

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プロジェクトの重要積み残し案件の棚卸し検証～

報告書

2018年6月

はじめに

G20/OECD による BEPS プロジェクトは、2015 年の最終報告書発表を折り返し点として最終報告書がもたらした諸勧告を具体的に執行する段階に入った。現在、移転価格に関する文書化（国別報告書）の法制化をはじめとして恒久的施設（PE）の課税、移転価格課税手法、外国子会社合算税制（CFC 税制）、ハイブリッド・ミスマッチ取決めへの対応、更には条約濫用対応など、各国では BEPS 最終報告書の勧告内容を具体化する方向の国内法立法と BEPS 防止措置実施条約（多国間税務協定）への署名・批准が進行している。我が国においても、平成 28 年度改正による移転価格文書化の法制化、平成 29 年度改正による CFC 税制の抜本改革、及び平成 30 年度改正による PE 定義の更新などの国内法制整備、並びに平成 29 年 6 月に署名し現在批准手続き中の多国間租税協定への参加など、一連の BEPS 対応が進展している状況にある。

当研究会は、2013 年から開始された BEPS プロジェクトが、第 2 次大戦後最大規模の国際課税ルールの改定の可能性を秘めるものとして、その立案過程及び執行過程へのインプットに一貫して貢献してきた。すなわち、当研究会での検討内容の多くは経団連によって取りまとめられ、単独であるいは OECD ビジネス諮問委員会（BIAC）税制・財政委員会への意見集約を通じて、最終勧告やその後のフォローアップ作業に生かされてきた。これに加えて、2015 年に開始され本年で第 4 回目を迎える予定の経団連・21 世紀政策研究所・OECD 年次会合は、我が国ビジネス界と OECD の直接対話の機会として双方から高く評価されている。

以上の状況の下で、今回の研究報告書が取りまとめられたのであるが、今回の研究テーマの選択に際しては、BEPS プロジェクトが積み残した重要案件の棚卸しを優先した。積み残し重要案件は、そこで想定されている処方箋の従来からの課税手法へのチャレンジ度の高さ及び利害関係が輻輳していて課税当局間の調整が困難という性格を有しており、ビジネスにとっても、その帰趨如何によっては多国籍企業のビジネスモデル変更を余儀なくされるという意味で、プライオリティの高いものばかりである。具体的には、最終報告書で明示的に検討が先送りされた電子経済課税問題、処方箋の枠組みは合意されたものの追加的に必要となる制度面の各論や執行上の課題が積み残されている移転価格や PE 課税、更には、租税の世界では経験豊富といえない多国間協定の実施上の課題などであり、これらの課題のいくつかに関しては、1 国限りの先行措置導入等によって、既にビジネスに新たな二重課税リスクを生み出している例も報告されている。今回各テーマの発表を担当する委員においては、それらも踏まえて主要テーマごとの検討を行っている。

なお、ポスト BEPS の国際課税環境にとっての追加的なインパクトが、米国トランプ政権によるテリトリアル方式への移行と米国特有のいくつかの BEPS 対応策を内容とする 2017 年末の国際課税改革であった。本改革は、我が国にとっての最大の投資先である米国

を拠点とする本邦ビジネスへの影響は大きいと考えられ、かつ、BEPS の国際協調への影響も想定されたことから研究テーマに追加した。なお、米国の改正過程については、当研究会は経団連とともに 2017 年 6 月に立法調査団をワシントンに派遣しており、派遣されたメンバーと現在米国で長期研究に従事している当研究会委員が本テーマの報告を担当している。

以上のテーマについて、本報告書は各委員による執筆論文を「BEPS プロジェクトの重要積み残し案件の棚卸し検証」の副題の下、取りまとめたものである。各論文は 1 年間の当研究会での議論をも踏まえたものではあるものの、内容は各執筆委員の責任で取りまとめられており、その性格上コンセンサスペースでないことをまずお断りしておく。

以下は、本報告書の各論文が扱った分野を概括的に紹介するものである。

第 1 章の高嶋論文は、BEPS 行動 14 の産物である多国間税務協定について、対象条約特定や留保権の承認によりマッチング状況の確認をする必要のある条文構造を、我が国の選択結果等も踏まえて詳細に解説するとともに、各条項のうち日系企業の課税関係に多大な影響を与えると想定される実体法の論点（条約濫用防止、PE 定義の改定）について、実務的な課題を検討している。

その結果、条約濫用につき共通のガイドラインの必要性や、PE についての途上国の拡大解釈への懸念を指摘している。

第 2 章の山川論文は、BEPS 行動 1 電子経済への課税について、従来のグローバルベースでの取組みを概観しながら、OECD のフォローアップ作業を中心に、EU での取組みや、インド、イスラエル等での 1 国限りの措置の実例を詳細に紹介している。検討にあたっては、サプライチェーンのあらゆる分野にデジタル化が影響を及ぼしている状況を移転価格分析の観点から解説するとともに、データを巡る課税権配分において価値創造をどう捉えるかの困難性をデータ提供国とデータ活用国の双方の立場から議論している。

なお、2018 年 3 月に公表された OECD と EU の中間報告にも言及されており、それらの比較検討も行われている。

第 3 章の岡田論文は、BEPS 行動 8-10 にわたる移転価格の最大のテーマともいえる評価困難な無形資産への対応（所得相応性基準）の適用を論じている。OECD では所得相応性基準の適用ガイダンス作成作業に時間をかけている状況にあるが、著者は、無形資産についての価値創造への貢献という利得発生時点での課税権配分基準に関する枠組みをできるだけ所得相応性基準の適用においても維持して後知恵的な運用を回避する方向性を示唆するとともに、紛争解決としての相互協議の機能にも期待を寄せている。最後に、無形資産に関する米国税制改正（GILTI、FDII）にみられる独立企業原則からの乖離への懸念も提示している。

第 4 章の原口・上田論文は、行動 7 関連で検討が重ねられてきた PE 帰属所得の算定についての課題である。OECD は 2018 年 3 月発表の本テーマに関する最終ガイダンスでもいわゆる「ダブル・タックスペイヤー・アプローチ」を前提にガイダンスをまとめた。当研

研究会では、移転価格税制と PE 課税の間の独立企業原則適用に際して一貫性を保つ観点から、従来より移転価格での解決で足りるとする「シングル・タックスペイヤー・アプローチ」を提唱してきた経緯がある。本論文も、過去の検討経緯を振り返りつつ、再度後者に沿った処理の合理性を論証するとともに、AOA の徹底と意味のない PE 認定の廃止を訴えている。また、我が国が国内法改正で実施する帰属主義において会計原則と AOA のギャップによる法人税法適用上の課題も指摘している。

第 5 章の浅妻論文は、行動 10 で OECD が継続検討している移転価格の PS 法適用のガイダンスに関係する課題を指摘している。特許権侵害に関する損害賠償との比較で、私法において独立企業原則が作用する特徴（市場機会の保護）と PS 法のもたらす結果との間の不整合を指摘し、その背景には価値創造地に所得配分しようとする国際課税のルールがあると指摘する。この問題について、米国の判例（Medtronic 事件）を取り上げ、裁判所が独自のロイヤルティー認定を行った結論について、独立企業原則と PS 法（価値創造への貢献）を適用した場合の相異なる結果を示して疑問を呈している。

第 6 章の青山論文は、米国のトランプ税制改正の国際課税に関する主要項目を解説するとともに、我が国企業から見た課題を検討するものである。法人税の大幅引き下げという競争力強化方針の下、テリトリアル税制への移管（1 回限りのみなし配当課税を含む）や利子控除制限の改革に加えて、BEPS 対応の 3 施策（GILTI 税制、FDII 税制、BEAT 税制）が導入されたが、これらの課題を実務家からの指摘等を参照して紹介している。なお、補論として、米国が中心になって準備され、2018 年 1 月からスタートした多国籍企業の税務リスクについて保証する新たな OECD の取組み（ICAP プロジェクト）の概要を紹介している。

第 7 章の一高論文は、米国の国際的組織再編に関する課税上の課題をとりまとめるとともに、それに対するトランプ税制改正による変更を指摘している。米国の組織再編はこれまで我が国の国内法との比較で紹介されることは多かったが、米国における国際的な組織再編は今回の税制改正を契機に、我が国企業グループにおいてもより活発化することが予想されている。本論文は、国際的組織再編の仕組みを網羅的にリサーチするとともに、法人間の無形資産移転に伴う課税の変更等を詳細に解説したものとなっている。

以上、国際課税ルールに関する協調の潮流の中での残された課題を報告書はまとめ上げた。これらの課題は、一朝一夕には解決されえないものであるが、当研究会は今後も地道に解決に向けたリサーチ活動や政策提言に取り組む所存である。

2018 年 5 月

21 世紀政策研究所研究主幹

青山 慶二

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

目 次

はじめに	i
研究委員一覧	vii
第 1 章 多国間税務協定が日系企業に与える影響	高嶋 健一
1. はじめに	1
2. 本協定の現状と概要	1
3. 日系多国籍企業に影響を与える規定の概要	9
4. 日本が適用することとしている「第 6 条 対象租税協定の目的」及び「第 7 条 条約の濫用の防止」に関する規定の詳細	13
5. 日本が適用することとしている「第 12 条 問屋契約及びこれに類する方策を通じた恒久的施設の地位の人為的な回避」の規定の詳細	20
6. 日本が適用することとしている「第 13 条 特定の活動に関する除外を利用した恒久的施設の地位の人為的な回避」に関する規定の詳細	24
7. MLI が日本企業のグローバル活動に及ぼす影響のまとめ	29
8. グローバルにおける多国間税務協定の状況	29
第 2 章 電子経済—法人源泉地国課税の課題に係る一考察	山川 博樹
はじめに—2018.3.16OECD 中間報告と 2018.3.21EU 提案のエッセンスと本稿	33
1. 2015 年 10 月公表 BEPS 行動 1 最終報告書までの OECD の議論	38
2. BEPS プロジェクト開始時点での欧米経済界及び我が国政府の問題意識	41
3. その後の OECD、BIAC 及び諸外国の電子経済に係る見解・活動	43
4. 考察 I—サプライチェーンに浸透するデジタルライゼーションと移転価格分析	52
5. 考察 II—法人源泉地国課税の論点の本質—デジタル経済ビジネスモデルと価値創造の源泉について	60
6. 考察 III—【D モデル】を対象とするイスラエルの新通達とインド司法の判断	68
7. 考察 IV—企業が収集したデータの存在価値の帰属を敢えて現地に認めるとするなどのような議論に行き着くのか	76
8. まとめ	87

第3章 評価困難な無形資産＝所得相応性基準について……………	岡田 至康
1. 経緯……………	93
2. 米国、ドイツの制度……………	94
3. BEPS 最終報告書（行動 8-10）における評価困難無形資産に係る基本的指針……	96
4. 改訂 OECD 移転価格ガイドライン第 6 章（無形資産）における評価困難無形資産に係る対応……………	97
5. 対象となる無形資産の範囲……………	99
6. 対象となる無形資産からの利得の算定・配分……………	101
7. 二重課税の除去（相互協議）……………	105
8. 我が国における対応……………	106
9. 最近の各国税制改革等との関係……………	107
10. まとめ……………	109
第4章 PE 帰属所得の計算における残された課題……………	原口 太一、上田 滋
1. はじめに……………	111
2. PE 帰属所得の計算方法に関する検証が続いている背景……………	111
3. PE 帰属所得の計算方法に関する残された課題と今後の政策の方向性等……………	116
4. 平成 26 年度税制改正による AOA の国内法への導入を踏まえた我が国の課題（「機能的分離企業アプローチ」が惹起する我が国法人税法上の問題点）……………	118
5. おわりに……………	124
第5章 BEPS 残された課題：PS 法……………	浅妻 章如
1. 序論……………	125
2. PS 法に関するガイダンスの OECD 改訂提案……………	125
3. arm's length の損害賠償との比較……………	131
4. Medtronic 事件……………	138

第6章 米国税制改正における国際課税の主要な変更点について … 青山 慶二

1. はじめに	143
2. 税制改正に至る経緯	144
3. 国際課税に関する税制改正の内容	145
4. おわりに	157

第7章 国際的組織再編成に関する米国連邦所得税上の取扱い

— 要点と最近の動向 — 一高 龍司

1. はじめに	161
2. 基礎となる制度	161
3. 課税を受ける取得取引	164
4. 組織再編成税制の要点	165
5. 国際的な組織再編成に係る課税上の取扱い	170
6. おわりに	174

研究委員一覧

研究主幹

青 山 慶 二 早稲田大学大学院会計研究科教授

アドバイザー

岡 田 至 康 PwC 税理士法人顧問

委員

菫 蒲 静 夫 キヤノン(株)理事 経理本部税務担当上席
矢 野 太 志 (株)小松製作所管理部国際税務グループ主幹
合 間 篤 史 新日鐵住金(株)財務部上席主幹 (兼務) 財務部海外財務室上席主幹
安 房 敬 史 武田薬品工業(株)財務統括部 (税務) 主席部員
早 川 正 道 (株)東芝主計部税務担当グループ長
栗 原 正 明 東レ(株)税務室長
小 川 正 嗣 トヨタ自動車(株)経理部財務管理室税務グループ長
豊 原 寛 和 日産自動車(株)財務部税務グループ主担
佐 藤 栄 彦 本田技研工業(株)経理部税務室室長
八 若 和 紀 三井物産(株)経理部税務統括室室長
小 森 真 吾 三菱電機(株)経理部財務会計課専任
寺 田 卓 史 (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
原 口 太 一 EY 税理士法人エグゼクティブディレクター
上 田 滋 EY 税理士法人トランザクションタックスシニアマネージャー
高 嶋 健 一 KPMG 税理士法人 M&A グローバル・ソリューションズパートナー
山 川 博 樹 デロイトトーマツ税理士法人移転価格サービス・パートナー
佐々木 浩 PwC 税理士法人パートナー
一 高 龍 司 関西学院大学法学部教授
浅 妻 章 如 立教大学法学部教授
渡 辺 徹 也 早稲田大学法学学術院教授
小 畑 良 晴 (一社)日本経済団体連合会経済基盤本部長

21 世紀政策研究所

宮 本 誠 21 世紀政策研究所研究員

(2018 年 3 月時点)

第1章 多国間税務協定が日系企業に与える影響

KPMG 税理士法人 パートナー
高嶋 健一

1. はじめに

2017年6月7日、パリにおいて日本を含む67の国と地域は多国間税務協定（英語正式名：Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting、日本名：BEPS防止措置実施条約）に署名を行った。本協定は、BEPS（Base Erosion and Profit Shifting：税源浸食・利益移転）プロジェクトにおける租税条約関連の施策を実施したものであり、参加国における既存の二国間の租税条約をこの条約により一括して改定するものである。

本協定は非常に広範囲な改定を行うものであり、全ての論点につき考察を行うことは本報告書の目的ではなく、日系企業の課税関係に多大な影響与えると想定される実体法の論点につき主として考察するものである。

なお、本報告書の内容は、特に文中に言及がない場合には、2018年1月1日における状況に基づいて作成されている。文中の意見にわたる部分については私見である。

また、本協定は複雑かつ難解な構成及び内容となっており、今後、各国の留保、選択、通知が変更となる可能性もあるため、実務に応用の際には、英文の協定原文及び各国の留保、選択、通知等の状況を再確認した上で、慎重な対応を行わなければならないことに注意されたい。

2. 本協定の現状と概要

2017年6月7日、パリにおいて本協定に署名した国・地域は、図1-1の67の国・地域である。日本にとって重要な租税条約締結国のうち、米国は参加しなかったが、中国以下アジアの主要国はほぼ参加している状況である。

図1-1 多国間税務協定参加国（2017年6月7日署名）

アイスランド	アイルランド	アルゼンチン	アルメニア	アンドラ
イスラエル	イタリア	インド	インドネシア	ウルグアイ
英国	エジプト	オーストラリア	オーストリア	オランダ
ガーンジー	カナダ	ガボン	韓国	キプロス
ギリシャ	クウェート	クロアチア	コスタリカ	コロンビア
サンマリノ	ジャージー	ジョージア	シンガポール	スイス
スウェーデン	スペイン	スロバキア	スロベニア	セーシェル

セネガル	セルビア	チェコ	中国（含：香港）	チリ
デンマーク	ドイツ	トルコ	日本	ニュージーランド
ノルウェー	パキスタン	ハンガリー	フィジー	フィンランド
フランス	ブルガリア	ブルキナファソ	ベルギー	ポーランド
ポルトガル	マルタ	マン島	南アフリカ	メキシコ
モナコ	ラトビア	リトアニア	リヒテンシュタイン	ルクセンブルク
ルーマニア	ロシア			

注：本図においては、中国と香港を1つの国及び地域としてカウントしている。

本協定は39条より構成されており、主要な各条の構成は以下のようになっているが、ミニマムスタンダード（最低限実施すべき施策）となっているのは、「前文」、「第3部 条約の濫用」の「第6条 対象租税協定の目的」、「第7条 条約の濫用の防止」、「第5部 紛争解決の改善」の「第16条 相互協議手続」、「第17条 対応的調整」である。租税条約の濫用防止規定、及び相互協議規定の整備が本協定参加国である約70カ国が締結している租税条約（正確には本条約を適用することを選択した租税条約）のミニマムスタンダードとして導入されることとなったことは、国際税務に与える影響は大きいと考えられる。

前文

第1部 適用範囲及び用語の解釈

第1条 条約の適用範囲

第2条 用語の解釈

第2部 ハイブリッド・ミスマッチ

第3条 課税上存在しない団体

第4条 双方居住者に該当する団体

第5条 二重課税の除去のための方法の適用

第3部 条約の濫用

第6条 対象租税協定の目的

第7条 条約の濫用の防止

第8条 配当を移転する取引

第9条 主として不動産から価値が構成される団体の株式又は持分の譲渡から生ずる収益

第10条 当事国以外の国又は地域の内に存在する恒久的施設に関する濫用を防止する規則

第11条 自国の居住者に対して租税を課する締約国の権利を制限する租税協定の適用

第4部 恒久的施設の地位の回避

第12条 問屋契約及びこれに類する方策を通じた恒久的施設の地位の人為的な回避

第13条 特定の活動に関する除外を利用した恒久的施設の地位の人為的な回避

第14条 契約の分割

第15条 企業と密接に関連する者の定義

第5部 紛争解決の改善

第16条 相互協議手続

第17条 対応的調整

第6部 仲裁

(条立て省略)

第7部 最終規定

(一部条立て省略)

第34条 効力発生

第35条 適用の開始

本協定の多くの規定は納税者に対する課税強化である。一方、ミニマムスタンダードである相互協議手続の整備は納税者の二重課税排除による納税者救済の規定であるが、あくまでも相互協議は関係各国当局の努力目標であり、仲裁規定の適用については採用国の広がりには限度がある状況である。従って、OECDが行うモニタリングによる適正な本協定の実施の確保に関する活動に対し、ビジネス界はその実態を適宜フィードバックし、適正な事業目的のあるビジネス活動を阻害しないような実施を確保すべく、協力すべきであろうと考えられる。

(1) 多国間税務協定の適用関係

多国間税務協定に参加する国は、その締結している租税条約のいずれを本協定の適用対象とするかにつき任意に選択することができ、同協定は、締約国がその租税条約を本協定の適用対象とすることを選択したものについてのみ適用されることとなる。すなわち、協定に参加する国において相互に選択の対象とした租税条約のみに適用されることとなる。(2条1項a)参照)

日本が本協定の適用対象とした租税条約の締結国は以下のとおりである。

図 1-2 日本が本協定の対象とした租税条約の締結国・地域*

オーストラリア	インドネシア	パキスタン	ブルガリア	アイルランド
ポーランド	カナダ	イスラエル	ポルトガル	中国
イタリア	ルーマニア	チェコ	韓国	サウジアラビア**
フィジー	クウェート	シンガポール	フィンランド	ルクセンブルグ
スロバキア	フランス	マレーシア**	南アフリカ	ドイツ
メキシコ	スウェーデン	香港	オランダ	トルコ
ハンガリー	ニュージーランド	イギリス	インド	ノルウェー

* 財務省ウェブサイト「BEPS 防止措置実施条約の適用に関する我が国の選択の概要（暫定版）」
http://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/international/press_release/20170608mli_outline.htm
より抜粋。

**サウジアラビアは、2018年1月24日現在署名を行っていない。また、マレーシアは、2017年6月7日において署名を行わず、2018年1月24日に署名している。

さらに、本協定の各参加国は、本協定に規定する租税条約において規定する BEPS（Base Erosion and Profit Shifting：税源浸食・利益移転）防止のための各条項を、一定の要件のもとで留保することができることとなっている。各参加国は、留保した条項、留保せずに適用となる本協定の条項につき、適用租税条約の該当する条項を受託者（Depositary、OECD 事務総長）に通知することとなっている。原則として、留保せず適用となる本協定の条項に該当することとなる租税条約の条項として通知した租税条約の条項が対象租税条約の相手国が通知した租税条約の条項と一致（以下「マッチング」という。）した場合に当該租税条約の条項の該当部分が本協定の規定振りに変更となることとなっている。

本協定の参加国は、署名時に確定ベースの留保及び通知を行うか、署名時に暫定ベースの留保及び通知を行い、批准等の時点で確定ベースの留保及び通知を行うこととなっている。

なお、本協定の参加国が適用することを選択した本協定の規定は、本協定の適用対象となるすべての租税条約について適用され、特定の租税条約についてのみ適用しないことは許容されないとされている。

(2) 日本の留保、選択及び通知

日本は本協定の署名時に留保せず適用となる規定につき租税条約の該当条項等を暫定ベースで受託者（OECD 事務総長）に通知しているが、日本が留保せず、適用されることとなるとして通知した規定は、原則として以下の表のとおりである。

図 1-3 日本の MLI における選択状況のイメージ

第 1 部 適用範囲及び用語の解釈		日本の留保・選択
第 1 条	条約の適用範囲	—
第 2 条	用語の解釈	—
第 2 部 ハイブリッド・ミスマッチ		
第 3 条	課税上存在しない団体	1 項○、2 項×
第 4 条	双方居住者に該当する団体	○（一部を除く）
第 5 条	二重課税の除去のための方法の適用	○
第 3 部 条約の濫用		
第 6 条	対象租税協定の目的	○
第 7 条	特典を受けることができる者の適格者等への制限	○（PPT を選択）
第 8 条	配当を移転する取引	×
第 9 条	主として不動産から価値が構成される団体の株式又は持分の譲渡から生ずる収益	○
第 10 条	当事国以外の国又は地域の内存在する恒久的施設に関する濫用の防止	○
第 11 条	自国の居住者に対して租税を課する締約国の権利を制限する租税協定の適用	×
第 4 部 恒久的施設の地位の回避		
第 12 条	問屋契約及びこれに類する方策を通じた恒久的施設の地位の人為的な回避	○
第 13 条	特定の活動に関する除外を利用した恒久的施設の地位の人為的な回避	○
第 14 条	契約の分割	×
第 15 条	企業と密接に関連する者の定義	○
第 5 部 紛争解決の改善		
第 16 条	相互協議手続	○
第 17 条	対応的調整	○
第 6 部 仲裁		
	（条建て省略）	○（OECD 型を選択）
第 7 部 最終規定		
	（条建て省略）	省略
<p>記号説明 ○：留保せず、適用することとしている。×：（適用を）留保している。（注：留保については、複数の留保方法の選択が認められている条項もあるため、本表は必ずしも正確な留保と（適用の）通知を示していない。実務への応用の際は、日本及び相手国の通知及びそのマッチングの状況を確認されたい。）</p>		

以下、各条項における日本が留保せず適用することとした条項、及び選択肢のあるものについては、その選択内容について見ていくこととする。

「第1条 条約の適用範囲」及び「第2条 用語の解釈」については、留保の余地のない規定となっている。

「第2部 ハイブリッド・ミスマッチ」における「第3条 課税上存在しない団体」においては、1項にて、全面的に又は一部において課税上存在しないと取り扱われる団体等を通じて取得される所得は、一方の締約国においてその国の居住者の所得とされる限りにおいて、その国の居住者の所得とみなされる旨を規定している。2項については、一方の国において課税される所得のうち、他方の国で課税される場合、一方の国において外国税額控除又は所得免税により二重課税を調整する規定について、他方の国の居住者によって取得されることのみを理由として当該他方の国で課税することを許容している場合には、二重課税排除の規定は適用しないこととしている。2項については、日本は適用しない権利を留保している。留保した理由は明らかにされていないが、日本においては、外国所得については一定の要件を満たす外国配当につき免税としているのみであり、外国税額控除は原則として実額を控除するため、採用しなくとも弊害がないのではないかと考えられる。「第4条 双方居住者に該当する団体」においては、個人以外の双方居住者については、権限のある当局間の合意により居住地国を決定するように努め、合意がない場合には、当局間で付与することにつき合意する特典以外の条約の特典を与えないこととしている。居住国につき合意できない場合には一切の特典を与えないことにも変更できることとされているが、日本はこれについて一定の留保している。すなわち、居住地国につき合意できない場合には、両国が合意する特定以外の特典を与えないという規定を適用することとなる。「第5条 二重課税除去のための所得免除方式の適用」については、協定参加国は二重課税排除方法につき、選択することができることとされている。日本は留保していないが、本協定署名時において何ら選択の通知を行っていない。第5条が有効となるには、通知のマッチングは必要なく、一方的な通告でもその通告した国における居住者については有効となるとされている。

「第3部 条約の濫用」における「第6条 対象租税協定の目的」においては、脱税又は(いわゆるトリーティー・ショッピングを含む)租税回避による二重非課税又は租税負担軽減の機会を創出することを租税条約の目的としないことを規定しているが、日本は留保せず適用することとしている。「第7条 特典を受けることができる者の適格者等への制限」に関する規定は、主要目的テスト(Principal Purposes Test : PPT、以下「PPT」と略することがある。)を中心として租税条約の特典の付与を制限しているが、能動的活動の有無により租税条約の特典の制限を行ういわゆる特典制限条項(Limitation on Benefits : LOB、簡易版及び詳細版を含む。以下「LOB」と略することがある。)も選択できることとしている。日本は留保していないが、LOBは採用せず、PPTを選択している。「第8条 配当を移転する取引」における配当源泉税に対する軽減税率の適用を制限する規定については、この条の規定の全部を適用しない権利を日本は留保している。留保した理由は判然とはしないが、日

本企業の企業行動としては、配当を移転することにより有利な租税条約を利用して配当源泉税の軽減を図る取引はほとんど見られず、7条で採用しているPPTにより防止できるとも考えられるため、留保したとしても課税上弊害がないと考えられる。「第9条 主として不動産から価値が構成される団体の株式又は持分の譲渡から生ずる収益」については、日本は留保せず、適用することとしている。「第10条 当事国以外の国又は地域の内存在する恒久的施設に関する濫用の防止」に関する規定については、日本は留保していないが、何ら通知を行っていない。従って、相手国からの適用の通知の内容により本規定は適用されることとなる。これは、日本居住者にとっては、第三国の恒久的施設を利用した租税条約の濫用は想定されないものであるためと考えられる。「第11条 自国の居住者に対して租税を課する締約国の権利を制限する租税協定の適用」とは、いわゆるセービング・クローズを導入するものだが、日本は留保しており、適用しないこととしている。留保した理由は明確にされていないが、セービング・クローズは租税条約に内在する解釈原理であり、確認規定と考え、敢えて適用しないものであるとも推察され、留保したとしても、現行の課税関係に影響を与えるものではないと考えられる。

「第4部 恒久的施設の地位の回避」における「第12条 問屋契約及びこれに類する方策を通じた恒久的施設の地位の人為的な回避」に関する規定については、「重要な修正が行われることなく日常的に締結される契約の締結のために反復して主要な役割を果たす場合」には代理人としての恒久的施設（Permanent Establishment、以下「PE」と略す。）となることを規定し、さらに代理人が代理する本人と密接に関連する企業（原則として50%超の資本関連者。以下「密接関連者」と略す。）である場合には、独立代理人とならない旨を規定している。日本は留保せず、適用することとしている。「第13条 特定の活動に関する除外を利用した恒久的施設の地位の人為的な回避」に関する規定については、在庫保有等の活動につき、補助的又は準備的である場合にのみPEとならない旨を規定しているが、日本は留保せず、適用することとしている。「第14条 契約の分割による恒久的施設の地位の人為的な回避」に関する規定については、この条の規定の全部を適用しない権利を日本は留保しており、適用していない。この規定には、建設工事現場、据付プロジェクト、コンサルタント活動につき、合計で30日を超えた場合、PE認定すること、及びその期間につき、密接関連企業が行う活動を加えることが規定されている。その理由は明確にされていないが、日本は「第7条 条約の濫用の防止」において主要目的テストを選択しており、これはミニマムスタンダードであるため、この規定により契約の分割に対応することはできると考えられる。「第15条 企業と密接に関連する者の定義」については、第13条及び第14条における「企業と密接に関連する者」の定義規定であるが、日本は留保せず、適用することとしている。

「第5部 紛争解決の改善」における「第16条 相互協議手続」に関する規定については、3年以内に当該一方又は他方の当事国のいずれかの当事国の権限ある当局に対して相互協議の申立てができるとし、権限のある当局の事案解決に向けた誠実な努力義務を規定している。日本は留保せず、適用することとしている。「第17条 対応的調整」においては、一

方の当事者が行った移転価格課税に関して、他方の当事国が自国の企業に対する課税について適切な対応を行うこととされている。日本は留保せず、適用することとしている。

「第6部 仲裁」においては、23条第1項においていわゆるベースボール型の仲裁を、2項においていわゆるOECD型の仲裁を規定している。ベースボール型においては、両当局の主張のいずれかを採用することを仲裁委員会は裁定することとなり、OECD型においては、関係当事国の権限ある当局の提出する情報を受け、仲裁委員会は独自に裁定することとなる。これに関し、留保していないが、日本はOECD型の仲裁規定を選択している。

前述したように、原則として、留保せず適用となる本協定の規定に該当することとなる租税条約の条項を通知し、相手国が通知した租税条約の条項とマッチングした場合に当該租税条約の条項の該当部分が本協定の規定に変更となることとなっている。以下に暫定版であるが、日本が留保せず、適用となることを通知した本協定の各規定に係るマッチング結果を一覧概要として示すこととする。(ただし、暫定的な概要図であるため、実務の応用の際は関係各原資料にあたり、その適用関係を確認する必要があることに注意されたい。)

図1-4 日本のMLIにおける適用条項の状況一覧（暫定リストベース）

	3条	4条	5条	6条	7条	9条	10条	12条(1)	12条(2)	13条(2)	13条(4)	15条	16条	17条	18条
CTA	課税上の透明	双方居住者	二重課税の除	租税協定の目	主要目的テ	不動産化体	第三国PC	12条(1)	12条(2)	13条(2)	13条(4)	15条	16条	17条	18条
	体		去	的	ト (PPT)	式	防止	問題等	独立代理人販	倉庫等のPC強	細分化防止	密接関連者定	相互協議申立	対応的調整	仲裁
1 オーストラリア	√	X	Δ	X	0	0	0	X	X	0	0	0	0	X	0
2 フルガリア	√	X	X	X	0	0	X	X	X	X	X	X	0	X	X
3 カナダ	√	X	X	X	0	0	X	X	X	X	X	X	0	X	0
4 中国	√	X	0	X	0	0	X	X	X	X	X	X	X	0	X
5 チェコ	√	X	X	X	0	0	X	X	X	X	X	X	0	X	X
6 フィジー	√	0	0	X	0	0	X	0	Δ	Δ	Δ	X	0	0	0
7 フィンランド	√	X	X	X	0	0	X	X	X	X	X	X	0	0	0
8 フランス	√	X	X	X	0	0	0	X	0	Δ	0	0	0	0	0
9 ドイツ	√	X	X	X	X	0	0	X	X	0	X	X	X	X	X
10 香港	√	X	X	X	0	0	X	X	X	X	X	X	0	X	X
11 ハンガリー	√	X	X	X	0	0	X	X	X	X	X	X	X	0	X
12 インド	√	X	0	X	0	0	0	0	0	0	0	0	0	X	X
13 インドネシア	√	X	0	X	0	0	0	X	0	Δ	0	0	0	X	X
14 アイルランド	√	0	X	X	0	0	0	X	X	Δ	0	0	0	0	0
15 イスラエル	√	0	0	X	0	0	0	0	0	0	0	0	X	0	X
16 イタリア	√	X	X	X	0	0	0	X	X	0	0	0	0	0	0
17 韓国	√	X	X	X	0	0	X	X	X	X	X	X	0	X	X
18 クウェート	√	X	X	X	0	0	X	X	X	0	0	0	0	0	X
19 ルクセンブルグ	√	0	X	0	0	0	X	X	X	X	X	X	0	0	0
20 マレーシア	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
21 メキシコ	√	0	0	X	0	0	0	0	0	0	0	0	0	X	X
22 オランダ	√	X	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	X
23 ニュージーランド	√	0	0	X	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	X
24 ノルウェー	√	0	0	X	0	0	X	0	0	0	0	0	0	X	X
25 パキスタン	√	X	X	X	0	0	X	X	X	X	X	X	0	0	X
26 ポーランド	√	0	0	0	0	0	0	X	X	X	X	X	X	0	X
27 ポルトガル	√	X	X	X	Δ	0	0	X	X	Δ	0	0	X	0	X
28 ルーマニア	√	0	0	X	0	0	X	0	0	0	0	0	0	0	X
29 サウジアラビア	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
30 シンガポール	√	X	X	X	0	0	X	X	X	X	X	X	X	0	0
31 スロバキア	√	0	0	0	0	0	0	X	0	0	0	0	0	0	X
32 南アフリカ	√	0	0	X	0	0	X	X	X	0	0	0	X	0	X
33 スウェーデン	√	X	X	X	0	0	X	X	X	X	X	X	0	X	X
34 トルコ	√	0	X	X	0	0	0	X	0	0	0	0	0	X	X
35 イギリス	√	0	0	X	0	0	X	X	X	X	0	0	0	0	X

<記号の説明>
 √: 適用対象租税条約として選択
 0: 適用あり
 X: 適用なし
 Δ: 両者の通告がマッチングしていない

注1: 3条~15条まではOECDウェブサイトのMLI Matching Database (beta)を利用して作成した。リンク先: <http://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm>
 注2: 16条~18条に関しては、租税研究 2018.2 (P192)の税務省主税局中澤弘治参事官補佐「BEPS防止措置実施条約について」講演資料「我が国の租税条約に対するBEPS防止措置実施条約の適用条項一覧（暫定リストベース）」による。

(3) 発効・適用開始

本協定は、本協定に署名した 5 カ国・地域が批准書等を受託者（OECD 事務総長）に寄託することにより、その 5 番目の寄託から 3 カ月を経過する日を含む月の翌月 1 日にその 5 カ国・地域について効力を生じることになる。その後批准書等を寄託する国・地域については、それぞれの寄託から 3 カ月を経過する日を含む月の翌月 1 日に効力を発生する¹。
(34 条)

原則として、源泉徴収に係る税については、租税条約締結国に係る両国につき、本協定の発効以後に開始する年の 1 月 1 日以後、その他の税については、両国の本協定の発効後 6 カ月後に開始する課税年度以後に適用となることとなる²。(35 条)

3. 日系多国籍企業に影響を与える規定の概要

本協定における課税関係を規定するいわゆる実体規定については、すべて納税者に対する課税強化の規定であるため、マッチングし、適用となる各規定は、多かれ少なかれ日本企業に影響を与えることとなる。日本が適用することとしている実体規定で日本企業に多大な影響を与えると考えられる規定については、それらの規定ごとに詳細に検討することとするが、それ以外の規定については、日本が留保し適用しないこととした規定も含め、以下に簡単に説明する。

「第 1 部 適用範囲及び用語の解釈」については、条約の適用範囲と用語の解釈について記しているため、実体法的な側面はあるが、適用範囲と用語の解説であるため、直接的な影響はないものと考えられる。

「第 2 部 ハイブリッド・ミスマッチ」については、「第 3 条 課税上存在しない団体」、「第 4 条 双方居住者に該当する団体」、「第 5 条 二重課税の除去のための方法の適用」につき規定されているが、日本については、既に 2015 年度の改正において損金算入配当につき、外国子会社配当益金不算入制度を適用しない旨の改正を行ったところであり、また、日本企業はハイブリッド・ミスマッチを使用したアグレッシブな租税回避行為は行っていないとされるため、日本の多国籍企業については影響が少ないと考えられる。

「第 3 部 条約の濫用」については、日系企業を含む多国籍企業につき多大な影響を与える規定もあるが、概要については以下の通りである。

「第 6 条 対象租税協定の目的」については、租税条約の前文に租税条約の目的は、脱税又は（租税条約漁りによるものを含む）租税回避を通じた非課税又は租税の軽減でないことを明記することがミニマムスタンダードとされている。

1 2018 年 1 月 24 日付け「SIGNATORIES AND PARTIES TO THE MULTILATERAL CONVENTION TO IMPLEMENT TAX TREATY RELATED MEASURES TO PREVENT BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING」（OECD ウェブサイト掲載）によれば、オーストリア、マン島、ジャージー、ポーランドの 4 カ国が批准したとされている。（参照リンク先：<http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>）

2 関係国の合意により、所定の手続を経ることにより短縮されることもあるため、注意する必要がある。

「第7条 条約の濫用の防止」に関しては、BEPS「行動6 租税条約の濫用防止」を実現させるための規定である。2015年9月付の行動6の最終報告書による勧告は、最低限必要な措置（Minimum Standard）として、次の3つの方法のいずれかを各国が締結する租税条約に取り入れることとなっている。

- (i) (簡易版又は詳細版) 特典制限規定 (Limitation on Benefits : LOB) と主要目的テスト (Principal Purposes Test : PPT) の組合せ
- (ii) PPTのみ
- (iii) (簡易版又は詳細版) LOB 及び導管取引防止規定の組合せ

しかしながら、本協定「第7条 条約の濫用の防止」においては、PPTがミニマムスタンダードとされ、PPTと簡易版LOBとの組合せをPPTのみの選択に代わり選択することが許容されている内容となっている。詳細版LOBは、二国間での実質的なカスタマイズを必要とするため、多国間税務協定における採用は困難であるため、詳細版LOBを採用していないとされている。ただし、詳細版LOBの採用を希望する参加国は、PPTの選択をせず、ミニマムスタンダードを充足する二国間合意を達成する努力をする選択が認められている。

この「第7条 条約の濫用の防止」は、日系多国籍企業にも多大な影響を与えるため、その影響の詳細につき、後述する。

「第8条 配当を移転する取引」においては、資本等の持分が一定の割合を超える法人からの配当について減免を与える対象条約の規定は、その所有期間が365日以上である場合に限り適用するとされている。ただし、日本は留保しており、適用することとしていない。

「第9条 主として不動産から価値が構成される団体の株式又は持分の譲渡から生ずる収益」においては、株式又は同等の持分の価値の50%を超えるものが、その譲渡に先立つ365日の期間のいずれかの時点において、他方の当事国内に存在する不動産によって直接又は間接に構成される場合には、当該他方の当事国において租税を課することができることとされている。

「第10条 当事国以外の国又は地域の内存在する恒久的施設に関する濫用の防止」については、対象租税条約の一方の国の企業が、第三国に所在する恒久的施設を通じて他方の国内の所得を取得し、かつ、その企業の所在国においてその所得がその恒久的施設に帰属するものとして免税となる場合において、両当事国以外の国において課される租税の額が、その一方の国にその恒久的施設が所在したとしたら課されたであろう租税の額の60%に満たないときは、当該所得について、当該対象租税条約の特典は与えないとするものである。すなわち、国外の恒久的施設の所得が免税又は軽減された課税を受ける場合において、その恒久的施設が第三国から所得を稼得し、本店所在国にその恒久的施設があったとしたら課される租税の額より相当程度軽減(60%未満)されているときは、当該租税条約は適用しないと

いう規定となっている。すなわち免税又は軽減課税となる恒久的施設を利用した租税条約の濫用の防止を意図していると考えられる。

日本は本規定について留保していないが、何ら通知を行っていない。従って、相手国からの適用の通知の内容により本規定は適用されることとなる。これは、日本居住者にとっては、第三国にある恒久的施設を利用した租税条約の濫用は想定されないものであるためと考えられる。

「第 11 条 自国の居住者に対して租税を課する締約国の権利を制限する租税協定の適用」については、租税条約は自国の居住者に対する課税に影響を及ぼすものではないことを規定する条項（いわゆるセービング・クローズ）である。日本は留保しており、適用することとしていない。

「第 4 部 恒久的施設の地位の回避」の「第 12 条 問屋契約及びこれに類する方策を通じた恒久的施設の地位の人為的な回避」においては、代理人が反復して契約を締結し、又は当該企業によって重要な修正が行われることなく日常的に締結される契約の締結のために反復して主要な役割を果たす場合、代理人 PE とされることとなる。さらに、密接関連者（原則として 50%超の資本関連者）については、独立代理人とされず、代理人 PE を認定されることとなる。日系多国籍企業は、問屋契約を結んでいることは余り多くないと考えられるが、現地子会社がビジネスの仲介等を行う場合に該当することもあり得るため、そのような場合には課税強化となることも考えられる。よって、その内容の詳細を後述することとする。

「第 13 条 特定の活動に関する除外を利用した恒久的施設の地位の人為的な回避」については、PE に関する補助的又は準備的活動をどのように位置づけるかという論点に関する規定であるが、日系企業の関心も高いと思われるため、その影響は軽微とは考えられるが、その内容の詳細を後述する。

「第 14 条 契約の分割による恒久的施設の地位の人為的な回避」については、この条の規定の全部を適用しない権利を日本は留保しており、適用していない。この規定には、建設工事現場、据付プロジェクト、コンサルタント活動につき、合計で 30 日を超えた場合、PE 認定すること、及びその期間につき、密接関連企業が行う活動を加えることが規定されている。本規定の適用がないことにより、建設工事現場、据付プロジェクトについては、従来の 12 箇月（従来の OECD モデル条約の規定する期間）が適用されることとなる。日本にとって今後インフラ輸出が重要な施策であることを鑑みると、適用しなかったことは、インフラ輸出にとり有利な選択であったといえると考えられる。

「第 15 条 企業と密接に関連する者の定義」については、第 13 条及び第 14 条における「企業と密接に関連する者」の定義規定であるが、日本は留保せず、適用することとしている。すべての事実と状況を勘案した上で、ある者が他の者をコントロールする場合、又は両者が一人の者にコントロールされている場合、それらの者は密接に関連する者とされている。ただし、いかなる場合にも、50%超の受益持分、又は議決持分若しくは価値持分を有し

ている場合にはコントロールしていることとなる。

「第 5 部 紛争解決の改善」については、「第 16 条 相互協議手続」と「第 17 条 対応的調整」により構成されている。BEPS 行動計画 14（相互協議の効果的实施）に係る最終報告（2015 年 9 月付）においては、BEPS 行動計画による各種施策の導入により、企業における不測の二重課税の発生に対応するため、以下の 3 項目のミニмумスタンダード（最低限実施すべき施策）を勧告している。

- (i) 相互協議に係る租税条約上の義務の誠実な履行と、相互協議事案の迅速な解決（24 カ月以内）
- (ii) 租税条約に関連する紛争の予防及び迅速な解決を促進するための行政手続の実施
- (iii) 納税者に対する相互協議の機会の保証

さらに、各国におけるミニмумスタンダードの実施状況をモニタリングすることによりミニмумスタンダードの実施を確保することとしている。

上記を受けて、本協定の「第 16 条 相互協議手続」の 1 項において、対象とする租税条約の趣旨に沿わない課税をもたらすと判断した者は、その課税をもたらす最初の通知がなされてから 3 年以内に当該一方又は他方の当事国のいずれかの当事国の権限ある当局に対して相互協議の申立てができるとし、2 項及び 3 項においては、権限のある当局の事案解決に向けた誠実な努力義務を規定している。さらに、2 項においては、当事国の法令上のいかなる期間制限にもかかわらず、成立した合意は実施されなければならないとし、3 項においては、対象とする租税条約に規定がない二重課税問題についても相互協議が行えるとしている。

本条については、留保の規定も含まれているが、内容的には技術的なものであり、本質的な部分の留保は原則として認められていないとされている。

OECD の行動計画 14 の最終報告書のミニмумスタンダードとされた内容は、本協定により概ね担保されたものと考えられる。納税者の相互協議に関する利便性はかなりの程度改善されることとなるが、依然として相互協議は努力目標であり、本協定により実際に国際的な二重課税がどの程度排除されるかは、ひとえに各国当局の誠実な実施にかかっていると見えよう。

「第 17 条 対応的調整」においては、一方の当事者が行った移転価格課税に関して、他方の当事国が自国の企業に対する課税について適切な対応を行うこととする規定を対象租税条約に導入することとされている。ただし、本条は全体を留保することができるため、かなりの協定参加国が留保していることに注意しなければならないであろう。

「第 6 部 仲裁」においては、23 条第 1 項において、いわゆるベースボール型の仲裁を、2 項においていわゆる OECD 型の仲裁を規定している。ベースボール型においては、関係当事国の権限ある当局が提示する解決案を仲裁委員会に提示し、仲裁委員会はいずれかの

解決策を選択することとなる。OECD 型においては、関係当事国の権限ある当局の提出する情報を受け、仲裁委員会は独自に裁定することとなる。一般に、ベースボール型の仲裁規定は、相互協議における関係当事国の当局の議論を集約させ易いと考えられる一方で、OECD 型は、関係当事国の権限のある当局の議論に影響されず、納税者の二重課税問題を中立的に検討することができると考えられる。日本の締結している租税条約においては、日米租税条約は、ベースボール型の仲裁規定を、日蘭租税条約は、OECD 型の仲裁規定を有しているとされている。

本協定において、日本は 23 条 2 項につき留保しているため、OECD 型の仲裁規定を選択していることとなる。「第 6 部 仲裁」を適用することを表明したのは、日本を含む 25 カ国・地域である。日本が適用対象租税条約として選択した租税条約の相手国・地域は、15 カ国・地域であるが、そのうち、第 6 部が適用されることとなるのは、現状においてはフィジー、ルクセンブルグの 2 カ国との租税条約とされる³。残念ながら、現時点においては本租税協定による仲裁は限定的な広がりのみをみせているのみで、BEPS の諸施策により期せずして二重課税が発生した場合においても、必ずしも二重課税が仲裁により排除されるとは限らないことに注意しなくてはならない。

4. 日本が適用することとしている「第 6 条 対象租税協定の目的」及び「第 7 条 条約の濫用の防止」に関する規定の詳細

(1) 本件規定の内容詳細

日本が留保せず、適用することとしている「6 条 前文」及び「7 条 条約の濫用の防止」についてその詳細を解説する。

ア 6 条 前文

本協定 6 条 1 項において、対象租税条約の前文に次の段落を加えるように修正することとしている。

<英語原文>

Intending to eliminate double taxation with respect to the taxes covered by this agreement without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping

3 OECD のウェブサイトに掲載されている MLI Matching Database 2017 年 9 月 22 日付け β 版による。(今後も随時更新される予定。参照リンク先：<http://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm>) ただし、当該データベースは、多国間税務協定の本文の一部ではなく、OECD 事務局により参考図表として発表されているものである。従って、正確には多国間税務協定の本文及び当事国の留保、選択及び通知を確認しなくてはならない。さらに、第 28 条 2 項 b) に基づき、仲裁対象事案を制限すること(いわゆるフリーリザベーション)につき、日本は異議を寄託者に通告しているため、第 6 部の適用がないこととなっている条約締結国が 7 カ国(オーストラリア、カナダ、フィンランド、フランス、アイルランド、イタリア、シンガポール)あり、現状はマッチングしていないこととなる。今後フリーリザベーションの内容が明らかになるに従い、マッチングする条約締結国は増加する可能性があると考えられている。

arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this agreement for the indirect benefit of residents of third jurisdictions),

<非公式日本語訳>

この協定の対象となる租税に関して、脱税又は租税回避を通じた非課税又は租税の軽減（当事国以外の国又は地域の居住者の間接的な利益のためにこの協定において与えられる租税の免除又は軽減を得ることを目的とする条約漁りの仕組みを通じたものを含む。）の機会を生じさせることなく、二重課税を除去することを意図して、....

注：英語原文及び非公式日本語訳とも下線部は報告者によって付されたものである。

すなわち、租税条約漁り（Treaty Shopping）を通じた脱税又は租税回避を創出することなく、二重課税を排除することが、租税条約の目的であることを明示的に確認していることとなっている。今までの一般的な租税条約の実務においては、前文に余り重きをおいていなかったが、今回このような前文が入ったことは、条文自体に解釈指針が示されたこととなり、実務、当局、及び仲裁等における条文解釈に大きな影響を与えるものと思われる。

イ 7条 条約の濫用の防止

日本は、7条 17 項 a) に基づく通知により、主要目的テスト（PPT）を適用することとなるが、PPT の条約文は以下の本協定の該当部分に従って代替、追加又は変更されることとなると考えられる。

<英語原文>

Notwithstanding any provisions of a Covered Tax Agreement, a benefit under the Covered Tax Agreement 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 the Covered Tax Agreement.

<非公式日本語訳>

対象となる租税条約のいかなる規定にもかかわらず、全ての関連する事実及び状況を考慮して、当該「対象租税条約」に基づく特典を受けることが当該特典を直接又は間接に得ることとなる仕組み又は取引の主たる目的の一つであったと判断することが妥当である場合には、そのような場合においても当該特典を与えることが当該対象租税条約の関連する規定の目的に適合することが立証されるときを除くほか、その所得又は財産については、当該特典は、与えられない。

注：英語原文及び非公式日本語訳とも下線部は報告者によって付されたものである。

すなわち、租税条約の特典を受けることがその仕組み又は取引の主たる目的の一つであったと判断することが妥当である場合には、その特典を与えないとするものである。

本件主要目的テストは、非常に観念的であり、その運用においては当局の主観的な判断が入り易いと考えられ、またその性質上理論的なガイドラインを作成することは、各国の立場も多様であり、困難であると思われる。従って、なるべく多くの事例を示すことが当面の納税者の予測可能性を増すことになると考えられる。この点については、2015年9月付けのOECD 行動6 最終報告書にもいくつかの事例が掲載されているが、経済界からは主要目的テストを当然にクリアすると考えられる事例ばかりであるという指摘もあり、ガイドラインとしての有用性を高めるためにはより多くの事例の追加が必要と思われる。例えば、「21世紀政策研究所研究プロジェクト報告書」（2016年6月）「グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方」において、報告者が担当した「第7章 BEPS 行動計画3（CFCルール強化）及び行動計画6（租税条約の濫用防止）に係る事例研究」（P103-146）において指摘したJV（ジョイントベンチャー）持株会社、投資保有会社等が租税条約の特典を受けられるか否かは依然として判然としていない⁴。

ウ OECD モデル条約と同コメントリーにおける6条及び7条の内容

OECD モデル条約及びそのコメントリーは2017年に改定されており、BEPS（税源浸食・利益移転）に対応するOECD/G20の行動計画でその内容が完了したものは反映されているため、2017年11月21日付のOECDモデル条約コメントリー（Condensed Version：圧縮版、以下「2017年度版OECDモデル条約コメントリー」という。）から上記の論点を検討してみることが今後の指針となり得ると考えられる。

第29条については、以下のような項目建てとなっている。

第29条

ENTITLE TO BENEFITS（条約特典の享受）

1. Qualified Person（適格者）が条約特典の享受できる旨の規定
2. Qualified Person（適格者）の定義
3. [いわゆるLOB（特典制限条項）の規定]
4. [Derivative Benefits（派生的受益権）の規定]
5. [Headquarters Company（統括会社）の規定]
6. [権限ある当局の認定の規定]
7. [1項から6項までの語句の定義]

4 これらの会社は、その性質上いわゆる人的配置のないペーパーカンパニーとして設立されることが多い。日系企業はトラブルを避けて、このようなペーパーカンパニーを排除しつつあるが、条文の語句からは、人的配置がないと主要目的テストをクリアできないとは明確に読めないため、このような会社に対してどのような解釈により、どのような場合には租税条約の適用が認められないか、明確にして欲しいとの要望は根強くあるものと考えられる。

8. 当事国以外の国又は地域の内に存在する恒久的施設に関する濫用防止規定

9. Principal Purposes Test (PPT : 主要目的テスト) の規定

注：[] 内は、選択肢の提示であり、締約国の交渉により選択することもできるし、選択しないこともできる項目である。また、日本語訳は報告者によるものであり、公式に認められたものではない。

以上のモデル条約第 29 条の項目建てから、モデル条約においても、PPT が必須の標準条項であり、LOB は追加的選択肢であることが推定される。これは、多国間協定と一致しており、モデル条約第 29 条の脚注においても、OECD/G20 の BEPS で策定されたミニマムスタンダードを示しているものである旨が述べられている⁵。従って、多国間税務協定の解釈指針とすべきものであることが判る。

財務省担当者の非公式な発言においては、「PPT は原則使用しない伝家の宝刀としての役割を持っている。抜くのは、租税回避と認定するものに限定する。」とのコメントがなされているようである。しかしながら、日本の起案当局がそのような考え方であるとしても、日本の課税当局がそのような運用をすることを担保するものではないし、仮に日本の課税当局がそのような運用をしたとしても、条約相手国の課税当局がそのような運用をすることを担保するものでもないと思われる。特に新興国の課税当局は課税することが第一義的な目的となることが多いとされるため、多国間協定の交渉過程における条約の趣旨については、それが権威のある公式的な文書にて明示的に示されている場合を除き、配慮しない傾向があるのは経験が示すところである。

このように各国がどのような運用を行うかにつき、予測可能性が低い状況における実務対応としては、第一義的には、ある程度の社内的な運用ガイドラインを定めて、それをクリアするもの、しないものの把握に努めることが挙げられる。その上で、そのガイドラインをクリアするものについては、当面特段の対応策を検討する必要はないものと位置付け、PPT により否認を受ける可能性があるかと判断されるものについては、相手国の課税当局の PPT の運用ポリシー、運用状況を確認して、慎重に対応する必要があると思われる。そうすることにより、PPT による否認の可能性につき一定の水準にてグローバルに状況が把握でき、実際に各国課税当局が採用する PPT の対応状況をモニタリングし、そのモニタリングの検討により個別の対応策を講ずることができることとなる。

5 2017 年版 OECD モデル条約第 29 条の脚注に以下の記載がある。

“The drafting of this Article will depend on how the Contracting States decide to implement their common intention, reflected in the preamble of the Convention and incorporated in the minimum standard agreed to as part of the OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, to eliminate double taxation without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance, including through treaty-shopping arrangements. This may be done either through the adoption of paragraph 9 only, through the adoption of the detailed version of paragraphs 1 to 7 that is described in the Commentary on Article 29 together with the implementation of an anticonduit mechanism as described in paragraph 187 of that Commentary, or through the adoption of paragraph 9 together with any variation of paragraphs 1 to 7 described in the Commentary on Article 29.”

OECD モデル条約コメンタリーにおける PPT の各事例を分析すると、最大公約数的には以下のすべてを満たす場合には、PPT による否認はないであろうと推測される⁶。

- (i) 条約の適用以外の事業目的がある。
- (ii) (人的配置のある) 十分な事業実体がある⁷。
- (iii) 条約の適用という目的は、上記事業目的に対して従たる目的であると位置づけることができる。
- (iv) 導管取引を行う仕組み又は取引ではない。

すなわち、事業判断(ビジネスジャッジメント)としてその仕組み又は取引が必要であり、その仕組み又は取引を実行するために、租税条約が有利な国を選定したということであれば、PPT により否認されないということになるだろうが、すべての仕組み又は取引には、企業が事業を通して利益を獲得することを目的としていると考えられるため、事業として遂行する以上(利益を獲得するための)事業目的があると考えられるため、その意味では余り実質的な基準とはならないと思われる。すなわち、その仕組み又は取引が租税条約の適用を受けるために殊更通常と異なる、すなわち異常性のあるものであり、租税条約の適用という目的が事業目的より優先しているという、まさに租税条約の濫用事例において、その主要目的が租税条約の利用であると認定することにより PPT による否認がなされるということになるだろう。

ただし、前述したように条文の文言からは、人的配置のある(十分な)事業実体が必要であることは、解釈することはできず、OECD モデル条約コメンタリーに列挙されている事例から推定されるものである。また、OECD モデル条約の(詳細版及び)簡易版 LOB において必要とされる事業実体は、能動的事業の遂行(Active Conduct of Business)⁸であるため、OECD モデル条約が許容している LOB と導管防止措置の組合せによる租税条約の濫用防止規定による否認が、PPT 単独の否認と同様なものとなるのであれば、能動的な事業の遂行、すなわち人的配置がある事業実体がなければならないと間接的に推察されることとなる。しかしながら、租税条約も含む租税法においては、事前予測可能性が非常に重要となるため、直接条文の文言から読み取ることができることが望ましいこととなる。

6 2017年版 OECD モデル条約コメンタリー Commentary on Article 29 Concerning the Entitlement to Benefits Para 181 - 186 の各事例を参照。

7 (i) との関連において、事業目的があるということは、事業を居住国で行うということが前提となると考えられるため、事業を実体のある事業と考え、必然的に人的配置のある事業実体が必要となると考えられる。

8 多国間税務協定 7 条 10 項 a) において、以下のように記載されている。(下線については、報告者が挿入している。)

“... will be entitled to benefits of the Covered Tax Agreement with respect to an item of income derived from the other Contracting Jurisdiction, 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 Jurisdiction,”

OECD モデル条約コメンタリーにおける PPT の各事例は、明らかな租税条約の濫用的事例であるため、実務判断には余り有用性がないように感じられる。また、PPT の運用については、非常に主観的な判断となるため、日々の税務判断を行う現場においては、事例の列挙だけでなく、PPT の考え方、すなわちコンセプトにつきより詳細なガイドラインがあると予測可能性が高まると考えられる。

上記のガイドライン (iv) については、主要目的テストにおいて、導管性があるということは主要目的が租税条約の利用であることを立証する一つの要因であるため挙げているが、その導管性がどの程度のものであれば、弊害のある導管性があるかについては、判然としないものがある。

原則として租税条約濫用の防止という観点からすれば、PPT と、LOB と導管防止等措置の組合せは、同一のストラクチャー又はアレンジメントにつき、採用する手段は異なるが、同様な租税条約の適用の可否の結果となることが OECD BEPS プロジェクトの趣旨と考えるのが妥当と考えられる。しかしながら、例えば、LOB (特典制限条項) との関係で導管取引につき取り上げた事例として Example F (2017 版 OECD モデル条約コメンタリー 29 条 パラグラフ 187) があるが、その内容については、判然としないものがある。グループのトレジャリー機能を行う実体のある金融子会社を経由して、新規買収を行う他の子会社へ親会社が資金を貸し付けた場合、導管性による否認を原則として行わないとしている。この判断が、その財務金融子会社が大規模な実体のある子会社であるための判断であるのか、親会社が財務金融子会社に貸し付けた通貨と、当該財務金融会社が買収を行う子会社に貸し付けた通貨が一致しないためなのか、あるいはこのような導管性のある金融取引の実質的な判断が当該財務金融子会社により行われたためであるのか、判然としていないため、実務において同様の取引があった場合、PPT においてどのように判断すべきか、難しい判断を迫られることとなる。これについても、PPT の考え方又はコンセプトに関するガイドラインがある程度明らかになっていれば、予測可能性が高まるものと思われる。

さらに、OECD 加盟国以外の新興国については、実務の現場においては、OECD モデル条約コメンタリーに拘束されることは少ないため、新興国における PPT の適用関係につき、日系企業を含む多国籍企業は対応に苦慮することとなると考えられる。

このように PPT の適用につき、客観的な判断ができない状況において企業はどのように対応すべきか、苦慮するところである。あくまでも一例にすぎないが、無理を承知で対応のためのガイドラインを作成するならば、次のようなものが考えられるであろう。

上記で述べたガイドラインの (i) の事業目的については、主観的な判断をせざるを得ないが、(ii) については、OECD モデル条約コメンタリーに掲げられている事例からすると、2017 年度改正のタックスヘイブン対策税制のペーパーカンパニーの判定で求められている実体程度ではならず、OECD モデル条約に規定する LOB の能動的事業要件 (Active Conduct of Business) 程度の事業実体がなくてはならないとするのが保守的であろう。日本企業が通常の業務で触れることのできる法律、通達、ガイドライン等の中にそのようなも

のがあれば、それを使うべきであろうが、見当たらないため、OECD モデル条約に規定する LOB の能動的事業要件程度の事業実体の有無が (ii) を充足しているか否かの判断に有用であると考えられる。その上で、(iii) の条約適用目的が (i) の事業目的に対して従属的であること、(iv) の導管的な取引でないことを確認することとなろう。上記の導管取引性の判断でも述べた通り、導管性についても判然としない部分があり、また PPT は原則として主観的判断であるため、また新興国を含めた各国税務当局がどのような運用を行うか予測が難しいため、すべての要件において保守的に判断すべき、ということに当面はならざるを得ないと考えられる。

なお、OECD BEPS プロジェクトの行動 6 の最終報告書 (2015 Final Report) における簡易版 LOB のテキストには、「能動的 (Active)」の言葉の記載はなかったが、多国間税務協定の簡易版 LOB には「能動的 (Active)」の文言が挿入されている⁹。重要な文言の変更であるため、何らかの公式の説明が OECD からなされることとその背景を明らかにすることとなるため、解釈に有用であるが、残念ながら公式の説明は、報告者の知る限り、なかったと理解している。さらに、2015 年 4 月の 21 世紀政策研究所の報告書¹⁰において指摘しているが、行動 6 の当初の議論においては、「Main Purposes Test」であったが、それが途中において「Principal Purposes Test」へ変更となっている。日本語にしてみると、両者とも「主要目的テスト」となってしまうが、英語原文の意味はかなり異なると思われる。多少の強弱、或は重要性が異なっても、(主要な) 目的の一つが租税条約の適用である場合には、「Main Purposes Test」であれば、租税条約の適用が否認されることとなるが、強弱、或は重要性が異なるより主要な事業目的がある場合には、「Principal Purposes Test」においては、租税条約の適用の否認はないことと解されよう。これも、重要な文言の変更であるが、報告者の知る限り、OECD 側から公式的な説明はなされなかったと理解している。多国間税務協定のように多数の国の利害が錯綜する場合、その利害関係の調整のためにやむを得ない文言の変更等が行われるのは致し方がないことであろうが、OECD 等が文言の変更につき、公式的なコメントを発表すれば、その変更の背景が判るため、それは解釈の指針ともなり、非常に有用であると考えられる。残念ながら、これら 2 つの変更点につき公式かつ直接的なコメントがなかったことは企業の税務担当者を含めた実務家にとり有用な解釈指針

9 OECD BEPS プロジェクトの行動 6 の最終報告書 (2015 Final Report) P36 には、簡易版 LOB につき、以下のように記載している。(下線については、報告者が挿入している。)

“Simplified version

4. a) … shall nevertheless be entitled to such benefit if the resident is carrying on a business in the first-mentioned Contracting State …”

一方、多国間税務協定においては、7 条 10 項 a) に簡易版 LOB の該当箇所が以下のように記載されている。

“…, if the resident is engaged in the active conduct of a business in the first-mentioned Contracting Jurisdiction, …”

なお、いずれの抜粋条文についても、下線は報告書が挿入している。

10 高嶋健一「行動 6：租税条約の濫用防止」「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、2015 年 4 月) P41 参照。

を示す結果には繋がらなかったことと考えられる。

(2) 日本の通知とマッチング結果の詳細

日本は、本協定の「第 6 条 対象租税協定の目的」については、租税条約の濫用防止を既に有している対象条約について適用を留保しているが、原則として適用することとしている。

さらに、日本は本協定の「第 7 条 条約の濫用の防止」につき留保しておらず、7 条 17 項 a) に基づき、15 項 b) の留保（既に対象条約が PPT 条項を有している場合に、第 1 項 (PPT) を適用することを留保）を適用しない対象条約国、すなわち既に PPT が入っている条約であるが、7 条により変更する対象条約国として、オーストラリア、フランス、ドイツ、香港、メキシコ、ニュージーランド、ポルトガル、サウジアラビア、南アフリカ、スウェーデン、英国を選定し、変更となる該当条項を通知している。

ただし、ドイツは 7 条 15 項 b) により、既存条約に PPT 条項は含まれているため、7 条 1 項の規定は適用とならないことを通告しており、マッチングしていなこととなる。しかしながら、一定の PPT 条項が含まれている既存条約の条項がそのまま適用となるため、当該 mismatches は特に問題ないと考えられる。

なお、本条におけるマッチング状況については、「図 1-4 日本の MLI における適用条項の状況一覧（暫定リストベース）」を参照されたい。

5. 日本が適用することとしている「第 12 条 問屋契約及びこれに類する方策を通じた恒久的施設の地位の人為的な回避」の規定の詳細

(1) 本件規定の内容詳細

「第 4 部 恒久的施設の地位の回避」の「第 12 条 問屋契約及びこれに類する方策を通じた恒久的施設の地位の人為的な回避」においては、本件協定の該当規定によれば、以下のよ

<英語原文>

..., where a person is acting in a Contracting State on behalf of an enterprise and, in doing so, habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise, and these contracts are:

- a) in the name of the enterprise, or
- b) for the transfer of the ownership of, or for the granting of the right to use, property owned by that enterprise or that the enterprise has the right to use, or
- c) for the provision of services by that enterprise,

that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State in respect of any activities which that person undertakes for the enterprise, unless

....

<日本語非公式訳>

一方の当事国内において企業に代わって行動する者が、そのように行動するに当たって、反復して契約を締結し、又は当該企業によって重要な修正が行われることなく日常的に締結される契約の締結のために反復して主要な役割を果たす場合において、これらの契約が次のいずれかに該当するときは、当該企業は、その者が当該企業のために行う全ての活動について、当該一方の当事国内に恒久的施設を有するものとする。

- (a) 当該企業の名において締結される契約
- (b) 当該企業が所有し、又は使用の権利を有する財産について、所有権を移転し、又は使用の権利を与えるための契約
- (c) 当該企業による役務の提供のための契約

注：英語原文及び日本語非公式訳ともに下線部は報告者によって付されたものである。

従って、恒常的に本人のために契約を締結する、又は恒常的に重要な修正が行われることなく契約につながる重要な役割を行っている場合には、いわゆる代理人 PE となることに注意しなければならない。また、商品又は製品の販売契約のみではなく、それ以外の契約形態において本人を拘束するような契約全般に契約の範囲が拡大されたことについても注意なくてはならない。これらの修正はコミッションネア契約（いわゆる問屋契約）及び類似的な活動又は契約をターゲットとしたものと解されている。

さらに、MLI 第 12 条 2 項において密接関連企業（原則として 50%超の資本関連者）は独立代理人として代理人 PE の除外規定を受けることはできないこととされているため、この規定につき、関係国の通知がマッチングした場合、子会社はいくら実体があり、独立的に業務を行っていたとしても、独立代理人として代理人 PE の除外規定は適用できないこととなる。

日本企業グループにおいては、いわゆる問屋契約を採用している企業は少ないと考えられ、この規定により直接的影響を受ける企業はそれほど多くはないと思われる。また、OECD 加盟国において代理人 PE を認定された場合においては、2017 年 7 月 22 日から 9 月 15 日までの期間にコメントを募集した「公開ディスカッション・ドラフト BEPS 行動 7 恒久的施設への所得の割当てに関する追加的ガイダンス」(Public Discussion Draft BEPS Action 7 Additional Guidance on Attribution of Profits to Permanent Establishments) の議論の方向性が維持されるのであれば、主として人的配置により機能とリスクを割り当てることにより所得を算定することとなると考えられるため、それほど多額の所得が割り当てられるものではないと思われる。

ただし、OECD 加盟国ではない新興国において代理人 PE を認定された場合には、上記のガイダンスとは異なる課税を受ける可能性、例えば、

$$\begin{aligned} & \text{代理人 PE 所得} = \text{企業の当該国関連売上高} \\ & \quad \times \text{連結売上総利益率} \\ & \quad - \text{当該国の国内法にて控除可能な本社経費} \\ & \quad - \text{代理人 PE となる現地法人宛支払口銭} \end{aligned}$$

といった課税の可能性も想定されるため、留意しなくてはならない。

さらに、新興国においては、現地子会社がビジネスを日本本社等に紹介した場合、従来の規定振りにおいても、実質的に代理人として契約締結しているとして PE 課税する場合もあるとされているが、本協定により、契約につながる重要な役割を行っている場合も代理人 PE とすることが明文化されたため、現地子会社を代理人 PE として課税する傾向は強まると考えられる。

以上のような代理人 PE 課税強化の懸念に対して、英語原文を見ると判ることは、「... plays the principal role leading to the conclusion of contracts ...」となっており、「principal role」は「主要な役割」と日本語に訳されているが、「principal」は語義としてかなり強い言葉であり、「a principal role」ではなく、「the principal role」とあるため、いくつかの重要な役割があり、その一つの役割を果たしているのでは充足せず、その役割に強弱をつけられる場合、もっとも重要な役割を担っていることが必要であると条文解釈上考えられる。従って、上記のような新興国における代理人 PE の認定は条文解釈上極めて極端な解釈をしているものと抗弁することができるであろうと考えられる。

さらに、2017年版 OECD モデル条約コメンタリーにおける第5条に関するコメンタリーは、PE 認定に対して有利・不利を考慮せず、特徴的な規定を列挙すると以下ようになる。

- (i) 代理人 PE の認定には、プロモーション又は広告宣伝以上の活動が必要である。
(パラグラフ (以下「パラ」と略す) 83)
- (ii) いわゆる補助的・準備的な活動を行っているだけでは代理人 PE とならない。
従って、購入契約締結の代理人の認定については、本人にとってその購入活動が補助的・準備的活動であれば、代理人 PE とならないこととなる。(パラ 84)
- (iii) 代理人 PE の認定にとって最も重要なことは、当該代理人が第三者に契約することを確信させることである。(パラ 88)
- (iv) 「重要な修正が行われることなく」とは、契約の主要条件 (Key Aspects) を変更しないことである。(パラ 88)
- (v) 製薬会社のマーケティング部員が医師に薬剤の効果その他を説明し、その結果医師が患者にその薬剤を処方することとなった場合には、直接的な契約締結とな

- らないため、代理人 PE の認定はないこととなる。(パラ 89)
- (vi) マーケティング部員がその担当する重要な顧客に商品の説明と契約条件を説明し、それが当該顧客に購入を決意させた場合、その購入につきその顧客の所在国以外の国にあるプリンシパル会社との契約がそのサーバを通じて締結されたとしても、代理人 PE は認定される。(パラ 90)
 - (vii) 契約条件を変更する権限がないことは関係せず、契約することを決意させるか否かが代理人 PE の認定にとり、重要な要素となる。(パラ 90)
 - (viii) 販売子会社はリスクの低いディストリビューター (Low Risk Distributor) であっても代理人 PE とはならない。(パラ 96)
 - (ix) 「…、反復して契約を締結し、又は当該企業によって重要な修正が行われることなく日常的に締結される契約の締結のために反復して主要な役割を果たす場合 … (... habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role …)」における「反復」とは一概にどの程度の期間に何回とかいう尺度では示すことはできない。その事業の性質によって決めるべきものである。(パラ 98)
 - (x) 代理人 PE には、代理人が媒介する契約に関する本人の利益のすべてを割り当てるものではない。代理人を独立したものとした場合の利益を割り当てるべきである。(パラ 101)

以上ランダムにコメントリーの要約を列挙したが、一番重要なファクターは、代理人が第三者に契約することを確信させる役割を果たしていることであろうと考えられる。この点及びコメントリーの内容を勘案すると、新興国で代理人 PE としての認定課税を受けている事例は、少なくとも OECD モデル条約の趣旨を鑑みると、代理人 PE とすべきでないものがほとんどであろうと考えられる。OECD モデル条約の考え方を新興国の課税当局が必ずしも受け入れるものではないが、理論的には整合性のあるものであるから、粘り強く説明することによって、いくらかでも課税ポジションの改善に努力すべきであろうと考えられる。

(2) 日本の通知とマッチング結果の詳細

本協定の第 12 条については、4 項においてこの条の規定の全てを適用しない権利を留保することができるものとされているが、日本は留保していない。従って、マッチングする限り、本条の規定は租税条約の該当規定を代替することとなる。

なお、本条におけるマッチング状況については、「図 1-4 日本の MLI における適用条項の状況一覧 (暫定リストベース)」を参照されたい。マッチング結果で留意すべきは、PE の認定にアグレッシブな対応を採用するとされるインド、及び近年条約の解釈により課税を強化する傾向があると言われているインドネシアとの条約につきマッチングしていることである。現地国の課税当局の動向を注視しなくてはならないが、これらの国を含む振興国が PE を利用した課税を強化してくる可能性は否定できないと考えられる。なお、OECD 加盟

国については、原則として OECD モデル条約のコメンタリーに従うことが予想されるため、マッチングしたとしても、それほどの PE 認定の強化にはならないと思われるが、フランスに関しては、従来より代理人 PE の認定を積極的に行おうとする傾向があるため、その動向を注視すべきであろう。また、欧米系多国籍企業（一部の日系多国籍企業も含む。）はそのグローバルネットワークを構築する際に税務、法務、会計のインフラが整っているオランダを拠点とする傾向があるが、オランダは本条を適用することとしているため、オランダ拠点会社との租税条約の適用関係が日本を含む各国の子会社にどのような影響があるかにつき、注意すべきであろう。

6. 日本が適用することとしている「第 13 条 特定の活動に関する除外を利用した恒久的施設の地位の人為的な回避」に関する規定の詳細

(1) 本件規定の内容詳細

「第 13 条 特定の活動に関する除外を利用した恒久的施設の地位の人為的な回避」の 1 項により、締約国は Option A、Option B、いずれの Option も適用しないことを選択できるものとされている。Option A は、在庫保有等の活動のすべてにつき、補助的・準備的である場合にのみ、恒久的施設としないことを規定するものであり、Option B は、在庫保有等一定の活動については、補助的・準備的であるか否かを問わず恒久的施設に該当しないことを規定するものである。なお、Option A の規定は、いわゆる電子商取引による小売業の大規模な物流倉庫をターゲットとしていると言われている。

日本は、第 13 条につき留保せず、Option A を適用することとしている。Option A の適用を通知し、マッチングした場合、OECD モデル条約の第 5 条 4 項に該当する対象租税条約の条項は以下の規定振りとなる。（本件協定の原文よりも、OECD モデル条約がその影響が判りやすいため、以下については OECD モデル条約の第 5 条 4 項の規定を示している。）

<英語原文>

Notwithstanding the preceding provisions of this Article, the term “permanent establishment” shall be deemed not to include:

- a) the use of facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods or merchandise belonging to the enterprise;
- b) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of storage, display or delivery;
- c) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another enterprise;
- d) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of purchasing goods or merchandise or of collecting information, for the enterprise;

- e) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of carrying on, for the enterprise, any other activity;
- f) the maintenance of a fixed place of business solely for any combination of activities mentioned in subparagraphs a) to e),

provided that such activity or, in the case of subparagraph f), the overall activity of the fixed place of business, is of a preparatory or auxiliary character.

<日本語非公式訳>

次の活動を行う場合には、恒久的施設に当たらない。

- (a) 物品等の保管、展示、引渡しのためにのみ施設を使用
- (b) 企業の在庫を保管、展示、引渡のためにのみ保有
- (c) 企業の在庫を他の企業による加工のために保有
- (d) 企業のために物品等を購入し、又は情報収集のみを目的として、一定の場所を保有
- (e) 企業のためにその他の活動を行うことのみを目的として、一定の場所を保有
- (f) (a) から (e) までの活動を組み合わせた活動のみを目的として、一定の場所を保有

ただし、その (a) から (e) の活動 ((f) の場合には、その組合せの全体) が準備的又は補助的な性格のものである場合に限る。

注：英語原文及び日本語非公式訳に係る下線部は報告者によって付されたものである。

2017 版 OECD モデル条約は Option A を採用しており、同コメントリーは、日本が採用した本件規定を解釈する上で有用な解釈指針を提供するものと考えられる。本協定第 13 条を日本が適用することとしたことにつき、特に日系企業の間では在庫等の保管が恒久的施設に該当するのではないか、との懸念が広がっている。以下このような論点に有用と思われるコメントリーの内容をランダムに列挙する。

- (i) OECD モデル条約第 5 条恒久的施設の 4 項の基本的なコンセプトにおいては、補助的、準備的な活動は、利益の実現からは遠く、利益を割り当てるのが困難なものであるというものである。(パラ 58)
- (ii) モデル条約 4 項 (a) ~ (d) は多くの場合、補助的準備的となる例である。(パラ 58)
- (iii) 補助的又は準備的であるかは、その企業の全体の活動から判断してその活動が重要か、基幹活動の一部かで考えることとなる。(パラ 59)
- (iv) あくまでも、自由に処分できる場所が必要であることが前提とされていると考えられている。従って、第三者の物流会社に在庫の保有・管理を委託した場合、原則として恒久的施設に該当しない。(パラ 65)

したがって、製造業の製品を保管するのみの倉庫は、補助的又は準備的であり、恒久的施設とはならないこととなる。さらに、いわゆる VMI (Vender Managed Inventories) も恒久的施設とならないと思われる。VMI そのものではないが、類似事例がパラ 63 に掲載されている。ここで注意しなければならないことは、スペア・パーツ等を保管しているだけであれば、補助的又は準備的な活動であろうが、それを使用して修理又はメンテナンス業務を行っているのであれば、補助的又は準備的活動を超えてしまうため、PE の認定の可能性があることである。同様に、製造業に従事する会社が製品を補完するのみの倉庫を有しており、その倉庫を拠点に何らかの販売活動を行っている場合には、PE が認定される可能性があることとなる。さらに、第 13 条 4 項で規定する細分化防止規定が適用されることとなる租税条約においては、密接関連企業が有する一定の場所における関連する活動も一括して判定することとなるため、注意しなくてはならない。(詳細は後述する。)

条文解釈の技術上の話しになるが、第 5 条 4 項 b) の「the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of storage, display or delivery」は、在庫を保管、展示、引渡しのために自由に処分できる場所があるか否かで解釈することとなると考えられる。これは、固定的な場所の存在の有無が恒久的施設の前提であることが、1 項で規定されているため、2 項～4 項までは自己が自由に処分することができる場所があり、そこで事業が行われていることが前提となっているためである。従って、他の企業が所有している物流倉庫に自己の在庫があるのみでは、PE にならないことと考えられる。ただし、そのような倉庫において区分された場所に自由にアクセスでき、そこに在庫を保有しているのであれば、PE となり得る一定の場所を有していることとなる。2017 年版 OECD モデル条約第 5 条 4 項に関するコメントリーのパラグラフ 65 もこのような考え方を裏付けていると考えられる。

以上のとおり、製造業を行っている日本企業の在庫保有をターゲットとしている訳ではなく、あくまでも電子商取引における大規模な物流倉庫をターゲットとしていることが判る。また、仮に PE 認定された場合においても、PE に帰属する所得につき、前述したとおり人的配置を主体としてリスクと機能を割り当てる方向性であれば、それほど多額の所得を割り当てられることはないと思われる。ただし、OECD 加盟国以外の新興国の税務当局が同様な解釈をするかについては疑義があるため、新興国においては現地における解釈に注意しなくてはならないであろう。

(2) 本件規定 4 項の内容詳細

第 13 条 4 項は、いわゆる細分化防止規定であり、この規定を適用することとすると、2017 年版 OECD モデル条約第 5 条 4 項 1 号に該当する規定振りとなることとなる¹¹。(本件協定の原文よりも、OECD モデル条約がその影響が把握しやすいため、以下については

11 日本の条、項、号の付し方とは異なり、例えば、パラグラフ 4 の次のサブパラグラフは、4.2 ではなく、4.1 となることに注意されたい。

OECD モデル条約の該当する規定を示している。)

<英語原文>

Paragraph 4 (Exemption from Permanent Establishment) shall not apply to a fixed place of business that is used or maintained by an enterprise if the same enterprise or a closely related enterprise carries on business activities at the same place or at another place in the same Contracting State

and

a) that place or other place constitutes a permanent establishment for the enterprise or the closely related enterprise under the provisions of this Article,

or

b) the overall activity resulting from the combination of the activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, is not of a preparatory or auxiliary character,

provided that the business activities carried on by the two enterprises at the same place, or by the same enterprise or closely related enterprises at the two places, constitute complementary functions that are part of a cohesive business operation.

<日本語非公式訳>

同一の場所でその企業と密接関連企業が行う事業、又はそれらの企業がその場所又は同じ国にある他の場所で行う事業が一つの密着する事業のオペレーションを補完的に構成する場合において、

(a) その場所又は他の場所が、その企業又は密接関連企業にとってこの条に規定する恒久的施設となるとき、

又は

(b) 同一の場所でその二つの企業が行う活動の組合せから生ずる全体的な活動、又はその企業若しくは密接関連企業が二つの場所で行う活動から生ずる全体的な活動が準備的又は補助的でないときには、

上記 4 項（恒久的施設の例外規定）は適用されない。

注：（ ）については、報告者によって付されたものである。

本件の細分化防止規定については、欧米の多国籍企業が恒久的施設を構成する場所と活動を細分化し恒久的施設の認定を回避しているとされたため導入された規定とされているが、日系多国籍企業はそのような回避行為は意図的には行っていないと考えられるため、本規定の影響は比較的少ないものと考えられる。

ただし、2017 版 OECD 租税条約コメンタリーの事例に、非居住者である法人（RCO）が当該国に大型の製品のための保管倉庫を有していて、当該国に所在する販売子会社（SCO）は店舗を有し、その店舗で大型製品を販売し、その製品を倉庫にアクセスし発送している場合には、以下の理由から当該倉庫での RCO 活動は補助的又は準備的でないとして PE に該当することとなるとしているため、注意しなくてはならない。

- (i) SCO と RCO は密接関連者である。
- (ii) SCO の店舗は PE である。（PE となるためには、非居住者が有するものか、その国の居住者が有するものかは問わない。）
- (iii) RCO の倉庫における活動と SCO の販売活動はお互いに補完的な活動であり、それらは密着した事業オペレーションの部分構成している。

従って、現地販売子会社が所在する場合には、当然事業を行う一定の場所を有していると考えられるため、日本親会社が有している在庫の保有等の活動を行う場所と当該販売子会社の活動を行う場所が、一つの密着する事業のオペレーションを補完的に構成するときは、当該在庫保有等の活動を行う場所も補助的又は準備的活動を行う場所とされず、PE を構成することとなると考えられるため、注意しなくてはならない。

さらに、4 項の細分化防止規定のみの適用になり、Option A が適用とならない租税条約もあるが、その場合には在庫の保有等を行う場所においては補助的又は準備的な活動か否かのテストは必要ではなく、それらの場所は PE とはならないが、その他の活動については、Option B においても補助的又は準備的な活動か否かのテストが必要であるため、細分化防止規定が適用となる場面も想定され得ることとなるため、注意が必要となると思われる。

(3) 日本の通知とマッチング結果

日本は、13 条については留保しておらず、適用することとされる。通知においては、13 条 7 項に基づき、Option A を採用することとしており、準備的、補助的な性格であることが PE の非該当性の要件となることを選択している。さらに、当該規定が代替することとなる対象租税条約の規定を相手国に通知している。また、13 条 4 項の細分化防止規定についても、適用することとしており、該当する条項を通知している。

マッチングの結果については、「図 1-4 日本の MLI における適用条項の状況一覧（暫定リストベース）」を参照されたい。マッチング結果で留意すべきは、代理人 PE の場合と同様であるが、PE の認定にアグレッシブな対応を採用するインド、及び近年条約の解釈により課税を強化する傾向があると言われていたインドネシアとの条約につきマッチングしていることである。現地国の課税当局の動向を注視しなくてはならないが、これらの国を含む進行国が PE を利用した課税強化をしていく可能性は否定できないと考えられる。なお、OECD 加盟国については、原則として OECD モデル条約のコメンタリーに従うことが予想されるため、マッチングしたとしても、事業を行う場所が補助的・準備的であれば、PE 認

定されないこととなり、仮に PE を認定された場合でも、その PE が担う機能とリスクに従って所得を割り当てるため、それほどの課税強化にはならないと考えられる。

7. MLI が日本企業のグローバル活動に及ぼす影響のまとめ

以上、多国間税務協定の各条項の概要とその影響、特に日本企業に影響を及ぼす可能性があると考えられる「第 6 条 対象租税協定の目的」、「第 7 条 条約の濫用の防止」、「第 12 条 問屋契約及びこれに類する方策を通じた恒久的施設の地位の人為的な回避」、「第 13 条 特定の活動に関する除外を利用した恒久的施設の地位の人為的な回避」については、その詳細を検討した。

その結果、「第 6 条 対象租税協定の目的」と「第 7 条 条約の濫用の防止」については、OECD 加盟国を含むすべての多国間協定参加国において多大な影響を及ぼすことが判明した。不確定要素が多い分野であるが、ある程度のガイドラインを策定して、対応すること又はその影響をモニタリングすることが推奨される。「第 12 条 問屋契約及びこれに類する方策を通じた恒久的施設の地位の人為的な回避」及び「第 13 条 特定の活動に関する除外を利用した恒久的施設の地位の人為的な回避」については、電子商取引に係る大規模物流倉庫以外のアレンジメント、ストラクチャーその他については、OECD 加盟国においてはその影響は比較的軽いと考えられる。OECD 加盟国以外の新興国では、多国間税務協定の文言を拡大解釈して課税強化を行う可能性があり、新興国ではその国の課税当局の対応を注視し、適切な対応をとるべきであると考えられる。

ただし、「第 13 条 特定の活動に関する除外を利用した恒久的施設の地位の人為的な回避」に関しては、4 項の細分化防止規定が適用されることとなる租税条約については、現地子会社の事業を行う一定の場所の活動と合わせて PE が認定される可能性があるため、注意が必要となる。

8. グローバルにおける多国間税務協定の状況

最後に多国間税務協定に参加した各国の留保・適用状況につき、実体法関連規定を中心としてグローバルに俯瞰することとしたい。

OECD の発表によると、2017 年 7 月 6 日の当初の署名時から新たに 10 の国又は地域（バルバドス、カメルーン、コートジボワール、キュラソー、ジャマイカ、マレーシア、モリシャス、ナイジェリア、パナマ、チュニジア）が署名し、当初 67 カ国であった参加国は 77 カ国になったとされている¹²。

非公式な情報ではあるが、多国間税務協定の対象条約のうち、マッチングの状況の概要は

12 OECD ウェブサイト「SIGNATORIES AND PARTIES TO THE MULTILATERAL CONVENTION TO IMPLEMENT TAX TREATY RELATED MEASURES TO PREVENT BASE EROSION AND PROFIT SHIFTING Status as of 24 January 2018」(<http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mlisignatories-and-parties.pdf>) 参照。

以下の通りとされており、主要項目のマッチング状況の概要把握のための参考にされたい。

図 1-5 対象条約（2017年12月15日現在）のうちマッピングする可能性のある条約数（主要項目のみ）のイメージ*

前文	約	1,100	
PPT（7条）	約	1,100	
PPTとLOBの組合せ	約	40	
代理人PE認定の強化（12条）	約	170	
倉庫等のPE認定の強化（13条2項）	約	240	
活動細分化防止によるPE認定の強化（13条4項）	約	360	
契約細分化防止によるPE認定の強化（14条）	約	110	
相互協議（16条）	約	1,100	
仲裁（6章）	約	150	
* 現時点では正確な数を把握することは不可能であるため、あくまで多国間租税協による租税条約のマッピングの広がり程度のイメージを参考とされたい。			

上図のマッピング状況を見ると、租税条約の濫用防止の趣旨を織り込んでいる前文と12条のPPTの規定は強制規定であるため、当然のことながら、原則としてすべての対象条約に織り込まれることとなると考えられる。一方、LOB（特典制限条項）の広がりには限定的である。これは、PPTを標準的な条項としたためであろうと思われるが、非常に主観的な判断が伴うPPTよりも、実務を担当する企業の税務担当者及び実務家にとっては、LOBの方が実際の対応はより簡易であるとの意見もあるため、LOBの広がりには限定的であるのは予測可能性を減ずることであるとも評価できる。PE関連の代理人PE認定の強化（12条）、補助的・準備的活動の除外強化による倉庫等のPE認定の強化（13条2項）、活動細分化防止によるPE認定の強化（13条4項）、契約細分化防止によるPE認定の強化（14条）等のPE認定課税の強化については、それほどの広がりを見せていない。

ただし、日本は代理人PE認定の強化（12条）、補助的・準備的活動の除外強化による倉庫等のPE認定の強化（13条2項）、活動細分化防止によるPE認定の強化（13条4項）については、留保せず適用することとしているため、現地子会社がこのような契約、活動、アレンジメント等を行っている場合、又は日本本社が現地国に一定の場所の保有又は維持をしている場合、新興国については拡大解釈が行われる傾向があるため、注意が必要である。

最後に、KPMG米国事務所が発行した2017年6月12日付けのニュースレターであるTax News Flashを参考に多国間租税協定のグローバルな傾向を分析をすることにより、ま

とめとすることとしたい¹³。

当該ニュースレターによれば、7条の条約の濫用防止については、前述したとおり、原則としてすべての国が PPT を選択したが、アルゼンチン、チリ、コロンビア、メキシコ、ウルグアイを含むラテンアメリカ諸国、及びインド及びインドネシアを含む 12 カ国が PPT と簡易版 LOB を選択したとされている。また、その他 3 カ国が簡易版 LOB の適用を他の当事国が簡易版 LOB を選択した場合には許容しているとしている。さらに、7 カ国が詳細版 LOB につき交渉することを希望しているとしている。やはり、LOB を租税条約の基本ポリシーとしている米国が参加しなかったこと、及び OECD が多国間税務協定の標準的な条項として PPT を採用したことにより、簡易版及び詳細版とも LOB の広がりは一時的なものである。

PE に関する一連の変更を含む条項については、12 条の代理人 PE 認定の強化については、早くから英国は選択しない方針を明らかにしていたとされる。その結果、オーストラリア、ベルギー、カナダ、中国、ドイツ、香港、アイルランド、イタリア、韓国、ルクセンブルク、シンガポール、南アフリカ、スイス等がそれに続くこととなり、半数を超える参加国が適用を留保することとなった。一方、アルゼンチン、チリ、コロンビア、コスタリカ、メキシコ、ウルグアイを含むラテンアメリカ諸国、フランス、インド、インドネシア、日本、オランダ、ニュージーランド、スペイン等が留保せず、適用することとなっている。

13 条 2 項の倉庫等の PE 認定の強化については、すべての活動につき補助的・準備的活動であるか否かのテストを行う Option A を選択した参加国は、約 3 分の 1 であり、アルゼンチン、オーストラリア、オーストリア、ドイツ、インド、インドネシア、イタリア、日本、メキシコ、オランダ、ニュージーランド、南アフリカ、スペイン等が含まれる。一方、Option B においては、倉庫等の補助的・準備的活動が行われることが多い一定の場所につき、補助的・準備的であるか否かを問わず PE から除外しているが、多数の国が Option B を選択し、ベルギー、フランス、アイルランド、ルクセンブルク、シンガポール等が含まれている。13 条 4 項に規定する活動細分化防止による PE 認定の強化については、多数の国が適用することとしているが、それらには、ドイツ、ルクセンブルク、シンガポールが含まれている。一方、13 条全体を留保し、適用しない国もあり、それらは、カナダ、中国、香港、韓国、スイス等である。

14 条は契約分割防止規定とされているが、工事現場等（コンサルタント活動を含む。）の PE 認定に必要な期間を 30 日間に短縮すること、及び密接関連企業の行う同様の期間を加算することが含まれている。多数の国が 14 条については留保しているが、アルゼンチン、オーストラリア、フランス、インド、インドネシア、アイルランド、オランダ、ニュージーランド等は適用することとしている。ちなみに、日本は適用を留保していることは前述した

13 KPMG グローバルウェブサイト掲載の Tax News Flash 「KPMG analysis: Multilateral instrument implementing the treaty-related BEPS provisions」 (<https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/xx/pdf/2017/06/17227.pdf>) 参照。

通りである。

以上が実体法関連の各国の選択状況であるが、各国それぞれの事情があり、それぞれの思惑があるため、なかなか確定的なことは述べることはできないが、敢えて言及すると、インド、インドネシアはかねてから租税条約の適用関連の課税についてはアグレッシブな傾向があったが、今回の多国間税務協定における留保、選択、通知等の状況はその傾向を裏付けていると思われる。また、ラテンアメリカ諸国についても課税強化の傾向が見られる。先進国では、オランダがほぼすべての主要項目について留保せず適用することとしているのに対して、イギリスは、主要項目のかなりの部分につき留保している。日本については、オランダ同様主要項目のほぼすべてにつき、留保せず適用することとしている。

手続規定においては、16条の相互協議手続については、留保の規定も含まれているが、内容的には技術的なものであり、本質的な部分の留保は原則として認められていないとされており、本協定参加国においてはOECDの行動計画14の最終報告書のミニマムスタンダードとされた内容は、概ね担保されるものと考えられる。納税者の相互協議の利便性はかなり改善されると予想されるが、依然として相互協議は努力目標であり、本協定により実際に国際的な二重課税がどの程度排除されるかは、ひとえに各国当局の誠実な実施努力にかかっていると見えよう。

6章の仲裁については、本協定署名時において、アンドラ、オーストラリア、オーストリア、ベルギー、カナダ、フィジー、フィンランド、フランス、ドイツ、ギリシャ、アイルランド、イタリア、日本、リヒテンシュタイン、ルクセンブルク、マルタ、オランダ、ニュージーランド、ポルトガル、シンガポール、スロベニア、スペイン、スウェーデン、スイス、イギリスの25カ国が留保せず、適用を意図している。すべてマッチングする場合、150を超える租税条約につき、仲裁規定が導入されることとなるが、選択肢が複数あり、また仲裁の対象を制限することもできるため、どの程度の数の租税条約にどのような範囲で導入されるのかが注目されるところである。

いずれにせよ、それほど大きな変更はないとされているが、現時点の通知はほとんどの参加国において暫定ベースであり、批准時の確定ベースの通知までに変更となることも考えられるため、今後の動向について注意しなければならないこととなる。

第2章 電子経済—法人源泉地国課税の課題に係る一考察

デロイト トーマツ税理士法人 パートナー
山川 博樹

はじめに—2018.3.16OECD 中間報告と 2018.3.21EU 提案のエッセンスと本稿

OECD は、BEPS 行動 1 の中間報告書 (interim report) 公表を 2018 年 4 月 20 日頃としていたが、スケジュールを前倒して「Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018 Inclusive Framework on BEPS」を 2018 年 3 月 16 日に公表した。2018 年 3 月 18 日、G20 財務相・中央銀行総裁会議は共同声明で、OECD が 16 日に発表した課税見直しに関する中間報告書を「歓迎する」と共に、グローバルな IT (情報技術) 企業への課税見直しについて 2020 年までに各国が合意できるような解決策の策定に取り組み、合意を目指す方針を確認した。

中間報告書は長期・短期のいかなる特定の勧告もしなかった。ただ、長期的な解決に係る一般的な国際世論として、ユーザ間の関わり合いの潜在的価値や現地国で収集されたデータの徹底的な使用に注目していると述べた。そして、各国の暫定措置の必要性やメリットについてのコンセンサスはなく、それらの措置の導入を推奨するものでもないとしつつ、租税条約や WTO 及び EU 協定を含む国際的な取決め上の義務を順守することなどへ考慮が必要であるとのガイダンスに合意している。

中間報告書によると、これは、現在、包摂的枠組の 113 のメンバー国の合意を取り付けており、今後は 2019 年に G20 にアップデートを行い、2020 年の最終報告書公表を目指すとなっている。そして、喫緊の課題として、コンピュータやシェアリングエコノミーの一部としてのオンラインプラットフォーム上のユーザ情報などビッグデータを活用することについて、税務当局間で実務的な国際協力を進めること、そして、暗号通貨やブロックチェーンなどの新テクノロジーの税への影響を検討することを挙げている。背景の一つとして、特に個人対個人のシェアリングエコノミーはそもそも所得の捕捉が難しく地下経済化しやすい経済であったといえようが、電子化により規模も大きくなる一方でプラットフォームビジネスであるがゆえに捕捉の困難さが軽減されると見えているのではなかろうか。

また、中間報告書は、税制が電子化の課題に確実に応えていくためには、電子化がどのように事業のやり方を変えているのか、どのように価値を創造しているのかについて、確固とした理解が必要であるとした上で、電子化の変革は現に進行中の事柄であるのでそれらが価値創造にどのように影響を与えていくのかをモニターしていく必要があるとしつつ、高度に電子化された特定のビジネスモデル (HDB : Highly Digitalized Businesses) にしばしばみられる特性として「現地での物理的存在を伴わない管轄をまたがる現地規模」、「IP を含む無形資産への重い依存」、そして「ネットワーク効果を含むデータとユーザ参画の IP とのシナジー」の 3 つを挙げている。しかし、これらの 3 つの特性が価値創造に貢献して

いるのかどうか・貢献しているとするどどの程度貢献しているのかについての見方が国によって様々であり、結果、これらの 3 つの特性が国際課税ルールに変革をもたらすべきかどうか・変革をもたらすべきとするどどの程度の変革をもたらすべきかどうかについての見方も国によって様々であると述べている。とりわけ「データとユーザの参画」に関して、それらが企業の価値創造に貢献しているとみるべきかそうでないのか・そうであればどの程度貢献しているとみるべきかについて見方が様々で、それゆえ「データとユーザの参画」が国際課税ルールにどのような影響を与えるのかについても見方が様々であるとされている。113 のメンバー国の見方は大きく以下の 3 つのグループ分けができるとされている。

第 1 のグループは、「データとユーザの参画への依存は、利益が課税される場所と価値が創造される場所に齟齬をきたすかもしれないが、課題は特定のビジネスモデルにおいて限定的に生じているものであり、データとユーザの参画への依存の要因が、現行の国際課税ルールについて、その基盤の強化を要するほどに蝕んでいるとは考えない。従い、広範な変革を要する事柄とはみない。」というものである。第 2 のグループは、「進行する経済のデジタル革命やグローバル化に関連する一般的な傾向は、事業の利益を巡っての現行国際課税の枠組みの実効性に絶え間ない課題を引き起こしており、重要なことは、これらの課題は高度に電子化されたビジネスモデルだけに生じているものではない。」というものである。第 3 のグループは、「BEPS プロジェクトは、二重非課税の問題に大方対応済みであり、現行税制に一般に満足であり、国際課税ルールの重要な変革を現時点では要しない。」というものである。

メンバー各国は、これらの上記に示した相違を認識しつつも、どのように課税権を管轄国間に配分するのか、そしてどのように利益を多国籍企業が実行する様々な活動に配分するのか、に関する 2 つの基本的なコンセプトである「nexus」と「利益配分」ルールの首尾一貫した見直しに着手し、コンセンサスベースの解決策を求めることに合意したという。

米国は、米国の雇用と成長に貢献する IT 企業を対象にした課税に「断固反対」（ムニューシン財務長官）しており、国際社会が一致した解決策を見いだせるかどうかは不透明であるとされる。

EU の欧州委員会は、2018 年 3 月 21 日、IT（情報技術）分野の巨人企業を主な対象とする「デジタル税」の導入を加盟国に提案した。中長期的な法人課税ルール改革が実現するまでの暫定措置として加盟国ごとに売上高の 3%分を課税、50 億ユーロ（約 6,500 億円）の税収を見込むとされる。国際協調によるルール見直しも進むが早期の合意は難しいため、EU 独自の課税検討を進めるとされる。欧州委は EU におけるデジタル企業の実効税率の平均は製造業など従来型企業に対する税率の半分だと指摘しており、IT 企業課税のリングフェンス止む無しの決定的な事由にもみえる。

欧州委のデジタル税に関する提案は二段構えである。一つ目は、中長期的な見直し策として、条約適用ルールとしての EU 共通法人課税改革を提案した。物理的な拠点が国内にな

く現行制度では課税対象にならないケースでも、国内の重要な電子的プレゼンスとして(1) 現地国のユーザ向けデジタルサービスに由来する年間売上高が 700 万ユーロ (約 9.1 億円) 超、(2) 該当するデジタルサービスのトータルでのユーザ数が年間 10 万人以上、(3) オンラインビジネス契約が年間 3,000 件超という閾値の 1 つでも満たせば国内に「デジタル PE」があるとみなし、課税できるように見直すこととされる。ここでいうデジタルサービスの定義は現行の VAT ルールに沿うこととなる。

利益配分ルールに基づく帰属所得は、(a) 例えば広告出稿におけるユーザのデータに由来する利益、(b) 例えばオンラインの市場やシェアリングエコノミーのためのプラットフォームにおけるユーザを結び付けるサービス、(c) 例えばデジタルコンテンツの配信におけるデジタルサービス等の市場価値を勘案することとされている。考え方の基本は、移転価格税制上確立された独立企業間原則である。帰属所得決定のデフォルト手法は利益分割法であり、研究開発費やマーケティング費用とともに、新たに現地のユーザや収集されたデータの数をその分割ファクターとして取りこむこととする。ユーザ参画やデータの価値、具体的には①個々のユーザのデータの収集・保管・加工・分析・展開・販売、②ユーザが創出するコンテンツ (例えば、YouTube に投稿されたビデオ、Instagram 等) の収集・保管・加工・表示、③オンライン広告スペースの販売、④デジタルマーケットプレイス上に第三者が創出したコンテンツ (映画、音楽等) をデジタル販売市場で利用できるようにすること、⑤その他デジタルサービス提供等を新たに分割ファクターとして認識しているわけである。帰属所得は市場価値を勘案とするが、OECD における利益分割法の議論も、コストではなく、市場価値で按分する考えである。市場価値とコストとの差は、ひとえにリスクが考慮されているかどうかであるので、コストで按分するのであれば、どれだけ市場価値に近づけるのかという議論になろう。マネタイズできるファクターはあるのかもしれないが、実際にできているかどうかは個々の事情による。この提案は直接 EU の共通連結法人課税ベース (Common Consolidated Corporate Tax Base : CCCTB) を改正するものではないが、最終的には統合される方向にあるとされる。

二つ目は、短期的な暫定措置として、世界売上高が年間 7.5 億ユーロ (約 975 億円) 以上で下記に掲げるようなデジタルサービス売上高が EU 域内において 5,000 万ユーロ (約 65 億円) 以上の企業に対するもので、Facebook、Google AdWords、Twitter、Instagram、“free” Spotify 等が行うような「オンライン広告出稿」や「収集されたユーザのデータの販売」、及び、Airbnb や Uber 等に代表されるような「ユーザ間の関わり合いを容易にする電子プラットフォーム提供」という 3 つの主要なサービスタイプから得られるデジタルサービス売上高に対して税率 3%を賦課する案の提案である。デジタルコンテンツの配信、支払サービス、オンライン販売及びクラウドサービス等は対象外とされている。EU 域内及び域外とのクロスボーダー取引も一国内取引も対象である。欧州委によると 120~150 社が対象になるとされている。ユーザの価値創造のコンセプトに従うと、ユーザが所在する国にも課税権があるとされるため、EU 加盟国の複数国にユーザが所在する場合には、一カ国が税の

賦課・徴収を行い、アロケーションキーに基づき、ユーザが所在する他国にこれを配分することが義務付けられる。現在 VAT 課税で用いられている One Stop Shop モデルを基礎に実施されることになる。この短期的な暫定措置は、課税対象を従来の利益から売上高へ切り替えるのが柱である。独自に代替売上税を導入し EU 単一市場を乱す勝手な行動に出る国があるため混沌を回避するという趣旨もあろう (P.50 参照)。

ただ、EU では税制の変更に加え 28 カ国の全会一致による承認が必要となる。アイルランドやルクセンブルクなど低税率で IT 巨人企業を誘致した国は反対姿勢をみせており、調整は難航が避けられないと報じられている。また、米国政府は欧州委のこのデジタル税法案に反発している。

一つ目の中期的な見直し策における利益分割法の実行にあたっては、バリュエーション、そして、分割ファクターの示唆は与えられているにせよ、どのように分割対象損益を分割するかについてはさらなるガイダンスが必要である。特に現地のユーザや収集されたデータの数をどのように特定し、どのように評価していくのか、実務上の困難を突き付けられるとあってよいであろう。国際課税原則を変更するためには世界の 3,000 に及ぶ租税条約の改定が必要である。EU は全会一致で見直し策が可決されると最速で 2020 年 1 月からの実施を見込んでいるが、これらの実務的課題の困難さを考えると、現実には難しいという予測もある。いえることは OECD の 2020 年の最終報告書になにがしかの影響を与えることを狙っているということだろう。

さて、これらの報告書や提案に接し、世界の趨勢をどのようにみるべきなのであろうか。欧州の中心国は、データとユーザの参画への依存に着目し、一定の電子経済のビジネスモデルを射程に捉えた改革を選好しているようにみえる。他方で、米国政府は電子経済にリングフェンスした課税に強く異を唱えるようにみえる。そして、その背後には、これまでの経緯論からみて、今般の電子経済の議論を言わば奇貨として、リングフェンスなく幅広く源泉地国課税権を復権したいという新興国・途上国等の多数の国が存在するとみるべきであろうか。今回の OECD 中間報告書は米国に注意深く配慮をして抑制的なトーンで書き下しているようにみえる。ただ、現状、国際課税ルールの変革を何もしないで収まるレベルなのであろうかは判然としない。今回の中間報告書の最後の結論として『2 つの基本的なコンセプトである「nexus」と「利益配分」ルールの首尾一貫した見直しに着手し、コンセンサスペースの解決策を求めることに合意したという。』と記していることはなにがしかの前向きな結論を出さなければ収まらない状況にあるということなのであろうか。仮にここでのコンセンサスペースの解決策に合意された場合何が起こるかであるが、例えば、先般の BEPS 行動 15 の多国間協定 (MLI) の枠組みを使い条約を改訂し、そして各国が所要の国内法の見直しに移るとすることも想像されよう。ネットインカム課税の解決策への方向感 は OECD としては理想でありミニマムラインであり、一方で、例えば米国の近時の一方的措置ともいえる BEAT TAX (Base Erosion and Anti-Abuse Tax : 税源侵食防止税) にみられるような

移転価格税制への諦めともとれる思考へのアンチテーゼとみることも可能であろうか。

今回、OECD 中間報告書が特段に否定もしなかった一方的措置が、今後インド・ブラジル等から一層の拡がりを見せ、その世界でのコンプライアンスコストの高まりから、米国 IT 企業及び米国政府の主張がむしろ条約上容認された世界一律の OECD 起案のネットインカム課税の選好に方向転換し（あまり想定できないかもしれないが）、その際、「広範な変革を要する事柄とはみない」とする電子経済へのリングフェンスを受け入れることより寧ろ、世界の多国籍企業全般を巻き込んだ国際課税原則の改革論に転じ、これが手ぐすねを引いて待っている新興国・途上国等の多数国の国益と一致し、議論の大勢となるような事態は、日本の利害の観点から回避すべきといえようか。

さて、本稿は、2018.3.16 OECD 中間報告書や 2018.3.21 EU 提案の内容を知る由もない 3 月中旬までに主に執筆したものであり、主として 3 月中旬までに公表された資料情報に基づき、BEPS プロジェクトにおいてこの議論が始まって以降 5 年間の世界の議論の経緯をまとめ、以下の 4 つの切り口から考察を行ったものである。

- I. サプライチェーンに浸透するデジタルライゼーションと移転価格分析
- II. 法人源泉地国課税の論点の本質—デジタル経済ビジネスモデルと価値創造の源泉について
- III. いわゆる Google ビジネスモデルを対象とするイスラエル新通達とインドの司法の判断
- IV. 企業が収集したデータの存在価値の帰属を敢えて現地に認めるとすると、どのような議論に行き着くのか

については、今般の OECD 及び EU の公表物の内容に係る詳細な解説や分析は別の機会に譲るとし、本稿では、上記の考察を行う中でこれらの公表物のエッセンスに限定的に触れるに留まらざるを得ないことをお断りしておきたい。

若干結論を先取りするが、敷衍させていただくと以下の通りである。

考察 I の議論は、生産、販売、研究開発、経営管理及び金融に、デジタルライゼーションがどう浸透するか、そしてそれが主に移転価格分析にどう響くのかを概観したものである。上記の OECD 中間報告書の 3 つのグループ分けの第 2 のグループの問題意識、すなわち「進行する経済のデジタル革命やグローバルライゼーションに関連する一般的な傾向は、事業の利益を巡っての現行国際課税の枠組みの実効性に絶え間ない課題を引き起しており、重要なことは、これらの課題は高度に電子化されたビジネスモデルだけ特有に生じているものではない。」にアラインしている。

考察 III の議論の中のイスラエル新通達は、上記 OECD 中間報告公表以前に発遣された

ものである。この中間報告の 3 つのグループ分けの第 1 のグループの「データとユーザの参画への依存は、利益が課税される場所と価値が創造される場所に齟齬をきたすかもしれないが、課題は特定の（両極性）ビジネスモデルに限定的に生じているものである。」という認識と共通の認識の下で策定されたものと想定されよう。イスラエル新通達は、2018.3.21 EU 提案の中長期的な見直し策の考え方と異なり、nexus の閾値を両極性の特性の総合判断としており、また、帰属所得に一切触れていない。

考察 IV の議論は、OECD 中間報告書が現下の究極の論点と整理したように見える、「とりわけ、データとユーザの参画に関して、それらが企業の価値創造に貢献しているとみるべきかそうでないのか、そうであればどの程度貢献しているとみるべきかについて、見方が様々であり、それ故に、データとユーザの参画が国際課税ルールにどんな影響を与えるのかについても、見方が様々であるとする。」との論点に期せずしてフォーカスしており、この考察 IV の議論での結論は、2018.3.16 OECD 中間報告書の第 1 のグループの見方である、「データとユーザの参画への依存は、利益が課税される場所と価値が創造される場所に齟齬をきたすかもしれないが、課題は特定のビジネスモデルに限定的に生じているものであり、データとユーザの参画への依存の要因が、現行の国際課税ルールをその基盤の強化を要するほどに蝕んでいるとは考えない。従い、広範な変革を要する事柄とはみない。」とする考え方に近似しているといえようか。

なお、2018.3.21 EU 提案は、ユーザが提供するデータは他の要素とのコンビネーションにおいて価値創造の一つの要素とみるように見えるが、考察 IV においては、ユーザが提供するデータはそれ自体何の価値もないという米国流の思考をスタートポイントとしている。

更には、同じく 2018.3.21 EU 提案の中長期的な見直し策は最終的には CCCTB に統合される方向にあるとされるが、これは全世界共通ルールになり難い。考察 IV においては、ネットインカム課税を許容しうるバーチャル PE 認定及び帰属所得の立案の可能性という枠組みの下で論じている。OECD 中間報告書は『メンバー各国は、これらの上記に示した相違を認識しつつも、どのように課税権を管轄国間に配分するのか、そしてどのように利益を多国籍企業が実行する様々な活動に配分するのか、に関する 2 つの基本的なコンセプトである「nexus」と「利益配分」ルールの首尾一貫した見直しに着手し、コンセンサスペースの解決策を求めることに合意したという。』と整理しているところであり、これと軌を一にしているといえよう。

1. 2015 年 10 月公表 BEPS 行動 1 最終報告書までの OECD の議論

- 電子経済に特有の BEPS は存在せず、BEPS の他の行動計画の勧告内容を実施することで BEPS に対しては実質的に対応可能であるとの結論に至った。特に、行動 3（効果的な CFC ルールの構築）、行動 7（PE 認定の人為的回避の防止）、行動 8-10（移転価格算定の結果と価値創造の整合性の確保）により適切に対処することができる。
- ここでの電子経済に係る鍵となる気付きは、①電子経済は情報通信技術（ICT :

Information and Communication Technology) によってもたらされる変化を及ぼす力のあるプロセスの結果であること、②電子経済自体経済そのものであるため税目的上他の経済との区分は不可能であること、③電子経済の可動性・データへの依存という鍵となる特性が税の論点として密接に関連してくること、④電子経済に特有の BEPS は存在しないにせよこの電子経済の特性は BEPS リスクを悪化させること、である。行動 3、7、8-10 の議論において、電子経済特性はインプットされており、実際顕在化した BEPS リスクに対する実質的対応力が期待されることとなった。

- 直接税については、市場の存在する国での物理的拠点をも最小化する電子経済が、PE を閾値として源泉地国の課税権を画してきた課税原則への挑戦と捉えられたことはもとより間違いない。PE 概念のように源泉地国の課税権を基礎付けるネクサス (nexus) の問題、ビジネスモデルの中でデータ収集・分析が果たす役割の適切な評価、そして所得の性質の決定の困難さが課題であることが共通認識とされ、ネクサス・データ・その性格付けを踏まえた上で、他の行動計画において検討されていない手段も検討されたものの、その時点では電子経済のみをターゲットとする特別な対抗策の勧告は見送られ、他の一般的な BEPS 対抗策の成果を期待する方向性が合意された¹⁴。

- 対抗策としては以下 3 つの観点を示された。

- ① PE 例外規定の見直し (行動 7 の見直しの議論を踏まえて対応)
- ② 企業が収集したデータの価値に着目した課税
- ③ 電子商取引の決済に着目した課税

このうち、②と③については、以下 3 つのオプションが検討されるも勧告には至らなかったわけである。

- A オプション：重要な経済的拠点 (significant economic presence：現地国経済と意図的かつ持続的なつながりを示す要素があり一定の売上高を計上していること) の概念に基づく新たな PE への課税 (現行の PE 概念の代替)¹⁵

14 OECD/G20 の BEPS プロジェクト行動 1 の議論の枠組みについて、参考になるものとして、渡辺智之稿・日経経済教室 (2017.11.2) の骨子を紹介させていただく。米国系巨大 IT 企業の収益を適切に課税することは容易ではない。デジタル経済は物理的な場所に全く制約されない上に経済活動の場所や経済的価値が創出された場所の特定が困難なため、従来の国際課税ルールによる法人税の対応が難しくなっている。デジタル経済の下では、経済活動の行われた国における源泉地国課税をどの国でどれだけ課すのかを決めることが困難になっている。このため、IT 企業が自国内で活動している国にとって大きな課題であり、先の行動 1 の目的の一つは価値の創出に応じた課税の確保であり、深刻な困難に直面した法人源泉地国課税を維持させることは可能かという命題へのチャレンジであろう。源泉地国課税の確保を目指した従来ルールの見直しは、多国籍企業のコンプライアンスコストの増大をもたらし、また各国にとって他国と著しく異なる法人税制を維持することはますます困難になるであろう。よって BEPS プロジェクトには、巨大 IT 企業などによる行き過ぎた国際的租税回避を抑制する点で一定の成果が期待されるものの、現行の法人課税をデジタル経済下で存続させることは限界にぶつかる可能性が強いとの論がある。デジタル経済の進展で源泉地国課税が困難になるとしたら、各国が一定の税収を確保するために、生み出された経済的価値を消費する顧客の存在する国で課される仕向地国課税 (消費型付加価値税) に向かわざるを得ず、そうなると、デジタル経済の進展が消費税に関して困難な問題を突きつけるサービスや無形資産の国際取引について論点化されつつある。

15 この他、別途に PE からの除外項目 (OECD モデル租税条約 5 条 4 項) の見直しが勧告されており、一定の対応が実現している。我が国においても本年の税制改正で対応。

- B オプション：特定の電子商取引に対する源泉徴収
- C オプション：その他特別な賦課金として対国内・国外事業者の課税上の不公平を是正する趣旨での平衡税（equalization levy）の導入

勧告に至らなかった理由は、BEPS 対抗策全体が実施に移されると「事業活動・価値創造の場所で課税すべき」状況に向け前進することが期待されること、特に付加価値税が市場のある国により実効的に賦課された場合には幅広い税課題の様相を軽減することが期待されていること、更に BEPS 対抗策の効果を検証するための情報が必要でありそれらは遠からず入手可能なこと、である。

もっとも、OECD は、各国が上記の 3 つのオプション対抗策を採ることを排除したわけではなく、租税条約等の既存の国際的な法約束と整合する限りにおいて、国内法によって対抗策を一方的に導入することが許容されている。

- なお、BEPS プロジェクトで問題視されたターゲットはプリンシパルモデルである。軽課税国にプリンシパル法人（中間会社）を設立してそこに無形資産を移転する。インターネット等のコミュニケーション手段を活用し、市場・顧客所在地国・源泉地国での物理的拠点をも最小化し、それが必要な場合でも、当該拠点の機能・リスク負担を限定し、また支払に課されるグロスの源泉税を最小化しつつ、費用として認容されるブランド使用料等を増加させることにより、源泉地国の税負担を軽減する。そして、究極の親会社の居住地国においても低税負担の利益に対する課税が生じないことが必要であり、プリンシパル法人への無形資産の移転の際や CFC 税制の対応においてもプランニングが駆使された。このプリンシパルモデルは伝統的ビジネスモデルの企業にも多く活用されているが、ビジネスモデルに占める無形資産の役割の大きさ（源泉地に人を置く必要に乏しいビジネスモデル）のために IT 企業に強く当てはまり、税効果が顕著であると考えられてきた。OECD において、他の一般的な BEPS 対抗策の成果を期待する方向性が合意された事情も、IT 企業も他の企業と同じくプリンシパルモデルを活用していたという事由によるものであろう。3 つのオプション対抗策は、市場・顧客所在地国・源泉地国での物理的拠点を特段最小化しうる IT デジタル企業への特例と解されよう。
- 付加価値税については、International VA/GST Guideline の原則の適用、徴収メカニズムの検討が進められた。我が国では平成 27 年度の税制改正により国境を越えた役務提供に対して消費税を課税する旨の改正がなされている。
- OECD の今後の対応は「電子経済の今後の発展が国際課税に与える影響や他の行動計画の勧告内容が電子経済に与える影響等をモニタリングし、2016 年中に今後の作業の詳細なマニフェストを策定し、2020 年までにモニタリングの結果を踏まえた報告書を作成」する、であった。

2. BEPS プロジェクト開始時点での欧米経済界及び我が国政府の問題意識

BEPS プロジェクトが始まった 2014 年 4 月頃における欧米経済界の問題意識・懸念の大枠を整理すると以下の通りである。OECD の BEPS 行動 1 に関する活動は 2013 年 10 月の電子経済タスクフォースの組成にはじまり、まずは、(台頭してきた新たなビジネスモデル、組織ストラクチャー、法務・税務上の事業の取決め、税額を決定する際の特定の課題、ビジネスモデルの今後の変化の予測等の具体的な情報を含む) 技術発展が事業に与える影響及び電子経済課税の議論の適切な取り組み方について利害関係者から意見募集し取りまとめており、これらをベースにしたものである。

- OECD は、2001 Treaty Characterization TAG の電子商取引の支払いが IP 権利移転を生じる場合を除き一般に事業所得と扱われるとの原則を固守すべきであり、グロスペースの課税のために事業所得を生ずる取引と他の取引との区別を曖昧にすべきではなく、他のビジネスアレンジメントや異なる形態の電子商取引との中立を維持し技術革新に悪影響を与えないこと。
- リモート販売者のバーチャル PE の創設を含む例外的なネクサス基準が適用されるのであれば、デジタル経済活動を行っている企業であることを特定する明瞭な執行基準を要すること。セクターごとの個別ルールは狭い状況のみで正当化され、それすら経済的荒廃をもたらしかねないこと。個別セクターの基本的国際課税原則の変化は、国際慣行からの乖離を生じせしめ、大部分のビジネスについてその活動の一部がデジタル経済の一部の活動とみられるリスクが生じ、単一の企業に 2 つの異なる税制が適用されることになる。すると税務当局と企業との間で不確実性が生じることになる。
- ここで、課税管轄を決める物理的存在を放棄することとなれば PE への利益帰属原則の再考が要求されよう。すなわち OECD は、利益の帰属に「重要な人的機能の存在」を強調するが、「バーチャル PE」概念は「人的機能と資産」から離脱を意味しよう。さはさりながら「バーチャル PE」への過度の利益帰属を避けるべきであり、開業その他の損失を適正に配分するルールをも含めるべきであること。
- 所得の源泉は所得を生ずる経済活動が行われる場所であり、単なる顧客の場所だけで所得源泉を決めることはできない。ユーザーデータそれ自体はほぼ価値のないものであるが結合すれば価値をもつ。その価値はデータに適用される仕組みに潜み、その仕組みは企業によって創造され、ユーザの場所で行われない。ユーザーデータの使用に基づいて税を創造するルールは企業にとって重い負担をかけよう。
- デジタル経済に係る新しいネクサスその他所得税の課税権を決める特別ルールの支持は、ロケーションアドバンテージ等の市場に関連する要素や単なる市場の存在に基づく課税権の配分を要求し、国際課税制度全体に影響を与え、デジタル経済の範囲外の分野における源泉地国課税権の拡大のために使用される危険がある。
- デジタル経済に関する OECD の作業自体が国際ビジネス、貿易・投資にネガティブな

影響をもたらすとの懸念がある一方、OECD が新オプションのポリシーの議論に先立ちデジタル経済ビジネスモデルや価値創造の源泉を理解する必要があるとするが、ここでの OECD の徹底分析を奨励する見解もある。

また、当時の税調資料等から想定されうる、当時の我が国政府の問題意識、及び論点の整理¹⁶の大枠は下記の通り。

伝統的な PE 概念を維持すべきか、バーチャル PE 概念を創出すべきか（電子商取引に限定する理屈として電子商取引の特殊性をどう整理するのか。）。PE 帰属利益の原則を維持すべきか、OECD 承認・AOA アプローチでは電子商取引に対して十分な帰属所得を算出することは困難との想定がある中で抜本的な再検討を必要とすべきか（PE の帰属所得を律する OECD モデル条約第 7 条では子会社の場合との公平確保が原則とされているところ、電子商取引に係る新バーチャル PE についてのみ帰属所得算定特例を設ける理屈をどう組み立てるのか。）。新デジタル経済ビジネスモデルから生ずる所得の分類について、ネット所得課税を離れ PE の存在を前提とするネット課税と PE の存在を前提としないグロス課税の区分を明確化できるか。予測可能性・法的安定性を保障できるか。コンプライアンスコストと行政コストを考慮にいて、得べかりし税収と新規に得られる税収との比較のうえで租税政策を議論すべきではないか。二重課税リスクと二重非課税リスクの蓋然性を比較したうえで租税政策を議論すべきではないか。また、勧告に至らなかったが OECD が示した 3 つのオプションに係る問題点として、上述のオプション A～C 共通の問題点として対象範囲の設定が困難、オプション B・C 共通の問題点として GATT の内国民待遇義務に抵触するおそれ、オプション A 固有の問題点として帰属所得の算定が困難、オプション B 固有の問題点として BtoC 取引において消費者に源泉徴収義務を課すことが困難、オプション C 固有の問題点として源泉地国の平衡税と居住地国の法人税の二重課税が生じるおそれ、を挙げている。

ここで PE 概念の理解の前提として、我が国国内法における PE 認定の基準となる「事業を行う一定の場所」の解釈について、電子商取引に係る明示的言及はないため判断できない。また、我が国が締結する租税条約においても同様に明示的言及はないため判断できないが、OECD モデル条約コメンタリーにおいて、サーバなどコンピュータ設備の設置場所は、そこで遂行される機能が重要であるとともに、企業の事業活動の本質的ないし中核の一部であるなど一定の場合には PE となる可能性があり、他方、データ・ソフトウェアに分類さ

16 当時の日本政府サイドの視点に立つ一見解として、「伝統的な機能・リスク分析から逸脱した帰属所得決定キーを持ち込むことは危険ではなかろうか。物理的 PE に依存する伝統的法人所得課税方式から離れた解決策がむしろ賢明なのかもしれない。一定程度抑制的な統一ルールが 2020 年に芽生えていくのが期待されるのではなかろうか。」（拙編著「移転価格対応と国際税務ガバナンス」（中央経済社、2017.9）P.50、拙稿「大規模法人の国際課税の課題」（月刊国際税務別冊、2014.1）P.11～P.17 参照）

れるウェブサイト（ソフトウェアと電子データの組み合わせ）自体は PE となる余地はないと解されている。また、2010 年 7 月の PE への所得の帰属に関する OECD 報告書では「サーバ PE は、企業のために行動する職員がいない状態では、資産の経済的所有権の帰属又はリスクの引受けに関する重要な人的機能も遂行していないことになるから、OECD 承認アプローチの下では資産又はリスクが当該 PE に帰属することはなく、そのような PE にはほとんど又は全く利得が帰属しないだろう」と記されている。PE 概念を変更した場合、予測可能性・法的安定性、事務負担、当該 PE に係る源泉地国と居住地国との間で解釈が異なる場合の二重課税残存リスクの懸念についても想定がなされている。

3. その後の OECD、BIAC 及び諸外国の電子経済に係る見解・活動

(1) OECD の動向

- 行動 1 では、広範な税務上の課題（ネクサス、データ、性格付け）には十分な回答を示していないが、間接税制度を通じていくつかの課題の取組みに必要なツールを提供。VAT は重要な歳入源であり多くの国の支持を得ている。ただ、執行上の均一化の問題はある。各国政府は法人税の課題に注目しているようであるが、VAT 改正の成功に注目すべき。
- “tax of the digital economy”ではなく“tax consequences of the digitalization of the economy”が論点。G20 財務相会合では digitalized economy についても討議。産業界 vs 政府の問題ではない。税と成長、税の安定性にも注目する必要。全てのビジネスがデジタルに沿っておりデジタルを ring fence（区分）できない。出発点を明確にする必要。この問題をなぜ議論しているのか。市場にもっとウェイトを置くべきかどうかというのは市場に価値創造の役割があるからである。データに価値があるかどうかはビジネスモデルをもっと見る必要がある。ビジネスモデルを見て経済全体を通じた価値創造への影響を特定する。デジタルビジネスのバリューチェーンで無形資産及びデータ利用は主要な要素である。
- 2001 年オタワ／行動 1 の原則（P.9、13 参照）に広く基づいてユニラテラル措置を分析予定。デジタルビジネスのみならず平衡税にも焦点を当てて分析。暫定的措置の便益／コストに注目（最も有害な措置の採用を抑制することを目指す）。FTA ではデジタルサービス・デリバリーを通じた途上国の能力構築支援。
- OECD 内の Task Force on the Digital Economy（TFDE：デジタル経済タスクフォース）は 2018 年春に中間報告を発信する予定であるが、そこでは、租税制度をめぐる基本的問題、価値創造に対する電子化の影響は何か、現在の状況、今後の見込み、ユニラテラルな措置の意味は何か等が中心テーマとなり、具体的なワークプログラムは、電子テクノロジーの事業上の使用の発展のモニター、（ロボティクスや Internet of Things 等、税務行政の機会を含め）新しいビジネスモデルと価値創造の決定要素の分析、BEPS 対抗策のモニターと資料情報の分析（潜在する資料情報は CbCR など。WP1

は所要の性格付けの論点に係るテクニカルワークに着手している。WP9 は国を跨る電子商取引に係る付加価値税徴収のルール施行のモニターと International VAT/GST Guideline の実施に係る詳細な実務ガイダンスの策定のサポートを行う。PE の帰属所得、利益分割法のガイダンス、及び価格付けの困難な無形資産の議論は現下作業中。行動 5、6、13、14 に係るミニマムスタンダードのモニター。WP2 は BEPS の定量分析を行う。FTA は BEPS 対抗策を実施する。これらの WP の作業をフォローの上で、BEPS 対抗策の効果測定を行う。)、電子経済課税の進展のモニター (新しい選択肢やアプローチを摸索する国もある。)、既存税制枠組みの持続可能性とありうる税制の選択肢の議論展開 (国際税制標準の実効をモニターし電子経済が引き起こす課題の範囲を鳥瞰・評価する。要すれば税制の選択肢の分析を継続する。) とされる。

- ユニラテラルな行動 (例: 英国 DPT、豪州 MAAL、インド平衡税等) があり、条約外での提案が二重課税のリスクを生じることを承知しているが企業の納税額が少ないために二重課税が悪い解決策とは見ていない見解があるという。欧州で 10 カ国が代替的電子売上税に署名したが多くの国は調査検討中であるという。欧州委員会は指令案を草案中で理事会が勧告を行う可能性があるが、これが調整の取れたものかどうかは不明であろう。コンセンサスが得られなければ各国はユニラテラルに行動するであろう。短期と長期に対応しなければならない。懸念を共有することは協力に繋がるであろう。OECD は直接税の課題を認識する必要を明示している。OECD はグローバルソリューションを目指しており、応急措置 (quick fix) を支持しないが、既にグローバルソリューションを待ちきれない複数の国が現出しており、最終的にグローバルソリューションの成案が見通せないのであれば、フランスなど 10 カ国程度の欧州国が、例えば売上高をベースとした代替的電子売上税を採用する余地があることを認識している。
- OECD は、フルセットの最終勧告は 2020 年であり、2018 年 4 月の中間報告はあくまでも中間報告であり、いくつかの国で政治的な圧力が継続している状況に配慮し何かの基本的な道標を示すにとどまることになるろう、と考えているようにみえる。

(2) BIAC はじめ欧米経済界の動向

デジタル経済に係る BIAC はじめ欧米経済界の考え方は、以下の通りと整理されよう。

- EU が OECD ガイドライン及び二国間租税条約をなし崩しにしようとしているのは大いに懸念。企業課税を利益に課税しないものに改変しないようにすべき。一貫性も重要である。公平性をめぐる議論がある。
- 時代遅れにならないことも考慮すべき。デジタル化は始まったばかりで、全てのビジネスは生き残りのためにできるだけ早く連続的に動いている。
- 政治的観点からも注目していく必要性。消費税はカバーされていることを確認すべき。
- 代替的電子売上税等の問題点は益々広がり、歳入が上がれば、仮措置が暫定的ではなくなる懸念。価値創造という長期的視点が必要。デジタル企業だけではなく、また、

米国企業だけでなく全企業がこれに注意すべき。

- **BIAC** は思想リーダーシップを示さなければならず、また各国国内経済及び世界経済への影響を示すべく各国政府と話す必要。各国当局は租税回避への対応の視点のみであるので、経済成長の視点も重要である。EU についても同様で、各国のビジネスが投資面で影響を受けるはず。

また、デジタル経済に係る **BIAC** コメント（2017年10月13日）は、以下の通り。

- **digitalized economy** よりも **digitalizing economy** に言及する方が良い。
- 20年前にオタワ課税枠組（**Ottawa Taxation Framework**）で、初期のデジタル分野に対して、成長阻害となる税は課さないこととしたのを原則として **OECD** は作業を行った。これを受けて経済・ビジネスモデル・生活の改革がなされている。
- 価値創造の場所をめぐる問題が基本であるが、コンセンサスを得るには時間を要する。2020年、**pro-growth** の税務枠組を策定すべく、対話・協働する意向。
- デジタル経済にかかる別の税制はないという **BEPS** 行動1の結論を支持。純粋デジタル企業をターゲットにするように設計された税制はクロスボーダーの経済成長・投資を妨げ、不安定性を醸成し、二重課税を増加。
- **OECD** は、**G20** による期限や加盟国からの応急措置（**quick fix**）へのプレッシャーにもかかわらず、忍耐と思慮深い分析を増進することが必須。
- 産業界がユニラテラルな措置について懸念しているのは伝統的事業及びデジタル事業への影響にかかる考慮であり、これがなされないと事業や投資にかかる決定への影響をもたらす。
- **BIAC** は、オタワ課税枠組で策定された中立性・効率性・安定性・簡素・有効性・公平性及び柔軟性という原則を電子経済タスクフォースの理想的な出発点として引き続き支持。また、行動1報告書での持続性と比例性も主たる原則であることに同意。
- バーチャル **PE**、デジタル取引にかかる源泉税、デジタル企業の売上高に係る平衡税は、いずれの導入もこれらの原則に反する。これらの各措置（特に売上高に係る税）は、課税権は経済活動と整合するとの **BEPS** プロジェクトの主要目的を損なう。
- より **pro-growth** で持続可能な多国間解決策を策定するには適切な時間を取る必要がある。
- **significant economic presence** という **tax nexus** 概念は既存ルールからの大きな乖離であり、**significant people functions** の価値に基づく既存の利得帰属ルールと相容れない。これは全ての業種に同様に適用されなければ中立性概念に合致しない。いずれにせよ、**PE** 定義の変更は条約改正を伴う。**PE** 概要の拡張は大きな事務負担となり得る。
- クロスボーダーの電子商取引に係る源泉税は中立性原則に反する。また、取引の多くが **BtoC** であることを見れば、徴収義務者の問題があり、金融機関の多大な事務負担となる。その他の諸原則との関連でも問題が生じ得る。

- 平衡税について、売上高に係る法人所得税は成長に対する大きな脅威となり競争を歪める。二重課税のリスクも大きく、中立的で容易に執行可能なルールを作り出すのは困難。売上高に係る税が消費者に転嫁されないというのは不正確であり、デジタル経済の成長にとっての障害となり得る一例。
- 各国で採られている措置（迂回利益税等）について、国際的に整合性がなく（条約の対象外で、他国の制度と関係なく作用）二重課税のリスクが高まる。また、VAT等の他の税との相互作用もあまり考慮されていない。特に売上高に係る税については、小規模、成長途上、欠損、低収益事業に対する影響が比較的大きい。種々の産業においてデジタル・ノンデジタルで同等競争条件とならず競争を歪める多大なリスクがある。
- ユニラテラルな措置には何らメリットは見いだせないが、国際的に合意され、税額控除が認められればデメリットは多少軽減される。
- 源泉地对居住地の区分は二分的（binary）で勝者と敗者の優勝劣敗となりそうであるが、価値創造はもっと複雑。仕向地主義には同じような問題があり大国が大きな分け前を取ってしまう。データの価値が重要。多くのニュアンスを検討する必要。経済的に歪曲した解決策は成長への障害。価値創造の場所の文脈で議論する必要。当局は成長を促進する方法で行うべき。基本的な問題への回答をまず考えるべき。PEの基本は恒久性（permanence）である。いずれにせよ価値創造の問題に突き当たるのでここから始めるべき。ビジネスモデルの分類は更に深化される必要がある。価値創造はどんなされるのか、変化したもの及び不変のものは何か、既存の制度をワークさせられるか。ビジネスと密接に協働する必要がある。
- 利益に係る課税を維持するのであれば、利益をどう特定するかについて検討することが必要。終わりのない暫定的な解決策は、プロジェクトが終結しないこととなる危険性がある。
- 価値創造の前に価値の交換を特定すべき。あらゆるケースで直接コストなしに消費者・利用者に大変な価値が提供されている。源泉課税及び平衡税は、海外と国内で（グロス対ネット）で差別をし、事実上協定違反である。

（3）諸外国の近時の動向¹⁷

これまでの諸外国の電子経済に係る見解・活動は、EU（主に源泉地国課税の立場から、加盟国中ではフランス）と米国（主に居住地国課税の立場から）に特徴があるほかは、一般的に、OECDモデル租税条約及びコメンタリーといった既存のアプローチに沿って、所要の国内法規定に基づき、固有の特定課題に対して、適切に課税の確保を維持することに努めてきたといえよう。ここでは、EU、（おそらくは行動1に係る3つのオプション対抗策をも視野に入れ）一方的措置を導入してきた国々、及び米国の近時の動向をみていくこととする。

¹⁷ 吉村政穂稿「経済の電子化と租税制度」（Jurist 2018.3）等を参考にさせていただいている。

【EU】

冒頭の「はじめに」で述べた通り、EUの欧州委員会は、2018年3月21日にIT分野の巨人企業を主な対象とする「デジタル税」の導入を加盟国に提案した。ここに至る経緯であるが、2017年9月に、電子経済における企業課税に関し、仏・独・伊・西・オーストリア・ブルガリア・ポルトガル・ルーマニア・スロヴェニア・ギリシャの10カ国のEU財務相は「電子経済において活動する会社が国庫に極めて僅かな租税しか納付せずに欧州で事業を行うことを最早許容すべきではない」という非難で始まる共同声明文にて、OECD/G20で進められている作業や、後述するEUによる法人税ベース共通化イニシアティブへの支持を明記しながらもEUレベルでの迅速な対応を求めた。この共同声明文は、欧州委員会に対し、デジタル企業が欧州で生み出した売上に税を課す平衡税の導入をEUレベルで検討・提案するよう求める内容であり、欧州委員会は、これを受けた政策文書において、電子経済に対する近代的で安定的な課税の枠組み（国際課税ルールの根本的な再検討）が必要と宣言し、2018年春に提出されるOECDの中間報告に高い水準での野心を期待すると注文をつけた。さらに既存のPEに代わる「重要な経済的存在」を示す指標が求められていると明言し、同時に短期的な解決策として、デジタル企業の売上に対する平衡税、デジタル取引に対する源泉税、デジタル役務又は広告活動の提供から生じた収入に対する賦課金の実施可能性について検討することとした。既存のPEに代わる「重要な経済的存在」に係る欧州議会が示した一つの示唆として、デジタルプラットフォームを有する（Amazon社、EBay社等）場合か、商業上の目的でデータを収集・活用することを基礎とする他のデジタル事業を有している（Facebook社、Google社等）場合には、PEを有するというものがある。こうした進展は、2017年12月に欧州連合理事会でも歓迎され、国際的な連携を求めていく方針が確認された。欧州委員会による電子経済課税に関する提案が2018年3月には理事会に提出され技術的検討を始めることとされていた。アイルランドやスウェーデン等、EU内の軽課税の小国はEUの先鋭的な税制改革に否定的である。

EUのここに至る経緯を更に遡りたい。2013年以来、EUは6人の専門家を構成員とする「電子経済の課税に関するハイレベルな専門家グループ」を立ち上げ、OECDで進行する作業への貢献をも念頭に、デジタル産業の成長支援の確保と公正な税額の確実な納税に注力したイニシアティブを策定してきている。この動きを主導したのはフランスである。フランスは、もとより電子経済への課税は国民の注目を集めていることから、租税回避を容易にする電子経済への懸念に対処するためPE概念に修正を加えることへの関心を表明しており、国際的な法人課税の改正に向けた政治的な交渉を行うという戦略も選択されていたという。この立ち上げに先だって2013年1月に公表されたフランス政府の委託研究に係る「デジタル経済の課税に関する専門家報告書」では、商品とサービスの組織的な非物質化及び無形資産と情報テクノロジーに本質的に立脚する「両極性ビジネスモデル（一方ではインターネットユーザーに対して無料でサービス提供を行いながら、他方で広告業などの他の

企業に一定のサービスを売る目的でこれらのユーザから収集したデータを活用するという
ことに立脚したビジネスモデルを特定しているという。)」の複合的効果の下では、電子的な
存在になった消費者に対してサービスが提供される国や売上が発生している国において、
課税権を配分するための十分なネクサスはもはや存在しないのではないかとの見解を表明
し、ユーザのデータ収集に関する活動に対する課税のアプローチを提案していたという。

つまり、言わば、右手で不特定多数のユーザのデータを解析しつつ左手でデータ解析結果
を基に特定の潜在的なターゲット顧客にアプローチするビジネスモデル、これは外形的に
は外国に直に売上が立つために現地に PE のない Google 社や Facebook 社など広告収入型
事業モデルといえようが、「両極性ビジネスモデル」として課税の検討対象としていたこと
が分かる。では、デジタルコンテンツの電子配信事業をどう捉えていたのであろうか。少な
くとも Apple 社のようにユーザの不特定情報を自ら収集・解析し事業に結び付けないビジ
ネスモデルはこの「両極性ビジネスモデル」に包含されることはない。課税上の弊害の違い
を認識していたのであろうか。なお、無料で音楽配信をする一方で、リスナーは音楽の間に
広告を視聴する必要があり、その広告枠の販売によって売上が獲得するビジネスモデルも
あり、こちらは「両極性ビジネスモデル」に該当すると見ることもできよう。

端的には、Google 社や Facebook 社など広告収入型事業モデルの場合、源泉地の PE 帰
属所得を容易に測定することは困難で残余に与れないことも確定的ではないため、不定で
あるが、電子配信事業の場合には、「両極性ビジネスモデル」に包摂されるか否かを問わず、
仮に相成った場合の源泉地の PE 帰属所得は、経済効果は物流カット以上ではないため、レ
コード・CD 販売店（販売会社）の OM 以上のリターンを想定することは困難といえるので
はなからうか。TNMM モデルで比較的想定が容易な低マージンモデル、もっとも売上のボ
リューム自体は多額に上ることが想定されよう。大方このような分析から、デジタルコン
テンツ電子配信事業を課税対象として特掲しなかったのであろうか。税収面での切迫感の
違いであらうか。なお、2018.3.21EU 提案において、デジタルコンテンツ配信事業は、中
長期的な見直し策の対象であるが、短期的な暫定措置の対象ではないようにみえる。

EU においては、EU 一体で対応し国際的合意形成の主導権を取ることに高い関心は高い。
フランスのみならず議長国エストニア¹⁸も熱心である。

EU の全産業の成長の 1/3 近くがデジタル技術に由来し、デジタル化は全ての事業分野の
事業モデルに影響を及ぼすとされ、更にデジタル産業の実効税率は顕著に低く課税に不公
平が生じ、EU 域内や域外でも競争が歪められ、対応が遅れる分税収が失われるとされる中、
事業付加価値創造の中心は価値評価の困難な無形資産、データ、自動化であり、課税は価値
が創造される場所で行われるべきであるが、現行 PE の考え方も移転価格の考え方も経済の
デジタル化に対応しておらずこれに税制を対応させることには苦慮しているという。

18 エストニアはかつて移転価格の解決策として CCCTB に好意的ではなかったが、今はデジタル CCCTB
を指向しているという。ただ、CCCTB の詳細は依然不明で実務上どうワークするのは予測困難であ
る。今後議長はブルガリア、オーストリアへ続く。

OECD は、英国など一部の国にみられる一方的措置を一对抗策とみているが、推奨も批判もしていないように見える。

先の BEPS 行動計画で特定された問題の多くは CCCTB の提案が採択されたならば除去されるかその影響は減じられるとみる向きがあり、デジタル単一市場のための EU における公平で効率的な税制という文脈においても、CCCTB が対応の軸との見方がある。CCCTB 提案の連結課税標準の配分方式は、売上、労働、資産の 3 因子を同じ比重を適用し、ここで売上は仕向地にあるグループ企業の売上因子として計算されるため電子経済に有効である。電子経済対応を主眼として売上の比重を上げるようなことは、この事業の資産や人へのコミットメントの重要性を考えると選択肢として妥当であるかについて疑義があろうが、欧州議会は第 4 の配分因子として、個人データの収集及び活用に基づく因子を示唆しているという。そもそも個人の生データ自体に価値があるのか、情報の数自体に経済価値があるのか、何がデータに価値を付加したのか等について調整は要らないのか、IoT に係る産業用データをどのように整理するのか等について、既に問題提起がなされているところである。2018.3.21EU 提案においては、中長期的な見直し策の中で、帰属所得は、例えば広告出稿におけるユーザのデータに由来する利益等の市場価値を勘案することとされており、短期的な暫定措置の売上高課税の中でも、オンライン広告出稿等から得られる売上高は対象とされている。

仕向地にグループ企業がない場合には労働、資産因子に従って全グループ企業に配分されるため、大きな売上の仕向地に何らのグループ企業拠点が設置されないような場合には、デジタル PE を観念し捕捉する手当が必要になるだろうか。ただ、例えば、ターゲット企業がアイルランドやルクセンブルク等ではない EU 域外の拠点をプリンシパルとして、現地国に拠点を設定しないようなプランニングを想定した場合、対応は困難化しようか。2018.3.21EU 提案の中長期的な見直し策において、ユーザ数が年間 10 万人以上の閾値を満たすと直ちに国内に「デジタル拠点」があるとみなされることになる。

なお、EU の動きの伏線として、米国 IT 大手企業を巡って、欧州委員会が 2016 年 8 月に Apple 社に最大 130 億ユーロ（約 1.73 兆円）の違法な税優遇を与えたとしてアイルランド政府にお金の取戻しを指示、また同委員会は 2017 年 10 月に Amazon 社にも優遇した税の取戻しをルクセンブルクに命じている。今般の短期的な解決策としての平衡税の提案はこのような公正競争の視点にもアラインした提案と整理されようか。

【一方的措置を導入してきた国々】

次に、一方的措置を導入してきた国々であるが、まず、英国は 2015 年 4 月に BEPS プロジェクト最終報告書に先駆けて、デジタル企業を含む一定の国際的租税回避に対応するために迂回利益税（diverted profit tax）を導入し、更には、2017 年 11 月には経済の電子化が引き起こす課税問題への対応として、国内顧客への販売に関連したロイヤルティー支払のうち軽課税国に移転するものに対しては源泉税を賦課することを検討中であると明らか

にしている¹⁹。豪州は 2015 年 7 月に電子経済を直接ターゲットとする制度ではないが、一般的否認規定に追加する形で国際的租税回避對抗策を導入している。

C オプションの特別の賦課金の導入例として、インドは 2016 年 6 月から、国内に PE を有していない非居住者によるインターネット広告及びデジタル広告の提供について生じた売上に対して 6%の平衡税を課している。イタリアも同様に、一定の取引数の閾値を超える、電子機器を通じて提供される事業者間の役務提供を対象とするデジタル取引売上新税 (web tax) を 2017 年 12 月に導入し 2019 年 1 月より施行される予定である。

A オプションの PE 概念の見直しという観点からは、インドは、2018 年 2 月に 2018 年度予算にデジタル PE の導入を織り込んでいる。国内における「重要な経済的存在 (インドにおける非居住者によるデータ・ソフトウェアの提供又はダウンロードを含む財貨・サービス取引を対象)」をもって課税権を基礎づける改正案が提案されている。目下詳細は不明であるが、これはデジタルコンテンツ電子配信事業を対象としているように見え、後述のイスラエル通達は「両極性ビジネスモデル」を対象としているように見えるところであり、そうであれば重要な相違といえよう。さらに、BEPS 行動 15 の多国間協定の第 12 条において新たに修正された代理人 PE 規定をインドは受け入れるが、同条の規定にデジタル PE が含まれるとしている。イタリアについても同様に新ネクサス概念に基づく PE 概念の修正を行っているという情報もある (デジタル役務が対象となるかどうかは定かではない)。なお、インドは、長期的な解決策の実施まで何らかの措置を取らざるを得なかったため、上記のような一連の一方的措置を取ったこと、そしてそれらの措置が多額の歳入を上げるには至っていないことを OECD に伝えているという。

なお、これに関し、PE 概念の修正を含む CCCTB の採用が EU としての最良の解決策であるところ、イタリア・ハンガリー・スロバキアのように独自に代替売上税を導入し EU 単一市場を乱す勝手な行動に出る国があるため、この混沌を回避すべく EU レベルでの暫定措置が必要であるとの EU 官僚の見解が報じられている。また、EU 各国がバーチャル PE 概念の定義付けによる長期的な解決に合意するまでの暫定措置としてデジタル代替売上税が提案されるが、そこでは、データ収集、ユーザとのやりとり、企業が特定国に有する契約の数が課税のベースとされようとの別の EU 官僚の見解も報じられている。売上高課税の課税対象についてのコメントであろうが、後述のイスラエル通達の PE 認定要件と近似するものである。

19 英国政府は、2018 年度予算案の発表において、独自の方法で価値を生み出すデジタルビジネスに対し適切な課税措置をもたらすことができるのかについて政策方針書を発表し意見公募を行っている。ここでは OECD や EU の検討審議への英国政府のコミットメントを強調した一方で、国際的な合意が得られない場合には一定の売上高を基準とした課税措置の導入を検討する考えがあるとする。ビジネスの価値の根幹をなすユーザからの情報収集に依拠するようなビジネスモデル (広告収入型事業、例えば Google 社や Facebook 社等) に焦点をあてたものとの見解がある。

【米国】

最後に米国である。90年代のコンピュータ・ソフトウェアから近年のクラウドビジネスモデルを含め、技術進歩を反映させるべく自国の国際課税制度を修正する必要があるのかに関心を置いている。米国政府のスタンスは、米国企業がデジタル事業で強いという事実を抜きには語れない。米国企業がデジタル事業で強いにはいくつか要因がある。まずマーケットとプロダクツの両方を持っている。法整備、弁護士、英語等のインフラも充実している。

BEPS 行動 1 については、電子経済課税の発展が米国企業と米国の課税ベースにどのような影響を与えるかに焦点をおき、電子経済に対する旧来のレガシー経済のための税制とは異なる別個独立した税制は不要であるとして歴史的なバランスを維持する慎重なスタンスを取り、事業体が課税を受ける電子的な存在を有するとの論点、データに伴う価値がどのように帰属されるかの論点、新たな収益源から生じる所得の分類や源泉地の決定、VAT 課税の論点等、行動 1 で確認されている主要課題はタックスミックスの大局から統合して考えることが重要であると述べている。

今般のトランプ税制はどう影響するのであろうか。1986年のレーガン税制以来30年間で最大のインパクトである。当時は世界で最も先進的な税制とみられていたが、次第に時代遅れで異端となっていた。世界の動向に反し、税率が高止まりした上に全世界所得をその高い税率で課税していたからである。そういった意味から、税率を最大35%から21%へ引き下げたこと、また、10%以上保有の海外子会社からの配当につき100%免税にしたことが改正のコアといえる。これをもって全世界所得課税方式をとる主要国は消滅し海外子会社の稼ぐ所得に本国政府は課税しないテリトリアル方式が世界共通となったといえよう。国外未配当への強制合算課税（一回限りのみなし配当課税）は出資割合10%以上の外国子会社及び米国税法上のCFCに留保される、1986年以降に発生した累積未配当利益が合算対象となる。現金同等のものは15.5%、そのほかは8%の税率が適用される。合算時に、子会社が外国で納めた法人所得税について一部制限付きで間接税額控除が認められるため、実際の課税インパクトは更に小さくなる。

全体としての、米国企業への影響であるが、Apple社等はこれまで莫大なお金を米国外で留保していたが、実際、今回の制度改正まで配当還流を待っていて税効果の面からは正解であったと評価されていよう。税率が旧税率35%から言わば優遇税率15.5%まで大幅に削減されているからである。今後、米国企業はお金を還流し、設備投資、賃上げ、自己株買いに充てることが想定されよう。

BEPSを引き起こした米国企業に対する影響であるが、税率が下がり、海外子会社配当が免税となるため、少なくともアイルランド・バミューダ等へのコーポレートインバージョン（本店移転）の動きを多少なりとも緩和することはあろうが、逆にこれくらいに留まるので

あろう。税率の引下げと言っても、米国企業にとって、しょせんは州税を含め 26%程度の課税はされるというレベルであり、今後、外国子会社配当免税が入った時点で海外稼得利益を米国に還流させても課税しないため、むしろ BEPS に向かうと考えられよう。

そういう所得流出の流れをけん制するために、GILTI (Global Intangible Low-Taxed Income)²⁰と呼ばれる「IP 等無形資産所得の移転防止合算課税」や FDII (Foreign-Derived Intangible Income : 米国からの財貨・サービス輸出インセンティブ税制) が導入されるといっても良いであろう。GILTI は特定の所得を取り込むための CFC 税制の拡大であり北風政策である。日本企業にはそれほど大きな影響はないが米国企業の事務負担は半端ではないだろう。BEPS 対策に関しては、今般下院案をオーバーライドし上院案が通っているように見える。GILTI 所得はペーパーカンパニー等 Entity ベースの閾値がない分、対象が広く、全世界所得課税の色彩を残すように見えるが、GILTI 所得見合いの外国税額の 80%は外国税額控除が取れるので(ただし繰越しはなし。)、カナダやメキシコ等の税率が概ね 30%とすると、 $30\% \times 80\% =$ 概ね 24%であり、この外国税額控除を取るとキャッシュアウトはないが手間がかかると言えよう。結果的に軽課税国への流出をターゲットにしているというコンセプトもみて取れ、経緯論からすると米国 IT 企業を射程としているともみえないことはない。

4. 考察 I—サプライチェーンに浸透するデジタルライゼーションと移転価格分析

全てのビジネスがデジタルに沿っており、デジタルを ring fence できないという。デジタルライゼーションは、サプライチェーンの様々な局面で徐々に浸透しつくしつつある。技術革新のお陰で、専門性やノウハウの共有が簡単になったことが新しいグローバル化といえよう。この議論は、上記の OECD 中間報告の 3つのグループ分けの第 2 のグループの問題意識、すなわち「進行する経済のデジタル革命やグローバルライゼーションに関連する一般的な傾向は、事業の利益を巡っての現行国際課税の枠組みの実効性に絶え間ない課題を引き起しており、重要なことは、これらの課題は高度に電子化されたビジネスモデルだけ特有に生じているものではない。」にアラインしている。

20 米国法人が利益を国外に移転することを防止するため GILTI へのミニマム税を課している。GILTI は、CFC が有する事業用の有形資産のみなし純利益率を超過する部分を無形資産のみなし収益率としてサブパート F に取り込む制度といえる。しかし、GILTI ルールが国外有形資産 (QBAI) の 10%から支払利子を除いたものをみなし有形資産収益率として課税除外しているため、米国企業は有形資産と関連雇用を海外に移転させるインセンティブを有することになり、加えて、GILTI へのミニマム課税が国別ではなく全世界ベースで適用されるため、企業は低税率国に有形資産を置き、その所得と高税率国の所得を混ぜるインセンティブを有し、引き続き、国外投資の方が米国内投資より課税上有利であると推計されるとの見解がある。神山弘行稿「米国税制改正の国際的側面」(Jurist March 2018) の P.30 における Avi-Yonah 教授らの論稿を紹介されているくぐりを参照させていただいた。

【生産】

デジタル化は、サプライチェーンの生産移管を進みやすくしている。工作機械のデータを瞬時移送できることは海外生産移管の速度を速めているようにみえる。80年代・90年代の生産移管に比べ、最近の国内回帰²¹やアジアのリスクヘッジのためのアジア既存拠点から他拠点への移管ははるかにスピード感がある。生産過程の自動化が進み機械が自ら生産できるようになり資本集約化が進み、人件費指向というより、どこで作っても良くなったといえる。例えば、中国等の現地生産子会社の生産工程の改善をどう見るかであろう。従前の工程1→2→3を1→3→2に換えるというコツ・ノウハウが現地で進むこともあるが、他方でグループ一律のデバイスの運用の改善が行われよう。現地の製造ノウハウの改良(enhancement)評価は海外製造子会社を検証するアウトバウンドのTNMMモデルにおける古くからある論争の絶えないイシューである。従前製造ラインのモニタリングを現地で人が行っていたところ、IT化の進展によって人ではなく機械機器がモニタリングを行うことになる。現地で収集した情報を誰が処理をするのか。必ずしも現地である必要がなくなっている。長年経験を重ねた技術者が必ずしも現地にいる必要がなくなってきた。従前の現地製造ノウハウ向上と現地デバイスの運用の改善の違いが、今は具体的に判明できないが、出てくるものと想像される。DEMPE分析のやり方に照らして、TNMM+アルファへの影響、親会社や親会社所在地国の税務当局からの評価のしやすさに照らしてどのように違いが出てくるかであろうか。どこにセンサーを置くべきなのか、センサーをどのようにメンテナンスしていくのか等、製造工程は必ずしも日本のそれと同じではない中で、現地がどのように貢献するのか、集中管理形態におけるノウハウは違ったものとなってこよう。現地でenhancementの余地が少なくなっていくことも考えられよう。これまでは、設定図面通りに作ることが困難であり、現地のノウハウの差がそこに出ることもあったが、今後デジタル化により、その点の誤差はなくなるといって良い。今後も設計図面に価値はあるが、図面通りに作る技術・ノウハウは無価値化するといって良い。日本にグローバル生産技術統括機能を置き、そのモニターの下に現地の生産効率の改善などを毎年報告させ、グローバル一律評価に基づき報奨を行うことにより現地改善を促進する方針を想定させる。現地デバイスによる改善をDEMPE分析によりどう評価するかという問いが投げ掛けられよう。買収会社においてはもともと日本の技術の使用によって発展した経緯をたどっていないため、このような改善報奨方針を当てはめるのは困難であるため、デバイスの改善による貢献は、買収子会社とその傘下の現地製造会社との間のDEMPE分析に委ねられよう。海外製造子会社を検証するアウトバウンドのTNMMモデルの歴史は米国のCPMモデルまで含めると約25年であるが、きめ細やかな正確な認定(delineation)が重要である。また、新規買収会

21 米国の白人労働階級層の雇用問題は、英国についてもいえることだろうが、急進するグローバル化の中でセーフティネットが不整備であったとの見解がある。他方でこの雇用問題は、中国やメキシコへの製造移管よりむしろ米国内製造工程のコンピュータ化に起因するという見解もある。もっとも海外製造移管自体も製造工程のコンピュータ化が加速した側面もあるだろう。

社に既存の保有技術のオーナーシップを引き続き持たせ、製品化技術を持つ日本の親会社が製造受託機能を果たす事例は既にみられるところである。世界のある地域帯においてのみ需要のある製品については、日本の親会社の研究開発の手を離れ、独自開発の進展も見られているところであるが、これは良質の教材・メソッドが IT を通じて使用しやすくなることにより、途上国の人材レベルの向上をもたらした側面は無視できない。電子化が直接・間接にもたらす企業のスペシフィックな生産形態の変化に、移転価格の事実分析上、柔軟な理解が求められよう。

現地管理を IoT のロボットセンサーで行うようになると²²、いよいよ遠隔地の chief manufacturing officer に製造機能を集約できるようになる。台湾の EMS 企業の中国工場の大規模なロボット工場化が報じられている（日経 2018.2.16）。製造地選択の経営判断に労働コストを織り込む必要が薄れ、製品の種類にもよるが物流コスト重視から市場に近い場所に製造地が選択され、移転価格分析の視点からは、ロケーションセービングの議論が重要でなくなる方向にあらうか。レイオフとの比較論で、ロボット償却の固定性・硬直性から固定費負担の比重が重くなることから、こういう比較対象企業を探し出すこと（技術進歩のスピードは速く、まもなく世界で比較対象企業を探せる状況は出てくると考えられ、それまでの過渡期の問題であらう）、また所要の差異調整をかける必要が出てくる。さらにロボットが経済的に陳腐化した場合、その引取リスクを親会社が負担するのか子会社に負担させるのかは、子会社の利益水準に重要な影響を与える可能性がある²³。PLI として、ROA の

22 人口知能 (AI) を搭載していなくとも遠隔操作されたロボットにより、製造から建設・安価なレストラン・医療手術も可能となり、タイムラグや価格の問題も技術進展と大量生産で解消されようとの見解がある。ここでの議論が製造局面に留まらない可能性がある。また、あらゆるものがネットに繋がる (IoT) の需要を見込み、データセンター向けの半導体需要の伸び (IT 大手が牽引するのみならず、動画配信業界や自動車業界等でデータを扱う需要が増加し、すそ野が広がっている) を受け、半導体製造装置・工作機械メーカーが設備投資の主役になりつつある。また、中国の人手不足や製品の品質向上の面から、スマホ製造に加え、サーバや AI スピーカー、電気自動車向け部品等の組立で産業用ロボットの活用が急増している。近時みられる産業構造変化の特徴の一つである。米国 IT 大手と中国生産を取り結ぶことで世界の水平分業を主導した台湾の受託製造サービス (EMS) 大手は、ビジネスは Apple 社が求める開発から発売までの時間を圧縮し、製品を市場に迅速に投入することを可能とするサプライチェーンを築くことで急成長したが、売上が振るわなければ一方的に生産台数を減らされ、サプライヤーが準備した生産設備や人手のコストのリスクと隣り合わせである。生産拠点中国の人件費の高騰と先に述べた部品価格の高騰から試練に直面する。別の視点からの見え方である。（日経 2018.3.31、日経 2018.1.18、日経 2018.1.13、日経 2017.12.22）

23 リーマンショック後、日本企業は工場を第三者に外注することにより固定費を削減しようとしたし、Apple 社は、第三者の外注委託先の固定資産を自ら保有する戦略を取って、固定資産リスクを自分で負担する代わりに、外注委託先には変動費に応じた工賃等のみを支払うモデルを取っている。高稼働が見込めるため、取引先の固定資産リスク分の利益を取引先に配分しなくてもよくなったというモデルである。また、製造技術自体を自社で持っており、かつ、人を送り込んで外注委託先のオペレーションをモニターするモデルであり、IT を駆使しつつ、海外製造子会社を持たないモデルを作り、移転価格課税のリスクを大幅に減殺させている。

個人ビジネスのネックは固定費である。今後、AI が仕事を代行し変動費に代わるため起業をやりやすくなる。個々人の仕事のやり方が変わって、企業に勤めなくても仕事を行えることになる。企業も同じで、例えば、AWS (Amazon cloud) を使い、固定費を変動費に変えることができ、サーバを持つ必要がなく、固定費リスクが減り、スタートアップ時、低リスクで事業を行うことができる。

妥当性が高まる余地があり、この PLI の短所を踏まえ、総合的な判断が必要になる局面もあるのかもしれない。将来的には独立第三者との間で工場をシェアする方向性も想定される。

また、近時の ICT 建設機械の急進展²⁴をどうみるのであろうか。基本的に IoT の付加価値が付加された製品といえる。稼働データをリアルタイムで把握でき、統計上ごまかしようのない真実の経済状況が把握できる。これをお客様にフィードバックすることで究極の競争上の優位を確保する。顧客である建設会社との共存共栄のためのツールであり、建設会社への支援料、将来的には経営ノウハウの対価を、建機価格に上乘せしうるビジネスモデルであり、人件費の安い国の建機製造業の優位への対抗策としてサービス事業を収益源に育てる動きともいえよう。航空機や鉄道車両に付けたセンサーから得られるビッグデータを分析し故障前に部品を交換する保守サービスも、IoT の付加価値が付加された製品といえよう。当該国・地域の使用環境や当地での個別のお客様の使用状況のデータが有用であり、その点において後述のテレマティックス事例（P.67 参照）におけるデータ価値と変わるところはないように見えるが、テレマティックス事例の場合、本業の取引先とは別個の第三者顧客に対し、解析データをライセンスすることを想定するのに対し、本例では既存の本業の取引先に対してより付加価値の高い製品を販売するというモデルと言えよう。目下みえるところでは、移転価格分析上、どこの拠点で付加価値の高い製品を生み出す研究開発を行ったかという議論に帰着しよう。

【販売】

現地販売にあっても、アフターサービスを自らのサービスプロバイダ子会社を使って実施する方法と、第三者のディーラーにアフターサービスを委ねるといったチャンネル方式があり、これらは従前から併存している。デジタライゼーションの観点からは、ハードの機械製品自体がアフターサービスや付属部品の必要性を判断して、クリック一つで本社等から直送できる仕組みも製品によっては想定され、この場合、敢えてサービスステーション機能を現地に置く必要はない。機械製品のメンテナンスをそれ自体が行って、現地でのメンテナンスが不要になる状況が出てきている。ここ十年余り、OECD の移転価格対応の中心的イシューでもあった、販売機能・リスクの現地からプリンシパルへの移転を行うかという経営判断を要するまでもない事象と言えようか。電子化によって第三者間取引の取引コストが大いに下がってくること（サプライチェーンの中での卸売機能の不要化）は間違いなく、中長期的には関連者間取引は減少し、移転価格の問題は削減される可能性がある。

24 コマツの開発について報じられていることの概要は以下の通り。世界中の建機の稼働状況を把握できる遠隔監視システム「コムトラック」(IoT の代表例)、2015 年の ICT 建機を用いて土木・建設業界の効率化を目指すサービス「スマートコンストラクション」、2017 年土木・建設に関するデータを蓄積するクラウドサービスの運用子会社を立ち上げ、ダンプトラックの配車情報などを同一のクラウド上で管理するほか、データの蓄積を生かした効率的な復興工事に活かす。具体的には、ドローンで工事現場を測量して掘削する土量をもとに工事日数を計算する、その写真を三次元データにするまでの時間が画像処理半導体 GPU 世界首位のエヌビディアと協業により大幅短縮、ダンプカーの待機時間の短縮、運転席のカメラが撮影した画像から AI が地質を分析し掘方の音声指示等を行う。(日経 2017.12.18)

【研究開発】 25

大量データを一瞬にして世界中に移送させうることは、デジタルライゼーションの最大の効果である。研究開発プロジェクトチームに世界中のどの地域からでも配属させることが可能である。例えば、最新の開発分野は基本米国で行うが、製品上梓後の特定製品のマーケット状況が落ち着いた段階でチーム編成を検討開始、各市場の経済諸状況に応じチームを変更するなど、柔軟性に富む体制構築も可能である。委託者拠点は複数、受託者拠点は世界で多数、全体の研究員は数千人規模での研究開発体制の構築も可能である。複数対複数の委受託契約に近似した費用分担規約（CCA）を摸索することも可能となろう。

プロジェクトごとにオーナーシップ・プリンシパルを明確に定めるという経営判断をしていくことになる。研究の成果物は正しくそのプリンシパルに帰属させることになる。こういう場合でも、基本はオーナーシップの責任体制下の一元化モデルであり、中に共同開発モデル（プリンシパルが複数）も考えられよう。デジタルライゼーションは、研究開発契約の委託者が適切に機能を果たしリスクを負担する存在になりうる、実体具備の構築をより容易に可能ならしめる側面も有しよう。委託者として行う研究の企画立案・予算計画・研究開発の実行指示及び進捗管理・成果物の検証等を実行する上で、遠隔地から受託者を管理できるという意味合いにおいてそうであろう。然るべき人的機能の適切な配置を前提として、委受託契約の実体具備を構築するうえで、既に IT 技術は十分なレベルに達しているのではなかろうか。

これまでは途上国の研究者は先進国の研究者に比べてレベルが落ちると一般には見られていたが、現在は一国内でインターネットにアクセスし使いこなせる人とそうでない人との間に格差が出てきており、一国の中で研究者になりえる者となりえない者が区別され、もはや国の帰属で研究者の能力を分ける意味が薄れてきている。特にプログラミングは言語が共通で、暗黙知が不要であるため、途上国の研究者が参入しやすい。大掛かりな実験施設を要する研究開発業務にあって分散化は容易ではないが、そうでない研究開発業務は分散化が可能である。移転価格分析上、前者の場合は一極に人を集中させる必要があるために残余が一通りそこに決まりがちであるが、後者の場合は人を一極に集中させる必要がないために移転価格上機能・リスクを集中させて残余を集中させる拠点を選びやすくなる。いうまでもなく、契約を整備し、厳格な実体具備が必要である。繰り返しになるが、近時研究開発機能を分散化できる分野において、コミュニケーションコストが IT により低減したため、逆に集中させることも容易になっている。したがって、分散化可能モデルにあっては、デジ

25 知財戦略部門を出願・管理部門から切り分ける動きがある。知財センターには、技術に加え、企画や営業の支援が大事であり、事業戦略に知財を組み込む取組みが始まっている。近年まで知財戦略は、主に特許をどう獲得しどう使うかであり、本来工場内で秘匿しておくべき製造ノウハウも出願件数を稼ぐため特許にする傾向があったが、特許取得は独占使用権を得る反面で技術情報を公開することを意味し、従業員等を通してアジア諸国に技術流出が進んだ（特に業績不振の日本勢がリストラに走ったことで技術者がアジアメーカーに流れていった）。産業スパイを防ぐ改正不正競争防止法の施行は 2016 年である。このように日本がプロパテント（特許重視）政策に取り組んでいるとき、欧米はアジアの活力を取り込み、ともに成長するオープンイノベーションに転じており、日本企業とは逆の方向であった。Apple 社は iPhone の技術の中核である iOS を完全秘匿する一方、端末を安く製造するための知財は中国メーカーに守秘を課して開示し生産を委託している。（日経 2018.1.15）

タライゼーションによって委受託契約を軸とする集中型、共有型（CCA）、分散型（各拠点による IP の経済保有）の選択も行いやすくなっている。

グローバル時代には幅広い人財確保が企業の競争力に直結する。IT エンジニアに関しては、パソコンからスマホへと主役が変わり、IT の作り手は今 geek のテクニックだけではなく世の中のニーズをつかむ感性や発想力を問われよう。移転価格分析上、経済価値の場所をとらえる際に無視できない事項である。

【経営管理】^{26 27}

例えば、アジアパシフィック・アメリカズ・EMEA の三極体制は、各極が得意とする A/B/C の異なる事業をそれぞれ立ち上げて、アジアパシフィックの日本は、A 事業の極となって他の極を通じて全世界に販売していく、アメリカズの極は、B 事業の核となって、他の極を通じて全世界に販売していく、というように、三極がそれぞれ得意とする異なる事業を立ち上げ、双方向で事業ごとにプリンシパルとサブコントラクターが入れ替わる形でビジネスが展開されていくモデルが考えられる。ここでは、極間の移転価格問題は引き続き存在し、三極を統括する意味で、グローバルでの親会社によるコントロールは一層強めていく必要がある。他方で、各得意の技術・製品分野のオーナーシップを各拠点に持たせつつ、現地の新規のニーズを発掘させ、発掘した以上は現地で研究開発・製造・販売を完結させる仕組みを

26 日本企業がスタートアップ企業への投資を増やしている。コーポレートベンチャーキャピタル（CVC）は事業会社がスタートアップ企業に投資するために設立したファンドや子会社であるが、株式上場等を通じた売却益を主目的とするベンチャーキャピタルと異なりスタートアップと連携した新規事業育成や研究開発を投資の目的にしている例が多い。このような投資額が過去最高の 681 億円（国内向けが 353 億円）に達している。もっとも、2017 年の新興市場での IPO による調達額約 1,550 億円には届かないがスタートアップ企業が大企業から資金調達できる環境が整ってきている。日本では IT や通信関連での CVC の設立が目立ったが、最近自動車等の製造業や不動産、金融に広がっているが、存在感はまだ薄いという。

米国ではスタートアップ企業の約 7 割が資金調達手段として大企業へのバイアウト（売却）を選択する。製品化まで多額な資金が必要な医療分野等で大企業への売却を前提に操業する。GE 社や Intel 社等の大企業はスタートアップ投資を新製品や新サービス開発の手段として活用する。スタートアップに少額出資した後、有望と見込んだ企業への出資比率を高めたり買収したりすることもある。これまで日本では大企業が自前主義にこだわりスタートアップ企業への投資が少なかったが、デジタル時代を迎えて、技術が次々に入れ替わるようになり、自社だけで新たなビジネスを育てるのは難しくなった。IPO 等に限られていた資金調達が多様化することで技術開発を始められる新興企業が増える見込みである。2000 年代前半にも同じ動きがあったが、尻すぼみになったという。ベンチャー投資が分かる目利き人材が細まっているという課題がある。顧客層を大企業が単に取り込もうとするスタートアップ投資はうまくいかないことが多いとの見解がある。このような投資額は日本の GDP の規模に比しまだまだ少額であるが、株式買収の場合には買収子会社からその所有する知財をもう一回親会社がい取り取る必要があり、その際一般には国内税務の 이슈として、知財のパリュエーションの問題が生ずる。米国では、起業家の売却の有力な出口がビッグ 5 に集中しそれらの巨大化に手を貸しているとの見解がある。（日経 2018.3.24、日経 2018.2.12、日経 2018.1.13）

27 日本の製造業の勢いが失速した原因の一つに、技術者主導・消費者不在の高機能競争があるとの見解、製造分野で培った優れた能力を別の分野に転換できずにいるので、新産業政策を構築し人や研究への投資、ラーニングを活かすことが採るべき道との見解がある。IT が様々な形で生活の場に入り込みビジネスの芽が生まれつつある。技術を磨けば世界で戦えるという時代は終わり、多様化し世界に打って出ようとしている顧客・市場と対話して一緒になってよい技術を生み出していくことが求められているとの見解がある。移転価格分析上、どこの拠点で付加価値をもたらす研究開発が行われたのかについてより柔軟な理解が求められよう。（日経 2018.3.9、日経 2017.12.30）

取る場合、本社機能は資本供給のみであり TNMM モデルによる残余の取得はなくなる。移転価格問題は各々の極体制の下での問題に収束し、極間の移転価格問題はなくなる。親会社のコントロールは弱まることが考えられるが、税務紛争を極ごとに切り離しができるという効用も想定されよう。

また近時、M&A は全て技術に着目し、技術のシナジーやコラボレーションが出来る可能性のある所を狙って最終経営判断を行う。さはさりながら、共同研究開発を行うことは稀であり、一般には技術を持つところにオーナーシップを与え、基本は委受託の形で、オーナーシップを持つ者が委託者として開発を進めていく。技術で生き延びていくためには、技術のための M&A を行うしかない。

将来的には、物流業・小売業・製造業などの範疇は消えてなくなるだろうという見解がある。究極的には、お客様が、例えば、衣料メーカーから送られたお好みの生地とデザインを組み込んだデータを、コンビニに設置された 3D プリンター（立体物を成形する 3 次元プリンター）センターに送れば、センターで衣類が製造されそこで受け取れるようになるかもしれない。お客様は、衣料メーカーにデータ対価を支払い、3D プリンターセンターに使用料を払うのみであり、この例では、製造も物流も小売も消失していよう。

なお、3D プリンターに係る事業を通して、既存業務の効率化が図られるほか、従前の精密な部品を組み合わせ、精巧な仕組みを追求してきた従来の我が国製造業の匠の技による強みではなく、面白み・センスが強みになる可能性が既に指摘されている。

【金融】

フィンテックは、バリューチェーン分析、無形資産・リスク負担分析のいずれにも大きく関係しうる。これまで金融業の移転価格分析においてフォーカスされることが少なかった IT テクノロジーが利益の源泉と捉えられる初の事象ともいえよう。フィンテックは、オペレーションコストの削減や新たな利益機会の提供という付加価値をもたらし、その源泉はどこにあるのかという議論が生ずる。こういう無形資産・ノウハウを持つ企業を買収した場合の無形資産分析、すなわち誰がコストを負担しリスクを取ったのかを的確に分析する必要が生じている。シリコンバレーの会社を日本の金融企業を買収する場合もあり、この場合海外テクノロジーのインパクトを適切に分析することが重要である。

証券業・アセットマネジメント・ヘッジファンド等にかかる AI 投資信託においては、プログラムトレーディングの開発者に無形資産が帰属すると考えられ、また、お客様に投信の商品を売りやすくするためのインターフェイス・プラットフォームも価値ある IP と言え、それらの開発者に無形資産が帰属する。今後、オペレーションを行う会社と、マーケティングを行う会社が、規制当局による今後の所要の制限の下で、第三者又はイントラグループ内も含めて多様な外注をできる仕組みになるという議論もあるが、オペレーションを外に出せるかどうかは規制当局の判断に委ねられると考えられよう。金融規制は金融事業に決定的な影響を与えるが、これまでの entity ベースの規制が transaction ベースの規制に変化

していく可能性があるところ、現状我が国における税務調査の視点はそもそも **transaction** ベースに沿って行われているように見え、移転価格対応の考え方に何某かの変化をもたらすかどうかは見通しがたい。仮想通貨に関しては、取引所としての **IT** 投資規模が大きいという事実がある。ブロックチェーンは公知の事実であり、取引所のインフラを整備する **IT** 技術及びお客様を取引に呼び込むためのインターフェイス（扱うものが、税務上の扱いはともかくとして、資産性のある通貨であるため、お客様を呼び込むためのアドバンテージが必要。）を提供する **IT** 技術を要し、これらに利益の源泉をみるという考え方があろう。取引所が基盤システムのサーバを借用している例もある。例えば、ベトナムは、インド、中国等に次ぎ、システム開発で有名であり、ここの拠点システム開発の下請けを使い、開発者が **IP** を取得し使用するという事も考えられる。これまでになく、金融業において途上国が **IP** 開発において然るべき貢献を示す事例が出て来ることも想定される。

【まとめ】

電子経済に関わる多国籍企業にあつては、移転価格のディフェンスは困難化しよう。収益構造がこれまで以上に水平化する。第三者から入ってくるお金自体が、どのような価値の対価として入ってくるのかの整理が重要になってくる。そして、それを巡る企業の親子間の価値貢献を整理して微妙な実体事実を反映する **TPM** と **PLI** を選択し説明力を持たせることは、これまで以上に高い専門力を要しよう。

そして、デジタルイゼーションにより、税の観点からは、**BEPS** をいかようにも作りやすくなっているように見えるのも事実である。「経済のデジタル化」が **BEPS** の状況を悪化させる可能性があるのは間違いない。オーナーシップ・プリンシパル拠点をどこに持つのかという経営判断の中で、移転価格税制上の税判断をどこまで織り込むのが妥当かということになる。経済価値が創造され所得が帰属する国は、旧来型の現地 **location** とは異なるアドバンテージを持っている国、例えば、最適な人財がおり、業態に応じ質の高い最先端の情報が豊富な国、ビジネスフレンドリーな制度を有する国、そして税負担が軽く合理的な税執行を確保できる国にシフトするという流れを「経済のデジタル化」が後押しするように見える。デジタルイゼーションを介して行政システムの高度化のノウハウの展開スピードも速くなり、その差によりビジネスを引き付けることが少なくなるかもしれない。お金の出し手として投資家の権利を守る仕組みは米国が進んでいると言えよう。

関連者間の実際の取引を詳細に分析・認定し (**delineation**)、取引の実体を真に反映した契約を整備しておくことが重要である。

5. 考察 II—法人源泉地国課税の論点の本質—デジタル経済ビジネスモデルと価値創造の源泉について^{28 29}

電子経済という特別な経済があるわけではない。論点は「経済のデジタル化」である。ま

- 28 米国 IT 企業大手の GAF A (Google 社、Apple 社、Facebook 社、Amazon 社を指す) ビジネス固有の問題ではなくテクノロジーそのものに起因する問題である。BEPS 行動 1 に関し、政治的に物議を醸し出した GAF A の問題のみと捉えると見誤ることになる。米国政府が、行動 1 の論点を、米国企業と米国の課税ベースにどう影響するのかという視点に専ら拘泥し議論に慎重なスタンスを取るようみえるのであれば、OECD が米国政府を牽制するのも首肯しうる。欧州諸国にあっては、米国企業が経済的に弱小な国を利用して自らの課税主権を侵害しているとの見方が強く、BEPS 行動 1 への反応にそれが強く出ているようにもみえる。
- 29 米国 IT 大手の GAF A ビジネスの大枠を概観し(楠木建稿・「特定領域で深堀り戦略を」2017.10.31 日経経済教室を参照させていただく)、GAF A のビジネスから想定される、現行税制下の源泉地国課税の考え方と現行税制の問題の所在に言及する。同稿によると、GAF A のビジネスは相当に異なること、プラットフォーム(基盤提供者)とはいえ各ビジネスの本筋は極めてシンプルであり、やっていること(構造やプロセス)は複雑であるが売っているもの(価値)は単純とする。日本や欧州から GAF A が出てこないのは、むしろ GAF A のようなプラットフォームは米国のお家芸であり、それは米国の巨大な国内市場規模、及び、ネットワークへの桁違いの需要と分散的ビジネスにより水平的なプラットフォームに対する需要が厚い点に負うところであると述べておられる。加えて、世の中は巨大なプラットフォームをいくつも要しないことからプラットフォームの要件は独占にある。この点、EU が税問題にセンシティブな背景の一つに、EU 発祥のネット大企業が育っておらず、米国 IT 巨大企業に市場を支配されていることへの反発があるのかもしれないが、この状況を覆すことは相当困難であるとみえてこよう。GAF A は、多くのプレーヤーが乗ってくる土台・水平的なプラットフォームであり、Google 社や Facebook 社の広告や販促機能は誰にでも利用可能な非競争領域(ビッグデータも詰まるところビジネスの手段)であり、Amazon 社も販売・決済・流通のプラットフォームであり、Apple 社は iPhone という製品自体がプラットフォームであると論じられる。より具体的には、Google 社と Facebook 社は、収益源となるマネーサイド(広告)と無料でサービスを提供するサブサイドからなる 2 面プラットフォーム(基盤)の形(マネタイズ・収益化)を取る。ビッグデータもビジネスの手段である。Apple 社は、iPhone を軸とする独創的プロダクト・ハードウェアの会社であり、アプリや音楽などのサービス事業の売上は一割程度という。Amazon 社は、Google 社と同様、消費者の意思決定や行動に強みを持つインフラ構築を志向するが、モノのオペレーションに踏みこみ水平的・汎用的な小売で稼ぐ。クラウドサービスの急成長が注目されるも売上は一割に過ぎないという。なお、クラウド基盤の提供ビジネスでは、Amazon 社、Microsoft 社、Google 社が市場を席巻している。中でも Amazon 社の「AWS」はサービスのきめ細かさや料金の安さで他を圧倒する。Google 社は 2018 年 1 月クラウド経由で企業が簡単に AI を活用できるサービスを始めると発表した。新サービス「Cloud AutoML(機械学習)」は第 1 弾として高度な画像認識システムを簡単に作れるサービスをクラウドで提供するというものである。2018 年産業界では AI の活用(AI の民主化)が一気に加速しそうである。埋もれたデータの活用が進み、企業のサービスの質は高まり、AI 活用の巧拙が企業の競争力を左右することになりそうである。他方で Google 社等特定大手にデータが集まることを不安視する声もある(このパラは日経 2018.1.18 より)。
- 本稿の「5. 考察 II」は、GAF A のビジネスモデルから議論を始めていないが、楠木建のご論稿をベースに、現行税制下の源泉地国課税の考え方と現行税制の問題の所在を述べると以下の通りである。Google 社と Facebook 社のビジネスモデルにおいては、仮に現地に何がしかの販売・開発法人が所在するとしてもそれ自体は機能・リスクが限定的であり、サーバ PE が不存在である(仮に存在するとしても重要な人的機能の欠如から帰属所得は僅少である。)とすると、マネタイズの源であるユーザから無料で集めたデータを源泉地国の価値創造とみる余地はないのか等が論点化しよう。この議論の先に、新バーチャル PE 概念の創出と AOA ルールの特例的帰属の思考の必要性がみえてこよう。
- 次に、Apple 社のビジネスモデルにおいては、無形資産の対価の妥当性を主たる論点とする現地販売会社の利益率(ROS)の移転価格問題に帰着するようにみえる。ただ、アプリや音楽などのデジタルコンテンツ配信事業は、何がしか事業上・規制上の特段の事由がなければ現地に物理的な拠点は不要であろう。「源泉地国の価値創造とみる余地のあるものはないのか」等が論点化しよう。この議論の先に、新バーチャル PE 概念の創出と AOA ルールの特例的帰属の思考の必要性がみえてこよう。
- そして、Amazon 社のビジネスモデルにおいては、事業の本質的部分を構成するオンライン販売のための巨大倉庫等は PE と認定されることとなり、BEPS 行動 7 最終報告書は、OECD モデル租税条約第 5 条第 4 項を「活動の種類ではなく、実質から判断し、準備的・補助的性質からの活動のみ、PE に当

ず、最も基本的な経済のデジタル化・ビジネスを考えてみよう。

売手は米国加州のワイン卸屋、そのワインを日本の消費者がインターネットを通じて購入する形を【Aモデル】とする。

何がこれを可能にしているのであろうか。インターネットさえあれば好みのワインを世界中からすぐに採れる。大量のワインを比較的短時間で運搬する国際発送システムを利用できる、クレジットカードにより国際的な決済システムを利用できる。もはや日本のワイン輸入代理店を通してカタログを取り寄せて選ぶこともマネーオーダーを送付する必要もない。「テクノロジーを駆使した既存のプラットフォームを組み合わせたモデル」といえる。消費者の所在地に物理的な存在が必要でなく、物理的なロケーションのアドバンテージを喪失させ、これがかつてない事象を引き起している。日本のワイン輸入代理店の雇用が失われ、ワイン輸入代理店の申告所得の税収が失われていることになる。

そして、【Aモデルの派生企業モデル】として、例えば電化製品等のインターネット通販が考えられよう。元々典型的な現地ディストリビュータモデルで事業を行う、電化製品等の製造販売を生業とする多国籍企業において、インターネット通販を指向する現地消費者の動向を見据え、インターネット通販の比重を増やしていく傾向がみられる。親会社や地域統括会社から現地顧客へのダイレクト販売が進めば、現地ディストリビュータの機能が移転され、サービスプロバイダ化し、税軽減目的とは無縁ではあるが、現地の移転価格課税のチャレンジを受けるといった問題も生じうる。現下何がしかの現地拠点が必要であろうが、いずれ物的拠点がなくなることも想定されよう。航空機発送のコストを賄うため高単価であり、現地でのアフターサービスを要しない商品特質が事業上の前提であろう。なお、前述の【Aモデル】とて、あくまで生産者は天候リスクを負うため、トータルでは長期一定量購入という所要の条件を充足していることが事業上の前提と推定されよう。

この【Aモデルの派生企業モデル】も、「テクノロジーを駆使した既存のプラットフォームを組み合わせたモデル」といえる。消費者の所在地に物理的な存在が必要でなく、物理的なロケーションのアドバンテージを喪失させ、現地の電化製品ディストリビュータの雇用が失われ、その法人の申告所得の税収が失われていることになる。【Aモデル】及び【Aモデルの派生企業モデル】の移転価格分析については、既存の2010.OECDガイドライン上で対応のための定見が整備されているため、BEPS行動1の射程外である。

インターネット通販を指向する場合、例えばAmazon等の既存の第三者プラットフォームを活用する事業と、自社オンラインショップを開く事業がある。前者については、Amazon

たらないこととする（これまでの準備的・補助的活動としてPEに当たらないとされてきたものの一部をPEと認定）」と勧告しており、各国における国内法制化により解決をみる。新PE概念の創出の必要はない。残された課題は、PEのAOAルールでの特例的帰属の指向の必要性がみえてくるかどうかであろう。ここで特例的帰属の思考の一つに、現地の消費者の意思決定や行動に係るデータを、源泉地国の価値創出とみる余地はあるのか、そしてそれは居住地国サイドの価値創出との関係でいかほどの比重か、それによりNotional Royalty Payment (NRP)をいかほど減殺可能か、というものがあろう。

に商品を直接販売する事業と Amazon が提供するマーケットプレイス（仮想商店街）に出品して販売する事業があり、どちらも在庫リスクは負わない。後者の自社オンラインショップを開く事業については在庫リスクを負っており、前者より多くの利ザヤが稼げると思われる。

こうして現地のフルフレッジのディストリビュータ機能がサービスプロバイダ機能に変化し、現地の雇用や税源を減少させる経済効果が結果としてもたらされるため、既存の 2010.OECD ガイドライン上、対応のための定見が適用されることとなる。

なお、このようなビジネスの方向性が近時の米国の税制改革にどう響くのか。ここでは、現地を米国に置き換えてみる。今般、最終的には米国税制改革において立ち消えになったが、2017 年春に提案されていた国境調整税とは違う、海外関連者との取引に適用される excise tax が下院法案として提案されていた。消費財であれば、米国販売子会社経由でなく直販+米国販売子会社に対するコミッション支払いという形態をとれば課税を免れるようにみえていたという。現状、事業によっては、主力の米国向け製品の生産のほとんどは米国外で行われており、大宗は米国販売子会社を経由していても、Amazon 社等による販売が増加している状況にある。米国販売子会社からの商権の移転の問題はあるが、Amazon 社等を利用した直販化が進めば、物販は独立第三者との取引となり課税対象外となりえたという。世相的にここ 10 年ほどは、ビジネスは販売子会社を集約・排除する傾向にあるというが、こうしたビジネスの方向性は excise tax の対象から外れる結果を導く側面がみられていた。

【A モデル】の活用規模は、日本においては、目に見えぬ言語と文化の壁が立ちばかり、比較的限定的かもしれないが、欧州は地域コミュニティを大切にしておく国柄であるにもかかわらず、その規模は大きく、雇用や税収への影響は比較的大きいのであろうか³⁰。【A モデル】や【A モデルの派生企業モデル】において、源泉地国に PE が置かれなくなったり、現地拠点の機能が軽減される国は、先進国で経済のデジタル化が進展したため、先進国間の水平的な関係において先行しており、現下かろうじて新興国・途上国においては人が経済活動を介在する場所が残っているといえるが、いずれこれらの国を巻き込む問題として浮上・拡大していくのは時間の問題であろう。

さて、「経済のデジタル化」は、前述の基本的な【A モデル】の先にどのようなビジネスモデルを招来したのであろうか。それは、Amazon 型の大量多品種のオンライン販売という【B モデル】、及び、音楽・電子書籍配信という【C モデル】といえよう。

30 水平的経済関係にある欧州の中で、ドイツは製造産業基盤があり、英国は製造産業基盤を早々とほぼ断念し金融に特化したため、源泉地国としての思い入れにさほど深刻さはないが、製造産業への思い入れの強い仏・伊にあっては深刻さが優るようにみえる。また、フランスは、例えば、国民は日本のアニメが好きでも、政府は受入れに及び腰であるというお国柄であり、米国的な価値の拡がりへの拒絶が政府にないといえるのであろうか。日本の mixi のようなペンネームでの繋がり・やり取りを許容しない Facebook の実名でのネットワーキングをどうみるのであろうか。

【Bモデル】は、【Aモデル】とどこが異なるのであろうか。【Aモデル】においては、米国加州のワイン卸屋が米国加州で独自の仕入れコネクションを開拓したが、【Bモデル】においては、源泉地国の消費者に売するための仕入販売ネットワークと物流網の構築、及び、ウェブサイトの作成・メンテナンスに必要な活動を源泉地国で行っている点である。仕入販売ネットワークと物流網の構築を行う点は、イオンやイトーヨーカ堂、ウォルマートやカルフルーと同じであるが、自己のプラットフォームの構築により店舗を持たない。【Aモデル】とは異なり、源泉地国において経済活動が明らかに行われているのであるが、他方で【Aモデル】のような「テクノロジーを駆使した既存のプラットフォームの組み合わせ」を超えた「自己のプラットフォームの構築」が源泉地国ではなく、居住地国・プリンシパル拠点国で行われているのである。それは何であらうか。それは、居住地国・プリンシパル拠点国で開発された Amazon 社自身のお客様のビッグデータ解析アルゴリズムであり、具体的には、閲覧・購入履歴に基づくサジェスト機能や、Amazon 社自身のお客様への販売や自らの仕入情報から市場の需給の変化をいち早くシステム的に察知して商品によっては買手と買うタイミングに応じて売値を変え得る差別的価格設定³¹を可能とするプライシング・アルゴリズム、この他に、オンラインショッピングの購入手続にかかる手間を顕著に軽減した「1-Click 注文」等である。源泉地国の小売の雇用を奪い、その申告所得を下回る現地子会社や支店の申告所得の差分が税収の問題とならう。

【Cモデル】は、【Aモデル】とどこが異なるのであろうか。音楽配信事業について考えてみたい³²。検索エンジンや国際決済システムの活用は同じであるが、モノの動きが電子データの移送に変わり、ほぼ last one mile まで人の介在が不要になっている。これまで CD 等物理媒体を使用して販売する形態であったものを電子配信に置き換えたものと整理することができるので、【Cモデル】、つまり、デジタルコンテンツ配信事業は、デジタル関連事業の中では比較的分かりやすいともいえよう。

【Aモデル】においては、米国加州のワイン卸屋が米国加州で独自の仕入れコネクションを開拓したが、【Cモデル】においては、源泉地国の消費者に売するためのレコード会社との交渉の経済活動がかりうじてではあるが明らかに源泉地国で行われている。他方で【Aモデル】のような「テクノロジーを駆使した既存のプラットフォームの組み合わせ」を超えた「自己のプラットフォームの構築」は源泉地国ではない居住地国・プリンシパル拠点国で行われているのである。それは何であらうか。それは、物流システムを完全にリプレースするだけ

31 経済学的には、売れ筋の売値を即上げうることを可能とするコストはメニューコストと呼ばれ、売手にとって一般にこれを可能とすることは容易ではないがシステムがこれを可能にする。差別的価格設定は、経済学的に正当化されるが、災害時に売値が上がりレピュテーションを毀損するなどのリスクを管理する必要がある。

32 従来から楽曲などの音楽に関連する権利として作曲家の著作権とレコード会社の隣接著作権の一部である原盤権があるが、外国の配信業者はこの原盤権のところに影響を与えており（電子配信に係する権利として配信権があるが、これは原盤権者が有償で許諾するものである。）、電子配信事業には物理的な流通が省略されることのメリットが大きい。

のシステムの安定性を確保した構築力であり、音楽・映像・書籍等のコンテンツの違いを問わない。音楽コンテンツを例に取ると、原音を CD 媒体に焼き付けて、ケースを調達し写真・歌詞カードを織り込んでパッケージ化し、全国のレコード・CD 販売店に持ち込むという物流コストを削減する効果をもたらす構築力といえる。トータルのシステムを利用する者の数を想定し売上を予測せざるを得ず、レコード・CD 販売店での売上実績に加え、そこでは取り込み切れなかった新たなリスナーに届く可能性を見込むリスクを取っていよう。

このような物流システムを完全にリプレイスするだけのシステムの安定性を確保した構築力に加えて、かつては CD やアルバム単位でのみ聞くことができたが、楽曲・楽章単位で聴くことが可能になっているレガシーのプラットフォームを基盤としていること、また、例えば、自ら多数のリスナーを抱えることにより初めて可能となる、ユーザのお気に入りや予測したプレイリストが提供できること等の新たな付加価値を取り込んでいることも付記すべきであろう。

源泉地国のレコード販売店や出版社の雇用を奪い、残された源泉地国における経済活動から得られる所得との差分が税収の問題となろう。やや後述を先取りするが、源泉地国に残された経済活動規模と機能の位置づけ（物流のカット見合い）から、源泉地国における帰属所得の問題は比較的深刻ではないのかもしれない（P.48 の議論も参照）。

【B モデル】と【C モデル】は、【A モデル】の延長上のビジネスモデルといえようが、【A モデル】は、「テクノロジーを駆使した既存のプラットフォームの組み合わせ」により稼働できるため、源泉地国の帰属所得は僅少である上に、居住地国・プリンシパル拠点国と源泉地国との関係は相互に双方向であるといえようが、【B モデル】と【C モデル】になると、【A モデル】のような「テクノロジーを駆使した既存のプラットフォームの組み合わせ」を超えた「自己のプラットフォームの構築」が居住地国・プリンシパル拠点国で行われていると認識できるため、移転価格分析上、居住地国・プリンシパル拠点国に保有される無形資産を認識する可能性が高まる。

では、【B モデル】と【C モデル】の違いは何であろうか。現地の機能が、【B モデル】の場合は仕入販売ネットワークと物流網の構築と重いものに対して、【C モデル】の場合はレコード会社や出版社との交渉と比較的軽微である。源泉地国課税ができない場合の現地帰属所得の切迫感が【C モデル】は【B モデル】ほど深刻ではないといえるのであろうか。

【A モデル】は、ワインの物理的輸送を伴うが、現地に物理的な存在を必要としなかった。【A モデルの派生企業モデル】も、電化製品の物理的輸送を伴うが、現地にサービスプロバイダを要するのか、いかなる物理的な存在をも必要としないかは相対的事柄にみえる。【C モデル】もほぼ last one mile まで現地での人の介在は不要になったが、そこに想定される現地帰属所得が現地のディストリビュータの OM レベルであることは【A モデル】や【A モデルの派生企業モデル】と共通といえるのではなからうか。そういう文脈では、「新ネクサス」PE 概念を適用すべきかの議論において、これら 3 つのモデルは同列に論ずべきものと

いえよう。

さて、「経済のデジタル化」を論ずるとき、基本的な【Aモデル】の延長で捉えることが困難なモデルがある。Google社及びFacebook社は、収益源となるマネーサイド（カスタマー・広告主）と無料でサービスを提供するサブシディサイド（ユーザー）からなる2面プラットフォーム（基盤）の形（マネタイズ・収益化）を取り、ビッグデータをビジネスの手段と捉える、【Dモデル】（「両極性ビジネスモデル」P.48参照）といえよう。源泉地国において、性別・年齢・地域・職業等に偏りのない幅広い国民からの大量データとそれを広告主からのマネタイズに接続させる独占的なプラットフォームの構築をベースとするビジネスモデルである。

Google社は、マネーサイド（広告主）に対して、料金設定に関して「AdWordsでは、広告が表示された時点では課金されず、ユーザが広告をクリックしたり、YouTubeで動画を視聴したり、電話で問い合わせたりした段階で初めて課金される。予算の設定はあなた次第。月の予算を数百万円に設定して運用される企業様もあれば、数万円の予算で運用される企業様もある。」と、また、掲載結果の確認に関しては「AdWordsには様々なレポート機能が用意されています。最も成果を上げている広告やキーワード、キャンペーンをいつでも確認し、どこに重点的に投資すべきかを判断することができる。」とAdWordsを宣伝・説明しており、柔軟な価格設定を可能とする本社構築システム、またこのシステムで広告ツールの効果を計測・分析し、それを広告主に常時フィードバックさせることを広告主の吸引の手段とするビジネスにみえる。

また、Facebook社は、2017年12月12日に、米国外で立った売上はアイルランド法人で一括計上して納税してきたが、この納税戦略を変更し今後は売上が立った国各々で納税すると発表、2018年から2019年半ばにかけて順次実施するとした。Facebook社は17年7～9月期決算において四半期ベースで初めて売上が100億ドルを超えている。売上のうち98%は広告収入が占めるという。各国の課税額が増えるか否かについては、今後Facebook社は現地各国で生じた知財使用料を費用計上するとの指摘もあり不明瞭との見解もある。現地にサービスプロバイダ的機能の既存の子会社があり、コストプラスマークアップの所得で現地申告を行っていた場合、申告所得が（知財使用料相応額控除後の）ROSレベルでいかほど増額するのか、またこれまで現地に何らの拠点もなかった場合、どのような対応を行うのか、仮にPE申告を行った場合、指摘を受けているNRP（Notional Royalty Payment）の金額いかんによって帰属所得がいかほどのレベルになるか、これらについての考え方の整理や理論化は強い関心を惹くことになろう。

なお、次章「6.考察III」における、【Dモデル】を主として想定した2016.4.11イスラエル新通達及び2017.10.23インドバングロールITAT・Google事件判決（課税維持）を参照いただきたい。そして、次々章「7.考察IV」の「価値創造の主要な部分の全てが海外で行われているため、殊更に新認定PEを創出し、更にデータの存在価値自体を敢えて作為的に評価し、現地帰属所得にそれを反映させる意義を見出すことはできるかもしれない。」（P.87）

を参照いただきたい。

そして、この【Dモデル】の先に見えるものは何であろうか。例として、自動車メーカーの親会社 P 社目線で考えてみよう。ユーザから無料で集めたデータをどう活用するのか。自ら活用するか、あるいは、第三者にその活用機会を有償で提供するものか。Google 社は自らの商用に活用するモデルであり Apple 社は活用しないモデルである。スマホに留まるデータをクラウドにより、いずれかの地のデータセンターに貯蔵されたデータ（デジタルコンテンツ）の多様なアプリケーションを通じた分析・加工・目的に応じた用途への利用がビジネスとして想定されよう。

テレマティクス³³の一例として、P 車メーカーが運転に係る多様なデータを収集しうるデバイス・センサー付きの車を開発し、多数のドライバーに使用させ、P 車メーカーは、グループ内データセンターに大量のデータを送信させ、そこで、どういう属性のドライバーが事故を起こしやすいか、そうではないのかなどについての解析結果が得られ、それが損害保険会社にとって経済価値があれば売れる、というビジネスの構築が既に想定されている。「テクノロジーを駆使した既存のプラットフォームの組み合わせ」を超えた「自己のプラットフォームの構築」が居住地国・プリンシパル拠点国で行われている。そして、先に述べた「両極性ビジネスモデル」の性質を帯びている【Dモデル派生モデル】といえよう。Google 社は検索エンジンをユーザに無料で利用させ、その解析を収益源として活用し、広告主からマネタイズしており、P 車メーカーは、センサー付きの車を付加的には無料で利用させ

33 自動車産業の変革を象徴する新たなキーワードは CASE である。Connected（繋がる）、Autonomous（自動運転）、Sharing（シェアリング）、Electricity（電動化）を指す。ガラス材料、吸音材、ミリ波レーダー用 LSI、リチウムイオン電池材料、重量対応タイヤ用合成ゴムなど素材産業の投資が増加する、自動車企業大手にとっても、IT との融合が進み、Apple 社や Google 社など異業種もライバルとなるため、自前主義では経営資源とスピード感が足りず、Connected に関しては、ビッグデータの解析で米マイクロソフトと提携、通信技術で KDDI や NTT と連携、取得したデータを使ったサービスの創出に向けライドシェアの米ウーバーテクノロジーズやシンガポールのグラブとの協業を進めるなど、経済紙に報じられている。Google 社や Amazon 社は自らが「既存の幾つかのプラットフォームの組み合わせを活用した電子経済」の 1 つのプラットフォームになったかにみえるが、自動車メーカーのビッグデータビジネスは、一律のプラットフォームから単独で利益を上げるというよりは、他の業態の企業とのアライアンス（提携）を通じてビジネスを構築するタイプとなり、Amazon 社や Google 社とはビジネスモデルは異なるのではないかとの見解もあろう。車メーカーが、プラットフォームを築くことによって、業界で独占的な地位を築くことは想定しにくく、逆に今後、Google 社や Amazon 社に対して、公正取引の観点から何らかの分割のメスが入る可能性は否定できないとの見解もある。世界のメーカーによる複数の異業種連携によって、複数の相並び立つプラットフォームができるのではなかろうかとの見解がある。他方で、新交通システムの構築においては、Google 社による一部の車メーカー（ハードウェア会社）との連合に一日の長があるのか、これを席捲して今の検索情報を一手に握ると同様の独占的地位の問題はここでも起こる可能性はあるかとの見解もある。

解析データの活用の例として、ナイトレイ、ギフトィ、インターナビなどがあると報じられている。1 ペタバイトの総括的なデータも、活用する事業により利用するデータが異なり、そのバラエティーが多岐にわたるため、膨大なデータがどうビジネスに活かせるのか、逆にこんなビジネスに活かすにはどういう角度からデータを取ろうかなどの議論が今後想定されよう。

なお、日本政府は自動運転中の車の事故について、運転手が乗った状態で限られた条件で運転を自動化するレベル 3 までが主な対象として、原則として車の所有者に賠償責任を負わせる方針を決めたとされる。一般自動車と同じ扱いである。外部から車のシステムに侵入するハッキングで事故が発生した場合、損害は政府が保証する。メーカーが過大な責任を負う懸念が薄れたことで、事業化の動きが加速しそうだとされる。（日経 2018.3.31、日経 2018.1.3、日経 2017.12.19）

(例えば、緊急状況を事故センターに自動通知する仕組みがあれば車はその分高く売れ、むしろこういうビジネスに乗っかって事実上有償でデータ取得をなしうる面もあろう。)、その解析を収益源として活用し、この例では保険会社からマネタイズしている³⁴。移転価格分析の常道として、居住地国・プリンシパル拠点国に保有される無形資産を認識する可能性が高まる。親会社 P 社の貢献は何であろうか。それは、運転に係る大量データをどんなビジネスに利用できるかの考案、データを取得することを可能とする車の開発、データを収集・管理・貯蔵するための投資、データの解析力の調達(大容量のデータ取得にあつて通信回線網を利用するため現地の通信・CATV 会社との特別料金の負担等を含めた交渉を含む。)、保険会社等のお客様を見つけることなどである。Google 社のストラクチャーと同じく、データそのものは適宜の処理により市場で潜在的 value はあるが、国際課税の文脈で、データそのものやデータが存在した場所に value があるのかは疑問である。データに絡む企業活動に着目すべきというのが伝統的思考である。

デジタルイゼーションの重要な一側面の事象として、収集できなかった情報を収集できるようになったこと、収集された大量のデータを分析できる能力が生まれたこと、そして、これらに加えて、このような大量データの解析結果を、従前の企業全般にわたる広告(Google 社等のオリジン事業が対象としたもの)から、自己の事業に関連づけた新たな付加価値として、更には将来の継続企業としての生命線として、ディマンドサイドで活用を模索している企業が拡がりを見せていることに着眼が必要である。

さて、自動車メーカーの現地販売子会社がセンサー付きの車を販売し、海外親会社が現地の解析データの使用許諾を現地の損保会社に対して行いライセンス収入を得る場合、損保会社からもらうお金のレベニューからなる利益のどのくらいを現地に落とすのか、移転価格分析にあつては、【D モデル】との比較からは、無償で検索エンジンを使わせるのとは異なり、現地における車の販売によってデータを取得していること、金額の閾値のレベルが大きく異なることという違いはあるが、Google 社の課税問題と概して近似しているようにみ

34 損保会社からみると、保険はリスクに価格を設定するものなので、自動車損害保険の場合は事故率がフォーカスされる。今のところ安全技術の効果は各社一律ではないので、事故率に差が出てくると考えられ、その場合は自動車会社・車種ごとに事故率の傾向が変わってくる可能性がある。実際にカメラと自動ブレーキなどの安全技術を搭載した車種の事故率は搭載しない車に比較して際立って低いことが分かっている。自社の車種比較の公表もあるが、保険会社の立場に立てば、自動車会社間の比較データが入手できるようになるはずでありこれを期待しよう。解析データの結果は、データを提供した自己の会社の自動車販売成績に影響を与える(よい安全技術の会社の保険料は安くなり、安全技術の水準が低いと保険料が高くなる)という相互の影響の問題がある点で、Google 社のモデルよりも複雑な点がありそうである。いずれ、「ドライバーの資質」と保険契約時に申し出る車種の「安全技術」の組み合わせで、事故リスクが測定され、保険料率が変動することになろう。前者は、データの解析技術の進歩(繋がる・connected)により、後者は自動運転の技術の進歩により、科学的に判別可能となろう。しかし、これとて transition の一時期にみられる事象と整理できようか。運転技術に劣る車は売れなくなり一定の収斂を経て市場から消失し、車の「安全技術」に口出しする「ドライバーの資質」のみが問題になる時代が来る可能性があるからである。

える³⁵。ここで、現地の損保会社が支払う現地の解析データの使用許諾の対価の支払いに当たって、グロスの源泉税が課されていれば、現地における一定の課税確保がなされているとみる余地もあるが、租税条約上、グロスの源泉税課税権が既に失われている可能性もあり、この場合、使用料の源泉地国の課税権を消失させてきた昨今の OECD による条約ポリシー変更施策が直に効いているように思われる。

6. 考察 III—【D モデル】を対象とするイスラエルの新通達とインド司法の判断

上記「5.考察 II」において、基本的な【A モデル】の延長上のビジネスモデルと位置づけがたい【D モデル】(両極性ビジネスモデル)を対象とするイスラエル新通達とインドの司法の扱いに言及する。

(1) 2016.4.11 イスラエル新通達³⁶

イスラエル課税当局は、上記【D モデル】を主に想定し、イスラエルにおける重要な電子的な存在を有していることを根拠に、外国法人がイスラエルに PE を有するとする旨の通達を発している。重要な電子的な存在は下記の通り。なお、ここでは海外プリンシパルを Google プリンシパル (G プリンシパル) と想定し、若干の考察を加えることとする。

① イスラエル居住者との間のインターネットサービス契約が相当程度あること

35 BEPS 行動 7 の PE 認定の人為的回避の防止に係る文脈でのコミッショネアや業務受託者に対する課税問題に関して、当該現地子会社の移転価格問題として解決すれば足りると、国税庁を含む先進国の税務当局が主張したことは知られている。例えば、外国のプリンシパルから直に現地のお客様にアプリケーションソフトを売る場合、移転価格差異調整の妥当性が論点化することがあるが、現地に存在するサービスプロバイダに対する移転価格課税を通じて、課税確保の問題の解決が図られている例は少なくなく、このような執行の実情を反映した先進国の主張であったことが推測され得る。しかし、本稿における【B モデル】以降のモデルにおいて、現地に設置されている販社やサービスプロバイダの移転価格課税で課税確保を図れるとは先進国政府の眼に一般に映っていないであろう。例えば、【D モデル】の Google 社の現地人向けの仕様の変更などを行う研究所法人に対して、移転価格課税を発動して課税の解決を図ることは想定されないように見える。基本的に現地の営業活動が重要ではなく、お客様が、例えば AdWords 認定業者の助力を得ながら、自発的に契約に入ることが多いという事実は重要である。移転価格分析においては、経済実質的にも純売上高ベースのコミッション取引を認定することはもはや困難となり、現地サービスプロバイダのコストプラスベースでの利益水準に帰着してしまうことになるからである。現地仕向の売上の増大が想定されるにつれ、そこに課税確保の限界があり、当局は、本社に直に PE 課税を行う理屈を精査する必要に迫られる。フランスにもイスラエルにも日本などにも、おそらく現地売上の多大な多くの国には何がしかの機能を果たす現地法人が設立されているが、その法人に移転価格課税を発動することにより解決を図れない、電子 nexus PE の議論をしないと始まらないように見える。この事例における自動車メーカーの現地販売子会社に対する移転価格課税発動による問題解決は、相当程度微妙ではあるが、基本的に【D モデル】と同列に考えるのが妥当であろうか。

36 イスラエルが中東のシリコンバレー (シリコンワディ) に成長したと報じられている。政府は、技術の進歩が激しく軍事の豊富な技術も活かせるハイテク分野に焦点を絞り、経営ノウハウのない政府は、金は出すが口は出さない、目の肥えた海外投資家に選ばれ買収される有望なベンチャー起業家だけを選別する仕組みを取った、とされる。多くの米系 IT 企業が同国に拠点を設置、世界の目利きを呼び込み、自らの技術を世界で開花させる国策である、とされている (日経 2017.12.19)。政府は、1990 年代に VC ファンドを設立し官民ともに初期段階から資金や助言を提供するエコシステムを整備。AI やサイバーセキュリティに精通した人材、技術の多様性、来るものを拒まずのアクセスのしやすさ等の強みがあるという。高度な技術を持つスタートアップは 2016 年で 7800 社強。次世代車の開発拠点に変貌しつつあるという。(日経 2018.3.20)

- ② デジタルサービスを利用するイスラエルの顧客数が多数であること
- ③ オンラインサービスがイスラエルユーザー用に仕様されていること（ヘブライ語、イスラエル人に好まれるスタイル、イスラエル通貨の決済使用）
- ④ イスラエルユーザーによる多数のアクセスがあること
- ⑤ イスラエル居住者である顧客企業が海外プリンシパルに支払う対価とイスラエルのユーザのインターネット利用のレベルとの間の緊密な相関性があること

まず、通達により行政上の扱いを措置したものと解されるため、課税の実効を論ずることとする。①は G プリンシパルとイスラエル居住者である広告主との契約数・契約金額を意味しよう。②はイスラエル居住者である広告主にとっての当該 G プリンシパルのデジタルサービスの活用件数を意味しよう。①②の直接の外観的収益源である顧客とのマネーサイドのみで見ると、支払いは単なる広告スペース提供役務の対価とみえようが、③④⑤（G プリンシパルのコストサイド）のマネタイズの源であるユーザから無料で集められた、Google 検索エンジンを使つてのデータを①②のマネタイズの収益源とする実体を包摂し、全体を総合勘案してはじめて、イスラエルにおける重要な電子的な存在の有無を判断すると整理しているように見える。③のファクターはイスラエルの法施行地にネクサスがあることを推定させるプロキシといえよう。一義的にはイスラエル市場でものを購買することがあまり想定されないイスラエル旅行者のユーザ情報は基本的には排除されるべきであろうが、ここでは含まれることになる。①②（G プリンシパルのレヴェニューサイド）がメインのファクターであり、課税金額はこのレヴェニューから算定されよう。租税条約は相互に居住者間の二重課税を排除するという仕組みである。イスラエル居住者の顧客との契約を把握する（①及び②）ことを課税の前提としている。①については、絶対的に課税上必要なデータであるが（対広告主ごとの収入額は、課金のベースとなるクリック回数×単価であるとして、単価が分からないので税務当局の立場からは把握することは実務上困難と考えられる。）例えば、イスラエル国内に存在するとされる研究開発拠点を通じて G プリンシパルに当該データを徴求するとしても、任意調査の制約により回答が寄せられない場合には、租税条約に基づく個別情報交換を通じて、或いはイスラエル居住者である顧客に対する反面調査を通じて売上の推定をかけていくしかないのであろうか。銀行口座振込みやクレジットカード口座決済でなされる収入額を G プリンシパルに求めうる法制を敷くことが常道にみえ、世界のコンセンサスの確保がなされるかどうか。国別報告書（CbCR）への仕向地記載への改正や自動的情報交換の実効化が、政府の課税の実効確保の後押しになるようにもみえる。

次に、④の実効的な把握の論点である。イスラエルユーザーは、例えば、相手先 Z 会社のホームページにアクセスすると、当該イスラエルユーザーを所管する自国内の DNS サーバ（プロバイダサーバ）において、相手先 Z 会社のドメインネーム（ニックネーム）から IP アドレス（インターネット上の住所、多数桁の数字を組み合わせたものであり、国を識別でき

るもの)に変換され、Z社の例えば home.co.jp という一つのドメインを共有するコンピュータ群を所管する当該Z社と同一国に所在するDNSサーバ(プロバイダサーバ)に、データのある特定の大きさに区切って伝えるパケット通信方式で、複数のルータを経由してパケットリレー方式でルーティングの所作を繰り返すことにより、向かっていく。Z社のコンピュータ群は、WWWサーバ(ホームページサーバ)、メールサーバ、FTP(ソフトウェアサーバ)からなる。この場合、イスラエルユーザーが、自国内のDNSサーバ(プロバイダサーバ)を経由しないためには、VPN(virtual provider network)又は外国のDNSサーバに直接アクセスする必要があるが一般にこれは困難とされる。このため、イスラエルの課税当局は、自国内DNSサーバへの調査権行使により、国別の仕向けIPアドレスを把握することが可能である。稀であろうが、VPNや外国サーバへ直接アクセスする事例は、取引と仕向国の特定ができない限り、個別情報による把握も一定の限界があるのかもしれない。なお、中国政府は、自国内DNSサーバ(プロバイダサーバ)への検閲を行使して情報を遮断し(金盾)、その抜け道であったVPNを最近規制したと報じられている。

上記③④⑤の文脈からは、Google検索エンジンの使用の大量性を把握すれば足りるため、イスラエル国内のDNSサーバを主宰する企業への調査権行使により課税目的を達成する可能性は高いと思料されよう。

さて、イスラエルに重要な電子的な存在を有していることを根拠に、外国法人がイスラエルにPEを有するとの考え方の下で、現地帰属所得を算定するに当たって、③から⑤までの要素は、現地帰属所得を吸引するファクターとしてどのように咀嚼され取り込まれることになるのであろうか。新通達はここに何ら触れていない。Gプリンシパルに対するプラットフォーム・ビジネスモデルの構築やブランドの使用の対価として、支払いが正当化されるであろう、NRP(Notional Royalty Payment)の料率から減殺するファクターとして、現地貢献の要素としてみていく考え方を採るのであろうか。Gプリンシパル側の企業行動において、対全世界共通の活動プラスローライゼーションのための活動と区分けができ、後者についてイスラエル向け活動の対価という観念化もできるであろう。しかし、それとてGプリンシパルにおける行動であること、イスラエル国内に活動をみることはできないことは、何ら変わらない。PEをデジタルプレゼンスとして認識することは比較的理解が届きやすいが、果たしてそのPEの帰属所得が、本件を問題化する現地の国民にとって納得感のある金額に到達するのであろうか。新OECD移転価格ガイドラインをもってしても困難である。結局のところ、PE認定のトリガーは引けたとしても、PEに帰属するネットインカムを所要のレベルで認識することがどうしてもできない。移転価格の議論は、実質論だけに政策的見地からのハードルは更に高いといえよう。風穴を開けると予測可能性がたたなくなる。イスラエル当局はここをどう考えたのであろうか。後述するが、企業が収集したデータの存在価値の帰属を敢えて現地に認める思考をもつのであろうか。

Bloomberg BNA 27 Transfer Pricing Report 61/62によると、イスラエル当局は、この

新通達の運用によって、Google 社、Facebook 社及びその他の IT 企業に対し、PE 認定課税処分を行い、既に争訟段階に至る事例もあるという。Asher 局長は、反トラスト規制庁のトップとも Google 社や Facebook 社のイスラエル広告市場の独占について激論を交わしたこと、イスラエルベースの行動から得られると信ずる IT 企業の利益に課税することに重きを置くに至っていること、OECD の 2018 年春の報告を受けてメンバー各国はイスラエルアプローチに沿った法制を採用しうることになるであろう、と述べている。

Facebook 社は「一方的にアイルランドに申告した所得の一部をイスラエルの現地広告からの所得へと振り向けて納税する、米国に次ぐイスラエルの研究開発センター投資は重要である」とする。この発言は、当局の制度改正や執行強化の出方を見て、適切な所得配分にシフトさせる事業判断を行う意向とみてとれるが、同社は既に 2017 年 12 月に、米国外で立った売上に係るアイルランド法人での一括処理・納税の税務戦略を、売上が立った国それぞれで納税するよう変更し、2018 年から 2019 年半ばにかけて実施する旨、CFO がブログ上で発表しており、この方針変更の一環としてのイスラエル対応とみてとれよう。

Google 社は、「我々は法を順守する。Google 社の全世界実効税率は概ね 20% であり、主に米国で納税しているが、今後各国や国際的なレギュレーションに従っていく。今後の OECD の作業の結果、変化があれば、納税国の配分を変えることになるだろう。広告事業のポイントは広告主と消費者の双方に価値を提供することにある。イスラエルの広告主が Google を活用する理由の大半は国際的なマーケットに深耕することであり、その顧客の大部分は従前プラットフォームを有していなかった小規模広告主である。イスラエルにおける Google 社の活動に絶大な価値があるが、イスラエルにおいて活動を継続させることが重要であることが保証されているわけではない」とする。イスラエルの弁護士は「イスラエル当局の調査を受ける IT 法人は、イスラエルにおける活動がいかほどの利益への貢献があるのであるか、また、イスラエル当局が、法人の（販売活動に係る）人員・設備及びデータのロケーションではなく、市場のロケーションにベースをおいて課税を行う権利を有するかどうかを論争することになるだろう」とする。

Facebook 社や Google 社はイスラエルにオフィスを構えたことがイスラエルの調査対象の決定根拠となったとの見方からは、イスラエルに販売拠点を開くことへの懸念につながっている向きがあるが、他方で企業の評判という見地からはイスラエルに何がしかの拠点を置き納税することを決定することが妥当という見解もあると報じられている。Google 社の発言の一部は、PE の定義付けに、イスラエルでの経済活動を根拠とせず、イスラエルの市場における顧客やデータの存在を根拠とすることに反論しているようにみえる。Location Specific Advantage (LSA : 市場固有の特性) の採用への批判に近似するが、LSA はマーケットプレミアムを意味するものであり、ここではネット所得の申告を要求する基準にかかる事柄であり、厳格な意味では異なるものである。

いずれにせよ、イスラエルの新通達の運用による PE 認定課税処分において帰属所得をどう算定したのか、そしてそれが争訟においてどのように判断されるのかが注目されよう。そ

のうち1件は従業員が数名程度の5ないし10%のコストプラスベースでの申告をしている法人に対する課税であるとの公の情報があるが、PLIをネットセールスペースに置き換えたTNMM課税を行っているのか、それとも、今般OECD中間報告書においてデフォルト手法とした利益分割法の課税を行っているのかも含めて注目すべき点だと考えられる。

イスラエル新通達は、上記OECD中間報告の3つのグループ分けの第1のグループの「データとユーザの参画への依存は、利益が課税される場所と価値が創造される場所に齟齬をきたすかもしれないが、課題は特定の(両極性)ビジネスモデルに限定的に生じているものである。」という認識の下で策定されたものといえようか。

イスラエル新通達の発想は、2018.3.21EU提案の中長期的な見直し策における重要な電子的プレゼンスの閾値の考え方と近似しているが、nexusの閾値を両極性の特性の総合判断としている点は異なる。また、2018.3.21EU提案の中長期的な見直し策は、帰属所得の考え方に踏みこんでいる点はより先駆的である。

(2) 2017.10.23 インドバンガロールITAT (税務高等裁判所)・Google 事件判決 (課税維持)³⁷

前提事実として、Google インド (G インド : Google アイルランドの100%子会社) は、G アイルランドより、インド顧客 (広告主) に対する「AdWords プログラム (サービス)」の非排他的な認定販売会社として指定され³⁸、Google AdWords (GA) プログラム販売契約の下で、インドの広告主に対する AdWords プログラムのマーケティングと販売権を付与された。2007~2008 事業年度に、G インドは、GA プログラム販売契約の下で付与された販売権の対価として、G アイルランドに対して、1961 所得税法第 195 条に基づく源泉税控除を行わずに販売手数料を支払った。

G インドが、当該源泉税控除を行わなかった理由は、①G インドは広告スペースの単な

37 2017.7.14 フランスパリ行政裁判所・Google 事件判決は、課税取消しを結論付けている。税務当局は、米国法人やアイルランド法人がサーチエンジンを通じて在仏顧客・広告主にサービスを販売しており、広告契約は (在仏顧客と) アイルランド法人が契約するものの、フランス法人の従業員が広告スペースの販売に関与しているため、Google 社はフランスで課税されるべきと主張した。裁判所は、フランス法人はフランスにおいて単独で広告サービスを行えるような人材及び技術手段を有していないこと、フランス法人の従業員は自分たちで在仏顧客 (広告主) から広告掲載の依頼を受注して、広告をオンラインに掲載することはできず、アイルランド法人の承認を得る必要があること、フランス法人は700人の従業員を雇うが広告プラットフォームである AdWords 等のサービスを在仏顧客に販売するのはアイルランド法人の部門であったとの事由に因り、アイルランド法人の部門はフランスに stable presence を有さない、アイルランド法人はフランスに PE を有していないので、フランスに PE を有しているかのようにアイルランド法人に課税することはできないと判断した。なお、フランス当局は、Amazon 社についても調査を行っており、会社はやや妥協的な納税を行う意向であることが報じられている。フランス当局の課税の考え方は、クラシカルな代理人 PE の考え方にみえる。フランス源泉地においてみられる取引と同様の取引を対象に前述のイスラエル新通達は課税を承認する扱いを示しているようにみえるところである。

38 仮にインドの拠点が G アイルランドとの間に資本関係がない公認代理店であったとしたとしても、本件は移転価格課税ではないため、同税制上の実質支配要件を満たすことの論証を要しないといえよう。なお、資本関係がない公認代理店とはプログラム参加代理店 (Google Partner) と呼ばれるもので、AdWords アカウントを管理する一定の能力が Google に認められている代理店・マーケティング業者・オンライン業者等である。

る再販売者であり、インドにおける広告スペースを宣伝販売するための活動に係るマーケティングに従事するだけであること、②従い、G アイルランドに対して支払うべき金員は広告手数料であるため、当該法の下でのロイヤルティーの性質を帯びていないこと、③AdWords プログラムを動かしている中核サーバはインド国外にあり G インドがコントロールしているものでもないこと、④G インドも再販売された広告主も本件プログラムに内在する知財やソフトウェア（FTP サーバ）のそのままの使用やそれをベースに活用して異なるものを作り出す利用に係る如何なる権利も保有しないこと、である。

これに対し、インド課税当局の調査官は、当該販売権は、同所得税法の第9条(1)(vi)のロイヤルティーの定義規定における類似財産にカバーされる知財の権利の性質を帯びるとし、当該販売手数料は、印・愛間の二重課税排除のための条約の下ロイヤルティーの性質を帯び、なかんずく秘密プロセスの使用の対価であると認定し、従い、G アイルランドに支払われる販売手数料は1961所得税法第195条に基づく源泉徴収に服するとして更正した。

G インドはCITA（不服申立審判所）に不服申し立てを行ったが、CITAは更正処分を維持した。ITATも、G インドによって支払われた金員はロイヤルティーの性格を帯びるものとして更正処分を維持したがその根拠の概要は以下の通り。

- ① GAプログラム販売契約は、販売契約に関連する活動のために使用されるあらゆる知財や守秘情報へのアクセスをGインドに許容している。
- ② AdWords プログラムのマーケティングや販売活動のために、Gアイルランドの価値ある事業資産、例えば、Gアイルランドが提供するproductsやAdWordsサービスの中の知財を使用する権利がGインドに付与されている。
- ③ Gインドは、ユーザのデスクトップ、ラップトップ、タブレットのIPアドレス、ユーザの写真、ウェブサイトの利用時間、食や衣の嗜好などにアクセスすることができる。更に、Google検索エンジンは、氏名、性別、年齢、住所、国籍、宗教などウェブサイトの使用者に関連するデータにアクセスできる。
- ④ これらの回収データに基づき（Gアイルランドの行ったデータ解析結果にGインドがアクセスして）、広告主に対する効果的に焦点のあった広告キャンペーンをGインドは提供できた。
- ⑤ 従って、当該販売契約は、単に広告スペースを付与する契約であるのみならず、ターゲット顧客に対して、ディスプレイをお手伝いし、広告を発信するための契約でもある。
- ⑥ よって、GインドとGアイルランドの間で交わされた契約は、ターゲット顧客に対してディスプレイと広告発信のためのサービスの性格を帯びる。
- ⑦ 更に、GoogleのIPは、検索エンジンに、テクノロジーや関連するソフトウェアや他の機能を内在させており、よって、広告を受け付けることや販売の前後のサービスを付与することを含む多様な活動を行うためのこれらのツールの使用は、確実にロイヤ

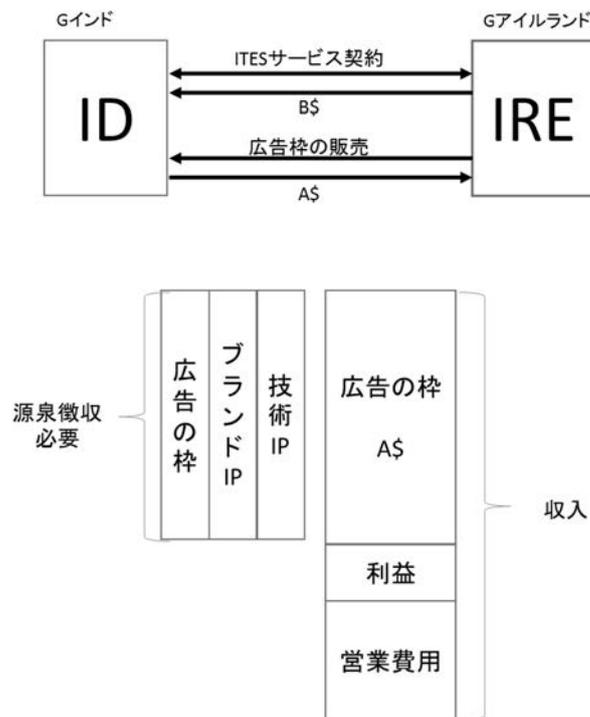
ルティアーの範疇に落ちよう。

- ⑧ 更に、GインドはGアイルランドとの間の別途の外部委託役務（ITES : Information Technology Enables Services）契約の下で情報テクノロジー付与サービスから別途に収益を得ていることを主張するが、この情報テクノロジー付与サービスは、Gインドのビジネスモデルにおいてもとより求められているものであり、広告主への広告や販売促進のためのターゲットを絞ったマーケティングに欠かせざるものである。
- ⑨ 情報テクノロジー付与サービスの役務は、GAプログラム販売契約の下でのGインドの活動と切り離されることはできず、両契約は相互関連している。GAプログラム販売契約の下で、Gインドは様々な情報テクノロジー付与サービスを参照する義務を負っている。これは、税逃れのためにGアイルランドによって用意されたストラクチャーである。
- ⑩ ITATは、GAプログラム販売契約の規定により、Gインドは、AdWords プログラムのマーケティングや販売の目的で、非排他的かつサブライセンス不可ベースで、Gアイルランドのトレードネーム、商標、サービスマーク、ドメインや他の特有のブランド機能を使用することが許容されていることに注目した。
- ⑪ 従って、GAプログラム販売契約の下でGインドによって支払われる金員は、単にAdWordsプログラムのマーケティングや販売の対価ではなく、Googleブランド機能の使用の対価であるとした。
- ⑫ こうしたことから、ITATは、上記のGoogleブランド機能は、広告スペースの販売や広告宣伝のためのマーケティングツールとして、Gインドによって使用されており、それは、Gインドの主要な行動であり二次的な行動ではない。こういう理由により、国内法上も二国間条約上も、当該金員はロイヤルティアーの定義に該当するとした。

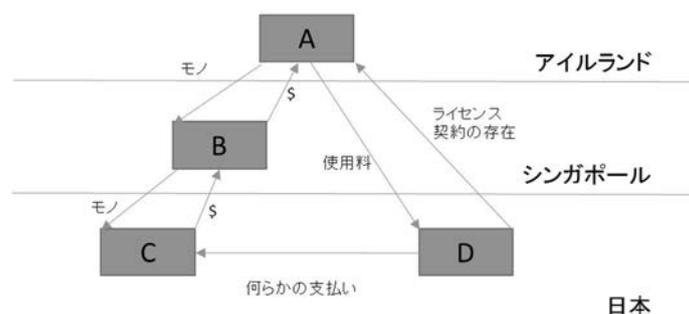
この判断は、広告枠のバイセルマージンの中に、Gアイルランドが保有する知財の使用対価、すなわち技術使用料とブランド使用料が含まれていると認定し、源泉徴収を求める処分といえよう。GインドとGアイルランドとの間の次頁図内A\$のやり取りを広告枠販売に必要なIPの使用許諾の対価と見たわけである。この場合A\$全体を広告枠、ブランド使用料、技術使用料と観念しており、広告枠の対価を外したのではなく、この全体をIP使用の対価とみるところにキャラクタライゼーションの要素を含むと言えよう。A\$とB\$をネットリングすることは行わず、A\$のみを対象に課税している。インド当局は、税収上のメリットも考えたのかもしれない。ITATは、(ITES契約の外で)Gインドが広告販売を行うにあたって、Gアイルランドが保有するデータの使用を行うことが広告枠の販売に不可欠であり、契約上もそれを承認しており、使用許諾の事実があることは明らかであると認定したように見える。GインドがITES契約に基づいて行う役務の内容が、広告（インドに限らず全世界が対象）が公序良俗に違反していないかどうか手作業でチェックするという単純なアウトソースの内容と認定し、そしてそのような役務の中で得られるインプットやアクセス

できる confidential data (G アイルランドが費用負担している IP) を G インドが広告スペース再販売において使用したと認定している。ただ、ITES 契約に基づく役務を G インドが行っていたことの認定が裁決にいかほどの影響を与えたのかは明快ではないといえよう。

なお、本件において、G アイルランドは ITES サービスの成果物を経済所有しているが、これは全世界のシステム開発に活用するため横展開をしやすくするという、ビジネス上の理由があると考えられる。



なお、2016年9月に読売新聞でIT企業に対する源泉課税処分が報じられている。報道記事からみてとれることから、下図A社-D社間の著作権のライセンス契約は存在していたが、その使用料の支払いが日本国内の別の関連法人からモノの対価に織り込まれる形でなされていたという事実を確認したことにより、源泉徴収漏れが指摘されたものと言えよう。本インドバンガロールITAT・Google事件とは事実関係が異なる。



7. 考察 IV—企業が収集したデータの存在価値の帰属を敢えて現地に認めるとするとどのような議論に行き着くのか

ここでの考察は、2015年10月公表のOECD・BEPS行動1最終報告書で示された対抗策としての3つの観点の中の「企業が収集したデータの価値に着目した課税」(P.40参照)に着目し、企業が収集したデータの存在価値の帰属を敢えて現地に認めるとするとどのような議論に行き着くのかを議論するものである。

この考察IVの議論は、OECD中間報告書が現下の究極の論点と整理したようにみえる、「とりわけ、データとユーザの参画に関して、それらが企業の価値創造に貢献しているとみるべきかそうでないのか、そうであればどの程度貢献しているとみるべきかについて、見方が様々であり、それ故に、データとユーザの参画が国際課税ルールにどんな影響を与えるのかについても、見方が様々であるとする」という点に期せずしてフォーカスしている。これに関して、2018.3.21EU提案は、ユーザが提供するデータは他の要素とのコンビネーションにおいて価値創造の一つの要素と捉えているようにみえるが、考察IVの議論においては、ユーザが提供するデータはそれ自体何の価値もないという米国流の思考をスタートポイントとしている。

また、同じく2018.3.21EU提案の中長期的な見直し策は最終的にはCCCTBに統合される方向にあるとされるが、これは全世界共通ルールになり難い。考察IVの議論においては、ネットインカム課税を許容しうるバーチャルPE認定及び帰属所得の立案の可能性という枠組みの下で論じている。OECD中間報告書は『メンバー各国は、これらの上記に示した相違を認識しつつも、どのように課税権を管轄国間に配分するのか、そしてどのように利益を多国籍企業が実行する様々な活動に配分するのか、に関する2つの基本的なコンセプトである「nexus」と「利益配分」ルールの首尾一貫した見直しに着手し、コンセンサスベースの解決策を求めることに合意したという。』と整理しており、これにアラインしていることになる。

さて、ここまで、一般経済紙や欧米の税専門誌が近々伝えるデジタルイゼーションの多様な様相から想定されうる国際課税上の論点について、BEPS行動8-10(移転価格算定の結果と価値創造の整合性の確保)の実行によりいかに適切に対処することができるかを念頭に書き進めたが、この短い本稿を書き進める間においても、電子経済—法人源泉地国課税の課題の対象とする事柄が既存の産業範疇を突き崩す勢いで、かつ、急速なピッチで進展していることが分かる。世界はビッグデータを活用する経済に入ったといえよう。

他方で、各国政府の税以前の種々の国策を反映した規制の検討が進み、国外関連当事者間以前に第三者当事者間の契約取決めルールも暗中模索といった状況の中で、何がしかの打ちだしが見られ、更には米系・中国系企業をも巻き込んだこれまでにはみられなかった企業

間連携なども垣間見えつつある、という実情にある^{39 40 41 42}。

39 船から飛行機、そして 21 世紀に世界の人々の距離を劇的に縮める主役となったのはインターネットである。1960 年代から軍事目的として世界中のコンピュータネットワークをつなぐことで始まったインターネットは、90 年代に商用利用が可能となり、個人が自由に情報をやり取りし始め、95 年創業の Google 社は、ウェブ上にあるページの重要性を判断することで必要な情報を検索できるエンジンを開発し、ユーザが欲しい情報は 1 秒以内に見つかるようになった。通話を超えて個人同士がつながる道具となったのが交流サイト (SNS) であり、誰でも世界中の人たちに向かって情報発信ができるようになった。Facebook は実名主義を徹底しネットと現実の世界の壁を取り払ったとされる。2007 年、パソコンメーカーだった Apple 社は iPhone を開発し人々は移動しながら情報をやり取りする。スマホが SNS の普及を促す。スマホとネットによって個人が繋がったことで多くのイノベーションが生まれており、2009 年に生まれた Uber はスマホ上で自動車の利用者と運転手を結びつける移動手段となった。スマホ上に表示された二次元バーコードを使った決済は銀行口座のない人たちの生活水準を顕著に引き上げている。

新技術やサービスが、まず先進国で実用化されて遅れて新興国に広がるのはかつての常道であったが、崩れてきている。先進国と新興国の順番が逆転し、新興国から世界的なサービスを生み出すリバー・イノベーションの手法がデジタル革命の進展によって盛り上がる側面がある。インドでは渋滞やタクシーの不明朗会計といった問題にも有効なためライドシェアの普及が進むという。国民の指紋情報などを登録して 12 桁の ID 番号と付与し、これを活用すれば店頭で専用端末に指をあてるだけで支払いが済むというインド政府主導のアーダールペイは、戸籍の整備が不十分で銀行口座を開けない国民の多いインドでは、国が音頭を取れば、過去の遺産やしがらみがない分、一気に広がる。金融と IT を融合するフィンテックの普及率はインドでは 52% に達し、日本の 14% を大きく引き離す。

中国では、無人の小売店が拡がりを見せる。小売店は家賃や人件費の高騰で収益が厳しさを増す中、省スペースで人件費を抑えられ、顧客がレジに並ぶストレスが軽減され、運営者も偽札をつかむリスクがないという利点が注目されるという。店内にあるのはタッチパネル式のモニター画面と飲食スペースのみで、欲しい商品を選び、スマホで二次元バーコードを読み取って支払いを済ませると、店の裏の倉庫で機械が商品をピックアップし受取口に運んでくれる。スマホ決済の普及を背景にしている。

IT を背景に進む第四次産業革命は、ありとあらゆるものがネット経由でつながる。アジアではスマホの普及が進み予想外の新サービスが生まれる。世界の人口の 6 割を占めるアジアはイノベーションの中心地であり、世界最大の市場であり、2030 年には再び世界の GDP の過半を占めるというマディソンの推計もある。新興国がビジネス上のルールの形成において、大きな貢献を果たす可能性がある。

IoT では、各種機器のデータを外部のクラウドに集約するシステムが中心であった。データを一点所に集めることで、AI や専用ソフトウェアで分析しやすくなるからである。しかし、スピードが弱点であった。複数のロボットを効率的に動かすため、ロボットの動きに直結するデータは工場内で処理し、生産状況などのデータはクラウドで管理する等、クラウド (中央集権型) とエッジ (地方分権型) を使い分けることが想定される。コネクテッドカーでも、通信量を抑えるためにも車載コンピュータや近くの通信拠点等でセンサー等が集めたデータを処理し、絞り込んだデータをクラウドに送る必要があるとされる。ロボット制御や遠隔医療等、ハードと連携する分野ではクラウドだけでは立ち行かず、超高速無線通信 (第五世代・5G) では、通信処理の遅れを低減するためにエッジの技術が活用される見込みという。半導体の進化により、エッジ側でデータを処理する能力も向上しているという。(日経 2018.4.2、日経 2018.1.1、日経 2017.12.27、日経 2017.12.20、日経 2017.11.12)

40 国家を超えるグローバル化の原動力となってきたインターネットに国家が規制をかける動きが出てきた。インターネット対国家のせめぎ合いがグローバル化の進展に影響を与えることもあろうとされる。インターネット上の閲覧や買物の履歴等、消費者の嗜好分析やマクロ予測まで経済活動の基礎となるデータ資源を巡る、大きな消費市場と巨大なネット企業 (米国は GAF A が世界中で日々膨大なデータを蓄積、中国はスマホ決済のアリペイが毎秒 2000 件の決済情報をサーバに蓄積) を抱える米中の攻防が現出してきたとされる。データを集めればそれだけ人工知能 (AI) の性能を高められる。中国がネットに関する管理・統制を国家主権の問題として正当化していることに米国は神経を尖らせる。

中国は 2017 年 6 月にインターネット安全法を施行し、外資による中国内のデータ持出しを厳しく制限した。国家の安全を優先する姿勢を崩さない。Google 社や Facebook 社が利用できないようにしており、回避手段であった技術にも規制が入った (ロシアも同様、データを自国から出さない、データローカリゼーションを強めているという)。他方、小売りでは無人のコンビニができた、アリペイなどの電子決済が日本より格段に進んだり、規制がない、規制があっても党が方針を決めるため第 4 次産業革命などの流れにもすぐに対応できる面がある。GAF A を警戒するが、自国のデジタルイノベーションを強力に押し進める。

米国は、2017 年 11 月に、外資による企業買収を安全保障上の観点から審査する対米外国投資委員会 (CFIUS) の機能を強化する改正案が超党派議員により提出されている。米国市民に関する個人情報や遺伝子情報などの機微情報が外国政府や外国企業に渡らないように厳格に審査するルールの導入が肝とされ、中国政府の経営関与を疑われる中国企業の買収阻止が狙いであるという。根底は、無規制・自

由化を是としているように思われる。

EUが2018.5.25に施行するEU一般データ保護規則(GDPR)は、域内の個人情報の扱いを厳しく規制し、EUに子会社などがあればその対象になりえる。現行規則でも、規定に沿った契約を結ぶなど厳格な手続が必要であるが、GDPRは、データ保護責任者の設置など一段と厳しい対応を求める。「十分な保護水準がある」とした国・地域は、個別に許可を取らなくても個人情報の域外移転ができる仕組みを併せ備えており、データ資源を保護する一方で、ビジネスへの活用との両立を図る狙いとされる。日本は、自由な流通を掲げ、既にEUから持ち込まれるデータの保護強化のための指針を日本側が作る方針を確認しており、2018年春までの交渉妥結を目指すという。また、APECが定めた個人情報の越境移転ルールに、米・加・墨・韓とともに加わり、中国にも採用を求めるといふ。

EUは、プライバシー保証の観点に加え、データの独占が公正な競争を阻害しないという競争法の観点から、中国は安全保障の観点から、顧客データの流出に厳格な歯止めをかけ外にださせないようにした。根っこはGAF Aへの警戒である。中国はGAF Aを締め出したので米国への所得流出はなく、安全保障の観点からの施策が税収上奏功したといえようか。電子経済の報告書の影響を受けない。その後米国も反撃にでている構図といえよう。(日経2018.2.18、日経2018.1.14、石井夏生利稿・「データの移転促す制度を」2017.11.1日経経済教室)

また、消費者の行動履歴や工場の稼働状況等のビッグデータは、AIやICTの発展に不可欠なものであるが、従来の知財制度の枠組みを超えているという。特許制度は技術革新を促す基本的インフラであり、商標や意匠を含む知財制度も技術革新に貢献するためにある。世界は、既存の知財制度の下で、ビッグデータをどう扱うかについて摸索している段階であり、共有財産としてオープンにすべきか、それとも重要財産として保護を強めるのか、バランスのととり方が各国の政策立案者にとって大きな課題になっているという。2018年5月の国連の専門機関である世界知的所有権機関(WIPO)の会議において、ビッグデータを活用する経済に知財制度がどう貢献できるかなどを考える必要があるという。技術開発の先行者の財産権を守る知財は、もとより格差が顕在化しやすい分野であるが、ビッグデータを巡るルールにあっては、データが次世代の競争の要であること、各国の技術力に格差があることにより各国のエゴがぶつかりやすく調和のとれた法整備に向けた歩み寄りが難しいとみられている(フランス・ガリ WIPO 事務局長稿・「ビッグデータ法制 国際協調を」2018.3.9日経)。

日本の公正取引委員会は、プラットフォームと呼ばれる巨大IT企業によるデータ独占を防ぐため、独占禁止法の運用を強化する考え方を示している。「GAF Aは一旦情報を独占し始めると、ビジネスで優位に立ち、これがさらなる独占を呼ぶ恐れがある。データ独占だけではなく、商取引の市場を支配する行為や取引業者への有利な契約条件の押し付け、さらに最近ではデータの不当な収集や、プライバシー侵害といった重要テーマが浮上した。特にFacebookは同社のサービスに様々なWEBサイトや、アプリが紐づけられ、膨大なデータが自動収集される仕組みになっている。データ収集のあり方は本当に公正なのか、プライバシーの犠牲のもとにオンライン市場での強い立場が築かれていないのか。これは個人情報保護と競争政策とが交わる新しい分野である。ただ、膨大なデータを集めて活用することがイノベーションに欠かせないのも事実であり、複雑な課題を投げかける。重要なのは、外部からのデータへのアクセスを確保することである。日本の公取も欧州のGDPR等の試みを参考にしながら論点を煮詰めていく。競争に悪影響があるのはデータの不正収集や不当な囲い込みであり、GDPRに盛り込まれた個人の意思でデータを引き出せるデータポータビリティ権の仕組み等は競争環境維持には有効な手段になる。また、桁違いの資金力を誇るプラットフォームが将来有望なベンチャーを相次いで青田買いすることにも国内外で懸念の声があるというが、革新的技術を自社に取り込むための買収は競争にとっても良いとする一方で、将来の対抗勢力の芽を摘み取るような買収は問題である。」(日経2018.3.31)

- 41 他方で、企業側の動きとして、2018.1.18にGoogle社は中国ネットサービス大手のテンセントと長期にわたる幅広い範囲の製品と技術にわたる特許の共有で合意したと発表している。Google社は交流サイト(SNS)やゲーム市場で強みを持つテンセントと中国での競合を避けようとしているとみられている。中国は顔認証やスマホを使った決済等で、最近では米国を上回る技術もあるとされる。現地に根差した技術を取り込みたいという思惑も見えるという。テンセントにすると、中国外の売上高比率は5%に過ぎず、Google社との契約で、足りない分野を補完し世界に展開する商品開発のスピードを速めたいと考えられている。(村山恵一稿・「中国ITの進化に学ぶ」日経2018.2.21、日経2018.1.20)
- 42 通信分野ではデータを送受信したりする際に多くの技術が使われ、製品の標準規格として広く利用される特許の権利(標準必須特許)を有する企業(米国のクアルコム社、スウェーデンのエリクソン社、フィンランドのノキア社等)が利用者企業(Apple社やソニー等の通信機器メーカーに加え、近年のIoT時代において自動車や医療機器メーカーが増えている)にライセンス料等の支払いを求め、又は標準必須特許を持つ複数企業がパテントボックス(例えば米国AVANCI)を作り、組織体が一括してライセンス交渉を行うこともある。特許庁は接点の少ない異業種間でも特許交渉がスムーズに進むよう、特許を持つ通信メーカー等に情報開示を促すようなガイドラインの案を固めたという。このように通信業界と接点の少なかった企業も特許料等の相場観を共有できるようになる方向である。通信業界では、似たような技術の複数の特許について、まとめていくらと交渉するのが主流だが、自動車業界には当初このような慣習はなく、合意に至るまで何度も話し合ったという。近時米国等で利用者がライセン

OECD は、行動 1 に係る最終報告公表を 2020 年とし、その中間報告を 2018 年 3 月 16 日に公表したばかりであるが、このような分析・整理・提言の対象となるべき事実が定まりにくく、加えて、近時とみに政治と絡めて論じられるアイテムは、行動 1 をおいて他にはないだろう。

先に述べたように、OECD は直接税の対策として、①PE 例外規定の見直し（行動 7 の見直しの議論を踏まえて対応）、②企業が収集したデータの価値に着目した課税、③電子商取引の決済に着目した課税という 3 つの観点を示した。このうち、②と③については、重要な経済的拠点（Significant Economic Presence：現地国経済と意図的かつ持続的なつながりを示す要素があり、一定の売上高を計上していること）の概念に基づく新たな PE への課税、特定の電子商取引に対する源泉徴収、対国内・国外事業者の課税上の不公平を是正する趣旨での平衡税の導入、という 3 つのオプションが検討されるも、勧告には至らなかったわけである。

平衡税は、turnover 課税にカテゴライズされ、課税の閾値も課税標準も売上であり、課税対象は現地に PE は存在せずとも彼の地の法人に課税するという方式と想定されよう。競争の公平の観点から平衡税を課すというのは、概して新興国の観点からは主張しやすいようにみえなくもないが、他方欧州を中心に公正競争確保をも包摂する観点から、平衡税の導入が議論されているのも事実である。

グロスの源泉徴収課税は、課税標準は所得、課税の実質負担者は現地に PE は存在せずとも彼の地の法人であり、課税方式は支払者による支払に着眼した先取りグロス課税である。支払者に源泉徴収の手間をかける合理的な根拠とグロスの明確かつ一律の料率の設定が前提になろう。源泉徴収の義務付けにコンセンサスを得る必要があろう。現行のインターネットの仕組みは匿名を容認するが、税務において国税当局による源泉徴収は可能である。国際電子商取引は、基本的に電子決済であり、源泉徴収をする場合にはカード会社を徴収義務者にすることが考えられる。先進国間で源泉地における源泉徴収課税を撤廃してきたこれまでの国際課税の潮流に大きく竿をさすことになるだろう。

3 様式の中で、価値創造の場所という企業の個々の実情に応じた課税が可能なのは、一般論としてネットインカム課税を許容しうるバーチャル PE 及び帰属所得の議論にみえる。特に帰属所得の議論においてドラスティックな新たな国際コンセンサスを必要としよう。

さて、ここでバーチャル PE 及び帰属所得の議論を前提として、法人源泉地国課税を論じるとき、「源泉地国から消えた活動の幻影を追っていくのか。これまでのそこでの活動が IP の見えないものになった。ここに、あたかも源泉地国に物理的な存在によってそこで活動が行われたときに得られたような所得を帰属させる様な理屈を探すのか。そのために源泉

ス料を支払わない問題が深刻化しているといい、訴訟が勢いづく予兆もあるという。（日経 2018.1.20、日経 2017.12.16、日経 2017.12.15）

地国のネクサスを新たに構築しようとするのか。」それとも「源泉地国にまだ残っている活動について深度ある分析を実施し、課税レベルは落ちるが、課税の考え方の整理をまず行い、そのうえで、現地における電子的なプレゼンスとは何を意味するのかを吟味し、新 OECD 移転価格ガイドラインの適用から得られる結果に照らし、ネット所得課税を拡充する必要があるのか、必要があるとすれば、どういう理屈付けをもってして国際的なコンセンサスを導くのか。」、いずれのスタンスを考えるのであろうか。

北海道にはかつて本土製品が届かなくて独自の製品があった。乳酸飲料、コンビニ然りである。交通や物流の便がよくなり北海道の地場産業が消えて代替されていった。地場工場に替えて本州の工場から配送してくる。北海道から工場が消え、雇用が喪失し、北海道の法人事業税、固定資産税は減少しているはずであるが、本州にある工場に対して、北海道の地場工場が支払っていた法人事業税や固定資産税の負担を要求する議論は起こらない。電子経済の国際課税の議論は似たような議論であるのに、幻影を追うのは不可思議であり、幻影を追う議論は一時的なものにとどまろう。

失われた幻影を追うと、何を基準に追うのかという話になる。北海道に地場工場があった時代を起点とすれば、製造機能の ROTC を PLI とする適正利益と販売機能の ROS を PLI とする適正利益の総和が追うべき幻影利益であろうし、かつては北海道に販売支社があったが、本州にある工場からお客様に直送化するに至った商品を想定すると、北海道の支社の ROS を PLI とする適正利益が追うべき幻影利益といえよう。どこを起点として失った幻影を評価するかは誰にも分からない。失ったものの定義は分からないため幻影を追うことからスタートすると永遠に定まらない。

とすると、電子的なプレゼンスとは何を意味するのかということであろうか。話を国際課税に戻すと、現地の地場製造業を喪失させた事実は、極論を言えば、英国の産業革命により、マンチェスターの綿布がインドの地場繊維家内工業にダメージを与えたことにスタートし、20 世紀に入り、米国の多国籍企業が全世界レベルで徐々に消費地の地場の工場を消失させていったといえよう。現地の製造機能は消えても外からの大量の製品の販売機能を果たす意味での **physical presence** は基本的に残ったが、20 世紀後半は徐々に相対的に現地販売機能が希薄化する中で、PE の拡充への議論が先鋭化し先進国がこれを抑えにかかってきた歴史といえよう。

このように雑駁であるが粗粗の歴史をたどると、今般の電子経済と源泉地国課税の議論は、一義的には販社の **physical presence** の消失が急速に起ったものとの理解が可能であるように見える。しかし速断はできない。電子プレゼンスの役割は、果たして販社機能に満たないものか販社機能に留まらないものなのかが定かでなく、そこを見極めないと始まらないように見えるからである。

考え方の一つは、物理的な PE なくして事業課税なしという大原則があるが、電子経済に

あつては、物理的な PE はなくとも現地プレゼンスは確かにある。これを認めて、現地プレゼンスは何かを捉えないと話の発展は見込めないように見える。「6.考察 III」で述べたイスラエルの新通達は、新たな PE 認定の要件として、①②と③④⑤との総合判断を提案したが、その対象モデルにおいて、外国のプリンシパルのコントロールの下で、その現地国の人と人をつなげること、現地プレゼンスとみたように見える。

現地プレゼンスとは、一般には、その現地国において経済活動が行われていることを意味するが、【A モデル】から順に検討してみよう。ウェブ上にワインの情報が提供されているという経済活動であり、米国人用のものが日本人にも見えており、それを日本人が見て発注しているだけであり、日本人を大きく巻き込んだ経済活動が行われているわけではない。売る人は米国、買う人は日本におり、同じ日本人同士をつなげているわけではない。イスラエル新通達のスコープ外となる。

【B モデル】は、日本の消費者と主に日本の供給者をつなげている。ただ、電子的な存在だけでは成り立たず、倉庫があり配達物流の機能がみられ、現地に経済活動がみられる。イスラエル新通達の適用にあつて④と⑤を満たすかどうか微妙である。

【C モデル】は、日本の配信権者と日本のリスナーという日本人同士を外国のプリンシパルのコントロールの下につなげている。ただ、日本人向けの音楽について日本の権利者等から配信権を取得する経済活動が現地でみられる。イスラエル新通達の適用にあつて①と⑤を満たさないように見える。

GAF A ビジネスの共通点は、おおよそ現地の人と現地の人を GAF A の非居住者がプラットフォームを使って繋げているモデルであるとの見方もできようか。イスラエル新通達は、イスラエルのユーザとイスラエルの広告主顧客をつなぐのがプリンシパルのプラットフォームであると整理したものと考えられる。【B モデル】以降のモデルにおける現地プレゼンスの意味合いは共通項があるが、ここに示した通り、イスラエル新通達は厳格な意味では【D モデル】を対象としているように見える。イスラエル新通達の示す 5 つの新 PE 認定要件の発想は、一つの示唆を与えているといえようか。2018.3.21 EU 提案の中長期的な見直し策の重要な電子的プレゼンスの閾値の発想と符合するように見える。

では、帰属所得をどう考えていくのか。イスラエル新通達にも定めはない。この点は重要である。帰属所得は、人の活動に帰属する所得を求めている。今般の新 OECD ガイドラインはリスク重視を説くが、機能重視の基調からみて、現地における人と人をつなげる価値をどう算定するのかを考えてみる。

GAF A モデル（すなわち、【B モデル】、【C モデル】、及び、両極性ビジネスモデルと表象される【D モデル】・【D モデル派生モデル】）において、現地における人と人を繋げる価値は、人で代替しているわけではなく、「電子的な存在」、具体的には「物理的な機械」と「アルゴリズム」で代替している。現地の人と人をつなぐ活動を「物理的な機械」と「アルゴリズム」に代替させたところに価値貢献がある。そして、「アルゴリズム」が生む価値は「デー

タの存在×プログラマーの人の貢献」と整理できよう。

人と人を繋げたアルゴリズムを作ったのはプリンシパルであるので、一義的には NRP (Notional Royalty Payment) は膨大で現地に残る OM は小さくならうが、企業が収集したデータの存在価値の帰属を敢えて現地に認めるとするとどのような議論に行き着くのか、という文脈においては、このデータの存在価値の評価が NRP (Notional Royalty Payment) の支払額を削減する唯一の術になるのではなかろうか。新 OECD ガイドラインにおいて、データの価値をどうみなすかが論点となりうるのであろうか。現在プリンシパルのプログラマーがアルゴリズムの改善を行うが、アルゴリズムが自動的に変身して賢くなる AI^{43 44 45} に置き換わる部分が出現しており、相対的にデータの存在の価値の比重が高まる可能性もあろう。しかし、この場合、今後 AI 処理の要素を織り込むにあたって、高等数学レベルのコンピュータサイエンス (情報科学) を駆使するプログラマーへの初任給 20~30 万ドルともいうプログラマーへの投資やデータの大量処理のためのシステム投資も必要になり、一

43 IBM はワトソンに長年投資してきた。現在 Google 社と Amazon 社がしのぎを削る。歴史は浅いが Google 社が強いという見解がある。コンピュータの処理能力がないと AI はできないため量子コンピュータが開発されている。症状から病気を解明しうる。コンピュータは 24 時間考えることができるので技術進歩は格段早くなり、革新的なことは人間が考えることになる。企業のビックデータを解析し、商品やサービスの改善に役立てるデータサイエンティスト (メルカリは現在 15 名、Yahoo は約 500 名、将来的に 2000 人規模とされる。) が人気である。データサイエンティストは膨大なデータから需要動向や製品の性能を読み取り課題や解決策を示す。国家資格はないが、統計学や数学に加え、高いデータ処理能力が求められる。AI に力を入れる企業 (自動運転技術の開発を急ぐ自動車メーカーは、画像データを大量に処理し、技術水準を高める担い手として) からのニーズが高まっている。(日経 2018.1.19、日経 2018.1.11、日経 2018.1.7、日経 2017.12.21)

44 産業技術総合研究所は 2018 年 4 月にも AI 専用の大型スーパーコンピュータの運用を始める。自動運転や産業用ロボット等の企業、医療応用や新薬開発等の医療機関、宇宙・海洋開発や地震予測の大学等に、共同研究していない相手先にも有償で AI 専用スパコンの利用を広く認める方針であるという。クラウドサービスによる AI 向け計算機の時間貸しもコスト高で AI 開発の障壁となるからであるという。新型スパコンは、CPU (中央演算処理装置) や GPU (画像処理半導体)、ソフトウェア、冷却設備、システムの配置の仕方にも工夫があり、これらを公開し民間への技術移転を促すという。クラウドサービスに欠かせないデータセンターは、将来 AI 対応に変化していくと予想されている。(日経 2018.1.15、日経 2018.1.1)

日本では、統計学を専門に教える大学が少ないという。育成の課題解決に向け、一般社団法人サーキュラーエコノミー推進機構を立ち上げ、大学院生を対象に、7 週間データの分析手法を教える。初年度は 20-30 人、早期に年間 100 人体制に増やす。プログラムは参画する事業会社の持つデータを使い、経営課題を解決する人材の確保にもつなげるという。物流会社の配送ルート の策定や、新薬候補物質の探索方法といったテーマも浮上しているという。(日経 2018.4.2)

45 ビッグデータ提供元・AI 活用のアルファ企業 (金融・メーカー・インフラ等) と AI 開発のベータ企業 (日立・富士通等。この他、プリファード・ネットワークスが人工知能の開発で異彩を放つ。同社は、IoT での深層学習のビジネス活用を事業とし、企業価値 2326 億円。トヨタ、NTT、ファナック、日立製作所等が相次ぎ出資する。業務委託ではなく、自社研究所との役割分担を明確にして AI 開発を加速させる考えという。) との間で、AI が生み出す利益や利用権限は誰のものなのか「分け前」をどうするのかの明確な決め方が定まっていないため、経済産業省は 2018 年 3 月にも契約のひな型となる指針を作る予定。勝手に賢くなった AI を利用した利益をどちらがとるのか。AI が賢くなる前の変身前の最初のシステムはベータ企業が作り、システム上の権利はベータ企業にあるが、アルファ企業によって賢くなる。効率的に賢くなるのは、ベータ企業のプログラマーによるといえようが、その利用権と分け前はどちらにあるかという議論である。(日経 2018.1.15、日経 2017.12.27)

開発企業ベータの Google 社は、一般市民データを独占的に利用し広告主からの利益を取得しており、ここでの取引の構図と似ているが、銀行等のアルファ企業は膨大なコストをかけてデータ管理を行っている。一般市民のデータの扱いは全くそうではないため、同列に扱えないが、イスラエル新通達の考え方を敷衍し、アルファ企業居住地域におけるデータの存在を電子的なプレゼンスとみなしうる余地もあろう。

今後、我が国の例えば自動車会社がアルファ企業、米国やシンガポールの関連者がベータ企業として、賢くなった AI の利用からの分け前の議論が生じる可能性もあり、今後の第三者間の利益配分モデルが参照され、グループ内利益配分ルール (高度統合の寄与度分析) が構築される可能性があるあろう。

般にプリンシパルの行うその意思決定とリスク負担を移転価格の議論に織り込む必要があることにも留意すべきである。

データの存在がないと始まらないのは確かであるが、伝統的な議論において、解析のない個々人のデータ自体に何の価値もないのも厳然たる事実である。仮にデータの価値を認めたとしても、その所有者が誰かを問うと所有者は個人であるため、企業のものではなく、一義的には移転価格の議論にはならないだろうが、企業がその使用を契約上の制限の下で許されているため、移転価格上企業が保有していると構成することは可能である。

伝統的な議論では、企業の中でどのエンティティがデータを保有しているのかについては、データの収集にいかなる活動貢献をしたかによってみることになる。これが、伝統的な議論の前提である。契約形態と移転価格の実体論からは、データ取得の仕方を考えた。例えばシリコンバレーやアイルランドの海外プリンシパルの所有物であるということになる。ここで、例えば仮に、現地規制当局が、現地のお客様のデータの取得契約を、海外のプリンシパル法人与ではなく、現地の国内法人との間の契約に強制する旨の規制をかけた場合、何某かのデータを取得するための活動の貢献が現地にあるが、その場合でも所詮、帰属所得は単純な片面検証レベルを超えるものではない。現行ルールの中ではここまでが限界であろう。

結局のところ、企業が収集したデータの存在価値の帰属を敢えて現地に認めるとするとどのような議論に行き着くのか、という文脈において、ここでは一旦敢えて作弄的にデータの存在価値を評価する思考を取り、進めていく^{46 47}。税以前に、税を超えて、経済社会的に

46 データの存在の価値を現地に認める理屈として考えられるものに何があろうか。一つの思考として、個人がバラバラであるとデータの価値があることを Google 社に対して主張することは困難である。また、自分たちのデータがどう使われているかを知る立場にもない。データを収集する側は数人であり、データを提供するのは多数であり、データの価値は安くなりがちである。しかしながら、データを提供者は検索サービスを無料で使えたり、あるいは例えばポンタカードの割引をもらったりする以上の価値があると主張し得るかもしれない。それを取り戻すのは誰かというとその消費者が居住する国の政府しかないであろう。結局国が Google 社から税金を徴収して日本の多くの消費者を含む国民に政府からの支出として還元するという理屈が成り立つかどうか。少なくとも移転価格課税の論拠にはなり得ないのではなかろうか。売上の何%かを Google 社からデータ取得税として取るかどうか。この考え方は 2017.12.5 一橋大学政策フォーラム大橋弘氏（東京大学）の「ビッグデータと競争政策：事業戦略と競争ルールの望ましい在り方を考える」P.14の視点1（需要家視点の重要性の思考）にアラインしているかもしれない。「需要家（データ共有者）の視点。競争政策に立ち返れば、プラットフォームにおけるデータ利活用に対して、需要家の意思を反映・関与させる努力が求められるのではないか。一まずは、消費者の意識の喚起をすることが競争基盤を確立する前提として求められないか。」現下合理的な理屈があるのだろうか。

大統領選に絡んだ五千万人にのぼる利用者情報の不正流出に絡んで米 Facebook 社が情報管理の在り方で議員の追及を受けることになっている。この問題は利用者データというプラットフォームの根幹にかかわり、ビジネスモデルを揺るがしかねない。「ユーザはデータが Facebook 社以外に渡ることも含めて合意している。利用者は自分のデータを提供する見返りに無料のサービスを使える。良くできたトレードオフの関係に人を巻き込むことこそがプラットフォームの力の根源である。」という論理もある。他方で、今回の問題をきっかけに、「利用者側にも自分のデータは如何に使われるのか、というプラットフォームの核心部分に疑いをもち、クリッカー一つで出来てしまう同意が本当の同意なのか。」という見解もある。これらの企業が持つ高い技術力や革新を生む力は米企業の成長エンジンでもあり、米国は Facebook 社問題をどう処理するのかにより、米産業の行方を決める可能性もあろうとされる。（日経 2018.3.29）

47 個々のデータに経済価値はないが、集合すると経済価値が出てくる「データ資源」への現地課税論拠を、豪州の資源課税との比較論で論ずることは可能か。豪州ギラード政権下 2012 年から、鉄鉱石又は石炭

データの価値をどう評価するのかについてのコンセンサスが得られることが重要なのだろうか。そして、その可能性はあるのだろうか。AI が生み出す利益や利用権限は誰のものなのか「分け前」をどうするのかの明確な決め方が定まっていないことの検討（注 45 参照）やビッグデータを知財制度との関連から世界でどのように整理していくのかに係る検討（注 40 参照）がこれに関連しようか。

国によってデータへの価値の見出し方がバラバラにみえてくる。欧州においては、人間がデータの塊・情報有機体として捉えられ、人間らしさを失くしてしまうという懸念から、人間が人間らしくあるために、人間が必ず情報をコントロールしておきたいという発想があるという。まもなく施行される EU 一般データ保護規則（GDPR：注 40 参照）について情報化社会における人権宣言という解釈をする向きもあるという。他方、米国においては、自由な競争が正義であり、情報の渦に巻き込まれて人間性を失うのも勝手であり、そこに介入することはお節介であり、なるべく不公正を阻止するためだけの規制に止めることが是であるという基調がある。このような若干哲学的な対立もある中で、データを持てば強いという現実を踏まえ国と企業が一体となってデータを集めまくるのが中国である、という見方がある。日本を含むアジアは、どちらかという欧州寄りであると解されているという。

さて、税において、一旦敢えて作為的にデータの存在価値を評価する思考を取ったとして、例えば、OECD 移転価格ガイドラインの無形資産（現行、データは簿外デジタル資産であろうか）に係る記述でデータ提供者の居住地国の課税権配分を書くということが果たして有り得るのであろうか。具体的には、

① 実質負担者にかかわらず、現地における情報収集のコスト⁴⁸×Y%を NRP (Notional

プロジェクトを実施する事業に対し、利益ベースの新税制である鉱物資源利用税（MRRT）が 30%の税率で課税されている。年間課税所得が 5000 万豪ドルを下回る小規模鉱業会社は対象外である。課税は当該資源自体の価値に基づくものであり、鉱業会社による採掘プロセスや川下業者の処理により付加された価値に基づくものではない。鉱業会社のノウハウや資本の貢献を認識するため、25%の採掘税額控除が認められ、実効税率は 22.5%に減少する、納税者が州及び準州政府に納付するロイヤルティーについて全額控除できる、とする仕組みである。

まず、納税者が州及び準州政府に納付するロイヤルティーについて全額控除できるとする仕組みであるが、豪州では鉱物資源は州及び準州政府が所有しており、オンショア・オフショアに関わらず、鉱物資源採掘に係るロイヤルティーは従価制又は定額制により政府に支払うことになっているという。データは政府が所有するものではないため、IT 企業のプリンシパルが現地政府にロイヤルティーを支払う根拠はない。現地売上が一定額を超えた場合のこの算定は可能であろうが、当該データ自体の価値算定は何を意味するのか。この根拠付けと算定方法が定まれば課税は可能か。鉱業会社のノウハウや資本の貢献を認識するための 25%の採掘税額控除は NRP (Notional Royalty Payment) に相当するものを定量化したものといえよう。

48 ここでデータの取得コストはいかほどであろうか。データを取得する場合、例えばアンケート 1 問に対し 10 円を与えることがある。例えばローソンと提携会社によるポンタカードにおいては 100 円の買い物につき 1 ポイント与えるという情報収集対価を支払っているかもしれない。Google 社にあっては無償で検索エンジンや他のサービスを受けられるという効果を与えることにより情報を収集している。このように考えると、企業はデータ収集のために相当なコストをかけていることは間違いない。例えばポンタカードの場合、小売りの OM は一般に低いため、100 円の買い物で 1 ポイントのサービスはかなりのコストであるという見方もできよう。データの価値があるのかどうかはともかくとして、データの収集に相当のお金がかかっていることは間違いない。

Royalty Payment) から削減すること (Y%の基準がないため、困難を伴う)

- ② NRP (Notional Royalty Payment) の支払いを含めての二国間の合算損益から、プリンシパル法人と現地関連子会社のコストを控除した、一体の活動から得られた分割対象利益を、プリンシパル側の取り分として、アルゴリズムのプログラマーの当該現地向けに係る報酬 (世界共通事項に係る報酬を市場規模や一人当たり GDP などの各地の購買力を反映させたプロキシーで按分したもの、プラス当該現地向け固有のローカライズの作業に係る報酬)、及びデータセンター等関連資産への投資コスト (世界共通事項に係るコストを市場規模や一人当たり GDP などの各地の購買力を反映させたプロキシーで按分したもの、プラス当該現地向け固有の投資コスト) と、現地側の取り分として、当該現地国での情報収集コストの比重で按分すること
- ③ NRP (Notional Royalty Payment) の支払いを含めての二国間の合算損益から、プリンシパル法人と現地関連子会社のコストを控除した、一体の活動から得られた分割対象利益から、アルゴリズムのプログラマーの当該現地向けに係る報酬 (世界共通事項に係る報酬を市場規模や一人当たり GDP などの各地の購買力を反映させたプロキシーで按分したもの、プラス当該現地向け固有のローカライズの作業に係る報酬)、及びデータセンター等関連資産への投資コスト (世界共通事項に係るコストを市場規模や一人当たり GDP などの各地の購買力を反映させたプロキシーで按分したもの、プラス当該現地向け固有の投資コスト) ×一定のマージンとしての Z%を、プリンシパル側の取り分として先取りさせて、残余を現地の情報存在の価値に基づく取り分として、現地側に割り当てること、

などの考え方があろうか。

上記の①は、情報の価値評価にコストを用いている。情報収集にかけたコストにいくらのリターンが必要かというリターン率の発想からは、掛値の Y%が 1 を超えてもおかしくはない。ただ、所詮コストベースであるという限界を内包している。②は寄与度分析と親和的である。EU 提案の利益配分ルールに基づく帰属所得は、理屈に沿い、市場価値を勘案するとする。市場価値はキャッシュフローをベースとした割引現在価値であるため、キャッシュフローをどう考えるか等、EU の提案はハードルがもっと上がる。市場価値とコストの差はひとえにリスクが考慮されているかどうかであり、ここではコストをどれだけ市場価値に近づけるかであろう。③は、情報の価値を絶対値で算出することが困難であるため、情報の存在価値に残余を帰属させる便法であるが、現地のノンプリンシパルが残余を取ることに理屈がない上に、Z%の設定次第でプリンシパル側の取り分を十分に回復しうる余地があるとはいえ、リスク選好や負担の度合いも事業によって異なるプリンシパルの取り分を Z%の一律の設定により当局が規定することに現実味もない。

今後 AI により、情報の質がアルゴリズムの価値を向上させるという実態が、何某か影響

を及ぼすのであろうか。AIにより相対的にデータの存在価値の比重が高まるとしても、放置してNRP (Notional Royalty Payment) の減少によって現地に十分なOMが帰属するとはいえない。仮に敢えて作爲的にデータの存在価値を評価する立場を取るとしても、プログラマーの価値とデータの存在価値とのせめぎ合いであろう。

仮に、外国のプリンシパルがプラットフォームを使って現地の人と人を結びつけるという現地の電子的なプレゼンスを認め、敢えて作爲的にデータの存在価値をNRP (Notional Royalty Payment) の削減因子に取り込むような、例えば、ここに示したような課税権配分算定式をあてはめたとして、いざ達成したOMレベルでは本件を問題化する現地の国民が納得できないときに、仮の新OECD移転価格ガイドラインの改訂版に次の限界が再来する。

なお、前述の通り、2018.3.21EU提案の中長期的な見直し策は、独立企業原則に則った利益配分ルールに基づく帰属所得の算出の考え方を示している (P.36 参照)。

ここまで、GAFAモデル (すなわち、【Bモデル】、【Cモデル】、及び両極性ビジネスモデルと表象される【Dモデル】・【Dモデル派生モデル】) において、外国のプリンシパルがプラットフォームを使って現地の人と人を結びつけるという現地の電子的なプレゼンスを認めて、新認定PEを創出し、更にデータの存在価値自体を敢えて作爲的に評価し、現地帰属所得にそれを反映させる可能性を論じてきたところであるが、ここで、両極性ビジネスモデルと表象される【Dモデル】・【Dモデル派生モデル】にあつては、価値創造の主要な部分の全てが海外で行われているため、殊更に新認定PEを創出し、更にデータの存在価値自体を敢えて作爲的に評価し、現地帰属所得にそれを反映させる意義を見出すことはできるかもしれない。広告事業の【Dモデル】においてはそういえようか。テレマティックスのような【Dモデル派生モデル】においては、広告事業のように、取得するデータの対象がユーザ全般にわたり、それを活用する企業も潜在的な広告主である企業全般にわたるというものではなく、前述の事業モデルの例では、取得するデータの対象が自社の販売する車のドライバーに限られ、それを活用する企業も自動車保険を生業とする損保会社に限られることになるため、【Dモデル】とは金額の閾値のレベル感が異なるが、定性的には二極性ビジネスモデルの範疇内のモデルとして、新認定PEを同様に創出し、更にデータの存在価値自体を敢えて作爲的に評価し、現地帰属所得にそれを反映させる意義を見出すことを否定することは困難であろう。とはいえ、現地で、ものの販売から (例えば、この例の【Dモデル派生モデル】では、【Dモデル】における検索エンジンに当たる車を売らないと話にならないが、これを現地の販売子会社で販売しており、そこから) 得られる利益を申告しているため、課税上の弊害にかかる切迫感は顕著に劣るのかもしれない。

では、【Cモデル】 (デジタルコンテンツ配信事業) をどのように考えるべきであろうか。この事業のサプライチェーン上の根源的価値は、音楽配信の場合、音楽家の拠点地、及び配信権者の拠点地にあるといえよう。現状、一般に音楽家も配信権者も消費者市場の源泉地に存在しているため、相対的に課税上の問題は大きくない。失われた帰属所得は、バリューチェーン全体の中で、物流がカットされた部分に相応される所得に過ぎず、ディストリ

ビュータの OM にとどまるため、殊更に新認定 PE を創出する実益に乏しいという見方もできるのかもしれない。法人税の枠組みを殊更に広げず消費税による課税確保に委ねてよいのではないかという見方があるかどうかであろう。むしろ、音楽配信における課税の漏出は、音楽家が例えばモナコに移住したり、あるいは、音楽家が隣接著作権を米国西海岸の配信権者に売却したりするようなケースと想像されよう。

なお、【B モデル】（オンライン販売事業）の PE 拡充の議論は前述の通り手当済みであり、各国の国内法制化を待つ段階にきており、帰属所得の算定実務に注目が向かうところである。この場合、前述の P.84 から P.86 までのデータの存在価値を取って作為的に移転価格算定に織り込む考え方を参照する余地があるかどうか。【B モデル】は、データの解析を用いたマーケティング効果を活用しつつ、サプライヤーと消費者を効率的に結びつける事業であるが、取得するデータの対象は自社で買物をしてくれるお客様に限られ、それを自社で買物をしてくれる潜在的なお客様のために活用している。前述のデータの存在価値を取って作為的に移転価格に織り込む、例えば①のような考え方が必ずしも当てはまらないように見えなくもないが、オンライン販売事業へのデータ活用が急速に汎用化していく中、【B モデル】への前述の考え方の当てはめが差別的で不公平な措置にみえないことも重要であり、賢明な帰属所得の算定実務が期待されよう。

法人源泉地国課税の視点からみると、広告事業の【D モデル】（両極性ビジネスモデル）はユニークである。

結果的に、2018.3.16 OECD 中間報告書の第一グループの見方である、「データとユーザの参画への依存は、利益が課税される場所と価値が創造される場所に齟齬をきたすかもしれないが、課題は特定のビジネスモデルに限定的に生じているものであり、データとユーザの参画への依存の要因が、現行の国際課税ルールをその基盤の強化を要するほどに蝕んでいるとは考えない。従い、広範な変革を要する事柄とはみない。」とする考え方に近似しているといえようか。

8. まとめ

本稿では、先の「7.考察 IV」において、ネットインカム課税を許容しうるバーチャル PE 及び帰属所得の立案の可能性に関し、企業が収集したデータの存在価値の帰属を現地に認めるとするとどのような議論に行き着くのかを考察した。そして、先の【D モデル】において、データの存在価値自体を取って作為的に評価し、現地帰属所得にそれを反映させる意義はあるといえるのかもしれない、という一義的な考え方を示したわけであるが、繰り返しになるが、結果的に、2018.3.16 OECD 中間報告書の第一グループの見方である、「データとユーザの参画への依存は、利益が課税される場所と価値が創造される場所に齟齬をきたすかもしれないが、課題は特定のビジネスモデルに限定的に生じているものであり、データとユーザの参画への依存の要因が、現行の国際課税ルールをその基盤の強化を要するほどに蝕んでいるとは考えない。従い、広範な変革を要する事柄とはみない。」とする考え方に近

似しているといえようか。

データの存在価値自体を敢えて作為的に評価し、現地帰属所得にそれを反映させる意義はあるとする考え方について、否定的な立場に立つと、「不特定多数のユーザのデータの解析サイド」をバーチャル PE 認定の要素とすることはまだ容易であるが、そこに所得を帰属させることには理屈を見出し難い、つまり、現地におけるプラットフォームの大きさに基づいて帰属所得を算定する理屈は説得力を持たない、それ自体、何の価値もないデータの所在に敢えて作為的に経済価値を見出すことを許すことは、社会通念に基づいて、理屈なく課税の範囲を広げることになり予測可能性が立たなくなる恐れがあるということになる。また、プラットフォームの構築自体の困難さやそのリスクの大きさに鑑みた場合⁴⁹、たとえそれが苦渋の策であったとしても、それ自体に経済価値のないデータを評価することは重大な間違いにみえるということであろう。歴史的なバランスを重視する見方ともいえよう。

他方で、肯定的な立場に立つと、ユーザが提供するデータが価値創造に貢献しているのにその価値創造の場所で課税できていない、だからユーザの所在地国で課税できるようにすべきである、つまり、それ自体何の価値もないデータとみるものを他の要素とのコンビネーションにおいて価値創造の一つの要素とみるのである。肯定的な立場からは、むしろ移転価格と価値創造の一致のためにユーザの所在地国での課税が必要というロジックになるのである。しかし、これとて、否定的な立場からは、ユーザからデータを入手するためのデジタル事業による（プラットフォームを通じた）活動は、入手されたデータ自体に価値があるという理由だけでは所得が帰属すべき活動とはいえない、とする。なぜなら電力に価値はあっても電力を入手する活動には価値がないのと同様であるからであるとする。

事柄は既に政治マターになっている側面があり、結論は予断を許さないと言えよう。国際情勢は、今後、国際課税ルールの変革を何もしないで収まるレベルなのか・なにかの前の向きの結論を出さなければ収まらない状況にあるのかといった点を正しく読み解き、今般の電子経済の議論を言わば奇貨としてリングフェンスなく幅広く源泉地国課税権が拡張され、人口と消費者数を誇る新興国・途上国等を一方的に利する⁵⁰に至るような変革の流れを作らないことが最重要になってこよう。

また、日々進行する電子化の変革が価値創造にどのように影響を与えていくのかを注意深くモニターすることが一層重要といえよう。

世界はビッグデータを活用する経済に入った。電子経済への対応に係る国際課税ルール

49 実際のところ、プラットフォームはユーザの多寡によって価値が定まるものでもない。大規模なプラットフォームの構築には、人的・物的リソースに関するリスクの高い多額かつ不断の投資が必要であり、技術的にも難易度が高いものである。例えばオバマ政権が 2010 年に医療保険制度改革を実施した際に、医療保険の加入に関するオンラインプラットフォームを構築・導入したが、政権のバックアップにより多くのリソースが投下されたにもかかわらず当初は障害が多く、こうしたシステム上の問題を解決するために長い時間と多くの資金が必要となった。一般に、プラットフォームを活用して創出された利益の大きさに目が向きがちではあるが、プラットフォームを構築すること自体簡単ではなく、この分野で成功している企業はリスクや経営リソースを管理して技術的なハードルを乗り越えた上で成功を手にしたわけであり、その経営上の努力を見過すべきではない。

50 拙稿月刊国際税務別冊 2014.1 新春特別企画Ⅱ「大規模法人の国際課税の課題」P16 参照。

作りに関し、PE の捉え方やそこに帰属させる所得を考えるにあたって、重要なデータの取扱量なども重要な要素となりうる可能性もあろうとの思考の下でここまで書き進めてきた。今後ビッグデータが産業のコメとなり、所得の源泉となると、データの取得や解析のためにどのように活動し貢献したのかが重要であるとの大前提の下で、ただ、それだけではなく、データの存在に価値を見出す視点も重要化する可能性が出てきたからである。

見方を変え、税務執行の観点からは、今後税務当局がビッグデータ（申告書データ・総勘定元帳データ・取引履歴・決済履歴等）を活用することにより、調査選定は精緻化し、個人や法人の脱税やキャッシュボックスを活用した租税回避などをあぶり出しやすくなる。今後の経済社会の動きを見据え、データを中心とした事務の運営を執っていく必要があるのかもしれない。AI を活用させる対象のビッグデータをどう取り込んでいくのかは重要なテーマとなってこよう。おそらくは、国税内に蓄積されているであろう非デジタルの情報をどのように扱っていくのか、また、世の中にある様々な経済社会のデータをどこまで取り込んでいくのか、世の中の動向を見据えながら適切に判断されていくことになるのではなかろうか。大法人の電子申告義務化において別表や添付書類も含めデータ提出を義務付けられていること、その前提として、国税側としても企業が対応しやすくなるような様式の工夫等に真摯に取り組んでおられること、このような事柄が第一歩となるのではなかろうか。

なお、中国の SAT の高官は、従前の VAT の報告をメインとするシステムから、全産業・全税目・全納税者を対象とする金税三期（Golden Tax III）システムに統合し、得られたビッグデータを AI によりフル活用することを明言している。このような強力なデータ分析能力及び自動化された税務監督能力により、税務局の税務リスク調査に係る能力と効率が大きく向上することが予想される。また、このシステムを通して、税関、銀行、公安、出入国、労働局等で使用されるシステムから取得したデータとリアルタイムで接続、検証できるようになる見込みである。

冒頭「はじめに」で述べた通り、OECD 中間報告書は喫緊の課題としてオンラインプラットフォーム上のユーザ情報等、ビッグデータを活用することについて税務当局間で実務的な国際協力を進めるとしている。我が国においては、国内法上まだこのような共有の前提条件を満たしていないといえるが、近未来に国際的にこのような議論が本格化することが既に想定されよう。

ここで移転価格分析に言及すると、今後世界の税務当局において、正確な取引の認定（delineation）に基づき価値創造の場所に適切に所得を帰属させることを担保する目的で、例えば、国外関連取引ごとに、リスクを負担し、意思決定がなされた場所はどこかについて世界の拠点間における電子メールを網羅的に収集・解析することによって短時間のうちに確認することは可能となろう。これまでは大量のデータを収集したとしてそれを解析できる人的リソースはなかったが、これが可能になる。しかし、サプライチェーン全体を通じて、価値創造の場所がどこにあったかについては、究極的にはできるのであろうが、目下の

ところ、一定の推定はできようが、判断することは困難であろうか。

ここから導き出される論点として、移転価格調査を超える広い税務調査領域において、大量のデータ解析が可能となったことをもってして、いわゆる普遍的調査に至る懸念はないのであろうか。我が国の執行実務を考えると、課税上の問題を絞って電子データの徴求を求め、そこでAIで解析された結果により、特定された課税上の問題が出てくれば、さらに電子データの徴求を求め、AIを活用していく等、データの取得のやり方に長年の執行実務の知恵を活用し、普遍的調査を回避する堅実さが確実に期待できる。他方で、民主的な税務調査が根付いていない国において、杞憂に終わるとは思われるが、一つの懸念材料として認識しておくべきであろうか。また、AIの判断結果には一定程度信頼が置けるとしても、判断の過程を説明することは難しいと現下言われている。一般に我が国を含む先進国の税務行政においては、調査選定や課税の判断について、組織としての納得感が必要であろうと考えられ、これはAIによるデータ解析を行う場合にあっては例外ではなかろう。例えば、AIの活用により、幾つかのパターンを示させる、あるいは複数の切り口ごとにAIを活用し、全体の総合的な組み合わせの中で判断を行い、納得感が全くないままAI解析任せで執行を行うことは考えられないのではなかろうか。また、税務争訟において、どのように立証し、法的判断を下すのかという問題が新たに生じてこようか。

最後に、税制を論ずると、将来機械とAIが生産等の経済活動を行い、人は今まで価値があると認められなかったことにより多くの時間を費やすことになるかもしれない。生産等の経済活動を行わない人が増えるため、ベーシックインカムへの関心が高まり、その財源としてAIに課税をするという議論が起り得る。これまでは生産能力を生む人口と国の経済力は一般に相関すると考えられてきたが、これに否定的な見解も生じてくるのかもしれない。

収集して取得したデータをAIが解析をして判断をすることになる。本稿「7.考察IV」で論じたデータの収集・取得はあくまで準備行為ではあるが、そうはいえ、この一連のデータ収集・取得・解析という経済活動において、データ収集・取得はこれからも行わなければならないし、これは変わらない。この一連の経済活動の中で、AIが解析をして判断を行うことがこれまでの経済活動を行う人の代替であるということになる。

経済価値があるところに所得を帰属させるという国際課税の基本論からすると、AIがある場所（サーバから将来はロボットに代わっていく）での経済活動が大きくなるので、経済価値はAIを内蔵したロボットのいる場所になっていく。バランスシート上、ロボットは機械設備という有形固定資産であるが、むしろロボットに内蔵されたAIという無形資産が大きな価値を持つ。AIが無形資産であることは間違いないが、償却資産であるかどうかは不明であり、むしろ賢くなっていくため、償却が不要であり、むしろ価値が増加するという見方は無いのであろうか。あくまで我が国の租税政策の見地からは、例えば、国がAI関連の研究について助成を行い、そのAIが生み出した成果物に由来する収益の一部を国が回収す

る政策税制⁵¹を導入し、AI 無形資産の開発場所を日本に置くメリットを付与しつつ、そして無形資産である以上、容易に海外に移転しないようにするため、例えば、海外のロボットにインストールさせてライセンス料を取るような構造に導くインセンティブが必要になってくるのではなかろうか。

51 森信茂樹稿（2017.9.7 日経）

第3章 評価困難な無形資産＝所得相応性基準について

PwC 税理士法人 顧問
岡田 至康

1. 経緯

(1) OECD/G20 で精力的に検討がなされている BEPS (税源浸食利益移転) プロジェクトでは、2015年10月に公表された最終報告書の行動8-10において、移転価格に係る幾つかのテーマについて検討を行うことにより、OECD 移転価格ガイドラインの改訂を行っている。同ガイドライン第6章(無形資産)については、全面的に改定がなされ、無形資産を巡る BEPS 行為への対応を行うため、無形資産の定義の採用、無形資産の移転・使用に係る利益の価値創造に沿った配分(無形資産の開発・改良・維持・保護・使用に係る機能・リスク分析)、といった重要な論点について規定するとともに、評価困難な無形資産(hard-to-value intangibles)に関するルール(所得相応性基準)を策定している。

評価困難無形資産については、独立企業間価格による比較対象が存在しないこと等から、取引時点での取引価格の算定が困難であり、また納税者と当局とで情報の非対称性(information asymmetry)が存在しているため、従来から、評価困難無形資産は BEPS 行為をもたらすものとして広く問題とされてきていた。このような資産を低・無税率法域(タックスヘイブン等)にある関連子会社等に不適切な価格で移転して、そこから生じる利益をこれらの関連子会社等に帰属・留保させる事例がかなりみられたところである。

(2) 評価困難無形資産への対応に関しては、これまで OECD では、米国で採用されている所得相応性基準(commensurate with income standard)については、無形資産取引に係る当初の契約価格を当該無形資産の利用に伴って実際に事後に生じた結果利得をみて算定するところから、多くの加盟国の意見を反映して、これを後知恵(hindsight)であるとして、その採用にはずっと慎重であり、また独立企業原則との整合性についても疑問が呈されてきた。この算定手法には、OECD として、関心を有しつつも、幅広い合意を得られていなかったものとみられ、我が国においてもこの所得相応性基準について、懐疑的な見方が一般的であったものとみられる⁵²。

一方、米国当局においては、所得相応性基準について、(1)で述べたような多国籍企業による所得移転行為への対応策としてこれを存置し、また取引後のリスク変化を考慮すること等から、独立企業原則と整合的であるとしていた。ただ、米国で実際に所得相応性基準を適用した事例は伝えられておらず、むしろ無形資産の安易な海外移転に対する牽制効果としての意義を同基準に見出していたものと考えられる。この点は、OECD が BEPS 最終報告書で勧告した所得相応性基準についての米国当局者の見解が伝えられているところにも

52 例えば、税制調査会専門委員会「国際課税に関する論点整理」(平成22年11月9日)

垣間見えるところである⁵³。

(3) このような中で、今般の BEPS 行動計画の検討過程では、所得相応性基準を含む幾つかの措置を特別措置として提示しているが、独立企業原則との関係では、独立企業原則の範囲内、又はそれを超えるものとして、独立企業原則との整合性については明示していなかった⁵⁴。しかし、最終報告書では、所得相応性基準を具体化して導入することで、BEPS 問題に対応することとし、後述するように、独立企業原則に合致するものとして一応の基本的指針を示している⁵⁵。ただ、その実際適用に際しての指針の策定には、独立企業原則との整合性をどう具体化させるか、後年における実際利益をどう当初利益に反映させるか等、基本的問題に係る検討分野があり、最終的に OECD でどのような内容の実施指針を提示するのかが注目されている。

2. 米国、ドイツの制度

(1) 米国では、今次 BEPS プロジェクト最終報告書における評価困難無形資産に係る規定は、内国歳入法典 482 条第 2 文で規定されている所得相応性基準 (“commensurate with income” standard、1986 年導入) 及び定期的調整 (“periodic adjustment”) の概念に対応するものであるとされ⁵⁶、無形資産の譲渡又はライセンス供与に係る所得は当該無形資産に帰属させられる所得と相応するものであることとされている。すなわち、当該無形資産の利用によって事後的に生じた所得が当初の譲渡ないし使用許諾の対価に対応するものとされる。482 条第 2 文はスーパーロイヤルティー条項とも呼ばれており、財務省規則 (§ 1.482-4(f)(2)、(6)、1.482-7(i)(6)) で具体化がなされている。このような制度が導入された背景としては、かねてより米国の著名な多国籍企業が軽課税国等に関連会社を設立して特許等の無形資産を譲渡・使用許諾し、結果的に多額の所得移転がなされていたのに対して、効果的な対応が難しかったことがあるとされている。

また、譲渡取引に係る一括支払の場合の取扱いについても、「最終的に、無形資産の譲渡取引は、実質的にロイヤルティー取引と同様に取り扱うことで定期的調整を受けることとなった。この取扱いの背後には、関連者間での高収益無形資産の移転は、原則ロイヤルティーの定期支払契約という形態で行われるべきであるが、無形資産の譲渡契約を否定することもできないことから、譲渡契約の場合に、その経済的效果がロイヤルティーの定期的支払契約を採った場合の経済的結果と類似しなければならないという考えがある。・・・無形資産の譲渡取引を定期的調整の対象外とすると・・・所得相応性基準、の効果は殆どなくなってしまうものと考えられる。つまり、無形資産の譲渡を実質的にロイヤルティー契約

53 T/A “OECD Draft on HTVIs Targets Misleading Projections, McDonald Says” (2017 年 6 月 7 日)

54 “BEPS ACTIONS 8, 9 AND 10: DISCUSSION DRAFT ON REVISIONS TO CHAPTER 1 OF THE TRANSFER PRICING GUIDELINES (INCLUDING RISK, RECHARACTERISATION, AND SPECIAL MEASURES)” (2014 年 12 月) p41

55 OECD/G20 BEPS Project, 行動 8-10 最終報告書 (2015 年 10 月): “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation”, パラ 6.186-6.195

56 OECD :Transfer Pricing Country Profiles (2017 年 11 月 6 日公表): United States

と同様に取り扱おうとするところに、定期的調整の本質があると思われる⁵⁷とされて、譲渡時からの期間（除斥期間）への対応も考慮されている。

なお、契約締結時に予測できなかった異常な事象により予測利益と実際利益の乖離が生じたこと等の一定の場合には、所得相応性基準の適用除外となることが規定されており、独立企業としての取引である場合の当初取引の容認及び納税者側での文書化の要請がなされている。

(2) ドイツでは、2008年からいわゆる機能移転税が導入され、企業のグループ再編に伴う機能の移転に伴う課税機会の自国での喪失への対応が意図されている。背景としては、生産拠点の国外移転、ノウハウ等の国外流出があるとされる。具体的な制度は、売手・役務提供者側から見た最低価格と買手・受益者側からみた最高価格を確定し、その合意範囲の中の間値が基準とされる。その際、機能・リスクに対応する資本利子率を考慮して移転単位を基礎にした合意範囲が確定される。また、独立した第三者であれば適正な価格修正条項を申し合わせていたであろうという反証可能性を踏まえた上で、取引締結後10年以内に大幅な乖離が生じた場合には、一回限りの適正な調整がなされる⁵⁸。

ドイツでは、評価困難無形資産に係る特別措置については、その導入を検討中であるとされ、一般的な所得相応性基準をこの機能移転税とは別に導入予定のようである⁵⁹。

(3) いずれの制度も、無形資産の海外関係会社への移転に伴って移転元の国における課税機会の喪失あるいは課税額の減少への対応が意図されている。価値評価の明確な算定ができない無形資産の移転時に算定された価格と結果としての利益状況が大きく乖離した場合には税務当局による更正の可能性があることとされており、その点でいずれの国の制度も所得相応性基準を具体化したものとされている。ただ、それぞれの制度が生まれた背景は類似しているものの、必ずしも同じではないことから、制度設計の内容は若干異なっている。特にドイツにおいては、本制度の対象となる機能とは、企業内の特定の部署等により処理されること、それに付随するチャンスとリスクを含む同種の経営上の課題の集合体、とされることから、移転先国における立地有利性・シナジー効果等の利益の潜在的稼得可能性について考慮すべきとされ、これを移転元の国で課税することが問題とされているようである⁶⁰。

(4) なお、英国では、BEPS 行動 8-10 で修正された移転価格ガイドラインは、事実上（間接的に）国内法に組み込まれているとされているほか⁶¹、幾つかの国も移転価格ガイドラインに従うとしており、少なくとも OECD 加盟国は、ある意味では当然ながら、OECD 移転価格ガイドライン第 6 章として規定された限りにおいて、基本的には所得相応性基準の

57 「米国租税法上の無形資産の評価の実情と日本に対する示唆—所得相応性基準の分析を中心として」（浅川和仁、平成 17 年 6 月 29 日税大論叢第 49 号 p353）

58 「ドイツ機能移転課税の導入経緯と最新動向」（池田良一「租税研究」2013 年 3 月）（p286-288）参照

59 OECD :Transfer Pricing Country Profiles (2017 年 11 月 6 日公表): Germany

60 「ドイツ機能移転課税の導入経緯と最新動向」（池田良一：「租税研究」2013 年 3 月号）（p288）参照

61 OECD :Transfer Pricing Country Profiles (2017 年 11 月 6 日公表): United Kingdom

概念及び当基準に基づく課税に対する二重課税の除去には理解を示しているものと考えられる。

3. BEPS 最終報告書（行動 8-10）における評価困難無形資産に係る基本的指針

(1) OECD・BEPS 最終報告書（行動 8-10）の移転価格ガイドライン第 6 章（無形資産）に係る部分において、評価困難無形資産への対応として、所得相応性基準を導入するとともに、その適用結果は相互協議の対象となることが明示されている⁶²。すなわち、概要次のような内容のものとなっているが、これは新たに導入される指針が独立企業原則との整合性を保つとともに、納税者の持つ情報がその重要な根拠となることを確実にするためのものとも言えよう。

まず、評価困難無形資産の範囲について、関連者間での取引時点における、(i) 信頼できる比較対象取引が存在しない、かつ、(ii) 取引開始時点において、譲渡された無形資産から生じる将来のキャッシュフロー若しくは収益についての予測、又は無形資産の評価で使用した前提が非常に不確かで、譲渡時点で当該無形資産の最終的な成功の水準に係る予測が難しいもの、を対象とするとしている⁶³。そしてこの評価困難無形資産の譲渡・使用許諾に関する取引の特徴としてあり得るものとして、①譲渡時点で部分的にのみ開発された無形資産、②取引後数年間は商業的な利用が期待されない無形資産、③その無形資産自体は前述した評価困難無形資産の定義に当てはまらないが、評価困難無形資産の定義に当てはまる他の無形資産の開発・改良に不可欠である無形資産、④譲渡時点で新たな方法で利用されると期待され、類似の無形資産の開発又は使用の実績がないため、予測が非常に不確かである無形資産、⑤前述した評価困難無形資産の定義に当てはまる、関連会社へ一時金支払いにより譲渡された無形資産、⑥CCA（費用分担取極）又は類似の取決めに関連して使用されたか、当該取決め下で開発された無形資産、が挙げられている⁶⁴。

(2) 納税者がこのような評価困難無形資産の移転をするに当たっては、その価格取決めの適切性を推定する証拠として、利益について事前の（ex-ante）予測内容と実際の結果との関係を見ることとされている。それが異なる場合には、一定の状況下で、その事後の（ex-post）結果に基づいて価格調整を行うことが当局に認められる。一方、その適用が免除される場合として、4つの事象が挙げられており、具体的には（i）納税者が、価格取決め・合理的に予測可能な出来事・その他のリスクの考慮を判断するために無形資産の移転時に用いられた事前の予測及びその実現可能性についての詳細、並びに、財務上の予測と実際の結果の重大な乖離が取引時点では関連者が予測することは不可能であったこと・価格決定後に生じた予見できない進展や出来事によるものであること・原因となった出来事が起きる

62 改訂 OECD 移転価格ガイドライン：パラ 6.192、6.195（「BEPS プロジェクト 2015 年最終報告書 行動 3、4、8-10、14」）（日本租税研究協会）参照

63 同上：パラ 6.189

64 改訂 OECD 移転価格ガイドライン：パラ 6.190（「BEPS プロジェクト 2015 年最終報告書 行動 3、4、8-10、14」）（日本租税研究協会）参照

確率についての取引時点での見込みが適切であったことについて信頼に足る証拠を提供する場合、(ii) 無形資産の移転が事前確認 (APA) でカバーされている場合、(iii) 財務上の予測と実際の結果について、いかなる乖離も取引時点の価格の 20%以下である場合、(iv) 当該無形資産が非関連者収益を初めて生み出してから (iii) の要件を満たしたまま 5 年間の期間が経過した場合 (それ以降の年度について適用免除)、が挙げられている⁶⁵。このような場合には、基本的に当初の取引が独立企業原則に則ってなされたものとみられるということであろう。

(3) これは、米国のルールが基本となっているが、米国は早くも 1986 年にこの所得相応性基準を導入しており、ここで注目されるのは、納税者が取引時にどのような分析をして価格設定を行ったかということである。この点、ドイツの機能移転税では、両当事者の取引時における価格への考え方を検討することを明示している。今回、この所得相応性基準が相互協議の対象になることが明確にされたことで、独立企業原則と合致したものと解され得るが、むしろ独立企業原則に合致するように制度を構築したと見ることも可能であろう。すなわち、取引に当たっては、両当事者の事情を踏まえ、両当事者が独立企業であればその環境下でどのような取引内容の決定をしたであろうかについて、十分に説得力ある説明を納税者側として用意する必要がある、これによって所得相応性基準の適用が避けられることとなる。

4. 改訂 OECD 移転価格ガイドライン第 6 章 (無形資産) における評価困難無形資産に係る対応

(1) 改訂 OECD 移転価格ガイドライン第 6 章においては、一つ又は複数の無形資産移転取引に対して、信頼し得る比較対象取引が特定できない場合には、「特に、所得をベースとした評価テクニックの使用、とりわけ評価中の無形資産の使用から得られると予測される将来的な所得の動向又は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テクニックは、適切に使用されれば特に有用かもしれない。・・・五つの OECD 移転価格算定方法のいずれかの一形態として、又は独立企業間価格の特定に使用され得る手段として、納税者及び税務当局に使用される場合がある。」として、ビジネスにおいて一般的に幅広く適用されている DCF (discounted cash flow) 法の有用性を述べている⁶⁶。信頼できる比較対象取引のない無形資産の移転による使用から得られる価値を算出する評価テクニックとして、予測の基礎となる諸要因 (成長率・割引率・耐用年数等) を注意深く検証した上で、その活用が図られよう。また、評価困難な無形資産の移転時の価格設定の方法として、事前の予測と事後の結果が一定の幅を超えて乖離した場合等における対応としての所得相応性基準が採用されることとなるが、将来キャッシュフローの予測が極めて不確かで評価困難ではあっても、その時点での最大の注意を払った上で評価テクニックを活用したものを一応の目安として活用することが考えられる。

65 同上：パラ 6.193

66 同上：パラ 6.153

また、所得相応性基準が独立企業原則との整合性を保つものとして、取引時に独立企業であれば将来へのリスク管理の方法としてどのような措置をとるか、等について検討すべきとされ、納税者はその内容を文書化しておくことが求められる。例えば、採り得る措置として、短期の契約期間、価格修正条項の挿入、契約条項の再交渉規定の挿入、等が考えられている。この点で、事後の利益を踏まえて当初の取引価格を修正することを後知恵として批判する声からは、独立企業原則そのものへの疑問が出されているようである。独立企業原則は、両取引当事者が独立企業であれば、類似の状況下でどのような価格付けをしたであろうかというのが基本的な問題であり、一般に移転価格で比較対象取引を問題とするのはあくまでそれが独立企業間の取引であるからであろう。すなわち、両当事者が非関連者であればという視点から文書化がなされる必要があり、単に、移転元あるいは移転先いずれか一方の将来便益予測をそのまま受け入れて契約がなされるものではないであろう。無形資産移転に伴う両当事者それぞれの独立企業としての（グループメンバーとしてではない）便益の比較考量がなされた上で、それがきちんと文書化されるべきものであると思われる。例えば、低税率国へ安価で無形資産を移転するのは、グループ全体利益を考慮すれば、移転元企業・移転先企業双方の利益となるのであろうが、独立企業としての移転元企業の利益とは合致しないであろう。移転元国と移転先国との税率差が大きければ大きいほど、文書化の内容も自ずと厳しいものが求められよう。ただ、実際に関連者間でどこまで第三者を納得させられるだけの文書化がなされ得るか疑問が生じるのも事実であり、客観性の確保策として、例えば、納税者側で外部の当該業種に精通した有識者等を活用することなどを検討してもよいものと思われる。いずれにせよ、情報の非対称性を踏まえたところでの文書化が不十分であれば、事後の結果としての所得が当初取引価格の推定証拠とされる可能性が生じることから、企業側としては、従来以上に比較対象を伴わない独立企業間取引を意識した文書化に留意すべきであろう。

(2) 評価困難無形資産への対応としての所得相応性基準については、OECD でその実施ガイダンスの策定として、2017年5月に討議草案が公表されている⁶⁷。これは、各国間での共通の理解と執行がなされることによって各国当局間の執行の一貫性の確保と二重課税リスクの軽減を目的としているものである。ここでは、税務当局による早期の対応とともに、タイミングの問題に触れられており、設例では、当初の評価困難無形資産の移転に係る譲渡価格の修正の場合、当初の一括払いと追加的な条件付支払の場合、定期的使用料支払いの場合等、課税の方法等について検討がなされている。このガイダンスの内容は未だ確定していないが、検討すべき問題点としては、対象となる無形資産の範囲、文書化の内容、期間制限等に係るタイミング（課税及び対応的調整）等の論点が考えられる。

(3) 一方、ビジネス界からは、この制度を巡ってかなりの懸念が示されており、i) 依然として後知恵ではないか、ii) 事務負担の大幅な増加となるのではないか、iii) 明確なガイ

67 “Public Discussion Draft, BEPS Action 8, Implementation Guidance on Hard-to-Value Intangibles” (23 May-30 June 2017)

ダンスが必要である、等の声が聴かれる。例えば、実施ガイダンスに係る討議草案を歓迎するとしつつも、i) ガイダンスはかなり大まかで、設例も全てに対応できるものとなっておらず、納税者には評価実施をどう行うべきかについての困難がある、ii) この分野についての当局の経験は乏しく、特に途上国はそうであり、それだけに実践的で明確なガイダンスが求められる、iii) 評価困難無形資産の定義は非常に幅広く、評価困難無形資産に該当しない事柄のリスト化があれば有用である、iv) BEPS 行動計画 8-10 最終報告書パラ 6.193 にある適用免除規定に係る追加ガイダンスが早期に求められる、v) 討議草案中の設例はこの複雑な分野に係るものとしては不十分で、更に拡充されるべきである、vi) 他の移転価格ガイドライン（特に利益分割法）との関係にも言及すべきである、といったコメントがなされている⁶⁸。

(4) この所得相応性基準には依然として多くの検討すべき点があると思われるが、いずれにせよ、OECD が BEPS プロジェクトの中で、所得相応性基準について具体化を図り、各国の共通理解を得られるように努めていることは極めて重要な意味を持つ。とりわけ、今まで、OECD 加盟国間ですら、その独立企業原則との整合性にかなりの疑問が呈されて、その実務面での適用可能性についてこれといった進展もなく、また相互協議の対象になるかどうか定かではなかったところ、今次 BEPS プロジェクトの下で、当制度による課税に伴う二重課税について、相互協議での問題解決が各国間で図られるべきことを確認したことは、グローバルでの協調を進める観点から極めて望ましいところである。ただ、だからといって所得相応性基準を安易に適用するといったことにならないよう、各国は、その制度導入に当たっては、上述したビジネス界からの懸念やその適用の困難性等をも踏まえ、その執行面での慎重な対応に配慮すべきは当然であろう。

5. 対象となる無形資産の範囲

(1) 所得相応性基準の適用に当たっては、まず、本制度の対象となる無形資産の範囲が問題となるが、行動 8 では、無形資産の定義として、「有形資産や金融資産ではなく、商業活動で使用されるに当たり所有又は支配することができ、比較可能な状況での非関連者間取引においては、その使用又は移転によって対価が生じるものを指す」とされ⁶⁹、特許、ノウハウ及び企業秘密、商標・商号・ブランド、政府の認可及び免許、契約上の権利、無形資産に係る限定的な権利、は無形資産であるとされる一方、グループシナジー、市場固有の特徴は無形資産ではない、とされる。暖簾及び継続事業価値については、無形資産となり得るものとの理解であろう⁷⁰。

米国における移転価格税制上の無形資産の定義は財務省規則に掲載されているが、具体

68 Implementation Guidance on Hard-To-Value Intangibles に係る Business at OECD (BIAC) コメント (2017年6月30日)

69 改訂 OECD 移転価格ガイドライン：パラ 6.6 (「BEPS プロジェクト 2015 年最終報告書 行動 3、4、8-10、14」(日本租税研究協会) 参照)

70 同上：パラ 6.19-6.31

的な項目を提示した最後に「その他の類似項目」としてバスケットクローズが規定されている⁷¹。特許・発明・意匠・ノウハウ、著作権、商標・商号・ブランドネーム、フランチャイズ・ライセンス、システム・広告宣伝・調査・顧客リスト・技術データ等々が明示されているが、暖簾 (goodwill) 及び継続事業価値 (going concern value) と並んでよく問題となるのが workforce-in-place である。現実には、労働力の移動がますます盛んとなる今日、無形資産単独での移転もさることながら知的財産を形成する人・人的グループでの移転が重要となると考えれば、米国当局が workforce-in-place を無形資産と捉える考え方をとるのも理解できないわけではない (今次税制改革で、一般に暖簾及び workforce in place をも無形資産と定義されている⁷²)。ドイツの機能移転税においては、このような考え方を踏まえて制度設計がなされているようにも思われる。ただ、これを移転価格上も無形資産に含める場合には、サービスの供与との関係が問題となろう。例えば、人的グループの移転がグループとしてのシナジー効果を期待してのものであれば、無形資産の供与とはならないであろうが、それが事実上無形資産自体の移転であれば、所得相応性基準の対象となり得るものと考えられる。この場合に、無形資産から生じる所得を判別できるのかどうか問題となる。サービスの供与として一体的になされて、無形資産が付随的に使用されているに過ぎない場合には、いわゆるサービスの対価として一般的な移転価格の枠組みの中で対応されるべきものと思われる。製造ノウハウの移転という場合も、ノウハウそのものの移転というよりはむしろ広く製造支援サービスの供与に含まれる場合も多いものと思われる。いずれにせよ評価困難無形資産の範囲も概念的には一般的な移転価格上の無形資産の範囲と同じものとした上で、所得相応性基準の対象となるのはあくまでそれら無形資産自体の譲渡及び使用許諾に限る (事実上の場合を含む) ものとするのが考えられ、それらを付随的に含むところのサービスの供与とはその性質において基本的には異なるものと理解するのがよいように思われる。近時、移転価格税制は基本的には関係国間の所得配分に関する規定であると一般に理解されているところとみられるが、所得相応性基準には所得移転に伴う租税回避への対応という側面をも有しており、それだけに一般の移転価格税制とは異なる側面を有しているばかりでなく、また、その適用の困難性、特に取引当初の独立企業原則と整合性のある取引かどうかの判定の困難性に鑑みても、その適用はできるだけ明確かつ慎重になされるべきものであると考えられる。

(2) また、現実のビジネスでは、無形資産単独での移転もさることながら、無形資産が移転対象資産に組込まれている場合も多いものと考えられる。このような場合は、一般的には、無形資産自体の移転よりは、それを利用した結果の物を移転しているのであり、無形資産そのものの利用のための移転ではないものと考えられる。ここでは、あくまで当該その物の利用価値自体の取得が意図されているのであろう。ただ、無形資産を含んだ物の移転のように見えても、事実上は無形資産自体の利用のための移転であるような場合には、状況は異

71 米国財務省規則 1.482-4(b)

72 米国内国歳入法典 936 条(h)(3)(B)

なるものと考えられる。このような場合も基本的には無形資産自体を取り出してその比較対象を検討すべきであろうが、これへの対応の困難性を考えれば、このような事実上の無形資産移転となる場合には評価困難無形資産に該当するとして、所得相応性基準を活用することが考えられる。今日、無形資産がほとんどの製品価値に貢献し、又複数の無形資産が複合的に貢献しているような場合も多いと思われるが、一般的には無形資産を利用した結果としての物の移転である場合には購買者はその物を購入しているのであって無形資産を利用するためにそれを購入しているわけではないものと考えられる。このことを考えれば、無形資産が移転対象資産に組み込まれている場合は、あくまで一般的な移転価格の中で対応すべきものであるように思われ、所得相応性基準の適用する場面は自ずと限られるものと考えられる。

(3) 更に、現実のビジネスにおいては、無形資産の移転が、無形資産の譲渡か使用許諾かが必ずしも明確でない場合がある。排他的権利を伴う無形資産の所有権が一括して取引相手側に移転する場合には一般的には譲渡と考えられ、「一般に、当該支払が個別具体的な財産を構成する権利の移転である場合（・・・）には、こうした支払は、12条における使用料よりもむしろ、第7条の事業所得又は第13条の譲渡収益に該当し得る。これは、権利の所有が譲渡される場合には、その対価は権利の利用の対価とはされ得ない、という事実由来する。」(OECDモデル条約第12条2項コメンタリー・パラ8.2)とされる。ただ、移転元において当該無形資産の利用可能性が留保されているような場合、あるいは最終的な処分権が移転元に事実上留保されているような場合には、実態的には取引相手側への当該無形資産の使用許諾と解することができる場合が一般的であろうと考えられる。もっとも、米国等でみられるように、無形資産の譲渡であっても使用料の対象とする場合には、譲渡と使用許諾とで、結果的に両者の取扱いに差がないようであれば、特に大きな問題は生じないように感じられる。

6. 対象となる無形資産からの利得の算定・配分

(1) 対象となる無形資産の範囲が決定された場合に、次に問題となるのは、その移転に係る譲渡・使用許諾によって生じる利得をどのように算定し、どのように移転元に帰属させるかである。事後的な利得を移転の取引時における無形資産の評価として用いることには、企業側からは両当事者の無形資産開発努力等を適切に反映しないことから問題である等のことも言われるが、当局よりも納税者の方が取引情報の内容・質・活用可能性等を格段に良く了知しているという情報の非対称性のなかでは、納税者側で事前評価の内容が独立企業としてのものであることを十分に証することができない場合には、当局側で事後的な評価を参照することも第一次的にはやむを得ないものと思われ、当制度の基本的に拠って立つ考えでもあろう。当初の移転取引が独立企業間の取引条件ではないとされた場合には、そのような事後的に発生した利得をそのまま無形資産の移転元の利得として許容するのかどうか、すなわち、あくまで取引当事者双方の利得への貢献を踏まえたところで利得配分を検討

し、その過程で解決されるべきものと考えられるのかどうかは、制度・執行の在り方とも密接に関連するように思われる。一般的には、評価困難無形資産の譲渡・使用許諾から生じた利得について、移転後における移転先での貢献も考慮に入れるべきことが考えられ、例えば、両当事者間の無形資産取引に係る移転価格の調整の中で、無形資産に係る DEMPE（開発・改良・維持・保護・使用）機能をも踏まえたところで対応されるはずのものであると考えることもあり得よう。所得相応性基準は、従来から、情報の非対称性の中で、BEPS 行為への牽制を行うとともに、納税者に適正な文書化を促すための契機とすることもその重要な意図であるという若干異質な要素が含まれているということに関係者が再認識することとなれば、その適用に当たっては、一般的に、納税者の置かれている状況への適切な考慮もなすべきものであるようにも感じられる。

(2) 所得相応性基準では、評価困難無形資産の譲渡の場合には、事後に生じた利得を譲渡契約時の取引価格と認識することが考えられている。本来、移転価格はあくまで関連者間の取引価格を独立企業間のものとすることによって制度の趣旨が生かされることを考えれば、このようにして当初の取引価格を捉えるのは、制度の極めて自然な適用方法であろう。ただ、現在の移転価格税制においては、取引価格自体を独立企業原則に基づいて算定することが必ずしも常に可能とは限らないことから、いわゆる価格法とは別に、いわゆる利益法（取引単位営業利益法、取引単位利益分割法）も採り得る算定方法として同列に位置づけられている。営業利益等を独立企業のものと比較すること、あるいは独立企業間の利益分割を実現することは、いわゆる独立企業間結果を考慮するものと言い得るものであろう。これらはあくまで利得の源泉である取引時点の価格を問題とするのではなく、その結果である利得の配分状況を問題としている。また、BEPS プロジェクトでは、価値創造の概念が使用され、利得は価値創造への貢献の程度に応じて生じるものとされている。このような状況を考えれば、所得相応性基準の適用に当たっても、評価困難無形資産による貢献の結果、問題となる利得が生み出されたと解することが可能であると思われる。すなわち、移転価格税制は基本的には、あくまで利得の関連者間での配分方法に関するものとの認識がかなり一般的となっているなかで、取引時点での価格判定を行うことを検討対象とするばかりでなく、利得の生じた時における独立企業間の利得配分状況の判定を検討対象とすることも、所得相応性基準という算定方法の下でも考え得るように感じられる。

この場合に、その時点における評価困難無形資産から生じた利得を、無形資産の開発・改良・維持・保護・使用というライフサイクルの中で、無形資産の譲渡・使用許諾の前の開発等の段階における無形資産によってどの程度の貢献がなされたかを改めて検討し、事後的利得をそれに配分するとともに、更にその移転者と被移転者との間で適切な対価支払がなされていたかどうかを検討することによって、必要に応じてその差額を移転元の利得とすることができれば、開発途上の無形資産の移転の前後それぞれの段階で通常を超える無形資産への貢献がある場合等でも、事後的に生じた利得そのものを利益分割法的な算定方法で検討することも可能になり得るものと考えられる。後段階での使用等において一定の貢

献がある場合にも、それを考慮することがあり得るものと思われるが、一般的には開発段階の重要性が十分に評価されるべきものであろう。また、例えば、開発を終えたものでも、それがどの程度の将来便益を生むかについては、その後の諸状況による多大のリスクがあるのであれば、偶々それが有利に運んだからといって事後的利得を全て移転時のものとするのも適切ではないであろう。移転先の貢献があるのであれば、それを評価に反映すべきであろうし、第三者の結果的な貢献がある場合も当事者の取引価格はそれを踏まえたものであるはずであろう。評価困難無形資産の移転に係る利得配分を検討するにあたっては、とりわけ当事者間のリスク負担状況を精査すべきものであるようにも思われる。当該無形資産が便益を生む（あるいは無形資産開発等あるいは無形資産移転に係る支払等が損失となる）可能性の程度と便益（損失）の額の程度との関係を十分に踏まえるべきであろう。いずれにせよ、無形資産の移転取引当初における取引対価の適切性について、当該無形資産から生じた実際利得の配分を検討する過程で、事実上それを考慮することが可能となれば、いわゆる後知恵との批判及び除斥期間に係る問題への対応にもなるものと考えられる。具体的には、利益法、特に利益分割法的アプローチを、評価困難無形資産の移転先における利得状況自体を対象とした分析に活用することによって、事後の利得が生じた時点における移転元への帰属利得とする考えを採ることが考えられよう。これは、当初取引時点での評価困難無形資産に係る対価が不十分であったという状況が利得発生時に判明し、その時点における利得帰属先の修正として取り扱うものであるが、所得相応性基準の下で、このようないわゆる独立企業間結果に基づく考えを採ることの可能性について、検討を行ってもよいように感じられる。また、このような捉え方は、過去に遡って課税処分を行うことになるよりも、実務上、近時における移転価格に係る所得配分機能という一般的な感覚にも合うようにも感じられる。勿論、異なる時点に係る調整の必要性が生じるであろうし、また、そもそも当初段階での当該無形資産取引価格がその時点での第三者間取引価格と同様のものであるとして、その時点での当該価格での取引が真に妥当なものとして捉えられる場合には、当該無形資産の移転元及び移転先における貢献をその後の検討過程で考慮する必要がなく、実際利得の配分の問題が生じないのは、上述 3. (2) のとおりである。いわば、取引当初時点における価格法的アプローチでの分析を優先し、それが適用できない場合に、利得発生時における利益法的アプローチを行うことではどうであろうかということである。

(3) 一括支払譲渡契約の場合に、事後的利益の判明時期が遅いと、除斥期間との関係で問題が生じ得ることとなるが、米国、ドイツともに、このような場合もロイヤルティー支払として定期的調整による課税を行うようであり、また、米国では、具体的に、一括支払を所得相応性基準に基づく前払いとして取り扱うことで、除斥期間の問題を解決しているようである。独立企業間の取引であれば重要な無形資産を譲渡しないはずであるとも言われるが、関連者間であればこそ、重要な無形資産を譲渡することがあり得るといえるのも事実であろう。ただ、一般に譲渡と言われているものでも、登記等でその譲渡が対外的に明らかとなっているような場合であれば格別、譲渡者が完全にそのコントロールを失っておらず、名

目上は所有権が移転しているようであっても事実上譲渡者に処分決定権が留保されているような場合、あるいは実際的には移転元もその無形資産を事実上任意に利用できることとなっている場合も多いものと思われる。このような場合は、実態は無形資産の使用許諾であろうし、あくまで取引実態を踏まえたところで、譲渡か使用許諾かについて判断されるべきものと思われるが、関連者間取引であることから、場合によっては、譲渡取引そのものの実態を精査して再構築することもあり得ないわけではないと思われる。あくまで取引内容とともに、その取引を巡る環境・諸状況をも十分に検討することが求められよう。しかしながら、関連者間の無形資産の移転が、真に一括譲渡となるものであれば、上述 5. (3) に記したように、「その対価は権利の使用の対価とはされ得ない」、ということであると思われる。これを使用許諾取引としてロイヤルティーの対象とすることは、基本的な取引の性質に係るものであり、そのような解釈は採り難いように感じられる。

(4) 問題となる取引が、実態的にも一括譲渡である場合には、基本的には、当該評価困難無形資産から生じた利得を移転取引時の取引価格と推定することとなるが、ここで、上述したように、所得相応性基準において、本来的な価格法的アプローチのみならず、利益法（特に取引単位利益分割法）的アプローチを採ることが可能であれば、事後的な利得を取引時に帰属させることなく、利得が生じた時点での帰属関係を問題とすることができ、除斥期間の問題への対応ともなることが考えられる。その利得が実現した時の利得配分状況の検討の中で、評価困難無形資産の移転元の貢献を考慮することになるが、一般的には、移転元が過去に譲渡した無形資産の貢献から生じる利得については、取引当時の対価不足があったことから、それに見合う利得を移転元に帰属させるのが適切である、と主張することになるだろうが、このような主張が独立企業による所得配分結果を実現するものであるとして相手国にとっても受け入れ可能であるためには、所得相応性基準の考え方の下で、グローバル各国間でこのような取扱いに合意することが求められよう。

(5) 一方、問題となる取引が、評価困難無形資産の使用許諾取引の場合、あるいは契約上は譲渡取引であっても実態的には使用許諾取引である場合に、使用料として当該無形資産の許諾者に帰属するのは、どの部分かの問題があり得る。実際の取決めにおいても使用料取引の形態には種々のものがあるようであり、売上高等に応じて変動する使用料取決めもかなり一般的にみられるようである。とすれば、事後に生じた利得について、両当事者の貢献を考慮したところで、例えば、無形資産使用の被許諾者による利得への貢献が一定のもの（例えば、ルーティン機能を踏まえた比較対象によるもので足りる）であれば、それを超える残余の許諾者帰属利益は変動料率による使用料と解することも可能であろう。許諾者に帰属するとみられる部分は、あくまで無形資産使用許諾から生じるものであり、その全額を（変動）使用料として取り扱うことは、実務上の点からも、十分に可能であろうと思われる。いずれにせよ、使用料の決め方においても、取引内容の実態を見つつ、固定料率によるものか、変動料率によるものかを決定することとなり、例えば、被許諾者での無形資産の利用状況を示す指標に応じて使用料が変動することは十分にあり得ることであろう。

使用料として取り扱う場合には、移転先国における支払使用料に係る源泉税率との関係が問題となり得るが、一般的にはゼロないし軽減税率が適用され⁷³、軽減税率が適用される限りにおいては、結果的に両当事者国間での税額配分に資するものとなっているようにも思われる。従って、使用料額を巡って相互協議を行う場合においても、一般的には軽減税率に伴うそれなりの税額配分となることから、両国間での相互協議合意も進め易いのではないかと思われる。

7. 二重課税の除去（相互協議）

(1) 上述したとおり、改訂された移転価格ガイドラインでは、所得相応性基準に基づく課税による二重課税は相互協議の対象とされている。ただ、当基準の適用となる評価困難無形資産について、その内容、所得相応性基準の適用除外要件、無形資産移転後の状況等について現段階では未だ十分な解説等がなされていないが、これらにはかなり判定困難な要素が含まれているのも事実であり、企業側としては、まずは、そもそも当制度による課税に至らないように、評価困難無形資産の移転に当たっては、比較対象を伴わない独立企業原則を十分に踏まえた文書化に、できる限りの注力をするのが求められよう。

仮に一方の国が所得相応性基準に基づいて課税処分を行った場合には、相互協議において、相手国との間で、当該課税処分そのものを巡ってかなりの争いとなることが考えられる。比較対象に則らない独立企業原則の適用を具体的にどのように考えていくのか、両当局にとってもこれまでとは異なる分野への対応となり、とりわけ無形資産を自国で開発することの少ない新興国・途上国との間では、その立場上からも、かなり難しい相互協議となることが考えられる。

(2) このような状況ではあるものの、所得相応性基準は、相互協議の対象となる措置によって無形資産の海外移転に伴う所得移転に対応するという極めて重要な意義を有するものであり、相互協議合意が困難であるために、他の簡易で一方的（ユニラテラル）な措置を採るべきである、というようなことではないと思われる。相互協議の対象となることで、基本的には二重課税を除去するという考えを各国が共有することが極めて重要であり、各国はそのための努力を惜しむべきではないであろう。

ただ、各国の努力にも拘らず、当基準に基づく課税がなされて、相互協議の合意に至らない虞もあり得るものと考えられるが、各国が基本的に受け入れている独立企業原則を踏まえた上での二重課税の除去は、BEPS 行動 14（紛争解決・相互協議）の下でのグローバルでの制度の整合性確保の観点からも、各国で対処すべき重要なテーマでもある。その解決のためにも、各国は、二重課税除去のための義務的仲裁の意義について、改めて認識を新たにすべきものであり、また、先進国においても、新興国・途上国が受け入れ易い仲裁制度のあ

73 我が国が締結している租税条約の大多数は税率 10%を適用している。なお、米・英・独・仏等との条約はゼロ、豪州・ニュージーランド・香港等は 5%、その他若干の国との条約は 10%を超えている（12.5%、15%）。

り方に更に工夫をすべきものと考えられる。ある意味で、所得相応性基準による課税に係る二重課税の除去は、今後の所得移転対応策についてのグローバルでの取り組みに係る試金石となるものとも考えられる。

8. 我が国における対応

(1) 我が国においては、これまで、この所得相応性基準について、OECD における議論で合意ができていなかったこともあり、当局側で十分な検討がなされて来なかったようにみられるが、上述した通り、BEPS プロジェクトの中で、所得相応性基準が受け入れられたことを受けて、平成 29 年度与党税制改正大綱において、「知的財産等の無形資産を、税負担を軽減する目的で海外へと移転する行為等に対応すべく、『BEPS プロジェクト』で勧告された『所得相応性基準』の導入も含め、必要な見直しを検討する」とされた。

この背景として、我が国企業も国際展開を広範囲に行っていく過程で、海外からの知的財産使用料収入の増加が顕著にみられるものの、一方で軽課税国の活用も図られているようであり、関連企業間での知的財産の移転に伴う租税回避行為がかなり懸念されているものとみられる。企業側としては、国際的にみて税負担を合理的に軽減することはある意味では当然のことであろうが、場合によっては、これまで米国等で懸念されていた税軽減目的での無形資産の海外移転といったことが、我が国でも現実に生起している可能性は考え得るところであり、従前以上に留意すべき点であろう。

また、新興国・途上国が移転価格分野での制度・執行の充実を図っているなかで、とりわけ無形資産を巡る議論において、これらの国々がマーケットインタンジブルやロケーションセービング等を強く主張していることから、移転価格に係る課税事案等でなかなか納税者等との合意をみないことが言われている。そのため、納税者側としては、これらの国々における移転価格課税を避ける意図から、これらの国々に十二分の利益を付けることを事実上余儀なくされている傾向にあることも指摘されるなかで、我が国としてはこれに対する何らかの対抗措置の必要性も言われており、所得相応性基準はそれへの牽制効果等が期待されるものとも言えよう。

(2) 具体的な制度設計に当たっては、6.で述べたとおり、検討すべき問題が幾つかあるように思われる。まず、その対象無形資産であるが、この制度の明確化及び定着化を図る観点からは、対象を絞って規定することも考えられるが、殆どの無形資産が所得移転のツールとなり得ることを考えれば、一般的に定義される無形資産をそのまま当制度の対象とするとともに、基本的には、評価困難無形資産の譲渡・使用許諾に限って、その対象とすべきであろう。人の移動に伴ってノウハウ等の無形資産が移転する場合や無形資産を組み込んだ資産の移転の場合は、あくまで基本的には一般的なサービスの提供あるいは組込み資産の移転のなかで対応すべきものと考えられる。実態的に評価困難無形資産自体の移転と考えられる場合であれば格別、このような場合まで幅広く所得相応性基準の対象とすれば、今日、殆どの取引が当制度の対象となってしまうことが考えられるほか、取引相手国によっては、

無用な使用料（源泉税）支払を求めて来ることが考えられ、また、何よりもこのような場合には役務提供・商品売買等と解するのが一般の感覚にも合致しているようにも思われるところである。

移転価格の文書化に関しては、当制度の適用除外要件に係る文書化要件を具体的に規定することによって、これを更に充実させることが求められよう。また、企業側としては、無形資産の移転には、適切な対価を収受していることの文書化が求められることを十分に認識することが必要であり、この場合、両取引当事者が独立企業であれば、どのような取引条件であったかという独立企業原則の基本を考えれば、海外関係会社側の事情をも十分に踏まえておくことが求められよう。いずれにせよ、納税者は、文書化を行うことによって、いわず情報非対称に係る責任を果たすことが可能となるが、無形資産の移転先が軽課税国等である場合には、より厳しい内容の文書化が求められることもあり得よう。

(3) 納税者の文書化が不十分で、所得相応性基準が適用されることとなる場合に、当該無形資産から生じたとされる利得を算定するに当たって、移転先での貢献をどう評価するか等の問題も起こり得るように思われる。すなわち、所得相応性基準の適用については、基本的な価格法的アプローチに加えて、利益法的（特に取引単位利益分割法的）アプローチを採用することも検討し、発生した利得に対する移転前無形資産の貢献額と当該移転に係る当初取引価額（時点修正後）とを比較することで、このような事態に対応することが考えられよう。また、移転元に帰属するとされた利得の取扱い方について、基本的には、移転の実態を踏まえて、譲渡の場合と使用許諾の場合とで、それぞれの取り扱いをすべきであろうが、利益法的アプローチによって利得発生時の利得配分として捉えることができれば、譲渡取引とされた場合における我が国の移転価格除斥期間（6年）への対応も可能となると思われる。ただ、このような取扱いには、国際的な合意が前提となろう。所得相応性基準の適用に限って除斥期間を延長すること、あるいは譲渡を実態的には使用許諾であるとして一律に使用料の対象とすること、等を規定することもあり得ないわけではないであろうが、その他の制度との関係を考えれば、若干違和感のあるところであろう。まずは両当事者の状況を踏まえたところでの譲渡取引そのもの実態を精査した上で、譲渡取引であっても実態的には使用許諾取引であるとみることも可能な場合も多いものと思われるが、上述した通り、今日通常の購買取引等の支払であるものを広く使用料支払であると主張する動きが相手国で見られること等を考えれば、一般に安易に使用許諾取引とすることには十分に注意すべきものと思われる。

9. 最近の各国税制改革等との関係

(1) 今次米国税制改革では、法人税率が21%にまで低下したこと、海外配当益金不算入制度（テリトリアル税制）が導入されたこと等で、企業活動の活発化が期待されているが、それと同時に注目されるのが、無形資産を巡る取引への制度的手当である。

まず、海外子会社合算税制（CFC税制）では、合算対象所得の新類型として、グローバ

ル無形資産低課税所得（GILTI：Global Intangible Low Taxed Income）を創設し、CFCの当年度所得の額が適格事業資産の税務簿価の10%を超える場合に、当面、当該超過額の50%が合算課税となり、原則として実効税率10.5%での課税となるものである（但し、外国税額の80%までは間接外国税額控除の対象となり、外国実効税率13.125%未満の場合に米国で追加課税）。このグローバル無形資産低課税所得（GILTI）についての考え方は、一定の有形資産からの所得を超えるものを取り込んで課税対象とするのが基本的な考えであるが、これは、BEPSプロジェクトでの無形資産からの所得への対応策としての「特別措置」の考えが生かされているものであろう⁷⁴。今回、この制度について、移転価格課税との関係では、これを排除しないとされているようであることから、所得相応性基準とは併存し得るものと考えられる。ただ、GILTIでの課税については、CFC税制に基づく課税であり、相互協議の対象になるとは考えられないものの、明確で分かり易いとの指摘があり得よう。これが独自の措置であるとしても、当面、この課税がいわゆるタックスヘイブンと称せられる国に対して適用される場合においては、特に大きな問題が生じるとは思われないが、その執行の過程で、あくまで取引相手国の状況を踏まえる移転価格課税における独立企業原則との関係については、引き続き議論が生じることが考えられる。

また、税源浸食濫用防止税（BEAT：Base Erosion and Anti-Abuse Tax）として、国外関連会社（25%以上を保有）に対する損金算入可能な支払（税源浸食的支払：使用料・利子・役務対価等）を足し戻した調整後課税所得に10%（2018年は5%）を乗じた額が通常の税額を超える場合に追加課税がなされることとなっている。これについては、WTOの理念である内外無差別原則に反する虞があり、また、米欧をまたぐグループ内取引で、課税逃れではない通常の取引でも新税の対象とみなされる可能性がある、とされている⁷⁵。また、米国の取引相手国が、米国の関連会社への移転無形資産を所得相応性基準の対象とし、それに基づく支払を、例えば使用料として取り扱った場合には、税源浸食支払となって、この制度の対象となる可能性も考えられる。

なお、国外源泉適格所得の優遇税制として外国源泉無形資産関連所得（FDII：foreign-derived intangible income）を規定し、米国法人の稼得する一定の（海外で使用される資産の販売、リース、使用権付与等からの）国外源泉所得については、37.5%の特別控除（税率21%においては実効税率13.125%）が認められている。これは、米国で所有する無形資産について、その使用許諾を他国で生じさせることに係る使用料収益を米国に帰属させることを意図しているものと思われるが、これが、他国で開発された無形資産を米国に持ち込ませることを意図したものである場合には、BEPS行動5におけるいわゆるネクサスアプローチの下での有害税制に該当する可能性があるものと思われる。また、この制度については、WTOルールが禁止する輸出補助金に該当する可能性があるともされている⁷⁶。

74 前掲注54、p38以下

75 2018年1月23日付日本経済新聞“複眼 トランプ税制どう波及？”

76 同上

米国の今次税制改革は、ある意味で米国主体の考えを実現する過程で生じているものともされ、一定の軽課税国の利得を取り込むとともに、無形資産所得の米国移転を促すものでもあろう。関連者間の無形資産取引に対してかねてから大きな関心を寄せてきた米国として、例えば、米国財務省の責任者によれば、税収増を欲する他国からは独立企業原則以外の方法を使用するとのプレッシャーがあるが、米国は独立企業原則の強力な支持者であろうと OECD に対して話してきた、とのことである。しかしながら、BEPS プロジェクトの下で、米国はいわゆる特別措置にも興味を示していると言われていたところであり、近時の税を巡るグローバルでの諸環境を反映して、米国も必ずしも独立企業原則を全面的に支持するばかりではないことを示しているようにも感じられる。

(2) その他、各国で独自措置を採る動きが伝えられており、例えば、英国では、国内法の使用料の定義を修正して、グループの無形資産を所有する低・無税率法域の関連者事業体に英国での製品販売・役務提供から生じた利得を移転すると、英国プレゼンスが無くても、royalty withholding tax による所得課税 (anti-abuse rule が含まれる) とすることが提案されているようである。また、とりわけ、BEPS 行動 1 に係る電子商取引に係る課税を巡っては、各国で種々の考えが主張されているなかで、現実にくいつかの国ではこれらを取先行したような措置が採られている。いずれにせよ、グローバルでのこのようなユニラテラルな動きが一般化することには、十分に注意すべきであり、その動向は独立企業原則の適用になる移転価格税制との関連でも、留意すべきところであろう。

10. まとめ

(1) 上述した通り、所得相応性基準は、今次 BEPS 行動計画において、無形資産を巡る BEPS 行為への対応策として導入されたものであるが、相互協議の対象になるということが明記されており、いわば独立企業原則と合致するものとして制度設計がなされたものといえる。多分に、BEPS 行為への牽制効果を狙って制度導入を図ったという側面もあるものと思われるが、この制度が独立企業原則に合致する形で導入されることの意義は、極めて大きいものと思われる。というのは、BEPS への対抗措置として、先進国をはじめとする各国が独自の制度や考え方を安易に採用するような状況がみられるようになってきている中で、基本的に世界各国が受け入れている独立企業原則概念を受け入れて、基本的に同じ枠組の中で制度を執行し、二重課税除去を行うべきことを確認しているということは、何よりもグローバルでの移転価格を始めとする国際課税ルールの整合性を図る動きと捉えることが可能であるからである。

(2) 無形資産を巡る BEPS での議論は、行動計画 8-10 に係る討議を受けて、大きく進展したとはいえ、各国の利害が鋭く交錯する分野であるだけに、制度の一層の具体化、更にはその実施に当たっては、グローバルでの経済取引が複雑化する中で、ますます意見の相違が表面化しかねない状況にあるように思われる。そのような中で、従前から後知恵との批判の消えない所得相応性基準を導入するに当たっては、納税者の納得を得つつ、制度の具体化に

係る各国の合意を得、執行の整合性を確保する、というかなり困難な作業が残されているように思われる。とりあえずは、評価困難無形資産を一般の無形資産の枠組みで捉えつつも、評価困難無形資産それ自体の譲渡・使用許諾に係る場合にその対象となり得るものとし、事後の利得の移転元への帰属方法については、当初取引価格への反映を基本的なものとしつつ、利得発生時での利得配分方法の中でその帰属を考えることを検討することもあり得るものと思われる。また、移転元に帰属する利得については、真に譲渡とされる場合を除いて、基本的にそれをロイヤルティーとして取り扱うことが考えられる。

(3) 米国の今次税制改革を受けて、各国企業が無形資産ないし無形資産から生じる利得を米国に帰属させる動きをとることが考えられる等、各国でのユニラテラルな制度策定の動きが現実に企業行動に大きな影響を持ち始めているようであり、BEPS 行動計画の下で各国制度の整合性を図ることが大きな進展をみたにも拘らず、一方でこのようなユニラテラルな動きが各国で採られることとなつて、それが租税という各国主権の典型的な分野において一般化する場合には、国際的に收拾がつかなくなる可能性とともに、企業活動を歪曲する可能性が生じよう。また、二重課税がかなり頻発することとなれば、企業活動への影響も大きくなるようにも感じられる。その意味で、今次所得相応性基準の独立企業原則と合致した形での導入が、各国で納税者も納得する形で受け入れられて、グローバルでの共通枠組の下での問題解決を促す契機となることが期待される。

すなわち、各国に求められるのは、安易なユニラテラル措置にできるだけ頼ることなく、独立企業原則に合致した形での所得相応性基準を受け入れて、国内法の整備を図るとともに、その執行に当たっての問題点への対処を各国相互に協力して行い、その内容を深化していくことであろう。この制度自体は、その執行に当たってもかなりの困難性があるのは事実であろうが、グローバルで各国独自の自国課税権強化の動きが広まる中では、当制度の円滑な定着によってグローバルで整合的な枠組みが確保されることとなれば、却って、その意義・重要性が一層増していくものと思われる。

第4章 PE 帰属所得の計算における残された課題

EY 税理士法人エグゼクティブディレクター
原口 太一
EY 税理士法人シニアマネージャー
上田 滋

1. はじめに

本稿は、PE の定義及び PE の帰属所得計算におけるこれまでの議論を振り返りつつ、OECD で議論が継続されている（ないしは、議論が終了した）PE 帰属所得に関する残された課題を整理するとともに、PE 帰属所得の計算方法のあり方や留意点について、我が国産業界への影響、今後の政策の方向性等を模索・検証することを目的とするものである。最初に、本報告書の執筆日・公表日との都合上、2018年3月22日に公表された PE 帰属所得に関する最終ガイダンス⁷⁷については、筆者らによる分析・検討が済んでいないため、本稿では検討の対象外としていることを留意願いたい。当該最終ガイダンスは、産業界の納得感が薄いダブル・タックスペイヤー・アプローチが議論の前提となっており、課題は積み残しの状態となってしまうため、引き続き当研究会での継続的な分析・議論が行われることを期待している。

なお、本稿における税務上の解釈・見解は、2018年3月末日時点において有効な法令等に基づくものである。現時点で有効な法令等（及びその解釈）が将来変更される可能性があることを留意願いたい。また、本稿の内容は、筆者らのみが責任を負うものであり、本稿に記載されている見解は筆者らの個人的な見解であって、筆者らの属する団体の見解を表明又は示唆するものではないことを付言する。なお、本稿には、OECD が公表した報告書等の要約を記載しているが、訳出しにおける用語の選択については、筆者らによる判断に拠るものであることを留意願いたい。

2. PE 帰属所得の計算方法に関する検証が続いている背景

このパラグラフでは、2010年8月に AOA（Authorized OECD Approach）が導入され、かつ、二重課税を排除するための外国税額控除方式又は国外所得免除方式による対応的調整が導入された OECD モデル条約新第7条の改訂時の主要ポイントを振り返るとともに、それを受けて PE 帰属所得に関する考え方が総合主義から帰属主義へ見直され、二重課税排除のための外国税額控除制度が手当てされた平成26年度税制改正の内容をおさらいする。

さらに、2015年10月に OECD から公表された BEPS プロジェクトの最終報告書での PE 認定の人為的回避の防止への取組みに触れ、この最終報告書が公表された後に OECD

77 OECD : Additional Guidance on the Attribution of Profits to Permanent Establishments (March 2018)

が公表した PE 帰属所得に関するガイダンス⁷⁸を照会しつつ、なぜ現在も OECD において、引き続き PE 帰属所得の計算方法が議論されているのか、議論の必要性の根源を再度確認することを試みる。

(1) OECD における PE 帰属所得に関するモデル条約の改訂

2010 年 8 月に公表された OECD モデル条約（2010 年版）において、事業所得課税を定める第 7 条が改訂され、帰属主義に基づく PE 帰属所得の算定方法として、PE と企業（本店）との内部取引にも移転価格課税の手法である独立企業原則を適用する AOA が導入された。それと同時に、同モデル条約第 23 条の射程を修正し、外国税額控除制度（又は国外所得免税制度）の適用にも AOA を一体化させ、PE 課税においても独立企業原則による二重課税排除を図ることで、国際的な課税権の配分ルールが確定された⁷⁹。

AOA における事業所得の考え方には、「機能的分離企業アプローチ」が採用され、PE の帰属所得は、その PE が分離・独立した法人であったとしたら稼得していたであろう利益であるとされ、企業全体の利益の額には制限されない、という指針が公表された⁸⁰。また AOA における帰属所得の算定においては、「2 ステップアプローチ」が採用され、第 1 ステップとして、『重要な人的機能（Significant people function）』を基準にして、資産の経済的所有権や引き受けるリスク、債権債務、無償資本等を PE に帰属させ、PE と本体企業との内部取引を認識するとともに、PE を本体企業から分離・独立した法的主体と擬制し、第 2 ステップとして移転価格ガイドラインを準用し、比較可能性分析を行い、内部取引が独立企業間価格で行われたものとして、PE 帰属所得を算定することとされた。

(2) 国内法の帰属主義への見直し

我が国における外国法人課税（PE 課税）に関する国内法では、導入から 50 年以上の間、総合主義が採用され続けた。すなわち、PE が日本にある場合には、その PE への帰属に関係なく、全ての国内源泉所得が課税対象とされ、PE に帰属する所得のみを課税対象とする租税条約に定められている帰属主義とのダブルスタンダードの状況が生じていた。上述の 2010 年 8 月の OECD での改訂により、OECD で帰属主義の考え方が整理されたことを受けて、平成 26 年度税制改正により、総合主義であった国内法が、AOA の考え方に沿っ

78 2016 年 7 月に OECD から公表された BEPS 行動 7 に関連する「PE 帰属所得に関する追加ガイダンスの討議草案」と 2017 年 6 月に OECD から公表された BEPS 行動 7 に関連する「改訂版 PE 帰属所得に関する追加ガイダンスの討議草案」を指す。

79 これにより、仮に A 国企業の B 国 PE に対する B 国での課税が AOA に合致しておらず、帰属所得が過大に計算され、結果として B 国税額（外国法人税）が過大となっている場合には、A 国は自国での外国税額控除の適用に際して、過大帰属所得に対応する外国法人税額の控除を否認できることとなった（この場合、課税権の配分の見地から、B 国は、二重課税排除のための対応的調整を行うか、解決を相互協議に委ねることとなる。）。

80 これに対して、企業全体としての事業利益が 10 であるならば、PE に帰属する所得は、その 10 のうちの PE の活動に帰せられる部分であり、10 を超えることはない、とする「関連事業アプローチ」は否定された。

た帰属主義に改められるとともに、外国税額控除制度との連携が図られ、主に下記①～③のポイントの新設・見直しが行われた。

なお、外国法人課税の論点が主であるため、当該改正領域は、我が国企業への影響が生じない領域と考えられがちであるが、当時の財務省検討資料⁸¹においても、「PE 課税の場面では、多くの国で本支店間の一定の内部取引を認識することとしているため、我が国でも本支店間の内部取引を認識する国内法制とすることにより、旧 7 条で容認された範囲の内部取引の認識が一致することとなり、二重課税・二重非課税の範囲が狭くなっていくと考えられる。この効果は、我が国に進出する外国法人の在日 PE のみならず、我が国企業の国外 PE においても享受されるものである。」「二重課税・二重非課税のリスクが小さくなることは、対内投資・対外投資いずれにも好影響を及ぼし得る。」との記載があるとおおり、我が国企業にも寄与する内容となっている。

他方、我が国の税務当局が、本邦企業の国外 PE を積極的に認定することは可能性が低いと考えるものの、CFC 課税の代替課税として、本邦企業の外国子会社内に当該企業の国外 PE を認定し、全世界所得課税に基づき当該国外 PE の帰属所得を日本の課税権下に合算して取り込みつつ、相手国の実効税率分に係る二重課税を排除する（よって税率差分だけ日本の課税が日本に残る）ことも理論的には可能であり、その観点からは、当該改正領域は、我が国企業への影響が大いにある領域であるとも考える。

① 外国法人に対する課税

PE に帰属すべき所得（PE 帰属所得）が日本の国内源泉所得の 1 つとして位置づけられ、当該所得は、外国法人が PE を通じて事業を行う場合に、AOA の考え方にに基づき、PE が企業（本店）から分離・独立した企業であると擬制した場合に得られるべき所得とされた。その計算においては、PE と企業（本店）との内部取引にも移転価格課税の手法である独立企業原則を適用することとされた。そのため、仮に内部取引価格と独立企業間価格が異なることにより、PE 帰属所得が過少となっている場合には、移転価格税制と同様に、その内部取引価格を独立企業間価格に引き直して、PE 帰属所得が算定されることとなり、同じ考え方の下で寄附金認定の事実があれば、国外関連者に対する寄附金相当額が全額損金不算入となる。

なお、独立企業原則が適用され、機能・リスクに応じた PE 帰属所得が算定されることに基づき、支店形態以外の PE についても、支店形態の PE と同様に取り扱うことが適当と整理され、PE の種類（いわゆる 1 号 PE～3 号 PE）に応じて総合課税される所得の範囲を変える旧制度の方式は維持されないこととなった（すなわち、どの種類の PE でも総合課税される所得の範囲は同じとなった）。また、外国法人の日本 PE が本店所在地国以外の第三国で稼得した PE 帰属所得に対する外国法人税について、日本と第三国との二重課税を調整す

81 財務省主税局参事官「国際課税原則の総合主義（全所得主義）から帰属主義への見直し」（2013 年 10 月）2 及び 3 頁

るための日本 PE のための外国税額控除制度が創設されるとともに、日本の同族会社と類似した包括的な行為計算の否認規定が設けられた。

② 内国法人に対する課税

内国法人の外国税額控除制度の適用について、国外 PE に帰属すべき所得（国外 PE の帰属所得）が控除限度額の計算に用いる国外源泉所得とされた。その結果、日本企業が我が国で外国税額控除を適用する場合には、控除限度額の計算に用いる国外 PE の帰属所得（国外源泉所得）は、国外 PE と企業（日本本店）との内部取引についても、移転価格課税の手法である独立企業原則を適用して計算することとされた。

③ 文書化

PE 帰属所得又は国外 PE の帰属所得の計算上、外部取引から生じる所得で PE 又は国外 PE に帰属するものについては、その内容等を記載した文書を作成することとされた。また、PE 又は国外 PE と企業（本店）との間の内部取引については、内部取引の存否及び内容を明確にするための文書が作成することが必要とされた。

当該文書・書類においては、PE 又は国外 PE 及び企業（本店）が、内部取引及び PE 帰属外部取引において果たす機能とその機能に関連するリスクに係る事項を記載することが定められている。ここでいう機能とは、リスクの引受け及び管理に関する人的機能、資産の帰属に係る人的機能またその他の機能とされ、AOA における 2 ステップアプローチの第 1 ステップである、『重要な人的機能 (Significant people function)』を基準にした、PE を本企業から分離・独立した法的主体と擬制する手続が踏襲されている。

(3) BEPS 最終報告書が公表されるまでの PE に関する議論

BEPS 行動計画 7 は、人為的に PE の認定を逃れることを防止するために、租税条約上の PE の定義を変更することを目的とした取組みであった。2013 年 7 月に OECD から公表された BEPS Action Plan に基づき、前述の日本での平成 26 年度税制改正にリンクするように、2014 年 10 月に PE の定義を巡る主要な問題点及びそれに対する代替案・選択肢を提示したディスカッション・ドラフトが公表され、パブリックコメントやコンサルテーションを経て、2015 年 5 月に改訂ディスカッション・ドラフトが公表され、2015 年 10 月の最終報告書に至る。

この間の議論は、PE 認定の人為的回避を防止するための、OECD モデル条約第 5 条の PE の定義の改訂に向けたものが中心であり、コミッショネア・モデル等に対応するための代理人 PE の定義の拡張（契約の締結に繋がる主要な役割を反復して果たす場合も代理人 PE と認定される活動に含まれること）や、PE に該当しない独立代理人の定義の見直し（専ら関連企業のためにのみ代理人業務を行う者は独立代理人に含まれないこと）、PE の例外として取り扱われてきた準備的・補助的活動の厳格化（いかなる例外活動も、それが準備的・

補助的活動でない場合には、PE 認定すること) などである。

当該 PE 定義の見直しについては、当該拡張・見直し等を踏まえた OECD モデル条約第 5 条の改訂案が示されるとともに、2017 年 11 月に同条約が改訂され、また、当該改訂条文は BEPS 防止措置実施条約 (“MLI”、Multilateral Convention to Implement Tax Treaty-Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting) にも規定され、当該条約については 2017 年 6 月に我が国を含む 67 の国・地域⁸²が署名している。なお、前述の AOA における事業所得の考え方は、OECD モデル条約は改訂されているものの、MLI には規定されていない。MLI は、既存の租税条約の内容を変更するものではなく、署名した各国が一方的・任意に選択した MLI の条文について、相手国との選択が一致した場合に、当該 MLI の条文が既存の租税条約の特定の条文に変わって適用されることとなるが、この選択において、我が国は、拡張・見直された PE 定義を MLI において選択している⁸³。

なお、BEPS Action Plan から 2015 年 10 月の最終報告書までの議論では、あくまで PE の定義を見直すことに重点が置かれており、PE 帰属所得の問題についても対処する、としつつも、国境を跨ぐ所得に対する課税権の分配についての既存の国際基準の変更を直接の目的とするものではないとされ、PE 帰属所得の算定方法については、詳細な議論は進まなかった。

(4) BEPS 最終報告書後の PE 帰属所得に関するガイダンス（議論の必要性の根源）

前述の 2015 年 10 月の最終報告書では、PE 帰属所得についての追加のガイダンスが必要であると結論付けられ（ここから議論の重点は PE の定義から PE の帰属所得に移行し始め）、2016 年 7 月に PE 帰属所得に関するガイダンス（討議草案事例）が公表され、2016 年 7 月～10 月において公聴会が実施されるとともに、各国経済界・実務家からの議論に基づくインプットが行われ、これを踏まえて 2017 年 6 月に改訂版のガイダンスが公表された。

このガイダンスでは、事業所得課税を定める OECD モデル条約第 7 条の原則が変更されることはない旨が確認されている（すなわち、AOA 等の考え方に変更はない旨が明示されている。）。一方で、最終報告書を受けて、代理人 PE の定義が拡張したことや PE の例外として取り扱われてきた活動を準備的・補助的な性格を有するものだけに限定するという見直しが行われたことにより、新たに認定されることとなる PE（従属代理人 PE 等）の帰属所得に関する一般原則が示された。

紙面の都合上、上記ガイダンスで示された事例及びその解説を詳細に取り上げることはしないが、当該ガイダンスで取り上げられている主要事例⁸⁴に関する OECD の説明・主張

82 2017 年 8 月末時点では 70 カ国・地域 が署名している。

83 2018 年度税制改正により、当該 PE 定義の見直しを国内法にも反映する改正が実施される予定である（2019 年 1 月 1 日以後に開始する事業年度に適用される見通しである。）。

84 非居住者企業（A 国甲社）ための活動を行う仲介者（B 国乙社）が、当該非居住者企業の関連企業（乙社は甲社の子会社）で、かつ、当該非居住者企業の従属代理人 PE（乙社は甲社の B 国における PE）

を噛み砕くと、(源泉地国内で二重課税が生じないことを確保するために) 内国法人とその内国法人の外国子会社との間の取引については OECD モデル条約第 9 条 (移転価格税制) を適用し、当該内国法人と当該外国子会社内にある当該内国法人の外国 PE 間の取引については OECD モデル条約第 7 条 (PE 帰属所得計算) を適用するとされている。どちらを優先的に実施するかについてのガイダンスは出されていないものの、PE (当該外国子会社) が本店企業のために重要な人的機能を果たしていない場合には、PE に帰属する所得はゼロ又は僅少であるとされている。

また、移転価格税制 (第 9 条) におけるリスクの引受けは、実際のリスクコントロールと引受けの財務能力に基づき判断する一方、PE 帰属所得計算 (第 7 条) におけるリスクの引受けは、『重要な人的機能 (Significant people function)』に基づき判断することとされており、両概念・判断基準は一致しておらず、互換不可能であるものの、当該第 9 条による分析で、リスクが当該外国子会社に引受けられていると判断された場合には、当該外国子会社内にある当該内国法人の外国 PE がリスクを引受けしていると判断することはできず、結果として外国 PE に帰属する所得はゼロ又は僅少であるとされている⁸⁵。

3. PE 帰属所得の計算方法に関する残された課題と今後の政策の方向性等

OECD でのこれまでの議論・経緯を振り返ってみると、現在の OECD での PE 帰属所得の計算方法 (及びその PE 認定) に関する残された課題 (ないしコンセンサス) は、大きく 3 つあると考えられ、この課題を意識することは、今後の我が国の政策の方向性に関する議論において有用であると考えられる。

(1) AOA の徹底

1 つは、OECD モデル条約第 7 条の原則 (AOA) が変更されることはないことを確認されたが、一方で MLI に AOA は規定されず OECD 非加盟国においては AOA 採用の見通しが立っていない、ということである。すなわち、源泉地国課税が拡大する可能性がある新たな PE 定義が MLI で規定されつつも、当該 PE に対して、帰属所得の計算を AOA 適用に基づき網羅的に実施するためには、既存の租税条約への AOA の追加導入が必要となる場合があり、第 5 条の MLI への導入だけが先行して行われてしまったが故に、一貫性のある PE 帰属所得の計算の実行可能性が乏しい状況にあるということである。これはつまりは、源泉地国課税当局の恣意的な解釈等による二重課税の温床 (すなわち二国間で算定される PE 帰属所得額が相違する可能性) が依然として残ってしまっていることを意味する。

源泉地国課税の確保のための PE 定義の拡張・明確化との両輪 (パートナー) として、源泉

にも該当する事例。源泉地国である B 国において、「乙社」と「甲社 PE (である乙社)」の 2 つの納税者が存在する事例である。

85 当該ガイダンスからは、OECD モデル条約第 9 条 (移転価格税制) と OECD モデル条約第 7 条 (PE 帰属所得計算) との適用関係は、第 9 条が優先的に適用される関係にあるようにも読める。

地国における二重課税の防止に向け、PE 帰属所得の計算方法は、みなし利益に基づく計算や全世界所得に基づく計算ではなく、AOA に則って算定されるべきであることを引き続き啓蒙していく必要がある。

(2) 意味のない PE 認定の廃止

もう 1 つの課題は、そもそもの PE 認定の大義に関するものである。PE が重要な人的機能を果たしていない場合には、リスクの引受けを機能に従う AOA の考え方に基づけば、当該 PE の帰属所得はゼロ又は僅少となることは納得できる。一方で、こうした事例に際して PE 認定することは、PE の種類にかかわらず、徴税が生じない以上、納税者にとっても課税当局にとっても無意味であるが、その旨の国際的なコンセンサスが得られておらず、納税者は常にこの意味を成さない PE 認定の不安定さに晒されており、かつ、仮に認定された場合には、源泉地国での重いコンプライアンス負担が生じるということである。これはすなわち、2. (4) で紹介した非居住者企業 (A 国甲社) ための活動を行う仲介者 (B 国乙社) が、当該非居住者企業の関連企業 (乙社は甲社の子会社) で、かつ、当該非居住者企業の従属代理人 PE (乙社は甲社の B 国における PE) にも該当する事例において、移転価格税制によって乙社の所得が適切に算定されているのであるならば、源泉地国である B 国において、甲社の PE を認定することは好ましくない、というシングル・タックスプレイヤー・アプローチを踏襲すべきではないか、との指摘でもある。

簡便性向上のための執行アプローチとして、納税者における余計なコンプライアンス負担の増加を防止するためにも、課税当局には、移転価格税制が適切に執行されている場合の無用な PE 認定を行わないことが推奨される。

(3) 9 条優先の原則の策定

最後の 1 つは、OECD モデル条約第 9 条 (移転価格税制) と OECD モデル条約第 7 条 (PE 帰属所得計算) との適用順序が不明確であることにより、納税者の予見可能性が確保されておらず、また、二国間における適用順序の相違によって二重課税が生じてしまうかもしれないという課題である。

ダブル・タックスプレイヤー・アプローチ採用の背景ともなっている第 9 条と第 7 条のリスク引受けに係る“概念の差異”を論理的かつ整合的に調整することは、これまでの議論を通じて、既に困難であることが明確になっていると考える。したがって、これを調整するのではなく、第 9 条が優先するという原則を設け、源泉地国内における二重課税が生じないことを確保するためにも、最初に、内国法人とその内国法人の外国子会社との間の取引については OECD モデル条約第 9 条 (移転価格税制) を適用し (すなわち内国法人 (本店企業) の配分所得を確定させ)、その上で、当該内国法人と当該外国子会社内にある当該内国法人の外国 PE 間の取引について、OECD モデル条約第 7 条 (PE 帰属所得計算) を適用する (結果、内国法人 (本店企業) に配分された所得を本店分と PE 分に分ける) ことを明確

にすることが望ましい。

4. 平成 26 年度税制改正による AOA の国内法への導入を踏まえた我が国の課題 （「機能的分離企業アプローチ」が惹起する我が国法人税法上の問題点）

平成 26 年度税制改正により導入された AOA、つまり、「機能的分離企業アプローチ」は、我が国法人税法では、国内に PE を有する外国法人に対して課する各事業年度の所得に対する法人税の課税標準は、当該 PE が当該外国法人から独立して事業を行う事業者であるとしたならば、当該 PE が果たす機能、当該 PE において使用する資産、当該 PE と当該外国法人の本店等との間の内部取引その他の状況を勘案して、当該 PE に帰せられるべき所得（PE 帰属所得）の金額であるとされている（法人税法 138①一、141 一イ）。そして、PE 帰属所得に係る所得の金額は、外国法人の当該事業年度の PE を通じて行う事業に係る益金の額から当該事業年度の当該事業に係る損金の額を控除した金額とされており、益金の額又は損金の額に算入すべき金額は、当該外国法人の PE を通じて行う事業に係る収益の額及び原価、費用又は損失の額に限るものとされている（法人税法 142①、法人税法施行令 184①一）。

さらに、PE 帰属所得の認識に当たり勘案されるその他の状況には、PE に帰せられるリスクの状況が含まれ、リスクの引受け又はリスクの管理に関する人的機能を PE が果たす場合には、当該リスクは PE に帰せられるものとされる（法基通 20-2-1）。また、PE 帰属所得の認識に当たり勘案すべき状況については、当該 PE 及びその本店等に関する事実の分析を行うことにより、総合的に判断することとされている（法基通 20-2-2）。

一方、各事業年度の所得の金額の計算の定めでは、当該事業年度の収益の額及び原価、販売費、一般管理費その他の費用の額は、一般に公正妥当と認められる会計処理の基準に従って計算されるものされている（法人税法 22④）。さらに、我が国法人税法上、償却費として各事業年度の所得の金額の計算上損金の額に算入される金額は、償却費として損金経理した金額のうち償却限度額に達するまでの金額とされている（法人税法 31①）。

そこでこのパラグラフでは、「機能的分離企業アプローチ」に基づく所得計算手法が惹起する公正妥当な会計慣行を前提とした、また、損金経理要件を前提とした所得計算手法の問題点について事例を挙げて考察することとする。

① 日本 PE の財務諸表に計上されている貸付金につき、貸付業務の「重要な人的機能」を国外本店が担っているケース

【前提事実】

全体的なファイナンスコストの管理及び日本 PE における一定の収益確保を目的として、日本の顧客に対する貸出債権につき、貸出業務の重要な人的機能を国外本店が果たしている場合であっても会計慣行に基づき日本 PE の貸借対照表に資産として計上し、当該貸出債権から生ずる収益を損益計算書の当期利益に含めている。

【法人税法の適用】

- 日本 PE を通じて行う事業にかかる益金の額から損金の額を控除した金額に、内国法人の課税標準の計算に準ずる調整を加えた残高が、日本 PE に対して課される法人税の課税対象となる（法人税法 142①）。
- 日本 PE が国外本店から独立して事業を行う事業者であるとしたならば、当該日本 PE が果たす機能、当該日本 PE において使用する資産、当該日本 PE と当該国外本店の間の内部取引その他の状況（下記法人税基本通達 20-2-1 を参照）を勘案して、当該日本 PE に帰せられるべき所得について、日本の法人税が課される（法人税法 138①一）。
- 法人税法 141①一に掲げる国内源泉所得として日本 PE の法人税の課税標準に含まれる益金の額及び損金の額は、日本 PE を通じて行う事業に係るものに限られる（法人税法施行令 184①一）。
- 当該貸出債権にかかるリスクの引受け又はリスクの管理に関する人的機能を日本支店が果たす場合には、当該リスクは日本支店に帰属するものと認められる（法基通 20-2-1）。
- 日本 PE 及び国外本店が果たす機能ならびに事実の分析を行った結果、日本 PE が果たす機能、日本 PE に帰せられるリスク、日本 PE において使用する資産等とみなされる部分に起因する収益及び費用についてのみ、日本 PE に帰属するものと認められる（法基通 20-2-2）。

上記、法人税法の適用により、日本 PE で記帳されている当該貸出債権に関連する貸出業務の重要な人的機能を国外本店が果たしている場合には、当該国外本店が果たしている貸出債権にかかるリスクの引受け又はリスクの管理に関する人的機能に対応する収益及び費用については、日本 PE ではなく国外本店に帰属すべきものとなる。

【税務上の処理】

会計上、本件貸出債権及びそれにより生じる利息収入は日本 PE の帳簿で記帳されているため、外国本店に帰属する部分は税務調整が必要となる。

◎ 税務調整案

- イ 当該貸出債権を日本 PE 及び国外本店が担っている関連業務の割合に応じて、その一部を日本 PE に、残りの部分を国外本店に帰属させるという調整。調整にあたっては税務申告用の財務諸表を別途作成する方法と法人税申告書上で処理するよう法が考えられる。
- ロ 日本 PE 及び国外本店の機能を分析した結果に基づいて、本支店間の内部取引を認識し、移転価格上妥当な金額を、法人税の課税所得の計算上反映させる。調整にあたっては国外本店への帰属額を法人税申告書上で減算処理する。

◎ 税務調整案に対する考察

『重要な人的機能 (Significant people function)』を基準にして、資産の経済的所有権や引き受けるリスク、債権債務、無償資本等を PE に帰属させ、PE と本体企業との内部取引を認識するという AOA の考え方を前提にすれば、イ案を採用する方が妥当と考えるが、一の資産を関連業務の割合に応じて、一部を日本 PE、残りの部分を国外本店に帰属させるという考え方は我が国私法 (法人税法も含め) 上、受け入れ難いと考えられ、契約等を基に日本 PE 又は国外本店のいずれか一方に帰属させることが私法上妥当とされると考える。

また、税務申告用の財務諸表を別途作成する方法については、会計慣行をベースとした確定決算に基づく財務諸表と内容を異にするものであり法人税法上問題があると言わざるを得ないとする。

結果、我が国においては、ロ案を採用することが妥当とされるであろう。

② 国外本店が担っていた事業機能を日本 PE に移転するケース

【前提事実】

国外本店と日本 PE 間で締結した Goodwill Transfer Agreement に基づき、これまで国外本店で培ってきた日本市場におけるビジネスに係る顧客基盤を中心とする営業権を日本 PE へ譲渡した。本件営業権は、自己で培ったものであるため会計上は認識されておらず、本件譲渡は本支店間における内部取引であり、国外本店で認識されていない営業権を日本 PE で認識・計上することとなると、自己創設暖簾の計上を認めていない会計原則 (慣行) に抵触することとなるため、本件譲渡後も会計上認識されていない。

なお、税務上は、国外本店の所在地において、本件譲渡に伴い営業権の時価による譲渡益課税が生じている。

【法人税法の適用】

- 恒久的施設帰属所得に係る所得の金額の計算に当たっては、本支店間の内部取引を勘案することとなっている (法人税法 138①一)。
- 内部取引とは、国外本店と日本 PE との間で行われた資産の移転、役務の提供その他の事実で、独立の事業者の間で同様の事実があったとしたならば、これらの事業者の間で、資産の販売、資産の購入、役務の提供その他の取引 (ただし、債務保証、再保険の引き受け等の特定の種類の内部取引を除く。) が行われたと認められるものとしている (法人税法 138②、法人税法施行令 184)。
- 上記のとおり内部取引に関する定義規定はあるものの、いかなる場合に、内部取引を認識すべきかについては、国内法には、通達を含め、具体的な指針は見当たらない。
- 上述のとおり、2014 年度の税制改正で我が国法人税法は AOA を採用した。その AOA の解釈を示しているものが OECD による「恒久的施設への利得の帰属に関するレポート 2010」(2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent

Establishments、以下「2010年OECD PE 帰属レポート」という。)であり、我が国法人税法の解釈においても重要な指針となる。

- 内部取引は、異なる関連者間の取引ではなく、一つの法人内部の取引であるため、どのようにして内部取引を認識するかが問題となるが、2010年OECD PE 帰属レポートでは、最終的には、機能・事実分析によって決すべきであって、会計記録や同時作成文書は、検討のための一つの有益な出発点として位置づけられているにすぎない旨、記されている⁸⁶。
- さらに、2010年OECD PE 帰属レポート 48頁のパート I (一般的な考慮)、パラグラフ 177 では、会計記録や内部文書が通常出発点となるといっているが、現実かつ識別可能な事象であるかどうかを、機能・事実分析によって決定すべきことを強調している。しかも、最終的には、内部取引の認識のためには、機能・事実分析が重要で、会計記録その他の文書等が決め手にならない旨、記されている⁸⁷。
- また、2010年OECD PE 帰属レポート 54頁のパート I (一般的な考慮)、パラグラ

86 2010年OECD PE 帰属レポート 19頁のパート I (一般的な考慮)、パラグラフ 35 と 36 は、下記のように、内部取引を認識するかどうかの決め手は、機能・事実分析にあることを強調した上で、会計記録や同時作成文書は、一つの有益な出発点であると記されている。

“35. This greater scrutiny means a threshold needs to be passed before a dealing is accepted as equivalent to a transaction that would have taken place between independent enterprises acting at arm’s length. Only once that threshold is passed can a dealing be reflected in the attribution of profits under Article 7(2). The functional and factual analysis must determine whether a real and identifiable event has occurred and should be taken into account as a dealing of economic significance between the PE and another part of the enterprise.”

「35. このより厳密な精査は、内部取引が、独立企業間で行われるであろう取引と同等のものとして認められる前に満たす必要のある閾値を意味する。ひとたび閾値を満たした場合に限り、内部取引は、第7条第2項の下での利得帰属に反映されることが可能となる。機能・事実分析によって、現実のかつ識別可能な事象が発生したか否か、及び、その事象が当該 PE と当該企業の他の構成部分との間の経済的に重要な内部取引として考慮されるべきであるか否かが決定されなければならない。」

“36. Thus, for example, an accounting record and contemporaneous documentation showing a dealing that transfers economically significant risks, responsibilities and benefits would be a useful starting point for the purposes of attributing profits. (後略)”

「36. したがって、例えば、経済的に重要なリスク、責任及び便益を移転する内部取引を示す会計記録及び同時作成文書は、利得帰属上、一つの有益な出発点となるであろう。(後略)」

87 “177. The starting point for the evaluation of a potential “dealing” will normally be the accounting records and internal documentation of the PE showing the purported existence of such a “dealing”. Under the authorized OECD approach, that “dealing” as documented by the enterprise will be recognized for the purposes of attributing profit, provided it relates to a real and identifiable event (e.g. the physical transfer of stock in trade, the provision of services, use of an intangible asset, a change in which part of the enterprise is using a capital asset, the transfer of a financial asset, etc.). A functional and factual analysis should be used to determine whether such an event has occurred and should be taken into account as an internal dealing of economic significance. And ultimately it is the functional and factual analysis which determines whether the dealing has taken place, not the accounting records or other documentation provided by the enterprise.”

「177. 潜在的な「内部取引」の評価のための出発点は、通常、そのような「内部取引」が存在すると主張されていること示す当該 PE の会計記録及び内部文書であろう。OECD 承認アプローチの下では、「内部取引」が現実のかつ識別可能な事象（例えば、棚卸商品の物理的移転、役務の提供、無形資産の使用、資本資産を使用している企業の構成部分の変更、金融資産の移転など）に関係する場合には、当該企業により文書化されたそれらの「内部取引」は、利得帰属の目的上認識されるだろう。機能・事実分析は、そのような事象が発生したか否か、経済的に重要な内部取引として考慮されるべきか否かを決定するために用いられるべきである。そして最終的には、内部取引が発生したか否かを決定するのは、当該企業が提供した会計記録やその他の証拠文書ではなく、機能・事実分析である。」

フ 206 では、無形資産に関し、どのような内部取引が行われたかについては、比較可能な独立企業間の取引を参照し、機能・事実分析によるべきことを強調している⁸⁸。

- なお、2010年 OECD PE 帰属レポート 14～15 頁のパート I パラグラフ 15 及び 15 頁の脚注(5)では、本支店間の内部取引は、同一法人内の取引であるという特殊性があるため、機能・事実分析においては、リスクの引き受けに関連する重要な人的機能及び資産の経済的所有権に関連する重要な人的機能に着目することが重要である旨、記されている⁸⁹。

88 “206. Even more difficult questions can arise when an intangible property that is “solely owned”, say, in the head office, is provided to one or more of its PEs for use in the latter’s business. For example, a PE may begin to make use of a trade intangible developed in the past by activities in the head office and exploited in the past by the head office. This situation commonly arises because of business changes, for example, the PE moving into a new business area. Under the authorized OECD approach, a functional and factual analysis of the situation might show that the PE should be treated as engaging in a dealing with the head office in respect of that intangible property. Profit would be attributed in respect of this dealing by reference to comparable transactions between independent enterprises (e.g. a royalty) and would depend on a functional and factual analysis of the dealing, the type of interest obtained or notional rights acquired (exclusive or non-exclusive), etc. Guidance on these issues is given in Chapters VI and VIII of the Guidelines. It is worth reiterating that, as noted in the previous section, an internal “royalty” is only one of a number of possible ways of rewarding intangible property.”

「206. 例えば、本店で、「単独所有」されている無形資産が、一の又は複数の PE の事業に使用する目的で当該 PE に提供される場合には、さらにより難しい問題が生じる可能性がある。例えば、過去に本店の活動により開発され、かつ、過去に本店により使用されていた営業無形資産を、PE が使用し始めることがある。このような状況は、事業の変化（例えば、PE の新規事業分野への進出）を理由として一般的に発生する。OECD 承認アプローチの下では、その状況の機能・事実分析によって、当該 PE が、当該無形資産に関し、本店と内部取引を行っているものとして取り扱われるべきことが示されることがある。独立企業間の比較可能な取引（例えば、使用料）を参照して、この内部取引に関連する利得が帰属されるであろうし、その利得は、その内部取引の機能・事実分析、取得される持分の形態、又は取得される名目的な（排他的又は非排他的）権利等に依存するであろう。この問題に係る指針は、ガイドライン第 VI 章及び第 VIII 章で述べられている。前のセクションで述べたとおり、内部「使用料」は無形資産に報酬を与えることができる数ある方法の一つにすぎないという点は、繰り返し述べられるに値するものである。」

89 “15. As it is not possible to use a legal analysis as the required mechanism, another solution must be sought. After careful consideration, the OECD decided that a functional analysis should be used, as this concept underpins the application of the arm’s length principle under Article 9 and there is already considerable guidance on how to conduct this analysis in the Guidelines. However, in order to address the issues created by the fact that legally the assets, risks, capital, and rights and obligations arising out of transactions with separate enterprises belong to the enterprise as a whole rather than to any one part of the enterprise and that there is no legal transaction between different parts of a single entity, it proved necessary to supplement the functional analysis of Article 9. Accordingly, the authorized OECD approach attributes to the PE those risks for which the significant functions relevant to the assumption and/or management (subsequent to the transfer) of risks are performed by people in the PE and also attributes to the PE economic ownership of assets for which the significant functions relevant to the economic ownership of assets (5) are performed by people in the PE. (後略)”

“(5) Note that the exercise of identifying significant people functions relevant to the assumption of risks and significant people functions relevant to the economic ownership of assets is relevant for purposes of attributing initial assumption of risks and economic ownership of assets to particular parts of an enterprise under step one. However, it does not limit the need under step two of the authorized OECD approach to ensure that all functions performed by the PE are remunerated at arm’s length, nor does it in any way affect the threshold for determining the existence of a PE under Article 5.”

「15. 必要な仕組みとして法的分析を利用することはできないので、別の解決方法を求めなければならない。OECD は、慎重に検討した結果、機能分析を使用すべきであることを決定した。それは、機

上記、法人税法の適用により、日本 PE 帰属所得に係る所得の金額を算定するうえでは、日本 PE の会計上の取扱い如何にかかわらず、本件営業権の譲渡に係る内部取引があることを前提としなければならない。

【税務上の処理】

会計上、本件営業権は自己創設暖簾であるため認識されていない。したがって、本件営業権の日本 PE への移転については、税務上、認識するための税務調整が必要となる。

◎ 税務調整案

- イ 日本 PE が本件営業権譲渡を反映した税務申告用の財務諸表を別途作成
- ロ 日本 PE が法人税申告書上のみで本件営業権を認識し調整

◎ 税務調整案に対する考察

前述の事例同様、税務申告用の財務諸表を別途作成する方法については、会計慣行をベースとした確定決算に基づく財務諸表と内容を異にするものであり法人税法上問題があると云わざるを得ないと考えられるため、ロ案を採用することが妥当と考えられるかもしれない。しかしながら、ロ案を採用した場合、法人税法 31①で規定する損金経理要件を満たさないとの解釈があり得、償却費の損金算入ができないという問題が生じる。

仮に、本件営業権が日本 PE ではなく、日本子会社への移転であれば、会計上も営業権が認識されることとなり、損金経理要件を満たすことができ、当該営業権にかかる償却費の損金算入が認められる。

つまり、法人税法 31①の規定により日本 PE における償却費の損金算入を否認することとなれば、租税条約に定める PE 無差別の原則に抵触することとなる。

能分析という概念が第 9 条に基づく独立企業原則の適用の根拠となるものであるとともに、この分析をどのように行うかについて既にガイドラインに十分な指針があるからである。しかしながら、分離した企業との取引から発生する資産、リスク、資本並びに権利及び義務は、法的には企業の一構成部分ではなく企業全体に属するという事実並びに単一の事業体の異なる構成部分間の取引は法的に存在しないという事実から発生する問題を解決するために、第 9 条の機能分析を補完する必要があることが判明した。したがって、OECD 承認アプローチでは、リスクの引受け又は（移転後の）管理に関する重要な機能を当該 PE に属する職員が遂行した場合、当該リスクを当該 PE に帰属させ、また、資産の経済的所有権（注 5）に関する重要な機能を当該 PE に属する職員が遂行した場合、当該資産の経済的所有権を当該 PE に帰属させる。（後略）

「(注 5) リスクの引受けに関する重要な人的機能及び資産の経済的所有権に関する重要な人的機能の特定の実施は、第 1 ステップに基づき、当初のリスクの引受け及び資産の経済的所有権を企業の特定の部署に帰属させる上で関連性を有することに留意されたい。しかしながら、これは、OECD 承認アプローチの第 2 ステップに基づき PE が果たす全ての機能に独立企業間報酬を保証する必要性を制限するものではないし、第 5 条に基づく PE の存在の決定の閾値に何ら影響を及ぼすものでもない。」

5. おわりに

外国企業の我が国 PE に帰属する所得に着目しても、我が国法人税法との絡みでその所得計算においては問題が生じることは上述のとおりである。我が国企業の国外 PE への帰属所得計算においても、PE 所在地国での AOA 採用の不透明さ、AOA を採用している場合であっても、現地国の国内法との絡みで所得計算上、問題を生じることが想定される。

我が国においては、会計原則と AOA のギャップにより生じる法人税法適用上の問題点について国内法の改正、明確化が望まれる。

また、我々、内国企業においては、国外 PE の所得計算の妥当性に注視し、外国子会社の所得計算に比し不利な取扱いを受けるようなことがあれば、租税条約に定める PE 無差別規定を盾に PE 所在地国の税務当局に訴えることが有効かもしれない。

最後に、本報告書と公表日の都合上、分析・検討には至らなかった OECD 公表の PE 帰属利得に関するガイダンスについては、ダブル・タックスペイヤー・アプローチを前提とする、モデル条約第 7 条（PE 帰属所得計算）と第 9 条（移転価格税制）の関連性についてなど、議論の不十分さが見受けられる。今後、内容を吟味し明確化を図る作業が必要となるであろう。

第5章 BEPS 残された課題：PS 法

立教大学法学 教授
浅妻 章如

1. 序論

2017年にBEPS Action 10としてPS法（profit split method：利益分割法）に関するガイドンス^{90 91}（以下、注釈90のものを「OECD改訂提案」と呼ぶこととする。）が公表されている。

本稿では、2.でOECD改訂提案を概観し、3.で私法における所得配分（主に損害賠償における特許権等の知的財産の保護範囲）を考察し、4.で（PS法の適否が争われた裁判例ではないが）裁判所が個々の取引別に着目した事例としてMedtronic事件を紹介する。

移転価格に関するarm's length principle（独立当事者間原則）とPS法との関係は難問である。①arm's length間の取引（損害賠償も含めるとする。）による所得配分に、②関連企業グループ内の取引（transaction。但しdealing（内部取引）も含めるとする。）にarm's lengthの擬制を施した所得配分を近づけることが、原則であるものの、③PS法はそこからの理念的な乖離を要請する。3.以下で後述するように、①arm's length間の所得配分は、value creation（価値創造）に従った所得配分とはかけ離れていることも珍しくないからである。

しかし3.での考察を4.に当てはめると、奇異な結果となる、ということも予告しておく。

2. PS法に関するガイドンスのOECD改訂提案

(1) 構成⁹²

C.1 総論（General）

C.2 取引単位利益分割法が最も適切な方法となりやすいのはどんな場合か？（When is a transactional profit split method likely to be the most appropriate method?）

C.2.1 取引単位利益分割法の強みと弱み（Strengths and weaknesses of the transactional profit split method）

90 OECD, Public Discussion Draft BEPS Action 10 Revised Guidance on Profit Splits (<http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/Revised-guidance-on-profit-splits-2017.pdf>) (22 June - 15 September 2017)

なお、校正時、Ryan Finley, OECD Nearing Consensus on Profit Splits and Intangibles, 2018 WTD 72-1; 90 Tax Notes International 487 (April 16, 2018); 2018 TNI 17-24 という記事に触れた。

91 コメントとして、OECD, Comments Received on Public Discussion Draft BEPS Action 10 Revised Guidance on Profit Splits, Part I (<http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Compilation-revised-guidance-profit-splits-2017.pdf>) (4 October 2017)、Part II (<http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/Compilation-revised-guidance-profit-splits-2017-part2.pdf>)

92 2. (1) 及び (2) は、OECD改訂提案の紹介に尽きる。浅妻個人の意見は無い。

C.2.2 取引の性質 (Nature of the transaction)

C.2.2.1 取引各当事者のユニークかつ価値のある貢献 (Unique and valuable contributions by each of the parties to the transactions)

C.2.2.2 高度に統合した事業運営 (Highly integrated business operations)

C.2.2.3 経済的に重要なリスクの共同引受けと密接に関連したリスクの個別引受け (Shared assumption of economically significant risks, separate assumption of closely related risks)

C.2.3 信頼できる情報の利用可能性 (Shared assumption of economically significant risks, separate assumption of closely related risks)

C.2.4 結論 (Conclusions)

C.3 適用ガイダンス - 一般論 (Guidance for application - in general)

C.3.1 利益分割へのアプローチ (Approaches to splitting profits)

C.3.1.1 寄与度分析 (Contribution analysis)

C.3.1.2 残余分析 (Residual analysis)

C.4 適用ガイダンス - 分割対象利益の画定 (Guidance for application - Determining the profits to be split)

C.4.1 現実の又は予想利益の取引単位利益分割 (Transactional profit splits of actual or anticipated profits)

C.4.2 別の利益測定方法 (Different measures of profits)

C.5 利益の分割 (Splitting the profits)

C.5.1 利益分割要因 (Profit splitting factors)

C.5.2 納税者自身の営業から生じるデータ (内部データ)の信頼性 (Reliance on data from the taxpayer's own operations (internal data))

C.5.3 利益分割要因の例 (Examples of profit splitting factors)

資産基準要因 (Asset-based factor)

費用基準利益分割要因 (Cost-based profit splitting factors)

補遺 I——取引単位利益分割法ガイダンスを説明する例 (Annex I – Examples to illustrate the guidance on the transactional profit split method)

(2) 概要

ア C.1 総論 (paragraphs 1-2)

イ C.2 取引単位利益分割法が最も適切な方法となりやすいのはどんな場合か？ (paragraphs 3-5)

取引単位利益分割法が最も適切な方法であるか否かを決定づけるようなルールや要素はない。

(ア) C.2.1 取引単位利益分割法の強みと弱み (paragraphs 6-11)

取引両当事者のユニークかつ価値のある貢献 (unique and valuable contributions (e.g. contribute unique and valuable intangibles)) がある場合、高度に統合した事業 (highly integrated operations) である場合、に強みがある。柔軟性 (flexibility) を提供する。

弱点として、外国関連企業情報を得にくい場合、取引単位利益分割法 (transactional profit split method) は適用しにくい。問題となる取引の関連費用の画定及び配分も難しい。なお、独立企業間で取引単位利益分割法が使われるのは稀だから被支配取引への適用も稀であるべきであるとの意見は、採るに値しない。

(イ) C.2.2 取引の性質 (paragraphs 12-15)

取引単位利益分割が最も適切か判断するに当たり、対象取引の正確な描写 (accurate delineation) が肝であり、二視点分析 (two-sided analysis。三者以上なら multi-sided analysis) を要する。

取引単位利益分割法の適切さの判定に際してユニークかつ価値があるかは恐らく最有力指標であろう。別の指標としては、事業の高度な統合であり、そこでは経済的に重要なリスクが共同引受されているか、密接に関連する経済的に重要なリスクが別々に引き受けられている。

取引当事者の一方が単純機能に従事し経済的に重要なリスクを引き受けず unique and valuable contributions をしていない場合、典型的には請負製造とかなの場合、取引単位利益分割法は適切でない。比準対象 (comparable, uncontrolled transaction) 情報が見つからないだけでは取引単位利益分割法の適切さを裏付けない。

C.2.2.1 取引各当事者のユニークかつ価値のある貢献 (paragraphs 16-18)

或る貢献がユニークかつ価値のあるものである場合とは、当該貢献について比準対象が無く、利益の重要な源泉となる場合である。リスク共有に関し、枢要部品開発製造者同士で製品を売る場合、利益の重要な源泉となる機能及び無形資産についてお互いにユニークかつ価値のある貢献をし、お互い相手の開発リスクを制御できないので、リスクを共有するであろう (Examples 1,2,3,4)。

全開発無形資産の移転についても比準対象が見つからない場合取引単位利益分割法が最も適切でありえよう。一部開発無形資産についても最も適切でありうる (Example 5)。

C.2.2.2 高度に統合した事業運営 (paragraphs 19-24)

多国籍企業のうちの取引関係者のうちの一家の貢献を CUT 法では評価できず事業が高度に統合しているので取引単位利益分割法が適切であることがある (Example 6)。

グローバルトレーディングのように、共同で機能を遂行する、資産を保有する、リスクを負担するという場合に事業が高度に統合しているので取引単位利益分割法が適切であることもある (Example 7)。

高度の相互依存関係の場合、例えば、自社の重要な貢献の価値が相手方に依存しているような長期契約に独立企業が携わっている場合、利益分割法が使われえよう。

貢献の相互関連・相互依存関係の場合、例えば単独での価値は低いが相手方の貢献と組み合わせる大きな価値をもたらす場合、個々の貢献の評価は無理であろう。

A 社が B 社のリスクを管理する機能を営むというだけでは、直ちに取引単位利益分割法が最も適切であるということにはならない。

C.2.2.3 経済的に重要なリスクの共同引受けと密接に関連したリスクの個別引受け (paragraphs 25-27)

リスクを共有している場合や、別々にリスクを引き受けているがそれらのリスクが相互に関連している場合、取引単位利益分割法が最も適切となることがある。予想利益ではなく現実の利益の分割がもっともらしい。

(ウ) C.2.3 信頼できる情報の利用可能性 (paragraphs 28-29)

取引単位利益分割法が最も適切であることの証左の存在は、他の移転価格法が最も適切であることの証左の不存在と、対応している。

(エ) C.2.4 結論 (paragraph 30)

ウ C.3 適用ガイダンス - 一般論 (paragraphs 31-33)

利益分割の適否及び要因の判断に当たり、機能分析に自覚的でなければならず、信頼できる方法で測定できなければならない。

取引単位利益分割法を用いる場合、取引に先立ち、契約期間、利益分割基準を見積もるべきである。取引単位利益分割法を用いる納税者又は課税庁は、その適切さの証左と利益分割基準及び方法を予め用意すべきである。利益分割要因は、特殊事情なき限り、契約期間中、欠損年度も含めて一貫しているべきである。

(ア) C.3.1 利益分割へのアプローチ (paragraph 34)

取引各当事者の「寄与度分析」(contribution analysis)をする。「ルーティン」(routine)部分を切り分けられる場合、二段階「残余分析」(two-stage “residual analysis”)が適切であろう。

C.3.1.1 寄与度分析 (paragraphs 35-36)

被支配取引由来全利益を、先ず、独立企業だったならば達成するであろう部分に分割する。寄与度の相対的評価を直接測れる場合、各当事者の貢献の市場価値を算定する必要はない。相対的評価が難しい場合、各当事者の異なる種類の貢献の性質及び程度を比較し、相対比較と外部市場データに基づいて割合を配分する。

C.3.1.2 残余分析 (paragraphs 37-38)

複数当事者のうちの幾つかの貢献を一視点法 (one-sided method) により比準対象を用いて確かに評価でき (特に routine)、別の貢献については難しい場合、残余分析が適切であろう。

エ C.4 適用ガイダンス - 分割対象利益の画定 (paragraphs 39-42)

取引単位利益分割法適用対象利益をもたらした取引の aggregation (集合的取扱い) の程度を決めることが必須である。

取引単位利益分割法適用対象利益が複数の関連企業から成る場合、財務データについて、会計方法及び通貨単位を共通させる必要がある。

財務データのうち、取引単位利益分割法対象利益に関わる貢献をした取引に対応させる括りだしを要する。

(ア) C.4.1 現実の又は予想利益の取引単位利益分割 (paragraphs 43-46)

リスクを共有している場合またはリスク引受が別々でもそのリスクが密接に関連している場合、リスクを扱うことに影響された利益の分割なのだから、現実の利益の分割だけが適切であろう。こうしたリスク引受は、高度な統合やユニークかつ価値ある貢献というシナリオでは、よくあることであろう。

かようなリスク引受態様でない場合、予想利益の分割がより適切であろう (Example 9)。

取引単位利益分割法の適用に際し、後知恵 (hindsight) の防止のため、取引締結時に明らか又は予測可能な情報に基づくべきである。

(イ) C.4.2 別の利益測定方法 (paragraphs 47-50)

原則として取引単位利益分割法対象利益は事業利益 (operating profits) である。しかし、粗利益 (gross profits) など別の方法による利益を分割してから各企業に帰属する費用を控

除する、という方法が適切であることもありうる。

取引当事者が販売量・価格に関する市場リスクのみならず粗利益に影響する製造・仕入れのリスクも引き受けている場合に、粗利益の分割が適切であることがありうる。市場リスク・製造リスクのみならず無形資産投資を含む更なる幅広いリスクを共有している場合、つまり value chain について統合又は協業している場合、事業利益の分割が適切であることがありうる。こうした見極めは取引の正確な描写次第である。

オ C.5 利益の分割 (paragraphs 51-53)

利益分割基準または配分キーについて予め決めてしまうのは望ましくない。利益分割基準または配分要因は、移転価格政策によらず被支配取引のデータ（関連企業への販売など）ではなく客観的データ（独立当事者への販売など）に基づくべきであり、検証可能であるべきであり、比準対象データや内部データまたはその両方によって裏付けられるものであるべきである。

石油ガス開発産業や医薬品共同開発やレコード会社と音楽家の契約や金融業界の非被支配契約で見受けられるような独立企業間のジョイントベンチャーの利益を共有する関係が参考となりうる。

(ア) C.5.1 利益分割要因 (paragraphs 54-58)

利益分割要因は、30-70 のような数値 (figure) である場合もありうるし、当事者の貢献の価値に連動させるといった変数 (variable) である場合もありうる。

資産や資本（事業資産、固定資産（製造用資産、小売用資産、IT 資産）、無形資産、投下資本）或いは費用（研究開発、エンジニアリング、マーケティングなど鍵となる分野への投下額に連動させるとか）に基づく利益分割要因も、実務上しばしば使われる。

販売増加量、従業員数、或いは投入時間も利益分割要因として適切であることがありうる。

(イ) C.5.2 納税者自身の営業から生じるデータ（内部データ）の信頼性 (paragraphs 59-63)

CUT (comparable uncontrolled transactions) が使えない場合、内部データを考慮することがある。

資産基準の利益分割要因の場合、貸借対照表からデータを抽出することがある。自製無形資産のように貸借対照表に反映されてないもので取引単位利益分割法の対象取引との関連性に配慮する必要がある。

費用基準の利益分割要因の場合、損益計算書を用いることがある。やはり、取引単位利益分割法の対象取引との関連性に配慮する必要がある。

(ウ) C.5.3 利益分割要因の例

● 資産基準要因 (paragraphs 64-65)

資産基準または資本基準の利益分割要因を用いる際、取引単位利益分割法の対象たる取引が一つまたは複数のとき、画定と評価について難題が発生しうる。

● 費用基準利益分割要因 (paragraphs 66-68)

販促費用が適切な要因でありうる場面として広告がユニークかつ価値のある貢献をしている場合が考えられる。研究開発費用が製造業者にとってふさわしいこともありうる。しかし、異なる価値の無形資産で貢献している場合、費用基準要因は、リスクを勘案した信頼できる指標であるといった特殊事情なき限り、不適切であることもありうる。

支出時期が異なる場合など、費用基準利益分割要因の画定と適用に難がありうる。過去の研究開発について歴史的な積み重ねを現在時点にリスク勘案も含めつつ換算する必要がある。地域特殊利得 (location savings) がある場合、独立当事者ならば用いるであろう location savings 配分方法が利益分割に反映される必要がある。

3. arm's length の損害賠償との比較

(1) 特許権侵害損害賠償における市場機会保護説

関連企業グループ内所得配分に関する arm's length の理念上の難点の例として、arm's length の関係における損害賠償との比較を考察する⁹³。

例 1 X の研究開発支店 Xa は 1,000 円の費用をかけて特許発明を開発し特許権を得た。X は更に製造販売支店 Xb を設けて 2,000 円の製造販売費用を拠出し、合計 3,000 円の費用をもとに特許を実施し製品を製造販売して、3,300 円の販売収入を得る予定であった。しかし Y が特許権を侵害し 3,300 円の販売収入を得た。Y に需要を先食いされた X は Xb に関する出費が 0 円であったが、収入も 0 円であった。X は Y に幾ら請求できるか⁹⁴。

X は、あれなければこれなしの因果関係論 (差額説ともいう) を前提に、 $\text{＜損害賠償＝逸失利益＝予定収入－実際の収入－費用減少＝3,300－0－2,000＝1,300＞}$ と主張する。

Y は次のように主張する。なるほど、確かに Y は X の特許権を侵害したから、特許発明に対応する利益であろう 1,100 円については賠償の責めを負うが、侵害したのは特許権だけであるから、たとい因果関係があるとしても 1,100 円を超える賠償をする必要はない。1,300 円のうち 200 円は Y の製造販売にかかった事業費用 2,000 円に対応する利益であり

93 本稿3.に関し、本報告書の研究母体である国際租税研究会とは別の移転価格に関する私的な研究会で、貴重な助言を賜った。名は挙げられないが、感謝だけ記す。

94 浅妻章如「知的財産侵害における損害賠償と租税法における所得配分 (上)」ジュリスト 1248 号 124 頁以下、126 頁 (2003.7.1) から抜粋した。研究開発費用と製造販売費用の区別をつけることができるようにするため、数値を変えた。

Y から X に移転すべき理由はない。

なお、特許法 102 条 1 項は「特許権者又は専用実施権者が故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害した者に対しその侵害により自己が受けた損害の賠償を請求する場合において、その者がその侵害の行為を組成した物を譲渡したときは、その譲渡した物の数量（以下この項において「譲渡数量」という。）に、特許権者又は専用実施権者がその侵害の行為がなければ販売することができた物の単位数量当たりの利益の額を乗じて得た額を、特許権者又は専用実施権者の実施の能力に応じた額を超えない限度において、特許権者又は専用実施権者が受けた損害の額とすることができる。ただし、譲渡数量の全部又は一部に相当する数量を特許権者又は専用実施権者が販売することができないとする事情があるときは、当該事情に相当する数量に応じた額を控除するものとする。」と規定している。特許法 102 条 1 項を当てはめれば問題なく X の主張が通るので、ここでの X・Y 間の損害賠償額をめぐる対立は、特許法 102 条 1 項がないとしたならばという前提の思考実験であると受け止めていただきたい。

Y の主張は盗人猛々しいものに聞こえるかもしれないが、機会費用控除（損害軽減義務）の観点を導入すると X の主張は弱くなる。もしも X が製造販売のために事業費用 2,000 円を出すつもりであったが Y に需要を先食いされた後で別の事業に当該 2,000 円を出費し 2,200 円の販売収入を得られるのであるとしたら、X は漫然と当該 2,000 円を放置しておくべき理由はないから、 $1,300 - 200 = 1,100$ 円に X の Y に請求できる損害賠償額は減額される。X は、Y に権利侵害されなければ 10% (= $(3,300 - 3,000) / 3,000$) の利益率で稼げるであろうところ、Y の侵害を受けて X が当該 2,000 円を別の事業に支出する場合は 10% より低い利益率となるであろう。例えば 7% かもしれない。とすると、 $1,300 - 2,000 \times 7\% = 1,160$ 円が X の Y に請求できる損害賠償額ということになる。損害軽減義務について 2003 年頃は通説といえるか微妙であったが現在は損害軽減義務の考え方を前提としてよかろう。X・Y 間の損害賠償額をめぐる対立に際し、損害軽減義務を前提としてもなお、X は当該 2,000 円を他に有効活用する術がなかった⁹⁵（機会費用⁹⁶は 0 円であった）、ということを対立の前提としておきたい。

この上で Y は次のように主張する。

例 2 P という肉屋の隣に Q という肉屋が建ち、競争の結果 P の利益が減ったとしても、P が Q に対し逸失利益の賠償を求めることはできないと考えられている。Q の行為と P の減益との間に因果関係が明白に認められても、そして Q が P の減益を明白に予見できても、そもそも P の事業上の利益は競争から保護されない。

95 X が当該 2,000 円を他の事業に用いることができないとしても、最悪でも銀行預金利子分は稼げるはずである。清水惣事件・大阪高判昭和 53 年 3 月 30 日高裁民集 31 卷 1 号 63 頁も「少くとも銀行等の金融機関に預金することによりその果実相当額の利益をその利息の限度で確保するという手段が存在する」と述べる。ここでは議論の簡便化の為、銀行預金利子率は 0% であると想定していることになる。

96 機会費用という概念は不要であるとする市野泰和「機会費用は重要な概念か？」甲南大学経済学会 58 卷 1・2 号 27-56 頁(2017.9.30) (doi/10.14990/00002886)に触れた。興味深いが高稿では深入りしない。

これに対し、Xの権利⁹⁷を侵害したYと、Pと競争するQとを、同列に扱うことはできない、とXは主張する。

しかしYは更に次のような例を挙げる。

例3 RはA・Bという条件の類似した（例えば隣り合っている）2筆の土地を有している。Rは土地Aにおいて肉屋を営み、土地Bは他社に賃貸する予定である。しかしSが土地Bを不法占拠し、肉屋を営んだ。RとSの競争の結果、Rは顧客を失った。

SのRに対する土地所有権侵害と、YのXに対する特許権侵害とが、対応しており、SがRに対し不動産賃料相当分の損害賠償責任しか負わないとすれば、YもXに対し特許発明対応部分たる1,100円の損害賠償責任しか負わない、とYは主張する。例2においてQの悪性が無いこと（clean handであること）⁹⁸と、例1においてYの悪性があることという違いは、QとYの損害賠償責任を異ならしめない、とYは主張する。

例3において、本当にSはRに対し不動産賃料相当分の損害賠償責任しか負わないのか、残念ながら明らかでないが、仮にそうであるとしても、一般に例1においてX説の方が勝つと考えられている。例3におけるRの土地所有権という排他権と、例1におけるXの特許権という排他権とは、ともに排他権であっても、排斥する内容が異なると考えられている。特許権等の知的財産権が必ず排他権として設計されるべきとまではいえない⁹⁹が、排他権としての特許権等は特許発明に対応する利益だけについてXをYから保護しているのではなく、Xの市場機会を保護している（便宜的に市場機会保護説と呼ぼう）、との説明が与えられうる。曰く——「市場においては、特許発明の実施に対して需要が存在する。この需要を特許発明を実施することにより満足せしめる機会を、便宜上、市場機会と呼ぶことにしよう。特許法により第三者が特許権者の許諾なく業として特許発明を実施する行為が特許権の侵害行為とされているから、特許権者は、市場機会の利用により得ることが可能と見込まれる利益を、いかなる利用態様により自己に還元させるかを排他的に決定することができるようになる。」¹⁰⁰

97 権利侵害要件（雲右衛門事件・大判対象7年9月18日民録24輯1721頁）は、その後、大学湯事件・大判大正14年11月28日民集4巻676頁によって克服されている。

98 歴史的には、例2においてclean handであるQがPに競争を仕掛けても構わないという自由競争原理（典型例としては薬事法距離制限違憲判決・最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）は、自明のことではなかった（典型例としては公衆浴場距離制限合憲判決・最大判昭和30年1月26日刑集9巻1号89頁）。少なからず、事業を行うためには政府やギルドの特別な許可を要することがあった。例2におけるPとQの競争は、需要の合計が増えないならば資源の浪費ともみうる。資源の浪費の例としてしばしば、コカ・コーラの広告とペプシ・コーラの広告が張り合っているのは、コーラの需要の合計が増えないならば、無駄ではないか、ということが考えられる。

99 報酬請求権（他者の実施等の競争を差し止めることはできず使用料相当額としての報酬を請求することができるというだけの権利）の例としては、著作権法95条1項の放送等に対する実演家の権利等が挙げられる。排他権（差し請求権）と報酬請求権との対比としては、property rule vs. liability ruleという用語の方が通りが良いかもしれない。

100 田村善之『知的財産権と損害賠償』214頁（弘文堂、1993）より抜粋。

市場機会保護説は、特許権が排他権であるということから演繹的に導かれるものではなく、市場機会の保護を与えて発明を奨励するという政策目的の結果として特許法が特殊な排他権（不動産所有権等の排他権とは異なるかもしれない排他権）を設定している、という理解を前提とするものであると考えられる。ここでは特許法 102 条 1 項がないものとして議論を積み重ねてきたが、現実存在する特許法 102 条 1 項は一層、市場機会保護説に沿ったものである、というように表現しなおすこともできよう。

例 1 において X 説（市場機会保護説）が Y 説（便宜的に研究開発部分保護説と呼ぼう）に勝つとすると、Y が X に適法に許諾を得ようと思ひ実施料を交渉する際に、X は Y に対し 1,100 円ではなく 1,300 円を請求し、Y が 1,300 円という額を承諾しなければ X としては実施を許諾しない、とすることができる。

もしも例 1 において Y 説が勝つとしても、Y が X に適法に許諾を得ようと思ひ実施料を交渉する際、X は Y に 1,300 円を請求し、Y が 1,300 円という額を承諾しなければ X としては実施を許諾しない、とすることができるので、例 1 において Y 説を勝たせるのはおかしい¹⁰¹、という議論が考えられる。しかし、これは特許権が排他権であることに依拠した議論であるところ、では排他権が鍵となる例 3 において S は R に対し不動産賃料相当分の損害賠償責任しか負わないのではなく R の肉屋営業の逸失利益分の損害賠償責任も負うのか、という疑問が出てくる。例 3 において S が適法に R の保有する土地 B の賃借を R に申し出た場合、R は S に対し通常の不動産賃料相当分にとどまらず R が S との競業の結果失うであろう肉屋営業の減少分を補填するような不動産賃料を要求するかもしれない。しかし、例 3 を少し変更し、土地 B 保有者が R と無関係の第三者 T であった場合、S が土地 B を無断利用して R の肉屋営業の利益が減少しても、S は T に不動産賃料相当分の損害賠償責任を負うにとどまり¹⁰²、R の肉屋営業の逸失利益（そもそも逸失利益と呼ばれないのではない

101 しかし、この点、本当におかしいといえるのか、定かでないように思われる。もしも例 1 において Y 説が勝つことが X にも Y にも周知のことであったならば、Y が適法に X に実施許諾を求める際、X が Y に 1,300 円を請求できなくなるかもしれない。1,100 円まで減額せざるを得なくなるかまでは定かでないが、Y の侵害を X が事前に差止請求で封じるという建前にしても差止で機敏に対応できるとは限らずどうしても X としては侵害に対し事後的な損害賠償請求で対応せざるを得ない場面も少ないであろうことからすると、1,300 円と 1,100 円の間の中間のどこかに落ち着くのではないかと、という疑問も残る。例 1 の X・Y に限らず、一般論として、U が権利あり、V が権利なしという実体法体系が整備され周知されているとしても、U の権利の実現にはそれなりの時間や費用がかかる場合、V がそこにつけこんで U の権利の満足を一部妨げるような交渉をしかけるということは、現実世界において防ぎようがないところである。例えば、U と V が夫婦であり、V が浮気をし、U が離婚請求すれば確実に勝てるという状況であるとしても、U が離婚を勝ち取る（そして新たに別の恋人を探す）ためにそれなりの時間と費用がかかるという場合に、V はふてぶてしくも U に対し「△△円くれたら離婚に応じる、くれないなら調停でも裁判でもごねる」とか言い始めるかもしれない。このような場合、U が離婚を実現するまでの時間と費用を埋め合わせるような損害賠償請求権（V の浮気を原因とする U の損害賠償請求権に上乗せして）を裁判所が認めてくれるのでない限り（将来、裁判費用等について V が U に賠償しなければならぬという方向へ民事訴訟法が改正される可能性は皆無ではないかもしれないが、U の時間に関する機会費用についても V が U に賠償しなければならぬとする方向への改正は、まず実現しないであろう。）、U は V のふてぶてしい要求に応じざるを得ないかもしれない（離婚実務に詳しくないけれども、それが実態であろうと推測される。）。結局、U の権利の満足は一部妨げられることがありうる。

102 仮に T が R と無関係ではなく T と R がつるんでいて、S が土地 B を賃借したいと申し出た際、T が R

かという疑問はさておき) については誰からも補填されないであろう。従って、例 1 において X 説が Y 説に勝つためには、特許権が排他権であることからの演繹的な理屈の運びだけでは不十分であり¹⁰³、市場機会保護説のような特殊な政策目的を含む排他権が特許法の前提となっていると理解することがその不十分さを補うものであると思われる^{104 105}。

(2) arm's length における市場機会保護説と移転価格との相性

arm's length の X と Y との関係において X 説 (市場機会保護説) が妥当することを前提に、関連企業グループ内の所得配分を考えるとすると、value creation 基準が意味をなさなくなる可能性がある。

例 4 R 国法人 A 社と S 国法人 B 社は関連企業グループ構成員である。A 社は例 1 の X に相当する研究開発活動を行う。特許権は R 国でも S 国でも有効であるとする。B 社は例 1 の Y に相当する実施 (製造販売) 活動を行う。移転価格税制において B 社が A 社に幾らの特許発明実施許諾料を払っているものと擬制すべきか。

平成 10 年改正前特許法 102 条 2 項の「通常」の文言が削除された後、現行 102 条 3 項は「特許権者又は専用実施権者は、故意又は過失により自己の特許権又は専用実施権を侵害

の意向を付度して S に対し高額な賃料をふっかけるような場合、競争政策の問題となるかもしれない。

103 排他権・差止 (ライセンス拒絶) と競争法との関係について潮海久雄「標準必須特許の権利行使——競争法からの基礎づけ」小泉直樹・田村善之編『中山信弘先生古稀記念論文集 はばたき——21 世紀の知的財産法』410 頁以下、同頁 (弘文堂、2015) では「アメリカでは、特許権侵害の救済や FRAND 宣言[Fair, Reasonable, And NonDiscriminatory terms]の契約の第三者効で解決され、欧州では、独占禁止法による抗弁が議論となって」といわれる。そして、同・411 頁の「標準必須特許の権利行使について、わが国の[iPhone 事件]大合議判決[損害賠償請求権：知財高判平成 26 年 5 月 16 日平成 25(ネ)10043 号、平成 25(ラ)10007 号、平成 25(ラ)10008 号]は、FRAND 額を超える損害賠償を原則として特許権の行使の濫用とし、また、被告に FRAND 額を受ける意思がある場合には、差止請求を特許権の濫用とした」という部分は、本稿例 1 における Y 説に有利な材料となるかもしれないが、FRAND 額を超えるライセンス料請求が Y を排除しうるほどの高額でなければ独占禁止法の排除行為に当たらないと考えられるであろうし、そもそも例 1 で FRAND 宣言がなされるという想定はしていないし、FRAND 額が例 1 の Y 説のいう 1,100 円に相当するかどうか分からないなど、本稿で立ち入って検討する能力は欠けている。

104 近年の知的財産法における説明として、金子敏哉「特許権侵害による損害の 2 つの主な捉え方——売上減少による逸失利益と実施料相当額の関係」小泉直樹・田村善之編『中山信弘先生古稀記念論文集 はばたき——21 世紀の知的財産法』440 頁以下、447 頁 (弘文堂、2015) は浅妻・前掲注 94 に言及しつつ、「主観的利益[原告の売上減少による逸失利益]は、特許発明の実施それ自体の需要の客観的な価値にとどまらず、原告製品に係る事業上の諸要素 (製造・販売のための投資、ノウハウの提供、他の機能の追加等) に対応する利益 (事業上の利益) をも含むものである」として、明示的に Y 説を斥ける。

105 特許権が排他権であることを前提として重視すれば X は適法に許諾を求める Y に対しグイグイ食い込んで高価格の使用料を請求できる (Y としては Y 自身にとっての次善の選択肢——例えば 2000 円を投資して 4%つまり 2080 円にしかならないとかいった選択肢——と比較して 2080 円以上を確保できるような使用料設定つまり 1220 円以下の使用料設定なら受け入れざるをえない) という議論が成り立ちえないではない。が、排他権であっても排他権の行使が X の意のままになる訳ではない (法的に、特に競争法的に、無制約ではない) という前提があるかもしれない。とすると、結局、本文で述べたように、排他権に込められた特許法の政策的含意 (市場機会保護説なのか否か) を判断しなければならぬであろう。

した者に対し、その特許発明の実施に対し受けるべき金銭の額に相当する額の金銭を、自己が受けた損害の額としてその賠償を請求することができる。」と規定している。例1のXとYとの関係は102条1項（売上減少による逸失利益）の問題であるが、3項の場合、YがXに幾らの使用料を損害賠償として払うべきかという問題になる。そして「通常」の文言が削除された現行102条3項について、「原告固有の事情（実施の有無等）を問わず同一の損害額として実施料相当額を算定する考え方を「客観的通常実施料方式」とし……原告固有の事情によって実施料相当額が異なるべきものとする考え方を「主観的相当実施料方式」とし、両者を区別して検討する」¹⁰⁶ものもある。そして、雑駁ではあるが、例1の数値を転用し、Y説（研究開発部分保護説）に親和的な客観的通常実施料方式は1,100円、X説（市場機会保護説）と親和的な主観的相当実施料は1,300円であるとし、私法ではX説（市場機会保護説）の1,300円が妥当している¹⁰⁷として、例4の国際租税法の議論に繋げよう。

例4でA社・B社にarm's lengthの使用料支払関係を擬制すべきと考える際、B社がA社に1,300円を支払った状態が目指されそうである。他方、PS法による場合、B社の貢献を零と算定することに抵抗があるとすれば、B社がA社に1,100円を支払った¹⁰⁸状態が目指されそうである。

例1における市場機会保護説を前提とすると、例4においてB社がA社に1,300円を支払った状態を目指すか1,100円を支払った状態を目指すかは、B社の貢献によってではなく、A社が自ら実施（製造販売活動）できるかどうか鍵となる。こうした考え方は国際租税法界限では受け容れられにくい（B社の貢献によって決まるのではないということについて納得が得られにくい）と推測される。

私法における市場機会保護説と、国際租税法におけるvalue creation基準との親和性の低さは、私法における所得配分（損害賠償に込められた政策的含意を経由した所得配分）が、必ずしも、国際租税法の常識的な感覚であるところの、貢献度に応じた所得配分を達成しようとしているわけではない、ということに原因があるものと思われる。例1における1,300円のうちの200円はvalue creationという発想からすればYによるvalue creationであり、損害賠償の政策目的に照らして1,100円にとどまらず200円の部分についてもYからXに移転することが私法で当然視されているとしても、損害賠償の政策目的が関係しないであろう例4の関連企業グループ内所得配分において、B社からA社に1,100円でなく1,300円の所得移転を観念すべきなのか、という点で、arm's lengthに近づけるべきという

106 金子・前掲注104、445頁より抜粋。詳しくは448-451頁参照。

107 Xが、Yに需要を先食いされなければ自ら実施（製造販売活動）をして利益を上げることができるの立証に成功したら、1,100円ではなく1,300円になる、との趣旨。金子・前掲注104、452-453頁では「客観的市場機会についての抽象的損害計算に基づく損害額（客観的通常実施料）を最小限の損害として確保した上で、主観的市場機会についての具体的損害計算（原告固有の事情の考慮）は損害額を加算する方向でのみ行われるべきである。」と述べる。金子説が現在の知的財産法学で受容されているか門外漢の私には判定しにくいですが、本稿では金子説のこの理解を前提とする。

108 PS法の場合、B社がA社に～～円支払った、という表現がそもそも馴染まないのであるが、議論の便宜の為、かような表現をした。

要請と value creation に応じた所得配分という要請とが、衝突してしまうものと考えられる。

例 1 の Y、例 4 の B 社の 2,000 円の投資について、次善の選択肢の収益率が 0%（前掲注 103 においては見やすくするために 4%という数値を仮定したが、本文のこれまでの記述では 0%が暗黙の想定となっていると理解するのが自然である。）であるとしたならば、例 1 の X・Y が被侵害者・侵害者の関係ではなく Y が適法に X に実施許諾を求める場合に X が Y に 1,300 円を要求するということは、言い換えると、Y の次善の選択肢の収益率を超える部分¹⁰⁹について X が Y から適法に収奪できるということを示している。とすると、例 4 において、B 社の次善の選択肢の収益率を超える部分の所得が A 社に移転するような状態が、arm's length に適っている、という理解もできる。もう少し言い方を変えると、A 社と B 社が関連企業グループを形成しているのは arm's length の関係では得られない synergy effect（協業利益）を得るためである（市場取引ではなく企業 - ここでは法人格ごとに区切られるわけではない利害関係の共有 - を選択する理由として説明されるところである。）のに、synergy effect による超過収益は B 社に帰属しない、とすることが arm's length に適っている、という言い方にもなる。

市場機会保護説及びそれを前提とした arm's length 間の使用料の交渉は、国際租税法に関する value creation の発想と比べ、X 側に多くの所得が帰属する結果をもたらすような bias（偏り）をかけるものである、ということができそうである。そして私法がかような bias を持つことについての理論的正当化も、さほど難しくない。例 1 では X が研究開発に成功し、Y の侵害が裁判所に明らかになっている状況を想定しているが、X の研究開発がもたらす正の外部性（externality）を特許関連制度経由で X に帰属させ X の研究開発意欲を損ねないようにするためには、Y の侵害が露見しない場合や露見しても X が訴訟遂行を諦めざるをえないような場合で X が正の外部性を自らの懐に取り戻すことができないこともありうることを念頭に置きつつ、例 1 のように Y の侵害が裁判所に明らかである場面（或いは Y が適法に X に実施許諾を求める場面）で少し多めに X に所得を移転させるべきである、という理論的正当化の筋がありうるからである。

このように見てくると、建前として PS 法は arm's length に沿った結果を出すためのものであるということになっているものの、arm's length と PS 法（特に寄与度（contribution）を勘案するような場合）との反りの合わなさ¹¹⁰は実際上の観点を抜きにした理念的検討か

109 これまでは X の実施能力に焦点を当ててきたが、前掲注 101 や前掲注 103 でみたように、特許権が排他権であることを足掛かりとして X の実施能力の確保を論ずる道には、若干危ういところもあるので、Y の次善の選択肢との比較という観点も例 1 の市場機会保護説の理解を助けるであろう。

110 例えば、PS 法が最適な方法とされる場面として「ユニークで価値のある貢献（unique and valuable contributions）」（前掲注 90 の paragraphs 13, 16-18, Examples 1-5）（とりわけ contribute unique and valuable intangibles。前掲注 90 の paragraph 6）を両当事者がしている場面が想定されるものの、経団連のコメントのように、「ユニークで価値のある貢献」の明瞭化がどうしても問題とならざるをえない。前掲注 90 のコメントの Part II の 25-26 頁を参照。もっとも、経団連のコメントについての感想として、ないものねだりの感がないではない。

らしても否定し難いように思われる。例 4 の R 国・S 国の関係に即していえば、R 国側はなるべく PS 法を認めたがらないであろうし、S 国側はなるべく arm's length を認めたがらないであろう。伝統的に、R 国・S 国の対立は、資本輸出国・資本輸入国の対立であり、先進国・発展途上国の対立であったが、(移転価格は知的財産のみを扱う訳ではないものしばしば問題となる) 知的財産に関し S 国が先進国であることも珍しくなくなっている(先進国の政府関係者や納税者団体が arm's length に警戒心を抱くようなことも珍しくなくなっている) ことも、話を難しくしている。

4. Medtronic 事件¹¹¹

あいにく利益分割法が争点となった事件ではないが、Medtronic 事件を紹介したい。第一に、アメリカで騒がれている移転価格事例で日本にも紹介されているものは複数あるが管見の限り Medtronic 事件はアメリカでの注目度程には日本で注目されていない¹¹² ように見受けられること、第二に、利益分割法的前提となる aggregation (複数取引の集合的取扱い) についての事例であること、第三に、本稿 3. の考察を当てはめると奇異な結果となることが、紹介したい理由である。以下の「(13 頁)」などの頁数は判決文の頁である。

(1) 事実の概要

Medtronic US¹¹³ は Medtronic 関連企業グループ¹¹⁴ の親会社である。MITI¹¹⁵ を保有している。MITI は Swiss Holding¹¹⁶ を保有している。Swiss Holding は、MPROC¹¹⁷、Medtronic Europe¹¹⁸、Medtronic Galway¹¹⁹ (この 3 つはアメリカ連邦所得税に関し透明扱い) を保有している¹²⁰。アメリカ連邦所得税の視点からは、Swiss Holding が、プエルトリコ、スイス、アイルランドで製造「支店」で製造業を営んでいた、と見られる。(13 頁)

Medtronic US は研究開発をする。また、Medtronic US の支店が Minnesota 州と Arizona 州で部品を製造している。部品は MPROC に販売され、医療機器 (pulse generator¹²¹ と

111 *Medtronic Inc. v. Commissioner*, T.C. Memo 2016-112 (2016.6.9)。本稿では見やすさのため特段の事情なき限り YYYYMMDD で記す。

112 *Amazon.com Inc. v. Commissioner*, 148 T.C. No. 8 のような派手な完勝事例ではないからであろうか。

113 Minnesota corporation with its principal place of business in Minneapolis, Minnesota : アメリカ (Minnesota 州) 法人

114 2005-2006 年当時、120 ヶ国で 3 万 3000 人を雇用。本件で問題となった心臓ペースメーカー等に関しては世界最大手のシェアである。

115 Medtronic International Technology, Inc. : アメリカ法人

116 Medtronic Holding Switzerland GmbH : スイス法人

117 Puerto Rican subsidiary, Medtronic Puerto Rico Operations Co. : 2001 年 8 月 16 日、ケイマン法に基づき主にプエルトリコで事業をするために設立された法人。なお、MPROC 設立に至る再構成 (restructuring) について、IRC 367 条(d)の償却 (amortization) 資産の範囲に無形資産が含まれるかの争いもある。本稿では 367 条(d)関連は割愛する。

118 Medtronic Europe, S.a.r.L. : スイス法人と思われる。

119 Medtronic Vascular Galway Ltd. : 何国法人か明記されていないが恐らくアイルランド法人

120 Medtronic Europe についても裁判で争いの対象となっているが、本稿の紹介では、以後、Medtronic Europe、Medtronic Galway について割愛する。

121 心臓ペースメーカーのような埋込型脈動発生器。

leads¹²²)としてプエルトリコで組み立てられる (CRDM・Neuro という 2つの事業単位を有し、従業員合計は 2,300 人程。製造ライン従事 1,500 人程)。組み立てられた pulse generator と leads は、MPROC から Med USA¹²³に販売される。Med USA (販売代理人 2,000 人+200 or 300 人) は pulse generator と leads をアメリカ国内外で販売する。つまり、Medtronic US 支店がアメリカで部品を作り、MPROC がプエルトリコで組み立て、Med USA が独立の第三者に販売するという構図である。(17-20 頁)

この 3 社は次の 4 つの契約を 2001 年 9 月 30 日付で締結した。

①pulse generator と leads に関する特許権のライセンスを Medtronic US が MPROC に付与する契約。②部品を Medtronic US が MPROC に販売する契約。③MPROC が製品を Med USA に販売し流通させる契約。④商標ライセンスを Medtronic US が MPROC に付与する契約。

①について、pulse generator については 29%、leads について 15%の royalty rates を設定していた。この率は EY (Ernst & Young) の助言による CUT (comparable uncontrolled transactions) 法の結果である。(35-39 頁)

(2) IRS の調査と MOU と更正処分

被告たる IRS は 2002 課税年度申告の調査においては、結論として、CUT 法に基づくとする 29%、15%の royalty rates を承認したが、MPROC への利益移転を懸念し、royalty rates の修正を求めた。原告も修正に合意した。(65 頁)

Puerto Rico MOU (memorandum of understanding) ¹²⁴として、2007 年 5 月 22 日に、原告は、2005 年 5 月 1 日付で①の royalty rate を 29%、15%から 44%、26%に変更した。この時、IRS は利益分割法に基づき system profit (Medtronic US、MPROC、及び Med USA が製品の販売によって稼ぐであろうところの、製造及び流通から生じる連結利益として、利益分割法の対象となる利益) が MPROC に移転している部分が大きすぎるとして、royalty rate の変更を原告に迫っていた。(65-68 頁)

2010 年 12 月 23 日、IRS から原告へ、原告の 2005~2006 課税年度について過少申告更正処分通知 (notice of deficiency) が発せられた。CUT 法の使用料率 (29%、15%) によると原告の所得は 2005 年\$ 478,880,173、2006 年\$ 712,761,701 であった。notice of deficiency では CPM (comparable profits method) を使用し、増差所得額は 2005 年\$ 548,180,115、2006 年\$ 810,301,695 であった。(70 頁)

IRS は Heimert's Economic Analysis に依拠していた。

Heimert は、MPROC、Medtronic US、そして Med USA の機能、資産、リスクの経済

122 信号を運ぶ導線。

123 Medtronic USA, Inc. : アメリカ (Minnesota 州) 法人

124 APA (advance pricing agreement) は事前的なものであるが、取引継続中に APA に類する合意を、IRS と納税者間との間で結ぶもの。事後的 APA (語義矛盾だが) と思えばよからう。

分析をし、MPROC の機能は最終製品製造 (finished product manufacturing) だけであるとする。MPROC はルーティンしかせずリスクも負担しない製造業者に準えられる。MPROC の現実的選択肢は他の製品を製造する能力を利用することである。もし MPROC が会社間ライセンスを受けなければ、第三者と契約して似た無形資産に近付かねばならない。

Heimert は、次の第 1～第 4 ステップで royalty rates を算定する。すなわち、第 1 ステップ：value chain 営業利益を計算する。第 2 ステップ：Medtronic US の MPROC への部品販売に CPM を適用する。14 比準企業を選び出す。第 3 ステップ：最終製品の MPROC から Med USA への販売に CPM を適用する。第 4 (最終) ステップ：医療機器ライセンス及び商標ライセンスに CPM を適用する。Heimert は MPROC が最も複雑でない機能を遂行しているので MPROC をテスト対象当事者として扱う。

MPROC は CRDM・Neuro それぞれについて 8.7%・11.7%の value-added costs しか負担してないのに、2005 年・2006 年それぞれで営業利益の 60.7%・64.7%を稼いでいるとする。MPROC の収益は Medtronic US や競業企業の 4～5 倍である。

Medtronic US の使用料は 49.4%・58.9% (2005 年・2006 年) であり、MPROC は営業利益の 8.1%・5.6% (2005 年・2006 年) である。営業利益の 91.9%・94.4% (2005 年・2006 年) が Medtronic US と Med USA に帰属する。

裁判で、IRS は、個々の取引の価格を個別にみてはだめであり、overall U.S. value chain の文脈で見なければならない、と主張する。(88-97 頁)

(3) 判決

裁判では、Heimert 報告書に関し、原告側証人の Robert S. Pindyck が批判した。Heimert の 14 比準企業は部品組立であるにすぎないところ、MPROC は FDA (Food and Drug Administration) の class III として高品質が求められる製品を製造する FDA の登録を受けた製造現場であって、比準対象として相応しくないという。(109-112 頁)

裁判所も、MPROC の機能は部品組立に尽きるものではなく、class III の高品質に仕上げるための責任を負っていると評価する。原告は被告の所得配分の恣意性 (arbitrary, capricious, or unreasonable) の立証責任を果たした、と裁判所は結論付ける。(116-118 頁)

原告側証人 Berneman は、Pacesetter agreement (56-59 頁) を出発点とした。Siemens の子会社である Pacesetter が Medtronic US との特許紛争に敗れ、和解条件として、1992 年から 10 年間 (途中事情変更があり 12 年間)、アメリカ国内売上の 7% (アメリカ国外売上の 3.5%) の royalty rate で Pacesetter が Medtronic に払わなければならないというものであった (pulse generator についてだけであって leads は対象ではない)。1992 年当初の将来 royalty 額見込みは \$ 200～300 million であったが、結果としては \$ 506 million となった。これは Medtronic US が経験した中で「最もおいしい most lucrative」ものであり、ペースメーカー産業界の歴史の中でも今日に至るまで高使用料率の一つである。(56-59

頁)

Berneman は、この 7%を出発点とし、本件が排他的ライセンスであることに鑑みて倍の 14%への修正をし、更に、Pacesetter agreement が過去の侵害の和解であるのに対し、本件の Medtronic US と MPROC との間の①のライセンスは将来についてのものであってノウハウ提供を含むので 3%上乗せして、17%を示した。①の 29%、15%の royalty rate は wholesale にかかるものであるところ、Pacesetter agreement の率は retail に関するものであり、29%、15%を retail base で換算すると、19.7%、10.2%であるから、①の 29%、15%は arm's length に適っていると述べていた。(120 頁)

しかし、裁判所は原告の主張にも説得されず、裁判所自身で royalty rate を算定し、30% (retail base) と結論付けた。①は wholesale base なので、①の 29%は 44%であるべきであるとした。また leads に関してはその半分の 22%であるべきであるとした。(136-138 頁)

(4) 考察

IRS が、MPROC はただの部品組立請負にすぎず、MPROC に利益が移転しすぎていると懸念して、最初に利益分割法を、次に CPM を使おうとした動機は理解できなくもない。特に、原告主張の royalty rate による場合の MPROC への利益配分が 60.7%・64.7%であると Heimert 報告書が指摘している点は、私には驚きである。しかし、こうした場合でも aggregation が認められなかったという点で、アメリカの (少なくとも Tax Court) の aggregation への消極的な姿勢が窺える¹²⁵。IRS 側主張で裁判所が疑いを持った最重要ポイントは 14 比準企業選定の説得力の乏しさ (MPROC が class III の FDA 登録を受けたものであることの重視) であろう。

他方で、裁判所が採用した 44% (retail base で 30%) という royalty rate は、本稿 3.の考察に照らすと、原告にとってかなり酷なものであるとも思われる。本稿 3.では、arm's length の royalty rate が特許権侵害損害賠償に関する市場機会保護説に引っ張られて上振れするかもしれないと述べた。Pacesetter agreement は更に二つの点で上振れした結果の数値であった可能性がある。第一に、判決文中で述べられている通り、7%は「most lucrative」なものであった。第二に、Pacesetter としては既にペースメーカー製造について投資を済ませている (サンクコストとなっている) であろうから、本稿 3.の例 1 の Y が X に仮に適法に許諾を求めたならばどうなるかという仮想例が、サンクコストがない状況を想定していることと比べて、Pacesetter agreement の 7%という数字は上振れした結果の数字である可能性がある。ライセンスの排他性とか将来のノウハウを考慮して修正することは是認しうらと思われるが、出発点の 7%自体が、移転価格の参照材料として高すぎるのではないかと私には思われるのである。

しかし、前段落の考察を受けて MPROC が Medtronic US に支払うべき royalty rate は

¹²⁵ もっとも、Tax Court が aggregation を認めた近年の事例として *Guidant v. Commissioner*, 146 T.C. No. 5 がある。

もっと低くてもよいとすると、MPROC への利益配分が 60.7%・64.7%であるということが正当化される、或いはもっと多くの割合であっても正当化される、ということになりかねない。部品組立にすぎない（部品組立に尽きるものではないと裁判では認定されているもの）MPROC の高利益はプエルトリコの賃金の低さに由来するものと推測されるが、それでも 6 割あるいはそれ以上の利益配分が正当化されるのかという疑問はぬぐえない。

第6章 米国税制改正における国際課税の主要な変更点について

早稲田大学大学院 会計研究科教授
青山 慶二

1. はじめに

2017年12月22日、議会を通過していた米国の税制改正法（通称、“Tax Cuts and Jobs Act”）にトランプ大統領が署名し、国際課税ルールについて、1957年のケネディ政権による税制改革（CFC税制の導入）及び1986年のレーガン税制改革（法人税率の引下げと移転価格についての所得相応性基準の導入）以来といわれる抜本的改革が実現した。すなわち、これまでの高税率で全世界所得課税方式をとる法人税制を見直して、大幅な税率引下げを行うとともに、外国子会社からの配当受取を非課税とするいわゆる参加免税制度を追加したテリトリアル方式を加味した法人税制に衣替えしたのである。また、この機会に、OECDの下で国際協調が進展してきた税源浸食・所得移転（BEPS）プロジェクトの勧告に呼応して、米国としての租税回避防止の国内法対策が組み込まれた点も注目されている。

今回の税制改正は、とかくトランプ政権の「アメリカ第1主義」のレッテルの下で評価されることが多いと思われるが、国際課税改革の主要部分は、共和・民主を問わず歴代政権下で議論されてきた「多国籍企業にとって競争力のある環境を提供する米国法人税制の実現」に向けた改革¹²⁶であり、我が国を含めた主要国の法人税制改革に及ぼす影響も大きいものと予測される。

当研究会は、2017年のトランプ政権発足の前後から、米国の競争力を高めるために議会の多数派を占める共和党で企画されてきた国際課税の改革案を、我が国企業への影響を懸念しつつ注視してきた。米国で事業活動を展開する我が国多国籍企業にとって、それら改革案の中には、国境税調整や利子控除制限等、グループ全体としての税負担を大幅に増加させると予測されるものが含まれていたことも、関心と呼んだ原因である。21世紀政策研究所は、当研究会に対し経団連と合同で同年6月、現地への税制調査を行うよう企画し、関係者へのヒアリングを行うとともに、議会関係者及び財務省に対しては我が国ビジネスの立場からの懸念事項を伝えるなど立法化に向けての一定の働きかけも行った¹²⁷。

本稿は、まずトランプ税制改正に至る経緯を振り返り、その後、改正法により新規施策として導入された国際課税の構造改革（テリトリアル方式への移行）及びBEPS対応面での個別措置（純支払利子控除の制限、GILTI（+FDII）、BEATの3つの施策）の概要とその

¹²⁶ 税制改正に関して富裕層への課税ポリシー等で対立することの多い共和・民主両党間においても、国際課税の改革の方向性については、企業活動の競争力維持や海外留保所得の国内還流促進で一致していた。ただし、テリトリアル税制への移管案はオバマ政権では主張されていない（もっとも、全世界所得方式にこだわるオバマ政権案でも、子会社利得に対するキャップ付きの適用税率は法人税率を下回る水準とされていたので、共和党案との差は大きくないとみられていた）。

¹²⁷ その内容等については、青山「トランプ税制改正の動向」（上・下）『経団連タイムズ』3325-3326号）

課題を検討するものである。

2. 税制改正に至る経緯

抜本改革を目指した 2016 年 6 月公表の下院共和党案 (“Better Way”のタイトルが付された Blueprint)¹²⁸が、今回のトランプ税制改革構想の下地とされていたが、当該 Blueprint の 3 大改革要素のうち、法人税率の大幅引き下げとテリトリアル課税への移行は維持されたものの、国内・海外から批判の多い国境税調整措置については除外された形で税制改革パッケージリストが、2017 年 4 月に大統領府から公表された。不人気の国境税調整については議会での調整に委ねたわけであるが、その後、議会でのヒアリングをはさみ夏季の長期にわたる折衝を経て国境税調整は結局見送られることとなり、同年 11 月に至り下院歳入法案がまとめられて、上院での一部修正を経て同年末に改正法が成立し大統領の署名を経て発効することとなった。今回の国際課税ルールの改正の内容は、議会における近年の改革議論の集大成という側面も有しているので、まず、今回の改正に大きな影響を与えた過去の議会共和党の税制改正案等について概観する。

(1) 2014 年 Camp 税制改正提案

今回の構造的な改正の中心をなすテリトリアル課税への移行は、2014 年に下院歳入委員長であった共和党 Dave Camp 議員により提案された税制改正案をベースとするものである。従来、米国が採用してきた全世界所得課税方式は、子会社利得について本国送還までの間の課税繰延べを基本的には認めていることから、実質的にはテリトリアル方式と大きく異なることはなく、米国籍の企業とテリトリアル方式を採用する国を母国とする多国籍企業とを比較して、さほどのハンディキャップを与えるものではないとの基本的理解があった。しかし 2009 年の日・英両国での資本参加免税制度の導入、法人税率を巡る租税競争の本格化、更には、多国籍企業の二重非課税をもたらす租税計画に対処する 2012 年からの BEPS プロジェクトにおける国際協調の進展を背景として、米国法人税制の国際的競争力を高めることが不可欠と考えられるようになった。すなわち、共和党がこれまで模索してきた、法人税の実効税率引下げに合わせて全世界所得課税主義を中心としてきた国際課税制度を領域主義に変更する税制改正である。

キャンプ提案は、2005 年のブッシュ政権時の大統領諮問委員会報告で二つのオプションのうちの一つ「成長投資促進税制案」のアイデア¹²⁹をベースにしている。すなわち、その骨子は、法人税率の引下げ（35%から 25%へ）に加えて、①資本参加免税制度（海外子会社からの配当の 95%非課税）の導入と、②当該改正の実施時にそれまで累積した海外子会社

128 2014 年の中間選挙で共和党が上下両院の多数を占めたため、ねじれ現象後の国際課税の改革構想は、税制改正法の立案権を有する下院歳入委員会議長のもとで議論されている。

129 2005.11、“Simple, Fair, and Pro-growth: Proposals to Fix America’s Tax System” なお、同報告書では国境税調整付きの仕向地主義課税を提案していたが、Camp 提案は国境税調整付きの仕向地主義課税には言及せず、資本参加免税方式のテリトリアル課税方式への移行を提案している。

の留保利益に1回限りのみなし配当課税を行うというものであった。

(2) 2016年下院共和党 Blueprint

Blueprint では、2005年の大統領諮問委員会報告が言及した国境税調整のアイデアを再登場させた。提案の趣旨は、米国法人税制の国際競争力を欧州並みにすると観点から提案された仕向地主義のキャッシュフロー法人課税への移行である。法人税率引下げ(35%から25%へ)に合わせて導入が見込まれた仕向地主義キャッシュフロー法人税の構想は以下のとおりである。

- ① 輸出取引の売上を益金算入せず輸入取引に係る仕入を損金算入しない国境税調整を行って、仕向地主義課税を法人課税に持ち込む。
- ② 海外子会社の利得については、テリトリアル原則に変更し、資本参加免税と同様、配当を益金不算入とする。ただし、テリトリアルに改正する時点で子会社に留保されていた所得については1回限りのみなし配当課税を行う。
- ③ 資本財への投資についてはキャッシュフローベースで即時償却を認める一方、純支払利子の控除は否認する。

(3) 2015年 BEPS 最終報告書への対応

BEPS 最終報告書では、条約濫用防止、紛争解決等の4つのミニマムスタンダードに関する合意を実現する多国間協定(MLI)が合意されたほか、CFC 税制や無形資産に係る移転価格税制の枠組みの議論などで国際協調が進んだ。米国においても、条約については二国間主義の原則から MLI への不参加はあったが、BEPS の処方箋については、二国間ベースでの条約対応に加えて BEPS 防止に向けた国内法対応の検討は着実に行われてきた。例えば、オバマ民主党政権下での諸提案は、議会のねじれ現象により実現しなかったものの、子会社の無形資産関連所得について課税する CFC 税制の強化など、共和党による提案と軌を一にするものが含まれていた。

今回の BEAT 課税などの3施策も、これらの構想の延長線でもとえられる立法といえる。

3. 国際課税に関する税制改正の内容

(1) 全体構造

4月公表の改革リストは、先行する改革案を踏まえつつ、政権の国内雇用確保の公約実現を意識した企業競争力強化に向けたメリットのみを先取りしたメニューとなっていた。すなわち、Blueprint からいわば「いいとこ取り」した政治的反発の少ないパッケージ(15%への税率引下げ、テリトリアル課税への移行、1回のみなし配当課税の実施)であった。立案審議過程で、当該改革リストはヒアリングも参照して取捨選択され、その中身についても多くの政治的調整が図られたようである。

まず、選挙公約である15%までの大幅税率引下げを宣言していたため、その財源が確保

可能かどうかに関して議会との調整に手間取った（下院は将来の経済成長 3%を前提とした増収シナリオを背景に実現可能性を検討しているが、調査団のヒアリングでは、大勢は 20～25%までの税率引下げが現実的ではないかとしていた。）。すなわち、手続面で、選挙により上下院とも多数を占めていた共和党ではあったが、上院の議席数は、恒久的な税制改正案を議決できる 60%を大きく下回っていたため、過半数で議決可能な「財政調整措置」と呼ばれる手法によらざるを得なかった。10 年間の予算期間経過後に財政赤字の増加が見込まれる場合には 10 年間の時限立法で終わるという制約である。この制約が、個人課税制度を中心に多くの改正項目について 10 年間の時限措置とされた所以である。幸い、法人減税に関するものは、税率引き下げや代替ミニマム税の廃止を含めて、ほとんど恒久法とされているが、その背景には、みなし配当課税等による国際課税改革による増収効果（10 年間で 3,000 億ドルと試算）が大きな役割を果たしている。

なお、国際課税に関する改正内容に関しては、税率引下げを 21%に抑えることを背景に、子会社配当についてのテリトリアル課税の実現（改正前留保利益に対するみなし配当課税付き）や BEPS 勧告に即した利子控除の制限、更には、税源浸食ミニマムタックス（BEAT）の導入などの大規模改革を決定するとともに、他方で、各国の多国籍企業が最大の関心を抱いていた「国境税調整」については、下記ボックスで紹介する経緯を経て、導入が見送られることとされた。

（参考）Blueprint が提起した仕向地主義法人課税（国境税調整）の概要とその検討

① 構造

国境税調整は、仕向地主義の下で財貨・サービスの消費地に課税権を集約することによって国際競争中立性を保障する考え方である。Blueprint で提示された国境税調整は、法人所得の算定に際して、輸出売上を益金から除外し、輸入仕入を損金から除外する仕組みとされていた。この結果、米国内で製造して国外消費地に販売する事業については、付加価値税の輸出還付と同様の税負担軽減の効果が見込まれ、トランプ政権の公約である米国製造業の競争力改善と雇用回復への貢献が期待されるものであった。

ただし、消費税では、財貨・サービスのあらゆる付加価値について国境税調整を行うのに対し、Blueprint 案では、支払国内賃金は損金算入されたままであるため、「人件費免除付きの控除方式付加価値税」とも性格づけられる。

② 税制としてのメリット・デメリット

付加価値税を主たる財源とする EU 諸国等との競争条件均衡化という効果が第 1 に挙げられる。これに加えて、米国のように国内に大消費マーケットを持ち、生産拠点の海外依存度の高い国（輸入超過の国）が国境税調整を伴う仕向地ベース法人課税を導入すれば、当面の増収効果は大きく、法人税率引下の有力な財源となりうる。併せて、タックスヘイブンや移転価格

の利用によるアグレッシブな租税計画が無意味になるという意味で、究極的な税源浸食・利益移転（BEPS）対応策との積極的評価も見出される。

一方、輸入に依存する業界等がコスト上昇に直面する（敗者）という意味で、勝者（輸出業界）との間に不公平が生じ、税制の中立性が損なわれるとの懸念が指摘されている。本税制を支持する経済学者は、20%の法人税率の下での国境税調整を実施すれば、直ちに25%のドル高の為替調整が働き、国内の物価水準に影響はないと指摘しているが、相手国の対応もありうる為替調整は、信頼性や実現のタイムラグの点で不確実との声も根強い。また、為替調整がもたらす資産価値へのインパクト（米国人が保有する外国資産、外国人が保有する米国資産等）も税制上看過できないとされている。

③ 国際ルールとの抵触

WTOの下でGATT3条は、輸入品の課税は国産品の課税より重くしてはならないと規定している。国境税調整は、輸入品についてはその人件費部分を含めて課税対象とするのに対し、国産品は人件費控除が認められており、差別取扱いであるとの指摘を受ける可能性があるとの指摘されている。ただし、これに対しては、国境税調整は「VAT導入+給与税の減税」と経済的には同一と理解でき、その各構成部分はWTOルールの違反ではないとの反論も紹介されているが、法的評価としては少し強引にみえる。

また、租税条約違反とされないかどうかについては、仕向地主義キャッシュフロー税の制度設計如何にかかってくるが、もし付加価値税ではなく所得課税として立法化されると、国境税調整には、PE課税の原則や無差別原則の違反の恐れがあり、国際的な紛争解決手続に持ち込まれれば、米国が敗訴するリスクが高いとの指摘もみられた。

(2) テリトリアル税制の採用

改正法14101条は、アウトバウンド取引に対する課税制度の1番目として、テリトリアル税制への移行を「国外所得の課税にあたっての資本参加免税制度（Participation Exemption System）の導入」の表題の下で規定している。テリトリアル原則の適用対象が、欧州や我が国が採用する子会社配当の免税方式をとっていることが明らかにされた。その内容は以下のとおりである。

ア 資本参加免税の仕組み

2018年1月1日以降、保有割合が10%以上の海外子会社から米国法人である株主に対して支払われる配当の国外源泉部分については、100%免税とする。ただし、支払者において現地の税務上損金算入可能とされる配当（ハイブリッド配当）は、適用除外である。また、IRC1297条で規定する一定の受動的な外国投資会社は除かれる。

10%の支配については過去2年間（761日）において1年間（365日）の保有が条件とされている。

また、本制度の対象となる配当については、我が国の外国子会社配当益金不算入制度と同様に、IRC901 条による外国税額控除（直接税額控除）は認められていない。

なお、この結果、従来 CFC 税制の適用除外対象とされてきた「能動的事業による除外」規定は廃止されることとなった。

以上の仕組みでは、日本や独仏など主要国が採用している 95% の非課税所得の制限（配当の 5% 分は居住地国での費用控除相当として課税）がなく相対的に有利となっており、かつ保有割合も 10% と我が国（25%）に比べ使い勝手がよくなっている。また、米国法人が CFC の株式を譲渡した時には、譲渡益のうち CFC の留保利益の当該米国人株主の持分相当額までは、配当所得とみなすこととされるほか（IRC1248 条）、CFC が他の CFC 株式を譲渡した場合も、譲渡益のうち被譲渡 CFC の留保利益に対する持分相当額までは配当とみなすこととされた（IRC964 条）。これらの適用条件の優越性は、税率引下げと相まって、米国子会社を地域持株会社とした子会社の再編に有利に働く要素といえよう。また、そのような組織再編が行われることも念頭に置くと、今後は米国子会社について我が国の外国子会社合算税制の適用対象となるかどうかに関し、納税者の実効税率の算定や経済活動基準の充足の検証を注意深く調査する能力が税務当局には求められることとなる。

イ みなし配当課税の仕組み

改正法 14103 条は、米国が資本参加免税制度に移行するに際しての経過措置として、施行時点で残存している 1986 年以降に発生した税務上の留保利益である E&P 累積額に対して、資本参加免税制度の適用前に 1 回限りの強制的なみなし配当課税を行うこととされた（通称「Toll Charge」と呼ばれている。）。適用税率は、累積額のうち金銭同等物については 15.5%、それ以外の資産については 8% の軽減された税率である。

なお、この種の改正法の適用にあたっては、対象となる E&P を削減すべくいわゆる駆け込み処理が行われる可能性が想定されることから、課税標準となる海外子会社の E&P については、2017 年 11 月 2 日（下院へ税制改正法案が提出された日）と、施行日前日である同年 12 月 31 日（Toll Charge 適用年度最終日）の両時点のどちらか高額なものを対象とするとされている。また最終年度の配当支払いも E&P 計算上控除されないものとされている。

一方で、海外子会社が当該みなし配当課税に際しては、海外で納付した法人税については、一定のプロラタ計算に基づく間接外国税額控除が認められた。すなわち、軽減税率適用の便益を受ける以上、対応する海外での支払法人税額も軽減割合（仮に E&P 累積額が現金同等物である場合は Toll Charge は 15.5% の税率であるので、本来の税率である 35% で割った 15.5/35）で割り引くという仕組みである。

このみなし配当課税による税収は、米国企業が 2 兆ドルを超える所得を海外に留保しているといわれる状況下では、相当の規模となることが見込まれ、法人税率の引下げによる減収額や従来の全世界課税方式から資本参加免税制度への移行に伴う税収減効果を回復する効果は大きいと見込まれている。ただし一時的に発生する負担を軽減するため、納税者に

は、今後 8 年間にわたる分割納付が認められている¹³⁰。

ところで、米国では共和党政権下の 2005 年に、「米国雇用創出法」による税制改正で海外子会社からの 1 年間の配当受取に限って大きく軽減された実効税率（仕組みは受取配当額の 85%を所得控除する方式であり実効税率は $15\% \times 35\% = 5.25\%$ ）で課税する国内還流促進税制を導入した経験がある。この時には、還流利得の用途について新規投資等の制限を付したが、認定はさほど厳格ではなく相当の還流成果を上げていた。したがって、対象留保金額が 1986 年 12 月 31 日以降に開始する事業年度以降のものとされているものの、米国企業は、古くからの累積額に関してはすでに過去の還流促進特別税制を活用して還流済みの部分が大きいと思われる。一方で、日系の米国子会社については、早期に進出して米大陸でのサプライチェーンの多様化を図り、米国子会社に統括持株会社機能を拡充させてきたグループにとっては、対象となる留保 E&P の規模が大きいものも想定され、追加負担が問題となるケースも懸念される。

（注）みなし配当課税における現金同等物の定義

現金、純受取勘定、その他法人が保有する以下の資産の公正市場価格（公開市場で能動的に取引される動産、コマーシャルペーパー、預金証書、連邦・州・外国政府の債券、外国通貨、1 年以内に期限到来する債務、その他財務長官の指定するもの）

（3）利子控除制限

下院共和党案では、資本投資コストの即時控除を認めることはいわば代償として、純支払利子の損金算入を全面的に否認するとしていた。その後の国内外の批判等を斟酌し原案通り税制改正案に含められる可能性は低いとヒアリングの動向等からは予測されていたが、改正法 13301 条では、現行法より厳しい一般的な控除制限の一定率のキャップ（EBITDA の 30%）が課されることとなった。

純支払利子控除の 100%否認を撤回した背景には、金融業界のみならず借入れに多く依存する不動産業界等や中小法人からの申入れに加え、海外からは、BEPS の下での国際協調と乖離することへの懸念が表明されていたことが認められる。なお、米国では一定の負債を資本とみなす内国歳入法 385 条（過小資本税制）¹³¹に基づく規則案の新設が最近行われ、利子控除制限強化に対する批判が高まっていたという事情も認められる。

ア 制度の概要

これまでの米国での税源浸食に対応する純利子控除制限は、IRC163 条（j）が規定するアーニングストリップリング規則であった。今回の改正では、純利子控除の制限は欧州型の内外無差別でかつ非関連者間貸付も対象とする一般的制度に改正された。それに伴い、旧 163 条（j）で認められていた 1.5 : 1 の負債資本比率のセーフハーバーも廃止された。なお、

¹³⁰ 分割納付方法は、最初の 5 年間は総額の 8%ずつ、最後の 3 年間はそれぞれ 15%、20%、25%と納付額が増える方式である。

¹³¹ アーニングストリップリング条項の前に判断されるものであるが、2016 年以前は関連者間の借入の資本認定は判例による個別認定とされており、認否のガイダンスを公開する規則は公表されていなかった。

学界・実務界からの期待の大きかった多国籍企業グループの純支払い利子を全世界の負債資本比率に基づき制限するとの案¹³²も取り下げられている。この結果、米国国内企業と同条件とはいえ、特にレバレッジ比率の高い米国進出の本邦グループでは、米国での資金調達戦略に影響が及ぶと見込まれる。

イ 控除制限の詳細

一定の経過措置が仕組まれており、純支払利子（支払利子から受取利子を控除したもの）のうち調整所得金額（2018～2021 は EBITDA 相当額、2022 以降は EBIT 相当額）の 30% を超える部分について損金不算入とするとしている。

この点は、本件措置が、税制改正パッケージの中の固定資産の即時償却の取扱いと連動するものとして提案された趣旨¹³³であることを反映して、即時償却率の経過措置（2022 年までに取得した固定資産については 100% 償却可能、その後は 2027 年までは償却率を逡減することとしている）と平行に設定されているのである。すなわち、即時償却の適用除外の場合は、利子控除制限も適用除外となる仕組みである。

ところで、従来のアーニングストリップング条項では、我が国の過大支払利子税制と同様、EBITDA の 50% を超える部分を損金不算入とする仕組みであったが、改正法では、BEPS 勧告に従った 30% を閾値としたものの、セーフハーバーとしてはグループ比率ルールを採用せず、別途、①小規模事業者（過去 3 年間の平均総収入金額が 2,500 万ドル以下）及び②一定の役務提供事業、不動産事業、農業及び電気・水道・ガス等の公益供給事業を対象とする適用除外基準を設けている。なお、不動産事業及び農業の適用除外は納税者の選択に委ねられている。

いずれにしても本改正内容は、米国と類似した過大支払利子税制を有する我が国にとって、BEPS 対応の来年度国内法改正を検討する際の重要な先例となると思われる。

なお、否認された利子については、以後の年度の控除枠を用いて無制限に繰越控除が可能とされている。

(4) グローバル低課税無形資産所得（GILTI）及び国外源泉無形資産所得（FDII）に対する課税制度の導入

改正法 14201 条は CFC の米国株主に対し、GILTI をグロス所得に含めて申告するよう求めているほか、続く同 14202 条では、米国人法人に対し、その FDII と GILTI の特定部分

132 BEPS 最終報告書行動 4 では、本則である 10～30% の固定比率ルールのほか、グループ比率ルールをオプションとして認めている。なお、グループ比率ルールに関する米国学界の意見については、青山「所得課税における利子費用の取扱いの多国間解決方法」（租税研究 Vol62, No.11）172 頁

133 当初の提案はキャッシュフロー法人税化に向けた改革の一環として、利子控除否認+即時償却が提案されていた。すなわち、ファイナンスの仕方の違いにより可能となっていた即時償却と利子控除の二重の税メリット享受を拒否して税制の中立性を高めるという方向性である。なお、現行法では、固定資産の即時償却制度については 2020 年までに段階的に償却率を逡減させ最終的にゼロとするプランであった。

を、同条が定める特別のフォーミュラと定義に従って控除することを許容している。すなわち、従来のサブパート F に規定する CFC 所得の合算税制に、合算対象の新類型として GILTI を追加するとともに、米国法人の稼得する一定の FDII については 37.5% の特別控除を認めて、その実効税率を 13.125% まで引き下げるというもので、後者についてはパテントボックス制度と類似した機能を果たす優遇策の新設である。

但し、ムチとアメの関係にある両制度に共通して適用される「有形資産の 10% のリターン率」の閾値については矛盾を指摘する声¹³⁴もある。すなわち、課税強化対象となる GILTI に関しては、CFC の有形資産が大きいほどその 10% を超えて合算の対象となる国外所得が小さくなる（節税効果がプラス）のに対し、FDII に関しては、国内の有形資産が小さいほど 10% を超えて税務メリットとなる部分が大きくなる（これも節税効果がプラス）となる点である。CFC について有形資産投資を増加させ、内国法人について有形資産投資を減少させる方向にプランニングを誘導する上記の有形資産リターン率を使用したテストは、そもそも立法趣旨に反するのではとの疑問であり、傾聴に値する指摘といえよう。もっとも、米国税制の目的は投資資産のグローバルな有効活用であり、かかる観点にたてば、節税を狙う実態を伴う有形資産投資が海外に向かうバイアスを持ったとしても、米国企業の活動を支える（他国籍企業との競争条件を改善する）点で肯定的にとらえる余地は、アメリカズファーストを標榜するトランプ政権にもあるかもしれない。

以下においては、GILTI と FDII の各適用要件を個別に検証する。

ア GILTI の合算

GILTI の合算の背景には、テリトリアル方式への変更に伴い国内企業の海外進出の誘因が増加してそれに伴う高まる BEPS リスクに対応するためには、CFC 税制の強化・精緻化が必要との認識が伺える。この点は、無形資産の海外移転等を契機としてオバマ政権当時から検討されてきたものであり、その集大成を BEPS 勧告も背景として CFC 税制改革の一環として行った主要部分が GILTI の合算と位置付けられると思われる。そこでまず、従来の CFC 税制の全体の枠組に対する修正点を概説し、次いで GILTI の定義及びそれへの対応を検証する。

（ア）CFC 税制の枠組みの修正

まず、CFC の判定基準として、米国法人・居住者が全体の 50% 以上保有し個別の株主が 10% 以上を保有するという従来の基本要件に加えて、改正法 14213 条は、米国子会社の海外兄弟会社についても CFC とみなすための米国法人への株式帰属ルールを導入した。例えば、日本の親会社が米国子会社とケイマン子会社を保有している場合、資本の保有関係が両子会社間になくても、米国子会社が日本親会社を通じてケイマン子会社を保有しているとみなして CFC 税制の適用対象に加えるという、改正である。なお、これは CFC としての

134 Elizabeth Stevens and David Rosenbloom, “GILTI Pleasure” (Tax Note International, Feb. 12 2018)

認定基準であり、米国子会社が当該 CFC に対して直接持分を有しない限りは合算課税は適用されない。

従って、合算課税が行われるのは、以下のような状況下においてということになる。米国企業を日本法人が M&A で取得し、その後、米国における CFC 税制の適用を免れるため、被買収会社の傘下にあった第三国子会社の直接持分を日本法人が 51%以上獲得するリストラクチャリングを行った場合である。

なお、仮に課税が発生しない場合であっても、CFC 該当とされると、CFC 税制に係る詳細な情報開示義務に服することになり、米国法人を対象に M&A を行う外国勢にとって、コンプライアンスコストは増加することになる。

(イ) GILTI に対する課税方式

GILTI は Global Intangible Low-Taxed Income の略称であり、改正法では、アウトバウンド取引のうち「受動的かつ可動的な所得に関するルール」の表題の下で整理されており、米国企業が無形資産を低税率国の CFC に保有させ多額の収益をため込む BEPS 行動を規制する趣旨の規定とされている。ただし、GILTI の合算に際しては、対象となる無形資産の認定及びそれに帰属する所得の算定というように個別確定を行うのではなく、減価償却資産に対する一定以上の ROA を超える利得を算出する方式によって GILTI とみなされるものを特定するという方式がとられた。

(ウ) GILTI の具体的算定と外税控除の適用

改正法 14201 条は、CFC の収益の額が、当該 CFC の減価償却資産（適格事業資産：QBAI と呼ぶ）の米国税務上の簿価の 10%相当額を超える場合に、超過額の 50%を控除した残額を、新たな CFC 所得として合算するとしている（IRC に 951A 条を追加する改正）。なお、超過額からの控除率は、2025 年以降は 37.5%に削減される予定である。

すなわち GILTI は、CFC の米国株主のネット CFC 検証対象所得が、同事業年度の当該株主の純みなし有形資産リターンを超える一定の部分と定義されており、積極的な定義ではなく、収益から当該 CFC の減価償却資産に帰属する通常の所得（10%）を差し引いた残余概念で定義されているのである。新しい法人税率は 21%なので、GILTI として現年度での合算対象となる収益への実効税率は当面 10.5%（2015 年以降は 13.125%）となる。

この考え方は、「価値の創造された管轄で納税を確保する」との理念に基づく BEPS 行動 3 の勧告の理念を体現するための技術的な立法の一つ¹³⁵と位置付けられると思われるが、GILTI の算定方法についてのフォーミュラ性は、見方によっては独立企業原則からの乖離とも指摘でき、ルールの正統性について条約締結相手国等から議論を呼ぶ可能性があるだろう。すなわち、減価償却資産の所在に焦点を当てた合算所得の算出は、直接無形資産に焦点を当てた機能・リスク分析による所得配分（これが BEPS 報告書行動 8-10 の勧告で苦勞している点である。）と常に一致する保証はないからである。

¹³⁵ GILTI の下では、キャッシュボックス法人へ無形資産が移転された場合については、該当する減価償却資産の不在により合算課税が漏れる心配がなくなるなど、BEPS 対処効果が明確である。

ただし、かつてマーリーズレビューで提案された正常所得を免除し超過収益のみを課税対象とする源泉地ベースの法人課税構想¹³⁶との間には、居住地における合算課税という違いがあり、かつ、有形資産投資に帰属する所得を控除して無形資産に係る超過収益を算出するという違いはあるものの、超過収益の帰属に着目して法人課税の間隙を埋めようとする発想との間には、親和性がみいだせる。

また、GILTIに係る外国税額はグロスアップされて当該外国税額の80%を限度として間接控除の対象とされるが、二重課税排除の不完全さ等の課題については、米国でも問題指摘が多い¹³⁷。例を挙げると、次の4点が指摘されている。①CFCについてC法人以外の事業体及び個人である株主は、C法人株主よりも厳しく扱われていること、すなわち彼らにはGILTIの50%控除が認められず、その結果GILTIに対する外国税額控除ができない可能性があること、②間接税額控除については、GILTIのみを対象として限度額を計算することが求められており、かつ限度超過額は繰延も繰戻も認められていない。その結果、GILTIに配分される外国税額が10.5%を超える場合には、それらの外国税額は米国税額から通常控除できないこと、③当面の50%のGILTI控除の適用には制限があること、すなわち、GILTI控除にFDIIの新しい控除（後述）をプラスしたものが株主の通常の納税義務をゼロ以下に引き下げる限りにおいてという制限である。④仮に控除可能な外国税額が検証対象欠損金額を抱えたCFCによって負担される場合には、黒字の検証対象所得を有するCFCからの所得のみを意味する「検証対象外国所得」に対してのみ税額控除が認められるという制約があること、等である。

我が国でも、GILTI課税に関し、支払外国税額の80%までについて間接税額控除が認められるので、外税控除後米国での納税額が残る分岐点となるCFCの実効税率は13.125%と計算される（ $10.5\% \div 80\%$ ）が、仮に、共通費用が外国源泉所得に追加配賦されると控除限度額がさらに圧縮されてしまい、上記の13.125%の分岐点がより高いところにシフトしてしまう恐れがある点が指摘されている¹³⁸。

イ FDIIに対する優遇措置

改正法14202条は、RICs及びREITsを除く米国法人の稼得する海外からの受取使用料など一定の国外源泉の無形資産関連所得（Foreign Derived Intangible Income）について、当面37.5%（2025年以降は21.875%に縮減）の特別控除を認めるとしている。この結果、当該所得に対する実効税率は当面13.125%に抑えられることとなった。

136 青山「マーリーズレビューと源泉地ベースの国際資本課税」（フィナンシャルレビュー102号）52頁。
源泉地ベースの国際資本課税では、正常所得（リスクフリー債券の利子率を想定）の課税は出資者の居住地国に任せ、超過収益のみに対する課税権を事業活動地（源泉地）に付与するというものである。

137 数字を挙げて問題点を指摘するものとして、Martin Sullivan, “More GILTI than you thought” (Tax Note International, Feb. 12, 2018) 等

138 山岸哲也・山口新太郎・小林秀太「米国トランプ・共和党政権による抜本的税制改革」（租税研究2018.4号）257頁

(ア) FDII 控除の仕組み

GILTI の場合と同様、FDII についてもそれを積極的に定義するのではなく、米国人の保有する有形資産 (QBAI) に対する超過収益の額の算定をベースに、FDII を計算する方式を採っている。その結果、国外からの使用料収入のみならず、高付加価値の商品を米国内で製造し輸出する場合の輸出売上も FDII の対象になりえるという仕組みである。

しかし、輸出売上も軽減課税対象となるとすれば、当然ながら、WTO が規制する輸出補助金に当たるのではないかと懸念が提示される。また米国内での R&D 活動に直結しない無形資産から生じる収益も適用対象となりうる点に関しては、BEPS 行動 5 勧告が英国のпатентボックス税制を念頭に主張し合意に至った Nexus アプローチに反するのではないかと指摘もされている。欧米間でアイルランド等を舞台とした国庫補助金認定が未解決の現状にあることを考慮すると、FDII 立法は、更に論争の種を提供する可能性が高いと思われる。

なお、これまで米国の輸出企業の競争力を支援してきた税制である DISC (Domestic International Sales Corporation) 税制については、FDII 導入を契機として廃止されると見込まれていたが、S 法人ロビイストの活躍により維持されることとなったとされている¹³⁹。

(イ) FDII の算定方法

まず、サブパート F 所得と GILTI 所得等を除く控除可能所得 (DEI) を算出し、当該金額が QBAI に 10% を乗じたみなし利益金額を超える超過収益を算出する。当該金額について、DEI に占める外国源泉の控除可能所得 (外国の顧客に販売され外国で使用される資産及び外国の顧客に対して提供される役務から生じる所得) の比率を乗じたものが FDII とされる。

(5) 税源浸食濫用防止税 (BEAT) の導入

改正法 14401 条は、適用対象納税者に対する税源浸食ミニマム税 (通称 BEAT : Base Erosion and Anti-Abuse Tax) の創設を規定した。適用対象納税者は、RICs、REITs 及び S 法人以外の法人であって、過去 3 年間の平均グロス収益が最低でも 5 億ドルであり、かつ、特別のフォーミュラを用いて決定される税源浸食パーセンテージが少なくとも 3% である者 (一定の銀行及び証券ディーラーについては 2%) とされている。

具体的には、課税所得に税源浸食支払いを足し戻して 10% を乗じた税額と各種控除を行った後の通常の税額を比較し、前者がより大きい場合の差額が BEAT 税額とするとのミニマムタックスの仕組みである。但し、AMT とは異なり、翌年以降に通常税額が発生しても税額控除は適用できないとされている。

¹³⁹ Lee Sheppard, "Individuals and the Repatriation Tax" (Tax Note International, March 12, 2018) 新設された参加免税制度の対象とならない個人企業の救済が目的とされている。DISC 所得の場合は、繰延利子支払付ではあるものの、みなしを含む配当額が 1,000 万ドルを超えるまでは S 法人のオーナーは DISC からの配当につき軽減税率の適用を受けられることとされている。

米国での BEPS 対応に特化した代表的立法であり、米国法人が国外関連者に一定の支払いをし、米国課税ベースを圧縮する効果がある場合には広く適用されることから、我が国を含めた多国籍企業から、米国を拠点とする自らのオペレーションにとってもっとも影響があるものとして注目されている制度である¹⁴⁰。

ア BEAT 創設の経緯

BEAT は BEPS 対応を標榜するものの、同時に、トランプ税制改正パッケージの中で最終的に採用に至らなかった国境調整税構想の役割（米国企業の国際競争力強化）という理念を体現するものとみられている。議会の税制改正案では、当初下院歳入委員会が、商品仕入れを含む国外関連者との広範な取引に係る 10%の物品税（Excise Tax）を提案した経緯があったが、その波及効果の大きさについて内外で批判が多くみられたこともあって、上院ではより適用範囲の狭い BEAT 提案が行われ、これが採用された。ただし、この過程で物品税構想では適用対象とされ売上原価（COGS）を対象から外すと同時に、同構想で適用対象としなかった支払利子を対象としたので、支払利子については、上記（3）で紹介した新たな利子控除制限との関係の整理が必要とされる。この点、適用順位につき、163 条 j）が先行適用され、その結果損金算入が制限される利子については、すでに控除可能ではないので税源浸食的支払いから除外するとの整理である¹⁴¹。

イ BEAT 対象の支払いとそれに対するミニмумタックスの賦課

（ア）対象とされる対外支払い

BEPS 効果を持つ損金算入可能な支払いは多様で、マネジメント費用から始まり、仕入原価、使用料、減価償却費、支払利子、保証料等の金融費用まで広く分布する。BEAT では、収益から売上原価（COGS）を差し引いたグロス所得から所定の控除を行う課税所得算定プロセスを前提に「税源浸食的支払い」を定義している。すなわち、まず、売上原価を構成する支払（商品の仕入等にかかるもの）は税源浸食的支払から除外される。一方で、売上原価以外の役務提供や支払利子などの米国税務上の損金算入項目はすべて含まれるのである。具体的には、生産設備や無形資産の国外関連者からの購入といった償却資産の取得費も税源浸食的支払いに含まれるので、当年度に計上した減価償却費が足し戻しの対象とされている。

（イ）ミニмумタックス賦課の税率

本件ミニмумタックスの税率は物品税構想と同様の 10%と定められているが、経過措置があり、2018 暦年に開始する事業年度では 5%、2026 年以降は 12.5%に引き上げられる予

¹⁴⁰ 業種別では、国外関連者に対する再保険プレミアムの支払いが適用対象となる保険業へのインパクトが大きいとみられている。

¹⁴¹ 但し、163 条 j）では米国法人が非関連者と関連者の双方に利払いをしていた場合には、新たな損金算入制限は非関連者への利子支払いから行うとされており、注意が求められている。前掲注 138、263 頁

定である。また、金融機関に対してはこれら税率がいずれも 1% 上乘せされている。

(ウ) 適用除外

米国内の関連者グループ単位で、過去 3 年間の平均年間総収入が 5 億ドル未満であることと、税源浸食割合が 3% 未満であるという 2 つの基本的な適用除外のテスト（適用対象の消極要件）が納税者には求められる。それに加えて、適用除外を享受する上で重要な項目を注記しておきたい。定性的に押さえておかなければならない 1 番目は COGS への該当性である。次には、関連者間の役務提供でマークアップしていない項目が挙げられている。すなわち、関連者間の低マージンの役務提供については、移転価格ガイドラインに沿ってマークアップ不要の制度（Service Cost Method）が公認されているので、ミニマムタックスの適用から外すためのこれら費用の個別管理が重要となる。同様の扱いは一定のデリバティブ取引にも適用される。

これらの環境変化を踏まえると、サプライチェーンを含む事業モデル変更を含めた租税計画に納税者を誘う誘因の一つに、GILI+FDII と並んで BEAT の導入が位置付けられる可能性が高いと思われる。

また、国内法の源泉課税の対象となる国外関連者への支払いも適用除外とされているが、この点につき、条約が減免税率を提供している場合の適用除外の可否については、本来税率（30%）に対する減免税率の割合で適用除外を計算すべきと解される。

(エ) 報告義務

BEAT の新設に伴い、関連者間取引の報告内容も充実されることとなった。すなわち、IRC6038A 条に基づく報告に、国外関連者に支払われた税源浸食支払い額や、BEAT 及び税源浸食支払いの確定のため財務省が必要と判断する情報等が追加されている。ユニラテラルな BEPS 対応が BEAT にもみられるように拡大すると、それに伴い BEPS で合意された文書化義務を超える水準の個別要求が徐々に広がる懸念を禁じ得ない。国別報告書での種類別所得金額の開示は、BEPS 合意により 2020 年まで先送りされてはいるが、外堀が徐々に埋められつつあると感じられる。

ウ BEAT に対する反応

国際課税の観点からの主たる懸念は、BEAT が租税条約の無差別原則に違反するのではないかという点である。すなわち、租税条約 24 条に違反して、米国の納税者の所得計算ルールよりも加重されたルールを外国籍企業に課しているのではないかという点である。

これに対しては、米国政府からは BEAT は米国を本拠とするグループ法人にも適用されるので法的に差別扱いはしていないというラインと英国が迂回利益税に際して行った弁明である BEAT は所得に対する課税ではないというラインの 2 通りの弁明が想定されている¹⁴²。

¹⁴² Lee Sheppard, “International Clawbacks and Minimum Taxes in Tax Reform” (Tax Notes Weekly) Jan.1, 2018)

4. おわりに

1986年改革から約30年ぶりの大改革となった今回のトランプ税制改革について、特にその立案過程に対して、21世紀政策研究所の当研究会は我が国ビジネスの要望を伝えるとともに、今後の各国における国内法改正のテストケースになるとの判断の下、継続してリサーチを行ってきた。本稿はそのような膨大な作業の一面を紹介するとともに、リサーチを行った一員として若干の個人的コメントを含めて紹介した。このため研究会全体の意見やコメントを集大成したものとはなっていない点をお断りする。

なお、現在は立法化後の規則案やIRSからの解釈Noticeが発出されつつあり、その過程で更なるビジネスとの意見交換が行われている¹⁴³。改正法の実施に伴う課題を見定めるには、これらの動向を引き続きモニタリングする必要があるだろう。

(補論) 米国主導のICAPプロジェクトの動向

2018.2.8 OECDは国際コンプライアンス保証プログラム(ICAP)の試験導入の開始を公表した。ICAPは米国内国歳入庁が国内の大企業向けに実施してきたコンプライアンス保証プログラム(CAP)の国際版である。BEPSプロジェクトを通じて、二重課税や二重非課税を生み出さないような税の安定性(Tax Certainty)の必要性が再認識され、特に多国籍企業に関しては、国別報告書などの補強された情報の分析に基づき関係国がその税務リスクの評価を共有する必要性が税務長官会議において合意されたのである。

プレスリリース¹⁴⁴によれば、当該合意に基づく試行は、次の内容で実施されることとされている。

1 制度の概要

多国籍企業グループは、ICAPへの参加を通じて、国別報告書をはじめとした納税者の提供する情報をもとに、自らの税務リスクについて、参加する複数の税務当局との間で協議を行う。税務上のリスクが低いと合意されれば、その合意内容が文書化されて結果が納税者に通知され、検討対象期間及びそれに続く2課税年度に重要な変更がない限りは、当該期間内において、関係する税務当局はこれ以上のコンプライアンスに関する指摘を行わないという保証を納税者に与えるというものである。

なお、ICAPでの合意に至らず未解決のまま残された税務リスクについては、通常のコンプライアンス手続き(APAから各種の税務調査に至る一連のもの)の対象になりうる。

2 試行のやりかた

OECD税務長官会議は、当初の試行への参加当局は、我が国の外、米国、英国、カナダ、

143 US Chamber of Commerce, "Comments on Notice 2018-13" (Feb.20,2018) 等

144 OECD, "Eight FTA members kick off multilateral tax risk assurance programme to provide early certainty for tax administrations and MNEs" OECDウェブサイトより

豪州、イタリア、オランダ、スペインの計 8 カ国と発表している。OECD が発表した ICAP ハンドブック¹⁴⁵によれば、その概要は以下のとおりである。なお、今回の試行に応募した多国籍企業グループ名は明らかにされていないが、性格上低リスクの納税者が応募し選考されたものと考えられる。

(1) 試行過程の概要

テストされる税務リスクは、移転価格と PE 帰属所得に関するものとされている。試行に際してはこの二つのリスクに絞られるが、将来的には ICAP プログラムは、ハイブリッド事業体やハイブリッド金融商品、国際源泉課税、その他租税条約の適用問題も対象とされている。

まず、参加企業グループには、一定の文書パッケージの提出¹⁴⁶が求められる。当該パッケージは関係する参加国間で共有され、関係当局では、既存の国内プロセスを用いてリスク評価を行う。リスク評価の結果については、国内の要件とプロセスに応じて各税務当局が検証対象のグループに結果通知書を発行する。

(2) リスク評価

ICAP では 2 つのフェーズに分けたリスク評価が予定されている。

まずリスク評価レベル 1（通常は約 8 週間を予定だが、試行では 10 週間に延長）では、ICAP モデルアプローチによる税務当局の ICAP リスク評価及び保証が行われる。ここでは税務当局は納税者が提出した ICAP 文書に加えて情報収集を行い、協調的なリスク評価を行う体制がとられるが、それは税務当局間のワークショップとその後に開催される MNE グループを含めたワークショップで進められると解説されている。この段階で MNE による一定の調整でリスクがほぼなくなることが確認される場合には、両者が共同して当該調整の内容の検討に入り、期間内に合意に達した場合には税務上の保証が与えられ、ICAP リスク評価はレベル 1 で終了することになる。

レベル 1 で保証にまで到達しなかった場合の追加レベル（5 カ月程度を予定）がリスク評価レベル 2 である。ここでは、レベル 1 では到達できなかった評価のための追加手続きが行われるが、求める最終成果物はレベル 1 同様の税務上の保証である。なお、レベル 2 の最終段階でも MNE グループと税務当局間の会議が予定されている。

(3) 終了までのスケジュール

レベル 1 で保証までの過程が終了する場合は最短 17 週間、レベル 2 まで必要とする場合は最長 18 カ月で終了予定とされている。

(4) 今後の見通し

事柄の性格上、守秘義務に守られた中での作業であるので ICAP の個別の協議内容など

¹⁴⁵ OECD, “International Compliance Assurance Program Pilot Handbook” OECD ウェブサイトより

¹⁴⁶ パッケージには、すでに提出義務が履行されている国別報告書、マスターファイルの他に、対象期間の監査済み財務諸表、PE に関する文書及びバリューチェーン分析が含まれる。

の開示は期待できない。ただし、成功裏に終了した場合には、守秘義務に反しない範囲での開示は期待できよう。なお、試行レベルの規模如何にもよるが、データにより最終保証に到達するケースが多い場合には、MNE 側からの更なる積極的な応募の拡大が見込めるほか、狭義で醸成された評価のテクニックは、APA 事案の審査や相互協議の場にも生かされるものと期待される。

第7章 国際的組織再編成に関する米国連邦所得税上の取扱い—要点と最近の動向

関西学院大学法学部 教授
一高 龍司

1. はじめに

本稿は、国際的な組織再編成 (reorganization) に関する米国内国歳入法典上の制度の要点を確認することを目的とする¹⁴⁷。2017年12月の税制改正 (Tax Cuts and Jobs Act, TCJA¹⁴⁸) は、このような制度にも重要な影響を及ぼしている。

合併や株式の交換など、所定の要件を満たす「組織再編成」に該当する取引が行われた場合に、①法人間での資産・負債の移転に際して含み損益を認識せず課税を繰り延べ、②株主の手元から離れる株式の含み損益についても同様に認識しない扱いが認められる。そして、このような取扱いを受ける又は避けるために技巧的な取決めが行われた場合に、これに従った課税上の効果をどのような根拠で、いかなる場合に否定するのも問題となる。財産の譲渡、設立、出資、株式取得、交換、清算、現物分配といった取引に対する米国連邦所得税制上の扱いがまずあり、次いで、事業譲渡のための一連の取引にそれがどのように適用されるのか、さらに、このような取引が組織再編成に該当する場合に、どのようにそれが修正されるのかを押さえておくことが基本となる。以下、取引の当事者としては基本的に法人を想定している。なお、以下の2~4の記述は、Robert, J. Peroni and Steven A. Bank, *Taxation of Business Enterprises, cases and materials* (4th ed. 2012) の第2章から第11章までを参考にしているところが多い。

2. 基礎となる制度

(1) 法人の設立・出資

ある者 T が、A 法人の設立に際し、あるいは既存の A 法人に対し、T の財産を移転し、A 株式の交付を受ければ、T の財産に係る含み益が実現することになる。仮に T が法人であれば、現物出資に伴うこのような譲渡益も、本来は所得税率 21% で課税を受けることになる (IRC § 11(b)) が¹⁴⁹、所定の要件を満たせば課税の繰り延べが認められる。すなわち、

147 先行研究として、日本公認会計士協会 (租税調査会研究報告書第 10 号) 「組織再編税制の国際的側面について」(2003 年) 13-19 頁等参照。米国の組織再編成に関する税制の詳細と理論的な検討については、水野忠恒『アメリカ法人税の法的構造』(有斐閣、1985 年)、渡辺徹也『企業組織再編成と課税』(弘文堂、2006 年)、西本靖宏「法人組織変更における投資利益継続性の法理 (上・下) —アメリカ連邦租税法における議論を中心に—」53 卷 1 号 82 頁、同 2 号 86 頁 (2001 年) 等参照。

148 Pub. L. No. 115-97 (Dec. 22, 2017). 当初の法案名 (Tax Cuts and Jobs Act) が通称となっている。国際課税上の改正の要点は、神山弘行「米国税制改正の国際的側面—Tax Cuts and Jobs Act の光と影」ジュリスト 1516 号 (2018 年) 26 頁等を参照。

149 TCJA により、ある法人に対する所得税率が 35% を超える場合に純キャピタルゲイン (net capital gains)

Tの「財産 (property)」が、「[A 法人の]株式のみと交換で (solely in exchange for stock)」移転され、「当該交換の直後に (immediately after)」A 法人を「支配している (are in control)」のであれば、損益は認識されない (IRC § 351(a))。A 法人の側では、資産の受け入れによる損益は認識されず (IRC § 1032)、当該財産に係る T の税務上の取得価額 (basis) を引き継ぐことになる (IRC § 362(a))。但し、含み損の引継ぎには所定の制限がある (IRC § 362(e)(1), (2))。

「財産」には、役務、A 法人の債務 (証券化されていないもの) の引き受け等は含まない (IRC § 351(d))。よって、例えば役務出資は非認識の対象外となるから、T が個人であれば、その通常所得をキャピタルゲインに転換することが阻止される。「株式のみ」という要件にも拘わらず、株式に加えて、株式以外の財産や金銭 (いわゆる boot) を対価として受けた場合は、boot 部分の譲渡益は認識されるが、boot を除く部分につきなお非認識の扱いを受けられる (IRC § 351(b))¹⁵⁰。

「支配」は、80%以上の所有関係を指す。正確に言えば、議決権株式の全種類に係る全議決権の 80%以上で、かつ、他の全種類の株式総数の 80%以上を有していれば、支配があるとされる (IRC § 368(c))。「交換の直後に」支配があるかどうかの解釈を巡る明示的指針は限定的であり、例えば、交換後、受け入れた株式を手放す場合には、いわゆる段階取引法理 (判例法理) の適用により、取引が一体のものと認定されて、交換直後の支配がないと評価される可能性がある。

(2) 財産の分配

法人が株主に対し株式に関して行う財産の分配 (distribution of property) のうち、配当 (dividend) とされる部分は、株主の総所得 (gross income) に算入されるが、他の部分は資本の回収として、株式の帳簿価額 (adjusted basis, IRC § § 1011, 1016) の減額とし、残余は譲渡益扱いとされる (IRC § 301(a), (c))。配当とされる部分は、過年度から留保している利益 (earnings and profits, E&P) と当該年度の E&P からなされる分配である (IRC § 316)。

米国は、伝統的に、配当に関し、法人課税と個人株主側での課税との二重課税の調整をしない。個人株主による法人の利益の実現方法としては、一般に、株式の譲渡による方が有利となる (低税率課税、譲渡損との通算、帳簿価額の控除)。もっとも、2003 年の改正以降、内国法人が行う配当は適格配当所得 (qualified dividend income) とされ、個人株主は譲渡益としての扱いを受けられる。この扱いは、米国との包括的な所得税条約 (情報交換規定を含む。) で特典を受けうる外国法人 (財務長官の決定による。) が行う配当にも拡張されている (IRC § 1(h)(11))。法人株主の場合は、受取配当額の 100% (議決権と価値で 80%以上

に関する限り税率を 35%に抑える定め (改正前 IRC § 1201) は廃止された。

¹⁵⁰ 譲渡損は一切認識されない (IRC § 351(b)(2))。所定の非適格優先株式も boot として扱われる (IRC § 351(g)(1))。

所有関係がある場合)、65% (同様に 20%以上所有関係の場合) 又は 50% (他の場合) の控除 (deduction) が認められる (IRC § 243)¹⁵¹。よって、個人株主の場合とは反対に、例えば子会社株式の売却収入よりも配当を受ける方が有利になることが多い。

法人によるその株式又は財産の分配 (後述の完全な清算に伴うものを除く。) に際し、当該法人側で利得又は損失を認識しない (IRC § 311(a)) 扱い (General Utilities 原則¹⁵²) には、含み益ある財産を分配する (株主側で配当として当該財産の公正市場価値 (FMV) に課税される) ことにより、課税なしで当該財産の取得価額を FMV まで嵩上げ (step-up) する効果があり、課税上の抜け穴を提供してきた。そこで、1986 年の立法により、含み益がある場合には、当該財産を FMV で売却したのものとして利得を認識することで対処されている (IRC § 311(b))。他方、含み損を認識しない扱いは維持されており、損失のつまみ食い (チェリーピッキング) を防止している¹⁵³。

株式配当は、Macomber 判決¹⁵⁴を踏まえ、原則として総所得に含まれないが、金銭等に代えて敢えて株式の分配を株主が選択したような場合は、E&P に係る部分が配当として総所得に算入される (IRC § 305(a),(b))。株式配当を受けた株主は、保有株式に係る帳簿価額を新たな株式に所定の方法で割り当てる (IRC § 307(a))。

(3) 株式の償還

法人が自己株式を財産と交換で株主から取得すれば、株式の償還として扱われる (IRC § 317(b))。株式の償還に伴い分配を行う法人には、前述の 311 条の適用 (つまり、含み益は認識し、含み損は認識しない。) がある。

このような分配は、株主から見れば株式の売却収入と配当の両方の性質を持ちうるため、その区別が問題となる。両者の根本的な違いは、配当の場合、当該株主の所有者的な利益 (議決権、配当請求権、清算分配請求権等) の割合を変更しないのに対し、売却の場合はその減少又は排除を生じることである¹⁵⁵。基本的に、株式の償還 (組織再編成と清算の場合を除く。) は、次の 3 条件のいずれかを満たせば、株式の売却と同様に扱われ、さもなければ財産の分配として扱われる (IRC § 302(a))。①償還が本質的に配当と同等でない、②分配が当該株主に関し実質的に比例的でない (償還後の議決権保有割合が 50%未満の場合に限る¹⁵⁶)、③当該株主が保有する当該法人の全株式の完全な償還である (IRC § 302(b)(1)-

151 なお、配当落ちとなる前に借金で株を取得して利息を控除し、配当後、株価が下落した段階で株を売却して損失を利用するスキームには一定の対処がなされている (IRC § 246(c), 1059)。

152 General Utilities & Operating Co. v. Helvering, 296 U.S. 200 (1935)。

153 もっとも、法人側で含み損ある財産を売却する一方で、含み益ある財産を分配することまで防止されるわけではない。

154 Eisner v. Macomber, 252 U.S. 189 (1920)。

155 Robert J. Peroni and Steven A. Bank, Taxation of Business Enterprises, cases and materials, 226 (4th ed. 2012)。

156 保有割合の計算上、家族 (配偶者、子、孫、親) 保有の場合に自分の保有とみなすルール (IRC § 318(a)(1)) の適用がある (IRC § 302(c))。法人 (その株式価値の 50%以上を当該株主が保有する場合) やパートナーシップを介して保有する場合の帰属に関するルールもある (IRC § 318(a)(2))。実質的に比例的でない (substantially disproportionate) とされる (つまり売却扱いとなる) には、償還後の議決権数が

(3)。①は実質判断で判例¹⁵⁷も少なくなく、実務上は②における形式基準が重要とされる。③は同族的法人に係る所有を世代間で移転するのを促す政策を反映している¹⁵⁸。

(4) 清算分配

法人の完全な清算 (complete liquidation) に伴う分配は、投資の終了に伴うものであり、株主側では、配当ではなく株式の売却収入として扱われる (IRC § 331)。清算に伴い、株主側で財産の分配を受け、当該収入に係る利得が認識されたならば、株主側での取得価額は当該財産の FMV とされる (IRC § 334)。法人側では、分配した財産を FMV で売却したものととして扱われ、利得又は損失が認識される (IRC § 336(a))。完全な清算の場合、損失のつまみ食いの懸念が限定的となるため、損失も認識されるのが基本となるが、関連者への分配の場合には所定の制限がある (IRC § 336(d))。また、議決権と株式価値の 80%以上を所有する親会社への清算分配に際しては、子会社側で含み損益に対する課税繰延べがあり、親会社側でも利得又は損失は認識されない (IRC § § 332, 334(b)(1), 337)。組織再編成に係る分配に関しては、別の規定 (IRC § 361(c)(4)) が適用される。

なお、分配が、法人以外の株主が保有する株式の償還に伴いなされ、配当と実質的に同等ではない場合 (法人が所定の能動的な事業を一部廃止したことに伴うものである場合を含む。) は、部分的清算 (partial liquidation) に係る分配とされ、上述の 302 条(a)に従って株式の売却とされる部分が決められる (IRC § 302(b)(4), (e))。

3. 課税を受ける取得取引

事業資産の移転は、後述する課税のない (tax-free) 組織再編成 (reorganizations) と、課税を受ける取得取引 (acquisitions) とに大別される。内国歳入法典上、組織再編成に固有の定めがあるが、取得取引には 2. で要約した定めが基本的に適用される。取得取引は、一般に、株式取得取引または資産取得取引のいずれかの形式でなされる¹⁵⁹。

株式取得取引では、取得の主体となる法人 (Acquirer, A) またはその株主が、取得の目的となる事業資産を有する法人 (Target, T) の株主から、T 株式の譲渡を受ける (T 法人は、A 法人の子会社または兄弟会社となる。)。他方、資産取得取引では、T 法人は、その資産を A 法人 (又はその子会社) に売却する。T 法人が受ける対価は、典型的には、T 法人の新たな投資の原資とされ、あるいは T 法人の清算後に T 株主に分配される。これら両取引のいずれによるかで、結果は同様でも課税上の帰結には重要な相違がある¹⁶⁰。

償還前の 80%未満となるか、償還後の普通株式の所有割合が償還前の 80%未満となる場合である (IRC § 302(b)(2)(C))。

157 例えば、United States v. Davis, 397 U.S. 301 (1970)。

158 Peroni and Bank, *supra* note 155, at 232. なお、所定の閉鎖的法人に係る株式 (故人の総遺産に含まれる) の償還に伴う財産の分配に関し、遺産税額と葬式費用の範囲で当該株式の売却扱いとする特例もある (IRC § 303)。

159 See Peroni and Bank, *supra* note 155, at 355.

160 当事者に対する以下の課税上の扱いにつき、See *id.* at 355-360.

T 法人（または T 株主）は、通常どおり、財産・株式の譲渡に関し譲渡損益に係る課税を受ける。資産取引の場合、A 法人は、一般に、早期の控除が可能な資産への対価の割当てを望む傾向がある（これへの対処規定として内国歳入法典 1060 条がある。¹⁶¹）。T 法人が資産取引（一段階目の課税）後、清算分配を行うならば、前述のとおり T 株主に T 株式の売却として課税（二段階目の課税）がある（IRC § 331）。取引当事者は、かかる二段階の課税による負担を避ける工夫を凝らすのが、その達成は容易ではない¹⁶²。よって、T 法人が通算可能な欠損金を有するような場合でない限り、T 法人側は、株式取得取引を好む傾向がある。ただその場合、償却可能な資産が T 法人に留まることから、A 法人側は不利だと考える可能性がある（2018 年以降は即時的償却の拡張（IRC § § 168(k), 179）により、この不利益が大きくなる。）。そこで、株式を取得した A 法人（議決権と価値で T 株の 80%以上を有するもの）が、選択により、あたかも T 法人の事業資産を取得したかのごとく扱うことを許容する制度（IRC § 338）もある。

4. 組織再編成税制の要点

合併等の組織再編成（reorganizations）に伴う財産や株式の移転取引も所得の実現の基因となる事象であるが、当事者となる T 法人の株主が、移転する資産に対する支配を継続していることに鑑み、所定の要件の下で、株主と法人の双方で、実現する利得または損失を認識せず、課税を繰り延べる制度が採用されている（IRC § § 354, 361）¹⁶³。

内国歳入法典上の組織再編成の類型は、①二以上の法人の結合を伴う「取得組織再編成（acquisitive reorganizations）」、②一法人における資本構成の変更、設立地の変更等を指す「単一法人組織再編成（single corporation reorganizations）」、および、③株主による一法人内の投資が二以上の法人に分割される「法人分割（corporate divisions）」に大別しうる¹⁶⁴。本稿では、このうち最も基本的な①の取得組織再編成と②の一部、具体的には、合併（およびその類似取引）、株式の交換、および、実質的に全ての資産を子会社に移転する取引のみを扱う¹⁶⁵。一般に、A 法人が、A 株式（または A の親会社の株式）を対価として提供し、T 法人の資産（・負債）または T 株式を取得する取引である。

161 内国歳入法典 1060 条の相互参照を受けた 338 条(b)(5)の下での財務省規則（Reg. § 1.338-6）に従い、事業用資産を 7 区分し、各資産の FMV に応じて順に対価を割り当てる。最後の残余的区分がのれんと継続企業価値（goodwill and going concern value）であり、1993 年改正後は、特許権等の他の無形資産と同じく 15 年で均等償却される（IRC § 197）ことになる（同改正前は、のれんと継続企業価値の償却が認められていなかった）。*Id.* at 356.

162 T 法人を存続させて新たな事業投資を行う選択肢も一応あるが、抜け殻のような T 法人を通じた再投資を T 株主が魅力的だと考える可能性は低い。また、T 法人が資産の売却の対価を延払いで受けることとし、延払債権を完全な清算に伴い T 株主に分配することで、T 株主は課税繰延べのメリットを享受できる可能性はある（IRC § 453(h), Reg. § 1.453-11(a)(2)）。*Id.* at 356-357.

163 第一次世界大戦に伴う個人所得税率の上昇（1918 年の最高税率 77%）と株式市場への参加、合併等の取引の増加を受けて、1918 年に最初の非認識規定が導入された。現行の内国歳入法典 368 条の基礎を成す要件の多くは、租税回避の増加を背景に、1933 年の立法で取り入れられた。*Id.* at 371-373.

164 *Id.* at 373.

165 分割（実質的に全ての資産が移転する場合以外）は、内国歳入法典 355 条の要件を満たす限り、組織再編成（IRC § 368(a)(1)(D)）とされる。*Id.* at 523. この意味での分割については本稿で扱わない。

(1) 組織再編成の種類

ア 制定法上の合併 (A型)¹⁶⁶

取得組織再編成の第一の種類は、「制定法上の吸収合併または新設合併 (a statutory merger or consolidation)」(IRC § 368(a)(1)(A)) である。州法等の制定法に従った合併が主に該当する。吸収合併では、T 法人の資産・負債が A 法人に移転し、T 法人は清算 (消滅) し、T 株主は A 株式を取得して A 株主となる¹⁶⁷。新設合併の場合は、新設法人 A が存続し、T1 株式と T2 株式は A 株式に転換される。T1 法人と T2 法人の清算に伴い、それらの各種特権や租税属性も消滅するため、新設合併はあまり一般的ではない。以下、基本的に吸収合併を念頭に置いて記述する。

州法上の合併が無条件に A 型組織再編成に該当するわけではなく、例えば実体は分割であるような合併は排除される¹⁶⁸。チェックザボックス規則 (Reg. § 301.7701) の導入を経て、法人が単独で 100% 所有する LLC (法人扱いを選択しない限り当該法人の一部とされる。) が当事者となる合併 (disregarded entity merger) の扱いが問題となった。課税上 A 法人の一部となる LLC による T 法人の吸収合併は A 型組織再編成とされうるが、逆に、課税上 T 法人の一部である LLC を吸収する合併は、実体は法人分割に近いと認められ、A 型組織再編成とは認められない (Reg. § 1.368-2(b)(1)(iii) Ex.2, Ex.6)。

財務省は、かつて外国法に基づく合併は A 型組織再編成に該当しないとの立場であったが、このような合併の増加と、外国法を除外する文言がないことを踏まえ、2006 年改正後の現行財務省規則上は、外国法上の合併を A 型組織再編成から特に排除しない。もっとも、外国法上の合併を無条件に A 型組織再編成として認めたり、適格となる外国法上の合併を指定しているわけでもない。むしろ、①T 法人の全ての資産と負債が A 法人の資産と負債となることと、②T 法人が消滅することを、制定法上の合併とされるための条件として挙げている (Reg. § 1.368-2(b)(1)(ii))¹⁶⁹。

判例法理として、T 株主が、A 株式の取得を通じて、従前の T 法人資産に対する継続した利益を維持していることが要求される。このような株主利益の継続性 (continuity of interest) の要請から、T 株主は、合併後も所有者利益 (proprietary interest) を維持することが求められる (質的条件)。必ずしも議決権株式の維持が求められるわけではないが、債務証書ではこれに該当しえない。ただ、財務省規則は、T 株式価値の少なくとも 40% 分は、A 株式を対価とすべきことを示唆している (量的条件。Reg. § 1.368-1(e)(2)(v) Ex.1, 2(ii),

166 Peroni and Bank, *supra* note 155, at 374-375.

167 州法上の効果として T 法人の資産・負債が移転するため、他の取得取引と比べ、個々に債権者の承諾を得る必要がないなどの面で利点がある一方で、反対株主の買取請求に応じるコストなどの負担が生じうる。

168 See Rev. Rul. 2005, 2000-1 C.B. 436. そもそも州毎に異なりうる州法に依拠していることには批判がある。See Steven Bank, *Federalizing the Tax-Free Merger: Toward an End to the Anachronistic Reliance on State Corporation Laws*, 77 N.C.L. Rev. 1307 (1999).

169 2006 年のこのような改正は、Steven A. Bank, *A Transcontinental "A" Train? : Foreign Mergers Under Section 368(a)(1)(A)*, 54 Tax Law. 555 (2001) の主張に沿うものといえる。

6, 8, and 12)。これは、T 法人取得の対価の 60%分は boot (つまり A 株式以外の財産) であっても許容されることを示唆する。株主利益の継続性の要請は、組織再編成を単なる売却と区別するための法理であるから、合併の前または後に (旧) T 株主が T 株式または A 株式を手放しただけで、この要請を満たさなくなるものではない (Reg. § 1.368-1(e)(1)(i))。

株主利益の継続性が T 株主レベルでの合併の対価を巡る要請であるのに対し、同様に裁判例に由来する企業の継続性 (continuity of business enterprise, COBE) の要請は、T 法人事業の A 法人による継続という法人レベルでの問題に関わる¹⁷⁰。財務省規則上、COBE は、事業の継続性と資産の継続性から成る。A 法人が T 法人と同業者であれば事業の継続性を満たすが、T 法人が複数の事業を営む場合は、A 法人がそのうち重要な (significant) 事業を継続することが求められる (Reg. § 1.368-1(d)(2))。他方、資産の継続性は、A 法人が T 法人の事業資産の重要な部分を使用することで満たされる。いずれも数値基準はないが、財務省規則の例では、T 法人事業価値の 1/3 程度でも重要な部分とされうる (Reg. § 1.368-1(d)(5)Ex.1) ことが目安になる。

株主利益の継続性と企業の継続性は、以下で述べる他のタイプの取得組織再編成でも基本的に要請される (Reg. § 368-1(b))。

イ A 型類似の取引 (C 型)¹⁷¹

A 型の如く州法等の効果としてなされるのではないが、所定の要件の下で、吸収合併に類似する資産の移転が組織再編成とされ、課税の繰延べが認められる。つまり、A 法人が、「他の[T]法人の実質的に全ての財産 (substantially all of the properties)」を、A 法人 (または A 法人を支配する法人) の「議決権株式の全部または一部のみと交換で (solely for all or a part of its voting stock)」取得することも、組織再編成 (IRC § 368(a)(1)(C)) に該当する。

A 法人が取得すべき T 法人の「実質的に全ての財産」という要件に関し、T 法人が維持する財産の性質、維持する目的、またその金額が考慮される¹⁷²。実務上、T 法人の純資産の FMV の 90%以上で、かつ、その総資産の FMV の 70%以上であれば、この要件を満たしうるという「90/70 ルール」 (Rev. Proc. 77-37, 1977-2 C.B. 568) に依拠されている。取得後、T 法人は清算されることが原則である (IRC § 368(a)(2)(G))。

取得の対価は、A 法人 (または A 法人を支配する法人) の議決権株式のみでなければならない。他の種類の対価 (boot) の有無の判定に際し、T 法人債務の A 法人による引受けは無視される (IRC § 368(a)(1)(C))。つまり債務引受けは boot として扱われないのであるが、債務引受け以外の boot (例、金銭、議決権無しの株式等) がある場合、T 法人の全財産の FMV

170 Peroni and Bank, *supra* note 155, at 397.

171 *See id.* at 425-435.

172 Rev. Rul. 57-518, 1957-2 C.B. 253. 例えば事業用資産が維持されていると、事業の分割に近づくため、C 型組織再編成に該当しない方向で考慮される。他方、T 法人の債務の弁済に必要な程度 of 金銭等の維持であれば、なお「実質的に全て」の要件を満たすと考えられる。

の 80% を議決権株式で取得していれば、なお組織再編成として扱われる (IRC § 368(a)(2)(B))。逆に言えばその 20% まで特例的に boot が許容されるのであるが、債務引受以外の boot がある場合は、債務引受もこの 20% の計算上は boot に算入される (IRC § 368(a)(2)(B))。よって、合併類似の取引 (一般に T 法人の債務も A 法人が引き継ぐ) において、債務引受以外の boot があれば、現実には 20% の制約を受け、組織再編成に該当しえない場合が多いと考えられる¹⁷³。

ウ 子会社への資産の譲渡を通じた所有関係の変更 (D 型)

いわゆる D 型の組織再編成が該当する状況には、T 法人がその資産の一部を A 法人に移転する場合 (法人分割) のみならず、T 法人が実質的に全ての資産をその支配する A 法人に移転する場合 (非分割的 D 型組織再編成 (nondivisive D reorganization)) が含まれる。

後者の場合に関して言えば、T 法人 (またはその株主) が、その資産の移転の直後に A 法人を支配しており、かつ、A 株式または証券が T 株主に分配される (後述の 354 条または 356 条の適用があるもの) ことが要件となる (IRC § 368(a)(1)(D))。A 法人が T 法人の実質的に全ての資産を取得し、かつ、T 法人が受ける A 株式 (と boot) が T 株主に分配されねばならない (IRC § 354(b))¹⁷⁴。なお、ここでの支配要件は、議決権または価値で株式の 50% 以上の所有関係を指す (IRC § § 368(a)(2)(H)(i), 304(c))。

これらの取引を経て、一般に、T 株主が T 法人を介して A 法人を所有する従前の関係から、T 株主が A 株主となって直接 A 法人を支配する (T 法人は抜け殻となる) 関係に移行する。これは法人グループ内での所有関係の変更を意味するため、ここでの非分割的 D 型組織再編成は、分類上「単一法人組織再編成」とされている。

エ 株式の交換 (B 型)

A 法人が、A 法人 (または A 法人を支配する法人) の「議決権株式の全部または一部のみと交換で (solely for all or a part of its voting stock)」、T 法人の株式を取得し、「当該取得の直後に (immediately after the acquisition)」、T 法人の支配を有するならば、このような株式の取得取引も組織再編成 (IRC § 368(a)(1)(B)) に該当する。支配は、351 条に関して述べた 80% 以上の所有関係を指す (IRC § 368(c))。Boot がある場合、C 型に見られる

173 Boot があっても C 型として認められるために、事前に T 法人がその債務を弁済しておくという対処が考えられるが、段階取引法理の適用を受けて取引が一体視される (結果、C 型としては不適格とされる) リスクは残る。段階取引法理の適用のリスクは、A 法人にとって不要となる C 法人資産を事前に C 法人が第三者に譲渡した上で、残りの全資産を A 法人に移転するような場合も生じる。類似の事案で C 型として認めない裁判例 (Hilvering v. Elkhorn Coal Co., 95 F.2d 732 (4th Cir. 1937), cert. denied, 305 U.S. 605 (1938)) がある一方で、認める歳入規則 (Rev. Rul. 88-48, 1988-1 C.B. 117) もある。

174 この分配要件を欠けば、351 条の適用を受けることが多い。また「実質的に全て (substantially all)」の要件は C 型におけるそれと同じである。Peroni and Bank, *supra* note 155, at 523-524. なお、裁判例は、A 法人と T 法人が同一の支配関係の下にあるのでない限り、A 株式が直接 T 株主に移転されるのでは D 型の要件を満たさない (一旦 T 法人に移転され、次いで T 株主に分配されることを要する) と解している (Warsaw Photographic Associates Inc. v. Commissioner, 84 T.C. 21 (1985))。

上述の 20% 基準のような特例的扱いは存せず、B 型として不適格となる (zero boot tolerance)¹⁷⁵。法人間での資産・負債の移転のない株式の移転では、単なる売買との区別をより厳格に行う扱いを採用したものと考えられる。80%以上の所有関係は、交換の直後に有していれば足りるから、例えば、既に 50%の所有関係のある T 法人の株式を追加的に 30%分取得する取引でも¹⁷⁶、組織再編成として認められうる。

オ 三角合併、逆三角合併¹⁷⁷

法人は、別法人であるその子会社 (A 法人) を合併法人とすれば、T 法人の債務に係る責任から自らを遮断することができ、また T 法人の株主も、取得の対価としては、当該子会社の株式よりは処分しやすい親会社の株式を好むかもしれない。取得の対価として親会社株式を移転する場合は、T 法人の株主利益は移転財産から「余りに遠い (too remote)」として、株主利益の継続性の要請を充足しないとする判例 (Groman v. Commissioner, 302 U.S. 82 (1937)) はあるが、連邦議会は、後の法改正でこの判例の適用範囲を限定してきた。

上述の如く、B 型と C 型の各組織再編成の定義上、明示的に「支配」(つまり上述の 80% 以上の所有) 関係のある親会社の株式を対価としうる。A 型に関しても、A 法人の親会社株式のみを対価としうる (IRC § 368(a)(2)(D))¹⁷⁸。さらに、T 法人を消滅させず維持し (逆に A 法人が消滅)、T 株主 (T 法人を支配) が、A 法人親会社株式と交換で T 株式を移転する (逆三角合併) 場合でも、A 型の適格性を失わない (IRC § 368(a)(2)(E))¹⁷⁹。

三角合併と同様の帰結は、例えば、A 法人が、A 株式を対価として T 法人の資産または T 株式を取得し、次いで、当該取得資産または株式を A 法人の子会社に移転する (drop down) ことによっても得られる。このような場合でも、A 法人の子会社の事業と資産を A 法人のそれと考えて COBE 該当性を判断することとされ (Reg. § 1.368-1(d))¹⁸⁰、組織再編成 (A ~C 型) としての適格性を失わない扱いを受けられる (IRC § 368(a)(2)(C))。

(2) 課税上の扱い

組織再編成では、A 法人、T 法人、T 株主の手元で実現する利得または損失に関し認識されず、課税が繰り延べられる。

175 Boot があればそもそも組織再編成に該当しないから、boot 部分のみ利得を認識するという処理 (See IRC § 354(a)(1); 356(a)(1)) も認められない。See Turnbow v. Commissioner, 368 U.S. 337 (1961); Heverly v. Commissioner, 621 F.2d 1227 (3d Cir. 1980), cert. dismissed, 451 U.S. 1012 (1981).

176 支配を徐々に増やしていく態様を指して creeping control、このうち組織再編成に該当することになる取引を creeping B reorganization と呼ぶことがある。Peroni and Bank, *supra* note 155, at 441-442.

177 *Id.* at 443-451.

178 よく知られているように、国境を越える合併では、A 法人 (子会社) を受け皿として現地に設立し、親会社株式を被合併会社の株主に対価として提供する取決めがしばしば用いられる。

179 T 法人の有する特権や租税属性を (T 法人の消滅で) 失いたくないときに利用されうる。

180 A 法人 (またはその親会社) が 80%以上所有する「適格グループ」内の法人の事業・資産は、A 法人 (またはその親会社) のものと見て、COBE 該当性が判断される (Reg. § 1.368-1(d))。

組織再編成の当事者¹⁸¹となる法人（つまり A 法人、T 法人、A 法人の親会社）の株式または証券は、当該法人もしくは当該組織再編成の他方の当事者となる法人の株式または証券のみと交換される場合は、利得または損失が認識されない（IRC § 354(a)(1)）。よって、例えば、A 型と C 型、D 型の組織再編成において、T 株主は、消滅する T 法人による株式の償還に応じ A 株式を取得しても、利得は認識されない。B 型における株式の交換でも同様に利得または損失は非認識となる。上述の如く A 型では boot が 6 割まで許容されうる（組織再編成に該当しうる）ところ、このような boot 部分は認識され、配当とされる部分（未分配の E&P に係る部分）の残余が譲渡益として扱われる（IRC § 356(a)）。

組織再編成の一方の当事者となる法人が、その財産を、他方の当事者の株式または証券のみと交換する場合も、利得または損失は認識されない（IRC § 361(a)）。例えば A 型、C 型または D 型の組織再編成において、T 法人は、移転する財産に係る利得または損失は認識されない。T 法人が boot を受ける場合は、当該 boot を分配せず維持する範囲で利得が認識される（IRC § 361 (b)(1)）。また、T 法人が T 株主に対し適格財産（T 株式、受領した A 株式を含む。）の分配をしても、利得または損失は認識されない（IRC § 361(c)）¹⁸²。A 法人は、A 株式と交換で T 法人から受ける財産に関し課税を受けず（IRC § 1032）、租税属性（例、繰越欠損金）を引き継ぐ（IRC § 381(a)）。

A～D 型において、T 株主が T 株式と交換で受け取る A 株式について、所定の加減を行った上で、T 株式の取得価額を引き継ぐ（IRC § 358(a)(1)）。他方、A 法人が移転を受ける T 法人の財産（A・C・D 型）または T 株式（B 型）に関しても、同様の取得価額の引継ぎがなされる（IRC § 362(b)）が、各財産に関し含み損がある場合は、FMV で受け入れることを要する（IRC § 362(e)(1)）。A・C・D 型において、A 法人の既存の欠損金と T 法人の財産の含み益との通算には制限がある（IRC § 384）。

5. 国際的な組織再編成に係る課税上の取扱い

(1) 税源の海外移転と対処

米国の多国籍企業は、外国で直接投資（製造、販売等するための資産への投資）を行う際には、米国の親会社（低リスク・低所得）が支配する本拠を軽課税国に置いて無形資産の保有を始めとした重要な機能を集約し、さらにその下に、製造や販売の主体を、機能を限定した形で事業上の必要に応じ各国に置くというのが典型的である¹⁸³。そして課税を受けずに無形資産に係る実質的に全ての権利をこのような本拠に移転する手段として、組織再編成

181 ①組織再編成から生まれる法人、および、②一方の法人が他方の法人の株式または財産を取得することによる組織再編成における双方の法人、を指す。（逆）三角合併における支配関係を有する親会社を含む。IRC § 368(b)。

182 よって、T 法人が適格財産以外の含み益ある財産（A 法人から受けた boot）を T 株主に分配すれば、含み益に課税がある。Peroni and Bank, *supra* note 155, at 379.

183 Joint Committee on Taxation, Present Law and Selected Polity Issues in the U.S. Taxation of Cross-Border Income (JCX-45-17), 31-34, September 28, 2017.

や 351 条に基づく財産の移転が利用されうる¹⁸⁴。

例えば、T 法人（米国親会社）が無形資産を A 法人（外国子会社）に移転して A 株式を取得する場合（351 条）や、T 法人の実質的に全ての資産（無形資産を含む。）を A 法人に移転した上で、T 法人が受け取る A 株式を T 株主に分配する（D 型組織再編成）こともできる¹⁸⁵。ここで、事業資産（無形資産を含む。）や株式の含み益が課税されずに海外に移転すれば、その後も米国に課税の機会が巡ってこない可能性が高くなる¹⁸⁶。

国外向けの課税のない組織再編成は、いわゆるインバージョンとしても利用されてきた。インバージョンとは、一般に、米国企業グループの最終的な親会社が、米国法人（旧親会社）T から外国法人（新親会社）A に転換される取引を指す¹⁸⁷。例えば、A 法人（軽課税国法人）が T 法人の資産（・負債）を取得し、A 株式を T 株主に移転する（C 型組織再編成）ことが手段の一つとなる（上述の drop-down も利用しうる。）¹⁸⁸。これに伴い、T 法人が所有していたグループ内の外国子会社株式の所有も A 法人に移れば、国外事業から生じる所得への最終的な課税機会が失われることが問題視されてきた¹⁸⁹。もともと、TCJA に基づく外国子会社受取配当益金不算入制度（IRC § 245A）の導入により、今や課税機会が失われるとは言いにくくなっている。

（2）課税上の扱い一般

内国歳入法典上、米国法人は、源泉地を問わずその課税所得に対し税率 21%の課税を受け、外国税額控除の適用を受けうる（IRC § § 11, 901）のに対し、外国法人は、その国内源泉所得（所定の受動的所得）と実質関連所得（事業所得）に対して課税を受けるのが基本となる（IRC § § 881(a), 882(a)）¹⁹⁰。株式を含む資産の譲渡益は前者の受動的所得に含まれないが、各種の無形資産の譲渡益のうち同資産の生産性、利用等に応じた部分はこれに含まれる（IRC § 881(a)(4)）。

組織再編成の定義やその取扱いに関する上述の定めにおいて、A 型の組織再編成を含めて、特に外国法人が当事者となる場合や、財産や株式の移転が国境を越える場合を排除して

184 部分的な移転の場合を含めて、他の移転手段としては、売却、役務提供（無形資産を利用）、ライセンス、費用分担契約がある。Id. at 34.

185 D 型組織再編成と 351 条の財産移転に費用分担契約を組み合わせ、ルクセンブルクの拠点に無形資産と重要な機能を移転した事案において、既存の無形資産の移転に独立取引比準法の適用を肯定した裁判例として、Amazon.Com, Inc. & Subsidiaries, 148 T.C. No. 8 (2017)がある。一高龍司「米国租税裁判所の Amazon 判決の紹介—移転価格税制の動向」ジュリスト 1516 号（2018 年）32 頁参照。

186 軽課税国の主体として移転先にはパートナーシップを用い、米国で法人扱いを選択してハイブリッド・ミスマッチ（現地ではパススルー課税）を狙う仕組みもある。

187 Department of the Treasury, Office of Tax Policy, Corporate Inversion Transactions: Tax Policy Implications, 4 (2002).

188 他にも、例えば、A 法人が米国に子会社 a（消滅会社）を置き、T 法人（存続会社）と a 法人の合併で A 株式を T 株主に移転する（逆三角合併）こと（A 型）や、A 法人と T 株主との間で、A 株式と T 株式の交換（B 型）を行うことでも、T 法人は A 法人の子会社となる。Id. at 4-5.

189 Id. at 6.

190 事業の移転に際し、外国税額控除の適用や源泉地の判定、所得区分、租税条約と国内法の関係などの国際課税における一般的な問題が広範に生じうるが、その検討は本稿の狙いを越える。

いない。したがって、A 法人、T 法人およびこれらの株主の手元での取扱いに関する上述の説明は、第一次的には、これらが外国法人である場合にも当てはまる。例えば、T 法人（米国親会社）が、A 法人（外国子会社）に対し実質的に全ての財産を移転して A 株式を取得し、T 株主（米国居住者と仮定）にこれを分配する場合（D 型組織再編成）、第一次的には、T 法人の手元において、移転した財産に係る含み益は課税されず（IRC § 361(a)）、T 株主への A 株式の分配に際し利得が認識されることもない（IRC § 361(c)）。T 株主は、T 株式と交換で受け取る A 株式に関し T 株式の取得価額を引継ぐ（IRC § 358(a)(1)）。A 法人が A 株式と引き換えに T 法人から受ける財産は、一般に A 法人の国内源泉所得となる受動的所得にも実質関連所得にも該当しない（IRC § § 881(a), 882(a)）。

国外向けの組織再編成の後には、移転価格税制（IRC § 482）、Subpart F 税制（IRC § 951）、インバージョン対策税制（IRC § 7874）¹⁹¹などの適用がありうるが、米国法は、組織再編成等において、米国の者（米国法人を含む¹⁹²）が財産を外国法人に移転する場合は、所定の条件に該当しない限りは利得を認識するものとして扱ってきた（IRC § 367(a)）。ここで特に無形資産の国外移転に係る利得は、元より非認識扱いとせず、いわゆる所得相応性基準に従った課税を行うという対処（IRC § 367(d)）を有する（他方、国内向けの組織再編成等に対する一般的な対処規定は見あたらない。）¹⁹³。TCJA は、367 条に基づくこのような事前の対処にも重要な修正をもたらしている。

(3) 内国歳入法典 367 条の定め

内国歳入法典 367 条(a)(1)は、同条の一般原則として、「332 条[清算分配]、351 条[現物出資]、354 条[組織再編成上の株式の交換]、356 条[boot がある場合]、または 361 条[組織再編成上の財産の移転]との関係で、米国の者が外国法人に財産を移転する場合は、そのような外国法人は、当該移転に関し認識される利得の範囲を決定する目的上は、法人であるとは考えられない」と定める。1932 年法に起源があるとされるこの条文は、それ以来「法人であるとは考えられない」という迂遠な表現を用いているが、要はここでの米国の者には、列挙された条文における利得の非認識扱いは適用されないことを意味している¹⁹⁴。

367 条は、この一般原則を置いた上で、外国法人（組織再編成の当事者等）の株式または

191 旧親会社（米国法人）の株主が、新親会社（外国法人）の 80%以上（議決権または価値）を引き続き所有する場合は、当該新親会社を米国法人として扱う（IRC § 7874(b)）などの対処がなされるが、このような対処が十分なものとは考えられてこなかった。これを強化するオバマ政権のかつての提案につき、一高龍司「米国財務省『2016 財政年度歳入提案に係る一般的説明』における国際課税関係の提案—19% ミニマム税を含む—」租税研究 790 号（2015 年）467-469 頁参照。

192 IRC § 7701(a)(30)(C)。

193 *See generally*, Thomas M. Zollo, Cross-Border Business Restructuring, Branch Report of the United States, 96a Cahiers de Droit Fiscal International 757 (2011). 国外向け組織再編成の具体的な取引類型とこれへの 367 条の適用については、Samuel C. Thompson, IRC Section 367: 'Wimp' for Inversions and a 'Bully' for Real Cross-Border Acquisitions, 26 Tax Notes Int'l 587 (2002)参照。

194 このような迂遠な文言を用いた理由は明確ではないとされる。Robert J. Staffaroni, Size Matters: Section 367(a) and Acquisitions of U.S. Corporations by Foreign Corporations, 52 Tax Law. 523, 538-539 (1999).

証券が移転される場合の例外（IRC § 367(a)(2)）、所定の 361 条取引（組織再編成の当事者である T 法人による財産の移転）の場合の当該例外の非適用（IRC § 367(a)(4)）、財務省規則による一般原則の非適用（IRC § 367(a)(5)）、租税回避防止のための財務省規則による一般原則の適用（IRC § 367(b)(1)）、親会社が外国法人である場合の清算分配に係る非認識規定の非適用（IRC § 367(e)）などのほか、重要な特例として、内国歳入法典 936 条(h)(3)(B) で定義される無形資産（intangible property）が米国の者から外国法人に対して移転される場合の定め（IRC § 367(d)）を置いている。全般的に財務省規則への委任の程度が高く、現に同規則および暫定規則の定めは非常に詳細になっている。

注目すべきは、TCJA に基づき、外国法人が国外における能動的事業で使用するために移転を受けた財産の場合は一般原則の適用を除外する定め（旧 IRC § 367(a)(3)）が廃止された点である。これにより、外国法人が能動的事業の遂行上利用する財産の移転の場合でも、当該外国法人は法人であるとは考えられないことになる¹⁹⁵。この廃止で制度は簡素化されるものの、利得に対する課税のない国外向けの組織再編成と財産移転は大いに限定されると考えられる。

（4）内国歳入法典 367 条(d)

「米国の者が、351 条または 361 条に記述される交換において外国法人に無形資産（§ 936(h)(3)(B)の意味に該当するもの）を移転する場合は」、上記の一般原則は当該財産に適用されず、ここでの特例の定めが適用される（IRC § 367(d)(1)）。この場合、当該米国の者は、当該財産の生産性、使用または処分¹⁹⁵に依拠する支払金と交換で当該財産を売却したものとして扱われ、当該財産の使用可能期間にわたりこのような支払金の形式で年次に（または当該移転の後に処分される場合は当該処分時に）受け取った場合の金額を合理的に反映する金額を受けるとされる。そしてここでの金額は、当該無形資産に帰すべき所得に相応する（commensurate with the income attributable to the intangible）ものでなければならない（IRC § 367(d)(2)）。

そして TCJA により、移転価格税制（内国歳入法典 482 条）の改正と併せて 2 つの重要な改正が行われた。第一に、このような所得相応性基準の適用上、財務長官は、最も信頼可能な手段であると判断する場合には、無形資産の移転の評価を総合して（on an aggregate basis）行うか、または当該移転に代わる現実的選択肢に基づいて（on the basis of the realistic alternatives）行うことを要求することとされた（IRC § 367(d)(2)(D)）。

先ず、前者の総合アプローチは、無形資産を個別に評価するよりも信頼可能な結果をもたらすと財務長官が判断する場合に依拠しうることが明記された（IRC § 367(d)(2)(D)(i)）。総合アプローチは、個別の無形資産の相互作用がもたらす追加的価値は基礎になる無形資産に適切に配分されうると見る立場と一貫するほか、このアプローチを取り入れている費用

¹⁹⁵ H. Rept. 115-466 (Conference Report), 605, December 15, 2017.

分担契約に関する規則とも整合すると考えられた¹⁹⁶。総合アプローチは、同時に、内国歳入法典 482 条の後段（第三文）としても明文化されている¹⁹⁷。

次に、現実的選択肢の理論は、実際には選択されなかった他の現実的選択肢よりも不利な取引を独立当事者は選択しなかったはずという前提の下で、当該他の現実的選択肢がもたらしたであろう利益をもたらすよう移転価格調整を行うことを正当化する考え方である。現実的選択肢の理論は、今も内国歳入法典 482 条に明記されてはいないが、既に財務省規則にある考え方である¹⁹⁸。この理論に対しては、実際には選択されなかった取引を納税者に押しつけるものであって、経済的実質に問題のない取引には適用しえないという批判がありうる¹⁹⁹。この理論の明文化がなされた（IRC § 367(d)(2)(D)(ii)）ものの、総合アプローチと同様、「最も信頼可能な手段」という縛りにより恣意的な適用を排除することが意図されていると考えられる。

第二に、無形資産の定義上、「のれん、継続企業価値、または人員（goodwill, going concern value, or workforce in place）」が加わった（IRC § 936(h)(3)(B)(vi)）。これに応じて、内国歳入法典 482 条中段の所得相応性基準の適用対象も、この意味での無形資産にまで拡張される。この改正の前は、これらののれん的要素は無形資産の定義に含まれないという解釈が有力であり、しかも能動的事業の遂行に利用する外国法人への財産の移転に係る利得は非認識とする扱い（廃止前 IRC § 367(a)(3)）があった（goodwill loophole の問題²⁰⁰）。同様に無形資産の国外移転の媒体となりうる費用分担契約において、独立当事者間の対価の支払いを別途要求される対象（基盤貢献）が、無形資産の開発活動に関係する「あらゆる資源、能力または権利」にまで拡張されている（Reg. § 1.482-7(c)(1)）ことと比較して、組織再編成や現物出資（IRC § 351）を通じたのれん的要素の国外移転（人員等の機能移転を含む）であれば、なお利得の非認識の適用が見込めて有利だと見られていた²⁰¹。だが、今回の無形資産の定義の改正（拡大）により、組織再編成等を手段として外国法人に機能を移転する納税者にとっての利点は減じられる。のみならず、367 条(d)に従い、のれん的要素の移転が正面から所得相応性基準による課税の適用対象となる。もともと、拡張された上述の定義は外延が明確とは言えず、その執行には困難も想像できる。

6. おわりに

本稿は、米国における国際的な組織再編成に関する制度の基本と骨格を、TCJA の実施を

196 H. Rept. 115-466 (Conference Report), 661-662, December 15, 2017.

197 総合アプローチは、それが最も信頼可能な手法でなければならぬため、この改正が Amazon 判決（前掲注 164）を立法的に覆すものであるとまでは解されていない。See James P. Fuller and Larissa Neumann, U.S. Tax Review, 89 Tax Notes Int'l 533 (2018).

198 See Reg. § 1.482-7(g)(2)(iii).

199 一高・前掲注 185、34 頁で要約した Amazon 判決を参照。

200 See generally, Bret Wells, Revisiting Section 367(d): How Treasury Took the Bite Out of Section 367 (d) and What Should Be Done About It, 16 Fla. L. Rev. 519 (2014).

201 See generally, Lee A. Sheppard, Challenging Outbound Transfer of Intangibles, 155 Tax Notes 277 (2017).

踏まえて記述し、以下のことを明らかにした。米国法上、第一次的には、国境を越えるか否かにかかわらず、組織再編成・現物出資を構成する各取引に関し直ちに課税はなされない（bootに係る部分を除く）ものの、そのうち米国の者が外国法人向けに財産を移転する取引は、今や当該外国法人が能動的に事業を行うか否かを問わず、かかる財産の移転に際して利得の認識がなされ、特に無形資産の移転に関しては、のれん的要素の移転の場合を含めて、所得相応性基準に従い利得が認識され、課税を受けることになる。

外国子会社受取配当益金不算入制度や、GILTI (IRC § 951A)、FDII (IRC § 250)、BEAT (IRC § 59A) などの新たな制度は、米国法人を一方の当事者とする事業再編（組織再編成を含む）に係る意思決定に影響を及ぼす。事業再編には、日本法人が取引の他方の当事者となる状況も当然含まれる。企業の動向に留意しつつ、本稿で扱えなかった 367 条の詳細や国際的な法人分割などについては、今後の課題としたい。

**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 プロジェクトの重要積み残し案件の棚卸し検証～

21 世紀政策研究所 研究プロジェクト

(研究主幹：青山 慶二)

2018 年 6 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（2014－2018.5）

《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

《税財政・金融・社会保障》

2017. 6 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 執行段階の課題の第一次検証～ 研究主幹：青山慶二
2016. 6 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 プロジェクトの総括と今後の国際租税の展望～ 研究主幹：青山慶二
2015. 7 超高齢・人口減少社会のインフラをデザインする 研究主幹：辻 琢也
- . 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
～BEPS（税源浸食と利益移転）プロジェクトの討議文書の検討～ 研究主幹：青山慶二
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

《行革・規制改革・経済法制》

2016. 5 独占禁止法審査手続の適正化に向けた課題 研究主幹：上杉秋則
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

《産業・技術》

2018. 5 情報化によるフードチェーン農業の構築 研究主幹：大泉一貫
2018. 5 データ利活用と産業化 研究主幹：越塚 登
2017. 4 イノベーションエコシステムの研究
～オープンイノベーションからいかに収益を上げるか～ 研究主幹：元橋一之
2016. 2 新しい農業ビジネスを求めて 研究主幹：大泉一貫
- . 2 研究開発体制の革新に向けて 研究主幹：橋本和仁
2015. 6 日本型オープンイノベーションの研究 研究主幹：元橋一之
- . 3 森林大国日本の活路 研究主幹：安藤直人

《環境・エネルギー》

- | | | |
|---------|------------------------------------|-----------|
| 2017. 7 | カーボンプライシングに関する諸論点 | 研究主幹：有馬 純 |
| 2016. 3 | 国内温暖化対策に関する論点 | 研究主幹：有馬 純 |
| . 1 | COP21 パリ協定とその評価 | 研究主幹：有馬 純 |
| 2015. 4 | 続・原子力安全規制の最適化に向けて—原子力安全への信頼回復の道とは— | 研究主幹：澤 昭裕 |
| 2014.11 | 核燃料サイクル政策改革に向けて | 研究主幹：澤 昭裕 |
| . 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— | 研究主幹：澤 昭裕 |

《外交・海外》

- | | | |
|---------|--------------|-----------|
| 2015. 9 | アメリカ政治の現状と課題 | 研究主幹：久保文明 |
|---------|--------------|-----------|



21世紀政策研究所
The 21st Century Public Policy Institute