

# グローバル時代における 新たな国際租税制度のあり方

～ポストBEPSの国際協調の下での国内法改正の動向～

報告書

2019年5月

## はじめに

2015年のBEPS最終報告書公表後、各国では、その勧告内容に沿った国内法及び租税条約の改正が着実に進行している。一方で、G20がリードする国際課税に関する協調の焦点は、2020年まで合意の達成を猶予されたデジタル経済への課税ルールに対する取組を中心としたBEPSの積み残し案件及びBEPS対応に伴う新たな二重課税問題等への対応などを求める「税の安定性」プロジェクトなどに集約されている。なお、その際には、米国の課税権確保に向けたミニマム税構想を含むトランプ税制改革や欧州を中心としたデジタルサービス税の導入など、ユニラテラルな新しい税制改正への評価の視点も重視されている。

主要な多国籍企業の税務担当者を中心に税務コンサルタントと研究者が加わって構成される当研究会は、わが国産業界の健全なグローバル活動にとって望ましい国際課税ルールを追求する視点に立って、これまで毎年研究テーマを設定し、委員間での議論を踏まえた報告書を公表してきた。すなわち、BEPS最終報告書公表までの研究では、BEPSの15のテーマが提示した諸問題の検討を悉皆的に行い、さらに最終報告書公表後は、ミニマムスタンダード項目の履行状況のモニタリングの観点を加えて、国内法・条約の改定状況及び執行ぶりを検討してきた。その成果は、経団連がOECDにおける国際課税問題についてのパブリックコンサルテーション等で、わが国産業界の意見を発信する際の重要な参照資料として活用されてきている。

今年の報告書は、国際課税を取り巻く諸動向を再確認しつつ、①わが国が平成31年度改正で具体化した利子控除制限措置と移転価格税制への所得相応性基準の検討及びこれまでに実現した外国子会社合算税制の適用上の課題を検討し、②BEPS積み残し案件としての電子経済課税と金融取引に関する移転価格課税への取組を分析し、更には③これらに影響を及ぼしている米国税制改正の国際的組織再編の改正内容の課題を、研究テーマとして取り上げた。各論文の概要は以下のとおりである。

第1章の岡田論文は、BEPSの執行段階の課題として、税の安定性から見て懸念のある課題（移転価格とデジタル課税）を抽出し、これらに対するポストBEPSの国際協調の動向をとりまとめるとともに、ビジネスの立場からの多様な要請事項を提示・分析したものである。特に、今後発生が避けられない新たな二重課税を解消するための相互協議手続の一環である仲裁制度の拡充に期待を寄せている。

第2章の青山論文は、利子の損金算入に関する平成31年度改正を紹介するとともに同制度の沿革的検証を行っている。法人の資金調達（負債または資本）コストの法人税上の差別扱い回避に向けて経済学者を中心に提起されてきていたACE及びCBITの議論も踏まえつつ、BEPS行動4勧告を受けた過大支払利子税制の改正の効果を、隣接税制（過少資本税制や移転価格税制）との比較検討を行って、明らかにしようとしている。

第3章の浅妻論文は、平成31年度改正で導入された移転価格に関する所得相応性基準の背景にある独立企業原則の理念の広狭を比較法で検証した論文である。米国の判例から抽出される狭義の理念とOECDガイドラインやわが国改正が依拠する広義の理念を対比し、

併せてわが国の先行研究の問題提起も組み合わせて、改正法の執行上の諸課題を詳細に分析している。

第4章の原口・上田論文は、外国子会社合算税制の実務の中から、海外での事業再編に伴う同税制の適用事例を題材にして、経済活動基準の充足を判定する際の「主たる事業」の判定、合算課税の適否を判定する租税負担割合算定の際の「非課税所得」認識の有無等を紹介、検討している。結論として、わが国の一連の改正は租税回避防止という趣旨に照らして一定の評価はできるものの、制度の複雑化を招き根本的な実務上の諸課題を解消するものとなっていないと主張している。

第5章の渡辺論文は、GAF A に代表される巨大プラットフォーム企業が提示する電子経済に関する所得課税の問題を分析するものである。検討にあたっては、2020年までの期限をひかえて2019.2に公表されたOECD公開討議文書の2つの柱の下での諸提案の内容を詳細に紹介するとともに、今後の合意に至る検討予定を紹介している。さらに、わが国企業の立場から見た諸提案に対する著者のコメントが用意されている。

第6章の山川論文は、2018.7.3にOECD・WP6(第6作業部会)が公表した「金融取引にかかる移転価格の指針案に関する最初の公開ディスカッションドラフト」についての紹介論文である。ファイナンスを利用したBEPS行動については、利子控除制限も含めた抑止策が充実する中で、グループ内金融に特化した論点(負債と資本の区分にもかかわる総論から貸付け・保証・保険等多様な取引への適用ルールに関する各論まで)に関するガイダンスの充実が求められている。本稿は、上記ドラフトについて、わが国の実務との対比で、詳細な比較分析を行っている。

第7章の一高論文は、国境を越える組織再編成の課税上の取扱いを規律する米国内国歳入法典367条の改正の意義や課題を幅広く検討したものである。米国は2017.12のトランプ税制改革で、無形資産の国外移転の重要な手法の一つである国境を越える現物出資や組織再編成に係る課税上の扱いに関連して重要な修正を行った。国内的な組織再編成の基本的な扱いの土台の上に、国境を越える取引に独特な規制や修正をどのように加えているかに焦点を当てている。

なお、以上の各論文は、1年間の当研究会での議論をも踏まえたものではあるものの、内容は各執筆委員の責任でとりまとめられており、コンセンサスベースではないことをお断りしておく。

当研究会は、日本の産業界がグローバル展開の過程で直面する内外税制やその執行の諸課題をモニタリングし解決策を検討するという本来の機能とともに、新年度についても、いよいよ山場を迎える電子経済への課税問題など未解決のBEPS関連課題についても検討を継続し、各国の対応ぶりを注意深く観察しながら、引き続き提言を行う予定である。

2019年4月  
21世紀政策研究所研究主幹  
青山 慶二

※本報告書は、21世紀政策研究所の研究成果であり、経団連の見解を示すものではない。

# 目 次

はじめに .....	i
研究委員一覧 .....	viii
<b>第 1 章 税の安定性（紛争の予防・解決）</b> .....	<b>岡田 至康</b>
1. BEPS プロジェクト .....	1
(1) BEPS プロジェクトの実施 .....	1
(2) ポスト BEPS プロジェクト .....	1
2. 問題点の所在（各国独自措置の動き） .....	2
(1) 背景 .....	2
(2) 移転価格課税 .....	3
(3) デジタル経済課税 .....	4
(4) 移転価格税制との関係 .....	5
3. 税の安定性プロジェクト .....	6
(1) 概説 .....	6
(2) 税の安定性の向上 .....	7
4. 紛争予防措置 .....	8
(1) 一般的予防措置 .....	8
(2) 個別的予防措置 .....	9
(3) 移転価格税制等への影響 .....	10
5. 紛争解決措置＝相互協議 .....	10
(1) BEPS プロジェクト（相互協議）の効果と限界 .....	10
(2) 相互協議の困難化 .....	11
6. 仲裁制度 .....	13
(1) 意義 .....	13
(2) BEPS 防止措置実施条約上の規定 .....	14
(3) 検討 .....	15
7. 今後の方向性 .....	17

## 第2章 BEPS 防止目的の利子控除制限について (平成31年度改正)

青山 慶二

1. はじめに	19
2. BEPS プロジェクト開始以前の利子控除制限策	20
(1) 資金調達に対する中立性を確保する施策	20
(2) 利子控除に制限を設ける諸施策	21
3. BEPS 勧告の趣旨とわが国への意義	27
(1) 高税率国の第三者負債	28
(2) グループ純利子を超える利子控除	28
(3) 非課税所得対応	28
4. 平成31年度改正	28
(1) 改正の概要	28
(2) 今後の見通し	30

## 第3章 移転価格税制(所得相応性基準)

浅妻 章如

1. 所得相応性基準導入前夜：溯論文の衝撃	31
(1) アメリカにおける近年の移転価格裁判	31
(2) 事前(ex ante)の契約法と事後(ex post)の信認法	33
(3) 狭義／広義の独立当事者間基準	34
2. 平成31年度税制改正	35
(1) 無形資産(intangibles)	36
(2) 特定無形資産(いわゆる評価困難な無形資産 HTVI : Hard-to-value intangibles)	36
(3) 特定無形資産国外関連取引	37
(4) 適用免除要件	38
3. 今後の展望	39
(1) 日本の裁判所も(?)狭義の独立当事者間基準からの逸脱に冷淡か?	39
(2) 租税条約の有無	41
(3) 譲渡という法形式と経済実質的な意味における利子の流出	43

## 第4章 外国子会社合算税制の実務対応

原口 太一、上田 滋

1. はじめに	45
2. 経済活動基準における「主たる事業」の判定等	46
(1) 「主たる事業」の判定（株式保有業・特許権等の提供事業への該当性）	46
(2) 本事例における検討事項	48
(3) 「主たる事業」の判定	48
(4) C社配当及び使用料のCFC税制上の取扱い	51
3. 海外組織再編に伴うキャピタルゲインの認識と租税負担割合算定の際の「非課税所得」	53
(1) クロスボーダー合併のわが国法人税法上の取扱い	53
(2) クロスボーダー合併のCFC税制上の取扱い	56
4. おわりに	58

## 第5章 経済の電子化と税制

—2019年OECD公開討議文書を中心に—

渡辺 徹也

1. はじめに	59
2. 公開討議文書までの経緯・バックグラウンド	59
3. 公開討議文書	61
(1) 大まかな構造（2つの柱）	61
(2) ユーザー参加	63
(3) マーケティング・インタangible	64
(4) 重要な経済的プレゼンス（significant economic presence）	65
(5) 第2の柱における提案（グローバルな税源浸食への対抗提案）	66
(6) 今後の予定	68
4. 若干のコメント	69
(1) 第1の柱について	69
(2) 第2の柱	70
(3) 各国における暫定的対応	71
5. むすび	72

第 6 章	OECD の金融取引に係る移転価格の指針案 —2018.7.3「公開 DD」のエッセンス、税実務家の見解、 そしてわが国実務を踏まえた若干の考察—	山川 博樹
1.	はじめに	75
2.	セクション B (OECD 移転価格ガイドライン第 1 章 Section D1 の ガイダンスとの相互関係)	77
3.	セクション C (財務機能)、C.1 関連者間ローン	78
	(1) はじめに	78
	(2) C.1.1. 両サイドからの視点	80
	(3) C.1.2. 信用格付け	80
	(4) C.1.3. グループに属することの効果	81
	(5) C.1.4.、C.1.5.、C.1.6. コベンツ、保証及び融資手数料	84
	(6) C.1.7. 独立企業間金利を決定するための価格設定アプローチ	84
4.	セクション C (財務機能)、C.2 キャッシュプーリング	89
	(1) はじめに	89
	(2) C.2.1.、C.2.2. キャッシュプーリングの構造及び正確な事実認定	91
	(3) C.2.3. キャッシュプーリングリーダー・参加者の報酬、及び相互保証	92
5.	セクション C (財務機能)、C.3 ヘッジ	94
6.	セクション D (保証)	94
	(1) はじめに	94
	(2) D.1.1. 明示の保証、黙示の保証	96
	(3) D.1.2. 保証料の独立企業間価格 (保証人 (親会社) と被保証人 (銀行 からの借手である海外子会社) 間の)	96
7.	セクション E (キャプティブ保険)	98
	(1) E.1 保険の概要	98
	(2) E.2.、E.3 キャプティブの合理性及び保険の存在	98
	(3) E.5 キャプティブの価格設定	99
第 7 章	国際的組織再編成に係る内国歳入法典 367 条の要請 —対外的 (outbound) 取引を中心に—	一高 龍司
1.	はじめに	115
2.	内国歳入法典 367 条の定め	116

(1) 対外的取引 .....	116
(2) 対内的取引等 .....	117
(3) 無形資産の対外的移転 .....	118
(4) 完全な清算に伴う分配等 .....	121
3. 内国歳入法典 367 条(a)に基づく規則の要請 .....	122
(1) 367 条(a)(1)の交換における株式（証券）の対外的移転 .....	122
(2) 取り戻し（recapture）ルール .....	131
4. おわりに .....	131



## 研究委員一覧

### 研究主幹

青山 慶二 早稲田大学大学院会計研究科教授

### アドバイザー

岡田 至康 PwC 税理士法人常任顧問

### 委員

菖蒲 静夫 キヤノン(株)理事 経理本部税務担当上席  
安田 博 (株)小松製作所管理部国際税務グループ長  
合間 篤史 新日鐵住金(株)財務部上席主幹  
安房 敬史 武田薬品工業(株)財務統括部(税務) 主席部員  
早川 正道 (株)東芝主計部税務室長  
栗原 正明 東レ(株)税務室長  
小川 正嗣 トヨタ自動車(株)経理部財務管理室税務グループグループ長  
豊原 寛和 日産自動車(株)財務部税務グループ主担  
濱田 将史 (株)日立製作所財務マネジメント本部税務統括部部长  
山田 良平 本田技研工業(株)経理部税務室長  
水谷 謙一 三井物産(株)経理部税務統括室室長  
小森 真吾 三菱電機(株)経理部税務会計課専任  
深田 祐一 (株)三菱UFJ フィナンシャル・グループ財務企画部税務室  
上席調査役  
原口 太一 EY 税理士法人アソシエイトパートナー  
上田 滋 EY 税理士法人ディレクター  
高嶋 健一 ウィザーズ外国法事務弁護士法人シニア税務カウンセラー  
山川 博樹 デロイトトーマツ税理士法人移転価格サービス・パートナー  
佐々木 浩 PwC 税理士法人パートナー  
一高 龍司 関西学院大学法学部教授  
浅妻 章如 立教大学法学部教授  
渡辺 徹也 早稲田大学法学部大学院教授  
小畑 良晴 (一社)日本経済団体連合会経済基盤本部長

### 21世紀政策研究所

若林 慶浩 21世紀政策研究所研究員

(2019年3月時点)

# 第1章 税の安定性（紛争の予防・解決）

PwC 税理士法人常任顧問

岡田 至康

## 1. BEPS プロジェクト

### （1）BEPS プロジェクトの実施

OECD/G20 が、BEPS（税源浸食利益移転）プロジェクトにおいて、行動計画 1～15 に係る最終報告書を 2015 年に公表して以来、同プロジェクトは実施の段階に入っていると言われている。BEPS プロジェクトでは、国際課税の主要分野を網羅して検討し、グローバルでの問題点の抽出をするとともに、それへの解決策の勧告をも必要に応じて幅広く行っており、いわば歴史的プロジェクトである。その成果が各国の税制に生かされ、多国籍企業の BEPS 行為の牽制・是正に繋がっている。

BEPS プロジェクト実施を端的に表しているのが、ミニマムスタンダードに係る 4 つの行動計画のピアレビューであろう。行動 5（有害税制）において 70 か国 255 税制が検討されてその多くは廃止・修正され、行動 6（条約濫用）において 65% の条約が多国間協定で修正されて条約濫用防止規定を導入することとなり、行動 13（文書化）において約 80 か国・地域が国内法を整備して 7,000 以上の国別報告（CbCR）が提出され、また、行動 14（相互協議の効果的実施）において各国における相互協議の迅速化・体制整備等が具体的に図られている。

これらミニマムスタンダードに係る項目は着実にその実施がなされているが、それら以外の項目では、行動 1（デジタル経済課税）で 2020 年の最終報告書作成に向けてコンセンサス作りのための作業が鋭意進められ、行動 8～10（移転価格）で金融取引に係る移転価格ガイドラインの作成並びに同ガイドライン第 4 章（紛争回避・解決）・第 7 章（グループ内役務提供）の改定作業が行われており、また、行動 11（BEPS の規模等）では法人税収逸失規模等の統計整備が図られる。また、行動 15（BEPS 防止措置実施条約）で当多国間協定の寄託国数（2019 年 2 月末現在：署名 87 か国・地域のうち 21 か国地域）が着実に増加していくものとみられる。

### （2）ポスト BEPS プロジェクト

BEPS プロジェクトはその後、包摂的枠組（Inclusive Framework）<sup>1</sup>として、今や 128（2019 年 2 月末現在）の国・地域を含むまさにグローバルプロジェクトとなっている。これだけ多くの国・地域がこれに参加しているが、そのなかには、同プロジェクトに参加するこ

---

1 第 1 回包摂的枠組会合が 2016 年（6 月 30 日～7 月 1 日）に京都で開催され、80 以上の国・地域が参加した。

とによって多国籍企業への課税強化とそれに伴う歳入増を図れるとの思惑を持つ国も多いものと思われる。例えば、行動 11（BEPS の規模等）では BEPS による法人税収の逸失規模がグローバルで毎年 1,000 億ドルから 2,400 億ドル（法人税収の 4～10%）とされ、また、行動 13 で各国が進めることとなった各多国籍企業グループに係る文書化要件（特に国別報告（CbCR））は、情報入手国での移転価格課税のきっかけとなり得るものとも捉えられている。また、一方で、これだけ経済状況及び拠って立つ立場の異なる国・地域が多数参加していることから、グローバルで意見統一・合意を図ろうとすればするほど、その差異を際立たせる結果となり得ることも事実であろう。それでもなお、グローバルでの意思統一に向けて努力する過程で、例えば、OECD 移転価格ガイドラインがそのベースとして検討されるとすれば、少なくとも検討対象が同一であり、いわば同じ土俵の上で議論することになるという大きな進展が得られていることとなる。ただ、同プロジェクトの全ての分野でグローバル合意が得られているわけではなく、関係国間で解釈の異なると思われるものも無いわけではない。

このように BEPS プロジェクトにおいてその後も検討作業が進められているなかで、同プロジェクトを踏まえた形で、新たなプロジェクトも生まれている。税の安定性（tax certainty）プロジェクト<sup>2</sup>は、グローバルでの貿易・投資の促進を図るためにも、その阻害要因となりかねない各国税制の不安定性（uncertainty）をできるだけ除去しようとの試みである。各国多国籍企業へのアンケート調査<sup>3</sup>でも、税は、彼らが投資場所を検討する際の主要な要因の一つとなっている。特に、いわゆる途上国においては、税の安定性に欠けるところも多く、OECD 等の国際機関としても、これらの国に税の専門家を派遣するなどして、これらの国での税制・税務執行の安定性の確保に努めているほか、国際機関相互に協力して、途上国の能力構築（capacity building）に取り組むこととしている。この背景には、貿易・投資の阻害要因を除去することによって国際経済の発展に資するとともに、これらの国ができるだけグローバル基準に則った制度・執行を整えるように促すことがあると言われている。

## 2. 問題点の所在（各国独自措置の動き）

### （1）背景

このように、OECD を中心として、引き続き、各国間の制度・執行の整合性・調和を図るための努力がなされているところであるが、BEPS プロジェクトは、もともと多国籍企業が行う各種タックスプランニングへの対応を目指したものと言え、動く標的（ムービングターゲット）への対応のためにはグローバルでの統一的なルール及び執行が欠かせないところ

2 2016 年 9 月の G20 サミット首脳コミュニケ（中国・杭州）で言及され、2017 年 3 月に G20 財務大臣会合に向けた IMF/OECD 作成の“TAX CERTAINTY”報告書が公表された。

3 OECD が 2016 年に実施した税に係るビジネスサーベイ（回答 62 か国 724 企業）では、投資決定に影響を与える重要な要素として、i) 汚職、ii) 政治的安定性、iii) 全体的税務環境、iv) 現在及び将来のマクロ経済状況、v) 労働コスト、等が挙げられており、税は重要度の上位に挙げられている。

であることから、特にその包摂的枠組において、グローバルレベルでの基準の策定・執行に意が注がれている。このようなマルチラテラリズム（多国間主義）については、OECD が本来その存在意義を発揮するところのものであるが、OECD の枠を越えたグローバルでの合意を目指すほど、一方で、税という各国主権の中で、その限界も感じられている。ある意味で、OECD という先進国の集まりに属さない新興国・途上国が先進国の考えと異なる考えを持つことは従来からみられるところであり、それぞれの経済状況の差異を考えれば、それもやむを得ない面もあると考えられる。経済活動のなされているところに価値創造がなされ、そこで課税がなされるべきであるとされるが、価値創造の概念が必ずしも明確ではなく、また、経済活動（量的概念）と価値創造（質的概念）は比例的なものでもないであろう。ただ、これらの新興国・途上国も BEPS プロジェクトを受け入れた上で自らの考えを主張していることには留意すべきであり、これについては新たな前進として評価することが可能であろう。とはいえ、包摂的枠組参加国或いは OECD 加盟国の中でも、テーマによっては依然として合意の得られていない主要分野がある。一つは、移転価格を巡る諸問題であり、もう一つ、とりわけ大きな論点とされているのが、BEPS 行動 1 のデジタル経済課税の問題である。

## （２）移転価格課税

移転価格税制については、アートであって厳密な科学ではないとよく言われるように、確かにその基本原則である ALP（独立企業原則）についてはグローバル各国で基本的に異論がないものの、その適用関係・解釈については必ずしも明確でなく、恣意性が全く排除されないわけではない。近時、新興国・途上国が移転価格課税に積極的に取り組んでおり、しばしば、OECD 移転価格ガイドラインについて先進国とは異なる解釈をとることが指摘されている。移転価格算定方法にしても、例えば、一般的に海外子会社についてはこれまで取引単位利益法（TNMM）で一定利益を確保されればそれでよいとされていたものが、近時、新興国・途上国を中心に利益分割法を主張するようになっており、国によっては今後の APA（事前確認）では TNMM ではなく利益分割法や再販売価格法を指向していくことを表明している。また、特に、無形資産取引の量的・質的な重要性の高まりとともに、比較対象取引の欠如に係る問題への対処が一層重要性を増していると言われる無形資産のライフサイクルの DEMPE（development、enhancement、maintenance、protection and exploitation：開発・改良・維持・保護・使用）のなかで、先進国は前段階である開発（development）等に大きな価値創造があり、従って、その段階の活動にそれに見合う利得を付けるべきであると主張し、一方、新興国・途上国は後段階である使用（exploitation）（更には普及活動）等に大きな価値創造があるとする。最近 OECD で導入された評価困難無形資産に係る所得相応性基準についても、その適用への対応方法はかなり分かれる可能性があると思われる。その他、移転価格ガイドライン第 7 章（IGS：グループ内役務提供）では、低付加価値グループ内役務提供について、一律のマークアップ率として 5%を採用しているにもかかわらず、

その不適用を明言している国もあるほか、この率にとられないとする国も多い。さらに、近時、APA を導入している新興国・途上国も多いが、納税者との申請前の協議で自国の意向に沿わない内容の APA 申請は受け付けないとする国もかなりあるように言われている。このような近時における移転価格課税を巡る状況は、各国間での二重課税を惹起する可能性が極めて高くなるとみられるばかりでなく、現実には、相互協議の場での合意、二重課税除去を極めて難しくしているようである。

### (3) デジタル経済課税

BEPS 行動 1 (デジタル経済課税) については、その最終報告書<sup>4</sup> (2015 年) では、デジタル経済の分析を行うとともに、重要な経済的プレゼンス (significant economic presence)、源泉課税、平衡税 (equalisation levy) の 3 案を提示しているが、この問題の重要性・困難性を踏まえて、2020 年に最終報告書を作成することとされた。2018 年 3 月の中間報告<sup>5</sup>においては、デジタル経済の特徴として、質量なき規模、IP へのより高度の依存、価値創造でのユーザーの役割、について述べるとともに、デジタル経済課税への対応を巡る関係国の意見の相違があることにも触れている。即ち、基本的に、高度デジタル事業のみをターゲットとするのか、より広範な変化への対応のための改正を求めるのか、ということであるが、この立場の違いは、2019 年 2 月に公表された公開協議文書<sup>6</sup>にもみられる。その基本的考え方は、コンセンサスペースを求めるとともに、移転価格税制の基本原則である ALP (独立企業原則) を越えた提案をも検討するなどとされ、一方で、効果的な紛争予防・紛争解決ツールの重要性をも強調している。具体的には、2 本柱で 4 つの案が提案されており、第 1 の柱は、ネクサス・ルール及び移転価格税制の再検討によって課税権の配分の見直しを行うもので、i) 高度にデジタル化された事業を対象にユーザー貢献及びデータ価値を認識する案、ii) 全ての事業類型を対象にマーケティング・インタangibleにおける追加的価値を認識する案、iii) デジタル及びその他の自動化手段で生じる利得をも対象とする重要な経済的プレゼンス概念を認識する案、の 3 つの案がそれぞれ、英国、米国、インドから提案されているとされている。また、第 2 の柱は、BEPS 問題への対処として無税・低課税国への対応を行うもので、iv) 税率の多大な差異によって生じる継続的な利益移転にミニマムタックスの考えで対応する案が、ドイツ及びフランスから提案されているとされている。

一方、EU では、OECD でのコンセンサス合意を早期に促す面からも、デジタル事業課税に係る対案を検討し、2018 年 3 月には、欧州委員会から 2 つの理事会指令案が公表されている。一つは短期的措置として 3% のデジタルサービス税 (digital services tax)<sup>7</sup> の導入、

4 “Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy” (2015 年 10 月公表)

5 “Tax Challenges Arising from Digitalisation-Interim Report 2018” (2018 年 3 月 16 日)

6 “Public Consultation Document : ADDRESSING THE TAX CHALLENGES OF THE DIGITALISATION OF THE ECONOMY” (OECD : 2019 年 2 月 13 日公表)

7 “Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services” (2018 年 3 月 21 日)

もう一つは中長期的措置として重要なデジタルプレゼンス概念<sup>8</sup>の導入を提案している。また、欧州議会からは、共通連結法人課税ベース（CCCTB）提案の改正案として現在の配分3要素（資産・労働・売上）の案にユーザー個人データの収集・使用を加えた4要素を提案している。

この間、各国では、OECD/G20での議論の収束を待つことなく、デジタル経済課税方法を具体化する動きがかなり広くみられている。英国及びオーストラリアは、既に、迂回利益税（diverted profit tax）を導入し、主としてデジタル事業を念頭に、PE 逃れへの対応策を講じている。また、欧州各国の中には、既にデジタルサービス税やデジタル広告課税を先取りする動きも見られている<sup>9</sup>。また、EU域外国においても、同様の動きがみられており<sup>10</sup>、源泉税や重要な経済的プレゼンス概念を導入する動きもみられる<sup>11</sup>。

#### （４）移転価格税制との関係

上述したような動きは、従来の先進国対新興国・途上国という基本的考え方の相違に由来するものに加えて、旧来型の国際課税制度の枠組では捉え難いデジタル経済への課税に係る問題等があるのも事実であるが、さらに、国際取引に係る移転価格課税制度との関連も指摘されている。即ち、移転価格税制が十分に機能していないがために、ある一定の客観的な状況を捉えて課税対象にする措置を採らざるを得ないとする考えが背景にあるようであり、独立企業原則（ALP）との関係を敢えて考慮しないとの立場のようである。このような考えについては、既に2015年BEPS行動計画最終報告書の作成前に特別措置（special measures）として幾つかの案が提示されていたのにみられるが、OECDとしては、それらのうち、評価困難無形資産に係る所得相応性基準を導入しているのが目立ったところである。

一方、米国は、2017年の税制改革（Tax Cuts and Jobs Act）において、各種の独自措置といえるものを導入している。例えば、いわゆるBEAT（base erosion and anti-abuse tax：税源浸食濫用防止税）は海外の関連者への損金算入支払が一定の限度を超えた場合に課税する一種のミニマム税であるとされており、移転価格への対応のためとされるが、それについての条約上の取扱いについては明らかではない。また、新たなCFC（被支配外国法人）税制合算対象所得類型としてGILTI（global intangible low-taxed income：グローバル無形資産軽課税所得）が導入されているが、ここでは移転価格ポリシーもGILTIプランニングと統合される必要がある、とも言われている。

---

8 “Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence”（2018年3月21日）

9 英国、フランス、イタリア、スペイン、オーストラリア、ベルギー、等でこれを実施に移す動きがみられる。

10 インドはオンライン広告サービスに係る6%の税を導入しており、チリ、メキシコ、ニュージーランドも同種の税の導入を検討しているといわれている。

11 ウルグアイ、台湾は一定のオンラインサービスに係る源泉税を規定しており、パキスタン等も同種の税を検討しているとされる。また、インド、イスラエル等は重要な経済的プレゼンス概念を導入しているとされる。

これらのことをみれば、移転価格税制の限界が感じられるのはやむを得ないところであり、特にその適用に係る不明確性は避けがたいところでもある。一方、独自措置については、それが客観的な状況・数値に基づくものであれば明確性が確保される可能性が高いのは事実であろうが、その独自措置としての性質上から、非中立的で、二重課税を惹起し、延いては投資の阻害要因となる可能性が高いのも指摘され得るところであろう。移転価格税制による対応が必ずしも有効に機能しないからといって、独自措置の採用を求めていくのは、それに伴うリスクを十分に考慮していないようにも感じられる。この点で、後知恵(hindsight)として批判の絶えなかった所得相応性基準が、いわば ALP に合致する形で OECD 移転価格ガイドラインに導入されたのは、極めて興味深い。いずれにせよ、各国で独自措置の動きが広まる場合には、二重課税・多重課税を惹起する可能性があり、その意味で、むしろ二重課税除去を前提とする移転価格税制(ALP)は、その欠点を内包しつつも、依然として国際課税制度に係る措置としてまず考えるべき重要な分野であると思われる。

この点で、一部に、移転価格税制の代替として、多国籍企業に係る各国の所得配分に定式配賦(formulary apportionment)を採用すべきとの意見もある。OECD は従来からこの方式に明確に反対をしており<sup>12</sup>、実際の実施に当たっての各種困難性も指摘されている。しかし、EU における CCCTB への根強い主張をみても、移転価格税制が機能しない場合には、形式的な要素によって各国間での利得配分を行うとの意見が強まることが予想される。

### 3. 税の安定性プロジェクト

#### (1) 概説

税の安定性プロジェクトは国際貿易・投資を促進する上で税の果たす役割の重要性への対処を示そうとするものであり、2016年のG20サミット首脳コミュニケでは、「投資と貿易を促進する上で税の安定性が利益となることを強調し、OECD及びIMFに対し、成長志向の租税政策及び税の安定性の問題についての取組を継続することを要請する。」<sup>13</sup>としていっている。その後も、税の安定性については、重要なプロジェクトとして、G20やFTA(税務長官会合)等の諸会議で引用・検討がなされている<sup>14</sup>。

2017年3月に公表されたG20財務大臣会合向けのIMF/OECD作成の“TAX CERTAINTY”報告書は、税の不安定性の原因・安定性向上策等について幅広く記述している<sup>15</sup>。その中で、OECD/G20加盟国の税務執行当局へのサーベイ(回答25か国)では、税の安定性は当局にとっても重要で、80%超の国が非常に高い優先度と回答をし、産業界に

12 OECD 移転価格ガイドライン・パラ 1.32

13 G20 サミット首脳コミュニケ(2016年9月4日・5日、中国・杭州)パラ 19

14 2017年3月のG20財務大臣・中央銀行総裁会議声明(ドイツ・バーデンバーデン)パラ 10では、「我々は税の安定性についての報告書が提出されたことを認識し、各法域に対して、報告書の中で提案されている、税の安定性強化ための実用的な手法を自発的に検討することを奨励する。」としている。

15 本報告書については、“「租税の確実性」報告書を読む”(「租税研究」2017年9月号p156以下(増井良啓氏))を参照。

とって不安定性が重要な懸念であることを認識しているとしている。また、当局にとって、税の不安定性の重要な要素には、納税者の行為が含まれる場合がある、として、税の安定性向上には納税者の果たす役割のあることを示唆しており、税の不安定性に係る原因として、i) 税法の複雑性、ii) 裁判所・審判所等の判断までの長期性、iii) 税法の不明確で低質な立案、iv) 裁判所の予測不能及び不統一な取扱い、v) 国際税務標準の各国当局による解釈の不一致、等を挙げるとともに、税務執行当局がコントロールする税の安定性向上のための手法として、i) 税務調査時におけるタイムリーなコミュニケーション、ii) 相互協議、iii) 納税者との効率的コミュニケーション、iv) 多国間 APA、v) コンプライアンス/リスク評価に係る透明性の向上、等が挙げられている。

一方、グローバル多国籍企業へのサーベイ（回答 62 か国 724 企業）では、投資決定に影響を及ぼす税務要素として、i) 実効税率の不安定性、ii) 予測実効税率、iii) VAT に係る仕入税額控除・還付等及びその他消費税負担額の不安定性、iv) VAT の今後における中立性（仕入税額控除・還付等）又はその他消費税負担額、v) 租税条約の存在、等が挙げられている。また、税の不安定性に係る原因として、i) 文書化要件等の税法遵守に係る官僚主義、ii) 当局による予測不能又は不統一な取扱い、iii) 国際税務標準（移転価格・VAT 等）の各国当局による解釈の不一致、iv) 裁判所・審判所等の判断までの長期性、v) 税法の複雑性（VAT と法人税で異なる PE の定義等）、を挙げるとともに、税の安定性向上のための方法として、制度面、執行面、紛争解決面、国際租税の多国間アプローチ面から各種の施策が挙げられている。

## （２）税の安定性の向上

このように、多国籍企業の投資決定に影響を及ぼす要素として、税務関連事項は、最重要事項ではないとしても、やはり大きな影響を及ぼす事項であり<sup>16</sup>、その要素としては、実効税率と VAT 関連という税負担額に関連する事項がやはり大きな関心事であることが窺える。また、いずれにせよ税に係る不安定性が一般的に影響を及ぼす要素といえ、その改善を図ることは、投資促進を図る上で重要である。不安定性の改善策は、税務当局と納税者との重点の置き方が異なり、また各国の実情に応じて、その内容も異なるものであろうが、当局と納税者に共通する対策としては、税法・規則の明確化及び予測可能性の確保、当局と納税者との協力的コンプライアンス、紛争解決手段、等が考えられるところである。とりわけ、納税者に係るビジネスサーベイでは、税の安定性向上策（10 方策）として、①制度面では、i) 税法改正の頻度の縮減、ii) 税法遵守に係る官僚主義の縮減、iii) 租税規則の詳細な指針、iv) 租税制度改正の事前公表、v) 租税立法の範囲及び複雑性の縮減、vi) 国際税務標準に合致した国内租税立法、vii) 税制改正時における納税者とのタイムリーなコンサルテーション、②執行面では、i) 当局による税法遵守アプローチに係る透明性の向上、ii) デジ

---

16 上述、注 3 参照。



タル方法等による納税者と当局間の効率的コミュニケーション、③紛争解決面では、i) 効果的な国内紛争解決体制、が挙げられており、さらに、国際租税における安定性支援のための多国間アプローチとして、i) 多国間 APA、ii) 多国間調査、iii) 多国間協力的コンプライアンスプログラム、が挙げられている。

これらについては、税の安定性の向上は、紛争の予防に係る効果的な改善に大きく貢献するものと考えられると同時に、納税者サービスに係る諸施策によって紛争予防の効果が得られ、それによって税の安定性が確保されるという、好循環が考えられよう。ただ、それらによって紛争の減少を図れるとしても、最終的には、やはり効果的な紛争解決手段の存在が欠かせないところである。特に、OECD 加盟国と必ずしも同一のルールの実行・解釈を行うとは限らない OECD 非加盟国との関係を考えた場合には、効果的紛争解決手段の不存在自体が不安定性の一因となり得るものであり、その必要性が一層高まるのも事実であろう<sup>17</sup>。

## 4. 紛争予防措置

### (1) 一般的予防措置

上述した各種状況をみれば、グローバル経済活動の一層の進展の中で、貿易・投資の促進を税務面で図る一般的・基本的な方策として税の安定性プロジェクトが提起され、その実施に向けての検討がなされているものの、新興国・途上国での課税強化、デジタル経済の進展に伴う新たな国際課税原則の導入、先進国を含む各国での独自措置の採用、等の動きがますます広域化・複雑化することが考えられ、それによって今後、各国間の課税を巡る紛争が増加することが見込まれる。従って、まずは、これらの紛争の予防をどのように効果的かつ確実に行っていくかが一層大きな課題となっていくものとみられる。

BEPS プロジェクトでは、行動計画 1～15 を、i) 価値創造の生じるところでの課税、ii) 透明性向上、iii) 企業の不確実性の排除と予見可能性の確保、それぞれに係るものという 3 分類で整理しており、iii) には行動 14 (より効果的な紛争解決メカニズムの構築) 及び行動 15 (多国間協定の開発) が挙げられている。

紛争的的確な管理・処理が企業の投資決定に大きな影響を及ぼすと考えられた場合に、まずは紛争予防のための諸措置が検討され、上述したように、グローバルレベルでの紛争予防に係る取組としての税の安定性 (tax certainty) プロジェクトでは、税の不安定性の原因と安定性向上策等が、制度・執行の両面から幅広く検討されている。また、特に途上国における“持続可能な開発目標 (SDGs : Sustainable Development Goals)” 及び“包摂的経済成長 (inclusive economic growth)” のための国内資源創出に資する租税制度の有効性の強化・向上が求められ、これらの国々の幅広い能力構築 (capacity building) が図られるとともに、4 国際機関 (IMF・世銀グループ・国連・OECD) による“税に関する協働のためのプラッ

---

17 Tax Certainty プロジェクトについては、“ポスト BEPS の Tax Certainty プロジェクトの動向”(「租税研究」2018 年 11 月号 p25 以下 (青山慶二氏)) を参照。

トフォーム（Platform for Collaboration on Tax）<sup>18</sup>からは各種テーマに係るツールキット<sup>18</sup>も作成されている。これらについては、途上国等において国際的なルール等の理解が促進されることによって、これらの国々の経済発展につながるとともに、グローバルでの紛争予防に資することが意図されている。ただ、これらのツールキットについても、どの国際組織が作成するかによって基本的なスタンスが微妙に異なっており、なかには内容がかなり途上国寄りであるとされるペーパーもないわけではない。ただ、いずれにせよ、税務当局と納税者との協力的コンプライアンス（cooperative compliance）プログラムをはじめとする一般的な取組は、紛争予防の基盤をなすものであろう。

## （２）個別的予防措置

個別企業を対象とした具体的な紛争予防についても、従前から、各種の措置が実施されてきており、OECD 移転価格ガイドライン第４章（紛争の回避及び解決のための税務執行上のアプローチ）でも、その意義とともに具体的内容について述べられている。相互協議の改善策とともに、同時調査、セーフハーバー、事前価格取極（APA）、仲裁について言及がなされており、最近では、OECD において、共同調査（joint audit）、また、特に多国間での事前解決手段として、ICAP（International Compliance Assurance Program）が挙げられている。ICAP については、関係国が国別報告（CbCR）等を参考にして多国間取引の問題点の解決を目指すもので、日本を含む８か国（オーストラリア、カナダ、イタリア、日本、オランダ、スペイン、英国、米国）の間で２０１８年からパイロットプログラムとして開始されており、企業側のこれへの期待は大きく、今後の活用状況が注目される。

紛争予防措置としてやはり極めて大きな役割を果たしているのが APA であり、特に移転価格関連の相互協議の重要な部分を占めている。新興国・途上国でも APA を採用する国が増え、企業側でもその活用を図るようになってきているのが大きな理由であるが、上述したような移転価格課税を巡る先進国と新興国・途上国との考え方の相違が APA の申請受付・相互協議にも影響を与えており、結果的に新たな問題となっている。例えば、APA の申請前の事前相談の段階で自国に有利な内容での申請を求め、納税者がそれに応じない場合には APA の申請自体を認めない国が増えているようであるが、これは APA 制度の活用を事実上制限しかねないものであり、本来は相互協議によって事案の内容を検討すべきであると言えよう。また、複雑困難と予想される事案（例えば、三か国事案）についても相互協議となることを避けるために、その APA 事前相談の段階で、申請を認めないようにすること等も見られるようである。更には、APA の申請書類に企業のバリューチェーン又はサプライチェーンの分析を含めることを求め、より複雑な両側分析を求める動きをとる国もみられ

---

18 ツールキットは、租税誘因、移転価格分析のための比較対象取引データ、オフショア間接譲渡、移転価格文書化、租税条約交渉、BEPS リスク評価、利子・使用料・マネジメントフィー等の税源浸食支払、地元事業のリスク除去等サプライチェーン再構築、の８つのテーマについて作成される（一部作成済）。

る。このようなことから、最近では、途上国等において、一国内だけの（ユニラテラル）APA も現実にはかなり幅広く推奨されているようである。ただ、ユニラテラル APA においては、納税者が当該国での利益水準指標等だけに配慮することとなり、相手国からの課税の可能性が残るばかりでなく、場合によっては納税者に便宜を与える有害な租税競争の一種として使われかねず<sup>19</sup>、BEPS 行動 5 でも、ユニラテラル APA については、関係国への通知を求めている。いずれにせよ、APA は紛争予防の観点から好ましい制度であるのは事実であり、あくまで関係国間での相互協議を通じた合意を目指すべきものであろう。

### （３）移転価格税制等への影響

このようないわば従来型の移転価格税制を巡って複雑化する紛争については、その基本的概念（独立企業原則：ALP）の適用範囲が、個別取引価格から関連企業利益まで、また本支店取引をも含めて、広範に亘っていると見え、さらに、その適用の仕方が必ずしも明確ではないことから、それだけに紛争発生の可能性が高いといえる。しかし、移転価格課税に基づく二重課税の発生は租税条約上の問題とみることができ、移転価格課税については条約上の相互協議を通じて解決すべきという理念は基本的に生きておりといえよう。ただ、その数の増加と困難性の深化が懸念される事態となりつつあるのも事実であり、また、一方で、最近の国際課税を巡る状況は、特にデジタル経済への課税を巡る考え方の相違を契機として、独立企業原則（ALP）を踏まえた課税手法を離れて、客観的な状況による独自措置を模索・策定する動きが広まりつつあるようである。マーケティング・インタangibleアプローチ概念については、所得算定方法として移転価格概念が使用されるものとみられるが、例えば、EU における短期的措置としてのデジタルサービス税の提案、或いはミニマムタックスアプローチに基づく提案については、各国で採用されることを指向するとしても基本的に独自の性質を有するものであり、独自の措置は一般に租税条約上の措置とは関係がないものとみられるものが多く、相手国で同様の制度が採られていない場合には、外国税額控除等の措置も適用できず、単に経費控除が可能であるにとどまることが多いものとみられる。従って、このような各国独自措置の広がり防止し、グローバルでの二重課税の除去を確保するためには、移転価格税制の見直しの可能性とともに、紛争予防措置の充実のみならず、紛争解決措置の効果的実施が不可欠である<sup>20</sup>。

## 5. 紛争解決措置＝相互協議

### （１）BEPS プロジェクト（相互協議）の効果と限界

租税条約上の相互協議手続が確保されている場合であっても、相互協議の結果としての

19 EU の数か国において、多国籍企業がこれらの進出先国から有利な内容のユニラテラル APA を得ていたことを欧州委員会（EC）が国家補助（state aid）として調査をし、その是正を求めている。

20 BIAC は、“デジタル経済の課税問題に係るビジネス原則（11 foundational principles）”（2019 年 1 月 31 日）を公表して、現行課税原則の改革に当たっての留意点を述べている。

合意による二重課税除去に係る実効性が確保されなければ、その意味がないことから、相互協議の実効性確保のための諸施策とともに、紛争解決のための諸施策の幅広い検討が求められる。

BEPS プロジェクトでは、各種行動計画の策定・実施に伴って、各種租税回避行為への対応策として新たな措置が勧告されており、適正課税（課税強化）が図られると同時に、紛争の解決についても行動 14（相互協議の効果的実施）で、然るべく対応がなされている。即ち、行動 14 は、BEPS プロジェクトにおけるミニマムスタンダード（最低限実施すべき措置）として、具体的には、i）相互協議手続きに関する条約上の義務の誠実な履行と、相互協議事案の迅速な解決のための措置、ii）租税条約に関連する紛争の予防及び迅速な解決を促進するための行政手続の実施のための措置、iii）納税者に対する相互協議の機会の保証のための措置、それぞれについて各国が遵守すべき諸項目について、関連する説明とともに、記述がなされている。

相互協議については、BEPS 行動計画 14 におけるピアレビュー等を通じてその改善が大いに期待されており、現実には、新興国・途上国でも相互協議回数の増加、各国担当者数の増加等の進展が既にみられているようである。OECD の 2017 年分に係る統計によれば、相互協議事案の約半数は移転価格事案であり、その 80%以上で完全な解決がもたらされており、相互協議事案がより効率的に処理されるようになってきている。ただ、近時は、各国における課税強化の動き、特に新興国・途上国における自国課税権確保の主張の高まり、等を受けて相互協議の交渉自体がかなり厳しい内容のものとなっているのも事実のようであり、部分合意に留まる例もあると言われている。このような傾向は納税者に対する紛争解決手段一般への信頼感にも影響を及ぼすこととなることから、行動 14 に係るピアレビューの今後の進展とそれを受けた各国当局の適切な対応が期待される。相互協議はある意味では相手国との協働作業であることから、各国課税当局には、何よりもこれに对应得る国際的な視野が求められる。相互協議での合意による紛争解決（二重課税除去）がなされないと、一般的には、その完全な解決は極めて困難となるからである。相互協議の他方の相手国が全く妥協のない厳しい対応をする場合に、一方の国だけが二重課税除去のために譲歩を強いられるという事態はいずれの国も採ることはできないであろう。また、途上国では、調査対象企業が相互協議に訴えないことを条件に課税額に手心を加えて解決を図る事例もあると言われている。これは企業側で二重課税を甘受することとなり、極めて不自然・不適切であるが、相互協議等の二重課税除去の手段が機能しないとみられているという本来の紛争解決手段への信頼感の欠如等のためにこのような状況が起こっていることが考えられ、数字に表れない問題点が伏在している可能性についても留意する必要がある。

## （２）相互協議の困難化

このように BEPS 行動計画でそれなりの効果が上がっているものの、包摂的枠組参加国の立場の差異からくる基本的な問題は容易に解決できるものではなさそうであり、今後

も相互協議合意の一層の困難化が予想される。新興国・途上国による移転価格算定手法としての利益分割法の重視、無形資産に係るマーケティング・インタンジブルやロケーションセービングの主張等に対して、取引単位利益法 (TNMM) の主張だけではなかなか合意の難しい事案も多くなるように感じられる。経済活動によって価値創造 (value creation) の生じるところで課税すべきとの BEPS の基本的概念に異論はみられないところであるが、その内容自体が曖昧であり、機能・資産・リスクをどう捉えるのか、基本的な分析が改めて求められよう。各国合意に向けた取組の中で、移転価格算定手法として残余利益分割法を指向するような動きもあり、とりわけリスクについては、その移転が契約上容易に操作されかねないとのことではあるが、無形資産を巡る DEMPE 分析等においても、実態を踏まえた詳細な分析によってその質的重要性の帰属について更なる検討がなされることが求められよう。

このように相互協議の対象となる取引であっても、その合意の困難性の増大が指摘されるが、一方で、新たな税体系として相互協議による二重課税除去を前提としない考えが提案されている。例えば、デジタル経済課税を巡る動きについて、欧州委員会提案に係るデジタルサービス税等は、新たな課税原則を求める動きとも捉えられるが、デジタル経済をリングフェンスできないとの OECD の基本的考えを踏まえれば、OECD が現在検討中の解決策の中で一般的な解決策ともなり得る方策で対応すべきものと考えられる。この点で、デジタル取引に係るユーザー参加を課税要素と捉える案はデジタル経済をリングフェンスするものとみられ、また、米国で導入された GILTI 類似のミニマムタックスアプローチ案もグローバルで同一の考え方で採用され得るのか疑問である。一方、マーケティング・インタンジブルアプローチ案は、既存の制度を踏まえたものではあるものの、その価値創造に係る各国の考え方が必ずしも同じではない中で、運用上の課題が指摘されよう。いずれにせよ、新たな課税案は二重課税の除去が確実になされるのか疑問が残るところであり、二重課税除去のメカニズムが確実に機能するグローバルで受け入れ可能な方策であることが改めて求められる。なお、欧州においては、もはや所得に係る課税制度とは言えないようなデジタルサービス税がかなり広く提案されているほか、デジタル経済取引への課税については、欧州域外の国においても、デジタルサービス税の考えに加えて、さらに、源泉税を幅広く適用する考えやサービス PE 概念の拡張適用等も提案されており、二重課税除去を前提とした制度を基としたグローバルでの早急な対応が求められる。

この点で、二重課税除去が制度的に可能ではあっても、その実行 (相互協議) が十分に機能しないからといって、二重課税除去を前提としない課税システムでよい、ということにはならないと思われる。二重課税除去のシステムをできるだけ模索すべきものであろうし、これまでも紛争解決のための各種方法も提案されている<sup>21</sup>。一方、最終的な紛争解決措置である仲裁制度については、OECD は従来から OECD 移転価格ガイドラインで言及するなど、

---

21 “義務的紛争解決に係る新たな制度上の枠組の提案” (ジェフリー・オーエンス他、「租税研究」2016年10月号、p431～)

それが幅広く採用されることを促してきているが、BEPS 行動 14 のミニマムスタンダードでも、仲裁制度については、参加国はそれに対する立場を表明することが求められているにとどまっている。仲裁制度が各国で採用されるには、課税主権、仲裁自体の有効性、等の各種の問題があることも指摘されるものの、相互協議での紛争解決の困難な現状を考えれば、仲裁制度の採用自体をミニマムスタンダードとすることを求める考えも、十分に理解できるところである。

## 6. 仲裁制度

### (1) 意義

このような状況のなかで、仲裁 (arbitration) については、BEPS プロジェクトの進展とともに、改めて紛争解決手段としての機能が見直されている。OECD 移転価格ガイドライン第 4 章 G では、仲裁について、「第 25 条第 5 項の規定に類する仲裁規定を特定の租税条約が有する場合、この相互協議手続の拡大は、権限ある当局が合意に至ることを妨げる一又は複数の事項を仲裁に付託することにより、当該事案の解決を依然として可能なものとする。」<sup>22</sup>と、その基本的意義を述べている。また、その性質について、「第 25 条第 5 項の規定に基づく仲裁は、相互協議手続の不可分の一部であり、締約国間の租税条約に係る紛争を解決する代替手段を成すものではない」<sup>23</sup>としており、さらに、その効果について、「仲裁規定が特定の二国間条約に存在することは、仲裁による必要がない場合であっても、相互協議手続自体をより効果的にするはずである。まさしくこのような可能性の存在により、政府と納税者の双方は、相互協議手続に投入された時間と労力が満足のいく結果を生み出すであろうと最初から知ることになるため、相互協議手続のより一層の利用が促進されるはずである。」<sup>24</sup>と述べている。

OECD モデル条約 25 条第 5 項では、一定の場合に、「当該者が要請すれば、当該事案の未解決の事項は、仲裁に付託されなければならない。・・・その事案によって直接に影響を受ける者が、仲裁判断を実施する相互協議を受諾しない場合でない限り、その仲裁判断は両締約国を拘束し、両締約国の国内法上のいかなる期間制限にもかかわらず実施されなければならない。」と義務的拘束的仲裁を規定している。また、第 25 条コメンタリーでは、「・・・相互協議は、一般にこの条約に基づき生ずる紛争を解決する効果的かつ効率的な手段を提供するが、権限のある当局は、両国による課税がこの条約に適合することにつき合意ができない場合もあり得る。第 5 項の下で定められる仲裁手続が、未解決の事項に関する独立した判断を許容することにより相互協議の合意の成立を可能にし、それによって事案の解決を可能にする。この手続は、相互協議の不可分の一部であり、この条約の適用に関する紛争

---

22 OECD 移転価格ガイドライン・パラ 4.177

23 同上パラ 4.178

24 同上パラ 4.179

を解決するための代替手段ではない。」<sup>25</sup>、「本項が規定する仲裁手続は、代替的又は追加的な手段ではない。・・・本項は相互協議の拡張であり、・・・相互協議の実効性を高めるべく機能する。したがって、本項の下で、事案の合意を妨げている特定の事項の解決が仲裁手続を通じて扱われつつも、相互協議を通じて事案の解決が達成され続ける。この点で、第5項で確立される仲裁手続は、仲裁廷の管轄が事案全部の解決に及ぶ他の形式の商事仲裁又は政府・私人間の仲裁と区別される。」<sup>26</sup>と記述し、本仲裁規定の意義とともに、その性質を明確にしている。

## (2) BEPS 防止措置実施条約上の規定

行動15(多数国間協定の策定)では、BEPS防止措置実施条約(「税源浸食及び利益移転を防止するための租税条約関連措置を実施するための多数国間条約」)に、紛争解決の改善として相互協議に関する規定を置くとともに(第5部第16条~17条)、仲裁制度の具体的な検討が進められ、同条約の第6部(第18条~第26条)には仲裁制度に係るかなり詳細な規定が置かれている。

まず、この部の規定の適用を選択することができることとされ(第18条:第6部の規定の適用の選択)、仲裁へ付託される場合及び仲裁の性質については、相互協議において2年以内に両当事国の権限のある当局が合意できない場合に、納税者の申立により仲裁に付託され、仲裁決定は最終的な決定として、基本的に両当事国を拘束するが、事案によって直接に影響を受ける者が当該仲裁決定を実施する両当事国の権限のある当局の合意を受け入れない場合等のときは、この限りでないとされる(第19条:義務的かつ拘束力を有する仲裁)。仲裁のための委員会の構成は、国際租税に関する事項について専門知識又は経験を有する3人の個人から成るとされ、各当事国から任命された仲裁委員会の構成員2名が第3の構成員(委員長)を任命することとなっている(第20条:仲裁のための委員会の構成員の任命)。

仲裁手続の方法としては、原則的な仲裁手続としては、いわゆる最終提案アプローチ(ベースボール方式)を規定している。即ち、各当事国の権限のある当局は、仲裁委員会に対して、当該事案の全ての未解決の事項に対処する解決案を提出するが、それは特定の金額(例えば、所得又は費用の金額)の決定又は課される租税の率の上限の決定に限られる。仲裁委員会は、これに対して、単純多数決により、解決案の一をその決定として選択する。従って、仲裁委員会はいずれか一方の国の解決案しか採用できず、折衷案を提示できないため、各当事国の権限のある当局は仲裁委員会に自国案を採用されるべくそれなりに合理的な解決案を出すことが期待されている(第23条:仲裁手続の種類、第1項)。

また、締約国は第1項の最終提案アプローチを適用しない権利を留保して、いわゆる独立意見アプローチを採用することができるとしている。即ち、仲裁委員会は、対象租税協定の関連する規定に従い、及びこれらの規定に従うことを条件として両当事国の法令の関連

25 OECDモデル条約第25条(相互協議)に関するコメンタリー・パラ5

26 同上、パラ64

する規定に従い、仲裁に付託された事項を決定する、とされ、仲裁決定には、その結論の法的根拠及びその結論に至った理由を付する、とする（同条第2項）。

義務的かつ拘束力を有する仲裁（第19条）の規定にかかわらず、仲裁決定が両当事国の権限のある当局に送付された後3か月以内に、全ての未解決の事項についての解決であって当該仲裁決定と異なるものについて合意する場合には、当該仲裁決定は、両当事国を拘束せず、かつ、実施されない、とされる（第24条：異なる解決についての合意）。

仲裁委員会の構成員の報酬及び費用並びに両当事国が実施する仲裁手続に関連して生ずる費用についての両当事国の合意がない場合は、仲裁委員会委員長の費用その他仲裁手続の実施に関する費用は両当事国が均等に負担する、とされる（第25条：仲裁手続の費用）。

なお、仲裁条項の具体的な適用関係については、既存の条約との関係、仲裁手続の種類、等との関係でかなり複雑である<sup>27</sup>。従って、結果的に両当事国の選択が合致して仲裁条項が適用される事例がかなり制限的になる可能性があり、仲裁規定が十分に機能しないことも懸念されている。

### （3）検討

このBEPS防止措置実施条約の仲裁にコミットしているのは28か国・地域であり、それなりの数の国がコミットしているものの、この条約自体の署名国の数に比して未だ少ないとの見方もあり、また、これを選択しているのは先進国及び一部の途上国に偏っているようである。とりわけ新興国及び多くの途上国は未だ仲裁に消極的のようである。

仲裁については、紛争解決手段として未だ一般的になっているものではないが、それには幾つかの理由が言われている。特に、新興国及び多くの途上国が仲裁に消極的な理由として、一般的に言われているのは、仲裁と言っても、仲裁人の多くが先進国の出身であり、とりわけ移転価格はかなり主観的要素によって左右されるものであり、結局は先進国に有利な内容の決定になると思われるということである。また、憲法上の課税主権を損なうことになりかねないということも言われている。いずれにせよ、基本的に自国の課税権が制限を受けることに対する懸念があるものと思われる。その他にも、仲裁に係るコストの問題等もあるようである。

まず、仲裁人については、各当事国の権限のある当局が各一人の仲裁人を任命し、この両仲裁人が第三の仲裁人（委員長）を任命することとなっているため、事実上この第三の仲裁人の意向が仲裁決定に大きな影響を及ぼすこととなる。仲裁に移行しても、そもそも仲裁人の選定で両当事国の合意が進まないことは十分に考え得ることであり、仲裁人の候補者選定は重要な問題である。従って、仲裁人は“国際租税に関する事項について専門的知識又は経験を有”<sup>28</sup>し、“当該事案に係る仲裁手続を通じてその公平性及び独立性を維持しなけれ

27 詳細については、“BEPS防止措置実施条約（MLI）における濫用防止規定と仲裁規定の働き”（「租税研究」2018年3月号 p358以下（大野雅人氏））

28 BEPS防止措置実施条約第20条2項(a)



ばなら”<sup>29</sup>ないのは当然として、また、最終的には OECD・租税政策及び税務行政センター長によって仲裁人が任命される<sup>30</sup>ことがあるとしても、途上国等を含めた幅広い関係国から支持される人材を仲裁人の候補者とする必要がある。

仲裁手続の種類をみると、21 か国・地域が最終提案方式（ベースボール方式）を選択しており<sup>31</sup>、日本を含む 7 か国・地域が独立意見方式を選択している<sup>32</sup>。最終提案方式を採用している国をみると、先進国のみならず幾つかの途上国も含まれている。これらの途上国が独立意見方式を採らないのは、本条約で最終提案方式が基本型となっていることのみならず、独立意見方式では両国出身ではない仲裁人（第三者）による独自の判断が事実上の決定を下すこととなる可能性があり、それは各国の課税主権と相容れないものとされていることにもよるようである。確かに、先進国の中でも若干の国においては、課税主権との関係で仲裁そのものの導入に消極的な国もあるようであるが、上述したように、OECD が推奨している仲裁は相互協議手続の不可分の一部であり、その結果は相互協議の結果として、両税務当局を拘束するものの、納税者までを拘束するものではない。ある意味では、このように相互協議手続の中のものと解することで、課税主権の問題をクリアしていると解されているように思われる。課税主権の問題が、単に仲裁に対する消極的姿勢を擁護するために安易に唱えられている可能性もあり、国際法解釈面での検討をさらに行うことも求められよう。

最終提案方式では、仲裁人はいずれかの国の提案を採ることから、両当事国ともある程度合理的な提案を提示することが期待されるのは事実であるが、途上国にとって仲裁人を十分に納得させられる合理的な相互協議ポジションの提案・説明が可能となるだけの経験を有しているのかどうか疑問がないわけではない。途上国が今後仲裁を導入することとなれば、独立意見方式で、仲裁人の判断に委ねる方が自らのポジション形成での不利性をカバーできることもあり得るように感じられる。わが国が、独立意見方式を採用しているのは、新興国・途上国との紛争の増大が予想される中で、妥当な選択であるように感じられ、これらの国々との条約交渉に活かしていくことが期待される。

現実には、相互協議事案において、途上国等の相互協議部局は、相互協議で譲歩をすると、国内的に自国課税部局から批判され、場合によっては納税者との癒着を疑われる、といったことも言われている。このような途上国などにおける相互協議での妥協を困難とする問題点を解決するには、むしろ中立的な第三者の考えに依拠した仲裁、場合によっては拘束力がなくても第三者の意見を求める調停等を採用入れるのがよいようにも感じられる。また、先

---

29 同上第 20 条 2 項(c)

30 同上第 20 条 3 項・4 項

31 最終提案方式（ベースボール方式）を選択しているのは、オーストラリア、オーストリア、バルバドス、ベルギー、カナダ、キュラソー、フィジー、フィンランド、フランス、ドイツ、アイルランド、イタリア、リヒテンシュタイン、ルクセンブルグ、モーリシャス、オランダ、ニュージーランド、シンガポール、スペイン、スイス、イギリス、の 21 か国・地域である。なお、米国は当条約に参加していないが、自国の二国間条約ではこの方式を採用している。

32 独立意見方式を選択しているのは、アンドラ、ギリシャ、日本、マルタ、ポルトガル、スロベニア、スウェーデン、の 7 か国・地域である。

進国においても、仲裁は相互協議部局の職務放棄とみられかねないとの意見もないわけではないようであるが、相手国との交渉の側面がある相互協議事案で、特に合意が困難な事案では却って仲裁への移行を認めることが、事案の解決及び担当者の事務負担減少となるのではないと思われる。また、実際の事案の仲裁結果は、これまでのところ、両当事国にかなり不満の残るものとなっているとのことであるが、もともと両国当局間の合意が困難であったものであることを考えれば、これにはやむを得ない面もあるのではないと思われる。

また、一般に、仲裁等への移行に伴ってコストがかかることも言われている。仲裁人の報酬・費用、仲裁手続関連費用は、両当事国が負担することとなり得るが、途上国にとっては、これらの費用も問題とされる。ここで例えば、地域国際金融機関等の人的（職員の活用等）・物的（会議場の提供等）・金銭的（仲裁人に係る費用負担等）支援を得ることができれば、これらの国にとっての一助となるであろう。また、仲裁廷の開催される場所もその決定に影響を及ぼすとの意見もあり、このような地域国際金融機関で仲裁廷が開催されれば、このような疑念の解消にも役立つものと思われる。

## 7. 今後の方向性

上述した通り、従来型の移転価格課税を巡る新興国・途上国との紛争については、BEPS 行動 14 に係るピアレビューが極めて有効に機能しない限りは、グローバルでの紛争の増加・困難化が予想され、また、新たな課税の動きであるデジタル経済への課税案を含めて、各国で独自措置導入の動きがあり、これらについては、制度上からも二重課税の完全な除去が難しいものとなる可能性がある。しかも、このような独自措置の動きが、新興国・途上国を含めて一般化する傾向があるように感じられ、この点で、OECD 及び各国当局のみならず、納税者サイドにおいても二重課税除去への関心を高めて、改めて二重課税除去の有効な仕組の構築に向けての関係者によるあらゆる努力が求められる。

仲裁規定については、その適用例があまり聞かれないこと、実際にどこまで有効に機能するのか未だ明確ではないことなどから、従来、納税者側のこれに対する期待はあまり聞かれず、また、各国当局においても、特に途上国等との仲裁は、先進国での経験を踏まえた上で検討すべきであり、未だ、時期尚早との意見も根強いように感じられる。

しかしながら、仲裁の意義については、先進国とは考えの異なる新興国・途上国での移転価格課税の強化、国際取引の複雑化に伴う比較対象のない取引の増加、BEPS 対応の強化に伴う独自措置への傾斜、等のために、今日、国際的な利益移転への対応のための制度として、移転価格税制では限界があると言われる中で、二重課税の頻発を防止するためにも、移転価格税制を基本的にできるだけ維持しつつ、そこから生じる紛争については仲裁によって解決する、との方向性を採ることを確認する必要性が一層高くなっていると言えよう。

OECD/G20 において税の安定性プロジェクトが大きなテーマとなっていることは、とりもなおさず税の不安定性（uncertainty）への懸念が増していることを示しているとも考えられ、特に、移転価格課税制度の限界を認識して、各国で独自措置がかなり広く訴えられ得

るような現状においては、紛争予防・紛争解決の効果的な実施が行われるか否かは、今後の各国課税制度の方向性に大きな影響を有するよう感じられる。即ち、独自措置が一般化しかねない状況の下では、グローバルで整合性のとれた制度・執行が行われなくなることが考えられ、結局その負担が納税者たる企業側に帰せられることになって、世界の貿易・投資の阻害要因となりかねないところである。その意味で、仲裁制度に代表される紛争解決手段が有効に機能するかどうか、今後の国際課税制度の在り方全体に影響を及ぼす可能性があることを改めて十分に認識すべきであると思われる。

## 第2章 BEPS 防止目的の利子控除制限について (平成31年度改正)

早稲田大学大学院教授  
青山 慶二

### 1. はじめに

複数国で事業展開をする関連企業グループは、各グループ法人の資金調達手段の選択によって、グループ全体の税負担の調整を行うことが可能である。

これは、法人税が、原則として、①単体法人ごとに課税所得計算を行っており、かつ、②株主にとってのリターンを課税ベースにしている（負債借入れのコスト（利子）は損金算入されるのに対し、資本受入のコスト（配当）は損金算入されない（法人税支払い後に支払われる））からであると説明されている<sup>33</sup>。

即ち、ファイナンスを受ける法人にとっては、負債借入れの方が節税効果が高いのであるが（インバウンド設立の場合）、一方で、ファイナンス供与法人にとっては、受取利子が益金算入されるのに対し、受取配当は通常益金不算入とされるため、資本投下の方が節税効果が高い（アウトバウンド設立の場合）<sup>34</sup>。

ただし、法人税制の国際調和は不完全であることから、ファイナンスの受入国と供与国との間では、①課税ベースの広狭や法人税率の高低のみならず、②支払われるファイナンスコストの法的定義（利子か配当か）の相違もあることから、グローバルなグループ企業にとって、ファイナンス構造を工夫して税負担を極小化する租税計画の余地は広いと認識されてきた。

それらのファイナンスに関する租税計画を念頭に、自国の税源浸食に対抗しうる国内法として先進国を中心に立法化が促進されてきた個別的な租税回避否認規定が、移転価格税制、過少資本税制及び過大利子支払税制の3点セットであった<sup>35</sup>。これらのうち、OECD 移転価格ガイドライン等に基づいてすでに一定の標準化が図られてきた移転価格の制度に対し、過少資本税制及び過大利子支払税制という利子損金算入の制限措置については、先進国間で徐々に立法化されつつあったものの、その内容は国別で格差があり、不当な租税計画の

33 増井良啓・宮崎裕子『国際租税法（第3版）』2015年、東京大学出版会 208頁

34 ただし、我が国の外国子会社配当益金不算入制度（法人税法23条の2）を含むより広義の資本参加免税制度の下では、①費用相当分として配当の一部が益金不算入の対象外とされることが多く、また、②收受する配当に係る源泉税は二重課税調整の対象とはされないため、その限りで節税効果は縮減されている。

35 個別的な否認規定とは別に、ファイナンスの実態に着目して納税者が選択した負債と資本の区分を否認する国内法（定義規定の立法・解釈や一般的租税回避否認規定の適用によるもの）も、先進国では整備されてきている。例として、米国歳入法385条（過少資本税制条項と呼ばれる）は、財務長官に資本・負債の区分定義に関する財務省規則制定権を授権している。

抑止効果について不十分との懸念が高まっていたのである。

2015年10月のBEPS最終報告書の行動4が行った勧告は、最近のグループ・ファイナンス技術の進展に伴う税源浸食リスクの深刻さ<sup>36</sup>に鑑み、利子控除制限の仕組みとして、一定の過大利子支払税制のメカニズムをBEPS対応の共通アプローチとするよう提言した。

わが国は、BEPS勧告に対応する国内法改正として、これまで、移転価格の文書化の拡充、帰属主義に即したPE定義の改定、タックスヘイブン税制（外国子会社合算税制）の拡充などの国内法改正を順次行ってきたが、平成31年度改正では上記提言に沿った利子控除制限策（平成24年度に導入された過大支払利子税制の大幅改正）を導入した。

本稿はその概要をBEPS勧告と参照しつつ概観するとともに、本改正に至る同制度の検討過程や課税理論上の諸課題などを検討するものである。

## 2. BEPSプロジェクト開始以前の利子控除制限策

### (1) 資金調達に対する中立性を確保する施策

前述した通り、利子支払控除を利用したBEPS行動は、借入れと資本のコストの税扱いの相違から生じている。この構造的問題の解決を提唱してきたのは、エコノミストであり、資金調達に対する中立性を税制は確保すべきと主張してきた。すなわち、法人税に関して資本と負債のコストの取扱いの差異を解消するため、I利子を損金算入しない方向で取扱いの統一化を図るCBIT（包括的事業所得税）構想と、II資本にもみなし利子控除を認めることで取扱いの統一化を図るACE（資本控除税制）構想が提案され、学界のみならず具体的な政策提言でも検討されてきた<sup>37</sup>。

特にACEについては、クロアチア、ベルギー、ブラジル、イタリアなどの国ですでに導入が始まっている。CBITが理論止まりで実行に移された事例が見当たらないのは、激化する法人税制の租税競争の中で、投資家に対し現行法より一時的な税負担を増加させるCBITを他国に先んじて導入するリスクを、政策当局が負いたくないとの自然な反応によるものと思われる<sup>38</sup>。

仮に、CBITまたはACEの下で全世界の法人税制が調和された場合には、現行の利子控除制度がもたらすBEPS懸念の基本的な部分が解決されると期待されるが、その道は果てしなく遠いと思われる。

36 いわゆる低税率国に所在するキャッシュボックス法人を利用したグループ・ファイナンスや、銀行などグループ外の第三者も巻き込んだ高税率国への負債押付け（Debt-Pushdown）スキームなどには、既存税制の耐久力が不足していると指摘している。

37 その詳細については、森信茂樹「グローバル経済下での租税政策」（フィナンシャルレビュー102号）3頁など。なお、当研究所の過去の報告では、浅妻章如「利子控除について」（21世紀政策研究所『グローバル時代における新たな国際租税制度の在り方』報告書2015年版15頁）、原口・上田「行動4利子の控除制限」（同上報告書2016年版147頁）参照

38 ACEは、導入国から見ると現行制度に追加される新たなインセンティブ税制の一種と説明することが可能であるのに対し、CBITの下では、法人段階で損金不算入により利子課税を行う代わりに、最終的な個人段階では受取利子を非課税とするパッケージが背後に構想されているのであるが、この新システムの導入には、各国間の協調した税制改正が必須と思われる。

## (2) 利子控除に制限を設ける諸施策

一方で、利子控除に一定の制限を付する立法は、前述の移転価格・過少資本税制・過大支払利子税制の3種類に区分され、BEPS防止効果の確保のため適用領域を拡張する方向で改正が進展してきた。

### ① 移転価格税制

移転価格税制では、中心をなす独立企業原則が、利子率の合理性だけでなく、関連者間のファイナンスが貸付けか自己資本かの区分についても判断基準を提供している、という共通の理解が存在する<sup>39</sup>。英国は早めに過少資本税制を移転価格税制によって置き換えているが、類似業種の負債資本比率を参照するやり方であり、モデル条約9条の解釈に忠実な改正であるとともに、簡略化及び透明性という意味では一貫性のある政策と評価できる<sup>40</sup>。

ところで、利子率に適用される場合は、独立企業間の資金調達コストから乖離した高利貸付け又は低利貸付けを是正することによって、それぞれ、ファイナンスの受入側又は供与側の所得を削減するプランニングに対抗できるので、インバウンドとアウトバウンドの双方の租税計画に有効である。ただし、受入者が過少資本法人である場合や供与者が低税率国に所在する過大資本法人（例として、いわゆるキャッシュボックス法人）である場合のBEPSリスクには完全には対応できない。BEPS勧告では、随所で伝統的な独立企業原則の限界が指摘されるが、利子控除制限の税制もその代表的な一例である。BEPSリスク対応により有効な利子控除制限策が、過少資本税制と過大支払利子税制と位置付けられる<sup>41</sup>。

### ② 過少資本税制

過少資本税制は、レバレッジを効かせた関連会社間ファイナンスによって、利子支払いの形で高利潤の市場国の課税所得を削減しようとする租税計画に対応する施策であり、各国とも単独税制として、或いは移転価格税制や過大支払利子税制と連携して導入している。本税制適用に際してセーフハーバーの閾値となる負債資本比率は、2017年のトランプ税制改正前の米国の1.5対1<sup>42</sup>から、わが国や欧州諸国の3対1まで多様性がみられた。上記閾値の明確性の故か、あえてこれにチャレンジする納税者は多いとは思われず、国税庁も適用実

39 OECDモデル条約9条コメンタリー、パラ3。国内法においても、例えば米国内国歳入法385条は、財務長官に一定の貸付けを資本とみなす財務省規則の制定権を授権しており、2016.10には、関連者間債務を債務と認定するために、回収可能性に関する一定の文書化を求めることなどを内容とする最終規則が公布された。

40 英国は、過大利子支払税制についても、BEPS勧告のオプションであったグループ比率方式や、控除可能利子をグループ全体の純利子費用に限定する独自のデットキャップルールを併用しており、金融市場センターとしての細かな政策判断をしているようである。

41 キャッシュボックス法人に留保された所得については、別途、BEPS勧告に応じた外国子会社合算税制の改正も行われている。青山「BEPS勧告に基づく外国子会社合算税制の改革」（当研究所報告2017年版1頁）

42 2017.12改正により、米国の過大利子支払税制（利益剥取り条項）は勧告に沿ったものに改正されたが、その際に1.5対1のセーフハーバーも廃止された。

績を公表したことはない。ただし、本税制について内国法人と外国法人を差別的に取り扱う制度設計をすると、租税条約の無差別原則違反（モデル条約 24 条 4 項）になりうる。

## イ. わが国過少資本税制の基本的仕組み

平成 4 年改正で導入されたわが国の過少資本税制は、移転価格税制の導入後間もない時期の導入であり、すでに発生している潜在事例に適用するためというよりは、予防的な趣旨も含んだ立法整備といえるものでなかったかと推測される<sup>43</sup>。したがって、その仕組みも当時の欧米主要国立法の基本構造をなぞったものであり、Ⅰ外国親会社に対する過大な支払利子等に限定して、Ⅱ限度超過支払額をいわば子会社の利益処分とみなして否認する一方、Ⅲ親会社の所得計算には全く影響を与えることはないものとされていた。

### （イ）適用対象法人<sup>44</sup>

法人税の納税義務のある内国法人で、国外支配株主等（原則 50%以上の出資者。一定の資金供与者等も含む）に対して負債の利子等を支払う法人である。したがって、日本に設立された子会社・孫会社等の外資系法人（内国法人）だけではなく、海外に姉妹会社があり、そこからの借入れが大きい本邦法人も適用対象となる。なお、国内において事業を行う外国法人が支払う負債の利子についても過少資本税制を準用することとされてきたが（旧租税特別措置法 66 の 5<sup>⑩</sup>。以下、特に断りがなければ租税特別措置法を指す）、平成 26 年改正で導入された外国法人についての帰属主義原則により、恒久的施設に帰せられるべき資本に対応する負債利子の損金不算入制度が設けられたため、準用規定は削除されている。

### （ロ）適用要件

適用対象となる内国法人等は、各事業年度の下記の比率のいずれもが、3 倍を超える場合に原則として限られる。

#### Ⅰ 国外支配株主等にかかる利付負債・自己資本持分比率

$$= \frac{\text{当該事業年度の国外支配株主等に対する利付負債にかかる平均負債残高}}{\text{当該事業年度の国外支配株主等の当該内国法人にかかる自己資本持分}}$$

#### Ⅱ 内国法人等の総利付負債・自己資本比率

$$= \frac{\text{当該事業年度の総利付負債にかかる平均負債残高}}{\text{当該事業年度の自己資本の額}}$$

ただし、3 倍の閾値に関しては、独立企業原則に基づき類似法人の負債・資本比率に置き換えることが許容されている（66 の 5<sup>③</sup>）。

43 政府税制調査会「平成 4 年度税制改正答申」6 頁

44 取引や資金調達の依存関係、役員の兼務等のある法人も適用対象とされている点は、移転価格税制とほぼ平行である。

「資金供与者等」には、国外支配株主等が第三者を通じて資金供与する場合、第三者に対する債務保証や債券の担保提供により第三者が資金供与する場合など、第三者を通じた間接的な資金供与が行われた場合の資金提供者が該当する。

## ロ. EUにおける改正経緯

過少資本税制は、EU 法の下、共通市場での無差別取扱原則に違反すると欧州裁判所の判決を受けたので、同制度を導入していた EU 加盟国は、より一般的な過大支払利子税制に乗り換えていった<sup>45</sup>。

かくして、ファイナンスの技術進歩に伴い、関連者間のバックツーバックローン及び保証や債券担保を伴う第三者からの借入れを活用したスキームが拡大する中、独立企業原則に軸足を置く移転価格税制と過少資本税制の限界が徐々に明らかになってきたといわれている。

(参考) 欧州裁判所による **Lankhorst-Hohorst** 判決

本事例は、ドイツの子会社が外国の親会社へ支払う利子の控除について、当該子会社が高い債務資本比率を持つ場合には否認されながら、他方、ドイツ子会社がドイツの親会社に利子を支払う場合には控除可能と差別扱いしていた当時のドイツ過少資本法制が対象となったものである。

本判決は、ドイツの過少資本税制を、他の EU 加盟国に所在する関連法人に支払われる利子に適用して控除を否認する場合には、EC 条約の設立の自由の侵害に当たるとしている<sup>46</sup>。EU 加盟国により設立された法人であれば内国法人であろうと外国法人であろうとどちらからの借入れについても、平等の取扱いを要求したのである。ドイツは、この判決を受け、当該借入れが外国の貸付人からのものかどうか、関連会社からのものかどうか、にかかわらずなく、利子、税金、減価償却、繰延償却前の収益 (EBITDA) の特別割合 (30%) を限度として、利子控除を制限することとした。同様のルールは他の EU 加盟国でも立法化され、BEPS 勧告のベストプラクティスとして取り上げられるにいたった。

## ハ. 運用状況から見た評価

立法後、国税庁レポートなど公表資料に課税内訳として過少資本税制の調査実績が報告されることがないことなどからみて、適用事例はごく限られたもののようである。この背後には、過少資本状況下での借入利子を利用した租税計画のリスクは抽象的には認められるものの、I 支払利子については、租税条約で減免規定がない限りわが国が支払時にグロスベースで源泉徴収義務を課しており、租税計画上のうまみは過少資本のみでは達成されそうにないこと、II 3 対 1 という負債・資本比率の閾値は、諸外国に比べて高めに設定されており、納税者にとって柔軟性があると評価されたこと<sup>47</sup>、III 投資収益の受領者側の課税に関しては、利子そのまま課税収入金額に計上されるのに対して、配当の場合には二重課税廃

45 なお、自国で受領者が課税を受ける場合という一般的な適用除外要件を付している過大支払利子税制であれば、2 国間条約が定める無差別取扱原則の違反にならない。この制度は、実質的に関連企業間貸付けにターゲットを絞った BEPS 対応策税制として生き残っていくと思われる。

46 同判決と同旨のものとして、**Bosal Holding** 判決 (Case C-168/01) (13/10/2003)、**Test Claimants in the Thin cap group litigation** 判決 (Case C-524/04) (13/3/2007)

47 羽床正秀「過少資本税制の問題点」(水野忠恒編著『国際課税の理論と課題 (2 訂版)』2005 年、税務経理協会 157 頁)



止の観点から、外国子会社配当益金不算入制度または間接外国税額控除が適用されて税負担の軽減が見込まれることから、配当を利子に振り替えるうま味は限られていること、IVわが国で子会社形態等で事業運営をする外国多国籍企業の本拠地は、(タックスヘイブンなど軽課税国に本社を移転した場合を除き)通常高税率国であり、わが国との法人税の実効税率において大差はなく、過少資本を利用した租税計画のうま味はあまりなかったことなどの事情があったと推察される。

今後についても、BEPS 最終報告書や米国税制改正文書に見られるとおり、租税競争の本格化の下、法人税率の引き下げが活発に行われ、また、「ダブルアイリッシュ・ダッチサンドイッチ型」<sup>48</sup>のスキームにみられるように多国籍企業の租税回避策が複雑・巧妙化している現状の下では、容易に現行の過少資本税制の規制を潜り抜けて所得移転が行われていると見ざるを得ず、伝統的な過少資本税制のみでは利子控除を利用した所得移転に対して有効な施策とはいえないことが明らかになっている。

### ③ 過大支払利子税制

米国内国歳入法 163(j)条のアーニングストリップング規則をモデルとする所得に対して過大な利子支払を損金不算入とする措置は、EU 及びわが国でもその後導入されていった。現在の標準立法の一つともいえるわが国制度でその骨格を確認する。

#### イ. 24 年改正での導入

わが国が平成 24 年法改正で導入した過大支払利子税制は、支払利子を利用して所得移転を実現させる租税計画に対する諸方策のうち、移転価格税制及び過少資本税制という既存の税制が制御できなかった租税回避の領域に対応する施策の切り札として、「所得金額に比して過大な利子支払いの損金算入を制限する措置」という枠組で導入された<sup>49</sup>。

なお、わが国独自の導入背景としては、最近の租税条約ポリシーとして、国際的な投資促進を図るために利子の源泉地国免税条項(源泉徴収免除)を改定条約に盛り込むことが一般化している事情(わが国は日米条約において利子の原則免税化を 2013.1 議定書署名により実現)があることも指摘しなければならない。利子の原則免税化は、過少資本税制の適用が少ない理由の一つとして挙げられていた「利子支払いには源泉徴収が付随する」という利子のハンデ(親子間配当は原則免税)をなくすことを意味する。ハンデをなくしキャッシュフローを向上させる利子の免税化は、支払利子による税源浸食の懸念を増幅していたからである。

#### ロ. 損金算入制限の基本構造

本税制を規定する租税特別措置法 66 条の 5 の 2 は、関連者等にかかる支払利子等の損金

48 このスキームでは、負債・利子支払いに代えて無形資産の供与・ロイヤルティ支払いが租税計画の中心を占めているが、その租税回避の構造は負債と利子の利用の場合と共通している。

49 財務省「平成 24 年度税制改正の解説」(財務省ウェブサイト掲載) 558 頁

不算入として紹介されているが、相前後して規定している移転価格税制（66条の4）、過少資本税制（66条の5）、外国子会社合算税制（66条の6）とは異なり、適用対象法人を特定することはなく（すなわち全法人が潜在的な適用対象者）、関連者支払利子の額がある場合に法人全体に一般的に適用される規定ぶりとなっている。すなわち、支払者につき内国法人と外国法人の別を問わず、かつ、関連者支払利子の相手先についても内外無差別とされている。そのうえで、当該法人の調整所得金額（当期の課税所得に一定の調整を加えて、純支払利子、受取配当益金不算入額や減価償却費などを加算したいわゆる EBITDA）の特別割合（50%）を純支払利子が超える場合にその部分の損金算入を制限する仕組みである。

#### ハ. 仕組みの特徴から見た評価

関連者間の利子を特定する場合の関連者の定義は、移転価格や過少資本税制のように「国外関連者」や「国外支配株主」という「国外」の限定がついていないことを除き、関連性についての定義を含め、過少資本税制と同様移転価格税制での定義を借用している。すなわち、50%以上の直接・間接の持株割合と、取引・資金の依存関係や役員兼任等の実質支配関係を含む概念である（66条の5の2②）。

また、「純支払利子」とは、関連者等への支払利子等の額の合計額から、これに対応する受取利子等の額を控除した残額である。なお、関連者間の支払利子であっても受領者の手で当該受領額に対してわが国で課税対象とされるものは除かれている。また、特定債券現先取引等にかかる支払利子等は、貸付けと借入れとの間に対応関係があり、対象となる債券を通じて支払利子と受取利子の対応関係を特定できること及び現在の金融市場において同取引が果たす金融仲介機能の重要性にも着目して、本制度の対象外とされている。

さらに、市場や景気の変動等の所得水準に及ぼす変動要素は、損金不算入額の7年間の繰越制度によって吸収することとされている。

以上は、本税制が BEPS 効果を生むスキームにターゲットを絞るための基本枠組であり、既述した2制度に比べて細かい配慮を行った効率の良い制度と評価できる（比例原則の充足）<sup>50</sup>。

ただし、BEPS 防止効果に関し、次の2つの課題が提起されていた。一つは、対象債務を関連者間債務に限っていた点である。貸付契約の供与者が第三者であっても BEPS 効果を実現できる各種のスキーム（Debt Push-down や保証・債券担保付きの融資など）には、改正前の過大支払利子税制は無力であった。もう一つは、控除制限のメルクマールとなる調整所得金額の内容であり、この範囲の決め方については立法者の裁量が可能であるが<sup>51</sup>、改正前は、受取配当の益金不算入額を含ませている点など、ガードが甘いと評価される面も残っていた。

50 これに加えて、適用除外のデミニマス基準（関連者等純支払い利子の額 1,000 万円）の採用や、関連者受取利子の計算に際しての比例配分など、コンプライアンスコストへの配慮もされている。

51 例えば、減価償却費は、積極的な設備投資をした企業が不利を被らないようにとの政策的な理由で調整所得金額の計算上加算されるほか、資産の評価損や貸倒損失は業績悪化企業への配慮での加算とみられる。

#### ④ 米国において検討されたその他の立法政策

米国は、世界の資本輸出国として、自国における利子控除の発生と海外事業のリターンである配当の自国還流の間のタイムラグが引き起こす課税繰延効果の防止に腐心してきた経緯がある。その中で、まず一定の子会社所得（受動的所得）についてリアルタイムで子会社所得を合算課税する CFC 税制の精緻化が行われてきた。しかし、低課税国に所在するグループの持株会社等を活用した国外 M&A の拡大や、そこでの留保所得の増加、更には、本社の国外移転（インバージョン現象）にも直面し、上記の費用収益計上時期のミスマッチを狙った海外での能動的所得の課税繰延べを図る租税計画への対応が、いくつか検討されてきている<sup>52</sup>。

#### イ. 外税控除や支店利子税による対応

##### （イ）外国税額控除の控除限度額計算にあたっての費用配賦ルール

わが国と同様、外国税額控除に一括限度額方式を採用している米国では、国外源泉所得額の多寡で控除限度額は決定される。国外源泉所得の算定に際しては、利子を含めた費用を国外源泉所得に配賦しなければならないが、米国は、金銭の代替可能性に鑑み、I 資産の帳簿価格又は II グロス所得に応じて配賦する方式を財務省規則で採用している。最も活用された資産アプローチに従えば、外税控除の局面に限ってはあがあるが、デットプッシュダウンを含めた借入地の選択による BEPS 行動に対する抑止力が一定程度働くことになる<sup>53</sup>。

##### （ロ）2007 年のランゲル法案<sup>54</sup>

さらに、2007 年下院歳入委員長であったランゲル議員の法案では、外税控除にあたって、アウトバウンド投資に関し発生した利子費用は、海外子会社からの配当が国内還流されるまでの間は控除を期間配分して繰り延べるとするものであった。

##### （ハ）支店利子税（内国歳入法 884(f)条）

外国法人の在米支店の課税所得計算に際して、支店配賦利子額（支払利子の損金算入可能額）が、その支店による実際の利子支払額を超える部分について、在米支店の期末において、米国から支払われた利子とみなして 30%の源泉徴収課税するものである。この措置は、外国法人に帰属主義を適用する場合のインバウンドの状況ではあがあるが、過大支払利子に対する源泉徴収により BEPS 効果の抑制が見込まれるものである。

52 アウトバウンド設立の場合に、自国親会社で発生した利子費用を国境を越えて子会社に配賦する方法は、例えば、2005 年の大統領諮問パネル報告で提案されていた。“Simple, fair, and pro-growth: Proposal to fix America’s tax system (Washington, D.C.: US Government printing office, 2005)”

53 もちろん、この場合に 1 国限りの取組であれば二重課税のリスクが発生するため、各国協調が必要不可欠である。

54 2007 年減税及び税制改正法案。Michael.J.Graetz “Multilateral Solution for the income tax treatment of interest expense” (2009 Bulletin for International Taxation) (青山訳、租税研究 2009.11、172 頁)

#### ロ. Graetz 教授による多国間解決法の提案<sup>55</sup>

2009年にM.J.Graetz教授が提唱した利子費用のグローバル配賦方式は、注目を集めた。各国の協調の下、グループ法人は全世界資産に対する割合に応じて利子費用の控除を配賦すべしとするもので、デットプッシュダウンのような、いわば「借入先ショッピング」を根絶できる手法としても評価された。この説では、各国が採用する過大支払利子税制や過少資本税制が、フォーミュラの不一致などにより二重課税リスクを残してしまうことの懸念を一掃できると主張しており、その意味では2015年のBEPS合意前の段階における、優れた解決策の一つとも位置づけられる。実際、BEPS最終報告書の検討過程では、このアイデアについても十分な検討が行われたようである。

Graetz説には、当事国にとって全世界資産と自国使用資産の2つの情報の入手と、そのベースとなる資産に関する会計税務情報の国際調和というハードルがあることは事実である。しかし、BEPS最終報告書では、多国籍企業の国別報告書提出などグローバルな経営関連情報についての開示の協調が進展し、また、IFRSの拡大により多国籍企業の会計のコンバージェンスも進行している状況にある。したがって、将来、この構想が再度検討される可能性も否定できないと考える。

### 3. BEPS 勧告の趣旨とわが国への意義

BEPS勧告の趣旨については、注37に掲げた原口・上田による本研究所報告が詳しく、繰り返さない。最終的な勧告内容となった「固定比率ルール」で控除制限の参照対象とされたのは前述したEBITDA（調整所得金額）という「収益」を基準にしたものであった。

ただし、行動4最終報告書の第5章では、参照すべき対象として、収益と並んで「資産価値」も比較検討している。理念的には、ファイナンスコストである利子は、資産価値との結びつきも強く、コンプライアンスコストの面がクリアできれば、十分EBITDAに代替しうるとも考えられる<sup>56</sup>。

ここでは、最終報告書の提示する固定比率ルール（10～30%）が、平成24年導入時のわが国制度に求める修正内容と、その妥当性を検討する。

行動4のBEPS勧告は、以下の3つの税源浸食ハターンを念頭に置いている。

- 高税率国の第三者負債の水準を高くするシナリオ
  - グループの第三者純利子費用を超過する利子控除を生じさせるグループ内ローンの利用
  - 非課税所得を生じるための借入金として、第三者金融又はグループ内ローンの利用
- そこで、3つの懸念がわが国にどう当てはまるのかを検討する。

55 この内容は、前掲注47の翻訳による。

56 行動4最終報告書パラ83では、資産価値に基づく固定比率を仮に用いた国があった場合のEBITDA方式との結果の整合性を求めている。

### (1) 高税率国の第三者負債

わが国は、トランプ税制改革<sup>57</sup>後は、世界で最も法人税の実効税率の高い主要国となり、既述のデットプッシュダウンなどによるグループ企業のファイナンス費用負担地策の候補となりやすい国となった<sup>58</sup>。加えて、改正前租税特別措置法は、対象利子の範囲、EBITDA 算定における非課税所得の取扱い、更には 50%という閾値（基準値）と、行動 4 が提示するベストプラクティスのアプローチと大きな乖離があった。仮に税制改革で各国の協調が進みわが国の取組が遅れた場合には、わが国は、いわゆる「最も弱い環」の役割を果たすことになり、わが国の税収源が甚大であるのみならず、BEPS 防止の国債協調にも水を差すことが懸念された。

### (2) グループ純利子を超える利子控除

わが国はアジアの金融センターであり、低い調達金利で安定した資金調達市場を提供している。わが国と同様、地域の金融センターの役割を果たす英国が、超過利子の付け替えを懸念して導入しているワールド・デットキャプ・ルール（グループ比率に、控除額の上限をグループ全体の純利子費用に限定するもの）は、その様な条件の国の BEPS リスクに備えるものであるが、わが国も同じ状況にあるものと思われる。

### (3) 非課税所得対応

わが国では内国子会社のみならず外国子会社についても配当益金不算入額は、調整所得への加算を認めており、かつ閾値が 50%と寛大である。このことは、日本の持株会社を利用した支払利子控除の活用という、強い BEPS の誘因を与えている。

以上のことから、過大支払利子税制の改正は、わが国にとって待ったなしの状況にあったと考えられる。

## 4. 平成 31 年度改正<sup>59</sup>

### (1) 改正の概要

過大支払利子税制（66 条の 5 の 2）への平成 31 年度改正（平成 31.3.27「所得税法等の一部を改正する法律」として国会可決・成立）は、BEPS 勧告の内容をほぼ踏襲したもので

57 2017.12 に法制化されたトランプ改正では、国外関連者からの借入れに対する利子控除制限制度（従来は、我が国同様 EBITDA の 50%の基準値を使用）を改め、BEPS 勧告に即した一般的利子控除制限規定に、完全な衣替えをしている。すなわち、改正後の 163(j)条は、事業上の支払利子から事業上の受取利子および一定の資産購入に係る借入利子を控除した純支払利子のうち、調整後課税所得の 30%を超える部分を損金不算入としている。なお、1.5 : 1 の負債・資本のセーフハーバーも廃止し、不算入額は無期限に繰り延べ可能とされた。また、2022.1 以降の開始事業年度からは、調整所得金額は EBITDA から EBIT に修正される予定である。

58 EU も、調整所得の 30%までに限り純支払利子を損金算入できる旨の一般的利子控除制限ルールを、「EU 租税回避防止指令」で採択した。同指令に基づく国内法整備は、2018 年末を目途に着実に行われた。

59 概要は、平成 31 年度政府税制改正大綱、所得税法等の一部を改正する法律案要綱、及び同新旧対照表（財務省ウェブサイト掲載）による。

あり、その概要は以下のとおりである。

### ① 対象とする利子

従来の関連者間支払利子のみを対象とする制度から、第三者間利子をも含む純支払利子を対象とすることになった、ただし、受領者において日本の課税所得に含まれる利子等を除外するという従来の取扱いは修正していない。この結果、実質的には、クロスボーダーの支払利子が主たる対象とされることになる。

わが国の定義は、BEPS 勧告が無条件の純支払利子（自国で課税対象となるかどうかを問わない一般的な純支払利子）に比べて制限的であるが、BEPS 防止の趣旨の範囲内でのオプションの一つと考えられ、また、対象利子について、受領者において国内で課税対象とされるものを除くとの規定ぶりは、租税条約の無差別条項に反するものでもないことから、立法政策の裁量の範囲内と考えられる。

### ② 調整所得

調整所得（EBITDA）の算定にあたって、従来は加算していた国内・国外の受取配当益金不算入額を加算しないこととした。すなわち、非課税所得と利子費用の取扱いのミスマッチを BEPS 防止の観点から解消する趣旨である。

わが国では、I 日本を根拠地とする多国籍企業は、EBITDA に対する純支払利子比率（固定比率）が総じて低く、利子控除を利用した BEPS 行為への関与は少ないと考えられていたこと、II 外国子会社配当益金不算入制度が、二重課税排除方式として外国税額控除制度に代替するものとして導入された経緯があり、同制度の持つ BEPS 誘因についての警戒感が薄かったことから、政策論として寛大な扱いが行われてきたと思われる。

今回の改正により、外国子会社合算税制に加えて、親会社に発生する利子コストを利用したプランニングに対する税制としての耐久力が拡充されたと評価できる。

### ③ 基準値

基準値は、EBITDA の 50% から、BEPS 韓国のガイドラインである 10~30% の中央値である 20% までの引下げが選択されている。これは、欧米の 30% 基準よりも低い数値であり、納税者にとって厳しい固定値に見える。しかし、上記①で指摘したように、対象となる純利子について欧米より狭い定義をとり、適用要件を緩和しているわが国制度の趣旨からみて、更には、観察される日系企業の相対的に低い EBITDA 比率からみて、20% は固定値として合理性を持った立法裁量の範囲内と思われる。

### ④ 適用除外

改正法では、更に適用除外要件の改正が行われた。まず、いわゆるデミニマス基準として、従来純支払利子等の額が 1,000 万円以下とされていたものが、2,000 万円以下に引き上げら

れた。また基準値の引下げに伴い、関連者への支払利子の額が総支払利子等の額の 50%以下としていたものは、国内企業グループ（持ち株割合 50%超）の合算純支払利子等の額が合算調整所得の 20%以下の場合と修正されている。

#### ⑤ その他、オプション等の採否

BEPS 勧告がオプションとして提示した、いわゆるグループ比率については改正案は言及していない。独立企業原則の理念からは、バックストップとして必要性があるとも考えられるが、それを実施するための納税者のコンプライアンスコストや国家間での二重課税調整等に鑑みると、その必要性は、上記の対象利子、調整金額及、基準値及び適用除外のパッケージの BEPS 防止効果如何によると思われる。立法裁量の範囲内であるが、今後の適用過程のモニタリングで再検討することも必要と思われる。

また、超過利子等の損金算入の 7 年間の繰越制度についても修正は行われていない。

#### （２）今後の見通し

今回の改正は、基準値の引下げのみならず第三者利子を含むこと等により納税者のコンプライアンスコストを引き上げるものであり、その点も考慮してか、施行日は、平成 32 年 4 月（令和 2 年 4 月）とされた。適切な措置であると思われる。ただし、既述した通り、新しい固定比率ルールは一定の幅をもって施行されるのであり、その BEPS 防止効果は当面観察する必要がある。

なお、BEAT や GILTI（みなし帰属所得としてのミニマム税構想）といった米国税制改正が提起する新しい法人課税のスキームは、現在 G20/OECD で議論されているデジタル経済の課税にも影響を及ぼしており、本稿でも触れた CBIT や ACE という法人税における負債バイアスを根本的に解消する施策の動向も見逃せないと思われる。

## 第3章 移転価格税制（所得相応性基準）

立教大学法学部教授

浅妻 章如

### 1. 所得相応性基準導入前夜：溯論文の衝撃

<sup>60</sup>所得相応性（commensurate with income）基準について殆どの租税実務家（特に納税者寄りの租税実務家）は、移転価格税制に関する独立当事者間基準（arm's length standard）と整合的でない、という感覚を抱いているであろう。

この感覚はそれなりに正当なものであるということと関連して真っ先に紹介したいのが溯論文<sup>61</sup>である。

#### （1）アメリカにおける近年の移転価格裁判

「アメリカにおいて、近年、所得相応性基準が独立当事者間基準とは相容れず、それゆえ財務省規則で定められた所得相応性基準は事実上意味を持たない、という見解がとりわけ租税裁判所の裁判例の中で強く表明されるようになってきている。」<sup>62</sup>

この点につき、特に租税裁判所がアメリカ内国歳入庁（IRS：Internal Revenue Service）を苦境に追い込んでいる近年の裁判例として、Xilinx 事件<sup>63</sup>、Altera 事件<sup>64</sup>、Medtronic 事件<sup>65</sup>を紹介する。溯論文紹介以後の事情も含めてここで3件を紹介し直す。

Xilinx 事件では、無形資産開発に係るアメリカ法人とアイルランド法人との間での費用分担取決め（cost sharing agreement<sup>66</sup>）が問題となった。中でも問題となったのは、従業員のストック・オプション報酬に係る費用負担についてであり、納税者側は、arm's length の関係においては自社の従業員のストック・オプション報酬の費用しか負担しない（相手方法人の従業員のストック・オプション報酬の費用を負担する例は無い）と主張し、アメリカ

60 本稿では人名に職名・敬称を付さない。「」『』を引用のために用い、【】を区切りの明確化の為に用いる。年月日はYYYYMMDDの順に表記する。

61 溯圭吾「移転価格税制の法理上の基礎について——契約モデルから信認モデルへ」金子宏=中里実編『租税法と民法』311-329頁（有斐閣、2018）。

62 溯・註61、313頁。

63 *Xilinx v. Commissioner*, 125 T.C. 37 (2005 August 30); reversed by 567 F.3d 482 (9<sup>th</sup> Cir., 2009 May 27), withdrawn by 592 F.3d 1017 (9<sup>th</sup> Cir., 2010 January 13); affirmed by 598 F.3d 1191 (9<sup>th</sup> Cir., 2010 March 22).

64 *Altera Corp. & Subs. v. Commissioner*, 145 T.C. No. 3 (145 T.C. 91) (2015 July 27); reversed by 2018 U.S. App. LEXIS 20524 (9<sup>th</sup> Cir., 2018 July 24); withdrawn by 898 F.3d 1266 (9<sup>th</sup> Cir., 2018 August 7).

65 *Medtronic Inc. et al., v. Commissioner*, T.C. Memo 2016-112 (Docket No. 6944-11) (2016 June 9); 900 F.3d 610 (8<sup>th</sup> Cir., 2018 August 16). この事件は藤枝純「所得相応性基準と契約締結後の事情変更への取引当事者の対応」金子宏=中里実編『租税法と民法』330-349頁（有斐閣、2018）でも紹介されている。

66 OECDではcost sharing arrangementと呼ばれるが、概ね同じ。



法人の従業員のストック・オプション報酬の費用をアメリカ法人が負担すべきであると主張して、ストック・オプション報酬の費用は費用分担に含まれるべきではないと主張した。研究開発はアメリカ法人において行われるため、研究開発が上手くいった場合の成果に関する権利のアメリカ法人・アイルランド法人の間の帰属に比して、アメリカ法人が多くの場合の費用を負担することとなる。一審（租税裁判所）で納税者側が勝訴し、控訴審で一度、IRS 側が逆転勝訴したが、同じ控訴審で撤回され、同じ控訴審で一審の結論が維持された。

Altera 事件では Xilinx 事件と同様の株式型報酬（stock-based compensation）について争われた。Xilinx 事件と異なる点として、Altera 事件では、財務省規則改定後の事案であった点と、アメリカ法人とケイマン法人との間の費用分担取決めであるのでアイルランドと異なり租税条約がアメリカ国内法を制約しないという点を挙げることができる。しかし、租税条約による制約の有無はあまり大きな問題になっているようには見受けられず<sup>67</sup>、改定後の財務省規則（Treasury Regulation § 1.482-7）が、法律（内国歳入法典 Internal Revenue Code § 482）に違反しているかが主たる争点となった。一審で納税者側が勝訴し<sup>68</sup>、控訴審で一度 IRS 側が逆転勝訴したが、同じ控訴審で撤回され、未だ結論は出ていない。Xilinx 事件と同様の経過を辿るのであろうか、と話題になっている。

Medtronic 事件は前号<sup>69</sup>でも紹介したが（但し一審まで）、医療機器メーカーたるアメリカ法人が組立等を行うプエルトリコ法人から受け取る無形資産使用料が、低すぎるか、が争われた。IRS 側は、14 の比準企業に基づき CPM（comparable profits method 利益比準法）を使用してアメリカ法人の増差所得額を算定した。しかし、プエルトリコ法人が行っているのは部品組立に尽きるものではないところ、IRS 側選定の比準企業は部品組立をするにすぎないため、IRS 側の利益配分が「恣意的、気まぐれ、または不合理」（arbitrary, capricious, or unreasonable）<sup>70</sup>であると納税者側が立証する責任を果たした、と租税裁判所は判断した。しかし、租税裁判所は納税者側を勝たせた訳でもなかった。納税者側は、CUT（comparable uncontrolled transactions）法に基づき、pulse generator（心臓ペースメーカーのような脈動発生器）について使用料率 29%、leads（導線）について 15%の使用料率を算出していた。しかし、租税裁判所は自身で使用料率を算定し、29%を 44%に、15%を 22%にすべしとした。

IRS 側が控訴した。

控訴審は租税裁判所の判決を破棄し差戻した。租税裁判所の使用料率の算定は、Pacesetter agreement（ドイツ法人 Siemens の子会社である Pacesetter 社が Medtronic 社

67 この点は私から見て意外である。

68 脚注 61 による紹介は一審まで。

69 浅妻章如「第 5 章 BEPS 残された課題：PS 法」21 世紀政策研究所研究プロジェクト（国際課税研究会：青山慶二）『グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方～BEPS プロジェクトの重要積み残し案件の棚卸し検証～』125-142 頁（21 世紀政策研究所、2018.6）

70 納税者側の主張の中で「arbitrary, capricious, or unreasonable」という表現が出てくるが、租税裁判所が用いる「or」と納税者側が用いる「and」とで文意にどのような違いが生じるのか、未だ調べがつかない。

との特許紛争に敗れ、和解条件として、Pacesetter 社が Medtronic 社に高額の使用料を支払うこととなった事例)に基づいて CUT 法の中で種々の調整を加えたものであった。しかし、控訴審は、Pacesetter agreement と本件(アメリカ法人がプエルトリコ法人から受け取るべき使用料)との間における比較可能性の程度を十分に分析していない(the tax court did not analyze the degree of comparability)<sup>71</sup>、無形資産が比較可能性にどのように異なる影響をもたらすか審査してない(not evaluate how the different treatment of intangibles affected the comparability)<sup>72</sup>、リスクと製造物責任費用の額を判断してない(not decide the amount of risk and product liability expense)<sup>73</sup>として、租税裁判所に差し戻した。

Altera 事件と Medtronic 事件の決着は未だついておらず、IRS 側が逆転勝訴するか否かは分からないけれども、少なくともアメリカの租税裁判所において、そして、少なくとも利益比準法など独立当事者間基準から距離のある利益配分算定方法を IRS 側が主張することについて、逆風が吹いている、と評すことは許されそうである。

## (2) 事前(ex ante)の契約法と事後(ex post)の信認法

「私[淵]は、アメリカ法における『独立当事者間(arm's length)』という言葉の本来の意味からして、独立当事者間基準と所得相応性基準とは全く別物だという考え方にも一理あると考える。アメリカ法では伝統的に、全く関係がない当事者間での市場における一度きりの交渉のルールであり事前(ex ante)の観点に基づく契約法と一定の関係がある当事者間での継続的な地位をめぐるルールであって事後(ex post)の観点に基づく信認(fiduciary)法とが対比されており、『独立当事者間』という概念は前者の象徴として用いられてきたのであるが、所得相応性基準の発想はむしろ後者に近いからである。」<sup>74</sup>。

この淵の記述は、所得相応性基準に対する近年の殆どの租税実務家(特に納税者寄りの租税実務家)の否定的な感覚を、代弁するものである、と受け止められるかもしれない。

しかし淵は、「今でこそ、移転価格税制といえば独立当事者間基準というように統合で結び付けられがちなのであるが、実は、[アメリカの]移転価格税制は独立当事者間基準を唯一無二の基準としてきたわけではなかった。」<sup>75</sup>と述べる。

さらに、「移転価格税制に対する理論的な研究においても、独立当事者間基準が墨守すべき金科玉条ではなく、むしろ、より高次の目的を達成するための一つの基準にすぎないことが明らかにされてきた。……日本の先行研究の中に見出すことができる。」<sup>76</sup>として、金子宏<sup>77</sup>、

---

71 900 F.3d at 614.

72 900 F.3d at 614-615.

73 900 F.3d at 615.

74 淵・註 61、313 頁。

75 淵・註 61、327 頁。

76 淵・註 61、327 頁。

77 金子宏「無償取引と法人税」同『所得課税の法と政策』318 頁(有斐閣、1996、初出 1983)、淵圭吾「適正所得算出説を読む」金子宏編『租税法の発展』209 頁(有斐閣、2010)。

増井良啓<sup>78</sup>、岡村忠生<sup>79</sup>ら<sup>80</sup>を引用し、「財産の移転や役務の提供の時点において非関連当事者間で行われるはずの取引に引き直す、というような単純な理解を退けている。BEPS プロジェクト最終報告書が示した、『移転価格の結果を価値創造と揃える (aligning transfer pricing outcomes with value creation)』という方針も、これらの論者の見解と軌を一にする」<sup>81</sup>と論じる。

私も、独立当事者間基準と価値創造との違いを論じたことがある<sup>82</sup>。拙稿・註 82 は、競争避止義務に関する *Korfund* 事件<sup>83</sup>等を手掛かりとして、独立当事者間基準が必ずしも生産主体に所得が帰属することを保証するものではない旨を論じようとしたものである。瀧論文は、契約法（事前の契約法と、事後の信認法との対比）を手掛かりとして、「異なる課税管轄権に属する関連当事者間での人的及び時間的な費用収益の対応を適正なものにすることが〔移転価格税制の〕最終的な目的である」<sup>84</sup>の旨を論じようとしたものである。瀧が拙稿・註 82 に賛同してくれるかは定かでないが、拙稿・註 82 も瀧論文も、独立当事者間基準と異なる基準で移転価格問題に対処することに対し、肯定的である、という点で共通している、ということはできよう。独立当事者間基準を重視する立場から見れば、瀧及び私は危険人物であるということになる。

尤も、理念的には所得相応性基準のように独立当事者間基準から外れた考え方を移転価格税制で用いることが正当化しようと（少なくとも瀧及び私が）考えている一方で、下記 3 で述べるように、所得相応性基準の実際の適用に当たっては難点も複数ある（本稿が難点を論ずるからといって理念的に所得相応性基準に批判的であるということの意味するのではない、ということ論じるのが 1 であるという位置付けになる）。

### （3）狭義／広義の独立当事者間基準

あまり人口に膾炙した表現ではないが<sup>85</sup>本稿では独立当事者間基準について狭義／広義という表現を用いる。瀧論文は次のように述べる。

---

78 増井良啓『結合企業課税の理論』（東京大学出版会、2002）。

79 岡村忠生「無形資産の課税繰延べ取引と内国歳入法典 482 条(1)・(2 完)」民商法雑誌 118 巻 4=5 号 610 頁、6 号 803 頁（1998）。

80 註 75 の箇所では江頭憲治郎「会社の支配・従属関係と従属会社少数株主の保護(3)：アメリカ法を中心として」法学協会雑誌 97 巻 9 号 1229 頁（1980）も引用する。

81 瀧・註 61、328 頁。

82 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）

(<https://www.nta.go.jp/about/organization/ntc/kenkyu/backnumber/journal/27/index.htm>)。

83 *Korfund v. Commissioner*, 1 T.C. 1180 (1943)。

84 瀧・註 61、329 頁。

85 人口に膾炙しないことには理由がある。国際租税法実務家界限は、独立当事者間基準という一応の合意事項を前提としているという建前を崩してしまうと、納税者側の主張にしても課税庁側の主張にしても説得力を損ねかねないという危機感を共有しているからである。実務家から少し距離を置いた租税法学徒は、狭義／広義という表現を用いたり、或いは、独立当事者間基準の内容の空疎さ（岡村忠生「国際課税」岩村正男『岩波講座 現代の法 8』287 頁以下（岩波書店、1997 年）を暴いたりする傾向がある。

「super royalty 条項ないし所得相応性基準と、独立当事者間基準との関係は、必ずしも明確にされていなかった。下院における法案への説明は所得相応性基準が独立当事者間基準と整合しないことを認めるものだった。しかし、1988年の移転価格に関する白書や、その後の財務省規則……は、独立当事者間基準の定義を拡張することにより、独立当事者間基準と所得相応性基準が矛盾しないという立場にこだわったのである。……独立当事者間基準という概念は定式配分法 [formulary apportionment method] 以外のあらゆる関連者間の所得配分基準を含むものであると理解するのが穏当なのかもしれない。そして、OECD が示す様々な報告書やガイドラインにおける独立当事者間基準の理解も、この線に落ち着いていると考えられる。」<sup>86</sup>。

本稿でいう狭義の独立当事者間基準とは、アメリカの租税裁判所が財務省規則を否定する際の拠り所としているであろう観念であり、広義の独立当事者間基準とは「定式配分法以外のあらゆる関連者間の所得配分基準」、「OECD……ガイドラインにおける独立当事者間基準の理解」という程度の観念である、ということになる。無論、今般日本で立法された所得相応性基準における「独立企業間価格」という表現も広義の独立当事者間基準を前提としたものと位置付けられる。

## 2. 平成 31 年度税制改正

OECD は 2017 年に移転価格ガイドライン<sup>87</sup>を改定し、2018 年に BEPS Action 8 (税源浸食と利益移転：行動 8) として「評価困難な無形資産への適用に関する税務執行ガイダンス」<sup>88</sup>を公表した。「平成 31 年度税制改正の大綱」(平成 30 年 12 月 21 日閣議決定) 85 頁が移転価格税制の見直しとして「(3) 評価困難な無形資産に係る取引 (特定無形資産取引) に係る価格調整措置の導入」(いわゆる所得相応性基準の導入) を掲げた<sup>89</sup>。租税特別措置法 66 条の 4 (国外関連者との取引に係る課税の特例) に平成 31 年度税制改正で追加される第 8 項から第 10 項が、所得相応性基準の立法である<sup>90</sup>。

---

86 淵・註 61、328 頁。

87 OECD (2017), OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017, OECD Publishing, Paris.  
<http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>

88 OECD (2018), Guidance for Tax Administrations on the Application of the Approach to Hard-to-Value Intangibles - BEPS Actions 8-10, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD, Paris. [www.oecd.org/tax/beps/guidance-for-tax-administrations-on-the-application-of-the-approach-to-hard-to-value-intangibles-BEPS-action-8.pdf](http://www.oecd.org/tax/beps/guidance-for-tax-administrations-on-the-application-of-the-approach-to-hard-to-value-intangibles-BEPS-action-8.pdf)

第 6 章「Special Considerations for Intangibles」(無形資産に対する特別の配慮) 中の D 節「Supplemental guidance for determining arm's length conditions in cases involving intangibles」(無形資産が関わる事例に係る独立企業間条件の決定における補足指針) 中の 4 款「Hard-to-value intangibles (HTVI)」(評価困難な無形資産：本註の訳は註 93 の仮訳による)(パラグラフ 6.186～6.195)。

89 平成 32 年 4 月 1 日以後に開始する事業年度分の法人税及び平成 33 年分以後の所得税について適用する(平成 31 年度税制改正の大綱 86 頁)。

90 他に新設される第 11・13・15 項は文書化関連。

## (1) 無形資産 (intangibles)

特定無形資産取引とは何か先に立ち、「無形資産の明確化」<sup>91</sup>として、「移転価格税制の対象となる無形資産は、法人が有する資産のうち、有形資産及び金融資産（現金、預貯金、有価証券等）以外の資産で、独立の事業者の間で通常の取引の条件に従って譲渡・貸付け等が行われるとした場合に対価の支払が行われるべきものとする。」とすると定義された。消極的な定義になるのは仕方ないところであろう。OECD 移転価格ガイドライン 2017 年度版パラグラフ 6.6 においても「the word “intangible” is intended to address something which is not a physical asset or a financial asset<sup>92</sup>, which is capable of being owned or controlled for use in commercial activities, and whose use or transfer would be compensated had it occurred in a transaction between independent parties in comparable circumstances.」（仮訳<sup>93</sup>）『「無形資産」という用語は、有形資産や金融資産ではなく、商業活動で使用するに当たり所有又は支配することができ、比較可能な状況での非関連者間取引においては、その使用又は移転によって対価が生じるものを指すことを意図している。』という消極的な定義がなされていた。同パラグラフ第 2 文では、「Rather than focusing on accounting or legal definitions」（会計又は法的な定義に焦点を当てない）としている。これも仕方ないところであるかもしれないが、裁判等において「法的な定義に焦点を当てない」という部分が裁判官に受け入れられるか（「法的な定義に焦点を当てない」ことが法的安定性の観点から疑義をもたらさないか）については、未知数の部分がある<sup>94</sup>。

## (2) 特定無形資産（いわゆる評価困難な無形資産 HTVI : Hard-to-value intangibles）

「特定無形資産」は次のイ～ハの要件の全てを満たす無形資産をいうとされる。

- イ 独自性があり重要な価値を有するものであること。
- ロ 予測収益等の額を基礎として独立企業間価格を算定するものであること。
- ハ 独立企業間価格の算定の基礎となる予測が不確実であると認められるものであること。<sup>95</sup>

91 平成 31 年度税制改正の大綱 84 頁。

92 原文ではこの脚註で金融資産の範囲が詳説される。

93 <https://www.nta.go.jp/taxes/shiraberu/kokusai/oecd/tp/2017.htm>

94 例えば、所得税法に関する事案であるが、連担建築物設計制度にかかわる地役権設定（余剰容積率の移転、いわゆる空中権の移転）の対価は譲渡所得でなく不動産所得であるとした裁判例（東京高判平成 21 年 5 月 20 日税資 259 号順号 11203。裁判所ウェブサイト [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=38391](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=38391)）がある。いわゆる空中権は「有形資産及び金融資産以外」であり「独立の事業者の間で通常の取引の条件に従って譲渡・貸付け等が行われるとした場合に対価の支払が行われるべきもの」であると思われるが、「資産」ではないので、「法人が有する資産のうち」には含まれない、という解釈が成立するであろうか、あるいは、「法的な定義に焦点を当てない」ことからすると、所得税法に関する「資産」か否かは軽視され、「法人が有する資産」の外延は広くなったり狭くなったりする、ということがあるのかどうか、といった点が未知数である。

95 平成 31 年度税制改正の大綱 85 頁。

OECD・註 88 パラグラフ 6 は HTVI の定義について OECD・註 87 パラグラフ 6.189 を参照する。

OECD・註 87、パラグラフ 6.189 「The term hard-to-value intangibles (HTVI) covers intangibles or rights in intangibles for which, at the time of their transfer between associated enterprises, (i) no reliable comparables exist, and (ii) at the time the transactions was entered into, the projections of future cash flows or income expected to be derived from the transferred intangible, or the assumptions used in valuing the intangible are highly uncertain, making it difficult to predict the level of ultimate success of the intangible at the time of the transfer.」(HTVI とは、無形資産または無形資産に係る権利のうち、関連者間の移転時において、(i) 信頼できる比較対象が存在せず、かつ、(ii) 取引時において<sup>96</sup>、移転された当該無形資産から生じる将来キャッシュ・フロー若しくは所得の予測が、又は当該無形資産の評価において用いられる前提が、高度に不確かであるため、移転時において最終的な成果の水準を予測することが難しくなるようなものを指す。)

ここからさらに「イ」の「独自性」「重要な価値」という縛りがかかる。納税者にとっても課税庁にとっても、所得相応性基準の対象を絞らなければ資源が足りないであろう。

「ロ 予測収益等の額を基礎として」の前提となる改正として、「(2) 独立企業間価格の算定方法の整備」<sup>97</sup>としていわゆる「ディスカウント・キャッシュ・フロー法 (DCF 法)」<sup>98</sup>が加えられることとなっている。

### (3) 特定無形資産国外関連取引

租税特別措置法（以下、平成 31 年度税制改正によって改正後のものを指す。）66 条の 4 第 8 項本文は、内国法人と国外関連者との間の「特定無形資産国外関連取引」の対価の額を算定するための「前提となった事項」についてその内容と「相違する事実」が判明した場合、税務署長は、独立企業間価格に基づき更正処分<sup>99</sup>をすることができる旨を定める。

96 註 93 では「取引開始時点において」と仮訳されている。原文よりも、意味において正確な表現であると思われる。

97 平成 31 年度税制改正の大綱 84 頁。

98 OECD・註 87、第 6 章 D 節 2.6.4. 「Specific areas of concern in applying methods based on the discounted value of projected cash flows」(予測キャッシュ・フローの割引価値に基づく方法を適用する際の問題点：仮訳・註 93) 参照。

99 事前 (ex ante) の予測よりも事後 (ex post) の結果において 20%を超えて下方に乖離していた場合に、納税者側から更正の請求をする、といったことは予定されていない。所得相応性基準の立法を支えるのは独立当事者間基準のみならず納税者側と課税庁側の情報の非対称も理由となっているためであろう。この点、所得相応性基準が独立当事者間基準に沿うものであるならば、上下どちらの乖離についても事後的調整があつて然るべきという立論がありうるかもしれないが、片方の乖離についてしか立法しないということは、所得相応性基準が広義 (上記 1 (3)) の独立当事者間基準に拠るものであるとしかいいようがないことの根拠の一つといえるであろう。

また、「特定無形資産国外関連取引」とは、「国外関連取引」<sup>100</sup>のうち、「特定無形資産」の譲渡若しくは貸付又はこれらに類似する取引、と定義される。

#### (4) 適用免除要件

国税職員の求めに応じ納税者が 60 日以内に次のイ又はロに掲げる書類<sup>101</sup>を提出した場合、価格調整措置は適用しないとされている。

「イ 次に掲げる書類

(イ) 特定無形資産取引に係る独立企業間価格の算定の基礎となる予測の詳細を記載した書類

(ロ) 当該予測と結果が相違する原因となった事由が災害その他これに類するものであり取引時においてその発生を予測することが困難であったこと、又は取引時において当該事由の発生の可能性を適切に勘案して独立企業間価格を算定していたことを証する書類

ロ 特定無形資産の使用により生ずる非関連者収入が最初に生じた日を含む事業年度開始の日から 5 年を経過する日までの間の予測収益等の額と実際収益等の額との相違が 20%<sup>102</sup>を超えていないことを証する書類

(注) 法人から上記ロに掲げる書類の提出等があった場合には、価格調整措置はその経過する日後は適用しない。」<sup>103</sup>

条文では、租税特別措置法 66 条の 4 第 8 項本文の「相違する事実」に関し、税務署長が独立企業間価格を算定するに当たり、「当該特定無形資産国外関連取引の内容及び当該特定無形資産国外関連取引の当事者が果たす機能その他の事情（当該相違する事実及びその相違することとなった事由の発生の可能性（当該特定無形資産国外関連取引を行った時における客観的な事実に基づいて計算されたものであることその他の政令で定める要件を満たすものに限る。）を含む。）を勘案」するとしている。事前（ex ante）の取引時に予測した事実と、事後（ex post）の「相違する事実」に関し、「相違することとなった事由の発生の可能性」も勘案するということは、事前と事後とのズレが、全て税務署長による更正を基礎

100 日本法人が、「国外関連者（外国法人で、当該法人との間にいずれか一方の法人が他方の法人の発行済株式又は出資（当該他方の法人が有する自己の株式又は出資を除く。）の総数又は総額の百分の五十以上の数又は金額の株式又は出資を直接又は間接に保有する関係その他の政令で定める特殊の関係（次項、第五項及び第十項において「特殊の関係」という。）のあるものをいう。……）との間で資産の販売、資産の購入、役務の提供その他の取引を行った場合」の当該取引のこと（租税特別措置法 66 条の 4 第 1 項）。

101 租税特別措置法 66 条の 4 第 9 項柱書括弧書の中で「電磁的記録を含む」とされている。

102 OECD・註 87、パラグラフ 6.193 の iii)「Any significant difference between the financial projections and actual outcomes.....does not have the effect of reducing or increasing the compensation for the HTVI by more than 20% of the compensation determined at the time of the transaction.」（取引時点における財務上の予測と実際の結果の大きな乖離が、当該 HTVI の対価を、取引時点で設定した対価の 20% を超えて減少又は増加させる効果を持たない場合：仮訳・註 93）。

103 平成 31 年度税制改正の大綱 85-86 頁。

付けるわけではない、ということの意味する。当該特定無形資産の価格が事後的な事情の変更により上がったたり下がったりする可能性を見込んで、当該特定無形資産国外関連取引当時の対価の額を決めていた、というような場合まで、更正の対象となるのではおかしいからである。そのため、上記「イ」「(イ)」の「予測の詳細」及び「(ロ)」の「取引時において当該事由の発生の可能性を適切に勘案して」<sup>104</sup>いたことが確認される場合に適用を免除することは合理的であり、また、上記「(ロ)」の「災害その他これに類するものであり取引時においてその発生を予測することが困難」<sup>105</sup>についても適用を免除することは合理的であるといえる。

上記「ロ」について、租税特別措置法 66 条の 4 第 8 項但書は、「当該特定無形資産国外関連取引の対価の額」と「[第 8] 項本文の規定を適用したならば第一項に規定する独立企業間価格とみなされる金額」とが「著しく相違しない場合」には、本文が適用されない旨を定める。また、同条の 4 第 10 項は、特定無形資産国外関連取引に係る「判定期間」に当該特定無形資産の使用等により生ずると予測された利益の額と実際に生じた額とが著しく相違しない場合には、当該判定期間経過日後において、第 8 項本文が適用されない旨を定める。

「判定期間」は「法人と特殊の関係<sup>106</sup>にない者又は当該法人との間で当該特定無形資産国外関連取引を行った国外関連者と特殊の関係にない者から受ける [第 8] 項の特定無形資産の使用その他の行為による収入が最初に生じた日（その日が当該特定無形資産国外関連取引が行われた日前である場合には、当該特定無形資産国外関連取引が行われた日）を含む事業年度（当該最初に生じた日を含む事業年度が連結事業年度に該当する場合には、当該連結事業年度）開始の日から五年を経過する日までの期間をいう。」と定義される。

なお、移転価格税制に係る法人税の更正期間及び更正の請求期間等が現行の 6 年から 7 年に延長される。

### 3. 今後の展望

#### (1) 日本の裁判所も (?) 狭義の独立当事者間基準からの逸脱に冷淡か?

いわゆる所得相応性基準の立法に対しては、「予測の詳細を記載した書類」、「発生を予測することが困難であったこと……を証する書類」、「発生の可能性を適切に勘案して独立企業間価格を算定していたことを証する書類」等の適用免除要件に関し、何を留意すれば免除条件に合致するのかという不安が納税者側に大きいと推測される。他方で、国側としても、HTVI に関する国際的な議論を踏まえ、納税者に合理的な適用免除の余地を残しつつ立法するという、かなり難しい作業が強いられたであろうということも推測できる。

前述の通り納税者側の不安も理解できる一方で、課税庁側としても、暫くの間は所得相応

104 租税特別措置法 66 条の 4 第 9 項 2 号後段。

105 租税特別措置法 66 条の 4 第 9 項 2 号前段。

106 註 100 参照。



性基準で以って課税処分を打つことは難しいかもしれないという事情もある。例えば、所得相応性基準の問題ではないが、課税庁側にとって打つ手なしともいいうる絶望をもたらした裁判例として、いわゆるワールド・ファミリー事件・東京地判平成 29 年 4 月 11 日平成 21 (行ウ) 472 号<sup>107</sup>がある。ディズニー・ワールド・イングリッシュ (Disney World English) 等の英語教材の訪問販売を営む日本法人に対し、課税庁側が再販売価格基準法を適用しようとした事件であるところ、裁判所は、比較対象取引の選定については合法であるとしたものの、差異調整が違法であると判断した<sup>108</sup>。問題となっている英語教材に関しディズニーのキャラクターの訴求力の影響を調整できていないとするものである。差異調整についての説得力について判決の事実認定は多岐にわたりとても紹介しきれないが、この判決からは、課税庁側としては勝つ方法がほぼ無いといってよい絶望がもたらされる。かといって、差異調整についての説得力を低くしてもよいといってしまえば納税者に不測の事態をもたらすので、課税庁側を勝たせるべきとも安易にいい難い。

なお、この事件当時はいわゆる best method rule が採用される前であったということに留意すべきではある。もしかしたら、best method rule 導入後の現在においては、再販売価格比準法の差異調整というルートではなく、寧ろこの裁判例があるからこそ始めから利益分割法 (Profit Split Method) や取引単位営業利益法 (TNMM: Transactional Net Margin Method) を適用するということが正当化されるのかもしれない。とはいえ、裁判所が差異調整について課税庁にとって高いハードルを設定することが、納税者側にとって一層不測の事態をもたらしやすい利益分割法や取引単位営業利益法の使用を後押しするとしたら、それはそれで皮肉なことではある。

皮肉はともかく、差異調整に関する裁判所の要求水準に照らすと、所得相応性基準が立法されたとはいっても、課税庁としても暫くの間は裁判所を説得するだけの所得相応性基準に基づく課税処分を打つことについて、二の足を踏まざるをえないのではなかろうか、と推測される。

とはいえ、例えば、いわゆるタックス・ヘイヴン対策税制 (海外子会社合算税制、CFC 税制) が昭和 53 年 (1978 年) に創設されても、20 世紀におけるタックス・ヘイヴン対策税制に関する訴訟が少なかった一方で、21 世紀に入り、タックス・ヘイヴン対策税制に関する

---

107 公刊物未登載 (裁判所ウェブサイト [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=88360](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=88360))。解説として錦織康高「判批」ジュリスト 1516 号 10-11 頁、佐藤修二「国際課税訴訟の最新動向と将来展望」ジュリスト 1516 号 44-49 頁がある。

本稿が【絶望】という強い表現をあえて用いたのは、日本法人が赤字で、日本法人から使用料を受け取る外国法人が大幅な黒字であることが認定されており、課税庁側の人間ならずとも日本法人から外国法人への利益流出が推測される (恐らく裁判官も推測している) 事案であったためである。

108 差異調整をしていなかった課税処分を違法とした事例としては、ブラジル連邦共和国アマゾナス州に設置されたマナウス自由貿易地域に関する、本田技研工業事件・東京高判平成 27 年 5 月 13 日税資 265 号順号 12659 (裁判所ウェブサイト [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail5?id=85491](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail5?id=85491)) も知られる。しかし、差異調整の課税庁側にとってのハードルとしては、本田技研工場事件よりワールド・ファミリー事件の方が遥かに絶望感が強いであろう。

る訴訟が増えてきた（しかも、デンソー事件<sup>109</sup>のように課税庁敗訴例もあることから、課税庁側としては勝つか負けるかギリギリのところにも勝負をかけるようになってきた）ということからも推測できるように、所得相応性基準についても、10年後か20年後かは分からないが、課税庁側が積極的になる可能性はありうる。

尤も、前段落の推測は牽強付会であるかもしれない。移転価格税制に関する訴訟は、21世紀に入っても劇的には増えてない（タックス・ヘイヴン対策税制絡み程には増えてない）からである。これらの訴訟動向に関し、移転価格税制については納税者側としても問題として認識しやすく訴訟になる前に事前確認等で済ませたいという圧力が作用しやすい一方、タックス・ヘイヴン対策税制についてはなまじ適用除外基準があるために適用除外要件を満たしていると安心していただいていた納税者に関して訴訟に至りやすいという構造があるとする、所得相応性基準については事前確認こそ機能しにくいものの納税者側が適用除外要件を満たすべく予測に関する書類等を備える圧力が作用しやすく訴訟には至りにくい、という将来予想も成立しうる。

仮に課税庁側が所得相応性基準に基づく課税処分に積極的になる時期が来たとして、溯及び私が上記1で述べたようにアメリカの租税裁判所の傾向を日本の裁判所が真似してはならない、ということになるか、それとも、移転価格税制の本質は狭義の独立当事者間基準にあると理解（溯及び私にいわせれば誤解）して、差異調整に高いハードルを課したのと同様の態度でアメリカの租税裁判所のように狭義の独立当事者間基準から距離のある課税処分に冷淡になるのか、という問題もある。これは租税条約とも関係しうるので節を改める。

## （2）租税条約の有無

日本と租税条約を締結していない国との関係において、所得相応性基準が狭義の独立当事者間基準に沿うかどうかは、問題とする必要が無いと考えられる。租税条約による縛りが無くとも一般国際法による課税権の制約に反するような国内法に基づく課税処分は違法となりうるが、そうした制約は緩いと伝統的に考えられてきている。

租税条約締結国との関係において、国際的には定式配賦（formulary apportionment）に同意できないからこそ租税条約で独立当事者間基準を定めたのであるとの理解を前提とし、所得相応性基準は狭義の独立当事者間基準と反りが合いにくい、ということが問題となりうるであろうか。

この点、上記1（1）で前述したように、アメリカのXilinx事件とAltera事件との間には、租税条約締結国との事例・非締結国との事例という違いがあるものの、裁判例及び学説において、あまりその違いが注目されているようには見受けられない、ということは少なくともいえる<sup>110</sup>。

109 最判平成29年10月24日民集71巻8号1522頁

（裁判所ウェブサイト [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=87157](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=87157)）。

110 尤も、上記1（2）で述べたように、私から見るとこれは少し意外である。

また、これまでの日本の判例・裁判例の傾向を見るに、国内法と租税条約との関係についてはあまり論じがらない傾向にあると見受けられる。このように書くといわゆるグラクソ事件<sup>111</sup>を念頭に置いていると思われかねないが、ここで念頭に置いているのはいわゆるシルバー精工事件<sup>112</sup>や住友銀行レポ訴訟<sup>113</sup>等である。これら二つの事件では、日米租税条約が問題となりうるにもかかわらず（後者に関しては、租税条約でいう利子は OECD 等において広く解されているという議論もありえたにもかかわらず）、使用料や利子に関する所得税法 161 条各号の定義の解釈に専心していた。

さらに、一般の所得相応性基準の導入は OECD 等での議論の成果を国内法化するものであるため、一層、日本の裁判所は租税条約の独立当事者間基準との整合性を所得相応性基準に関して疑問視する可能性は低いであろう、と推測される。この点、上記 1 (1) で前述したように、アメリカの租税裁判所においては広義の独立当事者間基準ではなく狭義の独立当事者間基準に拘る傾向があるが、日本の裁判所が仮に狭義の独立当事者間基準に拘ることがあるとしても、その理由は租税条約 9 条の存在ではなく、所得相応性基準の適用結果としての課税処分の説得力にかかっているであろうと思われる。

尤も、租税条約の有無が意味を持たない訳ではない。租税条約締結国との関係において相互協議や仲裁が控えている中で日本の課税庁側が所得相応性基準を適用することには高いハードルが課せられる一方で、租税条約非締結国との関係においては課税庁側としては裁判官さえ説得できればよいという違いは、無視できないものであると思われる。なお、租税条約非締結国との関係において日本の課税庁が一方的 (unilateral) に所得相応性基準 (所得相応性基準に限らず移転価格税制一般の問題ともいえるが) を適用すると、日本企業が二重課税に苦しむこととなりかねない、という懸念がある。しかし、ゲーム理論的に考えると (といっても私にゲーム理論の素養は乏しいが)、日本が unilateral な課税処分を打たない

---

111 最判平成 21 年 10 月 29 日民集 63 卷 8 号 1881 頁 (裁判所ウェブサイト [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=38118](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=38118))。日本のタックス・ヘイヴン対策税制の適用が、日星租税条約 7 条 1 項のいわゆる PE なければ事業利得課税無しルールに抵触しないと判断された。

112 最判平成 16 年 6 月 24 日判時 1872 号 46 頁 (裁判所ウェブサイト [http://www.courts.go.jp/app/hanrei\\_jp/detail2?id=62453](http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=62453))。日本企業とアメリカ企業との間の特許紛争和解におけるロイヤルティ名目の金員支払について、日本の所得税法 161 条 7 号イ (平成 14 年法律第 15 号による改正前) の使用料のソースルールに照らし、特許の使用地 (日本国内において業務を行う者から受ける使用料で当該業務に係るもの。使用地基準ではなく業務関連地基準と呼ばれることもある) が日本にあるかアメリカにあるかが焦点となり、アメリカ源泉使用料所得であると裁判所は判断した。なお、後にアメリカ企業側が主張する特許権は無効と判断されており、日本企業側 (アメリカ子会社を含む) も当該特許権が無効となる可能性は高いという見通しを和解前において抱いていたが、当時の日米貿易摩擦の中のアメリカにおける対日感情の悪さに鑑みて、無効な特許であろうと思いつつも脅しに屈することとなった。少なくとも本件においては脅しの対価であっても特許権の使用料としてソースルールを当てはめることについては特段異論は少ないと思われるが、ヤクザのみかじめ料のようなものと特許権等使用料との境界については、いつか問題となるかもしれない。また、アメリカ特許権に関する紛争については日本企業のアメリカ子会社がアメリカ企業に金員を支払うべきところ、日本法人たる親会社が代わりに支払ってしまった、という問題もあった。

113 東京高判平成 20 年 3 月 12 日金判 1290 号 32 頁。日本企業とアメリカ企業との間でのいわゆるレポ差額が日本の所得税法 161 条 6 号にいう「貸付金 (これに準ずるものを含む。) で当該業務に係るものの利子」に当たらないと判断された。

ということが租税条約非締結国に知られたら当該国は益々強硬な姿勢をとるようになるかもしれない、租税条約を締結して OECD 等における枠組の中での税制の国際的調和も達成し難くなるかもしれないため、日本企業の二重課税に配慮し unilateral な課税処分を控えることが国際的に見て厚生改善に資するか、は一概にはいえない。

なお（私見が大胆すぎるのかもしれないが）、所得相応性基準の立法に際しては、租税条約締結国と租税条約非締結国との間で差を設ける、という立法の可能性もあったかもしれない。例えば、平成 26 年（2014 年）税制改正前において、外国企業の国内 PE に課税するに当たり、租税条約非締結国との関係では日本国内法上いわゆる force of attraction（吸引力：PE 帰属利得以外の日本国内源泉所得についても PE に申告納税義務を課す）が適用される一方で、租税条約締結国との関係においては租税条約における帰属所得主義（日本国内源泉所得であっても PE 帰属利得以外の所得について PE に申告納税義務は課されない）が優先する、という違いがあった。こうした違いを所得相応性基準に応用するとすれば、例えば、租税条約締結国との関係においては、事前（ex ante）と事後（ex post）とで 20% 超の乖離が生じていても、「予測の詳細を記載した書類」、「発生を予測することが困難であったこと……を証する書類」、「発生の可能性を適切に勘案して独立企業間価格を算定していたことを証する書類」等の適用免除要件がありうる一方で、租税条約非締結国との関係においては書類等を整えていようがいまいが結果のズレだけで所得相応性基準を発動する<sup>114</sup>、という立法も、考えられないではない。こうした立法は、租税条約締結国との取引の活性化という租税条約本来の趣旨にも適うであろう。それでも、こうした違いを租税条約の有無に結び付けて立法しなかったということは、日本の財務省・国税庁の考えとして、OECD 等における議論の内容を国内法化するというラインから踏み出したくない、という考慮があったのであろうか。

### （3）譲渡という法形式と経済実質的な意味における利子の流出

一租税法学徒としての意見<sup>115</sup>であり、あまり広く知られた事柄ではないが、事前の予測と事後の結果との乖離が無い場合でも、知的財産権等の外国法人への譲渡は、経済実質的に見て利子相当の税源の流出という事態を招来する。

計算しやすさを優先して割引率を 25%（年複利）とする。日本法人が開発した知的財産権の第 0 年度、第 1 年度、第 2 年度、第 3 年度の使用料収益が（0, 125, 125, 125）であったとすると、第 0 年度時点における将来収益の割引現在価値は  $125/1.25 + 125/(1.25 \times 1.25) + 125/(1.25 \times 1.25 \times 1.25) = 100 + 80 + 64 = 244$  である。従って、第 0 年度に日本法人が当該知的財産権を外国法人に 244 の対価で譲渡することはおかしいことではない。しかし、割引率 25% の世界で（0, 125, 125, 125）と（244, 0, 0, 0）が経済的に等価であるとしても、

114 前述のように、この程度の立法ならば、一般国際法に違反するという懸念は弱いと推測される。

115 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」『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）参照。

日本の課税庁が (244, 0, 0, 0) に対し課税することは、日本の課税庁が利子相当分の収益に対する課税権を取り逃がすことを意味する。第 0 年度に 244 を利子率 25% で預金し、第 1 年度、第 2 年度、第 3 年度に 125 ずつ引き下ろす場合、(0, 61<sup>116</sup>, 45<sup>117</sup>, 25<sup>118</sup>) という利子所得が生じるという計算から分かるように、元の (0, 125, 125, 125) というキャッシュ・フローには (0, 61, 45, 25) という利子が経済実質的には含まれているからである。

日本法人が外国法人から知的財産権使用料を将来何年かにわたって受け取ることに代えて、当該日本法人が当該知的財産権を当該外国法人に譲渡するという法形式を採用すると、経済実質的に見て利子相当の税源が流出することは、今のところ利子控除制限等の文脈と絡めて議論されてはいない。しかし、いつかは議題となるであろう。

---

116  $244 \times 25\% = 61$

117  $(244 \times 125\% - 125) \times 25\% = 180 \times 25\% = 45$

118  $(180 \times 125\% - 125) \times 25\% = 100 \times 25\% = 25$

## 第4章 外国子会社合算税制の実務対応

EY 税理士法人アソシエイトパートナー

原口 太一

EY 税理士法人ディレクター

上田 滋

### 1. はじめに

わが国外国子会社合算税制（CFC 税制）は、2015 年 10 月公表の BEPS 最終報告書における「CFC 税制に関する勧告（行動 3）」での議論も踏まえ、平成 29 年度税制改正で、その合算対象について事業体をターゲットとするエンティティーアプローチから所得内容に焦点をあてたインカムアプローチに変更する舵が切られた。

昭和 53 年に導入されたわが国 CFC 税制は、元々、軽課税国に利益を留保し、配当に対するわが国での課税を繰延べることで租税回避を行うことを防止することが趣旨として説明されていた。つまり、課税繰延防止規定として導入されたということである。しかし、平成 21 年度税制改正における外国子会社配当益金不算入税制の導入以降の CFC 税制は、軽課税国への立地そのものに対するペナルティとしての性格が強くなっているとの指摘がされている<sup>119</sup>。課税繰延防止との趣旨を失い単に租税回避防止という趣旨を帯びるようにわが国 CFC 税制は変遷してきた。

わが国 CFC 税制は、上記のような大きな制度変更以外に毎年実務上の問題を解消させるべく税制改正が行われている。基本的にそれら改正は、租税回避防止という趣旨に照らして実務に即したものと評価できる、一方、本制度の複雑化を招き、また、依然、根本的ないくつかの実務上の問題を解消するものとなっていない。

本稿では、筆者が実務で対応してきた事例、主に海外での事業再編に伴いわが国 CFC 税制の適用を検討してきた事例を題材にして、実務的に議論の対象となりやすい、経済活動基準<sup>120</sup>の充足を判定する際の「主たる事業」の判定、合算課税の適否を判定する租税負担割合算定の際の「非課税所得」認識の有無等を紹介、検討する。

119 『国際課税を巡る最近の課題と展望』（租税研究 2014 年 1 月）

120 経済活動基準とは次の 4 つの基準をいう。

- ① 事業基準：主たる事業が株式の保有等、一定の事業でないこと
- ② 実体基準：本店所在地国に主たる事業に必要な事務所等を有すること
- ③ 管理支配基準：本店所在地国において事業の管理、支配及び運営を自ら行っていること
- ④ 次のいずれかの基準
  - イ 所在地国基準：主として本店所在地国において事業を行っていること（\* 下記以外の業種に適用）
  - ロ 非関連者基準：主として関連者気概の者と取引をおこなっていること（\* 卸売業、銀行業、信託業、金融商品取引業、保険業、水運業、航空運送業、航空機貸付業に適用）

なお、本稿における税務上の解釈・見解は、2019年3月末日時点において有効な法令等に基づくものである。現時点で有効な法令等（およびその解釈）が将来変更される可能性があることを留意願いたい。また、本稿の内容は、筆者のみが責任を負うものであり、本稿に記載されている見解は筆者の個人的な見解であって、筆者の属する団体の見解を表明または示唆するものではないことを付言する。

## 2. 経済活動基準における「主たる事業」の判定等

「主たる事業」の判定を巡り、事業基準の該否が問題となった裁判例は、株式保有業以外の事業に係る事業活動実体が乏しいものが大半である。金額的定量的側面では不利な要素であるものの、相応の投資により事業活動の実体が備わり、生産要素、定性的側面から評価すれば、株式保有業をはるかに上回る事業が行われているケースについて、「主たる事業」の判定がなされた裁判例はこれまでは見当たらなかった。そこでここでは、適用除外基準の制度趣旨を重視するデンソー事件の判決の考え方を参考にしながら、株式保有業や特許権等の提供事業以外の実体的な事業活動（開発業務）に相応の経営資源が投入されているケースを題材に、開発業務に関する事業活動や同業務に振り向けられた生産要素の実体に着目した「主たる事業」の判定の妥当性を検討する。

### （1）「主たる事業」の判定（株式保有業・特許権等の提供事業への該当性）

#### ● 前提事実

内国法人 X 社は、英国に完全子会社である A 社及び B 社を有している。A 社は創薬開発事業を主たる事業とし、2 年前に X 社が買収した B 社は、自己開発済みの特許権等の提供を主たる事業としている。B 社の買収目的は、B 社保有の特許権等を A 社での創薬開発において有効活用することである。

X 社は、翌期に A 社を存続会社、B 社を消滅会社とする合併（統合）を考えており、統合後の A 社の「主たる事業」及び B 社から引き継いだ特許権等が自己開発の特許権等に該当するかについて検討している。

また、A 社は、英国の合弁会社 C 社の株式を保有しており、現況、毎期の C 社からの配当金額が A 社の創薬開発事業に係る収入金額を大きく上回る状態であるところ、2017 年 4 月から英国の法人税率が 19%に引き下げられたことにより、わが国 CFC 税制上、今期、A 社は特定外国子会社等に該当することとなり、CFC 税制適用上の「主たる事業」の判定が必要となった。なお、A 社による C 社株式の保有割合は、議決権ベースで 10%、優先株式を合わせた発行済株式ベースで 25%となっている。

その他に事実関係は次のとおり。

#### ➤ A 社の固定施設の状況

A 社は、英国のロンドンにおいて事務所を所有し、その他固定施設として、創薬開発に必要な施設を備えている。

- A社の従業員の状況
 

2017年度末（2018年3月末）時点で100名の従業員を有し、約8割が創薬開発業務に従事し、残りの約2割が人事や財務、IT等のバックオフィスに業務に従事しており、株式保有業の用のみに従事している従業員は存在しない。
- A社の2017年度末（2018年3月末時点）の財務実績
  - ✓ 創薬開発収入：約25百万ポンド
  - ✓ C社からの配当収入：約100百万ポンド
  - ✓ C社株式の帳簿価格：約300百万ポンド（A社総資産額の約50%）
  - ✓ なお、C社株式の保有割合は、2016年12月末時点では、普通株式（議決権あり）で10%のみであったが、合弁相手との交渉の結果、2017年1月に優先株式（議決権なし）の増資発行により発行済株式ベースで25%となった。
- B社の事業概要
 

現状、B社は既に研究開発事業を終了し今後再開する予定もない。従業員は1名で、過去に自ら行った研究開発事業を通じて取得した特許権等を第三者に対してライセンス提供することによりその使用料を収受しており、既に研究開発活動は行っていないことから、その「主たる事業」は特許権等の提供事業である。したがって、わが国CFC税制の適用除外要件（旧租税特別措置法66の6①、②三）のうち事業基準を満たさないことから、法人税の申告においてはその全所得をX社の所得に合算している。
- 統合の事業目的等
 

X社グループ企業は、英国にはA社とB社の2社を有しているが、両社を併存させておく必要はなく、グループ経営上の効率化を図る事業上の必要性が生じている。そのため、今般、B社をA社に統合することを計画している。本件合併により、グループ組織の簡素化とグループ経営の迅速化を図ることができ、また、B社で行っていた管理業務をA社に統合させることにより管理コストの低減にもつながる。さらに、A社とB社の保有する特許権をはじめとする経営資源を一社で保有管理することにより有効活用を図り、共通の目標達成に向けた社内環境の創出等にも寄与する。

なお、英国における法形式上は事業譲渡及び清算手続きに基づいて行われることとなるが、本邦法人税法上は「合併」として取り扱われるものと考えられ<sup>121</sup>、また、合併の対価として金銭等の交付の予定はなく、かつ、X社はA株式を継続保有することが見込まれることから、本件合併は法人税法上の適格合併に該当することとなる。

---

121 2010年6月に日本租税研究協会の専門部会として「国際的組織再編等課税問題検討会」が設置され、2012年4月に同検討会にて取り纏められた『外国における組織再編成に係る我が国租税法上の取扱い』に関する報告書では、17頁以降で英国の合併類似再編行為（事業譲渡＋清算）について記載されている。そこでは、LTD（Limited）は法実務上「Merger」が利用されないタイプの会社であると、合併と同様の効果を得ることを目的として「事業譲渡」と「清算」が一体的な行為として行うことがあらかじめ計画された上で実施されるのであれば、日本の租税法上の合併として取り扱うのが適当と考えられるとしている。



➤ 統合後の A 社の事業概要

合併後の A 社の経営成績は次のように見込まれている。

単位：Million GBP

項目	2018	2019	2020	2021	2022	2023	6年計
収入(a)(※1,4)	50	75	100	200	600	900	1,925
給与(b)	11	16	17	17	18	18	97
施設費(c)	1	2	2	2	2	2	11
管理費(d)	5	6	6	7	81	115	220
その他 開発費(e)	72	120	135	185	270	360	1,142
減価償却費(f)	2	3	4	4	4	4	21
開発費計(※2) (g)=(b)~(f)	91	147	164	215	375	499	1,491
営業利益 (a)-(g)(※3)	(41)	(72)	(64)	(15)	225	401	434
開発費割合 (g)/(a)(※3)	182%	196%	164%	101%	63%	55%	77%

(※1)

2018年度の収入規模は、旧 A 社事業 30 百万ポンドに対し、旧 B 社事業 20 百万ポンドと予想され、旧 A 社事業の収入は全体の 60%を占めることとなる。

(※2)

開発費としては、具体的には、給与、施設費、管理費、その他開発費、減価償却費等の発生が見込まれるところ、2018年度～2023年度の6年間で見ると、開発費割合（原価率）は平均 77%であり、合併後の A 社における創薬開発事業は、十分に実体を有した事業として認められるものと考えられる。

(※3)

各段階において研究中のプログラムは、順次開発が終了し、全社としては 2022 年度より黒字化できる見込みだが、創薬開発事業の性質上、各プログラムの黒字化には時間を要することもあり、それまでは収入を上回る経営資源を開発費として投入することとなる（2018年度は収入の約 1.8 倍程度）。

(※4)

創薬開発事業からの収入以外に C 社株式から毎期 100 百万ポンドの配当が見込まれる。

## (2) 本事例における検討事項

- 統合前（2017 年度）の A 社の「主たる事業」判定について
- A 社が受領する C 社配当のわが国 CFC 税制の取扱いについて
- 統合後（2018 年度以降）の A 社の「主たる事業」判定について
- B 社から引き継いだ特許権等に係る使用料の特定所得(受動的所得 (Passive Income)) への該当性について

## (3) 「主たる事業」の判定

### ① わが国 CFC 税制における「主たる事業」の判定に係る規定等

事業基準は、株式等、債券の保有、工業所有権、著作権等の一定の知的財産権の提供、船

船、航空機の貸付けを主たる事業とするものでないことを要求する基準となっており（租税特別措置法（以下「措法」）66条の6第②三）、事業基準においては、「主たる事業」をどのように判定するかが重要となる。

「主たる事業」の判定にあたっては、租税特別措置法通達66の6-8に「外国関係会社が2以上の事業を営んでいるときは、そのいずれが主たる事業であるかは、それぞれの事業に属する収入金額又は所得金額の状況、使用人の数、固定施設の状況等を総合的に勘案して判定する」旨が規定されている。

また、デンソー事件（先行訴訟）最高裁判決（最高裁2017年10月24日）においても、「主たる事業は、特定外国子会社等の当該事業年度における事業活動の具体的かつ客観的な内容から判定することが相当であり、特定外国子会社等が複数の事業を営んでいるときは、当該特定外国子会社等におけるそれぞれの事業活動によって得られた収入金額又は所得金額、事業活動に要する使用人の数、事務所、店舗、工場その他の固定施設の状況等を総合的に勘案して判定するのが相当である」と判示されており、上記通達と同様、主たる事業を総合勘案により判定する手法が採用されている。

一方、デンソー事件（先行訴訟）第一審判決（名古屋地裁2014年9月4日）においては、主たる事業の判断について次のとおり判示されている。

- 特定外国子会社等が株式の保有に係る事業の他に、実体的な事業活動をしており、これを当該国において行うことに十分な経済的合理性がある場合には、当該事業が主たる事業であるかどうかを検討しなければならないのは当然のことである。
- たとえ株式の配当による所得金額が大きいとしても、株式保有以外の実体的な事業活動が現実に行われており、当該事業活動に相応の経営資源が投入されている場合には、事業基準（株式の保有等を主たる事業とするものでないこと）を満たすと解することこそが、タックス・ヘイブン対策税制の制度趣旨に適うものというべき。
- そうでなければ、株式保有以外の実体的な事業活動にいかにも多大な経営資源が投入されていても、当該事業活動の収益状況が芳しくない状況の下では、当該特定外国子会社等の主たる事業は株式保有業と判定されるという不合理な結果になりかねない。
- そうすると、特定外国子会社等が株式の保有を主たる事業とするものか否かの判定に当たり、収入金額や所得金額という金額的な規模を示す判断要素のみを重視すべきであるということとはできない。

上記デンソー事件下級審判決を参考とすれば、総合勘案により主たる事業を判定するに際しては、収入金額等の金額的な規模を示す判断要素のみを重視すべきではなく、たとえば株式配当による収入金額が大きいとしても、株式保有以外の実体的な事業活動が現実的に行われており、当該事業活動に相応の経営資源が投入されている場合には、総合勘案の結果、事業基準を満たすと評価することが妥当と考える。なお、デンソー事件（先行訴訟）最高裁

判決では、受取配当額の所得金額に占める割合が統括業務による収益よりも大きかったにもかかわらず、主たる事業の判定について、「以上を総合的に勘案すれば、A（注：シンガポールの地域統括会社）の行っていた地域統括業務は、相当の規模と実体を有するものであり、受取配当の所得金額に占める割合が高いことを踏まえても、事業活動として大きな比重を占めていたということができ、A 各事業年度においては、地域統括業務が措置法 66 条の 6 第 3 項及び 4 項にいう A の主たる事業であったと認めるのが相当である」と判示しており、事業活動として大きな比重を占めていた事業を主たる事業と認定している。

また、わが国 CFC 税制の導入時の立法趣旨として、軽課税となっている子会社等であっても、その軽課税となる地に所在することに十分な経済合理性があれば、合算課税の対象とはしない、という考え方が採られており、この「十分な経済的合理性」を具現化したものが適用除外の規定となっている<sup>122</sup>。このような立法趣旨からすれば、たとえ配当や特許権等の提供による収入、所得金額が大きいとしても、株式保有や特許権等の提供以外の実体的な開発活動が現実に行われており、当該開発活動に相応の経営資源が投入されている場合には十分な経済合理性があると認められ、事業基準を満たすと解することが、わが国 CFC 税制の制度趣旨に適うと考えられる。

## ② A 社の「主たる事業」について

上記のとおり、A 社においては、C 社からの配当収入が本業の創薬開発収入を大きく上回っており、かつ、C 社株式の価額は A 社の総資産価額の約半数を占める状況となっている。

しかしながら、主たる事業の判定にあたっては、上述したデンソー事件（先行訴訟）第一審判決においても判示されているとおり、収入金額等の金銭的な規模を示す判断要素のみを重視すべきではなく、たとえ株式の配当による所得金額が大きいとしても、株式保有以外の実体的な事業活動が現実に行われており、相応の経営資源が投入されている場合には、当該事業活動の実質・実体を総合的に判断することが妥当であると考えられる。また、主たる事業の判定に当たり、資産総額に占める保有株式の額の割合を重視することも相当とはいえないと考える（デンソー事件（先行訴訟）第一審判決参照）<sup>123</sup>。

A 社は、上記前提事実に記載のとおり、英国において創薬開発事業に係る固定施設や従業者を有して相応の経営資源が投入され実体的な事業活動を行っている。

A 社が英国において当該事業活動を行う十分な経済的合理性を有している場合には、A 社の「主たる事業」は、創薬開発事業に区分することが妥当であると考えられる。

仮に、上記のように考えなければ、実体的な開発活動にいかにも多大な経営資源が投入されていても、当該開発活動の収益状況が芳しくない状況の下では、当該特定外国子会社等の主

122 税制調査会答申（昭和 52 年 12 月 20 日）、大蔵省主税局長 高橋元監修『タックス・ヘイブン対策税制の解説』（清文社 昭和 54 年 1 月 10 日）95 頁

123 なお、デンソー事件（先行訴訟）最高裁判決も、総合勘案による主たる事業の認定過程において、資産総額に占める保有株式の額の割合については一切言及していない。

たる事業は株式保有業又は特許権等の提供事業と区分されることとなってしまう、不合理な結果を招きかねない。

本稿冒頭で、わが国 CFC 税制が、その合算対象について事業体をターゲットとするエンティティーアプローチから所得内容に焦点をあてたインカムアプローチに変更されたことを紹介した。配当所得や使用料所得等の特定所得（Passive Income（受動的所得））を合算所得として捕捉可能となった現行制度においては、事業基準の有用性は乏しくなったと評価でき、課税当局による事業基準の判定に際しては、不合理な結果を導くことのないよう安易に定量的な判定にならないようお願いしたい。

#### （４）C 社配当及び使用料の CFC 税制上の取扱い

##### ① A 社が受領する C 社配当の特定所得該当性

上記前提事実で記載のとおり、A 社による C 社株式の保有割合は、2016 年 12 月末時点では、普通株式（議決権あり）で 10%のみであったが、合弁相手との交渉の結果、2017 年 1 月に優先株式（議決権なし）の増資発行により発行済株式ベースで 25%となったものである。

資産性所得に対する部分合算課税制度は、平成 29 年度税制改正（平成 30 年 4 月 1 日施行）でその対象所得の範囲が拡大された。改正前では、持株割合 10%未満の株式等に係る剰余金の配当等の額については、資産性所得とされ部分合算課税の対象とされていたが、改正後は、持株割合 25%未満の株式等に係る剰余金の配当等の額については、受動的所得とされ部分合算課税の対象とされることとなった。

持株割合 25%への引き上げは、外国子会社配当益金不算入制度において、能動的な事業活動から生じたと考えられる剰余金の配当等に係る持株割合基準が 25%以上と整理されたことを踏襲したものである。

改正後の部分合算課税の対象から除外される（特定所得（受動的所得）に該当しない）剰余金の配当等の額の要件は次のとおりとされた（措法 66 条の 6⑥一イ、措令 39 条の 17 の 3④）。

- i. 株式等の数又は金額のその発行済株式等の総数又は総額のうちに占める割合が 25%以上であり、かつ、
- ii. その状態が支払義務が確定する日以前 6 月以上継続している場合

本事例を上記要件に当てはめると、普通株式と増資により取得した優先株式の株式を合わせると C 社発行済株式の総額では 25%未満であっても、総数では 25%となることから要件を満たすこととなる。

優先株式、又は、合弁相手との交渉による増資に伴う新株発行という点について、疑義が生じるかもしれない。しかしながら、合弁相手との交渉により、適正、適法に新株が発行さ

れている状況を鑑みれば、A 社による C 社への資本参加は、能動的に事業活動に参画している」と評価し得るものと考えられ、受動的所得を構成する単なる投資とは性質を異にするものとする。したがって、本事例においては、法令上の要件を充足している限りにおいて、C 社株式に係る剰余金の配当は、特定所得（受動的所得）には当たらないとすることが妥当と考える。

## ② B 社から承継した特許権等に係る使用料の特定所得該当性

部分対象外国関係会社が自ら行った研究開発の成果に係る特許権等に関しては、その部分対象外国関係会社がその研究開発を主として行った場合のその特許権等の使用料は資産性所得の対象となる特許権等の使用料から除かれることとされている（措令 39 の 17 の 3 ⑱）。

A 社が所有する特許権等のうち B 社から合併により引き継いだものについては、B 社が開発したものであり A 社が開発したものではないため、A 社が開発したものとして取扱うことができるかが論点となる。

本事例については、次の 2 点の理由により承継特許権等は特定所得から除かれる自己開発の特許権等に係る使用料に該当するものとして取扱うことに一定の妥当性があると考えられる。

### i. 本件合併は本邦法人税法上の適格合併に該当し、適格合併による移転資産の簿価引継ぎは人格の承継をその理念としていること

組織再編成税制においては、特例としての「適格」の捉え方を区別している。合併と分割型分割における適格事業再編においては、法人の人格の全部又は一部が他の法人に引き継がれると考えられている<sup>124</sup>。

本件合併が、仮に A 社を被合併法人（消滅会社）とするものであれば、B 社が保有する特許権等は自ら行った研究開発の成果に係る特許権等として、その使用料収入が特定所得（受動的所得）に該当することはないと認められ、人格の承継をその理念とする適格合併に該当する本件合併の被合併法人が A 社ではなく B 社であったとしても、B 社から引き継いだ特許権等に係る使用料収入は特定所得に該当しないものとして取扱うことが合理的かつ公平であると考えられる。

### ii. 承継特許権等は資産運用的なものではなく、A 社が保有することに積極的な経済合理性を見出すことができること

平成 22 年度税制改正における資産性所得の部分合算制度の創設により、一定の外国法人

124 朝長英樹『会社合併実務必携』（法令出版 2011）130 頁において、「このような考え方は、かつての「人格承継説」における考え方に通ずるもの」と解説されている。

が収受する使用料等は、本邦において合算課税の対象となった。本制度の創設の背景には、租税負担の低い外国子会社において、株式や債券の運用、特許権等の提供等を行うことについて、所得移転による租税負担の軽減以外に積極的な経済合理性を見出すことは困難であると問題視されていたことにある。

軽課税を利用した、資産運用的な使用料収入を、本邦の合算課税の対象とすることにより租税回避を抑制する一方、特許権等の提供に係る使用料のうちでも、自ら研究開発した特許権等に係るものは、所得の付け替えの可能性が低いと考えられるため、書類保存を要件として、合算課税対象外とされた<sup>125</sup>。

この点、本件合併はグループ経営の効率化、合理化を純然たる目的としており、両事業の経済実体は変わることなく継続している。旧 B 社事業に係る使用料収入について、合併法人である A 社が稼得することになっても、所得の付け替えによる租税回避の疑義が生ずる余地はないものと認められる。

### 3. 海外組織再編に伴うキャピタルゲインの認識と租税負担割合算定の際の「非課税所得」

CFC 税制による合算課税は、同税制の「非課税所得」による影響が小さくない。しかし、この「非課税所得」をどう捉えるかについては、法令の文理解釈上、判然としない。海外における組織再編に伴う資産等の譲渡から生ずるキャピタルゲインに対する非課税措置が CFC 税制の「非課税所得」を構成するかという評価は、課税実務上、また、事業遂行上看過できないこともテーマとなり得る。

そこでここでは、国境を跨ぐ法人間のクロスボーダー合併の事例をもとに当該合併に伴うキャピタルゲインに対するわが国 CFC 税制の適用関係を検討する。

#### (1) クロスボーダー合併のわが国法人税法上の取扱い

##### ① 前提事実

内国法人 X 社は、英国法人 A 社の発行済株式の全てを保有しており、A 社は、欧州における販売拠点として傘下に販売子会社を有している。

英国は、欧州連合 (EU) からの離脱 (いわゆる「Brexit」) を予定しているため、X 社は A 社の現在の事業をオランダに移転することを予定している。

この A 社の事業の移転は、下記のとおり、X 社がオランダに新たに設立した 100% 子法人である B 社が A 社を吸収合併することで行う (以下「本件合併」)。

- X 社がオランダに B 社を設立する
- B 社を合併法人、A 社を被合併法人とする本件合併を行う
- 本件合併に伴い、A 社の株主である X 社に対しては B 社株式以外の資産の交付はさ

---

125 旧措令 39 の 20 の 4④

れない

- 本件合併により、A社の合併直前の資産及び負債の全てをB社が引き継ぐ
- X社は本件合併後においてB社の発行済株式の全てを継続して保有する見込みである
- 本件合併は、EU域内の異なる国に所在する法人間での合併を司る欧州議会及び欧州理事会 2005/56EC 指令<sup>126</sup>を受けた現地国法令である英国及びオランダの各国内実施法<sup>127</sup>を準拠法として行わる

## ② 関係法令

### イ 適格合併について

合併前に被合併法人と合併法人との間に同一の者による完全支配関係があり、かつ、合併後に同一の者と合併法人との間に同一の者による完全支配関係が継続することが見込まれる場合の合併で、被合併法人の株主等に合併法人株式又は合併親法人株式のいずれか一方の株式又は出資以外の資産が交付されないものは適格合併に該当するとされている（法人税法（以下「法法」）2①十二の八イ、法人税法施行令4の3②二）。

### ロ 合併が行われた場合のみなし配当金額について

法人の株主等である内国法人が合併により金銭その他の資産の交付を受けた場合において、その金銭の額及び金銭以外の資産の価額の合計額が当該法人の資本金等の額のうちその交付の基となった当該法人の株式又は出資に対応する部分の金額を超えるときは、その超える部分の金額はみなし配当の金額とされる。ただし、適格合併の場合にはみなし配当の金額は生じないこととされている（法法24①一）。

### ハ 被合併法人の株主等における被合併法人株式の譲渡損益について

被合併法人の株主等は、原則として、被合併法人株式について譲渡損益を認識することとなるが（法法61の2①）、被合併法人の株主等に合併法人の株式等以外の資産が交付されなかった合併（金銭等不交付合併）の場合には、被合併法人の株主等は、被合併法人株式の譲渡損益の認識を繰り延べることとされている（法法61の2②）。

### ニ EU域内における合併について

EU域内においては、異なる加盟国の会社を当事会社とする国境を越えた合併を可とするために、2005年10月に欧州議会及び欧州理事会2005/56EC指令が発行され、加盟国は2007年12月までに国内法化することが義務付けられている。同指令を受けて、英国は2007年に、オランダは2008年に、それぞれこのEC指令に関する国内実施法を制定している。

---

126 DIRECTIVE 2005/56/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 October 2005 on cross-border mergers of limited liability companies

127 英国；The Companies (Cross-Border Mergers) Regulations 2007、オランダ；Dutch Civil Code (Section 2.7.3A Special statutory provisions for cross-border mergers)

### ③ 法人税法における『合併』の意義

法人税法は合併の定義規定を設けていないため、外国法令を準拠法として行われる合併が、法人税法上の合併に該当するのかが疑問が生ずる。

この点、法人税法上の合併は、わが国会社法を準拠法として行われる合併に限るとはされていないことから、外国法令を準拠法として行われる法律行為であっても、わが国会社法上の合併に相当する法的効果を具備するものであれば、法人税法上の合併に該当すると考えられる。

わが国会社法は合併そのものについての定義規定を設けていないが、一般的に、その本質として、イ) 消滅会社の権利義務の全部が存続会社に包括承継されること、及びロ) 消滅会社は清算手続きを経ることなく自動的に解散して消滅することという要素を具備していることが挙げられる。したがって、外国法令を準拠法として行われる法律行為であっても、これらの要素を具備し、わが国の会社法上の合併に相当すると認められる場合には、法人税法上の合併に該当するものとして取り扱うことが相当と考えられる。

### ④ 異なる国に所在する法人間で行われる合併の取扱い

上記③のとおり、外国法令を準拠法として行われる法律行為が法人税法上の合併に該当するか否かは、その法律行為がわが国会社法上の合併に相当するものと認められるか否かにより判断することとなると考えられる。

したがって、異なる国に所在する法人間で行われる法律行為であっても、その法的効果がわが国会社法上の本質的要素（消滅会社の権利義務の全部が存続会社に包括承継されること、及び消滅会社は清算手続きを経ることなく自動的に解散して消滅すること）を具備し、わが国会社法上の合併に相当するものと認められる場合には、法人税法上の合併に該当するものとして取り扱うことが相当であり、異なる国に所在する法人間で行われる合併であることを理由に法人税法上の合併に該当しないということとはならないものとする。

### ⑤ 本件合併の取扱い

本件合併は、欧州議会及び欧州理事会 2005/56EC 指令に関する英国及びオランダの各国内実施法を準拠法として行われるものであり、イ) 被合併法人から合併法人への全ての資産及び負債の自動的譲渡（包括承継）、ロ) 被合併法人の清算手続きを経ず消滅（自動消滅）という法的効果を生ずる。

したがって、本件合併は、わが国会社法上の合併の本質的要素を具備するものと認められることから、わが国法人税法の合併に該当するものとして取り扱うことが相当であると考えられる。

そして、本件合併は、上記前提事実のとおり、本件合併前に被合併法人 A 社と合併法人 B 社との間に同一の者である X 社による完全支配関係があり、かつ、本件合併に伴い、被合併法人 A 社の株主（X 社）には合併法人株式（B 社株式）以外の資産は交付されない予



定であることからすれば、本件合併は、法人税法第 2 条第 1 項第 12 号の 8 に掲げる適格合併に該当し、X 社においてみなし配当の金額は生じないものと認められる。また、本件合併は、金銭等不交付合併に該当するため、X 社において A 社株式の譲渡損益は繰り延べられるものとする。

つまり、本件合併は、適格合併（法法 2④十二の八）として取り扱われ、X 社においてみなし配当は生じず（法法 24④一）、また、金銭等不交付合併（法法 61 の 2②）に該当することから、X 社において A 社株式の譲渡損益は繰り延べられる。

## （2）クロスボーダー合併の CFC 税制上の取扱い

上記（1）では、本件合併について、EU 法において合併法制が存在し、その本質的要素が、わが国における合併の本質的要素と同視できることから、わが国法人税法上も合併として扱われるものと考えられること、また、X 社は、本件合併時において英国法人 A 社及びオランダ法人 B 社の発行済株式の全てを保有しており、本件合併後においても引き続き B 社の発行済株式の全てを保有し続ける見込みであり、さらに、本件合併に際しては、B 社の株式以外の資産は交付されない見込みであることから、本件合併は法人税法第 2 条第 1 項第十二の八号イに規定する適格合併に該当し、適格合併としての税務処理が認められうることを説明してきた。

ここでは、本件合併による A 社から B 社への資産等の移転に対する CFC 税制の取扱いについて検討する。

### ① CFC 税制における基準所得の計算における本件合併の取扱い

外国関係会社の適用対象金額の計算の基礎となる基準所得金額は、租税特別措置法第 66 条の 6 第 2 項第四号及び租税特別措置法施行令 39 条の 15 第 1 項において、外国関係会社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本邦法令に準拠して一定の基準により計算すること（以下「本邦法令基準」）が認められている。

本邦法令基準により基準所得金額を計算する場合<sup>128</sup>には、租税特別措置法施行令第 39 条の 15 第 1 項第一号において、法人税法第 2 編第 1 章第 1 節第 2 款から第 9 款（同法第 23 条等を除く）及び第 11 款（租税特別措置法の参照は省略）に準拠して、外国関係会社の決算所得金額を計算し、当該金額に同項第二号から五号に掲げる調整を考慮して計算するとされている。

本件合併による資産等の移転については、前述の通り、わが国の法人税法上も合併と取り扱われる前提のもと、法人税法第 2 条第 1 項第十二の八号イに規定する適格合併の要件に

---

128 現地法令基準により基準所得金額を計算する場合には、本件合併による A 社から B 社への資産等の移転について、譲渡損益の認識が必要と認められることも想定され、基準所得金額の計算に当たっては留意が必要。

照らし、当該要件を充足する場合には同法第 62 条の 2 第 1 項に基づき、適格合併による資産等の移転として適格合併に係る最後事業年度終了の時の帳簿価額による引継をしたものとして各事業年度の所得金額を計算することとなる。

したがって、本件合併においては、CFC 税制上、英国法人 A 社からオランダ法人 B 社に移転する資産等については、帳簿価額により引継がれ、A 社の適格合併に係る最後事業年度における基準所得金額の計算において、本件合併に係る譲渡損益の認識の必要はなく、合算適用対象金額を構成することはない。

つまり、クロスボーダー合併であっても、当該合併の要素を分析し、わが国会社法上の合併に相当すると認められる場合には、法人税法に規定する適格要件に照らし適格合併に該当するものであれば、合算課税を防止することが可能と考える。

## ② 租税負担割合の計算における「非課税所得」の該当性

本事例では、A 社は英国法人であり、英国の法人税率が 2017 年 4 月から 19%へ引き下げられたことから、租税負担割合の算定をするまでもなく、適用対象金額については合算課税の対象となる。しかし、多くのケースでは、租税負担割合を算定のうえ、合算課税の適用の適否を判断する必要があり、特に事業再編時には「非課税所得」の有無が合算課税の適用を左右することが多い。

しかしながらこの「非課税所得」をどのように捉えるべきかについては判然としていない面がある。そこで、本件クロスボーダー合併に伴う A 社から B 社への資産等の移転によるキャピタルゲインが「非課税所得」に該当するか検討する。

### イ 租税負担割合の計算

対象外国関係会社<sup>129</sup>や特定外国関係会社<sup>130</sup>については、各事業年度の租税負担割合を計算の上、その割合が一定以上の場合<sup>131</sup>には、その事業年度に掛かる適用対象金額について、合算課税の適用が免除されることとなっている（措法 66 の 6⑤一、二）。

租税負担割合は、外国関係会社の各事業年度の所得に対して課される租税の額を当該所得の金額で除して計算した割合とされている（措令 39 の 17 の 2①）。分母となる所得に金額は、外国関係会社の各事業年度の決算に基づく所得の金額につき、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金額に、いわゆる「非課税所得」の加算などの調整した金額とされている（措令 39 の 17 の 2②一）。

129 外国関係会社が会社全体として、いわゆる能動的所得を得るために必要な経済活動に実態を備えているかを判定する基準として経済活動基準（注 120 を参照）が設定されている。対象外国関係会社とは、経済活動基準 4 基準のうちいずれかを満たさない外国関係会社が該当。

130 特定外国関係会社とは、①事務所等の実体がなく、かつ、事業の管理支配を自ら行っていない外国関係会社（ペーパーカンパニー）、②その総資産に比べて受動的所得の占める割合が高い会社（キャッシュボックス）及び③情報交換に関する国際的な取組への協力が著しく不十分な国又は地域（ブラックリスト国）に所在する外国関係会社が該当。

131 対象外国関係会社については 20%以上、特定外国関係会社については 30%以上。

## ロ 非課税所得

租税負担割合の算定における「非課税所得」は、「その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」と規定されている（措令 39 の 17 の 2②一イ）。

この解釈にあたっては、実務上、「外国関係会社の本店所在地国の外国法人税が当該外国関係会社において恒久的に課税されないものが、課税標準に含まれない所得の金額（非課税所得）に該当する。ただし、当該外国関係会社において恒久的に課税されないものであっても、他の者においてその外国法人税が（代替的に）課税されることとなっているものは、非課税所得に該当しない<sup>132</sup>」を判断基準と使用されている。つまり、課税の繰延べ措置については、「非課税所得」に該当しないこととなる。

本件クロスボーダー合併については、一定の条件の下、わが国法人税法上、適格合併に該当し得ることは上述のとおり。わが国法人税法上の適格組織再編税制は、課税の繰延べ措置であることからすれば、本件合併に伴う A 社から B 社への資産等の移転によるキャピタルゲインは「非課税所得」に該当しないと評価することが妥当であると考え<sup>133</sup>。

なお、本事例は、税目的でなく課税上弊害がないことを前提としたものである。同様のクロスボーダー合併であっても、不当と認められる場合は、射程の問題はあるものの法人税法 132 条の 2 の適用に留意が必要と考える。

## 4. おわりに

わが国 CFC 税制は、昭和 53 年のその創設以来これまでの長年の間に、外国子会社配当益金不算入制度の導入、インカムアプローチ採用等によりその制度趣旨が変化してきたことは間違いない。一方、規定の細部をみると CFC 税制創設当初と同様の基準・要件が残存している。そして、それら基準・要件を税制創設当時の考え方のまま現行制度に適用しようとすると違和感を覚えることがある。税制の制度趣旨の変遷に応じて、基準・要件の解釈も調整する必要があるように考える。

また、わが国 CFC 税制は、現在の多様化した経済取引から遅れをとっている。例えば、本稿で紹介したクロスボーダー合併については、わが国会社法が国境を跨ぐ合併を前提としないという理由で、全てのクロスボーダー合併について、長年、税制非適格合併との説明がされ、合算課税をトリガーしてきたと理解している。経済活動の自由化が進行する中でわが国 CFC 税制が企業の正当な経済活動の足枷になってはならないと痛切に感じている。

---

132 『外国子会社合算税制（タックス・ヘイブン対策税制）における課税上の取扱いについて』（公益財団法人 日本租税研究協会、2014）5 項より引用。

133 前掲（注 132）6 項において、「クロスボーダー合併やクロスボーダー連結・欠損金通算等においては、外国関係会社の本店所在地国の課税が担保されない場合もあることから、その場合には、移転資産の譲渡益や欠損金の控除額などが非課税所得として取り扱われることになるものと考えられる。」と解説されている。

## 第5章 経済の電子化と税制

### —2019年 OECD 公開討議文書を中心に—

早稲田大学法学学術院  
渡辺 徹也

#### 1. はじめに

本報告書では、経済の電子化に関する課税問題を取り上げる。GAF A (Google、Apple、Facebook、Amazon) に代表される巨大プラットフォーム企業の台頭<sup>134</sup>が端的に示すように、電子化は世界経済に対して大きなインパクトを与えるようになった。これらの企業は、市場国に物理的な拠点を持たず、インターネット等を利用して離れた地点から、電子化された商品やサービスの取引を行うという特色を持つ。そして、企業価値の大部分は無形資産に依存している。

経済の電子化は、税制にとっても既存の国際課税ルールを揺るがしかねない大きなインパクトを与える。これまで OECD は、この問題に継続して取り組んできたが<sup>135</sup>、現状において最も重要な課題の1つとなっている。本報告書では、2019年2月に OECD から公表された公開討議文書 (Public Consultation Document) <sup>136</sup>を中心に扱う。

まず当該討議文書公表に至るまでの経緯とバックグラウンドを説明する。そして、討議文書の内容と今後の予定等を簡単に紹介する<sup>137</sup>。その上でこの問題に関する若干のコメントを行うことにする。

#### 2. 公開討議文書までの経緯・バックグラウンド

近年の OECD を中心とした電子経済に対する課税上の対応を、ごく簡単にまとめると以

134 スコット・ギャロウエイ『the four GAF A—四騎士が創り変えた世界』渡会圭子 (訳) (東洋経済新報社・2018年)、アンドリュー・マカフィー=エリック・ブリニョルフソン『プラットフォームの経済学—機械は人と企業の未来をどう変える?』村井章子 (訳) (日経 BP 社・2018年) 参照。

135 電子経済への課税上の対応に関する OECD の活動は、決して最近始まったわけではなく、1998年10月にオタワで開催された OECD の閣僚級会合において「電子商取引：課税の基本的枠組」という文書が既に採択されている。このオタワ会議に至るまでとオタワ会議後2018年の中間報告書前までの状況については、渡辺智之「デジタル・プラットフォームと国際課税」日本機械輸出組合国際税務研究会研究論文3頁(2019年)、青山慶二「デジタル経済の課税に関する国際動向」租税研究823号397頁(2018年)参照。[http://www.jmcti.org/trade/bull/zeimu/book/digital\\_platform\\_kokusaikazei.pdf](http://www.jmcti.org/trade/bull/zeimu/book/digital_platform_kokusaikazei.pdf)。

136 See OECD (2019), Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy—Public Consultation Document. <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>。

137 公開討議文書の発表から本報告書作成まで時間的な余裕があまりなかったため、詳細な訳出というよりも、討議文書の主要な内容をまず伝えることに主眼を置いた。

下のようになる<sup>138</sup>。2015年10月にBEPS最終報告書が提出され、電子経済については、行動1「電子経済の課税上の課題への対処」<sup>139</sup>において議論された。そこでは、問題の重要性（電子経済の発達によってBEPS問題が助長されていること）は認識されつつも、直接税について何らかの勧告が行われるまでには至らなかった。ただし、引き続きOECDにおける作業は続けられることになり、2020年までにはその成果を踏まえた報告書が提出されることになった<sup>140</sup>。つまり、行動1については、2020年という期限を切って「宿題」が課されたことになる。

その後、2018年3月16日にこの問題に関する「中間報告書」<sup>141</sup>が作成される。そこでは、高度に電子化されたビジネス（highly digitalised business、以下「HDB」）モデルによく見られる3つの特徴を確認し、既存の利益配分ルールやネクサス・ルールとの関係が論じられた。当該3つの特徴とは、“scale without mass” “heavy reliance on intangible assets” “data and user participation”である<sup>142</sup>。

また、経済の電子化への対応に関して、異なる3つの立場が示された。第1のグループは、HDBに限って見直しを要求する立場、第2のグループは、HDBに限らず、国際課税制度全般に対する見直しが必要とする立場、第3のグループは、大きな見直しは必要ないとする立場である<sup>143</sup>。

そして、BEPS包摂的枠組（the Inclusive Framework on BEPS）のメンバーは、2020年の最終報告書の完成に向けて、コンセンサスを得る形での長期的解決を目指して、共に作業を続けることを約束した。その際には、ネクサスと利益配分という2つの国際課税ルールに関するレビューが行われることになる<sup>144</sup>。

中間報告書が示された後は、2018年7月と12月にデジタルエコノミーに関するタスクフォース（Task Force on the Digital Economy、以下「TFDE」）の会合が開催された。そして、年が明けた2019年1月23-24日に包摂的枠組会合が開催され、その成果として1月

---

138 山川博樹「電子経済—法人源泉地国課税の課題に係る一考察」21世紀政策研究所『グローバル時代における～BEPS 新たな国際租税制度のあり方～BEPS プロジェクトの重要積み残し案件の棚卸し検証～』報告書33頁（2018年）参照。

139 See OECD (2015), Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

140 See OECD, *supra* note (139), at para 361.

141 See OECD (2018), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>.

142 なお、後掲注（146）6頁では、電子化された経済の特徴は“scale without mass” “higher reliance on IP” “role of users in value creation”とされている。なお、“mass”の意味するところは、“a firms’ physical presence in the location of the user or the customer’s market”である。See OECD, *supra* note (141), at p.80 (n. 14).

143 渡辺・前掲注（135）11頁参照。

144 その作業には、経済活動および価値創造に利益を結びつける原則と一致する様々な技術的解決策の実現可能性の探求が含まれる。

29日にポリシー・ノート<sup>145</sup>が公表されている。同日 OECD は、パリから live webcast を行い、パスカル・サンタマン (Pascal Saint-Amans) 租税政策・税務行政センター局長らが、資料をもとに活動の最新状況を紹介した (以下「OECD Tax Talks」<sup>146</sup>)。

今回の「公開討議文書」は、以上のような経緯を経て 2019 年 2 月に公表されたものである。OECD の HP によると、2 月 13 日から 3 月 6 日まで公開討議文書に対する意見が募集された。なお、公開討議の開催は 3 月 13-14 日である<sup>147</sup>。

図表 5-1 (「OECD Tax Talks」6 頁より)

## Background



### 3. 公開討議文書

#### (1) 大まかな構造 (2つの柱)

2018 年 11 月にブエノスアイレスで開催された G20 サミットにおいて、経済の電子化が国際課税システムにもたらす影響に対処するため、2019 年の進捗報告および 2020 年までの最終報告書により、コンセンサスに基づく解決策を追求すべく共に取り組む認識が共有

145 See OECD, Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note, As approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019. <https://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf>.

146 See OECD Tax Talks, Tuesday, 29 January 2019, 15:00 - 16:00 (CET). <http://www.oecd.org/ctp/tax-talks-webcasts.htm>.

OECD 東京センターHP「国際社会はデジタル化がもたらす課税問題の解決に向けて大きく前進している」も併せて参照。

<http://www.oecd.org/tokyo/newsroom/international-community-makes-important-progress-on-the-tax-challenges-of-digitalisation-japanese-version.htm>.

147 <http://www.oecd.org/tax/oecd-invites-public-input-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>. なお、意見募集の期限は当初 3 月 1 日だったが同月 6 日まで延長された。

された<sup>148</sup>。ポリシー・ノートおよび公開討議文書公表の前提には、上記の認識共有がある。すなわち、これらの文書は、2019年にG20に対して進捗報告をするための準備作業の一環として捉えることができる。

また、これらの作業が進んでいるのは、電子経済に対するOECDの取組に、それまで消極的だったアメリカが積極的に関わるようになってきたことも大きい。その背景には2017年税制改正法（Tax Cuts and Jobs Act、以下「TCJA」）<sup>149</sup>が2017年末に成立したことがある。特にGILTI（Global Intangible Low-Taxed Income）やBEAT（Base Erosion and Anti-Abuse Tax）の考え方は、後述する第2の柱にも影響を与えている<sup>150</sup>。アメリカがOECDの議論に参加することは、長期的解決策に対する合意への前進と捉えることができる一方で、今後はアメリカ主導で議論が進む可能性もある<sup>151</sup>。

公開討議文書は、経済の電子化に伴う課税問題に対応するために2つの柱を提示している。第1の柱は、利益配分とネクサスに関する現行ルールの見直し（revised profit allocation and nexus rules）であり、第2の柱が、グローバルな税源浸食への対抗措置の提案（global anti-base erosion proposal）である。

第1の柱については、見直しにあたり考慮する要素として、それぞれ①ユーザー参加（user participation）、②マーケティング・インタンジブル（marketing intangible）、③重要な経済的プレゼンス（significant economic presence）という3つが提案されている。①を支持するのが主としてイギリス、②は主としてアメリカ、③はコロンビアやインドなど途上国が支持する案である。特に①と②が重要だと思われる。両者には、残余利益分割的な手法を採用する部分において、一定の共通点も見受けられる。

第2の柱は、残されたBEPS問題の解決を目指すもので、無税または低税率の国や地域への対抗措置である。それは、所得合算ルール（income inclusion rule）、税源浸食支払への課税（tax on base eroding payments）という相互に関連する2つのルールによる対抗措置とされる。

これら2つの柱からなる提案については、他の権利を損なうことがない（without prejudice）という前提で検討されることが、包摂的枠組において合意されている。以下では、第1の柱および第2の柱に関する内容を簡単に紹介する。

---

148 緒方健太郎「G20 ブエノスアイレス・サミットの概要について」ファイナンス 2019年3月号 24頁参照。

149 この税制改正一般については、差しあたり日向寺裕芽子=塩田真弓『『トランプ税制改革』について』ファイナンス 2018年2月号 20頁参照。

150 See OECD Tax Talks #11 (<http://www.oecd.org/ctp/tax-talks-webcasts.htm>) .

151 See Mindy Herzfeld, The OECD Consults on A New Tax World Order, Tax Notes International, Feb. 18, 2019, 730. See also Itai Grinberg, International Taxation in an Era of Digital Disruption: Analyzing the Current Debate (2018).

[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3275737](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3275737).

## (2) ユーザー参加

第1の柱のうち、ユーザー参加に基づく提案は、デジタル・サービスのユーザーによって価値が創造されると考え、現行の利益配分とネクサスに関するルールを「ユーザー参加」という視点から見直すといった提案である。その根拠として、既存の国際課税のフレームワークのもとでは、ユーザー参加によって生じる価値が価値創造地（ユーザーの所在地）において把握されない仕組みとなっていることをあげる。

この提案の前提には、ユーザーの持続的なエンゲージメントと積極的な参加を要請することが、特定の高度に電子化されたビジネスにとって、価値創造の重要な要素になるということがある。したがって、この提案が対象とするのは、そのようなHDBだけである。この点が、マーケティング・インタangibleに基づく提案と大きく異なる。

そして、そのようなビジネスとして、ソーシャル・メディア・プラットフォーム、サーチ・エンジン、オンライン・マーケットプレイスがあげられている。このような事業については、一定の利益を、物理的存在の有無に関係なく、ユーザーの所在地に配分することにする。すなわち、伝統的な移転価格の方法では、ユーザーの所在地に配分されるべき利益額を決定することは困難であるという認識のもと、既存の配分ルールを見直すのである。ただし、ユーザーの存在を独立した企業のように捉えて、そこに利益を帰属させるわけではない。

ユーザーの所在地に配分される利益は、ユーザーの活動や参加を考慮して、ノンルーチンないし残余利益分割アプローチ (a non-routine or residual profit split approach) により計算されることになる。その内容は概ね以下の通りである。

- (i) 事業に関する残余ないしノンルーチン利益（すなわちルーチンの活動を独立当事者間のリターンに割り振った後の利益）を算出する。
- (ii) それら残余利益のうちユーザーの活動によって創造された価値部分を割り当てる。  
これは量的／質的情報あるいは事前に合意された割合を通じて決定することができる。
- (iii) そのようにして計算された残余利益を、合意された配分基準（売上など）に基づいて、ユーザーの所在地に配分する。
- (iv) 現行のネクサス・ルールに関係なく、ユーザーの所在地に課税権を与えることになる（ネクサス・ルールの見直し）。

この方法のもとでも、ルーチンの活動に帰属する利益は、これまで通りの方法で配分される。しかし、複数のビジネスラインを有する多国籍企業において、ノンルーチン利益を計算することが困難となる場合がある。運用を簡便化する観点から、一定のフォーミュラーの利用が考えられる。

また、この提案は、二重課税等を回避するための強力な紛争解決手段とセットで導入することも考えられる。この提案のターゲットは前述のように特定のHDBであるが、さらに、課税庁と納税者双方の執行上の負担軽減の観点から、事業規模による制限が組み込まれる可能性もある。



### (3) マーケティング・インタンジブル

第1の柱のうち、マーケティング・インタンジブル<sup>152</sup>に基づく提案は、市場国 (market jurisdiction) による価値創造を認識する考え方である。この提案は、既存の利益配分とネクサス・ルールの見直しを提唱することにおいて、ユーザー参加に基づく提案と同じである。しかし、適用対象を HDB に限ることはせずに、デジタル化が経済に与える広いインパクトに対応するために、より広範な適用範囲を持つ。

多国籍企業は、遠隔地から、あるいは LRD (limited risk distributors) のような存在を通して、市場に手を入れ込んで (reach into)、ユーザーや顧客ベースのマーケティング・インタンジブル等を開発することができる。この提案は、そのような場合に、マーケティング・インタンジブルと市場国との間には本質的な機能的関連性があると考えられる。当該機能的関連性は、ブランドや商標、顧客データや顧客リスト等のマーケット・インタンジブルと市場国との関連において見ることができる。

この提案は、マーケティング・インタンジブルと市場国との間にある当該関連性を考慮して、現在の移転価格等のルールを見直し、マーケティング・インタンジブル (およびそのような無形資産に関連するリスク) を市場国に配分することを要求する。そして、そのような無形資産等に適正に割り振られたノンルーチン利益の一部または全部に対して、(たとえ市場国に課税プレゼンスが存在しない場合であっても) 市場国が課税する権利を有すると考える。一方で、他の所得は既存の移転価格ルールに基づいて、グループのメンバー間で配分される<sup>153</sup>。

この提案を理解するために、次の3つの事例パターンが用意されている。すなわち、①HDBが、そこに課税プレゼンスを持たない市場国をターゲットとした販売およびマーケティング活動から収益を上げる場合、②同様の HDB が、LRD として機能するような課税プレゼンスしか有しないような場合、③伝統的に HDB とは考えられてこなかった消費者向け製品ビジネスが、遠隔地からあるいは LRD ストラクチャーを用いて行われる場合である。

①の場合、たとえ既存のルール上は課税プレゼンスが存しないとして扱われるとしても、市場国に関連するマーケット・インタンジブルの使用に帰属するノンルーチン利益は、当該市場国に配分されることになる。また、そのような結果 (市場国の課税権を容認するような結果) が生じるように、既存のネクサス・ルールを見直す。したがって、概念的に異なる出

---

152 “marketing intangibles” の意味するところは、“an intangible . . . that relates to marketing activities, aids in the commercial exploitation of a product or service and/or has an important promotional value for the product concerned. Depending on the context, marketing intangibles may include, for example, trademarks, trade names, customer lists, customer relationships, and proprietary market and customer data that is used or aids in marketing and selling goods or services to customers”であり、これは移転価格ガイドラインの内容と同じである。See OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017 (OECD TPG), at p. 27.

153 マーケティング・インタンジブルに帰属するノンルーチン所得の全部ではなく、一部のみを市場国に特別に配分するように設計することもできる。

発点であったにもかかわらず、ユーザー参加に基づく提案を適用したときと似たような結果となる場合がありうる。なお、①に該当する事業には、無料検索サービス、無料電子メール、デジタル・ストレージといったものが含まれる。

②の場合も、市場国に関連するマーケット・インタangibleに配分されるノンルーチン利益の一部または全部が、当該市場国において課税されることになる。ユーザー参加に基づく提案と似た結果となることについても同様である。

③の場合は、伝統的な消費者ビジネスであっても、公平性、一貫性、レベル・プレイング・フィールドの観点から、HDBと同様に利益配分やネクサス・ルールの見直しが要求されるので、ユーザー参加に基づく提案からもたらされる結果との間にギャップが生じることになる。

なお、マーケティング・インタangibleからのノンルーチン利益に関するこの特別な配分および関連する市場国の課税権の拡張は、以下のことに関わりなく行われる。すなわち、多国籍企業グループのどのエンティティが、マーケティング・インタangibleの法的権原を所有しているか、グループ内のどのエンティティがそれら無形資産に関連する DEMPE (development, enhancement, maintenance, protection and exploitation of intangibles) 機能を実際に実行またはコントロールしているか、既存の移転価格ルールに基づいて、これら無形資産に関連するリスクがどのように配分されるか、また同様に当該既存のルールに基づいて所得がどのように配分されるかに関わりがない。

そして、マーケティング・インタangibleと他の所得創出ファクターとの間で、ノンルーチン利益ないし残余利益を配分するには、(i)通常移転価格原則を適用する、(ii)より機械的な概算法に基づく修正残余利益分割法を使用するという2つの方法が考えられる。

(i)では、まず、マーケティング・インタangibleを決定し、その後で、当該無形資産の利益への貢献について、マーケット・インタangibleを既存のルールで配分したと仮定した場合と市場国に配分したと仮定した場合との結果の差異を調整する。

(ii)では、まずルーチン利益（通常利益）の算定方法として、通常移転価格ルールだけでなく、コストや有形資産に対するマークアップ法のような、より機械的な方法も許容する。次に、総利益からルーチン利益を除いたノンルーチン利益（残余利益）部分の配分についても、コスト・ベース法からより定式的な (formulaic) アプローチ（例えば、ビジネスモデルごとに異なりうる一定の貢献率の使用）までを認める。

いったんマーケティング・インタangibleに帰属する所得の金額が決定されたならば、それは販売や収益などの合意された指標に基づいて、各市場国に配分されることになる。また、この提案の実行によって紛争や二重課税が生じる懸念があり、それに対処するために、課税に関する早期の安定性を納税者に与え、強力な紛争解決手段を伴う必要があるとされる。

#### (4) 重要な経済的プレゼンス (significant economic presence)

この提案の内容を一言でいえば、「重要な経済的プレゼンス」基準に基づくネクサス概念

の見直しであり、非居住企業が、デジタル技術その他の自動化された手段により、市場国と意図的かつ持続的な相互関係があるということが明らかである場合に、そのような要素に基づいて当該市場国に課税プレゼンスを認めるというものである<sup>154</sup>。

重要な経済的プレゼンスという形態のネクサスを認めるために、収入を得ていることは必要であるが、それだけでは十分でなく、以下の要素が考慮される。すなわち、(i)ユーザー・ベースおよび関連するデータ・インプットの存在、(ii)当該市場国から得られる一定量のデジタル・コンテンツ、(iii)現地通貨または現地の支払方法による請求と回収、(iv)現地の言語によるウェブサイトの整備、(v)顧客への商品の最終的な配送またはアフターサービスや修理・メンテナンスなどの他のサポートサービスの提供に関する責任、(vi)継続的なマーケティングと販売促進活動である。

重要な経済的プレゼンスへの利益の配分方法は、fractional apportionment method<sup>155</sup>を用いる。この方法では次の3つのステップが必要となる。すなわち、分割対象課税ベースを定義し、課税ベースを分割するための配分キーを定義し、そしてこれら配分キーの重み付けを行うというステップである。

課税ベースは、多国籍企業グループのグローバル利益率を市場国において生じた収益(売上)に適用することによって決定する。そして、当該課税ベースを売上、資産、従業員といった要素を考慮して分割する。さらに、ユーザーが価値創造プロセスに有意義に貢献するビジネスについては、当該ユーザーも考慮されることになる。利益配分についてはより簡略化された方法<sup>156</sup>も視野に入れる。

また、執行において源泉徴収の方法が提唱されている。その際には、重要な経済的プレゼンスを有する企業への支払にグロスベースで低税率の源泉税を課し、その後の企業の申告に基づいて、もし超過して徴収した部分があれば還付するという方法もありうる。

#### (5) 第2の柱における提案(グローバルな税源浸食への対抗提案)

第2の柱は、グローバルな税源浸食への対抗提案である。これは大きな税率の差異によって引き起こされる利益移転への対処であり、これまでの行動計画において BEPS リスクへの包括的な解決策が十分に提供されてこなかった部分である。そこで、各国が自国の税率を設定する権利を尊重しつつも、十分に課税権を行使していないような場合には、そのような利益に課税し直すこと(tax back)を全ての国に認めて課税権を強化することを提案する。この提案は、国際的に事業を展開する全ての企業に対して、最低限の租税の支払を確保するようにデザインされた体系的な解決策とされている。

第2の柱は、①所得合算ルールと②税源浸食支払への課税から構成される。②はさらに、

---

154 「重要な経済的プレゼンス」という概念自体は、既に BEPS 行動1 報告書 Section 7.6 において見ることができる。

155 See OECD, *supra* note (139), s. 7.6.2.2.

156 See OECD, *supra* note (139), s. 7.6.2.3 (modified deemed profits methods) .

(i) **undertaxed payments** ルールおよび (ii) **subject to tax** ルールから成る。

まず①は、法人の所得が最低限の税率に服していない場合、持分に応じて法人の所得を株主に割合的に合算することで、株主に対するミニマム・タックスとして機能する。直接または間接に重要な持分（例えば 25%）を保有する株主（親会社）の合算所得は、株主の国内法に基づいて所得が計算され、そのようにして課税された株主は外国税額控除を受けることができる。このルールは **CFC** 税制の補強と捉えられている。なお、免税扱いを受ける外国支店の場合、免税方式が外国税額控除方式に切り替えられ（**switch-over-rule**）、このルールの適用を受ける。

このルールは、行動 3 の提言に基づいて作られており、アメリカのルールである **GILTI** の側面を持っている。また、上記①のルールは、EU 加盟国が国内外の子会社に適用することができるように設計され、加盟国は EU 指令を通じてこのルールの採択を選択することができる。

いかにミニマム・レート自体を決定し、それを適用するかという議論に加え、このルールを設計していくためには、幾つかの技術的な問題がある。それらには、対象となる法主体、保有株式数、最低限の税率に服しているか否かの判断基準（例えば実効税率テストなど）、執行上の観点から閾値やセーフ・ハーバーは必要かどうか、合算所得に適用されるのは最低税率か通常税率か、二重課税を排除するための外国税額控除等の仕組みのあり方、国際法や EU 法上の義務との適合性などが含まれる。

次に上記②(i)は、関連者への支払について、支払先の国で最低税率以下の課税しか受けない場合、支払国（源泉地国）における控除を否認することで、税源浸食を防止するルールである。実効税率テストにおいては、支払に関する源泉徴収税が考慮される。支払が関連当事者に対するものか否かのテストについては、所得合算ルール（上記①）や行動 2 で使用されるものと同様に、25%所有テストに基づく。対象を特定のカテゴリの支払に限定して取引を操作されることを防ぐために、ルールはあらゆる範囲の支払に適用される。

また、②(i)についても、ミニマム・レートの決定・適用、支払を受領する者の実質の問題に加えて、次のような技術的な問題が考慮されるべきである。すなわち、対象となる支払の範囲、執行上あるいはコンプライアンス上の負担を最小限に抑え、二重課税や多重課税の可能性を制限しながらも、あらゆる範囲の利益移転リスクを対象にできるか、関連当事者ステータスに関する閾値、このルールを遵守し予想外の課税を受けないために当事者にとって必要な情報、適用される実行税率テストはエンティティレベルか取引レベルか、このルールと国際法上の義務の適合性、相手国における課税状況を反映して控除の部分否認を行うべきかそれとも全額否認かなどである。

上記②(ii)は、②(i)を補完するために、条約適用上、一定の所得がもう一方の締約国で十分に課税されている場合に限り、条約上の利益を与えるというものである。OECD モデル条約でいえば、7 条、9 条、10 条、11-13 条、21 条における課税上の利益が、このルールの適用によって否定されることがある。

例えば、利益が居住地国で最低税率での課税を受けていなければ、②(ii)のルールに基づいて、たとえ PE に帰属する所得がなくても事業所得が課税されることになる（7条における利益の否定）。ただし、10条については、この②(ii)のルールが、経済的な二重課税の排除を目的とした受取配当非課税ルールを否定してしまう可能性があるため、何らかの救済ルールの導入が考えられる。

②(ii)は、関連者間の支払に限定されているが、11-13条に関してはより広い射程にする可能性もある。また、執行およびコンプライアンスを考慮して、閾値やセーフ・ハーバーを設定することもありうる。②(i)について述べたことに加え、②(ii)に関する技術的な問題として、既述のような非課税配当の扱い、条約上の利益を維持するために受領者が支払者や源泉徴収義務者に提供すべき情報、特定のカテゴリの納税者（例えば、個人、年金基金、慈善団体）への影響といったことがある。

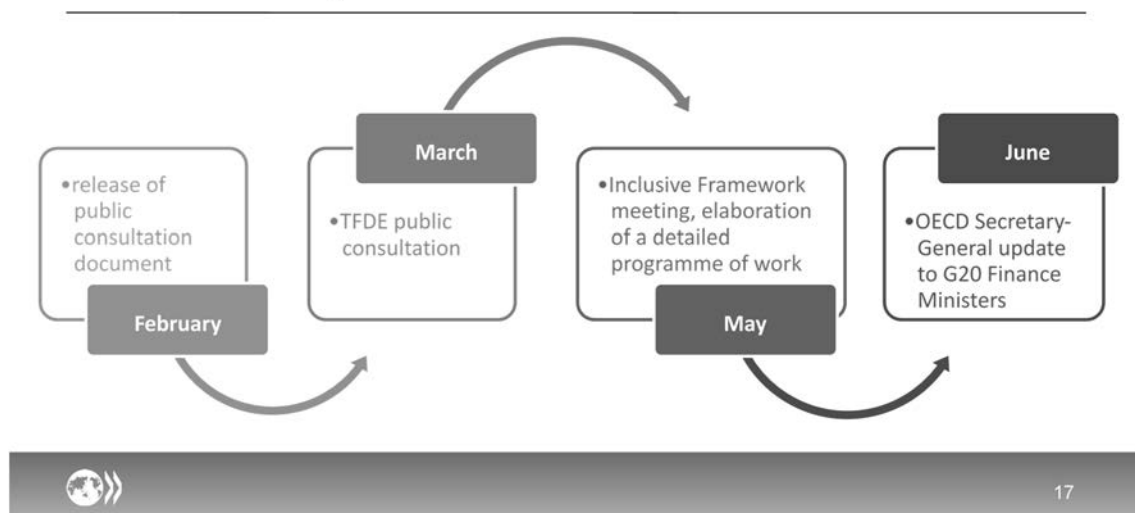
グローバルな税源浸食への対抗提案としての各ルールは、それぞれオーバーラップする可能性があるため、優先順位が必要になる。それには、支払ごとに適用ルールを決める方法、あるいは多国籍企業の所在地が適用するルールを優先させるというより体系的な方法が考えられる。

## （6）今後の予定

公開討議文書を公表して意見を募集した後の2019年の主要なステップとしては、3月13-14日にTFDEの公開討議（於パリ）、5月に包摂的枠組会合（於パリ）、そして6月のG20の財務大臣会合（於福岡）へと進んでいくことが予定されている。

図表 5-2（「OECD Tax Talks」17 頁より）

## Next steps in 2019



#### 4. 若干のコメント

公開討議文書で示された案を中心に若干のコメントをする。

##### (1) 第1の柱について

第1の柱の3つの提案(上記3(1)の①-③)についてOECDにおける合意はない。合意があるのは、2020年までに結論を出すべく検討作業を続けるということである。したがって、努力をして議論を続けても、合意に至らないことはあり得る。EUがデジタル・サービス税<sup>157</sup>の合意を見送ったことを受けて、OECDでの議論も難航が予想されるといわれている<sup>158</sup>。

2019年6月8-9日に福岡で開催が予定されているG20財務大臣会合は、期限である2020年までの重要な通過点となる。2019年3月13-14日にパリで開催された公開討議では、アメリカが支持するマーケティング・インタangibleに基づく案(上記3(1)の②)が比較的評価されていたとの報道もあるが<sup>159</sup>、福岡においてアメリカ案の採択が確実視されているわけではない。

とりわけ、数の上で多数を占める途上国等の動向が、今後はより重視される可能性がある。包摂的枠組において合意を目指すとした以上、当然のことながら途上国の意見は無視し難くなるのであるが、そのことを別にしても、途上国の税務当局の能力を考えると、精緻なルールは難解で執行が困難となる場合が考えられる<sup>160</sup>。したがって、上記3つの案のうち、重要な経済的プレゼンスに基づく提案(上記3(1)の③)以外が採用される場合でも、途上国にとって執行可能な内容にする必要がある(執行不可能なルールに途上国が同意することは考えにくいからである)。

ユーザー参加に基づく案(上記3(1)の①)は、対象がHDBに限定されるため、「伝統的なもの作り」企業からは(それらの企業がルールの対象外になるという前提が存する限りにおいて)歓迎されるかもしれない。しかし、「これからのもの作り」が、はたして経済の電子化と無関係でいられるだろうか。例えば、車を製造してきた企業は、自動車という「資産」ではなく、移動という「サービス」の方を重視している(このことは既に「MaaS」として認識されている<sup>161</sup>)。さらに、自動車製造企業が、自動運転の領域に進出することも、現在

---

157 See European Commission, Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence COM/2018/0147 final - 2018/072 (CNS) and Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services COM/2018/0148 final - 2018/073 (CNS).

岡田至康「EUにおけるデジタル課税に係る中長期的提案ーデジタルプレゼンス及びデジタルCCCTBに係る理事会指令案ー」租税研究832号291頁(2019年)、青山慶二「デジタル経済の課税についてのEUの取組とビジネスの反応」租税研究824号122頁(2019年)も併せて参照。

158 「デジタル課税 合意見送りへ」2019年3月8日日本経済新聞朝刊9面。青山慶二「経済教室：デジタル課税合意難航も」2019年2月21日日本経済新聞朝刊27面も併せて参照。

159 「デジタル課税 対象で攻防」2019年3月26日日本経済新聞朝刊5面。

160 See Jennifer McLoughlin, Global Digital Tax Talks Juggling Developing Countries' Goals, Tax Notes International, Feb. 11, 2019, 659.

161 露木伸宏「MaaS(モビリティ・アズ・ア・サービス)について」国土交通政策研究所報69号2頁(2018年)参照。

では当然のように考えられているが<sup>162</sup>、自動運転技術の開発・販売は HDB に該当する可能性が高い。

したがって、ユーザー参加に基づく案の完全に対象外になる企業は、それほど多くないのかもしれない。いずれにしても、HDB の定義次第であるが、細かいルールは未だ決まっていけないのであるから（合意に至るためにあえてこの段階では明確に決めていないのかもしれないが）、この案が日本の企業にとって一般的に有利なのかどうかはわからない。

一方でこの案には、ユーザーの存在する場所で本当に価値が創造されているといえるのかという大きな問題がある。ユーザーに関するデータは、それだけでは僅かな価値しかない。膨大なデータは、分析・加工されて、はじめて大きな価値を生むと考えるのが普通であろう<sup>163</sup>。

マーケティング・インタンジブルに基づく案についても、検討すべき点は残されている。ユーザー参加に基づく案より対象が広いことは間違いないが、そこでいうマーケティング・インタンジブルの内容はそれほど明らかではない<sup>164</sup>。

また、何がルーチン利益を構成し、何がノンルーチン利益を構成するかも重要な要素であるが、その切り分けが明確にできるとは限らない<sup>165</sup>。さらに、ノンルーチン利益の配分には定式的なアプローチまで想定されていることにも注意を要する。たしかに執行可能性の観点からは理解できる。しかし、移転価格アプローチと定式配分は、理論的には別物と考えられる。ネクサスと利益配分ルールの見直しといいつつも、公開討議文書には、定式配分的発想の影響が随所にみとれる。

重要な経済的プレゼンスに基づく提案については、当該プレゼンスの明確な定義付けが困難であることが予想されるだけでなく、源泉徴収の方法が実際に機能するかどうかという問題がある。グロスベースで源泉徴収された後、申告に基づく還付が予定されているが、この還付が滞りなく行われなければ、企業としては二重課税の状態が続くことになる。

## （２）第２の柱

第１の柱との位置づけがはっきりしない部分もあるが、第２の柱は、第１の柱を補強す

---

162 車を製造・販売してきたトヨタという企業が、カーシェアやライドシェアさらには自動運転のサービス提供までを見据えて、ソフトバンクという IT 企業と連携するのは、生き残りをかけた企業戦略である。トヨタ自動車「アニュアルレポート 2018 | 未来のモビリティ社会に向けて」9 頁参照。  
[https://www.toyota.co.jp/pages/contents/jpn/investors/library/annual/pdf/2018/ar2018\\_2.pdf](https://www.toyota.co.jp/pages/contents/jpn/investors/library/annual/pdf/2018/ar2018_2.pdf)

163 比喩的に言うならば、A 国に埋蔵されている鉱物資源を掘り出して、B 国で精製・加工して製品にした場合、もともと A 国に資源があったからといって、B 国において付加された価値に A 国が所得課税をすることは困難である。A 国が自国に埋蔵された資源からどうしても歳入を得たいのであれば、所得課税以外のルールも視野に入れるべきであろう。

164 営業上の無形資産（trading intangible）との線引きも重要である。

165 なお、ユーザー参加およびマーケティング・インタンジブルに基づく提案のいずれも、残余利益分割法と同じ手法を用いるわけであるが、実際の訴訟になった場合、再調整項目が生じる余地はないのかが気になる。比較対象の選定の難しさについては、佐藤修二「移転価格税制・資本等取引に係る納税者勝訴事例」租税研究 833 号 289 頁（2019 年）、同「国際課税訴訟の最新動向と将来展望」ジュリスト 1516 号 46 頁（2018 年）参照。

るための強力な租税回避否認ルールだと考えられる。

所得合算ルール（上記 3(5)の①）はアウトバウンド取引、税源浸食支払への課税における低税率支払ルール（上記 3(5)の②(i)）はインバウンド取引に関する備えとして捉えることができる。両者ともいわゆるトランプ税制改正（TCJA）で導入された GILTI や BEAT など参考にしていると思われるから、日本がもし第 2 の柱を導入するのであれば、アメリカほど複雑な制度にすべきかどうかを含めて検討する必要がある<sup>166</sup>。ただし、アメリカの制度は導入直後であり、現地において具体的な紛争事案などが生じなければ、比較法上の検討対象には未だなりにくいようにも思える<sup>167</sup>。

また、第 2 の柱は、これまでの BEPS 行動計画において解決が十分になされていない部分への対処であるから、その適用範囲は行動 1 に止まらない可能性がある。例えば、所得合算ルールは行動 3 と関係する。つまり、公開討議文書で論じられていることは、行動 1 に関する「宿題」だけでなく、それ以外の行動計画にも影響しているのである。

### （3）各国における暫定的対応

OECD が長期的解決策を模索していることに対して、個別の国々は経済の電子化への暫定的な課税を検討してきた<sup>168</sup>。例えば、イギリスは、デジタル・サービス・タックス（DST）<sup>169</sup>の導入を 2020 年 4 月から予定している（ただし、電子経済に対する国際的な解決策が導入されれば DST の運用は取りやめることになっている）。フランスも類似の DST の導入を閣議決定レベルでは決めており、法案成立後 2019 年 1 月に遡って施行を予定している。また、スペイン、イタリア、オーストラリアなどでも DST の導入・実施が検討されている<sup>170</sup>。

各国がそれぞれ独自の対応に走るのは、早急に税収を確保する必要性だけでなく、長期的な解決策を自国にとって有利にするための交渉術なのかもしれない。しかし、統一的なルールへの合意のないまま国ごとに個別のルールが導入されてしまえば、二重課税あるいはそれ以上の多重課税への危険性が増す。DST は、形式上は利益に対する直接税ではないから、二重課税排除が行われなくても条約違反とまではいえない可能性がある。しかし、そもそも

166 太田洋「トランプ税制改革とわが国企業への影響」租税法研究 833 号 256 頁（2019 年）参照。

167 なお、TCJA がこのままの状態であるかどうか不明である。2018 年 11 月 27 日にニューヨーク大学ロースクールの David Rosenbloom 教授によって東京で行われた「The International Provisions of the US Tax Cuts and Jobs Act」と題する講演によると、下院で多数を占める民主党は TCJA の修正を望んでいるとのことであった。

168 吉村政穂「経済の電子化と租税制度—ヨーロッパの焦燥」ジュリスト 1516 号 38 頁（2018 年）参照。

169 一定の対象ビジネス（サーチ・エンジン、ソーシャル・メディア・プラットフォーム、オンライン・マーケットプレイス）が自国ユーザーの参加を活用して得た収入に 2%の税率で課税を行う制度。また、一定の収入額以上の企業しか納税義務者とならないように、全世界収入や自国内の一定の収入に上限が設定されている。

170 See Eli Hadzhieva, *Impact of Digitalisation on International Tax Matters*, pp. 39-43 (2019). 一方で、欧州委員会が検討を続けてきた DST については、2019 年 3 月 12 日段階で合意の目途は立っていない。前掲注（158）参照。



十分な法人税（直接税）を納めていないことへの対処法であるはずなのに、DST はそれを売上税方式で行っているという問題点は残る<sup>171</sup>。

いずれにしても、国ごとに暫定的な課税ルールの導入が避けられないのであれば、少なくとも何らかの形で各国の合意に基づく長期的な解決策へ繋がるようなものでなければならぬ。EU や OECD における調整や指導のあり方が、改めて問われることになる。

## 5. むすび

プラットフォームが適正に税を納めていないという批判に対して、GAF A 側からは、違法な脱税をしているわけではなく、節税をしているだけであり、それを問題視するのであれば、「納めなくても済む」という税制の方にこそ問題があるという反論がある<sup>172</sup>。

これは、かつて 2013 年 5 月 21 日に米上院公聴会で、アップルのティム・クック CEO が、当時のアメリカの税制が時代遅れである旨を指摘した<sup>173</sup>こととほぼ同じである。

一方で、データに対する規制を罰則つきで強化すれば、プラットフォームは事業を大きく展開することができなくなる<sup>174</sup>。長期的には、データへのアクセスを制限された欧州企業は失速する反面、一党独裁のもとで量子コンピューターなどの技術に集中投資できる中国が伸びてくるという予想がある<sup>175</sup>。

ティム・クック CEO の発言から約 6 年を経て、経済のデジタル化を取り巻く税の問題はさらに深刻化しているといえよう<sup>176</sup>。税制は常にその時代に適合したものでなければならぬが、経済の電子化ほどそれが喫緊の課題となり、かつ解決困難なものとして意識されたことはないのではないだろうか。課税するルールを整備するだけでなく、紛争解決手段の充実も当然必要になる。また、課税当局が情報をどうやって獲得するかということ<sup>177</sup>を含めて、執行上のルールに関する課題もある。

日本に目を向けると、諸外国と同様に独自の課税ルール導入に踏み切るのかといった問題が残されている。例えば、日本も DST のような課税を導入するのか、あるいは CFC 税制や過大支払利子税制の見直しをしたばかりなのに、GILTI や BEAT のような強力な租税回避否認ルールを導入すべきなのかというような論点がある。また 2019 年 6 月に福岡で開催される大臣・中央銀行総裁会議の議長国である日本政府の役割も問われている。

---

171 欧州委員会や EU 各国で検討されたように、DST を法人税における税額控除の対象とはしないけれど、コストとして損金算入することで二重課税を排除するという方法はある。

172 「GAF A 納税不十分? 元グーグル副社長『税制に問題』」2019 年 3 月 17 日朝日新聞電子版。

173 例えば、NHK クローズアップ現代「“租税回避マネー”を追い〜国家 vs. グローバル企業」2013 年 5 月 27 日放送 (<http://www.nhk.or.jp/gendai/articles/3353/index.html>)。

174 しかし、日米欧といった先進国の主導に基づく消費者保護のためのルール作りの動きが進んでいる。「SNS などデジタルサービス、G7、消費者保護で指針」2019 年 3 月 12 日日本経済新聞朝刊 1 面。

175 前掲注 (172) 参照。

176 シェアリング・エコノミーについては、拙稿「シェアリング・エコノミーに携わるプラットフォーム企業と課税—所得課税および執行上の問題を中心に」税経通信 74 巻 2 号 6 頁 (2019 年) 参照。

177 吉村政穂「影との戦い—プラットフォーム情報の獲得に向けた税務当局の取組」論究ジュリスト 25 号 204 頁 (2018 年) 参照。

状況は目まぐるしく変わる可能性があり、余談を許さない。本報告書は、あくまでも経済の電子化に関する課税問題の現状を断片的に切り取り、簡単なコメントを付したに過ぎない。それでも現段階でいえるのは、長期的な解決策への合意が得られず、かつ各国が DST のような独自の課税を続ければ、納税者に対する二重の負担、すなわち二重課税とコンプライアンスの負担が重くのしかかり、国際的な取引と投資に多大な悪影響を与えるということである<sup>178</sup>。一方で、価値創造に関する共通の理解が得られない状況では、各国が同意する解決策の策定には必然的に困難が伴う。引き続き OECD および各国の動向に注目しておきたい。

---

178 See Arthur Cockfield, *Tax Wars: The Battle Over Taxing Global Digital Commerce*, Tax Notes, December 10, 2018, 1339.

## 第6章 OECDの金融取引に係る移転価格の指針案

### －2018.7.3「公開DD」<sup>179</sup>のエッセンス、税実務家の見解、 そしてわが国実務を踏まえた若干の考察－

デロイトトーマツ税理士法人 パートナー  
山川 博樹

#### 1. はじめに

2018年7月3日、OECD・WP6は、金融取引にかかる移転価格の指針案に関する最初の公開ディスカッションドラフト（以下「公開DD」）を発表した。BEPS行動8～10に関するフォローアップ作業として発表された「公開DD」は、「OECD移転価格ガイドライン2017版」<sup>180</sup>に含まれる原則の適用を明確化することを目的としている。OECDの統一の見解を示すものではない。

「公開DD」は、OECD移転価格ガイドライン第1章（独立企業原則）のD（独立企業原則の適用のための指針）のD.1（商業上又は財務上の関係の特定）に包摂される原則の金融取引への適用に係るガイダンスを提供し、実際の金融取引の経済的に重要な特徴の概論を述べ、さらに、財務機能（グループ内ローン、キャッシュプーリング、ヘッジ）、保証、及びキャプティブ保険などの金融取引に係るプライシングに関する個別の論点に対処している。

前者（「公開DD」のB）は、実際の金融取引の正確な認定<sup>181</sup>においては、契約条件、機能分析、金融商品や役務の特徴、経済状況、及び事業戦略など様々な事柄をみていかないといけない<sup>182</sup>ことを述べている。資本構成は国によって解釈が異なり、コンセンサスを得ることは容易ではないであろう。後者（「公開DD」のC・D・E）は移転価格課税の理論<sup>183</sup>で見えていく必要がある。「公開DD」には、これらの原則を説明する多くの事例が挙げられている。

OECDは「公開DD」に関するコメント及び個別の質問に対する回答を、2018年9月7日まで利害関係者から募集し、1000頁以上のコメントが出そろい、WP6では、約20の論点に整理し共通のアプローチを模索しているという。これまで、移転価格ガイドラインにおいて金融取引の扱いは数文にとどまっていたが、全ての多国籍企業が何らかの金融取引を行っている実情に鑑みて新しい章を設ける野心的取組である。こういう意味合いから、一般事業会社の金融取引を対象として議論しており<sup>184</sup>、原則論が当たる範囲内において金融機関<sup>185</sup>にも適用され、取引ベースごとに金融固有の特例が必要であればそれは個々に判断するという整理といえよう。

移転価格税制が適用される金融取引の代表的なものとして、ローン、信用補完取引（債務

---

※ 本章の注は、章末にまとめて挿入した。

保証等)、グローバルトレーディング、アセットマネジメント、再保険等様々な取引があるが、目に見える有形資産の取引とは異なり、サービスや資金の提供に伴う目に見えない金融取引は、ほかの移転価格とは別の視点を要し、移転価格の算定方法も複雑といわれており、時にはファイナンスの理解も必要である。金融業界独自のビジネスモデルや個々の事業の状況に応じた分析が必要な場合も多くあり、金融マーケットの変化に伴う企業グループ内の再編等の変化も関連者間取引の移転価格に影響する。

今般の指針案の公表前は、金融取引に関する移転価格の指針は限定的かつ曖昧であり、ローン、信用補完取引（債務保証等）、キャッシュプーリング取引等について、移転価格上のガイドラインは無いに等しかったが、この公表後は、指針が広範囲かつ詳細に亘るように見受けられ、かつ分析方法の具体性もあるため、遅かれ早かれ日本における移転価格税制及び実務にも影響を及ぼす可能性があるようにみえる。

従来の実務は、拠点や取引ごとに異なる価格設定であり、根拠が不明確であり（業界や会社の慣例に基づく金利、取引銀行からの簡易なコメント等）、また移転価格の考え方に基づくポリシーや移転価格文書が作成されていなかったという例が多かったと言えようが、今後は、グループ内の金融取引の状況、金利や保証料の設定状況等を調査したうえで適切な移転価格ポリシーの検討を行うことが必要であろう。さらには、日本と相手国での税務上のディフェンスの観点から、双方に対応できる移転価格文書を本社において作成しておくことが望ましいと言えよう。金融取引のポリシーは、基本的にワングループワンポリシーであり、特にグループ内で整合させる必要があることから、本社主導で対応することが必要である。

なお、本論稿の内容を若干先取りするが、ローンについては、適用優先順位が高い借手サイドの利率に基づく方法を用いて金利を設定するよりの指摘、また取引銀行から見積もりを取ったうえでローンの金利を設定している企業に対し、いわゆる「バンカビリティ」オピニオンは実際の取引ではないことから、当該見積もりには比較可能性がないとの指摘が、既にみられるところである。債務保証取引については、特に合理的な理由もなく、債務保証を取っていない企業に対し、独立企業原則にのっとった対価を収受するよりの指摘は従前より幅広くみられたところであり、また特に合理的な理由もない保証料設定を行っている企業に対し、合理的な算定根拠を持った対価を収受するよりの指摘がみられるところである。わが国当局の動向への視点も重要である。

本論稿では、タイトルの副題の通り、2018.7.3「公開 DD」のエッセンス、税実務家の見解、そしてわが国の基本的な実務を踏まえた若干の考察を行っている。なお、本論稿の主要テーマである関連者間ローンにかかる裁判例である、**タイバーツ移転価格課税事件 2006.10.26 東京地裁確定判決<sup>186</sup>**（以下「金利事案判決」）の判示事項にも適宜に言及している。

「公開 DD」は、4つの主要なセクションに分かれている。すなわち、OECD 移転価格ガイドラインセクション D.1.（商業上又は財務上の関係の特定）におけるガイダンスとの関係(B)、グループ内ローン、キャッシュプーリング、ヘッジなどの関連取引を含む財務機能

(C)、保証(D)、キャプティブ保険(E)に分かれている。「公開 DD」の構成に沿って上記の若干の考察を行っていくこととする。なお、実務上重要と思われるところにアンダーラインを引かせていただいている。

また、各項目の最後の\*以下では、「公開 DD」における具体的質問事項を参考までに記している。

## 2. セクション B (OECD 移転価格ガイドライン第 1 章 Section D1 のガイダンスとの相互関係)

「公開 DD」は、実際の金融取引の正確な認定は、一般に企業の資本構成 (B.1.) に関連する、取引に関する取決めがビジネス上合理的に行動する独立企業が採用するであろう取引と全体として異なると見做される場合、「OECD 移転価格ガイドライン 2017 版」のセクション D.2. (正確に認定された取引の認識) が重要となる、そして、移転価格分析の一環として企業の基本的資本構成を認定する際に、個別の業界セクター、多国籍企業(以下「MNE」)グループの事業戦略、及び MNE グループの方針を考慮に入れることが適切である、国内法に基づく資本構成及び利息の控除可能性に対処するために、国によっては移転価格アプローチ以外のアプローチを採用することができる<sup>187</sup>としており、MNE グループにおける資本構造に言及している。しかしながら、さりとしてそれ以上に実質的な議論に取り組んでいるわけではなく、今般整理された再構成・否認の議論が金融にも当てはまるということをも必ずしも明確にしているわけではない<sup>188</sup>。資本構成比率については、過少資本税制などほかの複数のアプローチとの整合性を図ってほしい、他のアプローチで容認された資本構成比率は移転価格上認められるものとしてほしい、各国との歩調をとってほしい、との民間サイドからの要望は想定されているものの、明示的な示唆はない。

「公開 DD」は、融資の正確な認定<sup>189</sup>、及び資本構成の取扱いの指標として使用できる経済的に重要な特徴の事例として、固定返済期日の有無、利息支払義務、元本及び利息支払いの強制力、通常の企業債権者と比較した資金提供者の状況<sup>190</sup>、財務制限条項及び担保の存在、利払いの源泉、非関連貸出機関から融資を受ける借手の能力、資本資産を取得するために融資が利用される度合い、借手が期日に返済できない場合又は期日の延期を求める場合などを挙げており、加えて、金融取引を行う際に当事者が現実的に利用できるオプションを評価することの重要性、及び貸手と借手双方の視点からのオプション、すなわち双方の視点を考慮する重要性<sup>191</sup>を強調している。

「公開 DD」は、金融取引の経済的な特徴 (B.2.) において、金融取引の正確な認定は経済的な特徴 (比較可能性要素) に関する OECD 移転価格ガイドラインに従うべき、すなわち契約条項<sup>192</sup>、果たす機能<sup>193</sup>、使用される資産、引き受けるリスク、金融商品又はサービスの特徴<sup>194</sup>、当事者と市場の経済情勢<sup>195</sup>、及び当事者が遂行する事業戦略<sup>196</sup>などの要素を精

査して認定すべきであり、グループ内融資の移転価格分析における重要な特徴は、融資額、満期、返済スケジュール、融資の性質又は目的（企業間信用、合併・買収、モーゲージなど）、支払い優先順位、借手の所在地、通貨、提供される担保、保証の有無とその優劣、固定金利か変動金利か等であるとする。そして、Risk free rate of return（リスクフリーの収益率）、及び Risk adjusted rate of return（リスク調整後収益率）に関するガイダンスを提案している。

※

Box B.1 「OECD モデル条約第 25 条、同条約第 9 条、及び BEPS 行動 4 報告書との関係」

Box B.2 「パラ 17 に関して。必要な資金投資額に対して貸借金額が足りなかったときその差額を資本と見做すことが必要かどうか。」

Box B.3 「実際の取引の正確な認定の部分として考慮されることが必要な金融取引に特有の要素の幅とは何か。企業グループ内ローンに関し、貸手にリスクが割当てられる状況とは。」

Box B.4 「無形資産のリターンがどうあるべきかに係るリスク調整後収益率をどう理解するのか。（金融取引においてもこの考え方と同調する必要がある、矛盾しはいけないという意味で重要な取引といえよう。）」

Box B.5 「リスクフリーレートと近似する政府発行債に対する現実的代替として、金融取引を説明することをどう考えるか。」

Box B.6 「資金の借手がアームスレングスの量まで利子控除が認められ、しかし（リスクコントロールをしていない）資金の貸手はリスクフリーレート以上の享受が出来ない状況で残余の利子がリスクコントロールを実施する異なる関連者に配分されるであろう状況が起こるのであるか。」

### 3. セクション C（財務機能）、C.1 関連者間ローン

#### （1）はじめに

「公開 DD」は、グループの財務管理は重要かつ潜在的に複雑な活動である、財務機能の構成は、個々の事業によって異なる場合があり、分散化から完全な集中化までさまざまなレベルの集中度合いがある、多くの財務機能は中央集権化していても担う人の場所を分散することは可能である、とする。そして、このようなことは研究開発チームにおいても同様に

起こっており、キーとなる意思決定者が国をまたがって広がっているため、正確な認定に課題が生じることがある。今後、適切な意思決定者は誰か、について「公開 DD」がインプリケーションを与えることが期待される。また、「公開 DD」は、主要財務機能について、現金・流動性管理、財務リスク管理、戦略的機能と長期投資計画、資本コストの最適化、負債や資本による資金調達、銀行や格付機関など外部者との関係構築・維持等がある、財務活動を評価し金融取引を認定する際には、実際的事実関係（企業財務が果たす機能を含む）を考慮する必要がある、一般的に財務機能は、主要な価値を創出するビジネスの支援サービスであり、財務活動はグループの経営陣が策定したビジョン、戦略、方針に密接に結び付き影響を受けていると認識されているため、より高い戦略的意思決定は、通常、財務機能ではなく、グループレベルでの方針設定に基づいて行われている、とする。ただ、グループポリシーが全ての財務判断に反映されるというわけではないだろうし、それ程あてにはならないかもしれない法人ごとの判断を見ていくこともなお重要であるというのが実態であろうか。「公開 DD」は、グループ経営との相互関係を深掘りすることがないため、グループマネジメントがあるからといって、直ちに財務の役割の重要性がなくなるものではないと想定されるが、その点についての示唆はない。

関連者間ローンとは、資金調達として、関係会社から資金の融資をしてもらう取引をいう。関連者間ローンでは、利子の多寡、つまり金利の水準が移転価格税制の対象となる。法人が国外関連者に対する貸手であれば、受け取る金利が独立企業間金利に対して低すぎないか、反対に借手であれば、支払う金利が独立企業間金利に比べて高すぎないかが論点となる。

図表 6-1

### ローン取引 - ローン取引の例 -

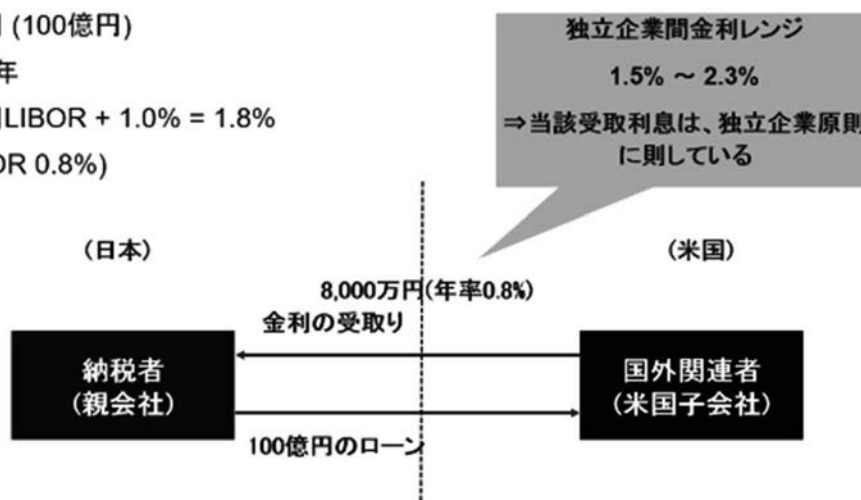
日本企業(親会社)による米国子会社への貸付

通貨:円 (100億円)

期間:3年

金利:円LIBOR + 1.0% = 1.8%

(円LIBOR 0.8%)



## (2) C.1.1. 両サイドからの視点

「公開 DD」では、商業的・財務的関係の検討や、関連者である借手と貸手との間の金融取引の経済的に重要な特徴の分析における、両サイドからの視点の重要性が強調される。借入れがリスクリターン分析に基づいて正しく値決めがされたのであれば、つまりローンがリスクリターン分析に見合って反映されていれば、代替投資<sup>197</sup> <sup>198</sup>は無差別となり、どちらでもよいというレベルになるという見方もあるか、これについての示唆はない。また、「公開 DD」は、独立企業間の融資と比較した場合<sup>199</sup>、関連者間の融資プロセスには情報の非対称性はあまり無いという前提の下、信用度、与信リスク及びその他の経済的状況、諸事情の下両当事者に一定の裁量<sup>200</sup>はあるとした上で、グループ内と第三者間の融資双方において同様に重要な一定の要商業的検討事項がある、とする。親会社は子会社の資産を支配し得るので、ローンの貸手としてのリスクは高くないとするが、子会社は自分の借入れの担保に資産を入れることもあり、いかほどそれが実質的なのか、また借手が良い条件を得るためにローンの再交渉をする可能性があるとするが、スプレッドの見直しは通常変動金利商品の場合でのみ可能であり、繰延返済には手数料がかけられる等、世の中の実態として再交渉はそれほど一般的ではないのではないかとの疑問に対して目下深掘りが無い。

わが国実務において、国外関連者との間で、賃借期間 1 年程度の比較的短い金銭消費貸借契約を結び、実際には、契約更新を繰り返し、国外関連者に長期資金を融通している事例が散見されるが、このような事例において、契約書に記載されている期間ではなく、資金貸付の目的等からして、当初どの程度の期間で貸付を行う予定であったのかが事実認定され、当該事実認定された期間に見合う貸付金利が独立企業間価格（利率：長期であればより高い金利水準）として、契約上の貸付金利と比較される可能性がある。また、国外関連取引において、返済期日が明らかでない場合には、当該金銭貸借の目的等を照らし、金銭貸借期間を合理的に算定する必要がある。信用格付けの次に期限が重要であり、期限が長いほど利率は高くなる。関係会社に対して、利子負担を低くするため、期間を短期間に区分して行うのであれば、本来的に移転価格上の潜在リスクがあるのかもしれない。

## (3) C.1.2. 信用<sup>201</sup>格付け

「公開 DD」は、信用格付けについて、次のような記載がある。すなわち、貸手の観点から借手に関する最も重要な要素は徹底した信用格付け評価である、独立した格付機関が正式な信用格付けを行うために適用する格付け手法は、定性的・定量的要素の両方を使用し厳密な分析に基づいている、格付けには、発行体格付け、証券格付け、規制業種格付け等があり、それぞれ異なることを認識すべきである<sup>202</sup>、他方で、デフォルト確率及び損失可能性を算出する商用ツールで使用される格付け手法には、定性的要素を犠牲にした定量的要素の重視、使用されるモデルの透明性の欠如<sup>203</sup>などからくる潜在的な問題がある、とする。格付け機関の業務は財務指標とデフォルト確率の相関を調べるため、モデルを作る。



米国にはデータが山とあり、推定されたパラメータを入れたときにどれくらいデフォルト確率があるのかを推定する。近似された代理的なシミュレーション格付け<sup>204</sup>は、オフィシャルなものではないのであまり頼りにしてはいけない、というネガティブな面、逆に肯定的な面があるが、「公開 DD」は、商用信用格付けツールについて、種々の潜在的課題はあるものの、グループ内融資金利のベンチマーキングに役立つと指摘しつつ、さらに、独立企業間価格が設定されていない関連者間取引の存在によって信用格付け分析の信頼性が損なわれる場合の信用格付けプロセスにおける調整の重要性や、信用格付け分析に使用される重要な財務指標を評価する際に業種別の特徴を考慮することの重要性を強調している。業種が違えば財務諸表のつくりも違うので、財務指標が同じように見えていても格付けは異なる。小売りは手元流動性が必要であるので流動資産が大きくなるなど、ある意味当たり前である。

また、「公開 DD」は、特に、スタートアップ企業、特別目的会社及び組織再編されたばかりの企業が借手の場合、貸手はキャッシュフローと収益予測を検討するためのデューデリジェンス・プロセスを、通常できれば資金調達期間全体に亘って行うとし、関連者である貸手は、独立した貸手と全て同じ機能を同程度に果たすとは必ずしも限らない、とする。通常の第三者間ローンにあつては、借手のスタートアップ企業について厳格なデューデリジェンスを行うであろうが、関連者間ローンではそうはしない。貸手にかかるコストが違うといえる。

わが国実務の視点から言うと、信用格付けとは、資金調達者（債務者）の債務履行能力または個別債務の履行確実性を表示したものであり、これは、格付機関が公正な第三者として表明する評価意見であり、通常、独自に定める格付記号によって表現され、その対象となるものは、債券（国債、地方債、事業債等）が最も多いが、それ以外にも、預金や投資信託、保険支払能力、デリバティブ、仕組み債、ローン債権等がある。代表的な格付機関として、Moody's（海外）、S&P（海外）Fitch Ratings（海外）、R&I（日本）、及びJCR（日本）がある。日本銀行が公表したレポート<sup>205</sup>によると、日本の格付け機関が付した信用格付けを使ってベンチマーキングを行う場合は、信用格付けを調整する必要があり、R&I ⇒ 1 ノッチダウン、JCR ⇒ 2 ノッチダウン（例として、親会社が JCR の格付けで「AA+」の場合、2 ノッチ下げた Moody's 「Aa3」、S&P 「AA-」、Fitch 「AA-」となる。）という実務のようである。また、発行体が依頼して情報を流し、インタビューに応じて有料で格付けを取得する「依頼格付け」と、依頼がなくても格付け会社が公開情報に基づき独自の判断で格付けをする「非依頼格付け」があるが、移転価格の実務では、「依頼格付け」を使用することが一般的である。

#### （４）C.1.3. グループに属することの効果

「公開 DD」は、借手が独立企業と見做される事実があるとしても、他のグループメンバーを必ずしも無視すべきではない<sup>206 207</sup>、それは、グループの子会社が独立した貸手から融資

を受ける場合の条件（融資の種類、期間、通貨、担保、及び財務制限条項など全ての経済的な特徴を含む）においても、グループ経営における資金調達方針が重要とされる<sup>208</sup>からであるとしつつ、この見解を前提として、暗黙的なグループサポートは、借手の信用格付け又は借手の発行債務の決定に必要なステップであることから、その借手のグループ全体に対する相対的重要性、その借手と他のグループメンバーとの関係、サポートの有無による影響など、借手の暗黙的なグループサポートのレベルを評価する際に考慮すべき重要な要素を特掲している。そこでは、企業の地位を決定するために使用される基準として、法的義務、戦略的重要性、事業における統合度合いとその重要性、名称の共有、レピュテーションの潜在的な影響、方針又は趣意表明、過去のサポート状況等を挙げ<sup>209</sup>、したがって、暗黙的なグループサポートが強い場合の信用格付けは企業が単独で得る格付けを上回り、そのサポートが弱いあるいは無い場合は単独で受ける格付けに近い又は同じになると結論付けている。他方、グループに属することによって信用力が増すかどうかは統合度などの影響をうけることは、比較的容易に理解できるが、実務上どう測定するのか見解の相違が生じやすいのでどのように調整するのか分かりやすく定量化してほしいという想定される要望に対する示唆はない。

わが国の実務では、格付けが付されていない会社の信用格付けを行う場合、一般的に2つの格付手法が用いられる。

a. 簡易格付け

Moody's の RiskCalc を使って信用格付けを行う。実際に、信用格付けを付す対象の会社の過去2年分の財務情報を使用して計算し、格付けを付す手法である。

b. グループ格付け

S&P のグループ格付け手法を使用する。グループ内での位置づけの高い法人を対象とした関連者間ローンや保証にかかるプロセスにあっては、子会社の信用格付けは、グループ格付けの手法に則り、「戦略的に非常に重要 (Highly Strategic)」かどうかを検討し、その結果、親会社の信用格付けから1ノッチダウンさせるという実務もあろう。

簡易格付けは、経験をもとにモデル化して信用格付けを推定してくれる Moody's のプログラムツールを使用する方法であり、実際に行われている。ローン金利は信用格付が決まらないと出来ないもので、基本的にこれを使うやり方である。スタンドアロンをみるものであり、グループの受動的関係を見捨てるものである。簡易格付けを使うと格付けは低く出がちであるが、これは定性情報が加味されず、定量だけで判断されるからである。「公開 DD」の指摘は当たっているように見える。

グループ格付けは一定の基準を満たす親会社の信用格付けがあることが前提である。普通はグループ格付けを使うことが多い。スタンドアロンよりノッチアップするに値する法人を抽出する仕組みといっても過言ではない。それ以下の会社については何の言及もない。

現状実務はグループ格付けを都合に応じ活用しているといえようか。

図表 6-2

表 1: 事業体のグループ内での位置付けから潜在的な長期発行体格付けを求める方法		
グループ内での位置付け	定義の要約	潜在的な長期発行体格付け*
中核(core)	グループの現在のアイデンティティ(経営理念や独自性など)と将来の戦略に不可欠。予見可能なあらゆる状況において、グループ内の他の会社から支援を提供される可能性が高い(段落 54-55 参照)。	通常はグループ信用力評価と同水準(段落 74 参照)**。
戦略的に非常に重要 (highly strategic)	グループの現在のアイデンティティと将来の戦略にほぼ不可欠。ほぼすべての予見可能な状況において、グループ内の他の会社から支援が提供される可能性が高い(段落 57 参照)。	通常はグループ信用力評価を1ノッチ(段落)下回る(ただし段落 74 参照)**。
戦略的に重要 (strategically important)	戦略的に非常に重要な子会社よりもグループにとっての必要性が低い。予見可能なほとんどの状況において、グループ内の他の会社から追加的な流動性や資本、もしくはリスク移転の引き受けなどの支援が提供される可能性が高い。ただし、グループ支援の度合いに疑問を投げかける要因がいくつかある(段落 59 参 7 参照)。	通常はスタンドアローン評価を3ノッチ上回る(ただし段落 74 参照)**。
戦略的にやや重要 (moderately strategic)	予見可能な一定の状況において、グループ内の他の会社から追加的な流動性、資本、リスク移転の引き受けなどの支援が提供されると保証できるほど重要ではない。しかし、グループから何らかの形で最低限の支援が提供される可能性はある(段落 60 参照)。	通常はスタンドアローン評価を1ノッチ上回る(ただし段落 74 参照)**。
戦略外(nonstrategic)	グループにとって戦略的な重要性はない。短中期的に売却されることもありうる(段落 61 参照)。	通常はスタンドアローン評価と同水準(ただし段落 74 参照)**。

\*グループ信用力評価が「ccc+」以下の場合は段落 28 が優先する。

\*\*潜在的な発行体格付けは、ソブリン格付けに制約される(段落 77 参照)とともに、政府支援の評価規準の適用対象となる(段落 27 参照)。

保険会社は発行体格付けおよび/または保険財務力格付けが付与される。

「グループ信用力評価」については段落 33 参照。

「スタンドアローン評価」については巻末の「付属資料 A:用語集」も参照。

出典: Standard & Poor's 「グループ格付け手法」

[https://www.standardandpoors.com/ja\\_JP/delegate/getPDF?articleId=1997441&type=COMMENTS&subType=CRITERIA](https://www.standardandpoors.com/ja_JP/delegate/getPDF?articleId=1997441&type=COMMENTS&subType=CRITERIA)  
(最終アクセス2018年1月24日)

ちなみに、「戦略的に非常に重要 (Highly Strategic)」の要件は以下のとおりである。

- ① 売却される可能性が非常に低い
- ② グループ全体の戦略に不可欠な事業ラインを手掛ける、或いは機能を果たしている。
- ③ 経営状態に関わらず、支援を提供するという強い長期的なコミットメントがグループの経営上層部から示されている、支援を促すインセンティブが存在する。
- ④ 事業運営にかなり成功している。或いは、グループ経営陣の具体的な目標や中長期的な収益を下回るような継続的な懸念事項がない。
- ⑤ 連結グループ全体の中で「かなり大きな割合」を占めるか、又はグループに完全に統合されている。
- ⑥ グループの評判、名称、ブランド、リスク管理に密接に繋がっている。
- ⑦ 5年超の営業実績がある。
- ⑧ (再保険会社の場合のため、省略)

上記の①～③を全て満たし、④～⑦の内、1つ除く全てを満たす場合に、「戦略的に非常に重要 (Highly Strategic)」であるとされている。そこに厳格さを欠くとの見解もあるのだろうか。

スタンドアロン評価を行う場合、Risk Calc 以外のツールがあるかどうかは不明であるが、一般に信用が下振れする可能性がある<sup>210</sup>。スタンドアロン評価自体、信頼性が必ずしも明確ではない中、そこを起点とする社内格付けの議論をどこまで厳格に詰めるのかという感性が働き、実務はそのような実情の中で精緻さを追求するものである。

#### (5) C.1.4.、C.1.5.、C.1.6. コベナンツ、保証及び融資手数料

「公開 DD」は、次のような記載がある。すなわち、コベナンツ、保証の有無、融資手数料などの関連者間ローンに影響を及ぼす要素が、移転価格の設定に重要である、第三者間の融資契約と比較した場合、関連者間の融資契約では通常情報の非対称性が少ないという事実を考慮し、グループ内の貸手は、グループ内融資契約に関して、銀行による定期的な調査で一定の条件を維持することを求めるメンテナンス条項や追加負担制限を含めないことを選択する可能性がある<sup>211</sup>、借手の信用度を高める保証がある場合、貸手銀行は借手に対するのと同じ方法で保証人を評価する必要がある、信用格付けの引上げを考慮して融資条件を調整するためには、融資契約に基づき債務者が債務を履行できない場合に、保証人がこれを補てんすることができると合理的に納得する必要がある、関連者間ローン契約の下で追加の融資手数料（金利調整とは異なるワнтаイム手数料）が課される場合、これらの費用は他のグループ内取引と同じように的確に評価されるべきである、とする。

第三者間ローンのコベナンツは貸手において借手のことが良く分からないという情報の非対称性があり、それを緩和するために、貸手が資金を引き揚げたり、利率をコントロールしたりできるようにする効果をもたらすという整理であろうか。関連者間ローンはそもそも情報の非対称性があまり無いので、コベナンツの実質的意義がどこまであるのか、それゆえ関連者間では「フワッとした」コベナンツでは意味をもたないという見方もできよう。実際日本企業の関連者間ローンにあって、コベナンツをみることは稀ではないだろうか。

金融機関は第三者間ローンで融資手数料を徴収するが、これは金融機関特有のコストが発生することと関連があろう。関連者間ローンにあっては、それと同等のコストはかからないので、徴収しないか、軽微な手数料で良いとの見解もあろう。手数料は規制対応にかかるコストをチャージしているわけではない。銀行は金利を低くするためにキャッシュを前倒しで徴収するというのもあろう。必ずしも銀行と同水準である必要はないといえるが、比較可能性がないため、なんともいえないと言えよう。

#### (6) C.1.7. 独立企業間金利を決定するための価格設定アプローチ

「公開 DD」は、貸付市場の情報と分析が広く入手できることから、通常、金融取引では、他の種類の取引よりも独立価格比準（CUP）法の適用が容易であり、実際、検証対象である融資の独立企業間金利は、同等の借入信用格付けや十分に比較可能な契約条項、その他の比較可能性を有する現実的な代替取引（債券など）を有する他の借手についての入手可能なデータを用いてベンチマーク（外部 CUP 法）を行うことができるが、他方で内部 CUP 法

の適用可能性も見逃してはならない<sup>212</sup>としつつ、さらに、貸手が貸付金の調達に要した資金コストに、融資のアレンジメントや実行に関する費用、提案された融資に内在するさまざまな経済的要素と利益率を反映したリスクプレミアムなどを加算して金利を設定するアプローチ（つまり下記の **The Cost of Funds Approach**）の使用可能性についても言及し、このようなアプローチを使用する場合、資金の貸手は競争市場においてはビジネス獲得のために可能な限り低い価格を設定し得ることから、貸手の資金コストは、市場の他の貸手の調達コストを考慮しなければならない<sup>213</sup>と強調する。

**The Cost of Funds Approach** は、例えば特殊な用途のローンのように、借手の実取引もない、またスワップレートのようなプロキシマーケットレートもとれないような場合に、適用の余地があるとの整理<sup>214</sup>であろう。例えば第三者からお金を借りてチェーンでお金を関連者に貸すような「また貸し」の場合、このまた貸しを行う関連者は仲介機能を果たすので、マークアップをとれば良いという議論であろう。これに関し、財務機能も同列に考えることが可能ではないかとの見解もある。

関連者間ローンの利率の算定について、銀行に意見書を書いてもらうことがある。しかし、この点について、「公開 DD」は、銀行が第三者にお金を貸すときには、正式な承認プロセスがあり、承認されて初めて、ローンのオファーをできるものであり、意見書を取得する際、それをやっているはずもなく、実際にお金を貸す際のアクチュアルなオファーレターではない、つまり貸さないことを前提に書いているものである、従い、実際の取引に付されるものではないため、ALP から乖離しており、コンパラブルにはなり得ないものである、とする。ただ、借りることを検討はしているので、参考とはなり得るであろうし、無視してはいけないという見解はあろう。

「金利事案判決」事案においては、被告は、スプレッドについて謙抑性の観点から子会社の信用力について親会社の信用力があることを前提と考えたが、果たして課税当局は子会社自身の信用力に基づいて課税をすることはできなかったのであろうか。日本の銀行に B 子会社にお金を貸したらいくらスプレッドを取るかという問いかけ自体はあり得たのであろう。しかし、銀行から聴いたレートに基づいて課税した場合、その比較可能性について合理的な説明力をもつことは可能であったのであろうか。即ち ALP とは第三者間で合意されたことをもって ALP と言えるものであり、合意されていないならば、裁判所がそれを比較可能取引と認めることはないだろうと判断したのではなかろうか。「金利事案判決」で裁判所が容認した算定手法にあって、スワップレートは、合意した金利の集積であり、新短期プライムレートもオファーレートではあるが、合意したかどうか個々に定かではないが、これをもって契約したものは数多くあると想定され、合意が成立した可能性が高いレートであることは間違いない。合意に基づかない銀行からの聴取資料により子会社の信用力をもって課税した場合、困難な論点を増やすことが司法判断を仰ぐうえで賢明かどうかという判

断があつたのであろうか。謙抑性の観点もさることながら、現実論として子会社の信用力を前提とした課税は困難であつたと言えるのかもしれない（注 222 を参照）。

わが国移転価格実務の視点からまず規範は以下の通り。

租税特別措置法関係通達 66 の 4(7)－4

金銭の貸借取引について独立価格比準法と同等の方法又は原価基準法と同等の方法を適用する場合には、比較対象取引に係る通貨が国外関連取引に係る通貨と同一であり、かつ、比較対象取引における貸借時期、貸借期間、金利の設定方式（固定又は変動、単利又は複利等の金利の設定方式をいう。）、利払方法（前払い、後払い等の利払方法をいう。）、借手の信用力、担保及び保証の有無その他の利率に影響を与える諸要因が国外関連取引と同様であることを要することに留意する。（平 12 年課法 2－13 「二」により追加、平 16 年課法 2－14 「二十八」、平 23 年課法 2－13 「二」により改正）

（注） 国外関連取引の借手が銀行等から当該国外関連取引と同様の条件の下で借り入れたとした場合に付されるであろう利率を比較対象取引における利率として独立企業間価格を算定する方法は、独立価格比準法に準ずる方法と同等の方法となることに留意する。

移転価格事務運営指針 3-7

法人及び国外関連者が共に業として金銭の貸付け又は出資を行っていない場合において、当該法人が当該国外関連者との間で行う金銭の貸付け又は借入れについて調査を行うときは、必要に応じ、次に掲げる利率を独立企業間の利率として用いる独立価格比準法に準ずる方法と同等の方法の適用について検討する。

- (1) 国外関連取引の借手が、非関連者である銀行等から当該国外関連取引と通貨、貸借時期、貸借期間等が同様の状況の下で借り入れたとした場合に付されるであろう利率
- (2) 国外関連取引の貸手が、非関連者である銀行等から当該国外関連取引と通貨、貸借時期、貸借期間等が同様の状況の下で借り入れたとした場合に付されるであろう利率
- (3) 国外関連取引に係る資金を、当該国外関連取引と通貨、取引時期、期間等が同様の状況の下で国債等により運用するとした場合に得られるであろう利率

（注）

- 1 (1)、(2)及び(3)に掲げる利率を用いる方法の順に、独立企業原則に即した結果が得られることに留意する。
- 2 (2)に掲げる利率を用いる場合においては、国外関連取引の貸手における銀行等からの実際の借入れが、(2)の同様の状況の下での借入れに該当するときは、当該国外関連取引とひも付き関係にあるかどうかを問わないことに留意する。

原則的な方法は借手の借入金利や発行債券の利率等に基づく方法。すなわち措置法関係通達 66-4(7)-4 に規定する方法であるが、比較可能な取引を見出すことが困難なケースが一般に多い<sup>215</sup>。実際的な方法として借手の推定格付けに見合う市場金利を用いる方法<sup>216</sup>があり、適正と考えられるスプレッドを算定するために、借手の財務データ等に基づき、格付けを推定し（この場合、格付けの妥当性が問題となりうるため、その根拠資料及び算出過程をまとめておく必要がある。）、推定格付けに基づき類似の状況における借入れ取引を探し、独立企業間のレート<sup>217</sup>を算定（データベースから比較可能な取引を探し、複数の取引金利が構成するレンジに収まる利子率を設定する。）。すなわち、External CUP 法である。これは事務運営指針 3-7 の(1)に該当する。

簡便的な方法として事務運営指針 3-7 の(2)及び(3)も適用可能である。なお、保証料率の算定に簡便法はない。

事務運営指針 3-7 の(1)がマーケットアプローチ、(2)がコストアプローチ（貸手のコストを参照）。(3)は国債レートを参照<sup>217</sup>するアプローチだが、実務上これを使うことはほぼなく、当局もこれを期待していないのではないだろうか。リスクフリーレートは（厳格にはリスクフリーではないが）ライボー等の市中金利を使うことが多く、国債はリスクフリーレートの位置づけとしてもあまり使われていない<sup>218</sup>。米国では、セーフハーバールールとしてドル建て且つ貸手が第三者への貸付け業務を行っていない場合に限られるという条件付きで、Applicable Federal Rate (AFR) の 100-130%に収まっていれば適正な金利として取り扱うというルールがある。

事務運営指針 3-7 の(1)>(2)>(3)で ALP に近いと整理しているようである。この一連の指針において業としての金銭の貸付けまたは出資とは銀行という整理が、必ずしも明快ではないが、実務の扱いである。世界の実務をみても、(1)による External CUP が中心である。銀行・商社等、大企業はこれによる<sup>219</sup>。(1)による Internal CUP はほとんどみられない<sup>220</sup>。

現状実務は、多くの事業会社において、対象通貨の基準金利を参考に価格設定を行っているものの、信用力等を合理的な手法で評価することなく、スプレッドを決定しているケースもある。電話等で銀行から貸出利率を確認し、その利率を適用しているケースもある。日本企業は事務運営指針 3-7 の(2)、実際には不完全な形での(1)を活用する<sup>221</sup>ことも多い。簡便的な方法である(2)は、子会社の格付け・信用力を想定した場合の企業の手間に配慮するという行政上の考え方の表れともいえよう。ただ実際銀行側に事務負担、手間がかかっていることは事実であり、所要の見直し対応も求められよう。また、保証料率算定にあつては、第三者・銀行の評価により、子会社の信用力が親会社のそれを下回ることは明らかであり、事務運営指針 3-7 の(2)に見られたような行政上の考え方が表れる余地はなかった。

一般の公表指針案においては、例えば銀行への金利の照会結果は移転価格対応として使用できないとしており（もっとも、銀行への金利照会は有用であり、フォーマルなレターで

あればオピニオンとして参考指標になろう。)、金融取引についても一般的な棚卸資産取引等と同様の考え方にに基づき、ベンチマーキング分析を行うことを求めており、市場データ(独立企業間価格)に基づいた分析が必要であると示唆しているように見える。つまり事務運営指針の3-7(2)の手法ではなく、3-7(1)External CUP法の採用を示唆している。

現在、実務上相当多くの場合、(1)External CUP法(または(1)Internal CUP法)で設定されるに至っている。前者(1)External CUP法について述べる。

検証対象取引と類似した条件の外部批准取引(データベース等の外部調達取引情報)の取得が可能な場合、(1)External CUP法を適用できる。ローン取引の場合、主に以下の外部データベースを使用してベンチマーキングを行う。①社債のスプレッドデータは、**Reuters EIKON** 又は **Bloomberg** (残存期間3年の利回りを同格のものとして参照する。クーポン調整をする。利付け債の場合、利回りはその利子も加えてみるということ。)が用いられる。②ローンのスプレッドデータは、**Loan Connector** (銀行貸付、例えば、ライボー+80Basis point等のデータが乗っている。ライボー+スプレッド部分を見ることが出来る)が用いられる。これは良く使われている方法である。①及び②ともCUP法と原理は変わらない。原則、固定金利は①をみていき、変動金利は②をみていく。データの利用可能性の問題もあり、固定と変動をあまり区別しないこともある。企業のニーズとしては一般に変動金利を用いるニーズが高いのではないだろうか。

関連者間ローンの大宗は米ドル建て、ユーロ建て等であり、大宗のケースで上記①、または②の手法で適用可能であろう。先のS&Pのグループ格付け手法を使用し、親会社と子会社の格付けを当てはめる。公募債利回りデータが収録されており、近似データを探していく。「金利事案判決」の手法と比べ、生のデータを持つてくるため、比較可能性はより高いという整理であろう。近時、わが国当局においてもこのような手法の活用による(1)External CUPが用いられているのではないだろうか。

そして①、②の手法では対応できないマイナー通貨建てローンのような場合にも、「金利事案判決」で容認されたようなテイラーメイドの手法<sup>222</sup>の採用が、(もちろん世の中の実務、実態を視野に入れつつということになるが)理論的に可能であり、今後は、現状行われているような銀行へのヒアリングを前提とする考え方が改められていくべきではないか、という視点も必要である。

なお、信用格付け、関連者間ローン金利、および保証料率についてセーフハーバーを望む見解がある<sup>223</sup>。

\*

Box C.1 「分権化された財務機能の下で、MNE構成企業がその金融取引について完全な自治権を持つ状況とは。」



Box C.2 「税の安定性という目的のために次のアプローチは有用であろうか。」

- ・ 各構成企業から独立して抽出されたグループレベルでの信用格付が各構成企業に対する信用格付として見られるかもしれない、他方で、個々の構成企業に対する異なる信用格付を構築することが対比されるかもしれない、という反証可能な推定について
- ・ 税務当局は、借手の信用格付を決定するためにそこから適切な調整がなされるという前提で、スタートポイントとして MNE のグループ信用格付の使用を考慮するかもしれない、という反証可能な推定について。

Box C.3 「MNE のスタンドアロン信用格付の定義とは何か。」

Box C.4 「パラ 70 に含まれる分析の適合性・妥当性について。」

Box C.5 「関連者間ローンの価格決定における CDS の役割とは」

「関連者間ローンの価格決定における経済モデルの役割とは（例えば信用格付け機関により使用されている利子決定手法）」

Box C.6 「関連者間ローンに対する現実的代替として考慮されるかもしれない金融取引を特定することについて」

Box C.7 「MNE グループの対外負債に対して支払われる平均利子率は内部 CUP として考慮されることが出来る状況について。」

## 4. セクション C（財務機能）、C.2 キャッシュプーリング

### （1）はじめに

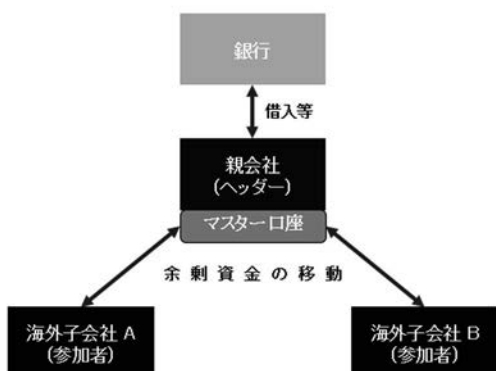
海外に事業展開する企業の財務管理体制を企業グループ全体で一元化するグローバル・キャッシュ・マネジメントの中で広く取り入れられているのが、キャッシュプーリングである。連結ベースでのキャッシュポジションに基づき、優遇金利等のベネフィット提供を受けるものである。実際の資金移動により余剰資金を一つの口座（マスター口座）にプールし、優遇金利等を提供することをゼロ・バランス、資金移動を伴わないバーチャルな口座に基づき金利等のメリットを計算することをノーショナル・プーリングという。

キャッシュプーリングとはグループ内キャッシュを有効に活用して、外の銀行に支払う金利を節約しようという考え方である。各拠点法人の対銀行のスタンドアロン預金・借入取引をキャッシュプーリングに転換することにより、グループシナジー・プーリングベネフィットが生ずる。運転資金の需要にこたえるため、多くの企業が行っている。各拠点法人

の為替リスク回避や資金ショート回避目的もある。資金移動を起こすゼロ・バランスの例が大半であり、グループの参加者の残高が絶えずゼロになるようにしている。親会社か海外金融子会社がヘッダーとなる。ゼロ・バランスはキャッシュポジションが全体としてプラスであれば銀行から借りる必要はないが、全体としてマイナスであればヘッダーにおいて借入れが起こり、ヘッダーに借入金利が発生する。 $\Sigma A+$ と $\Sigma B-$ があつて、 $\Sigma B- > \Sigma A+$ はキャッシュポジションー（マイナス）ということである。ノーショナル・プーリングでは、余剰資金の移動は起こさない。ネット金額の貸借。ヘッダーは一定の管理料を銀行に支払う。

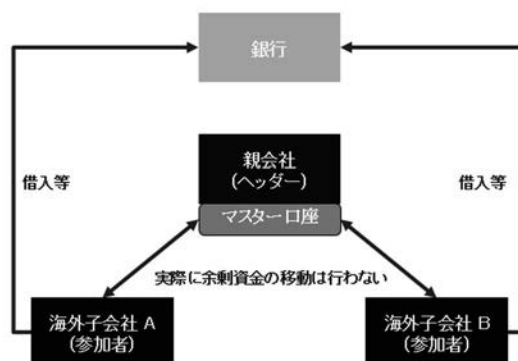
図表 6-3

キャッシュプーリング - ゼロ・バランス -



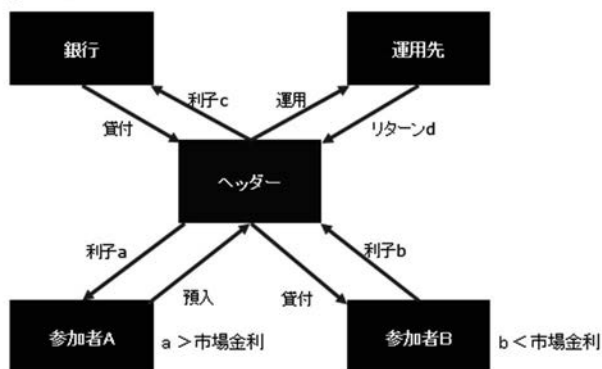
図表 6-4

キャッシュプーリング - ノーショナル・プーリング -



図表 6-5

キャッシュプーリング - ゼロ・バランス -



$$\text{ヘッダーの Profit } P = (\Sigma b - \Sigma a) + (\Sigma d - \Sigma c)$$

- ・ ヘッダーは a を少なめに支払ったり、b を多めにとったりできるものか。
- ・ ヘッダーは海外金融子会社の Treasury であり、本社が銀行に対して保証する例もある。ヘッダーの銀行口座設定につき、参加者が連帯責任を負う場合もある。

キャッシュプーリングの移転価格算定の基本的アプローチは、一義的にはヘッダーで認識される全体損益を算出して、ヘッダーがルーチン機能であれば、ベンチマークにより利益を先取りして、残余を参画者に3つのアプローチのどれかで按分する、ヘッダーがノンルーチン機能であれば、明確な決め事<sup>224</sup>があるわけではないが、残余をヘッダー及び参画者で按分するとい

うこととなる。後者の場合、ヘッダーの取り分をどのような基準で決めるのが論点となる。

キャッシュプーリングの利益は、資金収支が残高に比例する（金融取引は資産が重要）ので、残高で貢献をみてとれる。残高に関する事実関係が重要であるが、それだけでなく、全体としての取決めを確認することが重要である。そのため、キャッシュプーリングの利益配分は、機能・リスク分析を徹底的に行った上で決定し、ヘッダーの機能としての貢献があるのか、ヘッダーが銀行から資金を調達した場合における信用リスクは誰が負うべきか、資金をプールするマスター口座の（運用）利息の配分方法はどうするのか、及び実際に余剰資金が動く場合、貸付金のポリシーと整合しているのかを確認する必要がある。

移転価格分析においては、子会社が参加することに意味があるのかについての議論が必要である。また、ヘッダーに利益が溜まりがちであるが、ヘッダーはこれを受け取るだけの貢献をしているのか。銀行からの借入れの金利を支払うというある程度のリスクテイクをしているが、その貢献との見合いで対価を受け取っていいのかについての議論が必要である。海外金融子会社がヘッダーである場合、実際には何もやっておらず、実際に面倒を見ているのは親会社である場合があり、海外金融子会社はどのくらいヘッダーとして機能を果たしているのかが検証され、十分に果たしていれば、どうそのお金が還元されるのか、いくら還元されるべきかという議論が起こりうる。事実認定は、容易ならざるものがある。

## **（２）C.2.1.、C.2.2. キャッシュプーリングの構造及び正確な事実認定**

「公開 DD」は、キャッシュプーリングの利益は計画的に協働するグループの行動によってのみもたらされるものであり、その正確な認定に当たっては、残高に関する事実関係が重要な意味をもつが、それだけでなく全体としての取決めの状況を考慮する必要があるとした上で、キャッシュプーリングの正確な認定に関する重要な検討事項として、短期のキャッシュプーリング残高として扱うべきか、それとも事実関係から長期預金やタームローンとすべきかがある、と指摘し、さらにキャッシュプーリングの利益配分については、徹底的な機能分析を通して設定されなければならないと強調しつつ、キャッシュプーリング参加者に対する利益配分に関して取ることのできる 3 つのアプローチを説明している。

「公開 DD」においては、キャッシュプーリングリーダーは独立して動いているようにみえるが、海外金融子会社の機能として、資金繰りや流動性のバランス等、様々な行動を行っている中で、この役割を果たしていることを理解しなければいけない、キャッシュプーリングは普通は行われぬものなので、独立企業原則の適用は注意深く行われなければならない、とされる。キャッシュプーリングに余資を置く預託ポジションの法人は銀行に預金を置くのと少し違う目的もあるであろうとするが、そうはいえ、一番近いコンパラブルが銀行金利であることは間違いのないであろう。預託と借入れ、双方を通じてキャッシュプーリングへのポジションの比重の多いエンティティが有利に扱われるべきとしているようにみえるが、例えば 10 の預託をした A 法人と、100 の借入れをした B 法人では、リスクをとったの

は A 法人であり、B 法人がより多くの受益を享受するのはバランスが取れていないのではないかという議論はあろう。

### (3) C.2.3. キャッシュプーリングリーダー・参加者の報酬、及び相互保証

「公開 DD」は、キャッシュプーリングリーダーの適切な報酬は、キャッシュプーリングの取決めを実行する上で果たす機能、使用される資産、及び引き受けるリスクによって決定される、その機能が限定的な調整又は代理としての機能、すなわち事務的機能であれば、同様にキャッシュプーリングリーダーの適切な報酬も限定的となるが、そうでなければ調整や代理機能以外の活動の見合いとして、より高い報酬が適切であると考えられ、借入ポジションと貸出ポジション間の一部又は全部を獲得することを含むとするが、他方で、キャッシュプーリングリーダーに配分される利益の割合を特定するアプローチについては特段言及していない。

「公開 DD」は、キャッシュプーリング参加者に対するキャッシュプーリングの利益配分について、以下の 3 つのアプローチを指摘している。

- ・ 全ての参加者の金利を高めるアプローチ。このシステムの参加者が借手・貸手であるに関わらず、どちらのポジションであろうと、この効率的な枠組に参加してくれた対価ということ、であろう。
- ・ 全ての参加者に同じ金利を適用するアプローチ（全てのキャッシュプーリング参加者が同じ又は類似の信用プロファイルを有する場合）。受益があるから参加するというポリシーにあうのか。借手も貸手も同一金利と考える。
- ・ 資金を預けるキャッシュプーリング参加者にキャッシュプーリングの利益を配分するアプローチ（預託者に真の与信リスクがある場合）。

「公開 DD」は、キャッシュプーリングの取決めは参加者間の相互保証と相殺権を必要とする場合があるとする。これは、つまり、借手 A が返済不能に陥った場合、他の参加者（貸手・借手を区別する必要はない。）の誰かが協力して返済する（他の預託者への返済や第三者銀行への返済等）取決めを結ぶ場合のことであろう。また、「公開 DD」は、保証料が支払われるべきかどうかの問題は、どのような状況でも特定の事実関係に依存する、このような相互保証は、キャッシュプーリングリーダーの活動をサポートしなければグループ、ひいては借手の利益に害を及ぼす、この場合、保証を受けた借手が、他のグループメンバーによる暗黙のサポートに起因する信用補完レベルを超えて便益を受けることはない、全体的な事実関係がこのような状況を示す場合、保証料は支払われず、借手が債務不履行に陥った場合は資本抛出と見做されるべきものとなると指摘する。参加者全員がサインアップしたキャッシュプーリングの取決めは実務上一般には見当たらないといえようか。この枠組の究極のオーナーが面倒をみているということであろう。

現行の実務は、銀行への支払利息を抑制し、グループ資金を効率的に使用することを目的にキャッシュプーリングを導入している会社は多いものの、これまでの移転価格対応という点では、金利の分析にとどまることが多かったといえる。「公開 DD」では、キャッシュプーリングのプライシングにおいて、参加者に参加利益を還元する方法が合理的であるか、プーリングヘッダーの獲得利益が機能・リスクと整合しているかについても検討が必要としている。

ヘッダーがコストプラス方式で全体損益を先取りするのか、それとも他の参加者たちと同じように全体損益を分け合うのか、更には外の銀行からの借入れの保証をヘッダーとは別の本社が行っている場合その本社の取り分をどう決めるのか等は、フレームワークの中で借入れを行った参加者の中に債務不履行が起こった場合や外の銀行から借り入れなければならない局面が生じた場合、それらのリスク負担をどの様に分担するのかという枠組の作り方にかかっていると言えよう。集中購買の損益配分は参加者間でオープンに分け合うという考え方が無理のないものであり、コンセンサスが得られつつあるようにみえるが、キャッシュプーリングを律する移転価格算定手法はリスクが絡む分、より複雑にみえるものである。こういうことから、CUP 法か利益分割的に考えていくのか、今後の議論をさらに見守る必要があると思われる。

\*

Box C.8 「Physical キャッシュプールの運用に関して、キャッシュプールリーダーが、それに係るローンに関するリスクを引き受けることなくグループ内ローンを調整する、キャッシュプール参加者に対してサービスを供給するというより寧ろ、MNE グループの中での貸付けに関しキャッシュプールリーダーにリスクが割当てられる状況とは何か。」

「キャッシュプール参加者に対してキャッシュプール benefits を配分するための 3 つの可能なアプローチについて。」

- ・ どれかのアプローチが最も適合する状況とは。
- ・ キャッシュプールメンバーに対するアームスレングス対価は、グループシナジー benefits の配分で足りるのか。(金利の水準を問題にしなくても良いのか)
- ・ グループシナジー benefits のアロケーションがキャッシュプールメンバーに対する対価の決定を行うために、実務上用いられているアプローチの経験とは。

Box C.9 「個別にはキャッシュプールアレンジメントに参加しなかったであろう MNE が実際には参加することを余儀なくされる状況とは。」

Box C.10 「キャッシュプールアレンジメント（Physical or notional）の文脈において相互保証が求められるのか否か。また、それらは実務上どのように実行されるのか。」

## 5. セクション C（財務機能）、C.3 ヘッジ

「公開 DD」は、多くの場合、関連者間ローンがリスクを軽減するために通常の事業運営上適用するヘッジを（例えば、為替やコモディティ価格の変動について）伴うことがあり得る（フルヘッジをすると利益は出ない）と認識し、独立企業は、（オープンポジションを維持することによって）そのようなリスクを引き受けるか、リスクをヘッジするかを当該企業自身が決定することができるが、MNE グループでは、リスク管理とヘッジに関するグループ全体のアプローチが個々のグループ会社に影響する可能性がある、効率性と有効性を向上させるために、リスク管理とヘッジを含む財務機能を集約化することが多く、グループ（連結）レベルではリスクがヘッジされていても個々の企業ではなされていない状況が生じる可能性があることを指摘しつつ、そのようなケースに対処する方法に関する具体的なフィードバックを募集している。さらに、「公開 DD」は、一元化されたヘッジ機能は、通常事業会社へのサービス提供として特徴付けられ、独立企業間価格の報酬を支払うべきものとする、ただし、グループの財務機能会社又は他のグループ会社によってヘッジ契約がなされ、グループとしてのポジションは保護されているものの、契約をした企業のポジションが一致しない場合には、より難しい移転価格の問題が発生する可能性がある、と指摘する。

\*

Box C.11 「MNE グループ内でオフセットポジションにある状況の下で、金融取引の正確な認定がリスクがさらされたことの結果（実現）としてグループ内の分離された企業においてブックされた損益にどのように影響を与えるのか。MNE グループの構成企業がヘッジを希望しているリスクエクスポージャーがあり、しかしグループ内のどこかにオフセットポジションがあり、そしてグループポリシーがそのエクスポージャーをヘッジすることを行わないというシナリオに関し、そのリスクはヘッジをされなかった MNE 構成企業によって引き受けられるべきとするのか。それともグループポリシーをセットした構成企業によって引き受けられるべきとするのか。」

## 6. セクション D（保証）

### （1）はじめに

信用補完取引とは、信用力を強化する目的を持つ取引のことであり、債務保証取引、キープウェル契約、信用状（L/C）、保証予約等が該当する<sup>225</sup>。OECD ガイドライン パラグラフ 7.13 では、「・・・ある関連者が提携したというだけで、提携していなかった場合よりも

高い信用格付けを得ている場合、いかなるサービスも受けていないであろう。しかし、より高い信用格付けがグループの他の構成会社による保証によるものであったり、企業がグローバル・マーケティング及び広報活動から派生したグループの評価から便益を受けている場合、グループ内役務提供は通常存在するであろう・・・とする<sup>226</sup>。すなわち信用補完取引は、「グループ内役務提供（IGS）」の一種であるとの位置付けになり、従って、経済的商業的価値の判定を行い、有償性の判断が必要となる。

関連者間の債務保証では、通常、被保証者による銀行等からの資金の調達を可能にするため、或いは、より有利な条件での資金の調達を可能にするため、保証人と銀行等の第三者が保証契約を締結する。被保証者は、保証人との保証委託契約に基づき、保証人に対し一定の保証料を支払う必要がある（有償性あり）。

親会社の格付けが A、海外子会社の格付けが BBB、保証をすると海外子会社は A の格付けの信用力で借りられる。これは親会社にとってもメリットがある。本当に保証しているかが大切である。親会社によって意図のある協調的行動（Deliberately concerted action。同じ目標に向かって双方の合意に基づいて何かしらの意図的行動を取っている。）がとられていれば、有償性ありで役務提供取引の対象となる。グループ内にいるだけで海外子会社の格付けが上がっているのであれば、親会社はその分だけの対価を取る資格はない。グループ内にいなかった場合は BB で、グループにいた場合には BBB だとしても、この差分の対価を親会社は取る資格はないということ。

「公開 DD」は、一定の関連者間取引について法的拘束力を有する金融保証に焦点を当てており、最も一般的なのは、関連者である保証人が、他のグループ企業が非関連者である貸手から調達した債務に対して保証を与えることである、そこでは、借手の信用格付けを向上させるために提供される保証と、借入能力を増やすことのできる保証があり、この場合、保証料を算定するためには、貸手から借手への融資の正確な認定が必要になり、借入能力が増えたことによる融資部分は、その効果として貸手から保証人に融資され、その後保証人から借手へ出資されたと見做される、借手に対する融資と見做される、としている。

図表 6-6



保証の主たる目的は信用格付けの向上であり、副次的に借入能力の増加（海外子会社の借入額の増加は信用を下げる要因か）があり得るという整理であろう。注 180 で述べたように第三者の借手であればここまで多額は借りないであろう等の借手の視点を移転価格分析に持ち込まないことが妥当ではないかという視点、及び借入額の増額自体は第三者である銀行との取決めいかんであるという見方から、上記のような引き直しに意味があるのかどうか疑義無しとはしない。

### （２）D.1.1. 明示の保証、黙示の保証

「公開 DD」は、グループに属することで生じる信用補完について、OECD 移転価格ガイドラインの内容を確認しつつ、受動的関係から生じるいかなる便益も、対価の支払いを必要とするサービスの提供とは見做されないとし、借手は、通常、期待便益についてフィーを支払おうとするが、関連者による明示的な保証であっても、借手の債務履行をサポートしないことで生じるグループ全体への悪影響の可能性を認識しているということ以上の追加的な便益をもたらすものではない場合があり、この場合の借手の期待便益は、暗黙のサポートにより生じる便益を超えるものではなく、保証料は支払われない<sup>227</sup>、相互保証は、特に評価が難しい複雑な構造として強調しつつ、貸手における相互保証の便益は、相互保証をする全てのグループ会社の資産へのアクセスが確保されることである、相互保証契約における企業数が増加するにつれて、各参加者の便益の評価は事実上できなくなる可能性がある、結論としては、相互保証人に期待される信用補完は暗黙のサポートを超えない、このような契約において関連者の債務不履行の場合に提供するサポートは、資本拠出と見做されるべきものとなる、と指摘する。

親会社及び複数の子会社間でこのような慣行もあるのだろう。わが国実務では、相互保証は一般的ではないのかもしれない。

### （３）D.1.2. 保証料の独立企業間価格（保証人（親会社）と被保証人（銀行からの借手である海外子会社）間の）

「公開 DD」は、CUP 法が独立企業間の保証料を算定するのに最も信頼できる方法である、他方、第三者間の比較可能な信用補完取引がないため、CUP 法の適用が困難であることを認めつつ、独立比準価格を特定するには、リスクプロファイル、保証の契約条件、保証対象となる融資など、保証料に影響する要素を考慮しなければならない、と指摘する。

事務運営指針の 3-7 (1)Internal CUP は、例えば(a)海外グループ会社の債務に対して第三者がその債権者である金融機関等に債務保証を行い、当該第三者に対して海外グループ会社が保証料を支払っている取引、(b)海外グループ会社に対して金融機関等が輸入取引等における支払い保証を行っている取引、または金融機関からコミットメントラインの開設を受けて、それに対する手数料支払いを行っている取引といった、Standby Credit の取引等が利用可能な場合に適用できる。



「公開 DD」は、イールドアプローチは、保証がない場合の借手における利子費用と保証がある場合の借手における利子費用とのスプレッドを算定して、保証を受けた者に対する便益を定量化するものである、借手が保証なしに資金を調達できる金利を計算する際には、スタンダードアロンで支払うことを想定する金利ではなく、金利に対する暗黙のサポートの影響を考慮することが重要である、イールドアプローチを適用した結果のスプレッドは、借手が保証料として支払う最高額であり、それはさらに借手と保証人との間で下げる方向で価格交渉されることとなる、と指摘しつつ、他方、コストアプローチは、借手の債務不履行の場合における保証人にとっての予想費用を数値化するものである、保証人にとっての予想費用は、期待損失の価値、あるいは保証人が引き受ける追加リスクに対応するために必要な資本を基準として算定することができる、保証人にとっての予想費用を定量化するために、通常、オプション価格モデル、クレジットデフォルトスワップ価格モデルなど、さまざまなモデルが使用されている、コストアプローチの結果は保証人が受け取る保証料の最低額であり、それはさらに借手と保証人との間で上げる方向で価格交渉されることとなる、と指摘する。

わが国実務における保証料の算定方法は、一般的に以下のとおり。

- a. コストアプローチ<sup>228</sup>
- b. イールド・スプレッドアプローチ<sup>229</sup>
- c. クレジット・デフォルト・スワップアプローチ<sup>230</sup>
- d. Stand-by-LC アプローチ

わが国実務において、上記 b.が一般的であり、圧倒的に多い。補完的に a.や c.を使うこともある。

The valuation of expected loss approach は、コストアプローチの派生といえよう。Capital support approach は、提供される側のコストに着目したアプローチといえよう。保証が無い時の信用格付けをみる、次に借手の信用格付けを保証人の信用格付けまでに引き上げたときの追加の資本注入コストに着目し、資本の期待収益という観点から保証料を決めるという考えであるが、一般事業会社で格付けは資本比率と連動するとしても、それだけで決まらないはずであり同値ではなく、一つの考え方とみることであろうか。

金融業は第三者との取引が存在することが多く、Internal CUP で行われることが多いが、事業会社では上記 a.-d.のアプローチで算定することが多い。市場データに基づくため、CUP法に準じた手法である。

しかしながら、明確な根拠がなく、債務保証の料率を通貨、期間、信用力等を検証せず一律の料率（例：0.1%等）で設定し取引を行っているケースや保証料を取っていないケースも散見されるのが実態である。公表指針案は、例えば銀行への金利の照会結果は移転価格対応として使用できないとしており、（銀行への金利照会は有用である。フォー

マルなレターであればオピニオンとして参考指標になろう) 金融取引についても一般的な棚卸資産取引等と同様の考え方に基づき、ベンチマーキング分析を行うことを求めており、市場データ(独立企業間価格)に基づいた分析が必要であると示唆しているようにみえる。

\*

**Box D.1** 「関連者の保証取引はどのように正確に認定されるべきであろうか。例えば金融サービスの供給、金融資産の売却、それとも単純なローンに関する財務サービス(バックオフィス)として考えられる状況とは。」

「MNE 構成企業に対してローンを供給する独立貸手によって保証が求められることがある状況とは。」

「MNE 構成企業に対してローンを供給する独立貸手によって保証が求められる場合、保証料はどのようにまた何故保証格付やローン金利に影響を与えるのか。」

「借手が独立の貸手から借りる場合、独立の保証者から保証料を得ることが最も頻繁なケースとは。その場合、どういったプロセスやメカニズムによって価格が決まるのであるか。」

## 7. セクション E (キャプティブ保険)

31 年度外国子会社合算税制の改正において、保険についての全般的見直しが図られているが、タイミングの問題があり、本論はそれ以前の税制を前提としているものである。

### (1) E.1 保険の概要

「公開 DD」は、保険の特徴の概要を述べ、独立した保険会社で通常見込まれる 6 つの指標を提供している。また、MNE がキャプティブ保険会社を使用するための商業的及び税制・規制上の理由についての簡単な議論と、いわゆるフロンティングの取決めによる再保険について説明し(E.4)、第三者が関与するフロンティング取引は、関連者間取引と見做されると、指摘する。

### (2) E.2、E.3 キャプティブの合理性及び保険の存在<sup>231 232</sup>

「公開 DD」は、保険事業の本質はリスクを引き受けることであるとし、従ってキャプティブ保険会社が契約上移転された保険リスクを引き受け統制することができる能力を有しているかどうかを判断するための閾(しきい)値の設定を取り上げ、リスク分析についての

OECD 移転価格ガイドラインの параグラフの記述内容が、他の事業に適用されるのと同様に保険事業にも適用されると確認しつつ、キャプティブ保険会社はリスクを引き受けるための資金調達能力を備えていなければならない、リスクが発生した場合には請求に応えることが出来なければならない、さらに、引き受けるリスクを管理する手段としてリスク分散が重要であり、キャプティブ保険会社が多様なリスクポートフォリオを有することが求められ、これらの諸条件から実際に保険事業を行っているのかという疑念が惹起されることとなり、これらの機能が無い場合、取引の正確な認定は、キャプティブ保険会社が保険業務を行っていないことを示す可能性がある、と指摘する。

### (3) E.5 キャプティブの価格設定

「公開 DD」は、保険数理分析を用いた保険料の価格設定<sup>233</sup>、又はキャプティブ保険会社の自己資本比率と独立した保険会社のコンバインド・レシオ（経費率、低いほど利益率は高い）とを比較することを提案、つまり、キャプティブ保険会社が独立した保険会社と同じ資本規制を有していないことを認め、同様の状況で独立した保険会社が保有するよりも多くの資本を保有している場合に調整が必要である<sup>234</sup>、と指摘する。

\*

Box E.1 「MNE 構成企業（キャプティブ）がほかの MNE 構成企業に対して保険証券を発行するとき、契約上引き受けるリスクを実際に引受けていることを認識するための閾値に到達することを探るにあたって、適切なインディケータとは何か。

「MNE 構成企業（キャプティブ）がほかの MNE 構成企業に対して保険証券を発行するとき、キャプティブが保険のリターンを獲得するためにはどんなリスクを負う必要があるのか、そしてどのようなコントロールファンクションが必要となるのか。」

「ほかの MNE 構成企業に対して保険証券を発行する MNE 構成企業（キャプティブ）がリスク要件をコントロールすることが出来るのか。特にそれがアンダーライティングファンクションをアウトソースする状況において。キャプティブに配分される所得に関し、アンダーライティングファンクションのアウトソースの効果をイラストレートすることは有用であるのか。」

「キャプティブがリスク要件のコントロールを満たさないとき、キャプティブにとって支払う保険金、キャプティブによって受け取る保険料、及びキャプティブにとって受け取る投資運用リターンの配分についてどのような効果もたらされるのであるか。」

## 脚注

179 BEPS Public Discussion Draft BEPS ACTIONS 8-10 Financial transactions 3 July – 7 September 2018 OECD

180 以下本稿注記においては、「OECD 移転価格ガイドライン 2017 版」（公益社団法人日本租税研究協会）の日本語訳版を引用することとする。

OECD 移転価格ガイドラインへの一般的要望として、見解の相違を生じやすいため平易な言葉でわかりやすく、事例を出して、そこでの結論や方向性に係る背景となる考え方を周知してほしい、税は最終的には金銭の問題であるので定量モデルを示してほしい、新興国・途上国においては、セグメントを切り分けてチェリーピックして課税するような例があるので OECD は実態をよく把握の上で、ガイドラインの規制の実効性を高めてほしい、リスクコントロールやその *capability* の備わった場所が価値創造の場所との認定は困難を伴い二重課税に陥る懸念も想定され、両当局は合意された一つの所得のパイを配分してほしい、というものがある。ガイドラインの色々な意見も集めてくみ上げていくという成り立ちを考えると、見解の相違はやむを得ないであろう。そうはいえ、金融取引に関して特段言えることとしては、利子の損金算入制限規定は国際ルール上種々取り込まれているところであり、借り手の視点（第三者の借り手であればここまで多額は借りないであろう等）をわざわざ読み込むことは、屋上屋を重ねる感なきにしもあらずであり、シンプルに整理してもよいのではないだろうか。再構成・否認の厳格な議論のあてはめが重要である。資本構造は、移転価格の問題か租税回避対抗の問題か明快に線引きすることは困難であり、移転価格では as is を受け入れることが一つの整理の仕方であろう。

181 これに関し、「公開 DD」は、「Options Realistically Available (ORA : 実際に利用可能な選択肢)」について、P.7 パラ 19、P.14 パラ 18、P.16 パラ 49（貸手サイド）、P.17 パラ 54（借手サイド）、及び P.33 パラ 140（保証機能の二つの区分に関して）で言及している。「OECD 移転価格ガイドライン 2017 版」において、ORA が言及されているのは、P.18 パラ 1.40、P.23 パラ 1.53、及び P.223 パラ 6.110 からパラ 6.114 までである。

182 「OECD 移転価格ガイドライン 2017 版」P.17 パラ 1.36

183 移転価格先進米国の移転価格税制に若干の動きがみられる。2017 年 12 月改正、2018 年 1 月施行の米国税制改革で、IRC482 条が改正された。無形資産の定義が、workforce（集合労働力）、goodwill（のれん）、及び going concern value（継続事業価値）を含めるべく拡張され、また、「無形資産（他の財産の移転または役務提供に伴う無形資産を含む。）の譲渡の最も信頼すべき基準であると決定するときは、全体として（on an aggregate basis）当該移転を評価し、または当該譲渡についての現実的に取り得る選択（realistic alternative）に基づく評価をすることを要する。」と明文化された。

「OECD 移転価格ガイドライン 2017 版」では、のれんと継続事業価値は、無形資産と認められず、考慮要素であることに留意すべきである。

「Realistic alternative」については、1994 年規則 1.482-4(d) に「US 法人が外国子会社にライセンス料 1 トンあたり 100 ドルでライセンスを付与し、外国子会社が 1 トンあたり 550 ドルで売っている場合、US 法人の realistic alternative は自ら工場を代わりにやって、300 ドルで製造可能であれば、550-300 の 250 ドルのもうけが出るので、ライセンス料は 100 ドルではなくて 250 ドルが相当」という例を示しており、この規則の考え方が法律に格上げされたという見解である。「Realistic alternative」にかかる「OECD 移転価格ガイドライン 2017 版」の言及は前述注 181 のとおり、「全体アプローチ (Aggregate basis)」にかかる「OECD 移転価格ガイドライン 2017 版」の言及は P.230 パラ 6.135 である。

なお、「全体アプローチ (Aggregate basis)」について、HDVI アプローチの適用にあって、複数のソフトウェア開発の相互関連やオープンソースとグループ内で閉鎖した固有の開発との相互関連等をどうみるのかの論点が浮上することもあるか。

上記制度改正に関連する事柄といえようが、2016 年 Medtronic 事件租税裁判所 IRS 敗訴判決、及び 2017 年 Amazon 事件租税裁判所 IRS 敗訴判決のいずれにおいても Realistic alternative が論点化している。以下本稿注記における外国裁判例への言及については「今村隆稿・移転価格税制と OECD 新ガイドライン—各国の裁判例を分析して—（租税研究 2018.5、6）」を参考にさせて頂いている。

前者の判決について。米国の親会社がプエルトリコに工場を有する孫会社であるケイマン法人に無形資産や商標を使用させるライセンス契約を締結し、また部品を供給し、完成品を購入して販売していた事案において IRS は CPM を用いてライセンス料が低額であるとして課税処分を行った。租税裁判所は CPM による算定を違法とし、納税者が採用した CUT 法を認め、IRS を敗かせた。IRS は、ケイマン法人はコントラクトマニュファクチャラーに過ぎないと認定し、realistic alternative は親会社が自分で工場を支配して事業を行うことであると主張したが、租税裁判所は心臓のペースメーカーの製造において品質は重要であり、ケイマン法人が高度な熟練従業員を使用してこれを調達し、また FDA の登録業者でもあることなどから、単なる組み立て業者であるので代替可能であるとの IRS の主張を排斥している。また、所得相応性基準が CPM をとることを要求しているとの IRS の主張を併せて排斥している。ORA の適用にあつて検証対象法人の機能・リスクにかかる事実認定が重要であるように見受けられる。なお、わが国の執行にあつては同じ局面において CUT 法ではなく RPSM や TNMM プラス  $\alpha$  が主張されることが想定されよう。

後者の判決について。Amazon の米国法人グループが欧州の子会社と費用分担契約を締結した際のバイイン（新規の関連参加者が費用分担契約に加入し、これに関わる無形資産、この事例においては web 技術・marketing intangible・顧客リスト、の持分を取得する時にその対価として支払いをすること）の受取りが低額ではないかとして課税処分を行った事例において、IRS は DCF による計算を主張したが、租税裁判所はそれを違法として納税者が主張する CUT 法を採用した。IRS はここでも、realistic alternative の議論を行っており、realistic alternative は、crown jewels を非関連者に引き渡すはずはなく、これを保持することであるので、これを引き渡したとしても将来のキャッシュフローを含めて算定すべきであり、DCF が適切であると主張したが、租税裁判所は、費用分担契約はそもそも歳入規則が有効として認めており、しかも本契約は経済実質を欠くものではないとして、この主張を排斥している。IRS は、当該欧州子会社をキャッシュボックスであると主張したが、租税裁判所はその傘下にある事業会社を含めて捉え、重要な無形資産を渡すはずはないとみるべき存在ではないと認定している。なお、ここでも ORA の適用にあつて検証対象法人の機能・リスクにかかる事実認定が重要であるように見受けられる。

上記の二つの判決はいずれも租税裁判所は CUT 法を容認し、IRS を敗かせた判決である。わが国の執行上、CUP 法（無形資産にかかる手法が CUT 法）の適用における比較可能性は厳格であり、その適用範囲は狭い。「事前」または「事後」の議論も関係しようか。利益が出ている結果を見てその源泉は技術供与によるものと認定をされやすい。ここに、「事前」の概念を持ち込むと、「はじめから儲かるとわかっていたのでしようという」感性が働き、潜在的コンパラブルとの間では結果が異なるため類似性がなく、CUP 法の適用の余地はないとされてしまうのかもしれない。結果として多額の利益をもたらしていないとみられる技術を比較対象にできないと考える。「事後」でみているからである。米国の執行は「事前」で移転価格を処するため、租税裁判所は、「事前」においては比較可能性があったとみて CUP 法の適用が広がっているとみるべきであろうか。米国財務省の今般の制度改正による対抗策である ORA 概念の規則から法律への格上げは「事前」の概念は崩すことは不可能であるが、これまで「事前」の「契約時点においては似ていたでしようという」一括りで比較可能性を判断され、CUP 法の適用が認められていたとみたことに対し、「事前」の契約時点において単に「似ていたでしよう」ではなく、他の選択肢も取り得たのではないかという検証をいれることにより、「事前」概念に基づく CUP 法の適用の広がりには制限を加えようという思考にもみえる。

なお、1999 年 COMPAC computer 事件においては、租税裁判所は IRS の CPM 分析を排斥し、原告の主張する CUP 法を採用している。CPM 分析によると製造子会社の利益水準ははるかに低くなるはずだという IRS の主張に関し、コウヘン裁判長は「CUP 法が適正に用いられた以上、売り手の利益水準が高すぎるものが CUP 方仕様の妨げになるものではない。」と判示している。これは CUP 法に求められる差異調整が比較的重要な際に関するものである場合においては、ベストメソッドルールを一般にみたすものであるとする米国歳入法規則の考え方と一貫しているように思われる。他方で、移転価格税制の目的である関連当事者間の適正な所得配分が実現されているのか、という観点から疑義があるかであろう。裁判所は現実の取引に基づいて

移転価格を決定することを好ましく考えているように思われ CUP 法の適用が適正であるかどうかは比較可能性の問題に帰着するが、その適正な運用によって適正な所得配分が実現されるか、ということになる。利益法と取引法（特に CUP 法）との相克、利益法の算定の結果スーパーロイヤリティを完全に実施できるのかという論点等について、遅くともこの頃には顕在化していることは確かである。

わが国の執行にあつては、market intangible についても積極的にこれを認定してきた経緯はなく、超過利益が顕在化した結果を見て market intangible を認定し、RPSM を採用した例が少なからずあるという執行であろう。「事前」を TNMM で仕切る執行をどうみるか、取引の正確な認定に基づき、TPM を選択するという BEPS 報告書の考え方を踏まえ、例えば利益分割法にかかる比較的新しい考え方といえる「経済的に重要なリスクの引受けシェア」に沿うビジネスモデル等において、認定評価上の課題が浮上する可能性もあるのかもしれない。日本企業の経営モデルにおいても、いわゆる情報の所在する場所の近くに IP をもっていかなるを得ないとか、商品群ごとの本社と地域統括との意思決定分立等、バラエティが出てくることへの対応という絡みもあろう。

CUP 法の適用について、「OECD 移転価格ガイドライン 2017 版」P.65 パラ 2.17 は「関連者間取引と非関連者間取引とが比較可能であるか否かの検討に当っては、単に製品の比較可能性だけでなく、より広くビジネス上の機能が価格に与える影響に注意を払わなければならない（すなわち、第 1 章の比較可能性を決定する諸要素）。関連者間取引と非関連者間取引の間又はそれらの取引を行う企業間において差異がある場合には、価格に与える影響を排除するために相当程度正確な調整を行うことは困難であろう。相当程度正確な調整を行うという課題があるからといって、CUP 法の適用可能性を形にはめたように除外すべきではない。実際的な考えを採ることで、CUP 法の適用を可能とし、かつ、必要に応じて他の適切な手法による補強が可能となるような柔軟なアプローチにつながる。他の適切な手法はいずれもその相対的な正確さに応じて評価されるべきである。CUP 法においてデータが適切に使用されるよう、データ調整のためにあらゆる努力を払うべきである。いずれの手法についてもそうであるが、CUP 法の相対的な信頼性は、比較可能性を達成するために行う調整の正確さの程度により影響を受ける。」とする。これに対応する 2010 年版パラ 2.16 から記載自体に変更はない。国際ルール上の広がりにはみえない。

また、親会社を主体とする ORA を想定した時、客体である検討対象法人が LRE 以下の機能・リスク限定エンティティであることが必須であるのかどうかまでは判明し難い。

米国以外の裁判例として、2011 年 Alberta Printed Circuits カナダ事件租税裁判所判決は、カナダ当局が、カナダ法人のバルバドス所在の受託製造会社を検証対象法人として TNMM で課税処分を行い、これに対し、納税者は CUP 法を主張していたところ、租税裁判所は、契約条件の検討に加え、DEMPE 機能の開発機能を考慮したうえで、双方がユニークな無形資産を所有し又はこれに寄与していると認定し、TNMM はこのような状況に適用するのに好ましい方法ではないとして、一定の範囲において納税者の主張する CUP 法の適用を認めている。わが国の執行にあつては同じ局面において CUT 法ではなく RPSM や TNMM プラス  $\alpha$  が主張されることが想定されよう。

少なくとも、片側当事者の機能が RLE 以下ではないのに、機能が他方の当事者のそれより比較的単純という理由で、単線的思考で TNMM で処すことへの見直しの示唆があるようにみえる。近々の事実として、2019.2.15 に米国 IRS の APMA 部局から BAPA 申請中の特定の企業に対してリリースされた Functional Cost Diagnostic Model においては、例えば TNMM か RPSM かの TPM の選択に当たって、一通りここでの RPSM モデルを当てはめて分析したうえで、最適な TPM を決定するプロセスを踏ませることを推奨しているようにみえるところである。なお、2019.2.19 の部内連絡において大規模企業調査部局もこれに関して APMA 部局と連携を図る旨の指示がなされているところである。

184

「OECD 移転価格ガイドライン 2017 版」P.24 注書は、「本章の指針及び特にリスクに関する本節は、特定の業種に関するものではない。リスクを負担する当事者がそのリスクに効果的に対応する能力を有していなければならないという基本的な考え方は、保険業、銀行業及び他の金融サービス業にも適用されるが、一方でこれらの規制業種

はリスクに係る取決め及びリスクを認識、測定、開示する方法を定めた規則に従う必要がある。」とする。さらに P.28 パラ 1.70 は、「投資家が自己勘定で資金投資するために、ファンドマネージャーを採用したとする。・・・投資家が、リスク軽減活動を行う権限をファンドマネージャーに与えているからと言って、投資リスクのコントロールが日常的な意思決定を行う者に必ずしも移転しているわけではないという事実を明らかにしている。」とする。

185

金融業として、銀行業・証券業・保険業などがまず想起される。取引の内容としては、「公開 DD」で扱っているローンや保証のみならず、金融商品のトレーディングや顧客に対する営業関連活動等がある。移転価格算定方法としては、業界的に様々な取引データの入手が可能なことを背景として、CUP 法の適用範囲が広いことがまず特徴であり、また役務提供取引に係る TNMM のほか、利益分割法もみられる。また金融業界の特徴として様々な規制が課せられていることが挙げられる。こうした諸規制（銀行法や証券法などの業法やバーゼル規制等の国際規制）の影響を移転価格対応を検討する際に無視しえないケースがでてくる。金融業界の移転価格を純粋な所得配分問題としてみたときに、難しいのが複数拠点が同等の立場で関与する取引、及び金融リスクの負担の問題である。一般に金融業においては資産（保険においては負債）の創出が事業上重要な価値ある活動であるが、こうした活動が一拠点に集約されないことも多い。こうした場合、そうした活動の価値を相対的に評価する必要が生じ得る。所得配分の観点から取引別切出損益を検討しようとする、こうした活動の根本は人の活動であって関連する活動のコストは人件費となることから、人件費の切り分けをすることになり、移転価格問題は難しくなる。また金融取引のリターンを検討するとリスク資本の問題が切り離せない。リスク資本を供給している拠点が PL 上は大きなリスクを負担する中、様々なビジネス上や規制上の理由からリスク資本を供給できる拠点と関連する人的機能がおかれている拠点が一致するとは限らず、移転価格問題を複雑にしていると言えよう。2017 年移転価格ガイドラインの金融業界への影響はまだ整理されていないところであるが、「公開 DD」で無形資産に関するリスク負担の議論が金融取引にも当てはまるという記載があるため、金融業界においてもリスク負担の議論に一定の影響を与える可能性がある。これは既存の PE レポートの KERT 機能の議論と一部オーバーラップするところもあり、注意深く進展を見守ってゆくべきであろう。

186

「訟務月報第 54 巻 4 号 922 ページ 法人税更正処分取消等請求事件 東京地裁平成 15 年（行ウ）第 559 号 平成 18 年 10 月 26 日判決（裁判官 鶴岡稔彦、古田孝夫、潮海二郎）」、及び「太田洋・弘中聡浩・宇野伸太郎稿 タイバーツ移転価格課税事件 東京地裁判決の検討 Vol.30 No.10 国際税務」を参考にさせていただいている。

日本企業 A 社がタイの子会社 B 社に対パーツ建て貸付を行った際の利率に関してなされた移転価格税制に基づく課税処分を適法とする判決を下した。敗訴した原告は控訴しなかったため、同判決はそのまま確定。学会・実務会で強い異論は唱えられていないと評されている。本件貸付は 6 回に亘るものであり利率は年 2.5-3.0%の固定金利、いずれも貸付期間は 10 年間、利息の支払いは年 1 回の後払い、元本は貸付けの 4 年後以降 1 年ごとに 7 回に分けて均等に返済というもの。貸付総額は約 1.3 億タイバーツ。1997 年ごろのタイ国内企業の資金調達方法は、金融機関からの短期借入れが一般的で長期資金の需要に対しては一般的には短期資金の借換え（ロールオーバー）の方法で対処されていたことから、比較可能な個別具体のタイバーツ長期貸付を見出すことができないため、基本 3 法と同等の方法を用いることが出来ない。そこで独立価格比準法に「準ずる方法」と「同等の方法」として、非関連者である金融機関等から本件貸付けと同時期に同通貨による同金額、同期間の借入れをした場合を想定し、これを比較対象取引として独立企業間価格（受取利息）を算定した。具体的には B 子会社が非関連者である金融機関等からスプレッド融資を受けた場合を想定してその金利を求めた。国税当局の想定する融資取引の形態は、スワップレートを調達金利とする、長期固定金利でのスプレッド融資であり、金融機関等がロンドン金融市場においてタイバーツを短期変動金利で調達するとともに、スワップレートによる金利スワップ取引を行うことで、実質的に長期固定金利の資金を調達したのと同様の債務状況としたうえで、この調達金利（スワップレート）に、日本の都市銀行が発表した新短期プライムレートからロンドン金融市場における円の短期調達金利である円ライボー（ロンドン市場での銀行間で行われる短期の貸出し金利で、金融機関等における

円貨の調達金利)を差し引いて算出したスプレッドを加算して、タイ国内のB子会社に貸付けるといふものであると解されている。国税当局の想定する融資取引は、親会社A社の信用力を基準としたものであり、そのこと自体は謙抑性等の観点からして合理性が認められた。原告が取引銀行から円建て融資を受ける際には新短期プライムレートが適用されていたものであるところ、新短期プライムレートは、その銀行の総合的な資金調達コストに一定の利ざや(スプレッド)を上乗せしたものであり、観念的には、円の調達金利に相当する部分と、その余の事務経費等に相当する部分とに分けることが可能であり、従って新短期プライムレートから円の調達金利に相当する部分を差し引いた残余の部分が、原告に対してスプレッド融資を行う場合のスプレッド(利ざや)に相当することが出来るとされた。ここでこのスワップレートとしてはいずれも貸付期間を10年間とし、貸付けの4年後以降1年ごとに7回に分けて元本を均等に返済するという融資取引であったため、本件各貸付けの各元本を返済日毎の7口に分割し、かつ口分につき、それぞれの返済に要する期間年数に対応するレートを適用している。

このように想定したスプレッド融資の金利は、調達金利にスプレッドを加算して算定した金利とされた。この判決によると、更正処分理由として、貸手が銀行等から同様の条件で借りたとして付される場合の市場金利の方法で処分をしたようにみえる。ただ、訴訟段階では国は借手が銀行等から同様の条件で借りたとして付される場合の市場金利と主張している。親会社A社は金融機関でない以上、その調達金利は金融機関の資金調達コストであるロンドン金融市場におけるタイバートの調達金利と同じとは言えず、金融機関の調達金利に金融機関から借入れを行う場合に要するスプレッドが加味されることになる。本件では貸手である親会社A社のタイバートの調達金利が「タイバートのスワップレート+(親会社が円貨で資金調達する際の)スプレッド」で近似的に算定され、それが「独立企業間利率」とされている。スプレッドは借手の銀行の信用力に基づき決定されるため、タイバートベースのそれと、円ベースのそれとでは異なるものではないという前提のもとに、親会社が円貨で資金調達する際のスプレッドを用いていると考えられるとの評価もある。(借手が銀行等から借りたと想定しても親会社の信用力をもってスプレッドを算定すると、結果的に貸手が銀行等から借りたと想定した利率に近似するといえるのであろうか。貸手・親会社の信用力をベースとしても、借手・子会社の信用力をベースとしつつ、謙抑的見地から親会社の信用力を用いたとしても同じことであろう。)

「金利事案判決」において、①外部データをCUPに準ずる方法として使えることを認めたこと、及び②日本の親会社の円余資運用なので円レートの2-3%の利率は適正とした原告の主張を排斥したことの意義も重要である。

また、この「金利事案判決」以外に3つの裁決事例を簡単に紹介しておく。

**2005.9.30 裁決事例**について。本邦親会社は、海外に設立した子会社に対して外貨建て融資を実行した。当該融資の金利に、本邦短期プライムレートを基準にした利率を採用し、その後利息債務を免除した。原処分庁は、当該融資の金利を、スワップレートを基準に、親会社が金融機関から借入をする場合に通常付されるであろう利率に基づき更正をした。裁決は、スワップレートを基準にスプレッドを加算した原処分庁の更正を容認し、利息債務の免除を否認した。利息債務免除にかかる論点については、再建計画書に目標の記載はあるものの、具体的な方法が示されておらず、かつ利息債務免除が再建にどのような効果を及ぼすのか明らかにされていないとの判断である。

**2012.8.1 裁決事例**について。本邦親会社から、経営状況が芳しくないベルギー子会社に対し、ユーロ建て融資(年限2.5年)を実行した。当該融資に、(倒産防止のためやむを得ず)円建て短期プライムレートを適用した。原処分庁は、スワップレートをを用いて更正した。裁決は、原処分庁が適用したスワップレートでの更正を容認し、子会社が債務超過でなく、かつ再建計画も存在しない点で、倒産防止のための相当な理由があったとは認めなかった。銀行預金に対して十分に利益を稼得できる水準であるとする請求人の主張を却下している。また2.5年の融資に2年ものスワップレートを適用している点で、原処分庁の適用利率が控えめに算定されたものと認定し、当該処分を容認している。

**2016.2.19 裁決事例**について。本邦親会社と関連会社は、第三者銀行から米国子会社への長期転貸を前提に日本円融資(～3年2カ月)を取得した。同社は、米国子会社に10年及び20年の年限で当該資金を転貸し、銀行融資の利率を適用した。原処分



庁は、貸付期間に対応するスワップレートに銀行借入のスプレッドを加算した。裁決は、原処分庁が適用した長期スワップレートに借入におけるスプレッドを用いた更正を容認し、請求人の主張する銀行との合意の内容は定かではなく、借入金利は貸付期間と同一機関の金利とは認めなかった。また、スプレッドは主に信用力で定まり、期間の長短では大きく変わらないとの議論を採用した。長期転貸という資金用途につき、銀行との合意があったという主張を却下した。

187 報道によると 2002 年ないし 2003 年頃、米系企業の米国子会社の日本支店は本店を介して親会社に保証料を支払い、国税局は保証料率及び貸付金利を通常より高く設定することで日本国内で得た利益を海外に移転し、課税を免れたとして課税された事案があるようである。過少資本税制に支払保証料を勘案する考え方を導入するきっかけとなった事案との見解もある。移転価格課税とその他の課税が関わり合いを持ち得ることが分かる。

188 再構成・否認について、「OECD 移転価格ガイドライン 2017 版」は以下の通り整理している。

1.121 は、「独立企業原則の下、正確に描写された実際の取引の価格を設定するため、あらゆる努力がなされるべきである。この分析を実施するために税務当局と納税者が利用可能な様々な手段と方法が、ガイドラインの次章以降で示されている。税務当局は、以下のパラグラフ 1.122-1.125 で示す例外を除き、実際の取引を否認することも取引を引き直すこともすべきではない。」とする。

1.122 は、「・・・重要なことは、その取引が独立企業間には見られないからと言って、当該取引が否認されるべきとは言えないということである。関連者は、独立企業よりも遥かに多様な契約を結ぶ能力を有するかもしれないし、独立企業間では見られないか、又はごく稀にしか見られないような特徴を有する取引を締結することがあるかもしれない。また、事実上の正当な理由によりそうする場合もある。取引に関する取決めが、全体としてみると、比較可能な状況においてビジネス上合理的に行動する独立企業が採用するであろう取決めと異なっており、このことが、当事者双方の見通しや取引開始時にそれぞれが実際に利用できた選択肢を踏まえて当事者双方が受け入れ可能としたであろう価格の算定を妨げる場合、正確に描写された取引は否認され、場合によっては、取引が引き直されるかもしれない。・・・」

1.123 は、「分析において極めて重要な問題は、実際の取引が、比較可能な経済状況にある非関連者が合意するようなビジネス上の合理性を有するか否かであって、非関連者が同一の取引を行っているかどうかではない。独立企業間契約のビジネス上の合理性を有する取引を否認することは、独立企業原則の適切な適用ではない。適切なビジネス上の取引を再構築することは、完全に恣意的な行動であり、当該取引がどのように構築されるべきかについて他の税務当局と見解を共有できない場合、二重課税が発生し、不公平が増幅しかねない。取引が独立企業間で見られないという事実だけでは、取引が独立企業間の契約の特徴を有していないということを意味するわけではないことに、今一度、留意すべきである。」

また、これに関し、拙編著「移転価格対応と国際税務ガバナンス(中央経済社、2017)」の P.253、P.254 及び P.270 は、「機能・リスク分析 vs 否認・再構築の議論がある。日本の当局の基本ラインは、多数の国の当局も同様かと思われるが、移転価格税制は企業行動の実態を正確にとらえた機能・リスク分析によって、相当過酷な課題にも対抗でき、一般的に否認・再構築の議論を要しないと認識している。取引の本質として、所得移転目的以外には経済合理性がないというような、非常に過酷な BEPS 事例も想定できないわけではなく、こういうものは否認対応と整理されよう。

今般、取引の否認が明確化された。独立企業間ではみられないかもしれないけれども、商業上の合理性があれば、取引は否認されない。例えば、第三者間ではみられないような受託者の機能が大きい研究委受託も関連者間ではあろうし、マネジメントフィーも第三者間ではあまりないかもしれない。また、独立企業間でも費用分担取決めはあるが、法的な所有権に関して共同出願や地域別管理など何らかの整理がなされていようかと思われ、関連者間の費用分担の取決めのように法的所有権を整理せず計算処理だけで整理することは、みられないのかもしれない。企業グループとして商業合理性があるものは、機能・リスク分析で移転価格を規律する。

Avi-Yonah(2009)は、「内国歳入法典 482 条の目的は、Arm's Length を達成することではなく、納税者の所得を正確に反映して脱税を防ぐことにあり、Arm's Length は

単なる手段・便法に過ぎないとした。Arm's Length は、課税権配分のための不明確な概念であるところ、Arm's Length ならばこういう契約は存在しない等現実の Arm's Length に近似させて配分を決しようとする、移転価格税制の脆弱化を招来するであろうし、非関連者間では締結されない類の関連者間契約であった場合、正確な配分所得を反映させる比較対象を観念することも困難であろう。」と言及している。

189

「金利事案判決」において、原告は「本件貸付けは国外関連取引ではない。本件貸付けは、子会社 B 社の生産設備の取得に充てられたものであり、貸付け開始後 4 年以内に全額が増資という形で資本金に振り替えられているのであるから、実質的には投資であり、出資として扱うのが相当である。」と主張し、これに対し被告は、「本件貸付けは国外関連取引である。原告が子会社 B 社に対し、ローン契約に基づいてタイパーツによる資金を融資したことは事実であるから、仮に本件貸付けが数年後に一括返済され、別途増資がされたとしても、本件貸付けが取引当初にさかのぼって投資となるものではない。」と主張した。裁判所は、「原告と子会社 B 社は本件貸付けに当たり、「Loan Agreement」と題する契約書を作成し、その中で元本の返済、利息の支払い等について明確な合意をしていることが認められるから、本件貸付けは金銭消費貸借であり、対価（利息）の支払いを受ける取引として国外関連取引に該当することが明らかである。原告の言うように、のちに元本の繰り上げ返済により資本金に振り替えられたとしても、その故をもって本件貸付けの性質が取引当初にさかのぼって出資に転じるものではない。OECD ガイドラインのパラ 1.37 で「資金を借りる会社の経済状況を考慮すると、独立企業間ではそのような形での投資は期待できないという場合に、金利付きの負債という形での関連者に対する投資をする場合、... 税務当局は、その経済的な実質に基づいてこの投資を性格付けし、この融資を出資として扱うのが適当であろう。」と述べられているように、仮に、タイ国内企業に対して長期固定金利で貸し付けを行うという経済行為が短期貸付けが一般的であった当時のタイの金融情勢下においては、およそ経済的合理性のない行為であったと認められるとすれば、金利の低さとも相まって、本件貸付けを実質的に「出資」と評価することもできないのではないと考えられる。しかしながら、証拠によれば、平成 9、10 年ごろのタイ国内企業の長期資金授与への対応は、短期資金の借り換えにより延長する方法が主流であったものの、政府系金融機関や米国の保険会社によって長期固定金利貸付けが行われていたほか、ユーロパーツ市場の拡大により、香港島で発展してきたドルパーツの通貨スワップをドル借入れに組み合わせ、実質的にパーツの固定金利長期資金調達とする事例も存在しており、また日本からの資金調達ということ言えば、親会社からタイの現地法人への出資による方法と並んで、親会社からの長期借入（融資期間は通常 5-7 年）による方法も取られていたことが認められる。そうすると、本件貸付け等時において、タイ国内企業に対する長期固定金利貸付けがおよそ経済的合理性のない行為であったということはできず、本件貸付けはその約定通り、金銭の貸付け取引と評価するのが相当である。」と判示する。この点について移転価格税制の適用対象となる国外関連取引は該当しないという結論もあり得たのではないかと、そこまできなくとも本件貸付けは実質的には Convertible bond（転換社債）の引き受けであって、利率が低いことがそれで正当化できるとの結論もあり得たのではないかと、との見解がある。

190

グループ内債権者の現地破産法規等における弁済順位の劣後等であろうか。

191

政府間で見立ててみると、金融ハブの国 UK もそうでない国ドイツもメンバーである。前者にあっては金利をきちんととることが重要である。後者にあっては、他国所在の金融ハブエンティティといっても実際実質的な機能をはたしていなければベリ一比を PLI とする固定的利益で十分であるとの見解もあろう。借手及び貸手双方の言い分を聞くことは重要である。

192

契約条項に関し、書面による契約書の条件は、他の書類、当事者の実際の行為、及び比較可能な状況において独立企業間の関係を支配する経済原則と併せて検討すべきである、とする。一般原則に倣う。今後、関連者間契約の締結は、移転価格実務において、取引事実の正しい認定を自ら主導し、紛争を合理的に解決する最重要キーとなる。

193

貸手の機能には、通常、融資に内在するリスクの分析と評価、事業資金の投資能力、融資条件の決定、融資の組成と契約書の作成、継続的な管理及び融資の見直しが含まれる、借手の機能には、通常、期限どおりに元本と利子返済を行うための資金の確保、

必要に応じた担保の提供、そして融資契約に基づくその他の義務をモニタリングし履行することが含まれる、とする。

194 優先（シニア）ローンや担保付ローンは、信用力が相対的に高いため一般に金利は低くなる。劣後（プラス優先株）ローンは、信用力が相対的に低いため一般に金利は高くなる。年限はマーケット次第であるが、一般的には長い方が金利は高い。固定金利か変動金貨に関しては、マーケット次第であるが、固定金利の方が一般には高い。通貨は各通貨のベースレートによる。転換権（新株予約権付社債）を投資家が保有する場合、一般に金利は低くなる。親会社による保証は、子会社向け与信の信用力が向上するため、一般に金利は低くなる。

195 金融取引を認定するために重要な経済的状況として、中央銀行の貸出金利や銀行間基準金利、金融市場における事象（信用危機等）、通貨の相違、法令による規制や制限などのマクロ経済の動向がある。ライボーのインターバンク 18 行に 2 邦銀が入っている。インターバンクレートは上の 4 行、下の 4 行をカットし、10 行の平均を用いる。金利によって商品価値が決まる商品があり、マニピュレート、談合の不正が生じた。ライボー改革が行われ、2021 年にはライボーがなくなる。2020 年以降、開発途上のツールが出てきて、移転価格イシューが発生するかもしれない。会計が決まらなると移転価格が分からない。ヘッジ取引がどうなるのか、ディスカウントレートのベースのライボーが変わるとフルヘッジではなくなる模様である。1%=100BP、0.1%=10BP、0.5%は 50BP。

196 重要な事業戦略の例として、事業局面として、拡大（合併や買収）か安定的な事業運営か、MNE グループのグローバル資金調達方針、既存の借入及び株主持分の資本政策等が挙げられる。MNE グループのグローバル資金調達方針に関しては親会社の財務部が子会社が銀行からお金を借りるときの手続きについて決済できる金額のリミットを決めたり、担保制限を課すことがある。また金融子会社が関連ローンを出すとき、貸付先の資金繰り等を手取足取り管理していくことも考えられる。貸しているのは金融子会社であっても貸付先の関連者の資産を管理しているのは本店のグローバル財務部であることもある。資本政策に関しては、経営企画がリードすることも多い。デットエクイティについて財務レバレッジをかけすぎないように指導することも多い。また、エクイティで出すとお金がいつ返ってくるのかかわからず、貸付であれば元本利子が確実に返ってくるので貸し手の資金繰りをみることも大事である。おおらかにエクイティでやっていたが、親会社の資金繰りが持たないために貸付けに変更することもある。また、経営成績を図るため ROE や ROCE の基準を公平化するために子会社群のデットエクイティ比率を均衡化しようという考えも想定されよう。

197 前述注 183 のとおり、Option realistic alternative 概念を米国は内国歳入法第 482 条に格上げしている。米国 IRS は昨今 Internal CUP 法の採用により租税裁判所で敗訴している。IRS は Internal CUP があったのに何故敗訴リスクがありながら他の手法による課税に踏み込んだのであろうか。視野を狭めて検証対象法人のコンパラブルをみると、Internal CUP（金融取引でなくても Internal CUP の候補はあるであろう。取引内容だけをみると Internal CUP をとれる可能性がある。一般論として金融取引ではそうであろうが、無形資産取引についてはより判断が難しいとは言えよう。）が採用される可能性がある事案がある。IRS は企業の事業目的として例えば、本当に費用分担契約を行う必要があったのであろうか、という疑念を抱いたようにみえる。関連者間取引においては税目的が事業目的に取り込まれ、区別しようがないという実態もあろう。このとき、費用分担契約の option realistic alternative を考えるのが有効と考えたのであろうか。取引が存在すること自体がおかしくないのか、再構成や否認は出来ないが、Internal CUP を崩したいとする理屈付けにおいて Option realistic alternative という議論を起こしたのであろうか。

198 一般に関連者間ローンにおいては無担保貸借取引が多いようにみえる。子会社に担保価値を有する資産がある場合、担保を考慮した低い値決めをするのか、担保を考慮しない高い値決めをするのか、関連者間ではどちらでもできる。担保を考慮しない高い金利設定を行ったときに本当にそんなことをするのか、借手が経済合理性の判断をするなら担保を入れて低い金利を払った方が良いだろう、という見方もできる。しかしながら、代替的なもう 1 つの選択肢が取り立てて良いのかは分からない。担保を設定するコストもかかる。また将来第三者銀行からお金を借りるときに既に担保を供していることから、潜在的コストもかかる。結局はあまり差がないのではないかと、という

議論もあろう。

199 「金利事案判決」において、原告は、金融機関の行う貸付けにおいては常に調達コストを考慮する必要があるのに対し、一般企業の行う貸付けには、調達コストを要しない手持ち資金の貸し付けも有りうるものであり本件貸付けもそのようなものであったため、その両者を単純に比較することは不当である旨主張していた。これに対し、判決は、「一般企業の手持ち資金なるものも様々なコストをかけて得られたものであることが通常であるし、その運用にあたって金融機関による融資に準じた融資を含めて様々な運用手法がありうるのであるから、手持ち資金の貸付けであるから調達コストを考慮する必要はないと断定することは困難であり、むしろ、あるべき標準的取引価格を求めようとする独立企業間価格の算定に当たっては、特段の事情がない限り、融資取引の代表例である金融機関による貸付けを基準とすることにも十分な合理性があるものというべきである。」と判示して、原告の主張を排斥している。合理的判断である。

200 貸借に一般には規制はないであろう。

201 金融取引では、ほかの移転価格実務では普通みないリスクに焦点が当たる。デフォルトリスクをローンや債務保証の裏で考えないといけない。お金を貸すとき、一番考えるのは信用リスクであり、どのくらいのレートで貸すのかも影響を受ける。信用のヒストリーがものをいうのが米国社会であり、ヒストリーが良いと住宅ローン金利も安くなるし、過去に不払いがあるとそもそもクレジットカードを持たせてくれない。企業にとっての資金繰りにも影響を与える。

202 いずれにしても格付けの根っこは法人格付であるといえる。また、一般に銀行へ格付けと一般事業会社への格付けは、ビジネスモデルが異なるため、比較可能性はないというべきである。デフォルト確率カーブが全く違うといえよう。

203 同一の信用格付けを有する企業であっても、信用力に多少の差異があるため、四分位レンジ等幅を設けることを考えないといけない、格付けを得るための財務データが移転価格の影響を受けて妥当かどうかかわからない等の指摘もあるが、ここまで悲観論に立つと、寧ろ当局の課税において不確実性が増すこととなろうとの見解もある。

204 例えば、Moody's RiskCalc。「公開 DD」は商用信用格付けツールの評価を一定程度詳しく述べている。上場企業ではない、格付けを取得していない法人も移転価格課税の対象となる、という背景があろう。

205 日本銀行ワーキングペーパーシリーズ。格付格差の現状と背景：依頼格付と非依頼格付、レーティング・スプリット No.07-J-3 2007年3月

[https://www.boj.or.jp/research/wps\\_rev/wps\\_2007/data/wp07j03.pdf](https://www.boj.or.jp/research/wps_rev/wps_2007/data/wp07j03.pdf)

206 「OECD 移転価格ガイドライン 2017 版」P.55 パラ 1.157、パラ 1.158、パラ 1.159、パラ 1.162、及び事例 2、さらに P.255 パラ 7.13 参照。

「金利事案判決」において、原告（親会社）の信用力を基準に金利を算定することが許容されるのかという争点について、「B 子会社は設立後まもなく、金融機関等からの借入実績がないことから、少なくとも原告の信用力を上回ることはないとの前提で、原告の信用力をもとに金利（スプレッド）を算定しており、謙抑的な想定として合理性が認められる。」と判示している。

207 2017 年 Chevron 事件豪州連邦控訴審裁判所判決においても、親会社による受動的関係・黙示の支援が認められているといえよう。上記判決は、米国グループ本社 A 社の豪州子会社 X 社はその米国子会社 B 社から、無担保・無保証でお金を借りて、元本の 9%の利息を支払っていたが、これが高すぎるとして否認された事件についてのものである。B 社は、A 社の保証を受け、利息 1.2%で CP を発行し、資金を調達している。X 社から B 社への利息支払いは源泉非課税、X 社・B 社間はチェックザボックス規則の適用により非課税を取得しており、二重非課税状況であり、B 社から X 社への配当は豪州で非課税、当局からは租税回避とみられた可能性はあろうが、移転価格税制の規定である 136 条 AD で利息 9%の契約条件が否認された。X 社と同様の条件に独立当事者を置いたと仮定した場合に利息が高すぎると認定された。X 社の「X 社が借りているのは無担保・無保証で、A 社が仮にいないとすれば、9%くらい利息をとっても問題ない」という orphan 理論に基づく主張を、「非現実的であり、X 社は A 社という親会社がいる状況、それに独立当事者を置いて検討すべき」と判示した。

208 実態として、関連者間ローンや親会社保証の場合を除いては確たるグループメンバー信用格付けは必要ではないので、一般に厳格に定められているわけではない。主体と

- 209 しては親会社のほか、金融統括会社が傘下の子会社の格付けを行う場合もあろう。  
「OECD 移転価格ガイドライン 2017 版」P.21 パラ 1.49 は、「・・・状況によっては、  
取引としては認識されていない多国籍企業グループの商業上又は財務上の関係によ  
って、実質的な価値の移転が生じているかもしれず、この場合、契約条件は当事者  
の行動から描写する必要がある。例えば、技術支援が行われている場合、意図的に統  
合された活動（D.8 の議論のとおり）によりシナジー効果が生じている場合、又は派  
遣された従業員によってノウハウが提供されている場合等である。これらの関係は、  
多国籍企業グループ内で認識されることも、他の取引価格に含まれることも、書面契  
約に正式に記載されることも、会計システムに入力されることもないかもしれない。  
取引がはっきり明確化されていない場合、各当事者によってどの機能が実際に果たさ  
れたか、どの資産が実際に使用されたか、実際にどのリスクが引き受けられたかと  
いった点を含めた当事者の行動に係る利用可能な証拠からあらゆる点が描写される  
必要がある。」とする。
- 210 親会社の格付けはスタンドアロンだけではなく、マネジメントにインタビューを行う  
等、定性判断を入れているので、必ずしもモデル定量化だけで判断しているわけでは  
ない。従い、信頼性がその分は高いとの見解があろう。
- 211 第三者間融資契約と比べて多少緩やかといえようか。
- 212 一般に事業会社が第三者に貸付けを行うことはないであろうが。
- 213 コストアプローチといっても、利子を支払う企業が所在する国の当局としては、コス  
トとして何でも入れて良いという判断にはならないであろう。
- 214 無形資産のライセンスロイヤリティの算定においても、比較対象取引が無い場合、理  
論的な脆弱さはあるものの、コストアプローチを採用される場合もある。関連者間  
ローンにおけるコストアプローチは、無形資産のライセンスロイヤリティの算定にお  
けるコストアプローチ採用より透明性は高いといえよう。資金用途を明示することな  
く、銀行からお金を借りることは実際困難であるため、用途の属性からくる償還可能  
性リスクをコストが反映しているのであれば意味はあるものといえよう。わが国移転  
価格事務運営指針 3-7 (2) で示す手法とは異なるものである。
- 215 CUP 法（独立価格比準法）とは、関連者間取引において移転された資産又はサービス  
の価格と、(実質的に同一であると認められる状況下で) 比較可能な独立企業間取引に  
おいて移転された資産又はサービスの価格を比較する方法である。OECD ガイドラ  
インにおいて、価格に大きな影響を及ぼすような差異があってはならないとされてお  
り、もし、そのような差異が存在する場合、価格に影響を与えるような重大な差異に  
対する調整は正確に行われなければならないとされる。原則論はコンパラブルを厳し  
くみていくということであろうが、借手が実際に借りていないので難しい面もある。
- 216 「金利事案判決」における、比較対象取引が実取引ではないことに関連する争点及び判  
示事項を抽出すると以下の通り。(イ)比較対象取引は実在することが必要か、という  
争点について、「...当該実在の取引を比較対象取引とすることを原則とするが、そのよ  
うな取引が実在しない場合において、市場価格等の客観的かつ現実的な指標により、  
国外関連取引と比較可能な取引を想定することができるときはそのような仮想取引  
を比較対象取引として独立企業間価格の算定を行うことも準ずる方法の同等の方法  
として、許容する趣旨と解するのが相当である。」と判示している。(ロ)課税庁の想定  
した比較対象取引は融資形態として合理性があるか、との争点について、「スワップ  
レートを調達金利とする長期固定金利でのスプレッド融資は、本件貸付けが行われた  
平成 9、10 年ごろの日本においても経済的合理性のある貸付け手法として十分に実在  
する余地のある取引であった。被告が採用したロンドン金融市場におけるスワップレ  
ートは、実際に金融市場に提示されて金利スワップ取引の対象とされているレートで  
あり、銀行間での各種通貨の調達金利はいずれの金融市場においてもほぼ同一水準と  
なっているものと認められること...からすると、被告が...上記スワップレートを採用  
したことには合理性が認められる。」と判示し、さらに、「被告が採用したスプレッド  
について、原告が取引銀行から円建て融資を受ける際に新短期プライムレートが適用  
されていたことから謙抑性の観点から B 子会社の場合も親会社の信用力があること  
を前提に考えたうえで、この新短期プライムレートから円ライボーを円の調達金利と  
して差し引いた部分をスプレッドと考えることについても合理性がある。」と判示し  
ている。(ハ)課税庁の適用した金利に経済的合理性があるか、との争点について、原告  
は年利 2-3%の適正利息を徴収しており、損はないにもかかわらず、被告の言うように

年利 10-19%もの利息を徴収しなければならないとするのは経済的合理性を欠くと主張したのに対し、判決は原告の採用した年 2.5-3.0%の利率は、「当時のタイ国内の商業銀行の預金利率の水準や、先物為替レートに基づく返済元利金の円換算額の計算結果により、経済合理性を欠いた極めて低率なものであると言わざるを得ない。」と判示している。

217 渡辺裕泰著『ファイナンス課税第2版』（有斐閣、2012年）P.284より。「国債を用いた算定については...、国家の信用リスクと民間企業の信用リスクは異なるはずであるので、信用リスクについては比較可能性の考慮を免除されているものと考えられる。しかしながら、このような国債の利回りを利用した算定は、日本では認められているものの、取引相手国の税務当局から問題とされる可能性があるので注意を要する。例えば、日本法人が相手国の関連会社から借入を行う際、国債の運用利回りを用いて移転価格を算定すると、国債の運用利回りは通常は民間企業の借入利率よりも低いので、相手国の税務当局が、その国における関連会社が独立企業利率を下回る利子しか受け取っていないと主張する可能性がある。」

218 リスクフリーレートは実務的にライボーというが、バリュエーションの世界では少し違う。割引率を出す際に、リスクフリーレート+リスクプレミアムという議論を行い、ここでリスクフリーレートに国債利率を使うことがある。

219 わが国の銀行、商社等の大企業においてはブルームバーグを活用していることが多いといえよう。

220 提供されているローンの具体的な特徴、取引に関与する法人が引き受けている経済的に重要な責任、契約条項に関する分析（契約が存在しない場合も含めて。どのような責任・リスクや利益が発生するのか。）、市場環境の差異によって価格設定に影響が生じる可能性（市場の所在する地域、市場規模、競合相手、購買力、政府による規制等）、及び異なるビジネス戦略（市場への参入、市場の拡大等）が価格設定に影響を与える可能性等について高度の説得力をもつことが要件となる。

銀行は取引データを持っているが、比較対象をとるための実務は困難。銀行はクライアントにお金を貸すときにほかの案件との兼ね合いがあり、例えば、別途に為替取引もあるので金利を低く設定する等の業界特有の慣行があり、実取引の CUP 法を用いることが難しい。

221 貸手に銀行借入れがあればそれを用いるし、貸手に銀行と決済上のお付き合いしかなくとも、銀行に自分の信用力で借りたらどうでしょうか、とヒアリングを行う努力を求められる。結果、貸手の信用リスクに基づく金利が ALP の相場の一部を構成しているようにもみえる。しかしながら、実務はほぼ確実に貸手のリスクに、信用リスクを直感で、若干、例えばプラス 10bpt 上乗せてしているところがあり、親会社である貸手が借り入れた場合に得られるであろう利率にプラスアルファで上乗せ計算している。つまり、事務運営指針 3-7 の(2)といいつながら内容的に(1)に近づけているといえよう。すでに(1)といえようか。

222 変動金利（例えばローンコネクタ）＝指標金利（ライボーやタイボー等の銀行間金利。格付けは影響せず、信用力を反映しない。）＋スプレッド（格付けはここに影響する。格付けが低いとスプレッドは高く、格付けが高いとスプレッドは低い。）。固定金利（例えばロイターズエイコンまたはブルームバーグ）＝一定水準（格付けが低いと金利は上がり、格付けが高いと金利は下がる。）。このようにして変動金利も固定金利も格付けに応じて変動する。ロイターズエイコン、ブルームバーグ、及びローンコネクタ等がどこまで使えるのかは、データがあるのかどうかポイントであり、フィナンシャルインスツルメントがあるのか。公募債利回りがデータとして収録されているのかにかかってくる。例えば、南アフリカ通貨建て固定金利ローンがデータとして収録されていなければテイラーメイド方式でやるしかない。まずは南アフリカ通貨建てリスクフリーの固定レートを求める必要がある。一定以上の国の通貨であれば銀行間レート、すなわち変動金利指標は存在する。一般には同通貨建ての変動金利と固定金利のアービトラージャが存在し、リスクフリーレートのスワップレート（固定金利）が取得されるはずである。リスクフリーでの固定レートが取得できたとして、次に南アフリカ子会社の信用力で借りたとした場合のスプレッドを算出する必要がある。南アフリカ通貨建てで借りた信用力と円で借りた信用力でも普通には同水準にあるかと思われるので（通貨が違うのにスプレッドまで同じかという疑わしい。金利のベースが異なるからである。）、円で借りたと割り切ることもできよう。その場合、長期のス

プレッドが存在するかもしれないし、しないかもしれないが、しないとした場合には、なにがしかの方法で短期のプレッドを入手し、そこから類推することも考えられる。一定のデータがあれば、アービトレーションのモデルを使って南アフリカ子会社の信用によるプレッドを理論上算出することは可能である。モデル上の話なので、信じる・信じないというところであるが、理屈として破綻しているわけではない。ちなみに、現地や日本の銀行は短期貸しのテーブルは持っているはずだが、そもそも厳格なものでない可能性があり、そこで限界に達する可能性はある。究極的には親会社の信用で借りる円長期プライムレート（大企業にとっての事実上の実勢レート）から円のライボーを差し引くやり方に行きつく可能性はある。「金利事案判決」で認容された手法は円の長期プライムレートではなく、円の短期プライムレートを使っている点で、より謙抑的であったという評価もできるのであろうか。円長期・短期プライムレートは存在し、これを適用することは、相手国当局は受け入れるであろうし、わが国の裁判例においても謙抑的であるとしつつ、容認された考え方であり、実務上通例となるのではないだろうか。

223 OECD 移転価格ガイドライン第 4 章においてバイまたはマルチのセーフハーバーを記述する可能性もあろう。低付加価値イントラグループサービスにおけるセーフハーバーの策定も困難であったという経緯もあり、容易ではないのかもしれない。インドはサービスマークアップにかかる、豪州は販売会社の OM にかかるセーフハーバーを策定しているところではある。

224 2010 年 Conoco Philips Norway 事件控訴審判決について。多国籍企業グループが運営するゼロ・バランスのキャッシュプーリングに参加しているノルウェイ子会社の受取利子が過少であるとして、移転価格課税が行われた。国税当局は、キャッシュプーリングは多国籍企業でなければ行えず CUP 法はそもそも妥当しない、寄与度に応じた利益分割法を主張し、これに対し、納税者は非関連者である銀行の預金金利より高いので独立企業間価格であると主張したところ、第一審裁判所及び控訴裁判所も国税当局の主張を適法とし、最高裁も上告を受理していない。

「OECD 移転価格ガイドライン 2017 版」P.57 パラ 1.162 は、「重要なグループシナジーが存在し、それがグループの意図的な協調活動（deliberate concerted group actions）に起因する可能性がある場合、このようなシナジーの便益は、一般に、シナジー創出に対する貢献に応じて、グループのメンバー間に配分されるべきである。」とする。

225 2002.5.24「保証料率事件国税不服審判所裁決」（裁決事例集 63 集、P.454）について。原処分庁は、審査請求人である X 社と 100%出資のオランダ子会社 C 社との間の、キープウェル契約書、保証予約念書、及び経営指導念書（Letter of Awareness）などの取引は役務提供に該当するとしうえで、平成 3 年から平成 7 年までの各事業年度について原処分庁の主張する本件算定方法により算出された保証料額を独立企業間価格とし、実際に支払われていた保証料額との差額を課税する処分を行った。子会社 C 社は、債券の発行及び銀行等からの借入れにより、資金を調達し、良質な債券の購入、融資により、その資金を運用することを業としている。本裁決は、キープウェル契約の締結は保証取引とは契約形態は異なるものの、この契約の締結により、請求人は債券購入者に対して実質的に保証があったとした場合と同程度の法的責任を負い、その結果として子会社 C 社は本件保証取引における保証があった場合と同等の格付けを取得し、債券を発行することが可能になったと認められるとし、保証取引と見做して独立企業間価格を算定することは相当であると認めた。他方で、保証予約念書及び経営指導念書の差し入れについては、金融機関等に対して保証と同等の法的責任を負っているということとはできないとして、これを保証取引とみなして独立企業間価格を算定することは相当でないと裁決した。裁決は役務提供取引の有償性判断の根拠を請求人が負担する訴訟等による法的責任追及のリスクの相違に求めている。

226 2010 年カナダ連邦控訴裁判所の保証料にかかる裁判例がある。カナダ子会社が発行する社債を親会社の GE キャピタルが保証し、その対価としてカナダ子会社は社債の額面の 1.0%の保証料を親会社に毎年支払っていた。カナダ税務当局は、カナダ子会社は GE キャピタルグループの中核子会社であるため、明示の保証がなくとも（受動的関係・黙示の保証により）スタンドアロンとしても親会社と同じ格付けとなるべきとし、従いカナダ子会社は親会社の保証によって便益を受けていないため、保証契約は経済的に無意味・保証料の支払いは不要と認定し、移転価格税制によって契約条件を



否認して全額否認・課税した。カナダ裁判所は、カナダ子会社がスタンドアロンと推定したとき、親会社格付け (AAA-) はあり得ないと考え、カナダ子会社が独立企業であった場合の格付けを (BBB-/BB+) の 3 ノッチ下と推定し、カナダ子会社が GE キャピタルグループに属していることを考慮して (受動的関係・黙示の保証があるものという考えに基づき)、推定格付けを 3 ノッチ引上げ、この格付け (BBB-/BB+) と親会社の保証によって得られた格付け (AAA-) の 9 ノッチ差に基づき (受動的関係・黙示の保証の対象部分については課税しない)、親会社の保証によって社債の利率は最大 1.8% 低くなつたと認定し、独立企業間の保証料率は 1.0% 以上であるとして課税処分を取り消した。グループシナジーの重要な判例である。

受動的関係・黙示の保証を認めるかどうかについては各国税務当局や専門家によって意見が分かれる事情 (カナダ、豪州等は許容する、日本も結果的に許容している、米国は一般にはリラクタント。アウトバウンド取引では、スタンドアロンベイシスの算定は増収に動く。OECD は金利の支払いを少なくする方向で書いており、パッシブアソシエーションを積極的に認める立場のように見える。これに対し、現状肯定型は、利子の支払いは多くていいのではないか、損金算入を制限することはどうかと考える向きもある。) が、これまでであったといえるのではなかろうか。

銀行はどう考えるのであろうか。親子間のきずなを信用しない、それを認めるとしても考慮しないでスタンドアロンベイシスで貸し出す。スタンドアロンのスタンスをとる銀行としてもどちらのタイプもあり得よう。親子間のきずなを考慮したレートを出したとしても、いざデフォルトが発生した時に親が何も面倒をみないこともありうる。このリスクを銀行がとることになる。受動的関係・黙示の保証を認めるかどうかについて見解の相違がいくばくかあったにせよ、格付けの差を用いて保証料率を導くアプローチに対する異論はみられないであろう。

「OECD 移転価格ガイドライン 2017 版」パラ 1.167 事例 2 は本事例を単純化しているように見える。OECD は、受動的関係・黙示の保証は対価性が無いと整理している。子会社の格付けの基準点はスタンドアロンの格付けである。これは実務上財務状況を入力し、ツールに基づいて例えば BB- となったとする。銀行は単独で本当に貸すのかどうか、貸さないこともある。実際には、親会社から保証料をとって貸している。そこで銀行は子会社の格付けをどうみたのであろうか。受動的関係・黙示の保証により子会社の格付けが BBB- に 3 ノッチ上がったとみたのであろうとし、保証をした親会社の格付けが AAA- だったとした場合、上昇した 12 ノッチに当たる部分のうち、3 ノッチ分について対価性が無いとして 9 ノッチ差分について対価性ありという整理をしているものである。

227 第三者間でも保証をもらっても何も変わらないケースがあるのかないのか。銀行が子会社 A 社にお金を貸して親会社 B 社の保証を取ったとする。銀行のコベンツをみると A 社以外の関連の C 社、D 社がデフォルトを起こすと A 社にはお金を貸さないと書いてあるとする。ここで B 社の保証とは何の意味があったのであろうか。明確なベネフィットが認識できない場合には保証料を払わなくてもいいというのが理屈である。この認定は難しいものとなるだろうか。コベンツの明示があれば難しくないか。しかしこのコベンツ一つをもって事実認定できるのか。

228 コスタアプローチでは流動性プレミアム・資本コストが考慮されていないという言い方もできよう (流動性プレミアムについては、期間に応じたコスト回収はある程度できるのではなかろうか。)

主流ではない。デフォルト確率差として例えば 5 Basis point という期待損失がある。デフォルトが起こっても全額が返ってこないとは限らない。残余財産を法的に処分していくらか返ってくることもあり、リカバー率を考える必要がある。

2002.5.24 「保証料率事件裁決」における原処分庁が適用した独立企業間価格算定方法は、①格付け別、経過年数別に、米国格付け会社 2 社が発表する債券の累積デフォルト確率のデータをもとに、各経過年数間の累積デフォルト確率の差を各年ごとのデフォルト確率であるとみなして、その現在価値が本件取引期間を通して均等となるようなデフォルト確率 (「年間デフォルト確率」) を計算し、②C 社が請求人から保証取引による保証を受けないで、あるいは保証類似と認定されたキープウェル契約の存在を明示しないで発行するとした場合の無保証債券格付けを BBB と認定したうえで (当時原処分庁においては、国際的な移転価格の議論の進展の状況からして、受動的関係・黙示の保証を明確に認識していたのであろうか。スタンドアロンの格付けを認識して



高率の保証料率差異をもって課税することは移転価格課税の矩を超えるという判断をしたのであろうか。)、C社と請求人のそれぞれの債券の格付けに対応する年間デフォルト確率の差を保証料率とし、③この保証料率にC社の債券の額面総額、または借入金額及び本件各事業年度に占める保証日数の割合を乗じて算出した保証料をもって、本件各取引にかかる独立企業間価格であると認定した。「独立価格比準法に準ずる方法と同等の方法」である。裁決では、原処分庁からは金融市場の参加者が本件算式を用いて保証料を算出したことを示す証拠資料の提示はなく、また審判所が金融市場の主要な参加者である銀行、証券会社、及び損害保険会社の複数を対象に調査したところによっても本件算式を保証料の算定に用いたとの答述も得られず、本件算出により保証料を算出した取引を確認することはできないとし、独立価格批准法に準ずる方法と同等の方法であるということではできないとした。さらに審判所は独自に平成元年8月から平成2年11月までの期間について、銀行による保証取引を調査し、0.1%という銀行保証料率を把握した。しかし、キープウェル契約の締結等は本件各保証取引と異なり、平成3年以降も行われているが、銀行保証料率は、平成3年以降、銀行に特有の事情によって保証料率が2~3倍に上昇していた。このため、かかる要素を考慮に入れて、差異を調整する必要があるところ、一般的には銀行に対するBIS規制の影響、または銀行における保証のリスク管理、コスト意識の変化などによるものと言われていると認められるが、定かではなく、いずれの銀行保証取引についてもそれを比較対象取引とした場合における差異の調整の要否及びその定量化のための足りる資料を入手できなかったため、平成3年以降のキープウェル契約の締結については独立価格比準法に準ずる方法と同等の方法を採用することができず、またその他政令で定める方法を採用する余地はないとして、平成3年以降については移転価格税制の適用を否定した。この裁決においては、親会社が子会社の債務を保証する場合に子会社から親会社に対して保証料を支払うべきであることを当然の前提としている。

229 借手において格付けごとに利子費用の金利レートの差がある。金利はトリプルAが低く、トリプルBは高い。発行体のデフォルトする割合が高ければ、利子費用金利が高くなるという相関性があり、デフォルト確率を保証料率のスプレッドに転換した表を用いる。スプレッドの差のうち、どのくらい保証率を取るものであろうか。例えば80bpというスプレッドを全て親会社・保証人が保証料として取ると、借手にとっては外部から保証したことと同じになるので、実務的には半分 or 3/4 の掛値をつけて保証料を取っている。

230 渡辺裕泰著『ファイナンス課税第2版』（有斐閣、2012年）P.63より。「クレジット・デリバティブとは、信用リスクをデリバティブという形式で移転するためのデリバティブ取引である。信用状態に連動したデリバティブを用いれば、クレジットリスクを移転することが出来るし、それを仕組債の形にすればクレジットリスクを分散することができ、その一つがクレジット・デフォルト・スワップ（CDS）である。第三者の発行する債券（「参照債券」）に関し、債務不履行が発生すると、現金の支払いまたは債券の受渡しが行われるような取引であり、クレジット・デリバティブの中では最も一般的な商品となっている。保証取引と異なり、参照債券の発行者とスワップ等の購入者の間に、具体的な取引が存在しているかどうかは問われない。言い換えると、スワップ等の購入者が参照債券発行者に対する債権者であろうとなかろうと、スワップ等を買うことが出来る。」

第三者とCDSを行って作った債務を元本に対してプレミアムを求める。保証者は誰でも良い。保証料と見て、スワッププレミアムをベンチマークとする。銀行が貸すとき保証してくれる代わりにCDSで2%支払うということ。CDS市場は存在するので、理屈としては出来るが、誰をも惹きつけるものではなく、実際それほど使われてはいない。ほとんど使われていないアプローチである。他人が貸付をするときに債務保証する会社が現れる例。例えば、A邦銀がB外銀に融資をする際、高いリターンを求めるためにハイリスクの見返りとして高い利子を取るわけであるが、A邦銀がC投資銀行に保証をしてもらい、C投資銀行に保証料率を支払い利子を軽減する例も考えられる。この例では、C投資銀行が借手であるB外銀のことをA邦銀より良く知っており、リスク決断をしたということである。CDSアプローチにおいてはデータの入手可能性が低く、また流動性コストは考慮されていない。

231 渡辺裕泰著『ファイナンス課税第2版』（有斐閣、2012年）P232-235より。「キャプティブは、特定の親会社等（グループ会社を含む）のリスクを専門的に引き受けるた

めに、当該親会社等により所有され、管理されている保険会社である。例えば、日本の法人が、ルクセンブルクに損害保険子会社を設立し、当該損害保険子会社から保険サービスを受け、それに対して保険料を支払う。これは、経済実質的には、自家保険のための積立金と同じであるが、法形式において異なる。自家保険だと準備金の積み立てを行っても課税対象となってしまうが、キャプティブ保険会社という他の会社への保険料支払いという外形を作り出すことにより、(否認されなければ) 損金算入を受けることが出来る。キャプティブのメリットとして、一般の保険会社では情報格差が大きく、保険引受けが困難なリスクでも、子会社であることで情報格差を排除することができ、保険化の可能性が高まると言われている。また、自社リスクをキャプティブというグループ企業に保有させることによって、企業自らが積極的にリスクマネジメントに真剣に取り組むようになり、企業内にリスクマネジメント意識を醸成できるというメリットがあるともいわれている。さらに、一種の自家保険による、コストの低減及び利益の内部化も図れる。キャプティブには、親会社ないし親企業グループから保険を元受するキャプティブと、再保険を引き受けるキャプティブがある。キャプティブは、日本国内でも法律上は設立できる。しかしながら、実際には、国内にキャプティブを作っても、再保険会社は保険事故が起きてても査定しないのが普通であるが親子間の元受キャプティブだと事故についての査定が信用できないという理由で、国内キャプティブから再保険に出再するのは難しいと言われているようである。従って日本国内のキャプティブは設立されておらず、日本企業は海外のキャプティブしか作っていない。また、日本の保険業法 186 条は、日本の企業が国内のリスクについて海外の保険会社と直接に保険契約を結ぶことを禁止している(海外直接付保の禁止)。これは資本の自由化が問題となった折に、海外直接付保を認めるとわが国の保険は海外の保険会社に全部取られてしまうのではないかということで入れられた規定である。この規定があるため、海外元受キャプティブも設立されていない。フロンティング会社から、海外のキャプティブに再保険に出すことは、海外直接付保禁止の適用除外となっているため、日本の企業が使っているキャプティブは、海外の再保険キャプティブだけということになっている。...キャプティブの課税においては、キャプティブがタックスヘイブンに所在する場合、タックスヘイブン税制が適用されるか否かも大きな問題となるが、最も基本的な問題はキャプティブの親会社が支払う保険料の損金算入が認められるかどうかである。」

わが国では CFC 税制で取込み、現地の課税を外税控除で容認する仕組みである。現地の法人税率が低いとすると、現地での課税所得が気になるところであり、そこに移転価格課税が働く。

232 アンダーライティングファンクションは、保険のケイパビリティ・機能があるのでリターンを得られるという KERT の一つである。保険は元々色々な機能を外注する業界であった。UK で発達した保険業界においてそういう業態は残っている。再保険取引においてプロフィットコミッションは特有の慣行である。先行きの利益があまりに読めないため生じた慣行といえよう。

233 再保険料率の Internal CUP をとれる場合がある。第三者に出す Quarter share の場合、全く同じ内容となるため、比較対象取引となりえる。ただ、当局としては利益配分の結果にコミットする傾向がある。また、引受けリスク・イベントリスクの確率を見つつ、例えば現地バミューダの独立の保険会社の再保険料率を求め、例えば PLI を ROC とする TNMM で検証する External CUP の考え方もあるだろう。現地には保険専門のコンサルタントもある。上述の Internal CUP を補完する手法としても活用し得る。

234 例えば、バミューダ所在の独立保険業者の第三者間再保険取引が見つかれば、その料率をもってして移転価格を定めれば足りるようにも思われるが、適切なコンパラブルがなければ資本調整が必要となるのであろうか。ただディスアドバンテージ調整をすることに疑問無しとはしない。

## 第7章 国際的組織再編成に係る内国歳入法典 367 条の要請

### —対外的 (outbound) 取引を中心に—

関西学院大学法学部教授

一高 龍司

#### 1. はじめに

本稿は、内国歳入法典 367 条の内容とその特徴を、その基本的な要請の理解に必要な範囲で記述することを目的とする。米国は 2017 年 12 月の法改正 (TCJA) で、内国歳入法典上の国際課税に関する準則を改めた。税率の 21%への引き下げという「最も重要な国際課税上の改正<sup>235</sup>」を果たす一方で、無形資産の国外移転には、BEAT (IRC§59A) や GILTI (IRC§951A) を通じた独自の課税強化がなされた。加えて、移転価格税制 (IRC482 条) の改正との整合を果たしつつ、無形資産の国外移転の重要な手法の一つである国境を越える現物出資等や組織再編成に係る課税上の扱いに関連して重要な修正を行った。国境を越える組織再編成の課税上の取扱いは、国内的な組織再編成の基本的な扱いの土台の上に、国境を越える取引の場合の規制や修正を加えて成り立っている。米国法上、国境を越える組織再編成の課税上の取扱いを直接規律するのが内国歳入法典 367 条である。

以上の理解に立ち、筆者は、昨年度の本報告書において、米国の組織再編成や現物出資等に係る税制の基礎 (分割を除く) を説明した上で、内国歳入法典が、TCJA により、無形資産の対外的な移転をより抑制するべく改正されたことを伝えた<sup>236</sup>。ただ、内国歳入法典 367 条およびその下での財務省規則の詳細は前稿で触れなかった。そこで本稿では、367 条の内容を、制定法と規則の定め即してより詳しく確認したい<sup>237</sup>。

とはいえ、367 条の内容は広範にわたる。大別すれば、同条は、対外的 (outbound) 取引に係る規律 (IRC§367(a),(d),(e)) と、対内的 (inbound) 取引と外国法人間 (foreign to foreign)

235 Stephen E. Shay, The U.S. International Tax Reforms: Competition and Convergence, Pay-offs and Policy Failures, 46 Intertax 905, 906 (2018).

236 一高龍司「国際的組織再編成に関する米国連邦所得税上の取扱い—要点と最近の動向」青山慶二『グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方—BEPS プロジェクトの重要積み残し案件の棚卸し検証—』(21世紀政策研究所、2018年)160頁。なお、この論文(前稿)174頁において「現実的選択肢の理論は、今も内国歳入法典 482 条に明記されていない」という記述があるが、TCJA を経て、同理論を反映する定めもまた、482 条後段(第三文)に明記されるに至っている。この点で前稿は不正確であり、この場を借りて訂正させていただきたい。

237 367 条の考察を含む我が国の先行研究として、岡村忠生・岩谷博紀「国外移転に対する実現アプローチと管轄アプローチ—インバージョン (inversion) 取引を中心に」岡村忠生編『新しい法人税法』(有斐閣・2007)285頁、吉村政穂「国際的組織再編をめぐる課税問題—日米比較を中心に—」租税法研究 36 号(2008年)45頁、中村繁隆「国際的組織再編税制の展開」租税法研究 40 号(2012年)95頁などを参照。

の取引に係る規律（IRC§367(b)）から成る<sup>238</sup>。本稿は、利益移転の問題への興味関心から、前者の対外的取引に係る基本的扱いにほぼ焦点を絞る。ここで対外的とは、財産の地理的な移動ではなく、米国法人から外国法人に向けた移転を指す（対内的の意味はこの逆）。なお、本稿も、前稿と同様に、現物出資等に加え、組織再編成としては、合併（及びその類似取引）、株式の交換、実質的に全ての資産を子会社に移転する取引のみを扱う<sup>239</sup>。一般に、取得法人（A 法人）が、A 株式（または A 法人の親会社の株式）を対価として提供し、被取得法人（T 法人）の資産（と負債）または T 株式を取得する取引が、本稿の念頭にある。

## 2. 内国歳入法典 367 条の定め

### （1）対外的取引

まず内国歳入法典 367 条の基本構造から確認する<sup>240</sup>。367 条(a)(1)は、「332 条[清算分配]、351 条[現物出資等]、354 条[組織再編成上の株式の交換]、356 条[boot がある場合]、または 361 条[組織再編成上の財産の移転]との関係で、米国の者が、外国法人に財産を移転する場合は」、利得の非認識扱いを適用しない旨定める。つまり、現物出資や組織再編成により、財産を移転する米国の者に認められるはずの利得の非認識（不認識、tax-free、課税繰延べ）の扱いは、財産の移転先が外国法人である場合（対外的移転）には否定され、課税を受けることになる。これが 367 条の一般原則である。

#### <囲み 1 内国歳入法典 367 条(a)(1)の一般原則>

米国の者が、清算分配、現物出資等、組織再編成との関係で、外国法人に財産を移転する場合は、当該外国法人は法人であるとは考えられない。その結果、利得の非認識の扱いが適用されない（つまり利得は認識される）。IRC§367(a)(1); Treas.Reg. §1.367(a)-1(b)(1).

内国歳入法典 367 条の起源と目されているのは、1932 年歳入法の 112 条である<sup>241</sup>。ここでは、対外的な組織再編成や株式の交換に際しての利得の非認識を認める一方で、現行法と同様に、譲受け側が外国法人の場合はこれを法人とは考えられないとし、ただ、かかる交換等が、租税回避を主たる目的の一つとしたものでないことが、取引に先立って、内国歳入長官の満足を得る程度に立証される場合は、この限りではないとされていた（同条は 1954 年法で 367 条として引き継がれた）<sup>242</sup>。これにより、対外的移転に際し利得の非認識の扱いを受けるには、IRS の確認（ルーリング）を要するものとされてきたが、この手続は 1984

238 Samuel C. Thompson, Jr., *Impact of Code Section 367 and the European Union's 1990 Council Directive on Tax-Free Cross-Border Mergers and Acquisitions*, 66 U. Cin. L. Rev. 1193, 1215 (1998).

239 分割とパートナーシップの権利が絡む取引も考察の対象から除く。

240 一高・前掲注 236、172-174 頁でも述べた。

241 Robert J. Staffaroni, *Size Matters: Section 367(a) and Acquisitions of U.S. Corporations by Foreign Corporations*, 52 Tax Law. 523, 525 (1999).

242 *Id.* at 525.

年の改正で廃止され、さらに同年の改正では、移転財産が米国外における営業または事業の能動的遂行で利用される場合を除き、利得を認識する扱いとされた<sup>243</sup>。そして、TCJAにより、能動的事業での国外利用の場合に利得の非認識を維持する定め（改正前 367 条(a)(3)）は廃止された<sup>244</sup>が、後述のように、財務省規則において、能動的事業遂行要件は、米国法人株式の対外的移転に際しての利得の非認識の要件の一つなどとして維持されている。

ところで、この一般原則には、制定法上の幾つかの例外ないし特例がある（IRC§367 (a)(2),(4) and (5)）。例外・除外に加え、財務省規則への譲歩が重なり難解であるが、その要点を下記の囲み 2 に示す。

### < 囲み 2 外国法人株式等の移転に係る例外・特例 >

- (1) 財務省規則に定める範囲を除き、交換・組織再編成の当事者である外国法人の株式の移転には、上記の 367 条(a)(1)の一般原則を適用しない（つまり利得は非認識）。IRC§367(a)(2)。
- 361 条(a)または(b)の交換（361 条交換）<sup>245</sup>には、この適用除外が及ばない（よって利得を認識）。ただし譲渡人（法人）が 5 人以下<sup>246</sup>の米国法人に支配（80%以上所有）<sup>247</sup>される場合は除く（よって利得は非認識）が、財務省規則に定める取得価額調整その他の条件に従う。IRC§367(a)(4)。
- (2) 財務長官が規則で指定する財産の移転に、367 条(a)(1)の一般原則は適用されない（利得は非認識）。IRC§367(a)(5)。

外国法人（組織再編成の一方当事者）の株式が対外的に移転される場合に、それが 367 条(a)(1)の適用を免れる（非認識扱い）かどうかは、結局のところ規則の定め次第である。加えて、場合によっては、5 人以下の米国法人で譲渡人を支配しているかどうかも重要となる<sup>248</sup>。

なお、367 条の適用上、1 以上の者が外国法人に対し出資として財産を移転し、当該出資者が、移転の直後に当該法人の全議決権株式の 80%以上を保有する場合は、当該外国法人の株式（移転財産の時価に等しい価値を有する）を対価とする当該財産の交換として扱われねばならない（IRC§367(c)(2)）<sup>249</sup>。

### （2）対内的取引等

続いて、332 条[清算分配]、351 条[現物出資等]、354 条[組織再編成上の株式の交換]、355

243 *Id.* at 526-530.

244 一高・前掲注 236、173 頁参照。

245 組織再編成の当事者である法人が他の法人の株式・証券のみを対価として財産を交換した場合（IRC§361(a)）と、このような法人が他の種類の対価（いわゆる boot）を受ける場合（IRC§361(b)）。

246 80%以上の所有（議決権と株価）関係のある関連グループ（affiliated group）は 1 法人として扱われる。IRC§367(a)(4)。

247 議決権と株式数の 80%以上を保有する関係（IRC§368(c)）。

248 Rufus von Thulen Rhoades and Marshall J. Langer, U S. International Taxation and Tax Treaties, §17.02 (footnote 614 and accompanying text), available at LexisNexis.

249 内国歳入法典 355 条の分配（同条に係る 356 条の分配も）は交換として扱われる（IRC§367(c)(1)）。

条[被支配法人株式の分配]、356条[bootがある場合]、または361条[組織再編成上の財産の移転]における交換で、367条(a)(1)に定める財産の移転（つまり米国の者から外国法人に対する財産の移転）がないもの場合は、外国法人は法人と考えられる（IRC§367(b)(1)）。したがって、たとえば、米国A法人が外国T法人の実質的に全ての財産を取得し、A株式を対価として移転するC型の組織再編成（IRC§368(a)(1)(C)）<sup>250</sup>において、A法人側では新株発行に際し課税を受けることはなく（IRC§1032）、T法人側でも法人として非認識の扱い（IRC§361(a)）を受けられる<sup>251</sup>。

もっとも、租税回避を防止するのに必要かつ適切な財務省規則の定めがある場合は除かれる（IRC§367(b)(1)）。ここでの財務省規則には、米国の者による外国法人株式の売却または交換に関する定めが含まれねばならない（IRC§367(b)(2)）<sup>252</sup>。これを受け、財務省規則では、外国法人（その議決権株式の10%以上を米国の者が保有）の株式を当該米国の者が譲渡した場合の譲渡益に係るみなし配当（IRC§1248(a)）や、外国法人の清算分配に伴う国外資産を米国株主が取得する場合に非認識とする扱い（IRC§332）等との関わりについて、設例に基づく詳細な定めを置いている（Treas.Reg.§§1.367(b)-2, -3）。かように、367条(b)が扱うのは主に対内的取引（または外国法人間の取引）であり、本稿の焦点ではない。

### （3）無形資産の対外的移転

財務長官が規則で定めるところによるほか、米国の者が、351条[現物出資等]または361条[組織再編成上の財産の移転]に定める交換に際し、無体財産（intangible property）を外国法人に移転する場合、当該無体財産の移転に367条(a)は適用されず、367条(d)に定める特例（囲み3参照）が適用される（IRC§367(d)(1)）。

#### <囲み3 367条(d)の定め>

(1) 米国の者は、移転した無体財産の生産性、使用または処分に応じた支払金を対価として、当該無体財産を売却したものとして扱われる。その対価は、当該財産の使用可能期間にわたり年次で、あるいは後に処分される場合は当該処分時に、受けたであろう金額を合理的に反映することを要する。その金額は、当該無体財産に帰すべき所得に相応するものでなければならない（所得相応性基準）。  
IRC§367(d)(2)(A).

→所得相応性基準の適用上、財務長官は、最も信頼可能な手段であると判断する場合には、無体財産の移転の評価を、総合して（on an aggregate basis）、または、当該移転に代わる現実的選択肢に基づいて（on the basis of the realistic alternatives）、行うことを要求するものとする。IRC§367(d)(2)(D).

250 一高・前掲注236、167-168頁参照。

251 Thompson, *supra* note 4, at 1241.

252 ここでの規則には、(1)利得が直ちに認識され、あるいは金額が配当として直ちに総所得に算入される状況、(2)利得や他の金額が株主の総所得に算入されるのが後の日まで繰り延べられる状況に加え、(3)E&P（利益剰余金）、株式（証券）の取得価額、資産の取得価額に係る調整について定める規則が含まれる。IRC§367(b)(2)(A),(B).

- (2) ここで総所得に算入される金額は通常所得 (ordinary income) とされ、外国税額控除の適用上は使用料と同様に扱われる。IRC§367(d)(2)(C).
- (3) 定義上、無体財産には特許権、著作権等の一般的な項目のみならず、のれん、継続企業価値、人員 (IRC§367(d)(4)(F)) も含まれる。

米国の納税者が、367条(a)(1)の適用を回避する前述のルーリングを IRS から得つつ、無体財産を無税で国外に移転する問題に対処するべく、1982年の改正で367条(d)が導入された<sup>253</sup>。当初は、属領法人から外国法人への無体財産の移転を、367条(a)の適用上、租税回避を主たる目的の一つとするものとして扱い、移転時の含み益を課税に取り込む定めであったが、84年の改正で、米国の者から外国法人への無体財産の抛出を広く課税に取り込むようになり、さらに、内国歳入法典482条への所得相応性基準 (super royalty 条項) の導入と合わせ、同基準を取り込む改正が86年になされた<sup>254</sup>。無体財産の定義 (旧IRC§936(h)(3)(B)) 自体も82年改正で拡張されたものの、なお人員等を含むのれん的要素はこの定義に該当しないとの解釈が有力で、抜け穴と見られてきたが、TCJAでこれを塞ぐべく、「のれん、継続企業価値または人員」が定義に追加された<sup>255</sup>。後の2018年3月の改正<sup>256</sup>で、936条の廃止に伴い、367条(d)(4)で自律的に定義されるようになっている。

これにより、米国の者 (組織再編成等による無体財産の譲渡人) T が毎年度所得に算入すべき金額は、当該財産の使用の対価として適切な独立企業間の価格とされ、内国歳入法典482条に従って算定される。支払を擬制される金額は、実際の支払額をそこから控除して求められ、米国内源泉の通常所得として扱われる (Treas.Reg. §1.367(d)-1T(c))。無体財産の使用可能期間が20年を超える場合は、T法人は所得の算入期間を20年に限定する選択を、無体財産の移転時に行うことができる (Treas.Reg. §1.367(d)-1(c)(3)(ii))<sup>257</sup>。

T法人が、無体財産の対価として受け取った譲受人A法人 (外国法人) の株式を、無体財産の使用可能期間内に非関連者 (10%未満の所有関係) B法人に譲渡した場合は、同時に無体財産についても譲渡したものとして扱われる。この場合、T法人は、かかる譲渡時の無体財産の時価と、無体財産の当初の移転時の帳簿価額との差額を、米国内源泉の利得として認

---

253 Bret Wells, Revisiting Section 367(d): How Treasury Took the Bite Out of Section 367(d) and What Should Be Done About it, 16 Fla. Tax Rev. 519, 523-525 (2014).

254 *Id.* at 525-529. See generally, Lorraine Eden, Puerto Rican Transfers and Section 936, 9 Tax Notes Int'l 37 (1994).

255 一高・前掲注236、174頁。

256 Pub. L. 115-141, Mar. 23, 2018, 132 Stat. 1207.

257 ここで擬制される使用料額は、譲受人 (外国法人) の E&P を減じるほか、Subpart F 所得の計算上は CFC の損金として扱われる。Treas.Reg. §1.367(d)-1T(c)(2)。なお、一般に、暫定規則は発遣日後3年で失効する (IRC§7805(e)) 決まりであり、本暫定規則を含めて本稿が参照する367条に伴う暫定規則の多くがこの意味では失効しているが、現実には IRS が依拠する可能性が高いとされる。Rhoades and Langer, *supra* note 14, §17.01 (footnote 3 and accompanying text).

識することが要求される (Treas.Reg. §1.367(d)-1T(d)(1))<sup>258</sup>。

同様の状況で、もし T 法人が A 株式を関連者 (10%以上の所有関係) である米国の者 (C 法人) に譲渡したならば、C 法人は、本来 T 法人が受けるべきみなし使用料を受ける権利を取得した<sup>259</sup>ものとして扱われ、T 法人であれば所得に算入すべき金額を、使用可能期間にわたり米国源泉の通常所得として C 法人の所得に算入することを要する (Treas.Reg. §1.367(d)-1T(e)(1))。T 法人はこの場合も、上述の差額計算による無体財産の譲渡益を認識すべきこととなるが、譲渡益の計算上、C 法人に移転した使用料を受ける権利に係る部分が除かれる<sup>260</sup>。

A 法人が、無体財産の使用可能期間内に、当該無体財産を非関連の者 (D 法人) に対して処分した場合、T 法人は、当該処分時の当該無体財産の時価と、当初移転時のその帳簿価額との差額に等しい金額を、米国源泉の利得として認識することが要求される。T 法人は、A 法人による無体財産の処分までの間は、482 条に従った上述の擬制支払額の認識を求められる (Treas.Reg. §1.367(d)-1T(f)(1))。なお、A 法人による無体財産の譲渡先がその関連者である場合は、T 法人が認識すべき利得の要請には影響しない (Treas.Reg. §1.367(d)-1T(f)(3))<sup>261</sup>。

T 法人は、T 法人に関する以上の扱いに代えて、所定の条件 (囲み 4 参照) を満たす場合に限り、選択により、当該財産の移転時に、その時価と帳簿価額との差額に等しい金額を米国源泉の通常所得として認識することも可能である (Treas.Reg. §1.367(d)-1T(g)(2))。

内国歳入法典 482 条 (移転価格税制) との関係では、まず、無体財産の現実の売却とライセンスには 482 条が適用されるのであって、367 条(d)は適用されないが、無償での国外関連者に対する移転や、経済的実質から大きく乖離した見せかけの売却・ライセンス、株式を対価とする交換 (351 条または 361 条の交換) の場合は、専ら 367 条(d)の適用を受けることになる (Treas.Reg. §1.367(d)-1T(g)(4))。

367 条(d)の適用を回避することを主たる目的の一つ (a principal purpose) として、T 法人が無体財産を一旦別の米国 E 法人に移転し、当該米国 E 法人の株式を国外の関連法人 A に移転する形式を採ったとしても、T 法人は直接 A 法人に当該無体財産を移転したものとして扱われる。E 法人に対する財産の移転が、E 株式の A 法人に対する移転の前 2 年以内に生じているときは、かかる主たる目的の存在が推定される (Treas.Reg. §1.367(d)-1T(g)(6))。

---

258 B 法人は、当該無体財産を時価で購入し、同時にそれを A 法人に 367 条(d)の適用のない取引で抛出したものとみなされる。そのため、A 法人の無体財産の取得価額はその時価となる。A 株式に係る B 法人の取得価額の計算上、B 法人の支払った対価は当該無体財産には割り当てられない (Treas.Reg. §1.367(d)-1T(d)(2))。

259 C 法人が複数の場合は、A 株式の所有割合に応じた権利を取得したものとして扱われる。擬制収益についても同様である。

260 なお、C 法人がさらに別の関連者に A 株式を転売した場合は、C 法人が当初の無体財産の移転者であると見て、同様のルールを適用する。Treas.Reg. §1.367(d)-1T(e)(1)(iv)。

261 米国の者 (T 法人または C 法人) が認識する擬制支払額のうち未収部分には未収勘定を置き、翌年度以降の 3 年度末時点で A 法人が未払のままであれば (利子や貸倒損失は考慮されない)、A 法人による支払いと A 法人に対する出資 (二段階の取引) が擬制される (Treas.Reg. §1.367(d)-1T(g)(1))。



#### ＜囲み 4 当初移転時の差額に対する通常所得課税を選択するための条件＞

以下の(i)から(iii)のいずれかを満たす。

- (i) 当該無体財産が営業上の無体財産 (operating intangibles) <sup>262</sup>である。
- (ii) 譲受人 (A 法人) の設立国で事業を遂行する条件として同国の政府より当該無体財産の移転が法律上要求されるか、あるいは同国政府による差し迫った接収の脅威により移転を余儀なくされる。
- (iii) (a)～(e)の全てを満たす。
  - (a) A 法人の設立後 3 か月以内に、設立時の計画に従い、A 法人に対して当該無体財産が移転される。
  - (b) 移転の直後に T 法人が A 株式の 40%以上 60%以下 (議決権と時価) を有する。
  - (c) 移転の直後に A 株式の 40%以上 (議決権と時価) が外国の者 (T 法人の非関連者) に保有されている。
  - (d) 無体財産が、A 法人が T 法人から移転を受けた財産の 50%以上 (時価ベース) を占める。
  - (e) 無体財産が、米国外での営業または事業の能動的遂行上利用されるものであって、米国内での生産、利用または消費との関連で利用されるものでない。

#### (4) 完全な清算に伴う分配等

332 条が適用される完全な清算 (80%以上所有親会社への清算分配) に関しては、財務省規則に定めがある場合を除き、分配を受ける親会社 (=80%被分配者 (337 条(c)) が外国法人の場合は、337 条(a)と同条(b)(1)の適用 (分配側・被分配側の双方での損益の非認識扱い) はない (IRC§367(e)(2)) <sup>263</sup>。つまり利得は認識されるが、規則上、米国での営業または事業で使用される財産の分配 (Treas.Reg. §1.367(e)-2(b)(2)) や、外国法人から外国法人への清算分配 (Treas.Reg. §1.367(e)-2(c)) は、所定の条件の下で非認識扱いを受ける特例がある。また、損失の認識は、認識される利得の範囲に留められる (Treas.Reg. §1.367(e)-2(b)(1)(ii)(B))。なお、米国法人の清算分配に関しては、いわゆる主要目的テストに基づき、租税回避防止のために利得の認識が要求される可能性がある (Treas.Reg. §1.367(e)-2(d))。

なお、財務省規則の定める範囲において、米国の者が、払込剰余金または出資として、外国法人に財産を移転する場合で、367 条(a)(1)に掲げる交換に該当しない取引に関し、かかる移転は、当該財産の時価に等しい金額を対価とする売却または交換として扱われ、譲渡人は、当該財産の時価と帳簿価額との差額を利得として認識する (IRC§367(f))。

262 「営業上の無体財産 (operating intangibles)」とは、定義上、無体財産 (旧 IRC§936(h)(3)(B)) のうち、非関連者間では、通常その利用に応じた対価でライセンスや移転がなされない種類のもの (例、長期の購入契約、長期の供給契約、調査、研究、顧客リスト) を指す (Treas.Reg. §1.367(a)-1(d)(6))。

263 355 条に定める分配 (米国法人が、米国の者以外の者に対して行う分配) の場合も、財務省規則の定めに応じ、367 条の原則に類似する原則に従い利得が認識される (IRC§367(e)(1))。

### 3. 内国歳入法典 367 条(a)に基づく規則の要請

以上から明らかなように、367 条の具体的要請の多くが財務省規則に明示的に委任されている。以下では、367 条(a)の内容を明らかにするべく、規則の定めをそこでの設例の幾つかを参照しながら見ていくこととする。なお、規則の定めの中で大きな比重を占めているのが、組織再編成等の中で移転される株式の扱いである。以下では、株式の対外的移転を中心に整理する。

#### (1) 367 条(a)(1)の交換における株式（証券）の対外的移転

##### ① 概要と例外

米国の者が、組織再編成等において外国法人に株式（証券）を移転すれば（以下、本稿は株式のみを想定する）、上述のとおり本来なら内国歳入法典 367 条(a)(1)に従い譲渡益が認識されることになるが、これには、財務省規則に定める 4 項目の適用除外（囲み 5 参照）がある（Treas.Reg. §1.367(a)-3(a)(1),(2)）。

#### <囲み 5 367 条(a)(1)の適用除外>

- (1) 354 条または 356 条（組織再編成の一方当事者に係る株式と他方当事者に係る株式の交換等）の交換のうち、E 型組織再編成（recapitalization, IRC§368(a)(1)(E)）において、米国の者が外国法人の株式を移転する場合
- (2) 354 条または 356 条の交換のうち、368 条(a)(1)における資産の組織再編成（asset reorganization）<sup>264</sup>で、米国の者が、米国法人または外国法人の株式を移転する場合（後述の間接的な株式の移転（indirect stock transfer）に当たらないもの）
- (3) 361 条の交換のうち、逆三角合併（IRC§368(a)(1)(A) and (a)(2)(E)）で、米国の合併法人が、組織再編成の計画に従い、外国法人に親会社株式を提供する場合、または
- (4) 354 条または 356 条の交換のうち、米国の者が、三角型組織再編成（Treas.Reg. §1.367(b)-10）において、その親会社株式と交換で、T 社（三角型組織再編成の他方の当事者<sup>265</sup>）の株式を移転する場合（所定の条件に該当するもの<sup>266</sup>）

(1)の E 型組織再編成は、単一法人内での資本構成の見直しであり、例えば、債券の金銭による弁済に代えて優先株式を発行する、優先株式の 25%に代えて無額面普通株式を発行する、普通株式と交換で優先株式を発行する、などがこれに該当する（Treas.Reg. §1.368-2(e)）。

264 組織再編成（IRC§368(a)(1)）のうち、内国歳入法典 361 条の適用のある財産の移転を伴うものを指す（Treas.Reg. §1.367(a)-3(a)(2)(ii)）。

265 Treas.Reg. §1.358-6(b)(1)(iii)。

266 T 株式に係る譲渡益で、本来なら 367 条(a)(1)に基づき認識される金額（後述の間接的な株式の移転に関するルール=Treas.Reg. 1.368(a)-3(d)に従う）が、みなし分配額（Treas.Reg. §1.367(b)-10）で配当額として扱われる金額（IRC§301(c)(1)）と、同様に譲渡益として扱われる金額（IRC§301(c)(3)）の合計額より小さいことが条件である。Treas.Reg. §1.367(a)-3(a)(2)(iv)。

次に、(2)に関し、たとえばD型組織再編成（IRC§368(1)(a)(D)）<sup>267</sup>で、A法人が、T法人（いずれも米国P法人の100%外国子会社）の全資産を取得し、P法人が、354条の下で、T株式を手放し、A株式の30%を（T法人の株主として）受け取る場合、この組織再編成は間接的な株式の移転（後述）には当たらず、したがって、P法人による354条の下でのT株式の移転（A株式を対価とする）は、367条(a)の適用を受けない（Treas.Reg. §1.367(a)-3(d)(3)Ex.16）。

三角合併は、子会社を合併法人とする合併（換言すれば、合併の対価として親会社株式が提供されるもの）であり、逆三角合併とは、取得側のA法人を消滅させ、逆に取得の対象となるT法人を維持し、Tの株主（TP）が、A法人の親会社（AP）株式と引き換えに、T株式を移転するものである。三角型の組織再編成は、組織再編成の定義（B型・C型組織再編成の場合）または特別の定め（IRC§368(a)(2)(D)。A型組織再編成の場合）により許容され、逆三角合併もA型組織再編成の適格性を失わない（IRC§368(a)(2)(E)）<sup>268</sup>。

そこで、囲み5の(3)に従い、たとえば逆三角合併において、A法人（米国の者）による親会社（AP）株式の移転に際し、AP株式の含み益については、直ちに課税を受けないと考えられる。

囲み5の(4)が当てはまる状況はやや複雑だが、たとえば次のような例（Treas.Reg. §1.367(b)-0(b)(5)Ex.）が当てはまるであろう。米国P法人（上場会社）は、US1（米国100%子会社）とFS（外国100%子会社）を所有し、US1はFT（外国100%子会社）を所有している。FSは市場でP株式を取得し、FSがFTを吸収合併（三角合併）する。US1はFT株を移転し、FSからP株式を取得する。この場合に、US1はその親会社P株式を見返りに、FT株式を移転するため、囲み5の(4)にいう所定の条件を満たす限り、この適用除外に該当する。

## ② 外国法人株式の移転

財務省規則§1.367(a)-3(e)に定める場合（=361条交換）を除いて、外国法人株式の移転（米国の者から外国法人に対する移転で367条(a)(1)の適用を本来受けるもの）は、以下のいずれかを満たす場合は、367条(a)(1)の適用を受けず、利得は認識されない（Treas.Reg. §1.367(a)-3(b)(1)）。

つまり、第一に、米国の者（譲渡人）が移転の直後に保有する譲受人（外国法人）に係る株式が、その全議決権と時価総額の5%未満であるか、または、第二に、移転の対象となった外国法人株式に関し、5年の「利益認識合意（gain recognition agreement）」（以下GRAと略称する）を締結する。

267 一高・前掲注236、168頁参照。

268 一高・前掲注236、169頁参照。

## < 囲み 6 外国法人株式の外国法人向け移転が非認識扱いとなる 2 条件 >

- (1) 361 条交換でない、かつ
- (2) 譲渡人（米国の者）が、移転の直後に、譲受人（外国法人）の 5%未満所有者（議決権と時価）である、または、5 年の利益認識合意（GRA）を締結する

なお、前述のとおり 361 条交換とは、同条(a)または(b)にいう交換である（Treas.Reg. §1.367(a)-7(f)(8)）。よって一般に、組織再編成において T 法人（米国の者）が A 法人（外国法人）に移転する財産として外国法人株式が移転される場合は、ここでの非認識の対象から除かれ、後述の特例が適用される。

一般に、被支配外国法人（CFC）に係る株式が、同法人の議決権の 10%以上を有する株主（米国の者）によって売却・交換される場合は、売却益のうち当該 CFC の E&P（利益剰余金）から成る部分は、配当として当該株主の総所得金額に含まれる（IRC§1248(a)）。

例えば、米国法人 DC が、その CFC である FC1 の株式（取得価額 50、時価 100）を、非関連の外国法人 FC2（外国の個人が 100%所有）に、B 型組織再編成（IRC§368(a)(1)(B)）の交換として移転し、見返りに FC2 株式（議決権の 20%）を取得し、FC1 株式の譲渡益には上記 1248 条の配当額 30 が含まれるとする（Treas.Reg. §1.367-3(b)(2)(ii)Ex.）。この場合、DC は、GRA が無ければ、FC1 株式の譲渡益 50 のうち 30 を総所得として、20 をキャピタルゲインとして認識することになる。他方、GRA を締結した場合は、30 は直ちに認識されて FC2 株式の取得価額に加算されるが、残余の 20 は非認識の対象となる（Treas.Reg. §1.367-3(b)(2)(ii)Ex.(iii)）。GRA については後述する。

### ③ 米国法人株式の移転

財務省規則§1.367(a)-3(e)に定める場合（=361 条交換）を除いて、米国の者が、米国法人（米国 T 法人）の株式を外国法人に移転し、本来なら 367 条(a)(1)の適用を受ける（利得が認識される）ときでも、米国 T 法人が所定の申告義務を満了し<sup>269</sup>、かつ囲み 7 の 4 要件の全てを満たす場合は、なお 367 条(a)(1)の適用を受けない（Treas.Reg. §1.367(a)-3(c)(1)）<sup>270</sup>。

269 米国 T 法人が申告義務を負う情報は、当該取引の説明、譲渡人（米国の者）が対価として受ける外国法人（譲受人）株式の額、米国 T 法人が交換の直後に有する譲受人（外国法人）株式の額など多岐にわたる（Treas.Reg. §1.367(a)-3(c)(6)）。

270 米国 T 法人の株式（証券）を移転する者は、米国の者であると推定される（Treas.Reg. §1.367(a)-3(c)(2)）。

## < 囲み 7 米国法人株式の対外的移転に関し非認識扱いとなる条件 >

- (1) 米国譲渡人 (US transferor)<sup>271</sup>が対価として受ける外国法人 (譲受人) の株式が、その全議決権と時価総額の各々 50% 以下である。
- (2) 米国 T 法人の役員またはその 5% 以上所有株主 (いずれも米国の者) が、移転の直後に所有する外国法人 (譲受人) の株式 (対価として受けたか否かを問わない) が、全体として、議決権と時価で各々 50% 以下である。
- (3) 米国譲渡人が、譲受人 (外国法人) の 5% 以上所有株主 (移転の直後) である場合は、当該米国譲渡人が、米国 T 法人株式に関する GRA を締結している (5% 以上所有株主でなければ不要)。
- (4) 譲受人 (外国法人) 側での能動的事業要件 (Treas.Reg. §1.367(a)-3(c)(3)) を満たす。

これらは基本的に客観的な要件であるが、能動的事業要件はやや抽象的である。同要件は、さらに以下の 3 要件から成る。すなわち、(1)移転の直前の 36 か月にわたり譲受人 (外国法人) 等<sup>272</sup>が、所定の 3 基準に適合すること、(2)移転時に、譲渡人も譲受人 (外国法人) 等も当該事業を実質的に処分または停止する意図を有しないこと、および、(3)実質テストを充足すること、である。(1)の 3 基準としては、(a)営業または事業 (trade or business)、(b)能動的遂行 (active conduct)、および、(c)米国外、という要素を判断する (Treas.Reg. §1.367(a)-2(d)(3),(4),(5))。(a)一般に、営業または事業とは、「利益目的で遂行される独立の経済的企業を構成する (構成しうる) 特定の統一された一団の活動」であり、かかる活動には、企業が利益を稼得しうる過程の一部または一段階を構成するあらゆる操業を通常含まなければならない。一般に、(b)では、役員または従業員が実質的な経営上および管理上の活動を行うことを要し、(c)では、主要な経営管理上の活動が米国外でなされ、かつ移転の直後に当該資産が米国外に所在することが求められる。(3)の実質テストは、譲受人 (外国法人) の時価が、米国 T 法人の時価以上であれば充足されるものと推定される (Treas.Reg. §1.367(a)-3(c)(3)(iii)(A))。なお、譲受人の時価評価に際し、事業の通常の過程外で過去 3 年以内に取得された資産は、当該資産が受動的所得を生じるものではなく、かつ、実質テストの充足を第一の目的として取得されたのでない場合にのみ考慮される (Treas.Reg. §1.367(a)-3(c)(3)(iii)(B))。

なお、理論的ではあるが、かつて、ここでの能動的事業要件が、TCJA で廃止された旧内国歳入法典 367 条(a)(3)と、現在の同条(a)(5) (囲み 2 参照) のいずれに基づくものかとい

271 米国 T 法人株式を移転し、対価として譲受人 (外国法人) の株式を受ける米国の者。Treas.Reg. §1.367(a)-3(c)(5)(v)。

272 譲受人のみならず、その適格子会社 (当該譲受人が 80% 以上議決権と時価で保有する子会社 (外国法人)。Treas.Reg. §§1.367(a)-3(c)(5)(vii) または適格パートナーシップ (当該譲受人がパートナーとして能動的かつ実質的な管理機能を有するかまたは 25% 以上資本と利益を有するもの。Treas.Reg. §1.367(a)-3(c)(5)(viii)) についても、この要件を満たす必要がある。本文の能動的事業要件の(2)の要件についても同様である。

う点について議論があった<sup>273</sup>。前者の廃止後も、能動的事業要件がここで維持されていることからすると、少なくとも現在では、後者に基づくものであると考えられる。

#### ④ 間接的な株式の移転

米国の者が、354 条または 356 条（組織再編成の一方当事者に係る株式と他方当事者に係る株式の交換等）に従い、所定の三角型組織再編成において、米国法人株式または外国法人株式を移転し、対価として外国法人（または三角型の B 型組織再編成における外国取得法人を支配する米国法人）株式を取得する場合は、原則として、当該米国の者は、外国法人に対し、間接的な株式の移転を行ったものとして扱われて、ここでの規則 (Treas.Reg. §1.367(a)-3) の適用を受ける (Treas.Reg. §1.367(a)-3(d)(1))<sup>274</sup>。

例えば、外国法人 F が、米国法人 S の全株式を保有し、米国法人 U が、米国法人 Y の全株式を保有しているとする (U は F 株式を有しない)。三角型の B 型組織再編成 (親会社株式を対価とする株式の交換) で、S が全ての Y 株式を取得し、U が F 議決権株式の 10% を取得する。この場合、囲み 7 を含む財務省規則 1.367(a)-3(c)(1) の要件 (U による GRA の締結を含む<sup>275</sup>) を全て満たす限り、U による Y 株式の F 株式との交換は、367 条(a)(1) の適用を受けない (Treas.Reg. §1.367(a)-3(d)(1)(vii)(3)Ex.5)。

他方で、ここで仮に F が米国法人、S が外国法人であるならば、U による Y 株式の F 株式との交換は、外国法人に対する Y 株式の間接的な移転として扱われる (Treas.Reg. §1.367(a)-3(d)(1)(iii)(B))。同様に囲み 7 を含む上記規則 (Treas.Reg. §1.367(a)-3(c)(1)) の条件を全て満たす限り、U による株式の交換には 367 条(a) の適用はない。囲み 7 の 50% 所有割合の基準の判定上は、U による (F を通じた) S 株式の間接的保有が考慮される (Treas.Reg. §1.367(a)-3(d)(1)(vii)(3)Ex.5A)。

#### ⑤ 米国法人から外国法人への株式の移転 (361 条交換)

米国法人が、株式 (米国法人または外国法人のもの) を 361 条の取引 (つまり、組織再編成の一方当事者の財産を他方当事者の株式と交換する取引) として移転する場合 (361 条交換) は、上記の②または③の扱いの適用はなく、原則として、367 条(a)(1) に基づき、株式の譲渡益が認識されることになる (Treas.Reg. §1.367(a)-3(e)(2))。ただし、囲み 8 の 3 条件を全て満たす場合は、この限りではない (Treas.Reg. §1.367-3(e)(3))。

273 Staffaroni, *supra* note 7, at 564.

274 GRA に関する規則 (Treas.Reg. §1.367(a)-8) も準用される (Treas.Reg. §1.367(a)-3(d)(2))。

275 U (米国譲渡人) は F (譲受人・外国法人) に対して Y 株式の間接的な移転をしたものとして扱われ、かかる移転の直後に F の 10% を所有する U は囲み 7 の要件(3)を満たし、Y 株式の譲渡に関し GRA の締結を要することになると解される。

## ＜囲み 8 株式の対外的移転（361 条交換）の即時認識から除外される要件＞

- (1) 財務省規則§1.367(a)-7(c)の条件を全て満たす（囲み 9 参照）。
- (2) 米国法人株式が移転される場合には、当該米国法人（＝米国 T 法人）が所定の申告要件（Treas.Reg. §1.367(a)-3(c)(6)）に従い、かつ、当該株式に関し囲み 7 の(1),(2),(4)の要件を満たす。
- (3) 米国譲渡人が、株式の移転（361 条交換）の直後に、譲受人（外国法人）の株式の 5%以上（議決権または時価）を有する場合は、以下の 3 要件を全て満たす。
- (a) 米国譲渡人の株主（米国の者）で、組織再編成の直後に譲受人（外国法人）の株式を 5%以上所有するものは、GRA（所定の特別の条件を満たすもの）を締結する。
- (b) 非支配グループメンバー<sup>276</sup>（(a)に当たらないもの）に関し、米国譲渡人は、株式譲渡益に非支配グループメンバーの合計所有割合を乗じた利得を認識する。
- (c) 支配グループメンバー（(a)に当たらないもの）に関し、米国譲渡人は、株式譲渡益に支配グループメンバーの所有割合を乗じた利得を認識する
- \* 米国譲渡人が、外国法人株式の移転に関し、(3)(b)または(c)に基づき利得を認識する場合は、みなし配当課税（IRC§1248(a)）の適用もある（Treas.Reg. §1.367(a)-3(e)(7)）。

まず、(1)に関し、囲み 8 の(1)が参照する財務省規則 1.367(a)-7 は、本来なら内国歳入法典 367 条(a)の適用（原則と例外を含む）のある財産（株式に限らない）の移転に関し、上述の同 367 条(a)(5)に基づき、特例を定めている。これによれば、米国譲渡人から外国法人（譲受人）への財産の移転（361 条交換<sup>277</sup>）に関して、米国譲渡人は、譲渡益の認識が要求される（譲渡損は認識しない）<sup>278</sup>のであるが、かかる全面的な即時認識の扱いは、選択により、回避できる場合がある（Treas.Reg. §1.367(a)-7(c)）。つまり、361 条交換として、米国譲渡人が外国法人に財産（無体財産を除く）を移転する場合に、囲み 9 に示す 4 要件を全て満たすならば、財務省規則の他の要件（Treas.Reg. §§1.367(a)-2, -3, -4, -6 等）に適合する限り、米国譲渡人（と各支配グループメンバー）の選択により<sup>279</sup>、上記の全面的な譲渡益の認識は適用されない。

276 非支配グループメンバー（non-control group member）とは、組織再編成の直前に米国譲渡人の株主であり、かつ支配グループメンバーに該当しないものを意味する。支配グループメンバーとは、支配グループのメンバーである米国法人である。支配グループとは、5 以下の米国法人で組織再編成の直前に米国譲渡人を支配する（議決権と株式数の 80%以上の所有関係。IRC§368(c)）ものを指す。Treas.Reg. §1.367(a)-7(f)。

277 上述のように、内国歳入法典 361 条(a)または(b)の交換（Treas.Reg. §1.367(a)-7(f)(8)）、つまり、組織再編成の一方当事者が他方の当事者の株式のみ（boot も可）を対価として財産を移転する取引を指す。

278 Treas.Reg. §1.367(a)-7(b)(1)。内国歳入法典 332 条、351 条、354 条、356 条または 361 条の適用される交換（367 条(a)(1)の適用対象）以外の交換で、他の規定（例、1036 条）に従い非認識の扱いを受けるもの場合は、米国譲渡人は、譲渡益または譲渡損失を認識するが、認識される譲渡損失の金額は、認識される譲渡益の額を超えないものとされる。Treas.Reg. §1.367(a)-7(b)(2)。

279 米国譲渡人と各支配グループメンバー間で所定の事項を記載した書面による合意が必要とされる。Treas.Reg. §1.367(a)-7(c)(5)。

## < 囲み 9 対外的財産移転（361条交換）における特例（選択制） >

- (1) 【支配要件】 米国譲渡人が、組織再編成の直前に、5 以下の支配グループメンバーに支配（80%以上の議決権と株式数の所有関係）されている。
- (2) 【利益認識要件】
- (a) [非支配グループメンバー関係] 361条交換での移転財産（無体財産を除く）の時価総額とその取得価額総額との差額（つまり増加益部分）から、米国譲渡人が引き受ける債務（移転資産全部に占める367条(a)資産の割合（=367(a)率）を乗じたもの）でその弁済が損金算入可能なものを差し引いた額（=インサイドゲイン）に、非支配グループ全メンバーの所有割合合計を乗じた金額から、利得が別途認識される所定の金額を控除した金額に等しい利得を、米国譲渡人が認識する。
- (b) [支配グループメンバー関係] (i)-(ii)に等しい金額の利得を米国譲渡人が認識する。
- (i) インサイドゲインに各支配グループメンバーの所有割合を乗じた金額から、利得が別途認識される所定の金額を控除した金額
- (ii) 米国譲渡人に取得され（361条）かつ当該支配グループメンバーに分配（354条、355条または356条）された株式の時価に上記367(a)率を乗じた金額
- (3) 【支配グループメンバーに係る取得価額調整要件】 各支配グループメンバーに帰するインサイドゲインがあれば、米国譲渡人株式と引き換えに受ける株式の取得価額に、各メンバーのアウトサイドゲイン（=各メンバーが取得する株式の時価と取得価額との差額）を考慮した調整を加える（詳細は省略）。
- (4) 【申告書の修正または提出の合意要件】 米国譲渡人は、譲受人（外国法人）が後に譲受資産を処分した場合に、非認識となっている利得に係る申告要件（Treas.Reg.§1.6038B-1(c)(6)(iii)）に従う。

大雑把に言えば、これは、少数の株主（米国法人）の支配下にある米国法人（譲渡人）に関する特例であり、その移転する財産に係る含み益のうち、組織再編成の相手方の株式としてかかる支配的株主（米国法人）に維持されている部分のみ、課税を控える（他は課税する）制度であると解される。

囲み 8（及び囲み 9）の要件の理解には、規則の設例（Treas.Reg.§1.367(a)-3(e)(8)Ex.1）が有用である。いま仮に、US1（米国法人）、US2（米国法人）、X（米国市民）は、UST（米国法人）の株主であり、それぞれの株式の時価は 160x、10x、30x ドルであるとする。UST の有する資産は、資産 A（時価 100x、取得原価 150x）と CFC1 株式（時価 100x、取得価額 0）のみである（負債なし）。UST は、C 型組織再編成（IRC§368(a)(1)(C)）において、資産 A と CFC1 株式を FA（外国法人）に移転し（361条交換）、対価として FA に係る議決権株式（時価 200x）を受け取り、これを US1、US2、X に分配して清算された（FA 株式の時価はそれぞれ 160x、10x、30x ドルである）。資産 A と CFC1 株式の移転直後（FA 株式の分配前）に、UST が有する FA 株式は、議決権または時価ベースで 5%に満たない（Treas.Reg.§1.367(a)-3(e)(8)Ex.1(i)）。



この場合、UST は、囲み 8 の要件を全て満たす。つまり、第一に、囲み 8 の要件(1) (= 囲み 9 の全要件) のうち【支配要件】は、US1 と US2 が支配グループメンバーで、組織再編成の直前に合わせて UST 株式の 85% (=170/200) を有するが故に、満たされる。米国人株式の移転はないので、囲み 8 の要件(2)は適用されない。361 条交換の直後 (FA 株式の分配前) における UST の FA 株式保有割合は 5%未満であるから、要件(3)も充足される (以上、Treas.Reg.§1.367(a)-3(e)(8)Ex.1(ii)(A))。

囲み 9 の【利益認識要件】のうち、非支配グループメンバー (X) に関する要件 ((2)(a)) を満たすために、UST は、インサイドゲイン 50x ドル (=100x+100x-150x) のうち X に帰すべき部分 7.50x ドル (=50x×15%) に等しい額を認識する (引き受ける負債 0、別途認識される利得 0)。その上で、各資産の取得価額 (インサイドベイス) についても必要な調整を行う (Treas.Reg.§1.367(a)-3(e)(8)Ex.1(ii)(B))<sup>280</sup>。次に、支配グループメンバー (US1 と US2) に関し UST が認識すべき利得部分 ((2)(b)) は生じない (Treas.Reg.§1.367(a)-3(e)(8)Ex.1(ii)(C))<sup>281</sup>。加えて、US1 と US2 が、FA 株式に関し必要な取得価額調整 (囲み 9(3)) を行う (Treas.Reg.§1.367(a)-3(e)(8)Ex.1(ii)(D)) ことで、FA による資産 A と CFC1 株式の処分がない限り、囲み 8 の条件を全て満たすことになる。

規則には、同様の状況で、UST が CFC1 株式の移転の直後に FA 株式を 5%以上所有し、囲み 8 の(3)の要件が適用される場合の帰結と計算について説明したもの (Treas.Reg.§1.367(a)-3(e)(8)Ex.2) もある。

## ⑥ 利益認識合意 (GRA)

既に見たように、5%以上所有株主にとって、外国法人株式または米国人株式の対外的移転に際し、GRA の締結が、367 条(a)(1)の適用を回避し、非認識や特例の扱いを受けるための条件 (の一つ) となっている (囲み 6、7、8 参照)。GRA の締結により、米国の譲渡人は、当初の移転時には実現した利得に対し直ちに課税を受けることはなく、ただ当該移転時の年度とこれに続く 5 課税年度の間 (GRA 期間。少なくとも 60 か月) に、所定の利益認識事象 (gain recognition event) が生じた場合は、非認識となっている利得が認識されることになる<sup>282</sup>。なお、GRA に関する規則は詳細で、設例も多岐にわたるが、以下では基本

280 各資産の取得価額 (インサイドベイス) については、米譲渡人が 361 条交換で移転した財産の取得価額の合計 (=150x) に、認識される利得 (=0) とみなし配当額 (=0) を加算した額 (=150x) とされるが、ここでの利益認識要件に従って認識される利得 (=7.50x) は加算しない (Treas.Reg.§1.367(a)-7(f)(4))。7.50x ドルは、CFC1 株式と資産 A に、その実現した利得に応じて認識されたものとして扱われる (Treas.Reg.§1.367(a)-7(e)(1)) から、その全額が CFC1 株式に割り当てられる (資産 A に実現利得なし)。CFC1 株式に係る FA の取得価額 (IRC§362) は、7.50x ドル増額される (Treas.Reg.§1.367(a)-1(b)(4)(i)(B))。Treas.Reg.§1.367(a)-3(e)(8)Ex.1(ii)(B)。

281 インサイドゲイン 50x ドルのうち、US1 に帰する部分は 40x (=50x×80%) であり (囲み 9(2)(b)(i))、これは分配された FA 株式の時価 (160x ドル) に 361(a)率 100%を乗じた金額 (160x ドル) を超えない。US2 についても同様に計算する。

282 GRA 期間における年次の申告において、当該年度に利益認識事象が生じたか否か (生じた場合は認識される利得等の情報) の確認を含めなければならない (Treas.Reg.§1.367(a)-8(g))。

的な設計を確認するのみとする。

GRA には、本規則 (Treas.Reg§1.367(a)-8) に従い米国譲渡人が利得を認識することへの同意、移転される株式に関する詳細な情報、GRA の提出の基因となった事象 (利益認識事象等) などの 8 項目が含まれねばならない (Treas.Reg§1.367(a)-8(c)(2))<sup>283</sup>。

利益認識事象は、移転された株式の一部または全部の処分、株式を譲り受けた法人の実質的に全ての資産の処分 (一定の例外あり)、米国譲渡人が当初移転で受けた譲受法人株式の一部または全部の処分、GRA に関する本規則の不遵守など 10 項目がある (Treas.Reg. §1.367(a)-8(j))。なお、株式の一部が処分される場合は、当該処分時の株式の時価に照らし比例的に利得の一部が認識される (Treas.Reg. §1.367(a)-8(c)(1))。

ただし、利益認識事象の要件には例外があり、上記の処分が、別の現物出資や組織再編成に該当し、新規の GRA が締結される場合などは、これらの処分は利益認識事象から除かれる (Treas.Reg. §1.367(a)-8(k))。たとえば、米国譲渡人が当初の移転で受けた譲受法人の株式を、子会社への現物出資 (IRC§351) や B 型組織再編成 (IRC§368(a)(1)(B))<sup>284</sup> 等の所定の交換としてさらに別の法人に移転し、新規の GRA が締結される場合 (Treas.Reg. §1.367(a)-8(k)(1)) は、かかる株式の移転 (交換) は利益認識事象から除かれる。こうした特定の除外項目 (Treas.Reg. §1.367(a)-8(k)(1)~(13)) のほか、第一次的には利益認識事象となる事象のうち、(i) 当該処分が非認識取引として適格であり、(ii) 処分・事象の直後に、米国譲渡人が、移転された株式 (または譲受法人の実質的に全ての資産) に係る権利を直接・間接に有し<sup>285</sup>、かつ、(iii) 新規の GRA (所定の内容を含む) が米国の譲渡人により締結される、という 3 条件を満たすものも、利益認識事象から除外される (Treas.Reg. §1.367(a)-8(k)(14))。

なお、新規の GRA は、既存の GRA を終了させてこれに取って代わるものである。新規の GRA の期間は、既存の GRA の残存期間であり、その対象となる利得も、既存の GRA に残存する未認識の利得である (Treas.Reg. §1.367(a)-8(c)(5)(i))。

利益認識事象が生じた場合、当該事象の発生の後 90 日以内に、当初移転時の年度の修正申告を要する (Treas.Reg. §1.367(a)-8(c)(1)(iii)(A)) が、GRA において選択している場合は (Treas.Reg. §1.367(a)-8(c)(2)(vi))、当該事象の発生日の年度の利得として申告することも可能である (Treas.Reg. §1.367(a)-8(c)(1)(iii)(B))。いずれにせよ、所定の利子税を納付しなければならない (Treas.Reg. §1.367(a)-8(c)(1)(v))。米国の譲渡人には担保の提供が要求される可能性もある (Treas.Reg. §1.367(a)-8(h))。

283 実務上は、様式 8838 の申告書への添付を通じて同意の意思表示がなされる。

284 三角型のもは除く。

285 移転により外国法人が当該株式 (または実質的に全ての資産) を取得するに至る場合は、当該米国の譲渡人が、当該外国法人の発行済株式の議決権と時価で 5% 以上を有する場合に限る。

## (2) 取り戻し (recapture) ルール

米国の者が、367条(a)(1)の取引(交換)において、米国内で使用されてきた減価償却資産を外国法人に移転すれば、仮に時価で当該資産を売却していたならば内国歳入法典上の取り戻し (recapture) ルール<sup>286</sup>に従い通常所得として総所得に算入されていたであろう利得に等しい金額を、当該移転時の通常所得に算入しなければならない (Treas.Reg. §1.367(a)-4(a))。

外国支店の損失に関しても、所定の取り戻しルールがある。367(a)(1)の取引(交換)において、米国の者(譲渡人)が、その外国支店に係る資産を外国法人に移転した場合は、当該譲渡人は、当該支店に係る過去の(1)通常損失と(2)キャピタルロスに等しい金額を利得として認識しなければならない (Treas.Reg. §1.367(a)-6T(b))。規則には、関連する詳細な設例 (Treas.Reg. §1.367(a)-6T(f)) もある。

## 4. おわりに

内国歳入法典 367 条は、組織再編成や現物出資等における財産や株式の外国法人向けの移転に対して、非認識扱いを否定し、課税無しでの利益の国外移転に対処している。無体財産の国外移転に対しては、移転価格税制との整合性を図り、所得相応性基準に依拠し、少なくとも取引後 20 年の課税を確保する一方で、非関連者間でも利用に応じた対価の支払が期待できない種類の無体財産には、移転時のみの通常所得課税の選択も認めている。

他方、株式の対外的移転では、当該株式自体が財産として組織再編成等での移転の対象とされる場合と、それ以外の場合とがあり、また、移転する株式には、米国法人株式と外国法人株式とがある。367 条の下での取扱いは、概して、株式自体が財産として移転の対象となる場合の方が厳格であり、また、それ以外の場合は、外国法人株式よりも米国法人株式に対して、より制約的な扱いがなされている。いずれにせよ、実務上は、移転された財産や対価となる株式の処分まで課税を繰り延べる便益を得るために、IRS との間で利益認識合意 (GRA) を締結することが肝要となる場面が多いと考えられる。

米国の国際課税制度の最近の見直しが、367 条とどのような関係にあり、その機能や限界にどのような影響を及ぼすのかなどを含め、367 条を巡る問題について、引き続き考えていきたい。

---

286 取り戻し (recapture) ルール (IRC §§617(d)(1), 1245(a), 1250(a), 1252(a), 1254(a), 1255(a)) は、譲渡益のうち過去の減価償却 (損金算入済み) による部分を、一般に有利なキャピタルゲインではなく、通常所得とするためのものである。例えば、A は、3300 で取得した機械の過去の減価償却費 (損金算入済み) が 1300 であり (帳簿価額 2000)、当年度のその売却収入が 2900 であれば、A の譲渡益は 900 (=2900-2000) になる。譲渡収入 2900 が「再計算取得価額 (recomputed basis)」3300 (=2000+1300) より小さいため、譲渡益 900 の全額が通常所得とされる。もし仮に、A が当該資産を、時価 3700 の土地と交換していたならば、譲渡益は 1700 (=3700-2000) となるところ、今度は、再計算取得価額 3300 が譲渡収入 3700 より小さいため、再計算取得価額が帳簿価額を超過する金額 1300 (=3300-2000) は通常所得とされ、残額の 400 (=3700-3300) がキャピタルゲインとして扱われる。Treas.Reg. §1.1245-1(b)(2)。

**グローバル時代における  
新たな国際租税制度のあり方**

**～ポスト BEPS の国際協調の下での  
国内法改正の動向～**

**21 世紀政策研究所 研究プロジェクト  
(研究主幹：青山 慶二)**

**2019 年 5 月  
21 世紀政策研究所**

**〒100-0004 東京都千代田区大手町 1-3-2  
経団連会館 19 階**

**TEL : 03-6741-0901**

**FAX : 03-6741-0902**

**ホームページ : <http://www.21ppi.org>**

## 21世紀政策研究所報告書一覧（2014－2019.5）

### 《総合戦略・政治・社会》

2014. 9 日本政治の抱える課題と提言（概要パンフレット）
- . 6 本格政権が機能するための政治のあり方 研究主幹：小林良彰
- . 6 実効性のある少子化対策のあり方 研究主幹：小峰隆夫

### 《税財政・金融・社会保障》

2019. 5 グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方  
～ポスト BEPS の国際協調の下での国内法改正の動向～ 研究主幹：青山慶二
2018. 6 グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方  
～BEPS プロジェクトの重要積み残し案件の棚卸し検証～ 研究主幹：青山慶二
2017. 6 グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方  
～BEPS 執行段階の課題の第一次検証～ 研究主幹：青山慶二
2016. 6 グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方  
～BEPS プロジェクトの総括と今後の国際租税の展望～ 研究主幹：青山慶二
2015. 7 超高齢・人口減少社会のインフラをデザインする 研究主幹：辻 琢也
- . 5 グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方  
～BEPS（税源浸食と利益移転）プロジェクトの討議文書の検討～ 研究主幹：青山慶二
2014. 5 グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方  
～国内法への帰属主義導入と BEPS（税源浸食と利益移転）問題を中心に～ 研究主幹：青山慶二

### 《行革・規制改革・経済法制》

2016. 5 独占禁止法審査手続の適正化に向けた課題 研究主幹：上杉秋則
2014. 9 ビッグデータが私たちの医療・健康を変える 研究主幹：森川博之

### 《産業・技術》

2018. 5 人工知能の本格的な普及に向けて 研究主幹：國吉康夫
- . 5 情報化によるフードチェーン農業の構築 研究主幹：大泉一貫
- . 5 データ利活用と産業化 研究主幹：越塚 登

2017. 4 イノベーションエコシステムの研究  
～オープンイノベーションからいかに収益を上げるか～ 研究主幹：元橋一之
2016. 2 新しい農業ビジネスを求めて 研究主幹：大泉一貫
- . 2 研究開発体制の革新に向けて 研究主幹：橋本和仁
2015. 6 日本型オープンイノベーションの研究 研究主幹：元橋一之
- . 3 森林大国日本の活路 研究主幹：安藤直人

#### 《環境・エネルギー》

2017. 7 カーボンプライシングに関する諸論点 研究主幹：有馬 純
2016. 3 国内温暖化対策に関する論点 研究主幹：有馬 純
- . 1 COP21 パリ協定とその評価 研究主幹：有馬 純
2015. 4 続・原子力安全規制の最適化に向けて—原子力安全への信頼回復の道とは—  
研究主幹：澤 昭裕
- 2014.11 核燃料サイクル政策改革に向けて 研究主幹：澤 昭裕
- . 8 原子力安全規制の最適化に向けて—炉規制法改正を視野に— 研究主幹：澤 昭裕

#### 《外交・海外》

2019. 5 変わるアメリカ、変わらないアメリカ  
—アメリカ政治の底流とトランプ政権 研究主幹：久保文明
2018. 7 英国の EU 離脱と EU の未来  
～英国は何故 EU からの離脱を選択したのか～ 研究主幹：須網隆夫
2015. 9 アメリカ政治の現状と課題 研究主幹：久保文明