

グローバル時代における 新たな国際租税制度のあり方

～BEPS(税源浸食と利益移転)プロジェクトの
討議文書の検討～

報告書

2015年4月

はじめに

2012年のスターバックス、グーグル、アマゾン、アップル等の企業グループによる国際的租税回避問題の発覚に端を発し、G20の政治的リーダーシップのもとでOECD租税委員会が取り組んできた「税源浸食・利益移転（BEPS）プロジェクト」は、2013年の現状分析書（Addressing BEPS）をベースとして、15項目にわたる二重非課税防止のための施策の検討をスタートさせた。現状分析書によれば、最近の多国籍企業による二重非課税問題は、単に個別企業の違法な租税回避行動によってもたらされるものだけではなく、立法政策面のみならず解釈面も含めて国家間の相互調整が不十分な国内法制の間隙を突くものや、租税条約の不備を逆手に取ったものなど違法性が必ずしも明確とは言えないグレーゾーンのスキームが主流になっていると指摘された。そのため、検討対象となるBEPS防止施策は、既存の国際課税ルールの幅広い見直しを視野に置いたものとならざるをえず、OECDでは検討作業の初期段階からステークホルダーであるグローバルビジネスの積極的参画を求めることになったのである。

6年前から我が国多国籍企業が直面する国際課税問題を順次研究対象として政策提言を行ってきた「21世紀政策研究所・国際租税研究会」では、OECDからの処方箋が本邦企業のグローバル戦略にもたらす影響の大きさにかんがみ、前年度からBEPS問題に焦点を絞って検討する体制をスタートさせた。昨年度報告書（「グローバル時代における新たな国際課税制度のあり方～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～」）においては、OECDが先行して検討していた3項目（デジタルエコノミー課税、ハイブリッド・ミスマッチ課税取決めの否認、無形資産をめぐる移転価格課税）について、本邦企業の問題意識を踏まえた研究提言をすでに行ったところである。

ところで、2014年の年初以降OECDにおけるBEPS検討は佳境に入り、各項目について多くの討議文書が発表されることとなった。それらの公開討議文書は一定期間のコメント收受の上、公開コンサルテーションを実施して必要な修正を反映させた上で、比較的短期間に最終案に到達するというタイトなスケジュールの下で管理されている（作業の最終完了期限は2015年末）。それらの中で特にビジネスが重要項目として注目したのが行動13の移転価格ドキュメンテーションのガイダンスであった。当研究会は、国別報告書の作成内容と報告方法について、移転価格のリスク分析に必要な範囲内に項目を絞り込むべき

であり、かつ報告方式についても企業秘密の適正管理の観点から租税条約に基づく情報交換方式によるべき旨を取りまとめ、それを受けた経団連が主体となって OECD に対する働きかけを強めた。この結果、本年 2 月に OECD が最終合意として公表したドキュメンテーションガイダンスでは、上記申し入れが一定程度取り入れられたものとなっている。

今回の報告書では、上記行動 13 についての検討内容や提言はすでに決着済みとして割愛されているが、関心のある方々は、対 OECD 経団連コメント文書及び 2015.2.3「OECD 一経団連・21 世紀政策研究所：国際課税に関する会議」記者発表結果等を参照されたい。

本報告書は、昨年報告分及び上記の行動 13 を除いた BEPS 項目のうち主要なものについて、当研究会の委員が分担して検討成果を取りまとめたものである。取り上げた項目は実務面の検証が主たる内容となるものがほとんどであるが、中には基礎的な理論面の検証に踏み込んだものも多くあり、報告書内容は各担当委員の守備領域も反映して多岐に分かれている。なお、いずれの報告も、報告者個人の見識のみならず、研究会での議論に参加したタスクフォース委員からの多面的なインプットを反映した成果物でもあることを申し添える。以下においては、各委員による報告の特徴をかいつままで紹介しておきたい。

まず、原口・上田委員による行動 3 (CFC 税制の強化) 及び一高委員による行動 12 (濫用的取決めにかかる情報開示) については、いまだ検討対象となる討議文書が公表されていない。したがって、行動 3 においては、タックスヘイブン税制の比較法分析に基づきベストプラクティスのオプションの検討を行うとともに、BEPS 処方箋が出された場合の我が国の適用除外要件に及ぼす影響を予備的に検討しているほか、行動 12 においては、OECD の義務的開示制度をめぐる報告書と協力的コンプライアンスの整備を促す議論の沿革を要約するとともに、米国の開示制度の比較検討を行い、我が国への示唆を検討している。

その他の行動項目については、討議文書に基づく検証が主たる内容となっている。まず、浅妻委員による行動 4 (利子控除) については、討議文書が提案する利子費用の配賦に関する **group-wide rule** と **fixed ratio rule** を、利子控除理論の原点の問題 (ACE か CBIT 税制の選択及び、所得の地理的帰属の問題との区別) から始めて、定式配分との関係を論じて、最終的には会計ルールの不整合のもとでの **group-wide rule** の問題点に触れて **fixed ratio rule** を中心とした提案への集約の可能性を見据えた論文である。吉村委員による行動 5 (有害税制への対抗) においては、OECD の有害な税の競争プロジェクトでの検討経緯を踏まえながら、2014.9 のレポートで集中的に検証されたパテントボックス制度に焦点

を当てて連結アプローチ (Nexus Approach) をベースとした EU での英独合意の採用方針を紹介するとともに、ルーリングについての自発的情報交換の検討も行われている。また、高嶋委員による行動 6 (租税条約濫用防止) 及び青山による行動 7 (PE 認定の人為的回避の防止) については、いずれも討議文書の示す具体的処方箋の概要について紹介するとともに、前者は日系企業に与える影響を地域統括会社、JV 持株会社、投資保有会社に適用した場合の影響にかんがみた緩和策を検討しているのに対し、後者では、OECD モデル条約の PE 条項の歴史的変遷とそれとの連続性の観点から、討議文書の A~L 案の評価を代理人 PE と準備的補助的活動条項を中心に行っている。さらに、岡田委員による行動 8~10 (移転価格税制) については、前年の取組を踏まえて、今年新しく行動 9 や 10 で提示されたリスク評価や取引の再構築の問題並びに利益分割法やグループ内役務提供に対する新しいガイダンスについて、本邦企業の立場からの実務的な批判を加えた論評を行っている。

以上の検討内容については、今後、OECD での検討スケジュールと今後の国内立法化の可能性等を考慮しながら、当研究会として必要な意見具申がタイムリーにできるよう、さらに内容を精査するつもりであることを、最後に申し添える。

2015 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。

第4章 行動6：租税条約濫用防止

KPMG 税理士法人パートナー 高嶋 健一

1. はじめに.....	39
2. 行動6報告書の規定振りの詳細.....	40
3. 行動6の規定が日系企業に与える影響.....	45
4. 行動6の規定振りの緩和策の提案.....	50
5. まとめ.....	55

第5章 恒久的施設（PE）認定の人為的回避への対応

早稲田大学大学院会計研究科教授 青山 慶二

1. BEPS プロジェクトでの問題提起.....	57
2. 国際間の課税権配分における恒久的施設（PE）概念の役割.....	57
3. PE 概念が経済情勢の変化へ対応してきた沿革.....	60
4. BEPS プロジェクトでの処方箋の分析.....	62
5. おわりに.....	71

第6章 BEPS 行動8-10（移転価格関連）

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（行動8）.....	74
3. リスク・再構築・特別措置（行動8・9・10）.....	75
4. その他の取引（行動10）.....	80
5. まとめ.....	82

第7章 濫用的取決めに係る情報開示と協力的コンプライアンス～OECD及び米国の動向からの示唆

関西学院大学法学部教授 一高 龍司

1. はじめに.....	85
2. OECD の動向.....	87
3. 米国における義務的開示と協力的コンプライアンス.....	98
4. 示唆（結びに代えて）.....	109

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（五十音順）

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
安 房 敬 史 武田薬品工業(株)財務統括部（税務）主席部員
一 高 龍 司 関西学院大学法学部教授
上 田 滋 EY 税理士法人マネージャー
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
木 原 妙 美 トヨタ自動車(株)経理部国際税務・株式グループ長
清 瀬 恵 三菱電機(株)経理部税務会計課専任
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
栗 原 正 明 東レ(株)経理部税務担当部長
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
豊 原 寛 和 日産自動車(株)財務部税務グループ主担
原 口 太 一 EY 税理士法人エグゼクティブディレクター
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
八 若 和 紀 三井物産(株)経理部税務統括室室長
吉 村 政 穂 一橋大学大学院国際企業戦略研究科准教授
渡 辺 徹 也 早稲田大学法学部教授
阿 部 泰 久 (一社)日本経済団体連合会常務理事

21 世紀政策研究所

満 田 智 彦 21 世紀政策研究所研究員

(2015 年 3 月時点)

第 1 章 行動 3 : CFC 税制の強化

EY 税理士法人エグゼクティブディレクター
原口 太一

EY 税理士法人マネージャー
上田 滋

1. 行動 3 の概要

(1) 行動 3 に係るスケジュール

行動 3 に関する公表されているスケジュールは下記のとおりである。

- ① ディスカッション・ドラフトの公表：2015 年 4 月上旬
- ② パブリック・コンサルテーション：2015 年 5 月
- ③ CFC 税制の設計に関する勧告策定：2015 年 9 月

(2) 行動概要

2013 年 7 月 19 日に OECD から公表された Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (以下「BEPS 行動」という。)における行動 3 の概要は、下記のとおりである。

① 概要

2013 年 7 月 19 日に OECD から公表された BEPS 行動における行動 3 では、「CFC 税制 (概要図 1 参照) の設計に関する勧告を策定する。なお、この作業は他の作業と必要に応じて調整される。OECD が過去に大きな作業を行っていない分野が CFC 税制である。関連者である非居住者に対して居住者の所得を移転することが BEPS の原因の 1 つであり、この問題に対処するため、多くの国で CFC 税制等の課税繰延に対抗する税制が導入されてきた。しかしながら、多くの国の CFC 税制は、必ずしも BEPS に対して包括的に対抗できるものではない (概要図 2 参照)。」との OECD による声明が記載されている。

② 必要とされる行動及び方法

BEPS 行動では、CFC 税制にかかる国内法の設計に関する勧告¹を公表することが OECD に期待される成果として挙げられている。

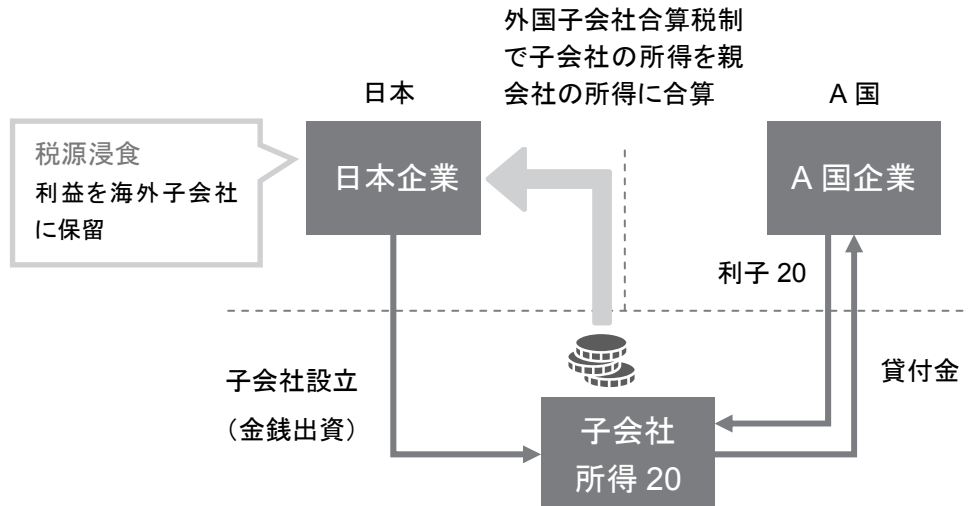
¹ 平成 25 年 10 月 8 日税制調査会配布資料では、行動 3 の概要について、「外国子会社合算税制 (CFC 税制) に関して、各国が最低限導入すべき国内法の基準について勧告を策定する」と記載されている。

<概要図 1>

行動計画 3 CFC 税制の強化する

CFC(Controlled Foreign Companies) (外国子会社合算税制)

- ・ 税負担の著しく低い外国子会社等を通じて国際取引を行うことで、税負担を不当に軽減・回避する租税回避行為が行われている。
- ・ 外国子会社合算税制は、一定の税負担の水準以下である海外子会社等の所得を、国内法人等の所得とみなして合算して課税する(但し、実態を伴って活動をしている子会社等には課税されない)税制。

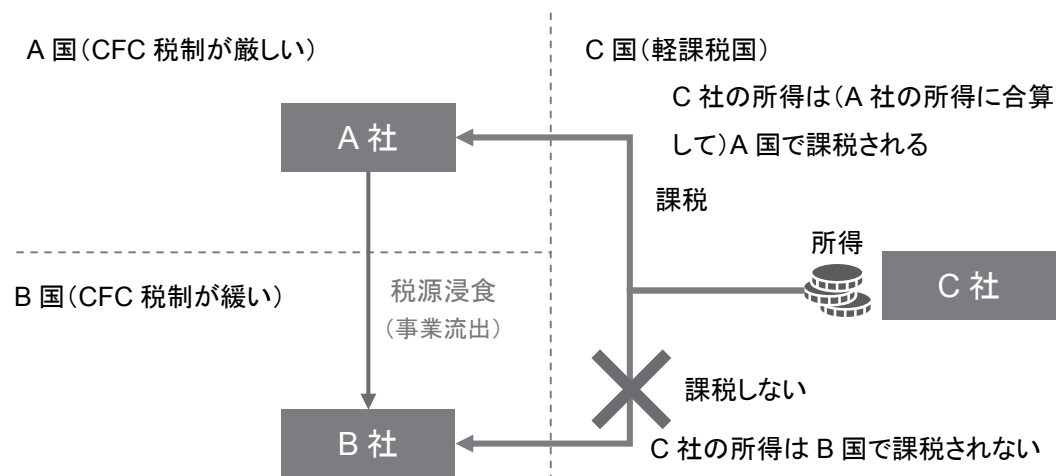


出典:平成 25 年 10 月 8 日税制調査会配布資料等に基づき作成

<概要図 2>

各国の CFC 税制が異なると、租税負担を避けるため、CFC 税制が厳しい国(A 国)から CFC 税制が緩い国(B 国)に事業が流出するおそれ。

→ B 国が A 国並みの CFC 税制を導入する必要。



出典:平成 25 年 10 月 8 日税制調査会配布資料等に基づき作成

2. 行動3に関するこれまでの議論

1986年11月にOECDより公表された *Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies*（租税条約と基地会社²の利用報告書）では、基地会社の利用による租税条約の濫用事例及びその対策案が検討・整理されている。また、1998年4月にOECDより公表された *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*（有害な税の競争報告書）では、タックスヘイブンの判定基準が提示されており、「有害な税の競争」に対する対抗措置として19項目の勧告（Recommendation）が提案されている。

（1）CFC税制の導入ないし強化

1998年に公表された有害な税の競争報告書では、有害な税の競争に対する対抗措置として19項目の勧告が提案されており、そのうち下記の2点がCFC税制に関するものである。

- ① 第1勧告：CFC税制などのタックスヘイブンに対抗するための税制の導入ないし強化
- ② 第10勧告：CFC税制などの国内法による濫用防止規定が租税条約に反しないことの明確化

第1勧告では、CFC税制又は同様の税制がない国はその導入を検討し、既にそのような税制がある国については、有害税制を防止するという趣旨が首尾一貫するように適用すべきと提案されている。この報告書を受けて、OECDはその後タックスヘイブンの定義の修正に係る検討やタックスヘイブン・リストの作成に取り組むこととなるが、この報告書以降、CFC税制の設計そのものに関する議論・検討は特に行われていない。

（2）CFC条約と租税条約との関係

上述（1）②の第10勧告で言及されている、国内法によるCFC税制などの濫用防止規定がOECDモデル租税条約の規定（特に、第7条（事業所得）第1項³及び第10条（配当）第5項⁴）に抵触するか否かという問題については、OECDで早くから議論されており、OECDモデル租税条約コメンタリーにも反映されている。OECDは、1986年に公表された租税条約と基地会社の利用報告書を受けて、1992年のOECDモデル租税条約の改訂において、実質主義アプローチやサブパートF条項のような国内法による濫用防止規定と租税条約の規定との両立を支持する多数派の意見と、これらは抵触するとする少数派の意見をコメンタリーに追加した。その後、CFC税制と租税条約の抵触関係が争われたいく

² 基地会社とは、納税者の居住地における所得を回避し税負担を削減するために利用される、低税率国又は無税国の法人をいう。基地会社は、関連会社のために特定の活動（例えば、マネジメントサービス）を行うことや、配当・利子・ロイヤルティ・サービスフィーのような特定の所得を移転させるために用いられる。引用元：Centre for Tax Policy and Administration Glossary of Tax Terms (OECD) <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>

³ 「一方の締約国の企業の利益に対しては、その企業が他方の締約国にあるPEを通じて当該他方の締約国において事業を行わない限り、当該一方の締約国のみ課税することができる」と規定されている。

⁴ 「一方の締約国の企業の留保所得に対しては、例え当該留保所得の一部又は全部は他方の締約国で生じた利益又は所得に起因するものである場合でも、当該他方の締約国は課税することはできない」と規定されている。

つかの裁判事例⁵を経て、2003年改訂において、CFC税制と租税条約との両立性が初めて明示的にコメントリで言及されることとなったが、その内容は下記のとおりである。

- ① CFC税制は多くの国において導入されており、その構造は各国により大きく異なるものの、一方の締約国が特定の外国団体への参加に起因する所得について、居住者に課税するという点で共通しており、国内の課税ベースを守るための適法な手段として国際的に認識されている。この税制は租税条約（特に、第7条（事業所得）第1項、及び第10条（配当）第5項）と抵触するのではないかという議論が行われてきたが、これらの規定の文脈から読み解くとそのような解釈は妥当ではない⁶。
- ② OECDモデル租税条約第7条（事業所得）第1項の目的は、一方の締約国による他方の締約国における企業の事業所得に対する課税を制限するものである。CFC税制は一方の締約国による自国の居住者に対する国内法の規定に基づく課税であり、その課税所得が他方の締約国に居住する企業の利益に基づき算定されるものの、このような自国の居住者に対する課税権は本条項により制限されない⁷。
- ③ 納税者の居住地国がCFC税制に基づき未分配利益に対して課税することは、OECDモデル租税条約第10条（配当）第5項と抵触すると議論できるかもしれない。しかし、本項は源泉地国における課税に限定されており、このような居住地国における課税には影響を与えない。また、本項は法人に対する課税に関するものであり、株主に対する課税に関するものではない⁸。

以上のように、OECDはコメントリにおいてCFC税制の適用は租税条約により制限されない旨を示しているが、この解釈についてはOECD加盟国内でも見解が分かれており、5カ国⁹が当該コメントリに対して所見を表明している。

3. 諸外国等における行動計画3（CFC税制の強化）に関する状況

（1）米国

現在議論されている米国の国際課税制度に関する改正及びOECDのBEPSプロジェクトに関連して、米国では、CFC税制に焦点が当てられている。米国のCFC税制は、1962年に初めて導入されて以来、多くの改正が行われている。

米国のCFC税制において、CFCとは、米国株主により50%超を保有される米国国外で組成された法人のことを意味している¹⁰。また米国株主とは、外国法人株式の10%以上を保有する者（個人又は事業体）をいうが、外国法人株式の保有割合の算定に当たっては、

⁵ 1997年の英国におけるBricom事件（判決：CFC税制の適用は租税条約と抵触しない）、2002年のフィンランドにおけるA Oyj Abp事件（判決：同上）、2002年のフランスにおけるSchneider事件（判決：CFC税制の適用は租税条約に違反する）等である。

⁶ 『2010年版OECDモデル租税条約』第1条・コメントリ・パラグラフ23

⁷ 『2010年版OECDモデル租税条約』第7条・コメントリ・パラグラフ14

⁸ 『2010年版OECDモデル租税条約』第10条・コメントリ・パラグラフ37

⁹ ベルギー、アイルランド、ルクセンブルグ、オランダ及びスイスである。

¹⁰ Internal Revenue Code section 957(a)

特定関連者の持分の割り当てに関する特別な規定がある¹¹。CFC 税制では、原則として、CFC が稼得する特定の所得区分の持分相当額¹²及び CFC の米国税務上の利益剰余金 (earnings and profits) のうち、米国資産に投資された部分の持分相当額¹³が、同事業年度に米国株主に対して合算課税される。CFC 税制における合算対象所得区分には、受動的な投資性所得と考えられる所得に加え、特定の海外販売所得やサービス所得¹⁴のような、より能動的な所得も含まれる。なお、同事業年度において、合算課税の対象外となった CFC の所得については、米国株主が配当を受領する際に、配当所得として課税を受けることとなる。

政府による国際課税制度の改正に関する予算案 (2015 年度) には、CFC 税制の改正案も含まれており、米国から CFC に移転された無形資産に係る「超過収益」で、かつ、低税率で課税を受けるものを、新たに合算対象所得区分に含めることが提案されている (実効税率が 10%~15% の場合は、この所得の一部を、実効税率が 10% 以下の場合は全額を合算課税するとしている)。また、政府は、大統領の Business Tax Reform の枠組み (2012 年) において、CFC の全ての海外所得に対して米国親会社での最低限の課税 (minimum tax) を行うことの検討を提案している。

下院歳入委員会のキャンプ委員長による国際課税制度の改正に関するディスカッション・ドラフト (2011 年) には、CFC 税制を拡大するための 3 つの代替案 (オプション A、B 及び C) が含まれている。オプション A の内容は、移転された無形資産に係る特定の超過収益に課税するという政府の改正案と同様である。オプション B の内容は、低税率 (改正案では、実効税率 10% 以下とされている) で課税を受ける CFC の海外所得について、新しい合算対象所得区分を創設するというものである。オプション C の内容は、CFC が稼得する無形資産に係る全所得について、新しい合算対象所得区分を創設し、この所得区分に対して、米国において軽減税率 (改正案では、米国法人税率の 60% の税率が適用されるとしている) で課税するというものである。キャンプ議長の包括的な税制改正の (第二次) ディスカッション・ドラフト (2014 年) には、オプション C の修正版に加えて、CFC 税制に関するその他重要な改正案が含まれている。

上院財政委員会のボークス委員長による国際課税制度の改正に関するディスカッション・ドラフト (2013 年) には、CFC の合算対象所得の範囲を大幅に拡大する一方で、この所得のうちの一一定の所得に対しては軽減税率を適用するという 2 つの代替案 (オプション Y 及び Z) が含まれている。オプション Y の内容は、米国に輸入される資産及び米国のサービスから生じる所得について、その全額を合算対象所得区分とし、海外において米国法人税率の 80% 以下の税率で課税される所得について、その全額を合算対象所得区分とする (改正案では、米国法人税率の 80% の税率が適用されるとされている) というものである。オ

¹¹ Internal Revenue Code section 958

¹² Internal Revenue Code sections 951-954

¹³ Internal Revenue Code sections 951 and 956

¹⁴ Internal Revenue Code sections 953 and 954

プシオン Z では、現行の CFC 制度に代わる 2 つの所得区分の導入が提案されており、そのうちの 1 つが、その 60%を合算対象所得として認識する CFC の能動的海外市場所得 (active foreign market income) であり、もう 1 つが、その全額を合算対象所得として認識する CFC のその他の所得である。

財務省は、OECD の BEPS プロジェクトに関する議論において、CFC 税制は、潜在的な BEPS に対抗するための手段であり、移転価格の補強的機能を果たすとの見解を示している。

(2) 英国

英国の CFC 税制は、英国における最近の抜本的な国際課税制度に係る改正の一環として、2013 年 1 月に大幅に改正されている。新しい CFC 制度は、英国から人為的に移転されたと思われる所得に狙いを定めており、そのための基本的な仕組みは、資産及びリスクが重要な人的機能 (PE への利得帰属に関する OECD モデル租税条約コメントリーに定める Significant People Functions) の所在地から人為的に分離されたか否かを特定するというものである。この制度は、英国及び他国の双方の BEPS 税源浸食を防ぐことを意図しているが、限定された状況においてのみ適用される (例えば、特定の受動的所得や、能動的事業に係る重要な人的機能の大部分が CFC の居住地国ではなく英国に所在する場合の CFC の能動的所得に対してのみ適用される)。

英国の CFC 税制において、CFC とは、英国居住者 (又は複数の英国居住者) により、法的、経済的、又は会計基準上の観点から支配される外国法人を意味している。また、「40%ルール」¹⁵の適用により、一定の追加要件のもと、外国法人が英国居住者 (又は複数の英国居住者) により支配されていない場合においても CFC と判断されることがある。新しい CFC 税制には、定量的ではなくむしろ定性的な要素に焦点を当てた初期的適用除外規定 (initial gateway) が設けられており、これは、税制改正におけるコンサルテーション・プロセスを受けて、詳細なルールを検討しなくてはならない会社の数を減らすために導入されている。英国税務当局は、CFC の大多数は、この初期的適用除外規定から先の検討は不要となるであろうという旨をガイドラインに記している。初期的適用除外規定は、下記の 4 点の要件のうち、いずれか 1 つを満たす場合に適用され、逆にこれらの要件が 1 つも満たされない場合に、CFC 税制の詳細な規定をさらに検討する必要がある。

- ① CFC の主たる目的が、英国において税務ベネフィットを得ることではないこと
- ② CFC に係るリスクと資産の管理・支配が英国において行われていないこと (CFC の英国 PE を通じて行われている場合を除く)
- ③ CFC は、英国から独立して自身の活動を行うことができること

¹⁵ 「40%ルール」は、英国居住者と英国非居住者の 2 人の者が一緒に外国法人を支配しているが、英国居住者のみでは支配していない場合に適用される。英国居住者が外国法人の株式等 (持分、権利、権限) を 40%以上保有しており、かつ、英国非居住者が外国法人の株式等 (持分、権利、権限) を 40%以上 55%以下保有している場合に、この外国法人は CFC とみなされる。

- ④ CFC は、不動産事業のみを行っている、及び／又は非事業金融利益のみを稼得していること

CFC の総利益のうち、CFC 課税対象所得の判断基準 (CFC charge gateway) に定める特定の所得に該当するものが CFC 課税を受けることとなるが、CFC charge gateway は、英国から人為的に利益が移転されるリスクが高いと思われる下記の 5 種類の利益に焦点を当てている。

- ① 英国における活動に帰属する利益
- ② 非事業金融利益
- ③ 事業金融利益
- ④ キャプティブ保険事業から生じる利益
- ⑤ Solo consolidation (金融機関における規制上の特例) の場合

上述の利益は、それぞれの種類ごとに各章に規定されており、これらにより CFC charge gateway が構成されている。CFC の利益に上述の 5 種類の利益のうちのいずれかが含まれており、かつ、初期的適用除外規定が適用されない場合には、次のステップとして、英国からの人為的な移転に関連する利益を特定することとなる。上述のとおり、このステップの基本的な仕組みは、資産とリスクが重要な人的機能の所在地から人為的に分離されたか否かを特定するというものである (なお、この概念は、初期的適用除外規定においても使用されている)。

CFC 税制の仕組みにおけるその他の重要なポリシーは、オフショア資金調達に関する簡易制度である。貸付活動から生じる利益が、英国における活動又は英国からの投資により生じるものである場合には、CFC 課税の対象となる可能性があるが、同じグループ内のその他の CFC に対する貸付から生じる利益に関しては、全額又は一部が免税となる可能性がある。全額免税制度は、既存の資金源からの貸付の場合で、限定的な状況において適用される。しかし、一部免税制度はより多くの場合に適用可能であり、利益の 75% が英国法人税課税から実質的に免税となる。

また、柔軟性を持たせるために、CFC 税制には 5 つの対象法人レベルでの適用除外規定が設けられている。この規定により、下記のいずれかに該当する場合には、CFC charge gateway の課税対象所得に該当するか否かに関らず、CFC における全ての利益が CFC 課税対象所得から除外されることとなる。

- ① CFC の現地における税負債が、英国において生じたであろう税負債の 75% 以上であること
- ② CFC の利益又は利益率が低いこと
- ③ CFC が特定の適格地域の居住者であること
- ④ 外国法人が初めて CFC に該当したこと

つまり、英国の CFC 税制は、CFC において CFC charge gateway で課税対象となる利益があり、対象法人レベルでの適用除外要件のいずれも満たさない場合にのみ適用される。なお、CFC の合算課税対象所得は、CFC の持分に応じて株主に割り当てられるが、25%

以上の持分を保有する英国法人のみが合算課税を受けることとなる。

CFC 税制の大幅な改正が最近実施されたことを踏まえると、近い将来に更なる大きな改正は行われないと考えられる。

(3) ドイツ

ドイツの CFC 税制は、1973 年に導入されている。ドイツの CFC 税制において、ドイツの親会社は、CFC である外国法人が稼得する受動的所得で、かつ、低税率の課税しか受けないものを合算課税する必要があり、原則として、下記の要件を（全て）満たす場合に適用される。

- ① 外国法人の議決権又は登録株式資本の 50%超が、直接又は間接的に、ドイツ居住者株主により保有されていること。
- ② 外国法人の受動的所得が低税率（ドイツ税法に基づいて計算した場合における実効税率が 25%未満の場合）で課税されていること。
- ③ 外国法人の所得が、CFC 税制における「受動的」所得に該当すること。ドイツの CFC 税制では、受動的とみなされる活動が規定されており、例えば、賃貸所得、自社開発でない IP に係るライセンス所得、関連者間の商取引・保険取引による所得は受動的所得に通常該当する。役務提供から生じる所得も、例えば、ドイツ株主又はその関連者が主に CFC と取引をしている場合や、CFC の事業に大きく関わっているような場合には、受動的所得とみなされる。また、場合によっては、株式の譲渡益も受動的所得として取り扱われる可能性がある。
- ④ あらゆる資本投資から生じる所得、特に、利息所得に関しては特別な規定が設けられており、資本投資から生じる受動的所得については、ドイツ居住者株主が CFC の議決権又は登録株式資本を 1%以下（特定の場合は、より低い保有割合が適用される）しか保有していない場合には、CFC 税制の適用を受ける。

なお、いわゆる EU 適用除外規定（EU exception）という規定が国内法に措置されており、EU 加盟国に登記上の住所及び事業の管理の場所を有する法人が、居住地国において真正な事業活動を行っており、これをサポートする十分な証拠をドイツの納税者が提出できる場合には、その法人は CFC 税制における受動的外国法人とはみなされないこととなる。

ドイツの CFC 税制は、主に EU 法違反を回避するために、これまで改正が繰り返されてきたが、OECD の BEPS プロジェクトに関連して大幅な改正は行われたい見通しである。

(4) フランス

フランスの CFC 税制は、事業体ベースの（エンティティ）アプローチにより、1980 年に制定されている。CFC 税制は、租税条約と相容れない国内の判例¹⁶が出たことを受け、

¹⁶ 2002 年 6 月 28 日、CE 判決（Schneider Electric）において、瑞仏租税条約は、フランスに PE のない外国法人の所得に対する CFC 税制の適用による課税を妨げるものであると判示されている。

また、EU 法との一貫性を確保するために、2005 年に改正されており、直近では、2012 年に、EU 域外の事業体に適用される能動的事業基準に関する改正が行われている。

現行の制度では、フランス税法第 209B 節の下、フランスの法人税が課税されるフランス法人が、在外支店又は現地国における特惠税制 (a privileged tax regime) によりベネフィットを得ているストラクチャー (その種類を問わず) に係る直接又は間接の 50%以上の持分 (持株、議決権、利益請求権) を保有している場合¹⁷には、その外国法人又は企業の所得は、フランスで法人税の課税対象となる。外国の所得が法人によって実現された場合には、その所得は、みなし配当としてフランス法人において課税される。また、所得が企業 (PE 又は支店) によって実現された場合には、フランスとその相手国との間で締結している租税条約において、フランス税法の第 209B 節の適用が明示的に認められているときに限り、これらの所得はフランス法人の所得として課税される。これらの規則上、特惠税制 (a privileged tax regime) とは、支払われる実効税額が、同様の状況下においてフランスであれば支払われたであろう税額の 50%未満である場合の税制をいい、そのような外国法人を CFC (controlled foreign company) といい、CFC の所在地国において CFC により支払われる税額は、フランスの法人税から控除することが可能とされている。なお、EU 加盟国内において設立された法人の所得に対しては、フランス税務当局が、この外国法人の利用はフランスにおける租税回避のみを目的とする人為的なスキームであるということ立証しない限り、CFC 税制は適用されない。同様に、外国法人の所得が、その設立国で実質的に遂行された活動から得られている場合には、CFC 税制は適用されないが、この規定の対象となる会社は、2012 年 12 月 31 日以後に終了した課税期間については、実際に産業・商業活動を行っている旨を証明し、低課税国における設立の主たる目的が、税務上の目的や効果のためではないということ立証しなければならない。

海外の資金センターを通じなければ、フランスの親会社が直接グループ会社から受取り、本来は課税される利子所得について、海外のトレジャリー・センターに対して過大な資本を寄せて (グループ内の) ファイナンスをすることで、その大部分を免税となる配当所得に転換するというストラクチャーに対して、フランス税務当局は、一般的租税回避防止規定 (GAAR) を適用することにより、更正を行っている。フランスの GAAR は、ストラクチャーが架空であるか、又は、立法者の意図に反して単に税務上のベネフィットを受けることだけが目的とされているかが適用の要件とされており、判例法によると、これは外国法人の実態の程度によって判断される。

(5) EU

欧州司法裁判所において、加盟国の CFC 税制の諸規定が、『EU 機能条約』の基本的自由の諸原則 (特に設立自由の原則) に抵触するか否かという争点をめぐり、いくつかの訴

¹⁷ 外国事業体の 50%超が、他のフランス法人との合計で、又はそのフランス法人と支配関係を有する事業体によって保有されている場合には、株式保有割合の閾値は 5%に引き下げられる。

訟が提起されている。

個別の訴訟の結果に応じて、その加盟国における CFC 税制の個別改正等の動きはあるものの、EU では、OECD の行動 3 (CFC 税制の強化) に相当するような議論は、特に行われていない。

(6) 中国

中国は、2008 年に CFC 税制を導入している。中国の国内法では、CFC とは、中国居住者である事業体又は中国居住者である事業体と個人により共同で「支配される」外国企業と定義されており、外国の事業体の実効税率が中国の税率の 50%未満 (つまり、12.5%未満の税率) の国又は地域で設立されていることが CFC の要件となる。CFC について、株主へ利益を分配しないことに関する合理的な事業上の目的が十分でない場合には、中国居住者である事業体又は個人は、CFC の利益のうち、自身に帰属する部分について同事業年度に合算課税を受ける。ただし、利益を分配しないことに関する合理的な商業上の目的が十分でない場合の判断については、現時点においてガイダンスはほとんど存在しない。なお、外国の事業体が、能動的な事業活動を行う場合、非タックスヘイブン国 (いわゆるホワイト・リスト国) に所在する場合、又は事業体の年次収益が 500 万人民元を下回る場合には、適用除外規定が適用される。

中国からのアウトバウンド投資が初期段階であることから、中国税務当局では、CFC 税制を即座に強化する計画はない (中国からのアウトバウンド投資は WTO に加入した 2001 年から始まったが、実際に活発になったのは 2008 年以降である) が、外国税額控除の判定に関連して CFC 税制を検討するための共同プロジェクトチームが発足されている。

(7) 南アフリカ

南アフリカの CFC 税制は 1997 年に導入されている。南アフリカの CFC 税制において、南アフリカ居住者である株主は、外国子会社の株式を 10%以上保有しており、かつ、その外国子会社株式の 50%超が南アフリカ居住者により保有されている場合には、みなし所得が合算課税される。この外国子会社のみなし所得は、事業施設 (business establishment) に帰属するものである場合、又は高税率 (南アフリカにおける税率の 75%以上の実効税率) で課税を受ける場合には免税となる。しかし、受動的所得又は移転されたと思われる所得 (移転価格の濫用に関連すると思われる所得) には、事業施設に関する免税措置は適用されない。

CFC 税制の拡充は、多国籍企業が事業を行う他のアフリカ国との競争への影響の懸念から、抑止されており、近い将来に、CFC 税制をさらに強化するための改正は行われなと思われる。また、公式見解ではないものの、独立委員会は、現行の南アフリカの CFC 税制は過度に負担が大きいとの見方をしていると一般的に考えられている。

(8) インド

インドには CFC 税制はないが、Direct Taxes Code (DTC) と呼ばれるインドの直接税法の一部として CFC 税制が導入される予定である。DTC 草案では、下記 3 つの基準を満たす外国法人が CFC とみなされる。CFC の認定に関して、DTC は租税条約より優先適用され、CFC の全所得に対して、インド居住者株主が持分に応じて合算課税を受けると規定されている。

- ① 上場しておらず、納税額が DTC に基づいた場合の税負担額の 50%未満である地域における税務上の居住者であること
- ② インド居住者単独又は複数のインド居住者により共同で、法的又は実質的に支配されていること
- ③ 能動的な営業又は事業を行っておらず、特定の受動的所得が 250 万インドルピー以下であること

(9) ブラジル

ブラジルは、全世界所得課税方式を採用しており、ブラジル法人に支配されている外国子会社の各年度の所得は、ブラジル法人へ還流されたか否かにかかわらず、ブラジルにおいて課税対象となる。ブラジル法人に支配される関連外国法人について、特定の要件を満たす場合には、実際の配当時においてのみ課税することで済む場合がある。なお、上述の税制上、外国子会社がブラジル法人に「支配」されているか否かに関しては、ブラジル会社法及び会計原則の基準に基づき判定することができる。

最近の改正により、この厳格な上述の税制は多少緩和されており、例えば、厳しい要件ではあるものの、特定の場合には、適用除外規定が設けられている。また、特定の垂直的及び水平的損益通算は、2017 年までの試験的プログラムの下で、一定の場合に認められている¹⁸。2013 年 11 月に新たに発行された暫定措置 627 の規定には、国外で稼得した所得に関する能動的所得と受動的所得との区分及び特定の場合における新たな支払繰延制度が含まれている。

4. 行動 3 の今後の方向性、我が国への影響及び対応策

(1) 今後の見出し・方向性

CFC 税制は、1962 年に米国において最初に導入された。CFC アプローチが考案されて以来、50 年以上の間に、多くの国が何らかの形で CFC 税制を取り入れてきたが、全ての国に CFC 税制が存在するわけではない。また、(各国における) 既存の CFC 税制は、対象法人及び対象所得の双方の観点において、かなり多様性に富んでいる。

¹⁸ Provisional Measure 627/2013 によると、CFC の損益通算は、2017 年までの能動的所得に関連するものに関して試験的に認められている。現行の規定では、①ブラジルと租税情報交換協定を締結していない国に所在する CFC、及び②タックスヘイブン国に所在する CFC、優遇税制又は 20%未満の税率で課税を受ける CFC は、CFC の損益通算制度から除外される。また、そのような CFC に直接又は間接的に支配される CFC に対しても同様の制限が課される。

CFC 税制が存在しない国の多くにおいては、CFC 税制の導入を検討する計画も現時点ではない（例えば、アイルランドやシンガポール）。また、多くの発展途上国には CFC 税制は存在しないが、そのうちいくつかの国（例えば、インド）は CFC 税制の導入を現在検討中である。CFC 税制が存在するものの、実際にはほとんど使われてこなかったものもある（例えば、中国）。その一方、ブラジルは厳格な全世界所得課税方式を採用しているため、どの先進国よりも広範な CFC 税制を有していると見ることもできる。しかし、最近の税制改正によってブラジルの CFC 制度は多少緩和されている。また、特定租税回避防止規定として、CFC 税制に取り組む国（例えば、中国）もあり、移転価格税制を補強するために CFC 税制を利用する国（例えば、ドイツや英国）もある。

既存の CFC 税制の内容は、各国により大きく異なる。一般的に、CFC 税制にはエンティティ・アプローチとインカム・アプローチとの組み合わせが反映されている。例えば、日本の CFC 税制は概ねエンティティ・アプローチに基づいており、米国の CFC 税制にはインカム・アプローチがより反映されている。ほとんどの場合は、外国法人に対する CFC 税制の適用にあたり、持分又は支配要件基準が設けられており、加えて、低税率課税を CFC 税制適用の要件としている例（例えば、中国やフランス）も見られる。また、大部分の CFC 税制は、受動的な投資性所得を標的としているが、親法人の所在地国から人為的に移転されたと思われる所得にも狙いを定める CFC 税制を採用している国（例えば、南アフリカ）もある。一方、CFC の所在地国以外での活動から生じる所得について、当該所得と CFC の親法人の所在地国との関連性を特段考慮することなく合算課税対象とするような、より広範な CFC 税制（例えば、英国）も存在する。このような広範な CFC アプローチには、CFC の所得について、その所得の経済的繋がり（nexus）が親法人の所在地国に存在するか第三国に存在するかにかかわらず、合算課税対象とする規定が含まれる。

EU における CFC 税制の適用は、EU 規則により大きく制限を受ける。EU 加盟国の CFC 税制を含む濫用防止規定は EU 機能条約において規定されているが、欧州司法裁判所において解釈されたところの「設立の自由」の原則を侵害することはできない。（なお、この分野における主要判例には、キャドバリー・シュウェップス事件が挙げられる。）

行動 3 では、2015 年 9 月までに CFC 税制の設計に関する勧告を策定することを予定している。行動 3 において、CFC 税制は、親法人の所在地国における税源浸食の防止のみならず、源泉地国から他の低税率国へ所得を移転する誘因の除去（つまり源泉地国における税源浸食の防止）のための手段としても言及されている。しかしながら、歴史的には、CFC 税制の施行は（全てではないとしても）概ね自国の税源を守るための単独の（unilateral）行為と考えられてきた。

各国での CFC 税制に関する考え方の相違、歴史的に CFC 税制が単独の目的のために導入されてきた事実、及び EU における CFC 税制の適用の制約を考慮すると、行動 3 における国内法の設計に関する勧告は、特定の規定の導入を強制するものではなく、CFC 税制に関心を持つ国のための CFC 税制に関する「ベストプラクティス」としての位置付けとなるように思われる。

(2) 我が国への影響

我が国では、CFC 税制が導入されており、一定の税負担の水準以下¹⁹の外国子会社等の所得に相当する金額について、内国法人等の所得とみなし、それを会社単位で合算して課税している。なお、外国子会社等の税負担が一定の水準以下であったとしても、一定の条件（適用除外基準）を満たす場合には、会社単位での合算課税の対象とはならない。ただし、その場合でもその外国子会社等が得る資産運用的な所得が一定額以上になる場合には、当該所得を内国法人等の所得とみなして合算課税している^{20, 21}。

各国に対する勧告については、具体的な制度設計を含んだ詳細なものとなる可能性も否定はできないが、一方で、制度設計上の留意点のみが統一的に検討されるに留まり、むしろ CFC 税制の未導入国に対して当該制度を導入させるということに主眼が置かれた勧告が出される可能性もある。現行の我が国の国内法以上に厳しい制度設計が求められれば、我が国においても規制強化を検討する必要性が出てくる可能性も捨てきれないものの、我が国の CFC 税制は、BEPS への予防措置として機能しているという評価をすることができ、したがって今回の BEPS の議論は国内法の厳格化に影響を与えないのではないかという見方²²が可能であると考えられる。

この点については、BEPS の他の行動の対策が講じられ、G20 各国で規制を強化することとなれば、租税回避的な取引によって軽課税国に利益を付け替えることが困難になると推察され、相対的に CFC 税制での合算課税の必要性が小さくなる可能性が考えられる。その場合、結果として我が国における CFC 税制については、その適正化の観点から緩和の方向で制度改正を進めていくことが可能になるとの見方²³もあり、いずれにしても他の行動における対策が待たれるところである。

また、CFC 税制の未導入国に対する当該制度の導入の観点からは、各国の適用除外要件に差異がある現状を踏まえると、当該要件のキーワードとなる「経済合理性 (economic rationality)」に関する共通の定義や判定基準の標準化が必要になると考えられる。この点につき、(これから CFC 税制の創設が想定されるであろう) 新興国等における適用除外要件が過度に厳しいものにならないよう、海外に拠点をもつ日本企業を苦しめることのないよう、適正な取り組みの推進について日本がリーダーシップをとることが重要であると考ええる。

なお、2014 年 12 月 19 日に公表された行動 8~10 (リスク・再構築) に関するディス

¹⁹ 現行は 20%以下とされている (租税特別措置法施行令第 39 条の 14) が、平成 27 年度税制改正により 20%未満と改正される。

²⁰ 租税特別措置法第 66 条の 6

²¹ 我が国の CFC 税制に対しては、「本邦企業に極端な BEPS が今のところ指摘されていないのは、現状の本邦の CFC 税制がうまく機能しているからという見方があり、他方で、本邦企業は他国企業との競争上この面でハンディを負っていて、それが本邦企業のグローバルに事業展開するうえでの競争力を損なっているという見方もあります。」という評価もある。『国際課税を巡る最近の課題と展望』(租税研究 2014 年 1 月)

²² 『国際課税を巡る最近の課題と展望』(租税研究 2014 年 1 月)

²³ 『国際課税を巡る最近の課題と展望』(租税研究 2014 年 1 月)

カッション・ドラフトでは、超過収益に対する適切な課税の確保アプローチ（オプション 5）として CFC 税制による超過所得の捕捉が提案されている。前述のとおり、CFC 税制を移転価格税制の補強措置として活用している国（例えば、英国やドイツ）もあり、他のオプション（オプション 1～4）と比較すると、現実性の高い措置と考えることもできる。仮に、当該措置を我が国に導入することの是非等に関する議論が生じるのであるならば、オーバーキルの防止を図り、租税以外の経済合理性というものの捉え方を議論・検討する必要があると考える。まずは（超過収益の捕捉方法ではなく）我が国における適用除外要件の有り方を慎重に検討する必要があると考える。

（3）我が国における制度設計上の留意点

現時点では CFC 税制に関する具体的方向性は定まっていないが、我が国の多国籍企業が BEPS についての指摘を受けなかった要因の 1 つとして、我が国の CFC 税制が現状有効に機能していることが考えられることを踏まえれば、本行動が健全な事業活動を行っている企業への悪影響とならないためにも、国際的議論において我が国で導入されている CFC 税制が十分に税源浸食に対抗し得るものであり、少なくともこれ以上に厳格化する必要性はないという立場を明確にし、過度に厳しいルール作りへ舵がきられないように主張していく必要があると考えられる²⁴。

我が国の CFC 税制は、元々、軽課税国に利益を留保し、配当による我が国での課税を繰延べることで租税回避を行うことを防止することが趣旨として説明されていた。しかし、平成 21 年度税制改正における外国子会社配当益金不算入税制の導入以降の CFC 税制は、軽課税国への立地そのものに対するペナルティとしての性格が強くなっているとの指摘がされている²⁵。こうした指摘を踏まえ、企業の海外展開の円滑化・合理性について十分に配慮しつつ、現在の CFC 税制が、BEPS に対抗する制度として必要十分なものであるかを再検証する必要があると考える。

²⁴ CFC 税制強化の議論については、仮に CFC 税制を強化したとしても、米国の Check the box 規則を利用して、他国の税制の穴を突いているものに対しては対処することが出来ないという点から、根本的な問題解決につながらないのではないかと、との意見がある。つまり、米国で Check the box 規則を制限しない限りは、他の国が CFC 税制を強化したとしても、米国企業のプランニングが不当な競争利益をもたらす現状はドラスティックには改善されないではないかという懸念である。これに対して、Check the box を利用している米国の立場からすれば、国外所得免税制度を導入している国は堂々と海外からの配当を非課税にできており、持株会社立地国として競争優位に立っていると認識になる。このため、米国がこれに対抗するためには Check the box 制度によって、ルックスルーで法人間取引を無視できるような仕組みがあって初めてイコールフットイングになるという米国の理屈も存在する。結局のところ、BEPS で Check the box のみを犯人扱いする議論から出発するのはフェアではなく、CFC 税制強化の議論は、「全世界所得課税方式」なのか「領土内課税方式」なのかという国内法の建付けにまで発展する危険性がある、との指摘がある。『国際課税を巡る最近の課題と展望』（租税研究 2014 年 1 月）

²⁵ 『国際課税を巡る最近の課題と展望』（租税研究 2014 年 1 月）

第2章 利子控除 (Action 4) について

立教大学法学部教授

浅妻 章如

1. 序

利子控除をめぐる従来の理論と、OECD の BEPS Action 4 (利子控除)¹が提案する group-wide rule 及び fixed ratio rule との関係を整理することを本章は目論んでいる。

2. において、国際的な取引を念頭に置かず、従来の抽象的理論を整理する。このレベルにおける利子控除の是非の議論は、CBIT か ACE に行きつく。

3. において、所得の地理的割当という視点を導入する。この視点を導入すると、CBIT が支持されそうであるものの、現実において CBIT が採用されなかったという事実の重みについても、考慮すべきである。

以上を踏まえて、4. において group-wide rule について、5. において fixed ratio rule 及び combined approach について、論じる。

2. 抽象的理論 : CBIT と ACE

法人の課税所得の計算において、借入金の利子は控除される一方、配当は控除されない。それは歴史的にそうなっているというだけで²、理論的根拠は今のところ解明されていない。寧ろ、利子と配当との違いについての解明を諦め、time value of money (金銭の時間的価値) と bet (博打) の要素に分解して考える、という傾向が学界における主流と言える³。

利子と配当との区別を諦めるとして、どちらに揃えるかという話になる。

(1) CBIT (comprehensive business income tax)

CBIT⁴は、利子の控除を否定し、配当控除否定の側に揃える、という提案である。オリジナルの CBIT 提案においては、利子・配当の受領者側の課税所得算入をやめるということで、課税を一回限りにする、ということも同時に考えられていた。しかし、利子・配当

¹ OECD, Public Discussion Draft: BEPS Action 4: Interest Deductions and other Financial Payments (18 December 2014 - 6 February 2015)
<http://www.oecd.org/ctp/aggressive/discussion-draft-action-4-interest-deductions.pdf>

² 利子と配当との違いについては吉村政穂「出資者課税——「法人税」という課税方式 (一～四・完)」法学協会雑誌 120 卷 1 号 1 頁、3 号 508 頁、5 号 877 頁、7 号 1339 頁 (2003) 参照。

³ time value of money と bet への分解については橋本慎一郎「Time-value と Bet——法人税をめぐる金融商品の Tax Planning」ジュリスト 1276 号 124 頁 (2004)、橋本慎一郎「OID ルールのデリバティブへの拡張」国家学会雑誌 118 卷 5=6 号 600 頁 (2004) 参照。

⁴ U.S. Department of the Treasury, Report of the Department of the Treasury on Integration of the Individual and Corporate Tax System: Taxing Business Income Once (January 1992)
<http://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/Pages/integration-paper.aspx>.

の受領者が個人である場合を想定すると⁵、個人の累進税率が機能しない所得分類を作り出すことになってしまう。

利子・配当の元手は、貸付け・出資という投資である。標準的な経済理論によれば、賃金には累進税率で課税すべきである一方、資本所得は課税対象に含めるべきではない⁶。ピケティ⁷のように資本に課税すべきであるという標準的ではない経済学説も有力⁸ではあるが、資本に課税すべきという考え方を受け入れるとしても、資本所得について労働所得と合算して総合所得とし労働所得と同様の税率で課税すべきであるという考え方の支持にまで至るとは限らない⁹。従って、利子・配当について法人段階の課税だけで足りるとし、受領者個人段階では課税しない、という政策論は、それなりに首肯しうるものである。

他方、包括的所得概念の考え方からすれば、個人の累進税率が機能しない所得分類を作り出すことには慎重になるべきであるということになる。利子・配当の受領者に対しても個人の累進税率を適用し、会社段階の法人税負担の間接税額控除を認めるべきであるという政策論¹⁰、それなりに首肯しうるものである。

個人についての扱いは本章の対象ではないので、これ以上の深入りは避ける。本章の課題に関しては、利子控除は一切認めるべきではないという CBIT にもそれなりの理はある、ということを確認すれば足りる。

(2) ACE (allowance for corporate equity)

他方、ACE¹¹は、配当についても控除を肯定し、利子控除肯定の側に揃える、というものである。

利子・配当という名前がついていれば全て控除を認め、受領者側で全て課税すべきである、という政策論もありえないではないが、前述の *time value of money* と *bet* との区別に従い、*time value of money* 相当の利子・配当について控除を認めるという考え方が主流といえる。

利子・配当を支払う法人が *time value of money* 相当部分を課税所得から控除できるな

⁵ 利子・配当の最初の受領者が法人であるとしても、いずれは誰か個人が所得を受ける筈である。

⁶ 藤谷武史「所得税の理論的根拠の再検討」金子宏『租税法の基本問題』272頁（有斐閣、2007）が紹介する Joseph Bankman & David A. Weisbach, *The Superiority of an Ideal Consumption Tax Over an Ideal Income Tax*, 58 *Stanford Law Review* 1413 (March 2006) 参照。

⁷ トマ・ピケティ（山形浩生・守岡桜・森本正史訳）『21世紀の資本』（みすず書房、2014）

⁸ Peter Diamond & Emmanuel Saez, *The Case for a Progressive Tax: From Basic Research to Policy Recommendations*, 25 *J. Econ. Perspectives* 165 (Fall 2011).

⁹ 浅妻章如「Reich 論文の"Super-Matching" Rule の紹介及び信託等を通じたマッチングの意義と限界」トラス 60 研究叢書中里実編『金融取引と課税(3)』41頁（2014）

¹⁰ David Hasen, *CBIT 2.0: A Proposal to Address US Business Taxation*, 140 *Tax Notes* 909-926 (August 26, 2013).

¹¹ IFS Capital Taxes Group, *Equity for Companies: A Corporation Tax for the 1990s*, London: Institute for Fiscal Studies, 1991 (<http://www.ifs.org.uk/publications/1914>); Institute for Fiscal Studies, *MIRRELS REVIEW: TAX BY DESIGN* p. 421 (Oxford University Press, 2011) (<http://www.ifs.org.uk/publications/mirrleesreview/>); Michael P. Devereux, *Issues in the design of Taxes on Corporate Profit*, *National Tax Journal*, 65 (3), 709-730 (September 2012).

らば、当該法人に残る課税所得は *bet* 相当部分であるということになり、そこに課税しても当該法人の資金調達方法が歪められる心配はない。

(3) 金融取引と実物取引との区別の可否・要否

前2節は、利子・配当がそれら以外のものと区別できるという前提で書かれている。現実問題としては、法人等の事業体を通じて実現した所得を分配する手段は、利子・配当に限定されない。法人等の事業体を通じて所得分配を受けうる主体は貸付人・株主に限定されない、ともいえる¹²。

キャッシュフロー税として法人税を構想する場合、*R* ベースならば、*debt/equity* の区別が不要となる反面、実物取引と金融取引との区別が必要となる、他方で、*R+F* ベースならば、借入も課税所得に算入（借入金元本の返済も課税所得から控除）することで実物取引と金融取引との区別が不要となる反面、どの範囲を法人等の事業体レベルで課税対象と扱うかを定めるために *debt/equity* の区別が必要となる¹³。

次章以下で、国際的な取引を視野に入れた考察をするわけであるが、以上3節で略述したことから、国際的な取引を視野に入れない抽象的理論のレベルにおいても、利子控除の是非、ひいては法人等の事業体の課税のあり方について、決め手はないという悲観的な整理が導かれる。あまり悲観的な側面を強調しても先に進めなくなるので、とりあえず本章の課題に関しては、利子控除の是非は、法人等の事業体と投資家との関係だけを視野に入れるならば、*CBIT* か *ACE* に行きつく、という整理にとどめておきたい。

3. 所得の地理的割当と人的帰属とは違う問題である

(1) 比較：不動産賃料、配当、利子、費用分担契約、卸売

第一例として、アメリカ居住者が日本の不動産を所有し、誰かに賃貸し、賃料を得ている場合、殆どのは、当該賃料所得が人的にアメリカ居住者に帰属することと、当該賃料所得の源泉（発生源の意味ではなく地理的割当の意味）が日本にあることを、承認するであろう¹⁴。

¹² 神山弘行「法人課税とリスク——法人課税改革案における課税ベースを題材に」金子宏・中里実・J. マーク・ラムザイヤー編『租税法と市場』321頁以下、323頁（有斐閣、2014）参照。

¹³ 同329頁。

¹⁴ なお、所得の地理的割当が日本にあると考えられることは、アメリカの課税権を直ちに否定するものではない。アメリカが居住課税管轄権を行使して当該アメリカ居住者に対し課税する（源泉地国たる日本での納税額については外税控除を認める）、ということがありえないではないためである。尤も、居住課税管轄をどのように広げるかについて、国外所得免税を採用する国も珍しくないことには留意が必要である。例えば、*DGFP Zeta*, Conseil d'État, 12 mars 2014, n° 352212, ECLI:FR:CESSR:2014:352212.20140312 (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028717837&fastReqId=1556912476>) (also reported in 16 International Tax Law Report 930) は、フランス法人の日本不動産譲渡益に関しフランスで課税されないことを前提として、為替損益が不動産譲渡益と同様にフランスで課税されないかが争われた事例である（結論としてフランス非課税）。

第二例として、アメリカ居住者が日本法人に出資をし、日本法人から配当を受ける場合、殆どの方は、当該配当所得が人的にアメリカ居住者に帰属することと、当該配当所得の地理的割当が日本にあることを、承認するであろう。

第三例として、アメリカ居住者が日本法人に貸付けをし、日本法人から利子を受ける場合、殆どの方は、当該利子所得が人的にアメリカ居住者に帰属することを承認するであろうが、当該利子所得の地理的割当が日本にあることを殆どの方が承認するかは確かでない。

この不確かさは、二つの理由による。第一に、利子は支払者の課税所得から控除されるのが通例である。第二に、少なからぬ租税条約が、利子所得の源泉地国の課税権を制限している(OECDモデル租税条約では10%までの課税権を源泉地国側に残しているものの)。

通常のソースルールでは、利子所得の源泉は利子支払者の居住地国(債務者主義)または利子支払者が借入金を使って業務をしている国(使用地主義)にあるとされる。債務者主義と使用地主義の違いを捨象すると、利子所得の源泉は概ね利子支払者側の事情に着目して決定されるといってよからう。

或る国への所得の地理的割当が、当該国の課税権行使への容認をも導くとは限らない、という、地理的割当と課税権配分との違いに留意されたい。この違いを受け入れるならば、多くの方は、日本法人がアメリカ居住者に支払う利子について、当該利子所得の地理的割当は日本にあるという考え方を承認するであろう。また、利子が利子支払者の課税所得から控除されることも、必ずしも当該支払者所在地国(居住地国または業務遂行地国)への所得の地理的割当を否定させることには結びつかない。

第四例として、アメリカ居住者と日本法人との間の費用分担契約(cost sharing agreement または cost contribution arrangement)を考える。アメリカ居住者が金員を拠出し(“buy-in” payment と呼ばれる)、日本法人が研究開発(R&D)活動を日本で実行し、その活動の結果生まれる知的財産権等の所有権をアメリカ居住者が取得し¹⁵、日本における研究開発活動に由来する日本以外の事業利益がアメリカ居住者に蓄積するという場面を想定する。費用分担契約に関しては、移転価格税制の問題として、アメリカ居住者が日本法人に支払った“buy-in”対価が安すぎるかどうか議論されるが、問題を簡単にするために、とりあえず“buy-in”対価が独立当事者間基準(arm’s length principle)に適っていると想定することにしよう。この場合、日本法人に支払われる“buy-in”の額が日本法人に人的に帰属する所得であり、知的財産権の所有者としてアメリカ居住者が受ける事業利益が当該者に人的に帰属する所得であることは、arm’s length の理念から否定しがたい。本章が提起する問題は、所得の地理的割当と人的帰属は違うということが、費用分担契約の関係においては多くの人の頭から消えてしまうということである。ここで所得の地理的割当という視点を思い出していただければ、殆どの方は、お金を出しているアメリカ

¹⁵ OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, p. 74(12 February 2013)にあるような Google 等の Double Irish & Dutch Sandwich を念頭に置いているが、本章は、Dutch Sandwich による源泉徴収税回避や、Double Irish によるアメリカの CFC (controlled foreign corporation/company) 税制回避について、視野に入れていない。

居住者がいるというだけではアメリカに所得が地理的にも割り当てられるべきであるかは自明でないと考えるであろう。所得の地理的割当は当該所得を生み出す活動（income producing activities。平たく言えば事業活動ということ）が実行されている場所にあるべきであるという従来の国際租税法界限での常識を、費用分担契約に当てはめるならば、アメリカ居住者に人的に帰属する所得のうちの一部は、income producing activitiesの一部であるところの研究開発活動が実行されていた日本にも地理的に割り当てられるべきである。

第五例として、アメリカ居住者が自動車を製造し、日本法人が輸入する（アメリカ居住者は日本に PE その他の事業施設を有していない）という場合、前段落の従来の国際租税法界限での常識に慣れ親しんだ人ならば、当該販売対価がアメリカ居住者に人的に帰属することを承認し、当該販売対価が日本に地理的に割り当てられるとは承認しないであろう。アメリカ居住者が日本に PE その他の事業施設を有していないという事実は、日本における源泉課税管轄権行使容認の閾値（threshold）を超えていないことを意味するのみならず、所得源泉も日本にないことを意味する¹⁶、言い換えると、日本に需要があるというだけで当該販売対価が地理的に日本に割り当てられるわけではない、というのが従来の国際租税法界限での常識であったためである^{17,18}。

（２）第二例・第三例（配当・利子）と第四例（費用分担契約）との比較

第二例と第三例の比較から、利子控除が支払者居住地国の税源を侵食していると認識されてきた。そして税源侵食対策を優先するならば CBIT が採用されるべきである。

¹⁶ これはドイツ流の帰属所得主義（PE の存在こそが閾値のみならず所得源泉をも決定付ける）を前提とした説明であり、旧アメリカ型（1966 年改正前）の取引毎の所得源泉判定とは馴染まないように思われるかもしれない。確かに旧アメリカ型では販売対価のソースルールとして権限の移転（passage of title test）がアメリカでなされているかを基準とするという考え方を採ってきたとされる。リーディングケースとされる U.S. v. Balanovski, 236 F.2d 298 (2nd Cir. 1956) 事件では、アメリカからアルゼンチンへの輸出に関し、アメリカで passage of title があるかが争われた（結論としてアメリカ源泉）。しかし、passage of title test もアメリカで事業が行われているかを判定しようとするための基準であった。本章の課題に関して重要なことはドイツと旧アメリカ型のソースルールの違いではなく、需要があるだけで所得源泉が基礎づけられる訳ではない、ということである。

¹⁷ 尤も、英国が、diverted profits tax (called as “Google tax”) (<https://www.gov.uk/government/publications/diverted-profits-tax-guidance>) と称して、英国での PE 認定を回避しつつ英国で多大な売り上げをあげている外国企業への課税を目論んでいるといった例もあることからすると、本章で書いた従来の国際租税法界限での常識が常識ではなくなる日も近いのかもしれない。

¹⁸ 私は浅妻章如「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（2002）において顧客所在地国に課税権を認めるべきであると主張したし、近年は需要だけで課税権配分を認めるべきであるという学説も異端として切り捨てられるほど無視しうる存在ではなくなりつつある。Reuven S. Avi-Yonah, Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State, 113 Harvard Law Review 1573 (2000) 等はその意味するところが不明瞭であったが、Daniel N. Shaviro, Replacing the Income Tax With a Progressive Consumption Tax, 103 Tax Notes 91 (April 5, 2004); Michael J. Graetz & Rachael Doud, Technological Innovation, International Competition, and the Challenges of International Income Taxation, 113 Columbia Law Review 347-445 (2013 <http://www.columbialawreview.org/wp-content/uploads/2013/03/Graetz-Doud.pdf>) 等の功績で、需要に基づく課税権配分が、多数説とまでは言わないものの有力説にはなりつつある。しかし、所得の地理的割当の基準が製造等の事業活動に認められるべきか需要に認められるべきかという議論をし始めると、議論が拡散するので、本章では指摘にとどめる。

所得の地理的割当という視点も導入すると、第四例が第三例と同様に税源浸食に貢献している可能性も看取できるようになる¹⁹。第二例・第三例の出資・貸付けという典型的な金融取引のみならず、第四例の権利の売買という一見金融取引でないように思える取引によっても、税源浸食を観念しうるということである。尤も、本章2（3）で金融取引と実物取引との区別の難しさに言及したものの、第四例のような費用分担契約に関しては、金融取引と同様にCBITの枠に取り込むことは、執行技術的には不可能ではなかろう。

従来、そして今後暫く、第四例に関し、移転価格税制の文脈で *arm's length principle* の限界が喧々譁々議論されてきたし、されるであろう。既に、税源浸食対策案の中で *arm's length* の筋からは正当化し難い考え方も提案され始めている。*arm's length principle* は所得の人的帰属の適正さに関して意味を持つだけであり、所得の地理的割当の適正さの確保に関しては無力であるので、*arm's length* にこだわる限りは、税源浸食対策は十全のものとならない。

どうして *arm's length* では限界があるのか、は直ちには分かりにくいので、項を改めて説明する。

（3）*arm's length principle* の限界：実物生産要素活動の段階と、所得分配の段階との区別

アメリカの国際租税法の教科書を読んでいると、リーディングケースの一つとして *Korfund v. Commissioner*, 1 TC 1180(1943)が出てくる²⁰。ドイツ法人たる Zorn 社とアメリカ法人たる Korfund 社が競業避止契約を締結し、Zorn 社がアメリカから手を引く（アメリカで競業しない）見返りとして、Korfund 社が金員を Zorn 社に支払うという場合において、競業避止義務の対価がアメリカ源泉所得として源泉徴収税の対象となるかが争われた事件である（結論はアメリカ源泉）。

では、第六例として、日本法人が関連会社をアメリカに設立し、当該アメリカ居住者が日本で事業を行わない見返りとして当該日本法人が当該アメリカ居住者に競業避止義務の対価を支払うという契約を締結した場合、当該対価の日本法人の課税所得計算における控除を、*arm's length principle* によって否認できるであろうか。*Korfund* 事件で競業避止義務の対価の所得源泉がアメリカにあると認定されはしたものの、Korfund 社の課税所得計算上の控除は問題なく認められる。競業避止契約は独立企業間でも締結されうるものであるから、それと同じ条件の契約がアメリカ居住者と日本法人との間で締結された場合、*arm's length principle* だけでは控除を否認できない筈である。しかし、殆どの人が、競業避止義務の対価の支払者の課税所得計算上の控除を認めたのでは、税源浸食がやりたい放題になると懸念するであろう。

従って、*arm's length transactions* の中には、税源浸食対策として意味があるものと無

¹⁹ 詳しくは浅妻章如「Google等の租税回避の対抗策における移転価格以外の課題」中山信弘先生古稀記念（弘文堂、近刊予定）参照。

²⁰ Charles I. Kingdon, *INTERNATIONAL TAXATION*, p. 195 (Aspen 1998).

いものがある、という理屈を編み出さなくてはならない。では、その区別はどういうものになるのであろうか。

物理的に何もしていない者が所得を稼ぐことが所得の人的帰属の観点からおかしなことでも何でもない、ということとはしばしばある。典型は、貸付け・出資等をした投資家が法人等の事業体から利子・配当等の所得を受ける場面である。利子・配当に関して、所得の地理的割当が支払者たる法人等の事業体所在地国にあることを認めるならば、競業避止義務の対価についても、所得の地理的割当が支払者たる法人等の事業体所在地国にあることを認めることに、抵抗はないであろう。所得の地理的割当と課税権の配分は必ずしも連動しないと3（1）で述べたが、利子について控除を認めるべきでないというCBITの考え方を、競業避止義務の対価にまで広げるとしても、それほどおかしなことではない²¹。

これらの考察から、物理的に何もしていない者が所得を稼ぐことが所得の人的帰属の論理としておかしなことではないといえるとしても、税源浸食対策としては意味がない arm's length transactions の類型がある、という考え方を導くことができるであろう。逆に、税源浸食対策として意味がある arm's length transactions の類型とは、両当事者が土地・機械・労働者等の実物生産要素を物理的に用いて経済活動を営んでいる場合につけられる価格であるというべきである。

税源浸食対策として意味がない arm's length transactions とは、前述の通り貸付け・出資等の金融取引がその典型であるが、競業避止義務の対価のように金融取引とは言えない取引の場面も含めて考えなければならない。第四例の費用分担契約も、典型的な金融取引とは言えない場面であるが、しかし実物生産要素を用いた活動による所得の帰属とは食い違いが生じている。そこで、実物生産要素活動の段階と、所得分配の段階とを区別して考えることが要請される。前者の段階に係る arm's length transactions は税源浸食対策として意味がある一方、後者の段階に係る arm's length transactions は税源浸食対策として意味がない、という区別を見出すことができるようになる。

（4）資本構成については arm's length principle が意味を持たない

利子控除の是非は、主に資本構成に関わる。資本構成は、所得分配の段階の問題である。そして、契約自由の原則を前提とする限り、所得分配の段階に関し、arm's length principle は意味を持たない。過小資本税制等は、異常な資本構成について利子控除を否認するという建前になっているが、何が標準で何が異常かという定性的な区別は難しいため、結局は資本の3倍までというようなルールにならざるを得ない。

契約自由を前提とする限り、資本構成に関して異常な取引を arm's length principle で規制するという発想は、機能しにくい。その難しさは、例えば、未確定事案ながら、日本からアメリカへの配当支払いに係る日本の課税を回避しようとして中間持株会社を挟んだ

²¹ ただし、支払者たる法人等の事業体レベルで控除を認めない場合、支払者と受領者の経済的二重課税について調整されることが望ましい、とはいえよう。

ことの是非が争われている IBM 事件・東京地判平成 26 年 5 月 9 日平 23 (行ウ) 407 号 (未確定ゆえに上級審でどういう結論が出るかは分からないものの) 等からも見て取れる²²。

(5) 異常さの認定の諦めと CBIT の可能性・限界

資本構成については何が異常かというアプローチが機能しにくいのであるから、CBIT のように一律の扱いを立法すべきというのが税源浸食対策としては王道と考えられる。しかし、少なくとも今後暫くの近い将来において、CBIT にはあまり期待できないであろう、と私は推測している。

第一に、OECD/G20 の BEPS Action Plan に関しては、従来の課税権配分を変えようとする意図がないことが強調されている²³。異常な取引を規制するというアプローチは資本構成に関しては機能しないであろう、という本章の議論からすると、OECD/G20 の BEPS Action Plan は失敗するという悲観的な予想をすることになってしまうが、その悲観はともかく、CBIT のような抜本的改革は、少なくとも今回の課題にふさわしいものとは認められないであろう。

第二に、OECD/G20 の BEPS Action Plan に限定しなければ CBIT に未来があるのかというと、私はこれについてもあまり期待できないであろうと推測している。ACE が少しずつ採用されていっている一方で、CBIT が 1992 年に提案されて以来 20 年以上経っても採用されていない、という事実は、それなりに重く受け止めるべきであろう。その理由についても推測の域を出ないが、アメリカ政府が、CBIT を採用することでアメリカへの投資が他国への投資と比べて不利となり、過少となることを恐れているのではなかろうか。資本輸入国での課税は資本輸入国自身が嫌がるであろうという 1923 年の経済学者の予言²⁴は、国家間の公平の観点からは支持し難いとされるものの、無視できない説得力がある。

(6) 定式配賦、ACE、そして BEPS Action 4 提案

OECD/G20 の BEPS Action Plan は経済活動が行われている場所に課税権を配分しようとしている。これを本章の分析道具で翻訳し直すと、所得の地理的割当は実物生産要素を用いた経済活動を行っている場所にある、という考え方が BEPS Action Plan の基底をなしており、所得分配の段階にある取引等を用いた租税回避への対策が進められるであろう、ということになる。

²² 既に解説・評釈が多く出されているが、差し当たり、中里実「6 中間持株会社について」中里実・太田洋・弘中聡浩・伊藤剛志『クロスボーダー取引課税のフロンティア』95 頁 (有斐閣、2014)、小塚真啓「非正常配当の否認可能性についての一考察」岡山大学法学会雑誌 64 巻 3・4 号掲載予定等を参照。

²³ 2015 年 2 月 3 日 The 1st OECD - Keidanren & 21 PPI International Tax Conference - BEPS Project and Japan's Action-における浅川雅嗣及び Pascal Saint-Amans ら講演。

²⁴ League of Nations: Economic and Financial Commission (Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp), REPORT ON DOUBLE TAXATION SUBMITTED TO THE FINANCIAL COMMITTEE (Geneva, 1923)、谷口勢津夫「モデル租税条約の展開 (一) ~租税条約における「国家間の公平」の考察~」甲南法学 25 巻 3・4 号 77 頁 (1985) 参照。

この考え方を押し進めると、多国籍企業グループの租税回避への対策としては、実物生産要素を基準とした定式配賦（formulary apportionment。この場合、分子には有形資産や労働者などが載り、無形資産や売り上げは載らないような定式となる）が望ましいということになる。これは、租税競争が悪い方向で激化すること（いわゆる底への競争）を招く恐れがあり、私は良くない方策であると考えているが、今すぐ定式配賦に行くことはない（それは前述の通り従来の課税権配分を変えることは意図していないという OECD/G20 の BEPS Action Plan の態度から予想される）にしても、行きつく先は実物生産要素による定式配賦と同様の経済効果を持つ何かであろう、という見通しが立つ。

この見通しと本章の課題との関わりとしては、Action 4 が group-wide rule を提案したことも、定式配賦との関係で理解すべきであろう、ということがいえる。

次に、そうはいつでも定式配賦は無理であろうし、かといって前述の通り CBIT も採用されないであろうということからすると、ACE のような考え方が浮かび上がる。また、ACE が time value of money の控除を認めることで bet 部分に課税するとすることは、企業の資源配分を税制が歪める度合いを低減させるという点で、CBIT よりも効率的である可能性がある。こうした考え方と fixed ratio rule とは相性がよい。

こうした整理を経て、次節及び次々節で、group-wide rule と fixed ratio rule について考察する手掛かりが用意されたことになる。

4. group-wide rule の可能性と困難性

私は一研究者として一般論として定式配賦には arm's length principle と同程度の可能性があると考えている²⁵。しかし、実務上定式配賦が毛嫌いされることも理解できないではない。定式が国家間の税収配分にもろに響いてしまうため、定式をめぐる国家間における合意の調達が、arm's length principle より難しい。さらに、仮に合意の調達という政治的な困難を抜きにしたとしても、税務会計の調和なしに定式配賦で所得を関連国間で配分することが、技術的に難しい。

BEPS Action 4 の group-wide rule に関しても、同様の可能性（BEPS Action 4 の group-wide rule に費やす頁の多さからも、その可能性への熱意が窺える）と、同様の実行の難点があるであろうと推測される。既に経団連も group-wide rule への反対を表明しているところであるが²⁶、一研究者として利子控除に限らない文脈で定式配賦に後ろ髪をひかれつつも、実務家が group-wide rule に賛成できないこともむべなるかなと思うところである。

まず、group-wide rule の発想は、資本構成に関して異常な取引を規制するというアプローチから距離をとっているという点で、好意的に評価できる。

他方、政治的な合意調達の難しさを乗り越える方策も見出しにくい。一般論としての定

²⁵ そもそも、国内における税収配分は定式配賦またはそれに類する考え方をを用いることが多い。

²⁶ 日本経済団体連合会「BEPS 行動 4（利子控除）に係わる公開討議草案に対する意見」2015年2月6日 <http://www.keidanren.or.jp/policy/2015/012.html>

式配賦と比べると、利子控除に関する **group-wide rule** については、政治的な合意調達可能性はまだマシであるかもしれないと思われるが、マシかもしれないというレベルにとどまる。

さらに、技術的には、利子の範囲について整合的なルールができるかも難しい。これは定式配賦に関する税務会計の不調和と類似する問題であるが、異なる側面もある。国際的に合意調達可能な定義の利子が採用されるとすると、狭い定義の利子でなければ制度が機能しにくいであろうから、恐らくそれを回避する取引が開発されやすいであろう。そうすると何のために利子控除について国際的に合意を調達しているのかという徒労感に見舞われることになる。

5. fixed ratio rule 及び combined approach

group-wide rule が経団連のみならず各国からも支持されないとする、**fixed ratio rule** を軸として BEPS 対策を考えるということになる。

fixed ratio rule の理想としては、実物生産要素の経済活動こそが所得の地理的割当を基礎付けるという発想に基づき、(実物生産要素) × (time value of money) の控除を認め、超過部分たる **bet** 部分への課税をすることで、法人等の事業体所在地国に課税権を配分しつつ、企業の資源配分に税制が与える歪みを小さくする、ということが目指されよう。

この理想と比較したとき、Action 4 提案では、**fixed ratio** の分母を、資産か **EBITDA** (earnings before interest, taxes, depreciation, and amortization)^{27,28} とすることになっている。前段落の理想に照らすと、資産に手を加え(労働者を加え無形資産等を除く)た方が、**EBITDA** を基にするよりもマシということになるであろうが、【資産に手を加え】た後の値が前段落の実物生産要素に近づく保証はないため、資産か **EBITDA** かという選択肢に関してはどちらがマシか、判断しがたい。

Action 4 の X 章は **group-wide rule** と **fixed ratio rule** の組み合わせ (combined approach)

²⁷ Lee A. Sheppard, Luxembourg Lubricates Income Stripping, 2014 WTD 235-1 (Action 4 が出る前の記事であるが) は、ドイツ式の過小資本税制 (**EBITDA** の 30% に利子控除を制限する。§8A Abgabenordnung [租税通則法] が挙げられているが、§8a Körperschaftsteuergesetz [法人税法] が引用する §4h Einkommensteuergesetz [所得税法] のことであろうと思われる) が Action 4 に採用されるであろうことを予告した上で、**fat capitalization** の状況には上手く機能しないであろうとも述べている。

²⁸ Martin A. Sullivan, OECD Interest Deduction Draft Echoes U.S. Treasury Proposal, 2015 WTD 2-3 は、稼得 (earnings) を基準とすることを良しとする。第一に資産基準に関する評価の問題を挙げ、第二に資産よりも稼得を基準とする方がない外国の税率差の影響を小さくするという。さらに、**EBIT** と **EBITDA** との比較についても言及している。資本集約型の企業が減価償却費用を用いることができると、課税所得を二重に小さくすることができることになる、という (小見出しは **EBIT Is Better Than EBITDA**)。

本章 2 節でみた抽象的理論のレベルにおいては、減価償却は資本の **time value of money** への課税を除去しない点で、キャッシュフロー税と比べ非効率的であるところ、所得 (**time value of money** 部分も含めて) に課税すべきであるという理念を前提とするかどうかで、**EBIT** か **EBITDA** かの選択は変わるであろう。

についても、Approach 1 (group-wide rule を一般的に適用し、例外的に fixed ratio rule を適用する) と Approach 2 (fixed ratio rule を一般的に適用し、例外的に group-wide rule を適用する) を提案している²⁹。

本章は、group-wide rule と定式配賦とが近いものであると位置づけたが、【通常の移転価格税制において、原則として arm's length principle が適用され例外的に定式配賦の亜種である profit split が適用されていること】が、【利子控除に関し Approach 2 の優位性を基礎付ける】ということを守くわけではない。fixed ratio rule は、arm's length principle と異なり、異常な取引を正常な取引に揃えるという発想で説明されるものではないためである。また、Approach 1 にしても Approach 2 にしても、結局は例外的に〇〇を適用するという場面をどのレベルで設定するかに依存するので、抽象的な議論としては Approach 1 と Approach 2 との優劣は判断しにくい。

²⁹ 経団連・註 26 は Approach 2 を望んでいる。

第3章 BEPS 行動5：有害税制への対抗～パテントボックスに関する基準の提示とルーリングに関する情報交換

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

OECD は、BEPS (Base Erosion and Profit Shifting : 税源浸食と利益移転) の枠組の中で従来の有害税制に対する取組を進展させることを目指し、BEPS 行動5 として次のような行動計画を設定していた¹。

「優遇税制に関するルーリングについての義務的開示 (compulsory spontaneous exchange of information) を含め、透明性を向上させることや、いかなる優遇税制適用にも実質的な活動を求めることに優先度を置きつつ、有害税制に関する作業を改良する。BEPS の文脈で優遇税制を評価する包括的アプローチを採用する。既存の枠組に基づき OECD 非加盟国を関与させるとともに、既存の枠組に対する改定又は追加を検討する。」(傍線筆者)

ここで注目に値するのは、第一に義務的な開示 (自発的情報交換) をも含めて、さらなる透明性の向上に取り組むことが宣言されている点、第二に、優遇税制適用の前提として実質活動テストを強く求めていくことを明確にした点である。特に後者については、欧州を中心に広がりを見せているいわゆるパテントボックスに関する審査基準を定立することが期待されていた。

この背景には、かつて有害な税の競争に対抗する 1998 年報告書が出された時代からの変化を指摘することができる。すなわち、新たに優遇税制に関する取組を進展させる必要性として、「1998 年報告書で示された足の速い所得の税源に関する『底辺への競争』についての政策上の懸念は、15 年前と同様に今日においても当てはまる。しかしながら、『底辺への競争』は今日、しばしば伝統的なリングフェンシングの形よりも、(金融活動からの所得や無形資産の供与からの所得のような) 特定の種類の所得に係る幅広い法人税率削減の形をとっている」²との認識が示されていた。また、「無税又は軽課税それ自体 (*per se*) 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付く時には懸念すべきものとなる」³と謳い、価値創造 (value creation) がなされた法域からの利益移転を問題視する BEPS の枠組は、ある国が採用する無税又は低

¹ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (2013) at 18. 邦訳については、日本租税研究協会「税源浸食と利益移転 (BEPS) 行動計画」12 頁 (2013) を参考にした (以下同じ)。

² *Id.* at 17.

³ *Id.* at 10.

実効税率が外部に与える影響（有害な税の競争）を問題視する 1998 年報告書の枠組と異なった面がある点を反映しているように思われる。

そのため、2014 年 9 月に成果物として示された内容に触れるにあたり、その意義をより適切に理解するために、OECD による「有害な税の競争（harmful tax competition）」プロジェクトが提示した内容を簡単に確認することにしたい⁴。

タックスヘイブン及び有害な優遇措置という優遇税制一般について検討した OECD 報告書（1998 年）は、有害な優遇措置の範囲を画するにあたり、税制上の違いに反応して最も容易に移転する可能性のある経済活動（一般的には金融その他のサービス活動）⁵を誘引する措置を念頭に置きつつ、次の 4 要素を鍵として提示していた⁶。

a) 無税又は低実効税率

対象所得に対する低い又はゼロ実効税率というのが、優遇税制が有害か否かを検証する必須の出発点となる⁷。

b) 「遮断（Ring fencing）」措置

ある国が遮断によって自らの経済を当該税制から保護する必要性を感じたという事実は、ある税制が有害なスピルオーバー効果（spillover effects）⁸を創出し得るといふ強い兆候である。遮断がとる形態は多様だが、次のようなものを含む⁹。

- 明示的又は黙示的に居住納税者をその便益の利用から除外しているだろう。
- 当該措置から便益を得る企業は、明示的又は黙示的に国内市場における活動が禁じられているだろう。

⁴ OECD, *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance* (2014) at 13.

⁵ 1998 年報告書は、無形資産の提供を含む、金融その他のサービス活動といった地理的可動性のある活動に焦点を当てるものであった。そのため、工場、建物及び設備への投資を誘引するために設けられた租税優遇措置は、現時点では除外されている点に留意すべきである。OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* (1998) at 8.

⁶ *Id.* at 25. 本文で挙げた 4 つの鍵要素のほかに、有害な優遇税制を特定するその他の要素として 8 項目が補助的に掲げられている。あまり紙幅の割かれることのなかったこの第 8 項目が、今回の行動 5 にあたって改めて脚光を浴びている。

1. An artificial definition of the tax base.
2. Failure to adhere to international transfer pricing principles.
3. Foreign source income exempt from residence country taxation.
4. Negotiable tax rate or tax base.
5. Existence of secrecy provisions.
6. Access to a wide network of tax treaties.
7. The regime is promoted as a tax minimisation vehicle.
8. The regime encourages operations or arrangements that are purely tax-driven and involve no substantial activities.

⁷ *Id.* at 26.

⁸ スピルオーバー効果の整理として、International Monetary Fund, *Spillovers in International Corporate Taxation* (May 9, 2014) at 12.

⁹ OECD (1998), *supra* note 5, at 27.

c) 透明性の欠如

ある税制の実態に関する透明性欠如は、相手国（home country）が防衛的な措置をとることを難しくするだろう¹⁰。

d) 有効な情報交換の欠如

ある優遇税制の施行から利益を得る納税者に関して、有効な情報交換が欠如していることは、ある国が有害な税の競争に携わっていることを強く示唆する¹¹。

1998年報告書による勧告内容は、加盟国の国内法（CFC税制、国外所得免除制度の制限、情報申告制度など）整備、租税条約の改定等（情報交換の推進など）及び国際的な協力体制強化と広範であった。このうち、国際的な協力体制強化の具体的内容としては、(1)OECD加盟国における有害な税の競争を構成する優遇措置の不導入及び有害な優遇税制の除去、(2)租税委員会の下部組織として有害税制フォーラム（Forum on Harmful Tax Practices：FHTP）設立、(3)「タックスヘイブン（tax havens）」法域の特定、及び(4)有害税制に対抗する良い税務行政（good tax administration）の開発及び積極的な普及といった対応が重要とされた。

こうした提言のすべてが実現されたわけではないが¹²、有害税制フォーラムは、その後の議論を深め、また策定された指針¹³及び提言の実施を監視する組織として設立され、加盟国及び非加盟国¹⁴における税制の評価を担うこととされている¹⁵。行動5においても、「有害税制フォーラムの作業は、より効果的な解決策を策定するために焦点を定め直す（refocused）」とされ、その役割を強化することが期待されている。

本稿は、上記のような経緯を踏まえ、BEPS行動5に関する成果物（2014年）を紹介し、OECDが目指す有害税制に関する作業の「改良」の具体的内容を明らかにした上で、今後について見通しを述べる。

¹⁰ *Id.* at 27.

¹¹ *Id.*

¹² Hugh J. Ault, *Reflections on the Role of the OECD in Developing International Tax Norms*, 34 Brook. J. Int'l L. 757, 763 (2009); Reuven S. Avi-Yonah, *The OECD Harmful Tax Competition Report: A Retrospective after a Decade*, 34 Brook. J. Int'l L. 783 (2009). 増井良啓「Havens in a storm を読む——「有害な税の競争」をめぐる言説の競争」租税研究 620号 264頁（2009）参照。

¹³ 2000年から2004年にかけて、1998年報告書に掲げられた要素等を適用するための指針が策定されている。OECD, *Consolidated Application Note: Guidance in Applying the 1998 Report to Preferential Tax Regimes* (2004).

¹⁴ 非加盟国への働き掛けについては、その後OECDの国際関係プログラム（global relations programme）（C/PWB(2000)01/02/FINAL）に基づいて2001年に設立された税に関するグローバル・フォーラム（Global Forum on Taxation）によっても担われることとなった。なお、金融危機後に、同フォーラムは、透明性と課税目的の情報交換に関するグローバル・フォーラムに改組（2009年9月）され、そのメンバー及び権能が拡充されている。Global Forum on Transparency and Exchange of Information, *Moving forward on the global standards of transparency and exchange of information for tax purposes* (2009).

¹⁵ OECD (1998), *supra* note 5, at 53.

2. 2014年成果物の内容

(1) パテントボックスに対する実質活動テストの適用

行動5成果物(2014年)は、これまでのOECDの取組を振り返った上で、冒頭に述べた2つの具体的目標のそれぞれに関する成果を明らかにした。ここでは同成果物の目次に従い、まず実質活動テストの意義及びその具体化について紹介する。

かねてより(鍵となる4要素に加えた)その他の要素の1つとして取り上げられていた実質活動要件は、「価値創造」、すなわち課税上の利益と価値創造との結び付きを確保するというBEPSの第二の柱との関係で、その意義が強調されている¹⁶。そして、OECD報告書(1998年)においてはこの要件(要素)の適用方法に関する指針がほとんど示されていなかったこともあり、BEPSプロジェクトの中で特に取り上げられ、議論されることになったと説明される¹⁷。

また、前述の通り、FHTPの関心が、伝統的な(国内税制からの)遮断よりも、特定の種類の所得(特に無形資産に起因する所得)に対する法人税率の軽減に移ってきた点も影響を及ぼしている¹⁸。内外資本を問わず、可動性の高い所得に対する軽減税率を提供する税制は、かつて問題視された有害税制とは異なっているため、従来の4つの鍵要素よりも、新たな基準(かつて付加的とされた要素)を中心に据える必要が生じたのである¹⁹。

OECD加盟国のパテントボックスは今回初めて審査の対象とされ²⁰、その際には今回議論を経た実質活動要件に基づいた審査が行われている。そして、実質活動要件を、ある国が提供するパテントボックス(無形資産レジーム)に対して具体的に適用するに際してのアプローチが議論になったことが紹介されている²¹。具体的には次の3つの手法である²²。

- 1 価値創造アプローチ (value creation approach)
- 2 移転価格アプローチ (transfer pricing approach)
- 3 連結アプローチ (nexus approach)

第一の価値創造アプローチは、適用対象となる納税者について、(当該国における)一定程度の重要な開発活動を要求する判断手法である。しかしながら、他の提案と比べて支持するメンバーが存在しなかったことが紹介されている²³。

第二の移転価格アプローチは、当該国に納税者が一定水準の重要な機能を置く場合、納税者が課税上の便益を生じさせる資産の法的所有者であるか、若しくは課税上の便益を生じさせる資産を使用している場合、又は納税者が課税上の便益を生じさせる資産に係る経

¹⁶ OECD (2014), *supra* note 4, at 27.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ *Id.* at 28.

¹⁹ Joachim Englisch and Anzhela Yevgenyeva, *The "Upgraded" Strategy against Harmful Tax Practices under the BEPS Action Plan*, [2013] BTR no. 5, 620, 629.

²⁰ *Id.*

²¹ *Id.*

²² *Id.*

²³ *Id.*

済的リスクを負担している場合に、当該無形資産によって生み出された所得のすべてに課税上の便益を付与する税制を許容する判断手法である。少数 (a few) の国が、国際課税原則に合致すると主張してこれを支持するとともに、連結アプローチには EU 法適合性に疑義が存する可能性があることを指摘したと紹介されている²⁴。しかしながら、多数の国が多く懸念を表明したことにより、このアプローチに関する適用指針等の具体化は行われなかった²⁵。

第三の連結アプローチは、便益を受ける納税者の研究開発活動（の範囲内）を条件として便益付与を認める判断手法である。この背後には、無形資産創設（初期段階、front-end）に係る支出に課税上の便益を付与する研究開発税制が、当該支出と便益を直接に結び付けているのと同様に、創設された無形資産の利用によって生み出された所得に対する便益を、当該無形資産の創設に要した支出と結び付けるという発想がある²⁶。

この（修正）連結アプローチについては、実質活動要件充足の判定のため、さらなる具体化が検討されている。その際に実質活動の指標として用いられるのは、支出額（量）ではなく、付加価値を生み出した開発活動に直接関連する支出の割合とされた²⁷。そのため、課税上の便益を受けることができる所得額の算定には、次の算式を用いることとされる²⁸。

$$\frac{\text{無形資産開発のために負担した適格支出額}}{\text{無形資産開発のために負担した総支出額}} \times \text{無形資産に起因する総所得額} \\ = \text{租税便益を受ける所得額}$$

なお、法域によっては、納税者に反証を許す推定としてこの算式を用いることができるかとされている。ある所得と個別の適格支出との直接の関係を納税者が示した場合には、より多くの所得額に対して便益を享受することができるかと述べられている²⁹。

かかるアプローチの下では、支出と所得との間の連結が重要とされ、その結果として、納税者に対し、享受する便益に対応する支出、無形資産及び対象所得の追跡（tracking）を求めることになる³⁰。すなわち、その追跡の証明をいかに果たすかが実務上大きな負担ともなり得る。行動 5 成果物（2014 年）は、これに対して、それが（連結アプローチではなく）特定の無形資産に由来する所得に便益を付与するパテントボックスの仕組みに起因する複雑さであること、異なった法域（制度）間の標準化が実現されることによって複

²⁴ *Id.* at 29. 例えば、イギリス財務省金融担当大臣 David Gauke は、「適格支出の制限は、EU 域内での事業活動の所在地に影響し得るため、設立の自由（freedom of establishment）に違反しかねない」と指摘している。David Gauke's speech to the Securities Industry Conference (3 Oct., 2014).

²⁵ OECD (2014), *supra* note 4, at 29.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.*

²⁸ *Id.* at 30.

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.* at 34.

雑さが低減されること、及び会計上はプロジェクトごとの追跡を求める例がすでにあることを述べ、連結アプローチを擁護している³¹。

また、こうした一般的な説明に加えて、行動 5 成果物（2014 年）では上記算式の各項目に関する具体的なルールが示されているが、ここでは委託研究（outsourcing）及び取得無形資産の取扱いについて特に紹介する。これら 2 つの取扱いについては、既存の特許ボックス税制でもバリエーションが存在していたところである³²。

連結アプローチの下では、実際の研究開発活動の重要な（significant）部分が納税者自身によって実施されることが意図されている³³。価値創造の鍵となる活動を第三者に委託することは商業上の慣行として想定しがたく、そのため、第三者によって実施される活動に向けた（適格）支出である場合には（それが異なった法域に所在するものであったとしても）適格性を失わないのに対して、関連者に対する委託は適格支出として認められないものと思われる³⁴。

その上で、法域の判断により、（適格支出に含まれる）第三者に対する委託研究の範囲を大学、病院、研究開発センター及び非営利団体に限定することを認めるほか、第三者への委託に係る支出を適格支出の一定の割合に制限することも考えられている³⁵。

取得無形資産については、取得後の改良費用のみが、適格支出に該当すると考えられている³⁶。そのため、その取得費用は（当該無形資産によって生み出される付加価値に関係するので）総支出額に算入されるものの、適格支出には該当しないとされた。

しかしながら、こうした連結アプローチに関する懸念（又は移転価格アプローチを支持する FHTP 加盟国との対立）から、特に委託研究及び取得無形資産の取扱いに関する提言内容は、参加国のコンセンサスを得ることができなかった。そしてこの対立は、ドイツとイギリスによって公表された共同提案³⁷によって一つの解決を見た。両国による共同提案は、その目的を次のように述べる³⁸。

「これは修正連結アプローチのいくつかの特徴に関して各国から表明された懸念を解消すること、及び 2015 年中にこの問題について合意に達するために要求される追加的な作業を特定することを目的としている。」

掲げられた懸念事項は、適格研究開発支出額の計算方法、移行期間、経過措置（適用除外規定）、研究開発支出の追跡手法であった。共同提案は、連結アプローチを維持・強化し

³¹ *Id.*

³² 例えば、岡田至康「米国は特許ボックスの検討をすべき時か？」租税研究 755 号（2012）280 頁〔表 1〕参照。

³³ OECD (2014), *supra* note 4, at 32.

³⁴ *Id.*

³⁵ *Id.* at 33.

³⁶ *Id.*

³⁷ A joint statement between Germany and the UK on proposals for new rules for preferential IP regimes (Nov. 11, 2014).

³⁸ *Id.*

つつ、こうした懸念に対処するための具体的方策を含んでいた。

この共同提案は、FHTP により支持されるに至る³⁹。その結果合意された内容は、修正連結アプローチの原則的受容とともに、以下のような修正を加えることが明示された⁴⁰。

第一に、適格支出の範囲拡大 (up-lift) が認められた。まず産業界の懸念として、研究開発を実施する (企業グループ内) 主体に制限を加えている点、及び無形資産の取得費用を無視することが取引上の意思決定に影響を与えかねない点が指摘されていた⁴¹が、これを酌んで、各国の判断により、修正連結アプローチにおける適格支出の範囲を拡大することを許容した⁴²。もっとも、実際に無形資産の研究開発を実施した納税者 (の当該無形資産に起因する所得) に課税上の便益を付与するという修正連結アプローチの趣旨を維持するため、仮に上記適格支出の範囲拡大を認める場合には、委託研究及び取得に要した費用を適格支出に加算する限度として、適格支出の 30%相当額を上限とすべき旨を述べる⁴³。

第二に、新たなアプローチの適用関係が明らかにされた。2016年6月30日以降は、修正連結アプローチに適合しない税制を導入することはできないし、さらにこの期限内に導入される税制であったとしても、制定手続は2015年中に開始することが必要である⁴⁴。また、現行税制の恩恵を受ける納税者について、(2021年6月30日までの特定の日として定められる) 廃止期限までの継続適用を認める経過措置を設けることが許容された⁴⁵。

その上で、2015年6月までに完了すべき作業として、修正連結アプローチの下での申告要件、追加的な防護措置及び適格無形資産の定義に関する指針を挙げる⁴⁶。

この結果、法域に判断によって適格支出の範囲を拡大し、一定の範囲内でグループ内委託研究及び取得無形資産に起因する所得を便益の対象とすることが認められた。これは、これらの所得を広く対象とするパテントボックスをすでに導入していた国にとっては大きな成果であり、そうでない国にとっては譲歩を意味する。しかしながら、グループ内での機能分担に過度に介入しないという観点からは適切な対応と評価できよう。

(2) 透明性の向上～自発的情報交換 (spontaneous information exchange) の義務付け

次いで、行動5成果物 (2014年) では、(BEPS 第三の柱とされる) 透明性向上の観点から、新たな枠組の提言が行われている。問題状況として、透明性の欠如は居住地国による適切な対処を妨げるとした上で、それが (課税当局と納税者との間で) 交渉可能な取扱

³⁹ OECD, *Explanatory paper Agreement on Modified Nexus Approach for IP Regimes* (Feb. 2, 2015).

⁴⁰ *Id.* at 3.

⁴¹ イギリスも産業界の意見を重視して、これらの点に懸念を表明していた。Gauke, *supra* note 24.

⁴² OECD (2015), *supra* note 39, at 3.

⁴³ *Id.* つまり、適格支出額及び上記拡大により認められる加算額をあわせて、適格支出額の 130%相当額までを考慮することができる。

⁴⁴ *Id.* at 4.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.* at 5.

い及び実効的な情報交換の欠如という要因によって生じることを確認して、これらへの対応を明確化している⁴⁷。

行動計画は、「ルーリングについての義務的開示 (compulsory spontaneous exchange of information)」を求めていた⁴⁸が、自発的交換 (spontaneous exchange) に義務的 (compulsory) という形容詞が付くのは一見して矛盾した印象を与える。行動 5 成果物 (2014 年) によれば、ここでいう「義務的」とは、所定の要件を満たす場合にはつねに自発的に情報を交換する義務を導入することを意味している⁴⁹。さらに、「自発的情報交換」というのは、一方の国が他方の国に関係するかもしれない情報を認識しながら、当該情報は未だ当該他方の国によって要請されていない状況を指し示しているという⁵⁰。つまり、要請がない点では自発的であり、かつ一定の要件に該当する場合にはそれが義務付けられるという意味で義務的なのである。

ルーリングの定義については、「その課税上の立場について、特定の納税者又は納税者グループに対して課税庁により提供されるあらゆる助言、情報又は保証であって、彼らが依拠することが認められている (entitled) もの」とする過去の指針⁵¹を踏襲しつつ、行動 5 成果物 (2014 年) では、後述のようにこの定義に該当するルーリングのうち納税者特有のもののみを情報交換の対象としている⁵²。そのため、納税者又は活動の一定グループ又は類型を対象とする一般的ルーリングは対象から除かれる。

自発的情報交換が義務付けられるのは、他の法域にとって意味のあるルーリングであり、その義務の判定は機械的に行われることが望ましいと考えられた。そのため、次に述べるようなフィルター・アプローチ (filter approach) が採用された⁵³。まず一般的な優遇税制の判定手順と同様、①乃至③の問いを肯定する「優遇税制」に関するルーリングについて、自発的情報交換の必要性を認識していることになる⁵⁴。さらに追加されるフィルター (⑤) は、他国に関係する可能性のあるルーリングを絞り込むために設定されている。これらのフィルター (設問) のすべてに該当するルーリングが情報交換を義務付けられることになる⁵⁵。

① 当該制度は FHTP の作業の範囲内か?

② 当該制度は優遇制度か?⁵⁶

⁴⁷ OECD (2014), *supra* note 4, at 35.

⁴⁸ 国によっては、その法的根拠を整備することが要請される。 *Id.* at 47.

⁴⁹ *Id.* at 36.

⁵⁰ *Id.*

⁵¹ OECD (2004), *supra* note 13, at 47. この定義は、一般的ルーリング、事前タックス・ルーリング及び事前確認 (APAs) を含むとされている。

⁵² OECD (2014), *supra* note 4, at 41.

⁵³ *Id.* at 39.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ この判定時点ではあらゆる優遇税制を含み、「有害」であることを要件としていない点に注意が必要である。 *Id.*

- ③ 当該制度は無税又は低実効税率という基準に該当するか？
- ④ 前三者に該当する制度に関係した納税者特有のルーリングが存在するか？
- ⑤ 当該納税者特有のルーリングは移転価格分野におけるルーリング又はその他のルーリングか？
 - (a) 移転価格ルーリング—当該ルーリングは一国のみの移転価格ルーリングか二国間又は多国間 APA か？
 - (b) 移転価格ルーリング以外のルーリング—当該ルーリングは (i) 納税者が当該ルーリングを取得した当該国への対内投資、(ii) その国からの対外投資、又は (iii) 他国が関係する取引又は状況を対象としているか？

なお、こうした枠組は FHTP の作業範囲内であることが前提とされているため、1998 年報告書が対象とした、金融その他のサービス活動（無形資産の提供を含む）といった「地理的に可動性のある活動」から生じる所得に適用される制度である必要がある点⁵⁷に注意が必要である。したがって、1998 年報告書について述べた際に言及した通り⁵⁸、工場、建物及び設備への投資を誘引するために設けられた租税優遇措置は除外される⁵⁹。

また、優遇であることが要件 (2) とされるため、他国又は国際的な水準との比較ではなく、「当該国における課税の一般原則と比較して、何らかの形で課税上の優遇を提供するもの」⁶⁰（傍線筆者）であるか否かが審査されることになる。また、優遇税制に「関する (related to)」ルーリング (4) が義務付けられた情報交換の対象とされていることによって、「この義務は優遇税制それ自体又はそのある面に関するルーリングを対象とするのみならず、さらに広く、優遇税制の適用に関して影響を有する関心事項をも対象とすることを明らかにしている」と説明されている⁶¹。

念のため付言すると、移転価格税制（の適用）も有害税制の対象となり得ることは、過去の指針によって確認されている⁶²。例えば、無税又は低実効税率との関係では、これが課税標準（の縮減）に関連し得る問題であることが指摘され、国際的な移転価格原則 (international transfer pricing principles) に適合しないことは、グループ間取引から生じる課税標準について、独立企業原則が適用されていたとした場合と異なる結果を引き起こす可能性が指摘され、無税又は低実効税率という基準に合致することが言及されていた⁶³。

そのため、フィルター⑤で示されているように、移転価格に関するルーリングも「優遇税制に関するルーリング」として、情報交換の義務を生じさせ得るのである。ただし、二国間又は多国間 APA である場合には、情報提供の必要性を欠くため、対象から除外され

⁵⁷ *Id.* at 21.

⁵⁸ 本稿注(5)参照。

⁵⁹ OECD (2014), *supra* note 4, at 21.

⁶⁰ *Id.* at 22.

⁶¹ *Id.* at 40.

⁶² OECD (2004), *supra* note 39, at 28.

⁶³ *Id.* at 29.

ることになる。

最後に、FHTP は、こうした透明化改善に向けた作業を以下の二段階にて進めることを決定している⁶⁴。

- 「1. 第一段階では、ルーリングに関する強制的な自発的情報交換の枠組を開発することに焦点を当てている。これによって、他国が、当該国における納税者の課税上の取扱いにルーリングが影響をおよぼすか否かを検証することが可能となる。……
2. 作業の第二段階では、FHTP は本報告書で提示された枠組を加盟国および関係国の優遇税制への適用に焦点を当てることになる。まず FHTP は、当該枠組の実施をいかに運用し、支援することを意図しているかに関する実務指針（例示含む）を策定するだろう。……

透明性に関する作業の第二段階の一部として、FHTP は、加盟国および関係国のルーリング制度を評価するだろう。この文脈では、ルーリング「制度」とは、ルーリングが与えられるあらゆる立法上又は行政上の手続であって、納税者がそれに依拠する権利を有するものに該当するだろう。この作業は、次の2つの目的に資することを意図している。すなわち、(i) それ自体が1998年報告書の意味における有害な優遇税制に該当するルーリング制度の特定、及び(ii) いずれのルーリング制度が自発的な情報交換を義務付ける契機となるかを特定することである。」

3. 今後の見通し

以上示した行動5の将来に関しては、同等の取組において先行するEUでの経験及び動向が参考となろう。

まず、FHTPにおける作業（有害税制に関する基準）を明確化乃至実質化する試みとの関係では、EUにおいて、「事業税に関する行動規範（Code of Conduct for Business Taxation）」（Conclusions of the ECOFIN Council Meeting on 1 December 1997, 98/C 2/01）による法的な強制力を有しない枠組が存在している⁶⁵。その判定基準は次のような要素が掲げられ、その非差別性、透明性及び実質性の欠如が中心的な問題として捉えられているようである⁶⁶。

- an effective level of taxation which is significantly lower than the general level of taxation in the country concerned;
- tax benefits reserved for non-residents;

⁶⁴ OECD (2014), *supra* note 4, at 36.

⁶⁵ これに加えて、国家補助 (state aid) 禁止規定 (EU 機能条約 107 条) による規律も存在し、これは事前審査及び事後的矯正措置を含めて、強制力を有している。特に移転価格税制における事前確認については、最近いくつかの調査が行われ (European Commission, C (2014) 3606 final; C (2014) 3626 final; C (2014) 3627 final; C (2014) 7156 final)、大きく注目された。しかしながら、OECD による取組が主眼である本稿では取り上げない。

⁶⁶ Ben J.M. Terra and Peter J. Wattel, *European Tax Law* (Wolters Kluwer, 6th ed., 2012) at 150.

- tax incentives for activities which are isolated from the domestic economy and therefore have no impact on the national tax base;
- granting of tax advantages even in the absence of any real economic activity;
- the basis of profit determination for companies in a multinational group departs from internationally accepted rules, in particular those approved by the OECD;
- lack of transparency.

この枠組は、法的拘束力を持たず、かつ適用対象が限定されているにも拘わらず、租税競争に関する加盟国間での対話を促す仕組みとして評価されている⁶⁷。そのため、行動 5 によって FHTP の役割が再設定され、実質活動要件を中心とした優遇税制の審査が行われることは、(具体的な措置を指示する他の勧告と同じく) BEPS の枠組を維持する上で重要な進歩であるといえる。例えば、BEPS 行動 5 での合意を目指して、(イギリス・ドイツによる共同宣言を含めて) パテントボックスについて国際的な標準化の動きがあったことは、その有用性を示す証左であろう。

その一方で、共同市場の創設という目的を共有する EU と、BEPS プロジェクトを議論する OECD 及び G20 との利害の相違を指摘することもできる。こうした違いが、(かつてのタックスヘイブンの特定作業がそうであったように) 今後の FHTP における作業を形骸化させる可能性もある。法的拘束力を持たないいわゆるソフトローが機能する条件を探究する上で恰好の材料となろう。

次に、BEPS 行動 5 の内容として提示されたルーリングに関する情報提供については、ルクセンブルクの教示したルーリング内容が国際調査報道

ジャーナリスト連合 (ICIJ) によってリークされた事件⁶⁸を機に、欧州委員会により、ルーリングに関する EU 加盟国間での自動的情報交換に向けた作業が急速に進んでいる。2015 年 3 月 18 日には、欧州委員会は税の透明性に関するパッケージ (Tax Transparency Package) を公表し⁶⁹、その一つとして、ルーリングに関する情報交換を義務付ける指令 (改正) 案⁷⁰を提示した。各加盟国の課税当局は、3 か月ごとにその教示した越境的なルーリングの一覧を他の加盟国に対して送付することとし、他国によるルーリング内容に関する情報提供要請の機会を実質化することを提案している。

行動 5 の提案は、FHTP の作業の範囲内にとどまり、包括的なルーリングの情報交換体制を構築するものではない。しかしながら、EU において進む作業は、今後の一つの方向性を示すとともに、ルーリングを他国に提供することによって表面化する問題 (営業秘密の

⁶⁷ Hans Gribnau, *The Code of Conduct for Business Taxation: An Evaluation of an EU Soft-Law Instrument* in Dennis Weber (ed.), *Traditional and Alternative Routes to European Tax Integration* (IBFD, 2010) at 94.

⁶⁸ <<http://www.icij.org/project/luxembourg-leaks>>

⁶⁹ European Commission, *Combating corporate tax avoidance: Commission presents Tax Transparency Package* (18 Mar., 2015).

⁷⁰ European Commission, *Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE amending Directive 2011/16/EU as regards mandatory automatic exchange of information in the field of taxation* {SWD(2015) 60 final}.

保護など)の解決策を先取りするものとなる可能性が高い。国際的な金融口座情報の交換に関する国際的な共通基準の策定が、EUの情報交換体制を(相互に)参照しつつ進んだように⁷¹、EUにおける議論が国際的な標準化の動きを導くことはあり得るシナリオであり、このEU内での動きを継続的にフォローする必要があると考える。

⁷¹ 吉村政穂「国際課税における金融口座情報の共有体制の確立」金子弘ほか編『租税法と市場』(有斐閣、2014) 532頁及びそこに挙げた文献参照。

第4章 行動6：租税条約濫用防止

KPMG 税理士法人パートナー

高嶋 健一

1. はじめに

2014年9月16日に税源浸食及び利益移転問題（Base Erosion and Profit Shifting : BEPS）の行動6報告書が発表された。行動6報告書は主として租税条約の濫用防止につき OECD 加盟国に勧告しているものである。なお、税源浸食及び利益移転問題（BEPS）は展開が非常に速いため、本報告書は2015年1月10日の現況にて作成していることに留意されたい。

行動6のこれまでの主要な報告書（ドラフトを含む）の発表関連のイベントを時系列に並べると以下の通りとなる。

- 2013年7月19日 BEPS 行動計画公表
- 2014年3月14日 行動6報告書ドラフトの公表
- 2014年4月9日 上記ドラフトに対するコメントの締切
- 2014年4月14日、15日 パリにおいて公聴会開催
- 2014年9月16日 行動6報告書の公表
- 2014年11月21日 行動6報告書に係るフォローアップ作業の公表
- 2015年1月9日 上記フォローアップ作業に対するコメント締切

従って、現時点においては、2014年11月21日付けの行動6報告書に係るフォローアップ作業に対するコメントが2015年1月9日に締め切られ、その公聴会の開催が予定されるとともに、2015年9月の最終化に向けて OECD 租税委員会が作業を行っている最中である。

行動6以前の OECD の租税条約濫用防止の議論は、1977年の Beneficial Owner のモデル条約導入により始まったとされる。これは、Agent や Nominee といった比較的シンプルな Intermediary に対応するものであった。1992年には、様々な Conduit Company の事例が検討され、これに対応する規定の文例（Look Through Approach）がモデル条約コメントリーに追加された。2003年には、導管取引における Beneficial Owner につきいくつかの事例がモデル条約コメントリーに追加され、Improper Use of Convention に関し、US モデル条約に見られる特典制限条項、及び UK が締結している条約に多く見られる主要目的テストの文例を含む濫用防止規定文例が追加された。さらに、2014年7月には、受領した所得を第三者に支払うことを強制される受領者を Beneficial Owner から除外する旨のモデル条約コメントリーの改訂がなされた。

以上の経緯からすると、従来の Beneficial Owner の議論に加え、特典制限条項（Limitation on Benefits : LOB）、主要目的テスト（Principal Purposes Test : PPT）が

行動 6 において議論されることは当然の流れであることが理解される。ただし、行動 6 は、他の税源浸食及び利益移転問題（BEPS）行動計画に先んじて報告書が公表されたため、他の行動計画との整合性が注目される点であり、また、それらと併せたところの全体的な規制が必要以上のものか否かの点で評価されるべきであると思われる。

2. 行動 6 報告書の規定振りの詳細

(1) 構成

行動 6 租税条約の濫用防止に関する報告書の構成は以下のようになっている。

前書き

略語の説明

エグゼクティブ・サマリー

A. 不適切な状況において租税条約の特典を与える租税条約又は国内法の規定

1. 租税条約自体が課している（租税条約の特典を得るための）要件を回避する事例

a) トリーティー・ショッピング

i) 特典制限条項

ii) 主要目的テスト

b) その他の租税条約が課している要件を回避する事例

i) 契約の分割

ii) 労働力のハイヤリング・アウト

iii) 配当の性格を回避する取引

iv) 配当移転取引

v) 13 条 4 項（不動産化体株式課税）を回避するための取引

vi) 個人以外の二重居住者の租税条約上の居住性を決めるタイブレーカー・ルール

vii) 第三国に所在する PE の濫用防止

2. 国内法の濫用により租税条約を利用するケース

B. 租税条約は二重非課税を目的としている訳ではないことの明確化

C. 租税条約を締結する際に考慮すべきポリシー

本報告書では、主として行動 6 が日系企業の行動につきどのような影響を与えるか、という論点を考察するため、a) トリーティー・ショッピングの内容を中心にみていくこととする。

(2) 2014 年 3 月パブリック・ディスカッション・ドラフトと 2014 年 9 月報告書の差異

2014 年 3 月 14 日付の行動 6 のパブリック・ディスカッション・ドラフトにおいては、特典制限条項（Limitation on Benefits : LOB）及び主要目的テスト（Principal Purposes Test : PPT）の両者が導入されることとされていたが、2014 年 9 月 16 日報告書において

は、関係各国が最低限採用すべき措置として、次のいずれかを導入することとなっている。

①特典制限条項（LOB）と主要目的テスト（PPT）の両者

②主要目的テスト（PPT）のみ

③特典制限条項（LOB）及び租税条約上又は国内法上の導管取引防止規定

さらに、ディスカッション・ドラフト段階では、主要目的テストの英語原文は、**Main Purposes Test** であったものが、9月16日の報告書では、**Principal Purposes Test** へ変更となっている。（日本の財務省で使用している日本語訳は、「主要目的テスト」で変更はなされていない。）

ディスカッション・ドラフトから報告書へ最終的に決着するまでのOECD内での議論の詳細は明らかにされていないため、変更に関する意図は明らかではない。ただし、例えば2014年5月9日及び10日に東京で開催されたG20 International Tax Symposium（オーストラリア財務省主催）のパネル・ディスカッションにおいて、民間のパネリストから **one of main purposes** が租税条約の利用である場合における租税条約適用の否認は、第一義的な目的が他にある場合にも租税条約の規定振りは通常勘案されるため、実務上混乱を生ずることとなるといった批判がなされ、**The Main Purpose Test** とすべきといった提案がなされた。この例からも判るように、経済界及び実務界からの批判が強かったものと思われる。このような経緯を鑑みると、Main から Principal へ語義を強め、租税条約の利用は考慮されているが、他に圧倒的な目的がある場合には、**Principal Purposes Test** がクリアされるといった意味があると推定される。

さらに、関係各国の租税条約に対する立場の違い、又は関係各国の採用している法体系、国内法等の違いから、すべてのOECD加盟国からは、特典制限条項（LOB）と主要目的テスト（PPT）の両者の導入への最終的な合意は得られなかったものと推測される。また、モデル条約に入れるべき特典制限条項（LOB）及び主要目的テスト（PPT）の詳細ワーディングは各国の特殊事情に適合させるべく変更することが可能とされていることについても注目すべきであろう¹。

いずれにしろ、OECD内での議論の内容も含め、特典制限条項（LOB）と主要目的テスト（PPT）の導入につき、3つの選択肢を提示するに至った経緯、及び主要目的テストが**Main Purposes Test** から **Principal Purposes Test** へ変更となった経緯につき、行動6報告書よりその一部を伺い知ることはできるものの、更なる詳細が明らかにされることが望ましい。

¹ 2014年9月16日行動6報告書 Introduction パラグラフ6参照。

(3) トリーティー・ショッピングに対応する特典制限条項 (LOB)

"Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances"

ARTICLE X

ENTITLEMENT TO BENEFITS

1. Except as otherwise provided in this Article, a resident of a Contracting State shall not be entitled to a benefit that would otherwise be accorded by this Convention (other than a benefit under paragraph 3 of Article 4, paragraph 2 of Article 9 or Article 25), unless such resident is a "qualified person", as defined in paragraph 2, at the time that the benefit would be accorded.
2. A resident of a Contracting State shall be a qualified person at a time when a benefit would otherwise be accorded by the Convention if, at that time, the resident is:
 - a) an individual;
 - b) a Contracting State, or a political subdivision or local authority thereof, or a person that is wholly-owned by such State, political subdivision or local authority;
 - c) a company or other entity, if, throughout the taxable period that includes that time
 - i) the principal class of its shares (and any disproportionate class of shares) is regularly traded on one or more recognised stock exchanges, and either:
 - A) its principal class of shares is primarily traded on one or more recognised stock exchanges located in the Contracting State of which the company or entity is a resident; or
 - B) the company's or entity's primary place of management and control is in the Contracting State of which it is a resident; or
 - ii) at least 50 per cent of the aggregate voting power and value of the shares (and at least 50 per cent of any disproportionate class of shares) in the company or entity is owned directly or indirectly by five or fewer companies or entities entitled to benefits under subdivision i) of this subparagraph, [provided that, in the case of indirect ownership, each intermediate owner is a resident of either Contracting State];
 - d) a person, other than an individual, that
 - i) is a [list of the relevant non-profit organisations found in each Contracting State],
 - ii) was constituted and is operated exclusively to administer or provide pension or other similar benefits, provided that more than 50 per cent of the beneficial interests in that person are owned by individuals resident in either Contracting State, or
 - iii) was constituted and is operated to

2014年9月報告書の該当部分の英語原文を左記に掲載し、重要と思われる事項につき、以下に要約するとともに解説する。

第2項において、特典制限条項(LOB)が規定されている。租税条約の特典を享受することのできる適格者は以下の者となる。

- a) 個人
- b) 国、地方公共団体、政府機関、その他
- c) 法人又はその他のエンティティーで以下のいずれかに該当する場合
 - i) 主要な種類の株式が認定されている株式市場で取引されていること
 - A) その主要な種類の株式が認定された締約国の株式市場で主として取引されていること
又は
B) その法人等の主たる経営支配場所がその法人等の居住国である締約国であること
 - ii) 50%以上の累積議決権及び株式等の価値が直接又は間接に i) の規定により特典を受けることができる5以下の法人等に所有されていること [間接保有の場合には間接保有者はその締約国の居住者であるという要件を付すかは今後の課題とされている。]
- d) 適格年金基金等 (要約は省略)
- e) 個人以外の者で、
 - i) 特典を受ける時点を含む課税期間の1/2以上の日数において、締約国の居住者である者で、かつこの項の a)、b)、又は d)、又は c) の i) により特典を享受す

- invest funds for the benefit of persons referred to in subdivision ii), provided that substantially all the income of that person is derived from investments made for the benefit of these persons;*
- e) *a person other than an individual, if*
- i) *on at least half the days of the taxable period that includes that time, persons who are residents of that Contracting State and that are entitled to the benefits of this Convention under subparagraph a), b) or d), or subdivision i) of subparagraph c), of this paragraph own, directly or indirectly, shares representing at least 50 per cent of the aggregate voting power and value (and at least 50 per cent of any disproportionate class of shares) of the person, [provided that, in the case of indirect ownership, each intermediate owner is a resident of that Contracting State], and*
- ii) *less than 50 per cent of the person's gross income, as determined in the person's Contracting State of residence, for the taxable period that includes that time is paid or accrued, directly or indirectly, to persons who are not residents of either Contracting State entitled to the benefits of this Convention under subparagraph a), b) or d), or subdivision i) of subparagraph c), of this paragraph in the form of payments that are deductible for purposes of the taxes covered by this Convention in the person's Contracting State of residence (but not including arm's length payments in the ordinary course of business for services or tangible property);*
- f) *[possible provision on collective investment vehicles]¹*
[Footnote 1:] This subparagraph should be drafted (or omitted) based on how collective investment vehicles are treated in the Convention and are used and treated in each Contracting State: see the Commentary on the subparagraph and paragraphs 6.4 to 6.38 of the Commentary on Article 1.]
3. a) *A resident of a Contracting State will be entitled to benefits of this Convention with respect to an item of income derived from the other Contracting State, regardless of whether the resident is a qualified person, if the resident is engaged in the active conduct of a business in the first mentioned Contracting State (other than the business of making or managing investments for the resident's own account, unless these activities are banking, insurance or securities activities carried on by a bank or [list financial institutions similar to banks that the Contracting States agree to treat as such], insurance enterprise or registered securities dealer respectively), and the income derived from the other Contracting State is derived in connection with, or is incidental to, that business.*

ることを認められる者である者が直接又は間接に 50%以上の累積投票権と価値を有する株式等を有していること [間接保有の場合には間接保有者はその締約国の居住者であるという要件を付すかは今後の課題とされている。]

かつ

ii) その者の 50%未満の（その者の居住地である締約国に定められる）グロス所得が、この項の a)、b)、又は d)、又は c)の i)により特典を享受することを認められない者にその者の控除費用として支払われること（ただし、サービス又は有形資産に係る事業につき通常の事業サイクルの中で独立企業間価格により支払われた支払を除く）

f) [集団投資ビークル (Collective Investment Vehicle) についての規定は今後の課題とされている。]

第 3 項において、第 2 項により適格居住者とならなかった者につき、能動的な事業活動に従事している者が租税条約の特典を受けることができる要件を規定している。具体的には以下の通り要約される。

a) 一方の国の居住者がその国で能動的な事業活動に従事していて、かつ他方の国から得る所得がその事業に関連している、又は付随している場合には条約の特典を受けることができる。ただし、自己のために投資を行う、又は投資を管理する事業は能動的な事業活動から除く。 [銀行等が行う自己のための投資等の事業は能動的事業に該当するとされているが、銀行等

b) If a resident of a Contracting State derives an item of income from a business activity conducted by that resident in the other Contracting State, or derives an item of income arising in the other Contracting State from an associated enterprise, the conditions described in subparagraph a) shall be considered to be satisfied with respect to such item only if the business activity carried on by the resident in the first-mentioned Contracting State is substantial in relation to the business activity carried on by the resident or associated enterprise in the other Contracting State. Whether a business activity is substantial for the purposes of this paragraph will be determined based on all the facts and circumstances.

c) For purposes of applying this paragraph, activities conducted by persons connected to a person shall be deemed to be conducted by such person. A person shall be connected to another if one possesses at least 50 per cent of the beneficial interest in the other (or, in the case of a company, at least 50 per cent of the aggregate vote and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) or another person possesses at least 50 per cent of the beneficial interest (or, in the case of a company, at least 50 per cent of the aggregate voting power and value of the company's shares or of the beneficial equity interest in the company) in each person. In any case, a person shall be considered to be connected to another if, based on all the relevant facts and circumstances, one has control of the other or both are under the control of the same person or persons.

[4. A company that is a resident of a Contracting State shall also be entitled to a benefit that would otherwise be accorded by this Convention if, at the time when that benefit would be accorded:

a) at least 95 per cent of the aggregate voting power and value of its shares (and at least 50 per cent of any disproportionate class of shares) is owned, directly or indirectly, by seven or fewer persons that are equivalent beneficiaries, provided that in the case of indirect ownership, each intermediate owner is itself an equivalent beneficiary, and

b) less than 50 per cent of the company's gross income, as determined in the company's State of residence, for the taxable period that includes that time, is paid or accrued, directly or indirectly, to persons who are not equivalent beneficiaries, in the form of payments (but not including arm's length payments in the ordinary course of business for services or tangible property) that are deductible for the purposes of the taxes covered by this Convention in the company's State of residence.

以外にこの例外を認めるかは今後の課題としている。]

b) 一方の国の居住者が他方の国で行った事業に係る所得又は他方の国で生じた所得を関連者から得る場合、上記 a) に該当するためには、一方の国でその居住者が行っている事業がその居住者又は関連者が他方の国で行っている事業に比して重要 (Significant) でなくてはならない。

c) 本パラグラフの規定の適用については、関係する者が行う活動を考慮する。ある者が 50% 以上の利益享受権若しくは 50% 以上の累積議決権等を有する場合、又は一の者がそれぞれの者の 50% 以上の利益享受権若しくは 50% 以上の累積議決権等を有する場合、それらの者は関係する者とする。いずれにせよ、関連するすべての状況を考慮した場合、ある者が他者を支配するとき、それらは、又は一の者若しくは複数の者により支配されている二つの者は、関係しているものとする。

以上の通り、特典制限条項 (LOB) をクリアするには厳格な要件を充足しなくてはならない。ただし、第 4 項において派生的受益者について暫定的に規定している。その詳細は他の BEPS の議論の進展を考慮するため、今後の検討課題としている。

暫定的な規定においては、原則として、その会社の 95% 以上の株式等が 7 名以下の同等受益者に直接又は間接に所有されている場合に、租税条約の特典を享受することができる。間接保有の場合には間接保有者も同等受益者でなくては

5. 権限のある当局による認定

6. 定義

7. Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention.

ならない。さらに、50%未満の総所得が同等受益者以外の者に直接又は間接に支払われていることが要件となっている。

第5項においては、権限のある当局による認定につき規定されており、第6項においては、定義が規定されている。(それぞれの要約は省略)

(4) トリーティー・ショッピングに対応する主要目的テスト (PPT)

第7項においては、主要目的テスト (PPT) を規定している。これは、すべての関連する事実及び状況を勘案した上で、租税条約の特典を得ることがその取引又はアレンジメントの主要な目的 (One of the Principal Purposes) であるときは、その特典を与えることが関連する租税条約の条項の目的に合致することが証明されない限り、その租税条約の特典を与えないとするものである。

なお、既に解説した通り、OECD 加盟国は、最低限採用すべき措置として次のいずれかを導入することとなっている。

- ①特典制限条項 (LOB) と主要目的テスト (PPT) の両者
- ②主要目的テスト (PPT) のみ
- ③特典制限条項 (LOB) 及び租税条約上又は国内法上の導管取引防止規定

③において導入されることとなっている導管取引防止規定の詳細については、今後の検討課題となっている。なお、行動6報告書の Commentary on the PPT Rule パラグラフ7によれば、いくつかの国は、種々の理由により特典制限条項 (LOB) をそのままの形態では導入できないとしており、その場合にはより狭い射程の特典制限条項 (LOB) と併せて導管取引防止規定を導入するものとされている。

3. 行動6の規定が日系企業に与える影響

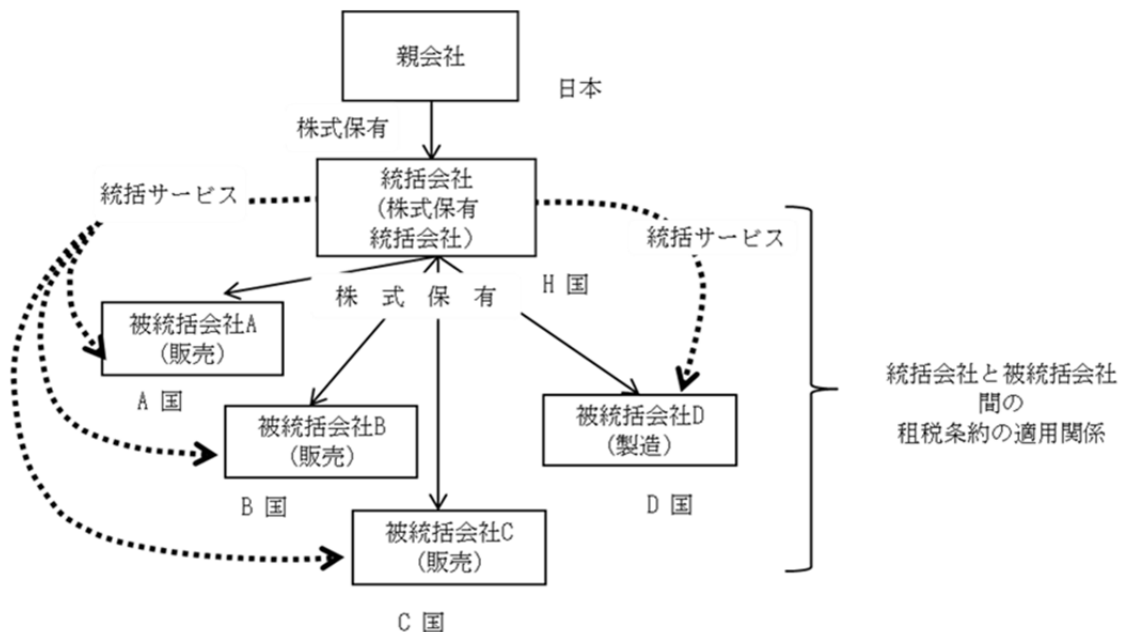
行動6報告書で採用を勧告されている規定は、租税条約の特典制限条項 (LOB) 及び主要目的テスト (PPT) 以外の契約の分割等の租税条約を濫用する取引等に対応する規定も含んでいるが、ここでは最も影響が大きいと思われる特典制限条項 (LOB) 及び主要目的テスト (PPT) につき、日系企業に影響があると思われる事例を見ていくこととする。

(1) 地域統括会社

2010年度の税制改正において統括持株会社及び物流統括会社につき外国子会社合算課税の適用除外が導入されたことも誘因となって、日系企業はかなりの数の欧州、アジア、北

米等を統括する地域統括会社を設立してきている。従って、日系企業にとって地域統括会社はそのグローバルな事業展開に欠くことのできないものとなっている現状がある（図表4-1参照）。

<図表4-1>



"Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances"

Commentary on the LOB rule

48. ... Since a headquarters operation is in the business of managing investments, a company that functions solely as a headquarters company will not be considered to be engaged in the active conduct of a business for purposes of paragraph 3."

行動6報告書の特典制限条項（LOB）の能動的な事業活動（Active Conduct of Business）に関する説明であるパラグラフ48において左記のような説明がなされている。すなわち、投資を管理することが能動的な事業活動となるのは、銀行等の金融機関その他のみであり、日系企業が設立しているようないわゆる（地域）統括会社については、能動的な事業活動に従事していないとされ、適格者とされない可能性が大きいことになる。

また、統括会社が統括サービスを行うことが能動的な事業活動であるとされる場合でも、統括会社が稼得する配当、貸付利息については、その能動的な事業活動に付随する所得であるか否かは、疑問が残るところである。

"Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances"

Commentary on the LOB rule

13. ... In particular, where an arrangement is inextricably linked to a core commercial activity, and its form has not been driven by considerations of obtaining a benefit, it is unlikely that its principal purpose will be considered to be to obtain that benefit. Where, however, an arrangement is entered into for the purpose of obtaining similar benefits under a number of treaties, it should not be considered that obtaining benefits under other treaties will prevent obtaining one benefit under one treaty from being considered a principal purpose for that arrangement. ...

一方、主要目的テスト（PPT）においては、統括会社の事業目的が、その統括する地域の子会社群につき地域に密着した運営を行うという商業的目的と切り離すことができない程度のものであり、その様態が租税条約の特典を得るような動機づけによるものでないと考えられる場合には、租税条約の特典が与えられるとされている（左記パラグラフ 13 参照）。しかしながら、主要目的テストについては、その判断について主観的な要素が入ることは避けられないため、その意味では安定的に日系企業の地域統括会社に租税条約の特典を与えられるか否かについては疑問がある。

以上、日系企業の地域統括会社が特典制限条項（LOB）及び主要目的テスト（PPT）をクリアするか否かを検討してきたが、特

典制限条項（LOB）の要件の充足は難しいが、主要目的テスト（PPT）はクリアすることのできる可能性がある整理されよう。

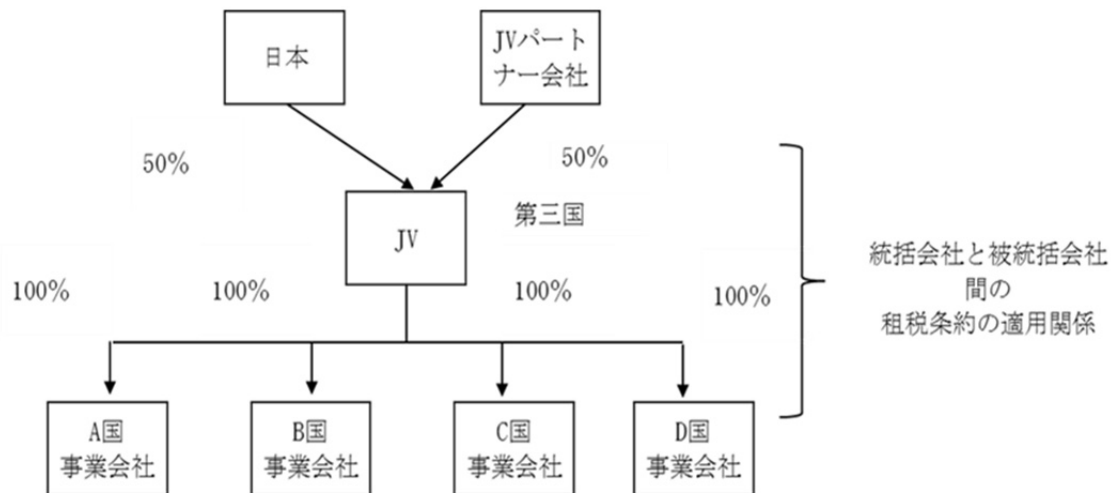
OECD 加盟国は、3つの方法（①LOBとPPTの両者、②PPTのみ、③LOBと導管取引防止規定の両者）のうちいずれかを導入することを勧告されているが、今までの議論を勘案すると、地域統括会社は②の主要目的テスト（PPT）のみが導入されている租税条約については、その特典が受けられる可能性があるが、①の特典制限条項（LOB）と主要目的テスト（PPT）の両者、及び③の特典制限条項（LOB）及び租税条約上又は国内法上の導管取引防止規定、の導入されている租税条約においては、特典を受ける可能性は低いと思われる。

このように地域統括会社が租税条約の特典を受けられるか否かについては、非常に不安定な状況であるため、日系企業のグローバル事業の展開に重大な支障を生ずる可能性が懸念される。

（２）JV 持株会社

日系企業が他国の企業とジョイント・ベンチャー（以下JVという。）を組成する場合、その相手企業の所在国とは関係ない第三国に持株会社を設立してJV事業を管理することが多い。これは、第三国に設立することによりお互いの影響力を排除して中立的に運営することができるためである。

<図表 4-2>



第三国に設立するため、JV 持株会社は、多くの場合ペーパー又は最低限の人員配置で運営されることとなる。当然のことながら、能動的な事業活動(Active Conduct of Business)は行われず、また投資の管理業務を行うことから、特典制限条項(LOB)を満たすこともできない。ただし、主要目的テスト(PPT)については、JV 持株会社を設立することは純粹に事業上の理由によることから、クリアする可能性がある。しかしながら、主要目的テスト(PPT)のみが導入される場合、どの程度の実体性を要求するかについては説明されていないため、本当に適格者に該当することになるかにつき不安定さが残ることとなる。特典制限条項及び租税条約上又は国内法上の導管取引防止規定の組み合わせについても、LOB 規定が緩和されている可能性があるといっても、ペーパー又は最低限の人員配置で運営されることとなるため、適格者となることは難しいと考えられる。

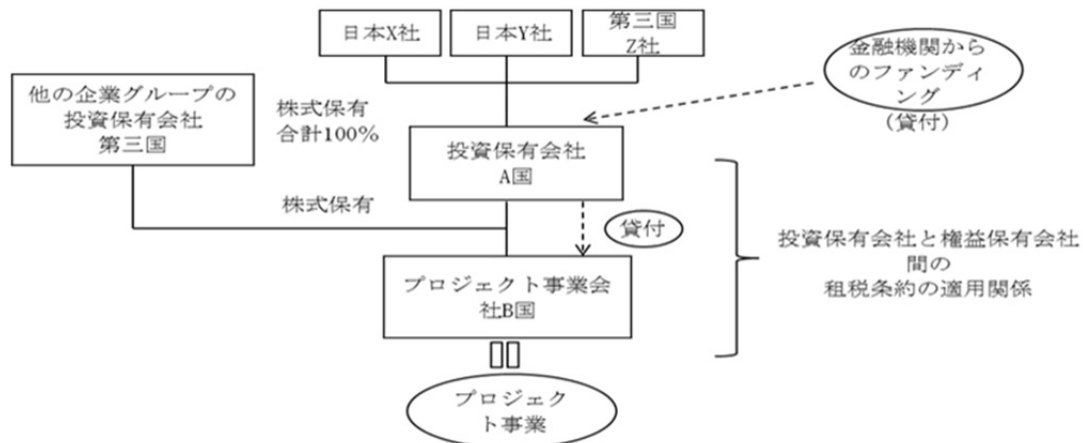
このように JV 持株会社が租税条約の特典を享受できる適格者となることにつき、かなり困難な状況であるため、日系企業のみならず、他の OECD 加盟国の多国籍企業についても、JV を組成する場合には著しい不利益を被る可能性があると考えられる。

(3) 投資保有会社

複数の(日本)企業が参加するインフラ事業、資源開発事業等については、比較的多額の資金が必要とされるため、またリスク分散のため、下記のように投資保有会社を設立することが多い。多くの場合、参加者は、当該プロジェクトの関連事業者であり、プロジェクト事業会社への一定の資本参加及び融資を求められることとなる。このような場合、金融機関からのプロジェクト資金の融資を受けることも多いため、その場合には倒産隔離、法務リスク遮断、キャッシュフローの透明性の確保、その他の目的のため投資保有会社を設立することが必須となる。また、プロジェクト事業のまとめ役であるオペレーターより、一定のグループの事業関連者につき One Voice にするため、このような投資保有会社の設立を求められることもある。投資保有会社の設立国は、プロジェクト事業会社所在国又はプロジェクト事業所在国との経済的、法的、文化的関係(経済的密着度、投資保護協定の有無、(イギリス)慣習法又は(欧州)大陸法等の法体系との法的適合性、旧宗主国関係の

有無、その他)により選定されることが多い。また、併せてその国の法制度、会計制度、税制等が投資管理に適しているか、また投資先との租税条約が優れているか、等を総合的に勘案して選定されることとなる。

＜図表4-3＞



投資保有会社を第三国に設立することとなった場合、その性質上ペーパー又は最小限の人的配置により運営されることが一般的であるため、能動的な事業活動 (Active Conduct of Business) は行われず、また投資の管理業務を行うことから、特典制限条項 (LOB) を満たすことはできないであろう。また、主要目的テスト (PPT) は、投資保有会社を設立することは純粋に事業上の理由によることから、クリアする可能性はあるが、設立国選定の際には租税条約の特典の有無も当然のことながら勘案されるため、租税条約の特典を得ることが主要目的の一つとされ、特典を否認される可能性がある。さらに、主要目的テスト (PPT) のみの採用の場合、どの程度の実体性を要求するかについては説明されていないため、本当に適格者に該当することになるかにつき、疑義があろう。特典制限条項 (LOB) 及び租税条約上又は国内法上の導管取引防止規定の組み合わせについても、特典制限条項 (LOB) が緩和されている可能性があるといっても、ペーパー又は最低限の人員配置で運営されることとなるため、適格者となることは難しいと考えられる。

このように投資保有会社が租税条約の特典を享受できる適格者となることにつき、困難な状況であるため、日系企業のみならず、他の OECD 加盟国の多国籍企業についても、投資保有会社を設立する場合には著しい不利益を被る可能性が高いと考えられる。

(4) 予見性の低下

行動6報告書は、租税条約の特典制限につき、3つの方法 (①LOBとPPTの両者、②PPTのみ、③LOBと導管取引防止規定の両者) を提示し、いずれかを導入することを勧告している。

以上で見てきた通り、OECD加盟国間の租税条約はもとより、その他の租税条約におい

ても、3種類の特典制限条項が導入されることが多くとなると予想され、さらにこれらの規定の適用につき、OECDモデル条約コメントリーで一応の解釈の指針は示されるものの、詳細については各国独自の運用がなされることが予想される。そうであるとする、租税条約の特典の享受の予見可能性はかなりの程度低下すると思われる。また、行動6報告書のIntroductionパラグラフ6にも述べられている通り、特典制限条項(LOB)と主要目的テスト(PPT)の規定自体についても、各国の状況に適合させることをある程度許容しているため、特典制限条項(LOB)、主要目的テスト(PPT)、及び導管取引防止規定の各規定の組み合わせにつき、各国の独自の変更がなされ、かなりの程度のバラエティーが生じることが予想される。そのため、租税条約の特典の享受の有無の判断は困難を極めるものと予想される。

4. 行動6の規定振りの緩和策の提案

前パラグラフにおいて、行動6の報告書において導入を勧告されている諸規定が、地域統括会社、JV持株会社、投資保有会社等につき、日系企業にも重大な影響を及ぼす可能性があることを見てきた。これらにつき、個別に問題点の緩和策を探っていくこととする。

(1) 地域統括会社

行動6報告書は、租税条約の特典制限につき、3つの方法(①LOBとPPTの両者、②PPTのみ、③LOBと導管取引防止規定の両者)を提示し、いずれかを導入することを勧告している。地域統括会社は、主要目的テスト(PPT)のみの場合には租税条約の特典が受けられる可能性があるが、その他の場合においては特典を受ける可能性は低いと考えられること

所得に対する租税に関する二重課税の回避及び脱税の防止のための日本国とオランダ王国との間の条約

第二十一条特典の制限

...

6 (a) 一方の締約国の居住者は、適格者に該当しない場合においても、他方の締約国内から取得する第十条(a)3、第十一条3、第十二条、第十三条又は前条に定める所得に関し、次の(i)から(iii)までに掲げる要件を満たすときは、これらの規定により認められる特典を受ける権利を有する。

(i) 当該居住者が多国籍企業集団の本拠である法人として機能すること。

(ii) 当該所得が(b)(ii)に規定する事業に関連し、又は付随して取得されるものであること。

(iii) 当該居住者がこれらの規定により認められる特典を受けるためにこれらの規定に規定する要件を満たすこと。

とは先に考察した。

このような状況に対応する方法としては、特典制限条項(LOB)と主要目的テスト(PPT)の両者を導入する場合、統括会社の適格者規定を入れるという方法、主要目的テストのみの導入の場合、統括会社の主要目的が複数の被統括会社を統括する場合は主要目的テストをクリアすることをモデル条約のコメントリーに明記する方法が考えられる。特典制限条項(LOB)と導管取引防止規定の両者を導入する場合には、実体のある統括会社は導管取引を行うことはないと考えられるため、統括会社の適格者規定の導入により対応することができるものと思われる。

- (b) 一方の締約国の居住者は、次の(i)から(vi)までに掲げる要件を満たす場合に限り、(a)の規定の適用上多国籍企業集団の本拠である法人とされる。
- (i) 当該居住者が、当該多国籍企業集団の全体の監督及び運営の実質的な部分を行うこと又は当該多国籍企業集団の資金供給を行うこと。
- (ii) 当該多国籍企業集団が、五以上の国の法人により構成され、これらの法人のそれぞれが居住者とされる国において事業を行うこと。ただし、これらの国のうちいずれかの五の国内において当該多国籍企業集団が行う事業が、それぞれ当該多国籍企業集団の総所得の五パーセント以上を生み出す場合に限る。
- (iii) 当該一方の締約国以外のそれぞれの国内において当該多国籍企業集団が行う事業が、いずれも当該多国籍企業集団の総所得の五十パーセント未満しか生み出さないこと。
- (iv) 当該居住者の総所得のうち、他方の締約国内から当該居住者が取得するものの占める割合が五十パーセント以下であること。
- (v) (i)に規定する機能を果たすために、当該居住者が独立した裁量的な権限を有し、かつ、行使すること。
- (vi) 当該居住者が、当該一方の締約国において、所得に対する課税上の規則であって5に規定する者が従うものと同様のものに従うこと。
- (c) (b)の規定の適用上、一方の締約国の居住者は、その所得を取得する課税年度の直前の三課税年度について(b) (ii)から(iv)までに規定するそれぞれの総所得の平均がこれらの規定に規定する総所得に関する要件のそれぞれを満たしている場合には、当該所得を取得する課税年度について当該要件を満たすものとみなす。

統括会社につき適格者規定を入れるという対応については、既に日本・オランダ租税条約の21条6項、日本・スイス租税条約の22条のA5項にその規定が導入されているので参考となる。左記は日オランダ租税条約の21条6項の規定であるが、概ね以下の要件を満たしている場合には、租税条約の適格者となるとしている。

- ・多国籍企業集団の本拠であること
- ・特典対象所得がグループ法人の事業に関連、付随する所得であること
- ・その本社は、グループ全体の実質的な部分の監督・管理を行うこと又はグループの資金供給を行うこと
- ・グループが5以上の国の法人により構成され、その居住地国で事業をそれぞれ行っていること
- ・本社及びグループ法人各社の規模がそれぞれ適切な規模であること
- ・その本社は、監督・管理又は資金供給に関して独立的な権限を有すること
- ・その他

そもそも、日本の法人税課税において2010年度の税制改正により統括持株会社及び物流統括会社につき外国子会社合算課税の適用除外が導入されたことから理解される通り、(関連の租税特別措置法を含む)日本の法人税法は、外国子会社合算課税制度において適用除外となる統括会社は

十分経済的合理性を有していると認識していることとなる。従って、日本の外国子会社合算課税制度において適用を除外される統括会社が租税条約の特典を受けられないこととなるのは、日本の法人税制の趣旨からも矛盾する結果となり、また、既に活動している日系企業の地域統括会社に著しい不利益を生ずることとなる。よって、統括会社の適格者規定の導入、統括会社の主要目的テストにおける取扱いをモデル条約コメントリーにおいて明らかにする、といった対応が強く望まれるところである。

現状において導入の検討対象とされている派生的受益者の規定については、これによる救済もあり得ると考えられるが、日本と被統括会社所在国の租税条約が統括会社所在国と

その被統括会社所在国の租税条約と同等以上の特典を与えていない限り、救済策としては完全に機能しないと考えられる。すなわち、日系企業にとって事業上の合理的な理由から設置している（実体のある）統括会社はその設置国の締結している租税条約の特典をフルに享受できない可能性を残すため、派生的受益者規定による救済は本質的な解決策とはならないことを指摘しておきたい。

（２）JV 持株会社、投資保有会社

JV 持株会社、投資保有会社のいずれの場合も、ペーパー又は最小限の人的配置により運営されることとなるため、能動的な事業活動（Active Conduct of Business）は行われず、また投資の管理業務を行うことから、特典制限条項（LOB）を満たすことはできない。主要目的テスト（PPT）については、これらの会社を設立することは主として事業上の理由であることから、クリアする可能性はあるが、設立国選定の際には租税条約の特典の有無も当然のことながら勘案されるため、租税条約の特典を得ることが主要目的の一つとされ特典を否認される可能性は残ることになる。さらに、主要目的テスト（PPT）のみの採用の場合、どの程度の実体性を要求するかについては説明されていないため、本当に適格者に該当することとなるか疑義があるように思われる。特典制限条項（LOB）と導管取引防止規定の両者を導入する場合についても、特典制限条項が緩和される可能性があるといっても、ペーパー又は最低限の人員配置で運営されることとなるため、適格者となることは難しいと考えられる。

既に日系企業においてかなりの数の JV 持株会社、及び投資保有会社が存在しており、これらの形態の会社は、日本経済の活性化の要とされている日系企業による資源権益等の確保、又はインフラ（輸出）に利用されることが多いため、日系企業、ひいては日本経済に与える影響は重大なものがあると思われる。

権限のある当局による適格者の認定といった方法も救済策として考えられるが、JV 契約、投資契約については、しばしばダイナミックに対応しなくてはならない性質のものであるため、一般的に時間のかかるとされる権限ある当局による認定はなじまない。本質的には、ペーパー又は最小限の人的配置により運営される会社については、重要な経済的合理性があっても、特典制限条項（LOB）と主要目的テスト（PPT）の両者、主要目的テスト（PPT）のみ、特典制限条項（LOB）と導管取引防止規定の両者、のいずれのテストにおいても能動的な事業活動（Active Conduct of Business）的な要素を要求する限り、解決できる性質のものではない。税源浸食及び利益移転問題（BEPS）対応において能動的な事業活動（Active Conduct of Business）的な要素が租税条約の適格性につき不可欠な要素、あるいは譲れない要素であるとするならば、全く別の角度からの解決策を求めるより他はないように思われる。

現状において導入の検討対象とされている派生的受益者の規定による救済は、JV 持株会社についてはその株主が日本以外の居住者を想定しているため、救済策になり得ないし、投資保有会社については、その株主がすべて日本の居住者である場合には救済策になり得

るが、非居住者も株主になることも多いため、その者が同等受益者でない場合には、全面的な救済策として機能しない。さらに、そもそも派生的受益者規定は、第二義的な解決策であり、本質的な解決策にならないことは、先に説明した通りである。

(3) 特典制限条項 (LOB)、主要目的テスト (PPT) 等とは別の解決策

そもそも、JV 持株会社、及び投資保有会社がクロスボーダーの環境ではなく、同一国内で完結する形態であれば、その国の課税当局はその存在につき、全く問題視しないであろうと考えられる。このことから判るように、これらの会社の問題は、国内取引とクロスボーダー取引の税負担の差異の問題に収斂するように思われる。例えば、配当、利子、使用料といった支払につき、その国の居住者に対して支払う場合においても、源泉税を課す国はあるものと思われるが、その場合でも、源泉徴収が最終課税ではなく、それらの者のネット所得に対する個人又は法人所得税額を計算し、それらに係る源泉税を控除し、控除しきれない場合には還付することとしているのが通常であろう。そうであれば、租税条約の特典を受けられない(地域)統括会社、JV 持株会社、投資保有会社といった会社につき、ネット所得に係る(法人)所得税を計算し、その源泉税を控除し、控除しきれない場合には還付を受けられる道を開くべきであろう。具体的には、(確定)申告書の提出により、ネット所得に対する課税額を申告し、源泉税の控除、還付を受けられるようにすることである。

租税条約の目的は一般的に、源泉地国の課税権の制限と居住地国における二重課税の排除により、二国間の経済取引を活発にすることにあると言われている。配当、利子、使用料等の支払について gross 金額に租税条約が適用されず国内法により源泉税が課され、一方では二重課税排除はネット所得に対する居住者側の(法人)所得税額を限度とされることが多いため、その源泉税につき過重な課税が排除できないこととなる。従って、クロスボーダー取引に著しい障害が生ずることになると予想される。OECD 加盟国がすべて同じ租税条約を締結し、(暫定的に規定されている)派生的受益権条項が適用されれば、理論的には OECD 国間の取引に限れば、解決されるであろうが、実際問題としてそのようにはならないと思われる。すなわち、特典制限に関しては、①特典制限条項 (LOB) と主要目的テスト (PPT) の両者、②主要目的テスト (PPT) のみ、③主要目的テスト (PPT) と導管取引制限テストの両者、のいずれかを各国が選択することを許容しているため、多国間税務協定で統一される訳でもなく、また、派生的受益権を享受するにも、95%以上の同等受益者が直接、間接(間接の場合には間接保有者も同等受益者でなくてはならない。)に保有していなくてはならないため、そのような理想的な状況を達成することも非常に難しいこととなる²。

² 種々の状況が想定されるが、一つの例としては、多数の者が参加して第三国に JV 事業体を組成する場合、出資割合等の条件の他、同等受益者であることを要求することは、JV の組成自体を危うくするような状況も想定される。派生的受益権を享受するためには、7名以下の同等受益者が95%以上保有している必要があるため、JV 参加は常に7名以下に制限されることも障害となる。

従って、このような問題を解決するには、先に述べたように、配当、利子、使用料の課税については、少なくとも OECD 加盟国間では内外差別はすべきではなく、これらについては、源泉徴収課税を行わないか、少なくとも居住者と同等の課税を担保するために源泉徴収をしたとしても申告還付を認めるべきである。このような対応策については、EU が参考になると考えられる。EU 条約においては、「開業の自由」、「資本移動の自由」、その他の活動の自由が保証されていて、原則的に内外差別を許容していない^{3,4}。したがって、OECD加盟国の適格居住者が過半数を超えるマジョリティーを直接又は間接に有している法人に対しては、このような内外差別をなくすような方策を採用することが、問題を解決するのではないであろうか、と考える次第である。

技術的には、OECD モデル条約の 24 条（無差別条項）の第 1 項から、「特に居住地であるか否かに関し」という要件を削除することにより、適切な情報交換の前提としつつ非居住者に対する無差別条項の適用範囲を拡大し、ネット所得申告による源泉税の還付申告による二重課税の排除を行うことを担保することが考えられる⁵。

また、税源浸食及び利益移転問題（BEPS）の議論のそもそもの目的は、当然のことながら、税源浸食及び利益移転の防止であるが、本件行動 6 報告書の Section A 第 2 章の Cases where a person tries to abuse the provisions of domestic tax law using treaty benefits の分析によれば、税源浸食及び利益移転問題（BEPS）の大部分は、租税条約そのものではなく、国内法から発生していて、租税条約はそれを助長しているにすぎないとされている。従って、国内法の整備にかかる勧告が第一義的な対応策であり、租税条約の濫用防止は第二義的な対応策となると考えるのが妥当であろう。そのため、特典制限条項（LOB）や主要目的テスト（PPT）、又は導管取引防止規定の導入といった租税条約の特典の一般的制限規定で対応するより、租税条約又は国内法の個別規定で対応することがより効果的であろうと考えられる。この点に関して行動 6 報告書の Section A 第 2 章においては、以下の OECD モデル条約の規定の変更の必要があるとしている。

- 租税条約による国内法の一般的濫用防止規定（GAAR）適用否認
- 24 条 4 項、24 条 5 項による国内法の過少資本税制の適用否認
- 7 条、10 条 5 項による国内法の CFC ルールの適用否認
- 13 条 5 項による国内法の出国税等の適用否認
- 24 条 5 項による国内法の連結納税制限の適用否認
- 13 条 5 項による国内法の配当の譲渡益転換制限規定の適用否認
- 13 条 5 項による国内法の（トラスト等に係る）所得割当規則の適用否認

³ EU の機能に関する条約第 2 章 Right of Establishment、第 3 章 Services、第 4 章 Capital and Payments 参照。

⁴ 最近では、FFI グループ訴訟事件（2012 年 11 月 13 日 ECJ 判決）により、英国の配当課税に関する内外差別が問題とされたのが記憶に新しい。

⁵ このような提案は、既に 2008 年の IFA（International Fiscal Association）ブリュッセル大会においてなされているものとされる。IFA は世界的に極めて評価の高い国際租税の研究機関で、その研究報告については、OECD も一定の評価をしている。

税源浸食及び利益移転問題（BEPS）の他の行動計画である行動 2（ハイブリッド・ミスマッチの無効化）、行動 3（外国子会社合算税制の強化）、行動 4（利子等の損金算入を通じた税源浸食の制限）、及び行動 8、9、10（移転価格税制）により、国内税法を OECD 各国において調和させることにより、ほとんどの税源浸食及び利益移転問題（BEPS）に第一義的に対処できると考えられる。一般的な租税条約の特典制限はこれらの行動計画に比し、より広範に経済活動を規制する可能性があるため、租税条約の特典制限以外の規定により税源浸食及び利益移転問題（BEPS）を解決できる場合には、租税条約の特典制限については緩和の検討も必要があるかもしれない。よって、今後の行動 2、3、4、及び行動 8、9、10 の進展を注視すべきである。

5. まとめ

行動 6 は、主として税源浸食及び利益移転問題（Base Erosion and Profit Shifting : BEPS）に対応するため、租税条約の濫用防止につき OECD 加盟国に対して勧告を行うことが目的である。

本報告書では、行動 6 報告書が導入勧告している特典制限条項（LOB）、主要目的テスト（PPT）、その他の規定につき、その詳細を検討し、日系企業に重大な影響を及ぼすことを確認した。特に、地域統括会社、JV 持株会社、投資保有会社等につき、かなり重大な影響を与えることになると考えられる。その対応策として、統括会社の適格居住者条項の創設、主要目的テスト（PPT）に関するコメントリーの追加、内外差別解消のためのネット所得申告課税の確立等につき検討し、その有効性を検証した。

いずれにせよ、過度な租税条約の濫用防止規定の導入は、多国間の経済取引において排除しきれない二重課税問題を生ずる可能性が高いと考えられる。行動 6 租税条約の濫用防止については、他の税源浸食及び利益移転問題（BEPS）の対応策の関連にて検討していくべき問題であり、税源浸食及び利益移転問題（BEPS）の究極的な目標である二重非課税の（完全）排除と租税条約の本来の目的である二重課税の（完全）排除を両立させるべきである。欧米系多国籍企業が引き起こしている二重非課税問題は看過できない問題として非常に重要であるが、それのみにフォーカスしてさらなる二重課税を引き起こし、それが特に日系多国籍企業に生ずるのであれば、日系企業の関与するグローバルな経済活動を混乱、停滞せしめることとなり、本末転倒であると懸念している次第である。

第5章 恒久的施設（PE）認定の人為的回避への対応

早稲田大学大学院会計研究科教授

青山 慶二

1. BEPS プロジェクトでの問題提起

経済的活動が行われ付加価値が生み出される場所と課税所得が計上される場所のミスマッチを利用した多国籍企業の濫用的な租税計画に対して、OECD が取り組む BEPS 行動計画は多方面から対応策を検討している。ミスマッチが生み出される要因は、国際取引の実態変化に対して課税権配分の閾値に係る伝統的規範の対応力が十分でない点にあると認識されているからである。ただし、OECD モデル条約が前提とする現行の居住地国と源泉地国間の課税権配分法則自体にチャレンジすることを予定していないと宣言する BEPS プロジェクトの下では、処方箋の多くは、伝統的規範の解釈・適用のガイダンスの進化により二重非課税を封じ込めようとするものとなっている。しかしながら、その中で、行動7の恒久的施設認定（PE）への対応は、独立企業原則自体へのチャレンジの可能性を排除しない移転価格問題への対応（行動8～10）と並んで、最も歴史が古いといわれる PE 概念の機能の限界まで見据えた検討が行われているようにも観察される。本稿では、まず、現行条約の下で PE が果たしている機能を確認しつつ、PE 概念の経済情勢変化への対応の沿革を検証した後、それを踏まえて、BEPS プロジェクトの処方箋で提起されている各種改善策について検証を行うことを目的とする。なお、その際には、PE 概念の人為的回避への対応策のどこまでが従来の PE 概念の解釈論の範囲内に収まっているのか、従来の PE 概念との整合性が乏しく「PE の看板を付されているがむしろ新たな閾値概念の創造」となるのはどの処方箋なのか、の視点でアプローチすることとし、併せて、新たに閾値の創造となる場合の問題点についても予備的な検討を行うものである。

2. 国際間の課税権配分における恒久的施設（PE）概念の役割

（1）「PE なければ課税なし」の原則

PE 帰属主義を初めて国内法に取り入れた平成 26 年改正後の法人税法は、制限納税義務者である外国法人が我が国で展開する営業活動から得られる所得への課税権について、PE の有無及び PE が所在する場合の PE の種類に基づく区分により、我が国法人税の申告納税義務を課す事業所得の範囲を画している（法 141 条）。すなわち、事業所得に分類される企業の利得に関しては、①PE の存在が認定されて初めて、②「当該 PE に帰属する所得」（同 138 条 1 項 1 号）のみを、法人税の申告納税対象にできる旨定められているのである。なお、国内法が新たに導入することになった上記②の PE 帰属主義は、2010 年改正で明確化し解釈が統一された OECD モデル条約の 7 条 1 項 2 文及び同 2 項と整合的であ

り¹、他方、従来の取扱いが踏襲された①の「PE なければ課税なし」の原則は、OECD モデル及び国連モデルの各 7 条 1 項 1 文と整合的であり、現在のところ後者に関しては、途上国を含めたほとんどの国が租税条約上承認するルールとなっている。

我が国も、平成 26 年の国内法改正前から、締結した租税条約には上記①と②の原則をいずれも取り込んでおり、条約締結相手国との間の国際投資・貿易額が全世界のその 95% をも占めているという状況の下では、PE 帰属主義の国内法への導入は、我が国 PE 課税原則を海外に向けて新たにアピールするというよりは、むしろ、リスク・機能分析による具体的な帰属所得の計算方式を明確化して納税者の予測可能性を高めるという実務的效果に主眼が置かれていたと評価されよう²。

しかし、「PE 帰属所得のみを課税対象とすべきである」という 2010 年に OECD がモデル条約 7 条の改定過程で再確認したいわゆる OECD 承認アプローチ (AOA 原則) が、リスク・機能分析などを経た所得帰属についての経済的合理性を根拠としているのに対し、「PE なければ PE 所在地国に課税権なし」というルールには、以下に検証する通り、課税原則として精緻化された理論的根拠は見当たらないように見える。なぜなら、OECD モデル条約と国内法のいずれもが、単純購入のみを行う施設や準備的・補助的業務のみを行う一定の施設を PE とは認定しない旨、定性的に規定している「PE なければ課税なし」の割切りは、帰属主義で検討されているような、機能・リスク分析の結果に従った個別・具体的な課税効果の測定とは明らかに距離を置いているように見えるからである。

このような外形基準による PE 概念を前提にして経済的正確性を追求する帰属主義を適用した場合の課税効果は、租税法で立法規範と位置づけられている公平・中立・簡素の 3 原則に照らすと、いびつなものになることが懸念される。すなわち、PE の認定の如何によりオールオアナッシングで源泉地国の課税権を制約する考え方は、(投資の双方向性を前提としない限りは) 課税権配分における公平性や取引に対する中立性を阻害するといわれても仕方がないと思われるのである。辛くも簡素性に区分されうる執行の容易性の観点からのみ、PE なければ課税なしの理屈の積極的な評価が可能となるともいえよう。このことは、PE の生い立ちからも検証される。すなわち、PE 概念の成立・発展の沿革を観察すると、外国法人の本拠所在地国 (全世界所得への管轄を主張) と活動地国 (自国源泉の利得への管轄を主張) との間で発生する二重課税を当事国間で事前に最小化する方法の一つとして、一定の場合に活動地における源泉地国管轄権の行使を控えて本拠所在地国における全世界管轄権を優先させるという政策選択の妥協が行われてきたという沿革である。双

¹ 現在我が国の締結している条約は、2010 年改正前の旧 OECD モデル 7 条に沿ったものがほとんどであり、これらの国との間の PE 課税は、条約改定までの間は旧モデルの下での制約 (単純購入非課税や内部取引の原則的不認識等の適用) 下で運用されることになり、国内法もその旨留保している。青山「平成 26 年度改正で導入された帰属主義について」(2014.10 租税研究) 267 頁。

² 租税回避防止の観点からは、条約締結していないタックスヘイブン国の法人による PE を介しないわが国内での経済活動の成果を申告課税対象に取り込める余地が大きいという意味で、26 年改正前の総合主義 (全所得主義とも呼ぶ) は有益であったという評価もあるが、自主的な申告に頼る課税の実効性を考えると、従来の総合主義は大きな機能を果たしてきたとは考えられない。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 頁を参照。

方向の国際投資を促進してグローバル経済の果実をシェアし合おうとする先進国間では、このように活動地国での課税権を控えるという政策選択は、二重課税リスクを減らし投資意欲を鼓舞するという意味で、締約国双方にとって win-win の成果をもたらす経済政策の一部と受け止められてきた。第 2 次大戦後 OECD が主導してさらなる精緻化をさせてきた PE 概念も、そのような文脈で理解しなければならず、特に OECD モデル条約の構築過程に参加する機会を与えられなかった途上国の立場に立ってみれば、現行の OECD モデルの PE 概念は、先進国間で一定の経済発展状況の下で合意されてきた歴史的産物に過ぎないという観察も可能と思われる³。

ただし、そうであるからといって 19 世紀のヨーロッパに端を発して、その後の経済発展状況や国際投資状況の変化に弾力的に対応して生き延びてきた PE 概念を、OECD 加盟国以外の新興国の参加も認めた今回の BEPS 対応策の検討の機会に、その存在意義を根底から見直そうという方向には、G20/OECD の作業は向かっていない。PE の閾値としての具体的な課税権配分機能は評価・尊重して、その定義や解釈を経済取引の実体に合わせる方向で調整するという手法を採れば、多国籍企業が従来享受してきた法的安定性を損なうことなく、BEPS 対応という目的は十分達成できるとの共通認識が OECD にはあるように見える。従って、本稿も「PE なければ課税なし」の理念自体にチャレンジする検討は行わない。なお、PE を介在させた事業所得の課税方法の理論的な整理（①ソースルールによる国内源泉所得の確定、②外国法人の課税の閾値としての PE の認定、③PE を根拠とした課税権の源泉地への配分の 3 点に区分した分析）については、谷口、浅妻両教授の先行研究があるので参照されたい⁴。

（2）改正を経ないモデル条約 5 条の PE 概念と同新 7 条に基づく AOA 原則との共存

（1）で触れた点であるが、現行の OECD モデル条約 5 条と新たに AOA 原則を體現した同 7 条の間の関係は、理論的整合性という点でやや不安定であると受け止められている⁵。そこで、現行の PE 概念と AOA 原則との共存している状況をどのように捉えられるのかについて、念のため確認しておきたい。

1) 5 条における PE の位置づけ

まず、5 条の PE は、あくまで源泉地国に課税権が発生するための閾値と位置づけられている。すなわち、源泉地国の営業活動のレベルが、利潤獲得に接近しそれと一定の直接

³ 増井良啓「国際課税ルール of 安定と変動」(税大論叢 40 周年記念論文集 2008) 335 頁。なお、途上国が自らに必要な租税条約のモデルを創設したのは 1980 年であり(途上国と先進国間の租税条約としての国連モデル条約)、その中では、当時の OECD モデルの PE 概念を基礎にしながらも、引渡 PE の追加や建設 PE の期間短縮などの修正が加えられている。

⁴ 谷口勢津夫「外国企業課税に関する帰属主義と全所得主義」(税法学 389-390 号) 1983 及び浅妻章如「恒久的施設をはじめとする課税権配分基準の考察」(国家学会雑誌 115-3・4 号) 2002。

⁵ BEPS Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of PE Status (OECD 2014.10.31) P.17. なお、青山「制限納税義務者の国内源泉所得課税」TKC 税研情報 (2014.8 号) 40 頁。

的關係を持つ段階に至った場合に、初めて源泉地国に課税権を発生させる（同時に、居住地国に二重課税の調整義務を課す）というものである。その観点から、単純購入（仕入）や、保管・引渡・市場の情報収集などの準備的・補助的活動は、利得獲得から遠いレベルの活動とされ、それを担う施設や人材は所得を配分するに十分な PE 概念のレベルには至らないとされてきたのである。しかし、グローバル化と IT 化の進展がもたらした現在の BtoC レベルで行われている広範なビジネスでは、そのような整理は的外れであると BEPS プロジェクトは指摘している。すなわち、BtoC ビジネスは財貨や役務の提供が仲介者を介さずに直接的に行われることが多く、そのため保管・引渡はマイナーな業務ではなくなっており（例として、グローバル流通企業による顧客所在地での大規模倉庫における引渡業務）、また収集された市場情報がすぐに他の営業に生かされるなど、利潤発生との間の物理的距離、時間的距離は明らかに短縮されている。行動 1 でデジタルエコノミーを念頭に置き提起されたこのような課題を踏まえて、行動 7 では、PE の範囲拡大という処方箋を多面的に検討することになった背景にも注視しなければならない。行動 7 レポートにおける解決策模索の方向は、長年にわたって、OECD モデル条約が対応してきた常套手段であるコメントリー改正の方向を取りながら、一部で PE 概念の実質的拡大にまで踏み込んでいく点に特徴があると考えられる。

2) 7 条の AOA による課税範囲の拡張と PE 認定の間の緊張関係

AOA アプローチのエッセンスは、9 条の独立企業原則の PE 状況への拡大であるが、ここでは PE が果たす機能と引き受けるリスク、さらには使用する資産に応じて利潤を配分するという理念を基本としている。それは利益への貢献度を機能・リスク・資産の要素で測定するという仕組みなので、本来的に、たとえば使用する資産の性格の如何（例えば生産用資産か広告用資産か）や支出する費用の性格の如何（たとえば、広告宣伝用の費用か、仕入費用か、生産に直結する工場の人件費か）などを、差別的に扱うという発想は本来ないはずである。

このため、同一の PE が販売活動とともに仕入や準備的・補助的活動を行っている場合には、PE 認定を前提に 7 条の AOA の下ではどの業務も同じ土俵で利得への貢献度が相対評価されるのに対して、当該業務が複数の PE 間で分割されている場合には、PE 認定の段階で、一部業務が PE を構成しなくなるがために利益も割り当てられないという意味で、前述したように国別の利益分配にバイアスが発生するのである（課税権配分に当たった公平性の問題と企業の経営選択に対する中立性阻害の問題）。今回の BEPS プロジェクトでは、後述する通りこの問題にも焦点が当てられ、AOA との間のギャップを解消する方向での解決策が提案されている。

3. PE 概念が経済情勢の変化へ対応してきた沿革

それでは、行動 7 が提起する処方箋を検討する前に、OECD モデル条約がこれまでどのように PE 概念の弾力化により、経済状況の変化に対応してきたのかを概観することにし

よう。

(1) 国際連盟下での PE 概念の形成

Skaar によれば、PE 概念は、事業所得の課税権配分の規範として 19 世紀の最後にプロイセンの租税条約で初めて登場し、国内法上も 1909 年のドイツ二重課税法で概念的定義が確立されたとされている⁶。それが国際連盟の下でモデル条約の規範となる際には、いわゆるキャロル報告書での整理が貢献しており、そこで確立された基本的考え方は現在までほぼ踏襲されているとよいであろう。

キャロル報告書に基づき国際連盟のモデル条約で確立した PE 概念を包括的にとらえると、施設を事業活動において自立的な施設と従属的な施設に大きく区分し、前者については事業所得の配分を認め、後者については認めない（ただし、発生する費用の配賦は認める）というものである。従属的な施設に所得配分を認めないとの方針は、第 1 次大戦後の個々の租税条約合意の内容と整合的であり、国内法の PE 立法の内容に由来するものではなかった。すなわち、源泉地国の課税権を縮小する方向で PE 認定を行うという当時の条約交渉環境を反映して、いわゆる「生産性テスト」（企業が生産的な事業活動、すなわち事業利益の稼得に貢献する活動を行っている場合に限り、PE を構成するという考え方）を通じた恒久的施設からの除外規定が持ち込まれたのである。それを反映して、ロンドンモデル条約では PE の定義は、「PE には、本店、支店、鉱山・油田、農場、工場、作業所、倉庫、事務所、代理人、据付、専門家の建物、及びその他生産的性格を有する固定的事業所を含む」とされていた⁷。なお、その生産的性格の認定においては、事業利益に貢献しているかどうかを判定基準とされ、併せて、生産的な性格でないものについて研究所、情報収集場所、倉庫等の例示が行われた。

(2) OECD モデル条約下での PE 概念の継承

1963 年の OECD モデル条約起草に際しては、生産性テストにおける「事業利益への貢献」という判断基準は除外事例との関係で必ずしも自明ではないとの批判を受け、これに対処する趣旨で、生産性テストへの言及をやめて、除外事例の中身の性格を準備的・補助的業務と整理して列挙した 5 条 3 項（現行の 5 条 4 項）を創設し、解釈上の困難を解消する改正が行われたとされている⁸。そしてその後は、e) 号に準備的・補助的業務として特掲されていた広告宣伝、情報提供、科学的研究の例示が削除されたこと及び a)～e) 号の組み合わせによっても PE を構成することはない旨の確認規定 (f 号) が追加されたことを除けば、4 項はほぼ原形をとどめたまま現在に至っている。

なお、現行モデルのコメンタリーでは、準備的・補助的業務に当たるか否かの判断が困

⁶ Arvid A.Skaar, “Permanent Establishment-Erosion of a Tax Treaty Principle” (1991) P.72.

⁷ ロンドンモデル (1946) 条約議定書 5 条。なお、先行するメキシコモデル (1943) でも同一の規定ぶりとなっている。

⁸ 前掲注 6) 92-93 頁

難であることを認めつつ、「決定的な基準は、事業を行う一定の場所での活動が本来企業の全体としての活動の本質的かつ重要な部分を形成するか否かである」という原則を示し、その原則の適用例としては、管理事務所や事後の部品提供や補修業務を行う事業所など限られた積極認定事例を解説しているものの、a)～d)号との関係には言及していない(5条パラ 24-26.1)⁹。この点に関して何が企業活動の「本質的かつ重要な部分」を構成するかを検討した Skaar は、モデル条約の判断基準として、①企業価値又は清算価値の増加に貢献しているか、②単なる資産の交換を超えて資本の再投入に結びつくものかの2点であると分析しているものの、現行の5条4項等のネガティブリスト及びコメンタリーは、結局のところ加盟国間の妥協の産物であり、明示的な原則を欠くと結論付けている¹⁰。

(3) 最近の PE 概念の修正

なお、近年の経済状況の変化に対応する PE 概念適用の課題については、OECD はすべてコメンタリーの改正によっている。そして、その内容は、2000年電子商取引レポートの検討結果としての PE 概念の改正(2003)、2002年 PE レポートでの検討結果を受けた PE 概念の改正(2003)、2006年サービス提供についての討議文書での検討結果を受けたサービス PE の許容(2008)等であるが、それぞれがサーバー PE の可能性(コメンタリーパラ 42.1～42.10)、「商業的・地理的にまとまったもの」の解釈(同パラ 5.1～5.5)及び「一定の」場所(6.1～6.3)の判断基準、183日滞在基準を満たすサービスについての PE 認定条項の代替的規定としての認容(同パラ 42.11～42.48)であるが、これらはその性質上、上記5条4項のネガティブリストと関係なく検討されている。従って、BEPS が問題提起した準備的・補助的業務への対応は、いまだ手付かずの状況で今日を迎えたといえよう。

4. BEPS プロジェクトでの処方箋の分析

(1) 行動1からの問題提起

デジタルエコノミーがもたらす BEPS 問題について、2014.9 報告書¹¹は4つの課税上の課題を提起したが、その1が従来の PE を Nexus としてきた課税ルールとの整合性であった。

ここでは、モビリティ、データ利用、ネットワーク効果など新たなデジタルエコノミーの特質にかんがみ、次のような伝統的な PE 概念から見て革命的ともいえる処方箋が議論されている。

- PE からの除外規定である5条4項の見直し(5条4項の全面的削除案を含む。ただし行動7でも提案されている a)～d) 号への準備的補助的性格の明記や引渡の削

⁹ すなわち、現行コメンタリーは、PE が a)～d)号に該当した場合(例えば引渡の倉庫や仕入専用の事務所)、それがさらに準備的・補助的性格を有していることが PE からの除外の要件であるかどうかについて、立場を明らかにしていない。

¹⁰ 前掲注6) 324頁

¹¹ OECD, Action1 Deliverable, “Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy” P.151.

除なども併せて提示されている)

- 重要なデジタル・プレゼンスに基づく新たな Nexus 規定の導入
- PE 概念を重要なプレゼンス概念に置き換える方法

しかし、これらは行動 1 のレポートでは問題提起にとどまっており、具体的な検討は関連する他の行動計画の検討結果に委ねられている。なお、同レポートでは、デジタルエコノミーへの対応については、中立性、効率性、確実性・簡便性、柔軟性及び持続可能性という、従来の評価基準に加えて、比例原則も重視すべきと指摘している点で、上記の 3 点の提案の外見上の大胆さについては、一定の割引評価をすべきとも考えられる。

(2) 行動 7 での検討内容

1) 討議草案のあらまし

2014 年 11 月に公表された行動 7 の討議草案 (以下、「討議草案」と略す)¹²は、その目的として、代理人 PE を回避するコミッションネア契約や準備的・補助的業務など PE 該当から除外される特定の活動を利用する租税計画を含めた BEPS スキームについて、PE 認定の人為的回避を防止すべくモデル条約 5 条の PE 定義の変更のオプションを提案している。その趣旨は、①コミッションネア契約への業態転換の中に含まれているものと想定される BEPS 目的スキームに対しては、5 条 5 項による従属代理人 PE 認定を行うべきではないか、②現行の準備的・補助的活動条項の下で、不当に BEPS のチャンスを拡大しているおそれのあるもの (オンライン販売の巨大倉庫、情報収集活動、活動の細分化による準備的・補助的活動の人為的創造等) について、それらを防御する 5 条 4 項の改正が必要ではないか、③建設 PE の存続期間の人為的分割に対する対応策が 5 条 3 項に必要ではないか、の 3 点に集約されるが、討議文書ではその処方箋を A 案から N 案の 14 のオプションとして具体的に提示して、コメントを求めている。以下においては各オプションについて其々グループ分けしたうえで、各内容を紹介するとともに、各オプションが伝統的な PE 概念からどの程度質的な変貌を遂げているのかの観点から若干のコメントを行いたい。また、併せて各オプションに対する本邦ビジネスからの懸念内容も、21 世紀政策研究所国際課税委員会メンバーから聴取した範囲で紹介することとしたい。

2) 従属代理人 PE 規定の改正に関する A~D 案

(i) 対象とするコミッションネア契約

討議草案では、コミッションネア契約は「ある国において自らの名において製品を販売するが、これらの製品の所有者である外国企業のために行う者にかかる取極め」をいうと定義している。すなわち、コミッションネアとは、棚卸資産の所有者から委託を受けて、販売契約の締結にかかる補助的業務や引渡等の物流業務を自らの名においてではあるが本人のリスク負担と計算によって、手数料を対価に行う業者である。源泉地において Buy-Sell

¹² OECD, Public Discussion Draft, BEPS Action7, “Preventing the artificial avoidance of PE status” (Nov.2014).

の機能を果たしていた販売子会社をこのようなコミッションネアへと業務転換する租税計画は、①子会社が稼得していた源泉地国所得の縮小（棚卸取引がもたらす諸リスク負担を前提とした超過利得計上方式から、手数料を対価として本人のための役務提供をおこなう定額利得計上方式への転換に伴うもの）と併せて、②当該コミッションネアが現行の 5 条 5 項の代理人 PE 該当の要件（「常習契約締結代理人」であること）を満たさないとされて源泉地国当局から本人所得への課税の不追求、というメリットを享受すると指摘されてきた。①に対しては、もしコミッションネアの果たす機能や引受けるリスクが契約条件を越えるものである場合には、機能・リスク分析による移転価格調整が用意されており、すでに OECD 移転価格ガイドライン第 9 章がその対応策を提示している。本件討議文書が扱うのは②の状況である。

（ii）コミッションネアの代理人 PE 該当性に関する従来の整理

代理人 PE の成立に関する従来の 5 条 5 項の要件は、「本人の名において契約を締結する権限を有し、かつ、この権限を反覆して行使する」という限定的なものであり、かつ、独立代理人を除外する 6 項に「通常の方法でその業務を行う仲立人 (broker)、問屋 (general commission agent) その他独立の地位を有する代理人」と規定されているがゆえに、上記の問屋に相当すると考えられた大陸法の下でのコミッションネアが従属代理人 PE を構成することになるのかどうかについては、解釈が必ずしも明らかではなかった。これについては、John F. Avery Jones らの論文¹³により次の 3 点の整理がなされ、それが 2003 年のコメントリー改定に反映されて（5 条パラ 32.1）一応の解釈論の統一が図られたといえる。

- 5 条 5 項の「本人の名において契約を締結する権限を有し」とは、本人を拘束する契約を締結する権限を有する状態を指す（コモンローの下での broker や general commission agent は、自己の名で本人を拘束する契約を締結しており、5 項はそれを含める趣旨）。
- 6 項が仲立人と問屋を掲名しているのは、もっぱらコモンローの国のそれらが 5 項を満たすことを前提に規定されたものである。コモンローの下では、彼らは自分の名前で契約を締結するが、当該契約は本人を拘束する。これに対してフランス法の下でのコミッションネアは自己の名前で締結する契約が本人を拘束しないので、5 項と 6 項のいずれにも該当せず PE を構成しない。
- シビルローの法制下では、5 項は直接代理に関する規定であるといえるが、6 項は間接代理に関するものというわけではない。第 5 項が従属代理人に関する規定であるのに対し、6 項は独立代理人に関する規定であり、直接代理・間接代理の区分と従属代理人・独立代理人の区分の間には関連はない。

しかし、具体的な事例への適用を巡っては紛争があり、判例では最近になってフランス

¹³ Jhon F. Avery Jones 他 “Agents as Permanent Establishments under OECD Model Tax Convention” (European Taxation, May 1993), P.154

最高裁の Zimmer 判決¹⁴でようやく大陸法のコミッショネアは原則として PE を構成しないことが追認された。

なお、上記とは別に、契約交渉をほとんど現地子会社等に任せながら、最後の契約署名を本国の親会社名で行うことによって PE 該当を回避するスキームに対しては、コメントリーベースで代理人 PE 該当性の範囲を拡大してきた(1992年改定による OECD5 条コメントリーパラ 33)。

(iii) 討議文書の提案 (オプション A~D)

オプション A~D では、概要以下のようなモデル条約 5 条の代理人 PE 該当要件の緩和を行って、コミッショネアの業務につき代理人 PE の認定を可能とする改正を提案している。

対象契約の緩和 業務要件の緩和	契約の対象に着目した追加 (所有権移転、役務の提供)	契約の実態に着目した追加 (本人の計算及び危険)
「契約の締結に結びつく方法で特定の者とかかわる」を含める	オプション A	オプション C
「契約の重要な要素を交渉する」を含める	オプション B	オプション D

(注) なお、いずれの案についても、独立代理人要件を厳しくし、「専属的に一の企業又は関連企業のために行動する者は、6 項の規定上独立代理人とはされない」との規定が追加されている。

代理人 PE の成立に関する現行の 5 条 5 項の要件は、「本人の名において契約を締結する権限を有し、かつ、この権限を反覆して行使する」という限定的なものであるため、同条項は上記 (ii) のようにコミッショネア形態をとる間接代理をカバーすることはできず、結果的にグループ法人間でのコミッショネアへの業態変更による BEPS 目的の租税計画に利用されてきたのではないかと懸念されてきた。今回の改正案は、代理人の業務要件の緩和(拡大)という形で条文上明記するとともに、締結する契約の中身についても本人にとって重要な契約をより具体的に条文上指定する方法をとったものである。

これらの改正案は、いずれも専ら租税計画目的で実態の伴わないコミッショネア契約を濫用する多国籍企業から源泉地国課税権を守るという目的を達成しようという意味では、その有効性は認められるであろう。しかし、次の 3 点において検討すべき課題を有していると考えられる。

¹⁴ フランス Conseil d'État [Supreme Administrative Court] 31 Mar. 2010, "Société Zimmer Limited Decisions", Nos.304715 and 308525)。なお、ノルウェーの最高裁判決 (2011.12.2, Dell Products v. The State (Tax East) (Case No. 2011.755)) も同趣旨を認めている。

i) PE の客観的認定基準性からの乖離

PE はあくまで源泉地に課税権を配分する上での閾値であり、政策的な割切りで明確なラインを示すことが求められている。そして、そのラインは OECD モデルと国連モデルの間に認定の広狭のずれが存在しており、今後もその統一が困難と予測されることからすると¹⁵、BEPS 対応を図りつつ公平な課税権配分を実現するという政策論をもってしても、唯一の答えに集約した線引きは困難であろうとも考えられる。ただし、いったん PE の範囲を合意した後の、当該 PE への所得の帰属については、7 条の独立企業原則の適用で具体化するという役割分担は、両モデルを通じて合意されているので、(帰属主義の解釈について両モデルの間に乖離が存在するものの)、仮に閾値が変動してもその線引きが明確である限りにおいては一定の予測可能性は保たれると言えないことはない(ただ、残念ながら、今回の討議文書には帰属主義の適用についての検討は行われていない)。

そこでまず、PE の範囲が明瞭でなければならないという基本命題の観点から 4 つのオプションを観察すると、特に「契約の締結に結びつく方法で特定の者とかかわる」との枠組みは、その認定プロセスにおいて主観的な判断要素が含まれているがゆえに、おそらく契約類型ごとに相当詳細な行政上のガイダンスがない限り納税者の解釈適用には大きな困難が伴うと思われ、予測可能性の縮小という問題がまず指摘されよう。また、対象契約につき「本人の計算及び危険で行われる契約」にかかわるとの枠組みについても、同様の問題が指摘される。従来、PE の範囲は、物的 PE については 5 条 1～3 項のポジティブリスト(支店、工場、建設現場等)の提示と 4 項のネガティブリスト(実例を挙げた準備的補助的業務の除外)の提示により、明確化が図られてきたし、代理人 PE についても、「自己の名前の契約又は本人の法的拘束」と「契約を締結する権限」という明確な法的枠組に従った振分けが原則とされてきた。BEPS 対応でこの線引を予防的に包括的なものに変更する際も、法的明確性が要請されるとすれば、A～D 案は、この点においていずれも心もとないものと認められる。かろうじてオプション B が、「契約の重要な要素を交渉する」形態を含め、かつ「本人の所有権移転と役務提供まで含めた」契約をも対象に追加して代理人 PE 該当の要件緩和を図っている点で、一定の法的枠組を提示しており¹⁶、従来の予測可能性の要請の範囲内に入るとも評価できよう。

ii) コミッショネア形態の活用による健全なグループ内リストラ策に対する抑制効果

A～D 案は、その包括的定義性ゆえに、もっぱらの BEPS 目的を有しない健全なコミッショネア契約を用いたグループ内リストラ策を、不当に抑制する可能性があるのではとビ

¹⁵ 両者の違いは、建設 PE の存続期間要件の相違や引渡を準備的・補助的業務と見るかどうかなどで顕著であり、その相違は、代理人 PE においても、「注文取得代理人」や「在庫引渡代理人」を含めるかどうかの違いに顕在化している。なお、国連モデルは役務提供について、物的施設の有無を前提としないサービス PE の概念を踏襲し続けており(国連モデル 5 条 3 項 b)、現行の OECD モデルもコメントベースでオプションとしては認めるに至っている。

¹⁶ この場合も「重要な要素」という主観的な判断要素は残されており、この点についてはガイダンスが求められる。

ビジネスは懸念している。Buy-Sell 販売子会社からコミッションネアへの業務変更が、地域の物流の効率化や統括業務の集約など、いわゆるサプライチェーン改革の一環として行われる場合にまで、討議文書の BEPS 対応策が抑止的に働いてはならないはずである。その意味では、上記の「重要な要素」の交渉を掲げる B 案についても、これまでのコメントリーが確立してきた「本人を拘束する方法で」という限定を付して解釈することにより、恣意的な PE 認定の拡大を防止する工夫を凝らすべきとも考えられる¹⁷。

iii) 帰属主義の適用と移転価格課税との境目

すでに触れたように、PE の閾値を下げる場合に課税権配分においてより重要性を増してくるのが、共通の尺度としての「帰属主義による PE 帰属所得の算定」である。OECD モデル 2010 において明確化された帰属主義に基づく計算ルール (AOA) は、OECD 諸国の国内法と条約への組み込みが着実に進んでいるものの、この採用を留保している国連モデル型の途上国では、十分調和的な立法化等は、目下のところ望めないという状況にある。討議文書の残された課題として、早急に G20 ベースで議論する必要があると考えられる。

なおこの点に関しては、コミッションネアが代理人 PE を構成するとされた場合であっても、当該コミッションネアが本人から独立企業原則に従った手数料を収受している場合には、PE 認定に基づき追加的に源泉地国が親会社に課税できる金額はわずかであるとして、要は、本件を移転価格問題として処理すべきとするまったく別のオプションも、従来から議論されてきた (いわゆる “Single Entity Approach”) ¹⁸。OECD 移転価格ガイドライン 9 章による対応も合わせて考えると、コミッションネアへの PE 認定は、15 項目の BEPS 対応策の検討から浮かび上がった人為的なスキームにターゲットを絞って適用するという方向を確認しておくことも、執行の恣意性を抑制するうえでは必要かもしれない。

3) 準備的・補助的な性格の活動に関する E~H 案

討議草案の E~H の 4 案はいずれも、5 条 4 項に定める準備的・補助的性格の固定的施設を PE から除外するネガティブ・リストに係る改正案である。電子商取引の下でこれまで 5 条 4 項に該当するとして源泉地国課税を免れてきた業務が近年拡大していることを考慮すると、4 項に関する本改正案の持つインパクトは、コミッションネア契約を対象とする 5 項・6 項の改正案が上述したように移転価格税制との協働関係で発揮されることを斟酌すると、はるかに大きいとも予測される。以下においては、4 項の趣旨・目的をモデル条約の立法史を俯瞰した上で再確認し、BEPS の大きな要因となったメカニズムを分析した上で、4 つのオプションについて、コメントを行う。

¹⁷ 討議文書に対する BIAC コメント (2015.1.9) パラ 38 等。

¹⁸ この点を詳説したものとして、2010.2 当研究会中間報告書「我が国企業を巡る国際租税制度の現状と今後」31 頁の高嶋論文参照。

(i) 5条4項の趣旨・目的の確認

現行の5条4項は、準備的・補助的業務を行う固定的施設は、仮に一般的なPE該当性の3条件（事業を行う場所の存在、事業を行う場所が一定であること、当該一定の場所を通じて事業が行われること）を満たしていたとしても、PEを認定せず、源泉地国に課税権を与えないとするいわゆるネガティブリストと呼ばれる条項である。その趣旨について、現行OECDモデルのコメンタリーでは、準備的・補助的業務は現実の利得実現との間に距離があり、そのような業務が行われていることを理由に利得を源泉地に配分することは困難とだけ説明されている（パラ23）。Skaarによれば、同じような趣旨のPEの業務内容による源泉地国課税権の制限に関する条約例は、1920年代の欧州ですでに登場しており、それは前述した「生産性テスト」であった¹⁹。同テストは、1943年のメキシコモデル及び1946年のロンドンモデル条約の議定書5条²⁰でもPEの定義に関して参照されており、そのコメンタリーによれば、研究所、実験プラント、倉庫、仕入部局などの生産的性格を有していない事業の場所にみなし所得を帰属させると、容易に裁量的な課税や領域外課税を引き起こしてしまうのでPEから除外すると説明されている²¹。なお、その検討過程では、単純購入非課税の原則についての賛否両論が紹介されてもいる。以上のような、生産性テストは1963年のOECDモデル誕生の段階で、5条4項にネガティブリストが明示されるとともに削除されたが、その趣旨は5条4項の列記に反映されていると考えられている。

以上の立法経緯から明らかなのは、「利益の実現との距離感」というメルクマールの不安定性であろう。その不安定性がもたらす懸念は、①現行5条4項に列挙される業務が、果たしてあらゆる種類の事業において実現利益との間に同様な距離感を持っているのかどうかという問題提起と、②ITをベースとしたグローバルビジネス管理の発展の下では、5条4項の規定するリストアップ業務のみに「もっぱら(solely)」特化したPEをその外形のみから適用除外とすることが国際的租税回避防止の観点からみて適切なのかという問題提起に、集約されよう。

今回のBEPS対応策はこれらに対する処方箋であり、従来の判断枠組を超えたものとならざるを得ないがゆえに納税者の経済活動に及ぼす影響も大きくなるので、慎重な検討が要請される。

(ii) 5条4項の各号間の位置づけ

ネガティブリストである4項は、a)～f)号に規定される業務を行う事業を行う場所はPEに該当しないと規定しているが、a)～d)号がそれぞれ特定の業務にかかる施設利用を列記しているのに対し、e)号は「企業のためにその他の準備的・補助的な性格の活動を行うこ

¹⁹ 前掲注6) 78頁

²⁰ 両条約モデルの議定書5条1項は、「PEには、本店、支店、(中略)及び生産的性格を有する固定的な事業の場所を含める」と規定している。

²¹ London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text (1946.11,Fiscal Committee,League of Nations) P.14.

とのみを目的として事業を行う一定の場所を保有すること」という包括的な属性を根拠とした除外規定であるため、e)号は4項のリストアップされた項目に共通する性格を叙述した一般規定であると解釈されている(パラ 21)。

ただし、a)～d)号の業務に外形上該当しさえすれば、自動的に PE から除外されるのか、あるいは、外形上の該当に加えて e)号の準備的・補助的という性格を実質的に有していることを要件としているのかについては、現行コメントは明確には言及していない。このため前者の解釈に立てば、グループ業務を細分化し各号の機能のみを分担させられるユニットを作り出せば、その分だけ PE 認定の範囲が狭まり源泉地国課税を免れ得るといふ BEPS プロジェクトが指摘する租税計画が可能になる。

(iii) オプション E～H の構造

オプション E は、4 項 e)号の準備的・補助的業務の要件が a)～d)号にも及ぶとの解釈論を各号に先立つ 4 項本文に明記して、BEPS 対応を図ろうとするオプションであり、広範な租税回避事例に適用可能であるという特徴を持っている。そのようにパワフルな規定方式であるが、それがために、効率化を狙った健全なグループ内事業再編も PE 認定の対象になりうるという問題が指摘されよう。従って、このオプションを採用する場合には、各事業形態ごとに何が準備的・補助的業務なのかについての詳細なガイダンスが必要とされるところと考えられる。ただし、多国籍企業の複雑なバリューチェーンの下で、細分化されることの多い諸業務の性格付けを上記の理念に沿って具体的に判断することは、納税者にとっても当局にとっても過大なコンプライアンスコストとなる可能性がある。すなわち、租税法律主義を踏まえた比例原則からみて、従来は外形的に PE 非該当とされてきた a)～d)号業務を担当する事業所につき、上記実質判断を一様に追加要求することは不適切であり、そのような適用対象はターゲットを絞った一定の租税回避懸念業務に縮小すべきとも考えられるのである。

そのような配慮から、ターゲットを絞ったオプションが、F 案 (a)号及び b)号から「引渡し」業務を削除)、G 案 (d)号から「購入」業務を削除)、及び H 案 (d)号全体の削除すなわち「購入及び情報収集」業務の削除に相当)の 3 案である。F 案は国連モデル型の条約がすでに実現している方式²²であり、グローバルな BtoC を中心としたオンライン販売に伴うクライアント所在地にある多機能巨大倉庫への適用というニーズに適合したものといえる。しかし、業種を問わない一律の適用は比例原則に反するという懸念がある。同様のコメントは、G 案、H 案についても基本的に妥当と思われるが、それに加えて、G 案では、購入業務の一般的な付加価値の低さを前提にした移転価格税制との境目の問題(購入子会社への独立企業間手数料支払と帰属主義の下での PE 所得認定)の整理が、より求められることになるとと思われる。さらに H 案は、情報収集一般まで拡大していることから、従来の通信社の情報収集(一般会社の仕入れに相当)を念頭に置いた規定ぶりにとど

²² 国連モデル条約 5 条 4 項 a)、b)

まらず、ビッグデータの活用など情報の多角的収集・活用による所得配分問題を検討する行動 1 の提言との整合性も求められるので、これもさらにターゲットを絞った租税回避業務対策として設計しなければならないという課題から逃れられないと考える。

(iv) オプション I～L の構造

オプション I と J は、関連者間での活動の細分化による PE 認定回避に対抗する処方箋であり、K と L は関連者間での契約分割による建設 PE 認定の回避に対抗する処方箋である。

オプション I・J が適用される状況はいずれも関連者にとっての PE が源泉地にもともと存在した場合であって、当該機能の一部を分割して準備的・補助的業務に細分化した場合には、分割前の業務が全体として準備的・補助的業務の域を超えている限りは、当該分割された業務施設に 4 項の PE 除外規定の適用はないとするものである。

また、オプション K と L は建設 PE の構成要件である 12 カ月期間の存続を契約を分割することによって回避するスキームに対応するものであるが、K 案が同一の建設現場での作業を関連企業間で分割した場合に 3 項の規定を適用しないとするものであるのに対し、L 案は行動 6 の一般的濫用防止規定である主要目的テスト (PTT) を適用するとしている。これらの 4 案は、いずれも、特定の租税回避状況を前提に仕組まれた特則であり、上記の A～D 案や E～H 案のように PE の本則に属する部分の実質的変更を試みるものではない。従って、政策論としての当否はあっても、この改正の健全なビジネスに及ぼす影響は相対的には少ないと考えられる。ただし、技術の進歩により業務の細分化は容易になっており、また建設工事の期間は OECD モデルが形成されたころより明らかに短縮されつつあることを考慮すると²³、BEPS を通じた本件処方箋による条約の改正方向は、PE に関する限り国連モデルの方向を指向しているとも理解されよう。

(v) その他のオプション

保険事業に関連した PE 認定回避に対処するものとして、討議文書はオプション M 及び N を提示している。そのうちオプション M は、国連モデル 5 条 6 項を採用するものであり、独立の地位を有する代理人以外の者が保険料を受領し、又は危険に対する保険を引き受ける場合に、たとえその者が保険契約を締結していないとしても、PE を認定するものである。これは、保険料支払いが行われる源泉地国の課税権が現行の OECD モデル 5 条 5 項及び 6 項の下では、課税漏れになる可能性があるため、特則を設けようというものであり、BEPS 対応としても着目されたといえる。なお、オプション N は同一の効果を前述のオプション A～D の代理人 PE 規定の改正により実現しようとするものである。

保険特則は、上記の「引渡」特則、「建設 PE 要件の緩和」及び行動 7 関連では論じられ

²³ この点を指摘するものとして、Michael Lennard, “The UN Model Tax Convention as Compared with the OECD Model Convention” (Asia-Pacific Tax Bulletin, 2009.2) P.5

ていないが「サービス PE」と並んで国連モデルの PE 条項の特色をなすものである。

5. おわりに

以上、討議文書の提案内容を、従来の PE 定義との距離感を中心に分析してきた。いずれも、BEPS プロジェクトの基本方針である「現行の源泉地国と居住地国間の課税権配分に介入するものではない」とのスタンスを堅持しているポーズをとっているものの、例えば、代理人 PE の業務要件や契約内容の見直しは、伝統的な法的代理権をベースにした枠組みを崩すものであり、ビジネスに与える影響は大きいと思われる。また、準備的・補助的業務の除外の修正も、その本質は利益獲得業務の多様化したメカニズムに旧来の PE 概念が追いついていない点を改正しようとするものであり、行動 1 が提起する電子商取引や役務提供課税のあり方そのものにかかわる命題でもある。従って、これらの問題の処方箋の検討に当たっては、単に BEPS 対応としての有効性の観点での評価のみならず、長年にわたり定着してきている国際課税ルールからの切替えとしての連続性への一定の配慮も必要と考えられる。ビジネスからの各種の要望も、そのような文脈も含めて受け止めるべきと考えられる。

第6章 BEPS 行動 8-10（移転価格関連）

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

OECD の「税源浸食・利益移転（BEPS）行動計画」では、移転価格と独立企業原則の執行が主要な論点とされ、移転価格税制は、多国籍企業の所得を課税国・地域の間で効果的・効率的に配分しているが、時に移転価格税制の利用・濫用によって所得を軽課税環境に移転させることが可能となっていた、とされる。また、これが最も頻繁に生じるのは、無形資産やその他の足の速い資産の十分な対価未満での移転、軽課税となるグループ会社の過大資本、非関連者ではおそらく生じないであろう取引での軽課税環境へのリスクの契約上の配分、によるとされる¹。

定式配分法などの代替的な所得配分方法が幾度か提言されているが、最善策は、現行の移転価格制度の差し替えよりも、特に無形資産、リスク及び過大資本に係る収益に関する制度の不備に直接対処することであり、独立企業原則の範囲内であれ、又は超えるものであれ、特別な措置が必要とされるかもしれない、とされる²。

行動 8・9・10 では、移転価格税制の結果が価値創造と一致することを確保する、とされるが、これは、BEPS プロジェクト全体を通じて、「利益は、利益を生み出す経済活動が行われ、及び価値が創出される場所で、課税されるべきである」（2014年11月15-16日、G20 ブリスベン・サミット）とされることに符合しているものとみられる。ただ、どのような経済活動によってどのように価値創造が生じるのか、これまでの各種指針から一般的に理解するしかなく、その内容は必ずしも明確ではない。そのため、その具体的な適用場面では、OECD 加盟国と非加盟国とで、かなりの解釈上の差異の生じることが予想され、例えば、非加盟国は製造・販売等の活動を重視し、先進国は R&D や管理活動等にも十分な価値を見出すことが考えられる。

BEPS 行動計画において、移転価格は企業行動の実態に即した課税ルールを再構築するとの観点から、条約適用とともに、サブスタンスに係るものとして位置付けられている。元来曖昧な性格を持つ移転価格について、そのルール自体が曖昧なものとなりかねない中で、グローバルでルールを再構築する意義は極めて大きなものとみられる。とりわけ、無形資産をはじめ、比較対象が容易に見出せない取引が増えるなかで、唯一各国で合意しているのが独立企業原則であり、それに依拠した移転価格税制をどのように仕組むのか、また、特別措置をどのように考えるのかは、二重課税の懸念が常に存在するなかで、

¹ OECD “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting”（2013年、pp.19-20）

² 同上（p.20）

大きな意義を有するものとみられる。

2. 無形資産（行動8）

2014年9月に、無形資産に係る移転価格の指針についての報告書が公表され、移転価格ガイドラインの第1章（独立企業間価格）・第2章（移転価格算定方法）・第6章（無形資産に対する特別の配慮）の改定が意図されているが、かなりの部分が暫定的記述となっている。

第1章の改定では、ロケーションセービング・集合労働力・グループシナジーについての取扱いの明確化が図られ、比較可能性分析の中で対応することとされている³。ただ、その具体的解釈に際しては、特にロケーションセービングについては比較対象の捉え方等に関して、各国の立場による意見の相違の生じることが懸念される⁴。一方、シナジーについては、そもそも関連者間においてこそ生じるものと考えられ、独立企業間で生じる場合との比較可能性を求めることはしばしば容易ではないようにも感じられる。いずれにせよ、関連者間においてこそ生じるものを否定することはできないものと考えられ、何らかの現実的な解決の必要性が生じるものと考えられる。

第2章の改定では、その他の算定方法に係る部分⁵が暫定的記述となっており、2015年検討事項及び評価技法適用指針の考慮等によって改訂・更新される予定であるが、評価技法については、第6章の改定でかなり詳細かつ具体的に記載されるものとみられる。この評価技法及びそれを踏まえたところで、どう再構築するかも大きな論点である。

第6章の改定では、無形資産を巡る移転価格の側面について幅広く規定され、まず、無形資産の定義について明確化されているが、のれん・継続企業価値等定義の難しいものもある⁶。無形資産の所有に係る部分については、その大部分が暫定的記述となっており、法的所有の決定は分析の重要な第一歩であるとされ、結局は無形資産の開発・改良・維持・保護・利用に係る機能・資産・リスクの検討による、とされる。ただ、先進国企業からは、法的所有をもっと重視すべきである、との意見もみられる一方、途上国からは、法的所有ではなく、二次的な無形資産の開発・改良等にも価値を見出すことが主張されるようである。

無形資産についての最も有益な算定方法は独立価格比準法（CUP法）及び取引単位利益分割法であるとされる⁷が、利益分割法に係る部分は未だ暫定的記述である。これは、移転価格に係る利益を生じる要素の意義・内容について関係各国で大きな意見の相違があるものと考えられ、利益分割法に係る別途公表済の討議草案でも、多くの事例で利益分割法の適

³ OECD “Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles”（2014年、パラ1.80-1.104）

⁴ UN “Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries”（2012年、第1章（パラ1.10.15）・第10章（パラ10.2.5.10、パラ10.3.7.4））等参照

⁵ 前注3（パラ2.9）

⁶ 同上（パラ6.28）

⁷ 同上（パラ6.142）

用の可能性についてのコメントが求められている。一方、利益分割法を幅広く活用することについては、企業側からは懸念が示されており、既存の算定方法の限界も指摘されている。

比較対象が特定できない場合に、特に将来キャッシュフローの割引現在価値の計算を前提とした評価技法は、仮定の有効性と独立企業原則との整合性が考慮されれば、より有用なツールとなるとされ⁸、会計上の評価はその保守主義のため留意が必要とされるものの、事業活動の決定を行う際に使用される評価は信頼性が高い、とされる。無形資産に係る比較可能性分析においてはプロフィットポテンシャルを含むことからみれば、予測将来所得とキャッシュフローの割引価値を勘案することは自然なことであり、今後、いわゆる DCF 法がガイドラインに取り込まれることとなろうが、あくまで取引時点での価格算定的手段として評価技法が使用されるものであり、また契約条件での対応（価格調整条項、再交渉等）の可能性⁹が、独立企業原則との整合性との観点で指摘される。

ここで、取引時の価格が極めて不確実な場合の対応として、上述した観点に加えて、いわゆる所得相応性基準の問題があると考えられる。所得相応性基準については、これまで後知恵であって、独立企業原則（ALP）と合致しない可能性のあるものとして OECD では支持されていないが、今次 BEPS 行動計画での無形資産に係る BEPS 防止策には、独立企業原則の範囲内のものか超えるものかを問わない特別措置の策定が含まれており、所得相応性基準についても、討議草案 8・9・10（リスク・再構築・特別措置）で特別措置の一選択肢として言及されている¹⁰。米国・ドイツでは、既に所得相応性基準が採用されているが、両制度は必ずしも同じではなく、取引当事者双方の立場をどう踏まえるか、取引時点での評価の適切性の判定要素としての使用の可能性、セーフハーバーをどうするか、等の論点があるものとみられる。ただ、各国で、関連者基準等の移転価格税制そのものが同一ではない中では独立企業原則そのものが唯一の拠り所であり、その範囲を明確にすることなく、安易に独立企業原則を超えるものとして整理することは、結局は、ガイドラインに係るグローバル基準としての独立企業原則の意義が低下する虞、二重課税が生じても解消されない虞、等のあることから、何よりもまず独立企業原則との整合性を図ることが必要であろう。

3. リスク・再構築・特別措置（行動 8・9・10）

移転価格において重要な要素である機能については、一般にリスクもその一面として捉えられ、「それぞれの当事者が引受けた重要なリスクが特定・考慮されないならば、機能分

⁸ 前注 3（パラ 6.150 -6.152）

⁹ OECD “Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”（2010 年、パラ 6.34）

¹⁰ OECD “BEPS ACTIONS 8,9 and 10: DISCUSSION DRAFT ON REVISIONS TO CHAPTER I OF THE TRANSFER PRICING GUIDELINES”（2014 年、p.41 Option1）

析は不完全である」とされる¹¹が、これまでのところ、リスクについては、基本的な問題であるにも拘わらず、第三者のリスク状況を正確に把握することが困難であること、その評価も容易ではないこと等もあり、必ずしも十分な注意が払われてこなかったと言える。今回の討議草案で、移転価格ガイドライン第1章Dの大幅な改正により、リスクについての記述の充実が図られているのは、自然なことであり、また、これまで、定式配分やロケーションセービング等、大きな論点となってきたものについて、第1章での記述の充実を図ってきたこととの関係からも、第1章（独立企業原則）への記述は大きな意味があると思われる。とりわけ、価値創造のなされる場所に所得がつけられるべきであるとされ、これには各国とも異論のないようであるが、価値創造の具体的な意味については必ずしも各国で同じ解釈がなされるとは限らないことをみると、リスクに適切な考慮を払うことを改めて詳述することには、種々の考えのある中では¹²、大きな意味があると考えられる。

ただ、このようななかで、本件記述が実務上の具体的な指針となり得るかどうかについてはまだまだ疑問の残るところである。リスクの重要性の程度を具体的にどう判断するか、リスクの配分はどのように行えばよいのか、必ずしも明確ではない。リスクの重要性は、リスク発生の確率とそのためのコストとの関係もあろうし、リスク配分にしても、リスクの種類によっては、当事者双方に係るリスクもあり、その重要性とも絡んで、かなり困難な問題であろう。また、リスク管理は、リスクの重要性とも密接に関係するものと思われる。

本討議草案では、比較対象の検討に当たって、「独立企業であれば、潜在的取引の条件の評価に際し、その他の現実的に代替可能な取引（**other options realistically available**）と比較するであろう」とし、自らの商業目的に合致するより良い機会を提供するものがない場合にのみ、その取引を締結する。独立企業であれば、経済的に関連する差異を考慮に入れることから、経済的に関連する特徴（**economically relevant characteristics**）、即ち、比較可能性の要素（**comparability factors**）の特定が必須であるとされ、そして、その重要性は関連者間取引の性質と適用される価格算定方法による、とされる¹³。このような代替的選択肢の検討については、関連者であればこそ行う取引、関連者であればこそ判明する代替的選択肢についてどう考慮するかについての検討も必要と思われる。従って、代替的選択肢の検討には、柔軟性を認めるべきであろうし、比較可能性の差異調整も厳格性を過度に求めるべきものでもないように思われる。

独立企業間取引の検討に当たっては、その他の現実利用可能な選択肢との比較がなされるとの点は、納税者にとって、交渉力とも関係するが、ここではそれぞれの両当事者の観点を考慮することになる。ただ、実際に代替的選択肢が明確な時は少ないであろうし、当局との情報入手にも差があるであろう。また、独立企業間では、あくまでも、その時点

¹¹ 同上（パラ22）

¹² 前注4（パラ10.3.4.1、パラ10.3.4.3）等参照

¹³ 前注10（パラ12、13）

で、それぞれの納税者にとって判明している状況を念頭に置いているはずであるが、グループ内取引の場合は、本来は関連者間であるが故のメリットがある場合もあり、むしろかなり柔軟に解釈すべき余地があるはずであろう。確かに移転価格算定方法とも関係し、独立価格比準法であれば、厳格に解することとなろうが、基本的に、比較対象を柔軟に解することも重要なことと考えられる。

独立企業原則は、例外なく、各国で採り入れられている原則であるとされるが、その内容が様々では、その意義が大きく減少することから、独立企業原則の内容について、各国間で共通の理解を得ることが重要となる。例えば、独立企業原則の名の下に独立企業と同様の行為 (behavior) が求められることがあるが、その場合の行為の内容についてよく検討することが必要である。リスク負担状況等の事実判断について検討するものであれば当然必要なものであろうが、独立企業が行う行為を関連者に全てそのまま当てはめるのは問題があると思われる。関連者間の行為が、独立企業間の行為と異なっても、経済的合理性の観点 (即ち、両当事者の視点からの便益) から、これが認められる場合には、そこから生じる取引の効果に関して、基本的には比較可能性の一要素と考えて、むしろ第三者間取引の調整を考えるのが適当な場合もあると考えられる。このような調整を行うのは、容易ではない場合も多いであろうが、あくまで適切な比較対象を考えることには基本的に従来と変わるものではない。即ち、独立企業原則においては一般的な客観性よりも個別の比較可能性を重視することから、各個別的視点でみることによって、一般的な第三者間行為とは区別することが適当な場合があると言えるように思われる。このことから、結果的にかなり困難な差異調整を行うことになる可能性があるが、この点、例えば、多国籍企業シナジーも比較可能性で対応する分野として認められている¹⁴ものの、その検討は容易ではない場合もあるであろう。いずれにせよ、比較対象に係る差異調整の充実を図るためには、調整方法の一層の研究が欠かせないところであろう。

とりわけ問題なのは差異調整が極めて困難な場合であり、例えば、無形資産の評価に当たって、いわゆる DCF 法の適用可能性が無形資産に係る討議草案でも認められているが、さらに、いわゆる所得相応性基準について考えるに当たっては、独立企業原則との関係をどう考えるかとも関係する。関係する討議草案でも、当該取引が独立企業間で見られないからといって、直ちに独立企業間取引の性質を有さないということではないとされる¹⁵。また、独立企業間価格を決定するのが困難であるからといって、当該取引を否認 (non-recognition) ・再構築するというのは勧められず、また、関連者間では独立企業間ではまず見られない取引でも十分な事業上の理由がある場合もあるとされ、ここでは、第三者間での「基礎的な経済的属性 (fundamental economic attributes)」の概念が使用されて、その経済的属性の有無が問題とされる¹⁶。そして、経済的属性があれば、リスク調整

¹⁴ 前注 3 (パラ 1.98)

¹⁵ 同上 (パラ 82)

¹⁶ 同上 (パラ 82)

ベースで、その他の現実的に利用可能な機会に比して、商業的・資金的立場を高め・防御するとの合理的な予測が両当事者に生じるであろうとされる¹⁷。これが取引の片方にしか生じない場合は、移転価格上は、当該取引は認識されないとされるが、これは独立企業原則が第三者間の取引を念頭に置くことから生じるものであろう。いずれにせよ、関連者間の行為が第三者間のものと異なる場合であっても、それに基礎的な経済的属性のある限りは、それを広く認めていくべきものであると思われる。関連者間取引で、基礎的な経済的属性があるものについては、第三者間取引での評価が困難なものであっても、できるだけそのまま独立企業原則の下で評価することによって、二重課税となるリスクをできるだけ小さくすることが求められる。基礎的な経済的属性の概念自体は、商業的合理性に代わるものとして、その趣旨は十分に理解できるところであるが、その具体的な内容については、未だかなり分かり難く、更なる具体的な分析・説明が求められる。全体として、現行移転価格ガイドラインの第9章には、基本的に重要な考え（分析）が示されており、その内容をさらに参考とすべきようにも感じられる。

独立企業間でみられない、即ち比較対象がない取引の場合であっても、独立企業間取引の性質を有する取引の存在が示されているが、これにどう独立企業原則が関係するかが問題となる。今次 BEPS プロジェクトでは、独立企業原則を超える特別措置の可能性にも言及されており、本討議草案でも検討対象とすべき特別措置の一部として所得相応性基準（評価困難な無形資産への対応（選択肢 1））が挙げられているが、この基準については、OECD でも従来から、独立企業原則からみて疑問であるとされている。しかしながら、独立企業原則として、比較対象となる独立企業間での取引価格（利益）を適用することについては、各国とも異論はないように思われる。独立企業原則に合致するかどうかは、基本的には、独立企業間取引との比較可能性を取引時点における独立した取引両当事者の視点を踏まえて検討するものといったようなことになるのであろうが、まずは、取引行為自体、即ち、取引の全体かつ基本的本質的部分、に係る問題ではなく、取引の“条件（conditions）”、即ち、利得（profit）に関する評価について問題とするもの、といった側面もあるのであろう。

この点で、いわゆる所得相応性基準についても、当初の価値予測自体の問題として、討議草案記載のとおり、価格調整メカニズムを推定する等、両当事者の視点から納税者の当初の判断を問題とする限り、独立企業原則の範囲内と見ることが可能となるように思われる。事後に判明した価値（価格、利得）であっても、当初の価値予測の妥当性判定のための一つの重要な要素と考えることも可能であろう。即ち、当初の価値予測からの各種の（両当事者に係る）環境変化の状況を踏まえたところで、事後の状況と照らし合わせて判定するとの視点があり得るのであろう。米国で、所得相応性基準について、納税者との情報の非対称性への対応として、警告の意味を有するとしつつ、当初取引後のリスク引受状況の変化等を反映していることから、独立企業原則と整合的である、との考えもあるよう

¹⁷ 同上（パラ 89）

である。途中の状況変化を考慮していけば、例えば、いわゆる変動ロイヤリティーもあり得るものと考えられる。

また、当初予測の数値と結果の数値との差について認められる幅を設けるいわゆるセーフハーバーについても、基本的には、この幅の範囲内のもは否認しない、という意味があるとしても、これを外れたから直ちに否認になるというわけではないであろう。あくまでも基本的には当初の価値予測を尊重しつつ、その後の状況変化を考慮するということであろう。ただ、このような状況変化の考慮も恣意的であってはならないのは当然である。

このような場合に、特に重要なのは、取引当初における文書化である。取引に係る諸要素を両当事者の視点から取引当初にできるだけ詳細に記述することにより、その後において当初見込まれていない要素を踏まえて検討することが可能となろう。ある意味では、これは取引結果についての説明責任を果たすこと、情報の非対称性への対応、とも言えよう。この点で、ドイツの機能移転税¹⁸は参考になるように思われる。ただ、事後の状況を勘案する期間が長すぎるのは問題が多く、適当な期間については検討の余地があろう。

このような考えはあくまでも、比較対象を容易に見いだせないような取引について、できるだけ独立企業原則の中に取り込むことで対応しようとするものである。従って、このような取扱いを独立企業原則に係る補完措置として各国が認めることが必要であると同時に、納税者の視点からある程度の柔軟性をもって対応することが必要である。また、相手国との関係で、相互協議が十分に機能することが求められる。即ち、このような考えを機能させるためには、行動 15（多国間協定）についてのノート¹⁹において、行動 14 に係る紛争解決の改善等に係る条約規定のみならず、行動 8-10 の作業に伴うモデル条約第 9 条の改正可能性もその検討対象となり得るようにされているが、このような考えについての各国合意と、相互協議と対応的調整の確実な実施が確保されることが必須であろう。

本討議草案においては、不認識（non-recognition）についても採り上げられている。移転価格の分野においても、明らかに所得移転のみを目的としたものが考えられることから、まずは、取引を全体として、また、取引の基本的本質的部分において、経済合理性があるかどうか、が重要となる。基本的には、“類似の状況において独立当事者であれば同様の条件に合意したと期待できるものであるか否か²⁰”、これを取引全体の視点でみることになろう。事実行為の全体から見て、その本質に関わるかどうかの問題であろう。また、基礎的な経済的属性が取引の両方ない又は片方にしかないということ、等は安易に認めるべきではないであろうが、結局、不認識の場合は、第 9 条独立企業原則の問題とは基本的に別の問題と思われる。取引の基本的・本質的部分を再構築することは、「・・・独立の企業間に設けられる条件と異なる条件が設けられ・・・」（第 9 条 1 項）を超えているものと思われる。さもないと独立企業原則の概念が不明確となり、やはり独立企業原則の概

¹⁸ 池田良一 “ドイツ機能移転税の導入経緯と最新動向”（租税研究 2013 年 3 月号）

¹⁹ OECD “Action 15: A Mandate for the Development of a Multilateral Instrument on Tax Treaty Measures to Tackle BEPS”（2015 年）

²⁰ 前注 9（パラ 9.19、9.52）

念はできるだけ明確化すべきものと思われる。特に、現在のような国際課税制度の大幅な見直しがなされている環境下で、二重課税除去に懸念が生じることは、何よりも大きな問題である。移転価格ガイドラインは、いわゆるソフトローとして、これまで OECD 加盟国をはじめとする各国の移転価格課税に係る基本的共通認識として事実上の判断基準として機能してきた。このような役割を果たしてきた移転価格ガイドラインをできるだけ活用し、その枠組みの中で、できるだけ種々の取引に係る規定の明確化を図る一方で、この枠外となるものについては、厳格に解釈することが求められよう。

そのためには、まず、独立企業原則と合致した形で、特別措置の活用を図ることが必要であり、いわゆる所得相応性基準の基本的な考えを、独立企業原則を踏まえてどう取り込むか、ドイツの機能移転税の考えをも参考に、具体的に考える必要がある。その場合でも、まず当然であるが、独立企業に係る比較対象が差異調整で求められないものかどうかを十分に検討することが求められる。無形資産に係る討議草案では、差異調整を多少柔軟に認めることも考えているようにも感じられるが、やはり特別措置の前に、差異調整の可能性を十分に探るべきものであると思われる。また、特別措置にしても、上述した通り、独立企業原則に合致した形で導入することを考えるべきものであろう。

4. その他の取引（行動 10）

（1）取引単位利益分割法

取引単位利益分割法については、現在は、ベストメソッドルールに従うことになっていることから、かつての基本三法や取引単位営業利益率法（TNMM）等の他の算定方法と同等順位となっており、基本的には、あくまで取引単位での利益分割法であることから独立企業原則と整合的である、即ち、第三者間取引での利益配分に合致する、とされるものであろう。しかし、利益分割法は安易に利用すべきではないと思われる。企業が関連会社と取引を行う場合は、一般的には、あくまで適切な価格を念頭に置いて取引を行っており、利益分割は結果としての数値であろう。その意味で、利益分割法は、実際の企業行動と必ずしも合致するわけではない。また、利得に貢献する要素（分割ファクター）の特定が容易ではなく、それによる結果（利得）のブレも大きい。例えば、特定のコストがリスク負担や所得創造と関係する場合も多いであろうが、その比率がそのまま妥当なものでもないであろう。特に、価値創造と利得との直接的な関係そのものには各国で異論がないものの、価値創造との関係を安易に強調することになると、利益分割法が殆どの場合に適用されることとなり、時によっては、一応の比較対象がある場合でも、利益分割法が安易に採り入れられかねず、結果的に独立企業原則の基本である比較対象が無視されることにもなりかねない。

取引単位利益分割法については、従来から独立企業原則との整合性が問題とされているものの、一応独立企業間であればこのような利益分割をしたであろうとの理解で、独立企業原則と整合的であるとされてきた。この点は、各多国籍企業でのグループ会社への関与の程度とも関係するものと考えられるが、例えば、近時における多国籍企業は現地企業と

一体で運用されることは少なくなっているようであり、それと伴に、利益分割法の適用の余地は本来減少しているように感じられる。勿論、利益分割法が適切な事例があるのは事実であり、とりわけ取引内容の複雑化・グローバル化とともに、片側検証（取引単位営業利益率法等）を踏まえたところでの残余利益分割法については、グローバルでの金融取引等への対応として、その有用性が指摘される（電子商取引分野での活用もあり得るとされる）。しかしながら、例えばユニークな無形資産のように比較対象がないような取引について、むしろ DCF 法の方が企業実務上は有用であるとの意見もあるようであり、いずれにせよ、利益分割法単独での使用の場面については、慎重な検討が求められる。この点で、今次討議草案²¹において、具体的な事例を挙げて検討を進めているが、この点は価値創造をどう捉えるかの基本的問題と関連するとともに、企業側からは、OECD が利益分割法への傾斜を強めているのではないかとの懸念も示されている。即ち、利益分割法が基本的に比較対象を必要としないものであることから、その内在する困難性・不確実性による二重課税への懸念、さらには定式配分への懸念が表明されている。価値創造とその要素についての各国合意が確実になされるという状況にない中では、やはり取引単位での利益分割法を念頭に置いて独立企業原則との整合性を意識すべきものであるように思われる。OECD では、取引単位利益分割法を事実上の特別措置と認めているものではないと思われる。このように、比較対象がない取引の場合に、検討され得るのは文書化であるが、一般的に結果としての利益分割についてこれを行うことは容易ではなく、分割比率について事前確認（APA）を活用することが各国で合意できれば（また、いわゆる補償調整が認められることが必須である）、有用であると思われる。

（２）低付加価値グループ内役務提供

グループ内役務提供については、移転価格ガイドライン第 7 章に規定されており、基本的には、「比較可能な状況にある独立企業がその活動に対して進んで対価を支払うか、あるいは自分自身のために自らその活動を行うか、を検討すること」²²とされ、独立企業間価格の決定には、「役務の提供者の視点と役務の受領者の視点の両方から検討されるべきである」²³とされている。今次討議草案²⁴では、特に低付加価値役務提供についての新たな指針を提供すべく、第 7 章の改定が意図されており、本社費と支払国の税源保護とのバランスの達成が指向されている。対価の算定方法としては、直接法の適用が多くの場合に困難であることから間接法が規定されており、具体的には、独立価格比準法（CUP 法）に次いで、

²¹ OECD “BEPS ACTION 10: DISCUSSION DRAFT ON THE USE OF PROFIT SPLITS IN THE CONTEXT OF GLOBAL VALUE CHAINS” (2014 年)

²² 前注 9（パラ 7.6）

²³ 同上（パラ 7.29）

²⁴ OECD “BEPS ACTION 10: PROPOSED MODIFICATIONS TO CHAPTER VII OF THE TRANSFER PRICING GUIDELINES RELATING TO LOW VALUE-ADDING INTRA-GROUP SERVICES” (2014 年)

コストプラス法が適切な算定方法とされている²⁵。

低付加価値役務提供の内容としては、補助的な性質を持ち、多国籍企業の中核的事業に関わるものでなく、ユニークで価値ある無形資産の使用を要するものではなく、重要なリスクの引受・管理を含むものでない、等のものとして、これらの低付加価値役務提供に係る独立企業間対価の算定には、これら全てのコストをプールしたところでのマークアップが適用され、マークアップ率として、関連コストの2%以上—5%以下とされている²⁶。このような簡素化された移転価格ルールは、基本的には納税者・当局双方にとっての事務量と紛争の軽減につながり得るものであるが、例えば、この幅はいわゆるセーフハーバーなのかどうか等、さらに十分なルールの明確化が求められる。ただ、特定の分野で、このような独立企業原則の適用状況を敷衍したような解決を図ることは、独立企業原則に合致した特別措置として整理することも可能であると思われる。

(3) コモディティー取引

コモディティー取引については、移転価格ガイドライン第2章への追加として、討議草案²⁷で別途の検討がなされている。一般取引とは異なって、取引形態が複雑なようであり、市場価格に対する価格調整、プライシング日の選択等でかなり問題があるようである。主として南米の新興国を中心にこの“6番目の独立企業間価格算定方法”²⁸とされているものについて、どのように適正な価格を算定するか、取引実態を踏まえたところで、調整措置等についての検討が必要とされている。一般的には独立価格比準法（CUP法）が適当とされ、公に入手可能な価格を必要に応じて修正して使用されてきたが、比較可能性が不十分な事例もあること等のため必ずしも容易ではないこともあるようである。

いずれにせよ、独立企業原則との整合性を考えると、あまりに簡素化するのは適切ではないであろうし、また、垂直統合された事業等の場合には異なる算定方法が有効であるともされよう。独立企業原則に合致したものとして、既存の算定方法に係る差異調整を踏まえたところで、関係国全ての理解を得たものとなるような制度の仕組みが必要であると思われる。

5. まとめ

移転価格は厳密な科学ではないが、科学に立脚しなければならず、科学は結局のところ比較可能性分析による、とも言われる中で、独立企業原則はまさに唯一の拠り所であり、基本原則である。その意味で、独立企業原則の内容を明確化するとともに、その具体的内容について各国で解釈の余地ができるだけ生じないようにすることが必要であろう。これ

²⁵ 同上（パラ 7.22-7.33）

²⁶ 同上（パラ 7.57）

²⁷ OECD “BEPS ACTION 10: DISCUSSION DRAFT ON THE TRANSFER PRICING ASPECTS OF CROSS-BORDER COMMODITY TRANSACTIONS”（2014年）

²⁸ 同上（パラ 3）

までも、独立企業原則の内容について種々の議論がなされてきたように思われるが、実務上の適用可能性及び結果の妥当性から、独立企業原則との整合性が曖昧なままルール策定がなされてきた側面もあるように感じられる。米国の規則で、関連納税者の真の課税所得決定に当たりあらゆる場合に (in every case) 適用される基準は非関連者が別の非関連納税者と独立企業間で取引を行うという基準であるとされる²⁹。これには若干の異論もないわけではないが、その意義も依然として十分に考慮されるべきものと思われる。

今次 BEPS プロジェクトは、所得移転に係る不当な租税軽減行為への対応を一つの重要な論点としているところであるが、そのために独立企業原則が結果的に軽視されるのではなく、むしろその重要性和要件について再認識される機会となることが期待される。特別措置は、独立企業原則との関係で、問題となり得るものであろうが、あくまで独立企業原則との整合性を踏まえたものであるべきであろう。取引自体に経済合理性のないものであれば別であるが、そうでない限り、できるだけ独立企業間取引に係る適切な差異調整を踏まえたものであるべきであり、差異調整が困難なものについては、独立企業原則の要件を踏まえたいわゆる特別措置の開発を検討するべきであろう。その過程で、納税者の側での文書化の必要性（さらには APA の有用性）も増さざるを得ないものと考えられる。これによって、適正取引の促進の一方で、挙証責任の転換とともに、情報の非対称性への対応ともなるのであろう。

これらによってモデル条約第 9 条の枠内での解決を図ることとし、紛争解決・二重課税除去への一層の進展が図られることが望まれる。紛争解決に係る討議草案³⁰ではより効果的な相互協議のあり方等について建設的な提案がなされている。BEPS に係る各種作業の中で、行動計画において不確実性・主観性を生む可能性があり、紛争解決は特に重要なトピックと位置付けられる。これまでも、紛争解決に向けては有用な検討がなされているが（例えば MEMAP³¹）、実際には相互協議等が十分には機能していない場合もある。また、いわゆる義務的仲裁は、これに反対する国もあるため、コンセンサスでの解決には実行可能な手段とはされていない。このような状況下で、移転価格に係るルールの共通理解が進まないと、企業行動にも多大な影響を及ぼしかねないリスクをはらんでいる。BEPS に係る議論が、移転価格を含む国際課税に係るルールの再構築の機会であるとすれば、一方で独立企業原則の各国での具体的な共通理解促進の重要な機会であると期待されて然るべきものでもあろう。

²⁹ 規則 Sec1.482-1(b)(1)

³⁰ OECD “BEPS ACTION 14: MAKE DISPUTE RESOLUTION MECHANISMS MORE EFFECTIVE” (2014 年)

³¹ OECD “MANUAL ON EFFECTIVE MUTUAL AGREEMENT PROCEDURES” (2006 年)

第7章 濫用的取決めに係る情報開示と協力的コンプライアンス～OECD 及び米国の動向からの示唆

関西学院大学法学部教授

一高 龍司

1. はじめに

本稿は、BEPS の行動計画中の行動 12「アグレッシブなタックス・プランニングの取決めに係る開示の要求」の文脈を明らかにし、米国の制度の紹介と考察を通して、我が国への示唆を述べようとするものである。行動 12 については、2015 年 3 月中に討議草案の公表が予定され、同年 12 月を期限として、各国が国内法令に取り込む際の勧告をとりまとめるべく、現在 OECD 租税委員会（第 11 作業部会）で検討が進められている。

行動 12 の内容は以下のとおりである。

「アグレッシブ又は濫用的な取引、取決め又は仕組みに対する義務的開示ルール」の設計に関する勧告を、税務行政上及び事業上のコストを考慮し、また、同様のルールを有する国（増加傾向にある）の経験を活かしつつ、策定する。この作業は、最大限の一貫性を考慮しつつも各国の個別のニーズとリスクを取り込んだモジュール〔規格化された構成単位〕方式の設計を用いる。一つの焦点は、国際的租税スキームであり、そこでの作業は、このような取引を捕らえるために「課税便益」の広範な定義を用いることを模索するであろう。この作業は、協力的コンプライアンス（co-operative compliance）の作業との調和が図られるであろう。それはまた、税務当局間の国際租税スキームに対する情報の共有に関する高度なモデルの設計と実践を扱うであろう¹。」

ここでは、アグレッシブなタックス・プランニングに係る透明性を確保し、当局がその税務リスクを見抜き対策を検討するのに資する適時・適確な情報の入手を可能にする第一的な手段として、義務的な情報開示と、協力的コンプライアンス・プログラムという二つの方向性が示されている。

上の記述には以下の背景があると考えられる。いわゆるタックス・シェルター（租税回避商品）に対しては、一般に、否認規定又は判例法理に基づき課税便益が否定される場合がある上に、米・英等では、その売手と利用者に当該商品に係る所定の情報を申告させ、立法趣旨に合致しない課税便益に執行上又は立法上の対処をするのに役立つ情報を課税庁に移転させる制度が導入され、既に 10 年ほどの運用実績がある。かかる申告義務の不履行には所定の制裁が課されるのみならず、当該商品の利用による納税申告義務の一部又は全部

¹ OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 22 (2013). (公社) 日本租税研究協会『税源浸食と利益移転 (BEPS) 行動計画』(2013 年) があり、訳出の際に参考にした。

の不履行に対しては、通例より重い制裁が適用されうる。もっとも、問題の課税便益が最終的に裁判所で維持される性質のものかどうかは、高度に専門的な法律上の判断を要する問題であることに配慮し、弁護士、会計士等の税務仲介者（tax intermediaries）の助言に基づく申告である場合には、この制裁は減免されうる。

他方、OECDは、近時、税務執行に関し、納税者と課税庁とを敵対的な二当事者として位置づけるのではなく、両者が協働して立法趣旨に合致した課税標準と税額の計算に効率的に至れるような関係（「より高められた関係（enhanced relationship）」）を前提に、各国がルールと組織を構築することを促してきている。最近では、これは「協力的コンプライアンス（cooperative compliance）」を指向する関係と称される²。実務上、このような関係の成否に関しても税務仲介者の役割は大きい。

租税回避商品に対する開示の義務化と、協力的コンプライアンスの推進は、一見矛盾するようであるが、ともに性質の異なる事象又は納税者に対する効果的なアプローチとして両立する。納税者の遵法意識と行動の違いを情報の遣り取りを通じて見分け、その違いに応じて課税当局が異なる執行上の手法を用いることは、ジョン・ブレイスウェイト等の学説に依拠した「対応的規制（responsive regulations）」として知られ、既に豪州での導入を起点に、英国、ニュー・ジーランド（以下、NZ）にも広がりを見せている³。税務行政上、交渉と和解による紛争解決が推奨されてきた米国でも、納税者からの同時的な情報提供に基づき、税務当局と予め申告内容の妥当性について合意することで、紛争を未然に解決し、課税上のリスクを避けるプログラム（CAP等）が定着しつつあるなど、このような対応的規制と整合的な法律上及び執行上の環境が既にある。学説上も、例えばラスコルニコフ論文（2009年）が、第一次的には自らの選択により、納税者を挑戦的納税者（gamer）と非挑戦的納税者（non-gamer）に二分する執行上の枠組みを提案している⁴。前者には、厳格な税務調査のみならず、不足納付税額に対し納税者の従来の特典計算を変更させうる高いペナルティを用意し、後者には、十分な情報提供と争訟上の権利の一部放棄の見返りに、信頼ベースの調査と（必要があれば）軽微なペナルティを用いるというのである。

かかる税務執行上の潮流は、複雑な取引と組織を有し歳入への影響も大きい大企業（と富裕層）を主に念頭において形成されてきたのであって、特に国際課税上の問題への対処として展開されてきたわけではない。もっとも、義務的情報開示や協力的コンプライアンスを通じ取得される広範な情報は、近時急速に整備が進んだ条約上の（自動的な）情報交換のネットワークを介して、即時的に各法域の当局に共有される対象となりうる⁵。タック

² 他の箇所を含め、訳語は、増井良啓「OECD, Co-operative Compliance: A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance (2013)」租税研究 783号 334頁、334-335頁に拠るところが多い。

³ 高野幸大「イギリスにおけるネゴシエーション」日税研論集 65号 157頁（2014年）、180-186頁。

⁴ Alex Raskolnikov, Revealing Choices: Using Taxpayer Choice to Target Tax Enforcement, 109 Colum. L. Rev. 689 (2009). 同論文の批判的検討として、Lawrence Zelenak, Tax Enforcement for Gamers: High Penalties or Strict Disclosure Rules?, 109 Colum. L. Rev. Sidebar 55 (2009).

⁵ 吉村政穂「コンプライアンス確保に向けた租税行政手法の共通化」ソフトロー研究 18号 29頁（2011年）は、かかる傾向を反映する行政手続手法の共通化の流れが続くと見通している（同、42頁）。

ス・シェルターに関する当局間の情報共有の枠組み（例、JITSIC、情報交換ミーティング等）もあるが、納税者との対話を通してコンプライアンスの意識の改善自体に繋げる視点が欠かせまい。また対応的規制（に取り込まれうる協力的コンプライアンス）では、より広範にかつ事業上の機密に関わる情報が当局に保有されうる。いずれの場合でも、第一に、その趣旨に合致する適切な範囲と内容を有する情報が過不足無く納税者から自国当局に提供され、第二に、相互主義に根ざし秘密性の確保された情報交換の仕組みを通してこれが共有される必要がある。本稿では、義務的情報開示の文脈における第一の点に触れる。第二の点は、筆者は別の機会に国際的な展開を整理した⁶ものの本稿で掘り下げる余裕はない。ただ、納税者の信頼の確保は、協力的コンプライアンスの成否を左右する重要な問題である。

翻って我が国では、文書回答手続の見直し（平成 20 年通達改正）や、納税者の権利の拡充に力点を置いた国税通則法の平成 23 年度改正を経るなど、協力的コンプライアンスと整合的な環境整備が進められてきた。また後述のように遅くとも平成 25 年度以降は、大企業向けに対応的規制にも通じる実務が動き出している。もっとも、租税回避商品に関する義務的情報開示の制度はなく、和解や仲裁といった代替的紛争解決も導入されていない。OECD や外国の議論の応用に際しては、大企業が濫用的取引に手を出す傾向と歳入喪失の程度の違いはもとより、課税要件事実に係る証明責任や課税庁との和解の有無と必要性の程度にも相違があることに留意が必要である。

以下では、OECD の義務的開示制度を巡る報告書と協力的コンプライアンスの整備を促す議論を要約し（第 2 節）、関連する米国の制度と執行の動向を紹介して（第 3 節）、我が国への示唆を述べる（第 4 節）⁷。

2. OECD の動向

（1）当初の経緯

OECD では、租税政策・税務行政センター（CTPA）に 2002 年に設置された「税務長官会議（Forum on Tax Administration : FTA）」において、アグレッシブなタックス・プランニング（以下、ATP と略記）に対する本格的な検討が始まった⁸。FTA には、経済のグローバル化に伴い増大する租税回避及び脱税のリスクに各国の行政機関が効率的に対応することを主眼として、今や非加盟国を含む 46 国が参加して会合を重ね、その成果を公表してきている⁹。

FTA のソウル宣言（2006 年 9 月）では、「許容しえない税額極少化の取決め（unacceptable

⁶ 一高龍司「所得課税に係る情報交換を巡る動向とその含意」租税法研究 42 号 23 頁（2014 年）。

⁷ 本研究會の場で、英国の制度（DOTAS を含む）を本稿の検討に取り込むべきとの助言を頂いたが果たせなかった。今後の課題としたい。

⁸ Philip Baker, The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes, 43 Intertax 85, 85 (2015).

⁹ OECD, Form on Tax Administration, Highlights and Achievements 2013-2014, available at <http://www.oecd.org/site/ctpfta/fta-annual-report.pdf> (last visited on Feb.26, 2015).

tax minimisation arrangements)」に関わる企業統治と税務助言者等（法律・会計事務所、金融業者等）に対し継続的な懸念が示された。各国での効率的なリスク管理の下で、リスク評価を納税者と共有する仕組みの採用や執行の強化、税務助言者等の役割の問題への対応の必要性が明示され、租税回避スキームと各国の対処法に係る情報を共有し、執行協力を改善するといった方向性も確認された¹⁰。その後、2008年1月のケープ・タウン会合を経て、懸念の対象を、1)企図しない税収上の帰結を惹起する税務ポジションに係るプランニング、及び、2)申告上の重要事項の適法性に係る不確実性が開示されないで納税者が有利な税務ポジションをとること、として明確化した。後述する2008年の「税務仲介者の役割に関する検討（Study into the Role of Tax Intermediaries）」と題する報告書（以下、2008年報告書）では、これら二懸念を指してATPと称し¹¹、ソウル宣言で強調されたATPの供給サイド（税務助言者等）に加えその需要サイド（納税者）にも注目して、各国で導入を検討するべき対処を論じている。なお、ソウル宣言で言及される「ATPのディレクトリ」には、400超のスキームが登録されているが、アクセスは関係の政府当局者に限定されている¹²。

（2）2008年報告書の要点

2008年報告書は、税務助言者等に係る課税リスクへの対応として、1)登録制と規制、2)事前の開示、3)コンプライアンス合意、4)罰則金その他の制裁に言及する。1)では、日本の税理士制度と税理士に対する国税庁の監督、及び、米国内国歳入庁（IRS）の専門職責任局（Office of Professional Responsibility : OPR）と通達（Circular 230 : C230）に基づく租税実務家（弁護士、公認会計士、登録代理人等）の規制（但し2014年に重要な見直しがあった）に言及された¹³。日本に関しては、税理士制度が、税務助言者に対する

¹⁰ OECD, Third Meeting of the OECD Forum on Tax Administration, 14-15 Sept. 2006, Final Seoul Declaration.

¹¹ OECD, Study into the Role of Tax Intermediaries, 10-11 (2008). この報告書は英国歳入関税庁(HMRC)とOECD事務局から成る検討チームが作成している。Id. at 3. なお、2008年報告書のポイントと考察が、本田光宏「OECDにおける『税務仲介者』の位置づけについて」本庄資編著『国際課税の理論と実務 73の重要課題』1171頁（大蔵財務協会・2011年）で得られる。

¹² <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/co-operation-and-exchange-of-information-on-atp.htm> (last visited on Feb. 27, 2015.)

¹³ OECD, *supra* note 11, at 19.

C230のうち、租税回避に係る書面の助言に対する詳細かつ複雑な特別の規制（§ 10.35）は簡素化を趣旨として廃止され、改正されたコンプライアンス確保の一般的手続（§ 10.36）及び書面による助言一般に関する要請（§ 10.37）としての規制（原則ベースの規制）を受けることになった（2014年6月12日より後に提供される助言から適用開始）。79 Fed. Reg. 33686 (2014).

C230は、IRSとの関係で納税者を代理する実務家（弁護士、公認会計士、登録代理人(enrolled agent)等）の規制を扱う通達である。同通達は、合衆国法典31編（通貨及び財政）330条（31 U.S.C. § 330）に基づく、財務省との関係で他の者を代理する実務について規制する財務長官の権限にその法律上の根拠を置く。これらの規制に所定の要件に合致する態様で違反したときは、財務長官又はその被授權者は、戒告、当該実務資格一時停止若しくは資格剥奪、又は（及び）罰則金の賦課（問題の言動から得る粗所得額が上限）を行う権限を有する。31 C.F.R. § § 10.50; 10.51; 10.52. 一般的な規制の例を挙げると、実務家のうち、顧客たる納税者が歳入に関する法律に従っていない又は申告書等における誤謬・脱漏等があることを知っているものは、その旨と法律上これがどのような帰結になるかを顧客

社会的信頼の向上に大きく寄与し、税理士と国税庁との協力関係を推進してきたことに加え、納税者、税務助言者及び歳入機関の三者の関係の背骨を成すものとして肯定的に紹介された¹⁴。2)では、カナダ、南ア、英国及び米国における制定法上の開示制度（税務仲介者に多く適用される）を挙げ、経験上それらが「意義ある抑制効果を有し、ATPの魅力が減じている」と評価されている¹⁵。3)では米国での将来的コンプライアンスに係る合意¹⁶が例示され、4)は、豪、NZ、加を例に、ATPの開示義務の不履行に係る罰則金、及び、ATPの販売行為（における虚偽説明）に対する民事罰が紹介された¹⁷。

に速やかに助言しなければならないとされる。31 C.F.R. § 10.21.

2014年改正後は、実務家が書面による助言を行うに際し、以下の点が要請される。1)当該助言が合理的な事実上及び法律上の仮定に基づいていること、2)当該実務家が知る又は合理的に知りうべき全ての関係する事実と状況を合理的に考慮すること、3)関係する事実を確認する合理的な努力をすること、4)依拠するのが合理的でない納税者の陳述、申告、事実認定、合意等に依拠しないこと、5)適用すべき法律及びオーソリティと事実を関係づけること、及び、6)調査を受けない（指摘されない）可能性を考慮しないこと。これらの要請を充足した意見であるかどうかの判断に際しては、合理的実務家の基準（reasonable practitioner standard）に拠る。重要な目的が租税回避又は脱税であることを知る又は知りうべき事案に係る意見においても、同基準に従って全ての事実と状況が考慮される。31 C.F.R. § 10.37.

上記2014年6月廃止前は、租税回避等に関する「特定意見（covered opinion）」を提供する実務家には、大要、1a)関係する全ての事実を確認する合理的な努力を尽くし、当該事実を全て考慮すること、1b)意見が、事実に関する不合理な仮定（例、事業目的の存在）又は不合理な陳述等に基づいてはならないこと（依拠した仮定及び陳述等の明記を要する）、2)法を当該事実当てはめる（一貫しない分析・結論を当該意見に含んではならない）こと、3)あらゆる重要な論点を検討し、個々の論点ごとに本案で納税者が勝訴する見込み（後述のmarketed opinionの場合は当該見込みが50%超か否か）に関し当該実務家の結論（と理由）を（結論に達しないときはその旨も）意見に含めること、が要求された。但し、罰則金の回避に限定される目的で出される意見の場合（指定取引、第一の目的が租税回避である取引、又はmarketed opinionに関する意見を除く）は、当該目的に限定された論点のみ検討することも可能とされていた（=limited scope opinion）。31 C.F.R. § 10.35(c)（上記廃止前）。

ここで特定意見とは、書面による課税に関する助言で、扱う問題が以下のいずれかから生じるものとされていた。1)指定取引（と実質的に同じもの）、2)第一の目的（the principal purpose）が租税回避若しくは脱税である取引、又は、3)重要な目的（a significant purpose）が租税回避若しくは脱税である取引。但し、3)は、当該助言が、(3a)reliance opinion（重要な論点に関し納税者に有利な解決となる見込みが50%超であるとするもの）である、(3b)marketed opinion（意見が、当該仕組みの販売促進等に用いられることを当該実務家が知る又は知りうべきものを含むが、指定取引若しくは第一の目的が租税回避・脱税である取引以外の取引の場合で、当該実務家が、当該書面上、当該意見が罰則金の回避のために作成されたものでないこと等を目立つように開示する限りは除外される）である、(3c)守秘義務に服する、又は、(3d)成功報酬型取決めに従うものである、場合のみが対象とされた。31 C.F.R. § 10.35(b)（上記廃止前）。

特定意見においては、1)当該実務家とプロモーターとの間の契約（報酬の取決め、審査依頼の内容）、2)当該意見が仕組みの販売促進等の目的で書かれた旨（marketed opinionの場合に限る）、3)意見の基礎となる検討対象が限定されている旨（limited scope opinionの場合に限る）、4)50%超の確信の水準に達しなかったときはその旨と当該意見が罰則金の回避目的で利用され得ない旨、が開示されねばならなかった。31 C.F.R. § 10.35(e)（上記廃止前）。

かかる特定意見の背景、詳細及び批判は、小林秀太「タックス・シェルター意見書規制に関する一考察」金子宏編『租税法の基本問題』91頁（有斐閣・2007年）、また、C230の規制全般につき、高橋祐介「申告書の作成と専門職責任」税法学566号223頁（2011年）、229-231頁を参照。

¹⁴ *Id.* at 57-58.

¹⁵ *Id.* at 19.

¹⁶ 後述のPFA及びCAPを指すと解される。

¹⁷ *Id.* at 19-20.

歳入当局側のリスク管理に関しては、リスク評価に基づく資源配分の意義が強調される。特に、ATPを含む租税リスクに関し、執行当局が質問検査の対象としない対象を選別して資源配分に優先順位を決めることが鍵だと見る¹⁸。この目的上、納税者自体及び課税上の論点に対する理解が不可欠となり、具体的には、納税者の事業構成・規模・活動、税務管理システム、言動（協力的か、オープンか等）、法解釈に係る合意の程度といった側面の理解に努め、税務官吏は当該企業の文脈を理解できるよう教育されることも重要となり、申告上の論点に対する広範な評価も欠かせない¹⁹。

かかるリスク評価ないし資源配分の判断の基礎となる情報の入手に関し、申告書上の情報のみでは適時性と透明性の要請を満たしえず、当該納税者に関するリアルタイムの情報を質・量ともに高めていく必要がある。アドバンス・ルーリング（文書回答手続）、制定法上の事前情報開示（加、南ア、英、米等）、情報交換等の執行協力が手段となる²⁰。法解釈に係る見解の不一致がありうる事項に係る自発的な情報や、当局が論点の重要性を理解して資源を適切に配分するのに資する包括的な応答が、法律上の義務に拘わらず提供されるのが望ましい²¹。他には、公開される財務会計情報、特に申告税額と損益計算書上の税額との差異に係る情報は重要な情報源となりうる。米国企業であれば、かかる情報の開示は、財務会計基準審議会基準書第 109 号（法人所得税の会計処理、SFAS109）の解釈指針 48 号（法人所得税の不確実性の会計処理、FIN48）によって規律される²²。

納税者と歳入当局との基本的な関係は各国の法律に従う。「より高められた関係」（以下、ER と略記）もかかる基本的関係を阻害すべきでない。ER は、一方で歳入当局が、商業的感覚に対する理解、不偏性、比例性、情報開示を通じた公開性・透明性、及び即応性（こ

¹⁸ *Id.* at 23-25.

¹⁹ *Id.* at 26.

²⁰ *Id.* at 28-31, 40-41.

²¹ *Id.* at 42.

²² *Id.* at 31. SFAS109 は、当該年度に納付すべき又は還付を受けるべき（法人）所得税額の認識と測定並びに繰延税金資産又は同負債の認識と測定（つまり税効果会計）を扱う。但し、SFAS109 自体は、例えば法人がある種の課税逃れを行った場合にそこでの「税務ポジション（tax position）」が意図したとおり税額の減少を導くのか、それとも課税逃れが失敗に終わり税額は増えると考えべきなのか、という判断に関しては特に指針を定めていない。そこで「法人税の不確実性の会計処理」と題し 2006 年にこの点に関する解釈指針として FIN48 が策定された。

FIN48 は、税務ポジションに係る財務諸表上の効果の当初認識がなされるのは、当該ポジションが調査（不服審査又は訴訟の結果を含む）を受けて本案に基づきなお維持される可能性が維持されない可能性より高い（more likely than not）、つまり 50% 超の可能性で維持されるときとする（認識基準）。かかる認識の判断においては、関係する全ての情報につき課税庁が完全な知識を有すると仮定され、また本案は租税法上のオーソリティの源泉（立法（意図）、規則、ルーリング及び判例法）と当該税務ポジションに係る事実と状況へのその適用可能性に由来する。当該企業又は類似の企業との取引に係る過去の行政実務と課税当局の先例が考慮されねばならず、また、他の税務ポジションとの相殺又は総合の可能性を考慮することなく、個々の税務ポジションが評価されねばならないとされる。

次いで、この認識基準を満たす税務ポジションは、関連する情報の全てにつき完全な情報を有する課税当局との最終的な和解（settlement）において 50% 超の確率で実現する最大の課税便益の額として、当初及び事後に測定される（測定基準）。

FIN48 とタックス・リスク・マネジメントとの関係については、吉村政穂「リスク要因としての税：米国 FIN48 の背景、CSR との関係」租税研究 705 号 176 頁（2008）を参照。

れらは、納税者の情報開示を促す当局の 5 属性とされる) を基礎に、納税者に理解を示し²³、他方で納税者が、情報開示と透明性を与える関係であり²⁴、両者間に生まれる相互信頼が基礎になる²⁵。信頼と協力が醸成される環境を歳入当局が確立することが推奨され²⁶、ER の構築に向けた具体的な仕掛けには、歳入当局からの一方的な宣言(納税者・税務助言者に求められる事項、情報提供の効果に言及)、三者合作の憲章の公表、又は当局・納税者間の公式・非公式な合意がありうるが、いずれにしても、歳入当局による趣旨の明示、両者による検討・評価、及び、双方の高位の職員による支持が組み込まれるべきである²⁷。

税務助言者と歳入当局との ER の構築についても同様に、前者の事業と後者の政策を互いに認識し合い、対話を通じて信頼関係を醸成することで双方に便益が生まれる²⁸。

ER の構築に後ろ向きな納税者・税務助言者に対しては、限定された情報に基づくリスク評価に従い、必要があれば相応の制裁や、税務助言者の規制機関等への通報の可能性も視野に置いて、(相対的に大きな) 調査の資源を割り当てることになる²⁹。

納税者、税務仲介者及び歳入当局の三者間の関係は国ごとに違う。2008 年報告書の勧告を自国にどう応用するかは、各国に委ねられている³⁰。

(3) 2011 年報告書の要点

CTPA は、2008 年報告書と関連する後続の幾つかの報告書³¹を踏まえて、2011 年 2 月に「透明性と開示の改善を通じた ATP への対抗」と題する報告書³²(以下、2011 年報告

²³ 商業的感覚に対する理解には、企業行動の手法・文脈、所属する産業部門の性質、当該企業に固有の性質に対する理解を含む。不偏性は、高度の一貫性と客観性を備えた問題解決の仕方を指す。比例性とは、当該納税者とその調査に配分すべき資源の選択に係る合理性、バランス及び比例性である。公開性と透明性では、ルーリングの一層の活用の可能性の検討が推奨され、また、納税者が知りたい当局の手の内をどこまで開示するかが問題となる。2008 年報告書は、歳入機関のリスク管理手法の全般については透明性の拡張を推奨しつつ、調査対象の選択方法の詳細の全てまでは公表すべきでなく、また、個々の納税者のリスク評価については、これを開示する国で認識されている便益と公開性の ER における意義を考慮し、各国がその公開性を検討すべきとする。最後に応答性は、早期の確実性を生む当局の迅速な対応と意思決定であり、ルーリングや非公式な対話も含まれるが、現場の判断が後に上位層によって覆されないよう留意が必要とされる。Id. at 34-38.

²⁴ 情報開示には、当局が十分な情報に基づくリスク評価を遂行するのに必要なあらゆる情報(提供義務の有無を問わない)を含む。課税上の重要な不確実性を伴う取引・地位に関する情報、当局がとりわけ関心を有する旨公言している事項に係る情報が含まれる(但し、2008 年報告書は詳細なルール化を要するとの考えをとらない)。透明性は、個人、組織文化及び構造(通信方法の取決め)の各側面(相互依存的)があり、担当者の継続性、他方の組織に対する理解、及び容易で双方が受け入れ可能な通信方法によって、透明性は促進される。Id. at 41-42.

²⁵ Id. at 40.

²⁶ Id. at 40, 42.

²⁷ Id. at 43-44.

²⁸ Id. at 44-45.

²⁹ Id. at 45-46.

³⁰ Id. at 54.

³¹ 個人富裕層の ATP への対処を扱う報告書(OECD, Engaging with High Net Worth Individuals on Tax Compliance, 2009)、及び、銀行の損失に係る税務上の損失に関する報告書(OECD, Addressing Tax Risks Involving Bank Losses, 2010)が含まれる。

³² OECD, Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure, Report

書)を公表した。2011年報告書は、全20頁と簡潔ながら、以下の如く、各国が採用するATP関連の情報開示制度に関する各国での評価と、若干の勧告を述べた。

2011年報告書は、開示制度を、1)早期の義務的開示(加、愛、葡、英、米等)、2)ATPに関連して通例の申告に追加される申告(蘭、伊、米等)、3)質問票の利用(伊、NZ等)、4)協力的コンプライアンス・プログラム(豪、愛、伊、蘭、NZ、西、英、米等³³)、5)ルーリング(豪、蘭、NZ等³⁴)、及び、6)ATP開示準則に係る罰則金(愛、NZ等)に区分する³⁵。

1)に関し、当局側では、スキーム発見までの時間を短縮し、リスク・ベースの調査と立法上及び司法上の迅速な対応を可能にし、プロモーターの報酬の縮減に繋がる等の利点があり、他方で、納税者にとっても競争条件の中立性の便益をもたらしている等、総じて高評価であるとされ、英国では、現に開示されるスキームの数が減少傾向にある³⁶。2)・3)も、調査の能率向上、コンプライアンス費用節約等を理由に評価が高い³⁷。4)はERであり、各国の経験上リアルタイムでの協働と相互の便益に繋がっている。比例性ある行政資源の投入により長期的には税務リスクの低い納税者にも便益が及ぶ。リアルタイムの調査の実施は、取引の組成と同時的であるため、課税上の論点をまとめやすくする³⁸。5)当該国がATPにルール無しで対応する政策をとる場合や、可能なATPの外延を探る目的で納税者がルーリングを要求するときは、ルーリングは限定的な情報しか生まないが、当該国が租税回避的な性格の取引に対しルールを整備する意図を有するならば、納税者又はプロモーターから将来の取引又は投資に対する相談が増え、情報も増える傾向がある(NZ、豪の経験も肯定的である)。6)罰則金絡みの情報開示に関しては、ATPに係る適時の情報の取得という意味での改善は僅かであるが、改善の程度は、誘因の種類を含む諸要因に大きく依存する³⁹。

総じて、各国は2011年報告書の各開示手法を吟味して自国のニーズと状況に最も適合するものの導入を検討すること、及び各国の経験の共有を継続することが勧告された⁴⁰。

on Disclosure Initiatives, Feb. 2011.

³³ 米国の Compliance Assurance Process (CAP) が一具体例である。 *Id.* at 15.

³⁴ *Id.* at 15. なお、豪、蘭及びNZでは、当該納税者以外の同様の状況にある納税者も依拠しうるルーリング (product ruling) の制度がある。 *Id.*

³⁵ *Id.* at 12-15.

³⁶ *Id.* at 16-17. HMRC のデータによれば、英国では、直接税のみで、2005年度に607件のスキームが開示されたが、2009年度には176件にまで減少したとされる。 *Id.* at 17.

³⁷ *Id.* at 17. 2)に関連し、不確実な税務ポジション (UTP) に係る国際会計基準12号等の解釈指針についての討議資料 (ED/2009/2) に言及しつつ、もし財務会計上UTPに関する開示が要求されるようになれば、当該開示は税務当局にとっても有用となりうるという。 *Id.* at 14. なお、国際会計基準又は国際財務報告基準においてUTPに係る処理の明示化には至っていないものの、スタッフペーパーがIFRS解釈指針委員会から公表されて検討に供されている。以下サイトで入手可能 (2015年2月27日最終確認)。 <http://www.ifrs.org/Meetings/Pages/IFRS-Interpretations-Committee-November-2014.aspx>

³⁸ *Id.* at 18.

³⁹ *Id.* at 18.

⁴⁰ *Id.* at 19.

(4) 2013年報告書の要点

2008年報告書公表の後に、FTAが行ってきたグローバル企業やBIAC代表との対話に加え、ERをとり入れる日本を含む各国の動向を踏まえ、2013年に「協力的コンプライアンス：枠組み：高められた関係から協力的コンプライアンスへ」と題する報告書（以下、2013年報告書）が出された⁴¹。ERという鍵概念は義務的な関係との区別を意識して選定されていたが、平等性への疑念を生むため、協力的コンプライアンス（以下、CC）に呼称変更した⁴²。

① CCプログラムの導入状況

先駆的なのは、2001年以来正式に採り入れている豪州の取り組みである。有名な三角形を中心に描くCCモデルの概念図では、コンプライアンス姿勢の高低に応じ、納税者を、大要、1)コンプライアンスの意図を有し必要な段階を全て経ているもの、2)コンプライアンスに取り組むものの知識や技能の欠如から必ずしも上手くいかないもの、3)義務の履行に抵抗を示し能動的に租税回避の法的限界を試す（game playing）用意があるもの、及び、4)行動が脱税の意図を示唆する等コンプライアンスの不履行を決めているもの、に4区分する。そして、これらに各々対応する歳入当局の戦略は、1)通信・支援等を通じたコンプライアンスの容易化、2)教育・助言・支援等を通じたコンプライアンスの手助け、3)調査・制裁・起訴・マーケティング等を通じた発見による阻止、4)行政機関間の協力等も含めあらゆる法律上の権限の使用（発見・対処能力の周知と信頼の確保が重要となる）、と要約できる。納税者のコンプライアンス行動への影響因には、事業上（business）、産業上（industry）、社会学上（sociological）、経済学上（economic）及び心理学上（psychological）のもの（頭文字を繋げBISEPと言う）がある⁴³。

CCモデルは既に少なくとも24の国・地域で採用されており、殆どの場合、特に法令等の変更を伴わず、むしろ納税者とのある種の合意の形式を採ることが多いとされる⁴⁴。日本では、2010年以降、巨大企業向けのCCモデルが導入され、国税庁は、調査時に租税に関する企業統治も確認し、今後は、健全な統治に従い高リスク取引の税務を適切に処理していることが確認できれば、当該企業に対する次の調査を延期するという試験的プログラムを計画しているとされている⁴⁵。なお、現にこの計画は、「税務リスクの高い取引の自主開示を受け…事前の信頼関係を構築した上で」実施されている旨、2013年の国税庁レポー

⁴¹ OECD, Co-operative Compliance: A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance, 2013. 本報告書の要点は、増井・前掲注2論文を参照。

⁴² *Id.* at 16.

⁴³ 豪州のCCに関し以下の資料を参考に記述した。Australian Taxation Office, Guide for Compliance Officers, Developing Effective Compliance Strategies, Nov. 2009 (available at, <https://www.ato.gov.au/Print-publications/Developing-effective-compliance-strategies/>)(last visited on March 1, 2015). 詳細は、高野（2014）180-186頁参照。

⁴⁴ OECD, *supra* note 41, at 31.

⁴⁵ *Id.* at 22-24.

ト以降言及されている。同レポートでは、「より調査必要度の高い法人への調査事務量を重点的に配分するなど税務行政の効率化を進めて[いく]」ともいう⁴⁶。

CC プログラムへの納税者の参加は自発的なものとするのが一般的な実務とされる（高リスクの納税者を排除する国もある）。租税回避の仕組みに関し、義務的な開示制度を有する国（加、英、米、愛等）もある（豪州でも 2012 年に試験的導入がなされている）⁴⁷。二国が共同して大企業との間で CC 関係を築く唯一の例がオランダと英国とされ、迅速な情報共有と問題解決に役立つなど結果は肯定的であるが、結論的な評価は時期尚早とされる⁴⁸。

② CC の展開と文脈

CC における歳入当局の戦略上必須となるのは、納税義務を適正に履行する (compliant) 者には報酬を、そうでない (non-compliant) 者には罰を与えることであり、CC はこの全体的な文脈で把握される必要がある。のみならず、CC モデルの発展は、事業環境の変化と税務上の透明性に影響を及ぼす準則の変化の文脈で観察されねばならない⁴⁹。例えば、米国でいわゆる SOX 法の導入初年度において、報告された「重要な欠陥 (material weakness)」⁵⁰の約 1/3 が税務部門 (tax function) であったとされる。また米国では FIN 48 が不確実な税務上のポジションの検討を要求し、これらは外資系企業グループの米国子会社や米国証券取引委員会 (SEC) に登録されている非米国主体にも適用がある。米国では 2010 年 1 月のアナウンスメント⁵¹で FIN48 に基づき不確実な税務ポジション (UTP) に関する申告を要求されるようになった (後述する) ことから、多くの大企業が、コンプ

⁴⁶ 国税庁編『国税庁レポート 2014』29 頁。他にも、コンプライアンス確保のための多様な取組として、「適正な申告に向けた支援と納税者との協力関係の構築」に触れ、「今後は、さらに、諸外国の取組も参考とし、…実地による税務調査以外のコンプライアンス確保のための手法も積極的に取り入れた税務行政への転換を進めていく」として、実地調査の重点化、情報収集・分析機能の充実、自発的な適正申告を確保するための多様な手法の活用、を取組の柱として掲げている (同・31-32 頁)。

⁴⁷ OECD, *supra* note 41, at 32-33.

⁴⁸ *Id.* at 34.

⁴⁹ *Id.* at 43.

⁵⁰ エネルギー関連で米屈指の大企業エンロン社が、大手会計事務所 (アーサーアンダーセン) と法律事務所も加担して、巨額の不正経理 (利益の水増し等) と不正取引 (インサイダー取引、循環取引等) に手を染めた結果、2001 年に破綻に至り、投資家等の関係者に巨額の損失をもたらしたのが、所謂エンロン事件である。同事件が契機となって、信用格付け機関等に係る規制強化、企業統治の充実、公開会社会計監督委員会 (PCAOB) の創設、情報開示の改善等を要求する法律が 2002 年に成立した。これが「上場企業会計改革及び投資家保護法」、所謂 Sarbanes-Oxley 法 (SOX 法) である。SOX 法の下で、CEO 及び CFO は、財務諸表の信頼性と内部統制システム (設計と運用) の有効性を検証することが義務づけられ (有効性の評価に対する外部監査人の意見も付される)、有効だとする評価する際には、「重要な欠陥」が存しない旨の言明がなされる。ここで重要な欠陥とは、当該企業の財務諸表上の重要な虚偽記載が避けられない又は探知されないという合理的な可能性を生み出す欠点 (の組合せ) のことを指す。なお、日本でも、SOX 法の影響で、公認会計士・監査審査会が設置されたことに加え、金融商品取引法上、内部統制の評価を含む内部統制報告書 (公認会計士等の監査証明を要する) を有価証券報告書と併せて提出する義務が課されている。以上につき、以下の文献を参照。岸田雅雄「エンロン事件と SOX 法」法学教室 351 号 20 頁 (2009 年)、20-21 頁。Bret Wells, *New Schedule UTP: "Uncertain Tax Position in the Age of Transparency"*, 63 *Baylor L. Rev.* 392, 398-399 (2011).

⁵¹ Announcement, 2010-75 が最終版である。本章 3 節 (2) ②を参照。

ライアンス、企業統治及び企業倫理の手法を見直しているという⁵²。

③ 納税者行動の理由と動機

CC モデルの設計には納税者行動に対する理解が欠かせない。現に脱税に至るかどうかは、脱税の期待便益と、捕まる可能性×罰との比較による見方（経済的合理性モデル）は、多くの当局の政策の基礎を成している。義務的な透明性と開示の要求で、（脱税とは異なるが）ATP が検出される現実の又は予想上の可能性が動くことが重要であり、UTP に係る引当税額の計算上の慎重さが増加すれば ATP 利用による儲けが減り、ATP の正味現在価値も減る。結果、開示の改善は CC の向上に資する方向で重要な影響を及ぼす⁵³。もっとも、経済的合理性モデルないし費用・便益分析の現実の説明力には限界があり、個人の信念、社会の反応、正統性、公正性、信頼といった要因の重要性も認められており、これは個人と同様に、法人を指揮する人々にも当てはまる⁵⁴。別の研究では、検査の頻度と制裁の賦課はコンプライアンスの程度と顕著な相関関係を示さず、従って CC ベースの戦略が、強制のみに依拠する戦略より好ましいと見られている⁵⁵。

④ 「法の下での平等」と租税管理フレームワーク⁵⁶

法の下での平等は、同様の状況にある市民を同様に扱うこと、及び、取扱いの相違は当該事案の状況の客観的な相違の合理的な帰結であるべきことを要請する。CC は、正しい税額が適時に納付されるのを確実にするのが目的であり、租税優遇ではなく（ER という名称が誤解を招いた面がある）、伝統的な調査に基づく場合の帰結と、税額の意味では同じになるべきである。2008 年報告書が CC において求める納税者の法的義務に拘わらない情報開示と透明性は、歳入当局による十分な情報に基づくリスク評価を可能にするものであり、申告が適正であるのみならず、課税上の重要な不確実性が自社内の租税管理フレームワーク（TCF）に則って開示されることを要する。TCF とは、企業のリスク管理の一環として納税申告と税務情報開示の正確性と完全性を確保する内部管理システムを指す⁵⁷。TCF は単なる税務処理の管理ではなく、企業内部のあらゆる過程と取引に係る課税上の帰結を管理の下に置くものである⁵⁸。そしてかかる「TCF の存在が…異なる取扱いの客観的かつ合理的な根拠を提供する⁵⁹」。TCF は本来 CC 関係の有無に拘わらず納税者が備えるべき能力であるが、CC 関係にある納税者の場合は、TCF の設計、実施及び効果についてま

⁵² OECD, *supra* note 41, at 43.

⁵³ *Id.* at 43-44.

⁵⁴ *Id.* at 44.

⁵⁵ *Id.* at 44.

⁵⁶ 以下は、*Id.* at 45-48 の要約である（他に出典を明記する箇所を除く）。

⁵⁷ *Id.* at 58.

⁵⁸ *Id.* at 59.

⁵⁹ *Id.* at 47.

で透明性の要請が及ぶ⁶⁰。TCF が不適切である又は納税者が法的義務を超える情報は提供しないときは、歳入当局は必然的により踏み込んだ手法を用いなければならない（なお、私見では上述の国税庁の扱いにもこの点が反映されている）。

もっとも、TCF の具体的な設計は納税者に委ねられ、実務上は当局との事前の調整が欠かせまい⁶¹。複数国に納税者の活動が跨がれば、当該複数国の要請する TCF を用意せざるをえない⁶²とすれば、納税者に過大な負担ともなりかねないという懸念が生じる。

CC は大企業が前提で小規模事業者には適用がないが、事案の複雑さと規模の相違に照らし実務上異なる取扱いを要するのであり、また大抵の小規模事業者は、CC が求める頻繁な歳入当局との接触を伴わない態様でのコンプライアンスの充足を希望する。とはいえ、歳入当局は CC の基本原則は小規模事業者にも当てはまると見ており、この点は今後の課題である⁶³。

⑤ 「法の精神」との関係

ここでの懸念は、要するに、CC の下では、法律に従った税額及び手続的負担とは異なる結果にならないかということである。2013 年報告書は、英国の議論や OECD 多国籍企業ガイドライン 11 章⁶⁴、各国のルーリングの実務などを引用するが、「最終的に、当該立法が事案の具体的な事実にどのように適用されるべきかは、[納税者と歳入当局] が合意できないならば、裁判所が決める⁶⁵」。このように、裁判所による決着という「前提条件がビルトインされている⁶⁶」点が、CC が法の精神を破るものではないという評価の決め手となっている。他方で、ATP に依拠する戦略をとる納税者は、完全開示が前提の CC には魅力を感じないであろうが、問題の税務ポジションはやがて当局の注目を集め、法改正での対応も可能となる。法改正予測自体がスキームの価値の減少に繋がることからしても、CC が、イタチごっこを続ける納税者に対する効果的な対応を含めた広範な文脈において位置づけられることの重要性が強調される⁶⁷。

⑥ CC 内での紛争処理

CC の紛争は、合意により又は裁判により処理されうる。CC は早期の紛争解決を一般に

⁶⁰ *Id.* at 60.

⁶¹ *Id.* at 61.

⁶² *Id.* at 60. 対象となる税目が複数になれば納税者の負担はより増す可能性もある（私見）。

⁶³ 本稿で触れる余裕はないが、以下の報告書がある。OECD, *Together for Better Outcomes: Engaging and Improving SME Taxpayers and Stockholders*, 2013.

⁶⁴ OECD, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011 Edition, Ch. XI, 2011.

⁶⁵ OECD, *supra* note 41, at 49.

⁶⁶ 増井・前掲注 2、341 頁。増井論文は、法の精神に係る 2013 年報告書のロジックに関し、国や時代の状況に即して、裁判に要する種々のコストを観察してこの前提条件が満たされているか、また、裁判に至らない殆どの事案で、CC の場合とそれ以外の場合とで、現に同じ帰結になるのかどうかを問われねばならない旨指摘している。同上。

⁶⁷ OECD, *supra* note 41, at 50.

指向するものである。裁判所の利用は当然可能だが、CC 構築後は、代替的紛争処理 (ADR) を通じた解決 (和解、調停、仲裁等) の基礎があることが多く、各国の実務にも反映されている⁶⁸。

⑦ 歳入当局側での内部統治⁶⁹

ここでは、要するに、上述の ER (CC) における当局の 5 属性を満たすための組織的な取組・監視と人的教育が問われる。特に、納税者と特定の職員との信頼や相互理解も、プロフェッショナルで批判的な態度を伴ったものでなければ、不偏性を毀損しかねない。例えば、CC 関係の維持に配慮しすぎて当該納税者の ATP を黙過したり、逆に CC 関係にある正直な納税者のみが ATP の利用を否定されて競争上不利になるようなことが懸念される。当局側の透明性と一貫した法解釈に従った行動が不可欠となる。納税者の秘密保護も重要な課題となる。

⑧ 評価と課題⁷⁰

定量的な証拠は限定的ながら、各国の経験からは、CC が、歳入当局側で、問題解決の時間と費用の節約など効率性の改善に繋がっており、他方、納税者の側でも、コンプライアンスの改善、費用節約、確実性の増大や調査の迅速化などの便益がある。

総じて、当局側では、TCF に係る追加的な指針の検討、当局の効果的な内部統制の検討、CC 戦略の効果の測定方法の改善等が推奨される。また、当局と多国籍企業の双方にとっての重要な課題には、各国の CC 及び TCF の経験の共有を進めその改善に供すること、及び、多国間 CC の可能性に留意しつつ特に国境を超えた情報開示と早期の確実性の確保を充実させることが含まれる。

(5) 小括

BEPS 行動 12 の下で、義務的開示制度の検討は、以上述べた CC との関わり、補完性又は両立を考慮して進められるはずである。情報開示に積極的で透明性の高い納税者・取決めには CC を、そうでない納税者・取決めには義務的情報開示を、という方向である。義務的情報開示に従う納税者は、それを機に義務を超えた積極的開示に前向きになれば CC に相応しい納税者とされうる。他方で、情報開示義務にも従わない納税者への対処にはコストをかけざるをえない。かかる納税者の行動原理を知り、制裁を含む効果的な対応を用意することで、好戦的な納税者をできるだけ CC 環境に移行させることが望ましい。同時に、当局のスタンスに対する透明性と信頼性を高め、平等取扱い、租税法律主義及び適切

⁶⁸ *Id.* at 50-51. なお、私見では、我が国は租税法律関係における和解や仲裁等は制度上取り入れておらず、現状は、事実認定を超えた合意による、想定される裁判所の判決と異なる問題解決がもしあれば、法的根拠を欠くと言わざるをえない。

⁶⁹ 以下は、*Id.* at 65-71 の要点である。

⁷⁰ 以下は、*Id.* at 73-85, 86-88 の要点である。

な情報管理に対する懸念に応える工夫を凝らす必要もある。

以下では、米国の経験から、対応的規制のあり方と課題を探ることとする。

3. 米国における義務的開示と協力的コンプライアンス

(1) 背景

米国では、90年代に、主要な会計事務所等によるタックス・シェルターの開発とマーケティング、そしてプロモーターによる販売が報道されるなどして問題が知れ渡り、99年には、仕組みと問題状況を確認し対処のあり方を検討する財務省の報告書が公表された⁷¹。実体法上、個別の否認規定とともに、趣旨解釈を重視する判例法理が抑止と事後的対抗の源泉を提供してきたが、規定の文言を尊重する勢力から重要な抵抗を受けるようになった。そこでタックス・シェルターの売手及び買手の双方に、商品の中身と販売先及びその利用の事実に関する申告又は記録維持を義務づけ⁷²、その不履行と、その利用に由来する過少申告にはより厳しい罰則金 (penalty) を課する⁷³という手続面に重きをおいた対応が先駆的に取り入れられた⁷⁴。報告対象取引に係る情報開示と制裁に係る現行ルール的基础は、2004年アメリカ雇用創出法の成立を経て立法化されたものである⁷⁵。

一方で、米国では、終結合意 (IRC § 7121) 及びコンプロマイズ (IRC § 7122) の制度を土台として、財務長官には納税者との間で合意又は和解をする権限が付与されており、調査・徴収の現場、不服審査又は訴訟に至っても、判決の前に合意により問題を早期に低コストで解決することが、とりわけ1998年のIRSの組織改革以降は納税者サービスに資するものとして、促されている⁷⁶。

このような中、対応的規制の一環に位置づけうる幾つかの和解プログラムが実施されてきた⁷⁷。例えば、濫用的タックス・シェルターの利用者に向けて公示された短期の自発的

⁷¹ Dep't of the Treasury, *The Problem of Corporate Tax Shelters: Discussion, Analysis and Legislative Proposals* (July 1999). 我が国でも、岡村忠生「タックス・シェルターの構造とその規制」法学論叢 136 巻 4・5・6 号 269 頁 (1995 年)、中里実『タックス・シェルター』(有斐閣・2002 年)、本庄資『アメリカン・タックス・シェルター—基礎研究』(税務経理協会・2003 年) 等、多くの研究成果がある。

⁷² IRC § § 6011; 6111(a)(b); 6112. Treas. Reg. § 1.6011-4.

⁷³ IRC § § 6662A(a),(b),(c); 6700; 6707(a),(b); 6707A; 6708. なお、ここでの民事罰 (行政罰) を指す penalty の訳は複数通用しているが、本稿では、佐藤英明『脱税と制裁—租税制裁法の構造と機能』(弘文堂・1992 年)、153-211 頁の訳出 (罰則金) に拠った。

⁷⁴ 一高龍司「タックス・シェルターへの米国の規制と我が国の応用可能性」ファイナンシャル・レビュー 84 号 63 頁 (2006 年)、78-79 頁で簡単に要約した。より詳細には、本庄資編著『国際課税の理論と実務 73 の重要課題』661-666 頁 (同執筆) (大蔵財務協会・2011 年)、居波邦泰「タックス・アムネスティの我が国への導入についての考察」税務大学校論叢 68 号 229 頁 (2011 年)、330-337 頁も参照。

⁷⁵ 元は、2000 年以降の暫定規則・規則案に端を発し、2003 年に最終規則になったとされる。John Keenan, Jerry Songy and Rona Faust, *Charting Your Course: A Guide to Navigating the New Disclosure Penalty Regime*, 6 J. Tax Prac. & Proc. 23, 24 (2004-2005).

⁷⁶ この点については、一高龍司「米国における納税者と IRS との交渉と和解」日税研論集 65 号 77 頁 (2014) で論じた (そこに引用の文献も参照)。

⁷⁷ 以下の三つのプログラムの説明は、同上、99-102 頁による。

開示プログラム (Announcement 2004-46⁷⁸) では、利用者は、問題のスキームに係る課税便益を放棄し、利用に係る費用負担額の全額をキャピタルロス (又はその半額を通常損失) とする代わりに、制裁は不足納付税額の 10%相当とする等の内容の終結合意を交わすこととされた⁷⁹。

また、いわゆる申告前合意 (Pre-filing agreement : PFA) は、2000 年に試験的プログラム (Notice 2000-12, 2000-9 I.R.B. 727) として立ち上がり、2001 年から歳入手続 (Rev. Proc. 2001-22, 2001-9 I.R.B. 745) に取り入れられた。大・中企業の個別の論点 (移転価格以外の国際課税問題も可) について、申告に先立ち IRS に調査を要請してその結果を終結合意等の形式で合意するものである (Rev.Proc. 2009-14, 2009-1 C. B. 324)。

米国における CC の代表格は、2005 年に始まった資産 1,000 万ドル以上の大企業向けの CAP (Compliance Assurance Process)⁸⁰であり、2011 年度で 140 の納税者が参加している。参加納税者は、申告前に全ての重要な論点に係る完了済みの取引とその申告上の取扱いの案に関する情報を完全に IRS に開示して合意すれば、実際の申告の内容が合意済みの解決に合致する限り、申告後に調査を受けない。これに対し、申告が合意に従っていないか又は適切に開示されなかった重要な論点をもたらす事項の存在が判明すれば、そこで論点は従来型の調査対象に含まれ、納税者には通常の不服審査に係る手続も利用可能となる。

以下では、義務的開示制度の要点と、主要な罰則金に係る宥恕的な適用除外の要件を整理し、米国の CC の動向の細部を確認する。

(2) 義務的開示の要点

① 報告対象取引に係る開示

報告対象取引 (reportable transaction) の遂行に関する重要な助言者 (material advisor)⁸¹は、所定の要件の下で、当該取引を確認・説明する情報、潜在的な課税便益その他財務長官の定める所定の情報を財務長官に申告する義務を負う (IRC § 6111 (a), (b))。報告対象取引とは、財務長官が租税回避又は遁脱の潜在性を有すると判断するが故に申告書にその情報が含まれるべき所定の取引であり (IRC § 6707A)、指定取引 (listed transaction)、秘密取引 (利用者に守秘義務)、契約上の保護を伴う (つまり成功報酬型) 取引、損失取引、及び IRS が関心を有する取引 (transactions of interest : TOI)⁸²がこ

⁷⁸ 2004-21 I.R.B. 964.

⁷⁹ 居波・前掲注 74, 267-272 頁。各国の動向につき、OECD, Offshore Voluntary Disclosure: Comparative Analysis, Guidance and Policy Advice, 2010.

⁸⁰ Announcement 2005-87, 2005-50 I.R.B. 1144. 試験的企画を経て 2011 年 3 月 31 日付で恒久化されている。IRM 4.51.8.

⁸¹ 重要な助言者とは、報告対象取引の組成、管理、営業、販売、実施、保証若しくは実行に関し重要な支援、援助又は助言を提供し、かつ、かかる支援、援助又は助言から所定の金額 (5 万ドル (主として個人向けの商品) 又は 25 万ドル(その他の場合)) を超える粗所得を直接・間接に得るものである。IRC § 6661(b)(1).

⁸² 租税回避取引と断定するための情報が十分でないが租税回避又は脱税の潜在性を有すると IRS 及び財

れに当たる (Treas. Reg. § 1.6011-4(b))。指定取引は、ノーティス等で確認される取引で IRS が租税回避取引であると判定するものと同じか又は実質的に類似するものである (Treas.Reg. § 1.6011-4(b)(2))⁸³。指定取引には総じてより厳しい対応がなされる。

申告義務の不履行に対する罰則金は、指定取引の場合は、同取引に係る援助等に関して得る粗所得の 50%又は 75% (意図的な場合) 相当額 (下限 20 万ドル)、指定取引以外の場合は 5 万ドルである (IRC § 6707)。

重要な助言者はまた、報告対象取引に係る顧客の身元等所定の情報のリストを 7 年間維持し、調査に供さねばならない (IRC § 6112)。IRS からリスト提供の要請を受けた後 20 営業日以内に履行しなければ、遅延 1 日当たり 1 万ドルの罰則金が課される (IRC § 6708)⁸⁴。

報告対象取引の利用者も、申告時に当該取引に関し所定の情報開示 (様式 8886 を使用) を要し (IRC § 6011, Treas. Reg. § 1.6011-4)、その不履行には、当該取引による申告上の減少税額の 75%相当の罰則金が課されるが、罰則金の上限額は、指定取引の場合は 20 万ドル (自然人は 10 万ドル)、他の報告対象取引の場合は 5 万ドル (自然人は 1 万ドル) である (IRC § 6707A(b))⁸⁵。

もつとも、重要な助言者及び利用者に係るこれらの情報開示義務の違反 (指定取引の場合を除く) に関し、罰則金の免除がむしろコンプライアンスと効率的な税務行政を促すときは、内国歳入長官がその全部又は一部の免除をなしうる (IRC § 6707(c); 6707A(d))。立法資料によれば、当該違反者がこれまで租税法を遵守しているか、当該違反が意図的でない事実の誤りによるものか、罰則金の賦課が衡平又は良識に反するかが考慮される⁸⁶。IRS は、賦課された罰則金の総額並びに免除の総額及び理由について情報を記録し (IRC § 6707A(d)(3))、連邦議会に対し毎年報告しなければならない⁸⁷。

務省が確信している取引。2006 年 11 月 2 日以降に締結される取引から適用のある新しい範疇である。下記 IRS ウェブサイトによれば、ノーティスで扱われた 4 つの取引と同じか実質的に類似する取引が TOI とされている。

<http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Transactions-of-Interest---Not-LMSB-Tier-I-Issues> (last visited on March 12, 2015.)

⁸³ IRS のウェブサイトでは 34 取引あることが分かる。Notice と Revenue Ruling で扱われた濫用的な取引がその殆どを占める。 <http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Listed-Transactions#1> (last visited on March 12, 2015.)

⁸⁴ 追加的に、仕組みの設計者又は販売者が、1) 重要な事項に関し虚偽又は不正がある (false or fraudulent) ことを知りつつ当該仕組みに係る課税便益に関する書面 (statement) を作成・提供等し、又は、2) 経費控除又は税額控除の基礎となる資産若しくは役務の重要な事項に係る過大評価 (適正評価の 2 倍超) を作成・提供等すれば、1) の書面に関わる活動に関し粗所得の 50%相当の罰則金、又は、2) 他の場合には、各活動に関しその得る粗所得と同額 (最大 1,000 ドル) の罰則金が、課される。なお、過大評価に係る追加的罰則金は、合理的根拠と誠実性があれば免除されうる (IRC § 6700)。

⁸⁵ 少なくとも報告対象取引利用者の申告義務と罰則金の点は、一高・前掲注 74、78-79 頁の記述に追加されるべき情報である。かかる利用者は、様式 8886 を申告時に添付して当該取引に参加している旨の情報開示を要し、その写しを同時に IRS タックス・シェルター分析室 (OTSA) にも提出しなければならない (IRC § 6011, Treas.Reg. § 1.6011-4)。なお、指定取引の情報開示の不履行があれば、情報開示がある日又は重要な助言者から上記の情報提供を受ける日のいずれか早い日から 1 年が経つ日の前まで、税額の確定に係る期間制限 (基本は申告後 3 年) は受けない (IRC § 6501(c)(10))。

⁸⁶ Keenan, Songy and Faust, *supra* note 75, at 25 (citing H.R. Conf. Rep. No. 109-755).

⁸⁷ *Id.* (citing Act Sec. 811(d) of P.L. 108-347).

② 不確実な税務ポジションに係る開示⁸⁸

連邦議会は、納付されるべき税額と実際の納付税額との差 (tax gap) の大きさを問題視してきた。エンロン事件後に制定された前述 SOX 法の下で、公開企業の経営者は、自社の財務報告に対する信頼性と内部統制の有効性を検証する義務を負い、財務報告上の重要な誤表示を生むような重要な欠陥 (material weakness) のない内部統制が要求されている⁸⁹。例えば、最終的には失敗に終わる可能性が高い ATP が受け入れられる前提で、杜撰な検証のみで、現在又は将来の税負担を財務報告に含めたとすれば、投資家は最終的に判断を誤る可能性が高く、内部統制の有効性は肯定され難い。

不確実な税務ポジション (UTP) に対する内部統制を有効と判断する根拠には、SFAS 109 (法人所得税の財務会計処理) における UTP の認識と測定に関する解釈指針である前述の FIN 48 (2006 年) に従っていること及びその証拠が含まれる。FIN 48 の下では、争訟の結果 50% 超 (more likely than not) の見込みで当該ポジションが維持されることが同ポジションの認識基準となり、IRS との和解で 50% 超見込みとなる最大の節税額で同ポジションが測定 (延滞利子、罰則金も考慮する) される⁹⁰。認識されない UTP (その結果、税の引当計上等がなされる) に係る税の総額が、財務諸表の脚注で明示される (もし脚注開示がなければ税の引当計上額の中身・理由までは読み取れない) ことを要し、従って、成功の見込みの薄い租税回避の利用に係る税額、つまり本来納付すべき可能性が高い未納付税額の明示的な公開を米国企業は避けられない。当然この脚注開示は IRS の目にも留まる⁹¹。なお実務上、FIN 48 に従った処理か否かの確認のため、企業は監査人から、会計処理に係る法的根拠、引当税額の適切性等に関し法律家の意見を求められることもある⁹²。

課税実務上、大企業は、FIN 48 に係る計算の根拠、取引の説明等 (弁護士の 50% 超見込みに関する意見を得ていればこれも含む) を記述した Tax Accrual Workpapers (TAW) を準備し、税務調査に際し、IRS の要請に応じることが求められる場合がある (Internal Revenue Manual (IRM) 4.10.20)⁹³。TAW は、いわば確定・未確定の法人所得税に係る

⁸⁸ 以下の記述は、Wells, *supra* note 50 論文の記述を参考にしている。

⁸⁹ 注 50 参照。

⁹⁰ 注 22 参照。検討の結果、UTP が認識されない (例、ATP の否認・失敗) ときは、財務会計上、1) 当期の未納税額 (納税引当金) の増加 (未収還付税額の減少)、2) 繰延税金資産の減額若しくは同負債の増額、又は、3) 1) と 2) の両方、という処理がなされうる。

⁹¹ Wells, *supra* note 50, at 397-405.

⁹² Announcement 2010-76, 2010-41 I.R.B. 432.

⁹³ 弁護士・依頼人特権に基づき、納税者が弁護士の意見の開示を拒みうるか否かが法的な問題となる。1998 年に、弁護士・依頼人特権 (両者間の通信に係る秘密の保護) を、連邦上資格を有する租税実務家 (federally authorized tax practitioners) との税務上の助言 (tax advice) に係る通信にも認めるべく法改正がなされているが、保護の範囲からは、タックス・シェルターの参加の勧誘 (promotion of the direct or indirect participation...in any tax shelter) に係る通信は除外されている (IRC § 7525)。状況次第では、作業成果免責法理 (work product doctrine) に基づく開示との関係も問われる。一高 (2014) 94-96 頁参照。See IRM 4.10.20.3.2 (07-12-2004)。弁護士・依頼人特権等で保護される文書が財務諸表の監査において独立の監査人に開示されても、IRS は調査に際し、当該開示を理由にかかる特権等が放棄されたとは主張しないものの、この非主張は、他の権利放棄該当行為、異常な状況 (本文後述) が存する場合、又は指定取引に係る便益が問題の場合には、当てはまらない。Announcement

明細書であり、関係する根拠資料、企業の税務戦略を記した書面その他大変詳細な文書化を伴うものと言える（IRM 4.10.20.2 (07-12-2004)）。ただ、IRS は今日まで TAW の要請を抑制的に行うと公言しており、標準的な調査手法としては TAW の要請を用いず⁹⁴、異常な状況が存する場合と、指定取引の利用者に対してのみ要請する（IRM 4.10.20.3 (07-12-2004)）⁹⁵。指定取引利用者が申告時に上述の情報開示（IRC § 6011）をしていれば、IRS は一般に調査対象年度に係る指定取引のみに関する TAW を要請するが、もし 6011 条の情報開示が適切・適時になされていないとすれば、通例当該年度の全ての TAW を要請するという（IRM 4.10.20.3.2.3 (01-15-2005)）。FIN 48 の全ての事項を含む全般的な TAW の要請に応えることは、納税者にとって非常に厄介で負担が重い。IRS は、本来は、判例に照らし調査上サモンズに依拠して広範に TAW を要請することができるとの見解に立つ⁹⁶が、かかる権限を通常は行使せず、指定取引の利用者に対して、そのコンプライアンスに応じて使うべく温存し、同取引に係る情報開示を促す戦略をとっていると考えられる。

総資産が 1,000 万ドル（2014 年以降要件となる額）以上の公開・非公開の法人（会計監査を受けるもの）で様式 1120（法人所得税申告書）等を提出するものは、Announcement 2010-75, 2010-41 I.R.B. 428 に従い、2010 年から所定の書面（Schedule UTP）上で、自らの UTP に関し所定の情報を申告することが求められる（CAP の利用者も同様である）。その記載要領によれば、開示すべき UTP は、1) 法人が有する当該年度以前の米国連邦所得税上の税務ポジションで、かつ、2) 当該法人（又は関連当事者）が当該ポジションに関し財務諸表上税額を引当計上⁹⁷したもの、又は、裁判所で争う予定である（加えて IRS との和解確率 50%未満でかつ裁判の本案での勝訴確率 50%超である）ことを理由にかかる引当計上をしないもの、である。Schedule UTP には、UTP の通し番号、関係条項名、永久差異又は一時差異の区別、パススルー主体の関与の有無、引当税額の金額的重要性に係るチェック・マークと順序を当該年度と過年度に関して記入し、さらに、各 UTP の簡潔な説明（記載要領上の例では各数行程度と現に短い）を要する⁹⁸。Announcement 2010-75

2010-76, 2010-41 I.R.B. 432.

⁹⁴ Announcement 2002-63, 2002-27 I.R.B. 72. これに対し Tax Reconciliation Workpapers は、財務会計と税務申告との実務計算上の接続に関わる諸データを収録したものであり、通例、一般的な調査の冒頭に提示が要求されるものである。IRM 4.10.20.3 (07-12-2004).

⁹⁵ 異常な状況が存するのは以下の全ての条件を満たす場合である。1) 調査官が、さらなる事実が必要な問題点を見出した、2) 当該調査官が当該納税者及び第三者からこれらの者が知る全ての関係する事実の入手に努めた、かつ、3) 調査官が関係する事実に係る補足的分析に努め、当該納税者の Schedule M-1 又は Schedule M-3 の一致の確認を行った。IRM 4.10.20.3.1 (07-12-2004).

⁹⁶ *Id.* なお、参照されている判例（United States v. Arthur Young & Co., 465 U.S. 805 (1984)）は弁護士・依頼人特権が（当時は）公認会計士に適用されない旨判示したものである。IRS の本文の見解の根拠とすることの説得性は別途確認を要する。

⁹⁷ 引当計上（record a reserve）とは、当期（以外）の未納税額の増加及び還付税額の減少並びに繰延税金資産の減少又は繰延税金負債の増加、を指す。

⁹⁸ 従前の提案（Announcement 2010-9, 2010-7 I.R.B. 408; Announcement 2010-17, 2010-13 I.R.B. 515）と比較して言えば、Announcement 2010-75 においては、税務ポジションの不確実性の根拠とその性質の記述、ポジションの危険に関する評価及びポジションの支持論と否定論の分析、引当税額を不要とする根拠となる執行の実務の報告、等の申告が不要とされているほか、外国税又は州税に係る税務

によれば、IRS は、Schedule UTP 上の情報を一般に他国には提供しないが、相互主義（他国も同様の情報を提供する場合に限定）及び他国にとっての情報の妥当性を考慮して情報交換の対象にする。また、Schedule UTP の情報開示の不履行に対する制裁（の可能性）については、この Announcement の段階では具体的指針は示さないとしており、その後この点の変更を筆者は発見できていない。

③ 財務会計との不一致に係る申告

財務会計との重要な乖離のある取引が、当初は報告対象取引に含まれていたことから示唆されるとおり、かかる乖離は、税負担の極少化の試みを暗示している可能性がある。米国では、1964 年以降、法人所得税の申告時に Schedule M-1 の提出を法人に求め、かかる不一致の状況を確認してきた⁹⁹。

そして 2004 年 12 月 31 日以降に終了する事業年度分からは、総資産 1,000 万ドル以上の法人は、Schedule M-1 に代え、新たに Schedule M-3¹⁰⁰の提出を要することとされ、両者の乖離に関するより詳細な情報の開示が求められている。Schedule M-3 は、Part I は比較的単純なものも含めて全般的な質問（12 項目）から成り、Part II で、収益と損失に係る 30 項目の殆どについて、4 データ（財務報告上の数値、一時差異、永久差異及び税務上の数値）の開示が要求され、最後の Part III では、費用・控除に係る 38 項目について同様の 4 データの記入が求められる¹⁰¹。さらに、2009 年以降は、補足的質問 10 項目（外国関連当事者との無形資産取引の有無等）から成る Schedule B¹⁰²の添付も要する。

なお、IRS は、2014 年 12 月 31 日以降に終了する事業年度から、法人の総資産が 5,000 万ドル未満であれば、Schedule Part II と Part III に代えて Schedule M-1 の提出で足りる（つまり Schedule M-3 は Part I のみ記入で足りる）旨周知し¹⁰³、納税者の負担の軽減を図っている。

ポジションは対象外であること等が明記されている。他の文書における申告内容の重複を避ける検討（例、Schedule M-3 との重複）、恒久化予定（当時）の CAP との関係の明確化などが課題として残された。

⁹⁹ 企業会計と租税会計との乖離とタックス・シェルターへのその影響等についての米国の実証研究等の考察は、吉村政穂「タックス・シェルターと 2 つの会計制度」ファイナンス 40 巻 4 号 51 頁（2004 年）を参照。

¹⁰⁰ Net Income (Loss) Reconciliation for Corporations With Total Assets of \$10 Million or More.

¹⁰¹ 連結納税グループ内に保険会社を有する等所定の要件を満たす混成グループ（mixed group）については、さらに様式 8916、様式 8916-A の提出も求められる。Ilya A. Lipin, Failing Corporate Tax Transparency and the Immediate Need to Reduce Overburdening Duplicative Tax Reporting Requirements, 27 Akron Tax J. 119, 136-139 (2012).

¹⁰² Additional Information for Schedule M-3 Filers. 質問への回答は Yes/No 形式（10 項目）。

¹⁰³ IRS の以下ウェブサイトによる（最終確認 2015 年 3 月 13 日）。

[http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Schedule-M-3-for-Large-Business-&-International-\(L&I\)](http://www.irs.gov/Businesses/Corporations/Schedule-M-3-for-Large-Business-&-International-(L&I))

(3) 罰則金と協力的コンプライアンス

① 制度の骨格

納税者は、一般に、不足納付税額 (underpayment) のうち、懈怠又は (財務省) 規則の無視 (negligence or disregard of rules or regulations)¹⁰⁴、所得税額の実質的不足申告税額 (substantial understatement) その他所定の項目に基因する部分に対し、20%の罰則金が課される (IRC § 6662)。情報開示されない経済的実質を欠く取引 (nondisclosed noneconomic substance transactions) の場合は、20%ではなく 40%の罰則金となる (IRC § 6662(i))¹⁰⁵。法人 (S 法人又は同族会社を除く) に関しては、不足申告税額が適正税額の 10% (下限 1 万ドル・上限 1,000 万ドル) を超える場合に実質的とされる (IRC § 6662(d)(1))。

但し、不足申告税額のうち、1) 納税者の取扱いを支持する「実質的オーソリティ (substantial authority)」がある部分、又は、2) 申告書 (又は付属文書) で関係事実について情報開示されかつ当該取扱いに「合理的根拠 (reasonable basis)」がある部分については、減額される (IRC § 6662(d)(2)(B))。もっとも、この減額は、タックス・シェルター、すなわち「重要な目的 (a significant purpose) が租税回避又は脱税」である主体 (パートナーシップを含む)、計画又は取決めには適用がない (IRC § 6662(d)(2)(C))¹⁰⁶。

また、不足納付税額のうち、合理的理由 (reasonable cause) がありかつ納税者が当該部分に関し誠実に行動した (acted in good faith) ことが証明される部分については、罰則金は課されない (IRC § 6664(c)(1))。もっとも、判例法理を明確化した経済的実質 (IRC § 7701(o)) 又は類似の法準則上の要件を欠くことを理由に課税便益が否認される取引に基因する不足納付税額部分には、この除外規定の適用はない (IRC § 6664(c)(2))。

かように、実質的不足申告税額の計算に係る除外 (減額) と、不足納付税額に係る罰則金納付の除外とがあり、それぞれの除外要件は類似するが微妙に異なっている。以下若干敷衍する。

② 実質的不足申告税額計算上の除外要件の内容

第一に、不足申告税額の計算に係る除外の基本三要素、つまり実質的オーソリティ (相応な典拠)、情報開示、及び合理的根拠について、財務省規則の定めを簡単に要約する。

まず実質的オーソリティ基準は、more likely than not (当該処理が支持される見込みが 50%超) 基準ほど厳しくないが合理的根拠基準よりは厳しい客観的基準である (Treas. Reg.

¹⁰⁴ 懈怠 (negligence) には、内国歳入法典上の所得税関係規定に従う合理的な試みのあらゆる不作為を含み、無視 (disregard) には、不注意による、懈怠による又は意図的なあらゆる無視を含む (IRC § 6662(c))。

¹⁰⁵ Schedule UTP の適正開示でここでの情報開示要件は満たされる。Announcement 2010-75, 2010-41 I.R.B. 428. なお、高橋・前掲注 13 論文は、米国の罰則金 (民事罰) 制度及び C230 を詳述し、税務専門家の責任の観点から検討を加える先行研究である。

¹⁰⁶ なお、財務省規則では、タックス・シェルターの定義において、「第一の目的 (the principal purpose)」が租税回避又は脱税である主体、計画又は取決めである旨に言い換えられている (Treas. Reg. § 1.6662-4(g)(2))。

§ 1.6662-4(d)(2))。書面のオーソリティには、法律・規則（案）、条約、議会資料、判例、IRC 関係の情報（プライベート・レター・ルーリング、ノーティス等）が広く含まれるが、租税専門家の論文の結論又は意見等（その基礎を成すオーソリティは別）は該当しない。事後の展開を踏まえた当該オーソリティの妥当性と説得力、並びに当該文書の種類を斟酌した実質性の判断を要する（Treas.Reg. § 1.6662-4(d)(3)）。

次いで、情報開示は、基本的に様式 8275 で、但し財務省規則に反するポジションの場合は様式 8275-R で、なされねばならない（Schedule UTP の適正開示で代替可能¹⁰⁷）が、内国歳入長官が、申告書上開示されるべき情報を年次の歳入手続等で定めることも可能である（Treas.Reg. § 1.6662-4(f)）。

最後に、合理的根拠とは、比較的高い水準の納税申告を求めるものである。軽薄でない（not frivolous）又は明らかに不相当とは言えない（not patently improper）という基準よりもっと高度の水準の申告である。主張可能な（arguable）又はもっともらしい（colorable）請求に過ぎない申告ではこの基準は充足されない。とはいえ前述の如く実質的オーソリティ基準よりは低い水準（つまり 50%以下の支持見込みでも可）であるから、あるオーソリティに依拠したところ実質的オーソリティ基準は満たせないが合理的根拠基準は満たすということもありうる。また、合理的根拠基準を満たさないときでも、懈怠又は規則の無視に係る罰則金につき、後述の如くその納付の除外を受ける余地は残る（Treas.Reg. § 1.6662-3(b)(3)）。なお、多数当事者の金融取引に基因する項目については、法人によるその処理が当該法人の所得を明確に反映しないときは、合理的根拠を有するものとは扱われない（Treas.Reg. § 1.6662-4(e)(3)）。

③ 罰則金納付に係る除外要件の内容

第二に、罰則金納付の除外要件（合理的理由と誠実な行動）について見る（以下、断りなき限り Treas.Reg. § 1.6664-4(b)(1)に拠る）。事案ごとに全ての事実と状況が斟酌される。ここで「一般に、最も重要な要因は、適切な納税義務を確定する当該納税者の努力の程度」とされる。当該納税者の経験、知識、教育を含む全ての事実と状況に照らし、事実と法の誠実な誤解が合理的であれば、合理的理由と誠実性を示唆しうる。単純な計算間違いや転記ミスも、一般に合理的理由・誠実性と矛盾するわけではない。

専門的な税務助言者（professional tax advisor）の助言は、これに依拠したことが合理的で納税者が誠実に行動したならば、合理的理由・誠実性に当たる。この該当性は、事案毎の判断を要し、例えば、助言者の知識の欠如を知っていた又は合理的に知っているべきであったとき、当該納税者が当該助言者に関係する事実を十分に開示していないとき、当該取引に係る納税者の真の狙いに関し誤った前提の基に助言がされているとき等は満たしえない（Treas.Reg. § 1.6664-4(c)(1)）。

さらに、例えば、ある法人が複数の部門を有し、当該部門（の作成した帳簿等）で集積

¹⁰⁷ Announcement 2010-75, 2010-41 I.R.B. 428.

された誤った情報に依拠したことによる申告の誤りの場合は、そのような誤謬を発見するべく設計された内部統制及び内部手続が採用されている限りは、一般に合理的理由と誠実性を示唆していると見られる。

なお、懈怠又は規則の無視による不足納付税額に対する罰則金に関しては、情報開示による適用除外がある (Treas. Reg. § 1.6662-3(c))。すなわち、(財務省) 規則に反するポジションに基因する部分の不足納付税額で、当該ポジションに係る所定の情報開示が、上述の不足申告税額の計算に係る除外における情報開示基準に従ってなされていれば (財務省規則に反するポジションの場合は、当該ポジションが同規則の妥当性に対する誠実な抵抗を示していることも要件となる)、当該罰則金は免除される。但し、合理的根拠を有さないポジション又は納税者が適切な帳簿記録を維持せず若しくは各項目を適正に立証しないポジションの場合も、情報開示によるこの免除は受けられない。また、ポジションが報告対象取引に係るものであるときは、上述の 6011 条に基づく情報開示を要する。

④ 報告対象取引に基因する不足申告税額に係る罰則金

1) 指定取引、及び、2) 報告対象取引 (指定取引を除く) で、重要な目的が租税回避又は脱税のものについては、その利用者である納税者は、最高税率を適用した不足申告税額 (reportable transaction understatement) の 20% の罰則金が課される (他と異なり税額の納付は賦課の要件ではない)¹⁰⁸が、前述の 6011 条に基づく利用者に係る適切な開示要件 (IRC § 6664(d)(3)(A)) を満たさない報告対象取引については、この百分率は 30% に上がる (IRC § 6662A(a)、(b)、(c))。

かかる罰則金も、合理的理由と誠実な行動の要件を満たしている限りは賦課されない (IRC § 6664(d)(1))。但し、経済的実質主義その他類似の法準則に基づき租税便益が否認される報告対象取引に係る部分には、この除外の適用はない (IRC § 6664(d)(2))。また、この除外を受けるには、6011 条の開示要件、実質的オーソリティ要件の充足に加え、当該取扱いが適切である見込みが 50% 超 (more likely than not) あると当該納税者が合理的に信じていたことも条件とされる (IRC § 6664(d)(3))。

50% 超の適切性の見込みは、申告時に存する事実と法に基づくものであり、かつ、本案で納税者が勝つ見込みにのみ関係する。調査 (で発覚する) 可能性や和解による解決は考慮されない (IRC § 6664(d)(4)(A))。この 50% 超見込みの立証に際し、所定の不適格税務助言者又は不適格意見には依拠しえない (IRC § 6664(d)(4)(B))¹⁰⁹。

¹⁰⁸ Keenan, Songy and Faust, *supra* note 75, at 26.

¹⁰⁹ 不適格税務助言者に該当する助言者は、1) (本文前述の) 重要な助言者でありかつ当該取引の販売・管理等に参加するもの、2) 当該取引に関し重要な助言者から直接間接に報酬を受けているもの、3) 当該取引に係る課税便益の多寡に応じて報酬を受ける契約を有するもの、又は、4) 財務省規則で不適格金融利子とされるもの、のいずれかである。他方、不適格意見となる意見は、1) 不合理な事実上又は法律上の仮定に基づいているもの、2) 当該納税者その他の者の陳述、発言、発見事実又は合意に不合理に依拠しているもの、3) 全ての関係する事実を確認・検討していないもの、又は、4) 財務長官が定める他の要件を充足しないもの、である。IRC § 6664(d)(4)(B)。

なお、報告対象取引に係る罰則金も、6011条の情報開示により、他の要件も満たせば、上述した懈怠又は規則の無視に係る不足納付税額に対する適用除外を受けうる。

⑤ 要約と考察

図表 7-1 は、以上述べた罰則金の定めにおける CC の考慮を要約したものである。若干錯綜している面もあるが、罰則金除外と CC については、以下が読み取れよう。

＜図表 7-1 罰則金に係る除外と協力的コンプライアンス＞

対象	除外要件	除外の 不適用	CC の反映	専門家助言
不足申告 税額計算	実質的オーソリティ 又は、 情報開示+合理的根拠	タックス・ シェルター	・情報開示を除外要件に含む ・レタールーリング等が実 質的オーソリティに該当	実質的オーソリティ には該当しない
罰則金 納付(一般)	合理的理由、 かつ 誠実な行動	経済的実質 その他類似の 法準則の 不充足	・誤謬発見の内部統制の斟酌 ・規則無視に係る罰則金のみ、 ポジションの情報開示+ 合理的根拠+帳簿維持 (立証) 等で除外	除 外 要 件 該 当 (誠実・正確な通信)
同 上 (報告対象取引)	合理的理由、 誠実な行動、 実質的オーソリティ、 情報開示、かつ、 50%超の適切性見込	経済的実質 その他類似の 法準則の 不充足	・情報開示を除外要件に含む ・一定の罰則金のみ、ポジ ションの情報開示 (6011 条) 等で除外	不適格助言者又は不 適格意見は、50%超 適切性見込みの考慮 から排除

(出所) 筆者作成。

第一に、不足申告税額計算又は罰則金納付（一般）に係る減免は、我が国の正当な理由に基づく過少申告加算税の不適用と比べると、単純なミス等の場合や主観的な識別能力の考慮も排除しておらず柔軟さがある一方¹¹⁰、レター・ルーリング（事前照会）や情報開示、内部統制を減免の根拠に含めることで、透明性と TCF を促す仕掛けが組み込まれている。

第二に、税務助言者の意見に基づく除外は、比較上、罰則金納付（一般）の場合に、考慮される可能性が最も高い。但し、ATP に限って言えば、判例法理で否認されない仕組み（従って事業目的もある）で、なお ATP として利用したところ不足税額の確定を受けたものという狭い範囲に入るもののみが、ここでは問題になる。例えば、弁護士に誠実に情報を伝えて相談したところ、当該取引なら否認されないという意見を受け、これを信じて行

¹¹⁰ 納税者の税法の不知、事実誤認等は、そのみでは、正当な理由とされる納税者の責めに帰することができない客観的事情や、その賦課が不当又は酷になる場合に該当しないと解される傾向がある。佐藤謙一「国税通則法 65 条 4 項の『正当な理由』を巡る問題点—判例の分析を通して—」税務大学校論叢 53 号 95 頁（2007 年）。

動したが課税便益が否定されたとすれば、合理的理由・誠実性のいずれも充足しうるから、罰則金は課されまい。この弁護士の意見のみが明らかに正しければ IRS は誤った処分をしていることになるが、そのような場合は限定的であろう。実際上は、恐らく、弁護士と IRS の双方の見解ともそれなりに根拠があることが少なくない。かように専門的で微妙な事案において、誠実な納税者が専門家の意見に従ったに過ぎない場合に制裁を課するのは適当でないと考えられていよう。他方、弁護士の意見が明らかに誤っていた場合は、意見の前提に係る不合理な誤り（極端な例として、該当する個別否認規定の見落とし）である等として前述の不適格意見とされ、罰則金が不可避となるであろうし、極端な無能等によるときは、前述の通達（C230）上の処分もありえよう（本章・注 13 を参照）。

第三に、これらの制度は詳細だがなお境界には曖昧さを残し、（とりわけ C230 の 2014 年改正前は）複雑さも加わって、執行面での困難が暗示される。タックス・シェルター該当性の判断、判例法理で否認される属性の検討などは容易な作業ではありえないものの、仮にこれらを通しえた報告対象取引（その該当性も問われる）なら、スキームの利用者は、適格の専門家による課税便益に対する 50%超見込み¹¹¹の肯定的意見を得て、情報開示を行って、IRS との交渉で和解等にまで持ち込めれば（実質的オーソリティの充足）、罰則金抜きでの妥協に至れるという筋書きを視野に入れるかもしれない。罰則金免除の期待は、「ダメ元」の挑戦者を引きつけ、租税回避の仕組みの価値を引き上げる要因となる。最適な刑罰に関する実証から類推すれば、金銭的な損得勘定が租税回避に係るコンプライアンスの唯一の決定因とは言えないものの¹¹²、個々の「商品」である ATP の買い手又は作り手の行動が、費用・便益の合理的な損得計算によって少なからず影響を受けると仮定することは不合理ではなからう。

第四に、全てを画一的なルールに基づき執行していく手法に専ら依拠することの限界と非効率さが看取できよう。当局の資源は有限であり結局は画一的には対応しきれず、詳細なルール化を通じ複雑化という代償を払うものの、それは法律と執行の裏をかくことに精を出す一部の納税者と専門家以外には殆ど関係がない。そうであれば、ラスコルニコフ論文（前掲注 4 とその本文参照）のように、発想を改め、納税者を、挑戦的な者とそうでない者に分け、それぞれに最適な制度に書き直すべき旨の主張が生まれるのも不思議ではない。かかる主張は CC とも整合的だが、CC は執行（特に調査）の態様の違いを中核とするが、このような主張は、制裁のあり方にも、効率的な税務執行に資する重要な役割を負わせている。米国法上の罰則金に関する減免要件は、むろん完全ではないが既にそのような役割を負っている。

¹¹¹ 定量化には元来限界があり、専門家にとって言い逃れの余地が残る効果も否定しえないであろう。

¹¹² 基本文献の在処を含め、*See Michael Doran, Tax Penalties and Tax Compliance*, 46 Harv. J. on Legis. 111, 124-138 (2009).

4. 示唆（結びに代えて）

問題は、協力的コンプライアンス（CC）と義務的開示の流れを受けて、日本がどう対応するべきかである。現時点で筆者が指摘できることは、ややランダムになるが、課題も含め以下に限られる。

第一に、そもそもアグレッシブなタックス・プランニング（ATP）が日本でどの程度流布しているのかの把握が欠かせない。「重要な助言者」に匹敵するような開発者や売手が暗躍し、その利用に手を染める納税者とこれに手を貸す税務専門家の存在が看過しえない状況にあるのか。客観的な現状認識が不足している（筆者も調査できていない）と思われる。なお、米財務省が最近、租税回避に関し意見書を出す租税専門家の規制の手法の見直し（詳細な準則ベースから原則ベースに転換）を余儀なくされた¹¹³ことと比較して、日本の税理士が原則ベースで公正な課税のために納税者と当局の間で発揮してきた不偏の専門性は、注目すべきであろう。

第二に、ATPの売手と利用者の申告の義務化における重要な困難は、申告要件の設定と、その国際的な適用である。報告対象取引を定め、米国のようにより濫用性の高い取引を別に指定する必要があるかもしれない。だが、一般的否認規定を有さず、また確たる判例法理を有するわけではない我が国において、一般的否認規定の要件化と同様の困難に直面する。我が国の文書回答手続は、税の軽減を主要な目的とする内容に関しては対象から除外しており¹¹⁴（この点の見直しが検討されても良い）、具体的なスキームの情報収集手段としては限界がある。申告の義務化が、最新のスキームを取り込めない、あるいは新たな解釈問題の種をまく結果に終わるのを避けるためには、相当慎重な検討を要する。ATPの狡猾な売手又は買手なら、大量に関係の薄い情報を当局に浴びせつつ肝心な情報を隠し、自らはCCに相応しい従順な者を装うことも考えるかもしれない。

また、日本に物理的拠点を有さない外国の売手に、ルールを安定的に適用し実現するには、国際的な取組・合意が欠かせない。売手の申告義務の国内法化は、相互主義に基づく情報交換を通じて、他国の進んだ情報申告制度を利用する条件整備には繋がる。

第三に、加算税の位置づけの問題がある¹¹⁵。我が国の加算税の適用除外要件は、米国の罰則金のそれより一般に厳しいと考えられる。例えば、納税者が誠実に努力はしたものの能力が欠如している場合や、信頼できる専門家の意見に誠実に従ったからといって、この適用を免れうるとは考え難い。法令に従った唯一正解となる税額の遵守を基本的に要求するか、合法的な和解の実務を背景に、複数の解釈と結果の幅をある程度は容認する（従って制裁の賦課にも幅が生まれる）のかという紛争解決に対する基本姿勢の違いに由来するのかもしれない。我が国において、米国のように加算税の適用除外の枠内でCCを一般的

¹¹³ 注13参照。

¹¹⁴ 「事前照会に対する文書回答の事務処理手続等について（事務運営指針）」（平成14年6月28日、最終改正平成23年3月31日課審1-2外）、1(9)ト。この手続の要点と課題に関し、酒井克彦「これまでの文書回答手続の問題点と新たな見直し」税理51巻10号16頁（2008年）参照。

¹¹⁵ 居波・前掲注74、422-424頁の指摘も参照。

に取り込んでいくのは、現行法上は難しい（但し、国外送金等調書法 6 条は注目すべき最近の例外である¹¹⁶）。他方で、更正等を受ければ各種加算税は避けがたいという見込みが、我が国で ATP の抑止に幾ばくか貢献している可能性はあるのではないか。

第四に、日本では、執行当局と納税者との合意・和解に関し、法令上の根拠と手続を欠くことから¹¹⁷、CC への参加に納税者が躊躇する可能性がある。かかる根拠と手続が CC の必要条件とはされていないが、納税者が情報を誠実に開示し、そこで一応の確認がとれたとしても、これを法的に担保するのは禁反言の法理のみという状況では、CC の基底を成すべき信頼が十分に醸成されない可能性がある。米国の CAP も PFA も、終結合意の制度を最終的な根拠としていると解される。もともと、現状の問題を洗い出した上で、合意の根拠を法令上明記すべきか、恣意的な運用を排除するためにどのような手続・運用の整備が必要かといった点の検討自体は、本稿の対象外である。

第五に、既に動き出している日本版の大企業向け CC プログラム（筆者は名称を知らない）の動向に注目したい。前述のこの取組みが改良を経つつ広がれば、同様のプログラムへのニーズが徴税・納税の双方から高まる可能性を秘めているように思われる。そこでの経験を通して、CC を国際的なプログラムへと発展させるニーズと課題が具体化していくであろう。ただ筆者は、このプログラムの情報に殆ど接することができていない。調査不足の懸念もあるが、いずれにしても、具体的な運用の指針については、納税コストと公平性の観点から、国民的な評価を受けるべきであるから、透明性の一層の向上が期待される。

第六に、コンプライアンス、内部統制、租税管理フレームワーク（TCF）の強化という、企業の経営管理の強化の一環に、納税義務に関するコンプライアンスが位置づけられるという国際的潮流にどう対応していくかが問題である。CC の推進はこの方向と合致するが、上に述べてきたように、我が国の課税制度は、加算税の適用除外要件の固さや、合意に法的基礎を欠くなど、十分な環境整備があるとは言い難い。ただ、我が国の会計制度が国際化の過程にあるとすれば、UTP の財務諸表上の開示の充実は近い将来避けられない可能性があり、そのことが、我が国でも、米国で起こった内部統制と申告実務の変化の起点となるかもしれない。

第七に、営業秘密、プライバシー、依頼人保護等に関わる情報保護の範囲の再検討の必要性が挙げられる。米国は、98 年に弁護士・依頼人特権を、内国歳入法典で、一定の租税実務家の税務上の助言に係る通信にも拡張したが、租税回避商品の販売に関係するものを明示的に除外している¹¹⁸。自国納税者の権利保護と、相互主義に従って相手国から情報を入手するための条件整備に関わる問題であるが、我が国では不明な点が多いように思われる。

¹¹⁶ 林信光「税務行政の現状と課題」租税研究 785 号 4 頁（2014）、8-9 頁。

¹¹⁷ なお、平成 23 年度の国税通則法の改正で税務調査手続が法定化されたことにより、硬直化が生じ、かえって調査段階における交渉の余地と柔軟性が損なわれたとの指摘がある。藤曲武美「税務調査等におけるネゴシエーションの分析」日税研論集 65 号 201 頁（2014）、207 頁。

¹¹⁸ IRC § 7525. 一高・前掲注 76、95 頁。

最後に、CC は、課税上、ATP の積極的利用者を含む、法令をその趣旨に従って遵守しない納税者に対する適正な執行と法令の整備とセットで進められるべきであるという当然の点を確認しておきたい。さもなければ、執行コストを転嫁した上で単に取りやすいところから最大の税収を上げるだけの不公平な結果になりかねない。

**グローバル時代における
新たな国際租税制度のあり方**
～BEPS（税源浸食と利益移転）プロジェクトの
討議文書の検討～

21 世紀政策研究所 研究プロジェクト

（研究主幹：青山 慶二）

2015 年 4 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 世紀政策研究所報告書一覧 (2012-2015.3)

《総合戦略・政治・社会》

2014. 9 日本政治の抱える課題と提言 (概要パンフレット)
- . 6 本格政権が機能するための政治のあり方 研究主幹：小林良彰
- . 6 実効性のある少子化対策のあり方 研究主幹：小峰隆夫
2013. 6 日本政治における民主主義とリーダーシップのあり方 研究主幹：北川正恭
- . 3 格差問題を超えて一格差感・教育・生活保護を考える 研究主幹：鶴光太郎
2012. 7 政権交代時代の政府と政党のガバナンス
—短命政権と決められない政治を打破するために 研究主幹：曾根泰教
- . 4 グローバル JAPAN—2050 年シミュレーションと総合戦略—
主査：丹呉泰健、研究主幹：鶴光太郎、土居丈朗、白石隆

《税財政・金融・社会保障》

2014. 5 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～
研究主幹：青山慶二
2013. 7 金融依存の経済はどこへ向かうのか 米欧金融危機の教訓
(日経プレミアシリーズ) 監修：池尾和人
- . 5 グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方 研究主幹：青山慶二
- . 4 金融と世界経済—リーマンショック、ソブリンリスクを踏まえて
研究主幹：池尾和人
- . 3 持続可能な医療・介護システムの再構築 研究主幹：川渕孝一
2012. 4 グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方 (中間報告)
研究主幹：青山慶二
- . 3 社会保障の新たな制度設計に向けて 研究主幹：岩本康志

《行革・規制改革・経済法制》

2014. 9 ビッグデータが私たちの医療・健康を変える 研究主幹：森川博之
2013. 4 グローバル化を踏まえた我が国競争法の課題 研究主幹：村上政博
2012. 1 多重代表訴訟についての研究報告—米・仏の实地調査を踏まえて—
研究主幹：葉玉匡美

《産業・技術》

2015. 3 森林大国日本の活路 研究主幹：安藤直人
2013. 5 サイバー攻撃の実態と防衛 研究主幹：土屋大洋
2012. 6 外部連携の強化に向けて—中堅企業に見る日本経済の新たな可能性
研究主幹：元橋一之
- . 6 農業再生のグランドデザイン—2020年の土地利用型農業 研究主幹：本間正義

《環境・エネルギー》

研究主幹：澤 昭裕

- 2014.11 核燃料サイクル政策改革に向けて
- . 8 原子力安全規制の最適化に向けて—炉規制法改正を視野に—
- 2013.11 新たな原子力損害賠償制度の構築に向けて
- .11 原子力事業環境・体制整備に向けて
2012. 3 エネルギー政策見直しに不可欠な視点～事実に基づいた冷静な議論に向けて～

《外交・海外》

2013. 7 ステート・キャピタリズムとしての中国—市場か政府か（勁草書房）
監修：渡辺利夫、幹事：大橋英夫
- . 4 日本経済の成長に向けて—TPPへの参加と構造改革 研究主幹：浦田秀次郎
- . 4 中国の競争力：神話、現実と日米両国への教訓 幹事：阿達雅志
- 2012.12 日本経済の復活と成長へのロードマップ
—21世紀日本の通商戦略—（文眞堂） 監修：浦田秀次郎
- . 7 日本の通商戦略の課題と将来展望 研究主幹：浦田秀次郎
- . 7 変貌する中国経済と日系企業の役割（勁草書房）
監修：渡辺利夫、幹事：大橋英夫



21世紀政策研究所

The 21st Century Public Policy Institute

佳境を迎えるBEPSプロジェクト —経済界から積極的なインプットを



早稲田大学大学院会計研究科教授

青山慶二氏

21世紀政策研究所では、グローバル化に対応した新たな国際課税制度のあり方を検討すべく、企業担当者、学者、税理士等から構成される研究会を定期的で開催するなどしてきました。2013年中旬以降は、G20/OECDの「BEPS（税源浸食と利益移転）プロジェクト」への対応が主要な研究テーマになっています。そこで、青山研究主幹にBEPSプロジェクトについてお話をうかがいました。（12月19日）

—BEPSプロジェクトについて簡単にご説明ください。

これは、多国籍企業が国際的な取引を利用するなどして二重非課税状態を生じさせる、いわゆる「BEPS問題」に対処するため、G20の政治指導の下でOECDが立ち上げたものです。OECDは、2013年7月、『BEPS行動計画』という文書を公表し、BEPS問題に対処するための基本方針として15の行動計画を示しました。その後、それぞれの行動計画を具体化した草案を順次公表し、意見聴取手続きにかけています。2014年9月には、プロジェクト加盟国で一通り合意が得られた7つの行動計画について、中間報告を公表しました。2015年9月と12月には、全ての行動計画について最終的な報告を公表する予定になっています（図表）。

—BEPSプロジェクト全般をどう評価されていますか。

当初は、国際課税制度を根本から変更し、場合によっては健全なビジネスを阻害しかねない、やや大掛かりすぎる提案枠組との印象がありました。しかしその後公表された具体的な草案を見ると、基本的にはビジネスからの反応の余地を考慮した現実的な範囲の処方箋にとどまっているものが多いと思います。もっとも、中には健全な事業活動を十分斟酌していないのではないかとと思われる処方箋も散見されますので、これらについては、経済界からより絞りこみをかける方向で修正するよう働きかけることが重要です。

—日本の経済界からの働きかけで、BEPSプロジェクトの方向性を変えることができるのでしょうか。

実際に方向性が変わったものがあります。例えば、移転価格の文書化に関する行動計画13は、当初、多国籍企業に対し、グループ内の経済活動等を所在国ごとに分けて記載した「国別報告書」を全ての関係当局に提出するよう義務づけようとしていました。これを受け、21世紀政策研究所の研究会などで検討した結果、全ての国で情報保護制度が整備されていない以上、提出先は親会社所在

地国の当局に限定すべきであり、あとは当局間の情報交換によるべきとの結論に至りました。こういった経緯も考慮して、経団連税制委員会がOECDに向けてその旨提言した結果、2014年9月の中間報告では、提出先については議論を継続するというので、経団連の提言を選択肢として考慮する方向に修正されました。

——今後、経済界として働きかけが必要になってくるのは、どのあたりになりそうでしょうか。

PE（恒久的施設）認定に関する行動計画7、無形資産の移転価格税制等に関する行動計画8～10でしょう。これらの行動計画は、従来の国際課税ルールを根本から崩してしまうリスクがあります。

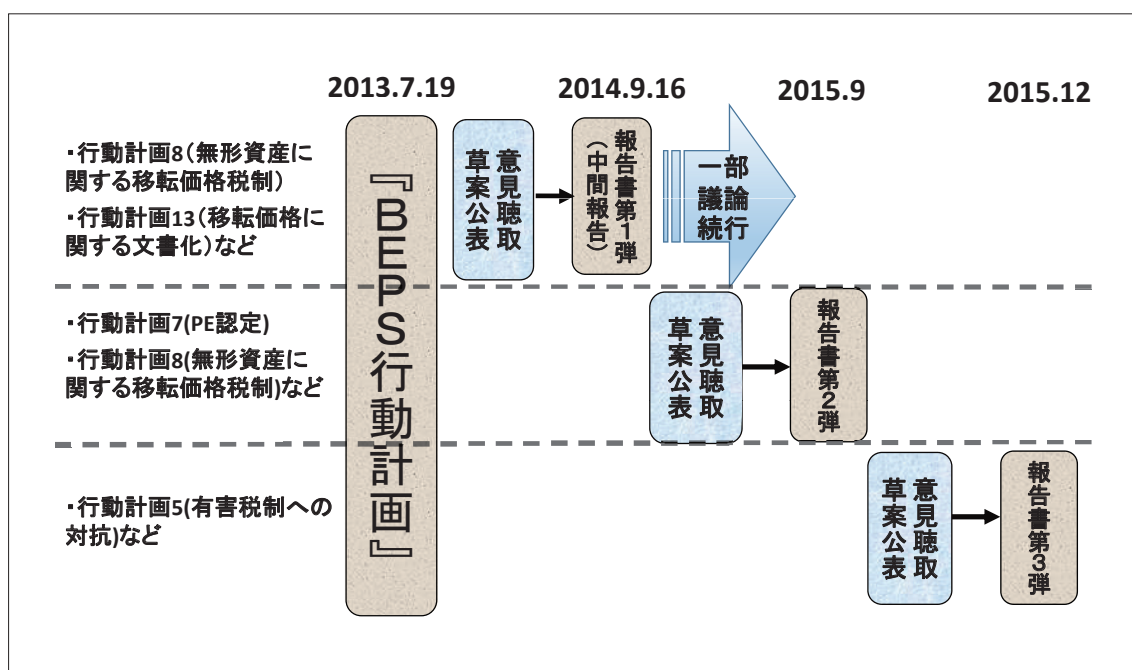
行動計画7では、BEPS防止のためPEの定義の拡大修正が提案されています。PEはもともと製造業を念頭においた概念で、その国での課税権発

生の前提となるものです。その定義をむやみに広げたり曖昧なものにすると、課税の範囲が際限なく広がり、BEPSプロジェクトが本来扱わないとされていた「課税権配分の理念」そのものに影響を及ぼすおそれがあります。

行動計画8というのは、親会社が特許権等の無形資産を正当な報酬を受けずに税率の低い国の子会社に譲渡・許諾することで課税を回避している問題に対処するため、無形資産の定義やその評価ルールを明確化しようとするものです。定義が拡張しその価値評価に課税当局の恣意性が高まることになると、グループ会社が高額な移転価格課税処分を受けるリスクが高まります。

——行動計画7については、2014年10月にOECDから具体的な公開討議草案が公表されています。これをどのように評価されていますか。

現行のPE概念の間隙をついた具体的なBEPS事
(次頁に続く)



注) 上記以外の行動計画: ①電子商取引課税、②ハイブリッド・ミスマッチの効果の無効化、③外国子会社合算税制の強化、④利子等の損金算入を通じた税源浸食の制限、⑥租税条約濫用の防止、⑨移転価格税制(リスクと資本)、⑩移転価格税制(他の租税回避の可能性が高い取引)、⑪BEPSの規模や経済的効果の指標を政府からOECDに集約し、分析する方法を策定する、⑫タックス・プランニングの報告義務、⑬相互協議の効果的実施、⑮多国間協定の開発

例を想定し、それに即した対策を網羅しているレポートである点は評価できると思います。ただ、当該対策が日本の多国籍企業の正当なビジネスモデルに悪影響を与える場合には、経済界としてクレームをつけねばなりません。たとえば、今回の草案の中に、「引渡しを目的として物品等を保有するための施設はPEにあたらぬ」というOECDモデル条約の規定を削除しようとする提案が示されています。この提案が実施されると、本社が注文を受け、源泉地国（消費者が住んでいる国）向けに物品を販売するが、その際、当該源泉地国に設置している倉庫から商品を引き渡す、というビジネスモデルにおいては、これまではその倉庫は「引渡し」しか行っていないということでPEに該当せず課税されなかったわけですが、今後はPE認定されてしまいます。従って、行動7が本来ターゲットとしたいと考えていたオンライン販売・巨大倉庫以外の通常の倉庫もPEと認定され課税されてしまうおそれがあります。こういった諸刃の剣のような提案への対応は、悩ましいところがあります。

——行動計画8に関しては、2014年9月の中間報告で無形資産の定義等が示されました。残された論点についても、2015年4月までにOECDが公開討議草案を公表する予定です。日本企業としては、どのような姿勢で臨むべきでしょうか。

中間報告では、無形資産について、「法的所有権が分析の第一歩」という見解が示されました。所有権という明確なものが基準になれば、無秩序な課税に対する歯止めになりますから、この点は評価できます。しかし、ペンディングにされている問題も多く油断はできません。例えば、アメリカやドイツは、所得相応性基準というものを採用しており、無形資産の取引の際に納税者側に悪意がなくても（価格操作の意図がなくても）、事後

的に無形資産が多額の利益を創出した場合は、無形資産の価値を高く評価しなおして追徴できることになっています。行動計画8及びこれに関連する行動9及び10は、このような、日本企業に予想外の高額税負担をもたらしかねない制度に一気に飛躍する危険性を秘めていますから、その動向を慎重に見守る必要があります。

——最後に、日本の経済界へのアドバイスを頂きたいと思います。

主張すべきことは、はっきり主張すべきです。OECDの担当部局も、ビジネスの実体を全て把握しているわけではないでしょうし、日本の税務当局も、経済界の利益を具体的に細かく代弁するのは難しいと思います。そういった中で、悪質なBEPSからは距離を置いてきた企業が多い日本の経済界からの真摯なコメントは、健全な国際課税の合意作成の上で不可欠のものと考えられます。

もっとも、難しいのは譲歩できるラインの見極めです。OECDの諸提案に対し、弊害を逐一指摘するコメントを行うのは簡単ですが、全否定では説得力がなくなってしまいます。また、建設的で合理的と考えられる提案であっても、それを受け入れると日本企業に新たな負担が発生することも覚悟する必要があります。日本の経済界として最適な対応を導き出す過程は、総合的な利害調整を伴うシビアな作業になってくると思います。

インタビューを終えて

当研究所は2013年に国際シンポジウムを開催しましたが、本年は経団連税制委員会と連携し、2月3日（火）にBEPSプロジェクトを担当しているOECDのサンタマン租税政策・税務行政センター局長ほか幹部を招聘して国際会議を開催します。また、3月末を目標に報告書も公表する予定ですので、ご期待ください。

（研究員 満田智彦）