

租税法研究会 2009 年

課税ベース侵食の客観的把握への試論

——外国子会社配当益金不算入導入後における課税繰延対策手法(CFC税制・タックスヘイヴン対策税制)の繰延以外の問題への適用の政策論的正当化可能性と限定可能性——

立教大学法学部 浅妻章如(あさつまあきゆき)

1. 問題意識

伝統的に(典型的には母国であるアメリカの教科書的説明¹において)、CFC税制・タックスヘイヴン対策税制は、軽課税国法人に所得を溜め込むことに対する課税繰延対策と説明される。これは、所得稼得者(究極的には消費者²)の居住地国の視点からの租税回避対策であり、居住者間で租税負担を課税繰延なしに公平に負担させようとする政策の一つである。

他方日本では、タックスヘイヴン対策税制は課税繰延対策ではなく租税回避対策であるという理解が一般的であると見受けられる。しかし、どのような租税回避に対する対策なのか。この点日本では、立法経緯に照らして法人税法 11 条(実質所得課税の原則)の不備を補う特則である、と受け止められているかもしれない³。しかし、法人税法 11 条の特則としてありうべき制度と比べ、現実の制度はマイルドな課税方法(マイルドという評は奇異に映るかもしれないが)を採用していると思われる。例えば、日本法人に帰属すべき所得をX国子会社に帰属させるという恣意的な私法上の法律状態を作出する事態に対して、日本課税当局からすれば本来日本法人の所得なのだから、X国に納めるべき税額は存在せず、X国に納税していても日本は外国税額控除を認めない、というのが法人税法 11 条の特則として導かれる自然な姿であろう。だが、実際には外国税額控除を認めるなどX国との課税権の調整を図っているし、所得がX国子会社に帰属するという私法上の法性決定を否認しようとはしていない。X国子会社の所得であると認めつつ、株主に対する課税時期を早めるという課税繰延対策の手法が採られているだけである。

しかし、アメリカにせよ日本にせよ、現実のタックスヘイヴン対策税制は、課税繰延対策の趣旨を貫徹させていない。外国子会社が現地で真正な事業を営んでいようとも軽課税に服しているのであれば課税繰延の利益があるが、多くの場合それは適用除外とされる。即ち、課税繰延対策という手法と適用対象とがマッチしていない。

このように整理してみると、課税繰延以外のどのような経済的内容を持つ租税回避をタックスヘイヴン対策税制は標的としているか、の説明が求められる。また、日本は今年から外国子会社配当益金不算入制度(法人税法 23 条の 2)を導入したが、導入後においてタックスヘイヴン対策税制の適用範囲の性格が若干変わっていく可能性がある⁴。

以上の問題意識の下で、課税繰延以外のどのような経済的内容を持つ租税回避に対し課税繰延対策手法であるタックスヘイヴン対策税制を適用することが正当化可能であるか、について本稿で試論を提示したい。所得稼得者(消費者)の居住地国における租税の公平の視点だけにこだわらず、対策されるべき租税回避として課税ベースの侵食を客観的に把握するための理屈を提供し、客観的課税ベース侵食への対抗策の一つとして課税繰延対策手法を適用することが政策論

¹ 参照: Richard L. Doernberg, INTERNATIONAL TAXATION IN A NUTSHELLの邦訳・川端康之監訳『アメリカ国際租税法』(清文社、2001)185 頁。

² 本稿では、消費者・需要者という語の使い分けとして、所得稼得者が所得をいずれ消費に充てることを意識する際に【消費者】という語を用い、企業(個人・法人含む)が事業をして顧客から対価を受け取る際の顧客を意識する際に【需要者】という語を用いる。

³ 高橋元監修『タックス・ヘイヴン対策税制の解説』(清文社、1979)82 頁・90 頁にて、法人税法 11 条の限界が述べられている。

⁴ 法律論としてはタックスヘイヴン対策税制が一般国際法や租税条約に違反していないし外国子会社配当益金不算入導入後もその結論は変わらない、と私は考えているが(学説・裁判例で対立があるが、本稿では踏み入らない)、政策論としても適用範囲の拡張が望ましいと私が考えているわけではない。

として一部正当化しうるのではないか(状況によっては、逆に適用範囲の限定も正当化しうるのではないか)、という発想である(但し本稿3.8で後述するように自覚しているだけでも幾つか難点がある)。

本稿第二章で、私なりのこれまでの検討を略述し、第三章で課税ベースの侵食とその対策について論じていく。本稿では職名・敬称を付さない。本稿では「」を引用のために、【】を強調のために用いる。

2. CFC税制・タックスヘイヴン対策税制のこれまでの検討

2.1. 課税繰延について

仮定1 仮に利子率(割引率)が0%なら課税繰延は納税者にとって利益でなくなるが、納税者は軽課税国法人を利用しなくなるか？

仮定2 仮に課税繰延の利益を打ち消す利子税が課されたら、納税者は軽課税国法人を利用しなくなるか？

タックスヘイヴン対策税制が真に課税繰延のみに対抗しようとしているならば、これらの仮定のような状況下においては納税者に課税繰延の恩恵が生じないのであるから、軽課税国法人利用につき株主居住地国が課税繰延対策を施す必要は論理的に生じにくい。しかし、たとえ課税繰延の恩恵が存在しなくとも、すぐに課税されないのであれば課税繰延以外の経済的内容を持つ租税回避を仕組む余地が生じるので、納税者としては軽課税国法人を利用しようとすると思われる(少なくとも私が経営者ならそれを企む)。そして株主居住地国の課税当局としても軽課税国法人の利用を野放しにできないと推測される。

そういった推論から、所得帰属ルール(法人税法11条)・移転価格・所得源泉ルール等の不備を補うために課税繰延対策としての合算課税という手法を用いているのではないかと整理したことがある。

2.2. CFC税制・タックスヘイヴン対策税制の適用除外要件の設計について

CFC税制・タックスヘイヴン税制の適用除外要件の設計について、大まかに二つのアプローチがあるといわれる。第一はentity approachと呼ばれるものであり、軽課税国法人の所得全体について適用・不適用を決めるというものである。日本の現行法はこれを採用する。第二はtransactional approachとかincome approachと呼ばれるものであり、取引ごと(所得種類ごと)に適用・不適用を決めるというものである。アメリカ法はこれを採用する。

一般にentity approachは制度として粗すぎる⁶と非難されがちであるが、income (transactional) approachなら粗くならないともいいがたいのではないかと疑問を述べたことがある。いわゆる受動的所得(可動性の高い所得種類)であっても軽課税国法人に帰属することが不自然でない(租税回避的とは評しにくい)事態もあるのではないかと⁷、という疑問である。

2.3. 適用範囲・適用除外要件にかかる同床異夢

課税当局と企業との間の共通理解として、租税回避的な場合に適用するのであり租税回避的でなければ適用しない、ということになっている。しかし、どの場合に適用対象とされる(または、されない)べきかにつき、課税当局と企業との間で同床異夢の状況にあるように見受けられる。

⁵ 浅妻章如「国際的租税回避——タックス・ヘイヴン対策税制(CFC税制)について——」金子宏『租税法の基本問題』(有斐閣、2007)629頁。

⁶ ところで、日本の制度を真似した国(英国)は、日本の制度くらいのものでないと複雑すぎて執行できる見込みが立たなかったと判断していたそうである、という旨の教示を財務省・柴山和久よりいただいた。

⁷ 浅妻章如「CFC税制(タックス・ヘイヴン対策税制)の適用除外要件についての一考察」税務弘報56巻2号121-130頁(2008.2)。

適用除外要件の解釈が問題となったホンコンヤオハン事件⁸やその他の事案⁹を見ると、外国関連会社が資金調達の要に迫られて、借金するのではなく自前で調達するなどした場合に、適用除外要件を満たさないと課税当局及び裁判所によって判断される傾向にあるように見受けられるが、企業側としては、日本法人と無関係に外国関連会社のために資金が要りようとなって日本源泉でない所得を実現させただけなのに、どうしてそれが租税回避的であると判断されるのかという不満を抱きやすいのではないかと¹⁰。

そして立法論としても、資金調達のために所得を実現させようとする場合、所得の種類としては可動性の高い所得であることが多いため、income (transactional) approach ならば木目細かく適用除外にできるとも言い難いのではなからうか(かといって entity approach の方が優位だというつもりではない)。しかし、それが株主居住地国から見て真に課税すべき状態であるかについて、違和感を抱く。この整理を次章で試みる。

3. 今後のCFC税制・タックスヘイヴン対策税制の適用範囲

3.1. 基本的発想

前述の同床異夢について、何とか両者がそれなりに納得しうる共通理解の形成に貢献できないか、というのが一研究者としての願いである。両者から批判される要素も含むかもしれないが、以下の三点を基本的発想として整理したい。日本の課税範囲は日本居住者¹¹の全世界所得と非居住者の国内源泉所得である、という現状の課税管轄ルールを出発点¹²とした整理である。なお、本稿では、【日本の課税ベース】と表現する時は所得の物理的・地理的な把握の視点からイメージしており、外国の所得であっても日本居住者に対して課税するにふさわしいという時期的又は人的帰属からの視点を含める場合に【日本の課税範囲】という表現を用いる¹³。

- (あ) 外国に由来する所得が形式的にも実質的にも外国関連会社の利益になる場合、(当該会社の株主が日本居住者ならば将来的には株主の利益になりうるものの配当等の前の時点では) 理念的には日本の課税ベース外といえるし、日本の課税範囲とするにもふさわしくない。
- (い) 外国に由来する所得が外国関連会社に帰属するという形式があっても、実質的に日本居住者たる株主の利益になる場合、理念的には日本の課税範囲とするに適している。
- (う) 形式的にも実質的にも外国関連会社に帰属する所得であっても、日本に由来する所得ならば、理念的には日本の課税ベースといえる。

	外国関連会社の利益	日本株主の利益
外国に由来	(あ)日本の課税ベース外・課税範囲外	(い)日本の課税範囲とするに適した状態
日本に由来	(う)日本の課税ベース	本稿の対象外

⁸ 静岡地判平成7年11月9日訟月42巻12号3042頁・東京高判平成8年6月19日税資216号619頁・最判平成9年9月12日税資228号565頁。

⁹ 東京地判平成19年3月29日平成16年(行ウ)170号・東京高判平成19年11月1日平成19年(行コ)148号;東京地判平成20年8月28日平成18年(行ウ)747号(参照:税務通信3034号5頁)。

¹⁰ 私なりに註7論文にて、現行法の解釈としても、或る程度租税回避的でない場面について適用除外に含める方向の解釈方法がありうる、と提示しようとしてみたが、恐らく裁判官には受け入れられにくいのであろう。主たる要因は事実認識の違いにあると推測されるが、課税当局及び裁判官の懸念も理解できないではない。

¹¹ 本稿では、個人・法人の両方について居住者・非居住者という言葉を使う。

¹² なぜ国外源泉所得でも居住者に帰属するというだけで課税範囲とするのか、所得稼得者が居住地で消費のために所得を使うから居住という基準で全世界所得課税の対象を決めるという議論は妥当なのか、といった、課税管轄権配分を巡る根本的で抽象度の高い議論もする必要があるかもしれないが、本稿でそこまで踏み込む余力はない。

¹³ 日本の課税ベース外であっても日本の課税範囲とするにふさわしい場面がありうる、ということになる。こうした用語法が確立しているとは思われないが、本稿における議論の便宜のためとしてお許しいただきたい。

3.2. 外国子会社配当益金不算入導入後の課税ベース侵食

戦後、日本は企業が海外で活躍することの障害を除去しようと努めてきた(日本に限らないが)。これは国家中立性(national neutrality)の観点からは不合理な政策であるが、恐らくそうした政策は日本の利益になってきたのではなかろうか(本来は実証の問題であるが)。時価主義で本国居住者の所得に総合課税をするのが理想的な租税負担配分であるという要請を引っ込めてでも、真つ当な事業活動をしている外国子会社については意図的に放置してきたものと思われる¹⁴。

こうした経緯に照らしても、居住地国の視点から租税負担をなるべく時価主義に近い形で公平に配分するという理想を、本稿で一旦忘れてみようとするのが思考実験として許されるのではないか。そして、外国子会社配当益金不算入導入後は、課税繰延対策の要請が一層弱まるであろう。

しかし他方で、外国子会社配当益金不算入により、軽課税国関連会社に利益を移すような移転価格問題が激化する恐れがある。「例えば、日本親会社の有する製造技術・ノウハウを海外の製造子会社に移転することが考えられる。…(略)…不況下においては、将来期待収益が見込まれないことから、特にDCF法による無形資産の現在価値評価額は比較的低下している状況にあり…(略)」¹⁵という叙述がある。アメリカのsuper royalty条項を思い出させる叙述である。

課税繰延対策の要請が弱まるとしても、こうした懸念については放置し難い。そこで、【移転価格税制の執行の限界を補う必要があるのではないか?】という問題意識がまず思い浮かぶ。これは註5論文で述べたことでもある。

この他に、【移転価格問題の論理からは外国子会社の所得として扱うことに問題がなくとも、日本の課税ベースが侵食されたと感じられる事態があるのではないか?】という問題意識が提起できるのではなかろうか。もっとも、日本の税収が減れば何でもかんでも課税ベースの侵食だ、というイメージではない。それを次に述べる。

3.3. 課税ベース流出と課税ベース侵食のイメージ

第一に、生産工場が国外に移ったなどの場合、課税ベースは【流出】したとして諦められやすいと思われる。それが租税競争問題の深刻な悪しき側面を助長するにしても、課税ベース侵食とは感じられにくいと思われる。

しかし第二に、居住者と外国関連会社との契約を上手く仕組んで日本の課税を回避しただけなどの場合¹⁶、単なる課税ベース流出とも観念されにくく、客観的には日本の課税ベースであるはずのものが契約等の仕組みにより【侵食】されたと感じられることがあるのではなかろうか。

流出・侵食という用語法が適切かまだ煮詰まらないが、仮に流出と侵食を前二段落のようにイメージするとして¹⁷、課税ベース侵食には幾つかの態様があると考えられる。以下、(1)事業機能の

¹⁴ アメリカの"Economic Efficiency and Structural Analyses of Alternative U.S. Tax Policies for Foreign Direct Investment" Scheduled for a Public Hearing Before the Senate Committee on Finance on June 26, 2008 Prepared by the Staff of the Joint Committee on Taxation (<http://www.house.gov/jct/x-55-08.pdf>) (参照: 増井良啓「米国両議院税制委員会の対外直接投資報告書を読む」租税研究 2008年10月203頁)における、full inclusion (繰延なき完全合算課税制度)提案も、課税の公平の観点より、ロック・イン効果対策という効率性の観点が勝つていよう。(オバマ政権になり、外国子会社を通じた課税繰延の恩恵自体が不公平だ、という議論が復活する可能性もあるが、現時点では不分明。)

¹⁵ 大河原健、岡龍太郎、中村聡子、ヘルマン・ハユディンク「経済環境変化時における税務戦略と配当免税制度を考慮した資金還流政策の考察—欧州におけるオランダ COOP 等の活用」国際税務 29巻4号25頁以下、27頁(2009)。

¹⁶ 例えば日本ガイドント事件・東京高判平成19年6月28日判時1985号23頁。

¹⁷ 研究会では、航空運賃とホテル代を合わせた商品として値引きで顧客に提供された場合に、課税ベースの流出なのか侵食なのか、という趣旨の質問を受けた。これは規模の利益やシナジー効果による価格の変更であると思われる。その安い価格にしか顧客が応じないとすれば、これは課税ベースの流出でも侵食でもないのではないかと暫定的に考えている。

移転について、(2)知的財産等の移転(帰属者の変更)について、(3)需要に基づく課税ベースについて、述べていく。

3.4. 事業機能の移転

アドビ移転価格事件¹⁸について、或る評釈は次のように述べている。

「[日本法人アドビ]は…当初はその100%親会社(米国アドビ)から本件製品を購入して卸売業者等に販売する形態で事業を行っていたが…その後、本件製品の販売自体からは撤退し、本件製品のマーケティングや販売支援、サポートサービス等の役務提供取引…に特化するに至った…本件製品の日本国内での販売に係る利益の相当部分をわが国の課税権の及ばない…ケイマンLLPやアイルランド法人に移すものであったと評価することも可能…」¹⁹

外国関連会社が真正に事業上の機能を担っているならば、移転価格の観点から日本の課税範囲でなくなることは当然である。しかし、(やや無理を犯してでも)課税当局が処分を試みた背景には、課税ベースの侵食を感じたということがあったのではなかろうか。契約を上手く仕組んでリスク負担を外国関連会社に移すなどの場合、移転価格の観点からは確かに事業上の機能が外国に移っているものの、真に課税ベースが流出したと感ぜられにくいのではないか、という仮説を考えている。

この仮説の手掛かりの一つとして、PE帰属利得の議論がある。OECDの議論²⁰では、基本的には独立当事者間原則を当てはめるとしつつ、内部保険については否定的である²¹。PEに関しては一法人格内のことだからリスク移転を観念しにくいというのが主たる理由であろう。が、関連当事者間においても、国内でなされている事業活動が客観的に観察すれば同じであっても契約の仕組み次第で内国法人のリスク負担を減らせば利益も減らせるということにつき、【物理的・客観的には国内で同じことをしているように見えるのに】という違和感が湧きうる²²。

すなわち、移転価格の論理からは文句を挟めない所得移転であっても、客観的見地から課税ベース侵食が観念されうるのではないか、ということである。

その評釈には、「将来的には、近時OECDで議論され始めた『サービスPE』のような概念を導入して、かかるプランニングに基づくわが国課税ベースの侵食に対処せざるを得なく[なる]かも知れない」という叙述もある^{23 24}。

このような場面で客観的には課税ベースが侵食されているというイメージが共有されるならば、対抗的に課税することにも正当化の余地が生じうる²⁵。

¹⁸ 東京高判平成20年10月30日平成20年(行コ)第20号・判例集未登載。

¹⁹ 太田洋・手塚崇史「アドビ移転価格事件東京高裁判決の検討」国際税務29巻3号43頁以下、58頁(2009)。

²⁰ 参照:OECD, Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments (17 July 2008: <http://www.oecd.org/dataoecd/20/36/41031455.pdf>).

²¹ PEについて内部保険を認めないなら、内部取引に関するリスク負担(在庫リスクなど)もできる限り無視すべきであるという筋になるのではないか、という疑問も浮かぶ。しかし今のところ内部保険だけが無視される方向であると見受けられる。

²² PEについて内部保険が否定されることが確立するならば、関連当事者間の移転価格に関してもリスク負担の扱いが現在と変わるべき、という筋もありえようが、今更それは難しいと思われる。

²³ もっとも、サービスPE提案については、(1)一時的滞在だけでもPEを認定しようとする方向(芸能人等につきOECDモデル租税条約17条を設けたのと類似の方向)なのか、(2)需要が課税ベースであるという発想なのか(2007年の租税法学会で私なりの理解として述べたところである)、(3)生産が課税ベースという伝統的発想に基づいても課税ベースの侵食があるのでそれに対抗しようとしているのか、今ひとつ判然としないところがある。サービスPE提案が今後どう展開するのか、不分明。

²⁴ PE概念なり源泉地国としての源泉徴収課税の範囲の再設計なり、がこうした問題についての対応の本筋であるべきであろうが、率直に言ってそういう改革が進むとは期待しにくい。

²⁵ いわゆる出国税や人の移動などについても検討の必要があろうが(参照:宮本十至子「EU域内における課税管轄喪失と個人の移動をめぐる相克」立命館経済学54巻5号121頁(2006)など)、本稿が課税ベース侵食

もつとも、アドビ移転価格事件は課税ベース侵食の例であるにすぎず、日本法人は子会社なのでタックスヘイヴン対策税制とは関係しない。手法が課税繰延対策なので、課税ベース保守として観念される対象と手法とのズレが生ずることは否めず、これは重大な限界である。

日本親会社が日本での製造機能や販売機能のうちリスク負担をうまく外国関連会社に移転させるような場合ならば、移転価格の論理からは日本の課税範囲外となると評されても、客観的には課税ベース侵食として課税繰延対策という手法を活用するということが、正当化されるかもしれない。

3.5. 知的財産等の移転（帰属者の変更）

本稿3.2で「super royalty条項を思い出させる」と述べたが、知的財産のうち、特許権・著作権等と商標権等を分けて論じる。

特許権・著作権等に関し、生産こそ所得発生源という伝統的発想に則ると、A国で発明等された場合、当該発明等に係る特許権等がB国で登録された特許権等であっても、またその特許権等がC国居住者の所有となっても、その特許権等に係る所得は、B国・C国でなくA国に発生源がある所得であると観念されるのではなかろうか²⁶。

A国で発明等されたことに係る特許権等（どの国の特許権等であれ）がC国関連会社に安く売却されるなどして、その価格が移転価格の論理からは問題ないと言わざるをえないとしても、その後C国関連会社が当該特許権等から得る所得（とC国関連会社の購入価格との差額）は、客観的にはA国の課税ベースと見る余地がでてくるのではなかろうか。

これについては、A国居住者から動産をC国関連会社に売却した後、値上がりしても、A国の課税ベースとは観念されてこなかった²⁷、といったことと比較しておかしいとも考えられる。再反論としては、A国居住者からC国関連会社にB国所在不動産が売却されたあと、当該資産が値上がりした場合、当該値上がり益はC国に地理的に割り当てられると観念されない、ということと比較すれば、特許権等についても同様に考えるのではないか、というものが思い浮かぶ。が、十分な再反論ではないことを認めざるをえない。知的財産に係る所得は法的保護を与えている国に地理的割当があると観念するならば不動産と同様に考えることも説得的であろうが、前々段落のように発明等をしたA国の所得であると観念するならば、動産と同様に考えるのか不動産と同様に考えるのかについて決め手はないからである。

煮詰まらない部分はあるが、A国で発明等されたことに係る特許権等についてA国課税権をかように確保しようとする前述の発想は、アメリカでよく聞く議論を想起させる。A国の費用に対応する収益はA国の課税ベースに含まれるべき、という議論である。しかし、私は費用負担が客観的課

としてイメージする【契約等による利益移転】は出国税などでもカバーし難い。

²⁶ 現行ソースルール等を見捨てた議論なので突飛に映るかもしれない、幾つか補足説明を要する。(1)D国不動産をE国居住者が所有している場合に賃料所得の地理的割当がE国にあると観念されないのと同様に、B国特許権等がC国居住者の所有となっても権利がC国に移転したということにはならない。(2)本文の議論は、使用地または債務者居住地に使用料の源泉があるとする現行のソースルールに沿っていない。(3)B国特許権等をB国が法的に保護していても、需要だけでは所得発生源といえない(顧客との取引の法的保護を与えているだけでは課税の根拠とされないことからの類推)という観念があるならば、B国の法的保護だけでは所得の地理的割当がB国にあるということを根拠づけない。参照：浅妻章如「所得源泉の基準、及び net と gross との関係(1～3・完)」法学協会雑誌 121 巻 8 号 1174 頁、9 号 1378 頁、10 号 1507 頁(2004)。

この点に関し、研究会では、B国の知的財産の法的保護は通常取引の法的保護と違い、所得の地理的割当を根拠づけるのではないか、という趣旨の質問を受けた。この質問に関し、確かに私自身も博士論文を書く前は同様に考えていたが、博論執筆中に、それでは整合的な説明にならないと考えを改めたという経緯があった。しかし、これに関しても、研究会で別の方から、人々がそんなに整合的に所得源泉を観念しようとしているといえるのだろうか、という趣旨のコメントを受けた。確かに人々はそこまで整合的ではないかもしれない。が、整合的ではないという可能性を視野に入れた検討はまだできない。

²⁷ ドイツのPE課税の文脈であるが、参照：岩崎政明「事業用財産の「払出し」とキャピタル・ゲインの実現--西ドイツ所得税法における一考察」ジュリスト 806 号(1984.2.1); 濠圭吾「取引・法人格・管轄権—所得課税の国際的側面(1)」法学協会雑誌 121 巻 2 号 123 頁(2004)。

税ベースを根拠づけるかについて、次のようにブランド²⁸等を考えると、やや懐疑的である。

ブランドについて²⁹、出所識別機能・商品品質保証機能に由来するブランドの価値と、ブランド自体が顧客の(幻想的な?)需要の対象となっている場合のブランドの価値³⁰とを分けて考察する。

一方で、或るA国企業の商品について品質が確かという評判がB国顧客の間であるという場合、A国企業がA国で発明等をしてB国特許権を取得する場合と同様に、A国企業がA国で商品の品質を管理していることに由来する所得は、A国の課税ベースと見なされやすいと思われる。

他方で、或るA国企業のブランド自体がB国顧客の需要の対象となっている場合、A国企業が費用をかけていたということだけでA国の課税ベースと観念することには若干違和感が生じる。D国不動産のためにE国居住者が費用をかけて開発していてもE国の課税ベースと観念されないことの類推で、B国顧客に訴えかけるブランドが形成されている場合はB国においてであるとすると、費用負担は課税ベースの決め手とならないと思われる。A国企業の従業員がA国内でブランド戦略を練っていたという場合にA国課税ベースと観念する発想ならありえようが、広告の現場であるB国に課税ベースを認めようとする発想も同程度にありえよう。

最後の叙述は、需要は所得発生源ではない(顧客との取引の法的保護だけでは課税権を根拠づけない)という従来の観念と反りが合うか、疑問が生じる。需要について節を改める。

3.6. 需要に基づく課税ベース

伝統的な観念(需要≠所得発生源)にもかかわらず、OECD等での議論について時々需要に基づいて課税ベースを観念しているのではないかという印象を受けることがある³¹。

所得発生源が生産(事業)に基づくか需要に基づくかは、理屈ではなく決めの問題と思われるので、需要に基づいて課税ベースを観念することが論理的な誤りということではないと思われる。もっとも、需要を基礎にするとすれば、国際租税法にかなりの発想の転換が求められる。論理的誤りとはいえないがたいということ強調しつつ、これは将来の課題としたい。

3.7. 余談：源泉地国としての課税権保守に拘ることの危険

以上(前節を除き)、生産(事業)に基づいて課税ベースが観念されるという発想の下で、客観的課税ベースとその侵食について考えてきた。しかし、生産が課税ベースの根拠であるという発想の下では、租税競争の悪しき側面(産業誘致のための税率引下競争)が強く作用してしまう。また、日本が源泉地国としての課税権に拘るのは危険ではないかという実務家の指摘がある³²。

所得源泉地の発想を応用して客観的課税ベース侵食への対抗を訴えようとするれば、産業空洞化の懸念も浮かび上がる。いずれ日本も法人税率等を下げざるをえないかもしれない³³。しかし、

²⁸ 参照：岩崎政明「租税法研究会(105)ブランド価値評価・使用料と租税法の対応」ジュリスト 1242号(2003.4.1); 赤松晃『国際租税原則と日本の国際租税法 国際的事業活動と独立企業原則を中心に』(税務研究会出版局、2001); 中里実『金融取引と課税』(有斐閣、1998)等。

²⁹ 別の研究会における小塚荘一郎報告に触発されたが、もちろん本稿の誤りの責めは浅妻に帰す。

³⁰ 後者のブランドの価値など存在しえず結局は前者のブランドの価値に帰すのではないか、という疑問も当然考えられる。が、高価というイメージのブランド(中傷はしたくないので特定は避ける)でも商品の品質がそれに見合った高さであるとは限らないということがあるそうである。とすれば、商品の品質自体と関わりないところで顧客が需要関数を変化させることは事象として存在するといえまいか。なお、仮に後者のブランドの価値が存在するとしても、それに法的保護を与えるべきか否かは別論である。

³¹ 参照：浅妻章如「PEをめぐる課税問題」租税法研究 36号『国際租税法の新たな潮流』27頁(2008)。

³² フィナンシャルレビュー94号「号数変更可能性: 校正時確認」執筆者会議における錦織康高の示唆。

³³ 税率(実効税率・名目税率)とFDI(海外直接投資)の増減に関する実証研究をする余裕は今の私にはない。参照：Thiess Buettner & Martin Ruf, Tax incentives and the location of FDI: Evidence from a panel of German multinationals, *International Tax and Public Finance* (2007) 14:151-164; Christian Keuschnigg, Exports, foreign direct investment, and the costs of corporate taxation, *International Tax and Public Finance* (2008) 15:460-477 等。

日本から物理的に生産要素が流出していくことと、契約を上手く仕組んで計算上の課税ベースが侵食されているだけのこととの区別を一応観念することは、租税競争環境の健全化にも資するといえまいか。

3.8. 課税ベース侵食の客観的把握の難点

本稿には自分で認識しているだけでも難点が幾つかある。

第一に、客観的把握という表現は、取引が者と者との間でなされていることを踏まえてなく、経済学的発想ではないと批判されよう。これに対する暫定的反論として、次のように考える。取引当事者の分析が近代経済学によることに異論はないが、国家が地理的な枠を持ってしまっているので、経済分析に馴染まない領域があっても仕方がない、というものである。しかし、国家が地理的に構成されていることと、客観的把握ということとの論理的繋がりを示すには至っていない。

第二に、仮に課税ベース侵食を客観的に把握することができても、課税繰延対策という手法はあまりに筋違いであり、その手法が使えない局面も多く、PE課税や移転価格課税の見直しが本筋である筈だ、という批判が考えられる。これはその通りである。所得源泉・PE課税・移転価格課税の修正が難しいであろうということから、課税繰延対策手法を便法として使う場面があるかもしれない、というにすぎない。

3.9. 積み残した課題

本稿3.1の(あ)(い)(う)のうち、本稿は(う)に焦点を当てただけである。

(あ)については、外国由来の所得であり且つ日本居住者の利益でない、ということを経納税者側が主張する法的ルートを作ることが望まれる。具体的な制度までは詰められないが、現在のentity approachに基づく適用除外要件の設計であれ或いはincome (transactional) approachに基づく適用除外要件の設計に移行する場合であれ、配当・使用料といったいわゆる受動的所得を外国子会社が得ていることは日本の課税範囲からの漏れが生じているかもしれないという【推定】を根拠づけるにとどまる。反例としては、日本以外での発明等につき日本以外での実施から特許権等使用料が生じている場合や、日本以外での事業に由来する配当がやはり日本以外での事業のための資金に用いられる場合等が想起できる。(あ)の観点からは、適用除外要件を満たさないことを推定規定とするにとどめ、納税者側による反証を許す等の制度論も考えるべきではなかろうか³⁴。

(い)について、典型例としては、日本居住者が外国関連会社(たとい真つ当な事業活動を営んでいるとしても)の留保利益を担保にするなどして消費活動をしている、といった事態が想定できる。しかし、これは寧ろ外国の銀行口座を使った場合³⁵等に対するコンプライアンス・情報収集等の対処が優先されるべきものであり、タックスヘイヴン対策税制に関する喫緊の課題とまではいえないであろう。この他に(い)について日本居住者の利益になっているとして課税すべき場面を切り分ける基準こそが重大課題であるが、将来の課題としたい。

なお、研究会で、もし所得源泉・PE・人的帰属・移転価格などのルールが理想的に働くならば、タックスヘイヴン対策税制は不要なのか、という趣旨のコメントを受けた。正にその通りである((い)の観点を除けば)。本稿は、課税繰延対策手法の適用の正当化と同時にその適用範囲を狭めることも正当化しようというものでもある。タックスヘイヴン対策税制として対策すべき租税回避とは、何か恣意的な契約で居住者の課税所得を減らしている場合全てではなく、一般に租税回避という語で思い浮かべられるものよりも、タックスヘイヴン対策税制の対象とされるべきものは狭いと考えるべきであろう。

³⁴ タックスヘイヴン対策税制をめぐる過去の事例を観察すると、もし反証の機会が当時あったならば納税者は容易に反証できたであろう、と見える事例もなくはない。

³⁵ 参照: KBLux事件(<http://jure.nl/BA8179>) LJN BA8179, Hoge Raad, 43050 21-03-2008 (梶川和也の教示による)。