

タックスヘイブン対策税制から外国子会社合算税制へ  
- 問題点の分析と提言 -

平成23年4月12日  
日本公認会計士協会

- 目 次 -		頁
1 . はじめに .....		1
2 . タックスヘイブン対策税制の在り方 .....		1
(1) 制度趣旨の検討 .....		1
(2) 課税権の観点からの検討 .....		3
(3) 外国子会社配当益金不算入との関連 .....		6
(4) タックスヘイブン対策税制の在り方 .....		8
3 . 特定外国子会社等の判定 .....		8
(1) 制度の内容 .....		8
(2) 実務上の問題点の検討 .....		9
(3) 特定外国子会社等の判定の在り方 .....		13
4 . 適用除外基準の在り方 .....		14
(1) 適用除外基準の趣旨 .....		14
(2) 現行適用除外基準の問題点 .....		15
(3) 不必要な事務負担の軽減 .....		19
(4) 適用除外基準の在り方 .....		20
5 . 合算所得計算 .....		21
(1) 実務上の問題点の検討 .....		21
(2) 今後の在り方 .....		24
6 . 資産性所得について .....		24
(1) 導入の背景 .....		24
(2) 制度の概要 .....		24
(3) 二つの合算方式 .....		27
(4) 今後の課題 .....		29
7 . 早急に改善すべき問題のまとめ .....		30
(1) 特定外国子会社等の判定 .....		30

(2) 適用除外基準の在り方.....	31
(3) 適用対象金額の取扱い.....	32
(4) 資産性所得の取扱い.....	32
(5) 制度の趣旨と在り方.....	33

本研究報告で使用する法令等の略号は次のとおりである。

法：法人税　　措：租税特別措置

法：当該税目に係る法律

令：当該税目に係る法律の施行令

通：当該税目に係る法律の通達

1：第1条　　：第1項　　－：第1号

## 1. はじめに

昨今、海外事業展開を活発に行う日本企業が、予期せずタックスヘイブン対策税制(措法66の6～8)に基づく課税を受けることが多くなっている。自らの海外事業展開は「タックスヘイブン」という用語とは無縁であると判断していた企業が、その健全な事業活動の成果に対し、タックスヘイブン対策税制により課税される事態が多くなってきているのである。

これは、タックスヘイブン対策税制の仕組みが、その負担する実効税率に着目して外国子会社の所得を課税の対象とする一方で、世界の主だった国々が、その法定法人税率を引き下げる傾向にあり、日本企業の外国子会社が容易にその対象となり得ることにとも原因の一端があろう<sup>1</sup>。

しかしながら、昨今のタックスヘイブン対策税制による実際の課税事案は、これら諸外国が法人所得税率を引き下げる傾向にあることのみで説明がつくものではなく、また、必ずしも、合理的な課税として、納税者である日本企業の理解を得られるものばかりでもなくなってきているといえよう。昨今では、むしろ、不合理な課税と受け止められかねない課税案件も出てきており、その結果、現行のタックスヘイブン対策税制が不合理な制度であるとの評価に帰結してしまいかねない状況が生じているのである。

本研究報告では、このような状況を引き起こすこととなった現行タックスヘイブン税制上の問題点を分析するとともに、本来あるべきタックスヘイブン対策税制の本質論について、いくつかの観点から検討することとした。

## 2. タックスヘイブン対策税制の在り方

### (1) 制度趣旨の検討

タックスヘイブン対策税制の制度趣旨は、従来から「租税回避防止」<sup>2</sup>であると言わ

---

1 平成22年度税制改正において、この、いわゆるトリガー税率は「20%以下」に引き下げられた。

2 金子宏著『租税法(第15版)』(弘文堂)では、租税回避について次のように説明されている。

「(略)このような私法上の選択可能性を利用し、私的経済取引プロパーの見地からは合理的理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、結果的に意図した経済的目的ないし経済的成果を實現しながら、通常用いられる法形式に対応する課税要件の充足を免れ、もって税負担を減少させあるいは排除することを租税回避という。」

「租税回避は、一方で、脱税と異なる。脱税は、課税要件の充足の事実を全部又は一部秘匿する行為であるのに対し、租税回避は、課税要件の充足そのものを回避する行為である。他方、それは、節税とも異なる。節税は、租税法規が予定しているところに従って税負担の減少を図る行為であるのに対し、租税回避は、租税法規が予定していない異常な法形式を用いて税負担の減少を図る行為である。もっとも、節税と租税回避の限界は、必ずしも明確でなく、結局は社会通念によってきめざるをえない。」

れてきたところである。しかしながら、近年、タックスヘイブン対策税制の趣旨は、「租税回避防止」ではなく、「課税繰延べ防止」であるとの見解が主張されることもあった。これは、背景として、租税回避といえないような案件にもタックスヘイブン対策税制による課税が行われてきていることがあろう。こうした課税事案を肯定するために、税務当局が制度趣旨を据え代えているのではないかという疑念も払拭できないところである。事実、例えば、政府税制調査会への提出資料等において、それまでのタックスヘイブン対策税制という呼称ではなく、「外国子会社合算税制」という用語を使用するなど、その呼称を変更していることもある。

このように、タックスヘイブン対策税制の趣旨論については、近年論争となることもあるところであるが、いずれにせよ、当該趣旨については制度導入時の諸資料が明確な根拠を提供してくれている。例えば、「昭和53年度の税制改正に関する答申」(政府税制調査会)には、「近年、我が国経済の国際化に伴い、いわゆるタックスヘイブンに子会社等を設立し、これを利用して税負担の不当な軽減を図る事例が見受けられる。このような事例は、税負担の公平の見地から問題のあるところであり、(中略)昭和53年度において所要の立法措置を講ずることが適当である。」とされている。

また、昭和53年の導入当時の『改正税法のすべて(昭和53年度改正)』(大蔵財務協会)には、次のように明確に述べられているところである。

「行政当局においては、タックスヘイブンを利用する納税回避は、従来法人税法第11条の実質所得者課税の規定により、それを適用し得る範囲において規制してきましたが、この規定の適用に当たっての実質帰属の具体的な判定基準が明示されていないため、執行面での安定性に必ずしも問題なしとしない面がありました。このため、租税法律主義を堅持しつつ課税の執行の安定性を確保するという観点からも、租税回避対策のための明文規定の整備が強くされていたわけです。」

これは、タックスヘイブン対策税制が対象とするような租税回避事案には、法人税法第11条に定める「実質所得者課税」によって対処してきたが、当該規定の適用は事実認定による部分が大きく、結果、公平・中立性を保ちながら安定的に執行することが困難であるため、より明確な規範として、タックスヘイブン対策税制が租税特別措置法に設けられたとの論理であると考えられる。つまり、タックスヘイブン対策税制は、実質所得者課税の原則で対抗すべき租税回避を対象としている制度と考えるのが最も自然な解釈であろう。

ただし、タックスヘイブン対策税制は、このように租税回避防止の局面での実質所得者課税の具現化であるという解釈と、一方、必ずしも実質所得者課税の概念に拘束されるものではないという解釈<sup>3</sup>もあり、両者間の論争もみられるところである<sup>4</sup>。タ

---

3 高橋元監修『タックス・ヘイブン対策税制の解説』清文社

4 占部裕典著『タックスヘイブン対策税制と租税条約の抵触関係について』同志社法学五八巻二号

ックスハイブン対策税制は、実質所得者課税の具現化のみではなく、より広い範囲を対象としているとの理論である。しかしながら、どちらの解釈をとるにしても、いずれにせよ、タックスハイブン対策税制の趣旨、つまり、その課税対象としているのは、租税回避案件であるというのは妥当な解釈といえよう。タックスハイブン対策税制が法人税法第11条の具現化であろうと、また、別途の範囲を対象としている制度と解しよう、いずれにせよ、タックスハイブン対策税制の趣旨は、「タックスハイブンを利用する租税回避の防止」(上述『改正税法のすべて(昭和53年度改正)』(大蔵財務協会))であることは否定しようがないところであろう。したがって、来料加工貿易に対する課税(船井電機株式会社の香港子会社が営む来料加工貿易が適用除外の対象とならないとされた案件<sup>5</sup>)など明らかに租税回避でないような場合、つまり、日本企業の健全な海外事業展開に対してタックスハイブン対策税制が適用され、結果、海外子会社の事業所得に対して日本の法人税が課される現状は、日本企業そのものの健全な海外事業展開に対する意欲を抑えることとなるとすれば、他国企業との競争力の観点から明らかに避けなくてはならない事態であろう。

## (2) 課税権の観点からの検討

### 課税権の対象範囲

タックスハイブン対策税制は、特定の外国子会社の所得を、日本の親会社の所得として、当該親会社に対して日本で課税する制度である。つまり、結果的に、日本法人ではなく、別法人たる外国法人の利益に対して、日本が課税する制度となっている。

ところが、法人課税の対象は、我が国のみならず諸外国においても一般的に、自国の法人たる内国法人<sup>6</sup>とする一方で、自国の法人ではない外国法人に対しては、自国内で生じたと考えられる所得、いわゆる「国内源泉所得」に対してのみ課税する制度をとっている。これは、外国の法人に対して国家主権のひとつである課税権を及ぼす範囲としては、所得源泉地に着目する考え方が最も合理的であるとの共通した理解・認識が背景にあると考えられる。外国法人に課税権を及ぼす場合に、その所得のうち、自国内で生じた部分のみに限定して課税権を及ぼすことは、一般に理解しやすく全く違和感のないところであろう。

こうした課税権の範囲という観点からタックスハイブン対策税制の意義を検討

---

5 『日本経済新聞』平成17年6月29日

6 内国法人とは、我が国の場合「国内に本店又は主たる事務所を有する法人をいう。」(法法2三)と定義されるが、自国法人としての内国法人の根拠を本店等の住所地など形式基準を用いて判断する方法は本店所在主義と呼ばれている。一方、実際の管理支配が自国内で行われる場合に内国法人とする方法は管理支配地主

すると、この制度は極めて異質な制度となっているといえよう。なぜなら、外国法人の所得のうち、国内源泉所得以外の部分も我が国の課税権の対象としているからである。法人格として自国法人でない外国法人に対し、しかも、我が国以外に源泉がある所得に対して我が国の課税権が及ぶことになり、結果的に、一般に理解された範囲を超える課税となっている。つまり、そもそも我が国の課税権が及ばない所得に対してまで、我が国が課税権を及ぼす結果となっているのである。

このように、タックスヘイブン対策税制は、基本的な課税原則とは一線を画した特例的制度と捉えることが適当であると考えられる。それゆえ、なぜこうした特例的課税が許されるのか、つまり、なぜ我が国の課税権が及ばない国内源泉所得でもない所得に対してまで課税することが許されるのかという問題に対して、何らかの説得力のある回答が求められよう<sup>7</sup>。そして、その回答こそがタックスヘイブン対策税制の存在意義であるといえよう。

#### 内国法人課税拡張論

タックスヘイブン対策税制による課税は、外国法人の所得（国内源泉所得以外）を対象とするものの、形式上は内国法人を納税義務者としていることから、外国法人に対する特例的な課税ではなく、あくまで内国法人に対する課税の延長と捉えることもできよう<sup>8</sup>。この場合でも、なぜタックスヘイブン対策税制が適用されることとなる特定の場合にのみ、一定の外国法人の所得を内国法人の所得に取り込むことができるのかという問題を提起することになる。

この問題に対する一つの回答としては、実質所得者課税の原則を挙げることができよう。親会社たる内国法人の所得に合算して課税するということは、別の見方をすれば、当該外国法人の所得を内国法人の所得とみなすことであり、言い換えれば、当該外国法人に計上された所得は、実質的には当該内国法人が稼得したと考えられることである。そうであれば、形式的に外国法人の所得であっても、我が国が課税権を及ぼすことに合理性があり異論も生じないと考えられる。つまり、本来的には当該内国法人が稼得すべき所得でありながら、形式上外国法人の所得とされているだけのものであるから、本来的にその所得が帰属する内国法人に課税するという論理である。

また、別の回答としては、外国法人も対象に含めた連結納税的な考え方をあげる

---

義と呼ばれている。

7 こうした問題に対しては、制度導入に至るまで、大蔵省（当時）は数年にわたって事前調査、検討を行っている。

8 そうした解釈を採った場合であっても、実質的に、外国法人の所得（国内源泉所得以外）を対象としていることも事実である。

ことができよう。ただこの場合には、なぜ「特定外国子会社等」のみ、強制的に外国法人を含めた連結納税の対象とするのかという問題に対する説明が求められよう。特定外国子会社等は低い租税負担しか負っていないから、その国に代わって我が国が課税する、という論理は成り立たないであろう。

いずれにせよ、タックスヘイブン対策税制による課税は、通常であれば我が国の課税権が及ばない所得に対して課税する結果となっている。当然それは、ある特定の目的を持った一つの租税政策である。実質所得者課税の論理にしる、連結納税の考え方にしる、なぜ特定の場合のみ我が国の課税権の範疇として捉えるのか、またそのような政策が許されるのかについて明確な説明が必要であろう。

#### 租税条約との関係

タックスヘイブン対策税制は、租税条約に反する課税を行う制度となっているとの主張がある<sup>9</sup>。これは、タックスヘイブン対策税制は、特定外国子会社等の所得を親会社たる日本法人の所得に合算して課税するものであり、租税条約の事業所得条項に定める「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」という課税原則に違反しているというものである。つまり、相手国企業の事業所得について、我が国に当該企業の恒久的施設がないにもかかわらず、我が国が課税していることになっている点が租税条約の規定に反しているというものである。

この主張の重要な前提の一つとして、タックスヘイブン対策税制の課税方法は、結果的に、特定外国子会社等の法人格を否認してこれを日本法人の「支店」と位置付け、さらにその合算所得を「事業所得」として捉えていることがある。それゆえ、条約に反しているという主張が行われた裁判においては、概ね、タックスヘイブン対策税制による課税は、相手国法人の事業所得を課税するものではなく、日本法人が受け取るべき配当を受け取ったものとみなして課税するもの（擬制配当）であり、租税条約に違反するものではないとの判決に至っている<sup>10</sup>。

このように、タックスヘイブン対策税制による課税所得の性質を、事業所得として捉えるか、また、配当所得として捉えるかは、当該税制が租税条約に違反するものなのか否かの判定において重要な意味を持っていることは事実であろう。しかしながら、それは所詮形式論であり、また、方法論の議論でしかないといえるのではないか。現行のタックスヘイブン対策税制が租税条約に違反しているという主張は、現行の「課税方式」が租税条約の文言に合致していないとの主張でしかないのでは

---

9 例えば、中里実著『タックスヘイブン対策税制と赤字子会社』（機関紙『税研』第123号）など

10 最高裁判所平成21年10月29日第一小法廷判決民集63巻8号1881頁

ないだろうか。「事業所得」ではなく「配当」として課税するのであるから、租税条約に反するものではないという論理も、現行のタックスヘイブン税制の課税方式を擁護するだけのものであり、なぜ外国法人の所得にまで日本の課税権を及ぼすことができるのかという本質的な問題には全く応えていない。事業所得と捉えるにせよ、あるいは配当と捉えるにせよ、なぜ特定外国子会社等の所得に課税するのか、また、課税できるのかという問題によって租税条約に反しているかどうかを判断すべきである。そもそも我が国の課税権を及ぼす必要のある所得か否かの判断根拠を明確にした上で、その根拠が租税条約に反するか否かを論ずるべきであろう。

### (3) 外国子会社配当益金不算入との関連

#### 課税繰延べ防止との関係

平成21年度税制改正により、一定の持分を所有する外国の子会社からの配当を益金不算入とする制度が導入された<sup>11</sup>。この制度は、外国の子会社がタックスヘイブン対策税制による課税の対象となる特定外国子会社等からの配当であっても適用されるところであり、原則として外国の子会社からの配当を実質非課税とするものである。

この制度の導入により、タックスヘイブン対策税制の趣旨がより明確になったといえる。これまで、タックスヘイブン対策税制の趣旨は、課税繰延べ防止であるとの主張もみられ、特に昨今そうした主張が多くなっていた。外国の子会社の利益は、適時に日本に配当されて日本で課税されるべきであり、配当せずに海外に留保することは悪であり、こうした課税繰延べを防止することを目的としている制度であるという主張である。しかしながら、この主張は、外国子会社配当益金不算入の導入により、論理矛盾を起こすこととなるばかりか、そもそも多くの点で疑問なしとしない主張である。外国からの配当を非課税にするのであるから、外国の法人に留保していても、それは課税の繰延べには当たらないことは明白だからである。また、この結果、本来であれば（配当という形でも）非課税とされる外国子会社の利益に対して、なぜ特定の場合のみ課税するのかという理由がより強く求められることとなったと考えられよう。なぜタックスヘイブン対策税制で課税する必要がある所得なのか、それはタックスヘイブン対策税制の制度趣旨そのものであり、今一度検証される必要があるだろう。

なお、次のように、親会社に配当せず、海外に留保させること自体が租税回避であるとの主張もある<sup>12</sup>。

「課税対象留保金額が「通常であれば当該内国法人あるいは居住者に対する利益

---

11 「外国子会社配当益金不算入」(法23の2)

12 高橋元監修『タックス・ヘイブン対策税制の解説』92頁 清文社



の配当又は剰余金の分配として交付されるべき性質のもの」であり、株主は子会社等にそうさせるだけの支配力をもっているにもかかわらず、子会社等が配当を全くあるいはわずかししか行わず、留保所得を蓄積しているところに税の回避を推認し得るという考え方の表われといえよう。」

しかしながら、海外の子会社が海外で稼得した利益を、いつ日本の親会社に配当するのか、いくら配当するのか又はそのまま海外で再投資するのか等は、純粹にこれら企業グループ内での配当政策や財務戦略の問題であり、少なくとも課税という手段をもって誘導すべき問題ではないのではないか。また、配当しないことが租税回避であるとするのであれば、事業実態の有無、健全性を問う「適用除外基準」などそもそも必要ないこととなろう。このように、配当しないことによる課税の繰延べを防止するという考え方や配当の有無のみを租税回避の判断要素とする考え方は、そもそも理解の得られるところではないといえよう。

#### 制度趣旨の変質

外国子会社配当益金不算入の導入により、タックスヘイブン対策税制が変質したという解釈も目にするところである。具体的には、合算所得の計算に当たり、これまでは支払配当控除後（つまり留保金額）を対象としていたが、今後は支払配当控除前とされたことから、留保金に対する課税ではなく、留保されていようといまいと、とにかく特定外国子会社等の所得に課税が及ぶこととなってしまったのである<sup>13</sup>。この結果、課税留保金課税の要素（繰延べ防止）ではタックスヘイブン対策税制の意義を説明できなくなったため、その趣旨、意義が変質したとの説明である。しかしながら、これは合算課税される所得の金額の計算方法の変更を理由付けるだけのものであり、極めて場当たりのな解釈であるばかりか、租税政策の観点から重大な問題を投げかけていると指摘できよう。

これは、この改正により、タックスヘイブン対策税制の趣旨を「課税繰延べ防止」と説明することができないため、これまでとは制度の趣旨、意義が変わったのだという主張である。しかし、この主張は極めて安易な説明であるばかりか、同時に極めて問題のある発想であることを指摘せざるを得ない。なぜなら、外国子会社配当益金不算入制度が導入されたことによって、タックスヘイブン対策税制の趣旨が変更されることはあり得ないことであり、また、あってはならないことだからである。タックスヘイブン対策税制は、特定の政策目的の実現のために、租税特別措置として導入された特例措置であり、その成立の過程においては、国会での議論、決議も得

---

13 そもそも合算課税される所得を支払配当控除前に変更したのは、外国子会社配当益金不算入によりタックスヘイブン対策税制の潜脱を防止するための方策であろう。配当しても益金不算入となることから、配当することにより合算課税される所得が減殺されることを回避するための改正であろう。

ているものである。それが、国会での議論も経ずに、解釈によってその制度趣旨あるいは意義が変更されることは、租税法律主義の観点からも大いに問題であるといえよう。仮に、他制度の導入により、タックスヘイブン対策税制の必要性がない(つまり、課税繰延べ防止の必要性がなくなった。)というのであれば、速やかに廃止すべきものである。他制度との整合性をとるため、法令解釈のみにより別の政策目的をもった制度に変更されたということとはあり得ないのである。別の政策目的をもった制度とするのであれば、改めて当該政策目的の制度であるという説明のもと、新たな法律事項として国会で承認を得るべきことであるといえよう。

#### (4) タックスヘイブン対策税制の在り方

タックスヘイブン対策税制が、本来の政策目的と異なる効果(課税)を生じさせるようであれば、それは、制度の趣旨が変化したと解釈するのではなく、本来の制度趣旨に立ち返り、本来の政策目的が実現できるように法令改正を行うべきものである。タックスヘイブン対策税制の制度趣旨は、諸説存在し、数々の主張、議論がなされてきたが、やはり「租税回避防止」ということに尽きるのではないだろうか。

現行法令上、「租税回避」が明確に定義されていないことは事実であるが、昨今の課税の状況は、明らかに租税回避とは言い難いものに対してもタックスヘイブン対策税制による課税が行われている例がある。例えば、香港・中国での「来料加工貿易」を租税回避行為といえるのであろうか。実務的に日本で行えないビジネスモデルであり、そもそも親会社でなく香港子会社の努力によって事業が成り立っているものである。

タックスヘイブン対策税制は、明らかに租税回避と認定できる場合にのみ適用されるべき制度である。当然のことながら、制度趣旨を超えた課税は許されるものではないであろうし、仮に法令の文言が不明瞭なため、制度趣旨に反した課税が生じてしまうのであれば、速やかに本来の制度趣旨に立ち返った法令改正を行うべきものであろう。租税政策の観点からは、健全な企業活動を阻害しないことが最も重要なことであるところ、昨今のタックスヘイブン対策税制を使った課税事案には、明らかに企業の海外展開の足かせとなってしまうものもあるようである。個別企業の案件としてではなく、日本経済全体の観点からも、タックスヘイブン対策税制が健全な制度となるよう見直す必要があるだろう。

### 3. 特定外国子会社等の判定

#### (1) 制度の内容

合算課税の対象とされる外国子会社は、外国関係会社(内国法人、居住者等の持分割合が50%超の法人)のうち特定外国子会社等に該当する法人である。特定外国子会

社等は、次のいずれかに該当する外国関係会社である（措令39の14）。

（租税特別措置法施行令第39条の14第1項）

- 一 法人の所得に対して課される税が存在しない国又は地域に本店又は主たる事務所を有する外国関係会社
- 二 その事業年度の所得に対して課される租税の額が当該所得の金額の百分の二十以下である外国関係会社

上記一については、法人税等の存在しないケイマン等の国を想定した規定である。この規定の解釈についての問題はほとんどない。ブラックリスト方式によりタックスヘイブン国が特定されていた旧制度の名残であろう。いわゆる「本店非課税支店課税」の外国関係会社に関して、問題が提起されている規定であるので後述する。

それ以上に、平成4年の改正時（導入時）から常に問題となっているのは、上記二の規定である。ここで、著しく低い税負担のメルクマール（指標）とされているのが20%（百分の二十）という所謂「トリガー税率」である。税負担割合は、以下の判定式（分数式）によって計算される（措令39の14）。

事業年度の所得の金額につき、その本店所在地国等で課される外国法人税の額（分子）

---

事業年度の決算に基づく所得金額につき、その本店所在地国の外国法人税に関する法令の規定により計算した所得の金額（分母）

いうまでもなく、外国関係会社のトリガー税率の計算及び判定（20%以下か否か）は、（20%以下だとしても、後述する適用除外基準を満たせば合算課税が生じないということにはなるが）この税制が日本企業に適用されるか否かの入り口のハードルとして非常に重要なものである。にもかかわらず、様々な理由により、最近までほとんど見直しが行われていなかった規定である。平成22年度税制改正により、このトリガー税率自体は十数年ぶりに引き下げられたが（25%から20%へ）、判定式の計算（特に分母の計算）に係る不明点・疑問点は依然として数多い。以下、現行制度下の主要な問題点をいくつか検討していく。

## (2) 実務上の問題点の検討

本店非課税支店課税の外国関係会社

前述した租税特別措置法施行令第39条の14第1項第一号（以下、「一号」という。）は、「本店（又は主たる事務所）が存する国に法人税が存在しないのであれば、その国の外国関係会社は自動的に特定外国子会社等に該当する」という規定である。

常識的に考えれば、このような国は、明らかなタックスヘイブン国に該当するケースがほとんどであるので、問題はないように思われる。

しかしながら、このような国の会社が自国内においては所得を得ることなく、国外に支店等を有しその支店所在地国において多くの所得を得ており、かつ、その支店所在地国で通常法人税率による課税を受けているようなケースにおいては、不合理が生じる。例えば、日本親会社に租税回避の意図はないものの、会社設立の簡便性や事業遂行上の優位性などを勘案して本店所在地国（法人課税が存在しない国）を決定し、かつ、主たるオペレーションを他国（通常の税率で法人課税を行う国）の支店において遂行するような例が挙げられる。この会社のトータルの実際租税負担割合（本店と支店を合わせて計算したもの）がトリガー税率（20%）をはるかに超えていたとしても特定外国子会社等に該当してしまい、適用除外基準を満たすことができなければ合算課税が生じてしまうのである。このケースの不合理性は、例えば、「当該国で法人税が存在していれば（たとえ法人税率が1%であったとしても）その国ではほとんど所得が発生していないものの支店所在地国で十分な課税所得をもち通常税率による課税を受けていれば、トータルの実際租税負担割合がトリガー税率を上回ることにより特定外国子会社等に該当しないケース」と比較してみれば明らかであろう。後者のケースは、租税特別措置法施行令第39条の14第1項第2号（以下、「二号」という。）の判定によるものであるが、この二号においては、税負担割合の判定式における分子の外国法人税の額には、本店所在地国以外で支払われた外国法人税も含まれる。一方、一号（前者のケース）においては、そもそも租税負担率の計算をするという発想がないのである。実際トータル租税負担割合は決して低くないにもかかわらず、この税制の適用を受けるリスクが生じている。

特定外国子会社等の判定は、実際租税負担割合によって行えば、入口段階のスクリーニングとしては必要にして十分であると思われる。それは二号の判定のみによって可能である。外国関係会社個社ごとにその「租税回避」の有無を判定するという制度趣旨からいっても、一号の存在意義はないのではない。

#### トリガー税率の引下げ

数年来の世界的な法人税率引き下げ競争（特にアジア諸国）が激しさを増すなか、従前のトリガー税率（25%）を堅持しては、アジアの主要国に所在する外国子会社の多くが特定外国子会社等に該当してしまう。特に近年、アジア諸国（中国、韓国など）の法人税率が25%以下に下がったことの影響は大きく、平成22年度税制改正によりトリガー税率は20%に下げられた。今まで、海外子会社の実効税率（租税負担割合）計算や法人税申告書別表作成にかかっていた事務負担が軽減されるであろうし、実際に合算課税を受ける法人数も減少すると思われる。

日本はトリガー税率として固定的な税率（20%）を使用しているが、諸外国には

自国の法定法人税率の一定割合をトリガー税率としている国もある。本制度の基本的なメカニズムは、「外国子会社等の所得に対して課される税の負担が我が国において課される税の負担に比して著しく低いもの（措法66の6）について、そのような所得を我が国の株主の所得に合算して課税する」というものである。今後も、諸外国の法人税率は下がり続ける可能性があり、我が国の法人実効税率（現在約41%）も法人税率引下げなどにより低下することもあり得る<sup>14</sup>。内外の租税政策の変化によっては、現在の固定的な「20%」が将来も制度上妥当な税率であり続ける保証はない。妥当ではなくなった時点でその都度改正すればよいという考え方もあるが、我が国において課される税の負担に比して著しく低い負担しか負っていない所得を捕捉するという考え方に従えば、例えば、「我が国の法人税率（最高税率）の一定の割合をトリガー税率とする」というような規定の仕方も考えられる。いずれにしても、租税回避の有無を考える上で最初のハードルとなるトリガー税率として、どのようなものが適当であるのかについては、議論する余地がある。

#### トリガー税率計算式の分母・分子

##### ア．非課税所得

上述したトリガー税率の判定式の分母には、本店所在地国の法令により、外国法人税の課税標準に含まれないこととされる所得の金額を加算しなければならない（措令39の14―イ）。この金額を一般的には「非課税所得」と総称している。

非課税所得の有無は、外国関係会社のトリガー税率の算定に大きな影響を及ぼす。このことが、通常国内法定法人税率が20%をはるかに超えているいわゆる米欧の先進国所在の子会社についても、タックスヘイブン対策税制の適用の有無を検討しなければならない一つの要因となっている。

非課税所得については、租税特別措置法基本通達66の6―5に非課税所得の具体的な例示がいくつか挙げられているが、普遍的な解釈を可能にするものではない。非課税所得の認識・測定において特に問題となっているのは、以下の論点である。

非課税所得として加算されるのは、永久に免税として取り扱われる部分であり、課税が一時的に繰り延べられている所得項目（いわゆる「期ズレ」のような期間損益調整項目）は非課税所得として加算しなくてもよい、という考え方がある。この考え方には一定の合理性があり、あえて異を唱えるものではない。しかしながら、現行法令規定の文言のみによっては、課税が一時的に繰り延べられており、

---

14 『平成23年度税制改正大綱』（平成22年12月16日公表）には、国税と地方税を合わせた法人実効税率を5%引き下げるとの方向性が明記された。

将来のある時点で課税が生じるような一時差別的な所得調整項目を非課税所得には含めない、という解釈が明示的に導かれるわけではない。法令を改正するか、通達にその旨を明記する必要があると思料する。

前段の問題がクローズアップされる局面の一つは、外国関係会社が海外で合併などの組織再編を行う場合であろう。当該組織再編が一定の要件を充足することにより当該国において非課税組織再編として取り扱われることは、通常一般的にみられる事象である。このとき、再編に際して、含み益を有する資産の譲渡や含み益を有する株式の移転・交付が行われることが多いが、当該国の非課税取扱規定に基づき、再編当事会社・当事会社株主の双方の含み益課税が将来に繰り延べられる。このようなケースにおいては、当該再編が日本における同様の再編類型と類似しており、日本における税務上の適格組織再編が認められる諸要件を満たしていれば、トリガー税率の計算における非課税所得は発生していないと一般的に考えられている。実務においても、このような取扱いが広く行われている。また、このような解釈を示した論文・雑誌記事も数多い。適用対象金額の計算において本邦法令に基づく計算を許容する場合に、本邦法人税法上の適格組織再編に係る条項の適用が排除されていないことに鑑みても、このような考え方に異を唱えるものではない。しかしながら、やはり実際の法令規定の文言のみをもっては、明示的にこのような解釈には導けないのであるから、法令等にその旨を明記する必要があると考える。

他にも、非課税所得の解釈を巡っては、様々な問題点・疑問点がある。課税が繰り延べられている所得の考え方も含めて「非課税所得」の定義付けを法令上でしっかりと行う必要があると考える。法令上の定義付けが難しいというのであれば、少なくとも通達等のレベルによって、考え方の方向性を示す必要があると思われる。

#### イ．海外の連結納税制度の取扱い

タックスヘイブン対策税制は、外国関係会社の個社ごとの課税所得を対象として適用されるものである。タックスヘイブン対策税制導入時において日本に連結納税制度は存在していなかったため、連結納税を念頭においた立法は、そもそも想定されていなかったと考えられる。海外で連結納税制度の適用を受けている外国関係会社の税負担割合をどのように計算するかは、法文上明確な規定は無い。通常、連結納税制度においては、グループ会社間の損益通算が可能となるため、実際に所得が生じている会社の税負担がゼロになるケースがあるからである。条文解釈上は、この所得を個社の非課税所得として捉える考え方もあり得る。

従前は、連結納税制度の適用を受けている外国子会社等の間接外国税額控除計算をどのように考えるかという同様な論点があった。平成21年度税制改正において間接外国税額控除制度が廃止された現在、その点を考察することの意味はなく

なってしまったが、タックスヘイブン対策税制適用上の論点は残っている。

一般的な実務としては、損益通算を考慮せずに、連結納税グループに属するグループ会社が各々単独で各自の所得に課税を受けるとした場合の法人税負担に基づいて税負担割合を計算しているケースが多いと思われる。しかしながら、当該国の連結納税制度が日本の連結納税制度と大きく異なる課税メカニズムを有している場合にも、そのように考えて差し支えないものなのか否か、必ずしも明らかではない。

外国関係会社が連結納税制度の適用を受けている場合における税負担割合の計算方法の考え方を、さらに検討する必要がある。

### (3) 特定外国子会社等の判定の在り方

日本企業が本税制の適用の有無を検討するに当たって最初に行うのは、「特定外国子会社等の判定」である。全ての外国関係会社について毎期判定しなければならない事項である。

現行制度下では、外国関係会社の租税負担割合を計算するために数多くの資料・情報を現地国から収集する必要があり、日本企業に多大な事務負担が発生していると考えられる。

また、仮に資料等が十分に収集できたとしても、前述したように、租税負担割合の計算メカニズムに関しても依然として法令規定上不明な部分があり、特定外国子会社等に該当するか否かの判定を下すことが難しいケースがある。

実務で常に問題となっている「非課税所得」の取扱い（定義）については、法令等において明瞭に規定する必要がある。その場合には、画一的かつ機械的な定義付けが望ましい。

また、海外の組織再編等に係る非課税所得発生の有無の議論に関しては、海外の典型的な組織再編等に係る「ホワイトリスト」を作成して公表するという対応も考えられる。主要国の現行制度上存在する典型的な組織再編制度や集団課税制度の内容を吟味・検討したのち、それらの中で、日本における同様の再編と類似していると考えられる組織再編制度（日本の税務上の適格組織再編の規定が適用できるもの）や非課税所得発生の有無を考慮しなくてもよいと考えられる集団課税制度をリストアップするのである。

新たな立法措置や法文規定の明確化により、特定外国子会社等の判定が容易になり、企業の事務負担が減少するだけではない。日本企業の海外における様々な活動に関連して生じる税負担の予見可能性が改善すると思われる。

## 4. 適用除外基準の在り方

### (1) 適用除外基準の趣旨

タックスヘイブン対策税制の導入に当たって、適用除外基準について「昭和53年度の税制改正に関する答申」の中では、次のように記述されている。

「正常な海外投資活動を阻害しないため、所在地国において独立企業としての実体を備え、かつ、それぞれの業態に応じ、その地において事業活動を行うことに十分な経済合理性があると認められる海外子会社等は適用除外とする。」

また、別の資料<sup>15</sup>には次のようにも記されている。

「今回、タックスヘイブン対策税制として導入することとしている措置は、いわゆるタックスヘイブンに本店をもつ外国法人で、内国法人等によってその発行済株式等の50%を超える株式等を直接及び間接に保有されているものの留保所得のうち、10%以上の持株割合を有する内国法人等の持分に対応する部分を、その内国法人等の所得に合算して課税するということを基本的仕組みとしている。

(中略)

いわゆるタックスヘイブンに設立した子会社等を利用して税負担を不当に軽減する事例が見受けられることに対処し、税負担の公平を確保する観点から導入しようとするものである。

(中略)

このような税制が、我が国企業の正常な海外投資活動を阻害することがあってはならないので、外国子会社等が独立企業としての実体を備え、かつ、その所在地国で事業活動を行うことにつき十分な経済合理性があると認められるときは、課税の対象外とすることとしている。」

このように、適用除外基準の直接的な目的は、たとえタックスヘイブンであっても、そこで事業活動を行う経済合理性があるのであれば、タックスヘイブン対策税制による合算課税の対象としないことであり、そのための基準といえる。そして、この経済合理性という抽象的な概念を、一定の個別的な基準に置き換えたものが適用除外基準であると考えられよう。

また、仮にタックスヘイブン対策税制の趣旨を課税の繰延べ防止と捉えるのであれば、そもそも適用除外基準は必要ない制度と考えることができよう。課税の繰延べを認めないという発想は、特定外国子会社等の事業活動が経済合理性を有しているか否かということと何の関係もないところである。したがって、タックスヘイブン対策税制の趣旨は租税回避の防止であることを改めて認識することができよう。そして、経済合理性を有した海外事業展開は、租税回避として捉えられるものではなく、こうしたケースにタックスヘイブン対策税制による合算課税が行われなくするための適

---

15 制度導入時の内部検討資料である「想定問答」(大蔵省主税局)より引用



用除外基準が定められているのである。それが適用除外基準の趣旨といえよう。

## (2) 現行適用除外基準の問題点

適用除外基準の趣旨は、租税回避とはいえないようなケースにタックスヘイブン対策税制が適用されないようにすることであり、それゆえ、租税回避でないケースであれば、当然に満たせる基準となっている必要があるといえよう。しかし、実務上、この適用除外基準については議論となることが多い。これは、租税回避ではないにもかかわらず現行の適用除外基準を満たせないということであり、結果的に、租税回避防止という制度趣旨にそぐわない事態が生じている場合があると指摘できよう。

以下、各基準について、現状の問題点、具体例を探ってみる。

### 事業基準

事業基準は、特定外国子会社等の営む事業が株式・債券等の保有、工業所有権その他の無体財産権の提供、船舶、航空機リースでないことを求める基準である。こうした事業は、日本国内において十分行い得るものであり、外国に所在することに積極的な合理性が見出せないという発想である。

しかし、実際の経済はそうであろうか。現実には、そのような単純な発想では説明できないくらい、日本企業の海外事業展開は複雑・多様である。例えば、アジア地域を統括する会社が他のグループ企業の株式を保有することや、地域ごとに子会社にIP管理機能を持たせることは、何の不自然さもなく、現実に行われているところである。これらは、必ずしも日本で行う必要はなく、健全な海外事業展開の一つの形態であろう。これらは日本で行うべき事業だという発想こそ、日本企業の「正常な海外投資活動」を阻害することになっているといえよう。こうした事業が外国に所在することには十分な合理性が見出せるのであり、こうした観点からは、事業基準の必要性こそ見出せないといえよう。

また、いわゆる「持株会社」(株式の保有が主たる事業)との認定を受け、適用除外基準を満たしていないとされるケースが多くあるようである。そもそも株式を保有することが「事業」といえるのかどうか疑問のあるところであり、また、株式保有、配当受領のみで、実質的に何もしないような会社であれば、そもそも実体基準を満たせないこととなる。

特に、他に事業を行っていても、配当収入の割合や子会社株式の割合が多い場合に「株式の保有が主たる事業」との認定を受けることがあるようである。子会社株式は運用、保有による収益を期待するものではないので、子会社株式として投資有価証券とは別に分類されるのである。子会社株式を保有する事業とはどのような概念なのか理解することが非常に難しいのではないだろうか<sup>16</sup>。また、配当収入の多

---

16 平成22年度改正で、特定の「統括持株会社」が適用除外基準を満たせるよう手当てされた。しかし、この

寡に着目して株式の保有が主たる事業と認識することは、明らかに疑問である。事業というのであれば、人的貢献がより重要視されるべきであろう。1,000人の人間が工場で働いていても、たまたま配当収入が多ければ、株式保有が主たる事業となるのであろうか。

また、R&Dセンターとして機能する会社を誘致する国が多くなっている。こうした会社が、後々開発した無体財産につきロイヤルティを受け取るような場合、収入だけで判定すると、無体財産権の提供事業と認定されることになる。しかしながら、こうした事業を海外で行うことに経済合理性がないとはいえないであろう。それぞれの国の招致策等、経済合理性があるからこそその国で行っているのである。

こうした問題の多くは、法令の規定の問題ではなく、執行上の問題である点も否定できない。しかしながら、そもそも事業基準の必要性が認識できないところでもある。事業基準に列挙された事業を海外で行うことに経済合理性はないのであろうか。我が国企業の正常な海外投資活動を阻害しないという観点から、今一度実態経済を踏まえて検討する必要がある。

#### 実体基準

実体基準は、特定外国子会社等が、その主たる事業を行うに必要と認められる事務所、店舗、工場等の固定施設を、その本店所在地国に有することを求める基準である。これは、特定外国子会社等が経済合理性をもった事業を行うには、当然のことながら一定の施設が必要であるという前提に立つのであるが、それは至極当然のことであろう。

ただし、事業を遂行するに当たって必要となる固定施設は、事業の形態及び規模によって大きく変わるものである。一概に、工場を所有していなければいけないとか、店舗でなければいけないと断定することは合理的ではないと言えよう。しかしながら、実務的には、現地の事業規模を考慮せず、大規模法人を前提とした認定が行われているようである<sup>17</sup>。海外の子会社は、日本本社に比して小規模となることは当然であり、規模が小さいから実体がないという論理に基づく課税は妥当ではない。小規模であることが経済合理性の存在を否定し得るものでもなければ、小規模

---

改正及び関連した通達（措置法通達66の6 16の3）では、子会社株式の保有を事業と捉えている点及び配当収入が多い場合には、人的貢献度を考慮せず、主たる事業は株式の保有であるとの認識が前提となっている。また、特定の「統括会社」のみを対象としていることなど、事業基準の本質に立ち返って改正されたものではなく、奇異な印象を払拭できないところである。

17 管理者1名、営業担当1名の小規模な会社が、オフィススペースを賃貸し、パソコン等の小さな備品のみを所有しているケースにおいて、「所有しているのはパソコン2台のみであることから実体基準を満たしていない。」として課税されたケースがあるようである。

であることが租税回避の存在を推認し得ることもできないはずである。

また、会計・給与事務を外部専門業者に委託したり、従業員が人材派遣業者からの派遣である場合に、「事業を第三者に委託しており、当該法人としては実体がない」とされた事例もあるようである。実体の有無の判断に当たり、現実社会で通常採用され得るいわゆる一定機能のアウトソーシングを理由に実体がないとする事実認定は妥当ではない。会計事務を外部委託するとか派遣従業員を採用するということのみを理由としてタックスヘイブン対策税制による課税が行われるのであれば、それは、健全な事業活動を阻害するものであり、適用除外基準の趣旨からはかけ離れた考え方となる。

これらは、主に税務執行上の問題とも考えられ、法令の規定の問題ではないといえようが、こうした税務執行が行われないように、何らかの対策が求められているといえよう。

#### 管理支配基準

管理支配基準は、本店所在地国において、その事業の管理、支配及び運営を自ら行っていることを求める基準である。この管理支配基準は、機能的な側面から独立企業としての存在を求める基準といえるが、特定外国子会社等の行う事業の経済合理性を量る基準としては合理的なものといえる。しかし、「その事業の管理、支配及び運営を自ら行う」という要請は、極めて抽象的なことも否めないところである。どのような事実をもって、管理、支配及び運営を自ら行っていると判定できるのかという問題については必ずしも明確ではなく、結局あいまいな概念となる。

この問題については、実務的には、役員としての職務執行の状況、株主総会及び取締役会の開催場所等を総合勘案することとなっているが<sup>18</sup>、総合勘案という概念そのものも抽象的であり、恣意的な課税が起きているところでもある。例えば、通達上はこれらを総合勘案するとしながらも、「株主総会が現地で行われていないため、管理支配基準を満たしていない」として課税が行われるなど、何か一つの要素を取り上げて課税するなどの事態が起きている。100%子会社の株主総会が重要な意思決定の場となるのかは現実問題として疑わしいところであり、事業の管理、支配の有無を判定する要素として全く意味のないところである。

また、特定外国子会社等が、年間の事業計画を親会社に提出、承認を受けている場合や、一定の金額以上の資産の購入について親会社に承認を求めている場合にも、管理、支配を自ら行っていないという指摘がなされることがある。子会社が親会社に一定の承認を求めるのは至極当然のことである。親会社・子会社の関係をも否定するような管理支配基準は、企業に不必要かつ過大な負担を強いるばかりでなく、

そもそも当該基準の本来的な意義からは、かけ離れているのではないだろうか。

なお、管理、支配の内容に加え、その遂行される場所が問題となることも多い。例えば、取締役会に重要な役員が電話会議等で参加した場合、管理支配が本店所在地国でなされていないと認定されるようである。電話会議などは、昨今極めて一般的に行われており、臨場しなければ取締役会に参加していない（管理支配をしていない）と考えるのは明らかに不合理であろう。

いずれにせよ管理支配基準は、十分条件とは成り得ても絶対条件とすべきではないのではないだろうか。また、管理支配を自ら行っていることを求める場合であっても、日々の事業活動を行うに足る管理支配で十分であり、必ずしも重要な意思決定を管理支配と考える必要性はないのではないだろうか。また、管理支配の事実が重要なのであり、その行われる場所を限定する必要性も全く見いだせないところである。現行の管理支配基準は本当に必要な基準なのか今一度の検討が必要であろう。

#### 非関連者基準

非関連者基準は、特定外国子会社等の営む主たる事業が、卸売業、銀行業、信託業、証券業、保険業、水運業又は航空運送業である場合、その事業を主として関連者<sup>19</sup>以外の者（非関連者）と行っていることを求める基準である。これは、これらの業種の場合、その事業活動が国際的なものとなり、所在地国との密着性を重視する所在地国基準によって、その経済合理性を判定することは合理的でないとの前提に基づく基準とされている。

この非関連者基準は、そこに列挙された業種が、その取引を主としてグループ内で行うことに経済合理性は見出せないとの考え方に基づく基準であるが、果たしてそうであろうか。実態経済の状況からは、そうした主張は成り立たないのではないだろうか。今一度原点に立ち返った議論が必要であると考えられる。

また、実務上、非関連者基準の適用に当たっては、その業種の分類が主要な議論となることが多い<sup>20</sup>。それは、結果的に、タックスヘイブン対策税制の適用に当たり、業種の分類が主要論点となってしまうということとなる。これは、租税法律主義、公平・中立的な課税等の観点から極めて問題であると言わざるを得ない。なぜなら、特定外国子会社等がどのような業種に該当するかは、現行制度上、重要なポイントとなっているのであるから、それは詳細、明確な規定となっているべきである。それにもかかわらず、現行規定上その分類は極めて大雑把であり、そもそも各業種について定義すらされていないのである。

---

19 関連者の範囲が不明瞭であり、広すぎるという指摘もある。

20 香港・中国華南地域で行われる「来料加工貿易」について、製造業か卸売業かで問題となった案件が多い。

その結果、新たなビジネスモデルには全く対応できないばかりか、特定外国子会社等の業種判定は、課税当局、極端に言えば担当調査官の印象に基づく分類に従うこととなってしまっている。税務当局が業種の分類、認定という行為について専門性を有しているとは考えられないところであり、そもそもタックスヘイブン対策税制の適用による課税の分岐点が、専門性のない者の印象に基づくことは明らかに問題である。この結果、恣意的な課税を惹起し、各企業に不必要・過大な負担を強いることになる。

租税回避防止のためのタックスヘイブン対策税制でありながら、議論の主眼が業種の分類に行ってしまうようでは健全な制度とはいえない。こうした本質ではない議論に対応するため、各企業は、非効率な事業形態を採用したり、不自然な商流・物流を採らざるを得なくなるなど、余計な負担を強いているケースもあろう。非関連者基準はそもそも必要なのであろうか、原点に立ち返って検討する必要がある。

#### 所在地国基準

所在地国基準は、その事業を主として本店所在地国<sup>21</sup>で行っていることを求める基準である。物理的に、本店所在地国で事業を行っているのであれば、経済合理性を推認できるという考え方にに基づく基準である。

この所在地国基準は、事業の行われている場所に注目するため、基準としては具体的、可視的で明快なようでもあるが、実務的には判定が難しいケースがある。例えば、従業員の外国出張が多い場合に、事業が本店所在地国で行われていないとされるケースがあるようである。この問題は、その本質的な事業とは何かという議論と同義なのであろうが、結局は抽象的な概念に落ちいってしまう。

いずれにせよ、所在地国基準も抽象的な要素が否定できないところである。その結果、恣意的な課税を惹起することも否定できない。各企業も、出張を減らし電話等で事業を行わなければならないなど、不自然な事業活動を強いられることにもなりかねない。所在地国基準は、その悪影響を考慮した場合、必要のない基準といえるのではないだろうか。また、(4)で後述する「事業実体基準」でそのほとんどが代替できるのではないだろうか。

### (3) 不必要な事務負担の軽減

特定外国子会社等が適用除外基準を満たすことにより、合算課税が行われないこととなる場合には、確定申告書にこれらの事実の詳細を記載した書類等を添付し、かつ、

---

21 本店所在地国の範囲について、香港と中国は別の国・地域と考えられているようであるが、香港は中国の一部であることは事実であり、特定外国子会社等の事業の経済合理性の判定に当たって、こうした考え方をとる必然性は全く見出せないところである。

その適用があることを明らかにする書類その他の資料を保存する必要がある。具体的には、別表17(2)を添付し、その記載に当たって基礎とした資料を保存する必要がある<sup>22</sup>。

現在、この適用除外要件は、申告要件のような規定ぶりとなっている。つまり、別表の添付がなければ適用除外とならない(つまり合算課税される。)ように法令の規定を読むことができる。しかしながら、これは、平成17年度税制改正による「人件費控除」の創設、及び平成19年度税制改正による「帳簿書類の保存義務の明確化」の際の条文改正が不十分であったために生じてしまったものであると指摘できよう。

つまり、もともと適用除外基準については、別表の添付が求められていたものの申告要件とまではされていなかったのである。これは、適用除外基準の趣旨からして、適用除外要件を単なる手続というより適用除外となる事実が重要であること、また、タックスヘイブン対策税制の趣旨が租税回避防止であり、ある意味懲罰的な課税であることから、手続未済を理由に課税するにはあまりにも影響が大きいこと等が理由として挙げられる。

一方、平成17年度改正における「人件費控除」は、ある意味恩典的な意味合いのある制度であり、その恩典を享受するために申告要件とすることは合理的であろう。また、適用除外基準についても関連資料の保存義務を課すこと、また、その義務を明確化することも合理的なものといえよう。しかしながら問題は、これらを一つの条文としたことによって、結果的に適用除外そのものも申告要件とされてしまったことである。平成17年度及び平成19年度税制改正時<sup>23</sup>の当局側の説明でも、適用除外を申告要件としたとの説明は全くされていない。恐らく意図もされていなかったのであろうし、意図していたならば、明確にその旨を謳って法律改正を行うべきものである。また、制度全体の整合性、適用除外の趣旨からしても、適用除外を申告要件とすることは疑問のあるところである。各企業の負担軽減といった現実的な観点からも、早急に改善されるべきであろう。

#### (4) 適用除外基準の在り方

昨今、一般的には理解しがたいような論理構成によって適用除外基準を満たしていないとされ、タックスヘイブン対策税制により課税されることが増えているようである。これらの多くは執行上の問題ではあろうが、そうした恣意的な課税に利用できる規定となっていることも否定できないところである。こうした課税は、租税回避ではない場合や経済合理性がある海外事業展開に対して不適切に課税していることであり、

---

22 措法66の6、措通66の6 19

23 『改正税法のすべて(平成19年度改正)』(大蔵財務協会)では、当該改正は、明確に「保存義務の明確化」とされ、申告要件への強化との説明がされていない。

企業の正常な海外投資活動を阻害することとなっている。タックスヘイブン対策税制の趣旨からは本末転倒の事態であり、日本政府自らが日本企業の競争力を抑える結果となってしまっている。こうした事態を打破するためには、今一度、適用除外基準を全面的に見直し、実態経済に合致した基準とする必要がある。そして、昨今の多くの問題は、執行面での問題でもあるといえることから、少なくとも恣意的な課税にならないような規定とする必要がある。

いずれにせよ、特定外国子会社等の事業の経済合理性を認証するためにはどのような基準が適当か、それは、租税回避防止という趣旨に合致しているか、租税回避でなければ容易に満たせる基準となっているか、また、各企業にとって不合理かつ過大な負担を求めるものとならないか、といった観点から検討される必要がある。そして、こうした観点で検討を深めると、適用除外基準として合理的な基準は、いわば「事業実体基準」であり、事業を行っているという実体のみで十分であるという結論に至る可能性があることを指摘したい。事業を行っている実体とは、これまでの「実体基準」における物理的な施設等の存在に加え、何らかの事業を行う人的要素も求められる。そして、一企業として日々の事業活動を遂行する上で必要な事業の管理、支配及び運営機能が果たされているということである。何らかの施設があり、そこで人が働いており、日々の事業活動が成立しているという事実で十分であろう。現実の企業活動を無視した不合理かつ過重な要件は、当該企業及び事業の経済的合理性を証するものとは成り得ず、いたずらに日本企業の健全な海外事業展開を阻害し、恣意的な課税を招く結果となるばかりであろう。

## 5. 合算所得計算

### (1) 実務上の問題点の検討

タックスヘイブン対策税制において合算課税の対象となる適用対象金額は、特定外国子会社等の各事業年度の決算に基づく所得の金額につき、法人税法及び租税特別措置法による各事業年度の所得の金額の計算に準ずるものとして一定の基準により計算した金額（基準所得金額）を基礎として、当該各事業年度開始日前7年以内に開始した各事業年度において生じた欠損の金額及び当該基準所得金額に係る税額に関する調整を加えた金額をいう（措法66の6 二）。ここで欠損の金額は、基準所得金額から7年以内に開始した事業年度において生じた欠損金額の合計額を控除するとされているが、特定外国子会社等に該当しなかった事業年度を除くこととされている（措令39の15 一）。この欠損の金額の控除については、実務上の問題点がある。

特定外国子会社等は、法人の所得に対して課される税が存在しない国又は地域に本店又は主たる事務所を有する外国関係会社、又は、その各事業年度の所得に対し

て課される租税の額が当該所得の金額の20%以下<sup>24</sup>である外国関係会社をいう（措令39の14）。特定外国子会社等の判定は、外国関係会社の事業年度終了の時の現況による（措令39の20）。上述の の租税負担割合が20%以下となる外国関係会社は事業年度ごとに算定するため、例えば、ある子会社は通常の実業年度において法人税率が20%を超えているために特定外国子会社等に該当しない場合であっても、ある事業年度においては、一定の非課税所得が生じることにより特定外国子会社等に該当する場合もあり得る。このように、事業年度ごとに租税負担割合を計算し判定することで、海外子会社が特定外国子会社等に該当する事業年度、該当しない事業年度が生じるため、特定外国子会社等に該当しない事業年度で生じた欠損の金額の控除を行うことができないケースもある。

（例：海外子会社の状況）

	所得の金額（欠損の金額）	租税負担割合
年	10	30%
+ 1年	40	30%
+ 2年	50	10%

この例では、 + 2年で、非課税所得を考慮することにより租税負担割合が20%以下になり、海外子会社は特定外国子会社等に該当するものと仮定する。当該事業年度においては合算対象となる所得の金額が生じており、前7年間以内に生じた欠損の金額を控除しようにも、 年と + 1年は、それぞれ特定外国子会社等に該当する事業年度ではないため、欠損の金額の控除を行うことができない。過去に生じた欠損の金額について、欠損金額の生じた事業年度が特定外国子会社等に該当したか否かで欠損金額を控除できるかどうかを判断してよいものか疑問がある。

欠損金の控除に関して、「特定外国子会社等の欠損を内国法人の損金に算入することの可否」について争われた最高裁判所<sup>25</sup>の判決が欠損金の控除の規定の趣旨に触れている。すなわち、当該判決では、「・・・以上からすれば、措置法66条の6第2項第二号は、上記のように特定外国子会社等の留保所得について内国法人の益金の額に算入すべきものとしたこととの均衡等に配慮して、当該特定外国子会社等に生じた欠損の金額についてその未処分所得の金額の計算上5年間の繰越し控除を認めることとしたものと解される」としている。ここで参照している措置法第66条の6第2項第二号は、平成6年8月1日から平成9年7月31日までの各事業年度に適用されたもので、現行条文ではなく、未処分所得の計算であることや欠損金の繰越し期間が5年であるな

24 平成22年度税制改正において、いわゆるトリガー税率は20%以下に引き下げられている。

25 最高裁判所平成19年9月28日第二小法廷判決民集61巻6号2486頁



どの点で異なるが、趣旨そのものには変更ないと考えられる。したがって、措置法第66条の6第2項第二号は、特定外国子会社等の留保所得について内国法人の益金に算入すべきものとしたこととの均衡等に配慮し、欠損の金額の控除は特定外国子会社等に該当する事業年度において生じた欠損の金額に限定し、特定外国子会社等に該当する事業年度において生じた欠損の金額を除外しているものと考えられる。

過去の改正の経緯を遡ると、タックスヘイブン対策税制が新たに創設、施行されたのは、昭和53年4月1日であり、当時の特定外国子会社等に該当する軽課税国は、大蔵大臣が指定、告示することとされていた（いわゆるブラックリスト方式）。繰越しが認められる欠損金額は、本税制の施行開始時である昭和53年4月1日以後に開始する各事業年度で、かつ、特定外国子会社等に該当した事業年度に限られた。ブラックリスト方式の場合には、施行日以後に特定外国子会社等に該当する事業年度と該当しない事業年度が生じることはなく、継続して特定外国子会社等に該当し、各事業年度において生じる欠損金を繰越すことで問題は生じなかった。ただし、ブラックリスト方式を採用し続けることで、リストにタックスヘイブン国の漏れが生じると結果的に課税の公平性が失われることから、平成4年3月に軽課税国の指定制度を廃止し、外国関係会社が特定外国子会社等に該当するかどうかの判定は、個々の法人ごとに租税負担割合を計算することになった。平成4年3月の改正時において、欠損の金額の繰越しについて、特定外国子会社等に該当した事業年度に限るという規定は改正されずにそのまま残された結果、ブラックリスト方式廃止に伴う事業年度ごとにステータスの変更が生じる場合において、特定外国子会社等に該当しない事業年度で生じた欠損の金額については、繰越控除ができない結果になった。

確かに、特定外国子会社等に所得がある場合にのみ内国法人の益金の額に算入する以上、特定外国子会社等が合算すべき所得が生じず、逆に欠損金額が生じた場合に繰越しを認めるという制度は、特定外国子会社等に該当する事業年度のみでの調整計算を行う点で、整合性が取れたものになっている。一方で、上述の例のように、非課税所得を生じた事業年度において租税負担割合を考慮した結果、特定外国子会社等に該当し、当該事業年度前の特定外国子会社等に該当しない事業年度で生じた欠損金額を繰越控除することができないとなると、納税者にとって酷な制度になっていると言える。そもそも租税回避に利用されやすい国の優遇税制は、非課税あるいは税率の軽減によって行われているため、非課税所得を考慮して軽課税国の判定である租税負担割合を計算することにされているが、特定外国子会社等に該当する事業年度前の事業年度で生じた欠損金を繰り越して控除することは、同一会社で生じた欠損金額であることから租税回避に利用することは考えづらく、課税の公平性の観点から欠損金額の控除を認めて然るべきものと考えられる。

## (2) 今後の在り方

租税特別措置法施行令第39条の15第5項第一号の括弧書き「(昭和53年4月1日前に開始した事業年度及び特定外国子会社等に該当しなかつた事業年度を除く。)」を削除して、特定外国子会社等に該当する事業年度か否かにかかわらず、欠損の金額の控除を認めるべきと考える。

## 6. 資産性所得について

### (1) 導入の背景

現行の外国子会社合算課税税制上、適用除外基準を満たしている外国子会社等の所得は、日本の親会社の課税所得の計算上一切合算されないため、いわゆるパッシブ所得と言われる株式や債券、工業所有権や著作権等の知的財産の保有により得られる資産性所得を当該子会社に付け替えることにより、日本での課税を回避することができた。

このような課税回避に対応するため、適用除外基準を満たす外国子会社であっても、一定の資産性所得を有する場合には、当該資産性所得について日本の親会社の所得に合算して課税することとなった。

### (2) 制度の概要

上記のとおり、適用除外基準を満たす外国子会社であっても、資産性所得を有する場合には、当該資産性所得について、株式等の保有割合に応じ、日本の親会社の所得に合算して課税することとなった。

具体的には改正租税措置法において、以下のとおり規定されている。

#### 租税特別措置法第66条の6

次に掲げる内国法人に係る外国関係会社のうち、本店又は主たる事務所の所在する国又は地域におけるその所得に対して課される税の負担が本邦における法人の所得に対して課される税の負担に比して著しく低いものとして政令で定める外国関係会社に該当するものが、昭和53年4月1日以後に開始する各事業年度において適用対象金額を有する場合には、(中略)その内国法人の収益の金額とみなして当該各事業年度終了の日の翌日から2月を経過する日を含むその内国法人の各事業年度の所得の金額の計算上、益金に算入する。

(略)

第1項の規定は、同項各号に掲げる内国法人に係る特定外国子会社等が、その主たる事業を行うに必要と認められる事務所、店舗、工場その他の固定的施設を有し、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

場合であって、(中略)当該特定外国子会社等のその該当する事業年度に係る適用対象金額については、適用しない。

第1項各号に掲げる内国法人に係る特定外国子会社等が、平成22年4月1日以後に開始する各事業年度において前項の規定により第1項の規定を適用しない適用対象金額を有する場合において、当該各事業年度に係る次に掲げる金額(第一号から第五号までに掲げる金額については、当該特定外国子会社等が行う事業の性質上重要で欠くことのできない業務から生じたものを除く。「以下略」)を有するときは、「部分適用対象金額」という。)(中略)その内国法人の各事業年度の所得の金額の計算上、益金の額に算入する。

- 一. 剰余金の配当等の額(当該特定子会社等の有する他の法人の株式等の数又は金額のその発行済株式又は出資の総数又は総額のうち占める割合が百分の十に満たない場合における当該他の法人(「特定法人」という。)から受けるものに限る。)の合計額から当該剰余金の配当等の額を得るために直接要した費用の額の合計額又は当該剰余金の配当等の額に係る費用の額として政令で定めるところにより計算した金額を控除した残額
- 二. 債券の利子の額の合計額から当該利子の額を得るために直接要した費用の額の合計額又は当該利子の額に係る費用の額として政令で定めるところにより計算した金額を控除した残額
- 三. 債券の償還金額がその取得価額を超える場合におけるその差益の額の合計額から当該差益の額を得るために直接要した費用の額の合計額又は当該差益の額に係る費用の額として政令で定めるところにより計算した金額を控除した残額
- 四. 特定法人の株式等の譲渡(金融商品取引法第2条第16項に規定する金融商品取引所の開設する市場においてする譲渡その他政令で定めるものに限る。)による対価の額の合計額から当該株式等の取得価額及び当該対価の額を得るために直接要した費用の額の合計額を控除した残額
- 五. 債券の譲渡による対価の額の合計額から当該債券の取得価額及び当該対価の額を得るために直接要した費用の額の合計額を控除した残額
- 六. 特許権、実用新案権、意匠権若しくは商標権又は著作権の使用料の合計額から当該使用料を得るために直接要した費用の額の合計額を控除した残額
- 七. 船舶又は航空機の貸付による対価の額の合計額から当該対価の額を得るために直接要した費用の額の合計額を控除した残額

前項の規定は、第1項各号に掲げる内国法人に係る特定外国子会社等につき次のいずれかに該当する事実がある場合には、(中略)適用しない。

- 一. 各事業年度における部分適用対象金額に係る収入金額が千万円以下であ

ること。

- 二． 各事業年度の決算に基づく所得の金額に相当する金額として政令で定める金額のうち当該各事業年度における部分適用対象金額の占める割合が百分の五以下であること。

(略)

第3項の規定又は第5項の規定は、政令で定めるところにより、確定申告書にこれらの規定がある旨を記載した書面を添付し、かつ、その適用があることを明らかにする書類その他の資料を保存している場合に限り、適用する。

(略)

(略)

制度の建付けは、まず第1項において合算対象となる特定外国子会社等を定義し、第3項においてその合算対象から外れる適用除外要件を規定している。その上で、第4項において適用除外要件を満たす場合といえども、一定の所得(「部分対象適用金額」)については、引き続き合算対象となる旨を規定している。旧租税特別措置法においては、新法第4項に該当する規定は一切なかった。

第4項に掲げられる「部分対象金額」の詳細な計算方法は、租税措置法施行令第39条の17の2に委ねられている。紙面の都合上全文掲載することは割愛するが、第六号(使用料)については特徴のある取扱いとなっているので、念のため記載する。

#### 租税特別措置法施行令第39条の17の2

法第66条の6第4項第六号に規定する政令で定める使用料は、次の各号に掲げる特許権等の区分に応じ、当該各号に定める使用料とする。

- 一． 特定外国子会社等が自ら行った研究開発の成果に係る特許権等当該特定外国子会社等が当該研究開発を主として行った場合の当該特許権等の使用料
- 二． 特定外国子会社等が取得をした特許権等当該特定外国子会社等が当該取得につき対価を支払い、かつ、当該特許権等をその事業の用に供している場合の当該特許権等の使用料
- 三． 当該特定外国子会社等が使用を許諾された特許権等当該特定外国子会社等が当該許諾につき対価を支払い、かつ、当該特許権等をその事業の用に供している場合の当該特許権等の使用料

本施行令を文理解釈する限り、自ら開発した特許権等であれば問題ないが、購入してきた特許権等を単純に他者(第三者、関係者を問わない)に貸し付けて収受する使用料は、資産性所得の範囲になると考えられる。しかしながら、自己で開発しようが、購入しようが、「対価をもって特許権等を取得する」という経済行為は同じであるから、

その取扱いに差異を設ける合理的な理由はないと考える。すなわち、自ら開発した特許権等を他者に貸し付けて収受する使用料を資産性所得の範囲から外すのであれば、購入してきた特許権等を他者に貸し付けて収受する使用料についても、同様に資産性所得の範囲から外すのが平仄の取れた取扱いと思料する。

資産性所得の内容をまとめると次のとおりである。

株式保有割合10%未満の株式からの配当等に係る所得、又はその譲渡による所得（取引所又は店頭における株式等の譲渡に限る。）

債券の利子に係る所得、又はその譲渡による所得（取引所又は店頭における債券の譲渡に限る。）

工業所有権及び著作権（出版権及び著作隣接権を含む。）の提供による所得（特定外国子会社等により開発されたもの等から生ずる所得を除く<sup>26</sup>。）

船舶又は航空機の貸付けによる所得

資産性所得の金額は、資産性所得に係る収入金額から直接経費（収支の関係が明らかかなものに限る。）を控除して計算される。ただし、以下の点に留意が必要である。

株式の配当及び債券の利子については、当期の支払利息を按分した金額の控除が認められる。

資産性所得の合計金額が外国子会社等の税引前所得の5%相当額以下である場合又は資産性所得に係る収入金額の合計額が、1,000万円以下である場合には、本規定は適用されない（デミニマス基準）。

ただし、デミニマス基準を適用するためには、別表添付及び書類の整備が要件となる。

資産性所得としての課税対象額は、当該特定外国子会社等の課税対象金額が上限となる。

特定外国子会社等が行う事業（事業基準に掲げる事業を除く。）の性質上、基本的かつ重要で欠くことのできない業務から生ずる株式配当・譲渡所得、債券利子・譲渡所得は除かれる。例えば、銀行、証券会社等がその事業から受け取る株式配当・債券利子等が除かれる。

### (3) 二つの合算方式<sup>27</sup>

今回の税制改正において資産性所得が導入されたが、そもそも日本はタックスヘイ

---

26 租税特別措置法関係通達（法人税編）66の6-18の3（自ら行った研究開発の意義）が、平成22年12月10日付けで発出された。

27 税務大学校研究部教授伴忠彦著『30年目のタックスヘイブン対策税制』平成22年2月、租税研究協会

ブン対策税制として会社を単位とした法人アプローチを採用してきた。この法人アプローチによる合算は、オール・オア・ナッシングであり、合算の粗さが排除し切れなかった。すなわち、本税制の趣旨からすれば合算すべき所得が合算されずにいた。この法人アプローチに対比される考え方として、取引アプローチがある。まさに、今回の資産性所得に通じる訳であるが、諸外国ではこの取引アプローチを採用している国も多くある。

主要国の外国子会社合算税制において採用されている合算方式のタイプは、取引アプローチ（米、独、加等）又は法人アプローチ（日、英、仏等）に大別されるが、それぞれの特徴は次のとおりである。

#### 取引アプローチ（transaction approach）

外国子会社が行う特定の取引又は獲得する所得の種類に着目し、外国子会社の全所得の中から、対象となる特定の所得だけを抜き出して合算する方式である。対象所得は「足の速い所得（mobile income）」等と呼ばれる、受動的所得や一定の能動的所得（企業グループ間の一定の取引から生じる所得や、外国子会社の居住地国との経済的結び付きが希薄な所得など）を内容とする。外国子会社合算課税制度の趣旨に沿った精緻な制度設計が可能となるが、納税者、課税庁ともに事務負担が大きくなる可能性がある。

#### 法人アプローチ（entity approach）

合算課税の対象として所得ではなく法人そのものに着目し、一定の要件（適用除外要件）により合算対象となる外国子会社とそうでないものを区分し、対象となればその外国子会社の全所得を合算する方式である。取引アプローチに比べて合算の精度は粗くなる場合があるが、簡潔な制度設計が可能で、事務負担が相対的に少ないといえる。

上記のとおり、取引アプローチと法人アプローチを比較した場合、取引アプローチの方が理論的かつ精緻な手法で、対象所得の正確な抜き出しと合算が期待できる一方、対象所得の定義が厳格でなければ、正確な合算ができないばかりか、かえって予見可能性を低下させ、租税回避や恣意的な課税の余地を作ってしまう可能性があるといえる。特に、事業所得と投資所得の区分は明確でなければならず、実務上は、合算金額の計算過程において、所得種類の切り分けや複数の所得の共通経費の配賦を正確に行うことが必要となる。さらに、取引アプローチは、いわゆるペーパーカンパニーのような、完全に実体のない外国子会社の全所得の合算などにはなじみにくく、この点は法人アプローチよりも精度は低くなると考えられる。

他方、法人アプローチにおいては、法人全体の形態や状況を大掴みに判定するため、必ずしも精緻な手法とは言い難いが、簡潔な定義が可能となる。一方、今回の改正の

理由ともなったが、ひとたび適用除外基準を満たすと当該外国子会社等の所得は日本の親会社の課税所得の計算上一切合算されないため、一定の租税回避の余地が生じてしまうのも事実である。

#### (4) 今後の課題

上記のとおり、取引アプローチを採用する子会社合算課税制度は、規定が精緻である分、納税者のコンプライアンス・コストや課税庁の執行に係る事務負担が極めて大きくなる恐れがある。これに対し法人アプローチでは、合算判定や合算金額の計算が簡潔・明確で、納税者・課税庁双方の事務負担が少なく、相対的に高い予見可能性は執行の安定性が期待できるが、現行制度が抱えている問題、すなわち、適用除外基準を満たしている外国子会社等の所得は日本の親会社の課税所得の計算上一切合算されないため、いわゆるパッシブ所得と言われる株式や債券、工業所有権や著作権等の知的財産の保有により得られる資産性所得を当該子会社に付け替えることにより日本での課税を回避できてしまうという問題を包含する。

今回の資産性所得規定は、現行制度たる「法人アプローチ」の長所、すなわち計算容易性、明確性、軽事務負担、を確保しつつ、その短所、租税回避容易性、を補完すべく導入された「取引アプローチ」であると言える。その観点からは、世界でも類をみない「法人アプローチ」と「取引アプローチ」の「混合型」とも言える。しかしながら、「取引アプローチ」を導入するということは、その長所のみならず短所も共存している訳で、今後具体的にどのように執行されていくかが注目される。

例えば、下記諸点のような疑問点が存在する。

金融業の免許を現地で取得すれば、日本における親会社の業種や免許の有無を問わず、本業エクゼンプションの対象となるのか？

「債券」には、CP、手形等が含まれるのか？

相対取引の譲渡所得は、株式の種類（例えば、上場株式）にかかわらず、全て資産性所得合算課税の対象外となるのか？

公開買付による譲渡所得は資産性所得合算課税の対象外となるのか？

パートナーシップ等の特殊な組織の持分譲渡はどのように扱われるのか？

パートナーシップ等パススルー・エンティティを介在しての取引はどのように扱われるのか？

研究開発を外部に委託した場合の取扱いはどうなるのか？

いずれの点も、現時点においては明確な取扱いは分からない。「取引アプローチ」の短所である「低予見可能性」を補うべく、通達等で明確な取扱いが公表されることを期待する。

## 7. 早急に改善すべき問題のまとめ

前章までにおいて、タックスヘイブン対策税制の問題点について検討してきた。本章では、前章までに提示された問題点について要約し、立法当時の経営環境と現在における経営環境の違いについて検討しつつ、タックスヘイブン対策税制の本旨に立ち返って、タックスヘイブン対策税制の在り方について再考する。

### (1) 特定外国子会社等の判定

特定外国子会社等の判定は、本制度の適用対象となる子会社を決定する最初の分かれ道であり、全ての外国関係会社について適用しなければならない。その意味では、納税者の事務負担をできるだけ軽減するために、画一的かつ機械的な基準が望ましい。また、タックスヘイブン対策税制が「タックスヘイブンを利用した」租税回避の防止を目的とした制度であるとするならば、軽課税国ではない国に設立された外国関係会社はできるだけタックスヘイブン対策税制の対象外とすべきであり、これに対する対応策として「ホワイトリスト方式」の導入などが考えられる。以下に、特定外国子会社等の判定において、実務上頻繁に問題とされる項目について要約する。

#### 税が存在しない国の取扱い

税が存在しない国に本店又は主たる事務所を有している外国関係会社については、支店で事業を行い支店の所得に対して一定の税負担をしている場合でも、(税負担の低い)特定外国子会社等として取り扱われるが、当該外国関係会社が法人全体として一定の税負担をしていれば、課税上の弊害が生じる可能性は極めて低く、タックスヘイブンを利用した租税回避の意図があると前提することには合理性がないと考えられることから、租税特別措置法施行令第39条の14第1項第一号の規定は廃止すべきと考えられる。

#### 非課税所得の取扱い

トリガー税率計算式の分母に非課税所得を加算することとされているが、非課税所得の解釈を巡り、課税の繰延べについては非課税所得に含まれるのかなど、様々な問題点が指摘されており、非課税所得の定義を法令・通達で明確化することが望ましい。

#### 海外の集団課税制度の取扱い

外国関係会社の所在地における連結納税制度やグループ法人税制類似の制度の適用の結果、税負担が低くなる場合の取扱いについて、一般的な実務としては、これらの制度を適用する前の個別の外国関係会社の税負担率を基準として、特定外国子会社等の判定をするケースが多いように思われるが、この取扱いは、法令・通達で明確にされているわけではなく、この点について、法令・通達で明確にする必要があるように思われる。



## (2) 適用除外基準の在り方

タックスヘイブン対策税制が導入された昭和53年当時と現代の多国籍企業の経営環境の変化を考慮すれば、適用除外の判断基準である「経済的合理性」の意義に大きな違いがあるはずであるが、この経営環境の変化が適用除外基準に十分に反映されていないという問題点が指摘されている。以下のような経営環境の変化を考慮すれば、固定的な施設と人的要素をもって適用除外とする「事業実体基準」を採用しても課税上の弊害はないのではないかと考えられる。

### 情報技術の発展による事業形態のボーダレス化と所在地国基準

昨今の電子取引の発達、様々な事業のボーダレス化を促している。非関連者取引基準が適用される卸売業、金融商品取引業などの業種は、事業の性質上、国際取引をすることに一定の合理性があると考えられることから、事業を主として本店所在地国で営むことが適用除外の要件とされていないが、例えば、地域密着性が極めて高いと考えられていた小売業でさえ、電子商取引の世界では国際的な事業となり得る。本店所在地国との密着性に着目する所在地国基準には、このような環境の変化が十分に反映されていないのではないかとと思われる。「タックスヘイブンを利用した」租税回避の防止という制度の目的と、本店所在地国で主として事業を行うこととの関連性は、ボーダレス化した今日の経済においては極めて希薄であり、速やかに改正をする必要がある。

### 企業グループ内の機能の集約

取引を主としてグループ内で行うことが合理的な場合として例えば、次のような場合がある。企業の活動が多国籍化するにつれ、企業は経営効率を追求するため、グループ内の物流機能、金融機能、管理機能など各機能を担う会社に集約することでシナジーを追求するといった企業行動をとることがある。このような企業行動は、極めて経済合理的な行動であり、多くの場合租税回避を目的としているわけではない。企業グループにおける機能統合をすることにより、関連者間取引が多くなれば、非関連者取引基準を充足できなくなる可能性が高くなる。関連者取引に着目する適用除外基準が、このような多国籍企業の機能の集約による経営の合理化の制約になっているようなことがあれば、それは「タックスヘイブンを利用した」租税回避を防止するための制度としては本末転倒であろう。非関連者基準の妥当性あるいはその射程の妥当性を速やかに再検討して改正する必要がある。

### 各国の招致政策

外国政府の誘致政策（補助金やインフラの整備など）や現地での人材供給などの経済的な理由から、研究開発機能や経営統括機能などを外国関係会社に集約することもある。事業基準を形式的に適用すれば、このような合理的で租税回避とは関連

しない企業行動も「タックスヘイブンを利用した」租税回避とされてしまう可能性がある。一定の事業については、海外で行う意義なしと前提する適用除外基準には改正の余地があるのではないかと思われる。

#### 取締役会への参加方法

取締役会は取締役の過半数の出席が必要とされ（会社法368、369）従来は取締役が一同に会することをもって出席とカウントされていたが、現行の会社法では、テレビ会議又は電話会議による参加も出席とカウントされる（会社法施行規則101一）。会社法においても、現場に臨席することが会社の運営に必要であるという考え方をとっていないことを鑑みても、現地における管理支配に「経済合理性」の要件を見るのは、適用除外基準が経営環境の変化を反映しているとは言い難い状況ではないかと思われる。

#### 国際的なM&A

上記に列挙した項目は、現行の適用除外基準が経営環境の変化に適応していないことから生じる不合理の例示である。このような不合理が諸外国のタックスヘイブン対策税制にはないとすれば、それはとりもなおさず、我が国企業が諸外国の多国籍企業と比較して追加的な企業行動上の制約を受けていることに他ならない。このことはまた、国際的なM&Aの制約を受けていることも意味する。例えば、国際的なM&Aを通じて、研究開発機能を有する子会社を取得したり、関連会社株式を保有する統括会社を取得することが日常的に行われるようになってきているが、このような企業グループ形態が諸外国ではタックスヘイブン対策税制の対象となっていなかったにもかかわらず、ひとたび我が国の企業グループに入った段階で、本邦での合算課税の対象となるというようなことがあれば、合算課税が理由で、M&A自体を行う事業上の誘因が相殺されてしまうこともあるかもしれない。諸外国との整合性も踏まえた上で、本制度が本邦企業の国際的なM&Aの阻害要因とならないよう、速やかに改正すべきと思われる。

#### (3) 適用対象金額の取扱い

特定外国子会社等に該当しなかった事業年度に生じた欠損金額を除くこととされている規定を廃止すべきと考えられる。

#### (4) 資産性所得の取扱い

現行制度は、「法人アプローチ」の簡便性を維持しつつ、パッシブ所得の租税回避容易性を補完するための「取引アプローチ」を組み合わせた規定となっており、その結果として、「取引アプローチ」の短所である、低予見可能性の問題（すなわち、資

産性所得に該当するか否かの線引きが明確でないという問題)が指摘されている。この点については、実務を通じて事例を蓄積するとともに、通達等でその取扱いを明確にすべきである。

#### (5) 制度の趣旨と在り方

タックスヘイブン対策税制は、「タックスヘイブンを利用した」租税回避の防止が立法の趣旨とされているが、実務ではその趣旨を超えての執行が多々見受けられる。その理由の一つとして、適用除外基準が立法当時から現在に至る経営環境の著しい変化に対応しているとはいえない難しい基準となっていることが指摘された。また、タックスヘイブン対策税制が立法された当時は、移転価格税制・外国子会社受取配当益金不算入制度がないなど、周辺諸制度の前提も異なり、タックスヘイブン対策税制の立法趣旨が現行の税制の枠組みの中で堅持されているかどうかについては、疑問を感じるころである。本稿の締めくくりとして、タックスヘイブン対策税制立法当時の本制度の趣旨とその後の周辺諸制度の変遷を検討しつつ、タックスヘイブン対策税制の在り方について再考することとする。

##### 移転価格税制との関連

移転価格税制は海外への所得の移転を取引の段階で防止することをその目的とし、従来のタックスヘイブン対策税制は、海外に移転した所得のうち海外に留保された所得について課税することで海外への所得の移転を防止することを目的としており、それぞれの制度は相互に補完し合いながら機能していた。平成21年度の税制改正において、タックスヘイブン対策税制は、外国関係会社の留保金に対する合算課税制度から外国関係会社の所得に対する合算課税制度になったが、いずれにしても、海外に所得を移転する「取引」とその結果としての外国関係会社における「所得」の両方に網をかけることで海外への所得の脱漏を捕捉しようという相互補完の関係があることに変わりはない。移転価格税制は、関連者間取引における各関連者の機能とリスクに基づいて所得を配分するという考え方を採用しているため、外国関係会社が名目的な機能しか有しない場合には、その外国関係会社には名目的な所得しか配分できない。いわゆる「タックスヘイブンを利用した」租税回避として、商流のみタックスヘイブンの子会社の帳簿を経由させ、そこに利益を配分する類の取引を想定しているのであれば、移転価格税制だけで一定の防止策を講じていることになることを考えることもできるが、移転価格税制は執行上その妥当性を検証するために多くの時間と労力を要し、これを十分に執行することができるわけではないという制約により、一定の形式基準で計算した適用対象金額を本邦で合算課税するタックスヘイブン対策税制の必要性があることから、両制度には相互補完の関係があると説明されることもある。もし、このような説明に一定の妥当性があるとするれば、タックスヘイブン対策税制で捕捉すべき租税回避の範疇は、移転価格税制の導入に

より一定の方向性が示されたと考えることもできる。すなわち、国外関係者が有する一定の機能とリスクに対してしかるべき所得を配分すべきとする移転価格税制を適用した結果、外国関係会社に所得が配分されたのであれば、それは、租税回避を目的として国外に脱漏した所得ではないということになり、そのような所得は、「タックスヘイブンを利用した」租税回避を防止するためのタックスヘイブン対策税制において課税すべきではないという帰結になるのではないかと思われる<sup>28</sup>。

ただし、タックスヘイブン対策税制と移転価格税制は相互補完の関係にあるとはいえ、その適用対象が全く同じであるわけではないので、上記のように整理することが正確であるかといえそうではない。例えば、移転価格税制では資本取引はその適用の埒外であり、資本と負債による資金調達方法の違いから生じる所得の配分の問題については関与しないところであるが、タックスヘイブン対策税制では特定外国子会社等が資本で調達した資金を運用して利子・配当などの資産性所得をその適用対象とするなど、移転価格税制では取り扱わない分野も、適用対象としている。また、タックスヘイブン対策税制の適用対象となる「特定外国子会社等」と移転価格税制の適用対象となる「国外関係者」の定義が異なるなど、それぞれの制度の適用範囲は異なる。しかしながら、両制度ともに、国外への所得の脱漏を防止するという趣旨は共通しており、首尾一貫した考え方を採用すべき部分もあるのではないかと考えることもできる。特に、適用除外基準の考え方と移転価格税制の考え方が著しく乖離していることは問題であり、例えば、移転価格税制で適法に配分された香港や中国の製造機能に対する所得の配分がタックスヘイブン対策税制で合算課税の対象とされるなど、実務に大きな混乱を起こしていることは周知のとおりであり、「タックスヘイブンを利用した」租税回避の防止という制度趣旨からは大きく逸脱した執行がなされていることは問題である。このような事態が続けば、タックスヘイブン対策税制がグループ内再編などの経営効率化の制約となるなど、我が国企業を国際マーケットでの競争上、不利な立場におく税制となりかねない。国外に所得が脱漏することを防止する移転価格税制の考え方とタックスヘイブン対策税制の考え方に整合性を持たせ、企業の租税回避行為を適切に防止する制度として機能するよう、本稿で提言するタックスヘイブン対策税制の改正が望まれるところである。

---

28 本研究報告第2章(3) で言及されているとおり、平成21年度税制改正において外国子会社配当益金不算入制度が導入されたことにより、タックスヘイブン対策税制の趣旨が課税繰延への防止ではなく「タックスヘイブンを利用した」租税回避の防止であることがより明確化されたことから、移転価格税制を適用して海外に配分された所得に対してまで合算課税するタックスヘイブン対策税制は、全体の制度として首尾一貫性に欠けるのではないかと思われる。

#### 外国子会社受取配当益金不算入制度との関連

外国子会社受取配当益金不算入制度の施行前は、外国子会社の所得についてもその所得が本邦に還流したときに本邦での課税に服していたが、同制度の施行に伴い、外国子会社の所得に対しては、実質的に我が国では課税しないという方式が採用されることとなる。その一方で、タックスヘイブン対策税制の適用がある場合には、我が国でも課税権を留保することになる。すなわち、タックスヘイブン対策税制の適用の有無が、実質的に我が国の課税権の範囲を決定することになる。繰り返しになるが、タックスヘイブン対策税制は、「タックスヘイブンを利用した」租税回避の防止を目的とした税制であり、外国子会社受取配当益金不算入制度により、我が国の課税権が縮小したことに對して一定の歯止めをかけることを目的とした制度ではない。もし、タックスヘイブン対策税制がその制度趣旨を逸脱してこのような我が国の課税権の確保のために利用されるようなことがあれば、それは、租税法律主義の観点から問題があると言わざるを得ない。

#### 制度趣旨の明確化

昨今の税制改正において断片的にタックスヘイブン対策税制の改正が行われているが、本稿で繰り返し述べられているように、経営環境の変化や周辺諸制度の変遷により、タックスヘイブン対策税制の趣旨（ないしは、タックスヘイブン対策税制適用の境界線）が、ややあいまいなままに、本制度が運用されている感は否めない。現行のタックスヘイブン対策税制は、「タックスヘイブンを利用した」租税回避の防止規定であり、これ以外の制度趣旨をもたせるのであれば、一度現行制度を廃止した上で、新制度として国会を通すべきであり、そのためにも、制度の趣旨について、課税当局は速やかに明快な説明をすべきと考えられる。

以 上