

日本租税研究協会御中 2008年5月16日-30日 原稿

タックス・ヘイヴン対策税制(CFC 税制) 租税条約との関係及び適用除外要件について

立教大学 浅妻章如

1. CFC税制の制度趣旨
 - 1.1. 課税繰延防止の意義
 - 1.2. 課税繰延防止の非徹底:海外進出への妨害を控える
 - 1.3. CFCの所得を内国法人に合算する趣旨
2. CFC税制と租税条約との関係
 - 2.1. 外国の事例およびOECD等での議論について
 - 2.2. 日本の裁判所の判断
 - 2.3. その他の議論の可能性
3. 適用除外要件中の「主たる事業」の解釈
 - 3.1. 政策目的税制の趣旨に即した解釈
 - 3.2. ホンコンヤオハン事件
 - 3.3. 仮想例
 - 3.4. 所得基準説と実物生産要素基準説のそれぞれの利点
4. CFC税制等の今後
 - 4.1. transactional approach・entity approach それぞれの難点
 - 4.2. 通商政策との接点
 - 4.3. 近年の環境変化
 - 4.4. 国内租税政策との接点
 - 4.5. CFC税制の今後についての(暫定的)まとめ

1. CFC¹税制の制度趣旨

1.1. 課税繰延防止の意義

立法担当者による解説²では、CFC税制の制度趣旨は租税回避の防止であると説明されている。ここで重要なことは、課税繰延防止ではないとされていることである。他方、学説上、CFC税制の制度趣旨は課税繰延防止または資本輸出中立性のためとして説明される。

課税繰延防止については、次のように説明される。軽課税国に子会社を設立し、所得を溜め込むことが租税回避なのかという、外国子会社に所得を溜め込んでもいずれ日本に配当等した時に日本は課税するのだから租税は経済実体的に見て回避されないのではないかと、という疑問が思い浮かぶ。この疑問に対する答えは、課税時期を遅らせること(課税繰延)が納税者にとって有利である、というものである。次の数値例を見ると分かる。

例 収益率が年 10%。内国法人が 40%の税率で課税される一方、外国法人は無税。

内国法人(or 組合 or 支店)が 10000 を投資	外国子会社を通じて 10000 を投資
1 年後の税引後の元利合計 10600	1 年後の税引後の元利合計 11000
2 年後の税引後の元利合計 11236	2 年後の税引後の元利合計 12100
.....
10 年後: $10000 \times 1.06^{10} = 17908$ (利益 7908)	10 年後: $10000 \times 1.1^{10} = 25937$ 課税後の利益は 9562 (= $15937 \times (1 - 0.4)$)

¹ Controlled Foreign Corporation 被支配外国法人(特定外国子会社等)。

² 高橋元監修『タックス・ヘイヴン対策税制の解説』(清文社、1979年)

軽課税国子会社の利用が、内国法人自身(または内国法人の外国支店)による所得稼得と比べて不当に有利であるので、この不当な有利さをなくす、というのが、課税繰延防止説である。これが学説による標準的な説明といえる。

1.2. 課税繰延防止の非徹底：海外進出への妨害を控える

これに対し、前述の通り、立法担当者は明白に課税繰延防止説を否定している。課税繰延防止説によると、外国で経済的に意味のある活動を行なっている場合にも日本の税率を適用せよということになってしまい、日本企業の海外進出に対する妨害となってしまう。これを立法担当者は否定している。また、CFC税制の母法のアメリカ法でも、学説が課税繰延防止を提案したのに対し、課税繰延防止で一貫することにつき議会が賛同しなかったという経緯がある。

transaction approach: 「汚い所得」(tainted income)を生み出す取引に着目する(米独等)
entity approach: 主に汚い所得を得る法人に着目する(日本)

どちらのアプローチでも、active income と passive income とを区別し後者にのみ本国の課税を適用しようとしている。このようなアプローチの違いはあれど、自国企業の真っ当な海外進出を本国課税が妨害することになるのは控えよう、という趣旨は共通している。

他方、学説では、資本輸出中立性(CEN: capital export neutrality)が根強く支持されている。CENとは、投下される資本が一定であるという前提の下で、自国に投資した場合も外国に投資した場合も同じ課税に服するような税制であれば、資本投下先の決定に税制が中立的であり最も効率的に資本が使用される、といった程度の意味である。伝統的にアメリカの学説で支持が強く、CFC税制導入を主張した Surrey 教授等もCENにのっとっている。伝統的にというだけでなく、現在でも立法論として資本輸出中立性のために外国子会社を利用した課税繰延を防止すべき、との意見は根強い³。しかしCENが現在も最有力説であるかについては議論の余地があるかもしれない(この点は後述する)。

資本輸出中立性には政策論においてそれなりの合理性があるが、現行法の説明としては、active income をCFC税制の適用除外としていることを説明できない。

他方、立法担当者のいう租税回避防止についても、「課税繰延以外に経済的実体としてどのような意味での租税回避があるのだ？」という疑問が呈せられる。ここは従来きちんと説明されてこなかったように思われ、また説明しようとしても難しい。

そこで次のような思考実験を試みる。利子率が仮に0だとすると理論上課税繰延の利益は0になる(納税者にとっての課税繰延の利益が0であるということは、国庫にとっての損失も基本的には0であるということになる。但し国庫が自由に国債等で借金できればであるが)が、それでもCFC税制は残すべきか？、という思考実験である。

この疑問について未だ確定的な答えは見出せていないが、私は暫定的に次のように考えている。課税繰延を野放図に認めると、納税者が恣意的な所得操作をする余地が増える(例えば、子会社から素直に内国法人に配当するのではなく、移転価格の技術を使うとか所得の性質を変えとか非課税法人を経由させるとか人工的な損失と相殺させるとか)ので、その余地を潰すことに意味があるというのが現行法の趣旨といえようか、と。

1.3. CFCの所得を内国法人に合算する趣旨

dividend approach みなし配当アプローチ

³ 参照: J. Clifton Jr. Fleming & Robert J. Peroni, Exploring the Contours of a Proposed U.S. Exemption (Territorial Tax System), 41 Tax Notes International 217 (16 January 2006)等。

look-through approach 透過アプローチ(組合アプローチ)

日本の租税法がみなし配当アプローチなのか透過アプローチ(組合アプローチ)なのかに関連し、金子宏『租税法』10版と11版との間に記述の変更がある。10版430頁では「この制度の趣旨と目的は、タックス・ヘイブン・コーポレーションの留保利益を株主に配当したものとみなして課税し…」と書かれてあったが、11版445頁では「この制度の趣旨と目的は、タックス・ヘイブン・コーポレーションの課税対象留保金額相当額を株主であるわが国の内国法人等の擬制収益ないし擬制配当として課税し…」という記述になっている。

みなし配当というには無理があるという中里論文⁴の指摘を受け、配当アプローチであると断言するのをやめた、と推測される。が、配当アプローチが間違いであるとも述べてなく、みなし配当アプローチなのか透過アプローチなのかははっきりさせようとしていない、と読める。

確かに、現行法を見ると、配当扱いは貫徹されていない。株主が個人たる居住者である場合、配当所得でなく雑所得として扱われる。また、株主が内国法人である場合、法人税法23条(受取配当益金不算入)は適用されない。

しかし、現行法では透過アプローチが貫徹されているとも言いがたい。例えばCFCの損失は直接に株主に帰属する扱いになっていない⁵。

両アプローチは理念型であってどの国も両アプローチを折衷させていると言われている。また、中里論文は配当アプローチを退けることで特定の結論(租税条約との関係)を導こうとしているが、私は、どちらのアプローチであるかが他の問題の結論を決定的に左右するとは言いがたいのではないかと考えている(他の問題に何ら影響し得ないとまでは言わないが)。

2. CFC税制と租税条約との関係⁶

2.1. 外国の事例およびOECD等での議論について

CFC税制の適用が租税条約違反になるかという問題がある。次の三つの事例が有名である。

英国の Bricom 事件⁷

フィンランドの A Oyj Abp 事件⁸

フランスの Schneider 事件⁹

前二者では租税条約に違反しないという結論¹⁰が出されたが、フランスでは租税条約に違反するという結論が出された。中里論文(註4)はフランスの判例を参照しつつ日本でも日星租税条約違反の可能性があると論じたが、私は、少なくとも日本のCFC税制が租税条約7条(PEなければ課税なし)に違反するという議論には賛成できないという趣旨のことを書いた¹¹。

租税条約7条にいう「利得」は、配当(10条)・利子(11条)とは区別された事業利得を扱う条文であり、フランス国務院は7条の「利得」をCFCの利得全体(そこには配当や利子も含まれてしまう)と解していて、誤っている、と私は考えていた(過去形なのは、日本の裁判所は違う考えのようだから

⁴ 中里実「タックスヘイブン対策税制」税研124号72頁(2005)。

⁵ 双輝汽船事件・最判平成19年9月28日民集61巻6号2486頁。

⁶ 参照：占部裕典「タックス・ヘイブン税制と租税条約の抵触関係について」同志社法学58巻2号205-277頁、本庄資「タックス・ヘイブン対策税制と租税条約」税経通信2007年6月号137-161頁。

⁷ Bricom Holdings Ltd vs. IRC, [1997] STC 1179, [1997] 70 TC 272.

⁸ KHO 596/2002 (2002:26), 20 March 2002, Supreme Administrative Court of Finland. 語学の制約から、4 International Tax Law Reports 1009-1076 (2002)及びLang, et al. ed., CFC LEGISLATION, TAX TREATIES AND EC LAW (Kluwer Law International 2004), pp. 191-219 に依拠している。なお A Oyj Abp は固有名詞ではない。

⁹ Conseil d'État, 28 juin 2002, Ministre de l'Économie des Finances et de l'Industrie contre Société Schneider Electric, req. No. 232,276, RJF 10/02, no. 1080; also reported in 4 International Tax Law Reports 1077-1130 (2002).

¹⁰ スウェーデンでも租税条約に違反しないという ruling が出されたと Swedish CFC rules incompatible with EU freedom of establishment; restriction of free movement of capital justified, Tax News Service, vol. 39, issue 21 (23 May 2005) pp. 245-246 が報じている。

¹¹ 浅妻章如「タックス・ヘイブン対策税制(CFC税制)の租税条約適合性 技術的な勘違いと議論の余地のある領域との整理」立教法学73号329-396頁(2007.3)。

であるが、現在の私が考え方を変えたとかいうことではない)。

しかし、7条以外の条文との関係で、例えば11条や13条や21条との関係で、議論の余地は残っている、とも考えていた。英国 Bricom 事件では、英国源泉利子所得を得たオランダ子会社の留保利益について、英国がCFC税制により課税の手を伸ばすことは、利子に対する課税を禁ずる蘭英租税条約11条に違反する、という主張がなされた。この主張は他にも応用しうる。例えば、CFCが得た利益が譲渡益である場合には13条の問題となりうるし、CFCが第三国源泉所得を得た場合には21条(その他所得)の問題となりうると考えていた。

CFC税制が租税条約違反(とりわけ7条違反)になるかという問題について、OECDの多数派は、CFC税制は内国法人に課税しているのであってCFCの所得に課税しているのではないから、租税条約に違反しない、と説いている¹²。

この問題に関し、dividend approachよりもlook-through approachの方が、CFC税制が課税対象としているのは内国法人の所得ではなくCFCの所得であるから条約違反であると言いやすくなるように見える。が、これは決め手にならない¹³と私は考えていた。

「内国法人に対する課税だから条約違反でない」「CFCに対する課税だから条約違反である」は真っ向から対立しており、どちらも文理から導くことは可能であるように見えるので、両者を見比べただけでは結論の出しようがない。

2.2. 日本の裁判所の判断

前節の問題について、東京地判平成19年3月29日平成16年(行ウ)170号¹⁴・東京高判平成19年11月1日平成19年(行コ)148号(未公開・未確定)では、租税条約違反でないという結論が出された。

東京地裁判決より抜粋(42～45頁)(下線:浅妻)...「措置法66条の6の規定は、一定の条件を満たした海外子会社の所得の一部を、その親会社である「内国法人の収益の額とみなして」課税をするというものであり、形式的にみれば、内国法人の所得に対して課税をするという建前を採っている。この形式論に基づく限り、被告の主張も成り立たないものではない。

しかしながら、このような形式論理を徹底させると、我が国の租税法規において、親会社である内国法人と、シンガポールの海外子会社との関係や、それぞれの活動内容の実体等にかかわらず、「内国法人に対し、シンガポールの海外子会社の所得額に相当する収益があったものとみなして課税をする」という趣旨の規定を設けたとしても、それが内国法人の所得に対する課税という建前を採っている以上、少なくとも日星租税条約に違反することはないということになるが...、このような結論は、日星租税条約7条1項の規定を実質的に無視するのに等しいものであるといわざるを得ない。要するに、上記のような誰に対して課税をするのかという観点を形式的に適用する論理は、日星租税条約の潜脱を容易に許してしまうおそれがあるものであって...、そのまま採用することは困難である。

他方、シンガポールの海外子会社が、親会社である内国法人に対し、配当その他の方法によって任意に利益移転を行った場合、内国法人に移転された利益に対しては、我が国において課税がされることになるが、これが日星租税条約に違反するものではないことは明らかである。そうだとすると、親会社である内国法人とシンガポールの海外子会社との関係、シンガポールにおいて海外子会社が置かれた地位や実際の活動状況その他の事情に照らし、海外子会社から内国法人に対して利益移転が行われるのが当然であるにもかかわらず、そのような利益移転が行われてい

¹² OECDは伝統的に、租税条約の対象は法的二重課税(課税対象所得、年度、課税対象者等の一致を要求する)だけであり経済的二重課税は対象外であるという立場をとっている。

¹³ 後掲東京地裁判決47頁にも「措置法の制度趣旨から争点2の結論を直接導くことには疑問があるといわざるを得ない」という記述がある。

¹⁴ 参照:今村隆「タックス・ハイブン対策税制の課税要件と立法趣旨 最近の裁判例を分析して」租税研究697号114頁(2007.11)。

ないとみられる場合に、内国法人に対し、本来あるべき利益移転が実際にあったものとみなし、その移転利益相当額に対して課税をすることは、経済的合理性のない不自然な状態を、本来あるべき自然な状態に戻し、あるべき状態に基づく課税をしているのにとどまるのであるから、このような事態は、日星租税条約に違反することはないものと解される。」

「...形式的には同条の要件に当てはまる場合であっても、海外において子会社が独立した活動を行うことに合理性が認められ、租税回避行為とは評価し難いような事情が存する場合にまでタックスヘイブン税制を適用することは許されないものというべきである」

この地裁判決を読むと、租税回避対策に限り租税条約違反とならないという立論と読める。他方で、CFC税制が限定解釈される可能性があるという中里説も部分的に受け入れているように読める。

この地裁判決について、疑問がない訳ではない。たとえば、配当政策は自由であるところ、海外子会社から内国法人に対する利益移転が「本来あるべき」であると想定するのは、強引である

といった批判ができるかもしれない。尤も、地裁判決では「海外子会社から内国法人に対して利益移転が行われるのが当然であるにもかかわらず」という表現をしており、必ずしも配当の問題ではない、と読む余地もあるのかもしれない。

なお、フランス国務院判決と判断を異にする理由（外国の判決と異なる理由をわざわざ説明するのは異例かもしれないが）として、次のように説明されている。

フランス国務院判決について、地裁判決より抜粋(48～49頁)(下線:浅妻)...「フランス国務院の見解が国際租税における主流であるとまでは認め難いことに加え、P7教授の意見書(乙44)によると、フランスにおいては日本と異なり、法人税について国外所得非課税主義(国外所得免税法)を採用する反面、外国会社からの配当を含め受取配当の95%を益金不参入[ママ]としていることから、タックスヘイブン子会社の留保所得に対して法人税の一部としてではなく、分離して直接に課税する(すなわち、親会社が子会社の適用対象所得について納税義務を負う)という立法を採用していることが認められること(確かにフランスの上記タックスヘイブン制度の構造は、外国法人である子会社の所得に対して親会社に直接課税するという内容であり、租税条約の事業所得条項に違反するとの結論を導きやすいといえる。)からすれば、我が国の措置法66条の6と日星租税条約との関係を検討する上ではその前提を異にしているものであると評価せざるを得ない。」

仏瑞租税条約と日星租税条約の違いの問題というよりも、フランスのタックスヘイブン制度と日本の措置法66条の6との間の違いを理由として読める。

(なお、高裁判決は未公開なので引用できないが、納税者側の主張に対する応答がやや素っ気ないかもしれないという印象、及び、OECDコメントをやや尊重しすぎている嫌いがあるのではないかという印象を受ける。)

2.3. その他の議論の可能性

CFC税制と租税条約との関係について、これまで述べたことのほかにも次のような論点が考えられる。

(1)内国法人に対する課税であるか外国子会社の所得に対する課税であるか、の対立について、箇条書き的に述べる。

英国では、CFC税制の課税対象は「artificial figure 人工的な数額」であるからオランダ子会社の利子所得という性質は失われている、と判示された。尤も、artificial figure って何なのだ、とか、artificial figure になると利子という性質が失われるのは何故なのだ、とかいった疑問が払拭しきれないであろう。

Michael Lang¹⁵は、国が親会社の所得に対する課税であるとしたものを子会社の所得に対する課税であるとするための根拠を、租税条約中に見出すことはできないとする。所得という概念の人工性を強調し、客観的・経済的な実体ではないとする。そして、所得が存在するか、誰に帰属するかといったことは法律により決まるものであるという。このLangの考え方は法実証主義的で反論するのがかなり難しく非常に強烈な議論である。Langの見解を鵜呑みにすると、国の恣意的な課税に対し納税者や条約相手国が歯止めをかけることができなくなる恐れがあるのではないかと、という危惧を私は抱いている。私は、原則としてCFC税制は租税条約違反になりにくいと考えているので、Langの見解をそれほど懸命に批判しても仕方ないのであるが、Langの考え方が一版に受け入れられるようになるとすると相当危険なのではないかという危惧を抱いている。

dividend approach であれ look-through approach であれ、課税繰延を政策的に一部否定することは居住地国が正当に行使しうる課税権の一態様であると思われる。法人格の有無と法人課税の有無(組合方式課税の可否)とが連動しなければならないという租税政策論はなく¹⁶、課税時期の選択についての居住地国の自由な政策判断の問題であると思われる。この政策判断について租税条約が明示的に規制を加えることはもちろん租税条約に明示的に書けば可能であろうが、現在の租税条約が7条などでこうした政策判断を縛ろうとしているとは思えない(この種の政策判断について現実の殆どの租税条約はブランクであると思われる)、というのが、私が原則としてCFC税制は租税条約に違反しているとは思えないということの論拠である。

内国法人に対する課税であるか外国子会社の所得に対する課税であるかを審査する際、現行

¹⁵ Michael Lang, CFC Legislation and double tax treaties, Bulletin IBFD, February 2003, p. 51, pp. 53-54 より抜粋する。斜体は原文。[]内は浅妻。

「国務院判決は、租税条約が独自に所得を帰属させる、又は、租税条約は二締約国のうちの一方の帰属の決定に従いその事が他方締約国における条約の適用においても拘束的となる、というどちらかの考え方に基づいていた。[改行]租税条約が貴族を独自に決定しているのかという問題を検討するにあたり、まず所得の発生について、そして元々の国内法令の下における所得の帰属について、焦点を当てること有益である、なぜならば、租税条約で用いられている『所得(income)』という語は締約国の国内法令を参照しているからである。租税条約で言うところの『所得』は現実(actual)のものではない。そうではなくて、所得が存在するのは、税制がある現実の状況を描写し、それを所得への課税と関連させた法的効果と結びつける時である。何が所得と見なされるかは 関連する憲法に従って 立法府が決定することである。資産の売却が所得を発生させることがある一方で、売却取引なしに所得が認識される場合もあり、それは、例えば、単なる資産の価値の増加によって、又は納税者の居住の変更によって、又は 以前のドイツで実際にあったことであるが 納税者自身が使用するアパートの利用価値自体によってさえ、所得が発生するからである。所得の額すらも現実のものではなく立法を要する。従業員が雇用者から現物の便益を受け取りそれが納税義務に結び付く場合、当該現物便益の認識が取得費用でなのか通常価値でなのか適正市場価格でなのか消費地の平均値でなのかによって大きな違いをもたらすし、また、価値測定方法が異なるかということも大きな違いをもたらす。同様に、法律上の所得算定方法も所得の額に影響する。[改行]同様に、所得の帰属(attribution)も実在の事柄ではない。寧ろ、法制度がこれを決定する。私法の帰属に従うか独立の帰属基準を設定するかもまた 関連する憲法規定を考慮した上で 立法府の手にあるのである。誰が最初に課税対象者であると見なされるか、即ち所得の帰属という事項を決定することも立法府の責任である。自然人とは別に、法的組織(legal entity)も租税法上考慮に入れられることがある。entityの法人格はひとえに立法府の決定の産物である。こうした決定が法制度によって完全に異なりうるという事実は、パートナーシップの事例における多数の認定の対立(qualification conflicts)に表れており、それは、或る租税制度は一定の種類のパートナーシップを課税対象者として扱いそこに所得を帰属させる一方で、別の租税制度はパートナーに租税を課すということから生じている。」「OECDモデル第4条第1項によれば、『居住者』とは二締約国の一方において当該者(個人又は実体)の当該一方締約国との緊密な関係を示す基準に基づいて『課税される』者のことである。従って、租税条約は何ら独自の帰属の決定を行っていない。」「租税条約の規定は、締約国の国内法により所得が帰属するとされた実体に、適用されなければならない。」「仮に両締約国の国内法により所得が異なる実体に帰属させられているならば、租税条約は条約の目的に照らしどちらの帰属が『正しい』かを決定するのではなく、二締約国の異なる帰属の決定を受け入れ、それに従う。」「CFC税制のケースにおいて、CFC税制のある国の居住者たる株主は、それ故に他方の国の居住者たる会社とは別個であると見なされなければならない。」「一方締約国がパートナーシップに課税する一方で他方締約国がパートナーに課税することはどちらの帰属の決定も誤りでないとして受け入れなければならないのと同様に、一方の国が法人に課税し他方の国がそのCFC税制によって株主に課税することも受け入れなければならない。」「CFC税制の文言は、時折、**外国法人によって生み出された所得**を国内の株主に帰属させているが、その場合でも何も異なるない。」

¹⁶ ドイツの人的会社やアメリカのS法人のように、法人格があってもパススルー課税をする例は珍しくない。

のCFC税制による合算課税が持分割合に応じたものとどまる点も重要なのではなからうか。私法上CFCに帰属していると認めざるを得ない収益(これは直接的には法人税法11条の問題である)について、同族会社行為計算否認規定のような考え方にに基づき、内国法人の持分割合が80%だけであるにもかかわらずCFCの収益の100%を税務上内国法人に帰属させて課税しようとする制度が仮にあったならば(そしてそれは租税回避対策として意味を持ちうるかもしれないが)、「CFCの所得に対する課税であり租税条約違反となる」という議論の説得力が今よりも高まるのではないかと考えられる¹⁷。しかし、持分割合が80%だけならば内国法人の名において課税される部分も80%にとどまるという現行CFC税制は、正に「内国法人を課税対象としている」という主張の論拠となるのではなからうかと。

(2)他方で、CFC税制が租税条約違反にならないと言い切るにはまだ議論の余地もあると思われる。やはり箇条書き的に述べる。

シンガポールが税率を下げる際、日本のCFC税制の適用を覚悟していた、といわれる。が、CFC税制の適用があることを仕方ないと思うことと、CFC税制の適用が租税条約違反となるとの説を表明する機会があったらどう行動するか、は異なる。オランダも日本のCFC税制の適用を仕方ないものと思っている(だからこそ日本の商工会議所のロビー活動を受けて税率を25.5%とした¹⁸)。OECDコメントリーには反対している。シンガポールがもしもOECD加盟国であったならば、オランダのようにCFC税制の適用が租税条約違反とする留保をコメントリーに付したかもしれない¹⁹。

そのような政治的性格を帯びやすいOECDコメントリーを以って、それが国際的に広く受け入れられた通説的見解だとするのは、乱暴ではないかと思われる。また、先進国寄りのOECDが日本のような国のCFC税制による課税を是とすることが何か法的に意味を持つと考えることは、そもそも奇異なのではないかと思われる。OECDコメントリーが日本のような国の課税権を制限する記述については別論として、「CFC税制をしてもよい」という類の記述に関しては、あくまで参考資料程度の意味にとどめるべきではなからうか。

フランス国務院判決を卒然と読むと、条約違反の余地がかなり広い。東京地裁判決はフランス国内法と日本国内法の違いで説得しようとしており、それに異を唱えるつもりはないが、世界的な見地から考えた場合、国務院判決の論理自体の妥当性についても検討が求められるのではないかと思われる。

3. 適用除外要件中の「主たる事業」の解釈²⁰

3.1. 政策目的税制の趣旨に即した解釈

政策目的税制規定は限定解釈されるべき場合がある、という議論がある²¹。「限定」解釈に限定されるのか、私にはよく分からないが、規定の趣旨に即した解釈(もちろん租税法では文理解釈が原則であるとされており、それに異を唱えるということではなく、文理解釈としても複数の帰結を導きうるような場合或いは文理解釈だけでは趣旨から余りに外れた帰結が導かれかねない場合に、趣旨に即した解釈の方が望ましいであろう、位の意味である)を探求するということとなるらうか。

この問題をCFC税制に当てはめた場合、「CFC税制の趣旨に即した解釈として～～」といった

¹⁷ 80%の持分割合でも100%所得の帰属を変えてしまう国内立法が仮にある場合であっても、Langの議論によれば租税条約違反とならないということになるかもしれないが、逆にここにこそLangの議論の限界があると納税者側が反論するようになるかもしれない。

¹⁸ 参照:シグリッド J.C. ヘメルズ(Sigrid J.C. Hemels)(後藤和子監訳)「オランダの税制改革の動向」租税研究 2007年1月95頁。

¹⁹ 尤も、OECDコメントリーを神聖視する見方には賛同できない。

²⁰ 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)。

²¹ 中里実・2007年12月7日租税判例研究会、中里実「政策税制の政策目的に沿った限定解釈」税研129号74頁2006年9月。

問題は、とりわけ適用除外要件の解釈において起きやすいのではないかと思われる。適用除外要件は次のように規定されている。

租税特別措置法 66 条の 6 第 3 項「第一項各号に掲げる内国法人に係る特定外国子会社等(株式(出資を含む。))若しくは債券の保有、工業所有権その他の技術に関する権利、特別の技術による生産方式若しくはこれらに準ずるもの(これらの権利に関する使用権を含む。))若しくは著作権(出版権及び著作隣接権その他これに準ずるものを含む。))の提供又は船舶若しくは航空機の貸付けを主たる事業とするものを除く。)がその本店又は主たる事務所の所在する国又は地域においてその主たる事業を行うに必要と認められる事務所、店舗、工場その他の固定施設を有し、かつ、その事業の管理、支配及び運営を自ら行っているものである場合」(以下略)

3.2. ホンコンヤオハン事件

この適用除外要件の中の「主たる事業とするものを除く」についての先例として、いわゆるホンコンヤオハン事件²²がある。この事件の判決文中に、次のような表現がある。

「1989年3月期の収入は……保有株式に係る収入がその殆ど(受取配当金及び投資有価証券売却益で全体の約96パーセント)を占めている」

「特定外国子会社等が複数の事業を営む場合、そのいずれの事業が主たる事業であるかの判定は、その事業年度における具体的・客観的な事業活動の内容から判定するほかはないのであるから、その事業活動の客観的結果として得る収入金額又は所得金額の状況、使用人の数、固定施設の状況等を総合的に勘案して判定すべき」

一般論としては、収入金額・所得金額・使用人の数・固定施設等の状況等を総合的に勘案するという穏当な(どれが決めてか直には絞らせないような)表現をしているが、判決文中で「96パーセント」と表現がされているところに敢えて着目して見た場合に、果たして収入又は所得のパーセンテージで主たる事業を決すると、何かまずいことが起きるかもしれない²³、という危惧が思い浮かぶ。それは次のような仮想例である。

3.3. 仮想例

例：日本法人P社が軽課税のTH国のS社を支配している。S社は甲事業・乙事業を遂行。
甲事業(例えばソフトウェア開発、3項括弧書特掲事業非該当、従業員900人、所得2000)
乙事業(例えば音楽ネット配信、3項括弧書特掲事業該当、従業員100人、所得8000)

ホンコンヤオハン事件の「保有株式に係る収入がその殆ど(受取配当金及び投資有価証券売却益で全体の約96パーセント)を占めている」を念頭に置いて、甲事業・乙事業を見比べると、乙事業の所得が全体の80%を占めている。収入や所得の金額に着目すると、乙事業が主たる事業ということになる。これを所得基準説と仮称しておく。

しかしこの所得基準説に素直に納得する人は少ないのではなからうか。3項の文言が「主たる事業」ではなく「主たる収益源」だったならば、確かに収益の金額で比較しようということになるかもしれないが、「事業」という言葉が使われているので、従業員の90%が当てられている甲事業の方が主たる事業である、と通常は考えるのではなからうか。この例では便宜のために従業員と所得だけの比較となっているが、例えば従業員が少なくとも莫大な工場・設備等を甲事業に投入しているということであれば、やはり甲事業が主たる事業と考えられやすいのではなからうか。従業員や機械設備等をひっくるめると、実物生産要素ということになる。この段落の考え方を実物生産要素基準

²² 静岡地判平成7年11月9日訟月42巻12号3042頁税資214号362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。参照：増井良啓「判研」『租税の競争と調和(租税法研究26号)』130-132頁(1998)。

²³ 但し、ホンコンヤオハン事件判決の一般論は、前述の通り「総合的に勘案」という穏当な表現を用いているので、96パーセントというところだけが決め手ではない、ということが判決文から明らかである。私は敢えて判決文を誤読したいというのではなく、本稿で述べることは思考実験にすぎない。

説と仮称しておく。

3.4. 所得基準説と実物生産要素基準説のそれぞれの利点

実物生産要素基準説は、単に「事業」という文言から直感的にイメージされるところの事業に近いというだけでなく、規定の趣旨としても理解可能である。S社が軽課税国たるTH国に実物の生産要素を投下して事業を行なっているということは、TH国で中身のある事業を行なっているということであり、経済的に日本源泉の所得と見られるような所得を様々なアレンジを通じてTH国の所得に移しているというような租税回避的な実態がなく、正にそれはTH国の所得と観念してよい、と考えられる。このように考える背景には、所得源泉を突き詰めると事業であり、事業とは何かということを経済的実体に即して考えるとそれは実物生産要素²⁴の働きであると考えられるという旨を論じたことがある。要するに、所得源泉(所得の地理的割当)の観点から、租税回避的でないと見ているということである。

しかし、所得基準説にもそれなりの言い分があると考えられる。CFC税制は所得源泉だけを問題としているのではなく、所得の人的帰属(法人税法11条)・配分(移転価格)等の問題にも対処しようとしている、と考えられる。S社が確かにTH国で中身のある事業を行なっていると言ってもなお、P社・S社の特別な関係を駆使してP社に帰属・配分されるはずの所得がS社に帰属・配分される事態に対処すべきと考え、所得を多く生み出している乙事業に着目して租税回避的であると認定するという考え方にもそれなりの理屈が立つ。

CFC税制の趣旨に即した解釈を考える際、実物生産要素説にも所得基準説にもそれなりの筋が立つ。だが、所得源泉説については、そういう作業を「主たる事業」という文言の解釈の中で行なわれるべきなのだろうか、という疑問が考えられる。所得基準説が懸念するような所得の人的帰属・配分を恣意的な操作等に対してはCFC税制の別の要件の解釈論の問題として位置付ける方がすっきりするのではないかと、とも考えられるからである。

なお、実物生産要素基準説はentity approach的であり(甲事業を主たる事業と見て、実物生産要素を伴う中身のある事業を行なっているentityの利得は、日本の親会社等に合算する必要に乏しいという発想)、所得基準説はtransactional approach的である(甲事業のように実物生産要素を伴う中身のある事業を行なっているが、実物生産要素を余り伴わない乙事業のような事業による所得がTH国のentityに帰属するという租税回避を許さないとする発想)と思われるが、日本法がentity approachかtransactional approachかというCFC税制の設計だけから「主たる事業」の文言の解釈論を決定付けるのは、やや牽強附会であるように思われる。

また、実際の裁判所は所得基準説 vs. 実物生産要素基準説の枠組みで議論したりしないのではないかと、とも推測される。裁判所としては、何か確定的なことを述べて言質を取られるより、「総合的に勘案」などの表現で曖昧なままにして事例ごとの判断の余地を残したいと考えるかもしれないからである²⁵。裁判所による規範定立機能にも一定の期待が寄せられるとはいえ、しかし裁判所の第一義的な機能は目の前の紛争を解決することなのであるから、所得基準説 vs. 実物生産要素基準説であるか分かりにくいような判示を仮にしたとしても、それを非難すべきとまではいえないであろう。

また、実際の解決が実物生産要素基準説的か所得基準説的かは事案の特殊性によるかもしれない、とも思われる。つまり、所得の人的帰属・配分を変にいじっている場合には所得基準説的発

²⁴ 端的には、貸借対照表の左側に人件費を含め、金融資産は除外する、というイメージである。事業は基本的には付加価値で表されると思われるが、通常の付加価値計算ではマイナスもありうるとか金融・不動産が計算に入らないとかいった不合理がある。「主たる事業」の判定においても、例えば銀行業などを想起すると、金融資産を除外しないまま単純に資産を基準として他の事業と比較してしまうと、銀行業が過大に見積もられてしまうといった不都合が考えられる。所得源泉について、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 1174-1284 頁、9 号 1378-1488 頁、10 号 1507-1606 頁(2004)参照。

²⁵ CFC 税制の問題ではないが、最近の最高裁判決にはそのような傾向が見受けられる。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 頁など。

想でCFC税制適用し、そうでない場合には実物生産要素基準説的発想でCFC税制非適用という結論を導くかもしれない。私は研究者なので何か確定的なことを述べたがるが、裁判所としてはそのように柔軟に考える余地を残すかもしれない。

4. CFC税制等の今後

4.1. transactional approach・entity approachそれぞれの難点

第3章で論じたことから、transactional approach・entity approachどちらも、それだけでは事案の特殊性に即した妥当な解決が導けないことがあるのではないかと、という懸念が浮かぶ。

transactional approachに対しては、いわゆる汚い所得が全て適用対象とされるべきかは疑問である。所得の人的帰属・配分をいじっているかどうか、の審査が租税回避的か否かでは重要であると思われるところ、所得の性質はその判断材料の一つではあるものの、いわゆる汚い所得を得ている場合であっても人的・帰属・配分を変に操作している訳ではない事案までも包摂してしまいかねない、という難点が思い浮かぶ。

entity approachに対しては、或るentityが適用対象とされてしまった場合に真っ当な事業による所得もひっくりめて適用対象となる恐れ、およびそれとは反対に、或るentityが適用対象から外れた場合にいわゆる汚い所得についての人的帰属・配分を操作する事案までもが適用対象外となる恐れ、両方が考えられる。即ち、CFC税制の適用範囲が広すぎたり狭すぎたりする事案が相当出てきてしまうであろう。

4.2. 通商政策との接点

TH国のS社の所得にかかる税率の高低がS社と現地企業(或いは第三国企業)との価格競争において影響することはないのではないかと(企業は原則としてprice makerでなくprice takerであろう)、という通念がある。この通念を前提とすると、本国の高い税率での課税を受ける企業は競争上不利であるから本国の課税をやめるべきであるといった、いわゆる競争中立性の議論はそのままでは妥当しないと考えられる。近年、アメリカでCENに基づいた全世界所得主義に対する批判論が活発化しているが、CEN批判者は必ずしもCIN(capital import neutrality: 資本輸入中立性)の復古ではないと思われる²⁶。

しかし前段落の通念は、必ずしも本国の重い税負担が企業の海外進出の妨げにならない、ということまでを意味するものではない。一般に、所得にかかる税率の高低は、海外子会社たるS社の成長速度に影響するであろうと考えられている。

単なる価格競争ではなく、海外子会社たるS社の成長の問題として捉えた場合、資本輸出国がS社の所得に対してCFC税制のような本国課税を及ぼすべきか否かの政策決定は、S社の得る所得がいわゆる汚い所得・足の速い所得であるか否か、で決まる訳ではないのではないかと考えられる。S社の成長の問題として捉えた場合、鍵となるのは所得の性質というよりも、S社の所得がS社の事業のために使われるか否か、という用途の方にあるのではないかと考えられる(用途をチェックするのが難しいのでこれまではtransactional approachまたはentity approachにより所得の稼得段階で審査してきた、ということかもしれない、用途こそが重要という議論はないものねだりの恐れも残るのだが)。

4.3. 近年の環境変化

ECJ(European Court of Justice: 欧州裁判所)で出されたCadbury事件判決²⁷により、EU

²⁶ 参照: 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152~164頁(2006.7)。

²⁷ *Cadbury Schweppes v. CIR*, ECJ, Case C-196/04, 9 International Tax Law Reports 89-138 (2006), 2006 WTD 177-8; Opinions of the Advocate General, 2006 WTD 85-10; the special commissioners' referral, 2004 WTD 141-7. 参照: 安部和彦「タックスヘイブン対策税制の適用範囲 キャドバリー・シュウェップス事件の欧州裁判所判決等を手掛かりにして」税務弘報55巻10号53頁(2007.10)。

内においてCFC税制は 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しまった。もちろんこれはEUの議論であり日本に直接の影響がある話ではない。

しかし、欧州人と日本人とでは、例えば[租税回避対策としてCFC税制の発動が許される]とする範囲の広狭に差が出る可能性がある。これは、第2章で議論したCFC税制が租税条約違反に当たるかの問題等に影響する可能性もある。日本のCFC税制に関しては日本の裁判所が判断するのだから基本的にはこれは杞憂のほずであるが、欧州内での議論がOECDコメンタリー等に影響し、OECDコメンタリーが日本の裁判所の判断に支配的な影響を与える、といった経路がありえないとはいえない²⁸ので、注意を要する。

4.4. 国内租税政策との接点

環境変化の問題ともいえるかもしれないが、日米英で海外所得の国内還流に対する免税を要望するという報道があった²⁹。

ただのロビイングかもしれないし、実際にこの要望が通るのかどうかということについては述べようがない。が、一研究者として租税理論の観点からすると、一応の理屈として次のように考えられる

全世界所得課税が課税の公平のためであって課税繰延の利益があまり重大でないとすれば、そして個人段階での所得課税が適正に執行できるならば、法人段階の税収減は大問題ではない、と。

しかし、課税繰延の問題があること、及び個人段階での所得課税を適正に執行するのが難しいことこそ、実現主義課税の弊害や法人税の存在意義³⁰の問題に繋がっている。このように考えると、従来国内租税政策論と国際租税政策論とが別々のものと考えられてきたかもしれないが、実は理論的には相当に共通している部分を含むことが分かる。

国内租税政策論と国際租税政策論のこれまでの(無意識的な?)乖離の例としては、次のようなことも言える。従来、時価主義がよいか実現主義がよいかという国内租税政策論争において、時価主義は first best かもしれないが、しかし評価の問題や納税資金の問題などから原則として無理、と言われてきた。他方、国際租税政策論における通説であるところのCENは、明らかに時価主義を前提とした議論である。国際租税政策の話になった途端時価主義の first best を前提とするのは何故なのだろうか?このような国内租税政策論と国際租税政策論の断絶は、そのままで良いのであろうか。

国内で無理とされる時価主義的な first best の発想を、国際租税政策で維持するのは、やはり奇異なのではないか。そうすると、CFC税制についても、実現主義の弊害の問題や法人税の存在意義の問題と平行して考えていくべきではないか、という穏当な理解に繋がっていくのではなかろうか。

4.5. CFC税制の今後についての(暫定的)まとめ

箇条書き的に論じさせていただく。

第一点として、海外子会社たるS社が独立企業としての実体を有しているか、がCFC税制の問題の核心ではなくなるのではないかと考えられる。

第二点として、S社が得ている所得が汚い所得・足の速い所得か否か、ということも問題の核心ではなくなるのではないかと考えられる。

第三点として、租税回避対策という観点からは、国内親会社たるP社がS社の所得(または事業)を管理支配しているかS社が自身で管理支配しているか、が今後さらに重要な課題として認識されるべきではないかと考えられる。

²⁸ 私は、このようにOECDコメンタリーの記述に重みを与える考え方には違和感を覚える旨を論じたことがある。浅妻章如「国際租税法におけるルール形成とソフトロー——CFC税制と租税条約に関するOECDコメンタリーの位置付けを題材として」中山信弘編集代表「政府規制とソフトロー」255-275頁(有斐閣、2008)。

²⁹ 例えば、日経新聞2008年5月10日。

³⁰ 参照: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)。

第四に、CFC税制の問題を租税回避対策だけの問題として理解するのは狭すぎるかもしれない。租税回避は私法の形成可能性の濫用の問題として理解されてきたが、そうした面での濫用がなくとも(普通の取引を通じて)、国家間での税収配分に影響を及ぼすことがあるので、対処が求められていくのではないかと考えられる。