

Legal Alert



8 June 2009

東京青山・青木・狛法律事務所
 ベーカー&マッケンジー外国法事務弁護士
 事務所（外国法共同事業）
 東京都千代田区永田町2丁目13番10号
 プルデンシャルタワー
 代表：03 5157 2700

Edwin T Whatley
 Tel: +81 3 5157 2801
 Fax: +81 3 5157 2901
edwin.t.whatley@bakernet.com

小林真一
 Tel: +81 3 5157 2807
 Fax: +81 3 5157 2901
shinichi.kobayashi@bakernet.com
 岡龍太郎
 Tel: +81 3 5157 2809
 Fax: +81 3 5157 4300
ryutaro.oka@bakernet.com

外国子会社益金不算入制度に係る経過措置及び改正法が実務に与える影響について

平成21年度税制改正によって導入された新法人税法第23条の2（外国子会社から受ける配当等の益金不算入）は、改正前の国際税務によって構築された日系企業の海外投資に係るストラクチャー、資金還流政策を根底から見直す契機になっていることは間違いない。また、実際に大手企業では海外子会社からの配当による資金還流を行う方針を公表し始めている。その一方で、新法人税法23条の2及びこれに伴って改正された新租税特別措置法第66条の6（タックスヘイブン対策税制）の規定及びこれに係る経過措置の解釈は必ずしも平易ではないため、実際にストラクチャーや資金還流政策の変更を行う場合には綿密なタックスプランニングが必要となる点には留意を要する。以下ではこれらの留意点や影響等についての主たる論点を整理した上で、改正法が日系企業の海外投資ストラクチャーに実際にどのような影響を与えるかについての一応の所見を述べることにする。

1. 租税法解釈と外国の私法上の行為

租税法は侵害規範であり、私法上の取引がもたらす経済的実質や立法趣旨を斟酌しつつも、その解釈は原則として文理解釈によるべきであるところ、我が国の法人税法の規定は基本的に日本の私法、特に会社法のもとに行われる行為をベースとして構成されている。このような構成は、基本的に、日本の会社法に準拠せずに設立された外国法人の行為や所得計算について規定している新法人税法第23条の2（外国子会社から受ける配当等の益金不算入）及び新租税特別措置法第66条の6（内国法人に係る特定外国子会社等の留保金の益金算入～いわゆるタックスヘイブン対策税制）においても例外ではない。そのため、必然的にこれらの日本税法の規定の解釈には、これらの規定の対象となる外国法人の行った外国法に基づく私法上の行為に類似する日本の私法上の行為等を特定した（あるいは日本の私法上の行為等に引き直した）上で租税法の解釈を行う作業が必要となっている。しかし、このような、外国及び日本の私法上の行為の本邦租税法への作用や税法の規定の一言一句の意味を軽視し、趣旨解釈のみで国際租税法に関する規定を解釈する場合、思わぬ落とし穴に落ちる危険性があることに注意しなければならない。この「租税法」と「私法」の交錯する局面をどう考えるべきかという問題の解法に際しては、税務的な感覚（タックス・センス）と法務的な感覚（リーガル・マインド）の調和が不可欠となる。

2. 新法人税法第23条の2（外国子会社から受ける配当等の益金不算入）と経過措置

① 適用時期の原則

所得税法等を改正する法律は、同法附則第1条の規定により平成21年4月1日から施行されることが原則とされているが、外国子会社から受ける配当等の益金不算入の規定は同法附則第6条の規定により、内国法人の平成21年4月1日以後に開始する事業年度において受ける剰余金の配当等の額について適用することとされている。

② 適用時期の例外

改正法附則第44条第5項では、「内国法人の施行日以後に開始する事業年度において当該内国法人に係る旧租税特別措置法第66条の6第1項に規定する特定外国子会社等から受ける新租税特別措置法第66条の6第1項に規定する剰余金の配当（当該特定外国子会社等の施行日前に開始した事業年度に係るものに限る。以下この項において同じ）については、新法人税法第23条の2の規定は適用しない」とされている（下線は筆者が強調）。なお、新旧ともに租税特別措置法第66条の6はいわゆるタックスヘイブン対策税制についての規定である。

つまり、適用時期の原則に関わらず、一定の場合には施行日以後に開始する事業年度に外国子会社から受ける剰余金の配当であっても、旧法の規定により益金の額に算入されることが規定されている。

③ 適用時期の例外規定の趣旨と問題点

一定の特定外国子会社等から支払われる剰余金の配当について、新法人税法第23条の2の規定を適用しないとする経過措置の趣旨は、

"旧"租税特別措置法第66条の6（タックスヘイブン対策税制）における課税対象留保金額の計算構造との関係から生じうる弊害を防止することにあると推測される。すなわち、"旧"租税特別措置法施行令第39条の16第2項二号の規定では、特定外国子会社等の合算対象となる事業年度を基準事業年度とする剰余金の配当は当該事業年度に係る課税対象留保金額から控除されることとなる。そのため、潜在的に課税対象留保金額を構成する利益の全額を日本に配当すれば、結果的に課税対象留保金額は認識されないにもかかわらず、当該配当を新法人税法第23条の2の適用対象としてしまうことで"課税の空白"が生じることを防ぐ狙いがあるものと考えられる。この理解が正しいとすれば、その制度趣旨は充分理解できるものの、以下のような問題点・疑問点が浮上する。

Ⅰ 実際にどのタイミングで支払われる配当について経過措置が適用されるのか。

Ⅱ "旧"租税特別措置法施行令第39条の16第2項二号の規定により控除される額を超えて配当された場合、特に過去の事業年度の利益を原資とした配当をした場合にもこの経過措置が適用されてしまうのか。

Ⅲ "旧"租税特別措置法第66条の6第4項に規定する適用除外要件を満たす外国子会社からの配当についてもこの

経過措置の射程距離が及ぶのか。

④ 経過措置の解釈

問題となる改正法附則第44条第5項に規定する経過措置及び同条の他の項では、「"新"租税特別措置法（以下では文脈により"新法"と省略する場合あり）」と「"旧"租税特別措置法（以下では文脈により"旧法"と省略する場合あり）」という文言が場面ごとに使い分けられており、結果としてこれらが同条の解釈に大きな影響を与えると考えられる。

(a) 「旧租税特別措置法に規定する特定外国子会社等から受ける剰余金の配当」

改正法附則第44条第5項は、内国法人の平成21年4月1日以降に開始する旧法に規定する特定外国子会社等から受ける剰余金の配当がその射程距離となる。この場合、「旧法に規定する特定外国子会社等」とされていることから、改正法附則第44条第1項の規定によって「特定外国子会社等の平成21年4月1日前に開始した事業年度で特定外国子会社等に該当する外国子会社」と読むのが自然であろう。

旧法において「特定外国子会社等」とは、関係する一連の規定を総合勘案すると、租税が存在しない国又は地域に所在する外国関係会社の例を別にすれば「外国関係会社のうち各事業年度の租税負担率が25%以下であるもの」となる。つまり、ある事業年度の租税負担率が25%以下となってしまうために特定外国子会社等に該当する外国関係会社であっても、その翌事業年度の租税負担率が25%を超えることになれば特定外国子会社等に該当しない場合もあり得る。このような場合、翌事業年度の開始の日から終了の日までは特定外国子会社には該当しないことになる。これを改正法附則第44条第5項についてあてはめてみると、その配当を支払う事業年度（"旧法"と限定されているため平成21年4月1日前に開始する事業年度）において特定外国子会社等に該当する外国子会社から受ける剰余金の配当が該当することになる。そうであるとするならば以下の解釈が導き出せる。

① 外国子会社の平成21年4月1日以後に開始する事業年度において支払われる配当は、「新法における特定外国子会社等から受ける配当」に該当する可能性はあるが、「旧法における特定外国子会社等から受ける配当」には該当しえない。なぜならば、旧法において特定外国子会社等に該当する可能性のある事業年度は既に終了しているからである。このように考えるならば、日本の親会社と外国子会社がともに3月末決算法人であった場合、改正法附則第44条第5項に規定する経過措置が適用される余地は、少なくとも文理解釈上は残されていないように思われる。

② 外国子会社の平成21年4月1日前に開始する事業年度において支払われる配当で、当該外国関係会社とその配当支払事業年度終了前に外国関係会社でなくなった場合（第3者への売却等）には、当該配当について改正法附則第44条第5項の経過措置が適用される余地はない。外国関係会社に該当しなければ特定外国子会社等にも該当しないが、外国関係会社に該当するかどうかの判定は外国法人

の各事業年度終了の時の現況によるものとされているので、その事業年度終了時に外国関係会社に該当しない外国法人は、その事業年度の全てにおいて特定外国子会社等には該当しえないことになる。

③ 日本の親会社と外国子会社の決算期が同一でない場合、

例えば日本の親会社が3月決算で外国子会社が12月決算であるような場合には、当該経過措置が適用される可能性がある。

ただし、このように解釈をすると部分的に経過措置の趣旨（すなわち"課税の空白"を塞ぐという趣旨）から外れた課税関係を引き起こす可能性も生じることになる。例えば旧法の適用を受ける特定外国会社等の平成21年3月末決算の課税対象留保金額から控除される配当が、平成21年4月1日以後に支払われる場合には経過措置が適用されず、日本の親会社でも95%が益金不算入とされる事態が生ずる。この点、文理解釈を超えて趣旨解釈をすることは許されないとしても、次のように解釈する余地はあるように思われる。

(b) 旧法において課税対象留保金額から控除され得る配当を、旧法に規定する特定外国子会社等から受ける配当とする解釈

改正法附則第44条第5項に規定する経過措置の趣旨が、"旧"租税特別措置法施行令第39条の16第2項二号によって課税対象留保金額から控除される剰余金の配当等について、"新"法人税法第23条の2の規定による益金不算入を適用させないことであるとするならば、この解釈は明確な文理解釈として妥当であるかは別として、その立法趣旨に照らせばその狙いに近い課税関係となるであろう。ところで"旧"租税特別措置法施行令第39条の16第2項二号の規定により課税対象留保金額から控除される剰余金の配当等とは、特定外国子会社等に該当した事業年度を基準事業年度（剰余金の配当等の基準日が属する事業年度）とする剰余金の配当等である。"新"租税特別措置法においてこの規定は削除され、特定外国子会社等が支払う剰余金の配当は当該外国子会社等が支払う課税対象金額からは控除されないこととなった。

ここでいう"基準日"は、税法においてその定義がなく会社法第124条に規定する基準日を指すものと考えられる。しかしながら、当然に外国子会社が準拠する外国の法律に日本の会社法と同様の規定が存在するとは限らないことがこの条項の解釈にあたって問題となる。そのため、外国子会社が準拠する法律における関連する規定を綿密に分析し、日本の会社法に規定する"基準日"と同一視し得る法律効果が生じるか否かを判断することが必要になる。また、このことは会社法における基準日とは何かという点について適切な判断がそもそもなければ成し得ないということになる。

なお、"旧"租税特別措置法施行令第39条の16第2項二号に規定により課税対象留保金額から控除される剰余金の配当等は、基準日が当該事業年度に属する配当に限定されていることから、基準日が当該事業年度に属さない剰余金の配当についてまで、これに該当するという解釈は、納税者に有利となる取

扱いになる場合として課税当局が判断するという局面ではあり得なくはないが、法律が明確に規定をしている場合において納税者が不利になる場合においても拡大解釈することは許されないと解すべきであろう。

いずれにしても、外国子会社が準拠する外国の法律において、日本の会社法の規定による剰余金の配当と同一視できる行為に係る当該外国の法律における基準日の考え方は経過措置の解釈において重要なものであることに変わりはない。

(c) 経過措置が適用される場合に益金算入となる金額

改正法附則第44条第5項の経過措置が適用される剰余金の配当等の金額は、同項において当該特定外国子会社等の施行日前に開始した事業年度に係る剰余金の配当等に限るとされている。

これは剰余金の配当等の利益の源泉を旧法が適用される事業年度の利益に特定する趣旨であると考えられるが、この文言では必ずしも明確ではない。例えば、間接外国税額控除に関する旧法人税法施行令第147条第2項では、"配当等の額に係る事業年度"について定義をしているが、改正法附則第44条では定義されていない。

論理的には、旧法において特定外国子会社等に該当した事業年度に限定するのが妥当とも考えられるが、同項の文言ではこのように限定して解釈することは困難である。従って、経過措置が適用される剰余金の配当には、特定外国子会社等に該当しなかった事業年度において獲得した利益を含む、施行日前に開始した全ての事業年度に獲得した利益を源泉とした配当の全てが該当すると読むのがむしろ自然であり、そのように解釈される可能性があるので注意が必要である。

(d) 適用除外要件を満たす外国子会社からの配当も経過措置の対象となるか

租税特別措置法第66条の6第4項に規定する適用除外要件の充足の可否は、外国子会社が特定外国子会社等に該当するか否かに影響を与えない。つまり、法律は特定外国子会社等のうち一定の要件を満たす法人について同条第1項の適用をしないとすると留まり、同条第4項は当該要件を満たす法人が特定外国子会社等に該当しないことまで認めているものではない。そうすると、適用除外要件を充足する外国子会社から受ける配当、いわば適用除外要件を満たす実体のある事業から生じたいわゆる"クリーンな利益"についても改正法附則第44条第5項の経過措置によって益金算入とされる可能性がある。

ただし、上述のとおり"新"租税特別措置法第66条の6において特定外国子会社等に該当する外国子会社が支払う配当について当該経過措置の適用は及ばないと考えられることには留意が必要である。

3. 実務的な対応

上述のとおり、新法人税法第23条の2（外国子会社から受ける配

当等の益金不算入)及び"新"租税特別措置法第66条の6(タックスヘイブン対策税制)に係る経過措置は、改正法附則第44条第5項だけでなく同条の他の項も含めて難解であり、法律ないし立法者が当初予定していないと考えられる不利益が生じること(あるいは課税の予測可能性が低い事態が生ずる可能性があること)は否定できない。このような不利益等を避けるためには、経過措置を含む日本の税法の解釈に加えて、外国子会社が準拠する法律及び日本の会社法の正確な解釈が要求される。また、株主総会議事録等の現地法における法的書面において、現地法が許容する範囲で日本の税法の取扱いを担保するあるいは明確にする記述をすることが実務的な対応として考えられる。上述の通り、この場合のキーワードは"基準日"である。

4. その他改正法が与える実務的な影響

(a) 種類株式と外国子会社配当益金不算入

新法人税法第23条の2が適用される外国子会社には、内国法人が当該外国子会社の発行済株式総数の25%以上の株式数を有している外国子会社又は議決権株式総数の25%以上の議決権株式を有している外国子会社が該当する。あくまで発行済株式総数の25%以上であるかどうか判断基準であるため、保有する株式が種類株式であることにより実質的な持分が25%以上であっても適用が受けられない可能性もあり、またその逆のケースも考えられる。この意味において今後はさらに"発行済株式総数"の解釈、関連する現地法の解釈が重要になるであろう。なお、優先配当は旧法では間接税額控除が適用される配当から除外されていたが、新法人税法23条の2では除外されていないことも注目に値する。

(b) 現地で損金算入される配当の益金算入可能性

新法人税法第23条の2の規定を見る限り、外国子会社からの何らかの支払が"剰余金の配当等"に該当すれば、たとえそれが現地税制で支払利息とみなされて損金算入されているとしても日本で益金不算入の対象となり得ると考えられる(このような制度がある国としては米国、豪州、ブラジル等が挙げられる)。つまり、現地で損金算入され日本で益金不算入になるということで実質的に国際間の2重課税ではなく無税状態が生じる。このような状態を否認しようとするならば、外国法人が行うこれらの支払に係る行為が、新法人税法における"剰余金の配当等"に該当しないと解釈するアプローチが考えられる(ただし、米国や豪州の税制と異なり、基本的に日本の税法は法形式が資本であれば資本、配当であれば配当として取扱うのを原則としている)。この点、旧法人税法においては特に大きな問題でなかった"剰余金の配当等"の定義、とりわけ外国法に基づく行為が、日本の会社法における剰余金の配当に該当するかどうかという問題が浮上する可能性がある。

(c) 外国源泉税のマネジメントの重要性

新法人税法では、益金不算入とされる剰余金の配当等について課された外国源泉税は、損金不算入(新法人税法第39条の2)かつ外国税額控除不適用(新法人税法施行令第142条の3第7項三号)とされる。これは海外投資に係る利益の利益還流プロセスにおいて発生する税金費用として外国源泉税が最も大きな要素となることを

意味する。

改正前は、外国源泉税の負担は外国税額控除制度で吸収され理論的には実質税負担増にならないケースが多かったことにより、日系企業は配当に係る外国源泉税の軽減に重きを置いてなかったように見受けられる。この外国源泉税は、連結決算における在外子会社の未分配利益に係る繰延税金負債の認識においても大きな要素となることもあり、今後この軽減に向けて既存ストラクチャーの変更も必要になるであろう。特に、みなし外国税額控除の手当てが厚かった中国（2008年1月より配当に係る中国における源泉税は10%となっている）、支払配当に係る源泉税率が高い台湾、ドイツなどに所在する子会社の利益還流については留意が必要になる。

(d) ハイブリッドエンティティ（特に米国LLC）の取扱いの明確化

日本の法人税法においては法人として取扱われ、米国税法上は法人として取扱われずにその所有者に直接所得が帰属する米国LLCについては、米国LLCの所得についてその所有者である内国法人に直接課された米国内国法人税について直接外国税額控除を認めるという実務的な取扱いは存在していたものの必ずしも明確ではなく、さらに外国税額発生時期と控除枠の発生時期にズレが生じること等の弊害も存在した。しかし外国源泉税の損金不算入及び外国税額控除対象外について規定する新法人税法第39条の2及び新法人税法施行令第142条の3第7項では、これらの規定により損金不算入又は外国税額控除対象外となる外国税額に「当該剰余金の配当等の額の計算の基礎となつた当該外国子会社の所得のうち内国法人に帰せられるものとして計算される金額を課税標準として当該内国法人に対して課される外国法人税の額を含む。」とされた。そのため、米国LLCの所得について内国法人に直接課せられる米国内国法人税が損金不算入かつ外国税額控除が適用されないことが明確になった（他方、米国LLCからの利益分配は新法人税法第23条の2が適用される）。これによって米国LLCの持分取得に係る日本の課税の予測可能性は高まったことになる。

(e) タックスヘイブン税制が適用される外国持株会社

特定外国子会社の課税対象金額について規定する新租税特別措置法第39条の15において、実質的な新たな規定として当該特定外国子会社等が25%以上の持分を有する他の外国子会社から受取った配当を課税対象金額から控除する規定が加えられた。これによって、従前は敬遠されていた「タックスヘイブン税制が適用される外国中間持株会社」を用いるストラクチャーも日本税制の観点からは必ずしも不利益なものではなくなった。

ただし、この課税対象金額からの一定の配当所得の除外は、その明細を確定申告書に添付した場合に限り適用するとされている。当初から特定外国子会社等に該当するのが明確な場合には、このような明細（別表添付と考えられる）を確定申告書に添付することは可能であるが、租税負担率の計算によっては特定外国子会社に該当する可能性がある外国持株会社には不利益となる可能性があり、特に当初は特定外国子会社等に該当しないというポジションで申告したが後の税務調査によって特定外国子会社等に該当すると認定された場合に問題となる。

また、旧法から引続いて新法において特定外国子会社等の課税対象金額の計算上控除することが認められる欠損金は、特定外国会社等に該当した事業年度に発生したものに限り、租税負担率が25%を超える外国子会社で損失が発生し、翌事業年度以降で利益を獲得した事業年度の租税負担率が25%以下となる場合、配当する利益がないにもかかわらずタックスヘイブン税制によって日本で合算課税されてしまう可能性もある。これらを総合すると、場合によっては租税負担率が25%以下になると考えられる国に持株会社を設立することが有利に働くケースも想定される。このようなケースとしてシンガポールや香港の持株会社が該当するであろう（ただし、シンガポールは国外配当免税制度と間接外国税額控除制度が引続き並存しており、間接外国税額控除制度を適用している持株会社で傘下子会社が支払った外国法人税を含めると租税負担率は25%を超過していたケースもある）。

5. 今後の国際税務の展開と実務

日系多国籍企業に適用される日本の国際税務は外国子会社受取配当益金不算入制度によって大きく変貌し、基本的に日系多国籍企業に有利な方向に向かっていると考えられる。しかし、この新しい制度の便益を享受するための組織再編行為等を含めて外国の私法に準拠して行われる取引が増加する傾向にある中で、日本の法人税法の規定は主として日本の私法上の規定を念頭において構築されていることに変わりはない。また、2008年下期からの世界的恐慌を受けて各国の税制改正のスピードもかつてなく早いものとなっており、タックスヘイブン対策税制の観点を中心にこれらの外国税制の改正についても把握する必要性が生じている。このため日系多国籍企業の税務実務担当者及びそのアドバイザーは、日系多国籍企業の全世界ベースでの適切な税負担を実現するために、外国の私法と租税法並びに日本の私法と租税法の正確な解釈がより求められ、日本の税制の取扱いを担保するための契約書その他の法的書面を整備する必要性が増すと考えられる。

以上

[Update my information](#)

[Privacy Policy](#)

This e-mail was sent by:

Tax Practice Group, Baker & McKenzie GJJ
Tokyo Aoyama Aoki Koma Law Office
(Gaikokuho Joint Enterprise)

本ニュースレターは、一般的な情報をご紹介する目的で作成しており、個別の案件についての法的助言を提供するものではありません。また、本ニュースレターは執筆担当者の個人的見解であり、当事務所（東京青山・青木・狛法律事務所 ベーカー&マッケンジー外国法事務弁護士事務所（外国法共同事業））の意見を代表するものではありません。個別の案件につきましてご質問がございましたら、当事務所の担当者にお問い合わせください。なお、本ニュースレターの内容の正確性については万全を尽くしておりますが、万が一誤りがあった場合であっても、本ニュースレターに依拠したことにより発生した結果について、当事務所は一切責任を負うものではありません。

東京青山・青木・狛法律事務所ベーカー&マッケンジー外国法事務弁護士事務所（外国法共同事業）はスイス法上の組織体であるベーカー&マッケンジー インターナショナルのメンバーファームです。

Baker & McKenzie GJJ Tokyo Aoyama Aoki Koma Law Office (Gaikokuho Joint Enterprise) is a member firm of Baker & McKenzie International, a Swiss Verein. In accordance with the common terminology used in professional service organizations, reference to a "partner" means a person who is a partner, or

equivalent, in such a law firm. Similarly, reference to an "office" means an office of any such law firm.

Before you send e-mail to Baker & McKenzie, please be aware that your communications with us through this message will not create a lawyer-client relationship with us. Do not send us any information that you or anyone else considers to be confidential or secret unless we have first agreed to be your lawyers in that matter. Any information you send us before we agree to be your lawyers cannot be protected from disclosure.