

早稲田大学比較法研究所

オンライン・ジャーナル・シリーズ

インドにおける義務・拘束的仲裁の導入に関する一考察
Introduction of Mandatory Binding Arbitration in India

久保田 幸

KUBOTA, Sachi

早稲田大学大学院法学研究科博士後期課程

No. 2018-1

2018年5月

※この論文は、早稲田大学比較法研究所出版・編集委員会の査読を経たものである。



〒169-8050

東京都新宿区西早稲田 1-6-1

早稲田大学比較法研究所

目 次

はじめに.....	5
第1章 仲裁の必要性.....	8
第1節 現行制度の限界.....	8
1 移転価格課税の動向.....	8
2 国内救済制度の現状と課題.....	8
3 相互協議の現状と課題.....	11
第2節 義務・拘束的仲裁手続.....	14
1 仲裁を巡る議論の史的変遷.....	14
2 OECDモデルと国連モデル.....	18
3 BEPS防止措置多国間協定.....	22
第3節 義務・拘束的仲裁への懸念.....	24
1 インド政府の見解.....	24
2 問題の所在.....	26
第2章 国家統治権への抵触.....	28
第1節 インド憲法の特徴.....	28
第2節 課税要件法定主義との関係.....	31
1 憲法第265条の要請.....	31
2 OECDモデル租税条約との関係.....	32
3 OECD移転価格ガイドライン.....	34
第3節 合法性の原則との関係.....	36
1 問題の所在.....	36
2 Dispute Resolution Panel.....	36
第4節 国内救済制度との関係.....	37
1 裁判を受ける権利.....	38

2	若干の考察	39
第5節	国際協和主義との関係	40
1	憲法第51条の要請	40
2	租税条約等の国内的効力	42
3	仲裁への接近	43
第3章	国家主権への抵触	44
第1節	国家の対外独立性	44
1	問題の所在	44
2	米国の義務・拘束的仲裁	45
3	若干の考察	47
第2節	機は熟したか?	49
1	Michael Lennard による提言	49
2	Eduardo Baistrocchi による研究	51
3	若干の考察	57
第3節	透明性と守秘性	65
1	これまでの議論	65
2	先例性の問題	66
3	今後の方向性	67
第4節	国際社会の一員として－国家主権再考－	69
1	国家の基本権能の変化	69
2	インドの立ち位置	70
第4章	経済的負担に対する懸念	72
第1節	投資家と国との紛争解決	72
1	ISDS 概要	72
2	Cairin Energy 事件	74

第2節 経済的負担にまつわる問題	75
1 仲裁コストの実態	75
2 人材育成の課題	77
第3節 富める者は勝つ?	78
1 目下の懸念	78
2 中長期的展望.....	79
結びに代えて.....	80

はじめに

2016年11月24日、OECD（経済協力開発機構）は、「BEPS防止のための租税条約関連措置の実施に係る多国間協定」（以下「BEPS防止措置多国間協定」という。）¹とその「解説文書」²を公表した。BEPS防止措置多国間協定には、二重課税の紛争解決に関する義務・拘束的仲裁（Mandatory Binding Arbitration）条項が盛り込まれており、ビジネス界から多くの期待が寄せられている。一方、義務・拘束的手続の導入には、途上国の多くがその導入に強い抵抗を示している。こうした状況を捉え、「未解決の国際課税紛争事案は最終的には仲裁に委ねるべきだとするOECDベースの合意が、・・・途上国にどの程度受け入れられるかが（BEPSプロジェクトの）成功を占う試金石となるだろう。」³と評されるほどである。

途上国と一口に言っても、各国の歴史的背景が異なることは言うまでもない。民主的制度や法の支配のレベルは様々であり、また、経済状況も千差万別であるところ⁴、途上国の全てについて十把一絡げに論ずることには限界がある。そこで、本稿は、とりわけ近年の経済成長を背景に、国際社会での存在感・発言力を高めているインド⁵に焦点を当てて、義務・拘束的仲裁手続の導入可能性と課題について考察する。インドを対象として当該仲裁手続の導入可能性を探る意義をまとめると、次の三点に集約できる。

第一は、インドに進出する多国籍企業は、現地で移転価格紛争に巻き込まれるリスクが、他の途上国に進出した場合と比して圧倒的に高いことにある。インドは1990年の経済開放以来、13億の人口を基盤とした巨大マーケット、安価な人件費や調達コストを武器に多国籍企業を魅了し続け⁶、今日に至っては、Narendra Modi政権による外資

¹ OECD, “Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measure to Prevent Base Erosion and Profit Shifting” (2016) .

² OECD, “Explanatory Statement to Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measure to Prevent Base Erosion and Profit Shifting” (2016) .

³ 青山慶二「国際課税ルール作りの行方」日本経済新聞朝刊2016年11月9日30面。括弧書きは筆者追加。

⁴ 一般に「先進国」と対立する概念として、「新興国 (emerging economies)」、「発展途上国 (developing countries)」、更には「第三国 (third world)」が挙げられるが、これらの用語の定義は曖昧で、ほとんど進化していない貧しい国から、経済的発展を遂げG20国の一員である国まで様々であるにも関わらず、その多様性を排除した総称として用いられている (Paulo Rosenblatt, “General Anti-avoidance Rules for Major Developing Countries” SERIES ON INTERNATIONAL TAXATION, Vol.49, p.9 (2014))。本稿では、基本的に「途上国」という用語を用いることとする。

⁵ ここ数年、中国経済の減速が強まる一方で、インド経済は堅調な拡大を続け、両者の経済成長率は逆転している。モディ政権は、さらに景気を押し上げるため、2022年までの5年間を対象に大規模道路の拡充を行う計画を発表しており、これに伴い対内直接投資の拡大が促されると見られている。西濱徹「強い政権が改革を推進—成長するインド—」週刊東洋経済2017.1290頁(2017)。

⁶ ユーロモニターによると、インドにおける中間層が世帯数全体に占める割合は、2015年は52.4%であったのが、2025年には70.2%に達するという。今後の中間層の拡大に伴う消費の拡大は大きく期待されている(ジェトロ「世界貿易投資報告—2016年版」2頁(2016))。特に、インドの自動車市場は今後大きく成長し、日系自動車メーカーにとって極めて重要

導入政策が経済成長の原動力となっている⁷。インド政府がこうした外資誘致を歓迎する傍ら、「世界の移転価格訴訟の7割はインドで起きている」⁸と方々で言われるとおり、インドでは移転価格税制の適用を巡って納税者と税務当局との間の紛争が絶えない状況にある。インドに進出する日本企業が増加する中で、日本企業も必然的にこうした争いに巻き込まれ、日々その対応に苦慮しているところである⁹。また、インド当局による移転価格課税が引き起こす二重課税のリスク、さらには当該二重課税が排除されないリスクは、多国籍企業が投資判断を行う上で看過できない決定要因となっており、投資環境の整備という観点からこうした問題に向き合う必要があると考える。

第二は、数ある途上国の中でも、義務・拘束的仲裁手続の導入に最も強硬に反対している国は、紛れもなくインドである点に起因する¹⁰。近年の急激な経済成長を背景として、国際的な発言力を急速に高めているインドが採用する租税政策の方向性は、自ずと他の途上国や新興国にも大きな影響を与えることになろう¹¹。中長期的な地域的広がりという観点からしても、インドにおける義務・拘束的仲裁手続の導入可能性を研究対象とすることは重要と考える。

第三は、インドにおける国内救済制度の限界を踏まえ、それに代わる救済制度を模索する必要性にある。これまで筆者は、インドにおける移転価格税制の概要、執行及び判決の動向に係る研究を行ってきた¹²。これにより、インドにおける国内救済制度が健全

な市場になることが予想されている（川野義昭「世界3位に成長、競争激化が必至 HEV冷遇、EV/高級車優遇」日経 Automotive 2017.9, 82-85 頁（2017））。

⁷ モディ政権下での経済改革を追い風に、2018年のインド企業の利益水準は対前年比で2割増えるとの見方もある。「有望、インド関連銘柄」日経マネー2018.3, 119 頁（2018）。

⁸ Ajit Kumar Jain, “Is It Time to Anchor Intra-Group Services in the Safe Harbor?” INTERNATIONAL TRANSFER PRICING JOURNAL, November/December 2014, p.432 (2014); Pankaj Doval, “Transfer Pricing Norms need Fundamental Reforms: Assocham” THE TIMES OF INDIA, May 16, 2012 (2012), available at <https://timesofindia.indiatimes.com/business/india-business/Transfer-pricing-norms-need-fundamental-reforms-Assocham/articleshow/13163995.cms> (last visited Nov. 19, 2017).

⁹ 経済産業省貿易経済協力局貿易振興課「新興国における課税問題の事例と対策」（2013）、経済産業省貿易経済協力局貿易振興課「新興国における税務人材の現状と 課税事案への対応について」（2015）、三菱UFJリサーチ&コンサルティング「新興国における課税問題に関する調査（報告書）」23-25、54-69 頁（2012）。

¹⁰ Herzfeld Mindy, “The Year in Review: Whither the International Tax System?” WORLDWIDE TAX DAILY, January 3, 2017 (2017). 原文は次のとおり。“several countries-India among the most vocal-strongly resist the change as an impermissible encroachment on their sovereignty.”

¹¹ インドは、他の新興国や発展途上国と定期的に国際租税に関する会議を開催し、主導的な役割を務めている。IBSA (India-Brazil-South Africa) Dialogue Forum や Meeting of SAARC (South Asian Association for Regional Cooperation) Competent Authorities on Avoidance of Double Taxation and Mutual Administrative Assistance in Tax Matters はその一例である。

¹² 拙稿「インドにおける移転価格税制の動向(1)」法研論集 162 号 89 頁以下（2017）、拙稿「インドにおける移転価格税制の動向(2)」法研論集 163 号 77 頁以下（2017）、拙稿「インドにおける移転価格税制の動向(3)」法研論集 164 号 129 頁以下（2017）、拙稿「インドにおける移転価格税制の動向(4・完)」法研論集 165 号掲載予定。拙稿「独立企業原則の解釈

に機能しつつあることは概ね確認できた。しかしながら、当該国内救済制度で解決に至るまでには、少なくとも見積もっても10年以上の歳月を要するといった大きな課題が残されている¹³。インド当局による移転価格課税を受けた納税者は、インドの国内救済制度によって課税処分の違法性を争い、その取消しを求めることができる。一方、移転価格課税は必然的に経済的二重課税を引き起こすため、租税条約に基づく相互協議によって二重課税の排除を求めることも可能である。つまり、納税者には国内救済制度を利用するか、租税条約に基づく相互協議を利用するか、二つの選択肢が認められている。本稿は、これまで筆者の研究において手が届かなかった後者の「国際的な救済制度」に着目するものである。

以上を踏まえると、インド当局によるアグレッシブな移転価格課税によって経済的二重課税が引き起こされている中、その二重課税を排除する手段として近時、注目を集めている義務・拘束的仲裁手続について、まずは、インドがどのような懸念を抱いているかを把握し、その合理性及び妥当性を慎重に検証することが重要である。そして、その過程において、インドにとって、当該仲裁手続が如何なる意義を有し、その導入に当たって如何なる課題を抱えているのか、そしてその課題に対処するために、日本をはじめとする先進国は如何なるアプローチを採り得るのかを模索することは、喫緊の課題と思われる。このような研究目的を前提とした本稿の構成は、次のとおりである。

第1章では、インドにおける移転価格課税に係る国内救済制度が抱える課題を明らかにするとともに、租税条約に基づく相互協議の限界について論ずる。また、義務・拘束的仲裁手続について、その歴史を振り返りつつ当該仲裁手続の特徴を明らかにする。その上で、インド政府が声高に主張している仲裁に対する懸念や疑念を整理し、義務・拘束的仲裁手続導入に当たっての問題の所在（三つの懸念事項）を明確にする。

第2章では、インド政府が主張する一つ目の懸念である「当該仲裁手続と国家統治権との関係」について検討する。インド憲法と仲裁との関係は、従来、それほど研究されてこなかった領域であるため、インド憲法の要請を正確に理解した上で、租税法律主義、裁判を受ける権利、国際協和主義といった主要な論点に着目して分析を行う。

第3章では、インド政府が示す二つ目の懸念である「当該仲裁手続と国家主権との関係」について論ずる。本章では、米国の経験や著名な学者の先行研究にも触れつつ、現時点でインドに当該仲裁手続を導入することの是非、導入とした場合に配慮すべき事項についても考察し、当該仲裁手続の導入可能性を探ることとする。

第4章では、インド政府が示す三つ目の懸念である「当該仲裁手続に伴う経済的負担」に焦点を当てて、商事仲裁の事例を参照しつつ、こうした懸念の合理性や妥当性を検証する。併せて、そこに潜む人材不足の問題について考察を加えるとともに、移転価格税制を支える独立企業原則の本質と仲裁手続との関係を中長期的視点で捉え直した上で、インドにおける義務・拘束的仲裁手続の導入可能性について模索する。

と適用」法学会誌 68 卷 1 号 233 頁以下 (2017)。

¹³ この点については、第1章第1節2で詳述する。

第1章 仲裁の必要性

第1節 現行制度の限界

1 移転価格課税の動向

インドにおける課税事案は、かつては恒久的施設に係る事案がその大半を占めていたが、近年では、移転価格税制に関する事案の割合が大きくなってきている¹⁴。それゆえ、「インドにおける税務訴訟の半数以上が移転価格事件に関するものである」¹⁵と言われるのも決して驚くべきことではないだろう。

2001年、インドは独立企業原則に軸足を置いた移転価格税制を導入し、その数年後には移転価格調査を開始した¹⁶。その状況を取りまとめたのが図表1である。移転価格調査件数は年々増え続け、移転価格税制導入当初は年間239件であったのに対し、直近では年間2,353件に増加しており、過去10年の間に10倍にもなった。更正処分額に着目すると、移転価格税制導入当初は約1,220croresであったのに対し、近年では約60,000croresという規模になり、インドの歳入を支えている様子が伺える。

近年、Narendra Modi 政権によって積極的な外資導入促進策が展開されていることを踏まえると、今後より一層厳しい移転価格調査が実施されることが見込まれよう。

2 国内救済制度の現状と課題

(1) 司法の健全性

本稿では、インドの国内救済制度についての詳細な説明は割愛するが¹⁷、かつてはイギリスの植民地であり、コモンロー国として歩み出したインドの司法に対する

図表1 移転価格調査件数・更正処分額等の推移 (単位 crores)

FY	調査件数(a)	更正件数(b)	更正割合(b)/(a)	更正処分額
2005-06	1,061 件	239 件	23%	1,220
2006-07	1,501 件	337 件	22%	2,287
2007-08	1,768 件	471 件	27%	3,432
2008-09	1,945 件	754 件	39%	7,754
2009-10	1,830 件	813 件	44%	10,908
2010-11	2,368 件	1,207 件	51%	24,111
2011-12	2,638 件	1,343 件	51%	44,532
2012-13	3,171 件	1,686 件	53%	70,016
2013-14	3,617 件	1,920 件	53%	59,602
2014-15	4,290 件	2,353 件	54%	46,465

(出典) Ministry of Finance, Budget Division, "Annual Report".

¹⁴ 中宇根幹夫＝剣持敏幸「最近の相互協議の状況について」国際税務 33 巻 3 号 34 頁 (2013)。

¹⁵ Vrishti Beniwal & Bhuma Shrivastava, "Modi's Goal of a Tax-Friendly India Faces the Hurdle of Resources" TRANSFER PRICING REPORT, Vol.24 No.3, p.145 (2015).

¹⁶ インドにおける移転価格税制の導入経緯・概要については、拙稿・前掲注(12)162号89頁以下参照。Financial Bill 2001, Explanatory Memorandum では、多国籍企業が関連者間での移転価格を操作することによって、インドの税収が浸食されている実態に対処するため、合理的で公平な利益計算のフレームワークとして新たな規定を導入することとした旨が述べられている。

¹⁷ 拙稿・前掲注(12)162号98, 101-103頁、拙稿・前掲注(12)163号77-80頁。

ポジティブな評価は少なくない¹⁸。ここでは移転価格訴訟に焦点を当てて、司法の現状を概観することとしたい。

インドの税務訴訟について、下級審¹⁹から最高裁までの判決を収録したデータベース²⁰から全ての移転価格事件 1,706 件（2017 年 3 月 20 日現在）を抽出し、その判決結果を分類したところ、図表 2 の結果が得られた。興味深いことに、納税者の完全勝訴が 48.3%、一部勝訴が 16.1%、証拠不十分や検討不十分等の理由により原審又は税務当局に差し戻された事件が 20.0%に及ぶことを踏まえると、8 割以上の事件で納税者の主張が多かれ少なかれ認められたということになる。インドをはじめとする途上国の移転価格課税に対しては、各調査官独自の解釈に基づく独立企業原則の適用や、調査官の経験・知識不足といった問題点が一般に指摘されていることに鑑みると²¹、こうした更正処分を是正する司法府の役割は大きいだろう。

また、判決の内容に着目した場合、インド当局による独立企業原則の固有の解釈・適用に基づく課税処分を裁判所が国際的スタンダードに導くという構図が認められることについては、かねてから論じてきたところである²²。一例を挙げると、2015 年 3 月にデリー高裁が判決を下した Sony Ericsson Mobile Communications 事件は、ランドマークルーリングと称されるほど高い評価を受けている²³。本件デリー高裁では、インド子会社が負担したマーケティング費用について、税務当局が長年にわたり適用し続けてきた、いわゆる「ブライトラインテスト」を違法と判断し、独立企業原則の適用に当たっては、各事案が置かれた事実と状況に応じた適切な機能・リスク分析に基づいて独立企業間価格が決定されるべきという、至極基本的なことが裁判所により確認された²⁴。

¹⁸ 青山慶二「途上国の一般的租税回避否認規定（GAAR）の課題とわが国への示唆—新興国を中心に—」ファイナンシャルレビュー126号47頁以下（2016）。剣持敏幸「最近の相互協議の状況について」租税研究797号354頁（2016）。

¹⁹ なお、下級審である Income Tax Appellant Tribunal は、租税問題を専門に取扱う機関で、本稿では「租税裁判所」と称するが、厳密には、行政府からは独立しているが裁判所の系列に完全には属していない準司法機関（Quasi-judicial authorities）である。Income Tax Appellant Tribunal ホームページ参照。Available at, <http://www.itat.nic.in/> (last visited Feb. 13, 2017).

²⁰ Taxmann は、インドの租税法及び会社法等に関する判決及び法令をデータベース化し、提供している。Income Tax に関しては、75,681 件の判決が収録されており、ほぼ全ての事件をカバーしている（2017 年 3 月 29 日現在）。

²¹ 経済産業省貿易経済協力局貿易振興課「新興国における課税問題の事例と対策」16 頁（2013）。

²² 前掲注（12）に掲げる拙稿参照。

²³ Sony Ericsson Mobile Communications India (P) Ltd. v. Commissioner of Income-tax—III [2015] 55 taxmann.com 240 (Delhi) [16-03-2015]. 本件の詳細については、拙稿・前掲注（12）164 号 130 頁以下参照。特に次の文献は有益である。Sagar Wagh, “Transfer Pricing Aspects of Marketing Intangibles: An Indian Perspective” BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION, September 2015, pp.520-530(2015); Vatika Bhatnagar, “India Articulates Its View on Marketing Intangibles” INTERNATIONAL TRANSFER PRICING JOURNAL, July/August 2015, pp.250-260(2015).

²⁴ ブライトラインテストとは、検証対象法人である納税者と同業他社の売上高に占める販

図表 2 移転価格事件に係る判決結果

判決結果	件数	割合
In favour of assessee	657	38.5%
In favour of assessee/Matter remanded	168	9.8%
Partly in favour of assessee	252	14.8%
Partly in favour of assessee/Matter remanded	22	1.3%
In favour of revenue	114	6.7%
In favour of revenue/Matter remanded	14	0.8%
Partly in favour of revenue	84	4.9%
Partly in favour of revenue/Matter remanded	3	0.2%
Matter remanded	341	20.0%
不明	51	3.0%
計	1,706	100.0%

(出典) Taxman データベースを基に筆者作成。なお、移転価格税制導入当初の件数には、移転価格税制に係る AAR (Authority for Advance Rulings) を争った事件も含まれている。

(2) 訴訟の長期化

こうした司法機能の健全性が認められる傍ら、看過できない問題は、裁判で最終的な決着がつくまでの期間の長さである。一般に、納税者が税務申告書を提出した後、仮更正処分決定書が交付されるまでに約 2 年、不服申立ての決定が下されるまでに 2 年以上、租税裁判所判決が下されるまでに 3、4 年、高裁判決が下されるまでに 2 年から 4 年、そして、最高裁判決が下されるまでに 2 年から 4 年も要する²⁵。論者によっては、最高裁判決が下されるまでに、平均 16 年もの歳月を要するとの試算もある²⁶。インド当局はたとえ下級審で敗訴しても、最高裁まで争うというポリシーを採っているとも言われ²⁷、一旦、更正処分を受けた納税者の負担は、経済的にも事務的にも、相当重いものとなっていることが思慮される。また、納税者は、課税後続年度についても課税年度と同様の更正処分を受ける可能性が高く、法的安定性を欠いた状況に長く晒されることになる。

このように見てくると、インドでは、裁判所が人民の権利の守護者であるという

売管理費の割合を比較し、同業他社の割合を超過する部分については、外国親会社のブランド構築費用とみなして移転価格調整をする手法をいう。詳細は、Mark M Levey & Arthur, Brian P, "India High Court Applies U.S. and OECD Concepts in Marketing Intangibles Case" JOURNAL OF INTERNATIONAL TAXATION, Vol.21, No.10, pp.22-29, 62-63(2010)、拙稿・前掲注 (12) 163 号 81 頁以下、164 号 130 頁以下参照。

²⁵ Padhi Subhakant & Bal, Ranjan Kumar, "Transfer Pricing Regulations & Litigation - A Critical Appraisal based on Tribunal judgements" Vilalshan ; THE XIMB JOURNAL OF MANAGEMENT, Mar. 2015, Vol.12 Issue 1, p.72 (2015).

²⁶ See, Ajay Vohra, "Litigation Strategies, Options And Solutions" BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION, April/May 2014, pp.207-211(2014) ; Sriram Govind & Samira Varanasi "Dispute Resolution in Tax Matters: An India-UK Comparative Perspective" INTERNATIONAL TAXATION, Vol.9, p.315(2013).

²⁷ 中宇根幹夫＝剣持敏幸「最近の相互協議の状況について」国際税務 33 巻 3 号 34-35 頁 (2013)。

伝統の下²⁸、特に移転価格問題においては、司法が健全に機能しているが故に、多くの事件が裁判所に持ち込まれる結果、必然的に未処理事件が積み上がり、最終的な決着に至るまでの期間が長期化しているというのが国内救済制度の実態ではなからうか。一般的に途上国は、直接税よりも間接税に依存しがちであるところ²⁹、インドもその例外ではない。先述のとおり、直接税の大黒柱として国家の歳入を支える移転価格課税であるがために、移転価格調査がアグレッシブに実施され、それに伴い訴訟件数も増大する状況において、次に確認する租税条約に基づく相互協議に救済を求める納税者が増えているのは当然のことであろう。

3 相互協議の現状と課題

(1) 相互協議の状況

インドは、日印租税条約を含めおよそ 124 の国・地域と租税条約を締結しており、そのうち 96 の条約に相互協議条項が含まれている³⁰。相互協議条項が含まれている場合、移転価格課税をはじめ租税条約の規定に適合しない課税を受けた納税者は、居住地国の権限ある当局に対して相互協議の申立てを行うことができる³¹。

インドにおける相互協議の実態は、如何なるものであろうか。インド財務省は、2015 年度における各国との相互協議の状況について次のとおり説明している。まず、主要な経済パートナーである米国との間では、2015 年 1 月に開催した相互協議において、ソフトウェア開発事案等の解決に役立つ「フレームワーク」の合意に至り、同年 12 月までに、当該フレームワークに基づいて 100 件の移転価格事案が解決されたという³²。また、イギリスとの間では 10 件³³、カナダとの間では 5 件について移転価格事案が合意に至ったという³⁴。日本との相互協議の状況に関しては、「相互協議が定期的で開催されており、複数の事案について、双方の権限ある当局のみならず納税者にとっても満足のいく結果で友好的に解決することができた」³⁵と高く評価している。これらのインド当局の説明振りから判断すると、インドの相互協議が全般的に順調に進んでいる印象を受けるであろう。

一方、日本の国税庁による公表資料に目を移すと、事態はそれほど楽観視できる

²⁸ 大内穂「インド憲法における財産権—財産権の変容と国家政策の指導原理—」『インド憲法の基本問題』132-133 頁（アジア経済研究所、1972）。

²⁹ Paulo Rosenblatt, *supra* note (4) p.14. これは、間接諸税は徴収が容易で行政コストがかからず、税制自体に洗練さを要しないためである。

³⁰ IBFD データベースにより確認（2015 年 11 月 13 日現在）。

³¹ インドの相互協議手続については、次の文献参照。Rajendra Nayak & Shweta Pai, “Transfer Pricing and Dispute Resolution” para.4.2. p.54(Anysdhka Bakker & Marc M. Levey ed., IBFD Online Book, 2015).

³² Ministry of Finance, Budget Division “Annual Report 2015-16” p.213(2016). なお、IRS も、インドとの合意について高く評価している模様である。See, Lewis Alexander, “IRS Reports Significant Increase in MAP Resolutions” 151 TAX NOTES, p.572 (2016).

³³ Ministry of Finance, Budget Division, *supra* note (32) p.213. また、初の英印 APA 事案の交渉を 2 件開始したという。See, Finley, Ryan “IRS to Begin Accepting Bilateral APA Applications with India” 150 TAX NOTES, p.614 (2016).

³⁴ Ministry of Finance, Budget Division, *supra* note (32) p.213.

³⁵ *Ibid.*, pp.213-214.

ものではないことがうかがえる。日本との相互協議において、未解決事案の件数が多い順に並べると、米国、中国、韓国、そしてインドという順番が近年定着しつつある³⁶。また、2016 事務年度における OECD 非加盟国との移転価格課税事案等に係る相互協議の平均的な処理期間は 35.9 か月であるという³⁷。ここで留意すべきは、当該処理期間は、2016 事務年度中に解決に至った事案に係る平均処理期間に過ぎないということである。すなわち、2016 事務年度に OECD 非加盟国との間で解決した件数（8 件）の平均的な処理期間が 35.9 か月であって、合意に至っていない繰越事案（75 件）の進捗状況は反映されていない³⁸。さらに、OECD 非加盟国との間の移転価格課税等の事案は、2012 事務年度は 30 件であったのに対して、2016 事務年度は 75 件に増加していることを踏まえると³⁹、実に 5 年間で 250%の増加率ということになる。

2016 年 9 月にマドリッドで開催された International Fiscal Association（以下「IFA」という。）総会においては、全世界ベースで相互協議の繰越件数を見た場合、2006 年は 2,352 件であったのに対し、2014 年には 5,423 件となり、2 倍以上に増加している旨が報告されている⁴⁰。この背景には、国際化の進展に伴う国際取引の増加及びその複雑化に加えて、近年、新興国をはじめ多くの国が移転価格税制を導入し、それに基づき行われた課税処分によって生じた二重課税の排除が追い付いていないことが挙げられよう。

最近では、先進国に限らず途上国の税務当局も、相互協議の状況に関する計数を自ら公表しているだけでなく⁴¹、OECD が中心となって各国の状況を取りまとめて公表しているが⁴²、結局のところ、相互協議が順調に進んでいるか否かの判断は、

³⁶ 過去 4 年間で、繰越件数が多い国の順位は変わっていない。次のレポート参照。国税庁「平成 28 事務年度の『相互協議の状況』について」（2017 年 11 月）、同「平成 27 事務年度の『相互協議の状況』について」（2016 年 11 月）、同「平成 26 事務年度の『相互協議の状況』について」（2015 年 10 月）、同「平成 25 事務年度の『相互協議の状況』について」（2014 年 10 月）。

³⁷ 国税庁・前掲注（36）（2017 年 11 月）。なお、OECD 加盟国・非加盟国を併せた全体の事案に係る同事務年度の処理期間は 30.2 か月であり、OECD 非加盟国の事案処理には時間を要している様子が見られる。

³⁸ 国税庁・前掲注（36）（2017 年 11 月）。

³⁹ 国税庁・前掲注（36）（2017 年 11 月）。

⁴⁰ Erisa Nuku, “IFA 70th Congress in Madrid, Subject 1 : Plenary Session – Dispute Resolution Procedures in International Tax Matters” IBFD Online (2016). 井上博之ほか「IFA 第 70 回年次総会（マドリッド大会）の様式」税大ジャーナル（2017.6）3-4 頁（2017）。

⁴¹ 例えば、米国の報告書は IRS ホームページ参照。IRS, “Announcement and Report Concerning Advance Pricing Agreements, March 27, 2017”, available at, https://www.irs.gov/pub/irs-utl/2016_apma_statutory_report.pdf (last visited Dec. 2, 2017). 中国の報告書は SAT ホームページ参照。State Administration of Taxation People's Republic of China, “China Advance Pricing Arrangement Annual Report (2015)”, available at, <http://www.chinatax.gov.cn/n810214/n810606/c2420314/part/2420338.pdf> (last visited Dec. 2, 2017). 各国のレポートの多くが事前確認（APA）を中心としたものであるが、相互協議に関する状況も併せて紹介している。

⁴² OECD ホームページ参照。Available at;

各納税者にとっては困難を伴うものと言えよう。というのも、相互協議の法的性格は、あくまで外交交渉の一種であり⁴³、両締約国の権限ある当局のみによって実施されるため、二重課税が排除される見込みや解決までに要する期間等については、納税者にとって予測し難いものがある⁴⁴。発生件数、処理件数及び繰越件数という数字自体は、相互協議全般の趨勢を把握するためには有益であろうが、個々の納税者が真に必要としている情報とは程遠いものと思慮される。納税者にとって最も重要なことは、自らの事案に係る予測可能性の確保であるという視点を忘れてはならないだろう。

(2) 相互協議の特徴

仲裁手続の導入に関する議論において、常に引合いに出されるのが、租税条約に定める相互協議条項の規定振りである。そこでは、権限ある両当局の合意努力義務 (shall endeavor … to resolve the case) を規定し、両当局に合意を義務付けるものではない⁴⁵。合意努力義務にとどまっている理由は、次のとおり説明できよう。1910年代以降、租税条約に限らず個別の条約において、協議制度が外交的手段 (les voies diplomatiques) の一つとして、国際紛争の発生に伴う事後的な解決手続の「第一段階」としての機能を担うようになった⁴⁶。「外交交渉」は、外交的手段の中でも最古の代表的な形態であり、紛争当事国間の妥協と合意により国際紛争を解決する方式であるが、そこでは当事国間の実力に左右される側面が大きい⁴⁷。国力の強弱が直接に反映する関係においては、交渉により国際紛争について公正な解決を得る保証はないといった理由から、合意努力義務にとどまっているといわれる⁴⁸。

したがって、権限ある両当局に二重課税を排除する義務が課されていない状況下で、相互協議（第一段階）が十分に機能していないとの認識が国際的に広まったときに、仲裁（第二段階）についての検討を迫られるということであろう。

ちなみに、移転価格税制のフロンティアである米国の規則は、相互協議による合

<http://www.oecd.org/ctp/dispute/map-statistics-2014.htm> (last visited Oct. 9, 2017) .

⁴³ 金子宏「相互協議（権限のある当局間の協議および合意）と国内的調整措置－移転価格税制に即しつつ」国際税務 11 卷 12 号 17 頁（1991）、増井良啓「相互協議の法的性格について」『移転価格に関する調査研究報告書』102 頁（日本税務研究センター、1999）、村井正「租税条約と EU 法規範（下）－改定日独租税条約を素材に－」税研 196 号 26-34 頁（2017）。

⁴⁴ Gustaf Lindenvrona & Nils Mattson, “Arbitration in Taxation” Kluwer, p.21(1981). OECD “OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017”, para.4.58 (2017). 原文は次のとおり。‘Although the taxpayer has the right to initiate the procedure, the taxpayer has no specific right to participate in the process.’

⁴⁵ See, Roland Ismer, “Article 25. Mutual Agreement Procedure” in KLAUS VOGEL ON DOUBLE CONVENTION, para.153, p.1825(Reimer & Rust eds., 4th ed. 2015). 実際、相互協議が二重課税を排除するための完璧な手段ではないことは、古くから認識されてきた。

⁴⁶ 山本草二「国際紛争における協議制度の変質」兼原敦子＝森田章夫編『国際行政法の存立基盤』214－215 頁（2016）〔初出：森川俊孝編『紛争の平和的解決と国際法 皆川洸先生還暦記念』215-244（北樹出版、1981）〕。

⁴⁷ 山本・前掲注（46）220－225 頁。

⁴⁸ 山本・前掲注（46）220－225 頁。

意を容易にするようにデザインされていると言われてきた⁴⁹。しかし、相互協議経験が豊富な米国内国歳入庁（Internal Revenue Service（以下「IRS」という。）ですら、全体の約1割の事案は二重課税が完全に排除されないまま相互協議を終了している⁵⁰。ましてや、2001年に初めて移転価格税制を導入したインドの場合、独立企業原則の解釈・適用については、先進国とは異なる固有の見解を有している。例えば、①無形資産に係るロイヤルティの支払を認めない⁵¹、②インド子会社の通常の販売活動によって、外国親会社が所有する商標やブランド等の価値が高められたとして、それに見合うリターンを求める⁵²、③外国親会社に対するイントラグループサービスに係る支払を認めない⁵³、といったスタンスである。仮に、相互協議で、インド当局がこうした独自の解釈を主張し、その解釈に固執する場合には、二重課税の排除には必然的に限界が伴うであろう。

このように見てくると、①近年、インドは移転価格税制を導入したが、独立企業原則の解釈が他国と異なっており、相互協議が必ずしも十分に機能しているとは言い難い状況にあること、②相互協議は外交交渉であるため、納税者は蚊帳の外に置かれて、合意に至る見込み等に関する予測可能性を確保し難いこと、③権限ある両当局間に事案を合意する義務が課されていないため、二重課税が排除されないリスクがあること等が、現在の相互協議手続が抱えている課題であり、限界でもあるだろう。権限ある当局間の相互協議において、不確実で不安定な状況に置かれた多国籍企業の多くが、こうした相互協議の課題や限界を補完するために、次にみる義務・拘束的仲裁に対して期待を寄せるのは、当然の帰結ではなかろうか⁵⁴。

第2節 義務・拘束的仲裁手続

1 仲裁を巡る議論の史的変遷

ところで、冒頭から繰り返し言及している「義務・拘束的仲裁」とは、如何なるものであろうか。日本が締結している租税条約上、初めて義務・拘束的仲裁条項が導入されたのは、改正オランダ租税条約が署名された2010年のことであり、「日本で仲裁の議論が成熟している」とは言い難い⁵⁵。そこでまず、仲裁手続の歴史を紐解いた

⁴⁹ 詳細は、金子宏「移転価格税制の手続面に関する若干の考察」『租税法理論の形成と解明（下巻）』324頁（有斐閣、2010）〔初出『使用料及び移転価格課税に関する調査結果報告書』（2002）〕。

⁵⁰ “U.S. Competent Authority Statistics Covering 15 Months Ended 12/31/13” TRANSFER PRICING REPORT, Vol.23, No.3, p.217(2014). 2013年12月末までの15か月間で、二重課税が完全に排除されなかった事案として、米国課税事案が1件（2.5%）、相手国課税事案が14件（11.8%）あったという。

⁵¹ 詳細は、拙稿・前掲注（12）68巻1号235-248頁参照。

⁵² 詳細は、拙稿・前掲注（12）163号81-93頁、164号130-140頁参照。

⁵³ 詳細は、拙稿・前掲注（12）68巻1号266-274頁参照。

⁵⁴ 特に途上国における仲裁手続の必要性について、早い段階から指摘した論稿として、村上睦「移転価格税制」『経済の国際化と税制』日税研論集18号97頁（1992）参照。

⁵⁵ 日本における主な研究として次の文献参照。水野忠恒「仲裁制度の検討」金子宏編『国際課税の理論と実務』62-89頁（1997）、増井良啓「租税条約上の仲裁に関するIFA報告書」ジュリスト1244号278-283頁（2003）、赤松晃「OECDモデル租税条約25条5項に導入

上で、今日、注目されている義務・拘束的仲裁手続の基本的枠組みを確認することとしたい。

仲裁手続の必要性に関する議論は、古くは 19 世紀終わりから欧州諸国を中心に開始された⁵⁶。とりわけ IFA は、早い段階から国際租税の領域における紛争解決方法について関心を抱いており、1951 年にスイスで開催された第 5 回 IFA 総会は、仲裁を議題として取り上げた⁵⁷。そこでは、両締約国間で解決困難な事案について、決定を下す仲裁裁判所 (arbitration tribunal) を設置し、将来的にはそれを国際的な裁判所 (supranational jurisdiction) に移行させることが提言された⁵⁸。1957 年及び 1960 年の IFA 総会でも、国際的な租税裁判所の必要性が議論されたという⁵⁹。そのほか、International Bar Association (IBA) が 1956 年にオスローで開催した第 6 回会合でも、租税に関する紛争を取扱う国際裁判所の設置が提唱されるなど⁶⁰、まさに 1950 年代は仲裁に関する議論が活発に展開された時代であったといえる。

次に OECD における議論を見てみると、OECD の前身である OEEC (欧州経済協力機構) に設置された Fiscal Committee は、1958 年、モデル租税条約の起草作業に着手した⁶¹。OEEC が 1961 年に公表したコメンタリーでは、特定の事項に関する解釈において特別な困難が生じる場合には、その正しい解釈について Fiscal Committee に意見を求めることが可能であるとされ⁶²、権限ある当局以外の第三者機関が紛争を解決する機能を果たし得ることが示された。ただし、当時の OEEC は、仲裁に関するより精緻な (more precise) 一連のルールを確立するに当たっては、国際的コンセンサスの形成が先決であるとして⁶³、上述のような提案が時期尚早 (premature) であることも認識していたのである⁶⁴。その約 20 年後、1979 年に公表された移転価格ガイドラインは、各国政府は移転価格に関する事項について、税務当局間の更なる協力関係 (further co-operation) を構築すべきとの勧告を行うこと

された仲裁既定の意義—OECD の事例検討を手がかりに—」租税研究 727 号 222 頁(2010)、赤松晃「移転価格課税に係る紛争の処理—租税条約に基づく相互協議における仲裁手続を中心に—」日税研論集 64 号 251 頁以下 (日本税務研究センター、2013)。

⁵⁶ Gustaf Lindenvrona & Nils Mattson, *supra* note(44)p.21. その背景には、租税領域における紛争解決の問題は、国際的租税法自体がある程度成熟している必要があること、特に解決のためのモデルが必要条件であると認識されていたことがある。

⁵⁷ *Ibid.*, p.14.

⁵⁸ 第 5 回 IFA 総会の議題は、“Judicial Interpretation of Conventions on Double Taxation and the Necessary or Advisability of Establishing International Fiscal Jurisdiction” であった (*Ibid.*, p.30)。

⁵⁹ *Ibid.*, pp.29-30.

⁶⁰ *Ibid.*, p.30.

⁶¹ *Ibid.*, p.48.

⁶² OEEC, Annex J, Commentary on Art. XXV in 1961 OEEC Fourth Report of the Fiscal Committee, para.9.

⁶³ *Ibid.*, para.10.

⁶⁴ Zvi Daniel Altman, “Dispute Resolution under Tax Treaties” Vol.11, Doctoral Series IBFD Academic Council, p.60 (2005).

どまっている⁶⁵。

このような仲裁手続に係る議論の停滞期に一石を投じたのは、1981年に公表されたスウェーデンの租税法学者である Gustaf Lindenvrona 教授と Nils Mattson 教授による研究報告書“Arbitration in Taxation”⁶⁶であったことは広く知られたところである⁶⁷。当該報告書を契機として、租税法学者らの間では仲裁への関心が再燃し⁶⁸、その勢いに後押しされるかのように、OECD においても改めて検討が進められた。1984年に公表された OECD 移転価格ガイドラインは、義務・拘束的仲裁の利点を認めつつも「仲裁手続の必要性が明白かつ緊急を要するということは、過去に一度も確認されていない」⁶⁹と前置きした上で、「そのような手続の設置は、前例のない租税高権の放棄を意味するかもしれない」⁷⁰として、移転価格に関する紛争解決手段として仲裁は導入しないという消極的な結論に至った。

しかし、その頃、欧米諸国では、1989年の米独租税条約を皮切りに、「両当局の同意」を仲裁付託の要件とするいわゆる「任意的仲裁条項」が導入され⁷¹、その他の租税条約においても同様の条項が導入され始めた。確かに、任意的仲裁条項が租税条約に導入されたことは画期的ではあるが、ここで留意しなければならないのは、租税条

⁶⁵ OECD, *Transfer Pricing and Multinational Enterprises: Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs*, p.79 (1979).

⁶⁶ Gustaf Lindenvrona & Nils Mattson, *supra* note (44). 当該報告書は、I.Summary, II.Background, III.Proposals による三部構成によりなっている。特に第II部において、仲裁に関連する軌跡について、IFA及びIBAでの議論、ヨーロッパ諸国の動向、ICCでの議論、モデル条約等について幅広く分析した上で、第III部にて国際的租税問題を解決する仲裁制度の確立について具体的提案を行っている。そして、仲裁制度が広く用いられ、有益であることが認識された後は、国際租税裁判所 (international tax court) の設置も不可能ではないとしている。

⁶⁷ 当該研究報告書は、“groundbreaking proposal”と称賛されるほど高い評価を受けている。See, Roland Ismer, *supra* note(45)para.12, p.1782)。

⁶⁸ 1983年にはシャープ博士も、移転価格に関する国際紛争解決手続の一つとして国際仲裁機関を設置するという提案をしている (Alan M. Rugman & Lorraine Eden, “International Arbitration of Transfer Pricing Dispute Under Income Taxation” MULTATIONALS AND TRANSFER PRICING (Caroom Helen, 1985))。当該論稿を紹介したものとして、村上・前掲注 (54) 93-106頁、川端康之「国際課税における代替的紛争解決モデル序説—租税仲裁手続を中心に」総合税制研究 3号 61頁 (1995) 参照。

⁶⁹ OECD, “Transfer Pricing and Multinational Enterprises; Three Taxation Issues” para.54 (1984). 邦訳は、木村弘之亮『多国籍企業税法—移転価格の法理—』325頁以下 (慶應義塾大学法学会、1993) 参照。

⁷⁰ *Ibid.*, para.55. 原文は次のとおり。“…the setting up of such a scheme would involve unprecedented surrender of fiscal sovereignty…”

⁷¹ Convention between the United States of America and the Federal Republic of Germany for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and Capital and to Certain Other Taxes (29 August 1989, in force 1 January 1990). 邦訳は、川端康之「1989年米独改定租税条約(1)・(2)・(3)」関西大学商学論集 35巻 5号 539-557頁、35巻 6号 713-731頁、36巻 1号 95-119頁 (1990, 1991)。これに関する文献として、村井正「租税条約をめぐる紛争解決のあり方—仲裁手続の導入をめぐる—」税務弘報 39巻 12号 6頁 (1991)、村井正=川端康之「新米独租税条約の問題点」税経通信 46巻 1号 28頁 (1991) 参照。

約上の仲裁は相互協議の限界を考慮しつつ、より拘束力のある紛争処理方式を目指すべきもの⁷²、という仲裁の本来の趣旨・目的であろう。つまり、「両当局による同意」を仲裁付託の条件とする任意的仲裁条項は、納税者から見た場合、十分な救済措置とは程遠いものといえる。

これに対して、義務・拘束的仲裁条項を採用したのが、1990年7月に署名された欧州仲裁協定であった⁷³。欧州仲裁協定は、移転価格に係る問題を対象としたものである。1994年には、欧州連合における全ての加盟国が欧州仲裁協定の批准を終えるという大きな進展を遂げた。

こうした欧州諸国の動向を踏まえて、1995年のOECD移転価格ガイドラインは、特に移転価格の領域における仲裁手続について再度検討する必要があるとの認識を明らかにし、今後はその導入に向けた分析を行う旨を宣言した⁷⁴。2004年7月の報告書では、ビジネス界からの要望を考慮し、相互協議を補完するものとして義務・拘束的仲裁の導入が望ましい旨の結論に至っている⁷⁵。そして、2008年OECDモデル租税条約の改正においては、「相互協議の一部」として、待望の義務・拘束的仲裁が第25条5項に導入された⁷⁶。

以上をまとめると、租税領域における仲裁手続の必要性については、1950年代を中心に欧州諸国で活発に議論され、権限ある両当局以外の第三者機関が決定を下すという基本構想の下で数々の提言がなされた。他方、その頃のOECDは、仲裁についての国際的コンセンサスが得られていないことに配慮し、消極的な姿勢をとり続けていたといえよう。1980年代に入ると、①スウェーデンの租税法学者による研究報告書が契機となって、仲裁の議論が再燃したこと、②欧米で任意的仲裁条項が導入され始めたこと、さらに、③1990年には義務的仲裁条項を採用した欧州仲裁協定が採択されたことで、OECDは重い腰を上げ、2008年にはOECDモデル租税条約の改正に到達したと整理できよう。

⁷² 水野忠常「移転価格税制の長期的展望」水野忠常編著『国際課税の理論と課題〔二訂版〕』92頁（税務経理協会、2005）。問題は、仲裁の方式を今後どう展開するかにあるとする。

⁷³ Convention on Elimination of Double Taxation in Connection with the Adjustment of Profits of Associated Enterprises, 90/463/EEC of 23.7.1990 ; OJC202 of 16.7.1999. これに関する文献として、村井・前掲（71）7-9頁、水野忠恒「仲裁制度の検討」『国際課税の制度と理論』241-244頁（有斐閣、2000）、谷口勢津夫「ECにおけるTax Harmonizationの動向」水野忠常編著『国際課税の理論と課題〔二訂版〕』302-303頁（税務経理協会、2005）。

⁷⁴ OECD, “Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations” para.4.171 (1995) .

⁷⁵ OECD, “Improving the Process for Resolving International Tax Dispute – Version Released for Public Comment on 27 July 2004” (2004) .

⁷⁶ これは、2007年2月の「租税条約紛争の解決改善に関する報告書（Improving the Resolution of Tax Treaty Dispute）」を経たものである。当該報告書と欧州仲裁協定及び米独租税条約の仲裁規定に関する比較分析は、剣持敏行「『国際的な税の紛争解決手段の改善』（OECD報告書）について－仲裁関連の規定を中心に－」国際税務27巻8号66頁以下（2007）参照。

2 OECDモデルと国連モデル

(1) OECDモデル租税条約概要

義務・拘束的仲裁手続については、OECDモデル租税条約25条5項⁷⁷並びに同コメントリー及びその付録(Annex)に示されており⁷⁸、当該手続の枠組みは次のとおりである。

まず、①相互協議の申立てから2年以内に事案が解決されない場合において、②「納税者から仲裁の要請」があったときは、③両締約国の権限ある当局には仲裁手続に移行する「義務」が生じる。そして、④第三者から構成される仲裁委員会の決定を納税者が拒否しない限り、⑤権限ある当局はその決定に「拘束」されて、事案を解決する義務を負うことになる⁷⁹。すなわち、一定期間内に相互協議による事案の解決が図れない場合には、納税者の要請に基づき義務的・強制的(mandatory)に仲裁に付託され、仲裁決定は納税者の同意を条件として両国の権限ある当局を拘束する(binding)という特徴を捉えて、義務・拘束的仲裁(Mandatory binding MAP arbitration)と呼ばれている。

仲裁人は、権限ある両当局により1名ずつ任命され、任命された2名の仲裁人によって残る1名の仲裁人(仲裁委員会の議長)が任命されることになる⁸⁰。仲裁人は、適用される条約の規定に従って、また、これらの規定に服しつつ、締約国の国内法令の規定に従って付託事項に決定を下す⁸¹。なお、条約解釈に関する事項は、条約法に関するウィーン条約第31条から第33条までに規定された解釈原則に照らし、OECDモデル租税条約コメントリーに配意しつつ決定が下される⁸²。とりわけ移転価格税制における独立企業原則の適用に関する事項については、OECD移転

⁷⁷ OECD, “Articles of the OECD Model Tax Convention on Income and Capital” (2008). 第25条5項は次のとおり(下線部は筆者強調)。

5. Where,

a) …

b) the competent authorities are unable to reach an agreement to resolve that case pursuant to paragraph 2 within two years from the presentation of the case to the competent authority of the other Contracting State, any unresolved issues arising from the case shall be submitted to arbitration if the person so requests. … Unless a person directly affected by the case does not accept the mutual agreement that implements the arbitration decision, that decision shall be binding on both Contracting States and shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic laws of these States. …

⁷⁸ OECD, “Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version” OECD Model Commentary on Art.25, paras.63, 81(2010).

⁷⁹ OECD, *supra* note (77) Art.25, para.5.

⁸⁰ OECD, *supra* note (78) Art.25, Annex, para.14.

⁸¹ 決定方式に関しては、仲裁人が適切と考える任意の解決を単純多数決によって意見として決定する独立意見方式を基本としている(*Ibid.*, Art.25, Annex, paras.2, 36.) ただし、これに代えて、最後・最適の申出(last best offer)方式、最終の申出(final offer)方式を採用することも認める柔軟性を有している(*Ibid.*, Art.25, Annex, paras.3, 4.)

⁸² *Ibid.*, Art.25, Annex, paras.1.14, 33.

価格ガイドラインに照らして判断されなければならない^{83・84}。

ここで問題となるのは、①OECDモデル租税条約コメンタリー及びOECD移転価格ガイドラインの位置づけ、そして、②参照すべきとされている「国内法令」が意味するところではなかろうか。殊に、インドのようなOECD非加盟国にとっては、①の論点を整理しておくことは必要不可欠であるところ、この点については第2章第2節で取扱う。②の論点については第3章第2節で検討を加えることとしたい。

(2) 国連モデル租税条約概要

続いて、国連モデル租税条約に目を向けると⁸⁵、2011年の改正において、概ねOECDモデル租税条約25条5項に倣ったものを第25B条5項として追加している⁸⁶。しかしながら、その内容及び位置づけについて両モデル租税条約を比較すると、両者の間には主に4つの相違点が認められる⁸⁷。

第一に、相互協議の申立てから仲裁へ移行する期間について、OECDモデル租税条約が2年と規定しているのに対し、国連モデル租税条約は3年と規定している点である。この背景には、先進国では相互協議に従事する人員が十分に確保されているのに対して、途上国では10人以下という状況も珍しくなく、2年以内の解決は現実的でないとの判断がある⁸⁸。これを踏まえると、3年という期間は途上国にとっては実行可能性を考慮した適切なモデルかもしれない。

第二に、国連モデル租税条約は、仲裁への付託について、納税者からの要請に基

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ 租税条約の解釈に関しては、条約法の解釈に関する一般原則が適用される。詳細は、谷口勢津夫『租税条約論—租税条約の解釈及び適用と国内法—』8—15頁以下(清文社、1999)参照。ウィーン条約法条約草案のコメンタリーのうち条約の解釈に係る部分は、小川芳彦「国際法委員会条約法草案のコメンタリー(三)」法と政治19巻4号627頁(1968)参照。

⁸⁵ 両モデル租税条約全体の主な相違点については、青山慶二「OECDと国連のモデル租税条約の比較」租税研究2010年8月242頁(2008)参照。

⁸⁶ 国連モデル租税条約第25B条5項は次のとおり(下線部は筆者強調)。

5. Where,

(a) …

(b) the competent authorities are unable to reach an agreement to resolve that case pursuant to paragraph 2 within three years from the presentation of the case to the competent authority of the other Contracting State, any unresolved issues arising from the case shall be submitted to arbitration if either competent authority so requests. … The arbitration decision shall be binding on both States and shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic laws of these States unless both competent authorities agree on a different solution within six months after the decision has been communicated to them or unless a person directly affected by the case does not accept the mutual agreement that implements the arbitration decision. …

⁸⁷ United Nations, “Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries”, Commentary on Art. 25, para.1. See also, Roland Ismer, *supra* note (45)para.101, p.1809.

⁸⁸ L. Turcan, “Chapter10: Dispute Resolution” in THE UN MODEL CONVENTION AND ITS RELEVANCE FOR THE GLOBAL TAX TREATY NETWORK—Online Books, para.10.3.2 (M. Lang et al. eds., IBFD, 2017).

づくのではなく、「権限ある当局からの要請」を要件としている点である。つまり、**mandatory** ではなく **voluntary** に仲裁に付託されるのであって、これは、納税者から見ると、二重課税の確実な排除が保証されないことを意味し、仲裁手続の意義を損なうのではないかという懸念が残るところである。

第三は、仲裁委員会による決定の拘束力についてである。OECD モデル租税条約は権限ある当局は当該決定に拘束されるとしているのに対して、国連モデル租税条約は「権限ある当局を拘束しない」としている。ただし、権限ある当局が仲裁決定を受け入れない場合は、権限ある当局は仲裁決定が下されてから 6 か月以内に両当局間での新たな合意に至らなければならないこととされている。つまり、6 か月の時間的ロスが生じ得るものの、二重課税が何らかのかたちで排除されるという意味においては、上述の第二の相違点と比較すると、それほどネガティブに捉えるべき相違ではないと思われる⁸⁹。

最後に、国連モデル租税条約は、仲裁条項を必ず導入しなければならないものとして位置づけていないところに、OECD モデル租税条約との相違が認められる。国連モデル租税条約は、第 25 条に仲裁条項を含めるか否かについて各国の判断に委ねることとしたが、自発的仲裁条項といえども、仲裁条項自体を租税条約に含めないことを容認する姿勢には問題があるだろう。詳細は、第 3 章第 1 節で述べるが、例えば、米独租税条約の場合、まずは自発的仲裁条項が導入され、その後の改定により義務・拘束的仲裁条項へ移行した経緯がある。当初から自発的仲裁条項すら排除することを許容するモデル租税条約は、仲裁手続の中長期的発展という観点から見ても疑問が残るところである⁹⁰。

このように、OECD モデル租税条約と国連モデル租税条約の二つのモデルが併存する中で、仲裁条項については、①仲裁への付託が義務的か自発的か、②仲裁決定が権限ある当局を拘束するか否か、③そもそも仲裁条項を導入するか否かの選択を各国に委ねるか否か、という点において根本的な相違が認められよう。以下では、こうした特徴を有する国連モデル租税条約の仲裁条項について、若干遡って確認し、インドをはじめとする途上国の考え方についての理解を深めることとしたい。

(3) 国連モデル租税条約に係る議論

日本では、国連モデル租税条約のコメンタリーが注目される機会は少ないが、当該コメンタリーは、2001 年当時から自発的仲裁について既に言及していた⁹¹。その

⁸⁹ つまり、納税者にとっては、二重課税が排除されないわけではなく、単に権限ある当局が再度、交渉をするということ、それも 6 か月という短期間において結論を出すことを意味するため、それほど不利益を与えるものでもなく、また、納税者に不当な利益 (*pecuniary advantage*) を与えるものではないことからすると、それほど問題ははらんでいないといえる (L. Turcan, *supra* note (88)para.10.3.2)。

⁹⁰ L. Turcan も、自発的仲裁規定の導入自体に、国際コミュニティの関心を集め、義務・拘束的仲裁規定に関する議論を開始させ、当該仲裁規定を導くに当たって非常に重要な役割 (*very significant role*) を果たすことを指摘する。See, L. Turcan, *supra* note (88)para.10.3.2.

⁹¹ UN Model, Commentary on Article 25, para.36(2001).

後 10 年にもわたって、仲裁条項の長所と短所について長く厄介な議論が何度も繰り返され、2010 年、紛争解決に関する小委員会 (Subcommittee) は、国連モデル租税条約に規定する仲裁条項についての三つのオプションを提案する包括的なレポートを専門家委員会 (Committee of Expert) に提出した⁹²。提案された三つのオプションとは如何なるもので、どのような経緯で現在のかたちに収まったのであろうか。

提案された第一のオプションは、OECD モデル租税条約第 25 条 5 項と同様の文言を記した脚注を国連モデル 25 条に追加する案であった⁹³。第二のオプションは、国連モデル租税条約 25 条について、従来の国連モデル租税条約 25 条と OECD モデル租税条約 25 条の二つのパターンを用意し、いずれを採用するかは締結国の判断に委ねるものである⁹⁴。最後のオプションは、国連モデル租税条約のコメントリーパラ 35 に自発的仲裁についての補足を加えるものである⁹⁵。

こうした提案を受けて検討を行った専門家会合における専門家らの反応は、賛否両論であったといつてよいだろう。仲裁条項の導入に慎重な立場からは、①途上国が抱える相互協議事案は少ないため、そもそも仲裁条項を導入する必要性が乏しいのではないかと⁹⁶、②仲裁の導入は途上国にとってコストの負担が大きすぎるのではないかと⁹⁷、③経験の乏しい国は仲裁手続の中で弱い立場に置かれるのではないかと⁹⁸、といった懸念が示された。一方、賛成派からは、①仲裁条項を導入することは、投資家に対してビジネス環境の透明性を提供するために必要不可欠である⁹⁹、②仲裁に対する脅威 (threat of arbitration) は、権限ある当局が合理的に行動し、仲裁に至ることなく事案の解決策を模索する原動力となるのではないかと¹⁰⁰、③独立した専門家が仲裁手続の中で事案をレビューすることは、当事国の経験不足を仲裁手続が補填する役割を果たすのではないかと¹⁰¹、といった意見が述べられた。

多岐にわたる意見交換がなされた結果、第三のオプションはいくらかの支持

⁹² United Nations, “Report by the Subcommittee on Dispute Resolution: Arbitration as an Additional Mechanism to Improve the Mutual Agreement Procedure” E/C.18/2010/CRP.2, para.3(2010), available at http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/10/6STM_Report_DisputeResolution.pdf (last visited Nov. 19, 2017) .

⁹³ *Ibid.*, paras.5-8.

⁹⁴ *Ibid.*, paras.9-10.

⁹⁵ *Ibid.*, para.11.

⁹⁶ United Nations, “Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, Report on the sixth session (18-22 October 2010)” E/2010/45, E/C.18/2010/7 , para.23 (2010) available at http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2010/45&Lang=E (last visited Nov. 19, 2017) .

⁹⁷ *Ibid.*, paras.24-25. なお、コストの負担の問題を解消するため、国連が最終的には途上国に代わって負担することも提案された。

⁹⁸ *Ibid.*, para.27.

⁹⁹ *Ibid.*, para.23.

¹⁰⁰ *Ibid.*, para.23.

¹⁰¹ *Ibid.*, para.26.

(some support) を獲得し、また、第一のオプションはより大きな支持 (greater support) を取り付けた¹⁰²。しかしながら問題は、これら二つのオプションについて、当人たる途上国からの支持が得られなかったことにある。結局、途上国への配慮の下、第二のオプションが採択され¹⁰³、現在の国連モデル租税条約の姿に至った¹⁰⁴。

以上から分かることは、仲裁手続の長所及び短所についての議論が 10 年にわたり繰り返されたものの、最終的には、義務・拘束的仲裁条項はもとより、自発的仲裁条項ですら否定的な途上国の立場を汲まざるを得なかったほどに、仲裁条項は途上国にとって受け入れ難いということであろう。

3 BEPS 防止措置多国間協定

本稿の冒頭で触れたとおり、OECD は 2016 年 11 月、BEPS 防止措置多国間協定を公表した。BEPS 防止措置多国間協定の署名式は、2017 年 6 月に 76 の国・地域が参加して行われ、その際に署名した国・地域の他にも、2017 年末までに多くの国・地域が署名することが期待されている¹⁰⁵。BEPS 防止措置多国間協定の中には、2015 年 10 月に公表された OECD/G20 による BEPS 行動 14 最終報告書を受けて¹⁰⁶、相互協議の処理促進 (パート V : 紛争解決条項)¹⁰⁷及び紛争解決に関する義務・拘束的仲裁 (パート VI : 仲裁条項) が盛り込まれている¹⁰⁸。ここで留意すべきは、パート VI の仲裁条項に関しては、条約締結国が採用するとした場合に限って締結済の租税条約に導入されるという選択制を採用していることである。今回も最終的には、仲裁条項を採用するか否かは各国の判断に委ねるところで決着をつけたといえよう¹⁰⁹。

¹⁰² *Ibid.*, para.28.

¹⁰³ *Ibid.*, paras.28–29.

¹⁰⁴ See, L. Turcan, *supra* note (88) para.10.3.1; U.N. Tax Committee Documents, available at, <http://www.un.org/esa/ffd/documents/tax-committee-documents.html> (last visited Nov. 20, 2017)

¹⁰⁵ OECD, “Ground-breaking Multilateral BEPS Convention Signed at OECD Will Close Loopholes in Thousands of Tax Treaties Worldwide” available at <http://www.oecd.org/ctp/beps/ground-breaking-multilateral-beps-convention-will-close-tax-treaty-loopholes.htm> (last visited Oct. 1, 2017) .

¹⁰⁶ OECD, “Making Dispute Resolution Mechanism More Effective, Action 14-2015 Final Report” para.23 (2015) . なお、OECD モデル租税条約 25 条 5 項に付されていた義務・拘束的仲裁条項への留保は、BEPS 行動 14 最終報告書により削除されることとなった。

¹⁰⁷ 第 16 条 (相互協議手続)、第 17 条 (対応的調整) から構成されている。

¹⁰⁸ 第 18 条 (Part VI 適用の選択)、第 19 条 (義務・拘束的仲裁)、第 20 条 (仲裁人の選任)、第 21 条 (仲裁手続の守秘義務)、第 22 条 (仲裁最終前の事案解決)、第 23 条 (仲裁手続の種類)、第 24 条 (異なる解決への合意)、第 25 条 (仲裁手続のコスト)、第 26 条 (両立性) から構成されている。

¹⁰⁹ OECD, *supra* note(2).当協定に署名した国どうしの租税条約は、留保が付されない限り、当協定の条文に自動的に修正されることになる。世界に 3,000 本あるとも言われる租税条約について、多国間協定により二国間条約を一挙に修正することが可能となり、効率的に BEPS 対抗措置を実施することが期待されている。なお、仲裁条項に限らず当協定全般において、既存の二国間租税条約との関係で広範な留保を許容するものとなっていることから、納税者にとって単一的なルールが保障されたわけではないとの指摘がある (青山慶二「外国税額控除の繰越控除権の行使 (H.26.3.26 東京高裁判決 (平 25 (行コ) 444 号)」TKC 情

BEPS 行動 14 最終報告書において、義務・拘束的仲裁条項にコミットした国は先進国を中心に日本を含めて 20 か国余に過ぎなかった¹¹⁰。こうした状況から容易に想定できたところであるが、現在、仲裁条項を受け入れるとしている国は、26 か国にとどまっており、日本との間で仲裁条項が適用されるのは 9 か国という状況である（2017 年 10 月 25 日現在）¹¹¹。残念ながら、インドをはじめとする途上国は現在のところ手を挙げていない。

なお、BEPS 防止措置多国間協定における義務・拘束的仲裁条項の骨格は OECD モデル租税条約 25 条と概ね同様であるが、当該協定への参加を表明した二国間に相当程度の柔軟性が認められている¹¹²。本稿でその全てについて確認する余裕はないため¹¹³、以下では、OECD モデル租税条約と比較して特徴的と思われる事項に焦点を当てることとしたい。

OECD モデル租税条約では、権限ある当局による相互協議で 2 年以内に事案が解決されない場合、機械的に仲裁に付託されることとされていたが、BEPS 防止措置多国間協定の枠組みでは、2 年を経過する前に権限ある当局が同意すれば、事案に応じて異なる期間を設定することができるとしている¹¹⁴。この点は、リソースが限られた途上国にとっては好ましい設計であり、また、事案の複雑性及び解決の困難性に応じた相互協議を可能とするという意味においても評価できよう¹¹⁵。

報 (2017.10) 54 頁 (2017))。

¹¹⁰ 最終報告書公表時に、義務・拘束的仲裁にコミットしていたのは、豪州、オーストリア、ベルギー、カナダ、フランス、ドイツ、アイルランド、イタリア、日本、ルクセンブルク、オランダ、ニュージーランド、ノルウェー、ポーランド、スロベニア、スペイン、スウェーデン、スイス、イギリス及び米国である (OECD, *supra* note (106) Executive summary, para.62)。

¹¹¹ OECD のホームページ (MLI Database) によると、義務・拘束的仲裁条項を採択している国は、行動 14 最終報告書にコミットした国以外の国として、アンドラ、フィジー、フィンランド、ギリシア、リヒテンシュタイン、マルタ、モーリシャス、ポルトガル、シンガポールがある。反対に、行動 14 最終報告書にコミットしていたが、採択しなかった国としては、米国、ノルウェー、ポーランドがある。OECD, “MLI Database - Matrix of options and reservations” available at <http://www.oecd.org/tax/treaties/mli-database-matrix-options-and-reservations.htm> (last vested Dec. 12, 2017).

¹¹² OECD, *supra* note (1)Art.23.

¹¹³ パート VI (義務・拘束的仲裁条項) については、次の文献参照。S. Govind & L. Turcan “The Changing Contours of Dispute Resolution in the International Tax Word: Comparing the OECD Multilateral Instrument and the Proposed EU Arbitration Directive” 71 BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION 3/4(2017). また、日本への影響については、青山慶二「第 8 回：BEPS 防止措置実施条約発効による予測される新たな課税リスク」TKC 情報 2017 年 12 月号 129-137 頁 (2017)、角田伸広「租税条約の濫用防止、相互協議の効果的実施など BEPS 防止措置実施条約の概要と実務への影響 (下)」税理情報 1492 号 64 頁 (2017) 等参照。

¹¹⁴ OECD, *supra* note (1)Art.19(1). 原文は次のとおり。‘unless, prior to the expiration of that period the competent authorities of the Contracting Jurisdictions have agreed to a different time period with respect to that case and have notified the person who presented the case of such agreement’

¹¹⁵ L. Turcan, *supra* note (88)para10.5.2. ただし、Turcan は、延長できる最大期間につい

他方で、BEPS 防止措置多国間協定が用意した柔軟性が故に、途上国にとっては正しい選択ができるのかという恐ろしさ (specter) を生じさせるとの指摘がある¹¹⁶。詳細については、第3章第3節で述べるが、仲裁手続においては厳格な守秘性が担保されており、途上国にとっては未知の領域であるため、かえって導入を躊躇させていることも否めない。また、その規準 (norm) は、あくまで義務・拘束的仲裁であることに鑑みると、今後、どれほどの途上国が BEPS 防止措置多国間協定に参加するのか、仮に参加したとして如何なる枠組みが二国間で採用されるのか、その動向については注意深く見守る必要があるだろう¹¹⁷。

第3節 義務・拘束的仲裁への懸念

1 インド政府の見解

現在、インドが締結している租税条約の中に、仲裁条項を含むものは存在しない。インドは義務・拘束的仲裁に対して、どのような見方をしているのであろうか。先述の BEPS 最終報告書において、義務・拘束的仲裁にコミットしていないことからして、少なくとも積極的でない様子はいかがえる。そして、BEPS 防止措置多国間協定においても、当該協定に含まれる複数の項目への参加は表明しているが¹¹⁸、パートVIの仲裁条項については参加の意を示していない。

インドが義務・拘束的仲裁に強く反対していることは、2014年9月にケアンズで開催された20か国財務大臣・中央銀行総裁会議におけるインドの財務大臣 Sumt.

て設定することが好ましい旨を説いている。確かに、納税者の視点からすると、透明性を確保するという意味において重要であろうし、また、権限ある当局の視点からしても、相互協議を促進するためには、最大限延長できる期間をあらかじめ決めておくことは重要であろう。なお、期間については延長するだけでなく短縮することもできるようにすべきとの見解もある (Jeffrey Owens, et al., "Proposal for A New Institutional Framework for Mandatory Dispute Resolution" TAX NOTES INTERNATIONAL, June 6, 2016, p.1001(2016))。しかし、期間の短縮は、納税者にとって負担を軽減することになるかもしれないが、仲裁規定の導入により相互協議の促進を図るという効果、換言するならば、安易に仲裁に付託することにつながるのではなかろうか。

¹¹⁶ Johann Hattingh, "The Multilateral Instrument from A Legal Perspective: What May be the Challenges?" BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION, Vol.71, No.3/4 (2017).

¹¹⁷ Cym H. Lowell, "The Evolving World of Global Tax Planning: Part 2" INTERNATIONAL TRANSFER PRICING JOURNAL, Vol.24, No.2(2017).

¹¹⁸ インドの BEPS 防止措置多国間協定におけるステータスについては、OECD ホームページ参照。Available at, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-india.pdf>

(last visited Oct. 2, 2017) .インドは93の租税条約について、採用を選択した項目(4条: 双方居住者に該当する団体、6条: 対象租税条約の目的、7条: 条約の濫用防止、8条: 配当を移転する取引、9条1項: 不動産から価値が構成される株式等の譲渡から生ずる収益、12条: 問屋契約及びこれに類する方策を通じた恒久的施設の地位の人為的な回避、13条: 特定活動の除外を利用した恒久的施設の地位の人為的な回避、16条: 相互協議手続、17条: 対応的調整) についての BEPS 防止措置多国間協定に基づく変更を希望しているが、条約相手国との要請とマッチングすると、そのうち46の租税条約について変更が見込まれている。See, Bhavik Timbadia, "Multilateral Instrument Opens Window for Alternate Dispute Resolution for Indian Companies" ASIA-PACIFIC TAX BULLETIN, Vol.23, No.4(2017).

Nirmala Sitharaman のスピーチに明確に表れている¹¹⁹。財務大臣によると、義務・拘束的仲裁は、租税の領域における途上国の *sovereign rights* の侵害に当たり、インド国内法の適用をも制限することになるという。

また、インドの法務大臣 Ravi Shankar Prasad は、2015 年 8 月、仲裁人の中立性に疑問を投げかけることによって¹²⁰、仲裁手続に対する懸念を露にした。

さらに、義務・拘束的仲裁に反対する実務的な理由については、BEPS の議論が開始される前から示されていた。2010 年 12 月に開催された国際会議では、「途上国は人的・経済的リソースが不足しているにもかかわらず事案を仲裁に付託することは、裕福で経験豊富な先進国や多国籍企業を相手に戦うようなもの」¹²¹であり、また、「仲裁に進むことを回避するために、権限ある当局間による相互協議の段階において、意に反する内容での合意につながるおそれがある」¹²²との懸念がインド税務当局から示されている。

他方、今般の BEPS プロジェクトは、Inclusive Framework の枠組みにより、OECD 非加盟国を巻き込む取組みへと大きく広がったことにより¹²³、独立企業原則の解釈・適用を巡っては、従来以上に見解の相違が生じやすい状況になると予想されている¹²⁴。さらに、BEPS 行動計画 13 への取組みの中で導入された国別報告書（以下「CbC レポート」という。）に関しては、途上国の税務当局によるミスユースが懸念されているところでもある。本来、CbC レポートは、各国税務当局が移転価格リスクの大枠を把握することを目的としているのであって、詳細な移転価格分析の代用とすべきで

¹¹⁹ スピーチは次のとおり。“One of the major concerns from the point of view of developing countries is regarding the approach adopted for making dispute resolution mechanisms more effective which includes introduction of mandatory and binding arbitration in the Mutual agreement Procedure of the Tax Treaties. This is not only impinges on the sovereign rights of developing countries in taxation, but also limit the ability of developing countries to apply their domestic laws for taxing non-residents and foreign companies.” in Press Information Bureau Government of India (New Delhi, Sep. 22, 2014), available at http://finmin.nic.in/press_room/2014/MOSFinance_speechG20_Cairns_Australia.pdf (last visited Mar. 27, 2017) .

¹²⁰ Finley, Ryan, “MAP Cases with Developing Countries Pose Challenges” 149 TAX NOTES, Dec. 21, 2015, p.1471 (2015). Law and Justice and Information Technology の大臣を務める Ravi Shankar Prasad による 2015 年 8 月 27 日に開催された国際会議での発言である。

¹²¹ Amrit Dhillon, “Indian Official Says Arbitration Unfair to Developing Countries” TRANSFER PRICING REPORT, Vol.19 No.16, p.873(2010). 当時の Director General of Income Tax (New Delhi) であった Anika Kapur により示された見解である。

¹²² *Ibid.*

¹²³ See, OECD, “Inclusive Framework on BEPS: Progress Report” (2017) . Inclusive Framework は、G20 の要請を受けて、BEPS パッケージの継続的な導入のために 2016 年 6 月に設立されたもので、108 の国・地域がメンバーに加わっている（2017 年 11 月 23 日現在）。

¹²⁴ OECD の Head of the Transfer Pricing Unit の Joseph Andrus は、とりわけ導入時に二重課税が生じやすいことを指摘する (Molly Moses, “BEPS Effort Seen Likely to Increase Double Tax Disputes” BNA International Tax Blog, 29 Nov. 2013(2013).

はないとされているにもかかわらず¹²⁵、途上国の税務当局が、これらの情報を利益分割法の適用根拠として安易に使用し、不適切な二重課税が生じる可能性が一層高まるのではないかとの指摘もある¹²⁶。

そもそも論としては、今般の BEPS プロジェクトは各国が協調して BEPS に対抗するという Globalism を目標としつつも、その水面下では、各国の課税ベースの奪い合いという Populism が働いていることは否定できないだろう¹²⁷。以下では、インドが義務・拘束的仲裁に対して抱いている懸念や疑念について、幅広く抽出して整理することとする。

2 問題の所在

さて、インド財務大臣の発言に対しては、「何ら詳細を明らかにすることなく、義務・拘束的仲裁には sovereignty と称する問題があるとして、その導入に反対を示したものである」との見方がある¹²⁸。こうした sovereignty を根拠とする仲裁反対論に対しては、それを主張する国の懸念がどこにあるのかブレイクダウンして詳細に分析する必要があるとの指摘がなされている¹²⁹。

確かに、sovereignty という用語は、その歴史的な理由により実に多義的に用いられているが¹³⁰、一般には、①国家権力そのもの（国家の統治権）、②国家権力の属性としての「最高独立性」（国家の対外的独立性）、③国政についての「最高決定権」、という三つの異なる意味で用いられる¹³¹。

①の国家の統治権とは、国家が有する支配権を包括的に示す言葉で、立法権・行政権・司法権を総称する統治権とほぼ同じ意味であり、日本国憲法（41条）でいう「国権」がそれに当たる¹³²。これに対して、②の最高独立性は、国家権力の主権性ともいわれ、主権概念の生成過程からいえば、本来の意味の主権概念であり、日本国憲法の

¹²⁵ See, OECD, “Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting” (2014) ; OECD, “Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13-2015 Final Report” (2015)。多国籍企業情報の報告制度としては、①親会社が作成する「マスターファイル」、②親会社・子会社が各々作成する「ローカルファイル」、③親会社が作成する「国別報告書（CbC レポート）」の三層構造を採っており、このうち③については、原則として租税条約に基づく情報交換制度により、子会社の所在する税務当局に提供されることになる。当該報告書には、国・地域ごとに、収入金額、納付税額、従業員数、有形資産額等が報告項目となっている。

¹²⁶ David Ernack, “BEPS, Broken Promises and What the OECD Can Learn from the WTO About Dispute Settlement Procedures” Bloomberg BNA 9 Oct. 2014(2014)。例えば、Country-by-Country Reporting の導入は、一部の国においては、独立企業原則と乖離した定式配分方式に基づく課税を正当化する危険をはらんでおり、移転価格税制に関する紛争は増加することが見込まれると Ernack は指摘する。

¹²⁷ Cym H. Lowell, *supra* note (117)。

¹²⁸ Michael Lennard, “International Tax Arbitration and Developing Countries” in INTERNATIONAL ARBITRATION IN TAX MATTERS, p.453(Michael Lang & Jefferey Owens eds., IBFD, 2015)。

¹²⁹ *Ibid.*, pp.453-454。

¹³⁰ 詳細は、芦部信善『憲法〔第六版〕』39頁以下（岩波書店、2015）参照。

¹³¹ 芦部・前掲注（130）39-40頁。佐藤幸治『日本国憲法論』387頁（清文社、2011）。

¹³² 芦部・前掲注（130）40頁。佐藤・前掲注（131）387頁。

前文三項中「自国の主権を維持し」というところの主権がその例であり、ここでは国家の独立性に重点が置かれている¹³³。最後に、③の最高決定権は、国の政治の在り方を最終的に決定する権力又は権威という意味であり、その権力又は権威が君主に存する場合は「君主主権」、国民に存する場合は「国民主権」と呼ばれる。日本国憲法前文一項で「ここに主権が国民に存することを宣言し」というところの主権、及び一条で「主権の存する日本国民の総意」と言うところの主権がこれに当たる¹³⁴。

こうした基本的な意味を押さえた上で、インドが主張する仲裁反対論に立ち戻り、上記分類への当てはめを行うことによって、問題の所在を明らかにすることとしたい。

まず、課税権の侵害を危惧するインドの財務大臣の発言については、当該発言は明確性に欠けるためその真意は定かではないが、インドの課税権の喪失を懸念している点に着目すると、上記①の統治権（特に、立法権及び司法権）、或いは②の国家の対外的独立性の問題と理解できよう。

次に、インドの法務大臣の発言は、仲裁人への不信感を露わにしたものであるが、これは換言すると、仲裁により国家の意思決定権が信頼するに足りない第三者に移ることに対する懸念が根底にあると解される。そうだとすると、上記②の国家の対外的独立性という主権の本来の意味と密接に関連する問題といえよう。

そして、インド税務当局が示す経済的負担への懸念は、*sovereignty* 云々というよりはむしろ、実務的な問題であり、一見すると法的問題の検討を主眼とする本稿には馴染まないかのように思われる。しかしながら、こうした懸念は、国連において仲裁に関する議論が本格的に開始されるや否や、実は途上国から真っ先に主張された事項であり、最終的には、国連モデル租税条約における仲裁条項の手続規定の側面に影響を与えることになったという¹³⁵。また、現在もなお、インドをはじめとする途上国が強く主張している懸念事項であるため、安易に無視できない問題でもある。さらに、経済的負担への懸念の裏には、人的リソースの不足といった根深い問題や不安が潜んでいることから、第4章第2節ではこうした問題意識についても取り上げることとしたい。

なお、「仲裁に進むことを回避するために、相互協議の段階で意に反する内容での合意につながるおそれがある」との懸念は、相互協議の本質や仲裁の目的に関する理

¹³³ 芦部・前掲注(130) 40頁。佐藤・前掲注(131) 387頁。

¹³⁴ 芦部・前掲注(130) 40-43頁。佐藤・前掲注(131) 387頁以下。ただし、「国民主権」が如何なる意味・内容を有するかについては、様々な議論があることに留意すべき旨が指摘されている。

¹³⁵ L. Turcan, *supra* note (88) para 10.3.3.4. Turcan は、コストの負担について ‘one of the most significant obstacle to their adoption of arbitration’ と捉え、その解決策として、例えば、①繰り返し問題となる論点については、税務当局と納税者にガイダンスを公表し、将来生じるだろう仲裁付託件数を減らす、②納税者に費用の負担を転嫁する、③WTO が支援するメカニズムをつくるなど提案している。しかし、後述するが、①については守秘性の問題が生じるであろうし、②については、納税者が費用を負担する根拠について整理する必要がある。③については、現在、OECD のみでなく、IMF、WTO 及び WBG など国際機関が一体となって BEPS への対処に取り組んでいるところ、今後の動向を見守る必要がある。

解の問題として捉えられる。この点は、第3章第4節において、考察を加えることとしたい。

次章以降においては、OECD モデル租税条約及び BEPS 防止措置多国間協定に示された義務・拘束的仲裁手続の骨格を念頭に置きつつ、上述の懸念事項の合理性や妥当性について検証を行い、今後の課題を明らかにすることとする。

第2章 国家統治権への抵触

ここでは、立法権、行政権及び司法権の観点からインドにおける仲裁手続導入の許容性について検討することとしたい。言うまでもなく、統治権についてはインド憲法に明記されているため、まずはインド憲法の規定に則して検討を進めることとする。

第1節 インド憲法の特徴

イギリスから独立を遂げたインドの歩みと努力とは、インドが独立国家として生きていくためのものであり、同時に、正義、自由、平等、そして公正の観念に基づく民主主義を確立していく歩みでもあったという¹³⁶。こうした観念を実現していくための基本法こそが、1950年1月26日に施行されたインド憲法である¹³⁷。本稿では、インド憲法の長い歴史的変遷について語る余裕はないが¹³⁸、インド憲法の特徴について、インド憲法学者の第一人者である Durga Das Basu の見解を参考に四点を挙げておこう。

第一の特徴は、世界最長の成文法典たることにある (Our Constitution is written. It is the longest Constitution in the world.)¹³⁹。成文化することによって、立法府、行政府及び司法府の権限が明確化されることになる^{140・141}。

第二の特徴は、硬性でもあり軟性でもあるところにある (It is partly rigid and partly flexible.)¹⁴²。憲法の改正手続を過度に厳格化すると、社会・経済環境の変化に対応し

¹³⁶ 孝忠延夫＝浅野宜之『インドの憲法－21世紀国民国家の将来像－』5頁(廣濟堂、2006)。

¹³⁷ インド憲法全文の邦訳として、例えば、孝忠＝浅野・前掲注(136)59頁以下参照。

¹³⁸ インド憲法の歴史に係る研究は多数あるが、ここでは次の文献を挙げておきたい。稲正樹『インド憲法の研究－アジア比較憲法論序説－』(信山社、1993)。また、インド憲法を理解する上で有益と思われる文献として、デュルガ・ダス・ベイシュ(伊藤正己訳)「基本的人権の制限—とくにアメリカ、インド及び日本の憲法に関連させて—」憲法調査会資料第10号1-101頁(憲法調査事務局、1959)、Durga Das Basu, “Comparative Constitutional Law” (New Delhi, Premtoce-Hall of India, 1984)、その他の本稿に掲げる Durga Das Basu による文献。

¹³⁹ Durga Das Basu, “COMMENTARY ON THE CONSTITUTION OF INDIA, VOL.1”, pp.8-11(3rd ed., Calcutta, S.C. Sarkar & Sons Ltd. 1955)。

¹⁴⁰ *Ibid.*, pp.8-9。

¹⁴¹ また、インド憲法が世界最長の憲法となった背景には、憲法起草者が世界中の憲法を織り込もうとしたこと、そして、インド憲法が米国憲法に倣って基本的人権を第3編に規定するだけでなく、後述する国家の指導原理 (fundamental in the governance of country) を第4編に Directive Principles として盛り込んだことがある。その他の理由として、将来的に予測される全ての欠陥やループホールをあらかじめ封じ込めようとしたことがあるという。*Ibid.*, pp.9-11。

¹⁴² *Ibid.*, pp.11-12。

た憲法改正が困難となることを米国や豪州をはじめとする他国における経験から既に学んでいたのである^{143・144}。他方で、インド憲法は、憲法によってセットアップされた構造を容易に変更しないことを要請しており、インド憲法には「変えてはならないもの」があると理解され¹⁴⁵、**Basic Structure Doctrine** と称されている^{146・147}。それでは、「変えてはならないもの」とは一体何であろうか。最高裁の各種判例により複数存在するが、本稿との関連では、法の支配、基本権の保護、司法の独立性、司法への有効な接近（裁判を受ける権利等）が挙げられよう^{148・149}

第三の特徴は、司法権の優越と議会主権の間のコンプロマイズにある（**A Compromise between Judicial Supremacy and Parliamentary Sovereignty.**）¹⁵⁰。インド憲法は、旧イギリス植民地からの独立国として、「イギリスの遺産」を継承してウェストミンスター・モデルを採用し¹⁵¹、基本的には議院内閣制を採択し続けてきた¹⁵²。

¹⁴³ *Ibid.*, p.11.

¹⁴⁴ 実際に、1950年に憲法が施行されてから2016年12月までの間、101回もの改正が行われている。インド憲法制定後の改正及び判例についての解説として、次の文献参照。Subhash C. Jain, “The Constitution of India; A Commemorative Edition on 50 Years of Indian Constitution” (Taxmann, 2000).

¹⁴⁵ 浅野宜之＝孝忠延夫「インド憲法の動態と改正－第93次改正（2006年）から第101次改正（2016年）を中心として」関西大学法学論集66巻2号499頁（2017）。

¹⁴⁶ See, Md. Abdul Malek, “Vice and Virtue of the Basic Structure Doctrine : A Comparative Analytic Reconsideration of the Indian Sub-Continent’s Constitutional Practices” *COMMONWEALTH LAW BULLETIN* Vol. 43, Issue 1, 2017, pp.48-74(2017).

¹⁴⁷ 例えば、1973年のKesavananda事件で裁判所が強調したのは、連邦議会は広範な権限を有しているが、憲法の基本的要素や特徴を壊したり、修正したりすることはできないということである。Kesavananda Bharati v. State of Kerala, AIR 1973 SC 1461, para. 787. 原文は次のとおり。‘…Though the power to amend the Constitution under Article 368 is a very wide power, it does not yet include the power to destroy or emasculate the basic elements or the fundamental features of the Constitution.…” なお、本判決の影響は、インド国内にとどまらず南アジア（バングラディッシュ、パキスタン等）にも及ぶこととなった（Md. Abdul Malek, *supra* note(146)pp.52-53）。

¹⁴⁸ Andreas Buss, “Dual Legal Systems and the Basic Structure Doctrine of Constitutions: The Case of India” *CANADIAN JOURNAL OF LAW AND SOCIETY*, Vol.19, No.2, p.37(2004). 浅野＝孝忠・前掲注（145）499頁は、一連の最高裁判決が、憲法の最高性、権力の分立、裁判所の独立、連邦制、自由・公正な選挙を基本構造の重要な要素として判示してきたことを指摘する。西修『現代世界の憲法動向』114頁（成文堂、2011）も参照。

¹⁴⁹ その後の判決（Indira Gandhi v. Raj Narayan, AIR 1975; Minerva Mills Ltd. v. Union of India, AIR 1980 SC 1789.）をとおして、Basic Structure Doctrineは確固たる地位を獲得した。See, Md. Abdul Malek, *supra* note (146)pp.52-53. Andreas Buss, *supra* note (148)p.38. Minerva事件については、浅野＝孝忠・前掲注（145）499頁参照。

¹⁵⁰ Durga Das Basu, *supra* note (139) pp.18-20.

¹⁵¹ 稲・前掲注（138）22-24頁。

¹⁵² Durga Das Basu, *supra* note (139) p.19. この点こそが、インド同様に旧イギリス植民地であったパキスタンやビルマとは異なるところでもある（下山瑛二「インド憲法の特質」大内穂編『インド憲法の基本問題』3頁（アジア経済研究所、1972））。ただし、近年の憲法改正論の中には、議院内閣制から大統領制への変更を求めるものもあるという（西・前掲注（148）117頁）。

それと同時に、司法府に対して違憲立法審査権を付与した¹⁵³。つまり、インド憲法は、イギリスの議院内閣制を採用しつつも、米国の司法審査を取り入れることによって中庸 (via media) をとり、権力のバランスを図ったのである¹⁵⁴。

第四の特徴は、インド憲法におけるイギリス慣習法の役割にある (The role of Conventions in the Constitution of India.)¹⁵⁵。そもそも、不文法であるイギリスの慣習法をインド憲法に持ち込むことは本質的に不可能なことであり、インド憲法もそのようなことは意図していなかった¹⁵⁶。こうした状況においては、インド憲法が何も語っていない部分について、イギリス慣習法に従うべきか、それともそれとは異なる規則に従うかが一つの論点となる。Basu は、インド憲法がイギリスのルールを採用しない旨を明示的に述べていない限り、そうした事項についてはイギリス法に従って理解する方が無難 (safer) であるという¹⁵⁷。

以上をまとめると、インド憲法は、議院内閣制と司法府の違憲立法審査権を取り入れることによって権力の調整を図ったものといえる。そして、憲法制定後においても、時代の変化に対応すべく幾多もの改正を繰り返しながらも、法の支配や司法府の独立性等を憲法の基本構造として捉え、これを尊重することによって基本権を守り、今日に至っていると理解するのが適当であろう。また、インド憲法は、世界中の憲法の影響を受けつつも、イギリス慣習法の存在を無視できないという複雑性をもったものである¹⁵⁸。インド憲法のこうした基本的特徴を踏まえたところで、以下では個別の論点について、義務・拘束的仲裁との関係について検討を進めることとする。

¹⁵³ 例えば、Chintaman Rao 事件の最高裁において、何が合理的な制約であるかは、立法府により決定されるものではなく、司法府の監督に従う旨が判示されている。Chintaman Rao v. The State of Madhya Pradesh, (1950) S.C.R. 759 (1950-51)。原文は次のとおり。

‘The determination by the legislature of what constitutes a reasonable restriction is not final or conclusive; it is subject to the supervision by this Court. In the matter of fundamental rights, the Supreme Court watches and guards the rights guaranteed by the Constitution and in exercising its functions it has the power to set aside an Act of the Legislature if it is in violation of the freedoms guaranteed by the Constitution.’

¹⁵⁴ Durga Das Basu, *supra* note (139) pp.18-20. そもそも、国の統治機構を成文憲法に盛り込むという試みは、米国の憲法及びそのプラクティスを倣ったものである (C.H.Alexander, “International Law in India” THE INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW QUARTERLY, Vol.1, pp.290-291(1952))。

¹⁵⁵ Durga Das Basu, *supra* note (139) p.20.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ *Ibid.*, p.21. その理由として、インドがイギリスの議院内閣制を採用したことを挙げている。

¹⁵⁸ 本文で挙げたようなインド憲法の特徴については、成典か不成典かは「形式」に着目したものにはすぎず、硬性か軟性かは憲法改正の難しさという「性質」に着目した分類にすぎず、こうした伝統的な分類は必ずしも現実の憲法のあり方を実際に反映するものではない、との指摘がある。そして、こうした形式的分類ではなく、むしろ存在論的 (ontological) な分類に着目して、立憲的意味の憲法が、どの程度国家生活において実際に妥当しているか測ることが重要であるという (芦部・前掲注 (130) 7 頁以下)。こうした観点からのインド憲法の分析は、別の機会に行うこととしたい。

第2節 課税要件法定主義との関係

まず、世界の憲法における租税に関する規定を広く見渡すと、全ての租税に関して、その税目から計算方法に至るまで憲法に事細かに規定することによって、租税の賦課・徴収に関して、委任立法を厳格に禁じ、行政府に一切の裁量を認めないスタンスの憲法、或いは、合法性の原則（principle of legality）自体を憲法に明文化しているものがある¹⁵⁹。こうした憲法は、ラテンアメリカの国々に多くみられ¹⁶⁰、これらの国々は、租税条約に基づく権限ある当局間の相互協議において、自国のポジションから譲歩することに対して非常に強い抵抗を示すとも言われている¹⁶¹。仮に、こうした国々が義務・拘束的仲裁を導入するとなれば、クリアしなければならぬハードルは自ずと高くなるであろう。果たして、インドの憲法は如何なるものであろうか。

1 憲法第 265 条の要請

インド憲法は、租税に関する基本原則として、「租税は法律の認めるところによらなければ、賦課又は徴収してはならない（“No tax shall be levied or collected except by authority of law.”）」¹⁶²（第 265 条）とし、いわゆる租税法律主義を規定している。日本で租税法律主義といった場合、一般的に、「課税要件法定主義」、「課税要件明確主義」、「手続的保障原則」及び「合法性の原則」がその内容として挙げられるだろう¹⁶³。しかし、租税法律主義と一口に言っても、国によってその要請する内容・程度は一律ではないため¹⁶⁴、第 265 条がインドにおいてどの様に解釈され、何を要請しているのかについて確認しておくこととする。

第 265 条は、マグナカルタを起源とするイギリスの原則 ‘no taxation without representation’ を具体化したものであり、この条文に対応するものは、イギリスがインド統治の大綱を定めた 1935 年のインド統治法（Government of India Acts）には見当たらない¹⁶⁵。インド憲法において初めて定められた第 265 条は、The Doctrine of Ultra vires in relation to taxation と呼ばれ、租税の賦課及び徴収は、議会が制定した法律（law）に基づいて、規定された手続に従って行われなければならないこと

¹⁵⁹ Luís Eduardo Schoueri, “Arbitration and Constitutional Issues” in INTERNATIONAL ARBITRATION IN TAX MATTERS, p.196(Michael Lang & Jefferey Owens eds., IBFD, 2015).

¹⁶⁰ *Ibid.* ブラジル、アルゼンチン、コスタリカ、ペルー、ウルグアイが挙げられる。

¹⁶¹ Daniel Vitor Bellan, “Individuals' Income under Double Taxation Conventions : A Brazilian Approach” pp.70-71(Kluwer Law International, 2010).

¹⁶² 第 12 編（財政、財産、契約及び訴訟）第 1 章（財政）第 265 条。

¹⁶³ 金子宏『租税法〔第 21 版〕』76 頁以下（弘文堂、2016）。ただし、「合法性の原則」についての近年の学説は、形式的には租税法律主義の一内容とされるが、租税の公平性が害されることをあらかじめ排除する点に着目して、実質的には「租税公平主義」の系統に位置づけるものもある（中里実ほか編著『租税法概説〔第 2 版〕』19-20 頁（有斐閣、2015）、佐藤英明「租税法律主義と租税公平主義」金子宏編『租税法の基本問題』55 - 73 頁（有斐閣、2007））。

¹⁶⁴ Durga Das Basu は、日本、インド、米国の憲法比較を行い、例えば、財産権の制限としての課税に対する考え方や規制の働く範囲等は、国によって異なることを指摘する。

Durga Das Basu, *supra* note(138)pp.75-87.

¹⁶⁵ Durga Das Basu, “COMMENTARY ON THE CONSTITUTION OF INDIA, VOL.2”, p.315(3d ed., Calcutta, 1955).

を要請するものである¹⁶⁶。すなわち、租税の賦課及び徴収は、行政府の行為や明示的な権限委任規定を欠いた行政規則によって為し得るものではないことを意味している¹⁶⁷。これは、本章第1節で確認したインド憲法の一つ目の特徴でもある立法府と行政府との間の権限の明確な線引きの表れといえよう¹⁶⁸。したがって、第256条が意味するところは、日本でいうところの課税要件法定主義が妥当すると解される。

これを前提とすると、インド憲法が委任立法を広く認めているとは解し難いだろう。そうだとすると、インド国内法に規定されていない創設的な規定や基準に従って、付託事項について決定を下す権限を仲裁人に付与することは、課税要件法定主義に抵触する可能性があるとして解され、仲裁への付託事項に関しては、自ずと一定の制限が生じるものと思慮される。

2 OECDモデル租税条約との関係

上述の第265条の要請を踏まえたところで、移転価格課税に係る仲裁への付託を考える場合に、インドの国内法に規定されていないような創設的基準に基づく仲裁決定が仲裁人によってなされ得るのであるだろうか。移転価格税制においては、独立企業原則の解釈・適用が問題となるところ、仲裁人が独立企業原則の解釈・適用に関連する事項について適用する法原則は、各国の国内法、租税条約、その条約解釈に関しては条約法に関するウィーン条約第31条から第33条までに規定された解釈原則、OECDモデル租税条約コメンタリー、そして、OECD移転価格ガイドラインとされている¹⁶⁹。日本でも、OECDモデル租税条約及びそのコメンタリーが国内訴訟における個別の租税条約の規定の解釈につき尊重されることを示す最高裁判決が存在する¹⁷⁰。しかし、当該最高裁判決は日星租税条約の解釈が問題となった事件であるところ、「OECD加盟国ですらないシンガポールとの間の租税条約の解釈に当たり、同コメンタリーをその解釈の根拠として強調しすぎている」¹⁷¹との見方も存在する。インドがOECD加

¹⁶⁶ *Ibid.*, pp.315-316.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ また、租税を賦課するに当たっては、法律は明確（clear and positive）でなければならないことも要請していると解されている。*Ibid.*, pp.316-317。ただし、仲裁手続との関係上、この点に立ち入る必要はないであろう。

¹⁶⁹ OECD, *supra* note (77) Art.25, Annex, para. 33。ただし、条約においては可能な限り中立的な解釈が求められることから、各国の国内法令の基準に基づく解釈は、解釈の結果がその条約から得られない場合に限って考慮されるべきであろう（木村弘之亮「二重課税条約の解釈」法学研究68巻6号32-36頁（1995））。

¹⁷⁰ 最高裁平成21年10月29日第一小法廷判決（平成20（行ヒ）第91号）（民集63巻8号1881頁、判時2061号27頁、判タ1311号77頁）は、次のとおり判示し、OECDモデル租税条約コメンタリーがウィーン条約法条約32条の「解釈の補足的手段」であることを示した。「日星租税条約は、経済協力開発機構（OECD）のモデル租税条約に倣ったものであるから、同条約に関してOECDの租税委員会が作成したコメンタリーは、条約法に関するウィーン条約（昭和56年条約第16号）32条にいう『解釈の補足的な手段』として、日星租税条約の解釈に際しても参照されるべき資料といえることができる。…、日星租税条約7条1項に関する上記のような解釈が、国際的にも、多くの国において広く承認されている見解であることを示しているといえることができる。」

¹⁷¹ 弘中聡浩「判批」租税判例百選〔第5版〕134-135頁（2011）。浅妻章如「国際的租税

盟国ではないことを考慮すると、OECD コメンタリーや殊に OECD 移転価格ガイドラインが法原則として適用されること自体に課税要件法定主義との関係において問題は生じないのかという疑問が生ずる。

この点につきドイツの租税法学者 Klaus Vogel も、OECD 加盟国間での租税条約の解釈においては、OECD モデル租税条約やそのコメンタリーと一貫性ある解釈をすべきであるが¹⁷²、OECD 非加盟国との間の租税条約の場合、OECD モデル租税条約やそのコメンタリーはそれほど重要性を有しないという¹⁷³。なぜなら、OECD モデル租税条約の意味の範囲内において、ある規定を採用しようという意図を条約締結国が有していると推定されるのは、租税条約において問題となっている規定の用語 (language) が OECD モデル租税条約と一致 (coincide with OECD Model) する場合で、かつ、その文脈が異なる解釈を示唆していない場合に限られるためである¹⁷⁴。そして、これらの前提を欠いた場合の OECD モデル租税条約等の位置づけは、確固たるものとはなり得ないことから、むしろ、個々の事案の状況に応じて判断すべきであると Vogel は説示する¹⁷⁵。実際のところ、インドが締結している租税条約の文言は、OECD モデル租税条約と類似してはいるといい難く、むしろ、源泉地国課税に重点を置いた国連モデル租税条約に軸足を置いている¹⁷⁶。

しかし、モデル租税条約が完全に租税条約のテキストと一致することは稀であるが、OECD 加盟国のみならず非加盟国においても、OECD モデル租税条約が二国間の租税条約交渉時に基礎とされることは少なくない¹⁷⁷。そうだとすると、OECD モデル租税条約は、OECD 加盟国間の条約ほどではないにしろ、OECD 非加盟国との条約

回避」金子宏編『租税法の基本問題』629頁（有斐閣、2007）も参照。

¹⁷² Klaus Vogel, “Double Tax Treaties and Their Interpretation” INTERNATIONAL TAX & BUSINESS LAWYER, Vol.4, No.1, pp.41-42 (1986). OECD 加盟国間で締結された租税条約においては、①仮に OECD モデル租税条約本文が変更されることなく、租税条約に取り込まれている場合には、当事国は OECD の勧告に従う意図であったと推定され、②仮に、OECD モデル租税条約の文言がそのまま採用されていない場合であっても、OECD モデル租税条約と一貫性ある解釈を認めるフォーミュレーションが採用されている場合や、或いは、OECD モデル租税条約の文言がそのまま採用されているが、関連する条項が OECD モデル租税条約とは異なる場合も、OECD モデル租税条約と一貫性ある解釈が適用されるべきであるという。

Klaus Vogel とは異なる見解として、「OECD コメンタリーは、OECD 加盟国の租税専門家の一致した見解程度に考えた方よい」とウィーン条約法条約 32 条に照らして結論付けるものもある。詳細は、小寺彰「租税条約の解釈における OECD コメンタリーの意義—条約解釈上の位置—」『小寺彰先生論文集—追悼文集—』250 頁以下（トラス未来フォーラム、2014）〔初出 2008〕参照。

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Aseem Chawla, “Tax Treaty Dispute in India” in A GLOBAL ANALYSIS OF TAX TREATY DISPUTES, VOL.2, pp.975 (Eduardo Baistrocchi & Ian Roxan ed., Cambridge, 2012). ただし、Aseem Chawla はインドが締結した租税条約が OECD モデル租税条約の影響を受けていることは否定していない。

¹⁷⁷ 木村・前掲注 (169) 59 頁。

であったとしても、原則として文脈の枠内において斟酌され得るであろう¹⁷⁸。また、国連モデル租税条約が OECD モデル租税条約をベースとして構築されていることに鑑みると、国連モデル租税条約をベースとした租税条約についても同様のことは当てはまるだろう¹⁷⁹。この典型例が独立企業原則を体現している特殊関連企業条項（第 9 条 1 項）ではなかろうか。第 9 条 1 項に係る OECD モデル租税条約と国連モデル租税条約を比較してみると、両者は同様の規定振りとなっている。また、両者の第 9 条 1 項に係るコメンタリーにおいても、特筆すべき差異は見当たらない¹⁸⁰。したがって、OECD モデル租税条約及びそのコメンタリーに限っては、仲裁人が条約の解釈においてこれらを参照したとしても特段の問題は生じないであろう¹⁸¹。実際に疑義が生じるとしたら、それは OECD 移転価格ガイドラインを直接的に適用する場合ではなかろうか。

3 OECD 移転価格ガイドライン

OECD 移転価格ガイドラインが如何なるものか¹⁸²。一口で言うならば、独立企業原則の解釈・適用に関する OECD 加盟国間のコンセンサスであって、拘束力を有するものとは言い難い。ただし、日本においては、先述の最高裁判決を前提とすると、「OECD 移転価格ガイドライン」は、OECD モデル租税条約の第 9 条に係るコメンタリーパラ 1 において言及されることにより、モデル租税条約のコメンタリーと同じ地位を有することになり、したがって、ウィーン条約法条約を締結している国にとっては、第 32 条の「解釈の補的手段」として参照されると整理できるとの見方もある。しかし、OECD モデル租税条約及びそのコメンタリーに関する各国の位置づけ

¹⁷⁸ 木村・前掲注（169）39－40 頁。さらに、OECD 非加盟国がモデル租税条約を二国間の租税条約の基礎に用いたとき、より一層の法的安定性を達成するために OECD モデル租税条約及びそのコメンタリーの意義が条約における明文の規定によって計算に入れられることもあることを指摘する。

¹⁷⁹ 木村・前掲注（169）39－40 頁。

¹⁸⁰ OECD モデル租税条約と国連モデル租税条約との差異が生じているのは、対応的調整を規定した第 9 条 2 項である。インドは、OECD モデル条約のコメンタリーにおいて、OECD 非加盟国の立場として、「第 9 条 2 項がない場合には、移転価格課税に基づく調整に起因する経済的二重課税は、第 25 条に定める相互協議の適用対象外であるとする見解を有する」として、リザーベーションを付している。See, OECD, *supra* note(77) Non-OECD Economies ‘Positions on the OECD Model Tax Convention’ Position on Article 25 and Its Commentaries, para.5, p.489.

¹⁸¹ 租税条約の解釈上、コメンタリーの各国における位置づけは、国によって異なっている。例えば、カナダ、オーストラリア、イギリス、オランダの裁判所は、非常に重要（very important）で、かつ説得力ある価値（persuasive value）を有するものと考えており、インド、ドイツ、オーストリアの裁判所は、通常、それに依拠している（usually rely upon it）。他方、フランスの裁判所は、単なる技術的指針（technical guide）として用いており、イタリアの裁判所は限定的な価値（limited value）のみを認めている。See, Craig West, “Reference to the OECD Commentaries in Tax Treaties: A Steady March from “Soft” Law to “Hard” Law?” WORLD TAX JOURNAL, February 2017, pp.118-119(2017). このように相対的に見ると、インドはコメンタリーの重要性を認めている方であろう。

¹⁸² OECD 移転価格ガイドラインの詳細については、神山幸（拙稿）「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 671－680 頁（2014）参照。

が異なるように、OECD 移転価格ガイドラインの位置づけも国によって様々である¹⁸³。

若干視点を変えて、インド同様に BRICS の一員であり、かつ、OECD 非加盟国であるブラジルの移転価格紛争に目を向けると、インドにおける OECD 移転価格ガイドラインの位置づけが明らかになるように思われる。ブラジルの行政訴訟における決定を見ると¹⁸⁴、ブラジルは、自国が OECD 加盟国でないことを理由として、OECD 移転価格ガイドラインは、あくまで第二の法源 (secondary source of law) に過ぎないとして、独立企業原則の解釈・適用についてブラジル国内の解釈を優先しているのである^{185・186}。

そこで改めてインドの裁判所の移転価格課税に関する判決を振り返るに、第 1 章第 1 節で確認したとおり、インドの裁判所は、OECD 移転価格ガイドラインに従って、独立企業原則を解釈し、適用すべきとの立場を一貫して採用している。更にいうと、移転価格税制に係る税務訴訟の本格的幕開けと言われる Aztec Software 事件¹⁸⁷におけるバンゴロール租税裁判所の特別法廷 (Special Bench) は、OECD 移転価格ガイドラインを分析することによって、基本的な原則を明らかにするとともに、移転価格税制が適用されるべき状況についての多くの知見をもたらした¹⁸⁸。後述する Mentor

¹⁸³ 前掲注 (181) 参照。

¹⁸⁴ ブラジルの国内救済制度については次の文献参照。Bob Michel et al., “The Judicial System of Brazil: Legal Remedies under the Brazilian Tax System” BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION, Vol. 71, No.6 (2017)。ブラジルにおける租税紛争解決システムは、二段階 (行政審査、司法審査) で構成されている。行政審査 (the Taxpayers’ Council) は、司法審査に先立つものであり、連邦租税行政庁 (Receita Federal do Brasil, FRB) と納税者の代表によって構成されている。実際のところ、行政審査で決着している事案が多い模様である。

¹⁸⁵ See, Isabel Calich & Joã Dácio Rolim, “Transfer Pricing Disputes in Brazil” in RESOLVING TRANSFER PRICING DISPUTES, pp.519-554 (Eduardo Baistrochi & Ian Roxan eds. Cambridge University Press, 2012)。例えば、Decision No. 103-21.859 は、医薬品会社に関するもので、移転価格算定方法の定義は、租税条約を適用する源泉地国の国内法制に委ねられているとの決定を下した。また、Decision no.103-22.016 も製薬会社に関するものであり、主要な争点はブラジルの法律に規定された三つの手法が適用できない場合に、納税者がそれ以外の手法 (TNMM) を適用することの可否であったが、決定においては、ブラジルは OECD 加盟国ではないため OECD 移転価格ガイドラインは、あくまで「第二の法源」にすぎず、ブラジル税務当局を拘束するものではないとされた。

¹⁸⁶ ただし、同じ OECD 非加盟国といえども、ブラジルの法体系とインドの法体系は明らかに異なるという背景は考慮する必要があるだろう。ブラジルは、ローマ法を起源とする法システムが植民地時代にポルトガルによって確立されたシビルロー国であるのに対して、インドは、その法体系において英米法の影響を強く受けたコモンロー国であるという大きな差異がある。また、1822 年のまでポルトガルの植民地であったブラジルは、独立後、フランス法やドイツ法もブラジル法の基本部分に入り込み、イタリア法・ポルトガル法・スペイン法等からも感化を受けている。ブラジル法はヨーロッパの法制度を基本としているが、他方、憲法については米国憲法を模している特殊性がある (小池洋一ほか『現代ブラジル事典』ブラジル日本商工会議所編 397 頁 (新評論、2005))。

¹⁸⁷ Aztec Software & Technology Services Ltd, v. Assist. CIT [2007]107 ITD 141 /15 SOT 49/162 Taxman 119 (Bang.) (SB)。

¹⁸⁸ See, Adarsh Ramanujan & P. Ray Kumar Jhabakh, “Aztec Software Case: A Watershed in Transfer Pricing” International Transfer Pricing Journal, May/June 2008,

Graphics 事件のデリー租税裁判所判決もまた、OECD 移転価格ガイドラインに沿って課税処分の適否について判断を下している。

そもそも、2001年に導入されたインドの移転価格税制は、OECD モデル租税条約だけでなく、既に OECD 移転価格ガイドラインに則して設計された先進国の移転価格税制を広くリサーチして設計されたものという経緯を忘れてはならないだろう¹⁸⁹。

以上を要すると、インド憲法の特徴の三つ目に挙げたとおり、インドでは司法府に強い権限が付与されており、これまで司法府によって、独立企業原則の解釈は OECD 移転価格ガイドラインに依拠すべき旨が明示的に確認されている以上は、仲裁人が OECD 移転価格ガイドラインに沿って独立企業原則を解釈して、付託された事項の事実関係にその解釈を当てはめる作業を行って決定を下す枠組みである限りにおいて、課税要件法定主義に反するとはいえないであろう。

第3節 合法性の原則との関係

1 問題の所在

続いて、インドにおいて仲裁が合法性の原則に抵触するののかについて、若干の考察を加えることとする。ラテンアメリカ諸国において、合法性の原則を強く要請する憲法を有する国が多いことは先述のとおりである。実のところ、インド憲法第 256 条が合法性の原則を要請しているか、関連する文献等を確認する限り定かではない。そこで、インドにおける仲裁の導入に当たって、合法性の原則が障壁となり得るのか予備的考察を行うこととしたい。

São Paulo 大学教授 Luís Eduardo Schoueri によると、合法性の原則が仲裁手続の導入の障壁となるか否かは、法律の解釈や事実認定に争いがある場合に、代替的紛争解決手段 (Alternative Dispute Resolution) がその国の手続として法律や規則によって正式に認められているか否かが一つのメルクマールになるという¹⁹⁰。なぜならば、税務当局が、税負担の免除や軽減を事案ごとに決定できるのであれば、税務当局に課税権を放棄する権限が付与されているのと同義とみることができるためである¹⁹¹。現に、日本は合法性の原則を厳格に要請し、代替的紛争解決手段が法令等で規定されていないにもかかわらず、義務・拘束的仲裁手続を導入している現状を踏まえると、仮にインドでこうした手段が正式に認められているとしたら、合法性の原則に係る問題をクリアできる可能性は相対的に高まるであろう。

2 Dispute Resolution Panel

そこでインドの国内救済制度を見るに、2009年10月、インドにおいて急激に増加

pp.148-158(2008); Ajit Kumar Jain & Radhika Thakkar, "Trends in Transfer Pricing Litigation in 2015" [2015] 63 taxmann.com 261(Article) (2015); Shyamal Mukherjee & Tarun Arora, "Recent Judicial Pronouncements on Transfer Pricing" ASIA-PACIFIC TAX BULLETIN, May/June 2008, pp.206-212(2008).

¹⁸⁹ 拙稿・前掲注 (12) 162 号 92, 105 頁参照。Rajendra Nayak & Shweta Pai, *supra* note (31) para.1.1.

¹⁹⁰ Luís Eduardo Schoueri, *supra* note (159) p.197. Luís Eduardo Shoueri は Brazilian Tax Institute の Vice President も務める。

¹⁹¹ *Ibid.*, p.198.

する「移転価格課税」に係る訴訟に円滑に対応し、紛争の長期化を軽減することを目的として¹⁹²、代替的紛争解決パネル（Dispute Resolution Panel（以下「DRP」という。))が設置された¹⁹³。DRPは、従来から存在する不服申立手続とは異なるもので、三名の所得税コミッショナーから構成される合議体（collegium）である（§ 144C(15)(a)）。興味深いことに、DRPを利用できるのは、外国法人及び移転価格課税を受けたインド法人に限定されている（§ 144C(15)）。つまり、専ら移転価格課税紛争の解決を迅速に図るために設けられたテーラーメイドの制度と理解できる。そうだとすると、少なくとも移転価格税制の領域については、それ以外の租税法領域と比較して、合法性の原則が緩やかに適用されているのではなかろうか。

しかし、これだけの事実を以て、仲裁手続を受け入れる土壌がインドにあると結論付けるのは早合点であろう。DRPによる決定を詳細に観察すると、多くの事件において更正処分を単に追認する判断を下しているだけでなく、驚くことに、更正処分額を増額させる決定を下した事件さえ散見されるためである¹⁹⁴。したがって、インドにおけるDRPの存在は、形式的には、移転価格税制の領域において合法性の原則が緩やかに適用されていることを推認させるが、実質的にDRPが果たしている機能に着目すると、ほとんどの事案で更正処分額の減額に応じることなく、更正処分を速やかに追認しているのが実態であり、合法性の原則が緩やかに解されていると結論付けるのは難しいだろう。ただし、インド当局は2016年12月、DRPの透明性を高めて、使い勝手を向上させる趣旨で通達を公表するなど¹⁹⁵、その利用促進に努める姿勢を全面に押し出している。こうした努力が実を伴うものとして機能するか否かは、慎重に見守る必要があるだろう。

第4節 国内救済制度との関係

義務・拘束的仲裁手続について、司法権との関係から考える場合の問題の所在は、①仲裁手続によって裁判を受ける権利（基本権）が侵害されるのではないか、②仲裁決定と裁判所による判決とが異なる場合についてどのように整理するか、という二点にある

¹⁹² Ajay Vohra, “Litigation Strategies, Options and Solutions” BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION, April/May 2014, pp.207-211(2014).

¹⁹³ インドにおけるDRPの詳細については、拙稿・前掲注(12)162号101-103頁参照。

¹⁹⁴ L.G. Electronics India (P.) Ltd. v. Assistant Commissioner of Income-tax, [2013] 29 taxmann.com 300 (Delhi - Trib.) (SB)に記述されたDRPによる決定内容は次のとおり。インドに所在するLG Indiaは、韓国のLG Koreaの完全子会社であり、2001年、両者は技術支援契約及び商標等に係るロイヤルティ契約を締結した。この契約の下では、LG IndiaはLG Koreaに対して売上の1%のロイヤルティを支払うこととされていた。これに対して、TPOは、AMP費用のうちブライアントライテストにより確定させたノンルーティン部分については、LG Koreaのブランド構築のために負担したものとして移転価格調整を行った。LG Indiaは、本件をDRPに持ち込んだが、DRPは、まるで傷口に塩を塗るかのよう、TPOが認定したノンルーティンAMP費用にさらに13%マークアップをした金額をLG IndiaはLG Koreaから受領すべきであるとしてTPOが提案した移転価格調整額を増額する決定を下した。

¹⁹⁵ Circular No.33 of 2016 dated 12.09.2016.

だろう¹⁹⁶。以下では、これらの点についての検討を行うこととしたい。

1 裁判を受ける権利

インド憲法は、司法権の独立を保障し、裁判所に違憲審査権を付与することによって、「基本権侵害に対する法的救済を保障すること」を目的としている¹⁹⁷。すなわち、インド憲法は、第3編に規定する基本権の保障に反する法律や国家行為の存在を認めず、基本権の保障は「裁判上訴えて実現することができるもの（第13条、第32条）」との理念を持っている¹⁹⁸。ここが、第4編に規定された「国家政策の指導原理」との違いでもある。その結果、憲法制定後の国会・内閣と最高裁判所との関係は、「指導原理に基づいて積極的な立法を試みる国会」対「基本権を手掛かりに当該法律の違憲性を判断する最高裁」¹⁹⁹、或いは「最高裁判所と立法部の間で繰り返された機知の戦い（battle of wits）」²⁰⁰という構図をとってきた。そして、初期の最高裁判決は、基本権の保障と国家政策の指導原理とが衝突した場合には、基本権の保障が優位することを明言し続けてきた²⁰¹。しかし、1970年代以降はその潮流に変化が見られ、「司法審査」対「議会」という膠着した図式から抜け出し、基本権と指導原則との間の調和とバランスを追求し、争いとなった法令の合憲・違憲の判断にとどまらず、憲法前文、基本権、そして指導原則に示された憲法理念をインド社会においてどのように実現していくべきかについて模索するようになった²⁰²。こうした裁判所の果たす役割の重要性から伺い知れるのは、インドにおいて「裁判を受ける権利」がとりわけ尊重されなければならないということ、そして先述のとおり、それは「変えてはならないもの」ということである。制度の建付け如何によっては、義務・拘束的仲裁がこの思想に抵触するのではないかとの懸念は十分に理解できるところである。

¹⁹⁶ これらの視点については、日本における仲裁の導入を検討した文献でも指摘されている（水野・前掲注（55）62頁以下）。

¹⁹⁷ 孝忠ほか・前掲注（136）8頁。さらに、1976年12月18日施行された憲法第42次改正では、「第14編 審判所」が設けられ、行政不服申立て及び一定の行政争訟を取り扱う行政審判所が設置され、租税の賦課、査定、徴収、強制に関してもその対象とされている（第323B条）。

¹⁹⁸ 孝忠ほか・前掲注（136）12頁。

¹⁹⁹ 孝忠ほか・前掲注（136）12頁。同様に、「政治部門による憲法第4編の国家政策の指導原則条項の実行化努力＝社会経済立法に対し、裁判所は第3編基本権条項に依拠して頻繁な違憲無効判決で答えてきた」という（稲・前掲注（138）173頁）。

²⁰⁰ P.K. トゥリーパティ（佐藤功監訳）「インド憲法に対するアメリカ憲法の影響」『アジアの憲法制度－アメリカの影響に対するアジア的対応－』72頁（学陽書房、1981）。

²⁰¹ 孝忠延夫「第5章 『社会正義』の実現とインド憲法」長崎暢子ほか編著『現代インド3－進化するデモクラシー』138頁（東京大学出版会、2015）。孝忠ほか・前掲注（136）12-13頁。大内・前掲注（28）87頁以下。1970年初頭までのこうした姿勢は、特に財産権の問題においては、発展途上国であるインド社会の現実を考えると、あまりに頑なであったと評価されている。

²⁰² 稲・前掲注（138）173-174、193頁。また、最高裁は、インド人民の基本権を保護するため、客観的な第三者として審理を進めるのではなく、独自の新たな手法（例えば、請求人が十分な証拠を提出できないときには、新聞記事などを申立の証拠として認める等）を導入して基本権を単なる幻想に終わらせまいよう工夫し続けたという（孝忠ほか・前掲注（136）13-14頁）。

2 若干の考察

この点、OECD モデル租税条約に規定する義務・拘束的仲裁は、納税者が仲裁を申立てる場合であっても、国内裁判を受ける権利を剥奪するものではない。というのも、相互協議手続と国内救済手続は、全くの別ものとして理解されているところ²⁰³、第3章第1節で述べるとおり、仲裁手続が相互協議の一部として位置づけられるのであれば、国内救済手続へのアクセスを制限する理由は存在しないはずである。さらに、義務・拘束的仲裁の建付け上、納税者は、仲裁委員会による仲裁決定に拘束されず、その受け入れを拒否することができる²⁰⁴とされていることは第1章第2節で確認したとおりである。すなわち、仲裁決定を受け入れがたいと考える納税者は、あらかじめ権利として留保しておいた訴訟に移行することができる。したがって、義務・拘束的仲裁は、納税者の裁判を受ける権利を剥奪するものではないと解されよう。

なお、とりわけインドに限っては、こうした検討すら要しないかもしれない。多くの国は、相互協議手続と国内救済手続の両方を納税者が申立てることを認めつつも、納税者にいずれか一方を先行させることを選択させることが多い²⁰⁴。他方、インドにおいては、国内争訟と相互協議を同時並行で進めるという、いわゆるダブルトラックが認められている²⁰⁵。

しかし、ダブルトラックを認めるインドにおいては、別の問題を生じさせることになるであろう。インドでは国内法及び条約の解釈については裁判所が最終決定権を有していることを踏まえると、租税条約に基づく仲裁決定と裁判所の判断が異なる場合に、自ずと司法権との抵触が生じ得る。この点、OECD モデル租税条約が想定する義務・拘束的仲裁は、未解決事項について、いずれかの国の裁判所が既に決定を下している場合には、仲裁に付託できないこととしており²⁰⁶、仲裁決定と裁判所の判断の競合が生じないように事前の手当を行っている。したがって、インドがこうした制度設計を採用する限り、仲裁決定と裁判所の判断が異なるという事態は避けられることになる。興味深いことに、OECD モデル租税条約コメンタリーには、相互協議に関するインドの立場が表明されている。そこでは、インドの権限ある当局は、国内救済手続中であっても相互協議の合意に至ることができるが、納税者が合意を受け入れる

²⁰³ OECD, “OECD Model Commentary 2010” on Art.25, paras.7, 8 (2010). 国内救済は「納税者の権利」であるが、相互協議において合意に至った場合に二重課税が排除されるのは、納税者の申立に基づき租税条約等の解釈・適用によって課税事案が解決することの「反射的効果」に過ぎないとの理解もある（谷口・前掲注（84）44頁）。

²⁰⁴ OECD, *supra* note(203) on Art.25, para.25. また、金子宏「相互協議（権限のある当局間の協議および合意）と国内的調整措置—移転価格税制に即しつつ」『所得課税の法と政策』19頁（有斐閣、1996）では、次のとおり述べている。「国内救済手続には、期間の制限があるから…、納税者は、協議の申立を行う場合にも救済の手続をとっておくことが賢明であろう。ただし、国内救済手続の結論と協議手続の結論との抵触を避けるため、…国内救済手続の進行を協議手続の終了まで停止してもらうことが適当な場合が多いであろう。」

²⁰⁵ 剣持敏幸「最近の相互協議の状況について」国際税務 37 卷 4 号 34—35 頁（2017）。

²⁰⁶ Annex, para.1. 仲裁要請には、いずれの締約国においても国内の裁判所又は不服審判所によりこれらの事項に関する判断が既に下されていないことを記す文書を添付すべきとしている（para.6）。

ときは、国内救済手続には取り下げなければならないとされている²⁰⁷。仲裁が相互協議の一部であるならば、上述の見解は仲裁にも妥当し、仲裁決定と裁判所の判断との抵触は難なく避けることができよう。

第5節 国際協和主義との関係

日本国憲法 98 条 2 項は、「国際協和の追及」として説明され、この「国際協和」は、日本が自国のことのみに専念することなく、他国と協力しながら、人権と民主主義の原理が政治道徳の普遍的な法則として尊重されるよう努力することを意味している²⁰⁸。これは、日本が国際社会の一員として、国際政治に積極的に関わっていこうという意欲を示すものでもあり²⁰⁹、国際協和主義こそが、比較憲法的に見て日本国憲法の大きな特色でもあると高く評価されている²¹⁰。インド憲法は如何なるものであろうか。

1 憲法第 51 条の要請

インド憲法第 4 編には、国際平和及び安全の促進に関する規定がある²¹¹。そこでは、「国は、国際関係の処理に当たって、国際法 (international law) 及び条約上の義務 (treaty obligations) を尊重する精神を養うことに努めなければならない」(第 51 条 (c)) とされ、それに続き、「国家間の紛争を仲裁 (arbitration) により解決することを促進しなければならない」と規定されている (第 51 条 (d))²¹²。つまり、日本国憲法と同様に国際協和主義を謳い、さらにインド憲法は、その実現手段として国際的な仲裁手続を掲げている。

そこでまずは、インドの国際協調に対するスタンスを探ってみることとしたい。第 51 条を正確に理解するためには、第 51 条が含まれる第 4 編がインド憲法全体の中でどのような位置づけにあるか確認する作業が必要であろう。第 4 編は「国家の指導原理」を掲げたものであり、インド憲法第 37 条は、「この編に定める規定は、裁判所による強制が保証されるものではないが、ここで示された原則は、国家の統治にとって基本的なものであり、立法に当たってこれらの原則を適用することは国家の義務 (duty of the State) である」としている。第 4 編 (第 36 条から第 51 条まで) は、

²⁰⁷ OECD, “Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014”, OECD Publishing (2014), Non-OECD Economies’ Positions on the OECD Model Tax Convention’ Position on the Commentaries, para.7, p. 489.

²⁰⁸ 佐藤・前掲注 (131) 78 頁。

²⁰⁹ 佐藤・前掲注 (131) 78 頁。

²¹⁰ 佐藤・前掲注 (131) 75 頁。

²¹¹ 第 51 条の原文は次のとおり。The State shall endeavor to (a) promote international peace and security; (b) maintain just and honorable relations between nations; (c) foster respect for international law and treaty obligations in the dealings of organised peoples with one another; and (d) encourage settlement of international disputes by arbitration. こうした国際協和を追求する姿勢は、第 2 次世界大戦後の世界中の憲法の中に見られるという。See, Nishant Kumar Singh, “The Indian Constitution and Customary International Law : Problems and Perspectives” THE STUDENT ADVOCATE, Vol.12, No.18, p.81 (2000).

²¹² なお、インド憲法でいう国際法 (international law) は、条約上の義務 (treaty obligation) と区分して記述されていることを受けて、国際慣習法 (international customary law) を意味すると解されている。See, C.H. Alexander, *supra* note (154) p.291.

いわば司法救済の途が最初から排除された精神的規定と理解できる²¹³。

Basu によると、国家の指導原理は、立法府のみでなく執行府も従うべきものであって、その目的は、単なる ‘Police State’ ではなく、‘Welfare State’ を実現するための規定を具体化することにあるという²¹⁴。同じくインドの憲法学者である S.K. Agarwala は、次のとおり説いている。「国家の指導原理が司法救済の対象とならないことだけをもって、国家の指導原理がとりわけ基本権よりも下位にあるということには、如何なる方法によってもならない。これらは、我々の民主主義の根幹を育成し、強さと活気を与えるものであって、真の直接参加型民主政治 (a real participatory democracy) を実現しようとするものである。指導原理のダイナミックな規定は、静的な基本権の規定 (static provisions of the Fundamental Rights) の発展を促進するものである」²¹⁵。さらに、S.K. Agarwala は、そうした指導原理の位置づけの下での第 51 条について、インド国内法と国際公法の関係を描写するための規定であり、当該規定は、インド国内法の中に国際法を編入するための扉を開くものであるという^{216・217}。

そもそも、インドにおける「国家の指導原理」は、何に由来するのであろうか。国家の指導原理は、1973 年アイルランド憲法から借用したものであり、社会的及び経済的發展を目的としている²¹⁸。つまり、国家の指導原理は、先述のとおり、インド憲法の起草者が諸外国の憲法例を倣って取り込んだものであり、その理解が多岐に亘るのは当然の帰結であるが、独立後のインドが社会的及び経済的發展を目的として、こうした規定を盛り込んだことは注目に値しよう。

殊にインドは、西欧の権力 (Western Power) に従ってきた歴史があり、ソビエト圏に従属してきたわけではない。インド憲法は、社会的及び経済的領域においてマル

²¹³ 稲・前掲注 (138) 2 頁。同様に、インド憲法の関連条文を検討した結果、「51 条で宣言された高い理想は、裁判所により実施され得ない国家の単なる道徳上の義務 (moral obligation) に過ぎない」と結論付けるものもある。See, Daniel P. O'Connell, “Relationship between International Law and Municipal Law” GEORGETOWN LAW JOURNAL, Vol.48, No.3, p.461(1960).

²¹⁴ Durga Das Basu, “Shorter Constitution of India” p.134(New Delhi, 1958)

²¹⁵ S.K. Agarwala, “Relationship between Directive Principles and Fundamental Rights” in CONSTITUTIONAL LAW OF INDIA, p.675(M. Hidayatullah eds., The Bar Council of India Trust, 1984).

²¹⁶ *Ibid.*, p.710.

²¹⁷ 他方、State of Madras v. Champakam Dorairajan 最高裁判決は、「国家の指導原理は、司法救済の対象ではなく、第 3 編の基本権の規定をオーバーライドできるものではない。…国家の指導原理は、基本権の章に従属するものとして (as subsidiary to the Chapter of Fundamental Rights) それに適合するよう運用すべきものである。」と判示している。State of Madras v. Champakam Dorairajan (AIR 1951 SC 226).

²¹⁸ C.H. Alexander, *supra* note(154) p.291. なお、当該アイルランド憲法は、1931 年のスペイン憲法を倣ったものであるという (孝忠延夫『インド憲法とマイノリティ』112 頁以下 (法律文化社、2005)、下條芳明「グローバル経済における人権の比較研究：アジア諸国憲法における『国家政策の指導原則』」九州産業大学産業経営研究所報 33 号 33 頁 (2001) 参照)。

クス主義の国家指導原理は一切採用していない²¹⁹。こうした歴史的経緯を前提とすると、第 51 条 (c) は、厳格なドグマ (rigid dogmas) とは無関係に、様々な政治的、社会的、経済的政策や制度を有する国々の中の一員として存在することを意味するものと理解できよう²²⁰。

以上のとおり、「国家の指導原理」についての学説や判決の見解は一樣ではないが²²¹、本稿は、S.K. Agarwala が説くように、国家の指導原理には、静的な基本権をダイナミックに発展させる効果があるという見解を支持したい。というのも、本章第 1 節で述べたとおり、本質的にインド憲法は軟性をも兼ね備えたものであって、それは、変わりゆく社会・経済環境に適合させる役割を担うためである。そして、少なくとも「51 条 (c) の下での ‘International friendliness’ は、憲法も議会も国際法を破ることを意図したものではない…ことは議論の余地がない」²²²ためである。

2 租税条約等の国内的効力

第 51 条については、「国際的側面におけるインドの目的を体現したものである。インドが締結した国際条約或いは国際協定が第 253 条の下で着手する適切な国内法なくして国内的に効力を発揮することを命ずるものではない」²²³と解されている。

確かに、インドがイギリスのプラクティスに従っていることを前提とすると²²⁴、インド憲法は、条約が国内立法を通して実施される限りにおいて、その適用を許容していると理解できる²²⁵。すなわち、国際法及び条約上の義務が議会制定法によって受け入れられる限りにおいてのみインド国内法の一部を形成するという変形ドクトリンが妥当すると思われる。それでは、インド憲法は、変形ドクトリンが機能するような構造になっているのであろうか。この点につき、第 253 条は、「国会は、外国との条約、協定もしくは協約又は国際会議、国際機構その他の国際機関が採択した決議を実施するために、インド領の全部又は一部に対し法律を制定する権限を有する」と規定

²¹⁹ C.H. Alexander, *supra* note (154) pp.293-294.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ 本文中の憲法学者のほか、M.K. Seervai によると、「国家の指導原理」は、憲法の条文に明記されてはいるが、道徳的性質にその効力を依拠している教育的価値を有する道徳的指針に過ぎないという（孝忠・前掲注（218）127 頁以下）。

²²² Nishant Kumar Singh, *supra* note (211), p.98.

²²³ Durga Das Basu, *supra* note (214) p.139. 他方、Alexandrowicz は、国内法への変形を要するのは私人の権利 (private right) に影響を与えるもののみであると説く

(Alexandrowicz, Charles Henry, “Constitutional developments in India”, p.217 (Indian Branch, Oxford University Press, 1956)). 租税の賦課は、私人の権利に関わるものであり、いずれの見解を採ったとしても本稿において影響はないものとする。

²²⁴ ①インドにおいてイギリスのコモンロードクトリンが観察されること、②独立したインドは多くの領域においてコモンローに従い続けていること、③国際慣習法と国内法との間の関係を支配する基本原則の問題においてのマインドは変わっていないことがその理由として挙げられる。See, C.H. Alexander, *supra* note (154) p.292.

²²⁵ S.K. Agarwala, *supra* note (215)p.710. Agarwala も Durga Das Basu と同様、インド憲法とイギリス慣習法の類似性を根拠に挙げている。なお、イギリスにおける国際慣習法の国内法への編入・変形に関しては、松田幹夫「イングランド法への国際慣習法の編入および変形」獨協法学 96 号 1 頁（2015）参照。

する。第 51 条と第 253 条を併せて読むと、国家が、国際条約或いは国際協定の下での義務を履行するための法律の策定権限を議会に付与していること、つまり、国際的な義務を国内で実施するために、立法措置(国内法への変形)を講じるシステムまで、既にインド憲法は用意していると理解できよう²²⁶。

以上の検討により、インド憲法は、多様な政治的、社会的、経済的政策や制度を有する諸外国と共存するために、国際協和主義を謳い、それらの国との関係において生ずる国際的な義務を国内法に落とし込むためのシステムまで用意していることが明らかになった。将来、インドが仲裁規定を導入しようとして立ち上がる時、現代国際法の意義に沿ったものとして、当該規定がその導入の後ろ盾としての役割を果たすことを期待したい。

3 仲裁への接近

最後に、インド憲法が国際協調主義の実現の手段として、仲裁による解決を明文上肯定的に受け止めている点について若干の考察を加えることとしたい。インドが仲裁に対して前向きになった契機は、インド憲法制定の直前にまで遡る²²⁷。1947年にインドは、インド大陸におけるインドとパキスタンの分裂という複雑で解決困難な状況に直面し、憲法策定においては、全ての(all)国際的紛争を解決する手段として、仲裁(arbitration)に訴えることを模索し始めた²²⁸。その後、1969年のMaganbhai Ishwarbhai Patel 事件最高裁判決においても、仲裁に訴えることの有用性について言及されている²²⁹。

一般的に、国際的な紛争解決へのアプローチは、大きく二つに分けることができる。一つは、他国との間で締結する二国間条約の義務に基づくものであり、もう一つは、国際司法裁判所(ICJ)、国連海洋法条約(UNCLOS)、WTO などのようなマルチラテラルな機関を利用するアプローチである。インドは、基本的に前者に基づく交渉を好む傾向にあるという²³⁰。なぜなら、前者は後者に比べて予測可能性が確保でき、柔軟性があるためである²³¹。ところが、インドの近年の動向として、マルチラテラルな

²²⁶ See, Venkatachala G. Hegde, "Indian Courts and International Law" INDIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol.23, pp.53-77(2010). なお、日本においては、日本国憲法第 98 条 2 項の趣旨からみて、条約は別段の立法措置を要することなく国家機関及び国民を拘束すると解されている(佐藤・前掲注(131) 87-88 頁)。また、特別な立法措置なくして条約が国内的効力を有することと、直接国内適用できることとは、明確に区別して考える必要があるという見解はもつともであり、常に留意すべき必要があろう(谷口・前掲注(84) 28 頁以下)。

²²⁷ Venkatachala G. Hegde, "India and International Settlement of Disputes" INDIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Vol.56, No.1, p.38(2016).

²²⁸ *Ibid.*

²²⁹ Maganbhai Ishwarbhai Patel v. Union of India, 1969 AIR 783, 1969 SCR (3) 254. ただし、本最高裁判決は、国と国との境界線を巡る争いに関する仲裁であったことを踏まえると、こうした見解が国家間の課税権の配分に係る争いにもそのまま妥当するかについては、より慎重な検討を要するかもしれない。

²³⁰ Venkatachala G. Hegde, *supra* note (227) pp.10, 40.

²³¹ *Ibid.*, p.2.

紛争解決メカニズムに対しても同意する柔軟性を示し始めているという²³²。こうした国際的紛争解決へのインドの積極的な姿勢の変化は、将来的に義務・拘束的仲裁への導入にポジティブに働くものと考えられ、また、義務・拘束的仲裁が前提としているのは、あくまで二国間の租税条約に基づくものである以上、インドにとって義務・拘束的仲裁条項の導入は、外の世界から想像するほど高いハードルではないのかもしれない。

第3章 国家主権への抵触

第1節 国家の対外独立性

1 問題の所在

第2章では、義務・拘束的仲裁手続が国家統治権（インド憲法）に抵触するとのインド政府の懸念について、慎重な検討を行った。その結果、本稿は、両者の間に抵触はないとの結論に至った。次なる問題は、「生来的な意味における主権」との関係である。近代国際法の下では、国際法上の主権は、最高の自然法に基づく国家の「固有の権利」(inherent right) に属するもので、かつ、国際社会にとっても絶対的で本質的なものとされていた²³³。しかし、20世紀の国際法の下では、このような独断論を排除し、実定国際法上の国家の権能として、主権の内容と機能を再構成するようになった²³⁴。すなわち、国家が条約を締結して国際社会の一般利益のために主権の行使に対する一定の作為・不作為の義務を受諾したとしても、それは主権を放棄したことにはならず、これと矛盾するものではないと考えるようになった²³⁵。

しかしながら、ここで留意すべきは、「新興諸国は、少なくとも当初は、国際社会での少数派としての利益を確保するため、特定の自然法観に基づく国家主権の優位性を強調しがち」²³⁶な点である。これを前提とすると、インドをはじめとする途上国の「国家主権への侵害」を根拠とする主張は、近代国際法における概念、すなわち、国家が国際社会の一員に加わる前から保持していた権利、租税領域で語るならば、課税高権を意味していると解される。課税高権を国家以外の者 (foreign body) に移譲することは、政治的に微妙な問題をはらむだけでなく、法制度の観点からもいくつかの問題を提起することになる²³⁷。

こうした問題は、第1章第2節において確認したとおり、OECDにおける議論や

²³² *Ibid.*, pp.4-5, 39-40.

²³³ 山本草二『国際法〔新版（補訂）〕』207頁（有斐閣、2004）。

²³⁴ 山本・前掲注（233）208頁。

²³⁵ 山本・前掲注（233）208頁。主権を国際共同体の利益のために制限し、必要に応じて国際機関に完全に委譲しても、国家の主権は害されないという論理を可能にしたウィンブルドン号事件（1923年8月17日「ウィンブルドン号事件」常設国際司法裁判決 C.P.J.I. serie A,n° 1, 25.）の詳細は、柴田明穂「判批」櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際百選〔2版〕』40頁（2011）参照。

²³⁶ 山本・前掲注（233）208頁。

²³⁷ *See*, Mario Züger, “Arbitration under Tax Treaties-Improving Legal Protection in International Tax Law” Vol.5, Doctoral Series IBFD Academic Council, pp.32-33(2001).

欧州仲裁条項を策定する過程でも認識され、これまで数多くの国が直面してきた障壁でもあった²³⁸。そこで、以下では、義務・拘束的仲裁条項を他国に先駆けて租税条約に導入した米国において展開された議論を確認することにより、この生来的な主権に係る問題をどのように乗り越えてきたのか示唆を探ることとしたい²³⁹。

2 米国の義務・拘束的仲裁

現在、米国が締結している二国間租税条約のうち、義務・拘束的仲裁条項が含まれる発効済みの条約は、ベルギー、ドイツ、フランス及びカナダとの条約である²⁴⁰。このうち、1989年以降にベルギー及びドイツとの条約に初めて導入された仲裁条項は、「両当局が同意した場合」に限って仲裁に付託されるという、いわゆる自発的仲裁を規定したものであった²⁴¹。これら二つの租税条約については、2006年に自発的仲裁条項から義務・拘束的仲裁条項への改定交渉がなされ、2007年12月に発効したという経緯がある。その後の米国は、2008年にはフランス、2009年にはカナダとの租税条約に義務・拘束的仲裁条項を導入した。

義務・拘束的仲裁条項が検討された当時は、学会や米国上院議会、さらには IRS 及び米国財務省内部からも義務・拘束的仲裁に対する強い懸念が示されたことは、広く知られたところである²⁴²。とりわけ上院議会が警戒したのは、米国政府の財政に関する主権 (fiscal sovereignty) を脅かすものではないかという点であった²⁴³。すなわち、「課税権は譲渡してはならないもの」という認識の下、納税義務を決定する政府

²³⁸ Jasmin Kollmann & Laura Turcan, “Overview of the Existing Mechanism to Resolve Disputes and Their Challenges” in INTERNATIONAL ARBITRATION IN TAX MATTERS, p.71(Michael Lang & Jefferey Owens eds., IBFD, 2015). Jasmin らは、ここ数年の BEPS の議論によりその動向が大きく変わってきたと指摘する。

²³⁹ H. David Rosenbloom, “Mandatory Arbitration of Disputes Pursuant to Tax Treaties: The Experience of the United States” in INTERNATIONAL ARBITRATION IN TAX MATTERS, pp.159-186(Michael Lang & Jefferey Owens eds., IBFD, 2015).

²⁴⁰ IRS ホームページ。Available at:

<https://www.irs.gov/businesses/international-businesses/mandatory-tax-treaty-arbitration> (last visited Oct. 2, 2017). なお、日米租税条約に関しては、2011年6月から現行の条約を改正するための交渉を開始し、2013年1月にワシントンにおいて「所得に対する租税に関する二重課税の回避及び脱税の防止のための日本国政府とアメリカ合衆国政府との間の条約を改正する議定書」(以下「改正議定書」という。)に署名した。これにより、相互協議手続に仲裁手続が導入された(改正後の条約第25条5~7、改正後の条約議定書14)が、米国内の議会承認手続を了していないため、発効には至っていない。

²⁴¹ 例えば、旧米独租税条約25条5項は、次のとおり規定していた。“If a disagreement cannot be resolved by the competent authorities it may, if both competent authorities agree, be submitted for arbitration.”

²⁴² 例えば、IRS 及び米国財務省の OECD 代表者も、仲裁は課税権を米国政府から手放すことになるとして、その導入に躊躇したという。See, Andre P. Fogarasi, et al., “Use of International Arbitration to Resolve Double Taxation Cases” TAX MANAGEMENT INTERNATIONAL JOURNAL, Vol.18, (Aug. 11, 1989) p.321(1989) .

²⁴³ H. David Rosenbloom, *supra* note (239)p.160. なお、本来であれば、租税と主権に加えて、財産権との関係についても考察する必要があると思われるが別の機会に論ずることとしたい。参考文献として、中里実「主権国家の成立と課税権の変容」金子宏ほか編著『租税法と市場』28-53頁(有斐閣、2014)。

固有の機能（意思決定権）を仲裁人に託すことは、権限ある当局に付与されている主権（sovereign power）を侵害することになると考えた²⁴⁴。思うに、こうした懸念こそ、条約改正に採用された義務・拘束的仲裁条項モデルの「手続的・技術的側面」への批判、さらには、義務・拘束的仲裁そのものへの不信感に形を変えて議論が展開されたといつてよいのではなかろうか。代表的な批判には、次のようなものがある。

一つ目は、全ての関連当事者が完全な守秘性を遵守することから生じる弊害についてである。すなわち、守秘性を貫徹させることは、その代償として、仲裁手続をブラックボックス化することとなる。米国政府としては、ブラックボックスから突如飛び出した仲裁決定をそのまま受け入れてよいのか、仮に当該決定を受け入れるとしたら、それは課税高権の放棄につながるのではないかと、という懸念を抱いたのである²⁴⁵。

二つ目は、利益相反ルール（conflict of interest rules）の欠如から生じる、仲裁人に潜在する「バイアス」についてである。無論、新たな仲裁条項には、3名の仲裁人を任命するための一般的なメカニズムについては規定していたが、いかなる状況が利益相反関係にあるとして仲裁人から排除されるのかについては、何の規定もなかった。つまり、仲裁人の公平性及び独立性を保証するための十分なセーフガードが備わっていないことが問題視されたといえよう²⁴⁶。

三つ目は、仲裁人に求められる資質や必要な知識を欠いた者、或いは、仲裁の訓練を十分に受けていない税務専門家が仲裁に加わる可能性があることへの批判である²⁴⁷。こうした仲裁人が選任された場合、質の劣った秩序のない仲裁指揮がなされる懸念が生じるのである。

以上は、義務・拘束的仲裁に対する批判や懸念のごく一部に過ぎないが、いずれにも共通するのは、不透明な手続の下で、信頼するに足らない第三者に米国固有の課税権を委ねることは、国家主権の放棄そのものを意味するとの思想であろう。

他方、義務・拘束的仲裁を支持する学者や実務家の間では、様々な理屈付けが試みられていた。例えば、“sovereignty”を「独立した国家として自治権を有する（autonomous）こと」として捉えることにより仲裁手続の導入を正当化するものである²⁴⁸。これによると、国家は、条約を締結するに当たって、義務・拘束的仲裁条項を導入することに事前に合意するはずであって、かかる決定をすること自体が独立国家としての主権（自治権）の行使そのものであるため、義務・拘束的仲裁は正当化されるという。さらに、米国の場合、条約の批准に当たっては、上院の承認を経る必要があることを考慮すると、何ら主権を侵害するものではないという。

²⁴⁴ H. David Rosenbloom, *supra* note (239) p.160.

²⁴⁵ Michael J. McIntyre, “Comments on the OECD Proposal for Secret and Mandatory Arbitration of International Tax Disputes” *FLORIDA TAX REVIEW*, Vol.7, pp.626, 632, 646 (2006).

²⁴⁶ H. David Rosenbloom, *supra* note (239) p.160. Michael J. McIntyre, *supra* note (245) pp. 638-639.

²⁴⁷ H. David Rosenbloom, *supra* note (239) pp.160-161.

²⁴⁸ Turner, Geoffrey S. et al., “Canada-U.S. Competent Authority MOU: First Steps to Mandatory Arbitration?” *TAX NOTES INTERNATIONAL*, Sept. 26, 2005, p.1233 (2005).

また、仲裁を取り巻く環境の観点から租税条約に基づく仲裁手続を正当化する見解もある。国際的な仲裁条項は、租税以外の領域（例えば、商事仲裁の領域）では、既に広く受け入れられたものであるにもかかわらず、租税領域にのみ仲裁を認めないとするのは理由がないとの理屈である²⁴⁹。

しかしながら、米国における義務・拘束的仲裁に対する抵抗は、1980年代から歴史的に続いたものであり、その克服に困難を伴ったことは容易に想像できるところである。このような状況にありながらも、米国政府は、従来の路線を180度転換する決断をし、義務・拘束的仲裁について「相互協議を促進するためのツール」、「より効率的な方法で二重課税に係る問題の解決を促すためのツール」という側面を前面に押し出し、仲裁手続を相互講義と不可分一体のものと説明して導入に踏み切った²⁵⁰。米国政府の説明は、①そもそも既存の相互協議は、国家主権を侵害するものではない（大前提）、②仲裁手続は相互協議の一部である（小前提）、③故に、仲裁手続も国家主権を侵害するものではない（結論）、という極めて単純な三段論法に基づき正当化したものと解されよう。そして、米国と各国のMemoranda of Understanding (MOU)に見られるように、利益相反ルールの厳格化といった仲裁人選定に係る手続をはじめ、義務・拘束的仲裁のプロセス等を詳細に規定することによって、米国政府はこれまでの批判に対処した²⁵¹。

3 若干の考察

こうした制度設計については、「仲裁手続を既往の相互協議を補完するものと定め、その国内執行力を相互協議の合意の執行に関する既存の国内制度に乗せるかたちで担保したことは、『仲裁人による課税問題の判断を妨げる憲法上の障碍』問題に抵触しない制度設計」であるとのポジティブな評価がある²⁵²。

しかしながら、米国政府による説明振りが果たして説得的であったのか、そして、米国政府がどこまで導入に前向きであったかについては、懐疑的にならざるを得ない。というのも、「米国政府は、義務・拘束的仲裁条項の導入に当たってその適用を最小限に抑えようとしており、実際のところ、仲裁の導入に後ろ向きなのではないか」²⁵³

²⁴⁹ Luís Eduardo Schoueri, *supra* note (159) pp.207-208.

²⁵⁰ U.S. Department of the Treasury, “Testimony of Treasury International Tax Counsel John Harrington Before the Senate Committee on Foreign Relations on Pending Income Tax Agreements” (17 July 2007). 当時の説明振りは次のとおりである。

“If the arbitration provision is successful, difficult issues will be resolved without resort to arbitration. Thus, it is our expectation that these arbitration provisions will be rarely utilized, but that their presence will encourage the competent authorities to take approaches to their negotiations that result in mutually agreeable conclusions.”

²⁵¹ 例えば、米国とカナダのMOUにおいては、利益相反ルール、ポジションペーパー及び反論ペーパー提出に関する詳細なタイムラインやそれらのフォーマット、それに続く手続きについて詳細に規定している (Annex 2, sec. 7.6)。

²⁵² 赤松・前掲注(55) 256頁。なお、赤松氏はMarlies de Ruyterの論稿を参照している。

²⁵³ Ehab Farah, “Mandatory Arbitration of International Tax Disputes: A Solution in Search of a Problem” *Florida Tax Review*, Vol.9, pp.745-748(2009). 米国財務省のTreasury Deputy International Tax CounselであったBenedetta Kisselですら、“We don’t want to get ahead of the Senate”とコメントしており、依然として義務・拘束的仲裁の導

という見方も少なくなかったためである。そして、米国では今日に至っても、仲裁規定は国家主権に抵触するとの見解は根強く健在する²⁵⁴。

また、先に述べたとおり、米国政府の説明を三段論法として見た場合、「仲裁手続は相互協議の一部である」という小前提は本当に正しいと切り切れるのであろうか²⁵⁵。この点についての説明は、米国政府によって十分に尽くされていないように思われる。相互協議の促進は、義務・拘束的仲裁の反射的・付随的な効果に過ぎないとも考えられる。つまり、完全な二重課税の排除という本来の目的と、そのための手段が混在しているかのように見受けられる。このような曖昧さを残した理論で、主権侵害という大きな問題を克服できるのかについては、疑問が残るところである。

これらを踏まえると、インドをはじめとする途上国に対しては、数々の理屈を並べ立てるよりは、次節で後述するとおり、比較衡量の問題（魅力的な投資環境を手に入れることと、義務・拘束的仲裁の導入により失うものの比較の問題）として対話を重ねる方が得策かもしれない。現在のインドは、その投資環境はかなり改善されてきてはいるものの、決して十分であるとはいえない状況にある²⁵⁶。

また、米国のように仲裁手続を詳細に規定することで、仲裁人の中立性、独立性に関する途上国の懸念を払拭することができるのかについても、定かではないだろう。仲裁人の独立性や中立性の担保は、主権と密接に関連する重要な問題であるが故に、仲裁人の選定については仲裁人による決定はバイアスがかかったものではないかという点が、数ある懸念事項の中でも義務・拘束的仲裁導入の最大の障害になっているという²⁵⁷。こうした懸念に対処するため、これまでの BEPS プロジェクトの議論においては、仲裁人の選定等に関して両当局が合意するクライテリアを開発して、それを

入に躊躇する様子が見え（“U.S. Tax Officials Talk Up Treaty Arbitration”
WORLDWIDE TAX DAILY, December 15, 2006 (2006)）。

²⁵⁴ H. David Rosenbloom, *supra* note (239)p.162.

²⁵⁵ 水野・前掲注(55) 87頁においても、「仲裁は相互協議の延長でよいのか。」と今後の検討課題の一つとして挙げている。

²⁵⁶ 2017年9月28日に世界経済フォーラムが発表した「国際競争力レポート」に示された国際競争力インデックス(GCI)のランキングは、137か国中、日本は9位、BRICS諸国をみると、中国27位、ブラジル80位、ロシア38位、インド40位、南アフリカ61位という状況である。インドにおいては、依然として外資に対する規制や租税ルールが国際競争力向上に当たっての障壁となっている。See, World Economic Forum, “The Global Competitiveness Report 2017-2018” pp.13,146-147(2017). また、2017年10月31日に世銀が公表した「Doing Business 2018」によると、190か国中、日本は前年同様34位、BRICS諸国では、中国78位、ブラジル125位、ロシア35位、インド100位、南アフリカ82位という状況である。インドは前年130位であったが、初めて100位にランクインしたため、近年のインドの取組に対する好意的な評価が多いが(See, WBG, “India Jumps Doing Business Rankings with Sustained Reform Focus” NEW DELHI, October 31, 2017, available at <http://www.worldbank.org/en/news/press-release/2017/10/31/india-jumps-doing-business-rankings-with-sustained-reform-focus> (last visited Dec. 10, 2017))、税制に関しては119位に留まり、依然として課題が残されている様子が見え。See, World Bank Group, “Doing Business 2018” pp.4,131,132,167 (2017).

²⁵⁷ Jasmin Kollmann & Laura Turcan, *supra* note (238)p.46.

仲裁条項に規定する方法、仲裁人が独立性を宣誓する標準化様式を開発して、仲裁人はそれに署名する方法などが提案されたこともあったが²⁵⁸、問題はそれほど単純ではない。2015年10月に公表された行動14に係るBEPS最終報告書においては、それらの提案は全て削除され、義務・拘束的仲裁手続については、当該制度にコミットする国名のみが列挙されるかたちで幕引きとなった。つまり、小手先の対処法では途上国の懸念を払拭するには十分でなかったことは一目瞭然といわざるを得ない。そもそも、途上国は、仲裁人としての資質や高度な専門性を備えた仲裁人を自国から選任すること自体に困難を伴っており、さらに、途上国から選任された仲裁人が、いわゆる仲裁人“club”から排除されることを心配しているのである²⁵⁹。

米国が義務・拘束的仲裁の導入に踏み切った背景に再度、目を向けると、ビジネス界からの強い要請や圧力があつたことは重要な事実であろう²⁶⁰。米国政府は、ビジネス界からの強い要請に応えるかたちで、いくつもの不安材料を残しつつ義務・拘束的仲裁の導入へと「見切り発車」したと評価するのが適切ではなかろうか。そして、こうした構造は、まさに今日の途上国を取り巻く環境と同じではなかろうか。基本的にはOECDが舵を取るBEPSプロジェクトによって、ビジネス界は国際的に義務・拘束的仲裁の導入を歓迎する方向に大きく動いている中で、インドをはじめとする途上国をその波に飲み込もうとしているのである。

このように見えてくると、インドの主権に対する懸念を根本的に払拭することは困難であろうが、こうした懸念を最大限に取り除くシステムや手続を構築しつつ、今日のモメンタムを失することなく、インドをはじめとする途上国を国際コミュニティに巻き込んでいくことも今後の方向性としてはあり得るものと思われる。

第2節 機は熟したか？

1 Michael Lennard による提言

ところで、インドの仲裁に対する不信感、すなわち仲裁決定はバイアスがかかったものではないかという疑念を生み出しているのは、皮肉なことに仲裁手続や仲裁決定に係る守秘性（confidentiality）の厳格さにあるとMichael Lennardは指摘する²⁶¹。完全なる守秘性ゆえに先例が明らかにされないことが、経験の乏しいインドに、仲裁の導入を躊躇させている可能性があることは否定できないだろう。二国間租税条約に仲裁条項を導入しているものは、約150本にも及ぶにも関わらず、実際の利用状況は全くといってよいほど明らかにされていない²⁶²。仲裁条項を先駆けて導入した米国で

²⁵⁸ OECD, “Public Discussion Draft BEPS Action14: Make Dispute Resolution Mechanisms More Effective” para.48.

²⁵⁹ Michael. Lennard, “Transfer Pricing Arbitration as An Option for Developing Countries” INTERTAX, Vol.42, p.183(2014).

²⁶⁰ 例えば、7000人の会員を有するTax Executive InstituteはIRSに対して、租税条約に基づく仲裁制度の重要性を訴えた上で、事案に応じた柔軟な対応を可能とする仲裁システムの導入を要望した。See, The Tax Executives Institute, “Improving the Competent Authority Process” TAX EXECUTIVE, Vol.52, No.4, p.327(2000).

²⁶¹ Michael. Lennard, *supra* note (259)p.183.

²⁶² Jean-Pierre Lieb, “Taking the Debate Forward” in INTERNATIONAL ARBITRATION IN

すら、その利用状況は不透明であり、米国とカナダとの間で概ね3件から8件と言われている²⁶³。

仮に、こうした状況を肯定的に捉えるならば、仲裁に係る情報がないということは、義務・拘束的仲裁条項の存在自体が、相互協議の促進に大きく貢献しているとも考えられよう。しかしながら、仲裁が求める厳格な守秘性により、実際に何が行われているのか垣間見ることすらできない状況においては、その判断すらできないのも確かである。そして、仲裁人の選定をはじめとする手続は秘密裡に進められ、仲裁に付託された事案の概要はもとより、仲裁の効果を測定することすらできないのが現状であろう。そこで以下では、Michael Lennard の最近の論稿²⁶⁴に依拠しつつ、不透明な状況に置かれた途上国にとっての仲裁手続をどのように捉えるべきか、糸口を探ることとしたい。

まず、Lennard は、途上国が義務・拘束的仲裁を導入するということは、途上国がそれまで有していた「潜在的な確実性 (certainty of potential value) を手放すこと」、すなわち「仮に仲裁がないとした場合に、仲裁決定に対して “No” といえたであろう確実性を放棄すること」を意味することを忘れてはならないという²⁶⁵。Lennard は、仲裁に関する経験や情報が途上国に共有されていない現状においては、仲裁決定に対する拒否権 (veto) を途上国に付与することを提案している²⁶⁶。その理由の要旨は次のとおりである。

途上国は、時には仲裁決定に対する拒否権を濫用することもあるかもしれないが、当該拒否権は、先進国有利という不平等な国際社会においては重要な役割を担っている²⁶⁷。租税条約は二重課税を排除することだけを目的とするものではなく、源泉地国と居住地国の課税権のバランスについて、租税条約で合意されたところに従って二重課税を排除するものであり、条約の文言の中にその手掛かりがある²⁶⁸。しかし、仲裁委員会がこうしたバランスを探求してくれるのか、それとも、条約の投資促進効果の側面に偏重してシステムティックに判断を下すのか、仲裁に関する経験や情報が共有されていない途上国は知る術もない²⁶⁹。ただし、仲裁決定に関する経験や情報が共有

TAX MATTERS, pp.2-3(Michael Lang & Jefferey Owens eds., IBFD, 2015). 2015年1月にE&Yが9か国(豪州、ブラジル、中国、フランス、イタリア、日本、メキシコ、南アフリカ、トルコ)について調査を行ったところ、3か国(豪州、フランス、イタリア)は仲裁経験があると回答し、また、8か国が仲裁の利用は今後増えるの見込んでいるとの回答であった。

²⁶³ H. David Rosenbloom, *supra* note (239)p.163. 因みに、米国カナダ租税条約の下で実施された仲裁は、その全ての事案について、米国に軍配が上がったという。

²⁶⁴ Michael Lennard, *supra* note (128)p.444. なお、Michael Lennard は、国連の International Tax Cooperation in the financing for Developing Office (FfDO) の Chief を務める人物である。

²⁶⁵ See, *Ibid.*

²⁶⁶ See, *Ibid.*

²⁶⁷ See, *Ibid.*

²⁶⁸ See, *Ibid.*

²⁶⁹ See, *Ibid.*pp.444-445.

されて透明性が確保され、仲裁に対する信頼度が国際的に高まれば高まるほど、途上国が拒否権の発動を正当化するのは困難な状況に追い込まれることになる²⁷⁰。

また、途上国が確実性を手放すことは、途上国にとって何のメリットもないと考えるのは誤りであると Lennard は指摘する²⁷¹。なぜなら、確実性を手放すことの見返りとして、より魅力的な投資環境を手に入れることになるためである。問題は、仲裁に対する拒否権を放棄することが、投資環境の改善と「同等の価値」があるか否かを判断するのは、途上国に委ねられているところ、現段階においては、仲裁手続そのものが透明性を欠いており、その判断すらできないところにある²⁷²。

それでは、仮に途上国が仲裁決定に対する拒否権を自主的に放棄できるような、平等でフェアな状況を実現するための努力を先進国が怠った場合は、どうなるのであろうか。この問いに対して Lennard は、先進国が仲裁における公平性という問題に適切に対処しないのであれば、途上国には、「疑念(suspicious)」や「憤り(resentment)」といった負の遺産のみが残されて、相互協議の効果的な実施、投資環境の促進や安定、二重課税の排除、源泉地国と居住地国との間の理にかなった課税権のバランスの維持に対して、悪影響を与えることになるという²⁷³。

上述の Michael Lennard の見解をインドが置かれた状況に当てはめると、近年、外国資本の導入を背景として着実に経済発展を遂げ、中長期的にも更なる発展が期待されているインドにとっては、合理的な提案といえるだろう。そもそも、租税政策は、それぞれの国に合うように仕立てる必要があり、単純に先進国の租税理論を途上国に移植する、すなわち押し付けることは無理があるだろう。というのも、途上国の租税問題を考えるに当たっては、“one-size-fits-all”アプローチは成功しないことは歴史が証明済みであり²⁷⁴、それぞれの国の発展段階に適合する柔軟かつ多様な提案が求められるためである。これは独立企業原則の解釈を巡る紛争解決についても妥当する考えであろう。

2 Eduardo Baistrocchi による研究

それでは、各国、とりわけインドにおける移転価格紛争の解決に係る発展段階とは、如何なるものであろうか。Eduardo Baistrocchi²⁷⁵によると、移転価格紛争の解決方法は6つのステージから構成され、大半の国はこの6つのステージを順に辿ることになるという²⁷⁶。図表3は、主要な先進国の移転価格紛争に関する発展段階を表したも

²⁷⁰ See, *Ibid.*, p.444.

²⁷¹ See, *Ibid.*, p.445.

²⁷² See, *Ibid.*, pp.439-446.

²⁷³ See, *Ibid.*, p.446.

²⁷⁴ Paulo Rosenblatt, *supra* note (4) p25.

²⁷⁵ Eduardo Baistrocchi は、London School of Economics and Political Science の助教授である（本稿執筆時点）。

²⁷⁶ Eduardo Baistrocchi, “Transfer Pricing Dispute Resolution: The Global Evolutionary Path” in *RESOLVING TRANSFER PRICING DISPUTES*, p.837 (Cambridge,2012). ここでは、「移転価格紛争」という用語について、関連当事者間での価格操作（所得移転）に係る税務当局と納税者との紛争という広い意味で用いられている。

のである。以下では、先進国の代表格でもある米国を引合いに出しつつ、各ステージの特徴を明らかにすることとしたい²⁷⁷。

第1ステージは、多国籍企業が出現する前の時代、つまり国際化以前の段階であり、ここでは、移転価格紛争が生じる余地がない (No TP Dispute)。米国を例にとると、移転価格税制を含まない法人税法が1909年に導入され、1921年に議会が移転価格の濫用に気付き始める直前までをいう²⁷⁸。

第2ステージになると、国際化に伴い移転価格紛争が出現し始めることになる (TP Dispute)。ただし、この時代には、独立企業原則に基づく移転価格税制は存在していない (No ALP)。各国の税務当局は、多国籍企業による価格操作に異議を唱えるものの、これに対処するための税制は存在しない。米国でいうならば、現在の内国歳入法典第482条の前身である第45条が1928年に規定される前までの期間をいう²⁷⁹。

第3ステージは、各国の国内法に移転価格税制が導入され、独立企業原則が自己執行的な規範システム (self-enforcing normative system) として機能する時代である。この頃は、まだ無形資産取引がなかったため、比較対象取引が容易に見つかった時代といえる。したがって、第3ステージでは、国際的な移転価格紛争に発展する事案はほとんどない (No TP Disputes)。米国の場合、1928年に独立企業原則の基本型が導入されてから、1935年に移転価格訴訟が出現する直前までをいう²⁸⁰。

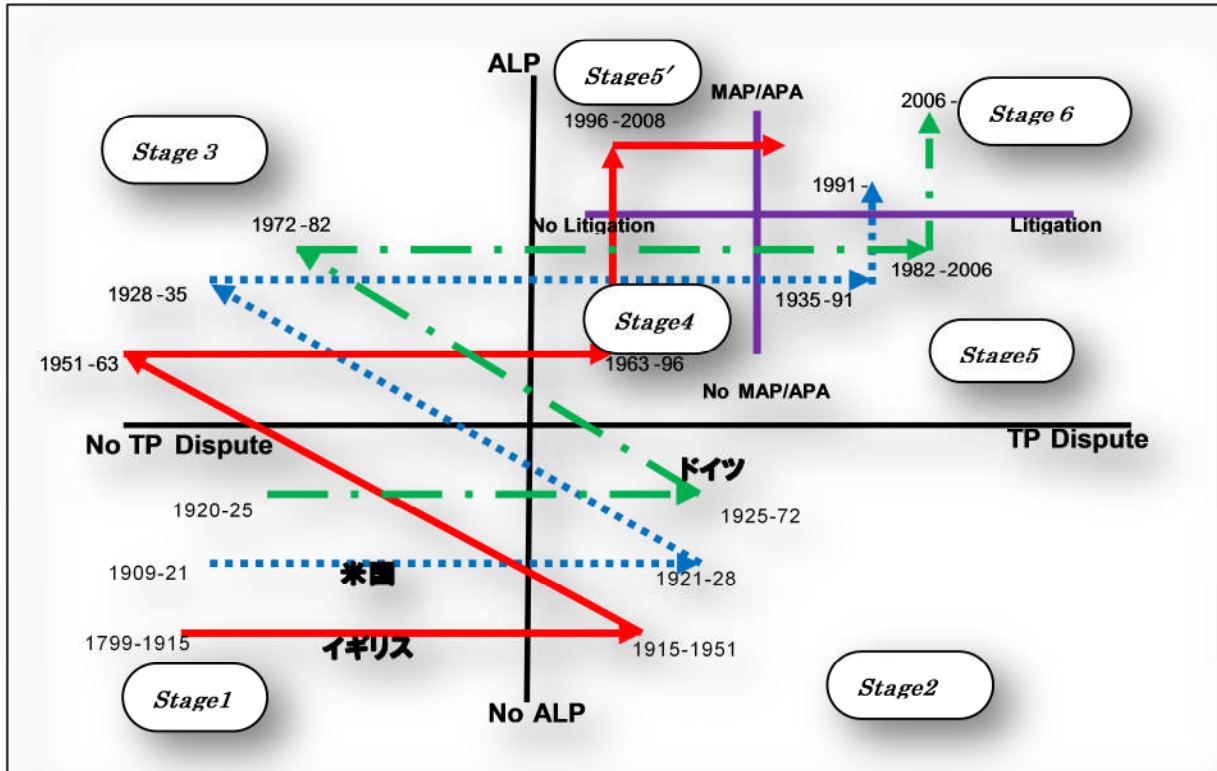
²⁷⁷ イギリス及びドイツについての詳細は、別の機会に論ずることとするが、イギリスに特徴的な点としては、ステージ5ではなくステージ5'を経由してステージ6に進んだことが挙げられる。これは、イギリスは、移転価格紛争については、訴訟 (litigation) よりも交渉 (negotiation) によって解決するという根深い伝統 (deeply rooted tradition) に由来する。See, *Ibid.*, p.848-849. また、最初に移転価格紛争が問題視されるようになったのは、米国ではなく英国であり、図表3が示すとおり1915年に遡る。ただし、この際にイギリス政府が採ったアプローチは、独立企業原則ではなく定式配分方式に近いものであった。See, Ian Roxan, "Transfer Pricing Disputes in the United Kingdom" in *RESOLVING TRANSFER PRICING DISPUTES*, pp.303-355 (Eduardo Baistrocchi & Ian Roxan ed., Cambridge, 2012).

²⁷⁸ Eduardo Baistrocchi, *supra* note (276), p.840.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ *Ibid.*

図表3 移転価格紛争の発展（先進国）



出典) Eduardo Baistrocchi, “Transfer Pricing Dispute Resolution: The Global Evolutionary Path (1799 – 2011)” in *Resolving Transfer Pricing Disputes*, p.843(Cambridge,2012).

第4ステージは、無形資産取引が国際的に行われるようになり、比較対象取引に依存する独立企業原則が機能不全に陥った時代である。他方、各国税務当局は、こうした移転価格問題に対処するためのガイダンスや通達を発遣することによって、一国内で対処していた時期でもある。ただし、このステージにおいては、事前確認制度や相互協議といった類のものは、まだ、紛争解決手段としては用いられていない（No MAP/No APA）。

第5ステージは、移転価格紛争が訴訟により解決された時代であり（Litigation）、第4ステージ同様、事前確認制度や相互協議による解決はまだ存在しない（No MAP/No APA）。米国を例にとると、移転価格紛争が訴訟となり始めた1935年から、米国がオーストラリアとの間で初の二国間APAを締結した1990年直前までが該当する²⁸¹。なお、第5'ステージは、ほとんど全ての移転価格紛争が訴訟によることなく（No Litigation）、相互協議や二国間APAにより解決される時代であり、訴訟文化を背景とする米国においてこのような時代は観察されていない²⁸²。

最後の第6ステージは、ルールベースであった独立企業原則が、スタンダードベースの概念へと発展を遂げる時代をいう。このステージにおいては、大半の移転価格紛争が相互協議、事前確認制度、或いは代替的紛争解決手段（ADR）により解決され

²⁸¹ *Ibid.*, p.841.

²⁸² *Ibid.*

ることとなる。ADR の下では、無形資産が絡む取引など複雑な取引について税務当局と納税者との間で調停 (mediation) や交渉 (negotiation) により解決されることもある。そして、租税条約等に基づく仲裁 (arbitration) 及び訴訟は、税務当局にとって確かな脅威 (credible threat) として捉えられ、相互協議、事前確認制度又は ADR の枠組みの中で協調的に解決しようとする。つまり、第 6 ステージでは、移転価格訴訟及び租税条約等に基づく仲裁は、相互協議等が機能しない場合における second best option として考えられているところに特徴がある²⁸³。

こうした各ステージの基本的な特徴を押さえたところで、インドにおける移転価格紛争の歴史を辿ってみることとしたい (図表 4 参照)。

インドにおける第 1 ステージは、1922 年にインドの所得税法に法人税が規定されたときにまで遡る²⁸⁴。そこで規定されたのは、密接な関連がある (close connection) 当事者間で取引がなされた場合は、これを合理的かつ公平な価格に再計算して課税を行うというものであった (§ 42(2), Income Tax Act, 1922)²⁸⁵。当該規定が導入された当初は、訴訟にまで発展する事件はほとんどなかったが²⁸⁶、こうした平和な時代が続くのはわずか 6 年足らずのことである。

第 2 ステージの幕開けとなったのは、1928 年の Bombay Trust Corporation 事件²⁸⁷であり、これを契機に、関連者間取引に係る紛争が続々と訴訟に持ち込まれるようになった²⁸⁸。Bombay Trust Corporation 事件でボンベイ租税裁判所は、当時のインド所得税規則に規定されていた Principal/Agent Test に照らして納税者に勝訴をもたらした。その後、推定課税においては同業者の利益水準を用いるべきことが示された事件²⁸⁹など租税法全般にわたる訴訟の中で、今日の移転価格税制につながる基本的な考え方が形成されていったといえよう²⁹⁰。こうした判例法の蓄積がなされた第 2 ステージは、包括的な移転価格税制が導入される 2001 年直前まで、つまり 73 年間にも及んだのである。

インドは 1990 年代になると、経済開放政策の一環として外資導入策を推進し、これに伴い経済のグローバル化が急速に進展した。インド政府は多国籍企業による利益

²⁸³ *Ibid.*, pp.841–842.

²⁸⁴ *Ibid.*, p.877.

²⁸⁵ See, Mukesh Butani, “Transfer Pricing Dispute in India” in *RESOLVING TRANSFER PRICING DISPUTES*, pp.838-842 (Eduardo Baistrocchi & Ian Roxan ed., Cambridge, 2012).

²⁸⁶ Eduardo Baistrocchi, *supra* note (276) p.877.

²⁸⁷ *Commissioner of Income Tax v. Bombay Trust Corporation Ltd.* [1928] 3 ITC 135 (BOM.). インドに所在する法人は、香港で金融業を営む法人 (H 社) から多額の借入を行い、インド法人は H 社にその返済及び固定利息の支払いを行っていた。訴訟では、インド法人が H 社の代理人 (agent) かどうかが争われ、ボンベイ高等裁判所は、両者は単に貸手と借手の関係にすぎず、インド法人は H 社の代理人 (agent) とは認められないことから、課税すべきではない旨を判示した。

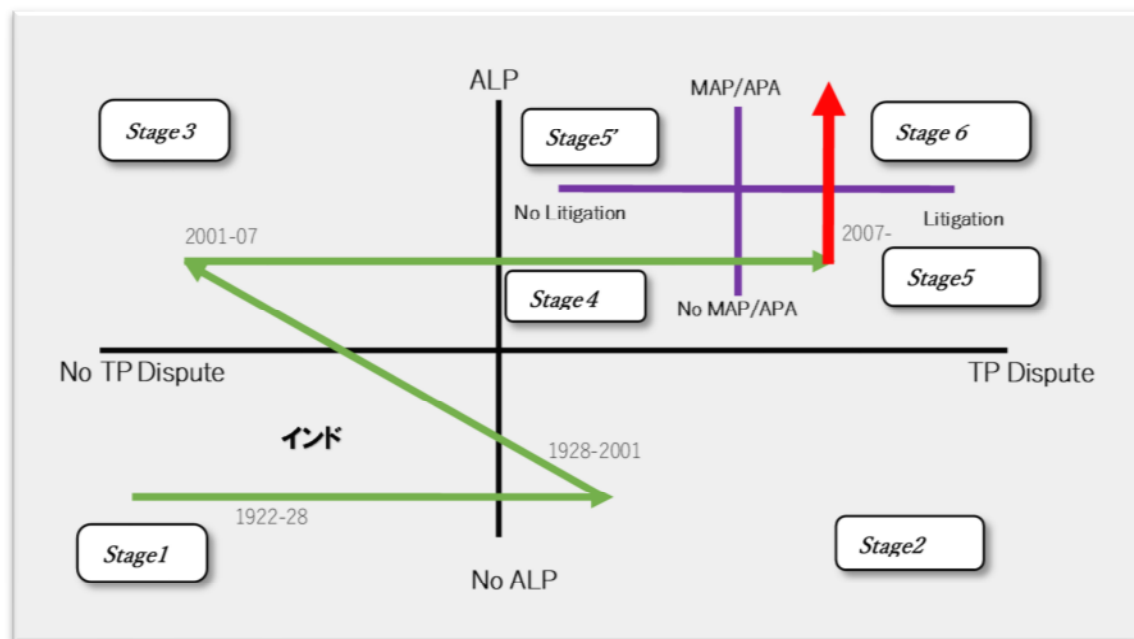
²⁸⁸ Eduardo Baistrocchi, *supra* note (276) p.877.

²⁸⁹ *Commissioner of Income-tax v. Abdul Aziz Sahib*, [1939] 7 ITR 647 (MAD.). 本件のマドラス高裁判決では、タバコの製造業者である納税者の所得を推定するに当たっては、本件納税者と同様タバコの製造業者が獲得した平均的な利益率を用いるべきであるとされた。

²⁹⁰ Mukesh Butani, *supra* note (285) pp.586-587.

操作によって所得が国外へ移転されていることへの警戒心を本格的に抱くようになり、これを規制する包括的な税制の必要性を認識するようになった²⁹¹。そして、先述のとおり 2001 年には、独立企業原則を明示的に採用した移転価格税制を導入した²⁹²。これが、第 3 ステージの始まりである。移転価格税制の導入当初は、無形資産取引に直面していなかったこともあり、移転価格紛争はそれほどなかったが、このステージは、後述する Mentor Graphics 事件のデリー租税裁判所判決が下されるまでのわずか 6 年で終止符を打つこととなる²⁹³。なお、Baistrocchi によるステージの分類上、一

図表 4 移転価格紛争の発展（インド）



(出典) Eduardo Baistrocchi, "Transfer Pricing Dispute Resolution: The Global Evolutionary Path" in *Resolving Transfer Pricing Dispute*, p.845(Cambridge, 2012). 赤矢印は筆者加筆。

般的には、第 3 ステージを経た後は第 4 ステージを経験することになるが、インドの場合、第 4 ステージに該当する時期は観察されていない²⁹⁴。その背景には、納税者と税務当局との間の交渉が行われにくい法的・文化的要素があるという²⁹⁵。

インドにおける第 5 ステージは、独立企業原則の本質が明らかにされた Mentor Graphics 事件²⁹⁶から始まる²⁹⁷。本件を扱ったデリー租税裁判所は、まず、①独立企

²⁹¹ インドにおける移転価格税制導入の背景については、拙稿・前掲注(12)162号89頁以下参照。

²⁹² 詳細は、拙稿・前掲注(12)162号91-93頁参照。

²⁹³ Eduardo Baistrocchi, *supra* note (276) p.877.

²⁹⁴ *Ibid.*

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Mentor Graphics (Noida) (P) Ltd. v. Deputy Commissioner of Income-tax, Circle 6(1), New Delhi [2007] 109 ITD 101 (Delhi) [02-11-2007]. 事案の概要は次のとおり。米国親会社の完全子会社であるインド法人 Mentor Graphics(Nodia)は、米国親会社に対して主にソフトウェア開発サービスの提供を行う、いわゆるキャプティブサービスプロバーダーである。納税者は、TNMM を最適手法として適用し、Rs.8.88crores が AY2002-03 における

業原則は厳密なサイエンスではなくアートであるが、その適用に当たっては、事案に関連するあらゆる事実や状況を考慮しなければならないこと²⁹⁸、②比較対象取引及び独立企業間価格については、客観的に、実直に、そして誠実に、規則が要求するところに従い確定すべきこと²⁹⁹、③独立企業間価格は、比較対象取引に基づき決定されるものであり、国外関連取引と比較対象取引との間に差異がある場合には適切な調整を加える必要があること³⁰⁰、その他独立企業原則に関する基本的な事項が示された³⁰¹。また、税務当局は、納税者が主張する独立企業間価格よりも、自ら決定した独立企業間価格の方が、公平かつ正確なものであることを立証する責任があるとして立証責任の所在を明らかにした³⁰²。そして、こうした基本原則は、その後の判決にも脈々と引き継がれている³⁰³。

現在のインドにおける移転価格紛争解決の段階を、Baistrocchi が提唱したマトリクスに当てはめるならば、第 6 ステージに到達していると言えよう。インドが初めて事前確認制度を導入したのは、先述のとおり 2012 年のことであり、大きな転換期でもあるためこの時を機にステージ 6 が始まったと考えられる。しかしながら、制度が実を伴っているかという観点からすると、インドが相互協議を伴う事前確認が初めて合意に至ったと報じられている 2014 年 12 月を³⁰⁴、第 6 ステージの始まりとする方

独立企業間価格であると申告していた。これに対して税務当局は、独自の選定基準に基づき比較対象企業を選定し、当該年度の独立企業間価格は Rs.10.34crores であるとして、その差額について移転価格調整を行ったことから、納税者が提訴した事件である。判決は、税務当局による比較対象企業の選定についての誤り（比較対象企業の中に関連者間取引を行う企業があったことなど）を指摘するとともに、独立企業原則を適用するに当たっての基本原則を明らかにし、納税者を勝訴に導いた。

²⁹⁷ Eduardo Baistrocchi, *supra* note (276) p.877. ちなみに、Mentor Graphics(Nodia)事件判決は、第 1 章第 1 節で紹介した Aztec Software Aztec Software 事件を参照していることに鑑みると、Aztec Software を第 5 ステージの幕開けと理解する方が妥当とも思われる。ただ、Mentor Graphics(Nodia)事件の方が比較対象取引の選定方法にまでより踏み込んだ判決である点を踏まえると、Eduardo Baistrocchi の見解も採り得るだろう。

²⁹⁸ Mentor Graphic (Noida) (P.) Ltd., *supra* note (296) para. 24.

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ *Ibid.*, para. 25.

³⁰¹ *Ibid.*, para. 25. 本文①から③までに掲げる原則のほか、④独立企業間価格決定のための最初のステップは、関連者間取引に特有の性質 (specific characteristic) を分析することで、これを怠った場合には、意味のある比較対象取引等の選定は不可能であること (para.26)、⑤④と同様の分析は、潜在的な比較対象取引に対しても行う必要があること (para.26) ⑥比較対象企業の選定に当たっては、その売上規模や営業利益のみに着目することなく、機能・リスク分析が重要であること (para. 27) を判示した。

³⁰² CA. V.K. Subramani, “Selection of Comparables for Computing ALP - A Study of Mentor Graphics Case” Taxman [2017]10CPT 490, online (2007). なお、本判決に対する評価として、税務当局は、移転価格調査を行うに当たって本判決で示された原則をガイドラインとして用いるべきであり、一旦、納税者がデューデリジェンスを果たしたのであれば、税務当局は恣意的にそれを拒否すべきではないことを判示したとの見方もある。See, T.N. Pandey, “A Case Study- Decision of the ITAT, H-Bench, Delhi in the Case of Mentor Graphics(Nodia)(p.) Ltd.” Taxman [2018]169 Taxman 77(Art.) (2008).

³⁰³ 具体的な事件については、拙稿・前掲注 (12) 参照。

³⁰⁴ 「日印の二重課税回避制度－三井物産、承認取得へ」日本経済新聞朝刊 2014 年 12 月

がより適切であろう。

3 若干の考察

以上から明らかなとおり、先進国である米国とインドを比較しただけでも、各ステージの開始時期も各ステージにとどまる期間も大きく異なっている（図表5参照）。以下では、米国とインドの移転価格紛争の変遷に、日本やOECDの動向を重ねつつ、特に興味深いと思われる三点を指摘することとしたい。

(1) ガイドライン策定への関与

第一点目は、米国がステージ5及び6を経験した期間と時期である。米国は、独立企業原則の下で比較対象取引を見出すことが困難な事案と82年間向き合ってきた。本稿では、米国の82年間にわたる歩みについての詳細を語る余裕はないが、第5ステージの後半、とりわけ1970年代、1980年代における米国は、無形資産取引が絡む大型訴訟で幾度となく敗訴し、苦戦を強いられてきた³⁰⁵。これに対処すべく、その後の歳入規則においては、利益をベースとする手法、最適手法ルール、レンジの概念など新たな方法を規定した³⁰⁶。米国は、こうした新たな方法について、国際コミュニティに見事に浸透させた³⁰⁷。ここで重要なのは、米国がOECD諸国に浸透させていく過程において、インド政府が関与する余地がなかったということである。むしろ、インドはこうした議論に参画する必要がなかったという方が的確かもしれない。ヨーロッパを中心とするOECD諸国と米国による激しい議論が展開された結果、1995年にOECD移転価格ガイドラインが公表される運びとなった。その当時、インドはステージ2の終盤にあり、経済開放政策によって国際化の波に巻き込まれつつあったが、無形資産取引への対応といった困難で厄介な問題には直面していなかった。更に言うと、独立企業原則を基軸とする移転価格税制すら導入していなかったのである。日本はというと、1995年以前からステージ6に達しており、ヨーロッパ諸国と一体となって、米国を相手に議論を重ねてきた³⁰⁸。

19日9面。同新聞記事は、「インドは12年度に（APAを）導入したが、2国間の適用事例はこれまでなかった。同国初の2国間APA適用は、5月に首相となったモディ氏が外資誘致に積極的なことが背景にある。」と報じている。

³⁰⁵ 拙稿・前掲注（182）651－655頁参照。

³⁰⁶ 拙稿・前掲注（182）656－671頁参照。

³⁰⁷ 拙稿・前掲注（182）671－680頁参照。

³⁰⁸ 拙稿・前掲注（182）671－675頁参照。

図表5 移転価格紛争解決方法の変遷

	Stage1	Stage2	Stage3	Stage4	Stage5	Stage5'	Stage6
米国	1909-1921 【12】	1921-1928 【7】	1928-1935 【7】	Leapfrogged	1935-1991 【56】	N/A	1991-2017 【26】
インド	1922-1928 【6】	1928-2001 【73】	2001-2007 【6】	Leapfrogged	2007-2011 【4】	N/A	2012-2017 【5】
日本	1989-1923 【66】	1923-1985 【62】	1986 【1】	1986-1992 【6】	Leapfrogged	N/A	1992-2017 【25】
税制整備	・移転価格税制を含まない法人税制導入	→	・移転価格税制導入	→	→	→	→
経済環境	・国際化前	・国際化後	・無形資産取引なし	・無形資産取引出現	・無形資産取引増加	→	→
独立企業原則	—	—	・独立企業原則が機能	・独立企業原則機能不全	→	→	・独立企業原則のグローバル化
紛争解決方法	・紛争なし	・既存法人税法で対応 ・各国は所得移転を懸念	・紛争が生じにくい	・国内ガイダンス・納税者との交渉等に対応	・訴訟で解決	・すべて相互協議や ・APAで解決	・大半が相互協議やAPAで解決 ・仲裁制度の導入(躊躇) ・訴訟はsecond best option

(出典) Eduardo Baistrocchi "Transfer Pricing Dispute Resolution: The Global Evolutionary Path" in Resolving Transfer Pricing Disputes, pp.883 (Cambridge, 2012) を基に筆者加筆 (網掛け部分、【】部分)。

近年になって、インド政府は、OECD 移転価格ガイドラインを国際的スタンダードとして機能させることに強く反対している³⁰⁹。インド政府の理屈は、OECD 移転価格ガイドラインは、先進国主導で策定されたものであり、発展途上国の懸念について考慮することなく先進国のみの利益を追求したものであるにもかかわらず、これに途上国も従うべきとするのは受け入れ難いというものである³¹⁰。そして、途上国の有するキャパシティの発展段階の実態を反映する必要があるという³¹¹。確かに、移転価格税制における新参者であるインドから見た場合、既に先進国(投資国)有利に骨格ができあがった OECD 移転価格ガイドラインを突如、押し付けられたとしても、そのスタンダード形成の過程に加わっていなかったのであるから、これに抵抗を示すのは当然の反応であろう。

他方で、近年の OECD 移転価格ガイドラインの改定について注意深く見てみると、近時の BEPS に係る議論は言うまでもなく、決して新参者に対する配慮を忘れていたわけではなさそうである。その典型例が、移転価格税制におけるセーフハーバー³¹²の位置づけではなかろうか。セーフハーバーが独立企業原則に反するか否かは、長年にわたり議論されてきた論点である。1995 年の移転価格ガイドラインでは、セーフハーバーは独立企業原則と一致しない価格や結果を生み出す可能性をは

³⁰⁹ “Permanent Representative of India to the United Nation” No. PMI/NY/152/2/2012 (2012), available at: <http://www.un.org/esa/ffd/tax/2012ICTM/LetterIndia.pdf> (last visited Nov. 26, 2017).

³¹⁰ *Ibid.*, paras.3.1,3.2.

³¹¹ *Ibid.*, para.3.3.

³¹² 移転価格におけるセーフハーバーとは、「あらかじめ決められたカテゴリーに属する納税者又は取引について適用するものであり、ある国の通常の移転価格税制により課された関連者間取引価格算定に係る一定の義務を軽減する規定」をいう。つまり、セーフハーバーは、特定の納税者や取引について、簡易な移転価格算定方法を認めること等によって、納税者の義務を軽減する措置といえる。See. OECD (2017) ,*supra* note (44)para.4.101.

らんでいるとして³¹³、セーフハーバーに対して明らかに否定的な見解が示されていた。しかしながら、①いくつかの国においては、小規模な納税者や単純な取引に対してセーフハーバーを適用するというプラクティスが既に行われていること³¹⁴、②それは納税者と税務当局の双方から一般的に支持されていること³¹⁵を踏まえて、OECD は、2011年3月に新たなプロジェクトを立ち上げ、セーフハーバーの導入に向けた検討に着手した。そして、2012年6月、OECD は、ディスカッションペーパーを公表し³¹⁶、翌年5月には、ついに OECD 移転価格ガイドライン第4章におけるセーフハーバーに関する記述がポジティブな姿勢へと改定された。こうした改定に対しては、OECD が独立企業原則について従来から貫いてきたポジションと一貫性を欠くとして批判するのではなく、むしろ高く評価すべきとの見方は少なくない³¹⁷。2017年6月の IFA 総会においても、相互協議事案の大量発生を抑えるための方策として、セーフハーバーが推奨されており³¹⁸、今日においてもその傾向は変わっていない。

³¹³ OECD (1995), *supra* note(74) paras. 4.103, 4.105, 4.106, 4.121.その他のセーフハーバールールに係る短所として、①納税者が恣意的な価格設定方法を行う可能性があり、税務当局はこれを監視するために関連情報の収集などの点において、執行上の負担が生じること (para.4.107)、②セーフハーバールールはそれを実施する国の納税者のみならず、他国の関連者の税額にも影響を及ぼす (para.4.103) こと、③実施する国の歳入を侵食するおそれがあること (para.4.119)、④二重課税を生じさせるリスクを高める (paras.4.111-4.115) といった多岐にわたる問題点が示されている。

³¹⁴ OECD, *infra* note (316)para.3.

³¹⁵ OECD, *infra* note (316)para.3.

³¹⁶ OECD, “Proposed Revision of the Section on Safe Harbors in Chapter IV of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Draft Sample Memoranda of Understanding for Competent Authorities to Establish Bilateral Safe Harbors” (2012) .

³¹⁷ L.E.Shoueri “Part II : Tax Policy and Technical Tensions in the BRICS(+) World, Chapter4: Brazil” BRICS AND THE EMERGENCE OF INTERNATIONAL TAX COORDINATION, para.4.5.(Yariv Brauner, Pasquale Pistone ed. 2015, IBFD-Online Books). OECD は中立的なフォーラムであるべきか、それとも加盟国の立場を単に反映すべきなのであるかと疑問を投げかけ、前者であるべき旨を主張する。

³¹⁸ 井上ほか・前掲注 (40) 5 頁。

図表6 インドのセーフハーバー概要

No.	適用対象 国外関連取引	取引規模	セーフハーバーマージン/レート
1	ソフトウェア開発 サービスの提供	50億ルピー以下	営業利益/営業費用が20%以上
		50億ルピー超	営業利益/営業費用が22%以上
2	情報技術サービスの 提供	50億ルピー以下	営業利益/営業費用が20%以上
		50億ルピー超	営業利益/営業費用が22%以上
3	受託 R&D サービス の提供	制限なし	ソフトウェア関連： 営業利益/営業費用が30%以上
			ジェネリック医薬品関連： 営業利益/営業費用が29%以上
4	自動車部品の製 造・輸出入取引	制限なし	主要な自動車部品： 営業利益/営業費用が12%以上
			主要でない自動車部品： 営業利益/営業費用が8.5%以上
5	グループ内貸付	5億ルピー以下	State Bank of India の6月30日付レ ートに1.5%上乗せした利率
		5億ルピー超	State Bank of India の6月30日のレ ートに3.0%上乗せした利率
6	債務保証	10億ルピー以下	年利2%以上
		10億ルピー超	年利1.75%以上

(出典) Rule 10TD(2).

インドもセーフハーバーと無縁ではない。インドでセーフハーバーが最初に提案されたのは、2009年度予算案(Finance Act (No.2))であり、上述のとおり OECDにおける本格的な検討に先駆けて行われたものであった。その後、財務省直接税中央委員会(Central Board of Direct Taxes)は、4年もの歳月をかけて、セーフハーバーに関するドラフトを作成し、2013年8月にパブリックコメントを行い、その翌月には新たな規則を公表するに至った(規則10TA~10TG)³¹⁹。インドのセーフハーバーは、ソフトウェア開発サービス、情報技術サービス、受託研究開発サービスを対象としており、セーフハーバーの適用を受ける納税者は、営業利益率等について、業種取引規模ごとに要求される利益水準 Rule10TD(2)を充たす必要がある。図表6は、これを一覧にしたものであるが、ここから読み取れるのは、インドのセーフハーバーは、適用対象者を広くとり、かつ、高い利益水準を要求することによって、歳入の増加を狙ったものということである³²⁰。その結果、インド法人の国外関連者が所在する国において移転価格課税を受ける可能性が必然的に高くなる。しかし、国外関連者がその所在する国の税務当局から移転価格課税を受けたとしても、インドのセーフハーバーは、相互協議へのアクセスを認めていない(Rule 10TG)ため、永久に解消されることのない二重課税が生じることになる³²¹。また、国外関連者が所在する国の税務当局が移転価格課税に消極的であるならば、その国の歳入

³¹⁹ Direct Tax Notification 73/2013.

³²⁰ Vatika Bhatnagar "Safe Harbor Rules: Are They Really Safe for a Taxpayer Perspective?" INTERNATIONAL TRANSFER PRICING JOURNAL, January/February 2014, p.45 (2014).

³²¹ Vijay Krishnamurthy, "India Aims to Reduce Transfer Pricing Disputes through Safe Harbor Rules" BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION, January 2014, pp.47-52(2014).

を減少することにもなりかねない。

このように、深刻な問題が残されているにもかかわらず、OECD 移転価格ガイドラインがセーフハーバーを許容したのは何故だろうか。既に各国において行われているプラクティスを追認したに過ぎないとも考えられるが、途上国、とりわけインドをはじめとする新興国への配慮の現れとして評価できるのではなかろうか。というのも、新興国は、大きな経済規模と多数の納税者を抱えていながら、税務当局が適切に税務調査を行う十分な能力を有していないという問題を抱えているためである³²²。

今後の課題はセーフハーバーに限らず、OECD 加盟国主導で作りに上げてきた独立企業原則の解釈・適用について、途上国におけるプラクティスや実行可能性を考慮しつつ修正を加え、妥協点を探ることといえよう³²³。なお、近時の OECD における BEPS に係る議論のあり方、すなわち、途上国を広く巻き込んでいく進め方は、国によって各ステージの始まりや次のステージへの移行期間が大きく異なっているという違いから生じたギャップを埋めるという意味においてあるべき姿と思われる³²⁴。

以上を踏まえたところで、Lennard の提言に立ち返ると、途上国に、仲裁決定に対して veto (拒否権) を付与する方策は、途上国と先進国との間の歴史的ギャップに配慮し、段階を踏んで着実に仲裁手続の導入を進めていくという観点からして、十分に採り得るオプションと思われる。また、近年、日本が締結又は改定した租税条約における仲裁手続の導入状況に目を向けると興味深いことが見えてくる。2011年12月に発効した日蘭租税条約に始まり、2017年8月に発効した日スロベニア租税条約に至るまで、10の租税条約に仲裁手続が導入されている³²⁵。しかしながら、

³²² See, L.E. Shoueri, *supra* note(317) para.4.5. インド同様、BRICS の一員であるブラジルは、比較的控えめな税務当局の割に、納税者が多すぎるという状況にある。これが意味するところは、納税者のコンプライアンスコストの削減が不可欠ということである。実際のところ、ブラジルではいくつかの制度について、通常システムと簡素なシステムが用意されているが、およそ 90%の納税者が簡素な課税システムの適用を選択しているという。

³²³ 「グローバル経済の有力プレイヤーとなった新興国との間で、新たな国際租税秩序の構築に向けた真摯な努力」を続けることの重要性について述べたものとして、青山慶二「新興国の台頭と国際租税法」『現代租税法講座 第4巻 国際課税』433頁以下(日本評論社、2017)参照。また、Shoueri は、OECD 或いはその他の国際機関のマンデイトは、その加盟国の意思によるのではなく、むしろ永続的に資本輸入国と資本輸出国に適用できる租税ポリシーを追求することであろうと説いている。See, L.E. Shoueri, *supra* note (317) para.4.5.

³²⁴ 分断された国際社会において、より一般的に受け入れやすい普遍的利益の装いを付与する必要から生じたのがソフト・ローであり、そのいわば本音と建前のギャップがソフト・ロー現象を増大させ、曖昧さを残してきた。このギャップを如何に埋められ利益対立が止揚されていくのか見極める時期が近付いているとの指摘がある(国際課税問題に限らず、大局的な視点からソフト・ローを論じた文献として、篠原梓「国際法定率の新動向と共通利益概念」大谷良雄編著『共通利益概念と国際法』113頁以下(1993))が、こうした見方は、一般にソフト・ローと解されている OECD 移転価格ガイドラインの解釈についても、妥当するであろう。

³²⁵ 仲裁手続が導入された発効済の租税条約は、オランダ(2011年12月29日発効)、香港

これら条約の全てについて、義務・拘束的仲裁条項を導入しているわけではない。チリとの租税条約においては、仲裁への付託に両国の権限ある当局の「同意」を必要とするいわゆる自発的仲裁条項が採用されている³²⁶。当該租税条約において、義務・拘束的仲裁条項が採用されなかった理由は明らかではない。しかし、先述のとおり、ラテンアメリカ系の国の憲法が、合法性の原則を強く要請し、仲裁どころか相互協議すら前向きでない傾向にあることを踏まえると、相手国が置かれた紛争解決のステージへの理解がその背景にあるのではなかろうか。自発的仲裁条項であれ、それが中長期的に義務・拘束的仲裁条項へとつながる第一歩であるとしたら、相手国の紛争解決段階に合わせて、着実に仲裁条項を導入していくことが肝要であろう³²⁷。

(2) 判例法の考慮

インドと米国との比較により際立つ二つ目の相違点は、インドがステージ 2 にとどまった期間の長さである。米国はわずか 7 年間であるのに対して、インドは 73 年間にもわたるが、これは何を意味しているのだろうか。

ステージ 2 におけるインドは、密接な関連がある (close connection) 当事者間で取引がなされた場合は、これを合理的かつ公平な価格に再計算して課税を行うという規定 (旧 § 42(2)) を有していた。インドで国際課税実務を専門とする Mukesh Butani によると、先述の Bombay Trust Corporation 事件判決をはじめ Abdul Aziz Sahib 事件判決³²⁸など多くの判決の中で明らかにされた原則は、2001 年に導入した移転価格税制のコンセプトに似ている (akin to the concept of the transfer pricing provisions introduced post-2001 in India) という³²⁹。そうだとすると、

(2011 年 8 月 14 日発効)、ポルトガル (2013 年 7 月 28 日発効)、ニュージーランド (2013 年 10 月 25 日発効)、スウェーデン (2014 年 10 月 12 日発効)、イギリス (2014 年 12 月 12 日発効)、ドイツ (2016 年 10 月 28 日発効)、チリ (2016 年 12 月 28 日発効)、ラトビア (2017 年 7 月 5 日発効)、スロベニア (2017 年 8 月 23 日発効)。各条約のテキスト及び概要等は、財務省ホームページ

(http://www.mof.go.jp/tax_policy/summary/international/269.htm) (最終アクセス 2017 年 10 月 9 日) 参照。

³²⁶ 日チリ租税条約第 25 条 5 項の原文は次のとおり。‘…any unresolved issues arising from the case shall be submitted to arbitration if the person so requests and the competent authorities of the Contracting States so agree.…” なお、当該租税条約全体の解説は、長内泰祐「日本・チリ租税条約の締結」国際税務 36 巻 12 号 50 頁 (2016) 参照。

³²⁷ 日本では、二国間租税条約の締結について国会の承認を経ることが確立しているものの、徐々に国会の関与を縮減する傾向が観察されることを踏まえて、実質的な意味で民主統制を行うためには、「日本モデル租税条約」を策定する必要がある旨を説く論稿として、増井良啓「租税条約の締結に対する国会の関与」フィナンシャル・レビュー 129 号 44 頁以下 (2017) 参照。確かに、相手国の発展段階に則した多様な仲裁条項の導入を前提として考えると、民主的統制を形骸化させないために、一定のモデルを示した上で、そのモデルから乖離させる場合には十分に議論を尽くす必要があるだろう。

³²⁸ Abdul Aziz Sahib 事件のマドラス高裁判決では、納税者の所得を推定するに当たっては、納税者と同様に、タバコの製造業者により獲得された平均的利益率を用いるべきであるとされた (Commissioner of Income-tax v. Abdul Aziz Sahib, [1939] 7 ITR 647 (MAD.))。

³²⁹ Mukesh Butani, *supra* note (285) pp.586-587. その他の事件としては、営業損失の繰越及

典型的なコモンロー国であるインドで 73 年間にわたり集積された判例法が独立企業原則の解釈に与える影響やその位置づけは重要となってこよう。

仲裁人は、付託された事項に対する決定を下すに当たっては、第 1 章第 2 節で確認したとおり、適用される租税条約を解釈するだけでなく³³⁰、「締約国の国内法令」の規定にも従う必要があるとされている。そこで、ここでいう「国内法令」とは、何を意味するのか明確にしておくこととしたい。

OECD モデル租税条約第 3 条 2 項には、租税条約の締約国の国内法を参照することを定める「法廷地法 (lex fori)」条項が置かれており、各国が締結している租税条約の多くも「法廷地法」条項を採用している³³¹。問題となるのが参照される国内法の範囲であるが、OECD モデル租税条約第 3 条 2 項が、「この条約において定義されていない用語は、…当該一方の締約国の方において当該用語が…有する意味を有するものとし…」と規定していることに鑑みると、租税条約が使用する「用語」の解釈のみに関する規則を定めるものとの見解が妥当であろう³³²。したがって、国内法の法的思想を一般的に援用したりすることは適切ではないということになる³³³。

インドにおいては、判例によって租税法の解釈に係る基本的原則が確立されてきた。代表的な原則として、①Literal Rule、②Golden Rule、③Mischief Rule 等が挙げられる³³⁴。今日ではこれらの原則よりも、「法律の解釈に当たっては、使用されている用語から立法者の意図を推論しなければならない」という、いわゆる目的論的解釈の原則 (Principle of Purposive Interpretation) が重視される傾向にある³³⁵。しかしながら、インドにおける租税法の解釈上、常にこの目的論的解釈が妥当

び相殺が論点となったラホール高裁による Badri Shah Sohan Lal 事件判決を挙げている (Badri Shah Sohan Lal v. Commissioner of Income-tax [1936] 4 ITR 303 (LAHORE) [11-06-1936])。

³³⁰ 条約解釈の一般的規則と租税条約の解釈については、谷口・前掲注 (84) 10-18 頁。

³³¹ 谷口・前掲注 (84) 20-21 頁。「法廷地法」条項の正当化理由としては、①自律的かつ簡潔的な定義規定を全ての用語について定めることに伴う過重な負担から租税条約を開放すること、②租税条約を適用するのは税務官庁及び裁判所であるが、これらが知悉している自国の法を参照して租税条約上の用語を解釈することができることになれば、その適用が容易になること、③しかも解釈の多様性に限界を設定し、法的安定性に貢献すること、等が挙げられる。

³³² 谷口・前掲注 (84) 22 頁。

³³³ 谷口・前掲注 (84) 22 頁。また、参照される国内法は、租税条約締結時の国内法ではなく適用時の国内法を意味すると解されている。

³³⁴ See, D.P.Mittal “Law of Transfer Pricing in India” paras.20.6-20.8.Taxman(4th ed. 2014). ①Literal rule とは、立法者は正確な表現を用いることによって、その意図を述べていることを前提とする解釈ルールをいい、②Golden rule とは、法律上のある言葉の通常の意味がそれ以外の法律と一貫性がない又は曖昧である場合には、不合理なことにならないようにモディファイしなければならないというルールであり、③Mischief rule とは、用いられている言語に曖昧さがある場合には、法律全体の目的の正確な考えを見つけ出し、真の意味 (real meaning) に辿り着かなければならないというルールである。

³³⁵ 例えば、裁判所は言葉の真の意味を調査すべきとした判決 (Directorate of Enforcement v. Deepak Mahajan AIR 1994 SC 1775)、裁判所は文法や言葉の通常の意味に従って解釈

するわけではなさそうである。というのも、1999年の最高裁判決は、「租税法規に関しては、明確に記述されたことのみを参照すべきであり、法的意義 (intendment) を探る余地は存在しないのである。・・・暗示されたことまでを読み取る必要はなく、単に用いられた言葉のみを読めば足りるのである。」³³⁶と判示して、租税法は厳格に解釈されるべきことを明らかにしている。他方、近年の移転価格訴訟に目を向けると、§ 92(1)に規定された「国際取引 (international transaction)」という用語の解釈が争点となった事件において、デリー高裁は、この用語を厳密に解釈すべきではなく、所得税法の他のセクション及び規則と併せたところで解釈すべきであるとの一般論を述べており³³⁷、租税法体系の大枠の中で用語を解釈しようとする姿勢も見受けられ、必ずしも厳格性のみを求めているわけではないようである。

以上を踏まえると、インドの移転価格税制の解釈に当たっては、用語の解釈一つをとっても、その根底に複雑に入り込んでいる判例法に関する深い知識と理解が仲裁人には求められるのではなかろうか。また、そうした仲裁人が選定されない場合には、インドの仲裁決定に対するバイアスの懸念は払拭されないであろう。

(3) 経験の考慮

第三の特徴は、ステージ 6 の経験期間に見て取れる。日本がステージ 3 に入った時期は、他の先進国よりも大幅に遅れをとっていたが、独立企業原則に基づき相互協議での解決を求めるステージ 6 の経験期間は、米国と比較して遜色がない (図表 5 参照)。そして、両国における相互協議は、今日、順調に進んでいるという³³⁸。それとは対照的に、インドが実質的にステージ 6 の仲間入りを遂げたのはわずか 5 年前のことである。先進国と比較して圧倒的に相互協議の経験が浅い状況で義務・拘束的仲裁を導入することは、何を意味するのであろうか。

この点についての詳細は、第 4 章第 2 節で人材不足・経験不足の観点から論ずる

するのではなく、法令の制定者又は目的の意図 (intention of Legislature or the purpose) を探さなければならないとした判決 (Kenhar Singh v. State (Delhi Admn.) AIR 1988 SC 1883)、法律用語の解釈に当たっては、背景、内容、目的の全てを心に留めておかねばならないとした判決 (Atma Ram Mittal v. Ishwar Singh Punia AIR 1988 SC 2031) など参照。なお、これらの判決及びその他の判決は、D. P. Mittal, *supra* note (334) para. 20.7 に紹介がある。

³³⁶ Commissioner of Income-tax v. Kasturi & Sons Ltd. [1999] 103 Taxmann 342 (SC), para9.

³³⁷ Sony Ericsson Communications 事件 (Sony Mobile Communications India (P.) Ltd. v. Assistant Commissioner of Income-tax [2014] 43 taxmann.com 108 (Delhi - Trib.)) のデリー高裁判決は、制定法の基本原則として、単数形は複数形を含んでおり (そして逆もまた同様であり)、これに反する推論は認められないとした。同判決は更に、様々な租税法規における “class of transaction” という表現は、“transaction” というタームがいくつかの密接に関連した取引を含むことを明確に肯定していた。See, Vatika Bhatnagar, “India Articulates Its View on Marketing Intangibles” INTERNATIONAL TRANSFER PRICING JOURNAL, July /August 2015, pp.250-260(2015).

³³⁸ その背景には、IRS の過去 6 年にわたる構造改革があるという。See, Steven C. Wrappe & Yuri Numata, “U.S. APA Program Changes Positively Impact U.S.-Japan APAs” 26 TRANSFER PRICING REPORT 486 (2017).

こととし、ここでは、かつて IRS の Deputy Commissioner であった Michael Danilack による見解を紹介することとしたい。Danilack は、米印租税条約に義務・拘束的仲裁規定を導入することについて、次のとおり述べている。「相互協議手続が順調に機能していると感じるときこそが、仲裁に対する考え方が変わるときであり、米国とインドの現状を考えると仲裁は何の解決策にもならない」³³⁹。第3章第1節で確認したとおり、仲裁には、二重課税を完全に排除するだけでなく、相互協議を促進する効果が期待されており、また、仲裁が相互協議の延長線上にあることを踏まえると、相互協議すら機能していない状況において、仲裁条項を導入することはそれほど意味をなさないかもしれない。第3章第3節で後述するが、現在、OECD によって、効率的な相互協議の促進についての取組みがなされているところ、「急がば回れ」というように、まずは権限ある当局間における相互協議をより一層充実させることの重要性は忘れてはならないだろう。仲裁への付託が脅威と化して、相互協議が効率的に実施される状況こそが、第6ステージの中でも最終到達点かもしれない。

第3節 透明性と守秘性

1 これまでの議論

透明性の確保を考える場合に常に考えなければならないのが、透明性と表裏一体の関係にある守秘性の問題である。広く知られたところではあるが、かつては、相互協議に関しても、その効果や手続、さらには、合意内容についての透明性の欠如について厳しい批判を浴びてきた³⁴⁰。これは、とりわけ相互協議を伴う事前確認手続に当てはまるだろう。事前確認に係る相互協議の過程で独立企業原則に代わる新たな法が形成されている可能性があるとして、情報公開の必要性を説くものもある³⁴¹。透明性と守秘性の問題は決して新しい論点ではない。

2017年8月にリオデジャネイロで開催された IFA の第71回総会においても、移転価格税制に係る事前確認の文脈において“Publication vs Confidentiality”が論点として取り上げられたところである³⁴²。情報の公開を支持する論拠としては、①税務当局による説明責任義務の遂行、②公開により納税者間の公平を期すことができること、③納税者に有益な情報を提供することによる効率性の向上等が挙げられる³⁴³。情報公開慎重派の論拠としては、①納税者のセンシティブな情報を保護すること、②調査や相互協議、訴訟などの各種手続間での公平性を確保するために生じる税務当局の

³³⁹ Parillo, Kristen A. et al., “U.S. Competent Authority Has Harsh Words about India.” 138 TAX NOTES, p.676 (2013).

³⁴⁰ Karl Koch, “Mutual Agreement-Procedures and Practice” CAHIERS DE DROIT FISACAL INTERNATIONAL, Vol.66a, p.124(1981).

³⁴¹ Lee, A. Sheppard, “The IRS Reports on Its Advance Pricing Agreement Program” TAX NOTES INTERNATIONAL, Vol.20, No.15, pp.1617-1620(2000).

³⁴² See, Giorgio Beretta, “IFA 71st Congress in Rio de Janeiro, Seminar D: Advance pricing agreements and International tax impact” IBFD Online (2017).

³⁴³ IFA, “IFA 71st Congress in Rio de Janeiro, Seminar D : Advance pricing agreements and International tax impacts” presentation documents,p.30(2017).

負担等が挙げられる³⁴⁴。

また、各国や OECD が公表している相互協議や事前確認に関するデータは、あまりに一般的な統計情報に過ぎないとの批判があるのも確かである³⁴⁵。こうした中で、相互協議手続に関しては、各国が独自にレポートやルーリングを公表するなど透明性の確保に努める傍ら、近時、BEPS の行動 14 における相互協議の効率化の一環として、相互協議に係る統計や各国のプロファイルの公表などの促進が図られ、更なる透明性の向上が期待されている³⁴⁶。注目すべきは、現在、OECD が中心となって各国の相互協議の状況について、ピアレビューや納税者からのインプットを伴うモニタリングが実施されており、先般、第 2 弾の報告書が公表されたことであろう³⁴⁷。こうした動向を手掛かりとして考えた場合、仲裁手続に関しても、第三者機関や他国 (peer) によるモニタリング制度を導入し、その成果物を公表するシステムをつくることも一案ではなかろうか。

2 先例性の問題

仲裁手続に透明性を与えることは、その内容如何によって、とりわけインドにおいては新たな問題を生じさせる可能性があると思われる。問題の発端となったのは、2015 年 10 月、バンガロール租税裁判所によって下された Herbalife International 事件判決³⁴⁸である。本件では、調査対象年度 (AY2008-09) におけるロイヤルティ取引に係る独立企業間価格が争点となった。判決は、相互協議で合意した年度 (AY2001-02 及び AY2002-03) から事実関係に変更がない以上は、その合意内容を調査対象年度について適用しないことは一貫性に欠くとして、相互協議の合意内容に依拠する納税者側に軍配を上げたのである。

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ Giorgio Beretta, *supra* note (342).

³⁴⁶ OECD, “BEPS Action 14 on More Effective Dispute Resolution Mechanisms– Peer Review Documents, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project” (2016). 2016 年度の統計については、OECD ホームページ参照。See, OECD, “Mutual Agreement Procedure Statistics for 2016” available at <http://www.oecd.org/tax/dispute/mutual-agreement-procedure-statistics.htm> (last visited Dec. 8, 2017).

³⁴⁷ 2017 年 9 月 26 日、第一弾のピアレビューレポートとして、米国、イギリス、スイス、オランダ、カナダ及びベルギーについて各国別に公表された。そして、同年 12 月 15 日、第二弾のピアレビューレポートとして、オーストリア、フランス、ドイツ、イタリア、リヒテンシュタイン、ルクセンブルク及びスウェーデンについて各国別に公表された。なお、インドは 2018 年 8 月からピアレビュー (ステージ 1) が開始される予定である。ピアモニタリング (ステージ 2) は、ステージ 1 のピアレビューレポートが採択されて 1 年後に開始されることになる。See, OECD, “Peer Review and Monitoring” available at <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-action-14-peer-review-assessment-schedule.pdf> (last visited Dec. 14, 2017) .

³⁴⁸ Herbalife International India (P) Ltd. v. Assistant Commissioner of Income tax. [2016] 65 Taxmann.com 143 (Bangalore-Trib.), para.10.4. その他、相互協議の合意に先例性を認めた事案として、J.P. Morgan Services (P) Ltd. v. Deputy Commissioner of Income-tax (OSD)-8(1), Mumbai [2016] 70 taxmann.com 228 (Mumbai - Trib.) [30-11-2015].

その後さらに悪いことに、税務当局は、当該敗訴判決を逆手に取り、インド当局に有利な相互協議の合意がある場合、当該合意内容を移転価格調査においても適用することには一貫性があると主張して、過去の合意内容を後続年度についても適用しようとする傾向があるという³⁴⁹。

このように見てくると、インドでは、租税条約に基づく相互協議の合意ですら事実上の先例性を持たせようとする傾向があるところ、況や、仲裁手続により下された仲裁決定に関しては、公正なる第三者である仲裁委員会によって下されたものであるとして、先例性を持たせようとする可能性は否定できないであろう。そもそも、権限ある当局による相互協議の合意結果は、両当局が *meaningful* な合意に到達できる可能性があることを前提として、二重課税を排除するために互いに歩み寄った妥協の産物という性格を有している³⁵⁰。したがって、事案に先例性を持たせようとする自体が適切ではない。こうした相互協議の合意内容は勿論のこと、仲裁決定についても先例的価値を認めないことは、コメンタリー等で明確に宣言されているところである³⁵¹。

したがって、殊にインドにおいて仲裁手続に対する透明性を確保し、その信頼性を高めるためには、何を目的として、如何なる事項を誰に開示するのか、すなわち守秘性にどの程度風穴を開けるべきかについて、慎重な検討を要するといえよう。

3 今後の方向性

以下は試論に過ぎないが、権限ある当局間の相互協議による合意と仲裁決定との違いに着目すると、仲裁に係る透明性の確保については、上述の相互協議に係る透明性確保の仕組み（レビューやモニタリングの実施）とは異なるアプローチが可能かもしれない。

相互協議に基づく合意は、権限ある当局間の妥協の産物であるのに対して、仲裁決定は、仲裁人が、適用される条約の規定や締約国の国内法の規定に従って、付託された事項について決定を下すものである。とりわけ、条約の解釈に関しては、条約法に関するウィーン条約の解釈原則に照らして判断し、また、OECD モデル租税条約コメンタリーも考慮する。特に、独立企業原則の解釈・適用に関しては、移転価格ガイドラインに配慮することが求められていることは先述のとおりである。すなわち、仲裁は、権限ある当局間による *negotiation* や *compromise* とは異なる側面を有していると考えられる。敢えて言うならば、国内訴訟における裁判官による判決に近い性格を有しているのではなかろうか。したがって、仲裁決定に関しては、国内訴訟と同様のレベルまで公開し、透明性を高めることも一案であろう。以前、米国において義務・拘束的仲裁条項の導入が議論された際にも、透明性の問題は議論となり、民主主義社会においては、司法制度の高潔さ (*integrity of the judiciary*) は、透明性を確保することによってチェックされるため、企業秘密に係る部分を除く全てのレポートを公表し、透明性を確保すべき旨の提言³⁵²がなされたことがある。司法制度が信頼を得て

³⁴⁹ Rajendra Nayak & Shweta Pai, *supra* note (31)para4.2.1.

³⁵⁰ Roland Ismer, *supra* note (45)para.12, p.1782.

³⁵¹ OECD, *supra* note(203) on Art.25, Annex, para.1.15、 39.

³⁵² Michael J. McIntyre, *supra* note (246) pp.626, 632, 646.

いるのは、その公開性・透明性が確保されているからであることは気に留めておくべきであろう。

他方、公開を原則とした場合に問題となるのが守秘性であるが、先述のとおり、義務・拘束的仲裁は、納税者が事案を仲裁に付託することにより開始される。この仕組みは国内訴訟と同様であり、良い意味においても悪い意味においても、公開されるリスクをも考慮して仲裁への付託の是非を判断するのが企業の合理的な経営判断というものではなからうか。納税者が公開を前提として、自ら仲裁への付託を選択するのであれば、守秘性の問題は、自ずとクリアされることになるだろう³⁵³。

こうしたアプローチ、すなわち訴訟同様に事案の全貌を公表するとした場合の最大のメリットは、独立企業原則に対する解釈・適用の国際標準化が推進される可能性があるという点にあるのではなからうか³⁵⁴。公正な仲裁人であれば、独立企業原則について偏重した解釈に基づき判断を行うことはないであろうし、勿論、この仲裁決定は他国を拘束するものではないが、各国の税務当局に対して一つの指針を示すことにはなるだろう。また、国内法の解釈と条約の解釈は、双方向に影響を与えていると解されている³⁵⁵。そうだとしたら、独立企業原則の解釈に関しては、多数の国の移転価格税制が独立企業原則（特殊関連企業条項）を採用としているため、解釈の国際標準化が大幅に推進される効果が期待できる領域であると思われる。

無論、上述のアプローチを採る場合、仲裁の位置づけをどのように再構築するかという根本的な問題が新たに提起されるだろう³⁵⁶。つまり、仲裁手続について、相互協議と不可分一体ではない異なる手続として捉える場合、国家主権への抵触に係る問題が再燃することは、容易に想定されるところである。この点については、今後の研究課題として位置づけることとしたい。

³⁵³ なお、OECD モデル租税条約コメンタリーは、双方の権限ある当局と仲裁を要請した者が公表に同意する場合に限り、公表を認めるとの立場をとっており、公表を全面的に否定するものではないが、関係者全てによる同意という制限を加えている。OECD, *supra* note(203) on Art.25, Annex, para.40.

³⁵⁴ Kees Van Raad も、仲裁決定を公表することで、解釈の統一性を醸成することができるとして公表に賛成の立場を採る。そして、公表に当たっては、標準化されたフォーマットによるサマリーが役に立つことを指摘する。See, Kees Van Raad, “International Coordination of Tax Treaty Interpretation and Application” in INTERNATIONAL AND COMPARATIVE TAXATION, ESSAYS IN HONOUR OF KLAUS VOGEL, pp.228-229(Kluwer Law International, 2002).

³⁵⁵ 谷口・前掲注(84) 8頁。これは特に、憲法が、条約の国内的編入について、一般的受容方式を採用している場合に当てはまることである。インド憲法は、変形ドクトリンを採用しているという多数説に依拠すると、条約の解釈と国内法の解釈との間の双方向性は当てはまらないようにも見えるが、独立企業原則に関しては、インドが締結する租税条約もインド国内法も基本は同じであるため、双方向性はあり得ると思われる。

³⁵⁶ そもそも、相互協議手続と仲裁手続が直列で接続されていることへの批判がないわけではない。村井教授は、Gerrit Frotscher の見解（仲裁手続に先立つ相互協議前置主義への批判と納税義務者の手続主体性の徹底化）を評価した上で、「社会の変化に伴い、相互協議手続及び仲裁手続は、権限ある当局による「外交交渉」から第三者を介した司法手続へ大きく変貌しようとしている」と指摘し、国際租税法秩序における納税者の地位に鑑み、一層の司法手続化は不可避であると説く。村井・前掲注(43) 32-33頁。

第4節 国際社会の一員として—国家主権再考—

1 国家の基本権能の変化

第3章第1節においては、新興諸国が生来の意味での国家主権の優位性を強調しがちである旨の指摘があることを紹介した。今日のインドは、ここでいう「新興諸国」に該当するのだろうか。1947年の独立前におけるインドと諸外国との関係は、イギリスの外交政策の一部として、当然にイギリス法に支配されていた³⁵⁷。しかし、“In 1947 India joined the Family of Sovereign Nation”³⁵⁸と言われるとおり、独立後のインドは、国際社会の一員として、国際的な権利と義務に関わる完全な国際的人格（full international personality）を手に入れたのである³⁵⁹。

国家主権と密接な関係にあるのが、国内管轄事項（*domaine réservé*）であり³⁶⁰、それは、他国の干渉から保護される一定事項を指すために用いられてきた³⁶¹。専ら国家の本質的な存在と直接に関係のある事項をいい、各国の自国民に関する国内法令などは、その国だけの一身専属的事項であって、これに他国の介入を許せば当然に国家としての主権・独立を失うこととなる³⁶²。こうした国家の不干渉義務の対象事項に国際法が関与するようになったのは、国際連盟規約の成立（1919年）以降のことである³⁶³。1923年のチェニス・モロッコ国籍法事件³⁶⁴では、国内管轄事項の範囲は絶対的・固定的なものではなく、国際関係の進展に応じて国際法が規律する範囲が広がり得るものであることが示された³⁶⁵。今日でも、当該事件における勧告意見の立場は基本的に維持されている³⁶⁶。他方、国内問題の範囲は、国際法上の国家の義務の整備・

³⁵⁷ C.H. Alexander, *supra* note (154)p.289.

³⁵⁸ *Ibid.*

³⁵⁹ *Ibid.*, p.290.

³⁶⁰ 国内管轄事項とは、一般に「領域主権の専属的な行使に委ねられる事項」として理解され、国家管轄権行使の態様が領域国の裁量に委ねられている国家活動の範囲を表現するための概念である（森川幸一「国内管轄事項とその国際標準化」山本草二古稀『国家管轄権—国際法と国内法—』111頁（勁草書房、1998））。国内管轄事項は、一国の国内管轄権ないし排他的管轄権に留保された領域という意味で、「留保領域（*domaine réservé*）」とも呼ばれる（皆川洸「国際連合と国内管轄事項の原則」一橋大学研究年報10巻19頁（1977））。

³⁶¹ 不干渉義務の対象事項とは、国際法に基づいて各国の単独かつ自由な決定に委ねられている事項をいい、「国内問題」或いは「国内管轄事項」と呼ばれ、国際法上、各国に行動の自由が留保されている事項である（山本・前掲注（233）214—215頁）。

³⁶² 山本・前掲注（233）215頁。また、この理論は、国家にその専属的管轄権の範囲を決定する「管轄権についての管轄権（*la compétence de la compétence*）」を承認する観念と結びついており、最終的に国家の完全な自由に留保されている事項を決める権利は国家自身にあるということになる（森川・前掲注（360）112頁）。

³⁶³ その背景には、国際組織の誕生があり、従来の伝統的な主権概念に依拠した曖昧さを内容とする「本質論」から、より厳密な法的基準の設定への転換を余儀なくされることとなったことが挙げられる（森川・前掲注（360）112-113頁）。より分かり易くいうと、人、財貨、資本、技術、情報が国境を越えて広汎に移動するようになると、各国は、国家管轄権の内容と機能を拡大し様々な法的な犠牲を試みるようになるため、国際法独自の調整基準の整備が必要となる（山本・前掲注（233）231、235頁）。

³⁶⁴ 森川・前掲注（360）115—116頁。

³⁶⁵ C. P. I. J. série B, n° 4, pp 23-24.

³⁶⁶ 山本・前掲注（233）217頁。

強化と関連付けて、一層明確に定められ、その侵害に対して有効に対抗できる国際法上の保護法益にもなっている³⁶⁷。

こうした二つの潮流の中で、各国とも一般利益を実現し確保するための「国際社会の構成員」として、積極的・客観的・普遍的な義務をも負うようになったのである³⁶⁸。すなわち、今日では、国家の基本権能は組織化・客観化を進めており、国際機関や国際制度の構成員としての地位・責任が一般国際法規範として優越する方向に進んでいると言われる³⁶⁹・³⁷⁰。このような現代の国際法の特徴を前提として、以下では今日のインドがどのようなポジションにあるのか、つまり、生来の意味での国家主権の優位性だけを強調する立ち位置にあるのか、見ていくこととしたい。

2 インドの立ち位置

2006年、インドはOECD租税委員会（Committee of Fiscal Affairs）のオブザーバーとしての地位を得た。2008年の世界的経済危機後のインドは、G20への積極的な参加、その他のグローバルフォーラムへの参加をとおして、税の透明性や租税条約に基づく情報交換への明確な支持者（unequivocal proponent）となった³⁷¹。かつてのインドは、外国のファンドが treaty shopping のようなツールを用いることの合法性を支持する立場であったのに対し³⁷²、現在は一般的租税回避規定（GAAR）を導入するまでに租税回避に対する意識が変わってきている³⁷³。今般の BEPS プロジェクトにおけるインドの積極的な関与は、インドが国際租税法のルール設定過程から長い間阻害され、これまで十分に意見を反映させることができなかつたフラストレーションと今後の起草役への強い意欲の表れといわれている³⁷⁴。このようにインドは、国際租税の領域においても、その発言力・存在感を高めるとともに、租税条約等を利用したアグレッシブな租税回避行為に厳格に対処する体系的変化（paradigm shift）を成し遂げる段階にまできている³⁷⁵。

³⁶⁷ 山本・前掲注（233）217－219頁。

³⁶⁸ 山本・前掲注（233）217－219頁。森川・前掲注（360）133頁。勿論、国内管轄事項の概念内容や機能は、それが問題となる機能領域ごとに異なっているため、それぞれの領域ごとの緻密な実証を通じて、さらに明確化されなければならない課題といえる。

³⁶⁹ 山本・前掲注（233）32、209頁。現代の国際法の特徴として、各国が多数国間の国際制度をつくり、その共通目的を実現するために、構成員としての社会的義務と責任（行動基準、code of conduct）を負うことが挙げられる（大谷良雄「国際社会の共通利益概念について－試論－」大谷良雄編著『共通利益概念と国際法』22－23頁（1993））。

³⁷⁰ また、「現代国際社会においては、公法の立法管轄の競合の可能性を認める方向に国際法は進化し、国家の法意識もこれに連動して変化してきている」という。詳細は、奥脇直也「国家管轄権の基盤と機能変化」山本草二古稀『国家管轄権－国際法と国内法－』4頁以下（1998）参照。

³⁷¹ Aseem Chawla, *supra* note (176)p.973.

³⁷² Union of India v. Azadi Bachao Andolan (2003) 263 ITR 706. 本件最高裁は、treaty shopping の合法性を支持している。

³⁷³ Aseem Chawla, *supra* note (176)p.973. インドの GAAR については、青山・前掲注（18）52－59頁。

³⁷⁴ 青山・前掲注（323）444頁。

³⁷⁵ Aseem Chawla, *supra* note (176) pp.963, 973, 975. Aseem Chawla は、近年のインド

さて、第1章第3節では、義務・拘束的仲裁を導入することにより、仲裁に付託されることを回避するために、相互協議の段階で、意に反する内容での合意につながる旨の懸念をインド当局が示していることを紹介した。繰り返しになるが、仲裁の目的は、完全な二重課税の排除はもとより、仲裁条項を導入することで相互協議を促進させ、迅速に事案を解決することにある。相互協議において「意に反する内容での合意につながる」ことは、衡平な解決 (equitable solution) を目指し、妥協 (compromise) しつつも二重課税の排除を目指す相互協議が、当然に想定しているところでもある³⁷⁶。したがって、こうした仲裁反対論に対しては、仲裁及び相互協議の性格を正確に理解させる努力が必要であろう。

だがしかし、こうした反対論は、単に相互協議及び仲裁の趣旨・目的そのものに対する理解が十分でないことのみ起因するのであろうか。問題はそれほど単純ではないと思われる。衡平な解決を目指す妥協の精神の醸成には、今日の国際社会の一員としての自覚がその根底に求められているのではなかろうか。インドが国際課税の領域において、自国の課税権を強く主張すればするほど、国際社会の一員としての地位や責任を問われることを自覚する必要があるだろう³⁷⁷。それでは、インドはどの程度、自覚しているのであろうか。

この点に焦点を当てて、インドにおける移転価格課税に係る判決を注意深く見てみると、興味深いことに、国際社会の一員としての自覚を司法府が執行当局に問うている局面を随所に確認することができる。これは、司法府が独立企業原則の解釈に当たって、OECD 移転価格ガイドライン等との整合性を追求するという姿勢から間接的に説明できよう。一方、司法府の姿勢が直接的かつ明確に表れているのが、ロケーションセービングの帰属について争われた Watson Pharma 事件³⁷⁸ではなかろうか。ムンバイ租税裁判所は、国連移転価格マニュアル³⁷⁹の第10章は、各国税務当局が一方的に独自の見解を示したものに過ぎず、コンセンサスを得たものではない旨を指摘した。その上で、BEPS プロジェクトの行動8（移転価格税制における無形資産の取扱い）で支持されているポジションについては、G20 加盟国がそれに同意を示しているところ、インドも G20 国の一員であることを考慮すると、国連マニュアル10章の見解に依拠するのは適切でない旨を述べている³⁸⁰。

は、単にイニシアチブをとるだけでなく、同時に積極的な協力関係を追求するものでもあるという。

³⁷⁶ Roland Ismer, *supra* note (45) para.7, p.1781

³⁷⁷ そもそも、主権国家が、想定される共同体内で「アクターとしての正当性」と「行為の正当性」を追求するのは、主権国家の社会的性質に起因するものでもある。詳細は、岩田将幸「多国間主義における正当性の問題」国際政治 171 号頁 (2013)。

³⁷⁸ Watson Pharma (P.) Ltd. v. Deputy Commissioner of Income-tax [2015] 54 taxmann.com 88 (Mumbai - Trib.).

³⁷⁹ United Nations “Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries” (2012). 国連移転価格マニュアルについては、青山慶二「国連モデル条約に基づく2012年移転価格マニュアルについて」租税研究 765号 275-296頁 (2013) に詳しい。

³⁸⁰ 原文は次のとおり。“Chapter 10 is different from other chapters in its conception, however. It represents an outline of particular country administrative practices as

厳密には、当該ムンバイ租税裁判所の判決は、OECD/G20によるBEPS最終報告書が公表される直前に下されたものであるが、BEPSプロジェクトにインドがコミットして議論に参画してきたことに重きを置いた判決といえよう。OECD及びG20国が一丸となって取組んでいるBEPSプロジェクトにおけるコンセンサスと、税務当局が一方的に見解を示した国連移転価格マニュアル第10章とが対峙する中で、インドがいずれに従うべきか明らかにしたものと理解できる。

以上をまとめると、国家の基本権能が組織化を進める中で、インドの司法府は、インドが国際機関の構成員としての地位や責任、義務を負っていることを既に自覚している。残された課題は、司法府が、立法府や行政府との間で如何に認識を共有するかであろう。

第4章 経済的負担に対する懸念

モデル租税条約の策定は、1920年代の国際連盟にまで遡るのに対し、通商領域における国際機関としてWTOが設立されたのは1995年のことである。それにもかかわらず、国際的な紛争解決手続に関しては、通商領域の方が猛スピードで議論が進展し、今日では広く利用されている³⁸¹。第1章第3節で述べたとおり、インド当局は、費用負担への懸念を理由として仲裁の導入に強く反対している。以下では通商領域における仲裁手続を概観することによって、その主張の合理性を検証することとしたい。

第1節 投資家と国との紛争解決

1 ISDS 概要

「投資家と国との間の紛争解決手続」(Investor-State Dispute Settlement (以下「ISDS」という。))とは、投資協定³⁸²において規定される手続で、投資家と投資受入国との間で投資紛争が起きた場合、投資家が当該投資紛争について国際仲裁を通じて解決するものである。投資家は、投資受入国の司法手続により解決するか、或いは、ISDS手続に付託するかを選択することができる。後者を利用した場合、仲裁人が、投資受入国の協定違反及び投資家の損害を認めたときは、投資受入国に対して損害賠償の支払が命じられることになる³⁸³。

described in some detail by representatives from those countries, and it was not considered feasible or appropriate to seek a consensus on how such country practices were described. Chapter 10 should be read with that difference in mind (para.69). In fact in Action 8: Guidance on Transfer Pricing Aspects of Intangibles issued by OECD and G20 states that where "... G20 countries have also give their concurrence to this position and India is part of G20 countries" (para.70).

³⁸¹ 通商の紛争を分析し、租税における国家間の法的解決手続整備の必要性を指摘した先行研究として、浅妻章如「通商法と国際租税法」金子宏編『租税法の発展』776頁以下(有斐閣、2010)。

³⁸² 投資協定とは、国家間の条約で、他方当事国での自国投資家及びその財産の保護や、当事国相互間の投資自由化等を約する国際条約である(小寺彰「投資協定の現代的意義—仲裁による機能強化」小寺彰編『国際投資協定—仲裁による法的保護—』3頁(三省堂、2010))。

³⁸³ 仲裁裁判所は、3名の仲裁人(紛争当事者である投資受入国及び投資家が1名ずつ任命

図表7 ISDSの利用状況

国別被提訴件数

順位	被提訴国・地域	1987-2014	2015	累計
1	アルゼンチン	56	3	59
2	ベネズエラ	36	0	36
3	チェコ	30	3	33
4	スペイン	14	15	29
5	エジプト	25	1	26
6	カナダ	23	2	25
7	メキシコ	21	2	23
8	エクアドル	21	1	22
9	ロシア	14	7	21
10	ポーランド	20	0	20
11	ウクライナ	16	3	19
12	インド	16	1	17
	その他	334	32	366
	合計	626	70	696

国別提訴件数

順位	提訴国・地域	1987-2014	2015	累計
1	米国	135	3	138
2	オランダ	71	9	80
3	英国	49	10	59
4	ドイツ	42	9	51
5	カナダ	36	3	39
6	フランス	34	4	38
7	スペイン	31	3	34
8	ルクセンブルク	22	9	31
9	イタリア	28	2	30
10	スイス	22	1	23
11	トルコ	18	1	19
12	キプロス	16	2	18
	その他	122	14	136
	合計	626	70	696

(出典) UNCTAD, “Recent Developments in Investor-States Dispute Settlement (ISDS)” IIA, Issue Note, No.2,p.3(2016)を基に作成。

ISDSに関する最近の議論では、仲裁に要する費用、仲裁人同士が馴れ合ういわゆる仲裁人クラブ (so called “club” of advocates) の出現、仲裁のプロセスやその不透明性に焦点が当てられており³⁸⁴、インドをはじめとして³⁸⁵、途上国全般からの不満が相次いでいる³⁸⁶。1987年以降におけるISDSの利用状況を示したものが図表7である。被提訴国の過半数を法制度が未整備である途上国が占めており、インドは第12位につけている。他方、ISDSのメインユーザーである投資家の所在地国の80%以上が先進国である。そして、2015年までに判断が下された事件のうち、被提訴国が勝訴した事件は36%に過ぎない³⁸⁷。インドが租税条約上の仲裁手続に強い反対を示す

し、第三の仲裁人は紛争当事者間の合意又は二名の仲裁人の合意により任命される。仲裁裁判所の裁定は仲裁人の多数決で決定され、投資協定に基づく国際仲裁に「上訴」の仕組みはない。分かりやすい資料として、外務省「国家と投資家間の紛争解決 (ISDS) 手続の概要」(2016)。<http://www.mofa.go.jp/mofaj/files/000089854.pdf> (最終アクセス 2017年3月12日)。ISDSの歴史を含むより詳細については、小寺・前掲注(382)2頁以下参照。

³⁸⁴ Michael Lennard, *supra* note (128)pp.441-442.

³⁸⁵ 最近のインドは、投資協定に基づく国際仲裁手続について、「何故、世界の特定のセンターが世界全体の紛争解決機関となり得るのか。」「何故、queen council barristerのみが仲裁に関与し続けているのか」と疑問を呈し始めている。See, “Indian Minister Questions International Arbitration System” BBC MONITORING SOUTH ASIA, Aug. 28 2016(2016).

³⁸⁶ その背景には、ISDSは、力の弱い投資受入国のみならず、ある程度の力を持つ途上国にさえ不利に働く性格を内在していることがあるという。See, *Ibid.*, p.442.

³⁸⁷ UNCTAD, “Recent Developments in Investor-States Dispute Settlement (ISDS)” IIA, Issue Note, No.2,pp.7, 40-45(2016).ちなみに、現在、日本が被提訴国となっている事案は存在しないが、日本の投資家が提訴している事案は1件 (JGC Corporation v. Kingdom of

背景には、結局のところ、ISDSにおける被提訴国として味わってきた苦い経験が影響していると思慮される。

2 Cairn Energy 事件

課税の取扱いは、各国にとって重要事項であり、租税政策を制約することを避けるために、投資協定上は例外規定を設けてカーブアウト（適用対象外）とするのが一般的となっている³⁸⁸。日本が締結した投資協定も課税問題についてはISDSの対象外としているが³⁸⁹、諸外国の投資協定の中には、これを対象外としていないものもあり、ISDSには租税に関する紛争も少なからず持ち込まれている。

図表7に目を戻すと、2015年にインド政府が提訴された事件が1件あることに気付くであろう。興味深いことに、本件は租税に関する事件である。石油やガスの発掘を行うイギリスのCairn Energy PLCは、インドの税務当局から更正処分を受け、英印投資協定に基づきISDS手続に事案を付託した³⁹⁰。Cairn Energy PLCは、当該更正処分は、法律改正前に行った取引であるにもかかわらず、改正後の法律を遡及適用した違法な処分であるとして1.6百万ドルとその加算税相当額の取消しを求めている³⁹¹。税法の遡及適用を巡っては、Vodafone事件後の国内外からの強い批判を受けて、インドの財務大臣が、遡及適用は行わない旨を宣言するに至った³⁹²。そうだとすると、

Spain (ICSID Case No. ARB/15/27)) がある。

³⁸⁸ 詳細は、本田光弘「国際投資協定と課税—来料加工取引事件（東京高裁平成23年8月30日判決）を素材として—」筑波ロー・ジャーナル15号68頁以下（2013）、中谷栄一郎＝田中良「国際経済法と国際租税法の交錯」『現代租税法講座 第4巻 国際課税』419頁以下（日本評論社、2017）、古賀敬作「租税法と隣接法学—投資関連協定との関係—」大阪経済大論集66巻2号183頁（2015）参照。また、例外規定を設ける理由としては、「国際経済法と国際租税法は、各々異なる目的・経緯の下で独立に体系を発展させてきたため、両者の統合・調和は容易ではない」ことも挙げられる（藤谷武史「国際租税法における規範形成の動態—国際的フェアラムの変容と国内法体系への影響—」中里実ほか編著『クロスボーダー取引課税のフロンティア』57頁（有斐閣、2014））。

³⁸⁹ 2011年8月に発効した日印包括的経済連携協定（EPA）の中にも、ISDS手続は規定されているが、課税措置及び租税条約については適用対象外とされている（日本国とインド共和国との間の包括的経済連携協定 第10条）。例外規定の詳細は、川瀬剛志「例外規定—類型と解釈の多様性—」小寺彰編『国際投資協定—仲裁による法的保護—』156-174頁（三省堂、2010）。

³⁹⁰ Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of India for the Promotion and Protection of Investments, Art. 9. [entered into force on 6 January 1995]

³⁹¹ Cairn Energy PLC v. India(UNCITAIL). 事実関係は、2015年3月10日付プレスリリース参照。“Cairn Energy PLC (“Claim”) Indian Tax Dispute” available at http://files.the-group.net/library/cairnenergy/news_pdf/100315_India_Statement1.pdf (last visited Mar. 27, 2017) .

³⁹² 2012年の最高裁判決（Vodafone International Holding B.V. v. Union of India [2012] 17taxmann.com202(SC)）は、間接株式譲渡課税について納税者勝訴の判決を下したが、その後、政府は法改正を行い、間接株式譲渡課税を遡及適用することとし、国内外から強い批判にさらされた。Vodafoneは改めて遡及適用に関して争い、またもや高裁にて勝訴判決を勝ち取った（Vodafone West Ltd. V. Asstt. CIT [2013]33taxman.com.67(Gujarat)）背景がある。See, Maneet Puri & Dipen Mittal, “Battlefield Vodafone v. Income-tax Deptt.” [2015] 59taxmann.com 241(Article) (2015).

本件更正処分については、インドの国内救済手続によって十分に救済され得ることが想定され、敢えて ISDS を利用する必要性が乏しいと考えられるところ、何故、Cairn Energy PLC は ISDS を利用したのであろうか。

Cairn Energy PLC がその投資家向けに行った説明によると、英印投資協定の下での ISDS による保護は極めて明確 (very clear) で、仲裁人にはインド政府の者が指名されることがなく、公正な取扱い (equitable treatment) が期待できるという³⁹³。そして、仮に ISDS で勝訴した場合は、当該決定はインド国内法により強制されるため、何ら問題が残らないという³⁹⁴。こうした Cairn Energy PLC の判断をみる限り、透明性、公正性、国内における執行の確実性の観点から、ISDS は投資家にとって魅力的な選択肢として機能している様子がうかがえる。

第2節 経済的負担にまつわる問題

1 仲裁コストの実態

繰り返しになるが、インドは仲裁に要する費用が膨大であることを理由に、義務・拘束的導入に強い反対の意を示している。かつては、仲裁の方が国内争訟よりも費用が小さく済むといわれていた時代もあったが³⁹⁵、実際のところ、どの程度の費用がかかるのであろうか。租税条約に基づく仲裁に関して公表されたデータは見当たらないが、近年、ISDS の利用が普及するにつれて、ISDS に要する費用の実態が明らかになりつつある。租税条約に基づく義務・拘束的仲裁手続と投資協定に基づく ISDS との間に違いがあることは否めないが、両制度において扱う事件の複雑性という点で両者を比較する意義を認める見解もあるところ³⁹⁶、ISDS に要する費用の相場観を把握することは有益と思われる。

ISDS に要する費用が高すぎることは、予てから漠然と認識されていたが³⁹⁷、2012年、OECD は ISDS に要する費用に関するリサーチを実施した。それによると、1 事件当たりの平均費用は 8 百万ドル超で、30 百万ドルを超える事案も存在したという³⁹⁸。興味深いことに、仲裁費用の 82% が、法律専門家や大手法律事務所への支払であっ

³⁹³ インド税務当局による更正処分については、日印投資協定に基づき国際仲裁に持ち込むこととした Cairn グループの経営幹部が投資家らと 2015 年 3 月 10 日に行った電話会議の様様を参照。“Indian tax dispute-investor conference call transcript” available at http://www.cairnenergy.com/assets/files/cms/indian_tax_dispute_investor_conference_call_transcript.pdf (last visited Mar. 24, 2017) .

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ 水野・前掲注 (55) 85 頁。

³⁹⁶ Michael Lennard, *supra* note (128)p.446.

³⁹⁷ Corporate Counsel International Arbitration Group(CCIAG)の調査によると、「仲裁コストが高すぎるか」との問いに対し、仲裁利用者の 100%が「同意する」と回答しており、そのうち 69%は「強く同意する」と回答している。特に負担となっている費用は、大量の資料作成のために外部専門家・弁護士へ支払う報酬であった。See, Lucy Read, “More on Corporate Criticism of International Arbitration” Kluwer Arbitration Blog (July 16, 2010)(2010).

³⁹⁸ OECD, “Investor-State Dispute Settlement” OECD Working Papers on International Investment 2012/03, p.19 (2012).

たという³⁹⁹。当該サーチ結果の中で特に注目すべきは、投資家のみならず、被提訴国政府にとっても、費用が大きな負担となつてのしかかっていることが明らかになつた点であろう⁴⁰⁰。こうした指摘を裏付けるかのように、より最近の調査によると、投資家が負担した費用の平均は 5,619,261 ドル、被提訴国政府が負担した費用の平均は 4,954,461 ドルであり⁴⁰¹、一件当たり負担額の分布は図表 8 のとおりとなっている。つまり、半数弱の事件に関して、提訴した投資家のみならず被提訴国政府も一件当たり 400 万ドル以上の負担を強いられている。

「租税条約に基づく仲裁の恩典を受けるのは、訴訟を多く抱えているインドぐらいであろう」⁴⁰²との見方があるが、果たしてこれは適当な見解であろうか。少なくとも ISDS の場合、被提訴国の大半を占める途上国は、国際的仲裁についての経験が乏しい上に、組織内で仲裁に対応できる人材が不足しており、自らの組織だけでは到底、大規模な投資家たる多国籍企業に対応する能力もない⁴⁰³。結果として、外部の専門家に高額な報酬の支払を余儀なくされている⁴⁰⁴。

こうした状況は、ISDS に限らず租税条約に基づく仲裁についても当てはまるだろう。とりわけ、インドをはじめとする途上国の場合、国内争訟に要する費用は、先進国よりも低い傾向にあるため、途上国にとっての仲裁は、先進国と比較して相対的に負担が重いといえる⁴⁰⁵。租税条約に基づく相互協議を延々と継続する方が、仲裁に付託するよりも安価に抑えられることは確かかもしれない⁴⁰⁶。日本をはじめとする先進国は、ISDS において被提訴国となる経験が乏しいため⁴⁰⁷、途上国の費用に対する懸念を理解し難いかもしれないが、途上国はそれを自らの経験として痛感しているので

³⁹⁹ *Ibid.*, pp.19-20. そして、残る 16%が仲裁人へのフィーで、2%が事務局への支払であった。

⁴⁰⁰ *Ibid.*, pp.20-24.

⁴⁰¹ Jeffery P., “How Much Does an ICSID Arbitration Cost? A Snapshot of the Last Five Years” *Kluwer Arbitration Blog* (Feb. 29,2016) (2016). FY2011 から FY2015 までの間に解決した事件は 138 件であり、そのうち仲裁決定が下された 93 件（仲裁が中止、或いは和解となった事案 45 件を除く）を調査対象としている。ただし、93 件のうちデータを入手できなかったものがあるため、最終的には、投資家 55 件と被提訴国 56 件が対象となっている。

⁴⁰² Jasmin Kollmann & Laura Turcan, *supra* note (238)p.71.

⁴⁰³ OECD, *supra* note (398) pp.23-24.

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ Carlos. Protto, “Mutual Agreement Procedures in Tax Treaties: Problems and Needs in Developing Countries and Countries in Transition” *INTERTAX*, Vol.42, p.181 (2014).

⁴⁰⁶ *Ibid.* 納税者の立場からすると、必ずしもこの見解は妥当でないかもしれない。相互協議が延々と継続することにより、会計事務所に多額の報酬を支払わなければならないためである。

⁴⁰⁷ 過去に日本は、WTO の紛争解決手続ではあるが、酒税に関するガット違反とされた「日本の酒税事件」(Japan-Taxes on Alcoholic Beverages, Panel Report, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11R; Appellant Body Report, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R (Oct. 4. 1996)) があるものの、WTO 発足後は主に申立てる側に回るなど積極的な態度で臨んでいる(小寺彰『WTO 体制の法構造』29 頁(東京大学出版会、2000))。

あろう。現在の ISDS に関しては、結局のところ「富めるものが勝つ」⁴⁰⁸とまでいわれている。それでは、こうした途上国の懸念を払拭する方法はあるのであろうか。

2016 年 11 月に公表された BEPS 防止措置多国間協定のテキストとその解説文書を見ると、仲裁人に支払うフィーや関連する諸費用については、両当事国の間でその負担関係を決定できるとし⁴⁰⁹、柔軟性をもたせた記載ぶりとなっている。しかしながら、BEPS 防止措置多国間協定で想定されているのは、仲裁に直接要する費用（仲裁人への報酬、旅費、通信費等）に過ぎない。先述のとおり、費用の 8 割以上が外部専門家への委託費用等の支払であって、途上国の懸念を払拭するには焼け石に水である。これを踏まえると、税務当局内部に仲裁に対応できる人材の育成が一助となろうが、そのためには、当然に費用も時間もかかる。インドを含む途上国は、義務・拘束的仲裁に強く反対する理由として資金不足を挙げているが、その根底には人的リソース不足という深刻な問題を抱えていることを見逃してはならないだろう⁴¹⁰。

2 人材育成の課題

ここでは、実際に事案が仲裁に付託された場合について、より具体的な場面を想定してみることにしたい。そもそも、仲裁に付託される場合には、その前段階として権限ある当局間による相互協議を経ている必要がある。途上国の場合、人材不足や経験不足のために、相互協議の段階から事案の分析に着手するのが遅れがちとなり、十分に準備ができていないこともあり得るだろう⁴¹¹。そうした状況であっても、事案が仲裁に付託されるや否や、当事国となった権限ある当局は、適切な事実分析に基づいて、

図表 8 ISDS に要した費用

被提訴国の負担額			提訴投資家の負担額		
1件当たり負担額	件数	構成割合	1件当たり負担額	件数	構成割合
500万ドル以上	18	32.1%	500万ドル以上	20	36.4%
400万ドル～500万ドル	8	14.3%	400万ドル～500万ドル	3	5.5%
300万ドル～400万ドル	6	10.7%	300万ドル～400万ドル	4	7.3%
200万ドル～300万ドル	2	3.6%	200万ドル～300万ドル	9	16.4%
100万ドル～200万ドル	9	16.1%	100万ドル～200万ドル	10	18.2%
100万ドル未満	13	23.2%	100万ドル未満	9	16.4%
合計	56	100.0%	合計	55	100.0%

(出典) Jeffery P. “How Much Does an ICSID Arbitration Cost? A Snapshot of the Last Five Years” Kluwer Arbitration Blog (Feb. 29,2016) (2016).

⁴⁰⁸ OECD, *supra* note (398)p.23. 原文は次のとおり。“High costs will likely generally play to the advantage of financially stronger parties (including third party sources of funding) on either side.”

⁴⁰⁹ OECD, *supra* note (2) para.254.

⁴¹⁰ United Nations, *supra* note (87)art. 25, para. 4.

⁴¹¹ Carlos. Protto, *supra* note (405)pp.177-178. Carlos. Protto は、アルゼンチンの経済・財政省 (Ministry of Economy and Public Finances) の条約交渉責任者であり、実務に即した見解を示している。

自国の主張について、定められた期限内に説得力あるポジションペーパーとして仲裁人に提示しなければならない⁴¹²。相互協議の段階から既に出遅れた状況にあり、厳しい予算の制約の下で人材不足に悩む発展途上国が、こうした手続を的確に行うことができるのかについて不安を抱くのは当然のことかもしれない。

それでは、誰がこうした状況を改善すべきであろうか。相互協議はイコールフットイングを前提とする以上、相互協議の一部として位置づけられた仲裁にも同様のことは妥当するはずである。したがって、仲裁に係る人材不足の問題は、二国間の課題として捉えるべき性格のものではなく、先進国が途上国に対して技術協力（支援）を積極的に行うことは、仲裁手続とは相容れないように思われる。そうだとすると、OECD や国連、さらには IMF をはじめとする国際機関が中心となって取り組む課題として位置づけるべきであろう⁴¹³。この点、OECD は、紛争解決を BEPS プロジェクトの射程内として位置づけており、途上国がこうした領域へのリソース配分ができるような施策を推し進めると宣言しているところ⁴¹⁴、今後の進展に期待することとしたい。

第3節 富める者は勝つ？

1 目下の懸念

ところで、「途上国が仲裁に反対する真の理由は、更正処分を取消されることによる歳入の減少にある」⁴¹⁵という指摘がある。第3章第1節で触れた米加租税条約を例にとると、超大国ともいえる米国にとっては、仲裁に付託した結果、仮に歳入を失うこととなっても、それほど深刻な問題ではないかもしれないが、移転価格税制からの歳入に依存しているカナダは、義務・拘束的仲裁条項を導入することに躊躇したという⁴¹⁶。世界の中でも裕福な国に分類されるカナダですらこうした懸念を抱いたとすれば、況や、財政難に直面し、日々貧困と向き合っているインドにとっては、一旦、懐に入った歳入を失うことには相当の抵抗があるのではなかろうか。第1章第1節の図表1が示すとおり、移転価格更正処分類は、年々貴重な歳入源となっている。

⁴¹² Jasmin Kollmann & Laura Turcan, *supra* note (238)p.31.

⁴¹³ ただし、こうした国際機関が中心となる場合の一般的な問題点として、「いずれの…国際組織が中心となっていくのか、あるいはいかなる役割分担で効果的に問題に対処していくのか、となると、現在、きわめて不透明な状況にある」（大芝亮「グローバリゼーションとグローバル・ガバナンス」『変動期における法と国際関係：一橋大学法学部創立50周年記念論文集』493頁（2001））との指摘がある。これを踏まえると、国際機関が協働して取り組む場合には、その役割及びロードマップを示すことが重要となろう。なお、Kees Van Raad は、仲裁運営資金を誰が拠出すべきかという問題について、OECD が適任であることを指摘する。理由として、OECD 非加盟国であっても、多くの租税条約について OECD モデル租税条約を見本としていることを挙げている（Kees Van Raad, *supra* note (354) p.229）。途上国は、必ずしも OECD モデル租税条約に則した条約を締結している訳ではなく、国連モデル租税条約に依拠するところも多いことから、仮に Kees Van Raad の理屈でスポンサーを決定するのであれば、国連も該当するであろう。

⁴¹⁴ Finley, Ryan, “MAP Cases with Developing Countries Pose Challenges” 149 TAX NOTES, Dec. 21, 2015, p.1471 (2015). Grace Perez-Navarro (Deputy Director of OECD’s Centre for Tax Policy and Administration) による見解である。

⁴¹⁵ Turner, Geoffrey S., *supra* note (248)p.1234.

⁴¹⁶ *Ibid.*

これまで見てきたとおり、仲裁に関する情報、人材、経験、資力等のあらゆる面でハンディキャップを抱えたインドが、一旦は確保した貴重な歳入を失う可能性の高い戦に、好き好んで出かけるであろうか。とりわけ、資力への懸念が大きいところ、国同士の力関係が、そのまま仲裁の結果に反映されることをおそれているというのが正直なところであろう。しかしながら、効率的かつ公正な紛争解決メカニズムの導入は、条約締結国間で合意した課税権の配分を実現するためには必要不可欠であって⁴¹⁷、国際コミュニティに参加した国の義務でもあり、責任でもあるといえよう。また、途上国としては、透明性のある租税環境を提供することは、多国籍企業が直接投資先を決定するにあたっての重要な判断要素であることも忘れてはならないだろう⁴¹⁸。結局のところ、目下の歳入に過度にとらわれることなく、中長期的視点で仲裁を捉え直すことが重要と思われる。

2 中長期的展望

そこで、中長期視点で今後の展望を見通すに、インドは、2022年には世界一位の人口大国となり、2050年には17億人に達すると見込まれている⁴¹⁹。国家の人口規模とGDP規模との相関関係は必然のものとして証明済である⁴²⁰。そして、歴史的に人口規模の大きな国にパワーシフトが起きてきたのであって、この傾向は今後も続くと言われている⁴²¹。こうした変化は、現在の「居住地国」対「源泉地国」という構図を前提とした国際課税原則、とりわけ独立企業原則の解釈・適用、ひいては仲裁の議論に如何なる影響をもたらすのであろうか。ここでは、租税条約に基づく仲裁手続において、商事仲裁でいうところの「富める者が勝つ」という理論が単純に当てはまるのか、若干の試論を述べることにしたい⁴²²。

既に述べたとおり、独立企業原則は、時代に合わせてそのかたちを大きく変えてきた。価格をベースとするアプローチから利益をベースとするアプローチへ、基本三法優先の原則から最適手法の原則へ、さらに今日では、評価が困難な無形資産の文脈においては、評価テクニクとしてディスカウントキャッシュフロー法（DCF法）の適用や⁴²³、かつては後知恵（hindsight）として厳しく批判されてきた所得相応制基準の導入にまで解釈に広がりを見せつつあり、各国政府はこうした動きに合わせて国内法の整備に取り組んでいる⁴²⁴。また、先述のセーフハーバーの許容にとどまらず、

⁴¹⁷ L. Turcan, *supra* note (88)para10.6.

⁴¹⁸ *Ibid.*

⁴¹⁹ United Nations, Population Division, Department of Economic and Social Affairs, “World Population Prospects: The 2015 Revision 2015” (2015). 数値は中位予測に基づく。

⁴²⁰ 大西広=金江亮『『人口大国の時代』とマルクス派最適成長論』三田学会雑誌 107 巻 3 号 445-461 頁 (2014)。

⁴²¹ 田所昌幸「パワーシフトと国家の人口規模」日本国際政治学会編『国際政治』183号「新興国台頭と国際秩序の変遷」15-30頁 (2016)。

⁴²² こうした問題意識を抱き、本稿で述べるような結論に至ったのは、早稲田大学大学院会計研究科青山慶二教授による御指導に依るところが大きい。

⁴²³ OECD/G20, “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10, 2015 Final Report” paras.6.153-6.178 (2015) .

⁴²⁴ *Ibid.*, paras. 6.186-6.198. 日本においても、「移転価格税制についても、…BEPSプロ

BEPS 最終報告書では、低付加価値グループ内役務提供の文脈において、一定の要件を満たした場合に簡便法を認めることとされた⁴²⁵。独立企業原則は、それを取り巻く経済環境に対処するために、その解釈・適用に柔軟性を兼ね備えて常に進化を遂げている「生き物」のようなものといえよう。

義務・拘束的仲裁における仲裁人は、付託された事項の決定に当たっては、OECD 移転価格ガイドラインをも考慮する。そうだとすると、結局最後に勝つのは、その時代において国際的スタンダードとされている独立企業原則の解釈に則して、当該原則を適用している国ではなかろうか。必ずしも裕福な国に軍配が上がるわけではないだろう。ただこれは、表面的な意味での勝者に過ぎないのであって、真の勝者は誰であろうか。それは、その時代において独立企業原則に係る国際的スタンダードとなる解釈の策定に大きく寄与する者であろう。そうした議論の場に途上国を巻き込んでいく方向にあるところ、先進国からインドをはじめとする途上国にパワーシフトが生じるとすると、独立企業原則の解釈は、途上国有利に徐々に修正されていく可能性をはらんでいるのではなかろうか⁴²⁶。そうした状況において、義務・拘束的仲裁の拡充を主張するのは、他ならぬ途上国、とりわけインドであるかもしれない。今後の動向を注視する必要がある⁴²⁷。

結びに代えて

途上国の中でもとりわけインドは、近年、移転価格調査にアグレッシブに挑んでいる

プロジェクトで勧告された所得相応制基準の導入を含め、必要な見直しを検討する」（「平成 29 年度税制改正大綱」139 頁（2016 年 12 月 8 日）、「移転価格税制…については、『BEPS プロジェクト』における勧告や諸外国の制度・運用実態等を踏まえて検討を進める」（「平成 30 年度税制改正大綱」14 頁（2017 年 12 月 14 日）とされている。この点、青山慶二教授は、「BEPS プロジェクトを通じ租税回避行為対応能力の観点から独立企業原則の有効性を疑問視する声が高まる中で、所得相応制基準は、後知恵や課税当局による裁量的適用に対する適切な配慮を講じるという前提の下で、独立企業原則の域の頃をかけた最後の手法と位置付けられるのではないかと評している（青山慶二「国境を超える無形資産取引への課税問題」税研 196 号 22 頁（2017））。

⁴²⁵ *Ibid.*, paras. 7.52-7.63. 日本においても OECD 最終報告書に則した運用の方向性が示されている。国税庁「移転価格事務運営要領の制定について」（事務運営指針）（平成 30 年 2 月 16 日付査調 9-45 ほか 3 課共同）3-9、3-10 参照。

⁴²⁶ 今日、少数であるが強力な諸国家に後押しされた「特定の規範」が従来の法的な「秩序」を変えようとしており、柔軟で身軽な形式の「実効性」が質的・量的にも堅固な「制度的基盤を超えようとしているという（岩田将幸「多国間主義における正当性の問題」国際政治 171 号 39-40 頁（2013））。OECD 移転価格ガイドラインは、ここでいう「特定の規範」そのものと思われる。

⁴²⁷ 資本輸出国と資本輸入国の立場は利害が異なるため、租税政策のあり方についても、異なった主張が登場せざるを得ず、現実の租税政策はその妥協の産物として展開されるのが通例である（鶴田廣巳「多国籍企業と国際課税原則—G.C.ハウバウアーの所説を中心に—」研究叢書第 21 冊 124 頁（2000））。かかる指摘を踏まえると、OECD 加盟国の中ですらコンセンサスを得るのが難しい中、非加盟国を含めてコンセンサスを得るとなると、これまで以上に困難が予想され、また、曖昧さを残す国際スタンダードとなり得るであろう。そして、それはまた紛争の種となり、議論が延々と続くのではなかろうか。

428. 移転価格税制が軸足を置く独立企業原則は、いかようにも解釈できる柔軟性を兼ね備えているがために、本質的に二重課税を引き起こす可能性を内在している⁴²⁹。さらに、BEPS への対抗策により二重課税が生じる可能性が高まるといわれている今、義務・拘束的仲裁に対する国際的な期待値は上がる一方であろう。

相互協議の欠点は、権限ある当局に合意が義務付けられておらず、あくまで努力義務にとどまっていること、そして、未解決事案が山積みとなっていることにある。こうした欠点を補完して、現状を打開するためには、相互協議手続の一部として義務・拘束的仲裁を位置づけ、相互協議を迅速に進め、納税者に確実性を付与することは不可欠であろう。

他方で、インドにとって義務・拘束的仲裁を導入することは、それまで当然に有していた“*No*”と言える確実性を手放すことを意味し、近代的な意味における国家主権の侵害ともなり得る。本稿は、義務・拘束的仲裁の導入が必ずしも国家統治権（憲法）や生来的な意味での国家主権と抵触するものではないことを可能な限り丁寧に論証してきたつもりであるが、異論も多いところであろう。また、ISDS において被提訴国となったインドが、富める多国籍企業を相手として、コストやリソース不足といった如何ともしがたい問題を自ら経験してきたことも事実である。

仲裁に係る議論では、“*Leap of Faith*” 或いは、“*Arbitration is A New Animal in The Tax World*” といった言葉を耳にすることが少なくない⁴³⁰。これらの言葉は、「まずはやってみよう」という積極的な意味で用いられているものである。確かに、かつての米国が、ビジネス界に強く後押しされるかたちで義務・拘束的仲裁の導入に踏み切ったのと同様に、今日のモメンタムを捉えて義務・拘束的仲裁手続をインドをはじめとする途上国にまで拡充することは今後の方向性として取り得る選択肢であろう。

しかしながら、独立企業原則を巡って途上国が辿ってきた歴史やその紛争解決方法に関してインドが現在置かれた状況を考慮するならば、段階的な導入を試みることも選択肢としては十分に取り得るものと考えられる。権限ある当局に、仲裁への付託を拒否する権限を付与する、いわゆる自発的仲裁条項の採用はその最たる例であろうし、さらに一步

428 ただし、近年では他の途上国もインドに追随して移転価格課税にアグレッシブな姿勢を示している。例えば、ベトナム当局は近年、移転価格問題にプライオリティを置いており、特に市場シェアを拡大しているにもかかわらず継続的に損失を計上している法人に着目しているという (Lien Hoang, “Vietnam Tax Agency Targets Food Service, Trading Companies” 25 TRANSFER PRICING REPORT 398(2016))。インドネシア当局は、大規模法人 (Google, Apple Inc., Yahoo! Inc.等) に着目して調査を行っているという (Karlis Salna & Herdaru Purnomo, “Google Documents Show Profit Was Fiction of Indonesia Tax Bill” 25 TRANSFER PRICING REPORT 1051(2017))。

429 拙稿・前掲注 (182) 570 頁以下参照。また、独立企業原則は、本質的に解釈の余地を残したもの (leaving them open to interpretation) ともいえる。See, Raghavan, P R V., “India Transfer Pricing: A Comparative Analysis” JOURNAL OF INTERNATIONAL TAXATION Vol.25 No.3, pp.32-41(2014)。

430 例えば、イギリス内国歳入関税庁の Permanent Secretary for Tax であった David Hartnett 及び OECD の Mary Bennet (Amrit Dhillon, *supra* note(121)p.873)、国連の Michael Lennard (Michael Lennard, *supra* note(128)p.445) が挙げられる。

進めて、仲裁への付託自体は義務的とした上で、仲裁決定に対する拒否権を権限ある当局に付与するアプローチも採り得るであろう。これらのアプローチは最終目的地点ではなく、仲裁手続の発展段階の通過点に過ぎない。インドが「拒否権の発動による目下の税収確保」と「投資環境の整備による中長期的経済効果」を天秤にかけ、義務・拘束的仲裁の導入に積極的となるレベルにまで、先進国には仲裁の透明性を高める努力が求められるであろうし、仲裁の信頼度を高めることによってインドが拒否権を発動しにくくなる環境づくりを、日本をはじめとする先進国は怠ってはならないだろう。

他方で、国際コミュニティに参加する途を選択したインドは、コミュニティの一員としての責任が伴うことになることを忘れてはならない。幸い、インドにおいては、司法府にそうした自覚が芽生え始めており、司法府には強い権限が与えられている。つまり、今後、司法府が立法府及び行政府をどこまで牽引できるかにかかっているであろう。

中長期的視点で見た場合、国際的に構築された独立企業原則の解釈に沿った執行を行う国こそが仲裁の勝者となるだろう。そして、この解釈の再構築に関与する国こそが真の勝者ともいえるのではなかろうか。独立企業原則の解釈が中長期的にどのように変化し、それが義務・拘束的仲裁の導入に如何なる影響を与えるのかについて、本稿は十分な検討に至らず推測の域を脱していないため、この点については、今後の研究課題として位置づけたい。

