に関し前向きに検討するべきである。

第七に、利益法は、重要な貢献（PC 又は OC）の提供者 A と、金銭提供のみの受動的な当事者 B（国外関連者等）との間の契約に適合的な価格算定方法である。ただ、利益法には現在価値評価の主観性の懸念があるのみならず、B は利用可能な想定上の他の選択肢の帰結に引き戻され、独立当事者間でも生じがちな PC を源泉とする利益移転（ただ乗り）を全て否定される。このような利益移転は BEPS の典型例の一つであることも考慮すると、利益法は、独立当事者間の帰結との一致に止まらない対抗措置としての性格をも有すると見られる。もっとも、ここで資金調達者 A にとっての合理的な他の選択肢から考えると、独立当事者間では、A は融資を受け、新株を発行し、又は匿名組合契約とするなど他の現実的資金調達手段を想定して比較し、なお AB 間の共同研究開発こそが最善だと言える場合でなければ、A は合意に至らないはずである。利益法の下で、A に不利な CSA の結果を、明らかに最善である別の入手可能な選択肢の帰結にまで引き上げる調整も可能であろう。A と B のいずれの側から接近するにしても、わが国では、主に TH 対策税制の適用除外となる CFC を利用する仕組みに起因する BEPS に関し移転価格税制上の対応が問題となりうる。もし既に立法的に対処すべき状況が存するのであれば、このような CFC が資金提供のみを通じて参加する共同研究開発に対象を絞り、A 又は B の側で利益法の適用を要求するという行き方が考えられる。かかる態様での共同研究開発はオープン・イノベーションを特に促す種類のものでない。もっとも、PC 又は OC が無形資産に至らぬ人員、機能等（潜在的利益）の移転のみであるときは、現時点で、敢えて CSA の文脈で先駆的にかかる機能等の移転を国外関連取引に該当すると解し又はそのように立法するべき問題が存するとまでは認められていないように思われる。

第八に、双方の当事者が重要な PC 又は OC を提供する場合に適合的な RPS 法については、他の選択肢との比較を特に要せず、利益法に比して仮定や予測に伴う懸念は限定される。相対的貢献の測定は、RPS 法一般の課題であって、CSA 以外の文脈で既に実務上行われていることである。主観を伴う予測を多く要するものの、この種のルールの明示的採用

が、能動的な共同研究開発に係る課税に関する納税者の予測可能性を高める効果がむしろ期待できるかもしれない。

最後に、定期的調整には、予測に依存する利益法及び RPS 法を事後に修正する役割があり、利益法及び RPS 法と定期的調整とは相互補完的關係にあるとも言え、双方の一体的採用には根拠がある。また、CSA での定期的調整ルールの形式性と明確性から、納税者は投資収益率を一定の幅に収めるべく対応するなどして未然に問題解決を図ることもある程度可能であろう。だが、わが国の法令上事後修正に根拠を与える所得相応性基準が採用されておらず、また、独立当事者間の合意に際しても、予測と実際との乖離はビジネスリスクと見て割り切る例が見られる。従って、現時点でわが国が CSA に関する定期的調整を導入すべき理由は見出しがたいと考える。なお、米国でも単純に貢献の評価を事後に再計算するというアプローチがとられているわけではない。

## 第6章 無形資産を巡る OECD プロジェクト（概要）

### —（移転価格に係る討議草案等）—

税理士法人プライスウォーターハウスクーパース顧問

岡田 至康

#### 1. はじめに

無形資産を巡る取引で、近時特に注目を浴びたのは、2012年11月に英国議会（下院）で行われたスターバックス・アマゾン・グーグルという著名企業に対する質疑<sup>1</sup>であろう。いずれも必要な無形資産を英国以外の国に帰属させることによって英国での租税の軽減を図っていたというものである。また、米国議会でも、マイクロソフトがIPの権利を海外子会社に移転することによって税務プランニングを行っていたとの報告（2012年9月）<sup>2等3</sup>がなされている。

現在 OECD で検討が進められている BEPS（税源浸食・所得移転）プロジェクトのなかで幅広く関係しているのが無形資産取引を巡る課題であろう。公表されているアクションプランのなかで直接的に無形資産に関係するのは、第8項目の無形資産に係る移転価格ルールの策定であるが、無形資産の可動性に加えて、その経済活動に占める重要性の高まりとともに、電子商取引への課税のあり方（第1項目）をはじめ、外国子会社合算税制の普及（第3項目）、有害税制への対抗の強化（第5項目）、等多くの項目に関係している。その点で、無形資産への総合的な対応は、BEPS プロジェクトの中で重要な中心的課題となっているとも言えよう。

当プロジェクト自体について、グローバルの産業界は、最終的な民間企業への影響について多大の懸念を有しつつ、注視しているところであるが、一方で、あくまで多国籍企業バッシングではなく、広範な同等競争条件の確保を意図するもの、即ち、各国の制度の整合性を図るものである、として、とりあえずは一定の理解を示している。従って、無形資産を巡る取引への対応についても、産業界の意見も取り入れつつ、一定の明確な取扱いが各国間の合意の下で進められるとの理解の下に、その必要性について基本的な理解を示していると考えられる。

#### 2. 無形資産に係る移転価格ガイドライン改定草案の改訂

無形資産の移転価格に関する当初の討議草案（ディスカッションドラフト）（2012年6月公表）の改定版が2013年7月に公表された。この中で、従前の移転価格ガイドライン第

<sup>1</sup> HMRC: “Annual Report and Accounts 2011-12”（House of Commons Committee of Public Accounts 2012年11月28日）

<sup>2</sup> “Hearing on Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code”（Permanent Subcommittee on Investigations 2012年9月20日）

<sup>3</sup> アップルについての2013年5月21日の上記委員会公聴会等



6章改定草案の多くの部分に改訂が加えられている。主な改訂点として、ロケーションセービング及び市場固有の特徴・集合労働力・多国籍企業のグループシナジーについての説明を第1章（独立企業原則）に挿入する、無形資産に係る定義に関する説明を変更する、無形資産の所有及び無形資産の開発・改良・維持・保護に関するセクションの内容を見直す、算定方法及び比較可能性分析に係る補完的指針に関するセクションを再構築する、等がある。この改訂案に対しても数多くのコメントが民間から寄せられ、同年11月のコンサルテーションでも多くの企業から各種の意見が述べられた。この無形資産に係る移転価格の問題は、引続き BEPS アクションプラン（第8項目）の中で検討が続けられることとなっている。

### （1）無形資産の特定

従来から、無形資産の定義については、かなりの議論のあるところであるが、今次改訂案では、無形資産の用語について、“有形資産や金融資産ではなく、商業活動に使用するために所有又は支配することができ、比較可能な状況で非関連者間による取引において発生した場合に、その使用又は移転によって報酬が生ずるものを指す”（本改訂案パラ40）とされて、後半部分が追記されており、今次改訂案は、従来からの独立企業原則を踏襲するという立場を強く意識したものとされている<sup>4</sup>。また、市場固有の特徴等を別の新セクションに移したことについては、単に比較可能性の要素というだけではなく、これによってよりよく定義される、とも言われている<sup>5</sup>。また、ここで扱うアプローチは、ソフトとハードの無形資産、ルーティンとノンルーティンの無形資産等のカテゴリー化に依存するわけではないとして、これらについての詳細な説明は避けているが、“マーケティング上の無形資産”及び“商業上の無形資産”の定義は引続き用語集に掲載されており、特にマーケティング上の無形資産については、該当する無形資産の例示を含め、定義の書き換えがなされている。民間企業からは引続き、無形資産の用語が幅広く使用されることへの懸念があり、無形資産は法律上・契約上保護されるものに限るべきとの意見もあるほか、特に、市場固有の特徴の中のマーケティング無形資産の用語については混乱を招くので削除し得る、との意見もある。

特許、ノウハウ及び企業秘密、商標・商号・ブランド、契約上の権利及び政府の免許、ライセンス・その他の制限された無形資産の権利、は無形資産に該当すると明記されている（本改訂案パラ53-55、58、59）が、のれん（goodwill）及び継続企業の価値（ongoing concern value）については、当初の討議草案に引続き、正確な定義を定める必要はない（同パラ61）とされ、これらが多様な要素を含んでいることの反映であると思われるが、企業側からは紛争の一因となることが懸念されている。一方、グループシナジー、市場固有の特徴、については比較可能性分析で考慮されるべきもので、無形資産ではないとされ（同パラ63、64）、グループシナジーについてはマイナスとなる場合もあるとされる（同パラ18）。これ

<sup>4</sup> 国際税務別冊“大規模法人の国際課税の課題”（山川博樹氏、2014年1月）

<sup>5</sup> “Importance of Location Savings Called into Question”（2013年8月2日、T/A）

らについて、民間企業からの意見では、のれんは独立企業間価格決定には考慮されるが、それ自体の権利では無形資産ではない、また、比較可能性分析で対応すべきとされるものについては、比較対象が自国にない場合の指針が望まれる、更に、**workforce in place** について、例えば従業員の異動が結果として対価を要する無形資産の移転となる際の明確な説明が必要である、等のことが言われている。グループシナジーとしての親会社保証関連については、グループとしての一体性との関係で、保証料の支払いは不要との意見が支配的であるが、一方で、関連者間で実際に取引が行われない場合でも黙示及びみなしの取引は常に存在すると言われていることもあり、これと異なる意見もないわけではなく、更なる検討が必要ということであるとみられる。

従来から種々議論のあるロケーションセービングをはじめとする市場固有の特徴については、OECD では一般に比較可能性分析で考慮されるべき問題であって第三者が享受することもあり得る（同パラ 2～5）とされ、また、マーケティング上の無形資産又は商業上の無形資産に関する一般的な参照があるからといって、納税者も税務当局も移転価格分析で関連する無形資産を具体的に特定する義務を免れるものではない（同パラ 50）、とされるものの、一部の発展途上国は、ロケーションセービングは低コスト国につけられるべきであると主張する（国連移転価格マニュアル・パラ 1.10.15）。特に、一部の新興国からは、自国における市場固有の特徴や **country premium** が一般に無視されている（同パラ 10.2.5.10）、利益に貢献するユニークな経済的・地理的要素を持っている（同パラ 10.2.8.2）、市場固有の特徴として高度に特別技術を持った労働力・拡大する地元市場へのアクセス・大きな顧客基盤・優れた情報ネットワーク・優れた販売ネットワーク・マーケットプレミアム等を有している（同パラ 10.3.7.2）、地元の比較対象に基づく価格決定は独立企業間価格とは言えない（同パラ 10.3.7.4）、等の主張がなされている。このような比較可能性分析そのものへの異論等、コンセンサスが得られていないことへの民間企業側の懸念は大きく、今後のこれら取引に係る実務面における二重課税の大きな要因となりかねないものと考えられる。

いずれにせよ、今次改訂案でも、無形資産に係る定義についての記載にかなりの工夫がみられたものの、移転価格の持つ **art** としての本来的性質、ガイドラインの持つ事実上のソフトローとしての機能、二重課税排除の必要性、等を考えれば、OECD としても、加盟国の意向を踏まえつつも、全体的に難しい記述を求められているのは事実であろう。ただ、二重非課税を生み出す大きな要因としての無形資産への **BEPS** 対応が、例えばこの移転価格についても、二重課税への十分な対応とならない可能性があるという懸念が寄せられており、これに対しても引続き十分な考慮をすることが求められる。

## （２）無形資産の所有及び開発・改良・維持・保護に関する取引

無形資産に関係するリターンの配分の問題について、引続き“法的権利及び契約上の取決めは、無形資産に関連する取引の移転価格分析を行う際の出発点となる”（本改訂案パラ 67）とされるが、“法的所有の問題は、独立企業原則に基づく報酬とは別の問題である。……

法的所有者が最終的に維持するリターンは、法的所有者がその遂行する機能、使用資産及び負担リスクを通じて行う無形資産の予測価値に対する貢献及び多国籍企業グループのその他のメンバーがその遂行する機能、使用資産及び負担リスクを通じて行う無形資産の予測価値に対する貢献による”（同パラ 73）、等ともされている。これらについて、民間企業からは、法的所有権はやはり最終的な支配権を保証するものであり、今次改訂案においては、機能重視の程度が強すぎるのではないかと懸念が示されている。OECD としての懸念は法的所有を適宜の場所に移転されること等かと思われるが、企業側からは、無形資産の移転等は、一般的ではなく、移転等の場合でも適切なリターンがとられているとしており、むしろ機能を巡る各国の意見の相違への懸念がその背景にあるものとみられる。

無形資産の開発・改良・維持・保護に係る機能・資産・リスクに関し、“機能分析の手段によって、開発、改良、維持及び保護の機能を遂行し、これらをコントロールするメンバー、必要な資金及びその他の資産を提供するメンバー、及び、無形資産に関連する様々なリスクを負担しコントロールをするメンバーを決定する必要がある”（同パラ 74）、また、“・・・重要な機能は一般に、とりわけ研究・マーケティングプログラムのデザイン及びコントロール、予算の管理及びコントロール、無形資産の開発プログラムに係る戦略的な決定へのコントロール、無形資産の防御・保護に係る重要な決定、非関連者又は関連者により遂行され、無形資産の価値に重要な影響があると考えられる機能に係る品質管理へのコントロールが含まれる”（同パラ 79）と具体的な例が挙げられているが、民間企業からは、開発行為に係る機能の重要性及びそれに伴う然るべきリターン享受について、他の機能との比較において一層明確な記述が求められている。ただ、この点についても開発の意味をどのように解するかについて、各国の立場によって異なることが考えられ、開発と改良等との区別をどこまで具体的にできるかが引続き問題となろう。この点でも、一部非加盟国からは、コントラクト R&D は途上国の貢献がしばしば過小評価されている（国連移転価格マニュアル・パラ 10.2.5.4）、多くの自国子会社の R&D センターではユニークな無形資産の創生を行っている（同パラ 10.3.8.11）、等それぞれの立場を踏まえた意見がなされている。

### （3）無形資産の使用又は移転が関わる取引

無形資産の使用が関わる取引では、使用に係る制限の内容が重要である、制限の性質は比較可能性に影響を及ぼしうる、とされる（本改訂案パラ 108）。一方、一部新興国では、当初に使用許諾を受けた無形資産の価値は、自らの製造過程での改良に伴って同一ではなくなることから、使用料をずっと支払い続ける必要があるのか疑問である（国連移転価格マニュアル・パラ 10.2.4.3）、等の意見が言われる。また、本改訂案では、無形資産の結合的移転を伴う取引では、例えば、ライセンス契約に商標を使用する権利の移転には、ライセンス料の算定には商標と当該使用許諾者のレピュテーション価値の両方の検討が必要である、と具体的に記述されている（本改訂案パラ 113）。また、商品（自動車）製造や探査に係る無形資産が使用・開発されても直ちにこれらに係る流通業者や関連会社が当該無形資産を入手することはない（同パラ 123、124）、とされる。いずれの場合においても、特

に OECD 非加盟国において、現実にかなりこれらとは異なる考えがとられることがあるようであり、既に、これらの国との間でこれらの内容を実際面でどう適用していくかについて問題となっている可能性がある。

時に懸念されるのが、税務当局による取引の再構築（recharacterisation）に係るものであり、近時は移転価格制度の一部として問題とされることがある。本来再構築は例外的な場合においてのみ採られるべきであるが（現行パラ 1.65～1.69）、経済的に同等の取引、現実的に可能な選択肢、といった用語の下に、事実上の再構築が行われる場合があるようであり、一方において特に相互協議へのアクセスができないことが懸念されている。その意味で、企業側からは、BEPS アクションプラン第 14 項目（相互協議と仲裁制度の充実）の検討において、幅広くその対象を採り上げることが期待されている。

#### （４）無形資産及び無形資産の権利の移転に係る比較可能性分析及び移転価格算定方法

無形資産の比較可能性分析にあたり留意すべきは、当然ながら、そのユニークな性質による多大なリターン及び将来便益を生む可能性である。検討すべき要素として、排他性、法的保護の範囲と期間、地理的範囲、耐用年数、開発段階、改良・改訂・アップデートの権利、将来便益の予測、各種リスクの存在、が挙げられる（本改訂案パラ 134～146）。なかでも、耐用年数や開発段階等を踏まえた将来便益の予測が大きな問題であり、一般的に無形資産が商業的に十分採算のとれるものであることが判明する前に関連会社に移転される場合についての言及がなされている（同パラ 141）。

移転価格算定方法に関しては、まず、諸機能を遂行している者に対する限定されたリターンの後の全ての残余利益が必然的に無形資産の所有者に配分されるべきであると単純に仮定しないことが重要であり、価値の創生に貢献する全ての要因が特定されるべきであるとされる（同パラ 151）が、民間企業からは、機能・資産・リスクの提供者の間で残余利益を分け合うのは実務的ではない、との意見もある。これは法的所有者への利益帰属が弱められることへの懸念であり、（２）での意見と軌を一にしているものと思われる。

具体的な算定方法については、再販売価格基準法や取引単位営業利益法等の片側検証の算定方法は、一般的に、直接無形資産を評価するには信頼できる算定方法ではない（同パラ 159）、無形資産の移転を伴う事柄において有用であるとされる可能性の高い算定方法は独立価格基準法及び取引単位利益分割法である（同パラ 163）、とされる。ただ、独立価格基準法については、信頼し得る比較対象の特定は、多くの場合、難しいか不可能であることを認識すべきである（同パラ 164）とされる。利益分割法については、各当事者に係る機能・リスク・資産について検討する全面的な機能分析は必須要素であるとしつつも、無形資産の権利の全ての売却に関して適用されるかもしれない（同パラ 167）、等とされるが、民間企業からは本改訂案での利益分割法重視への懸念が示されている。これには、資産や従業員を十分に抱える一部途上国が利益分割法を指向しているような状況や、更には OECD 移転価格ガイドライン（第 1 章 C、特にパラ 1.32）で明確に否定されている全世界定式配分が独立企業原則の代替案となり得るかもしれないとの考え（国連移転価格マニユ

アル・パラ 1.4.13 等) が、一部分での適用可能性を含め、かなりみられるようになってきたことに対する面があるものと考えられる。また、非関連者が利益配分によって価格決定をすることはないにも拘らず、何故関連者がそれを行わねばならないのか、といった基本的な疑問も提起されている。ただ、比較可能性分析にあたり、潜在的比較可能取引は、問題となっている無形資産が明白かつ明確に特定できかつ当該無形資産が明らかに **unique and valuable intangibles** である場合のみ無視されるべきである (本改訂案パラ 213)、とされ、無形資産の存在がある場合でも、差異調整の可能性を含めてかなり柔軟な比較対象への対応も考えられているようである。この点、無形資産がある場合の比較対象をどう捉えるかについては、概して片側検証の算定方法への消極的な取組がみられるなかで、利益分割法を持つ困難性を踏まえれば、一般的な流通機能に係るユニークでない無形資産等についての経験を基に、実務上、各国の合意を受けた比較可能性分析に係る幅広い事例の積み重ねが求められる。

評価技法については、無形資産の移転について信頼できる比較可能な非関連取引が特定できない場合には、関連企業間で移転される無形資産に係る独立企業間価格の見積もりに使うことも可能かもしれない、特に予想将来所得又はキャッシュ・フローの割引価値の計算を前提とした評価技法は有用かもしれない、評価技法は移転価格算定方法のうちの一方法の一部等として使えるかもしれない (同パラ 171)、とされ、このあたりについては、民間企業からも概ねの理解は得られているように思われる。また、予測キャッシュ・フローの割引価値の計算では、当該取引の両当事者の視点からの評価によって独立企業間価格が得られるべきであり、独立企業間価格は譲渡者と譲受者の視点から得られる現在価値のレンジ内のどこかに落ち着くであろう (同パラ 175)、とされる。ただ、無形資産の取得の場合の問題は評価の問題であって、移転価格の問題ではない、従って両当事者の要因は考慮されない、との意見もある。このような評価技法については、また、割引率・成長率・耐用年数等の諸仮定の小さな変更も最終的な評価に大きな影響を及ぼし得る (同パラ 176) ものであるが、特に信頼できる比較可能な非関連取引がない場合には、他のどのような移転価格算定方法よりも信頼できるものであると言えるかもしれない (同パラ 180)、とされる。割引率についても、加重平均資本コスト (WACC) アプローチ又はその他の方法に基づくものが移転価格分析で常に使用されるべきとみるべきではなく (同パラ 189)、事業全体のリスク水準及び各個別事案の状況下での種々の予測キャッシュ・フローのボラティリティ予想を反映すべきである (同パラ 190)、とされる。このようなことから、やはりここでの評価技法は、一般的な評価を基本としつつも、個々の状況を勘案したものとして、移転価格において使用されると考えるべきものであろう。また、評価技法は、利益分割法に係る十分な指針が未だないなかでは、利益分割法よりも優れている、との企業側の意見も十分に考慮され得ると思われる。なかには、このような所得アプローチと利益分割法等とを併用し、適切な調整によって両者の収束する値を求めることも考え得る、との意見もないわけではない。

評価が困難な無形資産についてはあえて別箇の定義は必要ではない、また、開発途中の

無形資産については本来的に不明なものである、とされ、それらの値決めについては、リスクが決定的要素であるとも言われている。リスクの負担は機能の遂行と必ずしも一致するものではなく、リスクがグループメンバー間で共有されるのであれば、有効な法的合意が当初からあるべきであるとも言われる。無形資産が関係する取引に関し、当初において評価が不確実な場合には、独立企業であれば比較可能な状況で行った取極によるべきとのことであり（同パラ 203）、例えば、価格調整条項、使用料率の売上増に合わせた増加（同パラ 201）、価格契約の再交渉（同パラ 202）、等が含まれることが考えられるが、何よりも独立企業であればどのような取極を行ったかの判断が重要となる。独立企業でも当初から固定的な内容で取極めることもあろうが、その場合には、その内容が比較可能な状況を踏まえて合理的である限りにおいて、後智慧を含めて、調査において調整を行うことは困難であると考えられる。ただ、独立企業である場合の取極内容を考慮するのは必ずしも容易でないのは事実であり、その点で、結果的に所得が生じたことをみて、“所得相応性基準みたいなものを OECD として公式に認知するか、それがグローバルスタンダードとして相応しいものか否かということも、この行動計画の下での一つの大きな論点になろう・・・”、とも言われている<sup>6</sup>。

所得相応性基準については、無形資産取引に対する比較可能な独立企業間取引の特定が困難であるため、取引時に予測される所得を考慮しつつも、実際にその後発生する所得を基に評価をすることになるいわゆる後智慧であって、これを使用することはできないとの意見が一般的であり、OECD でも基本的には支持されていないと言われる。つまり、これにより、事実上、無形資産から発生する所得に変更があった場合は定期的な調整（Periodic Adjustment）が必要となり、評価が取引後の事象を基になっていること、売り手の観点からではなく買い手の観点から現在価値を算定することから、移転価格の核のコンセプトである独立企業間取引の原則に反しているとも言われている<sup>7</sup>。ただ、無形資産についてはその将来価値が明らかでないまま移転されることによる所得移転が大きな問題であることから、その対応策として一部の国でこの基準が採用されている。米国は、当基準の独立企業原則との整合性について、この基準に合致していない場合には、税務当局が調整をする権利を持つとする警告としての意味があり、リスクの有無の変化等の十分な理由がある場合には、調整をしないこともあり得る、というような説明がなされているようである<sup>8</sup>。また、ドイツでは機能移転税として、この概念が採用されている。移転価格税制との整合性を考えれば、独立企業間であれば当初契約でどのような内容の合意をしたかが重要であろう。価格調整を行うことが合意されるような状況であれば、その適切な適用を求めることもあり得るが、価格調整を全く念頭にない場合もあり得よう。ただ、当初において、独立企業間であれば、どのような取極めを行ったかどうかの判断も極めて難しいところであり、その意味で、その適用にあたって、適用期限やセーフハーバー（米国では、実際利得が予想

<sup>6</sup> 国際税務 Vol.34 No.1「OECDにおける最近の議論—BEPSを中心に」（浅川雅嗣氏、渡辺裕泰氏）

<sup>7</sup> 経済産業省、「平成24年度アジア拠点化立地推進調査等事業」（PwC、2013年3月）163頁

<sup>8</sup> 同上164頁

利得の 80%未満・120%超でない場合には調整がなされない) が設けられるなど、それなりの実務面での工夫がなされているものの、やはり当初段階での取扱いについての一層の工夫が求められるところである。BEPS アクションプラン第 8 項目の中で、この問題についてどのような考えが提示されるのか注視する必要がある。

いずれにせよ、無形資産を巡る移転価格上の取扱いを巡っては、その経済的価値の大きさから、課税当局にとってのリスク評価及び移転価格調査の充実に当たっての重要な対応分野とされ<sup>9</sup>、今後とも BEPS 対応の一環として移転価格課税の充実に当たる国があると思われる(わが国でも無形資産を巡る海外子会社との取引に関して課税がなされた事例があるようである<sup>10</sup>)。できるだけ早期に上述した諸点について各国合意がなされることが俟たれる。

なお、BEPS 行動計画第 8 項目では、費用分担契約(CCA)に関するガイダンスを更新することもルール策定の対象とされているが、この問題については、一高委員によって企業実務も踏まえた詳細な報告書が作成されているので、そちらを参照されたい。

### 3. 電子商取引への課税

無形資産に係る取扱いについては、BEPS 行動計画の第 1 項目であるデジタル経済への対応と密接に関連するところがあり、またその性質上も無形資産と共通するところが多いように思われる。また、BEPS 行動計画の検討に当たっては、相互の分野での検討の進展状況を勘案する必要があるとの意見もある。ただ、民間企業からは、一般に、現代は多くの企業が電子取引に従事しているなかで、各国で統一的なルールがないために不確実性と追加コストをもたらしている、といわれており、OECD でも、これらに係る消費税(付加価値税)関係の問題のほか、条約諸条項の適用に絡んで、種々の論点からの検討が進められているようである。

消費税(VAT)関係については、EU での検討状況を受けて、かなりグローバルでの合意もなされているように感じられ、わが国でも、2015 年 10 月の消費税増税を見据えて、個人向けでは配信元の海外企業が納税義務者、法人向けではネット配信を受けた国内企業が消費税を納める、といういわゆる登録制とリバースチャージの導入に向けて政府内で検討がなされる、ようである<sup>11</sup>。

一方、事業所得課税については、ウェブサイトだけでは PE(恒久的施設)にならず、サーバーが一定の機能を果たしている場合には、PE になり得る、とされている(OECD モデル条約 5 条コメンタリー・パラ 42.2、42.3)。従って、電子商取引でも、進出先国にサーバーがなければ、当該国でのインターネット取引がかなりの量・金額になっても当該国で課税のないことが考えられ、現実に多額の売上が生じている国で当該企業に係る法人税負担が全くなされないことによいのかどうか、という問題が指摘されている。わが国でも著名な

<sup>9</sup> OECD: DRAFT HANDBOOK ON TRANSFER PRICING RISK ASSESSMENT(2013 年 4 月 30 日) パラ 78~80

<sup>10</sup> 2013 年 7 月 15 日付日本経済新聞

<sup>11</sup> 2014 年 1 月 14 日付日本経済新聞記事“海外発ネット配信 課税”

オンライン書籍販売業のグローバル企業に対する多額の課税が行われたものの、最終的にはPEが存在しないとして、日本側の主張は両国間の協議で退けられたようである<sup>12</sup>。ただ、仮に、外国企業がある国でのみ通用できる開発を行ってネット売上をした場合に、当該企業の居住地国でのみ課税対象となることによいのかどうか疑問が生じる。

この場合に、どのような考え方があるかについて、OECDの2005年ペーパー<sup>13</sup>によれば、従来のPE概念の代替案として、①Virtual Fixed Place of Business PE、②Virtual Agency PE、③On-site Business Presence PE、の三つが考えられている。①は、ウェブサイトを事業の場所と捉えるもので、有体物や不動産がなくても事業を行う一定の場所とされ、PEとなり得るとするものである。②は、現行の従属代理人PE概念を、ヒトを通さず技術的方法で当該企業のために契約が反復して(habitually)締結されている状況に適用しようとするものである。従って、外国企業を拘束する契約がウェブサイトによって反復して締結されていれば、サーバーの場所如何に拘らず、PEがあるとされるものである。③は、むしろ外国企業による顧客の場所でのサービスの提供、その他の事業上のインターフェイス(コンピュータや電話による接触等)の提供を行うという状況での当該企業の存在をみるものである。この場合には経済活動についての閾値を、活動時間・金額・活動類型等で設定することが考えられている。最も広範囲なのは③であるが、取引形態においてサービスや無形資産の重要性が高まっているなかで、顧客との接触にも一定の場所等を要しないという状況を踏まえてのものである。重要な経済的存在を考慮する立場からは、Virtual PEを採る考えがしばしばいわれるようであり、Virtual PEの導入提案がなされた国もないわけではない。PE概念自体が源泉地国での課税を一定の範囲に限る役割を持ち、またできるだけ既存の考えを適用するとすれば、いわゆるVirtual Agent(代理人)PE概念が考えられる。ウェブサイトは確かに「者」(OECDモデル条約第5条第5項)ではないが、契約締結権限を反復行使するという事業活動の本質的かつ重要な機能に着目するならば、ウェブサイト上で契約締結・契約履行が行われることがしばしばであり、PE概念として採り入れる余地も感じられる。いずれにせよ、大きな問題は、“歯止めのない源泉地課税権拡大の議論を誘発する懸念”<sup>14</sup>である。

この点で、利得の帰属範囲の問題が同時に生じる。独立企業原則では、原則として、機能遂行・資産使用・リスク引受に利得帰属がなされるとされるが、電子商取引に何らかのPE概念を認めたとしても、このあたりの具体的な適用方法についての明確な指針が欠かれないところである。OECDにおいて人的機能が重要な要素とされることについては、IPに係るfundingリスク引受から乖離しかねないとの意見もある。このような利得を巡る論点は、既存の経済取引とデジタル取引との同等競争条件の確保という、消費課税面だけに止まらない基本的問題とも関係するところである。また、可動性という点でデジタルと共通するいわゆるサービスPE(OECDモデル条約5条コメンタリー・パラ42.11~42.48)について、

<sup>12</sup> 2013年7月1日付日本経済新聞記事“Tax ウオーズ下”

<sup>13</sup> OECD: “E-commerce: Transfer Pricing and Business Profits Taxation” (2005年) 144頁以下

<sup>14</sup> 月刊国際税務別冊(2014年1月)「大規模法人の国際課税の課題」(山川博樹氏) 16頁



これまでの影響についての検討をまず行うべきとの意見もある。加えて、具体的な執行方法についても別途の検討が必要であると思われる。

その他にも、電子商取引を巡っては種々の論点があり、例えば、いわゆるビッグデータについては独立したものとして認識でき、課税対象となり得るとする国もあるようであるが、一般的にはユーザーデータはデジタル特有のものではないとされ、そのような考えには至っていないようである。また、小売業では、しばしばデジタル小売も実物小売も密接に関連しており、オンラインの効果で実物が売れることもある等、両者が混合している場合についても十分に検討すべきであるとの意見もある。また、一般論として、電子商取引では、顧客も多国籍企業も可動性が高いため、取引の対象者の特定の問題も生じ得るものと思われる。

いずれにしても、このようなことから、BEPS アクションプラン第 1 項目に係るペーパーは未だ OECD から公表されていないものの、幅広い観点からの検討が求められており、多義的な電子経済取引のなかで、例えば、ビジネスモデルを特定しつつ、電子商取引に係る何らかの PE 概念を認めるのかどうか、認めるとした場合の所得算定をどうするのか、またそれをどう執行するのか、全体的な対応策のなかで、各国の合意を得た具体的なルール作りが求められている。

なお、電子商取引を巡る課題については、別途浅妻委員による詳細な検討を踏まえた報告書が作成されているので、そちらを参照されたい。

#### 4. 移転価格に係る文書化及び国別報告

BEPS アクションプラン第 13 項目では、多国籍企業がグループ企業の所得・経済活動・支払税額に係る必要情報を各国政府に共通テンプレートで提供するという文書化ルールを策定することとされ、2014 年 1 月 30 日に、OECD 移転価格ガイドライン第 5 章の全面改訂という形で、討議草案が公表された。BEPS 行動の中で重要な役割を果たす無形資産について、移転価格のリスク分析上重要なものとして、グループ企業の全体像を示す 5 分野（組織構成・事業概要・無形資産・金融取引・財務税務状況）の一つとして、マスターファイルでの文書化が求められている。本討議草案の別添 I—マスターファイルでは、多国籍企業の無形資産に係る諸情報（無形資産の開発・所有・利用に係る全体的戦略、重要な無形資産の所有グループ企業、費用分担契約・ライセンス契約等、R&D 等に係る移転価格ポリシー、無形資産持分譲渡）、また別添 II—ローカルファイルでも、関連情報（無形資産の移転への関与、ライセンス取引）の文書化が求められている。

企業側からは、そもそもマスターファイル及び国別報告の内容に関して、各国間での情報共有に伴う、情報の収集・守秘性等の点で大きな負担・不安についての懸念を表明している。特に無形資産関連情報の提供には、その重要性に鑑み、大きな懸念があるものと思われる。今後、本討議草案に対する意見・懸念についての各国団体・企業によるコメント提出・コンサルテーション参加等を経て、更に検討されていくものと思われるが、いずれにせよ、本来紛争予防のための文書化が、特に無形資産を巡る移転価格算定方法の各国合

意がなされているとは言えないなかで、却って各国間での紛争を惹起させることのないように、できるだけ慎重かつ幅広い考察の上での取組が求められる。

## 5. その他

無形資産が絡む取引で、タックス・ヘイブンもかなり利用されており、いわゆる海外子会社合算税制（CFC 税制）の適用可能性が大きな問題となる。BEPS アクションプラン第 3 項目では、外国子会社合算税制の普及・強化が挙げられているが、そもそも CFC 税制の存在しない国があるほか、欧州では欧州裁判所<sup>15</sup>の判決で CFC 税制の適用がかなり制限されるというなかで、“CFC 税制もできるだけ協調された方がいい”<sup>16</sup>としても、当税制を各国間でどう調和させるかはかなり難しい作業であろう。民間企業からは、英国の新しい CFC 税制を評価する声はかなり聞かれる。また、タックス・ヘイブンの利用に際しては、しばしばハイブリッドエンティティーが利用されるが、これに関しては、アクションプラン第 2 項目で検討されることとなっている。ここでは、ハイブリッドエンティティーの取扱いの原則（例えば、居住地国での取扱いによる等）をできるだけ各国間で統一するとみられるほか、ハイブリッド・ミスマッチの解消をめざした原則的な合意がなされ得ると言われているが、この問題への対応についての民間企業の立場は、各国で微妙に異なるものとみられる。

BEPS アクションプラン第 5 項目では、有害税制への対抗の強化が挙げられている。OECD の定義による有害税制として、足の速い所得（mobile income）等に対して通常より低い実効税率を課すこと、等の条件を持つ税制のこととされており、特に無形資産関連では、いわゆるパテントボックス税制が、有害税制か否かが問題となっている。特に国外で開発された IP から生じる所得をも優遇税制（課税対象からの除外又は低税率の適用）の対象としているものについては、有害税制となる可能性があると言われている。パテントボックス税制は、既に欧州を中心に幾つかの国で採用されており、また民間企業からはリングフェンシング等に該当するわけではないので有害税制に当たらないとの意見もあり、OECD での今後の議論の帰趨が注目される。いずれにせよ、これまでの有害税制の基準が実質的にかなり変化してきているようであるので、基準の明確化が求められる。

無形資産はこれら以外のアクションプラン項目にも何らかの関係を有している場合が多く、一方で、無形資産はその性質上からも、関連取引を巡っては、各国間の合意がかなり困難なところを感じられる。それだけに紛争解決手段としての相互協議の実効性の確保や仲裁規定の導入等が強く求められ、アクションプラン第 14 項目での成果が大いに期待されるところである。

<sup>15</sup> Cadbury Schweppes 事件（ECJ 判決 C-196/04 2006 年 9 月 12 日）

<sup>16</sup> 国際税務 Vol.34 No.1 「OECD における最近の議論—BEPS を中心に」（浅川雅嗣氏、渡辺裕泰氏）

**グローバル時代における  
新たな国際租税制度のあり方**  
～国内法への帰属主義導入と  
BEPS(税源浸食と利益移転)問題を中心に～

21世紀政策研究所 研究プロジェクト

(研究主幹：青山 慶二)

2014年5月  
21世紀政策研究所

〒100-0004 東京都千代田区大手町1-3-2  
経団連会館19階

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