

講演録

移転価格税制と OECD 新ガイドライン

—無形資産の移転、過大な資本配分とリスク移転—

日本大学大学院法務研究科教授
今村 隆

◆SUMMARY◆

本稿は、平成 29 年 11 月 29 日（水）に国税庁で開催された「税大ランチ・ミーティング」での今村隆教授（日本大学大学院法務研究科）の講演内容を取りまとめたものである。

本講演は、「移転価格税制と OECD 新ガイドライン—無形資産の移転、過大な資本配分とリスク移転—」と題して、カナダやノルウェーの判例を素材として、OECD 新ガイドラインが、今後我が国の移転価格税制に係る裁判に与える影響を検討している。

なお、本講演録を取りまとめるに当たっては、必要に応じて、今村隆教授が若干の加筆等を行った。

（平成 30 年 4 月 27 日税務大学校ホームページ掲載）

（税大ジャーナル編集部）

本内容については、全て執筆者の個人的見解であり、
税務大学校、国税庁あるいは国税不服審判所等の公式
見解を示すものではありません。

目 次

1	はじめに	2
2	新ガイドラインの意義	3
3	Alberta Printed Circuits Canada 事件租税裁判所判決	6
4	ConocoPhillips Norway 事件控訴審判決	10
5	McKesson Canada 事件租税裁判所判決	14
6	結び	16

1 はじめに

本日は、国税庁の皆さんにお話をする機会を得まして、非常に光栄に思っております。

(1) まず、なぜ私が移転価格税制についてお話をするかというところから始めたいと思います。最近数年間、私は租税回避の問題に関心を持っていて、ずっと研究を続けてきましたけれど、今年6月に税法学会の第107回大会で報告をしたりして⁽¹⁾、他の先生ともいろいろ議論を重ねて、今年10月に『現代税制の現状と課題 租税回避否認規定編』という本⁽²⁾を出版しました。それで一応、現時点での私の租税回避についての考え方をまとめることができました。租税回避の問題について、私の言いたいことはこの本に全部書いてしまいましたので、租税回避以外で何か新しい研究テーマがないかということで考えていたところ、移転価格税制に行き当たったわけです。移転価格税制の問題は、以前、基本三法時代に要件事実の関係で、税大ジャーナル等に論文を載せたりしましたが⁽³⁾、最近、特に私が関心を持ったのは、BEPSプロジェクト後の移転価格税制の在り方です。そういうものに関心を持ったので、本日もお話をしたいと思います。

そのようなことで移転価格税制についてお話しますが、移転価格税制の問題は非常

に微妙な難しい問題で誤解されるおそれもあるので、最初に私の立場を申し上げておきたいと思います。まず、OECDのBEPSプロジェクトについて、どう評価するかという問題があるかと思いますが、私は積極的に評価する立場です。

それと、移転価格税制についてのOECDの2015年の最終報告書⁽⁴⁾や2017年の新ガイドライン⁽⁵⁾ですが、これも支持する立場です。批判する立場ではなくて、支持する立場です。そういうポジションでお話をしたいと思います。

(2) それで、なぜ私が、本日も、国税庁の皆さんにお話をするかということですが、この新ガイドラインを読みまして、リスク分析とか、機能分析とか、以前の2010年のガイドライン⁽⁶⁾と比較すると、経済実質によりウエイトを置いているなどという印象を受けています。それ自体は、別に異論はないのですが、ただ、この新ガイドラインのアプローチの仕方が、果たして我が国で訴訟になったときに、裁判官の理解を得られるのかどうか、あるいは、理解してもらったとしても、果たして裁判官の納得を得ることができるのかどうか、そういう点が私の気になるところであります。そういうことで、お話をしたいと思います。

ちなみに、本日の出席者は相互協議室の

方が多いと聞いていますけれど、皆さんたちが普段行っている APA（事前確認手続）とか、あるいは他の国の国税当局との相互協議ですね、そのときには、もちろんガイドラインが非常に重要なもので、ガイドラインに沿って検討したり、議論をすると思います。それ自体、全く異論はありません。ただ訴訟になったとき、果たしてガイドラインの勧めているアプローチが、裁判官の納得を得られるかが問題で、裁判官が納得できるような形で説明していくには、どうすればいいのかということを考えるべきだと思います。

結論からいうと、移転価格税制の適用に当たって、契約の分析とか、あるいは事実認定が重要であるということをお話したいと思います。もちろん、新ガイドラインも、契約の分析を無視しているわけではなくて、契約の分析はすべきだと言っていますけれど、私の印象では、ガイドラインの契約分析はすごく狭いイメージがあるんですね。もうちょっと広いスタンスで契約分析をして、更には事実認定をしないと、移転価格税制では、統計、あるいは経済分析ということで、理論的な分析が重視されるかと思いますが、それだけで果たして事実認定といえるかどうか、裁判官に納得してもらえるかどうか、そういう問題があるかと思っています。そういうお話をしたいと思っています。

- (3) 特に本日は、外国のカナダの判例とか、ノルウェーの判例を素材としてお話したいと思います。なぜ外国の判例を取り上げるかということですが、これらの国は、OECD の移転価格税制についてのガイドラインを尊重している国であります。それで、適用するに当たってのガイドラインに新旧ありますが、OECD のガイドラインを基に、それぞれの国の裁判所で判断しているということになります。それぞれの事件で、裁判

官がどういうところで納得しているのかに関心を持っています。本日お話するのは、国税が勝った事件が多いのですが、そういうことを検討したいと思います。それが、我が国にも非常にインプリケーションがあるのではないかということでもあります。

なお、2015 年の最終報告書は、そこで改訂された部分そのまま新ガイドラインに取り込まれており、内容は同じです。それで以下は、「新ガイドライン」ということでお話をします。

あと、最近注目を集めている外国の裁判例としては、皆さんは御承知だと思いますけれど、今年、米国における Amazon 事件の租税裁判所判決^⑥で、内国歳入庁が負けていますけれど、そういう事件とか、今年のオーストラリアの Chevron 事件連邦裁判所判決^⑦ですね。これらの事件についても、今後も研究を続けていきたいと思っていますので、いずれ何らかの機会でご報告するつもりであります^⑧。本日は、カナダやノルウェーの判例を紹介したいと思います。

2 新ガイドラインの意義

- (1) 最初に、OECD の新ガイドラインの改訂部分の主要なところを一応確認したいと思います。これは、皆さんは私以上によく知っているとは思いますが、一応念のための確認ということでもあります。

まず、第 6 章がありますが、ここで無形資産の定義が入っています。すなわち、「有形資産又は金融資産でないもので①、商業活動における使用目的で所有又は管理することができ②、比較可能な独立当事者間の取引ではその使用又は移転に際して対価が支払われる③ような資産」（パラ 6.6、下線及び丸数字筆者）と記述されています。

これまでの 2010 年のガイドラインでは、包括的な定義まではされていなくて、例示がされていたのですが、包括的な定義が入り、三つの要素で決定することとなりま

した。一つは有形資産や金融資産でないものという、消極的な要件ですね。次が所有又は管理可能性で、三つ目が、独立当事者間では対価が支払われるようなものという、非常に広範な抽象的な定義がとられています。例えば、特許、商標、商号、ブランド、ノウハウ、企業秘密、契約上の権利、政府の許認可及びライセンスなどがこれに当たるとされています（パラ 6.19-6.26）。

それと、無形資産に係る収益の帰属について、新ガイドラインは、BEPS プロジェクトに沿っていますので、価値を創造したところに利益を配分するんだという考え方に基づいていると考えられます。そこで、価値創造（value creation）というのは何ぞやということですが、無形資産の場合には、必ずしも法的所有権ではなくして、無形資産の開発等の機能が価値を創造しているのではないのかということで、機能を行っているものに利益を配分すべきだというのが基本的な考えかと思えます。開発等について、英語で DEMPE 機能⁽¹⁰⁾と略称しているようですが、こういう開発等の機能を有していることを重視していることとなります。

それと次に、リスク分析ですが、リスクの定義は、新ガイドラインでは、「ビジネスの目的に影響する不確実性（uncertainty）」と言っています（パラ 1.71）。もちろんリスクは非常に多様なものがあるということになります。新ガイドラインのパラ 6.65 によると、DEMPE に関する経済的に重要なリスクは、「無形資産の開発に関するリスク、製品の陳腐化のリスク、権利侵害のリスク、製造物責任のリスク、収益の不確実性のリスク」とされています。

この無形資産に関するリスク分析は、新ガイドラインの第 1 章 D 節のパラ 1.60 に書かれている関係者間取引におけるリスク分析の一般的な分析の仕方を、無形資産の場合にも当てはめたものです。

(2) そこで、このパラ 1.60 の一般的なリスク分析を確認させてもらいますが、これは、図示すると、次図 1 のとおりとなります。

まず、ステップ 1 でリスクを特定します。この図 1 にいろいろなリスクの例を書いていますけど、無形資産ですと、いわゆる DEMPE 機能に関わるリスクになります。

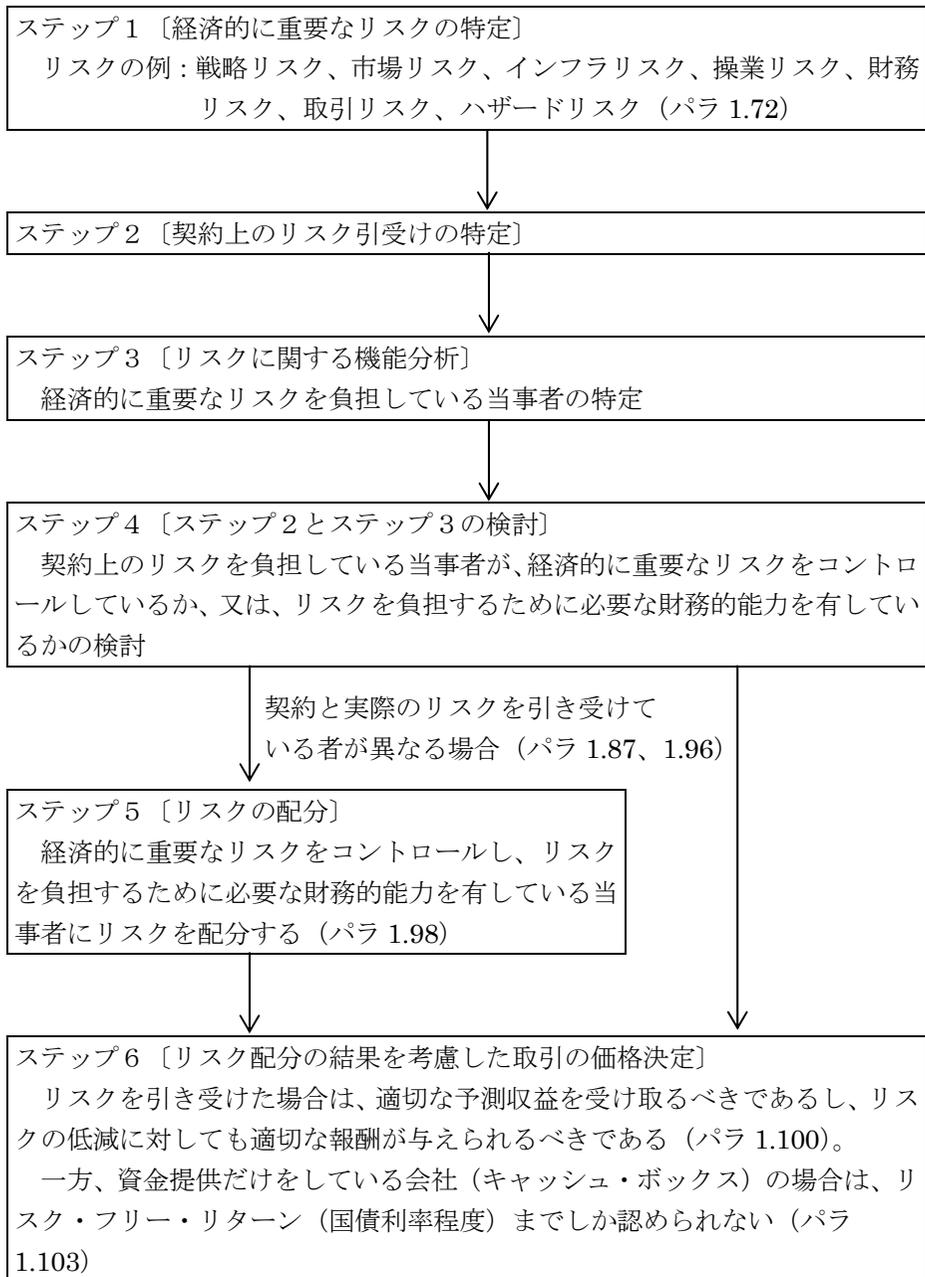
ステップ 2 ですが、これは契約分析ですね。契約分析して、契約上、誰がリスクを引き受けているかの特定をするということです。

ステップ 3 で、機能分析になりますが、経済的にこういうリスクを実際に負担しているのは誰かと検討します。無形資産の場合でいえば、DEMPE 機能に関する経済的に重要なリスクを負担しているのは誰かということ进行分析することとなります。

ステップ 4 ですが、ステップ 2 による契約分析とステップ 3 による機能分析を総合して検討していくということです。そこでどういう検討をするかということですが、契約と経済的にリスクを引き受けている者とが一致するかどうかということ进行分析して、異なる場合は、ステップ 5 に行き行ってリスク配分をし直すということで、この場合は、契約上のリスク引受者でなく、経済的なリスク引受者にリスク配分をします。

最終的には、ステップ 6 に行き、リスク配分の結果を考慮した取引の価格を決定するという手順になるかと思えます。ここで、契約の分析をまずやるわけですが、契約の分析をして、それから機能分析をしていくというのが基本的なアプローチの仕方ということになります。

【図1】



(3) あと、簡単に申し上げますけれど、新ガイドラインは、DCF 法も採用すべきだと言ったり、あるいは評価の困難な無形資産とか、あるいは所得相応性基準についても用いるべきだと、こういうことを言っています。

さらに、否認、再構成の話が出ています。2010年ガイドラインの時代から、否認や再構成ができる、あるいはすべきだということを書いていたわけですが。この点、更に BEPS プロジェクトの関係でいろいろ議論がなされたわけです。2014年のディスカッ

ション・ドラフトの段階では、実は「非関連者間取引における基礎的な経済属性基準 (Fundamental Economic Attribute of arrangements between unrelated parties)」を提案していました (同ドラフト・パラ 88)。それは、財務省の緒方さんが、いろいろ説明されていますが、結局、税引き前の事業上の利益があるかどうかを判定していくという基準かと思われます⁽¹¹⁾。

しかしながら、これについては、ディスカッション・ドラフトでは提案がなされたのですが、非常に反対があったようです。というのは、この非関連者間取引における基礎的な経済属性基準というのは、OECD モデル条約の 9 条に一応根拠があると考えられますが、独立企業原則からそういう事業目的基準みたいなものが出てくるのかどうか、いわば租税回避の否認規定のようなものになるのではないかといった批判もあって、OECD は、2015 年の最終報告書では、これを撤回しまして、商業上の合理性基準 (commercial rationality) に戻ったということのようにです。

最終的に、新ガイドラインは、否認、再構成の基準として二つ挙げていて、一つは、独立企業が採用する取決めと異なっているかどうか。二つ目が、当事者双方のそれぞれの視点や、当事者が現実に取り入れたオプションを見て、当事者双方が受け入れ可能であった価格を見出すことができない場合という、この二つを要件として、取引の一部を否認したり、無視したり、再構成すなわち他の取引に置き換えるということが可能だと、この新ガイドラインは述べています (パラ 1.122)。

このような新ガイドラインにおける改正を前提に、裁判例の検討に移りますが、これらは、いずれも BEPS プロジェクト前の事件です。しかし、いずれもいわば新ガイドラインを先取りしたようなケースだと思

われます。

3 Alberta Printed Circuits Canada 事件租税裁判所判決

(1) まず一番目ですが、2011 年の Alberta Printed Circuits Canada 事件の租税裁判所の判決⁽¹²⁾について、お話したいと思います。これから裁判例を三つ申し上げていきますが、これを取り上げることに至った経緯は、今年の 6 月に出版されました Marta Pankiv というまだ若いチェコ出身の女性の研究者が書いた本⁽¹³⁾があって、それにヒントを得たものであります。ただ、Pankiv は、新ガイドラインには批判的な立場です。すなわち、Pankiv は、本来独立企業原則はモデル租税条約 9 条が根拠なのに、新ガイドラインはそれを逸脱していて、租税回避否認規定のようになっているということで、非常に批判しています。

しかしながら、私は、これについては、『租税研究』で概要を紹介する予定ですが⁽¹⁴⁾、必ずしも Pankiv の考えに賛成しているわけではありません。私は、新ガイドラインを支持する立場です。ただ、こういう事件の分析の手掛かりになりますし、Pankiv がいろんな新しいアイデアを述べていますので、そういう意味で参考になると考えています。

(2) 最初にお話する事件は、カナダの事件です。カナダの税制を一応見ていきますと、移転価格税制は所得税法 (Income Tax Act) の 247 条 2 項に規定されています。長い条文なので、私の方で簡潔にしたものは、次のとおりです。

所得税法 247 条 2 項

「納税者又はパートナーシップと非居住者が独立企業と異なる取引をした場合において
 (a) 当該取引や一連の取引の条項や条件が独立当事者間に設けられる条項や条件と異なるときには、(c)当該取引や一連の取引が独立当事者間の条項や条件でなされたとして、金額を調整すべきであり
 (b) 当該取引や一連の取引が、(i)独立当事者間であれば締結しなかったようなものであるか、(ii)租税上の便益を得るため以外の真実の目的が主であれば締結するとは合理的には考えられなかったようなものときには、(d)当該取引や一連の取引が独立当事者間の条項や条件の下で取引が締結されたものに再構成して、金額を調整すべきである。」

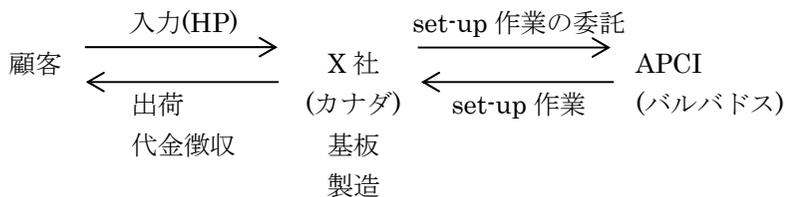
所得税法 247 条 2 項は、独立当事者 (arm's length) と異なる取引をした場合ということで、いわゆる独立企業原則を採用しています。カナダの税制で特徴的なのは、再構成や否認についての明文規定があります。247 条 2 項の (b) で、独立当事者間であれば締結しなかったようなものであるとか、租税上の便益を得るため以外の真実の目的が主であれば締結するとは合理的には考えられなかったようなものときには、否認したり、再構成ができると明文で定めています。こ

こが非常に特徴的なところであります。

あと、カナダでは有名な判例で、2012 年に、GlaxoSmithKline 事件という、カナダにおいて最初の移転価格税制についての最高裁判決⁽¹⁹⁾が出ています。こういうのが、一応、カナダの移転価格税制の前提となります。

さて、Alberta 事件は、カナダの GlaxoSmithKline 事件の最高裁判決が出る前の事件です。事案の概要は、下図 2 を使って説明します。

【図 2】



※顧客は、X 社に set-up された基板の代金を支払い、X 社は、APCI に対し、set-up 作業ごとの定額の fee と square-inch fee ということで、基板 1 平方インチごとの non-setup fee を支払うこととされていた。X 社が APCI に支払う setup fee の額は、X 社が顧客に setup fee とし て請求する額と同額であった。

※無形資産 (ノウハウ)

- ①連続的プリント基板の製造 ← Wayne Bamber が開発。陳腐化していた。
- ②set-up 作業の自動化 ← McMuldloch が開発。ユニークで価値がある。

本件の原告である X 社は、コンピュータのプログラムをインプットしたプリント基板の製造と販売業を営んでいるカナダの会社です。X 社は、Alberta Printed Circuits Canada という会社ですが、多国籍企業というほどの大きな企業ではなくて、普通の規模の企業になります。親会社である X 社はカナダにあるわけですが、顧客が X 社のホームページを立ち上げて、様々な作ってもらいたいプログラムを入力するわけです。そして、基板自体は X 社の方で、カナダにおいて物理的に製造して、出荷して、顧客からお金をもらうという仕組みです。問題は、そのプリント基板に顧客のプログラムを setup しないとイケないのですね。それが重要な意味を持っているわけですが、その作業を行うに当たって、それをバルバドスというカリブ海にあるタックス・ヘイブンの島ですが、そこに子会社である Alberta Printed Circuits Inc. (以下「APCI」といいます。)を設立しまして、そこに setup 作業の委託をしています。

何が問題となったかということですが、この X 社が APCI へ支払う setup 作業の委託料が過大か否かが問題となったケースであります。ここでいう無形資産というのは、setup 作業を自動化するというノウハウですが、カナダの内国歳入庁は、子会社設立後も親会社がこの無形資産の所有権を有しているとのことで、支払が過大であるとして、否認したという事案であります。内国歳入庁は、TNMM (取引単位営業利益法) を使って委託料を計算し直したのですが、租税裁判所は、本件当時の 1995 年のガイドラインが TNMM を認めていないとの理由でこれを使えないとし (パラ 146)、CUP 法 (独立価格比準法) でいくべきだということを行いました。そして手数料には、この setup の作業をやるための定額の手数料とボーナス的な手数料の二種類があるとし、

定額の手数料は、独立当事者基準に合致するというので、内国歳入庁の主張を否定したのですが、ボーナス的な手数料については、過大だとして、結局は、内国歳入庁の一部勝訴・一部敗訴となったという事件であります。

(3) もう少し図 2 で詳しく説明しますと、X 社は、Wayne Bamber とその妻の Geraldine Bamber の夫妻で立ち上げた会社ですが、元々は、この夫の方がプリント基板の製造について非常に安価で連続的にやるノウハウを開発しまして、そこで、1984 年に Bamber 夫妻が X 社を設立したわけです。問題は、setup 作業ですね。ずっと手動でやっていたのですが、Daniel McMuldloch という従業員がいて、ちょっと名前が言いにくいので、Mさんと呼びますが、この人が非常に有能で、setup 作業の自動化を始めたのです。そして、この Mさんが、setup 作業は自分がバルバドスに行ってやるからということで Bamber 夫妻に提案したのです。Mさんがなぜバルバドスでやると提案したのかと言いますと、バルバドスは、軽課税国で税金を納めなくていいからということで、X 社の Bamber 夫妻に勧めまして、1996 年に APCI を設立したのです。Mさんは、カナダの居住を断ち切って、バルバドスの居住者になっています。APCI は、ペーパー・カンパニーではなく、実体のある会社で、Mさんがちゃんと現地に行って、指揮して、現地で従業員を雇って setup 作業をやっています。面白いのは、租税裁判所の判決で認定されているのですが、この APCI という会社に変な会社で、その株主はガンジー島の会社です。ガンジー島の会社の株主は保険会社でしたが、その保険会社が持っていたガンジー島の会社に対する持ち分のうち 3分の2を Bamber 夫妻に割り当て、3分の1を Mさんに割り当てていたということです。すなわち、APCI に利益が移転さ

れば、Bamber 夫妻、あるいはMさんの個人の懐にいっぱい入ってくるわけですね。この分は無税で税金が削減されるということで、非常に租税回避的な事案です。

しかし、APCI は、バルバドスでの 2 年間の操業の後、スタッフを確保するのが困難であるということで、2000 年までに操業を打ち切ったということです。

そして問題となった setup 手数料の内訳ですが、図 2 の※に書いておるとおり、一つは、setup 作業ごとの定額の手数料で、こちらについては租税裁判所は独立当事者原則にかなうとしました。すなわち、他の第三者の取引と比較して、それほど高くはないとしました。もう一つが、彼ら独特の手数料があって、「square-inch fee」というように呼んでいるのですが、基板一平方インチ当たりで追加料金を取っていたようです。これは、何ら合理的理由がなくボーナス的なものだということで、租税裁判所が否定しましたので、内国歳入庁の一部勝訴ということになっています。

- (4) そこで問題となっている無形資産とは何ぞやということですが、本件では、無形資産が一応二つあったのです。しかし、Wayne Bamber が最初に開発したものは、もう陳腐化していて、他の企業でも始めていたとのこと。そこで、ユニークで価値のある (valuable) 無形資産は何ぞやということですが、これは、Mさんが開発した setup 作業の自動化のノウハウです。Mさんは、X社の従業員時代から setup 作業の自動化を始めているのですが、その後も APCI に移った後も、ずっと開発作業を引き続きやっていて、バージョンアップをずっとしているわけですね。そういう事実関係にあります。それで、租税裁判所が何と言ったかということですが、租税裁判所は、次のように判示しています。

「CRA (カナダ内国歳入庁) は、ソフト

ウェアが X 社の従業員であった McMuldroch により開発され、X 社が APCI に譲渡後も X 社が支払をしてソフトウェアの開発を継続させたのであるから X 社が所有者であるとする仮定は、重大な誤りがある。X 社から APCI に譲渡されたソフトウェアの価値は、〔移転価格の問題〕とは別に考察されるべき問題であり、CRA が主張していない価値の問題 (a valuation issue) である。X 社によってソフトウェアの開発や維持のために支払がなされているが、これは、自動的に X 社に無形資産の所有権があるとの結果になるのではない。例えば、X 社の内部取引で用いられている第三者のソフトウェア I については、第三者は、ソフトウェアの使用権のために支払を受けているが、そのようなソフトウェアの所有権は X 社や APCI に移転しているのではないことは疑いがない。当該ソフトウェアの受益権や現実の権原についての証拠がないのに、CRA の専門家は、無形資産の所有権について仮定をしすぎている。私には、問題の改良されたソフトウェアの所有権は、X 社ではなく、APCI にあるように見える。更に、私は、納税者の専門家が X 社が顧客リストや製造場所を所有していることは疑いがないことに賛同し、これは営業権 (goodwill) であり、安く連続的な方法で製造されるプリント基板により最初に開発されたものであり、これ〔Bamber によって開発されたプリント基板の連続的製造〕は、後に競争会社によっても採用されたもので、移転価格税制の適用上、『独自の (unique)』そして『価値のある (valuable)』無形資産ではない。少なくとも、APCI か X 社あるいは両方が価値のあるあるいは

ユニークな無形資産を所有し又はこれに寄与しているもので、したがって、TNMM 法は、そのような状況に適用するには好ましい方法ではない。」（パラ 217、下線筆者）

重要なのは、下線を引いているところですが、X社は APCI 設立後も資金を提供しています。したがって、ソフトウェアの開発や維持のための支払をしていることとなります。しかしこれをもって、自動的にX社に無形資産の所有権があるとの結果になるのではないということで、結局、租税裁判所は、開発とか、そういう DEMPE 機能を重視しているというふうに考えられます。だから、新ガイドラインの先取りのような判決と考えられます。

私は、この判決の原文を読んでいます、判決は、このX社と APCI の間の契約書を非常に詳細に検討しています。そして、この setup 作業の開発について、APCI に委託している契約内容になっています。そういうことで、今回私が言いたいところですけど、この Alberta 事件の租税裁判所の判決は、新ガイドラインの先取りになっていると思われ、DEMPE の観点での分析を確かにしていると思われ、DEMPE 機能を実行できるとされている契約の分析や証拠に

基づき詳細な事実認定をしています。そういうことで、ボーナス的な手数料については、裁判官が納得して移転価格税制を適用したと、このように私としては分析しています。結局、DEMPE 分析をするに当たっても、その前提として当事者間の契約分析が重要であるということが私の言いたいことです。

4 ConocoPhillips Norway 事件控訴審判決

(1) 次に、2010年の ConocoPhillips Norway 事件の控訴審判決⁽⁶⁾についてお話しします。ノルウェーの高裁の判決です。キャッシュ・プーリングが問題となったケースです。ConocoPhillips というのは国際石油資本で、エクソンとか、六つありますが、そのうちの一つです。アメリカのテキサス州を拠点とする超ビッグ企業ですね。世界の国際石油資本のスーパーメジャーです。それが、ConocoPhillips です。そのノルウェーの子会社である COPSAS [ConocoPhillips Skandinavia AS] と NCOPAS [Norske ConocoPhillips AS] が訴訟の原告である X 社らになります。

そこで、まず、ノルウェーの移転価格税制は、どのようなものか、少しお話しします。ノルウェーの移転価格税制は国税通則法 13 条に規定されています。条文は次のとおりです。

国税通則法 13 条 1 項

「国税当局は、①ノルウェーの事業体と非居住者との間に共通の利害関係 (community interest) があり、②一方の事業体が所得税の軽減を来している場合で、③その軽減が共通の利害関係により生じている場合には、これらの事業体間の取引を調整できる。」

ノルウェーの移転価格税制は、少し変わっているのですが、community interest が要件となっています。この community interest とは、「共通の利害関係」という意

味で、支配関係とまでは言っていないのですが、そのような利害関係によって所得税や法人税の軽減が生じている場合には、取引を調整できるという規定になっています。

独立当事者基準とは言っていませんが、一応前提にしている規定と考えられます。

(2) さて、事件について説明する前に、まずキャッシュ・プーリングについてお話し

す。これはどういう取引かということですが、一言で言うと、グループ内銀行とでもいう取引です。下図3で説明します。

【図3】※キャッシュ・プーリング（ゼロ・バランス）の具体例⁽¹⁷⁾

	Stand-alone transaction (without pooling)				Cash Pooling	Pooling benefit
	BCO	CCO	DCO	Total		
Balance	100	150	-200	50	50	
Interest rate(%)	10	10	15	—	10	
Interest	10	15	-30	-5	5	10

ACO の子会社 BCO、CCO、DCO が参加したキャッシュ・プーリングである。預金金利が 10%、借入金利が 15%とすると、キャッシュ・プーリングを導入する前は、グループ全体で 5 のマイナスとなる。しかし、キャッシュ・プーリングを導入し、ACO の管理するマスター口座に BCO、CCO、DCO の各口座の残高を移動させて一元的に管理すると、マスター口座に預金金利として、プラス 5 の利子が付き、キャッシュ・プーリング導入前と比較すると、マイナス 5 であったのが、プラス 5 となるので、グループ全体では、差引き 10 の利益を得ていることとなる。

キャッシュ・プーリングは、別に租税回避ではありません。多国籍企業が行っている、いわばグループ・シナジーみたいな話です。どういうことかといいますと、キャッシュ・プーリングもいろいろ態様があるようですが、本件で問題となったゼロ・バランスというものについてお話しします。先の図3で説明しますと、ACO を親会社とします。ACO が多国籍企業で、BCO、CCO、DCO という子会社をそれぞれの国に持っているとして、BCO、CCO、DCO それぞれがバラバラに銀行取引をしていたとして、そのときに、例えば、BCO は、非常に儲かっていて利益があるので、最終的に銀行に 100 の残高があるとします。それで利息がついて、利息分が儲かることとなります。CCO も同様です。しかし、DCO は、銀行から 200 借入れをしているので、

マイナス 200 となって、貸出金利は預金金利より高くなりますので、仮に銀行の貸出金利が 15 パーセントだとすると、マイナス 30 になります。そうすると、グループ全体で、BCO、CCO、DCO のそれぞれの利子を全部足し合わせると、マイナス 5 の損失になります。

ところが、キャッシュ・プーリングを導入しますと、例えば ACO がキャッシュ・プーリングのリーダーになって、ACO の管理する銀行口座をマスター口座として、ACO が銀行に口座を開設します。そして、ACO と BCO、CCO、DCO とのそれぞれの契約で、マスター口座とそれぞれ各自が開設している口座との間で自動的に資金移動するという契約をします。

それをやってどうなるかということですが、例えば、BCO は 100 の残高があります

が、これが自動的にリーダーのマスター口座に送金されます。一方で、DCO はマイナス 200 の残高ですが、別に銀行から借入れすることなく、リーダーの ACO から資金の 200 の資金が提供されるということになります。

どういふメリットがあるかということですが、一つは、多国籍企業の場合には、為替リスクを回避できる、あるいは、子会社の資金がショートしたときに、速やかに親会社が資金を補填できるというメリットがあります。

さらに、もう一つメリットがあるのは、実は、キャッシュ・プーリングをすることによって、リーダーは、ピンハネができるのです。例えば、残高が 100 ある場合に、銀行に預けると、仮に預金金利が 10 パーセントとすると、利子が 10 ですが、そこを少し割り引くわけです。10 ではなくて 8 にするのです。リーダーは、銀行から利子を 10 もらうのですが、BCO には 8 しかあげない。逆に、リーダーが貸付けをするときは、銀行貸出金利が 15 パーセントとすると、例えば 18 パーセントにするということで、結局、預金金利と貸出金利の差額を、キャッシュ・プール・リーダーがピンハネすることになります。これがゼロ・バランスのキャッシュ・プーリングであります。

- (3) ConocoPhillips 事件は、このゼロ・バランスのキャッシュ・プーリングを導入したわけですが、ConocoPhillips は、スーパー・メジャーですので、全世界に子会社があって、150 以上の会社がこのキャッシュ・プーリングに参加したとのこと。そして、キャッシュ・プール・リーダーに ConocoPhillips 本体がならず、英国の子会社で、Treasury と呼ばれていましたが、ConocoPhillips Treasury Limited という会社（英国所在）がキャッシュ・プール・リーダーになっています。マスター口座は、

Treasury が英国の Bank of America に開設し、それを使ってキャッシュ・プーリングをやっています。

このキャッシュ・プーリングの取決めで、この Treasury と各子会社との定めでは、預金金利については、LIBID (the London interbank bid rate、ロンドン銀行間取引借り手側レート) から 0.25% マイナスしたものと取り決めてあります。一方、貸出金利は、LIBOR (the London interbank offered rate、ロンドン銀行間取引貸し手側レート) に、0.25% プラスしたものと取り決めるということで、Treasury が差額をとっています。なお、LIBOR は常に LIBID よりも 0.125% 高いことから、預金金利と借入金利の差は、0.625% となり、これがマスター口座の管理をしている Treasury により稼得されることとなります。

ここで Treasury の役割は何かということですが、マスター口座が絶えずプラスになるようにすることです。それで、最終的なリスクを誰が取っているかということですが、実は Treasury は取っていないのです。では、リスクを誰が取っているかということですが、下図 4 のとおり、X 社らは、Bank of America に対し、法的には連帯責任を負っていましたが、実は、米国の ConocoPhillips の親会社本体が、銀行である Bank of America に保証をしているのです。だから、財務能力があるのは、親会社で、Treasury にはないわけです。Treasury がやっているのは、要するに、マスター口座の管理というサービスの提供だけなのです。このような事件になります。

ノルウェー国税当局は、ノルウェーの X 社らが非常に儲かっている会社で、いつもマスター口座の残高が多額にあるのに、利息が少ないということで、利子が過少であるとして、利益分割法を使って課税処分をした事件です。X 社らは、Treasury が受け

取った LIBID-0.25%が非関連者である銀行からの預金金利より高いとして独立企業間価格であると主張しましたが、ノルウェーの国税当局は、X社らと交渉すれば、もっともらえたはずであると主張した事案です。裁判所は、国税当局の主張を認め、国税当局の全面勝訴となっています。

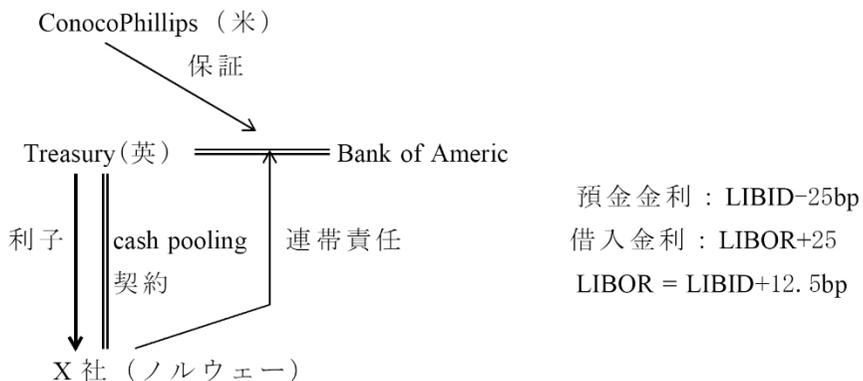
これも新ガイドラインの先取りのような判決になりますが、このキャッシュ・プーリング自体は租税回避でないと考えられます。これは、グループ・シナジーだと考えられます。しかし、グループ・シナジーの場合に、新ガイドラインは、「重要なグループ・シナジーが存在し、それがグループの意図的な協調活動に基因する可能性がある場合、このようなシナジーの便益は、一般に、シナジー創出に対する貢献に応じてグループのメンバー間に配分されるべきである。」(同・パラ 1.162)としており、重要なグループ・シナジーが存在し、かつそれが意図的な協調活動に基因する場合、このようなシナジーの便益は貢献に応じてメンバー間に配分されるべきであるということを言っています。キャッシュ・プーリングの場合に、何が貢献度になるかということですが、マスター口座における残高の多い少

ないということだと一応考えられます。

そうすると、新ガイドラインのリスク分析を当てはめてみますと、キャッシュ・プーリング・リーダーが、契約書上だけではなく、経済的にもリスクを取っているかどうかが問題となります。もし、(i)キャッシュ・プーリング・リーダーが、リスク分析をしてもリスクを取っているのであれば、キャッシュ・プーリングによる利益(すなわちピンハネ分)は、キャッシュ・プーリング・リーダーに配分されることとなりますが、(ii)キャッシュ・プーリング・リーダーがリスクを取っていない場合には、キャッシュ・プーリング・リーダーは、キャッシュ・プーリングによる利益を受け取る資格はなく、単にサービス・フィーを受け取る資格しかないこととなります⁽¹⁸⁾。

本件では、契約書上は、Treasury がリスクを引き受けることになっていますが、Treasury にそのような財務能力はないわけで、実質的にはリスクを引き受けているとは考えられないということになります。そうすると、上記の(ii)のキャッシュ・プーリング・リーダーがリスクを取っておらず、単にサービス提供者としてのみ機能している場合ということとなり、キャッシュ・プ

【図 4】



※太線：対象取引，＝：契約関係

ーリング・リーダーは、主たる利益を受け取る資格はないということになります。そうすると、キャッシュ・プーリングによる利益は、参加者の貢献度に応じて配分されるべきであるというように考えられます。本件は、そういう事案だったと考えられます。

- (4) さらに、このノルウェーの裁判所の判決で特徴的なのは、納税者は移転価格税制を適用するに当たって、どういう利率で計算するかということが次の問題となったのですが、X社らは、「次善の選択のテスト (next best option test)」によるべきと主張しました。X社らは、次善の選択のテストとして、先に述べたとおり、現実にある銀行取引の中から似たようなものを取り出してきて、それを比較対象にすべきだと、主張しました。しかし、国税当局は、「仮定的なテスト (hypothetical arm's length test)」を用いるべきだということで、グループ内の仕組みであることを前提にして独立当事者であると仮定した場合に、どういう利子になるのかで判断すべきと主張しました。それを裁判所も採用したのです。結局、キャッシュ・プーリングはグループ・シナジーと考えられますし、多国籍企業以外では、こういう取引はやれないわけです。だから、実際の独立当事者取引を見出すのは非常に困難な事案だと思われまます。そういう場合に、仮定的テストを用いたという意味で、非常に意味のある判決だと思えます。

結局、私の言いたいことですが、この判決は、新ガイドラインを先取りしているような判決だと思われまますが、リスク分析ということで、契約だけではなくて、実質的な財務能力などもきちんと分析していて、キャッシュ・プーリングの事案について参考になる判決だと思えます。

なお、本件と同様のキャッシュ・プーリングが問題となった事件が他にもあります。

これはデンマークの裁判所の事件で、同じようなことが問題となっています。Bombardier 事件の租税裁判所判決⁽¹⁹⁾で、これもキャッシュ・プーリングについて移転価格税制の適用を認めているケースになります。

5 McKesson Canada 事件租税裁判所判決

- (1) さて、最後に、カナダの 2013 年の McKesson Canada 事件の租税裁判所判決⁽²⁰⁾についてお話ししたいと思います。これは、いわゆる売掛金の譲渡 (debt factoring) の事案であります。訴訟の原告である X社の McKesson Canada というのは、米国所在の McKesson Corp という会社を中心とするグループの中の一つの会社です。McKesson Corp という会社ですが、米国最大の健康管理会社です。医薬品を売ったり、いろいろなヘルスケアをしている米国で一番大きな会社で、立派な多国籍企業になります。

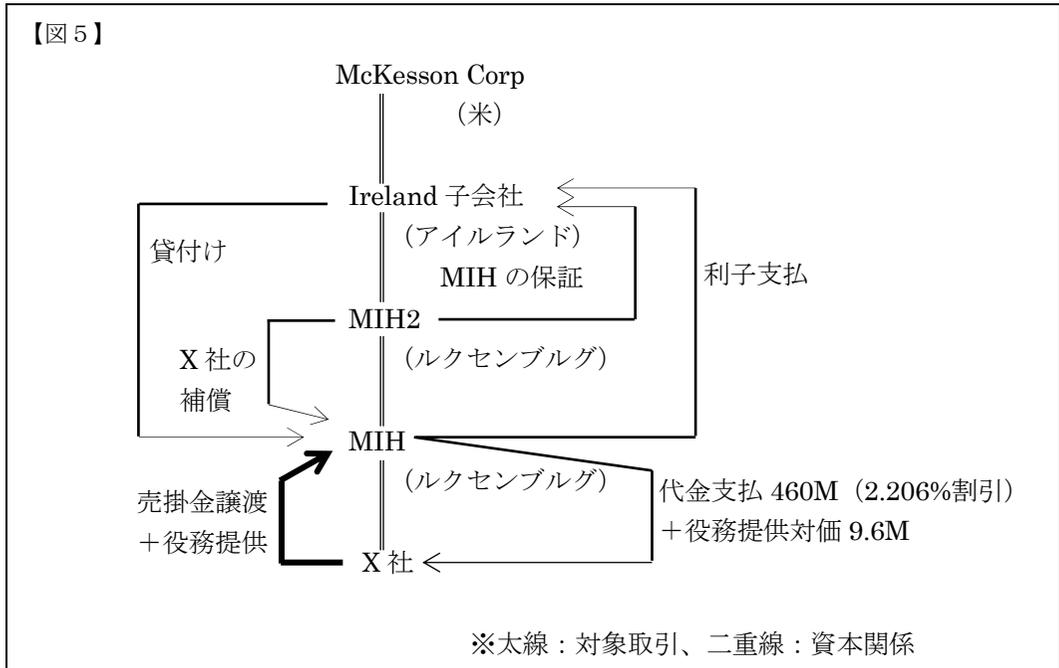
どのような事案かということですが、次図 5⁽²¹⁾で説明します。

この図は、資本関係を書いています。McKesson Corp が一番トップです。X社は、McKesson Corp のひ孫会社の子会社になります。McKesson Corp は、アイルランドに子会社を持っていて、その子会社が、ルクセンブルグに子会社 MIH2 を持っていて、その MIH2 が、更にもう一つ MIH (McKesson International Holdings) という子会社を持っています。節税スキームでダブル・アイリッシュとかいいますが、本件はダブル・ルクセンブルグです。そして、MIH が、X社の 100 パーセントの株式を持っているということになります。

判決の結論は、内国歳入庁の勝訴です。この事件は、X社が、カナダで多数の顧客に対して、医薬品の販売や健康サービスの提供をすることにより保有することとなった未回収の売掛金を 2002 年に MIH に譲渡した際に、いわゆる factoring ということで、

額面を 2.206 パーセント割り引いて譲渡した場合の割引率が問題となったものです。

売掛金の譲渡代金は、合計で 4 億 6,000 万カナダドルです。



租税裁判所は、この譲渡が仮装的な取引だという認定をしています。なぜ仮装的かという、X社は非常に儲かっている会社であり、保有する売掛金を割引により譲渡した理由は、X社の利益を圧縮するために、譲渡損を計上するためだと思われるという認定をしています。売掛金を、額面を 2.206 パーセント割り引いてと、譲渡損が立ちますので、その譲渡損を計上して、X社の利益を圧縮することを意図したという事案だと考えられます。

本件では、内国歳入庁は、所得税法 247 条2項(a)及び(c)を適用して契約条件を否認して売掛金の譲渡代金の割引率 2.206 パーセントは過大であるとし、もっと少ない 1.0 パーセントが相当だという主張をしました。CUP 法を使ったのではなく、売掛金の譲渡契約の割引率を否認した事件です。

そして、租税裁判所は、内国歳入庁の主

張する割引率を採用して、譲渡損を否定した事件であります。

(2) 図 5 で、もう少し詳しくお話します。なぜそういう認定になったのかということですが、X社が売掛金を譲渡していますが、一方で、役務提供をする契約もしています。この役務提供の内容は何かということですが、この売掛金の回収と、未回収の顧客に対するアフターケアのサービスをX社が請け負っています。MIH は、その代わりに、売掛金の譲渡代金プラス役務提供対価として 960 万カナダドルを支払っています。結局、X社は売掛金を譲渡していますけれど、儲かっている会社で譲渡する必要があるのかという問題もありますが、譲渡する前と譲渡した後でX社のやっていることは何も変わっていないのですね。元々やっていた売掛金の回収とアフターケアは、売掛金譲渡後も引き続きやるわけですから、X社

の仕事は何も変わっていないということになります。要するに、経済実質は、何ら変わっていないことになろうかと思えます。MIH の代金はどこから来たかということですが、図5のとおり、アイルランドの子会社が貸付けをしています。それで、アイルランドの子会社に対して、MIH が利子の支払をしています。この MIH への貸付金については、MIH2 が保証をしています。さらに、MIH2 が、MIH に対し、X社が未回収に終わった分の補償をするとの契約をしています。しかし、実際には支払はなされていないという認定になっています。そういう租税回避的な事案です。カナダには所得税法 245 条という租税回避の一般否認規定がありますから、内国歳入庁はその適用もおそらく検討をしたと思いますが、最終的には、247 条の移転価格税制を適用しています。ちなみに、この課税処分当たり、役務提供対価の 960 万カナダドルについては何ら否認はしていません。この売掛金の譲渡の割引率だけを対象にしたということになります。

- (3) この事件で重要なのは、否認、再構成についてインプリケーションがある事案だと思われる点です。ちなみに、本件では、内国歳入庁は割引率の否認にとどめ、再構成までの主張はしていませんが、カナダの 247 条 2 項(b)及び(d)では再構成もできるので、租税裁判所は、一般論として同項において、(b)及び(d)に基づき再構成ができる旨判示しています。

もう一つは、仮装的な譲渡の事案ですので、新ガイドラインの考え方に沿ったとしても、商業上の合理性が認められない事案だと思われる。そういうことで、この事件は否認あるいは再構成も可能だった事案ではないのかと考えられます。

また、この事件は、商業上の合理性が認められない事案であって、その事実認定

が実は非常に重要な意味を持っています。裁判所が最終的に移転価格税制の適用をしたのは、この売掛金の譲渡が仮装的であったというところの認定が実は非常に重要な意味を持っていると思います。いずれにしても、移転価格税制の適用に当たって、否認、再構成がもちろん問題になるわけですが、私としては、カナダの 247 条 2 項のような明文が必要だと考えます。アメリカの経済実質主義ならともかく、我が国では明文なしにはできないと思います。そういうことで、明文規定が必要ではないかと思えます。

6 結び

- (1) 以上、三つの事件をいろいろお話してきましたけど、最後に結びでまとめたいと思います。移転価格税制で、法的実質と経済的実質というのは非常に難しい問題かと思えます。新ガイドラインは、リスク分析、機能分析ということで、経済実質に軸足のウエイトを置いていると思われ。ただ、私としては、APA とか相互協議では何ら問題はないかと思えますが、いざ訴訟になったときにそれで果たして、もつのだろうかとか疑問を持ちます。裁判官に納得してもらえるのだろうかということが懸念されます。経済分析はもちろん、経済実質などが、重要なことは私も異論はないのですが、それだけではもの足りないのではないかと思います。新ガイドラインも、冒頭で申し上げましたように、もちろん契約分析が前提であるということを言っていますが、どうも私の目から見ると、そこで言っている契約分析は少し狭いように感じます。すなわち、リスクにこだわった契約の分析ということで、何かすごく狭く感じます。もう少し契約全体を見て、全体的な契約の目的とか意味とか、そういうものを分析していくのが重要ではないかと思えます。McKesson 事件の場合には、売掛金の譲渡が非常に仮装に近いという認定がされていて、それが重

要なポイントになっているわけです。そのように、問題となっている契約が真実なのかあるいは仮装に近いものではないのかといった契約の分析が重要と考えますし、更に事実認定も重要だと考えています。

何か法実質ということを使うと、新ガイドラインに逆行しているのではないかと、ということで反対される方もいらっしゃるかもしれませんが、私としては、飽くまでも訴訟になったときに、それで果たしてもつのだろうかということを考えている次第であります。そういう訴訟になったときにもつかどうか、あるいは裁判官が納得するかどうかという問題については、外国の移転価格税制に関する判例を検討していくのが非常に意味がある、重要だというように考えています。本日挙げた三つだけではなくて、他の外国の裁判例も自分なりに今後研究を続けていくつもりであります。

- (2) あともう一つ、理論的に非常に難しい問題があります。移転価格税制と租税回避の関係の問題です。移転価格税制は租税回避否認規定なのかどうかということが、理論的に非常に難しい問題になります。先ほど紹介しましたとおり、Pankiv は、移転価格税制は飽くまでもモデル租税条約 9 条の二国間の所得の調整の規定であって、それ自身が租税回避否認規定ではないと言っています。私としては、この Pankiv の主張には必ずしも賛成できないところもあるわけですが、更には、昨年 6 月にミュンヘンでヨーロッパ版の IFA が開かれています。EATLP (European Association of Tax Law Professors and authors) という会議ですが、それについての本が、今年 10 月に出版されています⁽²²⁾。そこで実は、そもそも各リポーターに求めたクエスションの一つになっているのですが、移転価格税制は租税回避否認規定と考えるのかということが質問されています。この EATLP でも議論に

なっていますが、結局結論が出ていません。なぜかという、租税回避が何ぞやというのは、人によって様々ですし、租税回避否認規定が何ぞやということも様々だということなので、移転価格税制が租税回避否認規定といえるかどうかというのは、最終的には結論は出ていません。しかし、租税回避否認規定として機能しているとか、否認規定そのものではなくてもそういう効果を持っているとか、そういうことを書いているレポートも多々あります。

この問題は、私の長年の研究テーマである租税回避と関係していて、その延長線上にもあって、理論的に私としては非常に興味のある問題ですが、モデル租税条約 9 条とも関係するので、にわかには結論を出せない難しい問題かと考えています。ただ、今後、移転価格税制について、我が国でも立法をして、例えば所得相応性基準を導入するとか、あるいは、否認、再構成の規定はぜひ導入してほしいのですけれど、否認、再構成の規定を明文で導入することになってきた場合に、モデル租税条約 9 条だけで説明がつかないのかどうか、非常に議論があるわけですが、今後そういう立法をして、所得相応性基準や、否認、再構成のルールを仮に取り入れるとすれば、移転価格税制が租税回避否認規定的な性質をも併せ持つのではないかと考えています。ただ、これについては非常に奥の深い難しい問題なので、今後も研究を続けていきたいと考えています。

以上、外国の判例の紹介など、そういうことで、まとまりのない話になったかもしれませんが、報告を終わります。

〔後記〕

本講演で述べた 3 つの裁判例の他の外国の裁判例については、本講演後の平成 30 年 2 月 22 日と 3 月 22 日の両日にわ

たつて租税研究協会において講演し、講演録として公刊されている⁽²³⁾。

-
- (1) 拙稿「行為計算の否認規定をめぐる紛争」税法学 577号 271頁（平成29年）、「第107回大会シンポジウム—租税回避をめぐる法的問題（討論）」税法学 578号 215頁（平成29年）
- (2) 拙著『現代税制の現状と課題 租税回避否認規定編』（新日本法規、平成29年）
- (3) 拙稿「移転価格税制における独立企業間価格の要件事実」税大ジャーナル 12号 11頁（平成21年）
- (4) OECD/G20, "BEPS Final Report on Action 8-10 Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation", October 2015
- (5) OECD, "OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations", July 2017
- (6) OECD, "OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations", 2010
- (7) Amazon. Com, Inc. v Commissioner of Internal Revenue, 148 T.C. No.8(2017)
- (8) Chevron Australia Holdings Pty. Ltd. v Commissioner of Taxation [2017]FCAFC 62
- (9) これらの裁判例については、日本租税研究協会にて、平成30年2月と3月に講演予定である（〔後記〕で記載のとおり、平成30年2月22日と3月22日に講演している。）。
- (10) DEMPE 機能とは、Development（開発）、Enhancement（価値向上）、Maintenance（維持）、Protection（保護）、Exploitation（活用）の頭文字を表記したものである。
- (11) 緒方健太郎「BEPSプロジェクト等における租税回避否認をめぐる議論」フィナンシャル・レビュー126号第1号 213頁（2016）参照。この論文によると、FEAは、非税利益基準と（暗黙の）合理性基準（異常取引基準）で判定するものであるが、非税利益基準は、ATPへの対抗の観点から、税効果を除いた状況を評価するものであるが、独立企業原則は、可能な限り合法的な節税を追求するものであることから、非税利益基準は、馴染まないとの反対が強かったとされている。
- (12) Alberta Printed Circuits Ltd. v The Queen, 2011 TCC 232
- (13) Marta Pankiv, "Contemporary Application of the Arm's Length Principle in Transfer Pricing" (IBFD, 2017)
- (14) 拙稿「移転価格税制における独立企業原則のBEPSプロジェクト後の適用」租税研究 2018年2月号 228頁
- (15) Canada v GlaxoSmithKline Inc., [2012]3SCR3, 2012SCC52(SCC). 事案の概要は、神山幸「移転価格税制の適用における無形資産の取扱いについて」税大論叢 79号 618、619頁（2014）、拙稿「移転価格税制と契約解釈—カナダのGlaxoSmithKline事件最高裁判決を分析して—」国際商事法務 46巻3号 362頁参照。
- (16) ConocoPhillips Skandinavia AS and Norske ConocoPhillips AS v Oljeskattekontoret, LB-2009-081881, Utv 2010 s.199
- (17) この表は、Vikram Chand, "Transfer Pricing Aspects of Cash Pooling Arrangements in Light of the BEPS Action Plan", International Transfer Pricing Journal January/February 2016, at 39のTable1を参考にした。
- (18) Vikram Chand, supra, International Transfer Pricing Journal January/February 2016, at 45
- (19) DK: Admin. Tax.Ct. 21 Oct.2013, Case 12-0189459. 事案の詳細は、Eduardo Vistisen, "Bombardier Case: First Published Cash Pool Decision" International Transfer Pricing Journal, Vol.21, No.3(2014)" at 189を参照されたい。
- (20) McKesson Canada Corporation v The Queen, 2013 TCC 404
- (21) この図は、Francescucci & Larochelle, "McKesson Canada: Is the Canadian Statutory Transfer Pricing Adjustment "Formula" in Need of an Adjustment?", International Transfer Pricing Journal Vol.21 No.4 (2014), at 242のFigure1を参考に作成した。
- (22) Ana Paula Dourado ed., "Tax Avoidance Revisited in the EU BEPS Context" (IBFD, 2017)
- (23) 拙稿「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年5月号 353頁, 同年6月号 102頁