

移転価格税制における第二次調整措置導入の是非

水野正夫
(税理士)

目 次

- | | |
|--------------------------|-----------------------|
| I はじめに | 3 国際的協調による第二次調整の回避 |
| II 第二次調整の概要 | 4 国内法への第二次調整措置導入論 |
| 1 第二次調整の意義 | 5 小括 |
| 2 第二次調整と経済的二重課税 | IV 第二次調整と相互協議 |
| 3 わが国における第二次調整の取扱い | 1 第二次調整に伴うみなし配当の条約該当性 |
| III 第二次調整の採用の可否に関する議論 | 2 資金の返還による第二次調整の回避 |
| 1 私的自治の尊重 | 3 移転価格調査段階での第二次調整の回避 |
| 2 第二次調整の複雑性と納税者及び税務当局の負担 | V おわりに |

I はじめに

特殊関連企業条項とよばれる OECD モデル条約 9 条は、関連企業間での経済的二重課税の排除を目的として、租税条約締約国の課税権を独立企業原則に基づき配分する規範としての存在意義を持つとされる⁽¹⁾。多国籍企業グループが独立企業原則に基づかない非正常価格で取引を行った場合、各国の国内法に基づき、独立企業間価格で取引を行ったものと擬制して所得を調整する移転価格税制が適用されることになる。

金子宏教授によれば、移転価格税制における独立企業間価格は、不確定概念でないにしても、きわめて不明確な概念であるため、移転価格税制の適用は、ともすると恣意的にな

りやすく、法的安定性及び予測可能性が強く要請されることになる⁽²⁾。また、移転価格税制は、実際問題として、私的自治ないし契約自由の原則と抵触することになりやすいとされ、移転価格税制においては、法的安定性の要請と私的自治の尊重とが相互に対立し合う関係にあり、この二つの価値をどのように調整し、そのトレード・オフをどのように解決するかは、移転価格税制の最も大きな課題の一つであるとされている⁽³⁾。

(1) 谷口勢津夫『租税条約論』82-88頁（清文社・1999年）参照。

(2) 金子宏「移転価格税制の法理論的検討—わが国の制度を素材として—」同『所得課税の法と政策』（有斐閣・1996年）364頁-365頁参照〔初出、1993年〕。

移転価格税制が適用（第一次調整）されると、そのままの状態では経済的・二重課税が発生する。その結果として、現実の利益配分と独立企業原則に基づく利益配分ではずれが生じる。そこで、国によっては、現実の利益配分を独立企業原則に基づく利益配分と一致させるために、国内法に基づき、みなし取引（第二次取引）を擬制し、第一次調整により発生した超過利益を例えば配当として移転したものと擬制し、課税が行われることがある。これが移転価格税制における第二次調整の問題である。

「第二次取引へ租税を課すことは、二次的移転価格調整（第二次調整）を発生させる。」（OECD 移転価格ガイドラインパラ4.68）と OECD が言及するように、移転価格税制による第一次調整に加えて、第二次取引を擬制し、さらに課税を発生させるという意味での二重課税の発生が懸念されている。金子教授は、第二次調整は「二重の擬制であって、つじつま合わせとしては成り立つとしても、それは私的取引への不当な介入である⁽⁴⁾」としている。

一方で、OECD は、「第二次調整は、取引が独立企業原則に基づいてなされた場合と正確に同一の状況を設けるために必要とされるものであるが、それは個々の事実関係に依存している。締約国の国内法において当該第二次調整が認められている場合には、[特殊関連企業条項] 2 項は、第二次調整を妨げるものではないことに留意すべきである⁽⁵⁾」として特殊関連企業条項の射程から除外している。すなわち、特殊関連企業条項における独立企業原則は利益の配分規範であり、特殊関連企業条項は第二次調整（すなわち利益配分後の財産状態を独立企業間のそれと同じ扱いにすること）を射程外としており、各国の国内法にお

ける第二次調整措置を禁止せず、各国の取扱いを尊重しているようにみえる。

このように、第二次調整の問題は、国内法の措置として独立企業原則に基づく利益配分後の財産状態まで独立企業原則を拡張するべきなのか、あるいは、私的自治を尊重し、第一次調整による利益配分によって適正利益の配分を達成した後は私的取引による財産状態を尊重するのか、という立法政策的価値判断の問題であることが理解できよう。

わが国における第二次調整の取扱いは、独立企業原則による利益配分の結果としての財産の配分状況がどのような結果になったとしても追加的課税を生じさせない取扱いを徹底している。このことは、私的自治の尊重の観点から追加的課税を発生させないという意味で好ましいものと考えられる。

しかしながら、米国、カナダ、ドイツ、フランス等の先進国をはじめ、課税を伴う第二次調整措置を採用している国は多い。現状において、海外での第二次調整を発端とした二重課税問題が発生している。OECD は、BEPS プロジェクトの後に将来的な移転価格ガイドラインの改定に向けたコメントを募集し、2018 年に受け取ったコメントを公表した（以下、「2018年レポート」という）⁽⁶⁾。産業界からは、第二次調整に係る OECD 移転価格ガイドラインの改善について、様々なコメントが寄せら

(3) 金子・前掲注(2)365頁参照。

(4) 金子・前掲注(2)380頁。

(5) OECD モデル租税条約コメンタリー第9条関係パラ9。同パラ8も参照。

(6) OECD, *Scoping of the future revisions of Chapter IV (administrative approaches) of the Transfer Pricing Guidelines; Comments Received on the Request for Input*, 2018.

れている。そこには、第二次調整による追加的課税に多国籍企業が苦慮している事実がみとれる。すなわち、日本が第二次調整措置を採用してなくても、海外当局が第二次調整を採用していることによって、二重課税をもたらすことがあるのである。これが本稿における問題意識である。

日本においては、第二次調整の問題について、90年代に議論されてから、貴重な例外を除き、ほとんど議論されていないこと、その間少なからず第二次調整に関する国際的な議論が行われていること、第二次調整について産業界からのかなりの要望があること、を勘案すれば、もう一度、日本の国内法上、あるいは租税条約上、第二次調整をどのように考えるべきか、を再検討することは有用であろう。今後OECD移転価格ガイドラインの改定に向けた議論が進んでいけば、わが国の移転価格税制における第二次調整の取扱いについて影響を及ぼすことも考えられよう。

藤井保憲教授は、「移転価格課税、相互協議、対応的調整を一体の制度と考え、二重課税を発生させないための仕組みとして見るとき、わが国の制度では第二次調整に係る部分が未整備のまま残されており、結果として二重課税の問題が制度的に解消されていない⁽⁷⁾と指摘している。

そこで本稿では、海外での第二次調整による課税が二重課税を発生させているという問題意識を前提として、独立企業原則に基づく利益配分後の財産状態まで独立企業原則を拡張するべきなのか、あるいは、私的自治を尊重し、第一次調整による利益配分によって適正利益の配分を達成した後は私的取引による財産状態を尊重するのか、という対立軸を念頭に置きながら、わが国における第二次調整

のあり方について法政策的な観点から検討する。

検討にあたり、第二次調整のOECDの考え方及び日本の第二次調整の取扱いを確認し(Ⅱ)、主にわが国における先行研究を検討しながら、第二次調整の採用の是非の議論を展開する(Ⅲ)。その上で、相互協議における第二次調整から生ずる紛争解決の可能性を検討し(Ⅳ)、今後進むべき方向性を示すことを試みる(Ⅴ)。

Ⅱ 第二次調整の概要

1 第二次調整の意義

仮に、日本に親会社、海外に子会社があり、子会社から親会社へ所得移転があるとして海外において子会社に対して移転価格課税(第一次調整)が行われる場合を想定する。この場合、子会社から親会社への所得移転の金額は、子会社でなく、親会社の手中にあり、第一次調整が行われたとしても、独立企業間価格で行われた場合と同一の状態にはなっていない。そこで、第一次調整に続き、子会社から親会社に同額の所得を移転しようとした場合、この移転は、例えば、配当や貸付等で移転していたであろうと議論することは可能であり、仮に配当として第二次取引を擬制した場合には、親会社に対してみなし配当に係る源泉課税(第二次調整)が行われることがある⁽⁸⁾。

金子教授は、「移転価格税制の適用に続き、

(7) 藤井保憲「移転価格税制の適用のあり方と第二次調整のための制度整備」国際税務27巻10号96頁(2007年)。

(8) OECDモデル租税条約コメンタリー第9条パラ8参照。

それによって生ずることとなった価値の移転をみなし出資・みなし配当として課税することを一般に第二次調整とよぶ⁽⁹⁾とされており、税務上と会計上のずれを合わせるための第二次調整により、追加的課税を発生させることを第二次調整として、定義づけている。一般的には、OECD移転価格ガイドラインパラ4.68が「第一次調整により発生した超過利益を他の何らかの形で移転したものとして取り扱い、それに従って課税するものである」とする通り、第二次調整は、第二次取引を擬制し、みなし配当等を認定し、追加的課税を発生させるものとして使用されているものといえよう。

一方で、金子教授は、このずれに関して、追加的課税を発生させない場合にも、「解釈論上のあるいは立法論上のつじつま合わせを考える必要がある。」⁽¹⁰⁾として、税務上と会計上のずれに関する調整の必要性を説いている。増井良啓教授は、第二次調整を「移転価格税制を適用した場合の、実際の取引価格と独立企業間価格との差額の課税上の取扱い」⁽¹¹⁾として定義し、追加的課税を発生させない「『無害な』第二次調整」⁽¹²⁾も第二次調整の定義に含まれるものとしている。増井教授は、「いったん独立企業間価格によって取引がなされたという擬制が導入された以上、いかに辻褄合わせとはいえこのような税務会計上の調整が必要になる」⁽¹³⁾という点を指摘する。

本稿においては、増井教授の定義に従い、「移転価格税制を適用した場合の、実際の取引価格と独立企業間価格との差額の課税上の取扱い」という意味で第二次調整という言葉を使用することにする。なお、この定義によれば、追加的課税を伴う第二次調整と追加的課税を伴わない「無害な」第二次調整の両者が

含まれることになるが、本稿において、議論をわかりやすくするために、必要に応じて、「課税を伴う第二次調整」、「課税を伴わない第二次調整」という文言を使用することがあることを付言する。

いずれにしても、第二次調整の問題は、税務上と会計上の資産関係のずれをどのように取り扱うか、という問題である。

2 第二次調整と経済的二重課税

ところで、第二次調整による課税は、経済的二重課税を発生させるのであろうか。

金子教授は、Aからその子会社であるBに資産の高額譲渡が行われ、Bに移転価格税制が適用され、さらにAに第二次調整としてみなし配当課税が行われる場合を想定し、「……適正対価と取引対価との差額相当額につきBに課税するのと同時に、同じ金額につきAに課税するのは、経済的二重課税に当たらないであろうか。たしかに、Bの所得が増額されても、対応的調整によって、Aの所得が同じ金額だけ減額され、それによって二重課税の問題は解決済みであるから、Aにみなし配当課税を行っても、それは移転価格税制とは別個の問題であり、論理上は二重課税とはいえない、という説明も可能である。

しかし、この場合に、いわゆるみなし配当は、移転価格税制の適用の論理的帰結として生み出された擬制所得であり、それは、決して移転価格の適用と別個の存在ではありえな

(9) 金子・前掲注(2)376頁。

(10) 金子・前掲注(2)378頁。

(11) 増井良啓「移転価格税制—経済的二重課税の排除を中心として—」日税研論集33号73頁(1996年)。

(12) 増井・前掲注(11)77頁。

(13) 増井・前掲注(11)77頁。

い。移転価格税制の適用によって、適正対価との差額相当額につきBに課税する一方で、その適用の結果として生じた同じ金額の擬制所得に対してAに課税するのは、親子会社であるABを一体として見た場合には、明らかに経済的二重課税であると思われる。仮に、一步ゆずって二重課税そのものではないとしても、みなし配当課税は、その効果において是对应的調整の機能を否定するのと同じであり、事態を对应的調整のない状態に戻し、経済的二重課税と同じ結果を惹き起こすことにならないであろうか〔傍点は原著のまま〕¹⁴⁾として、第二次調整による課税が第一次調整に加えて行われることで、経済的二重課税又は経済的二重課税と同じ結果になることを指摘する。

2018年レポートでも、産業界から第二次調整がその複雑性と二重課税を作り出していることが指摘されている¹⁵⁾。

OECD 移転価格ガイドラインパラ4.70は第二次調整が第一次調整に加えて行われることにつき、追加的な納税義務という文言を使用しており、「他方の国により对应的な控除又は他の何らかの措置が与えられない限り、第二次調整は二重課税をもたらすかもしれない。第二次調整がみなし配当の形をとる場合、他方の国の国内法にみなし受取が存在しないかもしれないので、みなし配当に課される源泉課税に係る二重課税は排除されないかもしれない」との懸念を示し、OECD 移転価格ガイ

ドラインパラ4.73は、「税務当局は、納税者の行為が明らかに源泉課税を回避するために配当を偽装する意図の下に行われたことを示唆する場合を除いて、第二次調整が必要であると考えられる場合、結果として生じる二重課税の可能性が最小となるような調整を組み立てるべきである」として、第二次調整を導入する場合においても二重課税の発生を最小限にするべきとの意見を述べている。

OECDは、このように追加的課税への懸念から各国が第二次調整を採用することについて懸念を示す一方で、OECD 移転価格ガイドラインパラ4.71では、「OECD モデル租税条約第9条第2項に関するコメントリーは、この条項が第二次調整を扱うものではないことに留意しており、それゆえに、この条項は、税務当局に対して第二次調整を行うことを禁止したり又は要求したりするものではない」として、第二次調整が第9条の射程外であることを明言している。

この点について、川田剛教授は、「租税条約の根本概念である『国際間の二重課税防止』という観点からすれば、このような形で2次的に二重課税が生じることは好ましいことではない」¹⁶⁾とされている。

OECDの立場は、第二次調整は、特殊関連企業条項の射程外¹⁷⁾であるが、追加的課税をもたらすことがあるため、各国の税務当局は第二次調整を最小限に留めるべきであると推奨するという立場に留まり、各国の第二次調整

14) 金子・前掲注(2)376頁。

15) See OECD, *supra* note 6, at 34.

16) 川田剛「对应的調整」金子宏編『国際課税の理論と実務—移転価格と金融取引』（有斐閣・1997年）108頁。

17) このようなOECDの立場をとれば、課税を伴う

第二次調整は「条約に適合しない課税」にあらず、第二次調整から生ずる二重課税について相互協議の申立てを行うことはできないということになりそうである（増井・前掲注(11)74頁参照）。この点についてはIVで検討する。

措置にある程度配慮した形となっていると理解できよう。

現実には、第二次調整による課税が行われるのは、移転価格税制の適用（第一次調整の段階で対応的調整がなされる前）の場面が多いと考えられる。納税者の立場からすれば、その段階では必ずしも移転価格税制の適用（第一次調整）によって生じる経済的二重課税が排除されるという保証はなく、第一次調整による二重課税に加えて、第二次調整による追加的課税（みなし配当課税等）の発生は、グループ一体としてみればかなりの負担を伴う（第一次調整に伴う経済的二重課税に加えてみなし配当課税が行われるという意味で三重課税といえるかもしれない）。

また、第一次調整につき対応的調整が行われ、二重課税が排除されたとしても、対応的調整の機能を否定する効果を持つ第二次調整は、金子教授の指摘する通り、グループを一体としてみれば経済的二重課税が発生しているといえるものと思われる。

2018年レポートにおいても、権限ある当局が相互協議で第二次調整のために生じた追加的課税の排除を議論しない場合の事案において、「第一次調整から生じた二重課税を排除する際に相互協議がうまくいったとしても、結局、納税者は、第二次調整の効果のために追加的（二重）課税を受けてしまうのである」¹⁸⁾という事実が産業界から報告されている。このことは、「第二次調整から新たな課税が生じてしまえば、せっかく対応的調整について国際的な協力のしくみを設けている趣旨を没却する」¹⁹⁾という予てからの指摘について、未解決のまま問題が残されていることを示している。

なお、第二次調整による追加的な課税を二

重課税と呼ぶべきかどうかについては上記の通り議論のあるところではあるが、本稿にいう「二重課税」とは、特に断りのない限り、第一次調整に加えて、第二次調整措置により追加的に課税を発生させるという意味で、二重課税という用語を使用することにする。

3 わが国における第二次調整の取扱い

次にわが国において、移転価格税制の適用によって生ずる税務上と会計上のずれについて、どのような取扱いになっているかについて確認しておこう。

(1) 国外移転所得金額の取扱い

租税特別措置法（以下、「措置法」という）66条の4第1項は、法人が、当該法人の国外関連者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に、国外関連取引の対価の額を独立企業間価格とみなして法人税法上のその他の規定を適用するものである。この場合、実際の取引価格と独立企業間価格との差額が、低額譲渡の場合には、益金に算入され、高額譲受の場合には、損金算入が否認される。

しかし、社外に流出した金額が存在するため、法人税法22条3項により同じ金額だけ損金として認容される。この社外に流出した金額を認容してしまうと、課税金額が生じないことになる。そこで、別段の定めである措置法66条の4第4項は、国外関連取引の対価の額と独立企業間価格との差額は、寄附金の額に該当するものを除き、損金の額に算入しない旨定め、その損金性を否定している。

¹⁸⁾ OECD, *supra* note 6, at 41.

¹⁹⁾ 増井・前掲注(1)76頁-77頁。

このように同条第1項の規定が適用される場合には、同条第4項の規定の適用がセットで予定されているが、同条第4項は単に「損金の額に算入しない」と定めるのみであり、その金額の性質決定（みなし配当等）を求めておらず、実際の処理としては、その全部又は一部を国外関連者から返還を受けるかどうかにかかわらず、利益の社外流出として処理されることになる（措置法通達66の4(11)-1）。すなわち、わが国の移転価格税制による増額更正がなされる場合、実際の金銭は、移転所得金額の分だけ日本から海外へと資金が移転している状態にあるが、税務上と会計上のずれを社外流出とし、新たな課税を回避しているのである。これが課税を伴う第二次調整を避けるためのつじつま合わせである。

また、措置法通達66の4(11)-2において、法人が国外移転所得金額の全部又は一部を合理的な期間内に国外関連者から返還を受けることとし、一定の書面を提出した場合において、当該返還を受けた金額は益金の額に算入しないことができる旨の取扱いが定められている。

上記の取扱いを概観するに、国外所得移転金額がある場合において、当該金額の返還を受けるかどうか、あるいは、返還を受ける場合いくら金額にするかは、納税者の選択に委ねられ、その選択に拘わらず、新たな課税関係を生じさせない取扱いとなっているといえよう。

(2) わが国へ資金が移転している場合の取扱い

次に、海外の税務当局において移転価格税制が適用され、わが国との相互協議の結果、わが国において対応的調整とそれに伴う減額更正がなされた場合（すなわち、移転所得金

額の分だけ海外からわが国へと資金が移転している状態）には、租税条約実施特例法7条2項において、送金されない金額がある場合には当該金額を利益積立金額として扱う旨が規定されている。これも上述した「税務上と会計上のずれ」に関するつじつま合わせであり²⁰、その差額を利益積立金額とすることによって、新たな課税が生じないように手当していると考えられる。

また、移転価格事務運営要領5-2において、対応的調整に伴う返還額がある場合につき、「外国税務当局が国外関連者に対して移転価格税制に相当する制度に基づき課税を行った場合において、相互協議の合意に基づく対応的調整により減額更正を受けた法人が、当該減額更正を受けた金額の全部又は一部を国外関連者に対し返還しているときは、当該返還した金額は損金の額に算入されないことに留意する。」としている。

さらに、当該金額につき、同5-3において、相互協議の合意に基づく対応的調整により減額更正を行う場合において、法人が減額される所得金額の全部又は一部を合理的な期間内に国外関連者に対して返還することとし、「対応的調整に伴う返還に関する届出書」を届け出た場合には、その返還することとした金額を当該国外関連者に対する未払金として処理することに留意する旨を定めている。

²⁰ 金子教授は、「右の減額された所得金額は、課税対象たる利益には算入せず、直接利益積立金に算入することとしている。もし、現行法がみなし配当・みなし出資の観念を採用しているとすれば、右の減額された所得金額は利益に加算されているはずである。したがって、右の規定は、みなし配当・みなし出資の観念とはイレバントな、会計上のつじつま合わせの規定であるといえよう」と指摘する。金子・前掲注(2)378頁。

このようにわが国へ資金が移転している場合の取扱いにおいても、国外関連者に対して返還するか否か、返還する場合いくらの金額にするかは納税者の選択に委ねられており、どちらの選択肢をとっても新たな課税関係を生じさせない取扱いとなっている。

これらの取扱いからは、資金の取戻しや返還については強制も禁止もせず、納税者がどちらの取扱いを選択したとしても、課税を伴う第二次調整を発動しない取扱いを一貫させているという意味で明確な取扱いであると理解してよいと思われる。

このようにわが国では第二次調整による新たな課税を生じさせない取扱いとなっているが、第二次調整を採用するか否かの理論的根拠はどのように考えるべきであろうか。次に、日本における第二次調整に関する学説を検討しながら議論を進めることにしたい。

Ⅲ 第二次調整の採用の可否に関する議論

1 私的自治の尊重

金子教授は、第二次調整が経済的二重課税をもたらすとの認識の下に、「移転価格税制は、国際取引の局面で見ると、所得の国際的移転による税収の減少を防止するため、取引が適正価格で行われたものと擬制して課税する制度である。適正価格との差額相当額に一度課税すれば、それで目的は達せられるはずである。その上さらに当該差額分を出資または配当とみなすのは、二重の擬制であって、つじつま合わせとしては成り立つとしても、それは、私的取引への不当な介入である。第一の擬制によって目的を達した後は、私的取引をあるがままに放置しておくのが妥当であり、それこそが契約の自由を尊重するゆえん

であると考えられる」⁽²¹⁾と述べられており、基本的に第二次調整は移転価格税制の目的の範囲外であるという立場に立ち、私的自治の尊重の観点から課税を伴う第二次調整に否定的な立場をとっている。この金子教授の立場は、移転価格税制における第一次調整自体が「実際問題として、私的自治ないし契約自由の原則と抵触することになりやす」⁽²²⁾く、「最も留意を要する点である」⁽²³⁾という基本的な問題意識がその背景にあるものと考えられる。

第二次調整は会計上と税務上のずれに起因するものであるから、移転所得金額の取戻し又は返還を行えば、第二次調整が回避できるという取扱いを採用する国も多い。

金子教授は、差額分の資金を送金すればみなし配当としての取扱いをしない、という取扱いに関しても、「納税者の手数や負担を考えると、返還を強制することは、問題であろう。移転価格税制はどこまでもフィクション（もちろん、必要なフィクションであるが）による課税を認める制度である。フィクションをして、取引の実体までも変更させるのは、行きすぎである」⁽²⁴⁾とされ、第二次調整措置が資金の送金に事実上介入することに否定的な見解を採られている。

氷見野良三氏は、1996年のIFAの第48回総会で、会計上と税務上のずれが起こる事例を示し、「これら [第二次調整による二重課税] の結果は納税者にその金額を返還させることで回避することが可能であると議論することができる。しかし、資本関係が100%ではない

(21) 金子・前掲注(2)380頁。

(22) 金子・前掲注(2)380頁。

(23) 金子・前掲注(2)381頁。

(24) 金子・前掲注(2)378頁。

場合は返還することはできない。たとえ契約上の価格が独立企業間価格でなかったとしても、契約価格は私法上有効のものである。もし納税者が税務上の観点から返還義務を負わない金額を返還した場合には、少数株主の利益を侵害することにもなりかねない。このような場合にも税務当局は第二次調整を強制してしまうことになる。

また、第二次調整は論理的帰結であると議論することもできる。しかしながら、独立企業だけではなく関連企業にも契約の自由がある。独立企業間価格ではない契約はそれ自体が悪いものではない。移転価格調整は課税ベースの配分の歪みを取り除く単なる手段である。移転価格調整の役割の範囲のいかなる決定（私法上の契約の自由にどの程度税務当局が介入すべきかの決定）も、政策の選択の問題であり、論理的帰結の問題ではない。税務当局は過度の複雑性や不適切な帰結を避けるためにその適用範囲を制限することは自由である²⁵⁾としている。

氷見野氏の主張は、金子教授の立場と同様に、移転価格税制が国家間の利益配分を役割とした制度であり、その論理的帰結としての第二次調整は、私的自治ないし契約自由の原則の観点からは抑制すべきであるという立場

と考えられる²⁶⁾。着目すべきは、第二次調整については、論理的帰結の問題ではなく、政策の選択の問題であるとしている点であろう。

私的自治の尊重と第二次調整の正当化根拠に関して1996年のIFAの第48回総会でのPeterson氏の見解が興味深いので、次に紹介する。

2 第二次調整の複雑性と納税者及び税務当局の負担

Peterson氏は、上記のIFAの総会において、金子教授が第二次調整が私的取引への介入であるという議論をしていることを紹介した上で、「さらに、第二次調整を遵守する納税者の能力とそれを執行する税務当局の能力に関する重大な問題が存在する。所得の再分類などの第二次調整がもたらす負担と複雑性は、正当化され得るのであるだろうか？この場合、論理的帰結を第一次調整に整合させる試みは、実際に『愚かな一貫性は狭い心が化けた物である— a foolish consistency [that] is the hobgoblin of little mind —』ということになる²⁷⁾とし、「第一次調整から生ずる潜在的調整の迷宮」に入り込むものであるとしている²⁸⁾。

確かに、第二次調整は移転価格税制の適用

²⁵⁾ Ryozo Himino, Note on Secondary adjustment, in IFA, *Secondary Adjustments and related aspects of transfer pricing corrections, Proceedings of a Seminar held in Tronto, Canada, in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*, Vol. 19b, 1996, at 49.

²⁶⁾ また、当時の税務当局者の解説によれば、①私的自治の尊重と、②移転価格税制が税務上の調整をすれば足りるとされること、がわが国において第二次調整を行わない背景として挙げられている。

山川博『我が国における移転価格税制の執行—理論と実務—』（税務研究会出版局・1996年）252頁参照。

²⁷⁾ Shirley D. Peterson, Introduction, in IFA, *Secondary Adjustments and related aspects of transfer pricing corrections, Proceedings of a Seminar held in Tronto, Canada, in 1994 during the 48th Congress of the International Fiscal Association*, Vol. 19b, 1996, at 2. なお、本文中に英語で示した部分については、米国のことわざである。

の論理的帰結ではあるが、税務上と会計上のずれ、すなわち移転所得金額について第二次取引を擬制する際に、配当とするのか、貸付金とするのか、あるいは日本のように寄附金、社外流出、利益積立金とするのかについては、つじつま合わせの問題であって、どのように性質決定するのかの決定的な理論的根拠を見出すことは難しく、それを執行するための負担と複雑性は無視できないように思われる。

Peterson氏は、さらに、第二次調整の複雑性及びそれを執行するコストを勘案せずに正確性を求めるのは愚行であるとし、粗暴な正義の知見を認識するよりも、課税権と管理上の負担を軽減する責任とのバランスを認識すべき旨を説いている²⁸⁾。

この見解によれば、第二次調整の複雑性を鑑みると、その移転所得金額の性質決定も含め、納税者及び税務当局双方の負担を無視して、あるべき移転価格税制の論理的帰結としての第二次調整を追い求めることは、避けるべきということになる。水見野氏の見解の通り、第二次調整が私法上の取引に介入する側面を持ち、第二次調整の問題をどこまで追求するかについては各国の政策上の問題であるという見解と合わせて考えると、納税者における二重課税の負担の観点からのみならず、税務当局の負担の観点からも課税を伴う第二次調整の採用は回避すべきように思われる。

3 国際的協調による第二次調整の回避

移転価格税制における第二次調整の問題はわが国だけの問題ではなく、国を跨いだ問題であるから、わが国が第二次調整を採用していなくても、海外で課税を伴う第二次調整が発生した場合には、納税者にとってその二重課税が負担となってしまう、国際取引の障害

になりかねない。そのため、第二次調整の問題の解決を、OECDを中心とした国際協調に求めることが考えられよう。

金子教授は、「筆者としては、将来の移転価格税制のあり方として、たとえばOECDの場でさらに検討を重ね、国際取引については、移転価格税制とのセットでみなし出資・みなし配当の法理を適用することを中止する方向で各国が協調することが望ましいと考える。なお、念のために付言すれば、筆者が反対しているのは、移転価格税制とのセットで第二次調整としてのみなし出資・みなし配当の法理を適用することであって、同法理の合理性そのものを問題としているわけではない」²⁹⁾としている。

増井教授も上記の金子教授の論文を引用した上で、「[金子説は]現在の条約ネットワークがカバーしていない点につき、将来の国際協調をもとめるものである。たしかに、第二次調整から新たな課税が生じてしまえば、せっかく対応的調整について国際的な協力のしくみを設けている趣旨を没却する。これを防ぐため、第二次調整についての源泉徴収税の課税や課税所得への算入を中止するように各国は国内法上工夫を重ねるべきであろう。各国それなりに事情があるにせよ、少なくとも理想像としてはこのような方向に進むことが望ましい」³⁰⁾としている。

一方、OECDは、「締約国の国内法において当該第二次調整が認められている場合には、[特殊関連企業条項]2項は、第二次調整を妨

²⁸⁾ *Ibid.*, at 2.

²⁹⁾ *Ibid.*, at 3.

³⁰⁾ 金子・前掲注(2)380頁。同旨、山川・前掲注²⁶⁾253頁参照。

³¹⁾ 増井・前掲注(1)76-77頁。同89頁も参照。

げるものではないことに留意すべきである³²⁾とし、第二次調整を採用する加盟国の国内法を尊重しているように思われ、必ずしも第二次調整を各国が取りやめるよう推奨していない。

この点につき、国際商工会議所（以下「ICC」という）は、第二次調整が納税者のキャッシュフロー上の問題及び移転価格の紛争解決における重要な困難性を導くものであるとし、ICCとして第二次調整について反対の立場を明確にした上で、今後第二次調整の使用が増加する可能性があることを指摘し、OECDは明確に第二次調整に反対するべきである、とOECDに対して推奨している³³⁾。

このような提言に基づき、今後OECD主導の下での第二次調整の中止の議論が進んでいくか否かは定かではないが、移転価格税制の適用と同時に第二次調整が行われることは重大な二重課税を発生させることを鑑みれば、第二次調整を各国が中止する方向で議論を進めるべきであろう。その場合には、課税を伴

う第二次調整措置を採用していないわが国がその主導的役割を果たすべきように思われる。

4 国内法への第二次調整措置導入論

(1) 外国税制との整合性からの第二次調整措置導入論

わが国の国内法に第二次調整を導入して二重課税の問題を解決することはできるであろうか。

小松芳明教授は、「現行わが国の租税法上の寄附金に係る取扱いを課税面での諸悪の根源であるとするのはおおげさであるが、価格操作（トランスファー・プライシング）取引等に係る国際的な課税取決めでは、この点を是正しないと同じテーブルでの議論ができない。そこで、実際の取引価額と独立企業間価格との差額を損金不算入と規定している（措置法66条の4第4項）が、損金不算入の趣旨がいま一つはっきりしないということもあり、同条項の解釈をめぐる解釈の混乱がみられる。こうした混乱を排除するためには、右にいう

³²⁾ OECDモデル租税条約コメンタリー第9条関係パラ9。同パラ8も参照。

³³⁾ See International Chamber of Commerce, Draft ICC Comments on OECD Discussion Draft Chapter IV of the Transfer Pricing Guidelines, in OECD, *Scoping of the future revisions of Chapter IV (administrative approaches) of the Transfer Pricing Guidelines; Comments Received on the Request for Input*, 2018, at 54. なお、ICCは、現在のOECDのガイダンスはこの問題について、中立性を達成するための必要な調整を行うことを志向する税務当局に調整を促すものとして過度に単純化しており、第二次調整が行われた相手国の税務当局は、そのみなし取引として認識しないかもしれないという事実を見落としていると指摘している。その上で、ICCは、OECDに対して以下の追加的な項目を含んだガイダンスとすることを推奨している。

- ・租税回避の意図がある場合にのみ第二次調整を使用すること
- ・調整する勘定は利子又は配当・出資に限定すること
- ・懲罰的な取扱いにしないこと
- ・第二次調整を行う場合には、中央の税務当局の承認を得ることにし、現場の調査官にはその権限を持たせないこと
- ・相殺が可能であること
- ・例えば、10百万ドルまたはそれ以上の第一次調整の場合にのみ第二次調整が行われるべきであるというように、第二次調整の適用に関する閾値を導入すること

また、ICCはOECDに対してモデル条約9条の問題として第二次調整の問題を取り上げるように推奨している。特に、この条項は第二次調整を含む状況に関する紛争解決手段を規定するものとして、ガイドラインを改定し得るものとしている。

差額を配当または資本拠出、すなわち対資本主取引とみなす旨の国内租税法上の本則を明定し、この場合の損金不算入を租税法上の論理として正当化する必要がある。」⁸⁴とする。

また、別の論文では以下の通り述べられている。「この点〔第二次調整の点〕に関しては、……わが国の国内法には明文の規定がなく、取扱いのレベルで事実上処理されている点で問題なしとはしないように思われる。私は、現行国内税法上でもある種の利益処分としての扱い（たとえば隠れた利益配当など）がまったく否定されていないとは考えないが、関連取引をまったく非課税というのではなく、なんらかの課税取扱いがなされてしかるべきであると思われる」⁸⁵とされている。

小松教授の提案は、現在の制度を改め、法人税法の本則において、会計上と税務上のずれを対資本主取引とするというドラスティックな提案である。その背景には、措置法66条の4第4項の損金不算入の趣旨が不明確であること、海外当局と同じテーブルでの議論ができないという問題意識があるものと思われる。

藤井教授は、措置法66条の4第4項について、「利益の社外流出の意味が不明確である」⁸⁶と指摘し、「利益積立金となるべき金額が意味もなく消失するはずはない。おそらく措置法66条の4④が移転価格課税の要調整金額を損金の額に算入しないと明記しており、一方で

要調整金額に見合う金銭等の送金を強制的な義務とはできないことから、損金とならない支出としてこの『利益の社外流出』の取扱いが定められたものと考えられる。さらに、わが国が移転価格税制の運用に当たって、第一次調整以上に課程上の取引を創出して問題を拡大しないという考え方であることを示したものと評価することもできる。しかし、根拠が不明確であるため相手国との間で処理内容を一致させることは難しく、第二次調整に係る二重課税の問題を生じさせる虞がある」⁸⁷とする。

その上で、「第二次調整に伴う二重課税の問題は相互協議の合意を通じて解消する必要があるが、そのためには権限ある当局が、第二次調整の重要性を認識した上、受取勘定と支払勘定の処理について税法上の合理性をもってその性格についての認識を相手国と一致させ、互譲をもって問題を解決できるように仕組みを整備することが求められる。『利益の社外流出』という一律の取扱いは、第二次調整の重要性に対する認識を希薄にするとともに協議に当たっての権限ある当局の柔軟性を失わせている可能性がある」⁸⁸としている。

藤井教授は、このような問題意識を提示した上で、立法論として、「①相互協議で合意が成立した場合の第二次調整については、『利益の社外流出』を原則とする現在の仕組みを改め、取戻しを行うことを原則とする、②その

84) 小松芳明「所得課税の国際的側面における諸問題—国際租税法のあり方を考える—」租税法研究21号12頁（1993年）。

85) 小松芳明「トランスファー・プライシング規制税制の日米比較—取引価格に対する規制のあり方をめぐって—」日税研論集28号305頁（1994年）。
なお、小松教授は、わが国が課税を伴う第二次調

整を採用していないことについて、わが国の移転価格税制が納税申告調整方式を採用していることにその根拠を求めている（同・303頁参照）。

86) 藤井・前掲注(7)97頁。

87) 藤井・前掲注(7)97頁。

88) 藤井・前掲注(7)97頁。

上で納税者が取戻しをしない意思表示をした場合は、みなし配当 (Dividend)、みなし出資 (Capital Contribution)、利益の社外流出 (寄付金課税はしない) のうちから相互協議の合意により決定できるようにする (貸付金とみなすことについては金利の問題が生ずるため採用しない)³⁹⁾等の提案を行っている。

藤井教授の見解は、小松教授のように法人税の本則を改正するというものではないが、海外における課税を伴う第二次調整の二重課税の問題を解決する目的で、相互協議において諸外国との取扱いを合わせるために、社外流出という原則をあらため、柔軟に対応できる制度とするということである。

小松教授と藤井教授の上記の見解の特徴は、わが国における第二次調整の問題を、措置法66条の4第4項における損金不算入の趣旨が不明確であり、海外当局と同じテーブルで議論するようにするという問題意識から論じられていることであるように思われる。第二次調整の問題は、社外に流出した金額をどうつじつま合わせするかという問題であるから、現行法上でその根拠となるのは、措置法66条の4第4項となる。これが第二次調整と同条4項の関係である。

ここで同条4項の趣旨と機能について検討しておこう。

措置法66条の4第1項は、国外関連取引が

独立企業間価格で行われたという事実を擬制して、法人税法関係法令を適用するものであるが、同条1項とセットで適用される同条4項は、その社外に流出した差額については単に損金に算入しないとしている (損金性を否定しなければ第1項において擬制した意味がなくなる) のみであり、その性質決定については言及していない⁴⁰⁾。

この差額の性質決定については、みなし配当、出資、利益積立金などが考えられるが、法人税法22条5項の資本等取引や同24条1項のみなし配当と解するのは困難と思われるし、法人税法施行令9条における利益積立金にも該当しないと思われる。その意味で、措置法通達66の4(II)-1が、当該差額について利益の社外流出として処理する旨を定めているのは妥当な解釈であろう。

むしろ措置法66条の4第4項は、社外に流出した金額について第二次取引を擬制しないために、あえて当該差額の性質を決定することなく、単に損金性を否定していると解することが妥当であると思われるのである。

措置法66条の4は、相互協議による合意があることが前提ではあるが、独立企業間価格で取引が行われたものとしての対症的調整が行われることを予定しており、国内取引で問題となるような取引相手方における受増益の課税については、移転価格税制においては想

39) 藤井・前掲注(7)97頁。藤井教授は続けて、「③ みなし配当あるいはみなし出資については源泉税あるいは資本移転税等の追加的課税の問題があるが、これらは相互協議の合意により解決を目指す (合意のため必要があれば規定を整備する)、第一次調整の合意が成立していることが前提であるので、合意は可能と考える、④第二次調整が過去に遡及して行われたとしても金利については考慮し

ない、といったことが考えられる」(同97頁)とされている。

40) 小松・前掲注(35)305頁は、「この点 [第二次調整の点] に関しては、……わが国の国内法には明文の規定がなく、取扱いのレベルで事実上処理されている点で問題なしとはしないように思われる」と指摘されている。

定されていない。その意味で、わが国の移転価格税制は一段階の擬制（独立企業間価格で行われたものとみなす）が行われ、第二段階目の社外への流出については第二次取引としての擬制を行わず放置し、単に全額損金不算入とすることにより移転価格税制を機能させていることにわが国の移転価格税制の特徴があると思われる。

このことは同時に、第二次調整については移転価格税制の範囲外と捉え、私法上の取引に介入しないことになり、私的自治又は契約自由の尊重に寄与する制度設計になっていると考えられ、そこにあえて社外に流出した差額について性質決定をせず損金を不算入とすることに意味を見出すことができるのである。

これは金子教授がグループ会社間の取引による所得移転に対応するために、「無償取引があった場合には、まず通常の対価相当額による取引のみがあったという擬制（これを仮に『一段解説』と呼ぶことにする）に基づいて、取引の両当事者を通じて一貫した調整措置を定めることが妥当である」⁽⁴¹⁾として、立法論として提唱された一段階説を移転価格税制に採用しているものと理解してよいと思われる⁽⁴²⁾。

第二次調整は移転価格税制の適用の「論理的帰結」ではあるが、その「論理的帰結」はあくまでも「つじつま合わせ」の問題であり決定的な議論はなく、むしろ移転価格税制を私的自治の尊重や複雑性を配慮した制度設計とし、第二次調整の措置を導入しないとしてきたわが国の政策決定は評価に値するものといえよう。

小松教授は法人税の本則から見直すべきとされているが、法人税法を抜本的に改正することはかなりの労力が必要であるという現実

論に加え、その複雑性と納税者及び税務当局の負担、わが国発の経済的・二重課税の発生可能性を鑑みると、「過剰な措置」になる危険性を孕んでいるといえよう。

また、藤井教授は利益の社外流出を原則とする現在の仕組みを改め、取戻しを行うことを原則とすべきとされている。

藤井教授の提案は、外国での取扱いとの整合性をとり、第二次調整から生ずる二重課税を排除する目的で議論されているが、この見解は、私的自治の尊重を重視し、第二次調整を導入すべきでないという立場と対立するものではなく、第二次調整に係る二重課税を排除すべきであるというその目的は共通していると考えられる。

しかしながら、取戻しを行うことを原則とする提案は資金の返還をいわば納税者に強制することを原則とすることを意味し、二重課税の排除のためとはいえ、私法上の取引に介入することは避けられないものと考えられる。

また、藤井教授の提案によれば、納税者が取戻しをしない意思表示をした場合は、みなし配当、みなし出資、利益の社外流出のうちから相互協議の合意によって決定できるようにすることとされているが、例えば、社外に流出した金額をみなし配当とする取扱いをした場合に、わが国でみなし配当課税が生じた場合には、第一次調整の課税に加えて第二次

(41) 金子宏「無償取引と法人税—法人税法二二条二項を中心として—」同『所得課税の法と政策』353頁（有斐閣・1996年）〔初出、1983年〕参照。

(42) 増井良啓『結合企業課税の理論』（東京大学出版会・2002年）49頁は、「金子論文の『1段階説』に関して第3に指摘すべきは、この提言が1986年の税制改正で、移転価格税制の中にとり入れられたことである」と述べる。

調整による課税が発生するという意味での二重課税の解決とはならない場合も想定される。

さらに、海外での第二次調整の措置に合わせる目的で国内法に第二次調整措置を導入した場合には、社外への流出については第二次取引としての擬制を行わないことで第一次調整以上の追加課税を生じさせず、私的自治又は契約自由の尊重に寄与する、とする従来からのわが国の基本的立場を変更してしまう弊害が生じるように思われる。

このように考えると、海外での第二次調整の取扱いに合わせられるよう現行法を改正するのではなく、むしろ、私的自治又は契約自由の尊重に寄与する「無害な第二次調整」を採用している現行法（社外流出としての取扱い）を維持しつつ、わが国が第二次調整の重要性に対する認識を持ち、できる限り海外で第二次調整による課税が発生しない（すなわち無害化する）方向で、その解決を相互協議にて求めていくことが必要になろう。そのためには、第二次調整と相互協議との関係を明確にしておく必要がある。この点については、IVで検討することにするが、第二次調整の導入の正当化根拠として、近時、配当課税の回避の防止に求める見解を英国が示しているので、以下で検討しておきたい。

(2) 租税回避防止機能としての第二次調整導入論

米国、カナダ、フランス⁴³⁾、ドイツなどの主要先進国においては課税を伴う第二次調整がすでに導入されているが、英国においてはわが国同様課税を伴う第二次調整が導入されていない。しかしながら、2016年5月、英国のHM Revenue & Customs（以下、「HMRC」という）は、第二次調整を英国の移転価格税制に導入するか否かの Consultation document⁴⁴⁾を公表した。筆者の知る限り、その後、英国では第二次調整の導入に関する具体的な動きは確認されていないが、Consultation documentにおける英国の第二次調整の導入の検討の背景が興味深いので以下で紹介する。

英国は2016年に「Business Tax Roadmap」⁴⁵⁾を公表しているが、政府は英国の租税制度をより効率的かつ競争力のあるものにするとしており、その中には、英国における低税率を提供する一方で、アグレッシブなタックスプランニングを防止し、その租税を適切に徴収することが含まれる⁴⁶⁾。

英国は今まで第二次調整を導入してこなかったが、英国の納税者に移転価格税制に沿ったコンプライアンスを促すことができるかという観点において、第二次調整がその目的上有効に機能し、また英国の租税を回避するア

43) フランスにおける第二次調整について、中里実「移転価格課税に関連する付随の問題点—フランスにおける状況を中心に」『国際商取引に伴う法的諸問題12』（財団法人トラスト60・2003年）185頁参照。

44) HM Revenue & Customs, *Introduction of secondary adjustments into the UK's domestic transfer pricing legislation*, 2016. [https://www.gov.uk/government/consultations/introduction-](https://www.gov.uk/government/consultations/introduction-of-secondary-adjustments-into-the-uks-domestic-transfer-pricing-legislation)

[of-secondary-adjustments-into-the-uks-domestic-transfer-pricing-legislation](https://www.gov.uk/government/consultations/introduction-of-secondary-adjustments-into-the-uks-domestic-transfer-pricing-legislation) [最終確認日：2020年3月23日]。

45) HM Revenue & Customs, *Business Tax Roadmap*, 2016. <https://www.gov.uk/government/publications/business-tax-road-map> [最終確認日：2020年3月23日] 参照。

46) See HM Revenue & Customs, *supra* note 44, para. 1.1 at 4.

GRESSIVEなタックスプランニングに対抗するものとしても位置付けられるのではないかとしている⁴⁷⁾。

具体的には、英国に規定する移転価格税制における第一次調整は租税目的上のみ効果的であるため、非正常取引から生じるキャッシュベネフィットは海外の関連者（それはしばしば低税率国に存在する）に蓄積させることが可能である⁴⁸⁾。このキャッシュベネフィットは、課税を伴う第二次調整の準則によって還流させることも可能である。このような第二次調整の準則は国際的にも認められたアプローチであり、かつすでに米国、カナダ、フランスおよび他のEU加盟国において移転価格税制の一部として適用されている⁴⁹⁾。第二次調整のアプローチはそれぞれの国によって異なっているが、それらは非正常取引から生ずる経済的便益を再調整する方法として国際的に認知されている方法である。それらは独立企業原則に基づいて行われたであろう取引が存在していた状況に、関連者の財政状況を引き戻すことになる⁵⁰⁾。

なお、HMRCが公表したConsultation documentでは、海外において課税を伴う第二次調整が発生した場合に、どのように対処するかについては検討されておらず、相互協議との関係で、どのような二重課税が発生する可能性があり、どのように解決すべきかの意見をパブリックコメントに求めているのみであり、その解決策を提示していない⁵¹⁾。

以上がHMRCの問題意識であるが、これをわが国に置き換えて、若干の補足説明をしておこう。

国外所得移転金額がある場合には、本来わが国にあるべき資金が海外に流出していることになる。仮に、海外では親会社で日本が子

会社である場合に、独立企業間価格で取引が行われていれば、資金はわが国の子会社にあるはずであり、その資金を海外親会社に配当として送金する場合、わが国は海外親会社に対して配当所得に対する源泉税を課することができることになる。

そこで、流出した金額を配当とみなして課税を行う第二次調整措置を導入することによって、配当源泉税を回避するタックスプランニングを行う誘因を抑止する効果を期待し、移転価格税制の遵守が促されることになるというのである。

OECD移転価格ガイドラインは、第二次調整が配当源泉税を回避する租税回避を防止するための機能を持つことを指摘しており⁵²⁾、また、納税者の行為が明らかに源泉課税を回避するために配当を偽装する意図の下に行われたということを示唆する場合について、第二次調整による課税を容認している⁵³⁾。

この配当課税回避の問題は日本においても予てより指摘されていた⁵⁴⁾。

しかしながら、第二次調整はあくまでも移転価格税制の適用の結果としての「論理的帰結」あるいは「つじつま合わせ」の問題であり、本来的に租税回避を防止するための規定ではないように思われる。配当課税回避防止の目的で第二次調整を導入したとしても、資本関係を変更すること等によりみなし配当課

47) *Ibid.*, para. 1.3 at 4.

48) *Ibid.*, para. 1.6 at 4-5.

49) *Ibid.*, para. 1.7 at 5.

50) *Ibid.*, para. 1.8 at 5.

51) *Ibid.*, para. 2.34 at 12.

52) OECD移転価格ガイドラインパラ4.68参照。

53) OECD移転価格ガイドラインパラ4.73参照。

54) 例えば、山川・前掲注②6250頁。

税を回避することも可能であり、租税回避否認規定としては欠陥がでてくるのではなかろうか。OECDが指摘するように、第二次調整措置に配当課税を回避することを防止する副次的な機能はあると思われるが、第二次調整措置にその期待を寄せることは、第二次調整措置に多大な負担がかかることになりかねず、複雑性の観点からも避けるべきであると思われる。

また、移転価格税制に準拠したコンプライアンスを促す効果のために、第二次調整という経済的二重課税を発生させる措置を導入する必要もないものと思われる。移転価格税制のコンプライアンスを促すのであれば、移転価格文書化や事前確認等の本筋の対応策で対処すべき問題であると考えられるからである。

したがって、配当課税回避の防止及び移転価格税制の遵守機能の観点から第二次調整措置を採用する積極的な理由はないように思われる。仮に、配当課税の回避が深刻な問題であるとされ、租税回避を防止する立法が必要であるということになれば、別途詳細な検討を要すると思われるが、第二次調整とは別の個別否認規定を設けることが有力な選択肢になる⁵⁵⁾。

5 小括

措置法66条の4第1項は、国外関連取引が

独立企業間価格で行われたという事実を擬制した上で法人税法関係法令を適用するものであるが、同条4項は、同条1項で加算された所得を有効ならしめるために、単にその差額を損金不算入としているだけであると考え、同条1項及び4項はあくまでも第一次調整を行うための規定であり、第二次調整については移転価格税制の範囲外と捉え放置しているだけであると考えることができる。

その背景にあるのは、上述の通り、第二次調整による追加課税の負担、私的自治の尊重、第二次調整の複雑性、移転価格税制の建て付けの観点である。第二次調整は移転価格税制の適用の論理的帰結ではあるが、そこには決定的な議論はなく、むしろ私的自治の尊重や複雑性を配慮して政策を決定すべきであるとする見解は傾聴に値する。その意味で、わが国において課税を伴う第二次調整の措置を導入しないとしてきた政策決定は評価に値するものといえよう。

一方で、わが国が第二次調整を採用しないことで、第二次調整による追加課税の問題がすべて解決するわけではない。小松教授や藤井教授が指摘するように、相手国で課税を伴う第二次調整が行われた場合には、二重課税が発生してしまう。

その解決のためには、筆者は引き続き課税を伴う第二次調整を中止するよう国際的協調

55) 増井教授は、わが国における立法論ではなく、国際的な枠組みの文脈での議論において、第二次調整に伴う新たな課税を抑える方向で検討を進めるべきであるとしながらも、「一つの有力な考え方として、仮装・隠ぺいによる配当であることが明白に認定できる場合には、例外的に配当認定が可能であるという考え方がありえよう」とされている(増井・前掲注(11)79-80頁参照)。さらにその脚

注において、「しかし、もし本当に配当であることが明白であったとすれば、そもそも移転価格税制を適用するまでもなく配当として課税すればよかつたのではないか、といった疑問も生ずる。このように、第二次調整の問題をつきつめると、移転価格税制の存在根拠の問題にゆきつく」(同82頁)とされている。

を目指すべきであると考えが、主要先進国においても第二次調整措置は存在し続けており、近年におけるインドにおける第二次調整措置の導入や、英国における第二次調整措置の導入論を鑑みれば、第二次調整措置を中止する方向での国際的協調には相当の時間を要するかもしれない。

海外での第二次調整の措置に合わせる目的で国内法に第二次調整措置を導入した場合、わが国において課税を伴う第二次調整の措置を導入しないとしてきた立場を変更することになるという弊害があり、わが国発の経済的二重課税を引き起こすことにもなりかねないと思われる。

そこで、筆者は、わが国の基本的な「無害な第二次調整」を採用する現行法を維持したまま、海外で第二次調整による課税が発生した場合には、その解決を相互協議に求めることができるのではないかと考える。その解決の方向性は、海外での課税を伴う第二次調整の「無害化」である。

IVでは、課税を伴う第二次調整を相互協議でどのように無害化すべきかについて議論を進めたい。

IV 第二次調整と相互協議

1 第二次調整に伴うみなし配当の条約該当性

相手国で課税を伴う第二次調整が行われる場合に、第二次調整に係るみなし配当課税を回避する手立てはあるであろうか。

まず、海外において課税を伴う第二次調整としてみなし配当課税が行われた場合、租税条約上においても配当所得と性質決定し、源泉税の制限税率の減免を与えられるか否か、また相互協議の対象となるのか否かについて

検討する。

OECDは、「第二次調整は、取引が独立企業原則に基づいてなされた場合と正確に同一の状況を設けるために必要とされるものであるが、それは個々の事実関係に依存している。締約国の国内法において当該第二次調整が認められている場合には、[特殊関連企業条項]2項は、第二次調整を妨げるものではないことに留意すべきである」⁵⁶として特殊関連企業条項の射程から除外している。

また、OECD移転価格ガイドラインパラ4.71では、「一部の国は、他国の行った第二次調整に基づく二重課税排除を拒むかもしれないが、実際、それらの国々は、第9条ではそうした二重課税を排除することを求められてはいない」としている。

したがって、第二次調整によるみなし配当課税は、「条約に適合しない課税」にあらず、第二次調整について相互協議の申立てを行うことはできないという解釈もあり得る⁵⁷。しかしながら、OECDは、第二次調整の9条該当性のみを言及しているようにもみえる。問題はみなし配当課税がOECDモデル条約10条(配当)に該当するかどうかである。OECDはこの点について、筆者の見限り明示的な記述を行っていないが、EU Joint Transfer Pricing Forumにおける「第二次調整に関する最終報告」⁵⁸では、OECDモデル租税条約10条のコメンタリーパラ28がみなし配当が同条約10条の適用範囲であることを示しているこ

⁵⁶ OECDモデル租税条約コメンタリー第9条関係パラ9。同パラ8も参照。

⁵⁷ 増井・前掲注(11)74頁参照。

⁵⁸ European Commission, *EU Joint Transfer Pricing Forum - Final Report on Secondary Adjustment*, JTPD/017/FINAL/2012/EN, 2013.

とを根拠に、同条約10条の射程内であるとしている⁵⁹⁾。

租税条約上の配当概念については、一般的には配当を支払う法人の居住地国における法令を参照することになる⁶⁰⁾ため、条約締結相手国がみなし配当として課税する場合には、同条約10条の適用対象となると考えてよいように思われる⁶¹⁾。

このように考えると、例えば、日米租税条約や日独租税条約のように、一定の要件の下、配当が免税とされている場合があるが、そのような租税条約を持つ相手国においてはみなし配当に対する源泉地国での課税は発生せず、無害化が可能になる。仮に、みなし配当に対する課税が発生した場合には、条約に適合しない課税として、相互協議で解決すべきと思われる。

次に、配当に関して制限税率を規定している租税条約を締結している相手国の場合で、第二次調整に係るみなし配当課税が制限税率までの範囲内でみなし配当に対して課税が行われる場合が考えられる。この場合には、「条約の規定に適合しない課税」には該当せず、相互協議の対象外となりそうである⁶²⁾。海外で行われる第二次調整によるみなし配当課税については、その配当を租税条約上の配当所得と性質決定したとしても、その課税自体を回避することについては限界がありそうである。しかしながら、移転価格税制の第一次調整に

加えて、みなし配当課税が行われるという意味での二重課税は発生したままである（すなわち無害化は達成されていない）。

この点につき、OECD移転価格ガイドラインパラ4.78は、「第一次調整についての相互協議が開始されている時には、その協議において、返金を行うための納税者と税務当局との間の合意について議論されることが推奨される」として、資金の返還と相互協議の組み合わせによって、第二次調整から生ずる課税の問題の解決を示唆しているので、以下検討していきたい。

2 資金の返還による第二次調整の回避

(1) 資金の返還による第二次調整回避措置

第二次調整に伴う課税を回避するための方策として、第一次調整を受けた納税者に対して、当該納税者の勘定と第一次調整を一致させるために、関連者から超過利益を返還することによって第二次調整が行われないという制度を持つ国があるので、まずその構造について理解するために米国の制度を紹介しておきたい。

米国においては第二次調整が第一次調整と共に行われることになるが、納税者が資金を返還する場合には、第二次調整が行われなかったとする取扱いがあり、Revenue Procedure99-32に詳細な定めが置かれている。資金の返還という選択肢をとるための要

⁵⁹⁾ *Ibid.*, para. 4 at 2.

⁶⁰⁾ OECDモデル条約10条3項参照。

⁶¹⁾ なお、EU Joint Transfer Pricing Forumにおける「第二次調整に関する最終報告」では、EU域内における第二次調整に係るみなし配当に関しては、親子会社間指令により、源泉税を課さない結果となることが報告されている。See European

Commission, *supra* Note 58, para. 12 at 4.

⁶²⁾ 配当に関して制限税率を規定している租税条約を締結している相手国の場合、配当に係る租税条約上の制限税率よりも高い税率で課税が行われる場合には、「条約の規定に適合しない課税」に該当し、相互協議の対象となると理解すべきであろう。

件は、①内国歳入法典482条による調整が行われ、かつ当局により行われた調整の場合には内国歳入法典6662条に基づくペナルティの適用がないこと、②納税者が資金の返還の方法を選択したこと、である。

資金の返還を選択した納税者は、利付きの受取勘定又は支払勘定を設定する。当該勘定は、第一次調整がなされた事業年度終了の日において設定されたものとみなされ、同日から支払期日までの間、Regl.483-2(a)(2)に規定される方法で計算される利子が生じることになる。また当該勘定は90日以内に支払いが行われなければならない、支払いは外国法における性質付けに拘わらず、連邦所得税法の目的上なされたものとして取り扱われる。また、利子と元本につき海外で支払った源泉税については、内国歳入法典901条所定の限度額まで外国税額控除の適用がある。

また、当該勘定の支払については、相殺という選択肢が与えられている。相殺ができるのは、真実の債務、配当、出資であり、当該勘定が設定される日において行われたものとされる。

OECD 移転価格ガイドラインパラ4.74は、「返還は、受取勘定を設定することによっても、調整が親子間で行われた場合の配当支払、追加的な取引価格の支払い（当初価格が低すぎた場合）又は取引価格の払戻し（当初価格が高すぎた場合）等に分類することによっても実施できるだろう」とし、そのオプションを例示している。

このように、何らかの調整を加え、独立企業原則に基づく取引価格で行われた場合の財政状態に戻す場合には、第二次調整による課税が行われなくなることになる。この措置は必ずしも資金の返還を強制するものではないが、

資金の返還が行われなければ第二次調整による課税が発生するのであり、事実上、第二次調整措置が私法上の取引にまで介入しているといえよう。

しかしながら、現実問題として、各国で第二次調整による課税が行われている現状においては、納税者が第二次調整に係る課税を回避する方策としては、この「資金の返還」を利用せざるを得ない場合もあるであろう。この資金の返還と相互協議との関係について以下で議論することにする。

(2) 資金の返還と相互協議

上述の通り、OECD 移転価格ガイドラインパラ4.78は、資金の返還の取扱いについて、第一次調整についての相互協議が開始されている時には、返還を行うための納税者と税務当局との間の合意について議論されることを推奨している。相互協議による解決の推奨と同ガイドラインパラ4.71が第二次調整を特殊関連条項の射程外としていることは一見矛盾しているように思われる。しかしながら、同ガイドラインパラ4.71は、「この条項〔9条2項〕は、税務当局に対して第二次調整を行うことを禁止したり又は要求したりするものではない」というだけの意味に留まり、特殊関連企業条項が求める二重課税の排除の実効性を持たせるために、独立企業原則の適用に付随する問題として第二次調整を相互協議で議論することについては制限していない、と解すべきであろう⁸³。

相互協議で議論すべきとの推奨は、1995年版のOECD 移転価格ガイドラインパラ4.77においてその文言が追加されたが、その際には、「……租税委員会はこの分野について納税者と税務当局に提供される追加的な指針を明示す

ることが必要であるとして、第二次調整と返金の問題について検討を行っている」との文言が付されていた⁶³⁾。

その検討結果は、2007年の実効的相互協議マニュアル（以下、「MEMAP」という）⁶⁴⁾の中で公表されている。MEMAPは、「納税者が移転価格調整額に相当する金額の資金を非居住者から本国に送還した場合、これらの第二次調整は、第一次調整が覆された場合、又は他方の権限ある当局によって対応的救済が与えられた場合には覆される。これらの二つの事例において、第二次調整からの救済は相互協議の解決の一つの結果であるべきである」⁶⁵⁾とし、第二次調整の問題を資金の返還と組み合わせて相互協議で解決すべきことを提言している。

例えば、海外で移転価格課税が行われ、かつ、第二次調整としてみなし配当課税が行われたケースにおいて、相互協議の結果、わが国が一部対応的調整に応じ、海外の税務当局が残りの所得移転金額を減額した場合、その残りの部分だけみなし配当課税は取り消されるべきことになろう。また、対応的調整の所得金額を親会社から子会社に一定期間内に返還すればみなし配当課税を行わないとする相

互協議における合意も実際に行われているようである⁶⁷⁾。

このように、OECDは送金による第二次調整措置による追加的課税をできるだけ回避するため、第一次調整及びその結果に合わせるための資金の返還という手段を相互協議において合意することによって達成しようとしている。このことは、各国における第二次調整措置が存在することを前提とし、資金の返還によって独立企業原則における財政状態にする誘因となる。したがって、独立企業原則が関連企業間の利益の配分基準という本来の役割を超えて、財政状態まで影響を及ぼしていると捉えることができると思われる。

もちろん、理想的には第一次調整及び対応的調整という独立企業原則による利益の配分を達成した後は、「私的取引をあるがままに放置しておくのが妥当であり、それこそが契約の自由を尊重するゆえんであ」⁶⁸⁾り、各国が第二次調整措置を中止することが望ましいと考えられるが、海外各国の第二次調整措置を無害化する目的で、第二次調整による課税を返還と相互協議という手段によって達成しようとするOECDの方向性も支持されるべきであろう。わが国の権限ある当局としても、課税

63) 藤井・前掲注(7)96頁は、「相互協議にあたっては、独立企業間価格の適用に付随または派生する諸問題、例えば課税あるいは対応的調整にどの時点の為替レートを適用するか、対応的調整後の当事者間での債権・債務の処理（第二次調整）をどうするか、それに伴う金利の問題をどうするか、等についても、国内法に明確に抵触しない範囲で柔軟な合意形成が認められているものと解される」としている。

64) 2009年版のOECD移転価格ガイドラインで削除されている。

65) OECD, *Manual on Effective Mutual Agreement*

Procedures (MEMAP), para. 4.6, 2007. <https://www.oecd.org/ctp/dispute/manualoneffectivemutualagreementprocedures-index.htm> [最終確認日：2020年3月23日]。なお、MEMAPの国税庁の仮訳が公表されている。国税庁「(仮訳)実効的相互協議マニュアル(MEMAP)2007年2月版」<https://www.nta.go.jp/taxes/shiraberu/kokusai/oecd/press-sonota/pdf/12.pdf> [最終確認日：2020年3月23日] 参照。

66) *Ibid.*, para. 4.6.

67) 藤井・前掲注(7)101頁参照。

68) 金子・前掲注(2)380頁。

を伴う第二次調整が発生しないように、あるいは発生していたとしてもそれをなくす手立てを積極的に相互協議で相手国に働きかけることが重要になるとと思われる。

3 移転価格調査段階での第二次調整の回避

MEMAPは、資金の返還に関する合意はもっと早期に、例えば調査中に、合意され得ることを指摘している⁽⁶⁹⁾。国によっては、資金の返還が調査の段階ですで行われた場合には、第二次調整を行わないとする取扱いをする国がある。EU Joint Transfer Pricing Forumにおける「第二次調整に関する最終報告」は次のように述べる。

「早期の段階、例えば調査の段階での還流は、納税者の観点からは、第一次調整に対する勘定にどのように合わせるかというアレンジメントが必要であり、税務当局の観点からは、このアレンジメントに対して合意が必要になる（ある加盟国は相互協議の文脈においてのみ、第二次取引・調整を差し控えることに合意できるとする）。さらに、他方の税務当局による対応的な取扱いが必要になる。後者を保障するためには、情報交換のルールに基づき他方の税務当局に通知するか、あるいは、第一次調整は他方の税務当局には許容されないとと思われるので、相互協議をはじめることが要求される。OECDモデル租税条約の25条の下では、納税者は、一方の国の行動が二重課税を生じさせるであろうと考えた場合、相互協議を申し立てることができる、ということに留意すべきである。」⁽⁷⁰⁾

第二次調整による課税は、第一次調整が行われた段階で行われることが多いであろうから、納税者にとって、その調査段階で資金の返還によって第二次調整による課税を回避で

きれば、それに越したことはない。

海外の税務当局の調査段階で返還を行うことについては、実務的に、その返還によって納税者が移転価格課税を受け入れたとみなされることがないかどうか、あるいはそれによって、相互協議の申立てができなくなるのではないかという問題がある。この点について、OECDは、「税務調査段階でなされた送還の合意によって、納税者による権限ある当局への協議の申立てが妨げられてはならず、また、……税務調査による調整が行われることについての同意を指し示すものでもいけぬ」⁽⁷¹⁾としており、その疑問点を解消している。

また、日本の親会社が外国の子会社に調査段階で早期に送金をする場合、日本の税務上の取扱いはどのようになるであろうか。この場合、相互協議を経た対応的調整に係る減額更正に伴う送金ではなく、相手国で移転価格課税が行われたという理由だけで所得金額相当額を返還する場合には、当該送金は子会社に対する寄附金と認定される可能性もあろうし、送金の方法をとらずに、子会社側で親会社に対する債務と相殺する処理をした場合においても、親会社においては、子会社に対する債務を免除したとして寄附金課税が行われることもあると思われる。

このようなことになってしまうと、日本で追加的な課税が行われ、海外での課税を伴う第二次調整を資金の返還によって無害化する意味を失ってしまう。現状において納税者にとって海外での第二次調整を無害化する有力

(69) OECD, *supra* note 65, para. 4.6.

(70) European Commission, *supra* note 58, para. 19 at 6.

(71) OECD, *supra* note 65, para. 4.6.

な方策は資金の返還又は債権債務の相殺であるが、その選択肢をわが国において課税が行われることによって採り得なくなる事態は避けるべきである。この点については、上述のEUの最終報告の通り、情報交換や相互協議を通じて、対応的な取扱いを海外における移転価格調査の段階で一旦納税者に対して認めることによって第二次調整の追加課税を回避させた上で、相互協議において第一次調整と共に議論するというような取扱いが必要になると思われる⁷²⁾。

調査段階での課税を伴う第二次調整の防止は、追加の納税負担が発生しないという意味で納税者にとって有用であり、かつ、日本の当局にとっても、相互協議の局面で協議相手国において課税が発生していない状況で交渉をスムーズにできるという意味で、円滑な相互協議という観点から有用であると考えられる。調査段階で返還を行う場合の納税者と税務当局とのコミュニケーションも含め、MEMAPにおける議論をさらに深掘りし、より具体的な指針を策定することが望ましいものと考えられる。

以上、海外税務当局における課税を伴う第

二次調整が発動された場合の二重課税排除については、移転価格税制の適用の論理的帰結である第二次調整について、条約の趣旨に鑑み相互協議の場でできるだけ相手国での課税を伴う第二次調整を無害化する方向で二重課税の排除に努めるべきであろう⁷³⁾。

V おわりに

上記の筆者の提案は、移転価格税制に付随する第二次調整という問題について、相互協議の枠組みの中で解決する方策を深掘りすることを提案するものであるから、移転価格課税の紛争解決の枠組みとしての相互協議に第二次調整の問題解決の役割を負擔させることについて異論があるかもしれない。しかしながら、BEPSプロジェクトにおいても、税源浸食と利益移転に対処するためにBEPS行動計画に基づき策定された措置を導入する一方、法令を順守する納税者にとって不必要な不確実性をもたらし、意図しない二重課税を引き起こすことがあってはならないという認識の下での紛争解決メカニズムの改善は、BEPSに対する取組みの不可欠の要素として、一手に相互協議が引き受けている⁷⁴⁾。

72) 移転価格事務運営要領5-2においては、対応的調整に伴う返還額がある場合につき、「外国税務当局が国外関連者に対して移転価格税制に相当する制度に基づき課税を行った場合において、相互協議の合意に基づく対応的調整により減額更正を受けた法人が、当該減額更正を受けた金額の全部又は一部を国外関連者に対し返還しているときは、当該返還した金額は損金の額に算入されないことに留意する。」としており、国外関連者に対し返還を対応的調整の前に行っていることも想定されているようにもみえる。

73) このような調整方法は、グループ会社間の国内取引における所得の振替えについての立法論とし

て増井教授が提案されている。第一段階の調整に応じた正常価格との差額の返還を任意とし、種々の調整の可能性を開き、資金の返還の有無にかかわらず、第二段階の調整からは課税を発生させない（無害化する）とする、「『開かれた』一段階説」と同様の調整方法である。増井・前掲注(42)245頁-250頁参照。本稿は、国際取引の文脈で、海外で第二次調整から課税が生じた場合にその無害化を相互協議に求めようとするものである。

74) See OECD, *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 14 - 2015 Final Report*, 2015, at 9.

第二次調整は独立企業原則の適用の論理的帰結であり、移転価格税制の一環である。第二次調整の問題を放置すれば、相互協議で対応的調整を経たとしても、経済的二重課税が残ってしまうという事実を鑑みれば、独立企業原則の適用によって生じた第二次調整の問題も、国家間における移転価格問題の紛争解決の枠組みである相互協議で解決することが望ましい。この見解は、租税条約の目的の一つである二重課税の排除及びそれを通じた国際貿易及び投資の促進という観点からも支持されるべきであろう。そのため、権限ある当局はあらゆる知恵を絞って、課税を伴う第二次調整を発生させないよう努力を行うべきであり、できるだけそのノウハウを蓄積し、より具体的な指針を策定することが望ましいものと考えられる。

第二次調整の問題、すなわち、税務上の国

際的な所得配分と現実の利益配分のずれをどのように考えるのかという問題は、昨今OECDで議論されているデジタル経済への課税に関連する国際的な利益の配分の問題等においても常に付きまとう問題であり、この問題が放置されれば、納税者は二重課税の危険を伴い、国際的な経済活動が委縮してしまうことにもなりかねない。今後も第二次調整における課税上の取扱いは実務上も重要性を増すであろうことを鑑みれば、各国が第二次調整を中止する方向でOECDでの議論を深めることが不可欠であるように思われる。それを主導することが第二次調整による新たな課税を発生させないとする立場をとるわが国の役割であり、課税を伴う第二次調整の中止が相互協議への過重負担の軽減にもつながると思われるのである。