

1. 序

worldwide system vs. territorial systemかという問題に個人的に興味を持っていたが¹、2009年に日本は英国と並んでterritorialを採用したので、その問題関心は日本では失われた²。本日は、そのような大きな政策課題(big picture)が全く視野に入らない訳ではないが、英国の後出しジャンケン課税のアメリカにおける外税控除に関する反対の結論の裁判例を検討する。

2. において、UK Windfall Tax (英国たなぼた税)³をめぐる外税控除適格について反対の結論が出された例を見る。

3. において、「超過利潤税」⁴等の性質及び外税控除適格について考察する。

4. において、外税控除は納税者に寛容すぎ、負担中立的deductionへの移行が考えられる(推奨まではいかないものの)とするShaviroの議論を紹介する。(時間があれば5. においてその他)

2. UK windfall taxのアメリカにおける外税控除適格

PPL case・Entergy caseともにtax courtではHarper判事

時系列:PPL一審認容→Entergy一審認容→PPL二審請求棄却→Entergy二審請求認容

2.1. PPL Corp. & Subsidiaries v. Commissioner

135 T.C. 304 (2010); reversed by 665 F.3d 60 (3d Cir. 2011)

持分関係について(135 TC 304)

PPL Resources, Inc.

Power Markets Development Co. (PMDC)

PMDC International Holdings, Inc.

PMDC UK Holdings, Inc.

PMDC Bristol, Inc.

PMDC UK

25%

Southern Electric International-Europe, Inc. (SEI)

75%

Southern Investments UK Holdings Ltd. (SWEB Holdings)

Southern Investments UK plc (SIUK)

South Western Electricity plc (SWEB)

争点: UK Windfall TaxがIRC § 901(b)(1)[14頁後掲]にいう「所得、戦時利得、超過利潤」税か

¹ 浅妻章如「全世界所得課税+外国税額控除の再検討」ファイナンス475号75頁(2005); 浅妻章如「国外所得免税(又は仕向地主義課税)移行論についてのアメリカの議論の紹介と考察」フィナンシャル・レビュー84号152頁(2006); 浅妻章如「海外子会社(からの配当)についての課税・非課税と、実現主義・時価主義の問題」フィナンシャル・レビュー94号97頁(2009)(後二者は財務総合政策研究所HPより)。

² 尤も、支店についても territorial taxation とすべきかなど、残されている問題は多い。

³ 制限的所得概念の伝統のある英国でキャピタルゲイン課税が20世紀後半に漸く立法された経緯(佐藤和男『土地と課税 歴史の変遷からみた今日的課題』389頁(日本評論社、2005)参照)があり、文脈においては windfall tax はキャピタルゲイン税を意味することがあるが、ここで問題となっている税はキャピタルゲイン税(Taxation of Chargeable Gains Act)とは全く別の特別の政治的な税である。windfall tax という名称自体に政治的な意図が込められているのかもしれない。

⁴ 26 CFR § 1.901-2(a)「Definition of income, war profits, or excess profits tax」の解釈論・立法論について。日本法でいえば法人税法施行令141条2項1号「超過利潤税その他法人の所得の特定の部分を課税標準として課される税」に関する解釈論・立法論について。

英国では、Conservative Party(1979-1997与党)が1984-1996年に32の国有企業(水道、電気等の公共事業)を民間に売却した(135 TC 307)。

民営化による効率性の便益は、消費者にとっての価格低下ではなく、企業オーナーにいてしまいい、公共事業の利得と株価と取締役報酬が増大してしまっている、と英国で感じられていた。

Labour PartyのGeoffrey RobinsonがArthur Andersenとチームを組んで民営化公共企業に対する課税方法を検討し、単純なgross receipts課税やprofits課税を斥け、これから問題とするwindfall taxを選んだ。影の内閣大蔵大臣Gordon Brownも同意し、1997年選挙でのLabour Party勝利後に議会在立法した。

課税の数式は以下の通り(665 F.3d 63)。

$Tax = 23\% \times [(365 \times (P/D) \times 9) - FV]$

P/D=average profit per day over a statutorily defined "initial period"⁵

P=total profit over the "initial period"

D=length of the initial period in days

"profit-making value"=365 × (P/D)

9=price-to-earnings ratios [PER], for all companies

ratio="approximates to the lowest average sectoral price-to-earnings ratio of the companies liable to the tax"⁶

FV="flotation value"⁷

IRC § 901(b)(1)の解釈についてReg. § 1.901-2が拘束力を持つことが判例法上確立している⁸。

"income, war profits, [or] excess profits tax" within the meaning of I.R.C. § 901(b)(1).

"predominant character . . . of an income tax in the U.S. sense." Reg. § 1.901-2(a)(1)(ii).⁹

"likely to reach net gain . . . if and only if the tax, judged on the basis of its predominant character," satisfies each of three requirements: the "realization" requirement, the "gross receipts" requirement, and the "net income" requirement. Reg. § 1.901-2(b)(1)(実現要件、受取総額要件、純所得要件をそれぞれ全て満たしているか)¹⁰

主要な性質に基づいて、3要件を満たしているか審査しなければならない。The Court of Claimsの先例の中には、各要件に精査せず主要性質が所得税であるか調べたものがあるが、そういうやり方は許されない。

3要件は課税時期と課税標準the timing and the base of the foreign taxを見ているとする。

Tax Baseについて両当事者の主張(665 F.3d at 65)

IRS側:英国法令を見よ。二つのvalue(値)の差額と定義している。どちらのvalueも会社のgross receipts(受取総額)を表していないし、課税標準が認識可能な費用・支出(労務費等)を考慮するようになっていない。

PPL側:税の形式でなく実質を見よ。profitsとりわけexcess profitsを対象としている。PPL側鑑定意見はinitial-period profitがgross receipts要件とnet income要件を満たす筈であると述べている。

⁵ この initial period は本件では民営化後最初の4年間となっている。

⁶ 課税企業の部門別最低平均 PER に近似ということになるが、年収益率11%という想定は今の日本人である私からすると高いように思われる。当時の英国ではそれが普通であったということであろうか。

⁷ flotation の定訳は「新株発行」であろうが、「政府から民間への払下げ」と意識すべきかもしれない。

⁸ Texasgulf v. Commissioner, 172 F.3d 209 (2d Cir. 1999); Amoco Corp. v. Commissioner, 138 F.3d 1139, T.C. Memo 1996-159 (7th Cir. 1998).

⁹ "tax"であるかどうかについて争点になってない。日本のガーンジー島事件(損保ジャパン事件)・最判平成21年12月3日民集63巻10号2283頁とは争点が違うということになる。日本のと似た例として、Bundesfinanzhof, 3.5.2006, I R 124/04, BFH/NV 2006, 1729; BFHE 214, 80; BB 2006, 1836-1840において、ドイツ系生命保険会社グループの保険会社がアイルランドの International Financial Services Centre ["IFSC"] in Dublin で30%を自発的に納税した事例で、ドイツがCFC税制を適用することは許されないと判断されている。

¹⁰ 665 F.3d at 64。更に、同頁 note 1において、Tax CourtもPPL側も3要件テストとは独立の「主要性質基準」を適用しようとしているが、それは誤りである、という旨が述べられている。

裁判所の判断

PPL側の実質に関する主張はbridge too far¹¹。課税標準はinitial-period profitだけではない。上の式は要するに $Tax = 23\% \times P$ だとPPL側は主張する。

profitsが課税ベースの唯一の変数だというなら、別の2変数を説明しなければならない。

第一にinitial periodは1461日=4年間。

第二にflotation valueは3要件を満たすかについて無関係であるとしよう。windfall taxは経緯からして「超過利潤」税の形式であるから、正しくFVを無視しろ、とPPL側は主張している。¹²

PPL主張通りFVを無視すると $Tax = 23\% \times [(365 \times (P/1461)) \times 9]$ は $Tax = 23\% \times [2.25 \times P]$ となる。

PPL側の主張する単純化を認めたとしてもgross receipts要件を満たさない。

PPL側は更に、51.75%の課税といえると主張する。

しかし、かような税率変更はgross receipts要件の読み間違いである。Reg. § 1.901-2(b)(3)(ii), Ex. 3[後述]の105%がgross receipts要件を満たさないところ、況や本件の225%も満たさない。

なお、課税ベースを105%にしつつ税率が20%に押さえられていれば、実質21%課税でありgross receipts要件を満たす。

2.2. Entergy Corp. & Affiliated Subsidiaries v. Commissioner

T.C. Memo. 2010-197; affirmed by 683 F.3d 233 (5th Cir. 2012)

1997、1998課税年度(暦年)それぞれ\$17,341,254 & \$61,729,798の米所得税申告漏れの指摘。

原告の間接英国子会社(London Electricity plc)が納付したUK Windfall TaxについてIRSが外税控除適格を否定したことが適法か、が争点。

問題となったUK Windfall Taxは、一度限りの("one-off")課税であり、分割払いで1997及び1998年12月2日に納付された。PPL同様にTax Courtは外税控除適格を肯定した(TC Memo 2010-197)。

London Electricityは英国で1980～1990年代に民営化された32の会社(多くは公共事業)のうちの1つである(683 F.3d at 234)。

英国は、価格統制はしていたが、利益上限は設定していなかった。民営化会社は、コストを下げ、利益をあげたので、民衆の反感を買った。当時野党のLabour Partyが"windfall levy on the excess profits of the privatised utilities"(民営化公共事業の超過利潤にかかる賦課金)を提案した。Arthur Andersenの助言もあってgross receipts taxes and profits taxes(受取総額税、利潤税)等幾つかの案があり、最終的にthe Windfall Tax(たなぼた税)を選び、与党になって立法化した。

Windfall Taxは公共事業が稼得能力に照らして安すぎる価格で売られた、という民衆の懸念に応えようというものであった。

(1)最初数年間(典型的には本件もそうであるが4年間)の一日あたり平均利益に"price-to-earnings ratio"(株価収益率)としての9を乗じた"profit-making value"(利益稼得価値)を算出。

(2) "flotation value"(新株発行価格)または民営化された時の価格

(1)と(2)との差額に一度限りの23%の税を課す、という内容。

London Electricity社が£ 140 million弱納税し、Entergyが約\$ 234 millionの税額控除を求めた。

前述の"profit-making value"に対するWindfall TaxがIRC § 901のtax on excess profits(超過利潤にかかる税)として外税控除の対象となるか、tax on unrealized value(未実現価値にかかる税)として外税控除の対象とならないか、についてIRSとEntergyとの間で見解が対立した。

¹¹ 論理の飛躍、かと思ったが、固有名詞(映画:遠すぎた橋)のようである。

¹² 665 F.3d at 65 note 2 では次のように述べる——Regulation は excess profits と normal profits とを区別する要素に着目していないと PPL 側は主張する。超過利潤税の定義がないのであるから第一次大戦時の「超過利潤」税を参照して FV は無視されるべきだというのである。しかし Regulation は超過利潤税を「income tax」つまり3要件を満たすものと定義している。

Entergy主張: Windfall Taxはa pure tax on profits (利益にかかる純粋な税)の数字的表現である。
 IRS主張: [英国]法令が"profit-making value"に言及していることは、Windfall Taxが超過利潤ではなく未実現価値にかかるものであることを示している。

TC Memo 2010-197は、Windfall Taxが超過利潤にかかっており、それゆえにReg. § 1.901-2(a)の three-part "predominant character" test (3つの「主要性質」テスト)を満たしているとした。

- (1) reached only realized income (実現済み所得のみを対象とする)
- (2) was imposed on the basis of gross receipts (受取総額を基準として課されている)
- (3) targeted only net income (純所得のみを標的とする)。(Cf. 135 T.C. at 337-39)

両当事者はReg. § 1.901-2(a)が意味を持つことに同意している(683 F.3d at 235)。

"[a] foreign levy is an income tax if and only if[] . . . [t]he predominant character of that tax is an income tax in the U.S. sense." (外国租税の主要な性質がアメリカの所得税と同様か)

"is likely to reach net gain in the normal circumstances in which it applies." (通常の場合に純益を対象とするようになっているか)

"A foreign tax is likely to reach net gain in the normal circumstances (通常の場合純利益を対象とする) in which it applies if and only if the tax, judged on the basis of its predominant character (主要な性質に基づいて判断する), satisfies each of the realization, gross receipts, and net income requirements" Id. at § 1.901-2(b)(1). (実現・受取総額・純所得要件それぞれ全て)

realization requirement (実現要件): アメリカの所得税原則は、"realization event," usually "when property is sold or exchanged." (「実現イベント」通常「財産が譲渡もしくは交換された時」¹³に所得が課されるとする。)

gross income requirement (総所得要件¹⁴): "[g]enerally, the starting point for calculating income subject to a creditable foreign income tax must be actual gross receipts." 「一般に、控除対象となりうる外国所得税の課される所得の計算の出発点が実際の受取総額でなければならない」。¹⁵

net income requirement (純所得要件): "provid[e] for 'recovery of the significant costs and expenses (including significant capital expenditures) attributable, under reasonable principles, to [the] gross receipts included in the tax base.'" 「『課税ベースに算入された受取総額について、合理的な原則に基づいて関連すると認められるような、意味のある費用及び支出(意味のある資本支出を含む)の回収』を認める」¹⁶租税のみが外税控除の適格を得る。

Windfall Taxが"profit-making value"に依拠することについての2つの解釈が対立している。

IRS側: 外税控除適格を「決定付ける文言に拘束されたアプローチ」"text-bound approach to determining" creditability——Windfall Taxは法令で定められた二つの値の差額に課される(PPL Corp., 135 T.C. at 332, 334)。文言のみに依拠し、立法経緯や計算に基づく論拠を排除(exclusion of historical and mathematical sources.) (Id. at 333)。

PPL側¹⁷: 立法経緯も代数的再構成も (both parliamentary history surrounding the Windfall Tax as well as algebraic reformulations) Windfall Taxが超過利潤税であることを意図しており、そして実際そのように実行されている (Id. at 326-27)。

¹³ BORIS I. BITTKER & LAWRENCE LOKKEN, FEDERAL TAXATION OF INCOME, ESTATES & GIFTS ¶ 72.4.3 (2011)

¹⁴ gross receipts と訳し分けるべきとは思われないが、とりあえず総所得要件と訳した。

¹⁵ Bittker & Lokken, note 13.

¹⁶ Bittker & Lokken, note 13.

¹⁷ tax court における判断は Entergy case でなく PPL case で示されているため。

Tax Courtは「法令の文言こそが『実質』である」("the words of the . . . statute *are* the 'substance'")とするIRS側を斥け、主要性質基準の下で法令以外の根拠に拠ること(propriety of resorting to extra-statutory sources under the predominant character standard)を認めた。

IRS側は控訴審で再度Windfall Taxの文言を強調した(683 F.3d at 236)。

しかし、Reg. § 1.901-2に関する判例法¹⁸によれば、外国税の「主要な性質predominant character」の判定の際に専らもしくは単純に文言に依拠しなければならないとのIRS側主張は斥けられる。

Windfall Taxはrealization要件・net income要件を満たしている。

税の設計・施行の遙か以前から発生していた公共事業の通常の営業に由来するrevenueに基づいている。つまり“realized”である。

更に、問題となる年度において通常の意味で計算されるprofit(つまり公共事業のincomeを生むのに関連する営業費用を控除する)を実現させた公共事業のみonlyを対象とし、それのみを対象としうるcould。したがってnet income要件を満たしている。

IRS側の形式面の主張はgross receipts要件についてである。corporate value(会社価値)を対象とする租税は、通例、gross receiptsに基づいて課されるものとはいえない。最初の平均利得から算出される“profit-making value”に基づいて課されるWindfall Taxはgross receiptsを対象とするよう設計されていない、間接的にgross receiptsに基づいているとはいえない。

しかし我々[控訴審]はTax CourtによるWindfall Taxの主要な性質の見方に賛成する。Windfall Taxの経緯と実際の運用は、売却価格に照らした“excess profits”を取り戻す(“claw back”)ようになっていた。initial profitsは全源泉からのincomeから事業費用を控除したもの、つまりgross receiptsから関連する費用を引いたもの、或いはnet incomeである。税は、注意深く計算された一定額(fixed floor)を超えるadditional profitsに比例する。集合的ではあるが完全に利得に基づいた(profit-driven)額を英国議会が“profit-making value”と命名したからといって、税の経緯と実際の効果つまりpredominant characterが曖昧になるものでは決してない。

第3巡回控訴審[PPL case]は逆の結論を出した(683 F.3d at 237)。少なくともgross receipts要件を満たしていないとした。Windfall Taxが最初の期の利得の51.75%の税に相当するという納税者側主張は、“bridge too far”であるとし、Windfall Taxの「税率再計算」“rewrite the tax rate”を裁判所に要求するものであるとした(PPL, 665 F.3d at 65)。Windfall Taxは会社のinitial profitの2.25倍に対する23%の税ではあるが、gross receipts要件にとって致命的である(Id.)。Example 3 of 26 C.F.R. § 1.901-2(b)(3)(ii)が石油採掘の価値の105%に基づく税の外税控除適格を否定していることを挙げ、105%が駄目なら225%も駄目である、とした(Id. at 68)。

これは形式優先主義(form-over-substance methodology)である。gross receipts要件は、所得税が通常「想定額notional amountではなく実際のgross receiptsから[計算し]始める」¹⁹ことを確認するものである。想定額と実際の受領額との区別が、26 C.F.R. § 1.901-2(creditable foreign taxes must be based on either actual income or an imputed value not intended to reach more than actual gross receipts.) (控除対象外国税は、実際の所得または帰属価値に基づかねばならず実際のgross

¹⁸ 683 F.3d at 236 より抜粋——“The label and form of [a] foreign tax is not determinative.” *Inland Steel Co. v. U.S.*, 677 F.2d 72, 80, 230 Ct. Cl. 314 (Ct. Cl. 1982). “We do not . . . consider it alldecisive [sic] whether the foreign income tax is labeled a gross income or a net income tax The important thing is whether the other country is attempting to reach some net gain, *not the form in which it shapes the income tax or the name it gives.*” *Bank of Am. Nat. Trust & Sav. Ass'n v. U.S.*, 459 F.2d 513, 519, 198 Ct. Cl. 263 (Ct. Cl. 1972). [斜体は *Entergy case* 控訴審判決が付加したもの]

¹⁹ Bittker & Lokken, note 13, at ¶ 72.1.

receiptsを超えるよう設計され(いてはならない)の核心である。

この政策は二重課税回避という外国でも共有されている試みに由来する。外国が、自国の税額を増やすために実際の所得ではなく「人為的もしくは擬制的所得に課税するよう仕向けられた」擬制所得 *imputed income*²⁰ に課税するかもしれない。そうするとアメリカ系企業が外税控除を通じてアメリカから外国へ資金を流す導管として機能しかねない²¹。gross receipts要件は"soaking up" (吸い上げ)を防ぐためのものである。

しかし擬制所得の全てがgross receipts要件を満たさなくなる訳ではない。Reg. § 1.901-2 (b)(3)(i)によれば「市場価値を超える額をもたらすことがないように計算された」*actual gross receipts or imputed gross receipts* (実際の受取総額もしくは擬制受取総額)はgross receipts要件を満たす。

between permissible *imputed actual gross receipts* and impermissible notional amounts (許容される擬制現実受取総額と許されざる想定額)の区別(683 F.3d at 238)。Reg. § 1.901-2(b)(3)(ii)

Example 1: 現地本部企業として受ける"arm's length gross receipts"の計算しにくさに鑑みて、本部企業税"headquarters company tax"が、事業費用の110%をgross receiptsと見なし課税される例。この計算式は市場価値を超えるように作られてはいないのでgross receipts要件を満たす。

Example 2: 例1に加えて関連会社取引からの受領額の市場価値を超えるような計算式の例。その税が、(a)(1)に照らして、全ての者が服すものとして所得税であるかないかによって、Example 1と同様にgross receipts要件を満たしうる。

Example 3: 石油採取税が採取石油の市場価値の105%の所得とみなして課される例。明らかな許されざる想定額(impermissible notional amount [にかかる税])の例。

Windfall TaxはExample 3のタイプとは違い、*actual gross receipts*に基づく平均利益の23%から出発してPERとしての9を乗じ、新株発行価格flotation valueを控除している。Windfall Taxはgross receiptsの帰属imputeを全くしていない。課税提案以来の利得に関する情報が充実しているのでimputeが不要なのである。

記録にもあるように、initial flotation valueの11%のリターンを超える利益を生み出してから、Windfall Taxは課されている。

2.25倍していることについて、第3巡回控訴審はgross receipts超過の証拠としたが、公共事業のprofitsをnotional amountsに増加させるものではない。9÷4が2.25というだけである。(683 F.3d at 239) 第3巡回控訴審の論理によれば、Windfall Taxがflotation後の9年間を見ていれば、「乗数multiplier」は1となり、外税控除適格を得ることになる。

2.3. 論稿・意見書等

現在最高裁の判断待ち²²

UK Windfall Taxの外税控除適格をめぐる多くの論稿²³が出されているが、概ね、PPL case控訴審

²⁰ impute の定訳は帰属であるが、帰属家賃等とは違う意味であると思われるので、「擬制所得」と訳した。

²¹ Foreign Tax Credit; *Libya & Saudi Arabia*, 1978-1 C.B. 228, 1978 IRB LEXIS 569, Rev. Rul. 78-63.

²² 私が把握している限りでは、Shamik Trivedi & Patrice Gay, U.S. Supreme Court to Tackle Foreign Tax Credits, 2012 WTD 210-1 (October 29, 2012)の中で、「Foreign tax credits will be on the Supreme Court's docket this term, as the justices granted certiorari on October 29 in *PPL Corp.*」と報じられている。

²³ Marie Sapirie, 2012 WTD 132-1 U.S. Circuit Courts' Split on Foreign Taxes Has Broad Implications; Ashley C. Parrish, et al., 2012 WTD 139-32 Corporation seeks U.S. Supreme Court review of foreign tax credit decision; Richard E. May, et al., 2012 WTD 139-33 Corporation petitions U.S. Appeals Court for rehearing on foreign tax credit; Jeremiah Coder, 2012 WTD 163-1 Practitioners, Economists Push for Certiorari to Resolve U.S. Court Split over U.K. Windfall Tax; N. Jerold Cohen, Shane A. Lord & Carol P. Tello, 2012 WTD 163-21 Practitioners Ask U.S. Supreme Court to Resolve Circuit Split on Foreign Tax Credit; Shannon Lee Goessling, et al., 2012 WTD 163-23 Amici Urge U.S. Supreme Court to Hear Foreign Tax Credit Case, Limit IRS Power

判決について実務家が怒りをぶちまけているようである。

著名学者ら²⁴による意見書——Walter Hellerstein, Amici Argue for Substance over Form in Application of U.S. Foreign Tax Credit, 2012 WTD 163-22 (August 01, 2012)

幾つかの抜粋と私なりの疑問

In the absence of the credit, foreign investment that would otherwise be as attractive as domestic investment would be rendered less attractive. The resulting lack of neutrality between foreign and domestic investment would mean that U.S. capital would not be put to its most productive use. Seen from the perspective of the foreign country, the lack of a foreign tax credit in the United States would be tantamount to the imposition of a non-welcome exit tax on U.S. capital invested abroad. Windfall Taxの外税控除適格を否定しても中立性が害されるとは限らないのでは？(後述)

the unjustifiable denial of creditability is not simply a matter of comity. The fear that a credit would not be allowed for a tax that should be creditable may stifle foreign experimentation and innovation that would be beneficial to the foreign country and that the United States might find instructive. 国際礼譲の問題だけではなくて外国の立法例を見てアメリカも示唆が得られるとは言っても、外税控除というアメリカ国庫の犠牲を払ってまで示唆を得たいと思うであろうか？

Indeed, the IRS stipulated that ". . . the tax formula can be restated as a 51.75% tax on profits in excess of 4/9 of flotation value. . . ." PPL Pet. at 11 (citing Pet. App. at 62). *From an economic point of view, that statement alone is enough to demonstrate that the Windfall Tax was a tax on excess profits.*

profit税であるということは理解できるが、gross receipts要件を満たしていることが論証されているだろうか。

If the intent were really to tax excess value, the logical comparison would have been between the market value of stock, which was readily available, and the value at flotation.

株式の時価と新株発行価格との差額に着目した真のexcess valueに対する課税であれば外税控除が認められず、excess valueを執行可能な形で算出しようとするWindfall Taxであるとprofitが課税標準算出式に含まれているから外税控除が認められる、という論述には、違和感が残る。

Treas. Reg. section 1.901-2(b)(3)(ii), Ex. 3, that describes a situation in which gross receipts are deemed to be 105% of the market value of petroleum sold, suggesting that the Windfall Tax does not meet the realization test, because it is based on 225% of gross receipts. Pet. App. at 12-14.

3rd Circuitはrealization要件でなくgross receipts要件が満たされてないと論じたのでは。

the Windfall Tax was not based on 225% of profits; because of the way the tax was structured, the effective tax rate was 225% of the 23% statutory rate, or 51.75%.

It is equivalent to arguing that if a statute says "2 + 3 = 5," it is illegitimate to say "5 - 3 = 2," because the arithmetic manipulation involved requires extrinsic evidence.

3rd Circuitの論理に違和感があるという部分には共感する。

Failure of the Regulations to Track the Statute

訴訟当事者双方が規則の拘束力に同意している中で、規則が法令に違背しているという議論は、論理的にありえないではない(アメリカの訴訟ルールはよく分からないが、日本式に考えれば法解釈は弁論主義ではなく裁判所の職権)が、見通しは厳しいのではなかろうか。

²⁴ Rosanne Altshuler, Richard M. Bird, Malcolm Gillis, Arnold C. Harberger, Gary C. Hufbauer, Charles E. McLure, Jr., Jack Mintz, & George R. Zodrow

The importance of creditability of taxes that do not look exactly like the U.S. income tax goes far beyond the creditability of the U.K. Windfall Tax. The wider relevance of this issue can be seen from the following episode, which is documented in the *National Tax Journal* article cited above as well as in Charles E. McLure, Jr. & George R. Zodrow, *A Hybrid Consumption-Based Direct Tax Proposed for Bolivia*, 1 *International Tax and Public Finance* 97 (1996)

必ずしもアメリカの所得税に似ているかで外税控除適格が決まるものではないという指摘は、経済理論としては重要そうに見えるが、現行法規の解釈に活かされるものであるかは、よく分からない。

3. 超過利潤税等の性質に関する考察

3.1. 仮想設例 1 : JRA (競馬産業) の払下げの場合

未課税利益(課税することが予定されている中での課税繰延とは違うのでこのような表現)について或る時一挙に課税するとした場合に、それは所得税・超過利潤税として外税控除適格が認められるのか、という問題と考えられようか。

JRA(日本中央競馬会)が民営化されるとする。現在JRAを含めた競馬産業はそんなに儲かっているようであるが、とりあえずの設例として競馬産業は儲かるとする。従来のJRAは馬券売上の10%を第一国庫納付金として国に納めなければならなかったが、民営化に伴いその義務が除かれて、通常の法人課税で済まされるとする。しかしJRAの払下げ価格が(何らかの利権絡みで)妙に安かったとする。例えば毎年90の第一国庫納付金を納めていたが、民営化後100の課税所得が発生するようになり、40の納税で済まされるようになったと仮定する(従前の第一国庫納付金で畜産振興が図られていたが、国が畜産振興の資金を別に求める)。毎年50納める額が減ることを見込んで民営化時の払下げ価格に(PERを10、割引率年10%と想定すると)500が(施設等の時価の他にも)上乗せされなければおかしかった筈のところ、民主党政権時に施設等の時価相当額(とりあえず2000としておく)だけで払下げられたとする。

きちんと計算すれば払下げ価格は2500であるべきところ2000で払い下げられたと仮定する。自民党が与党となって500に課税しよう(ただし民営競馬産業の年間利益を超えない範囲で分割払とする)とする。

500というのは将来キャッシュフロー(将来の超過利潤というべき?)の割引現在価値であって、課税時に実現しているといえるのかという疑問が湧く。しかしPPL caseもEntergy caseもrealization要件は問題とならないとしている。しかし私にはrealizationのないところへの課税であるように見受けられる。

3.2. 仮想設例 2 : 携帯電話電波オークションと認可

オークションでは、最高値をつけた人が、2番目の値段で買うとする。

まず税金のない世界でのオークションを仮想する。A社・B社が携帯電話用電波²⁵を使って毎年400の税引前利益を見込んでいるとする。PER10(割引率年10%)とすると電波の価格としてA社・B社が入札時に払える価格は4000。C社は毎年500の税引前利益を見込み5000で入札し4000で電波を買う。これが税のない世界でのオークションの帰結となる。なお、通常、電波は数年単位で認可・売り買いされると思われるが、ここでは思考の便宜のため無限期間モデル²⁶で計算している。

²⁵ 電波について携帯電話の他の用途も含めてオークションにかけるべきと考えられるが、今回は思考の便宜のため同種事業者間での競争のみを念頭に置く。

²⁶ 無限期間モデルのためには電波認可よりも国有地払下げ(例えば国立公園を民営化して規制を残しつつ観光産業を誘致するとか)の方がイメージしやすいかもしれない。

ところで、国有地が国民共有財産ではあっても公共財(非排除性・非競合性のある財)ではないように、電波も、国民共有財産ではあっても公共財ではない。時折、電波は公共財であるという電波を見かけるが、無視する。

次に税のある世界を考える。A社・B社は毎年の税引後利益240を見込み2400で入札する。C社は税引後利益300を見込み3000で入札し2400で電波を買う。毎年の税引後利益300のうちの60はC社の経営効率改善による²⁷28。

オークションによればC社は2400で電波を買うことになるどころ、時の政権(とりあえず民主党)と総務省に働きかけ、800で電波認可を受けたとする。税引前利益500のうち電波購入費に対応する部分は80だけであり、320はwindfall(たなぼた:電波利権)²⁹、100は経営効率改善の利益³⁰ということになる。

政権交代して自民党がwindfallに課税する立法をしたとする。C社の毎年の税引前利益500に対し通常の法人税200(税率40%)を課すことに追加して、 $320 \times 40\% = 128$ の**電波営業税**を課したとする。これは毎年の実現利益のうちから納税を迫るものであるから、excess profits tax(超過利潤税)といえるのかもしれない。

毎年128の電波営業税を課すことにかえて、 $320 \times 10(\text{PER}) = 3200$ の電波利権というストックに対して40%の税を課す、すなわち2800の**電波認可税**を追加的に(ただし分割払いで)課したとする。これは、課税標準にprofit(の一部)が含まれているという点で超過利潤税といえるかもしれないが、realization要件を満たさないのではないかとの疑問も生じる。

PPL case・Entergy caseではrealization要件が問題とされてないのが不思議であるが、仮にrealizationの有無に目を瞑るとしても、電波認可税のような課税については、別のgross receipts要件に照らして、やはり要件が満たされないことになるのではないか、という疑問が生じる。

電波営業税:フローに対する追加的課税

電波認可税:ストックに対する追加的課税…PPL・Entergyはこちらに近いのでは。

英国の民営化公共事業が通常の法人税³¹を納めた上に追加してWindfall Taxが課されたのか、民営化公共事業が非課税法人である中でしかしwindfallに手付かずというのはおかしいということ

²⁷ 消費者余剰を巧妙に取り込む、設備投資を控えるなどのような経営による利益の場合は、C社の利益の高さが必ずしも社会全体の効率性の改善を表しているわけではないかもしれないが(英国における民営化後の企業に対する民衆の不満に、消費者余剰が削られたとの思いがあるか、不分明であるが)、話がややこしくなるので、とりあえずここでは効率性の改善があると考えておく。

²⁸ 無限期間モデルのため電波購入費が減価償却できないという仮定での数字である。電波購入費を即時損金算入できるならば、入札額は、税のない世界と同様に、A社・B社について4000、C社について5000となる。

| | AB利益 | AB現価 | AB償却 | AB所得 | C利益 | C現価 | C償却 | C所得 |
|-----|------|------|------|------|-----|-----|-----|-----|
| 第0年 | 0 | 995 | 0 | 0 | 0 | 995 | 0 | 0 |
| 第1年 | 400 | 694 | 301 | 99 | 500 | 694 | 301 | 199 |
| 第2年 | 400 | 364 | 330 | 70 | 500 | 364 | 330 | 170 |
| 第3年 | 400 | 0 | 364 | 36 | 500 | 0 | 364 | 136 |

電波が3年単位で認可・売り買いされ、電波購入費を減価償却するとなると、上のような計算になると思われるが、無駄に複雑になると思われるので深入りしない。

²⁹ 河野太郎ブログ <http://www.taro.org/2008/02/post-363.php> では、「電波を独占して上げる収益に対して利用料が千分の一。低すぎませんか。」とある。千分の一という数字の正確さはともかく、経済学的に安価にすぎることであれば、値上げまたは特別な賦課は是認されやすからう。

³⁰ rent を【利益から機会費用を控除したもの】と定義すると、C社が他の事業をやっていたならば年税引前利益が400にしかならず、携帯電話事業をすることで500になるということであれば、 $500 - 400 = 100$ が rent であり、この rent 部分に対しては99%課税したとしてもC社は他の事業ではなく携帯電話事業を続けた方が得であるので、市場に歪みを与えない(deadweight loss 死荷重が生じない)効率的な課税となる。

windfall についての一般的な定義は分からないが、とりあえず【政府から特殊な扱いを受けて公正な競争に晒されないことによる利益】とここでは考えておく。

³¹ 日本の事業税に関して電気・ガス等の課税標準の計算が特殊であること、英国の民営化後の事業においても価格統制等はあったとされていること、を考え合わせると、英国の民営化公共事業の法人税の課税標準の計算も特殊なものであるかもしれない。

でWindfall Taxが課されたのか、判決文からは判然とせず、前者であるとする profits の二重計上・二重課税であるように思われるが、超過利潤税は通常の法人税に追加的に課されるものであっても外税控除適格を失わないと思われるため、profits の二重計上・二重課税の有無は問題にならないようにも思われる。しかし釈然とはしない。

フロー課税とストック課税の見かけは異なるものの、その経済的実質は(将来における利益・割引率の変化というリスクに対してリスク中立的であれば)同じである。電波営業税(フロー課税)にしる電波認可税(ストック課税)にしる、外税控除不適格とすべきように思われるが、ストック課税の方が外税控除に馴染まない程度が一層強まるように感じられる。それはなぜか。ストック課税について外税控除適格を認めると、外税控除の濫用を招く可能性³²が強くなるためであろうか。

3.3. 解釈論はさておいて政策論

英国が通常の法人税に追加する形で何らかの特別税(例えば鉱物採掘利権に対する特別な税)を仮想していると仮想する。それにアメリカの外税控除適格を認めてしまえばアメリカ国庫の犠牲となるだけで事業者の負担とならないから、外税控除適格は認めないべきであるように思われる。

英国の特別税が通常の法人税の代替としての課税であったが、そうした特別税は通常の法人税より重めの負担として設計されていたならば、どう考えるべきであろうか。例えばIncome Tax Actによる通常の法人税が課されていれば23の納税で済む筈であったところ、特殊な計算により納税額は40であったというような場合、アメリカとしては23までは外税控除適格を認め17については外税控除適格を否定する、ということが、英国の特別税の趣旨を損ねないやり方³³であるように思われる。しかし、仮想的法人税負担と現実納税額との差額部分だけ外税控除適格を否定する、というのは(恐らく現行法の解釈では導かれただけでなく)立法論としても難しいのかもしれない。

外税控除の趣旨に照らすと、アメリカ資本の外国への投資の妨げとならないようにすること³⁴が外税控除の趣旨であると理解すると、本件Windfall Taxのような後出しジャンケン的な課税がアメリカの投資家に追加的負担をもたらしたとしても、外国への投資の妨げとならないであろうから、外税控除適格は否定されるべきであるように思われる。資本輸入国での後出しジャンケン的な課税の有無は、国有化(接収)の有無と同様にビジネス判断としてなされるべきであって、外税控除を認めることは資本輸出中立性の趣旨に沿わないのではないか³⁵。

本件Windfall Taxには大衆迎合的側面もあるのかもしれないが、前政権下での特殊利権に対する政権交代後の適正化(場合によっては肅清)であるとして理解すると、やはりアメリカが外税控除で救済する政策論的意義は乏しいように思われる。

独禁法違反の課徴金(利得吐き出し、制裁)が、計算過程にprofitsを含んでいてたとしても、課徴金は税ではないとされるであろうところ、本件Windfall Taxは利得吐き出しに近い意図があるようにも思われ、課徴金について外税控除不適格とすべきであるならば本件Windfall Taxのような賦課についても不適格とすべきではないか(少なくとも立法論としては)、と思われる。

4. Shaviro : creditからdeductionへ

アメリカではworldwide派とterritorial派との間で激しい論争があり、Shaviroはterritorial派に属すると見受けられる。しかしterritorialへの移行だけでなく、様々な理論的可能性を検討している。

³² realization 要件を満たさないのではないかと解釈論の問題のみならず、英国への納税主体と当該税額の経済実質的な負担者とを切り離す等の tax planning が色々考えられそう(5.2の *Pritred 1 LLC case* 参照)であるためである。

³³ sparing tax (みなし外税控除)で資本輸入国の減税分を資本輸出国の外税控除減額に結び付けない発想と類似する。

³⁴ capital export neutrality 資本輸出中立性は、外国への投資を促進する、ではないことに留意。

³⁵ 尤も、通常の所得税・法人税の税率アップも後出しジャンケンとして機能しうるところ、本段落のような論理は説得力を持たないかもしれない。

4.1. Daniel N. Shaviro, Replacing the Income Tax With a Progressive Consumption Tax, 103 Tax Notes 91 (April 5, 2004)

課税ベースを所得から消費に移すべきと論ずる中で、国際課税問題として、仕向地主義課税とすれば移転価格問題が減るなどの利点があることを論ずる。

4.2. Daniel N. Shaviro, Why Worldwide Welfare as a Normative Standard in U.S. Tax Policy?, 60 Tax Law Review 155 (2007)

これまでcapital export neutrality資本輸出中立性などについて全世界的視点から厚生を最大化を図ってきた(アメリカがアメリカ住民の厚生のみならず外国住民の厚生まで考慮する)ことに疑義を呈している。

4.3. Daniel Shaviro, Rethinking Foreign Tax Creditability, 63 National Tax Journal 709-721 (2010)同The Case Against Foreign Tax Credits, 3 Journal of Legal Analysis 65 (2011)

概ね似た内容。

次の二つのmargin(限界)の違いを意識すべきであると論ずる。

第一:outbound投資にアメリカがどう課税するか…worldwideかterritorialか。

第二:外国税額についてmarginal reimbursement rate(MRR)をどう設定するか……worldwideの場合MRRが100%(納税者に戻ってくる)。exemptionの場合MRRが0%(外国税額が損金算入されるのと変わらない)。

従来、worldwide・creditと100%MRRとが結びついて(或いはterritorial・exemptionと0%MRRとが結びついて)いるかのような前提で議論されてきたが、上の二つのmarginは違うと考える余地があるとする。

例えば、外国税額について100%MRRと設計する(worldwideのように)一方で、外国投資からのアメリカの純税額を零と設計する(territorialのように)ことは可能か。無制限外税控除(還付も)を認める一方で国外源泉所得に対する税率を調整すれば達成可能である。次に、例えば第二のmarginについてcreditよりdeductionとして設計する一方で、外国投資から現在アメリカが得ている税収を維持しようとする設計は可能か。deductibilityと国外源泉税率減により達成可能であり、後者の方が動機付けは遥かに容易である、と論ずる。³⁶

従来creditが支持されてきた理由の一つとして、二重課税への嫌悪感があるかもしれないが、二重課税の有無は経済厚生分析においては意義が小さい筈であると論ずる(40%の課税を一回することと1%の課税を30回すること等)³⁷。また、長らく資本輸出中立性(CEN)が議論を支配してき

³⁶ credit から deduction へではなく、現行法の deferral(外国子会社の利益に関する課税繰延)を廃止する方法について、deferral がもたらす歪みの問題と、outbound 投資についてアメリカがどう税収を得るべきかの問題は、一応区別できる問題であり、Harry Grubert & Rosanne Altshuler, *Corporate Taxes in the World Economy-Reforming the Taxation of Cross-border Income*, in John Diamond & George Zodrow, eds., *Fundamental Tax Reform: Issues and Implications*, 319-354 (Cambridge, MA: MIT Press, 2008)は、“burden-neutral” repeal of deferral(租税負担が変わらないという前提での現行法の繰延を廃止。即ち即時課税)として税率を35%→28%に下げれば達成可能と論じている。

³⁷ 課税の回数に関し、Rosenbloom と Avi-Yonah との間の論争がある。Shaviro の発想は Rosenbloom の発想に近いのかもしれない。Cf. H. David Rosenbloom, *The David R. Tillinghast Lecture: International Tax Arbitrage and the "International Tax System"*, 53 *Tax Law Review* 137 (2000)(外国で租税回避・租税上の便益を得ているかどうかはアメリカの租税政策論において関係ない、international tax arbitrageがあっても構わないとし、一回課税の原則の考え方に与しない); Reuven S. Avi-Yonah, *Commentary*, 53 *Tax Law Review* 167 (2000)(international tax regime というものは存在し、single tax principle というものが存在すると論ずる); 増井良啓「租税制度の国際的調和——その規範的根拠と具体的道筋をめぐって——」*社会科学研究* 53 巻 4 号 43 頁 (2002)。

たが、CENの説得力はここ10年で弱まったとも論ずる。

更に、credit下での100%MRRは、米系企業に悪い誘因(外国税額についてcost-consciousでなくなってしまう)を与えると指摘する。アメリカ居住者がドイツ(territorial system)に投資するか、ドイツ経由でケイマンに投資するかに関し、アメリカのcredit methodはケイマン投資をして外国で納める税金を少なくする誘因をもたらない(無駄にドイツに税金を納めすぎることとなる)という³⁸³⁹。

また、バスケット方式下で高税率国と低税率国との間の彼此流用の問題もある。
外国で事業費用が生じた場合と外国税額を納めた場合を比較すると、credit下で

現実の納税者はしばしば100%MRRに直面していない。特に重要なことはアメリカ企業が外国支店ではなく外国子会社を設立した場合のdeferral(繰延)の存在である。deferralがある場合、外国税額はアメリカ系企業にとって意味を持つし、外税控除の枠の制限によってMRRが0%にすることもあるとする。

しかし、外税控除があまりに寛大であり、濫用も存在し、濫用防止策も要求される、と論ずる。

濫用防止策の例として、Compaq case⁴⁰後に最低株式保有期間要件が加わったが、Compaq caseでは、保有期間ではなくCompaqが外国法人株式(オランダ法人持分)の経済的リスクと所有権を真に取得したといえるかが問題であったはずであると、疑問を投げかけている。

4.4. Kimberly Clausing & Daniel Shaviro, A Burden-Neutral Shift from Foreign Tax Creditability to Deductibility?, 64 Tax Law Review 431 (2011)

II.として負担中立的deductionへの移行の具体的な姿を論じている。

外国での税引前収益 $x (>0)$ 、外国の税率 $10\%(t_f)$ 、アメリカの通常の法人税率 $35\%(t_{us})$ と仮定すると、国外源泉所得に対するburden-neutral deduction tax rate (t_{us}^*)は 27.8% となる。

$$x(1-t_f) - x(t_{us}-t_f) = x(1-t_{us})$$

$$t_{us}^* = (t_{us}-t_f)/(1-t_f)$$

deferralを考慮しても t_{us}^* 税率は変わらないと論ずる⁴¹。

³⁸ 尤も、アメリカとドイツの経済交流を重視し、ケイマン等を敵視する見方を前提とすれば、アメリカ企業がドイツ税収を犠牲にしてタックスヘイヴンに投資・所得がシフトすることは、悪と評価されよう。これは、Shaviroの【アメリカ一国だけの経済厚生を考えるのか】【全世界の経済厚生を考えるのか】という枠組みの中間として、【アメリカ及びアメリカと租税条約を締結している国々の経済厚生を考え、非締結国の経済厚生を考えない】という枠組みを考えていることになる。

³⁹ 更に、アメリカのCFC税制(Subpart Fルール)が、高税率国から低税率国への所得移転を規制していることにより、アメリカ系企業のpre-US tax bottom line(アメリカが課税する前の企業利益の最低ライン)を犠牲にして、高税率国(ドイツ等)の税収を守ろうとしていることになってしまっており、アメリカ系企業が外国税額についてcost-consciousであるべきとはいえアメリカ国の政策としておかしい面があると指摘する。

⁴⁰ 113 T.C. 214 (1999), reversed by 277 F.3d 778 (5th Cir. 2001). ShaviroはIES Indus. Inc. v. United States, 253 F.3d 350 (8th Cir. 2001)を挙げているが、日本ではCompaq caseの有名なのでCompaq caseを挙げた。

ShaviroはDaniel N. Shaviro and David A. Weisbach, The Fifth Circuit Gets It Wrong in Compaq v. Commissioner, 26 Tax Notes International 191 (2002)を書いた通り、納税者を勝たせた第5巡回控訴審に対して批判的である。

但し、Compaq caseに関しては、William A. Klein and Kirk J. Stark, Compaq v. Commissioner --- Where is the Tax Arbitrage?, 25 Tax Notes International 1353 (2002)による、租税裁定は経済実体として存在していなかったとする有力な反論もあることに留意すべきである。Compaq caseについては淵圭吾「アメリカにおける租税回避否認法理の意義と機能(1・未完)」学習院大学法学会雑誌 38 巻 2 号 91 頁(2003); 吉村政穂・最二判平成 17.12.19 評釈・判例評論 572 号(判例時報 1937 号)184 頁(2006.10)等参照。

⁴¹ 最初の期に課税するか最後の期に繰延利益も含めて課税するか、という枠組みで、繰延があってもなくても t_{us}^* 税率は変わらないと論じているが、やや説明不足ではないかとの懸念(繰延の有無は t_{us}^* 税率を変更させないとの説明が妥当する場面もあろうことは理解できるが、繰延がある場合のあるべき課税状態の想定の仕事次第ではないか)を私は抱く。後の機会にゆっくり考えたい。

t_f が高ければ t_{us}^* は低くなる。しかし、国別に t_{us}^* を変えるとすると、アメリカの国益に照らし、企業が高税率国から低税率国に所得を移す誘因を阻害する点で、望ましくない。

外国所得平均税率を仮に20%とすると、 t_{us}^* は19%⁴²となる。 t_{us}^* を一定値とすれば、アメリカ系企業は高税率国から低税率国にシフト(投資も所得も)し、現行法より外国投資が増えていくであろう⁴³。そうすると、

ここでU.S. revenue equivalenceまたはoutbound investment equivalenceの視点を導入すると、 t_{us}^* 税率を少し上げるべきであるということになり、高税率国に投資し続けている企業は現状よりも不利になる。

III.として、creditかexemptionであるかが、外国税率に対し外国投資(FDI: foreign direct investment)量の弾力性に影響を与えるかについて、実証研究を紹介している。

credit採用国にはCFC税制があることが多いためcreditであるからといって外国税率について全く弾力的でなくなる訳ではないが、それでもexemption採用国に本拠を置く企業の方がcredit採用国よりも、外国税率の変化について弾力的であるとしている。

IV.として政策論上の考慮を論じている。

アメリカの税制がアメリカ企業の外国への投資の量を増やすか減らすかというインセンティブ(第一のmargin)、及び、アメリカ企業が外国税額について感応するか(先述のMRRを想起)(第二のmargin)について、従来混同して議論されてきたが、区別して考察してみると、第一のmarginについて現状を維持しつつ、第二のmarginについて改善を図ることが、creditからdeductionへの移行(と国外源泉所得に対する税率減)で達成可能であることが分かる、と論ずる。

一般均衡モデルに則って考えれば全世界の視点で非効率性が生じる⁴⁴とするcredit派の主張も理解できるとは言いつつ、アメリカが(creditからdeductionへ)制度変更した場合の全世界投資配分変更の程度は明らかでないし、clientele effects⁴⁵が非効率性を相殺するかもしれない、と論ずる。

次に、アメリカ企業が外国税額をコストとして認識するようになると、アメリカの税収は増えるだろうとする。しかし更に二点指摘している。第一に、他の国もburden-neutrality deductionに移行したらアメリカの税収は減るかもしれないという。第二に、所得シフトは現状でも既に存在しているところ、creditからdeductionへの制度変更によって低税率国への所得シフト誘因が更に増強されることが、アメリカの国庫に本当にプラスに作用するか定かでないともいう。またcredit国はexemption国より多くの法人税収(他の要素を調整しても)をあげているという実証研究があるとも指摘する。

テクニカルな問題として、所得源泉決定にかかる圧力が、creditしたよりもdeduction下で強まると指摘する。

⁴² $(35\% - 20\%) \div (1 - 20\%) = 18.75\%$ 。

⁴³ 従来【アメリカ→高税率国】という投資形態であったものがdeduction下において【アメリカ→低税率国→高税率国】のような投資形態に変わった場合には、Subpart Fの問題として、別に考えるということであるのか、判然としない。

⁴⁴ 前段落の第一のmarginに関しアメリカ企業のoutbound投資量が変化しないとしても、第二のmarginに関し低税率国・低収益率国への投資・所得のシフトが起きるならば、アメリカ一国の経済厚生に【直ちには】影響しなくても【将来的には】全世界資源配分非効率性がめぐりめぐってアメリカ一国の経済厚生へも悪影響を及ぼす可能性があるのではないかと、とうい議論であると考えられる。

また、全世界で底への競争(race to the bottom)が更に活発化して、アメリカの税率も下げざるを得なくなりはいまいか、という疑問も提起されるかもしれない。

⁴⁵ 日本語文献でもクライエントレと呼ばれることが多く、定訳はまだないように見受けられる。税率の高い者が税引前収益率の高い所に投資し(例えば通常税率課税を受ける者が企業の社債に投資する)、税率の低い者が税引前収益率の低い所に投資する(例えば非課税の年金財団が低利子率の地方債に投資する)、という形で投資家・投資先の棲み分けが生じることを、clienteleと呼んでいる。

IRC § 901 Taxes of foreign countries and of possessions of United States.

(a) Allowance of credit. If the taxpayer chooses to have the benefits of this subpart [26 USCS §§ 901 et seq.], the tax imposed by this chapter [26 USCS §§ 1 et seq.] shall, subject to the limitation of section 904 [26 USCS § 904], be credited with the amounts provided in the applicable paragraph of subsection (b) plus, in the case of a corporation, the taxes deemed to have been paid under sections 902 and 960 [26 USCS §§ 902 and 960]. Such choice for any taxable year may be made or changed at any time before the expiration of the period prescribed for making a claim for credit or refund of the tax imposed by this chapter [26 USCS §§ 1 et seq.] for such taxable year. The credit shall not be allowed against any tax treated as a tax not imposed by this chapter [26 USCS §§ 1 et seq.] under section 26(b) [26 USCS § 26(b)].

(b) Amount allowed. Subject to the limitation of section 904 [26 USCS § 904], the following amounts shall be allowed as the credit under subsection (a):

(1) Citizens and domestic corporations. In the case of a citizen of the United States and of a domestic corporation, the amount of any income, war profits, and excess profits taxes paid or accrued during the taxable year to any foreign country or to any possession of the United States; and [略]

26 CFR § 1.901-2 Income, war profits, or excess profits tax paid or accrued.

(a) Definition of income, war profits, or excess profits tax -- (1) In general. Section 901 [26 USCS § 901] allows a credit for the amount of income, war profits or excess profits tax (referred to as "income tax" for purposes of this section and §§ 1.901-2A and 1.903-1) paid to any foreign country. Whether a foreign levy is an income tax is determined independently for each separate foreign levy. A foreign levy is an income tax if and only if --

(i) It is a tax; and

(ii) The predominant character of that tax is that of an income tax in the U.S. sense. [略]

(b) Net gain -- (1) In general. A foreign tax is likely to reach net gain in the normal circumstances in which it applies if and only if the tax, judged on the basis of its predominant character, satisfies each of the realization, gross receipts, and net income requirements set forth in paragraphs (b)(2), (b)(3) and (b)(4), respectively, of this section.

(2) Realization -- (i) In general. A foreign tax satisfies the realization requirement if, judged on the basis of its predominant character, it is imposed -- [略]

(3) Gross receipts. -- (i) In general. A foreign tax satisfies the gross receipts requirement if, judged on the basis of its predominant character, it is imposed on the basis of -- [略]

Example 1. Country X imposes a "headquarters company tax" on country X corporations that serve as regional headquarters for affiliated nonresident corporations, and this tax is a separate tax within the meaning of paragraph (d) of this section. A headquarters company for purposes of this tax is a corporation that performs administrative, management or coordination functions solely for nonresident affiliated entities. Due to the difficulty of determining on a case-by-case basis the arm's length gross receipts that headquarters companies would charge affiliates for such services, gross receipts of a headquarters company are deemed, for purposes of this tax, to equal 110 percent of the business expenses incurred by the headquarters company. It is established that this formula is likely to produce an amount that is not greater than the fair market value of arm's length gross receipts from such transactions with affiliates. Pursuant to paragraph (b)(3)(i)(B) of this section, the headquarters company tax satisfies the gross receipts requirement.

Example 2. The facts are the same as in Example 1, with the added fact that in the case of a particular taxpayer, A, the formula actually produces an amount that is substantially greater than the fair market value of arm's length gross receipts from transactions with affiliates. As provided in paragraph (a)(1) of this section, the headquarters company tax either is or is not an income tax, in its entirety, for all persons subject to the tax. Accordingly, the result is the same as in example 1 for all persons subject to the headquarters company tax, including A.

Example 3. Country X imposes a separate tax (within the meaning of paragraph (d) of this section) on income from the extraction of petroleum. Under that tax, gross receipts from extraction income are deemed to equal 105 percent of the fair market value of petroleum extracted. This computation is designed to produce an amount that is greater than the fair market value of actual gross receipts; therefore, the tax on extraction income is not likely to produce an amount that is not greater than fair market value. Accordingly, the tax on extraction income does not satisfy the gross receipts requirement. However, if the tax satisfies the criteria of § 1.903-1(a), it is a tax in lieu of an income tax.

(4) Net income -- (i) In general. A foreign tax satisfies the net income requirement if, judged on the basis of its predominant character, the base of the tax is computed by reducing gross receipts (including gross receipts as computed under paragraph (b)(3)(i)(B) of this section) to permit -- [略]

5. その他

5.1. 外国税額控除のモラル・ハザード防止：複数源泉

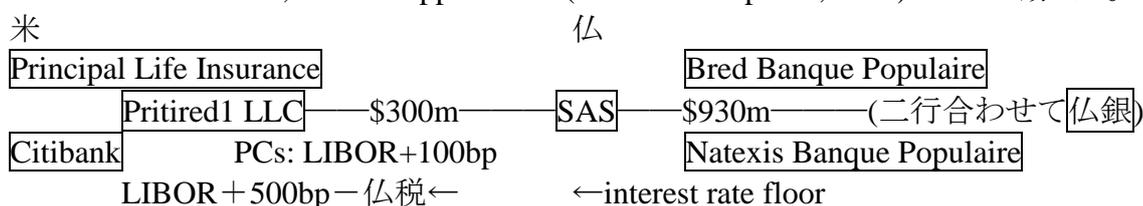
増井良啓「複数国による源泉地課税の競合—Procter & Gamble事件を素材として」税務事例研究120号35頁(2011.3)が紹介する*Procter & Gamble Co. et al. v. United States* (No. 1:08-cv-00608), 2010 U.S. Dist. LEXIS 83747 (District Court for the Southern District of Ohio, July 06, 2010)

アメリカ企業が使用料について日本源泉課税・韓国源泉課税を受けた事案。「すべての実効的・実質的救済手段を尽くし」⁴⁶ていない源泉税額についてアメリカで二重に外税控除を受けることはできない(韓国では手を尽くしているが日本税額について不十分)と判断した。

5.2. FTC Generator (T.D. 9535)⁴⁷

吉村政穂「ハイブリッド事業体・取引を利用したスキームをめぐる課税上の問題」租税研究755号242頁(2012)
池田義典訳「外国税額控除を創り出す取引を成文化された経済的実質原則 (Economic Substance Doctrine) で検証する⁴⁸」租税研究743号196頁(2011)で紹介済み。

Pritired 1 LLC v. US, 816 F. Supp. 2d 693 (S.D. Iowa Sept. 30, 2011)ではIRS勝訴⁴⁹。



仏銀はSAS⁵⁰に\$930millionを出資。SASのAクラス議決権株式を保有。

Principal生命保険とCitibankがアメリカでPritired 1 LLC (partnershipか法人かは問題となっていない)を組成し、PritiredがSASに\$300million出資して、\$291millionのPCs (perpetual certificates無期限劣後債証券)と\$9millionのBクラス株を受けた。SASはアメリカでpartnership扱いとしていた。

仏銀はSASからプレミアムを受け取り、interest rate floorを提供した。LIBORが低下してもSASの利益は最低限確保される。

PCsはLIBOR + 100bpの変動利子率の無期限劣後債であったが、PritiredとSASがswapをした。

【LIBOR + 100 basis point】⇔【LIBOR + 500 basis point — 仏所得税額】

swapにより、PritiredがSASの所得税額の経済的な負担をすることとなる。leverageもきいている。

⁴⁶ 26 CFR § 1.901-2(e)(5) Noncompulsory amounts—(i) In general. An amount paid is not a compulsory payment, and thus is not an amount of tax paid, to the extent that the amount paid exceeds the amount of liability under foreign law for tax. An amount paid does not exceed the amount of such liability if the amount paid is determined by the taxpayer in a manner that is consistent with a reasonable interpretation and application of the substantive and procedural provisions of foreign law (including applicable tax treaties) in such a way as to reduce, over time, the taxpayer's reasonably expected liability under foreign law for tax, and if the taxpayer exhausts all effective and practical remedies, including invocation of competent authority procedures available under applicable tax treaties, to reduce, over time, the taxpayer's liability for foreign tax (including liability pursuant to a foreign tax audit adjustment).[後略]

⁴⁷ Treasury Decision 9535, July 13, 2011。元々は Notice 98-5 (中里実『タックスシェルター』236頁、有斐閣、2002参照)において economic substance doctrine (経済的実質法理)でもって外税控除を否認しようとしていたが、Notice 98-5は Notice 2004-19で撤回されてしまっていた。

⁴⁸ Roberto P. Vasconcellos & H. David Rosenbloom, Measuring a Foreign Tax Credit Generator Transaction Against the Codified Economic Substance Doctrine, 60 Tax Notes International 119 (October 11, 2010)

⁴⁹ Lee A. Sheppard, U.S. Court Disallows FTC Generator, 64 Tax Notes International 315 (October 31, 2011)で紹介されているのを立教のゼミで扱った。他に挙げられている *AIG v. United States*, No. 09-cv-1871 (S.D.N.Y.); *Sovereign Bancorp Inc. v. United States*, No. 1:09-cv-11043-GAO (D. Mass. 2009); *Bank of New York Mellon Corp. v. Commissioner*, No. 026683-09 (T.C.)は未だ把握していない。Pritired caseは West & Varma, note 53, at 41でも紹介されている。

⁵⁰ societe par actions simplifiee

- 争点 A: Pritired transactionはloanか、(1. Partnershipか、 2. Debt or equity)
 B: Pritired transactionはeconomic substanceを欠くか
 C: Pritired transactionはanti-abuse ruleを犯しているか
 D: Pritired transactionはsubstantial economic effectsを欠くか

Hewlett-Packard Co. v. Commissioner, T.C. Memo. 2012-135 (May 14, 2012)⁵¹もIRS勝訴。

PepsiCo Puerto Rico Inc. et al. v. Commissioner, T.C. Memo. 2012-269 (September 20, 2012)⁵²はIRS敗訴。

5.3. FTC Splitter (IRC § 909)

Guardian Indus. Corp. v. US, 477 F3d 1368 (Fed. Cir. 2007)の国敗訴がきっかけとされる。



GIEはdisregarded entityとされている。

IHC自身はルクセンブルクで納税していないが、GIEがGuardianルクセンブルク連結グループのメンバーとしてルクセンブルクで納税義務を負っており、GIEはアメリカでは透明扱いなので、Lux subsidiariesがルクセンブルクで納めた租税は、IHCが支払ったものとして扱われるべきである、とGuardianは主張した。

国側は、Lux subsidiariesが自身の所得にかかる租税について法的に債務を負っている(GIEが支払ったといえども)と主張した。ルクセンブルク法下で、GIE及びLux subsidiariesが、集合的に及び個別に納税義務を負うため、Reg. § 1.901-2(f)(3)に照らし、GIEではなく個別のLux subsidiariesが自身の税額について債務を負うと見るべきであると主張した。

Court of Federal Claimsは、ルクセンブルク法下でGIEが単独で租税債務を負うので、IHCがアメリカで外税控除適格を有すると判断した。

Court of Appeals for the Federal Circuitにおいて、国側は、GIE及びLux subsidiariesが、集合的に及び個別に納税義務を負うかどうかの論点を諦め、Reg. § 1.901-2(f)により、ルクセンブルク租税はGIEルクセンブルク・グループ内で、各法人の課税所得に比例して割り当てられるべきであると主張した。

Federal Circuitは、Reg. § 1.901-2(f)(1)が源泉徴収義務者としての租税支払と自身の租税の支払とを区別している所、GIEは徴収・送金代理人(collection or remittance agent)ではなくルクセンブルク法下で納税の法的義務がある(has "legal liability" for the tax)と判断した。

財務省及びIRSは2006年proposed regulationsで、所得を稼ぐ者が問題となる外国租税について法的義務を負うことを確かならしめようと考え、同一納税者についての所得と租税とをマッチングさせようとしてきた⁵⁴。

しかし議会は2010年909条立法で異なるアプローチを採用し、租税と所得が異なるentitiesに帰属することを尊重しつつ、租税を考慮にいれることを関連する所得が考慮に入れられる時まで遅らせることとした⁵⁵。タイミングの違いだけで外税控除を制限するものではない、と説明される⁵⁶。

⁵¹ Amy S. Elliott, 2012 WTD 96-1 U.S. Government Bags Another FTC Generator Win in *Hewlett-Packard*

⁵² Amy S. Elliott, 2012 WTD 193-6 U.S. Tax Court Decisions in Debt-or-Equity Cases Challenging to Reconcile

⁵³ Philip R. West & Amanda P. Varma, The past and future of the foreign tax credit, *Taxes*, vol. 90, no. 3, pp. 27-46&260, at 34 (2012)の図を参照。

⁵⁴ Yaron Z. Reich, The Case for "Super-Matching" Rule, 65 *Tax Law Review* 241, at 280 (2012); Prop. Reg. § 1.901-2(f), 71 Fed. Reg. 44240 (2006), withdrawn by T.D. 9576 (2012)

⁵⁵ Reich, note 54, at 280.

⁵⁶ Neal M. Kochman & H. David Rosenbloom, The New US Foreign Tax Credit Rules, *Bulletin for International Taxation*, vol. 66, no. 4/5, p. 221, at 222 (April/May 2012)