

外国税額控除に関する回想的考察

古賀敬作

〔目次〕

- I 序論
- II 意義
 - 1 歴史的な位置付け
 - 2 近現代の支持根拠
- III 直接税額控除
 - 1 控除対象外国税
 - 2 外国税の転嫁
- IV 比較法制—外国所得免除—
 - 1 支持根拠
 - 2 法条の構造と解釈
- V 結語

I 序 論

国際的二重課税の排除は、国際租税法の最も重要な課題の一つとされる¹⁾。この国際的二重課税排除の方法の一つとして、外国税額控除がある。わが国の外国税額控除は、戦後の米国との租税条約締結の予期として1953年に創設された²⁾。もっとも、わが国における国際的二重課税それ自体に対する関心の高まりは、国際連盟時代まで遡る³⁾。その当時のわが国では、西ヨーロッパ諸国における所得税二重課税防止条約の発展にかんがみて、自国においてもそのような法律の創設が望まれていた⁴⁾。この国際連盟における二重課税排

1) 金子宏「外国税額控除制度」租税法研究第10号90頁（1982）。

2) 赤松晃「新日米租税条約と日本の国際租税法—外国税額控除制度の再検討—」租税研究657号112頁（2004）。なお、わが国の外国税額控除は1953年創設後、経済発展に伴う企業行動の変化に沿うかたちで控除限度管理方法の改訂（国別限度額管理方式から一括限度額管理方式）や間接外国税額控除の孫会社までの適用拡充などを経て、1992年税制改正により、現行の外国税額控除とはほぼ同じ法条の構成ができあがっている。

3) 石渡荘太郎（大蔵書記官）「国際二重課税に就いて」国際商議関係書類第36号1頁（1929）。

4) 例えば、石渡書記官は「その他の国が皆独逸のように御互に條約を結んで、一般的に二重課税の防止と云ふことが、行渡る場合に於きましては、日本だけがさう云ふ法律を持たずに二重課税を受けると云ふことでありますと、是は日本の為に著しく不利になると思います」と述べている（同、15頁）。社団法人日本研究協会第7回研究大会における株式会社東京銀行常務取締役伊藤隆氏報告によれば、わが国においては、昭和28年8月に外国税額控除制度が設けられる以前は、二重課税に係る

除に係る議論はおよそ、支払能力 (ability to pay) に基づく納税義務を経済的権益又は経済的帰属 (economic allegiance) 主義に従って、税源を国家間に割り当てることをその理想的な解決策としていた⁵⁾。その成果は、モデル租税条約草案の策定というかたちとなって現れている。その意味で、外国税額控除については、上述の経済的帰属主義にみる国際連盟時代の議論に結晶した国家間における税源配賦の理論から観察する必要もあろう。

かかる経済的帰属主義について、たとえば R. A. Musgrave and P. B. Musgrave は、それを国家間における衡平 (inter-nation equity) の問題として取り扱っている⁶⁾。国際連盟がいうところの経済的帰属主義がこのような規準に基づくものであったか否かは、分明ではない⁷⁾。少なくとも、この経済的帰属の文言は、国家と納税者の富 (wealth) との nexus を表現するものであったといえる。その当時の経済実態を反映してか、国際連盟はおよそ、このことを物的産物 (physical production) から富への生成過程のなかで把握していたと考えられる⁸⁾。租税の中立性の観点から評価される外国税額控除は、市場経済活動における効率性に資するものである。たとえば、わが国の裁判例のなかには、わが国における外国税額控除は資本輸出の中立性 (CEN) を担保するものであると判示するものも存する⁹⁾。しかし、現代の経済実態の複雑化やその観察が多岐にわたることにかんかみれば、このような課税の中立性の観点から評価される外国税額控除については様々な異論も述べられる。そこではまた、経済活動が国境を跨ぐことにより諸外国の税制との比較も加味される。こ

企業の税負担を軽減するために所得の発生国の税額を住所国の所得計算上損金に算入するという措置が講じられていたとされる (社団法人日本研究協会『第七回研究大会記録』278頁 (1955))。

- 5) LEAGUE OF NATION-Economic and Financial Commission, *Report on DOUBLE TAXATION SUBMITTED TO THE FINANCIAL COMMITTEE by Professor Bruins, Einaudi, Seligman, Sir Josiah Stamp*, League of Nations Doc, E. F. S. 73. F. 19, at 20 (1923). [hereinafter cited as League of Nations Doc. F. 19]. 谷口勢津夫「モデル租税条約の展開 (一) - 租税条約における『国家間の公平』の考察 -」甲南法学第25巻 第3・4合併号 (横川博教授追悼号) 259頁-260頁 (1985)。
- 6) Richard A. Musgrave and Peggy B. Musgrave, *Inter-national equity*, TAX POLICY IN THE GROBAL ECONOMY 161 (2002). 川端康之他訳「マズグレイブ=マズグレイブ 国家間の衡平」関西大学大学院ジャーナル51号26頁-28頁 (1988)。
- 7) See, Nancy H. Kaufman, *Fairness and the Taxation of International Income*, 29 Law & Pol'y Int'l Bus. 198 (1998).
- 8) League of Nations Doc. F. 19, *supra* note5, at 23.
- 9) 大阪高判平成14年6月14日 判タ1099号196頁 (2002)。原審大阪地判平成13年5月18日訴月48巻5号1305頁-1306頁は「外国税額控除制度は、(中略-引用者補注) 特に国内企業又は居住者がその投資を国内で行うか国外で行うかの選択に影響を与えないという資本輸出中立性 (capital export neutrality) を保つ観点から規定するのである。(中略-引用者補注) 外国税額控除を認めることは当該国家の義務ではなく、国家は、一定の政策的考慮に基づき、外国税額控除を認めることも認めないこともできる」と判示する。なお、本件の平成17年12月19日最高第二小法廷判決 (民集59巻10号2964頁) は、「法人税法69条の定める外国税額控除の制度は、内国法人が外国法人税を納付することとなる場合に、一定の限度で、その外国法人税の額を我が国の法人税の額から控除するという制度である。これは、同一の所得に対する国際的三重課税を排斥し、かつ、事業活動に対する税制の中立性を確保しようとする政策目的に基づく制度である」と判示している。

れに対して、外国税額控除が課税の衡平、とりわけ上述の国家間の衡平の観点から評価されるものとした場合には、「衡平 (equity)」の定義付けに困難が伴う。しかし、課税の中立性 (経済効率性) からこの衡平への接近を試みることも可能であろう。なぜなら、上述のとおり、経済的帰属主義は「国家間における衡平」の問題として把握され、その主義は経済実態を反映するものであったと考えられるからである。

ところで、今般のわが国における外国税額控除制度の動向に目を転ずれば、平成21年度 (2009年度) 税制改正により外国子会社益金不算入制度が創設され、平成26年度 (2014年度) 税制改正で国内に恒久的施設を有する外国法人に係る外国税額控除が立法化 (法人税法144条の2) された¹⁰⁾。こうした中、本稿では、経済効率性の観点からの衡平への接近をキー・ワードとし、経済実態の変化を反映する産業企業の活動の変化との照応関係を視野に入れつつ、外国税額控の法政策学的にみた性質をいまいちど、回想的に (2000年代までの議論を中心に) 考えてみたい。考察に当たっては、国際的¹¹⁾ 二重課税排除の方法として外国税額控除を比較的早い時期から採用している米国や国家間における課税権の配分の文脈で国際的¹²⁾ 二重課税の救済である外国税額控除がデザインされたとも観察され得る、英国¹³⁾ の制度について言及する。

本稿の構成は先ず、国際的¹⁴⁾ 二重課税排除に係る歴史的な議論の過程のなかで、外国税額控除がどのように位置付けられていたのかについて考察する。次に、外国税額控除の近現代的な政策上の支持根拠について検討した後で、当該外国税額控除の基本的枠組みについて考察する。最後に、外国税額控除との制度的比較の観点から、いま一つの国際的¹⁵⁾ 二重課税排除の方法である外国所得免除について、とりわけフランスのそれを素材として、その法条自体の構造及びその解釈について若干触れることにする。

II 意 義

1 歴史的な位置付け

Seligman and Stamp らを中心とする経済学者により1923年に国際連盟財政委員会に提出された二重課税に関する報告書 (以下、報告書)¹²⁾ は、通商・資本流動の自由及び投資に係る租税負担の衡平な分配の観点から、二重課税がこれに及ぼす経済的影響を指摘している¹³⁾。報告書は、これ以前に米国において採用されたことがあった控除限度額が設けられていない外国税額控除について、これにより米国の投資家が外国で課せられる税額は自国税から天引きされるから、国際的¹⁴⁾ 二重課税は米国政府で負担しているという意味となり、二重課税は存しないとしている¹⁵⁾。しかし、同報告書は、この米国の税額控除については、

10) 法人税法144条の2が立法化されるに先立ち、外国法人の支店に係る外国税額控除の適用についての立法論を説示するものとして、増井良啓「支店外国税額控除の設計」公益財団法人トラスト60『金融取引と課税 (3)』23頁 (2014)。

11) Peter Andrew Harris, CORPORATE/SKAREHOLDER INCOME TAXATION 281 (1996)。

12) League of Nations Doc. F. 19, *supra* note 5, at 23.

13) *Id.*, at 5.

自国国庫の負担を増加させてものと述べるにとどまっている¹⁵⁾。

米国は、1918年歳入法によりそれまでの外国所得損金算入方式（1913年歳入法）に替えて外国税額控除方式を採用したもので、現行のそれとは異なり、控除限度額を設けていなかった。これは、総純所得に対する米国の租税を引当てとして外国の国で支払われた所得税について控除を認めるというものであった（1918年歳入法）¹⁶⁾。その後、米国は1921年歳入法により控除限度額を設け、その算定に当たっては一括限度額方式を導入した。その限度額は、全世界所得に対するすべての国外源泉所得の割合を基礎とするものであった¹⁷⁾。1918年の外国税額控除導入の背景に当たっては、そこには、その当時が第一次世界大戦終戦期であったこと、及び世界的な大幅な税率の上昇により国際的二重課税が外国で営業又は事業を行う米国の者にとってかなりの負担になっているとの認識があった。しかし、Seligman が指摘しているように、このような外国における税率が米国のそれよりも高い状況のもとでは、控除限度額の設定がない外国税額控除の採用は米国が諸国にその税収を提供しているということの意味する¹⁸⁾。それにもかかわらず、米国が控除限度額を設けなかったのはなぜであろう。一つは、同国が自国の居住者及び市民の二重課税を軽減するコストに対して自身に一切の責任があると考えていたからである¹⁹⁾。これは、その当時、当該国が二重課税の問題を近年の議論に見られる経済的効率性の問題としてではなく、納税者個人に対する差別的な問題として把握していたことに基因する²⁰⁾。いま一つは、同国がそれにとって最大の市場である欧州の戦後復興やそれが引き受けた連合国の戦時債務の返済に応じるため、欧州の高関税政策を回避すべく、対外直接投資というかたちでそれを促進する必要性に駆られていたためでもあった²¹⁾。この欧州への直接投資においては、とりわけ米国より税率が高い英国に集中しており、このことが上述の控除限度額の導入を正当化するひとつの根拠ともなっていた。

このように、1921年までの米国の外国税額控除は片務的に、当該国における対外投資促進の必要性を、そこに課税が自国の投資家（納税者）に対して無差別であるというコンセプトを置くことにより、それを正当化していったともおもわれる。そこでは、投資相手国との租税における相互関係は比較的薄いものであった。これに対し、英国の二重課税救済

14) *Id.*, at 8.

15) *Id.*, at 42. 谷口・前掲注5, 243頁。

16) 米国の外国税額控除制度の歴史の変遷については、水野忠恒「国際租税法の基本的考察」小嶋和司博士東北大学退職記念『憲法と行政法』744頁（良書普及会，1987）参照。

17) 1921年歳入法上の控除限度額に係る条文の文言は、ほとんどそのままのかたちで現行法（内国歳入法904条（a）項）に用いられている。See, also, Joseph Isenbergh, INTERNATIONAL TAXATION 126, 127 (2002).

18) Edwin R. A. Seligman, DOUBLE TAXATION AND INTERNATIONAL FISCAL COOPERATION 135 (1928).

19) Michael J. Graetz and Michael M. O' Hear, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, 46 Duke L. J. 1046 (1997).

20) *Id.*, at 1049.

21) *Id.*, at 1052-1053.

の方法は、国家間における交渉を通じて形成されてきたものといえる²²⁾。当該国における現行の外国税額控除に係る初期の立法化は、1945年英米租税条約（13条2項）に端を発するものであった。もっとも、そのひな型は、1916年財政法やそれに替わる1920年財政法において観察される²³⁾。そこでは、いずれも英国の植民地との間において税額控除に類するかたちで救済措置が講じられていた。これらの救済措置においては、そのいずれもが救済限度額を設定している。しかし、それは上述の米国の措置とは異なっていた。とりわけ1920年財政法により導入された属領所得税救済（Dominion income tax relief）では、その救済は当該属領の租税の割合が英国所得税に服する割合の1/2を超えないことを限度として、その属領の租税を控除することが認められていた²⁴⁾。そこでは、英国の租税の1/2を超えるまでの額は、属領それ自体がその額を放棄することになっていたとされる²⁵⁾。かかる方法は、上述の報告書が二重課税排除の方法として提案した方法の一つであった。これは、「協定によりある具体的な租税を分割し、（富の）発生地国（the country of origin）がその一部を負担し、残りを居住地国が負担する」²⁶⁾、という方法（税額分割方法：the method of division of the tax）であった。しかし、報告書は英国と属領との間の従属的關係や属領間の利害共通關係に基づく相互主義は列国間ではその達成が容易ではないことや列国間ではその一定の比例額（たとえば、上述の1/2という数値）決定が不可能であることを理由とし、そのような方法の採用に難を示した²⁷⁾。その当時の英国の对外投资は大英帝国圏に集中していた。それは、1914年以降の競争激化による西ヨーロッパ及び米国での市場喪失から生ずる貿易収支の赤字を補填するためのものだったとされる²⁸⁾。その意味で、上の救済措置は赤字補填のための一つの道具であったともいえる。

さて、上述の米国にみる控除限度額の設定についていえば、1925年に国際連盟財政専門委員会がその財政委員会に提出した二重課税及び租税回避に関する議決書²⁹⁾において、その議論が行われている。そこでは、源泉地国（the county of origin）による徴収税がその限度を下回れば自国国庫の負担となり、他方、上回る場合には二重課税が生ずるとしている³⁰⁾。そもそも、この専門委員会が考える控除限度額の設定は先述の経済的帰属主義に基

22) Peter Andrew Harris, *supra* note 11, at 296.

23) 英国の国際的・二重課税救済の方法の歴史については、小松芳明「イギリスの国際二重課税救済策について」日税研論集第16号9頁（1991）参照。

24) Reprinted in Seligman, *supra* note 18, at 49.

25) Mitchell B. Carroll, *Prevention of International Double Taxation and Fiscal Evasion*, League of Nations Doc. F./Fiscal/111. at 8 (1939).

26) League of Nations Doc. F. 19, *supra* note 5, at 42.

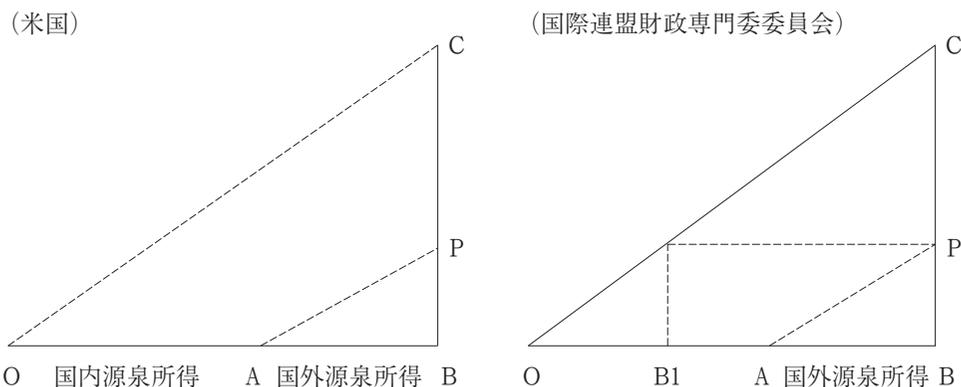
27) *Id.*, at 46-48.

28) 矢口孝次郎編著『イギリス帝国経済史の研究』191頁（東洋経済新報社、1974）。

29) League of Nations, *Double Taxation and Tax Evasion—Report and Resolutions Submitted by the Technical Experts to the Financial Committee of the League of Nations*, League of Nations Doc. F. 212 (1925). [hereinafter cited as League of Nations Doc. F. 212].

30) *Id.*, at 41. 源泉地国による徴収税が外国税額控除の限度を下回る場合に自国国庫の負担となるとするのは、控除限度額の制限がない場合と平行に考えているためである（*id.*, at 38）。

づく国家間における富から生ずる所得の割り当て (assigning income) に基づくものであったといえる。そこでは、所得を各国に割り当てた上で (たとえば、下図の AB 及び OB1 のライン)、居住地国の税率に従ってそれは算定され、かつ、賦課される税額が控除限度額となり、これにより所得分類への考慮を除外することができる、とされる³¹⁾ (下図参照)。



注) 縦軸は、横軸の所得に対応する課税権である。なお、控除限度額が一致するとは限らない。

(Reference: League of Nations Doc. F. 212 (1925), at 42-43, Fig. 11, Fig. 12 and Fig. 13.)

総じて、外国税額控除それ自体は国際連盟における国家間における税源配分を通じての理想的な二重課税排除の方法とは程遠いものであったといえる。しかし、上で見たとおり、英米における外国税額控除は自国の対外投資活動を反映するものであったといえる。先の経済学者の報告書はその結びにおいて、直接税に係る二重課税排除の方法として、将来的に国家間の経済が均衡した場合には、外国所得免除を相互に行うことが望ましいとしている³²⁾。かかる見解は、望ましい二重課税排除の方法の選択及びその評価が国家間に経済の均衡をもたらす諸要素に左右されるということを示唆しているといえる。それはすなわち、そこに経済実態を反映させようとする意思のあらわれであろう。

2 近現代の支持根拠

(1) 資源配分の効率性

外国税額控除を採用する米国はおよそ、効率的な資源配分により全世界的な経済厚生を最大化することを目的として、自国の対外租税政策的根拠を CEN に置く³³⁾。通常、CEN

31) *Id.*, at 42. なお、このような方式は国際連盟財政専門委員会が人税又は一般所得税に係る二重課税排除の方法の一つとして提案した方法である (*id.*, at 33)。なお、当該提案された方法の邦訳については、谷口・前掲注 5, 279頁を参照されたい。

32) League of Nations Doc. F. 19, *supra* note 5, at 51.

33) Office of Tax Policy Department of the treasury, *The Deferral of Income Earned Through U.S. Controlled Foreign Corporations A Policy Study 25* (2000). [hereinafter cited as *The Treasury Subpart F Study*].

は租税の問題が一国の投資家における国内外への投資に係る決定に影響を及ぼさないということの意味する³⁴⁾。米国は、CENに従って、諸国は資本輸出国の投資家が、同じ税引前収益率を生み出すことが期待される国内投資と国外投資との間において、税引き後に無差別である税制を構築すべきだと主張する³⁵⁾。これは、資本から生ずる所得について、投資家が投資先にかかわらず同じ税率に直面する場合に達成される。しかし、投資家が投資先により異なる税率に直面する場合には、税引前収益に格差が存する。その結果、税引後の収益率を等しくするために資本が低税率国（税引前収益が低い国）から高税率国（税引前収益が高い国）への移動することになる³⁶⁾。ここにおいては、アウトプットは増加し、それは資本を含む生産要素の最適な配分状態をもたらさない。したがって、外国税額控除は少なくとも、投資家の所得について、それが国内で稼得されたものか国外で稼得されたものかにかかわらず、自国の税率に従ってのみ租税を課するという点においてCENを担保するものだともいえる³⁷⁾。

他方、米国と同じく外国税額控除が望ましいとする英国は、その取引相手国の租税制度（控除方式を採用しているか否か）を踏まえた上で、投資配分の歪みを重要視し、CENを自国の租税政策の根拠とする³⁸⁾。これは、資本輸入中立性（以下、CIN）³⁹⁾が諸国に免除方式を集团的に採用することを要請することにより最適な貯蓄の配分を達成するため、米国のような税額控除を採用する国が主たる取引相手国である場合には、それが達成されないということである。しかし、英国の海外資産保有割合を見た場合、米国よりオランダをはじめとする欧州連合（EU）におけるその割合が高いとの数値も存する⁴⁰⁾。これに加えて、英国の法人税率はEUのなかでも比較的低い⁴¹⁾。したがって、外国税額控除の採用が

34) See, e.g., Peggy B. Musgrave, *supra* note 6, at 6 (2002).

35) The Treasury Subpart F Study, *supra* note 33, at 26. なお、この報告書におけるCENの分析に言及するものとして、増井良啓「租税政策と通商政策の接点に関する二、三の法的論点」トラスト60研究叢書『国際商取引に伴う法的諸問題（10）』50頁（2002）がある。報告書は、資本の最適な配分が全世界的経済厚生を最大化（すなわち、それが米国の経済厚生をも最大化する）することについて、次のように述べている。経済厚生は、個人の経済的富におけるドルの価値により測定される。ドルの価値は、アウトプットにより測定される。生産性は、私的部門で蓄積された資本の配分が最適の場合に、最も効率的となる。資本の配分が効率的となる場合とは、全世界的な生産高が国家間の資本の再配分により、もはやこれ以上増えない場合である（*id.* at 25）。

36) *Id.*, at 28.

37) See, e.g., Robert J. Peroni, *International Tax: A Hitchhiker's Guide to Reform of the Foreign Tax Credit Limitation*, 56 SMU L. Rev. 395 (2003).

38) United Kingdom, Inland Revenue, *Double Taxation Relief for Companies: A Discussion Paper*, at para. 3.17 (1999). [hereinafter cited as *British Green Paper*].

39) *British Green Paper* は、CINを「いずれかの国において投資を行っている全ての投資家（国内の投資家と諸外国の投資家との双方）が類似する投資につき同じ税引き後の収益率に直面する」と定義している（*id.*, at para. 3.7. (b)）。

40) *British Green Paper* は、1997年末の英国の欧州連合において保有する直接投資資産は42%であり、その資産のうち50%以上がオランダに帰属しており、他方、米国においては28%である、と報告している（*id.*, at Annex 3 para. 13-14）。

英国を CEN に導くか否かについては疑義が生ずる。この点、EU への対外直接投資の割合について、英国はそれを、実物経済活動を行っている英国親会社の終局的な子会社又は支店ベースに基づくものではないとしている⁴²⁾。たとえば、そこでは、英国の多国籍企業がオランダに中間持株子会社を置き、それを介して対外投資を行っているということが観察され得る。上述のとおり、英国の海外資産保有の割合は米国よりオランダを含む EU のほうが高い。しかし、英国の対外直接投資からの収益の割合はオランダを含む EU より米国のそれが高い数値を示している⁴³⁾。この米国への直接投資については、近年の英国企業による米国企業に対する M & A の増加がその牽引になっているとされる⁴⁴⁾。このような M & A にあたっては、持株会社のもとでそれが行われることがある⁴⁵⁾。持株会社の設立及び M & A に共通する目的の一つとして、経営資源の効率的な獲得や活用及び取引コストの削減があげられる。その意味で、上述のオランダへの対外投資においては、CEN が達成されていないとはいい難い。もっとも、オランダの子会社が中間持株会社であること、つまりオランダが中間的な投資地であるということを考慮に入れれば、前者は資本のさらなる移動をもたらし、そこでは CEN における資源の最適な配分状態にはないとみることでもできる。

さて、このような英米において外国税額控除の政策的支持根拠とされている CEN に対しては、さまざまな観点から異論が述べられる。たとえば米国の企業サイドにおいては、外国所得免除方式を採用する諸国の企業との競争における課税上の不利益を理由として、むしろ CEN ではなく外国所得免除に適合される CIN が支持される傾向にある⁴⁶⁾。Chorvat は、かかる競争の観点から、CIN が全世界的効率性をも改善するものだという⁴⁷⁾。そこでは、免除方式が新規ビジネス・チャンスを求め資本投入を行う米国の未熟な企業に対して無差別であるため、それにより当該企業と米国の成熟した企業及び免除方式を採用する国の企業との間には資本配分の歪みが惹起しないとする⁴⁸⁾。これは、外国の子会社がその市場で成長するまでの間、その親会社の投資に対する税引後収益は上述の比較対象となる企業に比して低く、その資本コストが高いからである。このことは、米国が外国税額控除にリンクされやすい課税繰延べの措置を伴う全世界所得課税制度を採用していることに基因

41) See, Heather Self, *Double Tax Relief Systems: A Current and Future Perspective*, Report of proceedings of the first world Tax Conference: taxes without borders, at 19:4 (2000).

42) British Green Paper, *supra* note 38, at Annex 3 para. 14.

43) *Id.*, at Annex 3 para. 22.

44) 坂本恒夫編『実証分析 英国の企業・経営』139頁（中央経済社、2002）。

45) さしあたり持株会社の機能全般については、ダイヤモンド・ハーバード・ビジネス編『持株会社の原理と経営戦略—「自律」と「分権」を促す組織デザイン—』108頁（ダイヤモンド社、1996）参照。

46) National Foreign Trade Council, THE NFTC foreign income project: *International Tax Policy for the 21st Century Part Two Relief of International Double Taxation*, at 246 (1999).

47) Terrence R. Chorvat, *Ending the Taxation of foreign Business Income*, 42 *Arize. L. Rev.* 839 (2000).

48) *Id.*, at 847.

する。このような外国子会社の成長過程への着眼は、企業の投資行動を反映したものである⁴⁹⁾。しかし、企業はある市場への新規参入にあたって、現地市場の情報に係る不確実性を低減するため、このような子会社の新規設立よりも現地企業の買収を選好する、ともされる⁵⁰⁾。勿論、Chorvatはこの点についても言及する。彼は、外国所得免除は軽課税国で経営を行っている企業を買収する米国企業に対して無差別であるという⁵¹⁾。いずれにせよ、CINに資する外国所得免除を採用する国の企業と自国のそれとが対等に競争すること（競争の中立性）により資源の効率的な配分がもたらされる、と彼は考える。

そもそも、全世界的効率性の観点から観察されてきたCENはその議論の歴史的背景からみて、そこでは自国の多国籍企業が最も効率的に資本を配分し得るということがその前提とされてきたものだとも思われる。しかし、多国籍企業の投資行動は、かかるCENの概念を展開したとされるP. B. Musgraveの時代のそれとは異なる。80年代、90年代の諸国にみられる情報・通信技術の発展及び規制緩和による投資環境のソフト化は、多国籍企業に取引コストの削減やリスク・ヘッジをもたらしたといえる。たとえば、このような環境のもと、企業、とりわけ製造業は少なくとも次の二つの活動に従事するとされる⁵²⁾。一つは、その多くが自国（親会社所在地）に拠点を置くヘッドクォータ・サービス（HQ）である。その典型例がR & D（研究開発）活動である。そこでは、企業はノウハウのようなその企業固有の資産に投資を行い、情報技術を促進する。このHQ活動はまた、資金調達、マネージメント及びマーケティングなども含む⁵³⁾。いま一つは、モノの生産活動である。HQ活動によりある一国で生産されたサービスは、その他の国におけるモノの生産活動に提供される。HQ活動とモノの生産活動とは、そこに投入される生産要素が異なる。前者の活動には高度な技術やノウハウや高度な労働などの生産要素の投入が行われよう。他方、後者の活動については、HG活動により生産されたサービスと安価な労働が投入されよう。この技術・ノウハウ及び労働のほか、資本については、後者の活動に物的資本が、前者の活動に貨幣的資本が比較的多く投入されるといえよう⁵⁴⁾。したがって、効率的な資源配分は多国籍企業におけるこの細分化された投資行動によりもたらされ得る。そこでは、生産要素の賦存に着目した企業による投資の立地に係る決定のあり方が重要となる。

49) 多国籍企業の戦略的組織構造と投資要素を「中継子会社」に着目して考察し、その子会社の成熟度と配当政策の関連について言及するものとして、ミシャレ、ドラピエール著、野口祐 監訳『多国籍企業の子会社』25頁、182頁（慶応通信、1980）がある。

50) Richard E. Caves, *MULTINATIONAL ENTERPRISE AND ECONOMIC ANALYSIS* 79 (2nd ed., 1996).

51) Terrence R. Chorvat, *supra* note 47, at 851.

52) Daniel J. Frish, *The Economics of International Tax Policy: Some Old and New Approaches*, 47 *Tax Notes* 589 (1990).

53) See, e.g., Elhanan Helpman and Paul R. Krugman, *MARKET STRUCTURE AND FOREIGN TRADE Increasing Returns, Imperfect Competition, and the International Economy* 227 (1985).

54) 物的資本及び貨幣的資本の意味については、新開陽一 他著『近代経済学〔新版〕』284頁（有斐閣、1997）参照。

(2) 投資の立地

それでは、このような多国籍企業における投資の立地の決定に対して課税がどのようにかかわってくるのであうか。たとえば、Graetz and Grinberg は、対外直接投資 (FDI) について、EU委員会による仮定的な将来の投資プロジェクトにおける実効税率の負担に係る調査報告書 (COM (2001) 582 final)⁵⁵⁾ を一つの根拠として、近年の国際租税制度は CEN の達成には程遠いものとする⁵⁶⁾。この報告書では、欧州諸国に所在する100%出資子会社を介しての当該諸国への FDI に従事するその米国の親会社がそれらの国々においてさまざま平均実効税率 (以下、EATR) に直面するということが示されている。EATR は限界実効税率 (以下、EMTR) とともに、企業における投資行動に対する課税のインパクトを分析する際の指標である。EATR は EMTR とはその適用の場面が異なり、企業における資本コストを上回る収益 (税引後の経済的レント) を稼得する投資プロジェクト (平均投資 (infra-marginal investment)) に係る実効税の負担を測るものである⁵⁷⁾。全世界的効率性を CEN の達成により最大化するという議論では、税引き前の結果よりむしろ税引き後のそれを基準して行われる投資の決定は生産の効率性を損ない、かつ、経済的なロスをもたらすとされる⁵⁸⁾。これは、税引後収益を基準とする投資の決定においては、その投資が最も生産的な税引前収益に割り当てられないからである。そのため、ここでは EMTR が投資の決定に係る課税のインパクトを分析する際の指標となり得る。もっとも、この場合、EMTR が経済的償却と租税制度が認める控除の差異を反映するため、それは企業による資金調達を選択や投資対象資産の選択に係る課税のインパクトの指標といえよう。

さて、上述の Graetz and Grinberg がいうところの EMTR の欧州諸国における差異を根拠とする近年の国際租税制度における CEN の不達成とはどのようなことを意味するのであろうか。英国の経済学者である Devereux and Griffith は、EMTR は選択が行われたロケーションにおける投資条件の最適な規模の決定に関連を有するが、投資立地の決定については EATR がそれに直裁的に関連を有するとする⁵⁹⁾。上述の報告書は、たとえば米国企

55) Commission of the European Communities, COMMISSION STAFF WORKING PAPER Company Taxation in the Internal Market, COM (2001) 582 final (2001). [hereinafter cited as EU Working Paper]

56) Michael J. Graetz and Itain Grinberg, *Taxing International Portfolio Income*, 56 Tax L. Rev. 559 (2003).

57) EU Working Paper, *supra* note 55, at 74-75. 報告書では、資本コストと投資家に求められる税引き後のリターン率 (資本コストの比率) との差異が EMTR (Effective Marginal Tax Rate) であり、それは限界投資に適用されるとしている。例えば、いまかりに法人の株主が最低限5%のリターン率を求め、当該法人がその5%の収益率を支払うために課税前に6.67% (資本コスト) を稼得しなければならないとしよう。そうすると、EMTRは25% ($6.67\% - 6.67\% \div 5\%$) となる。この6.67%と5%との差異が資本コストに対する課税のインパクトとなる (*id.* at 71-72)。

58) Reuven S. Avi-Yonah, *Globalization, Tax Competition, and The Fiscal Crisis of The welfare State*, 113 Harv. L. Rev. 1604 (2000).

59) Michael P. Devereux and Rachel Griffith, *Taxes and the location of production: evidence from a panel of US multinationals*, 68 Journal of Public Economics 337 (1988).

業の欧州完全所有子会社による資金調達方法を①当該子会社自身の内部留保、②当該米国親会社による新株発行、そして③同親会社による貸付けの3つに分類し⁶⁰⁾、その①乃至③に係る当該米国企業が欧州諸国間で直面する EATR 及び EMTR を反映する資本コストを測定している。その結果、そこでは、①乃至③のそれぞれにおいて、欧州諸国間で EATR にバラツキが存するとの報告がなされている⁶¹⁾。当該報告書は米国国内への投資に係る EATR を測定していない。しかし、このような国外投資に係る EATR のバラツキは、それが米国企業の自国への投資決定に影響を及ぼしているであろうということを予測させる。他方、資本コストについても、欧州諸国間でそのバラツキは存する。しかし、当該資本コストは上述の①乃至③により親会社へ還流される利得の分配に対する当該親会社側の国の課税上の取り扱いに左右される。それは、資本コストは親会社のロケーションに左右されるということでもある。したがって、EATR を指標として観察される CEN は、FDI の立地決定の文脈において、その課税の中立性を達成し得ず、加えて、かかる観察方法は、上述の企業活動の細分化という点において、より経済実態に符合するものといえよう。

Ⅲ 直接税額控除

1 控除対象外国税

わが国では、外国税額控除の対象となる外国税は、自国の税収への影響、納税者間の公平及び税制の中立の観点から、外国税も自国法からみて二重課税となる性質の外国税に限定されるべきであるとされる⁶²⁾。このような租税のなかには、自国企業のグローバルな活動により自国法がその法形式上予定していない租税が含まれてくる場合もあり得る。この点、たとえば英国は、控除対象となる外国税を適宜上、公表している。この外国税の具体的な性質決定については、わが国及び英米の各国では自国の租税と質的又は機能的におよそ同じあるか否かがその決定の指標とされる⁶³⁾。ここでは、FTC (外国税額控除) の対象となる外国税は基本的にはネットの所得を課税ベースとして課される租税と解されている⁶⁴⁾。とりわけ米国は Bank of America 事件判決⁶⁵⁾ を受けて、その規則において外国税は

60) この分類の意義については、この EU による報告書が将来の投資プロジェクトを研究の前提としているために、当該投資に対する実効税率を左右するものとして、当然加味されるべき要素である。

61) ①における EATR については、最小はアイルランドの25.0%で最大はドイツの43.5%、②の場合、最小はスウェーデンの31.5%で最大はフランスの41.4%、③の場合、最小はスウェーデンの31.5%で最大はフランスの38.7%である (see, EU Working Paper, *supra* note 55 from Table 20 to Table 22)。

62) 川端康之「外国税額控除」水野忠恒編著『二訂版 国際課税の理論と課題』149頁 (税務経理協会, 2005)。

63) See, also, Hugh J. Ault, *COMPARATIVE INCOME TAXATION: A STRUCTURAL ANALYSIS* 386 (1997)。

64) 金子・前掲注1, 95頁は外国税額控除の目的がもともと二重課税の排除にあることとわが国の所得税及び法人税がともに純所得に対する租税であることをその理由とする。

65) 429 F. 2d 513 (Ct. Cl. 1972)。本判決は、当時の内国歳入法901条 (b) 項 (1) の「所得税」の意義について「(それは、)純収益又は純利得の範疇に入るようにデザインされており、かつ、費用又は支出が純利得を通算するほど高くないため当該課税が純収益に届くことを担保し得る場合に限つ

「正味利得に到達する (reach net gain)」必要があるとしている (財務省規則 § 1.901-2 (a) (i) (ii) 及び同 (3) (i))。

このように、控除対象外国税の性質決定が自国法からみて行われることは、二重課税排除の観点から容易に理解できる。なぜなら、二重課税は納税者が自国の租税とそれと同じ外国の租税の両方を負担する場合にのみ生ずるからである⁶⁶⁾。しかし、その外国税に係る税額算定の構造まで考えると、その負担部分を具体的かつ正確に把握すること難しい。たとえば、いまかりに、自国の租税と外国のそれとの間で課税ベースの広狭にかなりの差異が存するとしよう。そうすると、二重課税排除の観点から外国税額控除における国外源泉所得金額の算定上外国の課税ベースを自国の課税ベースに引きなおすことが必要となる。その際、その国外源泉所得となり得る外国の粗所得や総収入に費用配賦が適正に行わなければならない、そこに国内投資と対外投資との間に税負担の差異が生じうる。そこで、わが国や米国は自国のソース・ルールに従って所得の源泉地の決定を行い、しかるのち、その通達や規則に定める方法により国外源泉所得に費用配賦を行っている。この費用配賦の方法の入り口となる上述の所得源泉地の決定については、わが国や米国は所得の源泉をその基因となる経済活動にコネク特させている。この点、英国においても、また、然り⁶⁷⁾。しかし、この経済活動とその成果である所得の源泉地とが一致し難くなっている⁶⁸⁾。これは、先にみたように、投資環境のソフト化のもと、企業は取引・生産コストやリスクの削減を目的とし、その経済活動を細分化しているからである。

かかる経済活動の変化は、その取引の対象なかにも見出される。取引の対象がモノではなく、技術やサービスなどの invisible な生産要素が取引される場合には、その国外源泉所得への費用配賦の方法がより困難となる。たとえば、ベネズエラの租税 (90%の粗収入に課せられる租税) が英国の外国税額控除の適用上その控除対象となる所得⁶⁹⁾ になり得るか否かについて争いとなった1991年 Gaffney Cline 事件 (Yates v. GCA International Ltd.

て、当該所得税は総所得税を含む」と判示している (*id.*, at 523)。

66) Elisabeth A. Owens, THE FOREIGN TAX CREDIT 83 (1961).

67) 例えば、片務的な二重課税の救済を定める1988年所得・法人税法790条4項は控除対象となる外国税について、「英国の領域外の法に従って支払われ、かつ、当該領域において生じた所得又はそこで生じた一切の賦課され得る収益を基に算定される租税についての控除は、当該所得又は収益 (括弧内省略—引用者補注) をもとに算定された一切の英国の所得税又は法人税を引当てとしてそれが認められるものとする」と定める。したがって、所得の源泉地の決定は、英国における外国税額控除額の算定上、重要となる。この所得の源泉地の決定については、例えば1990年 Smidth 事件判決 (FL Smidth & Co v. Greenwood 8 T. C. 193) は、「利得が実質的に生ずるところが事業の遂行 (operations) 行われている場所」と判示している。

68) See, e.g., Joseph Isenbergh, *supra* note 17, at 27.

69) 1988年所得・法人税法 (1988ICTA) 790条4項 (片務的救済) の定めのほか、同法797条1項 (法人税に係る外国税額控除の制限) は「協定のもと、一切の所得又は賦課され得る収益に関して、法人税を引当てとして認められる外国税の控除の額は、関連する所得又は収益に帰属し得る法人税を超えないものとする。(以下省略—引用者補注)」と定める。なお、英国の現行法は、かかる1988年所得・法人税法や毎年改訂が行われる財政法などを全て含めるかたちで、Taxes Act としている。

64T. C. 37) では、英国居住者法人によりベネズエラの法人に提供される技術上の指導につき、当該ベネズエラ法人が当該英国法人に支払う報酬に対する上述のベネズエラの租税が問題となった。英国は、税務執行上このような無形のサービスの提供から受領する粗収入に対して課せられる外国の租税について、大まかな (Broad Brush) アプローチによる所与の比率に基づき、それが控除対象外国税として許容され得るか否かをリスト化している⁷⁰⁾。この比率とは外国税が課せられる当該粗収入の割合であり、残りはその収入に係る費用ということになる。しかし、上述の Gaffney Cline 事件高等法院判決 (Scott J. 判事) は所得の機能的側面を重視し、そのベネズエラの租税を控除対象外国税と認めた。そのため、このようなリスト化は、その意味が薄れてくる。かかる外国税額控除における費用配賦の問題は、とりわけ配当、利子及びロイヤルティの投資性所得に係るグロス・ベースでの源泉徴収税について顕著にあらわれる。この点、同じく英国における Legal & General Assurance Society Ltd v. Thomas (Inspector of Taxes) 事件の特別委員会 (Special Commissioners) による判断 (SpC 461, 2005) は、グロス・ベースで課された相手国の源泉徴収税を外国税額控除の控除対象外国税と判断した⁷¹⁾。いずれにせよ、かかる費用配賦のあり方は国家間の税源配賦の文脈において重要となってくる。

2 外国税の転嫁

このように、控除対象外国税の判断に当たっては、その法的性質のみならず、その算定構造までも考慮に入れた場合には、企業活動において生ずるさまざまなコストにも配慮しつつ、当該租税に係る負担の度合いをその判断によりよく反映させることも必要であろう。R. A. Musgrave は、投資家における内外投資の決定に係る課税の中立性 (CEN) 又は超国家的衡平⁷²⁾ の観点から外国税の負担度合いを観察するために、資本のフローに対する影響

70) 例えば、1982年の公表リストでは、専門的な人的役務の提供 (technical services) による収入については、その30%の租税が控除対象外国税として認められていた。1979年のリストではそれは50%とされており、他方、同年のリストでは総収入の90%に対して租税を課される非商業上の専門的活動からの所得に係る源泉徴収税はその控除を認められていなかった。もっとも、1978年6月以前、当該源泉徴収税の対象となる所得のそれは50%であったとされる (See, J. D. B. Oliver, *Unilateral Relief: The Issues in Yates v. GCA.*, 1993-3 B. T. R. 203 (1993))。

71) See, editor's note by Philip Baker, *Legal & General Assurance Society Ltd v Thomas (Inspector of Taxes)*: SpC 461, 7 International tax law reports part 5 at 655 (2005). 本件は、英国の法人 (保険会社) が外国投資から稼得する利子や配当の投資先国において源泉徴収税が課せられる所得につき、1988ICTA 790条4項及び同797条1項の適用上、当該源泉徴収税に係る金額の控除はクロス・ベースの金額によるのか、或いはネット・ベースの金額によるのかが争われた事案である。かかる争点を具体的に言えば、ある居住者法人が海外から稼得する100の所得 (その所得の90は費用) のうち20の外国の源泉税に服するとしたときに、実質的には当該外国の所得の10のみが国内の租税に服するということになるのだが、その場合、外国税額控除は20の源泉税の全てか、或いは10の純利得に対する国内の租税に制限されるのか、つまり英国の法人税率 (33%) を乗じた3.3なのかということである (*id.*, at 658)。

72) R. A. Musgrave がいう「超国家的衡平 (Supranational equity)」とは、後掲注77の P. B. Musgrave

を念頭に置いた短期的な外国税の転嫁という考えをそこに考慮している⁷³⁾。彼女は外国税を利得に対する租税 (profits tax) とそうでない租税とに分け、当該利得に係る関数である租税は投資家の上述の決定を左右する収益率を減らすため控除対象外国税とし、費用関数である租税 (cost tax) は転嫁されるためそれには当たらないとしている⁷⁴⁾。これに対し、定額のロイヤルティやライセンスに係る租税は、それらが限界費用に影響を及ぼさないとの理由で、profits tax になるとしている⁷⁵⁾。他方、P. B. Musgrave は、この考えを敷衍し、租税の転嫁先の要素に着目しつつ、仮定の企業における利得のポジションに対するさまざまなタイプの外国税の効果を、下表のとおり示している。

| | 外国税無し | 外国税 | | | |
|----------|-------|-----------------|-----|------------|----------|
| | | Benefit Tax (注) | | Profit Tax | Cost Tax |
| | | 転嫁 | 非転嫁 | 転嫁 | 非転嫁 |
| 価格 | 100 | 110 | 100 | 100 | 100 |
| 賃金 | 70 | 70 | 70 | 70 | 70 |
| サービス又は原料 | 10 | — | — | 10 | 10 |
| 税 | — | 10 | 10 | 10 | 10 |
| 税引後利得 | 20 | 30 | 20 | 10 | 20 |

注) Benefit Tax とは、国が提供する公共財の利用から得られる便益に対する租税である。

(Source : P. B. Musgrave, TAX POLICY IN THE GLOBAL ECONOMY 14 (2002), TABLE 1.)

この表にみられるように、外国税が価格に転嫁されない Profit Tax であるときであって、自国税と外国税とを結合させた場合に、そこでは企業の外国での活動がそれと同じコストでそれが自国で活動をしているかのように当該企業における正味の利得のポジションは同じとなる⁷⁶⁾。したがって、上記表の第4縦欄の租税 (=10) に対して外国税額控除のアプローチを採れば、同表の第1縦欄の外国税無しの場合の税引き後の利得 (=20) と同じとなり、効率性又は超国家的衡平⁷⁷⁾は達成されることになる。この一覧にみる外国税に係る

が定義するところとほぼ同趣旨であるが、R. A. Musgrave はこの衡平を定義するにあたっては、法律上の義務の見地からではなく、あくまでも転嫁後の最終な負担の見地からそれを定義した場合の衡平を前提としている (R. A. Musgrave, Criteria for Foreign Tax credit, Bussell Baker *et. al.*, TAXATION AND OPERATION ABLOD 87, 90) (1959))。

73) Owens においても、租税の転嫁の有無が控除対象外国税として適格性を有するか否かの主な判断基準であるとし、「米国の所得税制度は、所得の等しい額を有する納税者は、等しい税負担に服するという原則に基づくものである。税額控除制度の採用は外国の租税の負担を考慮することにより、この原則の拡大の試みを含んでいる。しかし、ある外国の租税がそれを課される者により転嫁される場合には、控除を認める理由はない。なぜなら、当該外国の租税は米国所得税の税負担のほかに税負担を増していないからである」とする (Elisabeth A. Owens, *supra* note 66, at 83-84.)。

74) R. A. Musgrave, *supra* note 72, at 90.

75) *Id.*

76) P. B. Musgrave, *supra* note 6, at 12 (2002).

77) P. B. Musgrave がいう「超国家的衡平 (supranational equity)」とは、自国のフレーム・ワーク内で

転嫁論は優れて簡便で理解し易い。しかし、企業の経済活動の変化はこのような転嫁論の必要性を改めて問うとともに、それを難解なものとしている。たとえば、法人の Profit に対する租税は価格に転嫁するという考えが存する⁷⁸⁾。これは、外国の市場において寡占的な地位を有する企業はフルコスト原則に基づいて製品の価格決定を行う場合もあり得るからである⁷⁹⁾。この価格政策のもと、外国の Profit Tax は平均費用にマーク・アップされ、その企業の製品価格に転嫁すると考えられる。そこでは、製品の差別化が行われている。企業はこの製品差別化を目的とし、技術やそれを有する労働の生産要素を用いて R & D 活動を行う。それが外国で行われる場合には、外国の Profit Tax が価格や賃金に転嫁するともありうる。

さて、このような場合には、Cost Tax と同じく Profit Tax についても、それを外国での事業コストと考えると、それを損金に算入することが好ましいとも考えられる⁸⁰⁾。もっとも、この損金算入のアプローチについて、R. A. Musgrave は、税負担の衡平を理由として、それは租税の転嫁の区別の必要性を事前に回避する利点を有するとする⁸¹⁾。したがって、効率性の観点からはそれは好ましくないことになる⁸²⁾。しかし、P. B. Musgrave は、効率性は国内的税負担の衡平を求める損金算入により達成しうるとも考えていたため⁸³⁾、租税の転換の区別を必要とし、Profit Tax が Cost Tax と同じく転嫁する場合には、損金算入が効率性にも資すると考えているようである⁸⁴⁾。他方、Cost Tax についていえば、上述のとおり、ロイヤルティやライセンスに係る外国税は限界費用に影響を及ぼさないと見える。ロイヤルティは、その収入の源泉が無形資産などの情報を内容するものであるため、追加生産に要するコストはゼロに近い。そのため、そのロイヤルティに対する外国税は限界費用に影響を及ぼさない。

こうしてみると、外国税額控除の法的構造の全体を通じての控除対象外国税の決定については、このような外国税の転嫁を考慮に入れることが好ましいといえる。なぜなら、それは外国税額控除（又は損金算入）が導かれる国外源泉所得に係る課税におけるコンセ

の衡平の概念を超えて、自国の政府と外国の政府との両政府に支払われる租税を含むトータルな税負担における衡平である。なお、自国のフレーム・ワーク内における衡平とは、当該外国租税の支払い前の投資家の総所得に対して自国税率で租税が課せられる税制のもとでの税負担の衡平である (*id.*, at 10-11)。

78) 今西芳治『現代企業課税論』26頁（中央経済社、1981）。

79) しかし、R. A. Musgrave や R. Good はフルコスト原則による価格上げが法人税の転嫁に基因するものであるという考え方には批判的とされており、その理由として、①当該価格の引上げは企業の合理的行動によるもの、②利潤の小さい企業や法人税を転嫁しない企業と比較して価格競争面で敗北することになる、などが挙げられている（同上、28頁）。

80) P. B. Musgrave, *supra* note 6, at 12.

81) R. A. Musgrave, *supra* note 72, at 92.

82) 例えば、当該両国の税率の50%とすると、損金算入の場合、外国の投資から生ずる所得について国内と合わせて75%の租税を支払うことになり、国内投資が租税目的上有利となる (*id.*, at 88)。

83) P. B. Musgrave, *supra* note 6, at 166.

84) *Id.*, at 33.

プトを論ずるに当たり、その適用規準を検証するための一つの指標となりうるからである⁸⁵⁾。

IV 比較法制—外国所得免除—

1 支持根拠

国際的二重課税排除の措置の一つとして、これまでみてきた外国税額控除のほか、欧州諸国の一部の国で採用されている外国所得免除が存する。国内法上片務的にこの方式をすべての種類の所得について採用している国は少ない。しかし、CIN や属地主義(源泉ベースの課税)にリンクし易いかかる外国所得免除を支持する論者も存する⁸⁶⁾。そこで、以下では、そのような論者の一人である Vogel の所論についてみることにする。

Vogel によれば、まず効率性⁸⁷⁾に資する租税制度について、CEN と CIN との比較においては CIN が好ましいとするが⁸⁸⁾、課税が完全に中立であるためにはそれが国家間の中立性(NN)に資することが望ましい⁸⁹⁾。彼は、NN の評価基準を投資に対する国家の影響が存しない場合に達成されるであろうとし、NN 達成のためには投資における税負担と公共財(public goods)からの便益との関係がすべての国で同じであることが不可欠であるとする⁹⁰⁾。しかし、その関係は諸国で異なる。そこで、Vogel は、いずれの国においても行政システムがおよそ効率的であろうということに着目し、その効率性の指標となり得る行政純生産(Administrative Net Output: ANO)という道具概念を用いて、租税と公共財との関係がすべての国家において等しいという仮説を導いている⁹¹⁾。これより、NN の目

85) 川端・前掲注62, 151頁は、P. B. Musgrave の自国税と外国税とにおける租税の転嫁論を課税の中立性の観点から詳細に分析した後、「確かに転嫁論は決定的な解のない困難な論点であるかもしれないが、そうだからといって、対外租税政策においてはそれをまったく無視して中立性を論じた制度設計を行うことは妥当とはいえない」と結論する。

86) 例えば、わが国においては占部裕典『国際的企業課税法の研究』225頁(信山社, 1998)は「各国が強調して、国際的にソース・ルールをできる限り統一したうえで、国外源泉所得には課税しないという属地主義を前提としたイグゼンプション方式というものが将来的には検討される必要があろう」とする。

87) Klaus Vogel, *World-wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Reevaluation of Arguments*, McLure et. al., INFLUENCE OF TAX DIFFERENTIALS ON INTERNATIONAL COMPETITIVENESS 136 (1990) は、効率性の意義について「効率性の概念は、要素(factors)を生み出す所得が国家の介入なしに、市場のメカニズムにより分配される場合、生産性をもっとも高くなるという仮説に基づくもの」としている。

88) *Id.*, at 140. Vogel は Gandenberger の見解を支持し、CEN より CIN が好ましいとしているが、Gandenberger は CEN に対して、「(CEN のもとでの) 税引き後の利得の減少により、企業は新たな投資に融資する機会を失い、かつ、そのことを別にしても、国外での融資が国内でのそれに比して費用がかかる」と指摘している (*id.*, at 139-140)。

89) *Id.*, at 141.

90) *Id.*, at 142.

91) Vogel は行政純生産(administrative net output)を公共財による便益と歳入との差異としている。行政純生産は行政システムの効率性を表し、いずれの国においても行政システムが効率であるとの仮定のもと、諸国間でのこの行政純生産の相異は無視できる。これにより、いずれの国においても

の上投資家は公共財を利用している国において租税を課されることになる。それはすなわち、諸国は国内源泉所得についてのみ租税を課することに制限されるということである。ここにおいて、Vogel はかかる考えを FDI に対して直截的に適用している。他方、PFI については、彼は投資家（債権者）よりむしろ債務者のポジションに着目し、その債務者がその自国において公共の便益を享受していることやそれにリスク・プレミアに係る課税のリスクがおよそ転嫁されることなどを根拠とし、源泉ベースの課税（投資が行われた企業の所在地での課税）を支持している⁹²⁾。

その後、Vogel はかかる NN の議論に国家の影響を加味する。彼は、企業を取り巻く法環境が当該企業の取引コストを削減するという⁹³⁾。その意味で、制定法は市場が達成する最適生産と交換を提供するものといえる⁹⁴⁾。Vogel は、源泉ベースの課税（源泉地国による排他的課税）により企業は同じ法環境のもと他の企業よりも高く租税を課されることはなく、それはこれらの企業が同じよう生産コスト及び取引コストのもとにあるということを確認するものである、とする⁹⁵⁾。これは、上述の ANO の概念を用いて源泉ベースの課税の妥当性を導いた議論の延長であり、行政システムの効率性を法制度に求めたものだとおもわれる。このような取引コスト理論の適用は、現代の企業組織及びその経済活動の符合するものであるといえよう⁹⁶⁾。

2 法条の構造と解釈

それでは、このような効率性を外国所得免除はどのような法的構造をもって、それを達成しているのであろうか。以下では、外国所得免除を採用しているとされる国の一つであるフランスのそれについて、とりわけ国外源泉所得の課税上の取り扱いの入り口段階に焦点を当てて、若干触れてみることにする⁹⁷⁾。

フランスの租税法は、一般に territorialité ベースの課税主義⁹⁸⁾を採用しているとされる。一般租税法（Code Général des Impôts）は、内国法人及び外国法人の課税利得（bénéfice imposable）の決定にあたっては、「フランスにおいて営まれる事業（les entreprises exploitées en France）において実現された利得のみを考慮することにより」その決定が行われる、と定める（Art. 209-I, CGI）。したがって、たとえばフランス内国法人の外国の支店

租税と公共財との関係が等しくなる（*Id.*, at 142-143）。

92) *Id.*, at 147.

93) Klaus Vogel *et al.*, TAXATION OF CROSS-BORDE INCOME, HARMONIZATION, AND TAX NEUTRALTY UNDER EUROPEAN LAW 26, 25 (1994).

94) *Id.*, at 27.

95) *Id.*

96) 現代の情報通信技術の進化に伴う企業行動を取引コストから分析するものとして、さしあり遠山正明『情報通信技術と取引コスト理論』35頁以下参照（敬愛大学学術叢書，2002）。

97) フランスの外国所得免除については、詳細な先行研究として中里実「フランスにおける国際的二重課税排除措置」日税研論集第16巻（（財）日本税務研究センター，1991）所収。

98) 中里教授は、territorialité の文言を「国内所得主義」と訳される（同上，152頁）。

や外国の子会社が稼得する利得については、フランスの法人税は免除される⁹⁹⁾。しかし、当該法は「フランスにおいて営まれる事業」の用語の意義について定めを置いていない。この意義については、判例法上主に①自律性をもった物的施設 (l'autonomie d'un établissement)¹⁰⁰⁾ がフランス国内に存するか否か、②委託者 (représentant : 真の法人の委託者 (le véritable représentant)¹⁰¹⁾ 又は③完結した事業過程 (un cycle commercial complet) を通じてフランス国内で常習的な事業の遂行が行われているか否かにより判断される、とされる¹⁰²⁾。これらの基準は外国法人がフランス国内で事業を遂行しているか否かの判断基準であると同時に、内国法人が国外で事業を遂行しているか否かの判断基準としても用いられる¹⁰³⁾。そのため、上述の用語の解釈のし方によっては、フランスの内国法人が外国での活動から稼得する所得 (たとえば、事業所得) に対してフランスの課税権が及ぶことも考えられる¹⁰⁴⁾。加えて、通常、フランス国外源泉の投資性所得 (利子、配当及び使用料) がかかる外国の事業活動に関連を有さない場合には、それらの所得は territorialité 課税ベースではなく、全世界所得課税ベースで租税を課される (Art. 120 à 123 bis, CGI)。このような一般租税法209条 I 項を起点とする territorialité 課税と全世界所得課税との微妙な調整は、フランスにおける国際的租税回避対抗措置に係る規定においても観察される。ここでは、フランスの法人税に服する法人 (une entreprise passible de l'impôt sur les sociétés) により低課税国や恩恵的租税制度を有する国に設立された法人 (25%以上の持分を有する法人 (société)) の利得については、フランス法人税が課される (Art. 209B et 238A, CGI)。しかし、その適用は、これらの外国の法人が、実質的に産業上又は商業上の活動に従事している場合や当該フランスの内国法人がその外国法人の活動をもっぱらフランス国内市場において達成している場合には、除外される (Art. 209B-II, CGI)。

こうしてみると、フランス租税法における territorialité 課税ベースに基づく外国所得免除は、厳格な法解釈のもと、その適用の射程範囲が比較的制限されてくるのではない

99) See, e.g. Martin Norr and Pierre Kerlan, TAXATION IN FRANCE 99, 722, 723 (1966).

100) この例として、Brune Gouthière, les impôts dans les affaires internationales 60 (trente études pratiques, 1989) では、①企業の事業の管理の場所 (siège de direction d'une entreprise), ②製造工場又は製造作業場 (usine ou atelier de fabrication), ③支店 (bureau)・商品販売購入店 (comptoir d'achat ou de vente), ④事務所 (succursale) などが挙げられており、2003年 (2014年) OECD モデル条約上の恒久的施設 (P. E.) に係る定義条項 (5条) に列挙されているものと、ほとんど変わりはない。

101) *Id.*

102) ①乃至③の基準のほか、「フランスで営まれる事業」の用語の判断にあたっては、フランスで行われる事業の活動から切り離される (détachable) ものであるか否かということも加味される (*id.* at 65 および中里・前掲注97, 155頁)。なお、この基準と③の基準については、Brune Gouthière は「たとえば、外国において事業遂行が実際に達成されているとしても、それがフランスから直接コントロールされている場合には、通常、フランスで実行されている活動からそれを切り離すことはできない」とする (*id.*)。

103) Séverine Baranger, TAXATION OF COMPANIES IN EUROPE France chapter (IBFD Publications BV, loose-leaf), at para. 254 (2003).

104) 中里・前掲注97, 155頁 参照。

かとおもわれる。他方, territorialité 課税ベースのもと, 外国の利得に係る免除のみならず, 外国のロスの控除に係る課税上の取り扱いが問題となる。territorialité 課税のコロラリーとしては, 国外源泉所得, とりわけ積極的所得は免除され, かつ, その外国でのロスは控除されないということになる。もっとも, この例外として, フランス租税法は, フランス大蔵大臣の許可のもと, フランス法人にその外国の支店や子会社による利得に実現や分配について課される租税を基礎することを認めている (Art. 209 quater, CGI et Annexe II, Art.113 à 134 A, CGI)¹⁰⁵⁾。しかし, このような限定された場合にかかわらず, コンセイユ・デタの判決 (2003年5月16日判決)¹⁰⁶⁾ はフランスの本店にその外国の支店において蒙った損失の控除を認めている。本判決は, 「フランスに本店を有する法人がその外国の支店を通じて産業上又は商業上の活動を行っている場合には, フランスにおける課税利得の算定上当該支店の活動に関連を有する利得又は損失は考慮されない」としつつ, 「当該支店がその本店と商業上の関係を有し, それがその本店のフランスでの活動の促進又は発展に寄与している場合には, その損失は控除し得る」, と判示している¹⁰⁷⁾。

このように, 外国の損失が認められるということは, それはすなわち, フランスの課税ベースが国外源泉所得に及び得ることを意味するとおもわれる。これは, Melot が指摘するように, フランスの現行の外国所得免除は territorialité ベースの課税主義のコロラリーとしてではなく, むしろそれはフランスの全世界所得課税を抑制する手段に過ぎないということである¹⁰⁸⁾。そうだとすれば, 現行のフランスの外国所得免除は, 先述の源泉ベースの課税主義を支持する Vogel がいうところの効率性に資する課税の中立性 (NN), 或いは CIN を達成しているとはいえないのではなかろうか。なぜなら, フランスもそもそも, わが国や米国と同じく全世界所得課税主義を採用しているのではないかと思われるからである。たとえ territorialité ベースの課税主義に基づく外国所得免除でとしても, そのコロラリーとして外国の損失を控除できないため, それにより自国企業の外国市場における競争活動は抑止されるともいえる¹⁰⁹⁾。

105) 1984年3月14日のコンセイユ・デタの判決 (N°33188) は, の内国法人がその米国子会社の不良債権を控除しようとしたが, その控除に際して当該法人が一般租税法典 209 quater 条に定める大蔵大臣の許可を得ようと試みていなかったため, 当該不良債権の控除を認めなかった。なお, 本判決は, このような法律上の手続きの存否を理由するほか, 外国の損失の控除が認められる親会社によるその外国の子会社への援助目的についても, 次のように述べている。同判決は, 「その控除が認められるのは親会社による援助の目的が, 通常取引であって, その外国の子会社における親会社の権益の価値を増加しない取引であると考えられる場合に限って, それが認められる」と判旨している (see., 5 Revue de Jurisprudence Fiscale 295 (1984))。

106) Le Conseil d'Etat sur le rapport de la 10ème sous-section de la section du contentieux N°222956 -*Société Télécoise*, Section, 222956, 16 mai 2003. 3 Revue de Jurisprudence Fiscale 823 (2003). 本件では, フランスの内国法人である *Société Télécoise* がそのリビア支店を閉鎖するために, 当該支店に行った前払いが損失として控除できるか否かが争われた。

107) *Id.*, at 825.

108) Nicolas Melot, *Territorial and Worldwide Tax Systems: Should France adopt the U.S. System ?*, 33 Tax Management international Journal 90 (2004).

V 結 語

本稿では、外国税額控除の法政策学的にみた性質について、英米との比較を踏まえつつ、回想的に考えてみた。外国税額控除の入り口段階で問題となるその政策的支持根拠である CEN については、それは効率的な資源配分をもたらすものではないという結論に達した。これは、規制緩和等の投資環境のソフト化のもと、企業は取引コストの削減やリスク・ヘッジを目的とする投資活動の細分化を通じて効率的な資源配分を行い、それは税引き後の経済的レントを基とした投資の立地の決定に従って行われるからである。たとえ、CEN が支持され、外国税額控除が二重課税排除の方法として妥当であるとした場合であっても、その国外源泉所得金額の算定上、費用配賦の点で問題が生ずる。なぜなら、とりわけ技術やサービスなどの無形の生産要素が取引される場合、それらが国外源泉所得を生み出すために費やしたコストを評価し、算定することにはしばし困難を伴うからである。この評価及び算定の必要性は、企業の投資及び生産活動のあらゆる段階に情報通信技術が広く浸透していることにかんがみれば、それは避け難い。

総じて、CEN を担保するとされる外国税額控除は企業の投資活動の実態をよりよく反映するものとはいえない。それでは、CIN や NN にリンクされやすい外国所得免除を国際的二重排除の方法として採用するのが望ましいといえるのであろうか。たとえば、Vogel が国際租税法に係る分析の方法論として用いた取引コストの理論は、企業の投資及び生産活動の実態に沿ったものであり、そこから導き出された源泉ベースの課税（それにリンクされる外国所得免除）は評価することができよう。しかし、限界実効税率を経済効率性の分析指標とした CIN はまた、CEN と同じく投資活動の実態を反映しない場合もあり得る¹¹⁰⁾。加えて、フランス租税法にみたように、かかる外国所得免除を制定法のなかで実践していくことは難しいのではないかと考えられる。その理由の一つは、そこでは所得のソースの地理的範囲が強調されるというよりは、むしろ実質的な経済活動の帰属地が重視されているため、地理的意味において外国に自国の課税権が及ぶこともあり得るからである。いま一つは、企業の経済活動がコスト重視である場合には、上述の通り、とりわけ積極的所得に係る外国でのコストが控除できないという外国所得免除のコロラリーとの乖離は、競争の中立性の観点から好ましくないからである。そのためか、先のフランスの裁判例にみられるような法解釈により外国所得免除制度の微妙な操作が行われている。

いずれにせよ、すべての諸国が単一の租税の原則（理念）を採用し、かつ、統一された税率を適用する場合には、理論上、CEN と CIN は同時に達成され得るであろう¹¹¹⁾。国際

109) *Id.*, at 92.

110) ある所定の国における投資事業から生ずる所得に対するトータルの限界実効税率（源泉地国と居住地国の両国の租税を含む）が、かかる所得の受領者の居住地にかかわらず、同じである場合に、CIN は達成され得る。

111) *See*, Ramkishan S. Rajan, *ECONOMIC GLOBALIZATION AND ASIA* 236 (2003).

的二重課税の方法の alternatives を見出すには、そのような理念や税率の統一が達成され得る市場環境を、いまいちど考えてみる必要がある。