

## 1. 欠損金:完全還付から租税属性の移転まで

### 1.1. 導入:会社更生手続下の事業が、租税実体法上著しく有利

「新設法人事業や他の手続下の事業と比較して、会社更生手続下の事業が、租税実体法上著しく有利である……特定の者に対する税の軽減は、市場競争自体を破壊しうる。税は、公正な市場競争の一要素であり、税法は私法秩序の一端を担っている」<sup>2</sup>

### 1.2. 一人格内

破綻企業・A社(旧JAL)、再生企業・B社(新JAL)、競合企業・C社(ANA)  
抽象論を意識する際はA・B・C、具体例を意識する際は旧新JAL、ANAの表記

繰越欠損金…Cの第1、2年度の所得が+10、+10、Aのそれが-10、+30の場合、各年度の+に40%の税を課すと、Cの税額が+4、+4で、Aのそれが0、+12となる。課税期間が2年ならばC・Aの租税負担は同じである。課税期間が短いAの税負担が重くなる道理はないので、Aの第1年度の欠損金(-10)を翌年度の利益(+30)と合計させる。<sup>3</sup>

**繰越欠損金の前段階**…Aに第1年度-4の税を課すこと(4の還付。完全還付という)が、リスクテイクに関し中立的な課税となる。<sup>4</sup>

甲投資:100投資して安定的に税引前140となる →40%で課税すると税引後で124残る。

乙投資:100投資して半々の確率で税引前300か0となる(無税なら期待値は150)。

＋のみ課税、－は無視だとすると、(80課税で)220か0、税引後期待値110。

＋とも課税する(完全還付有)と、(80課税で)220か(40還付で)40、税引後期待値130<sup>5</sup>。

無税なら乙投資が選ばれる。社会全体から見ても乙投資が選ばれるのが効率的。

＋のみ課税だと、甲投資が選ばれる。社会全体から見ても非効率的。

完全還付有だと、乙投資が選ばれる。完全還付は、社会全体から見た効率的な投資選択を攪乱しない。

尤も完全還付の立法例はないとされる<sup>6</sup>。「完全還付制度を採用することができない最も重要な理由は、現実の法人税制が経済的所得を正確に計測できない点」<sup>7</sup>にあると説明される。

<sup>1</sup> 「 』を引用のために用い、【 】を区切りの明確化のために用いる。人命に職名敬称を付けない。

<sup>2</sup> 高橋祐介「事業再生と法人課税」金子宏・中里実・J.マーク・ラムザイヤー編『租税法と市場』414頁以下、431頁(有斐閣、2014)…JALとの比較対象がANAではなく「新設法人事業」とかになっているから、ANAの擁護には役に立たないかも？

<sup>3</sup> 浅妻章如・判解・ビジネス法務14巻9号84頁(2014.9)(ヤフー・東京地判平成26年3月18日平成23(行ウ)228号)の数値例から。

<sup>4</sup> 同上、及び、増井良啓『結合企業課税の理論』284頁(東京大学出版会、2002)

<sup>5</sup> 無税の場合の期待値150と投資額100との差額50につき40%課税した場合の税引後130と同じ。

<sup>6</sup> 単純に【税収不足になるから】という理由だけであるとすると、【今足りなくても将来税収をとることができるから国債を発行すればよい】という議論にうまく応答できない。尤も、政治家・官僚が、自分の任期中の数字の見せかけの良さ(国債の少なさ)に拘る、というバイアスはありうる。神山弘行\_\_\_\_参照。

<sup>7</sup> 増井・註4、290頁。artificial lossの典型例は、経済的実態よりも早く減価償却費用が計上される資産を購入する、など。映画・航空機・船舶が例に挙げられることが多い(尤も、映画については減価償却資産は物体としてのフィルムであって映画著作権は減価償却資産でないので、後述のフィルムリース事件は減価償却規定の適用からしておかしかったと思われる)ほか、租税特別措置としての加速度減価償却が挙げられる。

フィルムリース事件・最判平成18年1月24日民集60巻1号252頁(外国の映画を買ったという契約書を作って日本法人が減価償却費を利用しようとした。納税者敗訴)で組合等を介した租税負担軽減策に批判が集まったが、組合等の利用が全て悪というのではなく、投資家の費用収益対応が乱される(収益に対応するよりも早く費用が計上される……増井のいう「経済的所得を正確に計測できない」と同じ)ことが問題であると論ずるものとして、瀧圭吾「アメリカにおける租税回避否認法理の意義と機能(1)」学習院大学法学会雑誌38巻2号91頁(2003)参照。

なお同様に減価償却を利用しようとした航空機リース事件・名古屋高判平成17年10月27日税資255号順号

増井命題:【法人税制がartificial lossをカウントしてしまう】→【完全還付なし】→【欠損金利用制限あり】<sup>8</sup>…ここ迄は学界共通了解

裏命題:【lossがartificialでない(真正なbusiness lossである)】→【完全還付あり】→【欠損金利用制限なし】<sup>9</sup>…ここは学界共通了解でない(私は、効率的な投資を阻害しないという観点から、裏命題も原則支持したい)。

### 1.3. 異人格間

人格をまたいだ欠損金等の租税属性(tax attribute)の移転は制限されるべきか?

中里説<sup>10</sup>は、移転容認という規範論にも読めるし、移転は防げないという現状認識論にも読める。

前述の裏命題を前提とすると、真正なbusiness lossについては中里説でよかろう。…ここは学界共通了解ではない。異人格間の租税属性移転<sup>11</sup>について警戒する論調も無視はできない。

### 1.4. 事業再生:1.5人格(?)

破綻企業・A社も再生企業・B社も、同じJALであり、実定法上は一人格。

しかし、AとBとでは所有者が変わるから、法的人格はともかく経済的実態としてAとBは別の人格であると考えべきということにも、理論的に理由がない訳ではない。

新設法人事業などと比較してA→Bの欠損金の引継ぎに否定的な議論<sup>12</sup>は、実態としてAとBは別であると考えているものと推測できる。

【真正なbusiness lossについては欠損金の利用を制限しなくてよい】という先の議論を前提とすると(繰り返すが、ここは学界共通了解ではない)、事業再生の場面が一人格内/異人格間のどちらであるかという理解と関

10180、船舶リース・名古屋高判平成19年3月8日税資257号順号10647は、納税者勝訴で確定しているが、平17改正により組合を通じた損失の利用は制限されるようになった(租税特別措置法41条の4の2、67条の12)。

なお、artificial lossは経済的実態からかけ離れていることが問題であり、A破綻時に時価評価して出てくる損失は経済的実態からかけ離れていないため原則としてartificial lossとは見られていない。《←いや、実務家はそこでもartificial lossを狙いに行くのではないか、という指摘有り。しかし私はなおも破綻時の時価評価に際してartificial lossを狙いに行くincentiveは生じにくいのではないか、と想像。モデルを作れるとよいのだが》

<sup>8</sup> 【完全還付なし】→【欠損金利用制限あり】は論理的に自明ではない。1.3節を先取りすることになるが、【完全還付なし】だが【欠損金利用制限なし】という制度下で、【完全還付なし】を執行上確保することは難しい。例えば他社との取引価格の操作(赤字企業が黒字企業に商品を売る際の価格を高くするなどの、移転価格手法の活用)が野放しであれば、【完全還付なし】制度下でも完全還付を受けるのと同様の結果を作出できてしまう。【完全還付なし】→【欠損金利用制限あり】は執行の限界(執行の割り切り)とも関連する。

<sup>9</sup> 繰越欠損金の期間は無制限であるべきだし、繰越欠損金の属性を他社に売ってもよい(註8の移転価格手法の野放しも含む)、破綻後の再生企業にも引き継がせてもよい、という意味。

なお、註8で【完全還付なし】→【欠損金利用制限あり】は自明でないと述べたが、【完全還付あり】→【欠損金利用制限なし】は比較的スムーズに関連する。なお、完全還付を認めるべきという理想論と比べると、欠損金の繰越は、time value of money(金銭の時間的価値、平たく言えば利子)の分だけ納税者にとって不利益をもたらす。恐らく、その程度の不利益は問題視されていないのであろう。

<sup>10</sup> 中里実「法人課税の時空間(クロノポス)——法人間取引における課税の中立性」杉原泰雄先生退官記念『主権と自由の現代的課題』361頁(勁草書房、1994)。

<sup>11</sup> 典型的には、限界税率の高い父から限界税率の低い娘に所得の帰属を変更することで全体の租税負担を減らそうとすることは、けしからんと考えられている(所得税法56条参照。尤もフランスのN分N乗方式のように家族単位で課税することにすれば、少なくとも家族内の租税属性移転の問題はなくなる)。個人単位での租税属性移転に対する警戒感はやや容易に理解される。法人税においても異人格間の租税属性移転を警戒すべきかについて、個人におけるのと同様の議論は直ちには当てはまらない。

<sup>12</sup> 参照:「新設法人事業や他の手続下の事業と比較して、会社更生手続下の事業が、租税実体法上著しく有利である……特定の者に対する税の軽減は、市場競争自体を破壊しうる。税は、公正な市場競争の一要素であり、税法は私法秩序の一端を担っている」……高橋祐介「事業再生と法人課税」金子宏・中里実・J.マーク・ラムザイヤー編『租税法と市場』414頁以下、431頁(有斐閣、2014)。

後述の通り法人税制は資本誘致競争に影響すると一般的には考えられている一方、法人税制が価格競争に直接的に影響するとは一般的には考えられていないため、「市場競争自体を破壊しうる」という表現も「市場競争自体を破壊し」えないという表現も、ともにミスリーディングである可能性がある。

B事業との比較対象が新設法人事業(Xとしておく)であるとすると、新旧JALとANAとの比較の文脈において、高橋論文を参照してよいのか、という疑問が提起される可能性もある。また、Bと比較してXが不利であるということについて異論は少ないと思われるものの、Xについても事業が失敗して損失を抱えた後、再生時に欠損金を引き継いだり他社に欠損金の属性を利用させたりすることが可能であれば、Xの不利益は緩和される。

係なく、Aの欠損金が真正なbusiness lossである限りBに引き継がせることは、正当視しうる。

【A→Bの欠損金引継ぎ】を正当視するとしても、Cの欠損金の利用制限と比べて【相対的にA・Bが有利】という評価はありうるかもしれない<sup>13</sup>。その意味で、A・BがCより有利か否かについて深入りしても議論の実益は小さいと予想される。

A・BがCより法人税制上有利であるとの前提で、法人税の負担の軽重が競争に与える影響について次章以下で述べる。

## 2. 法人税と競争(力): price taker

### 2.1. 法人税の負担の軽重が与える／与えない影響

税制が価格競争に影響を及ぼす可能性はある。<sup>14</sup>

法人税の負担の軽重が価格競争に影響するという説明は一般的ではない。<sup>15</sup>

法人税の負担の軽重が、資金調達コストに影響する、と一般的には考えられている。(法人税負担が軽ければ資金調達が容易になる、無税収益率年10%税率40%とするとn年間で1.06<sup>n</sup>か1.1<sup>n</sup>かという成長スピードが変わる、他企業を買収する法人税負担の低い企業は高い買収価格を提示できるようになる)

以上の一般論は、企業がprice taker(価格受容者)であること、及び企業が利益の最大化を目的としていることを前提としている。次章で見るようにprice makerであるJALに当てはまるかは分からない。

### 2.2. NPO課税

法人税負担の軽重が顕著な例として、NPO課税と国際課税(次章で)がある。

NPOが営利法人と比べ競争上有利であるという言説は、(アメリカの)学界ではあまり信じられていない<sup>16</sup>(と思

<sup>13</sup> 有利というのが、中立性・効率性の問題なのか、公平の問題なのか、私は考えを煮詰めてない。

欠損金の引継ぎを認めることで、事前の観点から、Aはリスクの高い事業に手を出せる一方、自力で持ちこたえたCはA・Bと比べて不利である、という中立性・効率性の観点からの問題が提起されるのかもしれない。しかし、自力で持ちこたえたCが【経済的実態より多くの所得が法人税課税に服する】といったことがない限り、Cが不利である、という議論は成立しにくいように思われる。尤も、Cの欠損金利用には80%という制限がついており、Cが【経済的実態より多くの所得が法人税課税に服する】がないともいい切れないので、よけい話はややこしい。このややこしきはさておいても、【自力で持ちこたえたCが倫理的に称賛されるべき】という評価と、混同されているのではないかと、という疑問を私は抱く。

公平の観点からは更に議論が難しい。A株主は破綻(100%減資)により株主としての責任を既に果たした。Aに貸していた銀行も債権放棄という負担を被った。Bの株主は高値で株を買うのだから、やはり不公平に得をするということもない。……深入りしなければこのように考えられるが、深入りしはじめると、Aに貸していた銀行がどういう条件であったかまでは精査できないし、Bの新株主がB優遇(優遇があるとして)分を全て負担しているという保証もない(法人税の負担が株主のみに帰着しているとは限らないという議論との関係)。

A・Bという事業体を擬人化した上でCと比べて不公平に有利である、という感覚が、国会議員の不満の根っこにあると推測されるが、伝統的に租税法において公平は個人レベルで議論されるべきものであって、事業体レベルで公平を論ずる作法は(恐らく未だ)確立してないため、これ以上は深入りしがたい。

<sup>14</sup> 付加価値税のような従価税(価格に応じて課税するもの)は価格競争に影響するであろう。但し付加価値税ですら状況によっては(為替調整を通じて)価格競争に影響しない、という可能性も指摘されている。浅妻章如「付加価値税の輸出免税」ジュリスト1468号56頁(2014.6)参照。

<sup>15</sup> 個人について考えてみる。EとFが同種同規模の事業(例えば肉屋)をして競争しているとする。Eは肉屋営業の事業所得のみ稼ぎ所得課税に服する。Fは肉屋営業をする傍ら、親から相続した不動産を賃貸して賃料収入も稼いでいる(説明の便宜のため賃料収入は安定しておりFは不動産賃貸に一切時間等のコストをかけないで済むとする)ので、Fの限界税率はEより高い。EとFの限界税率の違いが、EとFとの肉屋営業の競争に影響する、とはあまり考えられていない。法人税の話になった途端に、BとCの限界税率が違う(Bの限界税率はラフに言えば0%)からBとCとの航空営業の競争に影響がある、とは言いにくいのではなからうか。

次に、やはり個人のGとHが、やはり同種同規模の肉屋営業で競争しているとする。Hは、親から現金を相続した。Hは、やろうと思えば肉をGより安く売ったり、Gの肉屋より多くの費用をかけてGと同じ価格で肉を売ったりすることができる。GとHとの競争環境が、Hの相続によって乱されていると考えるべきであろうか。Hが肉屋営業での利益の最大化を考えるならば(肉を安く消費者に提供したいなど利益最大化と違う動機を持っている場合は別論)、Hは相続前の営業方法から変えようとは思わないのではなからうか。BとCとの関係においても、Bが突然贈与を受けたなら、資金調達等において有利になることはあっても、直ちに価格競争においてBが有利になるということには結びつかないように思われる(但し本稿2.3で見るように寡占市場では特殊な考察をするべきである可能性も残されている)。

<sup>16</sup> Susan Rose-Ackerman, Unfair Competition and Corporate Income Taxation, 34 Stanford Law Review 1017 (1982)

っていたんだけど「Hansmannらの議論が共通了解とまでいえるかについては疑問がある」旨のコメントを受けた。NPOの法人税制上の優遇に関し最も流布していると目される説明は、資金調達に着目する説明である<sup>17</sup>。営利法人は配当を予告することで資金を呼びこむことができるが、NPOは定義からして利益を分配できないので資金調達において営利法人より不利に立たされているところ、法人税非課税という優遇により資金調達の不利を緩和している、という説明である。

ただし、NPOについては、利益最大化以外を目的とすることが珍しくない。また、日本では、NPOと営利法人との競争条件に着目する考え方で判例が書かれている<sup>18</sup>。

### 2.3. JAL 等の price maker について

先の議論は企業が price taker であることを前提としている。price maker として行動する JAL 等についても同様に、私の勉強不足により確たることはいえない。

法人税制上優遇されている企業の資金調達コストは下がる<sup>19</sup>。資金調達コストが下がれば、関係ない会社(Dとする)を買収しようとする際にCよりBが有利(Dを買収した後のDの収益力が、買主がBでもCでも同じであるとする)、Bの方が高い買収価格を提示できる)である<sup>20</sup>、ということまでは学界共通了解(BがCを買収する懸念も荒唐無稽ではなからう)。

資金調達コスト低下を活かし、Bが価格競争において優位に立つシナリオ……航空産業では発着枠に制限があり、客はBやCのブランドにあまり影響されず、価格に強く反応する。Bが資金調達コスト低下を活かし多額の

<sup>17</sup> Henry Hansmann, The Rationale for Exempting Nonprofit Organization from Corporate Income Taxation, 91 Yale Law Journal 54 (1981)、中里実「論文紹介～Henry Hansmann, Unfair Competition and the Unrelated Business Income Tax, 75 Va. L. Rev. 605-35 (1989)」アメリカ法1990年259頁。

<sup>18</sup> 日米間のNPO課税の違い(及び日本での法改正)があって、話はかなりややこしい。アメリカではNPOの本来の事業と非関連の事業収益が課税される(日本式でいうところの収益事業であってもNPOの目的と関連する事業であれば非課税)(出版業でも大学の本来の事業と関連していれば非課税の可能性がある一方、大学がバスタ工場を買収しても課税される)。一方、平成20年度改正前の日本では、公益法人等は法人税法施行令5条1項各号に掲げられる「収益事業」について課税されていた(大学でも出版は収益事業に当たるので課税される)。平成20年改正後の日本では、公益社団法人又は公益財団法人について、公益目的事業であれば非課税となり(同条2項1号)、アメリカ式に近づいたが、学校法人や後述の宗教法人についてはその改正の対象外である(宗教目的をいくら強調しても収益事業ならば課税される)。

アメリカの方式や、日本の改正後の公的的事业については、NPOの事業と営利法人の事業との競争で、NPO側が廉売する可能性がある。NPOが、営利法人と同様に利益の最大化を目的とするならば、NPOが廉売することはNPOにとって割に合わない(註16)が、NPOの目的は特定の何かを世に普及させることにあるという場合も珍しくないので、廉売の動機を持ちうる(廉売が直ちに悪という意味ではなく)。

日本の改正前後を問わず、宗教法人は非収益事業については課税されないが(典型は寄附)、収益事業(典型は駐車場)については課税される。収益事業の中でも「請負業」が広く解されうるため、解釈論としてペットの供養が収益事業に当たるかが問われた(人の供養についての金員の授受は寄附であるとされ非課税)(アメリカ式ならばペット供養でも本来事業と関連し非課税となるかもしれない)。最判平成20年9月12日判時2022号11頁は、営利法人との競争条件を重視し(イコール・フットイング論と呼ばれる)、営利法人の活動と競合する活動を宗教法人が行う場合には収益事業に当たる(宗教法人といえども課税される)とした(藤谷武史・税研148号122頁参照)(なお、固定資産税との関係ではペット供養関係でも非課税とした裁判例があり、更にややこしい。東京高判平成20年1月23日平成18年(行コ)112号。その後も宗教法人課税に関する裁判例は幾つか出ている)。私は一審の対価性説(ペット供養に伴う金員の授受が対価であるならば収益事業に当たり課税される)を支持しているが、今回私見はあまり関係ない。

<sup>19</sup> JALは再上場時に新株主から資金を受けていないので、註15後段(受贈)の状況とは異なるが、もしA→Bが法人税制上優遇されていてBが新株を発行し新株主から資金を受けるならば、註15後段(受贈)の状況と似てくる。

<sup>20</sup> Bの資金調達コスト低下は時限的であり、買収価格計算においてDの将来収益にあてはめるBの割引率はCの割引率と変わらない(BとCは同じ買収価格を提示する)、という可能性もある。他方、そうはいつても、資金調達コスト低下の極端な例としてBが金員を受贈したと考えれば、その資金も使って買収競争においてBがCより高い買収価格を提示できる、という可能性もある。

<sup>21</sup> EUで、国家補助を受けた航空企業の「拡大志向」を警戒するのも理解できる。公正取引委員会競争政策研究センター「EU国家補助規制の考え方の我が国への応用について」34頁(<http://www.jftc.go.jp/cprc/reports/index.files/cr-0313.pdf>)。公的支援によって資金調達コストが下がった後の、固定費用削減と限界費用の低下が競争に及ぼす影響について、同16頁。

固定費用を投下して<sup>22</sup>限界費用を下げ、Cより低い価格を客に提示して客を奪い<sup>23</sup>、利益を増やす。(←藤谷からの教示)

仮に、AからBへの欠損金引継ぎが優遇であるとして、同様のシナリオが機能するのか？

仮に、欠損金引継ぎ→競争環境攪乱があるとして、日本全体の経済厚生(生産者余剰+消費者余剰)を悪化させるのか？<sup>24</sup>

仮に、欠損金引継ぎ→競争環境攪乱→経済厚生悪化があるとして、欠損金の利用を認めないことによる経済厚生悪化(本稿1参照)と、どちらが重大か？

### 3. 余談: 公的介入が予想外の民間利益をもたらした場合の事後的対応

#### 3.1. 英国 Windfall Tax の例

1984~1996年(保守党政権は1979~1997年)に32の国有企業(水道・電気等)が民営化<sup>25</sup>した。

水道、電気等の料金規制はかかっていたが、民営化した企業が莫大な利益を上げており、企業利得・株価・取締役報酬が増大してしまった(消費者にとっての価格低下等の恩恵はなし)と、英国国民は不満に感じるようになった(その不満が事実在即したのかまでは調べておりません)。

労働党の影の内閣が、Arthur Andersenと協力して民営化公共事業に対する課税方法を検討した。

1997年に労働党が選挙で勝ち、Windfall Taxが立法化された。

Tax = 23% × [ { 365 × (P/D) × 9 } - FV ]

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

P = total profit over the "initial period"

D = length of the initial period in days

"profit-making value" = 365 × (P/D) × 9

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"

FV = "flotation value"

profit-making value (利益獲得価値)は民営化後の利益を基に計算した企業価値

flotation value (新株発行価値/価格)は民営化時の価格

水道・電気等の事業が本来持つ収益力に照らし保守党政権下での売却価格が不当に安かったという想定がある(cf.日本史:政商が明治政府から安価で国有財産の払下げを受けたようなものか)(cf.電波オークション)。

profit-making valueからflotation valueを引いた値(windfall)に通常の法人税率(23%)で課税する設計。<sup>26</sup>

<sup>22</sup> 買収競争においてBがCより高値を提示できるということは、固定費用を多く投下する(新型機の購入等?)ことも可能であろう。

<sup>23</sup> Bが価格を下げたらCも価格を下げることを考え始めるが、CはC自身の限界費用より低い価格を提示できない。

<sup>24</sup> 株主や客や従業員等の個人ではなく、B・C等の事業体(business entity)に着目した議論には、隔靴搔痒感がつきまとう。

AがCより生産性が低い(限界費用が高い)ならば、Aを支援して生き延びさせることは、経済厚生を悪化させる(註21、17頁)。Aを支援してBとして再生させる際に所有の変化が生産性の向上をもたらしたならば(解雇、賃金カット等を効率的に遂行することが所有の変化によって可能となるといったことが、あるのであろうか)、経済厚生悪化は分からない。

<sup>25</sup> 上場したが、当初は固定価格であったと説明されている。尤も当初の価格について保守党は投資銀行等の助言に基づいて決めたとあるので、保守党としても意図的に安価で民営化したつもりはないかもしれない。抜粋(米の判例集135 TC at 306-307)——The U.K. Government privatized those companies largely through public flotations (share offerings) at fixed price offers, which involved the transfer of those Government-owned enterprises to new public limited companies (plcs), followed by what was essentially a sale of all or some of the shares in the new plcs to the public.<sup>3</sup> The plcs then became publicly traded companies listed on the London Stock Exchange. | footnote 3: The U.K. Government hired investment banks and other advisers to assist it in setting the initial share prices, structuring the offers, and marketing the shares to investors. The new plcs were not subject to a gains tax on transfers of stock to the general public, a result made possible by an amendment to the then-existing U.K. law.

<sup>26</sup> 浅妻章如・租税研究759号96頁、同・アメリカ法2014-1で紹介するPPL, 133 S. Ct. 1897 (2013)参照。英国 Windfall Taxがアメリカで外国税額控除適格を有するかという関心は無視。英国で【遡及課税だから許されない】という議論があったか、未確認。(ドイツと比べ)英米では民主主義的決定が重視されるといわれる(確井光明「租税法規不遡及原則の再検討」税49巻4号5頁(1994))。

### 3.2. 公的資金を受けた企業が再上場した場合

A社(旧JAL)破綻→普通の銀行<sup>27</sup>がお金を貸さないで公的資金を注入。

B社(新JAL)再上場……新規株主は再上場後の企業収益力を見積もって株式購入価格を決定するので、英国Windfall Taxの背景のような【安値での払下げ】といったwindfallは新規株主にはない。従って新規株主に不利になるような事後的対応は政策論としては正当化しにくい(財産権侵害<sup>28</sup>として違憲となる可能性は小さいと思われるものの、政策論としては正当化しにくい)。

公的資金注入がA・B(旧新JAL)という【事業体business entity】に不当な優遇を与えた、と評価できるか？

A破綻時に銀行が貸してくれないので、【arm's lengthの利率でBが資金調達しようとしたら当該利率はどの程度か】という仮想計算は難しいが(なおBは銀行から相手してもらえない訳であるからarm's length利率は普通の企業の利率よりかなり高くなければおかしい<sup>29</sup>)、本来arm's lengthの利子負担がBに生じるべきところ、公的支援によりそうした負担を免れていたことが、【事業体】レベルでの不当な優遇であった、とは評価できよう<sup>30</sup>。但しJALの例では資金提供者(国)がarm's length利率を超えるリターンを得ているといえそうである。

しかし、前述の通り、新B株主は高値でB株を買っているので、Bが【事業体】レベルで不当な優遇を受けていたと評価することを前提としてもなお、B株主は不当な優遇を受けていない可能性がある。

ありうるとすればB従業員等が不当な優遇の恩恵を受けているかもしれないということであろうか。尤も、A破綻→B再生において、普通は解雇を含むリストラがなされる。B従業員等が不当な優遇を受けていると想定することには難しいと思われる<sup>31</sup>。

【B従業員等が不当な優遇の恩恵の帰着先ではなくとも、Bが事業体レベルで不当な優遇を受けていれば、Bに関わる誰かがその優遇の恩恵を受けるはずだから、B事業体レベルで当該不当な優遇の剥奪を図るべきである】という議論は成り立つか？……B事業体レベルで事後的に負担を課せば、殆どの場合、B株主が事後的に不利益を被ってしまうため、英国Windfall Taxの事例とJALの例との違いを重視するならば、B事業体レベルで【不当な優遇】が仮にあったとしても、B事業体レベルで当該不当な優遇の利益を剥奪しつつB株主に事後的に不利益を与えない、という方法がなかなか思いつかない。

例外的にB株主に負担を課さずにB事業体の資金蓄積に事後的に介入しようとする方策としては、B事業体レベルの【不当な優遇】に起因する資本蓄積を計算して、当該資本蓄積分を【不当な優遇】終了時<sup>32</sup>にB株主へと配当させる(配当の強制がまずければ、【不当な資本蓄積分】<sup>33</sup>を仮想計算し、内部留保している限りは特殊な

<sup>27</sup> 旧JALに貸していた銀行の回収不能については、当該銀行のbusiness lossとなり課税所得を減らす。

<sup>28</sup> 遡及課税、即、違憲ではない。遡及課税という表現は定義が不確かであるが、どのような事後的変更が違憲となるか、定説は形成されていない。事後的変更を許さなかった(違憲とは言っていないが)例として、福岡高那覇支判昭和48年10月31日訟月19卷13号220頁(物品税の課税対象に掲げられていなかった魚介類について納付された税額の還付を防ごうとする法改正を認めない)。事後的変更を許した例として、最判平成23年9月22日民集65卷6号2756頁(住宅譲渡損失の損益通算への利用を制限したことは合憲。財産権保障・憲法29条に関する最判昭和53年7月12日民集32卷5号946頁を参照した)。

<sup>29</sup> arm's length利率の負担という言い方も不適切であるかもしれない。Bの事業が信用できないからarm's lengthなら利率が高い筈だ、というよりも、arm's lengthとしてありうるのはベンチャー・キャピタルのように成功した場合の何割かを投資家が奪うというパターンではないか、という疑問も考えられる。しかし、私の想像力不足から、arm's length利率での負担、という翻訳の仕方しかできていない。

<sup>30</sup> 尤も、【事業体】は人ではないので、【事業体】レベルでの有利不利を論ずることに意義があるのか、という疑問にどうしても行き当ってしまふ。この疑問に対する応答はまだ用意できない。

<sup>31</sup> A従業員のうち解雇されずにBに雇われ続けた従業員が不当の優遇の恩恵を受けているという可能性が指摘されるかもしれないが、普通、A破綻→B再生において、解雇のみならず残存従業員の賃金水準見直しも同時に遂行されると思われ、残存従業員は提供する役務に見合った給与を超える恩恵を受ける、とは考えにくいと思われる。

<sup>32</sup> 終了時まで待つ必要がないのではないか、という疑問も提起されるかもしれない。しかし、註34のような考え方をするためには、終了時まで待つことになる。

<sup>33</sup> 【不当な優遇】が欠損金の引継ぎであると考えれば、例えば7年間とはいえ100%欠損金を繰り越すことができる点が、80%しか欠損金を利用できないC社と比べて不当に有利であるということになり、Bの欠損金利用のうち20%が不当な優遇による資本蓄積をB社にもたらすと考えられなくもない(繰り返すが私は欠損金引継ぎが優遇であるという見方に本音では賛同しがたい)。

【不当な優遇】が、銀行から借金できないBが国庫から支援を受けて【arm's length利率の負担を免れたこと】にある、とすると、【arm's length利率×国庫支援額×再上場までの期間】が、不当な資本蓄積額であると考えられることになる。【不当な優遇】はすでに終わっていると考えられる。なお、【arm's length利率】への違和感と

超過利潤税を課すが、一旦配当すれば……その後B株主がB事業体に再投資したとしても<sup>34</sup>……超過利潤税は課さないとして、配当<sup>35</sup>を促す)ということが考えられようか。

この場合、B株主が外国居住者であれば外国に資金が流出してしまうことに対して政治的には拒否反応が出るかもしれない。しかし、B株主が株式を売って株式譲渡益を得た場合は租税条約によって多くの場合株主居住国に課税権が配分される(B社所在地国としての源泉地国である日本は課税できない)。このことと比べると配当の強制または配当への誘導は、まだ日本の国庫としてマシである(配当に対しては日本が課税できることが多い)と思われる。

《配当強制という考え方にはやはり違和感が残るとの指摘。配当すべきかどうか株主が選べるはずだから》

【Bが事業体レベルで不当な優遇を受けたならば、競合企業であるCが割を食って損をしているはずだから、B株主に事後的に不利益を与えることになるかどうかを厭わず、B事業体レベルで事後的な負担を課すべきである】という議論は成り立つか？……【Cが割を食って損をしているはず】ということ重視するならば、Bへの資金提供者(国)が新B株主経由で過大なリターンを受けているという理由で、国がCに損失補填としての利益を供与すべきという筋になるだろうか？しかし、国からCへの利益供与を認めると、破綻→再生が多く起きる業界が国から多くの支援を受ける(航空産業が他の産業より優遇される)という非中立性が生じ、too big to failと類似する経済厚生悪化をもたらしかねない。

## 4. 国際課税と競争

### 4.1. Knoll論文<sup>36</sup>

伝統的なアメリカ産業界の不満——アメリカ系企業が外国に進出した際にアメリカが全世界所得課税をするのでアメリカの競争力を損ねているのがけしからん！CIN (capital import neutrality)だ！競争中立性だ！<sup>37</sup>

伝統的な経済学者の反応——アメリカの競争力(competitiveness)とは何なのか、定義がはっきりしないし、そもそも法人税は一般的には価格競争に影響しない。

法人税負担の軽重が価格競争に影響しない≠競争に全く影響しない<sup>38</sup>

成長スピードに法人税が影響する → アメリカ系法人は、ヨーロッパ(territorial方式<sup>39</sup>)系法人や現地法人と比べて、他企業を買収しようとする時に、競争上不利である。

その後、CON (capital ownership neutrality) <sup>40</sup>概念の登場。

Knoll論文が、まじめに競争(力)について考察。アメリカの自動車産業界を次のように定義する。

(GM:アメリカ自動車産業界 VW:欧州自動車産業界)

して註29。

<sup>34</sup> 配当を受けた後のB株主がBに再投資するか否かは、それはBの投資家としての判断に委ねられるべきであり、Bに再投資されたとしても、それがCとの対比で不当な優遇であるとは評価できない。

<sup>35</sup> 配当に対する通常の課税ルールは適用するが、配当したら内部留保に対する特殊な超過利潤税の課税は免れるという制度設計となる。

<sup>36</sup> Michael S. Knoll, The Corporate Income Tax and the Competitiveness of U.S. Industries, 63 Tax Law Review 771 (2010)

<sup>37</sup> CIN(資本輸入中立性…資本を自国で調達するか外国から輸入するかを選択について税制が攪乱してはいけないという意味)は、資本供給(消費か貯蓄か)に税制が与える歪みを問題としており、学界ではCINと競争中立性とは区別されているが、世俗的な議論(?)ではCINと競争中立性が混同されることが無きにしも非ずである(私は学部生相手に講義する際は、CINと競争中立性は本当は別物だけど、学部の試験のレベルでは混同していてもいい、と言っている)。

伝統的に経済学者の間ではCINよりもCEN (capital export neutrality資本輸出中立性…資本を自国に投資するか外国に投資するかを選択において税制が攪乱してはいけない)の方が重要であると考えられてきた。近年、この伝統的な議論(CEN重視説)は揺らぎつつあるが(後述のCON)、根強い支持もある。

<sup>38</sup> Terrence R. Chorvat, Taxing International Corporate Income Efficiently, 53 Tax Law Review 225 (2000);

Terrence R. Chorvat, Ending the Taxation of Foreign Business Income, 42 Ariz. L. Rev. 835 (2000)

<sup>39</sup> アメリカはアメリカ法人の全世界所得に対しアメリカの税率で課税するのに対し、欧州は基本的に時刻法人の国外源泉所得について免税としている。国外所得免税のことをterritorial(領域主義)という。

<sup>40</sup> Cf. Mihir A. Desai & James R. Hines Jr., Evaluating International Tax Reform, 56 National Tax Journal 487 (2003); Michael S. Knoll, Reconsidering International Tax Neutrality, 64 Tax Law Review 99 (2011); Fadi Shaheen, International Tax Neutrality: Revisited, 64 Tax Law Review 131 (2011); Fadi Shaheen, International Tax Neutrality: Reconsiderations, 27 Virginia Tax Review 203 (2007). 事業体を誰が所有しているかで事業体の収益力が変わるという想定で、効率的な所有を税制が妨げない、という発想をCONという。

定義1: Big3所有会社がアメリカ自動車産業であると定義する。

→VWがアメリカに工場を持っている場合はアメリカ自動車産業に含まれない。

→GMが外国に工場を持っている場合はアメリカ自動車産業に含まれる。

定義2: アメリカで自動車を製造する工場がある場合をアメリカ自動車産業という。

→VWがアメリカに工場を持っている場合はアメリカ自動車産業に含まれる。

→GMが外国に工場を持っている場合はアメリカ自動車産業に含まれない。

$R^{US}$ : 定義1のアメリカ自動車産業の税引前収益率

$R^{EU}$ : 定義1の欧州自動車産業の税引前収益率

定義1によれば1と3がアメリカ自動車産業であり、2と4が欧州自動車産業である。無税の世界では、太い縦線より左側はGMが所有した方が収益率が高く、右側はVWが所有した方が収益率が高い。

$R_{US}$ : 定義2のアメリカ自動車産業の税引前収益率

$R_{EU}$ : 定義2の欧州自動車産業の税引前収益率

定義2によれば1と2がアメリカ自動車産業であり、3と4が欧州自動車産業である。無税の世界では、太い横線より上側は欧州に工場を設立した方が収益率が高く、下側はアメリカに工場を設立した方が収益率が高い。

How corporate income tax hurts competitiveness<sup>41</sup>

		$R^{US}(1-t)=R^{EU}$		
EU located	3	D	4	
	A	B	C	$R_{US}=R_{EU}$ $R_{US}(1-t)=R_{EU}$
US located	1	2		
	US owned	$R^{US}=R^{EU}$	EU owned	

次に、アメリカだけが税を課し、欧州は無税のままであるとする。

定義1——DとBの部分がアメリカ自動車産業から欧州自動車産業に変わる。アメリカの課税は、株主がGMでなくVWに投資するようになるという歪みをもたらす。或る工場をGMが買収するかVWが買収するかという競争において、VWの方が高い買収価格を提示することができる(→CON)。

定義2——ABCの部分がアメリカ自動車産業から欧州自動車産業に変わる。GMやVWがアメリカ工場を閉鎖し、欧州に工場を建て直す。

Knoll自身の言ではないが、法人税制と競争との関係を考えて、定義1の観点、会社レベルの資本誘致競争であり、定義2は、国レベルの資本誘致競争である。一般的にイメージされる競争(アメリカ車が世界で売れるかどうか)とは違うように私には見受けられる<sup>42</sup>。

#### 4.2. 中立性論争<sup>43</sup>

CEN capital export neutrality: 資本輸出中立性…資本供給を与件とし、資本が自国に投資されるか外国に投資

<sup>41</sup> note 36, p. 789. なお Edward D. Kleinbard, 'Competitiveness' Has Nothing to Do with it

<http://ssrn.com/abstract=2476453>は、理論面というよりもアメリカ系企業の巧みな租税回避の実態を述べる。

<sup>42</sup> Knoll自身は、法人税負担がかように競争に影響するから、アメリカも欧日に倣って国外所得免税(territorial方式)を採用すべき(外国税額控除+全世界所得課税の体系を諦めるべき)という論陣に属している。私も暫定的ながらこの論陣について共感しているが、この論陣の是非はともかく、Knollが法人税と競争との関係を整理した結果、アメリカの大衆や政治家に訴えかける意味での「competitiveness競争力」からは離れていることを明らかにしてしまった(それが悪いという意味ではない)ように私には見受けられる。

<sup>43</sup> Michael S. Knoll, Reconsidering International Tax Neutrality, 64 Tax Law Review 99 (2011); Fadi Shaheen, International Tax Neutrality: Revisited, 64 Tax Law Review 131 (2011); Fadi Shaheen, International Tax Neutrality: Reconsiderations, 27 Virginia Tax Review 203 (2007)

資本が法人税負担を被るという前提のモデルではなく、法人税負担が不動産生産要素(労働、土地など)によって負担されることも加味した考察が重要と説かれる。

なお労働は可動(mobile)であるという前提での議論もある。長戸貴之・国家学会雑誌126巻11・12号\_\_頁(2013.12)が紹介するAlvin C. Warren, Jr., Income Tax Discrimination Against International Commerce, 54 Tax



される(資本輸出)かについて税が中立的であるべし。自国企業の外国源泉所得について自国の税率で課税すべきとして、全世界所得課税+外国税額控除(credit method)の仕組みを推奨する。

CIN capital import neutrality: 資本輸入中立性…源泉(事業活動の場所)を与件とし、資本が自国から供給されるか外国から投資される(資本輸入)かについて税が中立的であるべし。資本供給の場所の中立性といわれることもあるが、消費か貯蓄か(資本を供給するかしないか)についての中立性といった方がよいように思われる。資本輸入国目線の議論であるかのように見えるが、資本輸出国が自国企業の外国源泉所得について自国の課税を免除すべきとして、国外所得免税制度を推奨する。

余談:CEN、CINについてPeggy B. Richman, *Taxation of Foreign Investment Income: An Economic Analysis* (1963)が引用されることが多いがKoichi Hamada, *Strategic Aspects of Taxation on Foreign Investment Income*, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 80, pp. 361-375 (1966)はRichmanとは独立に書かれたそうである。

NN national neutrality: 国家中立性…自国資本が外国に投資された場合の外国税引後自国税引前所得の最大化が国の経済厚生最大化に資する。自国企業の外国源泉所得について外国税額損金算入方式(deduction method)を推奨する。creditと比べ自国資本の外国への投資が少なくなる。

国が自国のことだけ考えるならNN→deduction method

↓

二国モデルにおいて両国の経済厚生最大化を考えるなら、二重課税は救済すべきであって、creditかexemptionかを居住地国に義務付けるべき。

↓

ではCENとCINのどちらが重視されるべきか？

↓

税が投資に与える影響は、資本投下先選択の方が資本供給量決定より大きいであろうから、CENが重視されるべきである、というのが伝統的な経済学説だった。実際、アメリカと日本はそういう体系だった。

しかし欧州は伝統的にexemption methodが主流。(それがCINという経済学的な考慮に基づくものかどうか、私はまだ跡付けを確認できていない。しかし、推測するに、経済学説どうこうよりも、外国の事業に対し課税権を控えるべきであるという、国際法的な感覚が強かったのではなかろうか)

CON capital ownership neutrality: 資本所有中立性…誰が所有するかによって事業体の生産性が変わるという発想<sup>44</sup>の下、所有形態について税が中立的であるべし。全ての国がcredit methodを採用する、または、全ての国がexemption methodを採用する、という場合は所有形態は税によって攪乱されない。CON自体はcreditかexemptionかについて両方を支持するが、既に欧州がexemptionを採用しているので、アメリカもexemption(territorial領土内課税主義ともいわれる)に移行すべき、との論陣を形成する<sup>45</sup>。

MN market neutrality: 市場中立性…資本投資から企業の事業活動までを見据えて税が競争に影響を与えないという中立性を考える<sup>46</sup>。(考察対象が広すぎて使い道がなさそうな気がする…私の感想)

---

Law Review 131 (2001); Ruth Mason & Michael S. Knoll, *What is Tax Discrimination?*, 121 *Yale Law Journal* 1014-1116 (2012); Michael J. Graetz & Alvin C. Warren Jr., *Income Tax Discrimination: Still Stuck in the Labyrinth of Impossibility*, 121 *Yale Law Journal*, 1118-1167 (2012); Ruth Mason & Michael S. Knoll, *Waiting for Perseus: A Sur-Reply to Professors Graetz and Warren*, 66 *Tax Law Review*. \_\_\_\_ (2014)は、欧州における無差別原則についての議論の応酬で面白い。

<sup>44</sup> 国際課税ではないところへの応用として浅妻章如「CON(capital ownership neutrality: 資本所有中立性)の応用——事業承継における信託等の活用に向けて——」[立教法学](#)86号五十嵐暁郎先生退職記念号(129)216-(149)196頁(2012)

<sup>45</sup> Mihir A. Desai & James R. Hines Jr., *Evaluating International Tax Reform*, 56 *National Tax Journal* 487 (2003). 紹介として浅妻章如「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75-79頁(2005)。アメリカの産業界にとって都合のよい主張なのでHinesらは相当派手にロビー活動をしているらしいと噂で聞く。

<sup>46</sup> Michael P. Devereux, *Taxation of outbound direct investment: economic principles and tax policy considerations*. *Oxford Review of Economic Policy*, 24(4), 698-719 (2008)。ただしMNに関する議論はわずかな。なお、これによればCONの元祖はDesai & HinesではなくDevereux. M.P. (1990) “Capital export neutrality, capital import neutrality, capital ownership neutrality and all that”, *Institute for Fiscal Studies*, unpublishedであるらしい。

2005年頃ブッシュ政権下でterritorial移行への是非がかなり熱く議論された<sup>47</sup>。

territorial vs. full inclusion

full inclusionは全世界所得課税＋外国税額控除のpureな姿を目指すもの。現在は外国に子会社を作るとアメリカ本国に配当等の形で送金 (repatriate) しない限り原則として課税されない (例外としてCFC税制。日本流ではタックスヘイヴン対策税制とか外国子会社合算税制) と、repatriationの有無を問わず、そして外国子会社の事業上の真っ当さを問わず、アメリカの税率で課税する、というもの。理論的にはfull inclusion派のいうことにも相当の説得力がある (と私は思う。私は支持してないけど)。

territorialへの批判と反論

批判…exemptionを採用したらアメリカ資本が外国に課題に投資されてアメリカの雇用が失われてしまう。

反論…外国に投資するか自国に投資するかという択一的な関係ではなく、外国投資が増えて自国投資も増えるという補完関係にあるのだよ<sup>48</sup>。

### 4.3. 日本の変化

日本はアメリカの議論の進展を待たずにexemptionへと舵を切った (意外だった)。

→2009年間接外国税額控除から外国子会社配当益金不算入 (法人税法23条の2) へ。

それで日本企業は外国での稼ぎを日本に戻しているのですか? →戻ってきているらしい。<sup>49</sup>

余談: 日本は2009年にcreditからexemptionへと方向転換した、という見方が一般的。

ただし昭和の時代において日本の税制は日本企業の外国進出を阻害しないように (場合によっては促進するように) しようとしてきた。外国税額控除における国別限度額方式でなく一括限度額方式の採用はそうした政策の表れ。

またcreditにせよexemptionにせよCFC税制の適用範囲の広狭こそがworldwideに近いのかterritorialに近いのかの判断において重要であるともいえる。この点に関しては、日本の税制は比較的CFC税制が強力であり、worldwideに近いといえるかもしれない。しかし、CFC税制の中に統括会社特例ができたことで、日本の税制はやはり日本企業の外国進出を阻害しないようにしようという方向を向いているともいえる。

更に、もしかしたら司法が、日本企業の外国での存在について合理性を認める傾向 (CFC税制の適用範囲を狭める傾向) に方向転換しつつあるかもしれない……。レンタルオフィススペース事件・東京高判平成25年5月29日平成24(行コ)421号 (CFC税制不適用)、デンソー事件・名古屋地判平成26年9月4日 (統括会社特例導入前についてCFC税制不適用)。

余談: 佐藤智紀「法人税と海外直接投資の実証分析」フィナンシャル・レビュー101号179-192頁(2010)

新規投資は平均実効税率に反応する。追加投資は限界実効税率に反応する。

「投資受入国の法人税率 (法定実効税率) を1%引き下げると、海外直接投資額が約2.4%増加することが示唆される。」

余談: そのほか法人税率と企業の投資行動の関係について研究しているのは大野太郎先生

大野太郎「[租税条約の経済学的考察](#)」2008年3月19日一橋大学審査博士学位論文(経済学)

大野太郎「租税条約と海外直接投資の実証分析」フィナンシャル・レビュー94号中里実責任編集『特集 国際課税』172-190頁(2009.5)

大野太郎・布袋正樹・佐藤栄一郎・梅崎知恵「[法人税における税収変動の要因分解～法人税パラドックスの考](#)

<sup>47</sup> 紹介として増井良啓「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

<sup>48</sup> 実証の問題としてどうなのか? 増井良啓「内国法人の全世界所得課税とその修正」3-15頁『抜本的税制改革と国際課税の課題』(日本租税研究協会、2011)。Weisbach註50によれば、territorial派 (CON派) の主張は実証的には不確か (棄却されるという意味ではなく、肯定否定両面あり) らしい。布袋正樹・塚本朋久「現地法人の設備投資が国内本社の設備投資に及ぼす効果—我が国製造業のケース—」(PRI 14A-08, 2014.7

[http://www.mof.go.jp/pri/research/discussion\\_paper/ron262.pdf](http://www.mof.go.jp/pri/research/discussion_paper/ron262.pdf)) によれば「企業内貿易がある場合には、大企業はもちろん中小・中堅企業においても、現地法人の設備投資が増加すると国内本社の設備投資が増加し、生産活動における補完的關係が、国内本社と現地法人の設備投資の間に正の相関をもたらすことが示された。」「アメリカの多国籍業の場合と比べるとその効果は小さい。」

<sup>49</sup> 田近栄治・布袋正樹・柴田啓子「2009年度税制改正が現地法人の配当送金に及ぼした効果」PRI Discussion Paper Series (No.12A-16 [http://www.mof.go.jp/pri/research/discussion\\_paper/ron245.pdf](http://www.mof.go.jp/pri/research/discussion_paper/ron245.pdf)) は、日本企業の外国子会社からの日本への配当が増えたとしている。2009年以前については田近英治・布袋正樹「日本企業の海外子会社からの利益送金—本社の配当政策から見た分析—」経済分析182号3頁(2009.7

<http://www.esri.go.jp/jp/archive/bun/bun190/bun182a.pdf>)。

[察を踏まえて～](#)」PRI Discussion Paper Series (No.11A-09) (2011.7)→フィナンシャル・レビュー [120号](#)に。

#### 4.4. 頭文字の戦いbattle of acronym? m9(^D^)^ブギャー

重要なのは中立性ではなくdeadweight lossの大きさであろう。<sup>50</sup>

credit(外国税額控除)に対する批判…アメリカが自国の経済厚生ではなく世界全体の経済厚生を考える(CEN)なんておかしい。アメリカ企業が外国で納税額を減らすincentiveを阻害する。<sup>51</sup>

Shaviroの見方は、OECD・G20のBEPS<sup>52</sup>対策を蔑ろにするものであり、かなり批判を受ける<sup>53</sup>であろうと思われるが、私がShaviro信者であるためか(私に限らないと思うけど)Shaviroの言うことへの反駁は難しい。

#### 4.5. 製造地国に課税権を割り当てようとするBEPS対策は持続しない

私は中立性の議論がそこまで意義が弱いとは思ってない。駄目な税制を指摘する力はある。

所得税	法人税	付加価値税
A国:所得稼得者B	——C国:製造D社	——E国:顧客F
資本輸出中立性モデル		仕向地主義課税モデル <sup>54</sup>

マーリーズ・レビューではBが個人ではないが渡辺智之に倣いBが個人であると想定した方が分かりやすい。

A国・C国の資本の輸出入とC国・E国の商品の輸出入は違う…今から見ると当たり前だけど2000年頃はこれが分からずに苦労した。

いずれの着眼点にせよ、C国に課税権を割り当てても、効率性が害されるし、租税競争(tax competition)で国が自発的な税率減に追い込まれる。

BEPS対策は、所得を生み出す活動が行われた国(C国)の課税権確保を目指している。しかし経済理論的にうまく行かないことが予言されてしまうのではなかろうか。<sup>55</sup>

#### 4.6. VATと法人税の異同と通商阻害<sup>56</sup>

VATの仕向地主義課税(輸出免税)は輸出補助金に当たらないことになっている。

「輸出免税がなくても、付加価値税が企業の競争力を強めることも弱めることもないと論じられる」<sup>57</sup>

アメリカは連邦レベルでVATがなく法人税収に頼る度合いが強いため、アメリカ系企業は欧系企業と比べて不利?

アメリカは何度も輸出補助税制を繰り出すが、毎回GATT違反とされる。

<sup>50</sup> David Weisbach, The Use of Neutralities in International Tax Policy <http://ssrn.com/abstract=2482624>

<sup>51</sup> Daniel N. Shaviro, FIXING U.S. INTERNATIONAL TAXATION (Oxford University Press, 2014). この本の紹介ではないが、ここに収録されているShaviroのかつての論文の紹介として浅妻章如「UK Windfall Taxのアメリカにおける外税控除適格性その他の外税控除をめぐる裁判例と議論」租税研究759号96-123頁(2013.1)。

<sup>52</sup> base erosion and profit shifting税源浸食と利益移転、と訳される。浸食と侵食どちらが正しいか誰か教えて。

<sup>53</sup> Shaviroを批判しているわけではないが、territorial批判派の一人と目されるKleinbardは、註41を始めとして、いかにアメリカ企業が国外で納税義務を減らしているかを説明している。GoogleについてEdward D. Kleinbard, The Lessons of Stateless Income, 65 Tax Law Review 99 (2011)、StarbucksについてEdward D. Kleinbard, Through a Latte, Darkly: Starbucks' Window into Stateless Income Tax Planning, 139 Tax Notes 1515-1535 (June 24, 2013)

<sup>54</sup> この図についてはInstitute for Fiscal Studies, MIRRLEES REVIEW: TAX BY DESIGN 430 (2011)、渡辺智之「電子商取引と課税」租税研究776号161頁以下、168頁(2014.6)、浅妻章如「恒久的施設を始めとする課税権配分基準の考察—所謂電子商取引課税を見据えて—」国家学会雑誌115巻3・4号321-382頁の354頁(2002)より。

<sup>55</sup> 消費地国たるE国に課税権を割り当ててべしという議論はこれまでも細々とされてきたが(Reuven S. Avi-Yonah, Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State, 113 Harvard Law Review 1573 (2000)…ただしC国の課税権を否定しているわけでもなく、掘って立つ理屈が何なのか読み解きにくい)、Michael J. Graetz & Rachael Doud, Technological Innovation, International Competition, and the Challenges of International Income Taxation, 113 Columbia Law Review 347-445 (2013)(紹介:増井良啓・租税研究762号272頁(2013.4))が出てから、アメリカの学界の空気が変わったように思われる。論文でいわれていることは率直に言って新しい話でもないが、Graetzはアメリカの学界で無視できない存在なのであろう。Graetzはこれに限らず時々学界の空気を変える力を持つ論文を書いてきたように見受けられる。

<sup>56</sup> 増井良啓「租税政策と通商政策」塩野宏古稀『行政法の発展と変革 下巻』517頁(2001.6)

<sup>57</sup> 浅妻章如「付加価値税の輸出免税」ジュリスト1468号56-61頁の60頁(2014.6)

他方でアメリカはフランスなどのexemption methodも輸出補助金であろうという不満を持つ→一度GATT違反の判定が下ったが、その後なぜか欧州の国のexemption methodはお咎めなしになった(なぜなのか本当に訳が分からない)<sup>58</sup>。

余談:なぜGATT/WTOは多国間協定で、租税条約は二国間なのか？

仮説…通商協定は国内の既得権益を潰すための政治的道具となる<sup>59</sup>。租税条約は国内既得権益との戦い(国内内部の利害調整)ではなく、もろに外国との利害調整であるのか？

法人税とVATとの違いは、資本所得に対して課税するかしないか。

法人を含む企業課税において、現在の法人税の課税ベースに拘らなくて良いのではないかと？

再分配重視の観点から、資本への課税を重視する見解はある<sup>60</sup>ものの、それは企業レベルでの資本所得課税を要請することには直結しないであろう。投資家個人レベルで資本所得課税ができるなら、企業レベルでの課税は不要。

↓

そうはいつでも投資家個人Bが居住しているA国が、C国企業D社を通じた所得稼得について課税することは、執行上不可能だろ！そもそも投資家個人に適時に課税できないからこそ法人税が存在する<sup>61</sup>。時価主義課税ができるなら法人課税もいらぬ。A国がBに課税すればよいというのは、時価主義課税が可能でないという現状を無視している。

↓

銀行秘密を突き崩せば、A国がBの外国源泉所得について課税することも、執行上不可能ではない。そして、2007年頃のリヒテンシュタインの銀行員の銀行秘密暴露(ドイツの閣僚だったかの政治スキャンダル化)以降、アメリカ<sup>62</sup>がスイスに対し攻勢を強めている。

というわけで私は企業レベルでの付加価値税(C国ではなくE国に課税権を配分)と、投資家個人レベルでの資本所得も含めた所得課税という組み合わせを推奨したいと思っているけれども、色々詰め切れてない。

参考所有中立性 Chris William Sanchirico, As American as Apple Inc.: International Tax and Ownership Nationality, 68 Tax Law Review \_\_ (2014) <http://ssrn.com/abstract=2394227>

<sup>58</sup> 浅妻章如「通商法と国際租税法」金子宏編『租税法の発展』769頁(有斐閣、2010.11)

<sup>59</sup> 岩沢雄司『WTOの紛争処理』16頁(三省堂、1995)からの示唆。

<sup>60</sup> 理想論のレベルにおいて資本課税批判派であったWeisbachが註50ではPeter Diamond & Emmanuel Saez, The Case for a Progressive Tax: From Basic Research to Policy Recommendations, 25 J. Econ. Perspectives 165 (Fall 2011)などを引用しつつ資本課税の要請について述べるようになるとは、彼も丸くなったということか、理想論と現実論は別だということか。

ところで、資本課税批判(Joseph Bankman & David A. Weisbach, The Superiority of an Ideal Consumption Tax Over an Ideal Income Tax, 58 Stanford Law Review 1413 (March 2006)。紹介藤谷武史「所得税の理論的根拠の再検討」金子宏『租税法の基本問題』272頁(有斐閣、2007))に対抗する言説として、最近David Gamage, A Framework for Analyzing the Optimal Choice of Tax Instruments, 68 Tax Law Review \_\_ (2014) <http://ssrn.com/abstract=2411272>); David Gamage, Analyzing the Optimal Choice of Tax Instruments: The Case for Levying (all of) Labor-Income Taxes, Value-Added Taxes, Capital-Income Taxes, and Wealth Taxes, 68 Tax L. Rev. \_\_ (2014) <http://ssrn.com/abstract=2465522>)が面白かったので、信託奨励金論集で紹介する予定。

<sup>61</sup> 増井良啓「組織形態の多様化と所得課税」租税法研究30号1頁(2002)

<sup>62</sup> UBSのBradley Birkenfeld氏がアメリカの課税当局(IRS)に情報を売って\$104 million貰ったというニュースが話題となった。Ashlin Aldinger, A Race to the IRS: Are Snitches and Criminals the New Business Model?, 51 Houston Law Review 913-945 (2014) <http://www.houstonlawreview.org/2014/02/11/513-a-race-to-the-irs-are-snitches-and-criminals-the-new-business-model/>)等。