

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

神 山 幸

〔 税 務 大 学 校 〕
〔 研 究 科 研 究 員 〕

要 約

1 研究の目的

近年、多国籍企業がグループ全体での税負担の軽減を図る目的で、低税率国に所在する国外関連者に特許やブランド等の無形資産を低価で移転する等の事例が存在するといわれている。このような事例に対して、移転価格税制上の独立企業原則に基づき課税を試みる場合、特許等の無形資産はユニークさを特徴とすることから、比較対象取引を見出しにくいという問題が生じる。加えて、独立企業原則そのものについても、EU 域内において、一定の公式に基づき所得の配分を決定するルールの確立を目指す動きがあり、また、独立企業原則の執行能力を十分に備えていない新興国は、その執行可能性について問題を提起し始めていることから、その信頼性が揺らぎつつある。

こうした状況を踏まえ、本稿は、独立企業原則が、無形資産取引に対応するポテンシャルを有するものか改めて検証するとともに、その検証結果に基づいて、日本は今後、いかなる対応措置を取り得るのか検討することを目的とする。

2 研究の概要

(1) 研究の方法

独立企業原則が有するポテンシャルを検証するに当たっては、米国における独立企業原則に係る解釈・適用の変遷、及びそれらが国際的に共有される過程を歴史的に分析することとする。日本は、独立企業原則に基づくことを当然のように受け止めてきたが、米国は、定式配分方式との確執の中で独立企業原則を維持し⁽¹⁾、また、その解釈・適用の変遷においては、国内外から多くの批判を浴びながらも、自国の課税権を確保してきたためである。

(1) 望月文夫『日米移転価格税制の制度と適用－無形資産取引を中心に－』5-6頁（大蔵財務協会、2007）参照。

また、無形資産取引への今後の対応としては、例えば、無形資産の価値を直接評価するアプローチ、無形資産の移転後であってもその対価の修正を求めるアプローチ、取引の経済的実質を重視するアプローチ等が考えられる。今日、BEPSとして問題視されているような事案は、従来、日本では欧米諸国ほどは見受けられなかったことから、これらのアプローチについて法整備を見据えた検討が十分にされてこなかった。他方、米国においては、様々な局面において議論が展開されてきたことから、こうした議論を分析することによって、日本への示唆が得られるものと思われる。

(2) 本稿の構成

第1章では、日本における移転価格税制の仕組み、及び比較対象取引の不存在が問題の根底にある訴訟事件を概観し、日本の移転価格税制の現状と課題を明らかにする。また、次章以降で米国の移転価格税制を分析する前提として、日本の租税法領域における経済的実質主義の位置づけについて確認する。

第2章では、米国において、無形資産の評価が争われた近年の訴訟事件を題材として、無形資産の価値を直接評価する方法にはどのような問題が内在し、それに対して米国がどのように挑んでいるのか、更に、如何なる課題が残されているのかを分析する。

第3章では、米国における独立企業原則の解釈・適用の変遷と、その国際的拡張の過程について歴史的に分析することによって、独立企業原則が有するポテンシャルを検証する。なお、独立企業原則のアンチテーゼといわれる定式配分方式が、独立企業原則の代替となりうるものかについても考察を加える。

第4章では、第2章で確認した無形資産の新たな評価方法の移転価格税制上の位置づけを考察した上で、第3章において確認された独立企業原則のポテンシャルを前提として、無形資産の移転後であっても対価の修正を求めるアプローチを日本に導入することの是非について論じる。また、第1章から第3章までの検討に基づき、取引の経済実態に即した移転価格課

税を実現するための提言を試みる。

3 結論（まとめ）

独立企業原則は、刻々と変化する経済状況に応じてその解釈と適用を行う柔軟性を備えた、国家間の所得配分を適正に実現するためのツールと位置づけることができる。近年、定式配分方式が注目を浴びつつあるが、今後も、独立企業原則に軸足を置いて移転価格税制を執行していくことが、現在のところ最良な選択肢であると結論付けられる。

比較対象取引が存在しない事案への対応を考察した結果、無形資産の価値を直接評価するアプローチについては、無形資産の定義の明確化、及び投資家モデルのコンセプトの導入が肝要といえる。他方で、かかるアプローチには仮定に大きく依拠せざるを得ないという限界があり、何らかの補完的措置が求められる。その選択肢の一つとして、無形資産の移転後であってもその対価の修正を求めるアプローチが挙げられるが、これに対する批判は根強いものがあり、更なる検討を要するものと思われる。

また、日本の裁判所の抑制的態度、及び移転価格税制の特殊性に鑑みると、経済的実質主義を成文化する必要があると考える。ただし、移転価格税制は、本質的に契約自由の原則と抵触する可能性が高いことに鑑みると、経済的実質主義の成文化と併せて、執行を規制する仕組みを構築することが、移転価格実務を健全に発展させる上で肝要と考える。

目 次

はじめに	570
第1章 日本の移転価格税制の現状と課題	571
第1節 現行移転価格税制の特徴	571
1 移転価格税制導入の背景と仕組み	571
2 独立企業原則に内在する問題	574
3 無形資産取引に係る規定	576
4 税制改正等の状況と特色	580
第2節 アドビ事件にみる今後の課題	581
1 事実の概要と判旨	582
2 考察	584
第3節 日本における実質主義	590
1 移転価格税制の制度設計	590
2 学説と判例の動向	592
3 考察	595
第4節 小括	598
第2章 近年の米国における無形資産取引への対応	600
第1節 費用分担規則の変遷	601
1 費用分担契約の二つの側面	601
2 1996年規則の概要	603
第2節 Veritas事件の概要と検討	604
1 事実の概要	604
2 判旨	606
3 判決に対するIRSの見解	609
4 考察	610
第3節 2011年最終規則の概要	637
1 バイ・イン概念の拡大	637

2	投資家モデルの導入	638
3	新たな移転価格算定方法	639
第4節	小括	645
第3章	独立企業原則の変遷と可能性	648
第1節	米国における独立企業原則の変遷	648
1	独立企業原則の成立	648
2	独立企業原則の限界と「白書」	651
3	新たな規則の策定	659
4	実質主義を支える新たな規則	664
5	考察	669
第2節	独立企業原則の国際的拡張	671
1	1995年 OECD ガイドライン	671
2	2010年 OECD ガイドライン	675
3	考察	678
第3節	定式配分方式の代替可能性	681
1	OECD の考え方と問題の所在	681
2	ユニタリー・タックスの法理	683
3	新興国における独立企業原則	690
4	共通の統合法人課税ベース	696
5	独立企業原則と定式配分方式の正当性	699
6	考察	702
第4章	独立企業原則に軸足を置いた対応	706
第1節	DCF 法と独立企業原則	706
1	問題の所在	706
2	DCF 法と独立企業原則の整合性	707
第2節	同時文書化と立証責任	714
1	米国における同時文書化	714
2	各国の文書化制度	717

3 考察	720
第3節 所得相応性基準の再評価	721
1 米国における定期的調整	721
2 OECD からみた定期的調整	722
3 所得相応性基準の再検討	724
第4節 日本の移転価格税制の方向性	734
1 本節の目的	734
2 移転価格税制の方向性	735
結びに代えて	748

はじめに

近年、多国籍企業がグループ全体での税負担の軽減を図る目的で、低税率国に所在する国外関連者に特許やブランド等の無形資産を低価で移転する、或は、国際的事業再編を繰り返すことによって、日本に所在する関連者から機能・リスクの引き剥がし等を行う事例が存在するといわれている⁽²⁾。このような事例に対して、移転価格税制上の独立企業原則に基づき課税を試みる場合、特許等の無形資産はユニークさを特徴としており、また、関連者間でなされる事業再編の多くが、関連者間の「契約変更」に伴い生み出されたものであるが故に、比較対象取引を見出しにくいという問題が生じる。加えて、独立企業原則そのものについても、EU 域内において、一定の公式に基づき所得の配分を決定するルールの確立を目指す動きがあり、また、独立企業原則の執行能力を十分に備えていない新興国は、その執行可能性について問題を提起し始めていることから、その信頼性が揺らぎつつある⁽³⁾。

こうした状況を踏まえ、本稿は、独立企業原則が、無形資産取引をはじめ比較対象取引の見出しにくい事案に対応するポテンシャルを有するものか改めて検証するとともに、その検証結果に基づいて、日本は今後、いかなる対応措置を取り得るのか法整備も見据えたところで検討することとする。

-
- (2) OECD（経済協力開発機構）租税委員会は、2013年2月、税浸食と利益移転（以下「BEPS」という。）に関する問題意識を周知し、その明確化を図ることを目的とした報告書「税源浸食と利益移転への対応」（原題：“Addressing Base Erosion and Profit Shifting”）を公表し、同年7月には、「BEPS 行動計画」（原題：“Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting”）を公表した。邦訳は、『税源浸食と利益移転（BEPS）行動計画』（日本租税研究協会、2013）参照。
- (3) 本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第2回）公式配分方式（Formulary Apportionment method）の再検討」租税研究 763号 242頁（2013）参照。

第1章 日本の移転価格税制の現状と課題

第1節 現行移転価格税制の特徴

1 移転価格税制導入の背景と仕組み

日本の移転価格税制は、昭和 61 (1986) 年度税制改正によって導入されたものであり、措法 66 条の 4 に規定されている。導入の背景には、企業活動の国際化の進展に伴い、企業が国外の特殊関連企業との取引を通じて所得を海外に移転する問題が国際課税の分野で重要となったこと、及び欧米主要国の多くはこれに対処するための税制上の規定を整備していることから、日本においても移転価格の問題に対処するための法整備が必要であるとの認識があった⁽⁴⁾。

こうした認識の下、日本が締結した租税条約には、特殊関連企業の利益配分は独立企業原則によるとする特殊関連企業条項が置かれていたが、この条項は、その規定振りにおいて租税法規として国内的に作用させる文言ではないと解されていた⁽⁵⁾。そこで、新たに規定されたのが移転価格税制である。

ところで、OECD モデル租税条約の特殊関連企業条項は、どのように成立したのであろうか。1933年にキャロル報告書が提出されるまでは、事業所得の配分については定式配分方式へ向かっていたが、同報告書を契機 (turning point) として、分離会計を基礎とした独立企業原則へと進むこととなったと

(4) 国税庁「昭和 61 年改正税法のすべて」188、194 頁 (1986)。

昭和 56 (1981) 年 3 月の衆議院大蔵委員会は「所得の海外移転に適応した税制及び執行体制の整備について検討すること」を付帯決議としたが、国際化の進展により、外国における移転価格税制の適用を巡って日本企業と外国税務当局との間にトラブルが増える一方であったため、政府はこうした事例への対抗立法 (blocking statute) という意味も込めて、昭和 61 (1986) 年度の移転価格税制導入に踏み切った (村井正『租税法-理論と政策-〔改訂版〕』163 頁 (青林書院、1993))。これらの事案については、藤江正嗣『移転価格税制と地方税還付—トヨタ・日産の事例を中心に—』(中央経済社 1993) に詳しい。

(5) 国税庁・前掲注 (4) 193-194 頁。

いう⁽⁶⁾。キャロル報告書は、国際連盟の1933年事業所得条約案で採用され、1943年メキシコモデル条約、1946年ロンドンモデル条約を経て、1963年OECD条約草案第9条第1項に引き継がれている⁽⁷⁾。第1項の規定は、現在まで変更されておらず、現行のOECDモデル租税条約第9条第1項は、以下のとおり規定する。

1 次のa)又はb)に該当する場合であって、そのいずれの場合においても、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つたとみられる利得であつてその条件のために当該一方の企業の利得とならなかつたものに対しては、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。

a) 一方の締約国の企業が他方の締約国の企業の経営、支配又は資本に直接又は間接に参加している場合

b) 同一の者が一方の締約国の企業及び他方の締約国の企業の経営、支配又は資本に直接又は間接に参加している場合

このように、独立企業原則は、国外関連取引を比較対象取引と比較することにより、国外関連取引の妥当性を検証するものではあるが、移転価格税制の究極的な目的は、国外関連取引の適正価格の決定自体ではなく、関連者間における適切な所得配分の実現にあることは留意すべきであろう。

(6) Stanley I.Langbein (1986) “The Unitary Method and the Myth of Arm's length”Tax Notes, Vol.30,pp.631-632. 濱田明子「移転価格課税における所得移転の基準」税大論叢42号161頁(2003)も参照。キャロル報告書(原題:Caroll,Taxation of Foreign and National Enterprises, League of Nations, Doc.C.425(b).M.217(b).1933.11.A(Sept.30,1933))については、赤松晃『国際租税原則と日本の国際租税法—国際的事業活動と独立企業原則を中心に—』54-132頁(税務研究会出版局、2001)に詳しい。

(7) 川田剛=徳永匡子『OECDモデル租税条約コメンタリー逐条解説(2008年改訂版)』171頁(税務研究出版局、2009)。

他方、日本の移転価格税制の基本的な仕組みは、内国法人がその国外関連者との間で取引を行った場合に、その取引を独立企業間価格で行ったものとみなす、というものである⁽⁸⁾。したがって、実際の取引価額の如何にかかわらず、資産の低価販売等の場合には独立企業間価格に相当する金額が益金に算入され、また、資産の高価購入等の場合には、独立企業間価格に相当する金額が原価とされることになる⁽⁹⁾。すなわち、日本の移転価格税制は「独立企業間価格」を中核に置くことによって、独立企業原則を「価格」と強く結びつく概念としてとらえている点に一つの特徴を見出すことができる⁽¹⁰⁾。

独立企業間価格を算定するための具体的方法については、棚卸資産の売買取引とそれ以外の取引に区分して規定されている⁽¹¹⁾。棚卸資産の売買取引については、独立価格比準法、再販売価格基準法及び原価基準法のいわゆる基本三法と、基本三法に準ずる方法及びその他政令で定める方法がある⁽¹²⁾。他方、棚卸資産の売買取引以外の取引については、上述の方法と同等の方法によるという簡素な規定振りとなっている。

従来、日本では基本三法を優先的に用い、それ以外の方法は基本三法を用いることができない場合に適用することとされていた。しかし、2010年にOECDガイドライン⁽¹³⁾が基本三法の優先適用を廃止したことを受けて、2011

(8) 措法 66 条の 4 第 1 項。

(9) 金子宏『租税法 [第 18 版]』485 頁 (弘文堂、2013)。

(10) 矢内一好「米国移転価格税制 (3-1) 1994 年規則について」商学集志 65 巻 2 号 13 頁 (1995) 参照。なお、移転価格税制が適用されるための要件として、所得移転の目的があることや租税回避目的が存することは要求されていない (国税庁・前掲注 (4) 194 頁)。

(11) 措法 66 条の 4 第 2 項、措令 39 条の 12 第 6 項ないし第 8 項。

(12) その他政令で定める方法には、比較利益分割法、寄与度利益分割法、残余利益分割法、取引単位営業利益法及びこれらの方法に準ずる方法がある。残余利益分割法は、利用可能な独立企業間価格の算定方法が法令上、一覧できることが望ましいという理由で 2011 年度税制改正において措令に規定された (国税庁『平成 23 年税制改正の解説』496 頁)。

(13) OECD 租税委員会が作成した移転価格税制に関するガイドライン (原題: “Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration”) で、OECD モデル租税条約第 9 条の適用のための条件、適用の効果等について取りまとめた報告書である。邦訳は、『OECD 移転価格ガイドライ

年度の税制改正により、国外関連取引の内容、国外関連取引の当事者の果たす機能その他の事情を勘案した上で、独立企業間価格を算定するために最も適切な方法を適用することとされた。

2 独立企業原則に内在する問題

企業にとって、いかに高付加価値の製品・サービスを開発・提供するかは、他社との差別化を図る上で重要な課題となっており、高付加価値を生み出す源泉の一つが知的財産に代表される無形資産である⁽¹⁴⁾。

無形資産は、周知のとおりユニークさを特徴とすることに加えて、それを保有している企業のみにもたらすという競争排除的な性質を有している。したがって、多国籍企業の内部では無形資産取引が多く行われるのに対して、非関連者間で無形資産取引が行われることは稀であるため、無形資産取引に係る比較対象取引を把握するのは困難を伴う⁽¹⁵⁾⁽¹⁶⁾。こうした問題は、すでに多くの学者や実務家によって指摘されてきたところであり、岡村忠生教授は「無形資産とは要するに、伝統的な独立当事者間基準が本質的に苦手とする対象の、いわば掃き溜めともいえる」⁽¹⁷⁾と表現している。

ン「多国籍企業と税務当局のための移転価格算定に関する指針」1998年版』（日本租税協会、1998）及び『OECD 移転価格ガイドライン「多国籍企業と税務当局のための移転価格算定に関する指針」2010年版』（日本租税協会、2011）を参照しているが、文脈上、適宜、補正等を行っている。

(14) 神山弘行「無形資産の国際取引と課税」ジュリ 1447号 39頁（2012）。

中国等の新興国を中心とした市場の拡大に伴う、全世界的な特許出願件数の増加等を背景に、近年の知的財産権を取り巻く状況は急速に変化してきており、特に、日本の特許庁を受理官庁とした特許協力条約に基づく国際出願の件数が急激な増加傾向を示している。これは、市場のグローバル化に伴い、日本の出願人が海外出願を重視し、日本企業等における知的財産活動のグローバル化が進んでいることの結果であると特許庁は分析している（特許庁『特許行政年次報告書 2013年版』2頁（2013））。

(15) 中里実『国際取引と課税-課税権の配分と国際取引-』294-297頁（有斐閣、1994）。

同『金融取引と課税-金融革命下の租税法-』106-125頁（有斐閣、1998）も参照。

(16) 会計学者の立場からも同様の指摘がされている。詳細は、伊藤邦雄『無形資産の会計』17頁（中央経済社、2009）、藤田晶子『無形資産会計のフレームワーク』26頁（中央経済社、2012）参照。

(17) 岡村忠生「無形資産の課税繰延べ取引と内国歳入法典 482条（一）」民商 118巻 4・

更に、1990年代以降、サプライチェーンの効率化やシナジー効果を最大限に発揮する目的で、多国籍企業の国際的な事業再編が顕著となってきている。具体的な事業再編の形態としては、本格的な販売事業者からリスクの限定的な販売方式への転換、グループ内での無形資産の移転等が挙げられる。次節でみるアドビ事件をはじめ、事業再編を契機として本格的な販売形態から機能やリスクを剥ぎ取られた商業形態に対しては、より少ない利得しか付されない場合が多い。しかしながら、比較対象取引を探そうにも、他の企業が商品を販売するために役務提供のみを行う独立した第三者はほとんど存在しないという現実がある。

また、高度に結合された多国籍企業は、費用の削減等から生ずる結合の利益を享受するにもかかわらず、外部市場における独立企業間取引の尺度を用いて所得の配分を行うことへの理論的批判も従来から存在する⁽¹⁸⁾。

こうした独立企業原則に内在する問題を捉え、かねてから、一部の論者によって定式配分方式が提唱されてきたところであり、最近ではEU域内の各国が、一定の定式により多国籍グループ企業の連結所得をそのメンバー企業の居住地構成国に分配するルール（(Common Consolidated Corporate Tax Base (以下「CCCTB」という。))の確立を目指す動きがある。更に、近年、急速な経済成長を遂げている新興国は、独立企業原則の執行可能性について多くの問題を提起してきている。これらの新たな動向が、独立企業原則から定式配分方式への移行論に拍車を掛けているといっても過言ではない。

したがって、独立企業原則に軸足を置いた日本の現行税制下においては、無形資産取引をはじめとする比較対象取引が存在しない事案にいかに対処すべきかは、従来から深刻な問題として認識されながらも、十分な対応がなされないままに新たな問題が積み重ねられてきた喫緊の課題と位置づけられる。

5号612頁(1998)。

(18) 増井良啓『結合企業課税の理論』169頁(東京大学出版会、2002)。

3 無形資産取引に係る規定

(1) 無形資産の定義

日本の移転価格税制に係る法令は、無形資産の定義又は範囲について明確な規定を置いていない。移転価格税制に係る解釈通達によれば、無形資産取引は、使用許諾取引と譲渡取引に大別され、基本三法と同等の方法、基本三法に準ずる方法と同等の方法及びその他政令で定める方法と同等の方法を用いて独立企業間価格を算定するとされている⁽¹⁹⁾。このうち、①独立価格比準法と同等の方法を適用する場合には、無形資産が同種であり、かつ、移転の時期や条件が同様であること、②原価基準法と同等の方法を適用する場合には、無形資産が同種又は類似であり、かつ、移転の条件が同様であることが必要であるとされている⁽²⁰⁾。

その上で、比較対象取引の選定に当たっては、売手又は買手の使用する無形資産（著作権、法通 20-1-21⁽²¹⁾に定める工業所有権のほか、顧客リスト、販売網等の重要な価値のあるものをいう。）等も考慮して判断するとの指針が示されている⁽²²⁾。かかる解釈通達を根拠に、これを日本における移転価格税制上の無形資産の定義規定と解する文献も存在するが、あくまで同通達は、比較対象取引の選定に当たって考慮すべき諸要素を列挙しているにすぎない点には留意すべきである⁽²³⁾。

(19) 措通 66 の 4(7)-1。

(20) 措通 66 の 4(7)-6。

(21) 法通 20-1-21 では、「…特許権、実用新案権、意匠権、商標権の工業所有権及びその実施権等のほか、これらの権利の目的にはなっていないが、生産その他業務に関し繰り返し使用し得るまでに形成された創作、すなわち、特別の原料、処方、機械、器具、工程によるなど独自の考案又は方法を用いた生産についての方式、これに準ずる秘けつ、秘伝その他特別に技術的価値を有する知識及び意匠等をいう。したがって、ノウハウはもちろん、機械、設備等の設計及び図面等に化体された生産方式、デザインもこれに含まれるが、海外における技術の動向、製品の販路、特定の品目の生産高等の情報又は機械、装置、原材料等の材質等の鑑定若しくは性能の調査、検査等は、これに該当しない。」とされている。

(22) 措通 66 の 4(3)-3 (注) 1。

(23) なお、実務上、無形資産として重要な価値を有するかどうかは、国外関連取引の内容や法人及び国外関連者の活動・機能、市場の状況等を十分に検討して判断され、例えば、次に掲げる重要な価値を有し所得の源泉となるものを幅広く検討対象とし、

以上から、日本の移転価格税制上、検討すべき諸要素として解釈されている無形資産をまとめると図表1のとおりとなる。特許権等の法的に保護された知的財産権は勿論のこと、独立した企業間において移転の対象となり、対価性が認められるすべての無形資産を考慮すべき諸要素の範疇に含めるという包括的な概念を用いていることがうかがえる。特筆すべきは、こうした日本の概念は、図表1からも明らかなどおり、1995年のOECDガイドラインに倣って作り上げられたものであるということである。

図表1 日本の法令解釈通達とOECDガイドラインとの比較

措通 66 の 4(3)-3(注)1	OECD ガイドライン
<ul style="list-style-type: none"> ・著作権 ・特許権、実用新案権、意匠権、商標権 ・特許権、実用新案権、意匠権及び商標権の実施権等 ・生産その他業務に関し繰り返し使用し得るまでに形成された創作（独自の考案又は方法を用いた生産について的方式、これに準ずる秘けつ、秘伝その他特別に技術的価値を有する知識及び意匠等をいい、ノウハウや機械、設備等の設計及び図面等に化体された生産方式、デザインを含む。） ・顧客リスト、販売網 ・上記のほか、重要な価値のあるもの 	<ul style="list-style-type: none"> ・特許、商標、商号、意匠、形式(パラ 6.2) ・文学上・芸術上の財産権、ノウハウ、企業秘密(パラ 6.3) ・コンピューターソフトウェア ・マーケティング上の無形資産（商標、商号、顧客リスト、販売網、重要な宣伝価値を有するユニークな名称・記号・写真）(パラ 6.4) ・ノウハウや企業秘密は商業上の活動を助け、又は向上させる財産としての情報又は知識である。(パラ 6.5) ・ノウハウは経験から得られるものであり、製造者が単なる製品の検査や技術の進歩に関する知識から知ることができないものを意味する。(パラ 6.5) ・ノウハウは特許権によりカバーされない秘密工程、秘密方式及び産業上、商業上又は学術上の経験に関するその他の秘密情報を含むかもしれない。(パラ 6.5)

(出典) 事務運営要領 参考事例集 事例 10 (参考) を一部加工。

国外関連取引の内容や法人及び国外関連者の活動・機能、市場の状況等を検討することとしている(事務運営要領 2-11)。①技術革新を要因として形成される特許権、営業秘密等、②従業員等が経営、営業、生産、研究開発、販売促進等の企業活動における経験等を通じて形成したノウハウ等、③生産工程、交渉手順及び開発、販売、資金調達等に係る取引網等。

(2) 無形資産から生ずる所得の帰属

価値ある無形資産の存在が認定された場合、次に問題となるのが無形資産から生ずる所得の帰属である。法人税法上の所得の帰属概念は、法的帰属説が通説とされているが、移転価格税制の適用上、事務運営要領は、無形資産から生ずる所得の帰属について「法的な所有関係のみならず、無形資産を形成、維持又は発展させるための活動において法人又は国外関連者の行った貢献の程度も勘案する必要があることに留意する」⁽²⁴⁾としている。そして、無形資産の形成等への貢献の程度を判断するに当たっては、無形資産の形成等のために行った意思決定、役務の提供、費用の負担及びリスクの管理において果たした機能等を総合的に勘案するとされている⁽²⁵⁾。これは、独立企業間であれば、無形資産の所有者と形成等に貢献した者は一致するのが通常であるが、移転価格税制が対象とする関連者間の契約においては、無形資産の所有者と無形資産の形成等に貢献した者を異にすることも容易であるため、独立企業間価格を算定するに当たっては、外形的な無形資産の所有ではなく当事者が遂行する機能、使用する資産、負担するリスクを反映した分析を行うことを明らかにしたものと見える⁽²⁶⁾。

他方で、移転価格税制上の所得の帰属概念については、このような特殊性があるにもかかわらず、事務運営要領に委ねられていることを問題視す

(24) 事務運営要領 2-12。

(25) 事務運営要領 2-12。2006 年度の事務運営要領改正時の税務当局担当者の表現を借りるならば、「判断、汗、お金、目配り」という要素に基づき総合勘案することになる。この中の「目配り」がいわば「リスクの管理」であって、例えば、無形資産の形成等の活動に内在するリスクを網羅的に把握し、継続的な進捗管理等の管理業務全般を行うことによってこれらのリスクを一元的に管理する業務等をいうとされている（上野嘉一「移転価格事務運営要領（事務運営指針）」及び「連結法人に係る移転価格事務運営要領（事務運営指針）」の改正について」国際税務 26 卷 6 号 33 頁（2006））。

(26) 山川博樹「大規模法人の税務の課題—国際課税を中心に—」租税研究 766 号 280 頁（2013）。

る見解もある⁽²⁷⁾。確かに、通達に基づく行政実務は、裁判所における判断に少なからぬ影響を与えていると思われるところである。

(3) 無形資産取引に係る移転価格算定方法の適用可能性

無形資産の使用許諾取引と譲渡取引のうち、近時、特に問題となっているのは後者といえよう。独立企業間価格の算定方法については先に述べたとおりであり、無形資産取引への対応を考える場合、独立価格比準法、残余利益分割法及び取引単位営業利益法といった算定方法と同等の方法の適用が考えられる⁽²⁸⁾。

しかしながら、独立価格比準法と同等の方法は、比較対象取引との比較により独立企業間価格を算定する方法であるが、その適用上、資産の内容について厳格な同種性が求められるため、ユニークさを特徴とする無形資産取引において比較対象取引を見いだすことは困難な場合が多い。また、残余利益分割法と同等の方法及び取引単位営業利益法と同等の方法は、無形資産が生み出す利益に着目して独立企業間価格を間接的に算定する方法で、無形資産の使用許諾取引とは親和性が認められるが、無形資産の価値を直接評価する必要がある無形資産の譲渡取引への適用は困難といえる。

他方、無形資産の価値を直接評価する手法としては、インカムアプローチ、コストアプローチ及びマーケットアプローチが挙げられ、中でもインカムアプローチが有用であるといわれているが⁽²⁹⁾、現行法上、こうした手

(27) 阿部泰久「無形資産をめぐる国際取引に係る税務上の取扱いの現状と課題」青山慶二主幹『グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方』63-64、72頁（21世紀研究所、2012）。更に、法的所有によらず所得の帰属を決定することは、否認再構築の問題を惹起するとの見解もある（詳細は、ホワイト&ケース税理士法人著『知的財産戦略』190頁（税務経理教会、2008）参照）。

(28) 詳細は、高久隆太『知的財産をめぐる国際税務』275頁以下（大蔵財務協会、2008）参照。

(29) 日本公認会計士協会編『企業価値評価ガイドライン〔増補版〕』37頁（日本公認会計士協会出版局、2010）。古賀智敏『知的資産の会計〔改定増補版〕』101頁（千倉書房、2012）も同旨。ただし、①英国のインターブランド社が考案したモデル、②伊藤邦雄教授と日経ビジネス社が共同開発したモデル、③広瀬義州教授を委員長として経済産業省が開発したモデルを比較して、税務上は③が最も有用とする見解もある（岩崎政明「無形資産の評価と使用料をめぐる課税問題」租税研究 674号

法は規定されていない。インカムアプローチを移転価格算定方法として許容するか否かについて、日本の税務当局は否定も肯定もしていないといわれており⁽³⁰⁾、その明確化が求められている状況にある。

4 税制改正等の状況と特色

近年の移転価格税制に関する主な改正事項をみると、2000年度の法令解釈通達の改正や2001年度の事務運営要領の制定によって、移転価格税制の基本的な解釈・適用が示された。2004年度には、OECDガイドラインに沿った算定方法を日本に導入することによって、納税者の予測可能性が高まるとの期待の下、取引単位営業利益法が規定され⁽³¹⁾、更に、2007年度には、独立企業間価格の各算定方法の具体的適用を示した参考事例集が公表された。

2011年度には、独立企業間価格算定方法の適用順位の見直し、独立企業間レンジの取扱いの明確化及びシークレットコンパラブルの運用の明確化が図られた。2011年度の税制改正は、1995年以来15年ぶりにOECDガイドラインが大幅に改定されたことを受けて行われたものである。また、2013年度の税制改正においては、独立企業間価格を算定する際の利益水準指標に、OECDガイドラインで許容されている営業費用売上総利益率（以下「ベリー比」という。）が追加された。

このように、日本の税制改正等の動向をみると、OECDガイドラインの改正を受けてこれにハーモナイズする形、いわば、ア・プリオリに進められていること、移転価格税制の執行の大半が事務運営要領に委ねられていること⁽³²⁾がうかがえる。

123-132頁（2005）。

なお、インカムアプローチ、コストアプローチ、マーケットアプローチの詳細は、ゴードン V. スミス＝ラッセル L. パール（菊池純一ほか訳）『知的財産と無形資産の価値評価【第2版】』147頁以下（中央経済社、1997）参照。

(30) 藤森康一郎『実務ガイダンス 移転価格税制【第3版】』133頁（中央経済社、2013）。

(31) 国税庁「平成16年改正税法のすべて」312頁（2004）。

(32) 赤松晃「国際課税分野での立法—日本の経済発展の軌跡を背景として—」金子宏

なお、国際課税に関する今後の課題については、税制調査会専門家委員会によって議論され、2010年11月にその取りまとめが公表されている。そこでは「課税管轄権からの離脱を防ぐ措置（strong fences policy）と、広く門戸を開いて通商の拡大を図る措置（open doors policy）との間で適切なバランスをとりつつ、国際的経済活動を阻害しない形で、税収の適正な確保を目指す必要がある」⁽³³⁾と述べられている。特に移転価格税制に関しては「超過収益の源泉である無形資産を海外に移転させる企業に対して、どこまで移転価格税制で所得移転を防止できるのか」⁽³⁴⁾について検討の必要性が示されている。

第2節 アドビ事件にみる今後の課題

従来は、移転価格税制に基づく更正処分を受けた納税者は、更正金額が多額であり、かつ国内の争訟手続では被った二重課税を救済することが困難であるため、租税条約上の相互協議手続きに訴えることが大半であるといわれてきたが、近年では、訴訟に持ち込む事例が増加しつつある⁽³⁵⁾。本節は、比較対象取引の不存在が問題の根底にあり、日本の移転価格税制史上、初の納税者勝訴判決が下されたアドビ事件を題材として、比較対象取引が存在しない事案におけ

編『租税法の発展』132頁（有斐閣、2010）は、事務運営要領が日本の移転価格税制の事実上の課税ルールとなりつつあると指摘する。

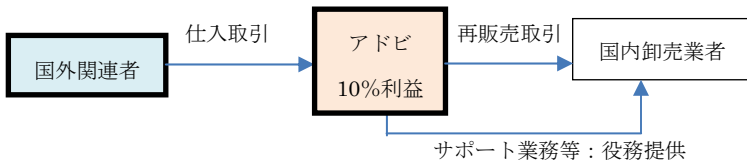
- (33) 税制調査会専門家委員会「国際課税に関する論点整理」9頁（2010年11月9日）。
- (34) 税制調査会専門家委員会・前掲注（33）15頁。
- (35) 青山慶二「最近の税務務判決から分析する国際課税第5回 移転価格税制と事業再編（アドビ事件判決を中心に）」TKC 税務情報 20巻1号32頁（2011）。近年の訴訟事件として、船舶建造請負事件（高松高裁平成18（2006）年10月13日判決（訟月54巻4号875頁）、松山地裁平成16（2004）年4月14日（訟月51巻9号2395頁）、タイパーツ貸付金事件（東京地裁平成18（2006）年10月26日判決（訟月54巻4号922頁）、日本圧着端子事件（大阪高裁平成22（2010）年1月27日判決（税資260号順号11370）、大阪地裁平成20（2008）年7月11日判決（判タ1289号155頁）、推定課税に係る事件（東京地裁平成23（2011）年12月1日判決（訟月60巻1号94頁）、寄与度利益分割法に係る事件（東京地裁平成24（2012）年4月27日判決（訟月59巻7号1937頁）がある。

る日本の移転価格税制の現状と課題を明らかにすることを目的とする⁽³⁶⁾。

1 事実の概要と判旨⁽³⁷⁾

アドビ（原告・控訴人）は、1999年11月30日までは、国外関連者から製品を仕入れて顧客に販売する通常の再販売業者としての機能を果たしていた（図表2参照）。ところが、更正処分の対象となった1999年12月1日以降においては、役務提供等のコスト加えて純売上高の1.5%を役務提供対価として受け取る、いわゆる手数料ビジネスにアドビは転換されていた（図表3参照）。その結果、アドビは、通常の再販売業者が引き受ける棚卸リスクや顧客の貸倒リスクからは解放されるが、約定された役務提供に見合う確実な手数料を計上する事業形態となったのである。

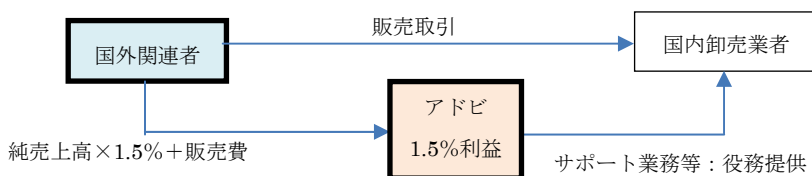
図表2 事業再編前（1999年11月30日まで）



(36) アドビ事件では、質問検査権限の行使が適法であったか（いわゆるシークレットコンパラブルの問題）も争われた。この問題について、金子教授は、いまだ十分な検討がなされているとは言い難い旨を指摘している（金子宏「序説一意義と内容」日本税務研究センター編『移転価格税制の研究・日税研論集 64号-』21頁（日本税務研究センター、2013））。同様の指摘として、北村導人「移転価格課税に関する裁判例の分析と実務上の留意点（下）」税務事例 41 巻 1 号 48 頁（2009）、村田守弘「移転価格税制適用事案の判例（アドビ事件）－裁判所が判断を下さなかったシークレットコンパラブルについて－」税務事例 42 巻 3 号 40-44（2010）、太田洋＝手塚崇史「アドビ移転価格事件東京高裁判決の検討」国際税務 29 巻 3 号 51 頁（2009）等があり、今後の検討課題といえる。

(37) 東京高裁平成 20（2008）年 10 月 30 日判決（税資 2585 順号 11061）、原審は東京地裁平成 19（2007）年 12 月 7 日判決（訟月 54 巻 8 号 1652 頁）。事実の概要と判旨については、判決文のほか、適宜、青山・前掲注（35）35-39 頁も参照している。

図表3 事業再編後（1999年12月1日以降）



税務当局（被告・被控訴人）は、国外関連者からアドビが收受する手数料取引を移転価格税制が適用される国外関連取引とし、非関連者間で行われた受注販売方式の「再販売取引」を比較対象取引として選定した。そして、アドビの日本における製品の売上高に、比較対象取引の売上総利益率を乗じて独立企業間価格の算定を行い、この算定方法を「再販売価格基準法に準ずる方法と同等の方法」であるとして更正処分を行った。これに対してアドビは、税務当局が選定した比較対象取引と本件国外関連取引は類似性が欠如しているとして、更正処分の取消を求める訴えを提起した。原審判決は税務当局の主張を認め、アドビの請求を棄却したことから⁽³⁸⁾、これを不服としてアドビが控訴したのが本件である。本判決は次のとおり判示して、アドビを勝訴させた。

まず、基本三法に準ずる方法と同等の方法の意義については、原審判決と同様「棚卸資産の販売又は購入以外の取引において、それぞれの取引の類型に応じ、取引内容に適合し、かつ、基本三法の考え方から乖離しない合理的な方法をいう」と判示した。

次に、機能の比較に関しては、「本件国外関連取引は、本件各業務委託契約に基づき、本件国外関連者に対する債務の履行として、卸売業者等に対して

(38) 原審判決は、伝統的な取引内容に応じて区分されてきた独立企業間価格算定方法では、対応が困難な新しい取引形態の出現に対し、税務当局が算定方法選択の弾力条項（準ずる手法）を駆使して独立企業間価格の算定を行ったのを裁判所が追認したものと位置づけられよう（青山・前掲注（35）38頁参照）。

なお、原審判決を米国の判例（Dupont de Nemours 事件）と比較分析したものとして、中井稔「移転価格税制における役務提供の機能と評価」税弘 57 巻 11 号 166 頁（2009）がある。

販売促進等のサービスを行うことを内容とするものであって、法的にも経済的実質においても役務提供取引と解することができる」のに対し、税務当局が選定した比較対象取引は「対象製品であるグラフィックソフトを仕入れてこれを販売するという再販売取引を中核とし、その販売促進のために顧客サポート等を行うもの」であるから、アドビと比較対象企業が果たす機能には看過しがたい差異があると判示した。

また、リスクの比較に関しては、アドビは「本件各業務委託契約上、本件国外関連者から、日本における純売上高の1.5パーセント並びに発生した費用の全額に等しい金額の報酬を受けるものとされ、報酬額が必要経費の額を割り込むリスクを負担していない」のに対し、税務当局が選定した比較対象企業は「その売上高が損益分岐点を上回れば利益を取得するが、下回れば損失を被るのであって、本件比較対象取引はこのリスクを想定（包含）した上で行われて」いるため、アドビと比較対象企業とでは「その負担するリスクの有無においても基本的な差異があり、これは受注販売形式を採っていたとしても変わりがない」と判示した。

結論として、上述のような機能及びリスクの差異に照らせば「本件算定方法は、それぞれの取引の類型に応じ、本件国外関連取引の内容に適合し、かつ、基本三法の考え方から乖離しない合理的な方法」とは言えず、「『再販売価格基準法に準ずる方法と同等の方法』に当たるといえることはできない」と判示した。なお、税務当局は上告しなかったため、本件は確定している。

2 考察

(1) 機能・リスク分析に係る検討

本判決は、本件算定方法が再販売価格基準法に準ずる方法と同等の方法に当たるか否かにつき「再販売価格基準法は、取引当事者の果たす機能や負担するリスクが重要視される算定方法」として、機能やリスクに着目して検討を行った点は原審判決と共通するものの、原審判決と正反対の結論を導いている。本判決が行った事実認定は、原審判決と概ね同様であるに

もかわらず、アドビと比較対象企業とではその果たす役割において、看過し難い差異があると結論付けた要因はどこにあるのか。本判決の結論に大きく影響したと思われるのが、リスクに係る評価と思われる。現に、本件において納税者が勝訴した要因は、納税者の再編後のリスク配分は独立企業間のものとなっていると裁判所が判断したことにあるとする見解があることから⁽³⁹⁾、ここでは、かかる観点に着目して検討することとする。

先述のとおり、本判決は、アドビが本件各業務委託契約上、報酬額が必要経費の額を割り込むリスクを負担していないのに対し、比較対象企業は、その売上が損益分岐点を下回れば損失を被るリスクを包含している旨を判示している。言い換えるならば、本判決は、比較対象企業が仕入販売形態をとっているという事業実態（法形式）の相違から当然に導かれるリスクの差異を、比較可能性を判断する上での決定的な差異として捉えているところに特徴が見いだせる。

そもそも、リスクを比較可能性の判断要素として考慮しなければならないのは、経済主体が引き受けるリスクの大きさは、受け取るリターンと直接的な関係を有する⁽⁴⁰⁾と信じられているためである。そして、リスクについて判定する際には、当事者が選択した法形式を重視するのか、或は、実態を考慮すべきかが問題となる。一般に、関連者間取引には、非関連者間において通常存在する利害対立が存在しないことから、独立企業に比べてはるかに多種多様な契約を締結することができるため、独立企業原則を適用する際には、契約の裏にある真の実態を見極める必要がある⁽⁴¹⁾。

(39) 村田守弘「取引再編に係る移転価格の側面について—リスクの取扱い」国際税務31巻6号95頁(2011)では「リスク・プロファイルの変更に対する納税者の見解を裁判所が支持したこと」と表現されている。更に、日本の移転価格税制上、リスク引受者を認定してこれにリスク結果損益を帰属せしめるということは不可能である旨を指摘する見解もある(村田守弘＝藤澤鈴雄「移転価格税制適用事案の判例—アドビ事件(業務委託契約におけるリスク負担に対する裁判所の判断について)」NBL916号25-26頁(2009))。

(40) 中里・前掲注(15)『金融取引と課税』450頁参照。

(41) 2010年OECDガイドラインパラ1.67。

本判決は、本件国外関連取引におけるアドビの役割について「法的にも経済的にも役務提供契約である」との事実認定を強調する一方、移転価格税制を適用するに当たって重要な機能・リスク分析においては、再販売業者と役務提供者という契約条件がもたらす「法的」リスクの根本的差異を重視して「準ずる方法と同等の方法」としての比較可能性がないと判断したものである⁽⁴²⁾。すなわち、本判決は、関連者間のリスク配分は独立企業間のものとなっているか、十分な検討がなされないままに、取引の経済的実質よりも法形式を重視した帰結であり、今後の課税実務に大きな課題が残されたといえる⁽⁴³⁾。

ところで、このような本判決の思考に対しては、「機能・リスク分析において法的形式にとらわれないスタンスを採る米国の移転価格税制（財務省規則）の考え方と異なる」⁽⁴⁴⁾との指摘がある。確かに、米国では移転価格税制の領域に限らず、租税法全般を経済的実質主義が支配している。日本の移転価格税制においても、各当事者が果たす機能及び負担するリスクの妥当性を判断するに当たっては、法的な側面のみならず、経済的実質の側面からも検討されるべきであるにもかかわらず、本判決が、本件確認対象取引について法形式を重視した原因はどこにあるのだろうか。

日本では、一般的に法的実質主義のみが認められ、経済的実質主義は受

(42) 青山・前掲注(35) 39頁。今村教授は、経済的実質において役務提供取引といえるかが本件の問題であるにもかかわらず、本判決の考え方によると、法的形式が役務提供取引であるとの理由だけで、再販売価格基準法に準ずる方法によって算定する余地はないのと同じであり、措法66条の4が「準ずる」方法を認めている趣旨に反することになる旨を指摘する（今村隆『課税訴訟における要件事実論』198頁（日本租税研究協会、2011）、同「移転価格税制における独立企業間価格の要件事実」税大ジャーナル12号28-29頁（2009））。

(43) 例えば、今後、本件と同様な役務提供取引の比較対象取引を再販売業者の取引から選定せざるを得ない状況が続く場合、更に大胆かつ精緻な機能及びリスク等の差異の調整に踏み込んで行かざるを得ないこととなる旨の指摘がある（川上英樹ほか「移転価格課税を巡り初の納税者勝訴判決（東京高裁平成20年10月30日判決）」国際税務29巻2号7頁（2009））。

(44) 藤枝純＝南繁樹「移転価格税制における独立企業間価格の算定方法—アドビ事件」税研25巻3号133-134頁（2009）。

け入れられていない。本判決が一応ながらも経済的実質について言及していることからすると、他の租税法領域と比較して、移転価格税制における経済的実質の重要性が認識されているとも思われる。しかしながら、結果として、経済的実質よりも法形式を重視した判断が下されていることに鑑みると、取引形態の相違を上回る程度に機能及びリスクに類似性があるという点について、税務当局による主張立証が十分に尽くされておらず、裁判所の十分な心証が得られなかったということに加え⁽⁴⁵⁾、日本に古くから横たわる、いわゆる「実質主義アレルギー」⁽⁴⁶⁾が移転価格税制の領域にも少なからず及んでいるものと思慮される。この点については、本項(3)及び次節にて検討を行うこととする。

(2) 事業再編時に着目したアプローチ

本件更正処分は、事業再編後もアドビが売主としての機能を変わずに果たしていることに着目して、事業再編後の取引に対して準ずる方法を適用しようとしたものである。しかし、2010年にOECDガイドラインに追加された第9章が指針を示しているとおおり⁽⁴⁷⁾、本件のような取引形態の変更については、事業再編時に着目して検討するというアプローチも考えられる⁽⁴⁸⁾。本件の場合、リスク限定型販売会社に組織再編されたアドビが、

(45) 飯守一文「機能分析とリスク分析」本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』637頁(大蔵財務協会、2010)。

(46) 「実質主義アレルギー」という用語は、今村教授が「最近の裁判実務においては、この租税法上の実質主義による否認に対する拒否反応が強く、『実質主義アレルギー』(substance allergy)と呼ぶべき現象が見受けられる」という意味合いで用いているのと同義で本稿も使用している。今村隆「課税訴訟研究〔第1回〕租税回避行為の否認と契約解釈」税理42巻14号208頁(1999)参照。

(47) 2010年7月に追加された第9章は、事業再編において特に問題となるリスクの取扱い、事業再編時の対価、事業再編後の独立企業原則の適用、取引の否認・再構築のアプローチをテーマとしており、OECDガイドラインに示された独立企業原則の適用指針を国際的な事業再編の文脈において適用するに当たってのフレームを明らかにしたものである。詳細は、羽床正秀「OECD 移転価格ガイドライン改定のポイント」国税速報6140号10-17頁(2010)、本田光弘「多国籍企業の国際的租税計画と移転価格」本庄資編著『移転価格執行の理論と実務』925-937頁(大蔵財務協会、2011)参照。

(48) 太田洋＝手塚崇史「近時の移転価格裁判例の動向(第1回)」租税研究723号170

日本における顧客リスト、販売網等の重要な価値ある無形資産を、事業再編時までには確立していた可能性を考えるものである⁽⁴⁹⁾。

しかしながら、かかるアプローチについては「特に、本格的販売会社からリスク限定的販売会社又はコミッションアへ転換する場合、販売会社が再編されるまでの年月の間に、現地のマーケティング無形資産を開発してきたか、開発してきたのであれば当該無形資産の性格及び価値はどのようなものであるか、そして、それらは関連企業に移転されたか、ということを検討することが重要である」⁽⁵⁰⁾と OECD ガイドラインが示しており、抽象的にマーケティング無形資産の存在を指摘するだけでは不十分であり、マーケティング無形資産の種類や範囲について個別具体的に特定した上で、当該無形資産が現実に国外関連者に移転されていることを根拠づける事実の認定ができるかが大きなポイントとなる⁽⁵¹⁾。それに加え、OECD ガイドラインは「そのような現地の無形資産が存在し、再編時点で海外の関連企業に移転されることが判明した場合、その移転には、比較可能な状況において独立当事者であれば合意されたであろう内容に基づき、報酬が支払われるべきか、支払われるべきであるならばどのような方法によってかを決定するため、独立企業原則を適用すべき」⁽⁵²⁾と示しており、上述の問題をクリアしたとしても、当該取引の独立企業間価格をいかに算定するかという難問に直ちに直面することとなる⁽⁵³⁾。

-171 頁 (2010) は、税務当局がとり得るアプローチとして、①日本法人をアイルランド法人の代理人 PE と構成する方法、②本件事案に対し税務当局が実際に用いた方法、③②の方法に差異調整を付加的に行う方法、④残余利益分割法を用いて移転価格更正処分を行う方法、⑤日本法人が有するマーケティング無形資産について譲渡益課税を行う方法を挙げた上で、⑤が有望なアプローチと述べている。

(49) 細川健「役務提供取引とマーケティング・インタンジブルズの税務(上)」税弘 57 巻 3 号 184 頁 (2009)。

(50) 2010 年 OECD ガイドラインパラ 9.90。

(51) 河野良介「移転価格税制における課税要件事実の認定プロセスに関する一考察」税法 570 号 85-86 頁 (2013)。

(52) 2010 年 OECD ガイドラインパラ 9.90。

(53) 河野・前掲注 (51) 85-86 頁。同様に、居波邦泰「アドビ事件に係る国際的事業再編の観点からの移転価格課税の検討(上)」税大ジャーナル 14 号 126-127 頁(2010)

こうした無形資産の特定並びに譲渡の認定、及び無形資産そのものの評価が絡む問題については、第1節でみたとおり、日本では無形資産の価値を直接的に評価する方法が規定されていない等、法整備及び経験の蓄積が十分になされていない。したがって、近年の米国における無形資産取引への対応を分析する中で示唆が得られると思われるため、第2章をとおして検討することとする。

(3) 否認再構築によるアプローチ

比較対象取引が存在しない場合において、例外的に OECD ガイドラインが許容しているのは、取引の否認再構築によるアプローチである。税務当局は、原則として納税者が構築した取引に基づいて調査を行うべきであるとすることが⁽⁵⁴⁾、他方、当該取引の性格を否認して再構築することが合法的となる二つの例外的な状況があるという⁽⁵⁵⁾。一つは、取引の経済的実質がその取引の形式と異なる場合である。もう一つは、取引の内容と形式は同じであるが、取引に関連した取極めが、総合的に判断して、商業的合理性のある形で行動する独立企業が行ったであろう取極めとは異なり、かつ、実際の取引では、税務当局による適切な移転価格の決定を実務上妨げる場合である。

そして、OECD ガイドラインは、これらの例外的な状況の下での否認再構築について「OECD モデル租税条約第9条の対象となる移転価格調整(すなわち、独立企業原則に基づく調整)を行う上での、取引の否認に限定されている。これらは、ある国が国内法の下で取引の性格付けを異なる形で

は、事業再編時に着目した報酬が争点にならなかった理由として、国外関連者に移転されたマーケティング無形資産の評価額を比較対象取引によって算出することが困難であったこと、更正処分対象年度において事業再編自体によるマーケティング無形資産が国外関連者に移転したとしてもその対価を収受すべきとする商慣行が確立しているかを立証できるかが不確かであったこと等を指摘しており、かかるアプローチの困難性が示されている。

(54) 2010年 OECD ガイドラインパラ 1.64。

(55) 2010年 OECD ガイドラインパラ 1.65。

行う権限について、何ら指針を提供するものではない⁽⁵⁶⁾と述べ、こうしたアプローチが特殊関連企業条項の下で認められた移転価格調整を行うためのものであることを明確にしている。

アドビ事件に関しては、否認再構築からのアプローチについて検討を要する旨の指摘もあるところ⁽⁵⁷⁾、日本においてそのようなアプローチが可能であるのか検討を行うこととしたい。他方で、増井良啓教授はこうしたアプローチについて「日本流に言えば、狭義の租税回避の否認と真の事実関係の認定の区別にも関係する、かなり難しい論点である。事実関係の安易な引き直しにお墨付きを与えてしまうことになると、波及効果が甚大である⁽⁵⁸⁾と消極的な見解を示しているところ、次節にて慎重に検討を行うこととする。

第3節 日本における実質主義

1 移転価格税制の制度設計

措法66条の4と租税条約の関係については、ほぼ確立した理解が存在し、租税条約上の特殊関連企業条項は、その国内的執行のためには国内立法を必要とする条約規定であると受け止められている⁽⁵⁹⁾。したがって、OECDガイドラインが例外的に許容する否認再構築というアプローチを日本の国内法も許容しているか否かは、その制度設計に立ち返って検討する必要がある。

(56) 2010年OECDガイドラインパラ9.162。

(57) 今村教授は、OECDガイドラインパラ1.36、1.37(現行のパラ1.64、1.65に該当)、9.169を引用し、取引の再構築の観点からの検討の必要性を言及している(今村・前掲注(42)『課税訴訟における要件事実論』199-200頁)。井阪善浩「国際課税の最近の動向について-OECDの議論を中心に-」租税研究112頁(2008)も参照。

(58) 増井良啓「事業再編」日本税務研究センター編『移転価格税制の研究-日税研論集64号-』92頁(日本税務研究センター、2013)。同「事業再編に伴う無形資産の国外移転」ジュリ1445号48頁(2012)も同旨。

(59) 川端康之「移転価格税制の展開」租税73-74頁(2008)。なお、金子教授は租税法主義の観点から、国内立法必要説を支持している(金子宏「移転価格税制の法理論的検討-わが国の制度を素材として-」『所得課税の法と政策 所得課税の基礎理論 下巻』369頁(1996))。

第1節で述べたとおり、日本の移転価格税制は、法人が国外関連者との間で独立企業間価格と異なる対価で取引をした場合には、その取引は独立企業間価格で行われたものとみなして法人税関連法令を適用するという、いわゆる申告調整型の制度である⁽⁶⁰⁾。そして、日本の租税法上、実質主義は明文化されていないこと、特に移転価格税制においては、「対価の額」を引き直すと規定しているにすぎず、当事者が実際に行った取引、取極めを無視して再構築することまでは規定していないことから、OECDが例外的に許容するアプローチを使用できないとも考えられる⁽⁶¹⁾。

その反面、措法66条の4第2項は「・・・独立企業間価格とは、・・・国外関連取引が独立の事業者の間で通常取引の条件に従って行われるとした場合に・・・最も適切な方法により算定した金額をいう」と規定しており、この「条件」という文言が価格以外を含むと解釈できるのであれば、国内法が経済的実質主義や否認再構築を許容していると解する余地があると思われる⁽⁶²⁾。日本の移転価格税制の改正は、OECDガイドラインをア・プリオリに受容する形で進められてきたことを前提とすると、ここでいう「条件」はOECDガイドラインと同義と解すべきであり、OECDガイドラインは、OECDモデル租税条約第9条が定める「条件 (condition)」について、「価格が含まれるが、価格に限るものではない」⁽⁶³⁾と広く捉えている。

しかしながら、現行法令上、「条件」が意味するところは定かではなく、日本の移転価格税制が、価格以外の「条件」についてこれまで言及してこなかった経緯も踏まえると、上記規定が価格以外の「条件」による再構築を認めて

(60) 金子・前掲注(59) 371頁。

(61) 今村隆「移転価格税制における独立企業間価格の立証—最近の裁判例を素材にして—」租税研究 715号 266頁(2009)。居波邦泰「国際的事業再編取引への対応について—移転価格税制の観点から—」税大論叢 75号 292頁(2012)、小島信子「移転価格税制における独立企業間価格の算定に係る「レンジ」の採用について」税大論叢 67号 426頁(2010)も同旨。

(62) 茂木裕晃「移転価格税制に係る一考察—クロスボーダーでの事業再編を中心として」『租税資料館受賞論文集 第21回 下巻』421-422頁(租税資料館、2013)。

(63) 2010年OECDガイドラインパラ1.7。

いと解する余地はあるものの、租税法律主義の観点からこのように解するのは困難が伴うものとする(64)。

2 学説と判例の動向

金子宏教授は、租税回避という用語を「私法上の選択可能性を利用し、私的経済取引プロパーの見地からは合理的理由がないのに、通常用いられない法形式を選択することによって、結果的には意図した経済的目的ないし経済的成果を実現しながら、通常用いられる法形式に対応する課税要件の充足を免れ、もって税負担を減少させあるいは排除すること」(65)と定義する。こうした租税回避に対して、これを否認する税法上の明文の規定がない場合に、当事者が用いた私法上の法形式を租税法上そのまま容認し、それに即して課税を行うべきか、それともそれが私法上は有効なことを前提としつつも、租税法上はそれを無視し、通常用いられる法形式に対応する課税要件が充足されたものとして課税を行うべきかという問題がある。

そして、後者の見解を支持する根拠として持ち出されるのが、「課税要件の充足の有無を経済的実質に則して判断するという『実質課税の原則』『実質主義』あるいは『経済的実質主義』といわれる考え方」(66)であろう。近年では「私法上の法律構成による否認(事実認定による否認)」というアプローチも耳にするが、その意味するところは実質主義による否認と同義と解する学説が多く(67)、こうしたアプローチに対する風当たりは強いものがある(68)。経済

(64) 茂木・前掲注(62)422頁は、「上記規定は…その内容が不明確であることから、この文言を根拠規定とする関連者間取引の再構成はできない」と結論付けている。

(65) 金子・前掲注(9)121頁。

(66) 末崎衛「租税回避目的」と契約解釈—「私法上の法律構成による否認」論の批判的検討— 税法560号93頁(2008)参照。

(67) 占部裕典「最近の裁判例にみる『租税回避行為の否認』の現状と課題」租税研究671号65頁以下(2005)、同「租税回避行為論再考—外国税額控除枠の利用にかかわる法人税更正処分等取消請求訴訟事件を素材として—」税法548号33頁(2005)、末崎・前掲注(66)89頁以下参照。なお、淵教授は「事実認定による否認」といった議論が登場した背景には、処分証書の証明力が無条件に認められるという実務が存在したことを指摘する(淵圭吾「租税法と私法の関係」学習院大学法学会雑誌44巻

の実質主義は、真実に存在する法律関係から離れて、その経済的成果なり目的なりに即して法律要件の存否を判断するものであり、このように解してはならないと金子宏教授は釘をさしている⁽⁶⁹⁾。

それでは、判例の動向はどのようなものであろうか。日本の移転価格課税訴訟において、取引の経済的実質に着目して、取引そのものを否認再構築したという事件はこれまでのところ存在しない。ただし、タイパーツ貸付事件⁽⁷⁰⁾では、納税者が自らの貸付契約が出資であるとして、国外関連取引に該当しないと主張したのに対して、裁判所は現行の OECD ガイドラインパラ 1.65 を引用して、「本件貸付を実質的に『出資』と評価することもできないことではない」と判示している⁽⁷¹⁾。しかしながら、これは納税者が自らの貸付取引を出資であると再構築するよう求めたものであり、税務当局がこれを主張したものではない⁽⁷²⁾。仮に、税務当局が何らかの取引を再構築して検討すべき旨を主張した場合、それが日本の国内法上どのように判断されるかについては、明らかにされていない⁽⁷³⁾。

また、海外への無形資産移転取引に対して、法人税法上その効果を否認する法理の妥当性を検証したものとして一条工務店事件⁽⁷⁴⁾が挙げられる。本件

2号48頁(2009))。そして、中里教授は、処分証書の法理を重視する最高裁の決定の意味は重く、契約を無視して課税処分を行う場合、立証責任を負う税務当局は相当の立証をしなければならないと指摘する(中里実「租税法における事実認定と租税回避否認」金子宏編『租税法の基本問題』147頁(有斐閣、2007))。

- (68) 谷口勢津夫「司法過程における租税回避否認の判断構造」租税法32号63頁(2004)、岡村忠生「租税回避の意図と二分肢テスト」税法543号3頁(2000)等参照。
- (69) 金子・前掲注(9)135頁。北野弘久『税法学原論〔第5版〕』126-127頁(青林書院、2003)、瀧圭吾「所得課税における年度帰属の問題」金子宏編『租税法の基本問題』208頁(有斐閣、2007)も参照。
- (70) タイパーツ貸付金事件は、前掲注(35)参照。
- (71) 判示部分は「仮に、タイ国内企業に対して長期固定金利で貸付を行なうという経済行為が、短期貸付が一般的であった当時のタイの金融情勢下においては、およそ経済的合理性のない行為であったと認められるとすれば、後記のとおり金利の低さとも相まって、本件各貸付を実質的に『出資』と評価することもできないではない」である。
- (72) 小島・前掲注(61)469頁。
- (73) 小島・前掲注(61)469頁。
- (74) 名古屋高裁平成18(2006)年2月23日判決(税資256号順号10329)、原審は

は、移転価格税制からアプローチしたものではないが、OECD ガイドラインで指針が示されている多国籍企業の国際的事業再編に対し、税務当局が当事者の私法契約を再構築して否認することができるかどうか判断された日本における最初の事案といえる⁽⁷⁵⁾。判決は、仮に法人税の軽減目的があったとしても、グループ内の無形資産の生成・管理の向上という正当な事業目的が認められ、実態面でも当該組織再編には法実質が整い基本的な機能が果たされていると認定できる場合には、仮装行為の認定はできないとした。法実質が整っている以上は、仮装行為の認定はできないとする裁判所の事実認定の姿勢、すなわち、納税者の採用した私法上の法形式を安易に無視すべきではないとする裁判所の考え方は、近年の租税回避行為を対象とした更正処分に対する裁判所の判断と共通するものといえる⁽⁷⁶⁾。

例えば、資産の相互売買が一つの交換取引か二つの売買取引かについて争われた岩瀬事件⁽⁷⁷⁾でも、「売買取引及び各売買代金の相殺という法形式を採用した理由が、本件資産の譲渡による所得税負担の軽減を図るためであったとしても、当該契約の法形式が仮装のものであると認定できない以上、租税法主義の下では、法律の根拠なしに当事者の選択した法形式を通常用いられるものに引き直して課税することは認められない」と判示されている⁽⁷⁸⁾。

名古屋地裁平成 17 (2005) 年 9 月 29 日判決 (税資 255 号順号 10144)。本件は、納税者が日本親会社からシンガポール子会社に対してノウハウ及びデータベースを 20 億円で譲渡したのに対して、税務当局が本件譲渡契約は架空の取引であり、そもそもノウハウは日本親会社に帰属しているとして更正処分を行った事件である。

- (75) 青山慶二「最近の税務務判決から分析する国際課税第 2 回 国境を越える無形資産取引と我が国課税」TKC 税務情報 19 巻 185 頁 (2010)。
- (76) 青山・前掲注 (75) 186 頁。中里・前掲注 (67) 146 頁も参照。なお、一条工務店事件に係る裁判所の判断は、米国の Chiba-Geigy 事件 (Chiba-Geigy Corp. v. Commissioner. 85 T.C.172(U.S. Tax Ct.1985)) における裁判所の判断と同様であるとする見解がある (川田剛「無形資産取引をめぐる諸問題—移転価格税制の観点からみた一条工務店事案」国際税務 27 巻 4 号 48 頁 (2007))。
- (77) 東京地裁平成 10 (1998) 年 5 月 13 日判決 (訟月 47 巻 1 号 199 頁)、東京高裁平成 11 (1999) 年 6 月 21 日判決 (訟月 47 巻 1 号 184 頁)、最高裁平成 15 (2003) 年 6 月 13 日決定 (税資 253 号)。
- (78) 納税者の採用した法形式を税法上も認めるか否かについて争った裁判例として、
①フィルムリース事件 (大阪地裁平成 10 年 (1998) 10 月 16 日判決 (訟月 45 巻 6

3 考察

このように見てくると、私法上の法形式が租税法上も有効なことを前提としつつ、経済実態に着目する否認論や、税法の解釈・適用における実質主義論に対しては、学説・判例ともに消極的であることがうかがえる。

しかしながら、中里実教授は、「最近の裁判例に照らすと、事実認定による『否認』が許される場合は、かなり限定されている。・・・このような問題に関しては、単純にそれが許されるとか許されないとかいった結論を出すべきではなかろう。要は、最近の裁判所判断を見る限り、事実認定による『否認』は認められるが、その範囲は狭い、ということがいえるにすぎない」⁽⁷⁹⁾と述べ、事実認定による否認のすべてが裁判所に否定されているわけではないことを指摘している⁽⁸⁰⁾。かかる見解を踏まえると、経済的実質を重視すべき移転価格課税の領域に、他の租税法領域における裁判所の考え方をそのまま持ち込むことが果たして妥当であるかについては、慎重に検討する必要がある。

興味深いのは、アドビ事件の納税者側の訴訟代理人である山本英幸弁護士が、移転価格税制を「複雑かつ専門的な租税分野」と位置づけた上で、こうした事案の訴訟対応について次のように述べていることである。「高度に専門

号 1153 頁)、大阪高裁平成 12 (2000) 年 1 月 18 日判決)、②外国税額控除に関する事件(大阪地裁平成 13 (2001) 年 5 月 18 日判決(判時 1793 号 37 頁)、大阪高裁平成 14 (2002) 年 6 月 14 日判決(判タ 1099 号 182 頁))、③アルゼ事件(東京地裁平成 14 (2002) 年 4 月 24 日判決、東京高裁平成 15 (2003) 年 1 月 29 日判決)等がある。

- (79) 中里実「事実認定による『否認』と、契約の読み替え」税研 19 卷 4 号 100 頁(2004)。なお、同「国際的租税回避否認規定によりもたらされる国内的二重課税」日本租税研究協会編『税制改革と国際課税の潮流—第 62 回租税研究大会記録』98—100 頁(日本租税研究協会、2010)では、税務当局としては、形式を満たしていればそれをすべて認めるというわけにはいかず、形式的否認規定の形式性をどこまで貫くかという問題は、判例法に委ねざるを得ないと述べている。
- (80) また、佐藤教授は映画フィルムリース事件(最高裁平成 18 年 1 月 24 日判決(判時 1929 号 19 頁、民集 60 卷 1 号 252 頁))について「平成 11 年の東京高裁判決(筆者注：岩瀬事件判決)と読み合わせるならば、今後は、当事者に租税回避の意図が認められる場合に仕組みとしてそれを不可能にする契約内容等を意思解釈から導きうるか、できるとすればそれはどのような場合か、という点が判例の動きにおいて、一つの注目すべき点になる」と述べている(佐藤英明「判批」判評 579 号 24 頁(2007))。

的な争点に過度に深入りせず、裁判官の常識・リーガルマインドに訴えるような簡明な争点で争うことによって、租税訴訟を通常の訴訟と同様の土俵に持ち込むことができ⁽⁸¹⁾、アドビ事件に関しては『再販売を行っていない納税者の利益率が、再販売を行っている比較対象法人の利益率と同じはずがないではないか』という直観的に判断できる問題を、裁判官に提示することができたことが、勝訴判決の要因の一つであった⁽⁸²⁾。

他方、岡村忠生教授は、日本の裁判所が経済的実質主義を採用することについて、次のとおり指摘している。「経済的実質主義は、・・・通常の解釈及び適用を超えたところで作用する原則で・・・かなり高等なテクニックであり⁽⁸³⁾、仮に、日本で経済的実質主義を用いるのであれば「法曹養成の過程で税法について十分に時間をかけた深い勉強をさせておかないと、裁判官になって他の事件もやりながら税法を勉強するというのでは、経済的実質主義のようなことには不安感が出て、裁判所はなかなか乗ってこないかもしれません⁽⁸⁴⁾」。

山本英幸弁護士と岡村忠生教授の見解を基に論点を整理すると、裁判官が直観的な判断をできるような問題点を提示するのか、それとも、裁判官に高度な専門性に基づく判断を求めるのか、ということになる⁽⁸⁵⁾。もっとも、本稿で検討する移転価格税制の特殊性を考慮した場合、裁判官の直観的判断に委ねておくわけにはいかないはずである。そうだとすると、裁判官が不安を抱くことなく経済的実質主義を適用することができる法整備が求められて

(81) 山本英幸「判決から学ぶ納税者の権利実現方法 移転価格課税における比較可能性」自正 61 卷 2 号 35 頁 (2010)。

(82) 山本・前掲注 (81) 42 頁。

(83) 岡村忠生「米国の新しい包括的濫用防止規定について」日本租税研究協会編『税制改革と国際課税の潮流—第 62 回租税研究大会記録』148 頁 (日本租税研究協会、2010)。

(84) 岡村・前掲注 (83) 148 頁。

(85) 裁判官としてどの程度の技術的知識を必要とするかについては、知的財産権に係る訴訟の領域においても議論が分かれるところであり、「H₂O が水であること程度がわかれば十分である」と述べる高名な裁判官がいれば、「特許庁から来ている裁判所調査官など必要ないほどの技術的知識が必要である」と述べる裁判官もいるという (高林龍『特許法 [第四版]』251 頁 (有斐閣、2011))。

いるとも考えられる。かかる点については、主に、第3章第1節及び第4章第4節にて、米国の議論を分析した上で結論を出すこととする。

ところで、租税法が用いている概念には固有概念と借用概念があり、借用概念について、本来の法分野におけるのと同義に解すべきという「統一説」が有力である⁽⁸⁶⁾。これを踏まえると、私法上の法律構成を適切に行うことで課税上の問題解決が図られる以上は、私法における法律の解釈論を租税法の領域にも持ち込むことは、自然な発想であると思われる⁽⁸⁷⁾。そこで、日本における私法の動向に目を向けるに、今村隆教授は、契約の解釈にかかる法的性質決定は「もともと民法の契約解釈における根本問題であり、裁判所が契約解釈を行うに当たって採用されていた方法」⁽⁸⁸⁾であり、近年の判例の動向として「必ずしも当事者の法形式に拘束されずに、より実質的に法的性質決定をしようとする傾向が徐々に強くなっていると思われる」⁽⁸⁹⁾と述べている。

かねてより、木棚照一教授は、知的財産の問題は税法適用の先決問題であるとして、知的財産権に係る法律の解釈・適用に対する理解の重要性を説いていた⁽⁹⁰⁾。知的財産権に関する侵害訴訟については、裁判の一層の充実及び

(86) 金子・前掲(9) 115-116頁。学説には「目的適合説」も存在するが、法的安定性の観点から金子教授は統一説を支持している。

(87) 松尾教授は、借用概念の解釈方法として統一説の支持基盤が強固である以上、民法解釈にできるだけ整合的な解釈方法を税法は模索すべきことが肝要であると説いている(松尾弘「契約解釈における当事者の「真の意思」—私的自治を支える「意思」の規範的解釈に関する「民法と税法の接点」からの考察—」慶應法学15・16合併号103頁(2010))。

(88) 今村隆「課税訴訟研究〔第4回〕租税回避行為の否認と契約解釈」税理43巻3号207頁(2001)。

(89) 今村・前掲注(88) 207頁。今村教授は、最高裁判平成5(1993)年7月20日判決(判時1519号69頁)、最高裁判平成8(1996)年11月12日判決(民集50巻10号2673頁)を参照している。

(90) 木棚教授は、「知的財産の研究者の立場から税法の専門家の方々論文を読んでいますと、知的所有権の存否やライセンス契約内容等に立ち入らずに、税法独自の基準で課税等を考えていくべきだという論調が見られます。…知的財産の問題は税法適用の先決問題なものですから、原則的には…知的財産の規定あるいはライセンス契約を解釈する必要があり、それを適用して考えていくことが必要だと考えています」と述べる(木棚照一「コメント」金子宏=中村雅秀編『テクノロジー革新と国際税制』106頁(清文社、2001))。

迅速化を図るために 2005 年以降、知的財産高等裁判所において審理されており⁽⁹¹⁾、知的財産に係る専門的な議論が進展していることは否定できない⁽⁹²⁾。また、江頭憲治郎教授は、「近時の裁判例においては、同通達（筆者注：財産評価基本通達）の影響は薄れつつあり、DCF 法により評価額を算出する例もある」⁽⁹³⁾と述べているところ、かかる動向について、日本における会社法の方向性として経済的発想に基づく分析が活用される一面との見方もある⁽⁹⁴⁾。

経済取引が複雑・多様化する今日においては、税法の解釈の基礎となる私法の訴訟動向について、従来の固定観念にとらわれることなく、その進展を正確に把握する必要があるだろう。

第 4 節 小括

金子宏教授は、日本の移転価格税制について、独立企業間価格という極めて不明確な概念を中心に構築されているがために、納税者から見れば法的安定性を害される危険があり、独立企業間価格算定の解釈・適用基準の明確化が必要であると説いている⁽⁹⁵⁾。確かに、第 1 節で確認したとおり、日本は移転価格税

(91) 知的財産高等裁判所設置法 1 条。知的財産高等裁判所には、特許庁の審査官や審判官或は弁理士の経験のある裁判所調査官が総計 11 名ほど配属され、裁判官に対して技術的事項の調査報告事務を行っているほか、専門委員の候補者名簿も整備されている。専門委員は、争点整理や証拠調べ等で裁判官に対して専門家の立場から説明を行う（高林・前掲注（85）250 頁）。

(92) ただし、知的財産高等裁判所においても知的財産の評価については、先例となる判例が十分に蓄積・体系化されているわけではない旨の指摘もある（谷口智紀「アメリカ合衆国における知的財産の評価—技術的アプローチ—知的財産制度が知的財産の評価に及ぼす影響を中心に—」税法 570 号 98 頁（2013））。

(93) 江頭憲治郎『株式会社法〔第四版〕』14 頁（有斐閣、2011）。なお、江頭教授は、比較対象取引を探すことの困難さが認識され、その解決に努力が積み重ねられてきた法分野は、移転価格税制における独立企業原則であり、こうした領域の議論が会社法にとって示唆するところが多いとも述べている（江頭憲治郎『結合企業の立法と解釈』42 頁（有斐閣、1995））。

(94) 山川・前掲注（26）329 頁。

(95) 金子・前掲注（59）364 頁。

制を導入して以来、OECD ガイドラインをア・プリオリに受容し、利益法、最適方法ルール、独立企業間レンジの導入に伴う法令や通達等の改正により、その解釈・適用の明確化を図ってきたところである。

しかしながら、第 2 節で確認したアドビ事件のように、棚卸取引から利得の帰属に重要な意味をもつと信じられているリスクの負担のみをプリンシパル企業に移転し、他の機能については従来の再販売企業に残しながら受託販売業者に転嫁させるサプライチェーンマネジメント理論に基づく事業再編は、関連者間の「契約変更」に伴い生み出されたものであるが故に、比較対象取引を見出しにくい状況にあることが明らかになった⁽⁹⁶⁾。そして、新たなアプローチとして事業再編時に着目した課税を行うためには、無形資産の譲渡の認定、無形資産の価値の直接評価等といった困難な課題が待ち構えていることも明らかになった。

また、第 3 節においては、日本の学説及び判例上、法実質主義が通説とされているところ、経済的実質を重視すべき移転価格税制の特殊性を考えると、移転価格税制の領域には、法実質主義を過度に浸透させてはならないという課題があることを指摘した。

こうした日本の移転価格税制の現状と課題を踏まえ、次章では、無形資産の移転取引の中でも、特に独立企業間価格の算定が困難といわれる無形資産の譲渡取引について、現在、米国がどのような課題に直面し、いかなる対応を試みているのか分析することとする。かかる検討は、アドビ事件における「事業再編時に着目した検討」で浮かび上がった問題に対する解決策及び更なる検討課題を示唆してくれるものと思われる。

(96) 青山・前掲注 (35) 38 頁参照。

第2章 近年の米国における無形資産取引への対応

第3章で述べるように、米国には、無形資産取引への対応に挑んできた長い歴史があるが、本章では、米国における近年の動向を分析することを目的とする。2010年7月の米国下院歳入委員会による報告書⁽⁹⁷⁾、及び2013年5月に米国上院常設調査小委員会の報告書⁽⁹⁸⁾等でも紹介されているとおり、最近では、費用分担契約⁽⁹⁹⁾を利用して、所得を米国から低税率国にシフトするタックスキームが、著名なIT企業を中心に行われている⁽¹⁰⁰⁾。

近年、注目を浴びた訴訟としては、Xilinx事件⁽¹⁰¹⁾や、第2節でみるVeritas事件が挙げられる。いずれの事件においても内国歳入庁（以下「IRS」という。）は敗訴したものの、2011年12月には費用分担契約に係る最終規則（以下「2011年最終規則」という。）を公表している。その中では、無形資産が生み出す将来のキャッシュフローに着目した新たな算定方法が示されている。新たに示された算定方法は、費用分担契約を締結していない無形資産取引にも適用されると

(97) 原題：Joint Committee on Taxation “Present Law and Background Related to Possible Income Shifting and Related to Possible Income Shifting and Transfer Pricing” July 20,2010,JCX-37-10. 同報告書を紹介したものに、増井良啓「米国両議院税制委員会の対外直接投資を読む」租税研究 734号 252-265頁（2010）、川田剛「米国多国籍企業による所得の海外移転—2010年7月22日JCTヒアリング—」国際税務 30巻10号 79頁（2010）がある。

(98) 原題：Carl Levin “Offshore Profit Shifting and the U.S.Tax Code-Part2:Apple Inc.” May 21,2013.

(99) 米国財務省規則では「Cost Sharing Arrangements」、OECDガイドラインやEU合同移転価格フォーラム（JTPF）報告書等では「Cost Contribution Arrangements」という用語が用いられているが、本稿は、日本の事務運営要領に従って「費用分担契約」という用語に統一して用いることとする。

(100) 詳細は、本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第4回）BEPSに対応するための所得帰属原則（Income Attribution Principle）の再検討」租税研究 767号 291頁以下（2013）参照。

(101) Xilinx Inc. v. Commissioner, 125 T.C. 37（2005）、Xilinx Inc. v. Commissioner, 567 F.3d 482（9th Cir.2009）、Xilinx Inc. v. Commissioner, 592 F.3d 1017（9th Cir.2010）。本件では費用分担契約において従業員に付与されたストックオプション費用の扱いが争点となった。

いわれていることから⁽¹⁰²⁾、かかる算定方法の分析は無形資産取引全般に関する問題を検討する上で有益であると考ええる。

第1節 費用分担規則の変遷

1 費用分担契約の二つの側面

費用分担契約とは、関連参加者が、費用分担契約の対象となる無形資産の開発に要する費用について、関連参加者の予測便益割合に比例して分担する契約をいう⁽¹⁰³⁾。関連参加者は、それぞれの費用負担割合に応じて、無形資産の持分を取得することになるため、無形資産取引に係る移転価格税制上の問題を回避することができる⁽¹⁰⁴⁾。すなわち、費用分担契約とされるための要件（開発に係る費用が予測便益割合に比例していること）を充たしている限りは、移転価格課税が行われないというセーフハーバーとしての側面を有するものであり、従来は、こうした側面が費用分担契約に係る規定内容の中心であった⁽¹⁰⁵⁾。

他方、費用分担契約には、パイ・イン、パイ・アウトと呼ばれるもう一つの側面がある。費用分担契約の下では、新たに費用分担契約に加わる関連参加者は、無形資産の持分を新たに取得することになるため、既存の関連参加者に対して適正な対価を支払う必要がある。逆に、関連参加者が費用分担契

(102) キャロル A. ダナファーほか「米国移転価格課税の最近の動向について」租税研究 753 号 276 頁 (2012)。

(103) § 1.482-7(b). 事務運営要領 2-14 も同旨。

(104) 金子宏「アメリカの連邦所得課税における費用分担契約の取扱い」『租税法理論の形成と解明 下巻』217 頁 (有斐閣、2010)。

(105) 飯守一文「米国費用分担契約規則 (2008 年暫定規則) の概要 - 我が国へのインプリケーションを含めて(1)」国際税務 30 巻 10 号 71 頁 (2010)。なお、岡村教授は費用分担契約を一般的な無形資産取引に対する「例外」規定、増井教授は「特則」、矢内教授は「セーフ・ヘイブン」として位置づけている (岡村忠生「内国歳入法典 482 条における費用分担取決めについて」『京都大学法学部創立百周年記念論文集 (2)』210 頁 (1999))、増井良啓「技術生産活動と移転価格税制-研究開発費用の共同拠出に関する議論の俯瞰」金子宏編『国際課税の理論と実務-移転価格と金融取引』168 頁 (有斐閣、1997)、矢内一好『移転価格税制の理論』119 頁 (中央経済社、1999))。

約から離脱する場合は、残る関連参加者から適切な対価を収受する必要がある。

米国においては、1986年の内国歳入法典482条（以下「482条」という。）改正の際、低税率国への無形資産の移転による所得の国外流出に対応するため、後述する所得相応性基準が導入された。しかしながら、米国親会社は、低税率国に所在する関連子会社と費用分担契約を締結し、関連子会社は開発に携わっていないにもかかわらず、開発費用を分担することにより開発した無形資産から生ずる利得を得る、或は、費用分担契約締結時に低価で既存の無形資産を抛出するという租税回避が行われてきた⁽¹⁰⁶⁾。そこで、議会は、費用分担契約に係る規則について、1986年に導入した所得相応性基準による結果と両立する結果を生み出すこと、すなわち、関連者間の所得配分は各当事者が行う現実の経済活動を合理的に反映すべきであることを要求した⁽¹⁰⁷⁾。特に議会の最大の懸念事項であったバイ・イン問題に関しては、ある参加者が、他の者より早い段階で研究開発に資金を投入する、或は、他の者より多くのリスクの下に資金を投入する場合には、その参加者に対しては、その投資を反映するべく適切な利益が必要との見解を示した⁽¹⁰⁸⁾。これを受けて財務省及びIRSは、1988年に482条の適用に関する検討結果を示した *A Study of Intercompany Pricing* と題する報告書（以下「白書」という。）⁽¹⁰⁹⁾を公表し、その後、1995年12月に費用分担契約に係る財務省規則

(106) Reuven S.Avi-Yonah (2009) “Xilinx and the Arm’s-Length Standard” *Tax Notes International*, Vol.54, No.10, p.861 は、費用分担契約は事実上、所得相応性基準の背後にある合理性の土台を壊す（undermine the rationale behind the super-royalty rule）ことになり、納税者は費用分担契約を使って、米国外で実際の研究開発を行う必要もなく、無形資産の大半を海外に移してきたことを指摘している。邦訳として、岡田至康「海外論文紹介 ザイリンクス(Xilinx)事件と独立企業基準」租税研究 725号 332-342頁（2010）がある。

(107) 金子・前掲注（104）219頁。

(108) 金子・前掲注（104）219-220頁、岡村・前掲注（105）227頁。

(109) 「白書」（原題：Treasury Department and IRS “A Study of Intercompany Pricing”（Notice 88-123（1988））の基礎となっているのが、Richard Caves（1982）“Multinational Enterprise and Economic Analysis” Cambridge University Press in Cambridge であり、優れた書物と評されている（小田正雄「コメント」金子宏＝

を、1996年5月にその修正規則（以下「1996年規則」という。）を公表した。次節で検討する Veritas 事件は、1996年規則の下で争われたことから、同規則の概要を確認することとする。

2 1996年規則の概要

1996年規則の重要な点としては、適格費用分担契約のコンセプトの導入、無形資産開発コストの範囲の拡大等が挙げられるが⁽¹¹⁰⁾、Veritas 事件は、主にバイ・イン対価の算定を巡って争われたことから、この点を中心に確認する。1996年規則は、バイ・イン支払について「既存の無形資産を所有している関連者である参加者が、その既存の無形資産を関連者である他の参加者に利用可能としたのであれば、そのような関連者である他の参加者は、それぞれの所有者へバイ・イン支払をしなければならない」⁽¹¹¹⁾と規定した。

しかしながら、1996年規則は、無形資産の譲受人が独立企業原則に見合うバイ・イン支払をしていない場合であっても、IRS はバイ・イン対価について、通常は無形資産取引において適用される4つの算定方法⁽¹¹²⁾によって評価すること以外に詳細な規定を置いていなかった。そのため、当時、IRS が取り扱っている費用分担契約事案総額26百万ドルのうち、およそ23百万ドルがバイ・インに関連するものといわれているほど⁽¹¹³⁾、1996年規則では十

中村雅秀編『テクノロジー革新と国際税制』102頁（清文社、2001）。邦訳に、リチャード・E.ケイビス著（岡本康夫ほか訳）『多国籍企業と経済分析』（千倉書房、1992）がある。

(110) 詳細は、本庄資『アメリカ法人税制』258-260頁（日本租税研究協会、2009）参照。

(111) § 1.482-7(g)(2).

(112) 具体的には、①独立取引比準法、②利益比較法、③利益分割法、④不特定の算定方法をいう。

(113) Molly Moses (2005) “Green Describes Role in IRS Cost Sharing Projects, Say Arbitration should be ‘standard’ in U.S. Tax Treaties” *Transfer Pricing Report*, Vol.14, No.12, pp.479-480. Robert Green は、費用分担契約に係る調査のガイドラインやチェックリストの作成等にも取り組んでいると述べている。また、2009年2月現在、68件もの費用分担契約が調査中という状況であった（J.P.Finet, Tamu N, Wright (2009) “Tax Court Reject IRS \$1.7 Billion valuation of Veritas Buy-in Payment from Irish Sub.” *Transfer Pricing Report*, Vol.18, No.15, p.843）。

分な対応ができていない状況であり、次に見る Veritas 事件は、同規則の不備が浮き彫りとなった典型的事例ともいえる。

第2節 Veritas 事件の概要と検討

米国親会社が国外関連者から受け取ったパイ・イン対価を巡って争われていた Veritas 事件に関して、2009 年 12 月 10 日に租税裁判所の判断が下された⁽¹¹⁴⁾。本稿では、本件が極めて個別性の強い事件と解されているところ⁽¹¹⁵⁾、判決の妥当性に係る検討は必要最小限にとどめ、今後、日本でも想定される無形資産の評価、そして評価の前提となる無形資産の範囲等に係る課題を明らかにし、考察を加えることとする⁽¹¹⁶⁾。

1 事実の概要

Veritas Software Corp. (以下「Veritas 米国」という。)は、ソフトウェアの開発、製造、販売を主たる事業とする米国デラウェア法人であった⁽¹¹⁷⁾。当該ソフトウェアの主たる販売経路は、Sun、HP、Dell 等サーバーメーカーの製品に OEM として組み込まれて Veritas の名称が出ない形で販売される取引 (以下「バンドリング」という。)と、再販売業者を通じて、Veritas 米国のソフトウェア製品として販売される取引 (以下「アンバンドリング」という。)の二つがあった⁽¹¹⁸⁾。Veritas 米国は、当初、米国を拠点

(114) Veritas Software Corp. et al v. Commissioner, 133 T.C.No.14.

(115) Elliott, Amy S. (2010) “IRS won’t Acquiesce to Court’s Decision in Veritas” Tax Notes, Vol.29, No.7, p.767 では、“preeminently factual case” と称されている。

(116) 事案の概要及び判決要旨については、判決文のほか、主に、手塚崇史＝森信夫「最近の米国コストシェアリング裁判事例について」国際税務 30 巻 5 号 55-56 頁 (2010)、渕圭吾「ヴェリタス事件米国租税裁判所判決」中里実編著『移転価格税制のフロンティア』343-345 頁 (有斐閣、2011)、居波邦泰「米国のコスト・シェアリング契約に係る移転価格訴訟の考察 - ザイリングス事案及びベリタス事案 -」租税研究 734 号 299-307 頁 (2010) を参照している。

(117) 133 T.C.No.14, *supra* note(114) pp.299-300.

(118) *Ibid.*, pp.303-304.

として事業を世界展開していたが、1990 年台後半、アイルランドに子会社 Veritas Ireland（以下「Veritas アイルランド」という。）を設立し、欧州・アジア地域については、Veritas アイルランドを中心に事業展開することとした⁽¹¹⁹⁾。

1999 年 11 月 3 日、Veritas 米国は Veritas アイルランドに対して、欧州に所在する販売子会社との間の売買契約を譲渡するとともに、研究開発費用分担契約（Agreement for Sharing Research and Development Costs）（以下「RDA」という。）を締結した。同日、Veritas 米国は Veritas アイルランドと技術ライセンス契約（Technology License Agreement）（以下「TLA」という。）も締結した（以下、RDA と TLA を総称して「本件費用分担契約」という。）⁽¹²⁰⁾。RDA によれば、Veritas 米国と Veritas アイルランドは、ソフトウェアに係る研究開発費用とリスクを将来にわたってシェアすることになっていた。この合意の中で Veritas アイルランドは、保護された無形資産（研究開発活動から生じる知的財産権やノウハウ等の無形資産）を用いて、欧州域内でソフトウェアを製造する排他的かつ永久の権利等を与えられていた⁽¹²¹⁾。他方、TLA においては、Veritas 米国は Veritas アイルランドに対して、既存の無形資産（前述の保護された無形資産のうち既存のもの）及び Veritas アイルランドの活動地域である欧州・アジア地域での Veritas 米国の保有する商標等の使用権を与えた。その対価として、Veritas 米国は、1999 年から 2000 年に 172.3 百万ドルを受け取り、その後、2002 年には、当該対価の額が独立企業間価格となるように 118 百万ドルに修正して申告した⁽¹²²⁾。

これに対して 2006 年 3 月、IRS は、ディスカウントキャッシュフロー法（以下「DCF 法」という。）⁽¹²³⁾等の分析に基づいて、本件費用分担契約のバ

(119) *Ibid.*, p.309.

(120) *Ibid.*, pp.307-308.

(121) *Ibid.*, p.308.

(122) *Ibid.*, pp.308-309.

(123) 当時の内部通達（“Coordinated Issue Paper-Sec.482 CSA Buy-In Adjustment” LMSB-04-0907-62（Sept.27,2007））及び 2011 年最終規則では income method と称しているが、ここでは単に DCF 法と称する。

イ・イン対価を 25 億ドルとして更正した（以下「当初の更正」という。）。しかしながら、2007 年 5 月、IRS と Veritas 米国は RDA について訴訟上の合意に達し、2008 年 3 月、IRS は DCF 法を用いて更正金額を 16.75 億ドルに修正した（以下「修正後の更正」という。）結果⁽¹²⁴⁾、結局のところ、租税裁判所では TLA に関する部分が争われるということになった⁽¹²⁵⁾。

なお、1999 年以降、Veritas 米国と Veritas アイルランドは、共同でソフトウェアの開発、販売を行ったが、Veritas アイルランドの設立前に Veritas 米国が築いた欧州・アジア地域における販売網は弱かったことから、欧州・アジア地域での販売網の拡充は、専ら Veritas アイルランドが行ったとされている⁽¹²⁶⁾。

租税裁判所は、以下のとおり、IRS の更正処分を違法なものとして、基本的に Veritas 米国の主張する独立取引比準法を支持した上で、パイ・イン対価を算定した。

2 判旨

(1) 当初の更正についての判断⁽¹²⁷⁾

IRS は、当初の更正からパイ・イン対価を 8.25 億ドルも減少させているにもかかわらず、当初の更正に携わった者の証人尋問を要求しなかったり、当初の更正に係る経済分析報告書を提出しなかったりという態度であり、こうした訴訟対応は、当初の更正が恣意的で整合性がなく、かつ不合理であることを示していると租税裁判所は判示した。

(2) 修正後の更正についての判断

(124) 133 T.C.No.14,*supra* note(114)p.309.

(125) 手塚崇史ほか・前掲注 (116) 56 頁参照。なお、判決文には、租税裁判所で争われたのが TLA に関する部分のみということは明示されていない。この背景には、仮に、IRS が本件で問題となるパイ・イン対価の算定額の対象が TLA 部分のみであることを認めた場合、その算定額が既存の無形資産に限定されるという懸念があり、敢えて曖昧なまま訴訟を展開したと思慮される。

(126) *Ibid.*,pp.309-310.

(127) *Ibid.*,pp.319-320.

租税裁判所は、以下のとおり、修正後の更正も誤っているという判断を下した。

イ 見かけ倒しの売却類似理論 (akin to sale theory) ⁽¹²⁸⁾

IRS は、既存の無形資産の移転は集合的な資産の売却と同視できることから、資産を集合的に評価すべきとした上で、DCF 法の適用を主張した。また、資産を集合的に評価する場合と個別に評価する場合とでは、前者においてはシナジー等が評価に含まれる分、評価額が高くあるべき旨を主張した。これに対して租税裁判所は、§ 1.482-1(f)(2)(i)(A)が規定する“most reliable”という要件が満たされていないため、一連の取引を売却と見ることは許されないと判示した。

ロ 移転していない資産の誤った考慮⁽¹²⁹⁾

納税者と IRS の間で、製造無形資産が移転したことには争いはなかったが、それ以外の無形資産については、そもそも移転があったのか、仮にあったとしても価値を有するものであったのか争われた。租税裁判所は、商標等及び Veritas 米国と販売子会社との間の売買契約については移転を認めたが、販売チャネル、顧客リスト、顧客基盤、Veritas 米国の研究開発チームやマーケティングチームへのアクセスに関しては移転していない、仮に移転したとしても価値は認められないと判示した。

ハ 移転後に開発された無形資産の誤った考慮⁽¹³⁰⁾

§ 1.482-7(g)(2)の第一文⁽¹³¹⁾によると、事後的に開発された無形資産

(128) *Ibid.*, pp.320-321. 判決文を見る限り、IRS は十分な主張を行っていないようである。「IRS の評価方法は、シナジー効果の価値を考慮したもの (captured synergistic value) であると認識しているか」との問いに対して、IRS の専門家は “I really don’t have an opinion. It may have. It may not have.” という受け答えをするような状況であった (*Ibid.*, pp.319-320.)。

(129) *Ibid.*, pp.321-323.

(130) *Ibid.*, pp.323-324.

(131) § 1.482-7(g)(2)Pre-existing intangibles の第一文は、次のとおり規定していた。

“If a controlled participant makes pre-existing intangible property in which it owns an interest available to other controlled participants for purpose of research in the intangible development area under a qualified cost sharing arrangement,

に対しては、何らバイ・イン対価の支払いが要求されていないにもかかわらず、IRS によるバイ・イン対価の算定には、将来開発される無形資産に対する権利が考慮されており、それに基づいてなされた所得配分は § 1.482-7(g)(2)に反する旨を Veritas 米国が主張したところ、租税裁判所は Veritas 米国の主張をそのまま受け入れた。

ニ 耐用年数・割引率・成長率の誤り⁽¹³²⁾

IRS は、無形資産の耐用年数を永久、割引率を 13.7%、2001 年から 2005 年にかけての成長率を 17.91%と仮定して DCF 法を適用したが、租税裁判所は、IRS による仮定はいずれも誤ったものであるとした。

(3) 納税者の独立取引比準法に対する修正

租税裁判所は、最適な移転価格算定方法は、IRS が用いた DCF 法ではなく、Veritas 米国が主張する独立取引比準法に調整を加えたものであると判断した⁽¹³³⁾。

イ 比較対象取引の選定⁽¹³⁴⁾

Veritas の名前が表に出ることのないバンドリングの場合、サーバーメーカーのブランドによって Veritas のソフトウェアの信頼性が担保されることになるため比較可能性が認められないが、アンバンドリングについては、比較可能性に関する諸要素（①機能、②契約内容、③リスク、④経済状況、⑤資産・サービス）を分析した結果、確認対象取引と十分に比較可能であると租税裁判所は判断した。

ロ 必要な調整と結論⁽¹³⁵⁾

租税裁判所は、アンバンドリングを比較対象取引とする独立取引比準法を採用するに当たっては、使用料率 32%、耐用年数 4 年、陳腐化率

then each such other controlled participant must make a buy-in payment to the owner.”

(132) 133 T.C.No.14, *supra* note(114)pp.324-327.

(133) *Ibid.*,p.327.

(134) *Ibid.*,pp.327-335.

(135) *Ibid.*,pp.335-339.

33%、割引率 20.47%が適切であるとし、商標と売買契約の価値を 960 万ドルと判断した。

3 判決に対する IRS の見解

IRS は控訴しないまま、控訴期限である 2010 年 11 月 8 日が過ぎたため、租税裁判所の判決は確定した。しかし、その二日後の 11 月 10 日、IRS は **Action On Decision** を発表し、租税裁判所の判決に対する不同意を表明した。この二つの IRS の態度の組み合わせが意味するところは、IRS が現行のポジションを維持するという強い意思の表れと見て取れる⁽¹³⁶⁾。**Action On Decision** では、IRS は租税裁判所の判断の誤りを以下のとおり指摘している。

租税裁判所は、業界における激しい競争や、技術革新による既存製品の急速な陳腐化により、既存の無形資産は次世代の製品開発上、価値がないものと認定しているが、既存の無形資産は、当該技術を利用する将来の製品開発上、有利な立上げを可能にする（*afford a headstart to intangible development*）ことから、既存の無形資産に関連する将来の無形資産についてもその価値を考慮すべきである⁽¹³⁷⁾。

また、租税裁判所は、開発及びマーケティングチームの価値について、無形資産の定義の範囲外と判示したが、かかる判断は、経験豊かなチームによる貢献が生み出す利益が、チームのメンバーに対して支払う賠償額総額を相当程度に超過するという事実を無視したものである⁽¹³⁸⁾。

更に、租税裁判所は、関連する無形資産及びサービス取引を一体として評価する IRS の評価方法を「売却類似理論」と称して非難している。しかしながら、租税裁判所は、一体として評価するに足る証拠が示されていないと判示しているに過ぎないことから、IRS は一体評価そのものが否定されたと

(136) Hustad Cindy, Seymour Jennifer, Shaprio Alan (2010) “IRS Decides Not to Appeal Veritas: Action on Decision Issued” Tax Notes, Vol.129, No.12, p.1342. ただし、実際のところ IRS の立場は弱くなったとも指摘されている。

(137) IRB No.2010-49(Dec.6,2010) pp.3-4.

(138) IRB, *supra* note(137) p.4.

は受け止めておらず、類似の事案に対しては、今後も本件と同様の評価手法を適用するつもりである⁽¹³⁹⁾。

4 考察

費用分担契約の性格については、よく分からない点が少なくないとの指摘があるが、もっとも、Veritas 事件において問題となったのは費用分担契約の全体ではなく、パイ・イン対価に係る側面であることから⁽¹⁴⁰⁾、次の手順で検討を進める。最初に、(1) 会計上の DCF 法の考え方、(2) IRS が DCF 法に固執した背景を整理した上で、基本的な論点として、(3) 取引の単位、(4) 無形資産の定義の問題について検討する。そして、評価に係る論点として、(5) 情報の非対称性を検討し、最後に、(6) 通達に基づく執行について考察を加える。

(1) DCF 法の概要

DCF 法とは、新しい資産の構築や製造のための費用という考え方を捨てて、資産の収益力を分析することに焦点をおく算定手法で、資産価値を、資産の耐用期間を通じて享受される経済的便益の現在価値によって評価するところに特徴がある⁽¹⁴¹⁾。従来は M&A における企業価値評価や、投資家向けに利用されるものであったが、近年では、企業価値の決定因子が有形資産から無形資産にシフトしていることから、無形資産における DCF 法の活用が注目を浴びている⁽¹⁴²⁾。しかしながら、企業価値の評価は、企業全体の価値を評価するのに対して、移転価格税制上の無形資産評価は、その価値を個別に評価する必要があるため、別途の配慮が必要となる。無形資産評価に DCF 法を用いる上で重要な要素は、一般的に、①無形資産

(139) IRB, *supra* note(137) p.5.

(140) 瀧教授は、費用分担契約と独立企業原則との関係や、費用分担契約の法的位置づけが明確でないことを指摘する（瀧・前掲注（116）356頁）。

(141) ゴードン V. スミスほか・前掲注（29）147頁。

(142) 伊藤邦雄『企業価値評価』39頁以下（日本経済新聞出版社、2007）。John R.M.Hand=Baruch Lev 編著（広瀬義州ほか訳）『無形資産の評価』3頁（中央経済社、2008）も参照。

の耐用期間の決定、②将来のフリーキャッシュフローの予測、③無形資産の寄与率の算定、④適正な割引率の算定といわれている。

まず、①無形資産の耐用期間とは、対象となる無形資産が経済的便益を生み出すと予測される期間を意味する。この期間の予測に当たっては、法定年数、経済的・技術的使用可能年数等を考慮して決定することとなるが⁽¹⁴³⁾、最も短い年数が一般的に用いられる⁽¹⁴⁴⁾。つまり、会計上は、保守的に耐用期間を見積もる傾向にあるといえる。

次に、②将来のフリーキャッシュフロー⁽¹⁴⁵⁾の予測に当たっては、無形資産そのものがキャッシュフローを生み出すわけではないため、無形資産が直接関連する事業のキャッシュフローを見積もることになる⁽¹⁴⁶⁾。特許権を例にとると、特許が設定登録され特許権として取得されただけでは、単なる発明であってキャッシュフローを創出しない。しばしば、この種の特許権が死蔵特許または休眠特許とよばれる所以はここにある⁽¹⁴⁷⁾。そして、将来キャッシュフロー予測の妥当性は、会計上も問題となりがちで、将来キャッシュフローを決定するのは経営活動だけではなく、経済的便益の持続レベル、経済環境、競争、資本需要といったファクターにも影響される⁽¹⁴⁸⁾。一般的に、納税者が作成する事業計画は、その会社（または親会社）の IR 方針が反映されたものであったり、業績の下方修正を嫌って

(143) TMI 総合法律事務所『知的財産デューデリジェンスの実務 [第二版]』429-433 頁 (中央経済社、2013)。

なお、ゴードン V. スミスほか・前掲注 (29) 299 頁は、「経験上、無形資産の経済的寿命は法定期間や約定期間に影響されるものではない。…経済的寿命は、多くの外部要因に対して、それらの資産がどのように対応するかで決まってくる。」と述べている。

(144) デロイトトーマツ FAS『新版 M&A 無形資産評価の実務』小泉定裕 177 頁 (清文社、2009)。

(145) フリーキャッシュフローは、営業利益×(1-実効税率)+減価償却-投資支出土 運転資本増減額により算出される (日本公認会計士協会・前掲注 (29) 43 頁)。

(146) デロイトトーマツ FAS・前掲注 (144) 175 頁。

(147) 広瀬義州『知的財産会計』43 頁 (税務経理協会、2006)。

(148) ゴードン・V・スミスほか・前掲注 (29) 199 頁。

過度に保守的に評価する傾向があったり⁽¹⁴⁹⁾、とりわけ不況時に行われた無形資産の価値評価は低くなる傾向がある⁽¹⁵⁰⁾といわれている。

続いて、③無形資産の寄与率の算定に当たっては、無形資産が関連する事業又は製品が生み出すキャッシュフローから、いかにして評価の対象となる無形資産を正確に特定し、無形資産の寄与分を分離するかが重要となる⁽¹⁵¹⁾。そのためには、当然のことながら無形資産の範囲が明確化されている必要があり、特に移転価格税制上で問題となるのが、のれんやシナジ一等の取扱いといえる⁽¹⁵²⁾。

最後に、最も算定が困難といわれるのが④割引率である⁽¹⁵³⁾。一般的に用いられているのは、企業全体の加重平均コスト（Weighted Average Capital Cost）であり、割引率算定のために標準的に使用されているモデルがCAPM（Capital Asset Pricing Model）である。CAPMによると、投資プロジェクトの割引率は $r^f + \beta (r^m - r^f)$ で算定される⁽¹⁵⁴⁾。 r^f はリスクのない投資の収益率であり時間価値といえる。 r^m は市場全体の収益率を意味し、市場全体の動向を示す。そして、 β は当該プロジェクトのリスクの大きさを示し、業種ごとに測定されている。したがって、割引率は、時

(149) デロイトトーマツ FSA・前掲注 (144) 326 頁。逆に、株価の下落を懸念して強気に見積もられることもある。

(150) 森信夫=斉藤優子「無形資産取引の枠組みの構築と米国コストシェアリング規則への対応について」国際税務 29 巻 7 号 85 頁 (2009)。

(151) 山本大輔=森知世『知的資産の価値評価』61 頁（東洋経済新報社、2002）。

(152) Yariv Brauner (2008) “Value in the eye of the beholder: The valuation of intangibles for transfer pricing purpose”28 Virginia Tax Review, pp.116-118 は、次のとおり述べる。“Even if the tested intangibles are easily identified, it may be very difficult to isolate income attributed to one intangible from others when such intangibles act in concert together and synergically, but the transfer pricing rules require us to value only one or a part of them separately.”

(153) ゴードン V. スミスほか・前掲注 (29) 151 頁は、「一番難しいのは、利子率（あるいは割引率）を使ってリスクを数値化することである。…、将来的便益を現在価値で表現するということは、割引という手続に他ならないからである。」と述べている。

(154) 中里・前掲注 (15) 『国際取引と課税』311-312 頁。CAPM 以外には、配当成長モデル、積み上げ方式、裁定取引価格モデル、ベンチャーキャピタル方式等がある。詳細は、ゴードン V. スミスほか・前掲注 (29) 443-452 頁参照。

間価値とリスクプレミアムの合計と結論付けられる⁽¹⁵⁵⁾。

なお、移転価格税制の領域における CAPM の適用は、決して新しい発想ではなく、1988 年に白書が出された直後、すでに議論が展開されていた⁽¹⁵⁶⁾。この点については第 4 章第 1 節にて述べることとする。

(2) DCF 法に固執する背景

今日、米国における無形資産に関する IRS と納税者との間の紛争は、主に二つあるといわれている。一つ目は、無形資産という用語の定義であり、二つ目は、移転された無形資産の評価方法である⁽¹⁵⁷⁾。内国歳入法典 936 条は「無形資産とは、①特許、発明、方式、工程、設計、様式又はノウハウ、②文学、音楽又は芸術作品上の著作権、③商標、商号又はブランド名、④フランチャイズ、ライセンス又は契約、⑤手法、プログラム、システム、手順、キャンペーン、サーベイ、研究、予測、見積もり、顧客リスト又は技術データ、或は、⑥上記の類似項目（その価値が無形資産に由来するもの）で、個人の役務から独立した実質的価値を有する資産をいう」と規定している。

現在、IRS は、こうした無形資産の定義についてその範囲が狭すぎると認識しており、特に問題となっているのが「のれん (goodwill)」、「継続企業価値 (going concern)」及び「配置された人員 (workforce in place)」である。この三つの無形資産は、評価額が大きくなることが多いため、近年、IRS は、これらが無形資産の定義に含めるよう取り組んでいる⁽¹⁵⁸⁾。こ

(155) 中里・前掲注 (15) 『国際取引と課税』 312 頁。

(156) Daniel J. Frisch (1989) “The BALM Approach to Transfer Pricing” *National Tax Journal*, Vol. 42, p. 261.

(157) キャロル A. ダナファーほか・前掲注 (102) 275 頁。

(158) Martin Julie (2013) “IRS could Update Regs on Transfers of Intangibles to Foreign Corporation.” *Tax Notes Today* (June 6, 2013) .リチャード L. スローウィンスキー＝ジーン・ティエン「米国移転価格課税の最近の動向について」租税研究 766 号 742 頁 (2013)、キャロル A. ダナファーほか・前掲注 (102) 277 頁、ロバート J. カニングム＝リチャード L. スローウィンスキー「米国移転価格課税の最近の動向について」租税研究 742 号 257 頁 (2011) も同旨。

れに対して納税者は、1994年最終規則制定の経緯等を理由に⁽¹⁵⁹⁾、これらは無形資産の定義に含まれないという立場を維持している。したがって、現在のところ、これらの三つを無形資産の定義に含めることは実現していない。

Veritas 事件において、IRS は、既存の無形資産の耐用年数を永久と見積もるだけでなく、当時の財務省規則に規定されていなかった「将来開発される無形資産」から生ずる所得についても評価の対象に加えることによって、将来、アイルランド子会社から生ずるすべての所得を米国親会社に帰属させる手法を採用した。言い換えるならば、これは単なる無形資産の譲渡ではなく、実質的には全ての資産とビジネスオポチュニティの譲渡に相当し、ほぼ事業のすべてを売却したのと同様であることから、DCF法が最適な方法であるという論法である⁽¹⁶⁰⁾。おそらく、その背景には、三つの無形資産までも評価額に取り込みたいという意図があったものと思慮される⁽¹⁶¹⁾。

なお、無形資産の耐用期間は永久であり、その価値はいつまで経っても減じることはないとする IRS の発想には、国際財務報告基準 (IAS36, 38) や米国会計基準 (ASC805, 830 (旧 FAS141, 142)) がのれんの償却を認めておらず、減損会計に従うのみとする会計上の考え方が見え隠れしているようで興味深い。

(3) 取引単位とシナジーの取扱い

(159) これらの無形資産に関しては、1993年にIRSが暫定規則を公表した時にコメントが募集され、これらを無形資産に含むべきかとIRSから納税者に投げかけをしたにも関わらず、1994年最終規則では実際には定義が拡大されなかったという経緯がある(キャロルA.ダナフーほか・前掲注(102)275頁)。Jens Wittendorff(2010)“Transfer Pricing and the Arm’s Length Principle in International Tax Law” Series on International Taxation Vol.35, Kluwer Law International, p.559も同旨。

また、これらの無形資産はそもそも移転するものではないことを根拠とする主張もある(Federal Register Vol.74, No.2 Rule and Regulations Department of the Treasury IRS 26 CFR Parts 1, 301, and 602 [TD9441] RIN1545-B146 p.342)。

(160) ロバートJ.カニンガムほか・前掲注(158)242頁参照。

(161) キャロルA.ダナフーほか・前掲注(102)275頁参照。

IRS は一括評価方式の適用を主張したが、裁判所は、IRS の売却類似理論は § 1.482(f)(2)(i)(A) の “most reliable” という要件を満たしていないと判断した。移転価格税制上、個別の取引ごとに移転価格算定方法を適用することが原則とされているところ、取引の一括評価はどこまで許容、或は、要請されるのであろうか。ここでは、OECD、日本、諸外国の動向をとおして、その基本的考え方を探ることとする。

イ OECD ガイドライン

2013 年 7 月に公表された「OECD 移転価格ガイドライン第 6 章及びその関連条項の改定に関するディスカッションドラフト改訂版」(以下「OECD ドラフト改訂版」という。)⁽¹⁶²⁾では、「無形資産は、その他の無形資産或は棚卸資産の販売や役務の提供の取引と一体として使用又は移転されることも少なくない。このような場合、分析の信頼性を高めるため、必要に応じ、相互に関連する取引を一体として検討することにより、移転価格分析の信頼性が最も高くなるかもしれない」⁽¹⁶³⁾とされている。つまり、一体として検討することができるか否かは、移転価格分析の信頼性が高まるかどうかにかんして判断基準を置いており、この点については米国の考え方と同様といえる⁽¹⁶⁴⁾。また、二つ以上の無形資産が移転される場合は、組み合わせられることによって単体で移転する場合より価値が上がるものもあるため、それらの無形資産の法的、経済的相互関係

(162) 現行の OECD ガイドラインでは、無形資産の定義、特定及び評価に関する国際的指針が不十分であるとの指摘を踏まえ、2011 年 11 月から当ガイドラインの改定作業が開始された。OECD は、2012 年 6 月に「OECD 移転価格ガイドライン第 6 章及びその関連条項の改定に関するディスカッションドラフト (公開草案)」(原題: OECD “Discussion Draft: Revision of the Special Considerations for Intangibles in Chapter 6 of the OECD Transfer Pricing Guidelines and Related Provisions” June 6, 2012) を、2013 年 7 月に公開草案を修正した OECD ドラフト改訂版(原題: OECD “Revised Discussion Draft on Transfer Pricing Aspects of Intangibles” July 30, 2013) を公表した。

(163) OECD ドラフト改訂版パラ 153。

(164) 横澤佳伸「最適法ルール下における利益分割法の適用について—理論的根拠と適用可能性—」税大論叢 75 号 136 頁 (2012) 参照。

の性質を特定する必要があるとしており⁽¹⁶⁵⁾、シナジー効果について考慮すべきことにも言及している。

なお、事業再編の文脈ではあるが、継続事業の移転に係る独立企業間報酬の決定は、必ずしも包括的な移転を構成する個々の要素の価値の合計額になるわけではなく、包括ベースでの移転価格の評価が求められる可能性を示している⁽¹⁶⁶⁾。重要なグループシナジーが存在する場合には、シナジーの創出に対する貢献度に応じて関連者間で配分されるべきであるとする⁽¹⁶⁷⁾。

ロ 日本の裁決事例

取引単位の決定は、移転価格算定方法や比較対象取引の選定等に大きな影響を及ぼすところ、日本においては「独立企業間価格の算定は、原則として個別の取引ごとに行う」⁽¹⁶⁸⁾と解釈されている。具体的な事例としては、平成 22（2010）年 1 月 27 日東京国税不服審判所裁決が参考になろう⁽¹⁶⁹⁾。

本件は、①国外関連者に対する電子部品の販売取引、②国外関連者からの電子部品完成品の購入取引、③国外関連者に対する無形資産供与取引について、原処分庁は、上記各取引は個々別々に行われて完結する取引ではなく、各取引の相互関係がそれぞれの取引の対価に影響を与えているとして、国外関連取引を一体と捉え、残余利益分割法に基づいて包括的に独立企業間価格を算定した事案である⁽¹⁷⁰⁾。

裁決は、国外関連取引の一体性の有無に関して「・・・独立企業間価

(165) OECD ドラフト改訂版パラ 111。

(166) 2010 年 OECD ガイドラインパラ 9.94。

(167) OECD ドラフト改訂版パラ 23。

(168) 措通 66 の 4(3)–1。

(169) 本裁決については、横澤・前掲注 (164) 131-146 頁に詳しい。

(170) 他方、請求人は、本件国外関連取引の独立企業間価格は個々の取引ごとに算定されるべきであるとして、①については独立価格比準法、②については再販売価格基準法、③については独立価格比準法と同等の方法を適用して独立企業間価格を算定すべきと主張した。

格の算定は、原則として個別の取引ごとに行うべきであるから、例外的に複数の取引を一の取引と見る場合には、個別の取引で評価するよりもより合理的であるとする理由が必要というべきである」として、原則的には個別に検討すべきとの見解を示した。その上で、事業活動の一体性、情報活動、研究開発の一体性、投資、経営管理の一体性について検討し、本件については、重要な無形資産を介する一連の取引と認められると認定した。

本判決に対しては、多国籍企業グループの各関連者が、それぞれの機能・役割に応じた種々の取引を行っている場合に、複数の取引について無形資産を介する一連の取引であることを理由に、安易に一体であると捉えられると、独立企業間価格の算定は個別の取引ごとに行うという原則が骨抜きにされることを懸念する見解も存在する⁽¹⁷¹⁾。他方で、残余利益分割法の基本的な考え方は、個別の取引価格ベースで比較可能性を検証するものではないから、残余利益分割法の適用に当たって、取引の一体性を柔軟に認めることには一応の合理性があるとも思われる⁽¹⁷²⁾。仮に、過度に個別の取引に固執する場合、事業実態から離れて利益率の高い取引のみが税務当局に恣意的に切り出されることを懸念するものもある⁽¹⁷³⁾。

(171) 羽床正秀「役務提供取引と無形資産取引について」国際税務 27 巻 4 号 38 頁 (2007)。

岩倉正和＝田原吏「TDK 事件国税不服審判所裁決」『移転価格税制のフロンティア』212 頁 (有斐閣、2011) も同旨。

(172) NERA エコノミックコンサルティング『移転価格の経済分析』57 頁 (中央経済社、2008) は、「利益」は一体として行われるバンドルされた事業全体から生み出されるものであり、個々の取引単位ごとに利益を割り振ることが経済実態上は一般に容易ではないと述べている。

羽床正秀＝古賀陽子『移転価格税制詳解—理論と実践ケース・スタディ』467—468 頁 (大蔵財務協会、2009) は「残余利益分割法の適用に当たって、通常の利益の計算において、…比較対象性の緩和を余儀なくされるのであれば、取引単位についてもその範囲内 (比較対象性の程度が二事業とも同程度である範囲において) で緩和されることも一理ある」と述べている。

(173) 石井亮＝原本規江「TDK 事件裁決の検討—残余利益分割法の適用過程を中心に」NBL929 号 16 頁 (2010)。

結局のところ、無形資産が介在する取引に係る一体性の検討は、無形資産を介する一連の取引であることを理由に取引の一体性を認めるのではなく、基本三法及び基本三法と同等の方法が適用できないのかという判断過程において、取引の相互関係が各個別取引にいかなる影響を与えているのか、精緻な事実認定を行った上での判断が求められるといえる⁽¹⁷⁴⁾。

ハ カナダの最高裁判決

近年の諸外国における動向を把握するに当たっては、2012年10月18日、カナダの移転価格税制史上、初めて連邦最高裁判所が判断を下した Glaxo 事件⁽¹⁷⁵⁾が参考となろう。

英国を本拠とするグラクソグループ（以下「GSK」という。）は、カナダに子会社（以下「GSK カナダ」という。）を設立し、抗胃潰瘍薬ザンタックを製造販売させることとした。ザンタックの原薬であるラニチジンについては、スイスの関連社が製造している。GSK カナダは、GSK からザンタックの製造及びブランド使用に係るライセンスを供与され、ザンタックの売上の6%を使用料として GSK に支払う契約を締結していた。カナダ歳入庁は、GSK カナダがスイスの関連社から仕入れたラニチジンの対価が、カナダ国内のジェネリックメーカーが独立した第三者から仕入れるラニチジンの対価と比較して高すぎたとして、更正処分を行った。租税裁判所は、カナダ歳入庁の主張を認め、GSK カナダ敗訴の

(174) 河野・前掲注(51) 76-77頁。河野弁護士は、審判所の判断過程は十分でなく、むしろ、請求人及び国外関連者の双方が無形資産を有していること等を理由に、個別の取引ごとに比較対象取引を見つけ出すのは困難であるとの一般化を行っているように思われると指摘している。

(175) 本件は、他事案への影響も大きいとされる事件である (Stewart, David D. (2010) “Glaxo Prevails in Transfer Pricing Appeal” Tax Notes International, Vol. 59, p. 321)。租税裁判所判決は GlaxoSmithKline Inc. v. The Queen, 2008 TCC 324。控訴審判決は GlaxoSmithKline Inc. v. The Queen, 2008 FCA 324。連邦最高裁判所判決は、Canada v. GlaxoSmithKline Inc., 2012 SCC 52。事案の概要は、判決文のほか、主に一高龍司「費用分担契約と取引単位の問題について」租税研究 767号 71-72頁(2013)を参照している。

判決を下した。

これに対して、控訴裁判所は、ライセンス契約の考慮を要しないとす
る租税裁判所の判断は間違いであるとし、ライセンス契約が対価に与え
る影響の斟酌等を指示して、租税裁判所に事案の差戻しをし、連邦最高
裁は控訴裁判所の判断を維持した。更に、連邦最高裁は、比較可能性の
判断に際しては当事者の状況を考慮しなければならない、そしてその状
況にはライセンス契約が含まれるからこそ、ラニチジンの対価も高く
なっているということが言えるのであれば問題ないと判示した。すなわ
ち、無形資産のライセンスを受けていたことを比較可能性の文脈で考慮
すべきという趣旨である⁽¹⁷⁶⁾。

本件は、直接的には当時のカナダ所得税法 69 条 2 項に係る「その状
況下で合理的な金額」の解釈を争点とするものであるが、関連者間取引
のうち直接関連する個別取引だけを考慮すべきか、或は、間接的に関連
する包括取引を含むのかという問題と同義であり、間接的に関連する取
引までも含むという一定の方向性を示したものと見える⁽¹⁷⁷⁾。連邦最高
裁は、単に比較対象法人の支払対価と比較するだけでなくあらゆる状況
を考慮すべきとしていることから、独立企業間価格は必ずしも公正な市
場価値 (fair market value) である必要はなく、合理的で独立した第三
者があらゆる利点とコスト (all benefits and related costs) を考慮した
上で支払うであろう価格であればよいこと⁽¹⁷⁸⁾、すなわち、合理的な経
営者の判断に基づくものであればよい旨を含蓄していると思われる。

ニ ドイツの機能移転価格税制

ドイツでは、2008 年 1 月 1 日、企業税制改革法 2008 (The 2008

(176) 一高・前掲注 (175) 72 頁。

(177) 望月文夫「カナダ移転価格税制と Glaxo 事件判決」埼玉学園大学紀要（経営学部
篇）11 号 128-129 頁（2011）。望月教授は、本件の控訴審判決について 1980 年代
から米国を中心に主張されている独立企業原則の理論的破綻に基づいて判断を下し
たとの見解を示している。

(178) Vijay Krishnamurthy(2013) “Supreme Court Ruling in GlaxoSmithKline
Case” International Transfer Pricing journal Mar./Apr.2013,p.81.

Corporate Tax Reform Act) を施行し、法人税に係る実効税率が 25% から 15% に引下げられる際に、こうした税率の大幅な引き下げによる税収減の対処策として、国際取引課税法 1 条を改正することで、事業再編による所得の国外流出に対する移転価格税制の強化を行った。ドイツでは事業再編に係る機能の国外移転について、比較対象取引が存在しない場合であっても、独立企業間価格を法令に従い的確に算定できるように、移転パッケージの概念、堅実かつ誠実な経営者の原則、仮想的比較対象取引の概念、DCF 法等会計上の評価方法の活用手順の明確化を行い、併せて所得相応性基準を導入している⁽¹⁷⁹⁾。ここでは、取引単位と関連が強い「移転パッケージ」の概念がどのように規定されているか確認することとする。

国際取引課税法 1 条 3 項 9 文は、「・・・機能及びそれに付随する機会、リスク、譲渡又は賃貸される資産、その他の潜在的利益が移転する場合(機能移転)、納税者は、機能及びリスクに応じた割引率を考慮して、機能移転の全体に基づく合意レンジを決定しなければならない」と規定している。つまり、ドイツ企業が行う国際的事業再編において移転価格税制の対象となる「機能」には、有形資産及び無形資産に加えて、これに関連する機会及びリスク等も含む概念的に幅広いものとなっている⁽¹⁸⁰⁾。更に、よい評判というようなのれんのような要素、熟練した従業員、或は軌道に乗った事業組織も考慮されることになる⁽¹⁸¹⁾。

その上で「機能の移転」に関しては、これらが個々に国外関連者に移転されたと認識するのではなく、「機能全体 (function as a whole)」に

(179) ドイツの機能移転価格税制については、居波・前掲注 (61) 330 頁以下にて、事業再編調査通達も含めたところでの詳細な分析がされている。また、ドイツの移転価格税制を理論的に検討したものとして、矢内一好「ドイツの移転価格税制」商学集志 67 巻 1 号 53-63 頁 (1997) がある。

(180) 居波・前掲注 (61) 330 頁-331 頁。具体的には、業務管理、研究開発、在庫管理、特許権等の製造用無形資産、コンサルティング、顧客リスト等のマーケティング無形資産等も「機能」に含まれる。

(181) 居波・前掲注 (61) 347 頁。

対して相対的に対価を決定するものと考えられるため、当該機能と一体的であると認識される範囲を「移転パッケージ」として捉えて、「移転パッケージ」にそのシナジー効果も加えた上で一体的包括的な評価を行うことが要求されている⁽¹⁸²⁾。ドイツの機能移転価格税制は、個々の資産等の単純な価値の総和として機能の価値を認定するのではなく、個々の資産等の相乗効果によりその価値が高められていることを前提としている。そして、独立した第三者間であれば、高められた価値に対して対価の支払いがなされることが通常であると考えられることから、事業再編についてはその機能の構成要素であるすべての資産等を包括的に「移転パッケージ」としてとらえて、これにシナジー効果を加えた上での評価をすべきとしたものといえる⁽¹⁸³⁾。

ホ 考察とまとめ

OECD ガイドライン改訂版は、個別評価を原則としつつもその例外を認め、シナジー効果を考慮することは述べているが、シナジー効果を移転価格の算定にいかん反映させるかについては、十分な指針を示すには至っているとは言いがたい⁽¹⁸⁴⁾。そこで、原点に立ち戻って考えるに、資産等を一括で譲渡すること等により生じるシナジー効果は誰に帰属させるべきものであろうか。この点について、Richard T. Anisworth らは、企業の最高経営責任者は、シナジーによる便益を期待して事業再編を企図するのであって、販売子会社に対して便益の一部を配分することを意図しているわけではないと述べている⁽¹⁸⁵⁾。つまり、「複数の資産を一括

(182) 居波・前掲注 (61) 331 頁。

(183) 居波・前掲注 (61) 405 頁。

(184) 例えば、共同購買によるボリュームディスカウントの取扱いについては、OECD ドラフト改訂版パラ 28～33 にて基本的考え方は示されているが、如何なる算定手法を用いるかは明確ではない。これらの事例に関しては、田島宏一「ロケーションセイビング・マーケットプレミアム・グループシナジーに係る利益の帰属に関する最近の議論」国際税務 33 巻 12 号 70-71 頁 (2013) も参照。

(185) Richard T. Anisworth and Andrew B. Shact (2011) “Transfer Pricing and Business Restructurings – Intangibles, Synergies, and Shelters” Tax Notes International, Vol. 63, No. 5, p. 357. 原文は、“Perhaps the CEO anticipates synergy

して移転する」という最高経営責任者の合理的判断の結果として生じたものがシナジー効果であるとするならば、これを親会社に帰属させるのは当然の帰結であり、シナジー効果を含めたところで無形資産を一括評価することには一定の合理性があると考えられる。そうした意味において、Veritas 事件で争われた DCF 法と独立取引比準法とを比較した場合、DCF 法は、シナジー効果まで捕捉できる優れた方法といえる。実際のところ、多国籍企業内の関連企業取引においては、広範囲のノウハウや権利を一まとめにして譲渡されるのが通常であるが、独立した第三者間においては、極めて限定的に譲渡されることが多いといわれている⁽¹⁸⁶⁾。無形資産を一括譲渡する取引については、その価値を直接評価できる DCF 法の適用は有益と認められるところ、今後、事業再編が活発化するであろうことも前提とすると、DCF 法を日本に導入するに当たっては、シナジー効果までも考慮に入れたドイツの移転パッケージの概念は参考となる。

なお、カナダの最高裁判決に関連して、OECD ガイドラインの取引単位に係る記述は不十分である旨の指摘もある。OECD ガイドラインは二者間の取引を前提としており、多国籍グループ全体のような複数当事者が関与する複雑な取引を想定していないことへの批判である。これは、OECD ガイドラインをア・プリオリに受け入れている日本にとっても他人事ではなく、今後は多数国が複雑に関与する事案も想定した上での取

gains and is allocating a portion to the distributor? We just do not know because our vision is too narrow. One thing, however, does seem clear. We do not understand the restructuring itself.”である。Richard らの主張は、事業再編は組織構造に関するものであって、経営判断に関するものではないとするのは誤解である、という考え方を根本に据えており、最高経営責任者の関与によってはじめてシナジー（負のシナジーも含む）が生じるとする。邦訳に、角田伸之翻訳「移転価格と事業再編—無形資産、シナジー及びシェルター」租税研究 753 号 292-324 頁（2012）がある。

(186) Dr. William Finan ほか「移転価格税制における HVI（高付加価値無形資産）の分析と評価」国際税務 20 巻 2 号 39 頁（2000）。

引単位の明確化を図る必要がある⁽¹⁸⁷⁾。

最後に、そもそも取引の単位をどのように把握するかは、必ずしも一義的に導かれるものではない。日本の裁決事例に関連して「納税者としては、課税当局側の恣意的な『切り出し』のリスクがあることに留意し、そのリスクを低減するためにも、自己の事業実態に照らして、どのように取引の単位を画定するのが適切か、説明できるようにしておくべき」⁽¹⁸⁸⁾との見解がある。納税者においては適切な文書化が、そして税務当局においては、より明確かつ客観的な解釈基準の提示が求められているといえよう。なお、諸外国の移転価格課税に関する判例には、取引を統合した移転価格の算定を支持するものも少なくないことから⁽¹⁸⁹⁾、引き続き国際的動向に注視する必要がある。

(4) 無形資産の定義（範囲）

Veritas 事件の判決文には、「問題となった課税年度においては、・・・、配置された人員、のれん、継続企業価値が（無形資産に）含まれることについて明確な規定があるわけではない。納税者は、単に（法令を）遵守することを要求されるだけで、（法令を）予見してまで従うことは要求されていない」⁽¹⁹⁰⁾と記述されている。したがって、何が無形資産の定義に含ま

(187) Richard T.Ainsworth and Andrew B.Shact.,*supra* note(185)p.359. 原文は、“The OECD only examines binary transactions between two related parties within MNE.・・・the OECD’s analysis does not look at the whole MNE.”である。望月・前掲注(177)129-130頁。望月教授は、OECDガイドライン第8章の改定も見据えて、明確化の必要性を説いている。

(188) 石井亮ほか・前掲注(173)16頁。

(189) 一高・前掲注(175)71頁。Jens Wittendorff(2013)“Aggregation of Transactions in Transfer Pricing: Glaxo and other Cases”Tax Notes International,Vol.69, No.2,p.183は、一括評価の可能性がある場合を分類して(①Continuous Transactions ②The pricing of Closely linked Products ③Licensing and the Supply of Vital Components ④Portfolio Approach ⑤Business Strategies)紹介している。

(190) 原文は、“For the years in issue, however, there was no explicit authorization of respondent’s “akin” to the theory or its inclusion of workforce in place, goodwill, or going concern value. Taxpayers are merely required to be compliant, not predict.”である。

れるのかについては、立法により対処すべき問題と考えられるが、それに先立ち、これらの無形資産について移転価格税制上、どのように取り扱うべきものであろうか考察を試みたい。ここでは、IFA と OECD における議論、最近のフランスの判決を題材に国際的動向を分析し、最後に、米国における「のれん」に係る最高裁判決を概観することによって、今後、日本での取扱いを考えるに当たっての道筋について手掛かりを探ることとする。

イ IFA 及び OECD における議論⁽¹⁹¹⁾

2011 年 9 月にパリで開催された IFA 第 65 回年次総会では、「国境を越えるビジネス・リストラクチャリング」が議題として取り上げられた。その中でも、国内の生産部門を海外に移管した事例が注目を浴び、「何が移転されたのか」について議論された。

各国税務当局の見解によると、特に「のれん」や「継続企業価値」の移転が大きな問題となっており、これらの移転に課税を試みる場合については、各国で論争的となっているようである。OECD ガイドラインパラ 9.93 が「継続企業の移転に係る評価は比較可能な状況において、独立企業間で報酬が与えられたらるう全ての価値ある要素を反映すべき」と示しているように、例えば、経験豊かな研究チームが配属された研究施設を含む事業部門が移転するような場合、そのような継続事業の評価に当たっては、独立企業であれば合意されたであろう当該施設の価値及び配置された人員の価値を反映すべきであるといった見解があった。

他方、実務家からは、①経験上、無形資産の評価は難しいが、それ以上に継続企業価値の取扱いは難しい、②有能な従業員のヘッドハンティングが行われた場合には、契約上の条件があらかじめ元々の雇用主に対する補償金の支払いはない、③一般に法的保護のない無形資産については、重要な価値を有するとは考えにくく、再構築に要する費用を

(191) 本稿の IFA 第 65 回年次総会に関する記述は、渡辺勲＝田中俊久「第 65 回 IFA (国際租税協会) 年次総会」税大ジャーナル 1-32 頁 (2012)、同「2011 年度 IFA 年次総会 (パリ大会) 報告」租税研究 749 号 375 頁 (2012) に基づいている。

もって評価すべきである等の意見が出された。

このように、無形資産の定義について混沌とする状況の中、2013年7月に公表されたOECDドラフト改訂版は、「のれん (goodwill)」や「継続企業価値 (ongoing concern value)」については、正確に定義することは困難であるが、他の事業資産から分離することができないことは一般的に認識されているとしている⁽¹⁹²⁾。その上で、継続企業の資産が移転される場合、のれんや継続企業価値が、独立企業間で支払われる対価の重要かつ巨額な部分 (important and monetarily significant part) を説明するのに使用されることが多いことを認識しておくことは重要で、同様の取引が関連企業間で行われる場合、こうした価値は独立企業間価格の決定において考慮されるべきとしている⁽¹⁹³⁾。なお、「集合労働力 (assembled workforce)」については、通常は比較可能性分析において考慮されるべきという従来の考え方を踏襲しつつも、特別なスキルや経験を有する配置された人員にアクセスする (access to an assembled workforce) ことは、労働力を構成する従業員が移転しない場合であっても、状況によっては、移転された無形資産等の価値を向上させることがあるとしている⁽¹⁹⁴⁾。

以上のとおり、OECDは、のれんや継続企業価値については、他の事業資産から分離することができないことを確認した上で、独立企業間価格の決定においては考慮すべきこと、集合労働力については、考慮すべき場合があるという考え方を示している。

ロ フランスの判決

近時の諸外国の動向を把握する上で参考となるのが、フランスの機能

(192) OECDドラフト改訂版パラ60。

(193) OECDドラフト改訂版パラ61。更に、OECDドラフト改訂版パラ62では、一般的に、のれん及び継続企業価値の会計上又は事業上の評価方法は、移転価格分析とは関連しないが、事業及び状況によっては、移転価格分析を行うに当たっての出発点になる可能性があるとしている。

(194) OECDドラフト改訂版パラ14、15、17。

移転に係る判決であろう。従来、フランスには、国際的事業再編を取り扱う規定や判例が存在しないといわれてきたが⁽¹⁹⁵⁾、2013年2月5日、フランスの控訴審でネスレのフランス子会社に対する移転価格課税事件について判断が下された⁽¹⁹⁶⁾。

スイスに本社に置くネスレのフランス子会社は、関連会社間の資金プール管理機能 (cash pool management function) をスイスの本社に移転した。フランス税務当局は、フランス子会社は専門家を雇って複雑な金融取引を行い、為替リスクも負っていたとし、これらの機能・リスクの移転に対しては、スイス本社から対価をもらうべきであると判断した。税務当局は、独立企業間価格の算出に当たって、フランス上場企業三社の資金プール管理機能について税務当局の内部データを基に調査し、同機能にプールされた資金残高の0.5%を移転料 (独立企業間価格) とする更正処分を行った。これに対してネスレのフランス子会社は、①フランス子会社が行っていた資金プール管理機能は、単なる通常業務 (normal act of business management) であり価値のあるものではない、②為替リスクはフランス子会社ではなくスイスの本社が負っている、③税務当局の移転価格算定方法は、理論上の利益率に基づいた恣意的なものであるとして訴訟を提起した。

原審は、概ね税務当局の主張を認め、フランス子会社はスイス本社か

(195) Cahier droit fiscal international Vol.96a, pp.325-326 (2011). IFA 第65回年次総会フランスのブランチレポート (Laurent Leclercq 及び Patrik Seroin) の報告に基づく。Xavier Sotillos Jaime (2012) “French Administrative Court Supports Need for Exit Payment following Cross-Border Transfer of Intergroup Routine Function” Transfer Pricing Report, Vol.20, No.23, p.1238 も同旨。

(196) 原審は Tribunal Administratif de Paris, Ref.0902095, May 11, 2011. 控訴審は Nestle Enterprises v. Ministry of Economy and Finances, Paris Admin Cour App, No.12PA00469, 2/5/13.

事実の概要及び判旨については、Xavier Sotillos Jaime, *supra* note(195) pp.1237-1239、Rick Mitchell(2013) “In Nestle, French Appeals Court Rejects Use of Secret Comparables” Transfer Pricing Report, Vol.21, No.22, p.1089-1090、Yamaguchi Lion LLP の HP (http://www.ylllp.net/articles/Archive/2013/topic13_06.html) (最終アクセス：2014年4月8日) を参照している。

ら、移転された資金プール管理機能に係る独立企業間対価を受領すべきであるとした。それに対して控訴審は、税務当局がシークレットコンパラブルを使用したことを問題視して、原審判決を覆した。

原審判決について、Xavier Sotillos Jaime は、二つの重要な意義を有すると分析している。一つは、資金プール管理機能に関連する顧客リストについて、対価性があることが明示されたことである。もう一つは、資金プール管理機能の移転を評価するに当たっては、一定期間にわたる活動から生じるすべての利益を考慮すべきことが判示されたことである。すなわち、先述のとおり、IFA 第 65 回年次総会で議論となった OECD ガイドラインパラ 9.93 に関して、原審判決は、明示的には言及していないが、フランスの法体系の中に「継続企業価値」という概念が持ち込まれたという理解である⁽¹⁹⁷⁾。ただし、控訴審判決では、このような資金プール管理機能の移転に関して、対価の授受が必要か否かについての一般的判断までは行われなかったことから、結局のところ、今後の課題（open question）として残されたとも解されている⁽¹⁹⁸⁾。

ハ 米国におけるのれん税務とまとめ

ここでは若干視点を変えて、米国の法人所得税制上、のれんがどのように取り扱われているのか、その変遷を含めて分析することとする。

米国では、従来、事業譲渡が行われた場合に、のれんに割り当てられる購入価格の部分は、米国会計基準同様、伝統的に減価償却が認められていなかった⁽¹⁹⁹⁾。そこで納税者は税務申告に当たって、取得した無形資産は、減価償却可能な、すなわちのれんとは切り離れた別の無形資産を取得したものであると主張をし、逆に、IRS は、問題となる無形資産

(197) Xavier Sotillos Jaime, *supra* note(196)pp.1238-1239.

(198) Rick Mitchell., *supra* note(196)p.1090.

(199) 現在、米国におけるのれんの会計に関する会計基準は、取得時の当初認識を扱う FAS141 号（現 ASC805）「企業結合」と、当初認識後の会計処理を扱う FAS142 号（現 ASC350）「のれん及びその他の無形資産」がある。FAS142 では、償却を禁じるとともに、報告単位ごとにのれんの減損調査をすることが要求されている。米国ののれんに係る会計基準の歴史の変遷は、伊藤・前掲注（16）41-78 頁に詳しい。

について、のれんに該当し、償却は認められないと主張する対立構造が続いた⁽²⁰⁰⁾。こうした対立に終止符を打つ契機となったのが Newark Morning Ledger 事件である⁽²⁰¹⁾。本件は、合併によって取得した無形資産の中に含まれていた「有料購読者リスト (paid subscribers)」がのれんから切り離して償却できるか、できるとするとどのように評価すべきかが争点となった。

Newark Morning Ledger Co.は、Herald Company (以下「Herald」という。)の地位を1987年の合併により承継した。Heraldは1976年、Booth Newspapers Inc. (以下「Booth」という。)と合併し、その後Boothの名前で新聞の発行を続けていた。Boothとの合併時、Heraldは2億3,400万ドルを有形金融資産に、6,780万ドルを「有料購読者リスト」と称する無形資産へ、残額の2,620万ドルを継続企業価値とのれんに配分していた。有料購読者リストには、46万人にのぼるBoothの新聞購読者が含まれていた。Heraldは、1977年以降の法人所得税の申告上、「有料購読者リスト」に配分された6,780万ドルを4年にわたって償却したが、IRSは「有料購読者リスト」はのれんと区別して識別することはできないとして、減価償却費を否認した。

なお、Newark Morning Ledger Co.は、有料購読者リストについて、購読者の平均的な購読期間を見積もり、その見積もり期間に生み出されるであろう購読料収入の現在価値を計算し、そこから購読料収入を上げ

(200) 青山慶二「営業権の償却に関する日米取扱いの差異-平成17年3月24日大分地裁(平15(行ウ)第13号判決と1993年4月20日米国最高裁NEWARK MORNING LEDGER CO.判決)TKC税務情報22巻6号62頁(2013)。ゴードン V. スミスほか・前掲注(29)55頁も同旨。

(201) 最高裁は、Newark Morning Ledger Co., as Successor to the Herald Company, Petitioner v. United States No. 91-1135 Supreme Court of the United States 507 U.S. 546 (1993)。控訴審は、Newark Morning Ledger Co., as Successor to the Herald Company, Petitioner v. United States 945 F.2d 555,(3d Cir.N.J. 1991)。第一審は、Newark Morning Ledger Co., as Successor to the Herald Company, Petitioner v. United States 734 F. Supp. 176, 1990 U.S. Dist.(D.N.J. 1990)。事件の概要については、上記判決文のほか、青山・前掲注(200)62-63頁を参照している。

るための原価の現在価値を差引いて 6,780 万ドルと評価していた。他方、IRS は、新たに 46 万人の新規購読者を獲得するために要するコストを見積もって 300 万ドルと評価した。

第一審は、納税者を勝訴させたのに対して、控訴審は、第一審判決を破棄し、税務当局の更正処分を認める逆転判決を下した。しかしながら、最高裁判所は次のとおり判断して、控訴審判決を破棄差戻した。

IRS と控訴審は、当該資産を単なる氏名と住所のリストであるとするが、有料購読者リストは単なる顧客リスト以上の価値を有している。すなわち、有料購読者リストに掲載された者は、長期間にわたり新聞を購読しており、一定期間にわたって一定の予測可能な収入源を提供するものである。それに対して、IRS が再調達原価の算定に用いた新たな購読者は、過去における購読履歴がなく、プロモーション期間終了後にも購読を続けるかは確かではない。

このとおり、IRS の訴訟がうまく進んでいない状況を打開するため、議会は 1993 年に法律の制定を行った。新たな内国歳入法典 197 条は、のれん、継続企業価値、配置された人員、顧客リスト等、従来、激しい論争対象であったものの大半を無形資産の定義に含めることとした⁽²⁰²⁾。

こうした米国におけるのれん税務の変遷をみるに、同じ無形資産の定義の問題でありながら、法人所得税制と移転価格税制は全く異なる途を歩んでいることが分かる。移転価格税制に係る政策の最終目標は、無形

(202) ゴードン V. スミスほか・前掲注 (29) 55 頁、青山・前掲注 (200) 62 頁。青山教授は、裁判所が納税者に課される立証責任の重さに言及したことも法律制定の背景にあると述べている。法人所得税上の無形資産の減価償却については、本庄・前掲注 (110) 102-104 頁に詳しい。内国歳入法典 197 条(d)の原文は次のとおりである。
 (1) In general. Except as otherwise provided in this section, the term 'section 197 intangible' means- (A) goodwill, (B) going concern value, (C) any of the following intangible items: (i) workforce in place including its composition and terms and conditions (contractual or otherwise) of its employment, (ii) business books and records, operating systems, or any other information base (including lists or other information with respect to current or prospective customers), (iii) any patent, copyright, formula, process, design, pattern, knowhow, format, or other similar item, (iv) any customer-based intangible, (v) …

資産の定義規定について、法人所得税上のそれと一致させることにあると思慮される。

評価方法の観点から興味深いのは、同様のマーケティング資産であるにも関わらず、Newark Morning Ledger 事件では、IRS はコストアプローチ（再調達原価法）を、納税者はインカムアプローチ（DCF 法）を主張した。これとは対照的に、Veritas 事件では、IRS はインカムアプローチ（DCF 法）を、納税者は独立取引比準法を主張した。そして、裁判所は、Newark Morning Ledger 事件ではインカムアプローチに、Veritas 事件では独立取引比準法に軍配に上げたのである。先の IFA の議論からも明らかなおと、利害関係者によって最適と考える評価方法に違いが生じ、その上、同様の無形資産であっても、裁判所が異なる評価方法を最適と考えるところに無形資産評価の難しさが表象されているといえる。

なお、Newark Morning Ledger 事件については、判例としての意義が大きいことのみならず、その後の立法化の契機になったという意味でもその重要性を認識すべきである⁽²⁰³⁾。つまり、数多くの判決をとおして、解釈論の限界まで裁判所の判断が切り込み、その限界が見えたところで立法化が行われるプロセスである⁽²⁰⁴⁾。Veritas 事件においては、販売チャンネル、顧客リスト等については、そもそも移転していない、仮に移転したとしても重要な価値がないと判断された。こうした個別の価値認定が困難なものに対して、最後の受け皿としての役割が期待されるのがのれんや継続企業価値と称されるものであろう。現在、IRS が Veritas 事件を契機として、無形資産の定義拡大に取り組んでいるというプロセ

(203) 青山・前掲注 (200) 65 頁。

(204) 青山・前掲注 (200) 65 頁。

他方で、本判決によって、のれんの定義が曖昧なまま (nebulous concept) に残されたともいえる (Eric J.Skytte (1995) “Changing the rules, but not the goodwill game: Newark Morning Ledger in the wake of I.R.C. Section 197”William Mitchell Law Review, pp.523-524)。

スは、Newark Morning Ledger 事件と通底するものがあると思われる。

ところで、日本の移転価格税制上、無形資産の範囲について法令化されていないことは第 1 章で確認したとおりである⁽²⁰⁵⁾。日本における過去の判例を振り返ると、営業権について、その超過収益力を認めた最高裁判決が存在する⁽²⁰⁶⁾。そこでは、営業権とは「企業の長年にわたる伝統と社会的信用、立地条件、特殊の製造技術及び特殊の取引関係の存在並びそれらの独占性等を総合した、他の企業を上回る企業収益を稼得することができる無形の財産的価値を有する事実関係である。」と判示されている。営業権の中心をなすのは、のれん（企業の超過収益力）であり、今日の税法上、この最高裁判例を根拠とする超過収益力説に基づいたものを営業権と解するのが通説である⁽²⁰⁷⁾。のれんや継続企業価値を考えるに当たっては、移転価格税制の特殊性に配慮しつつも、法人税法に係る判例から脱線することのないよう、つまり、米国の二の舞を踏まないよう、のれんや継続企業価値が移転価格税制上の無形資産に含まれることを明確にすることには意義があると思われる。

なお、先に述べたとおり、OECD ドラフト改訂版は、のれんは、継続企業の資産が移転される場合に、独立企業間で支払われる対価の重要な一つ巨額な部分を説明するために使用されることが多いという指針を示している。こうした意味においては、シナジーに係る議論と同様、のれんや継続企業価値を捕捉できる DCF 法には一定の有効性を見出すことができる。

(5) 情報の非対称性と予測値の妥当性

(205) なお、日本の法人税法上、営業権は減価償却資産の無形固定資産に区分され（法 2 条 23 号、法令 13 条 8 号ヲ）、損金経理を要件として 5 年間で償却される（法 2 条 25 号、法令 48 条）。のれんは、2006 年改正で導入された非適格組織再編に際して発生する資産で調整勘定として計上し、60 月を償却期間として償却される（法 62 条の 8 第 4 項、5 項）。

(206) 最高裁昭和 51（1976）年 7 月 13 日判決（訟月 22 卷 7 号 1954 頁、判時 831 号 29 頁）。

(207) 金子・前掲注（9）325 頁。

DCF法を用いるに当たって避けて通れないのが、予測値の妥当性に係る議論である。Veritas事件において、割引率に関しては、IRSも裁判所も、CAPMに基づく加重平均資本コストを用いている。評価の前提となる見積もりに関してIRSと裁判所の見解をまとめると、図表4のとおりで、IRSは割引率を13.7%、裁判所は20.4%と結論付けた⁽²⁰⁸⁾。

図表4 見積もりに係る対比

		IRSの見解	裁判所の判断
無形資産の耐用年数		永久	4年
成長率		17.91%(2001~2005)	実際には3.75%であった
WACC 算出要素	リスクフリーレート	20年国債利回り	30年国債利回り
	株式プレミアム	5%(米国の株式)	8.1%(米国外の株式)
	β	1.40 又は 1.42 (類似企業業界平均 β)	1.935 (当該企業の β)
割引率		13.7%	20.4%

裁判所の判断を個別に分析するに、無形資産の耐用年数、成長率及び β 係数に関して、裁判所は、納税者が提示した数値を採用しており、パイ・イン対価算定の基礎となる仮定やファクターについて、税務当局がその合理性を立証することの困難性がうかがえる。ユニークな無形資産であればあるほど超過収益を生む可能性は大きいものの、納税者からすると、低税率子会社へ無形資産を譲渡するとなれば、自己の手持ちデータから、将来の収益性について可能な限り保守的な額を見積もる可能性は否定できな

(208) 裁判所はIRSの主張を次のとおり、全面的に否定している。IRSは無形資産の耐用年数を永久と仮定しているが、移転した無形資産は2年から4年で陳腐化するものである(133 T.C.No.14, *supra* note(114) p.324)。IRSは、年率17.91%の成長率を仮定しているが、実際は年率3.75%にとどまり、IRSの仮定は非現実的である(133 T.C.No.14, *supra* note(114) p.326)。IRSは、CAPM上標準的に用いられることのない20年国債をリスクフリーレートとして使用しており、また、無形資産が米国外で使われたにもかかわらず、米国の株式プレミアムを適用していたことは問題である(133 T.C.No.14, *supra* note(114) p.326)。IRSは、個別企業の前年度における β は翌年度の予測値として使用するには貧弱(a very poor predictor)であるとして、業界平均の β を用いているが、当該企業の β を用いるべきである(133 T.C.No.14, *supra* note(114) p.325)。

い⁽²⁰⁹⁾。また、納税者が作成する事業計画は、過度に保守的となる傾向があることは、すでに指摘したとおりである。

ところで、現在係争中である Amazon.com 事件においても、納税者と IRS との間でパイ・イン対価の算定額が大きく異なっている。米国に本社を置き、オンライン販売事業を展開する Amazon.com Inc. (以下「アマゾン」という。)は、欧州子会社との費用分担契約において、欧州子会社からパイ・イン対価を約 1.6 億ドル受領していたのに対し⁽²¹⁰⁾、IRS は、受領すべき対価が約 22.1 億ドル不足しているとして更正処分を行った⁽²¹¹⁾。このように両者の算定額が大幅に乖離する背景には、既存の無形資産の耐用年数について、アマゾンは 7 年以下としたのに対し⁽²¹²⁾、IRS は永久とする等⁽²¹³⁾、算定の基礎となる仮定が異なっていたことが挙げられる。DCF 法を用いる場合には、算定に用いる仮定やファクター等が割引率、ひいては、その算定結果に及ぼす影響が極めて大きい、ということも改めて認識させられるところである⁽²¹⁴⁾。

これらを踏まえたところで、日本に目を向けると、税務当局が選択した移転価格算定方法が適切であることの立証責任は、税務当局にあることから、これを前提に独立企業間価格算定手法の選択を適切に行う必要がある。アドビ事件を念頭におくと、比較対象取引の選定に当たっては、より一層

(209) 青山慶二「国際租税を取り巻く環境変化と税制のあり方」土居史朗編『日本の税をどう見直すか』224 頁（日本経済新聞出版社、2010）。

(210) Amazon.com Inc. et al.v.Commissioner (No.31197-12)(Dec.28,2012) (Doc 2013-1251) , para.5.a.29. O'Brien,James M (2013) “Amazon Petitions U.S.Tax Court in Transfer Pricing Dispute” Worldwide Tax Daily Jan.18,2013 を参照している。

(211) *Ibid.*,para.5.a.42.

(212) *Ibid.*,para.5.a.28.

(213) *Ibid.*,para.5.a.40. アマゾンの訴状には、IRS が、欧州子会社の成長率を 3.8%、割引率を 18%と仮定して DCF 法を適用したことも記載されている。

(214) なお、IRS は、Amazon.com Inc.et al. v. Commissioner (No.31197-12) (Mar.8,2013) (Doc2013-6160) にて、全面的に争う姿勢を示しており今後の動向が注目される。“IRS Files U.S. Tax Court Answer in Amazon Transfer Pricing Dispute” Worldwide Tax Daily Jan.18,2013 参照。

精緻な比較可能分析を行うことが求められている。無形資産を一括で譲渡した場合について適用可能な算定方法が規定されていない現状で、DCF法の有用性が認識されているところであるが、特に評価に当たっては、納税者と税務当局との間の情報の非対称性が大きいという問題、及び評価の前提となる仮定の置き方によって、その算定結果が大きく異なってくるという実態を十分に意識した上での対応を検討することが肝要である。

(6) 通達に基づく行政実務

1996年規則は、既存の無形資産に係るパイ・イン対価支払いの必要性については規定しているものの、費用分担契約締結後に「続いて開発された無形資産」については何ら言及していない。Veritas 事件において、IRSの用いたDCF法によると「続いて開発された無形資産」までパイ・イン対価の算定に含めることになるため、IRSの更正処分は規則に反していると租税裁判所は判示した。こうした租税裁判所の判断について、DCF法を独立企業間価格の算定方法として用いることによって、将来形成される無形資産の価値等までもライセンサーに還元されるべき、というIRSの安易なスタンスに対する警鐘を鳴らしたものと見方もある⁽²¹⁵⁾。確かに、Veritas 事件において裁判所は「既存の無形資産」について、厳格な文理解釈を行ったことから「将来形成される無形資産の価値」については評価の対象とならなかったものの⁽²¹⁶⁾、少なくとも裁判所が認定した事実によると、本件費用分担契約期間中に、インターネットの爆発的な普及等の大きな技術変化があり、とりわけ欧州・アジア地域において売上が伸びたの

(215) 手塚ほか・前掲注(116)60頁。

(216) 裁判所は、機能の比較に関して「パイ・イン対価の対象は、既存の無形資産に関する取引であるため、続いて開発された無形資産にまで焦点を当てた機能分析は見当違い(disgusted)である。(133 T.C.No.14, *supra* note (114) p.332.)」、資産・サービスの比較に関して「パイ・インの支払の評価には既存の無形資産だけが対象であり、将来世代の技術である続いて開発された無形資産を考慮する必要はない。(133 T.C.No.14, *supra* note (114) p.335.)」と判示していることから、裁判所が「既存の無形資産」に限定して比較可能分析を行っていることが分かる。

は、Veritas アイルランドの貢献によるものであったとされている⁽²¹⁷⁾。つまり、費用分担契約後に Veritas アイルランドが独自の販売活動を行った結果、大きな成功を収めた部分があることは否定できない。

他方、OECD ドラフト改訂版では、新規ソフトウェア製品開発の基礎として既存のソフトウェアのプラットフォームを使用する権利があれば、開発期間が短縮され、新製品を先行して市場に出すことが可能となるため、無形資産に関する比較可能性分析では新製品の開発上、無形資産を利用する権利が当事者に付与されているかどうか考慮しなければならないとされている⁽²¹⁸⁾。これと同様の見解は、先述の Action On Decision の中でも明確に示されている。

Veritas 事件の事実認定と OECD の考え方の双方を考慮すると、基本的には続いて開発された無形資産も評価の対象にすべきであるが、Veritas 事件のように、とりわけ技術革新のスピードが速く、経済状況に大きく影響を受ける業種に DCF 法を適用する場合、技術革新のスピードが速い故に、関連当事者が将来果たすであろう機能や、負担するであろうリスクを正確に予測することに限界があるということも認識する必要があるだろう。

ところで、当時の IRS の更正処分は、IRS の内部通達を前提としており⁽²¹⁹⁾、財務省規則上に具体的な算定方法が明確化されていなかったことも IRS 敗訴の一要因と考えられている。日本における移転価格税制の執行の大半が事務運営要領に委ねられていることに鑑みると、通達に基づく行

(217) 例えば、Veritas 米国の顧客ベースは、アジア・欧州地域では全く役に立たず、Veritas アイルランドは、新たに流通販売責任者を雇い、新規顧客を開拓し、従業員数は 20 人から 1500 人まで増加させ、Veritas アイルランドの設備施設 (facility) は 12,000 平方フィートから 40,000 平方フィートまで拡大したことが判決文に記載されている (133 T.C.No.14, *supra* note(114)p.309)。

(218) OECD ドラフト改訂版パラ 144。

(219) Coordinated Issue Paper, *supra* note (123) Ch.III,IV. イニシャル・バイ・インの場合の最適方法は収益基準法(DCF 法)であり、のれん、継続企業価値、研究チームの貢献、シナジー効果を考慮しなければならない (must be included in the Buy-in) とされている。

政実務の是非についても改めて検討する必要があると思われる。なお、IRS は、次節で見るとおり、裁判所の判断を覆す 2011 年最終規則を制定しているが、米国のようなコモンロー国において、新たな規則が今後、どのように機能するかは注視する必要がある⁽²²⁰⁾。

最後に、Veritas 事件に限っては、IRS の訴訟の進め方にも問題があったといえる。裁判所が、無形資産の範囲について「既存の無形資産」に限るという極めて限定的な判断を下すこととなった背景には、IRS と納税者との間で RDA に関して訴訟上の合意に達してしまっていたという事実があり、本件のパイ・イン対価の支払い対象を既存の無形資産の譲渡対価であると厳格に限定せざるを得なくなった事情があった⁽²²¹⁾。訴訟の進め方次第で、結論が大きく左右される点は一つの教訓と言えよう。他方、IRS は Veritas 事件での敗訴を契機として 2010 年 10 月、Transfer Pricing Director と Chief Economist という新たな役職を設けた。これは、IRS 内の移転価格課税問題の責任者間での調整を適切に行うためであり⁽²²²⁾、法令の改正のみならず、執行体制の立て直しという素早い対応もうかがえる。

(220) Alice Lin and Deloris R. Wright (2010) “The Tax Court Decision in VERITAS : A Comment” *International Transfer Pricing Journal*, Vol.17, No.2, pp.148-151 は、IRS の基本的な考え方は、裁判所によって完全に否定されたと解している。

また、Amazon.com 事件の原告も、IRS が Amazon.com 事件に適用した算定方法は、Veritas への更正処分と同じ手法であり、Veritas 事件は、IRS が控訴することなく確定しているため、Veritas 事件と同じ手法による更正処分は当然に認められない旨を主張している (Julie Martin (2013) “Amazon Fighting IRS Over Cost-Sharing Agreements” *Tax Notes International*, Vol.69, No.3, pp.223-224)。

(221) 手塚ほか・前掲 (116) 60 頁。澗・前掲注 (116) 348 頁も同旨。

(222) IRS の Transfer Pricing Director である Samuel Maruca は、Veritas 事件について、事実関係について細心の注意を払うことなく、内部通達を適用してしまったと述べており、敗訴の結果として生じた IRS に対する不信任 (credibility gap) を取り除くことが自身の責務であり、今後、移転価格の執行のために情報を基礎とした International Practice Network を発展させる旨を述べている。詳細は、Stewart, David D.(2011) “Cost-Sharing Case Inventory, Transfer Pricing Review Coming” *Tax Notes International*, Vol.63, p.338 参照。

第3節 2011年最終規則の概要

2011年12月16日、費用分担契約に関する最終規則が公表された。2005年改正規則案、2008年暫定規則を経て多くの批判を浴びながら、最終化されたものである。2005年改正規則案及び2008年暫定規則における基本的な部分は、2011年最終規則に維持されていることから⁽²²³⁾、本節では、2011年最終規則について、IRSが新たに盛り込んだ基本的考え方と具体的アプローチを概観することとする。

1 バイ・イン概念の拡大

従来のバイ・インの概念は、基盤貢献 (Platform Contribution) という名称に変更された。基盤貢献は、関連参加者が、無形資産開発活動のために独自に開発、維持又は外部から取得した資源、能力又は権利のことをいい、これを提供する取引を基盤貢献取引という⁽²²⁴⁾。基盤貢献は、従来のバイ・イン支払いの対象となっていた「既存の無形資産」よりも広い概念で、Veritas事件においてバイ・イン対価の評価の対象とならないと判断された開発中の無形資産や、経験豊かな研究チームによる役務提供等も「基盤貢献」に含まれることになる⁽²²⁵⁾。

他方、既存の製品を製造、複製、使用許諾又は販売する権利のように、更なる研究開発を行うことを目的とせず、単に既存の無形資産を利用するだけの権利については、基盤貢献の対象とならないこととされた⁽²²⁶⁾。これは、

(223) 2008年暫定規則は、2005年規則案から基本的な考え方は変更されていないと一般に解されているが、投資家モデルの後退を指摘する見解もある。詳細は、神山弘行「ザイリンクス事件米国連邦第9巡回控訴裁判所判決」中里実編著『移転価格税制のフロンティア』334-335頁（有斐閣、2011）参照。暫定規則の邦訳に、羽床正秀ほか『米国における移転価格税制の執行』（大蔵財務協会、2009）がある。

(224) § 1.482-7(c)(1).

(225) Federal Register Vol.74, No.2 Rule and Regulations Department of the Treasury IRS 26 CFR Parts 1, 301, and 602 [TD9441] RIN1545-B146 p.342.

(226) § 1.482-7(c)(4).すなわち、基盤貢献は、新たな無形資産や既存の無形資産の次世代を開発することを目的として無形資産を使用する権利に制限された (Jens

Veritas 事件において裁判所が OEM 契約を比較対象取引とする独立取引基準法を適用したことを念頭に置いた改正といわれている。OEM 契約は、将来に向けての新たな無形資産の開発とは関係なく、単に供給先ブランド名で販売される製品の製造契約にすぎない。仮に、これが費用分担契約に含まれるとした場合、費用分担契約と OEM 契約とが比較可能ということになり、独立取引基準法の適用につながりかねない。すなわち、規則上、OEM 契約が比較対象取引にならないことを明らかにしたものといえる⁽²²⁷⁾。

2 投資家モデルの導入

1996 年規則は、参加者は当該無形資産からその費用負担の割合に見合った収益を得ることができるということを規定したにすぎなかった。これに対し、2011 年最終規則は「投資家モデル」と呼ばれるコンセプトを導入し、これを移転価格算定方法と最適方法ルールとの適合性を判断する際のメルクマールとして位置づけている⁽²²⁸⁾。

投資家モデルとは、費用分担契約における参加者の役割を「費用負担」行為と、実際にリスクを負って開発活動を行い、超過収益の源泉となる既存又は独自開発の資源や能力を提供する「基盤貢献」行為とに区分した上で、「費用負担」のみを行う参加者には、これを単なる金融的投資とみなして、総投資額に対する資本収益率だけしか期待できないとする考え方である⁽²²⁹⁾。言い換えるならば、投資家モデルは、費用分担契約開始時点で、費用分担契約

Wittendorff, *supra* note(159)p.562)。

(227) 居波・前掲注(116)319頁。Jens Wittendorff, *supra* note(159)pp.563-564も同旨。Jens Wittendorffは「Veritas判決は、続いて開発された無形資産の価値ではなく、二つの異なる capacity という枠組みにおける既存の無形資産の価値と争点を関連付けることになった」とも述べている。なお、基盤貢献として投入される無形資産は、費用分担の全期間中にわたって価値を持つものであることを明確にするために、一定期間後にロイヤリティが消滅する製造・販売等のためだけに使用される無形資産を排除したとの見方もある(森信夫ほか「米国コストシェアリング則案について」国際税務26巻4号63頁(2006))。

(228) § 1.482-7(g)(2)。

(229) 中村雅秀『多国籍企業とアメリカ租税政策』241頁(岩波書店、2010)

の生み出す成果からの予測収益の総現在価値と、投入されるすべての費用及び有形・無形資産の現在価値が算定でき、それら収益と費用の現在価値が等しくなっているはずという経済理論に基づいたものといえる⁽²³⁰⁾。

3 新たな移転価格算定方法

2011年最終規則は、基盤貢献取引の評価額の算定方法として、①独立取引比準法、②収益基準法、③買収価格法⁽²³¹⁾、④株式市場価値法⁽²³²⁾、⑤残余利益分割法の5つを規定し、これらの方法が使用できない場合には、不特定の方法によることとした⁽²³³⁾。いずれの方法を選択する場合であっても、投資家モデル及び後述する「現実的な最善の代替策」による評価と整合的であることが求められる。これらの算定方法のうち、②収益基準法、③買収価格法、④株式市場価値法は、費用分担契約に規定された独自の算定方法である。③買収価格法と④株式市場価値法は、適用場面の違いはあるものの、①独立取引比準法の派生形と位置づけることができ⁽²³⁴⁾、独立企業原則との整合性について説明しやすいといえる。

なお、IRSは、内部通達において基盤貢献取引対価の算定については、比較可能性が認められる取引が存在する場合には、①独立取引比準法を用いることができるとしている。他方、同通達上、実際にはそのような比較対象取引の存在は稀であるため、現実には、②収益基準法が最適な算定方法である

(230) 森信夫ほか・前掲注(227) 62頁参照。

(231) 買収した企業の事業の大部分が費用分担契約での研究開発に資する場合は、有効な方法であるが、逆の場合、つまり費用分担契約による研究開発とは無関係な事業が多く含まれている場合は、その信頼性が低下する(詳細は、森信夫ほか・前掲注(227) 65頁)。

(232) 費用分担契約による研究開発とは無関係な事業が多く含まれている場合や、何らかの理由により、市場での評価価値がその企業の基盤貢献の価値を適正に表していない可能性がある場合には、その信頼性は低下する(詳細は、森信夫ほか・前掲注(227) 65頁)。

(233) § 1.482.1-7(g)(3)~(7)。

(234) 神山・前掲(223) 337頁。

としている⁽²³⁵⁾。②収益基準法は、Veritas 事件で IRS が採用した DCF 法と実質的に同様の手法であり、IRS が積極的に活用しようとしてきた手法であることから、以下、この手法に焦点を当てることとする。

(1) 収益基準法の概要

収益基準法の適用に当たって重要なのは、「独立した第三者であれば取引条件を検討し、その取引条件よりも良い条件が存在しない場合に、その取引条件で取引を行うという前提との整合性によって、適用する算定方法の相対的信頼性が決せられる」⁽²³⁶⁾と規定されていることである。すなわち、費用分担契約への参加者が「現実的な最善の代替策 (the best realistic alternative)」を参照した上で、基盤貢献支払の対価を決定することが求められるのである。

例えば、基盤貢献取引の「被支払者」の費用分担契約締結に係る最も現実的な代替契約は、費用分担契約の下で分担されたであろう無形資産開発の全てのリスクを負う約束を引き受け、開発した無形資産を非関連ライセンス被供与者に供与することである⁽²³⁷⁾。したがって、基盤貢献取引対価は、費用分担契約の形態と「現実的な最善の代替策」であるライセンス契約の形態の下で期待される収益の現在価値の差額として算出されることになる。こうした仕組みを理解するために、以下、簡単な設例を用いて基盤貢献取引対価の算定方法を確認することとする⁽²³⁸⁾。

① 米国親会社 P 社はソフトウェア Ver.1 を開発し、マーケティングを行っていた。Ver.1 の将来バージョンを開発するため、外国子会社 S 社と費用分担契約を締結し、P 社は米国内で、S 社は米国以外で将来バージョンを利用する権利を有することとした。したがって、Ver.1 に係る将来の権利及び P 社の開発チームは、将来バージョンの開発に貢献すると予測されるため基盤貢献に該当し、S 社は基盤貢献取引対価の支払義務を

(235) Coordinated Issue Paper, *supra* note (123) Ch. I.

(236) § 1.482-7(g)(2)(iii)(A).

(237) § 1.482-7(g)(4)(i)(A).

(238) § 1.482-7(g)(4)(viii)Example 1 を一部加工。

負うことになる。なお、Ver.1の耐用年数は15年と予測する。

- ② P社は、費用分担契約をライセンス契約と比較して、費用分担契約は、費用貢献に関連して更なるリスクを引き受けることになるため、ライセンス契約よりもリスクが高いと結論付ける。これらのリスクの違いを考慮して、ライセンス契約を評価するのに適切な割引率は年13%、他方、費用分担契約を評価するのに適切な割引率は年15%と結論付ける。
- ③ P社は、仮に、自らVer.1について更に開発をした場合、将来バージョンのライセンスを非関連者に供与した場合、非関連者から徴収するロイヤリティは、独立取引比準法に基づいて売上の35%であると予測する。
- ④ これらの予測に基づき、費用分担契約を用いた場合とライセンス契約を用いた場合の割引後営業損益を算定すると、図表5のとおり、費用分担契約の現在価値は889百万ドルとなるが、ライセンス契約の現在価値は425百万ドルとなる。
- ⑤ 費用分担契約とライセンス契約の価値を同等にするためには、基盤貢献取引対価の支払いは464百万ドル(889百万ドル-425百万ドル)となる。

図表 5

費用分担契約の場合（単位：百万ドル）

ライセンス契約の場合（単位：百万ドル）

年度	売上高	営業費用	費用貢献	営業損益	割引後 営業損益	年度	売上高	営業費用	支払ライ センス料	営業損益	割引後 営業損益
1	0	0	50	-50	-50	1	0	0	0	0	0
2	0	0	50	-50	-43	2	0	0	0	0	0
3	200	100	50	50	38	3	200	100	70	30	23
4	400	200	50	150	99	4	400	200	140	60	42
5	600	300	60	240	137	5	600	300	210	90	55
6	650	325	65	260	129	6	650	325	228	98	53
7	700	350	70	280	121	7	700	350	245	105	50
8	750	375	75	300	113	8	750	375	263	113	48
9	750	375	75	300	98	9	750	375	263	113	42
10	675	338	68	270	77	10	675	338	236	101	34
11	608	304	61	243	60	11	608	304	213	91	27
12	547	274	55	219	47	12	547	274	191	82	21
13	410	205	41	164	31	13	410	205	144	62	14
14	308	154	31	123	20	14	308	154	108	46	9
15	231	116	23	93	13	15	231	116	81	35	6
	6,829	3,415	824	2,591	889		6,829	3,415	2,390	1,024	425

差額 464 百万ドル

（出典）§ 1.482-7(g)(4)(viii) Example 1 参照。「割引後営業損益」の数値は、筆者計算により加筆。

このように、基盤貢献取引対価は「現実的な最善の代替策」であるライセンス契約との比較により求められ、また、投資家モデルは、無形資産を抛出する参加者にとって、費用分担契約に参加することが「現実的な最善の代替策」と少なくとも同程度に利点のあるものという考え方を前提としていることから、基盤貢献取引対価が差額概念により算出されることになる。

ここで問題となりやすいのが、やはり割引率の決定といえよう。設例からも明らかなおおり、2011年最終規則は、ライセンス契約の方が費用分担契約よりもリスクが低いことを自明の理としている。しかしながら、「実際のところ、ライセンス契約形態と費用分担契約形態との間では、リスクにほとんど差がないはずである」⁽²³⁹⁾として、最終規則の基本的考え方に疑問を呈する

(239) Martin Julie (2012) “Xilinx, Veritas Limited by Cost-Sharing Regs.” Tax Notes, Vol.135, No.5, p.542. 更に、Marco Fiaccadori and Philippe G. Penelle (2013) “The Nonequivalence of Coat Sharing and Licensing Arrangements” Transfer

見解もある。確かに、取引形態のみで負担するリスクの程度を一律に決定できるはずはなく、「現実的な最善の代替策」、いわば **hypothetical** な世界における機能・リスク分析の困難性を象徴した指摘といえる。結局のところ、将来負担するであろうリスクのすべてが割引率に反映されることから、**IRS** は、収益基準法の適用の中でも、特に割引率の算定を重視しており、今後、より詳細な指針が示される見込みである⁽²⁴⁰⁾。

なお、詳細に規定することに対しては、費用分担契約の柔軟性を損ねるとの批判もある。かつて、増井良啓教授が指摘していたとおり、厳しく要件を設定すれば、企業にとってあまりうまみはなく、事業上の十分な理由がないにもかかわらず、税務上の適格要件を満たすよう取引を構築してしまうという側面がある点には留意すべきといえる⁽²⁴¹⁾。

(2) 定期的調整と文書化要件

2011年最終規則では、基盤貢献取引についても一般の無形資産取引と同様に、定期的調整の対象となるとされた。**IRS** は、基盤貢献取引について、基盤貢献取引対価の支払義務を負っていた関連納税者の収益割合実績値が、一定のレンジの外にある場合には、定期的調整を行うことができる⁽²⁴²⁾。基本的には、基盤貢献取引支払を行った関連当事者の収益割合の実績値が、0.667以上1.5以下から構成されるレンジから外れる場合は、定期的調整が行われる。ただし、関連参加者が実質的に文書化要件に従わなかった場合のレンジは、0.8以上1.25以下から構成されることになり⁽²⁴³⁾、文書化

Pricing Report, Vol.21, No.23, pp.1174-1179 は、Asset Pricing theory を用いた論証を試みている。

(240) 2011年最終規則公表と同時に、76Fed.Reg.80249 (Dec.23,2011) が公表され、収益基準法を適用する場合の割引率の算定に関する詳細な追加的指針を示している。その後、76Fed.Reg.80309 (Dec.23,2011) も公表し、収益基準法における割引率の適用に関するパブリックコメントを実施し、検討されている。

(241) 増井・前掲注 (105) 165 頁。増井教授の見解は、岩倉正和「移転価格税制-無形資産の扱いを中心に」金子宏編『租税法の発展』713 頁(有斐閣、2010) にも引用されている。

(242) § 1.482-7(g)(i)(i)~(iii)。

(243) 収益割合の実績値 (actually experienced return ratio) とは、収益全体の現在価

要件の遵守如何によってセーフハーバーに違いを設けている点は興味深い。

2011年最終規則は納税者に対して、広範な文書化と事実情報の更新を要求している。まず、費用分担契約の締結及び改定と同時に、契約条項、各関連参加者が費用分担契約に関連して引き受ける機能やリスクをはじめ11項目にも及ぶ膨大な文書をIRSに提出しなければならない⁽²⁴⁴⁾。そして、費用分担契約締結後であっても、関連参加者は、文書を適時に更新し、文書化要件を満たしていることを証明するために文書を保存しなければならないとされ、IRSから提出の要求があった場合、30日以内に提出しなければならないとされている。

米国では費用分担契約に限らず、移転価格における同時文書化が義務付けられており、金子宏教授は「このように簡潔に列挙すると、大した負担ではないように見えるが決してそうではない。特に文書化作成の義務は大きな負担であり、・・・大規模な多国籍企業にとっては、・・・面倒な作業である。」⁽²⁴⁵⁾と指摘する。この点については第4章第2節にて改めて考察することとする。なお、定期的調整は、IRSのみに認められた権限であって、納税者が減額修正することは認められていない。IRSと納税者との間に情報の非対称性（the information asymmetry）があること、納税者はビジネスの将来予測を正確にできる最良の立場（best position）にあることがその理由として説明されている⁽²⁴⁶⁾。かかる点は、日本の制度設計を考える上で気に留めておくべきであろう。

最後に、2011年最終規則は、IRSが費用分担契約の契約条項を認定し、経済的実質を欠く契約条項は無視することができる旨を規定してい

値を投資の現在価値で除したものである。原則的には、1/3の乖離を許容するが、文書化要件を充たさない場合には、1/4の乖離のみ許容されることになる（飯守一文「米国費用分担契約規則（2008年暫定規則）の概要－わが国へのインプリケーションを含めて(3)」国際税務30巻12号109頁（2010））。

(244) 11項目については、§1.482-7(k)(1)(ii)参照。

(245) 金子宏「移転価格税制の手續面に関する若干の考察」金子宏著『租税法理論の形成と説明下巻』304頁（有斐閣、2010）。

(246) §1.482-7 改正案序文(70 FR 51128-51129)。

る⁽²⁴⁷⁾。つまり、経済的実質を欠く場合には、契約要件や文書化要件を満たさないことになる旨が明記されている。費用分担契約は、契約条項そのものが独立企業間価格と直結していることから、特に経済的実質の有無が重視されているものと思慮される。

第4節 小括

従来の費用分担契約においては、低税率国の参加者の行為は金融的投資に過ぎないにもかかわらず、通常の投資リターンを上回る超過収益までも得ることができる仕組みになっていた⁽²⁴⁸⁾。バイ・イン対価の額については、常に納税者と IRS との間で論争となっていたのを受けて⁽²⁴⁹⁾、新たな無形資産の評価方法が明確に打ち出された。

日本の事務運営要領においても、「無形資産の形成等への貢献の程度を判断するに当たっては、・・・所得の源泉となる見通しが高い無形資産の形成等において法人又は国外関連者が単にその費用を負担しているというだけでは、貢献の程度は低いものであることに留意する」⁽²⁵⁰⁾という米国の投資家モデルの萌芽ともいえる考え方は示されているが、それを具体化する方法は示されていない。投資家モデルのコンセプトを最も端的に反映できるのは、DCF法の割引率である。事務運営要領の考え方を体現するという意味においても、日本にDCF法を導入することは、無形資産取引に対する有効な処方箋となろう。

しかしながら、このように有望なDCF法も完璧な評価方法ではないことは、これまで見てきたとおりである。CAPMによる割引率の算定は広く普及してい

(247) § 1.482-7(k)(1)(iii)~(iv).

(248) U.S. Department of Treasury, Report to the Congress on Earnings Stripping, Transfer Pricing and U.S. Income Tax Treaties p.49 (2007). 原文は、“... allowing pure financing participants to earn anticipated returns from the CSA that are in excess of what a similarly situated participant could expect to earn at arm's length.”である。神山・前掲(223) 332頁も参照。

(249) 渡辺清弥=真鍋一孝「米国移転価格規則—費用分担契約に係る暫定規則—」会計情報 396号 34頁(2009)。

(250) 事務運営要領 2-12。

るものの、割引率を構成する要素の決定については議論が分かれる場合が大半である。Veritas 事件及び Amazon.com 事件においては、税務当局と納税者との間に情報の非対称性があること、予測値や計算要素の如何によって譲渡対価が大きく異なってくる事が明らかとなった。

こうした問題を克服するため、2011 年最終規則は、基盤貢献取引についても一般の無形資産取引と同様に、定期的調整の対象となることを規定した。無形資産評価の不確実性を、文書化ルール及び将来の見直しといった形で補正し、公平な課税を目指すという方向性である⁽²⁵¹⁾。これは、移転価格税制における無形資産の評価全体の問題でもあることから、日本が如何なる方向性をとりうるのかについては、次章以降で検討することとする。

また、DCF 法を用いる場合に、顕著に表れるのが、無形資産の定義や取引の一体性の問題である。中でものれん等の取扱いを巡っては、国際的にも明確な回答は示されていない。IRS のシニアエコノミックアドバイザーである Bill Morgan は、現在、Veritas 事件の判決が経済学と法 (economics and the law work) の間で独立企業原則を弱体化させる楔 (wedge) となっていると指摘する⁽²⁵²⁾。2011 年最終規則により、バイ・インの問題は一件着したかのように考えられていたが⁽²⁵³⁾、Veritas 事件判決が、特定の無形資産 (のれん、継続企業価値等) の移転については対価が不要であるかのような議論を巻き起こしているという⁽²⁵⁴⁾。同氏は、IRS の選択肢は二つに限られていると説明する。一つは、のれんや継続企業価値が無形資産として明確に定義されない以上、のれ

(251) 青山慶二「多国籍企業の事業再編成と独立企業原則」租税研究 695 号 126 頁 (2007)。

(252) Dolores W. Gregory (2013) “Veritas is ‘Wedge’ between Law, Economics Weakening Profits Method, IRS Official Says” Transfer Pricing Report, Vol.22, No.7, p.355.

(253) ロバート J. カニンガムほか・前掲注 (158) 260 頁参照。

(254) Dolores W. Gregory, *supra* note (252) p.355. 例えば、Medtronic 事件、Guidant 事件、Amazon.com 事件がある。Medtronic 事案については、Tamu N. Wright(2011) “United States: Medtronic Fights \$ 2.7 billion in Adjustments Related to Transfer Pricing, other issues.” Transfer Pricing Report, Vol.19, No.23, p.1246 参照。

んや継続企業価値を個別に算定し、一体として評価された無形資産の価値からこれらの価値を切り分けることである⁽²⁵⁵⁾。もう一つは、IRS が、のれん等も含めた無形資産の算定方法を重視する現行方針を継続し、法がそれをサポートすることである⁽²⁵⁶⁾。ただし、もともと のれん 自体が明確に定義づけられていない現状で、一つ目の選択肢は、異常な経済的結果を招く恐れがあり、実効性が乏しいと指摘する⁽²⁵⁷⁾⁽²⁵⁸⁾。かかる指摘を踏まえると、のれんなど紛争の種となりやすい無形資産については、法のサポートが必要不可欠であるとの結論が導かれよう。

なお、Vetitas 事件の課税対象年度に係る更正処分は、内部通達を前提としており、財務省規則上に課税要件が明確化されていなかったことも IRS 敗訴の一因である。日本の移転価格税制の執行の大半が事務運営要領に委ねられていることに鑑みると、無形資産の定義や一体評価等、移転価格税制の骨格となる部分については、ドイツの機能移転価格税制等も参考に、法令化も視野に入れるべきと考える⁽²⁵⁹⁾。

(255) Dolores W. Gregory, *supra* note (252) p.355.

(256) Dolores W. Gregory, *supra* note (252) p.355.

(257) Dolores W. Gregory, *supra* note (252) p.355. また、Morgan は、これらの無形資産について対価を要しないとする議論は、完全にエコノミストを見捨てることになるとも述べている (Madara, Matthew R. (2013) “IRS Economist discusses Challengings of Intangibles in Transfer Pricing” Tax Notes International, Vol.71, No.5, p.435.)。

(258) 他方、企業価値評価の領域においては、継続企業価値の評価方法として「バリュエ・ドライバー式」をはじめ、確立された手法が考案されつつあることには留意すべきである (詳細は、Mckinsey & Company, Inc.ほか (柴山和久ほか訳)『企業価値評価 [第5版] 上巻』247 頁以下 (ダイヤモンド社、2012) 参照)。

(259) 今村教授は、Verutas 事件等に言及した上で「特に無形資産の範囲をどのように考えていくかが重要な問題」と指摘する (今村隆「米国における最近の国際的租税回避に対する議論の状況」租税研究 768 号 201 頁 (2013))。

第3章 独立企業原則の変遷と可能性

本章は、米国の移転価格税制における独立企業原則の解釈・適用の変遷に焦点を当てる⁽²⁶⁰⁾。こうした歴史的分析を行うことで、日本が直面している、或は、直面するであろう移転価格税制上の課題に対応するポテンシャルを、独立企業原則が兼ね備えたものであるか検証することとする。すなわち、第1章及び第2章で確認した無形資産を直接評価する手法の位置づけ、無形資産の評価全般に関わる問題、移転価格税制における経済的実質主義の考え方等、無形資産取引について長年にわたり積み残されてきた課題への対応策を第4章で検討するに当たっての橋渡しとすることを本章は目的とする。

第1節 米国における独立企業原則の変遷

1 独立企業原則の成立

(1) 独立企業原則の成立

現行の482条⁽²⁶¹⁾に相当する規定が、最初に実体租税法に導入されたのは、1928年のことであり、そこでは現行法と同様、「脱税の防止又は所得の正確な算定」のために「必要と認められる場合」には、関連企業間の総所得等を「配分できる」権限がIRS長官に与えられていた⁽²⁶²⁾。その趣旨

(260) 米国の移転価格税制に係る先行研究では、「独立当事者基準」、「独立当事者間基準」、「アームレングス基準」、「ALS」という邦訳及び略語が用いられることが多いが、本稿では「独立企業原則」に統一している。先行研究を原文のまま引用する場合に限り、「独立当事者基準」等の邦語等を用いる。

(261) 現行の482条は、次のとおり規定している。

「二個以上の組織、営業もしくは企業であって、同一の利害関係者によって直接もしくは間接に支配され又は所有されているものは、租税逃れを防止し、またはこれらの組織・営業若しくは企業の所得を正しく計算するために必要と認められる場合には、財務長官又はその代理人は、総所得、経費控除額、税額控除額若しくは控除限度額をこれら組織・営業もしくは企業間に配分、割当てもしくは振替えることができる。」

(262) 岡村忠生「関連法人グループと内国歳入法典482条(1) 税法404号22-23頁(1984)。なお、482条の前身は1921年まで遡ることができるとの見解もある(詳

は、関連会社間での所得の恣意的な移転を利用して、グループ全体としての税負担を減少させることを防止することにあつた⁽²⁶³⁾。その後、1934年歳入法において適用範囲を「組織」へ拡大し、1943年歳入法では税額控除その他の控除の配分も認められることとなり、1954年の歳入法の大改正により45条は482条に改正された⁽²⁶⁴⁾。

1928年歳入法以後の配分規定に関して、初めて財務省規則が制定されたのは1932年であり、そこでは、45条の基本的解釈理念がタックス・パリティであること、及び独立企業原則に従って所得配分を行うことが明らかにされた⁽²⁶⁵⁾⁽²⁶⁶⁾。ここで特筆すべきは、当時の45条は、関連者間取引を非関連者間取引とタックス・パリティに置くとしていたが、タックス・パリティをどのように実現するかは規定されていなかったことである⁽²⁶⁷⁾。45条は、潜在的な抑止効果を持つ条項としか認識されておらず、裁判所も、45条による所得の創出を許さないなど抑制的な態度を採っていた⁽²⁶⁸⁾。

(2) 1968年規則の制定

482条の歴史における最も重要な時期は、1961年に始まるといわれている⁽²⁶⁹⁾。増井良啓教授は「この時期には、482条が米国の課税ベースを守るために国際課税上の武器に成長した」と表現し、その背景として、米国企

細は、金子宏「アメリカ合衆国の所得課税における独立当事者間取引 (arm's length transaction)の法理 (上)」ジュリ 724号 106頁 (1980)。

(263) 岡村・前掲注 (262) 22頁。

(264) 矢内一好「米国移転価格税制 (1)」商学集志 64巻 4号 40頁 (1995)。

(265) 岡村・前掲注 (262) 23頁。

(266) 独立企業原則という概念は、英国衡平法裁判所 (the Courts of Equity) の「不当威圧 (undue influence)」の法理と関連するともいわれる (川端康之「米国内国歳入法典 482条における所得配分 (1) -関係理論から見た「所得創造理論」-」民商 101巻 2号 226、228頁 (1989)、望月・前掲注 (1) 43頁参照)。

(267) 望月・前掲注 (1) 44頁。

(268) 増井・前掲注 (18) 164頁。ここでいう所得創出 (Creation of Income) の問題とは、「たとえ一連の取引から期待された究極的所得が実現していなくても又は後の年度において実現した場合にも、482条を適用できるか否か」という問題を意味する。

(269) 岡村・前掲注 (262) 23頁。

業の多国籍化に付随して所得の大規模な国際移転が認識され始めたこと、1961年の民主党ケネディ政権が、国外所得に対する増税策及び国内取引に対する減税策を打ち出し、外国投資優遇策を廃止したことを指摘している⁽²⁷⁰⁾。

こうした状況の下、1962年、下院財政委員会は、所得の配分基準として、各法人の相対的な経済活動に基づく一定の公式によって所得を配分するという新しい項を盛り込む提案をした⁽²⁷¹⁾。しかしながら、この下院案は上院財政委員会の削除するところとなり最終的には将来の規則改正で対応することで決着した⁽²⁷²⁾。ここで着目すべきは、①482条に独立企業原則とは異なる定式配分方式が持ち込まれようとしたこと⁽²⁷³⁾、②定式配分方式の採用については、将来の問題として先送りされたことである。

その後、1968年に公表された482条に関する規則は、独立企業原則を基本とすることを再確認するとともに、取引の種類別に適用すべき移転価格算定方法について、優先順位を明示して規定したが、依然として、比較対象取引が存在しない場合の価格決定については、ほとんど指針を示していなかった⁽²⁷⁴⁾。無形資産取引への対応の困難性は、当時においても十分認識されていたにもかかわらず⁽²⁷⁵⁾、無形資産の認定や無形資産から生じ

(270) 増井・前掲注(18)165頁。なお、村井・前掲注(4)155頁、及び岡村・前掲注(262)23-24頁は、政治経済的背景よりも執行上の限界が背景にあったことを強調している。

(271) 増井・前掲注(18)166頁。

(272) 増井・前掲注(18)166頁。

(273) 岡村・前掲注(262)24頁でも指摘されている。

(274) 青山慶二「プロフィット・スプリット法」金子宏編『国際課税の理論と実務-移転価格と金融取引』21頁(有斐閣、1997)。1968年規則1.482-1は、(a)用語の定義、(b)範囲及び目的、(c)適用、(d)適正な配分の方法の順に482条を総論的に解説したものである。

(275) 例えば、IRSが米国人とプエルトリコ製造子会社との間における所得及び控除の配分に関して、482条の適用に当たって示したガイドライン(Revenue Procedure 63-10, 1963-9IRB40 (Mar.1963))は、米国とプエルトリコの取引のみに焦点を当てたものであったが、財務省規則に具体的算定方法が規定されていなかったことから各界から注目を集めていた(望月文夫「アメリカの移転価格税制における基本三法の成立に関する考察」経営学研究論集13頁(2006)参照)。

る所得の算定は困難であったことから、結局のところ簡素な規定にとどまっていたのである⁽²⁷⁶⁾。

2 独立企業原則の限界と「白書」

(1) 判例にみる独立企業原則の限界

482 条及び 1968 年規則が実際には機能していないという認識は、1980 年代初頭には定着していたという⁽²⁷⁷⁾。なぜなら、1968 年規則が定める独立企業間価格の算定方法は、比較対象取引の存在に大きく依存していたことから、とりわけ多国籍企業の国際取引において適切な比較対象取引を発見することは、極めて難しく、その中でも無形資産取引については、情報の収集すら十分にできない状況にあったためである⁽²⁷⁸⁾。そして、当時の多くの訴訟において、当事者が立証を尽くしても適切な比較対象取引を認定できず、IRS が敗訴する裁判例が続いた。以下、厳密な比較対象取引の不存在が問題となった主要な判例をとおして、独立企業間の「価格算定」から、独立企業間の所得相応性基準を後立てとする「利益算定」へシフトしていく過程について理論的に分析することとする⁽²⁷⁹⁾。

イ Dupont de Nemours 事件⁽²⁸⁰⁾

本件は、米国所在の製薬親会社からスイス所在の販売子会社への輸出取引について、利益の大半をスイスの販売子会社へ帰属させていたため、IRS が、販売子会社と同様の機能を有する企業のベリー比を用いて独立企業間価格を算定し、輸出価格を増額する更正処分を行ったものであ

(276) 他方、1968 年規則は簡素な規定ではあったが、明示のない第四の方法を許容していた点を評価する見方もある（岡村忠生「国際課税」確井光明ほか編著『政府と企業』310-311 頁（岩波書店、1997）参照）。

(277) 増井・前掲注（18）168 頁。

(278) 増井・前掲注（18）168 頁。

(279) 本稿で扱う判例について、角田伸広「移転価格税制における多国籍企業への独立企業原則適用の困難性とその解決：租税訴訟での課題と租税条約上の相互協議での解決可能性の考察」一橋大学博士論文 170 頁（2011）にて、主張・立証責任の観点から分析されており、適宜、参照している。

(280) E.I. Dupont de Nemours & Co. v. Commissioner, 608 F.2d 445 (Ct. Cl. 1979).

る。判決では、納税者が主張する再販売価格基準法による利益率を採用せず、ベリー比や資本収益率を指標として所得の再配分を行うべきとされている。

本件に関しては、ベリー比による分析を採用した、いわゆる第四の方法を用いて原処分の維持を図ったものと理解されている。厳密な比較対象取引を用いることが困難な場合であっても、バラエティに富む利益水準指標を用いることを受け入れた上で、緩やかな類似性基準による比較対象取引を用いて算定する可能性を示したものと見える。中村雅秀教授は、「不正確な比較対象であれ、合理的な基準としてベリー・レイシオを採用したことは、時に経済的実体との不整合の拡大が指摘されるその後の利益法もしくは利益比準法の展開を考えると、法的裁量が経済的実体と整合的であることを求めた一例」⁽²⁸¹⁾と分析している。

ロ U.S. Steel Corp. 事件⁽²⁸²⁾

本件では、米国親会社が鉱石を輸入するに際して、外国子会社に支払う備船料が非関連者間であれば支払う備船料より高すぎたために、外国子会社が多額の利益を計上しているとして IRS が更正処分を行ったところ、租税裁判所は IRS による所得の再配分を認めた。しかし、控訴裁判所は、米国親会社と非関連企業との備船料の支払い取引について、非関連者間取引における同種又は類似の役務提供であることを納税者が立証した場合には、IRS による所得の再配分を免れると判示し、納税者が

(281) 中村雅秀『国際移転価格の経営学』121頁（清文社、2006）。

他方、Reuven S. Avi-Yonah は、機能的に類似する 1,100 法人のベリー比を使用する裁判所の判断は、独立企業原則に基づくものではないと指摘する（Reuven S. Avi-Yonah(1995) “The Rise and Fall of Arm's length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation” Virginia Tax Review, Vol.15, p.121-122）。中里教授も「この判決は、いわゆる Berry ratio と資本収益率を、その内容について何ら検討を加えることなく、482 条の配分の基準として一応は認めている。…この判決を、Berry ratio と資本収益率の妥当性を正面から積極的に認めたものとするのは妥当ではないかもしれない」と述べる（中里・前掲注（15）『国際取引と課税』322頁）。

(282) U.S. Steel Corp. v. Commissioner, 36 T.C.M.586 (1977), U.S. Steel Corp. v. Commissioner, 617 F.2d 742 (Ct.Cl.1980).

主張する内外取引を比較対象取引とする独立取引比準法の適用を認めた。

本件は、非関連者間取引に係る比較可能性の基準について、厳密な同種性だけでなく類似性にまで条件を緩和することによって、独立取引比準法の適用を認めた事案であり、比較可能性について緩やか、かつ現実的な判断を持ち込んだ事案といえる⁽²⁸³⁾。

ハ Hospital Corporation of America 事件⁽²⁸⁴⁾

本件では、サウジアラビアの病院経営のためにケイマン諸島に設立された子会社は、ほとんど機能を有していなかったにもかかわらず所得が留保されており、IRS は子会社の存在を虚偽 (sham) として、所得金額のすべてを米国親会社に帰属させる更正処分を行った。判決は、子会社には役員や従業員が所属しており、最小限の機能を有することから、子会社の存在を虚偽とすることはできないとしつつも、米国親会社が有する病院経営ノウハウは業務遂行に不可欠なものであるとして、子会社の得た所得の 75% を親会社に配分することとした。

判決に対しては、なぜ 75% であるのか疑問が残るとの見解もあるが⁽²⁸⁵⁾、病院経営に関して親会社が果たした役割や親会社の有する無形資産を重視した結果、このような利益配分が行われたと評するものもある⁽²⁸⁶⁾。比較対象取引が存在しない場合に、実態の把握が困難なサービスや無形資産取引に関して、人的構成やその役割等を丹念に検証する作業をとおして、比較対象取引に依存する必要がない利益分割法的発想を

(283) 中村教授は、『類似性原則』については…1954 年法で導入されたもので、かつて 1928 年法にはこれがなく『同一性原則』のみが明記されていた。こうした移転価格税制の変遷の上でも本ケースは重要な意味をもつ」と評価している (中村・前掲注 (281) 30 頁)。本庄教授は、比較可能性について現実的な見解を判示した点が重要であるとする (本庄資『アメリカの移転価格税制』98 頁 (日本租税研究協会、2009))。そのほか、矢内一好「米国移転価格税制 (2)」商学集志 65 巻 1 号 21-39 頁 (1995)、岡村忠生「移転価格税制」村井正編著『国際租税法の研究』122 頁 (育英堂、1990) も参照。

(284) Hospital Corporation of America v. Commissioner, 81 T.C.520 (1983)。

(285) 矢内・前掲注 (283) 28 頁。

(286) 中里・前掲注 (15)『国際取引と課税』323 頁。

活かして判断が下された事例といえる⁽²⁸⁷⁾。

ニ Eli Lilly 事件⁽²⁸⁸⁾

米国の親会社は、プエルトリコに新設した子会社に株式交換により収益性の高い特許権を非課税で移転し、その後、子会社は、当該特許権を用いて製造した医薬品を親会社に売り戻し、親会社はその医薬品を米国内で販売していた。すなわち、親会社は、多額の研究開発費を投じて得た医薬品に係る特許権をプエルトリコの製造子会社に移転したことから、医薬品の販売から生じる利益のみしか得ていない状況であった。IRSは、特許は親会社により開発されたものであるため、子会社には最低限の利益を与えれば足りるとの更正処分を行った。

租税裁判所は、非関連者であれば、高収益を生む特許権を移転するはずがないとして、親会社にも所得を帰属させるべきであるとした。しかし、基本三法の適用が困難なため、利益を分割することにより親会社と製造子会社の双方に所得を帰属させなければならないとして、製造費用の100%に加え、ロケーションセービング及びマーケティング無形資産から生じる所得の55%を製造子会社へ帰属させるべきとした。控訴裁判所は、非関連者間であっても高収益を生む無形資産の移転はあり得ると判示した点を除いて、租税裁判所とほぼ同様の判決を下しているが、無形資産を開発・維持するために負担する費用と、各関連者の貢献に係る相対的価値の間には、必然的なつながりがない場合もあり、利益分割法の適用が困難となる場合があることも判示している。

本件に関しては、岡村忠生教授が「無形資産の有効な移転は認め……つつも、なお、合理的利益分割のために、親会社によるマーケティング等のサービス提供を認定し、歳入庁による配分の一部を維持した……。このサービス提供の認定は、一種の調整弁ないし辻褃合わせとして機能し

(287) 中村・前掲注 (281) 196 頁。

(288) *Eli Lilly and Company v. The United States*, 372 F.2d 990(1967), *Eli Lilly & Co. v. Commissioner*, 84 T.C.996 (1985).

ていると見ることができる」⁽²⁸⁹⁾と指摘するように、裁判所は、所得配分の結果としての合理性を重視していることがうかがえる。

以上は、数ある判例の一部にすぎないが、これらの少ない判例からも、バラエティに富む利益水準指標の採用、比較可能性の緩和による基本三法の適用、利益分割法の考え方の採用等により、厳密な比較対象取引を選定できないという問題が裁判をとおして克服されてきたことが明らかになった⁽²⁹⁰⁾。結局のところ、裁判所は比較対象取引を容易に見いだせない事案の処理のため、利益の合理的配分という利益分割法の考え方に頼らざるを得なくなったようであり⁽²⁹¹⁾、結果としての利益配分の妥当性を重視していたといえる。また、これらの事例からみても、現行の利益法は、理論的研究に基づいて税務調査または企業実務で考案されたというよりも、裁判を通じて裁判所がこれらの方法の合理性を認めたことを契機として、税務執行上もこれらの方法が見直されたと理解するのが妥当といえよう⁽²⁹²⁾。

(289) 岡村忠生「無形資産の課税繰延べ取引と内国歳入法典 483 条（二・完）」民商 118 巻 6 号 833 頁（1998）。

(290) 本文で挙げた判決のほか PPG Industries, Inc., 55 T.C.928(1970)、Lufkin Foundry & Machinery Co., 30 T.C.M.400(1971)をはじめ、1970 年代に入ると、関連法人間の利益配分の合理性を基準として、製品の取引価格の合理性を判断しようとする判例が現れた。詳細は、岡村忠生「関連法人グループと内国歳入法典 482 条（3）・完」税法 406 号 34 頁以下（1984）参照。

(291) 青山・前掲注（274）22 頁。

(292) 矢内一好「CPM の考察」商学集志 67 巻 27 号 32 頁（1997）。また、実務においては、Internal Revenue Manual に第四の手法が例示され、現場の調査官も必要に応じこれらを活用した実績が残っているという（青山・前掲注（274）21 頁）。なお、1970 年代、1980 年代における独立企業間価格算定方法の利用状況は次のとおりであり、その他の方法が大半を占めていたことがうかがえる。

	独立取引基準法	再販売価格基準法	原価基準法	その他の方法
1973 年財務報告	20%	11%	27%	40%
1972 年大会小委員会報告	28%	13%	23%	36%
1980 年 Burns 報告	24%	14%	30%	32%
1981 年会計検査院	15%	14%	26%	47%
1984 年歳入庁調査	41%	7%	7%	45%
1987 年歳入庁調査（全体）	32%	8%	24%	36%
（有形資産のみ）	31%	18%	37%	14%

(2) 1986年税制改革法と1988年白書

上述のように、簡素な1968年規則では比較対象取引が存在しない無形資産の移転に対応できないということが明らかとなったことから、1986年、連邦議会は482条に「無形資産の譲渡（または使用権の供与）の場合において、当該譲渡又は使用権の供与に係る所得金額は、その無形資産に帰属すべき所得と相応するものでなければならない。」という一文を追加し、所得相応性基準の導入を行った。

所得相応性基準の適用に当たっては、無形資産の移転の結果としての実現利益についても考慮することが要求されることから、まず、新たな無形資産の評価方法として「利益をベースとする方法」が必要となり、その次の段階として、無形資産から発生した収益を見直すための「定期的調整」が必要となるのである⁽²⁹³⁾。

他方で、1986年税制改正法には多くの重要な問題が残されており、引き続き検討を行うようにとの連邦議会の勧告を受けて⁽²⁹⁴⁾、財務省及びIRSは、1988年、482条の適用に関する検討結果を示した白書を公表した⁽²⁹⁵⁾。ここで提示された思考ならびに手法の多くは、後述するとおり、以後の移転価格税制に継受されており、白書は、米国の移転価格税制史上、最も重要な資料と位置づけられている⁽²⁹⁶⁾。白書の特徴は、ミクロ経済学の理論を法律問題の解決に用いようとする発想そのものにある⁽²⁹⁷⁾。

まず、白書は、利益をベースとする方法について独立企業原則との整合性をどのように説明したのであろうか。白書は、利益をベースとした方法

(出典) Treasury Department and IRS, “A Study of Intercompany Pricing” (Notice 88-123)(1988) p31.

(293) 浅川和仁「米国租税法上の無形資産評価の実情と日本に対する示唆—所得相応性基準の分析を中心として」税大論叢 49号 345頁（2005）、望月・前掲注（1）202頁参照。

(294) H.R. Conference Report, No.841, 99th Congress 2nd Session II -638(1986).

(295) 白書については、前掲注（109）参照。

(296) 金子・前掲注（59）383頁。白書は、後の規則制定に理論的支柱を与えた（増井・前掲注（18）175頁）。

(297) 中里・前掲注（15）『国際取引と課税』306頁。

の中でも、基本となるものを **Basic Arm's Length Return Method**（以下「BALRM」という。）と名付けている。BALRM は、資産及びその他の生産要素を把握し、国外関連者の測定可能な機能に対して非関連者の利益と整合性のある市場利益を割り当て、無形資産の生み出す所得を算定する方法である⁽²⁹⁸⁾。具体的には、まず、関連当事者の行う事業をその構成要素である活動や機能に分解し、次に、関連者が行う一連の事業において用いられている生産要素を特定する。そして、当該関連当事者と類似の経済活動を行い、類似の経済的リスクを負う独立企業の有する資産その他の生産要素の収益率を求め、その収益率を当該関連当事者の資産その他の生産要素に対して適用することによって、当該機能に対して割り当てられるべき所得を決定し、残りの所得を他方の関連当事者の所得として配分する⁽²⁹⁹⁾。こうして、利益をベースとする方法が正当化されたのである。

ここに、機能・リスク分析の重要性が出てくるものとする。従来のように、非関連者間での取引と比較するのではなく、非関連者の機能や生産要素に帰属する利益との比較を行うのである。加えて着目すべきは、機能・リスク分析と、第1章で述べた経済的実質主義との関係であるが、この点については、本節の4にて議論することとする。

本題に戻るに、次なる問題は、所得相応性基準と独立企業原則との整合性である。白書は、無形資産に係る利益を後年度まで監視し、これに合わせて対価を変動させるといふ、所得相応性基準を体現した定期的調整（**periodic adjustment**）を提唱した。白書の立場では、所得相応性基準は、独立企業原則の一部に他ならないとして、次のように論証している。

独立企業原則は、所得配分のために関連当事者の利益を参照することを

(298) 岡村・前掲注(283) 124頁。中里教授はこの方法について、市場を前提とした所得配分が行われる点において独立企業原則的な性質をとどめているとし、「**alternative application of the arm's length approach**」と称している（中里・前掲注(15)『国際取引と課税』307頁）。

(299) 中里・前掲注(15)『国際取引と課税』308頁、岡村・前掲注(283) 124-125頁、Treasury 1988, *supra* note(109)pp.94-99。

排除したものではないとした上で、①非関連者間で高収益無形資産 (high profit intangibles) を移転するときには、何らかの契約見直しのメカニズムを盛り込むはずであり⁽³⁰⁰⁾、②証券取引委員会等から入手したデータからも①の見解は支持されており⁽³⁰¹⁾、③比較対象取引が存在しない場合、入手しうる最良の指標は実際利益 (actual profit) である⁽³⁰²⁾。要するに、非関連者間で無形資産の移転が行われる場合において、無形資産の移転後に無形資産から生ずる所得に大幅な変化があるときは、契約の見直しが行われるのが一般的である以上は、関連者間での無形資産の移転についても定期的調整を要求することは、独立企業原則に反しないと白書は説明したのである⁽³⁰³⁾。

(3) 1988年白書に対する批判

米国において、移転価格税制の基本的解釈理念として独立企業原則を採用すべきか否かという議論は、先述のとおり、1968年に財務省規則を改定した頃から提起されていた。独立企業原則に対する批判として代表的なものは、Stanley I. Langbein が唱える「連続価格問題」である。Langbein は、白書が出される前の1986年の著書で、統合された事業は、規模の利益や取引費用の削減等により、独立した企業よりも効率的な経営ができるが、独立企業原則は、このような組織形態に対する収益を考慮していないことを指摘した⁽³⁰⁴⁾。

独立企業原則に対してはLangbeinの批判のほか、白書は完全競争市場を前提としているが、市場の調整には時間がかかることが考慮されていな

(300) Treasury 1988, *supra* note(109)p.94.

(301) Treasury 1988, *supra* note(109)p.94.

(302) Treasury 1988, *supra* note(109)p.95.

(303) 浅川・前掲注(293)348頁。また、白書は、所得相応性基準を正しく適用するれば、多くのケースにおいて二重課税は生じないとの見方を示している (Treasury 1988, *supra* note(109)pp.71-73)。

(304) Stanley I. Langbein, *supra* note(6)p.636. Langbeinの主張は、増井・前掲注(18)173-174頁にも引用されており、増井教授は、Langbeinの論文以前にも比較対象取引を見つけることの困難性は知られていたが、「独立企業原則そのものが神話にすぎない」とした点に同論文の意義を見出している。

い⁽³⁰⁵⁾、米国がこれらの考え方を強行した場合には、相互協議相手国の合意が得られず、結果的に二重課税が生ずる恐れがある等の批判が国内外から寄せられた⁽³⁰⁶⁾。

しかしながら、米国は、多くの批判を浴びながらも、後述するとおり新たな規則案を次々と公表し、その度に OECD から勧告を受けつつも、利益アプローチや定期的調整など白書の骨格となる部分については、依然として堅持したのである。

3 新たな規則の策定

ここでは、米国が白書のコンセプトをどのように規則化していったのか、そして、それに対する日本をはじめとする OECD の反応に着目し、独立企業原則の有するポテンシャルを探ることとする。なお、所得相応性基準及びそれに対する批判については、第4章において検討するため必要最小限の言及に留めることとする。

(1) 1992年規則案

1992年1月に公表された財務省規則案には、白書で示された BALRM の発展形態といわれる比較対象利益幅 (Comparable Profit Interval) (以下「CPI」という。) が提示された⁽³⁰⁷⁾。CPI とは、独立価格比準法以外の方法で算定された結果を、同業他社であれば獲得できたと推定される営業利益率の幅により検証するというものである。CPI を導入しようとした目的

(305) 中里・前掲注(15)『国際取引と課税』307頁。

(306) 例えば、日本租税研究会は、米国 IRS 長官宛意見書を送付し、所得相応性基準は独立企業原則と乖離しており、所得相応性基準の適用は明らかな租税回避行為に限定すべきであると指摘した(日本租税研究会『移転価格白書』の問題点を指摘)国際税務9巻2号4頁(1989)。また、カナダの国際租税課長は、米国の考え方は機能分析に重点を置きすぎており、OECD で確立された考え方から逸脱していると指摘した(「移転価格に関する IRS 白書をめぐる内外の反応」国際税務9巻2号9頁(1989))。

(307) § 1.482-2(f) (1992年規則案)。1992年規則案に関しては、藤枝純「日米移転価格税制の考察-9」国際商事法務20巻3号293-297頁(1992)、同「同-10」同20巻4号423-427頁(1992)、同「同-11」同20巻5号561-567頁(1992)に詳しい。

は、価格に基づく方法の適用を厳密な比較対象取引が把握できる場合に限定し、それ以外の場合においては、類似業種ごとの利益推定という BALRM よりもはるかにルーズで IRS にとって利用しやすい方法に優先権を与えることであった⁽³⁰⁸⁾。

しかしながら、CPI は推定によるミニマム・タックスという性格を帯びていることから⁽³⁰⁹⁾、日本をはじめとする諸外国に大きな衝撃を与えたといわれている。日本や欧州諸国は、OECD にタスクフォースを立ち上げ、移転価格税制に係る 1979 年の「移転価格と多国籍企業に関する報告書」(以下「1979 年報告書」という。)⁽³¹⁰⁾の改定作業に着手するとともに⁽³¹¹⁾、CPI に反対する内容の報告書を公表した⁽³¹²⁾。特に日本は、CPI に対してインカム・クリエーションを引き起こすという問題意識を有しており、当時の大蔵省は IRS に抗議の書簡を、日本経済団体連合会等は米国の公聴会にて証言を行う等して反対の意を強く表明した⁽³¹³⁾。

(308) 岡村・前掲注(276) 312 頁。また、矢内教授は、CPI の導入は、独立価格比準法以外の方法が精度の低い移転価格決定方法であることが、立法者により認識されていたことを証明するものであると述べている(矢内・前掲注(105) 36 頁)。

(309) 岡村・前掲注(276) 312 頁。ここでの「ミニマム・タックス」は、現実の利益にかかわらず一定の徴税を意味している。

(310) なお、1979 年報告書(原題:“Transfer Pricing and Multinational Enterprises”)の内容は、すでに米国の規則の考え方に大きな影響を受けたものであったとのことである(平石雄一郎「移転価格問題に関する税制上の規制」租税 10 号 51 頁(1982) 参照)。

(311) 氷見野良三「移転価格税制に関する OECD ガイドラインと米財務省規則の改正について—国際的コンセンサスの再構築により米国の外国企業課税強化に歯止め」税通 687 号 164 頁(1994)。

(312) OECD, “Tax aspects of Transfer Pricing within Multinational Enterprises: The United States Proposed Regulations” (1993) para 3.53-3.55 では、米国は、取引を基準とした方法によって問題の解決を図るべき、CPI は租税回避事案にその使用を限定すべき等の指摘がされている。邦訳は、国際税務編集部「OECD 租税委員会の米国移転価格規則案に関する報告」国際税務 13 巻 2 号 43-48 頁(1993)がある。カナダ、フィンランド、スイス、ドイツ、日本、オランダ、スウェーデン、スイス、英国がレポートの作成に参加し、米国はオブザーバーとしての参加であった。

(313) 小松芳明ほか「シンポジウム 国際租税法の最近の動向」〔竹内洋発言〕租税 21 号 173 頁(1993)。

なお、Organization for International Investment からは CPI が二重課税を引き起こすことへの危惧、International Chamber of Commerce からは CPI が国際的な

(2) 1993年暫定規則、規則案

1993年暫定規則は、CPIに対して内外から寄せられた厳しい批判を受けて、表面的にはこれを撤回したが、後述する利益比準法(Comparable Profit Method)と最適方法ルールをセットにした運用は、CPIの考え方を実質的に承継したと解されている⁽³¹⁴⁾。

利益比準法とは、検証対象法人の同業他社の利益水準指標を測定し、これを検証対象法人の財務データに適用して、その独立企業間価格の適否を判断する方法である⁽³¹⁵⁾。この方法の特徴は、基本三法のような厳格な比較対象性を要求しないという点にあり、検証対象法人と概ね類似していれば、それで比較可能性があるとされる⁽³¹⁶⁾。

最適方法ルールとは、基本三法のほか利益比準法、利益分割法及びこれ以外の方法で納税者が最も適切と考える方法の中から、取引の状況に即して最も適切な算定方法を選択するというものである。後述する1994年最終規則においては、情報の入手可能性に応じて、各独立企業間価格算定方法間の優劣が決せられるとされ、入手可能な情報の下で統計的推論を用いることにより、検証対象となる比較対象取引に関するデータの信頼性を補完することが可能との立場がとられたことから⁽³¹⁷⁾、米国では納税者及び税務当局の双方に、弾力性と妥当性を保障するものとして受け入れられたといわれている⁽³¹⁸⁾。他方で、最適方法ルールは余りに柔軟であるため、ほとんど意味がないと酷評するものや、基本三法を利益比準法や利益分割法と同じ順位付けにするとすることは、OECDガイドラインとは大きくそ

物やサービスの流れに障害を与えることへの懸念、Associate of International Automobile Manufactureからは自動車業界におけるCPIの算定に必要な比較データ入手の困難性に係る指摘等が寄せられた。詳細は、藤枝純「日米移転価格税制の考察-15」国際商事法務20巻9号1125-1128頁(1992)参照。

(314) 岡村・前掲注(276)312頁参照。

(315) 望月・前掲注(1)214頁、§1.482-5T(a)(1993年暫定規則)。

(316) 望月・前掲注(1)214頁、§1.482-5T(e)(1993年暫定規則)。

(317) §1.482-1(c)(1994年最終規則)。詳細は、山川・前掲注(26)291頁参照。

(318) 青山慶二「移転価格税制・過小資本税制」TKC税務情報17巻1号72-73頁(2008)。

の取り扱いを異にするものであり、国際ルールからの完全な離脱を意味するとの指摘もあった⁽³¹⁹⁾。

こうした利益比準法及び最適方法ルール以外にも、1993年暫定規則は、独立企業間レンジ (arm's length range) を新たに規定した。二つ以上の比較対象取引に一つの方法を適用した場合に得られる二以上の結果を独立企業間レンジといい、この方法の適用により得られた結果が信頼できるものであるならば、482条による所得配分は行われなくなる⁽³²⁰⁾。独立企業間レンジを使用することとした背景には、規則案における利益比準法が、その他の方法に優先して適用されることへの懸念に 대응することがあったが、実質論としては、一つの方法を二以上の非関連者取引に適用することで、二以上の独立企業間価格が存在するという「経済的な実態に即した発想の実現」そのものともいえる⁽³²¹⁾。

しかしながら、1993年暫定規則に対しても、OECDの報告書が公表されている。そこでは、①利益比準法の適用は租税回避事案に限定し、その基礎となる資料は納税者も入手可能な公開資料とすべきこと、②利益比準法の多用を避けるため、より厳密な比較可能性の要件を付すべきこと等、提言されている⁽³²²⁾。更に、このOECDの報告書は手ぬるいとして、「OECDの提言は、条件付きではあるが利益比準法の適用をOECDが認めてしまったことを意味する・・・、CPM法は・・・その存在自体が否定されるべ

(319) デビット・スエンソンほか「米国移転価格規則改正の法律上の問題点について」国際税務13巻3号18-22頁(1993)は、実際上の問題として、比較可能性について厳しい基準が適用されると、結局、落ち着くところは「利益比較法」となると懸念している。また、増井・前掲注(18)180頁は、最適方法を用いているか自信のもてない納税者は、事前確認に頼るしかない旨を指摘している。

(320) 望月・前掲注(1)214頁、§1.482-1T(d)(2)(1993年暫定規則)。

(321) 矢内・前掲注(105)37頁参照。

(322) OECD “Intercompany Transfer Pricing Regulations under U.S. Section 482 Temporary and Proposed Regulations, Paris” (1993). 邦訳は、国際税務編集部「OECD租税委員会が新レポート『米国1993年暫定規則等に関する提言』」国際税務14巻4号2-3頁(1994)参照。

き」⁽³²³⁾であり、OECD は利益比準法撤廃の立場を明確にすべき等の批判がなされるほど、国際的には利益比準法は問題視されていた。

なお、1993年暫定規則とともに公表された1993年規則案では、利益分割法の採用が明確にされた⁽³²⁴⁾。利益分割法は、外部の独立当事者のデータに依拠して利益を推定する利益比準法とは異なり、全体の損益を各事業単位の貢献度に応じて分割する方法であり、内部データを主に利用することから、多くの納税者はこれを歓迎したといわれている⁽³²⁵⁾。

(3) 1994年最終規則

OECD 及び各国から多くのコメントを受けて発表された1994年最終規則は、基本的には、1993年暫定規則及び1993年規則案を踏襲したものである。1994年最終規則が1968年規則と明らかに異なる点は、関連者間取引の実績値が非関連者間取引において実現したであろう実績値と一致した場合には、当該関連者間取引は独立企業原則を満たすと1994年最終規則に規定したことである⁽³²⁶⁾。一言で言えば「判断基準が価格だけでなく利益にも置かれたことにより、結果があつてさえいればいい」⁽³²⁷⁾ということになった。

1993年暫定規則における利益比準法に対しては、内外からの厳しい批判が集中していたことから、1994年最終規則では、独立企業間価格に関する直接的証拠が入手できる場合には、それらの資料に基づく価格算定を利益

(323) 小松芳明「IRC482条規則に対するOECDの立場」『国際取引と課税問題-国際租税法の考え方-』131頁(信山社、1994)。

(324) 58 Federal Register 5310(1993)残余利益分割法、使用資本利益分割法、比較利益分割法が提案されている。

(325) 岡村・前掲注(276)313頁。その一方で、利益分割法に関しても、「OECDも相応の評価をしているというが、やはり顔を出したかという感じ」で、「具体的算定方法をみても、何を狙っているのかその真意が不明であり、結局かねてからのアメリカ側の主張である50対50の利益分割ということに引きずり込まれないよう、軽々と同調すべきではない」という批判も存在した(小松芳明「IRC482条暫定規則批判」国際税務13巻3号6頁(1993))。

(326) 望月・前掲注(1)221頁、§1.482-1(b)(1)(1994年最終規則)。

(327) 望月・前掲注(1)221頁。実際に最終規則の中では、独立企業間価格という用語に代わり「独立企業間実績値」(arm's length result)という用語が多用されている。

比準法に優先して適用することとされた⁽³²⁸⁾。しかし、結局のところ、最適方法ルールにおけるデータの信頼性等の要件が最も緩やかなのは利益比準法であることから、最適方法ルールの運用により無形資産に利益比準法が適用される可能性が広がったと考えられている⁽³²⁹⁾。

なお、独立企業間レンジの適用に関しては、利益比準法に限定することなく、すべての方法について認めることとした⁽³³⁰⁾。これは、独立企業間価格として推計されたものの精度の悪さを、統計的手法により平均化することにより緩和することを承認したものと見える⁽³³¹⁾。

4 実質主義を支える新たな規則

(1) 1994年最終規則のもう一つの側面

ここでは、1998年白書を概観した際に検討を留保していた問題、すなわち、機能・リスク分析と経済的実質主義との関係について、1994年最終規則と関連付けて考察を加えることとする。482条は、企業の所得を正確に算定するために必要であると認める場合には、総所得等を配分等できるという広大な権限をIRS長官に与えている⁽³³²⁾。482条は、*substance-over form doctrine* を体现しているともいわれ⁽³³³⁾、所得を正確に配分するためであれば、IRSは納税者の採用した形式を無視して、それらを再構築することができる⁽³³²⁾と解されており、この482条はIRSが否認再構築を行う根拠となっている。このように、482条はIRSに広大な権限を与えていたにも

(328) 国際課税問題研究グループ「IRS、移転価格最終規則を公表—各界の提言等をふまえ、より弾力性あるものに—」税通687号173頁(1994)。

(329) 岡村・前掲注(276)312-313頁。

(330) §1.482-1(e)(1994年最終規則)。

(331) 矢内・前掲注(105)38頁。その他、1993年暫定規則は、無形資産が「実質的に同種の」比較可能性を有すべきとしていたが(§1.482-4T(c)(2)(ii)(A)(3))、1994年最終規則は、「類似の」比較可能性を有すればよいとし(§1.482-4(c)(2)(iii)(B)(1)(ii))、比較可能性を緩和している。

(332) 金子教授は、これを踏まえて、米国の移転価格税制を「否認型制度」と称している(金子・前掲注(59)371-372頁)。

(333) 中里実『国際租税法上の諸問題』119頁(総合研究開発機構、1985)。

かわらず、1970年代以降、IRSが裁判で敗訴する状況が続いたのはこれまで見てきたとおりである。ここでは、Eli Lilly 事件を題材として、価格から利益へのシフトという視点に代えて、経済的実質主義の観点から、IRSに与えられた否認再構築の権限が有効に機能していたのか検証することとする。

前述したとおり、Eli Lilly 事件では、米国の親会社が収益性の高い特許権をプエルトリコに新設した子会社に株式交換により非課税で移転させた。これに対して、IRSは、子会社は単なる契約製造会社であって特許権からの所得を得ることはできないとする委託製造者理論（contract manufacture theory）を主張した。こうしたIRSの主張の基礎には、本件取引は、プエルトリコの非課税特例により米国での課税を逃れることを目的としたものであり、租税目的（incom tax purpose）の観点から判断しても、特許権の移転は移転価格の算定上、無視されるべきであるという経済的実質論があったと解される⁽³³⁴⁾。そして、IRSは、特許権が法形式上は子会社に移転したことは認めるものの、482条の適用上は、無形資産から生ずる所得は米国の親会社に帰属すべきことを主張した。

これに対して租税裁判所は、米国親会社から子会社への無形資産の移転については、法形式的にも実質的にも（in substance as well as in form）実態が認められるものであり⁽³³⁵⁾、Gregory 判決⁽³³⁶⁾等で判示された「取引の技術的な法形式が経済的実質と一致していなければ、形式が取引の本質をコントロールすることはできない」⁽³³⁷⁾という文言を引用して、IRSの主張を受け入れなかった。Eli Lilly 事件判決が意味するところについて、矢内一好教授は「当該事案における無形資産の移転は、§ 351において認

(334) 居波邦泰「移転価格事案の訴訟に係る対処等の検討-米国の判例等を踏まえて-」税大論叢 54号 271頁（2007）を参考にしている。

(335) その根拠として、親会社及び子会社の取締役会の承認、米国特許庁への登録、移転後の特許の使用者が子会社のみであったという事実を挙げている。

(336) Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465 (1935).

(337) 原文は次のとおり。“...the technical form of a transaction cannot control its true nature where that form does not accord with economic reality.”

められたものであり、無形資産の法的所有権を子会社に認める一方で、§ 482 の適用上においてのみ、これを否認するという実質主義の考え方は裁判において認められなかった⁽³³⁸⁾と分析している。その後の **Bausch & Lomb 事件**⁽³³⁹⁾、**Sundstrand Pacific 事件**⁽³⁴⁰⁾等でも、IRS は、経済的実質論を主張したが敗訴が続いた。

そこで、1994 年最終規則は、経済的実質の重要性を強調する二つの規定を新たに導入した⁽³⁴¹⁾。一つは「契約上の条件がその下にある取引の経済実態と一致しない場合には、IRS 長官は、当該契約条件を無視し、その取引の経済実態と一致する条件を設定することができる⁽³⁴²⁾」という規定である。もう一つは「IRS 長官は、取引の形態が経済実態を伴わない場合を除き、納税者によって実際に構成された取引に従いその結果を評価する⁽³⁴³⁾」という規定である。

これらの規定は、取引の経済実態を評価するに当たっては、原則として当事者間の実際の取引やそれぞれの法的権利が重視されるものの、経済実態を反映していない場合には、契約書を無視した上で、経済実態に合わせて課税する権限が IRS に与えられていることを明確化したものといえる⁽³⁴⁴⁾。すなわち、裁判所が契約書にやみくもにくっついて離れない (blindly adhering to what the contracts purport to represent) 状況を打開する目的であったといわれている⁽³⁴⁵⁾。中里実教授は、こうした規定は、

(338) 矢内一好「米国移転価格税制における二つの判例－リリー社とサール事案－」故井上達雄先生追悼号経理研究 39 巻 235 頁 (1995)。§ 351 は、会社を分割して現物出資により子会社を設立する場合、課税が行われないことを規定したものである。

(339) *Bausch & Lomb, Inc. v. Commissioner* 92 T.C.525(1989)。

(340) *Sundstrand Corp. v. Commissioner* 96 T.C.226(1991)。

(341) B H. David Rosenbloom(2005) “Angels on a Pin: Arm’s Length in the World” *Tax Notes International*, Vol.38, No.6, p.523 は、*Bausch & Lomb 事件*と *Sundstrand 事件*について、米国親会社が子会社の製造した製品を買い戻す必要性を示す「契約が存在しなかったこと」が敗因であると分析している。

(342) § 1.482-1(d)(3)(B)(1)。

(343) § 1.482-1(f)(ii)(A)。

(344) 矢内・前掲注 (105) 27 頁。

(345) Hui Ling Quek(2011) “Economic substance in U.S. Transfer Pricing Rules and

特にリスク配分に関する取決めに関して意味があり、例えば **contract manufacturing** のような場合、暗黙の契約が存在するものとして更正処分を行うことが可能となる旨、述べている⁽³⁴⁶⁾。こうして、1994年規則が、法形式よりも経済的実質を重視することを明文化したことによって、IRSに与えられた権限は補強されることとなった。

(2) 機能分析の本質と経済的実質

木村弘之亮教授は、「実質主義（実質課税原則 **Substance over Form Principle**）が、独立企業間取引の法理の基礎にあり、裁判所は客観的ファクターにより当事者の真意を見抜く必要があるとされている。裁判官が、取引を精査することにより、様々なファクターを析出し、それを合成することにより真の事実を認定するに際し、経験豊かな法律家の直観が求められる。しかし、独立企業間価格の算定が、税務調査官や裁判官の実質を見抜く力（**Tax Instinct**）の熟達度によって左右される、ということが仮に事実であるとしても、そのような算定をもっぱら直観に委ねておくことはできない」⁽³⁴⁷⁾と説いている。ここに、機能・リスク分析の存在意義が出てくるのではなからうか。法形式よりも経済的実質の重要性を強調する二つの新たな規則が設けられたとはいえ、経済的実質を見抜く力が税務調査官や裁判官に備わっていなければ意味をなさない。本稿は、実質を見抜く力こそが機能・リスク分析であると想定し、ここでは、その本質の明確化を試みる。

もともと機能分析は、1988年の白書までは、IRSの調査マニュアルに記述されていた⁽³⁴⁸⁾。そこでは、「機能分析は、取引の詳細な分析でもある程度行われているが、取引の形式ではなく、その経済的実質の検討である」、「機能分析は、帳簿及び資料の背後にある取引の実態の解明である」、「利

the regulation of Taxpayer Behavior”Tax Notes International, Vol.61, No.4, p.313.

(346) 中里・前掲注(15)『国際取引と課税』398頁。

(347) 木村弘之亮「移転価格の審査に関する一般原則」金子宏著『所得課税の研究』355頁（有斐閣、1991）。

(348) 矢内一好「機能分析の展開」商学集志 66巻3号51頁（1997）。

益性の高い無形資産の場合は、これを所有している組織を定める。その所有権に疑義のある場合、記録またはその他の証拠を照合する」等⁽³⁴⁹⁾、概念の明確さには欠けるものの、調査官が移転価格調査を行うに当たっての基本的考え方が示されていた。

その後、1988年の白書において、機能・リスク分析は移転価格を決定する方法の基礎として重視され、1993年暫定規則及び1994年最終規則では、最適方法ルールの下で比較可能性を決定する要素にまで格上げされたものである。すなわち、機能・リスク分析は次第にその役割が重要視され、現行の財務省規則に規定されるに至ったものといえる⁽³⁵⁰⁾。

こうしてみると、機能分析のルーツは、白書以前の調査マニュアルに求めることができ、もともとは関連者間取引の経済的実質を明らかにするための技法であり、当時の概念を明確かつ精緻にしたものが今日の機能・リスク分析と解される。言い換えるならば、機能・リスク分析の基本精神は「法形式の裏に隠れた経済的実質の発見」であり、そして、この技法がより有効に機能するよう、482条を補強すべく規定されたのが先述の二つの規則と位置づけられる。そもそも、米国においては、移転価格税制に限らず租税法全般に、見せかけの取引法理（Sham Transaction Doctrine）に代表される実質課税の判例法理が存在しているにもかかわらず⁽³⁵¹⁾⁽³⁵²⁾、こ

(349) Internal Revenue Manual, I.R.M.4233, “Tax audit Guidelines Individuals, Partnership, Estates and Trusts, and Corporations” Ch.510-553(4-23-81)邦訳は、矢内・前掲注(348)51-53頁参照。なお、白書以前における機能分析の実態は、矢内一好「移転価格の決定と機能分析」商学集志66巻2号52頁(1996)に詳しい。

(350) 矢内・前掲注(348)51頁以下参照。

(351) 租税回避否認のための判例法理には、実質主義(substance-over-form)、事業目的の法理(business purpose doctrine)、見せかけ取引法理(sham transaction doctrine)、段階的取引法理(step transaction doctrine)、経済的実質主義(economic substance doctrine)がある(一高龍司「タックス・シェルターへの米国の規制と我が国への応用可能性」ファイナンシャルレビュー84号63頁(2006))。

(352) また、2010年3月に内国歳入法典7701条(o)において経済的実質主義の原則が制定法化された。経済的実質主義の規定は、いわゆる「包括的な否認規定」ではなく、要件をを充たさない取引について、その税務上の恩典を否認して加算税を賦課するというものである(矢内一好「米国税法における経済的実質原則(3)」商学論纂54巻5号557頁(2013))。

これらの規則が敢えて制定されたことは、日本の制度設計を考える上で特筆すべきであろう。

5 考察

1935年の規則から始まり、白書及び新たな規則の制定に対する主要な批判の一つに、これらは伝統的な独立企業原則から乖離するもの、或は、独立企業原則の「崩壊」を意味すると論じるものまでである⁽³⁵³⁾。このような米国における独立企業原則の変遷をどのように理解すべきであろうか。本稿は、こうした変遷は、独立企業原則の解釈・適用を経済状況の変化に合わせて柔軟に変化させてきたもので、伝統的な独立企業原則の下で採用されるアプローチの延長線上にあるものに過ぎないという立場を支持する⁽³⁵⁴⁾。

新たに米国によって生み出されたアプローチの中でも、特に利益分割法については、独立企業原則との整合性の観点から疑問が呈されてきた。Reuven S. Avi-Yonah は、利益分割法の下での利益配分の結果は、定式配分方式による利益配分の結果と同じになる可能性があり、利益分割法と定式配分方式は連続線上に位置するもの (continuum) であり⁽³⁵⁵⁾、利益分割法は、独立企業原則よりむしろ定式配分方式に近いと述べている。確かに、独立企業原則は、あくまで独立した企業間の取引との対比で関連者間取引による所得配分を行うことが要件と考えられ、関連企業グループ内のデータに依存する利益分割法は、独立企業原則との整合性に問題があるようにも見受けられる⁽³⁵⁶⁾。しかし、1994年最終規則は「利益配分は、関連事業活動に従事する多様な関連納税者と類似の機能を果たす非関連者間の取決めであれば生じた

(353) 増井・前掲注(18)174頁。増井教授は、Marc M. Levey and Stanly C. Ruchelman (1988)“Section 482—The Super Royalty Provisions Adopt the Commensurate Standard”41 Tax Law, pp.412-413を参照している。

(354) 本稿に近い立場として、飯守一文「米国移転価格税制の検討と若干の提言」筑波ロー・ジャーナル9号10頁(2011)、望月・前掲注(1)414-417頁参照。反対の立場として、矢内・前掲注(10)12頁。矢内教授は、特に企業簿記会計との関係から独立企業原則からの乖離を説いている。

(355) Reuven S. Avi-Yonah, *supra* note(281)p.94.

(356) 青山・前掲注(274)22-23頁。

であろう損益の分割に寄与することを意図するものである」⁽³⁵⁷⁾と規定している。つまり、利益分割法は単なる利益配分ではなく、非関連者間で行われるであろう利益配分を意図することによって、独立企業原則に従っているというロジックを採用している点で、定式配分方式とは明確に区別すべきものである⁽³⁵⁸⁾。発想を転換するならば、独立企業原則との関係における利益分割法の微妙な立場は、むしろ基本三法の持っていない柔軟性を有したものと評価すべきとも考えられる⁽³⁵⁹⁾。

米国における独立企業原則の歴史的変遷を小括するに、1968年の規則までは、比較対象取引が存在しない場合の価格算定方法については、ほとんど指針を示していなかった。その後の判例においては、IRSは訴訟の多くで委託製造者理論を主張したが、裁判所はそのような主張を受け入れなかった。他方、裁判所は比較対象取引を見いだせない事案を処理するため、利益の合理的配分という利益分割法の考え方に頼らざるを得なくなり、結果としての利益配分の妥当性を重視していった。それに応える形で、米国はその後の白書や新規則の制定の中で、利益をベースとする手法、定期的調整、最適方法ルール、幅の概念を導入し、また、実質主義の概念を規則上も明文化した。

もともと独立企業間価格を具体的に算定する唯一絶対的な方法が存在するわけではない⁽³⁶⁰⁾。こうした動きから読み取れるのは、比較対象取引が存在しない場合であっても、取引の経済実態に即した適切な課税を行うために、独立企業原則は、刻々と変化する経済状況に合わせてその解釈と適用を柔軟に行う能力を備えた、国家間での適切な所得配分を実現するための有効なツールと位置づけることができるのではないか。そして、米国におけるこうした独立企業原則の解釈・適用の変遷の背景にあるのは、価値ある無形資産取

(357) § 1.482-6(b) (1994年最終規則)。

(358) 望月・前掲注(1) 414-415頁。ただし、望月教授は「残余利益分割法の場合には、…非関連者の情報を用いないことから、独立企業原則に則っているものとはいえない」とも述べている。

(359) 青山・前掲注(274) 24頁。

(360) 岡村・前掲注(276) 313頁は、絶対的方法はないと述べた上で「その概念自体の存立すら脅かされている」と指摘している。

引に対して、十分に機能を果たせなかった伝統的方法に対する反省と、最終的に裁判所の判断に頼らざるを得ず、予測可能性が低下していた現状を打開する必要性があったということである⁽³⁶¹⁾。白書及びその後の規則改正について、岡村忠生教授は「表面的には ALS を強調しつつ、しかしその内実を、長期的均衡を前提とした経済理論とリスクに対する実質論にすり替えようとしたのである」⁽³⁶²⁾と若干、皮肉めいた評価をしているが、同教授の見解が意味するところは、結局のところ、独立企業原則がもつ柔軟性を評価したものと解される。

そもそも米国の移転価格税制は、独立企業原則の下で課税所得ないし税額を変更する場合、「取引価格」を媒介とすることは明文上規定されておらず、価格は国外関連企業への利益移転の手段の例示にすぎない⁽³⁶³⁾。これとは対照的に、日本を含む OECD は、独立企業原則を「価格」と強く結びつく概念としてとらえているため⁽³⁶⁴⁾、1986 年以降、米国のスタンスに強硬に反対してきた。にもかかわらず、次節で見るとおり、国際社会は、米国が考案した独立企業原則の解釈・適用の大半を受容してきたことは、何を意味するのであろうか。

第 2 節 独立企業原則の国際的拡張

1 1995 年 OECD ガイドライン

米国における財務省規則改正の動向は、その行き過ぎた改正点について、OECD により歯止めをかけられたともいえるが、OECD にとっては、移転価格税制に係る再検討を米国から投げかけられたことをも意味し、OECD は、伝統的な考え方に固執するのみではなく、1979 年報告書の改定に動き出し

(361) 青山・前掲注 (318) 73 頁。

(362) 岡村・前掲注 (276) 312 頁。

(363) 中里・前掲注 (15)『国際取引と課税』406 頁。

(364) 矢内・前掲注 (10) 13 頁。

た⁽³⁶⁵⁾。1995年 OECD ガイドラインの主な改正点としては、利益法の受容が挙げられよう。

利益比準法については、独立企業原則の適合性を巡り、特に激しい議論を生んだ方法であったといわれている⁽³⁶⁶⁾。伝統的に独立企業原則は、取引価格を基準としていたのに対し、利益比準法は生産要素（営業利益）に着目する結果、個別の取引に拘泥することなく、比較対象取引を見出しやすい⁽³⁶⁷⁾。その反面、営業利益は、価格や粗利益に対して影響を及ぼさない要因によって影響を受けることがあるため、その信頼性は低下することになる⁽³⁶⁸⁾。

日本も利益比準法について「価格の適否の問題」を素通りして「利益水準の適否の問題」だけを論ずるような方法は、OECD モデル租税条約 9 条に反するといった条約解釈論的視点や、米国の近代経済学に基づいた理論は、現実の競争原理には当てはまらならないという経営学的視点からその矛盾点を指摘した⁽³⁶⁹⁾。これほどまでに、日本が利益比準法を批判した背景には、IRS が在米現地日本法人をターゲットとすることへの警戒感があった。すなわち、プラザ合意以後の日本企業の対米進出の急増と、それに伴う日系企業に対する課税強化の基本構図を前提とした利害対立を象徴する主張といえる⁽³⁷⁰⁾。

こうした対立構造の下、OECD は、米国において考え出された利益をベースとする方法と、既に確立されている独立企業原則との整合性をどのように図ったのであろうか。利益をベースとする方法は、独立企業原則からの乖離

(365) 矢内・前掲注 (10) 12 頁。1979 年報告書については、前掲注 (310) 参照。

(366) 増井・前掲注 (18) 182 頁。

(367) 中里・前掲注 (15) 『国際取引と課税』447 頁。1995 年 OECD ガイドラインパラ 3.27、3.28 も参照。

(368) 1995 年 OECD ガイドラインパラ 3.29。更に、取引価格に遡って計算することができない場合には、対応的調整の額の決定上、深刻な問題が発生する(1995 年 OECD ガイドラインパラ 3.32)。

(369) 詳細は、氷見野・前掲注 (311) 161 頁参照。

(370) 中村・前掲注 (229) 66 頁。すなわち、利益比準法は「両取引当事者のうち機能が単純な方に適用する」とされていることから、IRS が米国系多国籍企業の親会社に利益比準法を適用することには想定されず、日系子会社への課税が懸念されるのである。

と考えられていたが、価格をベースとする方法と利益をベースとする方法は、関連者間であっても、あたかも独立した企業であるかのように所得を配分するという「目的」の点では共通する⁽³⁷¹⁾。両者は「比較可能性」という共通項を持つものであるが、比較対象取引がない場合、比較可能性の面では精度が劣る利益を指標とすることで「目的」を達成することとしたのである⁽³⁷²⁾。そして、OECD は、従来の国際的コンセンサスを守る観点から、利益を指標とする方法が野放図に使用されることを防ぐ予防的措置として、取引単位で比較することを要件とした上で、これを「最後の手段」として位置づけることで、調整を図ったのである⁽³⁷³⁾。

こうして、利益比準法は、当初の強い批判にもかかわらず、1995年のOECDガイドラインの制定において「取引単位営業利益法」として受け入れられた⁽³⁷⁴⁾。そして、第1章で述べたとおり、日本は、OECDガイドラインにハーモナイズする形で、2004年度改正にてこれを導入したのである⁽³⁷⁵⁾。

なお、利益分割法については、多くの国が相互協議手続をとおして経験済みであることから、利益比準法よりは好ましいと考えていたようである⁽³⁷⁶⁾。とはいえ、OECDガイドラインが、「利益分割法は、独立企業が同様の状況にあった場合に合理的にいかなる行動をとったであろうかを反映するという範囲において、独立企業アプローチである」と釘をさしている辺りは、独立企業原則との整合性を担保することを意図したメルクマールといえよう⁽³⁷⁷⁾。

(371) 矢内・前掲注(10)13頁。

(372) 矢内・前掲注(10)13頁。矢内教授は、両者には「目的」の同一性と、目的達成の「手段」の異質性があると説明している。

(373) 矢内・前掲注(10)13頁。

(374) 米国は、取引単位営業利益法を利益比準法と同視している模様である(増井・前掲注(18)182頁参照)。

(375) 日本に取引単位営業利益法を導入する必要性を説いた論稿として、渡辺裕泰「無形資産が絡んだ取引の移転価格税制-TNMM(取引単位営業利益法)導入の必要性」ジュリ1248号72頁以下(2003)参照。

(376) 1995年OECDガイドラインパラ3.52参照。

(377) 青山・前掲注(274)23頁。

ところで、米国にとって、利益をベースとする方法を OECD と共有することにはどのような意義があったのであろうか。図表 6 は利益比準法の導入を巡る動きを示したもので、移転価格税制を巡る国際的政策の調整過程における米国のイニシアティブと、これを受けた形での OECD での議論の過程が顕著に現れている⁽³⁷⁸⁾。こうした過程が意味するのは、米国にとっては、米国国内法の国際的拡張を各国に承認させ、自らのイニシアティブによって異質性が排除される過程こそが重要であったといえる⁽³⁷⁹⁾。なぜなら米国の議会関係者の中には、定式配分方式の支持者が根強く存在していたことから、米国にとって、国際課税問題は国内問題でもあった⁽³⁸⁰⁾。だからこそ、OECD ガイドラインが「最後の手段」として利益比準法を認めるか否かに関わらず、米国政府の関心は、何よりも移転価格税制上、独立企業原則を基軸に国際的調整が進められる過程にあったといえる⁽³⁸¹⁾。

図表 6 米国の利益比準法の導入と OECD の動き

年	米国の動き	OECD の動き
1986	1986 年税制改革法	
1998	移転価格白書の公表	
1992	1992 年規則案：同業者の営業利益率を利用した課税方法（CPI）を従来の算定方法に優先して適用する方針を提示	→1992 年 12 月：日本が中心となって設立した OECD 作業部会で規則案への意見書とりまとめ
1993	1993 年暫定規則（4 月施行） 1 月：同業者の営業利益率を利用した課税方法（利益比準法）は残ったが従来の算定方法と同格	移転価格に関する 1979 年報告書の改定作業開始決定 →1993 年 7 月：米国の暫定規則に関する意見書とりまとめ
1994	1994 年最終規則（10 月施行） 7 月：利益比準法を最後の手段と位置づけ	⇔OECD 新ガイドライン第 I 部案公表 10 月末：案に対するコメント期限
1995		3 月：第 II 部案公表 7 月：ガイドライン最終報告

（出典）氷見野良三「移転価格税制に関する OECD 新ガイドライン案と米国 482 条最終規則について」租税研究 539 号 67 頁（1994）。

(378) 中村・前掲注 (229) 71 頁。

(379) 中村・前掲注 (229) 71—72 頁。

(380) 中村・前掲注 (229) 67、70 頁。

(381) 中村・前掲注 (229) 70 頁。

なお、1995年のOECDガイドラインの特徴として、独立企業間レンジの受容も挙げられる。1979年報告書においては、独立企業間レンジの概念は明確には言及されていなかった。米国は、OECDガイドラインの策定に当たり、利益比準法の導入と、それに伴う独立企業間レンジの概念の採用を働きかけたという⁽³⁸²⁾。

1995年のOECDガイドラインは、独立企業間レンジの概念につき「移転価格の算定は厳密な科学ではないことから、最も適切な方法を使った場合であっても、そのすべての信頼性が相対的に同等であるいくつかの数値からなるレンジが生み出される場合が多くある。・・・レンジの中の数値のバラつきは、比較可能な状況での比較可能な取引に従事する独立企業が、その取引につき全く同一の価格を設定しない場合があるという事実を表しているといえよう」⁽³⁸³⁾として、制約的な表現にとどまるものの、独立企業間レンジを受容するに至ったのである⁽³⁸⁴⁾。

2 2010年OECDガイドライン

1995年ガイドライン策定時の議論では、利益比準法を最後の手段として位置づけたとしても、その適用を完全に阻止できるわけではないことから、乱暴な適用を防いで納税者の権利を保護するために、OECDが利益比準法の適用を監視するとされていた⁽³⁸⁵⁾。

ところが、皮肉なことに、OECDが2006年5月に公表したディスカッショ

(382) 望月・前掲注(1)254頁。

(383) 1995年OECDガイドラインパラ1.45。

(384) 当時、OECD事務局であったFrances M. Hornerは、1979年報告書について、「独立企業間価格の概算値を算出するためには、複数の算定方法を用いることが有益であるかもしれないという立場をとりつつも、たとえ概算的なものであれ独立企業間価格は一つ(only one price)であると心に描いていたのかもしれない」と回顧している(Frances M. Horner(1996) “International Cooperation and Understanding: What's New About The OECD's Transfer Pricing Guidelines” University of Miami Law Review. Vol.50, pp.583-584)。同見解は、望月・前掲注(1)254頁でも引用されている。

(385) 氷見野・前掲注(311)166頁。

ンドラフトでは、企業の垂直的統合が多くの事業分野で急速に進展する中、比較対象取引を把握することの困難性や、税務当局がシークレットコンパブルに基づき、独立企業間価格を算定する場合の不公正さ等も指摘され⁽³⁸⁶⁾、伝統的な基本三法に依拠することの限界が示されている。また、OECD が 2008 年 1 月に公表したディスカッションドラフトでは、取引単位営業利益法は、伝統的な基本三法と比較して価格や機能に関する差異に寛大であるという長所が強調され⁽³⁸⁷⁾、公表データを利用する取引単位営業利益法が実務上、広く使われてきていることが述べられている⁽³⁸⁸⁾。

つまり、1995 年ガイドラインが公表された頃は、一部の国でしか移転価格課税が行われていなかったのに対して、その後、40 か国以上の国々で移転価格税制が導入され、各国で移転価格税制に関する実務上の進展や経験の蓄積が図られてきた結果、最適方法ルールの導入について OECD は検討することとなったのである⁽³⁸⁹⁾。OECD は長期間にわたる加盟国間の議論を経て、2010 年 7 月、基本三法優先を撤廃し、第 1 章で確認したとおり、日本もこれにハーモナイズする形で 2011 年度改正にて最適方法ルールを導入した。なお、図表 7 は、米国及び OECD における移転価格算定方法間の適用順位の変遷を示したものである。最終的には、2010 年の OECD ガイドラインが、当初、OECD が強く反対していた米国の 1993 年暫定規則に近い形で落ち着いたことが見て取れる。

(386) OECD “Comparability: Public invitation to comment on a series of draft issues notes” May 10, 2006. 特に pp.24,30-34 参照。

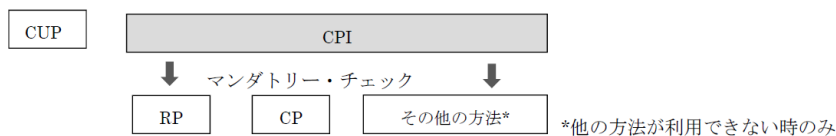
(387) 1995 年 OECD ガイドラインパラ 3.27。

(388) OECD “Transactional Profit Method: Discussion Draft for Public Comment” Jan.25,2008, para.1,2,11. 志賀櫻「移転価格税制の基本的諸問題・詳論」租税訴訟学会編『租税訴訟第 2 号—日本の税制改革の主要論点—』244 頁（財経詳報社、2008.11）でも、日本の課税実務上、残余利益分割法と取引単位営業利益法が多用される傾向にあるとされている。。

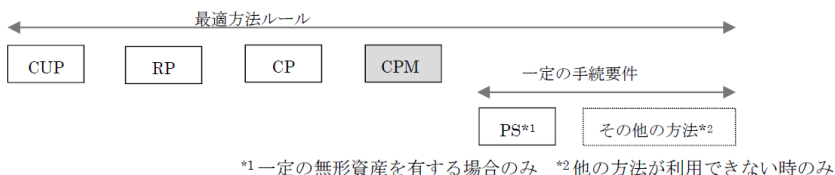
(389) Jeffrey Owens 「国際租税を巡る OECD の動向について」租税研究 704 号 94 頁（2008）。Mary C. Bennett 「租税条約及び移転価格税制に関する OECD における最近の議論と動向について」租税研究 728 号 125 頁（2011）も同旨。

図表 7 移転価格算定方法の位置づけの推移

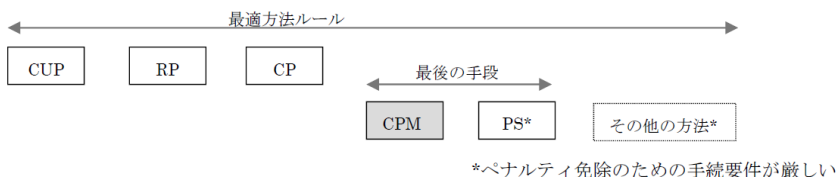
【1992年規則案】



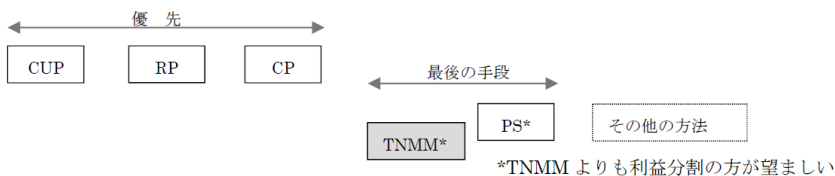
【1993年暫定規則・規則案】



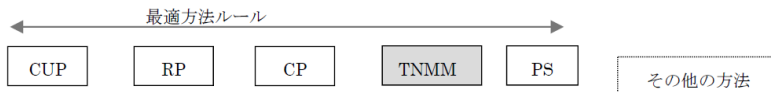
【1994年最終規則】



【1995年OECDガイドライン】



【2010年OECDガイドライン】



(注) CUP は独立価格（取引）比準法、RP は再販売価格基準法、CP は原価基準法、TNMM は取引単位営業利益法、PS は利益分割法を意味する。

(出典) 氷見野良三「移転価格税制に関する OECD ガイドラインと米財務省規則の改正について—国際的コンセンサスの再構築により米国の外国企業課税強化に歯止め」税通 687 号 167 頁（1994）。

3 考察

米国は、自らが直面した失敗に基づき、独立企業原則の新たな解釈・適用を考案してきた。OECDは、このような米国の移転価格税制の動向に対して警戒を強め、厳しく批判してきたが、その後の1995年OECDガイドラインでは、独立企業原則を基軸とすることを再確認し、利益比準法については、その適用を取引単位に限定した上で「最後の手段」としてのみ認めることで調整を図ってきた。こうしたOECDの態度が意味するのは、1995年OECDガイドライン成立時の歴史的背景を反映しているということである。すなわち、一步早く多国籍企業の移転価格を利用した租税回避に対応すべく利益法の実用化に踏み出した米国と、その時点ではまだ、価値ある無形資産取引を伴う大型事案に直面しておらず、利益法の経験も豊富でなかった他のOECD加盟国との間の認識の違いや、米国が外資系企業に対して利益法を適用することへの、他国の強い警戒感も反映されたものといえる⁽³⁹⁰⁾。

そして、2010年OECDガイドラインの改正においては、OECDが信念として保持してきた基本三法優先のルールを撤廃した。これもまた、2010年OECDガイドライン成立時の歴史的背景を反映したものといえよう。1995年OECDガイドラインが公表された後、各国で移転価格税制に関する経験の蓄積が図られ、また、中国やインドをはじめとする新興国を巻き込んだ国際化の更なる進展⁽³⁹¹⁾、無形資産取引を中心とする取引形態の多様化等、経済状況の急速な変化により、1995年改正当時と比較して、多国籍企業と税務当局を取り巻く環境が大きく相違してきたということである。最適方法ルールの導入は、自己創設無形資産の活用を中心とした多国籍企業グループ内での取引の複雑化の下で、価格に軸足を置いた比較対象取引を参照して独立企業間価格を算定する方法に優先順位を与える従来のルールが機能不全に陥っ

(390) 青山・前掲注(318)73頁。

(391) 中国及びASEANS諸国への日本企業の進出件数の増加、及び海外生産・売上の増加状況については、国際協力銀行業務企画室調査課「わが国製造業企業の海外事業展開に関する調査報告—2012年度海外直接投資アンケート結果(第24回)—」4-5頁参照。

ている実情に鑑みたもので、硬直的な算定方法がもたらす大型二重課税事案の発生に懸念を抱く納税者の声に応える趣旨の改訂でもあったともいわれている⁽³⁹²⁾。

また、独立企業間レンジの概念は、米国の 1992 年規則案に示されたように、複数の厳密ではない比較対象取引が受け入れられるように導入されたもので、IRS が関連取引と非関連取引との間の重要な差異の直接的な識別と計量化を断念し、統計学的アプローチを通じて重要な差異が間接的に考慮されるべきことを要求したことを意味する⁽³⁹³⁾。にもかかわらず、OECD は、制約的な表現にとどめるもののこれを受容した。そして、日本の裁判所は、従来、解釈論として独立企業間レンジを認めることに対して消極的ともとれる態度であったが⁽³⁹⁴⁾、第 1 章でみたとおり、2011 年度の通達及び事務運営要領の改正でこれを受け入れるに至ったのである。

ここまでの考察に付言するに、1979 年報告書は、税務当局よりの立場で書かれていたのに対し⁽³⁹⁵⁾、1995 年以降の OECD ガイドラインは、税務当局と納税者の双方を名宛人としている。こうした双方向性は、OECD ガイドラインの策定過程にも反映されており、両者が参画した結果、生まれたコンセ

(392) 青山慶二「税制改正大綱を評価する－国際的調和の観点から」税研 156 号 38 頁 (2011)。

(393) 飯守・前掲注 (354) 12 頁。

(394) 高松高裁平成 18 (2006) 年 10 月 13 日判決 (月報 54 巻 4 号 875 号) は、独立企業間レンジの概念が採用される余地はあるとしながらも、幅をもって算定されると、具体的税額が算定できず実務が混乱し、或は法律効果としての独立企業間価格が一点で決まる以上、要件としての同じ用語には解釈上幅があるという議論は許されない等として、幅の観念には消極的ともとれる判示を含んでいると解される (村井正『入門国際租税法』221 頁 (清文社、2013) 参照)。

なお、金子・前掲注 (36) 20 頁は、2011 年度改正 (独立企業間レンジの導入) を評価しているものの、独立企業間価格の上下一定の範囲の安全帯を設けるという考え方の導入の必要性を述べている。

(395) 平石・前掲注 (310) 53 頁によると、1979 年報告書に対して BIAC から反論書が提出され、企業の実情がもっと反映されるべきであり、特に企業に対する国際的二重課税の回避について何ら述べられていないことに対する不満が示されていたとのことである。

ンサスが 1995 年以降の OECD ガイドラインである⁽³⁹⁶⁾。これは、独立企業原則の新たな解釈・適用が、各国政府に限らず、納税者も含めた真の意味で、国際的に受け入れられたといっても過言ではないだろう。

いずれにしても、こうした歴史的経緯を観察することにより明確になったのは、本章第 1 節で確認したように、①独立企業原則は、その解釈・適用を柔軟に行うことによって新しい取引形態に対応する能力がある、ということに加えて、②国際的コンセンサスを得る能力があること、そして、③米国は自らの反省に基づく新たなアプローチを国際的に浸透させることによって、常に移転価格税制におけるフロンティア的役割を果たしてきたことである。米国が独立企業原則のもつポテンシャルを生かしつつ、現在もなお、国際社会をリードし続けているのは第 2 章で見たとおりであり、今後も独立企業原則を基軸とすることによって新たな取引に対応していくものと期待される⁽³⁹⁷⁾。勿論、期待のみでは何の解決にもつながらないことから、次章では、無形資産取引を中心とする比較対象取引が存在しない事案への対応について、日本が採るべき方向性について考察することとする。これに先立ち、ここまで十分な考察を加えることができなかった定式配分方式について、次節において検討を行うこととする。

(396) 小手川大助「国際課税をめぐる政策協調・移転価格ガイドライン策定に見る OECD の役割」金子宏編『国際課税の理論と実務・移転価格と金融取引』10 頁（有斐閣、1997）。

(397) John Neighbour and Jeffrey Owens(2002) “Transfer Pricing in the New Millennium: Will the Arm’s Length Principle Survive?” *George Mason Law Review Summer 2002*, p.956 は 20 世紀を振り返り、「問題は、どのくらい現在のコンセンサスが維持されるのかである。独立企業原則は、次世紀においても十分に国際的コンセンサスを維持すると信じている」と述べ、独立企業原則の柔軟性をその根拠として挙げている。Jeffery Owens (2005) “Should the Arm’s Length Principle Retire?” *International Transfer Pricing Journal*, Vol.12, No.3, p.101 も同旨。望月・前掲注 (1) 416-417 も参照。

第3節 定式配分方式の代替可能性

1 OECD の考え方と問題の所在

先述のとおり、経済状況の変化に合わせて、米国が主導となって独立企業原則の解釈・適用を柔軟に行い、それを国際的にも浸透させることによって、独立企業原則は国際的なコンセンサスの地位を築いてきた。日々、経済状況が刻々と変化する中で、独立企業原則のかかる地位は、今後どのように変化していくのであろうか⁽³⁹⁸⁾。多国籍企業の関連者間取引に関する課税ルールで、独立企業原則のアンチテーゼとして長い歴史を持つものに、定式配分方式がある⁽³⁹⁹⁾。定式配分方式とは、売上高・支払賃金・資産等の要素に基づく一定の定式によって、多国籍企業グループの全世界利益を各国に配分する方法をいう。税収分配の問題を形式的な割り切りによって、一刀両断に解決しようとするところにその特徴がある⁽⁴⁰⁰⁾。

小手川大助氏は、1995年OECDガイドライン策定時の議論について、次のように述べている。納税者にとっては、決められた公式による利益配分は、市場実態を反映していない上、取引段階での全世界的な情報の收拾は困難を伴うという問題がある。税務当局にとっては、各国が課税権を主張しあう結果、コンセンサスをまとめることが困難であるという問題がある。こうした理由から、定式配分方式は明確に否定された⁽⁴⁰¹⁾。

(398) OECDの租税政策局長であったJeffrey Owensは、1999年12月、次のとおり述べている。「最大のチャレンジは、独立企業原則を国際的スタンダードとして維持することである。…そして代替的方法（例えば、定式配分方式）では、現在直面している問題を乗り越えることはできない。つまり、それらは、問題を再公式化（reformulate）するにすぎない」（Jeffrey Owens(2000)“Tax Administrations in the New Millennium” Tax Notes International, Vol.20, No.1, pp.98-99）。

(399) 増井良啓=宮崎裕子『国際租税法〔第2版〕』169頁（東京大学出版会、2011）。ただし、Reuven S. Avi-Yonahは、独立企業原則と定式配分方式は、一つの連続線上の二つの先端にあり（they form the two extreme ends of a continuum）、両者は別個のものではないと述べる（詳細は、Reuven S. Avi-Yonah, *supra* note(276)pp.92-93参照）。

(400) 増井ほか・前掲注（399）169-170頁。

(401) 小手川・前掲注（396）14頁。

現行の OECD ガイドラインも、OECD 加盟国は、定式配分方式が独立企業原則に代わる現実的な方式であるとは考えていない旨を明らかにしている。定式配分方式を否定する理由には、①所得を按分するための具体的公式について各国が合意に至ることは、現実問題として不可能と考えられること⁽⁴⁰²⁾、②事前に決定される公式は恣意的で、市場の状況、各企業特有の状況等を無視することから、取引と十分に関連性のない利益配分を作り出すこと⁽⁴⁰³⁾、③為替変動への対応について、通貨の強い国で活動する関連者の利益を増加させること等がある⁽⁴⁰⁴⁾。同様に、2013年7月に公表された BEPS 行動計画⁽⁴⁰⁵⁾においても「定式配分方式等の代替的な所得配分方法が幾度か提言されているが、・・・すべての国の間で一貫して新しいシステムの詳細に合意して実行するには実際に困難が伴う」⁽⁴⁰⁶⁾として定式配分方式には消極的な見方を示している。

しかしながら、定式配分方式を見直す動きがあることも否定できない。例えば、本庄資教授は、米国のユニタリー・タックスの長い歴史や EU 域内で CCCTB の確立を目指す動きを顧みることなく OECD は定式配分方式を一蹴しているとして、一方的に多国籍企業サイドに立つ OECD の傲慢さを批判的に述べている⁽⁴⁰⁷⁾。更に、多国籍企業による移転価格操作に対する独立企業原則の執行能力を備えていない新興国は、独立企業原則の執行可能性について多くの問題を提起し、定式配分方式に関心を示してきているという実態があることも否定できない⁽⁴⁰⁸⁾。そこで、本節では、独立企業原則のアンチ

(402) 2010年 OECD ガイドラインパラ 1.23、1.24。

(403) 2010年 OECD ガイドラインパラ 1.25。

(404) 2010年 OECD ガイドラインパラ 1.26。その他にも、各構成企業の売上高の決定及び資産の評価（無形資産の評価）に困難が生じること、納税者に耐え難いコンプライアンスコストと資料提出要件をもたらすことを挙げている（2010年 OECD ガイドラインパラ 1.27、1.28）。

(405) BEPS については、前掲注（2）参照。

(406) OECD, Action Plan, *supra* note(2)p.20.

(407) 本庄・前掲注（3）242頁。本庄教授は、OECD が国際財務報告基準をめぐる欧米のコンバージェンスの歴史と今後の展望を顧みしていない点も指摘している。

(408) 本庄・前掲注（3）242頁。

テーゼともいわれる定式配分方式を巡る議論を概観し、定式配分方式が独立企業原則の代替たり得るのか考察を加えることとする。

2 ユニタリー・タックスの法理⁽⁴⁰⁹⁾

1968年規則の制定後、独立企業原則の限界が指摘される度に、その代替案として定式配分方式が議論されてきたが、その背景には、米国の州におけるユニタリー・タックスに関する議論がある⁽⁴¹⁰⁾。定式配分方式に関する連邦最高裁の判例は、資産税に関するものも含めれば、一世紀を超える集積があることから、ここでは、ユニタリー・タックスに係る連邦最高裁判決から得られる示唆について検討することとする。

ユニタリー・タックスについては、州課税権への連邦憲法上のデュープロセス条項上の制限及び通商条項上の制限との関係で争われてきた⁽⁴¹¹⁾。州における定式配分方式の採用の原点は、1870年代に複数の州にわたって鉄道事業や運送事業を営む法人に対する資産税の算定において、法人全体を一つのユニットと考え法人全体の価値に対して、州内に存在する路線距離の全体に対する割合を乗じる、という方法が採られたことに求めることができる⁽⁴¹²⁾。初期の頃は、各州が独立企業原則（*separate accounting*）を支持する傾向にあったが、次第に定式配分方式が標準的な方法となった⁽⁴¹³⁾。

(409) 本稿は、ユニタリー・タックスの適用を米国内に限定するための「水際方式（*Water's Edge Approach*）」については考察の対象外とする。かかる論点については、宮武敏夫「ユニタリータックスと国際的三重課税」ジュリ 822号 11-15頁（1984）、居林次雄「ユニタリータックスの諸問題」ジュリ 822号 16-21頁（1984）等に詳しい。

(410) 望月・前掲注（1）347頁は、*Musgrave, Mclure, Hellerstein*の所説、1981年GAOレポート等を分析し、独立企業原則の代替策として定式配分方式が1972年に降存し続けてきたと結論付けている。

(411) デュープロセス条項（憲法第14条修正第1節）、通商条項（憲法第1条第8節第3項）については、宮坂善寛『米国の州税制—法人税とユニタリー・タックス』90-95頁（日本貿易振興会、1985）参照。

(412) 宮坂・前掲注（411）16頁。松永邦男「合衆国における州法人課税の基本構造（四）—ユニタリー・タックス問題を中心として」自治研究 62巻 7号 105-106頁（1986）も同旨。

(413) *Mabel Newcomer* (1929) "State Taxation of Interstate Income of Manufacturing

まず、連邦最高裁は、独立企業原則をどのように評価していたのであろうか。この点に関しては、**Underwood Typewriter** 事件⁽⁴¹⁴⁾が参考となろう。コネチカット州では資産要素のみに基づく定式配分方式が採用されており、納税者はコネチカット州に工場を持っていたため、全体利益の 47%がコネチカット州の課税対象とされた。納税者は、独立企業原則に基づき算出される課税所得に比し、定式配分方式による課税所得は過大となっており、デュープロセス条項に反すると主張した。これに対して連邦最高裁は、稼得された利益は、コネチカット州における製造に始まり他州における販売に終わる一連の事業によるものであり、自州で行われた過程により獲得された利益を特定して配分することは不可能であるとして定式配分方式の適用を認めた。その後の **Mobil Oil** 事件⁽⁴¹⁵⁾においても、**Underwood Typewriter** 事件と同様の判断が下されている。

これらの判例からみるに、連邦最高裁は、独立企業原則では統合による規模の経済力から生ずる利益を捕捉し得ないという理由で、独立企業原則を否定し、定式配分方式によることを認めたと解される⁽⁴¹⁶⁾。ただし、その一方で連邦最高裁は、いかなる公式も少なからず恣意性が混入し、その合理性を説明するには限界があることも理解していた点は⁽⁴¹⁷⁾、注目すべきであろう。

他方、**Hans Rees' Sons** 事件⁽⁴¹⁸⁾においては、資産要素のみによるノース・カロライナ州の定式の合理性が争われた結果、連邦最高裁は、定式が不合

Corporations”*The Bulletin of the National Tax association*, Vol.15, No.1, p.13. ロバート・マキロイ「ユニタリータックスの誕生」*ジュリ* 822 号 6 頁以下 (1984) によると、まずは、源泉による配分方式が各州で採用され、次に、独立企業原則による振り分け方式が採用されたが、独立会計の客観性に問題が生じ、これを是正するために定式配分方式が各州で導入されたと説明されている。

(414) **Underwood Typewriter Co. v. Chamberlain**, 254 U.S.113 (1920) . 事件の概要は、主に岡村忠生「ユニタリータックスの理論とその問題点 (二)」*法学論叢* 119 卷 6 号 61 頁 (1986) を参照している。

(415) **Mobil Oil Corp. v. Comm'r of Taxes of Vermont**, 445 U.S. 425 (1980) .

(416) 岡村・前掲注 (414) 62 頁。

(417) **Mabel Newcomer**, *supra* note(413)p.12.

(418) **Hans Rees' Sons, Inc. v. North Carolina ex rel. Maxwell**, 283 U.S.123 (1931). 事件の概要は、岡村・前掲注 (414) 85 頁を参照している。

理であり違憲であるとした。ニューヨーク州の法人で皮革製品の製造販売を営む納税者は、製造をノース・カロライナ州の工場で行い、ニューヨーク州には販売事務所と倉庫を置いていた。工場がノース・カロライナ州に存在することから、全体所得の80%強がノース・カロライナ州に分配されたが、これに対して納税者は、利益全体を、①材料を安く仕入れることによるコスト削減（利益）、②製造利益、③販売利益に分け、②は全体の17%に過ぎず、ノース・カロライナ州の利益は多く見積もっても21.7%を超えないことを主張した。連邦最高裁は、「正確な分配は困難であるのは明らかであるから、州が本質的に恣意的とは言えない方法を採用したときは、その方法は、個別事案への適用が不合理かつ恣意的であることを示す証拠が提出されない限り維持される。」と述べたが、本件においては、この立証を納税者は行ったとして納税者勝訴の判決を下した⁽⁴¹⁹⁾。

次に、定式が州間で統一されていないことにより生じる「二重課税」について、連邦最高裁はどのように考えていたのであろうか。かかる点が判示された判例として、**Moorman Mfg. 事件**⁽⁴²⁰⁾が挙げられる。納税者はイリノイ州の法人で、イリノイ州の工場ですべての製品を生産し、その20%をアイオワ州で販売していた。イリノイ州が三要素型を用いているところ、アイオワ州の売上高単一要素型は二重課税をもたらすことになり、通商条項に反すると納税者は主張した。これに対して、連邦最高裁は、仮に二重課税があったとしても、アイオワ州の定式配分の方を違憲とする理由はないと述べた。また、二重課税のリスクは、異なる所得分割ルールを持つ複数の州で事業を営むときには常に存在し、仮にこれが通商条項上認められないとすれば、裁判所は所得分割についての統一ルールを作るという「広範な裁判所の立法（extensive judicial lawmaking）」を要請されることになるとして、納税者敗訴を言い渡した。この判決からうかがえる連邦最高裁の態度は、①所得配

(419) なお、この判決が契機となって、ノース・カロライナ州は州法を改正することになった（望月・前掲注（1）94頁）。

(420) *Moorman Mfg. Co. v. Bair*, 437 U.S.267 (1978). 事件の概要は、岡村・前掲注（414）82-83頁を参照している。

分方法に関する州の幅広い裁量の容認、②所得配分方法に関する司法審査の自己抑制、③統一ルール制定の適切な機関としての連邦議会の尊重といえる⁽⁴²¹⁾。

1911年にウィスコンシン州で法人所得税が採用されて以降、これを採用する州の数が増えるにつれて採用される定式の数も増えたが、徐々に資産、売上、賃金の三要素を使用するマサチューセッツ方式に収束していくことになった⁽⁴²²⁾。最終的に、多くの州で三要素型の配分方式が用いられているのは、多分に歴史的な経緯により決まった結果と解される。というのも、確かに、Underwood Typewriter 事件や Mobil Oil 事件等において、統合による規模の利益を捕捉し得ないという理論上の欠陥により、独立企業原則が否定された事実は否めないが、①Hans Rees' Sons 事件で見られるように、極端な所得配分結果をもたらす定式は徐々に排除されたこと⁽⁴²³⁾、②Moorman Mfg. 事件で明らかとなっており、二重課税を不可避的なものであると考えていたこと⁽⁴²⁴⁾、③定式の配分要素について、後述する Container Corp. 事件をはじめ多くの判決で、三要素型により積極的な評価を与えたこと⁽⁴²⁵⁾が背景にあると認められるためである。

(421) 岡村・前掲注(414) 83頁。松永邦男「合衆国における州法人課税の基本構造(三) —ユニタリー・タックス問題を中心として自治研究 62 巻 5 号 146-148 頁(1986)も、Moorman Mfg. 事件判決は、単一要素型の採用が特定の州に著しく有利な結果をもたらすことを認めながらも、判決はその合憲性を認めており、判決がこのような抑制的な態度をとってきた理由は、どのような課税物件の振り分け方式を採用するかは「司法的判断」よりも「立法的判断」になじむものという認識があったためと分析している。

(422) 望月・前掲注(1) 96頁。

(423) 望月・前掲注(1) 96-97頁。他方、松永・前掲注(412) 106頁は、Hans Rees' Sons 事件、及び同様に違憲とされた Norfolk & Western Railway Co. 事件 (Norfolk & Western Railway Co. v. Missouri State Tax Commission, 390 U.S. 317, 88 S.Ct. 995(1968)) については、極めて特殊な事件であり、先例としての価値は極めて限定的なものとして位置づけている。しかしながら、本稿は、連邦裁判所が抑制的なスタンスを採る中でも、極めて極端な結果となるものについては排除していたという事実に着目した。

(424) ユニタリー・タックスを原因とする二重課税は、関係者から容認されるほど小さかったともいえる(望月・前掲注(1) 99頁参照)。

(425) 宮坂・前掲注(411) 18頁。

しかし、こうした一世紀を超える判例の集積により、定式配分方式は三要素型に収束していったものの、現在も、売上のみを要素とする州や、三要素型を用いる場合であっても売上高の二倍加重を行う州がある等、完全には統一されておらず、多種多様な公式が混在していることは看過できない⁽⁴²⁶⁾。この背景には、Moorman Mfg.事件のように、連邦最高裁が州の課税権に係る憲法上の制限に対して、極めて抑制的な態度をとってきたことが大きいと解される⁽⁴²⁷⁾。いかなる配分要素を組み合わせるかの判断に当たっては、でき

(426) 岡村・前掲注(283)120頁。望月・前掲注(1)97-98頁も同旨。次表は、各州が採用する公式の状況を示したものであり、多様な公式が用いられていることが明らかである(2012年12月時点)。

州名	配分要素			州名	配分要素			州名	配分要素		
	売上	資産	賃金		売上	資産	賃金		売上	資産	賃金
Alabama	◎	○	○	Kentucky	◎	○	○	North Dakota	○	○	○
Alaska	○	○	○	Louisiana	○	○	○	Ohio	○	○	○
Arizona	80%	10%	10%	Maine	○			Oklahoma	○	○	○
Arkansas	◎	○	○	Maryland	◎	○	○	Oregon	○		
California	◎	○	○	Massachusetts	◎	○	○	Pennsylvania	90%	5%	5%
Colorado	○			Michigan	○			Rhode Island	○	○	○
Connecticut	○			Minnesota	93%	3.5%	3.5%	South Carolina	○		
Delaware	○	○	○	Mississippi	No general Formula.			South Dakota	State does not tax.		
District of Columbia	◎	○	○	Missouri	○	○	○	Tennessee	◎	○	○
Florida	◎	○	○	Montana	○	○	○	Texas	○		
Georgia	○			Nebraska	○			Utah	○	○	○
Hawaii	○	○	○	Nevada	State does not tax.			Vermont	◎	○	○
Idaho	◎	○	○	New Hampshire	◎	○	○	Virginia	◎	○	○
Illinois	○			New Jersey	70%	15%	15%	Washington	State does not tax.		
Indiana	○			New Mexico	○	○	○	West Virginia	◎	○	○
Iowa	○			New York	○			Wisconsin	○		
Kansas	○	○	○	North Carolina	◎	○	○	Wyoming	State does not tax.		

(注) ◎は売上高二倍加重を意味する。表は、各州の原則的公式を一覧にしたものであり、各州で認められている他の公式については、出典を参照。

(出典) Timothy Bjuе, Cathleen Calhoun, Rocky Mengle (2012) “2013 State Tax Handbook” CCH, pp.329-333 を基に作成。

(427) 冒頭に紹介した Underwood Typewriter 事件においても、裁判官が主体的に定式の合憲性を審理するのではなく、立証責任の問題として事案を処理している(254 U.S.113, *supra* note(414)p.121)。原文は、“There is, consequently, nothing in this record to show that the method of apportionment adopted by the State was

るだけ多くの税収を自州に引っ張ってくる事が可能となる要素を選びたい、という各州の現実的な計算も大きく働くところであり、そのためには敢えて他州とは異なる方式を採用するという事も、州の自律性が高度に尊重される米国においては珍しいことではないと理解されている⁽⁴²⁸⁾。

ところで、明確にしなければならないのが、定式配分方式が州の法人所得課税の主流となったのは、決してこの方法が理論上、独立企業原則よりも優れていたためではなく、各州にとって使い勝手がよかったためという点である⁽⁴²⁹⁾。定式配分方式が必ずしも理論的に完全無欠な制度ではないという点は、定式配分方式を全世界的に適用する場合に、地域ごとの投資に対する利益率の差の問題として顕著に表れる。これは、定式配分方式の全世界的な適用に反対する主張の論拠ともなっている⁽⁴³⁰⁾。

定式配分方式は、各要素の持つ価値がいかなる地域においても同等であることをその前提としている⁽⁴³¹⁾ことに重要な問題が潜んでおり、**Container Corp.**事件⁽⁴³²⁾では、この点が争点となった⁽⁴³³⁾。納税者はシカゴに本部を置き、段ボールパッケージの製造販売を営むデラウェア法人である。カリフォルニア州にも支店を置くほか国外に 20 の子会社を有しており、それらは納税者と同様の事業を営んでいた。これら全体利益に対するカリフォルニア州

inherently arbitrary.”である。

(428) 松永邦男「合衆国における州法人課税の基本構造（七）—ユニタリー・問題を中心として自治研究 63 巻 4 号 83 頁（1987）。

(429) 松永氏は、この点について Benjamin F. Miller の言葉を借り「それ（筆者注：定式配分方式）は『正確な答えのない問題に対する実際的な回答（a pragmatic answer to a problem without a precise solution）』であった」とも述べている（松永邦男「合衆国における州法人課税の基本構造（六）—ユニタリー・タックス問題を中心として」自治研究 63 巻 2 号 81 頁（1987）参照）。

(430) 岡村・前掲注（414）86、89 頁。宮坂・前掲注（411）261 頁。

(431) 詳細は、岡村・前掲注（414）86 頁、松永・前掲注（412）89 頁参照。

(432) **Container Corporation of America v. Franchise Tax Board**, 463 U.S. 159 (1983). 事件の概要は、主に岡村・前掲注（414）86-87 頁を参照しているが、宮坂・前掲注（411）123-148 頁、中里実『国際租税法上の諸問題』80-87 頁（総合研究開発機構、1985）にも詳しい。

(433) 松永・前掲注（412）88-89 頁は、従来にはなかった観点からの問題提起と評している。

の定式配分方式の適用が争われた事件が本件である。納税者は、同じ1ドルの所得を得るためであっても、国によって必要な投入量が異なることを主張した⁽⁴³⁴⁾。

これに対して連邦最高裁のブレナン裁判官が、「(所得分割の)理想的な方法は、実際に執行するのが困難であるのみならず、理論的に記述することも困難である」と指摘した上で、定式配分方式は、その「不完全な代替策」であり、真の所得分割の「おおまかな近似値 (rough approximation)」を与え

(434) Franklin C. Latsham(1984) “Worldwide Combination and the Container Case : A Perspective on Unitary Taxation” 2 International Tax & Business Lawyer pp.35-36. 証拠として提出された「\$1.00の純所得を得るために必要な投入量(1963-1965年の平均)」は以下のとおり。

Country	賃金 (Payroll)	売上高 (Sales)	資産 (Property)
United States	\$ 3.34	\$ 10.65	\$ 4.83
Colombia	0.27	5.17	4.74
Mexico	1.53	10.69	6.29
Venezuela	0.81	4.73	3.40
West Germany	3.95	17.62	9.73
Netherland	0.96	7.98	1.59

(出典) Franklin C. Latsham(1984) “Worldwide Combination and the Container Case : A Perspective on Unitary Taxation” 2 International Tax & Business Lawyer p.36.

また、Container Corp.は、「独立企業原則と定式配分方式により計算した所得の算定結果(1963-1965年の平均)」も提出しており、計算結果が大きく異なることが見て取れる。

Country	独立企業原則による 税引前所得	定式配分方式による 税引前所得
Container (U.S.) ①	\$ 28,121,000	\$ 32,068,000
Columbia	4,254,000	2,203,000
Mexico	1,605,000	1,430,000
Venezuela	4,246,000	1,907,000
Panama	1,286,000	—
Austria	(13,000)	11,000
West Germany	1,793,000	2,906,000
Holland	384,000	197,000
Italy	34,000	968,000
Total Foreign②	13,588,000	9,642,000
Total Combined (①+②)	\$ 41,710,000	\$ 41,710,000

(出典) Franklin C. Latsham(1984) “Worldwide Combination and the Container Case : A Perspective on Unitary Taxation” 2 International Tax & Business Lawyer p.35を加工。

ればそれでよいと述べたことは注目に値しよう。Container Corp.事件をはじめ多くの判決⁽⁴³⁵⁾において、定式配分方式の下では「おおまかな近似値」を与えればそれでよいとされたことは、定式配分方式の適用結果が不当であることを主張する納税者にとっては、極めて重い立証責任を負わされるという従来の考え方をより強固にしたと評価されている⁽⁴³⁶⁾。

このように見てくると、国際的な移転価格問題に定式配分方式を適用する場合、①定式について最終的な合意に至らない可能性が高いこと、②定式配分方式は独立企業原則より必ずしも理論的に優れたものではないこと、③定式配分方式の下で争う場合、納税者は極めて重い立証責任を負わされるということが米国の州レベルの経験から導かれる。また、先述の Moorman Mfg. 事件の連邦裁判所の態度を振り返るに、仮に定式配分方式を国際的に用いる場合には、各国課税権の調整を行う必要もあるため、州における UDITPA 等⁽⁴³⁷⁾に代わる国際的な法規範や、連邦裁判所に代わる国際司法機関までも必要になり⁽⁴³⁸⁾、国際的に定式配分方式を導入するのは容易ではないと結論付けられる。

3 新興国における独立企業原則

米国のユニタリー・タックスに係る研究を手掛けてきた松永邦男氏は、1987年に著した論文を次の言葉で締めくくっている。「当面直ぐの可能性というわけではないが、今後ユニタリー・タックス方式による課税が問題となるとすれば、・・・特に発展途上国において、なんらかのユニタリー・タック

(435) 例えば、International Harvester Co. v. Evatt, 329 U.S.416 (1947)参照。

(436) 松永・前掲注(428)90頁。

(437) UDITPA (原題: Uniform Division of Income Tax Purposes Act) は、ユニタリー・タックスの適用の統一を図るために1957年に定められたモデル法典である。UDITPAの邦訳は、松永邦男「合衆国における州法人課税の基本構造(八)ーユニタリー・タックス問題を中心として」自治研究63巻7号87-98頁(1987)参照。UDITPAの他にも1967年の「多州間租税協定」の発効や全米租税協会の活動等、定式の統一を図るために長年に亘る努力が払われてきたことも看過できないだろう(詳細は、本庄資『アメリカの州税』73頁(財経詳報社、1986)参照)。

(438) 望月・前掲注(1)347頁参照。

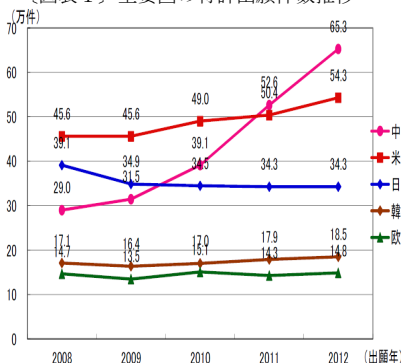
ス方式による課税が検討されるようになった時であろう」(439)。当時から約30年経過し、こうした時期は既に到来を告げている。第2節でも触れたとおり、近年のアジア市場の拡大に伴い、アジア諸国に設置した製造販売拠点との間で、無形資産が絡む取引は増加し続けている(440)。

2012年10月、国連・税の国際協力に関する専門委員会は「途上国のための実務的移転価格マニュアル」(以下「国連マニュアル」という。)を公表した(441)。経済のグローバル化に伴い多国籍企業の活動が活発化している新興国においても、移転価格税制の適正な執行が重要性を増し、法制度の骨格は整備されつつあるものの、同制度の解釈・適用に関しては、新興国固有の問題を反映した実務的な指針が不足しているとの声を受けて国連マニュアルは作成された(442)。国連マニュアルの中でも注目すべきは、第10章で、新興国

(439) 松永邦男「合衆国における州法人課税の基本構造(一四・完)ーユニタリー・タックス問題を中心として自治研究67巻2号119頁(1987)。

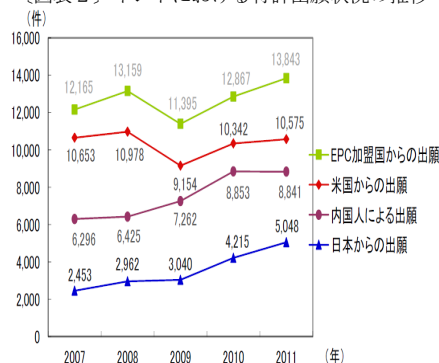
(440) 各国の特許出願件数は、図表1のとおり、特に中国が急激に増加している。インドにおける特許出願の国別内訳は、図表2のとおり、日本も含め増加傾向にあり、外資系企業の出願が約75%を占めている。

〔図表1〕主要国の特許出願件数推移



(出典) 特許庁「行政年次報告書2013年版」7頁。

〔図表2〕インドにおける特許出願状況の推移



(出典) 特許庁「行政年次報告書2013年版」18頁。

(441) 原題は、United Nations “Guide to the Manual Agreement Procedure under Tax Treaties”である。

(442) 青山慶二「国連モデル条約の下での移転価格マニュアルの概要」青山慶二主幹『グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方』63頁(21世紀研究所、2013)。

が直面している問題や固有の考え方が顕著に表れているといわれる⁽⁴⁴³⁾。最近では BRICS の一員であるインドが、経済の発展に伴い国際社会において発言力を増していることから、ここでは、インド固有の独立企業原則の解釈・適用について概観することとする⁽⁴⁴⁴⁾。

国連マニュアル第 10 章において、インドは、自国の移転価格税制は独立企業原則に基づいたものであると述べているが、インドの基本的考え方は、OECD の考え方と一致しているとは言い難いものがある。例えば、インドは、果たす機能、使用する資産及び引き受けるリスクのうち、リスクについては独立したファクターとして考えていない。リスクは性格上、機能や資産と類似するものであることから、リスクのみを個別に評価する必要はないという論理である⁽⁴⁴⁵⁾。

こうした考え方は、近年のインドの裁判例からもうかがうことができる。例えば、GE 事件⁽⁴⁴⁶⁾において、バングロア所得税裁判所は、コアとなる機能やキーとなる最終決定権を誰が有しているかが機能・リスク分析において重要

国連マニュアルの構成は、第 1 章で全体のアウトラインを示し、第 2 章から 4 章にかけて技術的なアドバイスが盛り込まれている。第 5 章、6 章では比較可能分析、独立企業間価格算定方法についての課税ポリシー、第 7 章では文書化について、第 8 章、9 章では移転価格調査とリスク分析、紛争の回避と解決についての技術的な分野が議論されている。最後の第 10 章では特定国(ブラジル、中国、インド、南アフリカ)の実践例が紹介されている。

(443) 例えば、ブラジルは、独立企業間価格算定方法は基本三法のみで、再販売価格基準法と原価基準法の適用に当たっては、比較対象取引を用いるのではなく、売上利益率に対する固定利益率等を法定している点で、OECD ガイドラインとは乖離が認められる(United Nations, *supra* note (441) para.10.1.)。中国は、信頼できる比較対象取引が存在せず、先進国のそれを用いる場合には、地理的差異の調整の必要性、LSA の考慮を重視している(United Nations, *supra* note (441) para.10.2.)。

(444) インドでは 2001 年 4 月 1 日に移転価格税制が導入され、Section 92 to 92F of the Income Tax Act, 1961; Rules 10A to 10E of the Income tax Rules, 1962 に規定されている。移転価格調査が本格的に行われるようになったのは、2005 事業年度分からといわれている(高野一弘「インド進出にあたって知っておくべき移転価格税制」国際税務 33 巻 6 号 80 頁 (2013))。

(445) United Nations, *supra* note (441) para.10.3.4. 原文は、“…, risk is not an independent element but is similar in nature to functions and assets.”である。

(446) GE India Technology Center Private Limited vs DCIT, Circle 11(3), Bangalore [ITA No.789/Bang/ 2010 & ITA Nos.487 & 925/Bang/2011]

であるとしながらも、コアとなる研究開発機能はインド子会社にあり、そこで一定の意思決定がなされている以上は、遠く離れた国外に所在する親会社がコントロールできるリスクは極めて限定的である（very limited）と判示している⁽⁴⁴⁷⁾。インドの移転価格税制上、リスクの配分や機能の移転について規定した法令は存在しないが、どのようにリスクを配分するかについては、判例法理により確立されてきたといわれている⁽⁴⁴⁸⁾。

過去 10 年から 15 年の間に、インドは受託研究開発センターとして最適のロケーションとして位置づけられるようになった。独立企業原則の下では、リスクを負担していない者に対しては、リターンは少なくともよいという経験則があり、ここから導かれるのが、インドの受託研究開発センターに帰属させる利益も少なくともよいという考え方、ひいては、取引単位営業利益法の適用である。取引単位営業利益法の適用は、インドの税務当局にとっての長年にわたる懸念事項であった⁽⁴⁴⁹⁾。かかる懸念を払拭するために、インドが独自に生み出した独立企業原則の解釈・適用を宣言したものが国連マニュアル第 10 章であろう。そして、その解釈・適用をより明確化するために、2013 年 5 月、インドは次の二つの通達を発遣したものと思慮される⁽⁴⁵⁰⁾。

一つ目の通達は、利益分割法の適用を推奨するものである。その中では、

(447) *Ibid.*, para 32,35,36.

(448) Bipin Pawar, Utpal Sen and Deepanjan Mita(2013) “India Transfer Pricing Forum BNA”The Bureau of National Affairs,Inc.

(449) Aseem Chawla and Anuj Mathur(2013) “Transfer Pricing Guidance on R&D Activity Wither TP Litigation?”International Taxation Vol.8,pp.570-571. CA Caurav Grag(2013) “ India’s Official Guidance on Transfer Pricing of Development Centre”International Taxation Vol.8,pp.463-465.なお、2007 年 IFA のブランチレポート (M.Butani) では、ロケーションセービングは比較対象取引の選定過程において考慮されるべきであるという見解が示されていたことに鑑みると (IFA, *supra* note(556)pp.319-340) 本文に記述した懸念は、近年急速に強まってきたものと思慮される。

(450) Bipin Pawar, Utpal Sen and Deepanjan Mita,*supra* note (448) は、納税者の予測可能性を確保するために通達を発遣したと述べるが、その背景には納税者と税務当局との争いが絶えないという実態があったといわれている (Ashutosh Mohan Rastogi(2013) “Circular No.3 of 2013-Clearing the Smoke on ‘Contract R&D’” International Taxation Vol.8,p.461 参照)。

研究開発活動に要するコストと開発された無形資産のリターンには関連性がないとされている。そして、受託研究開発サービスに係る独立企業間価格の算定は、コストプラスマークアップを利益水準指標とする取引単位営業利益法よりも、利益分割法が適切であるとしている。仮に、利益分割法以外の方法を適用する場合であっても、ロケーションセービング等に係る適正な利益の上乗せが必要となることを示している⁽⁴⁵¹⁾。二つ目の通達では、インドの受託研究開発センターが、リスクが限定されたサービスを行っているに過ぎないと認定されるための5つの要件が記述されている。具体的には、外国のプリンシパルが、①経済的に重要な機能を有すること、②資金・資本、無形資産を含む経済的に重要な資産を有すること、③戦略的に研究開発機能を管理支配する能力を有すること、④リスクを負っていること、⑤研究成果に対する法的・経済的所有権を有していることである⁽⁴⁵²⁾。

移転価格税制におけるリスク分析の重要性については、アドビ事件をとおして確認したが、こうしたインド固有の独立企業原則の解釈・適用を OECD ガイドラインと比較すると、独立企業原則に沿ったリスク負担に従って関連者間の利益配分を決定するという OECD の基本的な考え方の齟齬、及び独立企業原則に基づく適切な利益分割法の適用との乖離等の問題がうかがえる⁽⁴⁵³⁾。

ただし、こうした国際的スタンダードとは異なる独立企業原則の解釈・適用を巡っては、インド国内においても「新たな通達は、これまで事実認定に強く依拠してきた独立企業原則を衰退させるものである」⁽⁴⁵⁴⁾という批判等、

(451) Circular No.2/2013,Dated 26-3-2013. 更に、調査官は利益分割法を適用するために十分な情報収集を行い、利益分割法以外の方法を適用する場合は、その理由を記録しなければならないとされている。PwC「Topics」国際税務 33 巻 5 号 8 頁(2013)も参照。

(452) Circular No.3/2013,Dated 26-3-2013. PwC・前掲注(451) 7 頁も参照。

(453) 山川・前掲注(26) 308 頁、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 289-290 頁。

(454) S.P. Singh and Richa Gupta(2013) “Transfer Pricing for Captive R&D Centers in India- Do the Recent Circulars provide the required clarity?” International Taxation Vol.8,pp.451-452.また、CA Caurav Grag,*supra* note(449)p.465 は、新通

懐疑的な見解も少なくない。インドの最近の判決をみるに、GAP 事件⁽⁴⁵⁵⁾のように裁判所が OECD ガイドラインに沿った合理的な判断を下す事案もあり、インド固有の独立企業原則の解釈・適用が今後、どのような方向へ向かうのかは現在のところ未知数といえる⁽⁴⁵⁶⁾。しかしながら、インド税務当局による移転価格課税は近年強化されてきており⁽⁴⁵⁷⁾、訴訟で争うにしても判決が確定するまでに 10 年から 20 年の年月を要するといわれていることから⁽⁴⁵⁸⁾、一旦、更正処分を受けた納税者の負担は相当重いものと考えられる。

特に、リスクの評価、ロケーションセービング、無形資産から生ずる所得の帰属といった問題は、インドに限らず新興国と先進国との間で見解の相違が生じやすい論点といわれている。日本から新興国に進出する多国籍企業の

達には利益分割法の適用上の問題に関して明確さが欠けることを指摘している。V.S. Wahi(2013) “Transfer Pricing of R&D Service Provided through Indian Development Centres-An Audit Approach” *International Taxation* Vol.8,p.457 は、新通達は、納税者を拘束するものではないことを指摘している。

(455) GAP International Sourcing (India) Private Limited v. Assistant Commissioner of Income Tax Delhi ITAT, ITA No.5147 of 2011 and No.228 of 2012. GAP 事件については、手塚崇史「インド・GAP 事件の検討—ロケーション・セービングに関する判示の影響—」*国際税務* 33 巻 9 号 84-91 頁 (2013)、Manoj Raj,Yves Herve, Horgor Lorenzen and Manish Sabharwal(2013)“Transfer Pricing in Developing Countries Examining the Gap”*Transfer Pricing Report*,Vol.21,p.1047、J. Harold McClure and Thomson Reuters (2013) “GAP’s Win in India: Implications for Procurement Transfer Pricing”*Transfer Pricing Report*,Vol.21,p.902 に詳しい。

(456) D.P.Sengupta(2012) “The impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties”Michael Lang edit.Cambridge University Press,p.18 では、コモンロー国であるインドでは、国内法及び条約がどうであれ、その解釈については裁判所が最終決定権を有しており、通達には法的拘束力がないと述べられている。

(457) 移転価格調査対象として年間 1,500 件が選定され、これらの半分以上が更正処分を受けている。裁判所は多くの移転価格事案を抱え、5 年間で 500 件以上の判決を下すという状況にあるという (Rahul K Mitra,Amitava Sen and Nishant Sani(2013) “Transfer Pricing in India—Better and sunny days ahead”*International Taxation*,Vol.8,p.66)。

(458) 詳細は、Sriram Govind and Samira Varanasi(2013) “Dispute Resolution in Tax Matters: An India-UK Comparative Perspective” *International Taxation*,Vol.9, p.315 参照。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) によると、インド課税当局はたとえ下級審で負けても、原則、最高裁まで争うというポリシーを採っているとのことである。

数は急激に増加しているところ、今後は、これまで以上に新興国の動向に注視する必要がある。

結局のところ、本稿は、独立企業原則の解釈・適用について、これまでその柔軟性を検証し、それを高く評価してきたが、柔軟であるが故に、経験の浅い新興国によって特有の解釈・適用が主張されることも否めないということであろう。加えて、新興国においては独立企業原則の執行上も、上場企業が少ないために比較対象取引が存在しない等という困難な問題に直面しており⁽⁴⁵⁹⁾、また、かつての日本のように独立企業原則を執行するに当たって、恒常的なマンパワー不足に陥っている国もみられるようである。ロバート・マキロイ教授は、米国の連邦レベルでは独立企業原則が採用されているのに対して、州レベルでは定式配分方式が採用されることとなった要因として、人員上の理由を挙げていた。IRS に比して、州の人手は何十分の一にしか過ぎなかったことから、州では、より簡便な定式配分方式が一般的になったという⁽⁴⁶⁰⁾。かかる実情は、現在、新興国が抱えている執行上の問題と共通するものがある。今後は、こうした新興国が抱える問題の特殊性を十分に理解した上で、独立企業原則の解釈・適用の国際的コンセンサスの形成が求められているといえる。

4 共通の統合法人課税ベース

Hubert Hamaekers は、2005年に著した論文で、20年前であったら、定式配分方式を全世界的に適用することは下手な解決策（poor solution）と考えていたが、2001年以降のEUの動きをみると必ずしもそうは言いきれないと述べている⁽⁴⁶¹⁾。近年、EUにおけるCCCTB提案を契機として、定式配

(459) 三塚一彦「最近の相互協議の状況を中心に（特にアジアを中心に）」国際税務 33 巻 7 号 26 頁（2013）では、一般論として、新興国の場合、上場企業が少なくことから比較対象取引が不足しており、仮に、アジア諸国全体から比較対象取引を選定した場合、ロケーションセービングやマーケットプレミアム等が主張され、解決を困難にさせることが述べられている。

(460) ロバート・マキロイ・前掲注（413）9 頁。

(461) Hubert Hamaekers（2005）“Income allocation in the 21th century: the end of

分方式が見直されつつある。

2011年3月、EUの欧州委員会は、域内に本拠を有し複数の構成国で事業展開を行うグループ法人に対し、共通の統合法人課税ベース CCCTB を提案した。ここでは、加盟国間における法人税率の協調の重点は、課税ベースにおかれており、法人税の税率についてはフェアな租税競争に委ねる態度が示されている⁽⁴⁶²⁾。具体的に提案された CCCTB は、共通の統合法人課税ベース計算方式により課税ベースを算定し、その結果算出された当該グループ法人の連結所得を三要素（労働・資源・売上）からなる定式によりメンバー法人居住地構成国に分配して、最後に各国の法人税率を適用し納税額を算出するというものである。

他方、CCCTB 提案の発表後、英国、オランダ、アイルランドを含む8か国が反対意見を表明した。英国やオランダが反対する背景には、要素のウェイト付けの如何は構成国の税収に直接影響を及ぼすというセンシティブな問題があるといえる⁽⁴⁶³⁾。なぜなら、損益通算がもたらすマイナスの影響は、黒字会社が居住する投資回収率のよい管轄権においてより強く出ることから、CCCTB は損益通算の仕組みを通じて、納税者は確実にメリットを享受する一方、これとは逆に、歳入当局はA国からB国へのシフトといった影響を無視できないためである⁽⁴⁶⁴⁾。また、ドイツに関しても、CCCTB を全面的に支持しているわけではなく、単に、ボーダレスを基本とする CCCTB の考え方 (idea) に理解を示しているだけとの見方すらある⁽⁴⁶⁵⁾。

transfer pricing? Introduction Speech” International Transfer Pricing Journal, Vol.12, No.3, p.97.

- (462) 吉村典久「法人税率の国際的調和・税率構造」税研 160号 40-41頁 (2011) は、法人税率ではなく法人税の課税ベースの協調に目が向けられるようになった背景として、一般的な法人税率に関する租税協調は、加盟国間での利害対立が激しく、その実現は困難であることが認識されたことを挙げている。
- (463) 青山慶二「EUにおける共通統合法人税課税ベース指令案の予備的考察」筑波ロー・ジャーナル 11号 22頁 (2012)。
- (464) 青山・前掲注 (463) 22頁。
- (465) Tim Hackemann(2012) “Group Taxation in the European Union Unitary vs. Pre-Country Approach – Allocatig Taxing Powers within the European Union” Isabelle Richelle, Wolfgang Schön, Edoardo Traversa edit., MPI Studies in

そもそも CCCTB 提案は、域内統合の障害をなくすという政治的・経済的文脈の下でなされている。統一通貨としてユーロが採用され、金融政策が共通化し、通関手続きや国境管理等がほぼポータレスになった段階で、税制面においてより一層の統合を目指すものであって、いわば、一つの連邦国家に近い仕組みに向かおうという流れである⁽⁴⁶⁶⁾。こうした政治的・経済的状況を踏まえて、Hellerstein は、EU は定式配分方式を採用するに機が熟した (ripe for the application) と表現している⁽⁴⁶⁷⁾。同氏は、米国、カナダ、スイスの各州で定式配分方式が機能している理由について、EU と同様のバックグラウンドがあることも指摘している⁽⁴⁶⁸⁾。

ところで、最近では欧州統合の教訓を参照して、豪州とニュージーランド間の税制の調和が有益である旨が論じられているという。かかる議論に対して増井良啓教授は、コモンウェルスの中でも地域的・社会的・経済的に特に密接な関係にある二国の間での調和を目指すものであって、同じく地域的・経済的に密接な関係にある国々であっても、例えば、インドネシアやマレーシアは念頭に置いていないことに留意すべき旨を述べている⁽⁴⁶⁹⁾。

こうして考えると、定式配分方式の世界的な導入可能性について考える場合、CCCTB 提案は、その動向を注視しつつも、十分に距離をもって対象化した上で、その含意を慎重に検討すべきものといえる⁽⁴⁷⁰⁾。なお、EU における過去の議論を振り返るに、独立企業原則は、所得の配分を決定するに当たって、最も正確な解決策であることが確認されており⁽⁴⁷¹⁾、少なくとも「理論

Tax Law and Public Finance, Vol.2, p.130.

(466) 増井義啓「法人税制の国際的調和に関する覚書」税研 160 号 36 頁。

(467) Hellerstein, Walter (2005) “The Case for Formulary Apportionment” International Transfer Pricing Journal, Vol.12, No.3, p.111.

(468) Hellerstein, Walter, *supra* note (467) p.110.

(469) 増井・前掲注 (466) 36-37 頁。

(470) 増井・前掲注 (466) 36 頁。

(471) Commission of the European Communities, Commission Staff Working Paper, Company Taxation in the internal Market, SEC (2001)1681, Sec.17.1 p.407 (Oct.23,2001). 原文は、“Theoretically, separate accounting is the most accurate solution in that it follows a ‘bottom up’ approach, with each transaction being individually recorded in the accounts of its respective jurisdiction so that the

面」において定式配分方式が優れているという認識は、EU 域内に存在しないと解される。

5 独立企業原則と定式配分方式の正当性

川端康之教授は「482 条は、所得の人的帰属の決定、実質主義、法人格否認等の法的性質を併有するものとして理解され、具体的事案においてはそれらアマルガムの多様性の如何なる側面が正面に出るかにより、配分・調整の内容が異なる」⁽⁴⁷²⁾と述べる。482 条は、いかなる基準によって総所得等の配分をなすべきかについて、何の定めも置いていないが、独立企業原則にはどのような正当化根拠があるのだろうか⁽⁴⁷³⁾。

1967 年 11 月、Stanley S. Surrey は、1968 年規則の適用は、経営管理及び会計の基準に準拠すべきであると述べている。というのも、これらの基準は、その分野の専門家によって発展を遂げ続けており、これらに準拠することによって、税務執行を常に発展の主流に置くことができる (keep tax administration within the mainstream) ためである⁽⁴⁷⁴⁾。更に、同氏は「税務当局は、市場に支配される取引を問題視したりはしない。・・・税務当局の責務は、市場の不当性や不正を正すことでもなければ、まずい取引を公正な取引に修正することでもない。・・・税務当局は、市場を、それが日々機能しているがままに受け入れる」⁽⁴⁷⁵⁾として、独立企業原則を税務当局による忒

correct source of any profit can be identified”である。

(472) 川端康之「米国内国歳入法典 482 条における所得配分 (4・完) —関係理論から見た「所得創造理論」—」民商 101 卷 5 号 687 頁 (1990)。

(473) 増井教授は、その解釈によっては、費用収益を対応させる形等で 482 条を適用するといった別の発展の可能性もあり得たはずと述べている (増井・前掲注 (18) 172 頁)。

(474) Stanley S. Surrey(1973) “The United States Tax System and International Relationships-Current Developments,1967”Hellmich, William F. and Oldman, Oliver, eds., “Tax Policy and Tax Reform : 1961-1969, Selected Speeches and Testimony of Stanley S. Surrey”, CCH, Chicago,pp408-409.

(475) Stanley S. Surrey (1978) “Reflections on the Allocation of Income and Expenses among National Tax Jurisdictions” Law and policy in international Business,Vol.10,pp.413-414.邦訳は、川端康之「アームレングスの周辺問題—財務会

意的な課税を抑えるものと位置づけた上で、「大部分の取引は市場の一般枠組みに支配されていることから、グループ内取引をその一般枠組みの下に置こうとする試みは適当である」⁽⁴⁷⁶⁾との結論を下した。この見解は、市場における独立企業間取引への信頼に基づき、市場が所得を配分するのと同じ方法で関連企業間に所得を配分しようというものである⁽⁴⁷⁷⁾。

他方、代表的な定式配分論者である Reuven S. Avi-Yonah は、定式配分方式の長所として、簡素さ、公正さ及び執行の容易さ (*simple, clean and easy*) を挙げ、単純三要素型、売上高二倍加重方式による三要素型、売上高の単一要素型を比較考量し、売上高二倍加重方式は輸出補助金を助長する契機となりかねない、売上高の単一要素型は輸入業者のみに課税することとなり、輸出業者に課税する正当性を完全に排除することになるとして、単純三要素型に肯定的 (*unbiased method*) な評価を与えている⁽⁴⁷⁸⁾。更に、賃金と有形資産の要素は、ビジネスの *productive side* を表象するものであり、また、売上の要素は、ビジネスの *demand side* を表象するものであり、グループの真のビジネスを分割するに当たって適切な要素であると説明する⁽⁴⁷⁹⁾。

同氏は、定式配分方式の分割要素に無形資産が含まれていないという批判に対しては、次のとおり反論している。「無形資産は、そのみによって価値を生み出すものではなく、むしろ、物理的設備である研究施設や、そこで雇用されている従業員によって生み出されるものである。したがって、無形資産の価値は、間接的に、有形資産及び賃金という要素に含まれていることになる」⁽⁴⁸⁰⁾。また、最も *tricky* な概念であるリスクに関して、独立企業原則は、それをどのように配分してよいのか回答を示していないと指摘す

計とミクロ経済からの展望—」民商 101 巻 6 号 821 頁 (1990) 参照。

(476) Stanley S. Surrey, *supra* note(475)pp.414-415. 増井・前掲注 (18) 172 頁にも引用されている。

(477) 増井・前掲注 (18) 172 頁。

(478) Reuven S. Avi-Yonah(2007) “International Tax as international Law-An Analysis of the International Tax Regime” Cambridge University Press,pp.112-113.

(479) Reuven S. Avi-Yonah, *supra* note(478)p.112.

(480) Reuven S. Avi-Yonah, *supra* note(478)p.113.

る⁽⁴⁸¹⁾。そして、定式配分方式が租税条約上の特殊関連企業条項に違反するのではないかという批判に対しては、この点に関して、これまで公式に議論されたことはなく、結論が出ているわけではない(unclear)と述べる⁽⁴⁸²⁾。更に、定式配分方式について国際的コンセンサスがなないことに対しては、必ずしも国際的コンセンサスを得た上で導入する必要はなく、米国のような経済大国が定式配分方式を導入することで、OECD加盟国も同方式の導入について検討を迫られるであろうと説いている⁽⁴⁸³⁾。次章にて述べる Country by Country Reporting は、定式配分方式導入の基礎となるもので、BEPS プロジェクトの進展に伴い、定式配分方式が見直される可能性があるとしている⁽⁴⁸⁴⁾。

同じく定式配分論者である Michael C. Durst の主張も、概ね Reuven S. Avi-Yonah の主張と同様であるが、Michael C. Durst は、関連者間における契約の観点から独立企業原則の弱点を指摘している点は興味深い。独立企業原則は、関連者間の契約について独立企業間であればどのような契約を締結するか想定するものであるが、実際問題として、税務当局が独立企業間の契約を想定するのは相当の困難が伴う旨、自らの実務経験に基づき説いている。その背景には、近年、関連者間における契約を巧みにデザインすることに熟練した税務専門家 (adept at designing contracts) の増加があるとい

(481) Reuven S. Avi-Yonah(2013) “Splitting the Unsplittable: Toward a Formulary Approach to Allocating Residuals under Profit Split”, available at <http://ssrn.com/abstract=2369944> (最終アクセス：2014年4月8日)。

(482) Reuven S. Avi-Yonah, *supra* note(478)pp.113-114.

(483) Clausing, Kimberly A.and Reuven S. Avi-Yonah (2007) “Reforming Corporate Taxation in a Global Economy : A Proposal to Adopt Formulary Apportionment” The Brookings Institution.p.18.

(484) Reuven S. Avi-Yonah and Tinhaga,Zachee Poug(2013) “Unitary Taxation and International Tax Rules”,available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2351920 (最終アクセス：2014年4月8日)。Country by Country Reporting は用途次第で、結果として定式配分法に近い運用を行う国も出てくるのではないかと、との見方(懸念)は日本でも存在する。詳細は、渡辺裕泰＝青山慶二＝栗原正明＝日置重人＝吉村政穂「国際課税をめぐる現状と課題」〔吉村政穂発言〕『消費税と国際課税への大きな潮流 第65回租税研究大会記録2013』111頁(日本租税研究協会、2013)参照。

う⁽⁴⁸⁵⁾。

6 考察

独立企業原則は、ユニタリー・タックスに関して連邦最高裁が判示しており、統合による規模の利益を捕捉し得ないという意味において、完全無欠な制度とは言い難いであろう。しかしながら、連邦最高裁は、定式配分方式は、所得の配分について大まかな近似値を与えればそれでよく、単なる数学的帰結（*mathematical generalization*）にすぎないと観察しているのに対し⁽⁴⁸⁶⁾、独立企業原則はより正確に所得の源泉（*true geographic source*）を確定することができ、これは、一部の定式配分論者も認めるところでもある⁽⁴⁸⁷⁾。CCCTB という途を選択した EU における過去の議論を見ても、「理論面」においては、独立企業原則が定式配分方式よりも優れていると結論づけても過言ではないと考える。

しかしながら、「執行面」に目を向けた場合、何よりも独立企業原則の下で問題となる無形資産取引について、比較対象取引を探求する作業や、関連者間で巧妙にデザインされた法形式に隠れた真実のリスク配分を検討する必要もない。「執行面」においては、必ずしも定式配分方式が独立企業原則よりも劣っていると結論付けることは適切でないだろう。

米国における議論を振り返るに、一般的に、独立企業原則に基づく「執行」の困難性に直面する度に定式配分方式が見直される傾向がある。要するに、定式配分論者の主張は、移転価格の根本的問題は多国籍企業と複数の国家との間の取り分の調整の問題であるから、各国の税務当局が、配分基準を同一化することに「合意さえ」していれば、独立企業原則に拘泥する必要はないという考え方に基づいているのである⁽⁴⁸⁸⁾。もっとも、定式についてコンセ

(485) Michael C. Durst (2010)“It’s Not Just Academic: The OECD Should Reevaluate Transfer Pricing Laws”*Tax Notes International*, Vol.57, No.3, pp.247-256.

(486) 463 U.S. 159, *supra* note(432)p.188.

(487) Hellerstein, Walter, *supra* note(467)p.104.

(488) 山川博樹『移転価格税制の執行—理論と実務』126 頁（税務研究会、1996）。ま

ンサスを得ることが容易でないことは、すでに見てきたとおりである。

ここで興味深いのが Reuven S. Avi-Yonah の主張である。同氏は、先述のとおり、国際課税に関する教科書的文献ともいえる “International Tax as International Law-An Analysis of the International Tax Regime” においては、単純三要素型が最も適切な方法であると説明している。ところが、米国議会に対しては、売上高に基づく単一要素型の導入を従来から提唱している。その理由として、売上高単一要素型の導入は、米国の年間法人税収入を約 35% (約 500 億ドル相当) 増加させる効果があり、それにより現行の法人税率を約 10% 下げることが可能となること等を挙げている⁽⁴⁸⁹⁾。Reuven S. Avi-Yonah が単純三要素型を支持する論拠の中には、一定の合理性が認められる部分があることは否めない。しかしながら、最終的にはその合理性を犠牲にしてまで、言い換えるならば、有形資産と賃金という合理的な配分要素を切り捨ててまで、自国の税収を考えざるを得ないことの表れとも思われ、定式について国際的コンセンサスを得ることの難しさを Reuven S. Avi-Yonah 自身が物語っているかのようである。実際のところ、定式配分方式の推進論者の間でさえ、配分基準については見解の相違が認められることも看過できない⁽⁴⁹⁰⁾。

た、宮武・前掲注(409)14頁は、どちらがベターな所得配分方式かは果てしない議論になるだけであると述べた上で、独立企業原則が国際的慣行であるともいえる程度に確立された制度であることを強調している。なお、Coffill らは、独立企業原則は完璧ではないものの、定式配分方式には、州レベルで明らかになった問題が解決されるほどの代替性はないと主張する (Coffill, Eric J., Willson, Prentiss Jr. (1993) “Federal Formulary Apportionment as an Alternative to Arm's Length Pricing: From the Flying Pan to the Fire?” Tax Notes, Vol. 59, p. 1103)。

(489) Clausing, Kimberly A. and Reuven S. Avi-Yonah, *supra* note(483)pp.16-18.

(490) 例えば、McLure と Hellerstein は、売上高単一要素型は GATT に違反する可能性があると、売上高二倍加重方式を支持する (McLure, Charles E., Jr. and Hellerstein, Walter (2002) “Does Sales-Only Apportionment Violate International Trade Rules.” Tax Notes, Vol. 96, No. 11, pp. 1513-1521)。Miller, Benjamin F. は、三要素型は、一つの要素によって引き起こされる異常値を他の要素によって相殺することができるため、clearly passed muster であるとする (Miller, Benjamin F. (2005) “Current Problems with UDITPA and Possible Solutions” State Tax Notes, Vol. 38, p. 127)。ロバート・マキロイ教授は、売上、給与、資産の三要素は、

他方、独立企業原則は、経済状況の変化に合わせてその解釈・適用を行う柔軟性を備えたものであるが故に、国際的コンセンサスを得ることができるのである。岡村忠生教授は、独立企業原則を一種の「フィクション」と表現し、このフィクションを使って行われていることの実態は、国家間での税源争奪戦であると指摘する⁽⁴⁹¹⁾。確かに、独立企業原則は一種のフィクションであるかもしれないが、定式配分方式は、二重課税の回避を所与とする限り税源配分の結果が極めて透明であり、真の協調を必要とする制度であるのに対して⁽⁴⁹²⁾、独立企業原則はフィクションであるからこそ、国際的コンセンサスを得ることができると解される。

なお、源泉地国課税について、2008年に公表されたOECDの「恒久的施設への利益帰属に関する報告書」⁽⁴⁹³⁾では、OECDモデル租税条約第7条1項についての2つの解釈である機能的分離企業アプローチと関連事業活動アプローチのうち、機能的分離アプローチを承認した。独立企業原則の国際的コンセンサスとしての地位は、しばらくは安定期に入ったかのように見える。

しかしながら、今後は、独立企業原則の解釈・適用について、新興国を含めたところでの国際的コンセンサスづくりが求められている。すなわち、本章において確証を得た独立企業原則のポテンシャルを生かした国際的ルールを確立するためには、今や、OECD加盟国のリーダーシップのみで決定できる状況にはなく、源泉地国課税権について大きな利害を持つ新興国を巻き込まなければ、独立企業原則に係る国際的コンセンサスの実は結ばないということである⁽⁴⁹⁴⁾。Graetz, Michael J.らが、米国の税収を確保するための最も

各州政府が提供する警察、道路、教育等の需要に関係を及ぼすことから、三要素型が公平であるとする（ロバート・マキロイ・前掲注（413）9頁）。

(491) 岡村・前掲注（276）313頁。

(492) 岡村・前掲注（276）314頁参照。

(493) 原題：OECD “Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments” July, 17 2008.

(494) 青山慶二「国際課税ルールの見直し 電子商取引の扱いに課題」日本経済新聞 28面（2013年9月19日）参照。

直接的なアプローチは、全世界所得に対する米国所得の比率が、全世界売上に対する米国売上高の比率を下限とする要件を多国籍企業に課すことであると述べている⁽⁴⁹⁵⁾。確かに、売上高基準の提案は、Reuven S. Avi-Yonah の見解と同様、米国の当面の税收確保という目的は達成できるかもしれないが、長期的に見ると、国内消費市場がますます拡大する中国、インド、ブラジルのような新興大国にとって有利に働くことが予想され、この時を待っていたとでも言わなければ、売上高基準による定式配分方式が新興国に利用される可能性があることも忘れてはならない⁽⁴⁹⁶⁾。

最後に、Michael C. Durst は自らの経験に基づき、関連者間における契約の側面から独立企業原則の弱点を指摘していたが、租税法全般に実質課税の判例法理が存在する米国ですら、このような問題を抱えているのであれば、法的実質主義が通説とされる日本においては、かかる問題はより顕著に表れるはずである。日本も国際的事業再編の波に飲み込まれつつある今日、こうした問題はより深刻化することが想定され、独立企業原則に軸足を置く以上は、本章 1 節 4 で確認した経済的実質主義の明文化等を視野に入れた対応が求められているといえよう。

(495) Graetz, Michael J and Doud, Rachael (2013) “Technological Innovation, International Competition, and the Challenges of International Income Taxation” *Columbia Law Review*, Vol.113, Issue2, p.427. 原文は、“The most straightforward way to accomplish this would be require that the MNE’s ratio of U.S. income to worldwide income must not be less than its ratio of U.S. sales to worldwide sales.”である。ただし、同氏らは、この方法が継続的な所得の測定と売上地の特定を必要とするため、言うは易し行ふは難しである (easier said than done) こと、欠点として中間的な売上 (intermediate sales) に対しても課税されることを認識している。抄訳に、増井良啓「Graetz 教授らによる技術革新と国際課税に関する論文を読む」租税研究 762 号 272-287 頁 (2013) がある。

(496) 増井・前掲注 (495) 287 頁。

第4章 独立企業原則に軸足を置いた対応

ここまでの検討で、近年、定式配分方式が注目を浴びつつあるものの、独立企業原則に軸足を置いて今後も移転価格税制を執行していくことが、現在のところ最良な選択肢であることが明らかになった。本章は、独立企業原則が有する解釈・適用の柔軟性を生かして、今後、比較対象取引が存在しない取引についてどのように対応すべきか検討し、日本における移転価格税制の方向性を提言することを目的とする。

第1節 DCF法と独立企業原則

1 問題の所在

米国は独立企業原則の新たな解釈・適用である「価格」から「利益」へのシフトについて、国際社会との共有に成功を遂げてきた。しかしながら、これによりすべての問題が解決されたわけではない。1995年OECDガイドラインが利益分割法を受け入れた際、関連当事者の果たした機能を完全に定量化することは困難であり、結果的に分割のための寄与度を明示できないのではないかとの疑念が存在していた。こうした疑念に対して当時、青山慶二教授は、「PS法ではグループ内の異なる機能をもつユニット間で機能の差異を明らかにするとともに、それを寄与度という形で定量化せねばならない。・・・定量化自体高度な技術的ノウハウが必要であり、このような問題点は、納税者の側でPS法に対する理解が高まり、税務当局においてもPS法の経験が積まれていく過程で徐々に解消されていくもの」⁽⁴⁹⁷⁾と期待を込めて述べていた。すなわち、利益分割ファクターの精緻化の課題が残されているということである。

また、国際的な事業再編が顕著となってきたところ、事業再編時に移

(497) 青山・前掲注(274)24-25頁。青山教授は、質の高いグループ内の会計データが要求されることも述べている。なお、PS法は利益分割法を意味している。

転した「何らかの価値あるもの」そのものの評価も求められている。この評価の困難さについては、アドビ事件をとおして指摘し、その解決策として、IRSは直接的に無形資産の価値を評価するアプローチに挑んでいるが、依然として課題が残されていることは、Veritas 事件及び Amazon.com 事件を基に確認したところである。

こうした状況の中、2013年7月に公表されたの OECD ドラフト改訂版では、DCF法の適用について議論されており⁽⁴⁹⁸⁾、上述のような今日的課題を解決するための手掛かりを与えてくれるものとする。しかしながら、第2章で述べたとおり DCF法の基本は、資産価値を当該資産の耐用期間を通じて享受される経済的便益の現在価値によって評価する点に特徴がある。一見すると、DCF法は、価格から利益へのシフト以上に伝統的な移転価格算定方法とは異なるものとも思われるが、この点について整理された文献は少ないようである。DCF法は独立企業原則との関係上、どのように位置づけられるのであろうか。

2 DCF法と独立企業原則の整合性

(1) Frischの提案とDHL事件

第2章で述べたとおり、DCF法により企業の価値や無形資産を評価する場合、割引率算定のために標準的に使用されるモデルがCAPMである。移転価格の分野におけるCAPMの議論は、米国では決して新しいものではなく、1988年の白書に対する批判を回避するために、Daniel J.FrischによりCAPMを移転価格の算定に応用することがすでに提案されていた。同氏によると、白書の目標は、関連企業の事業計画を遂行するためにはどれほどの利益が必要であるかについて、企業家がどのように分析するかとい

(498) OECD ドラフト改訂版パラ 171 は「valuation techniques premised on the calculation of the discounted value of projected future income streams or cash flows」と表現している。インカムアプローチには、DCF法、調整現在価値法、免除ロイヤリティ法、残余利益法、配当還元法、収益還元法等多様な種類があり、分類の仕方も様々であるが、DCF法はインカムアプローチを代表するものといえる。

う問題として捉えることができるという⁽⁴⁹⁹⁾。そして、同氏は、BALRMの具体的な適用方法について、それまで議論されていないことにも問題意識を持っていた⁽⁵⁰⁰⁾。結論として、投資家行動に着目することによってBALRMの具体化が可能であるとして、MBAのコーポレートファイナンスコースで広く用いられている教科書の一部を紹介している⁽⁵⁰¹⁾。すなわち、多国籍企業内で行われる取引を一種の投資と考えるという発想がBALRMの背景にあると解し、BALRMにおいてはリスクの正確な算定が要請されること、それに対してCAPMはタイム・バリュー・オブ・マネーとリスクプレミアムの両者を土台としていることから、CAPMを利用することによって端的にリスク評価を行いうるというのである⁽⁵⁰²⁾。

しかしながら、コーポレート・ファイナンスを専門とする若杉敬明教授は、CAPMの基礎になっている仮定について明らかに現実とは矛盾する点があることを指摘している。例えば、①リスク資産はすべて市場性を有している、②全ての投資家が投資収益率について同一の予想を形成しているといった仮定である⁽⁵⁰³⁾。野口悠紀雄教授らは、②の投資家の確率判断が同一であるという仮定の矛盾に加えて、理論で考えている投資対象が非常に広範囲であるにもかかわらず、実際はこうした広範囲の対象に投資することは困難であることも指摘している⁽⁵⁰⁴⁾。また、仁科和彦教授は、CAPM

(499) Daniel J. Frisch, *supra* note(156)p.264. 原文は、“The White Paper’s goal can then be interpreted as the question:how would a businessman who has his own interests in mind analyze the affiliate’s planned operations and how much income would be require to agree to do them?”である。

(500) Daniel J. Frisch, *supra* note(156)p.264.

(501) Daniel J. Frisch, *supra* note(156)pp.264-265. Brealey,Richard A. and Stewart C. Mayers(1988) “Principles of Corporate Finance, Third Edition”New York: McGraw-Hill が引用されている。

(502) 川端康之「移転価格税制と経済分析」税制研究グループ編総合税制研究2号69頁(清文社、1993)。

(503) 若杉敬明『企業財務』95頁(東京大学出版会、1988)。若杉教授の指摘は、川端・前掲注(502)69-70頁にも引用されている。

(504) 野口悠紀雄＝藤井眞理子『現代ファイナンス理論』60-61頁(東洋経済新報社、2005)。

に基づくアプローチについて「将来の収益率がこれまでと同じ分布に従って発生するというところだけを仮定するもので、実際の収益が過去の値に一致すると想定するものではありません」⁽⁵⁰⁵⁾と述べ、課題が残されていることを指摘する。

法律論としては、このような CAPM の欠点を受け入れた上で、なおリターン決定の道具として支持すべきか否かが問題となる⁽⁵⁰⁶⁾。川端康之教授は、そもそも租税裁判所も白書も 482 条での価格決定に業界平均値を用いることに消極的であることからすると、CAPM 上、 β 係数が業界別に測定されている点に問題があるとし、移転価格で問題としている「あるべき」価格づけを示すモデルではないと述べていた⁽⁵⁰⁷⁾。中里実教授は、利益比準法の文脈ではあるが「実際に得た利益ではなくて、得ることのできたであろう利益に着目して課税するということは、そもそも所得税の本質に反する」⁽⁵⁰⁸⁾と指摘していた。ただし、中里実教授は、「このような問題はあつもの、この方法は、かなりの程度、現実に適用可能なもので、IRS に対して納税者が対抗するための有力な手段となりうるかもしれない。特に、企業が自ら有している情報のみを用いて利益配分がなされるという点で、それは優れた方法といえる」⁽⁵⁰⁹⁾とも述べていた。

(505) 仁科和彦『現代ファイナンス理論入門〔第2版〕』213頁（中央経済社、2004）。

(506) 川端・前掲注（502）70頁。中里教授は、過去の資料を整理した結果を用いて納税者に対して課税することが許されるのかは、法律家が法的に議論しなければならない問題と述べている（中里実「米国内国歳入法典 482 条に関するレギュレーション改正案の問題点について」租税研究 512 号 51 頁（1992））。

(507) 川端・前掲注（502）70頁。また、中里・前掲注（15）『国際取引と課税』313頁は「ある産業における平均的水準を個別企業に押し付けるものである」との批判があることを紹介している。また、CAPM に基づくインカムアプローチについて、「一定のモデルを作成して移転価格を考えようとしているのですが、これが実態に合うとは考え難いところがあります」との見解もある（羽床正秀「移転価格税制における無形資産の評価について」国際税務 20 巻 1 号 49 頁（2000））。

(508) 中里・前掲注（506）49頁。

(509) 中里・前掲注（15）『国際取引と課税』331頁。引用箇所「このような問題」とは、time value of money は、結局は各国のインフレ率や名目利子率により決定されていくため、単に安全な資産に投資した場合の利子率というような定義のみではすまないということ等を指す。

当時の議論を整理すると、独立企業間価格の算定に CAPM を用いることは、必ずしも全面的に支持されていたとは言えず、事前の予測をもって独立企業間価格を決定しようとしていること自体を独立企業原則との関係で問題視する見解もあり、独立企業原則との整合性については明確な回答は出ていなかったようである。その一方で、中里実教授が指摘するように、納税者にとって使いやすい方法であるという認識があったのは確かのように、1990年代の米国における判例の中には、実際に、無形資産の一括譲渡の価値算定方法として DCF 法を用いたものが見られ、その一例が DHL 事件⁽⁵¹⁰⁾である。

DHL 事件において問題となった商標権の一括譲渡に係る無形資産の評価について、租税裁判所は、比較可能分析を行って差異の調整の適否を判断するといった従来のアプローチを採ることなく、納税者及び IRS の専門家が用いた無形資産の評価手法を出発点とした検討を行っている。控訴審判決は、無形資産の所有権の帰属を再認定し、独立企業間価格を大幅に減額しているが、租税裁判所の用いた評価方法はそのまま受け入れており「租税裁判所は大雑把な評価を行ったが、無形資産の評価は不明瞭な芸術である以上、予想されたものである」⁽⁵¹¹⁾としている。Ken Brewer は、裁判所が正しい回答を導くとなると、移転価格税制は本来的に主観性 (inherent

(510) 原審は DHL Corp., et al. v. Commissioner, T.C. Memo 1998-461(1998)。控訴審は DHL Corp. and Subsidiaries v. Commissioner, Court of Appeals, Ninth Circuit, 285 F.3d 1210 (2002)。無形資産の所有権の帰属を主に論じた文献として、本庄資『アメリカの移転価格税制の執行』222-225 頁 (日本租税研究協会、2009)、山川博樹『移転価格税制—二国間事前確認と無形資産に係る実務上の論点を中心に—』302-305 頁 (税務研究会出版局、2007)、川田剛『ケースブック 海外重要租税判例』358-363 頁 (財経詳報社、2011)、真穂ジョーダン「DHL 社租税裁判にみる 482 条移転価格修正及び 6662 条ペナルティ不可」『国際税務』19 巻 4 号 25-28 頁 (1999) 等がある。無形資産の価値評価にも着目した文献として、Gregory J.Ossi (2002)

“Deciphering the Ninth Circuit's DHL Decision: Questions Linger on Common Control, Intangibles, Penalties” Transfer Pricing Special Report, Vol.11, No.10, pp.3-60 がある。

(511) 原文は、“Although the tax court painted with a broad brush, that is to be expected given the imprecise art of valuing an intangible asset.”である。

subjectivity) を内在したものである以上、当事者双方の主張を足して二で割るよりも優れたアプローチはないと述べる一方で、本件に関しては、双方の見解を十分に分析し、その長所と短所を指摘した上での適切な判決 (fine job) であると評している⁽⁵¹²⁾。すなわち、DCF 法に用いられた成長率等の仮定について、客観性の有無を慎重に検討し、独立企業間価格の算定方法としての妥当性の判断を行ったものといえる。こうしてみると、かつての利益法同様、DCF 法も、理論的研究に基づいて活用されるようになったというよりは、裁判を通じて、その合理性が認められたことに後押しされて、税務執行上も手法が精緻化されていったと理解するのが妥当であろう。ちなみに、DHL 事件の判決確定後、10 年以上の歳月を経て、OECD でも DCF 法が本格的に議論されはじめたことは、かつての価格法から利益法へのシフトを思い起こさせるもので興味深い。

なお、DHL 事件では、納税者と IRS の双方がインカムアプローチを使用したにもかかわらず、算定に用いた仮定の違いによりその算定結果が大きく異なっているという実態は、日本の制度設計を考える上で留意すべき点である⁽⁵¹³⁾⁽⁵¹⁴⁾。

(512) Ken Brewer(1999)“DHL Decision Examined”Tax Notes,Vol.83,p.581.

(513) 納税者と IRS は、次のとおりの仮定を置くことによって、全く異なる評価額を算出している。

納税者は、米国の商標価値について、ロイヤリティレート 0.31%、成長率 7.6%、割引率 14.1%を用いて、最大でも 2,420 万ドルと算定。米国外の商標価値は、ロイヤリティレート 0.31%、割引率 13.4%を用いて最大でも 3,100 万ドルと算定。DHL の商標全体の価値は、最大でも 5,520 万ドルと主張した(T.C. Memo 1998-461, *supra* note(510)p.141)。

IRS は、見積もり期間のキャッシュフローの現在価値については、税率 30%、設備投資を収入の 5%、減価償却費を収入の 3%、運転資本の増加分を各期差額収入の 10%、割引率 12.5%とし、見積もり期間を超える期間については成長率を 6%として算出すると、DHL 全体の総資産価値が 12 億ドル、そのうち無形資産に帰属する価値が 5 億 2,000 万ドルとなると主張した。次に、免除ロイヤリティ法(ロイヤリティレート 1%、成長率 6%、税率 30%、割引率 12.5%)を適用し、最終的には、2 億 8700 万ドルが DHL の商標に帰属すると指摘した (*Ibid.*, pp.137-139)。なお、IRS は、経済的便益(コスト削減、シナジー効果等)を数量化する other anticipated value approach というインカムアプローチを免除ロイヤリティ法(ロイヤリティレート 1.15%、成長率 3.6%、税率 30%、割引率 12.21%)と併せて適用すると、最終

(2) 独立企業原則との整合性

DCF法がOECDガイドラインに初めて記述されたのは、1995年OECDガイドラインの利益分割法の適用指針である。そこでは「このアプローチの信頼性は、適正な割引率の使用次第」⁽⁵¹⁵⁾であるため「十分な注意が必要であり、可能な場合には他の方法で得られる情報により補足されるべき」⁽⁵¹⁶⁾という簡潔かつ消極的な記述にとどまっていた。当時、木村弘之亮教授は、DCF法は事業単位での価値評価を基本とすることから、取引単位を基礎とする無形資産の価値算定に用いるには、慎重さが求められるとしており⁽⁵¹⁷⁾、Veritas事件で顕著に表れた問題も当時から認識されていたようである。

それに対して2013年に公表されたOECDドラフト改訂版は、DCF法の適用に当たっては、現実的に利用可能な選択肢の考慮、取引当事者双方の観点、リスクの帰属及び取引の包括的検討に関する原則についても全面的に適用されるとし、OECDが承認した5つの算定手法の一形態として、或は、独立企業間価格の算定のためのテクニックとして使用されうる場合があり、適切に使用されれば特に有用とされている⁽⁵¹⁸⁾。

近時のOECDにおける議論の特徴として、米国の影響を強く受けているという評価が可能といえる⁽⁵¹⁹⁾。米国は伝統的にはempirical（経験から

的な評価額が3億2750万ドルになるとも主張している（*Ibid.*, pp.139-141）。

(514) 移転価格事案ではないが、商標、商号及び技術等の価値が争われた事件としてNestle事件（Nestle Holdings, Inc. v. Commissioner of international Revenue T.C.Memo 1995-441, Nestle Holdings v. Commissioner United States of Appeals for the Second Circuit 152 F. 3d 83(1998)）がある。Nestle事件で用いられた手法等については、松田直樹「法人資産等の国外移転への対応—欧米のコーポレート・インバージョン対策税制及び出国税等が含まれる示唆—」税大論叢 67号 167-173頁（2010）参照。

(515) 1995年OECDガイドラインパラ3.22。

(516) 1995年OECDガイドラインパラ3.22。

(517) 木村弘之亮「OECD vs US 移転価格税制—利益比準法、取引単位営業利益法、利益分割法をめぐって—」法学研究 72巻 12号 144頁（1999）参照。

(518) OECDドラフト改訂版パラ172。

(519) 神山弘行「無形資産と課税—近年の国際的潮流とその課題」租税研究 761号 90頁（2013）。

得られた)な移転価格アプローチを重視してきたが、比較対象取引が存在しない場合には、hypothetical (仮説に基づいた)なアプローチに移行しつつあるといわれている⁽⁵²⁰⁾。例えば、1990年代に争われた DHL 事件では、何らかの hypothetical な取引と比較するという発想は、納税者並びに IRS の主張、及び裁判所の判断のどこにも見出すことができない⁽⁵²¹⁾。他方、第 2 章で確認した収益基準法では「現実的な最善の代替策 (the best realistic alternative)」を参照することが規定されている。確かに、OECD ドラフト改訂版でも「現実的に利用可能な選択肢 (option realistically available)」の考慮をはじめ、米国と同様の考え方が随所に見られる。こうした観点からみると、近時、独立企業原則の下で議論されている DCF 法は、単に将来の予測キャッシュフローを現在価値に割引いたものではないといえる。たとえ仮説に基づいたものであれ、独立した第三者との比較 (現実的に利用可能選択肢の考慮) を付け加える限りにおいて、独立企業原則に適合したものとしての整理が可能であり、今後はその地位を確立していくとも期待される。

しかしながら、独立企業原則の下での DCF 法の位置づけを考えるに当たって留意すべきは、事前の予測値に基づいた算定手法に、何ら補完的措置を講じることなく、関連者間の所得配分を真に実現するツールとしての地位を与えてよいかということである。第 2 章でも述べたが、米国における費用分担契約の下では、収益基準法を新たに明文化するとともに、基盤貢献取引についても一般の無形資産取引と同様に、定期的調整の対象となることを規定した。特に、DCF 法は、納税者と税務当局の情報の非対称性が顕著に表れる手法であり、また、同じインカムアプローチを用いても算定の基礎となる仮定により算定結果が大きく異なる。更に、予測値と実績

(520) 神山・前掲注 (519) 90 頁。典型例として費用分担契約における投資家モデルを用いて説明している。

(521) ただし、DHL 事件で裁判所が採用した手法は、後に費用分担契約に係る規則で認められた株式市場価値法に類似しているとの見方もある (Gregory J. Ossi, *supra* note(510)p.11)。

値の乖離が見込まれることは一般に広く知られている。現に Charles W. Cope らは、DCF 法の位置づけについて「独立企業間価格を算定するに当たっての信頼できる算定手法であるのか (yield a reliable measure of an arm's length result)、それとも、単に税務当局との間で落としどころを探るためのフレームワークにすぎないのか (merely provide a framework for negotiation a settlement)」⁽⁵²²⁾と疑問を呈している。次節以降においては、事前の見積りに基づく方法の不完全性を補完する方策について検討する。

第2節 同時文書化と立証責任

1 米国における同時文書化⁽⁵²³⁾

無形資産の評価に当たっては、納税者は、過去に負担した開発費用だけではなく、自ら無形資産の開発をして全世界的に利用・活用しているため、将来的な収益見通し等についてより正確なデータを入手し得るはずである⁽⁵²⁴⁾。ここで重要になってくるのが、文書化の義務づけといえる⁽⁵²⁵⁾。先述したとおり、米国では、費用分担契約に係る規則をはじめ、同時文書化が徹底されている。移転価格における文書化制度は、1994年に米国で初めて導入

(522) Charles W.Cope,Thomas M.Zollo and Clark J.Chandler(2009) “Determining Taxable Income in Connection with a Cost Sharing Arrangement:A Review and Analysis of the Temporary Cost Sharing Regulations” 87 Taxes,p.80. Charles W. Cope らの見解は、神山・前掲注 (223) 338 頁にも引用され、今後、実際にどのような運用がなされるかについて注意が必要であると述べている。

(523) 移転価格税制の文脈における「文書化」とは、独立企業間価格の算定の根拠となる書類等を作成し、保存することをいう。また、このような書類を国外関連取引が行われた時点に作成することを「同時文書化」という。(太田洋=北村導人「我が国の移転価格税制と文書化」中里実編著『移転価格税制のフロンティア』248 頁(有斐閣、2011)参照)。なお、同時文書化については、本稿脚注に記載した文献のほかにも、本庄・前掲注 (510) 16-19 頁、同「米国の移転価格課税(第4回)移転価格課税の不可欠の条件としての文書化の推進」税通 62 巻 10 号 135-163 頁(2007)も参照。

(524) 青山・前掲注 (251) 126 頁。

(525) 青山・前掲注 (251) 126 頁。

されて以来、世界中に広がっており、制度自体は国によって大きく異なるが、制度を有している国の数は年々増加している⁽⁵²⁶⁾。そこで、本節では、米国における同時文書化を概観した上で、各国の文書化の状況を確認し、若干の考察を加えることとする。

米国の 1988 年の白書は、移転価格調査時における納税者による情報提供の拒絶や遅延が、482 条の執行の障害となっていることを指摘した上で、申告に先立って移転価格の決定に用いた方法についての文書を納税者に作成させ、調査が行われた場合には、合理的な期間内にこれを提出させること、及び加算税について検討することを提言した⁽⁵²⁷⁾。本庄資教授は、仮に 1968 年財務省規則が、納税者に文書化を義務付け、調査官の要求後合理的な期間内に特定の文書の提供を義務付けていたならば、移転価格情報に係る多くの問題を未然に避けることができたであろうと振り返っている⁽⁵²⁸⁾。

白書を受けて、1993 年の包括的歳入調整法の改正、1994 年の暫定規則を経て、1996 年に 6662 条に係る最終規則が公表された。そこでは、**transactional penalty** と **net adjustment penalty** が規定されている。ここで特筆すべきは、納税者の価格決定が規則の定める方法に従っており、それが合理的であったことを示す記録文書を作成していること、及び IRS から要求があった場合に 30 日以内に文書を提出することの要件が満たされている部分については、加算税の適用対象から除外されることである⁽⁵²⁹⁾。なお、加算税回避の要件として規則で求められている文書には、主要文書 (**Principal Documents**) とバックグラウンド文書 (**Background Documents**) がある。主要文書には、選択された算定方法の説明、その方法が選択された理由をはじ

(526) 太田＝北村・前掲注 (523) 249 頁。OECD “White Paper on Transfer Pricing Documentation” (July 30, 2013) para.1 も参照。

(527) Treasury 1988, *supra* note(109)pp.25-26.

IRS“Report on the Application and Administration of Section 482”(1999)p.5 (<http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p3218.pdf>) (最終アクセス：2014 年 4 月 8 日)も同旨。

(528) 本庄・前掲注 (283) 101 頁。

(529) § 6662(e)(3)(B).

め 10 項目が含まれており、バックグラウンド文書には、主要文書の立場を支持するために依拠したその他のすべての文書が含まれる⁽⁵³⁰⁾。

このように、米国には、同時文書化を直接的に義務づける規定は存在しないが、加算税との関係で実質的に同時文書化を義務付ける仕組みをとることで、IRS が税務調査の初期段階で情報にアクセスできるようにし、問題の早期解決が図られたといえる。金子宏教授は、こうした加算税の強化により、米国の移転価格税制は、納税者が独立企業間価格から逸脱した場合に、IRS がそれを是正する「否認型の制度」から、制裁と威嚇の下に、取引が独立企業間価格に該当するかについて納税者自らが分析する「申告調整型の制度」に変質したと評価している⁽⁵³¹⁾。

ただし、同教授は、同時文書化の下で要求される文書の範囲に関しては、費用分担契約の文脈でも述べたとおり、納税者に重い負担を課しすぎており、「ある程度簡素なものでよいと考えるべきであろう」と説いている⁽⁵³²⁾。確かに、多国籍企業に過度な文書化を義務付けることは、企業の対外直接投資を阻害する要因にもなり兼ねず、金子宏教授の見解には十分に賛同できる。しかしながら、文書化を検討するに当たっては、一義的な立証責任の所在も考慮する必要があるだろう。482 条の条文構造⁽⁵³³⁾、及び Veritas 事件における判示⁽⁵³⁴⁾からも明らかなおと、米国では立証責任が納税者にあり、しかも 482 条が適用された場合、納税者は通常よりも重い証明責任が課されると理解されている⁽⁵³⁵⁾。他方、日本においては、選択した移転価格算定方法が適

(530) 詳細は、金子・前掲注 (245) 304-305 頁参照。

(531) 金子・前掲注 (245) 303 頁。

(532) 金子宏「移転価格税制の適用における情報収集と質問検査」金子宏著『租税法理論の形成と解明 下巻』267、279 頁（有斐閣、2010）。

(533) United Nations, *supra* note(441)para.3.2.5. 国連マニュアルは、482 条のように税務当局の権限を規定する方式と、申告納税制度の下で納税者に独立企業間価格での申告を求める方式の違いから、立証責任の所在に相違を見出している。

(534) Veritas 事件判決の原文は、“Thus, to prevail petitioner first must show that respondent’s section 482 allocation is arbitrary, capricious, or unreasonable.”である。

(535) 岡村教授は、482 条が規定する「広範な裁量の存在」から、通常より重い立証責

切であることの立証責任は、もとより税務当局にある⁽⁵³⁶⁾。村井正教授は、納税者のコンプライアンスや書類提出等の努力義務の拡大が、立証責任に及ぼす影響は少なくない旨を指摘する⁽⁵³⁷⁾。したがって、同時文書化については、立証責任の所在や文書化の効果等に係る各国の状況も視野に入れた上で、日本の制度設計を検討する必要があると考える。

2 各国の文書化制度

文書化の義務付けは、1990年代後半から、北米、欧州及びアジア・オセアニアの各国において相次いで導入されており、納税者に対して文書化を義務付けることは、もはや世界的な潮流となっている⁽⁵³⁸⁾。図表 8 のとおり、同時文書化まで義務付けるのか、文書化の効果（加算税の減免、立証責任の転換、推定課税の回避等）をどのようにするか、要求される文書の範囲をどこまで広げるか等、各国の制度設計は様々であるが、多くの国で法令上の文書化規定が存在し、一定の書類については同時文書化が義務付けられていることが分かる⁽⁵³⁹⁾。

この中でも、日本と同様に一義的な立証責任が税務当局にあるドイツは、日本の文書化を検討する上で参考になろう。ドイツでは、特に機能移転に係る場合、納税者は通常の文書化義務を超えて、必要な証拠を入手しかつ証拠を保存することで、その実施状況を明らかにする義務を負っており、かつ、関連者との国外関連取引の性質及び内容について文書化を行わなければなら

任が課されるという結論を導いている（岡村忠生「内国歳入法典 482 条の適用における告知と証明責任」法学論叢 124 巻 5・6 号 187 頁（1989））。居波・前掲注（334）386-389 頁（2007）も参照。

(536) 債権の発生原因である更正処分の適法性は、租税債権の発生要件であり、税務当局に有利な法的効果を生しめる要件であることから、本稿は、法律要件分類説を基調とする今村教授の見解に依拠している（今村・前掲注（42）『課税訴訟における要件事実論』23-26 頁参照）。

(537) 村井・前掲注（4）177 頁。

(538) 太田=北村・前掲注（523）249 頁。

(539) 太田=北村・前掲注（523）249 頁。

ないとされている⁽⁵⁴⁰⁾。その上で、文書化がなされていない場合には、一般原則に依り立証責任が納税者に転換されることが規定されており⁽⁵⁴¹⁾、また、「契約書が不明確であるならば、それは関連企業の具体的な行為に一致させることになる」⁽⁵⁴²⁾とされている。他方で、「協力及び文書化義務の履行の際に、比例原則が考慮されなければならない」⁽⁵⁴³⁾として、納税者に文書化義務を履行させるという目的を達成するために、納税者に対して釣合いの採れないほどの多額な費用と過重な負担を求めることのないよう税務当局は配慮すべきであることも規定されている。

図表 8 主要国における文書化制度の概要

	英国	ドイツ	フランス	韓国	豪州	カナダ
導入年	1999	2003	2010	1998	1998	1998
法令上の文書化規定	有（一般的な文書作成・保存義務規定に含まれる）	有	有（大規模会社等に対してのみ）	有	有（一般的な文書保存義務規定に含まれる）	有
同時文書化義務	有（一定のもの）	有（一定のもの）	無（但し、同時文書化が期待される）	有（一定のもの）	無（但し、同時文書化が期待される）	有（一定のもの）
提出期限	無（個々の事案により30-60日以内を設定）	提出要求から60日以内	提出要求から60日以内	提出要求から60日以内	提出要求時（文書を国外関連者が保持している場合は、合理的期間内）	提出要求から30日以内
立証責任	納税者	税務当局	税務当局（但し、不正な価格移転と判断した場合は納税者に転換される）	・申告や文書の正確性は納税者 ・独立企業間価格でないことは税務当局	納税者	納税者

(540) 租税基本法 § 90 パラ 2、3。邦訳は、居波・前掲注 (61) 364 頁参照。

(541) ドイツ事業再編基本通達パラ 152、153。邦訳は、居波・前掲注 (61) 537 頁参照。

(542) ドイツ事業再編基本通達パラ 151。邦訳は、居波・前掲注 (61) 536 頁参照。

(543) ドイツ事業再編基本通達パラ 152。邦訳は、居波・前掲注 (61) 537 頁参照。

文書化の 効果	・立証責任の 転換 ・推定課税の 回避 ・加算税の適 用減免	・立証責任の 転換 ・推定課税の 回避 ・加算税の適 用減免	・立証責任の 転換 ・推定課税の 回避 ・加算税の適 用減免	同時文書化に よる過少申告 加算税の回避	・再調査リス クの軽減 ・加算税の適 用減免	文書化をして いない場合、 妥当な努力が 払われていな いとみなされ る
------------	---	---	---	----------------------------	---------------------------------	---

(出典) 太田洋=北村導人「我が国の移転価格税制と文書化」中里実編著『移転価格税制のフロンティア』276-281頁(有斐閣、2011)から一部抜粋。

ところで、各国で独自の文書化制度が整備されるにつれて、各国が要求する文書の範囲も様々となっており、これが多国籍企業にとって負担となっていることは否めない⁽⁵⁴⁴⁾。こうした状況に対処するため、OECDは2013年7月に移転価格文書化に関する白書を公表し、同年11月には、民間との意見交換が行われたところである。移転価格文書化に関する白書は、BEPS行動計画の一つとしても位置付けられており、報告様式の共通化を通じた納税者の負担軽減に触れる一方、移転価格文書化により透明性ならびに、リスク評価の向上が図れるという点を強調している。そこでの文書化は二層構造となっており、マスターファイルには、事業全体の概要と機能分析、無形資産の移転に係る情報等が含まれる。ローカルファイルには、各国及び個別取引の情報等が含まれ、更に所得の各国への配分方法、従業員・資産・売上の実態との整合性に関する各国データの提供の可能性にも触れられており、これは、国別報告(Country by Country Reporting)を進展させるべきというBEPS行動計画の提案と一貫性のあるものとなっている⁽⁵⁴⁵⁾。

(544) 増井良啓「移転価格税制の長期的展望」水野忠恒編著『国際課税の理論と課題〔二訂版〕89頁(税務経理協会、2005)は、文書化について、「強権的手法の跋扈は望ましくないし、法人税死滅へのチキン・レースも危うい」として各国における自製の必要性を述べている。

日本租税研究協会「税制についての租研会員の意見調査結果」租税研究768号54頁によると、移転価格税制において改善すべき優先度の高い点について意見調査を行った結果、「移転価格算定文書の明確化について、企業の負荷が軽減されるように、効果的な資料を公表すべき」が44.9%に達し、その関心の高さがうかがえる。現在、各国で要求される文書の内容については、OECD, *supra* note (526)ANNEX 1.2 pp.27-41 参照。

(545) 「移転価格文書化に関する白書(OECD)」国際税務33巻9号7頁(2013)。租

こうした動きについて、納税者はどのように見ているのであろうか。民間代表機関である BIAC (Business Advisory Arm to the OECD) は、Country by Country Reporting について「真に useful で、かつ税務当局にとって novel なものである必要があるが、納税者に更なる情報収集を要求する等、納税者の負担を重くするものであってはならず・・・より多くの情報 (more information) ではなく、より洗練された情報 (smarter information) に絞る必要がある」⁽⁵⁴⁶⁾との見解を示している。

3 考察

第1章で述べたとおり、日本では2010年度改正で、納税者が提出を求められる書類の具体的内容が列挙され、これにより、納税者が提示又は提出すべき書類の範囲が明確化された⁽⁵⁴⁷⁾。しかしながら、仮に納税者が所定の書類を準備しなかった場合でも、加算税が賦課されるわけではなく、努力義務にとどまっていることから「日本版文書化」、「間接的文書化」と称されている。結局、日本は、税務当局が立証責任を負い、かつ、情報の非対称性を克服するために必要な文書化義務を課すこともなく、資料要求に応じない納税者に制裁は課されないという制度の下で、シークレットコンパラブルにより課税を行う途を選択している⁽⁵⁴⁸⁾。この結果、訴訟手続上、納税者が選択的に自らに有利な情報のみを提出することも想定され、この場合、日本の課税権保護のための移転価格税制の執行が事実上骨抜きとなるばかりか、税務調査に協力的な納税者との間で、執行上の不均衡が生じることとなり課税の公

研事務所「OECD・オーストラリア・米国・インド・英国の税制の動向」租税研究 768号 243-244頁 (2013) も参照。

(546) 2013年11月に行われたパブリックコンサルテーションにおける Will Morris の closing remarks (<http://www.biac.org/pressroom.htm>) (最終アクセス: 2014年4月8日) に基づいている。

(547) 措規22条の10第1項。『平成22年版改正税法のすべて』507頁(大蔵財務協会、2010)。

(548) 詳細は、本庄資「情報の非対称性と文書化の必要性」本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』489-501頁(大蔵財務協会、2010) 参照。

平が保てない旨の指摘もある⁽⁵⁴⁹⁾。

諸外国の文書化義務は、先述の状況であり、単なる努力義務を超えた法令上の整備が行われ、また、文書化に関する国際的協調も進められているところ、日本においても情報の非対称性を克服するための一定の法令整備は喫緊の課題といえよう。また、納税者が提出すべき書類の範囲については、情報の量よりも質に着目した検討が求められる。文書化の効果をはじめとする具体的な制度設計については、こうした諸外国の動向及び次節の検討を踏まえたところで、第4節において提言を試みることにしたい。

第3節 所得相応性基準の再評価

1 米国における定期的調整

第3章で確認したとおり、多国籍企業における無形資産取引のグローバルな展開等経済環境の変化に合わせて、国際社会は米国における独立企業原則の解釈・適用の「大半」を共有してきたところである。米国が何十年も前に経験したことが、今日では BEPS という形で顕著に表れ、世界的に問題視されているところ、かつて、米国が処方箋として考えた出した定期的調整について、単にそれが「後知恵 (hindsight)」という理由だけで切り捨ててよいのであろうか。

482条の所得相応性基準を受けて、1994年最終規則には、無形資産の移転後に無形資産に帰属する所得に大幅な変動がある場合には、後続年度での対価の修正を妨げないものとする定期的調整が規定された⁽⁵⁵⁰⁾。ただし、定期的調整には適用除外規定が設けられており、①同種又は比較可能な比較対象取引が存在する無形資産取引の場合、②実際に稼得した利益が契約締結時点において予測した利益の80%以上120%以下の場合（セーフハーバールー

(549) 猪野茂「国外情報アクセスの現状と問題点」本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』440頁（大蔵財務協会、2010）。

(550) § 1.482-4(f)(2)(i)。

ル)、③特異事項が発生した場合、④所得相応性基準を5年間満たした場合(5年間ルール)には定期的調整が適用されないとしている⁽⁵⁵¹⁾。

ここで特筆すべきは、1992年規則案においては、セーフハーバールールが含まれておらず、また、定期的調整の適用期間については10年間ルールが提案されていたことである。つまり、適用除外範囲を拡大すべきとのOECDの提言を受けて、米国は1994年最終規則を公表したのであって、同規則は、OECDに歩み寄った妥協の産物といえる。なお、米国は結果的に受け入れなかったものの、OECDは定期的調整を租税回避事案に限定すべき旨のコメントをしており、OECDも定期的調整のすべてを否定していたわけではないという歴史的経緯も注目に値する。

2 OECD からみた定期的調整

(1) OECD 及び近年の各国の考え方

OECDは、米国の1992年規則案に対して、「所得相応性基準が後知恵(hindsight)の適用を内在させる限りにおいて、取引の発生時に取引の評価価格に基づく独立企業原則は、利益に基づき遡及的再評価を毎年に行う所得相応性基準と根本的に矛盾する危険性がある」⁽⁵⁵²⁾と述べている。この考え方は、1995年OECDガイドライン第6章に反映されている。同ガイドライン制定当時、無形資産について実現利益を考慮するという、いわゆる「定期的調整」を認めるかどうか争点となったが、最終的には、独立企業間であったならば行ったであろう定期的な価格調整以外は認められないというニュアンスの書き振りにとどまり⁽⁵⁵³⁾、定期的調整に対して否定的な見解が示された。

そして、現行のOECDガイドラインも、利益分割法適用時の結果利益、比較可能性におけるタイミング、後知恵を回避するための文書化、評価が

(551) § 1.482-4(f)(2)(ii). なお、一括支払は、無形資産が有用である期間中に支払われるロイヤリティの前払として扱われる(§ 1.482-4(f)(6))。

(552) OECD, *supra* note(312). 邦訳は、国際税務編集部・前掲注(312)44-45頁参照。

(553) 小手川・前掲注(396)16頁。

不確かな無形資産取引や事業再編取引、費用分担契約における予測便益など様々な文脈において、取引後に生じた結果を参照する後知恵の利用を避けるための指針が示されており⁽⁵⁵⁴⁾、同様の考え方は今般の OECD ドラフト改訂版にも引き継がれている。

OECD の見解は上述のとおりであるが、各国はどのように考えているのであろうか。2007 年の IFA 第 61 回年次総会のテーマの一つである「移転価格及び無形資産」に係るジェネラル・レポートによると、米国を除く 27 か国が所得相応性基準には否定的な見解を示していた⁽⁵⁵⁵⁾。例えば、カナダ及び豪州は、所得相応性基準は「後知恵」を含むために認められないとし、独立企業原則に従って取引が行われているか否かについては、比較可能な状況で独立企業がどのような決定を行ったかを参照すべきと報告していた⁽⁵⁵⁶⁾。英国も所得相応性基準については、基本的に OECD ガイドラインの規定に従うと報告していたが⁽⁵⁵⁷⁾、その後 2010 年に、所得相応性基準と同様の *earn-out charge* の導入を検討したことがあった。しかしながら、納税者の反応を踏まえ、その導入は法人税制に不確実性をもたらすとして、短期間で撤回することとなった⁽⁵⁵⁸⁾。英国が撤回した経緯に着目すると、「不確実性の排除」が制度設計上の一つの課題として浮かび上がろう。

(2) 日本の考え方

日本では、価格調整金等の名目で、既に行われた国外関連取引に係る対

(554) 2010 年 OECD ガイドラインパラ 2.130、3.73、3.74、5.20、6.32、8.20、9.56、9.57、9.88。飯守一文「日本における移転価格調査の現状と問題点」本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』425 頁（大蔵財務協会、2010）も参照。

(555) 宮武敏夫「移転価格と無形資産」租税研究 697 号 92 頁（2007）。

(556) *Cahier droit fiscal international* Vol.92a, p.79,151(2007)。

(557) IFA, *supra* note (556) p.625。

(558) HM Treasury, *Proposals for controlled Foreign Companies (CFC) Reform, discussion draft* (2010) に対する民間のコメントを反映して、HM Treasury, Part II A: *Controlled Foreign Company (CFC) Reform* (2010) の para.3.9 は、次のとおり結論付けている。

“The Government’s view is that the introduction of an *earn-out charge* could add uncertainty to the corporate tax system and therefore does not intend to introduce such a charge.”

価の額を事後に変更している場合には、それが合理的である限り、当初の税額の修正を認めるとする事務運営要領 2-20 がある。しかし、このような「変更の合意」がない場合についてまで、取引時において一応は合理的である対価の額を事後的に見直すことができるとは一般的に解されていない⁽⁵⁵⁹⁾。

なお、第一章にて言及したとおり、2010 年 11 月にとりまとめられた「国際課税に関する論点整理」においては、無形資産を海外に移転させるような事業再編に対する課税の諸外国の一例として、所得相応性基準が紹介されている⁽⁵⁶⁰⁾。しかしながら、日本においても、依然として所得相応性基準の導入には批判的な見解が少なくないことから、以下、同基準についての多角的な考察を試みることにする。

3 所得相応性基準の再検討

(1) 現行租税制度との整合性

第 3 章第 1 節で述べたとおり、1988 年の白書は、「非関連者間で高収益無形資産の移転が行われる場合、一般的に、無形資産の移転後に発生した無形資産に帰属する所得等の大幅な変化により契約の見直しが行われていること（説明①）」、「比較対象取引が存在しない場合、非関連者の契約締結時に考慮されたとと思われる予想利益について入手し得る最良の指標は実際の利益であること（説明②）」から、定期的調整は独立企業原則に反しないと説明した。

しかしながら、仮に、独立企業原則の解釈を柔軟に行い、独立した第三者であつたら、契約の見直しが行われるのが一般的であるという白書の立場（説明①）に賛同する場合であっても、それゆえ実績値に基づいて調整

(559) 一高龍司ほか「事業の国外移転に係る Exit Tax の動向」青山慶二主幹『国際租税制度の動向とアジアにおける我が国企業の国際課税問題』95-96 頁（21 世紀研究所、2011）。IFA 第 61 回年次総会における日本のブランチレポートは、IFA, *supra* note(556)p.399 参照。

(560) 税制調査会専門家委員会・前掲注（33）14 頁参照。

するという見解（説明②）は別次元の問題ではなからうか。つまり、白書は、実績値の使用と独立企業原則の整合性については、十分な論証を試みることなく、定期的調整を正当化したところに問題が残されていると考える。岡村忠生教授は、定期的調整について「事後的に（ex post）行われるため・・・純粋な独立企業原則からの正当化は困難である」⁽⁵⁶¹⁾と指摘する。同教授が「事後的に（ex post）」という用語をどのような意味で用いているかは定かではないが、ここでは、中里実教授の見解に基づき「事前のアプローチ」とは将来の予測に基づくもの、「事後のアプローチ」とは過去の記述に基づくものと定義することとする⁽⁵⁶²⁾。過去の記述に基づくものは実績値と解されることから、岡村忠生教授の指摘は、本稿の問題意識と同様であると思われる。

他方で、こうした問題意識に回答を与えてくれる先行研究に、「現行制度が依拠する伝統的な移転価格理論は・・・実際収益に基づく算定方法を事後のアプローチとして回避するが、これはそもそも会計ルールないし課税ルールと整合的であると言えるであろうか」⁽⁵⁶³⁾として、会計原則及び現行の課税ルールとの関係から移転価格税制における事後のアプローチを容認するものがある。確かに、会計原則上、会計上の重要性が認められる過去の誤謬の訂正は、過年度遡及処理によらなければならないとされており⁽⁵⁶⁴⁾、また、課税は事後の視点でなされることは明白であることから⁽⁵⁶⁵⁾、

(561) 岡村・前掲注（276）311頁。

(562) 中里実「課税とリスク」租税41号7-8頁（有斐閣、2013）。また、飯守・前掲注（354）39-40頁は「『事前のアプローチ』は、二つの状況を前提としており、一つは比較可能なデータに基づく算定方法が適用できる場合であり、もう一つは、独立企業間収益を決定するために実際収益に代えて予測収益が用いられる場合」と述べている。

(563) 飯守・前掲注（354）41頁。

(564) 企業会計基準第24号「会計上の変更及び誤謬の訂正に関する会計基準」（2009年12月）の施行前には、当期一括処理方式と過年度遡及処理方式のいずれの方式も許容されると解されていた。上記会計基準の施行後は、会計上の重要性が認められる過去の誤謬の訂正は、同基準が要求する過年度遡及処理に因らなければならない（同基準21）。

(565) 中里・前掲注（562）7-8頁。

かかる見解は説得的である。

更に、事前アプローチを DCF 法に引き付けて考えた場合、DCF 法は経営者の合理的判断をベースとして成り立つものであって、一般的に税法は、公平性の観点からこのような考え方を認めていないはずである。そうだとすると、それを補完する役割を担うものとして事後的アプローチの導入は正当化されるのではなからうか⁽⁵⁶⁶⁾。

(2) DCF 法との親和性

DCF と所得相応性基準の関係については、様々な見方がある。中里実教授は、白書で示された BALRM に Daniel J. Frisch が CAPM を利用しようとしたことには否定的で、「リスクを織り込んで r が決定されるとすれば、潜在的に収益力の高い無形資産が移転された後にその高い収益力が顕在化したような場合の、super royalty の計上ないし期間的調整は、否定されることになってしまうであろうという点は重要であろう。これは、結局、super royalty 規定が、事前の (ex ante) 視点ではなく、事後的な (ex post) 視点に立って課税を行おうという思考を徹底させたものであるにもかかわらず、その規定の解釈を基本的に事前の (ex ante) 視点に立った思考に基づく CAPM を用いて行うことが、一種の矛盾であるということの意味するものと思われる」⁽⁵⁶⁷⁾と指摘している。つまり、事後の概念を徹底する

(566) なお、課税は基本的に事後の視点でなされることは、本文で論じたとおりであるが、移転価格税制における無形資産の評価は、資産税における財産の評価と親和性が高い(中里・前掲注(562)17頁参照)。相続または贈与による財産の取得後に、何らかの理由によってその価値が低落した場合であっても、課税価格に算入されるべき価額は、相続時または贈与時のその財産の時価であると一般に解されている(金子・前掲注(9)568頁)。しかし、相続開始後の相続財産価格の減価に対する相続財産の評価額の事後的修正の必要性については、学説上、積極説が有力であり、様々な立法的提案がなされている(首藤重幸「判批」別冊ジュリ207号153頁(2011))。勿論、資産税評価の議論の前提には、相続開始から申告までの期間にタイムラグがある状況があることに鑑みると、資産税における議論と移転価格税制における議論を同列に扱うことは、必ずしも適切とはいえないかもしれない。しかし、いずれの領域においても、評価の困難性や事後修正の必要性が指摘されているのは確かで、こうした領域における事後的アプローチ(事後的修正)の導入の検討は、不可避的なものと思われる。

(567) 中里・前掲注(15)『国際取引と課税』313頁。 r は割引率を意味する。

ためには、事前の概念である CAPM は相容れないという見解と解される。

他方、Lorraine, Eden は「無形資産の評価方法として、一般に、マーケットアプローチ、インカムアプローチ及びコストアプローチがあり、インカムアプローチは、所得相応性基準と理論的に対をなすもの」⁽⁵⁶⁸⁾と指摘している。この見解に基づく、少なくともインカムアプローチをデフォルメしたものが所得相応性基準であることは確かである。更に、Yariv Brauner は、所得相応性基準をマーケットアプローチにインカムアプローチを導入したものとして捉えている⁽⁵⁶⁹⁾。かかる見解に基づく、マーケットアプローチは、独立取引比準法の派生形ともいわれていることから⁽⁵⁷⁰⁾、よりインカムアプローチと所得相応性基準との親和性についての説明が可能となる。

中里実教授は、上記の文脈上、事後の概念に重点を置いて議論を展開しており、その意味において、事前の概念の持ち込みは矛盾を生じるという指摘は理論的に正しいと考えられるが、事前の概念を中心に捉えた場合、事後の概念と最も整合的であるのはインカムアプローチであり、また、両者は補完する関係にあると理解することもできるのではないかと⁽⁵⁷¹⁾。

(3) 利益分割法との整合性

利益分割法を採用する場合に、期中における移転価格設定上の対応とそ

(568) Lorraine, Eden(1998) “Taxing Multinationals, Transfer Pricing and Corporate Income Taxation, in North America” University of Toronto Press Inc p.261. 原文は、“This is the theoretical counterpart to the commensurate with income(CWD) standard, adopted by the U.S. Congress in 1986 and added to section 482, for pricing transfers of intangible assets between related parties.”である。

(569) Yariv Brauner, *supra* note(152)p.102. 原文は“The installation of an income approach to a system that is based on a market approach…”で、a system は comensurate with income を指している。

(570) 神山・前掲 (223) 337 頁。

(571) なお、岡田至康「無形資産に係る移転価格課税上の諸問題」青山慶二主幹『グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方』54 頁 (21 世紀研究所、2012) は、国際的な合意のないまま所得相応性基準を導入することに懸念を示しつつも、「インカムアプローチは広く適しているとされ、いわゆる所得相応性基準の使用可能性について考慮せざるを得ないように考えられる」とも述べている。

の取り扱いに関する問題として取り上げられるのが実現損益と予想損益の問題である。日本の移転価格税制は、利益分割法の適用に当たって、実現損益を用いるのか、それとも予想損益を用いるのかについて言及していない。予想損益によることを容認すべきものであれば予想時点と実現時点の取扱いに関しても言及すると考えられるが、独立企業間価格との差額調整が寄附金や外国税額控除の限度計算に影響することも規定していることから、直接的ではないものの、日本においては、原則的には実現損益により処理すべきとの対応と考えられる⁽⁵⁷²⁾。

また、米国財務省規則では、移転価格全般に関して結果損益に基づくことを明確に規定しており、利益分割法の適用に関しても「この方法の適用によって導かれた実績値が、独立企業間実績値として最も信頼できるかどうかの判定は、§ 1.482-1 (c) の最適方法ルール原則で言及された要素に基づいて行われる」⁽⁵⁷³⁾として実績値によることとされている⁽⁵⁷⁴⁾。

このような利益分割法における実現損益の位置づけを考えると、仮に移転価格税制においては事前アプローチしか用いてはならないとすると、一般的な利益分割法まで認められないことになるであろうし、こうした意味では、従来の移転価格税制における事後的アプローチの位置づけについて検討する余地があるといえる⁽⁵⁷⁵⁾。

(4) 論理的矛盾の存在

無形資産の譲渡がなされた後に、譲渡先において無形資産から生じる所得により無形資産を評価するとの考えは、買手側のキャッシュフローにより売り手側に課税するものであり、論理的に受け入れがたいとする見解がある⁽⁵⁷⁶⁾。中里実教授は、所得相応性基準は、無形資産について時価評価

(572) 横澤・前掲注(164) 180-181頁。

(573) § 1.482-6(c)(2)(ii)(A)。

(574) 詳細は、横澤・前掲注(164) 182頁参照。

(575) かかる視点については、飯守一文「移転価格税制を巡る諸問題—コンプライアンスと納税者負担の観点から—」租税研究 734号 228頁(2010)から示唆を得た部分が大い。

(576) 阿部泰久「無形資産に係る実務上の諸問題について」青山慶二主幹『グローバル

を強制するものであり、租税法上の理論として注目に値するが、現実の企業は、無形資産をもたらす多数の投資支出を行い、同時に、多数のキャッシュフローを受けていることから、その関係を確定することは困難であると指摘する⁽⁵⁷⁷⁾。

前者の見解と中里実教授の指摘は、いずれも、誰の貢献によるキャッシュフローに対して、誰に課税をするかを問題としているという意味において、基本的な問題意識は同様であると解される。確かに、無形資産の買い手は、無形資産を譲り受けた後も様々な事業活動を行うため、買い手のキャッシュフローをベースとして無形資産の価値を再評価することには困難が伴う。例えば、Veritas 事件における裁判所の実事認定によると、費用分担契約期間中の欧州・アジア地域での売上の上昇は、Veritas アイルランドの貢献によるものと認定されている⁽⁵⁷⁸⁾。

他方で、仮に、買手のキャッシュフローをベースとする課税をすべて否定する場合、DCF 法そのものの否定にもつながりかねないと考えられる。というのは、独立企業間であれば、買手の見積もるキャッシュフローの現在価値が、売手の見積もるキャッシュフローの現在価値より高いからこそ無形資産が譲渡されるはずである⁽⁵⁷⁹⁾。そうだとすると、DCF 法は、いわば買手側のキャッシュフローに基づき売手に対して課税するという側面を有することになるためである。

更に突き詰めると、無形資産から生ずる超過収益を「検証対象法人」の営業利益から間接的に算定する「取引単位営業利益法」そのものの否定にもつながりかねないのではないかと。一般に「会計は見解、キャッシュは事実」といわれているとおり⁽⁵⁸⁰⁾、DCF 法上のフリーキャッシュフローは現

時代における新たな国際租税制度のあり方』61頁（21世紀政策研究所、2013）。

(577) 中里・前掲注(15)『金融取引と課税』108頁。

(578) 前掲注(217)参照。

(579) 税制調査会専門家委員会・前掲(33)13頁を参照している。

(580) 滝川好夫『入門ファイナンス理論』124頁（日本評論社、2007）。なお、フリーキャッシュフローと称されるのは、企業が自由に資金提供者に分配できるキャッシュフローであることに由来する（伊藤・前掲注(142)277頁）。

金の増減（収支）に着目する一方で、損益計算書上の利益が収益と費用の差額に着目するという違いはあるが、「検証対象法人」の収益力（経済的便益）を測定するという意味においては、両者は大きく乖離する概念ではないと考えられるためである。

(5) 更正権限に対する不公平感

無形資産の価値評価が困難であることは、税務当局のみならず納税者の側においても同様であるにもかかわらず、税務当局のみ更正権限を認めることについて問題視する見解がある⁽⁵⁸¹⁾。確かに、無形資産評価の困難性については、税法学者のみならず会計学者からも指摘され続けている実情に鑑みると、ユニークな無形資産であるほど、納税者にとっても将来の業績予測を見積もるのは困難が伴う点は共感できる⁽⁵⁸²⁾。価値が下落した場合の事後的な調整を納税者に認めることによって、納税者と税務当局の双方が、無形資産移転時における評価額に過度に固執することなく、双方にとって、事務負担及びコスト負担が削減される等のメリットがあるとも思われる。

金子宏教授は、米国の移転価格税制に係る分析を行った論文で、移転価格税制の目的は、関連企業と非関連企業とのタックス・パリティを維持することと述べる⁽⁵⁸³⁾。しかしながら、日本の移転価格税制は、企業が国外の特殊関連企業との取引を通じて所得を海外に移転することを防止することに重きを置いて導入された規定であり、日本の法人の所得が減少していると認められる場合にのみ発動されることから、タックス・パリティを必

(581) 阿部・前掲注(576) 61頁。また、濱田教授は、無形資産の形成を目的として費用を支出した結果、損失が生じた場合について問題提起をし、超過収益が生じている場合のみ所得配分を行うことに対して疑問を呈している(濱田明子『国際的所得移転と課税—移転価格税制の本質—』271頁(法令出版、2010)参照)。かかる見解も阿部氏の指摘と同様の問題意識に立つものと思われる。

(582) 藤田教授は、「無形資産が将来の経済的便益となり得るかどうかを、企業自らが信頼性をもって予測することには多くの障害があるだろう。結局のところ、無形資産に価値があるかどうかは経営者であっても事後的にしか確認できないことになる。」と述べている(藤田・前掲注(16) 29頁)。

(583) 金子・前掲注(262) 107頁。

ずしも貫徹したものではない⁽⁵⁸⁴⁾。したがって、日本の移転価格税制は「日本の課税権保護規定」と位置づけるのが妥当といえる。そうだとすると、無形資産を譲渡した後にその価値が大幅に下落したとしても、納税者に譲渡対価の減額を認めることは、日本の移転価格税制の制度設計を根底から覆すこととなりかねない。

本稿におけるこれまでの検討を前提とすると、税務当局と納税者との間に情報の非対称性があることは否定できない。他方で、納税者にとっても無形資産の評価は困難を伴うという実情を踏まえると、日本の移転価格税制の制度設計上、納税者に事後的な調整を認めることは不可能であるとしても、例えば、税務当局による事後的な更正権限の適用除外規定を広く設定することにより、納税者に不公平感を抱かせない制度設計は可能となると思われる。次節では、この点を踏まえて日本の移転価格税制の方向性を検討することとしたい。

(6) ドイツにおける所得相応性基準

第2章でも触れたとおり、2008年にドイツは所得相応性基準を導入した。興味深いのは、米国が所得相応性基準を導入した当時、ドイツは一貫して反対の態度をとっており、次のとおり述べていた。「1986年の法改正で新たに導入された所得相応性基準については、やり方のいかんによっては独立企業原則に違反する可能性が残されている。・・・IRSが、OECD報告書の精神をふまえ、その範囲内で新規則の運用を行ってくれるものと期待している」⁽⁵⁸⁵⁾。

ドイツでは、2008年税制改正案の議論の中で、ドイツで問題になっている典型事例が紹介されている。ドイツの製薬会社がドイツ国内で、ある薬品の研究開発費用を多額に支出し、その後、国外の企業が当該ドイツ製薬会社を買収した。そして、スタッフの一部をアイルランドの関連会社に異

(584) 太田洋「我が国の移転価格税制の概要」中里実編著『移転価格税制のフロンティア』6頁(有斐閣、2011)。

(585) 国際課税問題研究グループ「IRS、移転価格最終規則を公表—各界の提言等をふまえ、より弾力性あるものに—」税通687号175頁(1994)。

動させ、その直後にアイルランドの会社は、その薬品の特許を申請し、収益性の高い製品として販売を開始したという事例である。しかも、このような事例が頻繁に生じていたとのことである⁽⁵⁸⁶⁾。

ドイツの所得相応性基準では、契約締結後 10 年以内において、事業再編後における実際収益が移転価格の算定の基礎になった収益から著しく乖離する場合に移転価格調整が行われることになる⁽⁵⁸⁷⁾。そして、「著しい乖離」については、機能移転に関する政令 3 条 1 項で「実際収益に基づいた適切な取引価格が、当初の潜在的合意レンジから外れる場合には著しい乖離が存在する」と規定されている。すなわち、実績値が独立企業間レンジから外れた場合は、著しい乖離が存在することになる。注目すべき点は、国際取引課税法 1 条 1 項 11 文により、独立した第三者であれば、契約において調整規定を置くであろうという法律上の推定に対して、納税者は反論する機会を有していることが明記されていることである。これにより、この規定は強制的な義務規定ではなく、納税者が反論しようとするれば、反論できることを示した規定であると解されている⁽⁵⁸⁸⁾。

先述の典型事例からも明らかなおお、ドイツの制度は、すでに移転元であるドイツにおいて何らかの経済価値を発現させた機能等をパッケージ

(586) 池田良一「ドイツ機能移転課税の導入経緯と最新動向」租税研究 761 号 271 頁(2013)。

(587) 国際取引課税法 1 条 1 項 11 文は次のとおり。「重要な無形資産及び潜在的利益が取引の対象で、事業再編後における実際収益が移転価格の算定の基礎になった収益から著しく乖離する場合に、取引契約の締結時に価格決定に関して不確実性が存在し、独立した第三者であれば価格調整条項の規定を盛り込むであろうと推定する。なお、このことに反論は可能である。」

国際取引課税法 1 条 1 項 12 文は次のとおり。「(取引契約の締結時に) 価格調整条項の規定が設けられていなく、契約締結後 10 年以内に 11 文にいう著しい乖離が生じた場合には、当初の移転価格に対する適正な金額調整がその乖離が生じた事業年度の翌事業年度においてなされなければならない。」

(588) 居波・前掲注 (61) 362 頁。居波・前掲注 (61) 335 頁は、「12 文の規定に加えて 11 文が規定されているのは、OECD 移転価格ガイドラインへの配慮ではないかと思慮する。11 文の規定は、独立企業間において実際収益が著しく乖離等をする場合に価格調整条項を設定することを法的擬制しようとするものであり、この条文を置くことで、反論は可能であるとしつつも、同項 12 文の「所得相応性基準」に独立企業原則との整合性を与えることを意図したものと考え。」と述べている。

でスイスやアイルランドに移転された例を想定したもので、1970年代後半に米国が経験した無形資産の移転取引とは厳密には異なるが、近年の知財立国が直面する課題への素早い対応を表しているといえる⁽⁵⁸⁹⁾。日本のような米国に次ぐ高い法人実効税率の下では、アドビ事件のように、国外関連者への機能・リスクの移転は、着実に進んでいると考えられる。したがって、日本においても、所得相応性基準を後立てとする独立企業間価格の算定方法を再評価すべき時期に来ているといえよう⁽⁵⁹⁰⁾。

(7) 二重課税の可能性等

多くの OECD 加盟国が、所得相応性基準を支持しているとは言えない現状において、米国及びドイツに続いて、日本のみが定期的調整を導入するのであれば、移転価格を巡る諸外国との調整は難航し、結果的に企業に二重課税の負担を強いることとなることは否定できない。これは、米国が所得相応性基準を導入した当時の根強い批判であり、定式配分方式同様、所得相応性基準について国際的コンセンサスが得られていないという意味では最も悩ましい問題である。

また、実務の現場において、「比較対象企業の収益率を上回る超過収益がなければ使用料を払う必要がない」⁽⁵⁹¹⁾、「子会社から親会社への使用料の支払額は通減されて然るべきである」⁽⁵⁹²⁾といった主張が一部の新興国から強くなされているという。これらの主張が、特に所得相応性基準と関連付けられる場合には、無形資産の移転元である日本の課税問題のみならず、技術使用料契約自体が移転先国での超過利益を保証することになりかねないところである⁽⁵⁹³⁾。こうした課題を踏まえると、所得相応性基準を現段

(589) 山川・前掲注(26) 289頁。

(590) かかる視点に関しては、青山・前掲注(209) 224-225頁から示唆を得た部分が大きい。

(591) 岡田至康「無形資産に係る移転価格課税上の諸問題（OECD 移転価格ガイドライン）について」青山慶二主幹『グローバル時代における新たな国際租税制度のあり方』24頁（21世紀研究所、2013）。

(592) 岡田・前掲注(591) 24頁。

(593) 岡田・前掲注(591) 24頁。

階で日本に導入することには、慎重にならざるを得ない。

第4節 日本の移転価格税制の方向性

1 本節の目的

独立企業原則の歴史を紐解くことによって、独立企業原則に軸足を置いて今後移転価格税制を執行していくことが、現在のところ最良の選択肢であることが明らかになった。そこで、独立企業原則の解釈・適用の柔軟性を生かす形で、移転価格税制のアキレス腱ともいわれる無形資産取引に対応するための方向性について、可能な限り具体的に提言することを、本節は目的とする。ただし、のれんをはじめとする無形資産の定義に係る問題や、投資家モデルのコンセプトを前提とした DCF 法の日本への導入の必要性については、すでに本稿において一定の方向性を導いてきたと考えるため⁽⁵⁹⁴⁾、本節は、これらの論点以外に焦点を当てることとする。

本題に入る前に、日本の移転価格税制の制度設計を見直すに当たって、最も重要なことは何であろうか。この点につき金子宏教授は、日本の移転価格税制は、極めて不明確な独立企業間価格という観念を用いているため、納税者にとっては、法的安定性を害される危険があり、同時に、私的自治の原則と抵触することになりやすいと指摘する⁽⁵⁹⁵⁾。その上で、「法的安定性の要請」と「私的自治の尊重」は相互に対立しあう関係にあることから、これらの二つの価値をどのように調整し、そのトレード・オフをどのように解決するか移転価格税制の最も大きな課題であると説いてきた⁽⁵⁹⁶⁾。

その解決策として、金子宏教授はかねてより、事前確認制度の活用を提言してきた⁽⁵⁹⁷⁾。同制度については、日本は世界に先駆けて 1987 年に導入して

(594) のれんをはじめとする無形資産の取扱いについては、特に第2章、DCF法の導入については、特に第2章及び第4章第1節を参照されたい。

(595) 金子・前掲注(59)364頁。

(596) 金子・前掲注(59)365頁。

(597) 金子・前掲注(59)386-387頁。金子教授は、独立企業間レンジの考え方を導入

以来、多くの多国籍企業がその有用性を認識し、今日では相互協議件数の 8 割を占めるほど活用されるに至っている⁽⁵⁹⁸⁾。他方、同制度が抱える問題点についても、谷口勢津夫教授をはじめ多くの研究者及び実務家によって指摘されていることも否定できない⁽⁵⁹⁹⁾。したがって、本節では、事前確認制度については、無形資産取引への対応として有効なものであり、引き続き同制度の活用を期待するとともに、依然としてその環境整備が必要であることを指摘するとともに、冒頭に確認した金子宏教授の指摘を念頭に置いた上で、これまでの検討に沿ったところでの制度設計について提言を試みることにする。

2 移転価格税制の方向性

(1) 経済的実質主義の尊重

イ 経済的実質主義の成文化

日本における租税法一般において、経済的実質主義は受け入れられて

すべきことも提言してきた。

(598) 国税庁「国税庁レポート 2013 年版」42 頁によると、2004 事務年度の事前確認申出件数は、63 件であったのに対し、2011 事務年度には約二倍の 112 件となり、大幅に増加していることが分かる。

(599) 谷口教授は、納税者の手続的保障原則の実現のための事前確認制度の法制化を提言している（詳細は、谷口勢津夫「事前確認制度」日本税務研究センター編『移転価格税制の研究・日税研論集 64 号』103-139 頁（日本税務研究センター、2013）参照）。

増井教授は「事前確認制度自体についても、確認の事後審査のみちを設けるべきではないか、また、確認の対象は結果ではなく方法にとどめるべきではないか、といった点を議論すべきであろう。」と述べている（増井良啓「経済的二重課税の排除を中心として」日本税務研究センター編『移転価格税制・日税研論集 33 号』46 頁（日本税務研究センター、1995））。

本庄教授は、事前確認での処理内容が税務当局や租税実務家（弁護士、会計士等）の守秘義務により開示されないため、納税者にとっては法的安定性と予測可能性を欠く状況が生じ、コンプライアンスコスト、行政コスト、司法コストは計り知れないと指摘する（本庄資「国際課税における重要な課税原則の再検討（第 3 回）居住ベース課税原則と源泉ベース課税原則の再検討」租税研究 765 号 244 頁（2013））。

Lee.A.Sheppard(2000)“The IRS Reports on Its Advance Pricing Agreement Program” Tax Notes International, Vol.20, No.15, pp.1617-1620 は、事前確認に係る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とし、情報公開の必要性を指摘している。

いないことは、第1章で確認したとおりである。しかしながら、移転価格税制の領域に限定して述べるのであれば、米国において、価格から利益法へのシフトに伴い発達した機能・リスク分析の本質は、取引の経済的実質を把握するためのツールと見ることができることを確認した。

利益法、独立企業間レンジ、最適方法ルール及び投資家モデルを前提とした DCF 法といった新たな独立企業原則の解釈・適用についても、比較対象取引が存在しない事案への処方箋であるとともに、視点を変えると、取引の経済的実態に即した課税を行うためのツールそのものと見ることができる。例えば、最適方法ルールの導入は、法形式にとらわれることなく機能・リスク分析の結果に基づき最も適切と考える手法を選択するもので、取引の経済実態に即した課税を行うことそのものを意味する。投資家は、投資に対するリターンを期待して投資するのであって、決して商品や製品に投資するわけではないことに鑑みると、投資家モデルのコンセプトも、取引の経済実態に即した課税を行うという意味では、自然な流れのように思われる。

こうしてみると、第3章第1節でも言及したとおり、米国では「移転価格税制を適用するのであれば、それは法形式の裏に隠れた経済的実質に則したものでなければならない」という「命題」が存するものと考えられる。そして、米国における独立企業原則の解釈・適用は、議論を重ねながらも OECD に共有され、その上、日本はそれらをア・プリオリに受け入れてきた。そうだとしたら、米国の移転価格税制の適用における「命題」が、OECD ガイドラインを媒介として、日本の移転価格税制にも基本精神として移植されていると解する余地があるのではないだろうか。

日本の移転価格税制の解釈・適用上、少なくともアドビ事件を見る限り、経済的実質がどの程度尊重されているのか疑問が残ると言わざるを得ない。明文の制定法規がないところで経済的実質の考え方を機能させることは、判例法が制定法に先行して支配してきたコモンロー国以外で

は通常考えにくいことからすると⁽⁶⁰⁰⁾、日本の裁判所の抑制的な態度は当然の帰結ともいえる。

しかしながら、多国籍企業における関連者間取引においては、いかなる契約も自由に締結でき、それによりリスクの移転も自由にできるといふ特殊性があることから、これを是正して、適切な国家間の所得配分の実現をするのが移転価格税制である。勿論、移転価格税制以外の領域においても、取引の経済的実質を重視すべき側面は多分にあるが、とりわけ移転価格税制においては、上述の「命題」が移植されていると解する余地があるとすれば、機能・リスク分析に基づいて経済的実質に則した課税を行う要請は、租税法の他の領域と比較して、より強いものがあると言わざるを得ない。更に、契約によって関連者間のリスク負担を変更することを通じ、低税率国に容易に所得を移転する納税者は、適正に納税している他の納税者の犠牲の上にその事業を行っていることになる⁽⁶⁰¹⁾。経済的実質主義に基づくアプローチを成文化し執行することは、多くの善良な納税者を守り、担税力に応じた課税の公平を実現するためにも必要な措置と思われる。

以上のとおり、当然とも思われる裁判所の抑制的な態度と、日本の移転価格税制に移植されているであろう命題、関連者間取引であるが故に、契約のみで容易にリスクや無形資産を低税率国に移転できるという特殊

(600) 青山慶二「重要判例の比較法検討 第5回 租税回避行為の否認の法理（フィルムリース判決と Knetsch 判決）」TKC 税務情報 21 卷 1 号 45 頁（2012）は「租税回避行為の否認法理に関し判例法の出し方如何によっては当局・納税者の一方を有利とするバイアスを拡大しかねない結論となることを避け、敢えて個々の問題ごとにケースバイケースで判断するという弾力的スタンスを取り続けている」と推測している。

(601) 最高裁判平成 17 年 12 月 19 日判決（判時 1918 号 3 頁、民集 59 卷 10 号 2964 頁）が次のとおり判示していることから本稿と同様の見解が導かれよう。「免れた税額を原資とする利益を取引関係者が享受するために、取引自体によっては外国法人税を負担すれば損失が生ずるだけであるという本件取引をあえて行うというものであって、我が国ひいては我が国の納税者の負担の下に取引関係者の利益を図るものというほかない。そうすると、…税負担の公平を著しく害するものとして許されないというべきである。」

性を考慮すると、移転価格税制においては経済的実質主義を成文化する作業が求められていると考えられる。米国は、482条によって、財務長官に広大な権限が与えられているにもかかわらず、経済的実質を把握するための機能・リスク分析という技法等を発達させるとともに、財務省規則においても経済的実質を重視する旨を規定しているのはすでに述べたとおりである⁽⁶⁰²⁾。

ロ 自主規制の必要性

その一方で、近年、米国において、経済的実質主義を根拠に否認再構築を行う場合には、税務当局は、極めて慎重な態度で臨まなければならない旨の警鐘を鳴らしたと思われる事件もある⁽⁶⁰³⁾。Claymont 事件⁽⁶⁰⁴⁾において、IRS は、関連者間における債務引受取引を金銭貸借取引に引き直して、独立企業間価格（適切な利息）を算定して更正処分を行ったが、租税裁判所は、本件取引は、債務引受け取引としての経済的実質があるとして違法な更正処分と判断した⁽⁶⁰⁵⁾。Claymont 事件は、米国のように実質主義が租税法全般を支配し、それを支える法規則を新たに策定したとしても、私的自治の原則は金科玉条であることを示唆した一例とも考えられる。こうした裁判所の態度は、第1章で確認したとおり、OECD ガイドラインが、税務当局による取引の否認再構築を認める場合について極めて「例外的な」二つの状況に限定していることとも整合的である。

(602) 所得の帰属に関する問題であるが、2007年度の新信託法の施行により所得税法13条1項等が改正され、法律上の帰属を無視して経済上の帰属に即して課税を行うことが明文化された。こうした国内における明文化作業の動向も、今後の移転価格税制を考える上で参考となる。

(603) Bowen, D.N. and Carden, N. (2006) "Claymont Investments, Inc. v. Comr.: Transfer Pricing and Economic Substance Implications" *International Journal*, Vol. 35, No. 4, pp. 195-204.

同様に、Hui Ling Quek, *supra* note (345) p. 320 も、"Claymont Investment, demonstrates that judge are still extremely cautious in determining whether the tax payer's transactions are inconsistent with economic reality."と指摘している。

(604) Claymont Invs., Inc v. CIR. 90 T.C.M. (CCH) 462 (2005).

(605) *Ibid.*, p. 468.

このように考えると、経済的実質主義を日本の移転価格税制上、成文化するに当たっては、税務当局に対して、何らかの歯止めをかける仕組み、すなわち自主規制を機能させる仕組みも同時に必要となると思われる。こうした仕組みは、税務当局が統一的執行を行うことにも資するものである。

そのためには、第1章でも言及したが、日本の租税法領域のみならず、租税法の基礎にある民法における契約解釈や、会社法において発達しつつある経済的発想など私法の動向や⁽⁶⁰⁶⁾、米国をはじめとする諸外国の動向等を参考にして、いかなる場合であれば否認再構築をすべきか、否認再構築をするに当たってはどのような手法を用いて経済的実質に係る事実認定を行うのか、そしていかなる証拠資料が求められるのか等、事例の集積を行う必要がある。現に、Claymont 事件で裁判所は、納税者にとっての現実的に代替可能な選択肢 (alternatives available to the taxpayer) を分析した結果、経済的実質があるとの判断を下した。Bowen, D. N.らは、“realistic alternatives”の発想は、費用分担契約において注目されたものではあるが、偽装された (disguised) 無形資産取引を分析する上でも先例となるという⁽⁶⁰⁷⁾。更に、裁判所は、本件において IRS の提示した証拠が、経済的実質がないことを立証するのに十分でないことも指摘している⁽⁶⁰⁸⁾。

以上を小括すると、経済的実質主義に基づくアプローチを検討する必要がある事案に対しては、より慎重に審査を行う体制づくりも求められると結論付けられる。或は、かかるアプローチを検討しなければならない事例は、目に余るほどのタックスプランニングであることが想定されることから、移転価格税制の特殊性に配慮して、法律の専門家のみなら

(606) 中里実「企業の直面する課税問題に関する法務と税務の関係」NBL992号55頁以下(2013)では、税務専門家と法務専門家との間の発想の相違について論じられている。

(607) Bowen, D. N. and Carden, N. *supra* note(603)pp.195-204.

(608) 90 T.C.M., *supra* note (604) p.467.

ずファイナンスの専門家等からなる外部の第三者機関の審査にかけることも中長期的には検討する必要があるだろう⁽⁶⁰⁹⁾⁽⁶¹⁰⁾。こうした執行上の体制づくりと併せたところで、経済的実質主義を成文化することは、納税者の「法的安定性」を高め「私的自治」の原則を尊重することにもなり、かかる二つの価値をお互いに害することのない範囲で執行することによって、これらのトレード・オフの問題を解消できるものとする。

(2) 事後的アプローチの導入

無形資産の評価に関して結論を先取りすると、移転価格税制においては、所得相応性基準を体現した定期的調整の導入を検討すべきということである。事後的アプローチの必要性や妥当性については、すでに本稿で述べてきたため、ここでは、定期的調整に係る制度設計の方向性について提言を試みることにする。

イ 適用対象取引

定期的調整が適用される無形資産取引の形態は、米国と同様に無形資産の譲渡、及び使用許諾の双方を対象とするのが妥当であろう。これは、関連者間取引であるが故に、いずれの移転形態を選択することも可能であるためである。

併せて検討すべきは、定期的調整の対象となる移転価格算定方法であ

(609) 中里教授は、移転価格税制上、理論的分析だけでなく、経済理論の応用が重要であることを指摘する(中里実「移転価格課税と経済理論：実務における経済理論の利用可能性」中里実編著『移転価格税制のフロンティア』22頁(有斐閣、2011))。河野弁護士は、移転価格課税には、最先端の経済分析による経済的実態の把握は有用であるが、把握された経済的実態が独り歩きして課税要件事実の適切な認定を欠くことにならないよう、法的側面からの検証が必要であると述べる(河野・前掲注(51)94頁)。

(610) 関下教授は、国際課税における無形資産取引を考えるに当たっては、「私のような経済学を専門とする人間と法律を専門とする方、税を担当されている方、こういう人々が一堂に会して話をするとお互いチンプンカンプンになりがちです。しかし、それをつなぎあわせる原理みたいなものが今問われているのです」と述べている(村井正＝関下稔＝木棚照一＝高龍司＝駒宮史博＝杉江潤「ディスカッション」[関下稔発言]金子宏＝中村雅秀編『テクノロジー革新と国際税制』106頁(清文社、2001)参照)。

る。米国では厳密な比較対象取引が把握できる場合、すなわち独立取引比準法が用いることができる場合は定期的調整の対象としていない。本稿においても、主に DCF 法の欠陥を補完する手段として定期的調整を検討してきたところであるが、無形資産の評価方法によって、定期的調整の適用関係が異なるというのは果たして妥当な結論であろうか。本稿は、取引価格比準法であれ、残余利益分割法であれ、DCF 法であれ、選択した手法の如何に左右されるべきではないとの立場を採る。

このように述べると、本章第 3 節における検討と矛盾するような印象を与えるかもしれないが、仮に、DCF 法を選択した納税者のみに定期的調整を求めるとした場合、多くの納税者は、DCF 法の適用が取引の経済実態に最も適合している場合であっても、他の算定手法（例えば、独立価格比準法）を選択するインセンティブが強く働くことになり、最適方法ルールが骨抜きとなる可能性も否定できない。また、無形資産が唯一無二のユニークな資産であるという原点に立ち帰ると、取引価格比準法により無形資産取引を評価する場合であっても、厳密な比較対象取引を選定すること自体が不可能と考えられることから、全ての算定方法を定期的調整の対象とすることは理にかなったものと考えらる。

ロ 適用対象期間

定期的調整の適用期間については、米国では 5 年間、ドイツでは 10 年間と規定している。日本では、移転価格課税の除外期間を諸外国の例に倣い 6 年間としていることから⁽⁶¹¹⁾、適用期間を 6 年間とすることも選択肢としてはあり得るだろう。

しかしながら、先述したように、米国が最終的に 5 年間という適用期間にしたのは、制定時の歴史的経緯を反映した OECD との妥協の産物である。また、英国において、定期的調整に係る提案が短期間で頓挫し

(611) 措法 66 条の 4 第 15 項。移転価格事案においては、調査に長い期間を要すること、外国でも 6 年としている例が多いことに鑑み、平成 3 (1991) 年度改正で、除外期間が 3 年から 6 年に延長された（国税庁『平成 3 年改正税法のすべて』283-284 頁 (1991)）。

たことを踏まえて、納税者の法的安定性を考慮すると、ドイツの 10 年間という期間は、余りに長いという印象を持たざるを得ない。このように考えると、日本における定期的調整の適用期間も 5 年間を目安とすることが適切と思われる。ただし、例えば、ソフトウェア開発会社と製薬会社とでは、5 年間の意味合いは大きく異なってくるはずである。ソフトウェア開発会社は、開発後すぐに便益を享受するため、正確に収益を予測することができる。他方、製薬会社の場合、多額の資金を投資しても政府の許認可を得るのに数年かかり、許認可後でも市場で失敗する可能性すらある⁽⁶¹²⁾。原則として 5 年間を目安とするとしても、こうした業種の特性を考慮するか否かについては、可能な限り実証研究を踏まえたところで結論を出す、或は、一旦出した結論であっても、納税者の予測可能性を害しない範囲において修正を加えていくのが妥当と考える。

ハ セーフハーバールール⁽⁶¹³⁾

米国では、無形資産の利用により実際に稼得した利益について、予測利益の上下に 20% 幅のセーフハーバーが置かれている。この範囲内に実際に稼得した利益があれば、納税者は後続年度の申告で修正を行う必要がない。他方ドイツでは、実績値が予測値と著しい乖離があった場合には、定期的調整が行われることとなる。

こうしたセーフハーバールールは、必ずしも必要ではないという見解も存在するが⁽⁶¹⁴⁾、米国においてセーフハーバールールは肯定的に受け止められており、また、自由競争市場における企業の価格決定権を尊重

(612) Marc M.Lrvey(1996) “Cost Sharing:IRS Drops’ Active Conduct Requirement; Practitioners Applaud Services Actions” Transfer Pricing Report, Vol.5, No.2, p.24. 森信夫ほか・前掲注 (227) 59 頁は、こうした考えを、費用分担契約におけるセーフハーバーの文脈で議論している。

(613) 移転価格税制におけるセーフハーバーは、一般的に、納税者の負担を軽減するため、課税当局が定めた簡易な方法を適用していればそれを独立企業間価格とみなし、課税しないとするものであるが(村井・前掲注 (394) 222 頁)、ここでは、定期的調整の適用除外要件という意味でかかる用語を使用している。

(614) 詳細は、飯守・前掲注 (575) 227 頁参照。

するためには、適正価格はかなり緩やかな幅を持った概念であると考え
るべきという見解を踏まえると⁽⁶¹⁵⁾、セーフハーバーの設定は肯
定的に捉えるべきといえる。更に、定期的調整を行うか否かについて、
後述するとおり、同時文書化義務の遵守にそのメルクマールを求める場
合、同時文書化義務を果たそうと努力した納税者であっても、税務当局
から見た場合に、価格の合理性を十分に立証できていないと判断される
グレーゾーンもあり得るだろう。こうした状況を想定した場合、たとえ
同時文書化義務を適正に果たしていないと認められる納税者であっても、
一定のセーフハーバーを設けることには意義が見いだせる。

なお、セーフハーバーの幅については、仮に、米国のように上下 20%
と設定した場合であっても、5 年間ルール同様、とりわけ景気変動等を
フォローアップし、納税者の予測可能性を阻害しない範囲において、す
なわち、納税者の不利に働くことのない限りにおいて、幅を見直す余地
を残すことも肝要と考える。経済状況の変化に合わせて、その解釈・適
用を柔軟に行うポテンシャルを有したものが独立企業原則であるとする
と、こうした考え方は、独立企業原則の本質に適合したものであると考
える。

ニ 現実的に利用可能な選択肢とデューデリジェンス

最も重要な検討事項は、すべての取引、言い換えれば、すべての多国
籍企業に対して定期的調整を求めるのかということである。そもそも、
米国で所得相応性基準が導入された経緯は、Eli Lilly 事件をはじめ、移
転価格税制の仕組みを利用して（私的自治の尊重と法実質主義を逆手
にとって）低税率国に所得を移転するという企業への対応が契機となっ
ていた。更に、1992 年規則案及び 1993 年暫定規則において提案された
定期的調整に対して、OECD は、その適用を租税回避事案に限定すべき

(615) 金子・前掲注 (59) 387 頁。金子教授は、法人税法 22 条 2 項の解釈の文脈におい
ても、同様の見解を示している（詳細は、金子宏「無償取引と法人税・法人税法 22 条
2 項を中心として」『所得課税の法と政策 所得課税の基礎理論 下巻』347 頁（1996）
参照）。

旨を指摘していたのはすでに述べたとおりである。

つまり、定期的調整の本来の趣旨・目的は、善良な納税者を犠牲にして行われる租税回避事案をターゲットとしたものであり、当時、OECDから出された見解を敢えて裏読みすると、その適用を租税回避事案に限定して容認するというスタンスがうかがえる。そうであるとする、租税回避事案であるか否かによって、取扱いを異にすることが本来の制度趣旨、及び国際的な考え方に整合したものといえる。しかしながら、次なる問題は、租税回避事案であるか否かの区分である⁽⁶¹⁶⁾。企業にとって、税金はコストでもあり、企業グループ全体でそのコストの軽減を図るのは経営者が経済的意思決定を行うに当って考慮しなければならない最も重要なファクターである⁽⁶¹⁷⁾。そこで、こうした租税回避を行う納税者と、多くの善良な納税者を区分するメルクマールとして期待されるのが、本章第2節で検討した同時文書化義務の遵守の如何ではなかろうか。

OECDガイドラインに示された「無形資産の移転時の入手可能な情報に基づいて、現実的に利用可能な選択肢 (option realistically available) を考慮して、独立第三者間であれば契約における価格設定の見直し条件はどのようなものであったのかを想定して、税務当局は課税を行うことによって後知恵を回避すべき」という考え方は、独立企業原則との整合性の観点からは説得力がある。そうだとすると、無形資産の移転時における移転価格設定の合理性が説明できる企業、すなわち、デューデリジェンス⁽⁶¹⁸⁾を適切に果たしている企業にまで、実績値に基づく定期的調整

(616) 国際的租税回避を定義づけることの困難性については、宮武敏夫「国際租税法の諸問題—国際的脱税及び租税回避」租税10号1頁(1982)参照。

(617) 金子宏「租税法と私法—借用概念及び租税回避について」金子宏著『租税法理論の形成と解明 上巻』385頁(有斐閣、2010)。吉村・前掲注(462)40-41頁も同旨。

(618) デューデリジェンスとは、資産取引等の経済行為を行うに際して、対象資産や契約要件を法的・物理的・経済的に適正評価することをいう(R.ラズガイティス(菊池純一・石井康之訳)『アーリーステージ知財の価値評価と価格設定』9頁(中央経済社、2004))。本稿も、同様の意味で使用している。

を求めるのは適切とは言えないであろう。当然のことながら、「現実的に利用可能な選択肢」を考慮した上での企業家判断であれば、税負担の軽減のみを目的とした（税負担以外に事業目的が認められないような）租税回避事案⁽⁶¹⁹⁾につながることは想定しがたい。

問題は、同時文書化が適切に行われていない場合である。一般的に、移転価格調査は関連者間において取引が行われた時点から数年経過後に実施されることが多い。適切に文書化がされていない場合、納税者が、無形資産移転時点における入手可能な情報に基づいて、現実的に利用可能な選択肢を考慮して独立企業間価格を設定したか否かを税務当局が検証し、その上、税務当局自ら、無形資産移転時点における「現実的に利用可能な選択肢」がどのようなものであったかを考慮して更正処分を行うこと、すなわち OECD ガイドラインの考え方に基づく更正処分は極めて困難を伴うものと思われる。これは、日本における立証責任の観点から見ても明らかである。したがって、こうしたデューデリジェンスを適切に果たしていない納税者に限っては、米国やドイツのように、実績値に基づく課税を行うことも許容されるものとする。移転価格税制が私的自治へ介入することを最小限に抑えるべき、という金子宏教授の見解の根底には、多くの善良な多国籍企業の健全な事業活動を阻害すべきでないという基本的考え方が根底にあると思慮される。デューデリジェンスを果たしていない納税者に限定して定期的調整を適用するという制度設計であれば、かかる考え方とも整合的といえよう。

繰り返しになるが、日本においては、同時文書化は法令上義務付けられていないことから、次に、同時文書化に係る方向性について若干の検討を試みたい。

ホ 同時文書化制度

(619) ここではとりあえず、租税回避か否かという判断を税目的以外の目的の有無に求めることにするが、かかる点については、2010年3月に米国で制定法化された経済的実質主義に係る内国歳入法典 7701 条 (o) を参考としてより慎重に検討すべきと考える。前掲注 (352) も参照。

同時文書化を義務付ける場合には、納税者が作成、保存すべき文書の範囲を明確にする必要がある。米国において要求される文書の範囲はあまりに広く、企業に多大な負担となっている旨の指摘があることはすでに確認したとおりである。しかし、上述のように、定期的調整を行うか否かのメルクマールを同時文書化に求める制度設計を前提とすると、ある程度簡素なものに終わらせるのは適切な選択肢とはいえない。同時文書化をインセンティブにすることによって、納税者の事後的な税務調査及び事後的調整の負担が軽減されることから同様の結論が導かれる。

また、本章第2節でみたとおり、同時文書化の対象とする文書の範囲に関しては、情報の量より質が求められているところであり、真に必要な情報が何であるかを正確に見極めることが肝要である。日本における移転価格税制の適用を巡る実務を健全に発展させるためには、同時文書化に際して納税者が負うコストと事務負担と、税務当局が、定期的調整の可否を判断するに当たって必要不可欠といえる文書のバランスを十分に斟酌した形で、適切な実務慣行を形成する必要がある⁽⁶²⁰⁾。

なお、同時文書化の効果については、日本における一義的な立証責任の所在を考慮すると、納税者が同時文書化義務を果たしていないと認められる場合には、立証責任の転換が図られるというドイツを倣った制度設計が適切と考える。同時文書化の効果として、ペナルティを強化、或は減免する制度設計を採用している国がいくつかあるのはすでに確認したとおりであるが、高率なペナルティを避けるために、その国に有利な価格付けを行ってしまう可能性も否定できない⁽⁶²¹⁾。裏を返せば、相手国の税収を犠牲にしてまで、そのような価格付けをしてしまう可能性が

(620) 太田洋=北村導人「移転価格税制と『文書化』」日本税務研究センター編『移転価格税制の研究-日税研論集 64号-』174-175頁（日本税務研究センター、2013）参照。

(621) 1995年OECDガイドラインパラ4.26では、「国際的移転価格問題は二つの管轄の課税ベースが関係するので、一方の管轄における過度に厳格な罰則制度は、第9条に反して、納税者にその管轄に課税所得を過大に申告する動機を与えるかもしれない。」とされている。青山慶二「OECD 移転価格ガイドラインの解説」租税研究591号70-71頁（1999）も参照。

あることを考慮すると、この点についても、国際的動向を慎重に見極めた判断が求められると考える。

日本の移転価格税制の立法趣旨及び制度設計からして、納税者に事後的な調整を認めることまでは許されないことは、本章第3節で述べたとおりである。しかしながら、課税のスタート地点において、納税者と税務当局との間に情報の非対称性があることを前提すると、上述のように納税者への配慮を欠かさない仕組みを採る限りにおいて、納税者のポジションと税務当局のポジションとを完全とはいえないもののイコール・フットイングな関係にすることが可能であると考ええる。

最後に残された問題は、日本のみが定期的調整を導入するのであれば、定期的調整に反対する諸外国との調整は難航し、結果的に企業に二重課税の負担を強いることとなる可能性が否定できないところにある。現在のところ、同時文書化義務の遵守如何に関わらず、企業に二重課税の負担を強いることに合理的な理由は見当たらない。

OECD加盟国の大半は、OECDガイドラインの改定を受けて、各国でこれに合わせた税制改正が図られているが⁽⁶²²⁾、国によっては、ドイツのように国際的コンセンサスの方向性を先取りした税制改正を行う国もあるのが現状である。こうした状況においては、OECDの動向は勿論のこと、諸外国の税制改正動向にも目を向けつつ、本稿では、定期的調整の導入については中長期的課題として位置づけることとする。

(622) 英国等は、OECDガイドラインを引用する形で税制改正を行っている（矢内一好「英国の移転価格税制」商学集志 66 巻 4 号 85 頁（1997））。

結びに代えて

「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」と題し、検討を試みた結果、現在のところ、独立企業原則に軸足を置いて、今後も経済状況の変化によって生じる複雑かつ多様な取引に対応していくことが最良な選択肢であるという結論に至った。そして、所得相応性基準の導入については、中長期的課題として位置づけたものの、利益法や最適方法ルールを導入をはじめ、米国が考案したアプローチが国際社会と共有されていく過程を観察する限りは、現在、BEPSとして問題視されているような事案に各国が直面し、事後的な利益という客観データによって初めて無形資産が創出する利益を正確に把握でき、関連者間における適切な所得配分が実現できるというコンセンサスが広がることによって⁽⁶²³⁾、所得相応性基準が現在よりも肯定的に受け止められる時期が遠くない将来に到来するように思われる。

また、金子宏教授は最近の論文で、基本三法が優先される時代においては「移転価格 (transfer-pricing) 税制というネーミングは制度に適合していたが、……ベストメソッドを選択できることとなった現在では、利益分割法等の取引価格以外の基準を用いて所得を2国間に配分する方法をも包括する上位概念として、たとえば所得移転対策税制というようなネーミングを用いる方が制度に適しているのではなかろうか」⁽⁶²⁴⁾と指摘し、今後の検討課題として位置づけている。ネーミングの変更は、それ自体の変更にとどまらず、移転価格税制を価格と結びつく概念から完全に解放し、独立企業原則の下、取引の経済実態に即して関連者間における所得の適正な配分を実現するという制度設計に資するものとなる。

なお、本稿では十分に検討できなかった問題として、近年のアジア等新興国

(623) 山川博樹「日本の移転価格税制の概要」本庄資編著『移転価格税制執行の理論と実務』27-28頁(大蔵財務協会、2010)は、かかるコンセンサスが国際的に得られる余地があるのか問うている。

(624) 金子・前掲注(36)22-23頁。

における移転価格税制の動向が挙げられる。新興国においては、独立企業原則の下では比較対象取引が見いだせない等執行上の問題を抱える一方で、課税を強化する動きを見せている。今や新興国を巻き込まなければ、独立企業原則に軸足を置いた移転価格税制の執行は困難な状況にある。こうした視点を含めたところでの移転価格税制のあり方については、今後の研究課題としたい。