

論 説

移転価格課税と国外関連者寄附金課税を再考する

—独立企業間価格 vs.時価、および租税条約の解釈を中心に—

明治大学グローバル・ビジネス研究科 特任教授

池 田 義 典

◆SUMMARY◆

移転価格課税に関連して頻繁に接する論点の一つに、わが国の企業が外国子会社との間で子会社側に有利となるような取引を行った場合に、租税特別措置法 66 条の 4 の「移転価格課税」と「国外関連者寄附金課税」のどちらが適用されるかという問題がある。

国際取引は、その多くが関連者の間で行われており、そうした関連者間でやりとりされる対価が通常の価格と異なるケースは極めて多い。この問題については、従来から大きく二つの論点を中心に議論が行われてきた。第一は、上の二つの課税手法がそれぞれどのような場合に適用されるかという「適用区分」の問題であり、第二は、この二つの課税が行われた際の「効果の差異」の問題である。

第一の論点についてはこれまで結論が異なる複数の考えが示されており、さらに近時は「時価」と「独立企業間価格」の関係をどう捉えればよいかという疑問も再浮上している。第二の論点については、主要な差異は国外関連者寄附金による課税は相互協議による救済の対象とならないことであると考えられてきた。しかし、納税者が不利となるにもかかわらずこの扱いの根拠は広く理解されておらず、近年公表ベースの議論も見受けられない。

本稿は、わが国・OECD・米国・EU などの状況を概観しつつ、この“古くて新しい問題”の再考を試みるものである。

(令和 7 年 8 月 26 日税務大学校ホームページ掲載)

(税大ジャーナル編集部)

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

目 次

I	はじめに	106
II	適用の区分	108
1	1 節 設例	108
2	2 節 先行研究の概要	109
3	3 節 主要先行研究の検討	111
4	4 節 当局が公表する立場：事務運営要領および参考事例集	111
5	5 節 小括	113
III	時価と独立企業間価格	114
1	1 節 定義	114
2	2 節 時価と独立企業間価格の関係	118
3	3 節 当面の理解	126
IV	効果の差異：租税条約の規定と解釈	128
1	1 節 問題の概要	128
2	2 節 租税条約の規定	128
V	若干の検討	132
1	1 節 時価と独立企業間価格	132
2	2 節 寄附金課税の相互協議適格性—租税条約の解釈	138
3	3 節 従来の実務	140
4	4 節 わが国寄附金課税の独自性または特殊性	143
5	5 節 改善の方向性の一案	144
VI	おわりに：本稿のまとめ	145

I はじめに

移転価格課税に関連して頻繁に接する身近な論点のひとつに、わが国の企業が外国子会社との間で子会社側に有利となるような取引を行った場合に、租税特別措置法（以下「措置法」と略す場合がある。）66条の4の「**移転価格課税**」（1項・4項）と「**国外関連者寄附金課税**」（3項・4項）のどちらが適用されるかという問題がある。

国際取引はその多くが関連者間で行われており、そうした関連者間でやりとりされる対価が（通常の価格）—それは「時価」である場合と「独立企業^①間価格」である場合がある—とは異なるケースも巷にあふれている。

この問題については、従来から大きく二つの論点を中心に議論が行われてきた。

第一は、上の二つの課税手法がそれぞれどのような場合に適用されるかという「適用区分」の問題であり、第二は、この二つの課税が行われた際の「効果の差異」の問題である。

① 本稿では「企業」の用語に自然人も含めて使用する。

第一の論点についてはこれまで結論が異なる(はずである)複数の考えが示されてきており、最近も井上康一弁護士が卓越した考察^②を公表されている。また、こうした考察を契機に「時価」と「独立企業間価格」の関係をどう捉えればよいかという疑問も再浮上している。

一方、第二の論点については、主要な差異は国外関連者寄附金による課税(以下「寄附金課税」と略す場合がある。)は相互協議による救済の対象とならないことであると考えられてきた。しかし、納税者が不利となるにもかかわらずこの扱いの根拠は広く理解されておらず、近年公表ベースの議論も見受けられない。

今回は、この古くて新しい問題を再考してみたい^③。

本稿は、わが国・OECD・米国・EUなどの状況を概観し、結論として概要以下の三点を述べる。

- (1) 第一の論点について、①適用区分、②時価と独立企業間価格の差異の双方で、措置法66条の4の規定を精緻にみていくと従来の実務とはやや異なる解釈に達するが、その「正しい」解釈に基づいた実務の徹底を試みると、納税者・当局ともにデメリットのみが生じるように思われること。
- (2) 第二の論点について、他国では通常移転価格課税が行われる国外関連取引に対して、わが国だけが寄附金課税を先行し、かつ一律に相互協議による救済の可能性を否定する立場をとる場合には、仮に租税条約および国内法の解釈としては正当であっても国際的に難しい立場に置かれる懸念があること。
- (3) (1)・(2)を併せて、こうした状況を根本的に改善するためには国内法の小規模な改正が望ましいと考えること。

なお、文中、意見にわたる部分については個人的な見解であり、筆者が過去に所属したまたは現在所属する組織の見解とは何ら関係がないことをあらかじめお断りしたい。

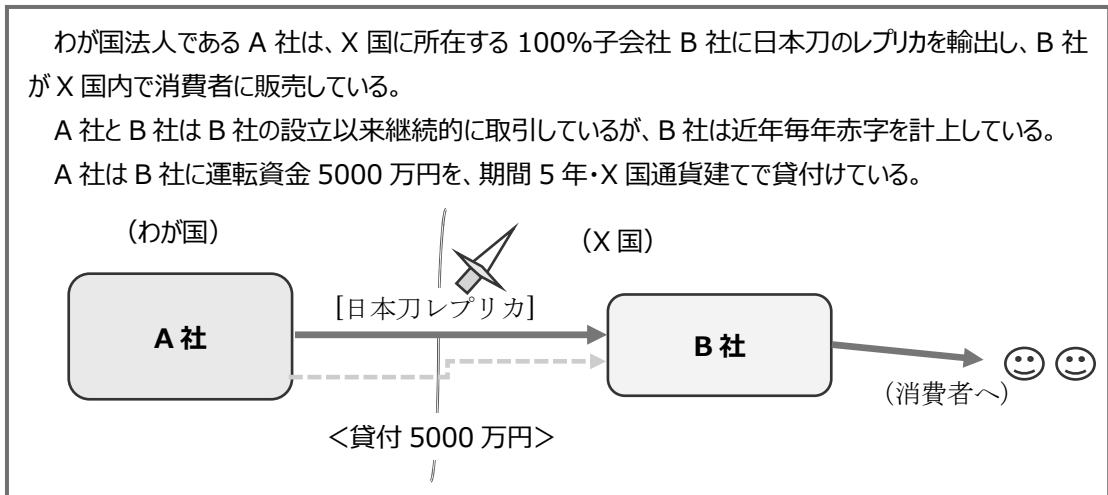
^② 井上康一「移転価格課税についての素朴な疑問 3～5 国税庁は移転価格課税と寄付金課税をどのよう
に区別しているか(1)～(3)」国際税務 42 巻 1 号 (2022) 46 頁、42 巻 2 号 (2022) 48 頁、42 巻 3 号
(2022) 3 号 41 頁。

^③ 本稿は2024年9月14日開催の国際取引法学会金融税制部会における筆者の報告を基礎としており、
この機会に、今村隆先生・大野雅人先生ほかの参加者の皆様からの貴重なアドバイスに改めて感謝申し
上げたい。

II 適用の区分

1 節 設例

議論のイメージをつかんでいただくために、ここで簡単な設例を示しておきたい。なお、本稿中の太字および下線による強調はすべて筆者によるものである。



本章で扱うのは、ある事業年度に次の[1]から[5]の取引が発生した場合に、わが国法人 A 社は、移転価格課税を受けるのかそれとも寄附金課税を受けるのか、あるいは両方なのか、という問題である。

【設例 1】

A 社は B 社にこの商品を、[1]無償で譲渡（輸出）した、[2]6 万円で譲渡（輸出）した。

- ・ A 社は同じ商品を X 国の非関連者である販社 α 社に 8 万円で譲渡（輸出）している。
- ・ B 社は A 社から購入した商品を X 国内で消費者に 10 万円で販売している。

【設例 2】

A 社は B 社への貸付（5000 万円）について、[3]対価（利子）を全く収受しなかった、[4]年利 2.0 %の利子を収受した。

- ・ B 社が同額・同期間で X 国通貨を現地の銀行から借入れる場合の金利は 5 %である。

【設例 3】

A 社は、B 社への[5]貸付金 5000 万円の全額を債権放棄した。

なお、設例 1～3 の[1]から[5]すべてのケースで、A 社は「贈与や寄附をしたつもりはない」と主張している。

それぞれの考える理由付けについては 2 節以降を参照していただきたいが、あらかじめ筆者の私見で〈現在の実務の状況〉を紹介しておく、概要以下になる。

- 1 まず、[1]・[3]・[5]の対価を受受しない無償取引については寄附金課税が、[2]・[4]の有償であるが対価が不十分な取引については移転価格課税が行われる可能性が高い。
- 総じて、対象となる棚卸資産の譲渡（または役務提供）の取引が、「継続して」行われかつ「有償」である場合には移転価格税制が適用され、債権放棄等の「単発」で「無償」の取引である場合には寄附金課税が適用される傾向が強い。
- また、どちらの課税であっても基準となる通常または適正な価格（金利）は、設例1では8万円となり、設例2では5%となる。
- 2 しかし、当局によるA社からB社への「利益供与の意図」の認定しだいで、[1]・[3]の無償取引についても、蓋然性が $[1] > [3]$ の順で移転価格課税が行われる可能性があり、また、[2]・[4]の有償の取引についても、利益供与であることが状況から明白な場合には $[4] > [2]$ の順で例外的に寄附金課税が行われる可能性がある。

このように実務上の適用区分については、**i) 継続取引か単発の取引か、ii) 有償取引か無償取引か、iii) 利益供与（＝贈与）の意図が認定できるか、**という主に三つの条件が、根拠もそれぞれのウエイト付けも不明瞭かつ一貫性のない状況で適用されている。

こうした安定性に欠ける運用となっている要因には、これらのうち特に、**ii) の無償取引であること、iii) の利益供与の意図があること**が寄附金課税の要件＝必要条件であるかについて、調査担当者などの間でも理解が統一されていない状況があるように思われる。

2節 先行研究の概要

筆者の理解の及ぶ範囲では、従来の主要な見解は、概要以下の四説に分類できる。

(1) 有償・無償基準説：有償取引・無償取引（＝対価の收受の有無）を基準とする説⁽⁴⁾

有償取引には移転価格課税、無償取引には寄附金課税が行われるとするもので、措置法66条の4第3項が法人税法37条の7項のみを引用し、低額譲渡を特記して扱う同条8項を引用していないこと、1項は「支払を受ける対価の額」「支払う対価の額」など対価がある場合を前提とした書きぶりとなっていることなどを根拠とする。

(2) 贈与意思基準説：贈与（無償契約）の意思の有無を基準とする説⁽⁵⁾

寄附金課税を民法上の贈与＝無償契約がある場合に限定するものであり、したがって、寄附金課税が行われるのは、無償であり、かつ主観的な意図が確認できる場合のみとなる。

⁽⁴⁾ 山川博樹『我が国における移転価格税制の執行-理論と実務-』（1996）191頁、伊藤雄二「無償取引と移転価格税制-無償取引を巡る移転価格税制と寄附金規定の関係について-」税大ジャーナル2号（2005）68頁、伊藤雄二=萩谷忠『Q&A 移転価格税制のグレーゾーンと実務対応』（2012）134頁など。

⁽⁵⁾ 遠藤克博「移転価格税制と寄附金課税」税大論叢33号（1999）175頁、遠藤克博「移転価格税制と寄附金課税 法令解釈の理論と新聞報道事例の事実認定」租税研究776号（2014）178頁、藤枝純=角田伸広『移転価格税制の実務詳解（第2版）』（2020）235頁、羽床正秀=水野時孝『令和3年度版 移転価格税制コンパクトガイド』（2021）214頁、平成19年3月30日国税不服審判所裁決など。

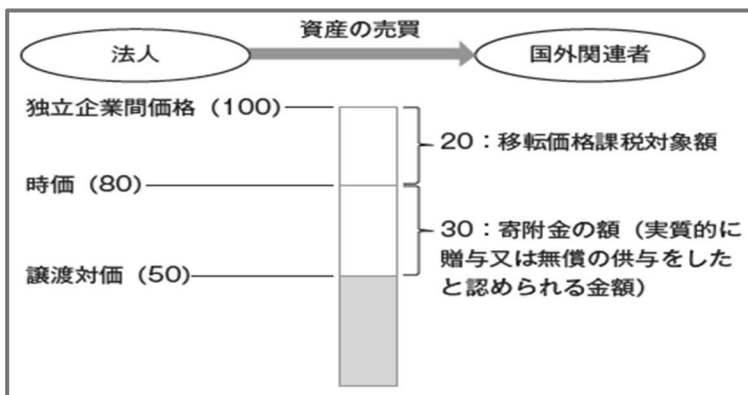
(3) 経済的贈与基準説 (意思不要説＝通説) : 経済的 (実質的) に贈与と同視しうるかを基準とする説⁽⁶⁾

寄附金には、民法上の贈与に限らず経済的にみて贈与と同視しうる資産の譲渡又は利益の供与も含まれると解し、「①対価が時価よりも低額であり、かつ、②通常の経済取引としては認できる合理的な理由が存在しない」ことを基準とするものである。

(4) 二段階説 (井上説) : (3)説をとりつつ、「時価」と「独立企業間価格」は異なるものであることを強調する説⁽⁷⁾

この結果、実際の取引価格との開差が、①時価 \geq 独立企業間価格であれば (措置法 66 条の 4 第 4 項によって適用が先行される) 寄附金課税のみが行われ、②独立企業間価格 $>$ 時価である場合には、i)取引価格と時価との差額部分に先行して寄附金課税が行われ、さらに ii)独立企業間価格と時価との差額に対して移転価格課税が二段階で行われる。

◇寄附金課税と移転価格課税の適用区分に関する二段階説-独立企業間価格が時価を上回る場合



< 出典 : 井上 国際税務 42 卷 1 号～3 号 (2022) に掲載の【図 3】⁽⁸⁾>

⁽⁶⁾ 金子宏『租税法 (第 24 版)』(2023) 418-419 頁、東京高判平成 22 年 3 月 25 日税資 260 号 11405 順号、東京地判平成 26 年 1 月 24 日判時 2247 号 7 頁ほか。

⁽⁷⁾ 井上・前掲注(2)の各論説参照。

⁽⁸⁾ 同上 42 卷 1 号 59 頁、2 号 55 頁、3 号 74 頁。

3節 主要先行研究の検討

(1) 有償・無償基準説

国外関連者寄附金課税は無償取引に限定されるという考え方については、措置法 66 条の 4 が引用している法人税法 37 条 7 項および同項と 8 項の関係について、①8 項の立法経緯（旧基通 77 を法律化したものである）、②8 項は 7 項について疑義が生じうる典型例を確認的に規定したものと考えられること（創設規定と解すると高額譲受などの対応に困難が生じる、規定ぶりも「ものとする」とされている）、③8 項の金額は「前項の...額に含まれる」と解されている（8 項は 7 項の一部をなす）、などの指摘を行うことができる。なお、無償取引から有償取引へは 1 円の対価を支払うことで転換できる。

(2) 贈与意思基準説

次の経済的贈与基準説（(3)説）のとおり、措置法 66 条の 4 第 3 項が引用する法人税法 37 条に関して、寄附金の適用に利益供与の「意思」は必要でないとする解釈が国内取引に関する裁判例ですでに確定しており、通説もこれを支持していることが難点のように思われる。

ただし、私見かつ立法論としては、国外関連取引に対する寄附金課税はこの程度の利益供与と目的が明確な範囲に限定することが国際的な観点からは望ましいかもしれない。

(3) 経済的贈与基準説

国内取引について裁判例かつ通説（金子『租税法（24 版）』418 頁）といえる。措置法 66 条の 4 第 3 項・第 4 項は寄附金について国内法＝法人税法をそのまま引用する形をとっていることから、措置法 66 条の 4 の解釈としても最も適切であると考えざるを得ない。

(4) 二段階説

寄附金該当性の判断については(3)説＝通説をとっており、後述のとおり「時価」と「独立企業間価格」は異なりうるため、厳密に考えればそのとおりであると思われる。

一方で、実務上は、国外関連取引に課税を行う際に、移転価格課税であっても寄附金課税であっても「時価」と「独立企業間価格」の差異はほぼ考慮されていない。

4節 当局が公表する立場：事務運営要領および参考事例集

それでは本件に関して当局はどのような立場をとっているのか、公表資料を確認する。

(1) 移転価格事務運営要領 3-20

「国外関連者に対する寄附金」と題された移転価格事務運営要領 3-20 の内容は以下のとおりである。

3-20 (国外関連者に対する寄附金)

調査において、次に掲げるような事実が認められた場合には、措置法第 66 条の 4 第 3 項の規定（筆者注：寄附金課税）の適用があることに留意する。

イ 法人が国外関連者に対して資産の販売、金銭の貸付け、役務の提供その他の取引（以下「資産の販売等」という。）を行い、かつ、当該資産の販売等に係る**収益の計上を行っていない場合**において、当該資産の販売等が金銭その他の資産又は経済的な利益の贈与又は無償の供与に該当するとき

ロ 法人が国外関連者から資産の販売等に係る**対価の支払を受ける場合**において、当該法人が当該国外関連者から支払を受けるべき金額のうち当該国外関連者に実質的に資産の贈与又は経済的な利益の無償の供与をしたと認められる金額があるとき

ハ 法人が国外関連者に資産の販売等に係る**対価の支払を行う場合**において、当該法人が当該国外関連者に支払う金額のうち当該国外関連者に金銭その他の資産又は経済的な利益の贈与又は無償の供与をしたと認められる金額があるとき

(注) 法人が国外関連者に対して財政上の支援等を行う目的で国外関連取引に係る取引価格の設定、変更等を行っている場合において、当該支援等に基本通達 9-4-2 の相当な理由があるときは、措置法第 66 条の 4 第 3 項の規定の適用がないことに留意する。

この通達は要するに、イ 無償取引・ロ 対価の低額受領・ハ 対価の高額支払いのそれぞれのケースで、法人税法 37 条の「金銭その他の資産又は経済的な利益の贈与又は無償の供与」の表現をそのまま繰り返して、そうした事実が認められれば寄附金課税が行われると述べるだけのものである。

したがってほぼ具体的な判断の助けにはならない。しかし逆に当局は、①措置法 66 条の 4 第 3 項の適用においても寄附金該当性の判断は完全に法人税法 37 条の解釈に係る通説に従うこと、②有償の低額譲渡であっても寄附金課税が行われうること、③贈与の主観的意図が立証されなくても寄附金課税が行われうること⁽⁹⁾、を対外的に明らかにしていることになる。

(2) 「参考事例集」の事例 28

同事務運営要領の別冊とされる『移転価格税制の適用にあたっての参考事例集』の「事例 28 国外関連者に対する寄附金」⁽¹⁰⁾では、同様に「金銭その他の資産又は経済的な利益の贈与又は無償の供与」に該当する事実が認められるか否かで判断することのみを述べ、(1)の同要領 3-20 とは逆に、①無償取引であっても移転価格課税を行う可能性があることを対外的に明らかにしている。

⁽⁹⁾ ロに「実質的に」の文言が入っていることから、通説である本稿で言う経済的贈与基準説をとっているものと判断される。なお、個人的には、経済的・実質的に贈与と同視されるものを包むという点はイヤハでも同様ではないかという疑問がある。

⁽¹⁰⁾ 国税庁「別冊 移転価格税制の適用にあたっての参考事例集」 <<https://www.nta.go.jp/law/jimune/hojin/010601/pdf/bessatsu.pdf>> 114-116 頁。

「移転価格税制の適用にあたっての参考事例集」 115 頁

《解説》

法人が資本等取引以外の取引を行った場合には、別段の定めがあるものを除き、資産の販売、有償又は無償による資産の譲渡又は役務の提供、無償による資産の譲受けその他の取引に係る収益の額を益金の額に算入することとされている（法第 22 条第 2 項）。このため、法人が国外関連者に対して資産の販売や金銭の貸付け、役務の提供等を行ったにもかかわらず、収益の額とすべき金額の計上がない場合には、措置法第 66 条の 4 第 3 項（国外関連者に対する寄附金の損金不算入）の規定の適用を受けることとなるか、あるいは移転価格税制に基づく課税の対象となるかについて検討し、適切に処理を行う必要がある。

すなわち、法人が国外関連者との取引に係る収益を計上していない場合において、当該取引につき「金銭その他の資産又は経済的な利益の贈与又は無償の供与」に該当する事実が認められるときには、当該法人が収益として計上すべき金額は国外関連者に対する寄附金となり、措置法第 66 条の 4 第 3 項（国外関連者に対する寄附金の損金不算入）の規定の適用を受けることとなる（事務運営指針 3-20 イ）。

一方、こうした検討により、当該取引につき「金銭その他の資産又は経済的な利益の贈与又は無償の供与」に該当する事実が認められない場合には、当該取引は移転価格税制に基づく課税の対象として取り扱うこととなる。

(3) まとめ

執行当局としては、法の規定ぶりや裁判例による判示と齟齬をきたす解釈をとることはできないため、法律の規定をただ反復してありうる可能性のみを列挙するような通達にとどまっているものと想像される。

措置法 66 条の 4 は寄附金について法人税法 37 条を何の修正も留保も加えず引用しているため、当局としてもその解釈は国内取引に関して法人税法 37 条について確立されたものと同一とならざるを得ない。

その結果、当局の公表する通達は、寄附金課税に関して、i)低額譲渡（有償取引）であっても寄附金課税が行われうること、ii)贈与の意図がなくとも寄附金課税が行われうること、逆に、移転価格課税に関して、i)無償取引であっても移転価格課税が行われうること、について納税者に留意を求めただけの内容となっている。

5 節 小括

税務の世界で従来有力に議論されてきた有償・無償基準説や贈与意思基準説は一実務の現場ではこれらがその都度柔軟に用いられているように思われるが一法解釈としては若干の疑問があり、かつ、当局も通達によってどちらも採用できないことを公表しているということになる。

ここで、適用区分に関する以上の本章の確認によって、次の問題が浮上してくる。

①寄附金に該当するか否かの判断では国内取引に係る通説である経済的贈与基準説（(3)説）または二段解説（(4)説）に基づかなければならない、②措置法 66 条の 4 第 4 項は寄附金に該当しないもののみを移転価格課税の対象とする構造である、とすると、この解釈が徹底され

ば、有償取引でも無償取引でも利益供与の意図があってもなくても原則として寄附金課税が行われることとなって、移転価格課税が単独で行われる場面がほぼ存在しないことになるのではないか、という問題である。

Ⅲ 時価と独立企業間価格

わが国では、寄附金課税は「価額＝時価」を基準として、移転価格課税は「独立企業間価格」を基準として、それぞれ実際の取引価格とそれらの価格との差額に対して行われる。

この「時価」と「独立企業間価格」の関係については、これまで伊藤氏⁽¹¹⁾や井上氏⁽¹²⁾などが言及されてきているが、体系的な解説は見当たらないため、以下で状況の確認を試みたい。

1 節 定義

以下のとおりわが国の時価に相当するもの、および独立企業間価格の定義の内容は各法域でほぼ共通することが確認できる。本章では独立企業間価格から先に検討を行う。

(1) 独立企業間価格の定義

(a) わが国

現在のわが国国内法では、措置法 66 条の 4 第 2 項が次のとおり定めている。

措置法 66 条の 4 第 2 項

2 前項に規定する**独立企業間価格**とは、国外関連取引が次の各号に掲げる取引のいずれに該当するかに応じ当該各号に定める方法のうち、当該国外関連取引の内容及び当該国外関連取引の当事者が果たす機能その他の事情を勘案して、当該国外関連取引が独立の事業者の間で通常の取引の条件に従って行われるとした場合に当該国外関連取引につき支払われるべき対価の額を算定するための最も適切な方法により算定した金額をいう。

- 一 棚卸資産の販売又は購入 次に掲げる方法（イ～ニ略）
- 二 前号に掲げる取引以外の取引 同号イからニまでに掲げる方法と同等の方法

独立企業間原則および価格は 1986 年に措置法 66 条の 4 が導入されるまでわが国の税法にはなかった概念である。同条 2 項の定義によれば、わが国における独立企業間価格とは「当該国外関連取引が独立の事業者の間で通常の取引の条件に従って行われる」場合に「当該…取引につき支払われるべき対価の額」を「最も適切な方法により算定した」金額となる。

(b) 米国

米国では、関連企業間取引のゆがみを是正する手法として、1917 年戦時歳入法 (War Revenue Act) や 1921 年歳入法 (Revenue Act) 240 条(d)の下で関連企業の会計を連結する方式が採用

(11) 前掲注(4)のうち伊藤 (2005) 81 頁、伊藤=萩谷 (2012) 134 頁。

(12) 井上・前掲注(2)。

されていた。これが 1928 年歳入法 45 条⁽¹³⁾によって各関連企業に所得と控除を配分する方式に改められた後に、配分・割当方式の適用に関して財務省が 1935 年に発出した財務省規則 (Treasury Regulations) ⁽¹⁴⁾の中に次の〈独立企業間基準 (standard… arm’s length)〉の表現が現れている⁽¹⁵⁾。

“The standard to be applied in every case is that of an uncontrolled taxpayer dealing at arm’s length with another uncontrolled taxpayer.”

現在では、独立企業間基準 (arm's length standard) は内国歳入法 482 条に関する財務省規則で次のとおり定義されており、したがって独立企業間価格はこの要件を満たす価格である。

§ 1.482-1 Allocation of income and deductions among taxpayers.

(b) **Arm's length standard**—(1) In general.

In determining the true taxable income of a controlled taxpayer, the standard to be applied in every case is that of a taxpayer dealing at arm's length with an uncontrolled taxpayer. A controlled transaction meets the arm's length standard if the results of the transaction are consistent with the results that would have been realized if uncontrolled taxpayers had engaged in the same transaction under the same circumstances (arm's length result). However, because identical transactions can rarely be located, whether a transaction produces an arm's length result generally will be determined by reference to the results of comparable transactions under comparable circumstances. See § 1.482-1(d)(2) (Standard of comparability). ...

この財務省規則 § 1.482-1(b)(1)では、冒頭で 1935 年規則と同一の表現が維持されており、さらに、「もしその取引の結果が、支配されていない納税者が同じ状況下で同じ取引に携わった場合に実現されたであろう結果と一致していれば」それは独立企業間における結果 (arm's length result) でありその関連者間取引は独立企業間原則を満たしている、とする。

(c) OECD

周知のとおり、OECD モデル租税条約および OECD 移転価格ガイドライン (以下「TPG」と略す場合がある。)では、独立企業間原則 (arm’s length principle) が国際課税に関する最も重要な原則の一つとして用いられている。

⁽¹³⁾ Revenue Act of 1928, Pub. L. No. 70-562, ch. 852, §45, 45 Stat. 806 (1928).

⁽¹⁴⁾ Regulation 86 relating to the Income Tax under the Revenue Act of 1934, §45-1(b).

⁽¹⁵⁾ 米国移転価格税制の初期の歴史に関する最も簡潔なまとめとして、米国財務省およびIRSによる1988年のいわゆるホワイト・ペーパー (Treasury=IRS, “A Study of Intercompany Pricing,” I.R.S. Notice 88-123, 1988-2 C.B. 475) 6-10 頁参照。

移転価格課税の文脈では、OECD モデル租税条約 9 条 1 項が以下のとおり規定しており⁽¹⁶⁾、OECD 移転価格ガイドライン冒頭の Glossary でも、独立企業間原則の説明にはこの 9 条の規定が引用されている。

「…商業上又は資金上の関係において、双方の企業の間、独立の企業間に設けられる条件と異なる条件が設けられ、又は課されているときは、その条件がないとしたならば一方の企業の利得となったとみられる利得であってその条件のために当該一方の企業の利得とならなかったものに対しては、これを当該一方の企業の利得に算入して租税を課することができる。」

同ガイドライン (TPG) の 1 章 B1 のパラグラフ 1.6 は、以下のように説明する⁽¹⁷⁾。

独立企業原則は、比較可能な状況下での比較可能な取引において (すなわち「比較可能な非関連者間取引」において)、独立企業間であれば得られたであろう条件を参考として所得を調整しようというものであり、(略)

つまり、ここでも、独立企業間原則は「比較可能な状況下での比較可能な取引において (すなわち「比較可能な非関連者間取引」において)、独立企業間であれば得られたであろう条件を参考として所得を調整しようというもの」であり、独立企業間価格はこの基準を満たす価格となる。

(2) 時価 (Market Value) の定義

どのような租税であっても課税標準の算出には取得・移転される資産や役務の客観的価値の評価が必要となり、その際には「時価」あるいは「市場価格 (market value)」が普遍的に用いられている。この意味で時価は、どの法域でも独立企業間価格よりも以前から存在し使用されているものと考えられる。

なお、最初にわが国の「価額＝時価」と他国における「市場価格」は同じものなのかという問題がある。この点は、読者に本節の定義に関する情報から判断していただきたいと考えるが、本稿ではこれらは同一あるいは非常に類似したものであるとして紹介を進める⁽¹⁸⁾。

⁽¹⁶⁾ “conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly”

⁽¹⁷⁾ 以下、『OECD 移転価格ガイドライン (2022 年版)』の和訳は国税庁によるもの<<https://www.nta.go.jp/taxes/shiraberu/kokusai/oecd/tp/pdf/2022translated.pdf>> を使用する。

⁽¹⁸⁾ わが国の裁判例・通説による時価の定義には「市場 (market)」という用語が使用されていない。問題は市場の定義自体が区々であることであるが、ここでは「不特定多数の (独立) 当事者間で自由な取引が行われる場合」という表現は market と同義を意図しているものと考えておきたい。

(a) わが国

税法上「価額」として多くの規定⁽¹⁹⁾に、また「時価」として相続税法 22 条などに現れるが、法人税法にも措置法にも時価の定義は置かれていない。

通説は、「財産の客観的な交換価値」⁽²⁰⁾であり「不特定多数の（独立）当事者間の自由な取引において通常成立すると認められる価額」⁽²¹⁾であるとする。この定義に特に違和感はないが、本稿との関係では、裁判例に現れる表現は「不特定多数の当事者間で自由な取引が行われた場合に通常成立する価格」であり、金子『租税法』にある「独立」の文言は入っていない。

実務においては、特に時価主義を明記する相続税法に関する通達がやや細かく規定している。「所得税法及び法人税法における『その時の価額』の解釈については、取扱い通達において数箇条の定めで済ましているにもかかわらず、相続税法上の「時価」の解釈等については、200 数十箇条にのぼる評価通達を定めているところ」⁽²²⁾であり、財産評価基本通達が算定手法を細かく規定して、所得税法および法人税法の取扱いにも広く準用されている状況にある。

財産評価基本通達は 1（評価の原則）で〈時価の意義〉として裁判例による（「独立」のない）定義をそのまま繰り返している。

1 財産の評価については、次による。

(1) 評価単位（略）

(2) 時価の意義

財産の価額は、時価によるものとし、時価とは、課税時期（略）において、それぞれの財産の現況に応じ、不特定多数の当事者間で自由な取引が行われる場合に通常成立すると認められる価額をいい、その価額は、この通達の定めによって評価した価額による。

(3) 財産の評価（略）

(b) 米国

米国においては、遺産税を含む内国歳入法の様々な場面で「公正な市場価値（fair market value）」の概念が用いられている。

Fair market value は財務省規則で定義が行われており、この定義の適切性・妥当性については 1973 年の United States v. Cartwright 事件⁽²³⁾最高裁判決以降、裁判例においても確認されている。

⁽¹⁹⁾ 所得税法 36 条 2 項、59 条 1 項、法人税法 37 条 8 項など。

⁽²⁰⁾ 金子・前掲注(6)734 頁、最判令和 4 年 4 月 19 日民集 76 卷 4 号 411 頁、最判平成 22 年 7 月 16 日集民 234 号 263 頁、大阪高判令和 1 年 10 月 30 日税資 269 号 13333 順号など。

⁽²¹⁾ 同上 734 頁、東京高判令和 4 年 12 月 7 日税資 272 号 13782 順号、東京高判平成 7 年 12 月 13 日行集 46 卷 12 号 1143 頁、神戸地判平成 31 年 4 月 16 日税資 269 号 13265 順号など。

⁽²²⁾ 品川芳宣「東京地裁令和 6 年 1 月 18 日判決と評価通達 6 項の適用要件」税理 2024 年 5 月号 220 頁。

⁽²³⁾ United States v. Cartwright, 411 U.S. 546 (1973).

一例として財務省規則 § 20.2031-1(b)は以下のとおり規定する。

§ 20.2031-1 Definition of gross estate; valuation of property.

(b) Valuation of property in general.

The value of every item of property... is its fair market value..., except that if the executor elects the alternate valuation method under section 2032, it is the fair market value thereof at the date, and with the adjustments, prescribed in that section. The fair market value is the price at which the property would change hands between a willing buyer and a willing seller, neither being under any compulsion to buy or to sell and both having reasonable knowledge of relevant facts. The fair market value of a particular item ... is not to be determined by a forced sale price. Nor is the fair market value ...to be determined by the sale price... in a market other than that in which such item is most commonly sold to the public.... Thus, in the case of an item of property..., which is generally obtained by the public in the retail market, the fair market value ... is the price at which the item or a comparable item would be sold at retail....

つまり、公正な市場価格とは、「ある資産が、自発的な買手と自発的な売手の間で所有者が変わり、売手・買手のどちらも購入または売却を強制されておらず、どちらも関連する事実について合理的な知識を有する場合」の価格であると定義される。

また、公正市場価格は「その特定の項目が…最も一般的に公衆に売却される市場以外の市場における売価では決定されない」が、一方で「一般的に公衆が小売市場を通じて取得する資産の場合には、...その資産または比較可能な資産が（その小売市場で）小売される価格」が公正市場価格になるものとしている。

2 節 時価と独立企業間価格の関係

次に、この時価と独立企業間価格の相互の関係について、わが国以外の OECD、米国および EU における主な文献を簡単に確認する。

(1)-1 OECD モデル租税条約

OECD モデル租税条約の 9 条 1 項に対するコメンタリーのパラグラフ 2 には以下の記述がある。

2. This paragraph provides that the taxation authorities of a Contracting State may... re-write the accounts of the enterprises if, as a result of the special relations between the enterprises, the accounts do not show the true taxable profits arising in that State. ... The provisions of this paragraph apply only if special conditions have been made or imposed between the two enterprises. No re-writing of the accounts of associated enterprises is authorised if the transactions between such enterprises have taken place on normal open market commercial terms (on an arm's length basis).

このパラグラフの最後の一文は、①「通常の公開市場の取引条件 (normal open market commercial terms)」と「独立企業間の状況 (an arm's length basis)」は同等であること、さらに、②関連企業間の取引が「通常の公開市場の取引条件」で行われている場合、それは「独立企業間の状況」でもあるため企業計算の見直し (re-writing) は許されない、という趣旨と理解できる。なお、国連モデル租税条約の 9 条に対するコメントリーのパラグラフ 5 にもほぼ同様の文言がある⁽²⁴⁾。

二段階説との関係では、これらのコメントリーからは、時価に更正・修正された取引にさらに移転価格課税が行われることは、モデル租税条約では想定されていないことになる。

(1)-2 OECD 移転価格ガイドライン

また、OECD 移転価格ガイドラインの第 1 章には、この両者の関係について以下の記述がある。

A. Introduction

1.2. When independent enterprises transact with each other, the conditions of their commercial and financial relations (e.g. the price of goods transferred... and the conditions of the transfer or provision) ordinarily are determined by market forces. When associated enterprises transact with each other, their commercial and financial relations may not be directly affected by external market forces in the same way, although associated enterprises often seek to replicate the dynamics of market forces in their transactions.... Tax administrations should not automatically assume that associated enterprises have sought to manipulate their profits. There may be a genuine difficulty in accurately determining a market price in the absence of market forces or when adopting a particular commercial strategy. ...

B. Statement of the arm's length principle

1.14. ...the view of OECD member countries continues to be that the arm's length principle should govern the evaluation of transfer prices among associated enterprises. The arm's length principle is sound in theory since it provides the closest approximation of the workings of the open market in cases where property (such as goods...) is transferred or services are rendered between associated enterprises. While it may not always be straightforward to apply in practice, it does generally produce appropriate levels of income between members of MNE groups, acceptable to tax administrations. This reflects the economic realities of the controlled taxpayer's particular facts and circumstances and adopts as a benchmark the normal operation of the market.

⁽²⁴⁾ “Clearly no re-writing of the accounts with a consequential adjustment should be made if the transactions between the associated enterprises have taken place on a normal open market commercial basis, in other words, at arm's length.”

この1章Aパラグラフ1.2は、移転価格課税において独立企業間原則が使用されるのは「関連者間取引の場合、その取引に市場原理を反映させようとしても、関連者間の商業上及び財務上の関係に市場原理を完全に反映させることは困難」なためであると説明する。

また、1章Bのパラグラフ1.14は、独立企業間原則の検討は「自由市場の作用に最も近似した状況 (closest approximation of the workings of the open market)」をもたらすとする。

これらのコメンタリーからは、移転価格ガイドラインは、①公開（自由）市場で成立する時価による取引ではそもそも取引にゆがみは存在しない、②関連者間取引で時価を特定することは難しいために（非関連者間の取引を基準とした）独立企業間価格を用いている、③独立企業間原則に基づく独立企業間価格は時価に近似したものをもたらしめているはずである、という考え方をとっているものと理解できる。

なお、1章Aパラグラフ1.5には「関連者間だからといって公開市場と条件が異なるとは限らない」旨の記載⁽²⁵⁾があり、この記述もモデル租税条約コメンタリーと同様に公開市場と同じ条件で行われる取引に移転価格課税を行うことは想定されていないことを前提としていると思われる。

(2) 米国について

米国においては、公正市場価格および独立企業間価格の双方について財務省規則による明文の定義が存在するため、まず、両者の内容が異なることは法律上明瞭である。

米国では、1928年歳入法によって所得・控除の配分方式へ転換され1935年財務省規則によって独立企業間基準の採用が表明された後も、歳入法45条（1954年以降は内国歳入法482条）の下で所得を配分するための基準としてこの<独立企業間基準>が最も適切なものであるかが裁判において争われている。特に初期の裁判例では独立企業間基準に対して納税者から「fair and reasonable」、「full fair value」、「fair price including a reasonable profit」などの異なる基準が提起され⁽²⁶⁾、納税者の主張が裁判所によって受け入れられた事件も存在している。

Arm's length standard がこうしたその他の基準を排して移転価格課税領域における唯一の基準としての地位を確立したのは、1968年の財務省規則により独立企業間価格の算定手法が

⁽²⁵⁾ ” It should not be assumed that the conditions established in the commercial and financial relations between associated enterprises will invariably deviate from what the open market would demand.”

⁽²⁶⁾ Reuven S. Avi-Yonah, *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation*, *Law & Economics Working Papers Archive: 2003-2009*, University of Michigan Law School (Year 2007) 4-9 頁。

1962年までに裁判で「full fair value」「fair price including a reasonable profit」「method which seems not unreasonable」「fair consideration which reflects arm's length dealing」「fair and reasonable」「fair and reasonable or fair and fairly arrived at」「judged as to fairness」などが主張されたとされる。Frank v. International Canadian Corporation, 308 F.2d 520 (9th Cir. 1962) 528-529 頁。

具体的に提示され、裁判例では Gypsum 事件控訴審判決（1971 年）⁽²⁷⁾および Lufkin 事件控訴審判決（1972 年）⁽²⁸⁾が出された 1970 年代の初期頃であると考えられる⁽²⁹⁾。

現在における両者の関係については、HP 上で確認できる執行当局（IRS）が 2016 年頃に作成した執務参考資料では以下のまとめが行われている。

（仮訳）⁽³⁰⁾

基準	観点 (Perspective)	環境 (Circumstances)	何で定義されるか	目的 (Purpose)
独立企業間基準 (Arm's Length Standard)	その取引の被支配関連者	実際の被支配取引の実際の諸事実	IRC 482 条の規則 (regulations)	連邦所得税において被支配取引の課税前価格の決定に使用
公正市場価格 (Fair Market Value)	仮定上の売主と買主	物が最も一般に売却される市場	制定法・規則・判例法	司法上、規制上、連邦遺産/贈与税および州税において使用

【Source: Comparison of the Arm's Length Standard with Other Valuation Approaches – Inbound (IRS)】

この比較からは、IRS は公正市場価格と独立企業間価格の違いを、①公正市場価格は仮定の取引の市場価格を算出するもので、独立企業間基準は具体的な関連者間取引の価格を算出するものである、②両者は使用される目的＝領域が異なり、公正市場価格は広い領域で使用されるが独立企業間価格はもっぱら関連者間取引の税務のみに使用される、と整理しているようにみえる。

(3) EU について

欧州委員会 (EU Commission) によるいくつかのレポートがこの両者に対する考え方について言及しているため、ここで概観してみたい。

⁽²⁷⁾ United States Gypsum Co. v. United States, 452 F.2d 445, 449 (7th Cir. 1971) .

⁽²⁸⁾ Lufkin Foundry and Machine Co. v. Commissioner, 468 F.2d 805 (5th Cir. 1972) .

⁽²⁹⁾ Avi-Yonah・前掲注(26)8-11 頁。

⁽³⁰⁾ https://www.irs.gov/pub/int_practice_units/isi_c_06_04.pdf

英文は次のとおり。

Standard	Perspective	Circumstances	Defined By	Purpose
Arm's Length Standard	Controlled parties to the transaction	Actual facts of the actual controlled transaction	Section 482 Regulations	Used in federal income tax matters to determine pre-tax prices for controlled transactions
Fair Market Value	Hypothetical buyer and seller	Market where item would most commonly be sold	Statute/Regulations/Case Law	Used in judicial, regulatory, federal estate/gift tax and state tax matters

(a) 移転価格評価手法報告書

欧州委員会が EU 各国の無形資産に対する移転価格課税の状況をサーベイした 2016 年の報告書（以下「欧州委員会移転価格評価手法報告書」）⁽³¹⁾では、「各評価アプローチと価値基準の類似点と差異（Similarities and differences in valuation approach and basis of value）」を扱う第 2 章の中で 2.2.3 節「**価値基準：独立企業間原則と公正／市場価値（Basis of value: the arm’s length principle and the fair / market value)**」⁽³²⁾と題する分析が行われており、若干長くなるがその概要は以下のようなものになる。

【欧州委員会移転価格評価手法報告書 第 2 章 2.2.3 節の概要】

・はじめに (Introduction)

多くの専門家が、市場価値（market value）と独立企業間価格の用語は代替可能であり、どちらも会計目的で使用される「公正価値（fair value）」と同義であると考えている。しかし、それぞれの評価は、同じ資産に全く異なる価値を与えうるし、実際にしばしば異なっている。

税務や独立企業間原則の知識が乏しい専門家がしばしば移転価格目的の評価に関与し、同様に、移転価格の専門家は経済的評価の知識が不足している可能性がある。したがって、独立企業間原則と異なる評価アプローチが移転価格分析で使用される場合には、独立企業間原則との調和を図ることが不可欠である。

Jens Wittendorff は、独立企業間原則と公正価値基準（fair value standard）の差異に取り組んだ論説⁽³³⁾で、移転価格の評価と一般的な評価の顕著な差異を強調した比較を行っている。この論説と、欧州委員会の研究チーム（study team）による分析に基づく追加コメントを以下に示す。

・独立企業間原則 (The arm’s length principle)

移転価格税制で使用される独立企業間原則の権威ある国際的な定義（authoritative international definition）は、OECD モデル租税条約の第 9 条(1)で定められている。独立企業間原則の解釈は、OECD の移転価格ガイドライン（TPG）で提供されており、多くの国の移転価格に関する国内法は第 9 条(1)と TPG の独立企業間原則に依存している。

・市場価値 (Market value)

国際評価基準審議会（IVSC）は、市場価値基準（market value basis）を次のように定義している⁽³⁴⁾。

⁽³¹⁾ EU Commission, Study on the application of economic valuation techniques for determining transfer prices of cross border transactions between members of multinational enterprise groups in the EU (2016), ISBN: 978-92-79-55024-9.

⁽³²⁾ 同上 28-33 頁。

⁽³³⁾ Jens Wittendorff, Valuation of intangibles under income-based methods – Part I (2010), 323-328.

⁽³⁴⁾ International Valuation Standards 1 (2007) para. 3.1.

「市場価値は、当事者がそれぞれ知識を持ち、慎重に、かつ強制なく行動した適切なマーケティングの後に、独立企業間取引において (in an arm's length transaction)、自発的な買い手と自発的な売り手との間で評価日に資産が交換されるべき推定額 (estimated amount) である⁽³⁵⁾。」

これは市場価値を定義しているが、独立企業間の概念 (arm's length concept) も参照していることに注意が必要である。

なお、IVSC は市場価値基準以外の二つの評価基準—投資価値 (Investment Value) および特別価値 (Special Value) —も採用している⁽³⁶⁾。

・ **独立企業間原則と公正価値 (市場価値) 基準との比較 (Comparison of the Arm's length principle with Fair value (market value) basis)**

Wittendorff は、これらの二つの基準について、1) 支配取引 (controlled transaction)、2) 参照取引 (reference transaction)、3) 価値への影響 (implications on value) という 3 つの要素から詳細な比較を行っている⁽³⁷⁾。

- 1) 支配取引: OECD の TPG によれば、両基準ともに、支配取引をその取引の当事者が採用した形式および構造のとおり扱う⁽³⁸⁾。
- 2) 参照取引: 独立企業間原則も公正価値も、参照取引は価格形成に影響を与えうるすべての面で対象取引の完全な鏡像 (mirror image) であることを求め、主観的評価を事前に行う必要がある点で類似している。また、利益最大化の仮定と、情報の対称性 (information symmetry) の前提も同様である。

しかし、公正価値は、仮定的な市場 (例えば、最も有利な市場、すなわち最高価格が提示される市場)、仮定的な取引 (「秩序ある取引」)、および仮定的な市場参加者に基づくことが重要である。仮定的市場を想定する公正価値基準は、統合経済・相対的な交渉力・法的権利・税制上の優遇措置・ロケーションセービングなどのいかなる企業固有の価値の要素も、典型的な市場取引では利用できないどのような要素も許容しない。

- 3) 価値への影響: どちらの基準も取引単位かつ価格ベースであり、ほかの資産とともに使用される場合には集約アプローチ (aggregation approach) が必要である。

しかし、公正価値は、仮定的市場を想定するため、最高・最良の使用の原則に基づいている。この原則は、片面的 (one-sided) な視点を示すため、OECD ガイドラインでは否定されている。TPG によれば、独立企業間原則は、両当事者の視点を考慮したものである。

さらに、独立企業間原則に依拠する移転価格実務家は適切な価格を税引前で決定するが、移転価格以外で使用される評価手法では価格は税引後で決定される。

この Wittendorff の 1)~3) の分析からは、「公正価値/市場価値」と「独立企業間原則」は、

⁽³⁵⁾ “Market value is the estimated amount for which a property should exchange on the date of valuation between a willing buyer and a willing seller in an arm's length transaction after proper marketing wherein the parties had each acted knowledgeably, prudently, and without compulsion.”

⁽³⁶⁾ International Valuation Standard 2 (2007) para. 3.3 and 3.5.

⁽³⁷⁾ 欧州委員会・前掲注(31)30-31 頁。Wittendorff (2010) 325 頁。

⁽³⁸⁾ OECD 移転価格ガイドラインパラグラフ 1.64。

同じ資産に異なる価値をもたらさう。これは、これら 2 つの基準が異なる目的を追求しており、独立企業間原則が実際の当事者間の実際の取引に関して適用されるのに対し、公正価値では実際の取引は存在せず適用されることが多いという事実による⁽³⁹⁾。

・追加コメント (Additional comment)

興味深いことに、IASB (International Accounting Standards Board) に基づき財務報告目的で用いられる公正価値基準は、ほかの領域で採用される定義と異なっている。

IVSC の公正価値 (fair value) の定義は「特定の知識のある自発的な当事者間における資産 (負債) の譲渡の推定価格 (estimated price) であり、それらの当事者のそれぞれの利益を反映している。」⁽⁴⁰⁾ というものであり、特定の当事者間での価格の評価を必要とし、一般的に司法 (judicial) の文脈で適用される。この基準は、市場価値とは明らかに異なり、取引の特定の事実や状況に応じて異なりうる。

・結論 (Conclusion)

このように、評価基準が評価額に影響を与えるという事実は移転価格に限ったことではなく、他のビジネスの文脈では異なる評価基準が適用されれば価値が異なることも正当化されうる。

しかしながら、上述の各ポイントと研究チームによる研究に基づき、公正価値/市場価値基準と独立企業間価値基準との間には、重大な類似性が認められる。したがって、例えば以下のような多くの状況下では、これら 2 つの異なる基準で評価を行う必要がない。

- 売り手と買い手、とりわけ買い手が、「通常の」市場参加者 (“normal” market participants) と見なすことができる場合 (規模、地理、活動などの観点から)
- 両当事者の相対的な交渉力 (bargaining power) が、市場の典型的な参加者と概ね一致している場合
- 譲渡する資産 (assets transferred) が第三者取引で譲渡される資産と類似している場合
- 買い手と売り手の税務 (tax regimes) が、ほかの市場参加者の「通常の」税務とほぼ一致している場合

一般的には、移転価格目的で評価を行う者が、同じ資産に対して他目的のために別の評価を行うこと⁽⁴¹⁾は非常にまれである。しかし、このような状況が生じた場合、移転価格評価分析は、それらの評価の結果と前提を考慮する必要があり、評価された価値に重大な違いがあれば、使用された基準 (または評価資産の範囲) の差異に対する具体的な参照によって説明されるべきである。

⁽³⁹⁾ 欧州委員会・前掲注(31)32 頁。Wittendorff (2010)326 頁。

⁽⁴⁰⁾ IVS Framework para 38-41.

⁽⁴¹⁾ 独立企業の買収直後に資産の会社間移転が行われる場合などに発生しうる。欧州委員会・前掲注(31) 33 頁の脚注(49)。

(b) Joint Transfer Pricing Forum の 2017 年報告書

欧州委員会の EU Joint Transfer Pricing Forum による 2017 年の報告書⁽⁴²⁾では、移転価格課税において主に無形資産を評価する際に望ましい評価方法を Income based approach・Market approaches・Assets or cost approaches などを並べて検討しているが、その 4 章「移転価格と一般的評価との間の評価の差異 (Differences between valuation for TP and general valuation)」のパラグラフ 29 では以下のようにまとめられている⁽⁴³⁾。

29. 評価はさまざまな理由で行われる。その理由は、外部への財務報告の必要性、会社法、税法、M&A や事業再編などの起業 (entrepreneurial) 目的、契約上の合意その他に関連している可能性がある。移転価格の文脈で適用される場合、ALP および TPG の原則と整合的に適用する必要がある。この要請により、移転価格のための評価と他の目的で行われる評価との間に差異が生じる可能性がある。

勧告 (Recommendation) :

a) 一般的側面 (General aspects)

評価は常に特定の目的のために行われるため、基礎となる仮定 (assumptions) を考慮する必要がある。その結果、移転価格以外の目的で行われた評価とその基礎となる仮定が、レビュー中の移転価格分析に適切であるかを確認する必要がある。

これは要するに、資産を評価する方法は目的によって異なるべきあり、マーケットアプローチ (market approach) を含む様々な手法が存在するが、移転価格課税に使用する場合にはその中で独立企業間原則にかなうものを用いればよい、というシンプルな理解のようである。

(c) EPRS の 2024 年ブリーフィング資料

比較的新しい考察として、欧州議会の EPRS (European Parliamentary Research Service) による移転価格関係のブリーフィング資料を一つ取り上げる⁽⁴⁴⁾。

この資料の導入部 (An introduction to transfer pricing) では以下の説明がある⁽⁴⁵⁾。

⁽⁴²⁾ EU Joint Transfer Pricing Forum, *Report on the Use of Economic Valuation Techniques in Transfer Pricing (2017)*, DG TAXUD(European Commission Directorate-General Taxation and Customs Union) working paper, DOC: JTPF/003/2017/FINAL/EN.

⁽⁴³⁾ 同上 14 頁。

⁽⁴⁴⁾ Pieter Baert, *Harmonising transfer pricing rules within the EU*, Members' Research Service PE 760.349 – March 2024.

⁽⁴⁵⁾ 同上 2 頁。

移転価格関係法の主な目的は、グループ内取引（「支配取引（controlled transactions）」と呼ばれる）の「適切な」または「正しい」価格（'proper' or 'right' price）を確立することである。

これは、支配取引の価格は、公正な市場価値、つまり、取引が非関連の当事者間で公開市場で行われた場合に請求される金額に類似したもの（fair market value, i.e. similar to what would be charged if the transactions were made in an open market between unrelated parties）を反映しなければならないことを意味する。

ここでは、EUの専門家の間でも、一般的には独立企業間価格は公正市場価格（fair market value）とほとんど同じものであると理解されていることが確認できる。

3節 当面の理解

(1) 概況の整理

わが国については、独立企業間原則および独立企業間価格は措置法 66 条の 4 が導入されるまで国内法にはなかった概念である。同条の導入に際しては国際的な議論が強く意識されており⁽⁴⁶⁾、とりわけわが国もその形成に関与した OECD モデル租税条約および移転価格ガイドラインによる定義から乖離する意図はなかったものと合理的に推測される。ただし、OECD や米国は独立企業間原則または独立企業間基準を定義しその原則（基準）を満たす価格が独立企業間価格であるという立場をとるのに対して、わが国は独立企業間価格を直接定義する形をとっている。

わが国の裁判例ではこの両者の関係性に関する例えば以下のようなものがあるが、両者の異同が正面から争点とされた事例は見当たらない。

- (a) 時価が争われた事件で「租税特別措置法 66 条の 4 第 1 項は、…原告のいうような幅のある概念を認めているものかどうかは措くとしても、…独立企業間価格という概念を定め、その具体的算定方法を法定したものと解されるから、法人税法 22 条や同法 61 条の 2 の定めとは制度が異なるものというべきである」としたもの⁽⁴⁷⁾。
- (b) 「移転価格税制は、…我が国の企業が、国外の関連企業…に時価よりも低い対価で資産の譲渡等を行い、又は国外の関連企業から時価よりも高い対価で資産の譲渡等を受けることによって、…租税債務がゆがめられるという事態に対処するため、…設けられたものである。」と述べて、独立企業間価格と時価を区別していないように見えるもの⁽⁴⁸⁾。

OECD については、モデル租税条約 9 条の独立企業間原則は 1963 年の当初モデルから存在しているが、この 9 条は国際連盟におけるモデル租税条約案の検討の過程で PE 帰属所得の算出のための原則から独立企業間の所得の配分原則へと転用されたものであり、時価とは異なる〈法域をまたがる関連者間取引〉のために形成された経緯を持つ。また、独立企業間原則を使用するのは「関連者間取引では市場価格の把握が難しい」ためであるという趣旨の説明が行わ

⁽⁴⁶⁾ 荒巻健二ほか「昭和 61 年度税制改正のすべて」187-190 頁、194 頁。

⁽⁴⁷⁾ 東京地判平成 27 年 1 月 27 日税資 265 号 12593 順号。

⁽⁴⁸⁾ 東京地判平成 23 年 12 月 1 日訟月 60 卷 1 号 94 頁。

れている。

米国についても、独立企業間基準は〈関連企業間取引〉に関して形成されてきたものであり、相続を含む資産移転一般に使用される時価とは異なる形成の経緯を持つ。また、独立企業間基準が導入された初期の裁判例において、この基準と「fair」や「reasonable」などに基づく（と主張された）他の基準との優劣あるいは相互関係が争われている。

執行当局である IRS のとらえ方は前述のとおりであるが、①時価は仮定の取引の市場価格を算出するもので独立企業間基準は具体的な関連者間取引の価格を算出するもの、②両者はそもそも適用・使用される領域が異なる、といった頭の整理が行われているようである。

EU における議論では、公正価値/市場価値基準と独立企業間価値基準との間には重要な類似性が認められると理解されている。

一方で、評価基準が違えば結果が異なることは当然であり、差異が生じる理由は、①仮定的な市場・取引・市場参加者と具体的な取引のいずれに基づくか、②片面的（one-sided）か両当事者の視点を考慮したもの（two-sided）かなどであるとしている。

(2) 小括

現在の定義も形成されてきた経緯も違うのであるから、厳密に解釈すれば時価と独立企業間価格の二つが異なるものであることは否定できない。また、同一の資産についてわが国や諸法域の法令あるいは通達に基づき具体的に算出される価格は、同一額とはならないことが多いだろう。

一方で、要するにどちらもゆがみのない通常の価格を観念するためのツールであるため、強制や情報の制約のない自由な取引であるなど共通点は多く、類似した概念であり類似した結果が出るはずであるという相場観は、どの法域でもおおむね共通しているようである。

注目されるのは、わが国の通説（金子）による時価の定義と IVSC による市場価値の定義の中にはどちらも「独立当事者間の取引」という要件が含まれていることである。これらの定義にしたがえば、筆者の事前の感覚とは若干異なり、時価あるいは市場価格であれば独立企業間価格でもある＝時価は独立企業間価格に含まれる、という関係が成り立つ可能性がある。

時価には、「不特定多数」による取引あるいは「市場(market)」を介した取引の要件が入っており、これに対して、独立企業間価格は、つき詰めれば同じ資産（役務）の非関連者間取引であることのみが要件であるから、例えば、①非関連の一人（一社）との間の取引、②市場を介さない取引でも成立するように思われる。

時価と独立企業間価格について、異なる側面をまとめれば、①形成の経緯、②通常の場合に使用される分野・領域、③具体的な算定手法に従って別々に算定した場合の結論、が異なっている。一方で類似性を見れば、④独立企業間価格は時価の把握が難しいために用いられると説明される、⑤共通点が多く広範な状況下で別々の評価を行う必要がないと考えられている、⑥それぞれの定義を検討すると、時価の定義の中に独立企業間価格であることを含める立場が有

力である、という状況が観察できる。

IV 効果の差異：租税条約の規定と解釈

1 節 問題の概要

移転価格課税と寄附金課税の効果の主な差異は、前章で扱ったひき直しの基準（時価と独立企業間価格）を除けば、第一に、寄附金課税は基本的に相互協議の対象にならないと解されていること、第二に、寄附金課税は通常の（法人税の更正処分）5年の期間制限に服するが移転価格課税の場合は7年である⁽⁴⁹⁾ことであるとされてきた。

前提として、わが国の憲法下では条約は国内法よりも上位であり、国税庁（行政）も裁判所（司法）も、国内法の規定にかかわらず条約が規定する内容に従わなければならない。

本稿の設問に当てはめると、もし条約の定める内容と国内法（措置法 66 条の 4）の内容が明らかに食い違っていれば、条約に合わせた法改正を行わなければならない義務がわが国に課されている。

したがって、なぜ移転価格課税だけが租税条約で規定される相互協議の対象となり寄附金課税は対象とならないのか、そのような扱いは国際的に許容されるのかについては、ひとえに租税条約の解釈の問題となる。

ここで若干留意を要すると思われるのは、特に大型案件では⁽⁵⁰⁾、納税者にとっては寄附金課税のほうが（経済的二重課税を解消する重要な手段である相互協議の機会を失うため）不利であるのに対して、当局にとっては課税が比較的シンプルな寄附金課税のほうがおそらく容易であることである。現在の実務でそのような傾向が顕著とは考えていないが、当局には寄附金課税を選好するバイアスがかかりうる点については意識しておく必要がある。

2 節 租税条約の規定

本稿で扱う移転価格課税と寄附金課税の差異、特に「寄附金課税が相互協議の対象になるか」に関係する租税条約の規定は、OECD モデル租税条約で見ると、結局、特殊関連企業条項である 9 条および相互協議に関する 25 条となる。

ここでは先に 25 条、次に 9 条の順で検討する。

(1) 25 条（相互協議）

条約の規定から明確なことから述べると、25 条 1 項の個別事案に関して相互協議の対象となるのは「条約の規定に適合しない課税（taxation not in accordance with the provisions of

⁽⁴⁹⁾ 国税通則法 70 条 1 項、租税特別措置法 66 条の 4 第 27 項。

⁽⁵⁰⁾ 相互協議は、現状では、相当の期間を要するうえに、会社の人的資源に加えて（国との関係では無償であるものの）専門家に対する多額の報酬が必要となるため、還付等の額がこれらを下回りそうな中小規模の事案では申し立てるメリットがない。

相互協議を想定しない場合は国内争訟手続を進めるか二重課税に甘んじることになるが、この場合は否認額が全額損金不算入とされる点で移転価格課税と寄附金課税の効果には違いがない。

this Convention)」が発生したか、発生しそうな場合である。移転価格課税や寄附金課税が相互協議の対象となるか否かも、この基準で判断される。

いずれかの国の措置によって他国の（同一の）居住者に生じた「法的二重課税」については、税額控除または所得免除により救済・解消することが租税条約の基本的な目的のひとつである。

一方で、居住地国による自国居住者に対する課税については、いわゆるセービング原則から、例えば過少資本税制（過大支払利子税制）やCFC税制などの課税によって（法人格の異なる）国外関連者との間に「経済的二重課税」が発生しても、直ちに救済する租税条約上の義務が生じるとは解されていない。

では、なぜ移転価格課税の場合のみ経済的二重課税の解消が義務づけられるかについては、後述のとおり、9条という特別な規定の存在により、独立企業間原則を用いた課税により生じた経済的二重課税のみが特別に「条約の規定に適合しない」ものとされているというのが筆者の理解である。

したがって、話を単純化すると、①わが国によるわが国居住者に対する課税であるが、②経済的二重課税を発生させる国外関連者寄附金課税が、相互協議の対象となるか否かは、この寄附金課税が9条の対象範囲に含まれるか否かで決定されることになると考えられる。

なお、OECDモデル租税条約の25条に対するコメントリーのパラグラフ9では、以下のとおり、相互協議の対象は多くが「当該課税が租税条約がその回避を目的とする二重課税をもたらすものである」としつつ、いくつかの例が特に言及されている。

9. In practice, the procedure applies to cases — by far the most numerous — where the measure in question leads to double taxation which it is the specific purpose of the Convention to avoid. Among the most common cases, mention must be made of the following:

- questions relating to the attribution of profits to a permanent establishment under paragraph 2 of Article 7;
- the taxation in the State of the payer — in case of a special relationship between the payer and the beneficial owner — of the excess part of interest and royalties, under the provisions of Article 9, paragraph 6 of Article 11 or paragraph 4 of Article 12;
- cases of application of legislation to deal with thin capitalisation when the State of the debtor company has treated interest as dividends, insofar as such treatment is based on clauses of a convention corresponding for example to Article 9 or paragraph 6 of Article 11;
- cases where lack of information as to the taxpayer's actual situation has led to misapplication of the Convention, especially in regard to the determination of residence (paragraph 2 of Article 4), the existence of a permanent establishment (Article 5), or the temporary nature of the services performed by an employee (paragraph 2 of Article 15).

これらは、①7条（事業利得）2項によるPEへの利得の帰属、②9条（特殊関連企業）・11条（利子）6項・12条（使用料）4項による、移転価格課税および利子・ロイヤルティの超過

支払い分に対する課税、③借主の居住地国が利子を配当と扱う（＝損金不算入とする）過少資本税制で 9 条または 11 条 6 項に基づくもの、となっており、独立企業間原則を用いた課税である点が共通する。

①および②のうちの 11 条 6 項・12 条 4 項による課税では法的二重課税が発生しうるが、②の 9 条による課税および③では基本的に経済的二重課税が生じるのみであり、③については通常の過少資本税制であれば問題ないが、その課税に独立企業間原則を用いた場合には相互協議の対象となると解説されている。

(2) 9 条（特殊関連企業）

9 条 1 項には特に 25 条への言及はなく（9 条で相互協議に触れるのは 77 年モデルで追加された 2 項である）、25 条にも 9 条に関する言及はないにもかかわらず、実務上、移転価格課税が相互協議の対象となることに疑問を感じている者はいない。

わが国についてみると、例年相互協議事案の 95%以上が事前確認を含む移転価格関係の事案となっており⁽⁵¹⁾、相互協議の制度はほぼ移転価格課税制度のためだけに存在しているといっても過言ではない状況にある。

しかし、9 条 1 項は課税を許容する規定であるのに「条約の規定に適合しない課税」を生じさせるだろうか、過大支払利子税制（過少資本税制）や CFC 税制などの例をみれば「経済的二重課税」が発生することだけでは不十分なのではないか⁽⁵²⁾、といった疑問が極めて自然に生じるところである。

(3) 9 条と 25 条の関係＝9 条の特殊性

OECD モデル租税条約 25 条に対するコメントリーのパラグラフ 10 は、次のように言及して、移転価格課税は法的二重課税ではないが 9 条 1 項による課税は特に相互協議の対象になる旨を説明している。

⁽⁵¹⁾ 国税庁「令和 5 事務年度の『相互協議の状況』について」（令和 6 年 11 月）https://www.nta.go.jp/information/release/kokuzeicho/2024/sogo_kyogi/sogo_kyogi.pdf など参照。

⁽⁵²⁾ この点については、金子宏名誉教授の「租税条約のそもそもの目的は国際的二重課税を排除することであり、経済的二重課税も二重課税の一種であるから、それも条約の目的に反する措置として当然に相互協議の対象となる、という解釈も成り立ちうる。しかし、これは、あまりにも大まかでプリミティブな議論であって、このような議論をしていたのでは、国際課税の法学的研究ないし国際租税法の解釈論的研究はいつまでも進歩しないであろう。」との印象的なコメントがある。金子宏「移転価格税の法理論的検討－わが国の制度を素材として－」『現代立憲主義の展開 下 芦部信喜先生古稀祝賀』（1993）447-448 頁。

10. Article 25 also provides machinery to enable competent authorities to consult with each other with a view to resolving, in the context of transfer pricing problems, not only problems of juridical double taxation but also those of economic double taxation, and especially those resulting from the inclusion of profits of associated enterprises under paragraph 1 of Article 9; the corresponding adjustments to be made in pursuance of paragraph 2...

- (a) なお、次に当然に頭に浮かぶ、1977年改正前のOECDモデル租税条約のように対応的調整を規定する2項がない条約ではどうなのかという疑問については、①1984年のOECD報告書⁽⁵³⁾の paragraph 75・76・79の検討を踏まえて、②現在ではOECDモデル租税条約25条に対するコメントリーの paragraph 11および12が、次のとおり、ほとんどの国では9条1項の存在だけで(=2項に該当する規定がなくても)、それにより生じる経済的二重課税を「少なくとも…条約の精神に適合せず」と考えることで特に相互協議の対象としているのだと説明する。

11. ...When the bilateral convention does not contain rules similar to those of paragraph 2 of Article 9 (as is usually the case for conventions signed before 1977) the mere fact that Contracting States inserted in the convention the text of Article 9, as limited to the text of paragraph 1 — which usually only confirms broadly similar rules existing in domestic laws — indicates that the intention was to have economic double taxation covered by the Convention. As a result, most member countries consider that economic double taxation resulting from adjustments made to profits by reason of transfer pricing is not in accordance with — at least — the spirit of the convention and falls within the scope of the mutual agreement procedure set up under Article 25.

12. ... it follows that even in the absence of such a provision, States should be seeking to avoid double taxation, including by giving corresponding adjustments in cases of the type contemplated in paragraph 2. Whilst there may be some difference of view, States would therefore generally regard a taxpayer initiated mutual agreement procedure based upon economic double taxation contrary to the terms of Article 9 as encompassing issues of whether a corresponding adjustment should have been provided, even in the absence of a provision similar to paragraph 2 of Article 9. ...

- (b) 過少資本税制については検討の歴史があり、①1995年のOECD租税委員会によるThin Capitalisation報告書⁽⁵⁴⁾の検討を経て、②OECDモデル条約9条1項へのコメントリーのパ

⁽⁵³⁾ OECDモデル租税条約のFull-versionのR(1)として添付されている。

⁽⁵⁴⁾ 同上のR(4)として添付。

ラグラフ 3 に、概要以下の言及がある⁽⁵⁵⁾。

- (i) 国内法による過少資本税制の適用は、その効果が、借主の利得の額が“arm’s length situation”で生じる利得額に「類似する (assimilate)」ものである限り、9 条 1 項により妨げられない
- (ii) 9 条は、利子率が独立企業間の利率であるかだけでなく、一見貸付であるものが資本への支払い (= 配当) ではないかの決定にも関連する
- (iii) 過少資本に対処するルールは、通常、関連する国内企業の課税所得を “arm’s length” の利得以上に増加させてはならず、既存の租税条約の適用においてもこの原則に従う

この趣旨の理解は必ずしも容易でないが、要するに、ある国の過少資本税制について、①過少資本税制の名称による課税で、その結果が独立企業間の利得に近似するものであれば 9 条との関係でも問題とならないが、②当該過少資本税制の内容を 9 条に基づく課税であると整理してしまうと 25 条の相互協議の対象となるとされているようである。

V 若干の検討

1 節 時価と独立企業間価格

現行の措置法 66 条の 4 の規定は寄附金課税が先行する構成となっているため、時価と独立企業間価格は異なりうるという結論からは、国外関連取引について、まず「時価」との差額で寄附金課税を検討し、次に「独立企業間価格」との差額に移転価格課税を検討するという二段階説＝二度手間の結論にならざるを得ないように思われる。

しかし、時価≠独立企業間価格を徹底した場合、特に調査対応のために日常的にこの両者を別々に算出しておく必要が生じる納税者のデメリットは多大となる。

前章までの国際的な状況および租税条約の解釈を踏まえて以下でわが国に関する若干の考察を行うが、結論から述べると、筆者はわが国の措置法 66 条の 4 の適用における時価と独立企業間価は (例外的ではなく) 多くの場合に別々に算出する必要がないと考えて支障はなく、むしろそのような課税実務とする方が当局にとっても望ましいのではないかと考えている。

⁽⁵⁵⁾ 原文は以下のとおり。

3. As discussed in the Committee on Fiscal Affairs’ Report on “Thin Capitalisation”, there is an interplay between tax treaties and domestic rules on thin capitalisation relevant to the scope of the Article. The Committee considers that:
 - a) the Article does not prevent the application of national rules on thin capitalisation insofar as their effect is to assimilate the profits of the borrower to an amount corresponding to the profits which would have accrued in an arm’s length situation;
 - b) the Article is relevant not only in determining whether the rate of interest provided for in a loan contract is an arm’s length rate, but also whether a prima facie loan can be regarded as a loan or should be regarded as some other kind of payment, in particular a contribution to equity capital;
 - c) the application of rules designed to deal with thin capitalisation should normally not have the effect of increasing the taxable profits of the relevant domestic enterprise to more than the arm’s length profit, and that this principle should be followed in applying existing tax treaties.

(1) 国際的な理解の確認

III章で行った各法域に関するポイントを改めて箇条書きで簡記する。

(a) OECD

- ・独立企業間原則の検討は「自由市場（open market）の作用に最も近似した状況」をもたらす⁽⁵⁶⁾。つまり、市場における取引であればそもそもゆがみは存在しないが、関連者間取引では市場で成立する時価の特定が難しいため、次善の策として独立企業間価格を用いている。
- ・自由な商業市場（open market commercial terms）で行われる取引はすなわち独立企業間の状況（arm's length basis）による取引であり、その場合に移転価格課税を行うことは許容されない⁽⁵⁷⁾。

(b) 米国

- ・初期の移転価格税制が形成・適用された米国の裁判例では、独立企業間基準と「fair」や「reasonable」に着目した基準の優劣、あるいは fair や reasonable という立証だけで足りるかさらに独立企業間取引を想定した立証が必要か⁽⁵⁸⁾といったことが争われている。
- ・現在では、①公正市場価格（fair market value）は仮定の取引の市場価格を算出するもの、独立企業間基準は具体的な関連者間取引の価格を算出するもの、②両者は使用される目的＝領域が異なり、前者は広い領域で使用され、後者はもっぱら関連者間取引に関する税務のみで使用される、といった整理が見られる。
- ・米国当局は、過去の裁判等の経験も踏まえて、公正市場価格と独立企業間価格を明確に区別し、移転価格課税の分野で独立企業間基準以外の主張を許容しない立場である可能性がある。

(c) EU

- ・米国との比較では、公正価値/市場価値基準（fair-value/market-value basis）と独立企業間原則に重要な類似性があると認め、多くの状況下で異なる基準による評価を行う必要がないとする理解が有力である。
- ・国際評価基準審議会（IVSC）の市場価値基準には独立企業間（arm's length）の概念が含まれることを紹介している。
- ・独立企業間原則は、①仮定的でなく具体的な取引に基づき、②最高・最良の原則に基づく片面的なもの（one-sided）ではなく両当事者の視点を考慮したもの（two-sided）である、とする。

OECD は独立企業間原則は市場価格把握の困難性を補完するものである点を強調するのに

⁽⁵⁶⁾ 前掲 OECD 移転価格ガイドライン 1 章 B2 パラグラフ 1.14。

⁽⁵⁷⁾ 前掲 OECD モデル租税条約 9 条コメンタリーパラグラフ 2 および国連モデル租税条約 9 条コメンタリーパラグラフ 5。

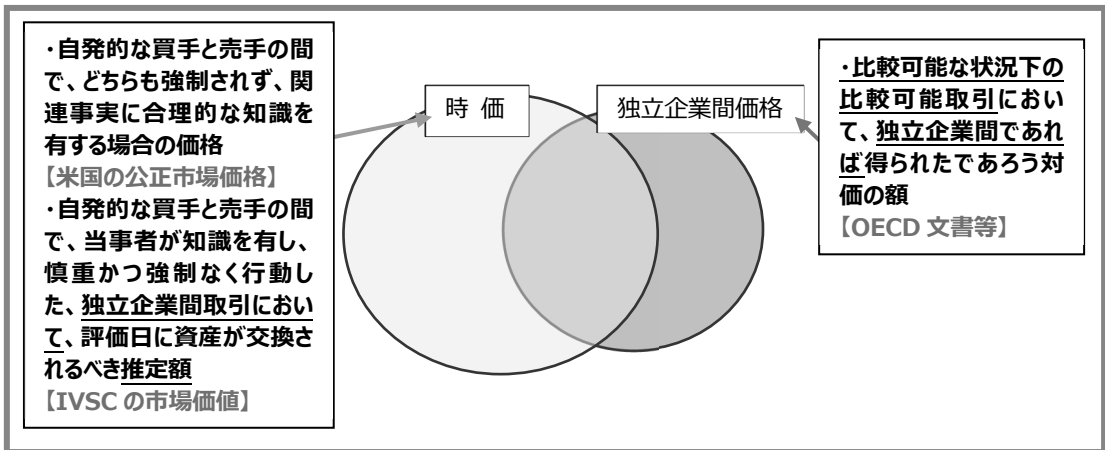
⁽⁵⁸⁾ 初期には、例えば Frank 事件（Frank v. International Canadian Corporation, 308 F.2d 520 (9th Cir. 1962)）のように独立企業間基準を否定して他の基準を支持した判決がみられる。

対して、米国や EU では時価と独立企業間価格は異なりうることが前提とされている。その上で、EU の文献は両者には共通点が多いという側面を多く論じ、逆に米国では移転価格課税の分野で独立企業間基準以外の基準は排除したいという姿勢が感じられる。また、米国と EU の文献はどちらも、独立企業間価格は特定の具体的な取引が（独立当事者間で）行われた場合の価格であるとしている。

時価が成立するための要件を見ると、米国の公正市場価格と IVSC の市場価値基準に共通して、①自発的な買手と売手の間、②強制がない、③十分な情報を有する、であり、IVSC ではこれに、④独立企業間取引であることが追加されている。独立企業間価格は、OECD と諸法域で共通して、比較可能な状況下の比較可能な取引において独立企業間であれば得られたであろう対価の額とする。

これらの点を踏まえるとこの両者は、類似しているものの考慮要素が若干異なっており、下の【図 1】のような関係にあると考えられる。

【図 1：時価と独立企業間価格の一般的なイメージ】



(2) わが国における状況の認識

次にわが国における状況について検討を行うが、ここでわが国のそれぞれの定義を再掲すると次のとおり（Ⅲ章参照）。

【時価】 財産の客観的な交換価値であり、不特定多数の（独立）当事者間の自由な取引において通常成立すると認められる価額

【独立企業間価格】 当該国外関連取引が独立の事業者の間で通常の取引の条件に従って行われた場合に支払われるべき対価の額

これまでの確認からわが国の定義に特徴的かもしれないのは、主に次の3点である。

1. 時価については、通説（金子）による定義に「独立当事者間」の要件が含まれている。この点で米国の公正市場価格や IVSC の公正価値（fair value）に基づく価格とは異なっており、IVSC の定義による市場価値（market value）による価格と最も類似している。
2. 独立企業間価格については、表現は多少異なっても OECD の定義「比較可能な状況下の比較可能取引において、独立企業間であれば得られたであろう対価の額」と同一を意図していると考えられる。
ただし、OECD や米国と異なり原則・基準ではなく〈価格〉を直接定義しており、その理由は不明である。
3. 米国や EU が指摘する市場価格は仮定的・独立企業間価格は具体的という観点は、従来あまり意識されていない。

この定義のみからわが国の時価と独立企業間価格の関係を考えると、筆者の理解では以下のようなものになる。

(i) 非関連者（独立企業）間の取引について

わが国の通説による定義では時価の要件の中に（IVSC の market value と同様に）独立企業間の取引であることが含まれている。そうすると、独立企業間価格は、例えば対象となる資産（役務）について具体的に1件でも非関連者間取引の存在が想定できれば成立するが、時価は、さらに不特定多数の間において想定できなければ成立しないと解釈できるかもしれない。

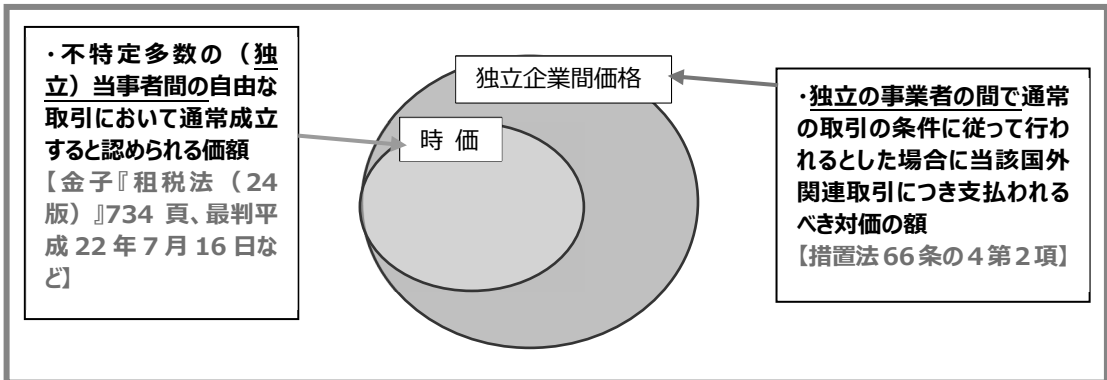
(ii) 関連者間取引について

関連者間取引については、定義自体から独立企業間価格が成立することはありえない。また、わが国通説の定義では時価にも「独立当事者間」取引の要件が入るため、時価にもなりえないように思われる。

以上から、あくまでわが国の定義からは、（独立企業間価格が時価の一部ではないかという）直感的なイメージと異なり、【図2】のように時価は独立企業間価格に不特定多数の要件が追加されたもの—つまり、時価は独立企業間価格に含まれる—という整理も不可能ではないかもしれない⁽⁵⁹⁾。

⁽⁵⁹⁾ 時価は仮定的、独立企業間価格は具体的という理解を展開していくと、逆に独立企業間価格の方が成立が難しいという方向に向うかもしれない。また、米国の公正市場価格の定義には独立企業間の要件は見当たらないため、自由市場で取引されている場合には関連者間取引でも時価となりうる可能性がある。いずれにしても現時点でこの関係図に強い自信は持っていないため、誤りや理解不足についてぜひご指摘を賜りたい。

【図2：わが国における時価と独立企業間価格のイメージ？】



他方で、抽象的な定義からはなれて具体的な価格の算出手法に移ると、独立企業間価格については措置法 66 条の 4 および租税特別措置法施行令 39 条の 12 ほかの法令によって技術的な算定手法が多様に定められており、一方、時価の算定方法については、法律上の規定はないが主に財産評価基本通達によってこれも比較的詳細かつ多様に定められている(Ⅲ章(2)(a)参照)。

仮に同一の資産や役務について算出して見た場合に、措置法に基づいて算出される独立企業間価格と財産評価基本通達に基づいて算出される時価が一致することはむしろ少ないと思われる。

(3) 小括

ここで時価と独立企業間価格の関係について、大きく三点整理を試みておきたい。

第一は、関連者取引に伴うゆがみへの対応のために、なぜ時価ではなく新たに独立企業間価格が形成されてきたのか、第二に、定義上は類似しているのになぜ具体的に計算するとしばしば異なる値が算出されるのか、最後に、この両者を厳格に区別する必要性あるいは実益についてである。

第一の点に関しては、OECD 関係の文書が記すように企業グループ内取引では時価の把握が難しいためであり、独立企業間原則が形成された当初の国際連盟における議論で、本店・PE 間あるいは関連企業間の所得配分の基準としてはじめから時価は念頭になく主に独立企業間原則と定式配分が争われたのも、こうした文脈であると想像される。

二点目に関しては、今回筆者は、理念や原則よりも実際の適用に耐えうる具体的な算出手法を設計する際の技術的な問題あるいは限界かもしれないという印象を受けている。

独立企業間価格の算定手法についていえば、そもそも法律上「対価」が直接参照されるのは CUP 法だけであり、基本三法のレベルでも RP 法や CP 法は売上総利益率、現在の実務の大部分を占める TNMM では営業利益率が使用される。本稿の範囲を超えるうえにわが国固有の問題でもないが、現在法定されている利益法を多用する具体的な移転価格算出手法が本当に独立企業間原則の理念を体现しているかについても様々な意見があり、利益法に基づいて算出された独立企業間価格がさほど具体的であるとも思われない。

時価についても、財産評価基本通達は過剰な課税を回避するために通常取引価格よりも保守的（低価）な価格を導くように設計されており、措置法に基づく独立企業間価格と乖離する最大の原因はこの点にあると考えられる。

措置法も財産評価基本通達もそれぞれの定義にかなう結論が導かれるように規定されなければならないという建前論からは、類似した定義であるのに具体的に算出すると異なった数値が算出される場合、それは算定方法の方がおかしいと考えられないだろうか。なお、講学的な解釈論としては、独立企業間価格の算定方法は施行令や施行規則も含めほぼ法定化されているが、財産評価基本通達は通達にすぎない点に留意を要すると思われる。

また、実務上も、仮に資産や役務が十分類似した同時期の非関係者間の売買実例が確認できれば、それが財産評価基本通達のその他の手法よりも適切な時価として取り扱われている。

なお、この二つの価格が異なる理由として、独立企業間価格には幅の概念があるなどの点も指摘されている⁽⁶⁰⁾。話が大きくなりすぎてここでは扱えないが⁽⁶¹⁾、これも価格算出に用いられている技術の差にすぎないと思う。

第三に、この両者がどの程度厳格に区別されるべきなのかについて。

異なる目的のために異なる定義が用意されているのであるから、必要な場合に最も適切な（通常の価格）が使用されることは完全に正しい。しかし、ほぼ同様の目的に使用できる場合に他方を強く排除する必要まであるかは考慮されてもよいかもしれない。

OECD や EU では、平たくいえば、市場価格で用が足りるのならさらに独立企業間価格を問う必要はないという感覚が強い。他方で米国では、移転価格課税の場面では独立企業間基準以外は用いないという立場があるように思われる。

しかし、米国の初期の裁判例を検討してみると、争われているのは、そもそも移転価格税制が発動されるべきであるか否かの局面において、①取引に正当性や合理性がある（*fair and reasonable*）のに非関係者と比較する必要があるのか⁽⁶²⁾、②合理的な利益（*reasonable return*）を得ているのに非関係者との比較を行う必要があるのか⁽⁶³⁾、といった切り口である。これらは、非関係者要件との関連性が強い *market* の側面を考慮することなく、*fair* の側面のみから非関係者要件との優劣が争われたもので、*fair market value* と独立企業間価格が対比されたものではないと理解することができるかもしれない。

本稿の設定に戻ると、Ⅲ章 1 節(1)・(2)および本節(2)で再掲したそれぞれの定義に基づけば、少なくともわが国では、時価が判明する場合に改めて独立企業間価格を検討する必要はないと解釈できる可能性がある。OECD モデル租税条約コメンタリーなどの文書で示される国際的な

⁽⁶⁰⁾ 井上・前掲注(2)のうち国際税務 42 卷 1 号 (2022) 55-56 頁。

⁽⁶¹⁾ 独立企業間価格に幅が認められるのは、要するに具体的な算定手法において同程度に確からしいものが複数存在しうるためである。そうであれば（前掲東京地判平成 27 年 1 月 27 日では否定されているが）資産や役務が十分類似した売買実例が複数存在するようなケースでは、時価にも幅を認めてもよいのかもしれない。

⁽⁶²⁾ *Seminole Flavor Co. v. Commissioner*, 4 T.C. 1215 (1945)、Avi-Yonah・前掲注(26)4-5 頁参照。

⁽⁶³⁾ *Frank* 事件前掲注(58)、Avi-Yonah 同上 5-6 頁参照。

コンセンサスを尊重する立場からも、この場合にさらに移転価格課税を行うことは許されないと解される。

また、関連者間取引で時価との乖離が判明しているにもかかわらず寄附金課税が行われない場合は、何らかの合理的な理由があることになる⁽⁶⁴⁾が、そのようなケースではその価格は独立企業間価格でもあるはずである。逆に時価は判明しないが独立企業間価格は判明する場合には、独立企業間価格はまさにそのような場合のために考案されたものであるから移転価格課税は行うことができるが、寄附金課税は、(時価が分からないのだから) 行うことができないことになる。

2 節 寄附金課税の相互協議適格性—租税条約の解釈

(1) 租税条約における独立企業間原則の形成

Ⅲ章でみた OECD や各法域の独立企業間価格の基となる独立企業間原則は、概要以下の経緯を経て租税条約上の原則として形成されている。

(a) 現在の租税条約 9 条 (特殊関連企業条項) は、事業所得に関して恒久的施設の帰属所得を「would prevail between independent persons dealing at arm's length」とする現 7 条の事業利得条項から派生している。1927 年の国際連盟モデル租税条約案では源泉地国に所在する関連企業と恒久的施設の関係が不明瞭であったが、1933 年の事業所得モデル条約案 (3 条第 2 パラグラフ) で別法人格である関連企業に関して事業利得条項から分離する形で特殊関連企業条項が規定され、また、その際に、恒久的施設への帰属所得の算出において既に定式配分などの他の基準よりも優位となっていた *at arm's length* という表現がはじめて用いられたとされる⁽⁶⁵⁾。

OECD モデル租税条約は、国連における検討を引継いでいるため、1963 年の当初の条約案から現在の 9 条 1 項の内容で規定されている。

(b) 米国では、前述のとおり、関連企業間取引のゆがみを是正する手法として、1921 年以降関連企業の会計を強制的に連結する方式をとっていたが、1928 年から現在のように関連企業間で所得や控除を配分する方式に変更され、1935 年の財務省規則によって、その配分等は独立企業間価格により行われる旨が明確化された。

これらの経緯からは、まず、独立企業間価格は当初から関連者間取引のみに着目して形成されてきたものであることが確認できる⁽⁶⁶⁾。米国と国連における議論の前後関係は判然としないが、いずれにしてもわが国を含む諸法域はこうして国際的なスタンダードとなった独立企業間原則をそれぞれの国内法および租税条約でこれまで取り込んできている。

⁽⁶⁴⁾ Ⅱ章 2 節・3 節の通説 (経済的贈与基準説) に基づく場合である。

⁽⁶⁵⁾ 渕圭吾『所得課税の国際的側面』(2016) 141-149 頁など。

⁽⁶⁶⁾ 国際連盟における問題意識は異なる国家 (法域) 間の課税権の配分であったが、米国では国内取引にも移転価格税制が適用される。

(2) わが国の従来解釈の確認

現行租税条約の解釈として、一般に、寄附金課税は相互協議の対象とならないとされている。

例えば、1993年の国際税務研究グループ編『国際課税問題と政府間協議』⁽⁶⁷⁾は、我が国の寄附金課税が相互協議の対象とはならない理由として、寄附金課税が、①わが国によるわが国居住者に対する課税であること、②特殊関連者条項の規定に適合しない課税ともいえないこと、をあげる。

実務上も、例えば2013年に商船三井から「2010年に行われた国外関連者寄附金課税について2013年2月に国税庁から寄附金課税部分は相互協議対象とならなかったとの連絡を受けた」⁽⁶⁸⁾旨の公表が行われているようである。

これに対して、なぜ移転価格課税の場合のみ経済的二重課税の解消が義務づけられるかについて必ずしも十分な理解がないことは前述のとおりである。

(3) 9条1項の意義

それでは移転価格課税と寄附金課税は何が異なるのかについては、9条の意義を以下の解釈によってみる⁽⁶⁹⁾ことで、相互協議に関する現在の取扱いを合理的に説明できるものとする。

(a) 9条は、その条約上の位置および形成の経緯から「課税権配分」の規定である。

締結した租税条約に9条1項を置くことで、①一方の締約国による独立企業間価格を用いた課税が許容され、同時に他方の締約国はその部分の一次的課税権を相手国に譲歩することを約したことになり、②したがって（ほかの課税権配分に関する「できる（may）」規定と同様に）その許容された課税による二重課税は他方の締約国の負担で解消されなければならない。

このため、租税条約の主要な目的は法的二重課税の防止および解消であるが、9条による課税については特に経済的二重課税も「条約の規定に適合しない課税」の状態を生じさせる。

(b) なお、前述のとおり、多数の法域の理解では2項は確認規定にすぎず、2項の存否は以上の解釈に影響しない⁽⁷⁰⁾。

(c) 9条は独立企業間価格を用いない課税は対象としていない。ただし、実質的に独立企業間価格を用いて行われる課税に伴う経済的二重課税は、9条による課税と同様に25条の対象となる⁽⁷¹⁾。

⁽⁶⁷⁾ 国際税務研究グループ編『国際課税問題と政府間協議～相互協議手続と同手続をめぐる諸問題～』（1993）255-261頁。

⁽⁶⁸⁾ 羽床＝水野・前掲注(5) 231頁。

⁽⁶⁹⁾ この論理構成については主に倉内敏行「相互協議の対象について」税大論叢 27号（1996）167頁以下を参照している。

⁽⁷⁰⁾ 同上 167頁。OECDモデル租税条約25条に対するコメンタリーパラグラフ11・12、1984年OECD報告書（前掲注(53)）パラグラフ75・76・79。

⁽⁷¹⁾ 前掲OECDモデル租税条約25条コメンタリーパラグラフ9ほか。

つまり、関連企業間の国際取引について、①独立企業間価格への引き直しによる課税は、9条が明示的に許容し、かつ経済的二重課税の排除も約しているため、経済的二重課税が残った状態は「条約に適合しない課税」となり、②独立企業間価格を用いない課税については租税条約はサイレントであるため、自国居住者に対する課税である限り「条約に適合しない課税」とはならず、経済的二重課税が発生しても直ちに相互協議の対象とはならない。

このように解することで、各国の国内税法に基づくその他の（CFC 税制などの）課税は独立企業間価格を検討することなく実施することができ、相互協議の対象ともされていないことが説明できる。例えば倉内氏は、移転価格税制は国際的な課税権の配分を目的とするため9条との関係が生じるが、寄附金課税は租税回避行為の防止という目的から政策上定められたものであり、租税条約との関係が生じる余地はないとする⁽⁷²⁾が、これは上記のような文脈ではじめて理解できる。

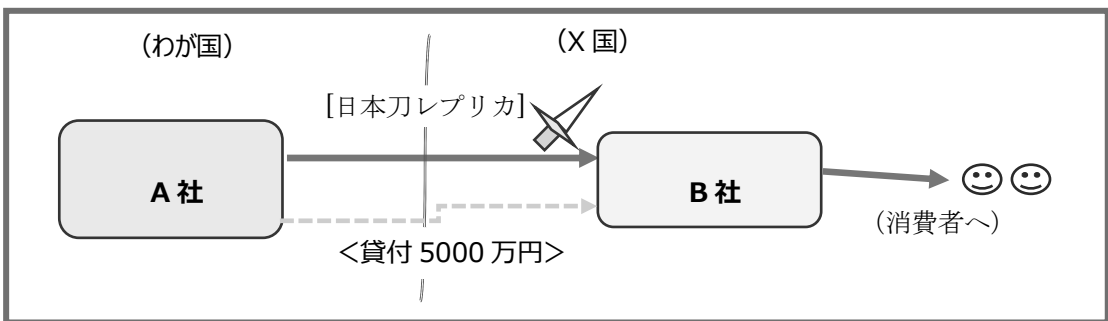
ここで留意すべきと思われるのは、租税条約が独立企業間価格を用いた課税のみを9条として取り上げている根本的な理由は、国連やOECD等における長年の議論を経て、国際関連者取引に伴うゆがみに対処する方策としては、定式配分でも時価への引き直しでもなく、独立企業間価格への引き直しが国際的なスタンダードとされている⁽⁷³⁾からであることである。

措置法66条の4が対象とするような国外関連取引に関しては、国際的に確立された標準はやはり圧倒的に独立企業間価格を用いた移転価格課税となる。

3節 従来の実務

(1) 実務と主要先行研究の検証

ここで、再度冒頭の設定例を用いて従来の学説と現行実務とのすり合わせを行い、どの学説もわが国の現在の実務とは整合していないと思われることを簡単に確認する。



⁽⁷²⁾ 倉内・前掲注(69) 171頁。

⁽⁷³⁾ 例えばⅢ章2節(1)-2記載のOECD移転価格ガイドラインの1章パラグラフ1.14の冒頭参照。

【設例 1】

A社はB社にこの商品を、[1]無償で譲渡（輸出）した、[2]6万円で販売（輸出）した。
A社・B社間取引には（内部コンパラ）価格である8万円が比準できる。

【設例 2】

A社はB社への貸付（5000万円）について、[3]対価（利子）を全く收受しなかった、[4]年利2.0%の利子を收受した。

比準できる貸付金利は5%である。

【設例 3】

A社は、[5]B社への貸付金5000万円全額を放棄した。

なお、[1]から[5]すべてのケースで、A社は贈与や寄附の意図を認めていない。

【設例 1】

[1]の無償譲渡については、**各説**に照らすと、有償・無償基準説（(1)説）では普通に寄附金課税が行われ、贈与意思基準説（(2)説）では（納税者の主張に反して）利益供与の意図が認定された場合のみ寄附金課税が行われる。経済的贈与基準説（(3)説）・二段階説（(4)説）では納税者の主張にかかわらず「通常の経済取引として是認できる合理的な理由」がない限り寄附金課税が行われ、二段階説では取引価格との開差が独立企業間価格>時価の場合さらに移転価格課税が行われるはずである。

実務では、これは通常の継続的な棚卸資産取引の一環であるが、対価を全く收受していない場合は寄附金課税のみが行われる可能性が高い。取引価格との開差が独立企業間価格>時価であっても、さらに移転価格課税が検討されることは皆無といってよい。

なお、適切な対価を收受しない「合理的な理由」があれば寄附金に該当しないため寄附金課税は行われませんが、同時に移転価格課税も行えない可能性が高い。

ここでは、国内取引に係る通説である(3)説にほぼ整合した実務が行われているように思われる。(2)説よりも広範に寄附金認定が行われており、(4)説は意識されていない。

[2]の低額譲渡については、**各説**では、有償・無償基準説（(1)説）では寄附金課税となることはないが、贈与意思基準説（(2)説）では利益供与の意図が認定されれば寄附金課税が行われ、経済的贈与基準説（(3)説）では、無償取引の場合と同様に「合理的な理由」がない限り寄附金課税が行われるべきことになる。

一方で**実務**をみると、継続取引の一環であり、かつ不十分であっても対価を收受している場合には、移転価格課税のみが行われる可能性が高い。したがってこの最も典型的な場面で、通説かつ事務運営指針が採用していると考えられる(3)説どおりの実務は行われていない。寄附金課税に加えてさらに移転価格課税が検討されることはない点は[1]と同じである。

【設例 2】

[3]については、毎年継続的に発生すべき利子についての扱いであるが、**各説**の当てはめは設例1の[1]と同様となる。

実務においても、寄附金課税のみが行われる可能性が高い⁽⁷⁴⁾。

[4]については、不十分であっても対価を收受しており、各説の当てはめは設例1の[2]と同様となる。

実務では、移転価格課税が行われる可能性が高い。ただし、利子については[3]・[4]ともに棚卸取引よりも寄附金課税が行われる傾向が若干高いように感じられる。

【設例3】

[5]は単発の取引（債権放棄）であるが、各説に照らすと、[1]と同様に、(1)説では寄附金課税のみが行われ、(2)説では利益供与の意図が証明できた場合のみ寄附金課税が行われ、(3)説および(4)説では「合理的な理由」がない限り寄附金課税が行われるはずである。

実務上は、寄附金課税のみが行われ、移転価格課税は考慮されない。

(2) 移転価格課税と寄附金課税の実務

このように、移転価格課税と寄附金課税との区分について、実務上の感覚は、国税庁の公表事務運営要領の文言にかかわらず、必ず国内取引と同じ要件を用いて先行して寄附金課税を検討するというものとはなっていない。

しかし、近年国外関連取引に関する調査件数の増加と調査一件当たりの少額化が進展している一方で移転価格税制に精通した当局職員数は必ずしも増加していないため、相対的に寄附金による課税件数が増加していく可能性も皆無ではないかもしれない。

時価と独立企業間価格の違いについて、理論的にはすでに2005年の伊藤論文がこの二つの差異に明示的に言及している⁽⁷⁵⁾が、実際の実務では、この二つが異なるということ自体がほとんど意識されていない。少なくとも筆者は、独立企業間価格と時価が異なることを前提とした二段階の課税が行われた例を承知していない。

また、井上氏が触れるように⁽⁷⁶⁾、措置法66条の4に寄附金課税を追加した平成3年度税制改正の立法実務担当者も、当時の「改正税法のすべて」⁽⁷⁷⁾などを見る限り移転価格課税と寄附金課税は適用局面が異なると理解していたようであり、時価と独立企業間価格の違いに基づく二段階の課税が起こることを想定していたかは明らかでない。

⁽⁷⁴⁾ 昔からある清水惣事件（大阪高判昭和53年3月30日高民集31巻1号63頁）のパターンである。

⁽⁷⁵⁾ 伊藤・前掲注(4)79-82頁、89頁。伊藤氏は、筆者の理解では、措置法66条の4第1項によって独立企業間価格と異なる対価は独立企業間価格に置き換わるのであるから、時価と取引価格との開差はさほど問題とならないとされている。この立場は、①有償取引では措置法が規定する移転価格税制が法人税法の寄附金課税に優先して適用されること、②時価と独立企業間価格の金額はさほど異ならないこと、を前提としているように思われる。

⁽⁷⁶⁾ 井上・前掲注(2)のうち、国際税務42巻1号（2022）60-61頁。

⁽⁷⁷⁾ 加藤治彦ほか『平成3年改正税法のすべて』（大蔵財務協会、1991）287頁。

4 節 わが国寄附金課税の独自性または特殊性

(1) わが国寄附金課税の特殊性

そもそも、関連者に対する低額譲渡や無償譲渡を原則として「寄附金 (donation または contribution)」に該当するものとして扱い、それに該当した支出の事業関連性 (≒必要経費該当性) を個々に検証せず機械的に損金算入額を一括して計算・決定する制度はわが国固有のものと考えられる。

遠藤氏⁽⁷⁸⁾にこの観点からの米国とドイツの寄附金課税の検討があり、これによると、例えば米国で法人所得計算上の損金になるのは、①事業遂行に通常かつ必要 (IRC162(a)) な経費か、②特定の慈善目的の寄附金 (IRC162(b)) のみであり、わが国のように「資産や経済的利益の無償の供与」を寄附金と呼んで一律に損金計算上の一つのグループとして扱うことはない。

これらの国では、低額譲渡の際の対価と時価との差額は、税務上、①事業関連性の判断または②移転価格課税の問題として処理される。また、米国では内国歳入法 482 条の移転価格税制が国内取引にも適用される。

一方で、わが国の国内取引では、法人の低額譲渡や無償譲渡を認定して法人税法 22 条 2 項で時価との差額を益金に取り込んだ後の、損金面の後始末 (=損金不算入) をすべて寄附金課税で行っている。この場合、いちいち主観的な利益供与の意思の立証を求めて適用範囲を限定しては一般的に適用できないことになる。

(2) 国際取引に対する寄附金課税は抑制されるべきであること

措置法 66 条の 4 の条文を厳格に解釈して、1)独立企業間価格≠時価としてそれぞれ別途に算出し、2)寄附金課税の要件に納税者の主観的な意図を求めず、3)寄附金課税の要件が満たされる場合には移転価格課税よりも優先すると考え、さらに4)現在の国税庁が公表する通達の解釈 (=寄附金課税に①贈与意思は不要、②一部対価が支払われていても適用できる) に基づくと、現行実務とは異なりほとんどの場合に寄附金課税が行われるべきことになり、移転価格課税が単独で行われる場面は極めて限定されることになる。さらに、対価との開差が独立企業間価格>時価の場合には、寄附金課税が行われた後にこの両者の開差分に対してさらに移転価格課税が行われる。

しかしながら、国際的には、国際関連者間取引であることによって通常と異なる条件で取引が行われその結果価格等がゆがんでいる場合には、一般に、寄附金ではなく、移転価格や (利子の場合) 過大支払利子税制などの問題として処理される。

また、相手国の納税者または当局が、①わが国が行った寄附金課税を移転価格課税とみる場合、②わが国なら寄附金課税が行われる状況で移転価格課税を行う場合には、いずれにしても相手国当局からわが国当局へ租税条約 9 条および 25 条に基づく相互協議の申入れが発生する。

⁽⁷⁸⁾ 前掲注(5)のうち遠藤 (1999) 190 頁以下および遠藤 (2014) 183 頁。

従来移転価格税制として導入された措置法 66 条の 4 の中に国際的には異質な寄附金課税の規定を挿入し、それが優先的に適用される上に一律に相互協議の対象とならないという立場は、法解釈としては正当であっても、OECD モデル租税条約 9 条・25 条および OECD 移転価格ガイドラインが前提とする国際的なスタンダードとはなじみにくいように思われる⁽⁷⁹⁾。そのような意図は全くないにもかかわらず、日本が経済的二重課税の排除を嫌って「実質的には移転価格課税であるものを、強引に二重課税が排除できない形態で課税している」との批判も誘発しかねないことが懸念される。

いまこの問題がさほど顕在化していないのは、現在の実務では、第一に、大型案件については、措置法 66 条の 4 の規定ぶりにかかわらず利益供与の意図が極端な場合以外は寄附金課税でなく移転価格課税が行われているためであり、第二に、中・小規模の事案では、相互協議は長期間を要することおよび専門家への報酬などが還付額を上回りかねないことが嫌悪されて二重課税に甘んじるか国内の争訟手続がとられることで相互協議適格性の問題が表面化していないためである。

なお、従来の有償・無償基準説や贈与意思基準説をとれば、以下のように結果として国外関連者との取引に寄附金課税が行われるケースを抑制する結果となる。

- 贈与意思基準説では、立証の困難性から、納税者が贈与であることを明確に認めていない限り寄附金課税ではなく移転価格課税が行われるとする⁽⁸⁰⁾。
- 有償・無償基準説では、筆者の理解できる限りでは、66 条の 4 第 1 項の解釈から、①特別法である措置法が取扱いを規定する有償取引に法人税法の寄附金課税を行うことはできない、②国外関連者との取引価格は 1 項で独立企業間価格に置き換えられるので、独立企業間価格と時価が異なる限り寄附金課税が適用される余地はない⁽⁸¹⁾、とする。

この意味では、あまり厳密な解釈を追求せず、諸説が併存する下で行われている現在の実務は、国際的な相場観、常識には適っているということになる。しかし、これまでの検討のとおり、残念ながら実務上統一して採用される状況には至っておらず、また、それぞれ法解釈上若干の疑問があるように思われる。

5 節 改善の方向性の一案

本章の最後に、仮に現状を改善するために措置法 66 条の 4 の改正が望ましいと判断された場合の立法の方向性のアイデアにもごく簡単に触れておきたい。

筆者としては、近年の国際課税に関する国際的な議論の傾向からはわが国の租税政策として「意図的な海外への利益シフト」に対して損金算入制限を行っても特段外国から批判を受けることはないと考えため、国外関連者寄附金の全額損金不算入制度の射程を、民法上の贈与が成立するような場合に限定する（＝贈与意思基準説に近い）といったあたりのバランス感が穏

⁽⁷⁹⁾ 筆者の感覚では、OECD モデル租税条約 9 条のコメンタリーに留保が必要となるレベルで不都合かもしれない。

⁽⁸⁰⁾ 遠藤・前掲注(5)235 頁以下。

⁽⁸¹⁾ 伊藤・前掲注(4)78 頁以下。

当であるような印象を持っている。

この前提で考えると、(1) 措置法 66 条の 4 第 3 項・4 項の対象となる寄附金の定義を国内法と異なる主観的意図を要件とするものに改定するか、(2) 措置法 66 条の 4 (3 項・4 項) から寄附金課税は削除して平成 3 年改正前の状況に戻し、併せて法人税法施行令の寄附金の損金算入限度額計算で国外関連者に対するものを全額損金不算入とすることが考慮しうるのではなかろうか。

(1)により、第 3 項・4 項の寄附金を国内法と異なる定義（例：双方の贈与意思が合致した無償契約に限定）に変更した場合には、このように意図的な所得移転に対象が限定されていれば、OECD 等の国際的な場面でも「わが国独自の政策規定」との主張が容易になる。

また、(2)により、3 項を削除して平成 3 年改正前の状況に戻し、同時に法人税法施行令（＝寄附金の損金算入限度額）で国外関連者に対するものは全額損金不算入⁽⁸²⁾としておけば、クロスボーダー取引では租税特別措置法＝移転価格課税が法人税法に優先され、例外的に寄附金課税が行われる場合にも平成 3 年度改正が目的としていた移転価格課税との取扱いの差異（全額損金不算入と限度額までの損金算入）も統一されることになるように思われる。

VI おわりに：本稿のまとめ

最後に今回の検討の大筋を改めてまとめておくと、概要次のとおりとなる。

(1) 措置法 66 条の 4 第 3 項による「国外関連者寄附金課税」は、①（国外関連者との取引のみを対象としているが）国内取引における寄附金と同じ定義を用いているため取引価格が「時価」（×独立企業間価格）と異なる場合に発動され、②移転価格課税と同様に経済的二重課税は発生するが、従来の理解のとおり原則として相互協議の対象とはならない。さらに、現行法の規定上、寄附金課税を行うことができる場合には移転価格課税よりも先行される。

また、「時価」と「独立企業間価格」は、形成されてきた経緯も現在の定義も異なるため、理論的に突き詰めれば異なるものである。

(2) しかし、現在の実務では、厳密には異なるはずのこの両者の差異がほぼ意識されておらず、当局自身もこの二者を明確に区別した課税は行っていない。

現行法および通達の下で具体的に計算すれば多くの場合異なった値となるが、わが国におけるそれぞれの定義から演繹すれば、この二者は、時価が判明する場合には（その時価は独立企業間価格でもあるため）基本的に一致すべきと理解できる可能性がある。

また、OECD モデル租税条約のコメントリー等からは、時価に修正された取引にさらに移転価格課税が行われることは想定されていない。

(3) ほぼすべての低額譲渡を「寄附金」と構成して損金算入額を一括計算（＝制限）する制度はわが国に固有であり、他国の例では、「寄附金」は **contribution** であり、事業関連性がある場

⁽⁸²⁾ この場合、「国外関連者」を（措置法と同一または更に簡素化した形で）法人税法施行令等で別途規定する必要がある。

合や特定の慈善目的の場合にのみ損金性が考慮される。関連者間取引であるために価格がゆがんでいる場合には基本的に移転価格課税によって対応が行われる。

もし(1)の理解を徹底し、そのとおりの執行を徹底すると、国際的なスタンダードから乖離した状況が生じるが、この奇妙な結果が生じるのは、主にわが国税法上の「寄附金」の範囲が広すぎるためであり、この背景には、国内取引でも頻出する低額譲渡を処理する手段として寄附金が使用され、そのため利益供与の意思を要しないと解釈されていることがあるように思われる。

- (4) 寄附金課税の相互協議適格性に関して行うべき検討は、それが租税条約 25 条の「条約の規定に適合しない課税」に該当するか否かであり、その際には移転価格課税が常に 25 条の対象となるのは 9 条という特殊な規定が存在するためであることを踏まえる必要がある。

9 条の趣旨を、国外関連取引に関して、①独立企業間価格に引き直す形での課税を許容し、②同時にこの課税に伴う経済的二重課税は解消することで課税権の配分を約したものと解すると、独立企業間価格を用いない課税について 9 条は何も語っておらず、したがってわが国居住者に対する限り寄附金課税も特に「条約の規定に適合しない課税」には当たらないことになる。

- (5) 以上を踏まえた筆者の当面の提言としては、以下のとおり。

- (a) わが国独自の国外関連者寄附金課税があつてよいし、それが国際取引にも適用されてよいが、その対象は現状より限定することが望ましいのではないか。
- (b) (1)の解釈に従ってゆがんだ国外関連取引にほとんど寄附金課税を行うという結論は、法解釈上は正しいと主張できても、国際的な視点から無用の批判を生む懸念があり、何らかの改善が望まれる。

- (6) 仮に措置法 66 条の 4 の改正を検討する場合、(i) 措置法 66 条の 4 第 3 項・4 項の寄附金の定義を国内法とは異なる（意図を要件とする）ものに変更する、または(ii) 措置法 66 条の 4 から寄附金に係る記述は削除し（＝平成 3 年改正前の状況に戻し）、併せて法人税法施行令の寄附金の損金算入限度額計算で国外関連者に対するものを全額損金不算入とするような方向性が考慮しうるのではないか。

以上、今回の拙い再考がわが国の移転価格課税を巡るこの〈古典的〉な論点にわずかでも貢献できれば、筆者としては望外の幸いである。