

東京財団政策研究所 2019.2.18 月

デジタル経済課税を国際租税法の根幹の視点から見る

立教大学法学部 浅妻章如

I. 現行国際租税法の大枠の再確認

I.1. 改めて強調:所得の geographical allocation (地理的割当)と personal attribution (人的帰属)

I.2. 国際連盟以来の選択:①arm's length②PE なければ事業所得課税なし③帰属所得主義

II. arm's length からの逸脱(軽度)、arm's length からの逸脱(重度)

II.1. あてになる arm's length、あてにならない arm's length

II.2. 第1段階: arm's length からの逸脱(軽度):生産基準

II.3. 第2段階: arm's length からの逸脱(重度):需要基準の混入

III. 需要基準が重要だというなら付加価値税だけで税収を賄えばいい?

I. 現行国際租税法の大枠の再確認

I.1. 改めて強調:所得の geographical allocation (地理的割当)と personal attribution (人的帰属)

(1) R 国の甲社が S 国の不動産を所有し乙社に賃貸し賃料を得る。

(2) R 国の甲社が S 国の乙社に出資し配当を得る。

(3) R 国の甲社が S 国の乙社に金銭貸付をし利子を得る。

(4) R 国の甲社が発明をし S 国の乙社に許諾を与え使用料を得る。

所得源泉 (geographical allocation) は S 国にあり personal attribution は甲社にあると観念されている。

(5) R 国の甲社が有形物を製造し S 国の乙社に販売し事業所得を得る。

(6) R 国の甲社が S 国の乙社に助言役務を提供し事業所得を得る。

source rule は(5)について title passage に着目するなど混乱があったが、source rule の出来不出来は措くとして概ね geographical allocation も personal attribution も R 国の甲社にあると観念されている。

(1)(2)(3)(4)は需要(demand)基準で geographical allocation を観念しているとの説明が不可能ではない。

しかし(5)(6)は需要基準であるとは言いがたい。生産(production)基準である。

そして(1)(2)(3)も生産基準であると言いうる。何故なら(2)(3)(5)(6)は(7)で齟齬なく理解できる。

(7) Q 国の丙氏が R 国の甲社に出資 or 貸付をし甲社が S 国の乙社に製品販売 or 役務提供をする。

他方(4)は(7)のように理解できない。(4)の使用料の source rule は異端であると位置付けられる。

(4)の source rule に関し S 国の知的財産法制が利益の源泉(from what)であると考えうるが、(5)(6)においても S 国の法制度を含めたインフラ無しに甲社が利益を得られないと考えうるのに(5)(6)は需要基準ではない。

source (geographical ? from what ?) ≡ 生産か source ≡ 需要か、論理的な解はない。

近代経済学は限界費用と限界便益に興味があり人の効用関数が鍵なので from where を考えるのに適してないし、需要曲線と供給曲線の差が from what の所得源泉であって物的なものではない。

I.2. 国際連盟以来の選択:①arm's length②PE なければ事業所得課税なし③帰属所得主義

①arm's length (separate accounting) vs. formulary apportionment < income allocation >

②PE 概念等の閾値の高低 (nexus または threshold) < 執行能力の制約 >

③帰属所得主義(帰属主義) vs. 全所得主義(総合主義) < 総合所得課税の画し方 >

①②③のうち画期的選択(必然的でない選択)は①。換言すれば①が鍵であり、②③を支配した。

②に関し physical presence 必須との執行制約を前提としても【PE なくても関連会社あれば課税】が可能。

②が【関連会社・PE なければ事業所得課税なし】ルールにならなかったのは①が支配的だから。

漸く世界的な議論でも nexus より income allocation が鍵だとの認識が形成されてきた。

①は必然的でない選択である(企業と市場: Coase)ものの関連企業内取引と市場取引とで段差を作らない。

1 吉村政穂先生も御推薦: Itai Grinberg, International Taxation in an Era of Digital Disruption: Analyzing the Current Debate <https://ssrn.com/abstract=3275737>

国際連盟の策……配当・利子・使用料等の源泉徴収対象は地理的把握

PE 課税は帰属 (attribution) が鍵。源泉課税管轄とは言うものの geographical でない。

国際連盟の前提……所得は生産に由来する(需要に由来するものではない)[これも必然的でない選択]

なぜ需要基準ではなく生産基準なのか? なぜ①② (arm's length と PE) は attribution 重視なのか?

……推論: 国際連盟以来の国際租税法は労働価値説的発想に基づいているのではないか?²

労働価値説的発想なら、近年の arm's length 論議で自然人の貢献に着目するのも道理で、となる。

II. arm's lengthからの逸脱(軽度)、arm's lengthからの逸脱(重度)

II.1. あてになる arm's length、あてにならない arm's length

(a) *Korfund v. Commissioner*, 1 T.C. 1180 (1943)……ドイツ法人 Zorn 社がアメリカで競業しない義務を負う代わりにアメリカ法人 Korfund 社から支払いを受ける。

R 国法人甲社と S 国法人乙社が関連企業であり、甲社が S 国で競業しない義務を負う代わりに乙社が Korfund 事件におけるのと同じ条件で(即ち arm's length 準拠で)甲社に支払いをしたら乙社は控除できるか。この事例ならばあてにならない arm's length の存在を否定する人はほぼいないであろう³。

Korfund のような arm's length の支払を関連当事者間で否認する理由は現行法には無いのではないか? もしも労働価値説的発想なのだとすれば、Korfund 社から Zorn 社への支払は Korfund 社の労働価値であって Zorn 社の労働価値ではないから、関連企業間取引なら否認されるという説明になるだろうか。

今なら Zorn 社や甲社に value creation (価値創造) への貢献が無いという説明の仕方になるだろう。value creation と arm's length とでズレがあると私は主張した⁴。(但し、関連企業間の関係では甲社の value creation を否認できても、Zorn 社の personal attribution の文脈での所得帰属は否認し難いことについては留意すべき)

本家本元の労働価値説(きちんと勉強してないが)は資本家 vs. 労働者の対立の文脈のものと理解している。資本家による収奪を認めないという発想を国際租税法に持ち込むならば、100%出資を仮定すべき、となる⁵。あてになる arm's length は、100%出資(負債なし)でリスクも標準的に負担する主体を想定するであろう。

(b) アドビ移転価格事件⁶: アイルランド法人に機能を移したから日本子会社の機能は小さい。

OECD の【機能 function・資産 asset・リスク risk】勘案のうち、リスクはミスであったと私は考える。

しかし、リスク負担を論じることの難しさとして、アドビ移転価格事件のようなリスク配分を【異常】と評するにあたっての【標準的な】姿が何なのかを示し難いという問題がある。過去の標準的な取引を前提とせざるをえないであろうが、新しい取引の勃興に対応するための【異常】【標準的】の線引きの論拠を提示し難い。

(c) Google の Double Irish (Dutch Sandwich は無視)におけるアメリカの base erosion とは?⁷

² Grinberg・註 1、6 頁が Karl Marx に言及したのが管見の限り初めてであると思われる。私自身も、労働価値説を勉強してない近代経済学の考え方に染まっているので、口頭で労働価値説と述べたことはあっても公刊物に書く勇氣は持てなかったし、伝統的国際租税法体系が仮に労働価値説的発想に基づいているといえとして、それを肯定的に評価できるのかどうかについては態度決定しかねてきた。

横道に逸れるが、商標法に代表される標識規整の問題として、(1)出所混同防止機能、(2)品質保証機能の他に、ブランドイメージそのもの(への投資)を法が保護すべきかという論点がある。エルメスのバッグが丈夫で信頼できる、といった客観的な品質を伴う事柄について法で保護を与えるのは理解できるけれど、仮に混同の恐れがない場面でチャネルの名前といったブランドイメージを保護すべきかという、ブランドとはいわば消費者が騙されているだけであって社会的に有用でないのだから法で保護するに値しない、というような客観的有用性に着目する考え方は、労働価値説っぽい。

ブランドイメージの話から更に逸れると、ブランド及びブランドに限らない文脈でただのりは許さない発想をしばしば見かけるが、権利者が損しない(すなわち過少投資の懸念がない)ただのりは放置してよいのでは?

³ *Xilinx v. Commissioner*, 125 T.C. 37 (2005); 598 F.3d 1191 (9th Cir., 2010 March 22); *Altera v. Commissioner*, 145 T.C. No. 3 (145 T.C. 91) (2015 July 27); 2018 U.S. App. LEXIS 27728 (2018 September 28 未確定)もあてにならない arm's length の例といえる。

⁴ 浅妻章如「BEPS: value creation と arm's length との異同、次に value creation 基準の難点」税大ジャーナル 27 号 35-48 頁(2017.3)

⁵ 後述するように私は法人税制が投資即時控除 (expensing 方式) を基本とすべきと考えているのでマルクス経済学的発想には馴染めていない。

⁶ 東京高判平成 20 年 10 月 30 日平成 20(行コ)20 号

⁷ 詳しくは浅妻章如「Google 等の租税回避の対抗策における移転価格以外の課題」小泉直樹・田村善之編『中山信弘先生古稀記念論文集 はばたき—21 世紀の知的財産法』1025-1039 頁(弘文堂、2015)

アイルランド法人(cash box)がアメリカ法人(研究員等を雇用)に金員を提供し R&D をする。

出資なら米法人は愛法人に配当を支払う。原則として配当は損金不算入。

金銭貸付なら米法人は愛法人に利子を支払う。原則として損金算入。→earnings stripping 対策
従来、出資(equity)と借入(debt)との差を消すための策として、CBIT⁸とか ACE⁹とかが論じられてきた¹⁰。
buy-in が画期的であるのは、事実上の出資・貸付を、売買という法形式の選択でしてしまうことであった。
cash box に関してはリスク負担に対応する利得の帰属を認めないとしているが、投資家としての収益の帰属を愛法人 cash box に認めるのは personal attribution の文脈において正当化されるにとどまり、geographical allocation の観点からは、配当または利子と同様にアメリカに割り当てねば不整合である。

(a)あてにならない arm's length の存在が浮かび上がる。

(b) risk allocation を arm's length の文脈で否認すべき場合がある。(近年は自然人重視…労働価値説?)

(c) arm's length は personal attribution であり geographical allocation の文脈では力を発揮できない。

II.2. 第1段階: arm's length からの逸脱(軽度): 生産基準

arm's length 遵守であっても geographical allocation の観点から対処すべき問題として profit sharing がある。

(d) R 国の甲弁護士と S 国の乙弁護士が組合を結成し所得折半を約した。或る年、甲弁護士は病気で全く活動できず、乙弁護士の稼ぎが折半された。

欧米日を問わず、甲が S 国に PE を有し S 国で課税される、と考えられている。

組合ならば甲が乙弁護士の事務所の利用権を有していると説明される。しかし、組合契約の中で明示的に甲の S 国での活動が禁じられていたとしても、PE 認定は諦めないであろう。組合だから place of business について非居住者も処分権限(at one's disposition)を有している、という説明は、租税条約の文言の解釈として無理があると私は考える(恐らく一人説であるが)。

profit sharing を通じた S 国企業から R 国居住者への利益移転は、組合の形をとるとは限らず、日本では匿名組合契約に関し PE を認定しなかった¹¹。帰結はおかしいかもしれないが、日本の裁判所は文言の解釈の節度を守ったと私は考える。匿名組合契約関係で PE を認定するのが欧州における常識であるが、欧州の方は結論ありきであるように思われる。また、アメリカでも、partnership と PE 認定の関係そのものは議論の対象とならないように見受けられ、partnership 性の有無として問題となる¹²。

欧米の profit sharing に対する PE 認定の緩さは、源泉課税管轄保守の観点から理解できないではないものの、早いところ、OECD は【profit sharing は PE 課税の loophole でした。ごめんなさい。でも源泉地国課税を認めさせてください】と表明すべきであろう。

(d)のような profit sharing にせよ、(a)の競争禁止義務の例にせよ、PE 課税の loophole であり、日本のように匿名組合契約の利益分配に関する源泉徴収課税で対処すべきか、支払者の控除を否認すべきか、特殊な PE を認定すべきか、方法は幾つか考えられるが、非居住者から居住者への製品販売・役務提供等を伴わない居住者から非居住者への単なる支払(利益移転)には、源泉課税管轄を認めるという帰結について比較的賛同が得られやすいであろう(今だって PE 認定しているから問題ないと OECD の人達は言い募るであろう)。

(e) arm's length 遵守で代理人 PE 帰属利得に関し double taxpayer approach を維持するのは、不可能ではないが、single taxpayer approach の方が素直である。

double taxpayer approach は寧ろ arm's length からの逸脱と明示的に位置付けた方が、まだ説得力があると思われる。いわゆる synergy effect(協業の利益)について arm's length 遵守なら源泉地国に geographical allocation があると言いにくいのに、arm's length 遵守の看板を下ろせば、geographical allocation は論拠を持たない(観念にすぎない)ので、synergy effect の配分について合意可能性を探りましょうと言いうる。

代理人 PE 帰属利得が single taxpayer approach だと源泉地国にとって不利になるかもという懸念への対処

⁸ Comprehensive Business Income Tax

⁹ Allowance for Corporate Equity. 私は BEIT (Business Enterprise Income Tax) の方が好みだが、本報告に際してはどちらでも大差ない。

¹⁰ Institute for Fiscal Studies, MIRRLEES REVIEW: TAX BY DESIGN (Oxford University Press, 2011) Chapter 17 (Taxing Corporate Income)、神山弘行「法人課税とリスク」『租税法と市場』__頁(有斐閣、2014)等。

¹¹ 日本ガイドント事件・東京高判平成 19 年 6 月 28 日判時 1985 号 23 頁

¹² *W. C. Johnston v. Commissioner*, 24 T.C. 920 (1955)は、カナダ居住者が partnership を通じて PE 課税を受けた事例である。partnership 関係ならば PE 課税を受けるということが議論の前提とされており(この前提が何に由来するのか嘗て調べようとしたがたどりきれなかった。恐らく partnership 関係、即 PE 課税、というのはアメリカ人にとって当然のことと考えられているものと思われる)、争点はカナダ居住者とアメリカ居住者が partnership 関係にあったか否かであった。

は、(d) profit sharing と同様の構造の問題となるであろう。(a)の競争禁止義務に関しても、Zorn 社が競争しないことで Korfund 社に第一次的に帰属している事業利得が高くなるということがあれば、arm's length の関係で Zorn 社がその増分をもっていくのはおかしいことではないけれども、関連企業間では源泉地国に geographical allocation が認められるというのは、突飛な話ではない。

(e)の synergy effect にせよ、(d)の競争制限による利得の増分にせよ、PE 課税と arm's length 遵守の組み合わせだと loophole にはまる。loophole を認識したうえで穴を塞ぎましょうというのは、突飛な話ではない。

II.3. 第2段階: arm's length からの逸脱(重度): 需要基準の混入¹³

(あ) user participation / user contribution¹⁵……英国の製薬会社が南米で原料を見つけたら英国は南米に課税権を譲るべきという考え方は(南米が主張したことはあっても)欧米ではあまり支持されてなかった筈。digital economy が特別だという見解への反論材料は持ち合わせてないが説得力が乏しいという感覚。

(い) marketing intangible¹⁶……要するに Piedras 事件¹⁷…メキシコラジオ放送会社の広告収入のうちアメリカ企業からのものが多かった¹⁸。素直に excess profit (経済学でいうところの超過利潤。投資収益のうち機会費用 normal return を超える部分)の配分と言ってしまった方が政治的に妥結しやすいのではないか。

(う) significant economic presence¹⁹……有形物無し PE は cost allocation rule の変更を要請するので²⁰、nexus と言いつつも実態は PE 課税ではなく formula っぽくなるのをええない。あくまで、PE として扱おうとするならば、有形 PE をわざと置いて PE 帰属利得を arm's length に沿って小さくする(金融業ではそれが常識²¹)ことへの対策として、force of attraction (吸引力)の復活を要請する。

(あ)(い)(う)は結局のところ formulary apportionment (定式配賦)っぽくなるのかもしれない。allocative factor の政治的妥協困難性よりも、分母²²の所得(収入でも利得でも)についての会計基準の統一の技術的困難性の方が、深刻かもしれない²³。

(え) withholding tax, equalization levy, digital service tax……租税条約 12 条(非 OECD 型)の royalty の範囲に論理的裏付けがないのと同様で ring fencing (特別措置の画し方)の論理的裏付けは無い。旧 12 条でできたことが今できないとする理由も技術的には無いであろう。税の累積という問題も旧 12 条と同様であろう。

(お) 控除制限 (BEAT, diverted profit tax 等)……付加価値税の reverse charge と似ているが、付加価値税の reverse charge は ring fencing を要しないのに対し、デジタル経済課税の文脈では ring fencing を要する(需要地基準を法人税の文脈でも徹底するならば話は変わってくるかもしれないが)

(か) 生産基準 vs. 需要基準(高税率国同士でも問題となる)ではなく低税率国企業帰属利得への課税 (BEPS

¹³ 需要重視自体は 1990 年代後半から Doernberg 等が論じていたことであって学界的には珍しいものではない。Arthur Cockfield, Tax Wars: The Battle Over Taxing Global Digital Commerce, 161 Tax Notes 1331 (2018 December 18) <https://ssrn.com/abstract=3309920>

¹⁴ OECD invites public input on the possible solutions to the tax challenges of digitalization (2019.2.13) <http://www.oecd.org/tax/beps/oecd-invites-public-input-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm> OECD, Base Erosion and Profit Shifting Project: Public consultation document: Addressing the tax challenges of the digitalization of the economy (2019 February 13 - March 1) <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>

¹⁵ OECD・註 14、9 頁

¹⁶ OECD・註 14、11 頁

¹⁷ *Commissioner v. Piedras Negras Broadcasting Co.*, 127 F.2d 260 (5th Cir. 1942), affirming 43 BTA 297 (1941)

¹⁸ 付加価値税の文脈でインディーレーシングリーグ事件・東京地判平成 22 年 10 月 13 日訟月 57 卷 2 号 549 頁(確定)は 16 レース中 15 レースがアメリカ開催であってもレース参加企業の日本国内での役務提供とした例を想起。この事件では広告主たる日本企業が仕入税額控除を採るために日本国内での役務提供とするような契約内容であったため、レース参加企業の国外役務の主張は駄目もとであったとみられている。

¹⁹ OECD・註 14、16 頁

²⁰ 浅妻章如「サービス PE・仮想 PE の可能性と限界」法律時報 90 卷 2 号 33-38 頁(2018.2)

²¹ これが通用してきたという事実も、伝統的な国際租税法では geographical allocation よりも personal attribution の方が重視されてきた、ということの証左であろう。

²² OECD・註 14、16 頁 para74 | 欧州の CCCTB が進まないのも分子より分母では?

²³ Grinberg・註 1、__頁

対策が重要)との見方……究極的には個人投資家レベルの課税を確保できれば良い筈。法人税レベルならば(あ)~(お)が先決問題なのではないか？

III. 需要基準が重要だというなら付加価値税だけで税収を賄えばいい？

(5) R 国の甲社が有形物を製造し S 国の乙社に販売し事業所得を得る。

(7) Q 国の丙氏が R 国の甲社に出資 or 貸付をし甲社が S 国の乙社に製品販売 or 役務提供をする。

課税の現場は(5)に直面するが租税政策論は(7)の図を描くべき。

所得税:投資家所在地国(Q 国)課税 法人税:生産地国(R 国)課税 付加価値税:仕向地国(S 国)課税

法人税と付加価値税は何が違うか……投資の機会費用 normal return への課税の有無(教科書的答)。

現実世界の法人税制は R&D に対する費用即時控除とか税額控除とかで経済実態として normal return 部分への課税を除外しており課税ベースは付加価値税に近い筈²⁴。

だから法人税を無くして付加価値税だけで賄うというのは、政治的妥結可能性を度外視した政策論としては、それなりに筋が通っている(からこそ、成立しなかったがアメリカの DBCFT は付加価値税化を目指した)。

法人税は日本でも諸外国でも税率引下げ²⁵(と課税ベース拡大)の傾向にある。²⁶

私:法人税の課税ベースは狭くした方が良い(投資即時控除を一般化すべき)、高税率で良いと思う²⁷。

投資即時控除は経済実質的に二つの付加価値税を法人税法と消費税法で課すことを意味する。

現実の法人税は投資即時控除が一般化してない代わりに利子の損金算入で機会費用 normal return 部分への課税を除去しているとも理解でき、法人税に限れば超過収益課税となっているが、利子受領者の課税まで含めて考えれば normal return への課税は残る筈。尤も、法人が利子受領者の課税の効果まで視野に含められないとすれば利子損金算入は法人税を効率的なものとしているかもしれないし、現実世界では利子受領者も法人であることが多く個人レベルの投資家はほぼ課税されてない²⁸という実態もあるかもしれない。

付加価値税 昔:原産地主義は貿易を歪めるので非効率。仕向地主義は貿易を歪めないなので効率的。

今:原産地主義でも貿易は歪められない。^{29,30}

需要基準の課税は消費者に転嫁される³¹から、需要地国の税収になるとしても需要地国の welfare 改善にはならないかもしれない？

……未だ悩む。付加価値税のような従価(ad valorem)税は需要曲線・供給曲線の傾きがおかしくない限り概ね半々ずつ生産者・消費者に転嫁される筈。法人税は従価税でないから付加価値税とは負担の転嫁の仕方が違うかもしれないが、法人税の少なからぬ部分が投資即時控除などにより経済実質的に付加価値税化していたとしても、付加価値税のように半々ずつ負担されるということは無いということになるであろうか？尤も従価税であるか法人税のような利得への課税であるかによって税負担の転嫁・帰着が劇的に変わるだろうか？地方税はともかく国際租税法の文脈で需要基準課税が需要地国の welfare を下げるとは直ちには想像しにくいし、そう論じている人も少ないと見受けられるが、確証もない。

法人税の生産地基準課税は工場の国外移転等の資本流出をもたらすので租税競争を悪化させる³²……と従来私は信じてきたが、法人税であっても投資即時控除の部分が大きければ(或いは ACE のように利子・配当のうち機会費用 normal return 部分の控除を認めれば)資本流出を招かない筈？

²⁴ 研究費控除と patent box が組み合わされば無税よりも優遇しているかもしれないが深入りしない。

²⁵ 教科書的には死荷重(deadweight loss)は税率の二乗に比例するため、税率引下げの効率性利得が大。

²⁶ 他方で付加価値税が税率引き上げ傾向にあるのは何故なのか、不思議。複数税率を減らす動きが無いわけではないが目立ってはいない。

²⁷ 國枝繁樹「_____」同旨

²⁸ スイス口座を使った脱税かもしれないし、我々中流階級の人間にとっては年金基金だったり。

²⁹ 今でも、仕向地主義が非効率という話はないものと理解しているが誤ってたら教えてください。

³⁰ 原産地主義でも貿易は歪められない理由として講義では為替調整で説明するけれども、為替調整が無い場合でも、付加価値税は投資即時控除(【資産化して後に減価償却】ではないという意味)なので機会費用 normal return 部分への課税が経済実質的に無いから投資先選択を歪めない筈であるとも説明できようか。

³¹ 三善由幸「地方法人税の分割基準が住民の厚生に与える影響の研究」

<https://www.rieti.go.jp/jp/publications/nts/17e124.html>

³² Grinberg・註 1、__頁は、アメリカの州税の allocative factor が 3 要素(sales asset labor)から 1 要素(sales)になった経緯を説明する。

法人税は直接税と通常は言われているが、課税の公平³³が深刻ではないという意味で付加価値税に近い。法人の居住地国が全世界所得に課税する要請は、個人の居住地国が全世界所得に課税する要請より低い。尤も法人税が課税の公平を無視できない要素として、個人事業主の所得課税との比較がある。殆どの租税改革論は事業課税について法人・組合・個人等を問わないとしているが、個人事業主について事業課税(これは課税の公平を軽視してよい)の部分 personal 個人の担税力の総合的把握(課税の公平の問題)からどう切り出すかについて、あまり議論が成熟してない³⁴。それでも法人税は今後一層付加価値税に近いものとして論じられるだろう。

³³ 公平は多義的だが、分配の是正の文脈で、経済力が同等の人に等しい負担を求める水平的公平と、経済力のある人により大きな負担を求める垂直的公平という際の、経済力の測り方の問題を意図する。

³⁴ 例外的に BEIT 2 が配慮しているくらいか。Edward Kleinbard, *Business Taxes Reinvented — A Term Sheet*, 156 Tax Notes 999 (August 21, 2017)。古くは Bradford の X Tax 提案等。