

先例

グラクソ事件・最判平成 21 年 10 月 29 日民集 63 卷 8 号 1881 頁……日星租税条約との関係

来料加工事件・東京高判平成 23 年 8 月 30 日平成 21 年(行コ)236 号……香港投資協定との関係

Cadbury Schweppes v. CIR, CJEU, Case C-196/04……EC 条約との関係

1. CFC 税制 (tax haven 対策税制・外国子会社合算税制) とは

1.1. CFC 税制の概略

CFC¹税制 (tax haven 対策税制・外国子会社合算税制とも呼ばれる) は、日本では租税特別措置法 66 条の 6 (法人税について)、44 条の 4 (個人所得税について) 規定されている。

日本居住者 (個人・法人含む) たる株主が日本の株主が軽課税国法人に所得を貯め込むことへの対策として、軽課税国法人の留保利益を日本居住者たる株主の所得に合算して日本も課税する仕組みである。日本の個人居住者については租税特別措置法 44 条の 4 が、日本法人については租税特別措置法 66 条の 6 が、規定している。

1.2. 制度趣旨の 2 つの説明：課税繰延防止説と租税回避防止説

CFC 税制の制度趣旨について代表的には次の 2 つの説明がある。課税繰延防止説と租税回避防止説である。課税繰延防止説は、CFC 税制の母国であるアメリカにおいて、教科書的説明²として用いられているものである。しかし、日本の立法担当者の説明では租税回避防止説がとられている。

先ず、数理的に理解しやすい課税繰延防止説を説明する。

例として、収益率が年 10% であり、内国法人が 40% の税率で課税される一方、外国法人は無税であるとする。内国法人 (内国歩人の外国支店を含む) を通じて 10,000 を投資し 10 年間運用する場面と、外国子会社を通じて 10,000 を投資し 10 年間運用する場面を想定し比較したものが次の表である。

内国法人(またはその支店)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
…くりかえし…	…くりかえし…
10 年後: $10000 \times 1.06^{10} = 17908$ 税引後利益は 7908	10 年後: $10000 \times 1.1^{10} = 25937$ 税引後利益は 9562 (= 15937×0.6)

内国法人が 10,000 を投資すると、1 年目に税引前収益 1000 が生じる。税が 400 とられる。税引後収益 600 を元金 10,000 に加え、10,600 を 2 年目に運用する。2 年目に税引前収益 1060 が生じる。税が 424 とられる。税引後収益 636 を元金 10,600 に加えると 11,236 となる。以下同様に、税引後収益を元金に加え運用すると、10 年目の終わりには、10,000 が 17,908 になっている。税引後利益は 7908 である。

内国法人が 10,000 を出資して外国子会社を設立し、当該外国子会社が 10,000 を投資すると、1 年目に税引

¹ controlled foreign corporation/company の略。直訳で被支配外国会社。CFC 税制はアメリカ由来の用語法であるが、近年外国人と話をする際は anti-tax haven というより CFC という方が多くなっている。また、tax haven 対策税制という呼び方をすると、対策されるべき tax haven とは何ぞやという話になる。かつては、税率の低さに焦点が当たっていたが、21 世紀に入り、税務情報の秘匿性や税務執行の不確かさ (例えば税率 30% で課税するという立法がなされていても現実に殆ど執行されなければ納税者にとってはお得な国・地域ということになる) に焦点が移っている。tax haven 像がぼやけてきたため、近年は日本でも諸外国でも tax haven 対策ということが強調されないようになり、日本では 2011 年頃から、外国子会社合算税制という呼び方が広まりつつある。

² アメリカの民主党 Kennedy 政権で導入する際の理論的支柱となったのが Stanley Surrey 教授であった。同教授はアメリカの政府側の租税理論の権威と位置付けられる。他に tax expenditure (租税支出論……税制優遇措置も予算に計上して明示すべき) 等でも知られる。

CFC 税制については、概ね民主党政権が企業課税を強め、共和党政権が課税の穴 (loophole) を作る傾向にある。今、Google 等の租税回避が BEPS (base erosion & profit shifting) であるとして激しい非難を浴びている。この点、子 Bush 政権時代に意図的に設けられた loophole を Google 等が活用しているという面もあり、必ずしも大企業の租税回避があくどいという話では済まされない部分がある。少なくとも Google 等の租税回避手法は日本の CFC 税制下では活かない。アメリカが Google 等に課税したければ国内法改正だけでもどうにかなる、という余地もかなり大きい。

前収益 1000 が生じる。これが非課税のまま元金 10,000 に加えられ、11,000 を 2 年目に運用する。2 年目に税引前収益 1100 が生じる。11,000 + 1100 = 12,100 となる。以下同様に、収益を元金に加え運用すると、10 年目の終わりには、10,000 が 25,937 になっている。ここで外国子会社から内国法人に全て配当をする、或いは、外国法人を清算するとする。税引前利益は 25937 - 10000 = 15937 であり、これに 40% の税が課せられると、税引後利益は 9562 である。

前前段落も前段落も、最終的には 40% の課税を受けている。しかし明らかに前前段落より前段落の方が納税者に有利である。遅れて課税を受けることを課税繰延³という。特殊な状況³を仮定しない限り、課税繰延は納税者にとって有利である。

課税繰延防止説は、軽課税国法人を利用した課税繰延を防止するために、軽課税国法人の留保利益を内国法人の課税所得に合算して課税する⁴ことが、CFC 税制の意義である、と説く。課税繰延防止説は数理的にとっても理解しやすい説明である。課税繰延防止説は、資本輸出中立性 (capital export neutrality)⁵ の理念とも適合的である。

しかし、CFC 税制の母国であるアメリカにおいて、CFC 税制を立法しようとしていた時、アメリカ系企業の海外進出が不利になることを議会が懸念した。そして、active income (能動的所得: 外国子会社等が能動的事業活動をして得る所得) については CFC 税制を及ぼすべきでない、passive income (受動的所得: 外国子会社等が受動的投資活動をして得る所得。配当、利子等) だけ CFC 税制を及ぼし、軽課税国法人の留保利益をアメリカ法人の課税所得に合算してアメリカの税率で課税する、ということになった。

アメリカ系企業の外国子会社等が active な活動をしていようとも passive な活動をしていようとも、軽課税を受けらるれば課税繰延の利益が納税者に生じてしまい、外国子会社等を通じた活動が納税者にとって有利となる。従って、純然たる課税繰延防止説によるならば、この有利さを打ち消すために、active/passive の区別をせず株主所在地国の税率で課税すべきである。しかし、active/passive の区別をせず課税とする立法を採用している国はどこにもない⁶。

日本の立法担当者も、日系企業の真つ当 (active) な海外進出まで阻害するべきではないとし、課税繰延防止説を棄却し、租税回避防止説を採ることを述べていた⁷。

しかし、租税回避防止説でいうところの防止すべき【租税回避】の経済的実体とは何か、について、課税繰延防止説ほど数理的に明瞭に説明されてこなかった、という難点がある。当然、課税庁側は防止すべき租税回避を広く想定しがちであるし、納税者側は狭く想定しがちである。

1.3. 合算課税の 2 つの理念形：配当擬制説と pass through 説

次に、合算課税の 2 つの理念形を説明する。

配当擬制説とは、軽課税国法人から重課税国株主に配当すべきところ配当してないのが租税回避に当たるとい見地から、配当があるという想定で軽課税国法人の留保利益を株主の所得に合算して課税する、とするものである。

pass through 説とは、軽課税国法人を支店と同視し株主を本店と同視して、軽課税国法人の留保利益を株主の所得に合算して課税する、とするものである。

配当擬制説も pass through 説も、理念形であるにすぎない。現実にはどこの国も折衷的な方法を採用している。配当擬制説が強い法制においても配当扱いを貫徹するわけではない。また、pass through 説が強い法制においても、軽課税国法人が赤字である場合に当該赤字 (欠損金額) を株主の所得に合算させるわけではない。

³ 税率が変わるとか、損益通算の利用可能性が変わるとか、が典型例。

⁴ 外国で課税されており、アメリカの税率が高い場合、(間接)外国税額控除で調整をする。

⁵ 資本保有者が自国に投資するか、外国に投資するかの選択に関する中立性。

⁶ 実際の採用国は恐らく無いのだが、理論的には美しいので、理論的には支持者が少なくない。アメリカの国内法改正の方向として、CFC 税制を拡充するなど (それに限られないが) して課税繰延防止説純化の方向に向かうべきだという説 (主に民主党寄り) と、アメリカ系海外子会社には原則としてアメリカが自発的に課税の手を引っ込めるべきだという説 (主に共和党寄り) が、真つ向から対立しており、どちらも理論的には現行制度よりもそれに筋が通っている。

寧ろ、どうして理論的に筋が通っている 2 つの途の何れかではなく、その真ん中の中途半端なところ (外国子会社について、完全に非課税としないが、即時に課税する訳でもなく、passive income について CFC 税制の対象とし、active income について課税繰延を容認するという、どちらからも批判される課税制度) が現実に採用されたのか、採用されるのか、という議論をし始めると、かなり面白い。面白いが、問題は難しい。

⁷ 高橋元監修『タックス・ヘイブン対策税制の解説』頁 (清文社、1979)

かつて日本では金子宏が配当擬制説で日本の CFC 税制を説明していた⁸。しかし、中里実は、合算される所得が配当扱いされてないから配当擬制説はおかしい、という旨の論陣を張った⁹。その後、金子宏の説明は配当擬制説一本槍からは変わってきている¹⁰。

2009年に日本は法改正をし、海外子会社から日本親会社への配当について原則非課税(95%非課税)としたので(法人税法 23 条の 2:海外子会社配当益金不算入の新設)、配当擬制説は益々妥当しにくくなっている。

2. グラクソ事件¹¹・最判平成 21 年 10 月 29 日民集 63 卷 8 号 1881 頁

2.1. 問題の所在

日星租税条約 7 条 1 項は「一方の締約国の企業の利得に対しては、その企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて当該他方の締約国内において事業を行わない限り、当該一方の締約国においてのみ租税を課することができる。一方の締約国の企業が他方の締約国内にある恒久的施設を通じて当該他方の締約国内において事業を行う場合には、その企業の利得のうち当該恒久的施設に帰せられる部分に対してのみ、当該他方の締約国において租税を課することができる。」と規定している。PE(permanent establishment:恒久的施設)なければ事業所得課税なし条項と呼ばれる。シンガポール法人が日本に PE を有してない場合、日本は当該シンガポール法人の利得に課税することはできない。

日本法人のシンガポール子会社の留保利益について日本が租税特別措置法 66 条の 6 により課税することは、日本に PE を有さないシンガポール法人の利得に対する日本の課税であり、日星租税条約 7 条 1 項に違反すると納税者は主張した。

CFC 税制が租税条約に違反するかについて、先例として 2 つの判決があった。¹²

Korkein hallinto-oikeus¹³ 596/2002 (2002:26), 20 March 2002 において、フィンランド行政最高裁判所は、フィンランド法人のベルギー子会社についてフィンランドが CFC 税制を適用することは、フィンランド・ベルギー租税条約違反でない、と判断した。

Schneider, Conseil d'État, 28 juin 2002, N° 232 276 において、フランス国務院は、フランス法人のスイス子会社についてフランスが CFC 税制を適用することは、フランス・スイス租税条約違反である、と判断した。

これら 2 つの事件より前から、OECD モデル租税条約コメンタリー¹⁴において、CFC 税制の適用は租税条約違反でないと言われていた¹⁵。フランスの判決を受けて、改めて OECD モデル租税条約コメンタリーで条約違反でないと言われた。但し、反対意見(オランダなど CFC 税制を持たない国が中心)も OECD モデル租税条約コメンタリー書かれた¹⁶。

⁸ 金子宏『租税法』__版__頁、弘文堂、__年

⁹ 中里実「__」

¹⁰ 中里実「__」

¹¹ 法律論と関係ないが、日本の課税は横取りであるという問題があった。元々グラクソが英国本国で移転価格税制を食らい、英国で納税するための資金を捻出しなければならなくなったので、系列企業の一つであるシンガポール法人が株式譲渡益を実現させたところ、その親会社がたまたま日本法人だったので、日本の CFC 税制の要件をたまたま満たしてしまった、という事情があった。

¹² 2 番目に CFC 税制を導入したドイツでは、7 条 1 項違反かという問題よりも、配当条項(10 条)違反かという問題の方が論じられていた。谷口勢津夫『租税条約論』186 頁以下。

ドイツの或る若手先生(Alexander Rust)は、CFC 税制は EC 条約違反であるが(Cadbury Schweppes 判決前の時点)、租税条約違反ではないと言っていた(私も彼から直接そう聞いた)。が、あとで中里実先生曰く、「租税条約違反ではない」の部分はドイツ国際租税法の権威である Klaus Vogel (Vogel による租税条約コメンタリーは、OECD コメンタリーの次に世界中で読まれている)に逆らえなかったからで、本心では租税条約にも違反していると思っていた、らしい(しかし中里先生の言葉なのでどこまで信用していいかわからない)。

¹³ フィンランドの行政最高裁

¹⁴ OECD モデル租税条約について OECD 租税委員会が作成する注釈書。OECD 租税委員会には当然 OECD 加盟国の課税庁の人間が集まっているので、OECD 加盟国寄り(いわゆる先進国寄り)・課税庁寄りのものとなるという偏りの可能性はある。

¹⁵ 仏国務院の政府委員の助言は長い(浅妻章如「タックス・ヘイヴン対策税制(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)で紹介した)、要約すると、【調べても正直決め手がないが、外国の多くの租税実務家が条約違反でないと言っているから、私も条約違反でない結論を出すべきでしょう】というものであった。なぜ仏国務院判決が政府委員の助言をはねのけたのかについて、判決文からはよくわからない。

¹⁶ OECD モデル租税条約コメンタリーには、OECD モデル租税条約の条文について反対意見を持つ国は

2.2. 下級審の判断

日本の東京地裁は「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」という配当擬制説っぽいことを述べていたが、最高裁判決が出る前に 2009 年法改正（海外子会社配当益金不算入）、最高裁判決は配当擬制説っぽい説明を避けている¹⁷。

2.3. 最高裁判決抜粋

(1)「一般に、自国における税負担の公平性や中立性に有害な影響をもたらす可能性のある他国の制度に対抗する手段として、いわゆるタックス・ヘイブン対策税制を設けることは、国家主権の中核に属する課税権の内容に含まれるものと解される。したがって、租税条約その他の国際約束等によってこのような税制を設ける我が国の権能が制約されるのは、当該国際約束におけるその旨の明文規定その他の十分な解釈上の根拠が存する場合でなければならないと解すべきである。」

(2)「日星租税条約7条1項は、一方の締約国(A国)の企業の利得に対して他方の締約国(B国)が課税するためには、当該企業がB国において恒久的施設を通じて事業を行っていることが必要であると(同項前段)、かつ、B国による当該企業に対する課税が可能な場合であっても、その対象を当該恒久的施設に帰属する利得に限定することとしている(同項後段)。同項は、いわゆる『恒久的施設なくして課税なし』という国際租税法上確立している原則を改めて確認する趣旨の規定とみるべきであるところ、企業の利得という課税物件に着目する規定の仕方となっていて、課税対象者については直接触れるところがない。しかし、同項後段が、B国に恒久的施設を有するA国の企業に対する課税について規定したものであることは文理上明らかであり、これは同項前段を受けた規定であるから、同項前段も、また、A国の企業に対する課税について規定したものと解するのが自然である。すなわち、同項は、A国の企業に対するいわゆる法的二重課税を禁止するにとどまるものであるとして、同項がB国に対して禁止又は制限している行為は、B国のA国企業に対する課税権の行使に限られるものと解するのが相当である。」(下線は引用者による。以下同じ)¹⁸

(3)「日星租税条約は、経済協力開発機構(OECD)のモデル租税条約に倣ったものであるから、同条約に関してOECDの租税委員会が作成したコメンタリーは、条約法に関するウィーン条約(昭和56年条約第16号)32条にいう『解釈の補足的な手段』として、日星租税条約の解釈に際しても参照されるべき資料といえることができる」

2.4. 考察

(1)について、「国家主権の中核に属する課税権」という大仰な言い方をすべきなのか、私は疑問を抱いていた。しかし本研究会¹⁹において、国際法学界隈では「国家主権の中核に属する課税権」という言い方にはさほど違和感が無いと教えていただいた。私が本件について評釈²⁰を書いた際、(1)はあまり重要ではないと考えていたが、後述するように、(1)が結論に与える影響は強い可能性がある。

(2)は本研究会にとってあまり重要ではない租税法特異のテクニカルな話である。

同一所得に対しシンガポール法人の名において及び日本法人の名において課税するものは「経済的二重課税」と呼ばれる。「法的二重課税」は、同一所得に対し同一納税者に対する課税を指す。租税条約は法的二重課税を禁止するにとどまり経済的二重課税は禁止されてないところ、CFC 税制の適用は法的二重課税をもたらすわけではないと最高裁は論じている。

尤も、CFC 税制の適用については、法的二重課税の問題でないのみならず、経済的二重課税の問題でもない、ということについてはもっと注意が払われて良いように思われる。何故ならば、CFC 税制が適用される場面の

reservation を書くことができ、OECD モデル租税条約の条文に反対でないが解釈について反対意見を持つ国は observation を書くことができる。

¹⁷ 法改正前の事案であるから東京地裁判決の説明を変える必要はないともいいうるが、最高裁は、2009 年法改正後も CFC 税制の適用が条約違反に当たらないと暗に言いたかったのであろうと受け止められている。

¹⁸ 更にテクニカルな論点として、そもそも 7 条 1 項の問題ではなく株式譲渡益に関する 13 条の問題だろ、と涌井紀夫補足意見は述べている。7 条 1 項の問題ではないというのは私だけが主張していたので、涌井判事が拙意見書(東京地裁に国側擁護で提出したもの)を読んでくださったのかな、と推測している。但し、私自身は 13 条ではなく 21 条(その他所得条項)の問題ではないのかな、と当時思っていた(書いてはないけど)が、13 条か 21 条かというのはあまり煮詰められてないし、煮詰める価値もないと思っている。

¹⁹ 馬宮勇・米谷三以「国際経済法を巡るグローバルガバナンスの構造分析——政策間対立、ソフトロー及び非政府主体の相関関係の研究」

²⁰ Akiyuki Asatsuma, “Supreme Court Judgement: Anti-Tax Haven (CFC) Legislation does not Infringe Japan-Singapore Tax Treaty”, Bulletin for International Taxation, Vol. 64, No. 10, pp. 517-525 (2010)。但し私はこの事件の一審段階で国側で意見書を書いているため、形式的には中立性を欠いている。

全てではないが殆どの場面において、日本の法人税額からシンガポール法人税額の控除を認める(間接外国税額控除)ので、経済的二重課税の負担が原則的には発生しないように制度が作られているためである²¹。

日本法人に対して課税しているのだから条約違反ではない、という形式論理が常に妥当する訳ではない、ということも最高裁も意識しているが、しかし本件ではこの形式論理が妥当すると(2)は述べている。

納税者側の主張は、条約が課税対象者に着目せず「企業の利得」に着目しているから、誰に対する課税であるかは関係ない、というものである。しかし、(2)はその主張を租税条約の解釈として潰していることになる。

(3)は本研究会にとって注目すべきところである。

シンガポールは OECD 加盟国でないのに、OECD モデル租税条約コメントリーにおけるシンガポールに不利な記述の影響を受けてよいのか? という論点がありうる。OECD モデル租税条約コメントリーは原則として拘束力を有さない²²ため、その論点は成立しない、と私は考えている。

OECD モデル租税条約コメントリーに、CFC 税制の適用が租税条約に違反しない旨が最初に書かれたのは__年であり、日星租税条約が締結された__年より後である。後に書かれたことで以って前に締結された租税条約を解釈(dynamic interpretation: 動的解釈と呼ばれる)してよいのかという論点がありうる。OECD モデル租税条約コメントリーに書かれていることは解釈(に関する OECD 租税委員会の見解)であり、立法的意義を有する解釈変更は別論として原則として解釈は法規範の創造ではなく発見にすぎない²³、という建前論に照らし、原則として動的解釈の是非という論点は成立しない(しかも CFC 税制と租税条約との関係については解釈変更ですらないので一層動的解釈の是非という論点は関連しにくい)、と私は考えている²⁴。

OECD は課税庁側の人間の集まりであるにすぎず、課税庁側(とりわけ先進国の課税庁側)に都合のいい解

²¹ CFC 税制を受ける日本居住者たる株主が個人である場合、間接外国税額控除は予定されていないため、経済的二重課税は起きうる。その意味で個人株主に関する租税特別措置法 44 条の 4 以下の適用は法人株主に関する租税特別措置法 66 条の 6 以下の適用と別論である、という可能性が無いではない。しかし最判平成 21 年 12 月 4 日判時 2068 号は個人株主についても CFC 税制は租税条約違反に当たらないとしている。個人株主については CFC 税制以外の文脈でも一般的に外国法人の外国税額について間接外国税額控除を認めていなかったため、CFC 税制についてだけ間接外国税額控除を規定することは要請されないと考えられた。弘中聡浩「タックス・ハイブン対策税制の条約適合性——グラクソ事件」租税判例百選第 6 版別冊ジュリスト 228 号(2016.6)136 頁以下 137 頁参照。この意味で、経済的二重課税の有無は問題ではない、という立論の余地が無いではない。

²² 原則として裁判所及び納税者を OECD モデル租税条約コメントリーは拘束しない。恐らく、非加盟国たるシンガポール政府に対する拘束力も無いと考えてよからう。慣習国際法については何らかの規範の形成に或る国が携わる機会があったか否かを問わず規範の効力が当該国に対しても発生するという余地があるかもしれないが、OECD モデル租税条約コメントリーは、そうした無機会での効力を認めるような慣習国際法的な位置付けにはないと考えられる。

ただし、OECD モデル租税条約コメントリーの OECD 加盟国(なにかんずく reservation や observation を書かなかった国)に対する効力については別論の余地があると考えている。法令の解釈に関する意見は信義則や禁反言の対象ではないかもしれないが、OECD 租税条約コメントリーに記した解釈と異なる解釈に基づき課税することは許されないとするような片面的な拘束力が、OECD モデル租税条約コメントリーには認められるかもしれない。この辺りは浅妻章如「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 コメント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)で論じた。

²³ しばしば通達課税の判例として引用されるパチンコ球遊器事件・最判昭和 33 年 3 月 28 日民集 12 卷 4 号 624 頁は、パチンコを物品税の課税対象に含めるとする通達改正の是非が問われたかのように受け止められることもあるが、真の争点は、パチンコが物品税の課税対象に含められるかという解釈論である(隠れた争点は、従前パチンコに物品税を課さないでいたことが行政先例法として確立して通達改正だけでは課税は違法である、ということになるか、である)。なおパチンコ球遊器事件では遡及課税はなされてない。他方、ストックオプションの利益を一時所得として扱う通達があったところ平成 10 年に通達を改正して給与所得として扱うとした事件において、通達改正前の一時所得を前提とした申告についても給与所得を前提として課税処分を打つという遡及課税をしていた。最判平成 17 年 1 月 25 日民集 59 卷 1 号 64 頁は給与所得該だけを論じており、遡及課税の是非は論じなかった(つまり遡及課税を許した)。但し最判平成 18 年 10 月 24 日民集 60 卷 8 号 3128 頁は平成 10 年通達改正前の一時所得を前提とした申告について過少申告加算税の適用を阻却する「正当な事由」(国税通則法 65 条 4 項)があると判断している。

²⁴ 但し動的解釈の是非を問題視する人がいることから分かるように、本段落の私見は必ずしも国際的に租税法学界の通説的立場であるとはいえないかもしれない。

積が、裁判所において参照材料となるにふさわしいのかという論点がありうる。OECD コメンタリーのうち、「～の場合に課税してはいけない」という部分は参照材料にふさわしい一方、「～の場合は課税してよい」という部分は参照材料にふさわしくない(通達と同程度の意味しかない)と、私は考えている²⁵。しかし参照材料となるか否かというレベルにとどまり、拘束力の有無は論じにくいと思われる。

3. 来料加工事件・東京高判平成 23 年 8 月 30 日平成 21 年(行コ)236 号²⁶

3.1. 問題の所在

主たる争点は、香港法人が製造業を営んでいるか卸売業を営んでいるかである。ここには租税特別措置法 66 条の 6 第 3 項以下の適用除外要件を巡る租税法上のテクニカルな議論が絡むが、本研究会にとって重要でない。そこで主たる争点の部分は本稿で割愛する。

本研究会にとって重要なのは、CFC 税制と香港投資協定との関係についてである。

納税者(X:原告・控訴人)側の主張を抜粋する。

「香港投資協定3条は『いずれの一方の締約政府の投資家も、他方の締約政府の地域内において、投資財産、収益及び投資に関連する事業活動に関し、当該地方の締約政府又は両締約政府以外の政府の投資家に与えられる待遇よりも不利でない待遇を与えられる。』と規定する。同協定12条1項の規定によれば、同協定の適用除外される租税事項は、締約国(日本又は香港)と第三国との間の租税条約において規定している事項のみであり、タックス・ヘイブン対策税制を含めて租税条約に規定されていない租税事項については全面的に香港投資協定の適用対象となる。

また、香港投資協定は、投資保護のみならず投資の自由化も趣旨・目的とするものである。そうすると、外国人の事業活動を保護することになるから、保護される外国人の事業活動に地域的限定はない。したがって、第三国向け投資も保護の対象となり、Aの中国での事業は第三国向け投資に該当するから、香港投資協定3条の保護の対象となる。

以上によれば、タックス・ヘイブン対策税制は、Aに対して、香港投資協定3条にいう不利な待遇を与えるものであり、本件各更正処分等は香港投資協定に違反し、違法である。」

3.2. 判決文抜粋

「一般に、自国における税負担の公平性や中立性に有害な影響をもたらす可能性のある他国の制度に対抗する手段として、いわゆるタックス・ヘイブン対策税制を設けることは、国家主権の中核に属する課税権の内容に含まれるものと解される。したがって、租税条約その他国際約束等によってこのような税制を設ける我が国の権能が制約されるのは、当該国際約束におけるその旨の明文規定その他の十分な解釈上の根拠が存する場合でなければならないと解される(前掲最高裁判所平成21年10月29日第一小法廷判決、最高裁判所同年12月4日第二小法廷判決)。

したがって、措置法66条の6の規定が、租税条約等の国際約束等に反するとされるのは、当該国際約束等におけるその旨の明文規定その他の十分な解釈上の根拠がある場合に限られるところ、香港投資協定には、そのような明文規定は存在しない。[グラクソ判決(1)参照]

ところで、控訴人が提出する前記◇◇◇作成の意見書は、①日本が締結している投資協定には、租税事項を明示的に対象から外しているものも少なくはないが、香港投資協定12条1項は同協定において適用除外される租税事項は、締約国(日本又は香港)と第三国の間の租税条約において規定している事項のみであるから、タックス・ヘイブン対策税制を含めて租税条約に規定されていない租税事項については、全面的に香港投資協定の適用対象となる、②同協定3条の規定上、「他方の締約政府の地域内においては」は、「不利でない待遇を与えられる。」にかかっており、「投資に関連する事業活動」にかかっていない。すなわち、同条は、「投資に関連する事業活動」について、それがどこで行われるかについて一切地理的な制限を加えていない、したがって、第三国向け投資に該当するAの中国での事業についても同協定の適用がある、③親会社である控訴人に対するタックス・ヘイブン対策税制の適用があり、これを避けるためにAが控訴人に対する配当を行うとすれば事業資金

²⁵ 浅妻・註 22 文献参照。なお、法令の解釈に関する課税庁側の意見(通達が典型例)について信義則・禁反言の法理は働かない、ということ为前提としているように見受けられる判決として、更正処分の誤りと延滞税に関する最判平成 26 年 12 月 12 日判時 2254 号 18 頁があり、信義則・禁反言の法理に判決が言及していないことの意義を浅妻章如「更正処分の誤りと延滞税」租税判例百選第 6 版別冊ジュリスト 228 号(2016.6)192 頁以下 193 頁で論じた。

²⁶ 租税判例百選第 6 版別冊ジュリスト 228 号(2016.6)138-139 頁では小山浩「タックス・ヘイブン対策税制の適用除外要件——来料加工」として東京地判平成 24 年 7 月 20 日訟月 59 卷 9 号 2536 頁が挙げられている。しかし本研究会にとって重要なのは来料加工についてではなく香港投資協定との関係である。

の減少を来すのであり、Aに対し不利な待遇を与えることになるとして、タックス・ヘイブン対策税制が香港投資協定に違反するとの見解を述べる。

しかしながら、①タックス・ヘイブン対策税制は、我が国の内国法人に対する課税権の行使として行われるものである以上、香港投資協定3条が措置法66条の6の適用を排除する規定とは解されない、②同協定の前文及び2条の規定からも、同協定が日本・香港双方の「地域内」(領域内)での投資促進を目指したものであることが看取できるのであり、同協定3条において、香港子会社が中国(第三国)で行っている第三国向け投資については何ら規定されていないと理解できる、③同協定9条の仲裁の対象は、「当該地方の締約政府の地域内における当該投資家による投資に関するもの」となっており、明確に仲裁の対象となるのが締約国の「地域内における投資」に限定しており、このことから同協定3条が「第三国向け投資」に最恵国待遇が与えられると定めていると理解するのは不自然である、④同協定3条は、その規定の文言上からも措置法66条の6の適用を排除するものと理解されない、という事情を考えると、香港投資協定はタックス・ヘイブン対策税制を排除しているものとは解されず、少なくともそのことについて十分な解釈上の根拠が存するということはできない(◇◇◇◇作成の鑑定意見書(乙50)参照)。」

4. *Cadbury Schweppes v. CIR*²⁷, CJEU, Case C-196/04 (12 September 2006)

一般論として EU 加盟国同士の関係において CFC 税制を適用することは EC 条約違反となるとした判例。英国の CFC 税制の適用が、*freedom of establishment* (設立の自由)²⁸に違反するか。差別(制限)があるか → *justification* (正当化理由)があるか。

英国での企業設立と、別の EU 加盟国(アイルランド)での企業設立との間で、差別があるか → ある。

「44 Where the resident company has incorporated a CFC in a Member State in which it is subject to a lower level of taxation within the meaning of the legislation on CFCs, the profits made by such a controlled company are, pursuant to that legislation, attributed to the resident company, which is taxed on those profits. Where, on the other hand, the controlled company has been incorporated and taxed in the United Kingdom or in a State in which it is not subject to a lower level of taxation within the meaning of that legislation, the latter is not applicable and, under the United Kingdom legislation on corporation tax, the resident company is not, in such circumstances, taxed on the profits of the controlled company.

45 That difference in treatment creates a tax disadvantage for the resident company to which the legislation on CFCs is applicable. Even taking into account, as suggested by the United Kingdom, Danish, German, French, Portuguese, Finnish, and Swedish Governments, the fact referred to by the national court that such a resident company does not pay, on the profits of a CFC within the scope of application of that legislation, more tax than that which would have been payable on those profits if they had been made by a subsidiary established in the United Kingdom, the fact remains that under such legislation the resident company is taxed on profits of another legal person. That is not the case for a resident company with a subsidiary taxed in the United Kingdom or a subsidiary established outside that Member State which is not subject to a lower level of taxation.

46 As submitted by the applicants in the main proceedings and by Ireland and the Commission of the European Communities, the separate tax treatment under the legislation on CFCs and the resulting disadvantage for resident companies which have a subsidiary subject, in another Member State, to a lower level of taxation are such as to hinder the exercise of freedom of establishment by such companies, dissuading them from establishing, acquiring or maintaining a subsidiary in a Member State in which the latter is subject to such a level of taxation. They therefore constitute a restriction on freedom of establishment within the meaning of Articles 43 EC and 48 EC.]

差別について *justification* (正当化理由)²⁹があるか → 租税回避対策として「*wholly artificial arrangement*」(完全に人工的な取引)のみを CFC 税制の対象とすることが許される。適用範囲がそれを超えていれば *proportionality* (比例原則)違反。

「51 On the other hand, a national measure restricting freedom of establishment may be justified where it specifically relates to wholly artificial arrangements aimed at circumventing the application of the legislation of the Member State concerned (…).」

²⁷ CIR: Commissioner of Inland Revenue

²⁸ *freedom of establishment* (article 43), *freedom to provide services* (article 49) *free movement of capital* (article 56) (今は設立の自由は *Treaty on the Functioning of the European Union* (TFEU) Art. 49らしい)

²⁹ その他の正当化理由として挙げられるのは *cohesion・coherence* (税制の首尾一貫性) (ある時に控除を認めたら、別の時に課税所得に算入しないと、税制全体のバランスが取れない)とか、課税権の国家間配分とか。

(結論)「Articles 43 EC and 48 EC must be interpreted as precluding the inclusion in the tax base of a resident company established in a Member State of profits made by a controlled foreign company in another Member State, where those profits are subject in that State to a lower level of taxation than that applicable in the first State, unless such inclusion relates only to wholly artificial arrangements intended to escape the national tax normally payable. Accordingly, such a tax measure must not be applied where it is proven, on the basis of objective factors which are ascertainable by third parties, that despite the existence of tax motives that controlled company is actually established in the host Member State and carries on genuine economic activities there」

5. 米欧対立と BEPS 対策・WTO 協定

5.1. BEPS (base erosion & profit shifting) 対策とは

後述の Google の他、英国のスターバックス(本社は米)が意図的に外国関連会社への豆の対価の支払いを吊り上げて、英国での課税を免れているのではないか、という問題が象徴的に取り上げられた。

米英政治家が租税回避対策強化を主張し、国際的・二重非課税を防ぐため OECD が 2013 年に検討開始。³⁰

各企業の租税回避事例を批判するだけでは足りず、1920 年代国際連盟時代以来形成された国際課税ルールについてオーバーホールが必要なのではないかという機運が形成されたが、他方で、その伝統的な国際課税ルールによる国家間の課税権配分を変えることまではいとしない、という政治的な枠もはめられた。

Action 1: addressing the tax challenges of the digital economy デジタル経済課税

Action 2: neutralizing the effects of hybrid mismatch arrangements 各国間の税制上の差異の利用への対処

Action 3: designing effective controlled foreign company rules 実効的な CFC 税制を考えよう

Action 4: limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments 利子控除制限

Action 5: countering harmful tax practices more effectively 悪質な租税逃れ対策

Action 6: preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances 条約漁り対策

Action 7: preventing the artificial avoidance of permanent establishment status 恒久的施設認定回避対策

Action 8-10: guidance on transfer pricing aspects of intangibles 無形資産の移転価格問題

Action 11: measuring and monitoring BEPS 計測と監視

Action 12: mandatory disclosure rules 租税回避商品の義務的開示

Action 13: guidance on transfer pricing documentation and country-by-country reporting 国別報告書

Action 14: making dispute resolution mechanisms more effective 紛争解決手続きの整備(特に仲裁)

Action 15: developing a multilateral instrument to modify bilateral tax treaties 多国間の枠組みへ

本研究会との関係でいうと、中心は OECD 加盟国であるが G20 とも共同しているので中国・インドも積極的に関わっている(中国・インドの代表者は自国利益剥き出しの発言をするので、会議の進行を妨げるらしいが)。

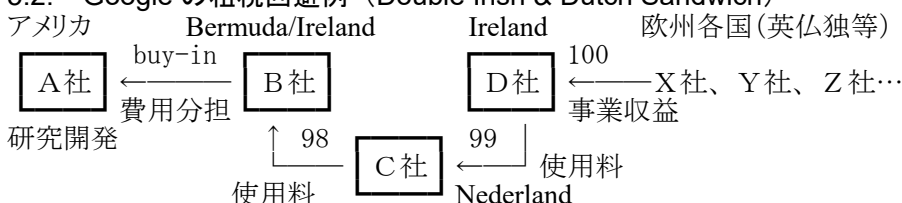
先進国企業からすれば中国・インドこそが租税条約における課税権の制限をきちんと守れという不満が強いけれども、中国・インドからすれば、苛烈な課税をしても自国への投資がなくなる限りやめる誘因が働かない。

各項目について 2 度ほど discussion draft が公表され、各界から意見を募集した。

私人参加の中でもとりわけ、BIAC (Business and Industry Advisory Committee) の影響は大きい。例えば、Action 13 国別報告書について、当初は多国籍企業グループの国別データ一覧を公表させることを OECD は予定していたが(今も NGO 等が公表を求めていると言われる)、企業秘密が駄々漏れになることを恐れた産業界が猛反発し、究極親会社所在地国との情報交換手続きを経由して各国が情報を入手する、という方向に変わった。

日本も経団連や日本貿易振興会等が BIAC を経由して(或いは直接) OECD に意見を表明している。

5.2. Google の租税回避例 (Double Irish & Dutch Sandwich)



³⁰ 2015 年 10 月 5 日に <http://www.oecd.org/ctp/beeps-2015-final-reports.htm> で final report が公表されて今週は皆これにかかりっきり。TPP 大筋合意報道もありましたしね。

A社(Google)がカリフォルニアで研究開発をするための資金についてA社とB社が費用分担契約を締結し、B社はアメリカ以外(ここでは欧州各国)での無形資産の権利者となる。この時にB→Aの支払をbuy-in対価という。実際に知的財産権を利用する欧州各国のX・Y・Z社にB社が直接利用許諾を与えず、C・D社を経由する(C・D社を経由するDutch Sandwichはアイルランドでの源泉徴収税を回避するためであり今日の報告では無視していい)。B社はペーパーカンパニーで、従業員(2000人位)を抱え実質的な事業を行っているのはD社である。X・Y・Z社(とりあえずGoogleグループとは別と考えていい)がD社に使用料等を支払い、D社がC社に使用料を支払い、C社がB社に使用料を支払う。

B社はアイルランド法に基づいて設立されたのでアメリカから見るとアイルランド法人扱いであるが、B社はバミューダで管理されているのでアイルランドから見るとバミューダ法人扱いであり、アイルランドは課税しない。

アメリカから見てB社がアイルランド法人である一方、D社はアメリカから見て透明扱いとされることを選択しており、アメリカから見るとB社とD社が一体となって、active businessを営んでいると評価されるので、アメリカはB社に貯められた収益に対してCFC税制を發動しない。

- buy-in対価がarm's length priceに照らして低すぎなければ、移転価格税制でもアメリカは課税できない。
- ◇アイルランドが恣意的に外資企業誘致のためB社への課税の手を緩めているのではないかという疑い。³¹
- ◇アメリカのCFC税制がloopholeだらけなのではないかという問題。(日本のCFC税制下なら課税される)
- ◇B→A間のbuy-in対価について移転価格税制が十分に機能していないのではないかという問題。

5.3. 米欧の力点の違いとBEPS対策

欧州では(EC条約の解釈においてとはいえ)、資本輸出中立性の発想が弱い。

他方で、アメリカ(の中でも民主党寄り)の人達は、資本輸出中立性³²・課税繰延防止説の観点から、CFC税制は正当化されると考える傾向がある。

Googleの租税回避を見た場合に、移転価格税制に焦点を当てるかCFC税制に焦点を当てるか?

欧州側は、移転価格税制の精緻化(と)を重視している。欧州の国がEU以外との関係においてCadbury Schweppes事件に縛られる必要はないのだが、欧州の人の感覚としてCFC税制は税収確保策として使いにくいと感じているらしい。

米側(の一部)は、移転価格税制が十分に機能しなくても、CFC税制で捕捉すればいいだろ、と思っている。³³

hybrid mismatch³⁴対策は米欧ともに重視していると思われる³⁵。

5.4. 米欧の制度の違いとWTO協定：全世界所得課税 vs. 国外所得免税(2015.1.7報告)

米: 所得課税中心で全世界所得課税 その中でDISC、FSC、ETIといった輸出経過措置→WTO違反
 欧: 付加価値税中心で、かつ法人税についても国外所得免税³⁶

³¹ アイルランドも怪しいが、ルクセンブルクも恣意的に課税の手を緩めているとしてEU内で(BEPSとの関連は正直よくわからないが)吊るしあげられている。

³² アメリカの全ての人達が資本輸出中立性を重視している訳ではない。共和党寄り(というよりは産業界寄りか)の人達は、かつて資本輸入中立性を重視し、今は、アメリカ系企業の外国進出がアメリカでの投資・雇用を減じさせるわけではない(寧ろ補完関係にありアメリカの雇用も増える)と主張する傾向にある。

³³ hybrid mismatch対策は、アメリカの人もおおむね重要と思っていると思われる。しかし、多様な商品、多様な組織形態を、アメリカに限らず各国が提供しているので、本気でhybrid mismatch対策をしたいと米欧各国が思っているのか、私は少し疑っている。

³⁴ A国子会社からB国親会社への支払が、A国から見て利子と認定される場合、A国子会社の課税所得計算上控除される一方、B国から見て配当と認定される場合、B国親会社にとって子会社配当益金不算入の対象となり、性質決定の違いから、両国において二重非課税が生じる、という類の問題。

Googleの例でいえば、米愛の法人居住地判定基準の違いが悪用された。

³⁵ 尤も、hybrid mismatchというのは重言のような気がする。BEPS対策が議論される前は、hybrid instrument (debt/equity両方の性質を持つ金融商品)やhybrid entity(透明扱い/法人扱いが国によって違う組織形態。LPSとかLLCとか)が主に議論されていた。BEPS対策においてhybrid mismatchという表現が用いられるようになったが、hybridであろうがなかろうがmismatch(国家間での扱いの違い)を納税者が悪用することが問題なのだとする、hybridは不要なはずである。mismatch全般に議論を広げたくないという思惑が働いたのか?

³⁶ DISC違法判定(1976年)と同時期、フランス・ベルギー・オランダの国外所得免税について一旦は違法判定が出た(L/4423-23 S/144, L/4424-23 S/127, L/4425-23 S/137)。その後GATT理事会が国外所得免税を輸出補助金から外した(7-8 December 1981, GATT BISD 28S/114)。その経緯は不明。