

## 論 説

# タックス・ハイブン対策税制の新設計

——制度設計における整理——

前田謙二

(会社員・税理士)

### 目 次

#### はじめに

#### I 新対策税制の制度設計

- 1 新対策税制の提案
- 2 他の租税回避防止規定との相違点
- 3 他の租税回避防止規定との適用関係

#### II 新対策税制の分析

- 1 課税対象所得
- 2 無形資産などの認識と測定及び評価

#### 3 税額控除制度

#### 4 差額課税

#### III 新対策税制の可能性

- 1 新対策税制のメリット
- 2 新対策税制のデメリット
- 3 OECDの動向との整合性

結びにかえて

### はじめに

現在の多国籍企業は、1つの国内でその製造販売機能などが完結する場合は希であり、国境を跨ぐ国際的な取引が組み合わさって1つの有機的な活動を行っているといえる。このような多国籍企業において、持株会社の下に各国でそれぞれの機能（試験研究、パーツの製造、組立、マーケティング、販売、間接部門のシェアードサービスなど）を持つ法人を置き、グループ内でのノウハウ等を共有し、グループ企業全体としてキャッシュ・フローを最大化するように活動することが、経済合理性に適ったものになる。そこで、多国籍企業が経済合理性を追求すれば税金をコストとして認識し、各国の税率差などを最大限に利用し税金費用を最少化することになる。

このような状況において、多国籍企業は、親子関係にある軽課税国の子会社を利用した取引（縦の関係）よりも、兄弟会社間取引（横の関係）を利用して国際的租税回避問題<sup>(1)</sup>を引き起こすことになる。横の関係における所得移転に対しては、移転価格税制で対応することが予定されているが、1つの有機体として活動する多国籍企業を国境で区分し、独立企業原則をベースとした概念で仕切るのは無理があるのではないかと<sup>(2)</sup>。逆に多国籍企業はこのような移転価格税制の弱点について、事業再編等を利用し無形資産などを移転することで、所得移転を行っているとも考えられる<sup>(3)</sup>。

(1) 谷口勢津夫『税法基本講義（第4版）』（弘文堂、2014）6頁参照。

特に近年は横の関係を利用した所得移転の究極形として、タックス・ヘイブンにあるグループ関連会社への所得集中が問題になっており<sup>(4)</sup>、経済協力開発機構（Organization for Economic Co-operation and Development: 以下「OECD」という）では、多国籍企業における利益移転による税源浸食への対応として、“税源浸食と利益移転（Base Erosion and Profit Shifting: 以下「BEPS」という）”<sup>(6)</sup>への行動計画<sup>(6)</sup>が議論されている。このような租税回避として、多国籍企業は実質的に所得移転前と同じ活動をしているにもかかわらず、

その所得帰属を変更するために、リスク・機能・資本などを契約でタックス・ヘイブン関連会社に変更している場合があり、特にこのような場合には所得の帰属を変更しやすい特許・ノウハウの無形資産など（以下「IP」という）が利用されているようである。これに対して、移転価格税制では、このようなリスク・機能・資本などの移転があれば所得が移転すると概念されるため<sup>(7)</sup>、これらを利用した所得移転を移転後の状況で直截に移転価格税制の課税対象にできない。そこで、このような取引に対し、移転価格税制の適用上その

(2) 増井良啓教授は、移転価格税制を事業再編に適用する場合に、事業再編それ自体に対する移転価格税制の適用と事業再編後の取引に対する移転価格税制の適用の局面（しばしば恒久的施設（代理人）の問題が生じる）に分けて分析され、その両局面において課税の困難性を指摘されている（増井良啓「事業再編に伴う無形資産の国外移転」ジュリスト1445号（2012）46-47頁参照）。

(3) 増井・前掲注(2)43頁では、「1990年代半ば以降、多国籍企業の事業再編は、しばしば、無形資産とリスクの集中化を伴ってきた。典型例として、次のものがある。本格的販売業者から、リスク限定の販売業者や問屋（commissionaires）への転換／本格的製造業者から、契約製造業者や受託製造業者への転換／グループ内の中心的事業体、たとえばいわゆるIP会社に対する無体財産権の移転」と指摘されている。

(4) 居波邦泰「国際的事業再編と源泉地国の課税権の確保」租税研究763号（2013）179頁では、「現在、問題になっているのは、国際課税原則等で問題がない取引で、特に、具体的な経済活動がなされている源泉地国において課税ができない状況が生じている、そして、その居住地国との間に『導管会社』や『導管国』を挟む、又は、居住地国がタックスヘイブンで課税をしないことで、『国際的二重不課税』が生み出されていることです。」と国際課税の問題点を指摘されている。このような近年の租税回避事件として、グーグル、スターバックス、アマゾン、アップルなどの事件の指摘が

ある（財務省主税局参事官室「国際課税関係資料（国際課税資料36、37）」『消費税と国際課税への大きな潮流 [第65回租税研究大会記録]』（日本租税研究協会、2013）84-85頁参照）。また、我が国の判例ではアドビ事件（東京高判平20・10・30税資258順号11061）などがあげられよう。

(5) *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* (OECD, 2013), available at OECD HP ([http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting\\_9789264192744-en#page1](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264192744-en#page1) [最終確認日：2014年8月23日])：居波邦泰「税源浸食と利益移転への対応（仮訳）」租税研究763号（2013）196頁以降（OECD HP ([http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting\\_9789264202467-ja#page1](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/addressing-base-erosion-and-profit-shifting_9789264202467-ja#page1) [最終確認日：2014年8月23日])) 参照。このレポートでは、納税者を取り巻く最近のグローバル経済の特徴は、バリュードライバーとしての知的財産権の重要性和通信・情報テクノロジーの絶え間ない発展にあるとされている（OECD, *id.*, at 5. 居波・前掲注(5) 198頁参照）。

(6) *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (OECD, 2013), available at OECD HP (<http://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf> [最終確認日：2014年8月23日])：『OECD 税源浸食と利益移転（BEPS）行動計画』（日本租税研究協会、2013）1頁以降参照。

事実認定の問題として、何らかの無形資産の移転を概念するなどの対処方法が検討されているが<sup>8)</sup>、無形資産の認識や測定・評価はかなりの困難が伴うと思われる<sup>9)</sup>。

本稿では、このような所得移転の究極形である多国籍企業による兄弟会社間取引を利用したタックス・ヘイブンへの所得集中（租税回避）を防止するために、タックス・ヘイブ

ン対策税制を新たに構築する場合における制度面での検討を行いたい。これは、政策面での検討にもなり、その範囲が広がりすぎると論点が不明確になりやすいので、IPを利用した所得移転の究極形に絞って議論を進めることにする<sup>10)</sup>。また、制度の細部の設計に関しては、現行タックス・ヘイブン対策税制（以下「現行対策税制」という）や移転価格税制

(7) 中里実『金融取引と課税—金融改革下の租税法一』（有斐閣、1998）121頁では、移転価格税制における所得の帰属に関して、「経済的な権利の帰属と（私）法的な権利の帰属とが、一致させられるべきであるか、分離させられるべきであるかという問題は、そのような問題の設定の仕方自体が不適切なのではなからうかと思われる。移転価格課税において経済的な権利の帰属を考えるのは、（経済的な権利の帰属ということを考える自体に意味があるのではなく）当事者間のローヤルティー等に関する価格設定が適切であるかを判断するための前提としてであるにすぎない。そして、移転価格課税自体が当事者間で私法上合意された価格を否定する制度なのであるから、そのような価格づけの適正さを判断するための前提に関する判断に際しても、法的な権利の帰属にしばられる必要性は必ずしもなからう。」と指摘されている。

(8) OECDでは移転価格税制における無形資産の取り扱いについて、これらの点を踏まえて現在議論中であり（*Discussion Draft Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter VI of The OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions* (OECD, 2012), available at OECD HP (<http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/50526258.pdf> [最終確認日：2014年8月23日])：『OECD移転価格ガイドライン第6章（無形資産に対する特別の配慮）及びその関連条項の改訂に関するディスカッションドラフト（公開草案）』（日本租税研究協会、2012）参照）、2013年7月に改訂ディスカッションドラフトも公表されている（*Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles* (OECD, 2013), available at OECD HP (<http://www.oecd.org/>

<http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/revised-discussion-draft-intangibles.pdf> [最終確認日：2014年8月23日])：宮武敏夫「OECD無形資産移転価格ガイドライン—2013年7月30日付改訂ディスカッションドラフトについて—」租税研究774号（2014）166頁以降参照）。なお、OECDでは事業再編と移転価格との関係を、①リスクに関する特別の考慮、②再編自体に対する独立企業間対価、③再編後の関連者取引への報酬、④実際の取引の認識という主に4つの論点から検討している（松田直樹「法人資産等の国外移転への対応—欧米のコーポレート・インバージョン対策税制及び出出国税等が包含する示唆—」税大論叢67号（2010）81頁参照）。

(9) 浅妻章如「サービス所得等の国際課税に関する3段階のnexusの考察とBEPS」論究ジュリスト5号（2013）246-247頁では、「所得の（地理的な意味ではない）発生源たる事業の物理的遂行と、所得の人的配分とは、必ずしもリンクしない。そして、現在のBEPSは、所得の人的配分の論理を納税者側が活用することにより生じている。……所得の人的配分の発想を優先させ続ける限り、BEPSは防げない。」と指摘されている。本稿では、BEPSのような租税回避行為に対して、移転された所得の物的管轄権をベースにして源泉地国課税を強化することで、タックス・ヘイブン対策税制を新設計しようとするものである。

(10) たとえば、日本ガイダント事件（東京高判平19・6・28判タ1275号127頁）のように租税条約の規定と国内法との組み合わせにより、国際的二重不課税が発生することもあるが（錦織康高「居住地課税と源泉地課税—日本ガイダント事件を考える—」ファイナンシャル・レビュー94号（2009）35頁以降参照）、本稿ではこのような問題は対象としない。

と同様の問題点を解決できない点もあろうが、これら現行税制よりもこのような租税回避の究極形に対し、有効性のある制度になるように検討を行う。

なお、本稿は拙著である「多国籍企業の兄弟会社を利用した租税回避に対する防止規定について」税法学568号（2012）113頁以降や「タックス・ヘイブン対策税制の新たな展開—源泉地国課税の視点からの設計—」税法学570号（2013）141頁以降での考察をベースにしているため、これらで検討した点をここで確認しておきたい。現在もっとも問題な租税回避行為は、多国籍企業の兄弟会社間取引による内国法人等からタックス・ヘイブン関連会社への所得移転であると言えるが、現行対策税制は原則として内国法人等にタックス・ヘイブン関連会社への持株割合がない（又は少ない）場合における兄弟会社間の取引（横の関係）による所得移転には対応できない。また、このような横の関係には、移転価格税制が直接対応することが予定されているが、移転価格税制でも必ずしもうまく対応できていないのが現状である。そこで、タックス・ヘイブン対策税制をこのような横の関係を利用した租税回避を防止する規定として新たに構築する（以下「新対策税制」という）ことを提案した<sup>11)</sup>。ただ、新対策税制は移転された所得の物的管轄権<sup>12)</sup>に着目し、他の個

別租税回避防止規定などで対応できなかった取引に関して、タックス・ヘイブン関連会社への所得移転の蓋然性がある場合に、この関連会社の所得をベースに内国法人に合算課税するもので、他の個別租税回避防止規定の補完的な制度となる。新対策税制の課税範囲は、株式の支配力のない横の関係というネクサス（nexus）の弱さや租税回避の蓋然性で課税するという所得移転の現実性の弱さを補完すべく、近年の源泉地国課税の強化の傾向も考慮し、日本の国内源泉所得に直接影響する損益取引を課税対象とすべきであり、現行対策税制の分析からこれで課税対象として十分に効果があると考えられる。なお、新対策税制は所得移転後における事後の所得を課税ベースとすることから、移転価格税制でうまく対処できない問題（無形資産の認識や測定・評価）にも対応でき有用であると考えられる。

## I 新対策税制の制度設計

新対策税制における制度設計に関する提案を行い（法人税のみを取り上げる）、新対策税制と移転価格税制や現行対策税制などの他の租税回避防止規定との相違点を整理した後、新対策税制とこれら他の租税回避防止規定などとの適用関係も整理しておきたい。

(11) このような租税回避を是正するには、法人税における設立地基準や源泉地国管轄ではなく、機能的アプローチで法人の居住地を決定すべきという意見もある（Omri Marian, *Meaningful Corporate Tax Residency*, 71(8) TAX NOTE INTERNATIONAL 733-734 (2013)；大野雅人「意味ある法人の税法上の居住地」租税研究771号（2014）252-254頁参照）。また、同様に実質的管

理支配地基準を併用するような提言もある（田井良夫「国際的二重課税の発生と防止方法及び排除方法」本庄資編著『国際課税の理論と実務—73の重要課題』（大蔵財務協会，2011）345-346頁参照）。

(12) 課税物件の源泉地又は所在地などを基準として課税する主義を物的課税主義という（金子宏ほか編著『租税法基礎講座(1)租税法基礎理論』（帝国地方行政学会，1974）86頁〔木村寛富〕参照）。



## 1 新対策税制の提案

一般的に租税回避防止規定は、対象となる租税回避行為を見定めて、その防止規定を構築することになる。新対策税制の対象を整理すると次のようになる。新対策税制は、多国籍企業による兄弟会社間取引（横の関係）を利用したタックス・ヘイブンへの所得移転、特にIPを利用した所得移転（事業再編等に伴うIPの移転を含み、移転価格税制での対応が困難なもの）による過度な租税回避を課税の対象とする。ただ、新対策税制では、株式の支配力のない横の关系到租税回避の蓋然性で課税するというネクサス（nexus）や所得移転の確実性の弱さを考慮して制度設計することが必要である。

具体的な新対策税制の制度設計としては、内国法人がタックス・ヘイブン関連会社とのIPの移転取引を行った場合に、そのIPの移転取引に係るこの関連会社で生じた所得を、内国法人から移転された所得とみなし、当該所得を内国法人にその後数年にわたり合算課税する制度である。ただ、合算所得に係るタックス・ヘイブン関連会社所在国（以下「現地

国」という）での法人税額は、内国法人において当該合算課税の範囲内で全額税額控除する制度を提案する<sup>13)</sup>。なお、この関連会社が一定の適用除外基準を満たす場合は、新対策税制は適用しない。

新対策税制における制度設計の各項目について、個別に整理すると次のようになる。

### (1) タックス・ヘイブンの判定

新対策税制では、タックス・ヘイブンへの租税回避を防止することが目的である。そこで課税対象とする「タックス・ヘイブンの定義<sup>14)</sup>」が問題になり、この場合にはやはり軽課税ということがキーになる。日本からの所得移転に着目した場合には、必ずしも相手先がタックス・ヘイブンである必要はなく、日本との税率差があれば所得移転のメリットがあるので<sup>15)</sup>、日本との税率差があれば課税対象とし、課税対象所得全体に少額基準を設けるという制度設計も可能かもしれない。しかし、新対策税制のネクサスの弱さや所得移転の蓋然性での課税であるという点とのバランスや適用除外を受ける内国法人の事務負担を考慮した場合には、軽課税国という縛りがあ

13) この場合に、内国法人で税額控除するタックス・ヘイブン関連会社が納付した税額にはタックス・ヘイブン（タックス・ヘイブン所在地国：現地国）における課税が主であるが、当該タックス・ヘイブン以外の国での税額（タックス・ヘイブン関連会社の海外支店などが納付した税金）も含む可能性がある。このような文脈において内国法人で税額控除する税額は「タックス・ヘイブン所在地国等：現地国等」などという表現が正確な表現になるが、本稿では原則として「タックス・ヘイブン所在地国：現地国」などという表現で簡記することにする。

14) 近年のOECDでの議論（1998年）では、タックス・ヘイブンの要件は単に税率が低い国ではな

く、①実効税率がゼロあるいは名目的、②実効性のある情報交換の欠如、③税制・税務行政における透明性の欠如、④実質的な経済活動がないという4つの項目が要件とされており、その後（2001年）は①は各国・地域の主権事項であり、④についてはその判定が困難であることから、②と③の2要素に限定されている（中島隆仁「OECDのタックス・ヘイブン対策—租税目的の情報交換に関する最近の動向—」税大ジャーナル14号（2010）142-143頁参照）。

15) 中村大輔「コーポレート・インバージョン対策税制に関する一考察—日米比較を中心に—」『第32回日税研究賞 入選論文賞』（日本税務研究センター、2009）83頁参照。

る方が妥当であろう。また、新対策税制は内国法人とタックス・ヘイブン関連会社とのIPによる所得移転取引に係る所得を課税対象にするので、現行対策税制のようにこの関連会社全体で軽減税かどうかを判定するのではなく、その対象取引より生じる所得に対する税率で判定することになる<sup>16)</sup>。このように該当する所得に係る税率に着目するため、新対策税制ではパテント・ボックス (patent box) 税制<sup>17)</sup>のようなIPの所得に優遇税制をとっている国も想定されるので、これらにも対応する必要がある。そこで、新対策税制が課税対象とするタックス・ヘイブンの判定は、原則としてその国の法人税率で判定するが、課税対象取引に対して軽減税率が適用されている場合 (例えば、パテント・ボックス税制など) には、その優遇税制における税率で判断する

ことになる。なお、この場合の税率をどの程度に設定するかは、日本の税率や諸外国の税率等を考慮して政策的に決めることになる<sup>18)</sup>。

## (2) 課税対象取引

新対策税制は損益取引による内国法人からタックス・ヘイブン関連会社への所得移転 (横の関係) を課税対象にする。新対策税制では横の関係での所得移転が対象であり、「取引対象者」は移転価格税制での国外関連者の概念<sup>19)</sup>が利用できるであろう<sup>20)</sup>。この「損益取引」において、新対策税制はIPを利用した所得移転 (事業再編等のリスク・機能・資本の移転による取引を含む) に対応する必要があるが、その適用のトリガーとなる取引を明確に規定するのは相当困難であろう<sup>21)</sup>。こ

16) 鈴木将寛「アジアの租税競争」租税研究777号 (2014) 184頁では、「アジアでは、法定税率ではなく税制優遇措置を用いた租税競争が行われていた」と指摘されており、このような指摘を踏まえ、法定税率ではなく優遇税制 (税額控除等) も考慮した実効税率ベースでの判定がより望ましいであろう。なお、現行対策税制では複数税率が適用される場合は実際の納付金額ではなく、最も高い税率を適用した場合の金額を使用できるとされており (税特措令39の14第2項3号)、必ずしも実際の負担額をベースにした実効税率での判定ではない。

17) パテント・ボックス税制は必ずしも統一された定義はないが、「『一定の知的財産に関連する所得 (主にロイヤリティー所得) に対する軽減税率を使った優遇措置』」(村田欣潤・岡田至康「The Patent Box : 各国のパテントボックス税制の概要」租税研究763号 (2013) 312頁) と定義されており、本稿でも同様なものとする。たとえば、英国では税制改正により2013年4月1日から、パテント・ボックス制度が施行された。これにより英国企業に生ずる所得の内、特許などの知的財産に関連した所得に対しては、全世界における利益に

対して10%の法人税率が適用されている (英国歳入関税庁 (HMRC) HP (<https://www.gov.uk/government/policies/making-corporate-taxes-more-competitive/supporting-pages/innovation-and-investment> [最終確認日: 2014年8月23日]) 参照)。

18) 武田昌輔ほか編著『DHCコメントル法人税法』第10巻 (第一法規) 4995の3頁では、「トリガー税率の水準は、どこにその水準を引くかという意味での租税回避を適正に防止するという『その必要性』と租税回避ではないという、企業側の証明という意味での『企業の事務負担』とのバランスを考慮して設定する必要がある。」と指摘されている。

19) 移転価格税制における国外関連者は、原則として内国法人と直接・間接に50%以上の持株関係 (累積方式ではなく、国外関連者に該当するかしないかで次の段階を判定する) にある外国法人であるが、その他にも人的支配関係・取引支配関係・金銭的支配関係を考慮した実質的支配関係での判定なども導入されている (税特措令39条の12第1項)。

のようなIPを利用した所得移転の蓋然性を判定するには、内国法人とこの関連法人との間に事業再編やコスト・シェアリング<sup>20)</sup>等の何らかの取引関係を認識することで十分であろう。IPを利用した所得移転の有無は、事業再編等によって内国法人の果たす機能などが小さくなり、これに伴い内国法人の所得が再編前より小さくなるという場合にも、何らかのIPが利用され所得が国外に移転したと認識して課税対象にするべきであろう。また、IPの定義に関しては、移転価格税制での議論が参考になると考えられる。OECDでは移転価格税制は独立企業原則との関係で無形資産を特定する必要があるため、その定義を「物理的資産又は金融資産ではなく、商業的活動に使用するために所有又は支配することができるもので、比較可能な環境のもとにおいて独立

当事者間で行われたとすれば、その使用又は譲渡に対して対価が支払われるようなものであることを指すものと意図されている」<sup>21)</sup>とし、かなり広い概念を用いている。新対策税制では移転価格税制などの他の租税回避防止規定で課税が困難なものを所得移転の蓋然性で課税するので、IPの定義を厳密に置くのではなく、目標とする租税回避行為を想定し、これらをまずは形式的に課税対象に取り込むことが必要である。そこで、本稿では何らかのIPの利用による所得移転の蓋然性がある場合を課税取引<sup>24)</sup>と考え、IPの定義も厳格に定義せずかなり広い概念で捉えることにする。

なお、新対策税制では内国法人に合算課税される所得は、現行対策税制のようにタックス・ハイブン子会社の利益全体に持株割合を乗じた部分ではなく、移転価格税制のように

20) 現行税制においても、非課税規定を利用した租税回避防止に関する規定であるが、軽課税国を利用したものから関係会社間取引を利用したものへ租税回避防止のターゲットを拡大した民間外債の利子非課税規定もある(税特措6条4、5、6項、税特措41条の13第3項、税特措67条の17第3項)。なお、平成26年度改正(2014)で外国法人課税が帰属主義に変更になり(平成28年(2016)4月1日以後開始する事業年度から適用)、民間外債の利子はPEに帰属するものはPE帰属所得として法人税が課税され、PEに帰属しないものは国内源泉所得に該当しないので、この特例によって非課税にされるものがなくなることから、民間国外債の利子の非課税はこの規定から除外される(税特措67条の17第3項)。

21) 岩崎政明「パテントボックス税制の法人所得概念への影響」金子宏・中里実・J.マーク・ラムザイヤー編著『租税法と市場』(有斐閣、2014)492-493頁では、「無形資産に対応する用語は、企業会計や法人税法上は『無形固定資産』と呼ばれ、また私法上は『知的所有権又は知的財産権』(intellectual property)と呼ばれているし、そこに含まれる権利も、学問分野が異なると違いが生

ずる。代表的な具体的権利は、特許権、著作権、実用新案権、意匠権、商標権、商号等であろうが、こうした権利の定義は国内法によって決まってくるので、全世界で共通というわけでもない。」と指摘されている。

22) 無形資産を国外に移転したことによる移転価格税制の問題を回避するため、居波・前掲注(4)163頁では、「無形資産を開発する段階において、そのメンバーにタックスハイブン等の低課税国にある海外子会社を入れることで、その設立出資金等を無形資産の開発に供出させて、開発した無形資産の権利を当該海外子会社に当初から配分することで、無形資産からの所得をタックスハイブン等の海外子会社に事前的に帰属」させるコスト・シェアリング契約が利用されていると説明されている。

23) OECD (*Revised Discussion Draft*), *supra note* 8 at 14 para 40. 宮武・前掲注(8)169頁参照。

24) OECDの移転価格税制の議論では、「C 無形資産の使用又は移転が関わる取引」という章があり、新対策税制の課税対象取引を決める場合の参考になるであろう(OECD (*Revised Discussion Draft*), *supra note* 8 at 29-32参照)。

タックス・ヘイブン関連会社に所得移転されたと認定された金額の全額（利用されたIPに係るセグメント損益<sup>25)</sup>）をベースとした金額になる。また、新対策税制において、IPの利用による所得移転後にタックス・ヘイブン関連会社の当該IPに係る所得を何年間にわたって合算課税するのかという問題があるが、これは当該IPの超過収益力が何年続くのかということに起因する<sup>26)</sup>。新対策税制では所得移転の蓋然性での課税であり、これは政策的な割切りの問題ということになるであろう。

### (3) 外国税額の税額控除

新対策税制は、個別に租税回避行為を認定するのではなく、所得移転の蓋然性で課税することで、移転価格税制などで個別に補足できなかった所得移転にも対応する必要がある。そこで、租税回避による所得移転を個別に認定せず、結果としてタックス・ヘイブンに所得が移転した場合に新対策税制を適用することになる。このような新対策税制の性格（所得移転の確実性の弱さ）や新対策税制が株式の支配力がないタックス・ヘイブン関連会社の所得（ネクサスの弱さ）をベースに内国法人に合算課税するものであるという点からして、新対策税制で合算課税した所得が、

この関連会社ですでに課税されている場合には、当該外国税額を内国法人で税額控除の対象とするのが妥当と考える。新対策税制における外国税額の税額控除では、たとえば、現行の外国税額控除におけるように国外源泉所得をベースに控除限度額を計算するのではなく<sup>27)</sup>、現地国で実際に課税された税金を単純に控除するようにし、現行外国税額控除とは異なった枠組みのものにすべきであろう。

結果として、新対策税制は合算対象となる所得に係るタックス・ヘイブン関連会社での現地国課税を認めることになり、内国法人の税率と現地国税率との差額を日本が課税する形態になる（以下「差額課税」という）。新対策税制は所得移転の認定が蓋然的であり、ネクサスが弱いので、外国の課税権を直接侵害しないような制度設計とも言えよう。なお、この差額課税とは、内国法人で合算所得に対して課税が生じることを前提としているので、たとえば内国法人が欠損で合算所得を加えても課税所得が生じない場合などには、この関連会社が合算所得に対して納付した外国税額は、税額控除の対象にはならず、日本で還付の対象にはしないというものになる<sup>28)</sup>。新対策税制の税額控除は、あくまで日本での合算課税で追加的に課税が生じた場合に、そ

25) なお、現行対策税制においてであるが、適用除外規定の従たる事業所得の連座問題に対して、事業アプローチというセグメント損益を基準に合算所得の計算を提案したものがある（伴忠彦「外国子会社合算税制における合算方式と適用除外基準の再考」税大論叢63号（2009）189頁以降参照）。

26) たとえば、移転価格税制における無形資産の評価を事後の収益で修正する考え方をとる制度があり、米国の所得相応性基準では5年、ドイツの対外取引課税法では10年とされている（居波邦泰「無形資産の国外関連者への移転等に係る課税の

あり方—わが国への所得相応性基準の導入の検討—」税大論叢59号（2008）504、526頁参照）。

27) 現行対策税制で合算課税された所得に現地で課税された税に関しては、内国法人が納付した他の外国税と同様の枠組み中に取り込まれ、外国税額控除の対象とされている（税特措66条の7第1項）。ただ、この場合には、外国税額控除における控除限度額などの制限のために、合算対象所得に対して現地国で課税された税金が必ずしも控除される保証はない。



の範囲内で現地国の課税権を侵害しないように税額控除を行う制度である。

#### (4) 適用除外規定

新対策税制は現行対策税制のように所得移転の蓋然性で課税を行うため、経済合理性のある取引まで課税対象に含んでしまう可能性がある。そこで、新対策税制でも現行対策税制と同様に適用除外規定を整備する必要がある。

新対策税制でも、タックス・ヘイブン関連会社がペーパー法人のように実体がない場合や取引のほとんどが関連会社間である場合には、内国法人とこの関連会社との取引で生じた所得を課税対象として問題ないであろう<sup>28)</sup>。ただ、新対策税制は所得移転の蓋然性で課税するので、内国法人が事業再編等において、この関連会社が新たに再編後のストラクチャーで、その事業を行った場合と同等の利益しか計上していないことを反証した場合などのように、IPの移転がないなどという合理性があれば適用除外とすることが妥当であろう<sup>29)</sup>。具体的には、新対策税制においても現行対策税制での適用除外規定のような規定を設け、タックス・ヘイブン関連会社の実体の有無（事業基準・実体基準・管理支配基準など）や経済合理性（非関連者基準）の有無を当該取引に関して形式的に判定するとともに、

内国法人にIPの移転がないことを反証させる機会を与えるというような制度設計にすべきであろう。

#### 2 他の租税回避防止規定との相違点

新対策税制と他の租税回避防止規定との相違点について整理する。新対策税制と移転価格税制とを比較すると、移転価格税制では、独立企業間価格で個別に所得移転を判定している。移転価格税制は無形資産の取引においても、原則としてどのような資産がいくらで取引されたかという無形資産の認識と測定・評価ができないと課税できないことになる。ところが、高度に統合された多国籍企業の活動において、個別に無形資産を認識し測定・評価することは困難になってきている。実際にBEPS等でこのような移転価格税制の欠点を利用した租税回避行為が大きな問題になっている。そこで、新対策税制では独立企業間価格を使って個別に租税回避行為を判定するのではなく、現行対策税制のように所得移転の蓋然性で課税し、このような所得移転にも対応できるように制度設計することになる。

新対策税制を現行対策税制と比較すると、新対策税制では多国籍企業の兄弟会社間取引（横の関係）によるタックス・ヘイブン関連会社への所得集中、とりわけ移転価格税制が苦手とする無形資産を利用した取引による内

<sup>28)</sup> 日本の法人税法では、繰越欠損金は使用制限（9年：法税57条）があり、必ずしも課税所得と欠損金がリンクしている訳ではない。

<sup>29)</sup> なお、現行対策税制では、平成22年度改正（2010）で統括会社に係る事業基準の特例（税特措66条の6第3項）や物流統括会社に係る非関連者基準の特例（税特措令39条の17第10項）が導入され、企業の実態に合わせて適用除外規定を改定している。

<sup>30)</sup> 移転価格税制では「再編後取引と同等のストラクチャーを独立当事者が用いたとすればどれだけの利益が適切かを検索せねばならない」（金子宏ほか『移転価格税制の研究（日税研論集64号）』（日本税務研究センター、2013）92頁〔増井良啓〕と指摘されており、このようなことを内国法人が反証した場合などには、新対策税制の適用除外とすべきであろう。

国法人からの所得移転（過度な租税回避）を防止することに焦点を当てている。現行対策税制のように持株基準（縦の関係）による所得是正では、このような横の関係を利用した所得移転にはそもそも対応できないことになる。そこで、新対策税制ではこの関連会社との取引（横の関係）による所得を課税対象とするが、現行対策税制のように株式の支配力によるネクサスがないので、移転された所得の物的管轄権をベースとして近年の源泉地国課税強化の傾向も考慮し、課税対象を内国法人等との損益取引により生じた所得移転に限定することでそのネクサスを補完している<sup>31)</sup>。したがって、新対策税制では所得移転の蓋然性で課税する現行対策税制の特徴を利用することで移転価格税制での独立企業原則による課税が困難な所得移転も補えることを可能にしたものと言えよう。

なお、事業再編等で内国法人からリスク・機能・資本が外国法人に移転されたケースでは、内国法人を外国法人の代理人として恒久

的施設（Permanent Establishment：以下「PE」という）と認定することで、PE課税でこのような所得移転に対処することも考えられる<sup>32)</sup>。このように考えれば、PE課税も租税回避防止規定とも整理できよう。現行のPE課税はソース・ルール（source rule）による国内源泉所得とPEを個別に認定することで課税関係が決定されることになるが<sup>33)</sup>、実際にはこれらの事実認定が困難であり、過度な租税回避の場合には適用しにくい。これに対して、新対策税制は所得移転の蓋然性での形式的な課税であり、過度な租税回避にも対応できる。

### 3 他の租税回避防止規定との適用関係

新対策税制と他の租税回避防止規定との適用関係について整理する。新対策税制は、移転価格税制のように独立企業間価格により個別に租税回避行為を認定するのではなく、また、PE課税のように国内源泉所得やPEを個別に事実認定するものでもなく、所得移転の

(31) 新対策税制をタックス・ヘイブン対策税制のエンティティ・アプローチ（entity approach）やトランザクショナル・アプローチ（transactional approach）という既存のアプローチとの関係で整理すると、内国法人との取引関係が全くない所得まで課税対象にするエンティティ・アプローチでのオール・オア・ナッシング（all or nothing）の課税方法は、新対策税制では不適當と言わざるを得ない。また、多国籍企業における製造や販売活動などが複雑に絡んだIPを利用した所得移転を想定した場合には、トランザクショナル・アプローチのように特定の取引を定義し抽出するのも、新対策税制では困難を伴うであろう。そこで、既存の両アプローチは直接新対策税制には適用できないことになり、新対策税制の制度を構築する場合には、既存の両アプローチの内、使用可能なパーツを組み立て利用することが現実的な方法になるであろう。

(32) 増井・前掲注(2)46-47頁や土屋重義「居住地国課税と源泉地国課税の理論と政策」本庄資編著『国際課税の理論と実務—73の重要課題』（大蔵財務協会、2011）321頁以降参照。

(33) この場合には、PEが行うサービスや無形資産等の所得の源泉地をどのように捉えるのかという「国内源泉所得」の定義がより重要となるであろう。このような点に関して、浅妻章如教授はサービスPEや技術サービスにおける所得課税等のネクサスの設計において、抽象論としては所得源泉の基準は生産が需要かという議論になると問題提議されている（浅妻・前掲注(9)244頁参照）。なお、平成26年度改正（2014）において、外国法人への課税に関して総合主義から帰属主義に変更されることが決まったが、源泉地国課税を強化するという考えからは、総合主義による課税の方が親和的であろう。

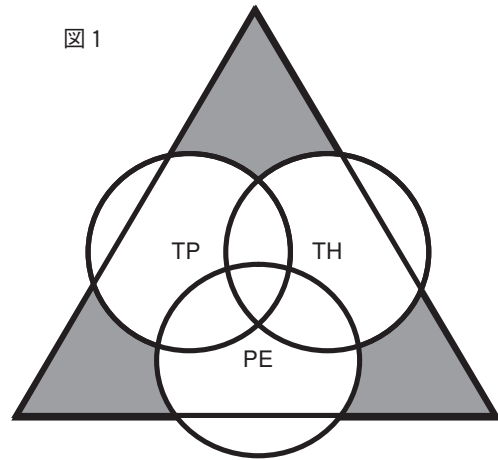
蓋然性での課税であり移転価格税制やPE課税で個別に補足できなかった所得移転にも対応できることになる。しかし、新対策税制は現行対策税制と同様に所得移転の蓋然性での課税だが、株式による直接の支配力を要件としないことから、現行対策税制よりネクサスが弱いと言える。

このような点に着目すれば、新対策税制の課税対象取引が他の租税回避防止規定などで課税対象になっている場合は、新対策税制を発動させる必要がないことになる。そこで、新対策税制と他の租税回避防止規定等の課税規定が競合した場合は、これら他の租税回避防止規定等の課税規定が優先適用されることになる。

新対策税制と他の租税回避防止規定（移転価格税制（TP）、現行対策税制（TH）、PE課税（PE））との課税範囲を整理すると図1の塗りつぶしの部分のようになる。

新対策税制は、移転価格税制・現行対策税制・PE課税で課税できない又は実質的に課税できていない、内国法人からタックス・ヘイブン関連会社への事業再編等によるIPにより所得移転された所得（図1の塗りつぶし部分）が課税範囲になる。この図1を個別にみていくと、まず新対策税制と移転価格税制との関係では、両者とも内国法人の損益取引を対象に関する所得移転を課税対象にするが、競合した場合は移転価格税制を優先適用する。また、新対策税制は独立企業原則で租税回避が判定しにくいIPの取引による所得移転

図1



も課税対象にできるが、移転価格税制は内国法人との取引先がタックス・ヘイブン関連会社でなくても課税対象にできる。次に新対策税制と現行対策税制との関係では、内国法人とタックス・ヘイブン関連会社とに一定以上の資本関係がある場合に両者は競合するが、この場合には現行対策税制を優先適用させる。また、新対策税制は内国法人と一定の資本関係がないタックス・ヘイブン関連会社との取引による所得移転も課税対象にできるが、現行対策税制はタックス・ヘイブン子会社との直接の取引がない場合でも課税対象にできる。最後に新対策税制とPE課税との関係では、タックス・ヘイブン関連会社が日本国内にPEを持っておりPEでの所得がある場合を想定すれば両者は競合するが、この場合には合算課税時に当該PE所得に係る日本の法人税は税額控除することで<sup>84)</sup>、結果としてPE課税を優先適用することになる。また、新

84) このようなタックス・ヘイブン対策税制におけるPE課税と合算所得との二重課税の調整は、現行対策税制でも外国税額控除に準じて調整されており（税特措法66条の6第2項2号及び税特措令39条の15、税特措法66条の7）、新対策税制でも税

額控除で対応する。なお、現行対策税制では、軽課税かどうかの判定における租税負担割合の計算において、その分母・分子においてタックス・ヘイブン子会社の日本PEでの所得と法人税額が考慮される（税特措令39条の14第2項）。

対策税制はPE課税での事実認定がうまく機能しない場合でも課税対象にできるが、PE課税は日本のPEとタックス・ヘイブン関連会社以外の取引でも課税対象にできることになる<sup>35)</sup>。

なお、新対策税制と現行対策税制などとは課税対象が異なるので併存することは可能であり、現行対策税制などが優先適用されることで、新対策税制は今まで課税できなかった租税回避行為を捕捉するというように、相互に補完した働きが期待できよう。

## II 新対策税制の分析

前章において新対策税制での制度設計を提案したが、新対策税制の制度における特徴を把握するために、いくつかの論点（課税対象所得、IPの認識・測定・評価、税額控除制度、差額課税）で分析する。

### 1 課税対象所得

新対策税制では株式の支配力のない状況に

において所得移転の蓋然性で課税するので、移転された所得の物的管轄権をベースにし、課税のネクサスを強化するために内国法人との損益取引により所得移転される所得（日本の国内源泉所得）を課税対象とすることにした。これまでは、日本からの所得移転を便宜的に日本の国内源泉所得からのものとして議論してきたが、ここでこの点について少し考察したい。

無形資産の取引において、国内源泉所得か国外源泉所得の判定はソース・ルールの規定になるが<sup>36)</sup>、このように国内外源泉所得の区分を厳格に行うならばIP（事業再編等を含む広い概念）などの所得源泉地が本源的にどのよう決定されるべきかという命題を解決する必要が出てくる<sup>37)</sup>。この問題はかなり厄介なもので、使用料の所得源泉地を判定する考え方である使用地主義においても、IPの使用地が製品の製造地か販売地かのいずれで判定すべきか、ということすら明確ではない<sup>38)</sup>。

新対策税制が対象とするIPを含む損益取引

35) 移転価格税制と現行対策税制とPE課税の3者における適用関係は、次のように整理できるのではないだろうか。移転価格税制と現行対策税制では移転価格税制が優先され（税特措令39条の15第1項1号）、現行対策税制とPE課税では結果としてPE課税が優先される（前掲注34参照）。移転価格税制とPE課税では、PE課税において日本の課税所得を計算する場合に原則として独立企業原則が適用されることから（平成26年度改正（2014）でOECDにおけるAOAの導入に伴う法税142条など）、移転価格税制の考え方が優先されることになろう。したがって、概念上は移転価格税制、PE課税、現行対策税制の順で優先適用されると整理できるかもしれない。

36) このようなソース・ルールとして、法人税法（法税138条1項7号及び平成24年度改正（2014）での法税69条4項9号）では、無形資産における使用料やその譲渡に係る所得は、使用地主義（債

務者主義との解釈（谷口勢津夫「ソース・ルール」ジュリスト1075号（1995）55頁参照）などもある）で国内源泉所得かどうか判断される。また、日本の租税条約の規定では、たとえば使用料に関して、債務者主義・使用地主義・居住地国での課税のものがある。なお、現行のソース・ルールでは所得の実現との関連において所得の源泉地を判定しており、このようなソース・ルールは、所得の源泉地の判定を税務執行上容易にし、法的安定性の確保には役立つが、国際取引の経済的現実（economic realities）をほとんど考慮に入れていないために、外国企業による租税回避を容易にするとの指摘があり（谷口勢津夫「外国企業課税に関する帰属主義と全所得主義(2)」税法学390号（1983）4頁参照）、今後租税条約の規定も考慮し、無形資産の使用や譲渡に関するソース・ルールの規定自体を再検討することも重要になると思われる。



による所得移転には、日本国内ですでに形成されたIPに係る所得移転だけでなく、今後高い収益性を生む可能性のあるIPの「種」というべきものに係る所得移転も含めた上で、それらの国外移転を問題にすべきである<sup>37)</sup>。この場合に、これらのIPが国外移転されたと明確に認識でき、その適正な時価が評価・測定できるなら、移転価格税制で対応は可能である。しかし、これらIPの国外移転を明確に認識することすら困難である。多国籍企業はこのような移転価格税制の弱点を利用し、移転価格税制での適正な課税を受けることなく、内国法人のIPをタックス・ヘイブン関連会社に移転することで、そのIPによる所得を内国法人からこの関連会社に移転させている。そこで、内国法人からIPが明確にこの関連会社に移転されている場合（この場合は移転価格税制で適正に課税できる）を除き、内国法人とのIPを含む取引によりこの関連会社において経済合理性なく生じた所得（適用除外規定を満たさない場合）に関しては<sup>38)</sup>、税務上IPが内国法人に残されている蓋然性があると推定できるので、このIPから生じた所得には日

本の物的管轄権が及ぶといえよう。この場合に、IPの所在地の判定の困難さを考慮して、当該所得はIPから生じた国内源泉所得と整理することも可能であろう。

しかし、このような整理で国際的な合意を得るのはかなりの困難と時間を要すると考えられるし、新対策税制の重要なコンセプトである所得移転の蓋然性での課税ということを考慮すれば、日本から移転された所得を厳密な意味で日本の国内源泉所得に限定する必要はないとも考えられる。また、日本の課税権の侵害という点からは、新対策税制では内国法人の国外源泉所得からタックス・ヘイブン関連会社に移転された所得が課税対象に含まれていても問題はない。新対策税制の課税対象において、このような区分の困難性を考慮すれば国内外源泉所得を厳格に区分しないことも、政策的には許容される範囲ではないだろうか。本稿ではBEPS等での議論のような租税回避への対処法として、新対策税制の制度を考察するのが目的である。そこで、事業再編等による結果としてIPがタックス・ヘイブン関連会社に蓋然的に移転された場合に、

37) 使用料に関する所得源泉の分析の先行研究として、中里実『国際取引と課税—課税権の配分と国際的租税回避—』（有斐閣、1994）109頁以降〔初出、1985、1991年〕、浅妻章如「所得源泉の基準、及びnetとgrossとの関係（三・完）」法学協会雑誌121巻10号（2004）1565頁以降や浅妻章如「知的財産等の移転価格問題とtime value of money等の移転」租税研究772号（2014）206頁以降などがある。

38) 中里・前掲注37)111頁参照。また、ミッチェル事件（東京地判昭60・5・13判タ577号79頁）やシルバー精工事件（最判平16・6・24訟月51巻6号1654頁）などの判例もある。

39) たとえば、内国法人から未完成なIP（時価評価しても少額）をタックス・ヘイブンに移転し、実

質的には内国法人が管理し（内国法人は役務提供の対価を受領）、その後タックス・ヘイブン関連会社が当該IPで多額な所得を得る場合などが考えられる。

40) なお、現行対策税制においても、タックス・ヘイブン子会社の主たる事業が無形資産の提供などの場合には適用除外規定の適用はなく（税特措66の6第3項）、その理由としては「これらの事業は、その性格からして我が国においても十分行い得るものであり、わざわざタックス・ヘイブン国に所在することについて税負担軽減以外の積極的な経済合理性を見出すことは困難である」とされている（高橋元監修『タックス・ヘイブン対策税制の解説』（清文社、1979）130、131頁〔小田嶋清治〕参照）。

そのIPの移転に見合った移転価格課税がなされた場合を除き、内国法人で課税されていた所得が減少し、当該関連会社で生じた所得に経済合理性がないなどの状況があれば、当該関連会社での所得が厳密に日本の国内源泉所得からの所得移転かどうかを精査せず、このような所得移転の蓋然性があれば概念上は内国法人の国内源泉所得から所得移転があったものとして、新対策税制の課税対象に含むことにする<sup>(41)</sup>。なお、新対策税制では内国法人との取引による損益しか合算課税対象にしないので、現行対策税制のように内国法人と全く取引関係が認められない場合におけるタックス・ハイブン子会社の所得（明らかに日本の国外源泉所得）を合算課税に含めることはない。

## 2 無形資産などの認識と測定及び評価

移転価格税制での無形資産の測定及び評価に関して、無形資産移転後の国外関連者の損益をベースに評価する米国の所得相応性基準

が<sup>(42)</sup>、OECDでの解釈（移転価格ガイドライン）において租税条約に違反するとの指摘がある<sup>(43)</sup>。そこで、新対策税制が移転価格税制の補完的な機能を持つので、移転価格税制における所得相応性基準への批判が新対策税制に影響するのかを検討する。

### (1) 所得相応性基準 (commensurate with income standard)

米国では、1980年代後半に独立企業原則をベースにした移転価格税制の執行において、無形資産の評価の困難性から、1986年に所得相応性基準が導入された。所得相応性基準<sup>(44)</sup>は米国内国歳入法典第482条に、無形資産の譲渡等の場合において、当該譲渡等に係る所得金額は、その無形資産に帰属すべき所得と相応するものでなければならぬと規定されている<sup>(45)</sup>。所得相応性基準では、無形資産の移転時から5年間、当該無形資産に係る収益を見積もり、移転時の見積より一定の範囲以上乖離した場合に、後日その調整分を課税さ

(41) 米国では、2011年に無形資産を利用したタックス・ハイブンへの所得移転に関して、タックス・ハイブン子会社に生じた無形資産に関連した所得を合算所得 (Subpart F) に含めるという国際税制改正の discussion draft などが公表された (Dave Camp, *Ways and Means Discussion Draft (October.26.2011)* 44 (Committee on Ways and Means, 2011), available at Committee on Ways and Means HP ([http://waysandmeans.house.gov/uploadedfiles/discussion\\_draft.pdf](http://waysandmeans.house.gov/uploadedfiles/discussion_draft.pdf) [最終確認日：2014年8月23日])；加藤雅規・村岡欣潤「米国での抜本的な税制改正の動向と今後の行方(F)」国際税務32巻9号(2012)50-51頁参照)。なお、2014年2月に2011年草案の2014年度改正案も提出されている ([http://waysandmeans.house.gov/uploadedfiles/statutory\\_text\\_tax\\_reform\\_act\\_of\\_2014\\_discussion\\_draft\\_022614.pdf](http://waysandmeans.house.gov/uploadedfiles/statutory_text_tax_reform_act_of_2014_discussion_draft_022614.pdf) [最終確認

日：2014年8月31日])。ただ、このように米国では、無形資産を利用したタックス・ハイブンへの所得移転を強化する方向が示されているが、これらの税制改正案などでは、あくまでもタックス・ハイブン子会社へ移転された所得を当該子会社への持分割合に応じて合算する、縦の関係における税制での枠組みの中でのものである。

(42) 飯守一文「米国移転価格税制の検討と若干の提言」筑波ロー・ジャーナル9号(2011)36-39頁参照。

(43) 居波・前掲注(42)486-514頁などにこの規定の詳しい分析がある。

(44) U.S. Government Printing Office (GPO) HP (<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2012-title26/pdf/USCODE-2012-title26-subtitleA-chap1-subchapE-partIII-sec482.pdf> [最終確認日：2014年8月23日]) 参照。

れる制度になっている<sup>(45)</sup>。

これに対して、EU諸国などからは米国の所得相応性基準は、後知恵 (hindsight) の使用禁止に違反していると反対された。OECDの移転価格ガイドラインのpara.3.74では、比較可能性分析において、「取引年度の後続年度のデータも、移転価格の分析にも関連するかも知れないが、後知恵の使用することを回避するよう注意を払わなければならない。」<sup>(46)</sup>とされ、後知恵使用が禁止されている。また、取引単位利益分割法の分割すべき合算利益の決定に関しても、同ガイドラインのpara.2.128やpara.2.130において後知恵使用の禁止がうたわれている<sup>(47)</sup>。このように、米国の所得相応性基準は、OECDでは認められていないため、租税条約において抵触問題が生じることになる<sup>(48)</sup>。

## (2) 新対策税制での課税

新対策税制は、IPを利用した国外関連者へ

の所得移転の是正を対象とし、現地国で後日実際に発生した所得をベースに課税するので、この意味において所得相応性基準とほぼ同様の範疇に該当し、後知恵使用の非難の対象になるとも言えなくはない。そこで、これらの考え方をここで比較して整理しておきたい。

所得相応性基準は、内国法人が過去に国外に移転した無形資産の移転時に生じた国内源泉所得（無形資産の譲渡などの時価）を事後的に実現した所得で補正するものである。これに対して、新対策税制ではIPが内国法人からタックス・ヘイブン関連会社に明確に移転され、適正な時価で課税されている場合を除き（この場合は移転価格税制で対応でき、移転価格税制が新対策税制より優先適用される）、この関連会社へのIPの移転自体に経済合理性がないなどの場合（適用除外要件を満たさない）に、当該IPによりこの関連会社で生じた所得ベースを、内国法人に合算課税す

(45) Treas. Reg. § 1.482-4 (f) (2) (ii). (GPO HP (<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2013-title26-vol6/pdf/CFR-2013-title26-vol6-sec1-482-4.pdf> [最終確認日：2014年8月23日]) 参照)。

(46) *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2010* 128-129 (OECD, 2010), available at OECD HP ([http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010\\_tpg-2010-en#page1](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2010_tpg-2010-en#page1) [最終確認日：2014年8月23日])：「OECD移転価格ガイドライン（2010）（仮訳）」（国税庁 HP 70 頁 (<http://www.nta.go.jp/sonota/kokusai/oecd/press/pdf/33.pdf> [最終確認日：2014年8月23日])）参照。

(47) OECD, *id.*, at 99-100. 国税庁・前掲注(46)47頁参照。

(48) 米国の所得相応性基準と同様に後日に実現した損益での課税所得修正を規定したドイツの国際取引課税法においては、納税者の反論を可能とすることで、租税条約での独立企業原則と所得相応性基準の抵触の問題を回避しているとの指摘がある（居波邦泰「国際的事業再編取引への対応について—移転価格税制の観点から—」税大論叢75号（2012）334-335頁参照）。このような点を考慮した場合に、新対策税制で適用除外規定において納税者に当該取引の経済合理性を反証する規定を入れておくことは、租税条約に抵触するという批判を低減することに役立つかも知れない。なお、現行対策税制が租税条約違反かどうかを争った事件がある。これは、現行対策税制が「PEなければ課税せず」という事業所得の原則に違反するのではという「グラクソ事件」（最判平21・10・29民集63巻8号1881頁）であり、現行対策税制のように内国法人に課税するものは租税条約に抵触しないと判示された。

るものである。これは、税務上当該IPが内国法人に残されている蓋然性があると推定し、日本がそのIPに対し物的管轄権を持ち続け、内国法人にそのIPによる所得を課税していると整理できる。見方を変えれば、内国法人がIPを所有している蓋然性があると推定できる場合に、新対策税制は各年度でそのIPにより実現した所得をベースに、その所得の物的管轄権に基づき内国法人に課税しているといえる。

このように、IPの認識と測定及び評価に関して、所得相応性基準と新対策税制の課税対象とはまったく異なっており、新対策税制は後知恵の使用としての批判の対象にはならないと考えられる。逆に言えば、新対策税制は、移転価格税制における所得相応基準の欠点を異なるアプローチにより、結果として是正する制度であるとも評価できよう<sup>49)</sup>。

### 3 税額控除制度

新対策税制は、内国法人からタックス・ヘイブン関連会社への租税回避防止規定であるが、個別に租税回避行為を認定せず、所得移転の蓋然性がある場合に課税するものである。そこで、新対策税制が株式の支配力がない横の関係における蓋然性での課税であることとのバランスを考慮して、現地国での内国

法人から移転された所得への課税を認めて、内国法人で当該税金を単純に税額控除する制度設計である。新対策税制のこのような税額控除の性格について整理するために、他の租税回避防止規定である現行対策税制や移転価格税制及び過大利子支払税制との比較に基づき検討する。

#### (1) 現行対策税制

現行対策税制では、課税対象所得はタックス・ヘイブン子会社に帰属する所得をベースにするが、その対象所得に現地国で課税された税金は、内国法人が支払ったものとみなして外国税額控除の枠組みで税額控除を行っている(税特措66条の7第1項)。この制度趣旨は、当該所得は親会社である内国法人の所得に合算して課税するものであり課税上親会社に帰属しているとみなされ、この子会社が当該所得に対して外国で課された税金は親会社に課された税金とみるのが適当と考えられたためであるとされている<sup>50)</sup>。このように、現行対策税制では内国法人に合算課税される所得のうち、この子会社で現地国において課税された税金は、内国法人が納付した税金ではないが持分割合での親会社と子会社との関係をベースにして、特別に内国法人が現地国に納付した税金とみなして外国税額控除の対象

49) 岡村忠生ほか編著『新しい法人税』(有斐閣、2007)286-287頁[岡村忠生・岩谷博紀]では、米国での所得移転防止のアプローチとして、「国外移転をした非居住者または外国法人を居住者または内国法人とみなす方法」を管轄アプローチと呼び、「国外移転の場合にのみ、他の場面で採用されているソース・ルールを拡張して、非居住者または外国法人の国内源泉所得とされる所得を拡大することも、管轄アプローチの採用と言える」と指摘され、この場合を「不完全な管理アプローチ」

とされている。新対策税制で所得移転された所得を国内源泉所得として捉えることは、ある意味このような不完全な管轄アプローチとしても捉えられるかもしれない。なお、コーポレート・インバージョンにおける議論であるが、所得の国外移転に対して管理アプローチの導入を提言しているものもある(松田・前掲注(8)1頁以降参照)。

50) 高橋監修・前掲注(40)168頁[小沢進・小田嶋清治]参照。



に含めている。

現行対策税制を租税回避防止規定と考えた場合に、理論的には現行対策税制は内国法人からタックス・ヘイブン子会社へ移転した所得を取り戻して日本が課税するものである。この場合に、原則としてこの子会社の所得に課された税金は、内国法人に課された税金でないので日本が考慮する必要がないものである。しかし、現行対策税制において内国法人で当該外国税額に対して外国税額控除を設けている。その根拠は、現行対策税制が親子会社間における株式の支配力（縦の関係）に着目して、子会社を支店のように捉えて人的管轄権<sup>51)</sup>を拡大し、その子会社の所得の持分割合を合算課税する制度である（制度的には課税繰延防止の規定）とすれば、制度趣旨等とも整合的に解釈できるのではないだろうか<sup>52)</sup>。

## (2) 移転価格税制

移転価格税制では、国外関連者への所得移転は原則として社外流出とされている（税特措66条の4第4項、税特措通66条の4(9)-1）<sup>53)</sup>。つまり、移転価格税制では移転された所得に対して課せられた相手国での税金は、現行対策税制のように内国法人において外国税額控除の手当はされていない。では、移転価格税制において、現行対策税制のように所

得移転に係る所得に対し現地で納付した税金に外国税額控除が認められないのはなぜであろうか。移転価格税制においては、独立企業間価格で個別に所得移転を認定しており、日本から移転された所得の物的管轄権に基づきその所得金額を内国法人に取り戻し課税するという、租税回避防止規定の原則的な考え方が適用されていると考えられる。これをもう少し整理すると、移転価格税制は内国法人から国内源泉所得が国外に移転されたものを取り戻し日本で課税するのであり、日本が居住地国課税で国外源泉所得を取り込んで課税しているのではなく、日本の国内源泉所得が移転先の国で課税されたものであり、その税金を外国税額控除の対象にできないとも考えられる。また、移転価格税制では、内国法人が国外関連者の株式を直接保有すること（株式の支配力（縦の関係））は必ずしも想定されておらず、これらに全く直接持株関係がない場合もあり得る。このように移転価格税制においては、現行対策税制のように株式の支配が前提とされていないので、原則として移転された所得と配当に同一性を認めることはできない。これらの点を考慮して、移転価格税制では移転された所得は社外流出とされ、国内法における外国税額控除の対象外とされたのではないだろうか。

51) 納税者の人的地位を基準として課税する主義を人的課税主義という（金子ほか編著・前掲注1286頁〔木村〕参照）。

52) 現行対策税制において、その目的が租税回避防止規定か課税繰延防止規定かの議論があるが、青山慶二「外国子会社合算税制について—わが国の改正と英国との比較検討—」租税研究731号（2010）188頁では、「日本の制度発足当初、当局からはこの制度は租税回避防止目的ののだと言われて来た訳ですが、法人格が独立である外国子会

社に発生している所得のうち、その持分に相当する留保所得を現時点で親会社の課税所得に取り込むという方式でありましたので、課税手法は留保所得に限定した繰延べ対応方式がとられておりました。」と指摘されている。

53) なお、内国法人が移転価格税制による国外移転所得金額の返還を受ける場合に、一定の書面を税務署等に提出し、当該金額の返還を受けた場合は益金に算入しないことができるとされている（税特措通66条の4(9)-2）。

これに対して、移転価格税制による経済的  
二重課税<sup>54</sup>に関しては、OECDモデル租税条  
約でその9条2項<sup>55</sup>において救済することを  
義務付けている。これは、移転価格税制を租  
税回避防止規定として理論的に扱えば国内法  
での救済ができないことから、このような経  
済的二重課税の排除には租税条約を適用して  
対処していると整理できる<sup>56</sup>。なお、移転価  
格税制の場合は、その所得移転の意図にかか  
わず、独立企業間価格という不明確な概念  
で所得移転の有無が判断され、納税者の法的  
安定性と予測可能性を害する危険があるの  
で<sup>57</sup>、そのような経済的二重課税を救済する  
方向で処理されるとも整理できよう。

### (3) 過大支払利子税制（及び過少資本税制）

過大支払利子税制では内国法人が関連者  
（国外関連者を含む）へ支払う過大な利子支  
払の損金算入を制限している。この場合に、  
課税の方法として損金算入を制限するのは内  
国法人の課税権を確保する有効な手段である

が<sup>58</sup>、所得の移転先が海外グループ企業の場合  
には移転価格税制のような経済的二重課税が  
発生するが、租税条約においてもこの経済的  
二重課税の排除は明記されていない。これ  
は、過大支払利子税制の課税要件（課税所得  
に対する関連者への支払利子の割合が一定レ  
ベルを超えた場合）が明確であり、この割合  
の是非はともかくとして租税回避行為とされ  
る状況が明白なため、課税国としてはこの範  
囲で納税者が活動するような規範的な租税回  
避防止規定であると言えよう<sup>59</sup>。そこで、納  
税者はこの範囲内で行動することが予定され  
ており、これを超えた場合に生じる経済的  
二重課税は救済の範囲外にしていると整理でき  
るかもしれない。

### (4) 新対策税制

新対策税制は、内国法人とタックス・ヘイ  
ブン関連会社とのIPを利用した取引による所  
得移転を、租税回避行為を個別に認定するの  
ではなくその所得移転の蓋然性により内国法

54) 宮武敏夫『国際租税法』（有斐閣、2004）16頁で  
は、国際的経済的二重課税（economic double  
taxation）とは、「同一納税義務者ではないが、実  
質的又は経済的に同一の納税義務者に帰属する利  
得に2以上の国家の類似の租税がかされること」  
とされている。このような経済的二重課税は、通  
常租税条約でその排除が行われる。

55) *Model Tax Convention on Income and on  
Capital 2010 (Full Version)* M-26 (OECD,  
2010), available at (OECD HP ([http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2010\\_9789264175181-en#page1](http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2010_9789264175181-en#page1) [最終確認  
日：2014年8月23日]))：川端康之監訳『OECDモ  
デル条約2010年版（所得と財産に関するモデル租  
税条約）簡易版』（日本租税研究協会、2011）27  
頁）参照。

56) 具体的には、このような二重課税を排除するた

めに各国税当局が協議する相互協議の規定として  
OECDモデル条約25条がある（OECD, *id.*, at  
M-59. 川端監訳・前掲注55）34-35頁参照）。なお、  
租税条約の相互協議条項には合意は義務づけられ  
ておらず、古い租税条約には対応的調整が規定さ  
れていないものもある。また、これらの条項など  
に留保等を表明している国もあり、必ずしも租税  
条約で二重課税が排除される訳ではない。そこ  
で、このような相互協議の側面を補強すべく、移  
転価格税制での経済的二重課税の解消にむけて、  
OECDモデル租税条約では、25条5項で仲裁条項  
も導入されている。日本においても、日香港租税  
協定（2011）、日蘭租税条約（2011）などで仲裁規  
定が導入されている。

57) 金子宏『所得課税の法と政策（所得課税の基礎  
理論下巻）』（有斐閣、1996）364-365頁参照。

58) 過少資本税制（税特措66条の5）もこの範疇に  
入ると考えられる。

人に合算課税するものであり、移転価格税制など他の租税回避防止規定の補完的な機能を果たすことが期待されている。また、内国法人では合算課税された所得に対する現地国で当該所得に課された税金は全額税額控除することで、株式の支配がない中におけるネクサスの弱さや所得移転の蓋然性での合算課税とのバランスを取ることになる。結果として、新対策税制において、日本は内国法人の税率と現地国での税率との差に応じた部分を追加課税することになる。このような新対策税制の枠組みを考慮し、現行対策税制、移転価格税制及び過大利子支払税制との比較をベースに、新対策税制での税額控除制度を整理する。

新対策税制は現行対策税制との比較で言えば、現行対策税制のように株式の支配力がなくその分ネクサスが弱いので、外国税額控除よりも完全に外国税額を控除できるように単純に全額控除としている。また、移転価格税制との比較でいえば、新対策税制は横の関係における所得移転の蓋然性での課税であり、独立企業原則のような判断基準で個別に租税回避行為を認定していないため、移転価格税制の補完的な税制の位置づけになる。そこで、新対策税制では租税回避防止規定として理論的には移転価格税制のように国内法で経済的二重課税排除の規定は不要であると考え

られるが、新対策税制が所得移転の蓋然性での課税という点を重視し、移転価格税制のように租税条約での救済ではなく、その制度自体に税額控除という仕組みを組み込んだものである<sup>59</sup>。過大支払利子税制との比較では、過大支払利子税制（及び過少資本税制）は規範的な規定であり、新対策税制と異なり国内法や租税条約での救済が予定されていない。なお、新対策税制における二重課税の調整を租税条約などで行わないのは、移転価格税制以外の租税回避防止規定に関して経済的二重課税の排除に対して、租税条約にその調整規定が明記されていないからでもある<sup>60</sup>。

#### 4 差額課税

新対策税制は現地国での内国法人から移転された所得への課税を認めて、内国法人で当該税金を税額控除する制度設計である。したがって、新対策税制での合算課税の意味は、現地国の税率と日本の税率との差額を、日本が課税することになる<sup>60</sup>。このような新対策税制での制度設計において、そもそも国際的二重課税が発生するのかを検討する。なお、国際的二重課税には、法的二重課税<sup>61</sup>と経済的二重課税があるが、新対策税制は多国籍企業における兄弟会社間取引を前提にしており、これら関連会社間に株式の持株関係は予

59) タックス・ヘイブン関連会社の所得に対して、現地国での課税だけでなく、日本以外のこの関連会社の親会社等の所在地国においてタックス・ヘイブン対策税制等で課税されている場合などは、新対策税制が三重課税を引き起こすことも考えられる。そのような親会社等での課税を調整するには、新対策税制ではこの親会社等での課税額を現地国での課税額に加えて税額控除の対象にすることや、また軽課税国の判定において当該税額を租税負担の計算に含めるなどの対応が考えられる。

60) なお、OECDモデル条約25条コメントリーのパラ26では、租税回避否認防止規定による課税は、特別な規定がない場合、国内法令の租税回避規定に基づいてなされるという単純な事実をもって相互協議を利用する権利を否定すべきではないとされ、原則として移転価格税制以外の租税回避防止規定も相互協議の対象にはなると解されている（OECD, *supra* note 53 at C25-10：川端監訳・掲注65364頁参照）。

定されておらず、新対策税制においては経済的  
二重課税を指すものとしておく。

新対策税制では、移転された所得に対して  
内国法人の税率と現地国での税率との差額で  
日本が課税することになる。このような税制  
において、現地国は自国での課税権を完全に  
行使できており、日本は現地国と日本の税率  
の差額を追加課税することになる。このよう  
な制度設計では、内国法人から移転された所  
得に、第一段階で現地国での課税が生じ、第  
二段階として日本で現地国の税率を超えて日  
本の税率までの部分が課税されることにな  
る。新対策税制のこれらの段階では経済的  
二重課税は生じていないと言え、内国法人や  
タックス・ヘイブン関連会社に対して救済す  
べき課税の歪みがあるとは考えられない。な  
お、多国籍企業はグループ内のタックス・ヘ  
イブン関連会社に内国法人から所得移転す  
ることで、日本と現地国との両方で課税され  
ないことを目指しているが、新対策税制による

合算課税が行われると、現地国と日本での課  
税を合計すれば、結果としてこの移転された  
所得に対して日本の税率での課税が行われ  
ることになり<sup>61)</sup>、日本からの租税回避防止規定  
としての機能を果たすことになる。

なお、現行対策税制ではタックス・ヘイブ  
ン子会社が内国法人に配当した場合に国内二  
重課税の問題が生じると考えられるが<sup>62)</sup>、新  
対策税制では内国法人とタックス・ヘイブン  
関連会社との間に直接の持株割合を予定し  
ていないので、移転された所得と配当とに関  
連性がなく、このような国内二重課税の問題  
は生じないと概念上整理できる。ただ、現  
行対策税制とのバランスを考慮して、新対  
策税制においても直接の持株割合がある場  
合に現行対策税制と同様の二重課税調整を  
置くことは考えられよう。

### III 新対策税制の可能性

新対策税制の可能性を検討するために、本

(61) Hugh J. Ault 教授は、BEPSへの対応策として、  
グループ金融取引に関して今後の方向性として、  
単純に利子費用の損金不算入方式から、その損金  
不算入に加えて利子受取国の税金に相当する金額  
を税額控除する方式への転換を示唆されている  
(Hugh J. Ault, *Some Reflections on the OECD  
and the Sources of International Tax Principals*,  
70 (12) TAX NOTE INTERNATIONAL, 1197  
(2013) : 増井良啓「多国籍企業の利子費用控除に  
関する最近の議論」『消費税と国際課税への大き  
な潮流 (第65回租税研究大会記録2013)』(日本租  
税研究会, 2013) 14頁参照)。この方式は、利子に  
関して所得移転される側の国での損金算入を単純  
に否認する代わりに、所得移転先国での課税を認  
め、所得移転される側の国で利子を損金不算入  
し、当該利子の受取国での税額を税額控除する  
ことになる。結果として所得移転される側の国は  
所得移転先国との税率差部分を、当該利子に関  
して自国に税金として取り込むということになる。こ

のように整理すると、Ault教授の利子控除制限措  
置に関する今後の方向性は、新対策税制におい  
て日本が結局のところ相手国との税率差部分を徴  
収することで、所得移転を防止することと同じ発  
想になるのではないかと考えられる。

(62) 国際的法的二重課税 (juridical double taxation)  
とは、「同一納税義務者に対し、同一課税客体及び  
同一期間について、2以上の国家の類似の租税が  
課されること」(宮武・前掲注54)15頁)とされ、  
具体的には、内国法人が海外に支店を設けて事  
業を行う場合などが想定される。法的二重課税に  
対しては、租税条約を締結していない国との間  
には外国税額控除が適用され、租税条約締結国  
間ではまず課税権の配分規定 (OECDモデル条約  
の6条から21条) の適用により二重課税の全部  
又は一部 (限度税率の適用により源泉地国課税  
が制限される場合) が排除され、次にそれでも  
なお残された法的二重課税を外国税額控除で  
排除することになる。



章ではそのメリットとデメリットを整理しておきたい。また、近年のOECDでは多国籍企業における利益移転による税源浸食への対応として、BEPSへの行動計画が議論されており、このようなOECDでの対応と新対策税制の整合性についても検討しておきたい。

## 1 新対策税制のメリット

新対策税制のメリットについて、他の租税回避防止規定との比較において主要なものを挙げてみることにする。

### (1) 課税対象取引

新対策税制では、多国籍企業の兄弟会社間取引におけるタックス・ヘイブン関連会社を利用した取引を移転価格税制のような独立企業原則で個別に租税回避を判断するのではなく、現行対策税制のような所得移転の蓋然性で課税することができる。これにより、事業再編等によるIPを利用したタックス・ヘイブン関連会社（パテント・ボックス税制などが

適用されている場合を含む）への所得集中とこのような租税回避行為への対応が容易になる。新対策税制は現行対策税制や移転価格税制で対応できない（又は対応が困難な）租税回避も対象にでき、課税対象取引を拡大したことになる。

### (2) 無形資産などの認識や測定・評価

無形資産を利用した所得移転に関して、移転価格税制では独立企業間価格を算定するという税制の仕組みから、移転された無形資産を認識しその測定・評価を行うため、無形資産を厳密に定義する必要がある。ところが、このような無形資産の厳密な定義はかなりの困難を伴う<sup>63)</sup>。これに対して、新対策税制は一定条件でIPの移転を認識できればよく、このように所得移転の蓋然性での課税であり、IPの厳密な定義等はあまり重要ではない。特に注目すべき事業再編等におけるIPの国外移転による多国籍企業の租税回避に対して、新対策税制は所得移転後における事後の所得を

63) 増井良啓「外国子会社配当の益金不算入制度は何のためにあるのか」記念論文集刊行委員会編『租税の複合法的構成（村井正古希論文集）』（清文社、2013）211-212、217頁で、日本の課税ルールは相手国の税制をどこまで意識すべきか、という問題意識で二重課税の排除を制度論として、「二重課税の排除は、全世界所得（worldwide income）に対して日本の税率を適用した課税を確保できるレベルを下限とする。二重課税排除のための制度設計上、外国税額控除の控除限度額がそうであるように、一定の限度を設けるものである。これを『全世界型』とよんでおこう。」とされ、もう一つの分類として「二重課税の排除措置によって、同じ所得に対してどこの国でも課税しない結果が生ずることを許容する。制度設計上も、とくに下限は設けないことになる。つまり、日本の眼から見た国外所得は、相手国において課税されていなかったとしても、日本で免税にな

る。……このような考え方を『テリトリアル型』とよんでおこう。」とされ、「日本の法人税制の国際的な側面は、ふたつの考え方の間の微妙な折衷の上に成り立っている。」と指摘されている。このような見解に従えば、新対策税制が税率差（日本の税率と現地国）による課税と捉えれば、新対策税制は全世界型に分類されると考えられるであろう。

64) 現行対策税制において合算課税後に、タックス・ヘイブン子会社から配当があった場合には、国内二重課税の排除制度があり、外国子会社配当益金不算入規定（法税23条の2第2項）の適用の有無などにより異なるが、合算済の金額まで益金不算入（税特措66条の8）など一定の国内二重課税の調整が行われている。

65) OECD, *supra* note 8. 日本租税研究会・前掲注(8)参照。

課税ベースとすることから、移転価格税制でうまく対処できない無形資産の測定・評価問題を回避することができる。

## 2 新対策税制のデメリット

新対策税制でのデメリットについて、考えられる対応も含め整理しておきたい。

### (1) 新ネクサスの導入

新対策税制は、現行対策税制のように所得移転の蓋然性での課税であるが、合算課税に対して株式の支配力を前提としていないので、そのネクサスの補強が必要である。前回論文<sup>66)</sup>では、移転された所得に対する物的管轄権という概念や近年の先進国においても重視されている源泉地国課税の考えをベースとして、新対策税制では損益取引に限定して課税対象に取り込んでいる。このような考え方は、移転価格税制の概念とタックス・ヘイブン対策税制の概念をハイブリッドにしたものであるが、一般的に認知されているものではない。逆に本稿は新対策税制のメリット（移転価格税制での無形資産の測定・評価の問題を回避でき、直接株式関係にないタックス・ヘイブン関連会社へ蓋然的に移転された所得を是正する）を総合的に考慮し、このようなネクサスの補強で課税の根拠として維持でき

るのではないかということ提案するものである。したがって、新しいネクサスによる租税回避防止規定を創設することになるので、他国への説明等の国際的な協調体制を維持するために時間が必要になることは否めないかもしれない<sup>67)</sup>。

### (2) 射程範囲の狭さ

新対策税制は、株式の支配力のない横の関係での所得移転をその蓋然性で課税するものであり、多国籍企業のIPの取引を利用し、タックス・ヘイブンに所得移転するという過度な租税回避に的を絞った税制にならざるを得ないであろう。また、新対策税制が他の租税回避防止規定の補完という機能であることから、現行対策税制や移転価格税制での射程範囲よりかなり限定されたものになろう。

これは、新対策税制は他の租税回避防止規定以上に、特定の租税回避行為を前提にした結果であり仕方がないが、逆に他の租税回避防止規定が対応しにくいところに適用できることに意味があるであろう。

### (3) 課税の予測可能性

新対策税制は、事業再編等によるIPを利用したタックス・ヘイブン関連会社への所得移転の防止が目的であり、他の租税回避防止規

66) 前田謙二「タックス・ヘイブン対策税制の新たな展開—源泉地国課税の視点からの設計—」税法学570号（2013）141頁以降参照。

67) 欧州連合（the European Union: EU）においては、欧州裁判所（European Court of Justice: ECJ）で出されたキャドバリー事件判決（Cadbury Schweppes Plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd vs Commissioner of Inland Revenue, c-196/04）により、タックス・ヘイブン対策税制はEC条約で認められた「設立の自由」との関係

で、完全に人工的な仕組み（wholly artificial arrangements）対策としてのみしか正当化されないということになっており、別途特別な考慮が必要になるかもしれない。なお、この判例を扱った論文として、判忠彦「30年目のタックス・ヘイブン対策税制」租税研究724号（2010）113-114頁、浅妻章如「タックス・ヘイブン対策税制（CFC税制）—租税条約との関係及び適用除外要件について—」租税研究706号（2008）148頁などがある。

定を補完するものであることから、対象取引の定義が不確定概念<sup>68)</sup>にならざるを得ないだろう。しかし、課税対象取引の規定の仕方や執行上通達等での該当取引の例示などで、新対策税制の実効性を損なわない範囲でできるだけ予測可能性を担保すべきであろう。また、現行対策税制の軽課税国の判定などのような問題<sup>69)</sup>が、新対策税制の適用においても問題になるかもしれない。

このような問題に対してはブラックリスト方式を採用することも考慮に値するのではないだろうか<sup>70)</sup>。新対策税制のような租税回避防止規定の目的は、過度な租税回避に対して将来の行動を規制する予防的な効果にもあるといえよう。このように新対策税制を位置づければ、新対策税制が他の租税回避防止規定で対応できない租税回避、特に事業再編等によるIPの移転による租税回避をターゲット（特定の過度な租税回避行為）にすることから、新対策税制の対象となる特定の租税回避スキームや対象国・地域などを指定することで課税の予測可能性を高めた制度設計も可能ではないだろうか。近年の国税当局間の情報

交換等の精度の向上を考慮すれば、このような形式もあながち無視できないであろう。

#### (4) 事務負担

現行対策税制では資産性所得に少額免除（デミニマス基準（de minimis rule））を導入しているが（税特措66条の6第4項）、その他の合算所得にはこのような基準がなく、少額の合算課税に対して納税者にかなりの事務負担をしいている。また、新対策税制の適用除外基準は現行対策税制と同様な規定をベースに形式的な基準での対応になるが、株式の支配力のない状況での課税であり納税者が反証できる規定を導入すべきことになる。そこで、新対策税制は適用除外の規定次第で納税者の事務負担が大きくなる可能性がある。

事務負担の軽減としては、新対策税制が過度な租税回避に的を縛った租税回避防止規定であることから、新対策税制における合算課税の所得に一定のデミニマス基準を設けることも可能であろう。これは、過大支払利子税制において、課税対象の支払利子が一定金額（1,000万円）以下の場合に、適用除外されて

68) このような不確定概念の使用が租税法主義（課税要件明確主義）に反しないかという問題もあろう。これに対しては、租税法において行政庁の自由裁量を認める規定を設けることは原則として許されないが、法の執行に際して具体的事情を考慮し、税負担の公平を図るためには不確定概念を用いることはある程度は不可避であり必要でもある。この場合に、中間目的ないし経験概念を内容とする不確定概念は、法の趣旨・目的に照らしてその意義を明確になしうるものであり、法の解釈の問題として当然に裁判所の審査に服する問題となり、租税行政庁に自由裁量を認めるものではなく、課税要件明確主義に反さないと解釈がある（金子宏『租税法（第19版）』（弘文堂、2014）77-78頁参照）。本稿の課税対象の取引は、金子宏

名誉教授が指摘された課税要件明確主義に反しないものに該当すると考えられる。

69) 現行対策税制では、租税負担割合が20%以下の場合に課税対象になるが、この負担割合の計算における分母に非課税所得（一定の配当を除く）を加算することになっており（税特措令39条の14第2項1号）、タックス・ヘイブン子会社の実態が同じでも、有価証券の売却等がある年度の租税負担割合が低下するという問題がある。実際の訴訟事件として前掲注48)で紹介した「グラクソ事件」がある。

70) 居波邦泰『国際的な課税権の確保と税源浸食への対応—国際的・二重非課税に係る国際課税原則の再考—』（中央経済社、2014）452頁参照。

いることともバランスを取ることもなろう  
(税特措66の5の2第2項)。

### 3 OECDの動向との整合性

近年のOECDでは、有害な税金競争(harmful tax competition)<sup>(71)</sup>やBEPSに対する問題意識が高まり、多国籍企業による国際的租税回避行為が政治問題化してきており、その対策として国際的に協調した包括的なアプローチの必要性が強調されている。そこで、このようなOECDにおける国際的な租税回避に関して特に注目すべきBEPSへの対応と、新対策税制との関連を少し整理しておきたい。

#### (1) OECDのBEPSへの対応との関係

多国籍企業の行う所得移転による税源浸食を放置した場合に生じる公平性の問題、非効率な資源配分や自発的なコンプライアンスを損なうことで、法人税がうまく機能しなくなることを避ける必要がある<sup>(72)</sup>。そこで、OECD

ではBEPSの現状把握や分析を行い<sup>(73)</sup>、その対策を検討している。OECDにおけるBEPSへの対応に関して、源泉地国課税権に重点を置くことがBEPSプロジェクトの基本的考え方の1つであるとも整理できよう<sup>(74)</sup>。

このような整理が可能であるなら、多国籍企業の過度な所得移転防止を目的に、物的管轄権や源泉地国課税強化の傾向をベースとして構築される新対策税制とOECDにおけるBEPSへの対応とは同じ方向性と考えられ、新対策税制はBEPSへの直接の対象にはならないが、BEPSの一部分に対する対処法として異なるアプローチを提示していると言えるかもしれない。

#### (2) BEPSの行動計画との関係

BEPSに対する具体的な行動計画と新対策税制との関係を見てみよう。BEPSの行動計画(15項目)は、次のように大きく4つに整理できよう<sup>(75)</sup>。まずは「整合性の確保」として、②ハイブリッド・ミスマッチを用いた仕

(71) *Harmful Tax Competition an Emerging Global Issue* (OECD, 1998), available at OECD HP (<http://www.oecd.org/tax/transparency/44430243.pdf> [最終確認日: 2014年8月23日]): 水野忠恒監修『有害な税の競争: 起こりつつある国際問題』(日本租税研究協会, 1998) 参照。

(72) OECD, *supra note 5* at 50. 居波・前掲注(5)244頁参照。

(73) 居波・前掲注(4)180頁では、「『BEPSの多くは、軽課税国への無形資産の移転、ハイブリッド・ミスマッチの利用等を組み合わせ、税率の低い国・地域に利益を移転することで生じている』」と指摘されており、これはまさに新対策税制の問題意識と同じものである。

(74) 山川博樹「大規模法人の国際課税の課題」国際税務34巻1号別冊(2014)7頁参照。また、渡辺智之「BEPS(税源浸食と利益移転)に対する考え方」日本機械主出組合 平成25年度 国際税務

研究会 研究報告論文(2014)9頁では「BEPSが問題とされる背景には、『企業の経済活動によって価値が創出された国で、その価値に応じて課税が行われるべきである、あるいは、そのような課税が支障なく行われるような状況が確保されるべきである』という考え方が存在している。価値が創出された場所とは、基本的には、企業の実質的生産活動が行われた場所であろうから、価値が創出された国における課税とは源泉地国課税を意味すると考えられる。……法人税は、課税される株主の居住地国ではなく、企業活動が行われる法人の所在する経済的意味での『源泉地国』で課税される」(日本機械輸出組合HP国際税務関連情報 (<http://www.jmcti.org/trade/bull/zeimu/seminar/h25/BEPS.pdf> [最終確認日: 2014年8月23日]))とされ、BEPSへの対応における源泉地国課税重視という同様の指摘がある。



組みの効果の無効化, ③タックス・ヘイブン対策税制の強化, ④支払利子等の損金不算入による税源浸食の制限があり, 次に「実質(経済活動を実際に行っているところ)で課税」として, ⑤有害税制への効果的な対抗, ⑥租税条約の濫用の防止, ⑦PE認定の人為的回避の防止, ⑧価値の創出に沿った結果をもたらす移転価格税制(無形資産), ⑨価値の創出に沿った結果をもたらす移転価格税制(リスクと資本), ⑩価値の創出に沿った結果をもたらす移転価格税制(他の高いリスク取引)があり, そして「透明性の確保」として, ⑪BEPSに関するデータの収集・分析の方法の確立, ⑫アグレシブなタックス・プランニングの開示の要請, ⑬移転価格関連の文書化の再検討, ⑭相互協議のより効果的な実施があり, 最後に「横断的に関わるもの」としては, ①デジタル経済がもたらす課税上の問題, ⑮多国間協定の開発ということになる。

行動計画における「整合性の確保」(行動計画②-④)では, 各国の税制の違いが租税回避に利用されるのを防止すべく, 一方で損金算入するなら他方で益金算入するというようなルールの構築を想定している。「実質(経済活動を実際に行っているところ)で課税」(行動計画⑤-⑩)は, 租税回避防止として源泉地国課税強化とも考えられる部分での, 認識の共有化を目指すことになるだろう。また, その

他の「透明性の確保」(行動計画⑪-⑭)や「横断的に関わるもの」(行動計画①, ⑮)は, 電子商取引への課税ルールの構築やその他執行における情報の入手及び共有化や二重課税排除の徹底などを検討することになる。

このような行動計画と新対策税制との関係を整理すると, BEPSへの行動計画⑧⑨における関連者間での無形資産やリスクと資本の移転により生じるBEPSへの対応や, 行動計画⑩におけるまず第三者では起こらない取引を実行することにより生じるBEPSに対して移転価格税制で対応することは<sup>75)</sup>, 新対策税制の課税対象取引の設定という点で関連してくるだろう。また, 行動計画③ではタックス・ヘイブン対策税制への行動計画とあるが, ここでの議論は内国法人の株式の支配力(縦の関係)をベースにしたタックス・ヘイブン税制に関するものである<sup>76)</sup>。そこで, 新対策税制との関係では所得の蓋然性での課税という点から適用除外規定等への対応が関連してくるかもしれない。新対策税制の制度は移転価格税制と現行対策税制とのハイブリッドであるため, BEPSへの行動計画における移転価格税制やタックス・ヘイブン対策税制に対応するところとは当然に関連してくることになり, 今後の議論には注目しておく必要がある<sup>77)</sup>。

(75) 青山慶二・合間篤史・鈴木一路・吉村政徳・増井良啓「国際課税を巡る最近の課題と展望—BEPSプロジェクトを踏まえて—」租税研究771号(2014)30頁[増井良啓発言]参照。

(76) OECD, *supra* note 6 at 20-21. 日本租税研究会・前掲注(6)14-15頁参照。

(77) OECD, *supra* note 6 at 16. 日本租税研究会・前掲注(6)11頁参照。

(78) また, 2014年6月11日に欧州委員会(European Commission (EC))もアップル・スターバックス・フィアットの法人税におけるアイルランド, オランダ, ルクセンブルグの税制措置が, EUの定める国の補助の規則に違反しないか調査を開始した(EU HP ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-14-663\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-663_en.htm) [最終確認日:2014年8月23日])参照)。

結びにかえて

多国籍企業の現状分析から、多国籍企業は、兄弟会社間取引（横の関係）を利用した取引で国際的租税回避問題を引き起こすことになる。特に問題とされているのは、このような租税回避行為に本来対応すべき移転価格税制が対応しにくい取引で、具体的な経済活動がなされている源泉地国において課税ができない状況が生じている場合である。この場合に、多国籍企業はタックス・ヘイブン関連会社に所得移転することで、国際的三重不課税も生み出している<sup>(79)</sup>。このような租税回避行為にはIPを絡めた取引が主に用いられる。そこで、内国法人からタックス・ヘイブン関連会社にIPを利用した所得移転による租税回避行為を防止するために、新対策税制ではIPの移転が明確に認識及び測定・評価できる場合を除き、内国法人にIPが残されている蓋然性があると推定し、そのIPによる所得には日本の物的管轄権が及ぶことから、各年度における当該所得をベースとして内国法人に合算課税するという制度として新対策税制を提案したものである。

本稿は、このように多国籍企業による租税回避行為の中で、最も重要性が高いIPを利用したタックス・ヘイブンへの所得移転に対する1つの対応策へのアプローチを提示したも

のである。もちろん、新対策税制をもっと詳細に制度設計すればいろいろな問題点（現行税制で未解決な問題と重複するものもある）が出てくるであろうが、新対策税制が他の租税回避防止規定の補完的な規定との位置づけから、ある程度形式的な税制として制度設計することが重要ではないだろうか。多国籍企業のBEPSを放置した場合に生じる公平性の問題、非効率な資源配分や自発的なコンプライアンスを損なうことで、法人税がうまく機能しなくなることを避けるためにも、これらへの対策として新対策税制のような租税回避防止規定などでの対策が必要である。

ただ、政策論として日本のみがこのような新対策税制を導入した場合には、内国法人のみが過大な租税負担を負うことにもなりかねない<sup>(80)</sup>。そこで、OECDのBEPSへの対応での議論も踏まえ、現状のように多国籍企業による租税回避行為が様々な国の税制の違い等を利用してのことからも、国際的な協調をベースに総合的なアプローチを考慮しながら新対策税制も導入されることが必要であろう<sup>(81)</sup>。特に、IPに関する租税政策では、租税優遇措置によるインセンティブ供与がIPの創出や保有の拠点を「国内に引き寄せよう」という方向<sup>(82)</sup>とすれば、IPによる所得の軽課税国への移転を制限する措置はIPによる所得の創出や保有の拠点が「国外に逃げていく」こと

(79) 中里実「わが国の国際課税の現状と課題—国内法—」税研29巻5号（2014）29頁では、「[納税者になろうとしない存在]とは、一国における、納税者と課税庁との間の直接的な対立関係の外にいて、合法的に、租税制度の射程の範囲外とされている存在のことである。現在、このような存在の意味が、特に国際課税の世界において劇的に拡大しており、そのことが、先進国の税収の減少というかたちで、世界の租税制度に深刻な影響を及ぼ

しつつある。」と指摘されている。

(80) OECD, *supra note 5* at 50. 居波・前掲注(5)224頁参照。

(81) OECD, *supra note 5* at 51. 居波・前掲注(5)224-225頁参照。行動計画においては、行動⑤でOECD非加盟国も巻き込み、行動⑫では国税当局間での国際的な租税回避スキームの情報交換なども規定されている（OECD, *supra note 6* at 18, 22-23. 日本租税研究会・前掲注(6)12, 16頁参照）。

を抑制する方向であるとも考えられる。これらの考え方は必ずしも相互に排他的ではなく、これらをどのように組み合わせるかが、今後重要な租税政策の論点になると考えられ

る<sup>82</sup>。総合的に考慮すると、新対策税制を構築するには理論的な面での検討と、政策的な面とのバランスが重要になるであろう。

---

82) 日本経済団体連合会（経団連）は「平成26年度税制改正に関する提言」（日本経済団体連合会HP（[https://www.keidanren.or.jp/policy/2013/077\\_honbun.html](https://www.keidanren.or.jp/policy/2013/077_honbun.html) [最終確認日：2014年8月23日]）参照）でパテント・ボックス税制の導入を提言し、通商産業省もイノベーションボックス税制の検討を行っている（「平成24年度 海外主要国の研究開発税制及びイノベーションボックス税制に關す

る実態調査 調査報告書 平成25年2月 経済産業省」（経済産業省HP（[http://www.meti.go.jp/meti\\_lib/report/2013fy/E003151.pdf](http://www.meti.go.jp/meti_lib/report/2013fy/E003151.pdf) [最終確認日：2014年8月23日]）参照）。

83) 増井良啓「Grasetz教授らによる技術革新と国際課税に関する論文を読む」租税研究762号（2013）273頁参照。